

أهلية الوجوب لدى الجنين في القانون المغربي

دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي(*)

الأستاذ/ محمد مومن
كلية الحقوق - مراكش
المملكة المغربية

ملخص:

إن أهلية الوجوب بوصفها صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له أو عليه، تثبت لكل إنسان في المجتمع، ولأن مناطها الحياة والصفة الإنسانية، ولا علاقة لها بالسن أو العقل، فهي تبدأ من وقت الحمل، لذلك فإن الجنين تثبت له شخصية قانونية تجعله يتمتع بأهلية وجوب، ولا يملك شيئاً من أهلية الأداء. ونظراً للوضع الطبيعي للجنين، فإن أهلية الوجوب لديه تكون ناقصة من عدة نواح، أهمها: أنها تثبت له من جهة الوجوب له لا عليه، وأنها مقصورة على بعض الحقوق دون بعضها الآخر، ثم هي متوقفة على تمام ولادته حياً.

مقدمة

الأهلية في اللغة هي الصلاحية والجدارة والكفاية لأمر من الأمور، فالأهلية للأمر هي الصلاحية له، ومنه قوله تعالى في حق المؤمنين ﴿وَالزَّمَهُمْ كَلِمَةَ النِّقَوى وَكَانُوا أَحَقَّ بِهَا وَأَهْلَهَا﴾^(١)، وأيضاً قوله تعالى: ﴿هُوَ أَهْلُ النِّقَوى وَأَهْلُ الْخَفْرِ﴾^(٢).

(*) أجزى البحث بتاريخ ٢٣/٩/٢٠٠٣م.

(١) سورة الفتح: الآية ٢٦.

(٢) سورة المدثر: الآية ٥٦.

وفي الاصطلاح، هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات، ومباشرة التصرفات القانونية التي يكون من شأنها أن تكسبه حقاً، أو تحمله التزاماً على وجه يعتد به قانوناً^(٣)، وهو تعريف مركب يدل على أن الأهلية نوعان:

أهلية وجوب^(٤)، وينطبق عليها الشق الأول من التعريف، وأهلية أداء، ويقصد بها ما جاء في الشق الثاني.

وتخضع أهلية الفرد، بحسب الفصل الثالث من قانون الالتزامات والعقود المغربي، لقانون أحواله الشخصية^(٥). و يهمننا في هذه الدراسة أهلية الوجوب، التي تعني صلاحية الإنسان لكسب الحقوق والتحمل بالالتزامات، وتختلط في نظر البعض مع الشخصية نفسها^(٦)، أو هي " في الواقع الشخص ذاته منظوراً

(٣) إدريس العلوي العبدلاوي: نظرية العقد - مطبعة النجاح الجديدة - الدار البيضاء - ١٩٩٦ - ص: ٣٠٤.

وأيضاً عدنان القوتلي: الوجيز في الحقوق المدنية - الجزء الأول، مطبعة الجامعة السورية - دمشق - ١٩٥٧ - الطبعة الثالثة - ص: ٥٠٩.

(٤) يرى بعض الفقه أن أهلية الوجوب سميت بهذه التسمية لأنه ينظر للإنسان من خلالها من جهتين: من جهة كونه صالحاً لأن يجب له، كوجوب ثبوت نسب الابن من أبيه، ومن جهة كونه صالحاً لأن يجب عليه، كوجوب دفع ثمن المبيع له من أمواله. ومن أسباب التسمية أن الوجوب بها ثابت للإنسان وعليه.

عبد الله بن عبد العزيز العجلان: الأهلية ونظرية الحق في الشريعة الإسلامية - مؤسسة المممتاز للطباعة - ١٩٩٦ - ص: ٢٠.

(٥) نشير بهذا الخصوص إلى أن نطاق الفصل الثالث من قانون الالتزامات والعقود يقتصر على المواد المدنية فقط دون التجارية؛ إذ أخضعت المادة ١٢ من مدونة التجارة أهلية الشخص لممارسة التجارة لقانون الأحوال الشخصية المغربي، ولو كان أجنبياً.

(٦) يرى جانب من الفقه التفريق بين الأهلية والشخصية لوجود أهلية وجوب ناقصة مع وجود الشخصية، واعتبارها قائمة بشكل يتمتع معه الشخص بالشخصية الحقوقية، ولكن أهلية الوجوب لديه تكون محدودة وغير كاملة.

لمزيد من التفصيل راجع عدنان القوتلي: المرجع السابق - ص: ٥١٠، وأيضاً حسن كيرة: المدخل إلى القانون - منشأة المعارف بالإسكندرية - ١٩٧٤ - ص: ٥١٧ وما بعدها، الذي يرى أن اختلاف الأشخاص في قدر ما يمكن نسبته إلى كل منهم من حقوق وواجبات =

إليه من الناحية القانونية" (٧)، فكل إنسان شخص قانوني تتوافر فيه أهلية الوجوب، وتثبت له هذه الأهلية من وقت ولادته حياً، بل قبل ذلك في بعض الوجوه عندما يكون جنيناً، إلى وقت موته، بل بعد ذلك إلى حين تصفية تركته وسداد ديونه (٨)، فيكون مناط أهلية الوجوب هو الحياة (٩)؛ إذ ليس لها علاقة أو ارتباط بالسن، أو العقل، أو البلوغ، أو الرشد لدى الإنسان (١٠)، ولا تتأثر بأي عارض ما عدا الموت (١١)، وهي بذلك لا تثبت للإنسان بوصفها قاعدة عامة إلا

= والتزامات لا ينقص من تساويهم في الشخصية، لأنه لا يمس مبدأ صلاحيتهم بوصفهم أصحاباً للحق وللواجب أو الالتزام، فهو يفرق بينهم من حيث مدى هذه الصلاحية، وهذا المدى هو المقصود أساساً بأهلية الوجوب، وهو الذي يمكن أن يكون كاملاً عند بعضهم وناقصاً عند بعضهم الآخر بحسب شمول الصلاحية لكل الحقوق والواجبات والالتزامات، أو اقتصرها على بعض منها دون بعض، ولذلك لا يحمل تساوي الأشخاص في الشخصية معنى تساويهم في أهلية الوجوب، بل تتفاوت أهلية وجوبهم اتساعاً وضيقاً بحسب الأحوال دون أن ينتقص ذلك مما لهم من الشخصية المتساوية نفسها.

(٧) عبد الرزاق أحمد السنهاوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - الجزء الأول - مصادر الالتزام - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - ١٩٩٨ - فقرة ١٤٥.

(٨) إدريس العلوي العبدلاوي: المرجع السابق - ص: ٣٠٥.

(٩) علي محيي الدين القره داغي: مبدأ الرضا في العقود - الجزء الأول - دار البشائر الإسلامية - بيروت - ١٩٨٥ - ص: ٢٦٥، وفي ذلك يقول الإمام الغزالي: "وأما أهلية ثبوت الأحكام في الذمة، فمستفاد من الإنسانية...، وشرط الحياة، والخفة في الرحم قد يثبت لها الملك بالإرث والوصية، والحياة غير موجودة فيها بالفعل ولكنها بالقوة" انظر المستصفي - الجزء الأول - دار الكتب العلمية - بيروت - ص: ٨٤.

(١٠) خالد عبد الله عيد: المدخل لدراسة الفقه الإسلامي - مطبعة الساحل - الرباط - ١٩٧٨ - ص: ٢٤٧.

(١١) أهم ما يميز أهلية الوجوب عن أهلية الأداء، أن الأولى مناطها الحياة، وهي بذلك تكون ناقصة قبل ثبوت الحياة، وكاملة بعد ثبوتها، بينما مناط أهلية الأداء هو التمييز والإدراك، وهي بذلك تدور معه وجوداً وعدماً، كملاً ونقصاناً؛ ففقد التمييز فاقد للإرادة وفقد للأهلية، وناقص التمييز ناقص للإرادة وناقص للأهلية، وكامل التمييز كامل الإرادة وكامل الأهلية، بمعنى آخر أن الشخص إذا كان يتمتع بأهلية وجوب كاملة منذ ولادته حياً، فإنه لا يتمتع بأهلية الأداء إلا بعد أن يتوافر لديه الإدراك والتمييز، وبقدر ما يتوافر لديه منه.

بتمام ولادته حياً^(١٢)، ويترتب على هذه القاعدة أن الأهلية لا تثبت للجنين أو الحمل^(١٣) المستكن في بطن أمه، فالذي لم يولد بعد لا يملك أية أهلية من أي نوع كان. غير أن تطبيق هذا الأصل قد يفضي من الناحية العملية إلى الإضرار بهذا الجنين لدى ولادته حياً، حيث لوحظ أنه إلى جانب حماية حق الجنين في الحياة^(١٤)، هناك مصلحة اجتماعية وقانونية بالاعتراف للجنين بوجود وحقوق قبل أن يولد، سواء ما تعلق منها بالأسرة، من قرابة ونسب، أو ما كان مادياً يتعلق بالإرث والوصية والوقف وغيرها^(١٥)، إذ إنه شخصية احتمالية، تكون له

(١٢) عبد السلام علي المزوغي: النظرية العامة لعلم القانون - الجزء الثاني - نظرية الحق - الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع - ١٩٨٨ ص: ١٥١.

(١٣) من معاني الحمل في اللغة الرفع والعلوق، يقال: حمل الشيء على ظهره استقله ورفع، فهو حامل وهي حاملة، والحمل بالكسر ما يحمل، وحملت المرأة حملاً علقت بالحمل فهي حامل وحاملة، قال تعالى: "حملته أمه كرها ووضعته كرها، وحمله وفصاله ثلاثون شهراً"، وجمعه أحمال وحمال، قال تعالى: "وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن". وحملت الشجرة: أخرجت ثمرتها. ويطلق الحمل في اصطلاح الفقهاء على هذين المعنيين أيضاً، أي حمل المتاع، وما في بطن الأنثى من الأولاد.

ويرتبط بهذا المصطلح لفظ آخر هو الحبل بفتح الحاء، ويعني الامتلاء، ومنه حبل المرأة، وهو امتلاء رحمها، فهي حبلية. والحبل الحمل، ويكون الحبل مصدراً واسماً من حبلت المرأة حبلاً، ومنه حديث "نهى عن بيع حبل الحيلة"، وهو أن يباع ما في بطن الناقة. وقال بعضهم: الحبل مخصوص بالآدميات، أما الحمل فيشمل الآدميات والبهائم والشجر، فهو بهذا المعنى أخص من الحمل. راجع الموسوعة الفقهية - حرف الحاء.

(١٤) لمزيد من التفصيل حول هذا الحق والقضايا المرتبطة به راجع عبد الله معصر: حقوق الجنين بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي - رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في الدراسات الإسلامية - كلية الآداب والعلوم الإنسانية بالدار البيضاء سنة - ١٩٩٢ وأيضاً عمر بن محمد بن إبراهيم غانم: أحكام الجنين في الفقه الإسلامي - دار الأندلس الخضراء - ٢٠٠١.

(١٥) ذهب ابن رجب الحنبلي في كتابه «القواعد في الفقه الحنبلي»، بعدما تساءل هل الحمل له حكم قبل انفصاله أم لا؟ إلى القول أن الصحيح من المذهب أن له حكماً، وهذا الكلام على إطلاقه قد يستشكل، فإن الحمل يتعلق به أحكام كثيرة ثابتة بالإتفاق، مثل عزل الميراث له، وصحة الوصية له، ووجوب الغرة بقتله، وتأخير إقامة الحدود، واستيفاء القصاص من أمه حتى تضعه، وإباحة الفطر لها إذا خشيت عليه، ووجوب النفقة لها إذا كانت بائناً. ص: ١٧٨.

مصلحة في أن تثبت له أهلية من نوع معين لحماية حقوقه^(١٦)، لذلك اعترفت له كل القوانين بأهلية وجوب ناقصة، وهي نتيجة سليمة من حيث إن الجنين لا تثبت له أهلية الوجوب كاملة التي تثبت لمن يولد حياً، وهو اعتراف يمكن من القول مع بعض الفقه إن الشخصية القانونية للشخص الطبيعي تبدأ من وقت الحمل، وتكون شخصية احتمالية، ولا تصبح شخصية يقينية إلا بولادته حياً^(١٧).

والجنين هو الحمل في بطن أمه، وسمي به لاستتاره فيه، إذ الاجتئان هو الستر^(١٨)، جاء في القاموس المحيط: الجنين: الولد في البطن، جمعه أجنة^(١٩) وأجن، والجنين هو المستور في الرحم، بين ظلمات ثلاث^(٢٠)، وبعد الخروج لا

(١٦) إدريس العلوي العبدلاوي: المدخل لدراسة القانون- الجزء الثاني - نظرية الحق - مطبعة النجاح الجديدة - الدار البيضاء - السنة غير مذكورة- ص: ١٨٧.

(١٧) إبراهيم أبو النجا: وجود الشخصية القانونية للشخص الطبيعي في القانون الجزائري- المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية - المجلد ٢٥ - عدد ٤ - ديسمبر ١٩٧٨ - ص: ٩٦١ وما بعدها.

(١٨) الجنين في اللغة مأخوذ من جن الشيء بمعنى ستره، وكل شيء ستر عنك فقد جن لاستتاره عن الحاسة، وبه سمي الجن لاستتارهم واختفائهم عن الأبصار، ومنه سمي الجنين لاستتاره في بطن أمه، فهو جنين ما دام في بطن أمه. عواطف تحسين عبد الله البوقري: أحكام الجنين والطفل في الفقه الإسلامي - رسالة ماجستير في الفقه - جامعة أم القرى - مكة المكرمة - ١٩٩٠ - ص: ٣. وكل ولد في بطن الأم فهو جنين، أما الحمل فيشمل كل ما في بطنها، ولو كان أكثر من جنين، سواء كان ذكراً أم أنثى.

(١٩) لم يذكر القرآن الكريم الجنين مفرداً، ولكن بصفة الجمع، كقوله تعالى: ﴿وَإِذْ أَنْتُمْ أَجْنَةً فِي بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ﴾ سورة النجم: الآية ٣٢.

(٢٠) يقول الله - سبحانه وتعالى - في محكم كتابه: ﴿يَخْلُقُكُمْ فِي بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ خَلْقًا مِّنْ بَعْدِ خَلْقٍ فِي ظُلُمَاتٍ ثَلَاثٍ﴾ سورة الزمر: الآية ٦، وقوله تعالى: "في ظلمات ثلاث" يعني ظلمة الرحم، وظلمة المشيمة التي هي كالغشاوة والوقاية على الولد، وظلمة البطن. انظر تفسير القرآن العظيم لابن كثير- دار البصائر- بيروت - ١٩٩٩ - الجزء الرابع - ص: ٣٤٦.

يسمى إلا ولداً أو سقطاً^(٢١).

ويمر الجنين في تطوره بأطوار^(٢٢) يحددها قوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ سُلَالَةٍ مِنْ طِينٍ﴾ ^(٢٣) ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَكِينٍ ^(٢٤) ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظْماً فَكَسَوْنَا الْعِظَمَ لَحْمًا ثُمَّ أَنشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ ^(٢٥)﴾ ^(٢٦)، ولا يكاد ما وصل إليه الطب الحديث يختلف عما جاء في القرآن الكريم.

ففيما يتعلق بالنطفة^(٢٤)، وهي ماء الرجل والمرأة معاً، فيما أن يذكرها

(٢١) مفتاح محمد مفتاح قزيط: الحماية القانونية للجنين بين الفقه الإسلامي والقانون - رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص - كلية الحقوق بالرباط - ١٩٩١-١٩٩٢ - ص: ٧، والسقط هو الجنين النازل قبل تمام أشهره.

(٢٢) لمزيد من التوسع حول مراحل تطور الجنين راجع فتحية مصطفى عطوي: الإجهاض بين الشرع والقانون والطب- المنشورات الحقوقية صادر- ٢٠٠١.

(٢٣) سورة المؤمنون: الآيات ١٢ و ١٣ و ١٤. وقد قال العارفون إن هذه الآية كانت سبباً في سعادة عمر بن الخطاب، لأنه لما سمع لأول مرة من الرسول - صلى الله عليه وسلم - تلاوتها، وكان قد وصل إلى قوله تعالى: ﴿ثُمَّ أَنشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ﴾ بادر من شدة تأثره وانفعاله بالآية، وقد امتلأت نفسه غبطة وعبرة، إلى القول: فتبارك الله أحسن الخالقين. فضحك الرسول - صلى الله عليه وسلم -، وقال هكذا نزلت الآية يا عمر، فسر عمر من هذا الصفاء النفساني الذي ألهمه ذلك. وقد روي عنه أنه قال: وافقت ربي ووافقني في أربع: نزلت هذه الآية: ﴿وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ سُلَالَةٍ مِنْ طِينٍ﴾... الآية، قلت أنا: فتبارك الله أحسن الخالقين، فنزلت ﴿فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ﴾. راجع تفسير القرآن العظيم لابن كثير: المرجع السابق: ص: ٨

وقال المفسرون إن الخلق هنا وصف بمعنى الصنع أو التقدير لا بمعنى الإيجاد والاختراع، إذ لا خالق بهذا المعنى إلا الله سبحانه وتعالى.

محمد سلام مذكور: الجنين والأحكام المتعلقة به في الفقه الإسلامي (بحث مقارنة) دار النهضة العربية- القاهرة- ١٩٦٩- الطبعة الأولى - هامش الصفحة رقم ٤١.

(٢٤) النطفة جمعها نطف ونطاف، ولا فعل للنطفة، أي لا يتصرف منها فعل، ويرى القرطبي في الجامع لأحكام القرآن- دار الكتب- ١٩٦٧- الجزء ١٢ ص: ٦، أن النطفة هي القليل من الماء، في حين جاء في القاموس المحيط أن النطفة بالضم هي الماء الصافي قل أو كثر- الجزء الثالث ص: ٢٠٧ - مادة "ن ط ف".

القرآن بهذا اللفظ^(٢٥)، وإما أن يذكر مادتها وصفاتها^(٢٦)، كقوله تعالى: ﴿خُلِقَ مِنْ مَّاءٍ دَافِقٍ ﴿٦﴾ يَخْرُجُ مِنْ بَيْنِ الصُّلْبِ وَالتَّرَائِبِ ﴿٧﴾﴾^(٢٧).

ويتم الإخصاب باتحاد البويضة بالحيوان المنوي^(٢٨)، حيث تتكون خلية ملقحة، تتطور "في قرار مكين"^(٢٩) لتشكل بدء تكوين الجنين، ليبدأ بعد ذلك طور التحلق الذي يمر بمراحل متعددة، أولها العلقة^(٣٠)، ثم المضغة^(٣١)، ثم العظام، ثم كساء هذه العظام لحماً، ثم الإنشاء خلقاً آخر، بعد التصوير والتسوية والتعديل، ثم نفخ الروح.

(٢٥) ورد ذكر النطفة في القرآن العظيم في اثني عشر موضعاً (راجع محمد فؤاد عبد الباقي: المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم - دار إحياء التراث العربي - بيروت - ص: ٧٠٥) ومن بينها: في سورة المؤمنون في الآيات المشار إليها سابقاً، وكذلك في سورة الكهف: الآية ٣٧ في قوله تعالى: ﴿أَكْفَرْتَ بِالَّذِي خَلَقَكَ مِنْ تُرَابٍ ثُمَّ مِنْ نُطْفَةٍ﴾ وقوله تعالى في سورة يس آية ٧٧: ﴿أَوَلَمْ يَرِ الْإِنْسَانُ أَنَّا خَلَقْنَاهُ مِنْ نُطْفَةٍ فَإِذَا هُوَ خَصِيمٌ مُبِينٌ﴾.

(٢٦) ومن أمثلة ذلك الماء المهيّن، والماء الدافق، والمنّي، علماً أن القرآن الكريم فرق بين النطفة والمنّي، فجعل النطفة جزءاً من المنّي، قال تعالى في سورة القيامة - الآية ٣٧: ﴿أَلَمْ يَكُنْ نُطْفَةً مِنْ مَنِيٍّ يُُمْنَى﴾.

(٢٧) سورة الطارق: الآيتان ٦ و٧، وكذلك سورة عبس: الآية ١٧.

(٢٨) أول عملية في التطوير الجنيني لأي كائن حي - باستثناء بعض الكائنات الدنيا - هي عملية الإخصاب، وهي تتم في الإنسان كما في كل حيوان متزاوج، باندماج الحيوان المنوي للذكر مع بويضة الأنثى، فتكون منها نطفة مزدوجة، وهي حجر الأساس - انظر عبد العزيز محمد محسن: الحماية الجنائية للجنين في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٨ - ص: ١٦.

(٢٩) إشارة إلى قوله تعالى في سورة المؤمنون آية ١٣: ﴿ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَكِينٍ﴾.

(٣٠) العلقة في اللغة تفيد معنى الارتباط بالشيء والتشبث به، وهي الدم الجامد، وقيل الدم الطري، وأيضاً الشديد الحمرة - انظر على سبيل المثال القرطبي في الجامع لأحكام القرآن - الجزء: ١٢ ص: ٦، وسميت كذلك لعلوقها بجدار الرحم.

(٣١) المضغة هي القطعة من اللحم بمقدار ما يمتصغ، وهي متفاوتة، ومنها ما هو كامل الخلقة، ومنها ما هو عكس ذلك، وهو ما أشار إليه قوله تعالى ﴿ثُمَّ مِنْ مُضْغَةٍ مُخَلَّقَةٍ وَغَيْرِ مُخَلَّقَةٍ﴾ سورة الحج: الآية ٥.

وتعريف الجنين يفيد أنه مستتر لا يرى، فهو مخلوق غير ظاهر، كما أنه إنسان غير كامل، إذ قد يولد حياً، أو يخرج سقطاً، فهو "مجهول الوصف والحال" (٣٢)، وبذلك، فإنه محتمل ظهوره وغير محتمل، وهي صفات لها تأثير كبير على تحديد أهلية الوجوب لديه، بحيث تكون بالقدر الذي يتمشى مع استتاره، وعدم استكمال خلقه، ومن أنه محتمل ظهوره وغير محتمل، ومن جهة أخرى، فإن الجنين قبل انفصاله عن أمه يعد جزءاً منها، إلا أنه لما كان منفرداً بالحياة، ومعداً للانفصال عنها، فإنه لا يعد جزءاً لها مطلقاً (٣٣)، فهو شخصية افتراضية واحتمالية (٣٤)، فتكون له أهلية وجوب، ولكنها محدودة، فهي لا تتحمل بالالتزامات ولكنها ناقصة من حيث التمتع بالحقوق واكتسابها، حيث تثبت له بعض الحقوق دون بعض (٣٥)، كما أن تمتعه بهذه الحقوق ذاتها مقيد (٣٦)؛ إذ تثبت له الحقوق التي لا تحتاج مبدئياً في وجودها وصحتها إلى قبول منه، لكنه غير أهل للحقوق التي تتطلب إرادة (٣٧)، على أن قدر التمتع بالحقوق ثابت، لا

(٣٢) محمد علي الصابوني: المواريث في الشريعة الإسلامية في ضوء الكتاب والسنة - دار الجيل - بيروت - ١٩٩٩ - ص: ١٨٤.

(٣٣) علي رمضان محمد ازبيدة: النظرية العامة للأهلية - دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون - المنشأة العامة للنشر والتوزيع والإعلان - طرابلس - ١٩٨٤ - الطبعة الأولى - ص: ٢٦.

(٣٤) يمكن بهذا الصدد أن يعد تجريم الإجهاض اعترافاً ضمناً بالشخصية القانونية للجنين؛ لأن الإجهاض يشكل اعتداء على حق الجنين في الحياة.

(٣٥) مفتاح محمد مفتاح قزيط: المرجع السابق - ص: ٢٣.

(٣٦) مثال ذلك أنه على الرغم من إمكانية أن يوصي أحد الناس للجنين، فإن أثر هذه الوصية يختلف، فلو مات الجنين قبل الموصي، فإن الوصية تسقط ولا يرثها عنه أحد، أما إذا مات الموصي والجنين في بطن أمه، أصبحت الوصية لازمة على تركة الموصي شريطة أن يولد الجنين حياً.

(٣٧) ويعني ذلك أن الجنين غير أهل للالتزامات، ولا تجب على الجنين حقوق لغيره أياً كانت، لأن وجوب الحقوق على الشخص يكون بفعل أو بالتزام يلتزم به بفعله أو بعبارة، والجنين لا يتصور منه ذلك.

يزيد ولا ينقص، طوال مراحل التكوين، كما أن الوجوب هنا غير مقصود بنفسه بل المقصود حكمه.

ومن الحقوق التي تثبت للجنين الإرث، والوصية، والوقف. واختلف الفقه في ثبوت الهبة له^(٣٨). كما اختلفوا حول بيان أساس ثبوت هذه الحقوق له وطبيعتها، هل هي معلقة بشرط انفصاله حياً، فلا تثبت له قبله، أو هي ثابتة له في حال كونه حملاً، لكن ثبوتها مراعى بانفصاله حياً، فإذا انفصل حياً تبينا ثبوتها من حين وجود أسبابها؟

ولدراسة ذلك، سوف نقسم هذه الدراسة إلى فصلين؛ نتناول في الأول ثبوت أهلية الوجوب للجنين، وفي الثاني أنواع الحقوق المقررة للجنين.

(٣٨) يرى بعض الفقه أن الجنين لا تثبت له إلا أربعة حقوق هي النسب والإرث والوصية والوقف، ولا أهلية له في استحقاق ما سواها، حيث يقول الأستاذ مصطفى الزرقاء: "وقد اتفقت المذاهب الاجتهادية على أهلية الحمل لحقوق أربعة تثبت له، وهي:

- ١- النسب من أبيه وأمه ومن يتصل بهم بواسطتهما.
- ٢- الإرث ممن يموت من مورثيه، لأنه متفرع عن النسب.....
- ٣- استحقاق ما يوصى له به.
- ٤- استحقاق ما يوقف عليه؛ لأن كلاً من الوصية والوقف يجوز شرعاً لمن سيوجد، فيجوز لحمل معين موجود بطريق الأولوية. ولا أهلية للحمل في استحقاق ما سوى هذه الحقوق الأربعة، فلا يجوز الهبة له" انظر مؤلفه: المدخل الفقهي العام- الجزء الثاني - دمشق - ١٩٦٨ - الطبعة العاشرة - ص: ٧٤٨. ويلاحظ أن الأستاذ الزرقاء نكر اتفاق المذاهب الاجتهادية في إثبات الهبة للجنين، مع العلم أن هناك اختلافاً حول ثبوتها له.

الفصل الأول

ثبوت أهلية الوجوب للجنين

إذا كان الفقه قد أجمع على اكتساب الجنين لأهلية وجوب ناقصة تثبت له بها بعض الحقوق، فإن التساؤل يطرح من جهة حول أساس ثبوت هذه الحقوق له، وهل كانت تثبت له على سبيل الاستثناء على الرغم من عدم تمتعه بالشخصية القانونية التي لا تبدأ إلا من ولادة الجنين حياً، أم أنها تثبت له نتيجة ثبوت الشخصية القانونية له؟ وكذا حول طبيعة هذه الحقوق التي يكتسبها الجنين. ومن جهة أخرى، حول كيفية حماية المشرع لهذه الحقوق بالنظر إلى الحالة المادية للجنين؟

لذلك سندرس في المبحث الأول ثبوت الحقوق للجنين من حيث أساسه وطبيعة هذه الحقوق، وفي المبحث الثاني الحماية القانونية لحقوق الجنين.

المبحث الأول

ثبوت الحقوق للجنين

يتفق علماء الشريعة الإسلامية، وفقهاء القانون الوضعي على أن الجنين تثبت له مجموعة من الحقوق الشرعية أو المدنية، إلا أنهم اختلفوا من جهة حول أساس ثبوت هذه الحقوق له، ومن جهة أخرى حول طبيعة الحقوق التي تثبت له في الفترة قبل ولادته.

ولتبيان ذلك، سنعرض لاتجاهات الفقه حول أساس ثبوت الحقوق للجنين في المطلب الأول، ثم لمواقفه من طبيعة هذه الحقوق في المطلب الثاني.

المطلب الأول

أساس ثبوت الحقوق للجنين

انقسمت آراء الفقهاء في بيان أساس ثبوت الحقوق للجنين إلى اتجاهين رئيسيين:

الاتجاه الأول، يرى أن الشخصية القانونية للإنسان تبدأ من وقت تمام ولادته مع تحقق حياته عند الولادة^(٣٩)، «الشخصية لا يتصور منحها إلا لكيان له قدر من الوجود الذاتي المستقل. أما الجنين في بطن أمه، فهو يظل حتى ولادته جزءاً منها معتمداً عليها في غذائه وتنفسه»^(٤٠)، ومن ثم فإن ولادة الجنين حياً تعد شرطاً لاكتسابه الشخصية القانونية، أما قبل الولادة فلا شخصية له، ويكون غير صالح لاكتساب أي من الحقوق^(٤١). وأن اعتراف المشرع له بمجموعة من الحقوق يعد أمراً استثنائياً أملت ضرورة رفع الظلم عن الجنين، وحماية حقوقه، فلا تثبت له من الحقوق سوى تلك التي يعطيها له القانون صراحة^(٤٢)، لأن المشرع وحده يملك حق تقرير اكتساب الجنين للحقوق، كما يملك تقريرها لغيره، ومن ثم لا يجوز القياس عليها، ولا التوسع في تفسيرها، لأنها جاءت على خلاف الأصل الذي يشترط الولادة حياً لثبوت الشخصية، كما أن ثبوتها يكون مقصوراً على تلك الحقوق التي لا تحتاج إلى قبول^(٤٣)، ولا يحتاج على ذلك بأن القانون قد أجاز تعيين وصي على الجنين يمكن أن يقبل عنه، لأن هذا الوصي لدى هذا الرأي ما هو إلا أمين لحفظ أموال الجنين^(٤٤).

(٣٩) حسن كيرة: المرجع السابق - ص: ٥٢٣.

(٤٠) نعمان جمعة: دروس في نظرية الحق - ١٩٧٧ - ص: ١٥٩.

(٤١) هشام القاسم: المدخل إلى علم الحقوق - المطبعة العلمية بدمشق - ١٩٧١ - ص: ٣٢٤.

(٤٢) محمد لبیب شنب: دروس في نظرية الحق - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٧٧ - ص: ١٠١.

(٤٣) صقلي حسين محمد: حقوق الطفل في القانون المغربي - مجلة الملحق القضائي - العدد ١٥ - أكتوبر ١٩٨٥ - ص: ٨٨.

(٤٤) محمد أبو زهرة: الأحوال الشخصية - دار الفكر العربي - القاهرة - ص: ٤٨٩. وأيضاً محمد شكري سرور: النظرية العامة للحق - دار الفكر العربي - القاهرة -

١٩٧٩ - ص: ١٤٩ - الهامش رقم: ٢.

أما الاتجاه الثاني فيرى أنه إذا كانت الشخصية القانونية هي مجرد الصلاحية لاكتساب الحقوق، ولو لم تكتسب حقوقاً فعلاً، وهي أيضاً الصلاحية لاكتساب بعض الحقوق وليس كلها، فإن النتيجة المنطقية لكل هذا هو أن الجنين يتمتع بالشخصية القانونية، وتبدأ بذلك هذه الشخصية بالنسبة للإنسان «منذ الحمل، لا منذ الولادة، إذ لا يعقل أن تبدأ الأهلية قبل أن تتكون الشخصية»^(٤٥)، ومن ثم، فإن «تحقق ولادته حياً لا يحدد إذن بداية شخصيته، فهي مبتدأة منذ الحمل، وإنما يؤكد استقرار هذه الشخصية المبتدأة من قبل استقراراً باتاً ونهائياً. ولكن لتحقيق هذه الولادة أثراً مهماً آخر، هو اعتباره بداية لاتساع أهلية وجوب الإنسان بعد ما كانت عليه من قصور ونقصان وقت الحمل، فكأن تمام الولادة حياً شرط لاستقرار ما كان ثابتاً للإنسان منذ الحمل من شخصية غير باتة، وشرط كذلك لبداية اتساع مدى أهلية الوجوب، والخروج بها من طور القصور والضمور»^(٤٦)، وينتج من ذلك أن شخصية الإنسان تبدأ منذ الحمل^(٤٧)، وأن أهلية وجوبه تكون ناقصة وقت الحمل^(٤٨)، فالنقصان يلحق بأهلية الوجوب لا بالشخصية^(٤٩).

(٤٥) مصطفى الزرقاء: المدخل الفقهي العام- الطبعة العاشرة - الجزء الثالث - ص: ٢٤٠.
(٤٦) حسن كيرة: المرجع السابق - ص: ٥٢٦ - الهامش رقم ٤، وأيضاً معوض عبد التواب: مدونة القانون المدني - الجزء الأول - منشأة المعارف بالإسكندرية - ١٩٨٧- ص: ٧٨.

(٤٧) عبد المنعم فرج الصدة: مبادئ القانون- دار النهضة العربية- بيروت- ١٩٧٧- ص: ٢١٢.
(٤٨) مصطفى الزرقاء: المرجع السابق- الجزء الثاني - ص: ٢٤١، الذي يرى في تعليقه على بعض القوانين التي تنص على أن شخصية الإنسان تبدأ بتمام ولادته حياً، أن اعتبار الولادة مبدأً للشخصية مع إثبات الحقوق للحمل تناقض؛ إذ كيف يمكن أن تكون للحمل حقوق مسلمة في قانون الأحوال الشخصية، ولا يمكن أن تكون له شخصية، لذلك اقترح أن يعدل النص الذي يقرر ذلك، فيقال «إن مبدأ الشخصية أول الحمل».

(٤٩) انظر خلاف هذا الرأي عند محمد شكري سرور: المرجع السابق - ص: ١٥٠.

وهذا الاتجاه هو الذي نؤيده على اعتبار أن القول بوجود حق يعني بالضرورة وجود صاحب ينسب إليه، والحقوق لا تثبت إلا لمن اعترف له القانون بالصلاحية لاكتسابها، أي لمن يتمتع بالشخصية القانونية التي تخوله اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، وهي تتوافر لدى الشخص إذا كان صالحاً لاكتساب ولو لحق واحد فقط، ومن ثم تثبت بصرف النظر عما يمكن أن يكسبه من حقوق أو يلتزمه من واجبات، كما لا يشترط لثبوتها أن تتوافر للإنسان القدرة الإرادية لكسب حق أو للتحمل بالتزام، ولذلك فهي إما أن توجد وإما أن تنعدم، وإذا وجدت، فإنها تكون كاملة ولا تتصور أبداً ناقصة؛ فهي تعبير عن وصف مجرد لا يقبل النقصان، فليس بين وجودها وعدم وجودها منطقة وسطى هي الوجود الناقص، أو الشخصية الناقصة. ومن هذا المنطلق، فإن إجماع القوانين والفقه على أن الجنين تثبت له مجموعة من الحقوق يجعل النتيجة المنطقية لذلك أن الجنين يتمتع بالشخصية القانونية، ولا يمكن أن تثبت له هذه الحقوق مع عدم اعتبارها، ثم إن الجنين من جهة أخرى جزء من أمه، إلا أنه جزء قابل للانفصال عنها، وهي تتمتع بالتأكيد بالشخصية القانونية، فيكتسب هو الآخر هذه الشخصية تبعاً للرابطة التي تربطه بأمه. لكل ذلك، فإنه يمكن القول إن الشخصية القانونية بالنسبة للإنسان تبدأ بمجرد الحمل، خصوصاً أن لا شيء يمنع، من منطلق القانون، من أن يكون للجنين شخصية قانونية، فالقانون يعترف للأشخاص بشخصية مفترضة وهم أجنة في بطون أمهاتهم، وهذا الاعتراف في الحقيقة ليس استثناء من قاعدة عامة مقتضاها أن شخصية الإنسان لا تبدأ إلا بولادته، وإنما هو قاعدة عامة تشمل جميع بني الإنسان، ومن ثم فإن شخصية الإنسان تبدأ من وقت الحمل، لتوافر شرط الحياة المطلوبة لهذه الشخصية فيه، لأنه يعد حياً باعتبار المآل، ويكون تقدير حياته هو استدلال على حياته في البطن بحياته التي تتحقق بعد وضعه على طريق الاستصحاب المعكوس، أي الحكم على الماضي بما ثبت في الحاضر، وهو ما يدعو إلى التساؤل حول إمكانية القول إن الجنين تكون له شخصية قانونية بحسب المآل. وبهذا الاستدلال افترض المشرع توافر شرط الحياة للجنين، الذي تثبت له به أهلية الوجوب

لاكتساب بعض الحقوق، ويكون شرط ثبوت الحقوق للجنين بعد انفصاله حياً هو شرط لنفاذ هذه الحقوق، لأنها تثبت له وهو في بطن أمه، أي أن اشتراط انفصاله حياً ظاهره أنه لا تثبت له إلا بعد انفصاله مع أنها تثبت له وهو في بطن أمه من وقت تحقق سببها. بل إن بعض القوانين تأكيداً لهذه الشخصية أوجبت عليه «الالتزامات التي تقتضيها إدارة أمواله»^(٥٠).

وعلى ذلك، فإنه ليس هناك أصل ولا استثناء بالنسبة للشخصية القانونية للجنين، وإنما مرحلة احتمال ومرحلة تحقق، من حيث إن الجنين تكون له حياة ذاتية، كما يكون مهياً للانفصال والاستقلال بذاته، فإنه تثبت له شخصية قانونية تجعله صالحاً لاكتساب الحقوق، ومن حيث إن انفصال الجنين واستقلاله بذاته يكون غير محقق، فإن الشخصية القانونية التي تثبت له تكون شخصية احتمالية^(٥١). أما الاختلاف حول نوع الحقوق التي تثبت له، بين حقوق تحتاج إلى قبول، وحقوق أخرى لا تحتاج إليه، إنما يتعلق بمصادر الحقوق التي يكتسبها الجنين ولا يمس حقه في اكتسابها، كما أن ذلك يؤدي إلى إدخال غلة الأموال التي تشملها التركة ضمن الحقوق المقررة له، وذلك من وقت ثبوت الحمل لحين ولادته حياً، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

المطلب الثاني

طبيعة حقوق الجنين

اختلف الفقهاء حول طبيعة الحقوق التي تثبت للجنين، ويمكن التمييز بهذا الصدد بين عدة آراء، أهمها:

- (٥٠) تنص المادة العاشرة من القانون المدني الكويتي على أن الحمل المستكن أهل لثبوت الحقوق التي لا يحتاج سببها إلى قبول وذلك شرط تمام ولادته حياً، ومع ذلك تجوز له الهبة الخالصة، وتجب عليه الالتزامات التي تقتضيها إدارة أمواله.
- (٥١) جلال العدوي ومن معه: الحقوق وغيرها من المراكز القانونية - منشأة المعارف - الإسكندرية - ١٩٩٦ - ص: ٩٤.

أولاً - حقوق الجنين معلقة على شرط واقف:

يرى بعض الفقه أن حقوق الجنين معلقة على شرط واقف هو تمام ولادته حياً، فإذا تم ذلك تأكدت هذه الحقوق بأثر رجعي، أي ليس من وقت الميلاد بل من وقت تحقق سببها، وإن ولد ميتاً فهو كأنه لم يكتسب هذه الحقوق في أي وقت من الأوقات^(٥٢)، وترد الأموال إلى ورثة المورث الأصلي ليس على أنها تركة الجنين، بل على أنها تركة هذا المورث الأصلي^(٥٣).

فهذا التصور يمتاز بأنه تفسير صحيح لهذه الظواهر القانونية، وذلك استناداً إلى فكرة الأثر الرجعي للشرط الواقف سواء تحقق هذا الشرط أو تخلف^(٥٤).

ويعيب الأستاذ علي حسن نجيدة على هذا التصور أنه "في الشرط الواقف تعلق الحقوق والالتزامات بناء على إرادة المتعاقدين، والتعليق في حالة الجنين لا يرجع إلى إرادته إنما إلى حكم القانون. هذا علاوة على أن الشرط يعد دائماً أمراً عرضياً، يمكن تصور الحق من دونه، وميلاد الجنين ليس كذلك، فهو أمر أصلي لا يتصور وجود الجنين من دونه، لهذا لا يمكن وصف حقوق الجنين قبل ميلاده بأنها معلقة على شرط واقف^(٥٥)".

(٥٢) محمد شكري سرور: المرجع السابق - ص: ١٤٩
ومحمد حسام محمود لطفي: المدخل لدراسة القانون - الكتاب الثاني - نظرية الحق - دار قاصد للطباعة - القاهرة - ١٩٩١ - ص: ٩٠
وحمدى عبدالرحمن: الحقوق والمراكز القانونية - دار الفكر العربي - القاهرة - ١٩٧٦ - ص: ١٦٨.

(٥٣) عدنان القوتلي: المرجع السابق - ص: ٤١٨.
(٥٤) انظر عبد القادر العرعاري: النظرية العامة للالتزامات في القانون المغربي - الجزء الأول - مصادر الالتزامات - الكتاب الأول - نظرية العقد - مطبعة فضالة - المحمدية - ١٩٩٥ - ص: ٨٩
أنور سلطان: المبادئ القانونية العامة - دار النهضة العربية - بيروت - ١٩٧٨ - ص: ٢١٢.
رمضان أبو السعود: المرجع السابق - ص: ٢٢٢.
(٥٥) انظر مؤلفه نظرية الحق - دار الفكر العربي - القاهرة - ١٩٨٥ - ص: ١١٣ وما بعدها.

غير أن الشرط موجود هنا أيضاً لأن الولادة، وهي الأصل كما يقول، تفترض احتمالين: احتمال الحياة، واحتمال الموت، ومن ثم يعد شرطاً كما يرى الفقهاء.

ثانياً - حقوق الجنين معلقة على شرط فاسخ:

أورد بعض الفقه^(٥٦) تصوراً آخر لطبيعة حقوق الجنين بجعلها معلقة على شرط فاسخ وهو عدم الولادة حياً، فإذا ولد الجنين ميتاً، فإن هذه الحقوق الممنوحة له والمعترف له بها تزول تبعاً لزوال شخصيته القانونية.

وهذا التصور يقدر شخصية حالة للجنين وإن كانت مؤقتة؛ إذ لما كانت شخصية الجنين حالة لزم أن تكون حقوقه من الطبيعة ذاتها، أي حالة أيضاً. ولما كانت هذه الشخصية مؤقتة وجب أن ينصرف هذا الوصف إلى الحقوق أيضاً. فإذا ولد ميتاً زالت شخصيته المؤقتة وزال معها ما كان له من حقوق.

ويعقب الأستاذ علي حسن نجيدة بقوله: "إن حقوق الجنين لا تعد حالة لأن وجودها ذاته معلق على ميلاده حياً. ولو كانت شخصية الجنين حالة لوجب أن يترتب على موته ما يترتب على موت الشخص العادي من انتهاء شخصيته القانونية بما يستتبع ذلك من توزيع حقوقه على ورثته هو وليس على ورثة المورث الأصلي. هذا علاوة على أن الشرط الفاسخ كالشرط الواقف، كلاهما عنصر عرضي يرجع لإرادة الأفراد. والأمر هنا يرتبط بإرادة المشرع ولا دخل فيه لإرادة الأفراد"^(٥٧).

ويرى بعض الفقه أنه ليست كل الحقوق المتعلقة بالجنين مرتبطة بإرادة المشرع، فهي معلقة في وجودها على ولادة الجنين حياً، لأنها «وفقاً للتعبير الفلسفي: إن شخصية الإنسان توجد «بالقوة» عندما يكون جنيناً، ولكنها لا تتم «بالفعل» إلا منذ لحظة ولادته وانفصاله تماماً عن أمه حياً». والحقوق تدور مع

(٥٦) علي حسن نجيدة: المرجع السابق - ص: ١١٣.

(٥٧) مؤلفه السابق - ص: ١١٤.

طبيعة هذا الوجود، ومن ثم تبقى معلقة على شرط وجودها بالفعل، وهذا الشرط إما شرط واقف تثبت الحقوق كلياً بتحقيقه، وهو ولادة الجنين حياً. أو شرط فاسخ ينهي الحقوق بتحقيق الشرط، وهو ولادة الجنين ميتاً^(٥٨).

ثالثاً - حقوق الجنين حقوق احتمالية:

وهناك رأي ثالث يعد حقوق الجنين من قبيل الحقوق الاحتمالية، ينصب الاحتمال فيها على تمام الولادة حياً^(٥٩)، وهو عنصر أصيل في الحق وليس عارضاً؛ إذ لا يتصور وجود الحق من دونه، وتتوزع حقوقه على مرحلتين: مرحلة كونه جنيناً، وفيها تثبت له بعض الحقوق الاحتمالية حتى إذا ما بدأ المرحلة الثانية حالة خروجه إلى الحياة تأكدت الحقوق واكتملت.

ويعيب أيضاً الأستاذ علي حسن نجيدة على هذا التصور "أن الحق الاحتمالي عندما يتحقق له العنصر الذي ينقصه، يعد موجوداً من وقت تحقق هذا العنصر فقط، أي أن الحق لا يعد ثابتاً للجنين طبقاً لهذا التصور إلا بتمام الولادة حياً، وليس قبل ذلك، وهذا يخالف المتفق عليه من أن الحق يثبت للجنين من تاريخ موت مورثه وليس من تاريخ ولادته"^(٦٠).

إلا أن أنصار هذا الرأي^(٦١) يرون أن هذا الاعتراض يتصور فقط وفقاً للنظرية التقليدية في الحق الاحتمالي، أما النظرية الحديثة في الفقه فترجع الحق الاحتمالي إلى الماضي حيث يتحقق عنصره الأصيل^(٦٢)، ولذلك يخلص هذا الفقه إلى اعتبار حقوق الجنين حقوقاً احتمالية ينصب الاحتمال فيها على عنصر أصيل، هو تمام ولادة الجنين حياً.

(٥٨) خالد عبد الله عيد: المرجع السابق ص: ١٧٦.

(٥٩) عبد الحي حجازي: المدخل لدراسة العلوم القانونية - نظرية الحق - ١٩٧٠ فقرة ٤٣٥ ص: ٣٩٥، وعبد النبي ميكو: المرجع السابق ص: ٢٠.

(٦٠) مؤلفه السابق ص: ١١٤.

(٦١) عبد الحي حجازي: المرجع السابق ص: ٣٩٥.

(٦٢) عبد الحي حجازي: المرجع السابق - ص: ٣٧٤ وما بعدها.

فإذا تحقق هذا العنصر عدت الحقوق ثابتة ليس من وقت الولادة، بل من وقت وفاة المورث.

وهذا النظر هو من قبيل التزيد؛ إذ يلاحظ أن الحقوق الاحتمالية هي الحقوق نفسها الموقوفة على شرط واقف أو فاسخ، ذلك لأن الحق الاحتمالي هو حق قد يتحقق أو يزول بتحقيق الأمر المستقبل أو تخلفه، وهذا الأمر المستقبل هو الشرط المتوقف عليه وجوده أو عدمه.

والواقع أنه يتعين التمييز، بخصوص طبيعة حقوق الجنين، بين الحقوق المالية، مثل تلك الناتجة عن الميراث والوصية، حيث يتوقف تحقق ثبوت ملكيته لها على ولادته حياً، فإذا ولد حياً، أمكن لقربته الاستفادة منها لأنها تنتقل إلى غيره عن طريق الميراث، على أن شرط الولادة حياً في هذه الحالة ليس هو الشرط كوصف عارض، تضيفه الإرادة إلى تصرف قائم ومكتمل الأركان، وإنما هو عنصر يستلزمه القانون لترتيب أثر قانوني معين، وبين الحقوق غير المالية مثل النسب والجنسية، التي تستند في ثبوتها إلى مسائل أخرى، مثل إثبات قوة الفراش بين الزوج والزوجة بالنسبة للنسب مثلاً، أي بمجرد ثبوت النكاح الشرعي بينهما.

المبحث الثاني الحماية القانونية لحقوق الجنين

إن اعتراف القانون للجنين بأهلية وجوب ناقصة يفيد حقه في الاستئثار بقيمة معينة، تجعله ينفرد بها على سبيل الاختصاص دون غيره من الأشخاص، ليس له جدوى إذا لم توفر له الحماية القانونية، حيث يلزم إلى جانب ذلك أن يكون محمياً بالقانون بمنع الغير من التعرض له؛ إذ إن الحالة المادية للجنين تجعل من المستحيل عليه أن يباشر التصرفات القانونية، أو رعاية مصالحه، مما يفرض تعيين شخص يقوم بذلك مقامه، ويباشر السلطات اللازمة لتحقيق انفراد الجنين بالشيء أو بالقيمة، وتمكينه من الاستفادة منهما بعد ولادته حياً. إضافة إلى ذلك، فإن مرور الزمن المتمثل في التقادم، وهو واقعة مادية يرتب عليها

القانون آثاراً معينة من حيث اكتساب الحقوق أو سقوطها، يجعل من الضروري وقف سريان التقادم بشأنه في حالة عدم وجود من يمثله قانوناً. تلك هي إشكاليات سنتناولها في مطلبين، نخصص الأول للوصاية على الجنين، والثاني لسريان التقادم في حقه.

المطلب الأول الوصاية على الجنين

ميز الفقه بين الولاية والوصاية؛ فالولاية سلطة على شخص القاصر لتنشئته وتعليمه وسائر التصرفات المتعلقة بشخصه، أما الوصاية، فهي سلطة إدارية على مال القاصر لحفظه وإدارته واستثماره^(٦٣).

واختلف الفقهاء حول مسألة الوصاية على الجنين؛ فبعضهم يرى عدم جواز تنصيب وصي على الجنين، لأنه لا ولاية لأحد على الجنين إلا بعد ولادته حياً، فمن باب أولى ألا يكون له وصي، وقد ذكر ابن عابدين " لو أقام الأب وصياً على الحمل، فإن ولايته لا تثبت إلا بعد ولادته..."^(٦٤)، " لأن الجنين في حكم جزء من أجزاء الأم، وكما لا يثبت للأب الولاية على الأم، فكذلك على ما هو من أجزائها"^(٦٥). يضاف إلى ذلك أنه لا ملك للجنين حتى في الأموال المحجوزة له من ميراث أو وصية قبل ولادته حياً، ومن ثم ليس هناك من ضرورة للوصاية، إذ لا محل لها ما دام لا يوجد مال يكون محلاً للوصاية^(٦٦). بينما يرى آخرون خلاف ذلك، فيقولون بصحة تعيين وصي على الجنين مادام ليس له صلاحية الأوصياء من حيث الإدارة والتصرف، بل تقتصر مهمته على حفظ مال الجنين حتى ولادته ويسمى بالأمين^(٦٧).

(٦٣) عبد الكريم شهبون: المرجع السابق - ص: ٦٨ وما بعدها.

(٦٤) انظر الفتاوى الحامدية: الجزء الثاني - ص: ٣٠١.

(٦٥) ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار - دار إحياء التراث العربي - كتاب الوصايا.

(٦٦) علي رمضان محمد ازبيدة: المرجع السابق - ص: ٥٥.

(٦٧) الفتاوى الهندية - الجزء السابع - ص: ١٨٣.

وصحة تنصيب وصي على الجنين هو الرأي الراجح لأنه يعد حياً حكماً وتقديراً، وهو بذلك يثبت له ملك الحقوق التي تتسع لاكتسابها أهليته القاصرة من بدء تكوينه فيما لو تحقق شرط استحقاقه لها، وهو ولادته حياً.

وهذه الملكية تفتقر إلزاماً إلى من يحافظ عليها ويديرها، ويستثمرها لصالح مالكة المرتقب، إلى غير ذلك من الأمور الوقتية التي تقتضي السرعة، فتتفق الوصاية مع ما تقرر من أهلية وجوب. وهذا ما أخذت به مدونة الأحوال الشخصية، حيث ينص الفصل ١٥١ على أنه " ١- يجوز للأب أن يقيم وصياً لولده القاصر أو الحمل، وله أن يرجع عن إيصائه.

٢ - تعرض الوصاية بمجرد وفاة الأب على القاضي لتثبيتها"

ويسمى الوصي في هذه الحالة بالوصي المختار، وفي حالة عدم وجود ولي أو وصي للجنين، فإن القاضي حينئذ يعين، طبقاً للفصل ١٥٢ من المدونة^(٦٨)، مقدماً ليقوم بشؤون هذا الجنين وغيرها مما يكون في مصلحته، والعمل على صيانة حقوقه.

ولهذا المقدم المعين من طرف القاضي المشرف على شؤون المحاجير أن يتصرف في الحدود التي يحددها له القانون، ويشرف عليه وعلى تصرفاته القاضي الذي نصبه.

وتجدر الإشارة إلى أن للوصي المختار أن يجعل الوصاية لغيره متى حضرته الوفاة، فيكون لهذا الأخير حينئذ الحكم نفسه تماماً في جميع التصرفات التي يكون للوصي أن يقوم بها، وليس ذلك لمقدم القاضي، بل لهذا وحده حق إقامة مقدم آخر متى مات الأول أو عزل لسبب من الأسباب.

وتكون تصرفات الوصي نافذة، مادامت لم تخرج عن حدود الصلاحيات الممنوحة له قانوناً.

(٦٨) ينص الفصل ١٥٢ من المدونة على أنه "يعين القاضي مقدماً إذا لم يكن للقاصر أو الحمل وصي".

وإذا ولد الجنين ميتاً أعاد الوصي الأموال إلى أصحابها الورثة الذين كانوا يستحقونها حالة تحقق سببها.

المطلب الثاني

وقف التقادم في حق الجنين

ينص الفصل ٣٧٩ من قانون الالتزامات والعقود على أنه: لا يسري التقادم ضد القاصرين غير المرشدين وناقصي الأهلية الآخرين إذا لم يكن لهم وصي أو مساعد قضائي أو مقدم، وذلك إلى بعد بلوغهم سن الرشد أو ترشيدهم أو تعيين نائب قانوني لهم"

ويتبين من هذا الفصل أن المشرع قد قرر وقف التقادم لمصلحة ناقصي الأهلية شريطة ألا يكون لهم من يمثلهم قانوناً حماية لهم، وصيانة لحقوقهم من الضياع، فهل يشمل حكم هذا النص الجنين في حالة عدم وجود ولي قانوني ينوب عنه، كما لو توفي الأب قبل ولادته ولم يعين له وصي؟

يرى بعض الفقه^(٦٩) أن التقادم يجب أن يقف في حق الجنين، ذلك أن التقادم إذا كان يقف لمصلحة المميز وغير المميز، فإنه ينبغي تقرير إيقافه لمصلحة الجنين بالأحرى لاتحاد العلة، غير أن وقف التقادم يتوقف مصيره في هذه الحالة على ولادة الجنين حياً أو ميتاً، ففي الحالة الأولى، أي إذا ولد الجنين حياً، فإن وقف التقادم يعد نهائياً، بحيث يظل موقوفاً إلى أن يعين للمولود من يمثله قانوناً، أو إلى أن يرشد، أو أن يبلغ سن الرشد. أما في الحالة الثانية، أي إذا ولد الجنين ميتاً، فإن وقف التقادم يعد كأن لم يكن، وأن التقادم مازال سارياً منذ البداية

وهذا الرأي يتفق مع الهدف الذي توخاه المشرع من تقرير حكم الفصل السابق، وهو منسجم مع نصوص القانون الأخرى؛ إذ من المقرر أن كمال

(٦٩) سعيد الدغيمر: قطع التقادم ووقفه في ضوء قانون الالتزامات والعقود - أطروحة لنيل دكتوراه الدولة - جامعة محمد الخامس بالرباط- السنة الجامعية ١٩٧٤- ص: ١٨٩.

الأهلية يعد شرطاً من شروط قبول الدعوى في من يرفعها^(٧٠)، وبناء عليه، إذا كان الشخص فاقد الأهلية أو ناقصها، ولم يكن له نائب قانوني، فإنه يمتنع عليه مع قيام ذلك الوصف به إقامة الدعوى للمطالبة بحقوقه لقطع التقادم الساري ضده، ثم إن كون تحقق ثبوت الحقوق للجنين معلقاً على شرط واقف يقضي بوقف التقادم في أثناء مرحلة الشك، أي قبل تحقق الشرط، وما يفضي إليه من عدم تأكد مصير حقوق الجنين، فهي في هذه المرحلة، وإن كانت موجودة، فإنها غير نافذة، الأمر الذي يدعو إلى وقف التقادم بالنسبة إليه.

وطبقاً لهذا التحليل، فإنه يوقف التقادم لصالح كل شخص لم يبلغ سن الرشد، سواء كان مميزاً أم فاقد التمييز، ولا يسري في حقه إلا إذا وجد الممثل القانوني من ولي أو وصي أو مقدم، و كلمة شخص تفيد العموم وهي بذلك تشمل حتى الجنين.

(٧٠) ينص الفصل الأول من قانون المسطرة المدنية الصادر بتاريخ ١١ رمضان ١٣٩٤ (٢٨ سبتمبر ١٩٧٤) على أنه: «لا يصح التقاضي إلا ممن له الصفة، والأهلية، والمصلحة، لإثبات حقوقه. ويثير القاضي تلقائياً انعدام الصفة أو الأهلية أو المصلحة أو الإذن بالتقاضي إن كان ضرورياً، وينذر الطرف بتصحيح المسطرة داخل أجل يحدده».

الفصل الثاني

أنواع الحقوق المقررة للجنين

يظهر من خلال الحقوق التي تثبت للجنين أن بعضها يعد أثراً قانونياً لوقائع قانونية، في حين أن الأخرى مصدرها تصرفات قانونية.

ولتبيان ذلك، سندرس في المبحث الأول، حقوق الجنين الناشئة عن وقائع قانونية، وفي المبحث الثاني، حقوقه الناشئة عن التصرفات القانونية.

المبحث الأول

حقوق الجنين الناشئة عن وقائع قانونية

يقصد بالوقائع القانونية كل واقعة مادية يرتب القانون على مجرد حدوثها أثراً قانونياً معيناً غير مستمد من اتجاه إرادي، أي من غير أن تكون لإرادة شخص ما أدنى أثر في اختيار قيام هذا الالتزام؛ إذ قد توجد الإرادة كما في الأفعال الاختيارية، وقد لا توجد كما في الوقائع الطبيعية، وإن وجدت الإرادة في القيام بالعمل المادي المكون لهذه الواقعة، فجوهر الواقعة القانونية هو العمل المادي، وليس الإرادة والاختيار في إتيانه^(٧١). ومن أمثلة الوقائع القانونية المرتبة لأثر قانوني، واقعة الموت، وما في حكمها، فهي بطبيعتها حادث مادي طبيعي لا يد للإنسان فيه ولا اختيار له فيه، وعلى الرغم من ذلك تؤدي هذه الواقعة إلى ترتيب آثار قانونية، منها حق الإرث، بحيث تنتقل تركة الشخص المتوفى إلى ورثته كل بقدر نصيبه في الإرث^(٧٢).

(٧١) زيد قدرى الترجمان: الموجز في القانون المدني - نظرية الالتزام - الجزء الأول - مصادر الالتزام - شركة بابل للطباعة - الرباط - ١٩٩٢ - ص: ١٦.

(٧٢) خالد عبد الله عيد: المرجع السابق - ص: ٧٢.

لكن ما مصير التركة إذا كان بين الورثة جنين؟ وما أثر اختلاف حالاته من حيث كونه ذكراً أو أنثى، واحداً أو متعدداً....، على ميراثه؟ وما مصير الحقوق التي كانت للموروث، كحق الشفعة مثلاً؟

لأجل ذلك، سندرس في المطلب الأول ميراث الجنين، واختلاف ميراثه باختلاف حالاته، وفي المطلب الثاني حق الشفعة للجنين.

المطلب الأول ميراث الجنين

عرف الفصل ٢١٩ من مدونة الأحوال الشخصية الإرث بأنه: "انتقال حق بموت مالكة بعد تصفية التركة لمن استحقه شرعاً بلا تبرع ولا معاوضة"، ويشترط في استحقاق الإرث، بحسب الفصل ٢٢٦ من المدونة ما يلي:

- ١ - تحقق موت الموروث حقيقة أو حكماً.
 - ٢ - وجود وارثه عند موته حقيقة أو حكماً.
 - ٣ - العلم بجهة الإرث.
- وبذلك فإن من بين شروط الإرث عموماً كون الوارث موجوداً، إما حقيقة أو حكماً، وقت وفاة المورث، بعد أن يكون سبب الإرث قائماً دون مانع.
- ويقصد بالوجود الحقيقي للوارث أن يكون حياً بعد وفاة مورثه، أما الوجود الحكمي أو التقديري للوارث، فيصدق على الجنين في بطن أمه، فقد أعطي له حكم الموجود^(٧٣)، ومن ثم لا خلاف بين الفقهاء على أن الحمل يكون من جملة الورثة، سواء كان من زوجة الموروث منه، أم من زوجة قريبه، أو من أمه^(٧٤)، إلا أنه يشترط لذلك تحقق الشرطين الآتيين:

(٧٣) ويصدق الوجود الحكمي كذلك على المفقود قبل التصريح بوفاته؛ إذ يظل محتمل الحياة في حق نفسه، وفي حق غيره، أي فيما يرجع له من حقوق وما عليه من واجبات.

(٧٤) عبد الكريم شهبون: شرح مدونة الأحوال الشخصية المغربية - الجزء الثاني - الأهلية والنيابة الشرعية والوصية والميراث - دار نشر المعرفة - الرباط ١٩٨٧ - الطبعة الثانية - ص: ٣٣٨.

الشرط الأول: أن يكون موجوداً في بطن أمه حقيقة أو حكماً حين وفاة مورثه، لأن الإرث خلافة، والمعدوم لا يتصور أن يكون خلفاً عن أحد^(٧٥)، وأدنى درجات الخلافة وجود الخلف، والجنين وإن لم تكن حياته محققة وقت وفاة المورث التي هي من شروط الوراثة، إلا أنه عدّ حياً باعتبار المآل^(٧٦)، لأن الموجود منه في طريق أن يتكون منه شخص حي، فيعطى له حكم الحياة.

ويستدل على وجوده في بطن أمه عند وفاة المورث بولادته حياً في مدة يتيقن فيها، أو يغلب على الظن وجوده في بطنها وقت وفاة مورثه، وبحسب الفصل ٨٤ من مدونة الأحوال الشخصية، فإن "أقل مدة الحمل ستة أشهر وأكثرها سنة. مع مراعاة ما ورد في الفصل ٧٦ فيما يخص الريبة"^(٧٧).

وتختلف هذه المدة بحسب الأحوال^(٧٨)، فتارة تكون أقل الحمل^(٧٩)،

(٧٥) بدران أبو العينين بدران: الميراث المقارن بين المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون - دار المعارف بمصر - ١٩٧١ - ص: ٢٧٤.

(٧٦) نكر الإمام شمس الدين السرخسي أن النطفة من جملة الورثة ما لم تفسد، فهي معدة للحياة، ولأنه يكون منها شخص حي، فيعطى حكم الحياة باعتبار المآل، كما يعطى للبيض حكم الصيد في وجوب الجزاء على المحرم إذا كسره، وإن لم يكن فيه معنى الصيدية. المبسوط - الجزء ٣ - دار المعرفة - بيروت - ١٩٨٦ - ص: ٥٠.

(٧٧) ينص الفصل ٧٦ من مدونة الأحوال الشخصية على أن "أقصى أمد الحمل سنة من تاريخ الطلاق أو الوفاة، فإذا انقضت السنة، وبقيت الريبة في الحمل، رفع من يهمل الأمر أمره إلى القاضي ليستعين ببعض الخبراء من الأطباء على التوصل إلى الحل الذي يفضي إليه الحكم بانتهاء العدة أو امتدادها إلى أجل يراه الأطباء ضرورياً لمعرفة ما في البطن أهو علة أم حمل". ويرى بعض الفقه أن المنطق يقضي بأنه بعد مرور سنة لا ينبغي أن يسمع أي ادعاء. عبد النبي ميكو: المدخل لدراسة القانون - الجزء الثاني - نظرية الحق في القانون المغربي والمقارن - المطبعة العالمية - الرباط - ١٩٧٤ - ص: ٢٣.

(٧٨) بدران أبو العينين بدران: المرجع السابق - ص: ٢٧٥ وما بعدها، وأيضا الغازي الحسيني: مختصر علم الفرائض والحقوق الإرثية - سلسلة دروس المعهد الوطني للدراسات القضائية - ١٩٨٢ - ص: ١٨.

(٧٩) اتفق الفقهاء على أن أقل مدة الحمل ستة أشهر، وقد استنبطوا ذلك من قوله تعالى ﴿وَحَمْلُهُمْ وَفَصْلُهُمْ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾ سورة الأحقاف: الآية ١٥، وقوله تعالى ﴿وَفَصْلُهُمْ فِي عَمَزَيْنِ﴾ سورة لقمان: الآية ١٤. فبإسقاط مدة الفصل الواردة في الآية الأخيرة، وهي عامان أي ٢٤ شهراً، من مدة الحمل والفصل الواردة في الآية الأولى، وهي ٣٠ شهراً، لم يبق للحمل إلا ستة أشهر.

وأخرى تكون أكثرها^(٨٠)، مع التأكيد ابتداءً أن ثبوت الحق في الميراث يفترض بالضرورة ثبوت نسب الجنين لأبيه:

(٨٠) أما أكثر مدة الحمل، فقد اختلف الفقهاء فيها، لأنه لم يرد نص في القرآن أو السنة يدل عليها، ويمكن إجمال آرائهم على النحو التالي:

١. الرأي الأول، يرى أن أكثر مدة الحمل هي خمس سنوات، وبهذا قالت المالكية، وقال بعض أصحاب مالك، سبع سنوات.

٢. الرأي الثاني، ويذهب أصحابه إلى أن أقصى هذه المدة أربع سنوات، وبهذا قالت الشافعية، وهو المشهور عند المالكية، وأصح الأقوال عند الإمام أحمد بن حنبل.

٣. الرأي الثالث، يرى أنها سنتان، وبهذا قال الأحناف، وهي رواية أخرى عن الإمام أحمد واستدلوا بقول عائشة رضي الله عنها "ما تزيد المرأة في الحمل عن سنتين بقدر ما يتحول ظل عمود المغزل (أخرجه الدارقطني والبيهقي في سننهما). وظل المغزل مثل للقلة، لأن حال الدوران أسرع زوالاً من سائر الظلال.

٤. الرأي الرابع يرى أن أكثرها تسعة أشهر، وهو قول الظاهرية.

٥. الرأي الخامس هو رأي محمد بن الحكم من المالكية الذي قال إن أكثرها سنة هلالية، أي ٣٥٤ يوماً. وهذا القول هو ما رجحه ابن رشد.

ويلاحظ أن كل رأي من هذه الآراء مستند إلى مجرد أخبار لا تصلح للاستدلال، وليس في أقصى مدة الحمل كتاب ولا سنة، كما أن المقصود بالسنة والشهر في عرف الفقهاء السنة القمرية والشهر القمري.

وقد تناول الأطباء موضوع أقصى مدة الحمل في الندوة التي نظمتها المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت سنة ١٩٨٧، وقرروا بعد مداوات عديدة أن نماء الحمل يستمر منذ التلقيح حتى الميلاد معتمداً في غذائه على المشيمة، والأصل أن مدة الحمل بوجه التقريب مائتان وثمانون يوماً، تبدأ من أول الحيضة السوية السابقة للحمل، فإذا تأخر الميلاد عن ذلك، ففي المشيمة بقية رصيد يخدم الجنين بكفاءة لمدة أسبوعين آخرين، ثم يعاني الجنين المجاعة من بعد ذلك لدرجة ترفع نسبة وفاة الجنين في الأسبوع الثالث والأربعين والرابع والأربعين، ومن النادر أن ينجو من الموت جنين بقي في الرحم خمسة وأربعين أسبوعاً.

ولاستيعاب النادر والشاذ تمد هذه المدة ابتداءً من أسبوعين آخرين لتصبح ثلاثمائة وثلاثين يوماً، ولم يعرف أن مشيمة قدرت أن تمد الجنين بعناصر الحياة لهذه المدة.

ولما نوقش هذا الأمر مع الفقهاء في الدورة الحادية عشرة لمجمع الفقه الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة في فبراير ١٩٨٩، انقسم الفقهاء المشاركون =

- إذا كان الحمل من الميت نفسه، فإن ترك زوجته أو معتدته حاملاً، فلا يرث من الميت ولا من أقاربه إلا إذا وضعته لسنة شمسية على الأكثر من تاريخ الوفاة أو الطلاق، لأن مجيئه في هذه المدة دليل على وجوده في بطن أمه وقت الوفاة، فيتحقق الشرط، فيرث. أما إذا وضعته لأكثر من سنة شمسية من وقت الوفاة أو الطلاق، فإنه لا يرث، لأنه علم بمجيئه في هذه المدة أن الحمل به كان بعد الموت، وحينئذ لا نسب ولا ميراث^(٨١).

- وإذا كان الحمل من غير الميت، كما إذا توفي عن زوجة أبيه، أو زوجة ابنه حاملاً، أو ترك أمه حاملاً من غير أبيه، وكان الحمل غير محجوب من الإرث، فإما أن تكون الزوجية قائمة بين الحامل وذلك الغير أو غير قائمة.

- فإذا كانت الزوجية قائمة، فلا يرث الحمل إلا إذا ولد لسته أشهر فأقل من تاريخ وفاة مورثه، لتحقق وجوده في بطن أمه في ذلك الوقت، أما

= إلى فريقين: فريق مؤيد لرأي الأطباء، يرى أنه الحق، ولا حرج بالتوصية بذلك، بخاصة أن الفقهاء الأوائل لم تسمح لهم الفرصة من العلم القطعي كما هو الآن. وفريق معارض لرأي الأطباء، كانت لهم نقاط احتجاج مثل عدم وجود نص من الكتاب أو السنة لأقصى مدة الحمل، كما هو واضح في أقل مدة الحمل، وهذا يجعل الباب مفتوحاً رحمة بالمسلمين، ومن الفقهاء من ذهب إلى التشكيك بعلم الأطباء حيث يقولون: إنه علم استقرار جزئي، وليس استقرار كلياً، وساعدهم على ذلك تسجيل حادثة في الطب على حالة ولادة بعد سبعة وأربعين أسبوعاً، وبأنه قد يظهر للأطباء مستقبلاً ما يغير رأيهم.

نجم عبد الله عبد الواحد: مدة الحمل - مجلة المجمع الفقهي الإسلامي - العدد الرابع - السنة الثانية - ١٩٨٩ - ص: ٢٥١ وما بعدها.

ونشير إلى أن التطور العلمي والبيولوجي الحديث أفرز في الغرب حالات تستدعي إبداء رأي الشرع فيها، منها تلقيح الزوجة بالحيوان المنوي الذي احتفظ به الزوج في بنك من بنوك المنى، بعد وفاته. وقد وقع بالفعل أن أنجبت كيم سالي عام ١٩٨٧ طفلاً من زوجها المتوفى إثر تلقيحها بالحيوان المنوي المحفوظ في أحد البنوك.

جريدة أخبار العالم الإسلامي - العدد ١١٥٧ - السنة ٢٥ - ص: ٧.

(٨١) عبد الودود السريتي: ضوابط الإرث في التشريع الإسلامي - الدار الجامعية - بيروت - ١٩٩٠ - ص: ١٦٦.

إذا ولد لأكثر من ستة أشهر، فإنه لا يرث، لعدم التيقن من وجوده في بطن أمه وقت وفاة مورثه.

- فإن كانت الزوجية غير قائمة، بأن كانت الحامل من غير الميت معتدة من موت أو طلاق، ولم تقر بانتهاء عدتها، فلا يرث الحمل من المورث إلا إذا ولد لسنة على الأكثر من تاريخ الطلاق أو الوفاة، ومات المورث أثناء العدة، لتحقق وجوده في بطن أمه وقت وفاة المورث. فإذا ولد لأكثر من سنة، فلا يرث لعدم تحقق وجوده في بطن أمه عند وفاة مورثه^(٨٢).

الشرط الثاني: أن يولد الجنين حياً^(٨٣) لتثبت له أهلية الوجوب لما حجز له من التركة، وهو ما نص عليه صراحة الفصل ٢٢٠ من مدونة الأحوال الشخصية، الذي جاء فيه أنه: "يستحق الإرث بموت المورث حقيقة أو حكماً، وتحقق حياة وارثه بعده"، لأن مناط أهليته حياته التي تظهر وتحقق عند الولادة، ويتحقق ذلك بانفصال المولود كله حياً عن أمه، فلا يكفي خروج جزء منه ولو كان أكثره^(٨٤). فعدم تمام هذا الانفصال يجعله جزءاً من أمه^(٨٥). علماً

(٨٢) وجه الفرق بين الحمل إذا ما كان من المورث أو من غيره، والزوجية غير قائمة، حيث عدّ أقصى مدة الحمل وهي السنة، وبين الحمل إذا ما كان من غير المورث والزوجية قائمة، حيث عدّ أدنى مدة الحمل، وهي ستة أشهر، أن النسب يحتاط في إثباته ما أمكن، فلضرورة الاحتياط عدّ أقصى المدة وهو السنة في الحالتين الأوليين، أما الصورة الثالثة، فالنسب ثابت يقيناً من ذلك الغير لقيام الزوجية، لذلك عدّ فيه أدنى المدة وهو الأشهر الستة.

(٨٣) يعد الميلاد واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق، ولكن نظراً لأهمية تلك الواقعة وما يترتب عليها من آثار، أوجب القانون على الوالدين والأقرباء قيد المولود في السجلات الرسمية المعدة لذلك لدى المكاتب المختصة.

(٨٤) يذهب فقهاء الحنفية إلى أنه يكفي لثبوت حياته خروج أكثره حياً، لأن للأكثر حكم الكل، أما الأئمة الثلاثة فيرون أنه لا بد من انفصاله كله حياً، لأن أهلية التملك لا تتحقق إلا بالوجود الكامل، وذلك بانفصاله كله حياً.

(٨٥) نجاة بضراني: مدخل لدراسة القانون - مطبعة النجاح الجديدة - الدار البيضاء - ٢٠٠١ - الطبعة الثانية - ص: ٣٤٧.

أن هذا الانفصال يتحقق ولو لم ينقطع الحبل السري الذي يربطه بأمه، ويسمى هذا الشرط بشرط الاستهلال^(٨٦)، فحياة المولود التي لا شك فيها تكون بأقوى علامة تحققها، وذلك باستهلال المولود لا بحركته أو اختلاجه فقط، إذ الاستهلال لا يكون إلا من حي، أما الحركة فقد تكون من غير حي^(٨٧)، ويستفاد هذا الشرط من الفصل ٢٢٧ من مدونة الأحوال الشخصية، الذي ينص على أنه: "إذا تحققت حياة المولود بصراخ أو رضاع أو نحوهما ورث وإلا فلا"، وعلامات الحياة المذكورة في هذا الفصل هي على سبيل المثال لا الحصر بدليل قوله "ونحوهما"، فإذا وجدت إحدى علامات الحياة ولو لزمان قصير، فإنه

(٨٦) سمي هذا الشرط بالاستهلال تجوزاً، والأصل فيه الأحاديث التي رويت عن النبي صلى الله عليه وسلم، ومنها عن أبي هريرة رضي الله عنه، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: إذا استهل المولود ورث (سنن أبي داود - الجزء الثالث - كتاب الفرائض - باب في المولود يستهل ثم يموت - ص: ١٢٨). وعن جابر بن عبد الله قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم "إذا استهل الصبي صلي عليه وورث" (سنن ابن ماجه - الجزء الأول كتاب الجنائز - باب ما جاء في الصلاة على الطفل - ص: ٤٨٣)

والاستهلال: الصياح، يقال استهل وأهل إذا صرخ، وكانت العرب قديماً إذا رأت الهلال أكثر الصراخ عند رؤيته إعلماً بحلوله، فسمي الصوت عند استهلال الهلال استهلالاً، ثم سمي الصوت من الصبي المولود استهلالاً لأنه صوت عند وجود شيء يجتمع له، ويفرح به.

لمزيد من التفصيل راجع: ابن قدامة في المغني - الجزء ٦ - دار الكتب العلمية - بيروت - ١٩٩٤ - ص: ٢١٨

محمد رياض: أحكام الموارث بين النظر الفقهي والتطبيق العملي - مطبعة النجاح الجديدة - الدار البيضاء. ١٩٩٨ - ص: ٦٠

وكذلك أحمد الحصري: التركات والوصايا والقضايا المتعلقة بها في الفقه الإسلامي المقارن - دار الجيل - بيروت - ١٩٩٢ - ص: ١٠١

وأيضاً عواطف تحسين عبد الله البوقري: المرجع السابق - ص: ١٥١ وما بعدها.

(٨٧) علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل - دار إحياء التراث العربي - بيروت - ١٩٩٨ - ص: ١٩٩٨. وأيضاً أحمد الحصري: المرجع السابق - ص: ١٠٣.

يكون قد ولد حياً ولو لأقصى أمد الحمل، فإن حصل شك أو الخلاف بين الورثة في حياته من مماته، فللقاضي أن يستعين بأهل الخبرة من الأطباء في هذا المجال^(٨٨).

أما إذا وضع الجنين ميتاً، لم يرث، لأن حياته وقت وفاة الموروث لم تكن محققة، ولو شهد الطبيب المختص بأنه كان حياً في بطن أمه يوم موت أبيه^(٨٩).

وقد يسقط الجنين ميتاً نتيجة تعرض الأم للضرب أو الجرح أو الإجهاض أو لحادث سير، وما أشبه ذلك، ففي هذه الحالة لا ميراث للجنين لانتفاء شرط الاستهلال، إلا أن لقرابته المقربة (الأب والأم) الحق في مطالبة الفاعل بالغرة (التعويض)، فهي التي تستحق عنه دون سواها عند الجمهور^(٩٠)، خلافاً لأبي حنيفة وأصحابه الذين عمموا القياس، فقالوا باستحقاقه حتى الميراث ما دام استحق الغرة، لأن وجوب الضمان بالجنانية يكون على الحي دون الميت، فالشارع لم يوجبها إلا على أساس افتراض حياته، فافتراض حياته إذا سلم من أثر الاعتداء يفرض معه القول بميراثه^(٩١)، وهو قياس في غير موضعه، لأنه لو سلم من أثر الاعتداء لما ثبت يقيناً أنه سيولد حياً، لكثرة عوارض الموت، كما أن مدونة الأحوال الشخصية اشترطت الاستهلال دون تخصيص، فلا ميراث للجنين إلا إذا استهل حياً.

وبذلك يكون تقدير حياة الحمل هو استدلال على حياته في البطن بحياته التي تتحقق بعد وضعه على طريق الاستصحاب المعكوس، أي الحكم على الماضي بما ثبت في الحاضر، وبهذا الاستدلال جعل المشرع الحمل متوافراً

(٨٨) محمد رياض: المرجع السابق - ص: ٦٠.

(٨٩) الغازي الحسيني: المرجع السابق - ص: ٢٤.

(٩٠) عبد الرحمان بلعكيد: علم الفرائض - مطبعة النجاح الجديدة - الدار البيضاء - ١٩٩٥ - الطبعة الثالثة - ص: ٩٢.

(٩١) الشوكاني: نيل الأوطار - الجزء السابع - دار الجيل - بيروت - ١٩٧٣ - ص: ٢٢٧ وما بعدها.

على الشرط المذكور، وهو حياة الوارث وقت موت الموروث، وعده وارثاً من جملة ورثة قريبه الميت.

ووجود الحمل أو ادعائه من المرأة موجب لوقف قسمة التركة بين الورثة في القانون المغربي، وتبقى موقوفة إلى وضعه أو اليأس منه^(٩٢)، وذلك على الرغم من عدم وجود نص صريح يقضي بذلك، وإنما يمكن استخلاص هذا الحكم استناداً إلى الفصل ١٠٨٤ من قانون الالتزامات والعقود الذي أوجب أن تكون القسمة قضائية في حالة وجود شخص بين الشركاء لا تتوافر له أهلية التصرف في أمواله، ونظراً لأن الرأي المشهور في المذهب المالكي^(٩٣) يرى وقف قسمة التركة حتى ينفصل الجنين عن أمه، وقد نص الفصل ٢٩٧ من مدونة الأحوال الشخصية على أن: "كل ما لم يشملها هذا القانون يرجع فيه إلى الراجح أو المشهور أو ما جرى به العمل في مذهب الإمام مالك". وقد ذكر القاضي المكناسي في مجالسه عن الحافظ ابن رشد: فيما إذا كان في الورثة حمل، فإنه لا خلاف في تعجيل الدين وتأخير الإرث، وأن الوصية إن كانت بعدد ألحقت بالدين، وإن كانت بجزء ألحقت بالميراث^(٩٤). وذلك من أجل القضاء على الإضطراب الذي يمكن أن يحصل في القسمة بناء على تقدير هذا الحمل حياً أو ميتاً، وهل هو ذكر أو أنثى، وهل هو متعدد أو متحد، وهل تعدده بالذكر أو الأنوثة.....

(٩٢) الغازي الحسيني: المرجع السابق - ص: ١٧، وإن كان بعض الفقه المغربي يرى أن الذي يوقف هو حظه من الميراث وليس قسمة التركة، إلى أن تثبت حياته عند ولادته - عبد الرحمان بلعكيد: المرجع السابق - ص: ٩٢.

(٩٣) قال صاحب الشرح الكبير: "يوقف قسم التركة إن كان من بين الورثة حمل؛ ذلك أن الحمل أحدث شكاً في عدد المستحقين للتركة وفي أنصبتهم، فإنه لا يدري هل يوجد من الحمل وارث أو لا؟ وعلى وجوده هل هو متحد أو متعدد؟ وعليهما هل هو ذكر أو أنثى، أو مختلف؟ ولهذا لم يعجل القسم للوارث المحقق وجوده، ويؤخر المشكوك فيه، كما هو الحال بالنسبة للمفقود؛ لأن مدة الحمل قصيرة غالباً، فلن يضار الورثة من تأخير قسمة التركة بينهم، حيث الغالب أن التركة لا تتغير في هذه المدة القصيرة المقدرة للحمل، بخلاف المفقود فطولها يظن تغير التركة لو وقعت"

الشرح الكبير على متن خليل - الجزء الرابع - ص: ٤٨٧.

(٩٤) الغازي الحسيني: المرجع السابق - ص: ١٧.

أما الحكم بخبرة الطبيب في هذه الحالة، فيكون فيما يتعلق بوجود الحمل فقط دون العمل بمعرفة هل هو ذكر أو أنثى.. إلخ، ولو توصل إلى ذلك^(٩٥)؛ لأن العبرة بازدياد الجنين حياً، إذ لا يضمن الطبيب الحياة ولو دقيقة واحدة، وهذا هو السر في كون المذهب المالكي لم يعجل قسمة المتروك بادعاء الحمل من المرأة، علماً أن الحمل لا يوقف قسمة التركة إلا إذا كان الحمل وارثاً، أو يؤدي إرثه إلى تغيير في وضعية الورثة. أما لو كان ما يؤدي إليه الحمل من مولود محجوباً في جميع الأحوال ولا عبرة بوجوده، فلا يوقف قسم المتروك.

وهذا الموقف له فائدة كبيرة، حيث يأخذ كل وارث نصيبه كاملاً غير منقوص وبصفة نهائية، بعد أن يعلم حال الجنين، هل هو حي أو ميت، وهل هو ذكر أو أنثى....، ولاسيما أن مدة الحمل ليست طويلة، وقد يكون الجنين أخذ منها الأكثر عند وفاة مورثه.

وذلك على خلاف ما ذهب إليه الحنفية من تقدير الحمل مرة ذكراً ومرة أخرى أنثى، فيعامل على ما هو الأصلح والأنفع له وهو أحسن الأمرين، ويعامل باقي الورثة بأدنى الأمرين^(٩٦)، مما دفع الشيخ محمد أبو زهرة، وهو حنفي

(٩٥) يرى الأستاذ محمد رياض أنه "قد يقال إنه يمكن التوصل إلى معرفة الذكورة والأنوثة وحتى العدد بحسب الجنس بوسائل طبية، إنما تبقى هذه المعرفة قاصرة وخاصة في المراحل الأولى من الحمل، وأن التعرف يتم بأدوات بعد تكوين الجنين وتحيزه، وكل هذا لا يخرق ما اختص الله - سبحانه - بعلمه في قوله تعالى: ﴿وَيَعْلَمُ مَا فِي الْأَرْحَامِ﴾، لأن علم الله - تعالى - شمولي وإحاطي، ويعلم أمر الجنين من قبل ويعلمه من بعد، قال تعالى: ﴿يَمْحُوهُ اللَّهُ مَا يَشَاءُ وَيُثَبِّتْ وَعِنْدَهُ أُمُّ الْكِتَابِ﴾. ثم إن علم الله سبحانه متعلق بالجنين جسماً وروحاً، قدراً وعملاً وأجلاً، ويعلم - سبحانه - ذلك كله علماً مباشراً يليق بجلاله، فكيف تصل إلى بعض تلك مختبرات الطب ووسائل معرفته"

انظر مؤلفه السابق - ص: ١٩٤ وما بعدها. إضافة إلى أن علم المخلوق لا يدعو أن يكون علماً مبنياً على قرائن وأمارات لا تصل إلى حد اليقين.

(٩٦) أحمد فراج حسين: نظام الإرث في التشريع الإسلامي - المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع - بيروت - ١٩٩٨ - ص: ٢٢٤.

المذهب، إلى القول بأنه " لو انتظر الأمر بالنسبة للتركة كلها إلى ما بعد الولادة لكان أتم، ليتجلى الأمر، وتكون القسمة على بينة، فيأخذ كل ذي حق حقه أخذاً نهائياً، لا ينقص من بعد لتغير الفرائض، إذ إنها تصير غير قابلة للتغيير " (٩٧).

أما في القانون المصري، فيراعى في توريث الحمل الأصلح والأنفع له، فإذا رضي الورثة بتأخير قسمة التركة إلى حين ولادته، فإن المال يوقف حتى يتبين ما وضعت المرأة^(٩٨)، أما إذا لم يرض الورثة بتأخير قسمة التركة إلى حين ولادته، لم يجبروا على الصبر، ولم يعطوا كل المال، حيث يوقف للجنين أوفر النصيبين على تقدير أنه ذكر أو أنثى، إذا كان وارثاً على التقديرين واختلف نصيبه، وإذا كان وارثاً على أحد التقديرين دون الآخر عدّ وارثاً ويحفظ له نصيبه^(٩٩).

(٩٧) انظر مؤلفه أحكام التركات والموارث - دار الفكر - ص: ٢٤٤.

(٩٨) توقف التركة كلها إذا لم يوجد مع الحمل ورثة، كما إذا توفي عن زوجة ابنه الحامل فقط، فإذا ولد حياً، أخذ جميع التركة بلا خلاف.

(٩٩) تجدر الإشارة إلى اختلاف الفقهاء حول هذا الموضوع:

فبالإضافة إلى من قال بوقف القسمة حتى يولد الحمل ويتبين أمره، يرى بعضهم أن التركة تقسم كلها بين الأحياء ولا يوقف شيء للحمل إذ ما في البطن لا يعلم أهو حمل أم لا، ولا ينبغي تعطيل حق ثابت لمجرد احتمال، فإذا انفصل حياً نقضت القسمة ثم تستأنف. وقيل لا يدفع إلى أحد من الورثة شيء إلا من كان له فرض لا يتغير بتعدد الحمل، وعدم تعدده، فإنه يدفع إليه فرضه على تقدير العول ويترك الباقي إلى أن ينكشف الحال، لأن الحمل مما لا ينضب، فقد تلد المرأة أكثر من واحد ولا يدرى كم تلد.

وقيل يوقف نصيب أربعة بنين أو نصيب أربع بنات أيهما أكثر، ويعطى بقية الورثة أقل الأنصباء، لأنه لم ينقل عن أحد من المتقدمين أن امرأة ولدت أكثر من هذا العدد، فيكتفى به.

وقيل يوقف نصيب اثنين، ابنين أو بنتين أيهما أكثر، وذلك لأن ولادة أربعة في بطن واحد في غاية الندرة، فلا يبنني الحكم عليه، بل على ما يعتاد في الجملة، وهو ولادة اثنين.

وقيل يوقف نصيب ابن واحد، أو بنت واحدة أيهما أكثر، وذلك لأن المعتاد الغالب أن لا تلد المرأة في بطن واحد إلا ولداً واحداً، فيبنني عليه الحكم ما لم يعلم خلافه.

لمزيد من التفصيل راجع: أحمد إبراهيم بك: التركة والحقوق المتعلقة بها - الموارث و الوصية - تصرفات المريض مرض الموت - القاهرة الحديثة للطباعة - ١٩٨٧ - ص: ٤٢٧ وما بعدها، وأيضاً أحمد الحصري: المرجع السابق - ص: ٩٠ وما بعدها.

وأما الورثة فيعاملون بالعكس، فيعامل كل وارث مع الحمل بأسوأ الأمرين، ويوقف الفرق بين الأنصاء إن وجد مع نصيب الحمل، ويحفظ كل ذلك في يد أمينة، حتى يتبين الأمر بولادة الحمل، فيأخذ كل ذي حق حقه كاملاً، ويعني ذلك أنه بحسب هذا الاتجاه، فإن التركة تقسم قسمة أولية، ويترك التقسيم النهائي إلى ما بعد الولادة، وهو أمر يجعل حالات هذه القسمة الأولية تتعدد بتعدد الاحتمالات التي يمكن أن تكون عند الولادة بحسب ما سنراه في المبحث الثاني على سبيل التوضيح فقط، وإن كنا نرى أن الحمل إذا كان وارثاً، أو يؤدي إرثه إلى تغيير في وضعية الورثة، فإنه من الأفضل وقف تقسيم التركة إلى ما بعد الولادة حتى تتبين حياته وحاله ووصفه، ليتضح نصيبه، وأثره في استحقاق الغير. لأن في القسمة تسليطاً للورثة على ما يأخذونه من مال الميت بوصفه ملكاً لهم، وفي ذلك احتمال إتلافه أو استهلاكه، فإذا ولد حياً واستحق بعض ما في أيديهم من مال الميت، كان استرداد حقه منهم محلاً للخطر^(١٠٠).

ويخلص مما سبق أنه لا إشكال في أحوال الجنين في الميراث على رأي من يرى تأجيل القسمة، أما على رأي من يرى تعجيل القسمة، فإن للحمل تأثيراً في تقسيم التركة بين الورثة الموجودين عند الوفاة فعلاً، إذ إن الحمل قد يحجب بعض الورثة حجب حرمان، وقد يحجب بعضهم حجب نقصان، وقد يكون الحمل نفسه محجوباً، كما أن أمره يدور بين الوجود والعدم، وبين الذكورة والأنوثة، وبين كونه واحداً أو متعدداً، لذلك تتعدد حالات ميراث الحمل، وأهمها:

الحالة الأولى: ألا يكون الحمل وارثاً على جميع الأحوال، سواء كان ذكراً أم أنثى، أي أن يكون الحمل محجوباً من الإرث على أي التقديرين، وحينئذ لا يوقف له شيء من التركة، بل تقسم كلها فوراً تقسيماً نهائياً على الورثة الموجودين معه.

فإذا توفي شخص عن زوجة وأب وأم حامل من أبي الميت، فإن حمل الأم في هذه الحالة يكون أماً أو أختاً، وكلاهما محجوب بالأب، ومن ثم توزع التركة على الزوجة والأبوين.

(١٠٠) أحمد محمود علي داود: الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه والقانون - مكتبة دار

الثقافة - عمان - ص: ٥٤٣.

وإذا توفي عن أبوين وبنيتين وزوجة ابن حامل، فإن الحمل لا يرث، لأنه إما ابن ابن، وهو عاصب، وقد استغرقت الفروض جميع التركة، وإما بنت ابن، وهي لا ترث بالفرض لوجود البنين.

الحالة الثانية: ألا يكون مع الحمل ورثة، فإن التركة توقف كلها إلى حين الولادة، فإذا ولد حياً أخذها، وإذا ولد ميتاً أعطيت لغيره. ومثاله إذا مات شخص عن زوجة ابنه الحامل وأخيه لأمه، فإن الحمل سواء كان ابناً أم بنتاً يحجب الأخ لأم.

الحالة الثالثة: أن يكون الحمل وارثاً على أحد التقديرين فقط دون الآخر، ومن معه من الورثة له نصيب مقدر شرعاً. وفي هذه الحالة يفرض له على التقدير الذي يرث به ويوقف له نصيبه. أي أن التركة تقسم بين المستحقين، فيأخذ كل واحد نصيبه على تقدير أن الحمل وارث، ويوقف نصيب الجنين إلى ما بعد الولادة، فإن ظهر أنه وارث أخذه، وإن ظهر أنه غير وارث، رد الموقوف على الورثة المذكورين، ولا يخرج أمر الجنين في هذه الحالة عن حلين، أحدهما على فرض الأنوثة، والآخر على فرض الذكورة:

الأول: أن يكون الحمل وارثاً على تقديره أنثى، وغير وارث على تقديره ذكراً، كما لو توفيت امرأة عن زوجها وأم وأختين لأم وزوجة أب متوفى من قبل وهي حامل وقت وفاة المورث، فعلى تقدير أن الحمل ذكر فهو أخ لأب للمتوفاة، فلا يرث لأنه عاصب، وقد استغرقت الفروض التركة حيث إن المسألة من ستة، للزوج نصفها ثلاثة، وللأم السدس واحد، وللأختين للأم الثلث اثنان. وعلى تقدير أن الحمل أنثى فإنها ترث، لأنها أخت لأب للمتوفاة، فترث النصف بالفرض، وتعمل المسألة إلى تسعة لكل واحد من الورثة نصيبه المتقدم، وللحمل الذي هو أخت لأب ثلاثة، وحينئذ يفرض الحمل أنثى ويوقف له نصيب أنثى حتى يتبين أمره بولادته.

الثاني: أن يكون الحمل وارثاً على تقديره ذكراً فقط، كما لو مات شخص عن ابن أخ شقيق وزوجة أخ شقيق مات قبله، وكانت هذه الزوجة حاملاً، فإن الحمل لو فرض ذكراً، كان ابن أخ شقيق فيرث، وإن فرض أنثى، كانت بنت أخ

شقيق وهي لا تترث، لأنها من ذوي الأرحام، فيفرض الحمل ذكراً ويحجز له نصيبه.

الحالة الرابعة: أن يكون الحمل وارثاً، على جميع التقادير، سواء كان ذكراً أم أنثى، ومن معه من الورثة ليس له فرض مقدر وإنما هو مشارك^(١٠١). ففي هذه الحالة يقدر خير التقديرين، ويوقف له أوفر النصيبين، فقد يكون تقديره ذكراً أنفع له من تقديره أنثى، كمن توفي عن زوجته الحامل وأبيه، وقد يكون العكس أي أن تقديره أنثى أوفر له، كمن توفي عن زوجته الحامل وبنته وأمه وأبيه^(١٠٢)، فيعطى له أوفر النصيبين، وتحل المسألة بطريقتين، الأولى على فرض الذكورة، والثانية على فرض الأنوثة، ويعطى للورثة أقل الأنصبة في كلتا الحالتين^(١٠٣).

الحالة الخامسة: أن يكون الحمل وارثاً على تقدير كونه ذكراً، وعلى تقدير كونه أنثى، ويكون من معه من الورثة ممن له نصيب مقدر شرعاً. وفي هذه الحالة إما أن يختلف نصيب الحمل في أحد التقديرين عن الآخر، أو لا يختلف. فإن اختلف النصيب، فإنه يقدر خير التقديرين ويوقف له أوفر النصيبين، فإذا مات عن بنت وأم وزوجة ابن حامل، فلو فرض الحمل أنثى، كانت بنت ابن وورثت السدس بالفرض تكملة للثلثين الذي هو فرض البنات، ولو فرض الحمل ذكراً كان ابن ابن وورث الباقي بالتعصيب وهو الثلث. ولما كان الثلث أوفر حظاً من السدس، فإنه يقدر الحمل ذكراً ويوقف له الثلث من التركة حتى يتبين أمره بولادته.

(١٠١) اختلفت آراء جمهور الفقهاء فيما يوقف للحمل في هذه الحالة، فقال الشافعية: توقف التركة كلها ولا يعطى الورثة شيئاً، وذلك لأن الحمل غير منضبط، ولا يعلم كم يترك له. وقال أبو حنيفة: يوقف له نصيب أربعة أبناء أو أربع بنات أيهما أكثر. وقال الإمام أحمد ومحمد بن الحسن من الحنفية: يوقف له نصيب ابنين أو بنتين أيهما أكثر.

وقال أبو يوسف من الحنفية: يوقف له نصيب ابن واحد أو بنت واحدة أيهما أكثر.

(١٠٢) عبد الودود السريتي: المرجع السابق - ص: ١٦٩.

(١٠٣) محمد علي الصابوني: المرجع السابق - ص: ١٨٨.

وإذا توفيت امرأة عن زوج وأم حامل من أبي المتوفاة، فإن الحمل إذا قدر ذكراً كان أخاً للمتوفاة، فيرث الباقي بعد الفروض وهو السدس بالتعصيب، وإذا قدر أنثى كان أختاً شقيقة للمتوفاة، فيرث النصف بالفرض. ولما كان النصف أوفر حظاً من السدس فإن الحمل يقدر أنثى، ويحجز له نصيبه، وتعمل إلى ثمانية ويكون نصيب الحمل منها ثلاثة.

وإذا كان نصيبه لا يختلف في أحد التقديرين عن الآخر، أي أنه يرث قدراً واحداً على فرض الذكورة أو الأنوثة، فلا يتغير نصيبه فيهما، وهذه الحالة لا تكون إلا إذا كان الحمل من أولاد الأم، فإن التركة تقسم على الورثة ويوقف للحمل نصيبه. فإذا توفي عن أخت شقيقة وأخت لأب وأم حامل من غير أبيه، فإن الحمل يكون إما أخاً لأم أو أختاً لأم، وميراثه لا يختلف في حال تقديره ذكراً عن حال تقديره أنثى، فيفرض له السدس ويعطى للورثة فروضهم.

المطلب الثاني الشفعة للجنين

الشفعة لغة تدل على الضم والزيادة، وهي مشتقة من لفظ شفع بمعنى ضم وزاد، ويقال شفع الشيء يشفعه إذا صيره زوجاً، بمعنى أضاف إليه مثله^(١٠٤). والشفع ضد الوتر، لأن الآخذ بها يضم حصة غيره إلى حصة نفسه، فصارت شفعاً بعد أن كانت وتراً^(١٠٥).

وقد عرفها المشرع المغربي^(١٠٦) في الفصل ٢٥ من ظهير ١٩ رجب ١٣٣٣ (٢ يونيو ١٩١٥) المحدد للتشريع المطبق على العقار المحفظ بأنها:

(١٠٤) السعيد بوركبة: الشفعة ومجالات تطبيقها - مجلة دار الحديث الحسنية - العدد الخامس - ١٩٨٥ - ص: ١٤٣.

(١٠٥) التسولي: المرجع السابق - الجزء ٢ - ص: ١٠٨.

(١٠٦) نظم المشرع المغربي أحكام الشفعة في الفصول ٩٧٤ و ٩٧٥ و ٩٧٦ من قانون الالتزامات والعقود، وفي الفصل ٢٥ وما يليه إلى الفصل ٣٣ من ظهير ١٩ رجب ١٣٣٣ الموافق ٢ يونيو ١٩١٥ المتعلق بالتشريع المطبق على العقار المحفظ.

"الحق الثابت لكل من يملك مع آخرين على الشياح عقارات أو حقوقاً عينية عقارية في أن يأخذ الحصة المبيعة بدلاً من مشتريها بعد أدائه المبلغ المؤدى في شرائها، وكذا مبلغ ما أدخل عليها من تحسينات، وما أدى عنها من مصاريف لازمة للعقد".

والشفعة بهذا المعنى من الأسباب الناقلة للملكية من شخص لآخر، علاوة على أن من أهدافها جلب المصلحة للشفيع، ودفع ضرر الشركة عنه، وتنتقل هذه المصالح إلى ورثة الشفيع^(١٠٧)، ومن ثم فإن الشفعة حق يورث^(١٠٨). لكن قد يكون الشريك في عقار جنيناً، كأن يموت شخص وله نصيب في عقار، ويترك زوجته حاملاً، وقبل أن تضع ولدها، يبيع الشريك في ذلك العقار نصيبه إلى الغير، أو قد يحدث أن يوصي شخص لجنين بنصيبه في عقار، فيبيع الشريك نصيبه في ذلك العقار. فهل يستحق الجنين في مثل هذه الأحوال الشفعة أم لا يستحقها؟

اختلف الفقهاء حول هذه المسألة حتى في المذهب الواحد، حيث قال بعض فقهاء الحنابلة إن الجنين يستحق أن يشفع، لأنه أهل لأن يملك. بينما خالف

(١٠٧) محمد بن معجوز: أحكام الشفعة في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي والمقارن - مطبعة النجاح الجديدة - الدار البيضاء - ١٩٨٥ - ص: ١٠٠.

(١٠٨) يقول ابن رشد الجد في المقدمات الممهدات: "وتورث الشفعة فيتنزل الوارث منزلة المورث في الحق الذي كان له من الأخذ أو الترك، سواء مات المورث والشخص الذي يستشفع به في يده فورثه عنه، أو مات بعد بيع الشخص على القول بأن البيع لا يسقط شفيعته" دار الغرب الإسلامي - الجزء الأول - ١٩٨٨ - ص: ٦٨، ويرى الإمام السرخسي أيضاً أنه إذا كانت الشفعة لورثة منهم الصغير والكبير والحمل الذي لم يولد بعد، فهم في الشفعة سواء، لأن الجنين من أهل الملك بالإرث..... وإذا وضعت الحبل على حملها، وقد ثبت نسبه من الميت شاركهم في الشفعة، وإن كان الوضع بعد البيع لأكثر من ستة أشهر، لأننا لما حكمنا بثبوت نسبه من الميت، فقد حكمنا بالإرث له، وبكونه موجوداً عند البيع، فهو بمنزلة ما لو كان بعض الشركاء في الدار غائباً بأخذ الحاضر الدار المبيعة، ثم حضر الغائب فله أن يأخذ حصته في ذلك. المبسوط - المجلد السابع - الجزء ١٤ - كتاب الشفعة - باب الوكالة في الشفعة - ص: ١٤٦.

بقيتهم هذا الاتجاه، ورأوا أنه ليس لولي الجنين أن يأخذ له بالشفعة، وحجتهم في ذلك الشك في وجوده، وهو ليس أهلاً لأن يملك إلا عن طريق الميراث والوصية^(١٠٩).

ويرى المالكية أن الحمل يثبت له الحق في الشفعة، ولكن لا يستعمل وليه ذلك الحق إلا بعد أن يولد حياً، ومعنى هذا أن ما باعه شريك الجنين يوقف حتى يولد هذا الأخير، فإذا ولد حياً أمكن لوليه حينئذ أن يشفع له ذلك النصيب. أما قبل أن يولد فلا يمكن أن يشفع له الولي، لأن الحمل ليست له إلا أهلية وجوب ناقصة، وليست له الأهلية التي يملك بها الشيء المشفوع^(١١٠). وقد قاسوا ذلك على الميراث، حيث جاء في المدونة الكبرى: قلت أرأيت الوصي يأخذ للحمل بالشفعة في قول مالك أم لا؟ قال لا يأخذ له بالشفعة حتى يولد، لأنه لا ميراث له إلا بعد الولادة في رأيي، فكذا لا شفعة له إلا بعد الولادة، وبعد الاستهلال صارخاً^(١١١).

أما المشرع المغربي فلم ينظم جواز الأخذ بالشفعة للجنين في نص خاص، وعلى الرغم من ذلك فإنه يمكن القول إن الجنين يستفيد في إطاره من حق الشفعة، خصوصاً إذا تعلق الأمر بحمايته من الأضرار التي تنجم عن وجود شريك، استناداً إلى النصوص التي جوزت إقامة وصي على الجنين، واعتباراً لأن الشفعة للجنين جائزة في المذهب المالكي، كما أن استفادة الجنين من التبرعات التي تنفعه يدفع من باب أولى إلى الاعتراف له بالحقوق التي تهدف إلى حماية الملكية لديه، واتحادها في يديه^(١١٢).

(١٠٩) يقول ابن رجب الحنبلي في كتابه القواعد في الفقه الحنبلي: "ومنها - أي حقوق الجنين - الأخذ للحمل بالشفعة إذا مات مورثه بعد المطالبة، قال الأصحاب: لا يؤخذ له، ثم منهم من علل بأنه لا يتحقق وجوده، ومنهم من علل بانتفاء ملكه، ويتخرج وجه آخر بالأخذ له بالشفعة بناء على أن له حكماً وملكاً" ص: ١٨٣.

(١١٠) محمد بن معجوز: المرجع السابق - ص: ١٠٠.

(١١١) المدونة الكبرى - الجزء الرابع - ص: ٢٣٦.

(١١٢) عبد الله معصر: المرجع السابق - ص: ١٣٢.

المبحث الثاني حقوق الجنين الناشئة عن تصرفات قانونية

التصرف القانوني هو إرادة محضة متجهة إلى إحداث أثر قانوني، وهو مصدر من مصادر الالتزام. ويشمل التصرف الصادر من جانب واحد، أي الإرادة المنفردة. والتصرف الصادر من جانبين أو إرادتين، وهذا هو العقد.

ويرتب التصرف القانوني أثره دون أن يتوقف وقت نفاذه وترتيب آثاره على حياة المتصرف. وهذا هو الأصل في جميع التصرفات باستثناء الوصية، فالهبة والبيع والكراء والقرض وما أشبه ذلك من التصرفات جميعاً تنشأ في الأصل وتنفذ في حياة المتصرف أو على الأقل فإنه لا يتعلق أمر هذا النفاذ على موت المتصرف.

فيما يلاحظ أن الوصية إذا كانت تنشأ في حياة المتصرف إلا أن نفاذها وترتيب آثارها يبقى معلقاً على وفاة الموصي. ومن هنا كانت الوصية بطبيعتها تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الوفاة، حيث إن آثار الوصية لا تسري إلا بعد وفاة الموصي، ومن هنا يبرز تميز التصرف القانوني عن الواقعة القانونية من حيث إن عنصر الإرادة يعد العنصر الجوهرية فيه خلافاً لبعض الأحكام القضائية المنشئة للحقوق كالحكم بالتطليق، وهنا خلاف الأصل، بل إن التصرف القانوني لا يعدو أن يكون بإرادة متجهة إلى إحداث أثر قانوني معين.

ومعنى هذا أن الاعتراف بالتصرف القانوني بوصفه مصدراً أصلاً من المصادر المباشرة للحقوق يقضي بالضرورة الاعتراف بقدرة الإرادة على ترتيب الآثار القانونية بشكل عام وعلى إنشاء الحقوق ونقلها وتعديلها وانقضاءها بشكل خاص.

وسنعالج هذه الإشكالية في مطلبين:

المطلب الأول: التصرف بإرادة منفردة.

المطلب الثاني: التصرفات العقدية.

المطلب الأول

التصرفات بإرادة منفردة

من أهم التصرفات القانونية التي تنشأ بإرادة منفردة نجد الوصية والوقف، حيث يعد كل منهما عملاً قانونياً صادراً من جانب واحد وينتج أثراً قانونية مختلفة، وسنعرض لكل واحد منهما على حدة.

أولاً - الوصية للحمل:

يعرف الفصل ١٧٣ من مدونة الأحوال الشخصية الوصية بأنها " عقد يوجب حقاً في ثلث عاقده يلزم بموته" ^(١١٣)، ويضيف الفصل ١٨٠ من المدونة نفسها أنه «يقع الإيجاب فيها من جانب واحد وهو الموصي» ^(١١٤)، والحقيقة أن الوصية تصرف قانوني بإرادة منفردة، من جانب واحد وهو الموصي، وليست عقداً يتم بإرادة طرفيه، وهي بذلك لا تتوقف على قبول ولا رد ^(١١٥) حالة إنشائها، إلا أنها غير لازمة للموصي حال حياته ^(١١٦)، وهي تصح، بحسب

(١١٣) عرف الحنفية الوصية بأنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت سواء كان في المنافع أم في الأعيان، (حاشية ابن عابدين - ج: ٥ - ص: ٤١٥). وعرفها الشافعية بأنها تبرع بحق مضاف ولو تقديراً لما بعد الموت (مغني المحتاج - ج: ٤ - ص: ٦٦). وعرفها الحنابلة بأنها الأمر بالتصرف بعد الموت (كشاف القناع - ج: ٤ - ص: ٣٣٥). (١١٤) ينص الفصل ١٨٠ من مدونة الأحوال الشخصية على أنه: "يقع الإيجاب في عقد الوصية من جانب واحد وهو الموصي".

(١١٥) وإن كانت مسألة الرد لا تثار كما ذكر المقرر العام لمدونة الأحوال الشخصية بقوله: "فإن العرف القائم في المغرب هو عدم تفكير أحد من الموصى لهم في الرد، فلم نسمع قط أن أحداً رد وصية، ولا رأينا نازلة بهذا المعنى في مجموع ما اطلعنا عليه من النوازل والفتاوى، وليس في كتب الوثائق جملة تدل على القبول، أو تشير لعرض الوصية على الموصى له، بل كلها تشتمل على صيغة الإرادة المنفردة، فمذهب الشافعي في هذه المسألة متفق مع الواقع المغربي فيها" عبود رشيد عبود: الأحوال الشخصية - شرح وتعلق - ص: ٢٢٣.

(١١٦) ينص الفصل ١٨٢ من المدونة على أنه: «للموصي حق الرجوع في وصيته وإلغائها ولو التزم عدم الرجوع، وله إدخال شروط عليها، وإشراك الغير فيها، وإلغاء بعضها كما شاء، وفي أي وقت يشاء في صحته أو مرضه».

الفصل ١٧٧ من المدونة، " لكل من صح شرعاً تملكه للموصى به حقيقة أو حكماً"، أي أنه يشترط في الموصى له أن يكون ممن يصح أن يملك ما أوصى له به شرعاً، إما حالاً وإما مآلاً، أي حقيقة أو تقديرًا وحكماً، شريطة ألا يكون وارثاً^(١١٧). وبما أن الجنين تثبت له الحقوق النافعة له نفعاً محضاً تبعاً لثبوت أهلية الوجوب الناقصة لديه، فإنه يصح الإيصاء للحمل الموجود أو الذي سيوجد، وهو ما نص عليه صراحة الفصل ١٧٨ من المدونة بقوله: " تصح الوصية لمن كان موجوداً وقتها أو كان منتظر الوجود"

وقد أجاز الفقهاء الوصية للجنين من غير قبول بوصفها استخفافاً من وجه، والجنين يصلح خليفة في الإرث، فكذا في الوصية لأنها أخت الميراث^(١١٨)، بل لعل الوصية في هذا أظهر وأوسع مدى، إذ لا يمنع اختلاف الدين من صحة الوصية مع أنه مانع من موانع الإرث^(١١٩).

إلا أنهم اختلفوا في بعض الشروط، ومنها على الخصوص اشتراط وجوده حال الوصية، على قولين^(١٢٠):

(١) الأحناف، والإمامية، والشافعية، والحنابلة، والزيدية، والظاهرية، اشترطوا أن يكون الجنين موصوفاً بالأوصاف التي حددها الموصي، وأن يكون وجود الجنين في بطن أمه متيقناً حال الوصية^(١٢١)، وذلك لأن الوصية لما كانت تمليكاً احتاجت إلى وجود مملك يضاف إليه الملك، كما أنها خلافة عن الميت كالميراث، والميراث يثبت لمن كان موجوداً عند وفاة المورث^(١٢٢). فإذا لم

(١١٧) ينص الفصل ١٧٦ من مدونة الأحوال الشخصية على أنه: " لا وصية لوارث".
(١١٨) الإمام السرخسي: المبسوط - المجلد الرابع - الجزء الثامن - كتاب الولاء - باب عتق ما في البطن، وكذلك محمد سلام مذكور: المرجع السابق - ص: ٢٩٤.
(١١٩) يقول ابن قدامة: " والحمل يرث فتصح له الوصية، ولأن الوصية أوسع من الميراث فإنها تصح للمخالف في الدين بخلاف الميراث، فإذا ورث الحمل، فالوصية له أولى" يراجع المغني - الجزء السادس - ص: ٥٧.

(١٢٠) عبد الكريم شهبون: المرجع السابق - ص: ١٦٤ وما بعدها.
(١٢١) علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي: المرجع السابق - ص: ١٧٠.
(١٢٢) أحمد محمود الشافعي: الوصية والوقف في الفقه الإسلامي - دار الهدى للطبوعات - الإسكندرية - ١٩٩٤ - ص: ٦١.

يكن موجوداً وقت إنشاء الوصية فلا تصح الوصية له^(١٢٣).

(٢) لا يشترط فقهاء المالكية مثل هذا الشرط الأخير في الموصى له، سواء وقت إنشاء الوصية، أو عند الوفاة، بل تصح عندهم لمن يصح تملكه في الوقت الذي عينه الموصي^(١٢٤)، وذلك توسعة على الموصي، وتمكيناً له من عمل البر، وقد أخذ بهذا الرأي بعض أصحاب الشافعي^(١٢٥)، وهو ما أخذت به مدونة الأحوال الشخصية صراحة في الفصل ١٧٨، وهي بذلك أجازت الوصية لمن لم يكن موجوداً وقت إنشاء الوصية، ويحتمل أن يوجد في المستقبل، سواء وجد عند وفاة الموصي، أم لم يوجد إلا بعدها.

وتستقر ملكية الجنين للموصى به بانفصاله حياً^(١٢٦)، فلو انفصل ميتاً، سواء انفصل بعد انتهاء مدة الحمل، أم مسقطاً لطارئ، أوجب ذلك أن تبطل الوصية إليه بلا خلاف في ذلك. وفي هذا المعنى جاء في الفصل ٢١٠ من مدونة الأحوال الشخصية أنه: "إذا كان الموصى له من سيولد لشخص ثم مات ذلك الشخص، ولم يترك ولداً ولا حملاً، عادت الوصية ميراثاً "يتقاسمه ورثة الموصي على قدر أنصبتهم"^(١٢٧).

(١٢٣) عمر بن محمد بن إبراهيم: المرجع السابق - ص: ٨٥.

(١٢٤) جاء في الشرح الكبير وحاشية الدسوقي: "إذا قال أوصيت لمن سيكون من ولد فلان، فيكون لمن يولد له سواء كان موجوداً بأن كان حملاً، أم كان غير موجود من أصله، فيؤخر الموصى به للحمل والوضع، أو للوضع، ومثله أوصيت لمن يولد لفلان، فيكون لمن يولد له، لا لولده الموجود بالفعل" الجزء الرابع - ص: ٤٢٦ وما بعدها.

(١٢٥) مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج - الجزء الثالث - ص: ٤٠.

(١٢٦) ينص الفصل ٢٠٤ من مدونة الأحوال الشخصية على أنه: "إن مات الموصى له بعد أن استهل صارخاً استحق الوصية، وعدّ ما استحقه من جملة تركته....".

(١٢٧) تجدر الإشارة إلى أن هذا الحكم الشرعي للوصية لما سيولد يختلف في القانون المغربي عن الوصية لما سيشيد، كالمسجد والمدرسة وغيرهما، أو بصفة عامة لجهة من جهات البر، حيث ينص الفصل ٢٠٧ من المدونة على أنه: تصح الوصية لجهة معينة من جهات البر ينتظر وجودها، فإن تعذر وجودها صرفت الوصية إلى أقرب مجانس لتلك الجهة"، أي أن الوصية في هذه الصورة لا تعود ميراثاً.

والوصية كما تصح لمن ينتظر وجوده مستقبلاً، منفرداً بها، تصح له مع موجود، كما يحتمل ولادة أكثر من ولد من حمل واحد:

فإن ولد أحدهما حياً، والآخر ميتاً كان الموصى به كله للحي.

وإن ولدوا أحياء كان الموصى به بينهم بالتساوي، للذكر مثل حظ الأنثى، إلا إذا كان للموصي نص في مثل هذه الحالة، فإنه يتبع نصه^(١٢٨)، أي أن الوصية توزع عليهم بالتساوي إذا كانت مطلقة، وبالتفضيل إذا كانت مقيدة^(١٢٩).

وأما إذا ولد أحدهما حياً ثم مات، فإنه ينتقل ما استحق إلى ورثته، لأنه مات بعد استحقاق الموصى به ودخوله في ملكيته^(١٣٠). وهو ما نص عليه صراحة الفصل ٢٠٤ من مدونة الأحوال الشخصية بقوله: "إن مات الموصى له بعد أن استهل صارخاً استحق وصيته، وعدّ ما استحقه من جملة تركته، ويحيا بالذكر بعد الانحصار"

ويشترط هذا الفصل لكي يستحق الجنين الوصية أن ينفصل حياً ككل، خلافاً للأحناف الذين ذهبوا بمفردهم إلى القول بكفاية انفصال أكثره حياً، واستحقاقه للوصية بذلك، وإن مات قبل أن ينفصل، إعطاء للأكثر حكم الكل عندهم. ويستدل على انفصاله حياً باستهلاله صارخاً أو ما يقوم مقام الاستهلال، فلو مات بعد استهلاله مباشرة، فإن ما أوصي به له يعد من جملة أمواله المتروكة، وبعد وفاته أصبحت من جملة التركة وأمواله المخلفة، وفي هذه

(١٢٨) عبد الكريم شهبون: المرجع السابق - ص: ١٦٥.

(١٢٩) عبد الرحمان بلعكيد: المرجع السابق - ص: ٢٤٤.

(١٣٠) نظم المشرع المصري هذه الأحكام في المادة ٣٦ من قانون الوصية التي نصت على أنه: "إذا جاءت الحامل في وقت واحد، أو في وقتين بينهما أقل من ستة أشهر بولدين حيين أو أكثر، كانت الوصية بينهم بالتساوي إلا إذا نصت الوصية على خلاف ذلك، وإذا 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".

الحالة يحيا بالذكر بعد الانحصار، أي يقدر كأنه حي ويعطى نصيبه لورثته، بعد انقطاع ولادة الأب بموت أو غيره، وينحصر عدد الموصى لهم^(١٣١).

والغلة الحاصلة من الموصى به، قبل وجود الموصى له، تكون لورثة الموصى، إلى أن يستهل الحمل المعين حياً، فتدفع له حينئذ وصيته التي يستحقها بوجوده^(١٣٢)، لأن الولد الموصى له لا يملك إلا بعد وضعه حياً، وهو ما نص عليه الفصل ٢٠١ من المدونة بقوله: "من أوصى لحمل معين وتوفي فللورثة غلة الموصى به إلى أن ينفصل حياً فتكون له"^(١٣٣). وفي ذلك يقول الزرقاني في شرح قول الشيخ خليل "كمن سيكون إن استهل" ما نصه "وغلة الموصى به لمن سيكون مع استهلاله قبل وجوده تكون لورثة الموصى، إذ الولد لا يملك إلا بعد وضعه وتحقق الحياة فيه، فقوله إن استهل شرط في الاستحقاق لا في صحة الوصية".

ويضيف الفصل ٢٠٢ من المدونة أنه: "إذا وجد أحد من الموصى لهم عند موت الموصى أو بعده، كانت الغلة له، وكل من وجد منهم بعده شاركه في الغلة

(١٣١) عبد الكريم شهبون: المرجع السابق - ص: ٢٤٤ وما بعدها. وقد ذكر الدسوقي في حاشيته عند تعرضه لقول خليل: "كمن سيولد إن استهل ووزع لعدده"، قال ووزع الموصى به إن ولدت أكثر من واحد لعدده، أي على عدده، الذكر والأنثى سواء عند الإطلاق، فإن نص على تفضيل عمل به" الجزء الرابع - ص: ٤٢٣.

(١٣٢) وذهب رأي ثان إلى أن الجنين يستحق غلة العين الموصى له بها من وقت وفاة الموصى، ولذا فإن الوصية له توقف حتى يتم الوضع فتتبين حياته، فيمتلك العين الموصى بها.

راجع محمد سلام مذكور: المرجع السابق - ص: ٢٩٨.

(١٣٣) يلاحظ أن مدونة الأحوال الشخصية المغربية اعتمدت على المشهور وما جرى به العمل في المذهب المالكي، حيث يقول التسولي في أحد التنبيهات: "اختلف في الغلة الحاصلة قبل الوضع والاستهلال هل هي لورثة الموصى، لأن الموصى له لا يملك إلا بعد استهلاله، وتحقق الحياة فيه، أو هي للموصى له أو لورثته إلى أن يستهل فتوقف إلى وضعه، والمعتمد الأول".

إلى حين اليأس من وجود غيرهم، فتكون العين والغلة لمن وجد منهم، ويكون نصيب من مات منهم تركه عنه".

ولا يستفيد الجنين من الوصية الاختيارية فحسب، بل إنه يستفيد أيضاً من الوصية الواجبة بمقدار الثلث من التركة، عندما يموت أبوه قبل جده، ويترك أمه حاملاً به.

وهذه الوصية اقتضتها المصلحة الاجتماعية، والعناية بإيجاد مخرج شرعي للحفيد، حتى لا تضيع حقوقه، ولا يمكن ذلك عن طريق توريثه. وقد أخذ بها المشرع المغربي في الفصل ٢٦٦ من مدونة الأحوال الشخصية عندما نص على أنه: "من توفي وله أولاد ابن وقد مات ذلك الابن قبله أو معه، وجب لأحفاده هؤلاء في ثلث تركته وصية بالمقدار والشروط الآتية".

أما مقدار وصية هؤلاء الأحفاد، فقد بينها الفصل ٢٦٧ من القانون نفسه، حيث يكون "بمقدار حصتهم مما يرثه أبوه عن أصله المتوفى على فرض موت أبيهم إثر وفاة أصله المذكور على أن لا يتجاوز ذلك ثلث التركة".

وأما الشروط، فهي أن هؤلاء الأحفاد لا يستحقون وصية إن كانوا وارثين لأصل أبيهم، جداً كان أو جدة، أو كان قد أوصى لهم أو أعطاهم في حياته بلا عوض مقدار ما يستحقون بهذه الوصية الواجبة، فإن أوصى لهم بأقل من ذلك وجبت تكميلته، وإن أوصى بأكثر كان الزائد متوقفاً على إجازة الورثة، وإن أوصى لبعضهم فقط، وجبت الوصية للآخر بقدر نصيبه على نهج ما ذكر^(١٣٤). على أن هذه الوصية الواجبة تفرض لأولاد الابن فقط دون أولاد البنت، حيث ينص الفصل ٢٦٩ من المدونة على أنه: "تكون هذه الوصية لأولاد الابن، ولأولاد ابن الابن وإن نزل، واحداً كانوا أو أكثر، للذكر مثل حظ الأنثيين، يحجب فيها كل أصل فرعه دون فرع غيره، ويأخذ كل فرع نصيب أصله فقط".

(١٣٤) الفصل ٢٦٨ من مدونة الأحوال الشخصية.

ثانياً - الوقف:

من بين الحقوق التي تثبت للجنين استحقاقه للوقف، والوقف أو الحبس^(١٣٥) تصرف وحيد الطرف، وهو من أفعال الإرادة المنفردة^(١٣٦). وقد عرفه الفصل ٧٣ من ظهير ١٩ رجب ١٣٣٣ بأنه: "... أموال أوقفها^(١٣٧) المحبس المسلم، ويكون التمتع بها لفائدة أنواع المستفيدين الذين يعينهم المحبس".

وقد اتفق الفقهاء على جواز الوقف للجنين في الجملة، إلا أنهم اختلفوا في صحة الوقف عليه، لأنه بين الوجود والعدم، فمنهم من جعل صحة الوقف عليه

(١٣٥) أصل الوقف الحبس والمنع، فهو في الدابة منعها من السير وحبسها، وفي الدار منعها وحبسها أن يتصرف فيها في غير الوجه الذي وقفت له، وفي الفقه، عرفه ابن قدامة بأنه " تحبیس الأصل وتسبیل الثمرة " وهو تعريف مأخوذ من قول رسول الله - صلى الله عليه وسلم - لعمر بن الخطاب: احبس أصلها وسبل ثمرها. لمزيد من التفصيل راجع: محمد بن عبد العزيز بن عبد الله: الوقف في الفكر الإسلامي - جزءان - نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - الرباط - ١٩٩٦.

(١٣٦) اختلفت المذاهب الفقهية بشأن طبيعة الحبس، وعما إذا كان يعد عقداً أو تصرفاً بإرادة منفردة، ففريق أول، ويمثله جمهور الحنابلة وبعض المالكية يرون بأن الوقف هو تصرف بإرادة منفردة، لأنه يتم بالإيجاب وحده، في حين يذهب فريق آخر، ويمثله جمهور المالكية إلى التفريق بين الحبس على معينين، فيكون عقداً لا يتم إلا بالإيجاب والقبول معاً كجميع العقود، ويقبل عن القاصرين وليهم أو الوصي، أو مقدم القضاء بحسب الأحوال. وإذا كان الحبس على جماعة غير معينة، أو على المؤسسات كان تصرفاً بإرادة منفردة، ويتم بالإيجاب وحده، ولا يحتاج إلى القبول إذا لم يوجد من يقبل نيابة عن هؤلاء، أما إذا وجد هذا القابل كان الحبس لغير المعينين أو للمؤسسات عقداً كالحبس على المعينين.

لمزيد من التفصيل راجع محمد بن الحبيب التجكاني: نظام التبرعات في الشريعة الإسلامية - دراسة تأصيلية عن الإحسان الاختياري - دار النشر المغربية - الدار البيضاء - ١٩٨٣ - ص: ١٢١ وما بعدها.

(١٣٧) يلاحظ في المعاجم اللغوية أنه لا يقال أوقف داره، لأنها لغة رديئة، وقد أنكرها بعض اللغويين، وقد ذكر المجد في القاموس أنه لم يسمع في فصيح الكلام أوقف إلا بمعنى سكت أو بمعنى أمسك وأقلع، وأنكرها المازني، وادعى أنها لم تعرف في كلام العرب. محمد بن عبد العزيز بن عبد الله: المرجع السابق - ص: ٤١ وما بعدها.

بشروط، كالحنفية^(١٣٨). ومنهم من قال إنه لا يصح الوقف عليه أصالة وعلى وجه الاستقلال بل تبعاً، كالشافعية والحنابلة^(١٣٩). ومنهم من قال بصحة الوقف عليه أصالة كالمالكية، الذين يرون أنه يصح الوقف على من كان أهلاً للملك سواء أكان موجوداً أم سيوجد كالجنين، ولكن الوقف على الحمل موقوف لا يلزم إلا بولادته حياً، فإن حصل مانع من موت أو يأس منه، بطل الوقف^(١٤٠).

وقد قرر المشرع المغربي صحة الوقف للجنين في الظهير الشريف بمنزلة قانون رقم ٨٣-٧٧-١ المؤرخ في ٢٤ شوال ١٣٩٧ (٨ أكتوبر ١٩٧٧) في شأن الأوقاف المعقبة والمشاركة، عندما نص فصله الأول على أنه: "يعتبر حبساً معقباً ما وقفه المحبس على أولاده ما تناسلوا ذكوراً أو إناثاً أو هما معاً أو على شخص معين وأولاده مع تعيين في كلتا الحالتين للدرجة التي تملك ما تم تحبيسه أو للمرجع الذي يؤول إليه.

(١٣٨) وهي شروط صحة ميراثه نفسها، وذلك من ناحية أقل مدة الحمل وأكثره. حيث إن أرجح الأقوال في مذهب أبي حنيفة يحكم بصحة الوقف على الحمل شريطة أن تأتي به أمه لأقل من ستة أشهر قبل مجيء غلة الوقف، إن كانت الزوجية قائمة أو كانت معتدة لطلاق رجعي، وأن تلده بعد مجيء الغلة لأقل من سنتين إذا كان الزوج قد توفي أو كانت الزوجة مطلقة طلاقاً بائناً.

انظر الهداية شرح بداية المنتدى - الجزء السادس - ص: ٢٤٤ وكذلك محمد كمال الدين إمام: الوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي - المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع - بيروت ١٩٩٦ - ص: ٢٢١.

(١٣٩) ذهب الشافعية والحنابلة إلى عدم صحة الوقف على الجنين أصالة، بل يصح الوقف عليه تبعاً، كأن يقول وقفت على أولادي ومن سيولد لهم ما لم يسمهم أو يذكر عددهم، وعللوا ذلك بأن الوقف تملك منجز، فلا يصح على من لا يملك، وهو أيضاً تسليط في الحال بخلاف الوصية، لأنها تتعلق بالاستقبال.

حاشية الشرقاوي - الجزء الثاني - ص: ١٧٦، وانظر أيضاً علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي: المرجع السابق - ص: ١٩.

(١٤٠) جاء في الشرح الصغير عند الكلام على الوقف على الجنين: "قال "ونحو من سيولد" في المستقبل لزيد مثلاً، فيصح الوقف عليه، وهو لازم، فتوقف الغلة إلى أن يوجد فيعطاه، فإن حصل مانع من موت أو يأس منه، رجعت للواقف أو وارثه" الجزء الثاني - ص: ٢٩٨.

ويعتبر حبساً معقّباً ما وقفه المحبس على أولاده ما تناسلوا ذكوراً كانوا أو إناثاً أو هما معاً، أو على شخص معين وأولاده إلى أن ينقرضوا حيث يرجع الحبس إلى جهة بر وإحسان سواء عينها المحبس أم سكت عنها.

ويعتبر حبساً مشتركاً ما وقفه المحبس على أولاده ما تناسلوا ذكوراً أو إناثاً أو هما معاً، وعلى شخص معين وأولاده أو على جهة بر وإحسان في آن واحد" وبذلك، فإن هذا القانون الذي يجيز الوقف على من وجد أو سيوجد من ذرية المحبس أو ذرية غيره، يجيز الوقف على الجنين عن طريق الموافقة.

وتجدر الإشارة إلى أن هذا الظهير الذي فتح المجال لإمكانية تصفية الأحباس المعقبة والمشاركة^(١٤١) التي انعدم دخلها أو تضاعل موردها، وأصبحت مصدراً للنزاعات ومثاراً للشكوى، ومحلاً للخصومات بين الموقوف

(١٤١) صدر هذا الظهير بعد أن لاحظت الوزارة المعنية ما ينطوي عليه نظام الحبس المعقب من عيوب وما يترتب عليه من مشكلات لخصتها مذكرة تقديم مشروعه فيما يلي:
" ١ - عرقلة تداول الأموال التي تعد من أهم عوامل الازدهار الاقتصادي خلافاً لما ترمي إليه الشريعة الإسلامية الغراء من نظام الميراث الذي يهدف بصفة خاصة إلى إعادة توزيع الثروات، زيادة على كون الحبس المعقب يشكل عقبة كداء تحول دون أي استغلال أو استثمار معقول يعود بالنفع على الاقتصاد العام للبلاد، فالمستفيدون الذين يشعرون بأنهم ليسوا هم المالكين الحقيقيين للعقارات المعقبة، وأنهم لا يستفيدون منها إلا بصفة مؤقتة كثيراً ما يعارضون في تحمل النفقات اللازمة لصيانة وتحسين تلك العقارات التي تصبح من جراء ذلك عرضة للضياع والخراب....

٢ - تضاعف عدد المستفيدين وتكاثرهم بتوالي الأجيال يؤدي حتماً إلى تفتيت الحصص وجعلها تافهة لا تستجيب لحاجات المستفيدين الفعلية، ولا تحقق قصد المحبس الذي كان يريد بعمله إسعاد ذريته، كما أن قلة الدخل وكثرة المستفيدين تجعل هذه الأحباس منشأ للخلافات والنزاعات بين أفراد ينتسبون للعائلة نفسها....، التي يرجع السبب فيها لسوء تصرف أغلبية المكلفين بتبدير هذه الأوقاف واستبدادهم واستئثارهم بمداخلها.

٣- بث حب الإخلال إلى الراحة وروح التواكل والكسل في نفوس المستفيدين إذا كانت الحصص الموزعة عليهم كافية لسد حاجاتهم المعاشية، الشيء الذي أدى ببعضهم إلى الانحراف في الأخلاق والسلوك، وهذا يتنافى والغاية التي يقصد إليها النظام الحبسي في الإسلام.

٤ - حرمان الإنث في أغلبية الأحباس المعقبة مخالف لأحكام الميراث في الشريعة الإسلامية، قال تعالى " يوصيكم الله في أولادكم، للذكر مثل حظ الأنثيين " وكما هو معلوم فالتركة فرض والتحبس إرادة شخص، والفرض يقدم على الإرادة الشخصية....".

عليهم لا يفرض التصفية إلا في ظروف خاصة ترتبط بمصلحة المستفيدين أو المصلحة العامة، كما أنه لا يمنع إقامة أحباس معقبة جديدة، ويتيح للمحسنين، إذا ما كانوا على قيد الحياة، فرصة التراجع فيما حبسوه على عقبهم.

المطلب الثاني التصرفات العقدية

من العقود التي تعود بالنفع المحض على الجنين هناك الهبة والتأمين، على الرغم من أنهما عقدان يتمان بتوافق إرادتين، وأن الجنين أو الحمل المستكن لا إرادة له، الأمر الذي جعل بعض القوانين تجيز تعيين وصي أو ولي ينوب عن الجنين.

وسنعرض أولاً للهبة للجنين، ثم لعقد التأمين.

أولاً - الهبة:

يمكن تعريف الهبة^(١٤٢) بأنها عقد يتصرف بمقتضاه من له حق التبرع في حال الحياة لتمليك مال لآخر دون عوض، والهبة بحسب الأصل عقد من عقود التبرعات الملزمة لجانب واحد هو الواهب، وهي عقد ناقل للملكية، ونتيجة لذلك اختلف الفقهاء في جواز الهبة للجنين، فذهب جمهورهم إلى عدم صحة ذلك، لأن الهبة عقد يحتاج إلى إيجاب وقبول، وأن الحقوق التي تثبت للجنين هي

(١٤٢) لمزيد من التفصيل راجع - عبد الرحمان بلعكيد: الهبة في المذهب والقانون - مطبعة النجاح الجديدة - الدار البيضاء - ١٩٩٧ - الطبعة الأولى.

- محمد بن الحبيب التجكاني: نظام التبرعات في الشريعة الإسلامية - دراسة تأصيلية عن الإحسان الاختياري - دار النشر المغربية - الدار البيضاء - ١٩٨٣.

- عبد الكريم شهبون: عقود التبرع في الفقه المالكي - مطبعة النجاح الجديدة - الدار البيضاء - ١٩٩٢ - الطبعة الأولى.

- حسن منصف: أحكام الهبة في القانون المغربي - رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون المدني - كلية الحقوق - مراكش - ١٩٩٩ - ٢٠٠٠.

الحقوق التي لا تحتاج إلى قبول، فمن وهب شيئاً إلى جنين فلا تصح هبته، لحاجتها إلى قبول وقبض^(١٤٣)، والجنين لا يقدر على القبول وليس له ولي يقبل عنه^(١٤٤). كما أن الهبة تملك لمال في الحال، والجنين لا يملك بنفسه^(١٤٥).

ويقول المرحوم أحمد إبراهيم^(١٤٦) "إن الهبة من التصرفات التي يلزم لانعقادها الإيجاب والقبول تلاقياً يتحد مكانه في مجلس العقد، وهذا لا يتصور بالنسبة للجنين لأنه لا ولي له إلا بعد ولادته، وليس له من يقبل عنه وقت إيجاب الهبة. وأننا إذا أجزنا قبول وليه بعد ولادته ما صدر من الهبات لصالحه في فترة الحمل لجاء القبول متأخراً، ولأخل بمبدأ اتحاد مجلس الإيجاب والقبول في الهبة".

وهذا الموقف إنما يقوم على أساس النظر إلى أن الولاية أو النيابة الشرعية إنما تبتدأ بولادة الشخص، ولذا لا يوجد للجنين ولي أو نائب شرعي يملك حق القبول عنه لتنعقد الهبة بإيجاب وقبول^(١٤٧).

(١٤٣) ذكر ابن عابدين في كتابه رد المحتار على الدر المختار - كتاب الوصايا - أن الفرق بين الهبة والوصية أن الهبة تملك محض، والملك بالهبة إنما يثبت بالقبض، والجنين غير صالح لذلك. أما الوصية فهي تملك من وجه، واستخلاف من وجه آخر، فهي تشبه الميراث، ولا تحتاج إلى قبول.

(١٤٤) عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - المرجع السابق - الجزء الخامس - فقرة ٦٥

وأيضاً عبد السلام المزوغي: المرجع السابق - ص: ١٥٣. وقد ذكر الإمام السرخسي في المبسوط - المجلد الرابع - الجزء الثامن - كتاب المكاتب - باب مكاتب الأمانة - ص: ٢٩ " أن القبول 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".

(١٤٥) الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع - دار الكتاب العربي - ١٩٧٤ - الطبعة الثانية - الجزء السابع - ص: ٣٣٦.

(١٤٦) أشار إليه مفتاح محمد مفتاح قزيط: المرجع السابق - ص: ١٠٠.

(١٤٧) خالد عبد الله عيد: مدخل لدراسة القانون - أسس ومبادئ نظرية الحق - ص: ٢٨٨.

ولقد انقسم الفقه المصري على نفسه في هذه المسألة؛ فذهب فريق^(١٤٨) إلى أنه تثبت للجنين الحقوق التي لا تحتاج إلى القبول كالنسب وغيره، أما الحقوق التي يتوقف ثبوتها على صدور قبول ممن تمنح له فلا تكون للجنين، فالهبة لا تجوز للجنين ولو أنها تعود عليه بالنفع المحض، لأن الهبة عقد يتم بتوافق إرادة الواهب، وهو الذي يعطي الشيء، وإرادة الموهوب له، وهو من يأخذه، وليست للجنين إرادة حتى يقبل الهبة، ولا يوجد من يمكن قانوناً أن يقبلها، وأنه لا يقدح في عدم جوازه ما جاء به قانون الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ من إمكان تعيين وصي للحمل المستكن، فإنه لا يدل على أكثر من جواز تعيين الأب وصياً على الحمل، حيث إنه لم يحدد صلاحياته، وهو وإن سماه القانون وصياً، فإنه ليس وصياً بالمعنى القانوني لهذه الكلمة، أي بمعنى نائب قانوني، فهو لا يعدو أن يكون أميناً أو حفيظاً على أموال الحمل المستكن حتى لا تضيع عليه أو تضيع غلتها، كما أن ما يثبت للحمل من حقوق، يثبت له استثناء من الأصل، فكل من الميراث والوصية يثبت له بنص القانون، وإذا كان القانون قد أجاز تعيين وصي له، وجعل له أن يقبل الوصية أو يردها، فإن هذا مقصور على ما جاء بشأنه وهو الوصية، فلا يمتد إلى الهبة، فلا بد من نص قانوني يبيح ذلك^(١٤٩).

بينما ذهب فريق آخر إلى أن الجنين يكتسب الحقوق النافعة نفعاً محضاً دون تفرقة بين ما يشترط القبول وما لا يشترط، وأن قانون الولاية على المال إن أجاز للأب بالمادة ٢٨ منه أن يعين وصياً للحمل المستكن، وأجاز للمحكمة في المادة ٢٩ منه أن تعين وصياً له، فإن هذا الوصي يمكن أن يقبل الهبة عن الجنين، بل أكثر من ذلك؛ فقد أجازت المادة ٢٩ من هذا القانون للمتبرع أن يقيم وصياً مختاراً على الجنين يتولى الولاية على المال الذي يتبرع له به، ولفظ التبرع لفظ عام ينطبق على جميع التبرعات، ومنها الهبة، فيجوز أن يختار من

(١٤٨) عبد الرزاق أحمد السنهوري: المرجع السابق - ص: ١٠٢.

(١٤٩) توفيق حسن فرج: النظرية العامة للحق - مؤسسة الثقافة - ١٩٧٨ - ص: ١٥٤.

يريد التبرع للجنين وصياً له يقبل الهبة عنه، وتكون له الولاية على المال الموهوب^(١٥٠).

أما فقهاء المالكية فإنهم يجيزون الهبة للجنين في بطن أمه^(١٥١)، وأيضاً لمن لم يوجد في البطن، ولكنه سيولد في المستقبل^(١٥٢)، فإن ولد الجنين حياً وعاش كان المال له، وإن مات بعد الولادة كان لورثته، وإن ولد ميتاً بقي المال على ملك الواهب.

وقد تبنت بعض التشريعات هذا الاتجاه؛ فنصت المادة ٥١٨ من قانون الموجبات اللبثاني على أن " الهبات التي تمنح للأجنة في الأرحام يجوز أن يقبلها الأشخاص الذين يمثلونهم".

وجاء في المادة ١١٨ من القانون المدني الكويتي " ١- يتولى الأمين على مال الحمل المستكن حفظه وإدارته، ويقوم بالتصرفات التي يقتضيها.

٢ - ومع ذلك يجوز له أن يقبل التصرفات النافعة نفعاً محضاً".

(١٥٠) حسن كيرة: المرجع السابق - ص: ١٥١، وأيضاً إسماعيل غانم: النظرية العامة للحق - ص: ١٧٤ - وكذلك رمضان أبو السعود ومن معه: مبادئ القانون - دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية - ١٩٩٨ - ص: ٢٢٢.

(١٥١) يرى ابن حزم أيضاً صحة الهبة للجنين، ولم يشترط القبض لصحتها، واحتج لذلك بقوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ (المؤمنون: ١)، وبقوله تعالى:

﴿وَلَا تُبْطِلُوا ءَعْمَلَكُمْ﴾ (محمد: ٣٣). ومن لفظ بالهبة، فقد عمل عملاً، وعقد عقداً لزمه الوفاء به، ولا يحل لأحد إبطاله إلا بنص، ولا نص. المحلى - الجزء السادس - دار الفكر - بيروت - ص: ١٢٦.

(١٥٢) يقول التسولي في كتابه البهجة في شرح التحفة: "يشترط في المحبس عليه أن يكون أهلاً للتملك حقيقة كزيد والفقراء، أو حكماً كفنطرة ومسجد، ولا يشترط كونه كبيراً ولا موجوداً، بل للكبار والصغار يعقد وللجنين الموجود في بطن أمه، بل ولمن لم يوجد في البطن، ولكن سيولد في المستقبل، والهبة والصدقة والوصية مثل الحبس في ذلك، ويتم ذلك ويلزم باستهلال من في البطن أو سيوجد". دار الفكر - الجزء الثاني - ص: ٢٢٥.

وعلى الرغم من عدم وجود مثل هذه النصوص الصريحة في القانون المغربي، فإنه ليس هناك ما يسوغ حرمان الحمل أو الجنين في نطاقه مما قد يوجب له بدعوى توقف الهبة على القبول، لأن العلة التي اعترف القانون للجنين بأهلية وجوب هي المحافظة على مصالحه، وهي حكمة تتحقق في كل ما يفيد فائدة محضة، دون تفرقة بين حق يتوقف على قبوله، وحق لا يتوقف على ذلك، وأن العقبة التي تحول دون إمكان الهبة للجنين، وهي تعيين وصي عليه، قد أزالها القانون بجواز تعيين مثل هذا الوصي، الذي يملك القبول عنه في هذه الحالة^(١٥٣).

ويمكن القول إن صلاحية الجنين لاكتساب الحقوق المالية في القانون إنما تنحصر في نطاق الحقوق التي تنفعه نفعاً محضاً دون تمييز بين ما يتطلب منها القبول وما لا يتطلبه^(١٥٤)، ذلك أنه في الحقوق التي تتطلب القبول كالهبة، فإن هذا القبول يملكه الوصي أو المقدم نيابة عن الجنين، ومن باب أولى الولي.

ثانياً - التأمين:

يعرف 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 حادث، أو تحقق الخطر المبين بالعقد، وذلك في نظير قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن^(١٥٥)، ويتحمل بمقتضاها المؤمن تبعة مجموعة من المخاطر لإجراء المقاصة بينها وفقاً لقوانين الإحصاء.

وقد تناول المشرع المغربي أحكام التأمين في القرار الوزيري المؤرخ في ٢٨ نوفمبر ١٩٣٤، وينقسم إلى عدة أنواع، أهمها التأمين على الأشخاص، الذي

(١٥٣) انظر في هذا الاتجاه إدريس العلوي العبدلاوي: نظرية الحق - مطبعة فضالة - المحمدية - ١٩٧٥.

(١٥٤) خالد عبد الله عيد: المدخل لدراسة القانون - دار الأمان - الرباط - ١٩٨٧ - ص: ٢٨٨.

(١٥٥) الفصل ٧٤٧ من القانون المدني المصري.

يشكل التأمين على الحياة أهم صورته، وينقسم هذا الأخير بدوره إلى صور متعددة ومتنوعة منها التأمين على الحياة لمصلحة الغير، الذي يتعهد بمقتضاه المؤمن بأن يدفع عند وفاة المؤمن على حياته لمن يعينهم هذا الأخير في عقد التأمين، أو في عقد لاحق مبلغاً يشكل رأس مال مرتب أو راتب عمري محددين عند توقيع العقد مقابل أقساط يدفعها هذا الأخير طيلة حياته.

وفي هذه الحالة، يجوز التأمين لفائدة الجنين، كأن يؤمن الأب أو الأم على حياته لمصلحة من سيولد من أولاده، وهو نوع من توفير الأمان والحيطة للمستقبل، ويعد هذا نوعاً من الاشتراط لمصلحة الغير يجوز فيه الاشتراط لمصلحة شخص مستقبل متى كان تعيينه مستطاعاً وقت أن ينتج العقد أثره، وفي هذا تنص الفقرة الثانية من الفصل ٦٤ من القرار الوزيري المؤرخ في سنة ١٩٣٤ على أنه: "ويعتبر راجعاً لمنتفعين معينين الشرط الذي بموجبه يخصص المتعاقد منفعة الضمان إما بزوجه بلا تعيين اسمه، أو بأولاده وأعقابه المولودين أو الذين سيولدون، أو بورثته بلا لزوم لبيان أسمائهم في عقدة الضمان أو بغيرها عقيب ذلك والمضمنة شرط تخصيص رأس المال المضمون". على أنه يشترط وجوباً، بحسب الفقرة الرابعة من الفصل ٦٤ من القرار نفسه، "وجود الشخص المنتفع بالتأمين حين حلول أجل دفع رأس المال، أو دفع المرتب المالي، وذلك ما لم يتفق على خلاف ذلك".

على أن هناك صوراً أخرى للتأمين تتعلق بالجنين، كالتأمين على حياة الجنين، ومنها التأمين على الجنين لحال البقاء. ويجب التمييز بين هذا التأمين والتأمين من خطر الحمل الذي يتعلق بشخص المرأة، ويجوز التأمين عنه من صاحب المصلحة التأمينية، أي "المصلحة التي تقوم مع وقوع ذلك الخطر"، فهو أشبه بتأمين المرض، والمصلحة في هذا التأمين تقوم مع وقوع الحمل، فتشمل نفقات علاج المرأة الحامل، ورعايتها صحياً وتغذيتها، أما التأمين على الجنين لحال البقاء، فالمصلحة لا تقوم إلا مع الولادة، ولا يغطي هذا التأمين فترة الحمل، كما يختلف عن التأمين من خطر الإنجاب الذي يتعلق بالخطر فيه بشخص المرأة، ويجوز التأمين عنه من صاحب المصلحة التأمينية التي تقوم

مع وقوع الإنجاب، وهو غالباً الشخص المكلف رعاية المولود والإنفاق عليه، ولكن من الملاحظ أن النوعين من التأمين يغطيان مصلحة متشابهة.

وهناك أيضاً التأمين على الجنين لحال الوفاة، حيث تقوم المصلحة فيه مع وقوع الوفاة، وقد منع المشرع المغربي في الفصل ٥٨ من القرار الوزيري المؤرخ في سنة ١٩٣٤ إبرام عقد تأمين راجع للوفاة، وواقع على شخص قاصر لا يبلغ عمره ١٢ سنة، وكل ضمان معقود خلافاً لهذا المنع يعد باطلاً.

وبذلك فإن منع التأمين على حياة الأطفال الذين يقل عمرهم عن ١٢ سنة بما فيها حياة الجنين في القانون المغربي مقصورة على التأمين لحال الوفاة فقط، أما بقية أنواع التأمين الأخرى على الحياة، التي يستفيد منها الجنين فإنها تبقى جائزة^(١٥٦). حيث نصت الفقرة الثالثة من الفصل السادس من القرار السابق ذكره على أنه: "يمكن عقد التأمين لحساب شخص سواء كان بصفة لمنفعة الشخص الموقع عليه، أم بصفة شرط مضمن بالعقدة للغير، وذلك لمنفعة الشخص المعروف المتمتع بالشرط المذكور، أو الشخص المحتمل تمتعه به".

وتبعاً لذلك، فإنه يجوز أن يكون التأمين لمصلحة المستأمن، ويجوز إذا كان التأمين لحال البقاء أن يعقد لمصلحة الجنين نفسه، فيدخل مبلغ التأمين مباشرة في ذمة المولود.

ومن السهل تسويق ذلك؛ فالمولود صارت له شخصية قانونية كاملة، ومن قبل ولادته له أهلية وجوب وإن كانت محدودة، يمكن أن تتعلق بها حقوق مثل الإرث أو الوصية وغيرهما كما سبق بيانه، وقياساً على هذه الحقوق يمكن أن يتعلق بها حق التأمين.

(١٥٦) يجيز الأستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري كلاً من التأمين لحال البقاء والتأمين لحال الوفاة، ويقول: "في الحالة الأولى يكون شرط استحقاق مبلغ التأمين أن يولد الجنين حياً، وفي الحالة الثانية يكون شرط استحقاق مبلغ التأمين أن يولد الجنين ميتاً، ويغطي مبلغ التأمين نفقات الجنازة، وإذا لم يمت الجنين فوراً وإنما مات بعد مدة قصيرة، وكان مقرراً أنه غير قابل للحياة، فإن مبلغ التأمين يغطي نفقات العلاج" الوسيط في القانون المدني - الجزء السابع - المجلد الثاني - في عقود الغرر - ص: ١٤٣١.

خاتمة

إن أهلية الوجوب بوصفها صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له أو عليه، تثبت لكل إنسان في المجتمع، ولأن مناطقها الحياة والصفة الإنسانية، ولا علاقة لها بالسن أو العقل، فهي تبدأ من وقت الحمل ولا تتحقق إلا من تمام ولادة الإنسان حياً، لذلك فإن الجنين تثبت له شخصية قانونية تجعله يتمتع بأهلية وجوب، ولا يملك شيئاً من أهلية الأداء.

إلا أنه إن كانت تثبت للجنين أهلية وجوب، فإنها ناقصة من عدة نواح أهمها:

* أنها تقتصر فقط على العنصر المتعلق بصلاحية اكتساب الحقوق، أي العنصر المؤهل للدائنية، بحيث يؤهل الشخص لأن يكون دائناً، فتثبت الحقوق له. وإن كان الاعتراف له بهذه الأهلية يقضي منطقياً تحميله بالالتزامات التي تقتضيها إدارة أمواله.

* أنها مقصورة على بعض الحقوق دون بعضها الآخر.

* أنها متوقفة على تمام ولادته حياً.

ويعود السبب في نقص أهليته إلى أمرين:

أحدهما، احتمال الحياة والموت قبل وجوده في الدنيا، حيث إنه من الممكن أن يولد ميتاً، فلا يكون لوجوده السابق أي اعتبار، ولا يعترف له بأي حق من الحقوق، وأما إذا ولد حياً، فتكتمل بذلك أهلية الوجوب لديه.

ثانيهما، أن الجنين، وإن كان يعد جزءاً من أمه من حيث الظاهر، كأنه عضو من أعضائها تابع لها، ويرتبط بها، ويتحرك بحركتها، ويستقر باستقرارها، فإنه جزء غير دائم، وهو مستقل بالروح والحياة، إذ إنه نفس تنفرد بالحياة لها كيائها ومقوماتها الإنسانية، وهو مهياً من هذا الوجه للانفصال بعد حين ليصبح إنساناً مستقلاً، ولذلك تثبت له بعض حقوق الإنسان الحي دون بعض نتيجة

لهاتين الصفتين اللتين يتمتع بهما، صفة الاستقلال من ناحية، وصفة التبعية من ناحية أخرى.

فالجنين نظراً لوضعه الطبيعي لا يكون أهلاً للأداء، ولا يكون أهلاً لوجوب الحقوق عليه، ولكن يكون أهلاً لوجوب الحقوق له، فهي ثابتة له من جهة الوجوب له لا عليه، وبعبارة أخرى، يعد الجنين بمنزلة المولود في كل ما يعود عليه بالنفع، أي أن شخصيته الاحتمالية تكون لمصلحته فقط، ومعناه أنه يمكن أن يستفيد منها، ولكن لا يمكن أن يتضرر من هذه الشخصية. بالإضافة إلى ذلك تثبت له حقوق أخرى منها اكتسابه جنسية أبيه بناء على رابطة الدم التي أخذ بها المشرع المغربي كأصل لاكتساب الجنسية شريطة ولادته حياً، وحق النفقة له، على الرغم من اختلاف الفقهاء هل تجب للحمل أو للحامل من أجل الحمل، وكذا حقه في الزكاة له، والحق في إفطار أمه، وتأخير إقامة عقوبة الحد عليها حتى تضعه.

وتختلف طبيعة الحقوق التي تثبت للجنين بعضها عن بعض، كما تختلف في أحكامها، وفي الآثار القانونية المترتبة عليها، إلا أن قدر التمتع بها ثابت، لا يزيد ولا ينقص، طوال مراحل تكوينه، وهي تتصف عموماً بكونها حقوقاً مدنية، تنقسم إلى حقوق مالية كتلك الناتجة عن الميراث والوصية والوقف والهبة، وأخرى غير مالية مثل النسب والجنسية.

والواقع أن إثبات قدر من أهلية الوجوب للجنين أمر تستدعيه ضرورة المحافظة على مصالحه في هذه الفترة في أحوال معينة، على أن اعتراف القانون بوجود الجنين، وترتيب بعض الحقوق بالنسبة إليه، هو اعتراف مؤقت معلق على شرط ولادته حياً، فإذا ولد حياً تأكدت شخصيته، وتثبت له حقوقه من وقت الحمل، وإذا ولد ميتاً عدّ كأن لم يكن له وجود، فشخصيته لا تعدو أن تكون شخصية افتراضية، كما أنها شخصية محدودة، واستناداً لذلك يمكن القول إن شخصية الإنسان توجد بالقوة عندما يكون جنيناً، ولكنها لا تتم بالفعل إلا لحظة ولادته وانفصاله تماماً عن أمه حياً.

ولم يهتم المشرع المغربي كثيراً بالوضعية الخاصة للجنين، وإنما عمل على تقنين بعض الأحكام المتعلقة به، وأحال بشأن أغلبها على الفقه الإسلامي خصوصاً المالكي منه، الذي وإن لم يَقم بصياغة هذه الأحكام في إطار نظرية عامة، متكاملة الجوانب، تنظم أهلية الجنين وحقوقه، فإن معالجته لهذا الموضوع شملت كل القضايا والمسائل المرتبطة من قريب أو بعيد بالجنين، على الرغم من أنها جاءت متناثرة على مختلف الأبواب الفقهية، مما يتطلب بذل جهد من أجل جمعها، وتصنيفها، وضبط معاييرها، وتنسيق فروعها، وتكامل أجزائها، والتوفيق بين الآراء المختلفة فيها، حتى تسير التطورات العلمية والبيولوجية التي يعرفها علم الأجنة.

قائمة بأهم المراجع المعتمد عليها

- ١ - إبراهيم أبو النجا: وجود الشخصية القانونية للشخص الطبيعي في القانون الجزائري - المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية - المجلد ٢٥ - العدد ٤ - ديسمبر ١٩٧٨.
- ٢ - أبو البركات أحمد بن محمد الشهير بالدردير: الشرح الكبير على متن خليل - دار الكتب العربية.
- ٣ - أحمد الحصري: التركات والوصايا والقضايا المتعلقة بها في الفقه الإسلامي المقارن - دار الجيل - بيروت - ١٩٩٢.
- ٤ - أحمد محمود الشافعي: الوصية والوقف في الفقه الإسلامي - دار الهدى للمطبوعات - الإسكندرية - ١٩٩٤.
- ٥ - أحمد محمود علي داود: الحقوق المتعلقة بالتركة في الفقه والقانون - مكتبة دار الثقافة - عمان.
- ٦ - إدريس العلوي العبدلاوي: - نظرية العقد - مطبعة النجاح الجديدة - الدار البيضاء - ١٩٩٦.
- ٧ - ابن حزم: المحلى.
- ٨ - ابن رجب الحنبلي: القواعد في الفقه الحنبلي.
- ٩ - ابن رشد الجد: المقدمات الممهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام... دار الغرب الإسلامي - ١٩٨٨.
- ١٠ - ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار - دار إحياء التراث العربي - بيروت.
- ١١ - ابن قدامة: المغني - دار الكتب العلمية بيروت - ١٩٩٤.
- ١٢ - ابن كثير: تفسير القرآن العظيم - دار البصائر - بيروت - ١٩٩٩.

- ١٣- أحمد إبراهيم بك: التركة والحقوق المتعلقة بها - القاهرة الحديثة للطباعة - ١٩٨٧.
- ١٤- أحمد فراج حسين: نظام الإرث في التشريع الإسلامي - المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع - بيروت - ١٩٩٨.
- ١٥- الإمام مالك بن أنس: المدونة الكبرى برواية سحنون بن سعيد عن عبد الرحمن بن القاسم - دار الفكر - ١٩٧٨.
- ١٦- البهوتي منصور بن يونس: كشف القناع على متن الإقناع - عالم الكتب - ١٩٨٩.
- ١٧- التسولي: البهجة في شرح التحفة - دار الفكر - بيروت.
- ١٨- الخطيب محمد الشربيني: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج - مطبعة الحلبي.
- ١٩- السعيد بوركة: الشفعة ومجالات تطبيقها - مجلة دار الحديث الحسنية - العدد الخامس - ١٩٨٥.
- ٢٠- الشوكاني: نيل الأوطار - دار الجيل - بيروت - ١٩٧٣.
- ٢١- الغازي الحسيني: مختصر علم الفرائض والحقوق الإرثية - سلسلة دروس المعهد الوطني للدراسات القضائية بالرباط - ١٩٨٢.
- ٢٢- القرطبي: الجامع لأحكام القرآن.
- ٢٣- الكساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع - دار الكتاب العربي - ١٩٧٤.
- ٢٤- بدران أبو العينين بدران: الميراث المقارن بين المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون - دار المعارف بمصر - ١٩٧١.
- ٢٥- توفيق حسين فرج: النظرية العامة للحق - مؤسسة الثقافة - ١٩٧٨.
- ٢٦- جلال العدوي ومن معه: الحقوق وغيرها من المراكز القانونية - منشأة المعارف بالإسكندرية - ١٩٩٦.

- ٢٧- حسن كيرة: المدخل لدراسة القانون - منشأة المعارف بالأسكندرية - ١٩٧٤.
- ٢٨- حمدي عبد الرحمن: الحقوق والمراكز القانونية - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٧٧.
- ٢٩- خالد عبد الله عيد: المدخل لدراسة الفقه الإسلامي - مطبعة الساحل بالرباط - ١٩٧٨.
- المدخل لدراسة القانون - دار الأمان الرباط - ١٩٨٧..
- ٣٠- سعيد الدغيمر: قطع التقدم ووقفه في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي - أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص - كلية الحقوق بالرباط - ١٩٧٤.
- ٣١- شمس الدين السرخسي: المبسوط - دار المعرفة بيروت - ١٩٨٦.
- ٣٢- عبد الحي حجازي: المدخل لدراسة العلوم القانونية - نظرية الحق - ١٩٧٠.
- ٣٣- عبد الرحمان بلعكيد: علم الفرائض - مطبعة النجاح الجديدة - الدار البيضاء - ١٩٩٥.
- ٣٤- عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في القانون المدني الجديد - الجزء الأول - مصادر الالتزام - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - ١٩٩٨.
- ٣٥- عبد العزيز محمد محسن: الحماية الجنائية للجنين في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٨.
- ٣٦- عبد القادر العرعاري: النظرية العامة للالتزامات في القانون المغربي - مطبعة فضالة - المحمدية - ١٩٩٥.
- ٣٧- عبد الكريم شهبون: شرح مدونة الأحوال الشخصية المغربية - دار نشر المعرفة - الرباط - ١٩٨٧.
- ٣٨- عبد الله بن عبد العزيز العجلان: الأهلية ونظرية الحق في الشريعة الإسلامية - مؤسسة الممتاز للطباعة - ١٩٩٦.

- ٣٩- عبد الله معصر: حقوق الجنين في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي - رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في الدراسات الإسلامية - كلية الآداب والعلوم الإنسانية بالدار البيضاء - ١٩٩٢.
- ٤٠- عبد المنعم فرج الصدة: مبادئ القانون - دار النهضة العربية - بيروت - ١٩٧٧.
- ٤١- عبد النبي ميكو: المدخل لدراسة القانون - المطبعة العالمية - الرباط - ١٩٧٤.
- ٤٢- عبد الودود السرتي: ضوابط الإرث في التشريع الإسلامي - الدار الجامعية - بيروت - ١٩٩٠.
- ٤٣- عدنان القوتلي: الوجيز في الحقوق المدنية - مطبعة الجامعة السورية - دمشق - ١٩٥٧ - الطبعة الثالثة.
- ٤٤- علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل - دار إحياء التراث العربي - بيروت - ١٩٩٨.
- ٤٥- علي حسن نجيدة: نظرية الحق - دار الفكر العربي - القاهرة - ١٩٨٥.
- ٤٦- علي رمضان محمد ازبيدة: النظرية العامة للأهلية - دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون - المنشأة العامة للنشر والإعلان - طرابلس - ١٩٨٤.
- ٤٧- عمر بن محمد بن إبراهيم غانم: أحكام الجنين في الفقه الإسلامي - دار الأندلس الخضراء - ٢٠٠١.
- ٤٨- عواطف تحسين عبد الله البوقري: أحكام الجنين والطفل في الفقه الإسلامي - رسالة ماجستير في الفقه - جامعة أم القرى - مكة المكرمة - ١٩٩٠.
- ٤٩- فتحية مصطفى عطوي: الإجهاض بين الشرع والقانون والطب - المنشورات الحقوقية - صادر - ٢٠٠١.
- ٥٠- محمد أبو زهرة: الأحوال الشخصية - دار الفكر العربي - القاهرة.
- أحكام التركات والموارث - دار الفكر العربي - القاهرة.

- ٥١- محمد بن الحبيب التجكاني: نظام التبرعات في الشريعة الإسلامية - دراسة تأصيلية عن الإحسان الاختياري - دار النشر المغربية - الدار البيضاء - ١٩٨٣.
- ٥٢- محمد بن عبد العزيز بن عبد الله: الوقف في الفكر الإسلامي - نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - الرباط - ١٩٩٦.
- ٥٣- محمد بن معجوز: أحكام الشفعة في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي والمقارن - مطبعة النجاح الجديدة - الدار البيضاء - ١٩٨٥.
- ٥٤- محمد رياض: أحكام المواريث بين النظر الفقهي والتطبيق العملي - مطبعة النجاح الجديدة - الدار البيضاء - ١٩٩٤.
- ٥٥- محمد سلام مذكور: الجنين والأحكام المتعلقة به في الفقه الإسلامي (بحث مقارن) - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٦٩.
- ٥٦- محمد شكري سرور: النظرية العامة للحق - دار الفكر العربي - القاهرة - ١٩٧٦.
- ٥٧- محمد شكري سرور: النظرية العامة للحق - دار الفكر العربي - القاهرة - ١٩٧٦.
- ٥٨- محمد علي الصابوني: المواريث في الشريعة الإسلامية في ضوء الكتاب والسنة - دار الجيل - بيروت - ١٩٩٩.
- ٥٩- محمد فؤاد عبد الباقي: المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم - دار إحياء التراث العربي - بيروت.
- ٦٠- محمد كمال الدين إمام: الوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي - المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع - بيروت - ١٩٩٦.
- ٦١- محمد لبيب شنب: دروس في نظرية الحق - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٧٧.
- ٦٢- مصطفى الزرقاء: المدخل الفقهي العام - دمشق - ١٩٦٨.

-
- ٦٣- مفتاح محمد مفتاح قزيط: الحماية القانونية للجنين بين الفقه الإسلامي والقانون - رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص - كلية الحقوق بالرباط - ١٩٩١.
- ٦٤- نجم عبد الله عبد الواحد: مدة الحمل - مجلة المجمع الفقهي الإسلامي - العدد الرابع - السنة الثانية - ١٩٨٩.
- ٦٥- نعمان جمعة: دروس في نظرية الحق - ١٩٧٧.

