

تعليق على قرار قضائي بشأن
حق الجنين في التعويض عن الضرر الذي لحقه
من جراء وفاة والده طبقا للمادة 25-2 مدني.

بقلم علي فيلاي°

المبدأ القانوني

يكتسب الجنين الشخصية القانونية بعد ولادته حيا. غير أنه يكون لهذه الشخصية -على وجه الاستثناء- أثرا رجعيا تمكن الجنين من اكتساب حقوق نشأت قبل ولادته.

قرار بتاريخ 10 أكتوبر 1984 ، ملف رقم 35511

قضية : ب ن ضد شركة التأمين الجزائرية

المجلس الأعلى

في جلسته العلنية المنعقدة بقصر العدالة نهج عبان رمضان الجزائر

وبعد مداولة القانونية اصدر القرار الآتي نصه :

بناء على المواد 231.233.239.244.257 وما بعدها من ق ا م

بعد الاطلاع على مجموع أوراق ملف الدعوى وعلى عريضة الطعن بالنقض المودعة بتاريخ 08 ماي 1983.

بعد الاستماع إلى السيد الأخضر العقون الرئيس المقرر في تلاوة تقريره المكتوب. وإلى المحامي العام السيد حسان بوعروج في طلباته المكتوبة

حيث طعن ب.ذ بصفتها ولاية شرعية على ولدها القاصر ب.م بطريق النقض في قرار أصدره مجلس الجلفة في 17 ماي 1982 قضى فيه بالموافقة على الحكم المعاد الصادر

في 13 أكتوبر 1981 القاضي برفض دعوى الطاعنة التعويض عن الضرر الذي أصاب ولدها الذي كان جنينا يوم الحادث الذي أودى حياة أبيه ب.م.

حيث قدمت النيابة العامة مذكرة تلتمس فيها نقض القرار.

حيث أن الطعن استوفى أوضاعه الشكلية.

حيث تستند الطاعنة في طلبها إلى وجه وحيد مأخوذ من خرق المادة 25 من القانون المدني فقرة 02 والمادة 124 مدني وكذا المادة 459 من ق ا م وفي بيان ذلك تقول الطاعنة انه ثبت من الشهادة الطبية المؤرخة في 14 ماي 1980 وورقة الإزيداد أن الإبن م كان جنينا وقت الحادث الذي أودى بحياة أبيه هذا وأن القانون يقضي بأن الجنين يتمتع بالحقوق المدنية بشرط أن يولد حيا وبالتالي فإنه محق بعد إزيداده ان يطلب التعويض طبقا للقانون.

حيث ان هذا النعي صحيح. حيث ان المادة 25 من القانون المدني تنص ان الجنين يتمتع بالحقوق المدنية بشرط أن يولد حيا وبالتالي فله أهلية الوجوب هذا. حيث يتبين من شهادة ميلاد الإبن م المزداد يوم 11 ديسمبر 1980 ان هذا الولد كان جنينا وقت الحادث الذي أودى بحياة أبيه وبما أنه ولد حيا فإنه يستحق التعويض كسائر الأولاد الآخرين.

هذا لما قضى مجلس الجلفة بصرف الطاعنة لما تراه مناسبا فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون مما يستوجب النقض.

لهذه الأسباب

قرر المجلس الأعلى نقض وإبطال القرار الصادر في 17 ماي 1982 من مجلس قضاء الجلفة وإعادة القضية والأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل صدوره وإحال القضية إلى نفس المجلس مشكلا من هيئة أخرى. وحكم على المطعون ضدها بالمصاريف القضائية

يستخلص من وقائع هذا القرار أن المسمى (ب م) توفى على إثر حادث مرور¹ تاركا زوجة حاملا وأولادا. وبعد وضع حملها وازدياد الولد (ب م²) بتاريخ 11 ديسمبر 1980 طالبت الطاعنة بالنقض من المدعى عليها - أي الشركة الجزائرية للتأمين³ - تعويض الضرر الذي لحق ولدها تبعا لوفاة والده. ولقد قامت المدعية في هذا السياق وبصفتها الولية الشرعية لابنها بدعوى التعويض على المدعى عليها أمام المحكمة التي قضت في حكمها الصادر بتاريخ 13 أكتوبر 1981 برفض الدعوى. ثم استأنفت المدعية في الطعن بالنقض هذا الحكم أمام مجلس قضاء الجلفة الذي قضى بدوره وبتاريخ 17 ماي 1982 بتأييد الحكم المستأنف فيه تقدمت المدعية بطعن بالنقض أمام المجلس الأعلى - أي المحكمة العليا حاليا - بتاريخ 08 ماي 1983 ضد قرار مجلس قضاء الجلفة مستندة إلى وجه وحيد مأخوذ من خرق المادة 25 من القانون المدني الفقرة 02 والمادة 124 مدني. وكذا المادة 459 من ق ا م. وتقول في هذا الشأن: «... انه ثبت من الشهادة الطبية المؤرخة في 14 ماي 1980. وورقة الإزدياد أن الإبن م كان جنينا وقت الحادث الذي أودى بحياة أبيه. هذا وأن القانون يقضي بأن الجنين يتمتع بالحقوق المدنية بشرط أن يولد حيا وبالتالي فإنه محق بعد إزدياده أن يطلب التعويض طبقا للقانون.»

وبقراره المؤرخ في 10 أكتوبر 1984 قضى المجلس الأعلى بنقض القرار المطعون فيه وعلى ضوء ما تقدم. فإن المشكل القانوني الذي تناوله القرار يتعلق بحق الولد في التعويض عن الضرر الذي لحقه من جراء وفاة أبيه وهو وقتها جنين لم يولد بعد. وبعبارة أخرى هل يمكن اكتساب حق من قبل الجنين. في حين أن الحقوق لا تثبت إلا للشخصية القانونية التي تبدأ بولادة الإنسان حيا؛ واعتقادنا أن الحقوق التي يتمتع بها الجنين شريطة أن يولد حيا هي مسألة تقليدية⁴ لا جدال فيها خاصة وأن التشريعات

¹ - يكون قد وقع هذا الحادث شهر ماي 1980. باعتبار أن الشهادة الطبية التي تثبت الحمل مورخة في 14 ماي 1980 وعلى العموم فإنه لا نزاع في أن الولد كان جنينا وقت الحادث
لقد اشار القرار إلى الاسم الأب و اسم الابن بنفس الرمز أي ب م
- يظهر أن الحادث الذي أدى بوفاد الاب هو حادث مرور
⁴ - هناك قاعدة رومانية تقضي ان الجنين يعتبر مولود كلما كان ذلك في حاله

الحديثة اعترفت للجنين الذي يولد حيا أو قابلا للحياة ببعض الحقوق بصريح العبارة^١. غير أن هناك اختلافا بشأن الأساس أو المبرر القانوني لهذا الحل. ويظهر أن سبب الخلاف هو الصلة الوثيقة والترابط الموجود بين الشخصية وأهلية الوجوب (1م) مما جعل بعض الفقهاء وحتى القضاء يعترف للجنين بشخصية قانونية. في حين أن وضع الجنين هو حالة استثنائية فقط (2م).

المبحث الأول : الصلة بين الشخصية وأهلية الوجوب

توجد بين الشخصية وأهلية الوجوب صلة وثيقة ترتب عنها بعض الخلط (1م). غير أنهما مفهومان مستقلان عن بعضهما البعض وأن الشخصية القانونية هي قوام أهلية الوجوب (2م).

Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur L'enfant conçu est considéré comme né chaque fois qu'il y va de son intérêt

^١ - راجع على سبيل المثال المادة 29 مدني مصري والتي تأثرت به كل القوانين العربية والمادة 21 من قانون الالتزامات العقود الموريطاني. وأما القانون المدني الفرنسي لا يتضمن نصا صريحا غير أن هذا لم يمنع من تطبيق القاعدة الرومانية السالفة الذكر

Voir A Weil, droit civil les personnes, Précis Dalloz, 2^{ed} p 9, Ferré, Introduction générale au droit Précis Dalloz, 3^{ed}, p 284. La loi française n°94-653 du 29 juillet 1994 dispose que la loi, «la loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie» La déclaration des droits de l'homme de 1948 dispose en son article 3 «tout individu a droit à la vie...». La convention européenne des droits de l'homme dispose en son art 2-1 «Le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi», enfin, le pacte des nations unies sur les droits civils et politique de 1966 dispose en art 6-1 «Le droit à la vie est inhérent à la personne humaine. Ce droit doit être protégé par la loi. Nul ne peut être privé arbitrairement de la vie». Voir J. Carbonnier, Sur les traces du non sujet de droit, Arch. Phil. Droit, t34, 1989 p 197s. Voir deux arrêts «Hérauval» du 4 janvier 1935 Bull. civ. n°4 et du 8 mars 1939 Ch. réunies à la suite d'une première cassation Bull. civ. N°70 ou Dalloz 1941, 37 l'arrêt Segers du 10 décembre 1985, Bull. civ. N°339, p 305

المطلب الأول : الخلط بين الشخصية القانونية وأهلية الوجوب

يرى قضاة المجلس الاعلى أن الجنين بمقتضى أحكام المادة 25 مدني: «... يتمتع بالحقوق المدنية بشرط أن يولد حيا وبالتالي فله أهلية الوجوب هنا». وبعبارة أخرى يتمتع الجنين بأهلية الوجوب ومن ثمة فله الحق في التعويض. وهذا هو الرأي الذي انتهى إليه بعض الفقهاء. حيث كتب في هذا الشأن محمد حسين منصور: «أهلية الوجوب هي صلاحية الشخص لأن تثبت له حقوق وأن تتقرر في نتمه التزامات وهذه القابلية هي نفس المعنى الذي أعطي للشخصية القانونية والواقع أن أهلية الوجوب تختلط بالشخصية. بل هي الشخص منظوراً إليه من الناحية القانونية»⁶ واعتقادنا أن الشخصية القانونية هي مفهوم يختلف تماما عن أهلية الوجوب. فإذا كانت هناك -فعلا- علاقة وثيقة بين المسألتين - كون الشخصية القانونية هي قوام أهلية الوجوب- فلا شك في أنهما أمران مستقلان عن بعضهما البعض. ويقصد بالشخصية القانونية كل كائن مادي أو معنوي يكون صالحا لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات. هذا من الناحية المبدئية. -أي صلاحية الفرد مبدئيا للمشاركة في الحياة القانونية⁷- بينما تتمثل أهلية الوجوب في مجال هذه الصلاحية في اكتساب الحقوق وتحمل الواجبات أو محتواها⁸ ولعل الخلط الذي وقع فيه بعض الفقهاء يرجع إلى الصلة الوثيقة الموجودة بين الأمرين⁹. حيث تنعدم أهلية الوجوب إذا انعدمت الشخصية وعند ما نتساءل عن صاحب الحق فإننا نبحث عما إذا كانت له الشخصية القانونية من

- راجع نظرية الحق المعارف، 1998، ص 345

«On doit donc, écrit l'arroumet, considérer qu'il y a une diminution de la personnalité juridique (caput deminutio), conséquence de l'incapacité de jouissance » Droit civil, I.I. Introduction à l'étude du droit privé, 3^e éd., Economica, Delta, n°327

- « C'est l'aptitude à participer à la vie juridique », écrit JI Aubert Introduction au droit, et thèmes fondamentaux du droit civil, Armand colin, 7^e éd., p189

^ -JI. Aubert -écrit - Il convient, a cet égard de distinguer soigneusement la *personnalité juridique* de la *capacité juridique* Tandis que la première affirme une aptitude générale a participer a la vie juridique, la seconde précise pour chacun les conditions de cette participation » -op cit - p189

- راجع حسن كبيرة المدخل إلى القانون، المعارف، ط 5، ص 517

جهة - لأن الحق لا يثبت إلا للشخص القانوني - وعمّا إذا كانت له أهلية وجوب لاكتساب مثل هذا الحق بالذات من جهة ثانية.

وقد يرجع هذا الخلط كذلك إلى أحكام القانون المدني المتعلقة بالشخص الطبيعي. التي تناولت - صراحة - الشخصية القانونية ومميزاتها (من اسم - وموطن - وحالة) من جهة¹⁰. والأهلية من حيث قدرة الشخص على مباشرة حقوقه المدنية - أي أهلية الآداء - من جهة أخرى¹¹. دون الإشارة إلى الأهلية المنظور إليها من حيث الحقوق التي يمكن للشخص ان يكتسبها - أي أهلية الوجوب -¹² ولعل هذا "الاعغال"¹³ هو الذي جعل البعض يعتقد أن المقصود بالأهلية هو أهلية الآداء. بينما أهلية الوجوب تختلط بالشخصية القانونية¹⁴

لقد كتب في هذا الشأن حسن كبيرة: « فالشخصية تتعلق انن بمبدأ الصلاحية لوجوب الحق أو الالتزام بعامّة دون تحديد أو تعديد. بينما تتعلق أهلية الوجوب بمدى هذه الصلاحية من حيث قصورها أو شمولها لكل الحقوق والالتزامات... فتكون

¹⁰ - انظر المادة 25 إلى 39 مدني.

¹¹ - انظر المادة 44 إلى 45 مدني تنص المادة 40 مدني « كل شخص بلغ سن الرشد. يكون كامل الاهلية لبشارة حقوقه المدنية. »

¹² - انظر المادة 50 مدني حيث تنص « يتمتع الشخص الاعتباري بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازما لصفة الانسان. وذلك في الحدود التي يقرها القانون أهلية في الحدود التي يعينها عقد انشائها أو التي يقرها القانون. »

¹³ - والحقيقة انه منذ تولي نظام الرق والغاء الموت المدني لم يعد هناك ما يمنع الشخص الطبيعي من اكتساب ما يشاء من حمون وتحمل ما يريد من واجبات إلا بعض الحالات الاستثنائية. وهذا ما جعل جل التشريعات لا تنشغل بأهلية الوجوب

¹⁴ - تقسيم الأهلية إلى أهلية أداء وأهلية وجوب هو تقسيم فقهي يقصد بأهلية الآداء *capacite d'exercice* القدرة على مباشرة الحقوق *aptitude a exercer les droits* وأما أهلية الوجوب *capacite de jouissance* فهي القدر أو الصلاحية لاكتساب الحقوق *aptitude a acquérir et a posséder des droits*

يعرف احناق ابراهيم منصور أهلية الوجوب « بأنها صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والتحمل بالإيجابات وبتعبير آخر نقول صلاحية الشخص لأن يكون طرفا في الحق سواء كان طرفا ايجابيا او سلبيا » واما اهنة الآداء فيعرفها على انها « صلاحية الشخص للتعبير عن ارادته تعبيرا يرتب عليه القانون آثارا » المرجع السابق ص 227 و228 يعتبر التمييز مناط أهلية الآداء.

الشخصية هي الصلاحية المجردة. وأهلية الوجوب هي الصلاحية الواقعية أو
المجسمة»¹⁵

ويمكن أن ننتبين الفرق الموجود بين الشخصية القانونية وأهلية الوجوب من خلال صياغة السؤال المطروح. فإذا كان الأمر يتعلق بالشخصية القانونية فإننا نتساءل عما إذا كان الكائن -مبدئياً- صالحاً لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات. وأما إذا كنا نبحث عن أهلية الوجوب فإننا نتساءل عن الحقوق التي يمكن أن يكتسبها الشخص. وأعن مدى هذه الصلاحية في اكتساب الحقوق وتحمل الواجبات؟ ويظهر من وقائع القرار أن السؤال المطروح على القضاة هو: هل الجنين صالح لاكتساب حقوق وتحمل واجبات؟ أي هل له شخصية قانونية؟ والإجابة -مبدئياً- تكون بلا لكون نص المادة 25 مدني يقضي بأن الشخصية تبدأ بالولادة. وهذا الشرط غير متوفر في وضع الجنين. وطالما أنه -مبدئياً- غير صالح لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات فإنه لا حاجة للبحث عن الحقوق التي يمكن أن يكتسبها -أي لا جدوى من النظر إلى أهلية الوجوب- وهذا على عكس ما خلص إليه القضاة بقولهم "أن له أهلية وجوب"؛ فالأهلية لا توجد إلا بوجود الشخصية. وطالما أن هذه الأخيرة غير موجودة فلا وجود لأهلية الوجوب.

المطلب الثاني: الشخصية تتقدم أهلية الوجوب

إذا كانت الأهلية لا توجد إلا بوجود الشخصية فهذا لا يعني أن وجود الشخصية يعني وجود الأهلية بصفة مطلقة¹⁶ بل يعني -فقط- أن الشخصية القانونية تتقدم -دائماً- أهلية الوجوب من حيث الوجود. فتكون الشخصية القانونية حينئذ هي مناط أهلية الوجوب. وبعبارة أخرى. لا يمكن البحث عن أهلية الوجوب مالم تكن الشخصية القانونية موجودة وغير متنازع فيها. وبالنسبة للقضية محل القرار فإن المدعية في الطعن تطالب بحق في التعويض لولدها الذي كان جنيناً وقت حصول الضرر. بحيث

¹⁵- المرجع السابق ص 518.

¹⁶- بمعنى أنه صالح لاكتساب ما شاء من الحقوق وهذا حتى ولو كان ذلك مبدئياً صحيحاً باعتبار المبادئ التي تضمنها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمواثيق الدولية المختلفة المتعلقة بالحريات والحقوق الطبيعي والاجتماعي الخ. وكذا الحريات الأساسية أو العامة المنصوص عليها في الدستور.

يتمثل المشكل المطروح على القضاة في سؤالين متتاليين ومتعاقبين. وهما: هل الجنين صالح أو أهل لاكتساب الحقوق؟ وإذا كانت الإجابة بنعم يطرح في مرحلة ثانية سؤال «ثان وهو: هل تشمل هذه الحقوق الحق في التعويض عن وفاة أبيه؟ ويرى في هذا الشأن بعض الفقه أن الفقرة الثانية من المادة 25 مدني تتعلق: « بأهلية الوجوب الناقصة للجنين قبل أن يولد. فهذه الأهلية تثبت له وهو مازال جنينا. سواء ولد حيا أو ميتا وليس لنا أن نبحث عن أهليته بعد ولادته. لأنه متى ولد حيا أصبحت له شخصية وجوب كاملة¹⁷ ». يستخلص من هذا الرأي -على وجه الخصوص- أن أهلية الوجوب مستقلة تماما عن الشخصية من جهة. وأن أهلية الوجوب تتقدم على وجود الشخصية القانونية من جهة ثانية وإنما نشاط هذا الرأي بالنسبة لشقه الأول -أي أن أهلية الوجوب هي -فعلا- أمر مستقل عن الشخصية. غير أننا لا نتفق مع هذه القراءة أو هذا التأويل بالنسبة لشقه الثاني. لكون الأهلية تأتي في مرحلة ثانية -أي بعد اكتساب الشخصية القانونية- وليس العكس¹⁸ والحقيقة أن هذا الأمر غير متنازع فيه حتى بالنسبة لأولئك الذين يخلطون بين الشخصية والأهلية. حيث أن جل الفقهاء يميزون في دراساتهم المختلفة بين الشخصية والأهلية. فيبحثون كل مسألة على حده في فصل أو قسم خاص بها¹⁹ وهذا الأمر يظهر أكثر وضوحا بالنسبة للشخص الاعتباري الذي يتمتع بأهلية وجوب مقيدة. وهي تخضع لمبدأ التخصيص. فتمتع الشخص الاعتباري بالشخصية القانونية لا يسمح له باكتساب ما يشاء من الحقوق. بل تقتصر أهلية وجوبه على الحقوق والواجبات: « المتعلقة بغيره دون غيرها مما يجاوز هذا الغرض»²⁰ وهذا هو الحل الذي انتهت إليه المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 20 ماي

¹⁷ راجع. علي علي سليمان. النظرية العامة للالتزام. مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري. ديوان المطبوعات الجامعية. ط3. ص53 راجع في نفس المعنى محمد تقية. الهبة في قانون الأسرة و القانون المقارن. دكتوراة دولة. الجزائر. ص 92

¹⁸ بالنسبة للشريعة الإسلامية يطلق على الشخصية اصطلاح "الذمة" ويجعلونها مناط لأهلية الوجوب. فهي أثر للشخصية. راجع أحمد إبراهيم الأهلية وعوارضها والولاية في الشرع الإسلامي. مجلة القانون والاقتصاد. السنة الأولى ص352. ذكره حسن كبره. المرجع السابق ص 17 هامش 4

¹⁹ استعرض محمد حسين منصور مثل-ا في الفصل الأول معالم الشخصية وفي الفصل الثاني الأهلية. راجع المرجع السابق. ص 291 و 345

²⁰ راجع حسن كبره. المرجع السابق ص 644

1997، والذي تضمنت حيثياته ما يلي: «وحيث انه بذلك يتبين بأن الطاعنة لا يمكنها أن ترفع دعوى باسم أعضائها الا في الحدود المعترف بها للطرف المدني المترتبة عن جريمة ما مما لا ينطبق على الدعوى الحالية وحيث أنه بذلك يتبين أن الطاعنة لا يمكنها أن ترفع امام القضاء دعوى للمطالبة بحقوق مالية خارج أي ارتباط مع اية جريمة تكون قد سببت ضررا لأعضائها. فان قضاة الإستئناف قد خالفوا قاعدة جوهرية في الإجراءات لما اعتبروا أن الطاعنة لها الأهلية للمطالبة بتلك الحقوق. مما يعرض قرارهم للنقض وبدون إحالة مع تمديد النقص إلى الحكم المستأنف.»²¹

المبحث الثاني : وضع الجنين حالة استثنائية

لقد سبقت الإشارة إلى أنه لا أحد ينازع في أن الجنين يتمتع ببعض الحقوق غير أن هذا لم يمنع من وجود خلافات فقهية بشأن تكييف وضع الجنين. فهناك من يرى أن الجنين يعد انسانا نسبيا²². وهناك من يرى أن للجنين شخصية محدودة²³. وهناك من يعتقد أن للجنين شخصية قانونية احتمالية²⁴ واعتقادنا أن هذه الآراء منتقدة لكون بعضها يخلط بين الشخصية وأهلية الوجوب. وقد سبق شرح ذلك. ومنها من يعتقد بمفاهيم غير دقيقة. ومرفوضة من قبل المنطق القانوني. فما هو المقصود "بالإنسان النسبي" أو بالشخصية "القانونية المحدودة" أو "بالشخصية القانونية المحتملة" فالقانون يجهل مثل هذه "المفاهيم" فلو كان القانون يعتد بالإنسان النسبي لبين الآثار القانونية التي يرتبها لهذا الإنسان النسبي والتي تختلف -حتما- عن تلك التي يلحقها بالإنسان "الكامل أو المطلق". وكذلك الأمر بالنسبة للشخصية القانونية المحدودة أو الاحتمالية

²¹ - المجلة القضائية 1997. العدد الأول. ص 66

²² - راجع اسحاق ابراهيم منصور نظريتا القانون والحق وتطبيقاتها في القوانين الجزائري. ديوان المطبوعات الجامعية. 2001. ص 218

²³ - كتب محمد حسين نصر في هذا الشأن «يعترف للجنين بشخصية محدودة تتمثل في اهلية وجوب فاصرة على الملاحية لاكتساب الحقوق النافعة نفعاً محضاً» المرجع السابق ص 293

²⁴ - راجع مصطفى محمد الجمال وعبد المجيد محمد الجمال ص 425

ويظهر بالرجوع إلى نص المادة 25-2 مدني أن الآثار القانونية المتمثلة في اكتساب حقوق معينة لا تثبت للجنين لأنه مجرد جنين لا غير من دون قيد أو شرط. بل تثبت له هذه الحقوق بعد اكتسابه الشخصية القانونية -أي بعد ولادته حيا- وإذا لم يتحقق هذا الشرط فإن القانون يتجاهل وضع الجنين بصفة مطلقة وهكذا يتبين أن الغرض من المادة 25-2 مدني ليس الاعتراف للجنين بالشخصية القانونية. وإنما تمكنه من اكتساب حقوق عند ما يصبح شخصية قانونية. ترتبت قبل بداية هذه الشخصية القانونية -أي الاستفادة بأثر رجعي- وهذا ما سنحاول بيانه من خلال التحليل الشكلي لنص المادة 25 السالفة الذكر ثم من تحليلها من حيث الموضوع.

المطلب الأول : شكل النص يترجم الوضع الاستثنائي للجنين

إن الجانب الشكلي للنصوص القانونية لا يقل أهمية عن جانبه الموضوعي. لكون الشكل يُوحي بالموضوع. ويمكننا استخلاص دلالة الحكم الوارد في النص من خلال تركيبته الشكلية (1) ومن خلال صياغته اللغوية (2)

- تركيبة النص

تتكون المادة 25 مدني من فقرتين كما يلي: الفقرة الأولى: «تبدأ شخصية الانسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته» والفقرة الثانية تنص: «على أن الجنين يتمتع بالحقوق المدنية بشرط أن يولد حيا».

إن مثل هذا التقسيم للنص يعني -حتما- أنه يحتوي من حيث الموضوع على فكرتين. وإلا كان هذا التقسيم غير مبرر. هذا من جهة ويمكننا القول من جهة أخرى. أنه توجد علاقة مباشرة بين الفكرتين لأنه لو لم يكن الامر كذلك. -أي لو لم تكن علاقة بين الفكرتين- لتمت كتابتهما في مادتين مختلفتين.

تناول نص المادة 25 مدني بفقرتيها المسألة المتعلقة ببداية الشخصية القانونية ونهايتها باعتبارها "صاحبة الحق". فبين المدة التي يتمتع من خلالها الانسان بالشخصية القانونية حيث يكون صالحا لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات لقد تعرض المشرع في الفقرة الأولى إلى تعيين وقائع وشروط بداية الشخصية ونهايتها. وأما الفقرة الثانية فضمنها وضع الجنين باعتباره مرحلة من مراحل تكوين الانسان سابقة عن

ولادته والتي قد تتحقق فيصبح الجنين إنسانا متمتعا بالشخصية القانونية ومؤهلا أو صالحا لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات. وقد لا تتحقق فيتجاهله القانون بحيث يكون كأنه لم يكن. وتتمثل العلاقة بين الفئتين في أن كليهما يبحث عن الشخصية القانونية لدى الشخص الطبيعي - أي الإنسان - الذي يتكون عبر مراحل متتالية ومتعاقبة. فيكون: « نطفة ثم علقة ثم مضغة ثم عظاما ثم خلقا آخر ثم جنينا ثم وليدا ثم رضيعا »²⁵ ولقد اقتصر المشرع على التمييز بين مرحلتين فقط. مرحلة الولادة وانفصال الولد عن أمه. ويعد هذا الكائن في مفهوم القانون إنسانا. ومرحلة ما قبل الولادة حيث نكون بصدد وضع آخر يطلق عليه القانون اسم جنين ولا يعد إنسانا²⁶

ونذكر في هذا الشأن أن المفاهيم والحقائق القانونية تختلف عن مفاهيم وحقائق العلوم الأخرى. فالإنسان من وجهة نظر القانون لا وجود له إلا بعد ولادته حيا. بينما الإنسان بمفهوم العلوم الطبيعية أو الطبية هو موجود بمجرد تلقيح النطفة²⁷. وحينئذ يجب الأخذ بعين الاعتبار هذا العنصر في تحديد مفهوم النص²⁸

²⁵- راجع هلال عبد الله احمد. التزامات الحامل نحو الجنين. بين التجريم الجنائي والاباحية. دار النهضة العربية. 1996. ص 21 و جاء في نهاية الأدب للنويري «قالت الحكماء يشمل الإنسان من كونه نطفة إلى أن يهرم ويموت على سبعة وعشرين حالا. وسبعة وعشرين اسما». ص 2 ح 11 ذكره هلال عبد الله احمد المرجع السابق

²⁶- راجع في نفس المعنى اسحاق ابراهيم منصور المرجع السابق ص 216.

«Tout être humain né vivant et viable est une personne. Dans le sein de sa mère, l'enfant n'a point encore d'existence qui lui soit propre, ni par conséquent, à vrai dire, de personnalité» Aubry et Rau, Cours de droit civil, 1936, p 305

²⁷- «De la fécondation à la mort, la vie d'un être humain est une évolution continue passant par différents stades stade embryonnaire - fœtus - nouveau né - enfant, etc. le passage d'un stade à un autre se fait sans aucune discontinuité pour la personne. L'embryon est donc un être humain qui se développe du moment de la fécondation au stade suivant que l'on appelle fœtal. Il n'existe pas de stade pré-embryonnaire car à l'époque qui précède l'être humain n'existe pas, seules existent deux gamètes (cellules reproductrices) c'est leur fusion au moment de la fécondation qui marquera le début du développement d'un nouvel être humain».

Le clonage http://www.genethique.org/doss_theme/dossiers/clonage/acc_clonage.htm

²⁸- Voir Bernard Delmas, La dignité de la personne humaine, Dalloz 1997, chronique p 185, Virginie Saint James, Reflexion sur la dignité de l'être humain en tant que concept juridique du droit français, Dalloz 1977 Chronique, p 61, Bertrand Mathieu, La dignité de la personne humaine Dalloz 1996, chronique p 282

تبدأ الفقرة الثانية من المادة 25 مدني بلفظ "على أن...". ومثل هذا الصياغة تدل على مخالفة الحكم السابق على وجه الاستثناء وبعبارة أخرى يستخلص من هذه الصياغة أن المشرع وضع حكما مبدئيا في الفقرة الأولى من المادة 25 مدني، وأورد حالة استثناء في الفقرة الثانية من نفس المادة. يتمثل المبدأ في أن شخصية الإنسان تبدأ بتمام ولادته حيا. وأما الحالة الاستثنائية فتكمن في وضع الجنين -أي الحالة التي يكون عليها بنو البشر أو بنو آدم قبل ولادته- واعتقادنا أنه في ضوء هذه الصياغة لا أحد ينازع -على الأقل من حيث الشكل- في أن الفقرة الثانية من المادة 25 تتضمن استثناء للقاعدة الواردة في الفقرة الأولى من نفس المادة. لكن قد لا يوفق المشرع في اختيار الصيغة الملائمة والمنسجمة مع الموضوع، ومن ثم وجب التأكد مما انصرفت إليه نية المشرع هل أراد -فعلا- وضع قاعدة في الفقرة الأولى من المادة 25 والإشارة في الفقرة الثانية إلى حالة استثنائية. وهناك من يرى غير هذا. حيث كتب ابراهيم أبو النجاء في هذا الشأن: «فغير أننا لا نتفق مع هذا الرأي لأنه يعني أن الاصل أو القاعدة في القانون الجزائري ان شخصية الانسان الحقيقية تبدأ بولادته حيا. وأن الاستثناء من هذا الاصل أو هذه القاعدة هو الاعتراف للجنين بشخصية افتراضية. وهو قول غير منطقي ولا نسلم به. ذلك أن القول بوجود استثناء يعني بقاء الاصل أو القاعدة الاصلية التي ورد عليها هذا الاستثناء. بحيث يمكن ان يطبق ذلك الاصل أو تلك القاعدة على بعض الفروض وأن يطبق الاستثناء على البعض الآخر. وهو ما لا يصح القول به بشأن بدء الشخصية القانونية للانسان. إذ لا يوجد بعض الأشخاص تبدأ شخصيتهم القانونية بالميلاد الاصل أو هذه القاعدة. بينما يوجد أشخاص آخرون تبدأ شخصيتهم قبل الميلاد بالاعتراف لهم بشخصية مفترضة وهم أجنة في بطون أمهاتهم حسب هذا الاستثناء. هذا فضلا عن أن القول بوجود استثناء يتعلق بالاعتراف بالشخصية القانونية للجنين بشرط أن يولد حيا. يعني أن هذا الاستثناء يشمل جميع بني الانسان حيث لا يوجد انسان لم يكن جنينا في بطن أمه قبل ولادته»²⁹

²⁹ - مقال تحت عنوان "وجود الشخصية القانونية للشخص الطبيعي في القانون الجزائري" المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية. 1987. العدد الرابع ص 971

واعتقادنا أن هذا التأويل الذي يتسم بالمنطق. -حيث أنه من غير المعقول أن تبدأ شخصية البعض من يوم ولادتهم والبعض الآخر من يوم تكوينهم أجنة في بطون أمهاتهم. وهذا مع العلم أن كل بني الانسان يكون جنينا قبل ولادته- قد أغفل مسألة هامة وفاصلة أشرنا إليها آنفا. ألا وهي اختلاف مفاهيم القانون عن مفاهيم العلوم الأخرى. ونذكر في هذا الشأن أن المفاهيم القانونية تحدد في ضوء غاية القانون وليس بالرجوع إلى العلوم الأخرى³⁰. ف يتمتع الانسان -مثلا- بالشخصية القانونية -أي أنه صالحا لاكتساب حقوق وتحمل الواجبات- ليس لأنه ذو إدراك أو إرادة أو لمجرد أنه من جنس إنسان كما هو الأمر في العلوم الأخرى كالفلسفة أو علم النفس. بل لأنه ذو قيمة اجتماعية. بمعنى أنه يعد عنصرا فعالا في تحقيق غاية القانون من تنظيم المجتمع. واستقراره. وأمنه... الخ. وفي ضوء هذه الغاية التي يسعى القانون إلى تحقيقها فلا داعي للانفعال "بالانسان" باعتباره شخصا قانونيا في مرحلة تكوينه -أي طالما لا يزال جنينا في بطن أمه-. وهكذا يقتصر المدلول القانوني للشخص الطبيعي أي الانسان على ذلك الذي تمت ولادته حيا. ولا يقتصر هذا الرأي على القانون المدني بل سلك المشرع الجنائي نفس المسلك. حيث يعتبر إزهاق روح طفل حديث عهد الولادة بمثابة قتل انسان³¹. بينما قتل الجنين يعتبره إجهاضا وليس قتل انسان³² وعلى ضوء

Voir dans le même sens Farroumet «La personnalité juridique sera reconnue à l'individu non pas à dater de sa naissance, mais bien à dater de sa conception - Evidemment, on peut considérer qu'il s'agit là d'une institution artificielle puisque le sujet de droit ne peut pas entrer en relation sociale. Cependant, il ne s'agit pas d'une institution si artificielle, à partir du moment où elle est calquée sur la vérité biologique, puisque la vérité biologique impose de considérer que - dès qu'il y a conception, il y a plus qu'une simple éventualité d'être humain ». op cit. n° 321 Fhery. La condition juridique de l'embryon et du fœtus, Dalloz 1982, chronique, p 231

³⁰ - ولقد كتب في هذا الشأن حسن كبيرة: « فللقانون غاية معينة تملي عليه مدلولاً معيناً للشخصية مختلفاً عن مدلولها الفلسفي أو الأخلاقي أو النفسي » المرجع السابق ص 516

¹ نص المادة 259 عقوبات « قتل الأطفال هو إزهاق روح طفل حديث عهد الولادة»

³² -نص المادة 304 عقوبات « كل من إجهض امرأة حاملاً أو مقتض حملها. » راجع أيضا الدكتور هلال عبد الغادر احمد التزامات الحامل نحو الجنين. بين التجريم الجنائي و الاباحة. دار النهضة العربية. 1996.

Voir. Pedrot, le statut juridique de l'embryon et du fœtus humain en droit compare, JCP, 1991, G. 3483, Mme Belaud-Alexandra, Le statut du fœtus ex utero du droit à la vie, petites affiches, n° 111, 16 septembre 1998

هذا التوضيح فإننا نرى أن وضع الجنين هو حالة استثنائية تناولها المشرع في الفقرة الثانية من المادة 25 مدني، ويبقى -حينئذ- أن نتساءل عن محتوى هذا الاستثناء

المطلب الثاني: اكتساب الجنين للشخصية القانونية بأثر رجعي

لا ينشغل القانون بكل جوانب الحياة الانسانية. بل يقتصر على تلك التي تهتم نظام المجتمع. وهذا ما جعل العلوم القانونية تتجاهل بعض الأوضاع. فلا تنظمها ولا تحميها من جهة. وتعتد -مبدئياً- بالمظاهر الخارجية لا بالنوايا من جهة ثانية

يتم تنظيم الأوضاع المختلفة وفق قواعد تستند إلى نظريات ومبادئ عامة. غير أنه في كثير من الأحيان يكون المشرع أمام أوضاع خاصة من جهة. ولا يمكن تجاهل هذه الأوضاع الخاصة من جهة ثانية ويتمثل الوضع الخاص في ذلك الذي يكون مغايراً أو مخالفاً للفرضية التي وضعتها القاعدة القانونية. بحيث لا يمكن إخضاع هذا الوضع للحكم الوارد في القاعدة القانونية وهذا هو وضع الجنين الذي لازال ببطن أمه. في حين تشترط المادة 25-1 مدني لبداية الشخصية القانونية بالنسبة للشخص الطبيعي تمام الولادة من جهة. وأن يولد المولود حياً من جهة أخرى. ومن البديهي إذن أن لا يخضع الجنين لهذه القاعدة.

مبدئياً لا ينشغل المشرع بهذه الأوضاع الخاصة إلا في حالة الضرورة القصوى. -أي عندما يكون لإغفال أو تجاهل هذا الوضع الخاص أثر على نظام المجتمع-. كما هو الأمر بالنسبة لنسب ولد النكاح الفاسد. في هذه الحالة يضع المشرع حلاً خاصاً بهذا الوضع الخاص. فيختار -على العموم- بين أمرين أو احتمالين: إما بتطبيق المبدأ على الوضع الخاص رغم عدم توفره على الشروط المقررة في القاعدة. وإما إخضاع هذا الوضع الاستثنائي والخاص لحل خاص. وفي رأينا هذا الاحتمال الثاني هو الذي اهتدى إليه المشرع من خلال الفقرة الثانية للمادة 25 مدني

تتميز هذه الحلول الخاصة بأوضاع استثنائية وذلك بخروجها أو استبعادها للمنطق الذي تستند إليه النظرية العامة -أي الحل المبدئي-. وهذا ما يزيد من الصعوبات التي يواجهها الفقهاء في إيجاد إسناد أو مبرر منطقي ومقنع. ولعل أحسن مثال على هذا القول هو الاقتراحات المتعددة والمنتقدة التي تقدم بها الفقهاء بشأن تكييف وضع

الجنين. فالقول إن الجنين شخصية ناقصة. أو احتمالية أو نسبية هي أقوال غير صحيحة، لأنه لا يوجد في القانون ما يسمى بالشخصية الناقصة أو الشخصية الاحتمالية. فإما أن يكون الكائن صالحا لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات. وإما أن لا يكون. هذا من ناحية ونرى من ناحية أخرى أنه لو سلمنا واعتمدنا هذه المفاهيم من شخصية قانونية ناقصة أو شخصية احتمالية. فلا بد من تمييزها عن "الشخصية القانونية الكاملة" أو "الشخصية القانونية اليقينية". وذلك من خلال الآثار القانونية الخاصة بها - أي بالشخصية الناقصة أو الاحتمالية - والحقيقة أنه لا أثر لها إلا بعد ولادة الجنين حيا - أي عند ما يصبح إنسانا في مفهوم القانون فقط. وتجدر الإشارة في هذا الشأن أن هناك إجماعا على أنه إذا ولد الجنين ميتا فإن كل الحقوق التي تقررت له تزول بأثر رجعي ويعتبر الجنين كأنه لم يكن ولم يكتسب شيئا³³ ومادام الأمر كذلك. - أي أنه لا آثار قانونية خاصة بهاته المفاهيم بصفة مستقلة - فما الفائدة منها؟

لقد أبدع الفقه فعلا في إيجاد تفسير لوضع الجنين، غير أننا نرى أن الحل الذي انصرفت إليه نية المشرع ليس الاعتراف للجنين بالشخصية القانونية أيا كان وصفها. بل كل ما في الأمر أنه اعتبر وضع الجنين وضعاً استثنائيا لا غير. ومفاد هذا الاستثناء أو مضمونه هو تثبيت بعض الحقوق للشخص الطبيعي. نشأت وهو لازال جنينا في بطن أمه وتنص المادة 25-2 مدني أن الجنين يتمتع بالحقوق المدنية. ولكن متى ذلك؟ عند ما يولد حيا. أي بعد اكتسابه للشخصية القانونية - أي عند ما يصبح شخصا طبيعيا بمفهوم القانون - ومن باب المخالفة فما لم يولد الجنين حيا فكأنه لم يكن ولا ينسب إليه أي حق كان. وهذا يعني أن العبرة ليس بالجنين في حد ذاته فهو بهذه الصفة لا يمكن أن يكون صاحب حق. وإنما عند ما يكتسب الشخصية القانونية. بعد ولادته حيا. والمعروف أنه عند بلوغ الجنين هذه المرحلة فقد حل المشكل بالنسبة للحقوق الحالية أو المستقبلية. في حين هناك عقبة بالنسبة للحقوق التي قد تنشأ قبل الولادة.

- راجع فريدة محمدي. المدخل للعلوم القانونية. نظرية القانون. ص 57.

وتجاوزا لها. خالف المشرع المبدأ على وجه الاستثناء وجعل للشخصية القانونية أثرا رجعيا فقط³⁴

فلو اعتبرنا أن للجنين شخصية احتمالية. أو ناقصة. أو أهلية وجوب ناقصة. كما يرى البعض لاستفاد كل جنين في هذه المرحلة من هذا "الوضع القانوني". ولا نكون بحاجة للتمييز بين ذلك الذي يولد فيصبح انسانا كامل الشخصية القانونية وذلك الذي لم يبلغ هذه المرحلة لماذا نستبعد هذا التمييز بالنسبة للمولود الذي يكتسب الشخصية القانونية بمجرد تمام ولادته حيا؟ فلا نميز بين المولود الذي يكون قابلا للحياة³⁵ وذلك الذي يكون غير ذلك؟ لماذا لانفرق بين المولود الذي مات لحظة انفصاله عن أمه بعد ما صرخ والمولود الذي عاش لبعض ساعات أو أيام أو سنوات؟ واعتقدنا أن الفرق بين وضع الجنين ووضع المولود³⁶ يتمثل في أن الجنين بهذه الصفة لاوجود له قانونا كصاحب حق³⁷. بينما يكون للمولود وجود قانونيا كصاحب حق³⁸

نلاحظ من جهة أخرى أنه -مخالفة للمشرع المصري الذي اقتصر على بعض الحقوق للجنين³⁹- جعل المشرع الجزائري⁴⁰ من خلال المادة 25-2 مدني الجنين يتمتع بكل الحقوق إلا السياسية منها. لقد أشارت المادة السالفة الذكر إلى الحقوق المدنية *droits civils*. التي تتمثل في الحقوق العامة -أو الحريات العامة أو حقوق

³⁴ - la personnalité, écrit JI. Aubert «écrit est donc liée à la naissance, sous la seule réserve de cette éventuelle rétroactivité au jour de sa conception, dans l'intérêt de l'enfant né vivant et viable. Il résulte de là que l'embryon - le fœtus, ne se voit pas reconnaître la qualité de personne, de sujet de droit». Introduction au droit. Armond collin, 7^{ed}. p 190

³⁵ - هناك بعض التشريعات منها القانون الفرنسي تشترط في المولود أن يكون قابلا للحياة لاكتسابه الشخصية القانونية. ويكون المولود حيا طالما يكون مكتملا كل أعضائه. راجع المواد 311-4 و 275-2 و 906-3 مدني فرنسي

³⁶ - نقصد بالمولود الانسان الذي تمت ولادته حيا

- والقصد بصاحب الحق أي الشخص القانوني مما يعني أن من وجهة نظر المشرع المدني فليس للجنين شخصية قانونية طالما هو مجرد جنين. بنما يكون له وجود آخر من وجهة نظر أخرى. فالقانون الجنائي مثلا بجرم فعل الاجهاض

³⁷ - يكون صاحب حق أي سماع بالشخصية القانونية لتحقق الشروط المنصوص عليها في المادة 125-1مدني.

³⁸ -تنص المادة 29-2 مدني مصري «ومع ذلك فحقوق الحمل المستكن يعينها القانون»

³⁹ - الذي استلهم الكثير من أحكام القانون المدني من القانون المدني المصري.

الإنسان-، والحقوق الخاصة بما فيها الحقوق المالية -حق الدائنية والحقوق العينية-، وحقوق الأسرة - الحق في النسب، والزواج الطلاق، والهبنة، والميراث... الخ -⁴¹ لقد استخلص بعض الفقهاء من هذه الصياغة العامة موقفاً جديداً لوضع الجنين الذي أصبح لا يتمتع بالحقوق فقط، بل يتحمل أيضاً التزامات، وأن المشرع الجزائري يعترف له بالشخصية القانونية من وقت الحمل.⁴²

واعتقادنا أن هذه النتيجة المستخلصة من نص الفقرة الثانية من المادة 25 مدني تتعارض مع الواقع الذي يوجد عليه الجنين من جهة. ومع المصدر التاريخي والمادي للنص. فمن حيث الواقع نتساءل عن الكيفية التي تسمح للجنين من تحمل التزامات وهو في مركز العدم (إذا لم يولد حياً)⁴³؟ وكيف يكون له الحق في الاسم، في حين نجهل إن كان ذكراً أو أنثى؟ وكيف يمكن أن يكون له موطناً وهو لا زال ببطن أمه؟

وأما فيما يتعلق بمصدر النص، فقد يكون المشرع قد تأثر بالقضاء الفرنسي الذي اعتمد على القاعدة الرومانية التي تلحق الجنين بالمولود كلما كانت مصلحته تقتضي ذلك. وإذا كان الأمر كذلك، فلا يمكنه إلا أن يتمتع ببعض الحقوق المدنية. وهي تلك التي أشار إليها المشرع في قانون لأسرة الذي صدر بعد القانون المدني. وهي على التوالي الحق في النسب وفي الإرث. وفي الوصية والهبنة⁴⁴

وأما إذا استلهم المشرع هذا النص من الشريعة الإسلامية. فإن الطرح يختلف تماماً بالنسبة لفقهاء الشريعة. كون الجنين يعد إنساناً. وقتله هو قتل إنسان يترتب عليه دية يدفعها الجاني لوليّه وورثته⁴⁵ وأما أهلية الوجوب لدى فقهاء الشريعة فإنها تقتصر على الإنسان وهي: « ذات عنصرين. أولهما قابليته لثبوت الحقوق له - أي

⁴¹ راجع إبراهيم أبو النجاء المرجع السابق اسحاق إبراهيم منصور نظريتا القانون و الحق. ديوان المطبوعات الجامعية. ط 2001. ص 283.

F Terré. Introduction generale au droit. 3è édition. n° 169, 176, 256

⁴² راجع إبراهيم أبو النجاء المرجع السابق

⁴³ Voir JI Aubert op cit p191 renvoi n°5

⁴⁴ راجع المواد 43، و173، و187، و209 من قانون الأسرة.

⁴⁵ تقدر الدية بخمسة دينار ذهباً أي عشر دية أمه راجع فتاوى الشيخ أحمد حماني رحمه الله منشورات وزارة الشؤون الدينية، الجزء الأول، ص 521 وما يليها.

صلاحية للالتزام- وثانيهما : قابليته لثبوت الحقوق عليه -أي صلاحيته للالتزام-، وناحية ثبوت الحق للإنسان تتوقف على العنصر الأول من اهلية الوجوب وهذا العنصر يثبت له منذ كونه جنينا باجماع الفقهاء... وأما ناحية ثبوت الحق على الشخص فانها تتوقف على امرين، أولهما : أهلية في الشخص لان تجب عليه حقوق اي قابلية التحمل وهو العنصر الثاني من اهلية الوجوب وهذا يثبت للشخص منذ ولادته حيا.»⁴⁶ ولاشك اذن في أن المشرع الجزائري قد خالف فقهاء الشريعة من هذه المسألة أي مركز الجنين حيث جعله يتمتع بكل الحقوق المدنية

وخلاصة القول فإن الحل الذي انتهى إليه قضاة القانون -أي أحقية الجنين في طلب التعويض- هو تطبيق سليم للمادة 25-2 مدني. وهذا بغض النظر عن السند القانوني الذي اعتمده القضاة كما بينا ذلك. وأما من حيث ملائمة الحكم التي تضمنته المادة 25 في فقرتها الثاني فنرى أن المشرع لم يوفق، ومن الأحسن لو اقتصر حقوق الجنين على تلك التي أشار إليها قانون الأسرة.

⁴⁶- راجع منصور حاتم محسن الفتلاوي دراسة مقارنة بين الفقهين الوضعي و الاسلامي . مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع . 1999 ، ص 122 .