مجلة الفقه والقانون
www.majalah.new.ma
تـاريخ النشر12 فبراير2013
العـدد الرابع : فبراير 2013
المدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكداك

حكم الهبة للجنين

حادى شفيق : ماجستير قانون (كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس-الجزائر).

محام ، أستاذ متعاقد بجامعة التكوين المتواصل(الجزائر).

المقدمة :

لقد قسم القرآن الكريم منذ 14 قرنا عمر الإنسـان وحياته إلى ثلاثة مراحل متباينة من حيث امتدادها الزمني ومن حيث مميزاتها المتعلقة ببنيته وقوته العقلية والجسمانية خلال كل واحـدة منها، فقد قال تعالى (اللَّهُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ ضَعْفٍ ثُمَّ جَعَلَ مِنْ بَعْدِ ضَعْفٍ قُوَّةً ثُمَّ جَعَلَ مِنْ بَعْدِ قُوَّةٍ ضَعْفًا وَشَيْبَةً يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ وَهُوَ الْعَلِيمُ الْقَدِيرُ) 1 .

ويمكن من خلال هذه الآية الكريمة أن نميز ثلاثة أطوار أساسية لحياة الإنسان وأولها هي مرحلة خلقه ونشأته كجنين في رحم أمه، ويتميز الإنسان خلال هذه المرحلة بالضعف والعجز عن حماية حقوقه ويكون دائما بحاجة إلى الإعانة من الغير، وهو نفس التقسيم الذي تبناه غالبية علماء النفس إذ قسموا حياة الإنسـان إلى ثلاثة مراحل أساسية تتمثل في مرحلة الطفولة التي تبدأ من تكوين الجنين إلى البلوغ، ثم مرحلة القوة التي تمتد من ريعان الشباب إلى آخر الكهولة، وأخيرا مرحلة الشيخوخة.

www.majalah.new.ma مجلة الفقه والقانون

وتعريفا للجنين في اللغة العربية يقال جنّ الشيء يجنّه جنًّا بمعنى ستره، وكل شيء ستر عنك فقد جنّ عنك، وجنَّه الليل يَجنُّه جنًّا وجَنُونًا وجن عليه يجن (بالضم) جنونا أو أجنه بمعنى ستره، ويقال كذلك جن عليه الليل أي ستره وبه سمي الجن لاستتارهم واختفائهم عن الأبصار ومنه سمي الجنين لاستتاره في بطن أمه.

ويتفق الأطباء في الغالب على أن الجنين هو الولد في بطن أمه عندما يظهر عليه الطابع الإنساني بتكون الأجهزة المعروفة للإنسان ويكون ذلك في الشهر الثالث من الحمل حتى حين الولادة، وهنالك من علماء الأجنة من يعتبر أن الجنين هو الولد ما دام في بطن أمه بشـرط اكتمال بنيته وتوفر إمكانية حياته عند نزوله وتمتد هذه الفترة من الشهر السابع إلى وقت الولادة، أما البعض الآخر فيعتبر الجنين ما نتج منذ التصـاق البويضة بجدار الرحم 2.

وإذا كان الإنسان في مرحلة قوته بحاجة إلى حمـاية تشريعية تحفظ وتصون له حقوقه فهو أحوج إليها حينما يكون في رحم أمه جنينا في أقصى درجات وهن الإنسان وضعفه خلال جميع مراحل حياته، ومن بين الحقوق المقررة للجنين قانونا وشرعا نجد حقوقا مالية من بينها حقه في الميراث والوصية والهبة لفائدته، غير أن هذه الأخيرة تطرح خلافا بيت أهل الفقه الإسلامي وحتى في القوانين الوضعية من حيث جوازها للجنين، إذ هنالك من رأى استحالتها في حين رأى البعض الآخر جوازها.

فالإشكال الأساسي المطروح هو ما حكم الهبة للجنين في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية؟، وهذا هو الإشكال الذي سوف يكون محورا لهذا البحث وسوف نحاول من خلاله استقراء موقف الشريعة الإسلامية وبعض القوانين الوضعية في هذا الشأن من خلال مبحثين يتناول أولهما الموقف الرافض للهبة التي تكون للجنين والرأي المخالف له.

المبحث الأول : الاتجاه القائل بعدم جواز الهبة للجنين.

الهبة عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في مال له دون عوض 3ويعرفها المشرع الجزائري بموجب المادة 202 فقرة 1 من قانون الأسرة كما يلي «الهبة تمليك بلا عوض» 4 وجاء في القرآن الكريم قول الله عز وجل: (هُنَالِكَ دَعَا زَكَرِيَّا رَبَّهُ قَالَ رَبِّ هَبْ لِي مِنْ لَدُنْكَ ذُرِّيَّةً طَيِّبَةً إِنَّكَ سَمِيعُ الدُّعَاءِ) 5 وهي مأخوذة من هبوب الريح أي مرورها، وتطلق الهبة ويراد بها التبرع والتفضيل على الغير سواء أكان بمال أم بغيره 6، وقد نص المشرع الجزائري في قانون الأسرة بموجب المادة 206 منه على أن الهبة تنعقد بالإيجاب والقبول وأن تتم الحيازة، والمقصود بذلك توفر إرادة الواهب وقبول الموهوب له لهذه الهبة وحيازته لها بصورة مباشرة وفعلية.

فبالإضافة إلى الشروط الواجب توفرها في الواهب والمستمدة من القواعد العامة لسائر العقود كالإرادة والأهلية، لابد أن تتوفر في الموهوب له كذلك جملة من الشروط ومن أهمها أن يكون موجودا حقيقة وقت الهبة وقبوله للشيء الموهوب له، ومن هذا المنطلق ثارت إشكالية استحالة قبول الجنين للهبة بالنظر إلى وجوده حكما، فذهب أصحاب الاتجاه القائل بعدم جواز الهبة للجنين إلى الاستناد على عدم توفر شرطيين أساسيين فيه وهو عدم وجوده الفعلي وكذا عدم توفر شرط القبول، وسوف نحاول التطرق إلى كلا الشرطين من خلال مطلبين منفصلين.

المطلب الأول : عدم تحقق شرط الوجود في الجنين.

ويرى أصحاب هذا الاتجاه ضرورة أن يكون الموهوب له موجودا حقيقة، فلا يكفي أن يكون موجودا حكما كالجنين في بطن أمه فالهبة للحمل المستكن باطلة، لأن الهبة إيجاب وقبول، والجنين لا يقدر على القبول وليس له ولي يقبل عنه، وهذا بخلاف الوصية والوقف فيتمان بإرادة منفردة ويصحان للحمل المستكن 7.

ويرى الشيخ سيد سابق أن الموهوب له يشترط فيه أن يكون موجودا حقيقة وقت الهبة فإن لم يكن موجودا أصلا أو كان موجودا تقديرا بأن كان جنينا فإن الهبة لا تصح 8.

كما يرون أن الهبة هي عقد تمليك ولا تتم إلا بالقبض في الحال، والجنين ليس أهلا للتملك ويستحيل عليه القبض، والمقصود بهذا أن عقد الهبة ناقل لملكية الشيء الموهوب إلى الجنين وأن هذا الأخير لا يمكنه قبض هذه الملكية كون أن وجوده هو حكمي أي أنه غير محقق الوجود مادام في بطن أمه مستترا.

إذا يتبين بأن الاتجاه القائل بعدم صحة الهبة للجنين يستند على عدم توفر شرط الوجود فيه، أي أن عدم وجود الجنين حقيقة هو في حد ذاته سبب يجعل الهبة له غير جائزة لاستحالة ذلك، ولكن عقد الهبة لا يكون نافذا للجنين إلا بعد ولادته حيا وهذا ما يعتبر شرطا واقفا لتنفيذه ويجعل من شرط الوجود قابلا للمناقشة والرد وحتى إلى إعادة النظر فيه.

المطلب الثاني : عدم تحقق شرط القبول.

قال بعض العلماء إن الهبة من التصرفات التي يلزم لانعقادها الإيجاب والقبول تلاقيا 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، فليست الهبة للحمل صحيحة لأنه غير موجود تحقيقا أي لا يتملك بنفسه ولا ولاية لأحد عليه، بخلاف الوصية للحمل التي تعتبر صحيحة، ويرجع الفرق بينهما لكون الهبة تمليكا محضا في الحال لا يتم إلا بالقبض والحمل ليس أهلا للتملك في الحال كأن يقبض بنفسه أو بواسطة وليه، بينما تعتبر الوصية تمليكا من جهة واستخلافا من جهة أخرى مما أدى لاعتبارها أختا للميراث أي لا يشترط لتمامها القبض 9.

ويقول المرحوم العلامة أحمد إبراهيم " إن الهبة من التصرفات التي يلزم لانعقادها الإيجاب والقبول تلاقيا 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، وإننا لو أجزنا قبول وليه بعد ولادته ما صدر من الهبات لمصلحته في فترة الحمل لجاء القبول متأخرا ولأخل بمبدأ إتحاد مجلس الإيجاب والقبول في الهبة 10.

ويرى الأستاذ خالد عبد الله عيد أن هذا الموقف لبعض الفقهاء المسلمين إنما يقوم على أساس النظر إلى أن " الولاية " أو " النيابة الشرعية" إنما تبتدئ بولادة الشخص ولذا لا يوجد للجنين ولي أو نائب شرعي يملك حق القبول عنه لتنعقد الهبة بإيجاب وقبول 11.

يذهب أصحاب هذا الرأي أنه يشترط في الهبة لانعقادها الإيجاب والقبول تلاقيا يتحد مكانه في مجلس العقد، وهذا لا يتصور بالنسبة للجنين لأنه لا ولي له إلا بعد ولادته ويكون قبول الولي في هذه الحالة متأخرا وبالتالي مخلا بتلاقي الإرادتين في مجلس العقد، ولكن هذه الحجج تبقى قابلة للمناقشة والتأويل، فقد رأى ابن

حزم الظاهري مخالفا لرأي الجمهور أن القبض ليس شرطا في صحة الهبة للجنين، وأن من تلفظ بالهبة فقد عقد عقدا لزمه الوفاء به ولا يحل لأحد إبطاله إلا بنص، ولا نص في هذا 12، ويبدو أن ابن حزم من خلال هذا يرى بأنه مادام عقد الهبة من عقود الإرادة المنفردة وأنه ملزم للواهب فلا يمكن للغير القول ببطلانه إلا بوجود نص يقول بذلك، وأمام عدم وجود نص صريح ببطلان عقد الهبة للجنين فإنه يبقى صحيحا ونافذا، هذا من جهة.

أما من جهة أخرى فإنه يمكن تلافي هذا العائق من خلال ولي الجنين والذي تكون له صلاحية قبولها، شأنه في ذلك شأن ولي القاصر، فهذا الأخير هو بدوره ليس أهلا لقبول الهبة ولكنها صحيحة ونافذة في حقه إذا قبلها وليه وهو ما يمكن القياس عليه بشأن الجنين.

المبحث الثاني : الاتجاه القائل بجواز الهبة للجنين.

يذهب أصحاب هذا الرأي إلى جواز الهبة للجنين وصحتها، وسوف نحاول تناوله من خلال مطلبين أولهما بالنسبة للفقهاء المسلمين وثانيهما بالنسبة للقوانين الوضعية.

المطلب الأول : الرأي الفقهي القائل بصحة الهبة للجنين.

يجيز الإمام مالك الهبة للجنين، فإن ولد حيا وعاش كان المال للموهوب له، وإن مات بعد ولادته حيا كان لورثته، وإن ولد ميتا بقي المال على ملك الواهب 13.

ولقد خالف بن حزم الظاهري، جمهور الفقهاء وقال بجواز الهبة للجنين ولا يشترط القبض في صحة الهبة له وناقش هذه المسألة مناقشة علمية مستفيضة، وأورد كل تعليقات الجمهور في اشتراط القبض 14.

ويمكن القول بجواز الهبة للجنين وإن لم يكن أهلا للقبض عند إنشاء العقد من الواهب، وذلك كبقية الحقوق المقررة له، فإنه لا يستحق ذلك إلا بخروجه حيا، وصلاحيته للتملك، والهبة مثل نظائرها من الوقف والوصية ولأنها قربة أو من جنس القرب في الجملة والقرب يتوسع فيها فيما لا يتوسع في غيرها لأنها من أعمال الخير والبر، والهبة للجنين تصح إن كان فيها نفع ومصلحة له، وما جاء به جمهور الفقهاء من أدلة بخصوص شرط القبض أو الحيازة في الهبة وبالتالي عدم جوازها بالنسبة للجنين فهي أدلة قابلة للمناقشة والتأويلات كونه لم ينقل فيها نص صريح يمنع قبول الهبة إلا بالقبض 15.

المطلب الثاني : موقف بعض التشريعات من صحة الهبة للجنين.

لقد كان موقف المشرع الجزائري من الهبة للجنين واضحا وصريحا في جوازها وصحتها وهذا بموجب نص المادة 209 من قانون الأسرة الجزائري والتي جاءت صياغتها كالآتي« تصح الهبة للحمل بشرط أن يولد حيا» 16. ويرى بعض الباحثين أن المشرع الجزائري بموجب هذا النص وضع شرط ولادة الجنين حيا لصحة الهبة فإذا لم يولد حيا اعتبرت الهبة كأنها لم تكن، ولكنه في نفس الوقت لم يفصل في مسألة الولاية على الجنين ومن هو المخول بقبول هذه الهبة عنه، وإن كان البعض يرى أن أمه هي وليه الشرعي وهي من تقبلها عنه 17.

www.majalah.new.ma مجلة القانون والقانون

أما بالنسبة للمشرع المغربي فقد نص في المادة 237 من مدونة الأسرة على « يجوز للأب أن يعين وصيا على ولده المحجور أو الحمل، وله أن يرجع عن إيصائه، تعرض الوصية بمجرد وفاة الأب على القاضي للتحقق منها وتثبيتها» 18. وبالتالي يكون المشرع المغربي بنصه على جواز تعيين وصي على الحمل قد تلافى وتجنب إشكالية قبول الهبة، إذ سوف يقبلها عن الجنين وليه.

وبالرجوع إلى المادة 160 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي نجدها قد اعتبرت الجنين في حكم القاصر، ونصت المادة 163 من نفس القانون على ما يلي « يتولى شؤون القاصر من يمثله ويدعى حسب الحال وليا أو وصيا (ويشمل الوصية المختار ووصيه القاضي) أو قيما»، ونصت المادة 195 من نفس القانون على أنه لا يجوز للولي أن يقبل هبة أو وصية للقاصر محملة بالتزامات إلا بإذن المحكمة، كما أن المادة 213 من هذا القانون أجازت للأبي أن يعين وصيا مختارا على الحمل المستكن وإذا لم يكن له وصي مختار أو جد صحيح عينته له المحكمة 19.

فباستقراء هذه المواد يتبين بأن المشرع الإماراتي وإن لم يفصل صراحة في مسألة الهبة للجنين إلا أنه فصل في مسألة الولاية عليه، كما اعتبره في حكم القاصر أي يسري عليه ما يسري على هذا الأخير ومنع قبول الهبة له إذا كانت محملة بالتزامات دون إذن المحكمة كما يتبين من نص المادة 195 المذكورة أعلاه، وبالتالي فإن الهبة غير محملة بالالتزامات يجوز للولي قبولها مباشرة دون الرجوع إلى المحكمة، ومادام الجنين في حكم القاصر بموجب المادة 160 السالفة الذكر فإن الهبة له جائزة وصحيحة.

وينص القانون الفرنسي على جواز الهبة للجنين بشرط قابليته للحياة وذلك بموجب المادة 906 من القانون المدني الفرنسي 20 ، أما القانون اللبناني فقد نص صراحة في المادة 518 على أن الهبات التي تمنح للأجنة في الأرحام يجوز أن يقبلها الأشخاص الذين يمثلونهم، ويتضح من هذا أن القانون يجيز الهبة للأجنة 21.

أما بالنسبة للقانون المصري فقد نصت المادة 28 من قانون الولاية على المال على جواز لأن يقيم الأب وصيا مختارا على الجنين، ولهذا اختلف فقهاء القانون حول هذه المادة فأجاز بعضهم الهبة لوجود من يقبل عن الجنين وهو الوصي وذهب البعض الآخر إلى أن المادة وإن نصت على جواز تعيين الوصي لكنها لم تحدد صلاحياته، فيرجع في حالة سكوت القانون إلى مصدره أو ما أحال إليه فيتعين الرجوع إلى المذهب الحنفي الذي لا يجيز الهبة للجنين 22.

خاتمة :

يتبين جليا من خلال ما سبق التطرق إليه إلى أن الهبة للجنين تثير إشكالية تستحق المزيد من البحث والدراسة والتحليل، لا سيما بالنسبة للباحثين والدارسين في الفقه الإسلامي، فجمهور الفقهاء قد قالوا بعدم جواز الهبة للجنين واستندوا في ذلك على نقطتين أساسيتين تتمثل أولهما في عدم وجود الجنين حقيقة، أي أن وجوده حكمي وغير محقق وتتمثل ثانيتهما في عدم إمكانية قبول الهبة للجنين بوصف القبول شرط أساسي لصحتها وكذا في عدم وجود الولي الذي يقبلها عنه على أساس أن الولاية تبدأ بولادة الشخص، ولكن الإمام مالك وكذا بن حزم الظاهري قد خالفوا الجمهور في هذا ورأوا أن الهبة صحيحة للجنين بشرط ولادته حيا فإن

عاش كانت الهبة ملكا له وإن ولد ميتا فإن هذه الهبة تعتبر وكأن لم تكن وهو الرأي الذي أخذ به المشرع الجزائري صراحة وذهب إليه كذلك القانون اللبناني.

أما بالنسبة للمشرعين المغربي والإماراتي وإن لم ينصا صراحة على صحة الهبة للجنين، إلا أنه يستشف من خلال النصوص التي تناولت مسألة الولاية على الجنين وكذا قول المشرع الإماراتي بأن الجنين في حكم القاصر وأن هذا الأخير لا يجوز لوليه قبول الهبة له إذا كانت محملة بالتزامات، يمكن الاستنتاج من خلاله أنهما قد أجازا الهبة للجنين.

وما يمكن الخروج به من خلال هذا البحث هو أنه مادامت الهبة من العقود الجالبة للمنفعة، ومادام الجنين أهلا للإرث وللوصية ومادام أنه لا مانع من تعيين ولي له أو وصي، ومادام العلم الحديث قادرا على تأكيد وجود الجنين بل وحتى تحديد جنسه والتعرف إليه، فإنه من الأحرى بالمشرعين في الدول الإسلامية الفصل في هذه المسألة بنصوص صريحة والقول بجواز الهبة للجنين وبأن من يقبلها عنه وليه بشرط أن تأذن بها المحكمة إذا كانت محملة بالتزامات كما ذهب إليه المشرع الإماراتي في هذا الشأن .

الهوامش :

(1) : **سورة الروم**، الآية 54.

(2) : **علي الشيخ إبراهيم المبارك**، حماية الجنين في الشريعة والقانون – دراسة مقارنة–، المكتب الجامعي الحديث، مصر 2009، ص 15 .

(3) : **عبد الرزاق أحمد السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، جزء 5، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط3 2000، ص3.

(4) : **قانون الأسرة الجزائري**، الصادر بموجب القانون رقم 11/84، المؤرخ في 1984/06/09، المعدل والمتمم.

(5) : **سورة آل عمران**، الآية 38.

(6) : **سيد سابق**، فقه السنة، ج3، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، ط1، 2006، ص984.

(7) : **عبد الرزاق أحمد السنهوري**، المرجع السابق، ص102.

(8) : **سيد سابق**، المرجع السابق، ص985.

(9) : **علي الشيخ إبراهيم المبارك**، المرجع السابق، ص159.

(10) : **مفتاح محمد أقزيط**، الحماية المدنية والجنائية للجنين بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الكتب القانونية، مصر 2006، ص 134.

(11) : **المرجع نفسه**، ص134.

(12) : **عمر بن محمد بن إبراهيم غانم**، أحكام الجنين في الفقه الإسلامي، دار الأندلس الخضراء للنشر والتوزيع، المملة العربية السعودية، ط1، 2001، ص88.

(13) : **عبد الرزاق أحمد السنهوري**، المرجع السابق، ص102.

(14) : **سعيد بن منصور موفعة**، الموسوعة الفقهية للأجنة والاستنساخ البشري من الناحية الطبية والشرعية والقانونية، ج1 دار الإيمان للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، 2005، ص 689.

(15) : **المرجع نفسه**، ص 690.

(16) : **قانون الأسرة الجزائري**، المرجع السابق.

(17) : **مصطفى لعروم**، " عقد الهبة "، مجلة الموثق، الغرفة الوطنية للموثقين، الجزائر، عدد 8، 2005.

(18) : **مدونة الأسرة المغربية**، الصادرة بموجب ظهير شريف رقم 22 – 04– 1، صادر في 3 فبراير 2004، بتنفيذ القانون رقم 03–07 بمثابة مدونة الأسرة.

(19) : **قانون الأحوال الشخصية الإماراتي**، رقم 28 لسنة 2005.

(20):**Article 906**:

Modifié par Loi n°2006-728 du 23 juin 2006 - art. 9 JORF 24 juin 2006 en vigueur le 1er janvier 2007 «Pour être capable de recevoir entre vifs, il suffit d'être conçu au moment de la donation.
Pour être capable de recevoir par testament, il suffit d'être conçu à l'époque du décès du testateur.
Néanmoins, la donation ou le testament n'auront leur effet qu'autant que l'enfant sera né viable».

(21) : **علي الشيخ إبراهيم المبارك**، المرجع السابق، ص159.

(22) : **المرجع نفسه**، ص159.

www.majalah.new.ma مجلة الفقه والقانون