

جامعة قسنطينة 1 الإخوة منتوري

كلية الحقوق

قسم القانون الخاص



رقم الترتيب: 58/D3C/2024

الرقم التسلسلي: 09/Dpr/2024

الحماية القانونية للنسب بين النصوص التشريعية والتطورات العلمية

أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه ل م د
شعبة الحقوق، تخصص: قانون الأسرة

من إعداد الطالبة:

شعبان إلهام

أعضاء لجنة المناقشة:

أ. د معلم يوسف	رئيسا	أستاذ التعلم العالي	جامعة قسنطينة 1
أ. د مرمون موسى	مشرفا ومقررا	أستاذ التعليم العالي	جامعة قسنطينة 1
أ. د محروق كريمة	ممتحنا	أستاذة التعليم العالي	جامعة قسنطينة 1
أ. د سطحي سعاد	ممتحنا	أستاذة التعليم العالي	جامعة الأمير عبد القادر - قسنطينة
د. مخالفة كريم	ممتحنا	أستاذ محاضر - أ-	جامعة بجاية
د. قصعة سعاد	ممتحنا	أستاذة محاضرة - أ-	جامعة الأمير عبد القادر - قسنطينة

تاريخ المناقشة

2024/10/10

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قَالَ تَعَالَى:

﴿وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا

وَصِهْرًا ^{قَالَ} وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا ﴿

سورة الفرقان: 54

الشكر والتقدير

قَالَ تَعَالَى: ﴿لَئِنْ شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ^ط﴾

سورة إبراهيم : الآية 07.

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: من لا يشكر الناس لا يشكر الله

الحمد لله رب العالمين حمدا يليق بجلال وجهه وعظيم سلطانه، أحمده تعالى أن أنعم علي من فضله وأعانني على إنجاز هذا العمل، وأمدني بالصبر والقوة وشملي برعايته وتوفيقه .

أتوجه بجزيل الشكر والإمتنان والتقدير

إلى الأستاذ الفاضل الدكتور " مرمون موسى " لما تفضل به من إشراف ومتابعة على هذا العمل، وكذا لإهتمامه الكبير به، وتحمله التصحيح والإرشاد بكل إخلاص وتقان واحترافية فجازاه الله كل الخير .

أخص بالشكر الجزيل مع أسمى عبارات المحبة والإمتنان إلى من كانت بجانبني وكانت عوناً لي في بحثي الأستاذة الدكتورة: "محروق كريمة "

كما أجزل الشكر إلى أعضاء لجنة المناقشة، وذلك لتفضلهم بقراءة هذا العمل ولما بذلوه من جهد في تقييمه ومناقشته فلم مني خالص الشكر والتقدير

والمتكونة من السادة الأفاضل:

أ.د. معلم يوسف	جامعة الإخوة منتوري قسنطينة 1
أ.د. مرمون موسى	جامعة الإخوة منتوري قسنطينة 1
أ.د. محروق كريمة	جامعة الإخوة منتوري قسنطينة 1
د. مخالفة كريم	جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية
د. قصعة سعاد	جامعة الأمير عبد القادر قسنطينة
د. خوجة سعاد	جامعة الإخوة منتوري قسنطينة 1

إلهراء

إلى من أحمل اسمك بكل فخر إلى السند الذي جعل مني إنسانة لعزيمتها ألف روح، كلما خذلتها الحياة ازدادت إرادتها للنجاح أتمنى من الله أن يحفظك ويطيل في عمرك

أبي

إلى سر الوجود ومعنى الحب والحنان، إلى من كان دعائها مفتاح نجاحي، إلى دعمي الذي لا يكل ولا يمل، إلى من ضحت لأجلي أطال الله في عمرك

أمي

إلى من ساندني ودعمني ودفعني للمضي قدما

زوجي

إلى قرة عيني وفلذة كبدي ريحانة حياتي إبنتي:

توبة برائة

إلى من كانوا دائما بجانبني وكانوا عوناً لي:

إخوتي وأخواتي .

إلى كل من وقف إلى جانبي في هذا العمل ولو بالنصيحة.

.....الشكر والتقدير

.....الاهداء

.....المختصرات

1.....مقدمة

8.....الباب الأول

8.....حماية النسب بالطرق الشرعية

11.....الفصل الأول

11.....حماية النسب في ظل الفراش

13.....المبحث الأول: حماية النسب بالزواج الصحيح

15.....المطلب الأول: النسب عند قيام الرابطة الزوجية

18.....الفرع الأول : إمكانية الاتصال بين الزوجين

24.....الفرع الثاني : ولادة الولد بين أقل مدة الحمل وأقصاها

25.....الفقرة الأولى: أقل مدة الحمل

29.....الفقرة الثانية : أقصى مدة الحمل

34.....الفرع الثالث: عدم نفي الحمل بالطرق الشرعية

34.....المطلب الثاني : النسب بعد انحلال الرابطة الزوجية

35.....الفرع الأول: النسب وإنحلال الرابطة الزوجية بالطلاق

35.....الفقرة الأولى : نسب ولد المطلقة قبل الدخول

37.....الفقرة الثانية: نسب ولد المطلقة بعد الدخول

42.....الفرع الثاني :النسب وإنحلال الرابطة الزوجية بالوفاة

44.....الفرع الثالث : نسب الطفل حالة غياب الأب

45.....المبحث الثاني: حماية النسب بالزواج الغير الصحيح ونكاح الشبهة

46.....المطلب الأول: حماية النسب بالزواج الغير صحيح

46.....الفرع الأول : مفهوم الزواج الغير صحيح

46.....الفقرة الأولى: تعريف الزواج الفاسد والباطل

49.....الفقرة الثانية: أسباب الزواج الفاسد والباطل

51.....	الفرع الثاني: شروط وأثار النسب بالزواج الفاسد
52.....	الفقرة الأولى: شروط إثبات النسب بالزواج الفاسد
55.....	الفقرة الثانية: أثار الزواج الباطل والفاسد
57.....	المطلب الثاني: حماية النسب بنكاح الشبهة
58.....	الفرع الأول: مفهوم نكاح الشبهة
58.....	الفقرة الأولى: تعريف نكاح الشبهة
59.....	الفقرة الثانية: أنواع نكاح الشبهة
60.....	الفرع الثاني: أثار نكاح الشبهة
60.....	الفقرة الأولى: حكم شبهة الملك أو المحل
61.....	الفقرة الثانية: حكم شبهة العقد
61.....	الفقرة الثالثة: حكم شبهة الفعل أو الاشتباه
64.....	المبحث الثالث: حماية النسب بالطرق الاحتياطية التقليدية (القيافة والقرعة)
64.....	المطلب الأول: القيافة بمثابة A D N العصر القديم
64.....	الفرع الأول : حقيقة القيافة وشروط وحالات العمل بها
65.....	الفقرة الأولى: تعريف القيافة
69.....	الفقرة الثانية: شروط وحالات العمل بالقيافة في إثبات النسب
72.....	الفرع الثاني: موقف البصمة الوراثية من القيافة
75.....	المطلب الثاني: القرعة وسيلة إحتياطية لحماية النسب
75.....	الفرع الأول: المقصود بالقرعة
75.....	الفقرة الأولى: تعريف القرعة ودليل مشروعيتها
77.....	الفقرة الثانية: آراء الفقهاء في حماية النسب بالقرعة
78.....	الفرع الثاني: موقف البصمة الوراثية من القرعة
81.....	الفصل الثاني
81.....	حماية النسب بغير الفرائش والإستثناءات الواردة عليه
83.....	المبحث الأول: حماية النسب بالإقرار
83.....	المطلب الأول: مفهوم الإقرار
83.....	الفرع الأول: تعريف الإقرار

83	الفقرة الأولى: الإقرار لغة.....
84	الفقرة الثانية: الإقرار اصطلاحاً.....
85	الفرع الثاني: أنواع وشروط ثبوت النسب بالإقرار.....
85	الفقرة الأولى: الإقرار بالنسب المباشر.....
92	الفقرة الثانية: الإقرار بالنسب الغير مباشر.....
93	المطلب الثاني: آثار ثبوت النسب بالإقرار وتمييزه عن التبني.....
94	الفرع الأول: آثار ثبوت النسب بالإقرار وإمكانية الرجوع فيه.....
94	الفقرة الأولى: الآثار الناتجة عن الإقرار المباشر.....
94	الفقرة الثانية: الآثار الناتجة عن الإقرار الغير مباشر.....
97	الفرع الثاني: التمييز بين الإقرار والتبني.....
101	المبحث الثاني: حماية النسب بالبيئة.....
101	المطلب الأول: مفهوم البيئة.....
101	الفرع الأول: تعريف البيئة لغة والإصطلاح.....
101	الفقرة الأولى: تعريف البيئة لغة.....
102	الفقرة الثانية تعريف البيئة إصطلاحاً.....
102	الفرع الثاني : تعريف البيئة في مجال النسب وفق للمشرع الجزائري.....
102	الفقرة الأولى: المعنى العام (بمعنى الدليل).....
103	الفقرة الثانية: المعنى الخاص (بمعنى الشهادة).....
105	المطلب الثاني: أنواع البيئة وحجيتها مقارنة بالإقرار.....
106	الفرع الأول: أنواع البيئة.....
106	الفقرة الأولى: الشهادة المباشرة.....
106	الفقرة الثانية: الشهادة الغير مباشرة.....
106	الفقرة الثالثة: الشهادة بالتسامع.....
108	الفقرة الرابعة: الشهادة بالشهرة العامة.....
108	الفرع الثاني: حجية البيئة مقارنة بالإقرار في حماية النسب.....
109	المطلب الثاني: الحماية عن طريق نفي النسب باللعان.....
109	الفرع الأول: مفهوم اللعان.....

110	الفقرة الأولى: تعريف اللعان
112	الفقرة الثانية: شروط وإجراءات اللعان
114	الفقرة الثالثة: آثار اللعان وحالات إنتفاء الولد من دونه
117	الفرع الثاني: اللعان في القانون الجزائري
118	الفقرة الأولى: اللعان وفق قانون الأسرة
119	الفقرة الثانية: اللعان وفق القضاء الجزائري
120	الفقرة الثالثة: إجراءات وكيفية العدول عن اللعان
124	المبحث الثالث: الحماية من خلال الإحتياط في إثبات النسب
124	المطلب الأول: الحماية القانونية للطفل في إطار نظام الكفالة
125	الفرع الأول: مفهوم الكفالة
125	الفقرة الأولى: تعريف الكفالة
127	الفقرة الثانية: شروط الكفالة
137	الفرع الثاني: إجراءات إنعقاد الكفالة
137	الفقرة الأولى: المرحلة التمهيدية
142	الفقرة الثانية: المرحلة القضائية
143	الفقرة الثالثة: المرسوم التنفيذي رقم (20-223) المتعلق بتغيير اللقب العائلي للطفل المكفول ومطابقته مع لقب الكافل
147	المطلب الثاني: حماية النسب على مستوى قانون الحالة المدنية
147	الفرع الأول: الحماية بتجريم عدم التصريح بالميلاد
153	الفقرة الثانية: جريمة عدم التصريح بالميلاد
156	الفرع الثاني: الحماية بتجريم الأفعال المانعة من التحقق من شخصية المولود
156	الفقرة الأولى: جريمة عدم تسليم طفل حديث العهد بالولادة
159	الفقرة الثانية: جريمة إخفاء نسب طفل
162	المبحث الثالث: الحماية القضائية للنسب
163	المطلب الأول: دعوى النسب
163	الفرع الأول: شروط وأطراف دعوى النسب
164	الفقرة الأولى: المصلحة
165	الفقرة الثانية: الصفة

166.....	الفقرة الثالثة: الأهلية
168.....	الفرع الثاني: الإختصاص في دعاوى النسب
168.....	الفقرة الأولى: الإختصاص المحلي (الإقليمي)
170.....	الفقرة الثانية: الإختصاص النوعي
171.....	المطلب الثاني: رفع الدعوى وإجراءاتها
172.....	الفرع الأول: عريضة إفتتاح دعوى إثبات النسب
173.....	الفرع الثاني : دور النيابة العامة في قضايا النسب
174.....	ملخص الباب الأول
176.....	الباب الثاني
176.....	حماية النسب بالطرق العلمية الحديثة
177.....	الباب الثاني: حماية النسب بالطرق العلمية الحديثة
179.....	الفصل الأول
179.....	حماية النسب في ظل تكنولوجيا الإنجاب
180.....	الفصل الأول: حماية النسب في ظل تكنولوجيا الإنجاب
180.....	المبحث الأول: طرق المساعدة على الإنجاب وأثرها على النسب
181.....	المطلب الأول: مفهوم التلقيح الاصطناعي
182.....	الفرع الأول : تعريف التلقيح الاصطناعي
187.....	الفقرة الثانية: التعريف القانوني للتلقيح الاصطناعي
189.....	الفقرة الثالثة: التطور التاريخ للتلقيح الاصطناعي
192.....	الفرع الثاني: أسباب وشروط اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي
192.....	الفقرة الأولى : أسباب التلقيح الإصطناعي ومبرراته
195.....	الفقرة الثانية : شروط اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي
214.....	المطلب الثاني: أنواع التلقيح الإصطناعي
214.....	الفرع الأول : التلقيح الإصطناعي الداخلي
214.....	الفقرة الأولى: تعريف التلقيح الاصطناعي الداخلي
216.....	الفقرة الثانية: صور التلقيح الداخلي وموقف الفقه الإسلامي والقانون من النسب الناتج عنها
233.....	الفرع الثاني : التلقيح الإصطناعي الخارجي

233	الفقرة الأولى: تعريف التلقيح الخارجي
235	الفقرة الثانية: صور التلقيح الخارجي وموقف الفقه الإسلامي والقانون من النسب الناتج عنها
244	المطلب الثالث: حماية النسب من آثار التلقيح الاصطناعي
244	الفرع الأول: حماية النسب من ظاهرة تأجير الأرحام
245	الفقرة الأولى: مفهوم عملية تأجير الأرحام (الأم البديلة)
248	الفقرة الثانية : موقف الشريعة الإسلامية والقانون من نسب المولود الناتج بواسطة الأم البديلة
260	الفرع الثاني: حماية النسب من ظاهرة تجميد اللقائح
261	الفقرة الأولى: مفهوم بنوك الأجنة
263	الفقرة الثانية: موقف الشريعة الإسلامية والقانون من بنوك الأجنة
267	الفقرة الثالثة: التكييف القانوني للبويضات الملقحة
278	المبحث الثاني: حماية النسب من خلال تجريم عمليات الاستنساخ البشري
279	المطلب الأول: مفهوم الاستنساخ البشري
279	الفرع الأول: تعريف الاستنساخ البشري وتطوره التاريخي
279	الفقرة الأولى: تعريف الاستنساخ البشري
281	الفقرة الثانية: التطور التاريخي للاستنساخ البشري
282	الفقرة الثالثة: أنواع الاستنساخ البشري
284	الفرع الثاني: آثار الاستنساخ البشري على الأسرة
285	الفقرة الأولى: نسب الطفل المستنسخ
287	الفقرة الثانية : التحكم في جنس الجنين
299	الفقرة الثالثة: مصير الإنجاب الطبيعي
301	المطلب الثاني: موقف الشريعة الإسلامية والقانون من تقنية الاستنساخ البشري
301	الفرع الأول : موقف فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرين من تقنية الاستنساخ البشري
303	الفقرة الأولى: الرأي المؤيد لتقنية الاستنساخ البشري
304	الفقرة الثانية: الرأي المعارض للاستنساخ البشري
305	الفرع الثاني: موقف المنظمات والقوانين من تقنية الاستنساخ البشري
305	الفقرة الأولى: موقف المنظمات العالمية والعربية الإسلامية من الاستنساخ البشري
312	الفقرة الثانية: موقف القوانين الغربية والعربية من الاستنساخ البشري

317	الفصل الثاني
317	حماية النسب بالطرق العلمية البيولوجية.....
318	الفصل الثاني: حماية النسب بالطرق العلمية البيولوجية
318	المبحث الأول: ماهية البصمة الوراثية
319	المطلب الأول: مفهوم البصمة الوراثية
319	الفرع الأول: تعريف البصمة الوراثية
319	الفقرة الأولى: التعريف اللغوي والاصطلاحي والعلمي.....
322	الفقرة الثانية: أساس الاكتشاف العلمي للبصمة الوراثية
324	الفرع الثاني: خصائص البصمة الوراثية وضوابط العمل بها
324	الفقرة الأولى: خصائص البصمة الوراثية
326	الفقرة الثانية: ضوابط العمل بالبصمة الوراثية في إثبات النسب ونفيه
331	الفرع الثالث: مكانة البصمة الوراثية من الدليل الشرعي لنفي النسب (اللعان)
340	المطلب الثاني: الحكم الشرعي والقانوني للاستفادة من البصمة الوراثية في مجال النسب
340	الفرع الأول : الحكم الشرعي للاستفادة من البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب
340	الفقرة الأولى : آراء الفقهاء المعاصرين حول استخدام البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب
344	الفقرة الثانية: المستند الفقهي لحجية البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب
349	الفرع الثاني: الحكم القانوني للاستفادة من البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب
349	الفقرة الأولى: موقف تشريعات الدول الغربية.....
353	الفقرة الثانية : موقف تشريعات الدول العربية.....
365	المبحث الثاني: دور القاضي في حماية النسب بالبصمة الوراثية
365	المطلب الأول: سلطة القاضي في تقدير الطرق العلمية لإثبات النسب
366	الفرع الأول: سلطة القاضي في اللجوء إلى الخبرة العلمية لإثبات النسب
367	الفرع الثاني : سلطة القاضي في تقدير الخبرة العلمية
367	الفقرة الأولى: استقرار القاضي على استبعاد الخبرة العلمية لإثبات النسب
369	الفقرة الثانية: التفسير القضائي المضيق للنصوص المنظمة لأدلة إثبات النسب
370	الفقرة الثالثة : سلطة القاضي في إجبار الشخص للخضوع للخبرة العلمية في مجال النسب
371	الفقرة الرابعة: تقدير القاضي لنفي النسب بين اللعان والطرق العلمية

المطلب الثاني: موقف القضاء من استخدام البصمة الوراثية في مجال النسب.....	376
الفرع الأول: موقف القضاء الغربي.....	376
الفقرة الأولى: القضاء الفرنسي.....	376
الفقرة الثانية: موقف قضاء انجلترا	377
الفرع الثاني: موقف القضاء العربي.....	377
الفقرة الأولى: القضاء المغربي.....	377
الفقرة الثانية: القضاء التونسي.....	379
الفقرة الثالثة : القضاء المصري.....	379
الفقرة الرابعة: القضاء الجزائري.....	380
المطلب الثالث: عوائق تطبيق الطرق العلمية في إثبات النسب.....	383
الفرع الأول: العوائق القانونية.....	383
الفقرة الأولى : مبدأ حرمة الحياة الخاصة.....	383
الفقرة الثانية: مبدأ الحق في السلامة الجسدية.....	384
الفقرة الثالثة: مبدأ عدم جواز إجبار الخصم على تقديم دليل ضد نفسه.....	385
الفقرة الرابعة: مبدأ قرينة البراءة	386
الفرع الثاني: العوائق المادية	387
الفقرة الأولى: قلة المخابر المكلفة بإجراء تحاليل البصمة الوراثية (ADN).....	387
الفقرة الثانية : مسألة مصاريف الخبرة	389
خلاصة الباب الثاني.....	389
خاتمة	392
قائمة المراجع	398
الملخص باللغة العربية.....	437
الملخص باللغة الإنجليزية.....	439
الملخص باللغة الفرنسية.....	441

المختصرات

المادة	م
الفقرة	ف
طبعة	ط
صفحة	ص
جزء	ج
دينار جزائري	دج
دون طبعة	د ط
دون تاريخ النشر	د ت
دون دار النشر	د د
دون مكان النشر	د م
قانون الأسرة الجزائري	ق أ ج
قانون الحالة المدنية	ق ح م
قانون الإجراءات المدنية والإدارية	ق إ م إ
قانون العقوبات	ق ع
قانون المدني	ق م

Les Abreviations

Précité	Opcit
Page	P
Numéro	N

مقدمة

مقدمة :

تعتبر رابطة الزواج من أقدس الروابط وأنبلها لهذا أحاطتها الشريعة الإسلامية بعناية بالغة وجعلتها ميثاقا غليظا بين الزوجين لأنها السبيل الشرعي الوحيد لتكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والمحافظة على الأنساب ويعد النسب من أبرز آثار عقد الزواج ومن الأمور التي لها علاقة مباشرة بالمجتمع إذ عليه يقوم بناء الأسرة التي هي نواة المجتمع لهذا أمرنا الله سبحانه وتعالى بالمحافظة عليه لقوله تعالى: ﴿أَدْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ﴾¹ ويقول صلى الله عليه وسلم في من يغير نسبه الحقيقي " من ادعى إلى غير أبيه وهو يعلم أنه غير أبيه فالجنة عليه حرام "²

ولما كانت الأنساب هي أساس القرابة في الأسرة فقد حرص الإسلام على حمايتها من كل ما يؤدي إلى اختلاطها حيث قال تعالى: ﴿وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا﴾³

لهذا أعطى المشرع الجزائري موضوع النسب اهتماما كبيرا ووضع له قواعد أساسية استوحها من الشريعة الإسلامية، التي تعتبر المصدر الأصلي لقانون الأسرة وخصص له المواد من 40 إلى 46 من الفصل الخامس من الباب الأول من الكتاب الأول من قانون الأسرة، فحصر أسباب ثبوت النسب في المادة 40 من نفس القانون والتي كانت محل تعديل بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، والمتمثلة في الزواج الصحيح وما يلحقه من نكاح الشبهة أو كل زواج تم فسخه بعد الدخول أو الإقرار أو البينة وأزال الغموض عن هذه المادة حيث تم استبدال حرف " الواو " بحرف " أو " في الفقرة الأولى حتى لا يفهم أن إثبات النسب يقتضي مجموع أدلة الإثبات .

نرى أن المشرع نظم ثبوت النسب بناء على وجود الزوجية، سواء بالزواج الصحيح أو الفاسد أو بنكاح الشبهة وبالإقرار والبينة وبالطرق المشروعة ونصت المادة 41 من قانون الأسرة على أنه ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة، كما نصت المادة 43 على حالة ثبوت النسب من الأب بعد الفرقة من طلاق أو وفاة والملاحظ هنا أن المشرع أغفل حالة غياب الزوج .

¹ سورة الأحزاب الآية: 05 .

² أبي عبد الله محمد بن إسماعيل (البخاري)، صحيح البخاري، طبعة جديدة مضبوطة ومصححة ومفهرسة، دار ابن كثير، دمشق - بيروت، 1423 هـ - 2002 م، ط1، كتاب الفرائض، باب من ادعى إلى غير أبيه، ص 1676 .

³ سورة الفرقان الآية: 54 .

ويخضع الزواج العرفي لنفس قواعد الزواج الرسمي عند إثبات النسب، فالزوجية هي السبب الأساسي في ثبوت النسب من جهة الأبوة لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم " الولد للفراش وللعاهر الحجر "

ومن حرص الشارع الحكيم على مسألة الأنساب أنه جعل إثباته بأدنى الأسباب وجعله لا ينتفي إلا بأقوى الأدلة فلم تعرف الشريعة الإسلامية بين طيات نصوصها وقواعدها الشرعية طريقا لنفي النسب إلا طريقا واحدا وهو اللعان بغض النظر عن الحالات التي ينتفي فيها نسب الولد من غير اللعان وهي نفي النسب لعدم إمكانية الإنجاب أو عن طريق إنكار الولادة أو لعدم تلاقي بين الزوجين ونفي النسب لعد تجاوز أو تجاوز مدة الحمل.

والملاحظ أن قانون الأسرة لم يشر إلى تعريف هذا النظام ولا كيفية إعماله واكتفى بالإشارة إليه كوسيلة لنفي النسب فبعد الاطلاع على مضمون المادة 41 يفهم أنها لم تشر إلى اللعان صراحة إنما أشار إليه المشرع بعبارة ولم ينفه بالطرق المشروعة ولم يتطرق لهذه الطرق المشروعة كما لم يرد في أي مادة أخرى النص على طريقة اللعان التي تنفي نسب الولد عن الزوج رغم أنه أورد عبارة اللعان في المادة 138 من قانون الأسرة .

كان لزاما على المشرع تحديد موقف واضح من اللعان وضوابطه وآثاره وهو ما يخلو منه القانون الحالي مثلما يخلو من الكثير من الأحكام المهمة التي لها صلة بالموضوع ومن بينها عدم الإشارة مطلقا لاعتبار المرأة الملعنة من المحرمات المؤبدة وعدم ورودها ضمن أصناف المحرمات من النساء الواردة بالمواد من 24 إلى 30 من قانون الأسرة .

وفي إطار الحرص على النسب دائما عمدت الشريعة الإسلامية إلى إبطال نظم الجاهلية وقضائها على ما يعرف بنظام الادعاء أو التبني وهو نظام يخول لرب الأسرة حق ضم أي شخص يعجبه إلى أسرته فيصبح كأنه فرد من أفرادها، فحاول المشرع البقاء دوما في إطار الشريعة الإسلامية ونص في المادة 46 من الأمر 02-05 على أن التبني محرما شرعا وقانون .

و أمام ظاهرة انتشار أطفال مجهولين النسب سعى المشرع الجزائري جاهدا لإيجاد حلول لهذه الفئة الخاصة من الأطفال حيث نص في المواد من 116 إلى 125 على ما يسمى بالكفالة كنظام بديل عن التبني، وهو من بين الأنظمة التي عملت به العديد من الدول الإسلامية .

كما نظم قانون الحالة المدنية مجموعة من النصوص تهدف إلى توفير حماية قانونية لهم تعمل على ضمان حقوقهم من الضياع والاستغلال ورعايتها وفق ضوابط قانونية وإجراءات رقابية وجزائية لمن يتعدى عليها كما تمنح الحماية القضائية للشخص حق إثبات نسبه عن طريق دعوى النسب التي تعتبر من

الدعوى التي يختص قسم شؤون الأسرة بالنظر فيها طبقا لنص المادة 423 ف 3 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

وإذا كان فراش الزوجية هو الأساس في ثبوت نسب الولد الناتج عن اتصال الزوجين بطريقة طبيعية فإن التطور العلمي في ميدان تكوين الأجنة وإجراء التجارب العلمية والأبحاث توصل إلى ما يعرف بالتلقيح الاصطناعي وهي عملية تتم في مخبر وبتقنيات مغايرة تماما عن الإنجاب الطبيعي هدفها معالجة العقم الذي يعاني منه أحد الزوجين .

وقد أجازت معظم تشريعات الدول الغربية والدول العربية هذه التقنية ومن بينهم المشرع الجزائري الذي ساير هذه التطورات بموجب الأمر 05-02 وخصوصا في نص المادة 45 مكرر ووضع شروط وضوابط من شأنها تنظيم اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي بشكل يجعلها تتماشى وأحكام الشريعة الإسلامية، ووضح أكثر كيفية اللجوء إلى هذه التقنية بموجب قانون الصحة الجديد رقم 18-11 فعرفت المادة 370 التلقيح الاصطناعي وأطلقت عليه مصطلح المساعدة الطبية على الإنجاب، كما جاءت المادة 372 منه بمسائل تفصيلية أكثر لم يتناولها المشرع في نص المادة 45 مكرر .

كما قرر عقوبات ردعية في حالة مخالفة أحكام هذه النصوص بالحبس زائد الغرامة المالية في كل من قانون الصحة وقانون العقوبات .

ولم يبق الإنجاب وليد علاقة شخصية بين الزوجين بل أصبح بإمكان طرف ثالث التدخل لحدوث الحمل هذا الأخير قد يكون رجلا متبرعا بنطفة أو أنثى متبرعة ببويضة، أو متبرعين بهما معا وظهرت صور مستحدثة لمعالجة حالات عديدة من العقم كأن تتبرع امرأة وتحضن في رحمها أجنة لامرأة أخرى لها القدرة على الإنجاب لكنها تعاني من عيوب خلقية في رحمها على سبيل المثال، وسميت هذه العملية باستأجار الأرحام (الأم البديلة) كذلك ظاهرة تجميد اللقائح (الأجنة) وهي الاحتفاظ بالفائض منها في بنوك يطلق عليها تسمية بنوك الأجنة .

اختلفت آراء الفقهاء في الحكم على هذه النوازل فمنهم من أجاز الأخذ بها ومنهم من حرّمها ومنع العمل بها إلى غاية صدور قرار مجمع الفقهي الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي الذي قضى بتحريم هذه الصور وكان موقف المشرع الجزائري مشابها له لما أقر صراحة رفضه التام لمسألة تأجير الأرحام في نص المادة 45 مكرر ف 2 من الأمر 05-02، لكن لم يبين الجزاء الواجب تطبيقه حال المخالفة إلا بعد صدور قانون الصحة رقم 18-11 الذي نص في المادة 374 على المنع لغاية البحث العلمي أو أي شكل آخر من المعاملة المتعلقة بالحيوانات المنوية والبويضات والأجنة الزائدة وغيرها وقرر عقوبة مدنية وجزائية في حالة مخالفة أحكام هذه المادة من خلال نص المادة 435 من قانون الصحة .

أضف إلى ذلك أن الثورة العلمية والبيولوجية شهدت ظهور ما يسمى بالاستنساخ البشري وهو تقنية تساعد في الحصول على الولد دون حيوانات منوية أو تزواج ذكر وأنثى والحصول على صورة طبق الأصل عن نسخة الأصلية عن طريق زرع خلية عادية في بويضة مفرغة .

غير أنه سرعان ما ترتبت عن هذه التقنية العديد من التجاوزات المنافية للقيم الأخلاقية والدينية فأصبح تدخل القانون ضرورة حتمية أكثر من أي يوم مضى وتصديا لتلك التجاوزات نص المشرع الجزائري في المادة 375 من قانون رقم 18-11 أن يمنع كل استنساخ للأجسام الحية المتماثلة فيما يخص الكائن البشري وكل انتقاء للجنس، وحفاظا منه على الأنساب أقر أيضا عقوبات لكل من يخالف المنع المنصوص عليه في المادة سابقة الذكر بموجب نص المادة 436 من قانون الصحة الجديد رقم 18-11.

واستجابة للتطورات العلمية والبيولوجية الحديثة أضفى المشرع الجزائري تعديلا بموجب الأمر 05-02 على نص المادة 40 متأثرا بالطفرة العلمية وأضاف فقرة ثانية لهذه المادة لم تكن موجودة في قانون الأسرة لسنة 1984 تفيد استعمال البصمة الوراثية في مجال النسب .

وترك السلطة التقديرية للقاضي في اللجوء إلى البصمة الوراثية لإثبات النسب فإذا رأى القاضي أن بالملف ما يكفي من أدلة الإثبات المنصوص عليها في الفقرة 01 فبإمكانه عدم الاستجابة للطلب الرامي بإجراء خبرة البصمة الوراثية والعكس صحيح، لكن هذه السلطة التقديرية المطلقة من المحتمل أن تترك أضرارا نفسية واجتماعية ومالية على الفرد والأسرة .

وبالرجوع للفقرة 02 من المادة 40 فأقل ما يمكن ملاحظته أن المشرع أجاز اللجوء إلى الطرق العلمية دون أن يحدد ماهية هذه الطرق.

فيكون بذلك قد أصاب من ناحية مواكبة التطور الحاصل في المجال البيولوجي وأهمل والتنظيم الدقيق والمفصل لشروط وضوابط اللجوء إلى هذه الطرق العلمية، لكن سرعان ما تدارك الأمر بصدور قانون رقم 16-03 المؤرخ في 19 جوان 2016 المتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص الذي استطاع من خلاله تحديد استعمال قواعد البصمة الوراثية .

لكن رغم الدور الذي تلعبه البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب أو نفيه إلا أن هناك عدة عراقيل تعترضها وهذه العراقيل قد تكون مادية وقد تكون قانونية .

وانطلاقا من الأهمية التي تكتسيها هذه الدراسة وقع الحرص على اختيارها من منطلق إشكالية محورية تتحدد في مدى إمكانية توفير الحماية القانونية للنسب في ظل التطور العلمي الحاصل؟ بمعنى

آخر مدى نجاعة الضوابط القانونية لحماية النسب في التشريع الجزائري وبعض التشريعات المقارنة ؟ هل تعتبر كفيلة بالحماية أم تحتاج إلى وسائل أخرى ؟

من خلال هذه الإشكالية تتفرع التساؤلات الفرعية التالية:

هل يمكن الاكتفاء بحماية النسب بالطرق الشرعية أم لابد من حمايته بالطرق العلمية ؟ وهل التطور العلمي الحاصل يؤثر قانونا في إثبات النسب ونفيه ؟ على أن الإجابة على هذه التساؤلات تقتصر على دراسة هذه المستجدات العلمية وإبراز تأثيرها على النسب بالوقوف عند آراء الفقهاء والتركيز على موقف المشرع الجزائري خاصة بعد تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005 كذلك إبراز موقف بعض القوانين المقارنة.

وتتخصر الأسباب والدوافع الموضوعية لاختيار الموضوع في الرغبة في تأصيل الحماية القانونية للنسب في ظل التعديل الجديد لقانون الأسرة وقانون الصحة رقم 11/18 ومعرفة مدى قدرتهم على توفير حماية كافية تصون الأنساب وتمنعها من الاختلاط والزوال.

كذلك اتساع الموضوع وتشعبه فلحماية النسب وإثباته طرق عديدة وخصوصيته تفرض على البحث اتجاهات جديدة تتلائم وتستجيب لدواعي حمايته حيث لم تعد الاتجاهات التقليدية قادرة على إستيعاب ما تفرضه حماية النسب بالإضافة إلى إبراز دور الشريعة الإسلامية في حماية النسب فهي تمثل المصدر الأول للتشريع العام والخاص لاسيما فيما يخص النسب الذي تعتبره من بين الكليات الخمس .

ومن دوافع الدراسة أيضا بيان مدى مساهمة قرارات المحكمة العليا التي تمثل مبادئ قضائية يمكن الرجوع إليها في حل مشاكل إثبات النسب ونفيه في ظل التطورات الحاصلة وسد الفراغ التشريعي .

وأخيرا المساهمة في إثراء المكتبة الفقهية والقانونية الجزائرية في مجال النسب، حتى يتسنى ويسهل الرجوع إليها من طرف المعنيين بمثل هذه الأبحاث .

ومن أجل إيفاء الموضوع حقه من البحث وتحقيق أهدافه المرجوة، استدعت طبيعة هذه الدراسة استخدام المنهج الوصفي لدراسة المفاهيم النظرية التي لها علاقة بالنسب، كذلك استعنت بالمنهج الاستقرائي بهدف محاولة استنتاج خطة المشرع العامة في تناول الحماية القانونية للنسب بالشكل الذي يمكننا من معرفة صور الحماية وهذا من خلال تجميع كل النصوص القانونية ذات الصلة بالبحث، أضف إلى ذلك المنهج المقارن كأساس الدراسة النقدية المقارنة بين آراء الفقهاء والقوانين المقارنة أي بين القانون الجزائري وبعض القوانين الغربية والعربية كالقانون الفرنسي والقانون المصري قصد التوصل إلى

الراجح من الأقوال إلى جانب استخدام المنهج التحليلي كأساس لدراسة النصوص القانونية الجزائرية التي لها علاقة بالمستجدات العلمية وأثرها على النسب .

أما المنهجية المتبعة في هذا البحث تتطرق من خلال شرح بعض المصطلحات اللغوية والقانونية التي بني على أساسها موضوع البحث وذلك بالرجوع إلى معاجم اللغة العربية والكتب القانونية، وإذا ذكر المصدر أو المرجع لأول مرة في الهامش فإنني أذكر جميع معلوماته أما إذا تكرر ذكره اكتفيت بذكر اسم المؤلف والصفحة والجزء إن وجد .

كما قمت بوضع فهرس علمية في آخر الرسالة وهي فهرس المراجع وفهرس الموضوعات .

وبعد القراءة لما له علاقة بموضوع البحث عثرت على بعض الدراسات والبحوث إلا أنها ركزت على الطرق التقليدية لحماية النسب دون الغوص في الطرق العلمية التي جاءت بها مستجدات عصرنا على غرار ما كتبه شراح قانون الأسرة الجزائري بعد تعديله وما جاء به قانون الصحة الجديد وأما البحوث الأكاديمية ذات الصلة ببعض عناصر الموضوع - محل البحث - فقد جاءت مقتصرة على بعض جوانب الموضوع على نحو أحكام النسب بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي - دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه للباحثة علال برزوق أمال، نوقشت سنة 2014 - 2015 بكلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان، ورسالة دكتوراه للباحثة رابحي فاطمة الزهراء بعنوان إثبات النسب نوقشت بجامعة الجزائر سنة 2011 - 2012، وهناك بعض الدراسات والمقالات في موضوع النسب والتلقيح الاصطناعي والاستنساخ البشري والبصمة الوراثية إلا أنها عالجت كل موضوع على حدى.

وعلى هذا جاءت هذه الدراسة وصفية تحليلية محاولة فيها الوقوف على مدى إمكانية المشرع الجزائري من حماية النسب في ظل المستجدات العلمية.

وقد اعتمدت في البحث على بعض كتب الفقه المعتمدة القديمة والحديثة منها كتاب سنن الدار قطني لخليفة الحافظ الكبير الدار قطني وكتاب المذهب في فقه الإمام الشافعي لأبي إسحاق الشيرازي وكتاب الفقه المقارن للأحوال الشخصية لبدران أبو العينين والنظام القانوني للإنجاب الصناعي لحسين هيكيل، كذلك كتاب البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية لخليفة علي الكعبي كما اطلعت على العديد من البحوث والمقالات المعاصرة التي عنيت بمعالجة موضوع حماية النسب وخاصة الموجودة على مستوى مجلة مجمع الفقه الإسلامي.

ولعل من أهم الصعوبات التي يمكن حصرها هو تشعب الموضوع لما للنسب من علاقات تربطه بكل من التطورات العلمية والهندسة الوراثية إضافة إلى أن موضوعات البحث متفرقة في مباحث متعددة من تلك الكتب .

وفي إطار المنهجية التي المتبعة للوقوف على الحماية القانونية للنسب بين النصوص التشريعية والتطورات العلمية قمنا بتقسيم البحث إلى بابين يضم كل باب فصلين .

الباب الأول بعنوان حماية النسب بالطرق الشرعية قسمته إلى فصلين حيث يتناول الفصل الأول حماية النسب في ظل الفراش ويشمل ثلاث مباحث يتناول المبحث الأول حماية النسب بالزواج الصحيح والمبحث الثاني حماية النسب بالزواج غير الصحيح ونكاح الشبهة وفي المبحث الثالث حماية النسب بالطرق الاحتياطية التقليدية (القيافة والقرعة) .

أما الفصل الثاني الموسوم بحماية النسب بغير الفراش والاستثناءات الواردة عليه فيشتمل على ثلاث مباحث أيضا تناولت في المبحث الأول حماية النسب بالإقرار وفي المبحث الثاني حماية النسب بالبينة أما المبحث الثالث تطرقت فيه إلى الحماية من خلال الاحتياط في إثبات النسب .

أما الباب الثاني من هذه الدراسة فيحمل عنوان حماية النسب بالطرق العلمية الحديثة يضم فصلين كل فصل يشتمل على مبحثين الفصل الأول عنوانه حماية النسب في ظل تكنولوجيا الإنجاب ويتضمن مبحثين يتناول المبحث الأول طرق المساعدة على الإنجاب وأثرها على النسب أما المبحث الثاني فيتناول حماية النسب من خلال تجريم عمليات الاستنساخ البشري

وجاء الفصل الثاني بعنوان حماية النسب بالطرق العلمية البيولوجية ويشتمل على مبحثين المبحث الأول يتناول ماهية البصمة الوراثية أما المبحث الثاني يتناول دور القاضي في حماية النسب بالبصمة الوراثية .
وذيل البحث أخيرا بخاتمة استوفت على أهم النتائج والتوصيات المتوخاة من هذا البحث متبوعة بالفهارس العلمية .

الباب الأول

حماية النسب بالطرق الشرعية

إهتم الإسلام بالنسب ووضع له حماية كبيرة تحفظ قدسيته بحيث لا ينسب ولد لغير أبيه ولا يضيع نسب ولد لأبيه، فيضيع هذا الركن العظيم التي تقوم عليه الأسرة، لذا عرف الإسلام طرق عديدة لحماية النسب وهي الفراه، الإقرار، البينة كما تعتبر القيافة من أقدم الطرق التي إشتهر بها العرب للتعرف على النسب إذا تعذر الكشف عنه ويكون ذلك بواسطة خبير ينظر إلى أطراف المولود فينسبه إلى أبيه الحقيقي ويعتمد في ذلك على الشبه، كذلك تعتبر القرعة من بين وسائل إثبات النسب حيث كان يلجأ إليها في حال تساوي الأدلة .

وكغيره من المشرعين إهتم المشرع الجزائري بموضوع النسب إهتماما بالغا ووضع له قواعد أساسية تحكمه فليس من السهل إثبات نسب الولد من أبيه، إذ لا توجد طريقة أخرى إلا ما جاء في المادة 40 " يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون .

يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب "

كما تنص المادة 41 منه على أنه: " ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة "

و يتبين لنا من خلال استقراء هذين النصين أن المشرع نظم ثبوت النسب بناء على وجود الزوجية، سواء بالزواج الصحيح أو الفاسد أو بنكاح الشبهة وبالإقرار والبينة وبالطرق المشروعة .

وفي حالة انحلال الرابطة الزوجية بين الطرفين بالطلاق أو الوفاة، نصت المادة 43 على حالة ثبوت النسب من الأب بعد الفرقة من طلاق أو وفاة بقولها: " ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال 10 أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة "

ويخضع الزواج العرفي لنفس قواعد الزواج الرسمي عند إثبات النسب، فالزواج العرفي إذا استوفى أركانه الشرعية ولا ينقصه إلا إثباته في وثيقة رسمية، يثبت به النسب استنادا للمادة 22 التي تنص أنه:

" يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي "

فالزوجية هي السبب الأساسي في ثبوت النسب من جهة الأبوة لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم {الولد للفراه وللعاھر الحجر}

لهذا يعد ثبوت النسب من الآثار التي تنتج عن الزواج فمن حق الأولاد إذا أن يثبتوا نسبهم إلى والدهم

ولقوة حرص الشارع الحكيم على الأنساب جعل إثباته بأدنى الأدلة صيانة له من الضياع، لكن جعله لا ينتقي إلا بأقوى دليل وهو اللعان الذي يعتبر الطريق الشرعي الوحيد لنفي النسب.

وتفصيلاً لكل هذا قسمنا هذا الباب إلى فصلين، حماية النسب في ظل الفراش (الفصل الأول) وحماية النسب بغير الفراش والاستثناءات الواردة عليه (الفصل الثاني)

الفصل الأول

حماية النسب في ظل الفراش

من المتفق عليه أن سبب ثبوت نسب الولد من أبيه هو الزواج الصحيح وأيضا الزواج الفاسد الذي يأخذ حكم الزواج الصحيح في حق ثبوت النسب، لأن النسب يحتاط في إثباته كما لا يحتاط في غيره، إحياء للولد وحفاظا عليه من الضياع، ونفس الحكم بالنسبة لمخالطة الرجل للمرأة بناء على شبهة ولا مجال للتوازي بين الزنا والفراش بشأن ثبوت النسب من الأب.

أما نسب الولد من أمه جاء على خلاف ذلك لأن واقعة الولادة هي سبب ثبوت نسب الولد من أمه في كل الحالات، وسواء كانت الولادة شرعية أم غير شرعية فمتى جاءت المرأة بولد ثبت نسبه منها دون توقف على شيء آخر، من فراش أو إقرار أو إدعاء فهي التي حملت وهي التي وضعت، وبالتالي تحمل صفة الأم وتسري بينهما سائر الحقوق من نسب ورضاع وميراث، وإذا ثبت النسب كان لازما لا يمكن نفيه .

وواضح أن المشرع الجزائري اقتفى أثر الشريعة الإسلامية وسار على دربها فجميع الأحكام والمبادئ التي سطرها الفقه الإسلامي قننها المشرع الجزائري حماية للنسب.

فما معنى ثبوت النسب بالزواج الصحيح والغير صحيح وماهي شروطه؟ وهل يثبت النسب بطرق أخرى دون الزواج وكيف يتم الاحتياط له؟

إجابة عن كل هذه التساؤلات رأينا أن نقسم هذا الفصل إلى ثلاث مباحث:

المبحث الأول: حماية النسب بالزواج الصحيح

المبحث الثاني: حماية النسب بالزواج الغيرالصحيح ونكاح الشبهة

المبحث الثالث: الحماية من خلال الاحتياط في إثبات النسب

المبحث الأول: حماية النسب بالزواج الصحيح

لقد عرفت المادة 4 من قانون الأسرة الجزائري الزواج على أنه: " عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب "

فاعتبرت بذلك المحافظة على الأنساب من أهم مقاصد الزواج الصحيح، أي إذا تزوج الرجل من امرأة زواجا صحيحا مستوفيا لجميع أركانه وشروطه، ثم جاءت بولد ثبت نسبه من الزوج دون حاجة إلى اعتراف صريح منه أو إقامة بينة.¹ وعند جمهور الفقهاء إذا وطأ السيد أُمته نسب الولد إليه والأصل في ذلك ما رواه أبي هريرة رضي الله عنه قال:

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: {الولد للفرش وللعاهر الحجر}² أي الولد لصاحب الفرش أما الزاني له الخيبة والرجم، فالزواج الصحيح يبيح الإتصال الجنسي بين الزوجين ويجعل الزوجة مختصة بزوجه يستمتع بها وحده وليس لغيره أن يشاركه فيها فإذا وقع لها الحمل فهو يقينا من زوجها لا من رجل غيره لأن الأصل حمل أحوال الناس على الصلاح³.

¹ بدران أبو العينين (بدران)، حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية والقانون، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1987 م، (د. ط)، ص 16.

² البخاري (أبي عبد الله محمد بن إسماعيل)، صحيح البخاري، دار ابن الكثير، دمشق بيروت، 1423 هـ - 2002 م، ط 1، كتاب الحدود، باب للعاهر الحجر، حديث رقم 6817، ص 21685.

³ نصر الجندي (أحمد)، النسب في الإسلام والأرحام البديلة، دار الكتب القانونية، مصر، 2003 م، (د. ت)، ص 96.

والفراش¹ بشروطه يعتبر حجة قاطعة على ثبوت النسب، لا يمكن الطعن فيه إلا من الزوج وعن طريق اللعان.

هذا ما يدفعنا للتساؤل حول كيفية حماية النسب بمجرد الزواج الصحيح؟ وما مصير نسب الأولاد في حالة انحلال الرابطة الزوجية؟

للإجابة عن هذا التساؤل سنحاول تركيز دراستنا حول النسب عند قيام الرابطة الزوجية (المطلب الأول) والنسب بعد انحلال الرابطة الزوجية (المطلب الثاني)

¹ الفرش لغة: مأخوذ من فرش، فرشاً وفرشاً بسطه، وهو كريم المفارش، يتزوج الكرائم، والفرش: المفروش متاع البيت، ومنه قوله تعالى: (ومن الأنعام حمولة وفرشا) سورة الأنعام الآية 142 .

يقال: الأرض فرش الأنعام، قال الله تعالى: (الذي جعل لك الأرض فراشا) الآية 22 من سورة البقرة. ومن المجاز الفرش: زوجة الرجل، يقال لإمرأة الرجل: هي فراشه وإزاره ولحافه لأن الرجل يفرشها. أنظر لسان العرب، ابن منظور الإفريقي ابن الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الأنصاري الخزرجي المصري، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، (د. ت)، (د. ط)، ج8، ص 217 - 218. ومنه قوله تعالى: (وفرش مرفوعة) الآية 34 من سورة الواقعة.

وقيل الفرش إسم للزوج وإحتجوا على ذلك بقول جرير: باتت تعانقه وبات فراشها - خلف العباءة في الدماء قتيلاً أي صاحب فراشها وهو زوجها. فكل واحد من الزوجين يسمى فراشا لأخر، كما سمي كل واحد منهما لباساً للآخر. أنظر المصباح المنير في غريب شرح الكبير، (أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ)، مكتبة لبنان، لبنان، 1987 م، (د. ط)، ص 178 .

الفرش اصطلاحاً: هو كون المرأة متعينة للولادة لشخص واحد. ومعناه أن تكون علاقة زوجية شرعية، قائمة بين رجل وامرأة، ينتج عنها حمل، ثم ولادة فيكون المولود ابناً لهذا الرجل بالفرش. بدران أبو العينين (بدران)، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، (د. م)، 1998 م، (د. ط)، ص 516. أنظر خليفة (علي الكعبي)، ص 170 .

ولقد أجمع العلماء على ثبوت النسب بالفرش وقد استفيد دليل الإجماع من حديث أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم (الولد لصاحب الفرش)، صحيح البخاري .

وللفرش مراتب اختلف العلماء في ذكرها إلى قسمين: الجمهور والحنفية

فقال الجمهور فقد ذكروا أن الفرش على مرتبتين:

1. فرش قوي وهو فرش الزوجة ومعتدة الطلاق الرجعي والبائن ولا ينتفي هذا النسب إلا باللعان
2. فرش ضعيف وهو فرش الأمة وقالوا أن هذا الفرش لا يثبت به النسب إلا بتحقيق الوطء على خلاف بين العلماء.

أما الحنفية فقال وأن مراتب الفرش أربعة:

1. فرش ضعيف وهو فرش الأمة ولا يثبت النسب فيه إلا بالدعوى .
2. فرش متوسط وهو فرش أم الولد إذ يثبت نسبه فيه بلا دعوى ولكنه ينتفي بنفيه .
3. فرش قوي وهو فرش الزوجة حال قيام الزوجية أو المطلقة رجعيًا فيثبت بلا دعوى ولكنه لا ينتفي إلا باللعان.
4. فرش أقوى وهو فرش المطلقة بائناً يثبت ولا ينتفي أبداً. أنظر أحمد (نصر الجندي)، مرجع سابق، ص 101 - 102، بدران أبو العينين (بدران)، مرجع سابق، ص 310. أنظر محمد أمين الشهير بإبن عابدين مع تكملة ابن عابدين لنجل المؤلف، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار، دار عالم الكتب، الرياض، 1423 - 2003، طبعة خاصة، ج 5، كتاب الطلاق، باب العدة، ص 245 .

المطلب الأول: النسب عند قيام الرابطة الزوجية

ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين، وذلك بتوافق إرادتهما الصادرة عن إيجاب وقبول، وبالرغم من أن الإرادة من الأمور النفسية التي يصعب الاطلاع عليها إلا أن المشرع الجزائري نص في المادة 10 من قانون الأسرة على أن "يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا.

ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة والإشارة"

وينعقد الزواج الصحيح متى توفرت فيه أركان وشروط الزواج والتي نص عليها المشرع الجزائري من خلال المادتين 9 و 9 مكرر (ق.أ) وهي الرضا - أهلية الزواج - الصداق - الولي - الشاهدين وانعدام الموانع الشرعية للزواج كما نصت الفقرة الأولى من (المادة 40) من نفس القانون " على أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون ¹ وقد أكد قضاة المحكمة العليا ذلك، فجاء في أحد قراراتها ما يلي: من المقرر قانونا أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبينة وبنكاح الشبهة ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن الطاعنة لم تثبت أية حالة من الحالات التي نص عليها قانون الأسرة، فإن قضاة الموضوع برفضهم لطلبها الرامي إلى تسجيل الزواج، وإثبات نسب البنت قد طبقوا صحيح القانون ².

كما جاء في قرار آخر أنه من المقرر قانونا أيضا أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبينة وبنكاح الشبهة وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول ومن ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد مخالفة للقانون.

ومتى تبين - من قضية الحال - أن قضاة المجلس لما قضوا بتأييد الحكم المستأنف، القاضي بتعيين خبرة طبية قصد تحليل الدم للوصول إلى تحديد النسب خلافا لقواعد إثبات النسب المسطرة شرعا وقانونا طبقا لأحكام المادة 40 وما بعدها من قانون الأسرة، فإنهم بقضائهم كما فعلوا تجاوزوا سلطتهم وعرضوا قرارهم للنقض ³.

¹ قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 يونيو سنة 1984 يتضمن قانون الأسرة معدل ومتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005.

² المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 74712، قرار بتاريخ 05/21 / 1991، المجلة القضائية، 1994، العدد الثاني، ص 56.

³ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 222674، قرار الصادر في 15/06/1999، المجلة القضائية، العدد الأول، 1999، ص 126.

فالمشرع هنا يقصد بالزواج الصحيح ما أطلق الفقهاء على تسميته " فراشا صحيحا " ولا يقصد بالفراش حقيقته وهو الجماع وإنما يقصدون مظنته وهو قيام حالة الزوجية الممكنة.

لكن قد يستوفي الزواج أركانه وشروطه الشرعية دون قيده في سجلات الحالة المدنية فهل يثبت به النسب في هذه الحالة؟

اختلفت آراء الفقهاء في الزواج العرفي وظهر في المجتمع من يؤيد هذا الزواج ومن يرفضه، وقد صدرت عنهم فتاوى تقضي ببطلان وتحريم الزواج العرفي، وتعتبره ضياع للإنسان لما يترتب عليه من ضياع حقوق الزوجة والأولاد، ومن بينها فتوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ولجنة الإفتاء بالسعودية وفتوى شيخ الأزهر محمد الطنطاوي، بل منهم من دعا إلى تجريمه بقوله: " على الجهات التشريعية للدولة أن تصدر قانونا يشتمل على عقوبة مناسبة تقع على كل من يتزوج زواجا لم يوثق أمام الجهات الرسمية وعلى كل من قام بالشهادة على هذا العقد واشترك فيه بأي صورة من الصور المخالفة للنظام الصحيح"¹

وبعد ما تبين أن هذا النوع من الزواج هو زواج شرعي لم يقيد في السجلات المختصة فان النسب يثبت فيه، بنفس قواعد الزواج الرسمي وهي الفراش، البينة والإقرار ويجوز إثباته بكافة طرق الإثبات دون اشتراط الوثيقة الرسمية .

ولقد إتفق المشرع الجزائري والفقهاء الإسلامي في هذا الحكم نظرا لأهمية النسب وتشوف الشارع في أحاطته بكل وسائل الحماية احتياطا للمولود وحفاظا عليه من الضياع.

وجاء نص المادة 22 ق.أ.ج " يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي، يجب تسجيل حكم تثبت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة "

لكن الإقرار بالزواج العرفي والحكم بثبوته يعتبر كل منهما كاشفا للنسب لا منشأ له².

وقد جاء في قرار للمحكمة العليا أنه يجوز إثبات الزواج العرفي بشهادة الشهود واليمين الممتنة³.

¹ بن محمد بن محمود (جمال)، الزواج العرفي في ميزان الإسلام، دار الكتب العلمية، للبيان، 1424 هـ - 2004 م، ط 1، ص 118.

² محروق (كريمة)، واقع الزواج العرفي في الجزائر أسبابه ومفاسده وإجراءات الحد منه، مجلة العلوم الإنسانية، العدد 39، جوان 2013 م، ص 150 .

³ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 424799، المؤرخ في 13/02/2008، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، 2008، ص 307.

ومع هذا تبقى الزوجية هي السبب الشرعي لثبوت نسب الولد دون حاجة إلى إقرار أو بينة لأن الزوجية وهي مع زوجها بعقد صحيح ينفرد بالاستمتاع بها وحرام عليها أن تمكن غيره من هذا الاستمتاع والدليل على ذلك ما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت: " اختصم سعد بن أبي وقاص، وعبد بن زمعة في غلام، فقال سعد: هذا يا رسول الله بن أخي عتبة بن أبي وقاص، عهد إلى أنه ابنه أنظر لشبهه، وقال عبد بن زمعة: هذا أخي يا رسول الله، ولد على فراش أبي من وليدته، فنظر رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى شبهه، فرأى شبهها بينا بعتبة، فقال: هو لك يا عبد " الولد للفراش وللعاهر الحجر "، واحتجبي منه يا سودة بنت زمعة لما رأى من شبهه بعتبة، فما رآها حتى لقي الله " ¹. ويقول الحافظ ابن حجر: أن اللائق بقصة أمته زمعة، أن عتبة أصاب الأمة سرا من زنا وهما كافران فحملت، وولدت ولدا يشبهه فغلب على ظنه أنه منه فبغته الموت قبل استلحاقه، فأوصى أخاه أن يستلحق، فعمل سعد ذلك تمسكا بالبراءة الأصلية ² ويتضح من هذا الحديث أن الولد ينسب لصاحب الفراش سواء كان زوجا أو سيدا أو واطئ شبهة وليس للزاني في نسبه حظ، ويدل على ذلك ما قاله الشيرازي في باب ما يخلق من النسب وما لا يلحق: أنه إذا تزوج الرجل امرأة وهو مما يولد لمثله، وأمكن اجتماعهما على الوطء، وأنت بولد لمدة يمكن أن يكون الحمل فيها، لحقه في الظاهر ³.

ومما سبق عرضه تبين لنا أن هناك شروط لثبوت النسب منها إمكانية الاتصال بين الزوجين (الفرع الأول) مدة الحمل (الفرع الثاني) وعدم نفيه بالطرق المشروعة (الفرع الثالث)

¹ لاشين (موسى شاهين)، فتح المنعم شرح صحيح مسلم، دار الشروق، مصر، 1423 هـ - 2002 م، ط1، ج6، ص 07
شرح الحديث: يقول أهل العلم في هذا الحديث العظيم أن العرب في الجاهلية كانوا يضربون على الأماء ضرائب يكتسبها من فجورهن ويلحقون الولد بالزاني إذا إدعاه، فزنى عتبة بن أبي وقاص، أخو سعد بأمة لزمعة بن الأسود فجاءت بغلام، فأوصى عتبة هذا الزاني أخاه سعدا بأن يلحق الغلام هذا بنسبه، فلما جاء فتح مكة ورأى سعد الغلام وقد عرفه بشبهه بأخيه "عتبة" فلما أراد استلحاقه خاصمه فيه عبد بن زمعة وقال هو أخي ولد من وليدة أبي والوليدة هي الصبية والأمة ولما نظر الرسول صلى الله عليه وسلم للغلام وجد شبها بينا لعتبة لأنه هو الزاني، ولكن زمعة حجته الفراش فقضى الرسول صلى الله عليه وسلم بالغلام لزمعة وقال (الولد للفراش وللعاهر الحجر) وللعاهر الزاني الخيبة والخسارة، ولكون الغلام به شبه من عتبة (الزاني) والغلام أخو سودة بنت زمعة وأخت عبد الله بن زمعة أمرها الرسول صلى الله عليه وسلم بالاحتجاب إحتياطاً وتورعا. أنظر شرح الحديث بالتفصيل، (عبد الله بن عبد الرحمن بن صالح آل بسام)، تيسير العلام شرح عمدة الأحكام، مكتبة الصحابة، الإمارات، مكتبة التابعين، مصر، 1426 هـ - 2006 م، ط 10، كتاب اللعان، باب لحاق النسب، ص 618.

² العسقلاني (أحمد بن علي بن حجر)، فتح الباري شرح صحيح البخاري، كتاب الفرائض، باب الولد للفراش، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1406 هـ، ط 2، ج 12، ص 25.

³ أبي إسحاق (الشيرازي)، المذهب في فقه الإمام الشافعي، دار القلم، دمشق، دار الشامية، بيروت، 1417 هـ - 1996 م، ط 1، ج 4، الأحوال الشخصية العتق، الأيمان، باب ما يلحق بالنسب وما لا يلحق، ص 442.

الفرع الأول : إمكانية الاتصال بين الزوجين

لم يكن شرط إمكانية الاتصال بين الزوجين كأحد شروط ثبوت النسب محل اختلاف الفقهاء المسلمين، إلا أنهم اختلفوا في اشتراط الدخول أو إمكانه وبعبارة أخرى ما تصير به الزوجة فراشا إلى ثلاث آراء: ¹

فذهب جمهور الفقهاء وهم المالكية والشافعية والحنابلة واستقر رأيهم على أن سبب ثبوت النسب هو العقد الصحيح مع إمكان الدخول الحقيقي والفعلي²، فلو ثبت أن الدخول غير ممكن ولم يلتقيا قط لبعد الزوجين عن بعضهما، كان يعقد رجل بالمشرك على إمراة بالمغرب³، فلا يثبت النسب لأن الزوجة لم تعد فراشا لعدم إمكان الوطء⁴، أي إذا لم يكن قد حصل بين الزوجين تلاقي ظاهر وأكد الزوج أنه لم يصل إليها فلا نسب بين الزوج والولد الذي أتت به الزوجة لكون الحمل ليس منه قطعاً⁵، وجاء في المذهب " وأن لم يمكن اجتماعهما على الوطء، كأن تزوجا ووقع الفراق قبل الدخول وكان عدم الدخول ثابتاً بالطرق الشرعية، فلا يثبت النسب "⁶

غير أن الأحناف يرون أن ثبوت النسب بالعقد على الزوجة ولا يشترطون الدخول أو إمكان الدخول⁷، ولقد احتاط الحنفية للنسب كثيراً وتوسعوا في ذلك فقالوا: أن الفراش يبدأ بمجرد العقد بين الزوجين ولا حاجة لإثبات التلاقي مدام متصورا عقلا، فلو تزوج مشرقي بمغربية وكانت المسافة بينهم مسيرة سنة وأتت بولد لستة أشهر من العقد لحقه نسبه سواء ثبت التلاقي أم لا، لاحتمال أن يكون الزوجان من أصحاب

¹ أبو زهراء (محمد)، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، (د. ت)، (د. ط)، ص 387.

² ابن تيمية (تقي الدين)، الفتاوى الكبرى، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، 1408 هـ - 1987 م، ط 1، المجلد 5، كتاب اللعان، باب ما يلحق من النسب، ص 508. أنظر أحمد فرج (حسين)، أحكام الأسرة في الإسلام، الطلاق وحقوق الأولاد ونفقات الأقارب، الدار الجامعية، بيروت، 1997، (د. ط)، ص 250.

³ عبلة عبد العزيز (عامر)، النسب فقها وقضاء، دار النهضة العربية، 2011 م، القاهرة، (د. ط)، ص 13.

⁴ ابو خزيمة أسماء مندوه (عبد العزيز)، وسائل إثبات النسب بين القديم والمعاصر - دراسة فقهية، الاسكندرية، 2010م، ط 1، ص 79.

⁵ أحمد فرج (حسين)، أحكام الأسرة في الإسلام، الطلاق وحقوق الأولاد ونفقات الأقارب، الدار الجامعية، بيروت، 1997، (د. ط)، ص 250. أنظر اجويد (أحمد)، التلقيح الإصطناعي وإثبات النسب، مجلة الميادين للدراسات العلمية في حقول المعرفة الحقوقية والإقتصادية والسياسية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، العدد 3، وجدة، 1409 هـ - 1988 م، ص 166.

⁶ أبي اسحاق (الشيرازي)، مرجع سابق، ص 442. أنظر البهوتي (منصور)، كشف القناع ص 421. أنظر بداية المجتهد (ابن رشد)، ج 2، ص 356. أنظر نياي (باديس)، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010 م، (د. ط)، ص 15.

⁷ محمود محمد (حسين)، النسب وأحكامه في الشريعة الإسلامية والقانون الكويتي، مكتبة الكويت الوطنية، الكويت، 1999 م، ط 1، ص 64.

الكرامات الذين توطئ لهم المسافات¹، كذلك لو تزوج رجل بامرأة ثم طلقها في المجلس نفسه فولدت لسته أشهر من العقد لحقه نسبه².

ويترجم توسع المذهب الحنفي وقضائه بثبوت نسب الولد من الزوج سواء ثبت التلاقي أم لا وعدم انتفائه إلا باللعان، فيه احتياط للولد وستر على أعراض الناس ومنع وقوع مشكلة اللقطاء.

غير أنه لم يسلم من النقد فقد قيل إن تطبيقه يؤدي إلى ظهور حالات ينسب فيها الأولاد لأبائهم غير الشرعيين، وخاصة في زمان خربت فيه الذمم وساءت الأخلاق وانتشرت فيه الفاحشة، ومثال ذلك أن يتزوج رجل ويعيش مع زوجته فترة من الزمن ينجب فيها ولدا ثم يسافر إلى بلد آخر ويطول غيابه عدة سنوات ولم يرجع إلى مقر الزوجية ولم ينتقل إليه ثم يعود فيجد المنسوب إليه ولدين أو ثلاث³.

وقد جاء في قرار رقم 165408 بتاريخ 1997/07/08 أنه من المقرر شرعا أن الولد للفراش وللعاهر الحجر ومن المستقر عليه قضاء أن مدة نفي النسب لا تتجاوز ثمانية أيام.

ومتى تبين -في قضية الحال - أن ولادة الطفل قد تمت والزوجية قائمة بين الزوجين، وأن الطاعن لم ينف نسب الولد بالطرق المشروعة، وأن لا تأثير لغيب الطاعن مادامت العلاقة الزوجية قائمة، فإن القضاة بقضائهم بإثبات نسب الولد طبقوا صحيح القانون⁴.

هذا وقد ذهب ابن تيمية وابن القيم الجوزية إلى أبعد من ذلك إذ لا يكفي لتحقيق الفراش عندهم مجرد إمكانية التلاقي، بثبوت النسب يكون بالعقد الصحيح مع اشتراط الدخول المحقق لا إمكانه المشكوك فيه، وعملوا ذلك بقولهم إن الزوجة لا تصير فراشا عندهم إلا إذا افترشها زوجها والاقتراش لا يكون إلا بالدخول المحقق فكيف تأتي الشريعة بإلحاق نسب من لم يدخل بامرأته ولا اجتمع بها لمجرد إمكان ذلك وهذا الإمكان قد يقطع بانتفائه عادة.

غير أنه وجهت لأصحاب هذا الرأي جملة من الانتقادات، لأن اشتراط الدخول الحقيقي فيه عسر شديد وفيه حرج وهو أمر لا يطلع عليه غير الزوجين.

¹ أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي (علاء الدين)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1424 هـ - 2003 م، ط 2، كتاب النكاح، فصل في ثبوت النسب، ص 607، أنظر بدران أبو العينين (بدران)، مرجع سابق، ص 17.

² أبو خزيمة أسماء مندوه (عبد العزيز)، مرجع سابق، ص 80.

³ أبو زيد (محمد محمد)، تحديث قانون الإثبات دور التقدم العلمي والبيولوجي في إثبات النسب، (د. د)، (د. ت)، (د. ط)، ص 20.

⁴ المحكمة العليا، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 165408 قرار بتاريخ 1997/07/08، عدد خاص، 2001، ص 67.

وبعدما وقفنا على آراء الفقهاء يبدو لنا أن مجرد العقد على الزوجة لا يكفي لألحاق النسب، وفيه جمودا ظاهرا يؤدي إلى إلحاق الأنساب بغير أهلها.

فلا يمكننا إلحاق النسب بمن لم يلتقي بامرأته ولا أمكن اجتماعه بها بمجرد العقد وولادتها لمدة الأماكن منه، كما ذهب إليه الأحناف، لأنهم حملوا الفراش على العقد مجردا، وهذا بعيد عن المقصود لأن الفراش مظنة الولد وأدنى مراحل إمكان الوطء فلا يكفي مجرد العقد لأن الإمكان العقلي لا يدخل في ترجيح الأحكام الشرعية¹ فالرسول صلى الله عليه وسلم يقول (إنكم تختصمون إلي ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض، وإنما أنا بشر أقضي على نحو ما أسمع فمن قضيت له بشيء من حق أخيه، فلا يأخذ منه شيئا، فإنما أقطع له قطعة من نار)²

وما اختاره شيخ الإسلام ابن تيمية من الصعب التحقق من حصوله فعلا هو أمر خفي لا يطلع عليه ولا يراه أحد، لأن جانب الستر مطلوب في الشريعة الإسلامية، ولو حصل فلم نتمكن من معرفة الإنزال الذي يعد السبب الحقيقي في الإنجاب.

وفي هذا يقول الشوكاني: فإن معرفة هذا متعسرة جدا فاعتباره يؤدي إلى بطلان الكثير من الأنساب³

لهذا يلاحظ أن ما قال به جمهور الفقهاء كان أولى بالقبول فرأيهم جاء وسط وتفاى عيبي قول الحنفية وابن تيمية لأنهم لم يشترطوا الدخول المحقق مع عقد الزواج وإنما اكتفوا بإمكان الدخول عادة، فيجب الإحتياط للأنساب والقول بمجرد الإمكان يناسب الإحتياط، لأنه لا يوجد نص صريح بإشتراط الدخول الحقيقي وهو تكليف يصعب على المرء إثباته كما أن النسب يثبت بإمكانية تلاقي الزوجين وليس العقد وذلك لمطابقته للواقع والمعقول.

كذلك نرى أن ما ذهبوا إليه يغلق أبواب الفساد، فبالرغم أن الستر واجب ما أمكن وبناء الأمر على الصلاح مطلوب، وحسن الظن واجب لكن ليس إلى الحد الذي ندخل فيه على النسب من ليس منه⁴.

¹ خليفة (علي الكعبي)، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية - دراسة فقهية مقارنة - دار النفاس، الأردن، 1426 هـ - 2006 م، ط1، ص 191.

² صحيح البخاري، مرجع سابق، كتاب الشهادات، باب من أقام البيئة بعد اليمين، حديث رقم 2680، ص 654.

³ الشوكاني (محمد بن علي)، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، دار ابن حزم، بيروت - لبنان، 1425 هـ - 2004 م، ط 1، باب الفراش، ص 397. أنظر خليفة (علي الكعبي) ص 192، أنظر علال برزوق (أمال)، أحكام النسب بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي - دراسة مقارنة - أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه قانون خاص، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان 2014 - 2015 م، ص 22.

⁴ بجاق (محمد)، الإحتياط في إثبات النسب في الفقه الاسلامي وتطبيقاته في الإجتهد القضائي الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد الخامس، 2012 م، ص 31.

ما أراه صائبا هو ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول، الذين اختاروا أن يكون ثبوت النسب بالعقد الصحيح مع إمكانية الدخول الحقيقي، وإن كنت في الحقيقة لا أستعين بوجهة نظر الرأي الثاني لأن كل ما تنبؤوا به وإفترضوه في السابق أصبح حقيقة واقعة نعيشها في عصرنا هذا، حيث صار بإمكان الشخص التنقل من الشرق إلى الغرب في ساعات قليلة والعودة إلى مقره في نفس اليوم، بفضل التقدم الذي شهده العصر الحديث في المواصلات والتطورات الحاصلة في شتى الميادين، كما أن تقنية التلقيح الإصطناعي سهلت على من فرقتها الظروف إنجاب الولد دون أن ينتقل أحدهما من مكانه، فقد أصبح بإمكانهما الاحتفاظ بمائهما لسنوات وإنجاب الأطفال حتى وإن استعانوا برحم امرأة أخرى وسنتطرق لكل هذا بالتفصيل في الباب الثاني إلا أنه لا يمكننا إعتبار مجرد العقد يثبت به النسب .

أما المشرع الجزائري فقد تبنى ما استقر عليه جمهور الفقهاء واكتفى بإمكانية الإتصال بين الزوجين بعد العقد الشرعي ونص عليه صراحة في المادة 41 من ق.أ.ج " ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال" ¹ وهو ما أكدته المحكمة العليا في العديد من قراراتها ولقد نصت في أحد قراراتها " من المقرر قانونا أنه يثبت الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا، ومتى تبين في قضية الحال أن ولادة التوأمين موضوع النزاع وقعت في ظل قيام الحياة الزوجية بين الطرفين وأن الانفصال الواقع كان أثر خلاف بينهما ولم يكن لا في حالة طلاق ولا في حالة وفاة ومن تم فإن العصمة بينهما قائمة والزواج شرعيا وثبت نسب التوأمين لأبيهما لأن الطاعن لم ينفيه بالطرق المشروعة أي الملائمة ².

وفي قرار آخر لنفس الجهة جاء ما يلي:

من المقرر قانونا أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح وينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الإتصال.

ومن المقرر أيضا أن نفي النسب يجب أن يكون عن طريق رفع دعوى اللعان التي حددت مدتها في الشريعة والاجتهاد بثمانية أيام من يوم العلم بالحمل أو الزنا، ومتى تبين في -قضية الحال - أن العارض لم يثبت غيابه الدائم عن البيت الزوجي وتمسك بأن البنت ولدت في مدة تقل عن ستة أشهر من عودته إلى التراب الوطني.

¹ قانون الأسرة المعدل والمتمم.

² المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 222674، قرار الصادر في 15/06/1999، المجلة القضائية، العدد الأول، 1999، ص 126.

كما أنه لم ينف النسب بالطرق المشروعة قانوناً، فإن قضاة الموضوع بقضائهم بقاعدة الولد للفراش مادامت العلاقة الزوجية قائمة بين الزوجين طبقوا صحيح القانون.¹

ولا يفوتنا أيضاً أن معظم التشريعات العربية سايرت هي الأخرى موقف الجمهور واتفقت مع المشرع الجزائري فيما ذهب إليه بدأ من التشريع التونسي، فقد جاء في (الفصل 69) من مجلة الأحوال الشخصية التونسية " أنه لا يثبت النسب عند الإنكار لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها...²

كما نصت (المادة 129) من قانون الأحوال الشخصية السوري " ولد كل زوجة في النكاح الصحيح يثبت إلى زوجها بشرطين وذكر منها:

- ألا يثبت عدم التلاقي بين الزوجين بصورة محسوسة كما لو كان أحد الزوجين مسجوناً أو غائباً في بلد بعيد أكثر من مدة الحمل³

وعلى ما يبدوا فإن المشرع المغربي خالف ما ذهب إليه القضاء الجزائري رغم نصه في (المادة 154) من مدونة الأسرة " يثبت النسب بفراش الزوجية إذا ولد لستة أشهر من تاريخ العقد وأمكن الإتصال، سواء كان العقد صحيحاً أم فاسداً...⁴

وأشار إلى وسائل إثبات النسب في (المادتين 152 و158) من المدونة وحفاظاً على الأنساب وحماية لأعراض النساء فتح المجال لإمكانية إثبات النسب خلال فترة الخطبة حيث جاءت المادة 156 من مدونة الأسرة المغربية بما يلي:

" إذا تمت الخطوبة، وحصل الإيجاب والقبول وحالت ظروف قاهرة دون توثيق الزواج وظهر حمل بالمخطوبة، ينسب للخاطب للشبهة إذا توافرت الشروط التالية:

أ - إذا اشتهرت الخطبة بين أسرتيهما، ووافق ولي الزوجة عليها عند الإقتضاء

ب - إذا تبين أن المخطوبة حملت أثناء الخطبة

ج- إذا أقر الخطيبان أن الحمل منهما

¹ المحكمة العليا، ملف رقم 204821، قرار بتاريخ 1998/10/20، الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، ص 82.

² الأمر 13 أوت 1956 المتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

³ قانون الأحوال الشخصية السوري صدر بالمرسوم التشريعي 95 لعام 1953 وعدل بالقانون 34 لعام 1975 وآخر تعديل له كان في عام 2003.

⁴ ظهير شريف رقم 04-22 المؤرخ في 03 فيفراير 2004 المعدل للقانون 03-07 المتضمن مدونة الأسرة المغربية .

تتم معاناة هذه الشروط بمقرر قضائي غير قابل للطعن

إذا أنكر الخاطب أن يكون ذلك الحمل منه، أمكن اللجوء إلى جميع الوسائل الشرعية في إثبات النسب.¹

والجدير بالملاحظة هو إدراج المشرع الحمل الناتج عن الخطبة ضمن أسباب لحق النسب وبنى هذه المقتضيات الجديدة على أساس الشبهة وهو ما يبدو من خلال عبارة " ينسب للخاطب للشبهة " الأمر الذي يدفعنا لطرح تساؤل مفاده هل لهذه الشبهة نفس المعنى المعروف في الفقه الإسلامي؟

من المعلوم أن الشبهة فقها هي كل ما لم يتيقن هل هو حلال أم حرام أو هو الاتصال غير الشرعي بين رجل وامرأة اعتقاد الرجل حلية الإتصال نتيجة غلط في الواقع أو الحكم الشرعي وهي ثلاث أنواع شبهة الملك وشبهة العقود وشبهة الفعل وهو ما سوف نتطرق إليه لاحقا في المبحث الخاص بحماية النسب بالزواج الغير صحيح ونكاح الشبهة.

وبالرغم من إختلاف آراء الفقهاء والباحثين في تحديد أساس ثبوت النسب الناتج عن الخطبة إلا أنهم أجمعوا على كون مفهوم الشبهة الوارد في المادة 156 من المدونة يختلف عن المفهوم الوارد في الفقه الإسلامي.²

ولو اعتبر المشرع الحمل الناتج عن الخطوبة حمل شرعي للشبهة، يكون قد هدم الحدود الفاصلة بين أحكام الخطبة وأحكام الزواج، إذ تعد الخطبة هي مقدمة للإرتباط الشرعي ولا يمكن بأي حال من الأحوال إعتبار الإتصال الجنسي أثناء الخطبة مبررا لإضفاء الشرعية على الحمل الناتج عن هذا الإتصال³

كما لا يمكن قراءة المادة 156 بمعزل عن المادة 16 فعبارة "حصول الإيجاب والقبول " تنصرف للزواج لا إلى الخطبة الذي اعتبرها تواعد بالزواج هذا يعني أن الخطبة وحدها غير كافية لإثبات النسب.

¹ مدونة الأسرة المغربية، أنظر عبد الرب (وليد صالح أحمد)، عباسي (إدريس)، بحث لنيل الإجازة في الحقوق الحماية القانونية لحق الطفل في النسب من خلال مدونة الأسرة والحالة المدنية، بحث لنيل الإجازة في الحقوق، جامعة محمد الخامس، السويسي، الرباط، 2008 - 2009 م، ص 20.

² سعدون (أنس)، الظرف القاهر المتطلب لثبوت النسب الناتج عن الخطبة: قراة في ضوء العمل القضائي، منشورات مجلة القضاء المدني - سلسلة دراسات وابحات، العدد 2، 2012 م، ص 7 الرابط:

<http://search.mandumah.com/record/521003>

³ الونداسي (عبد اللطيف)، قراءة في المادة 156 من مدونة الأسرة، أشغال الندوة العلمية: القانون المغربي في مطلع القرن الحادي والعشرين - دراسات مهداة تكريما للأستاذ محمد الشافعي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مراكش - المغرب، 2017 م، ص 11. أنظر مقال الزعيفي (مريم)، إثبات النسب الناتج عن الخطبة، مجلة الأبحاث والدراسات القانونية، العدد 05، المركز المغربي للدراسات والاستشارات القانونية وحل المنازعات، 2015 م، ص 10.

بالإضافة إلى أن عبارة " وحالت ظروف قاهرة دون توثيق عقد الزواج " جاءت مبهمة لأنه يوجد فرق بين إبرام الزواج وتوثيقه فإذا أبرم الزواج بالفاتحة عرفا دون توثيقه أمام الدوائر الرسمية فهو زواج صحيح حسب القانون الجزائري، إذ يتعين إثباته بحكم قضائي وتسجيله في الحالة المدنية بعد ذلك، أما إذا لم يتم الزواج أصلا فلا يمكن الإقرار بأي إتصال جنسي بين الخاطب والمخطوبة ويعتبر ذلك زنا.¹

إذن لم يوفق المشرع المغربي في وضع المادة 156 وإن كان الهدف المكتمل وراءها هو الحفاظ على حقوق الطفل المولود في هذه الوضعية.

لأن ما نراه في الواقع يعكس خلاف ذلك فكل من وقع ضحية خارج إطار الزواج يدعي أنه وقع في فترة الخطبة وبالتالي يبقى توثيق عقد الزواج إلا في حالات الضرورة.

أرى أن المشرع المغربي قد أخطأ وأضفى الشرعية على الحمل الناتج عن العلاقة الجنسية بين الخاطب والمخطوبة اللذان ارتكبا فاحشة تحت عنوان الخطبة، فمن الواجب عليه ضبط المسألة بدقة حتى لا تختلط الأمور عليه وينجر عنها مشاكل عديدة تمس بالأسرة والمجتمع.

ومنه لا يمكن إسقاط مفهوم الشبهة المذكورة على مضمون المادة 156 من مدونة الأسرة وعلى القضاء التريث قبل الإستجابة للطلب المؤسس على هذه المادة، على أمل أن يتراجع المشرع لحذف المادة 156 كليا ويكتفي ببقية المواد المنظمة للنسب.

بالإضافة إلى إمكانية الإتصال بين الزوجين لابد من أن يكون ثبوت نسب الولد في فترة واقعة بين أقل مدة الحمل وأكثرها وهذا ما سوف ندرسه في الفرع الموالي.

الفرع الثاني : ولادة الولد بين أقل مدة الحمل وأقصاها

لقد تعرضت الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري إلى تحديد أدنى وأقصى مدة الحمل، وإتفق الفقهاء على أن أقل مدة حمل يمكن أن يثبت بها النسب هي ستة أشهر وإختلفت آرائهم في أقصى مدة الحمل، وإستقر المشرع الجزائري على أن أدنى مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر، حيث نصت المادة 42 من قانون الأسرة على أن: أقل مدة الحمل ستة (06) أشهر وأقصاها عشرة (10) أشهر.

لهذا علينا تفصيل مسألتنا أقل مدة الحمل (الفقرة الأولى) وأقصى مدة الحمل (الفقرة الثانية).

¹ بن شويخ (الرشد)، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل (دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية)، دار الخلدونية، الجزائر، 1429 هـ - 2008 م، ط 1، ص 229 .

الفقرة الأولى: أقل مدة الحمل

يحتاج الجنين في بطن أمه إلى فترة زمنية محددة حتى تتكون أعضائه وينشأ نشأة سوية وذلك حسب الحاجة البيولوجية التي تختص بها كل حامل، وهي الفترة نفسها التي يثبت بها نسب الولد من الزوج، فالولد الذي وضعته أمه لستة أشهر على الأقل من يوم التلاقي بزوجه أي 180 يوماً كافية لإثبات نسبه¹، هذا ما إتفق عليه الفقهاء واعتبروها أدنى مدة للحمل² واستدلوا على إمكان كون الولد في هذه المدة بما ورد في القرآن الكريم من قول الله تعالى:

﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَكُوهَا وَوَضَعَتْهُ كُوهًا وَحَمَلُهُ وَفَصْلُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾³ وكذلك قوله تعالى:

﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾⁴ فالآية الأولى أشارت على مدة الحمل والرضاع معا وهي

ثلاثون شهرا وأشارت الآية الثانية على مدة الرضاع حولين كاملين أي أربعة وعشرون شهرا .

فبعملية حسابية بسيطة تبين لنا أن أدنى مدة للحمل هي ستة أشهر⁵ وما يؤكد هذا الإستنباط ما روي عن رجلا تزوج امرأة فولدت لستة أشهر فهم عمر ابن الخطاب رضي الله عنه برجمها فبلغ ذلك عليا كرم الله وجهه، فقال ليس عليها رجم فبلغ ذلك عمر رضي الله عنه فأرسل إليه فسأله فقراً عليه الآيتين السابقتين، فخلى عنها وولدت مرة أخرى لذلك الحد⁶ ويروى مثل ذلك عن عثمان وابن عباس وذكر ابن قتيبة أن عبد الملك بن مروان ولد لستة أشهر⁷

¹ نياي (باديس)، مرجع سابق، ص 20 .

² عمر بن محمد بن إبراهيم (غانم)، أحكام الجنين في الفقه الإسلامي، دار الأندلس الخضراء، دار ابن حزم، المملكة العربية السعودية، لبنان، 1421 هـ - 2001 م، ط 1، ص 69 . أنظر أبو زهرة (محمد)، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، (د. م)، (د. ت)، (د. ط)، ص 386.

³ سورة لقمان الآية: 14 .

⁴ سورة البقرة الآية: 233 .

⁵ أبي الفداء اسماعيل بن عمر بن الكثير القرشي (الدمشقي)، تفسير القرآن العظيم، دار طيبة للنشر والتوزيع، المملكة العبية السعودية، 1418 هـ - 1997 م، 1420 هـ - 1999 م، ط 1 - ط 2، ج 7 الصافات - الواقعة، ص 280. أنظر فاروق عبد الله (كريم)، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي (عقد الزواج وآثاره، والفرقة وآثارها، وحقوق الاقارب)، (د. د)، طبع هذا الكتاب على نفقة جامعة السلمانية، إقليم كردستان العراق، 2004 م، (د. ط)، ص 250.

⁶ البهقي (الحافظ الجليل ابي بكر أحمد بن الحسين ابن علي)، السنن الكبرى، مؤسسة جواد للطباعة والنشر، بيروت - لبنان، (د. ت)، ط 1، كتاب العدد، باب ماجاء في أقل الحمل، ص 442.

⁷ علي البار (محمد)، مدة الحمل: أقله وأكثره في الطب والشرع والقانون، الدورة الحادية والعشرون لمجمع الفقهي الإسلامي المنعقدة في مكة المكرمة، ص 05.

إلى جانب رأي الفقهاء في مسألة أقل مدة حمل يثبت بها النسب، إرتأيت أنه من الضروري التطرق لآراء الأطباء في هذه المسألة باعتبارهم ذوات خبرة وسند للعلماء في الأحكام التي يتداخل فيها الجانب الشرعي مع الجانب الطبي، فقد أكدت الشواهد الطبية سابقاً أن الطفل الذي تضعه أمه في الشهر السادس يمكنه مواصلة الحياة خارج الرحم دون أن يحتاج إلى حاضنة ورعاية طبية خاصة، أما الجنين الذي يولد قبل تمام الشهر السادس لا يكون قابلاً للحياة ويعتبر سقطاً (إجهاضاً) إن لم يكن قد بلغ من العمر 24 أسبوعاً ليس بمقدوره مواصلة الحياة لأن الجهاز العصبي المركزي والجهاز التنفسي لم يتطور بعد بشكل ملائم¹، لكن الأطباء اليوم يؤكدون على شرط وجود حاضنة ورعاية طبية جيدة حتى يعيش الطفل المولد لستة أشهر دون أي عراقيل² وبفضل التطور الذي حصل في حقول الطب ورعاية الطفولة فقد أصبح بالإمكان اليوم المحافظة على حياة نسبة كبيرة من هؤلاء الخدج بفضل الله تعالى³، وأقل مدة حمل سجلت في التاريخ الطبي الحديث كانت لطفلة ألمانية تدعى "فريدة" بتاريخ 7 نوفمبر 2010 بعد حمل دام واحد وعشرون أسبوعاً وخمسة أيام. حيث صرح البروفيسور "رينالد ريب" رئيس قسم الأطفال في المستشفى الذي ولدت فيه "فريدة" أن يكتب لهذه الطفلة الحياة، فهذه معجزة في حد ذاتها، لأن الأجنة-بصور عامة- لم تكمل بعد وأكد أن مثلهذه الحالات لا يملكون فرصة للعيش حتى لو وضعوا في الحاضنات الصناعية⁴ وأوردت الصحف (جريدة البلاد السعودية) مولد طفل في مستشفى الولادة بجدة عمره ستة أشهر ووزنه ستمائة جرام وقد عاش ذلك الطفل⁵ وقد جاء في جريدة الخليج الإماراتية أيضاً خبراً بعنوان "إنقاذ مولودة بعد حمل خمسة أشهر"⁶

¹ علي البار (محمد)، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، الدار السعودية، (د.م)، 1403 هـ - 1983 م، ط4، ص 451.

² بإسلامه (عبد الله حسين)، مدة الحمل وأكثره، مدة الحمل من الوجهة الشرعية (الفقهية) والطبية، ورقة عمل، الدورة الحادية العشرون للمجمع الفقهي الاسلامي المنعقدة في مكة المكرمة، ص 04.

³ كنعان أحمد (محمد)، الموسوعة الطبية الفقهية، موسوعة جمعة للأحكام الفقهية في الصحة والمرض والممارسات الطبية، دار النفاس، بيروت، 1420 هـ - 2000 م، ط1، ص 374.

⁴ سيد (السقا)، غياب العقل في تحديد أكثر مدة الحمل، قراءة نقدية للموروث الفقهي، دار أي - كتب، لندن، 2017 م، ط 1، ص 19.

⁵ علي البار (محمد)، مدة الحمل أقله وأكثره، مرجع سابق، ص 05.

⁶ بتاريخ الثالث من شعبان 1426 هـ الموافق 07-09-2005 م، ورد خبراً عن جريدة الخليج الإماراتية في عددها رقم 9607 ونص على: تمكن مستشفى الملك فيصل التخصصي في جدة من إنقاذ حياة طفلة ولدت قبل اكتمال فترة الحمل بأربعة أشهر وخمسة أيام من زمن الحمل وبلغ وزنها (500) غرام فقط وطولها لا يزيد على (33.5) سنتيمتر وصرح الدكتور علي مرسل استشاري الأطفال حديثي الولادة بأن المولودة حظيت بالاهتمام والرعاية الطبية من أفراد الطاقم الطبي المشرف على الحالة الذين تابعوا نموها حتى وصل إلى أكثر من كيلو غرام وطولها نحو (48) سنتيمتراً وهو المعدل الطبيعي للمواليد. وأضاف أن الأبحاث أثبتت أن نسبة بقاء المواليد الخدج على قيد الحياة في زمن حمل كهذا لا تتعدى (30) بالمئة مما يجعل حالة الطفلة من الحالات النادرة التي يكتب لها النجاح. النور محمد (سليمان)، مدة الحمل بين الفقه والطب وبعض قوانين الأحوال الشخصية المعاصرة، ص 14.

ومن هنا نستنتج أنه لا توجد مشكلة في تحديد أقل مدة حمل بين الفقهاء والأطباء والفهم المستنبط من الآيتين الكريميتين مطابق للواقع، وبالتالي ينسب الولد لأبيه إذا ولد لتمام ستة أشهر أو أكثر من قيام الزوجية شرعا وإمكانية الدخول، ولا تطلب منها بينة لإثبات نسب الولد لأبيه وليس للأب إنكاره إلا بالطرق المشروعة.

وإذا حدث وجاءت بالولد لأقل من ستة أشهر لم يلحق نسبه بالزوج لأن الحمل سابق على الزواج، فلا يكون حاصلًا من هذا الزواج، إذ أن أقل مدة الحمل ستة أشهر، فهذا دليل على أن الزوجة حملت به قبل الزواج، إلا إذا إدعاه الزوج ولم يصرح أنه من الزنا فيثبت هنا النسب بالدعوى لا بالفراش.

وقد تولى المشرع الجزائري تحديد هذه المدة في نص المادة 42 (ق.أ) " أقل مدة حمل ستة أشهر"¹ والذي يفهم من سكوت المشرع تبني بدء سريان المدة الدنيا هو تبنيه السابق لرأي جمهور الفقهاء القائل من تاريخ العقد وإمكانية الدخول، وقد كرس القضاء الجزائري نفس المنحى بالنص في أحد قراراته:

من المقرر قانونًا أن أقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر ومن ثم فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد خرقًا للقانون.

ولما كان ثابتًا - في قضية الحال - أن مدة حمل المطعون ضدها أقل من الحد الأدنى المقرر قانونًا، فإن قضاة المجلس بقضائهم إلحاق نسب الطفل لأبيه خرقوا القانون ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.

وفي معرض تأسيسه جاء أن القرار المطعون ذكر في حيثياته أن ما توصل إليهم الفقه في تحديد مدة الحمل هو ستة أشهر كاملة كحد أدنى للحمل وهو الرأي السائد ومن جهة أخرى يقول القرار أن طبيب العيادة التي ولدت فيها الزوجة كتب في الدفتر الصحي للمولود أنه ولد قبل الأوان، أي أنه لم يكمل مدة الحمل العادية، ولكن القرار لم يبين كم هي المدة الناقصة، ويجب القرار أن كل القرائن تجعل شرعية الولد أكبر من عدمها.

نقض القرار جاء من كون التعليل الذي تبناه القرار المطعون فيه باطل بطلانًا مطلقًا، ذلك أن القضاة لا يمكنهم الحكم بالإحتمالات، ولكن بالشيء اليقين، واليقين أن عقد الزواج أبرم يوم 19/08/1985 وأن الدخول حسب الزوجين تم في 23/08/1985، وأن الولادة وقعت في 31/01/1986 أي أن المدة من

¹ قانون الأسرة المعدل والمتمم.

يوم العقد إلى يوم الولادة هي خمسة أشهر وثمانية أيام، وعليه فإن ستة أشهر التي استشهد بها القرار كحد أدنى للحمل لم تكتمل بعد¹

وبهذا يكون المشرع الجزائري طبقا لنص المادة 42 من قانون الأسرة، والقضاء قد سايرا الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بتحديد أقل مدة الحمل بستة أشهر.

وفي قرار آخر للمحكمة العليا جاء فيه: أنه من المقرر شرعا أن الزواج في العدة باطل ومن المقرر قانونا أن أقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر ومتى تبين - في قضية الحال - أن الزواج وقع على امرأة مازالت في عدة الحمل، وأن الحمل وضع بعد أربعة أشهر من تاريخ الزواج الثاني، وأن قضية الموضوع بقضائهم باعتبار الطاعنة بنت للزوج الثاني إعتقادا على قاعدة الولد للفرش، مع أن الزواج الثاني باطل شرعا فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخرقوا أحكام الشريعة الإسلامية.²

والملاحظ أنه تم تبني هذه المدة من قبل جل التشريعات العربية حيث جاء في الفصل 71 من مجلة الأسرة التونسية " إذا ولدت الزوجة لتمام ستة أشهر فأكثر من حين عقد الزواج سواء كان العقد صحيحا أو فاسدا يثبت نسب المولود من الزوج " ³

والمادة 129 من القانون السوري التي نصت على شرطين حتى ينسب الولد لأبيه من بينهما: " أن يمضي على عقد الزواج أقل مدة حمل. " وحددت المدة بالأيام بدلا الأشهر وذلك في نص المادة 128 التي تنص: " أقل مدة الحمل مئة وثمانون يوما... " ⁴

وبعد البحث في مدونة الأسرة المغربية ظهر لنا نص المادة 154 والذي جاء فيه: يثبت نسب الولد بفرش الزوجية " إذا ولد لستة أشهر من تاريخ العقد ... " ⁵

¹ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 57756، بتاريخ 1990/01/22، المجلة القضائية، 1992، العدد الثاني، ص 71.

² المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 193825، بتاريخ 1998/05/19، الإجتهااد القضائي، عدد خاص، 2001، ص 73.

³ مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

⁴ المرسوم التشريعي 95 لعام 1953 وعدل بالقانون 34 لعام 1975 وآخر تعديل له في عام 2003 المتضمن قانون الأحوال الشخصية السوري.

⁵ مدونة الأسرة المغربية .

بالإضافة إلى ما ذهب إليه قانون الأحوال الشخصية الكويتي أيضا في المادة 166 والتي نصت على أن: " أقل مدة الحمل ستة أشهر قمرية"¹

بعد الإطلاع على بعض القوانين لفت إنتباهنا أن غالبيتها حددت أقل مدة الحمل ستة أشهر لكن لم تحدد هذه الأشهر هل هي شمسية أو قمرية باستثناء القانونين الأردني والكويتي اللذان نصا على كونها أشهر قمرية، بينما القانون السوري والإماراتي حدد أقل مدة حمل بالأيام وهو الأفضل عند التطبيق من التحديد بالأشهر.

لكن إذا علمنا أن الفقهاء أجمعوا على أن أقل مدة للحمل هي ستة أشهر، فإنهم إختلفوا في تحديد أقصاها وهذا ما سوف يتم دراسته في الفقرة الموالية.

الفترة الثانية : أقصى مدة الحمل

أنما جرت به العادة وما يعلمه الجميع أن أقصى مدة يمكن أن يمكنها الحمل في بطن أمه هي تسعة أشهر ولأنه لم يرد نص من الكتاب ولا من السنة يحدد هذه المدة، جعل آراء الفقهاء تتضارب وتختلف اختلافا كبيرا، كما صدرت عنهم أقوال كثيرة، بخصوص معرفة أقصى مدة للحمل على عكس ما أجمعوا عليه سابقا.²

فقدر الحنفية أقصى مدة للحمل بسنتين مستدلين بحديث عائشة رضي الله عنها: (ما تزيد المرأة في الحمل على سنتين قدر ما يتحول ظل عمود المغزل)³ أي بقدر ظل المغزل حال الدوران والغرض منه تقليل المدة، فإن ظل المغزل حالة الدوران أسرع زوالا من سائر الظلال، وفي رواية المبسوط " ولو بفلكة مغزل " أي ولو بدوران فلكة مغزل والمعنى هو ما في الزاوية الأخرى، ويبدو أنها قالت ذلك سماعا عن الرسول صلى الله عليه وسلم لأن هذا أمر لا يدرك بالرأي والإجتهد ولا يظن بها أنها قالت ذلك جزافا وتخميننا فتعين السماع⁴

¹ قانون الأحوال الشخصية الكويتي المعدل بالقوانين أرقام 61 لسنة 1996 و 29 لسنة 2004 و 66 لسنة 2007 وقانون اجراءات دعاوى النسب وتصحيح الأسماء.

² بدران أبو العينين (بدران)، مرجع سابق، ص 312. أنظر هيلة بنت عبد الرحمن (البابس)، حساب عمر الحمل عند الفقهاء والأطباء، مركز التميز البحثي في فقه القضايا المعاصرة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 1435 - 1436 هـ، ص 24 .

³ سنن البهقي، كتاب العدد، باب ما جاء في أكثر الحمل، مرجع سابق، ص 443.

⁴ كمال الدين محمد بن عبد الواحد السواسي السكندري المعروف (بابن الهمام الحنفي)، شرح فتح القدير، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1424 هـ - 2003 م، ط 1، ج 4، تنمة كتاب الطلاق - كتاب العتق، ص 325 وما بعدها.

أما الشافعية فغالب المدة أربع سنوات عندهم، وسندهم في ذلك ما رواه الدار قطني عن مالك بن أنس أنه كان يقول: هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان امرأة صدق وزوجها رجل صدق، حملت ثلاثة أبطن في إثنتي عشر سنة كل بطن في أربع سنين¹.

وبالغ المالكية والليث بن سعد وعباد بن العوام فكانت أقصى مدة للحمل عندهم خمس سنوات والمالكية قدرها بمدة سنة قمرية، واختار ابن حزم الظاهري وداود الظاهري مدة تسعة أشهر وكان رأيه هذا موافق لما روي عن عمر بن الخطاب أنه قال: أيما رجل طلق إمرأته فحاضت حيضة أو حيضتين ثم قعدت، فلتجلس تسعة أشهر حتى يستبين حملها، فإن لم يستبين حملها في تسعة أشهر فلتعد بعد التسعة أشهر ثلاثة أشهر عدة التي قعدت عن المحيض².

إن ما يمكن قوله أن اضطراب أقوال الفقهاء راجع لعدم إستاندهم لنص من الكتاب أو السنة، لهذا فمدة الحمل التي صرح بها الفقهاء تتناسب مع ما جرت به العادة في ولادة النساء في عصرهم، فالمرجع الوحيد في تحديد أكثر مدة الحمل هو عادة النساء.

لكن مع تقدم العلم والطب اليوم لابد أن يكون مرجع تقدير أقصى مدة الحمل إلى أهل الخبرة. وبالرجوع إلى رأي الأطباء في هذا الموضوع يتضح لنا أنهم أجمعوا على أن مدة الحمل لا تتأخر عن موعدها المعتاد إلا فترة وجيزة، لا تزيد عن أسبوع أو أسبوعين في الغالب،³ ولقد حددوا هذه المدة بأربعين أسبوعاً أو تسعة أشهر ميلادية (أي 280 يوماً) وقد تزيد أو تنقص قليلاً⁴.

أما منظمة الصحة العالمية فقد حددت المدة العادية للحمل ما بين 37 إلى 42 أسبوعاً من آخر فترة الطمث أي ما بين 259 يوم و294 يوم⁵ للحمل كما أن معظم الولادات تقع ما بين أسبوع 39-41 وحوالي 10% قد تستمر في الحمل إلى 42 أسبوعاً ومن النادر جداً أن تستمر حياة مواليد الحمل الذي

¹ الحافظ الكبير علي بن عمر (الدارقطني)، السنن الدار قطني، المؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، 1424 هـ - 2004 م، ط1، الجزء 4، ص 501. أنظر خالد محمد صالح، أحكام الحمل في الشريعة الإسلامية - دراسة فقهية مقارنة مع قانون الأحوال الشخصية - دار الكتب القانونية، دارشقات للنشر والبرمجيات، مصر، 2011 م، (د. ط)، ص 79.

² أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم (الأندلسي)، المحلى بالآثار، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1425 هـ - 2003 م، ط 1، الجزء 10، المتعة، الرجعة، العدة، الاستبراء، الحضانة، الرضاع، الدماء، شبه العمد، ص 133. خالد محمد (صالح)، أحكام الحمل في الشريعة الإسلامية، دراسة فقهية مقارنة مع قانون الأحوال الشخصية، دار الكتب القانونية، مصر، 2011 م، (د. ط)، ص 76. أنظر أيضاً الجندي (نصر الدين)، مرجع سابق، ص 44.

³ سيد (السقا)، القول الفصل في أكثر مدة الحمل، (د. د)، (د. م)، 1435 هـ - 2014 م، ط 1، ص 64. أنظر علي البار محمد، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، مرجع سابق، ص 452.

⁴ النور (محمد سليمان)، بحث في مدة الحمل بين الفقه والطب وبعض قوانين الأحوال الشخصية المعاصرة، جامعة الشارقة، ص 30.

⁵ علي هادي عطية (الهاللي)، المركز القانوني للجنين في ظل الأبحاث الطبية والتقنيات المساعدة في الإنجاب دراسة في القانون العام المقارن: معززة بالنصوص الدستورية والتشريعية واتجاهات القضاء الأوروبي والأمريكي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، 2012 م، ط 1، ص 46 وما يليها.

تجاوز مدة 43 أسبوعا وهم في صحة جيدة¹، وأكدوا أن الحامل التي تتأخر ولادتها عن ذلك فإن جنينها يتعرض للخطر بسبب تلف المشيمة²(placenta) التي دخلت مرحلة الشيخوخة وأصبحت غير قادرة على تزويد الطفل بكفاية من الدم الذي يمد بالأكسجين والغذاء فيعاني الجنين المجاعة الأمر الذي يؤدي إلى وفاته³.

لهذا نجد الأطباء يسارعون بتحريض الحامل على الولادة بالطرق المعروفة إذا بلغت المدة المحددة للحمل⁴(وجاء قول الإمام أبو زهرة يؤكد أن مدة الحمل عند الأطباء لا تتعدى السنة، مفندا تلك الأخبار والروايات لعدم صحتها حيث يقول: " وإن كان لمالك رأي فقهي، وهو جواز بقاء الحمل في بطن أمه ثلاثا وأن ذلك الرأي إستمده من أخبار بعض الأمهات أو من أقوال نسبت إلى بعض النساء السلف الصالح، فلا نستطيع أن نأخذ به لأن الطب يقرآن الحمل لا يمكن أن يمكث في بطن أمه أكثر من سنة)

¹ إن مدة الحمل الطويلة التي تحدث عنها الفقهاء فيسميها الطب بالحمل الكاذب، وهي حالة تصيب النساء يمتلئ البطن فيها بالغازات وتتوقف العادة الشهرية فتعتقد المرأة أنها حامل. أنظر عبد الرشيد بن محمد (أمين بن قاسم)، أقل وأكثر مدة الحمل دراسة فقهية طبية، بحوث ودراسات، مكتبة مشكاة الإسلامية، ص 06.

² تتكون المشيمة من قرصين متلاصقين، فأما الجزء الرحمي (الأم) فهو الغشاء الساقط القاعدي، وأما الجزء الجنيني فهو (الكوريون) الجنيني، وتتخذ المشيمة شكل قرص يتفاوت قطره ما بين 16 إلى 20 سنتيمتر وثخائته 3 سنتيمترات تقريبا ووزنه خمسمائة جرام ن وسطح المشيمة المتصل بأغشية الجنين أملس ناعم ن وتبدو من خلال الأوعية الدموية، ويتصل الحبل السري في وسطها في العادة وقد يتصل بأحد جوانبها.

ويغطي هذا السطح الغشاء الأمينوسي، أما الجزء الرحمي فحش ومكون من خمسة عشر إلى عشرين فصا ن ويتوسط بين جزئي المشيمة الجنيني والرحمي غشاء هام يسمى الغشاء المشيمي ويفصل هذا الغشاء بين الدورة الدموية الرحمية والدورة الدموية الجنينية. وتقوم المشيمة بوظائف عدة أجهزة في الجسم هي: الجهاز التنفسي: إذ تقوم بإعطاء الجنين الأوكسجين وتأخذ عنه ثاني أكسيد الكربون.

الجهاز الهضمي: تعطي الجنين الغذاء المهضوم بالقدر المعلوم، وتتوزع غذائه حسب حاجته يوما بعد يوم فيختلف غذاء الجنين في شهره الأول أو الثاني عن غذائه في شهره الثامن أو التاسع... نوعا وكما.

الجهاز البولي: تقوم المشيمة بإخراج المواد الضارة بالجنين والتي تخلفت عن عمليات البناء والهدم المستمرة مثل البولينا وتدفعها إلى دماء الأم. ولا تكتفي المشيمة بهذه العجائب كلها ولكنها ترسل هرمونا يثبت الجنين في الرحم وينمي الثديين إستعدادا لإفراز اللبن منهما عندما يخرج الجنين إلى الحياة ليجد غذائه جاهزا. أنظر علي البار (محمد)، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، مرجع سابق، ص 427.

³ كنعان (أحمد محمد)، مرجع سابق، ص 376.

⁴ الشموخ(ناهدة بنت عطاالله)، مدة الحمل في الفقه والطب، مجلة الجمعية الفقهية السعودية، العدد 08، 1431- 1432 هـ، 2010 - 2011 م، ص 156.

(وقوله أيضا: والحق في القضية أن التقديرات لم تبني على النصوص بل على إدعاء الوقوع في هذه المدد وأن الإستقراء في عصرنا الحاضر لا يحد من الوقائع ما يؤكد التقدير بخمس ولا أربع ولا سنتين، وإنما الوقائع تؤيد التقدير بتسعة أشهر، وقد يوجب الإحتياط التقدير بسنة)¹

وبما أن الطب الحديث إتفق مع رأي ابن حزم الظاهري وداود الظاهري في أقصى مدة الحمل فالواجب الأخذ به من طرف المشرعين وهو الرأي الأقرب للصواب وما أثبتته معظم الأبحاث العلمية في علم الأجنة.

وهوما لم يتأخر على فعله المشرع الجزائري، وتأثرا به حيث حدد أقصى مدة الحمل بعشرة أشهر طبقا لما جاء في المادة 43 من قانون الأسرة التي نصت على أنه: " ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة (10) أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة."

والمادة 60 من نفس القانون التي نصت على أن: " عدة الحامل وضعها حملها وأقصى مدة الحمل عشرة (10) أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة"²

إلا أن الإشكال الذي يمكن طرحه هنا هو أن المشرع وإن كان قد تأثر برأي الظاهرية في تحديد أقصى مدة الحمل، فما هي الأشهر التي اعتمدها في حساب هذه المدة هل هي الأشهر القمرية أو الشمسية؟ في الحقيقة المشرع الجزائري لم يعتمد في حساب أقصى مدة الحمل لا على الأشهر القمرية ولا على الشمسية وفضل إلزام الصمت في هذا الباب.

وبالرجوع إلى المشرع المغربي نجده قد حدد أقصى مدة الحمل بسنة حيث نصت المادة 154 من مدونة الأسرة المغربية على أنه: يثبت نسب الولد بفراش الزوجية إذا ولد خلال سنة من تاريخ الفراق، وكما هو واضح فالمشرع المغربي أخذ برأي محمد بن الحكم حيث جعل أقصى مدة الحمل سنة وتحتسب هذه المدة من تاريخ الطلاق أو الوفاة.³

أما المشرع السوري فحدد أقصى مدة للحمل في نص المادة 128 قانون الأحوال الشخصية بقوله: "أكثر مدة حمل سنة شمسية "

¹ أبو زهرة (محمد)، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 387.

² قانون الأسرة المعدل والمتمم.

³ المؤمني (أيوب)، المقررات الشرعية لحماية حق الطفل في النسب، مجلة الفقه والقانون، العدد 9، 2013، ص 137.

ونفس المنحى اجتازه المشرع المصري في المادة 15 الذي نص فيها على أن أقصى مدة للحمل سنة، ولكنه إعتبرها سنة شمسية عدد أيامها 365 يوما لا سنة قمرية عدد أيامها 354 يوما القضاء¹

أن هذا النص يقضي بعدم سماع دعوى النسب في حالة الإنكار إذا أتت الزوجة بولد ثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها من حين العقد، ولا لزوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها، وكذا ولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها إذا جاءت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة، وقد جاء تعليقا على تلك المادة بأنه لما شاع بين الناس فساد الذم وسوء الخلق وإستغلت هذه الأحكام بالباطل فإدعى نسب الأولاد غير شرعيين فقد رأى المشرع بعد أخذ رأي الأطباء في أقصى مدة الحمل استصدار المادة 15 من القانون 25 لسنة 1929 التي نصت على أن أقصى مدة الحمل هي سنة عدد أيامها 365 يوما لتشمل جميع الحالات النادرة ومنع القضاء عند الإنكار من سماع دعوى نسب ولد لمطلقة أتت به لأكثر من هذه المدة من وقت الطلاق².

أما قانون الأحوال الشخصية اليمني فقد حدد المدة التي يمكن أن يمكث فيه الحمل في بطن أمه بالتدقيق في نص المادة 128 منه بقوله: " أقل مدة الحمل ستة أشهر وأغلبها تسعة أشهر ولا حد لأكثرها مع ظهور القرائن الدالة عليه وإستمرارها وتقرير الطبيب المختص " ³

ومما سبق عرضه من نصوص بعض التشريعات الدول العربية نجد أن العبرة بتاريخ العقد لحساب المدة التي ينتقي بها الحمل، وقد قدرت بحوالي سنة وهي مدة نادرا ما يستمر فيها الحمل ببطن أمه، وقد صرح الأطباء أنه منذ بداية العمل العلمي والطبي في عيادات الحوامل ومتابعة الحمل من بدايته بالتحاليل المخبرية وبالتصوير وبالموجات فوق صوتية وغيرهما، لم يثبت أن حملا واصل العيش داخل الرحم لأكثر من تسعة الأشهر إلا أسابيع قليلة⁴.

وخلاصة ذلك إذ انتهت الحياة الزوجية فإن المولود الذي تأتي به المرأة في المدة المحددة له من 06 إلى 10 أشهر يعتبر من الزوج وتطبق عليه قرينة الولد للفراش.

¹ أبو زيد (محمد محمد)، دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب، مرجع سابق، ص 33.

² الشيمي (سيد عبد الرحيم)، الموسوعة الشاملة في شرح قانون الأحوال الشخصية والأسرة وفقا للآراء الفقهاء وأحدث أحكام النقض، حيدر جروب للإصدارات القانونية، مصر، (د. ت)، ط 2018، ص 188.

³ القرار الجمهوري بالقانون رقم 20 لسنة 1992 بشأن الأحوال الشخصية اليمني، أدخلت بعض التعديلات على هذا القرار وأصدرت بالقانون رقم 27 لسنة 1998، والقانون رقم 24 لسنة 1999 والقانون رقم 34 لسنة 2003 م.

⁴ سعد بن تركي (الختلان)، بحث حول أكثر مدة الحمل، الدورة الحادية والعشرون للمجمع الفقهي الإسلامي المنعقدة في مكة المكرمة، ص 11. بإسلامة (عبد الله حسين)، مرجع سابق، ص 03.

بعد ما تبين لنا أن إثبات النسب يقوم على إمكانية الإتصال بين الزوجين وأن يولد الحمل في الفترة الممتدة بين أقل مدة الحمل وأقصاها سوف نتطرق لشرط آخر وهو عدم نفي الحمل بالطرق المشروعة من قبل الزوج.

الفرع الثالث: عدم نفي الحمل بالطرق الشرعية

الأصل كما سبق وذكرنا إذا تم الزواج صحيحا وأمكن الإتصال بين الزوجين، ومضت المدة الكافية المطلوبة عند الشرع والقانون في ولادة الولد، بين أدنى وأقصى مدة الحمل، ثبت نسب المولود من الأب، ولا يجوز للزوج نفي المولود إلا بالطرق الشرعية التي عبر عنها المشرع الجزائري في المادة 41 من قانون الأسرة بمايلي: " ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة"¹.

وعليه فإن ما يفهم عند قراه هذه المادة مباشرة أنها لم تنص على اللعان صراحة وإنما إستعمل المشرع عبارة "ولم ينفه بالطرق المشروعة"، وكأن المشرع عدد هذه الطرق ولم يذكرها على سبيل الحصر، رغم أنه إستدرك الأمر في المادة 138 من نفس القانون حينما أورد عبارة اللعان بقوله " يمنع من الإرث اللعان والردة "²

ومؤدى اللعان حين يظهر حمل الزوجة، ويتبين للزوج أن الولد ليس منه بل هو ابن زنا، فيحق له أن يدعي أن الولد ليس ابنه، خلال مدة لا تتجاوز ثمانية أيام من يوم العلم بالحمل أو رؤية الزوجة وهي تزني، وهذا ما سنتعرض له بالتفصيل في الفصل الثاني.

بعد ما تعرضنا للنسب عند قيام الرابطة الزوجية وفقا للشروط المنصوص عليها من الناحية الشرعية والقانونية سوف نتعرض للنسب بعد انحلال الرابطة الزوجية.

المطلب الثاني : النسب بعد انحلال الرابطة الزوجية

تطبق قرينة الولد للفراش وينسب للزوجين إذا كانت ولادة المولود قد وقعت أثناء قيام الرابطة الزوجية بين أدنى وأقصى مدة الحمل وبعد الدخول بالزوجة تبعا لعقد صحيح فالمادة 43 من (ق.أ) تؤكد على نسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال 10 أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة، وهي متوافقة مع ما ورد في المادة 47 من القانون نفسه، لكن قد تكون ولادة الولد قد وقعت بعد انحلال الرابطة الزوجية،

¹ بلحاج (العربي)، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (مقدمة - الخطبة - الزواج - الطلاق - الميراث - الوصية)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999 م، (د. ط)، ج 1 (الزواج والطلاق)، ص 194.

² قانون الأسرة المعدل والمتمم.

والتي تنحل في قانون الأسرة الجزائري بصورتين فقط فإما أن يكون الإنحلال عن طريق الطلاق مهما كانت صورته، ولا بد من الإشارة هنا إلأن المشرع الجزائري ذكر الطلاق بصفة عامة دون حصر، بالرغم أن فقهاء الشريعة الإسلامية قسموا الطلاق إلى قسمين طلاق رجعي وطلاق بائن وإما عن طريق وفاة الزوج وفاة طبيعية أو حكمية .

ولتوضيح الأحكام المختلفة في هذا الشأن سوف نتطرق للحديث عن النسب وإنحلال الرابطة الزوجية بالطلاق (الفرع الأول) ونعالج النسب وإنحلال الرابطة الزوجية بالوفاة (الفرع الثاني) كما سنعالج النسب في حالة غياب الزوج (الفرع الثالث)

الفرع الأول: النسب وإنحلال الرابطة الزوجية بالطلاق

الطلاق نوعان لهذا يجب التمييز بين ثبوت نسب المولود بعد طلاق رجعي والذي لا يرفع قيد الزواج إلا بعد انقضاء العدة فالزواج باق حكما مدة العدة كلها وللزوج أن يراجع زوجته قولاً وفعلاً، وبين ثبوت نسب المولود بعد طلاق بائن والذي يرفع فيه قيد الزواج في الحال ولا رجعة فيه .

الفقرة الأولى : نسب ولد المطلقة قبل الدخول

اختلف الفقهاء في من طلقت بعد العقد وقبل دخول الزوج بها، فالشافعية والمالكية والحنابلة قالوا إذا تزوج الرجل بامرأة ثم طلقها بعد العقد مباشرة من دون وطئها أو تلاقيا وجاءت بولد لستة أشهر من العقد لم يلحق به كما لو جاءت به لأقل من ستة أشهر لتأكد من أنها حملت به قبل إجراء العقد،¹ فكما سبق وأشرنا أن النسب يثبت عند جمهور الفقهاء بالعقد مع إمكانية التلاقي " بدليل قوله صلى الله عليه وسلم "الولد للفراش" وعليه فإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر فإنه يلحق بالمطلق مادام تلاقيا مملكا ولا يلحق به لأقل من ستة أشهر لأن أقل مدة للحمل ستة أشهر².

على عكس رأي الحنفية فسبب ثبوت النسب عندهم مجرد العقد على الزوجة، فإذا كانت غير مدخول بها وجاءت بالولد فلا يثبت نسبه من الزوج إلا إذا علم يقينا أنه منه وهو أن تجيء به لأقل من ستة أشهر من وقت طلاقها وسبب ذلك أن الطلاق قبل الدخول لا تجب فيه عدة على المطلقة فهو يوجب إنقطاع النكاح بجميع علاقاته لقوله صلى الله عليه وسلم (يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن

¹ بو غرارة (صالح)، حقوق الأولاد في النسب والحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون فرع القانون الخاص، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، 2007 - 2008 م، ص 29.

² خليفة (علي الكعبي)، مرجع سابق، ص 209 .

من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فمتعهن وسرحوهن سراحاً جميلاً¹، بمعنى أن من عقد على امرأة ثم طلقها من قبل أن يدخل بها فليس له عليها عدة من هذا الطلاق وهذا يدل على أن نكاحه لها زائل بيقين من كل وجه، وما زال بيقين لا يثبت إلا بيقين مثله² أي أن يعلم يقيناً أن الولد من المطلق، فإذا طلق الرجل امرأته قبل أن يدخل بها، ثم جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر من وقت الطلاق، فقد تيقن أن العلوق بهذا الولد وجد حال قيام الزوجية الصحيحة بينهما، وأن الزوج وطئ زوجته وهي في نكاحه، فهي إذا حاملاً منه، إذ لا يحتمل أن يكون حملها بوطء بعد الطلاق لأن المرأة لا تلد لأقل من ستة أشهر، ولذلك حكمنا بأنها حامل من زوجها بوطء على فراشه، وما دام الفراش فراشه في نكاح صحيح، فقد ثبت نسب الولد منه، وحساب مدة الستة أشهر التي يثبت نسب ولد من طلقت قبل الدخول تبدأ عند الأحناف من تاريخ العقد .

ومن المأكد والمتعارف عليه أن الأصل في المرأة المسلمة الصلاح، وصيانة ماء الزوج من الإختلاط بغيره ولذلك فهي تتعين للولادة من زوجها دون غيره لثبوت الفراش له وحده، وعلى هذا الأساس إذا طلق الرجل زوجته قبل الدخول بها، فولدت ولداً لأقل من ستة أشهر من وقت الطلاق ولستة أشهر من وقت العقد عليها فإن الولد الذي تلده يثبت نسبه من الزوج المطلق لليقين بعلوقه من الزوج حال قيام الزوجية، أما إذا ولدت لستة أشهر فأكثر من تاريخ الطلاق لا يثبت نسب هذا المولود من المطلق لعدم التيقن بالعلوق به من هذا المطلق حال قيام الزوجية بينهما لإحتمال أن يكون العلوق به بوطء بعد الطلاق، وقت أن كان الفراش قد زال بيقين والنسب لا يثبت مع الشك، لذلك لا يثبت نسب مولودها من مطلقها . هذا ويلاحظ أن القاعدة السابقة عامة تسري على المطلقة قبل الدخول سواء كانت من دواة الحيض أو من اللائي يؤنس من المحيض³.

وبالرجوع إلى المذهب الجعفري نجد أن نسب ولد المطلقة قبل الدخول لا يثبت لأن الدخول عندهم شرط في ثبوت النسب⁴ .

¹ سورة الأحزاب الآية: 49 .

² هذه الآية فيها أحكام كثيرة منها: إطلاق النكاح على العقد وحده، وليس في القرآن أصرح في ذلك منها، وقد اختلفوا في النكاح: هل هو حقيقة في العقد وحده، أو في الوطء أو فيهما ؟ على ثلاثة أقوال، واستعمال القران امانا هو في العقد والوطء بعده، إلا في هذه الآية فإنه استعمل في العقد وحده لقوله: (إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن) وفيها دلالة لإباحة طلاق المرأة قبل الدخول بها. أنظر تفسير القرآن الكريم لإبن كثير، مرجع سابق، الجزء 6 النور - يس، سورة الأحزاب، ص 439.

³ أبو زيد (محمد محمد)، مرجع سابق ص 43. أنظرالجندي (أحمد نصر الدين)، النسب في الإسلام والأرحام البديلة، دار الكتب القانونية، مصر، 2003 م، (د. ط)، ص 49 وما بعدها.

⁴ أحمد فراج (حسين)، مرجع سابق، ص 254.

الفقرة الثانية: نسب ولد المطلقة بعد الدخول

لم يتفق الفقهاء حول تحديد بدء سريان مدة ولادة الطفل لهذا كان التمييز عندهم بين نوع الفرقة، فانقسموا إلى إتجاهين، إتجاه جمهور الفقهاء وهو قائم على عدم التمييز بين أنواع الفرقة إذ يرى أنه لا فرق بينولد المطلقة أو المتوفى عنها زوجها، ولا بين المطلقة رجعيا والمطلقة بائنا، ولا بين أن تكون العدة واجبة أو غير واجبة فمتى كانت العدة المنقضية بين الطلاق أو الوفاة وبين الولادة هي أقصى مدة الحمل فإن النسب يثبت من المطلق أو من الزوج المتوفى ويكون الطريق الوحيد لنفي النسب في هذه الحالة هو اللعان.

أما الإتجاه الثاني القائم على التمييز بين أنواع الفرقة وهو إتجاه الحنفية، الذي يرى أن ثبوت نسب الولد يتوقف على ولادته خلال مدة معينة، إلا أن هذه المدة تختلف في قدرها وفي بدء سريانها باختلاف نوع الفرقة، وتبعا لوجوب العدة من عدمه، وعلى هذا يقول الأحناف، " وكل مطلقة تجب عليها العدة فنسب ولدها يثبت من الزوج المطلق إلا اذا علم يقينا أنه ليس منه "، وهو أن تجبى به أي تلده لأكثر من سنتين من وقت الطلاق، ولأكثر من ستة أشهر من وقت النكاح، إذ بهذا التحديد نكون قد تيقنا بأن العلوق كان من المطلق .

لهذا سوف نتناول نسب ولد المطلقة طلاقا رجعيا (أولا) وبعدها نسب ولد المطلقة طلاقا بائنا (ثانيا)¹

أولا: ثبوت نسب ولد المطلقة طلاقا رجعيا:

إذا طُلقَت المرأة طلاقا رجعيا، وأتت بالولد لستة أشهر أو أكثر من تاريخ هذا الطلاق ولم تكن قد أسفرت بأن عدتها إنقضت، ثبت نسبه من الزوج المطلق على النحو التالي:

أ- إن أنجبت في مدة أقل من عشرة أشهر، فتكون قد حملت به قبل الطلاق

ب - إن أنجبت بعد المدة القصوى، أي عشرة أشهر، فتكون قد حملت منه وقت العدة أي يحتمل أن يكون الزوج قد راجعها أثناء العدة².

وفي هذا السياق نصت المادة 43 من قانون الأسرة الجزائري على أن الولد ينسب لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة، غير أن المشرع الجزائري لم يكن دقيقا في نص هذه المادة عندما عدد حالاتي انحلال الزواج وإستغنى عن مصطلح الطلاق وفضل مصطلح الانفصال وأكدها أكثر عندما عبر عنها في النص الفرنسي بمصطلح la Séparation بدلا من الطلاق DIVORCE

¹ عائشة سلطان إبراهيم (المرزوقي)، إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة دراسة فقهية وتشريعية مقارنة، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، كلية دار العلوم قسم الشريعة الإسلامية، جامعة القاهرة، 1421 هـ - 2000 م، ص 43.

² يوسفات (علي هاشم)، أحكام النسب في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابو بكر بلقايد تلمسان، 2014-2015 م، ص 50.

فهل قصد المشرع الانفصال الطلاق بمعنى الانفصال الجسدي، عدم الإتصال الجنسي بين الزوجين مع بقائهما متزوجين أم يقصد به الطلاق بحكم القاضي؟¹

في حين أن المادة 60 من القانون نفسه تنص على أن: "عدة الحامل وضع حملها وأقصى مدة الحمل عشرة أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة"²

وهو نفس العيب الموجود في المدونة المغربية إذ استعملت تارة مصطلح "الفرق" وتارة مصطلحات "الطلاق والتطليق والفسخ والمفارقة"³

فلو افترضنا أن مصطلح الانفصال هو الطلاق كما هو وارد في نص المادة 60 من قانون الأسرة الجزائري قد يضعنا أمام مشكل يحتاج إلى حل في الواقع العملي، فمن المعلوم إجرائيا أن الطلاق في ظل القانون الجزائري لا يكون إلا بحكم وفقا لنص المادة 49 من (ق.أ.ج) والتي تنص: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدة ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى."⁴

إن قانون الأسرة الجزائري في الحقيقة لا يعترف بالتفريق الجسدي كخطوة من خطوات الطلاق وإنما سار على درب الشريعة الإسلامية فيما يخص الطلاق بأنواعه لهذا فلا معنى لوجود هذا المصطلح بين الزوجين مع إبقاء العلاقة الزوجية قائمة، غير أن بعض رجال القانون قالوا أن المشرع الجزائري تعمد استعمال مصطلح الانفصال بدلا من الطلاق لأنه بإمكان حصول انفصال وفرقة بين زوجين لا يعاشران فيها بعضهما البعض مع وجود علاقة قائمة بسبب تأخر المحكمة في النطق بالطلاق والذي لا يعتد به إلا بصدر حكم كما أشارت عن ذلك المادة 49 من (ق.أ.) واعتبروا أن الزوجة أثناء فترة الفرقة مع زوجها يمكن أن تلد ولدا والتفريق دام لأكثر من عشرة أشهر، واعتبارا لكون الطلاق لم يصدر بعد بموجب حكم قضائي فالنتيجة هي إمكانية نسب الولد للزوج رغم وجود فترة معتبرة من الانفصال، وهو ما يتناقض مع المبادئ الأساسية للنسب سواء الشرعية أم القانونية

أي قد تستغل المطلقة هذه الفرصة وتلحق بالزوج نسب من ليس من صلبه. لم يسلموا أصحاب هذا الرأي من الانتقاد وذلك لعدة اعتبارات أبرزها:

¹ ذيايي (باديس)، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب، مرجع سابق، ص 32.

² قانون الأسرة المعدل والمتمم.

³ تشوار (جيلالي)، النقائص التشريعية القوانين الأحوال الشخصية المغربية في مسألة النسب، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، العدد 1، 2002، ص 161.

⁴ يوسفات (علي هاشم)، أحكام النسب في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 50.

- أن المشرع الجزائري لم ينص على التفريق الجسدي بل نص على الطلاق وبالتالي فالحديث عن إنحلال الزواج لا يمكن تصوره خارج صورتَي الطلاق أو الوفاة .
- قيام الزوجية وعدم إنحلالها بأي صورة من الصورتين (الطلاق والوفاة) تبقى جميع الآثار المنجزة عنها قائمة دون تحفظ ومن أهم الآثار إثبات النسب ويظل للزوج حق رفع دعوى اللعان إذا أراد نفي النسب دون النظر إلى حجم المدة التي يكون قد علم فيها بحمل زوجته، وبالتالي لا يوجد تعارض لأحكام (المادة 49) مع ما جاءت به (المادة 43) فالعبرة بوجود فك الرابطة الزوجية شرعا وليس الانفصال الجسدي وأن مصطلح الانفصال الوارد في المادة 43 ورد عن قلة دقة المشرع لهذا فهو مطالب لتصحيحه وتعديل المادة.¹

ومن هنا فيجب التأكيد على أن حساب مدة 10 أشهر تبدأ من تاريخ صدور لفظ الطلاق من الزوج وليس من تاريخ صدور حكم الطلاق من القاضي.

فالمادة 43 وضعت شرطا واحدا لإمكانية إلحاق الولد بالزوج المطلق أو المتوفى عن زوجته، وهو الولادة خلال 10 أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة، وعليه فإذا كانت الزوجة المدخول بها حامل قد جاءت بالمولود بعد يوم أو أسبوع أو شهر من وفاة زوجها وطلاقها منه، فإن هذا ينسب إلى الزوج دون ريب أو خلاف .

وعلى هذا الأساس يثبت النسب للمطلق ويسجل الإبن في سجلات الحالة المدنية على إسمه، أما إذا وقعت ولادة بعد مرور 10 أشهر أو أكثر بعد الطلاق، فلا يثبت نسبه إلى أبيه إلا إذا نسبته الزوجة دون علم الزوج المطلق أو المتوفى أو ورثته، ومن هنا يحق لأي شخص له مصلحة أن يطعن في هذا النسب ويرفع دعوى أمام القضاء تتعلق بإسناد نسب المولود إلى الزوج زورا.

لذلك فالمعنى الأصح للانفصال والذي يتماشى مع أحكام النسب الشرعي هو الانفصال الفعلي بين الزوجين بغض النظر عن الطلاق بحكم القاضي، الذي غالبا ما يتأخر صدوره عن تاريخ الانفصال الحقيقي بين الزوجين أي من تلفظ الزوج بالطلاق وفراقه لزوجته.²

لقد أقر المشرع الجزائري مصطلح الانفصال من القانون الفرنسي دون أن يكون حذرا للكوارث التي قد تتجر عن التأويل الخطأ لهذا المصطلح الذي بإمكانه أن يفسح المجال لظاهرة إختلاط الأنساب خاصة في زمن غاب فيه الحياء وعمت فيه الفواحش، فمثل هذه المصطلحات تتطابق مع معيشة المجتمعات الغربية التي تعترف بالانفصال الجسماني وبالتالي فهو مصطلح دخیل على المجتمع الجزائري

¹ ذيابي (باديس)، مرجع سابق، ص 34.

² عبد العزيز (سعد)، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث، قسنطينة - الجزائر، 1989 م، ط 2 منقحة ومزودة، ص 219.

المسلم، ولتخطي هذا يجب على قضاة قانون الأسرة تفسير مصطلح الانفصال تفسيراً يتماشى مع القواعد العامة للنسب .

كما يجب على المشرع إعادة النظر في مصطلحات هذه المادة والفصل في الموضوع بجدية.

أما إذا جاء الولد بعد إنقضاء العدة وهذا بإقرار من الزوجة شخصياً بإنهاء المدة فيها حالتين:

الحالة الأولى: إذا أتت الزوجة بالولد لسته أشهر فأكثر من وقت الإقرار فلا يثبت نسبه من مطلقها، لإحتمال أن يكون الحمل من غيره بعد العدة .

الحالة الثانية: أما إذا جاء به لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار بإنقضاء العدة ثبت نسبه وتكون كاذبة في إقرارها، لأنها وقت الإقرار كانت حاملاً بيقين¹

أما المشرع المصري فإنه ركز في الطلاق الرجعي على إقرار المطلقة بعد الدخول بها فإذا أقرت المطلقة في فترة العدة يثبت النسب، وإذا لم تقر بإنقضاء عدتها وولدت مولوداً، فإن رأي أبي حنيفة يثبت نسبه من الزوج، سواء ولدته قبل مضي سنتين من وقت الطلاق أو بعد مضي سنتين أو أكثر، لأن الطلاق الرجعي لا يزيل العصمة عند الحنفية ولا يحرم على الزوج زوجته ويكون بإتيانه لها قد راجعها.² ومن هنا نستخلص أن المطلقة رجعيًا لا تحرم على زوجها شرعاً فيكون له أن يواقعها وتحصل على الرجعة بذلك فيثبت النسب منه ولا ينتفي إلا باللعان.

ثانياً: ثبوت نسب ولد المطلقة طلاقاً بائناً³

¹ طيفاني (مخارطية)، إثبات النسب تقنين الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة أحمد بوقرة، بومرداس، ص 53.

² الشيمي (عبد الرحيم)، الموسوعة الشاملة في شرح قانون الأحوال الشخصية والأسرة (الخطبة - عقد الزواج - المهر - الطاعة - النفقات والأجور - الحضانة - الرؤية - الطلاق - أسباب التطليق - الخلع - النسب - المفقود مع الصيغ القانونية) وفقاً لأراء الفقهاء وأحدث أحكام النقض، إصدارات نادي القضاة (د. م)، 2018 م، (د. ط)، ص 185. أنظر أنس حسين محمد ناجي، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في إثبات ونفي النسب، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010 م، (د. ط)، ص 167.

³ إن المشرع الجزائري حقيقة لم يميز بين الطلاقين "الرجعي والبائن" بنص صريح إلا أنه أحالنا للرجوع إلى قواعد الشريعة الإسلامية كلما ادعى الأمر وذلك من خلال نص المادة 222 ق. أ ومنه نجد أن فقهاء الشريعة الإسلامية فصلوا في هذا الأمر بكل وضوح حيث أشاروا إلى أن الطلاق البائن بمجرد إيقاع الطلاق يرفع قيد النكاح في الحال، فلا تحل المطلقة لزوجها السابق (المطلق) إلا بعقد ومهر جديدين، إنتهت العدة أم لم تنتهي.

والطلاق الرجعي هو التطلق الأول بعد الدخول أو الثانية إذا لم تكن على عوض كما في الخلع، فالنكاح لا يرتفع في الطلاق الرجعي بمجرد إيقاعه بشروطه، بل يبقى النكاح إلى إنتهاء العدة، حيث يرفع بإنقضاء اللحظة الأخيرة منها، ولهذا للزوج حق مراجعة مطلقته خلال العدة، سواء رضيت أم أبى ومع هذا تحسب الطلقة الرجعية من الطلقات الثلاث التي يملكها الرجل على زوجته. أنظر

يشترط لثبوت نسب ولد المطلقة طلاقاً بائناً أن يوضع في المدة المحددة له والتي حددها المشرع الجزائري بعشرة أشهر من تاريخ الطلاق الفعلي بين الزوجين مع العلم أن الطلاق البائن لا يحل للزوج فيه مباشرة مطلقة البائنة أبداً حتى تتزوج رجلاً غيره كما لا يجوز للغير ذلك في فترة العدة.

وتبعاً لذلك فلا يثبت نسب ولد المطلقة إذا ولد بعد مضي أقصى مدة الحمل إلا إذا أقر به الزوج المطلق وتبقى الحالة الوحيدة التي يثبت بها النسب.

وقد تقر المرأة بإنقضاء عدتها من مطلقها وقد لا تقر بذلك، ثم تأتي بمولود بعد الطلاق البائن.

الحالة الأولى: إذا أقرت المرأة بإنقضاء عدتها يثبت نسب ولدها من مطلقها إذا توفر شرطين أساسيين:

الشرط الأول: أن تكون المدة المنقضية بين وقت الإقرار ووقت الولادة أقل من ستة أشهر

وعلة هذا الشرط هو التيقن من أن الحمل حدث قبل إنقضاء العدة أو وقتها، إذ يعد ذلك إمارة على أن الحمل حدث من الزوج.

أما عن إقرارها بإنقضاء عدتها (والذي يعني خلوها من الحمل) فلا يعتد به لأن ثبوت أنها حامل وقت العدة أو قبل إنقضائها قد تبين كذبها فيه أو أنها مخطئة في التقدير، وعليه يعد الإقرار باطلاً ومن ثم لا يعمل به.

الشرط الثاني: أن تكون المدة المنقضية من تاريخ الطلاق أو الوفاة وحتى الولادة هي أقصى مدة الحمل (10 أشهر)

وعند الحنفية سنتان وعلة الشرط هو التيقن من أن الحمل قد حصل قبل الطلاق، وهذا يؤكد أن الحمل وقع في وقت تحل لزوجها أن يتصل بها وهذا يعد إمارة على حدوث الحمل من الزوج فيحكم بثبوت النسب احتياطياً، فإذا إنتفى أحد هاذين الشرطين فإن النسب ينتفي تلقائياً دون حاجة لأجراء اللعان.¹

الحالة الثانية: إذا لم تقر المرأة بإنقضاء العدة

في هذه الحالة يثبت نسب الولد من المطلق في حالة الطلاق، أو للزوج المتوفي بشرط واحد وهو أن تكون المدة المنقضية من وقت الطلاق أو الوفاة وحتى الولادة هي أقصر مدة.

وعلة ذلك هو التيقن من أن الحمل قد حدث قبل الطلاق أو الوفاة، وهذه إمارة على أن الحمل قد حدث من الزوج فيثبت النسب منه فالمعتدة من طلاق بائن أو فسخ أو وفاة ولم تقر بإنقضاء العدة يثبت منه ولدها

سمارة (محمد)، أحكام وآثار الزوجية - شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة والنشر والتوزيع، (د.م)، 2008 م، ط1، ص 298 وما بعدها.

¹ أحمد فراخ (حسين)، أحكام الأسرة في الإسلام، ص 255 .

متى أنت به في أثناء هذه العدة، ولو ولدته بعدها لا يثبت نسبه للفراش، إلا إذا إدعاه الزوج أو ورثة المتوفى، وتوافرت شروط ثبوت النسب بالإقرار، فإنه يثبت النسب¹.

والجدير بالذكر أن أقصى مدة للحمل عند الأحناف سنتان غير أن المشرع المصري قد خالف بعض هذه الأحكام، بأن حدد حد أقصى لمدة الحمل وهي سنة شمسية (365 يوم)²

لو إفترضا أن المعتدة من طلاق بائن تزوجت وولدت لأقل من عشرة أشهر منذ بانت من طلاقها وأقل من ستة أشهر منذ تزوجت بغيره، فالولد في هذه الحالة ينسب للزوج المطلق، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 23 / 03 / 2005 م حيثجأت فيه من المقرر شرعا أن ينسب الولد لأبيه، إذا ولد خلال المدة المحددة قانونا، المحسوبة من تاريخ صدور الحكم الناطق بالطلاق³.

غير أنه إذا أتى الولد لأكثر من أقصى مدة الحمل من وقت البينونة ولسته أشهر منذ تزوجت، فإن النسب يثبت لاحتمال علوق الحمل منه (الزوج الثاني) أما إذا جاءت بالولد لأكثر من أقصى مدة الحمل من تاريخ الانفصال الحقيقي من المطلق، ولأقل من ستة أشهر من تاريخ الزواج بالرجل الثاني، فإنه لا يلزم أحدهما.

لكن الأشكال يظهر فيما لو ولد المولود لأقل من أقصى مدة الحمل من تاريخ الانفصال الحقيقي ولسته أشهر من تاريخ الزواج الثاني، فيمكن أن يكون من الزوج الأول، كما يمكن أن يكون من الزوج الثاني وفي هذه الحالة يمكن اللجوء إلى الطرق العلمية لكشف حقيقة النسب وإلى أي من الزوجين ينسب هذا الولد⁴ لهذا سوف نتطرق لكل ما يخص النسب وكيفية حمايته بالطرق العلمية .

الفرع الثاني: النسب وإنحلال الرابطة الزوجية بالوفاة

لقد إكتف قانون الأسرة الجزائري بذكر المادتين 43 و 60 السابقتين الذكر وفصل في مسألة إثبات نسب ولد المتوفى عنها زوجها بنص المادة 43 بأن ينسب الولد إلى أبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الوفاة، وأكدت (المادة 60) على نفس المدة بنصها على أن: "أقصى مدة الحمل عشرة أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة"⁵

لهذا فيثبت النسب للزوج المتوفى غذا أنت أرملة بولد في المدة الممتدة بين تاريخ الوفاة وأقصى مدة الحمل لإحتمال أن الحمل كان قائما وقت الوفاة، وتبعاً لذلك يكون الفرش قائما وقت الوطء فيثبت النسب

¹ سلطان (عائشة)، مرجع سابق، ص 44 .

² يوسفات (علي هاشم)، مرجع سابق، ص 54 .

³ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 330464، قرار بتاريخ 2005/03/23، مجلة المحكمة العليا، 2005، العدد1، ص 293.

⁴ علال برزوق (أمال)، مرجع سابق، ص 94 .

⁵ قانون الأسرة المعدل والمتمم.

إحتياطاً لمصلحة الولد ولا يثبت نسبه لو جاءت به لأكثر من عشرة أشهر كاملة لأنه أصبح متيقناً حصول الحمل بعد الوفاة،¹ أما إذا حصل ونسبت الزوجة ولداً إلى الزوج المتوفى وسجل على لقب الزوج خفية عن الورثة، فإن من حق الورثة أو أي شخص له مصلحة أن يطعن في هذا النسب برفع دعوى أمام القضاء يطالب فيها إلغاء ما تم تسجيله وحتى اللجوء إلى الطرق العلمية إذا تعنتت الزوجة وأصرّت أن الولد من الزوج المتوفى .

وقد جاءت الآية الكريمة تبين هذا في قوله تعالى:

﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا تَرَىٰ صُنَّ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ﴾²

أما من الناحية الفقهية فثبتت نسب ولد المتوفى عنها زوجها يأخذ حكم المطلقة طلاقاً بئناً في حالة الإقرار وعدمه، كما تم التطرق له سابقاً بالنسبة لموقف الأئمة الثلاثة، لكن الحنفية إذا إدعت المتوفى عنها زوجها الحمل ولم تقر بإنقضاء العدة فإنه يثبت نسب ولدها إذا جاءت به لأقل من سنتين من وقت الوفاة لقيام الفراش حتى حملها لإحتمال حدوث الحمل قبل الوفاة وهذا يكفي للحكم بثبت النسب، أما إذا جاءت به لسنتين فأكثر فلا يثبت نسبه للتيقن من حدوث الحمل بعد الوفاة³

وإذا جاءت به لستة أشهر فأكثر من وقت الإقرار فلا يثبت نسبه من زوجها لإحتمال أن يكون حملها من غيره بعد إنقضاء عدتها وقد تقوي هذا الإحتمال بإقرارها بإنقضاء العدة⁴

وذهب الجعفرية إلى ثبوت نسب الولد إذا جاءت به الزوجة لتسعة أشهر من حين الوفاة ولا تسمع دعوى الورثة بعدم الوطء الزوج لها قبل موته، ولكن تسمع دعواهم بعدم دخول الزوج بها إذا كانت تدعي الدخول، وإن جاءت بالولد لأكثر من تسعة أشهر فلا يثبت نسبه ولا تقبل دعوى الورثة إذا إدعوه⁵

¹ نياي (باديس)، مرجع سابق، ص 35.

² سورة البقرة الآية: 234 .

³ الإمام كمال الدين المعروف (بابن الهمام الحنفي)، شرح فتح القدير، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1424 هـ - 2003 م، ط1، كتاب الطلاق، ص 320.

⁴ عزمي البكري (محمد)، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية، (نفقة الصغار - الإرضاع - الحضانة - مسمن الحضانة - رؤية الصغير - نفقة الأقارب - متعة المطلقة - النسب - اللقيط - المفقود)، دار محمود، القاهرة، 2015 م، المجلد 3، (د. ط)، ص 436.

⁵ بدران ابو العينين (بدران)، مرجع سابق، ص 30.

وبالتالي فإذا جاءت بالمولود لأقصى مدة حمل من يوم الوفاة ثبت نسبه وإن جاءت به لأكثر من هذه المدة لا يثبت نسبه منه ولو إدعوه الورثة فلا تقبل دعواهم.

ولقد جاء في قرار للمحكمة العليا أنه من المقرر أن ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة أو عدة الحمل وضع حملها وأقصى مدة هي عشرة أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة¹

الفرع الثالث : نسب الطفل حالة غياب الأب

إذا تزوجت امرأة مع رجل بعقد شرعي وقانوني، ودخل بها فعاشرها معاشرة الأزواج ثم غاب لسبب شرعي، كأن يكون قد ترك محل الزوجية للعلم أو للعمل خارج الوطن، أو لأداء الخدمة الوطنية، أو يكون قد دخل السجن لإتهامه بجريمة معينة، ودام هذا الغياب مدة طويلة تتجاوز سنة دون أن يثبت أنه وقع تلاق بينهما أو إتصال بين الزوجين، وكانت الزوجة قد أتت بولد بعد إنقضاء أقصى مدة الحمل، فإن هذا الولد يعتبر ولدا للفراش ويمكن إسناد نسبه إلى أبيه، إلا إذا كان هذا الأخير قد نفاه باللعان، لأن سكوته وقبول التهنية بولادته أو تقديم الهدايا له أو لأمه يعتبر إقرارا بأن الولد ولده، ولا يقبل بعد ذلك نفيه²

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1998/10/20، حيث جاء فيه: من المقرر قانونا أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح وينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الإتصال.

ومن المقرر أيضا أن نفي النسب يجب أن يكون عن طريق رفع دعوى اللعان التي حددت مدتها في الشريعة والاجتهاد بثمانية أيام من يوم العلم بالحمل أو برؤية الزنا.

ومتى تبين - في قضية الحال - أن العارض لم يثبت غيابه الدائم عن البيت الزوجي وتمسك بأن البنت ولدت في مدة تقل عن ستة أشهر من عودته إلى التراب الوطني كما أنه لم ينف النسب بالطرق المشروعة قانونا فإن قضاة الموضوع بقضائهم بقاعدة الولد للفراش مادامت العلاقة الزوجية قائمة بين الزوجين طبقوا صحيح القانون³.

أما إذا رفعت الزوجة قضية بشأن زوجها الغائب أمام القضاء وحكم بموته يجب عليها أن تعتد من تاريخ الحكم بموت الزوج الغائب، وهنا نطرح التساؤل التالي: ما الحكم إذا تزوجت المرأة بعد الحكم بموت

¹ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 222674، قرار بتاريخ 1999/06/15، المجلة القضائية، العدد 1، ص 126.

² بو غرارة (صالح)، حقوق الأولاد في النسب والحضانة، مرجع سابق، ص 33.

³ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 204821، قرار بتاريخ 1998/10/20، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، ص 82.

زوجها الغائب برجل آخر زواجا صحيحا شرعيا، ثم جاءت بمولود، ثم ظهر الزوج الغائب، فبمن يلحق نسبه؟

للإجابة على هذا السؤال، ورد عن أبي حنيفة روايتان:

الأولى أن الولد يلحق نسبه بالزوج الأول الذي عاد بعد الحكم بموته، يستوي في ذلك أن تكون الولادة قبل - أو بعد - ستة أشهر من تاريخ الزواج الثاني، ففراشه فاسد، والولد للفراش الصحيح. ولكن يؤخذ على هذه الرواية أن المرأة تزوجت بعد الحكم بموت الزوج الغائب، فزواجها صحيح، والقول بنفاده لا دليل عليه لأن قضاء القاضي صدر مستوفيا شرائط صحته ونفاده.

أما الثانية، تؤيد ما لاحظناه على الرواية السابقة، إذ تقول الرواية الثانية بثبوت ما تأتي به امرأة الغائب - بعد زواجها من غيره - من أولاد ينسب نسبهم إلى الزوج الثاني لأن هذه المرأة جاءت بالولد لستة أشهر فأكثر من زواجها الثاني، فيثبت نسبه من هذا الزوج لأن العلق هنا متصور من الزوج الثاني، وإنما ينسب للزوج الغائب الذي عاد بعد الحكم بموته، فهو صاحب الفراش، وعلى هذا أجمع جمهور الفقهاء¹.

وما يمكن اقتراحه هنا على المشرع هو نص المادة 43 بكيفية تتسجم مع الشرع وإضافة حالة الغياب للطلاق أو الوفاة مع العلم أن الغياب قد يكون سفرا أو حبسا ... إلخ، لمدة تزيد عن 10 أشهر لتفادي استغلال بعض النساء غياب أزواجهن لطمس فاحشتهم.

المبحث الثاني: حماية النسب بالزواج الغير الصحيح ونكاح الشبهة

جرت العادة أن يثبت النسب بالزواج الصحيح المستوفي لجميع أركانه وشروطه المنصوص عليها في المواد 9 و9 مكرر، كما يثبت بالزواج الغير صحيح في أغلب صورته. وهذا ما قرره الفقهاء لما أثبتوا النسب بكل معاشرة بين رجل وامرأة تشبه الزواج الصحيح وليست كذلك وليست زنا توجب الحد، إلا أن بعض الفقهاء قسموا الزواج الغير صحيح إلى زواج باطل وزواج فاسداً والبعض الآخر فيعتبر الزواج الباطل والفاقد شيء واحد.

وليس ببعيد عن هذا المعنى ما جاء به المشرع الجزائري في الفصل الثالث من الباب الأول بموجب تعديل قانون الأسرة لأحكام المادتين 32، 33 بالأمر 05-02 وطبقا لنص المادة 40 منه حينما تبنت كل من نكاح الشبهة وكل زواج تم فسخه بعد الدخول وفقا للمواد 32، 33، 34 من نفس القانون، وفي الحقيقة فإن هذه النصوص المحال عليها ما هي إلا تجسيد لبعض صور الناكحة الفاسدة المعروفة في الفقه

¹ علل برزوق (أمال)، مرجع سابق، ص 99 - 100.

الإسلامي، كل هذا يوجب علينا التعرض إلى مسألة حماية النسب بالزواج الغير صحيح (المطلب الأول) ثم حمايته بنكاح الشبهة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: حماية النسب بالزواج الغير صحيح

الزواج الغير صحيح هو الزواج الفاسد والزواج الباطل إتفاقا، والفساد مخالف للصحة، وأصل هذه التفرقة مأخوذة من الفقه الحنفي الذي خالف بقية المذاهب الأخرى، الذين لم يجعلوا لعقد الزواج أكثر من حكمين صحيح وباطل ولقد تأثر المشرع الجزائري بهذا التقسيم حيث أطلق على الفصل الثالث من الباب الأول من الكتاب الأول عنوان النكاح الفاسد والباطل، لهذا يحق لنا أن نتعرف على مفهوم الزواج الغير صحيح (الفرع الأول) وشروط وأثار النسب بالزواج الغير صحيح (الفرع الثاني)

الفرع الأول: مفهوم الزواج الغير صحيح

نتناول هذا الفرع من خلال الفقرات التالية (الفقرة الأولى) تعريف الزواج الفاسد والباطل

(الفقرة الثانية) أسباب الزواج الفاسد

الفقرة الأولى: تعريف الزواج الفاسد والباطل

سنتناول في هذه الفقرة تعريف الزواج الفاسد (أولا) ثم تعريف الزواج الباطل (ثانيا)

أولا: تعريف الزواج الفاسد

الفساد في اللغة: فسد يفسد فسادا وقسودا، فهو فاسد وفسد فيهما قال تعالى:

﴿وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا﴾¹ وهو نقيض الصلاح وخروج الشيء عن الاعتدال قليلا كان الخروج أوكثيرا، ويقال أفسد فلان المال يفسده فسادا والله لا يحب الفساد².

أما اصطلاحا: فعرف الفقهاء الزواج الفاسد بأنه الزواج الذي فقد شرطا أو أكثر من شروط الصحة، كأن يعقد الزواج بغير ولي أو بغير شهود أو أن يتزوج امرأة في عدتها، أو الزواج بالأخت في عدة أختها أو أن يتزوج الخامسة في عدة الرابعة والزواج المؤقت أو نحو ذلك.

¹ سورة المائدة الآية: 33.

² (ابن منظور)، لسان العرب، الجزء الرابع، تابع حرف الخاء - حرف الدال، مرجع سابق، ص 332.

وعرفه أحد الأئمة بأنه: هو ما يفسد إما بإسقاط شرط من شروط الصحة النكاح أو لتغير حكم واجب بالشرع من أحكامه إما هو عن الله عز وجل وإما بالزيادة تعود إلى إبطال شرط من شروط الصحة¹.

وبعد ما تطرقنا لمجموعة من التعريفات يمكننا أن نخلص إلى أن الزواج الفاسد هو الذي استوفى أركانه وشروط انعقاده، لكنه فقد شرطاً من شروط صحته، المنصوص عليها في المادة 9 مكرر كأن تم عقد الزواج بدون ولي أو من غير حضور الشاهدين أو بدون تسمية الصداق، وذلك بعد توافر الإيجاب والقبول، وتبعاً لذلك فإن الزواج الفاسد هو الذي توفر فيه ركن التراضي ولكن تضمن سبباً من أسباب الفسخ، وتبين أمره قبل الدخول، فهو إذاً مثل الزواج الصحيح إلا أنه لا يجب بالعقد الفاسد في الزواج حكمه وإنما يجب بالوطء فيه².

ثانياً: تعريف الزواج الباطل

البطلان في اللغة: الضياع والخسران، بطل الشيء، يبطل بطلاناً، ذهب ضياعاً وخسراناً والباطل نقيض الحق³.

وفي الإصطلاح عرفه الفقهاء بأنه: الذي فقد ركناً من أركانه أو شرط من شروط انعقاده، إذ أن فقد أي ركن من أركانه كالإيجاب أو القبول أو فقدان أي شرط من شروط الإنعقاد، كأن يعقد على محرمه كالعقد على البنت أو العقد الذي يقع بين مسلمة وغير مسلم وبين غير ذات دين⁴.

أوهو الذي يحصل فيه خلل في أركانه، أو كل عقد إشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد وفق المادة 32 من قانون الأسرة التي تنص على: أنه يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد⁵.

¹ محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد (القرطبي)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار المعرفة، بيروت - لبنان، 1402 هـ 1982 م، ط 6، ج 2، كتاب النكاح، الباب الخامس في الأنكحة المنهى عنها بالشرع والأنكحة الفاسدة وحكمها ص 59.

² أبو لحية (نوالدين)، عقد الزواج وشروطه برؤية مقاصدية، دار الأنوار للنشر والتوزيع، (د.م)، 1432 هـ - 2010 م، ط 2، ص 97.

³ (ابن منظور)، لسان العرب، الجزء الثالث عشر، حرف اللام، مرجع سابق، ص 59.

⁴ ناجي (أنس حسن محمد)، مرجع سابق، ص 185. أنظر بلجراف (سامية)، إثبات النسب نص وتطبيقاً وأثر المستجدات العلمية عليه، مجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد 4، 2012 م، ص 208 وما بعدها.

⁵ سعادي (لعل)، الزواج وإنحلاله في قانون الأسرة الجزائري - دراسة مقارنة - أطروحة دكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2014-2015، ص 150. أنظر بلحاج (العربي)، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 151.

وكما سبق وأشرنا أنه لم يتفق الفقهاء في تحديد مفهوم الأنكحة الفاسدة والباطلة فمنهم من يعتبرهما مترادفان وهو رأي الجمهور الذي لم يفرق بين النكاح الفاسد والباطل، فالزواج الباطل أو الفاسد عندهم ما حصل الخل في أركانه أو شرط من شروط صحته.

ومنهم من فرق بين النكاح الباطل والفاسد، وهم الحنفية، واعتبروا الزواج الباطل ما حصل الخل في أركانه أو فقد شرط من شروط إنعقاده، كما إذ كان العاقد فاقداً للأهلية أو خالف القبول الإيجاب، والزواج بالمحارم، والمرأة المتزوجة برجل آخر مع العلم أنها متزوجة، وزواج المسلمة بغير المسلم وزواج المسلم بغير الكتابية كالمجوسية ونحوها.

أما الزواج الفاسد عندهم ما استوفى أركانه وشروط إنعقاده وفقد شرطاً من شروط صحته كما إذ عقد الزواج من غير حضور الشاهدين والزواج المؤقت وغيرها¹

وبالرجوع إلى المشرع الجزائري نجده قد حداً المذهب الحنفي ونص صراحة على تقسيم عقد الزواج غير الصحيح إلى زواج باطل وزواج فاسد².

إذ بنى هذه التفرقة على قوة السبب حيث أنه كلما قوي السبب أدى إلى البطلان وكلما كان أقل قوة أدى إلى الفساد على الرغم من أنه رتب ثبوت النسب على الإثنين دون إستثناء³.

لكن يبدو لنا جلياً أن رؤية المشرع للتفرقة بين النكاحين غير واضحة خاصة في ظل ما تبناه من تعديلات في مواده بموجب الأمر 02/05.

¹ علاء الدين أبي بكر بن مسعود (الكاساني الحنفي)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1424 هـ - 2003 م، ط2، ج 3، كتاب النكاح، ص 615.

² بلحاج (العربي)، مرجع سابق، ص 154. أنظر بورقعة (سفيان بن عمر)، النسب ومدى تأثير المستجدات العلمية في إثباته (دراسة فقهية تحليلية)، كنوز إشبيلية للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 1427 هـ - 2007 م، ط 1، ص 116.

³ الفرق بين الزواج الصحيح والزواج الفاسد من وجهين: الأول أن الفراش الذي يثبت النسب بموجبه يتحقق بالعقد في الزواج الصحيح ويتحقق بالدخول الحقيقي في الزواج الفاسد، ولهذا حسبت مدة الحمل من مبدأ العقد في الأول ومن مبدأ الدخول في الثاني. والوجه الثاني: أن الفراش الثابت بالدخول الحقيقي في الزواج الفاسد أقوى من الفراش الثابت بالعقد في الزواج الصحيح، وولها استطاع الزوج أن ينفي عن نفسه نسب من ولد لستة أشهر فصاعداً في الزواج الصحيح ولم يستطع أن ينفي عن نفسه نسب من ولد لهذه المدة في الزواج الفاسد. أنظر محمد محي الدين (عبد الحميد)، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، مطبعة الإستقامة، مصر، 1361 هـ - 1942 م، ط 1، ص 478.

الفقرة الثانية: أسباب الزواج الفاسد والباطل

بالرغم من التعديل الذي جاء به المشرع الجزائري في المواد 32، 33، 34، 35 من (ق.أ) إلا أنه لم يرد في هذه المواد بالتدقيق أحكام الزواج الباطل والفاسد بل يوجد غموض وتناقض بينهم لكن سنحاول عرض أسباب وحالات الزواج الفاسد (أولا) والزواج الباطل (ثانيا) كل على حدى:

أولا: الزواج الفاسد

نص المشرع على حالات الزواج الفاسد في الفقرة الثانية من المادة 33 من (ق.أ) والمادة 8 مكرر 1 المدرجة بالأمر 02/05 المتضمن التعديل الأخير، فالزواج الفاسد هو كل نكاح توافر فيه سبب من أسباب الفسخ.

إذ يعتبر الفسخ هو الجزاء الذي رتبته المشرع على العقد الفاسد الذي لم يستوفي الشروط المنصوص عليها في هذا القانون.

ومن خلال هاتين المادتين نجد أن المشرع إعتبر الزواج فاسدا في الحالات التالية:

1- فقدان الزواج لأحد شروطه المنصوص عليها في المادة 9 مكرر والمتمثلة في الشاهدين والصدّاق والولي في حالة وجوبه، طبقا لنص المادة 33 المعدلة التي تنص على ما يلي: " يبطل الزواج إذا إختل ركن الرضا "

إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صدّاق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صدّاق فيه ويثبت بعد الدخول بصدّاق المثل.

في هذه الحالة يفسخ عقد الزواج قبل الدخول، إذا تبين سبب الفساد قبل ذلك وإذا تم إكتشافه بعد الدخول فيثبت ويصح.

بالرجوع إلى (المادة 9 مكرر) نجد أنها إعتبرت الأهلية وإنعدام الموانع الشرعية شرطين للصحة - بالإضافة إلى الشروط الأخرى التي ذكرناها - يترتب على تخلفها الفساد، إلا أن الأهلية تعتبر جزءا من الرضا، يترتب على تخلفها بطلان (العقد) الزواج.

كما أن الموانع الشرعية ليست شرطا للصحة لأن العقد الذي يشتمل على مانع شرعي باطل وليس فاسد فيفسخ قبل الدخول وبعده طبق للمادة 32 المعدلة والمادة 34 (ق.أ)¹

2- عدم حصول الزوج الذي يرغب في التعدد على ترخيص قضائي

¹ ذيابي (باديس)، مرجع سابق، ص 51. أنظر عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص 187.

وهذه الحالة إستحدثتها المشرع الجزائري بموجب الأمر 02/05، إذ رتب المشرع فسخ الزواج الجديد ولكن قبل الدخول إذا لم يحصل الزوج الذي يرغب في التعدد على الترخيص قضائي، وهذا ما نصت عليه المادة 8 مكرر 1 المدرجة بالأمر 02/05 حيث نصت: يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول إذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي وفقا للشروط المنصوص عليها في م 8 أعلاه.

وعلى غرار المشرع الجزائري فإن المشرع المصري وضع من بين شروط قبول طلب الزوجة التطلاق حصول الضرر المادي أو المعنوي الذي يقع عبء إثباته على طالبة الطلاق، وذلك في نص المادة 11 مكرر من القانون رقم 100 لسنة 1985 " يجوز للزوجة التي تزوج عليها زوجها أن تطلب الطلاق منه إذا لحقها ضرر مادي أو معنوي يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالها ولو لم تكن قد إشتربت عليه في العقد ألا يتزوج عليها¹

لكن المشرع الجزائري قد أغفل تحديد المدة التي يمكن للزوجة أن ترفع فيها دعوى المطالبة بالطلاق، إذ حددها المشرع المصري بسنة تبدأ من تاريخ العلم بالزواج بأخرى.

ثانيا: الزواج الباطل

لقد نص المشرع الجزائري على أسباب الزواج الباطل صراحة في قانون الأسرة بعد التعديل الأخير بموجب الأمر 02/05 في المواد 32، 33 و 34.

فجاء في المادة 32 "يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد " وجاء في نص المادة 33 ما يلي: " يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا "

يستخلص من نص المادتين أن المشرع رتب البطلان في الحالات التالية:

- 1- إذا إختل ركن الرضا والذي إعتبره المشرع الركن الوحيد في عقد الزواج متمسكا بقواعد القانون المدني وأحكام الشريعة الإسلامية.
- 2- إشتمال العقد على مانع شرعي من الموانع المؤبدة أو المؤقتة التي نص عليها المشرع في المواد من 23 إلى 30 من (ق.أ)، كالزواج بإحدى المحرمات أو زواج المسلمة بغير المسلم وما إلى غير ذلك، وهذا ما نصت عليه المادة 32 المعدلة: " يبطل الزواج إذ إشتمل على مانع..."، إلا أنه قبل التعديل كانت المادة تنص على الفسخ إذا إشتمل العقد على مانعاً وشرطيتان ومقتضيات العقد أو ثبت ردة الزوج، إلا أنه بموجب الأمر 02/05 تم تعديل المادة 32 والتي أصبحت تقرر بطلان

¹ الجريدة الرسمية في 4 يوليو سنة 1985، العدد 27، قانون رقم 100 لسنة 1985 الخاص بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية المصري.

الزواج في حالة إشتماله على شرط أو مانع يتنافى ومقتضيات العقد هذا مع إلغاء بصفة كلية " ردة الزوج " كسبب من أسباب فسخ الزواج فأصبحت هذه المادة تنص على الزواج الباطل¹.

3- إذا إشتمل العقد على شرط يتنافى ومقتضيات العقد، طبقا للمادة 32 المعدلة " يبطل الزواج إذا اشتهل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد"²

فالقانون لا يمنع من إقتران عقد الزواج بالشرط إذا لم يكن يتنافى ومقتضيات العقد، وفي ذلك نصت المادة 19 المعدلة من قانون الأسرة " للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية..."³

مع الإشارة إلى أن ورود الشرط المنافي للعقد صححته المادة 35 والتي نصت على أنه: " إذا إقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا وبالتالي فلا مجال للحديث عن الزواج باطل إذا ما تعلق الأمر بشرط مناف للعقد لكن الزواج المشتل على مانع من موانع الزواج هو زواج باطل.

هذا وقد سار القضاء الجزائري على التأكيد لأثبات النسب للنكاح الفاسد حيث جاء في أحد قرارات المحكمة العليا ما يلي: من المقرر شرعا أنه يمكن إثبات النسب بالزواج الصحيح والإقرار والبيئة وشهادة الشهود ونكاح الشبهة والأنكحة الفاسدة والباطلة تطبيقا لقاعدة إحياء الولد لأن ثبوت النسب يعد إحياء له ونفيه قتلا له.⁴

وفي ظل هذه القرارات القضائية والنصوص القانونية يمكن القول أن المشرع والقضاء الجزائريين إعتبروا العقد الفاسد كالصحيح فيما يتعلق بإثبات النسب لذا فمن المنطقي أن يعامل كالعقد الصحيح في حال إحتساب مدة الحمل وهي من إمكانية الإتصال بين الزوجين.

وبعد أن إستقرغنا الحديث عن تعريف الزواج الفاسد والباطل وتم حصر الأسباب المؤدية إليهم فهل هناك شروط شرعية لثبوت النسب من هذا الزواج؟

الفرع الثاني: شروط وآثار النسب بالزواج الفاسد

سوف نتطرق لشروط إثبات النسب بالزواج الفاسد (الفقرة الأولى) وآثار النسب بالزواج الفاسد والباطل(الفقرة الثانية)

¹ بلجراف(سامية)، اثبات النسب نصا وتطبيقا وأثر المستجدات العلمية عليه، مرجع سابق، ص 17.

² بلحاج(العربي)، مرجع سابق، ص 151.

³ قانون الأسرة المعدل والمتمم.

⁴ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 172333، قرار بتاريخ 1997/10/28، المجلة القضائية، العدد 1، ص 42 .

الفقرة الأولى: شروط إثبات النسب بالزواج الفاسد

الأصل في الزواج الفاسد أنه ليس بزواج حقيقة ولهذا وجب التفريق فيه بين الرجل والمرأة، غير أن الشريعة الإسلامية حرصت على أن يثبت النسب في الزواج الفاسد كما يثبت في الزواج الصحيح إذا حصل فيه المقاربة والدخول الحقيقي، إحياء للولد وحفاظا عليه من الضياع.¹

وبالرجوع إلى المشرع الجزائري نجد أنه لا يعتد بإثبات النسب في الزواج الفاسد قبل الدخول بل يعتبره زنا ويعتد به بعد الدخول ويعتبره شرط أساسي فتترتب عليه بعض الآثار القانونية.

وهذا ما أكدته في نص (المادة 40) من قانون الأسرة " يثبت النسب بكل نكاح تم فسخه بعد الدخول " وعليه فإن الزواج الغير صحيح الذي يفسخ قبل الدخول لا يثبت به النسب²

وبما أننا سبق وتطرعنا لشروط ثبوت النسب بالزواج الصحيح بالتفصيل والزواج الفاسد يأخذ حكم الزواج الصحيح في الإثبات وأن المشرع الجزائري لم يتعرض لشروط إثبات النسب بالزواج الفاسد في الأمر 02/05 واكتفى بنص المادة 40 سابقة الذكر، وبالرجوع إلى أحكام الفقه نجد أن هذه الشروط تتمثل في مايلي:

- 1- وجود عقد زواج فاسد³
- 2- حصول دخول حقيقي، أي أن يكون الزوج دخل بالزوجة التي عقد عليها عقدا فاسدا فإن لم يدخل بها فلا مجال للقول بإثبات النسب، حيث أن الفراش في الزواج الفاسد يثبت بالدخول الحقيقي.⁴
- 3- تصور الحمل من الزوج الذي يدعي النسب بأن يكون بالغا عند المالكية والشافعية ومراهقا عند الحنفية والحنابلة
- 4- إتيان الزوجة المدخول بها في الزواج الفاسد بالولد لسته أشهر فأكثر من تاريخ الدخول الحقيقي وفي مدة لا تزيد عن عشرة أشهر.⁵

¹ قال ابن تيمية: فإن المسلمين متفقون على أن كل نكاح اعتقد الزوج أنه نكاح سائغ إذا وطئ فيه فإنه يلحقه فيه ولده، ويتوارثان باتفاق المسلمين، وقال أيضا: من نكح امرأة نكاحا فاسدا متفقا على فساده أو مختلفا في فساده أو ملكها ملكا فاسدا متفقا على فساده أو مختلفا في فساده أو وطئها يعتقدها زوجته الحرة أو أمته المملوك، فإن ولده منها يلحقه نسبه، ويتوارثان باتفاق المسلمين، والولد أيضا يكون حرا. أنظر ابن تيمية (أحمد)، مجموع فتاوى، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المملكة العربية السعودية، 1425 هـ - 2004 م، (د. ط)، المجلد 32، كتاب النكاح، ص 67.

² بلحاج (العربي)، مرجع سابق، ص 150.

³ طيفاني (مخارطية)، إثبات النسب في تقنين الاسرة الجزائري والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 46 .

⁴ أحمد فراج (حسين)، أحكام الأسرة في الإسلام، الطلاق وحقوق الأولاد ونفقات الأقارب، مرجع سابق، ص 258.

⁵ الجندي (نصر الدين)، مرجع سابق، ص 80.

أجمع الفقهاء أنه ليس هناك فرق بين الزواج الفاسد والصحيح من حيث إثبات النسب، إلا أنهم اختلفوا بعدها وكان محل خلافهم حول حساب مدة الحمل هل تحسب من وقت العقد أو من وقت الدخول؟

إن هذه المدة يبدأ سريانها عند جمهور الفقهاء والحنفية من تاريخ إبرام العقد في حين يرى الرأي الثاني للحنفية أنها تحسب من وقت الدخول الحقيقي ومقتضى ذلك أن الرجل لو عقد على امرأة عقدا فاسدا ولم يدخل بها ثم أنت بالولد لا يثبت نسبه منه لأن ثبوت النسب وفقا لهذا الرأي لا يترتب إلا على الدخول الحقيقي.

وبناء على ما سبق إذا جاءت المرأة بالولد بعد ستة أشهر أو أكثر من وقت العقد أو الدخول ثبت النسب من الزوج ولا يتوقف على إقرار من الزوج بنسبه حتى وإن نفاه فلا ينتفي نسبه عنه، لأن النسب متى ثبت لا ينتفي إلا باللعان عند جمهور الفقهاء (من مالكية، شافعية وحنابلة) سواء في الزواج الصحيح أو الزواج الفاسد وذلك أن اللعان جعل حجة للمضطرليقذف من لطح فراشه وألحق به العار بنفي ولد غيره من نفسه، أما الحنفية فلا ينتفي نسب الولد في الزواج الفاسد ولو باللعان لأن اللعان عندهم يكون إلا بعد الزواج الصحيح وعلى ذلك يكون الفراش في الزواج الفاسد أقوى من الفراش في الزواج الصحيح¹.

أما إذا حدثت الفرقة بعد زواج فاسد بالمتاركة أو تفريق القاضي بعد الدخول أو الخلوة في رأي المالكية ثم ولدت المرأة قبل مضي أقصى مدة حمل من تاريخ الفرقة ثبت نسبه من الرجل وإن ولدت بعد مضي أقصى مدة الحمل لا يثبت نسبه منه².

وللحديث عن بدأ سريان المدة بالنسبة للزواج الغير صحيح ووطء الشبهة في القانون الجزائري لم يتطرق لها المشرع في المواد الخاصة بالنسب وإكتفى بذكر نص المادة 40 لهذا يمكن أن نركن إلى الرأي الواقعي والمشهور هو أن العقد الفاسد كالصحيح في إثبات النسب وعليه فإن المنطق يقضي أن يعامل العقد الفاسد كالصحيح من حيث احتساب مدة الحمل وهي من تاريخ إبرام العقد مع إمكانية الدخول على حد تعبير المشرع الجزائري.

¹ الكباشي (أحمد عبد الوهاب محمد الأمين)، إثبات نسب المولود من غير زواج شرعي: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، معهد بحوث ودراسات العالم الإسلامي، جامعة أم درمان الإسلامية، السودان، 2016 م، ص 107.

² بدران أبو العينين، مرجع سابق، ص 25، علة عبد العزيز عامر، النسب فقها وقضاء، مرجع سابق، ص 79. الذيب صالح صالح (جميل)، النسب وأحكامه في ضوء ما استجد من قضايا معاصرة: دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية اليمني، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة أم درمان، السودان، 2010 م، ص 100.

أما أقصى فترة الحمل، فأنها تحتسب من تاريخ التفريق بين الزوجين فإن جاءت الزوجة بولد قبل مضي عشرة أشهر إعتباراً من يوم التفريق ثبت نسبه من أبويه.

غير أنه مقارنة مع المشرع الجزائري نجد بقيت المشرعين فصلوا في الأمر ووضعوا نصوص خاصة بالزواج الغير صحيح وحددوا المدة التي يثبت فيها نسب الولد الناتج عن هذا الزواج فالمشرع المصري في هذه النقطة إعتد حال مفارقة الرجل المرأة التي عقد عليها عقداً فاسداً أو فرق بينهما القاضي بعد الدخول ثم ولدت بعد المفارقة فإن كانت ولادتها أقل من سنة من تاريخ الفرقة إستناداً لقانون 25 لسنة 1929 جعل أقصى مدة الحمل سنة شمسية ثبت نسبه، أما إذا جاءت بالولد لأكثر من سنة فلا يثبت نسبه منه¹

ونصت على ذلك المادة 172 "يثبت نسب الولد من الرجل في الزواج الفاسد أو الدخول بشبهة

أ- إذا ولد لستة أشهر قمرية فأكثر من تاريخ الدخول الحقيقي

ب- وإذا ولد بعد المتاركة أو التفريق لا يثبت نسبه إلا إذا كانت الولادة قبل مضي خمس وستين وثلاث مائة يوم من تاريخ المتاركة أو التفريق².

ومقارنة بقانون الأحوال الشخصية اليمني فقد نص في المادة 134 منه "يلحق نسب الولد بالرجل في الزواج الذي لم يستوف أركانه وشرائطه وفي المغلوط بها إذا أتت به المرأة لستة أشهر فأكثر بعد الدخول وقبل المفارقة فإن أتت به بعد المفارقة أو التفريق ألحق بالرجل، إذا أتت به من تاريخ المفارقة أو التفريق في مدة الحمل المبينة في المادة 128³

كذلك نجد المشرع السوري حدد هذه المدة بالأيام حيث نص في (المادة 132) من قانون الأحوال الشخصية " المولود من زواج فاسد بعد الدخول إذا ولد لثلاثة وثمانين يوماً فأكثر من تاريخ الدخول ثبت نسبه من الزوج"

إذا كانت ولادته بعد متاركة أو تفريق لا يثبت نسبه إلا إذا جاءت به خلال سنة من تاريخ المتاركة أو التفريق⁴.

¹ أحمد فراج (حسين)، مرجع سابق، ص 258.

² قانون رقم لسنة 1925 المعدل بالقانون 100 لسنة 1985 م المتضمن قانون الأحوال الشخصية المصري.

³ القرار الجمهوري بالقانون رقم 20 لسنة 1992 م بشأن الأحوال الشخصية، أدخلت بعض التعديلات على هذا القرار وأصدرت بالقانون رقم 27 لسنة 1998 م والقانون رقم 24 لسنة 1999 م والقانون رقم لسنة 2003 م .

⁴ قانون الأحوال الشخصية السوري صدر بالمرسوم التشريعي 95 لعام 1953 وعُدل بالقانون 34 لعام 1975 وآخر تعديلاته كان في عام 2003 م .

وبات الأمر نفسه بالنسبة لتشريع التونسي والمغربي وذلك في الفصل 71 من المجلة الأحوال الشخصية التونسية والمادة 154 من مدونة الأسرة المغربية.

من خلال ما تطرقنا إليه نرى أن المشرع الجزائري قد قصر في وضع نصوص قانونية تنظم هذا النوع من الزواج واكتفى بالإعتراف بالنسب الناتج عنه وعامله معاملة الزواج الصحيح وترك السلطة التقديرية للقاضي في هذا الشأن.

الفقرة الثانية: آثار الزواج الباطل والفساد

لا فرق في الفقه بين الزواج الفاسد والزواج الباطل قبل الدخول الحقيقي حيث لا يترتب على العقد أي أثر من آثار الزواج الصحيح ويجب التفريق بين الرجل والمرأة.

لهذا سوف نتعرض إلى الآثار المترتبة عن الزواج الباطل (أولا) ثم الآثار المترتبة عن الزواج الفاسد (ثانيا)

أولا: الآثار المترتبة عن الزواج الباطل

لا يترتب الزواج الباطل أي أثر من الآثار التي يربتها الزواج الصحيح ولو حصل فيه دخول، وحكمه أنه لا يترتب عليه أثر ما قبل الدخول بل يعتبر وجوده كعدمه، ويجبأن يفترقا الزوجين في الحال، وإذا دخل الرجل على من عقد عليها عقدا باطلا، وهو يعلم أنه باطل كان دخوله بمنزلة الزنا، مثل عقد زواج المسلمة بغير المسلم والزواج بالمحارم، لأن الشرع يوجب عدم المضي في الزواج الباطل، فلا يحظى الولد بالنسب الناتج عن هذا الدخول، ولا تجب العدة على المرأة بعد التفريق ولا نفقة ولا طاعة ولا توارث بينهم¹.

غير أن جمهور الفقهاء قالو بثبوت النسب على الوطء في الزواج الباطل إذالم يكن الرجل عالما بالتحريم ولا يعتبر الوطء زنا².

وفي هذا الصدد يقول أحد شراح القانون إذا كان الزوجان أوأحدهما يعلم مسبقا أن زواجهما معا ممنوع قانونا ومحرم شرعا وتعندا الزواج فان زواجهما سيكون باطلا لا فاسدا ويعتبر زنا ولا يثبت به نسب ولا توارث ولا نفقة وقد نصت المادة 34 من (ق.أ) كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده

¹ سعادي (على)، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 151. أنظرخلاف (عبد الوهاب)، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق ص 39 .

² طيفاني (مخارطية)، مرجع سابق، ص 44. أنظر عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص 189.

ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الإستبراء ومنه نلاحظ أن المشرع الجزائري رتب ثبوت النسب على عقد الزواج الباطل رعاية لحقوق الولد.

غير أن المادة 222 من ذات القانون تحيلنا على تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية وهذه الأخيرة لا تلحق النسب بالزواج الباطل إلا إذا كان الزوج جاهلا، هذا ويجب الإشارة إلى أن المشرع إستعمل مصطلح " يفسخ " فهذا لا يعني أن الزواج من المحرمات فاسد باعتبار أن الفسخ هو الجزاء المترتب عن الزواج الفاسد كما ذهب بعض شراح القانون.

وبعد التمعن في نص المادتين 34 و 40 من (ق.أ) نجد أنه من السهل ملاحظة أن المشرع الجزائري رتب على الزواج الباطل بعد الدخول ثبوت النسب، لكنه ساوى من حيث ثبوت النسب بين الزواج الباطل كنكاح المرأة المتزوجة أو المعتدة أو الأخت من الرضاع أو النسب أو زواج المسلمة بغير المسلم الذي كان فيه الرجل عالما بالحرمة وبين الذي لم يكن عالما بها.

ثانيا: الآثار المترتبة عن الزواج الفاسد

يعتبر الزواج الفاسد كالزواج الصحيح في أثبات النسب، وقد حرصت الشريعة الإسلامية حرصا شديدا على إثبات النسب في الزواج الفاسد تطبيقا لمبدأ الإحتياط في إثبات هو إحياء للولد ومحافظة عليه من الضياع، إذا دخل الرجل بمن عقد عليها عقدا فاسدا دخولا حقيقيا.

لكن إذا عقد الرجل على امرأة عقدا فاسدا ثم إكتشف ذلك قبل الدخول فلا ينتج عن هذا العقد أي أثر من الآثار الشرعية المترتبة على العقد الصحيح¹

لهذا سوف نميز بين حالتين يختلف فيهما حكم الزواج الفاسد إن كان قبل الدخول أو بعده.

أ - حكم الزواج الفاسد قبل الدخول: لا يترتب على هذا العقد أي أثر من آثار الزواج الصحيح بل يتعين على الزوجين أن يفترقا من تلقاء نفسها بحيث أن الرابطة الزوجية أصبحت فاسدة ويعتبر العقد غير موجود حكما، فلا تعتد المرأة ولا تجب لها نفقة ولا تستحق من الصداق شيئا ولا يثبت النسب.²

ب - حكم الزواج الفاسد بعد الدخول: إعتبر المشرع أن إكتشاف سبب الفساد بعد دخول الزوجة إلى منزل الزوجية يقتضي الإستمرار في العقد رغم فساده ولا فرق بين الزواج الفاسد والصحيح من حيث ثبوت

¹ الذيب صالح صالح (جميل)، النسب وأحكامه في ضوء ما استجد من قضايا، مرجع سابق، ص 100.

² سعادي (لعل)، مرجع سابق، ص 151.

النسب فكلاهما فيه إلحاق الولد بأبيه متى تم وضعه بعد ستة أشهر فأكثر من العقد مع إمكانية الإتصال بين الزوجين¹

كما رتب المشرع على هذا الدخول بعض الآثار وهي كالتالي:

❖ وجوب العدة للتأكد من براءة الرحم كما نصت عليه المادة 34 من القانون". ووجوب الاستبراء " وتبدأ العدة من الفرقة بين الطرفين إن كان ذلك من تلقاء نفسها أو بمقتضى حكم قضائي.

❖ وجوب مهر المثل، إن لم تتم تسمية الصداق في العقد الفاسد تسمية صحيحة، كما نصت بذلك المادة 33 من الأمر 02/05 "... ويثبت بعد الدخول بصداق المثل"²

❖ ثبوت نسب الولد من الرجل الذي دخل بمن تزوج بها زواجا فاسدا، وقد حصل حمل عن هذا الدخول وذلك مراعاة لأحياء الولد وعدم تضييعه م 34 (ق.أ) التي تنص على "...ويترتب عليه ثبوت النسب "

❖ حرمة المصاهرة فيحرم على الرجل من دخل بها في عقد فاسد فروعها وكل درجات المصاهرة التي نصت عليها مواد الفصل الثاني من 23 إلى 30 (ق.أ)³

ولكن إذا كان هذا هو موقف الفقه والتشريع الجزائري اتجاه حماية النسب حال الزواج الغير صحيح، فما هو موقفه يا ترى في مسألة حماية النسب بنكاح الشبهة؟

المطلب الثاني: حماية النسب بنكاح الشبهة

إن أصل نكاح⁴ الشبهة مأخوذ من الشريعة الإسلامية، بهدف الإحتراز لحماية النسب وقد ورد كأحد طرق إثبات النسب في المادة 40 من (ق.أ) لكن المشرع الجزائري لم يبين المقصود بنكاح الشبهة ولا أقسام الشبهة وعليه بناء على نص المادة 222، فأنا أمام خيار وحيد هو اللجوء إلى أحكام الفقه

¹ بلحاج (العربي)، مرجع سابق، ص 150.

² علاء الدين أبي بكر بن مسعود (الكاساني الحنفي)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1424 هـ - 2002 م، ط2، كتاب النكاح، فصل في النكاح الفاسد، ص 615، أنظر خلاف (عبد الوهاب)، أحكام الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 39 - 40 .

³ الجندي (نصر الدين)، مرجع سابق، ص 75.

⁴ قال الأزهرى: يطلق النكاح في لغة العرب على الوطء، كما يطلق أيضا على العقد وأطلق النكاح على الزواج لأنه سبب للوطء المباح وفي الإصطلاح الشرعي النكاح هو "عقد بين الزوجين يحل به الوطء " . أنظر (ابن منظور)، لسان العرب، مرجع سابق، الجزء الثالث، حرف الحاء، ص 465.

الإسلامي ففي بادئ الأمر لابد من التطرق لمفهوم نكاح الشبهة (الفرع الأول) وبعدها سنتعرض لآثار وحكم النسب عند الوطء بشبهة (الفرع الثاني)

الفرع الأول: مفهوم نكاح الشبهة

وسوف يرد التفصيل فيه ضمن فقرتين تعريف نكاح الشبهة (الفقرة الأولى) وأقسام الشبهة (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى: تعريف نكاح الشبهة

سوف نعرض المعنى اللغوي للشبهة (أولاً) ثم المعنى الاصطلاحي (ثانياً)

أولاً: الشبهة لغة: قال ابن منظور هي الإلتباس، وأمور مشتبهة ومشبهة: مُشْكَلَةٌ يُشَبَّه بعضها بعضها. وشبهة عليه: خلط عليه الأمر حتى إشتبه بغيره¹.

ثانياً: إصطلاحاً: عرفها البعض ما لم يتفق كونه حلالاً أو حراماً أو خطأ أو صواباً، أو هي ما يشبه الثابت وليس في نفس الأمر بثابت² وأصل ذلك قول رسول الله صلى الله عليه وسلم " إدروا الحدود بالشبهات ما إستطعتم"³

والمقصود بالشبهة في الزواج: أن يقارب الرجل امرأة تحرم عليه مع جهله بالتحريم⁴.

فنكاح الشبهة إذن هو الإتصال الجنسي غير الزنا وليس بناء على عقد زواج صحيح أو فاسد، فيقع خطأ بسبب غلط يقع فيه الشخص.

أو هو غلط فيمن تحل له في المستقبل وقيل أنه كل وطء لاحت فيه مثل المزفوفة إلى بيت زوجها دون رؤية سابقة، وقيل إنها زوجته فيدخل بأخرى، ومثل وطء امرأة يجدها الرجل في فراشه، فيظنها زوجته،

¹ (ابن منظور)، لسان العرب، ج 17 تابع حرف النون، حرف الهاء، ص 398.

² محمود محمد (حسين)، النسب وأحكامه في الشريعة الإسلامية والقانون الكويتي، لجنة التأليف والتعريب والنشر - الشيوخ - الكويت، 1999 م، ط 1، ص 49.

³ الحافظ ابي عبد الله محمد بن يزيد القزويني (ابن ماجة)، السنن، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، 1419 هـ - 1998 م، ط 1، المجلد 3، كتاب الحدود، باب الستر على المؤمن ودفع الحدود بالشبهات، حديث رقم 2593، ص 10. محمد بن علي بن محمد (الشوكاني)، نيل الاوطار شرح منتقى الأخبار، بيت الأفكار الدولية، لبنان، 2004 م، (د. ط)، كتاب الحدود، باب أن الحد لا يجب بالتهم وأنه يسقط بالشبهات، ص 1401.

⁴ بدران أبو العينين (بدران)، مرجع سابق، هامش، ص 26.

ووطء المطلقة طلاقاً ثلاثاً أثناء العدة على إعتقاد أنها تحل له.¹ وقد كان يحتمل وجوده كثيراً قبل سنين طويلة لكنه أصبح في حكم الأحداث القليلة النادرة الوقوع في وقتنا الحالي.²

الفقرة الثانية: أنواع نكاح الشبهة

إن الدخول في النكاح غير الصحيح قد يكون بشبهة قوية تمحو الجريمة أي لا يوصف الفعل بأنه زنا، وقد يكون الدخول بشبهة ليست قوية لكنها تسقط الحد فقط من غير أن تمحي وصف الفعل، وقد يكون الدخول بشبهة ليست لها قوة تسقط الحد أو شبهة قط.

ومن هذا التقسيم يتبين أن العبرة في ترتيب الآثار، إنما بالدخول مع وجود الشبهة.

ويقسم الفقهاء الشبهة إلى ثلاث أنواع، شبهة الملك (أولاً)، شبهة العقد (ثانياً) وشبهة الفعل (ثالثاً)³

أولاً - شبهة الملك:

وتسمى أيضاً شبهة الحكم أو شبهة في المحل وهي عكس شبهة الفعل بحيث لا يشترط فيها ظن الحل، كما هو الشأن في شبهة الفعل، لأن للواطئ في هذه الحالة ملكاً.

وتتحقق شبهة الملك إذا وجد دليل شرعي يُثبت حل الفعل الذي أرتكب وهذا الدليل ينفي الحرمة، مع وجود دليل آخر يعارضه يحرم الفعل نفسه ويكون الفعل محرم حقيقة، غير أن وجود الدليل الآخر يورث شبهة في حكم الشرع فيما يتعلق بهذا التحريم، كما لو جهل الزوج حكماً من أحكام الزواج ونشأ عن هذا الجهل دخول بالمرأة⁴

ومثالها أن يواقع الرجل امرأته التي طلقها طلاقاً بائناً وهي في عدتها منه، ظناً منه أن وقاعها يكون مراجعة لها كما في المطلقة طلاقاً رجعيًا⁵.

¹ وهبة (الزحيلي)، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، الجزائر، 1412 هـ - 1991 م، ط 1، ج 6، ص 31.

² عبد العزيز (سعد)، الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص 214.

³ بورقعة (سفيان بن عمر)، مرجع سابق، ص 144 وما بعدها.

⁴ عيلة عبد العزيز (عامر)، النسب فقها وقضاء، مرجع سابق، ص 84. أنظر الخطيب (ياسين ناصر محمود)، ثبوت النسب - دراسة مقارنة - رسالة مقدمة إلى قسم الدراسات العليا الشرعية لنيل درجة الماجستير في الفقه، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الملك عبد العزيز، مكة المكرمة، 1399 هـ - 1998 م، ص 127.

⁵ حميدة محمد حسن (عثمان الحضري)، إثبات النسب لمجهولي النسب من منظور الفقه الإسلامي المعاصر في عصر الإعتماد على الوسائل البيولوجية الحديثة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في الدراسات الإسلامية، كلية الدراسات العليا، جامعة سونان أمبيل الإسلامية الحكومية، 2020 م، ص 128. أنظر ذيابي (باديس)، مرجع سابق، ص 55.

ثانيا - شبهة العقد:

ومؤداه أن يتزوج رجل امرأة زواجا صحيحا في البداية ويعتقد أنها حل له وهو حل لها ثم يتضح فيما بعد أنها أخته من الرضاع أو أنها محرمة عليه حرمة أبدية كزواجه من غير ذات دين سماوي أو زواج الخامسة على أربعة في عصمته وهو بذلك يشبه إلى حد بعيد الزواج الفاسد من حيث أحكامه وآثاره، لوجود العقد وإشتباه الأمر عليه في الحل والحرمة¹.

3 - شبهة الفعل:

وتسمى أيضا شبهة مشابهة أو إشتباه، ومؤداه أن يعتقد الرجل حل الفعل، ويظن نفسه أن الحلال حرام من غير دليل قوي أو ضعيف أو خبر من الناس ومثاله كأن يأتي الزوج زوجته التي طلقها ثلاثا في العدة أو يواقع امرأة على أنها زوجته ثم يتبين فيما بعد أنها ليست زوجته، ولم تقم بالمحل الذي لا شبهة في تحريمه ولكن الظن قائم بذهن الفاعل بسبب جهله الشرع².

الفرع الثاني: آثار نكاح الشبهة

لم يتفق الفقهاء على رأي واحد حول ثبوت النسب بالدخول بالشبهة فمنهم من أجاز إثبات النسب بها ومنهم من اعتبر النسب لا يثبت بها.

لهذا سوف نتطرق لحكم كل نوع من أنواع الشبهة بدأ بحكم شبهة الملك أو المحل (الفقرة الأولى) وحكم شبهة العقد (الفقرة الثانية) وحكم شبهة الفعل والإشتباه (الفقرة الثالثة)

الفقرة الأولى: حكم شبهة الملك أو المحل

إن في نكاح شبهة المحل، يثبت النسب للولد الحاصل في الوطاء بناءا عليها إن ادعاه الواطئ، وذلك لأن الفعل ليس بزنا لوجود الشبهة في المحل لأن النسب يحتاط في إثباته كما يثبت المهر وتوجب العدة وتجدر الإشارة إلى أن فقهاء الشريعة الإسلامية أجمعوا على أن الإتصال الجنسي القائم على الشبهة يمحو وصف الزنا والدليل على ذلك إثباتهم النسب في حال نكاح الشبهة،³ وقد ثبت عن رسول الله صل الله عليه وسلم قوله: " الحدود تدرا الشبهات "⁴، كما نهت الشريعة الإسلامية في العديد

¹ قنديل (محمد عبد اللطيف محمد)، وسائل إثبات النسب بين الشريعة الإسلامية والطب الحديث، حولية كلية الدراسات الإسلامية، الإسكندرية، ص 1283. انظر بوغزارة (صالح)، حقوق الأولاد في نسب والحضانة، مرجع سابق، ص 39.

² عبد العزيز (عامر)، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء، مرجع سابق، ص 128.

³ علل (أمال)، مرجع سابق، ص 129

⁴ (الشوكاني)، نيل الأوطار، مرجع سابق، ص 1401.

من الآيات القرآنية والأحاديث النبوية الشريفة أن يشهد المسلم على أخيه المسلم أنه ولد من حرام إلا بعد الجزم واليقين بذلك، كذلك القاضي إذا توفرت له تسعة وتسعون حثية على أنه ابن زنا، وتوفرت له حثية واحدة على أنه ابن شبهة، وجب عليه الأخذ بهذه الحثية، وطرح ما عداها ترجيحاً للحلال على الحرام وللصحيح على الفاسد¹، لقوله تعالى: ﴿وَقُولُوا لِلنَّاسِ حُسْنًا﴾ وفي هذا الموضوع يقول الإمام أبو زهرة: إن الزنا لا يثبت نسبه لقول الرسول صلى الله عليه وسلم: " لا دعوة في الإسلام، ذهب أمر الجاهلية الولد للفراش وللعاهر الحجر"²

الفقرة الثانية: حكم شبهة العقد

وفي شبهة العقد يثبت النسب عند جمهور الفقهاء إذا حصل حمل أو ولادة قبل علم الواطئ بسبب التحريم، لأن الوطء تعلقت به الشبهة، أما إذا كان يعلم بالتحريم، فإن العقد باطل ولا شبهة فيه قط، ولا يثبت به النسب.

أما الإمام أبو حنيفة فقد ذهب إلى أنه لا يجب عليه إقامة الحد سواء كان عالماً بالتحريم أم جاهلاً به ولكن يجب عليه المهر ويثبت نسب الولد منه. ونرى أن صاحبيه أبا يوسف ومحمد بن الحسن اتفقا معه في عدم العلم بالتحريم بسقوط الحد وثبوت النسب واختلفاً معه في حالة العلم، فهما يوجبان فيه الحد ويوافقان في ثبوت النسب³

غير أن المشهور عند الإمام أحمد أنه لا يفرق بين الشبهة والأخرى فيثبت النسب بغض النظر عن الشبهة التي وقع فيها الشخص فمتى وطئ الرجل امرأة لا زوج لها بشبهة فأنت بولد هذا الولد بالواطئ: فقال كل من درأت عنه الحد في وطء ألحقت الولد به، ولأنه وطء إعتقد الواطئ حله فلحق به النسب⁴.

الفقرة الثالثة: حكم شبهة الفعل أو الاشتباه

أما فيما يخص شبهة الفعل لا يثبت نسب الولد الحاصل من الوطء فيها في أية حالة من حالاتها، حتى وإن كان الزوج هو من إدعى الولد، وذلك لأن النسب لكي يثبت يجب أن يكون هناك ملك أو حق في محل إذ هو لا يثبت بغير الفراش والفراش أو شبهة الفراش توجد بأحدهما ولم يتحقق واحد منها

¹ علال (أمال)، مرجع سابق، ص 130.

² صحيح مسلم .

³ أبو زهرة (محمد)، مرجع سابق، ص 150 وما بعدها.

⁴ محمود محمد (حسين)، مرجع سابق، ص 50. أنظر سفيان بورقعة، مرجع سابق، ص 157.

في الوطء بشبهة الفعل فإن النسب لا يثبت، وعلى ذلك فإن الفعل يبقى زنا ويجب الحد على الفاعل وإن لم يدع ظن الفعل ولا يثبت في هذه الحالة نسب وهذا ظاهر.

أما إذا إدعى ظن الحل فإن الحد يسقط للشبهة التي قامت في ذهن الفاعل مع أن الفعل في حقيقته زنا وعلى ذلك فإن النسب لا يثبت سواء ظن الحل أو قال أنه علم بالحرمة لأن هذا أمر متعلق بالفاعل على نفسه إذ الفعل في ذاته لا شبهة مطلقا في أنه زنا وكونه زنا حقيقة في الحالات سيتتبع عدم ثبوت النسب لأن الزنا لا يثبت به النسب مطلقا ملكاً أو شبهة ملك، ولم يوجد شيء من ذلك، ولأن الوطء لا يستند على عقد فلم يلحق الولد فيه كالزنا .

لكن إعتراض بعض الفقهاء فيمن زفت له امرأته وقيل له هذه امرأتك فوطئها، فهي ليست زوجته الحقيقة بل أجنبية عنه، ومع أن هذه عندهم شبهة الفعل، فإن النسب يثبت ولا يكون الحد على الفاعل لأنه إعتد دليلاً شرعياً، في موضع الإشتباه وهذا الدليل الشرعي هو الأخبار.

لأن الرجل في العصور الماضية لا يعرف امرأته أول مرة إلا بإخبار النساء له¹ ويذكر أحمد زياد سلامة عن الأستاذ مصطفى الزرقاء، قصة وقعت في عهد الإمام أبي حنيفة في أن أخوين عقدا عقد زواج وأقيم لهما عرس واحد وزفت إلى كل منهما عروس أخيه، وقد أقر الفقهاء وجوب العدة على العروسين لوطئهما بالشبهة وإذا ظهر حمل فنسبه لمن دخل بها، مع أن الفراه الشرعي للزوج الذي عقد عليها، ولما سئل الإمام أبو حنيفة عن المشكلة قال: هل يرضى كل من الأخوين بمن زفت إليه خطأ؟ فلما قيل له نعم، كل منهما يرضى، أشار بأن يطلق كل من الأخوين زوجته ويعقد على من دخل بها²

أما بالنسبة للتشريع والقضاء الجزائريين فقد نصت (المادة 40) من قانون الأسرة على ما يلي: " يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار أو البينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول"

ما يلاحظ على نص المادة 40 أن المشرع إعتبر الوطء بشبهة، سببا من أسباب ثبوت النسب من غير أن يفرق بين أنواع الشبهات، وكل ذلك مع مراعاة أدنى وأقصى مدة الحمل المنصوص عليها في القانون وبهذا يكون المشرع قد أخذ بالمشهور عن الإمام أحمد.

وما يعاب على هذا النص أنه أقر بثبوت النسب بنكاح الشبهة، وبكل نكاح فاسد في آن واحد ولسنا ندري كيف يفهم من هذا النص ما قصد المشرع من صياغته بهذه الطريقة، لأن المعنى الظاهر في نص المادة

¹ الجزيري (عبد الرحمان)، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1424 هـ - 2003 م، ط 2، ج 5، ص 86.

² سلامة (أحمد زياد)، أطفال الأنابيب بين العلم والشرعية، الدار العربية للعلوم، الاردن، 1417 هـ - 1996 م، ط 1، ص 142 -

40 هو أن نكاح الشبهة شيء والنكاح الفاسد شيء آخر، وهذا المعنى غير صحيح، لأن النكاح الفاسد ما هو إلا نوع من أنواع الشبهة.

ومن هنا يبدو أن الأمور إختلطت على المشرع ولم ينتبه لهذا الخلط أثناء تعديله الأخير لقانون الأسرة، إذ كان يفترض أن يتكلم عن الوطء بشبهة، ما دام أنه أقر ثبوت النسب وفقا لمبادئ الزواج الصحيح وبالنكاح الفاسد بشبهة.

فلا مناص إذن من إعادة صياغة نص المادة 40 من (ق. أ) لتصبح صياغتها كالتالي: " يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالزواج الفاسد أو بالإقرار أو بالبينة أو بالوطء بشبهة. يجوز اللجوء إلى الطرق العلمية لأثبات النسب" ولا داعي لإعادة تفصيل النكاح الفاسد ما دامت المواد 32، 33، 34 قد تولت تفصيل البعض منه.

وبهذا التفصيل يتسق نص المادة 40 مع النصوص الأخرى فيما يتعلق بالنكاح الفاسد وما يتعلق بالمصدر الذي استنبط منه قانون الأسرة أحكامه.

ويكون بذلك المشرع قد حقق الهدف الذي سعى إلى تحقيقه الفقه الإسلامي من تيسير ثبوت النسب بالزواج الصحيح وما يلحق به، وهو المخالطة بناء على عقد فاسد أو بالدعوى في وطء الشبهة.

كذلك يعاب على نص المادة 40 من (ق.أ) من حيث الشكل أنها لم توفق في إختيار مصطلح Apparent سيؤدي إلى الإلتباس مع الزواج الظاهر، الذي يعاشر فيه الرجل امرأة لا تربطه بها أي علاقة زوجية إنما تجمعها رابطة حرة، ومع ذلك يعتقد الغير أنهما زوجان نظرا لمعاشرته لها معاشرة الأزواج.

ولتفادي هذا الخلط يتعين على المشرع الجزائري البحث عن مصطلح آخر للدلالة على نكاح الشبهة علما أن البعض يعبر عن الشبهة بمصطلح ¹la vraisemblance.

فبعد التعرض إلى إثبات النسب بالفراش والذي تضمن الزواج الصحيح والزواج الغير الصحيح ونكاح الشبهة والتي نص عليهم المشرع الجزائري في إثبات النسب فمن الواجب التعرض إلى كيفية حماية النسب قديما وذلك من خلال تعرفنا على القيافة والقرعة.

بعد ما تطرقنا إلى حماية النسب بالطرق الشرعية، والتي نص عليهم المشرع الجزائري في إثبات النسب نرى انه من الضروري أن نخرج عن كيفية حماية النسب بالطرق التقليدية التي كانت تستعمل قديما في

¹ تشوار (جيلالي)، النقائص التشريعية القوانين الأحوال الشخصية المغاربية في مسألة النسب، مرجع سابق، ص 148 .

معرفة النسب والمحافظة عليه سواء بالقيافة التي تتطابق مع أحكام البصمة الوراثية حالياً أو بالقرعة وهذا هو محل دراستنا لاحقاً.

المبحث الثالث: حماية النسب بالطرق الاحتياطية التقليدية (القيافة والقرعة)

تعتبر القيافة من أقدم الطرق التي عرفت في الشريعة الإسلامية لمعرفة الأثر والشبه فإذا تعذر الكشف عن النسب صار الأمر في التعرف عليه بواسطة خبير يعرض عليه الأمر فينظر إلى أطراف المولود فينسبه إلى أبيه الحقيقي، وتصنف من الطرق الضعيفة في إثبات النسب حيث يختلف الفقهاء إختلافاً كبيراً حول مسألة إثبات النسب بالقافة ولما كانت القيافة قائمة على تتبع الأثر والشبه فقد قاسها العلماء المعاصرون على البصمة الوراثية، كذلك تعتبر القرعة من بين وسائل حماية النسب وإثباته، ويلجأ إليها عند تساوي البينات.

وللتعرف عن طرق حماية النسب في العصور القديمة قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: القيافة بمثابة A D N العصر القديم

المطلب الثاني: القرعة وسيلة احتياطية لحماية النسب

المطلب الأول: القيافة بمثابة A D N العصر القديم

إحتل النسب في حياة العرب قديماً مكانة عالية، وكانوا يعتمدون على علم القيافة في إثبات النسب إذا كانت ثمة تنازع في النسب، واشتهر العرب خاصة بني مدلج في هذا العلم، وكانوا يصلون إلى نتائج قاطعة للنزاع، وجاء الإسلام وأولى النسب أهمية أعظم فوضع وسائل لإثبات النسب وحفظه وهي (الفرش - الإقرار - البينة) ولم يغفل القيافة فإذا إنعدمت تلك الأدلة، كان القول للقيافة.

لهذا يمكننا القول أن القيافة هي الأصل بالنسبة للبصمة الوراثية وهي الجذر العميق لها فما حقيقة القيافة ماهي شروط العمل بها ومنزلتها وموقف البصمة الوراثية منها؟

للإجابة عن هذه التساؤلات سوف نتطرق لحقيقة القيافة وشروط وحالات العمل بها في إثبات النسب

(الفرع الأول) وموقف البصمة الوراثية منها (الفرع الثاني)

الفرع الأول : حقيقة القيافة وشروط وحالات العمل بها

اختلفت آراء الفقهاء في الحكم بإثبات النسب بالقيافة أولاً؟ لهذا نرى أنه من الأهم تعريف القيافة وعرض آراء الفقهاء حول إمكانية إثبات النسب بها (الفقرة الأولى) وشروط وحالات العمل بالقيافة في إثبات النسب (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى: تعريف القیافة

سوف نتطرق للتعريف اللغوي للقیافة (أولاً) ثم التعريف من الناحية الإصطلاحية (ثانياً) وآراء الفقهاء في إثبات النسب بالقیافة (ثالثاً).

أولاً: القیافة لغة: من قاف يقوف قیافة فهو قائف، ويقال فلان يقوف الأثر يقفاه قیافة، والجمع قافة.¹

وقيل القائف: (اصطلاحاً) هو الذي يتبع آثار الأباء في الأبناء، ويعرف النسب بفراسته ونظره إلى أعضاء المولود²

ثانياً: إصطلاحاً:

جاء المعنى الإصطلاحی للقیافة على نسق المعنى اللغوي، فهي التعرف على النسب المولود بالفراسة وبالنظر إلى أعضائه وأعضاء والده .

والقیافة عند القائلين بالحكم بها في إثبات النسب إنما تستعمل عند عدم الفراش والبيئة وحال الإشتباه في نسب المولود والتنازع عليه فيعرض على القافة.

أما إذا كان الفراش قائماً بأن كانت والددة الولد متزوجة أو وجدت البيئة فلا يلجأ إلى سؤال القافة ولا عبدة بقولهم³

ثالثاً: آراء الفقهاء في إثبات النسب بالقیافة

اختلف الفقهاء في حكم إثبات النسب بالقیافة عند إنعدام وسائل إثبات النسب المتفق عليها إلى قولين مشهورين:

1 - القول الأول: أنه لا يصح الحكم بالقیافة في إثبات النسب، وإليه ذهب الحنفية.⁴

¹ (الفيروز أبادي)، القاموس المحيط، ج 4، ص 372. أنظر معجم المصباح المنير، (القاف مع الفاء وما يماثلها) مادة (قفوت)، ص 195.

² الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف (بابن همام الحنفي)، شرح فتح القدير، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1424 هـ - 2003 م، ط 1، ج 5، كتاب العتاق، ص 47 .

³ السبيل (عمر بن محمد)، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها استخداماً في النسب والجنائية، دار الفضيحة، الرياض، 1423 هـ - 2002 م، ط 1، ص 25.

⁴ علاء الدين أبي بكر بن مسعود (الكاساني الحنفي)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، كتاب الدعوى، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1424 هـ - 2003 م، ط 2، ج 8، ص 469.

وحجتهم في إبطال المصير إلى قول القائف أن الله تعالى شرع حكم اللعان بين الزوجين عند نفي النسب ولم يأمر بالرجوع إلى قول القائف، فلو كان قوله حجة لأمر بالمصير إليه عند الإشتباه، ولأن قول القائف رجم بالغيب ودعوى لما إشتأثر الله عزول بعلمه وهو في الأرحام كما قال الله تعالى: ﴿وَيَعْلَمُ مَا فِي الْأَرْحَامِ﴾¹، والبرهان له على هذه الدعوى، وعند إنعدام البرهان كان في قوله قذف المحصنات ونسبة الأولاد إلى غير الآباء، ومجرد الشبه غير معتبر، فقد يشبه الولد أباه الأدنى وقد يشبه الأب الأعلى الذي بإعتباره يصير منسوباً إلى الأجانب في الحال، وإليه أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم حين أتاه رجل فقال: أنا أسود شديد السواد، وقد ولدت إمرأتي، ولدا أبيض فليس مني فقال: صلى الله عليه وسلم (هل لك من أبل؟) فقال نعم فقال: (مالونها؟) قال: حمر فقال صلى الله عليه وسلم

(هل فيها من أورك؟) فقال: نعم فقال صلى الله عليه وسلم (مما ذاك؟) فقال: لعل عرقاً نزع. فقال: صلى الله عليه وسلم (ولعل هذا عرقاً نزع)² فبين صلى الله عليه وسلم أنه لا عبرة للشبه، فقد يأتي الولد على غير شبه أبيه فلم يجعله عليه الصلاة والسلام سبباً في نفي النسب، ولم يعول عليه حكماً

2 - القول الثاني: جواز الحكم بالقيافة في إثبات النسب عند الإشتباه والتنازع.

وإليه ذهب جمهور الفقهاء³ من المالكية والشافعية والحنابلة.

وإستدل أصحاب هذا القول بحديث عائشة - رضي الله عنها - قالت: دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم مسروراً تبرق أسارير وجهه فقال: (ألم تسمعي ما قال مجزز المدلجين لزيد وأسامة ورأى أقدامهما فقال: أن هذه الأقدام بعضها من بعض)⁴ قالوا: وهذا ما روي عن ابن عباس وعن أنس بن مالك ولا مخالف لهم من الصحابة.

وإعترض عليه أن ثبوت نسب أسامة رضي الله عنه كان بالفراش لا بقول القائف إلا أن المشركين كانوا يطعنون في ذلك لإختلاف لونهما، وكانوا يعتقدون أن عند القافة علم بذلك، وأن بني المدلج هم

¹ سورة لقمان الآية: 34.

² صحيح مسلم، ج 6، كتاب اللعان، باب اللعان، حديث رقم 3328، ص 153، أنظر ابن القيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، ج 5، فصل في حكمه صلى الله عليه وسلم في لحوق النسب بالزوج إذا خالف لون ولده لونه، مرجع سابق، ص 366 - 367.

³ عيش (محمد)، شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل، دار الفكر، بيروت - لبنان، 1404 هـ - 1984 م، ط 1، ج 6، باب إذا ولدت زوجة رجل وأمة آخر واختلطتا عينته القافة، ص 492.

⁴ صحيح مسلم، ج 6، تابع كتاب الرضاع، باب العمل بالحق القائف، حديث رقم 3197، ص 13.

المختصون بعمل القيافة، وجز ريشهم، فلما قال ما قال كان قوله ردا لطعن المشركين، فإنما سر به رسول الله صلى الله عليه وسلم لهذا، لا لأن قول القائف حجة في النسب شرعا¹.

وردا على الإعتراض، نعم، النسب كان ثابتا بالفراش وكان الناس يقدحون في نسبه، لكونه أسود وأبوه أبيض، فلما شهد القائف بأن تلك الأقدام بعضها من بعض سر النبي صلى الله عليه وسلم بتلك الشهادة التي أزلت التهمة، حتى برقت أسارير وجهه من السرور، لكن لو كانت القيافة باطلة لم يقل لعائشة:

(ألم تري أن مجزز المدلجي قال كذا وكذا) فإن هذا إقرار منه، ورضا بقوله، ولو كانت باطلة: لم يقر عليها، ولم يرضى بها، فأقراره صلى الله عليه وسلم على ذلك يدل على أن القافة حق .

قال الشافعي- رحمه الله- (فلو لم يعتبر قوله لمنعه من المجازفة، وهو صلى الله عليه وسلم لا يقر على خطأ ولا يسر إلا بالحق)²

وإستدلوا أيضا بحديث الملاعنة والمقصود أن النبي صلى الله عليه وسلم إعتبر الشبه في لحوق النسب وهذا معتمد القائف، لا معتمد له سواء وقد قال صلى الله عليه وسلم: (إن جاءت به أصهب أرجح أثيب حمش الساقين فهو لهلال وإن جاءت به أورق جعدا جماليا خدلج الساقين سابغ الإليتين فهو للذي رميت به) فجاءت به أورق جعدا جماليا خدلج الساقين سابغ الإليتين فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم

(لولا الأيمان لكان لي ولها شأن) وقالوا: وهل هذا إلا إعتبار للشبه وهو عين القافة، فإن القائف يتبع أثر الشبه وينظر إلى من يتصل فيحكم به لصاحب الشبه وقد إعتبر النبي صلى الله عليه وسلم الشبه وبين سببه³

وإعترض عليه بأنه لو كان للشبه أثر لإكتفى به، ولم يحتج إلى اللعان، ولكن ينتظر ولادته ثم يلحق بصاحب الشبه، ويستغني بذلك عن اللعان، بل كان لا يصح نفيه مع وجود الشبه بالزوج وقد دلت السنة الصحيحة الصريحة على نفيه عن الملاعن ولو كان الشبه له، فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال: أبصروها فإن جاءت به كذا وكذا فهو لهلال بن أمية، وهذا قاله بعد اللعان ونفي النسب عنه، فعلم أنه لو

¹ المقادمة (عائشة إبراهيم أحمد)، إثبات النسب في ضوء علم الوراثة، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، 1433 هـ - 2012 م، ص 30.

² (ابن القيم الجوزية)، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، دار علم الفوائد، مجمع الفقه الاسلامي، جدة، (د. ت)، (د. ط)، المجلد 1، ص 576.

³ (ابن القيم الجوزية)، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، مرجع سابق، ص 587.

جاء على الشبه المذكور لم يثبت نسبه منه، وإنما كان مجيئه على شبهه دليلا على كذبه لا على لحوق الولد به¹.

ورد على الاعتراض، بأن تقديم اللعان على الشبه وإلغاء الشبه مع وجوده، فهو من تقديم أقوى الدليلين على أضعافهما، فاللعان سبب أقوى من الشبه، وذلك لا يمنع العمل بهما عند عدمهما².

وإستدلوا بإجماع الصحابة على القيافة، فقد عمل بها عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وأبو موسى الأشعري، وابن عباس، وأنس بن مالك رضي الله عنهم ولم يوجد مخالف لهم³

قال حنبل سمعت أبا عبد الله قيل له: تحكم بالقيافة؟ قال: نعم، لم يزل الناس على ذلك. وإعترض عليه بأن حكم عمر قد إختلف فروي عنه ما ذكرتم.

وروي عنه أنه لما قال له القائف قد إشتراكا فيه قال: (وآل أيهما شئت)⁴

ورد على الاعتراض أن ما روي عن عمر أنه قال: (و آل أيهما شئت)، فلا تعرف صحته عنه فإن ما ذكر عنه في غاية الصحة مع أن قوله: وآل أيهما شئت ليس بصريح في إبطال قول القائف، ولو كان صريحا في إبطال قوله لكان في مثل هذا الموضوع إذا ألحقه بإثنين⁵

وأن عمر بن الخطاب كان يليب أولاد الجاهلية بمن إستلحهم أي بمن إدعاهم في الإسلام فأتى رجلان كلاهما يدعي ولد إمراة، فدعا قائفا فنظر إليه فقال القائف: لقد إشتراكا فيه، فضربه عمر بالدرة، ثم دعا المرأة فقال: أخبريني بخبرك، فقالت: كان هذا - لأحد الرجلين - يأتي في إبل لأهلها فلا يفارقها حتى يظن ونظن أنه قد إستمر بها حمل، ثم إنصرف عنها فأريقت عليه دما ثم خلف هذا عليها، تعني الآخر فلا أدري إيهما هو، فكبر القائف، فقال عمر للغلام: وآل إيهما شئت . قالوا: فقضاء عمر بمحضر من الصحابة بالقيافة من غير إنكار من واحد منهم هو كالإجماع⁶

¹ بجاق (محمد)، مرجع سابق، ص 43.

² (ابن القيم الجوزية)، مرجع سابق، ص 588، أنظر خليفة (علي الكعبي)، مرجع سابق، ص 244.

³ الخطيب (محمود)، مرجع سابق، ص 300.

⁴ القرطبي (ابن رشد)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، ص 359.

⁵ خليفة (علي الكعبي)، مرجع سابق، ص 249.

⁶ القرطبي (ابن رشد)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق، ج2، ص 359، الجباري (عثمان)، الفراسة كوسيلة للاستدلال على الشخصية في مجتمع واد سوف - تتبع الاثر والقيافة نمودجين - مجلة البحوث الاجتماعية، العدد 6، 2014، ص 126.

ومن القياس أصول الشريعة تشهد للقافة، لأن القول بها حكم يستند إلى درك أمور خفية وظاهرة، توجب للنفس سكونا، فوجب إعتباره كنقد الناقد وتقويم المقوم¹

من خلال ما سبق يتبين أن ما ذهب إليه الجمهور من الحكم بالقيافة وإعتبارها طريقا شرعيا في إثبات النسب هو المختار والأقرب للصواب، لقوة أدلتهم من السنة المطهرة على ذلك، وثبوت العمل بها عند عدد من الصحابة رضي الله عنهم، ولم يعرف لهم مخالف، فكان كالإجماع منهم على الحكم بها، وهذا راجع لأهمية النسب وخطورته وضرورة أن يلحق الولد بأبيه، كذلك إعمال الدليل خير من إهماله.

بعد عرض آراء الفقهاء والوقوف عند الاختلاف الواقع بينهم في إثبات النسب بالقيافة سوف نتطرق للشروط التي يجب أن تتوفر في القيافة لإثبات النسب بها وشروط القائف حتى يكون قوله صحيحا، وحالات العمل بالقيافة.

الفقرة الثانية: شروط وحالات العمل بالقيافة في إثبات النسب

إن البحث في هذه الفقرة يستدعي تقسيمها إلى شروط العمل بالقيافة (أولا) وشروط القائف (ثانيا) ثم حالات العمل بالقيافة في إثبات النسب (ثالثا)

أولا: شروط العمل بالقيافة

الشرط الأول: عدم قيام مانع شرعي من الإلتحاق بالشبه

فإذا تعارض الشبه مع الفراش، فلا عبرة للشبه، لأن الفراش هو الدليل الأقوى، لقوله صلى الله عليه وسلم: " الولد للفراش وأحتجبي منه يا سودة " فقد ألغي صلى الله عليه وسلم شبه الولد بعتبة، وألحق النسب بزمعة صاحب الفراش.

كذلك لو نفى نسب ولده من زوجته، فإنه يلاعنها ولا يلتفت إلى إثبات الشبه بقول القافة، لأن الله عز وجل شرع إجراء اللعان بين الزوجين من باب تقديم أقوى الدليلين على أضعفهما²

الشرط الثاني: وقوع التنازع في الولد نفيا أو إثباتا وعدم وجود دليل يقطع هذا التنازع، كما لو وطئ رجلان امرأة بشبهة، وأمكن أن يكون الولد من أحدهما، وتنازعا، فإنه يعرض معهما على القافة، فبأيهما ألحقته لحق به¹.

¹ دبور (أنور محمد)، إثبات النسب بطريق القيافة في الفقه الإسلامي، دار الثقافة العربية، القاهرة، 1985 م، (د. ط)، ص 38.

أنظر أيضا الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية (لابن القيم)، مرجع سابق، 587

² الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الاوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، 1404 هـ - 1983 م، ط2، ج34، ص 100.

الشرط الثالث: إمضاء القاضي قول القائف عند التنازع

فيما نص عليه الشافعية، فلا يصح إلحاق القائف حتى يأمر القاضي².

الشرط الرابع: حياة من يراد إثبات نسبه بالقيافة

وهذا شرط في الراجح عند المالكية، ولم يشترط فقهاء الشافعية ذلك، فيجوز عرضه على القافة، ما يتغير أو يدفن.

الشرط الخامس: حياة من يلحق به النسب

إشترط بعض فقهاء المالكية حياة الأب لإلحاق الولد، فإن مات الأب، فلا قول للقافة من جهة قرابته، إذ لا تعتمد على شبه غير الأب.

ويجوز عند كثير من المالكية عرض الأب على القافة إن مات ولم يدفن.

ولم يشترط فقهاء الشافعية والحنابلة هذا الشرط، بل يجوز عندهم عرض الولد على القافة مع المتداعين للولد، أو ذوي أرحامهم أن كان المدعون لهم موتى أو كان بعضهم ميتاً³

ثانياً: شروط القائف

لقد إشتراط الفقهاء لإعتبار قول القائف والحكم به في إثبات النسب عدة شروط وذلك لأن قول القائف إما خبر أو شهادة، وكلاهما لا بد فيه من أهلية لذلك، ومجمل ما ذكره الفقهاء من شروط في القائف أن يكون مسلماً، عدلاً، ذكراً، حراً، مكلفاً، سميعاً، بصيراً، ناطقاً، معروفاً بالقيافة، مجرباً في الإصابة، وأن لا يجر لنفسه بذلك نفعاً أو يدفع ضرراً فلا يقبل قوله لأصوله وفروعه، ولا يقبل على من بينه وبينه عداوة، لكيلا يحمله الهوى نحوى أي منهما فيجُر له نفعاً، أو يوقع به ضرراً، وأن يشهد بإثبات النسب قائفان فأكثر⁴

هذه مجمل الشروط التي إشتراطها الفقهاء في القائف كي يقبل قوله ويحكم بثبوت النسب بناء عليه.

لكن لسنا بصدد مناقشة كل هذه الشروط لأنها كانت محل جدل بين الفقهاء لهذا سوف أذكر ما يناسب الدراسة فقط وهي:

¹ عبد الرحمان بن ابي عمر محمد بن أحمد (ابن قدامه المقدسي)، الشرح الكبير، دار الكتاب العربي، (د. م)، (د. ت)، (د. ط)، ج 6، ص 406.

² المقادمة (عائشة)، مرجع سابق، ص 40 .

³ الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، ص 101.

⁴ السبيل (عمر)، مرجع سابق، ص 51.

1 - الإسلام: فيشترط في القائف أن يكون مسلماً لأن في القيافة ولاية وقد قال الله تعالى:

﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾¹

وهذا الشرط إنما يكون في حالة إثبات النسب لمسلم أما في حالة إثبات النسب لكافر، فإن قول الكافر يقبل في حق كافر عند بعض أهل العلم، كما في الشهادة²

2 - العدالة: فهو كالشاهد ويبني على كلامه الأحكام فيجب أن يكون عدلاً حتى لا تضيع الأنساب والقائف كالحاكم، وإختلفت الرويات عن مالك في إشتراط عدالة القائف للعمل بقوله، فرواية ابن حبيب عن مالك أنه يشترط العدالة في القائف الواحد، وروى ابن وهب عن مالك الإجتزاء بقول واحد كما تقدم عن ابن القاسم ولم يشترط العدالة، أما الشافعية والحنابلة فيشترطون العدالة للعمل بقول القائف لأنه حكم فتشترط فيه³

3 - أن يكون ذكراً: فقابلية الرجل للحفظ والذاكرة أقوى من ذاكرة المرأة لما وردت من أحاديث أخرى وخاصة أن المسالة وهي القيافة معهودة للرجال دون النساء ولم في الكتب أن امرأة كانت قائفه⁴

4 - التجربة: لا خلاف بين الفقهاء في أن يكون القائف مجرباً وذلك للإحتياط في معرفة إصابته وخبرته وقيل أن التجربة أن يعرض عليه ولد في نسوة ليس فيهن أمه ثلاث مرات وفي نسوة فيهن أمه فإذا أصاب في كل فهو مجرب⁵

5 - العدد: بمعنى أن يحكم في الواقعة إثتان فأكثر، لأن القيافة كالشهادة فإعتبر فيها العدد، وهذا هو قول مالك في إحدى الروايتين والشافعي يشترط رجلين ومالك قال واحد أو إثنتين وأحمد يشترط إثنتين فروي عنه أنه قيل له: إذا قال أحد القافة: هو لهذا، وقال الآخر: هو لهذا، لأنه قول واحد حتى يجتمع إثتان فيكونا شاهدين، فإذا شهد إثتان من القافة أنه لهذا فهو لهذا لأنه قول يثبت به النسب فأشبهه بالشهادة⁶

ثالثاً: حالات العمل بالقيافة في إثبات النسب

يدعى القائف عادة لتحديد نسب الطفل المجهول النسب في حالات كثيرة أهمها:

¹ سورة النساء الآية: 141.

² وهو قول في مذهب الحنابلة إختاره شيخ الإسلام ابن تيمية وغيره.

³ الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، ج 34، ص 98 .

⁴ ناجي (حسن)، مرجع سابق، ص 218.

⁵ أبو خزيمة، (عبد العزيز)، مرجع سابق، ص 221.

⁶ حسن (عبد العزيز)، مرجع سابق، ص 101.

1 - أن يدعي إثنان من الرجال بنوة طفل، ولا توجد لأحدهما بينة أو وجدت لهما بينتان متعارضتان، فيدعى القائف لتحديد والد الطفل منهما.

2 - أن يطأ رجلان امرأة في طهر واحد، وطء يلحق به النسب فتأتي بولد يمكن أن يكون منهما، وذلك كما لو وطئ شخص امرأة شخص آخر بشبهة بأن وجدها في فراشه فظنها زوجته، فوطئها في طهر ووطئها فيه زوجها فأنت بولد فيدعى القائف لتحديد والد منهما.

ومن أمثله وطء الشبهة، أن يدعو زوجته في ظلمة فتجيبه زوجة آخر، أو يتزوجها أحدهما زواجا صحيحا والآخر زواجا فاسدا، مثل أن يطلق رجل امرأته فيتزوجها آخر في عدتها ويطؤها فتأتي بولد، فيدعى القائف لتحديد أبيه سواء إدعاه الواطئ بشبهة والزوج معاً أو أنكره معاً، أو إدعاه أحدهما دون الآخر.

3 - أن تلد امرأتان ابناً وبناتاً، وتدعي كل منهما أن ولدها هو الإبن لا البنت، فيدعى القافة لمرأتين والوالد فيلحق كل منهما بمن ألحقه به.

4 - أن يتدعى شخصان صبياً مجهول النسب، وإما كونه منهما سواء كان لقيطاً أملاً، حياً أم ميتاً، ومثل التداعي فيالحكم ما لو إدعاه أحدهما وسكت الآخر، أو إنكاره لأن للمولود حقا في النسب فلا يسقط بالإنكار من غيره، ففي جميع هذه الحالات يدعى القائف ويعرض عليه الصغير ولو بعد موت أحد المتداعين، لأن الشبه لا يزول بالموت، فمن ألحقه به وهذا هو رأي الشافعية.

وذهب المالكية إلى أن القافة تعتمد على الصغير إذا كان حياً أما إذا نزل ميتاً فلا قيافة، كما أنها تعتمد على الأب سواء كان حياً أم ميتاً، وكانت القافة تعرفه قبل موته معرفة تامة، فإذا كان قد دفن ولم تكن القيافة قبل وفاته فلا يصح الإعتماد عليه حينئذ.

5 - أن تدخل المرأة ماء محترماً لرجلين بطريقة الإشتباه، ثم تلد بعد ذلك ولدا لا يعرف من أي المائين هو، فيدعى القافة لتحديد نسب الإبن.¹

الفرع الثاني: موقف البصمة الوراثية من القيافة

في كثير من الأحيان نجد أن المكتشفات الحديثة لها ثوابت قديمة، مما يجعلنا نقول بالارتباط الوثيق بين القديم والحديث، وأن هذا التغير هو تطور طبيعي للقديم يمتاز بالدقة والسهولة والسرعة، والبصمة الوراثية لها هذا الارتباط الوثيق بالقيافة، وهي التطور الطبيعي لها الذي إمتاز بالدقة والبسر.

¹ يوسفات (علي هاشم)، النسب في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 317. أنظر اوان الفيضي (عبد الله)، أحكام حق الجنين في النسب - دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة - دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر - الإمارات، (د.ت)، ص 109.

وهذا ينتج عنه وجود العديد من نقاط الالتقاء ومواطن الاختلاف وهي كالآتي:

أولاً: نقاط الالتقاء

- 1- كلاهما يتفقان على إعتادهما على الشبه بين الأصل والفرع، وبهما يثبت النسب لصحت تجربتهما (عند التنازع وإنعدام الوسائل الأساسية)، فالقائف الماهر يلحق الولد بوالده ويحكم بعلاقة النسب بينهما، وكذلك البصمة الوراثية تحكم بنسب الرجل لولده (البيولوجي لا الشرعي) بصورة أدق وأسهل وأتم.
- 2- تتفق البصمة الوراثية والقيافة في عدم نفي النسب أو إثباته في حالة وجود الفراش الصحيح والقائم بين زوجين لا خلاف بينهما، ويعمل بهما عند التنازع على إثبات النسب، فإن ثبت بالفراش أو البيئة أو الإقرار، فلا مجال للقيافة أو البصمة الوراثية حينها¹.

ثانياً: مواطن الاختلاف

- 1- البصمة الوراثية تعتمد على الشبه الباطني أما القيافة فهي تعتمد على الشبه الظاهري من المعلوم أن القيافة هي عملية بدائية قديمة وتعتمد على القدرة على معرفة فارق الشبه باستخدام المطابقة بين الأعضاء كلون الأقدام أو اليدين أو العينين وقد يصيب القائف وقد يخطئ بينما البصمة الوراثية تقنية متطورة يكاد يجزم بصدق نتائجها وهي تعتبر دليلاً تكميلياً مسانداً لإثبات النسب ونفيه أي أن البصمة الوراثية تعتمد على الخبرة الفنية العملية والتقنية المتطورة بخلاف القيافة فإنها تعتمد على خبرة المشاهد والفراسة والنظر فقط.
- 2- في حالة إختلاف الزوجين في دعوى النسب للإبن المشكوك في صحته، فإن البصمة الوراثية تستطيع إثبات هذا الإبن أو نفيه بخلاف القافة فإنها لا تستطيع ذلك².
- 3- البصمة الوراثية تستخدم في إثبات النسب في أي وقت وأية حالة عليها الإنسان، ويمكن أن تجري على الأموات بخلاف القيافة فهي تجري على الأحياء أو الأموات قبل الدفن، وإذا لم يتغيروا بعد الدفن عند بعض العلماء، فمجالها أوسع وأنشط من القيافة .
- 4- البصمة الوراثية تستخدم في مجالات عدة غير النسب فتستخدم في المجال الجنائي، وتحديد الهوية ومعرفة المجرمين الهاربين من العدالة ولمعرفة الجنسية، والإنتساب إلى الشعوب والقبائل أما القيافة فهي تقتصر على مجال النسب فحسب.

¹ واصل (نصر فريد)، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، السنة الرابعة عشرة، العدد 17، ص 78. أنظر خليفة (علي الكعبي)، مرجع سابق، ص 255.

² آل قرون (زيد بن عبد الله بن إبراهيم)، البصمة الوراثية وأثرها في الإثبات، بحث مقدم لمؤتمر القرائن الطبية المعاصرة وآثارها الفقهية، 1431 هـ - 2010 م، ص 482 - 483.

وعودة لما تقدم ذكره بما يفيد الموضوع وهو أن البصمة الوراثية تختلف من شخص لآخر وأن الصفات الوراثية تظهرها البصمة الوراثية بكل دقة ونجاح ويبرز ذلك من خلال الصفات الوراثية التي يحملها الإبن والتي يكون أصلها من الأب (عن طريق الحيوان المنوي) ومن الأم (عن طريق البويضة) وعليه فلا بد من وجود أصل الصفات الوراثية الموجودة في الإبن في كل من الأب والأم فإذا وجدت الصفات الوراثية الموجودة في الإبن نصفها من الأم ونصفها الآخر غير مطابق لما هو في الأب المدعى عليه فهذا يدل على أن هذا ليس هو الأب الحقيقي للإبن والعكس صحيح .

وبذلك تكون البصمة الوراثية مظهرة للصفات الوراثية ومن تم فهي تثبت النسب أو تنفيه بنسبة عالية تصل إلى 99.9% كما تبين بالأبحاث العلمية في هذا المجال.

وكما سبق ذكره في هذه الدراسة وجدنا البصمة الوراثية تحتل الصدارة في إثبات النسب وتحقيق الشخصية لما لها من دقة عالية ونتائج مبهره لأنها تعتمد على تجارب العلمية الأكيدة لا مجرد التخمين أو القياس (الذي يتوقع خطأه) ويمكن حدوثه خاصة إذا كان القائف قليل الخبرة .

وقد ذهب معظم علماء العصر (الذين كتبوا في البصمة الوراثية) إلى أن البصمة الوراثية لا تلغى القيافة لأنها قد وردت بنص ويحتاج إليها في الكثير من البيانات، خاصة التي لا تعرف تقنية البصمة الوراثية من الشعوب إلا أن البصمة الوراثية تقدم على القيافة، لأنها أصدق في معرفة الحقيقة على أنه ينبغي معرفة وجوب تقدم البصمة الوراثية على القيافة فهي التي تعرف الحقيقة لا القيافة، وهذه الحالة ذكرها الدكتور وهبة الزحيلي في بحثه (البصمة الوراثية ومجالات الإستفادة منها)، وهي حالة إختلاط الأطفال حديثي الولادة، وإشتباه الأمر على الأمهات عن عمد أو غير عمد، خاصة إذا علمنا أن الأطفال في الأيام الأولى من عمرهم كثيرا ما يتشابهون فإذا إدعت إمرأتان مولودا ولم يكن لهن إثبات، كشهود أو قيافة أو أشكل على الشهود فيمكن إستخدام البصمة الوراثية في التحقيق من نسب الأولاد¹

أما ما أراه حتميا في وقتنا الحالي: هو وجوب إعمال البصمة الوراثية بسبب صعوبة إجراء القيافة في هذه الحالة لذلك تُقدم البصمة الوراثية على القيافة، ويفضل العمل بها، لأنها تظهر الحق وتجليه وتنسب الإبن إلى والديه الحقيقيين.

أما إذ لم يحل النزاع عن طريق القيافة وتساوت البيانات يجب في هذه الحالة أن يقرع بين الخصوم، لأن القرعة تشكل عامل الترجيح في إلحاق النسب، وبذلك تعتبر حل للنزاع القائم بين الطرفين، ومن تم ينسب الولد لأب واحد .

¹ الزحيلي (وهبة)، البصمة الوراثية ومجالات الإستفادة منها، بحث في مجلة مجمع الفقه الاسلامي، مكة المكرمة، السعودية، ص

المطلب الثاني: القرعة وسيلة احتياطية لحماية النسب

تعد القرعة واحدة من وسائل حماية النسب، كان معمولاً بها قديماً عند عدم وجود شيء من مثبتات الأبوة السابقة من الفراش والإقرار والبيئة والقافة فما المقصود بالقرعة؟ وماهي آراء الفقهاء في حماية النسب بها؟ وما موقف البصمة الوراثية منها؟

للإجابة عن هذه التساؤلات نقسم هذا المطلب إلى فرعين نتناول في (الفرع الأول) معنى القرعة ورأي الفقهاء في حماية النسب بها و(الفرع الثاني) موقف البصمة الوراثية منها.

الفرع الأول: المقصود بالقرعة

قسمت هذا الفرع إلى فقرات نتناولها تبعا في (الفقرة الأولى) تعريف القرعة ودليل مشروعيتها أما (الفقرة الثانية) آراء الفقهاء في حماية النسب بها.

الفقرة الأولى: تعريف القرعة ودليل مشروعيتها

سوف نعرف القرعة لغة (أولا) ثم القرعة اصطلاحاً (ثانياً) وبعدها نتطرق لدليل مشروعيتها (ثالثاً)

أولاً: القرعة في اللغة: بضم القاف وسكون الراء من القرع وهو الضرب، والقرعة السُهمة، والنصيب.

ويقال قرع قرعا السهم الغاية أيأصابها. وقرعه غلبه في القرعة فغلبه وأصابته القرعة دونه.

يقال: إقترع القوم وتقارعوا إذا حصل التساهم والإقتسام بطريقة القرعة فيما بينهم.¹

ثانياً: أما اصطلاحاً: هي طريقة تعمل لتعيين ذات أو نصيب من بين أمثاله إذا لم يمكن تعيينه بحجة، وسميت السُهمة بالقرعة لأنهم كانوا يجرون القرعة بالسهم على المقترعين، وعليها علامات يصطلحون على المراد بها، ثم إستعملوها أيضا بقطع رقاع صغيرة مستوية يُكتب في كل رقعة لقب إصطلاحي للقطعة المنقسم عليها أو أسماء المقترعين، وتُطلى تلك الرقاع بالطين في شكل بندقيات متساوية، ويجفف طينها، ثم توضع في وعاء يسترها، ثم يدخل كل واحد يده ويخرج نصيبه، فمن خرجت الرقعة المراد معه فقد أصابته القرعة.²

¹ لويس (معلوف)، المنجد في اللغة، المطبعة الكاثوليكية، بيروت، 2009 م، (د. ط)، حرف القاف، مادة قرع ص 621. أنظر المصباح المنير، مرجع سابق، كتاب القاف، القاف مع الراء وما يماثلها، ص 190.

² محمد عميم الإحسان المجددي (البركتي)، التعريفات الفقهية، معجم يشرح الألفاظ المصطلح عليها بين الفقهاء والأصوليين وغيرهم من علماء الدين، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1424 هـ - 2002 م، ط 1، ص 173.

ثالثا: دليل مشروعية القرعة

الأصل في مشروعيتها الكتاب والسنة والإجماع: من الكتاب: قوله

تعالى ﴿ذَلِكَ مِنْ أَنْبَاءِ الْغَيْبِ نُوحِيهِ إِلَيْكَ وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يَقُولُونَ أَقْلَمَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يَخْتَصِمُونَ﴾¹ فقد ذكر الله في كتابه العزيز أنهم إقترعوا على مريم أيهم يكفلها فخرجت القرعة لزكريا.

وقوله تعالى في قصة سيدنا يونس عليه السلام:

﴿إِذْ أَتَى إِلَى الْفُلْكِ الْمَشْحُونِ ﴿١٥﴾ فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ الْمُدْحَضِينَ﴾²

وهذه الآية تشير إلى إجراء القرعة بين أهل سفينة يونس (عليه السلام) حين ثقلت بهم وخشوا الغرق وأرادوا تخفيفها فإقترعوا فخرجت القرعة على سيدنا يونس عليه السلام فألقي في البحر.

قال ابن القيم في كتابه الطرق الحكيمة: " هذان نبيان كريمان إستعملا القرعة، وقد إحتج الأئمة الأربعة بشرع من قبلنا إن صح ذلك عنهم.³

ومن السنة فقد بين لنا الرسول صلى الله عليه وسلم أن ما ذكره القرآن هو الشرع لنا، أيضا فقد ورد في الصحاح أن النبي صلى الله عليه وسلم كان إذا أراد سفرا أقرع بين نسائه فأيتهن خرج سهمها خرج بها.⁴

أما الإجماع: فقد أجمع العلماء على إستعمالها في القسمة.

هذا وقد تبين أن القرعة قد عمل بها رسول الله صلى الله عليه وسلم في مواطن كثيرة، وقد صح الدليل بإعتبارها، فإذا أعوز الأمر، ولم يمكن التعيين بسبب من الأسباب الراجعة إلى ثبوت الفراه بالبيئة أونحوها، فإنه يرجع إلى القرعة، فأجمع المسلمون على جواز العمل بها، في ثبوت النسب والقسم بين الزوجات والعنق إلى غير ذلك من الأمور المشروعة.⁵ إلا أن الفقهاء إختلفوا في جواز العمل بها في النسب.

¹ سورة آل عمران الآية: 44.

² سورة الصافات الآية: 140-141.

³ (ابن القيم الجوزية)، الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية، مرجع سابق، ص 741.

⁴ صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب القرعة بين النساء إذا أراد سفرا، حديث رقم 5211، ص 1823.

⁵ (ابن قدامة)، المغني، دار عالم الكتب، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1417 هـ - 1997 م، ط3، ج 14، ص 379.

الفقرة الثانية: آراء الفقهاء في حماية النسب بالقرعة¹

اختلفت أقوال الفقهاء إذا وقع تعارض قول قائمين أو أكثر في إلحاق نسب ولد، فيما يأخذه، هل بالقرعة ويقول القائف الأول؟

لقد اختلف الفقهاء باللجوء إلى القرعة عند تساوي البيئات أو عدمها، وهم في ذلك على قولين.

حيث ذهب أصحاب هذا الرأي وهم الشافعية والمالكية إلى جواز العمل بالقرعة في النسب إذا تساوت البيئات أو تعارض قول القائفين، واستدلوا بالآيات والأحاديث السابقة، وقالوا أن متى تساوت الحقوق والمصالح فهذا موضع القرعة عند التنازع، دفعا للضعائن والأحقاد، والرضا بما جرت به الأقدار. كما استدلوا بحديث زيد بن أرقم رضي الله عنه الذي قال: كنت جالسا عند النبي صلى الله عليه وسلم فجاء رجل من اليمن، فقال: إن ثلاثة نفر من أهل اليمن أتوا علياً رضي الله عنه يختصمون إليه في ولد قد وقعوا على امرأة في طهر واحد، فقال للإثنين طيبا بالولد لهذا فغليا، أي صاحا، ثم قال للإثنين طيبا بالولد لهذا فغليا، ثم قال لاثنتين طيبا بالولد لهذا فغليا، فقال: أنتم شركاء متشاكسون، إني مقرع بينكم، فمن قرع فله الولد وعليه لصاحبه ثلثا الدية، فأقرع بينهم فجعله لمن قرع. فضحك رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى بدت نواجده.²

وفي الحديث دلالة على إباحة القرعة عند فقد الدليل، وبالجمل فبالقرعة طريق شرعي، شرعه الله ورسوله للتمييز عند الإشتباه، فسلوكه أولى من غيره من الطرق.³

وقد إعترض من قال بعدم جواز إجراء النسب بالقرعة على حديث زيد بن أرقم وقالوا أنه ضعيف ومرسل وفي رجاله من لا يحتج به.

وأجيب عليه بقول ابن القيم الجوزية وقد أعل الحديث: بأنه روي عن عبد خير بإسقاط زيد بن أرقم فيكون مرسلًا ثم قال: " قلت وليس هذا بعللة ولا يوجب إرسالاً للحديث، فإن عبد خير سمع من علي وهو صاحب القصة فهب أن زيد بن أرقم لا ذكر له في السنن فمن أين يجيء الإرسال.⁴

¹ (أحمد أحمد)، النسب في الشريعة والقانون، دار القلم، الكويت، 1403 هـ - 1983 م، ط1، ص 169 وما بعدها.

² محمود محمد (حسين)، النسب وأحكامه، مرجع سابق، ص 119.

³ قنديل (محمد عبد اللطيف)، مرجع سابق، ص 1314.

⁴ حسن (محمد عبد العزيز)، مرجع سابق، ص 112.

أما الرأي الثاني وهم الحنابلة والحنفية وبعض الشافعية والأكثر عند المالكية يرى بأنه لا يجوز العمل بالقرعة في تعيين نسب الولد لأنها لا تعتمد على شيء وحجتهم في ذلك أن القرعة تستعمل في الأموال وليس في إثبات النسب، لوجود طرق أخرى يعتمد عليها.

واعتبروا القرعة من قبيل الميسر والقمار اللذين حرمهما الله في كتابه العزيز¹، واستدلوا بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَمُ رَجَسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾²

واعترض ابن حزم عليه بقوله: " وقد كذبوا ما نسخ ذلك قط، وكيف يجمع المسلمون على تركه، وقد قضى علي رضي الله عنه باليمين، وأقر الرسول صلى الله عليه وسلم وعلمه، ومات بعده الرسول لنحو ثلاثة أشهر، فمن ذا الذي نسخ ذلك؟ وما وجدنا عن أحد من الصحابة (رضي الله عندهم) ولا التابعين إنكاراً لفعل علي كرم الله وجهه في ذلك وحكمه.

واعترض أمام أهل السنة (أحمد بن حنبل)، فقال: " من إدعى أنها منسوخة فقد كذب وقال الزور، والقرعة سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم، أقرع في ثلاثة مواضع (أقرع بين الأعداء الستة، وأقرع بين نسائه لما أراد السفر وأقرع بين الرجلين تداً في دابة)، وهي في القرآن في موضوعين، وهي حكم رسول الله صلى الله عليه وسلم وقضاؤه وفعله؟ قال تعالى: ﴿وَمَاءَ أُنْثَىٰ كُفْرًا فَخُذُوهُ وَمَا نَهَدِكُمُ عَنْهُ فَانْتَهُوا﴾³

بعد عرض آراء الفقهاء حول جواز العمل بالقرعة كوسيلة لإثبات النسب سوف نرى موقف البصمة الوراثية منها.

الفرع الثاني: موقف البصمة الوراثية من القرعة

تبين أن القرعة تأتي في المرتبة الأخيرة عند تساوي البيانات أو تعرضها أو إنعدامها في أمر يجب إختيار أحد النظراء لميزته، فلابد من إجراء القرعة وهي الحل الوحيد حينئذ لإثبات الحق وإرضاء الخاطرو دفع الأحقاد والرضا بالواقع وهذا ما كان يمارس في جميع الأمور التي لا حيلت فيها إلا القرعة، مما في ذلك النسب كما رأينا في قضاء علي بن أبي طالب وقد أقره الرسول على ذلك.

وفي واقعنا المعاصر ظهرت البصمة الوراثية، (التي أبهرت العقول لصحت نتائجها) وأحدثت ضجة كبيرة في معرفة الأشخاص ومعرفة الجنات، والفصل في جثث الكوارث وإلى من ينتسبون.

¹ المرزوقي (عائشة سلطان إبراهيم)، مرجع سابق، ص 100.

² سورة المائدة الآية: 90.

³ سورة الحشر الآية: 07.

لذلك تتأخر القرعة لتقدم البصمة الوراثية، لما لها من صحة النتائج وإطمئنان لها فالبصمة الوراثية تتقدم القرعة خلاف للأدلة السابقة من فراش وبينه وإقرار فهذه تقدم عليها بقوة الشرع، وفرضها على جميع الوسائل المستحدثة مهما كانت نتائجها، وهذا ما أجمعت عليه المجمع الفقهي في هذا الشأن.¹ ولهذا التقديم أسباب وهي:

1 - لكل عصر ما يناسبه من الأدلة فإذا كانت القرعة تناسب الزمن الماضي في إثبات النسب (عند التنازع وعدم البينة) فإنها لا تناسب عصرنا الذي أنتج وسائل أنجع في إظهار الحق، كالبصمة الوراثية فتقدم على القرعة وإن عدت قدمت القيافة والقرعة على حساب الحاجة ومناسبة الأحوال.

2 - الإسلام دين العدل والحق وإثبات الحقوق لأصحابها من أهم غاياته، القرعة كانت الحيلة الأخيرة لتحقيق هذا الهدف عند تعرض البينات أو تساويها أو إنعدامها، وهي وسيلة ضعيفة والبصمة الوراثية لا شك أنها أثبتت منها وأصدق نتائج، فلماذا لا تقدم عليها وهي وسيلة أقوى في إثبات الحق ومعرفة الحقيقة خاصة في الأنساب .

إعتبر الفقهاء رأي أهل الخبرة في كثير من الأحوال، وأسسوا عليه الأحكام بعد الرجوع إلى أهل التخصص² وقد أمر الله تعالى به في قوله: ﴿فَتَسَاءَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾³ وينطبق هذا على البصمة الوراثية.

يقول ابن القيم في الطرق الحكمية: ومنها ما يخص بمعرفة أهل الخبرة والطب وداء الحيوان الذي لا يعرفه إلا البيطرة، فيقبل في ذلك شهادة طبية واحدة وبيطري واحد إذ لم يوجد غيره، نص عليه أحمد

وفي نفس السياق جاء قول ابن قدامة في المغني حول إدعاء أكثر من واحد لنسب اللقيط أو مجهول النسب، أو إدعاء إمرأتان ولدت ابناً وبناتاً، أن الإبن هو إبنها دون البنت، فيعرض إبنيهما على أهل الطب والمعرفة.⁴

للسبب أهميته الخاصة في الإسلام، بما له من دور حيوي في بناء الأمة لا نجد لمكانته نصيب في بقية الأمم، وينشد الإسلام النسب الصحيح من منطلق قول الله تعالى: ﴿أَدْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ﴾

¹ قرارات المجمع الفقهي الإسلامي، دوراته العشرين، مكة المكرمة، الإصدار الثالث، 1432 هـ - 2010 م، الدورة الخامس عشر، ص 349.

² حسن (محمد عبد العزيز)، مرجع سابق، ص 116.

³ سورة النحل الآية: 43.

⁴ حسن (محمد عبد العزيز)، مرجع سابق، ص 116، أنظر الطرق الحكمية في السياسة الشرعية (لابن القيم)، ص 740.

وحذر الرسول صلى الله عليه وسلم من أن ينسب الرجل إلى غير أبيه، وذلك لما يترتب عليه من أمور خطيرة. فإذا ظهرت وسيلة تدلنا على الحقيقة أندعها ونأخذ بالمرجوح مع وجود الراجح؟

من الفقهاء المعاصرين من قدموا البصمة الوراثية على القيافة، وذلك، لأنها تعتمد على الشبه الباطني، وتعطي نتائج أفضل من القيافة (كما إتضح في معرض الحديث عن القيافة)، ومن المعلوم أن القيافة تقدم على القرعة في إثبات النسب، والبصمة الوراثية تقدم على القيافة، وعليه فالبصمة يجب أن تقدم على القرعة من باب أولى، فلها الأولوية عليها.¹

وفي الأخير نرى أنه بعد تقدم العلم الحديث أصبحت هناك وسائل علمية حديثة متطورة وسريعة كالبصمة الوراثية (ADN) تحسم الأمر وتزيل اللبس عن النسب المشكوك فيه لأن هناك أحداث مستجدة لا تنفع فيها القرعة كحالات إختلاط الأطفال في المستشفيات وحالات الكوارث الجماعية والتنازع على المواليد وغيرها... لأنها وسيلة أفضل وأحسن للوصول إلى الحقيقة ولهذا يجب تقديم البصمة الوراثية على القرعة.

بعد ما تطرقنا إلى حماية النسب بالزواج الصحيح والزواج غير الصحيح ونكاح الشبهة، والتي نص عليهم المشرع الجزائري في إثبات النسب، وعرجنا عن طرق حماية النسب في العصور القديمة، نرى أنه أصبح من الواجب أيضا التطرق إلى طرق حماية النسب بغير الزواج والإستثناءات الواردة عليه وهو محل بحثنا في الفصل الموالي.

¹ حسن (محمد عبد العزيز)، مرجع سابق، ص 117.

الفصل الثاني

حماية النسب بغير الفراش والإستثناءات الواردة عليه

بالإضافة إلى حماية النسب بالفرائش سواء عند قيام الرابطة الزوجية أو حتى بعد إنحلالها أو حمايته من خلال الزواج غير الصحيح ونكاح الشبهة والتي تعد بمثابة وسائل منشئة للنسب يأتي بعد الفرائش دليلان شرعيان لإثبات النسب إعتدما المشرع الجزائري بنص المادة 40 (ق.أ) وهما الإقرار والبيئة وبعد الإقرار أحد الطرق الغير مباشرة أو الكاشفة للنسب لأن المقر يخبر بالحق لغيره ولا ينشئ ذلك الحق ومعنى الإقرار بالنسب إخبار الشخص بوجود قرابة بينه وبين شخص آخر.

كأم أو أب يدعي كل منهما بنوة ولد معين أو يقوم الولد بإدعاء أمومة امرأة معينة أو أبوة رجل معين، وهذا ما يسمى إقرار في القانون أو دعوى النسب في الفقه، كما أجاز أيضا لشخص أن يدعي أخوه أو عمومة شخص آخر، ويمكن أن يثبت النسب في كل الأحوال عن طريق البيئة، وبالرجوع إلى قانون الحالة المدنية نجده قد أسس قواعد محكمة لتنظيم كل ما يتعلق بميلاد الإنسان وزواجه ووفاته وكذا كل ما له علاقة بإسمه ولقبه وذلك لضمان حفظ الأنساب وبالتالي إثباتها وبالرغم من حرصه على حماية الأنساب إلى أن كل المجتمعات بما فيها المجتمع الجزائري لا تخلو من ظاهرة مجهولي النسب ففي الآونة الأخيرة أخذ موضوع أطفال مجهولي النسب مكانا واسعا على جميع الأصعدة فثار خلاف واسع بين القانونيين ورجال الدين وعلماء النفس الذين طالبوا بالحماية الفعلية لهؤلاء الأطفال والأهم من ذلك إيجاد الحلول اللازمة للحد من هذه الظاهرة، لهذا قرر المشرع الجزائري تطبيق نظام الكفالة للتقليل من هذه الظاهرة ونص عليها في المواد من 116 إلى 120 من قانون الأسرة .

هذا فيما يخص إثبات النسب أما نفيه فالطريق الشرعي الوحيد الذي يمكن أن يلجأ إليه الزوج لنفي نسب الولد عنه هو اللعان.

ومن هنا نتساءل كيف تكون حماية النسب بغير الزواج؟ وما هي الطرق التي إعتد عليها لحمايته وإثباته؟ للإجابة عن هذه التساؤلات قسمنا هذا الفصل إلى ثلاث مباحث:

المبحث الأول: حماية النسب بالإقرار

المبحث الثاني: حماية النسب بالبيئة

المبحث الثالث: الحماية من خلال الإحتياط في إثبات النسب

المبحث الأول: حماية النسب بالإقرار

إن الإقرار بالنسب لفظ متداول بين جميع الفقهاء غير أنهم يستعملون أحيانا بعض المصطلحات الأخرى للتعبير عنه، فيطلق عليه فقهاء المالكية مصطلح الإستلحاق أما الشافعية والحنابلة فيشيع عندهم بلفظ الدعوة، وكل هذه الألفاظ تعبر عن الإقرار.

ويحتل الإقرار المرتبة الثانية بعد الفراش في إثبات النسب وحمايته حسب ما نصت عليه المادة 40 من قانون الأسرة التي تنص على " يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار...."

والإقرار بالنسب يشترط فيه أن يكون مجردا بالنسب، أما إذا كان الإقرار بالنسب غير مجرد، بأن قال الرجل أنه ابنه من زنا أو نكاح فاسد فلا يكون هناك مجال لثبوت النسب بالدعوة، أي بالإقرار.¹

فما مفهوم الإقرار؟ وفيما تكمن شروط وأثار ثبوت النسب به؟

إجابة عن هذه الأسئلة سننترق على التوالي إلى مفهوم الإقرار (المطلب الأول) ثم إلى آثار ثبوت النسب بالإقرار وعلاقته بالبصمة الوراثية (المطلب الثاني)

المطلب الأول: مفهوم الإقرار

تطرق المشرع الجزائري للإقرار من خلال نص المواد 40، 44، 45 من قانون الأسرة واعتبره طريقا من طرق إثبات النسب، كما تعرض إلى أنواعه لهذا سوف نتناول تعريف الإقرار (الفرع الأول) ثم أنواع وشروط ثبوت النسب بالإقرار (الفرع الثاني)

الفرع الأول: تعريف الإقرار

سوف نتناول تعريف الإقرار لغة (الفقرة الأولى) وتعريفه اصطلاحا (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى: الإقرار لغة

جاء في المصباح المنير أن الإقرار هو الإقرار والاثبات وهو ضد الجحود والنكران² ويقال لمن صدر الإقرار منه مقرر ولمن صدر الإقرار لصالحه مقرر له وللحق موضوع الإقرار مقرر به.

كما يعرف بأنه: مصدر حرفي للفعل أقر يقال: قرّ فلان بالمنزل إذا سكن وثبت، فهو في الأصل التسكين والاثبات.

¹ حنا (منير رياض)، مرجع سابق، ص 549.

² المصباح المنير، كتاب القاف، مرجع سابق، ص 189.

والقرار هو السكون والثبات، يقال قررت عند كذا، أي أثبتته، ويقال: إستقر الأمر على كذا: أي ثبت عليه، ومنه قيل لليوم الأول من أيام التشريق يوم القر، لأن الناس يقرون في منى للنحر.

وسميت " منى " أيام القر، لأنهم يثبتون بها، ويسكنون عن سفرهم وحركتهم في هذه الأيام. ويطلق أيضا على الدعاء، ويقال قر الله عينه، إذ أعطاه ما يفي به فسكنت نفسه ولا تطمع إلى شيء آخر¹.

الفقرة الثانية: الإقرار اصطلاحا

لقد تفاوت الفقهاء في تعريف الإقرار فمنهم من عرفه بأنه "غبار بحق على المقر "

"أوهو خبر يوجب حكم صدقه على قائله فقط بلفظه أو بلفظ نائبه "².

" كما عرفه جانب آخر من الفقه بأنه تصريح يقر به شخص بثبوت واقعة في حقه، من شأنها أن تحدث ضده آثار قانونية"³.

إن معنى كل هذه التعريفات يدور حول إخبار بحق أو إظهار حق وكلها صائبة وإن اختلفت في بعض النقاط.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري لم يضع تعريف الإقرار في قانون الأسرة غير أنه عرفه في المادة 341 من القانون المدني إذ نصت على أن " الإقرار إقرار الخضم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة "⁴

وإستتبط قضاة المحكمة العليا هذا التعريف في إحدى قراراتهم، وذلك ما نستشفه من نص قرار المحكمة العليا رقم 72353 الصادر بتاريخ 1989/10/30 والذي نص على " من المقرر قانونا أن الإقرار هو إقرار الخضم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالقصور في التعليل وإنعدام الأساس القانوني غير مؤسس⁵.

¹ محمد بن أبي بكر بن عبد القادر (الرازي)، مختار الصحاح، دار الفكر، بيروت - لبنان، (د. ت)، (د. ط)، باب القاف ص 438.

² أبو خزيمة أسماء مندوه (عبد العزيز)، وسائل اثبات النسب بين القديم والمعاصر، مرجع سابق، ص 117.

³ السعدي (محمد صبري)، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، الإثبات في المواد المدنية والتجارية طبقا لأحدث التعديلات، دار هومة، الجزائري، 2008 م، ط1، ص 213.

⁴ قانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو سنة 2007 المتضمن القانون المدني الجزائري .

⁵ ذياي (باديس)، مرجع سابق، ص 60.

غير أن المشرع المغربي وفي مسألة الإقرار بالنسب تحديداً، قد أشار إلى تعريفه بأنه: " إقرار شخص بأنه أب لولد معين هو إقرار، والإقرار عبارة عن تصرف قانوني إنفرادي، يخضع لما تخضع له التصرفات الإنفرادية من أحكام.

وقد نص في المادة 160 من مدونة الأسرة المغربية عن الآثار القانونية الناتجة عنه.¹

والإقرار بالنسب هو إخبار الشخص بوجود القرابة بينه وبين شخص آخر وهو ما تضمنته المادتان 44 و45 من قانون الأسرة²

الفرع الثاني: أنواع وشروط ثبوت النسب بالإقرار

الإقرار كما سبق ذكره حجة قاصرة على المقر فلا تتعداه إلى غيره، إلا إذا صدقه ذلك الغير، أو قامت البيئة على صحة هذا الإقرار وثبوت النسب بالإقرار تضمنته المادتين 44 و45 من قانون الأسرة والتي نستخلص منها نوعين من الإقرار وهما: الإقرار بالنسب المباشر (الفقرة الأولى) والإقرار بالنسب الغير مباشر (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى: الإقرار بالنسب المباشر

هو إقرار بقرابة مباشرة لا يكون فيها وساطة بين المقر والمقر له وتتمثل في البنوة والأبوة والأمومة وهذا النوع من الإقرار فيه تحميل النسب على نفس المقر، وليس تحميل على الغير كأن يقول هذا إبني أو هذا أبي، أو هذه أُمي لهذا يطلق عليه الإقرار على النفس ويسمى أيضاً بالإقرار بأصل النسب وهو مذهب الجمهور خلافاً للمالكية الذين قصرُوا الإقرار بالنسب على الإقرار بالولد وسموه إستلحاقاً³

والإقرار بالنسب المباشر تطرق إليه المشرع من خلال المادة 44 من الأمر 02/05 المعدل والمتمم والتي نصت على أنه: " يثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة، لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة"⁴

¹ مدونة الأسرة المغربية .

² ذياي (باديس)، مرجع سابق، ص 60.

³ أحمد فراج (حسين)، أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004 م، (د. ط)، ص 359. أنظر أحكام الأسرة في الإسلام، الطلاق وحقوق الأولاد ونفقات الأقارب، مرجع سابق، ص 260 ومنال محمد رمضان (هاشم العشي)، إثبات النسب بالوراثة، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية، المجد 23، العدد 1، 2015 م، ص 150.

⁴ قانون الأسرة المعدل والمتمم .

وفي هذا النوع إذا توافرت شروط صحة الإقرار، ثبت النسب وأصبح المقر بالنسب ابناً أو بنتاً أو أباً أو أمّاً، ولا يجوز له الرجوع عن هذا الإقرار، وتترتب عليها جميع الآثار وتتعدى هذه الآثار إلى جميع الأقارب والأرحام دون إستثناء¹

وهذه الشروط هي:

أولاً: الإقرار بالبينة

1 - أن يكون الولد مجهول النسب:

ومفاد هذا الشرط ألا يعرف للمقر له أب في البلد الذي ولد فيه، أو البلد الذي هو فيه²، فإذا كان ثابت النسب من أب معروف غير المقر، كان هذا الإقرار باطلاً، لأن الشرع يقضي بثبوت النسب من ذلك الأب، ومتى تأكد ثبوت النسب من شخص لا يقبل الفسخ، فقد لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم من إنتسب إلى غير أبيه أو تولى غير موالیه. عن ابن عباس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " من إدعى إلى غير أبيه أو إدعى إلى غير موالیه فقد كفر " ³

وإستثنى العلماء من هذا الشرط ولد اللعان فإنه لا يصح إدعائه بالنسب وإلحاقه بغير الأب الملعن، لإحتمال أن يرجع الملعن ويكذب نفسه فيما إدعاه، من أن الولد ليس منه، كما يشترط أيضاً ألا يكون هناك من ينازع المقر بدعوى نسب هذا الولد، ونص المشرع الجزائري على هذا الشرط صراحة في المادة 44 من قانون الأسرة.

ولم يبين القضاء الجزائري من هو مجهول النسب خلافاً للقضاء المصري الذي بين من هو مجهول النسب، إذ أسفرت محكمة النقض المصرية ولئن اختلفت الأقوال في مذهب الحنفية حول من يعتبر مجهول النسب، فذهب البعض إلى أنه من لا يعلم له أب في البلد الذي ولد فيه إلا أن القول على أنه

¹ إياد عبد اللطيف (مطبع شتوي)، إثبات النسب في الفقه الإسلامي وتطبيقاته أمام المحاكم الشرعية في الأردن، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة الأردن، 1995، ص 56 - 57، أنظر غلال برزوق (أمال)، مرجع سابق، ص 142.

² البنا (كمال صالح)، المشكلات العلمية في دعاو النسب والإرث، عالم الكتب، 1422 هـ - 2002 م، القاهرة، ط 1، ص 12.

³ صحيح مسلم .

يراعي في الحكم بجهالة النسب عدم معرفة الأب في البلدين معا دفعا للحرص وتحويطا في إثبات الأنساب¹.

وأكد قانون الأحوال الشخصية الكويتي هذا الشرط في نص المادة 173 منه بأن: " إقرار الرجل ببنة مجهول النسب ولو في مرض الموت "² كما جعل قانون الأسرة البحريني بالمادة 82 من الشروط التي بها يثبت النسب بالإقرار أن يكون المقر له مجهول النسب³.

وهو مذهب المشرع السوري في قانون الأحوال الشخصية فيما يتعلق بالإقرار بالبنة بالمادة 134 وفي الإقرار بالأبوة بالمادة 135 منه، واشترط النصوص السابقة وغيرها جهالة نسب المقرر به منطقي، فلا يجوز إذن أن يتم الإقرار بالنسب لمن هو معلوم نسبه، لأن النسب هنا ثابت للغير قبل هذا الإقرار⁴.

2 - أن يكون الإقرار من النوع الذي يصدق العقل والعادة

فقد عبر العلماء عن هذا الشرط أن يولد مثله لمثل بحيث يكون فارق السن بين كل منهما مما يتصور كونه منه، (مثال إذا كان عمر الرجل 50 سنة وعمر الإبن 20 سنة) فمن الممكن عقلا أن يولد مثل هذا الولد لمثل المقر.

فلو كان المقر له بالبنة أكبر من المقر أو مساويا له في السن أو مقاربا، بحيث لا يمكن أن يكون إينا للمقر عادة لم يصح إقراره ولأن العقل والعادة يكذبه في هذا الإقرار، وقد تم تحديد الحد الفاصل لفرق السن بين المقر والمقر له من قبل الفقه الإسلامي فرأى الشافعية والحنابلة بأن يكون عشر سنوات ونصف بالنسبة للرجل، وتسع سنوات، بالنسبة للمرأة في حين حدد الحنفية فارق السن بإثني عشرة سنة ونصف بالنسبة للرجل وبتسع سنوات ونصف بالنسبة للمرأة وإكتفى جانب آخر من الفقه بإيراد الشرط دون تحديد للفارق العمري بين المقر والمقر له، لأن تحديد الفارق لم ينزل به كتاب ولا سنة، وإنما هو مسألة

¹ البكري (محمد عزمي)، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية - نفقة الصغار - الإرضاع - الحضانة - مسكن الحضانة - رؤية الصغير - نفقة الأقارب - متعة المطلقة - النسب - اللقيط - المفقود، المجلد 3، دار محمود، القاهرة، 2018 م، (د. ط)، ص 452.

² قانون الأحوال الشخصية الكويتي.

³ قانون الأسرة البحريني.

⁴ قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر بالمرسوم التشريعي 95 لعام 1953 وآخر تعديل له في عام 2003.

إجتهادية، تلعب فيها البيئة الاجتماعية والطبيعية دورها، إذ لكل بيئة مناخها، ولكل وسط إجتماعي عاداته في تنشئة الأجيال مما قد يسرع أو يبطئ في سن البلوغ لدى الذكور والإناث¹.

وفي ظل القوانين الحديثة، يمكن للقاضي الاستناد على قرينة الإنجاب بالسن القانوني للزواج على بساطتها وقابلية إثبات عكسها، خاصة مع الاعتراف بالزواج العرفي الجائر تثبيته بسجلات الحالة المدنية عقب إصدار حكم بتثبيته².

وقد أكدت المادة 173 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي ذلك إذ نصت على أنه " يثبت به النسب إن لم يكذب العقل والعادة."³ وكذا المشرع البحريني في المادة 79 من قانون الأسرة " أن يكون بالغاً عاقلاً، وأن يكون فارق السن بين المقر والمقر له يحتمل صدق الإقرار.

وإشترط قانون الأحوال الشخصية السوري في المادتين 134 و135 لثبوت الإقرار أن يحتمل " ... فارق السن بينهما " ذلك سواء كان إقرار بالبنوة، بالأبوة أو بالأمومة.⁴

ولقد نص المشرع الجزائري على هذين الشرطين في المادة 44 من قانون الأسرة لأن الفقهاء أضافوا شروطاً أخرى، بعضها مختلف فيه وهي:

أ- أن يصدقه المقر له في إقراره

وخالف المالكية ذلك بقولهم: ليس تصديق المقر به شرطاً لثبوت النسب من المقر، لأن النسب حق للولد على الأب، فيثبت بإقراره بدون توقف على تصديق منه، إذا لم يقدّم دليل على كذب المقر. وإشترط الجمهور تصديق المقر له إذا كان أهلاً للتصديق، بأن يكون بالغاً عاقلاً ومميزاً عند الحنفية، لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر فلا تتعداه إلى غيره، إلا ببينة أو تصديق، فإذا كان المقر له طفلاً غير مميز ثبت نسبه بالإقرار من غير حاجة إلى تصديق لأنه ليس أهلاً للتصديق، فلا عبارة له بل كلامه لغو لا يلتفت إليه، وفي ثبوت نسبه من المقر مصلحة له فلا يتوقف على التصديق⁵.

¹ بن قودر (شمس الدين أحمد)، نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار، تكملة شرح فتح القدير، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1424 هـ - 2003 م، ط1، ج 8، كتاب الإقرار، ص 412. أنظر علواني (ابراهيم)، مدى مشروعية تنسيب ولد الزنا في ضوء الاحكام العامة للنسب، دار الكتب القانوني، 2009 م، كلية الحقوق - جامعة طنطا، (د. ط)، ص 71.

² المادة 07 من قانون الأسرة التي حددت سن الزواج بـ 19 سنة بالنسبة للرجل والمرأة.

³ قانون الأحوال الشخصية الكويتي المعدل بالقوانين أرقام 61 لسنة 1996 و 29 لسنة 2004 و 66 لسنة 2007 وقانون إجراءات دعاوى النسب وتصحيح الأسماء.

⁴ قانون الأحوال الشخصية السوري .

⁵ إياد عبد اللطيف (مطيع شتيوي)، مرجع سابق، ص 57.

وقال الأستاذ عبد العزيز عامر: (أن النسب يثبت رغم عدم التصديق، لأن ثبوت النسب أولى للولد من مراعاة الحقوق التي ثبتت عليه من الإقرار بالنسب إذ لا تقاس على الحقوق المالية، لأن شرطها التصديق على المصالح التي تتحقق بثبوت النسب. ولأن الولد محتاج لنسب إلى أبيه درأ للعار عنه، ومحافظة على شرفه ومن المعروف أنه إذا اجتمع ضرران إن ارتكب الأخف منهما في سبيل دفع الأشد)¹

ولم تشترط المادة 44 من قانون الأسرة تصديق المقر له بالبنوة، سواء كان مميزا أو غير مميز.

فإذا توافرت هذه الشروط ثبت النسب وصار المقر له إنا للمقر ومن ثمة تكون له جميع ما للأبناء من حقوق على والديهم من نفقة والميراث وبذلك يكون المشرع قد أخذ بالمذهب المالكي الذي لا يشترط تصديق المقر له لثبوت النسب من المقر.

ب- ألا يصرح المقر بأن الولد ابنه من الزنا:

فإن صرح بذلك لا يثبت النسب منه، لأن الزنا لا يصلح سببا للنسب لقول النبي صلى الله عليه وسلم " الولد للفراش وللعاهر الحجر " وحسب رأي بعض الفقهاء يجب أن يثبت المقر سببا صحيحا من أسباب ثبوت النسب، كالفراش الصحيح أو الفاسد أو الشبهة وحسب رأي آخر لا يبين السبب أصلا ويكتفي بمجرد إقراره وعندئذ يحمل إقراره على أنه يستند إلى سبب صحيح²

بمعنى أن الخيار راجع للمقر بين أن يثبت سببا من أسباب ثبوت النسب، كما يمكنه أن يلتزم الصمت لأن صمته سيفسر في الأخير لصالحه.

هذا بالنسبة للرجل دون المرأة، لأن هذه الأخيرة حتى لو صرحت بأن المولود هونتاج علاقة غير شرعية فإن هذا لا يؤثر على صحة الإقرار بالنسب³

كذلك لم يتطرق المشرع في المادة 44 لهذه النقطة إلا أن المحكمة العليا إستقرت في قراراتها على أن ابن الزنا لا ينسب لأبيه إذ جاء في قرارها لها: من المقرر شرعا أن الزواج الذي لا يتوافر على الأركان المقررة شرعا يكون باطلا، ومن تم فلا تعتبر العلاقة الغير شرعية بين الرجل والمرأة زواجا.

ولما كان كذلك فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية إذ كان من الثابت في قضية الحال أن العلاقة التي كانت تربط بين الطرفين علاقة غير شرعية إذ كلاهما إعترف بأنه

¹ عامر (عبد العزيز)، مرجع سابق، ص 95.

² بدران أبو العينين (بدران)، مرجع سابق، ص 37-38.

³ أما عند الجعفرية، فأرجح الأقوال وأقربها إلى الصواب ثبوت نسبه رغم تصريحه بأن المولود ابنه من الزنا، أنظر في ذلك أحمد فراج (حسين)، أحكام الأسرة في الاسلام، مرجع سابق، ص 261.

يعاشر صاحبه جنسيا، فإن قضاة الإستئناف بإعطائهم إلهاد للمستأنف على إعرافه بالزواج وتصحيحه وإلحاق نسب الولد لأبيه ونقير حقوق المستأنفة خرقوا أحكام الشريعة الإسلامية

ومتى كان كذلك إستوجب الأمر نقض القرار المطعون فيه بدون إحالة¹

ج- أن يكون الولد المقر له حيا:

وقد إشرط حياة الولد لصحة الإقرار بالنسب أيضا الحنفية، فلو أقر شخص بأن فلان إبنه، وكان المقر له بالبنوة ميتا، لم يصح هذا الإقرار، ولا يثبت به النسب إذ لا حاجة بعد الوفاة بإثبات النسب، لأن الميت لا يحتاج إلى تكريم ولا تشريف، وإستثنى ما إذا كان للإبن المتوفي أولاد، فإن الإقرار بنسبه بعد وفاته يكون صحيحا، رعاية لمصلحة هؤلاء الأولاد، لأنهم يحتاجون إلى ثبوت نسب أبيهم، وفي ثبوت نسبه شرف لهم وتكريم، ولم يشترط الملكية حياة الولد المقر به، لأن النسب حق للولد على أبيه، فلا يتوقف إثباته على حياة الولد، كما لا يتوقف تصديقه، إلا أن الأب لا يرث الإبن الذي إستلحقه إلا إذا كان له ولد، أو كان المال قليلا، حتى لا يتهم الأب بأن إقراره لأجل المال الكثير .

ولم تشترط المادة 44 من قانون الأسرة حياة المقر له بالولد، وبذلك يكون المشرع قد أخذ بالمذهب المالكي، وذهب المالكية إلى أنه إذا كان الظاهر يكذب إقرار الرجل فلا يثبت النسب.

ورجح الدكتور عبد الرحمان الصابوني قول المالكية إنقال: ليس من المنطق ولا من المعقول بشيء أن يدعي شخص بنوة لقيط أو لاجئ لم يثبت أي لقاء بينه وبين أم هذا الولد يدعوا أنه لم يذكر سببا للصلة الزوجية فصح إقراره²

ثانيا: إقرار الولد بالأبوة:

يقر الولد أن شخصا معينا هو أبوه، ويشترط فيه أن تتوافر ثلاثة شروط للإقرار بالأبوة وهي:

- أن يكون المقر مجهول الأب والأم -مجهول النسب -
- أن يولد مثله لمثل المقر له
- أن يصدقه المقر له، مطلقا لأنه لا يكون إلا كبيرا أو كبيرة، ويزيد إقراره بالأبوة ألا يصرح بأنه من الزنا وأن يصدقه المقر له في هذا الإقرار أما إذا كذبه المقر له بأنه ليس أبا للمقر في هذه الحالة أن يثبت إقراره بالبينة، فإذا عجز عن ذلك يحلف المقر له بأنه ليس أبا للمقر، فإن حلف بطل إقرار المقر، وإن نكل تثبت دعوى المقر، فيثبت نسبه من المقر له.

¹ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 341137، 1984/10/08، المجلة القضائية، 1989، العدد 4، ص 79.

² علال برزوق (أمال)، أحكام النسب، مرجع سابق، ص 149.

وأما إذا صرح في إقراره بالأمومة بأنها أتت به من سفاح، وتوافرت الشروط الثلاثة السابقة، وأثبت ولادته من زنا ثبت نسبه منها، وهذا كذلك إن صدقته وإن لم تصدقه في إقراره فإنه يستطيع إثباته بالبينة وإن عجز عن الإثبات بالبينة تحلف المرأة بأن المقر لها، ليس ابنها، فإن حلفت بطل الإقرار، ولم يثبت نسبه منها، وإن نكلت ثبت نسبه منها¹ وأحسن المشرع الجزائري صنعا أنه نص صراحة على الإقرار بالأمومة والأبوة في المادة 44 من قانون الأسرة في حين لم يتعرض المشرع المغربي إلى الإقرار بالأبوة والأمومة من جانب الولد وإقتصر في المادة 160 على ذكر الإقرار بالبنوة فقط.²

ثالثا: الإقرار بالأمومة (إقرار المرأة بالولد)

وفي هذا النوع تقر المرأة بأن شخصا معيناً ولدها، وكما يقبل الإقرار من الرجل بالبنوة يقبل من المرأة الإقرار بالأمومة، بشرط ألا يكون للولد أم معروفة، وأن يولد مثله لمثلها، وأن يصدقها الولد في هذا الإقرار، وفي هذا النوع من الإقرار نميز بين حالتين:

الحالة الأولى: إذا كانت المرأة المقررة غير متزوجة وغير معتدة من زواج وتوفرت الشروط السالفة الذكر (أن يولد مثل الولد لمثلها ويكون مجهول النسب، وصدقها في الإقرار) فإن النسب يثبت منها، من غير بينة أصلا، لأن فيه إلزام على نفسها دون غيرها، ولا يعتد بشرط نفي الولد كونه من زنا، لأن ولد الزنا يثبت نسبه من أمه ولا يثبت من الذي زنا بها³.

الحالة الثانية: إذا كانت المرأة المقررة متزوجة أو معتدة من زواج صحيح أو فاسد، فإما أن تقر بأن هذا الولد ابنها من زوجها، فإن صدقها هذا الأخير في الإقرار، يثبت نسبه منهما سويا، أما إذا كذبها ففي هذه الحالة تثبت فيها الفراش بالبينة، ويثبت النسب في هذه الحالة بالبينة بدل الإقرار.

إما أن تقر بأنه ابنها من غيره، وهنا لا يعقل إقرارها على تصديق الزوج، وتثبت الأمومة بتوفر شروط الإقرار المذكورة سابقا⁴

كما يصح إقرار الشخص ولو في مرض الموت، وهذا ما نصت عليه المادة 44 من (ق.أ) والمشرع الجزائري رتب ثبوت النسب في هذه الحالة إعمالا لقاعدة إحياء الولد وذلك متى توفرت الشروط المذكورة سابقا.

¹ أنس حسن محمد (ناجي)، مرجع سابق، ص 200.

² أنظر المادة 160 من مدونة الأسرة المغربية.

³ غناية أنس غازي (حسين)، استلحاق الزاني ولده من زنا -دراسة فقهية مقارنة - مجلة جامعة الجوف للعلوم الاجتماعية، مجلد 3، العدد 1، ص 78.

⁴ أنس حسن محمد (ناجي)، ص 200 .

الفقرة الثانية: الإقرار بالنسب الغير مباشر

وهو إقرار بقرابة يكون فيها واسطة بين المقر والمقر له، كالأخوة والعمومة وسمي غير مباشر لأن فيه تحميل النسب على الغير يعني إدعائه بالقرابة غير المباشرة وهي قرابة الحواشي الذين يجمعهم أصل مشترك دون أن يكون أحدهما فرعاً لآخر¹.

ويسمى بفرع النسب، فإذا إدعى شخص بأن فلانا أخوه كانت تلك دعوى بالنسب على أبيه لأن معناها هذا ابن أبي، وإذا إدعى بأن فلان عمه كانت دعوى بالنسب على جده، لأن معناها هذا ابن جدي وهكذا بقية القرابات².

وهذا ما نصت عليه المادة 45 من قانون الأسرة والتي نصت على أن: الإقرار بالنسب في غير البنوة، والأبوة، والأمومة لا يسري على غير المقر لإبتصديقه³.

إن هذا النوع من الإقرار يكون صحيحاً إذا توافر الشرطين السابقين المذكورين في المادة 44 من

(ق.أ) وهما جهالة النسب وأن يصدقه العقل والعادة وأضاف لهما المشرع الجزائري شرطا ثالثا وهو أن يوافق المحمول عليه بالنسب على الإقرار، فالموافقة هنا يقصد بها التصديق من المقر عليه إن كان حيا، والبيئة بإثنين من الورثة إن كان ميتا.

فإذا حصل ولم يتحقق واحد من هذه الشروط لا يثبت النسب بهذا الإقرار، لأن هذا الأخير أي الإقرار، يقتضي أن يلحق النسب على غير المقر، وبالتالي يقتصر على نفسه دون غيره، فلا يثبت في حق غيره إلا إذا صدقه ذلك الغير، أو قامت البيئة على صحة الإقرار.

وقد نص المشرع المغربي على شروط الإقرار من خلال المادة 160 من مدونة الأسرة المغربية التي عرفت الإقرار بالنسب بقولها الإقرار بالبنوة ولو في مرض الموت لمجهول النسب يثبت به النسب من المقر وفق الشروط التالية:

- أولا: أن يكون المقر ذكرا.
- ثانيا: أن يكون المقر عاقلا.
- ثالثا: أن يكون الولد المقر به مجهول النسب.

¹ الخطيب (موسى محمد أحمد)، دعاوى حقوق الطفل - دراسة تطبيقية في المحاكم الشرعية الاردنية - قدمت هذه الأطروحة إستكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الدكتوراه في القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا، جامعة الأردن، 2008 م، ص 84 - 85.

² المرزوقي (عائشة سلطان ابراهيم)، مرجع سابق، ص 54.

قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم.

- رابعا: ألا يكذب المستحق عقل أو عاده¹.

المطلب الثاني: آثار ثبوت النسب بالإقرار وتمييزه عن التبني

بعد إستيفاء الإقرار بالنسب، جميع أركانه وشروطه، يعد صحيحا منتجا لآثاره القانونية نتيجة للقرابة الناشئة بين المقر، والمقر له، وبالتالي يصبح لكلاهما حقوق، ووجبات تجاه الآخر هذا ما يجعلنا نتساءل: فيما تتمثل هذه الآثار؟ وهل يجوز الرجوع في الإقرار وبالتالي يحرم المقر له من الحقوق المترتبة عنه؟ لكن قبل أن نخوض في الحديث عن الآثار، يجب الإشارة إلى أمر في غاية الأهمية وهو أن الآثار تبقى ثابتة في حالة الإقرار بالبنوة من جهة الأم، ولا فرق بين البنوة الشرعية والبنوة غير الشرعية، أما بالنسبة للإقرار بالبنوة من جهة الأب فنفرق بين البنوة الشرعية والبنوة غير الشرعية، فالأولى تترتب عنها جميع نتائج القرابة، والثانية لا تنتج أي أثر بالنسبة للأب بحيث يعتبر الإبن أجنبيا عن أبيه الذي خلق من مائه في إطار غير شرعي وفي هذا الصدد نصت (المادة 148) من المدونة المغربية على ما يلي: " لا يترتب على البنوة غير الشرعية بالنسبة للأب أي أثر من آثار البنوة الشرعية². لهذا فإن أكثر ما يتعرض له الطفل المولود خارج نطاق الزواج هي تلك الإهانات ونظرة المجتمع له.

والسؤال المطروح هنا هو لماذا يتعرض طفل بريء لكل هذا؟ لأن هناك فرق بين الأطفال في الحالتين فلو لم يكن إسم الأم مرتبط بحالة الزواج غير الشرعي فلن يكون هذا الفرق وهذا ما يمكن قراءته في المواد 40 وما بعدها من قانون الأسرة وهو ما أعطى إنطبعا لدى المجتمع في حالة نسب الولد لأمه فيعتبر بأنه إبن عار والعكس في حالة نسب الولد لأبيه، لهذا فأقل ما يمكن فعله أن يعيد المشرع للأمر كرامتها ويحفظ حقها في أن يلحق نسب الولد لها كذلك في الزواج الشرعي وبذلك نتقضى تلك المقارنة بين الولد المنسوب إلى أمه فأصبح إسمها مقترن بالزيلة والعار، والولد المنسوب إلى أبيه الذي يحظى بالفخر .

وعليه فإن مسألة إقرار نسب مولودها لها في الزواج الشرعي على الأقل سيخفي عنها عار الجريمة التي إرتكبتها والتي عوقبت عليها وسوف نقلل من الضرر الذي يصيب الطفل كذلك فلن يصبح إسم الأم يعير به لبقية حياته.

لهذا سوف نتطرق لآثار ثبوت النسب بالإقرار وإمكانية الرجوع فيه (الفرع الأول) والفرق بين الإقرار والتبني (الفرع الثاني)

¹ ظهير شريف، رقم 22.04.1 صادر في 12 من ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004) بتنفيذ القانون رقم 03.70 بمثابة مدونة الأسرة.

² مدونة الأسرة المغربية .

الفرع الأول: آثار ثبوت النسب بالإقرار وإمكانية الرجوع فيه

سوف نتطرق للآثار الناتجة عن الإقرار المباشر (الفقرة الأولى) وبعدها الآثار الناتجة عن الإقرار الغير مباشر (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى: الآثار الناتجة عن الإقرار المباشر

إن الولد الذي يثبت نسبه من آخر بالإقرار، يعتبر والدا له، فتجب له جميع حقوق وواجبات الأبناء على آباءهم، وعلى ذلك يجري بينهما التوارث، ويستحق النفقة وتجب للولد أجرة الرضاع والحضانة.

وقد حكم بأنه إذا ثبت النسب بالإقرار أو بالدعوة يكون إينا حقيقيا، ويكتسب جميع الحقوق المشروعة للبنوة الحقيقية على والديه، كما يكتسب والداه جميع الحقوق المشروعة للأبوة، والأمومة الحقيقية على هذا الولد، سواء كانت الحقوق مما عرفها الفقه وشرعها، أو مما وضعتها القوانين، والأنظمة الوضعية للدولة¹.

لقد عالجت معظم التشريعات آثار حماية النسب بالإقرار، وبداية بالمشرع المغربي فقد جمع جل الأحكام التي تترتب عن الإقرار بالبنوة في المادة 157 من مدونة الأسرة المغربية والتي تقضي بما يلي: " متى ثبت النسب بالإستلحاق ترتب عليه جميع نتائج القرابة فيمنع الزواج بالمصاهرة، أو الرضاع، وتستحق به نفقة القرابة والإرث، إضافة إلى ذلك نصت المادة 145 من نفس القانون على أنه: متى ثبت بنوة ولد مجهول النسب بالإستلحاق أو بحكم القاضي أصبح الولد شرعيا يتبع أباه في نسبه ودينه، ويتوارثان، وينتج عنه موانع الزواج، ويترتب عليه حقوق وواجبات الأبوة والبنوة " أما المادة 162 من نفس المدونة ترى أنه يثبت الإقرار بموجب إشهاد رسمي أو يخط اليد المقر الذي لا يشك فيه وعليه فبمجرد الإثبات يصبح المستحق ولدا شرعيا يتبع أباه².

الفقرة الثانية: الآثار الناتجة عن الإقرار الغير مباشر

هذا الإقرار يسري في حق المقر ولا يسري في حق غير المقر ويترتب على ذلك:

إن أقر ولد لشخص توفي، وكان المقر عاقلا بالغا، لآخر بأنه أخوه، وتوافرت شروط الإقرار التي بينا سابقا صح الإقرار في حق المقر وحده لاغير لأنه حجة قاصرة فلا يسري على الورثة الذين لم يوافقوا

¹ عبد العزيز (عامر)، مرجع سابق، ص 102، أنظر (أحمد المهدي)، (أشرف الشافعي)، دعاوى النسب، الشروط التي يتطلبها القانون لإثبات النسب، دار العدالة، القاهرة، (د. ت)، (د. ط)، ص 66.

² المواد 157 و 145 و 162 من مدونة الأسرة المغربية .

المقر على إقراره وبشارك المقر له في نصيبه من الميراث ومعنى ذلك الإقرار يقبل في حق المال فقط ولا يفيد في إثبات نسب المقر له من المقر.¹

ويعد إقرار الزوجة بأن الولد فلانا ابن فلانة هو ابن لزوجها لا قيمة له في ثبوت النسب، لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر، ولأن في هذا الإقرار تحميلاً للنسب على الغير، وهو هنا زوج المقر.

يشترط في الإقرار بالنسب الذي فيه تحميل النسب على الغير أيضاً أن يكون المقر له مجهول النسب، لأنه لا يعقل أن يثبت نسبه من إثنين في وقت واحد، كما أن النسب إذا ثبت فلا يرفع بشيء.

والذي يؤخذ مما تقدم أن المقر في هذا النوع من الإقرار لا يثبت بإقراره مجردا النسب، وإن كان يعامل بإقراره من ناحية الميراث وبقية الحقوق التي ترجع إليه نفسه كالنفقة وغيرها ولكن إن صدق المقر من حمل عليه النسب يثبت حينئذ². وتجدر الإشارة في صدد الحديث عن التصديق، أنه في حالة تصديق الورثة على وارثه من يدعيه المقر على أنه أخوهم من الأب المتوفي، فإن هذه المصادقة تنقص من تصديقهم، وهذا دليل على صدق إدعاء الورثة من المتوفي، ولقد نصت المادة 352 من قانون الأحوال الشخصية المصري على ما يلي: " من مات أبوه فأقر بأخ مجهول النسب لا يقبل إقراره إلا في حق المقر له في نصيبه ويأخذ نصفه " ³ أما المشرع السوري فقد درج آثار الإقرار بالنسب في الباب السابع من قانون الأحوال الشخصية السوري:

بنصه في المادة 298: على أنه إذا أقر شخص بالنسب على غيره لمجهول النسب، إستحق المقر له التركة بالشروط التالية:

- ألا يثبت نسب المقر له من المقر عليه
 - ألا يرجع المقر عن إقراره
 - ألا يقوم به مانع من موانع الإرث
 - أن يكون المقر له حيا وقت موت المقر، أو وقت الحكم بإعتباره ميتا⁴.
- وكذلك نص المشرع التونسي في الفصل 73 لو أقر إنسان بنسب فيه تحميل على غيره كالأخ والعم والجد وابن الإبن فإن هذا الإقرار لا يثبت به النسب ويصح في حق نفس المقر إن تصادقا على الإقرار

¹ خلاف (عبد الوهاب)، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 185.

² (أحمد المهدي)، (أشرف الشافعي)، مرجع سابق، ص 66 .

³ قانون الأحوال الشخصية المصري .

⁴ قانون الأحوال الشخصية السوري .

ولم يكن للإقرار وارث غير المقر به وإلا فلا إرث والمعتبر في ثبوت الوارث وعدمه يوم موت المقر لا يوم الإقرار.¹

والملاحظ أن قانون الأسرة الجزائري لم يتحدث إطلاقاً عن آثار حماية النسب بالإقرار ولا عن مسألة الرجوع والعدول عن الإقرار بالنسب، وعملاً بنص (المادة 222) والتي تحيلنا دائماً على أحكام الشريعة الإسلامية يمكننا إستخلاص مجموعة من الآثار:

أ- بالنسبة للإقرار بالبنوة والأبوة والأمومة (الإقرار المباشر) فإنه متى توافرت شروط السابق ذكرها قامت العلاقة النسبية بين الشخصين وترتب عليها الآثار القانونية من توارث ونفقة إلخ

ب- بالنسبة للإقرار بالأخوة والعمومة (الإقرار غير المباشر) فلا بد أن نفرق بين أمرين:

1- أن يقع التصديق من الأب والجد (في حالة الأخوة والعمومة) فتترتب عليه جميع الآثار القانونية.

2- في حالة عدم التصديق من الأب والجد ففي هذه الحالة النسب من الأب أو الجد لا يلزم من أنكر منهما وإنما يلزم من أقر بالأخوة أو العمومة وذلك طبقاً لنص المادة 45 من قانون الأسرة الجزائري " لا يلزم غير المقر إلا بتصديقه " ²

ومن آثار ثبوت النسب بالإقرار عدم جواز الرجوع فيه.

وبالتالي فإن الرجوع عن الإقرار بالنسب إما أن يصح إذا كان قبل ثبوت النسب، لأن النسب لم يثبت، أما إذا ثبت النسب فلا يصح الرجوع فيه بعد ذلك لأن النسب لا يحتمل الرجوع فيه بعد ثبوته. يعني إذا أقر إنسان بقريب له فلا يستطيع أن يعود عن إقراره، فمن أقر بولد أو بعم مثلاً، لا يجوز له أن يعود في نفيه.

لأن النفي إنكار بعد الإقرار، فلا يسمع ولا يجوز من باب أولى للورثة أن ينفوا هذا النسب الذي أقر به الأب، إذ هو إلزام للمقر دون غيره فلا يتوقف نفاذه على تصديق الورثة ولا يلتفت إلى إنكارهم، لأن النسب يثبت بإعتراف المقر، وفيه تحميل النسب على نفسه، وهو أدري من غيره لما أقر به.³ مع الإشارة إلى أن الإقرار بالنسب شأنه شأن الفراه لا ينتفي إلا بما أقوى منه وهو اللعان.⁴

¹ مجلة الأسرة التونسية .

² عماري (نورالدين)، مرجع سابق، ص 67.

³ منال محمد رمضان (هاشم العشي)، إثبات النسب بالورثة، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية، المجلد 03، العدد 01، 2015 م، ص 152 .

⁴ مصطفى مهدي محمد (عبد اللطيف)، أثر المستجدات التقنية والمجتمعية في الأحكام الشرعية لبعض مسائل الأحوال الشخصية - دراسة مقارنة - رسالة علمية مقدمة لنيل درجة التخصّص الماجستير في الفقه، كلية الشريعة والقانون، القاهرة، 1437 هـ - 2107 م، ص 325.

وبالرجوع إلى التشريعات المقارنة نجد المشرع المغربي قد نص في المادة 162 من مدونة الأسرة المغربية بما يلي: "... كما لا يمكن الرجوع عن الإقرار قانوناً ومتى وقع ذلك أو أنكر المقر أبوته لا تسمع دعواه."

يليه المشرع التونسي الذي تناول مسألة الرجوع عن الإقرار من خلال الفصل 74 من مجلة الأسرة التونسية: " إذا إستلحق الرجل ولدا ثم أنكره فإن مات المستحق قبل الولد ورثه الولد بالإقرار وإن مات الولد قبل الأب لم يرثه الأب ووقف المال فإن مات هذا المستحق صار هذا المال لورثته¹

يمكن القول هنا أن المشرع التونسي ولئن أجاز للأب الرجوع في إقراره بالنسب، إلا أنه حملة تبعة ذلك فيتحمل وحده الآثار المترتبة على رجوعه، دون الإبن الذي تبقى حقوقه محفوظة، وبالتالي فإنه لا يبدوا أنلأب أية مصلحة عملية من الرجوع عن الإقرار، ولقد أكدت محكمة التعقيب التونسية في مناسبات عديدة، أن الإقرار بالنسب غير قابل للرجوع.

الفرع الثاني: التمييز بين الإقرار والتبني

يعتبر الكثير من عامة الناس وحتى بعض القانونيين أن نظام التبني والإقرار بالنسب إسمان لمسمى واحد .

ويقولون أن شرط المقر له يجب أن يكون مجهول الأب، فمعنى ذلك أن يكون لقيطا وهو بذلك يحتاج إلى تسوية وضعيته القانونية والشرعية بوجود من يقر بأبوته أو أخوته أو عمومته.

لكن ذلك ليس صحيحا بالمرّة، فنظام الإقرار بالنسب يكون لإبن شرعي ونسب صحيح لكن حتمت الظروف على أبويه عدم تثبيت نسبه في سجلات الحالة المدنية في وقته، أي أن الإقرار هو كشف لواقعة مادية شرعية وصحيحة وليست إثباتا لواقعة جديدة، وكما ذكرنا في السابق يشترط في الإقرار بالنسب أن يكون المقر له مجهول النسب وليس معنى ذلك أن يكون نتاج علاقة غير شرعية وبالتالي فالنسب الثابت بالدعوى نسب حقيقي وليس مجرد إلحاق صوري بنسب غير حقيقي.

وإنما الولد ينسب لأبيه إن كان أبوه معروفا، وإن لم يعرف وجهل أبوه سمي ودعي أخ في الدين،² إمتثالا لقوله تعالى: ﴿أَدْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَاِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ﴾³

أما التبني الذي يقره القانون الفرنسي مثلا فهو عقد ينشئ بين شخصين، علاقات صورية ومدنية محضة لأبوة وبنوة مفترضة ولذلك يكون فيمن له أبوان معروفان فهو يماثل ما كان عند العرب في الجاهلية¹

¹ مجلة الأسرة التونسية .

² ذيابي(باديس)، مرجع سابق، ص 62 .

³ سورة الأحزاب الآية: 05.

ولقد حرمت الشريعة الإسلامية التبني لما فيه من مفسد فجاء في قوله تعالى:

﴿وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَٰلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ﴾²

ومعنى الآية أن تبني ولد أو بنت ليس من صلب المتبني، وإنما هو أو هي من صلب رجل آخر معروف أو مجهول عمل غير مشروع لا يرضى عنه الله ولا يقبله الشرع لأنه مجرد تزوير وقلب للحقائق، فالله تعالى يرفض قبوله إنا للمتبني ويعتبره دخيلاً في الأسرة ومتطفلاً عليها.

لكن الشريعة العادلة لم تغلق باب الإحسان بل فتحت على مصراعيه، فلشخص مطلق الحرية في أن يربي من يشاء من الأطفال البؤساء المحرومين واليتامى، ويدخل فيهم اللقطاء وأبناء الزنا فله أن يقوم بشأن من تولاه ويرعاه وينفق عليه ليمسح بيده الرحمة آثار البؤس والفاقة.

كما لم تمنعه من أن يهب له أو يوصي له ببعض ماله دون أن يلحقه بالنسب إليه.³

ومنه نستنتج أن من أقر لمجهول النسب بأنه ابنه فقد اعترف ببنة هذا الولد حقيقة وأنه خلق من مائه سواء كان صادقاً في الواقع أم كاذباً وبالتالي تثبت له جميع الحقوق والأحكام الشرعية وإن كان فعله إثم كذبه.

أما التبني فهو إستلحاق معروف النسب لغيره أو لمجهول النسب كاللقيط ويصرح أنه إتخذه إبناً له مع كونه ليس كذلك في الحقيقة.

ولهذا غير الرسول صلى الله عليه وسلم إسم زيد إبن محمد إلى زيد إبن الحارثة.⁴ وفي هذا المعنى ورد النص في المادة 46 من (ق.أ) على أنه: يمنع التبني شرعاً وقانوناً "لكن ورغم صراحة النص في منع

² أحمد فراج (حسين)، أحكام الأسرة في الإسلام، مرجع سابق، ص 264.

³ سورة الأحزاب الآية 4.

⁴ يوسفات (علي هاشم)، أحكام النسب في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 76.

⁵ كان التبني شائعاً في الجاهلية، خلال صدر الإسلام، ومن أشهر المتبنين زيد ابن حارثة الذي نزل فيه قرآناً يتلى، حيث

تبناه الرسول صلى الله عليه وسلم، وأطلق عليه إسم زيد ابن محمد، حتى شرفه الله بالرسالة، ونزل فيه قوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ اللَّهُ لِرَجُلٍ مِّن قَلْبَيْنِ فِي جَوْفِهِ وَمَا جَعَلَ أَزْوَاجَكُمُ اللَّائِي تُظَاهِرُونَ مِنْهُنَّ أُمَّهَاتِكُمْ وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَٰلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ﴾⁵ ادَّعَوْهُمْ لِأَبْنَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَّمْ تَعْمُواْ أَبْنَاءَهُمْ فَاِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَّحِيمًا ﴿ سورة الأحزاب الآيتان: 4 و5 وبهذا أبطل الإسلام التبني وأمر من تبني أحداً ألا ينسبه إلى نفسه وإنما ينسبه إلى أبيه إن كان له أب معروف فإن جهل أبوه دعي مولاً، أو أختاً في الإسلام، أنظر محمد عثمان (غانم)، النسب وحقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية والقانون، دار الألفي القانونية بالمينا، (د. ط)، (د. ت)، ص 119 - 120.

⁵ قانون الأسرة المعدل والمتمم .

التبني إلا أننا نجد المشرع قد أجاز التبني بطريقة أخرى وذلك في المرسوم التنفيذي رقم 24/92 الصادر في 13/01/1992 المتعلق بتغيير اللقب بأنه يمكن تطبيق قانون الشخص الذي كفل في إطار الكفالة حيث مكن مجهول النسب أن يتقدم بطلب تغيير اللقب باسم الوالد ولفائدته وذلك قصد مطابقة لقب الولد المكفول بلقب الوصي،¹ ونرى أن مدونة الأسرة المغربية لها مرجعية إسلامية في جزء كبير ودليل ذلك أنها قضت بما قضى به الفقه الإسلامي في موضوع التبني مما يدل على توافقهما في عدم الاعتراف بالبنوة المزيفة " التبني " من خلال نص المادة 149 منها " يعتبر التبني باطلا ولا ينتج عنه أي أثر من آثار البنوة الشرعية " ²

غير أن القضاء الجزائري قد إستدرك الأمر نوعا ما، فحسب ما جاء في أحد قرارات المحكمة العليا، حيث جاء فيه أنه: " يمنع التبني شرعا وقانونا " فمن خلال هذا القرار أثبتت قضاة المحكمة العليا كل ما ذكر آنفا، وميزوا بين التبني والنسب الصحيح، سواء قد تم إثباته بالإقرار أو بأية وسيلة من الوسائل المنصوص عليها في المادة 40 من ق.أ .

وجاء في قرار آخر للمحكمة العليا " يكون التراجع عن الإقرار بالنسب بالتبني باطلا إذا كان المقر له معلوم النسب " ³

فيثبت من الآيتين سالفتي الذكر، وبالنص القانوني أنهما إتفقا على أن التبني الذي يهدف إلى إدعاء البنوة ولو لمعروف النسب أو مجهول النسب محرم شرعا وقانونا ومنه لا يجوز لأي مسلم جزائري أن ينسب أحدا إليه أو يسجله تحت لقبه وإسمه في سجلات الحالة المدنية ولا بموجب حكم قضائي صادر عن المحكمة، وكل تصرف لذلك يمكن أن يعرض فاعله للعقاب بمقتضى قانون العقوبات.⁴

وبما أن المشرع الجزائري منع نظام التبني، فهو بذلك قد طبق أحكام الشريعة الإسلامية ولم يقف عند هذا الحد بل فتح بابا آخر لتسوية أوضاع هذه الفئة من المجتمع حين أقر بنظام الكفالة التي نص عليها في

(ق.أ) (ابتداء من (المادة 116 إلى 125) منه فالمادة 116 منه عرف من خلالها الكفالة بقولها

" الكفالة إلترام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة ورعاية قيام الأب بإبنه وتتم بعقد شرعي "

¹ المادة 64 من قانون الحالة المدنية، تنص على أنه: " يعطي ضابط الحالة المدنية نفسه الأسماء إلى الأطفال اللقطاء والأطفال المولودين من أبوين مجهولين والذين لم ينسب لهم المصرح أية أسماء يعين الطفل بمجموعة من الأسماء يؤخذ آخرها كلقب عائلي "

² المادة 149 من مدونة الأسرة المغربية .

³ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 1277086، قرار بتاريخ 2019/02/06، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، 2019، ص 72.

⁴ عبد العزيز (سعد)، مرجع سابق، ص 220.

كما نصت المواد 117 و 118 منه عن كيفية الكفالة وشروط الكافل، وتصح الكفالة لمعلوم النسب أيضا وهذا ما نصت عليه المادة 119: "الولد المكفول إما أن يكون مجهول النسب أو معلوم النسب "

وتضيف المادة 121 على أنه: تخول كفالة الكافل الولاية القانونية وجميع المنح العائلية والدراسية التي يتمتع بها الولد الأصلي " ولللكافل حق إدارة أموال الكفيل التي إكتسبها من الإرث الوصية والهبة حسب نص المادة 122 من قانون الأسرة وبموجب نص المادة 123 من القانون نفسه أنه يحق له كذلك أن يوصي أو يتبرع للمكفول بماله في حدود الثلث وإن أوصى أو تبرع بأكثر من ذلك بطل ما زاد عن الثلث إلا إذا أجازته الورثة .

غير أن المادة 120 منه نصت بصريح العبارة على أنه: يجب أن يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب وإن كان مجهول النسب تطبق عليه المادة 64 من قانون الحالة المدنية.¹

ويبقى المشرع التونسي الذي جنح عن الشريعة الإسلامية حال فتحه المجال للتبني من خلال الفصول من (08 إلى 16) من القانون 27 لعام 1957 المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني .

حيث نص الفصل 13 أن عقد التبني يتم بحكم يصدره حاكم الناحية بمكتبه بمحضر المتبني وزوجه أو عند الإقتضاء بمحضر والدي المتبني أو من يمثل السلطة الإدارية المتعده بالولاية العمومية على الطفل الكفيل.

وإقتضى الفصل 9 من ذلك القانون أنه ينبغي أن يكون المتبني شخصا راشدا ذكرا أو أنثى متزوجا متمتعا بحقوقه المدنية ذا أخلاق حميدة سليم العقل والجسم وقادرا على القيام بشؤون المتبني

وأضاف الفصل 10 من نفس القانون أنه ينبغي أن يكون الفرق بين عمر المتبني وعمر المتبني خمس عشر سنة على الأقل إلا في الصورة التي يكون فيها المتبني ابن زوج المتبني وإمتد هذا القانون إلى غاية السماح للتونسي بتبني أولادا أجانب.²

الملاحظ هنا أن التشريع التونسي تفنن في خرق أحكام الشريعة الإسلامية وأحل ما حرم الله سبحانه وتعالى ويظهر ذلك جليا من خلال تفصيله في المواد السالفة الذكر ونقول أن الثقافة الغربية طاغية على من خول لهم وضع القوانين التونسية.

¹ قانون الأسرة المعدل والمتمم.

² القانون عدد 27 لعام 1958 المؤرخ في 4 مارس 1958 المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني.

المبحث الثاني: حماية النسب بالبينة

تعد البينة واحدة من طرق حماية النسب شرعا وقانونا بالإتفاق، فهي أمر كاشف بالشهادة للنسب مثلها مثل الإقرار، وإن كانت البينة تختلف عن الإقرار حيث أنها حجة متعدي لا يقتصر الحكم الثابت بها على المدعى عليه فقط، بل يثبت عليه وعلى غيره، أما الإقرار فحجية الحكم الصادر بناء عليه حجة قاصرة على المقر لا يتعداه إلى الغير، كما تعد ركيزة أساسية في القوانين الوضعية فبها تثبت الحقوق وذكرها المشرع الجزائري في قانون الأسرة من خلال نص المادة 40 منه حيث جاء فيها: " يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة"

كما أجمع فقهاء الشريعة على مشروعيتها الثابتة إذ لها ذكر خاص في الكتاب والسنة، وكتب الفقهاء لقوله تعالى: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رَجَالِكُمْ﴾ ومن السنة قوله صلى الله عليه وسلم " ألا أخبركم بخير الشهداء هو الذي يأتي الشهادة قبل أنيسألها " ¹

والمأخوذ على المشرع أنه لم يبين ما يقصده بهذه البينة، فهل جميع ما يكون حجة يعتبر بينة؟ أم هي محصورة في الشهادة كما ذهب إليه جمهور الفقهاء؟ وكيف تساهم في حماية النسب بها؟

إجابة عن هذه التساؤلات قسمنا المبحث إلى: مفهوم البينة (المطلب الأول) أنواع البينة (المطلب الثاني) حجية البينة مقارنة بالإقرار في حماية النسب (المطلب الثالث).

المطلب الأول: مفهوم البينة

سوف نتناول تعريف البينة لغة وإصطلاحا (الفرع الأول) وتعريف البينة في مجال النسب وفق المشرع الجزائري (الفرع الثاني)

الفرع الأول: تعريف البينة لغة والإصطلاح

سوف نتطرق إلى تعريف البينة لغة (الفقرة الأولى) وتعريف البينة إصطلاحا (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى: تعريف البينة لغة

من التبيين: وتعني الوضوح، ² أي الدليل والحجة، وهي الحجة القوية الواضحة، وتعني أيضا الحلف والقسم. ¹

¹ أبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة (الترمذي)، الجامع المختصر من السنن، كتاب الشهادات، باب ماجاء في الشهداء أيهم خير، حديث رقم 2295، بيت الأفكار الدولية، الأردن، (د. ت)، (د. ط)، ص 379.

² ابن علي الفيومي (أحمد)، المصباح المنير، مرجع سابق، كتاب الباء، الباء مع الواو وما يماثلها، ص 27.

الفقرة الثانية تعريف البيئة اصطلاحاً

هي البرهان على وقوع الواقعة أو حدوث العمل القانوني في الكيفية المأخوذة بها قانوناً، وهي أيضاً الوسيلة المتبعة لإقامة الحجة.

وقد عرفها علاء الدين الطرابلسي بأنها " إسم لكل ما يبين الحق ويظهره " ²

أما عن تعريف البيئة في القانون الوضعي: " هي إخبار الإنسان بحق لغيره على غيره " ³

نلاحظ أن المعنى الاصطلاحي مرتبط بالمدلول اللغوي حيث أن البيئة هي الحجة التي يتوصل بها لإظهار الحق وإيضاح الحقيقة.

وإنطلاقاً من هذا الطرح، فيما يتمثل تعريف البيئة في مجال النسب وفقاً للمشرع الجزائري؟

الفرع الثاني : تعريف البيئة في مجال النسب وفق للمشرع الجزائري⁴

لقد إستعمل المشرع في المادة 40 من قانون الأسرة في النص العربي مصطلح البيئة، وفي النص الفرنسي مصطلح "Preuve" فهذا المصطلح بشموله يفهم منه أن مقصود البيئة له معنيان: معنى عام ومعنى خاص.

الفقرة الأولى: المعنى العام (بمعنى الدليل)

هي الحجة أو البرهان، وهو تعريف نظري مناسب للبيئة لأنها ترشد إلى الصواب والإقناع، والدليل

على ذلك قوله تعالى: ﴿لَمْ يَكُنِ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ وَالْمُشْرِكِينَ مُنْفَكِينَ حَتَّى تَأْتِيَهُمُ الْبَيِّنَةُ﴾ ⁵

وقوله عز وجل: ﴿لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ﴾ ⁶

وقوله أيضاً: ﴿وَلَا يَأْبُ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا﴾ ⁷ وقوله تعالى: ﴿وَأَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ ⁸

¹ (ابن منظور)، لسان العرب، إصدارات وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، المملكة العربية السعودية،

(د. ت)، (د. ط)، ج6، حرف النون، فصل الباء، ص 215 .

² خليفة (علي الكعبي)، مرجع سابق، ص 263.

³ محمد عبد العزيز (حسن)، إثبات النسب بالبصمة الوراثية، مرجع سابق، ص 84.

⁴ لم يعرف المشرع الجزائري البيئة تعريفاً دقيقاً، في مواد قانون الأسرة الجزائري، وإنما ذكرها في إطار كلامه عن الطرق التي يثبت بها النسب ضمن المادة 40 من ق. أ .

⁵ سورة البينة الآية: 01 .

⁶ سورة الحديد الآية: 25.

⁷ سورة البقرة الآية: 282.

⁸ سورة الطلاق الآية: 02 .

وقوله عز وجل: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ إِيَّمًا عَلَى قَلْبِهِ﴾¹

وقد قال ابن القيم: أن البينة لم تأت قط في القرآن الكريم مراد بها الشاهدان وإنما أتت مراد بها الحجة والدليل.

كذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم " البينة على المدعي " ولا شك أن بعض القرائن أقوى بكثير من الشهادة لأن الشهادة يمكن أن يتطرق إليها الوهم والكذب"²

الفقرة الثانية: المعنى الخاص (بمعنى الشهادة)

إن المقصود بالبينة في مجال النسب هو شهادة الشهود دون غيرها من الأدلة، ويقصد بها قيام شخص من غير خصوم في الدعوى بالإخبار أمام القضاء عما أدركه بحاسة من حواسه، كالسمع أو البصر بشأن الواقعة المتنازع عليها، أي أن الشاهد يخبر بواقعة صدرت من غيره ويترتب عنها حق لغيره.³

وقد وردت في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ﴾⁴ وقد أجمع الفقهاء على أن النسب يثبت لمدعيه بشهادة رجلين عدلين واختلفوا في إثباته بغير ذلك حيث ذهب الحنفية إلأن يثبت بشهادة رجل وامرأتين أما جمهور الفقهاء لا يقبل إثبات النسب بالشهادة عندهم إلا شهادة رجلين عدلين فإذا ثبت نسب المدعي بالبينة لحق نسبه بالمدعي وترتب عليه ثبوت جميع الأحكام المتعلقة بالنسب كما يثبت النسب تبعاً لإثبات الولادة بشهادة المرأة الواحدة من أهل العدالة كالعاقلة عند الحنفية وفي قول الحنابلة⁵ وشهادة امرأتين من أهل العدالة عند المالكية وفي رواية عند الحنابلة وأربع نسوة عدول عند الشافعية⁶

¹ سورة البقرة الآية: 283.

² (ابن القيم الجوزية)، زاد المعاد في هذي خير العباد، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، 1430 هـ - 2009 م، ط1، ص 899.

³ أحمد فراج (حسين)، مرجع سابق، ص 265.

⁴ سورة النساء الآية: 135.

⁵ موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد (بن قدامة المقدسي)، عمدة الفقه في المذهب الحنبلي، المكتبة العصرية، سيدنا- بيروت، 1423 هـ - 2003 م، كتاب الشهادات، (د. ط)، ص 151.

⁶ أحمد بن محمد (بن قدامة المقدسي)، المغني، دارعالم الكتب، الرياض، 1418 هـ - 1997 م، ط3، ج 14، كتاب الشهادات، ص 136. أنظر السباعي (مصطفى)، المرأة بين الفقه والقانون، مكتبة الوراق، بيروت، 1430 هـ - 1999 م، ط7، ص 27 وما بعدها و(ابن رشد القرطبي)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار المعرفة، بيروت - لبنان، 1402 هـ - 1982 م، ط 6، ج2، ص 462. وعبد العزيز فرج محمد (موسى)، مدى حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب بحث فقهي مقارن، حولية مركز البحوث والدراسات الإسلامية، العدد 23، ص 321.

وفي القانون الجزائري فقد نصت المادة 62 من قانون الحالة المدنية بموجب الأمر رقم: 20/70 المؤرخ في: 1970/02/19 على ما يلي: يصرح بولادة الطفل الأب أو الأم وإلا فالأطباء والقابلات أو أي شخص آخر حضر الولادة وعندما تكون الأم ولدت خارج مسكنها، فالشخص الذي ولدت الأم عنده. وتجدر الإشارة أنه إذا أثبت الولادة بهذه الطريقة نسب الولد إلى الزوج.¹

وأما الدليل من السنة فيتمثل فيما روي عن أنس بن مالك رضي الله عنه قال " أن شريك بن سمحاء قذفه هلال بن أمية بإمرأته فقال له رسول الله (البينة وإلا حد في ظهرك)² ومن السنة أيضا ما روي عن الأشعة بن قيس الكندي رضي الله عنه قال: كانت بيني وبين رجل خصومة في البئر فإختصمنا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال (شاهدك أو يمينه)، لهذا فسرت البينة بالشهادة.³

ومن فقهاء المحدثين الذين نحو هذا المنحى نجد ما ذهب إليه أبو العيين بدران في أن البينة المثبتة للنسب هي شهادة رجلين أو رجل وإمرأتين فإذا ادعى شخص أن فلان ابن له أو أبا أو أخا أو عما فأنكر المدعى عليه تلك الدعوى فأقام المدعى البينة على دعواه قبلت هذه الدعوى وثبت النسب إذا توافرت الشروط المعتبرة لصحة هذه الدعوى⁴

وأيضا ما ذهب إليه كل من رمضان علي السيد الشرنباصي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي حين أكدوا أن النسب " يثبت بالبينة " وهي شهادة رجلين أو رجل وإمرأتين وإذا ثبت النسب بالبينة أصبح ملزما لكل من الطرفين من إدعى النسب ومن أنكره.⁵

وقد إتفق كل من الفقه القانوني والقضاء على أن الإثبات بالبينة الكاملة يكون عن طريق شهادة رجلين عدلين، أو رجل وإمرأتين عدول.⁶

¹ الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 19 فبراير سنة 1970 المتعلق بالحالة المدنية.

² صحيح مسلم، كتاب اللعان، ج6، ص 151. صحيح البخاري، كتاب الشهادات، باب إذا ادعى أو قذف فله أن يلتمس البينة وينطلق لطلب البينة، حديث رقم 2671، ص 652 .

³ صحيح البخاري، كتاب الشهادات، باب يحلف المدعى عليه حيثما وجبت عليه اليمين، ولا يصرف من موضع إلى غيره، ص 652.

⁴ بدران أبو العيين (بدران)، مرجع سابق، ص 43.

⁵ رمضان علي السيد (الشرنباصي)، جابر عبد الهادي سالم (الشافعي)، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء دراسة لقوانين الأحوال الشخصية الزواج - الفرقة بين الزوجين - حقوق الأولاد - التلقيح الفقهي في قوانين الأحوال الشخصية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2012 م، (د. ط)، ص 358.

⁶ بلحاج (العربي)، مرجع سابق، ص 199.

ودليل ذلك ما أورده المشرع الجزائري في المادة 40 من (ق.أ) حيث إعتبر البينة إحدى طرق الإثبات التي يمكن من خلالها الشخص أن يأتي بدليل قاطع على أن المولود هو ابنه الصليبي ولكن بالرجوع إلى التعديل الأخير في المادة 40 حيث إستحدث المشرع الطرق العلمية في الفقرة الثانية وإعتبرها طريقا مستقلا عن البينة في مجال حماية النسب وإثباته بصورة تنزع أي إشكال في تأويل معنى البينة مما يفهم منه أن المشرع يقصد بالبينة المعنى الخاص أي شهادة الشهود.

والملاحظ هنا أن المشرع الجزائري إتفق مع الفقه على حماية النسب وإثباته بالبينة لكنه ترك أمر تنظيمها للفقه مما يحتم على القاضي الرجوع إلى المادة 222 (ق.أ) التي تحيله على أحكام الشريعة الإسلامية.

وبالرجوع إلى الإجتهد القضائي خصوصا القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 15/06/1999 م الذي جاء فيه: " أنه من المقرر قانونا أيضا أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبينة وبنكاح الشبهة وبكل نكاح تم فسخه قبل الدخول طبقا للمواد 32، 33، 34 من هذا القانون، ومن ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد مخالفا للقانون ومتى تبين - في قضية الحال - أن قضاة المجلس لما قضوا بتأييد الحكم المستأنف القاضي بتعيين خبرة طبية قصد تحليل الدم للوصول إلى تحديد النسب خلافا لقواعد إثبات النسب المسطرة شرعا وقانونا طبقا لأحكام المادة 40 وما بعدها من قانون الأسرة، فإنهم بقضائهم كما فعلوا تجاوزوا سلطتهم وعرضوا قرارهم للنقض .

ويستخلص من هذا القرار الذي رفضت فيه المحكمة العليا إجراء فحص الدم وإعتماده كدليل لإثبات النسب وإعتبره خرقا لأحكام المادة 40 من قانون الأسرة أنها لم تأخذ بالمعنى العام للبينة كونه يشمل القرائن والكتابة وأخذت بالمعنى الخاص بمفهوم المخالفة لما جاء في القرار، وهي شهادة الشهود.¹

للبينة أنواع عدة سوف نتطرق إليها في الفرع الثاني.

المطلب الثاني: أنواع البينة وحجيتها مقارنة بالإقرار

سوف نتطرق لأنواع البينة (الفرع الأول) وحجية البينة مقارنة بالإقرار في إثبات النسب

(الفرع الثاني) .

¹ قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 222674، الصادر بتاريخ 15/06/1999، المجلة القضائية، العدد الأول، ص 126.

الفرع الأول: أنواع البيئة¹

تتخذ البيئة عدة صور، فقد تكون مباشرة (الفقرة الأولى) أو غير مباشرة، (الفقرة الثانية) كما يمكن أن تكون شهادة بالتسامع (الفقرة الثالثة) أو بالشهرة العامة (الفقرة الرابعة).

الفقرة الأولى: الشهادة المباشرة

هي الشهادة التي يقر فيه الشاهد في مجلس القضاء ما وقع تحت سمع وبصره مباشرة كالذي يشهد واقعة معينة فيسرد الواقعة كما شاهدها بمعنى أن يكون ما أدركه الشاهد متعلق بالواقعة قد تم مباشرة عن طريق حاسة من حواس الشاهد كالسمع والبصر أو بهما معا ومن لا قدرة له على الكلام يؤدي الشهادة بالكتابة والإشارة .

الفقرة الثانية: الشهادة الغير مباشرة

تكون عندما يشهد الشخص بما سمع رواية عن الغير فيشهد أنه سمع شخصا معينا يروي هذه الواقعة محل الإثبات، فهذا الشاهد لم ير الواقعة بنفسه، بل سمع شخصا معينا يرويها، وتبعاً لذلك تعتبر الشهادة السماعية شهادة على الشهادة، ولا يوجد نص في القانون الجزائري يمنع الأخذ بها، ولذلك يترك أمر الأخذ بها وتقدير قيمتها لقاضي الموضوع.²

الفقرة الثالثة: الشهادة بالتسامع

هي شهادة لا تنصب على الواقعة المراد إثباتها بالذات، بل على الرأي الشائع عند جماهير الناس عن هذه الواقعة، فالشاهد فيها لا يروي عن شخص معين ولا عن واقعة معينة بالذات، وإنما يشهد بما تسامعه الناس عن هذه الواقعة وما شاع بين الجماهير بشأنها.

ولما كان من الصعب تحري وجه الحقيقة بالنسبة لهذا النوع من الشهادة، فإنها لا تقبل في المسائل المدنية، ويمكن الإستئناس بها في المسائل التجارية على الرأي الراجح فقها.

لكن هل يمكن إعتماها في مجال النسب؟

إذا كان الأصل في الشهادة أنه لا يجوز للشاهد أن يشهد بشيء لم يعاينه بالعين أو بالسمع بنفسه إلا أن الفقهاء إستثنوا من هذا الأصل مسائل منها النسب فأجازوا فيه الشهادة بالتسامع من الناس، وإن لم يعاين

¹ شمس الدين السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت - لبنان، (د ت)، (د. ط)، ج 17، باب الشهادة في الولادة والنسب، ص 80 .

² شروقي (محترف)، إثبات النسب ونفيه وفقا لتعديلات قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل اجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 16، 2005 - 2008، ص 35.

الشاهد بنفسه، وهذا الإستثناء ضرورة دعت إليها رعاية المصالح والحاجة الشديدة لما في ذلك من رفع الضرر وعدم تعطيل الأحكام فإذا إستفاض في الناس مثلاً أن فلانا تزوج بفلانة وولد له جاز أن يشهد به، فيقول: سمعنا سماعاً فاشياً من أهل العدل وغيرهم أن فلانا قد ولد له من فلانة.¹

وإن كانت شهادة السماع كافية لإثبات النسب فقد إشتراط الفقه المالكي مجموعة من الشروط لصحتها كأن تكون الشهادة بعدلين ذكرين، الإستفاضة - بأن يستند إلى عدد غير محصور أو معين - كما إشتراطوا أن تكون الشهادة خالية من أي كذب أو سهو الشاهد مع أداء اليمين وطول مدة الشهادة حتى يحصل العلم.²

أما الفقه الحنفي فإشتراط لقبول شهادة التسامع أن يشهد الشاهد بالنسب، دون أن يذكر أمام القاضي أنه يشهد بناء على السماع بين الناس، فإذا فسر للقاضي بذلك لا تقبل شهادته.

وقد قضى بأن الشهادة بالتسامع جائزة عند الأحناف أيضاً في مواضع منها النسب وشرطها أن يكون ما يشهد به الشاهد أمراً متواتراً مشتهراً، سمعه من جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب ويشتهر ويستفيض، وتتواتر به الأخبار، ويقع في قلبه صدقه، أو أن يخبره رجلان عدلان، أو رجل وامرأتان عدول.³

وجاء في أحد القرارات: من المقرر شرعاً أنه يمكن إثبات النسب بالزواج الصحيح والإقرار والبيئة وشهادة الشهود ونكاح الشبهة والأنكحة الفاسدة والباطلة تطبيقاً لقاعدة إحياء الولد لأن ثبوت النسب يعد إحياء له ونفيه قتله.

ولما كان من الثابت أن قضاة المجلس لما قضاوا برفض سماع شهادة الأقارب في دعوى النسب بحجة أن الحكم حاز قوة الشيء المقضي، فإنهم بقضائهم كما فعلوا أخطئوا في تطبيق القانون، لأن حجية الشيء المقضي فيه لا تطبق في قضايا الحالة، كإثبات الزواج والنسب، وأنه يمكن إثبات الزواج والنسب بطرق عدة على غرار العقد الصحيح طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، مما إستوجب نقض القرار المطعون فيه.⁴

¹ كمال الدين (ابن الهمام)، شرح فتح القدير، مرجع سابق، ج 7، ص 369.

² المؤمني (أيوب)، المقررات الشرعية لحماية حق الطفل في النسب، مجلة الفقه والقانون، العدد 9، 2013، ص 142. أنظر (ابن

القيم الجوزية)، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، مرجع سابق، ص 535.

³ حنا (منير رياض)، مرجع سابق، 569.

⁴ المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، قرار رقم 172333، بتاريخ 10/28/1997، المجلة القضائية، 1997، العدد الأول، ص 42.

الفقرة الرابعة: الشهادة بالشهرة العامة

لا تعتبر شهادة بالمعنى الصحيح، وإنما هي عبارة عن ورقة مكتوبة تحرر أمام جهة رسمية كقاض، أو موثق، يشهد بها شهود يعرفون وقائع معينة عن طريق الشهرة العامة، بشرط أن تكون لهم معرفة شخصية لهذه الوقائع وهي مقبولة في إثبات النسب.¹

من خلال نص المادة 40 من قانون الأسرة إعتبر المشرع البيئة إحدى طرق إثبات النسب وحمايته التي يمكن من خلالها إثبات أن الولد هو الإبن الصليبي وأكدت المحكمة العليا في العديد من قراراتها، إذ جاء في قرار لها ما يلي: من المقرر قانوناً أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار والبيئة ونكاح الشبهة، ومن ثم فإن القضاء بهذا المبدأ يعد تطبيقاً سليماً للقانون.

ولما كان الثابت في قضية الحال أن الطاعنة لم تثبت أية حالة من الحالات التي نص عليها قانون الأسرة، فإن قضاة الموضوع برفضهم لطلبها الرامي إلى تسجيل الزواج وإثبات نسب البنت قد طبقوا صحيح القانون. ومتى كان ذلك إستوجب رفض الطعن.²

بعد عرض أنواع البيئة ومعرفة أنها إحدى طرق حماية النسب نلجأ إلى الإشكال الذي يطرح وهو مدى حجيتها مقارنة مع الإقرار في مسائل حماية النسب وإثباته .

الفرع الثاني: حجية البيئة مقارنة بالإقرار في حماية النسب

تعتبر البيئة أقوى من الإقرار لكونها لا تقتصر على المقر كما هو الحال في الإقرار، بحيث يثبت الحكم الثابت بالبيئة في حقه وفي حق غيره³، لذلك لو تعارض إقرار وبيئة في دعوى نسب رجع صاحب البيئة، فلو كان هناك ولد ليس له نسب معروف فأخذه رجل وإدعى نسبه وتوفرت شروط الإقرار السابقة ثبت نسبه بذلك الإقرار، فلو جاء رجل آخر وإدعى نسبه وأقام بيئة صحيحة على أنه ابنه كان أحق به من المقر لأن النسب وإن ثبت في الظاهر بالإقرار إلا أنه غير مؤكد بإعتبار أن كلاهما أي البيئة والإقرار قد يحتمل البطلان، وظهور عدم صحة الإقرار بوجود البيئة التي تعتبر أقوى منه .⁴

وما نرى حتمية ملاحظته هنا هو أن حماية النسب بالبيئة لا يمكن تصورها إلا في الحالة التي يكون فيها الزوج والزوجة قد جمع بينهما عقد زواج صحيح أو فاسد، أما إذا كانت قد جمعت بينهما علاقات غير

¹ شروقي (محترف)، مرجع سابق، ص 35.

² قرار المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، قرار رقم 74712، بتاريخ 1991/05/21، المجلة القضائية، 1994، العدد الثاني، ص 56.

³ الزحيلي (وهبة)، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص 612.

⁴ بن شويخ (الرشيد)، شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 236 - 237.

شرعية ولا قانونية، ونتج عن هذه العلاقات ولد ثم وقع النزاع بشأن واقعة ولادته أو بشأنه هو ذاته، فلا يمكن إثبات نسبه إلى أي شخص بأية بينة كانت، ولا يمكن تسجيله على لقبه أو بإسمه في سجلات الحالة المدنية، باستثناء إسناد نسبه إلى والدته¹

وفي الأخير نلاحظ أن ما تم دراسته من وسائل حماية النسب بالطرق الشرعية من زواج صحيح أو فاسد وإقرار وبينه فيها تدرج وليست كلها في مرتبة واحدة.

المطلب الثاني: الحماية عن طريق نفي النسب باللعان

من تشديد الشارع الحكيم في مسألة الأنساب أنه جعل إثباته بأدنى الأسباب، وجعله لا ينتفي إلا بأقوى الأدلة، كما قال الإمام ابن قدامة " أن النسب يحتاط لإثباته، ويثبت بأدنى الأدلة، ويلزم ذلك التشديد في نفيه، وأنه لا ينتفي إلا بأقوى الأدلة² فلم تعرف الشريعة الإسلامية بين طيات نصوصها وقواعدها الشرعية طريقاً لنفي النسب، إلا طريقاً واحداً وهو اللعان، وهو الطريق الأقوى والذي لا يقل أهمية عن قرينة الفراه الممكن عادة لحوقه، إذ يعتبر نظام إسلامي خالص، لا نظير له في باقي التشريعات السماوية أو القوانين الوضعية الغير إسلامية .

فقد أعطى الإسلام للرجل حق نفي ولد نسب إليه زوراً، وأدخلته المرأة عليه (إذا تأكد من ذلك) وإلا إستحقى حداً من حدود الله، فقد قال الرسول صلى الله عليه وسلم لمن رمى زوجته بالزنا " البينة أو حد في ظهرك " فقال الرجل: " أرى الرجل مع زوجته رجلاً ويلتمس البينة؟ فأنزل الله آيات اللعان³.

والملاحظ أن قانون الأسرة لم يشر إلى تعريف هذا النظام ولا كيفية إعماله وإكتفى بالإشارة إليه كوسيلة لنفي النسب وهو ما يتعين معه العودة إلى كتب الفقه لمعرفة مضامينه وللغوص في معنى اللعان أكثر سنتطرق لمفهوم اللعان (الفرع الأول) واللعان في القانون الجزائري (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم اللعان

لقد تعددت الطرق للإثبات النسب، لكن ليس لنفيه بعد ثبوته شرعاً إلا طريق واحد ألا وهو اللعان لهذا سنتناول تعريف اللعان ودليل مشروعيته (الفقرة الأولى) شروط وإجراءات اللعان (الفقرة الثانية) آثار

¹ عبد العزيز (سعد)، الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص 218.

² الميمان (ناصر عبد الله)، البصمة الوراثية وحكم استخدامها في مجال الطب الشرعي والنسب، مجلة الشريعة والقانون، تصدر عن مجلس النشر العلمي، جامعة الإمارات العربية، العدد 18، ذو القعدة 1423 هـ - يناير 2003 م، ص 204.

³ أبي بكر أحمد بن الحسين ابن علي (البهقي)، السنن الكبرى مع الجوهر النقي، مطبعة المعارف العربية، (د. م)، 1335 هـ، ط 1، ج 7، كتاب اللعان، باب الزوج يقذف امرأته فيخرج من موجب قذفه بأن يأتي بأربعة شهود يشهدون عليها بالزنا أو يلتعن، ص 394.

اللعان وحالات إنتفاء الولد من دونه (الفقرة الثالثة)

الفقرة الأولى: تعريف اللعان

نتناول تعريف اللعان لغة (أولاً) ثم تعريف اللعان اصطلاحاً (ثانياً) وبعدها دليل مشروعية اللعان (ثالثاً)

أولاً: تعريف اللعان لغة: من اللعن ويقصد به البعد والطرْد، ولعنه أبعدَه لعنة الله أبعدَه من رحمته فهو لعين ملعون، ولاعنه ملاعنة ولعانا وتلاعنا إذ لعن كل واحد منهم الآخر، لاعن الزوج زوجته إذ قذفها بالفجور واتهمها بالزنا، وقيل سمي اللعان كذلك لأن الزوج الملاعن يلعن نفسه في اليمين الخامس أمام القاضي، وقيل المتلاعنان أحدهما كاذب فتحل عليه لعنة الله.¹

ثانياً: تعريف اللعان اصطلاحاً

اختلف الفقهاء حول تعريف اللعان في كونه أيماناً أم شهادات لكن كانت تعاريفهم متقاربة لأن سندهم في التعريف هو ما جاء في آيات سورة النور ومنه عرف ابن عرفه اللعان بأنه " حلف الرجل على زنا زوجته أو نفي حملها اللازم له، وحلفها على تكذيبه إن أوجب نقولها حدها بحكم قاض " ² فاللعان على ضوء هذا التعريف له سببان:

1- رمي الزوجة بالزنا دون شهادة الرجال

2- نفي نسب ولد الزوجة، وهو مشروط بعدم إقامة البينة كما في قول الله تعالى:

﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَدُوا أَحَدُهُمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ ٦﴾

وَالْخَمْسَةَ أَنْ لَعَنَتِ اللَّهُ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَذَّابِينَ ٣ ونفي النسب باللعان حق للزوج (الأب) دون سواه لأنه المطلوب نفي النسب عنه فلا تسمع إلا ممن نسب إليه الولد.

ثالثاً: دليل مشروعية اللعان

ثبت مشروعية اللعان لدرء الحد عن الزوج بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

¹ (ابن منظور)، لسان العرب، فصل اللام - حرف النون، مادة " لعن "، ج 17، ص 273.

² أبي عبد الله محمد الأنصاري (الرصاص)، شرح حدود ابن عرفة، الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، 1993 م، ط 1، ج 1، كتاب اللعان، ص 301.

³ سورة النور الآية: 6 - 7.

أ - من الكتاب قوله تعالى:

﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ ﴿٦﴾
وَالْخَمْسَةُ أَنْ لَعْنَتُ اللَّهُ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَذَّابِينَ ﴿٧﴾ وَيَذَرُوا عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَذَّابِينَ ﴿٨﴾
وَالْخَمْسَةُ أَنْ غَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ ﴿٩﴾﴾¹

ب - من السنة:

ذكر في صحيح مسلم عن سهل بن سعد الساعدي أن عمير العقلاني جاء إلى عاصم بن عدي الأنصاري فقال له: أ رأيت يا عاصم لو أن رجلاً وجد مع امرأته رجلاً أ يقتله فتقتلونه، أم كيف يفعل، فسل لي عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم، فسأل عاصم رسول الله صلى الله عليه وسلم، فكره رسول الله المسائل وعابرها، حتى كَبُرَ على عاصم ما سمع من رسول الله: فلما رجع عاصم إلى أهله جاءه عويمر فقال: يا عاصم ماذا قال رسول الله: قال عاصم لعويمر لم تأتني بخبر قد كره رسول الله صلى الله عليه وسلم المسألة التي سألته عنها، قال عويمر والله لا أنتهي حتى أسأله عنها، فأقبل عويمر حتى أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم وعليه وسلم وسط الناس، فقال عويمر، يا رسول الله أ رأيت رجلاً وجد مع امرأته رجلاً فقتله فتقتلونه ؟ أم كيف يفعل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم قد نزل فيك وفي صاحبك فذهب فأتي بها قال سهل: فتلاعنا وأنا مع الناس عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما فرغا قال عويمر: كذبت عليا يا رسول الله، إن أمسكتها، فطلقها ثلاثاً، قبل أن يأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم.

قال ابن شهاب: فكانت سنة المتلاعنين.

وردت أحاديث عديدة عن النبي صلى الله عليه وسلم منها، ما روى عن ابن عمر أن رجلاً لاعن في زمن النبي صلى الله عليه وسلم وانتفى من ولدها، ففرق النبي صلى الله عليه وسلم بينهما، وألحق الولد بالمرأة " ²

ج - من الإجماع: واللعان لا يشرع إلا حين يعلم الزوج بزنا زوجته، إما بروية أو إخبار ثقة، أو مشاهدة رجل فاجر يدخل عليها أو يخرج من عندها، أو باستقاضة زنا عند الناس، ونحو ذلك فإذا ما حصل شيء من ذلك، ولم يكن ثمة ولد يحتاج الزوج نفية، فالأولى به في هذه الحالة أن يكتفي بطلاقها لتحريم بقائها معه، مع حفظ لسانه عن رميها بالفاحشة سترًا عليها وصيانة لحرمة فراشه، فإن كان هناك

¹ سور النور الآية: 6 - 9.

² صحيح مسلم، ج 6، كتاب اللعان، باب اللعان، حديث رقم 3307، ص 141. أنظر (ابن القيم الجوزية)، بدائع التفسير الجامع لما فسرہ الإمام ابن القيم الجوزية، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، 1427 هـ، طبعة جديدة منقحة، المجلد الثاني، ص 235.

ولد يحتاج إلى نفيه سواء كان حملاً أو مولوداً، فإنه لا ينتقي منه لولادته على فراشه، إلا بأن يلاعن زوجته

وقد ذكر كثير من أهل العلم أن الإجماع قد عقد منذ عهد الصحابة إلى يومنا هذا على مشروعية اللعان¹

د - من المعقول: قال ابن رشد " لما كان الفراش موجبا للحقوق النسب كان بالناس ضرورة إلى طريق ينفونه به إذا تحققوا فسادهم وتلك الطريق هي اللعان " ²

الفقرة الثانية: شروط وإجراءات اللعان

إشترط الفقهاء شروط خاصة بالأزواج حتى تتم عملية اللعان بشكل صحيح وهي كالتالي:

أولاً - قيام الزوجية: أن يكون المتلاعنين زوجين وهذا الشرط يستوي فيه أن تكون الزوجة مدخولاً أو غير مدخول بها، كما أن الزواج الفاسد لا لعان فيه لأن الزوجة فيه تعتبر أجنبية، لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ﴾³

ثانياً - التعجيل: (الفورية) إذا كانت التهمة نفي حمل الولد فيشترط التعجيل برفع الدعوى بمجرد علم الزوج بالحمل فإن تأخر يوماً أو يومين بغير عذر أو حصل منه وطء لزوجته إمتنع اللعان ولم يمكن منه الزوج ويحد للقفز طال زمن سكوته كالشهر أقصر كيومين أو يوم إلا بعذر⁴

لهذا يجب أن يكون نفي الولد باللعان عند ولادته أو وقت شراء ما يلزم للأم أو الولد أو في مدة التهنئة بالمولود وكل هذه الأمور تدل على معاصرة النفي للولادة وعند الأحناف والحنابلة لا يصح عندهم اللعان بنفي النسب قبل الوضع لعدم التيقن لإحتمال أن يكون الحمل كاذباً، أما الشافعية والمالكية فقد أجازوا اللعان قبل الوضع مطلقاً، لما صح عندهم نفي الحمل، ويشترط المالكية التعجيل في اللعان بعد العلم سواء بالحمل أو بالولادة

¹ السبيل (عمر بن محمد)، البصمة الوراثية ومدى مشروعية إستخدامها في نفي النسب والجناية، دار الفضيلة لنشر والتوزيع، الرياض، 1423 هـ - 2002 م، ط 1، ص 35.

² (ابن رشد)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق، دار القلم، ج 2، ص 115.

³ سورة النور الآية: 4.

⁴ (ابن رشد)، بداية المجتهد، دار الكتب الإسلامية، القاهرة، 1983 م، ط 2، ج 2، ص 117.

- 1- أن يحصل النفي دون أن يكون قد حصل من الزوج إقرار بالولد صراحة أو ضمناً، ومن الإقرار الصريح أن يقر حال حملها وقبل الولادة بأن الحمل منه ومن قبل الإقرار الضمني إعداد معدات الولادة وقبول التهنة بالمولود متى حصل ذلك فلا يسوغ للزوج نفي نسب الولد بعد ذلك.¹
- 2- وقوعه بين يدي القاضي أو الحاكم لأن إقامة اللعان في كتب السنة كلها كانت بعد رفعه إلى رسول الله (صلى الله عليه وسلم) ولأنه ينتقي النسب بواسطته إلا بحكم قضائي.
- 3- وقوعه في المسجد بحضور جماعة: لينتشر ويشتهر فيقع به الزجر والإتعاظ لغير الملاحن من النساء فلا تقدم إحداهن على هذا الفعل الشنيع خوف الفضيحة، لما روي عن سهيل بن سعد أن رجلاً قال: " يا رسول الله أرأيت رجلاً وجد مع امرأته رجلاً أيقن أنه قتلنا في المسجد وأنا شاهد وفي رواية فتلاعنا وأنا مع الناس "
- أما إذا كان الزوج غائب فله نفي نسب المولود وقت علمه بواقعة الولادة في غيبته، وإذا حضر وقت حضوره وعلمه بها²
- 4- صيغته: أن يأمر الإمام أو نائبه الزوج أن يلاعن زوجته: " إذ يحلف الزوج أربع شهادات بالله لقد رأيتها تزني وهذا الحمل ليس منه، ويقول في الخامسة: لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين، ثم تشهد هي أربع شهادات بنقيض ما شهد به ثم تخمس بالغضب " هذا كله متفق عليه³
- ويجب على المتلاعنين التقيد بهذه الصيغة والألفاظ في اللعان إتباعاً للكتاب والسنة، فإذا حصل إخلال بذلك لم يصح اللعان.⁴
- فإذا تم اللعان بين الزوجين بهذه الصيغة فرق بينهما تفريقاً أبدياً وترتب عليه نفي النسب عن الأب (الزوج) وألحق المولود بأمه.
- وحجة الجمهور في التفريق بينهما أنه قد وقع بينهما من التقاطع والتباغض وإبطال حدود الله ما أوجب ألا يجتمعا أبداً، وذلك أن الزوجية مبناها على المودة والرحمة وهؤلاء قد عدموا ذلك كل عدم ولا أقل من أن تكون عقوبتهما الفرقة.

¹ الجندي (أحمد نصر)، مرجع سابق، ص 171.

² بو هنتالة (إبراهيم)، نفي النسب بين اللعان والخبرة العلمية، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد 13، جويلية 2018، ص 371.

³ محمد عجاج (الخطيب وآخرون)، نظام الأسرة في الإسلام، مكتبة الفلاح، الكويت، 1986 م، ط2، ص 275 .

⁴ عبد العزيز عبد الله (الخصيري)، أحكام اللعان في ضوء القرآن الكريم، مجلة جامعة أم القرى للعلوم الشريعة الإسلامية واللغة العربية، العدد 43، ج19، 1428هـ، ص 143. أنظر أبي الوليد ابن رشد (القرطبي)، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في مسائل المستخرجة، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، 1988 م، ط2، ج6، كتاب اللعان، ص 405.

كما يجب أن يبدأ الزوج باللعان قبل المرأة، فإذا بدأت قبله لم يصح اللعان، لأن الله تعالى بدأ بالزوج وأمر به رسول الله ولأن لعانها مبني على لعانه لا العكس.¹

الفقرة الثالثة: آثار اللعان وحالات إنتفاء الولد من دونه

نتطرق لآثار اللعان (أولاً) ثم حالات إنتفاء الولد دون اللعان (ثانياً)

أولاً: آثار اللعان

فإذا تم اللعان بالصفة المشروعة ترتب عليه الأحكام التالية:

1- وقوع الفرقة المؤبدة بين الزوجين وتحريم نكاحها عليه على التأييد لقوله صلى الله عليه وسلم للمتلاعنين: " حسابكما على الله، أحكما كاذب، لا سبيل لك عليها " ²

فهذه أهم أحكام اللعان، ومسائله، وللعلماء تفاصيل موسعة في كثير من أحكامه وليس هذا محل بيانها، حيث أن مقصدنا من التطرق للعان هو إعطاء نبذة موجة يتضح بها معالم هذا الحكم الشرعي، حيث هذا هو السبيل الشرعي الوحيد لنفي النسب، أما غير ذلك من الطرق التي كانت شائعة قبل الإسلام كالتبني وتحويل النسب، أو التنازل عنه للغير، وغير ذلك فقد أبطلها الإسلام وحرّمها وأجمعت الأمة على تحريمها ³ لقوله تعالى:

﴿ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْمُوا أَبَاءَهُمْ فَاخُونُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَتَّعْتُمْ قُلُوبَكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا﴾ ولقوله صلى الله عليه وسلم

" من إدعى إلى غير أبيه وهو يعلم أنه غير أبيه فالجنة عليه حرام " ⁴

وقوله صلى الله عليه وسلم " أترغبوا غير آبائكم فمن رغب عن أبيه فهو كافر " ⁵

2- نفي نسب الولد من أبيه وإلحاقه بأمه:

بعدما إنقطع نسب الولد من جهة أبيه إقتضى إلحاقه بنسب أمه، ونوع النسب الذي يلحق الولد في هذه الحالة هو نسب الإنتماء، وليس مجرد نسب البنوة، فيحل لقب المرأة محل لقب الأب على عكس

¹ السبيل (عمر)، مرجع سابق، ص 36.

² رواه البخاري في صحيحه، مرجع سابق، كتاب الطلاق، باب التفريق بين المتلاعنين، حديث رقم 5312، ص 369.

³ السبيل (عمر)، مرجع سابق، ص 37.

⁴ سورة الأحزاب الآية: 5.

⁵ رواه سعد بن أبي وقاص، صحيح البخاري، مرجع سابق، كتاب الفرائض، باب من إدعى إلى غير أبيه، حديث رقم 6766، ص 1676.

الوضع العام، والذي يجب أن يكون إثم الولد مقترباً بنسب الأب، ويكون فرداً من أسرة الأب.¹
يقول ابن العربي: فأما ولد الملائنة إن كان حُرّاً فإنه يدعى إلى أمه فيقال فلان ابن فلانة، لأن أسبابه في إنتسابه منقطعة، فرجعت إلى أمه.²

ويقول ابن القيم الجوزية: " وهذا الإلحاق يفيد حكماً زائداً على إلحاقه بها مع ثبوت نسبه من الأب وإلا كان عديم الفائدة، فإن خروج الولد منها أمراً محققاً فلا بد في الإلحاق من أمر زائد عليه وعلى ما كان حاصله مع ثبوت النسب من الأب ثم قال: أفادنا هذا الإلحاق فائدة زائدة، وهي تحويل النسب الذي كان إلى أبيه إلى أمه وجعل أمه قائمة مقام أبيه في ذلك، فهي عصبتة، وعصبتها أيضاً عصبتة، فإذا مات حازت ميراثه لحديث عمر بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم " أنه جعل ميراث ابن الملائنة لأمه ولورثتها من بعده "

ثم يقول فهذا محض القياس، فإن النسب في الأصل للأب فإذا إنقطع من جهته صار للأم، كما أن الولاء في الأصل لمعتق الأب، فثم يقول فهذا محض القياس، فإن النسب في الأصل للأب فإذا إنقطع من جهته صار للأم، كما أن الولاء في الأصل لمعتق الأب، فإذا كان الأب رقيقاً كان لمعتق الأم، فلو أعتق الأب بعد هذا إنجر الولاء من وإلى الأم إليه، ورجع إلى أصله.

وعموماً فإن في كلام ابن القيم، تلميح إلى أنواع النسب وأن اللعان يبرز في الأنواع الثلاثة: نسب الإنتماء، ونسب البنوة، ونسب القرابة.³

3- سقوط حد القذف عن الزوج إن كانت زوجته محصنة وسقوط التعزير عنه إن لم تكن محصنة، وسقوط حد الزنا عن المرأة، بنص القرآن الكريم.⁴

ثانياً: الحالات التي ينتفي فيها الولد من غير اللعان

بعدما تطرقنا للعان باعتباره الطريق الشرعي الوحيد لنفي النسب يمكننا إجمال حالات نفي النسب دون اللجوء إلى اللعان فيما يلي:

1 - نفي النسب لعدم إمكان الإنجاب⁵

إذا ثبت عدم إنجاب الزوج وتأكد عقمه، أو كان سبب عقمه مرض جنسي، أو صار شيخاً كبيراً لا يقوى

¹ رمضان علي السيد (الشرنباصي)، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، (د. ت)، (د. ط)، ص 335.

² بورقة (سفيان بن عمر)، مرجع سابق، ص 190.

³ يوسفات (علي هاشم)، أحكام النسب في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 204.

⁴ بوهنتالة (براهيم)، مرجع سابق، ص 372.

⁵ العربي (بلحاج)، مرجع سابق، ص 200.

على الإنجاب، جاز له نفي النسب، فإذا وضعت الزوجة مولودا كان للزوج نفي النسب لأسباب السابقة، لكن يستحسن ألا ينفي النسب إلا بتقرير خبرة إحتياطية، فربما قضى الله أمرا كان مفعولا وقد جاء في القرآن الكريم قوله تعالى: ﴿قَالَتْ يَوَیْلَتَىٰ أَعْلَدُ وَأَنَا عَجُوزٌ وَهَذَا بَعْلِي شَيْخًا إِنَّ هَذَا لَشَيْءٌ عَجِيبٌ﴾ (٧٢) قَالُوا اتَّعَجِبِينَ مِنْ أَمْرِ اللَّهِ رَحِمَتُ اللَّهِ وَبَرَكَتُهُ عَلَيْكُمْ أَهْلَ الْبَيْتِ إِنَّهُ حَمِيدٌ مَجِيدٌ¹

ولكن إذا اكتشف الزوج بعد مدة على زواجه، وبعد أن أنجبت الزوجة أكثر من مولود بأنه غير مؤهل للإنجاب بيقين علمي غير قابل للشك، فما مصير نسب الأولاد وهل يُنفي النسب بأثر رجعي أم لا؟ يبدو أنه من الصعوبة الإجابة بنعم أو لا، إلا أن نص المادة 41 من (ق. أ) أشار إلى إمكانية النفي بالطرق المشروعة وهو مصطلح واسع يمكن إدخال هذه الحالة ضمنه، لأن التأكد من عدم الإنجاب مسألة في إستطاعة الطب الحديث أن يثبتها وهي وسيلة مشروعة صالحة لنفي النسب، إلا إذا قرر الزوج نفسه نفي نسب الحمل فقط دون الولادة السابقة، فنعتقد أنه يسري النفي عليه فقط والله أعلم.

2 - نفي النسب عن طريق إنكار الولادة

يجوز للزوج إنكار ولادة زوجته إذا كان يعلم أو لم يعلم في غيابه عنها بأنها حامل قبل ولادتها، أو يقيم الدليل على عدم ولادتها. وإذا عجز الزوج عن إقامة الدليل فالقول قول الزوجة، لأن الأصل هو صحة النسب بصحة الولادة في الزواج الصحيح.

كما يجوز للزوجة إقامة الدليل على صحة الولادة بشهادة القابلة، أو شهادة المستشفى أو العيادة التي وضعت فيها الحمل، أو بشهادة الشهود إذا لزم الأمر على الحمل والوضع.²

3- نفي النسب لعدم تلاقي بين الزوجين

إذا ثبت الزوج بأنه لم يلتق ولم يدخل بزوجه منذ إنشاء العقد، فلا يثبت نسب المولود منه، وكذلك يسري نفس الحكم في حالة الطلاق قبل الدخول.

ويلاحظ أن قانون الأسرة في المادة 43 أقر النسب إذا وضع الحمل خلال 10 أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة ولم تتكلم عن الطلاق قبل الدخول.

فقد تدعي الزوجة المطلقة الحمل بعد الطلاق، فالنص القانوني يقضي بثبوت النسب إذا كان الوضع خلال المدة المقررة قانونا، فإذا تبين بأن الزوج طلقها قبل الدخول، فلا يثبت النسب لعدم التلاقي بينهما، كذلك إذا ثبت عدم التلاقي بين الزوجين بسبب العجز الجنسي كون الزوج لا يستطيع بيقين معاشرته الزوجة أو

¹ سورة هود الآيتان: 72 - 73.

² شلبي (محمد مصطفى)، أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، الدار الجامعية، بيروت، 1403 هـ - 1983 م، ط 4، ص 700.

منعته منذ الزواج من الدخول بها، أو تزوج بالوكالة وهو غائب في بلد آخر، وعند عودته وجدها حامل، وإن كانت هذه المسألة نادرة الحدوث.¹

4- نفي النسب لعدم تجاوز أو تجاوز مدة الحمل

سبق أن أشرنا بأن نص المادة 42 حدد أقل مدة الحمل بستة أشهر وأقصى مدة للحمل عشرة أشهر، فإذا وضعت الزوجة الحمل قبل ستة أشهر من تاريخ الزواج الشرعي والدخول -لأن العبرة بالدخول كما قلنا -فلا يثبت نسب المولود منه، وكذلك الأمر لا يثبت النسب إذا وضع الحمل لمدة تزيد عن عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة.

ولم يبين النص القانوني المقصود بالإنفصال الجسماني أي تباعد الزوجين عن بعضهما البعض بسبب الشقاق أو الخصام، فكثيرا ما تذهب المرأة إلى بيت أهلها مدة طويلة ولا تعود إلى الزوج، وقد يكون عدم الرجوع هو الذي أدى إلى الطلاق، فهنا نعتقد بأن حساب المدة يكون من تاريخ الخروج من بيت الزوجية. فإذا تبين بأنها خرجت لمدة ستة أشهر ولم تعد لبيت الزوجية، وحدث الطلاق بعد ذلك، ثم وضعت حملها بعد ثمانية أشهر من تاريخ الطلاق، فهنا يثبت النسب بحسب النص القانوني لأن الوضع تم في المدة المقررة قانونا

أما إذا تمنعنا في هذه القضية نجد أن الزوج لم يتصل بزوجه مدة ستة أشهر قبل الطلاق، لأنها غائبة عنه، ومع ذلك وضعت حملها بعد ثمانية أشهر، وهي مدة لا يمكن التسليم بها. ففي هذه الحالة بإمكان الزوج أن ينفي النسب. شريطة أن يثبت عدم إتصاله بالزوجة قبل الوضع بمدة كافية.

وقد يكون الانفصال هو تلفظ الزوج بالطلاق بالإرادة المنفردة لمدة معينة، وكثيرا ما تذهب الزوجة إلى بيت أهلها فتكون بعيدة عن الزوج ولما كان الطلاق لا يثبت إلا بحكم، فكان لابد على الزوج أن يلجأ إلى القضاء لإستصدار حكم بالطلاق وقد تكون المدة الفاصلة بين الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج وتاريخ الحكم بالطلاق طويلة، ثم بعد ذلك وضعت الزوجة المطلقة الحمل بعد تسعة أشهر من تاريخ الحكم بالطلاق فهنا يثبت النسب بحسب النص، ولا يمكن التسليم بهذا لأن الطلاق بينهما قد حدث بالإرادة المنفردة للزوج قبل ذلك بمدة تجاوزت الحد الأقصى للحمل²

الفرع الثاني: اللعان في القانون الجزائري

لقد جاء في القانون الجزائري أنه متى تم الزواج صحيحا وأمكن الإتصال بين الزوجين، ومضت المدة الكافية المطلوبة عند الشرع والقانون في ولادة الولد، بين أدنى وأقصى مدة الحمل، ثبت نسب المولود

¹ بن شويخ (الرشيد)، شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 239.

² نفس المرجع، ص 240.

من الأبوين معا ولا يجوز للزوج نفي المولود إلا بالطرق المشروعة¹ لهذا سوف نتعرض للعان وفق قانون الأسرة (الفقرة الأولى) واللعان وفق القضاء الجزائري (الفقرة الثانية) إجراءات وكيفية العدول عن اللعان (الفقرة الثالثة)

الفقرة الأولى: اللعان وفق قانون الأسرة

نص المشرع في المادة 41 من قانون الأسرة ما يلي: " ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الإتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة"²

ما يفهم مباشرة بعد الإطلاع على مضمون هذه المادة أنها لم تُشر إلى اللعان صراحة، إنما أشار إليه المشرع بعبارة ولم ينفه بالطرق المشروعة بينما تضمنت شروط إثبات النسب بالزواج الصحيح المتمثلة في: " أن يكون الزواج شرعيا مع إمكانية الإتصال وعدم نفي الولد بالطرق المشروعة " .

ولم يتم التطرق لهذه الطرق المشروعة، كما لم يرد في أي مادة أخرى النص على طريقة اللعان التي تنفي نسب الولد عن الزوج، رغم أنه إستدرك الأمر في المادة 138 من (ق.أ) نفسه وأورد عبارة اللعان بقوله " يمنع من الإرث اللعان والردة.

ثم إن تفسير المادة 41 أيضا يسمح بإمكانية إعتبار البصمة الوراثية طريقا آخر لنفي النسب مادام لم يتم تحديد الطرق المشروعة ومع ذلك يبقى اللعان هو الطريقة الوحيدة لنفي النسب عملا بأحكام الشريعة الإسلامية لأن قانون الأسرة الجزائري يعتمد وفي أغلب مواده على مبادئ الشريعة الإسلامية ويحيلنا في إطار المادة 222 منه على هذه الأحكام في كل ما سكت عنه المشرع الجزائري³.

وما نراه نحن هو حتمية تعديل قانون الأسرة الجزائري بما يسمح لإزالة هذا الغموض وتحديد موقف واضح للمشرع الجزائري فيما يخص كيفية وطرق نفي النسب وبناءا على ذلك توضيح موقفه أيضا من اللعان وضوابطه وآثاره، وهو ما يخلو منه القانون الحالي مثلما يخلو من الكثير من الأحكام المهمة التي لها صلة بهذا الموضوع وغيره ومن بينها عدم الإشارة مطلقا لإعتبار المرأة الملاعنة من المحرمات المؤبدة وعدم ورودها ضمن أصناف المحرمات من النساء الواردة بالمواد من 24 إلى 30 من قانون الأسرة وهو ما يسمح للقاضي بالتفسير الواسع للمادة لعدم وجود نص قانوني واضح يمكن تطبيقه في هذا النوع من القضايا وهذا ما سوف نتطرق إليه في الفقرة الموالية .

¹ المادة 40 و 41 من قانون الأسرة الجزائري.

² قانون الأسرة المعدل والمتمم.

³ طيفاني (مخارطية)، ، مرجع سابق، ص 24.

الفقرة الثانية: اللعان وفق القضاء الجزائري

إستقر القضاء الجزائري على أن اللعان هو الطريق الوحيد لنفي النسب ولم يتم الإستعانة بأي طريق آخر وذلك يتضح لنا من خلال قرارات المحكمة العليا التي أقرت تطبيق اللعان ووفق ضوابطه الشرعية سواء من حيث شروط القيام به أو من حيث أحكامه وآثاره، ولقد أقرت المحكمة العليا بأن مدة نفي النسب لا تتجاوز ثمانية أيام ما لم يمنع عن تأخره ظرف خاص وجب إثباته وذلك بعد علم الزوج بالحمل أو الوضع أو رؤية الزنا ولقد نصت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1998/10/20 على أنه: " يمكن نفي النسب عن طريق اللعان في أجل لا يتجاوز ثمانية أيام من يوم العلم بالحمل أو رؤية الزنا "¹

كما قضت في قرار آخر أنه: " من المقرر قانونا أنه ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الإتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة."²

ومن المستقر عليه قضاء أن مدة نفي الحمل لا تتجاوز ثمانية أيام.

ومتى تبين -في قضية الحال - أن المطعون ضده لم يبادر بنفي الحمل من علمه به وخلال المدة المحددة شرعا، وتمسك بالشهادة الطبية التي لا تعتبر دليلا قاطعا، ولأن الولد وُلد بعد مرور أكثر من ستة أشهر على البناء، فإن قضاة الموضوع بقضائهم بصحة الزواج العرفي مع رفض إلحاق نسب أبيه عرضوا قرارهم للتناقض مع أحكام المادة 41 من قانون الأسرة وأخطؤا في المادتين 41 و 42 من قانون الأسرة فيما يخص إلحاق النسب.

وفي قرار آخر جاء فيه ما يلي: " من المبادئ الشرعية أن دعوى اللعان لا تقبل إذا أخرت ولو ليوم واحد بعد علم الزوج بالحمل أو الوضع أو رؤية الزنا " ³

يكون باطلا القرار الذي يقضي قبل البث في الدعوى الخاصة بنفي النسب بتوجيه اليمين لكل واحد من الطرفين إذا رفع الزوج دعواه بعد مضي 12 يوما من علمه بوضع زوجته لحملها "

وفي معرض تأسيسه أكد القرار أنه من المبادئ المستفادة من الشريعة أن من جملة شروط نفي الحمل أو الولد عند المالكية هو التعجيل باللعان بعد علم الزوج بالحمل أو الولد، فإذا أخر لعانها، ولو يوما واحدا بعد علمه بالحمل أو الوضع أو رؤية الزنا، إمتنع لعانه لها.

¹ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 76343، بتاريخ 16/07/1990، عدد خاص، 2001، ص 86.

² المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 99000، بتاريخ 23/11/1993، عدد خاص، 2001، ص 64.

³ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 296020، قرار بتاريخ 25/12/2002، المجلة القضائية، 2004، العدد 1، ص 289.

غير أن المحكمة العليا لم تعجل من مدة ثمانية أيام كأجل لا بديل عنه إذ جعلت له إستثناءات مؤجلة بفعل ظروف خاصة وهو ما نوه عن ذلك قرار للمحكمة حينما قضت بموجبه بأنه: من المقرر شرعا وفقها وجوب التعجيل باللعان، غير أن هذا لا يمنع من تأخيره لظروف خاصة.

ولما كان ثابتا -في قضية الحال- أن قضاة المجلس لما قضوا بنفي اللعان، دون مراعاة الظروف الخاصة للزوج، خرجوا عن القواعد الشرعية.

ومتى كان كذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه، وإعتبر القرار أن الطاعن علم بالحمل ورجله في بداية السفر، كونه موظف مربوط بمواعيد عمله، وإختيار الزوجة هذا الظرف لإخباره بحملها فيه رغبة وعدوله عن السفر للقيام بإجراءات اللعان وقت إخباره فيه إضرار به وبعمله كموظف في سفارة بالخارج وكان على القضاة، سيما بالمجلس، مراعاة هذا الجانب وإعتباره عذرا شرعيا ويمكنوه من اللعان.¹

ومقارنة مع القانون الفرنسي نجد أن المشرع الفرنسي حدد مهلة رفع دعوى إنكار النسب بستة أشهر من تاريخ الولادة، وفي حالة غياب الزوج ستة أشهر من تاريخ عودته، وكذا نفس الآجال عند إخفاء الولادة وعدم إبلاغه بها في حينها.²

ولم يرد في التشريع تحديد مماثل، غير أن القضاء إستقر على عدم قبول دعوى اللعان إذا أخرجت، ولو ليوم واحد بعد علم الزوج بالحمل أو الوضع أو رؤية الزنا.

الفقرة الثالثة: إجراءات وكيفية العدول عن اللعان

في هذه الفقرة سنتناول إجراءات اللعان (أولا) ثم كيفية العدول عن اللعان (ثانيا)

أولا: إجراءات اللعان

عندما يغلب عند الزوج إحتمال خيانة زوجته له، ويتحقق سبب اللعان، يلجأ إلى نفي المولود الذي أنت به بين أدنى مدة الحمل وأقصاها أثناء قيام الرابطة الزوجية، فليس له إلا أن يكتب عريضة بهذا المعنى على نسختين وتقدمهما إلى رئيس مكتب الضبط، بالمحكمة التي يوجد بها مقر مسكن الزوجية ويرفع بذلك دعوى اللعان أمام المحكمة، بعد أن يكون قد دفع المصاريف أو الرسوم القضائية المقررة.³

¹ نياي (باديس)، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب، مرجع سابق، ص 50.

² Code civil français Dalloz 2009 article: 316. « Le mari doit former l'action en désaveu dans les six mois de la naissance 'lorsqu'il se trouve sur les lieux s'il n'était pas sur les lieux 'dans les six mois de son retour et dant les six mois qui suivent la découverte de la fraude 'si la naissance de l'enfant lui avait été cachée »

³ يوسفات (علي هاشم)، أحكام النسب في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 212.

أما عن مكان تنفيذ اللعان فلا شك أن الفقهاء يعتبرون المساجد هي المكان الأفضل لإجراء اللعان نظرا لما تتصف به من قدسية وإحترام نفوس الزوجين والحاضرين وفي هذا الصدد قال الشافعي: " يلاعن بين كل زوجين في مسجد كل بلد وإن كانت الزوجة حائض إلتعن الزوج في المسجد والزوجة خارج المسجد"¹

قال ابن قدامة: " ومعنى التغليظ بالمكان أنهما إذا كانا بمكة لاعن بينهما بين الركن والمقام فإنه أشرف البقاع وإن كانا بالمدينة المنورة فعند منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم، وفي بيت المقدس عند الصخرة وفي سائر البلدان في جوامعها "²

ولم يحدد التشريع الجزائري مكان إجراء اللعان غير أن المحكمة العليا نصت في قرارها: " لا يتم اللعان أمام المحاكم بل مكانه المسجد العتيق ولا يتم في غيره من المساجد " وهذا من باب ترهيب الزوجين وإستحضار الرقابة الإلهية.³

أما زمان اللعان فبعد العصر لقول مالك: " يلتعن في دبر الصلوات بمحضر من الناس... "⁴ ويستحب أن يكون اللعان بعد صلاة العصر لقوله تعالى: ﴿تَحْسِبُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ فَفُتِحَ سَمَانُ اللَّهِ﴾⁵

ويرى ابن جزى أن اللعان يكون أمام جمع من الرجال، أقلهم أربع، وهو النصاب المطلوب في شهادة الزنا، ونظرا لخطورة ما يترتب على اللعان، ذهب بعض الفقهاء إلى أنه يجوز للقاضي قبل أن يشرع في اللعان، أن يعظ المتلاعنين ويخوفهم بعذاب الله.⁶

ومن خلال ما سبق يتضح لنا سطحيا أن الإمام هو من يشرف على عملية اللعان إلا أن لفظ الإمام في الموضوع ينصرف إلى القاضي أو الحاكم وقد جاء تعريفنا للعان لابن عرفة منتهيا بحكم القاضي حيث

بلحواء (يوسف)، بحث حول اللعان في الشريعة الإسلامية ومدى تطبيقه في القضاء الجزائري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون - تيارت، الجزائر، 2010-2011 .

¹ تاريخ الإطلاع 26 /08/ 2021 متاح الموقع: [https:// www. Mohamah. net/law](https://www.Mohamah.net/law)

² ابن قدامة (المقدسي)، المقنع والشرح الكبير والإتصاف، التأويل في الحلف الرجعة - الإيلاء - الظهار، هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، مصر، 1416 هـ- 1996 م، ط1، ج 23، ص 385 - 386.

³ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 234790، بتاريخ 1998/10/28، مجلة الشرطة، 2004، العدد 74، ص 15.

⁴ ابن قدامى (المقدسي)، مرجع سابق، ص 386.

⁵ سورة المائدة الآية: 106.

⁶ إلغات (ريجة)، التفريق بين اللعان - دراسة تحليلية مقارنة -، مجلة الدراسات القانونية، مجلة علمية دولية سداسية محكمة صادرة عن مخبر السيادة والعولمة، العدد 1، جانفي 2020 م، ص35.

قال: " حلف الزوج على زنا زوجته أو نفي حملها اللازم له وحلفها على تكذيبه إن أوجب نقولها حدها بحكم قاض ¹"

وبناء على ما تقدم فإن إجراء اللعان بين الزوجين لا يكون إلا من إختصاص القاضي أو من يعينه الحاكم لهذه المهمة وفي هذا الشأن صدر قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 2019/03/06 ينص على أن اللعان من إختصاص القاضي وحده ولا يجوز للإمام أو المفتي أن يفصل فيه. يعتبر لاغيا وبدون أثر أي لعان يجري دون إقامة دعوى نفي النسب ودون أن يحكم به القاضي أو يشرف عليه. ²

وذلك بعد تقديم العريضة وتسجيلها وتقديم الرسوم اللازمة، يتولى كاتب الضبط إعداد ملف الدعوى، وتعيين جلسة سرية يحضرها الزوج والزوجة تكون غالبا في مكتب القاضي وبحضور كاتب الضبط وليس من الواجب حضور المحامي.

وفي هذه الجلسة يطلب القاضي من الزوج عرض الأسباب والطلبات ويُعطي الزوجة فرصة للرد عليها في الجلسة نفسها، وإذا أصر الزوج على إتهام الزوجة بالزنا ونفي الولد، فإن القاضي سيأمره بأن يحلف ويقول: " أشهد بالله أنني لمن الصادقين فيما رميتها به، ويكرر قوله هذا أربع مرات، وفي المرة الخامسة يقول لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين، ثم يأمر الزوجة بعد ذلك أن تحلف وتقول أشهد بالله أنه لمن الكاذبين وتكرر أربع مرات وفي المرة الخامسة تقول: أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين، وبعد الإنتهاء من هذه الصيغة الشرعية يثبت القاضي ذلك في حكمه ويقرر التفريق بينهما حالا بطلقة بئنة ³.

ثانيا: كيفية العدول عن اللعان

قد يمتنع أحد الزوجين عن اللعان بعد طلبه من القاضي، وقد يرجع عنه ويكذب نفسه، فما حكم العدول عن اللعان شرعا وقانونا.

أ - حالة عدول أحد الزوجين عن اللعان أو رجوعه عنه شرعا

إذا نكل أحد الزوجين عن اللعان بعد طلبه منه، فقد اختلف الفقهاء هنا في حكمهم حول رأيين: ذهب الحنفية إلى أنه إذا إمتنع الزوج عن اللعان حبس حتى يلاعن أو يكذب نفسه، فيحد حد القذف كما هو

¹ (ابن عرفة)، الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية، كتاب اللعان، مرجع سابق، ص 301.

² المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 1277359، قرار بتاريخ 2019/03/06، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، 2019، ص 76.

³ عبد العزيز (سعد)، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري مدعمة بالإجتهاادات القضائية، دار هومة، الجزائر، (د. ت)، ط3، ص 356.

محدد في الشريعة الإسلامية: قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ...﴾

وإذا امتنعت الزوجة عن اللعان حبست حتى تلاعن أو تصدق الزوج فيما إدعاء عليها، فإن صدقته خلي سبيلها من غير حد، لأن قوله تعالى: ﴿وَيَذَرُوهَا الْعَذَابَ...﴾ أي الحبس عندهم وعند الحنابلة.¹

بينما ذهب الجمهور إلى أنه إن إمتنع الزوج عن اللعان أو إمتنعت الزوجة حُد القذف، لأن اللعان بدل عن حد الزنا، لقوله تعالى: ﴿وَيَذَرُوهَا الْعَذَابَ...﴾ أي العذاب الدنيوي وهو الحد عندهم فلا ندري الحد عن الزوجة مثلاً إلا بلعانها، إلا أن الحنابلة وافقوا الحنفية فيما إمتنعت الزوجة عن اللعان أخذ بمذلول الأدلة السابقة: " ويدراً عنها العذاب " فإن لم تلاعن وجب ألا يدرأ عنها العذاب، فتحبس حتى تقر بالزنا أربع مرات أو تلاعن.

ومنشأ الخلاف بين الحنفية والجمهور في حال إمتناع الزوج عن اللعان، يكمن في إختلافهم في الموجب الأصلي لقذف الزوجة، أهو اللعان أم الحد؟ حيث قرر الحنفية بأن الموجب الأصلي هو اللعان، واللعان واجب، لقوله تعالى:

﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ وَلَمَنِ الْصَّادِقِينَ﴾²

ب - حالة عدول أحد الزوجين عن اللعان قانوناً

أما من ناحية القانون فإن إمتناع الزوج عن اللعان يعرضه للمتابعة بتهمة القذف تطبيقاً لأحكام المادة 296 من قانون العقوبات الجزائري³، التي تنص على أنه: " يعد قذفاً كل إدعاء بواقعة من شأنها المساس بشرف وإعتبار الأشخاص ..."، أما المادة 298 فتحدد العقوبة بالحبس وفقاً لما ورد في نصها: " يعاقب على القذف الموجه للأفراد بالحبس من شهرين إلى ستة أشهر وبغرامة من 25000 دج إلى 50000 دج وبإحدى العقوبتين"

وإن كان الإمتناع عن اللعان من الزوجة، فإن أحكام المادة 341 من قانون العقوبات قد نصت على تهمة الزنا لا تثبت إلا بثلاث وسائل أو مستندات صادرة عن المتهم، أو لإقرار قضائي ومن ثم فعدم توافر إحداها لا يمكن من متابعة الزوجة أو إتهامها، كما يعد إعتراف ضمني بالزنا من طرف الزوجة كل نكول منها عن اللعان وهذا تماشياً مع ما ذهب إليه الإمام أبو حنيفة.

¹ ابن قدامى (المقدس)، مرجع سابق، ص 373.

² سورة النور الآية: 6 .

³ الأمر رقم: 66 - 156 المؤرخ في: 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات الجزائري، المعدل والمتمم .

وهو الأرجح، لأنه إذا إستطاع الزوج تقديم الدليل المذكور آنفا، فلا لعان، حيث أن الزنا ثابت، أما إذا لم يستطع إثبات الخيانة بأحد هذه الأدلة، فيمكنه اللجوء إلى القانون ورفع دعوى للعان.¹

المبحث الثالث: الحماية من خلال الإحتياط في إثبات النسب

رغم حرص الشريعة الإسلامية ومختلف القوانين الوضعية على إثبات النسب وعدم ضياعه، إلا أنه قد تحدث ظروف تحرم الطفل من حقه في النسب، مما يجعله يشعر بالضعف وعدم الأمان لهذا السبب ظهرت الحاجة إلى ضرورة إيجاد أنظمة تكفل وتحمي هذا الطفل وتسعى إلى تعويضه، وعليه سعى المشرع الجزائري جاها لإيجاد حلول لهذه الفئة الخاصة من الأطفال فشرع الكفالة كنظام بديل عن التبني²، كما نظم قانون الحالة المدنية مجموعة من النصوص بهدف توفير الحماية القانونية لهم والعمل على ضمان حقوقهم من الضياع والإستغلال ورعايتها وفق ضوابط قانونية وإجراءات رقابية وجزائية لمن يتعدى عليها .

وسوف نحاول الحديث عن هذه الحماية من خلال ثلاث مطالب:

المطلب الأول: الحماية القانونية للطفل في إطار نظام الكفالة

المطلب الثاني: حماية النسب على مستوى قانون الحالة المدنية

المطلب الثالث: الحماية القضائية للنسب

المطلب الأول: الحماية القانونية للطفل في إطار نظام الكفالة

راعت الشريعة الإسلامية في مختلف أحكامها تحقيق مصالح العباد ودفع المضار عنهم رحمة بهم فأبطلت التبني بعدما كان معمولاً به في الجاهلية ووضعت له بديل يتمثل في نظام الكفالة الذي يتولى أساساً تأمين رعاية من طرف ذوي البر والإحسان، لحماية شريحة في المجتمع، كانت ضحية تصرفات سلبية، نتج عنها أطفال مجهولي النسب ولقطاء كذلك رعاية الأطفال القصر الذين فقدوا من يعيلهم، أو كان هذا الأخير في حالة مادية أو صحية لا تسمح له بذلك.

ولقد عملت به العديد من الدول الإسلامية منها الدولة الجزائرية التي إستبعدت نظام التبني، طبقاً للمادة 46 من قانون الأسر وأعطت له البديل بمقتضى أحكام المواد من 116 إلى 125 من قانون الأسرة مقتدية

¹ بوعزيز (أمينة)، سعيدان (أسماء)، اللعان لنفي النسب، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، السياسية والإقتصادية، العدد 4، المجلد 57، 2020 م، ص 238.

² الوناس حسين (صفية)، مجهول النسب بين رحمة التشريع الإسلامي والتشريع الوضعي، المؤتمر الدولي عن الرحمة في الإسلام، قسم الفقه وأصوله، كلية العلوم الإسلامية، الخروبة - الجزائر، ص 453.

بذلك بأحكام الشريعة الإسلامية.

وللتعرف على هذا النظام سوف نتطرق إلى مفهوم الكفالة (الفرع الأول) وإجراءات إنعقادها وإنقضائها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم الكفالة

يعد نظام الكفالة من النظم الإجتماعية التي تتولى ضم الطفل إلى من له القدرة على رعايته والإهتمام بشؤونه وتربيته وتوجيهه إلى الطريق الصحيح، وللکفالة عدة معاني فمنها ما يعني ضمان الدين ومنها ما يعني الولاية على المال ومنها ما يعني الولاية على النفس القاصرة وهوما نصبوا اليه في البحث.

الفقرة الأولى: تعريف الكفالة

سوف نتطرق للتعريف اللغوي (أولاً) وبعدها التعريف الإصطلاحي (ثانياً) ثم التعريف القانوني للكفالة (ثالثاً)

أولاً: التعريف اللغوي

لغة: تعني الكفالة في اللغة العربية الضم، كما يطلق عليها اللغويين مصطلح الحماله والزعامه والضممان، ولها ألفاظ أخر مرادفة لهذه الألفاظ ترجع جملتها إلى معنى إلترام بالشئ والتحمل به، ومنها قوله تعالى ﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا¹﴾ أي ضمن القيام بأمرها وتكفل بها.

ومصطلح الكفالة مشتق من الفعل الثلاثي مفتوح الحروف من كفل يكفل كفلاً وكفالةً، إذا فالكافل هو القائم بأمر اليتيم والمربي له، ولذلك يقول الله تعالى في كتابه الكريم: ﴿وَأَنبِئْهُمْ زَعِيمٌ²﴾ أي وأنا به كفيل.

وقوله صلى الله عليه وسلم: أنا وكافل اليتيم كهاتين في الجنة وأشار بالسبابة والوسطى وفرج بينهما، أي ضم اليتيم إلى نفسه³.

ثانياً: التعريف الإصطلاحي

الكفالة عبارة عن إلترام تطوعي للقيام بأمر معين، فقد يكون محل هذا التطوع دين ناتج عن علاقة بين

¹ سورة آل عمران الآية: 37.

² سورة يوسف الآية: 72.

³ رواه البخاري في كتاب الأدب، باب فضل من يعول يتيماً، حديث رقم 6005، ط1، ج 18، ص 355.

الدائن والمدين ذلك أو كان بسبب إمتناعه، فالكفالة إذن هي إتفاق حاصل بين الكفيل والدائن، أما المدين فليس طرفا فيه مع أنه عنصر أساسي في عملية الكفالة والذي يرمي إلى إنشاء علاقة إلزامية بينهما.

وقد يكون محلها تربية ورعاية طفل قاصر معلوم أو مجهول النسب وحمايته بنفس الطريقة التي يتعامل بها الأب مع ابنه، فهنا العلاقة تنشأ بين الكافل والمكفول بموجب عقد يحرر أمام القاضي، الموثق، وأمام البعثات الدبلوماسية¹

ثالثا: التعريف القانوني

الكفالة في القانون لها معنيين مختلفين تمام الاختلاف بحسب المجال الذي إستعملت فيه والقانون المطبق عليها، فلها معنى حسب القانون المدني ومعنى آخر حسب قانون الأسرة، لذلك توجب التطرق إلى تعريف كلاهما:

أ - **الكفالة في القانون المدني:** عرف المشرع الجزائري الكفالة أو ما يسمى بالضمان في نص المادة 644 من القانون المدني التي تنص على أن: " الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ إلزام بإن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الإلتزام إذا لم يفي به المدين نفسه"²

ومنه نستنتج أن عقد الكفالة في القانون المدني يقوم بين الكفيل والدائن وبما أنه كذلك فإنه لا ينشأ صحيحا إلا إذا توفرت الشروط الذي يطلبها أي عقد لإنعقاده وهذا العقد لا يأتي من العدم وإنما لضمان دين الشخص في حالة إمتناعه أو عدم قدرته على الوفاء بما عليه من إلزام تجاه الشخص الدائن ذلك عند حلول أجل الدين وموعد الإستحقاق.³

ب - **الكفالة في قانون الأسرة:** أما في قانون الأسرة فقد نصت المادة 116 منه على أن الكفالة إلزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية وقيام الأب بإبنه وتتم بعقد شرعي "⁴

ونستنتج من خلال هذه المادة أن الكفالة في قانون الأسرة عبارة عن عقد مبرم في شكل رسمي أمام الموثق أو قضائي أمام المحكمة، يصرح فيه طالب الكفالة عن رغبته في التكفل بولد قاصر والعمل على

¹ أمينة (مساعدية)، الحماية القانونية للطفل في إطار نظام الكفالة، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية - مخبر المؤسسات الدستورية والنظم السياسية، العدد 6، جانفي 2019، ص 82.

² الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو سنة 2007.

³ سي يوسف (زاهية حورية)، الوجيز في عقد الكفالة القانون المدني الجزائري - دراسة مقارنة -، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2018 م، (د. ط)، ص 18.

⁴ الأمر 05-02 المتعلق بقانون الأسرة .

رعايته وحمايته وتربية سليمة مبنية على أخلاق سامية والعمل على توفير كل الظروف الاقتصادية والاجتماعية التي تسمح بالعيش في حياة كريمة ومعاملة الإبن الشرعي وإن كان في حقيقة الأمر لا تربط أي علاقة بين الكافل والمكفول.¹

وكما سبق ذكره تعتبر الكفالة إحدى صور الرعاية البديلة التي تعترف بها الشريعة الإسلامية للطفل الذي فقد رعاية والديه، سواء كان معلوم أو مجهول النسب هذا من جهة، ومن جهة أخرى فتحت الباب للأسر التي ترغب في الإنجاب ولكن لسبب ما لم يرزقهم الله بذلك، فكانت أحكام الكفالة بمثابة المفتاح القانوني لحل مثل هذه المشاكل، مع العلم أن الكفالة تحمي حقوق الميراث وتمنع التعدي على حقوق التركة، إذ لا يحق للمكفول الميراث فيها، بل يمكن الحصول على الهبة أو الوصية فقط.²

الفقرة الثانية: شروط الكفالة

تعتبر الكفالة أحد المواضيع الأكثر جدلا ونقاشا بين الأوساط العلمية القانونية والشرعية وفي الجمعيات الخيرية فقد أقر المشرع الجزائري مجموعة من الشروط المتعلقة بها، وذلك من أجل ضمان حماية أكبر للأطفال مجهولي النسب وتحقيق الهدف المرجو منها، ومنع أية عملية إحتيالية يكون من شأنها إدخال نظام التبني في القانون الجزائري في صورة مستترة، وكذا ضمان أن تكون العائلة والشخص صاحب الكفالة أهل لهذه الكفالة التي ستضمن حياة أفضل لهذه الفئة من الأطفال، وهذه الشروط إنقسمت بين شروط متعلقة بالكافل وأخرى متعلقة بالمكفول .

أولاً: الشروط المتعلقة بالكافل

تنص المادة 118 من قانون الأسرة على ما يلي: " يشترط أن يكون الكافل مسلماً، عاقلاً أهلاً للقيام بشؤون المكفول وقادراً على رعايته " ³ من خلال هذه المادة يتبين لنا أن شروط الكافل كالتالي:

1- شرط الإسلام: لقد أوجب قانون الأسرة أن يكون الكافل مسلماً أي يدين بدين الإسلام حتى يستطيع أن يتكفل بطفل مسلم، لأن هذا الأخير قد يؤثر على الطفل المكفول ويجره إلى تغيير دينه، وبالتالي تتحول الكفالة من نعمة عليه إلى نقمة.

فشرط الإسلام في الكافل ضروري حتى تسند إليه الكفالة وعليه يرفض طلب منح الكفالة للمسيحي واليهودي أو المتدين بأي ديانة أخرى غير الإسلام لقوله تعالى:

¹ أمينة (مساعدية)، مرجع سابق، ص 83.

² علل برزوق (أمال)، مرجع سابق، ص 235.

³ المادة 118 من قانون الأسرة.

﴿...وَلَنَجْعَلَ ٱللَّهَ ٱلْكَافِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾²

وهذا ما يجرى عمليا في المحاكم إذ أنه سبق وأن تقدمت امرأة من جنسية فرنسية، الشيء الذي إستخلص معه أنها غير مسلمة، لكن عمليا نجد عدة أجانٱ أعلنوا إسلامهم في الجزائر، ووافقت وزارة الشؤون الدينية على ذلك، كما أن شرط الإسلام يجرنا إلى الحديث عن شرط الجنسية، إذاهل إشتراط المشرع الجزائري الجنسية في طالب الكفالة أم لا ؟

بالرجوع إلى قانون الأسرة نجد أن المشرع سكت عن هذا الشرط، إذ كان من المفروض النص عليه صراحة مع العلم أن كل من وُلد بالجزائر هو جزائري الجنسية، ويعتبر ثروة بشرية للبلاد، يجب ألا نترك الغير ينهبها، وعليه يجب أن يكون الكافل جزائري الجنسية.

ولو فرضنا أن جزائري الجنسية طلب الكفالة، لكن ظاهريا يعرفه العامة بأنه غير مسلم وطلب القاضي شهودا لتحقيق من ذلك، وقدم طالب الكفالة شهودا أمام القاضي، هل القاضي بناءات على شهادة الشهود، وبدون أي وثيقة تثبت عدم إسلامه يرفض الطلب؟

نلاحظ أنه مراعاة لمصلحة الطفل والتي يجب على القاضي التحقق منها جيدا، أن يرفض الطلب بناء على سلطته التقديرية في تقدير الوقائع، ورعاية لمصلحة الطفل، وذلك في غياب شهادة إعلان الإسلام، لأنه إذا رجعنا إلى أحكام الحضانة لوجدناها تلزم الحاضن أن يرعى الولد ويربيه على دين أبيه، وتسقط إذا إختلت إحدى شروط الحضانة، ومن بينها حالة الردة، أي الخروج عن الإسلام، ولكون هذه المسألة تتعلق بالنظام العام، وعليه فإنه ما ينطبق على الحضانة ينطبق على الكفالة، إذ حتى ولو كان الكافل جزائري الجنسية وثبت رده أو إعتاقه دينا آخر، فإن القاضي يرفض الطلب، وكذا الأمر بالنسبة للموثق³.

2- شرط العقل:

نصت المادة 118 من قانون الأسرة على هذا الشرط بعبارة " أن يكون الكافل عاقلا أهلا للقيام بشؤون المكفول"⁴ أي أن يكون الكافل يتمتع بالأهلية القانونية الكاملة، لهذا لا بد أن يكون بالغ لسن الرشد وغير

¹ أمينة (مساعدية)، الحماية القانونية للطفل في إطار نظام الكفالة، مرجع سابق، ص 83.

² سورة النساء الآية: 141.

³ علال(أمال)، التبني والكفالة - دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق أبو بكر بلقايد، جامعة تلمسان، 2008 - 2009 م، ص 72.

⁴ أنظر المادة 118 من قانون الأسرة الجزائري .

محجور عليه بسبب جنون أو عته أو نتيجة لعقوبة جزائية وهذا الشرط من السهل التحقق منه¹ ومن الواضح أن معدوم العقل لا يُمكنه التكفل بشخص، لأنه في الأصل لا يُمكنه التكفل بشؤونه ويحتاج منيرعاه، فلا يمكن أن يرعى غيره.

كما يجب أن يكون طالب الكفالة معروف بحسن التصرفات والمعاملات، فلا يجوز وضع الطفل بين أيدي شخص معروف بإستغلال الأطفال القصر في الدعارة أو المتاجرة في المخدرات، أو له سلوك مخالف للأخلاق، فمثل هؤلاء غير مؤهلين للتكفل بأطفال قصر².

3- شرط القدرة:

هذا الشرط مفاده أن يكون الكافل قادرا جسديا وماديا على رعاية المكفول أي قادرا على توفير الرعاية المادية والمعنوية اللائقة له.

والمقصود بالقدرة الجسدية إصابة الكافل بعجز يمنعه التكفل بالقاصر على أحسن وجه.

أما القدرة المادية فيقصد بها المشرع الحالة المالية والإقتصادية لطالب الكفالة، إذ لا يعقل لطالب الكفالة أن يكون بطالا وليس له مورد رزق، إذ أنه عمليا يطلب القضاة من طالبي الكفالة تقديم كشف الراتب الشهري للتحقق من هذه القدرة، وإلا رفض طلب الكفالة، مراعاة لمصلحة الطفل.

لهذا كان على المشرع تنظيم شروط متعلقة بالوضعية المادية للكافل في التشريع وبيّن كيف تثبت هذه الوضعية، هل بشهادة العمل أم كشف الرواتب، أم السجل التجاري³.

لكن بالرغم من وضوح نص المادة 118 من قانون الأسرة إلا أنه يوجد العديد من الإشكالات العملية المطروحة التي يواجهها طالب الكفالة من جهة والقاضي من جهة أخرى، الشيء الذي يدفعنا إلى التطرق لبعض الشروط التي أغفلها المشرع الجزائري.

1- شرط أن يكون الكافل رجل أو امرأة

لقد نصت المادة 118 (ق.أ) على أنه يشترط أن يكون الكافل مسلما ... " هنا جاء مصطلح " الكافل " هل يعني به الرجل وليس المرأة لأنها تعتبر " كافلة " أو يعني به رجلا أو امرأة.

¹ تنص المادة 81 من ق.أ. ج: " من كان فاقدا الأهلية أو ناقصا لصغر السن أو جنون أو عته أو سفه ينوب عنه قانونا ولي، وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون "

² بوزيد (خالد)، الكفالة نظام لحماية الأطفال في ظل التشريع الجزائري، مجلة قانون العمل والتشغيل، العدد 4، جوان 2017 م، ص 253.

³ علال (أمال)، مرجع سابق، ص 75.

فمن المفروض أن ينص المشرع على أن للمرأة الحق في طلب الكفالة لأنها هي أولى من الرجل في رعاية الطفل وتنشئته وتربيته وإعطائه الحنان، بحكم أن مرحلة الطفولة تكون دائما بين أحضان المرأة، وليس بين أحضان الرجل بحكم طبيعة كل منهما.

2- جواز طلب الكفالة من طرف الشخص المعنوي

لا شك في أنه لا يوجد نص قانوني يجيز للأشخاص الاعتباريين الحق في الكفالة مثل: المؤسسات العمومية المكلفة برعاية الأطفال، والهيئات والمنظمات والجمعيات ذات الطابع الإجتماعي، مع العلم أن مثل هذه الأشخاص الاعتباريين، عادة لها مركز مالي وتسيير بشري لائق، يمكنها من التكفل بالأطفال اللقطاء أو مجهولي النسب وحتى الأطفال معلومي النسب، لهذا فمن الأحسن النص عليها في قانون الأسرة وإعطائها الحق في الكفالة، لتفادي قيام العائلات المعوزة التي لا تستطيع توفير أدنى متطلبات الحياة لأبنائهم مما يحتم عليهم بيعهم أو التخلي عنهم .

3- شرط فارق السن بين الكافل والمكفول

بالرجوع للأحكام المتعلقة بالكفالة في قانون الأسرة لا نجد نصا قانونيا ينص على ضرورة وجود فارق سن معين بين الكافل والمكفول، مع العلم أنه لو فرضنا أن طالب الكفالة متزوج، إذ رخص له القاضي قبل السن القانوني بالزواج، ويوم تقديم الطلب بلغ سن 19 سنة، والمكفول كان سنه آنذاك 17 سنة، وعليه فهذه المعادلة غير منطقية، فكيف إذا نتصور هذه الوضعية في غياب نص قانوني ينظم شرط الفارق في السن بين الكافل والمكفول كحد أدنى.

4- شرط الزواج

أما فيما يخص شرط الزواج لم يشترط أيضا المشرع من خلال نص المادة 118 هذا الشرط، لآكن عمليا، على مستوى مديرية النشاط الإجتماعي، طالب الكفالة ملزم بإرفاق الملف بشهادة عقد الزواج، وهذا الذي يثبت مراعاة مصلحة الطفل من طرف القاضي لكون الغاية من الكفالة نشأة الطفل في أسرة وعائلة، كان يفتقر إليها سابقا.

5- شرط موافقة الزوجين طالبي الكفالة إن كانا معا على قيد الحياة

إن مثل هذه الحالة غير منصوص عليها في قانون الأسرة رغم أنها ضرورية في تنشئة القاصر المكفول وتحقق الغرض المطلوب من الكفالة، مع العلم أن رضا طالب الكفالة، أي الزوج فقط هذا لا يعني دائما موافقة الزوجة، ومن أجل المصلحة الفضلى للطفل، فإنه من المفروض أن تكون الموافقة صريحة وبحضور الزوجين أمام القاضي أثناء التحقيق، ويتم سماعها على محضر لكي يعرف قيمة هذه المسؤولية وعليه فإن كان على المشرع تدارك مثل هذا الشرط والنص عليه في قانون الأسرة لأننا وجدنا

عمليا أن أغلب المحاكم لا تراعي تحرير محضر الموافقة للزوجين أمام القاضي إذ يكفي إحضار شاهدين وحضور الأطراف فقط .

أن كل هذه الشروط سكت عليها المشرع الجزائري ولم ينص عليها في القانون الأسرة وترك غموضات كبيرة في مجال الكفالة، خاصة في الشروط الواجبة في الكافل، فالمشرع نص في المادة 118 على 03 شروط فقط، شرط الإسلام، شرط العقل وشرط القدرة كما أنه لم يتعمق فيها، لكن على مستوى مديرية المساعدة الاجتماعية هناك شروط أخرى، إضافة للشروط التي نص عليها المشرع وهي:

- الحد الأعلى لسن الرجل بـ 60 سنة أما سن المرأة فحدد بـ 55 سنة، كما أنهم في حالة طلاقهما ترجع الكفالة للزوج وليس للزوجة.
- لا بد أن يكونا زوجين (أي رجل وزوجته)
- لا بد أن يكون دخل طالب الكفالة يتعدى الحد الأدنى للأجر بعد طرح كل الأعباء الشهرية
- لا بد من توفر سكن لائق وصحي لطالبي الكفالة.¹

ثانيا: الشروط المتعلقة بالمكفول

إن القانون الجزائري لم ينص على شروط خاصة متعلقة بالمكفول ومنه يمكن إستنتاج بعض الشروط المطلوبة عمليا والمنوه إليها بصورة غير مباشرة في قانون الأسرة، بالرجوع إلى نص المادة 116 من (ق. أ) نستنتج أن المشرع إشتراط في المكفول سن معين وهو أن يكون قاصرا، كذلك سردت المادة 119 منه وضعية الطفل المكفول مجهول أو معلوم النسب.

1- شرط أن يكون المكفول قاصرا

قبل أن يُقدم القاضي أو الموثق على إجراء عقد الكفالة يجب أن يحقق جيدا في الملف ومن بين الأمور التي يجب التأكد منها، شرط السن، خاصة وأن المشرع الجزائري لم يحدد سن معين، أي حد أدنى وحد أقصى للشخص ليكون في مركز المكفول وإشتراط أن يكون ولدا قاصرا فقط.²

لكن بالرجوع إلى أحكام القانون المدني المادة 40 الفقرة 02، نجدها قد عرفت الولد القاصر بسنه ونصت على أن الولد القاصر هو الذي لم يبلغ سن الرشد وهي 19 سنة كاملة.

ومنه نستخلص أن المكفول يكون سنه أقل من 19 سنة، وهذا ما أكد عليه فقهاء الشريعة الإسلامية.³

¹ علل (أمال)، نفس المرجع، ص 76.

² لدرع(كمال)، الكفالة في الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، العدد 31، ص 610.

³ تنص المادة 40 من القانون المدني الجزائري في الفقرة الثانية "... وسن الرشد تسعة عشرة كاملة (19) سنة كاملة. "

والحكمة من أن يكون المكفول صغير السن، حتى يتسنى للكافل تربيته ورعايته رعاية سليمة، كذلك إدماجه داخل الأسرة الكافلة، أما إذا بلغ سن الرشد فلا فائدة من الكفالة.

وما يعاب على المشرع أنه لم يحدد سن الكفالة صراحة، مثل باقي التشريعات، وإستعمل مصطلح القاصر التي تعني الذكر دون الأنثى بينما المشرع المغربي نص صراحة على الطفل القاصر ذكرا أم أنثى.

كما إعتبر الطفل مهملا من كلا الجنسين الذي لم يبلغ سنه ثمان عشرة سنة شمسية كاملة إذا وجد في إحدى الحالات التالية:

- إذا ولد من أبوين مجهولين أو ولد من أب مجهول وأم معلومة تخلت عنه بمحض إرادتها
 - إذا كان يتيما أو عجز أبواه عن رعايته وليست له وسائل مشروعة للعيش
 - إذا كان أبواه منحرفين ولا يقومان بواجبهما في رعايته وتوجيهه من أجل إكتساب سلوك حسن...¹
- لهذا كان عليه التدقيق في المصطلحات المستعملة لإزالة الغموض وتقادي تأويل النصوص القانونية بشكل خاطئ من طرف رجال القانون أو حتى الباحثين.

2 - شرط أن يكون المكفول إما معلوم النسب أو مجهول النسب

ورد هذا الشرط في المادة 119 من قانون الأسرة " الولد المكفول إما أن يكون مجهول النسب أو معلوم النسب "

أ -القاصر مجهول النسب

ويطلق عليه عادة مصطلح اللقيط² " فمدير الصحة العمومية والنشاط الإجتماعي هو الذي يوافق على الكفالة .

¹ ظهير شريف رقم 172. 02. 1 صادر في فاتح ربيع الآخر 1423 (13 يونيو 2002) بتنفيذ القانون رقم 01. 15 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين.

² اللقيط هو: إسم لحي مولود طرحه أهله خوفا من الفضيحة وفرارا من تهمة الريبة، كما عرف انه صغير آدمي لم يعلم أبواه. والملقوطة أي المأخوذة من الأرض، وفي الشرع إسم لما يطرح على الأرض من صغار بني آدم خوفا من العيلة أو فرارا من تهمة الزنا ويسمى " المنبوذ " قال النسفي: هو طفل يوضع على الطريق. محمد عميم الإحسان المحددي (البركتي)، التعريفات الفقهية، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1424 هـ - 2003 م، ط 1، ص 189. أنظر علاء الدين أبي بكر بن مسعود (الكساني الحنفي)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1424 هـ - 2003 م، ط 2، ج 8، ص 317. ويرى علماء النفس أنه من المستحسن تجنب إطلاق مصطلح اللقيط على هذه الفئة لما له من آثار سلبية من الناحية النفسية، مما يؤدي إلى صعوبة إدماجه اجتماعيا، وتأثر علاقته الاجتماعية لذلك فهم ينصحون باستعمال مصطلح الطفولة المسعفة.

كما أن المشرع إهتم بهم وأخضعهم إلى الدولة التي تتكفل بأعباء رعايته وتربيتهم داخل مراكز خاصة ورغم وجود هذه المراكز إلا أن الرعاية والتربية والعناية فيها بهم لا ترقى إلى مستوى أحسن للصعوبات التي تواجهها هذه المؤسسات ماديا وبشريا.

لذلك فكلما توفرت فرصة للقيط لوضعه في أسرة تتكفل به وترعاه وتكون محيط أحسن له، تعتبر أحسن من المراكز.

وإن هذا القاصر يكون بحاجة إلى أسرة تضمه وتحرس على تربيته وعلى القاضي هنا أن يبحث في حقيقة قدرة الكافل على العناية والرعاية والتربية لهذا الأخير، حتى وإن كان ذلك مستحيلا، عليه أن يعرف باعث الكافل للتكفل بالقاصر، لكيلا يرمي هذا القاصر مرة ثانية إلى محيط يسيء أخلاقه ويعيد كرة الفساد والتكاثر اللاشعري خاصة إذا كانت أنثى.

ولكن هل يمكن للطفل القاصر ذو جنسية أجنبية أن يكفله جزائري الجنسية؟ وهل يمكن للطفل القاصر ذو جنسية جزائرية أن يكفله أجنبي؟

لم ينص المشرع الجزائري صراحة ما إذا كان الطفل القاصر ذو الجنسية الأجنبية يمكن كفالته من طرف الكفيل الجزائري (طالب الكفالة)، على الرغم من أن المادة: 13 مكرر 01 من القانون المدني، المتعلقة بقواعد الإسناد نصت على أنه: عندما يكون طرف أجنبي في العقد أو كلاهما أجنبيان يقوم بالإحالة إلى البحث عن القانون الواجب التطبيق من طرف القاضي الداخلي في مجال الكفالة، لكن المشرع في قانون الأسرة لم ينص ولم ينظم هذه الحالة بالإجازة أو بالرفض، فيما يخص إمكانية كفالة قاصر أجنبي مقيم في الجزائر من طرف شخص جزائري الجنسية، ومثال ذلك طفل صيني متخلى عنه ولم يطالب به أحد من عائلته أو دولته لأن سياستها الداخلية تحدد طفلين فقط لكل عائلة صينية .

مبدئيا في حالة وجود نص صريح يحكم هذه الوضعية فإنه يتعين رفض الطلب، لكن عمليا، إذا وافق قاضي شؤون الأسرة بعد أخذ رأي إيجابي من وكيل الجمهورية على طلب الكفالة في غرفة المشورة فهنا تتم الكفالة.

في هذه الحالة الثانية، القاصر ذو جنسية جزائرية وطالب الكفالة أجنبي مقيم في الجزائر، فإنه يستوجب رفض الطلب وهذا منطقي ما دام يوجد العديد من الجزائريين الذين تتوفر فيهم كامل الشروط القانونية للتكفل بالطفل¹.

¹ شمام (منير)، الإشكالات القانونية المتعلقة بكفالة الطفل في قانون الأسرة والقضاء الجزائري، دفا تر مخبر حقوق الطفل، العدد 1، مجلد 9، 2018 م، ص 160.

ب - القاصر معلوم النسب

أي يكون له أبوين معروفين ورغم ذلك يوضع في كفالة شخص آخر ويتنازل عليه للكافل، وهنا يشترط عند إبرام الكفالة أمام الموثق أو أمام مسؤولي البعثات الدبلوماسية الجزائرية بالخارج أن يحضرا ويبيدا رضاها مصراحة، وفي حالة ما إذا توفي أحدهما لسبب من الأسباب أو نزعته منه السلطة الأبوية أو الولاية على القاصر فحضور وقبول الوالد الآخر يكفي، ولا بد أن يبدي رأيه ورضاه أمام الجهات المختصة بتحرير الكفالة.

أما في حالة وفاة الأبوين أو كانا فاقدا الأهلية لأي سبب من الأسباب، فإن الرضا يكون للمجلس العائلي، بعد موافقة من كان في حضنه القاصر.

وفي كل هذه الحالات يحتفظ القاصر المكفول بهويته الأصلية وهذا ما تقره أيضا المادة 120 من قانون الأسرة¹.

ثالثا: الشروط المتعلقة بعقد الكفالة

يقوم عقد الكفالة صحيحا بمجرد تطابق إرادتي الطرفين:

الكافل وولي المكفول القاصر، ومتى كان خاليين من كل العيوب التي قد تؤدي بالعقد إلى البطلان سواء المطلق أو النسبي فإن عقد الكفالة يكون عقدا سليما، إلا أن المشرع لم يتركه إلى حرية المتعاقدين، وذلك بنصه في المادة 116 من قانون الأسرة على أن يتم بعقد شرعي، وأكثر من ذلك فقد جاء في نص المادة الموالية " يجب أن تكون الكفالة أمام المحكمة، أو أمام الموثق ... " ²

فما هو دور القاضي الذي يحزر الكفالة أو الموثق؟

ولماذا أخضع المشرع هذا العقد لتحريره للقاضي أو ضابط عمومي؟

وما يمكن ملاحظته أنه هناك جهات قضائية وأخرى غير قضائية متخصصة بتحرير عقد الكفالة، حسب نص المادة 117 من قانون الأسرة .

¹ بوزيد (خالد)، الكفالة نظام لحماية الاطفال في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 254 - 255.

² المادة 117 من قانون الأسرة .

أولاً: الكفالة أمام الجهات القضائية

أ - أمام القاضي

نجد أن عقد الكفالة أساساً يتم خارج حرم المحكمة وبين طرفيه وهما الكافل وولي المكفول، سواء كان أبواه أو مؤسسة حماية الطفولة ويقومان بتصرف قانوني بكل حرية بتطابق إرادتهما، إلا أن هذا العقد لا يحدث آثاره ولا يمكن في عالم القانون إلا باللجوء إلى القاضي عملاً بأحكام المادة 117 من قانون الأسرة.

إن المحاكم هي المختصة في إبرام عقد الكفالة لأنها صاحبة الولاية العامة للنظر في جميع القضايا المدنية.

فعلى طالب الكفالة أن يقدم طلبه إما إلى قاضي الأحوال الشخصية أو إلى رئيس المحكمة وفقاً لسلطاته الولائية للنظر في حالة الأشخاص، وهذا الأخير يصدر أمره بإفراغ إرادة الطرفين المتطابقة فيه، أي في شكل معين وبعد إطلاع وكيل الجمهورية على أوراق الملف.

وهذا حفاظاً على مصلحة المكفول حتى لا تهدر حقوقه، والنيابة العامة تمثل المجتمع وتعمل على حماية الحقوق والحريات فيه.

ومن جهة ثانية، فإن أمر رئيس المحكمة له قوة قانونية تمكن حامل هذا العقد وهو الكافل بتسجيل ذلك بمصالح الحالة المدنية حتى يتسنى له الحصول على الوثائق الإدارية سواء للكافل أو المكفول.

يعتبر دور القاضي هام، ذلك أنه المراقب على التعاقد المبرم بين الكافل والوالي والذي محله قاصر، أي العناية والتربية المنسوبة على القاصر فهذا الأخير جدير بحماية القاضي وبمراقبة مدى إمكانية تحسين معيشته بتغيير وليه سواء كان أبواه معلومين أو موضوع بمؤسسة حماية الطفولة.

ونجد أن المشرع أعطى للقاضي هذا التصرف بإضفاء الصبغة القانونية على عقد الكفالة، حتى يكون القاضي بإعتباره حامي الحقوق والحريات مراقب دائم لمعيشة ووضع القاصر والمكفول.

وعليه أن يقوم بالتحري الكامل على حياة الكافل الإجتماعية والمادية والنفسية والعقلية حتى يمكن له أن يقبل رضاه وإبرامه لعقد الكفالة.

لكن في الواقع نظرا لكثرة المشاكل وإنشغال رئيس المحكمة ونظرا لكل المستجدات التي يواجهها المجتمع الذي توسعت رقعته الجغرافيا والبشرية والمادية لم يعد رئيس المحكمة يقوم بعمله كامل في مراقبة وتحقيق أول على الكافل للقاصر والمراقبة الدورية بعد وضعه تحت ولايته¹.

ثانيا: الكفالة أمام الجهات الغير قضائية

أ - الكفالة أمام الموثق

رغم أن عقد الكفالة رضائي وغاية الكافل وهدفه هو نية التبرع والإحسان للقيام بشؤون قاصر ورعايته والعناية به وتربيته كأنه ابنه الشرعي.

إلا أن المشرع وجد أن إبرام العقد أمام المحكمة يسبب حرجا للكافل أو والي المكفول أو حتى تأثير على نفسية المكفول، فقد أوجد طريق آخر لإفراغ العقد في شكل معين ليوحد في حياة القانون وذلك أمام ضابط عمومي وهو الموثق وهذا ما تؤكدته المادة 117 من (ق.أ) بنصها "... أمام المحكمة أو الموثق " وتركت للأطراف الخيار بين اللجوء للمحكمة أو الموثق، خاصة وأن هذا الأخير له صلاحيات تدوين العقود وإبرامها أمامه وخاصة منها المتعلقة بالحالة المدنية كإبرام عقد الزواج.

ويعد عقد الكفالة من عقود الحالة المدنية، ذلك أنه يضع المكفول القاصر في مركز قانوني جديد بعد أن كان ابن شرعي فيغير مركزه وحالته إلى مكفول تحت ولاية الكافل، وقد يكون شرط تحرير العقد لدى الموثق لمراقبة إجراءات صحة العقد وإعطاءه قوة ثبوتية مطلقة بإعتباره من العقود الرسمية والتي لا يمكن الطعن فيها إلا بالتزوير. طبقا للمادة 324 (ق.م) ² و(المادة 115) ق.إ.م سابقا³

والمعمول به حاليا بالنسبة للأطفال الموجودين في مديرية النشاط الاجتماعي لا تجرى الكفالة عند الموثق بل على مستوى القضاء فقط.

ب - البعثات الدبلوماسية

فيما يتعلق بالمقيمين بالخارج من الجالية الجزائرية، إذ أن تقديم الطلب يكون من ذوي الشأن إلى المصالح القنصلية في نسختين بالإضافة إلى الوثائق المطلوبة والمذكورة عند طالبي الكفالة القاطنين

¹ علل (أمال)، التبنّي والكفالة دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مرجع سابق، ص 84.

² تنص المادة 324 ق.م " العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا لأشكال القانونية وفي حدود سلطة وإختصاصه ".

³ تنص المادة 115 ق.إ.م " يسلم كاتب الضبط إيصالا بالاستئناف الذي يبلغه فوراً للمستأنف عليه، ويعمل على إحالة كامل ملف الدعوى إلى كتابه ضبط الجهة الإستئنافية خلال مدة شهر واحد تحت رقابة رئيس المحكمة وتحت طائلة العقوبات الجزائية "

بالتراب الوطني، ويتضمن الملف ما يلي:

- تحقيق نفسي إجتماعي مملوء وموقع قانوني من طرف مصالح القنصلية المختصة والمعنية
 - نسخة طبق الأصل من بطاقات ووثائق التعريف أي البطاقة القنصلية .
- وهذه الأخيرة إما تقبل أو ترفض الطلب حسب توافر الشروط المطلوبة .
- وفي حالة وفاة الكافل، تنتقل الكفالة إلى الورثة إن التزموا بذلك، وإلا فعلى القاضي أن يسند أمر القاصر إلى الجهة المختصة بالرعية .¹
- كما توجد شروط للكفالة، هناك أيضا إجراءات لابد من إتباعها وهذا ما سوف نتناوله في الفرع الثاني .

الفرع الثاني: إجراءات إنعقاد الكفالة

إن عقد الكفالة ينشأ كأساس على مرحلتين أولهما المرحلة التمهيديّة وهي التي تعتمد فقط على قيام عقد الكفالة وعلى رضا الطرفين دون اللجوء إلى الهيئات التي أقر لها القانون صراحة تحرير هذا العقد، سواء كان الطفل القاصر معروف النسب وبالتالي يكون إتفاق بين طرفي العقد أبوا المكفول من جهة والكافل من جهة ثانية، أما إذا كان مجهول النسب فقد يكون معروف الأم أولا، ومهما كان فإن مؤسسة حماية الطفولة تكون طرفا في العقد فليتقفا على أن يتكفل الكافل بالطفل القاصر الذي تحت ولايتها، بالإضافة إلى المرحلة الثانية وهي القضائية وهي الأهم وهذا ما سوف نتطرق له في الفقرة الثانية

الفقرة الأولى: المرحلة التمهيديّة

كما سلف الذكر أعلاه هي المرحلة التي يظهر فيها طرفي العقد سواء كان المكفول معلوم النسب أو مجهولة تطابق إرادتهما، وقد أكد القانون على وجوب أن يكون رضا أبوي المكفول معلوم النسب صراحة بأنهم يمنحون إبنهم القاصر للكافل للقيام به ورعايته وتربيته، وذلك طبقا للمادة 117 من قانون الأسرة بقولها: " وأن تتم برضا من له أبوان ... " وهذا ما يفيد أن يكون الرضا صريحا لإنعقاد عقد الكفالة لابد من التمييز بين القاصر المكفول مجهول النسب ومعلوم النسب.

أولا: بالنسبة للقاصر مجهول النسب

نفرق بين حالتين:

1 - إذا كان القاصر معلوم الأم: ففي هذه الحالة لابد من رضا الأم وهذا بأن يتكفل الكافل بإبنها القاصر، غير أن القانون لم يشدد في إشتراط رضا أم المكفول ذلك أن القبول الضمني يكفي لإعتباره

¹ علال (أمال)، مرجع سابق، ص 84.

صحيح، فإذا قامت أم المكفول بتسليم الطفل القاصر للكافل لكي يرعاه ويربيه ويعتني به يدل على رضاها.

وذلك نظرا للظروف التي تعيشها الأم العزباء في المجتمع الجزائري والإسلامي إذ لا ترغب في معرفتها ولا أن تظهر في الواقع القانوني.

فهنا نصوص عقد الكفالة جاءت كأساس لحماية القاصر وهو الأولى بالحماية دون البحث في اشتراط رضا أمه العزباء في المجتمع الإسلامي خاصة ينظر إلى ظروفها الاجتماعية والأخلاقية هذا الإجراء يكون على مستوى الموثق، ولكن هناك إجراء آخر بالنسبة للطفل القاصر معلوم الأم التي تخلت عنه عند ولادته، أي أن الأم البيولوجية تتنازل عن الطفل عند الولادة وذلك بطلب منها لأسباب خاصة مثلا الأم العزباء، طفل نتج عن زواج غير شرعي ...، فهنا تمر على عدة مراحل:

أ - المرحلة الأولى: على مستوى المستشفى

المساعدة الاجتماعية الخاصة بالمستشفى (مصلحة الولادة) هي التي ترى الأم البيولوجية، وتقدم لها محضر التخلي لكي تملؤه، كذلك لابد من أن تقدم الأم البيولوجية نسخة من بطاقة التعريف الوطني وإذا لم تتوفر عندها تعطي شهادة الميلاد زائد صورة شمسية. ثم تسألها هل تتخلي عن الطفل بصفة مؤقتة، أو بصفة نهائية. وفي المحضر الموجود على مستوى المستشفى تكتب أمامه صفة التخلي وفي الأخير هناك إمضاء الأم، بصمتها، وإمضاء المساعدة الاجتماعية.¹

وبعدها تقوم المساعدة الاجتماعية بتسجيله في البلدية مقدمة الوثائق التالية:

❖ صورة طبق الأصل لبطاقة التعريف الوطني

❖ شهادة طبية للولادة

❖ جدول الإرسال من المستشفى²

ب - المرحلة الثانية: تكون على مستوى دار الحضانة

في المدة التي تكون الأم تتخذ القرار النهائي في أن تبقى الطفل تحت حضانتها أو التخلي عنه أي المدة المخولة لها في محضر التخلي (شهر أو ثلاثة أشهر)، يوضع المحضون في دار الحضانة ليعيش فيها في تلك المدة المقررة.

عندما يبلغ 03 أشهر، ولن تأتي أمه البيولوجية لإسترجاعه، يحال إلى مديرية النشاط الاجتماعي لولاية التي يقطن فيها (A. S.D)، ولا يجوز للأم بعد ذلك أن تطلب إعادة الطفل لحضانتها.

¹ علل (أمال)، مرجع سابق، ص 87.

² معلومات مقتبسة من المساعدة الاجتماعية.

ج - المرحلة الثالثة: على مستوى D.A.S

المساعدة الإجتماعية تأخذ ملف الطفل وتبحث في ملفاتها عن ملف العائلات التي تريد التكفل بالطفل اليتيم، لكنها قبل إعطاء كفالة الطفل لعائلة ما تقوم بالكشف والتحري عن هذه الأسرة الكفيلة، فهذه الأخيرة تخرج مع أخصائي نفساني لإجراء التحريات (Enquête)، وبعدها تعطي قرارها قد يكون إيجابياً أو سلبياً.

كما أنه هناك لجنة مكونة من 10 أعضاء كلهم يصادقون على هذه الكفالة.

ثانياً: إذا كان القاصر مجهول الأبوين:

فإن هذا القاصر يكون موجود وتحت ولاية مؤسسة حماية الطفولة¹ وهي التي تقوم برعايتهم والعناية بهم فنجد أن القانون لم يشترط رضا المكلف بهذه المؤسسة صراحة وفيما يخص إثم القاصر مجهول النسب عندما يدخل إلى المصلحة يحمل في البداية حرف (X) وحالياً يمنح للمجهول النسب إسمين متتالين مثل: خالد عبد الكريم وبالنسبة للفتاة يعطى لها إسم ولد وإسم بنت مثال خالد جميلة يشترط أن يتقدم الكافل بالملف لهذه المؤسسة التي تقوم بتكوين لجنة لدراسته ولهذه الأخيرة أن تقبل أو ترفض طلب الكفالة²

وإذا قبلت اللجنة الكفالة تقوم بإبلاغ الكافل ويقوم هذا الأخير بإحضار الوثائق، تسجل حينئذ في محرر رسمي عند رئيس المحكمة، أما فيما يخص حضور الوالدين فيحضر مكانهما بإعتبارهما غير موجودين

¹ ينتقل القاصر من مؤسسة إلى أخرى وذلك حسب سنه من (0-6 سنوات) يكون في دار الحضانة (6-18 سنة) يكون في مؤسسات رعاية الطفولة المسعفة.

² لا بد أن يحتوي على الوثائق التالية:

الوثائق لتكوين طلب الكفالة:

- 1- طلب خطي، يحدد فيه جنس الطفل ممضي من طرف الزوجين
- 2- الشهادة العائلية للحالة المدنية،
- 3- شهادة الجنسية للزوجين.
- 4- صور شمسية للزوجين.
- 5- شهادة الإقامة،
- 6- شهادة السجل التجاري أو شهادة العمل،
- 7- صورة طبق الأصل لبطاقة التعريف الوطني
- 8- شهادة ميلاد لكل من الزوجين.
- 9- كشف السوابق العدلية للزوجين،
- 10- شهادة عمل وكشف الرواتب لثلاثة الأشهر الأخيرة ، 15000 دج
- 11- عقد ملكية السكن أو الإيجار،
- 12- شهادة طبية للحالة الصحية للزوجين.
- 13- عقد الزواج، 1

ويتم طلب هذه الوثائق حتى يتم الإطمئنان للحالة الاقتصادية والاجتماعية للكافل وضمان وسط معيشي حسن للمكفول.

ولا تمنح الموافقة إلا بعد التأكد من ضرورة توفر الوثائق، تقوم المصلحة بتشكيل لجنة مكونة من:

رئيس المصلحة، مدير المديرية الاجتماعية (المساعدة الاجتماعية)، رئيس الجمعية للطفولة، مختص نفسي، مدير دار الحضانة، مساعدة إجتماعية التي تقوم بنفسها من التحقق من وضعية الأسرة التي ترغب في الكفالة ومعها الطبيب النفسي، طبيب، رئيس المؤسسة المتخصصة، رئيس مصلحة التضامن العائلي، رئيس الحماية الاجتماعية للفتات المحرومة، ولهذه اللجنة أن تقبل أو ترفض طلب الكفالة.

المساعدة الإءتماعية التي تمثل الدولة بتفويض من الوالي.

بالنسبة للمكفول يجب أن تتوفر لديه:

- شهادة ميلاد.

- شهادة الوضع

وهي شهادة يقدمها مدير المصلحة للكافل بمعنى يفوض له الولاية على المكفول وهو ما نصت عليه المادة 118 و 119 (ق.أ)

شهادة الأصل، يشهد فيها مدير المصلحة بأن ليس له أصل ويعطى له رقم بعد أن يتم تسجيله ضمن أيتام الدولة

تنص المادة 121 من قانون الأسرة " تخول الكفالة للكافل الولاية القانونية وجميع المنح العائلية والدراسية التي يتمتع بها الولد الأصلي" ¹

كما يشترط في المساعدة الإءتماعية أن تقدم:

- صورة مطابقة للأصل من بطاقة التعريف الوطني.

- قرار ممضي من المديرية الإءتماعية التي تخول بها القيام بهذه المهمة.

فإذا توفرت كل هذه الوثائق يقوم بإبرام عقد الكفالة بحضور الشاهدين والكافل والمساعد.

وبقرار من الوالي يتم منح الولاية القانونية للكافل على المكفول ويخل تحت حماية الدولة، ويمكن للكافل أن يمنح لقبه للمكفول ولكن لا يثبت له حق في الميراث ولا تنشأ حرمة المصاهرة²

أما إذا كان الكافل مقيما خارج البلاد الجزائرية ويرغب في التكفل بطفل جزائري فهنا لابد من توفر شروط معينة يتحقق الموثق منها ويوثق عليها، ثم تقدم إلى المحكمة لتختم عليها ثم يتقدم بوثائق طلبها القنصلية والمتمثلة في تحقيق إءتماعي يكون موقعا من طرف القنصلية، بالإضافة إلى نسخة من بطاقة القنصلية، وعقد الملكية ويدخل ضمن فئة مجهولي النسب وهم يشكلون نسبة كبيرة وهم اللقطاء وقد أدلى في هذه القضية ذووا الآراء بإعتبارها مشكلة لا يكاد يخلوا منها المجتمع.

تتم الإءجراءات الخاصة بكفالة اللقيط على صورتين:

¹ المادة 121 من قانون الأسرة الجزائري .

² المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 92 / 24 المؤرخ في 13 يناير 1992، ج. ر. رقم 05، المعدل والمتمم بالمرسوم المتعلق بتغيير اللقب تحت رقم 71-157، المؤرخ في 03/06/1971، ج. ر. رقم 47، الصادرة بتاريخ 11 جوان 1971.

الصورة الأولى: الرعاية مدفوعة الأجر

وهي الطرق المتبعة للتكفل بالأطفال الشرعيين عند مربية مأجورة، وفي غالب الأحيان يكون هؤلاء الأطفال من فئة المعوقين حركيا، سمعيا، بصريا، إما لأسباب أو لأخرى، كمحاولة رعايتهم ووضعهم في أسرة كفيلة، ويحدد الأجر المدفوع للمربية وفقا للعقد الذي يتم تحريره من مديرية المصلحة، وتبقى الرعاية المدفوعة الأجر غير ناجحة في نتائجها، حيث يصبح الطفل مصدرا للرزق لدى بعض العائلات.

الصورة الثانية: الرعاية المجانية

التي يقصد بها وضع الطفل أو أكثر في وسط عائلي دون مقابل، وتتم بواسطة عقد شرعي يحدد أمام الجهات المختصة، تحت رعاية وزارة العمل والشؤون الاجتماعية، وهذا النوع من الكفالة هو المقصود في دراستنا.

تجدر الإشارة إلى أن الجزائر، على غرار دول العالم، قد جاءت بطريقة ناجحة لرعاية الأطفال الشرعيين المحرومين من الجو العائلي وبإقامة دور الحضانة التي توفر للمولود بعض شروط الحياة الكريمة من رعاية وتربية وأكل، وليست هذه المؤسسة كالحضانة وإنما هي تابعة لمديرية النشاط الاجتماعي للولاية بعد وقوع إختيار الكافل على الطفل يشرع فيما يلي:

- تشكيل ملف الإيداع وتقديمه لمديرية النشاط الاجتماعي، ولتوضيح ذلك لابد أولا وقبل كل شيء التعريف بها فيما يخص كفالة معلوم النسب ويجب تقديم الوثائق التالية:
 - طلب خطي
 - شهادة ميلاد الكافل وشهادة عمل وكشف الراتب.
 - عقد زواج الكافل
 - صورة لبطاقة التعريف الوطنية للكافل وأبوي المكفول والشاهدين
 - الطابع الجبائي
 - شهادة الوضعية العائلية، يتم تسليمها من طرف مصالح مديرية المساعدة الاجتماعية
- كما أنه يتعين الحصول على موافقة أبويه على الكفالة إذا كانا معلومين، أما إذا تخلوا عنه عند الولادة، وفي مدة 03 أشهر، هنا لا نحتاج إلى موافقتهم لأنهم لاعلاقة لهم بهذا الطفل ويصبح مجهول الأبوين أو مجهول الأب ومعلوم الأم وحتى في هذه الحالة لا نحتاج إلى موافقة أمه.

يتم عقد الكفالة إذن بموجب تصريح من أبوي الطفل، حيث يكون ذلك أمام الموثق أو أمام القاضي الموجود بموطن أو إقامة من يوافق على التكفل أو أمام مسؤولي البعثات الدبلوماسية الجزائرية في الخارج، وهذا طبقا للمادة 117 من قانون الأسرة الجزائري¹.

الفقرة الثانية: المرحلة القضائية

يقدم طلب الكفالة، طبقا لنص المادة 492 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أمام قاضي شؤون الأسرة بمحكمة مقر موطن طالب الكفالة، ويقوم القاضي بالفصل في طلب الكفالة بأمر لوائي²، بعد النظر في الطلب بحضور النيابة العامة وفي غرفة مشورة، بعد أن يتأكد القاضي من أن طالب الكفالة هو أهل للقيام بالكفالة .

وذلك عن طريق إجراء تحقيق أو أي تدبير يراه مفيدا لمصلحة المكفول والإنفاق عليه وتربيته³. وفي الجزائر، وبعد إصدار الأمر أو الحكم فإنه لا ينفذ إلا بعد أن يصبح نهائيا وعملية التسليم تتم تلقائيا بين طالب الكفالة والشخص الذي كان عنده المكفول، دون حضور النيابة أو تحرير محضر بالتسليم. يجب الإشارة إلى أن ما يفترق إليه القضاء الجزائري هو عدم وجود أو عدم إسناد هذه المهمة إلى القاضي المختص بالأحداث الذي يتتبع تنفيذ الكفالة والذي يقوم بمراقبة مدى تنفيذ الكافل للالتزامات الكفالة، لكون المشرع اعتبرها مسألة مدنية، ولكون قاضي الأحداث مختص بالجانب الجزائي فقط، كما أنه من المفروض القيام بإجراء البحث في ذلك بواسطة النيابة العامة أو السلطة المختصة أو المساعدة الاجتماعية المؤهلة لذلك، ومن المفروض وجود قاض مكلف بشؤون القصر، الذي يسهر على تسجيل الكفالة في سجلات الحالة المدنية لدى بلدية المكفول . كما أن الإختصاص المحلي لعقد الكفالة في الجزائر محدد إما بموطن طالب الكفالة أو مكان تواجد المكفول.

وتكون المحكمة المختصة هي الواقع في دائرتها موطن طالب الكفالة، أي الكافل وإذا كان موطن هذا الأخير موجودا بالخارج فيكون الإختصاص للمحكمة الواقع في دائرتها موطن الطفل القاصر المرغوب في كفالته. ويكون هذا الطلب الموجه إلى رئيس المحكمة، دون وجود منازعة ولا خصومة لأنها تعتبر من الأعمال الولائية لرئيس المحكمة.

¹ قانون الأسرة المعدل المتمم.

² المادة 493 ق.إ.م.إ

³ المادة 495 ق.إ.م.إ

كما أنها لا ترفع ضد وكيل الجمهورية، وعلى القاضي المختص أن يتأكد من الشروط الواجبة في عقد الكفالة والتي يشترطها القانون، تلقائيا يصدر حكمه في شكل أمر، يمنح للكافل كفالة القاصر، وهذا الأمر نهائي.

ونسخة منه ترسل إلى ضابط الحالة المدنية لكان زيادة الطفل القاصر المكفول بغاية تدوينه بأنه طفل مكفول على هامش شهادة الميلاد، وبهذا تبقى الكفالة قائمة حتى إذا ما أراد الكافل إلغائها، وذلك بنفس الإجراءات التي قامت بها، ويكون ذلك بإرادة الكافل أو ورثته بعد وفاته¹.

ومن هنا نستخلص أن عقد الكفالة يمر بمرحلتين، الأولى هي المرحلة التمهيدية والتي تعتمد على رضا الطرفين ولا بد أن يكون هذا الأخير صحيح وميزنا في هذه المرحلة بين القاصر المكفول مجهول النسب ومعلوم النسب، وما هي الوثائق التي يجب أن يوفرها الكافل لكي يستطيع أن يكفل طفل قاصرا المرحلة الثانية هي المرحلة القضائية وتعتبر أهم مرحلة، لقد بينا فيها المراحل التي يمر عليها عقد الكفالة وفيها يتم رفض وقبول طلب الكفالة.

الفقرة الثالثة: المرسوم التنفيذي رقم (20-223) المتعلق بتغيير اللقب العائلي للطفل المكفول ومطابقته مع لقب الكافل

أثار المرسوم التنفيذي رقم 20-223 ضجة كبيرة في وسط المجتمع الجزائري والذي سمحت من خلاله السلطات الجزائرية لكافلي الأطفال مجهولي النسب منحهم ألقابهم العائلية وهو قرار إنقسم حوله الجزائريون إلى مؤيدين ومعارضين ونتيجة لهذا الجدل سنتطرق لمحتوى هذا المرسوم ثم لمركز المرسوم 20-223 من أحكام الكفالة وأحكام التبني.

أولا: محتوى المرسوم التنفيذي رقم (20-223)

جاء المرسوم بالتعديل التالي:

المادة الثانية: تعدل وتتم المادة الأولى من المرسوم رقم 71 - 157 المؤرخ في 10 ربيع الثاني عام 1391 الموافق 3 يونيو سنة 1971 والمذكور أعلاه، وتحرر كما يأتي:

المادة الأولى: يجب على كل شخص يرغب في تغيير لقبه لسبب ما، أن يوجه طلبا مسببا إلى وزير العدل حافظ الأختام

يودع الطلب أمام وكيل الجمهورية لدى الجهة القضائية لكان ولادة الطالب.

¹ عبد الرحمن (سلام)، الكفالة في التشريع المدني الجزائري، مجلة الحضارة الإسلامية، العدد2، مجلد 19، أكتوبر 2018 م، ص 614.

ويمكن أن يودع الطلب بالنسبة للأشخاص المولودين في الخارج لدى المراكز الدبلوماسية أو القنصلي لمقر إقامة المعني الذي يتولى إرساله، بالطريق الإلكتروني، إلى وكيل الجمهورية بأي محكمة عبر التراب الوطني.

يتولى وكيل الجمهورية لدى الجهة القضائية التي أودع بها الطلب أو أرسل إليها إجراء تحقيق.

المادة الثالثة: تتم أحكام المرسوم رقم 71-157 المؤرخ في 10 ربيع الثاني عام 1391 الموافق 3 يونيو سنة 1971 والمذكور أعلاه بمادتين أولى وأولى مكرر 1، تحرران كما يأتي:

المادة الأولى مكرر: " يمكن الشخص الذي كفل قانونا طفلا مجهول النسب من الأب، يقدم بإسم هذا الطفل ولفائدته إلى وكيل الجمهورية لكان إقامته أو لكان ميلاد الطفل، طلب تغيير اللقب العائلي للطفل ومطابقته مع لقبه.

عندما تكون أم الطفل معلومة وعلى قيد الحياة، فإنه يجب يرفق الطلب بموافقتها المقدمة في عقد رسمي وفي حالة تعذر ذلك، يمكن رئيس المحكمة أن يرخّص بمطابقة اللقب العائلي للطفل مع لقب الكافل، بناء على طلب هذا الأخير الذي يرفق به تصريحاً شرفياً ن في شكل عقد رسمي، يصرح فيه تحت مسؤوليته، إن كل المساعي التي قام بها للاتصال بالأم بقيت دون جدوى "

المادة الأولى مكرر 1: " يمكن تقديم طلب تغيير اللقب والوثائق المرفقة به بالطريق الإلكتروني "

المادة الرابعة: تعدل المواد 2 و 3 و 5 مكرر 2 من المرسوم رقم 71-157 وتحرر كما يأتي:

المادة 2: ينشر طلب تغيير اللقب في جريدة واحدة محلية على الأقل لكان لكان ولادة الطالب وكذلك مكان سكناه، إذا كانا مختلفين، وذلك بسعي من الطالب.

وينشر الطلب في جريدة واحدة وطنية على الأقل بالنسبة للأشخاص المولودين في الخارج.

لا تخضع طلبات تغيير اللقب المقدمة طبقاً لأحكام المادة الأولى مكرر للنشر المنصوص عليه في هذه المادة "

المادة 3: تقدم الاعتراضات المتعلقة بتغيير اللقب المقدمة طبقاً للمادة الأولى أعلاه ن إلى وكيل الجمهورية الذي أودع الطلب أمامه، خلال مهلة ستة (6) أشهر، ابتداء من تاريخ النشر المذكور في الفقرتين الأولى والثانية ومن المادة 2 من هذا المرسوم.

وبعد إنتهاء مهلة الإعتراضات يرفع وكيل الجمهورية الملف كاملا إلى وزير العدل حافظ الأختام بالطريق الإلٱكتروني، الذي يتولى عرضه لإبداء الرأي على لجنة خاصة تتشكل من ممثلين (2) عن وزارة العدل وممثلين (2) عن الوزارة المكلفة بالداخلية، يعينون لهذا الغرض من قبل السلطات التي يتبعونها.

المادة 5 مكرر 2: يغير اللقب العائلي للطفل المكفول بموجب أمر من رئيس محكمة مكان ميلاد الطفل أو مكان إقامة الشخص الكافل، بناء على طلب وكيل الجمهورية لنفس المحكمة، الذي يمكنه، عند الإقتضاء، إستطلاع رأي قاضي الأحداث لدى نفس الجهة القضائية.

يصدر الأمر خلال (30) يوما الموالية لتاريخ تقديم الطلب، ويكون بسعي من وكيل الجمهورية، محل تسجيل وإشارة على هامش سجلات وعقود ومستخرجات عقد الحالة المدنية لمقر ميلاد الطفل المكفول، وإذا كان هذا المقر خارج دائرة إختصاصه، يقوم بأخطار وكيل الجمهورية المختص إقليميا للقيام بذلك.

والجدير بالذكر أن فحوى المرسوم يقضي بإستلحاق المكفول بالكافل عن طريق التسمية، بحيث يمكن للكافل أن يعطي لقبه للمكفول مع العلم أنه يعلم علم اليقين أنه ليس من صلبه.

وفي الحقيقة ما يفهم من نصوص السابقة أن المرسوم أقرب إلى التبني، لأن من آثار التبني أن يأخذ الطفل لقب من تنبناه.¹

ثانيا: مركز المرسوم رقم (20-223) من أحكام الكفالة وأحكام التبني

طرح هذا المرسوم عدة تساؤلات لدى المختصين في القانون وكذلك لدى عامة المجتمع الجزائري، متسائلين ما كان هذا المرسوم المتعلق بإعطاء اللقب للمكفول من قبل الكافل يؤدي إلى إلحاق النسب أم لا؟ بمعنى هل يعتبر هذا الإجراء بمثابة تبني أم يبقى دائما في نطاق الكفالة؟

1 - الفريق الذي يعتبر تغيير اللقب في إطار المرسوم 20-223 تبنيا:

ويتمثل في فئة كبيرة رفضت تطبيقه في أرض الواقع عند صدوره، لكونهم كيفوا هذا المرسوم تبنيا بطريقة غير معلن عنها صراحة، ذلك لأن فيه تغيير لحقيقة النسب الأصلي للولد المكفول مجهول الأب مع العلم أن ضابط الحالة المدنية يعطي لهذه الفئة مجهولة الأبوين الأسماء وتسجل في سجلات الحالة المدنية، أما الولد المعلوم الأم ومجهول الأب فإن اللقب يكون بلقب الأم، وعليه يرون أن المصادقة على طلب تغيير اللقب فيه تغيير في النسب وإلحاق نسب ولد إلى نسب شخص جديد، وهذا يرجعنا إلى

¹ مرسوم تنفيذي رقم 20-223 مؤرخ في 18 ذي الحجة عام 1441 الموافق 8 غشت سنة 2020، يعدل ويتمم المرسوم رقم 71-157 المؤرخ في 10 ربيع الثاني عام 1391 الموافق 3 يونيو سنة 1971 والمتعلق بتغيير اللقب.

العصر الذي كان العرب في الجاهلية يبيحون التبني، ويرون أن مثل هذه الحالة تؤدي إلى إختلاط الأنساب، وفيه تعدّ على اللقب العائلي لعائلة أخرى .

كما أنهم يبرزون أن مضمون هذا المرسوم يحمل في طياته تناقضا مع أحكام (المادة 120) من (ق. أ) التي تنص على: " أن يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب، وإن كان مجهول النسب، تطبق عليه أحكام نص المادة 64 من قانون الحالة المدنية والمادة 46 من نفس القانون، ومن المعلوم أن المرسوم في درجة أدنى من القانون كما أنه جاء مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية وأحكام المادة 28 ف 1 من (ق. م) التي قررت بأن اللقب الشخص يلحق أولاده دون أن تعطي أية إمكانية لإلحاقه بغير الأولاد الشرعيين.

هذا الفريق يؤكد على ضرورة إحتفاظ المكفول بنسبه الأصلي، وبالتالي إستبعاد تطبيق هذا المرسوم والإحتكام إلى أحكام الشريعة الإسلامية كما أنه من زاوية القانون، فهذا المرسوم جاء في حقيقة الأمر بإقرار التبني بصفة غير صريحة، حتى ولو إقتصر أثره في أخذ الطفل إسم من تنبأه فقط، كون أن الكافل يمنح إسمه للمكفول مع العلم اليقين أنه ليس من صلبه وهذا نوع من التبني البسيط الذي تعرفه بعض التشريعات الغربية كالقانون المدني الفرنسي في (المادة 364 / 1).

2 - الفريق الذي لا يعتبر محتوى هذا المرسوم 20-223 تبنيًا بل يبقى دائما في إطار الكفالة

يرون ضرورة للإستجابة إلى هذه الطلبات والمتعلقة بتغيير اللقب، وبدون أي خوف، وإعتمد أصحاب هذا الرأي على نص المادة 05 مكرر 2 من المرسوم والتي تقضي بضرورة تسجيل إسم المكفول في هامش شهادة الميلاد وكل العقود ومستخرجات الحالة المدنية، أين إستخلص من هذا الرأي ومن هذه المعطيات أن اللقب الأصلي يبقى دائما محفوظا وأن هذا الاسم هو إضافي فقط، وهو حق إستعمال شخصي له لأنه لا يمكن إخفاء الإسم الأصلي عند إبرام عقد الزواج، ولا يمكن إستعماله في الميراث.

ومن ثمة رأوا أن هذا المرسوم هو حفظ لكيان ونشأة الطفل داخل المجتمع، ومكمل لنصوص الكفالة لا أكثر ولا أقل، إذ لا يلحق بموجبه النسب للكافل، ومن ثمة فإن موانع الزواج لا تنقرر بموجب هذا اللقب، إذ أنه يمكن للكافل أن يتزوج بمن كفلها، وحسب مقتضيات قانون الأسرة، يبقى حق المكفول في الإرث وموانع الزواج قائما مع عائلته الشرعية إذا كان معلوم الأم.

وقد صرح البعض أن هذا القرار في قمة الإنسانية ومن شأنه أن يحل المشاكل الإدارية والنفسية لآلاف الأطفال وحتى الكبار.

وفي تقدير المتواضع لهذا المرسوم التنفيذي، أرى أنه يجيز التبني بطريقة غير مباشرة حيث يمكن قانونيا للكافل أن يتقدم بطلب تغيير اللقب للولد القاصر، مجهول النسب، قصد مطابقة لقب هذا الأخير بمن يتكفله، وبهذا قد أجاز الشيء الممنوع قانونا والمحرم شرعا كذلك بالرغم من أنه عمليا يشار على هامش شهادة الميلاد إلى أنه ابن بالكفالة، لكن مع مرور الوقت سيقع خلط كبير بين أحكام الكفالة وأحكام التبني.

وفي حالة زواج الولد المكفول، أبناؤه يأخذون اللقب الأصلي للأب أم لقب كافله؟

وبالتالي، نعتبر أن هذا المرسوم التنفيذي في أصله غير قانوني، لأن مضمونه يتعارض مع المادة 64 من قانون الأسرة، ولا يقدم المرسوم على القانون .

المطلب الثاني: حماية النسب على مستوى قانون الحالة المدنية

يعتبر حق الطفل في النسب الحق الثاني للصيق بشخصيته، ويشترط لثبوته أن يكون المولود ناتج عن زواج شرعي بين رجل وامرأة حيث نصت المادة 41 من (ق.أ) على أن ينسب الولد لأبيه متى كانت الزواج شرعيا وأمكن الإتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة¹ وهذا من خلال عملية الولادة التي تعتبر واقعة طبيعية يبنى على أساسها نظام النسب، ولقد تكفل المشرع الجزائري بتنظيم هوية الأشخاص لاسيما الأطفال وذلك بإصدار مجموعة من النصوص القانونية تعود أساسا إلى كل من قانون العقوبات، قانون الحالة المدنية وقانون الجنسية بالإضافة إلى قانون الأسرة .

فضلا عما تتيحه هذه القوانين من معرفة تاريخ الميلاد والجنس والنسب وعلى أساسها تقررت حقوق الطفل في الجنسية والنفقة والميراث وهذه الحقوق تصبح تحت رحمة المحيطين بالطفل حال عدم تسجيله ولأجل هذا الغرض سوف نتطرق إلى الحماية التي أحاطها قانون الحالة المدنية بالنسب وذلك بتجريم عدم التصريح بالميلاد (الفرع الأول) وتجريم الأفعال المانعة من التحقق من شخصية المولود (الفرع الثاني)

الفرع الأول: الحماية بتجريم عدم التصريح بالميلاد

إن هوية الطفل واحدة من الحقوق التي لا يمكن إنكارها أو إستبعادها فكل طفل إسم ينادى به ويستعمله في التصرفات القانونية، لهذا ينبغي تسجيله لدى مصالح الحالة المدنية مباشرة بعد ولادته، سواء كان طفل شرعي أو طفل غير شرعي، لما في ذلك من أهمية كبرى لحياته وحقوقه ويمكن حصر هذه الأهمية في ثلاث فوائد الأولى أن التسجيل بدفاتر الحالة المدنية يعتبر أول إعتراف رسمي من قبل الدولة بوجود الطفل إذ تقر الدولة بموجبه الحقوق الفردية لكل طفل على عكس الغير مسجل الذي يصبح مواطنا

¹ قانون الأسرة المعدل والمتمم.

غير مرئي وفي بعض الحالات عرضة للتمييز، والثانية أن التسجيل يقلص من مخاطر قتل الطفل في أيام حياته الأولى ويمكن من التعرف على هويته الخاصة فيما إذا ولد مهملاً أو خارج إطار الزواج، والثالثة أن التسجيل يعتبر عنصراً حيوياً من عناصر المخططات الوطنية للدولة ويوفر قاعدة بيانات ديمغرافية تبنى على أساسها سياسات وطنية ناجحة في الميادين الاجتماعية والإقتصادية .

وفي هذا الصدد نصت المادة 07 من إتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل لعام 1989 " يسجل الطفل بعد ولادته فوراً ويكون له الحق منذ ولادته في و يكون له قدر الإمكان، الحق في معرفة والديه وتلقي رعايتهما " فتسجيل الطفل مباشرة بعد ولادته هو عامل من عوامل حفظ نسبه .

وعدم التصريح والإبلاغ عن المولود يعتبر جريمة يعاقب عليها القانون لهذا سوف نتطرق لكيفيات التصريح بالمواليد (الفقرة الأولى) وبعدها جريمة عدم التصريح بالميلاد (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى: كيفيات التصريح بالمواليد

تتفق القوانين المنظمة لقيد المواليد، على ضرورة التعجيل بقيد واقعة الميلاد دون تراخ تحت طائلة المسؤولية الجزائية لذلك نجد هذه التشريعات تحت المعنيين بقيد واقعة الميلاد خلال فترة لا تتجاوز أسبوعاً من الولادة¹ ومن بينها التشريع الجزائري حيث نصت المادة 61 من قانون الحالة المدنية على أنه يجب أن يصرح بالمواليد خلال خمسة (5) أيام من الولادة إلى ضابط الحالة المدنية للمكان وإلا فرضت العقوبات المنصوص عليها في المادة 442 ف 3 من ق.ع.ج²

ولقد جاء في هذه الفقرة كل من حضر ولادة طفل ولم يقدم عنها الإقرار المنصوص عليه في القانون وخلال المواعيد المحددة يعاقب بالحبس من عشرة (10) أيام على الأقل إلى شهرين على الأكثر وبغرامة من 8.000 إلى 16.000 دج³ بينما أوجب المشرع المصري في نص المادة 14 من قانون الطفل لعام 1996 المعدل والمتمم الإبلاغ عن المواليد خلال 15 يوماً من تاريخ حدوث الولادة⁴ أما المشرع المغربي فقد نظم التصريح بالولادة في قانون الحالة المدنية ومرسومه التطبيقي الصادر في 9 أكتوبر 2002 تحت رقم 2.99.665 إذ جعل التصريح إجبارياً في أجل ثلاثين يوماً من تاريخ وقوع

¹ العنزي (محمد غالي شريدة)، الحماية القانونية للطفل بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دار النهضة العربية، مصر، 2018 م، ط1، ص 278.

² الأمر رقم 70-20 مؤرخ في 19 فبراير سنة 1970 يتعلق بالحالة المدنية.

³ الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.

⁴ المحلاوي (أنيس السيد)، الحماية الجنائية للأطفال دراسة مقارنة بين الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي، دار الكتب القانونية، مصر، 2011، (د.ط) ص111.

الولادة¹، وعلى ما يبدو أنه أعطى للأشخاص الملزمين بالتصريح الوقت الكافي للتصريح بمواليدهم كذلك بينت المادة 61 من (ق.م) أنه لا يجوز لضابط الحالة المدنية عندما لم يعلن عن الولادة وفي الأجل القانوني أن يذكرها في سجلاته إلا بموجب حكم يصدره رئيس محكمة الدائرة التي ولد فيها الطفل، مع بيان الملخص في الهامش لتاريخ الولادة وإذا كان مكان الولادة مجهولاً فيختص رئيس المحكمة محل إقامة الطالب، ويتم تمديد أجل التصريح بالولادة في ولايتي الواحات والساورة وكذا في البلاد الأجنبية فيتم التصريح خلال عشرة أيام (10) من الولادة ويجوز تمديد هذا الأجل إلى ستون يوماً (60) وذلك في ولايتي الواحات والساورة بموجب مرسوم يحدد إجراءات وشروط هذا التمديد²

ولا يحسب يوم الولادة في الآجال المحددة في الولايتين السابق ذكرهما وكذا البلاد الأجنبية، أما إذا كان آخر يوم جمعة أو صادفه يوم عطلة يمدد هذا الأجل إلى أول يوم عمل يلي يوم العطلة، هذا فيما يخص مواعيد وأوقات التصريح بالولادة أما عن الأشخاص المكلفين بالتبليغ عن الولادة فقد حددتهم المادة 62 من (ق.ح.م) وهم الأب أو الأم أو الأطباء والقابلات أو أي شخص آخر حضر الولادة، وعندما تكون الأم ولدت خارج مسكنها فالمسؤول بالتبليغ هنا الشخص الذي ولدت عنده الأم وبالتالي يتم تحرير شهادة الميلاد فوراً³ والملاحظ هنا أن المشرع الجزائري كان حريصاً بالتبليغ عن ميلاد الطفل وذلك يبرز من خلال تكليفه للشخص الذي ولدت الأم عنده أو أي شخص آخر حضر الولادة ولولم يكن أحد الأقارب

كما يبين ضابط الحالة المدنية في عقد الميلاد يوم وساعة ومكان الولادة وجنس المولود والأسماء التي أعطيت له، وأسماء وألقاب ومهنة ومسكن الأب والأم وكذلك بالنسبة للقائم بالتصريح المادة 63 من (ق.ح.م) ويتم إختيار اسم المولود من طرف الأب أو الأم أو المصرح وذلك في حالة عدم وجودهما (المادة 64) من (ق.ح.م) ويترتب على التصريح بولادات متعددة إعداد عقد منفرد لكل طفل (المادة 66) من (ق.ح.م) ولقد إهتمت كل التشريعات بتوفير حماية شاملة للطفل ويظهر ذلك من خلال توقيع معظم الدول على الاتفاقيات والمواثيق الخاصة به نذكر منها ما نصت عليه المادة 6 من الميثاق الإفريقي لحقوق الطفل ورفاهيته "لكل طفل الحق في إسم عند مولده ويقيد فور مولده كما له الحق في الحصول على جنسية"⁴ وهو الشيء الذي تم التوقيع عليه من طرف الجزائر في إتفاقية حقوق

¹ عبد الرب (وليد صالح أحمد)، عباسي (إدريس)، الحماية القانونية لحق الطفل في النسب من خلال مدونة الأسرة والحالة المدنية، بحث لنيل الإجازة في الحقوق، جامعة محمد الخامس السويسي، الرباط، 2009، ص 44.

² مرسوم رقم 73-161 مؤرخ في أول أكتوبر سنة 1973 يتضمن تمديد أجل التصريح بالولادات والوفيات في ولايتي الواحات والساورة.

³ الأمر رقم 20-70 المتضمن قانون الحالة المدنية.

⁴ المادة 6 من الميثاق الإفريقي لحقوق الطفل ورفاهيته، بدأ العمل به في 29 نوفمبر 1999.

الطفل¹ وكذلك نص المبدأ الثالث من إعلان حقوق الطفل لعام 1989 على حق كل طفل في الإسم والجنسية² وكذا نص (المادة 07) من إتفاقية حقوق الطفل على ضرورة تسجيل الطفل بعد ولادته بقولها: "يسجل الطفل بعد ولادته فوراً ويكون له منذ ولادته في إسم والحق في إكتساب جنسيته ويكون له قدر الإمكان الحق في معرفة والديه وتلقي رعايتهما"³ وهذا ما أكدته القانون المدني الجزائري في المادة 28، إذ يجب أن يكون لكل شخص لقب وإسم فأكثر وأن يلحق لقب الشخص أولاده⁴ ومن هنا تقع مسؤولية إختيار الإسم على كاهل الأهل من جهة حسن إختياره⁵ وقد سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم: يا رسول الله ما حق الولد على الوالد فقال صلى الله عليه وسلم (أن يحسن إسمه ويحسن أدبه)⁶، وعن ابن عباس رضي الله عنهما قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (من وُلد له ولدٌ فليحسن إسمه وأدبه، فإذا بلغ فليزوجه فإن بلغ ولم يزوجه فأصاب إثمًا، فإثمه على أبيه)⁷ كما أن الناس يدعون يوم القيامة بأسمائهم وأسماء آبائهم لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: « إنكم تدعون يوم القيامة بأسمائكم وأسماء آبائكم فأحسنوا أسمائكم »⁸ لهذا يجب على الآباء إختيار أسماء ذات معنى طيب يبعث التفاؤل والأمل مراعاة ما إستحبه رسولنا الكريم وما كرهه.⁹

ولم تقف الشريعة الإسلامية عند الدعوة إلى إنتقاء الإسم الحسن، بل ضربت لنا أمثلة حتى نسير على هديها من ذلك: عن وهب الجشمي قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (تسموا بأسماء الأنبياء، وأحبُّ الأسماء إلى الله: عبد الله وعبد الرحمن، وأصدقها: حارثٌ وهَمَامٌ، وأقبحها: حربٌ

¹ إتفاقية حقوق الطفل إعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة المؤرخ في 20 نوفمبر 1989 بدأ نفاذه في 2 سبتمبر 1990.

² المبدأ الثالث من الإعلان العالمي لحقوق الطفل اعتمد ونشر بموجب قرار الجمعية العامة 1386 المؤرخ في 20 نوفمبر 1959 .

³ المادة 07 من إتفاقية حقوق الطفل.

⁴ الأمر رقم 75- 58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

⁵ محمد عربي(بوعزيز)، حقوق الطفل ورعايته في الإسلام، المجلة العلمية لكلية أصول الدين والدعوة، مجلة علمية محكمة، جامعة الأزهر، العدد 13، 2000 - 2001 م، ص 1005.

⁶ رياض النيشة (غالية)، حقوق الطفل بين القوانين الداخلية والاتفاقيات الدولية، منشورات الحلبي، بيروت - لبنان، 2010، ط1، ص 25.

⁷ رواه البيهقي.

⁸ إسماعيل عبد الفتاح(عبد الكافي)، حقوق الطفل نظرة تحليلية وثائقية عن حقوق الطفل العربي والمسلم في العالم المعاصر، مركز الإسكندرية للكتاب، الإسكندرية 1426 هـ - 2005 م (د. ط)، ص 53 .

⁹ البليسي (هنادي صلاح)، حقوق الطفل في الشريعة الإسلامية والميثاق العالمي لحقوق الطفل، قدمت للحصول على درجة الماجستير في الفقه وأصوله، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2005، ص55.

¹⁰ أبو داود سليمان بن الأشعث الأزدي (السجستاني)، سنن أبي داود، دار الرسالة العلمية، دمشق - الحجاز، 1430 هـ - 2009 ط 1، ج 7، كتاب الأدب، باب في تغيير الأسماء، حديث رقم 4950، ص 305. أنظر رحمانى (ابراهيم)، أبختي (السعيد)، حقوق

أما إذا تمت الولادة على متن سفينة خلال سفر بحري فيتم التصريح بالميلاد خلال خمسة أيام (5) من طرف الأب أو الأم أو الغير ويحرر عقد الميلاد من طرف قائد السفينة ويسجل في دفتر البحارة، وإذا توقفت السفينة في ميناء أجنبية فيسلم إلى الموظف الدبلوماسي الجزائري المسندة له مهمة ضابط الحالة المدنية (المادة 68) ق.ح.م¹ وقد ذهبت المحكمة العليا إلى أنه لا يمكن إصدار حكم بإلغاء نسب مدون في عقد مسجل بتراب دولة أجنبية².

والإشكال المطروح يتمحور حول إمكانية منح الاسم للطفل مجهول النسب أو اللقيط وإن كان كذلك فما هي الإجراءات المتبعة لذلك ومن المسؤول عنها؟

لقد بين المشرع كيفية إكتساب الاسم بالنسبة لهذه الفئة من الأطفال وذلك في الفقرة الأخيرة من المادة 64 من ق.ح.م بقوله " يعطي ضابط الحالة المدنية نفسه الأسماء إلى الأطفال اللقطاء المولودين من أبوين مجهولين والذين لم ينسب لهم المصريح أية أسماء. يعين الطفل بمجموعة من الأسماء يتخذ آخرها كلقب عائلي " ³

والملاحظ أن المشرع فرق بطريقة غير مباشرة بين الطفل معلوم النسب والطفل مجهول النسب ويظهر ذلك من خلال تعداد الأشخاص الذين لهم صلاحية إختيار الاسم بالنسبة للطفل معلوم النسب وهم الأب والأم أو المصريح، بالمقابل حصر إختيار الاسم في شخص واحد فقط بالنسبة للطفل مجهول النسب وهو ضابط الحالة المدنية.

فهو بذلك جعل تسمية الطفل مجهول النسب إدارية، بحيث لا يمكن لشخص آخر غير ضابط الحالة المدنية أن يمنح إثماله، كما لا يمكنه أن ينسب لأحد، فالإدارة وحدها هي التي تتكفل هذه الفئة فتمنحها الاسم واللقب لكي يتم تعيينه وتمييزه عن غيره ويتم إدماجه في المجتمع وللتذكير فإن اللقب الممنوح له يكون وهميا أي إفتراضيا وليس حقيقيا لإنعدام نسبه لأبيه وقد يأخذ اسم الأم في حالة الإعتراف به. ⁴

الطفل في الإسلام من الولادة إلى البلوغ، مجلة الدراسات الفقهية والقضائية، العدد 4، رمضان 1438 هـ - جوان 2017 م، ص 165.

¹ قانون الحالة المدنية الجزائري.

² المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 2006/12/13، مجلة قضائية، عدد 1، سنة 2007، ص 521.

³ قانون الحالة المدنية .

⁴ العرابي (خيرة)، حقوق الطفل المدنية في القانون الجزائري، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2012 - 2013 م، ص 25.

والجدير بالذكر أن هذا الحق لم تعد توفره الدولة من باب الإحسان بل بات إلزاميا تفرضه مجموعة من الإتفاقيات منها إتفاقية حقوق الطفل من المادة 6 إلى المادة 22¹ والمادة 5 من الميثاق الإفريقي لحقوق الطفل ورفاهيته والمادة 12/ 2 من الإتفاقية الخاصة بالقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري والمادة 24/ 2 العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لعام 1966²

ونظرا للحالة الخاصة بهذه الفئة ألزم القانون كل من يعثر على طفل حديث الولادة أن يصرح به إلى ضابط الحالة المدنية التابع لمكان العثور عليه.

وإذا لم تكن له رغبة بالتكفل بالطفل يجب عيه تسليمه إلى ضابط الحالة المدنية مع الألبسة والأمتعة الأخرى الموجودة معه.

ويحرر محضر مفصل يبين فيه فضلا عن المعلومات المنصوص عليها في المادة 30 من هذا الأمر تاريخ وساعة ومكان وظروف إنقراط الطفل والسن الظاهري وجنس الطفل وأية علامة يمكن أن تسهل معرفته وكذا السلطة أو الشخص الذي عهد به إليه، ويسجل المحضر بهذا التاريخ في سجلات الحالة المدنية.

وبعد ضابط الحالة المدنية بعد هذا المحضر عقدا منفصلا يكون بمثابة عقد الميلاد ويذكر فيه بالإضافة إلى البيانات المنصوص عليها في المادة 30 من هذا الأمر جنس الطفل وكذا الأسماء واللقب المعطاة له كما يحدد فيه تاريخ ميلاد يطابق سنه الظاهري وتعيين البلدية التي وجد فيها الطفل مكانا لولادته.

كما يجب إعداد عقد مماثل بناء على تصريحات مصالح الإسعاف العمومي بالنسبة للأطفال الموضوعين تحت وصايتهم والمجردين من عقد ميلاد أو الذين تفرض عليها سرية ولادتهم .

تسلم نسخ وملخصات عن محاضر الإنقراط أو العقد المؤقت للميلاد ضمن الشروط وحسب التوضيحات المذكورة في المادة 65 من هذا الأمر.

¹ العسكري (كهينة) ، حقوق الطفل بين الشريعة والقانون الدولي، مذكرة الماجستير، شعبة الحقوق والعلوم السياسية، تخصص قانون دولي وعلاقات دولية، كلية الحقوق، جامعة محمد بوقرة - بومرداس، 2015 - 2016 م، ص 80 - 81. أنظر خريف عبد الوهاب، الطفل الجزائري بين القانون الدولي لحقوق الطفل والتشريع الوطني، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد 7، ص 59.

² المادة 24 فقرة 2 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لعام 1966 م " وجوب تسجيل كل طفل فور ولادته وأن يعطى إسما يعرف به"

يبطل المحضر وعقد الميلاد المؤقت إذا عثر على عقد ميلاد الطفل أو صرح بالولادة شرعا بناء على عريضة وكيل الجمهورية أو الأطراف المعنيين.¹

وفي ألمانيا وبعض الدول الأوروبية، إنتشرت فكرة صندوق الأطفال المثبت في أغلب المستشفيات، بحيث تستطيع الأم التي ولدت خارج إطار الزواج، وترغب بالتخلص من وليدها بأن تضعه في هذا الصندوق المجهز بالوسائل المناسبة، وما إن تقفل باب الصندوق حتى تضيء علامة الإنذار في المستشفى لكي تلتقطه الممرضة بدلا من إلقاء الطفل، وتستطيع الأم إن شاعت بعد ذلك التعرف على وليدها، من خلال رقم خاص مدون على ورقة تأخذها من داخل الصندوق.²

لكن رغم الحصانة التي كفلتها الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية للطفل إلا أنه يمكن الإعتداء على حقوقه من طرف الأشخاص الذين ذكرناهم سابقا فيجدون أنفسهم أمام جرائم سننتطرق إليها لاحقا.

الفقرة الثانية: جريمة عدم التصريح بالميلاد

تعتبر واقعة الميلاد واقعة مادية لذلك إهتم المشرع الجزائري بها إهتماما بالغا ونظمها بقواعد خاصة في قانون الحالة المدنية، فأوجب الإبلاغ عن كل مولود وحدد مدة القيام بذلك تحت طائلة الجزاء الجنائي كما حدد الأشخاص المكلفين بذلك وكل ما يتعلق بإجراءات ضبطها وإثباتها.

ويمكن تعريف هذه الجريمة أنها التستر أو السكوت عن واقعة ميلاد طفل وهو الفعل المعاقب عليه بموجب المادة 442 ف 3 (ق.ع.ج) وسوف نتناول في هذه الفقرة أركان جريمة عدم التصريح بالميلاد (أولا) والعقوبة المقررة لجريمة عدم التصريح بالميلاد (ثانيا)

أولا: أركان جريمة عدم التصريح بالميلاد

يجب لقيام كل جريمة توفر أركان خاصة بها ولهذا سوف نتناول الركن المادي والمعنوي لجريمة عدم التصريح بالميلاد.

1- الركن المادي

¹ المادة 67 من قانون الحالة المدنية.

² العنزي (محمد غالي شريدة)، الحماية القانونية للطفل بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مرجع سابق، ص 290.

يقوم الركن المادي على جملة من العناصر يمكن استنباطها من النصوص القانونية المذكورة أعلاه ويمكن إجمالها

في عنصرين، عنصر الإمتناع عن التصريح بميلاد طفل خلال الأجل القانوني وعنصر الأشخاص المعنيين بواجب التصريح.

يعد عنصر الإمتناع عن التصريح بميلاد طفل خلال الأجل القانوني من العناصر الخاصة التي تساهم في قيام جريمة عدم التصريح بالولادة والتي تقوم على التصرف السلبي الصادر من الأب أو الأم أو من أحد الأشخاص الذين ذكرتهم (المادة 62) (ق.ح.م)، والمذكورين عل سبيل الحصر وذلك بسهو أو إهمال أو إغفال التصريح به دون مبرر شرعي أو قانوني¹ ولم تفرق المادة هل الطفل ولد حيا أو ميتا ولكن يشترط الفقه الفرنسي أن تستمر مدة الحمل 180 يوما حتى يجب التصريح بالطفل في حالة وفاته² وهذه المدة هي أقل مدة يمكن أن يولد فيها الطفل حيا وهي تعادل مدة 6 أشهر وجاء تحديدها من خلال قوله تعالى: ﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَلَدَيْهِ إِحْسَانًا حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا وَحَمَلُهُ وَفَصْلُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا³﴾

كما يستدل بقوله تعالى: ﴿وَالْوِلْدَاتُ يُرْضَعْنَ أَوْلَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ^ط﴾

فإن أقل مدة حمل ستة أشهر لأن مدة الرضاع هي سنتان إذا أسقطناها من ثلاثين شهرا بقيت ستة أشهر مدة الحمل، وهذا ما جاء في المادة 42 (ق.أ) أقل مدة حمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر⁴

أما العنصر الثاني لقيام الجريمة هو فوات الأجل المحدد في القانون للتبليغ عن ميلاد الطفل وهو (5) أيام بالنسبة للأطفال المولودين ضمن واحدة من بلديات الوطن و(10) أيام ابتداء من اليوم الموالي ليوم الولادة بالنسبة للأطفال المولودين في بلديات ولايتي بشار ورقلة⁵

كما يعد عنصر توفر الإلتزام بالتصريح من العناصر المكونة لهذه الجريمة حيث نصت المادة 62 من (ق.ح.م) على الأشخاص الملزمين بالتصريح بالميلاد ويمكن ترتيبهم على النحو التالي:

¹ المحلاوي (أنيس السيد)، مرجع سابق، ص 112

² لنكار (محمود)، الحماية الجنائية للأسرة دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم فرع القانون الجنائي، كلية الحقوق، جامعة منتوري قسنطينة، 2010، ص 129.

³ سورة الأحقاف الآية: 15 .

⁴ قانون الأسرة المعدل والمتمم.

⁵ عبد العزيز (سعد)، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، دار هومة الجزائر، 2013 (د. ط)، ص 188.

الأب وهو المسؤول عن عدم التصريح، بإعتباره أول من ذكر في النص فمن المنطقي أن يلتزم بهذا الواجب عندما يكون حاضرا في عملية الولادة، وتأتي الأم في المقام الثاني فالمشرع هنا لم يراعي الظروف الصحية للأم وأجبرها على التصريح بالمولود¹ على عكس المشرع الفرنسي الذي يعفي الأم من واجب التصريح طبقا للنص المادة 56 قانون مدني فرنسي² أما الأطباء والقبالات فيحتلون المقام الثالث إذا كان الوالد غائبا أو عاجزا أو ميتا ولم تقم الأم بالتصريح بالميلاد أو في حالة إمتناع الأب أو الأم بالتصريح ينتقل هذا الواجب إلى الأطباء أو القبالات أو الأشخاص الآخرون الذين حضروا الولادة وهذا يكون إذا ولدت الأم في محل إقامتها أو في أحد الأماكن المشروعة أما في حالة ولادتها خارج محل الإقامة يلزم الشخص الذي ولدت عنده بالإقرار بالولادة والإدلاء بالتصريح من أحد الملزمين يحرر الآخرين من واجب التصريح.³

2-الركن المعنوي

تعد جريمة عدم التصريح بالمولود في المواقيت القانونية جريمة عمدية يجب لقيامها توفر النية الإجرامية بأن يتعمد الجاني عدم التبليغ عن ميلاد الطفل خلال الآجال القانونية ويحدث هذا كثيرا عندما يكون الحمل غير شرعي للتستر عن الفضيحة، وحماية لنسب الأطفال من الضياع قررالمشرع عقوبة لهذه الجريمة سنتطرق لها لاحقا.

ثانيا: العقوبة المقررة لجريمة عدم التصريح بالميلاد

عاقب المشرع الجزائري مرتكب جريمة عدم التصريح بالميلاد من خلال المادة 442 ف 3 من (ق.ع.ج) حيث جاء فيها: « يعاقب بالحبس من عشرة أيام على الأقل إلى شهرين على الأكثر وبغرامة من 8.000 إلى 16.000 دج كل من حضر ولادة طفل ولم يقدم عنها الإقرار المنصوص عليه في القانون في المواعيد المحددة »⁴ أما المشرع المصري فقد جرم كل فعل من شأنه الإدلاء ببيان غير صحيح عند التبليغ عن المولود، حيث تناولت المادة 24 من قانون الطفل المصري، جريمة الإدلاء عمدا ببيان غير صحيح من البيانات الواجب ذكرها عند التبليغ عن المولود وهو يوم الولادة، وتاريخها وجنس الطفل واسمه ولقبه واسم الوالدين ولقبهما وجنسيتهما ومحل إقامتهما ومهنتهما ومحل قيدهما (المادة 16 من قانون

¹ بوسقية (أحسن)، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الجرائم ضد الأشخاص والجرائم ضد الأموال وبعض الجرائم الخاصة، دار هومة، الجزائر، 2010، ط11، ج1، ص 176.

² Crim 10 Sept. 1847. Voir Robert Vouin. Edition Dallaz toulouse. France. 1971. 3eme. edition .

³ بوسقية (أحسن)، مرجع سابق، ص 176.

⁴ قانون العقوبات المعدل والمتمم .

الطفل)، إذ يعاقب بالحبس مدة لا تزيد عن سنة وبغرامة لا تقل عن مائة جنيه ولا تزيد عن 500 جنيه أو بإحداهما¹.

والملاحظ أن المشرع الجزائري لم ينص على هذه الأفعال في قانون الحالة المدنية لكن بالرجوع إلى المادة 216 و217 من (ق.ع.ج) نجد أنها تجرم كل تزيف الشروط أو الإقرارات أو الوقائع التي أعدت هذه المحررات لتلقيها أو لإثباتها وموضوع النسب يندرج ضمن المحررات الرسمية، فأى تصريح غير صحيح أو تزيف للبيانات يعرض مرتكبها إلى نفس العقوبات والغرامات المقررة في هاذين النصين² والملاحظ على نصوص قانون العقوبات أنها بالرغم من إحتوائها على أحكام تقرر الحماية الجنائية للنسب الطفل، إلا أنها جاءت خالية من تجريم إنكار النسب، وهو ما يشكل فراغا قانونيا من الواجب تداركه، ولتوفير حماية أكبر للأطفال والحفاظ على نسبهم سنتناول جريمة أخرى وهي جريمة عدم تسليم الأطفال حديثي العهد بالولادة والتي غالبا ما تكون أسباب التخلص منهم نتيجة عدم رغبة الأم في الإحتفاظ بالطفل بسبب علاقة غير شرعية أقدمت عليها مع والد الطفل .

الفرع الثاني: الحماية بتجريم الأفعال المانعة من التحقق من شخصية المولود

لقد ساهمت العديد من الأفعال في طمس هوية الطفلي الآونة الأخيرة مما أصبحت تشكل خطرا على نسبه وإنطلاقا من هذا سنتطرق إلى جريمة عدم تسليم طفل حديث العهد بالولادة (الفقرة الأولى) وجريمة إخفاء نسب طفل (القرة الثانية)

القرة الأولى: جريمة عدم تسليم طفل حديث العهد بالولادة

أصبحت واقعة العثور على طفل حديث العهد بالولادة أكثر انتشارا وهذا راجع لانحلال المجتمع الجزائري نتيجة تبنيه القيم الغربية وتخليه عن القيم الإسلامية وهي ظاهرة خطيرة لما فيها من تعريض حياة الطفل للخطر.

لكن رغم هذا أكد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948 وميثاق الطفل العربي لعام 1984 على حقوق الطفل الذي عثر عليه في الرعاية والحماية أسوة بالطفل المولود عن علاقة شرعية ولهذا يعامل الأطفال غير شرعيين معاملة الأطفال الشرعيين³ على عكس التشريعات الأردنية التي تعطي الطفل الشرعي حقوقا كالنسب والميراث والحضانة والنفقة بينما تحرم منهم الطفل الغير شرعي⁴

¹ قانون الطفل المصري رقم 12 سنة 1996 والمعدل وبالقانون 126 لسنة 2008.

² قانون العقوبات المعدل والمتمم.

³ رياض النبشة (غالية)، مرجع سابق، ص 123.

⁴ الخولدة سفيان(محمود)، الحماية الجزائرية للطفل في قانون العقوبات، دار وائل لنشر، عمان، 2013، الطبعة الأولى، ص 24 .

وجاءت المادة 67 ف 1 (ق.ح.م) تلزم كل شخص وجد مولودا حديث الولادة أن يصرح به إلى ضابط الحالة المدنية التابع لمكان العثور على الطفل¹ والذي زاد من تعزيز هذه الحماية ما تكفل به قانون العقوبات من خلال نص المادة 442 ف 3 التي جاءت لتعاقب كل من يخل بالالتزامات المنصوص عليها في المادة 67 (ق.ح.م)

يمكن تحديد أركان جريمة عدم تسليم طفل حديث العهد بالولادة والعقوبة المقررة لها.

أولاً: أركان جريمة عدم تسليم طفل حديث العهد بالولادة

وتكمن هذه الجريمة في الركن المادي والركن المعنوي

1- الركن المادي

يتحقق الركن المادي لهذه الجريمة بالعثور على الطفل حديث العهد بالولادة ويقصد بالطفل حديث العهد بالولادة هو ولد منذ بضعة ساعات أو بضعة أيام على الأكثر، حيث اختلفت التشريعات في تحديد هذه الفترة فاعتبر المشرع الإنجليزي الطفل حديث العهد بالولادة الذي لم يكمل عامه الأول أما المشرع الفرنسي فحدث الولد عنده تنتهي بمرور ثلاثة أيام وهي الفترة المحددة للتصريح بالمواليد² ويمكن تعريف هذه الجريمة على أنها إخلال بالتزام قانوني يتمثل في تسليم طفل حديث العهد بالولادة إلى السلطات المحددة قانوناً.

كما يتحقق هذا الركن بإمتناع كل من وجد طفل حديث العهد بالولادة القيام بما يلي:

تسليمه إلى ضابط الحالة المدنية كما يوجب القانون، إضافة إلى الإقرار به أمام جهة البلدية التي عثر على الطفل في دائرتها إذا ما وافق على التكفل به³

وجرم القانون المصري هو الآخر واقعة عدم الإبلاغ عن اللقطاء وتسجيل ميلادهم في المادة 20 من (ق.ح.م) كل من عثر على طفل حديث الولادة في المدن أن يسلمه فوراً بالحالة التي عثر عليها إلى إحدى المؤسسات المعدة لاستقبال الأطفال حديثي الولادة أو أقرب جهة شرطة مختصة أما إذا عثر عليه في إحدى القرى يسلم للعمدة أو الشيخ بمثابة التسليم لجهة الشرطة ويقوم العمدة بتسليم الطفل فوراً إلى المؤسسة أو جهة الشرطة الأقرب على أن يحرر محضر يتضمن جميع البيانات الخاصة بالطفل كساعة ومكان وظروف التقاطه وسنه الظاهري وجنسه أو أية علامة خصوصية من شأنها أن تسهل

¹ قانون الحالة المدنية.

² طه محمود (أحمد)، الحماية الجنائية للطفل المجني عليه، دار حامد، الأردن، 1435 هـ - 2014 م، ط 1، ص 37.

³ بوسقيعة (أحسن)، مرجع سابق، ص 177.

التعرف عليه والسلطة أو الشخص الذي سلم الطفل إليه ويسجل هذا المحضر بتاريخ تحريره في سجلات الحالة المدنية إذ يعد عقدا مفصلا بمثابة عقد ميلاده يذكر فيه كل البيانات السابقة والأسماء واللقب المعطاة للطفل ويكون هذا المحضر بمثابة عقد ميلاد مؤقت إذا تم العثور على عقد ميلاد الطفل أو صرح بنسبه الحقيقي بموجب أمر من وكيل الجمهورية م 67 ف 6¹ والمعلومات الخاصة بالشخص الذي عثر عليه إذ لم يرفض هذا الأخير ذلك²

2 - الركن المعنوي

إن جريمة عدم تسليم طفل حديث العهد بالولادة جريمة عمدية يكفي لتحقيقها توفر القصد الجنائي، وهو الإمتناع عن تسليم طفل عثر عليه وهو حديث العهد بالولادة إلى الجهات المعنية وبالتالي يتقرر الجزاء على الجاني³

ثانيا: العقوبة المقررة لجريمة عدم تسليم طفل حديث العهد بالولادة

إن جريمة عدم التصريح بالميلاد تشكل مخالفة معاقب عليها طبقا لنص المادة 442 ف 3 من (ق.ع.ج) بالحبس من 10 أيام على الأقل إلى شهرين على الأكثر وبغرامة من 8.000 إلى 16.000 دج⁴ وتشمل العقوبة الشخص الذي يقدم طفل دون السابعة من عمره إلى ملجأ أو مؤسسة خيرية في حين كان الطفل قد سلم إليه لرعايته أو لسبب آخر، ويمكن للمتهم التملص من العقوبة المذكورة سابقا إذا أثبت أنه غير ملزم بتوفير الطعام له مجانا ولم يجد من يوفر له ذلك، كما نصت المادة 23 من قانون الطفل المصري أن يعاقب على مخالفة أحكام المادة 20 من هذا القانون بغرامة لا تقل عن عشرة جنيهات ولا تتجاوز مائة جنيه⁶.

وقد يصبح هذا الجرم أكثر خطورة على الطفل في حالة إخفاء وتزييف نسبه والمقصود هنا هو إدعاء بنوة طفل معلوم النسب عن طريق تجريده من نسبه إلى أبيه وإعطائه نسب آخر مما يحول من التحقق من شخصيته الأمر الذي يساهم بصفة كبيرة في إختلاط الأنساب .

¹ قانون الحالة المدنية .

² حسن محمد (هند)، النظام القانوني لحقوق الطفل، دار الكتب القانونية، مصر، 2007، (د. ط) ص 37.

³ لنكار (محمود)، مرجع سابق، ص 132.

⁴ قانون العقوبات المعدل والمتمم.

⁵ دروس (مكي)، مرجع سابق، ص 141.

⁶ قانون الطفل المصري .

الفقرة الثانية : جريمة إخفاء نسب طفل

لقد نص المشرع الجزائري على هذه الجريمة في المادة 321 (ق.ع) ¹ في القسم الثالث والذي جاء تحت عنوان الجنايات والجناح التي من شأنها الحيلولة دون التحقق من شخصية الطفل والتي عدلت أولا بموجب القانون رقم 82-04 المؤرخ في 13/02/1982 وبعدها بموجب القانون رقم 23/06 المؤرخ في 20/12/2006، وقد إستمد المشرع مضمونها من نص (المادة 345) قانون العقوبات الفرنسي القديم التي عدلت إلى المادة 227-13 في القانون الحالي ² ولكي تصبح الفكرة أكثر وضوحا يجب التطرق إلى العناصر المكونة لهذه الجريمة والعقوبة المطبقة على الشخص الطبيعي وعلى الشخص المعنوي .

أولا: أركان جريمة إخفاء نسب طفل

تقوم هذه الجريمة في حالة تعرض الطفل لبعض الأفعال لكن المشرع الجزائري لم يوضح ما إذا كان حديث العهد بالولادة أم أكثر سنا، ولايهم إن كان هذا الطفل طبيعيا أو شرعيا ³ وتقوم هذه الجريمة على ركن مادي وركن معنوي

1- الركن المادي

يتحقق الركن المادي لهذه الجريمة بتوفر صورة من الصور التي حددتها المادة 321 (ق.ع.ج) وتحقيق نتيجة معينة تتمثل في الإعتداء على نسب الطفل أو شخصيته وهي النقل، الإخفاء، الإستبدال وتقديم طفل لإمرأة لم تضعه.

¹ تنص (المادة 321) من قانون العقوبات " يعاقب بالسجن المؤقت من 5 سنوات إلى عشر سنوات وبغرامة من 500.00 إلى 1000.000 دج، كل من نقل عمدا طفلا، أو أخفاه أو استبدل طفلا آخر به أو قدمه على أنه ولد لإمرأة لم تضع، وذلك في ظروف من شأنها أن يتعذر التحقق من شخصيته.

وإذا لم يثبت أن الطفل لم يولد حيا، فيعاقب بالحبس من شهر (1) إلى شهرين (2) وبغرامة من 10.000 دج إلى 20.000 دج، غير أنه إذا قدم فعلا الولد على أنه لإمرأة لم تضع حملا، بعد تسليم إختباري أو إهمال من والديه، فيعاقب بالحبس من سنة (1) إلى (5) سنوات وبغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج، يكون الشخص المعنوي مسؤولا جزائيا عن الجريمة المحددة في الفقرات أعلاه وذلك طبقا للشروط المنصوص عليها في المادة 510 مكرر من هذا القانون، تطبق على الشخص المعنوي عقوبة الغرامة حسب الكيفيات المنصوص عليها في المادتين 18 مكرر، وفي المدة 18

مكرر 2 عند الاقتضاء ويتعرض أيضا لواحدة أو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها في المادة 18 مكرر.

² Coude pénale français ,dernière modification 09/06/2018 , édition 12/06/2018

³ دردوس (مكي)، مرجع سابق، ص 143 .

ويتحقق النقل (ledéplacement) بإبعاد الطفل عن المكان الذي كان يتواجد به ونقله إلى مكان آخر¹ بشكل يساهم في إخفاء نسبه "لأنه إذا لم يوجد تهديد للنسب الطفل من هذا النقل فإن المادة تصبح بلا موضوع "وحينها يشكل هذا الفعل الجنحة المنصوص عليها في المادة 326(ق.ع.ج)² وقد يساهم هذا الفعل في قيام جريمة أخرى تتمثل في تحويل قاصر.

أما إذا كانت الصورة متمثلة في الإخفاء (l'erecel) فتتحقق بأن يتولى الخاطف بنفسه فعل الخطف وفعل الإخفاء معا فتتعدد بذلك جرائمه، إما أن يقوم شخص بخطف الطفل ويتولى غيره إخفائه بأن يحتفظ به ويربیه في ظروف يتعذر معها إثبات حالته المدنية³ لكن لا تقوم جريمة إخفاء نسب طفل في حالة التصريح الكاذب للحالة المدنية بنسب طفل خيالي لإمرأة أو نسبة طفل غير شرعي إلى زوجين ومثال ذلك إخفاء المرأة نسب ولدها عن أبيه الذي ادعت أنها أجهضته بعد طلاقها منه.

أما الاستبدال (lasubstitution) فيتمثل في إحلال طفل بعدما وضعته أمه بدل طفل آخر وضعته إمرأة أخرى والهدف هنا تغيير نسب الطفل الأصلي⁴ وتقوم هذه العملية عادة في المستشفيات أو المصحات.

وفي حالة تقديم طفل على أنه ولد لإمرأة لم تضعه (la supposition) كما لو كانت عاقرا وهنا يتم إقحام طفل في أسرة لا تربطه بهم أي رابطة قرابة وحرمانه من أسرته الحقيقية ويحدث هذا الفعل عادة في المدن أين تكثر الولادات وذلك لتمكين زوجيين لم ينجبوا من الحصول على طفل دون اللجوء إلى التبني المحرم شرعا وقانونا لقوله تعالى:

﴿وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَٰلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ ۖ﴾⁵ أَدْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَّمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَاِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ ۖ﴾⁶ ونص المادة 46 من (ق.أ) "يمنع التبني شرعا وقانونا"⁶

¹ حاج علي (بدر الدين)، الحماية الجنائية للطفل في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الجنائية وعلم الإجرام، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2009، ص 119 .

² لنكار (محمود)، مرجع سابق، ص 119 .

³ دردوس (مكي)، مرجع سابق، ص 143 .

⁴ المحلاوي (أنيس حسيب السيد)، مرجع سابق، ص 130، مقدم (عبد الرحيم)، الحماية الجنائي للأحداث، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه العلوم في القانون الجنائي والعلوم الجنائية، كلية الحقوق جامعة قسنطينة 1، 2011، ص 262.

⁵ سورة الأحزاب الآية: 5.

⁶ قانون الأسرة المعدل والمتمم .

2 - الركن المعنوي

ولقيام هذه الجريمة يكفي أن تتحقق صورة من الصور المذكورة في الأعلى مع توفرية محددة وهي إنصراف إرادة الجاني إلى ارتكاب الجريمة مع العلم بجميع عناصرها للوصول إلى تحقيق نتيجة الحيلولة دون التحقق من شخصية طفل وذلك بتغيير حالته المدنية¹ ولا يهتم الدافع الذي يرمي إليه فقد يكون التستر على حمل امرأة أو يكون الدافع الإنتقام أو المال² أما إذا ارتكب الفعل دون تعمد وكان تغيير لا إرادي لرضيعين أثناء الولادة فإن ذلك لا يؤدي إلى قيام الجريمة³

ثانيا: العقوبة المقررة لجريمة إخفاء طفل

بالرجوع إلى نص المادة 321 من قانون العقوبات نجد أن العقوبات المقررة لهذه الجريمة تختلف باختلاف خطورة الجريمة من جناية إلى جنحة إلى مخالفة.

فإذا كان الفاعل شخص طبيعي والضحية طفل حي تأخذ الجريمة صورتين إحداها جناية وتكون في حالة إخفاء أو تغيير نسب طفل حي وقد جاءت الفقرة 1 من المادة 321 (ق.ع.ج) بعقوبة السجن من 5 سنوات إلى 10 سنوات وبغرامة من 500.000 إلى 100.000 دج لكن في حالة تسليم طفل لإمرأة لم تلده سواء كان التسليم إختياري من طرف والديه أو إهمالا منهما جعل المشرع ظرفا مخففا للعقوبة فتنتقل من جناية إلى جنحة وتصبح العقوبة من سنة إلى 5 سنوات وغرامة من 100.000 إلى 500.000 دج ويقع عبء إثبات أن الطفل ولد حيا على عاتق النيابة العامة .

غير أن المشرع لا يعاقب إذا كان الضحية طفلا ميتا على الاعتداء على الحالة المدنية للطفل وإنما يعاقب على شخص الطفل ذاته وفيها صورتان:

صورة الإعتداء على شخصية طفل لم يثبت أنه ولد حيا ونصت عليها المادة 321 ف 2 (ق.ع.ج) وعقوبتها الحبس من سنة إلى 5 سنوات وغرامة من 100.000 إلى 500.000 دج وصورة الإعتداء على شخصية طفل ثبت أنه لم يولد حيا وتشكل هذه الصورة مخالفة نصت عليها المادة 321 ف 3 (ق.ع.ج) وعقوبتها الحبس من شهر إلى شهرين وغرامة من 10.000 إلى 20.000 دج⁴ والمقصود بالطفل هنا الذي هو المولود بعد مدة ستة أشهر من الحمل كما ذكرنا سابقا لأنه إذا وضع

¹ دريوس (مكي)، مرجع سابق، ص 144. أنظر قصير (علي)، الحماية الجنائية للطفل في التشريع الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، علوم قانونية، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة 2008، ص 89.

² بوسقيعة (أحسن)، مرجع سابق، ص 179 .

³ لنكار (محمود)، مرجع سابق، 119.

⁴ قانون العقوبات المعدل والمتمم .

بعد 6 أشهر كان الفعل إجهاض سواء إجهاض المرأة الحامل لنفسها أو إجهاضها من طرف الغير¹ وتحكمه المادة 304 وما بعدها (ق.ع.ج) ونصت المادة 283 من قانون العقوبات المصري على أنه: "كل من خطف طفلا حديث العهد بالولادة أو أخفاه أو بدله بآخر أو عزاه زورا إلى غير والدته يعاقب بالحبس" وتخضع عقوبة الحبس في هذه الجريمة للقواعد العامة المنصوص عليها في نص المادة 18 ف 1 (ق.ع.ج) مصري من 24 ساعة إلى 3 سنوات²

وقد أصبح الشخص المعنوي أيضا محل مسائلة جنائية عن هذه الجريمة حيث نصت الفقرة السادسة منها على تكليف عقوبة الغرامة بحسب الكيفيات المفصلة في المادتين 18 و 18 مكرر 2 (ق.ع.ج) عند الإقتضاء وبالرجوع إلى مضمون المادتين نجدتها تطبق غرامة تساوي من 1 إلى 5 مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة لشخص الطبيعي إلى جانب العقوبات التكميلية التي نصت عليها المادة 18 مكرر (ق.ع.ج) وهي الحل، الغلق، الإقصاء من الصفقات، المصادرة، المنع من النشاط، نشر الحكم والوضع تحت الحراسة القضائية.³

والملاحظ عن كل هذا التشديد في العقوبات وفرض الغرامات على مرتكبي الجرائم الماسة بالحالة المدنية للطفل يكشف لنا مدى حرص المشرع الجزائري كغيره من المشرعين على توفير الحماية الجنائية لنسب للطفل الأمر الذي يقلل من ظاهرة اختلاط الأنساب وانتشار أطفال مجهولي النسب.

بعدما تطرقنا لحماية النسب بشتى الطرق والوسائل سواءا بالفراش أو بغير الفراش فما هي الحماية التي يوفرها القضاء الجزائري للنسب؟

المبحث الثالث: الحماية القضائية للنسب

تمنح الحماية القضائية للشخص حق إثبات نسبه عن طريق دعوى النسب فهي أساسا تستند على عملية قانونية تتمثل في الإثبات لهذا سوف نتطرق إلى دعوى النسب (مطلب الأول) ورفع الدعوى وإجرائها (المطلب الثاني) .

¹ أميرة عدلي (أمير عيسى خالد)، الحماية الجنائية للجنين في ظل التقنيات المستحدثة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، (د. ط)، ص 361 .

² قانون العقوبات المصري .

³ قانون العقوبات المعدل والمتمم .

المطلب الأول: دعوى النسب

تعتبر دعوى النسب من الدعاوى التي يختص قسم شؤون الأسرة بالنظر فيها طبقاً لنص المادة 423 فقرة 3 من قانون إجراءات المدنية والإدارية من أن قسم شؤون الأسرة ينظر في دعاوى إثبات الزواج والنسب أي أن النسب وإثباته لصيق بإثبات الزواج بدليل وأو العطف خاصة إذا علمنا أن إثبات النسب يأتي كنتيجة لإثبات الزواج.

وتلتقي دعوى إثبات النسب مع غيرها من الدعاوى في العديد من النقاط كما تحظى بخصوصية تميزها عن غيرها، وعليه يمكن أن نعرف دعوى إثبات النسب بأنها: "دعوى إثبات صفة كأن يدعي شخص على آخر أنه ابنه أو أبوه أو أخوه أو ابن عمه الشقيق أو ما شابه ذلك"، فأياً دعوى تتضمن مثل هذا الإدعاء هي دعوى إثبات صفة أو دعوى إثبات نسب¹

وللتوضيح أكثر سوف نتطرق إلى شروط وأطراف الدعوى (الفرع الأول) والإختصاص في دعاوى النسب (الفرع الثاني)

الفرع الأول: شروط وأطراف دعوى النسب

لقيام أي دعوى أمام القاضي لابد من شروط ترتكز عليها وهذا ما جاء في نص المادة 13 من (ق.إ.م.إ) " لا يجوز لأي شخص، التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون "

" يثير القاضي تلقائياً إنعدام الصفة في المدعي أو في المدعى عليه "

" كما يثير تلقائياً انعدام الإذن إذا ما اشترطه القانون " ²

هذا يعني أنه لقبول أي دعوى أمام القضاء عموماً وقضاء الأسرة بوجه خاص يجب توافر المصلحة (الفقرة الأولى) والصفة (الفقرة الثانية) كما سيتم التطرق للأهلية (الفقرة الثالثة) التي أصبحت وفق

(ق.إ.م.إ) شرطاً لمباشرة الدعوى وليس لقبولها.

¹ البنا (كمال صالح)، الزواج العرفي ومنازعات البنوة في الشريعة والقانون، دار الكتب القانونية، الملحة الكبرى، مصر، (د. ت)، (د. ط)، ص 31.

² قانون رقم 08 - 09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

الفقرة الأولى: المصلحة

إن المقصود من شرط المصلحة في الدعوى هي الفائدة العلمية المشروعة التي يراد تحقيقها، من الإتجاه إلى القضاء، أو هي المنفعة التي يحققها صاحب المطالبة القضائية من التجائه للقضاء، فإذا لم تتوفر له هذه الفائدة أو المنفعة ينتفي شرط المصلحة كشرط لقبول الدعوى¹، وهذا إنطلاقاً من مبدأ " لا دعوى من غير مصلحة والمصلحة مناط الدعوى "

كما أن المصلحة لاتعد شرطاً لقبول الدعوى فقط، وإنما هي شرط لقبول أيطلب، أو دفع، أو طعن في حكم أيا كان الطرف الذي يقدمه.²

ويشترط في المصلحة أيضاً أن تكون شخصية ومباشرة، إلا أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد أصبح يكتفي بالمصلحة المحتملة وذلك من خلال نص المادة 13 منه التي تنص " لا يجوز لأي شخص التقاضي مالم تكن له صفة وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون " ³

وهذه الإجازة منوطة بأن يكون الغرض من الدعوى الإحتياط لدفع ضرر محقق، أو الإستبيان لحق يخش زوال دليله عند النزاع فيه وعموماً فإن تقدير المصلحة في دعوى النسب، يرجع الحكم فيها إلى واقع القضية وإلى السلطة التقديرية للقاضي، وفي تحديد مدى إلحاح وحاجة الإبن في معرفة أباه، أو الأب في معرفة إبنه.

ولقيام مصلحة حقيقية - في إطار دعوى النسب - يجب أن تكون قانونية فالزوجة -أو الإبن - المطالبة بإثبات أبنائها من أبيهم الجاحد، يجب أن يكون لهم من خلال دعواهم مصلحة قانونية، وتتمثل المصلحة القانونية للزوجة طالبة إثبات نسب أبنائها طبقاً لنص المادة 222 من (ق.أ) في إبعاد تهمة الزنا عن نفسها، وإبعاد العار عن عائلتها، وفي المقابل تثبت أنها ذات أصل وشرف حافظت لزوجها حقوقه الشرعية والقانونية، أما مصلحة الأبناء فتبرر في عيشهم في المجتمع كغيرهم من الأبناء دون أن يشار لهم بالبنان، وأن يستفيدوا من كافة الحقوق والإمتيازات التي تمنحها الدولة للأبناء العاديين، وأن يؤديوا ما عليهم من واجبات إتجاه دولتهم وأمتهم وللقاضي السلطة التقديرية في تقرير ذلك .

¹ (أحمد المهدي)، (أشرف الشافعي)، دعوى النسب - الشروط التي يتطلبها القانون لإثبات النسب، دار العدالة، القاهرة، (د. ت)، (د. ط)، ص 150.

² بوشير (محمّد أمقران)، قانون الإجراءات المدنية - نظرية الدعوى، نظرية الخصومة، الإجراءات الإستثنائية - ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001 م، (د. ط)، ص 36.

³ المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ومن جهة أخرى كون المصلحة قائمة وحالة، تتجسد في كون المصلحة المنوطة بحالة نسب الأبناء مستعجلة، لا تتطلب التأخير (من دراسة ونفقة ومسكن ...) ¹

أما في القانون المصري فيجوز رفع دعوى النسب من أي شخص تكون له مصلحة، من إثبات أونفي النسب عن شخص، فيجوز رفعها من الأب والأم والآخر والخال على الولد أو الأم أو الأب، فإذا كان رافع الدعوى ليس له مصلحة من إثبات النسب أو نفيه، لا تقبل دعوى النسب منه، لإنتفاء شرط المصلحة. ²

الفقرة الثانية: الصفة

إن المقصود بمشروعية الدعوى فصل الخصومة وقطع النزاع بأخذ الحق لصاحبه ممن وقع له بغير حق، وهذا يقتضي أن يحدد من يحق له المطالبة، ومن يصح أن توجه إليه هذه المطالبة، وإلا فإنه لا سبيل عندئذ إلى الوصول إلى ذلك الهدف المقصود بتشريع الدعوى.

ومن أجل ذلك كان الإتفاق بين فقهاء الشريعة الإسلامية وتبعهم علماء القانون على إشتراط الصفة المخولة لإدعاء، والمخولة لتلقيه، لصحة أية دعوى.

وخلاصة معنى هذا الشرط: أن يكون كل من المدعي والمدعى عليه ذا شأن في القضية التي أثيرت حولها الدعوى، وليس المقصود أي شأن، وإلا فإن كل فرد في الأمة له شأن في كل قضية من قضائها.

وإنما المقصود شأن يعترف به المشرع، ويراه كافيا لتحويل المدعى حق الإدعاء، ولتكليف المدعى عليه بالجواب والمخاصمة. ³

ونذكر أن علماء المرافعات يتفقون على إشتراط الصفة وإن كان بعضهم يرى أن هذا الشرط ليس إلا تكرارا لشرط المصلحة الشخصية المباشرة، ويندمج فيه بحيث يصعب التمييز بينهما لكن بعض الشراح ذكروا أن شرط المصلحة الشخصية المباشرة يعتمد على إشتراط الصفة أو يعتبران شرطا واحدا

في حين يرى البعض أن هذا التداخل ما هو سوى وهم من هؤلاء، حيث أن للصفة والمصلحة مفهومين متغايرين تماما، إذ قد يكون للشخص مصلحة في رفع الدعوى القضائية، وكأن تتمثل هذه المصلحة في إبعاد ضرر، أو حماية مركز قانوني، لكن لا تكون له الصفة، فيكون مصير دعواه تلك الرفض في حال

¹ يوسفات (علي هاشم)، النسب في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 174 - 175.

² (أحمد المهدى)، (أشرف الشافعي)، مرجع سابق، ص 150.

³ محمد نعيم (ياسين)، نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النفاس، الأردن، 1432 هـ - 2011 م، ط2، ص 268.

رفعها كالأب الذي يريد رفع دعوى تطليق ضد زوج إبنته لدفع ضرر يلحق إبنته، ففي هذه الحالة المصلحة موجودة والصفة منعدمة، وعليه هذه الدعوى التي باشرها الأب بإسمه فلن تقبل لإنعدام الصفة، وإنعدام الصفة يثيره القاضي من تلقاء نفسه سواء تعلق الأمر بالمدعي أو المدعى عليه¹

وتحوز الأم الصفة في دعوى نسب إبنها من أبيه مادام فييدها، يستوي في ذلك إن كانت الدعوى مجردة، أو كانت مرفوعة بالتبعية لدعوى أخرى كدعوى النفقة أو الحضانة وحق إرث الولد عند وفاته، فإن لم يكن الولد في يدها نظرا لزوال حقها في حضانتها، فإنها حتى عند فقدانها للصفة في الدعاوى المرفوعة ضد الأب بما فيها دعوى النفقة، تبقى حائزة للصفة

في دعوى إثبات نسب إبنها المرفوعة ضد الأب حيث تقبل هذه الدعوى مجردة لتدفع عن نفسها تهمة الزنا، فصفتها كأم تكسبها الصفة بشكل مطلق في كل الدعاوى ذات الارتباط الوثيق بالأمومة.²

الفقرة الثالثة: الأهلية

هي صلاحية الشخص لإكتساب الحقوق، والتحمل بالإلتزامات، أو هي صلاحيته، لإكتساب المركز القانوني للخصم، ومباشرة الخصومة والأهلية نوعان أهلية وجوب ويقصد بها صلاحية الشخص لإكتساب الحقوق، ويثبت حتى للجنين، وأهلية أداء ويراد بها صلاحية الشخص لمباشرة دعاواه والمطالبة بحقوقه المدنية بنفسه ودون حاجة لتدخل نائب شرعي كالولي والوصي والمقدم.³

وحتى يباشر الشخص بذاته دعاويه مطلقا ومنها دعاوى الأحوال الشخصية أمام القضاء كالنسب وتوابعه لا بد أن يكون متمتعاً بأهلية كاملة غير منقوصة وإلا كانت دعاواه محل رفض ما عدا بعض الحالات الإستثنائية كطلب رفع الحجر، وكالقاصر الذي يتزوج قبل بلوغ سن الزواج الذي هو نفسه سن الرشد القانوني، حيث تخول له (المادة 07) من قانون الأسرة أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والإلتزامات التي تنص على أنه: " تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج ".⁴

يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والإلتزامات.⁴

¹ طاهري (حسين)، الوسيط في شرح الإجراءات المدنية، دار الريحانة، الجزائر، 2002 م، (د. ط)، ص 27.

² (أحمد المهيدي)، (أشرف الشافعي)، دعوى النسب، مرجع سابق، ص 14.

³ ديب (عبد السلام)، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، موفم للنشر، الجزائر، 2011 م، (د. ط)، ص 95.

⁴ قانون الأسرة المعدل والمتمم.

وكانت أهلية الزواج قبل تعديل قانون الأسرة محددة بسن 21 سنة، للرجل وسن 18 سنة للمرأة، غير أنه وأمام الإنتقادات التي وجهت للقانون تم تعديل النص القانوني وأصبحت أهلية الزواج موحدة بين الجنسين بتمام سن الرشد المدني أي 19 سنة كاملة¹

وعليه فالزوجة أو الزوج أو الابن، والمطالب بإثبات النسب، يجب أن يكون كامل الأهلية قانونا، كما تجدر الإشارة في هذه النقطة إلى أن توحيد سن الزواج يعتبر من بين مظاهر تحقيق المساواة بين الجنسين، التي أراد المشرع الجزائري تحقيقها في آخر تعديل له.

وقد إشتراط قانون الإجراءات المدنية القديم شرط الأهلية، حيث نصت المادة 159 منه على أنه: " لا يجوز لأحد أن يرفع دعوى أمام القضاء مالم يكن حائزا لصفة وأهلية التقاضي وله مصلحة في ذلك " ² وقد ألغيت هذه المادة وحول مضمونها إلى المادة 13 من نفس القانون والتي صيغت على الشكل التالي: " لا يجوز لأي شخص التقاضي مالم تكن له صفة ومصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون"³ ودون التعرض مجددا لشرط الأهلية، مما يدعو إلى طرح التساؤل عن مصير هذا الشرط وهل مازال يعتد به كشرط؟

إنقسم الفقه بهذا الشأن إلى إتجاهين، حيث يرى الفريق الأول بأن الأهلية هي شرط من شروط الدعوى وبالتالي استوجب توفر الأهلية الإجرائية وإلا كانت الدعوى غير مقبولة. ويرى أصحاب الإتجاه الثاني بأن الأهلية ليست شرطا لقبول الدعوى وإنما هي شرط لصحة المطالبة القضائية، وبالتالي صحة إجراءات الخصومة، وذلك فإن الدفع بعدم توفر الأهلية يقضي ببطلان الإجراء وليس الدفع بعدم قبول دعوى، ومن ثمة يمكن تصحيح الإجراءات بإدخال الولي أو الوصي ليخاضم عن فاقد الأهلية ويستدل على صحة هذا الرأي أنه إذا فقد أحدهم الأهلية فإن الخصومة تتوقف إلى حين تصحيح الخصومة ويكون ذلك بإدخال الولي أو الوصي ويبدو أن هذا الاتجاه الثاني ممثلا برأيه هذا، قد تم إتباعه في التعديل الجديد، حيث لم يعد القانون يعتبره من شروط الدعوى، وهذا هو المرجح إذا ما نظرنا إلى تخلي المشرع عن إشتراط الأهلية من خلال نص المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية سالف الذكر .

¹ لعويل (محمد الأمين)، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004 م، (د. ط) ص 47.

² يوسفات (علي هاشم)، مرجع سابق، ص 178.

³ قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

وقد أصاب المشرع حينما إستبعد الأهلية من دائرة شروط الدعوى لأسباب عدة نذكر منها أن الأهلية وضع غير مستقر قد يتوفر وقت قيد الدعوى وقد تغيب أو تنقطع أثناء سير الخصومة¹

الفرع الثاني: الإختصاص في دعاوى النسب

يقصد بالإختصاص توزيع العمل القضائي بين جهات القضاء المختلفة، وبالتالي يعتبر السلطة الممنوحة لمحكمة ما للنظر، والفصل في نزاع معين وهناك نوعان من الإختصاص سيتم تناول الإختصاص المحلي (الإقليمي) (الفقرة الأولى) ثم الإختصاص النوعي بالفصل في مسألة إثبات أونفي النسب بعد إثارته من طرف الزوج أو الزوجة (الفقرة الثانية) .

الفقرة الأولى: الإختصاص المحلي (الإقليمي)

يقصد به ولاية جهة قضائية للنظر في القضايا التي تقع على الإقليم التابع لها، وبشكل عام يؤول الإختصاص المحلي إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، بالنسبة للدعاوى المنقولة ودعاوى الحقوق الشخصية العقارية وفي جميع الدعاوى التي لم ينص القانون على إختصاص محلي بها (المادة 37) من (ق. إ. م. إ)²

و بالرجوع إلى الأمر 71-80 المتضمن لقانون الإجراءات المدنية المؤرخ في 29 ديسمبر 1971، نجد أنه لم يخص قضايا النسب باختصاص محلي معين حيث جاءت المادة 08 منه تخلص من أية إشارة إليه بينما إكتفت المادة المذكورة بذكر بعض قضايا الأحوال الشخصية خست كل منها باختصاص محلي معين حيث أسندت مواد الميراث إلى المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها مكان إفتتاح التركة، وأسندت قضايا الطلاق أو العودة إلى مسكن الزوجية إلى المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها مسكن الزوجية، في حين أسندت دعاوى الحضانة إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان ممارسة الحضانة، كما أسندت الدعاوى المتعلقة بالنفقة إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن أو مسكن الدائن بقيمة النفقة³

لكن رغم خلو (المادة 08) من أي إسناد يخص دعاوى النسب كما تم بيانه لم يخضعها القضاء إلى القاعدة العامة والتي تقضي بأنه في حالة عدم النص على إختصاص محلي معين، يعقد هذا الأخير للمحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها موطن المدعى عليه أو محل إقامته، ومن ثم قامت المحكمة

¹ بريارة (عبد الرحمن)، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية (قانون رقم 08 - 09 مؤرخ في 23 فيفري 2008)، دار بغدادي للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009 م، ط 2، ص 39.

² صقر (نبيل)، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، (قانون رقم 08 - 09 مؤرخ في 25 فبراير سنة 2008) الخصومة - التنفيذ - التحكيم، دار الهدى، الجزائر، 2008 م، (د. ط)، ص 65.

³ المادة 08 من الأمر 71 - 80 المؤرخ في 29 ديسمبر 1971 المتضمن قانون الإجراءات المدنية.

العليا بإسناد دعاوى النسب إلى المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها مسكن الزوجية، قياسا على دعاوى الطلاق أو العودة إلى مسكن الزوجية وجاء هذا في قرارها الصادر في 15/06/1999 والذي جاء فيه بأن دعوى النسب هي مثل دعاوى الطلاق أو العودة إلى مسكن الزوجية طبقا للفقرة الخامسة من

(المادة 08) من قانون الإجراءات المدنية .¹

وإستقر الوضع على حاله إلى غاية التعديل الذي جاء به قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق لـ 25 فبراير سنة 2008 والذي أفرد المشرع الجزائري في القسم الخاص من الباب الأول منه تحت عنوان دعاوى النسب بصيغة الجمع المادتين 490 و 491 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وذلك بأن حدد الاختصاص الإقليمي بمحكمة موطن المدعى عليه في دعوى الاعتراف بالنسب بالبنوة أو الأبوة أو بالأمومة لشخص مجهول النسب أو إنكار بالبنوة وبالتالي فإن المادة 490 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية² مرتبطة بشكل مباشر بنص المادة 44 من قانون الأسرة، بينما بقي الغموض سائدا حول (المادة 40) من قانون الأسرة المتعلقة بطرق ثبوت النسب كما أن الغموض يزداد عند قراءة نص المادة 423 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي ورد فيها مصطلح دعاوى إثبات النسب بينما المادة 490 من نفس القانون ورد فيها مصطلح دعوى الإقرار بالنسب مما يثير فراغا قانونيا من حيث الاختلاف بين دعوى إثبات النسب ودعوى الاعتراف بالنسب وبالتالي فإن الاختصاص الإقليمي في دعوى إثبات النسب بقي مجهولا خاصة وأنه لا يمكن إعمال مبدأ القياس في القواعد الإجرائية لارتباطها بالنظام العام، علما أن المادة 491 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية³ تثير الغموض والإلتباس من حيث أن دعوى الاعتراف بالنسب تتم بحضور ممثل النيابة وفي جلسة سرية، علما أن إدراج عبارة بحضور ممثل من النيابة تعتبر من قبيل تحصيل الحاصل مادام أن المادة 3 مكرر من قانون الأسرة لسنة 2005 تنص على أنه تعد النيابة طرف أصلي لها من الحقوق ما للطرف المدعي والمدعى عليه، كما أن حضورها إلزامي أي ليس اختياري، الأمر الذي يجعلنا نتساءل عن وجود منازعة من حيث وجود الإقرار، وبالتالي لما أوجب المشرع سرية الجلسة، ضف إلى ذلك فإن دعوى إثبات النسب تتم في جلسة علنية من حيث تبادل المذكرات وبالتالي هل أهمل المشرع الجزائري دعاوى إثبات النسب وأبقى على دعوى واحده هي دعوى الاعتراف بالنسب الأمر الذي يبرز تناقضا صارخا من حيث أن المشرع

¹ الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، قسم الوثائق للمحكمة العليا، عدد خاص، ص 88.

² تنصت المادة 490 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على مايلي: " ينظر في الدعاوى المتعلقة بالمنازعات المنصوص عليها في المادة 490 أعلاه، بحضور ممثل النيابة العامة وفي جلسة سرية "

³ تنص المادة 491 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي: " ينظر في الدعاوى المتعلقة بالمنازعات المنصوص عليها في المادة 490 أعلاه، بحضور ممثل النيابة العامة وفي جلسة سرية "

الجزائري يتكلم عن دعاوى إثبات النسب بصيغة الجمع ثم يحصر مسألة الإختصاص الإقليمي في دعوى واحدة وهي الإعتراف بالنسب.¹

الفقرة الثانية: الإختصاص النوعي

يقصد بالإختصاص النوعي توزيع العمل بين طبقات المحاكم داخل الهيئة القضائية الواحدة على أساس نوع الدعوى مدني، تجاري، أحوال شخصية الخ ... وذلك بغض النظر عن قيمة الدعوى ذاتها، بمعنى أن تختص كل طبقة من طبقات المحاكم بنظر نوع معين من القضايا دون غيرها (المادة 32) من (ق.إ.م.إ.)²

ويعتبر الإختصاص النوعي من النظام العام، إذ لا يمكن تجاوزه بأي حال، وللقاضي أن يثيره من تلقاء نفسه وفي أي حالة كانت عليها الدعوى، وهو ما نصت عليه المادة 36(ق.إ.م.إ.) "عدم الاختصاص النوعي من النظام العام تقضي به الجهة القضائية تلقائيا في أية مرحلة كانت عليها الدعوى"³

ويتحدد في إتجاهين عمودي وأفقي حيث يقصد بالاتجاه العمودي الإختصاص فيما بين الطبقات القضائية المختلفة للنظام القضائي (محاكم - مجالس)

أما الإتجاه الأفقي فيقصد به توزيع الإختصاص في قضايا المختلفة فيما بين المحاكم الطبقة الواحدة.⁴ وقد حدد قانون الإجراءات المدنية والإدارية الإختصاص النوعي في قضايا النسب، حيث نصت المادة 423 من قانون 08-09 المؤرخ في 28 فبراير 2008 بأن قسم شؤون الأسرة هو المختص بالنظر في دعاوى إثبات النسب والزواج وذلك في الفقرة الثالثة والتي تنص على مايلي: ينظر قسم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعاوى التالية:

- دعاوى الخطبة والزواج والرجوع إلى بيت الزوجية وإنحلال الرابطة الزوجية وتوابعها حسب الحالات والشروط المذكورة في قانون الأسرة.
- دعاوى النفقة والحضانة وحق الزيارة.
- دعاوى إثبات الزواج والنسب ⁵

¹ يقاش (فراس)، دعوى النسب بين الشريعة والقانون، مجلة القانون، العدد 2، جويلية، 2010، ص 11-12.

² (أحمدالمهدي)، (أشرف الشافعي)، دعوى النسب، مرجع سابق، ص 191.

³ قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

⁴ عمران (عائشة)، إثبات النسب بين الشريعة ومستجدات العصر، مرجع سابق، ص 81.

⁵ قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ومقتضى هذا النص أن يعقد الإختصاص في دعاوى النسب إلى قسم شؤون الأسرة دون سواه من الأقسام الأخرى حيث أنه في الحالات التي تسجل فيها أية دعوى لقسم آخر أمام قسم شؤون الأسرة وهي لا تدخل ضمن دائرة إختصاصه النوعي، ويتوجب عليه أن يحيلها هن طريق أمانة الضبط إلى القسم المختص وذلك بموجب أمر تنظيمي مع إخطار رئيس المحكمة بذلك طبقا لما ورد في المادة 32 ف 2 . وتجدر الملاحظة إلى أنه لا يوجد في الفقه الإسلامي إجراءات معينة للتقاضي، إلا أن التقيد الموجود هو أداء العدل بين المتنازعين.¹

وبناء على ما تقدم نجد أن المشرع قد حسم المسألة حال إحالته لقسم شؤون الأسرة على الخصوص المسائل المتعلقة بدعاوى إثبات الزواج والنسب .

أما ما نصادفه في الواقع أحيانا قد يكون رئيس المحكمة غير مختص، إختصاصا دقيقا بما فيه الكفاية لمعاقبة شؤون الأسرة عموما، ومسائل النسب بصورة دقيقة، الأمر الذي يبقى حائلا بينه وبين القضية المعروضة أمامه لعدم إلمامه بالاختلافات الفقهية في الشريعة الإسلامية التي تعتبر الأصل والمرجع بالنسبة لقانون الأسرة، فقد أحسن المشرع، حال إنشائه لقسم خاص بقضاء الأسرة، على مستوى المحكمة لكن ما نراه مناسبا هو أن يتشكل هذا القسم من قاض ملم بأحكام الشريعة والقانون معاويساعده في ذلك أخصائيين، أحدهما إجتماعي والآخر نفساني.

المطلب الثاني: رفع الدعوى وإجراءاتها

إن حق اللجوء إلى القضاء يتجسد من الناحية الإجرائية في حرية رفع دعوى وإمكانية الإدعاء وذلك بالقدرة على تقديم الإدعاءات والمزاعم والدفاع عنها بالطلبات والدفع للحصول على حكم قضائي يفصل في فحوى تلك الإدعاءات، علما أن نصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية روعي فيها التبسيط والتسلسل المنطقي حيث تم التركيز على المحاور الأساسية لسير الدعوى ابتداء من تقديم عريضة افتتاح الدعوى إلى غاية صدور الحكم الفاصل في النزاع، بالإضافة إلى ذلك تم تدعيم هذا التبسيط بتوحيد القواعد الإجرائية وذلك بصياغة قواعد مشتركة تطبق على كل الجهات القضائية بما فيها الإدارية وأدرجت في كتاب واحد من القانون، غير أن السؤال الذي يطرح نفسه في دعوى إثبات النسب هل قيد المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية دعوى إثبات النسب بإجراءات معينة يتعين القيام بها وإتباعها عند اللجوء إلى القضاء ؟

للإجابة عن التساؤل المطروح سوف نتناول عريضة افتتاح دعوى إثبات النسب (الفرع الأول) ودور النيابة العامة في قضايا النسب (الفرع الثاني)

¹ غرابية (محمد فهد)، الدفع بعدم الخصومة القضائية في الشريعة الإسلامية والقانون، دار يافا العلمية للنشر والتوزيع، الأردن، 2009 م، ط1، ص 115.

الفرع الأول: عريضة افتتاح دعوى إثبات النسب

تعتبر عريضة دعوى إثبات النسب من الناحية المبدئية مماثلة شكلا لغيرها من الدعاوى، بمعنى لا توجد بيانات خاصة بها وذلك بصريح نص (المادتين 14 و 15) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية¹

فبالنسبة للمادة 14 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإن الدعوى يتم رفعها بعريضة مكتوبة، حيث نصت المادة بأن رفع الدعوى أمام المحكمة (قسم شؤون الأسرة) بعريضة مكتوبة موقعة من قبل المدعي أو موكله أو محاميه، بعدد من النسخ يساوي عدد أطراف الدعوى ثم تودع بأمانة الضبط لتسجل هناك بتاريخ ورودها، بخلاف ما كان عليه الوضع في قانون الإجراءات المدنية القديم الذي كان يتيح للمدعي اللجوء للتصريح الشفهي

أما بالنسبة للمادة 15 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإنها تشترط أن تتضمن عريضة افتتاح الدعوى ستة بيانات تحت طائلة عدم قبول العريضة شكلا والتمثل في البيانات التالية:

- بيان ذكر المحكمة (الجهة القضائية) التي سترفع أمامها الدعوى للفصل فيها.
- بيان إسم ولقب المدعي وذكر موطن هو عنوانه.
- بيان إسم ولقب وموطن المدعى عليه، فإن لم يكن له موطن أو عنوان معلوم فأخر موطن له
- بيان الإشارة إلى تسمية وطبيعة الشخص المعنوي ومقره الاجتماعي وصفة ممثله القانوني أو الإتفاقي

- بيان عرض موجز للوقائع والطلبات والوسائل التي تؤسس عليها الدعوى
- بيان الإشارة - عند الإقتضاء - إلى المستندات والوثائق المؤيدة للدعوى²

غير أن الفقرة الأخيرة من حيث إثارتها لمسألة المستندات والوثائق المؤيدة للدعوى والتي غالبا ما تكون غير متاحة في دعوى إثبات النسب وإن لم نقل إنها منعدمة وذلك بالرجوع لطرق إثبات النسب المنصوص عليها في قانون الأسرة المواد 40 إلى 45 من قانون الأسرة.

يحق للمتقاضى مباشرة الدعوى بنفسه أو بوكيله أو بواسطة محام معتمد مقيد في جدول نقابة المحامين وسواء كان هذا أو ذاك لابد من تحرير عريضة بالشكل المبين أعلاه، على أن يقوم بإيداع نسختين من العريضة فأكثر حسب عدد المدعى عليهم، وذلك على مستوى كتابة الضبط التابعة للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه، وتقيد القضية في سجل خاص ومعد لهذا الغرض ومتسلسل تدون فيه أسماء الأطراف ونوع القضية ورقمها وتعيين ميعاد الجلسة الأولى، وعلى المدعي بعد دفع الرسوم القضائية تبليغ الطرف الخصم بنسخة من العريضة وإعلامه بتاريخ الجلسة عن طريق محضر قضائي الذي يسلم له

¹ يقاش (فراس)، دعوى النسب بين الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص 9.

² قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

محضر التبليغ الذي سيظهره أمام القاضي في الجلسة الأولى، لتأخذ بعد ذلك الأمور تسير بالوتيرة العادية من تبادل العرائض وتقديم الدفوع إلى أن يتم الفصل في الدعوى بإصدار حكم أو قرار يحكم فيه لصالح طرف من الأطراف.¹

إذن لا توجد عريضة إفتاحية خاصة من حيث الشكل لدعوى لإثبات النسب الأمر الذي يجنب المدعي الوقوع في المنتهات الإجرائية.

الفرع الثاني : دور النيابة العامة في قضايا النسب

لقد حرص المشرع الجزائري على غرار باقي التشريعات المقارنة على توفير حماية واسعة للأسرة بتنفيذ دور النيابة العامة في القضايا المتعلقة بشؤون الأسرة كالزواج والطلاق والنسب، إذ تحظى النيابة العامة بدور مهم في دعاوى الإعراف بالنسب بالبنوة أو بالأبوة أو الأمومة لشخص مجهول النسب أو إنكار الأبوة.

إذ أعطى المشرع للنيابة العامة خلافا لدورها الأصيل في تحريك ومباشرة الدعوى العمومية أمام القضاء الجزائري وفقا للمادة 01 من قانون الإجراءات الجزائية، دور هام من خلال قانون الأسرة بجعلها طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون وذلك بموجب المادة 03 مكرر من الأمر رقم: 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005 والتي نصت على ما يلي: "تعد النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية لتطبيق أحكام هذا القانون"² إلى غاية صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 الذي خول للنيابة العامة طبقا للمادة 256 الإدعاء كطرف أصلي أو تدخل كطرف منضم في خصومة قائمة من أجل إبداء الرأي بما يحقق سلامة تطبيق هذا القانون.³

كما سارت المحكمة العليا في نفس الإتجاه من خلال قرار لها رقم 401317 بتاريخ 11 أكتوبر 2006 بقولها: "يجب إطلاع النيابة العامة بإعتبارها طرفا أصليا على قضايا الأحوال الشخصية"⁴

¹ إقروفة (زبيدة)، الإكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب في قانون الأسرة الجزائري، ص 90 .

² قانون الأسرة المعدل والمتمم .

³ جروني (فائزة)، تدخل النيابة العامة في ظل قانون الأسرة الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد 13، جوان 2016، ص 55. أنظر تافرونت (الهاشمي)، دور النيابة العامة في قضايا الأسرة في التشريع الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، العدد 8، ج1، جوان 2017، ص 202.

⁴ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 401317، قرار بتاريخ 2006/10/11، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، 2007، ص 489.

ملخص الباب الأول

تنصب دراسة هذا الباب والمعنون بحماية النسب بالطرق الشرعية حول أسباب ثبوت نسب الولد من أبيه وهي الزواج الصحيح وأيضا الزواج الفاسد والإقرار ونكاح الشبهة أو كل زواج تم فسخه بعد الدخول لأن النسب يحتاط في إثباته كما لا يحتاط في غيره، إحياء للولد وحفاظا عليه من الضياع .

وقد تطرقت في الفصل الأول إلى حماية النسب في ظل الفراش لقوله صلى الله عليه وسلم:

الولد للفراش وللعاهر الحجر، وعالجت من خلاله عدة نقاط بداية من حماية النسب بالزواج الصحيح في المبحث الأول وفي المبحث الثاني تطرقت إلى حماية النسب بالزواج غير الصحيح ونكاح الشبهة أما المبحث الثالث تطرقت فيه إلى حماية النسب بالطرق الإحتياطية التي اعتمدها الإنسان قديما وخاصة قبيلة بن مدلج لصيانة الأنساب وهي القيافة والقرعة .

أما الفصل الثاني فقد تناولت فيه حماية النسب بغير الفراش والاستثناءات الواردة عليه ويتفرع إلى ثلاث مباحث تناولت في المبحث الأول حماية النسب بالإقرار والمبحث الثاني حماية النسب بالبينة أما المبحث الثالث الحماية من خلال الإحتياط في إثبات النسب .

وتوصلنا إلى أن الشريعة الإسلامية حرصت على حفظ الأنساب واعتبرت المحافظة عليها من أهم مقاصد الزواج الصحيح، أي إذا تزوج الرجل من امرأة زواجا صحيحا مستوفيا لجميع أركانه وشروطه، ثم جاءت بولد ثبت نسبه من الزوج دون حاجة إلى اعتراف صريح منه أو إقامة بينة، فالزواج الصحيح يبيح الإتصال الجنسي بين الزوجين ويجعل الزوجة مختصة بزوجها يستمتع بها وحده وليس لغيره أن يشاركه فيها فإذا وقع لها الحمل فهو يقينا من زوجها لا من رجل غيره لأن الأصل حمل أحوال الناس على الصلاح، كما يثبت بالزواج الغير صحيح في أغلب صورته رغم اختلاف الفقهاء في تقسيم الزواج الغير صحيح فبعضهم قسمه إلى زواج باطل وزواج فاسد أما البعض الآخر فيعتبر الزواج الباطل والفاسد شيئا واحدا.

وهذا ما قرره الفقهاء لما أثبتوا النسب بكل معاشرة بين رجل وامرأة تشبه الزواج الصحيح وليست كذلك وليست زنا توجب الحد، كما تعتبر القيافة والقرعة من أقدم الطرق التي عرفتتها الشريعة الإسلامية للكشف عن نسب المولود وتصنف من الطرق الضعيفة في إثبات النسب حيث إختلف الفقهاء إختلافا كبيرا حول مسألة إثبات النسب بالقافة ولما كانت القيافة قائمة على تتبع الأثر والشبه فقد قاسها العلماء المعاصرون على البصمة الوراثية، كذلك تعتبر القرعة من بين وسائل حماية النسب وإثباته، ويلجأ إليها عند تساوي البينات.

بالإضافة إلى حماية النسب بالفرائش سواء عند قيام الرابطة الزوجية أو حتى بعد إنحلالها أو حمايته من خلال الزواج غير الصحيح ونكاح الشبهة والتي تعد بمثابة وسائل منشئة للنسب يأتي بعد الفرائش دليلان شرعيان لإثبات النسب إعتداهما المشرع الجزائري بنص المادة 40 (ق.أ) وهما الإقرار والبينة وبعد الإقرار أحد الطرق الغير مباشرة أو الكاشفة للنسب لأن المقر يخبر بالحق لغيره ولا ينشئ ذلك الحق ومعنى الإقرار بالنسب إخبار الشخص بوجود قرابة بينه وبين شخص آخر، ويمكن أن يثبت النسب أيضا في كل الأحوال عن طريق البينة .

أما نسب الولد من أمه جاء على خلاف ذلك لأن واقعة الولادة هي سبب ثبوته، وسواء كانت الولادة شرعية أم غير شرعية فمتى جاءت المرأة بولد ثبت نسبه منها دون توقف على شيء آخر، من فرائش أو إقرار أو إدعاء وبالتالي تحمل صفة الأم وتسري بينهما سائر الحقوق من نسب ورضاع وميراث وتعزيزا لحماية النسب أكثر نصت المادة 46 من الأمر 02/05 على أنه: " يمنع التبني شرعا وقانونا "

وبالرغم من ذلك كثرة في الآونة الأخيرة ظاهرة مجهولي النسب في المجتمع الجزائري وأخذت مكانة واسعة في جميع الأصعدة فثار خلاف واسع بين القانونيين ورجال الدين وعلماء النفس الذين طالبوا بالحماية الفعلية لهؤلاء الأطفال والأهم من ذلك إيجاد الحلول اللازمة للحد من هذه الظاهرة، لهذا قرر المشرع الجزائري تطبيق نظام الكفالة للتقليل من هذه الظاهرة ونص عليها في المواد من 116 إلى 120 من قانون الأسرة .

وبالرجوع إلى قانون الحالة المدنية نجده قد أسس قواعد محكمة لتنظيم كل ما يتعلق بميلاد الإنسان وزواجه ووفاته وكذا كل ما له علاقة بإسمه ولقبه وذلك لضمان حفظ الأنساب وبالتالي إثباتها هذا فيما يخص إثبات النسب أما نفيه فلم تعرف الشريعة الإسلامية بين طيات نصوصها وقواعدها الشرعية طريقا لنفي النسب، إلا طريقا واحدا وهو اللعان، وهو الطريق الأقوى الذي يمكن أن يلجأ إليه الزوج لنفي نسب الولد عنه والملاحظ أن قانون الأسرة لم يشر إلى تعريف هذا النظام ولا كيفية إعماله واكتفى بالإشارة إليه كوسيلة لنفي النسب في المادة 138 " يمنع من الإرث اللعان والردة " .

الباب الثاني

حماية النسب بالطرق العلمية الحديثة

الباب الثاني: حماية النسب بالطرق العلمية الحديثة

نصت المادة 04 من قانون الأسرة على أن الزواج « عقد يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب » يتضح لنا جليا أن عنصر الإنجاب والمحافظة على الأنساب هو مركز ثقل الحياة الأسرية باعتباره أسمى وأرقى هدف تتشده العلاقة الزوجية، إن من ضمن الاكتشافات ما غير النظرة التقليدية النمطية للتوالد والإنجاب التي كانت تقتصر على الإتصال الجنسي الطبيعي بين الزوجين لتصبح عملية الإنجاب تتم في مخبر وبتقنيات مغايرة تماما عن الإنجاب الطبيعي وعرفت هذه العملية بالتلقيح الاصطناعي وهي تقنية تساعد على تجاوز العديد من مشاكل العقم التي يعاني منها الزوجين وهو نوعان تلقيح داخلي وتلقيح خارجي، ومن الممكن الإستعانة بنطفة شخص ثالث أجنبي فسمي بالتلقيح الاصطناعي بواسطة الغير، لكن اللجوء لهذه الوسيلة يتطلب توافر مجموعة من الشروط والضوابط القانونية والشرعية فما هي هذه الضوابط ؟

ونتجت عن هذه التقنية صور أخرى لمعالجة العقم من بينها تأجير الأرحام أو ما يعرف بالأم البديلة أو الرحم الظنن بالإضافة إلى ذلك فقد تم إنشاء بنوك لحفظ النطف والبويضات وتجميدها للإستفادة منها وقت الحاجة وسميت ببنوك الأجنة، كما يعتبر الاستئساخ البشري من أهم الاكتشافات التي تساعد الفرد في الحصول على مولود جديد من طرف واحد فقط أي الرجل أو المرأة على أن يكون هذا المولود نسخة طبق الأصل له .

لقد سائر المشرع الجزائري هذه التطورات بموجب الأمر 02/05 وخصوصا في نص المادة 45 مكرر ووضع ضوابط من شأنها تنظيم اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي بشكل يجعلها تتماشى وأحكام الشريعة الإسلامية كما تحفظت عن اللجوء لبعضها، وعالج المشرع هذه المستجدات من خلال قانون الصحة الجديد رقم 11/18 ووضع عقوبات جزائية في حالة مخالفة الأحكام المتعلقة بها ففيما تكمن هذه العقوبات ؟

أما عن كيفية حماية النسب فقد تطرقنا إليها في الباب الأول وتتنحصر في الأدلة التقليدية، لكن نرى أن التطورات العلمية في مجال الطب، علم البيولوجيا والوراثة استحدثت طرق جديدة تتعلق بحماية النسب وإثباته وتحديد أبوة الولد بنتائج بالغة الدقة تصل 100 % ولا تقبل الشك وهي ما يعرف بالبصمة الوراثية وأساس هذه الفكرة يرجع أن الصفات الوراثية في الإبن لا بد وأن يكون أصلها مأخوذ من الأب عن طريق الحيوان المنوي، ومن الأم عن طريق البويضة وعليه لا بد من وجود أصل الصفات الوراثية الموجودة في الإبن في كل من الأب والأم .

كثرة نقاشات فقهية وعلمية وقانونية حول البصمة الوراثية خاصة في مجال إثبات النسب دفع الجميع إلى البحث عن آليات تتماشى مع هذه الوسيلة، بل كان لزاما وضع ضوابط وآليات قانونية للإستفادة منها على اعتبار إمكان إساءة استخدامها وتسخيرها فيما يضر الإنسان ويؤثر على حقوقه المختلفة كحقه في الخصوصية الجينية وحقه في سلامة جسده فاتجهت التشريعات المختلفة على المستوى الدولي وحتى الوطني إلى تقنين العمل بها .

فقد نص المشرع الجزائري إثر التعديل الأخير بموجب الأمر 02/05 في المادة 40 من القانون المذكور على الطرق الشرعية في الفقرة الأولى وحددتها في الزواج الصحيح أو الإقرار أو البينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32، 33، 34 من هذا القانون، وجاء في الفقرة الثانية " يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب " إن المشرع جعل الأمر جوازا وليس مطلقا فما هي هذه الطرق العلمية الحديث ؟ وما موقف الشريعة والقانون والقضاء منها ؟

من أجل الإجابة عن هذه التساؤلات قررنا تقسيم هذا الباب إلى فصلين نتناول في:

الفصل الأول: حماية النسب في ظل تكنولوجيا الإنجاب

الفصل الثاني: حماية النسب بالطرق العلمية البيولوجية

الفصل الأول

حماية النسب في ظل تكنولوجيا الإنجاب

الفصل الأول: حماية النسب في ظل تكنولوجيا الإنجاب

يرجع الأصل في عملية التناسل والتكاثر بين الزوجين إلى الإخصاب الطبيعي، إلا أنه في بعض الحالات قد يستحيل الإنجاب نتيجة الجماع بسبب العقم، أو ضعف الخصوبة، والذي يستعصي معالجته بالأدوية والعمليات الجراحية ولأجل مساعدة العاجزين على الإنجاب، وتحقيق رغبتهم في الحصول على الذرية والتناسل توصلت العلوم الطبية الحديثة إلى اكتشاف وسيلة لا تعتمد على الاتصال الجنسي، وإنما تعتمد على وسائل صناعية تساعد على تلقيح البويضة بمني الزوج، وهو ما عرف في وسط العلماء بالتلقيح الاصطناعي، وهو نوعان أحدهما يتم داخل الرحم والآخر يتم خارجه ويسمى بالتلقيح الاصطناعي الخارجي .

لكن نتج عن هذا الاكتشاف عدة ظواهر من بينها ظاهرة تأجير الأرحام وهي صورة مستحدثة ظهرت في الآونة الأخيرة تستعمل في معالجة بعض حالات العقم كوجود عيوب خلقية في رحم المرأة أو إزالة رحم المرأة نهائياً بعد عملية جراحية مع سلامة مبيضها بالإضافة إلى ظاهرة تجميد اللقائح أو ما يعرف ببنيوك الأجنة وهي عبارة عن تجميد الأجنة ووضعها في ثلاجات أو غرف كيميائية قصد إيقاف نومها حتى وقت الحاجة إليها .

كما يعتبر الاستنساخ البشري من أهم الاكتشافات في عصرنا وهو التتسيل دون أب وهو معاكس تماماً للإنجاب بالطريق الطبيعي أو هو استغناء عن عملية التزاوج والتلقيح بحيث يستطيع الباحث أخذ خلية عادية من أي مكان في الجسم وزرعها في بويضة خالية من النواة لرحم امرأة فتتكاثر الخلية لتنتج في الأخير مخلوقاً بشرياً يكون نسخة طبق الأصل للشخص الذي أخذت منه الخلية .

وسوف نحاول أن نركز دراستنا في هذا الفصل على عنصرين أساسيين هما طرق المساعدة على الإنجاب وأثرها على النسب (المبحث الأول) وحماية النسب من خلال تجريم عمليات الاستنساخ البشري (المبحث الثاني)

المبحث الأول: طرق المساعدة على الإنجاب وأثرها على النسب

تعتبر عملية الاتصال الجنسي بين الزوجين الوسيلة الطبيعية الوحيدة للإنجاب والتي أقرتها الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، إلا أن هذه الطريقة قد تعترضها عوائق مرضية تحول دون تحقيق هذه النتيجة، ترجع أساساً على ضعف الخصوبة لدى أحد الزوجين، وهذا ناتج عن خلل بيولوجي أو عقم يحول دون إتمام الحمل

ولقد تصدى علماء الأجنة والوراثة في العصر الحديث لهذه العوائق بنجاحهم في عملية الإخصاب الاصطناعي كبديل للإخصاب الطبيعي كما شاع في الوقت الحاضر ما يسمى " بأطفال الأنابيب "

وعليه لم يعد الإنجاب كما كان من قبل علاقة شخصية بين الزوجين بل أصبح من الممكن أن يتدخل طرف ثالث لحدوث الحمل، لهذا سوف نعرض ذلك في المطلب الأول أين نتكلم عن مفهوم التلقيح الاصطناعي وفي المطلب الثاني عن أنواع التلقيح الاصطناعي أما في المطلب الثالث سوف نلجأ إلى حماية النسب من ظاهرة تأجير الأرحام.

المطلب الأول: مفهوم التلقيح الاصطناعي

من المنطقي أن تضع الزوجة مولودا بعد أن يتم الاتصال الجنسي بينها وبين زوجها ونسمي هذه الطريقة بالإنجاب الطبيعي، غير أنه قد يصاب أحدهما بعقم يصعب معالجته، مثل مرض خصيتي الزوج أو مرض مبيض الزوجة أو رحمها، وهي أعضاء لها دور مباشر في عملية التناسل، مما قد يؤدي بالزوج المصاب إلى حرمانه من الإنجاب الأمر الذي يخلف بعض الآثار السيئة التي تهدد سعادة الأسرة المحرومة من إنجاب الأطفال .

لهذا تكثفت الأبحاث على يد الأطباء والعلماء المعاصرين المختصين في طب النساء والولادة وتوصل البعض إلى مسألة التلقيح الاصطناعي وزراعة الأعضاء التناسلية .

وبالتالي إذا كانت الطريقة العادية للتلقيح في الجنس البشري هي دخول الحيوانات المنوية للرجل إلى رحم المرأة عن طريق الإتصال الجنسي المباشر، إلا أنه عن طريق التلقيح الاصطناعي يتم إدخال سائل الرجل المنوي في المجاري التناسلية عند المرأة عن طريق حقنه بطريقة اصطناعية بهدف إحداث الحمل، إذ يؤخذ السائل المنوي فورا أي حارا غير بارد بعد وضعه في إناء، أو أنبوب نظيف معقم غير مبلل بالماء ويسحب بمحقن خاص ليزرع في فوهة عنق الرحم ليدخل إلى الرحم رأسا، ثم تترك السيدة بعدها ممدودة على ظهرها ساعة تقريبا لتساعد النطف على الوصول إلى الجهاز التناسلي، أين تنتظرها البويضة في البوق .

ولا تجرى هذه العملية إلا في اليوم المحدد للتبويض، لكن قبل التحدث عن الأحكام المتعلقة بالتلقيح الاصطناعي، لابد من معرفة مفهوم التلقيح الاصطناعي وشروطه، وسيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين نتعرض إلى تعريف التلقيح الاصطناعي (الفرع الأول) ثم إلى أسباب وشروط التلقيح الاصطناعي (الفرع الثاني) .

الفرع الأول : تعريف التلقيح الاصطناعي

سنحاول من خلال هذا الفرع إلقاء الضوء على مجموعة من التعاريف الخاصة بالتلقيح الاصطناعي سوف نتطرق لتعريف التلقيح لغة واصطلاحاً (الفقرة الأولى) ثم التعريف القانوني للتلقيح الاصطناعي (الفقرة الثانية) وبعدها التطور التاريخي للتلقيح الاصطناعي (الفقرة الثالثة) .

الفقرة الأولى : تعريف التلقيح الاصطناعي لغة واصطلاحاً

للتلقيح الاصطناعي معنى لغوي كما له معنى إصطلاحي لهذا سوف نتطرق للمعنى اللغوي (أولاً) ثم المعنى الإصطلاحي (ثانياً) .

أولاً: التعريف اللغوي

إن مصطلح التلقيح الاصطناعي مكون من كلمتين: التلقيح والاصطناعي .

التلقيح لغة: لقحت، تلقح، لقاحاً¹ واللقاح هو ماء الفحل من الإبل والخيول إذ يقال ألقح الفحل الناقة لقاحاً ولقاحاً،² وتلقح الريح السحاب إذ تجلب الندى وتمجه في السحاب³ لقوله تعالى: ﴿وَأَرْسَلْنَا الرِّيحَ لَوَاقِحَ﴾⁴

يقال إلقاح النخلة هو دس شمراخ اللقاح في وعاء الطلع، ثم استعير في النساء فيقال لقحت إذ حملت كما يقال الملاحيق ما في بطون الإناث⁵ وروي الترميذي بسنده عن ابن عباس أنه سئل عن رجل كانت له امرأتان أرضعت إحداهما غلاماً وأرضعت الأخرى جارية، فهل يتزوج الغلام الجارية؟ قال لا .

اللقاح⁶ واحد أي ماء الفحل الذي حملتا منه واحد فاللبن الذي أرضعت كل واحدة منه واحد وأصله ماء الفحل فيصبح المرضعتان ولدين لزوجهما لأنه ألقحهما¹.

¹ السيد محمد مرتضي بن محمد الحسيني (الزبيدي)، تاج العروس من جواهر القاموس، التراث العربي، الكويت، 2007، ط 2، ج 7، ص 92 .

² (ابن المنظور)، لسان اللسان تهذيب لسان العرب، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، 1413 هـ - 1993 م، ط 1، ج 3، فصل اللام، حرف الحاء، ص 415 .

³ (الزبيدي)، تاج العروس، باب الحاء وياب الدال، دار الكتب العلمية، لبنان، 2007 م، ط 1، ج 7، ص 54 .

⁴ سورة الحجر الآية: 22 .

⁵ (الزبيدي)، مرجع سابق، ص 53 - 54 .

⁶ والمقصود هنا ليس اللقاح (vaccin) لكون هذا الأخير عبارة عن بكتيريا أو فيروس أو جزء من أي منهما تم إخضاعه لعوامل فيزيائية أو كيميائية بحيث أصبح ميتاً أو ضعيفاً غير قادر على التسبب في المرض مع الاحتفاظ بالقدرة على تحفيز جهاز المناعة

الصناعة لغة: إسم وفاعل صانع والجمع صنّاع، والصناعة حرفة الصانع، والصناعة ما اصطنعه، يقال اصطنع فلان خاتماً إذا سأل رجلاً أن يصنع له خاتماً والصناعي الشيء الغير طبيعي².

ثانياً: التعريف الإصطلاحي

عرف التلقيح الإصطناعي أنه عملية تجري لعلاج حالات العقم عند المرأة ويتحقق ذلك بإدخال مني زوجها أو شخص أجنبي في عضوها التناسلي بغير إتصال جنسي³، وقيل هو إلتقاء النطف من الذكر ببويضة الأنثى بطريقة اصطناعية ويكون هذا التلاقي عادة في الثلث الأعلى من قناة المبيض⁴، كما يطلق على التلقيح ويراد به نقل الحيوانات المنوية للرجل ووضعها في الجهاز التناسلي للمرأة أو الحصول على الحيوان المنوي للرجل وبويضة المرأة وتلقيحها خارج الرحم في أنبوب الإختبار ثم إعادة زرعها بطريقة طبية معينة في رحم المرأة بغرض حدوث الحمل⁵، وجاءت هذه التقنية نتاج التطور العلمي الهائل خاصة في مجال علم الأجنة والمورثات وسمي بالتلقيح الإصطناعي لأنه لا يتم بالطرق الطبيعية المعروفة بل عن طريق استعمال طرق تقنية ومخبرية من صنع الإنسان⁶ وعليه يمكننا القول أن التلقيح الإصطناعي ما هو إلا عملية يتم بموجبها تلقيح بويضة بحيوان منوي وذلك بغير الإتصال الجنسي

في الجسم على إفراز أجسام مضادة للبكتيريا أو الفيروس الذي يحتويه اللقاح وظيفته مقاومة الأمراض المعدية وتحصين الإنسان ضد العدوى وتعرف هذه العملية بالمناعة المكتسبة غير المباشرة. أنظر بلعمري (نادية)، التلقيح كآلية وقائية وانعكاساتها على صحة الطفل، دفاتر مخبر حقوق الطفل، العدد 1، المجلد 9، 2018 م، ص 5.

¹ أبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة (الترمذي)، جامع الترمذي، كتاب الرضاع، باب ما يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب بيت الدولية، الرياض، (د.ت)، (د.ط)، ص 204.

² أحمد بن علي (الفيومي)، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، باب الصاد، (د.د)، لبنان، 2010 م، ص 133.

³ عمر بن محمد بن إبراهيم (غانم)، أحكام الجنين في الفقه الإسلامي، دار الأندلس الخضراء، المملكة العربية السعودية، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 1421 هـ - 2001 م، ط 1، ص 225 - 226.

⁴ عبد المنعم محمد خلف (طارق)، أحكام التدخل الطبي في النطف البشرية في الفقه الإسلامي، دار النفاس، الأردن، 1431 هـ - 2010 م، ط 1، ص 54.

⁵ مصطفى الجمل (أيمن)، مدى مشروعية استخدام الأجنة البشرية في إجراءات تجارب البحث العلمي دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008 م، (د.ط)، ص 164.

⁶ مجدوب (نوال)، إشكالات إثبات نسب المولود بالتلقيح الاصطناعي على ضوء قانون الأسرة الجزائري، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، عدد 15، (د.ت)، ص 11.

الطبيعي¹ بهدف التخلص من نقص أو قلة الإخصاب لغرض العلاج وتحقيق الإنجاب والحصول على الذرية باعتبارها من أهم أسباب نجاح الحياة الزوجية والتلقيح نوعان تلقيح داخلي وتلقيح خارجي².

أما التلقيح الإصطناعي في القرآن والفقه الإسلامي، فقد ورد في القرآن الكريم ذكر بداية خلق الإنسان في إثني عشر موضعاً هذا بعد تجاوزنا للمرحلة الطينية وانتقلنا لمرحلة النطفة³ أو ما يعبر عنه بالمشيج لقوله تعالى:

﴿إِنَّا خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ نُطْفَةٍ أَمْشَاجٍ نَبْتَلِيهِ فَجَعَلْنَاهُ سَمِيعًا بَصِيرًا﴾⁴ ويظهر إعجاز وأهمية هذه الآية الكريمة إذ علمنا أن الإنسان لم يكن يعلم شيئاً عن النطفة الأمشاج المكونة من نطفة الرجل ونطفة المرأة إلا عندما تمكن (هير تويج) من ملاحظة كيف يلقي الحيوان المنوي البويضة وذلك عام 1875 م، وفي عام 1883 م أثبت (فان بندين) أن كلا من البويضة والحيوان المنوي يساهمان بالتساوي في تكوين البويضة الملقحة أو النطفة الأمشاج ثم في عام 1912 م أثبت (مورجان) دور الجينات الوراثية، أنها تنتقل عبر الحيوان المنوي (من الرجل) والبويضة (من المرأة)⁵.

كما ذكر باسم الماء أو المنى لقوله تعالى: ﴿أَلَمْ يَكُنْ نُطْفَةً مِنْ مَنِيٍّ يُُمْنَى﴾⁶ وقوله تعالى: ﴿فَلْيَنْظُرِ الْإِنْسَانُ مِمَّ خُلِقَ ۖ خُلِقَ مِنْ مَّاءٍ دَافِقٍ ۖ يَخْرُجُ مِنْ بَيْنِ الصُّلْبِ وَالتَّرَائِبِ﴾⁷ ومنه فإن التلقيح الإصطناعي لا يعتبر أمراً جديداً إكتشفه الأطباء بل إن مصطلح التلقيح جاء في القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿وَأَرْسَلْنَا الرِّيحَ لَوَاقِحَ﴾⁸ وجاء في تفسير ابن كثير لقوله تعالى: ﴿خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ نُطْفَةٍ أَمْشَاجٍ﴾ أي أخلط والمشج والمشيح هو الشيء المختلط ببعضه البعض، قال ابن عباس في قوله

¹ محمود سعد (شاهين)، أطفال الأنابيب بين الحظر والإباحة وموقف الفقه الإسلامي منها، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010 م، - ط 1، ص 86.

² كنعان محمد (أحمد)، الموسوعة الطبية الفقهية، موسوعة جامعة لأحكام الفقهية في الصحة والمرض والممارسات الطبية، دار النفاس، بيروت - لبنان، 1420 هـ - 2000 م، ط 1، ص 379.

³ البار (محمد علي)، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، مرجع سابق، ص 109.

⁴ سورة الإنسان الآية: 02.

⁵ علي عطية (عبد الخالق)، الكائن البشري في مفهوم القانون المدني واستخدامات التكنولوجيا الحيوية - دراسة مقارنة - رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق في القانون المدني، جامعة المنصورة، 1437 هـ - 2016 م، ص 69.

⁶ سورة القيامة الآية: 37.

⁷ سورة الطارق الآية: 07.

⁸ سورة الحجر الآية: 22.

تعالى: من ﴿ نطفة أمشاج ﴾ يقصد به ماء الرجل وماء المرأة إذ اجتماعا واختلاطا فينتقل من طور إلى طور وحال إلى حال وهو نفس ما قاله بقية المفسرين كعكرمة والحسن والربيع بن أنس¹.

فمن آيات الله تعالى كشفه عن تكوين الجنين وخلقه وذلك عن طريق الجماع بين المرء وزوجه - أي بين الرجل وزوجته - وما يترتب عليه من قذف ماءه في رحم زوجته واختلاطه بمائها، فتنتقل رحلت تكوين الجنين في بطن أمه بمشيئة الله وقدرته ويتم ذلك عبر مراحل لقوله تعالى: ﴿ وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ سُلَالَةٍ مِنْ طِينٍ ۝ ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَكِينٍ ۝ ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظْلًا فَكَسَوْنَا الْإِطْلَاقَ لَحْمًا ثُمَّ أَنشَأْنَاهُ خَلْقًا ۝ ٢ ﴾

وفي الفقه الإسلامي فقد عرفه الفقهاء المسلمون قديما وكان محل نقاش لهم في إطار نظري بحث إلا أنهم عبروا عنه بعنوان غير عنوان التلقيح الصناعي .

بل سمي بالإستدخال، إذ تستطيع المرأة أن تستدخل ماء (مني) الرجل في قبلها قصد الحمل من غير الإتصال الجنسي³ بين الزوجين وقد أوردوا له صورا بعضها جائز وبعضها محظور ورتبوا على هذا الفعل بعض الأحكام الشرعية كوجوب العدة⁴ وثبوت النسب من عدمه .

ففي شرح المنهاج لابن حجر الشافعي: وإنما تجب عدة النكاح بعد وطء أو إستدخال منيه - أي الزوج - المحترم وقت إنزاله وإستدخاله ومن تم لحق النسب، أما الغير المحترم عند إنزاله بأنه أنزله من زنا فإستدخلته وهل يلحق به ما استنزله بيده لحرمة أولا للاختلاف في إباحته، كل محتمل والأفراد الأول فلا عبرة به ولا نسب يلحقه، وإستدخالها من نطفة زوجها فيه عدة ونسب كوطء الشبهة⁵.

¹ الباز (أنور)، المحقق الشيخ أحمد شاكِر، عمدة التفسير عن الحافظ ابن كثير، مختصر تفسير القرآن العظيم، دار الوفاء، (د.م)، 1426 هـ - 2005 م، ط 2، ج 3، ص 614 .

² سورة المؤمنون الآية: 12-14 .

³ الصالحي (شوقي زكريا)، التلقيح بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1422 هـ - 2001 م (د. ط)، ص 11 . أنظر أحمد محمد لطفي (أحمد)، التلقيح الصناعي بين أقوال الأطباء وأراء الفقهاء، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2006 م، ط 1، ص 59 .

⁴ العدة: هي أجل ضربه الشارع لانقضاء ما بقي من آثار النكاح فإن حصلت الفرقة بين الزوج والزوجة فلا تتزوج زوجا غيره حتى ينتهي الأجل الذي حدده الشارع لإستبراء رحمها حتى إذا أقدمت على الزواج بعد العدة يكون فراغ الرحم مؤكدا والأصل أن يكون الطلاق رجعيا فلا بد من وجود فرصة لدى الزوج يراجع فيها زوجته وهي مدة العدة وعدة المطلقة ثلاث قروء، وعدة المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرة أيام أما الحامل فعدتها أن تضع حملها وأقصى مدة للحمل 10 أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة، عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء (الزواج)، مرجع سابق، ص 356 .

⁵ زياد سلامة (أحمد)، أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة، الدار العربية للعلوم، عمان - الأردن، 1417 هـ - 1996 م، ط 1 ص 69 .

ويقصد بالمني غير المحترم عند الإنزال بما إذا أنزله من زنا وكون المني محترماً حال خروجه أي خروجه بطريقة مشروعة كما إذا أخرجه لزوجته أو مملوكته، وغير محترم في حالة نقله إلى أجنبية عنه ومن المفترض أن يكون خروج المني محترماً في الواقع ويجعلون الإستدخال على الوجه كالوطء الشروع أما إدخاله بطريقة الصوفة وهي ما سنتعرف عليها لاحقاً فهو عمل حرام لأن المني في هذه الحالة غير محترم حال خروجه¹ كما وردت عدة صور وافتراسات لإستدخال المني في فرج المرأة عند الشافعية منها:

" عدة النكاح ضربان الأول متعلق بفرقة حي بطلاق وفسخ وإنما تجب بعد وطء أو إستدخال منيه، وإن تيقن براءة الرحم لا بخلو في الجديد "

" وإن تقرر أن الوطء يصيرها فراشا إذا ولدت للإمكان من وطئه أو إستدخال منيه ولدا لحقه"²

وعلق صاحب الشرواني على ابن حجر في هذا الموضوع بقوله: " وقت إنزاله وإستدخاله " بقوله: " بل الشرط ألا يكون من زنا " كما علق الحنفية في رد المختار لابن عابدين إذا أدخلت منيه في فرجها هل تعتد؟ في البحر، نعم لاحتياجها لتعرف براءة الرحم، وفي النهر بحثاً، إن ظهر حملها، نعم وإلا فلا.

ونقل عن البحر المحيط " إذا عالج الرجل جاريته فيما دون الفرج فأنزل فأخذت الجارية ماءه في شيء فإستدخلته فرجها في حدثان فعلمت الجارية وولدت فالولد ولده والجارية أم ولد له³ .

أما المالكية فوردت عنهم بعض النصوص وهي كالتالي:

"و يدخل في قول المصنف، وإن خلقت من مائه ما إذا التقت منيه في نحو حمام ووضعته في فرجها ثم حملت منه فيصدق على ذلك أنها خلقت من مائه حيث علم ذلك ."

وقولهم: (ولو بجماع فيما دونه) أي كما لو أمني في سرتها أو شفرها من غير تغيب حشفة وسال المني حتى وصل لفرجها وما قبل المبالغة ما إذا شرب فرجها منيا من فوق بلاط الحمام مثلاً .

وفي الأخير جاءت أقوال الحنابلة في موضوع الإستدخال " ولا يحرم بتشديد الرأ وطء في مصاهرة إلا تغيب حشفة أصلية في فرج أصلي ولو دبرا قاله الأصحاب، لأن فرج يتعلق به التحريم إذا وجد في

¹ خالد أمير عيسى عدلي (أميرة)، الحماية الجنائية للجنين في ظل التقنيات المستحدثة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005 م (د . ط) ص 80 .

² الصادق الحسني (شادية)، حكم الإسلام في التلقيح الإصطناعي، معهد العلوم والبحوث الإسلامية، جامعة السودان للعلوم والتكنولوجيا، ص 04 .

³ الشحات إبراهيم محمد (منصور)، نسب الطفل الناتج عن التلقيح الصناعي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011 م، ط 1 ص 56 - 57.

الزوجة والأمة وكذا في الزنا وفيه مع ما يأتي نوع تناقض فإن هذا يعطي أن إستدخال المرأة ماء الرجل لا يكفي في التحريم "

" ولا معنى لقول من قال: يجوز أن تستدخل المرأة مني الرجل فتحمل لأن الولد مخلوق من مني الرجل والمرأة جميعا ولذلك يأخذ الشبه منهما، وإذا إستدخلت مني بغير جماع لم تحدث لها لذة تمنى بها، فلا يختلط نسبهما ولو صح ذلك لكان الأجنيان الرجل والمرأة إذا تصادقا أنها إستدخلت مني، وأن الولد من ذلك المنى يلحقه نسبه وما قال ذلك أحد " ¹

وبعد ما تطرقنا لأقوال الفقهاء نخلص إلى أنه إذا إستدخل ماء الزوج لزوجته وهي تعلم ذلك يعتبر أمر مسموح لا حرمة فيه ويثبت نسب الولد لأمه وأبيه، أما إذا كان هذا الإستدخال بماء رجل أجنبي لا تربطه صلة زواج بالمرأة فيتربط عليه الإثم ومنه فإن التلقيح الإصطناعي هو ما عبر عنه الفقهاء سابقا وجسده الأطباء في وقتنا الحالي بعدما أصبح واقعا ملموسا نتيجة الإنتشار المخيف لحالات العقم التي تمس كلا الزوجين وإنتشار بعض الأمراض .

الفقرة الثانية: التعريف القانوني للتلقيح الاصطناعي

لم تتطرق المنظومة القانونية في البلدان العربية سابقا لتعريف التلقيح الإصطناعي بل إكتفت بالإهتمام بالجانب الشرعي نظرا لحساسية الموضوع من الناحية الدينية وما يترتب عليه من حرمة المساس بالجسد الإنساني رغم الضجة التي أثارها موضوع التلقيح الإصطناعي والتي شملت الأفراد عامة والأطباء خاصة فنجد أنها أحاطت بالأطباء وخاصة المسؤولين عن الإنجاب وعدمه في الدول الأوروبية المختلفة كما قد أحاطت بالمشروع والفقهاء القانوني وذلك لحل المشاكل التي تثار عند اللجوء إلى الإنجاب الصناعي سواء كانت هذه المشاكل خاصة بالمرأة صاحبة البويضة أو بالرجل صاحب السائل المنوي أو بالطبيب الذي قام بإجراء هذه العملية وأخيرا بالمركز الذي تمت إجراء العملية فيه .

والملاحظ أن معظم المشاكل التي يثيرها الإنجاب الصناعي هي مشاكل قانونية من شأنها المساس بالدعائم التقليدية للبنوة (Filiation) والمساس بالوحدة البيولوجية (L'unite biologique) للأسرة وفي مواجهة هذا التقدم يخشى بعض الفقهاء أن يكون القانون قد وقف جامدا، ² هذا ما دفع المشرع الفرنسي للمبادرة بوضع تعريف للإنجاب الصناعي وإن أطلق عليه " لفظ المساعدة الطبية " وذلك في القانون المتعلق باستخدام منتجات الجسد والمساعدة الطبية للإنجاب الصناعي الصادر في 30 جويلية 1994 م.

¹ الصادق الحسني (شادية) مرجع سابق، ص 05 .

² حسين (هيك)، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشرعية الإسلامية - دراسة مقارنة - دار الكتب القانونية مصر، 2007، (د. ط)، ص 116 .

وتنص المادة 152 / 1 من هذا القانون على أن: " المساعدة الطبية للإنجاب يعني بها الممارسة للطب التطبيقي والبيولوجي الذي يسمح بالحمل في بيئة مصطنعة ونقل الأجنة والتلقيح الصناعي هو كل تقنية لها أثر معادل تسمح بالإنجاب خارج العملية الطبيعية " ¹

وتبين لنا من خلال هذا النص أن المشرع الفرنسي استخدم عبارة المساعدة الطبية للإنجاب (للدلالة عن التلقيح الإصطناعي البشري) وأن هذه العملية تكون خارج العلاقة الطبيعية المعهودة لكن بالرجوع للتعريف في اللغة العربية نجده يتضمن صورة واحدة فقط له وهي التي تتم بين زوجين تربطهما علاقة شرعية لإستحالة الإخصاب وأغفل ذكر باقي الحالات التي قد يكون فيها الزوج عقيما غير قاد على الإخصاب أو حالة عقم الزوجة .

وبعد ما توضحت الرؤية عن هذه التقنية المساعدة على الإنجاب زال السكوت المطلق الذي كان يمس المنظومة التشريعية للدول العربية بتفطن المشرع الليبي وإصدار قانون رقم 175 لسنة 1972 م والمتضمن إضافة مادتين إلى قانون العقوبات الليبي يجرم فيهما عملية التلقيح الصناعي كما فرضت عقوبات صارمة لكل من قام بذلك سواء كان تلقيح المرأة تحت تهديد وخداع أو تمت عملية التلقيح برضاها معتبرا أن تلقيح النساء صناعيا أمر يتنافى مع تقاليد وأخلاق مجتمعنا الإسلامي ² وبعده المشرع التونسي في القانون رقم 93 لسنة 2001 م المتعلق بالطب الإنجابي والذي حصر إمكانية اللجوء إلى هذه التقنية في علاقة الزواج فحسب ³ كذلك لم يضع التشريع الجزائري تعريفا للتلقيح الاصطناعي واختار أن يحصر هذا الموضوع بعد تعديل قانون الأسرة في 27 فيفراير 2005 م بموجب الأمر 05-02 في نص المادة 45 مكرر فقط، لكن بعد صدور قانون رقم 18 - 11 المؤرخ في 18 شوال عام 1439 الموافق لـ 2 يوليو 2018 والمتعلق بالصحة عرفت المادة 370 منه: " المساعدة الطبية على الإنجاب أنها نشاط طبي يسمح بالإنجاب خارج المسار الطبيعي، في حالة العقم المؤكد طبيا وتتمثل في ممارسات عيادية وبيولوجية تسمح بتنشيط عمليات الإباضة والتلقيح بواسطة الأنابيب ونقل الأجنة والتخصيب الإصطناعي " ⁴

¹ Loi n° 94 -654 du 29 juillet 1994 «relative au don et l'utilisation des éléments et produit du corps humain à l'assistance médicale ,à la procréation et du diagnostic prénatal ; J .O. R .F n°175 du 30 juillet 1994.

² قانون رقم 175 المؤرخ في 07 ديسمبر 1972 م، المتضمن تعديل قانون العقوبات الليبي، الجريدة الرسمية للجماهير الليبية العدد 61، بتاريخ 23 ديسمبر 1972 م .

³ بلبشير (يعقوب)، عمور (محمد طيب)، إشكالية نسب الطفل الناتج عن التلقيح الإصطناعي خارج العلاقة الزوجية - دراسة مقارنة - الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، المجلد 12، العدد 02، جامعة حسيبة بن بوعلي بالشلف، الجزائر، 2020 م ص224 .

⁴ قانون رقم 18-11 مؤرخ في 18 شوال عام 1430 الموافق 2 يوليو سنة 2018 يتعلق بالصحة .

والملاحظ أن المشرع الجزائري إستعمل مصطلح المساعدة الطبية على الإنجاب بدلا من التلقيح الصناعي من خلال قانون رقم 11/18 المتعلق بالصحة ليكون التعريف أشمل حيث أدرج تحت مفهوم المساعدة الطبية على الإنجاب كل التقنيات المتعلقة بعملية التلقيح الإصطناعي وكذلك جميع الممارسات سواء كانت عيادية أو بيولوجية أو حتى علاجية فقط .

الفقرة الثالثة: التطور التاريخ للتلقيح الاصطناعي

مرت عمليات التلقيح الصناعي بتطورات رهيبة ومتسارعة ولم تكن بالمعجزة فقد فطن العقل البشري منذ مئات السنين إلى احتمال حدوث حمل المرأة بغير ملامسة الرجال، كأن تستدخل المرأة المني في فرجها.

فقدما كانت نساء بعض القرى البدائية تستخدم أمر (الصوفة) وهي قطعة من الصوف يوضع فيها السائل المنوي وتعطى للمرأة من الدجالين حتى تضعها في فرجها فترة من الزمن معتقدة أنها تأخذها من يد مباركة لإزالة العقم وأنه يحدث لها الحمل إذا ما إتصل بها زوجها، ويحدث الحمل غالبا عن طريق الحيوانات المنوية التي كانت في الصوفة وهي محتفظة بحيويتها¹.

لكن قد تتعرض هؤلاء السيدات لأمراض جنسية، كالسيلان والزهرى وانتقالها بطريقة وراثية إلى الطفل المولود، ويقمن معظم السيدات بهذه الإجراءات خفية عن أزواجهن رغبة منهن في إنجاح علاقتهن الزوجية بإنجاب الأطفال والتفادي من الزواج عليهن ووراثتهن لأزواجهن بعد الوفاة².

وقد عبر عنه الفقهاء قديما لكن ليس تحت عنوان التلقيح الإصطناعي بل إهتموا بثبوت النسب والعدة وإلحاق الولد وعرفوا التلقيح الإصطناعي لكن ليس بالمسمى المعروف حاليا³.

ويرى البعض أن تقنية التلقيح الإصطناعي ترجع إلى القرن الرابع عشر إذ كان بعض العرب يلحقون خيولهم للحصول على أجودها وكانت أول محاولة تلقيح حيوان على يد البيولوجي الإيطالي (سبالان زاني)

¹ أجويد (أحمد)، التلقيح الإصطناعي وإثبات النسب، مجلة الميادين - مجلة الدراسات العلمية في حقول المعرفة الحقوقية والإقتصادية، العدد 03، جامعة محمد الأول كلية التعاون القانونية والإقتصادية والإجتماعية بوجدة، 1988 م، ص 177 .

² محمد المرسي (زهرة)، الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية - دراسة مقارنة - (د.د)، الكويت، 1992-1993 م (د.ط)، ص 25. أنظر منير رياض حنا، الأدلة المادية في الإثبات من واقع الخبرة الفنية للطب الشرعي الأساليب العلمية والفنية المستخدمة في فحص وتحقيق الأدلة في المواد المدنية والشرعية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2015 م، ط 1، ص 490 .

³ مجيد دفار (العماري)، الحماية الجزائية الموضوعية للتلقيح الصناعي البشري، دراسة مقارنة، العدد 37، 2018 م، كلية القانون، جامعة بابل، ص 386 .

عام 1781 م التي أجريه على أنثى كلب¹ وانتقل التلقيح إلى النبات وإمتاز بنجاح كبير حيث نتج عن هذا التلقيح أنواع من النباتات كان الإنسان يرغب في الحصول عليها الشيء الذي دفعه لإجراء مثل هذه التجارب على الإنسان² وفي سنة 1799 تمت أول عملية حمل عن طريق التلقيح الإصطناعي والتي قام بها الدكتور (الإنجليزي جون هنتر) وكان أصل الجنين (الحيمن والبويضة) من زواج شرعي قائم وقد أجازته الكنيسة وقتها، فتم تلقيح الزوجة من ماء زوجها الذي يحمل عاهة وراثية وتكون أول حمل ناتج عن عملية التلقيح وفي سنة 1884 م ونتيجة التطور المذهل لعملية التلقيح الإصطناعي تم إجراء أول عملية تلقيح صناعي على امرأة بغير نطفة زوجها³ إلى أن أصبحت الفكرة أكثر تطورا في عام 1944 حيث فضل العلماء إجراء التلقيح خارج رحم المرأة وإجراءها في أنبوب الاختبار وإعادة البويضة إلى رحم المرأة التي أخذت منها وإلى غيرها من النساء .

أما في عام 1953 تم التلقيح بواسطة حيوانات منوية مجمدة ومن هنا إنطلقت فكرة إنشاء بنوك الأجنة.⁴ وبعدها استطاع العالمان باتريك ستبتو (patrick steptoe) وروبرت ادواردز (robert edwards) عام 1971 م من إبقاء اللقاح حيا لأكثر من ثلاثة أيام، وبعد تخطي عقبة تحضير الرحم لإستقبال اللقاح (الجنين) التي دامت سبعة أعوام، تحقق نجاح التجربة في تاريخ 25 يوليو 1978 بإنجلترا بولادة أول طفلة عن طريق الإخصاب الصطناعي في العالم (لويز براون) التي سمية بطفلة الأنبوب للسيد (جلبرت جون براون) وزوجته السيدة (ليزي براون) اللذان مضى على عقمهما تسع سنوات⁵.

ولم تتوقف الأبحاث عند هذا الحد بل تم تلقيح حيمن ذكري للزوج خارجيا ببويضة لإمرأة متبرعة ثم نقل الجنين إلى رحم الزوجة عام 1983 م وبعد مرور سنة أي في 1984 ولدت أول طفلة أسترالية من جنين مخصب مجمدة تسمى (زوي)⁶

¹ أحمد محمد لطفي (أحمد)، التلقيح الصناعي بين أقوال الأطباء وأراء الفقهاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006 م ط 1، ص 52 .

² شلتوت (محمود)، الفتاوى دراسة لمشكلات المسلم المعاصر في حياته اليومية العامة، دار الشروق، القاهرة، 2004 م، ط 18، ص 326 .

³ تشوار (جيلالي)، الزواج والطلاق تجاه الإكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، (د.د.)، (د.ت.)، (د.ط.)، ص 93 .

⁴ مصباح (عبد الهادي)، الإستنساخ بين العلم والدين، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، 1998 م، (د.ط.)، ص 27 .

⁵ حسين (هيكل)، مرجع سابق، ص 114 .

⁶ إفرودة (زبيدة)، التلقيح الإصطناعي دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الهدى، عين مليلة - الجزائر، 2010 م، (د.ط.)، ص 18 .

و نقلا عن مجلة التايمز الأمريكية في 10 ديسمبر 1984 إنضم إلى نادي أطفال الأنابيب عشرات الأطفال حتى جاوز الرقم في نهاية العام حوالي 1000 طفل أنبوب من بينهم 56 توائم ثنائية و 8 توائم ثلاثية وإثنان توائم رباعية وعرفت المراكز إنتشارا واسعا .

وهكذا فتحت الأبواب وبدأ عهد جديد في إحداث طرق جديدة في الإستيلاد وانتشرت مراكز أطفال الأنابيب في معظم عواصم العالم ومن مختلف بقاع الأرض من بلاد غربية وعربية وإسلامية ولكن كلها مراكز تجارية بحثة بعيدة عن إشراف الدولة وعن المراقبة .¹

ولقد ترجمة صحيفة عربي 21 تقريراً صادراً عن صحيفة التايمز مفاده أن الجهات الطبية صارت تتصح النساء الراغبات في الحمل عن طريق التلقيح الصناعي بالإبتعاد عن السكر والمحليات الصناعية، وقد أشارت دراسة علمية إحتمال تأثير المشروبات المخصصة للحمية والمحتوية على المحليات الصناعية على البويضات والتقليل من خصوبتها أكثر من تلك المحتوية على السكر العادي .

كما ذكرت أن الأطباء في "ساو باولو" في البرازيل قاموا بدراسة عادات الشرب لدى 524 أنثى تخضعن لعلاج التلقيح الصناعي فتبين أن فرص الحمل لدى النساء اللواتي يتناولن السكر العادي هي 39 % أما النساء اللواتي يتناولن السكر والمحليات ففرص الحمل لديهن أقل من الطبيعي بـ 10 % وعن دراسة قدمت في مؤتمر سنوي للجمعية الأمريكية لطب الإنجاب في مدينة "سولت سيتي" في ولاية "يوتا" حذرت من مخلفات المبيدات الحشرية المستخدمة على الخضار والفواكه فقد تكون لها آثار سلبية على فرص الحمل والأمر نفسه توصل إليه الباحثون في جامعة "هارفارد" إلى أن الساعات إلى الحمل عن طريق التلقيح الصناعي اللواتي يتناولن المزيد من الأطعمة المحتوية على الكيماويات الزراعية يحضين بفرص ولادة أقل بنسبة الثلث ممن يأكلن كمية أقل من تلك الخضر والفواكه .

وقد نصح البروفيسور (آدم بالن) من جمعية الخصوبة البريطانية كونه أستاذ طب الإنجاب في جامعة "ليدز" النساء بالتخفيف من مشروبات الحمية والسكر إن كن يرغبن في الحمل ويجب على الأزواج رجالاً ونساء الذين يسعون للإنجاب أن يدركوا أهمية التغذية الصحية .²

¹ سناء (عثمان الدبسي)، الإجتهد الفقهي المعاصر في الإجهاض والتلقيح الصناعي، منشورات الحلبي الحقوقية، (د.م)، (د.ت) (د.ط)، ص 162.

² بلال (ياسين)، التايمز: هل تأثر المحليات الصناعية على الخصوبة، صحيفة عربي 21، بتاريخ: 2016/11/17 م، في <https://arabi21.com> رابط م، 2019/09/22

الفرع الثاني: أسباب وشروط اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي

عرفنا فيما سبق أن الإنجاب الصناعي هو مجموعة العوامل الهادفة إلى وضع البذور الذكرية والأنثوية معا في ظروف ملائمة بغرض الإندماج¹ فالتلقيح الصناعي يعالج بصوره المختلفة ضعف الخصوبة لدى كل من الرجل والمرأة دون العقم، فلا علاج له مصداقاً لقوله تعالى: ﴿لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنثًا وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذَّكَرَ ۚ أَوْ يَزْوَجُهُمْ ذُكْرَانًا وَإِنثًا وَيَجْعَلُ مَنْ يَشَاءُ عَقِيمًا إِنَّهُ عَلِيمٌ قَدِيرٌ ۝٢﴾² فلا علاج له إلا بقضاء الله سبحانه وتعالى، هناك أسباب وشروط متعددة للتلقيح الاصطناعي سوف نتطرق إليها في الفقرتين الموالتين:

الفقرة الأولى: أسباب التلقيح الاصطناعي ومبرراته .

الفقرة الثانية: شروط التلقيح الاصطناعي .

الفقرة الأولى : أسباب التلقيح الاصطناعي ومبرراته

قد لا تتحقق الغاية التي يصبو إليها كل من الزوجين بعد الزواج وهي تحصيل النسل نتيجة لعوائق مرضية تحول دون ذلك ، ترجع أساسا إلى تعدد وتشعب أسباب العقم³ سواء عند المرأة أو الرجل فقد تكون المرأة غير قادرة على الإنجاب بسبب إصابتها بعقم أولي وهو عقم أمراض غددية أو هرمونية أو لعدم نضوج الأعضاء التناسلية أو لأسباب تكوينية ، كما قد تكون مصابة بعقم ثانوي وهو عقم يصيبها بعد إنجابها طفل أو طفلين أو بعد تعرضها للإجهاض⁴، وترجع أسبابه إلى مضاعفات الولادة خاصة إذا

¹ رضا (عبد الحليم)، النظام القانوني للإنجاب الصناعي، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، 1996 م، ص 13 .

² سورة الشورى الآيتين: 49 - 50 .

³ العقم لغة: هو القطع، ويقال عقت مفصله، وداء عقام لا يقبل البرء ورحم معقومة أي مسدودة لا تلد والريح العقيم هي التي لا يكون معها لقح أي لا تمطر والجمع عقائم، والعقيم المرأة التي لا تلد، والرجل عقيم ومعقوم، وعليه فإن العقم مثلما يصيب المرأة فهو يصيب الرجل . أنظر (ابن منظور)، لسان العرب، من إصدارات وزارة الشؤون الدينية، المملكة العربية السعودية، (د.ت)، (د.ط)، ج 15، فصل العين - حرف الميم، ص 307 . أنظر أيضا جاهين محمود سعد (إبراهيم)، أطفال الأنابيب بين الحظر والإباحة وموقف الفقه الإسلامي منها، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، جامعة القاهرة، 2005 م، ص 30 .

⁴ عرف الإجهاض على أنه: (ما ألقت المرأة من الحمل) وجاء في لسان العرب في مادة: (أجهضت) أجهضت الناقة إجهاضا، أي ألقت ولدها بغير تمام، ويقال للمولود: مجهض إذا لم يستتب خلقه، وقيل الإجهاض هو: السقط التي تم خلقه ونفخ فيه الروح من غير أن يعيش . أنظر (ابن منظور)، لسان العرب، ج 8، ص 94 . ويأتي الإجهاض على عدة معان كالإلقاء والطرح والإنزال والإنلاق، وهذا التعريف اللغوي يقترب من تعريف الطب، وذلك أن الجنين عند الأطباء في الشهور الأخيرة من الحمل يكون قابلا للحياة إذا انفصل عن أمه، فيعرفونه بأنه: (طرح محصول الحمل قبل أن يكون قابلا للحياة خارج الرحم) ويعتبر الطب كل نزول لمحتويات الرحم - في الفترة ما بين 22 إلى 38 أسبوعا ويكون وزنه أقل من خمس مئة غرام - هو جنين قابل للحياة يحتاج لعناية طبية جيدة

كانت ولادة عسيرة ونتج عنها أنزفة حادة وتمزقات، وإلى الحميات النفاسية، والإلتهابات التي تصيب الرحم والنفيدين كالأمراض الزهرية وأمراض الحمى الباطنية، ويغض النظر عن نوع العقم يمكن جعل الأسباب التي تستدعي اللجوء إلى التلقيح الإصطناعي عند المرأة كوسيلة من وسائل علاج آثار العقم هي:

1. قفل الأنابيب الموصلة للمبيض بالرحم وفشل عمليات فتحها .
 2. إنقباض عضلات الرحم أثناء عملية الجماع .
 3. إنقلاب الرحم .
 4. إذا كان المهبل شديد الحموضة بحيث يقتل الحيوانات المنوية ¹.
 5. وجود أجسام مضادة في جسم المرأة تقتل الحيوانات المنوية أو وجود إفرازات كثيفة في عنق الرحم تعيق ولوجها .
 6. امتناع تلاقي بذور الإنجاب الذكرية والأنثوية معا بالطريق الطبيعي على الرغم من توافر الإمكانيات الإنجابية للمرأة، وذلك بوجود مبيضاها في حالة سليمة قادرا على إفراز البويضات والرحم سليم ومهيأ لحمل الجنين ².
- لقد كشف الطب الحديث عن وجود حالات يكون فيها سبب العقم متعلقا بالرجل، عكس ما كان معتقدا سابقا في تحميل الزوجة وحدها مسؤولية عدم الإنجاب، وترجع أسباب العقم عند الرجال والتي تستدعي اللجوء إلى التلقيح الإصطناعي: ³
- ❖ إصابة الخصي بأمراض كانهدامه كليا أو احتجازه في البطن وعدم نزوله إلى الصفن أو هجرته .
 - ❖ إصابة المسالك التناسلية كانهدام حبلني مني التهابات الحويصلات المنوية والبروستات .
 - ❖ عدم حصول الإلقاح لإنعدام القذف أو العجز الجنسي أو سرعة الإنزال ⁴.
- إذ هذه الأمراض البدنية لا تعد وحدها المتسببة في العقم، فقد يرجع هذا الأخير لعوامل نفسية تتجلى خصوصا في وجود نوع من الزيجات غير المتجانسة سيكولوجيا أو بدنيا بسبب التنافر الزوجي أو لوجود أجسام مضادة في المرأة، والتي يعبر عنها بالمناعة ضد الرجل ¹.

– ويسمى خديجا – لذلك يرفض الأطباء اعتبار إنزال الجنين في تلك المرحلة إجهاضا، ويرون أن التسمية الصحيحة لذلك الفعل هي عملية ولادة قبل الأوان . أنظر عمر بن محمد (غانم)، أحكام الجنين في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 111 وما بعدها .

¹ حسيني (هيكل)، مرجع سابق، ص 122 .

² محمود سعد (شهن)، أطفال الأنابيب بين الحظر والإباحة وموقف الفقه الإسلامي منها، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010 م، ط1، ص 126 .

³ سبيرو (فاخوري)، العقم عند الرجال والنساء أسبابه وعلاجه، دار العلم للملايين، (د. م) 2002 م، (د . ط)، ص 36 وما بعدها .

⁴ زياد سلامة (أحمد)، مرجع سابق، ص 35 .

إنطلاقا مما تقدم نجد أن هناك أسبابا عديدة تحول دون الحمل فمنها ما هو عائد إلى الزوجة ومنها ما هو عائد إلى الزوج ومنها ما هو متعلق بهما معا، لهذا حاول الأطباء اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي كحل للمشاكل الناجمة عن العقم لدى الزوجين .

بالإضافة إلى الأسباب توجد عدة مبررات تقود الأشخاص غير القادرين والراغبين في الإنجاب للجوء إلى الإخصاب الصناعي ومن المحتمل حدوث الحمل وتحقيق رغبة الزوجين في الإنجاب ، كما توجد العديد من المشاكل التي قد تنتج عن عمليات التلقيح الاصطناعي وتتمثل المبررات العامة للجوء إلى الوسيلة محل البحث في الآتي:

- يعمل على معالجة المشاكل الزوجية التي تخلق بسبب عدم قدرة أحد الزوجين أو كلاهما على الإنجاب بسبب خلل في الجهاز التناسلي فور الزواج .
- يتم اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي لمعالجة بعض حالات العقم وسد ثغرة لحالة إجتماعية ونفسية قد تتعرض بسببها ملايين الأسر للإنهيار والزوال وبالتالي تصدع المجتمع .
- تجرى عملية التلقيح الاصطناعي أحيانا لأغراض تحسين النسل والوقاية من الأمراض الوراثية التي تنتقل من جيل إلى آخر .
- يعد الإخصاب الصناعي بمثابة ضرورة إجتماعية في بعض الظروف الإستثنائية التي تتعرض لها البلاد كالحروب والزلازل والفيضانات التي تؤدي إلى وفاة العديد من الأشخاص مما يجعل الدولة تحت الأفراد على الإستمرار في الإنجاب الطبيعي واللجوء إلى وسائل الإنجاب الصناعي أيضا ².
- أما المشكلات الناتجة عن عمليات التلقيح الاصطناعي فبالرغم من تسجيل التلقيح الاصطناعي لنسب نجاح مقبولة لم تكن متاحة من قبل إلا أنه يمكن أن يخلق بعض المشاكل نذكر منها ما يلي:

- مصاحبة المبيضين ما يسمى " متلازمة الإثارة الزائدة للمبيض (Qvarin Hyperstimulation syndrom) الناتجة عن عملية إثارة المبيضين بالعقاقير لزيادة البويضات مما يسبب إرتفاع مستوى هرمون الإستروجين في الدم والتضخم البسيط في حجم المبيضين وقد يصاحبها اضطرابات في الجهاز الهضمي كما قد تتعرض المريضة لاستسقاء في الصدر والبطن أو تعرضها للجفاف والفشل الكلوي والجلطات .
- إخفاق بعض عمليات التلقيح بالرغم من التكلفة العالية، حيث لازالت عملية الإنجاب يكتنفها الغموض في بعض المراحل .

¹ تشوار حميدو (زكية)، حكم وسائل الحمل المعاصرة في ضوء الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، العدد 1، الجزء 40، 2003 م، ص 26 .

² حسيني (هيكل)، مرجع سابق ص 123 - 124 .

- تعرض المقبلات على التلقيح لبعض المخاطر المصاحبة للعملية كالتخدير وزيادة تركيز الهرمونات في الدم لفترة طويلة .
- زيادة حالات فقدان الجنين الناتجة عن الإجهاض والحمل خارج الرحم والتوائم والولادة المبكرة¹.

الفقرة الثانية : شروط اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي

بعدما كان الإنجاب ينحصر في مفهوم الطبيعي فقط، عرفت العلوم الطبية الحديثة تقنية التلقيح الاصطناعي كوسيلة استثنائية مساعدة على الإنجاب وبفضله أصبح من الممكن معالجة العقم .

وقد نصت المادة 41 من قانون الأسرة على أنه: " يُنسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً وأمكن الإتصال، ولم ينفه بالطرق المشروعة " إلا أن عبارة " وأمكن الإتصال " لا تنفي وجود طرق حديثة يلحق بها نسب الابن لأبيه إذ العبرة بحمل المرأة من مني الأب ذاته، بغض النظر عن الوسيلة التي أدت إلى ذلك .

ونظراً لتماشي مسألة التلقيح الاصطناعي ومقاصد الشرع، كونه يهدف إلى تحقيق أكبر مقاصده، وهي الذرية، فلا مجال للتشكيك في النسب ومدى شرعيته .

غير أن اللجوء لهذه الوسيلة يتطلب توافر جملة من الشروط القانونية والضوابط الشرعية، منها ما يتعلق بالعمل الطبي (أولاً) ومنها ما يتعلق بالمستفيدين من العملية (ثانياً) .

أولاً: الشروط الخاصة بالعمل الطبي

سوف نتناول مجموعة من الشروط الشكلية الواجب توافرها قبل القيام بالعملية وهي:

1- ضرورة الترخيص الإداري

2- ضرورة إشراف لجنة طبية على العملية

1 - ضرورة توافر الترخيص الإداري:

حرصت الكثير من التشريعات في العالم على نجاح عمليات الإخصاب الصناعي وربطت هذا النجاح بضرورة توافر الترخيص الإداري للمراكز المتخصصة في هذا المجال الطبي، كونها تتعلق بجسد الإنسان وحرمة بل هناك بعض التشريعات أعطت صلاحية إجراء عمليات التلقيح للمؤسسات الإستشفائية العامة فقط، وهذا راجع للإمكانيات العلمية والمادية الكبيرة التي تتطلبها هذه العملية والعمل بكفاءة واقتدار

¹ منير (رياض حنا)، مرجع سابق، ص 494 .

وتوفير وسائل علمية متطورة من الصعب أن تتوفر لدى المؤسسات الإستشفائية الخاصة ولضمان السير الحسن لهذه العملية وتحقيق أعلى نسبة من النجاح.¹

يجب التفريق بين أنواع التلقيح فإذا كانت العمليات تدخل ضمن التلقيح الداخلي فيمكن للمؤسسات الخاصة أن تقوم بإجرائها، أما بقية العمليات كالتلقيح الخارجي وطرق التحكم في جنس الجنين وتحسين النسل فإنها تقع على عاتق المؤسسات الإستشفائية العامة نظرا لخطورتها وهو ما أشار إليه التشريع السويدي من خلال نص المادة 03 من قانون 711 لسنة 1988 المتعلق بالإخصاب خارج الأرحام، وكذا التشريع الفرنسي في نص المادة 184 فقرة 1 من قانون الصحة العامة الفرنسي المضافة بالمادة 11 من قانون الإنجاب الصناعي عام 1994 م.²

كما نص المشرع الإنجليزي على هذه الشروط في المواد من 12 إلى 15 والتي نصت على تحديد نطاق المؤسسات المخول لها إجراء عمليات التلقيح بالإضافة إلى تعيين كفاءات مطلوبة لكل طرف في هذه العملية .

وفي نفس السياق أورد المشرع الإسباني في نص المادتين 32 و 37 من قانون الصحة العامة عقوبة لكل عمل تقوم به هذه المؤسسات دون الحصول على ترخيص بذلك³ هذا فيما يخص الدول الأوروبية لكن بالرجوع إلى المشرع الجزائري نجده قد حدد من خلال نص المادة 372 من قانون الصحة رقم 11/18 لسنة 2018 " أن تتم الأعمال العيادية والبيولوجية العلاجية المتصلة بالمساعدة الطبية على الإنجاب في مؤسسات أو مراكز أو مخابر يرخص لها من طرف الوزير المكلف بالصحة بممارسة ذلك كما تحدد الأعمال العيادية والبيولوجية العلاجية المتصلة بالمساعدة الطبية على الإنجاب وكذا كفايات الترخيص لهذه المؤسسات والمراكز والمخابر، عن طريق التنظيم"⁴ .

وحسن ما فعل المشرع الجزائري فقد جاء بمسائل تفصيلية أكثر لم يتناولها في نص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة

¹ حسيني (هيكل)، مرجع سابق، ص 145 .

² يفرق المشرع الفرنسي في هذا الخصوص بين التدخل الطبي والنشاط البيولوجي حيث خصص للأولى المؤسسات الصحية العامة أو الخاصة ماعدا التلقيح الداخلي بين الزوجين حيث يمكن أن يمارس في عيادة خاصة أما النشاط البيولوجي فلا يمكن القيام به إلا في المؤسسات الصحية العامة وهو ما نص عليه بنص المادة 184 من قانون الصحة العامة معدلة بالمادة 11 من قانون 1994 .

³ رضا عبد الحليم (عبد المجيد)، النظام القانوني للإنجاب الصناعي، دار النهضة العربية، مصر، 1996 م، ط1، ص 440 وما يليها .

⁴ قانون رقم 11/18 المتعلق بالصحة .

والمفهوم من تفصيله في الإجراءات أنه لا يمكن اللجوء إلى أي مؤسسة للقيام بالتلقيح الإصطناعي بل أوجب على الراغبين فيه التوجه إلى مؤسسات ومراكز ومخابر تعينها السلطة المختصة بذلك وهو ما غاب عن هذا التعديل، في انتظار أن تضع وزارة الصحة قائمة بأسماء المستشفيات والمراكز الصحية المخول لها القيام بمثل هذه العمليات

ومع ذلك تستوجب بعض التشريعات خضوع هذه المراكز الصحية عامة كانت أو خاصة لمجموعة من الشروط قصد القيام بعملية التلقيح الإصطناعي أهمها:

✓ أن تتم العملية من قبل ممارسين معتمدين لهذا الغرض ويكون عادة فريق طبي بيولوجي متخصص وذو كفاءة عالية .

✓ أن تتوفر كل الإمكانيات العلمية والمادية وذلك بتجهيز المراكز بأحدث المعدات التقنية لأجل تحقيق نسبة نجاح عالية .

✓ أن تخضع المؤسسات لمراقبة المصالح المختصة (قانون الصحة العامة) وإلزامها بإرسال تقرير سنوي عن نشاطها .¹

✓ أن تراع قواعد الممارسات الحسنة والأمن الصحي وهو ما جاء في نص المادة 373 من قانون الصحة لسنة 2018 " يجب أن يتم تنفيذ المساعدة الطبية على الإنجاب مع مراعاة قواعد الممارسات الحسنة والأمن الصحي في هذا المجال، المحددة عن طريق التنظيم

تخضع المؤسسات التي تمارس المساعدة على الإنجاب لمراقبة المصالح الصحية المختصة، ويتعين عليها إرسال تقرير سنوي عن نشاطها إلى السلطة الصحية المعنية "

✓ أن تقرر جزاءات مناسبة في حالة مخالفة هذه الشروط في قانون الصحة وقانون العقوبات وهو ما عمل به المشرع الجزائري في المادتين 434 و 435 من قانون الصحة لسنة 2018 م.²

ومع هذا تبقى آمال الأزواج معلقة على المراكز الخاصة بالرغم من تكلفة العملية والتي تقدر ب 22 مليون سنتيم منها 10 ملايين للأدوية والهرمونات التي يتم تعاطيها بشكل مستمر فترة العلاج، بالإضافة إلى حصص العلاج والمتابعة اليومية للمرأة مما يدفع بالعديد منهم إجراء عمليات التلقيح خارج الوطن

¹ حسيني (هيك)، النظام القانوني للإنجاب الصناعي، مرجع سابق، ص 145، أنظر إقروفة (زبيدة)، التلقيح الإصطناعي، مرجع سابق، ص 44، أنظر النحوي (سليمان)، التلقيح الصناعي في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية والقانون المقارن، مرجع سابق، ص 99 .

² قانون رقم 11/18 المتعلق بالصحة .

على غرار تونس وتركيا وأوروبا ، بسبب التكاليف الباهضة من جهة ولإجراء العملية في سرية تامة من جهة أخرى إذ تجددهم شديداً التحفظ ولا يتم الكشف عن هذا الأمر إلا للمقربين¹.

لكن يبقى العامل الرئيسي في اللجوء إلى المؤسسات الخاصة بغرض القيام بالتلقيح الاصطناعي ، هو إفتقار أغلب المستشفيات العمومية الجزائرية لمراكز مخصصة للتلقيح الذي يعتبر حل بديل للقضاء على مشكل العقم فمن خلال بحثنا عن عدد المؤسسات التي تقوم بالإخصاب الصناعي تفاجئنا بوجود سبعة مراكز فقط موزعة على القطر الوطني حيث ثلاثة منها بالجزائر ومن بينها مؤسسة (نفيسة حمود) والواقعة (بحسين داي) بالجزائر العاصمة ومؤسسة (حسيبة بن بوعلي) بالبلدية متخصصة في المساعدة على الإنجاب والتي تعد الثانية من نوعها على المستوى الوطني، وواحد بكل من قسنطينة وعنابة وإثنين بوهران، وهذا راجع لعدة أسباب أهمها الميزانية الضئيلة التي تفوق قدرة المستشفيات على إنشاء هذه المراكز كونها تتطلب ميزانية معتبرة جدا²

2 - ضرورة إشراف لجنة طبية متخصصة على العملية:

يعد هذا الشرط جوهريا للقيام بعملية التلقيح فلا يمكن لأي مؤسسة صحية إجراء عملية التلقيح الاصطناعي إلا بإقرار ومصادقة لجنة طبية يكون لها مطلق الحرية في اتخاذ هذا القرار وذلك بعد دراسة الحالة الصحية لطالبي التلقيح لتفادي ما قد يحدث من انحرافات تعرقل الدور التي شرعت من أجله .

ويعتبر التشريع الفرنسي السابق إلى ذلك من خلال نص المادة 152 / 10 من القانون رقم 653 لسنة 1994 م التي ألزمت الطبيب بتبصير الزوجين بكل ظروف العملية ، كما أوجبت عليه التأكد من نية الزوجين ودوافعهما للجوء إلى هاته الوسيلة لما لهم من بدائل مشروعة للحصول على الأبناء ومنها نظام التبني .

هذا ما أدى بالمشروع الفرنسي للقيام بتعديل قانون الصحة العامة وأصدر مرسوم رقم 925 لسنة 1999 م الذي نص بموجب المادة 152 / 5 مكرر 9.8 على اختصاص رئيس المحكمة أو من يفوضه تلقي طلبات التلقيح وإصدار التصريحات بإجرائها وفقا للتقييم المقدم من طرف الأطباء وبالتالي أوجب إتباع الإجراءات التالية:

¹ القطعة (عائشة)، مراكز التلقيح الاصطناعي تكاليف باهضة ونسبة نجاح ضئيلة، المشوار السياسي، بتاريخ 27-12-2017 في

رابط 2019-10-19 <https://www.alseyassi-dz.com>

² البلدية: دخول وحدة المساعدة على الإنجاب حيز الخدمة نهاية السنة، نشر بتاريخ 1 - 03 - 2019 في 19-10-2019، رابط

www.sudhorizons.dz

1- تقديم طلب كتابي للجنة الطبية المتخصصة، وبعد عرض ذلك تقوم اللجنة بإجراء مقابلة مع الزوجين لتتأكد من الدوافع الحقيقية لإجراء التلقيح، وهذا بعد عرض الزوجين على لجان طبية من عدة تخصصات لدراسة الحالة النفسية والصحية والاجتماعية لهما وبناءا على ذلك تقوم اللجنة باتخاذ القرار المناسب.¹

2- تخصيص ملف كامل لكل حالة يشتمل على جميع البيانات المتعلقة بالزوجين، ومحتوى المقابلة وقرار اللجنة النهائي سواء كان بالقبول أو بالرفض، وفي حالة قبول الطلب فلا يتم القيام بعملية التلقيح إلا بعد مرور مدة شهر قابلة للتמיד من تاريخ موافقة اللجنة والحكمة من ذلك هو إعطاء فرصة للزوجين لإعادة التفكير في طلبهما فقد يصادفهم حلا بديلا عنها، كما قد تظهر مستجدات تجعل اللجنة تعيد النظر في قرارها كون العملية تحتاج لدقة كبيرة وذلك بتغيير الوسيلة ذاتها أو تأجيل العملية لوقت آخر .

3- وضع سجلات تدون فيها البيانات الخاصة للزوجين، والفريق الطبي المعالج، والمساعدين حيث يتم تسجيل كل المعلومات الشخصية والعلاجية بالإضافة إلى تكاليف العملية وتاريخ إجرائها ونوع التلقيح ويتم حفظها في الأرشيف للجوء إليها في حالة وقوع نزاع مع تسليم وثيقة للزوجين تبصرهما بالاحتمالات والمخاطر التي قد تحصل جراء العملية.²

وعلى غرار المشرع الفرنسي حرصت أغلب التشريعات على إجراء عملية التلقيح الاصطناعي وفق للضوابط والشروط المنظمة لها، وعملت على وضع هيئات طبية مخصصة لمنع التلاعب بالبويضات والحيوانات المنوية ومن بينها المشرع الكويتي فبالنسبة لدولة الكويت فقد أصدرت عدة شروط فنية يجب توافرها للترخيص بممارسة نشاط طفل الأنابيب في القطاع الطبي، كذلك المشرع الجزائري فقد وضع جملة من النصوص القانونية بموجب التعديل الأخير لقانون الصحة رقم 11/18 والتي تنص على مجموعة من الشروط من بينها شرط تقديم الطلب الكتابي من طرف الزوجين وتأكيده بعد مدة شهر من ذلك فقد جاءت الفقرة 2 من المادة 371 " يقدم الزوج والزوجة كتابيا وهما على قيد الحياة طلبهما المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب ويجب عليهما تأكيده بعد شهر (1) واحد من تاريخ استلامه من الهيكل أو المؤسسة المعنية "

أما فيما يخص شرط المؤسسات الإستشفائية والطاقي الطبي المختص بإجراء عملية التلقيح الاصطناعي فقد حددته المادة 372 من نفس القانون " تتم الأعمال العيادية والبيولوجية العلاجية المتصلة بالمساعدة

¹ حسيني (هيكل)، مرجع سابق، ص 146 .

² بغداددي (جيلالي)، الوسائل العلمية الحديثة المساعدة على الإنجاب في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 18 .

الطبية على الإنجاب من قبل ممارسين معتمدين لهذا الغرض، في مؤسسات أو مراكز أو مخابر يرخص لها الوزير المكلف بالصحة بممارسة ذلك .

تحدد الأعمال العيادية والبيولوجية العلاجية المتصلة بالمساعدة الطبية على الإنجاب وكذا كفاءات الترخيص لهذه المؤسسات والمراكز والمخابر عن طريق التنظيم "

وبالرجوع إلى قرارات مجلس المجمع الفقہ الإسلامي نجده قد فصل أكثر في الشروط المتعلقة بالعمل الطبي وهي كالتالي:

❖ أن يكون الفريق الطبي من أطباء وممرضين والأعوان التقنيين في المخابر، والذين يساهمون جميعاً في عملية التلقيح، ثقافة ومن أهل الأمانة العلمية والانضباط والضمير المهني، حتى لا يجد الاحتياث والاستبدال والتهاون منفذاً للدس على الأنساب، وإذا وقع التزوير فتقرض متابعات جزائية صارمة ضد فاعليها قد تصل إلى حد الحرمان والإقصاء من ممارسة المهنة الطبية نهائياً .

❖ مراعاة أحكام الفحص الطبي المتعلقة بكشف العورة، بحيث يقتصر على ما تقتضيه الضرورة، وأن يكون المعالج للزوج طبيباً ذكراً مسلماً، فإن لم يتيسر فطبيب غير مسلم، وبالنسبة للمرأة فتعالجها طبيبة مسلمة ما أمكن، وإلا فالمرأة غير مسلمة، وإلا فطبيب مسلم ثقة، وإلا فغير مسلم، وفي الحالتين الأخيرتين لا تجوز الخلوة بين الطبيب المعالج والمرأة التي تخضع للعلاج إلا بحضور زوجها أو امرأة أخرى¹.

❖ أن لا تؤدي عملية الإخصاب إلى نتائج سلبية على صحة الزوجة، خاصة الترتيبات التي تسبق عملية الزرع، كإعطاء بعض الأدوية لتنبية المبيض والتي لها بعض الآثار الجانبية كانتفاخ البطن والإرتشاح وغيرها .

❖ أن يكفي بالحد الأدنى من البويضات المطلوبة طبياً لإتمام عملية الزرع حتى لا يكون هناك فائض يُجمد قد يتلاعب به، وإذا اقتضى الحال بقاء فائض لنجاح الإخصاب المحاولة الأولى، فإنه حكمها الإعدام بتركها دون عناية طبية حتى تفقد الحياة، وهو ما قضى به المجمع الفقهي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بالكويت في 26 أكتوبر 1989 وبجدة في 20 مارس 1990 وهو أيضاً قرار مجلس مجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي في دورته الثامنة لسنة 1985 .

❖ أن يثبت العجز عن الحمل الطبيعي بناء على تقرير طبي صادر من مختص معتمد بعد فحوصات متكررة أو بناء على إجماع رأي خبيرين في الموضوع يؤكدان استنفاد كل السبل العلاجية المتاحة

¹ توصيات ندوة الإنجاب في ضوء الإسلام المنعقدة بالكويت، 11 شعبان 1403هـ - 24 ماي 1983 م، قرار مجلس المجمع الفقهي المتعلق بالتلقيح الإصطناعي وأطفال الأنبوب في دورته السابعة المنعقدة بمكة بتاريخ 11 ربيع الثاني 1403 هـ - 19 جانفي 1983 م قرار مجلس المجمع الفقهي في دورته الثامنة المنعقدة بمكة بتاريخ 28 ربيع الثاني 1405 هـ - 19 جانفي 1985 م .

والمقدور عليها من أجل القضاء على العقم، سواء بمتابعة دوائية أو بعملية جراحية، لأنه إن أمكن الحمل بالصورة المعهودة فلا يعدل عنها لغيرها إلا لضرورة معتبرة شرعا، مع ضرورة الأخذ في الاعتبار ثبوت رجحان نجاح العملية على الفشل¹.

علق الفقه المعاصر هو الآخر، إجراء العملية على توافر شرط الضرورة القصوى، التي عبر عنها باستحالة حمل المرأة عن طريق المرافقة الطبية، وهكذا يمكنها أن تعرض نفسها على الطبيب المختص، وطالما أن الحاجة متوفرة، فلا مجال للحديث عن الإعتداء أو تجاوز الحدود الشرعية².

جاء في قرار مجلس المجمع الفقهي في الدورة السابعة ونظرا لما في التلقيح الاصطناعي، بوجه عام، من ملاسبات، حتى في الصور الجائزة شرعا، ومن احتمال اختلاط النطف أو اللقائح في أوعية الاختبار، ولا سيما إذا كثرت ممارسته وشاعت فإن مجلس المجمع ينصح الحصريين على دينهم أن لا يلجؤا إلى ممارسته إلا في حالة الضرورة القصوى، وبمنتهى الإحتياط والحذر من إختلاط النطف أو اللقائح .

❖ وضع سجلات خاصة معدة لهذا الغرض، تدون فيها بيانات الأطراف المشاركة، إبتداء من الزوجين والطبيب والمساعدين حيث تسجل فيها كل المعلومات الشخصية والعلاجية والتكاليف المالية وتثبت أيضا موافقتهم، ثم تحفظ في الأرشيف إلى أجل معين من أجل مراجعتها عند التنازع والإختلاف، والعملية كلها في غاية اليسر، خاصة مع تكنولوجيا الإعلام الآلي حيث التخزين والإسترجاع يتم في بضع دقائق، وفي النهاية تسلم نسخة للطرفين من عقد الإتفاق بعد تبصيرهما بالمخاطر والإحتمالات التي قد تطرأ من العملية³.

ثانيا: شروط التلقيح الاصطناعي الخاصة بالمستفيدين في التشريع الجزائري

يعتبر التلقيح الاصطناعي من بين التقنيات التي استحدثها المشرع الجزائري بموجب تعديل قانون الأسرة بالأمر 02/05 لسنة 2005 وسلك بدوره ما سلكته الكثير من التشريعات العالمية وما أبدعته العلوم الإحيائية التي تعمل على إيجاد الحلول لمعالجة كل العقبات التي تهدد كيان الأسرة فأورد نص المادة 45 مكرر التي جاء فيها أنه: يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي

¹ محمود (أحمد طه)، الإنجاب بين التجريم والمشروعية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000 م، (د . ط)، ص 111 . أنظر حسيني إبراهيم (أحمد)، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية - دراسة مقارنة - رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، 2006 م، ص 182 .

² تشوار (جبالي)، الزواج والطلاق تجاه الإكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون - الجزائر، 2001 م، (د . ط)، ص 98 .

³ إقروفة (زبيدة)، الإكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 120-121 .

يخضع التلقيح الاصطناعي للشروط الآتية:

- أن يكون الزواج شرعيا
- أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما
- أن يتم بمنى الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرها

والجدير بالذكر أننا لو تأملنا في مجال الشروط القانونية المتطلبة لإجراء عمليات التلقيح الاصطناعي نجده يتسع ويضيق بحسب مدى إدراك التشريعات للضرورات القانونية والأخلاقية والاجتماعية وغيرها . وعليه فإن مجال الشروط يتسع في المجتمعات المحافظة والمنغلقة على ثقافتها ليجد مداه في تشريعات الدول المتحررة من هاته القيود .

لهذا سوف نعالج شروط التلقيح الاصطناعي التي أوردها المشرع الجزائري مسترشدين بما أورده بقية التشريعات عربية كانت أم غربية .

1- أن يكون الزواج شرعيا:

يشترط لإجراء التلقيح الاصطناعي أن يكون الزواج شرعيا مكتمل الشروط والأركان المقررة بنص المادتين 9 و 9 مكرر من (ق.أ.ج) ولا شك أن معظم الدول العربية والإسلامية تستمد قانون الأسرة من أحكام الشريعة الإسلامية، كما هو الحال في قانون الأسرة الجزائري¹ الذي لا يعترف بالآثار الناتجة عن أي علاقة خارج إطار العلاقة الزوجية أو ما يسمى بالعلاقات الحرة فلا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي إلا بين رجل وامرأة مرتبطين بعقد زواج شرعي، (المادة 4 من قانون الأسرة) وعليه إن كان المشرع يحرص على إجراء التلقيح بين زوجين شرعيين دون الأجانب فإنه يحرص من وراء ذلك على إحاطة العلاقة الزوجية بهالة من القدسية حفاظا على نسب الأبناء وعلى الشرف وصيانة الفرد والمجتمع .

ولفظ الزواج الشرعي هنا قد يفهمه البعض توافر أركان الزواج الشرعية في أي زواج دون إثباته في سجلات الحالة المدنية كما الحال في الزواج العرفي حيث نصت المادة 22 المعدلة من قانون الأسرة الجزائري والتي بموجبها اعترف المشرع صراحة بعقود الزواج العرفية باستعماله عبارة: " ... وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي " وبالتالي فإن الزوجين المرتبطين بعقد عرفي لا يجوز لهما اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي إلا بعد تثبيت زواجهما قضائيا .

¹ نصت المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية "

لقد تدارك المشرع هذا الفراغ من خلال نص المادة 371 من قانون رقم 11/18 حيث أضاف الرسمية واشترط أن يكون الزوجان مرتبطين قانوناً¹.

إن المشرع الجزائري وضع شروطاً وقيوداً في مسألة النسب الشرعي طبقاً لأحكام (المادة 41 من ق.أ) قد لا تتماشى مع ما نصت عليه المادة 45 مكرر من نفس القانون هو أن المادة 41 منه علقت ثبوت النسب الشرعي بعبارة " وأمكن الاتصال " بمعنى المخالطة الجنسية بين الزوجين علماً أنه يمكن أن تصبح المرأة حاملاً دون الإتصال الجنسي وذلك عن طريق التلقيح الاصطناعي كما هو مقرر في المادة 45 مكرر، وبالتالي هل يمكن فهم النصوص السابقة بمفهوم المخالفة أنه لا يثبت النسب بهذه الوسيلة الحديثة للحمل وهنا يتوجب على المشرع الجزائري إعادة صياغة المادة 41 بحيث تصبح " ... وأمكن الاتصال الجنسي أو بطريق التلقيح الاصطناعي "²

و من منطلق ما سبق دراسته نرى أنه وجب على المشرع الجمع بين النصوص سابقة الذكر وتوحيدها لتسهيل تطبيق تقنية التلقيح ، لكي لا يصعب العمل بها وفي حالة وقوع نزاع يسهل على القضاء وضع حلول عند الوقوع في إشكالات وذلك بسد ثغراتها كما نرى أن مادة واحدة فقط لا تكفي لإحكام ما يسمى تكنولوجيا الإنجاب في قانون الأسرة .

والواقع أن هذا الشرط يقتصر على المجتمعات العربية والإسلامية التي لا تعترف بعلاقة طرفاها ليس بزوجين حيث حصر فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرون عملية التلقيح بين الزوجين في أضيق الحدود فقد صرح مجلس مجمع الفقه الإسلامي في دورته الثامنة على لسان الشيخ الزرقا: (...أن يكون من الزوجين في حال قيام الزوجية وتكون التي تحمل هي الزوجة نفسها)³

على عكس الدول الأوروبية والأمريكية التي أخذت فيها عملية التلقيح منحاً آخر، فلم تعد تقتصر على الزوجين فحسب بل أصبح يطالب بها الأشخاص الذين لا تربطهم علاقة زوجية وإنما يعيشون في ظل علاقات غير شرعية (union liber)، بل طالبت بها بعض النساء الأرمال والمطلقات واللواتي تعانين من مرض السحاق، وحتى النساء الغير متزوجات التي ترغبن في الإنجاب دون زواج⁴، ويحدث هذا كثيراً في الدول التي لم تنص على شرط العلاقة الزوجية وأباحت إجراء عملية التلقيح بمشاركة شخص

¹ قانون رقم 11/18 المتعلق بالصحة .

² بلشير (يعقوب)، عمور (محمد الطيب)، إشكالية نسب الطفل الناتج عن التلقيح الاصطناعي خارج العلاقة الزوجية - دراسة مقارنة - مرجع سابق، ص 225 .

³ الزرقا (مصطفى أحمد)، مداخلة أمام مجمع الفقه الإسلامي بتاريخ 1985/12/23 م، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الجزء الأول، العدد الثاني، ص 365 .

⁴ أحمد لطفي (أحمد)، مرجع سابق، ص 85 .

أجنبي عن الرابطة الزوجية فكان التشريع الإسباني رائدا في هذا المجال حيث نص على القانون رقم 35 لسنة 1988 وبعدها القانون رقم 42 لسنة 1988 م وكذا القانون الإنجليزي رقم 37 لسنة 1990 م والقانون الفرنسي لسنة 1994 م¹. كذلك نصت المادة 152 - 2 لقانون الصحة العامة الفرنسي والتي تقابلها المادة 2141 - 2 من قانون رقم 2004 - 800 الخاص بعلوم الإحيائية بجواز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي بين الزوجين وكل رجل وامرأة استطاع أن يثبتا أنهما عاشا معا لمدة سنتين كاملتين على الأقل وهذا راجع لإختلاف العقائد الدينية من جهة والواقع الاجتماعي الذي يعرف انتشارا كبيرا للعلاقات الحرة من جهة أخرى².

2- أن يكون التلقيح برضا الزوجين:

تقتضي الأعمال الطبية بوجه عام ضرورة حصول الطبيب على رضا المريض، قبل مباشرة العلاج فالطبيب لا يستطيع الانتقال من مرحلة علاجية إلى أخرى من مراحل العمل الطبي دون رضا المريض لذلك يرى بعض الفقه، أن سبب إباحة عمل الطبيب أو الجراح يكمن في إذن الشرع الذي ينشأ له رخصة - إستثناء من المحظور - لا يستطيع في الأصل أن يستعملها على جسم المريض إلا بإذن هذا الأخير فكان إذن الشرع هو الذي أنشأ سبب الإباحة من الناحية التجريدية .

ولا يعدوا أن يكون إذن المريض أحد شروط وضع مبدأ الإباحة، لذا فإنه لا يكفي اشتراط إذن الشرع لإباحة العمل الطبي والجراحي بل لابد من توفر إذن المريض أو وليه إن كان قاصرا أو من في حكمه³.

أما عن الرضا في عملية التلقيح الاصطناعي فقد نصت الفقرة 03 من المادة 45 مكرر ق.أ " أن يكون التلقيح برضا الزوجين " فأكدت بذلك أن الرغبة في الإنجاب تكون مشتركة بين الزوجين، وبالتالي يرتبط هذا الرضا بأهلية الزواج والتي حددها المشرع في الفقرة 01 من المادة 07 من نفس القانون ببلوغ سن 19 سنة كاملة وقت إبرام عقد الزواج بالنسبة للذكور والإناث على حد سواء .

وهي ذات الأهلية التي اشترطها المشرع في المادة 86 (ق.أ) والمادة 40 (ق.م) قصد مباشرة التصرفات بصفة قانونية دون توقف على رأي شخص آخر، علما أن حصول الزوج القاصر على هذه الأهلية غير كافي لإبداء موافقته على التلقيح الاصطناعي لأن المشرع حددها فقط بالنسبة لدعاوى القضاية دون التصرفات القانونية الأخرى .

¹ النحوي (سليمان)، مرجع سابق، ص 113 .

² تشوار (جيلالي)، الزواج والطلاق تجاه الإكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، مرجع سابق، ص 101. أنظر بغدادي

(جيلالي)، الوسائل العلمية الحديثة المساعدة على الإنجاب في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 8 - 9 .

³ هيكل (حسين)، مرجع سابق، ص 188 .

غير أن المشرع في الفقرة 02 من المادة 07 ذاتها يسمح للأشخاص بإبرام عقد الزواج دون بلوغ هذا السن، شريطة الحصول على الإذن القضائي بالزواج¹.

إن معرفة سن الزوجين المقبلين على عملية الإخصاب الصناعي مسألة في غاية الأهمية إلا أن المشرع الجزائري لم يتطرق لها من خلال نص المادة 45 مكرر (ق. أ) لكن بعد صدور قانون رقم 18 - 11 المتعلق بقانون الصحة إشارة إلى أن يكون الزوجين في سن الإنجاب فنصت المادة 371 ف 01: " تخصص المساعدة الطبية على الإنجاب حصريا للإستجابة لطلب يعبر عنه رجل وامرأة في سن الإنجاب ..."

والملاحظ هنا أن أنه بالرغم من الإنتقادات الموجهة للمشرع في موضوع التلقيح الإصطناعي وما يعاب عليه أنه خصص مادة واحدة جامدة في هذا الموضوع إلا أنه وبعد صدور قانون الصحة اكتفى المشرع بعبارة " سن الإنجاب " ولم يحدد هذا السن بالتدقيق فكان عليه أن يقوم بالإستجابة لهذه الانتقادات ويعالج الموضوع من جميع جوانبه .

لكن بعد التأمل في نص المادة 45 مكرر ومجموعة النصوص القانونية التي لها صلة بالموضوع وخصوصا نص المادة 07 (ق. أ) سابقة الذكر نجد أن السن الدنيا للموافقة على التلقيح هي السن الدنيا لإمكانية إبرام عقد الزواج قانونا².

و بالرجوع للتعليمات الوزارية رقم 300 المؤرخة في 12 ماي 2000 الصادرة عن وزارة الصحة نجدها قد حددت سن 50 سنة كحد أقصى للخضوع إلى عملية التلقيح الإصطناعي بالنسبة للزوجة ولم تحدد سن أقصى بالنسبة للزوج³.

1- وقد أجمعت أغلبية التشريعات على أن عملية التلقيح الصناعي من العمليات التي يشترط فيها موافقة الزوجين معا قبل إجراء العملية⁴، فرضا الزوجين يعد شرط أساسي سواء في التلقيح الداخلي أو

¹ تنص المادة 7 من قانون الأسرة الجزائري " تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة . وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج . يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات .

ونصت المادة 40 من القانون المدني عن السن القانونية لمباشرة الحقوق المدنية " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية . وسن الرشد 19 سنة كاملة "

² بلبلشير (يعقوب)، عمور (محمد الطيب)، مرجع سابق، ص 255 . أنظر، تشوار (جيلالي)، رضا الزوجين على التلقيح الإصطناعي، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، بتلمسان، العدد 4، الجزائر، 2006 م، ص 56 .

³ قاسم العيد (عبد القادر)، التلقيح الاصطناعي: تعريفه - نشأته - وموقف المشرع الجزائري منه، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد 03، ص 212 .

⁴ شوقي (زكريا الصالحي)، مرجع سابق، ص 58.

الخارجي، لأن الولد يحمل إسم أبويه ومن تم وجب التعبير عن رضا كل منهما صراحة أو ضمنا قبل إجراء عملية التلقيح، لكن ضابط الرضا يبدو بديهيا لأن البتة مسألة إختيارية تخضع لتقدير الزوجين هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن مصلحة الولد تقتضي ضرورة مثل هذا الشرط إذ قد تتم عملية التلقيح دون رضا أحد الزوجين فيأتي الولد غير مرغوب فيه من الزوج الذي لم يوافق على الإنجاب¹، لهذا تحرص كافة مراكز التلقيح الصناعي على ضرورة موافقة الزوج على عملية تلقيح زوجته موافقة صريحة مكتوبة .

ما ذهبت إليه جميع تشريعات الطب الإنجابي، منها النظام السعودي لوحداث الإخصاب والأجنة وعلاج العقم لسنة 1424 هـ الموافق لسنة 2004 م، الذي يتطلب الموافقة الكتابية الصريحة للإقدام على التلقيح الصناعي، حسب المادة 06 منه .

بدوره المشرع التونسي من خلال القانون رقم 2001/93، بموجب الفصلين 03 و 05 . أما المشرع الجزائري فقد نص بصريح العبارة على هذا الإجراء بعد صدور قانون الصحة لسنة 2018 من خلال نص المادة 371 ف 2 " يقدم الزوج والزوجة كتابيا وهما على قيد الحياة طلبهما المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب، ويجب عليهما تأكيده بعد شهر (1) واحد من تاريخ استلامه من الهيكل أو المؤسسة المعنية "

زيادة على ذلك فإن التشريعات التي تبيح العلاقات الحرة والتي يلجأ أصحابها للإستعانة بطرف ثالث لإتمام العملية قد اشترطت ضرورة إفراغ هذا الرضا في قالب شكلي مكتوب أمام ضابط عمومي أو موثق حماية لحقوق الأطفال ثمرة التلقيح بماء الغير، وهو نفسه ما نظمته التشريع الفرنسي كونه القانون الأشمل والأعم في تنظيم وسائل الإنجاب الصناعي ودليل ذلك إيراده لما يزيد عن 35 جريمة معاقب عليها²

فالإنجاب مشروع مشترك ورغبة متبادلة بين الزوجين يجب أن يقدم عليه بإرادتهما الحرة فإن رضاهما به يكون ضروريا ومنطقيا والحكمة منه إستبعاد طرق التلقيح الخارجة عن الشرع والتشريع، ويجب أن تكون إرادة كل منهما سليمة وخالية من كل عيوب الإرادة كالغش والتدليس والإكراه³ .

فقد جاء في نص المادة 343 من قانون الصحة رقم 11/18: " لا يمكن القيام بأي عمل طبي ولا بأي علاج دون الموافقة الحرة والمستتيرة للمريض .

¹ محمد مرسي (الزهرة)، مرجع سابق، ص 39 .

² النحوي (سليمان)، مرجع سابق، ص 95 .

³ أحمد محمد (لطفي)، مرجع سابق، ص 86.

ويجب على الطبيب احترام إرادة المريض، بعد إعلامه بالنتائج التي تتجر عن خياراته¹

وإذا كان رضا الزوجين يعتبر شرطا جوهريا لإجراء عملية التلقيح، فإن رفض أحد الزوجين أو كليهما لعملية التلقيح الصناعي يؤدي إلى استحالة إجرائها لكن ليس من المتصور أن يرفض أحد الزوجين هذه العملية دون مبرر (كأن يكون جسم المرأة لا يحتمل التلقيح بسبب المرض، أو الزوج أو لعقائد دينية ...)² بل يجب أن يستمر هذا الرضا في كل مرحلة من مراحل التلقيح الصناعي الثلاث بدأ بالحصول على البويضة والمني، وتلقيحها وأخيرا زرعها داخل الرحم مع توفر الرضا في كل مرحلة³، وقد يحدث أن يقوم أحد الزوجين بالعدول عن رضاه بإجراء عملية التلقيح الصناعي⁴ فلا يؤثر هذا العدول إذا وقع بعد إتمام إجراء عملية التلقيح وإدخال البويضة لأنه بانتهاء هذه المرحلة تكون قد تمت عملية التلقيح الصناعي ومن ثم لا يكون هناك مكان للعدول، لأن الأمر حينئذ يتعلق بطلب الإجهاض المحرم شرعا والمجرم قانونا بموجب نص المادة 304 من قانون العقوبات لما ينطوي عليه هذا الفعل من اعتداء على حق الأجنة في الحياة والنمو.⁵

أما إذا صدر العدول قبل الحصول على مني الزوج وبويضة الزوجة وإجراء عملية التلقيح فيعتد به وينتج أثره وتوقف جميع الإجراءات الخاصة بعملية التلقيح⁶.

غير أنه لا يحق لأحد الزوجين حرمان شريكه من حقه في الإنجاب دون مبرر مقبول ففي حالة تراجع الزوجة مثلا لا يبقى أمام الزوج سوى الانفصال أو إعادة الزواج فبعدولها تكون قد حرمت من الأبوة.

كما يعتبر عدم إقدام الزوج على العملية أصلا ودون مبرر مقنع تعسفا، ذلك لأن الإنجاب من الأغراض الجوهرية للزواج ولما كان نقص الخصوبة علة فمن واجب الزوج السعي طالما أن التلقيح وسيلة يتغلب بفضلها على مشكل قلة الإخصاب ويبقى للزوجة طلب التطبيق طبقا للفقرة الثانية من المادة 53 من قانون الأسرة.⁷

¹ قانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة.

² عربية (باخة)، ضوابط التلقيح الاصطناعي وأثر مخالفتها في التشريع الجزائري، مجلة صوت القانون، المجلد 16، العدد 02، الجزائر، نوفمبر 2019، ص 1309. أنظر النحوي (سليمان)، مرجع سابق، ص 118.

³ محمود (أحمد طه)، الإنجاب بين التجريم والمشروعية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000 م، (د.ط)، ص 97 - 98.

⁴ المادة 5 من إتفاقية دول المجلس الأوروبي المتعلقة بحماية حقوق الإنسان في مجال الطب الحيوي 1996.

⁵ قانون العقوبات الجزائري.

⁶ أحمد محمد (لطفي)، مرجع سابق، ص 94.

⁷ أحمد داود (رقية)، ملامح القصور التشريعي في المادة 45 مكرر قانون الأسرة الجزائري - دراسة تحليلية مقارنة - المجلة الإفريقية للدراسات القانونية والسياسية، جامعة أحمد دراية، المجلد 2، العدد 1، أدرار، الجزائر، جوان 2018، ص 66.

لهذا من المحتمل جدا أن يتم التلقيح بالرغم من عدم موافقة أحد الزوجين عن عملية التلقيح الصناعي كأن يحصل الطبيب على نطفة الزوج عن طريق توطئه مع الزوجة ثم يقوم بتلقيحها بها، فلا يستطيع الزوج في هذه الحالة أن ينكر نسب الولد طالما أن شروط النسب بالفراش قد توافرت والطفل من صلبه، وما يبقى للزوج إلا الرجوع على الطبيب بالتعويض إذا استطاع أن يثبت توافر شروط المسؤولية التقصيرية، كما قد يتم إجراء عملية تلقيح الزوجة بنطفة رجل آخر دون علم الزوج بذلك، فتقبل دعوى إنكار النسب منه لأن الطفل حقيقة ليس من صلبه شرط أن لا يتعد نفي النسب الميقات المحدد له¹.

و قد تكون الزوجة ضحية التلقيح الصناعي من طرف الزوج الذي يرغب في الإنجاب ويكون ذلك تحت تأثير الإكراه المادي أو الأدبي أو عن طريق الغش والتواطؤ، لكن بالرغم من ذلك لا يؤثر هذا الإكراه على نسب الطفل لأبويه ويكون ابنهما شرعا.

و الإشكال يقع فيما لو قدم الزوج سائلا منوبا لرجل آخر على أنه سائله لإخفاء عجزه عن الإنجاب وتم الحمل في هذه الحالة، فينسب الحمل للأم، ولا ينسب للأب من الناحية البيولوجية لأنه إبن غير شرعي رغم علمه وموافقته بذلك².

و تبقى حرية إنكار نسب الطفل من عدمه في يد الزوج الذي يعلم ملابسات وظروف ما هو عليه، إذ يستطيع إنكار نسب الطفل بعد ولادته مباشرة، كما يمكننا تأويل موقف الزوج على أنه إقرار ضمني بنسب الطفل قبل ولادته .

لهذا نرى أنه من الضروري إمعان الزوجين بكل ما هما مقبلان عليه وتوثيق رضاهما وتقديم معلومات وإرشادات كافية وافية حول احتمال نسب النجاح والفشل المتوقعة كذلك احتمال إنجاب التوائم نتيجة تعدد الأجنة .

بالإضافة إلى شرح مفصل حول التقنيات المساعدة على الإنجاب كإعلامهم بالكلفة المادية للعملية ونسب الحمل المسجلة في المركز وتبصيرهم بالمضاعفات المحتملة حدوثها.

أن يكون أثناء حياتهما:

يقصد المشرع من خلال اشتراطه في نص المادة 45 مكرر من (ق.أ.ج) أن تتم العملية " أثناء حياتهما " منع الزوجة من تلقيح نفسها بمني زوجها المتوفي والمجد ببنك حفظ النطف أو المطالبة بزرع الجنين المخصب خارجيا (في حياته) بحجة حفظ ذكرى الزوج أو بحجة رضا

¹ الشحات (إبراهيم)، مرجع سابق، ص 70 .

² حسيني (هيك)، مرجع سابق، ص 191 .

الزوج قبل وفاته وبالتالي اشتراط قيام الزوجية مع استمرارها بينهما بحيث تكون قائمة فعلا وحقيقة - لا حكما - وقت إجراء العملية قيد أساسي لمشروعية عملية التلقيح بين الزوجين وبالنظر إلى أن شرط قيام الزوجية وفي حياتهما متحقق في حالة المحبوس والغائب فهل يمكن القول بجواز التلقيح بين الزوجين إذا حبس أحدهما أو غاب فترة يطول أمدها مما قد يفوت فرصة الإنجاب عليهما؟¹

هذه الحالة تعتبر سببا وجيها للإقدام على التلقيح الإصطناعي خاصة إذا كانت الغيبة أو العقوبة السالبة للحرية يمتد أجلها إلى وقت تضعف أو تفقد نهائيا القدرة على الإنجاب لاسيما في حق المرأة التي تتوقف عن الإباضة في سن اليأس، أو حتى وأن كانت القدرة مستمرة لكن لا أمل في عودة الغائب أو المحبوس إلى أهله للإنجاب طبيعيا كحالة السجن المؤبد .

انقسم الفقه بشأن إمكانية استفادة زوجة المحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية من التلقيح الاصطناعي إلى اتجاهين:

ذهب الاتجاه الأول إلى القول بعدم حرمان المحكوم عليه في مثل هذه الحالة من حقه في الإنجاب، باعتبار هذا الأخير من الحقوق الشخصية المنصوص عليها في المواثيق الدولية وبعض الدساتير والقوانين الحديثة وأنه طبقا لقاعدة شرعية الجرائم والعقوبات لا يجب أن تمتد العقوبة إلى الحقوق الخاصة بالمحكوم عليه ومنها حقه في الإنجاب لاسيما وأن العديد من التشريعات تركز حق الزوج المحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية الالتقاء بزوجه بمواعيد تحددها الإدارة في مكان آمن فمثلا في الأرجنتين يسمح للزوج كل شهرين الالتقاء بزوجه، وأيضا تشرع المملكة العربية السعودية من حق الأزواج الالتقاء بعد قضاء فترة 3 أشهر مرة كل شهر²

وإن استحال تحقق ذلك بالاتصال الطبيعي فما مانع من الاستعانة بالأساليب الحديثة المتاحة في هذا المجال وأهمها التلقيح الإصطناعي خاصة إذا طالت فترة العقوبة المحكوم بها .

في حين يعتبر الاتجاه الثاني أن الحكم على الزوج أو الزوجة بعقوبة سالبة للحرية دليل على فقدان السلطة الأبوية من ثم مكنة أداء دور الأب أو الأم مما يعتبر مانعا من إجراء عملية التلقيح الصناعي خاصة وأنه استثناء لا يجوز التوسع فيه .

¹ قمرأوي (عزالدين)، الأنماط الجديدة لتأسيس المسؤولية في المجال الطبي (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2012 - 2013 م، ص 348 .

² علي حسين (نجيدة)، التلقيح الصناعي وتغيير الجنس، دار النهضة العربية، مصر، 1991 م، (د . ط)، ص 11 .

يترجح من خلال ما تقدم وبعض إستعراض آراء الفريقين القول بعدم تمكين الأزواج في مثل تلك الحالات من الإستفادة من تقنية التلقيح الصناعي طالما أنه ممارسة استثنائية تقتض حضور الزوجين شخصيا أثناء جميع مراحلها أضف إلى ذلك أن آثارها لن تتوقف على المحكوم عليه بل تمتد تبعاتها إلى الأسرة ككل .

فمن المجحف إذن التفكير مصالح المحكوم عليه لوحده وعدم الاكتراث بمصلحة باقي أفراد الأسرة وخاصة المولود فمن المستحسن إذن أن ينتظر المحكوم عليه لمدة قصيرة انقضائها في حين أنه لا يمكن بأي حال من الأحوال السماح للمحكوم لمدة طويلة من ذلك للمبررات التالية:

- إنعدام أي فائدة ترجى من تمكينه من ذلك، لأن المحكوم عليه، وإن كان سيمارس حقه في الإنجاب إلا أنه لن يمارس حقه في التربية والرعاية المادية والمعنوية، مما سيتقل كاهل الزوجة في تحمل المسؤولية الأسرية من كافة جوانبها .
- من مصلحة المولود ألا يتم إنجابه في مثل هذه الظروف ما عللت به المحكمة الأوروبية لحقوق رفضها بتاريخ 18 أبريل 2006 لطلب إسترجاع النطف المحفوظة بهدف التلقيح، طالما أن الزوج محكوم مؤبد¹

إن المشرع الجزائري في هذا المجال مازال بعيدا كل البعد على تجسيد هذه الفكرة رغم الإصلاحات التي دخلت على نظام السجون ورغم المحاولات الساعية لتحسين ظروف المقيمين بالمؤسسات العقابية .² لهذا كان من الأجدر أن يدقق أكثر في عبارة أثناء حياتهما بإضافة " أثناء حياتهما الزوجية " كي يطال الحظر حالة التلقيح بعد الطلاق أو الوفاة أو البطلان .

وأشارت المادة 371 من قانون الصحة الجديد إلى ذلك ونصت الفقرة الثانية على أنه: يقدم الزوج والزوجة كتابيا، وهما على قيد الحياة، طلبهما المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب، ويجب عليهما تأكيده بعد شهر واحد من تاريخ استلامه من الهيكل أو المؤسسة المعنية فهي بشرطها هذا منعت عملية التلقيح الاصطناعي بعد وفاة الزوج بل حتى أثناء العدة...³

وبالتالي لا يمكننا القول أن هذا الشرط سابق لأوانه في الجزائر إذ لا ننكر على المشرع حيطة وحذره لأن خلفية هذا الشرط هو وجود ما يعرف ببنوك المني وهي موجودة على مستوى الدول المتقدمة ولاسيما

¹ أحمد داود (رقية)، ملامح القصور التشريعي في المادة 45 مكرر، مرجع سابق، ص 70 .

² مروك (نصر الدين)، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم البشري في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية - دراسة مقارنة - الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2003، ط 1، ص 403 . أنظر إقروفة (زبيدة)، التلقيح الاصطناعي، مرجع سابق، ص 117.

³ سكيرفية (محمد الطيب)، التلقيح الاصطناعي بعد الوفاة وإشكالاته، المجلة المتوسطة للقانون والإقتصاد، المجلد 5 العدد 01، 2020 م، كلية الحقوق والعلوم السياسية، غرداية - الجزائر، ص 218 .

الولايات المتحدة الأمريكية والتي تسمح بتلقيح الزوجة بمني زوجها بعد الوفاة وهذا أمر ينتج عنه عندنا اختلاط في الأنساب وضياها كذلك يثير إشكالات في الميراث لأنه يشترط تحقق حياة الوارث وقت وفاة المورث .

وهو ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية إذ يشترط أن يكون كل من الرجل والمرأة، محل التلقيح مرتبطين برابط القران إذ لا يجوز التلقيح بين شخصين أجنبيين على بعضهما البعض¹ وهذا الشرط مفهوم بل يعتبر ضرورياً إذ يدل على جدية الزوجين في الإنجاب والحصول على الذرية، وعلى أنهما لجأ إلى هذه الوسيلة إلا لمجرد أن يتحقق بها غرض من أغراض الزواج وهو التناسل، لقوله صلى الله عليه وسلم: "تزوجوا الودود الولود فإني مكاثر بكم يوم القيامة"².

وهو شرط منطقي ومعقول أيضاً إذ يقوم على ترجيح بصفة مطلقة العلاقة الشرعية على العلاقة غير الشرعية مع أن السائد في أغلبية التشريعات الغربية هو العكس من ذلك هذا فضلاً عن أن أعمال هذا الحكم سترتب عليه عدم جواز إجراء عملية التلقيح بعد فك العلاقة الزوجية بالطلاق أو الوفاة أو الفسخ .

وما نلاحظه أيضاً في هذا الإطار أن القانون الفرنسي وإن كان لم يضيق باب التلقيح الصناعي بالنسبة لغير المتزوجين إلا أنه أورد تحفظاً إذ يجب أن يثبتا أنهما يقيمان معا لمدة سنتين على الأقل .

بالإضافة إلى ذلك قرر المشرع الفرنسي أن تتم عملية التلقيح إلا إذا كان الشخصان، الرجل والمرأة، على قيد الحياة ومن ثم فليس للمرأة أن تمارس حق التلقيح ما دامت علاقتها قد انفكت وفي هدى هذه الأحكام سار القضاء الفرنسي في أحكامه فقضت محكمة "تولوز" في حكمها الصادر بتاريخ 20 نوفمبر 1989 بأنه: لا يمكن أن يسلم مني الزوج بعد وفاته لزوجته بغية أن تلقح به .

ولا ريب لهذا النص حكمته، فقد أراد الشارع من وضعه أن يقضي على كل تفكير في إقامة أسرة من زوج واحد (فالمشرع رفض رفضاً باتاً أن يتم تلقيح امرأة عزباء) إذن فالمشرع لم يقرر زوال حق التلقيح الصناعي في هذه الحالة إلا رعاية لمصلحة الأطفال وحتى لا يمكن برمجة الأطفال اليتامى مسبقاً .

هذا ولا يفتونا أن نشير إلى أن المشرع الفرنسي قد منع منعاً باتاً إجراء عملية التلقيح الصناعي على شخصين من نفس الجنس أي لا يمكن إجراء هذه العملية على امرأة تعاشر معاشرة حرة امرأة أخرى وطبيعة هذا الحكم تقتضي عدم التوسع فيه الأمر الذي يقطع في الدلالة على أن الأشخاص القائمين بتغيير جنسهم لا يعترف لهم القانون بحق التلقيح الصناعي في غياب الإعراف القضائي لحالتهم .

¹ الشحات (إبراهيم)، نسب المولود الناتج عن التلقيح الصناعي، مرجع سابق، ص 74 .

² صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب قول النبي صلى الله عليه وسلم من استطاع الباءة فليتزوج، حديث رقم 5065، ج9،

فالإختلاف الجنسي إذن هو الأساس في إباحة التلقيح الصناعي والسر في ذلك أن المشرع أراد أن تتم المساعدة الطبية للحمل وفق لشروط متماشية مع الشروط الطبيعية إذ أنه لا يمكن تصور من الناحية الطبيعية حمل امرأة من امرأة أخرى .

صحيح ما قال به المشرع الفرنسي يؤدي إلى التفرق المنطقي بين العلاقة الشرعية والعلاقة الغير شرعية ولذلك نقول أن إقتضاء الفقه الإسلامي بهذه التفرقة بين العلاقتين ما هو إلا أمر يتمشى مع السياسة العامة التي بنيت عليها أحكام الأسرة في الإسلام .

فإننا نرى أن لا مناص من إتباع الرأي الذي نؤيده، فأحكام الأسرة تنظم مسائل متصلة اتصالا وثيقا بكيان المجتمع وبالصالح العام فيه ومن تم فإنها لا تقبل الخلط بين الحلال والحرام ولا سنكون أمام همجية مطلقة إذ أن هذه الحالة تؤدي بدورها إلى ضعف الصلات العائلية¹.

ومن هنا نخلص إلى أن حرص الفقه الإسلامي على إجراء التلقيح الصناعي بين الزوجين فقط، فإنه يحرص من وراء ذلك على إحاطة هذه العلاقة بسياج من القدسية حفاظا على الشرف وصيانة للفرد والمجتمع .

2- أن يكون بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما:

لقد قصر المشرع الجزائري عملية التلقيح الاصطناعي على مني الزوج وبويضة الزوجة فقط دون سواهما بموجب الفقرة الثالثة من المادة 45 مكرر من الأمر 02/05 حيث اشترطت صراحة أن تتم عملية التلقيح الاصطناعي بالحيوان المنوي للزوج في بويضة زوجته، دون تدخل غيرهما والتلقيح في هذه الحالة يشبه التلقيح الناتج عن الجماع الطبيعي بين الزوج وزوجته، لكن لعوائق مرضية صار من الصعب أو من المستحيل تحقيق الإتحاد الطبيعي بين بويضة الزوجة ومني الزوج، لذا يتم اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي .

كما أنه يفهم من صياغة هذه المادة أنه لا يجوز أن يدخل في عملية التلقيح طرف ثالث، كأن تستخدم لقيحة جاهزة من نطفة رجل أجنبي أو امرأة غريبة أو زرع البويضة الملقحة في رحم امرأة بديلة للزوجة، وذلك من أجل المحافظة على نقاء الأنساب كما يجب الحرص على تلقيح المرأة بماء زوجها دون إستبداله أو خلطه بماء غيره،² ويفترض في الزوجين الإحتياط عند اللجوء للمراكز المرخص لها بذلك والتأكد من وجود ضمانات قوية بالتزام الجهاز الطبي بتلقيح بويضة المرأة بمني زوجها مع إهدار الباقي

¹ تشوار (جيلالي)، الزواج والطلاق في ظل الاكتشافات الحديثة، مرجع سابق، ص 102 - 103 .

² تشورا حميدو (زكية)، شروط التلقيح الاصطناعي في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة الجزائري، مجلة العلوم لقانونية الإدارية والسياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، العدد 04، الجزائر، 2006 م، ص 94-95 .

منه ولا يجوز للزوجين الإتفاق على تخصيب البويضة بمني مانح (متطوع)، وإلا كنا أمام نكاح الإستبضاع الذي كان منتشرا في الجاهلية ولما جاء الإسلام هدمه فلا بد من التأكد من أن النطف واللقائح والبويضات المستعملة في التلقيح خاصة بالزوجين دون غيرهما، فأى خلط للنطف يؤدي إلى نشأة مواليد غير شرعيين هذا ما قال به الشيخ مصطفى الزرقا " يمكن أن نقول أن حالة الجواز واحدة وهي ما إذا كانت البذرتان اللتان يتكون منهما الجنين مأخوذة من زوجين في حال قيام الزوجية ..."¹

وقول الشيخ جاد الحق أيضا: " فإذا كان تلقيح الزوجة من رجل آخر غير زوجها فهو محرم شرعا، ويكون في معنى الزنا ونتائجه، وكل طفل ناشئ بالطرق المحرمة قطعاً من التلقيح الصناعي لا ينسب إلى الأب جبرا، وإنما ينسب لمن حملت به ووضعته باعتباره حالة ولادة طبيعية كولد الزنا الفعلي تماما "²

وقد جاء في قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد بمكة المكرمة، والذي قرر جواز التلقيح الاصطناعي بطريقتين وحرمت ما عداهما بعد الاستماع لشرح الخبراء والأطباء وتتمثل الطريقتان اللتان لا حرج من اللجوء إليهما وفقا لمنطوق قرار مجمع الفقه الإسلامي .

1- أن تأخذ نطفة من الزوج وبويضة من زوجته ويتم التلقيح خارجيا، ثم تزرع اللقحة في رحم الزوجة .

2- أن تأخذ بذرة الزوج وتحقن في الموضع المناسب من مهبل زوجته أو رحمها تلقيحا داخليا³ وبالتالي فإن استخدام أي طرف ثالث في وسائل الإنجاب يعتبر باطلا وغير شرعي، على عكس المشرع الفرنسي الذي يسمح باستخدام طرف ثالث، ولا يعتبر هذا النوع من التلقيح باطلا، لأنه يراعي بالدرجة الأولى مصلحة الزوجين في الحصول على مولود.

هذا ما أكدته المادة 152 / 2 من قانون الصحة العامة، وتتم الإستعانة ببويضة الغير أو مائه في حالة فشل التلقيح الاصطناعي ببويضة الزوجين أو الشريكين أو في حالة خشية انتقال مرض خطير للطفل أو لأحد الزوجين أو في حالة تخلي الزوجين عن العملية بعد إعلامهما بالشروط الواردة في نص المادة 2141 - 10 من القانون رقم 2004 - 800 الخاص بعلم الإحيائية⁴ بعد ما بينا أهم الشروط التي يجب اللجوء إليها في عملية التلقيح الاصطناعي، كان لزاما علينا التطرق لأنواع التلقيح وصوره التي تعددت وتباينت حسب مصدر الحيوان المنوي والبويضة الأنثوية .

¹ الزرقا (مصطفى)، مناقشة مقدمة أمام مجمع مجلس الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 365 .

² تشوار (جيلالي)، الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص 104 .

³ قرارات المجمع الفقهي الإسلامي، الدورة السابعة، ص 159 .

⁴ هذا ما أكدته المادة 426 من المشروع التمهيدي لقانون الصحة الجزائري لسنة 2003، أنظر الموقع الإلكتروني التالي:

المطلب الثاني: أنواع التلقيح الاصطناعي

يلجأ الأشخاص لتقنية التلقيح الاصطناعي الذي يعتبر نتاج التطور العلمي الهائل خاصة في مجال علم الأجنة والمورثات، وسمي بالتلقيح الاصطناعي لأنه لا يتم بالطرق الطبيعية المعروفة بل عن طريق إستعمال طرق تقنية ومخبرية من صنع الإنسان للتغلب على مشكلة العقم وعدم الإنجاب، وتختلف الوسيلة التي يلجئون إليها باختلاف المشاكل الصحية التي يعانون منها، فمن أسباب العقم مثلاً ما يحتاج إلى إدخال ماء الرجل داخل رحم المرأة لوجود تنافر مناعي بين مني الرجل وإفرازات المهبل أو عنق الرحم للأنثى أو لضعف خصوبة الرجل، أو وجود ما يمنع من تلقيح مني الرجل بماء الأنثى، إلا أن بعض الأساليب التي جاء بها تتماشى مع قواعد الدين والأخلاق ومع بعض النصوص القانونية سارية المفعول وبعضها الآخر يتنافى مع مبادئ وقواعد الشرع والتشريع .

وللتلقيح الاصطناعي صورته المختلفة وفرضياته التي سوف نتعرض لها بالتفصيل من خلال عرضنا لكل نوع من أنواعه لهذا قسمنا هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: التلقيح الداخلي.

الفرع الثاني: التلقيح الخارجي.

الفرع الأول : التلقيح الاصطناعي الداخلي

يعتبر التلقيح الاصطناعي الداخلي أحد أنواع التلقيح الصناعي وللبحث في هذا النوع من التلقيح يقتضي تحديد المقصود به (الفقرة الأولى) وصوره وموقف الفقه الإسلامي والقانون من النسب الناتج عنه (الفقرة الثانية) .

الفقرة الأولى: تعريف التلقيح الاصطناعي الداخلي

إن الاتصال الجنسي بين الزوجين لا يؤدي بالضرورة إلى تحقيق الحمل وهذا لاستحالة تلاقي مني الزوج ببويضة الزوجة وهذا راجع لعدة إشكاليات تعرقل وصوله إلى الرحم .

أمام هذه الإشكاليات توصل الأطباء إلى اكتشاف طريق سهل وناجح لإحداث التلاقي بينهما، والذي عرف بالتلقيح الاصطناعي الداخلي حيث تأخذ النطفة الذكرية من الرجل وتحقن داخل رحم المرأة، بعد أن يركز وتزال الشوائب لتلتقي النطفة إلتقاء طبيعياً بالبويضة التي يفرزها المبيض، ويقع التلقيح بينهما، ثم العلق في جدار الرحم، فتكمل العملية بالنجاح لينمو الجنين نموا طبيعياً، كما هو الحال بالنسبة للإنجاب الطبيعي .

ويلاحظ على هذه الوسيلة أنها قد تكون بين الزوجين وقد تكون بتدخل أحد الأغيار بحسب نوع العقم الذي يعاني منه الرجل لكن هذه الوسيلة، سواء كانت بين الزوجين أو بتدخل من قبل الغير لعلاج عقم الرجل.¹

وعرف كذلك التلقيح الصناعي الداخلي بأنه: " عملية طبية غير معقدة تجري لعلاج حالات العقم عند المرأة وتتحقق بإدخال مني زوجها أو شخص أجنبي في عضوها التناسلي بدون جماع .

أو هو نقل المنى صناعيا من ذكر الرجل إلى مهبل الأنثى بقصد إحداث الحمل وهو أن يأخذ السائل المنوي حارا غير بارد بعد وضعه في إناء نظيف ومعقم غير مبلل بالماء ويسحب بمحقن خاص ليزرقه في فوهة عنق الرحم ليدخل إلى الرحم رأسا أو الحصول على المنى من الرجل وحقنه في فرج الأنثى ليصل إلى الببيضة في قناة فالوب، ويعمل على تلقيحها، وتكمل بعد ذلك الببيضة المخصبة التكوين الجنيني الطبيعي².

ويستوي في ذلك أن تكون النطفة المذكورة المستخدمة في عملية التلقيح طازجة " frais " أو مجمدة

" congele " وإن كان النوع الأول يفضل الأطباء عمليا لأن معدل نجاح عملية التلقيح تكون أعلى مما لو استخدمت نطفة " مجمدة " وفكرة هذه الطريقة عرفت قديما بالإستدخال وقالوا فيه: إن الحمل قد يكون بإدخال الماء في المحل دون إتصال ثم إستخدمت بتقنياتها الحديثة على نطاق واسع ويقوم الطبيب بأخذ الخلايا المنوية للرجل لينقلها للتجريف الرحمي للمرأة بواسطة جهاز خاص³.

أما عن الخطوات التي يمر بها التلقيح الصناعي الداخلي فقد تعددت وهي كالتالي:

الخطوة الأولى: تبدأ بعد بداية الدورة الشهرية بثلاثة أيام، وفيها يقوم الطبيب بإعطاء الزوجة المطلوب إجراء العملية لها دواء " البرجونال " عن طريق الحقن وذلك بهدف تنشيط عملية التبويض، ثم يجري لها تحليلا للدم للتأكد من وجود النسبة المعقولة لهرمون الأستروجين .

الخطوة الثانية: تبدأ الخطوة التالية بعد مرور إثني عشر يوما وتسمى هذه الفترة " بأيام التبويض "، وفيها يقوم الطبيب بقياس حجم الحويصلات عن طريق الأشعة ثلاثية الأبعاد ليقرر ما إذا كانت مناسبة للتلقيح من عدمه، فإذا وجد أن هذا الحجم مناسباً، أعطى للزوجة علاج هرموني منشط لإنطلاق الببيضة ومن الواجب أن يتم ذلك قبل عملية الحقن بمدة لا تقل عن 36 ساعة .

¹ محمد بن يحيى بن حسن النجيمي، الإنجاب الصناعي بين التحليل والتحرير - دراسة فقهية إسلامية مقارنة - مكتبة العبيكان، 1432 هـ - 2011 م، ط1، ص 79 .

² حسيني (هيكل)، النظام القانوني للإنجاب الصناعي، مرجع سابق، ص 126 .

³ مختار (أحمد محمد عطية)، مسؤولية الطبيب المدنية عن عملية التلقيح الصناعي، رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، 2018 م، ص 51 .

الخطوة الثالثة: يقوم الطبيب فيها بأخذ الخلايا الذكرية بعد تنقيتها من الشوائب العالقة بها في المختبر، واختيار الجيد منها لينقلها إلى التجويف الرحمي للمرأة بواسطة جهاز خاص وذلك حتى يتم الحمل - إنشاء الله تعالى - حيث تنتظرها البويضات في البوق ومن الأفضل أن ترتاح الزوجة لمدة يومان أو ثلاثة بعد ذلك¹.

الفقرة الثانية: صور التلقيح الداخلي وموقف الفقه الإسلامي والقانون من النسب الناتج عنها

في الحالة العادية حتى تضع الزوجة مولودا يجب أن يتم الإتصال الجنسي بينها وبين زوجها لهذا تسمى هذه الطريقة بالإنجاب الطبيعي، غير أنه قد يصاب أحد الزوجين بعقم تستعصى معالجته بالأدوية والعمليات الجراحية، فيحول ذلك دون تمكين المرأة من الإنجاب².

بالرغم من تطور العلوم الطبية الحديثة في مجال طرق الإخصاب واقتراح الطرق الكفيلة بمعالجة العقم وضعف الخصوبة لدى الزوجين، إلا أن بعض الأساليب التي جاءت بها تتماشى مع قواعد الدين والأخلاق ومع بعض النصوص القانونية سارية المفعول، وبعضها الآخر يتنافى مع مبادئ وقواعد الشرع والتشريع .

لقد كشفت العلوم البيولوجية الحديثة على وجود طريقتين للإنجاب الإصطناعي، تتمثل الأولى في تلقيح بويضة المرأة بمني زوجها أو رجل أجنبي عنها، عن طريق الحقن داخل عنق رحمها، فسميت هذه الطريقة بالتلقيح الإصطناعي الداخلي³، وهناك التلقيح الإصطناعي الداخلي بنطفة الزوج (أولا) والتلقيح الإصطناعي الداخلي بنطفة الغير (ثانيا)

أولا: التلقيح الإصطناعي الداخلي بنطفة الزوج وعلاقته بالنسب (insémination artificielle conjugale)

يتم اللجوء إلى هذه الوسيلة عندما تكون الحيوانات المنوية للزوج سليمة والأنابيب عند الزوجة مفتوحة والرحم جيد ولكن السبب راجع إما لإصابة الزوج بقصور يمنعه من إيصال مائه إلى مهبل

¹ Corinne (tutin) ، les étapes de l'insémination artificielle ، Mis à jour 14 juin 2018 <https://www.doctissimo.fr>

انظر هيكل (حسنى) ، مرجع سابق، ص 129 .

² خدام (هجيرة) ، التلقيح الاصطناعي دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والقانون الجزائري، مذكرة لنيل هادة الماجستير في القانون الخاص كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2006 - 2007 م، ص 08 . أنظر محمد بن يحيى (النجيمي) ، الإنجاب الصناعي بين التحليل والتحرير، مرجع سابق، ص 81 .

³ (أحمد محمد لطفي) ، التلقيح الصناعي بين أقوال الأطباء وآراء الفقهاء، مرجع سابق، ص 64، أنظر محمود أحمد طه، الإنجاب بين التحريم والمشروعية، منشأة المعارف، الإسكندرية - مصر، 2003 م، ص 29 . أنظر محمد المرسي (زهرة) ، الإنجاب الصناعي، مرجع سابق، ص 21 .

الزوجة، أو قد يكون سريع الإنزال، أو أن سائلة المنوي ليس بالكم والنوعية الكافيين لإتمام عملية الإخصاب أو حتى وجود مضادات ضد الحيوانات المنوية في عنق الرحم¹.

أمام هذه الإشكاليات توصل الأطباء إلى إكتشاف طريق سهل وناجح لإحداث التلاقي بينهما، حيث تؤخذ النطفة الذكرية من الرجل وتحقن داخل رحم المرأة لتلتقي النطفة النقاء طبيعيا بالبويضة التي يفرزها المبيض، ويقع التلقيح بينهما، ثم العلق في جدار الرحم، فتكفل العملية بالنجاح، لينمو طبيعيا، كما هو الحال بالنسبة للإنجاب الطبيعي

ونشير إلى أن هذا النوع من التلقيح لا يثير مشاكل قانونية أو صعوبات خاصة إذا تم أثناء حياة الزوج، لكن إذا استعمل السائل المنوي للزوج فتثار عدة إشكاليات لأن التطور العلمي توصل إلى إمكانية تجميد الخلايا الإنسانية لفترة معينة تسبق تحللها، وتبقى صالحة للإخصاب، الأمر الذي أدى إلى إنشاء مراكز حفظ وتجميد السائل المنوي²

تجرى عمليات التلقيح الإصطناعي تحت إشراف الطبيب الذي يتولى مسؤولية مراقبة توافر الشروط الخاصة بالعملية، وكذا إحاطة الزوجين علما بإمكانية نجاح أو فشل العملية .

كما تتطلب عملية التلقيح الإصطناعي خضوع الزوجين لإجراء تحاليل وفحوصات طبية للتأكد من خلوها من أي مرض خطير .

سوف نتطرق للتلقيح الإصطناعي بنطفة الزوج أثناء حياته (1) والتلقيح الإصطناعي بنطفة الزوج بعد وفاته (2)

1- التلقيح الاصطناعي بنطفة الزوج أثناء حياته وتحديد نسب المولود الناجم عنه

ويتم اللجوء إلى هذا الأسلوب في حالة ما إذا كان في الزوج قصورا لسبب ما، يمنع إيصال مائه في المواقعة إلى الموضع المناسب في مهبل الزوجة لحدوث الحمل الطبيعي، وبهذا يكون الإكتشاف الطبي لهذا الأسلوب قد قضى على العديد من المشاكل التي تثار بين الزوجين بسبب العقم .

¹ بن قويدر (زبيري)، النسب في ظل التطور العلمي - دراسة مقارنة - رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011 - 2012 م، ص 22، أنظر ياسر عبد الحميد (جاد الله النجار)، التلقيح من منظور الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 377 . أنظر زياد (أحمد سلامة)، أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة، مرجع سابق، ص 37 .

² مروك (نصر الدين)، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم البشري...، مرجع سابق، ص 402 .

وقبل إجراء عملية التلقيح الاصطناعي، يقوم الطبيب أولاً بتنشيط المبيض وتقويته عن طريق هرمونات خاصة، ثم تجرى صور إيكوغرافية لمتابعة ظهور وتطور الجريب من أجل حقنه بإبرة خاصة تحت المبيض لإطلاق عدة بويضات، وبعد ستة وثلاثون (36) ساعة، تستعد الزوجة لإجراء العملية .

بعد هذه المرحلة الأولى يقوم الطبيب المختص بتحضير المني في اليوم المحدد لإجراء العملية، ويكون بواسطة الإستمناء في مخبر مختص، فتجرى عليه التحاليل اللازمة لإحصاء عدد الحيوانات المنوية، وكذا مراقبة حركتها، وعند انتهائه من هذه المرحلة، تصبح هذه الأخيرة جاهزة وصالحة للإخصاب، تُجمع في إبرة خاصة ليتم إدخالها بالحقن في رحم المرأة بدلاً من وضعها في المهبل، وبهذا تلتقي النطفة إنقاء طبيعياً بالبويضة فيتم التلقيح بينهما¹.

بعد بيان الطريقة التي تجري بها العملية يثار التساؤل حول مدى مشروعية هذه الوسيلة من الإنجاب، خاصة معرفة موقف الفقه الإسلامي وموقف المشرع الجزائري منها .

تضاربت آراء الفقهاء حول مسألة التلقيح الاصطناعي، إلا أن الأغلبية ذهبوا إلى إباحتها، وذلك لعدم إثارته لمشاكل قانونية خاصة، بل على العكس، فهي تهدف إلى القضاء على ما يمكن أن تثيره مسألة العقم من آثار نفسية ومشاكل بين الزوجين .

يعتبر التلقيح الاصطناعي بنطفة الزوج أثناء حياته، وسيلة للتداوي، فهو أمر مشروعاً حفاظاً على النفس البشرية

ولقد ذهب غالبية الفقهاء إلى جواز ذلك² ويرون أن الطفل المولود من هذه العملية هو طفل شرعي مثله كطفل جاء نتيجة علاقة جنسية عادية بين زوجين، له ما لغيره من الأبناء الشرعيين من حقوق وعليه ما عليهم من التزامات وهذا الجواز متوقف على جملة من الضوابط:

- 1- أن تكون عملية التلقيح الاصطناعي هو الحل الوحيد للزوجين لتمكينهما من الإنجاب
- 2- أن تتم العملية بناء على موافقة الزوجين معا
- 3- أن يكون هدف العملية التمكين من الإنجاب وليس للتحكم في جنس الجنين أو لأجل صفات معينة.¹

¹ خدام (هجرة)، التلقيح الاصطناعي دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والقانون الجزائري، مرجع سابق، ص 11 .

² عثمان الحضري (حميدة محمد حسن)، إثبات النسب لمجهولي النسب من منظور الفقه الإسلامي المعاصر في عصر الإعتماد على الوسائل البيولوجية الحديثة، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الدراسات، كلية الدراسات العليا، جامعة سونان أمبيل الإسلامية، 2020 م، ص 169 .

فالتلقيح الاصطناعي إذا كان بماء الرجل لزوجته لا إثم ولا حرج في ذلك، فيقول فضيلة الشيخ محمد شلتوت شيخ الأزهر الأسبق رحمه الله: " من المعلوم أن تخلق الولد إنما هو من السائل المنوي الذي يخرج من الرجل فيصل إلى الرحم المستعد للتفاعل، قال الله تعالى: ﴿ فَلْيَنْظُرِ الْإِنْسَانُ مِمَّ خُلِقَ ۚ خُلِقَ مِنْ مَّاءٍ دَافِقٍ ۖ يَخْرُجُ مِنْ بَيْنِ الصُّلْبِ وَالتَّرَائِبِ ۚ ﴾²، يتخلق الولد من هذا السائل متى وصل إلى الرحم المستعد للتفاعل، وإن لم يكن وصوله عن طريق الاتصال الجسماني المعروف .

فإذا كان بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة كان تصرفا واقعا في دائرة القانون والشرائع التي تحكم المجتمعات الإنسانية الفاضلة، وكان عملا مشروعاً لا إثم فيه ولا حرج، وهو بعد هذا قد يكون في تلك الحالة سبيلاً للحصول على الولد شرعي، يذكر به والده، وبه تمتد حياتهما وتكمل سعادتهما النفسية والاجتماعية ويطمئنان على دوام العشرة وبقاء المودة بينهما، أما إذا كان بغير ذلك كماء رجل أجنبي عن المرأة ولا يربط بينهما عقد زواج فهو شبيه بالزنا³ فالقاعدة التي تخضع لها العملية هي " الولد للفراش"⁴ وقول الشيخ جاد الحق " لما كان الهدف الأسمى من العلاقة الزوجية هو التوالد حفظاً للنوع الإنساني، وكانت الصلة العضوية بين الزوجين ذات دوافع غريزية في جسد كل منهما، أضحت التواصل والإختلاط هو الوسيلة الأساسية والوحيدة لإفضاء كل منهما بما استكن جسده واعتمل نفسه، حتى تستقر النطفة في مكنن نشوئها كما أراد الله سبحانه وتعالى وبالوسيلة التي خلقها في كل منهما، فلا يعدل عنها إلا إذا دعت داعية: كأن يكون بواحد منهما ما يمنع حدوث الحمل بهذا الطريق الجسدي المعتاد مرضاً أو فطرة من الخالق سبحانه وتعالى، فإذا كان في شيء من ذلك وكان تلقيح الزوجة بذات مني زوجها - دون شك في استبداله أو اختلاطه بمني غيره من إنسان أو مطلق حيوان - جاز شرعاً إجراء هذا التلقيح، فهذا نبت ثبت به النسب تخريجاً على ما قرره الفقهاء في النقول المتقدمة⁵.

وهذا ما أقره المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي في دورته الثامنة بمكة المكرمة :
(إن الأسلوب الأول الذي تأخذ فيه النطفة الذكرية من رجل متزوج ثم تحقق في رحم زوجته نفسها، في طريقة التلقيح الداخلي) هو أسلوب جائز شرعاً بالشروط العامة الآتية الذكر⁶.

¹ الشيخ صالح (بشير)، الحماية الجنائية للجنين في ضوء الممارسات الطبية الحديثة - دراسة مقارنة - مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2012-2013 م، ص 59 .

² سورة الطارق الآيات: 05 - 07 .

³ شلتوت (محمد)، الفتاوى دراسة لمشكلات المسلم المعاصر في حياته اليومية العامة، دار الشروق، القاهرة، 2004 م، ط 18، ص 325 .

⁴ صحيح البخاري

⁵ جاد الحق (علي جاد الحق)، بحوث وفتاوى إسلامية في قضايا معاصرة، دار التراث العربي، القاهرة، (د . ت)، (د . ط)، ج2، ص 346 .

⁶ القرار الثاني لمجمع الفقهي الإسلامي حول التلقيح الاصطناعي وأطفال الأنبوب، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، المنعقد بمكة المكرمة، الدورة الثامنة، الإصدار الثالث، ص 173 .

أما موقف المشرع الجزائري فقد نص بموجب المادة 45 مكرر من قانون الأسرة، جواز أسلوب التلقيح الاصطناعي شريطة أن يتم ذلك بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة، وأن يعبرا عن رضهما، مع قيام العلاقة الزوجية بينهما فالمفروض أنه متى توافرت هذه الشروط وخضعت الزوجة للعملية فنتج عنها ولادة طفل، فهذا الأخير يعد ابنا شرعيا وببيولوجيا للزوجين .

إن إضفاء صفة الشرعية على نسب المولود يعد أمرا منطقيا طالما انه يحمل صفاتهما الوراثية وولد أثناء قيام العلاقة الزوجية، إذ أن رابطة الزواج تعتبر سببا لثبوت النسب .

فكل نسل ينتج من مخالطة الرجل بالمرأة يعد ابنا شرعيا لهما وتثبت البنوة للزوج الذي تربطه بمن أنجبت عقد قران¹.

لكن المشكل لا يثار هنا إنما يطرح عند مراجعة نص المادة 41 من قانون الأسرة إذ تنص هذه الأخيرة على أنه: " ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الإتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة " إن نص هذه المادة لا يتماشى مع التطور الطبي فالتلقيح الاصطناعي لا يتصور معه الإتصال الجنسي إنما تلاقي البويضة بالمني بطرق اصطناعية، لذلك ينبغي على المشرع وحتى تتسق المادة 41 من قانون الأسرة مع المادة 45 مكرر من نفس القانون أن يضيف إلى المادة 41 عبارة إذا أمكن الإتصال أو تلاقي البويضة مع المني².

من جهة آخر لم يبين المشرع الجزائري ما إذا تعلق الأمر بتلقيح بويضة بالمني داخليا أم يتعلق الأمر أيضا بإباحة أسلوب التلقيح داخل الأنبوب لكن على الأرجح أن الطفل الناجم عن التلقيح الاصطناعي بعد إحداث تلاقي البويضة مع المني داخل الأنبوب يعد ابنا شرعيا لهما ولا مجال للشك في نسبه إلى والديه .

إن المولود الناجم عن هذه العملية ينسب إلى الزوجين، كما لو كان قد ولد نتيجة الإنجاب الطبيعي لا الاصطناعي .

أرى أن المشرع الجزائري تقف أثر الشريعة الإسلامية، وبالرغم من ذلك توجد العديد من الثغرات القانونية في موضوع نسب الطفل الناتج عن التلقيح الاصطناعي الداخلي يجب أخذها بعين الاعتبار . بالرجوع إلى موقف القانون الفرنسي نجده أيضا يعامل المولود الناجم عن ماء الزوجين اصطناعيا بنفس الطريقة التي يعامل بها المولود الناجم عن الإنجاب الطبيعي حيث يمنح له النسب الشرعي إذا كان أبواه

¹ تشوار (جيلالي)، نسب الطفل في القوانين المغاربية للأسرة بين النقص التشريعي والتتحيات المستحدثة، مجلة العلوم القانونية، الإدارية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، العدد 03، تلمسان، 2005 م، ص 04-05 .

² تشوار حميدو (زكية)، شروط التلقيح الاصطناعي في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص

البيولوجيان مرتبطين بعقد قران، ويمنح له النسب الطبيعي إذا كان أبواه يقيمان علاقة حرة¹.

2- التلقيح الاصطناعي بنطفة الزوج بعد وفاته وتحديد نسب المولود الناجم عنه (insémination post – moten)

لم يعد مشكل التقدم في السن بالنسبة للنساء ولا الإصابة بداء السرطان عائقا أمام تحقيق حلم الأبوة والأمومة فقد توصلت الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية إلى إمكانية تجميد السائل المنوي،² وإن نجاح هذه التقنية دفع الدول إلى المسارعة بإنشاء مراكز تجميد وحفظ السائل المنوي وتعتبر الولايات المتحدة الأمريكية واليابان السبقتان في إنشائها، وذلك سنة 1963 م، أما فرنسا فإن هذه التقنية بدأت في التطور منذ عام 1973 م.

بالنسبة للجزائر فقد اعتمدت هذه التقنية في السنوات الأخيرة حيث تسمح بإعطاء فرصة الإنجاب للحالات التي تعاني من داء السرطان الذي يتسبب في الإصابة بالعقم بعد الخضوع للعلاج بالأشعة أو العلاج الكيميائي أو النساء اللواتي قد يتزوجن في سن متأخرة لتفادي إنجاب أطفال مصابين بالتريزوميا

¹ إن موقف القضاء الفرنسي في البداية كان صارما، إذ أنه رفض الاعتراف بهذا النوع من التلقيح، وظهر ذلك جليا من خلال القضية التي عرضت على محكمة استئناف Bordeaux بتاريخ 25/04/1884 م، حيث تتلخص وقائع القضية في لجوء زوجين كانا يعانيان من عدم القدرة على الإنجاب إلى إجراء عملية التلقيح الاصطناعي بواسطة نطفة الزوج، وتمت العملية تحت إشراف الطبيب إلا أنها لم تكلل بالنجاح مما أدى إلى استياء الزوجين ورفضهما دفع أتعاب الطبيب المتفق عليها.

تعرض هذا الموقف القضائي الرافض لعملية الإنجاب بواسطة نطفة الزوج إلى النقد من طرف الفقه الفرنسي الذي اعتبرها وسيلة لعلاج العقم وحافزا قويا للرفع من معنويات الزوجين والتخفيف من آلامهما النفسية، عملا بهذا النقد، ونتيجة لتطور فكرة العلاج عن طريق التلقيح الاصطناعي ورواجها في المجتمع الفرنسي، وكذا إقبال العديد من الأزواج الذين يعانون من العقم عليها، عدل القضاء الفرنسي عن موقفه الصارم، وأباح هذا النوع من التلقيح. هذا ما قضت به محكمة استئناف Toulouse في قرارها الصادر بتاريخ 21 سبتمبر 1982 م. من خلال ما تقدم ذكره نلاحظ أن الآراء كانت متضاربة بين مؤيد ومعارض لعملية التلقيح الاصطناعي بنطفة الزوج على قيد الحياة غير أن المشرع الفرنسي قد تدخل سنة 1994 م ونظم مسألة التلقيح الاصطناعي بموجب قوانين والتي أتبعها بقرارات ومراسيم لتكاملتها، فأجاز اللجوء إلى المساعدة الطبية باعتبارها موجهة للإستجابة لطلب الإنجاب المقدم من قبل الشخصين اللذين يعانيان من عدم القدرة على تحصيل النسل بالشمل الطبيعي.

وما يدل على مشروعية هذا الأسلوب من التلقيح، هو أن المشرع الفرنسي نص صراحة على إمكانية خضوع الرجل والمرأة لإجراء عملية التلقيح الاصطناعي شريطة أن يتم ذلك أثناء حياتهما.

أما إذا كان الرجل والمرأة على علاقة حرة فإن المولود يعتبر ابنا طبيعيا ويرتبط بأبويه بعد أن يعترف به والده البيولوجي، وفي حالة عدم اعترافه به يمنح النسب الطبيعي بناء على تصريح قضائي بعد إتخاذ إجراء البحث عن الأمومة أو الأبوة وهذا إستنادا للفقرة 01 من المادة 334 - 8 من القانون المدني التي نصت على: « La filiation naturelle est légalement établie par reconnaissance volontaire . La filiation naturelle peut aussi se trouver légalement établie par la possession d'état ou par l'effet d'un jugement » أنظر علال برزوق (أمال)، أحكام النسب بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي، مرجع سابق، ص 424.

² CF. Michel Baur «Miroir d'une bioéthique expérimental : l'intégration au service public hospitalier et devenir de leur identité » sur www.Génétiq.org.fr.

21، رغم أن السن ليس سببا مباشرا في ذلك إلى أنه لضمان حفظ نسل هؤلاء تم إنشاء بنوك خاصة بالحيوانات المنوية¹.

تتم هذه الطريقة بأخذ الحيوانات المنوية أثناء الحياة الزوجية وقبل وفاة الزوج ويحتفظ بها في بنوك المني وبعد إنتهاء الحياة الزوجية بموت الزوج أو طلاق بائن، تعتمد الزوجة إلى استرجاع المني وإجراء التلقيح ليتم الحمل، رغبة منها في أن يكون لها من زوجها أو لأي سبب آخر يتعلق بالميراث أو غيره ولكن هنا لابد أن نميز بين حالتين:

الحالة الأولى: إذا تمت عملية زرع اللقيحة بعد وفاة الزوج وبعد إنتهاء العدة

وقد تحدث هذه الحالة إذا ما استمر تجميد اللقيحة أو السائل المنوي لفترة طويلة من الزمن، كحفظ اللقيحة في بنوك المني (Bankes de sperme) فترة ستة أشهر بعد الوفاة مثلا، ثم زرعت في رحم الزوجة (سابقا) وحملت به مدة الحمل تسعة أشهر، فإن المجموع يصبح خمسة عشرة شهرا، أي سنة وثلاثة أشهر، فلا ينسب الولد لأبيه جاء بعد مضي المدة الأقصى للحمل (م 43 ق. أ)²

وقد نصت المادة 60 (ق.أ) على أنه: " عدة الحامل وضع حملها، وأقصى مدة الحمل عشرة (10) أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة " فالتلقيح الصناعي بعد الوفاة يتعارض مع ثبوت النسب، لأن النسب لا يمكن إثباته للمتوفي إلا إذا ولد المولود في عدة أقصاها عشرة أشهر³.

كما أشارت المادة 371 من قانون الصحة الجديد إلى ذلك ونصت الفقرة 02 على أنه: " يقدم الزوج والزوجة كتابيا، وهما على قيد الحياة، طلبهما المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب، ويجب عليهما تأكيدهما بعد شهر (01) واحد من تاريخ إستلامه من الهيكل أو المؤسسة المعنية " ⁴ فهي بشرطها هذا قد منعت عملية التلقيح بعد الوفاة بل حتى أثناء العدة لأن عدة المتوفى عنها زوجها في الشريعة الإسلامية هي أربعة أشهر وعشرة أيام، وفترة شهر المنصوص عليها في الفقرة لا تكفي للقيام بهذه العملية ومنه جاء المنع جملة وتفصيلا .

كما نصت المادة 47 من (ق.أ) على أنه: " تحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة " ويترتب على وفاة الزوج انحلال الرابطة الزوجية، وتصير الزوجة أرملة وعليها أن تعتد⁵ وبالتالي يصير في حكم الأجنبي عنها .

¹ <https://nhar.tv/sSHvI> نشر في 26 أفريل 2014 ساعة 23.30 سحب بتاريخ: 16 ماي 2022 م .

² سكريفة (محمد الطيب)، التلقيح الاصطناعي بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 56 وما بعدها .

³ قانون الأسرة المعدل والمتمم .

⁴ قانون رقم 18 / 11 المتعلق بالصحة .

⁵ بن ملح (الغوثي)، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2015، ط 03، ص 89.

وهذا حكم يتطابق مع كل من الشرط الذي وضعه المشرع الجزائري لجواز التلقيح الاصطناعي الذي مفاده أن يتم ذلك خلال حياة الزوجين ومع ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية من عدم التشجيع على إتمام عملية التلقيح الاصطناعي بعد وفاة الزوج، حيث ذهب غالبيتهم إلى تحريم إجراء عملية التلقيح الاصطناعي بعد وفاة الزوج أي بعد انتهاء الحياة الزوجية، التي تنتهي عندهم منذ لحظة الوفاة، وأن التلقيح في هذه الحالة إذا تم فإنه يتم بنطفة من غير الزوج الذي أصبح في حكم الأجنبي مما يستوجب تحريمها، وبالتالي لا ينسب هذا المولود إلى صاحب النطفة¹.

وقول الدكتور علي البار في هذا الصدد " إذ انتهى هذا العقد بموت أو طلاق بائن انتهت عدته، فلا يجوز أن يتم التناسل بين هذين الشخصين مهما كانت الأعدار والدوافع وأن حصول النسب مرتبط بقيام عقد الزوجية، فإذا انفسخ هذا العقد بموت أو طلاق ولم يكن هناك حمل قبل الموت أو الطلاق، فإن حدوث الحمل بعد الوفاة يلغي النسب².

و أيدت هذا الرأي لجنة البحوث الفقهية وانتهت إلى أن هذا التلقيح بعد انتهاء عدة الوفاة ممنوع بالاتفاق ولم يجادل في ذلك أحد لأن المرأة أصبحت منفصلة تمام الانفصال عن هذا الزوج ولذلك يجوز لها أن تتزوج بغيره³.

و للدلالة أيضا، فإن التلقيح بهذه الصورة لا يتماشى مع أحكام الميراث التي نص عليها قانون الأسرة، إذ تنص المادة 128 منه على أنه: يشترط لاستحقاق الإرث أن يكون الوارث حيا أو حملا وقت افتتاح التركة

ذلك مما يكون من حق الورثة الاعتراض على انتساب الطفل الذي يأتي نتيجة لهذه الصورة من التلقيح من الشخص المتوفى⁴.

وعلى هذي الآراء سارت اللجنة الطبية الفقهية، حيث أقرت في إحدى توصياتها بأنه: " لا يجوز في أي حال من الأحوال، استخدام مني الزوج المتوفى بتلقيح بويضة زوجته السابقة، سواء كان تلقيحا داخليا أم خارجيا، لأنه بموت الزوج ينتهي رباط الزوجية "، وهو ما أفتى به مجمع الفقه الإسلامي⁵

¹ زياد (أحمد سلامة)، مرجع سابق، ص 83 .

² محمد علي البار، القضايا الأخلاقية الناجمة عن التحكم في تقنيات الإنجاب (التلقيح الاصطناعي)، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثالثة، العدد الثالث، الجزء الأول، 1408 هـ - 1982 م، ص 460 .

³ حسيني (هيك)، مرجع سابق، ص 134.

⁴ بوغزالة (محمد رشيد)، عباسي (أحمد مبارك)، التلقيح الاصطناعي - المفهوم، الإشكالات والآثار، معهد العلوم الإسلامية، الملتقى الدولي الثاني: المستجدات الفقهية في أحكام الأسرة، جامعة الوادي، 2018 م، ص 1035 .

⁵ حسيني (هيك)، مرجع سابق، ص 133 .

الحالة الثانية: إذا تمت عملية زرع اللقحة بعد الوفاة وأثناء العدة

ذهب عدد قليل من الفقهاء، ومنهم الدكتور عبد العزيز الخياط، إلى الاعتراف بهذه العملية، وذلك على أساس الجواز مع عدم الاستحسان، فقال: " وقد يلجأ الرجل إلى حفظ منيه في مصرف منوي لحسابه الخاص ثم يتوفى، وتأتي زوجته بعد الوفاة فتلقح داخلها بنطفة منه وتحمل، الحكم في هذا: الولد ولده، وأن العملية، وإن كانت غير مستحسنة، فهي جائزة شرعا، فإن الولد يثبت نسبه لأن الفراش قائم بقيام العدة ولأن النسب ثابت قبل الولادة، وثابت أن النطفة منه¹.

ولدرء شبهة الزنا عن المرأة الحامل في غياب زوجها أي بعد وفاته، يرى البعض أنه يشترط لإجراء عملية التلقيح بعد وفاة الزوج أن تشهد المرأة على أنها قد أخذت مني زوجها من مصرف المنى، كما تشترط أيضا عند إيداع مني الزوج².

وبناء عليه، فإن القول بعدم جواز هذا النوع من التلقيح بمنى الزوج بعد وفاته، حتى ولو عبر عن رضاه قبل وفاته، فالعبرة بتحرير الرضا كتابة وقت إجراء العملية، يتفق وتستلزمه مقتضيات المبادئ الثابتة التي بنيت عليها قواعد ثبوت النسب شرعا وقانونا .

والواقع، وإن كان المشرع لم ينص صراحة على عدم جواز تلقيح الأرملة بمنى زوجها المتوفي عنها، إلا أن المادة 45 مكرر من قانون الأسرة نصت صراحة على وجوب إجراء التلقيح أثناء حياة الزوجين مع توافر رضاها معا . وبهذا يمنع المشرع الجزائري إجراء عملية التلقيح الاصطناعي بعد وفاة الزوج .

ومن غير المعقول أن تأتي الزوجة بمولود بعد وفاة والده بمدة تفوق مدة الحمل المقررة قانونا وشرعا، وإلا اعتبر ابن زنا . وإن هذا النوع من التلقيح يعرقل القواعد الإنسانية المتعلقة بالنسب والحالة المدنية

وبناء على ذلك يمكن القول أنه لا يحق اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي بعد وفاة الزوج، حتى ولو عبر عن رضاه قبل وفاته، فالعبرة بتحرير الرضا كتابة وقت إجراء العملية (المادة 371 قانون الصحة)

وفي هذا الاتجاه ذهب المشرع الجزائري، مستندا في ذلك بما ذهب إليه غالبية الفقه الإسلامي الذي حرم هذا النوع من التلقيح والواقع وإن كان المشرع لم ينص صراحة على عدم جواز تلقيح الأرملة بمنى زوجها المتوفي عنها، إلا أن المادة 45 مكرر من قانون الأسرة نصت صراحة على وجوب إجراء التلقيح أثناء حياة الزوجين وبهذا يمنع المشرع الجزائري إجراء عملية التلقيح الاصطناعي على الأرملة بعد وفاة زوجها. غير أن السؤال الذي يثار في هذا الصدد، ماذا لو خضعت المرأة فعلا للعملية بعد وفاة زوجها، وتكللت بولادة الطفل، إلى من ينسب هذا الأخير ؟

¹ عمران (أحمد)، التلقيح الاصطناعي في الميزان (دراسة تقييمية لما حققه من منافع وما أحدثه من مضار للأسرة والمجتمع)،

مجلة الإحياء، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، العدد 06، 1423 هـ - 2002 م، ص 111

² سكريفية (محمد الطيب)، التلقيح الاصطناعي بعد الوفاة، المجلة المتوسطة للقانون والإقتصاد، العدد 01، المجلد 05، 2020 م، ص 210 - 211 .

إن المشرع الجزائري لم يعالج نسب المولود الناجم عن التلقيح الاصطناعي بعد الوفاة وبالتالي لا بد من الرجوع إلى قانون الأسرة، وتحديدًا المادة 43 منه التي نصت على أنه: " ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال 10 أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة ¹ .

والملاحظ أن هذه المادة لا تتماشى مع أسلوب التلقيح الاصطناعي بعد الوفاة فمدة عشرة أشهر المحددة قانونًا تعد جد قصيرة مقارنة ما يستغرقه الحمل الاصطناعي من مدة .

استنادًا عليه، إذا لجأت الزوجة لهذا النوع من التلقيح بالرغم من أنه غير جائز شرعًا وقانونًا، ووضعت مولودًا فإن هذا الأخير ابنًا غير شرعي ويلحق بنسبه بأمه فقط على الرغم من حقيقة البيولوجية .

وبعد دراسة هذه الصورة - التلقيح بعد الوفاة - وبالرغم الإقرار بها من قبل بعض العلماء إلا أنني أرى أنها محرمة شرعًا لانقضاء العلاقة الزوجية، وبالتالي فإن المولود الناتج في هذه الحالة يعد غير شرعي، لأن الشريعة الإسلامية تنهى عن ميلاد أطفال أيتام مسبقًا .

إن عدم إضفاء الشرعية على هذا النوع من التلقيح يعتبر منطقيًا، فطالما الرابطة الزوجية تنتهي بوفاة أحد الزوجين، فمن غير المعقول أن تأتي الزوجة بمولود بعد وفاة والده بمدة تفوق مدة الحمل المقررة قانونًا وإلا اعتبر ابن زنا .

فهذا الأسلوب من التلقيح يفتح بابًا واسعًا من المشاكل التي قد يواجهها الطفل في المستقبل، كما أنه يعرقل القواعد الأساسية المتعلقة بالنسب والحالة المدنية ² .

حرمت التشريعات العربية ومن بينها المشرع السعودي عملية التلقيح الاصطناعي بعد وفاة الزوج بصورة قطعية وصريحة في المادة 04 من نظام وحدات الإخصاب والأجنة وعلاج العقم لسنة 1424 هـ " يجب التأكد من وجود علاقة زواج قائمة قبل البدء في العلاج، ويحظر تخصيب أي بيضة للزوجة بنطفة الزوج بعد الطلاق أو الوفاة، ويجب على الطبيب عند حدوث ذلك أن يوقف عملية الإخصاب " ³

كما يتضح تحريم هذه الحالة من قبل المشرع الإماراتي من خلال قراءة شروط التلقيح الصناعي في المادة 9 ف 6 من قانون رقم 11 لسنة 2008 في شأن ترخيص مراكز الإخصاب بالدولة أن تتم تقنية المساعدة على الإنجاب بحضور الزوج إلى مركز الإخصاب " ويعني هذا الشرط أن يكون على قيد الحياة ساعة الإخصاب ⁴ .

¹ قانون الأسرة المعدل والمتمم .

² علل برزوق (أمال)، مرجع سابق، ص 447 .

³ الشايع (فهم عبد الإله)، التصرف بالنطف والبويضات واللقاح البشرية في مجال الإخصاب الصناعي وإجراء التجارب وفقًا لأحكام القانون المدني - دراسة في التشريع المصري والأردني -، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، عمان - الأردن، العدد 04، المجلد 45، 2018 م، ص 140 .

⁴ قانون اتحادي رقم 11 لسنة 2008 الصادر بتاريخ 16 ديسمبر 2008 م الموافق لـ 18 ذي الحجة 1429 هـ، في شأن ترخيص مراكز الإخصاب بدولة الإمارات العربية .

فيما يتعلق بالقانون التونسي فقد نص في الفصل الرابع على الزوجية كشرط أساسي لحدوث التلقيح الاصطناعي وقيام أثره المتمثل في النسب أما في صورة الطلاق فلا مجال للقيام بذلك لانقطاع الرابطة الزوجية حيث نص الفصل 29 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية على أن الطلاق هو حل عقدة الزواج " والطلاق الذي تتحل به الرابطة الزوجية هو الطلاق البت الذي لا يقبل أي وجه من وجوه الطعن هذا ما أكدته قرار الاستئناف بسوسة الذي جاء فيه أنه:

" مالم يصدر حكم بات في الموضوع فإن الزوجة مازالت في عصمة زوجها ¹

وبالنظر إلى التشريع الفرنسي في مسألة التلقيح بعد الوفاة نجده في البداية لم يصدر قانونا خاصا ينظم هذه المسألة ثم تبني بموجب قانون 94 - 654 المؤرخ في 29 جويلية 1994 وكذا قانون 2004 - 800 المؤرخ في 06 أوت 2004 موقف الفقه المعارض لعملية التلقيح الاصطناعي بعد الوفاة .

ومع أنه لم ينص صراحة على منعه لهذا الأسلوب من التلقيح، إلا أنه يمكن استخلاص موقفه الرفض ضمنا من نص المادة 152 - 2 من قانون الصحة الفرنسي، حيث اشترطت فقرتها الثالثة أن يكون الرجل والمرأة على قيد الحياة، وأن يعبرا عن رضاهما للخضوع لإجراء العملية وهذا المعنى أكدته المادة 2141 - 2 فقرة 03 من نفس القانون وحتى تتم الاستفادة من عملية التلقيح الاصطناعي لابد من أن يكون الزوجان على قيد الحياة على الأقل وقت التصريح برضاهما الأولي ².

هذا ما يجرنا لطرح التساؤل ما الحكم لو توفي الزوج بعد الإعلان عن رضاه وقت إجراء العملية ؟ إن الإجابة عن هذا التساؤل لا نجدها ضمن المادتين المذكورتين أعلاه فالمشرع الفرنسي أغفل معالجة هذه الحال غير أنه وبالرجوع إلى التقارير الرسمية نجد الإجابة عن هذا التساؤل حيث جاء في تقرير لمجلس الدولة الفرنسي على أنه:

« on peut douter qu'il soit sain d'offrir à des parents le pouvoir de programmer la naissance , à titre posthume d'un orphelin de père .En cas de décès de l'un des membres du couple le survivant ne peut poursuivre les réalisations de ce projet parental»

وكذلك طبقا للتقرير رقم 236 لمجلس الشيوخ والذي ترأسه Jean Cheriaux حيث جاء فيه:

« L'homme et la femme doivent être vivant et consentants au moment de l'insémination ou de l'implantation de l'embryon »

وبناء على ذلك، يمين القول أنه لا يحق اللجوء إلى التلقيح الإصناعي بعد وفاة الزوج، حتى ولو عبر عن رضاه قبل وفاته فالعبرة بتحرر الرضا كتابة وقت إجراء العملية ³.

¹ بلشير (يعقوب)، عمور (محمد الطيب)، إشكالية نسب الطفل الناتج عن التلقيح الإصطناعي خارج العلاقة الزوجية، مرجع سابق، ص 220 .

² طيفاني (مخطارية)، التلقيح الإصطناعي، مرجع سابق، ص 83 .

³ خدام (هجيرة)، مرجع سابق، ص 37 .

هذا في ما يخص موقف التشريع الفرنسي أما موقف القضاء فقد اختلفت فيه الآراء بين مؤيد ومعارض حول أحقية تلقيح الزوجة نفسها بماء زوجها بعد وفاته¹.

¹ سوف نقوم بعرض موقف القضاء الفرنسي بإعتباره هو أول من عالج هذه المسألة، نجد أن القضاء الفرنسي أنقسم إلى اتجاهين أحدهما يؤيد حق الزوجة في تلقيح نفسها داخليا بنطفة زوجها المتوفي المجمدة، أما الآخر فيرفض حق الزوجة في تلقيح نفسها بنطفة زوجها بعد وفاته .

الاتجاه المؤيد للتلقيح بعد وفاة الزوج: احتدم الجدل في فرنسا، ابتداء من قضية (باربالاكس) parpalaix والتي تتلخص وقائعها في أن السيد Alain parpalaix كان مريض بسرطان في الخصية cancer des testicules وكان الطبيب المعالج قد أخبر المريض بأن العلاج يتضمن خطرا بالعمق واستحالة الإنجاب مستقبلا، وذلك إذ بقي على قيد الحياة فضلا عن إخبار الطبيب له بإمكانية استخلاص سائله وحفظه لدى مركز دراسة وحفظ السائل المنوي في فرنسا، ولقد قام المريض فعلا بالتوجه للمركز المذكور، حيث تم استخلاص مادة التلقيح منه، وحفظها كوديعة لدى المركز بناء على اتفاق مكتوب ثم تزوج بصديقته السيدة carine Richard واستمر يتلقى العلاج الخطر إبان أعوام 1982 حتى 1983 حيث توفي في 25 ديسمبر من هذا العام الأخير .

طلبت أرملته وكذلك والدا الزوج المتوفى الحصول على مادته لكي تحمل منها أرملته وقد قوبل هذا الطلب بالرفض من جانب المركز مما دفع الأرملة ووالديه إلى الالتجاء إلى القضاء .

وبتاريخ 01 أوت 1984، فصلت محكمة créteil لصالح أرملة المتوفى ضد مركز الدراسة وحفظ البويضات الحيوانات المنوية (C . E . C . O . S) الذي رفض تسليم أرملة المتوفى، الحيوان المنوي لزوجها الذي أودعه لديها بالمركز قبل وفاته، بحجة أن يترك المتوفى وصية بذلك، فقد جاء حكم المحكمة بإلزام المركز بأن يسلم الأرملة الحيوانات المنوية المودعة بالمركز للتلقيح بها، على أساس أن هذا لا يتعارض مع القانون الطبي ولا مع أهداف الزواج وهو الإنجاب .

وعلى هذا تكون المحكمة قد حسمت الأمر في اتجاه المشروعية والالتزام بالتسليم بقصد الاستخدام في الغرض المقصود وهو التلقيح الاصطناعي بعد الوفاة .

واستقبل هذا القضاء بعاصفة من الترحيب والنقد معا .

الاتجاه المعارض لعملية التلقيح بعد الوفاة: لم يسر القضاء على نفس المنوال، فنجدته قد تغير وأصبح الرفض للتقنية محل البحث هو المعمول به، ففي قضية عرضت على محكمة Toulouse تتلخص وقائعها في أن السيد Michel Gallon كان مصابا بمرض في الخصية " مما استدعى علاجه التعرض للأشعة وخوفا من فقد قدرته على الإنجاب ن بعد ذلك نصحه الأطباء بضرورة حفظ سائله المنوي وقام بذلك، اتفق مع المركز على أن يستعمل سائله المنوي عند حضوره، لكنه توفي بعد ذلك، فطالبت أرملته السيدة Claire Gallon المركز برد العينات المحفوظة لديه من نطف زوجها المتوفى ولكن المركز رفض الطلب فرفعت دعوى أمام محكمة Toulouse تطالب بإلزام تسليم السائل المنوي وايندت في ذلك على حجة أن الاتفاق المبرم بين المركز وزوجها المتوفى يعد باطلا لكون محل الاتفاق يخرج عن دائرة التداول التجاري، وأنها المستفيدة الشرعية فلا بد من استرجاعه، في حين طلب المركز عدم قبول طلب المدعية بحجة أن هناك اتفاق صريح بينه وبين المتوفى ينص على ضرورة حضوره وقت استعمالها . و أضاف المركز أن المتوفى كان مصابا بمرض السيدا فمن المحتمل أن يحمل سائله المنوي نفس الفيروس وأن العملية تشكل مساسا بحق الطفل لأنه سيحرم من الأبوة الحقيقية قبل الولادة، وأمام هذه الحجج رفضت المحكمة طلب الزوجة بحجة أن الزوج قد وقع اتفاقية مفادها لان يلتزم بالحضور شخصيا لإسترجاع سائله المنوي واعتبرت أن الاتفاق جاء صريحا ولا يمكن إبطاله .

ومن خلال هذه القضية نجد أن محكمة تولوز رفضت الاعتراف بهذا النوع من التلقيح ولعل السبب يرجع أساسا في ترجيحها لمصلحة المولود على مصلحة الأرملة في تحقيق رغبتها في الإنجاب وبهذا تتجنب ما يثيره هذا الأسلوب من مشاكل خاصة تلك المتعلقة بالنسب .

وفي نفس السياق أثارت إشكالية التلقيح بعد الوفاة في بقية المجتمعات الغربية حيث أوصى التقرير الذي وضعتة لجنة Warrnoek في إنجلترا، الذي نشر عام 1984 م حول الخصوبة البشرية وعلم الأجنة بأن الإرث يتحقق في حالة ما إذا كان الحمل قد تحقق في حياة الأب وذهب البعض إلى أن حق الطفل في الإرث يقتصر على حالات الوصية من قبل الزوج قبل وفاته ونص في المادة 285 من قانون الخصوبة البشرية وعلم الأجنة عام 1990 م: " أنه في حالة وفاة الزوج واستخدمت خلاياه التناسلية في تكوين الجنين وإحداث الحمل فلا يعد والد الطفل¹ .

من خلال ما تقدم ذكره نرى أن غالبية الفقه المعاصر والمشرعين الجزائري والتونسي وحتى المشرع الفرنسي لا يقرون بفكرة ممارسة التلقيح الاصطناعي بعد الوفاة .

ولهذا يعتبر كل اتفاق مبرم بين الأرملة والمركز باطلا حتى وإن صرح الرجل برضاه قبل وفاته ويتعين على المركز إهدار الحيوانات المنوية للرجل المتوفي وعدم تسليمها إلى أرملة، وعلى الطبيب رفض إجراء مثل هذا الأسلوب من التلقيح، من أجل غلق باب التخوف من المجهول، وعدم برمجة أطفال يتامى مسبقا² .

أرى أنه من غير الممكن السماح للزوجة بتلقيح نفسها بعد وفاة زوجها سواء كان ذلك في فترة العدة أو بعدها لأن رأي غالبية الفقهاء يذهب إلى أن العلاقة الزوجية قد انقطعت بموت الزوج، كما أن إجازة هذا الأمر لا يتعلق بالزوج والزوجة ورغبتهما في الإنجاب فقط، كما هو الحال قبل الوفاة، إذ وفاة الزوج واقعة تخلق عنها العديد من الحالات القانونية ومن بينها الإرث، والسماح للزوجة بتلقيح نفسها يمس بحصص الورثة سواء بالنقص أو الحرمان .

هنا يثار التساؤل ماذا لو كان الرجل عقيما ؟ هل يسمح بتدخل طرف أجنبي عن العلاقة ليتم تلقيح الزوجة بنطفة غير زوجها ؟

ثانيا: التلقيح الاصطناعي الداخلي بنطفة الغير (متبرع)

يقصد بهذا النوع من التلقيح الاصطناعي، اللجوء إلى شخص أجنبي، أي شخص ثالث يقوم بالتبرع بمنيه لصالح الزوجين العقيمين، ويرمز لهذه الطريقة بـ **AID** (Artificial Insemination- Donor)، وهكذا تحقق الزوجة بمني غير زوجها، ففي هذه الحالة لا يبقى التلقيح مقتصرًا على نطفة الزوج وبويضة الزوجة ليحصل على مولود لهما إذ يتم بين خليتين تناسليتين مستمدتين من شخصين لا يربط بينهما وقت إجراء التلقيح، زواج شرعي أو رابطة حرة لا تقل عن السنتين - بالنسبة للقانون الفرنسي

¹ يوسفوي (فاطمة)، المسؤولية الجنائية في عمليات الإصطناعي، مجلة الحقيقة، جامعة أدرار، الجزائر، العدد 29، ص 299 .

² خدام (هجيرة)، مرجع سابق، ص 38 .

- ويتم اللجوء إليه في الحالة التي يكون فيها الزوج يعاني من حالة العقم، كأن يكون مصابا بانعدام سائله المنوي أو قلة الحيوانات المنوية، أو وجود تشوهات أو خلل فيها وعدم قدرتها على اختراق البويضة أو قد يكون مصابا بأحد الأمراض الوراثية الخطيرة¹ والتي إنتقلها إلى المولود .

وقد ساعد على ظهور هذا النوع من التلقيح ما يعرف حاليا باسم بنوك المنى، والمنشرة في الكثير من البلدان الأوروبية والولايات المتحدة ومؤخرا في البلدان العربية²، وذهب الأمر إلى أبعد من ذلك حيث تكونت شركات في الولايات المتحدة الأمريكية لشراء منى العاقرة وأبطال الرياضة والفنانين والمشهورين ثم يبيعه لمن ترغب من النساء بعد عرضه في كتالوجات خاصة بمواصفات كل مانح³.

إن هذا النوع من التلقيح محرم في الشريعة الإسلامية لا مجال لإباحته⁴ ولم يعتنقه أي تشريع من التشريعات الإسلامية، فهذه الصورة من التلقيح الإصطناعي محظورة شرعا وتشريعا، لما فيها من خلط في الأنساب أضف إلى ذلك أن هناك تشابه كبير بين هذه الصورة ونكاح الإستبضاع الذي كان سائدا في الجاهلية وحرمه الإسلام⁵.

أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري فإنه اشترط أن يكون الماء من الزوجين دون سواهما في نص المادة 45 مكرر ف 2 .

لكن هذا لا يمنع الزوجة من تلقيح نفسها بغير ماء زوجها سواء بعلمه أو دون علمه وتتجب مولودا نتيجة هذا التلقيح فالسؤال المطروح لمن ينسب الولد ؟

الواقع أن المشرع الجزائري لم يحدد موقفه بصراحة من نسب الطفل نتيجة الإستعانة بنطفة الغير في قانون الأسرة إلا أن المادة 45 مكرر من قانون الأسرة التي إشتطت أن يتم التلقيح بمنى الزوج وبويضة الزوجة دون غيرهما مما يعني أن الطفل المولود لا ينسب لصاحب الفراش، وبالرجوع لنص المادة 04 من قانون الأسرة التي اعتبرت من بين أهداف الزواج المحافظة على الأنساب⁶، مما يعني أن المشرع الجزائري يمنع كل فعل من شأنه الإخلال بمسألة النسب، وينص المادة 41 من قانون الأسرة، ويحق

¹ البرزنجي (سعدي إسماعيل)، المشاكل القانونية الناجمة عن تكنولوجيا الإنجاب الجديدة، أطفال الأنابيب - تجميد الأحياء التناسلية وحفظها - عمليات الهندسة الوراثية والإستسناخ البشري - دراسة مقارنة في ضوء القانون المقارن والأخلاق والشريعة -، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2009 م، (د . ط)، ص 126.

² البار (محمد علي)، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، مرجع سابق، ص 517 .

³ البار (محمد علي)، موقف الإسلام من علاج العقم وفوضى الإنجاب الحديث، بحث مقدم لندوة الضوابط الأخلاقية في تطبيق تقنية الإخصاب الطبي المساعد في علاج العقم، المركز الدولي الإسلامي، القاهرة، ص 44 .

⁴ القرار الثاني من الدورة الثامنة لمجمع الفقه الإسلامي، مجلة الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 328 .

⁵ تشوار حميدو (زكية)، شروط التلقيح، مرجع سابق، ص 37 - 38 .

⁶ قانون الأسرة المعدل والمتمم .

للورثة رفع دعوى إنكار أبوة هذا الطفل، لأن لا تربطه علاقة قانونية بوالده فقط، وإنما تربطه علاقة بيولوجية أيضاً، وفي حالة تعارض العلاقة القانونية مع البيولوجية تكون الأفضلية للعلاقة البيولوجية¹.

لقد تدارك المشرع الأمر بعد صدور قانون الصحة رقم 18 / 11 المؤرخ في 18 شوال 1439 الموافق لـ 2 يوليو 2018 ونص صراحة من خلال المادة 371 ف 1 على " إمكانية اللجوء إلى المساعدة الطبية على الإنجاب إلا بالحيوانات المنوية للزوج وبويضة الزوجة دون سواهما مع استبعاد كل شخص آخر "

كما وضع عقوبة ردعية في حالة مخالفة أحكام نص المادة 371 والمنصوص عليها في نص المادة 434 من نفس القانون: " يعاقب كل من يخالف أحكام المادة 371 من هذا القانون المتعلقة بالمساعدة الطبية على الإنجاب بالحبس من خمس (05) سنوات إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 500.000 دج إلى 1000.000 دج"²

وحول هذه المسألة يقول الشيخ جاد الحق: " إذا كان تلقيح الزوجة من رجل آخر غير زوجها فهو محرم شرعاً، ويكون في معنى الزنا،³ ويقول أيضاً الشيخ محمود شلتوت: " إذا كان التلقيح البشري بغير ماء الزوج على هذا الوضع وبذلك المهزلة كان ودون شك أفضع جرماً وأشد نكراً من التبني في أشهر معناه ... وهو أن ينسب ولداً يعرف أنه ابن غيره إلى نفسه، وإنما كان التلقيح أفضع جرماً من التبني لأن الولد المتبني المعروف للغير ليس ناشئاً عن ماء أجنبي عن عقد الزوجية إنما ناشئ عن ماء ألحقه رجل آخر بأسرته، وهو يعرف أنه ليس حلقة من سلسلتها، غير أنه أخفى ذلك عن الولد، ولم يشأ أن يشعره بأنه أجنبي، فجعله عداد أسرته وجعله أحد أبنائه زوراً من القول، وأثبت له ما لأبناء من أحكام .

أما ولد التلقيح فيجمع بين نتيجة التبني المذكورة، وهي إدخال عنصر غريب في النسب، وبين خسة أخرى وهي إلتقائه مع الزنا في إطار واحد، تنبؤ عنه الشرائع والقوانين وينبؤ عنه المستوى الإنساني الفاضل وينزل به إلى مستوى الحيواني الذي لا شعور فيه للأفراد برباط المجتمعات الكريمة وحسب من يدعون إلى هذا التلقيح ويشيرون به على أرباب العقم، تلك النتيجة المزوجة التي تجمع بين الخستين: " دخل في النسب وعار مستمر للأبد " ⁴

كما أكد مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي على أن التلقيح بنطفة الغير هو إجراء محرم شرعاً لما ينجم عنه من إختلاط في الأنساب، إذ جاء في توصياته " أن تلقيح بويضة امرأة

¹ محمد مرسي (زهرة)، الإنجاب الصناعي، مرجع سابق، ص 347 .

² قانون رقم 11/18 المتعلقة بالصحة .

³ أنظر جاد الحق (علي جاد الحق)، التلقيح الاصطناعي، الفتاوى الإسلامية، 1980 م، العدد 09، ص 3213 .

⁴ شلتوت (محمود)، الفتاوى، مرجع سابق، ص 329، أنظر الصادق الحسن (شادية)، حكم الإسلام في التلقيح الاصطناعي،

معهد العلوم والبحوث الإسلامية، جامعة السودان للعلوم والتكنولوجيا، ص 16 www.pdfactory.com

بمني رجل ليس زوجها استبدال أو خلط مني الإنسان بغيره وكذا إنشاء مستودع تستحلب فيه نطف رجال لهم صفات معينة لتلقيح نساء لهم صفات معينة، كلها محرمة وممنوعة مطلقا لما يترتب عليه من اختلاط الأنساب وضياح الأسر¹.

في الحقيقة، الحل الذي إعتد به المشرع الجزائري يعتبر حلا منطقيا، فتلقيح امرأة بنطفة زوجها يعتبر أمرا غير شرعي ومناف للأخلاق، كما أنه يشكل مساسا بالالتزامات الناجمة عن الزواج، لاسيما واجب الإخلاص الذي يعتبر من قبل النظام العام وكل اتفاق يخالف ذلك يعتبر باطلا، وإن تم برضا الزوجين ويساهم في ارتفاع نسبة المواليد غير الشرعيين .

ختاما وانطلاقا مما سبق، يمكن القول أن المشرع الجزائري غلب مصلحة العلاقة الشرعية على مصلحة الزوجين في الحصول على مولود، بهذا يكون قد تفادى المشاكل، سواء العملية أو النفسية وحتى الخلقية والدينية الناجمة عن هذا الأسلوب من التلقيح .

وقد تبنت معظم التشريعات العربية موقف الشريعة الإسلامية الذي حرم هذا النوع من التلقيح الإصطناعي الداخلي لقد أصدرت الندوة العلمية التي عقدت بكلية الحقوق بجامعة القاهرة عام 1993 توصيات بأن التلقيح الإصطناعي الذي يجري خارج نطاق العلاقة الزوجية يعد عملا غير مشروع أيا كان الأسلوب الذي استعمل في إجرائه وأن الجنين الذي يولد نتيجة هذا العمل يعتبر طفلا غير شرعي وتطبق عليه الأحكام التي يقرها القانون للأبناء غير الشرعيين²

أما موقف القانون الفرنسي فقد راعى مصلحة الزوجين في الحصول على الولد بالدرجة الأولى، حتى وإن تم ذلك بتدخل طرف أجنبي عن العلاقة ويتجلى هذا الموقف من خلال نص المادة 152 / 6 من قانون الصحة العامة الفرنسي، الذي جاء فيه ما يلي:

« L'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur ne peut être pratiquée que comme ultime indication lorsque la procréation médicalement assistée à l'intérieur du couple ne peut aboutir »

وإذا أراد المشرع من وراء هذه المادة منح الطفل وضعية عائلية تقليدية، إلا أنه حصر اللجوء إلى هذا الأسلوب فقط في الحالة التي تفشل فيها عملية التلقيح بنطفة الزوج أو الرفيق في القضاء على العقم .

¹ القرار رقم 16 لمجمع الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثالثة، عمان، 1986 م، العدد 03، ج 1، ص 423.

² التوصية رقم 302 من توصيات الندوة العلمية المنعقدة بكلية الحقوق جامعة القاهرة عام 1993 الأساليب الطبية الحديثة والقانون الجنائي.

لهذا تم توجيه النقد إليه من طرف مجلس الدولة الفرنسي الذي يرى أن نص المادة 152 - 6 من قانون الصحة العامة الفرنسي يتعارض مع نص المادة 152 - 1 من نفس القانون.

فهذه الأخيرة تفتح باب المساعدة الطبية لأشخاص غير قادرين على الإنجاب وكذلك لمن هم مصابون بأمراض وراثية خطيرة يخشى انتقالها إلى المولود.

وبينما اقترحت اللجنة الوطنية للطب والبيولوجيا للإنجاب والفحص الطبي على المشرع إلغاء نص المادة 06/152 من قانون الصحة لأنها في نظرها مستحيلة التطبيق وتهدف إلى نشر فكرة من الأفضل الحصول على طفل من شخصين أم الحصول عليه من شخص واحد ؟ دعا مجلس الدولة على ضرورة تعديلها لتصبح على الشكل التالي:

« l'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur pourrait etre lorsque la procréation médicalement assistée à l'intérieur du couple ne peut aboutir ou peut avior pour effet de transmettre à l'enfant à l'autre membre du couple unz maladie grave »

و بالفعل أخذ المشرع الفرنسي بعين الاعتبار النقد الموجه إليه من قبل مجلس الدولة فإلى جانب تمسكه بموقفه المؤيد لأسلوب التلقيح الاصطناعي بنطفة الغير واشترطه اللجوء إليه عند فشل محاولات التلقيح الاصطناعي بنطفة الزوج، أضاف حالة الإصابة بالأمراض الوراثية الخطيرة .

هذا التعديل تبناه المشرع بإصداره قانون 2004 - 800 المؤرخ في 06 أوت 2004 م، حيث جاء في المادة 2141 - 7 منه والتي تم إدراجها ضمن قانون الصحة العامة ما يلي:

« l'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur peut - être mise en œuver lorsqu'il existe un risque de transmission d'une maladie d'une particlière gravité à l'enfant ou à un membre du couple lorsque les techniques d'assistance médicale à la procréation ne peuvent aboutir ou lorsque le couple ،dûment informé dons les conditions prévues à l'article 2141 - 10 y renonce »

بهذا التعديل يكون المشرع قد تدارك النقض الذي وقع فيه سنة 1994 م، كما أن المادة بهذا الشكل تصبح متسقة مع نص المادة 2141 - 21 من قانون الصحة والتي حددت أهداف المساعدة الطبية على الإنجاب.¹

¹ علل برزوق (أمال)، أحكام النسب بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي، مرجع سابق، ص 443 وما بعدها .

وبعد أن تعرضنا لكل ما يتعلق بالنسب الناتج عن التلقيح الإصطناعي الداخلي من حيث المفهوم والصور وكذا حكم ما ينتج عنها من جهة الشرع والقانون الوضعي، بقي علينا أن نتتبع نفس النهج، لكن الوسيلة هذه المرة هي الإخصاب خارج الرحم أو ما يعرف بالتلقيح الإصطناعي الخارجي .

الفرع الثاني : التلقيح الإصطناعي الخارجي

سبق وأن تعرضنا إلى حكم نسب المولود الناتج عن التلقيح الداخلي ومدى مساهمته في القضاء على مشكل العقم إلا أن هذه العملية لم تستطع التغلب على كافة حالات عدم الإنجاب، بسبب فشل التقاء النطفة بالبويضة داخل رحم الزوجة، ومن ثم كان من الضروري البحث عن تقنيات جديدة من التخصيب وبالفعل تم استحداث تقنية التلقيح الإصطناعي خارج الرحم وذلك بوضع ماء الزوجين داخل أنبوب قصد الإخصاب، ولهذا يطلق عليها تقنية " طفل الأنبوب " (F. I. V) لذا سوف نتطرق لتعريف التلقيح خارج الرحم في الفقرة الأولى وصوره في الفقرة الثانية .

الفقرة الأولى: تعريف التلقيح الخارجي

يتمثل الإخصاب الخارجي في سحب بويضة أو أكثر من الزوجة عن طريق تدخل جراحي يسمى laparoscopie بعد إستئثارها بواسطة هرمونات منشطة ثم توضع هذه البويضات في وسط ملائم ومغذي في وجود نطفة الرجل ليتم الإخصاب وبعد مرور بعض الوقت يتم نقل البويضة أو البويضات المخصبة إلى رحم المرأة التي كانت قد أعدت خصيصا لإستقبالها من خلالها المعالجة الهرمونية.¹

وعرفه البعض بأنه مجموعة الأعمال الطبية التي تهدف إلى إلتقاء الحيوان المنوي بالبويضة خارج الرحم لتلقيحها في أنبوب وتعاد بعده إلى الرحم بشروط².

أما الدكتور حسيني هيكل عرفه بأنه: " مجموعة من الأعمال الطبية الهادفة إلى إخصاب البويضة خارج الرحم في وسط مماثل للأخير وإعادتها إليه بشروط³ .

ولكي تتم عملية التلقيح الخارجي بنجاح لابد من إتباع مجموعة من الخطوات الطبية المتتابعة وهذه الخطوات تتمثل في الآتي:

¹ هيكل (حسيني)، مرجع سابق، ص 235 .

² شعلان (سليمان محمد السيد حمدي)، نطاق الحماية الجنائية للأعمال الطبية الفنية الحديثة، رسالة دكتوراه، جامعة المنصورة، 2002 م، ص 523، مقتبس عن هيكل (حسيني)، نفس المرجع، ص 235 .

³ هيكل (حسيني)، مرجع سابق، ص 236 .

الخطوة الأولى: وتتمثل في تنشيط المبيض ومتابعة قدرته على إنتاج البويضات، لقد أوضحت الأبحاث العلمية أن هناك علاقة طردية بين إرتفاع إحتمال نجاح تقنية الإخصاب الصناعي الخارجي وقدرة المبيض على إنتاج عدد كبير من البويضات لذا فإنه يجب حقن الزوجة بهرمونات منشطة للتبويض كعقار

" برجونال " أو حقن خلاصة الغدة النخامية أو الإثنين معا وذلك بعد إبتداء الدورة الشهرية تكون البويضات قد بلغت العدد والحجم المطلوب .

الخطوة الثانية: تتمثل في إستخراج البويضات الصالحة للإخصاب، لقد تم إستحداث طريقة جد متطورة لإستخراج البويضات تختلف عن الطريقة التي كانت تستعمل في الماضي وهو أن يتم استخراج البويضات عن طريق إبرة يتم إدخالها في البطن تحت تأثير المخدر الموضعي أو الكلي، ويمكن ملاحظتها على شاشة جهاز الموجات فوق الصوتية وهي طريقة تمتاز بسهولة وسرعتها .

الخطوة الثالثة: وفيها يقوم الزوج بالإستمناء ليقوم الطبيب بمعاملة السائل المنوي معاملة خاصة لإختيار الحيوانات المنوية القوية الموجودة به وذلك عن طريق عملية الطرد المركزي لتركيز الحيوانات المنوية في مزرعة خاصة ثم يأخذ مليمتر واحد من السائل المزرعة ليوضع في طبق بتري مع البويضة في المحضن بهدف تلقيحها .

الخطوة الرابعة: وفيها يتم إخراج أنابيب الإختبار من الحاضنة بعد حوالي 24 - 48 ساعة لفحص البويضات فإذا حدث الإخصاب تكون البويضة قد إنقسمت إلى خليتين أو أربع وذلك بهدف إتاحة الفرصة للإنقسام الخلوي .

الخطوة الخامسة: وهي زرع الأجنة في الرحم ويقوم هنا الطبيب المختص في مدة تتراوح بين يومين أو ثلاثة لتكوين الجنين بزرع أو نقل ثلاث أو أربع أجنة للرحم عن طريق قسطرة خاصة يتم إدخالها في المهبل وعنق الرحم لتثبيتها في جدار الرحم وهذه لا حاجة لتخدير الزوجة فيها وللتأكد من حدوث إلتصاق الأجنة بجدار الرحم (بطانة الرحم) يقوم الأطباء بإعطاء الزوجة مجموعة من الأدوية لمدة أسبوعين تقريبا تبدأ من لحظة الزرع وذلك حتى يتم التأكد من إلتصاق الأجنة ببطانة الرحم ثم يتم متابعة الزوجة لمعرفة حدوث الحمل من عدمه بواسطة إختبار الحمل في البول أو الدم وكذلك الفحص بالموجات فوق الصوتية¹.

¹ هيك (حسيني)، نفس المرجع، ص 236 وما بعدها .

بعدما عرفنا مصطلح التلقيح الاصطناعي الخارجي وتطرقنا لجميع المراحل والخطوات التي يمر بها سوف نعالج الصور التي يكون عليها وموقف كل من الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية من النسب الناتج عن هذا النوع من التلقيح في الفقرة الموالية .

الفقرة الثانية: صور التلقيح الخارجي وموقف الفقه الإسلامي والقانون من النسب الناتج عنها

للتلقيح الصناعي الخارجي عدة صور منها:

أولاً: صور التلقيح الاصطناعي الخارجي بين الزوجين

الصورة الأولى: يؤخذ الحيوان المنوي من الزوج والبويضة من مبيض زوجته وتوضع في أنبوب إختبار حتى تتكون اللقحة ثم تنقل البويضة المخصبة بعد أن تنقسم وتتكاثر إلى رحم الزوجة لتلتصق برحمها ثم تنمو وتتخلق وتصبح جنينا، والعلة في هذه الصورة هي إنسداد قناتي فالوب التي توصل البويضة من المبيض إلى الرحم .

الصورة الثانية: أن يقدم الزوج الحيوان المنوي إلى مصرف المني وتستعيد الزوجة - بعد وفاته أو في حالة الطلاق أثناء العدة أو السفر أو حالة دخوله السجن - ليتم إخصابه ببويضة هذه الزوجة، والعلة في هذه الصورة قد تكون علة الزوج عدم قدرته على تربية الأولاد أو خوف الزوج من فقد القدرة على الإنجاب في المستقبل فيقوم بحفظه داخل مصرف المني، أما علة الزوجة فقد تكون للحفاظ على ذكراه أو لأسباب تتعلق بالميراث والخوف من أن يؤخذ أو ينقص¹.

ثانياً: صور التلقيح الاصطناعي الخارجي من غير أحد الزوجين

الصورة الأولى: أن تكون البويضة من الزوجة والحيوان المنوي لغير الزوج (متبرع)، ويتم الزرع بعد التخصيب حيث يتم زرع اللقحة في رحم الزوجة لتعلق بجدار الرحم وتنمو ويلجأ لهذه الصورة في حالة العقم النهائي للزوج

(عدم وجود الحيوانات المنوية عند الزوج أو عدم قدرتها على إختراق البويضة) مع رغبته وزوجته في الإنجاب، وقد يكون المتبرع بالحيوان المنوي معلوما لدى الزوجين أو مجهولا بالنسبة لهما أو لأحدهما .

الصورة الثانية: أن يكون الحيوان المنوي من الزوج والبويضة من امرأة أجنبية عن الزوج، تسمى " متبرعة " ثم تزرع في رحم زوجته وهذه الحالة هي عكس الحالة السابقة، والعلة هنا وجود خلل في مبيض

¹ بلوافي (عبد الرحمان)، إثبات النسب ونفيه في التشريع الإسلامي - دراسة مقارنة بالقانون الجزائري - بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في الدراسات القانونية، القاهرة، 1430 هـ - 2010 م، ص 159 .

الزوجة، أو إستئصاله بسبب مرض، هذه الأسباب تقف عائقاً أمام تحقيق رغبتها في الإنجاب لهذا اعتمد الطب على تقنية أخرى تتمثل في استبدال البويضات القادرة على الإنجاب مكان تلك غير القادرة ويتم تلقيحها بمنى الزوج داخل الأنبوب، وعند نجاح التخصيب تحول البويضة المخصبة لتزرع داخل المرأة العقيمة، وتدعى هذه الوسيلة بالتبرع بالبويضات (Don d'ovocytes)¹.

الصورة الثالثة: أن تكون البويضة من امرأة متبرعة والحيوان المنوي من رجل متبرع ثم يتم تخصيبها في طبق خارجي حتى يتم الإخصاب وتزرع اللقحة في رحم الزوجة، والعلة هنا عقم الزوج وعدم قدرته على الإنجاب، أما بالنسبة للزوجة فلا تستطيع إفرار البويضات مع قدرتها على حمل الجنين داخل الرحم. فلا يعتبر الولد ابناً - بيولوجياً - لأي منهما، بل غاية ما في الأمر أن يعطيه الزوج لقبه وتتكفل الزوجة بالحمل والوضع .

الصورة الرابعة: يكون في هذا الفرض زوجتان لرجل واحد إحداها غير قادرة على الحمل لكنها قادرة على إنتاج البويضات والثانية غير قادرة على إنتاج البويضات ولكنها قادرة على الحمل²

ثالثاً: موقف الفقه الإسلامي والقانون من نسب الناتج عن التلقيح الخارجي

نتحدث هنا عن موقف الفقه الإسلامي من تلك الصور المختلفة للتلقيح الخارجي، ولا نريد البحث عن موقف الشرع من العملية بوجه عام بل سوف نعرض كل صورة على حدة .

أ - التلقيح الإصطناعي بين الزوجين:

وفي هذه الحالة تكون الحيوانات المنوية للزوج والبويضات الأنثوية لزوجته، ويتم تركهما معا في وسط مناسب (أنبوب مثلاً) يتوفر على ظروف مناسبة .

ففي هذه الحالة يكون الولد بيولوجياً ابناً للزوجين، وهذه الصور جائزة شرعاً لأنها لا تتنافى مع قصد الشارع في حفظ النسل، بالإضافة إلى أنها تشبه ما قرره الفقهاء من أن الإخصاب كما يكون بالوطء مباشرة يكون كذلك بما في معناه من استدخال المنى في موضع التناسل، والطفل الذي يأتي ثمرة هذا الإستدخال هو ابن شرعي لوالديه، وقد توافرت له شروط النسب .

¹ مختار أحمد (محمد عطية)، مسؤولية الطبيب المدنية عن عملية التلقيح الصناعي، رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، 2018 م، ص 87 .

² النجار (ياسر عبد الحميد جاد الله)، التلقيح الصناعي من منظور الفقه الإسلامي - دراسة فقهية مقارنة - مجلة كلية الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، العدد 17، ج1، 2016 م، ص 401 .

ويقول الشيخ عبد الرحمان البسام " أن معظم من بحثوا وأجابوا من فقهاء الإسلام المعاصرين في موضوع التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب من أساتذة في كليات الشريعة أو مفتين أو قضاة شرعيين - فيما علمت - قد اتفقت كلمتهم على أن هذه الحالة جائزة بلا تحفظ، وأن المحذور شرعا إنما هي الحالات التي تكون فيها البذرتان أو إحدهما من مصدر متبرع وقليل منهم من تحفظ وتردد في الجواز "

لكنه يردف قائلا " أن هذه الصورة وإن كانت تبدوا مبدئيا جائزة شرعا إلا أن ترددي فيها من جهة ... كونها صالحة لأن تتخذ ذريعة إلى الفساد والشك في الأنساب التي يقوم عليها في الإسلام كيان الأسرة والحقوق الشرعية بين أفرادها، وحرمان القرابة والمصاهرة، ذلك لأن سلوك هذا الطريق الإصطناعي الخارجي لإنتاج الولد سيجعل أمر نسبه تابعا لقول الطبيب الذي سيقدر أنه أجرى التلقيح بين بذرتي الزوجين وهذا يفسح مجال للشك بأن الطبيب قد غلط بين وعاء وآخر، أو أنه قد ساير رغبة المرأة الراغبة في الأمومة لأمر ما، فيهيء لها الجنين المطلوب في المختبر من بويضة سواها، ولم يكن في مبيضها هي بويضة ... إلى غير ذلك من احتمالات، وتكون في صدق الطبيب لأسباب شتى ¹

هذا وقد صدر عن دار الإفتاء المصرية فتوى بجواز هذه الحالة جاء فيها: أن أخذ ببويضة الزوجة التي لا تحمل وتلقيحها بمني زوجها خارج رحمها، وإعادتها بعد إخصابها إلى رحم تلك الزوجة دون استبدال أو خلط بمني إنسان آخر أو حيوان لداع طبي وبعد نصح طبيب حاذق مجرب بإتباع هذه الطريقة بهذه الصورة جائز شرعا ²، وكما أن مجمع الفقه لرابطة العالم الإسلامي قرر جوازها سنة 1975 واشترط ألا يلجأ إلى ذلك إلا في حالة الضرورة القصوى ³ هو القرار الذي خلص إليه مجلس مجمع الفقه الإسلامي في دورته السابعة المنعقدة بمكة المكرمة سنة 1984 .

حيث قرر أن نسب المولود في هذه الحالة يثبت من الزوجين مصدر البذرتين ³.

ويذهب القانون الجزائري إلى إباحة هذه الصورة، فقد أجاز في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة أن يتم التلقيح الاصطناعي بمني الزوج وبويضة الزوجة لكنه لم يشترط أن كانت العملية تتم داخليا أم خارجيا وأمام عدم تباين موقفه صراحة من أسلوب التلقيح داخل الأنبوب فإنه يقتضي بنا الأمر الرجوع لموقف الفقه الإسلامي المعاصر استنادا للمادة 222 من قانون الأسرة التي جاء فيها: " كل من لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية " ⁴

¹ بن قويدر (زبيري)، النسب في ظل التطور العلمي والقانوني، مرجع سابق، ص 60 .

² هيكل (حسيني)، مرجع سابق، ص 273 .

³ القرار رقم 05 من مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة السابعة، ص 163 .

⁴ قانون الأسرة المعدل والمتمم .

أما بالنسبة للقانون الفرنسي فتقنية التلقيح الإصطناعي باستعمال مني الزوج وبويضة رحم الزوجة، لا تثير مشاكل قانونية فقد أجازها القانون الفرنسي بموجب المادة 152 - 2 ف 03 من قانون الصحة العامة¹.

ب - التلقيح الإصطناعي الخارجي بتدخل طرف أجنبي (وجود متبرع)

و تتعدد هذه الحالة إلى الصور التالية:

البويضة من الزوجة والحيوان المنوي من متبرع: لا شك في حرمة هذه الصورة من التلقيح طبقا لجميع الشرائع السماوية، وعلة ذلك هو دخول عنصر ثالث أجنبي بين الرجل وزوجته في عملية الإخصاب فضلا عما تؤديه هذه الصورة من اختلاط الأنساب وفسادها، كما أن الولد الذي يجيء ثمرة هذا التلقيح لا يثبت نسبه إلى الزوج صاحب الفراش لفقدانه شرط من شروط ثبوت النسب هو كون النطفة منه ولمخالفته لأحكام الآية ﴿أَدْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا﴾²

والى هذا خلصت دار الإفتاء المصرية حيث جاء عنها " أن تلقيح الزوجة بمنى رجل آخر غير زوجها محرم شرعا لنا يترتب عليه من اختلاط الأنساب ونسبة ولد إلى أب لم يخلق من مائه³

1- البويضة من امرأة متبرعة والمنى من الزوج:

لا تختلف هذه الصورة عن سابقتها فهي محرمة شرعا، ذلك لأن نسبة الولد إلى الزوجة حرام أيضا لمخالفة الحكم الصريح للآية الكريمة: ﴿أَدْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ﴾ لأن كلمة الأب الواردة في الآية تطلق على الأب والأم معا، فإذا لم تكن البويضة من الزوجة فلا تعد أما وهو الحكم الذي انتهت إليه دار الإفتاء المصرية، إذ يؤدي مثل هذا إلى اختلاط الأنساب، بل أن اختلاط الأنساب مؤكد فيها وانتهى إليه المجمع الفقهي الإسلامي في دورته الخامسة 1402 هـ والسابعة 1404 هـ والثامنة 1405 هـ إذ أكد على حرمتها لما يترتب عليها من إختلاط الأنساب وضياع الأمومة⁴.

¹ علل برزوق (أمال)، أحكام النسب، مرجع سابق، ص 448 .

² سورة الأحزاب الآية: 05 .

³ خالد جمال (أحمد حسن)، النظام القانوني للتلقيح الصناعي خارج الرحم - دراسة تحليلية للمركز القانوني للجنين، وكيل كلية الحقوق، جامعة أسيوط، 1435 هـ - 2014 م، (د . ط)، ص 51 .

⁴ بن قويدر (زبيري)، مرجع سابق، ص 62 .

2- البويضة والمني من متبرعين:

في هذه الحالة يكون الزوجان قد اشتريا جنينا مجمدا من بنك حفظ النطف، فكل منهما ليس له في المولود - إن نجحت العملية - لا سيما الزوجة التي تحمل المولود بعد الإخصاب وحتى وضع الحمل، والحكم في هذه الحالة ظاهر التحريم، لأن مصدر اللقيحة أجنبيان عنهما ولا يجمعهما أي رابط شرعي وعليه فالعملية برمتها حرام ولا ينتج عنها نسب شرعي وجاء في قرارات مجمع الفقه بالفقرة الرابعة منها " أن يجري تلقيح خارجي بين بذرتي رجل أجنبي وامرأة أجنبية ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة أمر محرم شرعا وممنوع لذاته، أولما يترتب عنه من اختلاط الأنساب وضياح الأمومة¹ .

يظهر لنا أن موقف الشريعة الإسلامية من عملية التلقيح الإصطناعي الخارجي بتدخل طرفي أجنبي (الإستعانة بحيمن أو بويضة لشخص أجنبي عن الثنائي) أن هناك إجماعا تاما على حرمة ذلك انطلاقا من الأصل العام في هذه الشريعة القاضي بجوب حفظ النسب والعرض من الاختلاط حيث أن هذا الأصل يقتضي تحريم كل تصرف من شأنه أن يؤدي إلى تكوين النسل الإنساني من غير الطريق الشرعي لذلك وهو الزواج .

وقد أشار إلى هذا الحكم أكثر من عالم إسلامي، كما أكد عليه المجمع الفقهي الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي في عدة دورات وقد أكد ذلك في دورته السابعة أنه لا مجال لإباحتها لأن البذرتين الذكورية والأنثوية فيها ليستا من زوجين، أو لأن المتطوعة بالحمل هي أجنبية عن الزوجين مصدر البذرتين².

وما يقوي هذا الحكم الشرعي ما قرر في الشريعة الإسلامية من عدة للمرأة في حالات التفريق (القضائي أو الرضائي أو الوفاة) حيث أن الحكمة من تشريعها تكمن في عدم اختلاط الأنساب والمحافظة على نقائها .

وينشأ عن هذا الموقف الشرعي من التلقيح بهذه الطرق عدة تساؤلات التي يتعين الإجابة عنها وهي:

س1: هل للزوج أو الزوجة حق الاعتراض على إجراء مثل هذا التلقيح ؟

س 2: من هو الأب والأم الشرعيين للطفل ؟

س 3: ما هي عواقب هذا التلقيح على أحكام الأسرة كالقراية والميراث وغيرها المترتبة على التلقيح العادي؟

للإجابة عن التساؤل الأول: يمكن القول أن لكل من الزوج والزوجة حق الاعتراض شرعا على إجراء مثل هذا التلقيح استنادا إلى قاعدة (لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق) واللجوء إلى ولي الأمر لمنع وقوع هذا المحذور الشرعي، وقد يكون ذلك مبررا لطلب التفريق للضرر لأنه من قبيل الأمر بالمنكر وهو محرم

¹ هيك (حسيني) مرجع سابق، ص 275 .

² قرارات مجمع الفقه الإسلامي، الدورة السابعة، ص 161 .

شرعا ولا يجوز للزوج إجبار زوجته على الخضوع لهذا الإجراء كما يجب أن يلاحظ هنا بأن رضا الزوجين لا يضيفي الشرعية على هذا الإجراء نظرا لأن الإنجاب يتعلق به حق معين وهو (الحق في سلامة العرض ومنع الاختلاط بين الأنساب) وهذا الحق وإن كان مشتركا بين الله وبين العبد إلا أن حق الله فيه هو الغالب وحق العبد فيه تابع له، وهذا الحق لا خيرة فيه للمكلف ولا يسقط بإسقاطه فلا يجري فيه العفو أو الإبراء أو الصلح، وعليه فلا تأثير لرضاء الزوجين على عدم مشروعية هذه العمليات .

أما بالنسبة للتساؤل الثاني: فإن القاعدة في الفقه الإسلامي أن المتخلف من ماء الزنا لا يثبت له نسب من الزاني وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم ﴿ الولد للفراش وللعاهر الحجر ﴾ كما لا ينسب للزوج إجماعا وعليه فإن ولد الزنا يلحق بأمه ولا يثبت له نسب من ناحية الأب ولتطبيق هذه القاعدة على التلقيح الصناعي ينبغي التفريق بين حالتين: حالة الإستعانة بحيمين وحالة الإستعانة ببويضة ففي الحالة الأولى فإن الأم الشرعية تكون الزوجة نفسها يلحق نسب المولود بها أما في الحالة الثانية فإن البعض يرى بأن الأم الشرعية تكون صاحبة البويضة مبررا ذلك بأنها تشبه حالة المولود الذي جاء نتيجة تلقيح بويضتها بزنا .

أما فيما يتعلق بالتساؤل الأخير: وهو مدى تأثير هذين الأسلوبين في التلقيح على أحكام الأسرة من الميراث والقربة وغيرها فإنه كما سبق ذكره فإن الرأي السائد في الفقه الإسلامي هو أما اعتبار التلقيح كزنا أو اعتبار الطفل الناتج عنه كولد زنا والحكم هو واحد في الحالتين حيث يمنع ترتب النتائج الشرعية العادية المتعلقة بالقربة والميراث وغيرها بين الولد الناتج وصاحب الحيمين زواجا كان أو شخصا أجنبيا ولكن تثبت له تلك النتائج فقط من جهة الأم إن علمت¹ .

وبالرجوع إلى القانون الجزائري، يعتبر هذا النوع من التلقيح الإصطناعي غير مشروع، والطفل الناجم عنه ينسب إلى أمه .

وقد نصت المادة 45 مكرر من قانون الأسرة " على أن التلقيح الاصطناعي يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرها "، وهذا يعني عدم تدخل طرف آخر أجنبي عن العلاقة الزوجية، سواء كان رجلا أو امرأة² .

ونصت المادتين 371 و 374 من قانون الصحة رقم 11/18 صراحة على عدم جواز هذا الأسلوب من التلقيح الإصطناعي حيث نصت المادة 371 على: " تخصص المساعدة الطبية على الإنجاب حصريا للإستجابة لطلب يعبر عنه رجل وامرأة في سن الإنجاب، على قيد الحياة، يشكلان زواجا مرتبطا قانونا يعانيان من عقم مؤكد طبيا ويوافقان على النقل أو التخصيب الاصطناعي ولا يمكن اللجوء فيها إلا

¹ البرزنجي (سعدي إسماعيل)، المشاكل القانونية الناجمة عن تكنولوجيا الإنجاب الجديدة، مرجع سابق، ص 133 - 134 .

² المادة 45 مكرر من الأمر 02/05 .

للحيوانات المنوية للزوج وبويضة الزوجة، دون سواهما مع استبعاد كل شخص آخر " أما نص المادة 374 جاء فيه " يمنع التداول، لغاية البحث العلمي، التبرع والبيع وكل شكل آخر من المعاملة المتعلقة بالحيوانات المنوية .

- بالبويضات، حتى بين الزوجات الضرات.
- بالأجنة الزائدة عن العدد المقرر أو لا، لأم بديلة أو امرأة أخرى كانت أختا أو أما أو بنتا .
- بالسيتوبلازم ."

عالج المشرع الجزائري هذا الموضوع بدقة فبالإضافة إلى النصوص الصريحة التي سنها في ما يتعلق بالتدخل طرف أجنبي في عملية التلقيح الاصطناعي، وضع عقوبة جزائية لكل من يخالف المنع المنصوص عليه في هاتين المادتين، وذلك من خلال نص المادة 434 والمادة 435 من قانون الصحة رقم 11/18 .

حيث نصت المادة 434 أنه: " يعاقب كل من يخالف أحكام المادة 371 من هذا القانون، المتعلقة بالمساعدة الطبية على الإنجاب، بالحبس من خمس (5) سنوات إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 500.000 دج إلى 1.000.000 دج "

أما المادة 435 تنص على أنه: " يعاقب كل من يخالف المنع المنصوص عليه في أحكام المادة 374 من هذا القانون، المتعلقة بالتبرع والبيع وكل شكل من المعاملات بخصوص مواد الجسم البشري، بالحبس من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة وبغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج " ¹

أرى أن المشرع الجزائري قد وضع عقوبة جزائية ردعية والمتمثل في الحبس من 5 سنوات إلى 10 سنوات إضافة إلى الغرامة المالية في حالة مخالفة أحكام المادة 371 وضاعف العقوبة لتصبح من 10 سنوات حبس إلى 20 سنة زائد غرامة مالية في حالة مخالفة المنع المنصوص عليه في أحكام المادة 374 . يمكننا القول أن المشرع عالج الموضوع بدقة وحذر، نظرا لما قد يثيره من مشاكل قانونية وصعوبات، حتى يتفادى مشكلة اختلاط الأنساب وازدياد مواليد غير شرعيين لانعدام رابطة الزواج بين أحد الطرفين المتبرعين بالبويضة أو النطفة .

وبالنظر لموقف التشريعات الأخرى نجد سويسرا مثلا تعتبره محرما ويعد نوعا من الزنا، وفي إيطاليا: فإن الفقرة الثانية من المادة 237 من القانون المدني الإيطالي يجعل التلقيح الصناعي من غير الزوج سببا من أسباب إنكار البنوة ويصبح المولود ابنا غير شرعي، ولكن طبقا لنص المادة 252 من نفس القانون فإن البنوة تثبت للشخص الذي أعطى السائل المنوي إذا كان معروفا ولم يكن متزوجا عند الحمل.

¹ قانون الصحة الجزائري رقم 11/18 .

وفي بريطانيا: يعتبر الطفل الناتج من هذه العملية غير شرعي على الرغم من أن القانون يسمح بإجراء مثل هذا النوع من التلقيح¹.

أما عن موقف المشرع الفرنسي عندما يكون الماء لغير الزوج (متبرع) والبويضة للزوجة نجده قد أضفى صفة الشرعية على هذا النوع من التلقيح وهذا ما يجرنا إلى التساؤل عما إذا كان ذلك يعني اعترافه بشرعية المولود.

للتوصل إلى إيجاد إجابة عن هذا التساؤل، ينبغي التفرقة بين حالتين: كون أن المشرع الفرنسي قد فتح الباب أمام كل من المتزوجين ومن تربطهما علاقة حرة باللجوء إلى التلقيح الصناعي.

إذا كنا بصدد قيام علاقة زواج شرعي بين المستفيدين من التلقيح الاصطناعي بنطفة الغير، يعتبر المولود ابنا شرعيا وينسب إلى أمه البيولوجية ورجلها، شريطة أن يعترف به هذا الأخير قبل الولادة ويسجل تحت اسمه واسم والدته، أما إذا ولد وسجل تحت اسم والدته فقط، دون ذكر اسم زوجها، فإن قرينة الأبوة تستبعد ويلحق بأمه فقط وهذا تطبيقا لنص المادة 313/ 01 من القانون المدني.

هذا ونشير إلى أن المشرع الفرنسي، بموجب قانون 1994 م، وضع حماية لنسب المولود الناجم عن التلقيح الاصطناعي بواسطة الغير، حيث أنه أقر بمبدأ جديد ألا وهو: النسب غير قابل للمنازعة.

(La filiation incontestable)، مفاد هذا المبدأ أن الزوج حينما يعبر عن رضاه بخضوع زوجته لعملية التلقيح الاصطناعي بمني رجل آخر، لا يمكنه بعد ذلك أن يشك في شرعية هذا النسب وهذا استنادا للفقرة الثانية من نص المادة 311 - 20 من القانون المدني التي جاء فيها:

«Le consentement donné à une procréation médicalement assistée interdit toute action de filiation ou en réclamation d'état...»

هكذا نجد أن نسب المولود مرتبط ارتباطا وثيقا بالتعبير عن الرضا، وإن علاقته بالزوج متوقفة على التزام هذا الأخير بمعاملة الطفل كما لو كان ابنه البيولوجي.

لكن إذا كان المبدأ العام ينص على أن الرضا يستبعد كل محاولة للتراجع أو منازعة النسب الشرعي، فإنه استثناء، توجد حالات تجعل النسب الشرعي قابلا للتشكيك فيه، وهو ما جاء طبقا للشطر الثاني من الفقرة الثانية من المادة 311 - 20 من القانون المدني بقوله:

«Le consentement donné à une procréation...à moins qu'il ne soit soutenu que l'enfant n'est pas issu de la procréation médicalement assistée ou que le consentement a été privé d'effet »

من خلال هذا النص نستخلص أن هناك حالتين تسمحان بالمطالبة بإسقاط النسب الشرعي، تتمثل الحالة الأولى في إثبات أن الطفل لم يكن نتيجة لعملية تلقيح اصطناعي، إنما نجم عن خيانة زوجية - علاقة الزنا بين الأم والمتبرع- يمكن المشكل في هذه الحالة في صعوبة الإثبات، إذ أن مبدأ عدم الكشف عن

¹ البرزنجي (سعدى إسماعيل)، مرجع سابق، ص 141.

هوية المتبرع يصعب الأمر على الزوج في إثبات أن المتبرع كان عشيقا لزوجته أثناء مراحل التلقيح الاصطناعي، وحتى وإن تحصل على الأدلة والمعلومات الضرورية التي تثبت ذلك، تواجهه صعوبات في الإجراءات، لأن العشيق لا يكون حاضرا أثناء المحاكمة هذا وبمفهوم المادة 311 - 11 من القانون المدني، لا يملك القاضي السلطة في استدعاء المتبرع ووضعه محل اتهام إلا إذا تأسس في محاولة لإجراء البحث عن الأبوة الطبيعية .

للإشارة، إذا كان الزوج يواجه صعوبات في إلغاء أبوته، فإن الزوجة، عكس ذلك، تتوفر لديها تسهيلات من أجل إلغاء أبوة الأب للمولود، إذ يكفي أن تبعد عن تطبيق نص المادة 311 - 1 من القانون المدني من أجل استعمال المادة 334 - 9 من نفس القانون .

وإذا كان المولود حقيقة ناجم عن اتصال جنسي بينها وبين عشيقها، فانها بتطبيقها المادة 318 من القانون المدني يمكنها إلغاء هذه الأبوة .

نظرا لصعوبة إثبات قيام علاقة زنا بين المتزوجة والمتبرع، وصفت هذه الوضعية بالمخجلة، لأنها تسمح بإلغاء الأبوة الشرعية للمولود على أساس مجرد إتهامات (Allegations) لتنتهي في بعض الأحيان بعدم التوصل إلى نتيجة لهذا فإن إثبات أن المولود غير ناجم عم عملية التلقيح الاصطناعي ليس بالأمر الهين.

أما إذا كان الحيوان المنوي من الزوج والبويضة من متبرعة فالمشرع أجاز التبرع بالمنى أباح بالمقابل التبرع بالبويضات ويظهر هذا جليا من خلال نص المادة 673 / 01 من قانون الصحة العامة الفرنسي حيث نصت على:

« Le don de gamètes consiste en l'apport par un tiers de spermatozoïdes ou d'ovocytes en vue d'une assistance médicale à la procréation »

فاعتمد على نفس الأسس المعتمد عليها في التبرع بالمنى والمتمثلة في مبدأ مجانية التبرع، مبدأ عدم الكشف عن هوية المتبرع، أما بالنسبة للنسب، فالمولود في هذه الحالة سيكون له أب بيولوجي وحيد، أما من جهة الأمومة فيرتبط بصاحبة البويضة والمرأة التي حملته ووضعتة¹.

بعدما تطرقنا في المطلبين السابقين إلى التلقيح الاصطناعي بنوعيه الداخلي والخارجي، وحددنا مدى مشروعية النسب الناجم عنهما كان لابد علينا أن نتحدث أيضا عن مسألة النسب عندما يكون الجنين قد نشأ في غير الرحم الطبيعي للزوجة وهو ما يسمى باستئجار الأرحام أو التلقيح الاصطناعي بواسطة الأم البديلة، والإشارة إلى مصير الأجنة الفائضة عن عملية التلقيح، المحفوظة في مراكز حفظ الأجنة أو ما يسمى ببنوك الأجنة .

¹ علال برزوق (أمال)، أحكام النسب، مرجع سابق، ص 450 وما بعدها .

المطلب الثالث: حماية النسب من آثار التلقيح الاصطناعي

ساعد التلقيح الاصطناعي الكثيرين على الإنجاب وحل مشكل العقم لديهم، عن طريق التلقيح الداخلي، لكن قد يكون هناك مشكل بقناة فالوب وقد لا تتجح العملية فينصح بالتلقيح الخارجي، وقد تكون هناك حالات لا تستطيع فيها المرأة الحمل كوجود مرض في الرحم يحول دون استمرار الحمل أو غياب الرحم لديها نهائياً أو عدم قدرة رحمها على احتضان الجنين، كما قد تكون أعضائها سليمة إلا أنها مصابة بمرض خطير معدي قد ينتقل إلى المولود، وقد تكون المرأة سليمة إلا أن ضعف صحتها يحول دون ذلك أو لعدم وجود رغبة لدى هذه الزوجة ترفها وتجنبها لمشاق الحمل والولادة طبيعياً .

ولحدوث التلقيح يجب سحب عدد من الأجنة الخاصة بكل من الزوج والزوجة ليتم تلقيحها في حين يحتفظ الفائض منها ويجمد في حاضنات أو أجهزة خاصة بغرض إعادة زرعها في حالة فشل المحاولة الأولى ويطلق على هذه الحاضنات مصطلح بنوك الأجنة .

وأمام هذه الحالات المستعصية يتبادر لنا التساؤل أليس من حق هذه المرأة غير القادرة على الإنجاب أن يكون لها مولود بطريق آخر ؟ وهل يمكن أن تحمل امرأة أخرى قادرة على الحمل بدلا منها ؟ وما هو مصير تلك الأجنة الفائضة في حالة نجاح العملية ؟

إجابة عن كل هذه التساؤلات سوف نتطرق إلى حماية النسب من ظاهرة تأجير الأرحام (الفرع الأول) وحماية النسب من ظاهرة بنوك الأجنة (الفرع الثاني) .

الفرع الأول: حماية النسب من ظاهرة تأجير الأرحام

إن ظاهرة تأجير الأرحام صورة مستحدثة ظهرت في السنوات الأخيرة لمعالجة حالات عديدة من عقم الزوجين وهو عقد يرد على منفعة رحم يشغله بلقيحة أجنبية عنه بعوض، وتأجير الأرحام يعد اكتشاف علمي يحقق حلولاً ناجعة لكثير من الحالات المستعصية من حالات العقم، ويحقق حلم الكثير من العائلات التي حرمت من الإنجاب لعدة سنوات، ويرجع هذا الحرمان لأسباب عديدة منها وجود عيوب خلقية شديدة الخطورة في رحم المرأة، أو بسبب إزالة رحم المرأة نهائياً بعد عملية جراحية مع سلامة مبيضها وغيرها من الأسباب، مما يجعل الطلب يزداد على عقد إجارة الرحم أو ما يسمى كذلك بالأم البديلة باعتباره نوع جديد في العقود نشأ في العالم الغربي وبدأ بالانتشار في عالمنا العربي، لهذا يستوجب علينا تسليط الضوء على هذه التقنية الجديدة وذلك بتحديد مفهوم استئجار الأرحام

(الفقرة الأولى) وموقف الشريعة الإسلامية والقانون من نسب المولود الناتج بواسطة الأم البديلة

(الفقرة الثانية) .

الفقرة الأولى: مفهوم عملية تأجير الأرحام (الأم البديلة)

سوف نتعرض فيه لتعريف عملية تأجير الأرحام والمصطلحات المتصلة بها (أولاً)، وتطوره التاريخي (ثانياً)

أولاً: تعريف استئجار الأرحام

قبل أن نخوض في تعريف تأجير الأرحام فإنه يجب أن نبين أهم المسميات التي تطلق عليه، حيث أطلقت عليه عدة أسماء منها: الرحم الطئر، شتل الجنين، الأم المستعارة، الأم البديلة، الأم بالوكالة، الأم صاحبة الحمل لحساب الغير، والملاحظ أن كل هذه المصطلحات تعبر عن مدلول فقهي واحد¹.

وتأجير الأرحام هي كلمة مركبة من (استئجار) و (أرحام)، والاستئجار لغة: مشتقة من المؤجرة ويقال أجر، يأجر، أجرا، وإجارة عن العمل كافأه وأثابه²، كما تأخذ معنى تحقيق المنفعة من العين المؤجرة بمقابل مالي أي طلب الشيء بالأجرة³.

أما تعريف الاستئجار اصطلاحاً فهو: " عقد يرد على منفعة مقصودة معلومة، قابلة للبدل بعوض معلوم ولمدة زمنية محدودة " ⁴

أما الأرحام، فجمع مفرد لها رحم وله معنيان في اللغة العربية:

المعنى الأول: الرحم هو بيت منبت الولد ووعاؤه في البطن، والرحم هو رحم المرأة وهو موضع الجنين في بطن الأم⁵.

أما المعنى الثاني: اسم لكافة الأقارب من محارم وغيرهم⁶.

¹ محمد محمود (حمزة)، إجارة الأرحام بين الطب والشرعية الإسلامية، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 2007 م، ط 1، ص 94 . أنظر بوقندول (سعيدة)، الحماية الجنائية للجسم البشري، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه علوم في القانون العام تخصص: قانون العقوبات والعلوم الجنائية، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 1، 2018 - 2019 م، ص 179 .

² أنظر عبد الدايم (حسني محمود)، عقد إجارة الأرحام بين الحظر والإباحة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007 م، ط 1، ص 41 .

³ الراغب (الأصفهاني)، مفردات ألفاظ القرآن، دار القلم، دمشق - سوريا، 2009 م، (د . ط)، ص 65 .

⁴ عبود جبر (كريمة)، استئجار الأرحام والآثار المترتبة عليه، مجلة أبحاث كلية التربية الأساسية، كلية التربية الأساسية، جامعة الموصل، العدد 03، 2010 م، المجلد 09، ص 241 .

⁵ محمد عبد ربه (محمد السبحي)، حكم استئجار الأرحام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2008 م، (د . ط)، ص 12، أنظر عبد الدايم (حسني محمود)، مرجع سابق، ص 46 .

⁶ الراغب (الأصفهاني)، مرجع سابق، ص 347 .

والمعنى الأول هو مقصد بحثنا هذا وقد ذكره الله سبحانه وتعالى بالقرار المكين بقوله: ﴿فَجَعَلْنَاهُ فِي قَرَارٍ مَّكِينٍ﴾¹

وقوله كذلك ﴿ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَّكِينٍ﴾² والقرار هو الحوض الحقيقي الذي تلقت فيه الخليتان من ماء الزوجين، ثم تعلق في جدار الرحم وتصبح علقة، ثم تنمو بعد ذلك نموا طبيعيا إلى المضغة، ومن مضغة إلى عظام يكسوها اللحم فتبارك الله أحسن الخالقين³.

أما استئجار الأرحام فيعرف بأنه: " اتفاق بين طرفين تلتزم بمقتضاه امرأة بأن تسمح بزرع بيضة مخصبة تعود لرجل وامرأة " زوجين غالبا " لعيب في رحم الأخيرة أو لأي سبب آخر، وتسليم المولود لهما مقابل التزامهما بدفع الأجرة"⁴

كما يعرف كذلك بأنه: " عقد تتعهد بمقتضاه امرأة يشغل رحمها بأجر أو بدون أجر حمل ناشئ عن نطفة أمشاج مخصبة صناعيا لزوجين استحال عليهما الإنجاب لفساد رحم الزوجة " ⁵ أو هو " استخدام رحم امرأة أخرى لحمل لقيحة مكونة من نطفة رجل وبويضة امرأة لتحمل الجنين وتضعه ليتولى الزوجان بعد ذلك رعايته ويكون ولدا قانونيا لهما"⁶

أما مصطلح الأم البديلة: هي المرأة التي تقبل شغل رحمها بمقابل أو مجانا، بحمل ناشئ عن نطفة أمشاج مخصبة صناعيا لزوجين استحال عليهما الإنجاب لفساد رحم الزوجة⁷.

¹ سورة المرسلات الآية: 21 .

² سورة المؤمنون الآية: 13 .

³ عبود جبر (كريمة)، مرجع سابق، ص 241 .

⁴ مروك (نصر الدين)، الأم البديلة (la méré porteuse) بين القانون المقارن والشرعية الإسلامية - دراسة مقارنة - كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1999 م، العدد 04، ص 17.

⁵ عبد الدايم (حسني محمود)، مرجع سابق، ص 56 .

⁶ داغي (عارف علي عارف القرة) وآخرون، قضايا فقهية في الجينات البشرية من منظور إسلامي، من كتاب دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة، دار النفاس للنشر والتوزيع، الأردن، 2001 م، ط1، ص 806 .

⁷ فهمي (خالد مصطفى)، النظام القانوني للإنجاب الصناعي والاستئجار والحماية القانونية للجنين بين الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية والشرعية الإسلامية - دراسة مقارنة -، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014 م، ط 1، ص 102 . أنظر مروك (نصر الدين)، الأم البديلة بين القانون المقارن والشرعية الإسلامية، مرجع سابق، ص 16 - 17، بن زلاط (حافظ)، أساليب الإنجاب الصناعي، جامعة سيدي بلعباس، ص 93 .

وهناك عدة أسباب لقبول المرأة البديلة الحمل لصالح الغير، فقد تكون لروابط عائلية أو اجتماعية أهمها قبول الأم أو الأخت أو سواهما للحمل نيابة عن ابنتها أو أختها، أو قبول الصديقة الحمل نيابة عن صديقتها، وسواها من المسائل الشائعة .

وبخلاف ما تقدم قد يكون السبب المالي كامنا من وراء قبول المرأة البديلة الحمل،¹ وبالتالي تحقيق مصلحة مادية وهذا ما حصل في قضية (Baby cotton) سنة 1983 م².

عموما فإن استخدام تقنية الأم البديلة في الأحوال أعلاه، تتضمن في جوهرها حمل الجنين في الرحم وتسليمه بعد الولادة إلى والدته البيولوجية أو المتبرع لها، وتتخذ الأمهات بالإنابة الصور التالية:

1 - تقوم أم البديلة بإيجار رحمها لصالح المستفيدين الراغبين في الحصول على طفل، فيتم زرع اللقحة المخصبة الناتجة عن تلقيح بويضة الزوجة بمني زوجها اصطناعيا في أنبوب الاختبار داخل رحم أم البديلة، وبالتالي فليس هناك صلة تربط الحاملة بالطفل سوى الحمل، فهو ليس منها بيولوجيا، وباعتبار أن دورها يقتصر على الحمل فقد أطلق عليها اسم (La mère porteuse)³.

2 - تبرع الأم البديلة ببويضتها ليتم تلقيحها صناعيا بمني زوج المرأة العقيمة داخل أنبوب الاختبار بعدها تزرع اللقحة المخصبة داخل رحمها، لينمو الجنين فيه بشكل طبيعي في هذه الحالة تكون الأم البديلة هي الأم البيولوجية للطفل باعتبارها صاحبة البويضة والرحم معا، ولا دور للزوجة سوى تسلمها للطفل بعد الولادة⁴ تدعى هذه الصورة (La mère de substiution) .

3- أن يتم الحضانة في رحم اصطناعي، وهي صورة مستحدثة لطفل الأنبوب وهي قيد التجربة، حيث يتم فيها الحمل داخل رحم اصطناعي⁵ .

ثانيا: التطور التاريخي لعملية تأجير الأرحام

يرجع أصل ممارسة عملية تأجير الأرحام أو تقنية الأم البديلة إلى الأمريكي Richard Devin الذي وجد أن بعض مريضاته لا تتجب، بسبب غياب الرحم لديها، فقام باستئجار أخرى ذات رحم سليم،

¹ علي هادي عطية (الهلالي)، المركز القانوني للجنين في ظل الأبحاث الطبية والتقنيات المساعدة في الإنجاب، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2012 م، ط 1، ص 277 .

² وافقت السيدة (Cotton) أن تكون أما بديلة بهدف الحصول على مبلغ من المال يمكنها من إتمام بناء منزلها. أنظر في هذا الصدد تشوار (جيلالي)، الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص 111 .

³ Roberto ANDORNO , la distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles, 1996 ,p259.

⁴ خدام (هجيرة)، مرجع سابق، ص 108 .

⁵ علال برزوق (أمال)، مرجع سابق، ص 460 .

لقحها صناعيا بنطفة زوج الأولى، وبعد الوضع تم تسليم الطفل لوالديه، كما وجدت هذه الفكرة تطبيقات أخرى لها، في ولايات أمريكية متعددة، حيث تطور تطبيقها في ولاية كاليفورنيا، ابتداء من سنة 1975 م بظهور مكاتب " الوساطة " المتخصصة في إبرام العقود مع الأم الحاملة، والأزواج المترددين عليها .

انتشرت بعد ذلك المكاتب والجمعيات المتخصصة في هذا النشاط، مزودة بمجموعة من القوانين المتخصصة في صياغة العقود لتحديد حقوق وواجبات الأطراف، حتى صار النشاط يأخذ الشكل التجاري بين الوسطاء الأطراف، كما ذاع صيت هذه الوسيلة خارج القارة الأمريكية، ووجدت تطبيقات عديدة لها في إنجلترا وألمانيا وأستراليا¹.

أما أول تطبيق للوسيلة بفرنسا، فقد تم سنة 1983، بين التوأمن Christine et Magali، الأولى مطلقة وأم لطفل والثانية متزوجة وعاقرة، وتطوعت الأولى بحمل الجنين لصالح أختها، عن طريق التلقيح الصناعي بنطفة زوج أختها .

ولد الطفل بعد أن حملته خالته، وتنازلت عنه لصالح أختها، طلبت هذه الأخيرة تبني طفل زوجها بعد أن أقر به، لم تجد أي صعوبة قانونية في إتمام إجراءات التبني، خاصة وأنها تبلغ من العمر أكثر من ثلاثين عاما، كما مضى على زوجها أكثر من خمس سنوات ليتوالى على إثر ذلك ظهور مكاتب وجمعيات الأمهات بالإنابة، بفرنسا².

الفقرة الثانية : موقف الشريعة الإسلامية والقانون من نسب المولود الناتج بواسطة الأم البديلة

بعد ما تطرقنا لمفهوم عملية استئجار الأرحام واكتملت الصورة حول تقنية الأم البديلة التي تعتبر من النوازل المستحدثة وجب علينا معرفة حكمها الشرعي فيما يتصل بالنسب الناتج عنها من خلال التطرق لموقف الشريعة الإسلامية (أولا) وموقف القانون من نسب الطفل المولود بتقنية الأم البديلة (ثانيا).

أولا: موقف الشريعة الإسلامية

اختلفت آراء الفقهاء في الحكم على هذه النازلة فمنهم من منعها ومنهم من قال بها مع الأخذ في

¹ أحمد داود (رقية)، الحماية القانونية للجنين المخبري - دراسة مقارنة -، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2014 - 2015 م، ص 222 .

² المراسي (محمد زهرة) الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية، مرجع سابق، ص 362، عبد الدايم (حسني محمود)، عقد إجارة الأرحام بين الحظر والإباحة، مرجع سابق، ص 68 .

الاعتبار وضع المرأة الحاملة وفرق بين كونها أجنبية عن الزوج أم زوجة أخرى للزوج .

1- رأي الاتجاه المؤيد لتقنية استئجار الأرحام

يرى أنصار هذا الرأي¹ أن استئجار الأرحام جائز ودليلهم في ذلك:

أنه لا تعارض في قول الله تعالى: ﴿الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْكُمْ مِنْ نِسَائِهِمْ مَا هُنَّ أُمَّهَاتُهُمْ إِنَّ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَرًا مِنَ الْقَوْلِ وَزُورًا وَإِنَّ اللَّهَ لَعَفُوفٌ غَفُورٌ ۝﴾² وقوله: ﴿وَاللَّهُ أَخْرَجَكُمْ مِنْ بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ لَا تَعْلَمُونَ شَيْئًا وَجَعَلَ لَكُمُ السَّمْعَ وَالْأَبْصَرَ وَالْأَفْئِدَةَ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ ۝﴾³

وقوله ﴿يَخْلُقُكُمْ فِي بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ خَلْقًا مِنْ بَعْدِ خَلْقٍ ۝﴾⁴

وما وصلوا إليه وهو إباحة استئجار الرحم، وعلة ذلك أن الأم الحقيقية هي صاحبة البويضة أما الأم صاحبة الرحم فهي الأم من الرضاعة . وجاء ذلك حسب الآيات السابقة الذكر .

الاستدلال بالقياس على الإرضاع: ودليلهم في ذلك أن الله تعالى قد قرن الحمل والرضاعة وجمع بينهما في عدة آيات، منها قوله تعالى: ﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهَنًا عَلَى وَهْنٍ وَفَصَلَّهُ فِي عَمَامَةٍ ۝﴾ وقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنْ أُولَاتٍ حَمَلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ۝﴾⁵ هذا ما وحد الحكم بينهما وجعل ما يسري على الرضاعة يسري على الحمل كونهما مصدر الغذاء الضروري لاستبقاء الجنين، وعلى ذلك فإن استئجار الرحم لإعاشة الجنين حلال مثل استئجار الثدي لإرضاع طفل بالقياس المباشر .

كما يجوز تملك منفعة الثدي وما يفرزه من لبن ينبت اللحم لدى الوليد ومن الرضاعة، فإنه يجوز قياس الرحم على الثدي فيما يفرزه من أمشاج تنبت اللحم لدى الجنين زمن الحمل، فإذا جاز ذلك في الثدي فإنه يجوز في الرحم، فدور الأم صاحبة الرحم البديل يقاس على دور الأم من الرضاعة، فالله تعالى جمع بين

من أنصاره د. عبد المعطي البيومي، د. سعد الدين حافظ، د. عبد الصبور شهين، د. أحمد شوقي الفنجري، أشار إليهم عبد الدايم

¹ (حسني محمود)، مرجع سابق، ص 201 هامش، هيك (حسيني)، مرجع سابق، ص 382 .

² سورة المجادلة الآية: 02 .

³ سورة النحل الآية: 78 .

⁴ سورة الزمر الآية: 06 .

⁵ سورة لقمان الآية: 14 .

⁶ سورة الطلاق الآية: 06 .

الحمل والإرضاع في المدة اللازمة لهما في آية واحدة في قوله تعالى: ﴿حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا وَحَمَلُهُ وَفَصَّلَتْهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾¹

الأصل المشترك بين التغذية بواسطة الرحمة والثدي مصدر الغذاء الضروري لاستقبال الجنين حيا، فتغذية الجنين بواسطة الحبل السري لا يحتاج إلى مذاق، أما تغذية الرضيع بواسطة الثدي لبنا له مذاق فقال تعالى: ﴿وَإِنَّ لَكُمْ فِي الْأَنْعَامِ لَعِبْرَةً لِّتُسْقُوا مِنْ مَّا فِي بُطُونِهِ مِنْ بَيْنِ فَرْثٍ وَدَمٍ لَبَنًا خَالِصًا سَائِغًا لِلشَّارِبِينَ﴾²

كما أن العلاقة طردية بين نمو الثدي الحامل ونمو الجنين، فنمو الأول مرتبط بنمو الثاني حتى يكون مستعد ليحل محل الرحم في التغذية بعد ولادة، فإذا كانت الشريعة الإسلامية تجيز الرضاعة بأجر، فإنهم يقيسوا على ذلك عملية إجازة الرحم البديل لأنه يشبهها.³

• ثبوت حالة الضرورة أو الحاجة، والتي يباح عندها المحظور فكما أن الإسلام يبيح بعض الأمور على خلاف الأصل، كشرب الخمر لإزالة الغصة، وأكل الميتة عند الإشراف على الهلاك، فيقاس على ذلك المرأة التي عطب رحمها أو أصيب بمرض لا تستطيع معه الحمل، فهي ضرورة يمكن قياسها اللجوء إلى الحمل عن طريق الرحم المستأجر.

2- رأي الاتجاه المعارض لتقنية استئجار الأرحام

أجمع العلماء والباحثون الشرعيون على عدم جواز الاستعانة برحم امرأة أجنبية ودليلهم في ذلك:

- أن الأصل في الفروج التحريم وحيث اللقيحة وبما اشتملت من مني الزوج لا يجوز أن توضع في رحم ليس حرثا له ولا توجد بينه وبينها رابطة شرعية تسمح بذلك، ومن ثم فإن الأمر لا يجوز سواء أكان تبرعا أم بمقابل يتم الاتفاق عليه .

عدم وجود نص قرآني أو حديث نبوي يقضي بإباحة ذلك بل نجد نصوص قرآنية تأمر بحفظ الفروج فقد قال تعالى:

﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِأَفْوَاجِهِمْ حَفِظُونَ ﴿٣١﴾ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ ﴿٣٢﴾﴾⁴ وفي هذه الآية دلالة واضحة على حرمة تأجير الأرحام، لأن حفظ الفروج مطلق يشمل حفظه عن فرج الآخر

¹ سورة الأحقاف الآية: 15 .

² سورة الحل الآية: 66 .

³ هيكل (حسيني)، مرجع سابق، ص 384، عبد الدايم (حسني محمود)، مرجع سابق، ص 201 وما بعدها، عبود حبر (كريمة)، مرجع سابق، 249 .

⁴ سورة المعارج الآيات: 29-30-31 .

أو عن مائه، أو ما دخل فيه ماؤه (اللقيمة) والمخاطب هنا يشمل الرجال والنساء على حد سواء كما في جميع أوامر الشرع وعلى هذا فالعمل فيه شبهة زنا ولا يغفر له أن ما يدخل هو لقيحة وليس منيا خالصا .

ومن السنة هناك عدة أحاديث منها ما روي عن ربيعة بن ثابت الأنصاري قال: " كنت مع النبي حين افتتح حنيناً، فقام فينا خطيباً، فقال لا يحل لإمرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسقي ماءه غيره ..."¹

إن في استئجار الأرحام تحدي لمشية الله عز وجل وإرادته كون بعض الناس عقيماً وبعضهم الآخر له أبناء كما أن الله قسم الأرزاق بين العباد ولم ينس أحداً، والرزق أنواع فقد يكون مالا وقد يكون ولداً ومسألة الإنجاب متروكة للقدر الإلهي .

• استئجار الأرحام يؤدي إلى اختلاط الأنساب من جهة الأم البديلة إذا كانت متزوجة، كما أنه يشمل على صورة من صور الزنا ولقد حرم الله الزنا كما أن الزنا لا يرتب نسباً .

إن الشريعة الإسلامية حرمت كل أمر يؤدي إلى حدوث الخلاف بين الأفراد والجماعات، ومسألة تأجير الأرحام سوف تؤدي إلى ذلك بين المرأتين فأيهما الأم ؟ هل هي صاحبة البويضة الملقحة أم صاحبة الرحم ؟

إن المعروف عند علماء الشريعة أن هناك أمور قابلة للبذل والعطاء كالأكل والشرب والسيارات والملابس لذا يجوز بيعها وإيجارها وهبتها والتصدق بيها بالمقابل هناك أشياء غير قابلة للبذل والإباحة فلا تباع ولا تؤجر ولا توهب مثل استمتاع الرجل بالمرأة فهو مقصور على الزوج وحده .

إن إجارة الأرحام يؤدي إلى اختلاط الأنساب فهل ينسب المولود إلى صاحبة الرحم أم إلى صاحبة البويضة ؟ فالبويضة الملقحة إذا مرت بمراحل النمو التي حدث بها القرآن في قوله تعالى: ﴿ وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ سُلَالَةٍ مِّنْ طِينٍ ۝ ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَّكِينٍ ۝ ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظْمًا فَكَسَوْنَا الْعِظْمَ لَحْمًا ثُمَّ أَنشَأْنَاهُ خَلْقًا ءَاخِرَ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ ﴾² سوف يكتسب المولود صفات هذه الأنثى التي تغذى بدمها في رحمها وائتلف معها حتى صار جزءاً منها، ولا مزية في هذا المولود يخرج على غرار التي احتضنته رحمها، لأن وراثة الصفات والطباع أمر ثابت بين السلالات، تنتقل من الوليد إلى الحفيد وهو أمر قطع فيه العلم ومن قبله الإسلام فقال تعالى: ﴿ أَلَا يَعْلَمُ مَنْ خَلَقَ وَهُوَ اللَّطِيفُ الْخَبِيرُ ﴾³

¹ سنن ابن داود .

² سورة المؤمنون الآيةان: 13 - 14

³ سورة الملك الآية: 14 .

ولعل نظرة الإسلام إلى علم الوراثة تتضح جليا من الحوار الذي دار بين رسول الله صلى الله عليه وسلم وأحد الرجال وذلك أنه حدثنا يحيى ابن قزعة، حدثنا مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة أن رجلا أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله ولد لي غلام اسود، فقال هل لك من إبل قال نعم قال ما لونها؟ قال حمراء، قال هل فيها من أورو؟ قال نعم، قال فأنى ذلك؟ قال لعله نزعة عرق قال فلعل إبنك هذا نزعه " ¹

ويقول العلماء أن الأمومة تعتمد على خلق الجنين في بطن أمه طورا بعد طور، تغذيته من دمها، ثم بعد ذلك الولادة، فالأمومة ليست معتمدة على العوامل الوراثية وحدها .

و يشير في هذا المقام الأستاذ جلال بدرأوي: أن الجنين في بطن أمه يتأثر بالعوامل العاطفية للام الحامل وبكل تطوراتها العاطفية والنفسية التي تأثر بالتالي على سريان الدم في الجنين وما يحمله هذا الدم من غذاء، فالوالدة هي التي حملت وتطورت البويضة مع جسمها وبالتالي فهي ليست مجرد رحم أو وعاء يقدم التغذية فقط . ²

كذلك ما أورده د/ إكرام عبد السلام، أستاذة طب الأطفال ورئيسة وحدة الوراثة بجامعة القاهرة " أنه من الناحية الوراثية فقد ثبت أن الأم المستعارة يمكن أن تكسب الجنين بعض الصفات الوراثية عن طريق المشيمة من الرحم لأنه تأكد علميا أن هناك حمضا نوويا موجودا في سيتو بلازما الخلية وليس فقط في نواة الخلية وأن هذا الجزء من الحمض النووي يمكن أن يتأثر بالبيئة المحيطة به أثناء نمو الجنين في الرحم وعليه فإن الجنين يكتسب بعض الصفات الوراثية من الأم المستعارة " ³

3- الرأي القائل بالتفريق

ذهب بعض الباحثين إلى التفريق بين ما إذا كان الرحم المؤجر لزوجة أخرى ضرة الزوجة الأولى وبين ما إذا كان الرحم المؤجر لزوجة أجنبية، حيث قالوا بالحل في الصورة الأولى والحرمة في الصورة الثانية بالإضافة إلى ذلك فإن الزوجة صاحبة الرحم الحاضنة (الضرة للزوجة الأولى) إذا كان سليمة المبيض فإن الإنجاب يتحقق منها للزوج دون حاجة لبيضة زوجته معتلة الرحم، ومن ثم فالإنجاب بهذه الوسيلة حينئذ لا يجوز لعدم الحاجة إليه أن لو كانت صاحبة الرحم معتلة المبيض وكلتاهما لا يمكنهما الإنجاب بالاستقلال فلجوء الزوج إلى الزواج بثالثة ورابعة أحسن له من الإنجاب برحم هذه ومبيض تلك وأما التحجج بتحقيق رغبة المرأة صاحبة المبيض المعتل أو الرحم المعتل فلا يصح، لأن الرغبة الجديرة

¹ الإمام الحافظ أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني (ابن ماجة)، السنن، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، ط1، المجلد 2 باب الرجل يشك في ولده، الحديث رقم 2034، ص 375 .

² عبد الدايم (حسني محمود)، مرجع سابق، ص 223 .

³ البار (محمد علي)، طفل الأنابيب والتلقيح الاصطناعي، دار العلم، جدة، 1986 م، (د . ط)، ص 133، أنظر قرارات المجمع الفقهي الإسلامي المنعقد في دورته الخامسة عام 1402 هـ، ودورته السابعة 1404 هـ، ودورته الثامنة 1405 هـ بمكة المكرمة

بالإعتبار الشرعي هي رغبة من يصح لأداء دوره الإنجابي ولو بالعلاج أو التلقيح الصناعي دون حاجة لتدخل غيره لمساعدته أو الحلول محله في هذا الدور .

فمن خلال ما تقدم يبدوا أن إجارة الأرحام اختلاطاً للأنساب وأنها وسيلة للفساد وكما أنها تشيع الفاحشة في المجتمع وكما أن العقل السليم لا يقبل أن تقوم فتاة عذراء بتأجير رحمها لتحمل وتلد ثم تدعي بعد ذلك أنها مازالت بكرًا ؟

كما لا يقبل العقل أن تقوم أرملة أو مطلقة بتأجير رحمها وتغدوا وتروح بين أفراد المجتمع حاملاً بلا زوج؟ وهل يقبل الطبع السليم أن تقوم زوجة في عصمة رجل بتأجير رحمها وتجمع على فراش الزوجية في رحمها بين ماء زوجها وماء رجل أجنبي عنها ؟ وهل يقبل رجل لزوجته أن تحمل حملاً لرجل آخر ؟ فالفطرة تأبى أن تحمل امرأة بحمل تحمله كرها وتضعه كرها ثم بعد ذلك وبكل بساطة تتنازل عنه لامرأة أخرى لم تحمله فحتى الحيوانات لا ترضى ذلك .

كما أن الإجارة قد شرعت على خلاف الأصل، في التملك هو تملك الأعيان والمنافع معاً، وليس تملك المنافع دون الأعيان، فالعقد الذي يربط بين المرأة الحاملة وصاحبها البويضة الملقحة عقد باطل لعدم مشروعية المحل والسبب سواء في الفقه الإسلامي أو في القانون الوضعي فالمرأة الحاملة لا تلتزم تجاه صاحبة البويضة بأية التزامات، حتى وإن أجهضت نفسها، فرغم خضوعها في تلك الحالة لعقوبة الإجهاض إذا كانت لغير ضرورة طبية، إلا أن يجوز مطالبتها بالتعويض من جانب صاحبة البويضة إذ لا يوجد اعتداء على حق من حقوقها¹.

هذا ما ذهب إليه قرار مجمع البحوث الإسلامية في جلسته المنعقدة بتاريخ 2001/03/09 من أن " استخدام رحم امرأة أجنبية لوضع ماء زوجين في رحمها يكون حراماً سواء كان الموضوع في رحم تلك المرأة الأجنبية منياً أو جنيناً " وهو ما قرره دار الإفتاء المصرية في فتاها رقم 75 لسنة 1999 وما قرره مجلس نقابة الأطباء في مصر والجمعية المصرية للخصوبة والعقم².

كما أفتى رئيس لجنة الفتوى بالأزهر الشيخ عطية صقر بأن " استئجار الأرحام وهي ظاهرة التي انتشرت الآن في عدد من المجتمعات الغربية لحل مشكلات الزوجات العاقرات، مرفوض في شريعة الإسلام وهو عبث أخلاقي يحرمه الإسلام، وهناك حلول كثيرة لمشكلة عقم الإنسان دون اللجوء إلى وسيلة تتنافى مع مقاصد الإسلام في الحفاظ على الأنساب ومحاربة الرذيلة بكل صورها وأشكالها وإذا كان الإسلام قد حرم الزنا وشدد عقوبته، فإن الزنا لا يتحقق بها ما يتحقق بالزنا التقليدية، ومنه إدخال ماء رجل أجنبي عن امرأة في فرجها، وقد يحصل منه حمل، تختلط به الأنساب، ويثور النزاع، لذلك حرم العلماء هذه الصورة وإذا كان إدخال الماء الأجنبي وهم أحد المادتين اللتين يحصل بهما الحمل حراماً، حتى ولو لم يحصل به

¹ سكريفية (محمد الطيب)، التلقيح الاصطناعي بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 75 .

² عبد الدايم (حسني محمود)، مرجع سابق، ص 336 .

حمل فكيف بإدخال المادتين معا في رحم امرأة أخرى مع تحقيق الحمل منهما ؟ أن الحرمة هنا تكون أشد " هذا وقد جاء في قرار المجمع الفقهي الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي الذي انعقد بالأردن في أكتوبر سنة 1986 بتحريم هذه الصورة التي يطلق عليها اسم الرحم المؤجر .

ويلحظ أن المجمع الفقهي بعد أن كان قد أباح في دورته السابعة إمكانية حمل الضرة في مكان ضررتها إلا أنه عاد وحرّم المسألة برمتها في دورته الثامنة، واعتبروا أن الزوجة الثانية تعتبر أجنبية عن العلاقة الزوجية الأخرى، وأصبحت هاته الوسيلة محرمة في الفرضين، أي سواء كانت الأم البديلة أجنبية عن الزوجين أو كانت زوجة ثانية لنفس الزوج، واعتبر أن استخدام أي طرف ثالث في وسائل الإنجاب يعتبر باطلا مطلقا، وفندوا كل ما اعتمده مؤيدي تقنية الأم المستعارة¹.

هذا لأن صاحبة الرحم هي أم ودورها في تكوين الجنين ليس أقل أهمية من الأم صاحبة البويضة الأولى وبذلك فإنه لا يمكن قياس علاقة الرحمية بالرضاع، وهو قياس مع الفارق لأن الرضاع لا يكون إلا بعد تمام التكوين الإنساني وفي ظل وضوح النسب، بخلاف الاحتضان الرحمي فإنه يكون في مرحلة النطفة الأولى ودور الرحم في التكوين الإنساني أساسي وحقيقي².

أما موقفنا من هذه المسألة هو تأييد الرأي القائل بالحرمة وعدم الجواز لهذه التقنية ونؤكد على ضرورة عدم إضفاء الشرعية على أسلوب التلقيح بواسطة الأم البديلة، حتى وإن كان هذا الأسلوب سبيلا ناجعا للقضاء على مشكلة العقم، وحاجزا أمام فك الرابطة الزوجية، فإنه بالمقابل، يتصف بالعديد من السلبيات كاختلاط الأنساب وإشاعة الفاحشة في المجتمع كما يؤدي إلى وجود أمراض نفسية لدى الطفل المتخلق من هذه التقنية فبعد انفصاله سيعيش في متاهة ويتساءل من هي أمه الحقيقية هل هي صاحبة البويضة أم هي التي حملته؟

ثانيا: موقف القانون من نسب الطفل الناتج عن تقنية الأم البديلة

بعد دراستنا لموقف الفقه الإسلامي اتجاه تقنية الأم البديلة سوف نتطرق لكل من موقف القانون الجزائري (1) وموقف القوانين المقارنة (2) والمشاكل القانونية الناجمة عن إجارة الأرحام (3) .

1 - موقف القانون الجزائري

أقر المشرع الجزائري صراحة من خلال تعديل قانون الأسرة بالأمر 02-05 لسنة 2005

¹ بلحاج (العربي)، المبادئ الشرعية والقانونية والأخلاقية التي تحكم عملية التلقيح الاصطناعي، مجلة القضائية، العدد 06، 1434 هـ، ص 298 .

² أبو حو (طارق عبد الله محمد)، الانعكاسات القانونية للإنجاب الصناعي - دراسة مقارنة - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 1426 هـ - 2005 م، ص 513 .

رفضه التام لمسألة تأجير الأرحام حيث تنص المادة 45 مكرر من الأمر 02/05 في الفقرة الثانية منها أنه: " لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الصناعي باستعمال الأم البديلة "¹

و اتضح أن المشرع الجزائري من خلال هذا التعديل، قد نص بما لا يدع مجالا للشك على منع تدخل الأم البديلة بالرحم كطرف ثالث في الإنجاب - الذي يفترض أن يكون ثنائيا بين زوج وزوجة².

لكن المشرع لم يبين الجزاء الواجب ترتيبه حالة المخالفة، فهو لم يتبع المادة 45 مكرر من قانون الأسرة بما يفيد ذلك، كما أن حكم المنع هذا لم يصاحبه تعديل في قانون العقوبات وهو الأمر الذي دفع ببعض إلى البحث عن إمكانية تطبيق نصوص قانون العقوبات وهذا قبل صدور قانون الصحة لسنة 2018³.

أما بعد صدور قانون رقم 11/18 المتعلق بالصحة لسنة 2018 جاء وفصل في أمر التلقيح بواسطة الأم البديلة وذلك من خلال نص المادة 374 حيث جاء فيها: " يمنع التداول، لغاية البحث العلمي، التبرع والبيع وكل شكل آخر من المعاملة المتعلقة:

- بالحيوانات المنوية .
- بالبويضات، حتى بين الزوجات الضرات .
- بالأجنة الزائدة عن العدد المقرر أو لا، لأم بديلة أو امرأة أخرى كانت أختا أو أما أو بنتا .
- بالسيتوبلازم⁴.

كما قرر عقوبة مدنية وجزائية في حالة مخالفة أحكام هذه المادة من خلال نص المادة 435 من قانون الصحة لسنة 2018 " يعاقب كل من يخالف المنع المنصوص عليه في أحكام المادة 374 من هذا القانون المتعلقة بالتبرع والبيع وكل شكل من المعاملات بخصوص مواد الجسم البشري، بالحبس من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة وبغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج⁵.

2 - موقف القوانين المقارنة

بالاطلاع على موقف القوانين المختلفة من تقنية الحمل لحساب الغير يلاحظ أن الكثير منها ذهبت إلى حظر وتجريم الإتجار في الأرحام واستغلالها من أجل تحقيق الربح وبالتالي تحريم التوسط لأجل الإنجاب وقد نهج المشرع الإنجليزي نفس المنهج في قانون عام 1985 بنصه على تجريم كل أعمال التلقيح إذا كان الغرض منها هو غرض تجاري بحت، بمعنى أن المشرع الإنجليزي لم يجرم الفعل

¹ المادة 45 مكرر من قانون الأسرة .

² بلباهي (سعيدة)، الاستعانة بالأم البديلة في التلقيح الاصطناعي في القانون الجزائري، جامعة الجزائر 3، ص 64 .

³ نياي (باديس)، مرجع سابق، ص 25 وما يليها .

⁴ المادة 374 من قانون رقم 11/18 المتعلق بالصحة لسنة 2018 .

⁵ المادة 435 من قانون رقم 11/18 المتعلق بالصحة لسنة 2018 .

لذاته وإنما اعتبره مجرماً إذا كان الغرض منه ربحاً أما إذا كان على سبيل التبرع فلم يجرمه وهذا ما يظهر من خلال التعديل الذي أصدره بتاريخ 01 نوفمبر 1990 الذي يعطي بموجبه للقضاء منح الترخيص لاعتبار الأطفال المولودين بطريقة تأجير الأرحام عاديين وكأنهم ولدوا نتاج زواج عادي .

وسار المشرع الألماني على نفس الدرب حيث نص في المرجع الأول من القانون الصادر في سنة 1990 أنه: " يعاقب بالحبس مدة لا تزيد عن 03 سنوات أو بغرامة كل من يجري عملية تلقيح صناعي أو نقل لبويضات مخصصة لإمرأة بغرض أن تتنازل الأخيرة عن الطفل بعد ولادته لامرأة أخرى ¹ " ومع ذلك فقد استثنى المشرع الألماني في الفقرة الثالثة من المادة نفسها المرأة صاحبة الرحم من حكم ما جاء في الفقرتين السابقتين .

كما حظر المشرع الفرنسي تقنية استئجار الأرحام، ففي القانون الصادر في 29 جويلية 1994، فقد نصت المادة 16 من القانون المدني الفرنسي على احترام حرمة الإنسان وعدم التعرض لها منذ بدء الحياة إذ جاء فيها على أن:

« 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 »

إضافة إلى ذلك نص في المادة 16-1 فقرة ثالثة من ذات القانون على أن الجسد البشري، أعضاؤه ومكوناته لا يمكن أن تكون محلاً لحق مالي بقولها:

« Le corps humain ,ses élément et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial »²

كما جرم هذا القانون أعمال الوساطة في تأجير الأرحام إلا أن القانون لم يتطرق لتجريم طرفي العلاقة أي أن العمل غير مجرم إن وقع بدون وساطة على أن العقد الذي يتم باطل ولا يعتد به قانون 94-653³، هذا حسب نص المادة 16-7 من ق.م فرنسي المعدل والمتمم في 01/06/2009 التي تنص على أنه:

« Toute convention portant sur la gestion pour le compte d'autrui est nulle »

إلا أن الأزواج الراغبين في الإنجاب بهذه التقنية أصبحوا يلجؤون إلى الدول التي تتيح ذلك مما دفع بالمشرع الفرنسي إلى إقرار عقوبة سنة سجن وغرامة مالية قدرها 15000 أورو على كل شخص يلجأ إلى الإنجاب بواسطة هذه التقنية حسب نص المادة 227 - 12 فقرة 3 من القانون العقوبات الفرنسي وبالعقوبة

¹ نتيجة اتساع هاته الآراء فقد تأثرت الكثير من المنظمات بها وهذا ما جاء في توصيات لجنة (كابي) والتي هي لجنة خبراء العلوم الطبية والحيوية والتي عقدت بواسطة لجنة الوزراء بالمجلس الأوروبي سنة 1985 وأخذت بما اخذ به المشرع الألماني، أنظر عبد الدايم (حسني محمود)، مرجع سابق، ص 181 ومايليها .

² Cf.Roberto ANDORNO , op.cit,p.274 .

³ جيلالي (تشوار)، رضا الزوجين على التلقيح الاصطناعي، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد 04، مرجع سابق، ص 60 .

ثلاثة سنوات سجنا وغرامة مالية قدرها 45000 أورو إذا تمت هذه العملية مقابل مالي حسب نص المادة 227 - 13 من قانون العقوبات الفرنسي:

« La substitution volontaire, la simulation dissimulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'un enfant est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende La tentative est punie des mêmes peins »

ويعود سبب تشديد العقوبة في هذه الحالة إلى طبيعة الجريمة، لأن ارتكابها قد يتم في الخارج متى كان الاستئجار هناك، إلا أن آثارها تمتد لتشكيل تهديدا على تنظيم الحالة المدنية في فرنسا، لذا اعتدت الجريمة أخطر من الأولى لأن الجريمة المنصوص عليها في المادة 227 - 12 تتم داخل فرنسا¹.

أما عن تشريعات الولايات المتحدة الأمريكية فنجدتها تختلف بخصوص هذه المسألة فهناك من تبيحها وهناك ولايات أخرى تجرمها².

أما عن موقف بعض القوانين العربية فلقد حظر القانون البحريني تلك التقنية حتى لو كانت صاحبة الرحم هي زوجة ثانية للزوج .

كما منع القانون القطري الخاص بنقل وزراعة الأعضاء البشرية في المادة (03) منه نقل الأعضاء التناسلية التي تحمل الصفات الوراثية، ولا شك أن التصرف بالسائل المنوي والبويضات الأنثوية يدخل ضمن النص³.

و بالإضافة لذلك فإن أغلبية التشريعات ومن منظور القانون المدني رتبت على إبرام عقد تأجير الأرحام البطلان وهناك تشريعات اعتبرته مخالفا للنظام العام وبالتالي فلا تنشأ عنه أية آثار، ومن ذلك ما أورده المشرع الإنجليزي في قانون 1985 وكذا القانون المعدل لبعض أحكامه الخاص بالخصوبة وعلم الأجنة الصادر بتاريخ 1990 وهو ما أكدته أيضا نص المادة 16-7 من التقنين الفرنسي والمتممة بنص المادة 03 من قانون 94-653 لسنة 1994 على أن: " كل اتفاق بالحمل أو الولادة لحساب الغير باطلا "

والجدير بالذكر أن البطلان الذي رتبته هاته القوانين على التعاقد بشأن هاته التقنية في بعض التشريعات يلحق بالعقد دون الوسيلة، مثلما نص المشرع الإيطالي بنص المادة 1343 من التقنين المدني التي تقضي ببطلان كل عقد يتعلق بالتصرف في جسم الإنسان بما يخالف القانون والآداب العامة والنظام العام، وهو نفس ما ذهب إليه المشرع البلجيكي في نص المادة 1131 من التقنين المدني .

¹ أحمد داود (رقية)، الحماية الجنائية للجنين المخبري، مرجع سابق، ص 245 .

² منار (صبرينة)، بو قر (خولة)، الإطار القانوني لعقد تأجير الأرحام في ظل القانون الجزائري والقوانين المقارنة، مجلة المفكر للدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، العدد 5، مارس 2019 م، ص 101 .

³ مختار أحمد (محمد عطية)، مسؤولية الطبيب المدنية عن عملية التلقيح الصناعي، مرجع سابق، ص 116 .

وفي كل الحالات فإن معنى البطلان في هذه التشريعات وإن كان يعني أن العقد لا يرتب آثاره إلا أنه يتضمن إشكالا قانونيا خاصة في الدول التي تبيح هاته الوسيلة يتمثل في أن الجنين وبعد ولادته يصبح عرضة للخطر فمن جهة قد تقوم أمه التي حملته بتعريضه وعدم تسليمه لواديه نظرا لبطلان التعاقد ومن جهة يولد الجنين مشوها وتريد المرأة الحامل تسليمه ولكن والديه صاحبا الإنتاج يرفضان تسلمه وهذا ما يدفعنا إلى التطرق للمشاكل القانونية التي قد تنجم عن الرحم البديل.¹

4- المشاكل القانونية الناجمة عن إجارة الأرحام

يثير أسلوب التلقيح الاصطناعي بواسطة الأم البديلة مشاكل قانونية تعد أكبر خطورة من تلك التي تثيرها باقي الأساليب الأخرى وخاصة النزاع حول الولد، ليس من السهل بما كان أن تحمل أما جنينا في أحشائها، وترتبط به طيلة تسعة أشهر لتتنازل عنه عندما يصبح كائنا بشريا تاما لصالح الغير .

فهذه التقنية أثارت من الناحية العملية مشاكل صعب إيجاد حل لها، إذ وبعد أن تضع الأم البديلة المولود يحرك فيها مشاعر الأمومة الشعور بالندم فتتراجع عن إلتزاماتها وتتمسك بالمولود لصالحها، ليقوم الخلاف بينها وبين الزوجين على حقهما تجاه هذا الطفل.²

وعلى النقيض من ذلك، توجد حالات رفضت فيها الأم البديلة الاحتفاظ بمولودها ومن جهتهما الزوجين امتنعا عن أخذه والسبب راجع إلى أن المولود مشوها، وفق كل هذا هناك حالات إعتبر فيها الطفل إبنا لزوج مؤجرة الرحم لا إبنا لزوج العقيمة .

أمام هذا النزاع حول الطفل يثار التساؤل عن من له الحق في تسلم الطفل ؟ وما هو المعيار الواجب الأخذ به للفصل في هذا النزاع ؟ هل مصلحة الطفل تقتضي أن يتراجع في كنف المرأة التي حملته فتغذى منها وارتبط بها، أم تقتضي تسليمه لمن أبدى الرغبة في الحصول عليه ويتوافر على المستوى الاجتماعي والاقتصادي الملائم ؟³

بالرجوع إلى القضاء الجزائري لم تعرض أية قضايا تخص مسألة تأجير الأرحام لأن نص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة وكذلك نص المادة 374 من قانون الصحة رقم 11/18 منعا اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة فهي لا تتوافق مع فكرة النظام العام والآداب العامة .

¹ النحوي (سليمان)، مرجع سابق، ص 172، بلعباس (أمال)، بن عزيزة (حنان)، التكييف القانوني لعملية تأجير الأرحام، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، العدد 04، ص 194 .

² العياصرة (محمود محمد صفاء)، المستجدات العلمية وأثرها على الفتوى في الأحوال الشخصية عماد الدين للنشر والتوزيع، المملكة الأردنية، 1430 هـ - 2009 م، ط1، ص 293 .

³ خدام (هجيرة)، مرجع سابق، ص 191 .

لهذا سوف نتطرق لبعض التطبيقات القضائية في الدول الغربية التي صادفت الكثير من القضايا المتعلقة بمسألة تأجير الأرحام وهذا ما نجده خاصة أمام القضاء الفرنسي وكذا الأمريكي .

أ - موقف القضاء الفرنسي

بالنسبة لأحكام القضاء الفرنسي يبدو أن القضاء الفرنسي لم يستقر على حكم واحد لمسألة تأجير الأرحام ولهذا وإلى يومنا هذا مازالت هاته الأحكام متضاربة سواء على مستوى المحاكم نفسها وأيضا على مستوى درجات التقاضي أيضا.

ففي حكم لها أصدرته بتاريخ 1984/12/05 قضت محكمة " أكسن Aixen " ¹ لزوجة الأب البيولوجي بالتبني البسيط غير أن طبيعة هذا الحكم أنه سطحي لن تتوافر للمحكمة فيه الأسانيد القانونية والمتضاربة والقوية ولهذا ورغم أن المشرع الفرنسي لا يرتب آثار على التعاقد إلا أن المحكمة اعترفت بالآثار الناتجة عن هاته العملية دون أن تتعرض لصحة الوسيلة أو بطلانها .

وفي قضية أخرى رفضت إحدى المحاكم لأول درجة الحكم للزوجة بالتبني التام للطفل على أساس مخالفة الاتفاق للنظام العام الفرنسي، غير أنه بعد الطعن في الحكم أمام محكمة استئناف باريس جاء فيه أن تأجير الأرحام أو الحمل بالإنابة إذ كان خاليا من أي أغراض تجارية لا يتعارض مع النظام العام الدولي ولأجل جاء في منطوق حكمها قبول الطعن والحكم بالتبني المطلق من الزوجة للطفل بتاريخ 1991/05/31، حيث أن حكم محكمة استئناف باريس لاقى اعتراضا كبيرا جدا من طرف الفقهاء الباحثين مما دعا النائب العام للطعن فيه لصالح القانون أمام محكمة النقض وطالب بحل كل الجمعيات الخاصة بالمساعدة على الإنجاب بهذه الطرق على أساس مخالفتها للنظام العام، وهذا ما استجابت له المحاكم في كل مستويات التقاضي .

وفي قضية أخرى قضت محكمة استئناف " بواتيه " بالتبني البسيط لزوجة الأب للطفلة الناتجة عن الحمل بالإنابة سنة 1992، ولما طعن بالنقض أمام محكمة النقض أصدرت حكمها بعدم شرعية الحمل بالإنابة على أساس مخالفتها للنظام العام، ويبدو أن القضاء الفرنسي ونظرا لغياب النصوص التنظيمية الشاملة لهاته المسألة يحاول الاجتهاد بحسب كل قضية على حدى .

¹ تتمثل وقائع هاته القضية أن امرأة مصابة بالعقم اتفقت مع أختها على أن تلحق الثانية بنطفة زوج الأولى وتحمل بدلا عنها وبالفعل تم الأمر حسب الاتفاق، حيث أنجبت الأخت الطفلة بتاريخ 1982، وبعد ذلك قدمت الزوجة طلبا لأجل التبني الكامل للطفلة أمام هاته المحكمة لم تستجيب لطلب الزوجة حرصا على مصلحة الطفلة حتى تتمكن فيما بعد من فهم حقيقة العلاقة التي تربطها بأطراف عملية الإنجاب وخوفا من الردود النفسية للطفلة فيما بعد قررت المحكمة الحكم بالتبني البسيط، أنظر شوقي (زكريا الصالحي)، التلقيح الاصطناعي الداخلي والخارجي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، ص 116 وما يلها .

ونخلص أن أغلبية الأحكام الصادرة عن القضاء الفرنسي رفضت مسألة تأجير الأرحام واعتبرت أن بنود العقد الخاص بالإنابة في الحمل مخالفة للنظام العام وخاصة المواد (06 - 08 - 11 - 353 - 361) من التقنين المدني الفرنسي ولنص المادة 1128 الخاصة بمبدأ حرمة الجسد ومنتجاته .

وهذا ما جاء في حكم لمحكمة استئناف " باي Pau " التي أيدت فيه حكم محكمة أول درجة القاضي ببطلان عقد الإيجار حتى ولو وافقت المرأة المؤجرة لرحمها على التنازل طوعية عن الطفل بعد ولادته .

ب - موقف القضاء الأمريكي

الحقيقة أنه مثلما أشرنا سابقا فإن القضاء الأمريكي ورغم أن هناك بعض الولايات تبيح مسألة تأجير الأرحام إلا أن المشرع الأمريكي قرر بطلان التعاقد بخصوص الإنابة في الحمل حتى في الولايات التي تبيح هذه الوسيلة، ولهذا وبالرجوع إلى أحكام القضاء نجد بأن هناك تضاربا بين بعض الأحكام، ففي حكم لمحكمة " نيوجيرسي " رأت المحكمة ضرورة تسليم الطفلة إلى والديها معللة حكمها بمشروعية الوسيلة التي أدت إلى حصول الأبوين البيولوجيين على الطفلة وأيضا ما أكدته المحكمة المستأنف حيث رأت محكمة الاستئناف أن الحمل لمصلحة الغير لا يخلف عن البيع ورفضت أن يكون المولود محلا للتعاقد أو التفاوض ورفضت الاستئناف وأمرت بإرجاع الطفلة إلى أبويها البيولوجيين .

وهو نفس ما قضت به محكمة Orang بكاليفورنيا حيث أن المرأة الحامل قررت الاحتفاظ بالطفل وادعت بأن الطفل جاء نتيجة علاقة عادية بينها وبين زوجها غير أن المحكمة وبعدما تأكدت من الأبوة البيولوجية قضت بحق الأبوين البيولوجيين في إسترداد الطفل وتأييد هذا الحكم استئنافيا .

وفي قضية أخرى يبرز أيضا الطابع التجاري المادي للعملية حيث أن هناك سيدة أمريكية تدعى (Pamelas S) متزوجة وأم لطفل أرادت تأجير رحمها لغرض استكمال دراستها الجامعية للحصول على شهادة الدكتوراه¹ وهو ما يبرز أيضا رفض المشرع الأمريكي لمسألة تأجير الأرحام لأغراض المادية والتجارية²

الفرع الثاني: حماية النسب من ظاهرة تجميد اللقائح

يترتب على عملية التلقيح الاصطناعي بعض الآثار التي تكمن في التخلص من الأجنة الزائدة عن الحاجة إذ يقوم الأطباء بتحريض المبيض عن طريق عقاقير (الكلوميد) والهرمون المنمي للغدة التناسلية تعطى للمرأة تجعلها تفرز العديد من البويضات في المرة الواحدة، ثم يقوم الطبيب المختص في

¹ تشوار (جيلالي)، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة، مرجع سابق، ص 111 .

² مختار أحمد (محمد عطية)، مرجع سابق، ص 108 .

الموعد المحدد للإباضة بشطف البويضات من المبيض بآلات معينة ووضعها في طبق بتري في سائل خاص وتخصب هذه البويضات بالحيوانات المنوية من الزوج أو غيره¹ لتزرع بعد ذلك في رحم الزوجة ويحتفظ بالفائض في بنوك يطلق عليها تسمية بنوك الأجنة لذا سوف نتعرف عن مفهوم بنوك الأجنة

(الفقرة الأولى) وموقف الشريعة الإسلامية والقانون من بنوك الأجنة (الفقرة الثانية) كما سنتطرق إلى التكيف القانوني للبويضات الملقحة ومصيرها (الفقرة الثالثة)

الفقرة الأولى: مفهوم بنوك الأجنة

وفيه نتطرق لتعريف بنوك الأجنة والأسباب الداعية إلى تجميد البويضات الملقحة (أولا) ثم تطوره التاريخي (ثانيا)

أولا: تعريف بنوك الأجنة

لم يضع الفقه ولا القانون تعريفا دقيقا لبنوك الأجنة نظرا لحدثة هذا المصطلح، فعرفها بعض الفقهاء على أنها عملية تجميد الأجنة ووضعها في ثلاجات أو غرف كيميائية صغيرة تستخدم مادة النيتروجين السائل لتبريدها في درجة حرارة 200 تحت الصفر، قصد إيقاف نموها، وعندما يريد الأطباء الاستفادة منها بناءا على طلب الزوجة بعد وفاة زوجها مثلا أو إصابته بعجز يمنع من الإنجاب، يرفعون درجة حرارتها تدريجيا فتعود لها الحياة مرة أخرى في مدة 12 ساعة ثم يعاد زرعها في الرحم، تحت رقابة الهيئة الطبية التي تجري العملية².

وعرف الدكتور " حسني هيكل " بنوك الأجنة بأنها: أجهزة طبية معدة سلفا بتقنية شديدة للاحتفاظ بالأجنة الزائدة عن الحاجة في عمليات الإخصاب الطبي المساعد، وذلك بغرض احتياجها بعد ذلك، من قبل واضعيها وأصحاب الحق فيها، ويجب أن تخضع هذه البنوك لرقابة صارمة من قبل المشرع القانوني ووزارة الصحة³

ومن الأسباب التي تدعو الأطباء إلى تجميد الأجنة هي:

- يؤدي الاحتفاظ بالأجنة المجمدة إلى سهولة محاولة إعادة الحمل (طفل الأنبوب) إذ فشلت المحاولة الأولى .

¹ الصالحي (شوقي زكريا)، الآثار المترتبة على عمليات التلقيح الصناعي، العلم والإيمان للنشر والتوزيع، (د م)، 2007 م، (د . ط) ص 15 .

² المرسي (محمد زهرة)، الإنجاب الصناعي، مرجع سابق، ص 108 . أنظر الهريش (فرج صلاح) موقف القانون عن تطبيقات الطب الحديثة - دراسة مقارنة -، دار الجماهيرية، (د م)، 2005 م، ط 1، ص 210 .

³ هيكل (حسيني)، مرجع سابق، ص 404 .

- يؤدي إلى الابتعاد عن خطورة الحمل المتعدد، حيث كان الطبيب يعتمد إلى وضع جميع البويضات الملقحة في الرحم، ومن ثم يزيد من نسبة نجاح حل طفل الأنابيب بأقل من المخاطر على الأم والجنين .
- يؤدي إلى خفض تكاليف مشاريع التلقيح الإصطناعي الخارجي¹.
- عدم تعريض المرأة لمشكلات ومخاطر الحمل ومتاعب التنظير، وسحب البويضات والدخول في المستشفى، والتعطيل عن العمل .
- لعل من أهم الأسباب الداعية إلى تجميد البويضات الزائدة معرفة الكثير من الأمراض وخاصة ما يتعلق منها بالوراثة والصبغيات، كما أنها تفتح الباب لطرق جديدة من العلاج²

ثانيا: التطور التاريخي

ظهرت فكرة بنوك الأجنة بفضل الإيطالي Spallanani، حيث قام بإجراء تجارب ناجحة على بعض الحيوانات (الضفادع والكلاب)، ولقد كانت أهم هذه المحاولات تلك التي أجراها عام 1938، بواسطة محفوظة في درجة حرارة 296 تحت الصفر³.

و يرجع الفضل في إتمام تجربة ناجحة لحفظ السائل المنوي واكتشاف الأساس العلمي والطبي لكل التقنيات المتبعة في تجميد السائل المنوي للعالم Leanroeseand، ثم توالى التجارب بعد ذلك لإستعمال السائل المنوي المجمد، حتى تطورت الفكرة واتجه العلماء لتطبيقها على المباشر وذلك بغرض الإنجاب في أي مرحلة من مراحل العمر حتى بعد سن الثمانين، ذلك بواسطة الحيوانات المنوية التي تم تجميدها بطرق علمية مدروسة .

وتمت أول عملية ولادة طفل الأنابيب في أستراليا عام 1984، لجنين تم تجميده مدة شهرين لتعلن عن ولادة الطفلة " زوي " بعد إجراء عملية قيصرية لأمها بالمركز الطبي (لمبورن) وبعد نجاح هاته العملية بدأ المركز في عملية التجميد حيث قام في سنة واحدة بتجميد قرابة 230 جنينا في برنامج خاص للإخصاب الخارجي للبويضات، كما اتجهت بعض الدول إلى إنشاء بنوك لتجميد الخلايا التناسلية وتخزينها ويتم الالتجاء إليها عند الحاجة⁴.

¹ النجيمي (محمد بن يحي بن حسن)، الإنجاب الصناعي بين التحليل والتحرير، مرجع سابق، ص 152

² هيك (حسيني)، مرجع سابق، ص 407 .

³ ممدوح (خيرى هاشم)، الإنجاب الصناعي في القانون المدني - دراسة قانونية فقهية مقارنة -، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، 1996 م، ص 158 .

⁴ Ban Hadj Yahya M , Devenir des embryons surnuméraires , regard éthique et critique dans le cadre des révisions des lois de bioéthique de 1994 , Thèse de doctorat soutenue le 20-06-2003 , Université René Descartes (Paris V) , Faculté de médecine , p 09.

وتطورت الفكرة فأصبحت تشتري النطف من المتميزين في المجتمع كلاعب مشهور أو ملكات الجمال أو العباقر، فيمكن للراغب عندهم أن يشتري ببيضة ذات مواصفات معينة ويتم التلقيح الصناعي وانتظار المولود¹.

الفقرة الثانية: موقف الشريعة الإسلامية والقانون من بنوك الأجنة

سوف نتطرق لموقف الشريعة من بنوك الأجنة (أولا) ثم موقف القانون من بنوك الأجنة (ثانيا) **أولا: موقف الشريعة الإسلامية**

يقول تبارك وتعالى: ﴿ وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُم مِّنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُم مِّنْ أَزْوَاجِكُمْ بَنِينَ وَحَفَدَةً وَرَزَقَكُمْ مِّنَ الطَّيِّبَاتِ أَفَبِالْبَاطِلِ يُؤْمِنُونَ وَبِنِعْمَتِ اللَّهِ هُمْ يَكْفُرُونَ ﴾² و يقول أيضا: ﴿ يَأَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِّنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ ﴾³

من هذه الآيات وغيرها نجد بأن الله سبحانه وتعالى يحث على الزواج ويبين مقاصده في الكثير من الآيات أيضا، ولهذا يرى فقهاء الإسلام المحدثين أن إنشاء بنوك لحفظ الحيوانات المنوية وحفظ الأجنة واللقاح الأدمية لا دليل على وجوده لا في الكتاب ولا في السنة النبوية الشريفة، وينعقد الإجماع على تحريم إنشاء مثل هاته البنوك لأن حفظ الأجنة المختارة في البنوك فيه من المخاطر ما لا يمكن صدّه ومن المفسد ما لا يمكن درءه ولهذا وحفاظا على أواصر المودة وحماية الأنساب من الاختلاط ومخافة التلاعب بالنطف يرى العلماء أنه لا يمكن فتح المجال لانجاز هذه التقنية .

و لهذا نجد أن دار الإفتاء المصرية درست هذه المسألة في فتوى لها أصدرتها بتاريخ 23 مارس 1980 جاء فيها ... و انتشار مستودع تستجلب منه نطفة رجال لهم صفات معينة لتلقيح نساء لهم صفات معينة لشر مستطير على نظام الأسرة، ونذير بإنهاء الحياة الأسرية كما أرادها الله⁴.

¹ Isabelle Donnet: le statut juridique des centres de procréation médicalement assisté 'mémoire de DEA' à université de paris 11- 1991, p. 3.

CH- Robert: les centres de conservation du sperm et l'insemination artificielle concourse medical, 08 nov 1975, 96 - 40 .

- أنظر أيضا الصالحي (شوقي زكريا)، التلقيح الاصطناعي الداخلي والخارجي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، مرجع سابق، ص 134 . هيك (حسيني)، مرجع سابق، ص 399 .

² سورة النحل الآية: 72

³ سورة الحجرات الآية: 13

⁴ النحوي (سليمان)، مرجع سابق، ص 430 .

ولهذا يبدو أن كلمة العلماء قد أجمعت على حظر وتجريم إنشاء مثل هاته البنوك إلا أن هناك الكثير ليقال بهذا الخصوص خاصة وأن الفتاوى السابقة، استطاع العلم أن يحوطها بالكثير من سهام الريية والشك في ظل أن مصير الأجنة الموجودة في البنوك أصبحت له أوجه كثيرة جدا للاستعمال .

ثانيا: موقف القانون من بنوك الأجنة

سوف نتطرق لكل من موقف القانون الجزائري (1) وموقف القوانين المقارنة (2)

1-موقف القانون الجزائري

بالرغم من التعديل الذي طرأ على قانون الأسرة الجزائري بموجب الأمر 02/05 سنة 2005، والذي أجاز للزوجين اللجوء إلى تقنية التلقيح الإصطناعي، إلا أنه أغفل مسألة في غاية الأهمية والتي تعتبر العامل الرئيسي في إختلاط الأنساب ألا وهي تجميد الحيوانات المنوية والبويضات، لكن بعد صدور قانون جديد للصحة سنة 2018 م، أشار المشرع الجزائري إلى جواز تجميد الحيوانات المنوية والبويضات، وعبر عنها بحفظ الأمشاج فالتجميد هو الحفظ، والأمشاج هي الحيوانات المنوية والبويضات، وذلك من خلال المادة 376 من قانون رقم 18-11 المؤرخ في 2 يوليو 2018 المتعلق بالصحة والتي نصت: " تحدد شروط حفظ وإتلاف الأمشاج عن طريق التنظيم "

كما نصت المادة 374 من نفس القانون أنه يمنع التداول، لغاية البحث العلمي، التبرع والبيع وكل شكل آخر من المعاملة المتعلقة:

- بالحيوانات المنوية .
- بالبويضات، حتى بين الزوجات الضرات .
- بالأجنة الزائدة عن العدد المقرر أو لا لأم بديلة أو امرأة أخرى كانت أختا أو أما أو بنتا .
- بالسيتوبلازم¹

وما هو مأكد أنه لحد اليوم (جويلية 2022) لم تصدر أي نصوص تنظيمية تعالج حفظ الأمشاج أي تجميد الحيوانات المنوية والبويضات، لكن بالرجوع لنص المادة 449 منه، نجدها تدل على سريان النصوص التنظيمية لقانون الصحة القديم إلى غاية صدور أخرى جديدة والتي منها التعليم رقم 300 المؤرخة في 15 ماي 2000 م المتعلقة بأفضل الممارسات السريرية والبيولوجية في المساعدة الطبية على الإنجاب، حيث عالجت هذه التعليم كل ما يخص تجميد الحيوانات المنوية والبويضات والأجنة فبينت الطريقة المعتمدة في التجميد وشروط استخدامها والأشخاص الذين يستفيدون منها وأجازت التعليم

¹ قانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة .

رقم 300 إجراء تجميد الحيوانات المنوية للأزواج قبل وأثناء التلقيح الاصطناعي، لمن يعانون أمراضا تهاك حيواناتهم المنوية أو بويضاتهم، أو المقبلين على العلاج الإشعاعي كمرضى السرطان مثلا، بعد تقييم المرض والكشف عن الأمراض المعدية كفيروس نقص المناعة الإيدز والزهري والتهاب الكبد، حيث حددت مدة الحفظ سنة واحدة قابلة للتجديد مرة واحدة بناء على طلب كتابي لتجديدها أو إتلافها في سجل طبي موقع عليه من المريض والطبيب .

كما أشارت التعليلة أنه يمكن بشكل استثنائي ولأسباب طبية مؤقتة السماح لغير المتزوجين تجميد الحيوانات المنوية والبويضات إذا كانوا مقبلين على العلاج الكيميائي أو العلاج الإشعاعي .

أما بالنسبة لتجميد البويضات الملقحة (الأجنة) فأجازت التعليلة إمكانية تجميد الأجنة لنقلها في وقت لاحق، والتي تخضع لموافقة خطية من الزوجين، وتبلغ فترة تجميد الأجنة 03 سنوات، وبعد ذلك يمكن إتلافها بعد إبلاغ الزوجين مسبقا بموجب تقرير يدل على ذلك، وأوجب التعليلة إتلاف الأجنة في حالة وفاة أحد الزوجين أو الطلاق¹ .

علما أن أول طفل أنابيب ولد بالجزائري من أجنة مجمدة، كان بعيادة الفارابي بعنابة سنة 2005 .

2- موقف القوانين المقارنة

كان المشرع الفرنسي سباقا في إصدار قانون خاص أسماه قانون احترام الجسد البشري رقم 1954/653 المتعلق بحماية منتجات ومشتقات الجسم وأكد ذلك حديثا بإصداره للقانون رقم 1994/ 654 الخاص بالتبرع وكيفية استغلال الأعضاء ومنتجات ومشتقات الجسم الأخرى .

هذا وكان المشرع الفرنسي قد أسس أول مركز خاص بدراسة وحفظ البويضات والحيوانات المنوية وتمت تسميته (C.E.C.O.S) كل هذا أدى إلى ضرورة اهتمام المشرع الفرنسي بالنصوص القانونية من أجل مسايرة هاته النصوص للتطورات الطبية المتسارعة، ولهذا نلاحظ بأن المشرع الفرنسي قد أولى حماية خاصة للجنين البشري ففي القانون رقم 1954/653 بين كيفية الحصول على النطف والبويضات لأجل الإخصاب وحدد كيفية المحافظة عليها وحفظها في البنك من أجل إعادة استخدامها عند الحاجة إلى ذلك ولا يمكن الحصول على أي منتج جسدي إلا بالموافقة المسبقة للمتبرع به كما أن القانون أمكن المتبرع من العدول عن موافقته المسبقة .

أما عن القانون الصادر في 19 يوليو 1994 أصدر المشرع الكثير من نصوص التجريم وعدد الكثير من الجرائم نستطيع أن نسميها الجرائم المتعلقة والمضرة بالجنين في مراحل التكوين وتأخذ على سبيل المثال المادة 577 في فقرتها 17 من قانون العقوبات الجديد نجد بأنها تنص على عقوبة السجن لمدة سبع

¹ التعليلة الوزارية رقم 300 المؤرخة في 12 ماي 2000 المتعلقة بأفضل الممارسات السريرية والعيادية .

سنوات والغرامة ب 100.00 أورو لكل من يقوم بتخصيب جنين خارج الرحم وذلك لأغراض صناعية أو تجارية وتطبيق ذات العقوبات في حالة استخدام هاته الأجنة لأغراض تجارية أو صناعية .

كما أن نفس المادة في فقرتها 18 تحدد نفس العقوبة لكل من يقوم بتخصيب أجنة خارج الرحم ولإجراء أبحاث أو تجارب علمية .

وبالرجوع إلى المشرع الإنجليزي فإن قانون الخصوبة والأجنة لسنة 1990 قد شكلت له هيئة مسؤولة على تنفيذه سميت بهيئة الإخصاب البشري والأجنة (H.F.E.A) .

ولقد حدد القانون اختصاصات هذه الهيئة كي لا تخرج عن إطارها المشروع فكانت أهم وظيفة هي تخزين وحفظ الخلايا التناسلية والأجنة وإجراء البحوث والدراسات عليها .

وقد حظر هذا القانون بعض الأنشطة المخبرية للتصرفات الواردة على الأجنة .

ومن بين الشروط التي قررها القانون للقيام بهاته العملية أنه لا يمكن أن تتجاوز مدة التخزين للأجنة 05 سنوات والأمشاج 10 سنوات على أن يتم إتلاف الأجنة والأمشجة بعد مرور هذه المدة وذلك في نص المادة 14 .

كما حدد المشرع الإنجليزي في المادة 01 الفقرة 03 من نفس القانون ما يعتبر من قبيل اللقائح الآدمية وما لا يعتبر منها، ولهذا نجد بأن المشرع الإنجليزي أظهر أكثر تحكما من أي قانون آخر بالنسبة للجانب لمتعلق بالتصرفات الواردة على اللقائح الآدمية، حيث نجد بأنه حصر مجال هاته التصرفات في مجالات ثلاث رئيسية:

- تصرفات ذات طابع علاجي بحت .
- تصرفات الحفظ واستخدام الأمشاج واللقائح الآدمية .
- تصرفات تتعلق بالبحث والتجريب العلمي ¹.

تباينت مواقف التشريعات العربية إزاء إنشاء بنوك الحفظ فقد أشار بعضهم إلى إنشاء هذه البنوك بصورة صريحة من خلال النصوص القانونية التي تضمنها القانون المنظم لعمل مراكز الخصوبة، وبعضهم أشار إلى ذلك بصورة غير مباشرة ضمن القوانين التي نظمت عمل المؤسسات الصحية الخاصة .

فقد اعتمد المشرع العراقي في تأسيس وتنظيم عمل تلك مراكز الخصوبة على قانون المؤسسات الصحية الخاصة، فأشار في البند رقم 02 من نص المادة 01 من القانون على أن إجازة التأسيس لا تمنح إلى مقدم الطلب، إلا إذا توفرت جميع الشروط والتعليمات الصادرة من قبل وزير الصحة، من حيث البناية والغرف والمعدات والأجهزة والمتطلبات اللازمة، وبنوك الحفظ تعد من المتطلبات الأساسية في مراكز الخصوبة.

¹ النحوي (سليمان)، مرجع سابق، ص 415 .

أما المشرع المصري فلم يجز إنشاء بنوك لحفظ الحيوانات المنوية والبيضات سواء كانت مخصبة أم لا إذ أشار نص المادة 46 من لائحة آداب مهنة الطب رقم 238 لسنة 2003 على أنه: " لا يجوز إنشاء بنوك للبويضات أو الحيوانات المنوية أو الأجنة " وهذا خلافا لقانون تنظيم المنشآت الطبية الذي أشار بصورة غير مباشرة على جواز إنشاء هذه المراكز .

أما المشرع الإماراتي فقد أشار إلى إنشاء بنوك الحفظ في مراكز الخصوبة بصورة صريحة، إذ نص في البند 02 من المادة 07 من قانون ترخيص إنشاء مراكز الإخصاب الإماراتي، على ضرورة توافر المواصفات والمعدات والأجهزة الطبية ومنها، المختبر الذي يحوي على غرف سحب عينات والذي يقصد بها النطف المذكرة والمؤنثة، وغرف معالجة الحيوانات المنوية وغرفة تجميد العينات المسحوبة، ويقصد بذلك بنك النطف، وغرفة مختبر الأجنة الذي يقصد به بنك البيضات الملقحة والبند 02 من المادة 13 من القانون نفسه، والتي جاء فيها: " يجب على المركز عند الشروع في تقنيات المساعدة على الإنجاب أن يلتزم بما يأتي:

حفظ البويضات غير الملقحة والحيوانات المنوية المجمدة لإنتاج مستقبلي لصالح الزوجين ... وهذا ما أشار إليه المشرع السعودي في المادة 01 من نظام الإخصاب والأجنة وعلاج العقم، والتي بينت أن إخصاب الصناعي يتم بتحضير مني الزوج وبيضة الزوجة غير المخصبة وحفظها في المعمل الخاص بها أي بنك النطف، كما أشار أيضا إلى بنك البيضات المخصبة، إذ بين أن عملية طفل الأنابيب تتكون بتخصيب بيضات الزوجة بمنى الزوج وحفظها في المعمل الخاص بها تحت ظروف معينة¹.

الفقرة الثالثة: التكيف القانوني للبويضات الملقحة

تبقى البويضات الملقحة مدة زمنية قبل زرعها في رحم المرأة الراغبة في الإنجاب عن طريق التلقيح الخارجي ويقصد بذلك على وجه التحديد المدة من تاريخ حدوث التلقيح إلى تمام عملية الزرع، إذ يثار التساؤل حينئذ عن الطبيعة القانونية لهذه البويضات (أولا) ولا شك أن تحديد الطبيعة القانونية للبويضة الملقحة في هذه الفترة يتوقف عليه تحديد مصير البويضات الملقحة الزائدة عن الحاجة (ثانيا)

أولا: الطبيعة القانونية للبويضة الملقحة

تباينت آراء الفقهاء حول مسألة بداية الحياة الإنسانية إلا أنهم متفقون على أن الجنين حرمة، وأنه منذ تكوينه يعد كائنا حيا ونفسا محترمة، يجب حمايتها من الاعتداء عليها منذ بداية الحمل، وأن الجنين وجود حقيقي يكفل له من بداية حياته بعض الحقوق، وحجز نصيبه من الميراث وصحة الوصية له أو الوقف

¹ الفتلاوي (سلام عبد الزهرة)، علي (فاطمة عبد الرحيم)، عقد تجميد النطف والبيضات المخصبة (دراسة مقارنة)، مجلة المحقق الحلّي للعلوم القانونية والسياسية، مجلة علمية فصلية محكمة تصدر عن كلية القانون بجامعة بابل، العدد 1، 2020 م، ص 73 - 74 .

عليه والسؤال الذي يثور هنا: هل تعتبر البويضة الملقحة جنينا، وهل تعامل في هذه الفترة المعاملة نفسها المقررة للجنين ؟

اختلف الفقه في مدى اعتبار البويضة الملقحة جنينا (1) كما أن التشريعات الوضعية لم تحدد بشكل دقيق هذه الطبيعة القانونية (2)

1 - موقف الفقه من الطبيعة القانونية للبويضة الملقحة:

اهتم الفقه بالبحث عن مسالة تحديد الطبيعة القانونية للبويضات الملقحة¹ وكعاداته إنقسم إلى عدة اتجاهات يمكن ردها إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: البويضة الملقحة كائن بشري منذ التلقيح

ذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى اعتبار البويضة الملقحة جنينا ويتفق هذا الرأي مع الاتجاه القانوني القائل بأن الحياة الإنسانية ترتبط بالإخصاب، وأن الجنين منذ الإخصاب يتمتع بنوع من الحياة، غاية ما في الأمر أنها حياة تختلف في مظهرها عن الحياة العادية للإنسان، فهذه البويضة الملقحة تنمو وتتطور والنمو هو علامة الحياة²، ويرى أنصار هذا الاتجاه أن البويضة الملقحة لها حياة من الناحية البيولوجية لأنها تتكون من خلايا حية، وقدموا لذلك مجموعة من الأدلة العلمية التي تؤيد وجهة نظرهم تتمثل في:

- أن البويضة الملقحة تضم كل المكونات الجينية .
- وجود استمرارية في التطور للبويضة الملقحة .
- استجابة البويضة الملقحة للتغيرات الموجودة في البيئة المحيطة بها .³

يؤكد أنصار هذا الاتجاه على أن البويضة الملقحة هي مادة بيولوجية إنسانية فهي تجمع بين المكونات الوراثية الضرورية والكافية للبناء الإنسانية، فالبويضة الملقحة تحمل الخصائص الأساسية للإنسان، فالبويضة الملقحة تحمل الخصائص الأساسية للإنسان، فإذا كان الأصل الوراثي ليس قاصرا على الإنسان، إلا أن الإنسان يختلف عن غيره من الكائنات الحية النباتية أو الحيوانية في نواحي متعددة فالجنين له قيمة ذاته مما يقتضي حمايته سواء كان داخل الرحم أو خارجه، فيتميز عن غيره من الكائنات

¹ من الناحية القانونية يمكن تعريف البويضة الملقحة على أنها مرحلة النمو التي تعقب عملية الإخصاب خارج الرحم حتى زرعها في رحم الأم، أنظر رضا عبد الحليم (عبد المجيد)، النظام القانوني للإنجاب الصناعي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1996 م، ص 232 .

² أحمد محمد (لطفى أحمد)، التلقيح الصناعي، مرجع سابق، ص 179 .

³ راحلي (سعاد)، النظام القانوني للتجارب الطبية على الأجنة البشرية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2014 - 2015، ص 42 .

الحياة النباتية أو الحيوانية في نواحي متعددة، فالجنين له قيمة في ذاته مما يقتضي حمايته سواء كان داخل الرحم أو خارجه، فيتميز عن غيره من الكائنات الحية في أن استمرار ونموه يؤدي إلى تكوين إنسان آدمي، فعملية تلقيح البويضة تعد بداية لمراحل تطور الحياة الإنسانية، فالأمر يتعلق بمرحلة في بناء الإنسان ومما يتعارض مع كرامة الإنسان والقيم الدينية والاجتماعية وصفة أثناء تلك المرحلة أو في أي مرحلة تليها بأنه من الأشياء التي يجوز التصرف فيها¹.

لقد أيد أغلب الفقه الفرنسي اعتبار الجنين إنسانا وليس شيئا، وذلك على اعتبار أن مبدأ حرمة جسم الإنسان غير قابل للتجزئة أو التغيير، فلا جدال أن البويضة الملقحة والجنين وبالتالي من الناحية العضوية والحيوية لا يمكن اعتبارها شيئا².

كما أكد بعض الخبراء في النمسا على أن وصف الجنين بأنه من الأشياء فيه مساس بالقيم السائدة في المجتمع، فالجنين يحوي الاستعداد البيولوجي للتطور وتكوين الإنسان وبدء الحياة، فالجنين الآدمي هدف في حد ذاته وليس وسيلة لتحقيق هدف .

وعلى ذلك يمكن القول أن البويضة تستحق الحماية القانونية بمجرد تمام عملية التلقيح بصرف النظر عن العمر الزمني للبويضة الملقحة، وإن هذه الصفة الإنسانية تستمر لها حتى يبدأ الوجود القانوني لهذا الكائن كإنسان .

كما أن البحث أو المعالجة التي تؤدي إلى تحطيم البويضة الملقحة غير مقبول من الناحية الأخلاقية³.

الاتجاه الثاني: البويضة الملقحة من الأشياء

لم يعترف أنصار هذا الإتجاه للبويضة الملقحة بالحماية القانونية ومن ثم اعتبارها من عداد الأشياء وذلك بقصد إتاحة الفرصة أمام إجراء التجارب الطبية المختلفة عليها

يعلق الأستاذ برنارد كاتيو على ذلك بقوله: " إن هذا الإتجاه يعتبر الأجنة أو البويضات الملقحة أشياء بل عبيدا لا كرامة أو قيمة لها، وهو بذلك يراعي فقط تلبية مطالب الأزواج الذين لا يستطيعون الإنجاب فيلجئون إلى الأجنة المكونة معمليا باعتبارها أشياء يسهل التعامل فيها " وذهب جانب من الفقه إلى القول أن الإعراف للبويضات الملقحة بالشخصية القانونية يعتبر وهم وخيال وهذه الأخيرة ليست مجرد أشياء محمية تأكيدا لهذا الرأي قام أنصاره بالتفرقة بين الأطوار الجنينية للحمل فحياة الجنين في العشر أسابيع

¹ إيهاب (يسر أنور)، المسؤولية المدنية والجنائية للطبيب، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1994 م، ص 326 - 327 .

² عمراني (أحمد)، حماية الجسم البشري في ظل الممارسات الطبية والعلمية الحديثة - في القانون الوضعي والشرعية - أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2010 م، ص 118 .

³ هيك (حسيني)، مرجع سابق، ص 433 .

الأولى مختلفة عن المراحل التالية لحياة الجنين، إذ لم يعترف أنصار هذا الإتجاه للبويضات الملقحة في العشر الأسابيع الأولى بالصفة الآدمية مطلقاً، بحجة أن البويضات الملقحة لا تستطيع أن تحمل الخصائص المميزة للشخصية الإنسانية والتي يجب عند التمتع بها أن توصف بالشخص، وأن تمتلك القدرة على الإدراك والتفكير وهو الأمر الذي ليس متوافراً للبويضة الملقحة في هذه المرحلة، ومن ثم فلا يمكن أن توصف الأجنة المستكنة في الأنابيب بالشخصية الاحتمالية في حين أن البعض الآخر من أنصار هذا الإتجاه يرتب الصفة الآدمية للبويضات الملقحة بعد الأسابيع العشرة للتلقيح¹.

يستخلص مما سبق أنه وفقاً لهذا الاتجاه لا تكون هناك التزامات في مواجهة البويضات الملقحة التي هي مجرد مواد بيولوجية .

بناءً على ذلك يصبح مشروعاً إنتاج أجنة غير محددة العدد أو تزيد عما هو مطلوب وتجميدها واستعمالها في كل ما يفيد البشرية لتحقيق التقدم العلمي والفني في مجال التكاثر البشري أو الحد منه أو بمفهومه الواسع².

2 - الحماية القانونية للبويضات الملقحة في التشريعات الوضعية:

لم تقدم العديد من التشريعات المقارنة التي أجازت عمليات التلقيح الاصطناعي نصاً واضحاً يبين الوضع القانوني للبويضات الملقحة، وأركز فيما يلي على موقف المشرع الفرنسي (أ) ثم نعرض موقف المشرع الجزائري (ب) .

أ - الحماية القانونية للبويضات الملقحة في التشريع الفرنسي:

إن تشريعات أخلاقيات العلوم الإحيائية الصادرة في 1994 بالرغم من أنها نظمت تقنية التلقيح الخارجي إلا أنها لم تحدد الوضع القانوني للأجنة الناتجة عن هذه العمليات فلا وجود لنظام قانوني لهذه الأجنة في التشريع الفرنسي .

وبالرجوع إلى هذه المواد التي عالجت هذه التقنية محل الدراسة نجد أنها لا تساعد على حل المشكلة لأن المشرع الفرنسي لم يفصل في هذه المسألة، فعند قراءة بعض النصوص في التشريع الفرنسي نعتقد أن المشرع يعترف بالحياة الإنسانية لهذه الأجنة، وذلك حينما نص على حماية قانونية لهذه الأجنة ضمن قانون العقوبات فالمشرع الفرنسي لم يمنع فقط بيع وشراء هذه الأجنة (المادة 511 - 15)، وإنما منع كذلك استعمال هذه الأجنة لأغراض تجارية وصناعية (المادة 511 - 17)، وإن كانت هذه النصوص تدفع إلى الاعتقاد أن الأجنة الموجودة داخل الأنابيب هي عبارة عن كائنات بشرية لها حق الحماية القانونية فهناك نصوص أخرى توحى بالعكس تماماً، إذ أن هناك نصوص تعامل هذه الأجنة معاملة

¹ نفس المرجع، ص 434 .

² إيهاب (يسر أنور)، مرجع سابق، ص 325 .

الأشياء، فالمشرع الفرنسي يتحدث عن إمكانية تجميد الأجنة، وعن إمكانية إتلافها بعد الاحتفاظ بها لمدة خمسة سنوات .

كل هذه النصوص تدفعنا إلى التساؤل جديا عن مدى اعتبار هذه الأجنة البشرية كائنات بشرية أم أنها تصف ضمن فئة الأشياء في القانون الفرنسي ؟

يظهر بالرجوع إلى موقف المجلس الدستوري الفرنسي من هذه المسألة أنه أكد في قراره الصادر بتاريخ 27 جويلية 1994 على أن هذه الأجنة لا تدخل ضمن نطاق الحماية المقررة لكل كائن بشري منذ لحظة الولادة

كما أكد المجلس الدستوري الفرنسي في هذا القرار أنه لا يدخل ضمن صلاحياته أن يعيد البحث في النصوص التي اتخذها المشرع سابقا والتي تتعلق بحالة الأشخاص والمعارف والتقنيات .

وذهب العديد من الفقهاء في فرنسا إلى القول بأن هذا القرار الصادر من المجلس الدستوري يعارض إرادة المشرع وأن المجلس الدستوري اعتبر الجنين الناتج عن التلقيح الاصطناعي الخارجي كائن غير بشري .

من الناحية الفقهية نعلم دائما أن الفقه القانوني في فرنسا بذل جهدا كبيرا من أجل اقتراح نظام قانوني للجنين، وسعى في البحث لمعرفة إذا كان هذا الجنين يعتبر كشخص أو كشيء، حتى أن البعض أشار إلى صعوبة تصنيف الجنين ضمن أحد الفئات القانونية الموجودة .

أمام هذه الوضعية فإن العديد من شراح القانون في فرنسا ذهبوا إلى القول أنه بالرغم من عدم وجود نظام قانوني للأجنة الناتجة عن عملية التلقيح الاصطناعي الخارجي، فإن القانون الفرنسي نظم نوعا من الحماية لهذه الأجنة وهذا ما يصنفها خارج صفة الأشياء¹.

ب - الحماية القانونية للبويضة الملقحة في التشريع الجزائري:

أجاز المشرع الجزائري تقنية التلقيح الاصطناعي في نص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة الجزائري إلا أنه لم يشترط أن يتم ذلك داخليا أو خارجيا، كما أنه لم ينظم إطلاقا مسألة الوضع القانوني للبويضة الملقحة الناتجة عن تقنية التلقيح الاصطناعي الخارجي وأمام سكوت المشرع الجزائري يتعين الرجوع إلى الفقه الإسلامي استنادا إلى نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري².

¹ سايب (عبد النور)، مرجع سابق، ص 305 - 306 .

² تنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري على مايلي: « كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية » .

بالرجوع إلى موقف الفقهاء المعاصرين حول التكييف الشرعي للبويضات الملقحة نجد بأنهم انقسموا إلى اتجاهين فالأول يؤكد أنه لا يوجد فرق بين البويضات الملقحة الموجودة داخل الرحم وخارجه فكلاهما يعد جنينا .

إذ يرى أنصار هذا الرأي أن البويضات الملقحة الزائدة في عملية أطفال الأنابيب هي في الواقع أجنة في العرف العلمي والشرعي، وبما أنها أجنة فلها حرمة وكرامة ولا يجب أن يتعدى عليها بإتلاف، ولا بالنقل إلى الغير، كما لا يجب أن تكون عرضة للتجارب العلمية .

وقد يعزز هذا القول اعتبارات المنطق فالقول بأن البويضة الملقحة في بطن الأم لها حرمتها من وقت إلتحام النطفة الذكرية بالبويضة المؤنثة ومن ثم حدوث الإخصاب، يعني منطقيا أن هذه النطفة ذاتها يجب أن تكون لها نفس الحرمة خارج الرحم (في الأنبوب) فالحرمة إذا تبدأ من وقت التلقيح، فيستوي بعد ذلك أن تكون البويضة الملقحة داخل الرحم أو خارجه ¹.

لكن الغالبية العظمى من الفقهاء لا يؤيدون التفسير السابق وهم أصحاب الرأي الثاني، وذهبوا إلى القول أن البويضة الملقحة في أنبوب الاختبار لا تأخذ حكم الجنين في رحم أمه، ولا تعتبر جنينا بالمعنى الشرعي إلا من تاريخ إعادة زرعها في رحم الزوجة التي ترغب في الإنجاب، فالجنين في إعتقاد هذا الرأي هو المادة التي تتكون في رحم من عنصرين الحيوان المنوي والبويضة ².

لهذا يمكن القول بناءً على ذلك أن حرمة البويضة مرتبطة بمكان وجودها، فقيمتها وحرمتها إنما تكون إذا كانت في الرحم، أما البويضة الملقحة خارج الرحم فلا تعتبر بهذا المعنى جنينا، فالجنين لا يكون إلا في بطن أمه ³.

وهكذا فإن أنصار هذا الرأي يؤكدون على أن البويضة الملقحة في أنبوب ليست جنينا في المفهوم الشرعي والقانوني والعلمي، ولا يتعارض ما سبق تمتعها بنوع الحياة ⁴.

نخلص مما سبق إلى أن البويضات الملقحة في الأنابيب ليست جنينا بالمعنى الدقيق للكلمة، فبالتالي لا يمكن أن نطبق على هذه البويضات الملقحة الأحكام الخاصة بالجنين فلا يمكن مثلا أن نطبق عليها أحكام جريمة الإجهاض ولا يجوز أن يحجز للبويضة الملقحة نصيب من الميراث إذا توفى الزوج قبل

¹ المرسى (محمد زهرة)، الإنجاب الصناعي ...، مرجع سابق، ص 100 .

² هيك (حسيني)، مرجع سابق، ص 442 .

³ المرسى (محمد زهرة)، مرجع سابق، ص 101 .

⁴ هيك (حسيني)، مرجع سابق، ص 343 .

إجراء عملية الزرع، ولكن في الوقت نفسه لا يمكن معاملة هذه البويضات الملقحة معاملة الأشياء، هذا يعني أن هذه البويضات الملقحة تستحق الحماية القانونية بمجرد تمام عملية التلقيح .

ثانيا: مصير البويضات الملقحة الزائدة عن الحاجة

يترتب عن إجراء تقنية التلقيح الاصطناعي الخارجي بقاء عدد كبير من البويضات الملقحة الزائدة عن الحاجة وما دام أن هناك احتمال لاستعملها مرة أخرى ابتكر العلماء وسيلة للاحتفاظ بهذه البويضات تعرف بوسيلة التجميد (1) ولما كانت هذه البويضات ليست بأشياء فقد ثار نقاش حول مدى مشروعية إجراء الأبحاث والتجارب عليها (2) بالإضافة إلى ذلك تطرح مسألة أخرى في هذا المجال تتعلق بمدى مشروعية إتلاف البويضات الملقحة الزائدة عن الحاجة (3)

1- تجميد البويضات الملقحة:

انقسم الفقه إلى اتجاهين بصدد مسألة مدى مشروعية عملية حفظ البويضات الملقحة عن طريق تجميدها إذ ذهب البعض إلى تأييد هذه الوسيلة (أ) واتجه آخرون إلى معارضتها (ب)

أ - الاتجاه القائل بجواز تجميد البويضات الملقحة:

- ذهب البعض إلى القول بجواز تجميد البويضات الملقحة واستند هذا الرأي إلى حجج مختلفة من أهمها:
- أن تجميد البويضات الملقحة يساعد على تسهيل إجراءات التلقيح الاصطناعي الخارجي فقد تفشل هذه العملية في المرة الأولى، فيمكن حينئذ الاستفادة من البويضات المجمدة لإعادة محاولة زرعها مرة أخرى في رحم المرأة التي ترغب في الإنجاب، بل يمكن تكرار هذه المحاولات دون أن تضطر الزوجة للخضوع لتدخل جراحي في كل مرة لسحب البويضات منها ¹.
- إن تجميد البويضات يساعد الطبيب على اختيار اللحظة المناسبة طبيا لإجراء عملية الزرع حتى يضمن أعلى نسبة لنجاح هذه العمليات ².
- كما أن تجميد البويضات يتيح للزوجة التي تخشى عقما مستقبلا نتيجة تدخل جراحي معين (كاستئصال المبيض مثلا) بأن تحتفظ بإمكانية أن تصبح بعد ذلك أما في الوقت الذي تختاره وبذلك يمكن الإبقاء على أمل الأمومة لديها قائما بدلا من تفقد هذا الأمل نهائيا إلى الأبد ³.

ويضاف إلى ذلك أن تجميد البويضات الفائضة يساهم في اكتشاف الكثير من الأمراض وخاصة الأمراض الوراثية منها، وهذا يساعد الأطباء على اكتشاف طرق علاجية جديدة ¹.

¹ محمود (عبد التواب محمود)، المسؤولية المدنية الناجمة عن التدخل الطبي في الأجنة دراسة مقارنة في القانون المدني والفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 2011 م، ص 83 .

² سايب (عبد النور)، الممارسات الطبية الحديثة الواردة على جسم الإنسان، أطروحة دكتوراه، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تخصص القانون، تيزي وزو، 2017-2018 م، ص 314 .

³ هيكل (حسيني)، مرجع سابق، ص 413 .

ب - الإتجاه المعارض لعملية حفظ البويضات الملقحة عن طريق التجميد:

اتجه البعض إلى القول بعدم جواز حفظ البويضات الملقحة عن طريق التجميد واستندوا إلى حجج عدة نذكر منها:

نظرا لحدثة الموضوع التلقيح الاصطناعي، ومن ثم حداثة تقنية حفظ البويضات الملقحة عن طريق تجميدها مازالت وسيلة التجميد في مرحلة التجارب ولم يستطع الطب وأصحاب التخصص أن يحددوا على وجه الدقة الآثار الجانبية التي يمكن أن تنعكس على الطفل في المدى القريب أو البعيد، نتيجة لتجميد البويضة الملقحة وبالتالي لم يستطع العلم أن يقدر تماما المخاطر المترتبة عن استعمال بويضة مجمدة في الإنجاب.²

- من مساوئ عملية حفظ البويضات الملقحة عن طريق تجميدها أنها تؤدي إلى اختلاط الأنساب وتساعد على تفشي الأمراض وفتح الاتجار في هذا المجال.³
- كما يرى بعض الفقه المعارض لعملية تجميد البويضات الملقحة (الأجنة)، أن هذه العملية تؤدي إلى تشبيه الإنسان بالشيء.⁴
- كما أن تجميد الأجنة يثير مشكلة فيما إذا توفي الزوجان بعد تلقيح البويضة وقبل إجراء عملية الزرع، وقد أثير التساؤل عن الحل الصحيح في هذه الحالة، هل يجب إتلاف هذه البويضة أم يمكن استعمالها لأغراض البحوث والتجريب .
- وقد تناول لجنة Waller بحث في الموضوع وانتهت إلى أنه ما دام لم يثبت وجود وصية من قبل الزوجين إزاء البويضة فيجب إخراجها من مكان التجميد تركها للوفاة .

أما في الجزائر نصت التعليمات الوزارية رقم 300 المؤرخة في 12 ماي 2000 الصادرة ع وزارة الصحة على أن تجميد اللقائح الزائدة تخضع لموافقة الزوجين، وحددت مدة التجميد بثلاث سنوات، وبعد انقضاء هذه المدة يتم تحطيم هذه اللقائح ويحرر محضر بذلك، كما نصت على أن مصير اللقائح الزائدة بعد حل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة هو التحطيم الإلزامي⁵

¹ محمود (عبد التواب محمود)، المسؤولية المدنية الناجمة عن التدخل الطبي في الأجنة، مرجع سابق، ص 94 .

² هيكال (حسيني)، مرجع سابق، ص 413 .

³ أمير (فرج يوسف)، أطفال الأنبوب والتلقيح الاصطناعي طبقا للحقائق العلمية والأحكام الشرعية والقانونية، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 1433 هـ - 2012 م، (د . ط)، ص 84 .

⁴ سايب (عبد النور)، مرجع سابق، ص 310 .

⁵ غريسي (جمال)، المبادئ التي تحكم عملية التلقيح الاصطناعي والإشكالات التي يثيرها في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، الملتقى الدولي الثاني: المستجدات الفقهية في أحكام الأسرة، معهد العلوم الإسلامية، جامعة الوادي، 2018 م، ص 407

2 - إجراء الأبحاث أو التجارب الطبية على الأجنة البشرية:

لاشك أن البحث في مسألة مدى مشروعية إجراء الأبحاث والتجارب الطبية على الأجنة البشرية يرتبط ارتباطاً مباشراً بطبيعة البويضة الملقحة، فالقول بأن البويضة الملقحة مجرد شيء يؤدي إلى مشروعية كافة أنواع الأبحاث والتجارب التي يمكن أن تجري عليها، أما إذا قلنا بأن البويضة الملقحة ما هي في حقيقة أمرها إلا شخص محتمل فإن ذلك يؤدي إلى منع كافة أنواع الأبحاث والتجارب الطبية¹.

يذهب الاتجاه الغالب إلى عدم جواز إخضاع الأجنة للأبحاث أو التجارب إلا لأغراض علاجية، وأن يتوافر الرضا الصحيح المتبصر من قبل الزوجين وألا يترتب على التجارب احتمال الإضرار بالجنين حتى ولو كان ضرر بسيطاً².

اتجهت بعض التشريعات إلى إباحة إجراء الأبحاث والتجارب العلمية على البويضات الملقحة كالتشريع البريطاني والتشريع الفرنسي .

فقد نظم المشرع الإنجليزي مسألة إجراء التجارب على البويضات الملقحة في المادة 03 وملحقين في قانون الإخصاب وعلم الأجنة البشرية الصادر في 01 نوفمبر 1990 هذا القانون الذي تم اعتماده لم يأخذ بعين الاعتبار ما خلصت إليه لجنة (Warnock) بشأن التمييز بين مرحلة ما قبل البويضة الملقحة (قبل 14 يوم من تاريخ الإخصاب) في هذه المرحلة يجوز إجراء التجارب عليها ومرحلة ما بعد تكوين البويضات الملقحة أي بعد 14 يوماً من تاريخ الإخصاب، في هذه المرحلة لا يجوز إجراء التجارب عليها إلا أن الحل المعتمد هو نفسه، إذ أجاز المشرع الإنجليزي إجراء التجارب على البويضات الملقحة إلى غاية اليوم الرابع عشر من تاريخ تكوينها دون احتساب مدة تجميدها³.

والمشرع البريطاني لم يتجه فقط إلى إباحة إجراء الأبحاث والتجارب على البويضات الملقحة، وإنما أجاز للعلماء والباحثين تكوين بويضات ملقحة في بيئة اصطناعية بغرض إجراء الأبحاث عليها⁴، فالقانون

أشار إلى ذلك: قاسم (العيد عبد القادر)، التلقيح الاصطناعي، تعريفه، نشأته، وموقف المشرع منه، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد 03، كلية الحقوق، جامعة جيلالي ليايس، سيدي بلعباس، 2007 م، ص 210 - 212 .

¹ المرسي (محمد زهرة)، الإنجاب الصناعي، مرجع سابق، ص 133 .

² فهمي (خالد مصطفى)، النظام القانوني للإنجاب الصناعي والإستتساخ والحماية القانونية للجنين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014 م، ص 84 .

³ Andro Roberto , la distinction juridique ...op. cit , p121-122 .

⁴ Manuel Catherine, les solutions retenus ...op. cit, p 152 .

أنظر رضا عبد الحميد (عبد المجيد)، النظام القانوني للإنجاب الصناعي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1996 م ص 640 . سيف سالم راشد الشامسي (حبيبة)، النظام القانوني لحماية جسم الإنسان، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2005 م، ص 25 .

البريطاني لم يعترف للبويضة الملقحة بالحق في الحماية القانونية بالرغم من أنه فرض مجموعة من القيود في هذا المجال إلا أنها لم تكن كافية، وهذا انعكس بدوره على تساهل المراكز الطبية التي تقوم بإجراء التجارب عليها، حيث يتم قتل العديد من هذه البويضات بعد استخدامها في التجارب العلمية في إنجلترا .

وقد أكد المشرع البريطاني مؤخرًا على اتجاهه الليبرالي إزاء استخدام واستغلال البويضات الملقحة في أغراض البحث والتجريب حينما أقر مجلس اللوردات في 22 جانفي 2001 التعديل الذي أدخل على قانون الإخصاب وعلم الأجنة لعام 1990، إذ أصبح هذا الأخير يجيز القيام بممارسة الاستنساخ على البويضة الملقحة التي لم يتجاوز عمرها 14 يوما من تاريخ الإخصاب شريطة أن يكون الهدف من ممارسة هذا الاستنساخ هو تحقيق مصلحة علاجية وغاية طبية¹ .

أما المشرع الفرنسي فقد نظم مسألة إجراء الأبحاث العلمية والتجارب العلمية على الإنسان بوجه عام في القانون رقم 1138 والصادر في 20 ديسمبر 1988 والخاص بحماية الأشخاص الخاضعين للأبحاث البيوطبية ونشير بداية إلى أن هذا القانون لم يتعرض في نصوصه للأبحاث والتجارب العلمية التي تجري على البويضات الملقحة، إلا أن الرأي العام لدى الفقه الفرنسي ذهب على القول بعدم جواز إجراء التجارب الطبية على البويضات الملقحة في ظل أحكام هذا القانون .

ثم جاء قانون الصحة العامة لسنة 1994 ليؤكد المشرع الفرنسي صراحة في نص المادة 152 الفقرة الثامنة على منع إنشاء بويضات ملقحة بغرض إجراء الأبحاث أو التجارب العلمية، غير أنه أورد استثناء يقضي بإجازة أنماط معينة من الدراسات الطبية العلمية على البويضات الملقحة شريطة أن يكون الهدف من هذه الدراسات هدفا طبيا، وكذلك لا بد من موافقة الرجل والمرأة صاحبي البويضة الملقحة موافقة صريحة ومكتوبة كما أنه يجب في كل الأحوال أن لا يكون من شأن هذه الدراسات المساس بالبويضة الملقحة محل الدراسة .

كما أكد المشرع الفرنسي على مبدأ منع إجراء الأبحاث على البويضات الملقحة في قانون الصحة العامة رقم 2004 - 800 المؤرخ في 06 أوت 2004، وهذا في نص المادة 5-2151 L منه، إلا أنه أجازها مرة أخرى بشكل استثنائي وبرتخيص لمدة خمسة سنوات من تاريخ نشر مرسوم مجلس الدولة طبقا لنص المادة 8-2153 L من هذا القانون، ولكن بشرط توافر عدة ضوابط: الموافقة الصريحة والمكتوبة للزوجين، وفي حالة وفاة أحدهما تكفي موافقة الآخر الذي بقي على قيد الحياة، وهذه الموافقة يجب تأكيدها بعد ثلاثة أشهر من التفكير، وألا تشكل هذه الأبحاث مساسا بالبويضات الملقحة، وأن تمكن هذه

¹ راجع في ذلك: محمد لطفي عبد الفتاح، القانون الجنائي واستخدامات التكنولوجيا الحيوية - دراسة مقارنة -، دار الفكر والقانون المنصورة، 2016 م، ص 354 - 355 .

الأبحاث من تحقيق هدف علاجي مهم، وأن تقتصر هذه الأبحاث على البويضات الملقحة التي يتم إنشائها ضمن التلقيح الاصطناعي الخارجي والتي لم تعد تشكل مشروع لتحقيق الأبوة بالإضافة إلى ضرورة الحصول على ترخيص من الوكالة البيوطبية الفرنسية¹.

ولقد عرف موضوع إجراء الأبحاث على البويضات الملقحة تطوراً مهماً سنة 2013، فبعد ما كان المبدأ في القانون الفرنسي هو منع إجراء الأبحاث على هذه البويضات الملقحة مع وجود إمكانية للقيام بذلك على سبيل الاستثناء، إلا أنه منذ صدور القانون رقم 2013-715 بتاريخ 06 أوت 2013 أصبح المشرع الفرنسي يجيز إجراء هذه الأبحاث بشرط توافر مجموعة من الضوابط، ولقد أكد المجلس الدستوري الفرنسي على تطابق هذا القانون مع أحكام الدستور في قراره الصادر بتاريخ 01 أوت 2013.²

2- إتلاف البويضات الملقحة الزائدة عن الحاجة:

قد يبدوا للوهلة الأولى أن إتلاف البويضات الملقحة الزائدة عن الحاجة هو الحل الذي يضع حداً لكافة الصعوبات السابقة، لكن هذا الحل لا يبدو مع ذلك بديهياً لأن البويضة الملقحة ليست كما ذكرنا حتى يمكن إتلافها بهذه البساطة، فبالتالي لابد من البحث عن أساس قانوني لإتلاف هذه البويضات الملقحة الزائدة عن الحاجة.

يرى البعض أن الأساس القانوني لإباحة التخلص من البويضات الملقحة إنما يكمن في معيار المصلحة الاجتماعية، فالمصلحة الاجتماعية تستلزم وتحتم تحقيق غاية الآباء والأمهات في التنازل مع التضحية والتخلص من البويضات المشكوك في استمرار حياتها.

ولئن كانت المصلحة الاجتماعية تقضي إجراء الموازنة بين المصالح المتعارضة لترجيح أقواها بالتضحية بالمصلحة الأقل في سبيل تحقيق المصلحة الأعلى، فإن من غير المتصور علماً وعقلاً أن يستوعب رحم

الأم لحمل كافة البويضات الملقحة التي يتم استخراجها في عمليات التلقيح الاصطناعي الخارجي (أطفال الأنابيب)، وعلى فرض أن يتحقق هذا الإستعاب لكن سيؤدي إلى وجود خطر جسيم يهدد حياة الأم ولما كانت المصلحة الأعلى تقضي المحافظة على حياة الأم، فإنه يجب ترجيحها على غيرها من المصالح والتخلص من البويضات الملقحة باعتبارها مصلحة أدنى.³

والجدير بالذكر هو أن الندوة الفقهية التي انعقدت في الكويت من 24 إلى 2 أكتوبر 1989 تعرضت إلى مسألة البويضات الملقحة الزائدة عن الحاجة وخلصت إلى أن هذه البويضات الملقحة ليست لها حرمة شرعية من أي نوع كان ولا احترام قبل أن تغرس في رحم الزوجة ولقد أوصى المشاركون في هذه الندوة

¹ سايب (عبد النور)، مرجع سابق، ص 313.

² Conseil constitutionnel français, Décision N°2013-674 du 1^{er} Août 2013.
<http://WWW.conseilconstitutionnel.fr>

³ الفتلاوي (سلام عبد الزهرة)، علي (فاطمة عبد الرحيم)، مرجع سابق، ص 79 - 80.

بضرورة ترك البويضة الملقحة لشأنها للموت الطبيعي بدلا من إتلافها واستخدامها لأغراض البحث العلمي وإجراء التجارب .

كما أن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة في المملكة العربية السعودية في الفترة من 14 إلى 20 مارس 1990 أصدر قرار بشأن البويضات الملقحة الزائدة عن الحاجة جاء فيه:

في ضوء ما تحقق علميا من إمكان حفظ البويضات غير الملقحة للسحب منها، يجب عند تلقيح البويضات الاقتصار على العدد المطلوب للزرع في كل مرة تقاديا لوجود فائض من البويضات¹

إذا حصل فائض من البويضات الملقحة بأي وجه من الوجوه تترك دون عناية طبية إلى أن تنتهي حياة ذلك الفائض على الوجه الطبيعي .

يحرم استخدام البويضة الملقحة في امرأة أخرى، ويجب اتخاذ الاحتياطات الكفيلة بالحيلولة دون استعمال البويضة الملقحة في حمل غير مشروع.²

المبحث الثاني: حماية النسب من خلال تجريم عمليات الاستنساخ البشري

عرف القرن الماضي فتوحات علمية بشأن علم الأحياء والهندسة الوراثية، تركت بصمات واضحة في هذا المجال وتم تسجيل العديد من الاكتشافات، أتاحت فرص أوسع في إمطة اللثام عن بعض أسرار الخلية ومن بين هذه الاكتشافات ما يعرف بتقنية الاستنساخ البشري .

ويعتبر الاستنساخ من الطرق الحديثة، وليس له أي علاقة بالإنجاب الطبيعي، الذي يتم بين زوجين ينتج من خلالها طفل ينسب إلى أبويه، فهذه التقنية كانت تستعمل على النباتات والحيوانات، ولقد لقيت نجاحا كبيرا، وهذا ما حفز العلماء إلى السعي للوصول إلى الاستنساخ البشري .

إن دراستنا لهذا الموضوع تدفعنا لتقسيم هذا المبحث إلى تحديد مفهوم الاستنساخ البشري (المطلب الأول) وموقف الشريعة الإسلامية والقانون من الاستنساخ البشري (المطلب الثاني) ثم التعرض لنطاق الجرائم الناجمة عن عمليات الاستنساخ البشري (المطلب الثالث).

¹ محمد مرسي (زهرة)، الإنجاب الصناعي، مرجع سابق، ص 150 - 151 .

² بلحاج (العربي)، الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان في ضوء القانون الطبي الجزائري - دراسة مقارنة - ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2011 م، ص 159 - 160 .

المطلب الأول: مفهوم الاستنساخ البشري

يعتبر الاستنساخ البشري من أهم الاكتشافات في عصرنا، وهو التنسيل دون " أب " عكس الإنجاب الطبيعي الذي يكون من تزاوج ذكر وأنثى ونظر لأهميته وخطورته على البشرية يستلزم علينا قبل خوض غمار البحث فيه تعريفه وبيان أنواعه وتطوره التاريخي (الفرع الأول) ثم التطرق لآثاره (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف الاستنساخ البشري وتطوره التاريخي

سوف نتطرق لتعريف الاستنساخ البشري (الفقرة الأولى) وتطوره التاريخي (الفقرة الثانية) ثم أنواع الاستنساخ البشري (الفقرة الثالثة) .

الفقرة الأولى: تعريف الاستنساخ البشري

ظهر الاستنساخ البشري نتيجة الثورة البيولوجية العظمى وحظي باهتمام علمي وإعلامي كبير لهذا سوف نتطرق لتعريف الاستنساخ لغة (أولا) واصطلاحا (ثانيا).

أولا: تعريف الاستنساخ لغة

نسخ: نسخ الشيء ينسخه نسخا وانتسخه واستنسخه اكتبته عن معارضه . التهذيب النسخ اكتبك كتابا عن كتاب حرفا بحرف، والأصل نسخه والمكتوب عنه لأنه قام مقامه، والكاتب ناسخ ومنسخ والانتساخ كتب كتاب من كتاب¹.

والاستنساخ إحلال الشيء مكان آخر، تقول تناسخت الأشياء أي كان بعضها مكان بعض .

والسين والتاء للطلب والاستدعاء، فيكون الاستنساخ بمعنى النسخ، ومعناه تبديل الشيء، ونقله من مكان إلى مكان، ومن حال إلى حال، كقولنا: مسخه الله قردا، ونسخه بمعنى واحد²

ومنه قوله تعالى: ﴿ هَذَا كِتَابُنَا يَنْطِقُ عَلَيْكُمْ بِالْحَقِّ إِنَّا كُنَّا نَسْتَنْسِخُ مَا كُنْتُمْ تَعْمَلُونَ ﴾³

وقال ابن منظور: معناه: نستنسخ ما تكتبه الحفظة، فيثبت عند الله... أي نأمر بنسخه وإثباته⁴

¹ (ابن منظور)، لسان العرب، مرجع سابق، الجزء 04، فصل النون - حرف الخاء، ص 68 .

² الشحات (إبراهيم محمد المنصور)، نسب المولود الناتج عن التلقيح الاصطناعي، مرجع سابق، ص 102 .

³ سورة الجاثية: الآية 29 .

⁴ (ابن منظور)، مرجع سابق، ص 68 .

والاستنساخ مشتق من المصدر الثلاثي (نسخ) الذي يطلق في اللغة على عدة معاني منها .

- 1- النقل: يقال نسخ الكتاب أي نقل صورته المجردة إلى كتاب آخر، وذلك لا يعني إزالة الصورة الأولى، بل يعني إثبات مثلها في مادة أخرى، كاتخاذ نقش الخاتم في شموع كثيرة .
- 2- الإزالة والإبطال، يقال نسخت الشمس الظل وأنتسخته أي أزالته وحلت محله¹.

ثانيا: تعريف الاستنساخ اصطلاحا

يعرف مصطلح الاستنساخ " بالتنسيل " في المفهوم العام، ويقابله مصطلح Cloninig في اللغة الانجليزية ولفظة Clonage باللغة الفرنسية، ويرجع أصل هذا المصطلح إلى كلمة klon اليونانية والتي تعني البرعم الوليد².

والاستنساخ هو: الحصول على صورة طبق الأصل عن نسخة الأصلية، عن طريق زرع خلية عادية في ... أفرغت من الكروموزوم، أي من الإرث الجيني بحيث تصبح خلية قابلة للتكاثر عن طريق الانقسام الخلوي المعتاد، ثم ملؤها بخلية أخرى من كائن مكتمل النمو، تحمل صفاته الوراثية وزرعها في رحم أنثى بالغة ... لتأتي النتيجة جنينا أو مولودا مستنساخا عن صاحب الخلية المزروعة³.

وعرف أيضا بأنه: عبارة عن ولادة كائن حي عن طريق أخذ نواة خلية من كائن حي " أ " وإدخالها في بويضة مأخوذة من كائن حي " ب " بعد تفريغها من نواتها وذلك باستخدام الصدمات الكهربائية، ثم زرعها داخل رحم كائن حي آخر " ج " لتتم في النهاية عملية ولادة كائن حي جديد يشبه تماما الكائن الحي " أ " صاحب نواة التلقيح⁴.

كما عرفه قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي بأنه: توليد كائن حي أو أكثر إما بنقل النواة من خلية جسدية إلى بيضة منزوعة النواة، وإما بتشطير بيضة مخصبة في مرحلة تسبق تمايز الأنسجة والأعضاء⁵.

¹ شعبان الكومي (أحمد فايد)، أحكام الاستنساخ في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006 م، (د . ط)، ص 12 .

² خالد فائق (العبيدي)، الوراثة والاستنساخ، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1426 هـ - 2005 م، ط1، ص 37 . أنظر رابحي (فاطمة الزهراء)، إثبات النسب، أطروحة دكتوراه في الحقوق، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2011 - 2012 م، ص 252 .

³ أمير (فرج يوسف)، أطفال الأنابيب والتلقيح الصناعي، مرجع سابق، ص 114 .

⁴ غانم (محمد أحمد)، الاستنساخ - الماهية - الأحكام - رأي الدين والعلماء في الاستنساخ، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2009 م، (د . ط)، ص 39 .

⁵ البار (محمد علي)، الخلايا الجذعية والقضايا الأخلاقية والفقهية، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، 2002 م، ص 969 .

كما عرف الاستنساخ على أنه: استغناء عن عملية التزاوج والتلقيح، ففيه يأخذ الباحث خلية عادية من أي مكان في جسم الإنسان ويزرعها في بويضة خالية من النواة برحم امرأة فتتكاثر الخلية وتنقسم إلى ملايين الخلايا، ثم تكون مخلوقا بشريا جديدا، وهنا يكون نسخة مطابقة للأصل المأخوذ منه الخلية، فلا أب ولا أم يشتركان هنا، بل هي خلية أم واحدة¹.

والحقيقة أن إجماع كل تلك التعاريف قد انعقد بشأن أمرين، يتمثل أولهما في طريقة الاستنساخ، بينما يتمثل الثاني في نتيجته المتمثلة في الحصول على صورة طبق الأصل عن الكائن الحي المستنسخ.

الفقرة الثانية: التطور التاريخي للاستنساخ البشري

إن تقدم العلوم وتطور البيولوجيا الجزيئية والوراثة والتلقيح الاصطناعي، قد سمح منذ فترة من الزمن باستنساخ الحيوانات والنباتات، إذ هي فكرة قديمة في أصلها تعتمد في تكاثرها وتوالدها على الاستنساخ الذاتي دون حاجة لتدخل طرف ثان².

ويعتقد بأن العالم الانجليزي G.B.S Haldin أول من استعمل كلمة cloning سنة 1963 في وصف هذه العملية، وإن كانت فكرة " الكلونة " ترجع إلى عام 1938 عندما اقترح " هانس سييمان " إجراء التجربة السحرية، وحتى الخمسينات لم يستعمل علماء البيولوجيا في تجاربهم على الضفادع كلمة " كلون " بل أطلقوا على ما يقومون به إسم " نقل النواة ".

وأول تجربة ناجحة كانت عام 1952، حيث تمكن العالمان " روبرت بريجز " و " توماس كينج " من استنساخ ضفدع من خلية جينية، وقد تمت هذه التقنية على أساس استبدال البويضات قبل تلقيحها بنوايا الخلايا الجينية واستمرت التجارب إلى أن تبين أنه في ميدان علم الوراثة، كل خلية مميزة تماما، تحتفظ في نواتها على كافة الطبايع الوراثة الضرورية لتكوين كائن كامل³.

ولقد تمكن أخيرا عالم استكلندي يدعى " يان وليموت " من استنساخ نعجة عرفت باسم " Dolly " وذلك في 27 فبراير 1997 م، ليس عن طريق التلاقح الطبيعي بين الكائنات الذي يجري جنسيا، وإنما عن طريق خلايا جسدية بالغة، أي الاندماج اللانجسي واستخدم في استنساخ النعجة " دولي " ثلاث نعاج وذلك

¹ الشحات (إبراهيم محمد المنصور)، مرجع سابق، ص 103، أنظر الجمل (أيمن مصطفى)، مدى مشروعية استخدام الأجنة البشرية في إجراءات تجارب البحث العلمي - دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي -، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008 م، (د . ط)، ص 232.

² إقروفة (زبيدة)، التلقيح الاصطناعي، مرجع سابق، ص 27.

المرزوقي (عائشة سلطان إبراهيم)، إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة، مرجع سابق، ص 344. أنظر كافي³ (منصور)، الاستنساخ مفهومه، أنواعه، حكمه، مجلة الإحياء، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، العدد 07، 1424 هـ - 2003 م، ص 184.

بأخذ المادة الوراثية من النعجة الأولى وأخذ خلية منزوعة النواة من النعجة الثانية، وزرع الناتج الجديد في رحم نعجة ثالثة، والمحصلة كانت "دولي"¹

الفقرة الثالثة: أنواع الاستنساخ البشري

ظهرت عدة أنواع للاستنساخ، فهناك الاستنساخ النباتي، والذي يقع في عالم النبات، الاستنساخ الحيواني، وهو الواقع في عالم الحيوانات، والنوع الثالث هو الاستنساخ البشري الذي يتوقع انجازه على البشر، وهو بدوره ثلاثة أنواع: الاستنساخ الجيني (أولاً) الاستنساخ الجسدي (ثانياً) والاستنساخ العضوي (ثالثاً)

أولاً: الاستنساخ الجنسي (الجيني)

يقصد به تقنية شطر الأجنة، وهو تلقيح حيوان منوي يحتوي على 23 صبغياً (خلية جنسية XY)، فتنتج بويضة ملقحة ذات 46 صبغياً وتأخذ صفات الوالدين معاً، ثم تنقسم الخلية إلى خليتين ثم أربع خلايا،... وهنا يتدخل البيولوجيون، إذ فصلوا كل خلية عن أجنحتها بإذابة الغشاء البروتيني السكري المحيط بالخلايا المنشطرة فتنتج توائم متطابقة تماماً².

ثم أخذت كل خلية من هذه الخلايا، وتم استنساخ كل واحدة منها على حدة، لتنتج أربع خلايا مرة ثانية... وبذلك تكون هذه الخلايا صالحة لأن تكون جنيناً إذا وضعت في رحم المرأة، وحفظها لاستعمالها لاحقاً.

وهذه التقنية تم الكشف عنها من طرف العالميين "روبرت ستيلمان وجيري هول" خلال اجتماع لجمعية الخصوبة الأمريكية بمدينة مونتر يال بكندا في سنة 1993 والذي تناول موضوعه جنين الإنسان، ولقد حصل الباحثان على جائزة أهم بحث في المؤتمر³.

ومن الفوائد التي أوردها العالمان لتبرير اللجوء لهاته لتقنية نذكر:

أ- علاج ظاهرة العقم لدى الأسر، حيث أنه في حالة معاناة مبيض المرأة وعدم قدرته على التبويض بالقدر الكافي، تفصل البويضة الملقحة في بداية انقسامها إلى جنسين، وتفصل كل واحدة إلى اثنين لتوفر ما يكفي من الأجنة.

¹ شعبان (أبو عجيلة عصارة)، التلقيح والاستنساخ البشري (بين الشريعة والقانون)، كلية القانون - الزاوية، جامعة السابع من أبريل، المجلة الجامعة، العدد 10، 2008 م، ص 78.

² الجمل (أيمن مصطفى)، مدى مشروعية استخدام الأجنة البشرية، مرجع سابق، ص 235.

³ علاء علي حسين (نصر)، النظام القانوني للاستنساخ البشري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006 م، ط 1، ص 22.

- ب- تشخيص المرض الجنسي المحتمل قبل مرحلة العلق، لأنه في هاته الحالة يكون لدينا اثنين واحد للتجريب والآخر يكون جاهزا للغرس .
- ج- معالجة بعض الأمراض وأيضا تطوير موانع الحمل .
- د- التصدي للأمراض الوراثية .
- هـ- توفير الأعضاء البديلة عن طريق عملية تجميد الأجنة لاستعماله في حالة ما احتاج لها الجنين الآخر .¹

ثانيا: الاستنساخ الجسدي (اللجنسي)

وهو يعتمد على الخلايا الجسدية دون الخلايا الجنسية وقد عرف أيضا باستنساخ الحامض النووي . وهو عبارة عن نقل نواة خلية جسمية تحتوي على 46 صبغيا مكان نواة بويضة تحتوي 23 صبغيا فقط، ويتولى السيتوبلازم المحيط بالنواة الجديدة في البويضة حث النواة المزروعة وتبويضها على الانقسام، فتبدأ في الانقسام مكونة الخلايا الأولى للجنين الذي سيصبح بعد ذلك إنسانا، صورة طبق الأصل من صاحب النواة الجسدية التي زرعت نواته في البويضة .²

ثالثا: استنساخ الأعضاء البشرية (العضوي):

وهي تقنية تهدف إلى استخدام الخلايا الجنينية (الجذعية) لهدف إنتاج عضو أو نسيج بشري نظرا لوجود أعضاء مبتورة أو أنسجة تالفة في جسد شخص مريض دون أن يتأثر الجسم بعد قبولها³. إن هذا النوع من الاستنساخ لقي نجاحا في مجال زرع الجلد البشري، وتوجد بنوك لحفظ الجلد في معظم دول العالم وهو يتوقف على إنقاذ إنسان تعرض جسده وخاصة وجهه، إلى حروق بنسبة كبيرة⁴.

كما أن الاستنساخ يتم باستخدام مجموعة من الطرق نعددها كما يلي:

الطريقة الأولى: طريقة الاستنساخ الجيني، حيث يمكن استخلاص بويضات من رحم المرأة ثم توضع بداخل أنبوبة اختبار فتخصب بأكثر من حيوان منوي واحد وهي حالة يحدث الانقسام في خلية البويضة المخصبة إلى جزئين حيث يتم تغليف كل خلية وحمايتها بواسطة غشاء صناعي

¹ النحوي (سليمان)، مرجع سابق، ص 197 .

² فواز (صالح)، الاستنساخ البشري من وجهة نظر قانونية، مجلة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، كلية الحقوق، جامعة دمشق، العدد 01، المجلد 20، 2004 م، ص 79

³ الجمل (أيمن مصطفى)، مرجع سابق، ص 237 .

⁴ علال برزوق (أمال)، مرجع سابق، ص 492 .

يمكن الجنين من النمو، وبما أن البويضة ملقحة بأكثر من حويمن لتواصل انقسامها لتنتج مجموعة من أجنة لها نفس المورثات الجينية .

الطريقة الثانية: طريقة استنساخ الخلايا وفي هذه الطريقة تؤخذ خلية جسدية كاملة من الرجل ثم تدمج مع بويضة مجردة ومفرغة مما تحتويه بحيث يتم إدماجها فيها كهربائياً، ثم تزرع بعد ذلك في رحم المرأة المحتضنة لينمو هذا الجنين ويأخذ نفس الصفات الوراثية لصاحب الخلية .

الطريقة الثالثة: طريقة الاستنساخ الزراعي عن طريق زرع كامل مثل الزرع الدماغي مخ حي لشخص متوفى في شخص حي له مخ متوفى أو ما يسمى (بالوفاة الدماغية) ومن ذلك ينتج أن من نقل له هذا المخ سوف تكون له نفس الخصائص خاصة علة مستوى التفكير والتصرفات .

الطريقة الرابعة: طريقة الاستنساخ الكهرومغناطيسي حيث قامت بعض المختبرات باختراع جهاز يمكن توصيله بمواضع خاصة لأعصاب لها علاقة مباشرة بمنطقة المخ المستنسخ فيه وفي المخ المستنسخ إليه وكأن هذا الجهاز هو آلة ناسخة فيقوم باستنساخ التجارب الشخصية والمعارف والمدارك المختزنة لدى الأول، كما أن للجهاز إمكانية محو ما لدى المستقبل من معلومات، وبذلك يصبح الشخص الثاني بالضرورة نسخة طبق الأصل للشخص المستنسخ منه .

الطريقة الخامسة: عن طريق استخدام الجراحة السلائية حيث تم اختراع أجهزة صناعية تعمل على الاستنساخ حيث توضع الخلايا أو الأنسجة في أنابيب اختبار من خلايا حية سليمة مأخوذة من عضو مصاب لشخص مريض، ثم إرجاعها لنفس الشخص بعد تعديلها جينياً، وبعد الحصول على أعضاء مزروعة كاملة كالعيون والكلى والقلوب وغيرها...¹

الفرع الثاني: آثار الاستنساخ البشري على الأسرة

يخلف الاستنساخ البشري آثار بالغة على الأسرة، فهو يؤدي إلى القضاء على الروابط التقليدية التي تربط أفراد الأسرة الواحدة وتمزق النسيج الاجتماعي للمجتمعات، نتيجة لظهور جيل جديد من البشر لا يؤمن بالروابط الأسرية المتمثلة في المودة والرحمة والتعاون والسكينة التي بثها الله بين أفرادها، فاتحاً المجال للإنجاب خارج إطار العلاقة الزوجية، كما أنه يؤدي للاختلاط الأنساب وضياعها ويبقى التساؤل

¹ الحقيقة أن هاته التجارب يغلب عليها أنها محرمة دولياً إلا أن العلماء والباحثين يقومون بتجاربهم سرى وبشكل خاص إلا أن محاولاتهم باءت بالفشل لأنه بالنسبة للطريقة الأولى وجدوا أن جميع البويضات المخصبة بأكثر من حويمن سرعان ما تموت، وبالنسبة للطريقة الثانية والثالثة فإن قطع جذع المخ يؤدي حتماً إلى موت الشخص وعموماً نستطيع القول بأن جهود العلماء لا تفي في هذا المجال بالرغم من كل الجهود التي باءت في أغلبها بالفشل . أنظر آل عصفور (محسن)، الاستنساخ ما له وما عليه من خلال

مطروح حول نسب الطفل المستنسخ هل هو ابن صاحب الخلية ؟ أم شقيقه ؟ هل هو ابن الحاضنة أم زوجها أم شقيق زوجها ؟

للإجابة عن هذه التساؤلات سوف نتطرق للنسب الطفل المستنسخ (الفقرة الأولى) والتحكم في جنس الجنين (الفقرة الثانية) ومصير الإنجاب الطبيعي في (الفقرة الثالثة) .

الفقرة الأولى: نسب الطفل المستنسخ¹

أمرنا الله سبحانه وتعالى بالزواج في قوله: ﴿ وَمِنْ ءَايَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴾² وقوله تعالى: ﴿ وَأَنَّهُ خَلَقَ الذَّكَرَ وَالْأُنثَى ﴾³ والحكمة من الزواج تتجلى في أنه أحسن وسيلة لإنجاب الأولاد والمحافظة على الأنساب، والاستنساخ يخرق مبدأ الزوجية فالمولود المستنسخ يطرح التساؤل حول نسبه، إذ كان ذكرا فما هي علاقته بالزوج المانح لنواة الخلية الجسدية التي أدمجت مع بويضة الزوجة المفرغة من النواة لحصول الحمل به، هل هو ابن لهذا الزوج ؟ أم هو توأمه، باعتبار أنه يملك نفس المخزون الوراثي ؟ أو يعتبر الزوج نفسه لأن المولود المستنسخ صورة طبق الأصل عنه ؟

فالاستنساخ البشري يلغي دور الرجل ووظيفته الأبوية، ويكون هذا الأخير غير محدد، والطفل المستنسخ لا يعرف نسبه ودرجة قرابته .

أما إذا كان المولود المستنسخ أنثى، فما هي علاقتها بالزوجة المانحة لنواة الخلية الجسدية التي أدمجت مع بويضتها لحصول الحمل بها ؟ هل هي إبنتها ؟ أم توأمها ؟ أو هي زوجة نفسها، لأن الطفل المستنسخ صورة طبق الأصل عنها ؟

إن النسب كما هو واضح في كتب الفقه يبين انطلاقا من حصول العلاقة الجنسية الشرعية وحصول النكاح بين الزوج وزوجته ووقوع الإخصاب والحمل ثم الوضع وثبوت النسب إلى الزوج .

ولكن الاستنساخ هنا يقلب التصورات التي تعارف عليها الناس فإذا كان الاستنساخ بين الزوجين في حال احتياجهما لعلاج عقم أحدهما كالرجل مثلا فالمرأة تنجب في جميع الأحوال حتى إن كانت عقيمة، إذن فلا استنساخ لامرأة لا تنجب من نفسها فالاستنساخ لا يكون إلا لامرأة لها رحم، وهذا الرحم

¹ علاء الدين حسين (نصر)، عملية الاستنساخ البشري والهندسة الوراثية من الناحية القانونية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1427 هـ - 2006 م، ص 252 .

² سورة الروم: الآية 21.

³ سورة النجم: الآية 45 .

له صلاحية حمل الجنين فإن لم يكن لها رحم صالح لحمل الجنين فلن تحمل، وفي هذه الحالة المرأة التي لها رحم يحمل الجنين إما أن تخصب ببيضتها من خلية من الزوج، فإذا كانت خلية منها، سيصير الزوج هو الأب الشرعي على رأي جمهور الفقهاء، وفقا لقوله عليه الصلاة والسلام: " الولد للفراش " ¹

فأي امرأة ولدت ولدا فأبوه شرعا هو زوج تلك المرأة التي ولدته إن أمكن كونه منه ولو قال الزوج هو ليس ابني لم ينتف عنه ما لم ينفيه باللعان وسواء كان الزوج هو الأب الطبيعي الذي حصل الإخصاب بمنيه أو لا .

وعلى هذا إذا تنكر الزوج له باستعمال حقه في اللعان فليس له في هذه الحالة أب شرعي، وحق اللعان هذا مشروط بالرفض في بادئ الأمر، ويتهم الزوجة أنها حملت من دونه فهنا يلاعن الزوج وينفي نسب الولد منه، وفي غير اللعان كل ما به المرأة من الإنجاب ينسب للزوج كأن، هذا ما ذهب إليه أكثر أهل العلم .

أما المرأة التي ولدت فهي أم الطفل بكل حال وينسب إليها وترثه ويرثها ويتبعها في الدين وينتج عليها كل الحقوق من حضانة ونفقة ورعاية وحسن تربية حتى لا يكون وسيلة إفساد في المجتمع، وعسى أن يكون نافعا لنفسه ولغيره .

والقول بأن الطفل المستنسخ يكون أخا للزوج الذي أخذت منه الخلية وعلى هذا لا يصح الاستنساخ .

ناقش الدكتور محمد رأفت عثمان هذا الأمر على أن ليس للطفل حتى وإن كان طبق الأصل منه لأن لأخوة المعروفة خمسة أنواع:

الأول: أخوة شقيقة وهي أن يشترك الإخوة في الأب والأم .

الثاني: أخوة من الأب، وهي في وجود أب واحد مع تعدد الأمهات

الثالث: أخوة من أم، وهي في حالة اتحاد الأم مع تعدد الآباء

الرابع: أخوة من الرضاع وهي في حالة اجتماع اثنين على الرضاع من ثدي واحد

الخامس: الأخوة في الدين وهي التي أكدها الله تعالى في قوله عز وجل: ﴿ إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلَحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ ﴾ ² وهي أخوة لا تأثير لها في الميراث، أو في جانب التحليل

¹ يوسفات (علي هاشم)، أثر الاستنساخ البشري على النسب، مجلة القانون والمجتمع، جامعة أدرار، العدد 01، 2013 م، ص 285 .

² سورة الحجرات: الآية 10 .

والتحريم في مجال الزواج . كما أن القول بأن الطفل المستنسخ هو توأم لأبيه يقتضي الإتحاد في الأم حيث قال تعالى: ﴿ الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْكُمْ مَنْ نِسَاءَهُمْ مَا هُنَّ أُمَّهَاتُهُمْ إِنَّ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَرًا مِنَ الْقَوْلِ وَزُورًا وَإِنَّ اللَّهَ لَعَفُوفٌ غَفُورٌ ﴾¹

وهما مختلفان في الأم فأم الأب هي جدة الطفل وأم الطفل هي الزوجة .

و أضاف الدكتور محمد رأفت عثمان قائلا: " وإذا قيل إن الطفل طبق الأصل من الزوج لأن النواة التي وضعت في بيضة أمه تحمل كل الصفات الوراثية التي يختص بها الزوج، ولا يحمل الطفل من الصفات الوراثية شيئا مما تختص به الزوجة، لأن البيضة فرغت من نواتها فالرد عليه أن الجينات ليست وحدها التي تكون ماهية الإنسان، بل البيئة أيضا لها تأثيرها في ذلك "

أما إذا تمت عملية الاستنساخ بدخول طرف ثالث خارج نطاق الزوجية يعني أنها تمت بإحدى الطرق المحرمة، فلا ينسب الولد فيها إلى أب جبراً، وإنما ينسب لمن حملت به ووضعته وينطبق عليه ما ينطبق على ولد الزنا .

وقد جاء في بدائع الصنائع أن النسب من جانب الرجال يثبت بالفراش، وفي جانب النساء بالولادة ولا تثبت الولادة إلا بدليل وأدنى دليل عليها شهادة القابلة .

وعن ثبوت نسب الولد بهذه الطريقة المحرمة للأم قال الحنفية إن النسب لا يثبت من الزاني لانعدام الفراش، ويثبت النسب للمرأة أن الحكم في جانبها تبع الولادة سواء كان بالنكاح أو بالسفاح².

الفقرة الثانية : التحكم في جنس الجنين

لقد أصبحت عملية اختيار جنس الجنين أمراً مشاعاً لدى أطباء العقم والعلاج الجيني، فمنذ الثمانينات والأبحاث جارية في شأن اختيار جنس الجنين، وقد سبق تلك العمليات عملية تحديد جنس الجنين ويبقى الدافع الرئيسي للقيام بهذه العملية هو الرغبة الفطرية لدى الزوجين للحصول على أحد الجنسين - الذكر أو الأنثى -، والتي تتعاضد مع إنجابهما عدداً من الإناث أو العكس دون الجنس الآخر، فجاء هذا الاكتشاف العلمي كأحد البدائل لزوج الرجل من امرأة أخرى أو الطلاق الذي قد يكون أحد البدائل غير المرغوب فيها .

¹ سورة المجادلة الآية: 02 .

² محمد علي الهادي (زبيدة)، النسب والحقوق المتعلقة عليه وتطبيقاته المعاصرة، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في الشريعة الإسلامية، جامعة القاهرة، (د . ت)، ص 395 وما بعدها .

وقد يكون الدافع احتياج طبي تفرضه كثير من الأمراض المرتبطة بالجين الذكري على حدى أو الجين الأنثوي .

فكان أمر عزل الأجنة الذكور عن الإناث حاجة ملحة على الصعيد الطبي من ولادة أطفال مرضى ومشوهين الأمر الذي تكاثفت من أجله جهود علماء الأجنة لاختيار جنس المولود¹.

إن تكوين الإنسان يكون بالتقاء خلية جنسية أنثوية مع أخرى ذكورية، وحسب الأبحاث التي أجريت على هذه الخلايا، تبين أن الخلايا الجنسية الذكورية التي تحتوي على الصبغي (X) تنتج أنثى إذا لقحت خلية أنثوية، لأن هذه الأخيرة دائما وفي كل الأحوال كروموسومها الجنسي (X) فينتج جنين بتكوين خلايا جنسية (XX)، أما إذا كانت الخلية الجنسية الذكورية من نوع (Y) فإن التكوين الكروموسومي للخلايا الجنسية للجنين يكون (XY) وهو ذكر

وبناء على هذه المعطيات، حاول العلماء التحكم في لحظة الإخصاب بتهيئة الظروف لتلقيح البويضة بالخلية الذكورية التي تعطي الجنين المفضل لدى الزوجين، وفعلا، تم التوصل إلى عدة وسائل طبيعية لانتقاء جنس الجنين .

لكن اختيار جنس الجنين له عدة تأثيرات على الأسرة التي تعتبر نواة المجتمع، وحاضنة الأفراد، فلا بد من حمايتها من أي جناية تزلزل بنيتها ومن أثر هذه التقنية على الأسرة والمجتمع مثلا الميراث فنصيب ما يأخذه الورثة عندما يكون الحمل أنثى يختلف عن النصيب الذي يأخذه الورثة عندما يكون الحمل ذكرا إذا كان الحمل ممن يورث فنتقص أنصبة الورثة² لهذا سوف نتطرق لمفهوم تقنية تحديد جنس الجنين

(أولا) والحكم الشرعي لها (ثانيا) وموقف المشرع القانون من اختيار جنس الجنين (ثالثا) .

أولا: مفهوم تحديد جنس الجنين

قبل أن نتطرق لمفهوم تحديد جنس الجنين لزم علينا تعريف كل مصطلح على حدة .

¹ بن دغليوب العتيبي (محمد)، الاستساح البشري بين الإباحة والتجريم في ضوء الشريعة مع بيان مواقف الهيئات الدولية المعاصرة، بحث مقدم استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في العدالة الجنائية تخصص التشريع الجنائي الإسلامي، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 1426 هـ - 2005 م، ص 181 .

² بو غزالة (محمد رشيد)، مهني (فارس علي)، اختيار جنس الجنين وأثره على الأسرة والمجتمع، مجلة العلوم القانونية والسياسية، مخبر الدراسات الفقهية والقضائية، جامعة الوادي، العدد 01، المجلد 12، أبريل 2021 م، ص 1100 . أنظر عمر بن محمد بن إبراهيم (غانم)، أحكام الجنين في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 266 .

1- تعريف الجنس لغة واصطلاحاً:

أ - **تعريف الجنس لغة:** الضرب من كل شيء، وهو من الناس ومن الطير ومن حدود النحو والعروض والأشياء . فقال اللسان، الإبل جنس من البهائم العجم، فإذا واليت سناً من أسنان الإبل على حدة فقد صنفها تصنيفاً كأنك جعلت بنات المخاض منها صنفاً، وبنات اللبون صنفاً، والحقاق صنفاً، وكذلك الجذع والثني، والحيوان أجناس، فالناس جنس والإبل جنس، والبقر جنس، والشاء جنس¹ .

ب - **تعريف الجنس اصطلاحاً:** عُرف الجنس في اصطلاح الفقهاء بأنه: اسم دال على كثيرين مختلفين بالأنواع²، وقال الشربيني: " الجنس كل شيئين أو أشياء جمعها اسم خاص تشترك في ذلك الاسم بالاشتراك المعنوي "

بينما عرفه المناطقة بأنه: ما صدق في جواب ما هو على كثيرين مختلفين بالحقيقة والنوع ما صدق في جواب ما هو على كثيرين متفقين بالحقيقة³ .

وقد يطلق على الجماع ونحوه مما يتصل بالعلاقة بين الجنسين ... ويتحدد جنس الإنسان ذكراً أو أنثى من لحظة اندماج نطفة الرجل ببويضة المرأة⁴ .

2- تعريف الجنين لغة واصطلاحاً:

أ - **الجنين لغة:** الولد في البطن، والجمع أجنة واجنن، والجنين كل مستور، وجن في الرحم يجن استتر وأجنته الحامل سترته، والجنين هو المادة التي تتكون في الرحم من عنصري الحيوان المنوي والبويضة وهذا هو ما يؤيد معنى مادة جنين، فإنها راجعة إلى الاستتار المتحقق بهذا المعنى، ومنه المجنون

¹ (ابن منظور)، لسان العرب، مرجع سابق، الجزء السابع، فصل الجيم، حرف السين، ص 346 . أنظر مجد الدين محمد بن يعقوب (الفيروز آبادي)، القاموس المحيط مرتباً ترتيباً ألفبائياً وفق أوائل الحروف، دار الحديث، القاهرة، 1429 هـ - 2008 م، (ط . د) حرف الجيم، ص 301 .

² علي محمد بن محمد السيد الشريف (الجرجاني)، تحقيق محمد صديق (المنشاوي)، معجم التعريفات، دار الفضيلة، القاهرة، 816 هـ - 1413 م، (د . ط)، باب الجيم، ص 70 .

³ محمد بن علي الصبان (الشافعي)، حاشية الصبان على السلم، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1417 هـ - 1997 م، ط 1، ص 60-62 .

⁴ كنعان (أحمد محمد)، الموسوعة الطبية الفقهية - موسوعة جامعة لأحكام الفقهية في الصحة والمرض والممارسات الطبية -، دار النفاس، بيروت، 1420 هـ - 2000 م، ط 1، ص 280 .

لاستتار عقله، والجان لاستتاره عن أعين الناس¹، فالجنين في أصل اللغة: المستور في رحم أمه بين ظلمات ثلاث، قال تعالى:

﴿يَخْلُقُكُمْ فِي بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ خَلْقًا مِّنْ بَعْدِ خَلْقٍ فِي ظُلُمَاتٍ ثَلَاثٍ﴾²

ب- **تعريف الجنين اصطلاحاً:** تعريف الفقهاء للجنين في الاصطلاح لا يخرج عن المعنى اللغوي، وقد اختلفت ألفاظهم في تعريفه وذلك لاختلافهم في الأحكام المترتبة عليه، إلا أنها تدور حول كون الجنين مستبين الخلقة واضح الصورة الآدمية.³

كما يعرف بأنه الولد خلال فترة تخلقه في بطن أمه، وتستغرق هذه الفترة وسطياً (تسعة أشهر قمرية) تنتهي بولادة الجنين وخروجه من الرحم.⁴

ج - مفهوم جنس الجنين:

يقرر علماء الوراثة بأن عملية تحديد جنس الجنين من الناحية التكوينية، تعود إلى التقاء زوج الصبغيات (الكروموسومات) على وقف ترتيب معين ينتج عنه المولود الذكر، وترتيب آخر ينتج عنه المولود الأنثى .

ويمكن استعمال مصطلح انتقاء جنس الجنين أو اختيار، وحسب هذه المفاهيم فقد فرق الدكتور سمير عباس بين ما يسميه ترجيح جنس الجنين وبين اختيار جنس الجنين، فالأول تقوم الحماية الغذائية وعملية التلقيح الصناعي بدور كبير في ترجيح جنس على آخر، بينما يعتمد اختيار وتحديد جنس الجنين على عملية إرجاع الحيوان المذكر (Y) إلى الرحم، وهذه ما تعرف بالتدخل الطبي.⁵

¹ أحمد بن محمد بن علي (الفيومي)، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، دار المعارف، القاهرة، 2016 م، ط2، كتاب الجيم، ص 111 .

² سورة الزمر الآية: 06 .

³ مذكور (محمد سلام)، الجنين والأحكام المتعلقة به في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1969 م، ط1، ص 31

⁴ بوغزالة (محمد رشيد)، مهني (علي فارس)، مرجع سابق، ص 1093 .

⁵ القروطي (خالد)، اختيار جنس الجنين وموقف الشريعة الإسلامية منه، مجلة الذخيرة للبحوث والدراسات الإسلامية، قسم العلوم الإسلامية، جامعة غرداية، العدد 1، المجلد 03، جوان 2019 م، ص 194 - 195 .

كما وضع الدكتور طارق عبد المنعم خلف مفهوم تحديد جنس الجنين طبيا قائلا: هو أن يعالج مني الرجل بوسائل طبية معاصرة ومتقدمة ومعقدة ومختلفة، لضمان إنجاب الوليد ذكر كان أم أنثى.¹

لم يعرف قانون الصحة الجزائري مصطلح تحديد جنس الجنين بالرغم من منعه لهذه العملية من خلال نص المادة

375 من قانون الصحة رقم 11/18 بقوله: "يمنع كل استتساخ للأجسام الحية المتماثلة فيما يخص الكائن البشري وكل انتقاء للجنس"²

وبالرجوع إلى مشروع قانون المساعدة الطبية على الإنجاب المغربي نجده قد عرف تحديد جنس الجنين أو كما سماه

"انتقاء النسل" بأنه: مجموع الأساليب والممارسات التي تهدف إلى التدخل في الرصيد الجيني للجنس البشري قصد تغييره أو العمل على انتقاء الأشخاص"³

ثانيا: الحكم الشرعي لتحديد جنس الجنين

إن تقنية تحديد جنس الجنين طبيا من المستجدات الفقهية التي ظهرت في الآونة الأخيرة، لهذا وجب علينا دراسة حكمها الشرعي .

اتفق علماء الأمة على جواز استعمال الطرق الطبيعية المساعدة على إنجاب الجنين من الجنس المرغوب فيه، كما اتفقوا على تحريم التحكم في تحديد جنس الجنين بالتقنيات الطبية الحديثة إذا كان على مستوى الأمة، لأن ذلك يعتبر محاولة للإخلال بالقوانين الكونية، وهذا ما أكدته توصيات ندوة الإنجاب في ضوء الإسلام كما اتفقوا على جواز تحديد جنس الجنين لتفادي المخاطر والأمراض الوراثية المرتبطة بجنس معين، وذلك بأن يكون حمل المرأة حاملا لمرض أو مصابا بمرض ما إذا كان جنسه ذكرا وغير حامل أو مصاب إذا كان جنسه أنثى أو العكس فقد أثبتت بعض الدراسات وجود أمراض مرتبطة بالجنس أي أن انتقالها مرتبط بجنس الجنين، غير أنهم اختلفوا في حكم تحديد جنس الجنين بالتقنيات الطبية الحديثة للضرورة، والرغبة الفردية قبل علوقه في الرحم على ثلاثة أقوال:

¹ طارق عبد المنعم (خلف)، أحكام التدخل في النطف البشرية في الفقه الإسلامي، دار النفاس، عمان - الأردن، 1431 هـ - 2010 م، ط1، ص 126 .

² قانون رقم 11/18 المتعلق بالصحة .

³ ظهير شريف رقم 1.19.50 صادر في 4 رجب 1440 الموافق 11 مارس 2019 بتنفيذ القانون رقم 47.14 المتعلق بالمساعدة الطبية الفقرة 10 من المادة 02، الجريدة الرسمية، العدد 6766، ص 1771 .

القول الأول: المنع وعدم تدخل الإنسان في اختيار جنس الجنين مطلقاً، وممن قال به: عبد الرحمان عبد الخالق ومحمد الننتشة واستدلوا في قولهم بجملة من الأدلة منها قوله تعالى: ﴿لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنثًا وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذَّكَرَ ۚ أَوْ يَزُوجُهُمْ ذُكْرًا وَإُنثًا وَيَجْعَلُ مَنْ يَشَاءُ عَقِيمًا إِنَّهُ عَلِيمٌ قَدِيرٌ﴾¹ فالله من خلال هذه الآية يبين أنه يتصرف في ملكه كما يشاء ومن جملة تصرفه أن يهب لمن يشاء إناثاً ويهب لمن يشاء ذكوراً، أو يزوجهم ذكوراً وإناثاً، وفي التحكم بجنس الجنس الجنين يعتبر تطاول على مشيئة الله وإرادته، ومعارضة لما يريد الله تعالى ويطلبه²، وقوله أيضاً: ﴿اللَّهُ يَعْلَمُ مَا تَحْمِلُ كُلُّ أُنْثَىٰ وَمَا تَغِيضُ الْأَرْحَامُ وَمَا تَزْدَادُ وَكُلُّ شَيْءٍ عِنْدَهُ بِمِقْدَارٍ﴾³ ففي هذه الأدلة إخبار أن علم ما في الأرحام مختص بالله سبحانه وتعالى وادعاء البشر ذلك مصادم لهذه الأخبار والتدخل في اختيار جنس الجنين تطاول على مشيئة الله سبحانه، فقد اقتضت حكمة الله أن يتم التوزيع بين الجنسين دون تدخل من الإنسان ليحفظ توازن المجتمع⁴

إن تحديد جنس الجنين يؤدي إلى زيادة احتمالات ولادة أطفال مشوهين، فالحيوانات المنوية الشاذة والمريضة وهي لا تقل على 20 بالمائة من مجموع الحيوانات المنوية تموت في الطريق، ولا تصل إلى البويضة، وذلك على عكس فصل الحيوانات المنوية الشاذة في تكوينها إلى البويضة، وقد ينجح أحدها في تلقيح البويضة فتكثر العيوب الخلقية مما يؤدي إلى الإجهاض التلقائي، أو إلى ولادة نسل مشوه⁵، فمهما وصل الإنسان إلى حقائق العلم فيبقى هذا الوصول نسبياً وقاصراً تخفى عليه حقائق أخرى خاصة ونحن نتكلم في موضوع الجنين الذي هو الخلق، والتكوين والإيجاد والنطفة والعلقه والمضغة والعظام، صنع الله الذي أتقن كل شيء فتبارك الله أحسن الخالقين، كما أن التدخل الطبي لاختيار جنس الجنين قد يكون ذريعة لاختلاط الأنساب وذلك باختلاط الحيوانات المنوية والبويضات بعد أخذها من الزوجين بغيرها في المختبر إما على سبيل الخطأ أو العمد .

وسدا لهذه المفسدة يحكم بتحريم التدخل الطبي لاختيار جنس الجنين، والتلقيح الاصطناعي من حيث الأصل محرم لهذه العلة، وإنما أجازته من أجل الحاجة، ولا حاجة لمجرد اختيار جنس الجنين فيكون غير

¹ سورة الشورى الآية: 49 - 50 .

² محمد بن هائل بن غيلان (المدحجي)، أحكام النوازل في الإنجاب، دار كنوز اشبيليا، المملكة العربية السعودية، 2011 م، ط 01، ص 1003/03

³ سورة الرعد الآية: 08 .

⁴ أبو البصل (عبد الناصر)، دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة، دار النفاس، الأردن، 1421 هـ - 2001 م، ط 01، ص 717 .

⁵ البار (محمد علي)، الجنين المشوه والأمراض الوراثية الأسباب والعلامات والأحكام، دار القلم، دمشق، دار المنارة، جدة، 1991 م، (د . ط)، ص 282 .

جائز¹ فالأمور بمقاصدها فلما كانت هذه التقنية وسيلة لاختلاط الأنساب وجب تحريمها لهذه العلة وكما هو مقرر في القواعد - الحكم يدور مع علته وجودا وعدما وكذلك ما أدى إلى حرام فهو حرام .

فخلاصة القول هنا أن الأصل في اختيار جنس الجنين التحريم مطلقا دون تفصيل سواء لضرورة أو حاجة أو غيرها، فيمنع على الإنسان التدخل في اختيار جنس الجنين مهما حدث .

القول الثاني: الجواز مطلقا سواء على المستوى الفردي والرغبة، أو لضرورة علاجية، وممن قال به يوسف القرضاوي، مصطفى الزرقا، محمد عثمان شبير، نصر فريد واصل، وغيرهم² واستدلوا بـ:

قوله تعالى: ﴿وَإِنِّي خِفْتُ الْمَوَالِيَ مِنْ وَرَأْيِ وَكَانَتْ أُمَّرَأَتِي عَاقِرًا فَهَبْ لِي مِنْ لَدُنْكَ وَلِيًّا ۖ يَرِثُنِي وَيَرِثُ مِنْ عَالٍ يَعْزُوبُ³ وَاجْعَلْهُ رَبِّ رَضِيًّا⁴﴾

سأل الله عز وجل أن يرزقه ولدا ذكرا يلي أمور الدين، والقيام به بعد موته، فدعاء زكرياء أن يرزقه الولد الذكر من الأمور التي جبل عليها البشر حتى الأنبياء، فكما أن الدعاء وسيلة لتحقيق المطلوب فهذه التقنيات أيضا وسيلة مباحة لاختيار جنس الجنين .

وقوله جلا وعلا أيضا: ﴿فَلَمَّا وَضَعَتْهَا قَالَتْ رَبِّ إِنِّي وَضَعْتُهَا أُنْثَىٰ وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِمَا وَضَعْتَ وَلَيْسَ الذَّكَرُ كَالْأُنْثَىٰ...⁵﴾ ومنه فإن السؤال والدعاء بالولد ذكر أو أنثى أمر مشروع وهذا مبين في إجابته تعالى لدعاء أنبيائه ومن السنة النبوية الشريفة، استدلل هؤلاء بأن النبي صلى الله عليه وسلم بين السبب الطبيعي الذي يوجب الأذكار أو الإناث بإذن الله تعالى، فيما رواه مسلم من حديث ثوبان أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاب اليهودي الذي سأله عن الولد فقال صلى الله عليه وسلم: " ماء الرجل أبيض، وماء المرأة أصفر فإذا اجتمعا فعلا مني الرجل مني المرأة أذكارا بإذن الله، وإذا علا مني المرأة مني الرجل آتانا بإذن الله " قال اليهودي: " لقد صدقت وإنك لنبي"⁶

كما أن القياس على جواز اختيار جنس الجنين بالسلوكيات الطبيعية، فكما يجوز اختيار جنس الجنين التي تكون الجماع في الإنجاب الطبيعي فكذلك يجوز السعي إلى تحقيق ذلك بالوسائل الطبية الحديثة،

¹ وارتي (غنية)، تحديد جنس الجنين وأثره على الميراث - دراسة فقهية قانونية -، بحث مقدم إلى مؤتمر قضايا طبية معاصرة في الفقه الإسلامي، جامعة النجاح، نابلس، فلسطين، 2019 م، ص 13-14 .

² القرضاوي (يوسف)، فتاوى معاصرة، دار القلم، الكويت، 1424 هـ، ط 04، ص 575/01 .

³ سورة مريم الآية: 5-6 .

⁴ سورة آل عمران الآية: 36 .

⁵ أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري (النيسابوري)، صحيح مسلم، دار الحديث، بيروت - لبنان، 1412 هـ - 1991 م، ط 1، الجزء 1، كتاب الحيض، باب بيان صفة مني الرجل والمرأة وأن الولد مخلوق من مائهما، حديث رقم 315، ص 253 .

والقياس على العزل¹ لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أن الرجال كانوا يعزلون فلم ينهاتهم الرسول عن ذلك، حيث قال جابر رضي الله عنه: - كنا نعزل على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فبلغ ذلك نبي الله صلى الله عليه وسلم ولم ينهنا² دل هذا الحديث على جواز العزل، وهو منع الإنجاب من أصله، فإذا جاز ذلك فمن باب أولى جواز منع نوع معين من الولد .

فخلاصة هذا القول جواز اختيار جنس الجنين من أجل رغبة الأبوين، ومن باب أولى إذا كانت هناك ضرورة طبية مستدلين بالكتاب والسنة والقياس .

القول الثالث: يرى جمهور العلماء بحرمة تحديد جنس الجنين بالتقنيات الحديثة لغير ضرورة طبية علاجية ملحة واستدلوا بما أقره المجمع الفقهي الإسلامي المنبثق عن رابطة العالم الإسلامي:

- أن تجري عملية اختيار جنس الجنين بين الزوجين للضرورة الطبية، ومن ثم فهي لا تختلف عن عملية التلقيح الخارجي الذي أجازته جمهور العلماء المعاصرين إلا في الغرض منها إذ الغرض من الأول تحقيق سلامة النسل من الأمراض الوراثية، والغرض من الثاني تحقيق حاجة الزوجين إلى إنجاب الذرية، وهذا الفارق لا يعد مؤثراً من الناحية الشرعية، لأن كلا منهما يعد حاجة معتبرة شرعاً وحينئذ يكون جائزاً³.
- أن الشريعة الإسلامية راعت جلب المصالح، ودرء المفاسد، وفي اختيار جنس الجنين بهذه الطريقة ما يحقق هذا الأصل حيث إن إنجاب الذرية السليمة من الأمراض الوراثية ما يكون قرّة عين للوالدين، وعونا لهما على المصالح الدنيوية، وكذلك يدرأ عنهما المفاسد الناشئة عن وضع الجنين إذا ولد بالإضافة إلى قيام المولود بالمصالح الدينية والدنيوية المتعلقة به، فيجوز اختيار جنس الجنين تحقيقاً لهذا الأصل⁴.

حاصل هذا القول إن اختيار جنس الجنين الأصل فيه الحظر، وتستثنى منه حالة الضرورة من ذلك. بالنظر إلى الأقوال الثلاثة السابقة وأدلتهم يبدو لنا أن القول الثالث هو الراجح وهو رأي الجمهور القائل بالحرمة إلا لضرورة طبية أو علاجية فهو القول الوسط بين فرط وإفراط من القولين الآخرين .

¹ محمد رأفت (عثمان)، موقف الإسلام والنظرة المستقبلية لتقديم العلاج الجيني، قضايا فقهية معاصرة، مطبعة الإخوة الأشقاء لطباعة الأوفست، القاهرة، 2002 م، (د. ط)، ص 15 .

² مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري (النيسابوري)، المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (د. ت)، (د. ط)، ص 1065/02 .

³ (المدحجي)، مرجع سابق، ص 1009/03 .

⁴ سعد بن عبد العزيز بن عبد الله (الشويرخ)، أحكام الهندسة الوراثية، كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 1427 هـ - 2007 م، ط 01، ص 227 .

وبالرجوع إلى قرارات مجمع الفقهي الإسلامي المنعقد بمكة المكرمة في دورته التاسعة عشر فيما يخص تحديد جنس الجنين يمكن ذكر الضوابط التي أقرها المجيزين إجمالاً في:

أولاً: يجوز اختيار جنس الجنين بالطرق الطبيعية، كالنظام الغذائي، والغسل الكيميائي، وتوقيت الجماع بتحري وقت الإباضة، لكونها أسباباً مباحة لا محذور فيها .

ثانياً: لا يجوز أي تدخل طبي لاختيار جنس الجنين إلا في حالة الضرورة العلاجية في الأمراض الوراثية التي تصيب الذكور دون الإناث أو العكس، فيجوز حينئذ التدخل بالضوابط الشرعية المقررة، على أن يكون ذلك بقرار من لجنة طبية مختصة، لا يقل عدد أعضائها عن ثلاثة من الأطباء العدول، تقدم تقريراً طبياً بالإجماع يؤكد أن الحالة المرضية تستدعي أن يكون هناك تدخل طبي، حتى لا يصاب بالمرض الوراثي، ومن ثم يعرض هذا التقرير على جهة الإفتاء المختصة لإصدار ما تراه في ذلك .

ثالثاً: ضرورة إيجاد جهات للرقابة المباشرة والدقيقة على المستشفيات والمراكز الطبية التي تمارس مثل هذه العمليات في الدول الإسلامية، لئلا تمنع أي مخالفة لمضمون هذا القرار، وعلى الجهات المختصة في الدول الإسلامية إصدار الأنظمة والتعليمات في ذلك¹.

ثالثاً: موقف القانون من عملية تحديد جنس الجنين

سوف نبين موقف بعض الدول الغربية من عملية اختيار جنس الجنين (1) وموقف القانون الجزائري (2).

1- موقف القوانين الغربية

لقد عالجت بعض الدول الغربية هذه المستجدات الطبية مما سهل على المراكز البحثية أداء مهامها بوضوح فيما لا يزال الكثير من أطباء الدول الإسلامية وعلمائها البيولوجيون يتأرجحون بين طموح العلماء وورع العباد في ظل غياب تنظيم شامل للعمليات الطبية البيولوجية، بالرغم من مرور ربع قرن تقريباً على إصدار الدول الغربية قوانينها ومن تلك الدول:

أ- ألمانيا: أصدر القانون الألماني المتعلق بحماية البويضة المخصبة من أخطار البحث العلمي عليها في 13 مارس 1990 م، ونص في مادته الثالثة (03) على حظر أي محاولة لاختيار المولود، وقرر معاقبة من يخالف ذلك بالحبس بحد أقصى خمس سنوات أو بالغرامة .

ب- إسبانيا: صدر قانون خاص في 28 ديسمبر عام 1988 م، وأوجب في المادة الثامنة (08) منه: ألا تخرج أهداف أي تجربة أو بحث في الهندسة الوراثية عن أحوال أربعة:

¹ قرارات مجمع الفقهي بمكة المكرمة، الدورة التاسعة عشر، القرار السادس اختيار جنس الجنين، ص 503-504 .

- بحث أو تجربة لغرض التشخيص العلاجي المبكر في الرحم أو الأنبوب لتجنب انتقال المرض أو معالجة آثاره .
 - بحث أو تجربة لغرض صناعي ذي صفة وقائية .
 - بحث أو تجربة لأغراض علاجية، خاصة المرتبطة بعملية جنس المولود كالأضرار المرتبطة بجنس المولود لتجنب الإصابة بها أو معالجتها .
 - بحث أو تجربة لأغراض بحث ودراسة الحمض النووي للجين الإنساني .
- ويظهر من هذه القيود عمليات تحسين النسل التي لا يكون العلاج هدفا لها وكذلك خرج بهذه القيود عمليات اختيار الجنين لمجرد تنويع الجنس .

ج - سويسرا: ويجرم القانون السويسري المتعلق بطب الإنجاب الإنساني الصادر في 18 أكتوبر 1990 م في مادته الثامنة (08) الأبحاث والتجارب على البويضات المخصبة أو الأجنة في الأرحام أو أي أجزاء منهما، ولا يسمح بالأبحاث والتجارب إلا على البويضات والحيوانات المنوية الخالية من التلقيح، بعد الموافقة المسبقة من أصحاب العلاقة، بعد إعلام كاف ومفصل بكل نواحي التجربة، كما يجرم في جميع الأحوال إجراء البحث أو التجربة بقصد الاستنساخ أو تخليق الحيوانات الخرافية أو الكائن المخلق من الإنسان والحيوان فلا مجال هنا لتحسين النسل أو اختيار جنس الجنين .

د - فرنسا: وقد أضاف الفرنسيون للقانون المدني 16 مادة تتعلق بأحكام الجسد الإنساني، وجاء في المادة 4/16: " لا يجوز المساس بتكامل الجنس الإنساني، وأي اختيار من شأنه أن يؤدي لاختيار جنس الطفل أو تحسين النسل بيولوجيا محظور ويعاقب المخالف بالأشغال الشاقة التي تصل إلى عشرين عاما كما في المادة 511 / 1 المضافة إلى قانون العقوبات¹ .

هـ - بريطانيا: ترى الجمعية الطبية البريطانية أن اختيار الجنس لمن يكون لديهم نسبة خطر من إنجاب طفل مصاب بمرض خطير مرتبط بالجنس، أما الموافقة على اختيار الجنس لأسباب غير طبية فهذا أمر موضع للتساؤل من جوانب كثيرة² .

¹ رضا عبد الحليم (عبد المجيد)، الحماية القانونية للجنين البشري، الاستنساخ وتداعياته، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001 م، ط1، 285 - 290 .

² الجمعية الطبية البريطانية، مستقبلنا الوراثي، ترجمة (مصطفى إبراهيم فهمي)، مطبعة جامعة أكسفورد، نيويورك، الناشر: المكتبة المركزية بالقاهرة، 1995 م، ص 250 .

2- موقف القانون الجزائري

ولأن هذه النازلة أي " تحديد جنس الجنين طبييا " تجمع بين قانون الأسرة وقانون الصحة سوف نتطرق لموقف المشرع في كل منهما .

أ- موقف قانون الأسرة

لم يتطرق المشرع الجزائري في قانون الأسرة إلى مسألة تحديد جنس الجنين لا منفصلة ولا متصلة بموضوع الإخصاب الاصطناعي، وإنما تطرق إلى شروط التلقيح الاصطناعي في المادة 45 مكرر: يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي .

يخضع التلقيح الاصطناعي للشروط التالية:

- أن يكون الزواج شرعيا .
 - أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما.
 - أن يتم بمني الزوج وبويضة لرحم الزوجة .
- لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي بواسطة الأم البديلة ¹.

و بالرجوع إلى هذه الشروط نجدها تنص على شروط التلقيح الاصطناعي التي جاء بها الفقه الإسلامي الحديث، وإذا أسقطنا هذه الشروط على عمليات تحديد جنس الجنين، قد يبدو أن العملية تستمد مشروعيتها من تلك الضوابط فمتى تمت بالخلايا التناسلية للزوجين وأثناء حياتهما مع قيام رابطة زوجية شرعية، يتبين ظاهريا بأنه لا إشكال أمام هذه التجارب التي تهدف إلى تحديد جنس الجنين، ولكن المشرع أحال إلى أحكام الشريعة الإسلامية في حالة غياب النص القانوني، وقرارات الفقهاء قيدت التلقيح الصناعي بشرط الضرورة القصوى، وتجارب تحديد جنس الجنين لا تقتضيه ضرورة قصوى متى لم يثبت وجود خطر على الجنين مصاحب لجنس محدد، وعليه لا يجوز تحديد جنس الجنين ².

إن قانون الأسرة لم يتطرق فعليا لعملية تحديد الجنس بل ترك حكمها للقوانين الأخرى رغم أنها من صلب الأمور التي تخص الأسرة، وإن وجدت حالات تستدعي تحديد الجنس يكون اللجوء إلى الشريعة الإسلامية وإلى آخر ما توصل إليه الفقه من اجتهادات .

¹ المادة 45 مكرر من الأمر رقم: 02/05 المتضمن قانون الأسرة الجزائري .

² بلعباس (آمال)، انتقاء جنس الجنين من المنظور شرعي وقانوني، مجلة القانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق - جامعة تلمسان، العدد 01، المجلد 06، 2020 م، ص 36 .

لكن قانون الصحة الجديد قد تدارك ذلك حيث منع انتقاء الجنس في المادة 375 وعاقب مرتكبه بعقوبات المذكورة في نص المادة 436 من نفس القانون¹، لكن هذا الحكم عام، ومن الأولى أن ترد عليه استثناءات كما جاء في قرار المجمع الفقهي الإسلامي، أي أنه يجب الأخذ بعين الاعتبار الحالات الخاصة باعتبار أن المقنن الجزائري أجاز الإخصاب الاصطناعي بنوعيه ابتداء لوجود ضرورة علاجية، فإنه يمكن تبعاً له أن يجري تحديد جنس الجنين في حالة وجود أمراض وراثية تظهر لدى جنس دون آخر أو غيرها من الحالات الخاصة التي تتوفر فيها درجة الضرورة مع محاولة التقيد بالضوابط الشرعية التالية:

- 1- أن يثبت بقرار طبي مشترك من ثلاث (03) أطباء مختصين على الأقل على ضرورة اللجوء إلى عملية الإخصاب الاصطناعي وإنجاز الذكور دون الإناث أو العكس لتجنب إصابة الأولاد بالأمراض الوراثية - التي تقع في جنس دون الآخر - .
- 2- أن يكون اللجوء إلى عملية الإخصاب الاصطناعي لوجود ضرورة داعية لذلك كعلاج عدم الإخصاب أو لإصابة الجنين بأمراض وراثية مرتبطة بالجنس، وليس بغرض تحديد جنس الجنين كأصل مع التقيد بالشروط التي تحكم العملية والتي تتمثل في الاحتياط قدر الإمكان من الوقوع في المحظورات والمفاسد التي تكون أثناء إجراء هذه المقاصد الضرورية في الشريعة الإسلامية باعتباره أحد الكليات الخمسة .
- 3- ألا يكون تحديد جنس الجنين للعامة، وإنما يكون لحالات خاصة تتوفر فيها الضرورة ووفق ضوابط وقيود تحكمها، لأنه لو تم فتح المجال لتحديد جنس الجنين فإن الكثير من الأشخاص سيقبلون على هذا النوع من الإخصاب مما يؤدي إلى وقوع الأخطاء، وينتج عن ذلك اختلاط الأنساب وضياع الحقوق .

ب - موقف قانون الصحة

لقد عرف مشروع قانون الصحة الجزائري الجديد المساعدة الطبية على الإنجاب وأشار إلى أهداف عملية الإخصاب الصناعي ومن بينها تفادي نقل مرض في غاية الخطورة للطفل، فنص في المادة 387 على أن:

¹ أنظر المادتين 375 و436 من القانون رقم: 11/18 المتعلق بالصحة .

" المساعدة الطبية على الإنجاب هي نشاط طبي يسمح بالإنجاب خارج المسار الطبيعي، في حالة العقم المؤكد طبيا وتهدف كذلك إلى تفادي نقل للطفل مرض في غاية الخطورة وتتمثل في ممارسات عيادية وبيولوجية تسمح بتنشيط عملية الإباضة والتلقيح بواسطة الأنابيب ونقلًا للأجنة والتخصيب الاصطناعي¹.

لكن المقتن الجزائري عند إصداره لقانون الصحة الجديد واعتماده بالجريدة الرسمية، أصبح نص المادة 370 كالتالي: " المساعدة الطبية على الإنجاب هي نشاط طبي يسمح بالإنجاب خارج المسار الطبيعي في حالة العقم المؤكد طبيا وتتمثل في ممارسات عيادية وبيولوجية وعلاجية تسمح بتنشيط عملية الإباضة والتلقيح بواسطة الأنابيب ونقل الأجنة والتخصيب الاصطناعي، فتراجع في النص على ذلك الهدف وهو تفادي نقل للطفل مرض في غاية الخطورة والتي تندرج الأمراض الوراثية ضمنها.

وبالرجوع إلى نص المادة 375 من قانون الصحة الجزائري الجديد، والتي مفاده: " يمنع كل استئساخ للأجسام الحية المتماثلة فيما يخص الكائن البشري وكل انتقاء للجنس " وأكد في نص المادة 436 من نفس القانون على أنه: " يعاقب كل من يخالف المنع المنصوص عليه في أحكام المادة 375 المتعلقة باستئساخ أجسام حية مماثلة وراثيا وانتقاء الجنس، بالحبس من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة، وبغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج².

يستخلص من خلال هذين النصين أن المشرع الجزائري، قد منع عملية تحديد جنس الجنين وعاقب فاعلها، لكن كان من الأولى على المشرع الجزائري أن يجيز عملية تحديد جنس الجنين إذا كانت تهدف إلى تفادي مرض خطير كتفادي الأمراض الوراثية التي تظهر لدى أحد الجنسين دون الآخر .

الفقرة الثالثة: مصير الإنجاب الطبيعي

يعتبر من بين الآثار الاجتماعية إلغاء التكاثر عن طريق الزواج، مما يؤدي إلى تداخل واختلاط الأنساب، إذ يضيع نسب الولد بين ثلاثة أشخاص قد يعلمهم وقد لا يعلمهم، مما ينسف نظام الأسرة، ويقضي على العلاقات الإنسانية الحميمة التي تولدها الأسرة داخل المجتمع، كقيم الأمومة والأبوة والأخوة وصلة الرحم، وعواطف الرحمة والمودة، مما يؤدي إلى تعطيل أحكام الميراث لاحتجاب الأقارب وأصحاب الحقوق، وتعطل أحكام الزواج حيث يستحيل التمييز بين المحرمات من الزواج وغير المحرمات، لأن الأم قد تلد أختها وقد تحمل توأم زوجها .

¹ مشروع قانون الصحة الجزائري .

² القانون رقم: 11/18 المتعلق بالصحة .

كما يتم إلغاء مؤسسة الزواج، حيث يتم التكاثر البشري اصطناعيا خارج نطاق العلاقة الطبيعية والشرعية وهي الزواج، فتصبح العلاقة بين الذكر والأنثى علاقة شهوانية حيوانية بحتة فتلغي أحكام الزواج وما يتعلق به كالطلاق والنفقة والعدة مثلا .

وبناء على ذلك تنتفش الإباحية والانحلال الخلقي والتفكك الأسري مما يؤدي بالأطفال إلى المعاناة من التشرد والضياع، الأمر الذي يدفعهم إلى الانقلاب على قيم المجتمع وتقاليده فتشيع نتيجة لذلك كل أنواع الجريمة والعنف ففي الولايات المتحدة الأمريكية مثلا، يرجع السبب الرئيسي في ارتفاع نسبة الجريمة بها إلى ارتفاع نسبة الأطفال غير الشرعيين التي تبلغ 47 % وفي بريطانيا بينت الإحصائيات الرسمية أن نسبة الوفيات بين الأولاد غير الشرعيين أكبر من نسبتها بين غيرهم الذين أتوا نتيجة زواج شريف وتعليل ذلك هو أن الأطفال غير الشرعيين محرومين من عناية الأب والأم أو كليهما فيموتون لفقدان عاطفة الأمومة أو الأبوة والحنان والعاطفة، كما ينشئون إما مجرمين ناقمين على المجتمع أو منطوين حتى الموت وهذا بعض ما يعانيه أحد أفراد الأسرة (الأطفال) في ظل غياب الأسرة .

وبناء على ما تقدم يتبين لنا أن استنساخ الأطفال خارج نطاق الأسرة، أي تكرار نسخ بشرية دون حاجة إلى الأب والأم، وبمعزل عن القيم الدينية والأخلاقية وبعيدا عن الإيمان بالله تعالى، قضية بالغة الخطورة عظيمة في آثارها السلبية التي تؤدي إلى تعميق مظاهر التدهور القيمي والأخلاقي للعالم، بل تقضي على المجتمع البشري كلية سواء بالتقاتل بين المستنسخين لشيوخ الحقد والبغضاء وانتفاء الروابط الأسرية (الأخوة، المحبة، التكافل) أو انعدام الإحساس بها، أو استنساخ كائنات مشوهة أو وحوش أو إحداث أمراض فتاكة تقضي على البشرية بسبب المعالجة الوراثية .

في هذه الحالة لا يمكننا الاستفادة مما تقدمه عملية الاستنساخ من إيجابيات للبشرية، والتي لا يمكن نكرانها، إلا أن أضرارها أكبر من منافعها، وذلك إذا لم يسعف الإنسان نفسه قبل فوات الأوان وضع القيود والضوابط التي تحميه من أي عبث بوجوده بمنع التجارب المخبرية من الإنزلاق في مهاوي المعرفة الضارة التي تعرض المجتمع الإنساني للفوضى¹.

وهو ما حدا بالعلماء والساسة ورجال الأخلاق والفلسفة إلى أن تتعالى أصواتهم منادين بضرورة إعادة الاحترام إلى النظام الأسري واحترام حقوق الإنسان وحفظ كرامته، بمنع الاستنساخ البشري أو وضعه تحت المراقبة، فنشأت لهذا الغرض المؤسسات وجمعيات أخلاقيات العلم، وعقدت الندوات والمؤتمرات للتحذير من مخاطره، والله الحق جل جلاله وضع سنة الحياة مبينا أصل البشرية وسنة تكاثرها الشرعي الصحيح السليم لتحقيق التعاون والتكافل الاجتماعي بالتعارف، كل ذلك بمقياس التفاوت والأفضلية المحققة

¹ نعمان (صالح)، الاستنساخ البشري وأثره على الأسرة، جامعة الأمير عبد القادر، ص 115 - 116 .

لاستمرارية المجتمع ودوامه، المكون من الذكر والأنثى خلية الأسرة فقال سبحانه وتعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتَقَىٰكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ﴾¹

المطلب الثاني: موقف الشريعة الإسلامية والقانون من تقنية الاستنساخ البشري

يعد الاستنساخ نازلة من النوازل المعاصرة واكتشاف خارطة المورثات الجينية " جينوم " التي أعلن عنها هي أيضا من النوازل المعاصرة ولن تكون هذه النوازل هي الأخيرة بل ربما سنواجه في عصرنا هذا وفي العصر القادم عددا منها في مجال علم البيولوجيا وهندسة الوراثة، لكن الحيرة أمام هذه النوازل أو إصدار الأحكام العرفية فيها بالقبول أو الرفض دون بحث وتحليل أمر لا يتفق مع نظرة الإسلام وموقفه من العلم لهذا سوف نتطرق لموقف كل من الشريعة الإسلامية والمنظمات والقوانين من تقنية الاستنساخ البشري على النحو الآتي:

الفرع الأول: موقف فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرين من تقنية الاستنساخ البشري

الفرع الثاني: موقف المنظمات والقوانين من تقنية الاستنساخ البشري

الفرع الأول : موقف فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرين من تقنية الاستنساخ البشري

عرف موضوع الاستنساخ البشري نقاشا كبيرا في مجال الفقه الإسلامي، حيث كانت النتيجة المتوصل إليها أن هذه التقنية محرمة وممنوعة، والتحريم هنا يشمل جميع طرق الاستنساخ البشري المعروفة حاليا، ومستقبليا لأن الهدف منها مخالفة الشرعية في الإنجاب، وبذلك يحطم أسس القرابة والأنساب والأرحام .

كما أن الاستنساخ البشري جاء على خلاف مصادر التشريع الإسلامي فهو يخالف النصوص المتعلقة بالتكاثر البشري على الطريقة المعروفة التقاء الزوجين، ومن الأدلة على ذلك قوله تعالى: ﴿إِنَّا خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ نُطْفَةٍ أَمْشَاجٍ نَبَّتْ لِيهِ فَجَعَلْنَاهُ سَمِيعًا بَصِيرًا﴾² لقوله تعالى: ﴿وَأَنَّهُ خَلَقَ الزَّوْجَيْنَ الذَّكَرَ وَالْأُنْثَىٰ﴾³

ويقول النبي صلى الله عليه وسلم: ﴿تزوجوا الودود الولود فإني مكاثر بكم الأنبياء يوم القيام﴾

¹ سورة الحجرات الآية: 13 .

² سورة الإنسان: الآية 02 .

³ سورة النجم: الآية 45 .

إن هذه النصوص تدل على أن التناسل يقوم على أساس الاتصال بين الزوجين بتلقيح بويضة الزوجة بمني الزوج لتتكون اللقحة حاملة الصفات الوراثية الخاصة بالأب والأم معا، ويكون الطفل الناتج معلوم الأصل والنسب.

ولقد عقدت منظمة المؤتمر الإسلامي عدة لقاءات بين العلماء والأطباء وفقهاء الدين من أجل مناقشة مسألة الاستنساخ البشري ومخاطره، من خلال الندوة الفقهية الطبية التاسعة المنعقدة بالدار البيضاء، والتي أصدرت جملة من التوصيات¹ منها:

- 1- تحريم الاستنساخ البشري وأي طريقة أخرى تؤدي إلى التكاثر.
- 2- تجريم كل الحالات التي يقم فيها طرف ثالث على العلاقة الزوجية، سواء كان رحما أو بويضة أو حيوانا منويا أو خلية جسدية للاستنساخ .
- 3- مباشرة الدول لسن التشريعات القانونية اللازمة لغلق الأبواب، المباشرة وغير المباشرة، أمام الجهات الأجنبية للحيلولة دون اتخاذ البلاد الإسلامية ميدانا لتجارب الاستنساخ البشري.
- 4- متابعة المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية لموضوع الاستنساخ ومستجداته العلمية، وعقدت الندوات واللقاءات اللازمة لبيان الأحكام الشرعية المتعلقة به، وفي هذا السياق ارتأى فضيلة العلامة الشيخ الدكتور يوسف القرضاوي - رحمه الله - ضرورة الوقوف ضد هذا الاكتشاف العلمي الهدام، إذ إن الاستفادة من التقدم العلمي في علاج بعض الأمراض المستعصية وبعض الأمراض الوراثية، وعلاج بعض أسباب العقم لا مانع منه، ولكن بشرط ألا يكون ذلك فتحا لباب خطير ونخاف أنه إذا فتح هذا الباب فلن يسد فالأولى بنا أن نسده من أول الأمر، وحجته في ذلك أن في الشريعة السماح قاعدة " سد الذرائع "، وهي لو أن هناك أمرا مباحا، ولكنه إذا فتح الباب له سيؤدي إلى أمور منكرة ومفاسد للناس يمنع هذا الأمر المباح سدا للذريعة إلى الفساد².
- وبشأن مسألة الاستنساخ البشري دائما، يرى الدكتور سيد الطنطاوي³: " أن الأمر غير طبيعي ويجب تشديد العقوبة على من يقوم بعملية الاستنساخ، لأن خروج الإنسان يتم نتيجة تلقيح بويضة بحيوان منوي، وباستنساخ ماء الرجل بماء الأنثى، هذا هو شرع الله، أما خلافا لذلك فهو ضد الأخلاقية والاجتماعية، لأن الإسلام مع العلم الذي يخدم البشرية، وأن العلم يجب أن يقوم على أمور ثلاثة هي: الإيمان والأخلاق وخدمة البشرية، كما أنه يجب أن يحافظ على مقاصد

¹ الندوة الفقهية الطبية حول رؤية إسلامية لبعض المشاكل الصحية المنعقدة في الفترة من 8 - 11 صفر 1418 هـ الموافق 14-17 يونيو 1997 م في مدينة الدار البيضاء بالمملكة المغربية.

² تشوار (الجيلالي)، الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص 129 .

³ نفس المرجع، ص 129 - 130 .

الشريعة، إلا أن هذا العلم يمكن أن يتوجه إلى استنساخ أحد أعضاء الجسم مثل الكبد والكلية
لحاجة بعض الأفراد إليها إنقاذاً لحياتهم من الهلاك "

أظهر العلماء المعاصرون رأيهم في هذه التقنية عندما ظهرت على الساحة من خلال الاعتماد على آيات
قرآنية أو أحاديث نبوية أو الاعتماد على اجتهاد عقلي كالمقاييس ونحوه باعتبار أن الحكم على الشيء فرع
من تصوّره وقبل أن نوضح الأمر جلياً نبين في البداية أن هناك بعضاً من العلماء يؤيد فكرة استنساخ
البشر ويسوق أدلة على ذلك إلا أنه من خلال الإطلاع على الكتب الشرعية وجدنا أن الكثير من الفقهاء
يذهب إلى تحريم ومعارضة فكرة الاستنساخ ويؤيدون رأيهم هذا بأسانيد سنوردها عند عرض هذا الرأي .

ومن خلال ذلك يتبين لنا أن هناك رأيين في هذه المسألة من الناحية الشرعية نعرضهما على النحو
التالي:

الفقرة الأولى: الرأي المؤيد لتقنية الاستنساخ البشري

يرى بعض الفقهاء المسلمين المعاصرين جواز تقنية الاستنساخ بضوابط معينة هي:

- 1 - أن تكون الخلية الجسدية والخلية التناسلية من زوجين .
 - 2- أن يكون هذان الزوجان مزالاً في رباط شرعي .
 - 3- أن توجد حالة ضرورة قصوى تلجئهم إلى ذلك ¹
 - 4- أن يكون اللجوء إلى الإنجاب بالطرق الطبيعية أصبح مستحيلاً .
- وعليه فإذا كانت الخلية الجسدية من ذكر والخلية التناسلية من ذكر آخر أو كانت الخلية الجسدية من
أنثى والخلية التناسلية من أنثى آخر أو كانت الخلية الجسدية من ذكر والخلية التناسلية من أنثى
متبرعة غير زوجته فإن ذلك محرم شرعاً حيث تعتبر في الأولى لواطاً، وفي الثانية سحاقاً، وفي الثالثة
زناً .

وقد استدلو على رأيهم هذا بما يأتي:

- 1- أنه لا يوجد والسنة حصر للإنجاب على طريقة واحدة أو أنها تتم فقط بالتزاوج بين الذكر والأنثى .

أن التحدي الذي أبداه الله والقرآن هو لخلق الخلية الحية ومنها الحيمن أو الحيوان وهو خلية تناسلية أي

ليس بخلية جسدية لقوله تعالى: ﴿ أَفَرَأَيْتُمْ مَا تُمْنُونَ ﴾ ²

¹ الصالح (شوقي زكريا)، الاستنساخ بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية - دراسة مقارنة -، العلم والإيمان للنشر والتوزيع
(د. م)، 2006 م، (د. ط)، ص 70 .

² سورة الواقعة الآية: 58 .

جاءت قضية الخلق مقرونة بقضية العلم في أول ما نزل من القرآن الكريم كما قوله تعالى: ﴿ أَقْرَأْ بِأَسْمِ رَبِّكَ الَّذِي خَلَقَ ۝۱ خَلَقَ الْإِنْسَانَ مِنْ عَلَقٍ ۝۲ أَقْرَأْ وَرَبُّكَ الْأَكْرَمُ ۝۳ الَّذِي عَلَّمَ بِالْقَلَمِ ۝۴ عَلَّمَ الْإِنْسَانَ مَا لَمْ يَعْلَمْ ۝۵ ﴾¹ والعلم هنا مطلق غير مقيد أو محصور في نوعية محدودة فدل على جواز الاستنساخ باعتباره أحد العلوم .

الفقرة الثانية: الرأي المعارض للاستنساخ البشري

يرى معظم الفقهاء المعاصرين عدم جواز تقنية الاستنساخ البشري² ومن بين آرائهم ما جاء في البيان الذي ألقاه فضيلة شيخ الجامع الأزهر قال فيه: " أن الإسلام ليس ضد العلم ولكن خروج الإنسان من غير امتزاج ماء الرجل بما الأنثى حرام "

وقال أيضا: إن كل ما يؤدي إلى أعمار الكون وإلى سعادة الإنسان وإلى المزيد من الذكاء الإنساني بطريقة يقرها الأطباء ولا تتعارض مع الشريعة فهو حلال ...

الأصل في اختلاط الأنساب حرام ... فإذا توصل العلم إلى أي وسيلة جديدة ليس فيها شبهة اختلاط الأنساب فهي حلال .

وقال آخرون إن التغيير في الطريقة الطبيعية للإنجاب يرفضها الشرع حيث إن التزاوج الشرعي بين الرجل والمرأة هو أساس الإنجاب في كافة الشرائع السماوية وأن الاستنساخ البشري يعج مخالفا للقاعدة المعروفة في التلقيح والتكاثر .

ويقول أحد الفقهاء أيضا إن عملية الاستنساخ التي توظف حركة العلم لصالح الإنسان غير مرفوض إذ الاستنساخ ليس تعديا على إرادة الله أو خلق من عدمه ولكنه استخدام مغاير للخلية الحية في الخلق بعيدا عن امتزاج الحيوان المنوي بالبويضة ولكنني أعتقد أن عملية الاستنساخ البشري ستثير في المستقبل الكثير من القضايا الهامة وهي:

- تدمير وظيفة الأسرة حيث يتيح الاستنساخ لأي أنثى أن تلد بدون زوج مما يخل بمكانة الأسرة ويدمر العلاقات الاجتماعية فالولادة ليست مجرد عملية ولكنها في الأصل علاقة إنسانية عميقة بين الرجل والمرأة تقوم على المودة والتراحم .

¹ سورة العلق الآية: 1-5 .

² عماد عبد العاطي (عبد الفتاح هدى)، الاستنساخ البشري بين الرفض والقبول - دراسة فقهية مقارنة -، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2015 م، ط1، ص 57 .

- فرض صفات وراثية بعينها للكائنات من خلال تفريغ البويضة من نواتها في حين أن قوانين الوراثة الطبيعية تقوم أساسا على التفاعل بين نواتين لانتخاب تشكيلة معينة من صفات الطرفين وهو ما يتيح التنوع وتوريث ونقل الصفات الوراثية من جيل لآخر أما فرض صفات بعينها على الكائن الحي فهو من قبيل العبث الذي لا مبرر له¹

الفرع الثاني: موقف المنظمات والقوانين من تقنية الاستنساخ البشري

لقد خلف موضوع الاستنساخ البشري صدى كبير في البلدان الإسلامية والغربية وطرح في العديد من الندوات والمؤتمرات والمجلات كما حضرته معظم القوانين خوفا من نتائجه المستقبلية وللتفصيل في هذا الموضوع أكثر سوف نتطرق لموقف كل من المنظمات العالمية والعربية الإسلامية من الاستنساخ (الفقرة الأولى) وموقف القوانين الغربية والعربية (الفقرة الثانية) .

الفقرة الأولى: موقف المنظمات العالمية والعربية الإسلامية من الاستنساخ البشري

سوف نتطرق لموقف بعض المنظمات العالمية (أولا) ثم إلى المنظمات العربية والإسلامية (ثانيا)

أولا: موقف بعض المنظمات العالمية

والتي من بينها:

1 - الإعلان العالمي لحقوق الإنسان

تصدم المسائل المتعلقة بالاستنساخ بكثير من المواد التي نص عليها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ومن أهم المواد التي تتعارض مع الاستنساخ البشري المادة رقم (1) والتي نصت: " ويولد جميع الناس أحرارا متساوون في الكرامة والحقوق وهو قد وهبوا العقل والوجدان، وعليهم أن يعاملوا بعضهم بعضا بروح الإخاء " ²

والاستنساخ يهدد كرامة الإنسان بوضعه في مصاف حيوانات التجارب ويجعله عرضة للتبديل والتحويل في مكوناته ومكوناته الوراثية وتذهب عمليات الاستنساخ إلى أبعد من ذلك حيث تتحكم في شكل الجنين ولونه، وسائر صفاته وفي هذا الصدد يقول الدكتور الداوي: " إن توليد وإنتاج كائنات بشرية في المختبرات تكون نسخا جينيا طبق الأصل عن بعضها خاضعة لمواصفات جسمية وعقلية محددة مسبقا

¹ الصالحي (شوقي زكريا)، مرجع سابق، ص 72 - 73 .

² المادة الأولى من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان .

يشكل انتهاكا لحرية الإنسان ولكرامته، ويكمن أن يماثل من حيث الخطورة وضعية الإنسان في عهد الرق والعبودية .

كما أن في الاستنساخ تعدي على حرية وسلامة الإنسان، بل هو يقفز إلى التدخل في حياة البشرية بأسرها حينما يتدخل في الخلايا التناسلية التي تورث عبرها الصفات إلى الأجيال اللاحقة، مما يهدد حياة وحرية وسلامة الإنسان

وتحرم المادة الرابعة الاسترقاق وتجارة الرقيق بجميع صورها، وإن من صور الاسترقاق المتاجرة في الأصل الذي ينشأ عنه الإنسان، وقد مر بنا المتاجرة عبر شبكات الانترنت ببويضات المشاهير، وبالأجنة مما يدل على الاستنساخ سيفضي بلا شك إلى المتاجرة بالقائح والأرحام والمواليد ذوي الموصفات الكاملة.

كما تعتبر المادة السادسة المتعلقة بشخصية الإنسان القانونية عائقا أمام متطلبي الاستنساخ، لما يمثله الاستنساخ من تعدي على الشخصية القانونية، فهو يختزل مجموعة من البشر في شخصية بيولوجية واحدة يصعب معها استصدار شخصية قانونية مختلفة لكل واحد من أفراد هذه المجموعة .

أما في نص المادة السادس عشر (16) والمتعلقة بتكوين الأسرة حيث نصت في الفقرة الثالثة على أن:

" الأسرة هي الوحدة الطبيعية الأساسية للمجتمع، ولها حق التمتع بحماية المجتمع والدولة "، وحين يتجه الاستنساخ التكاثري إلى الاستغناء عن الأسرة، والحصول على المواليد عن طريق انقسام الخلايا أو التخلق الجسدي

(اللانجسي) فإنه بهذا الفعل يسعى إلى تدمير الأسرة ويقطع كافة العلائق الأسرية التي درجت عليها البشرية منذ الأزل .

فالاستغناء عن الأب في حال الحصول على الخلية الجسدية من الأم، يُغيّب بالتالي الأعمام وأبناء العمومة وبنات العم، ويقال مثل ذلك للخولة في حال جلب الخلية من الأب، وهو في الشريعة الإسلامية يخل إخلالا واضحا أنظمة المواريث ونظم التكافل الأسري .

وجاء في المادة السادسة والعشرون في الفقرة (2): " يجب أن تهدف التربية إلى إنماء شخصية الإنسان إنماء كاملا" فهل يطلع الاستنساخ بهذا الدور التربوي ؟ الإجابة واضحة: لا فهو لا يهيئ المجتمع لتمثيل هذا الدور الذي نشأ فيه المستنسخ مفقدا للشخصية الكاملة التي يعززها وجود الأبوين، فمن المتعذر في هذا الوسط إيجاد البيئة والمحضر المناسب لإنماء شخصيته إنماء كاملا¹.

¹ العتيبي (محمد بن دغليوب)، مرجع سابق، ص 308 .

وقد تنبّهت المنظمات العالمية إلى تلك المخالفات الواضحة لمبادئ حقوق الإنسان فأصدرت عددا من الإعلانات منها:

أ- الإعلان العالمي حول الجينوم البشري وحقوق الإنسان، باريس نوفمبر 1997 م .

صدر هذا الإعلان عن اللجنة الدولية لأخلاقيات الطب والبيولوجيا التابع لمنظمة اليونسكو وتبنته اللجنة الثالثة للجمعية العامة للأمم المتحدة في سنة 1998 م، وبهذا الحدث تكون صفحة جديدة في سجل تاريخ حقوق الإنسان قد فتحت .

ويشتمل هذا النص على خمسة وعشرون بندا جرى فيها اقتراح معايير كونية لضبط وتنظيم الأبحاث العلمية في ميدان الجينوم البشري، وبشكل عام في جميع الإمكانيات العلمية الجديدة المتاحة في ميدان تغيير طبيعة الأحياء .

وقد ركزت أهدافه حول حماية حقوق الإنسان في ميدان الأبحاث الطبية والبيولوجية وصيانة الكرامة الإنسانية، وكذلك الحرص على احترام التنوع الجيني، والدفاع عن حقوق الأجيال البشرية المقبلة، وقد استخلص ذلك من البندين الثاني والثالث والعشرون، وقد تم تعديل الصيغ الواردة في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ليناسب المقام هنا في هذا الإعلان حول الجينوم البشري، وأكدت بعض المبادئ على ما يلي: إن لكل إنسان خصائصه الجينية ولكل إنسان الحق في أن يحترم كفرد ولكل إنسان الحق في ألا يكون عرضة للتمييز والتفرقة وهي تؤكد على نبذ التمييز بين البشر وتحقيق مبدأ المساواة، ويتضح ذلك من خلال البنذ الثاني الذي ينص على الآتي:

"لكل شخص الحق في أن تحترم كرامته وحقوقه بغض النظر عن خصائصه الجينية، كما تفرض أن يحترم تفردهم وتنوعهم "

ويخلق الاستنساخ العديد من الفروق بين منتجاته البشرية والأطفال الذين جاءوا من الطريق الطبيعي.

ومما يؤخذ على ذلك إعلان إلى جانب عدم اتخاذه صفة الإلزام، أنه قصر مبادئه على الجينوم البشري دون التعرض للأجنة البشرية، ومدى جواز صحة الحديث عنها واستخدامها، كما أنه لم يشير إلى إشكالية الاستنساخ البشري ولا يحدد موقعه منها بشكل دقيق وحازم .

إذ كان ينبغي أن يركز الإعلان على استخدام تقنيات الاستنساخ البشري للتكاثر والتوالد وأنها تمثل حالة شادة تمس بالكرامة البشرية ويعد خروجاً عن ناموس الطبيعة .

ويرى الدكتور الداوي أن الأسباب التي دعت إلى ذلك الإعلان هي أسباب ذات طبيعة بيولوجية أكثر منها اجتماعية أو ثقافية في حين أن منطق المنظور التاريخي والتطور الحضاري يقتضي بأن العكس هو الصحيح.

ب- الاتفاقيات الأوروبية لحقوق الإنسان

الاتفاقية الأوروبية حول حماية حقوق الإنسان الأساسية في مجال الطب والهندسة الوراثية جرى إعدادها وتحضيرها في نطاق المجلس الأوروبي الذي وافق على مشروعها الأول في 4 أبريل 1997 م، ولقد أصبحت سارية المفعول منذ 1 ديسمبر 1999 م، بعد أن صادقت عليها خمس دول¹.

وتحتوي هذه الاتفاقية على ثمانية وثلاثين مادة أو بند، حيث جاء في البند الأول أنها تسعى على " صيانة كرامة الشخص واحترام حقوقه وحرياته الأساسية تجاه تقنيات البيولوجيا والطب " ونصت المادة الثانية على أن توضع مصلحة الكائن البشري فوق أي اعتبار آخر يتعلق بالبحث العلمي.

وجاء في بروتوكول لاحق لهذه الاتفاقية الخاص بالهندسة الوراثية بمنع استنساخ الكائنات البشرية وقد تمت الموافقة عليها في باريس بتاريخ 12 جانفي 1998 م، ونص في دباخته: أن تنشيء الكائن البشري وتحويله أداة - أي جعله كسائر الأشياء - عن طريق خلق كائنات بشرية تكون نسخا جينية طبق الأصل عن بعضها، هو عمل ينتهك حرمة وكرامته، وبالتالي يعتبر استعمالا سيئا للطب والبيولوجيا .

ويترجم هذا البروتوكول بالصفة الإلزامية لجميع الأعضاء الموقعين عليه .

ت- منظمة الصحة العالمية

لقد اهتمت المنظمة بقضايا الإنجاب المساعد وخصصت عام 1992 م، مجموعة من الباحثين لمراجعة الأوجه التقنية للإخصاب المساعد عليه طبيا، والقضايا الأخلاقية المتعلقة بذلك، ولقد وصفت تلك المجموعة الاستنساخ بأنه واحد من أشكال البحث العلمي المتطرفة جدا .

لقد أبدت منظمة الصحة العالمية موقفا واضحا من الاستنساخ البشري عقب إعلان علماء معهد روزلين استنساخ نعجة بالغة في 1997 م، حيث أعلن الدكتور " هيروشي ناكاجيما " في تصريح له بأن استنساخ أفراد من البشر ينتهك واحدا من المبادئ الأساسية التي تحكم الإنجاب المساعد عليه طبيا وأردف أنه من غير المقبول أخلاقيا للعلماء أن يستنسخوا يوما ما، مخلوقات بشرية .

كما أصدرت منظمة الصحة العالمية ومنظمة الأمم المتحدة للتربية والعلوم والثقافة اليونسكو تسع قرارات تحضر الاستنساخ البشري، لكن هذه القرارات لا تتمتع بصفة الإلزام .

¹ العتيبي (محمد)، مرجع سابق، ص 310 - 312 .

ث- منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلوم والثقافة (اليونسكو)

أصدرت قرارا تحظر فيه الاستنساخ البشري، لكن هذا القرار لا يملك صفة الإلزام كما تقدم .
وقد أصدرت اليونسكو الإعلان العالمي حول الجينوم البشري والحقوق الإنسانية والذي أُنْخِذَ في عام 1997 م، وصادق عليه 186 دولة عضو في اليونسكو وكان من أبرز المواد المادة 11 والتي جاء فيها: " إن الممارسات التي تتعارض مع الكرامة الإنسانية، مثل الاستنساخ البشري التكاثري سوف لن يسمح بها " ¹

ثانيا: موقف المنظمات العربية الإسلامية

ومن بينها:

1- رابطة العالم الإسلامي، والمجمع الفقهي الإسلامي التابع للرابطة

أعلنت الأمانة العامة لرابطة العالم الإسلامي في مكة المكرمة تحريم الإسلام استنساخ البشر ودعت إلى وضع ضوابط للبحث العلمي، بحيث لا يتصادم مع شريعة الله، ودعت المجتمع الدولي إلى مواجهة فتنة الاستنساخ البشري الذي يضر بالإنسان، ويخالف قاموس الحياة التي أرادها الله سبحانه وتعالى للإنسان، وأصدرت بذلك بيانا موجها إلى حكومات العالم ومؤسساته ومراجعته الدينية والثقافية .
و أوضحت أن الاستنساخ ليس خلقا جديدا بل هو عمل علمي لما سبق أن عمله الله سبحانه وعرفت الاستنساخ بقولها:

هو استعمال لمواد خلقها الله سبحانه وتعالى بوجوه غير سليمة، مخالفة لما شرعه الله من اتخاذ التزاوج بين الذكر والأنثى طريقة للتناسل البشري، مما ينشأ عنه نتائج وخيمة على المجتمع .
وذكر تعريف مجمع الفقه الإسلامي للاستنساخ بأنه: توليد كائن حي أو أكثر، إما بنقل النواة من خلية جسدية، إلى بيضة منزوعة النواة، وإما بتشطير بويضة مخصبة في مرحلة تسبق تمايز الأنسجة والأعضاء .

وقد أصدر مجمع الفقهي الإسلامي بالرابطة قرارا بتجريمه وتجريم فاعله، وذلك في دورته الخامسة عشر المنعقدة في رجب 1419 هـ - 1998 م .
وبين في حيثيات التحريم أن الاستنساخ:

- يعتبر اعتداء على سنة الله في خلق الإنسان وتكوينه عن طريق الزواج بين الذكر والأنثى .
- يعرض لإيجاد أشكال بشرية مشوهة وغير سوية .
- أنه تغيير لسنة الله في خلق الإنسان وخروجه إلى الحياة .
- تغيير للطريق المشروع للنسل .
- اختلاط الأنساب .

¹ العتيبي (محمد)، مرجع سابق، ص 313- 314 .

- إيجاد طرق للتوالد والتكاثر غير الزواج بين الرجل والمرأة .
- أن الاستنساخ هدم للأسرة .
- القضاء على التنوع والتميز بين الناس .

وقد أصدرت بعض التوصيات من أبرزها:

تحريم عمليات الاستنساخ البشري، وهذا يفيد عموماً حالات الاستنساخ البشري، لأنها وصفت بعمليات، ولأنها تعارض الأسس التي جاءت بها الرسالات السماوية، كما أكدت على أن الزواج الشرعي المعروف بين الرجل والمرأة هو السبيل الوحيد للإنجاب والتكاثر بين البشر، ودعت إلى حصر التجارب المتعلقة باستنساخ البشر، وإصدار قوانين عالمية تجرم كل صورته، وتجرم المشتغلين فيه والمشجعين عليه وتوقع عليهم عقوبات مناسبة، وهو بهذا فتح الباب أمام الدول الإسلامية لاتخاذ قرارات حازمة وقوية، حتى على أولئك الذين يقومون بالدعاية أو التسويق لبيع أو تأجير الخلايا، أو النطاف، أو اللقاح أو الأجنة، ومنع كافة الأشكال المعاونة على ترويج هذه العمليات، وحثت المجتمع العالمي لمنع مناشط لشركات والجهات التي ترعى عمليات الاستنساخ البشري¹.

2- منظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، ومجمع الفقه الإسلامي

أصدر مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي في دورة مؤتمره العاشر بجدة بالملكة العربية السعودية قراراً يقضي بتحريم الاستنساخ البشري بطريقتيه المذكورتين (الاستنساخ الجيني والاستنساخ الجسدي)²

3- المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية ومقرها الكويت

دانت المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية نبأ استنساخ أول كائن بشري، وحذر البيان من أن الاستمرار في هذه الأبحاث سيفتح أبواب جهنم على البشرية، وأن هذه القضية تكتنفها محاذير فادحة أبرزها العدوان على ذاتية الفرد وخصوصيته وتميزه من بين طائفة من أشباهه، وكذلك خلخلة الهيكل الاجتماعي المستقر المتعارف عليه على مدى التاريخ الإنساني، والجدير بالذكر أن المنظمة قد سبق لها مناقشة القضايا التي تمس الحياة الإنسانية في خطوة استباقية، حيث عقدت ندوة تحديد بداية الحياة ونهايتها عام 1985 م وخلصت إلى أن بداية الحياة تكون منذ التحام الحيوان المنوي بالبويضة، وأن الحمل حينما يستقر في الرحم في بطن المرأة فإن له احتراماً متفقاً عليه، ويترتب عليه أحكاماً شرعية معلومة، وأن الجنين إذا بلغ مرحلة نفخ الروح تعاضمت حرمة باتفاق، ويترتب عليه أحكاماً شرعية أخرى مما أعطى الباحثين تصوراً كاملاً حول استخدام البويضة الملقحة في التجارب العلمية من دعمه ثم جاءت ندوة الإسلام والمشكلات الطبية المعاصرة " الإنجاب في ضوء الإسلام " والمنعقدة في الكويت بتاريخ 11 شعبان 1403 هـ - 24

¹ العتيبي (محمد)، نفس المرجع، ص 315 .

² القرار رقم 94 بشأن الاستنساخ البشري، مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة العاشرة بجدة بالملكة العربية السعودية .

ماي 1983 م، وقد تطرقت الندوة إلى الكثير من الأمور المهمة التي لها علاقة بشكل من أشكال بقضايا الاستنساخ، ومنها أحكام الإجهاض، وأبحاث الهندسة الوراثية، والتحكم في جنس الجنين، وقد أشارت بعض الأبحاث إلى الاستنساخ صراحة، مما يعني وجود معرفة سابقة بمثل هذه التقنيات، وقد توصيات تلك الندوة حاثّة على عدم التسرع بإبداء رأي ينسب دون الإحاطة الكاملة بهذه التقنية من حيث الفوائد والمضار المترتبة على إجراءها. ولذا كان من اليسير أن تعقد ندوة خاصة عن الاستنساخ في نفس العام الذي أعلن فيه عن ولادة " دوللي "، حيث انعقدت في الدار البيضاء في يونيو 1997 م، وأعقبها في العام التالي 1998 م، بندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني - رؤية إسلامية التي عقدت في الكويت .

ومما أخذ على اللجنة في ندوة الاستنساخ تعريفها له بأنه: إنشاء مخلوقين أو أكثر كل منهما صورة حقيقية للآخر مما حدا بأحد الباحثين إلى القول بحق: " بل هو إنشاء لمخلوق واحد بالاستنساخ عن مخلوق آخر، فالأول يجيء من خلق، وأما الثاني فإنه مجرد استنساخ لما هو مخلوق أولاً " .
وقد أوصت اللجنة في ندوتها الخاصة بالاستنساخ بتجريم جميع الحالات التي يقم فيها طرف ثالث على العلاقة الزوجية سواء كان رحماً، أم بويضة أم حيواناً منوياً أم خلية جسمية للاستنساخ كما شددت من مواقفها تجاه الاستنساخ الجسدي (تقنية نقل النواة) إلا أنها استدركت بالقول:
فإن ظهرت مستقبلاً حالات استثنائية عرضت لبيان حكمها الشرعي من جهة الجواز أو المنع وكان رأيها في الاستنساخ الجيني أنه مقبول من حيث مبدأ سلامة التلقيح لمشابهاة عمليات (أطفال الأنابيب)، والواقع أن هذا الحكم وإن بدا فيه شيء من المرونة، واستخدام طريق للرجعة، إلا أنه لا يعكس حقيقة الموقف الشرعي الذي اتخذته المجامع العلمية فيما بعد .

ولم تبد المنظمة أي اعتراض حيال استخدام تقنيات الاستنساخ والهندسة الوراثية في النباتات والحيوانات، وجاءت توصيات ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني لتقرر السماح بالعلاج الجيني سواء باستبدال جين مكان جين أو إيلاج جين في خلايا المريض، أو إدخال جين في كائن آخر للحصول على كميات كبيرة من إفراز هذا الجين لاستعماله دواء لبعض الأمراض مع منع استخدامها في علاج الخلايا الجنسية، وهذا كما تقدم جزء من تقنيات الاستنساخ العلاجي بينما حرمت التلاعب في الجينات للحصول على أجناس مختلفة من الحيوانات سواء كان لغرض البحث العلمي أم بدافع التسلية وكذلك حرمت الاستنساخ بغرض تحسين النسل، وأدخلت تعديلاً على عدم اعتراضها المطلق على الاستنساخ في مجال الحيوان والنبات، داعية إلى جانب السماح بذلك إلى التحقق من الأضرار على مدى البعيد والتي حذرت منها بعض المؤسسات البحثية في العالم¹.

¹ العتيبي (محمد)، مرجع سابق، ص 316 .

4- مجلس التعاون الخليجي

أصدرت الهيئة التنفيذية لمجلس وزراء الصحة لدول مجلس التعاون الخليجي في اجتماعها الثامن والخمسين بالرياض التوصية رقم 17، طلبت فيها من الأمم المتحدة وضع اتفاقية إيطارية لمنع الاستنساخ البشري ليس لأغراض التكاثر فقط، وإنما لجميع التجارب الوراثية التي تجري على الأجنة البشرية¹.

الفقرة الثانية: موقف القوانين الغربية والعربية من الاستنساخ البشري

أثار الاستنساخ البشري جدلاً قانونياً بليغاً جعل المواقف القانونية تفترق بين مؤيد لتقنية الاستنساخ البشري ومعارض لها لهذا سوف نتطرق لموقف القوانين الغربية (أولاً) ثم موقف القوانين العربية (ثانياً).

أولاً: موقف القوانين الغربية من تقنية الاستنساخ البشري

لقد تنبأت اليابان بأخطار الاستنساخ البشري لأغراض التكاثر قبل إعلان الشركة الأمريكية ACT سنة 2001 م عن نجاحها في استنساخ أجنة بشرية، فقد سنت قانوناً في 30 / 11 / 2000 م، تعاقب بموجبه على الاستنساخ البشري لأغراض التكاثر بالحبس لمدة 10 سنوات وبغرامة حدها الأقصى 10 مليون ين .

كما يمنع بشكل خاص الاستنساخ التكاثري عن طريق زرع جنين مستنسخ في رحم امرأة أو حيوان، ويمنع أيضاً إنتاج أجنة هجينة عن طريق تلقيح بويضة بشرية غير ملقحة مع سائل منوي مأخوذ من حيوان أو مشكلة من خلايا بشرية وحيوانية .

ويقضي القانون الياباني بأن ينظر البرلمان في تعديله كل ثلاث سنوات كي يأخذ بالحسبان التطورات السريعة التي تتم في مجال البحوث العلمية في نطاق الطب وعلم الأحياء والوراثة .

أما في بريطانيا فقد تبنى البرلمان البريطاني قانوناً دخل حيز التنفيذ بعد نشره من قبل المملكة في 04/12/2001 م يعاقب بموجبه كل شخص متهم بزرع جنين مستنسخ في رحم امرأة بالحبس لمدة لا تتجاوز 10 سنوات وكذلك بغرامة

كذلك هو الحال بالنسبة للمشرع الإيطالي فقد أصدر قانوناً في 19/06/2002 م، يتعلق بالطب الإنجابي حيث يعد هذا القانون الاستنساخ البشري لأغراض التكاثر جريمة معاقبا عليها بالحبس من 10 إلى 20 سنة وبغرامة باهضة يمكن أن تصل إلى مليون يورو، وكذلك بالشطب مدى الحياة من المهنة ويستهدف هذا القانون بصفة خاصة الطبيب الإيطالي المشهور " سيفيرينو انتينوري " بعد سخريته على هذا القانون

¹ نفس المرجع، ص 317 .

وبين عدم إمام المشرع الإيطالي بكل جوانب الموضوع وعلق بأن القانون يمنع الاستنساخ بواسطة خلية وواحدة....و أنا سوف أستطيع أن أعمل بكل هدوء سأستخدم خليتين¹.

أما فرنسا فتعد أول بلد منع قانونه الوضعي الاستنساخ البشري، حيث جاءت المادة 16 ف 4 من القانون المدني الفرنسي ما يمنع الاستنساخ البشري المولد، لأنه يمس بحرمة الجنس البشري، كما يمنع تحويل الجينات بهدف تنظيم واختيار لفروع الشخص²

ولقد منع القانون الفرنسي الجديد المتعلق بالبيوتيك³، الاستنساخ المولد بموجب المادة 21 منه التي أضافت فقرة 2 للمادة 16-4 من القانون المدني نصها: " يمنع كل إجراء لولادة مولود مماثل وراثيا ولشخص آخر، حي أو ميت "

كما قرر المشرع الفرنسي عقوبات جنائية ضد الممارسات التي تهدف إلى الاستنساخ المولد، حيث تنص المادة 214-1 من قانون العقوبات الفرنسي على: " أن محاولة القيام بفعل يؤدي لتنظيم اختيار الأشخاص يعاقب عليه بثلاثين (30) سنة سجنًا وبغرامة قدرها 7.500.000 أورو " ⁴

وبالنسبة للولايات المتحدة الأمريكية قامت اللجنة الطبية القومية الأمريكية، بحظر الاستنساخ البشري مؤقتًا، من أجل إجراء المزيد من التشاور والتفكير المتروكي للمجتمع، وبعد دراسة شاملة أوصت اللجنة بسن قانون إتحادي يمنع أيًا كان من محاولة الحصول على طفل مستنسخ عن طريق نقل نواة الخلية الجسدية .

وقد حظر الرئيس الأمريكي (كلينتون) استخدام الأموال الاتحادية في بحوث الاستنساخ البشري هذا على المستوى الفيدرالي، أما في القطاع الخاص فقد اكتفت اللجنة الوطنية لأخلاقيات البيولوجيا بحض هذه القطاعات في التعاون مع الحكومة في هذا الشأن ومع ذلك فقد استمرت عمليات استنساخ البشر في بعض الولايات⁵.

¹ فواز (صالح)، الاستنساخ البشري من وجهة نظر قانونية، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، كلية الحقوق، جامعة دمشق، العدد 01، المجلد 20، 2004 م، ص 88 .

² Conseil d'état , réflexions sur le droit de la santé « Rapport public 1998 et document n°49 la documentation française Paris , p283 » .

³ القانون رقم 2004 - 800 الصادر في 3 أوت 2004 والمتعلق بالبيوتيك، المنشور في الجريدة الرسمية رقم 182 ل 7 أوت 2004، ص 14040 النص رقم 01 .

⁴ Ar 214-1 Loi n° 2004 -800 du 6 août 2004 . « Le fait de mettre en œuvre une pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes est puni de trente ans de réclusion criminelle et de 7 500 000euros d'amende .

⁵ بن عيسى (رشيدة)، الاستنساخ البشري - دراسة طبية فقهية قانونية، دار النفاس، الأردن، 1435 هـ - 2014 م، ط1، ص 227.

بالمقابل فإن بعض الدول تجيز الاستنساخ البشري لأغراض علاجية وإن كانت تمنع الاستنساخ البشري التكاثري فالقانون السعودي مثلاً يعاقب على الاستنساخ البشري التكاثري، إلا أنه يسمح باستنساخ أجنة بشرية لأغراض علاجية ، وكذلك الحال بالنسبة لبريطانيا، فإنها تجيز الاستنساخ البشري لأغراض علاجية والجدير بالذكر أن مجلس اللوردات قد وافق على خطط الحكومة البريطانية، الرامية إلى التوسع في الأبحاث على الأجنة (الاستنساخ العلاجي)¹.

ثانياً: موقف القوانين العربية من تقنية الاستنساخ البشري

تعد تونس من الدول العربية السبّاقة التي منعت الاستنساخ البشري بنص قانوني صريح، حيث بينت مشتملات الطب الإنجابي في الفصل الثاني من قانون رقم 93 المؤرخ في 07 أوت 2001 م، " يشمل الطب الإنجابي كل الأعمال السريرية والبيولوجية داخل الأنبوب أو أي تقنية أو عمل آخر له أثر معادل ويؤدي إلى الإنجاب البشري خارج المسار الطبيعي "

ونصت في الفصل السابع: " يمنع تكوين الجنين البشري أو استعماله لغايات تجارية أو صناعية أو قصد انتقاء النسل"، أما الفصل الثامن " يمنع منعاً باتاً في إطار الطب الإنجابي اللجوء إلى تقنيات الاستنساخ ويحظر الفصل التاسع الحصول على الأجنة البشرية بواسطة الأنبوب أو بتقنيات أخرى قصد الدراسة أو البحث أو التجربة .

و يعاقب الفصل الواحد والثلاثون من هذا القانون على مخالفة أحكام الفصول 7، 8، 9 المشار إليها أعلاه بالسجن لمدة خمس سنوات وبخطية قدرها 10 آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط².

و أعدت وزارة الصحة الأردنية مشروع قانون عن المسؤولية الطبية عام 2009 م، وتضمن هذا المشروع اقتراحات نقابة الأطباء الأردنية التعديلات الآتية عليه: "...يحظر إجراء أي أبحاث أو تجارب أو تطبيقات بقصد استنساخ كائن بشري "³

و بالنسبة لمصر فقد نصت المادة 52 من لائحة آداب مهنة الطب على ما يلي: " يلتزم الطبيب بمراعاة تنفيذ كافة المعايير والضوابط الأخلاقية والقيم الاجتماعية والدينية التي تضعها السلطات المختصة لإجراء البحوث الطبية على الادميين " ونصت المادة 60 على أنه: " يحظر على الباحث إجراء البحوث

¹ فوز (صالح)، مرجع سابق، ص 90 .

² القانون عدد 93 المؤرخ في 7 أوت 2001 المتعلق بالطب الإنجابي .

³ www.addustour.com مشروع قانون المسؤولية الطبية لسنة 2009، تاريخ الإطلاع 2022/11/20، متاح على الموقع:

والممارسات التي تنطوي على شبهة اختلاط الأنساب أو المشاركة فيها بأية صورة، كما يحظر عليه إجراء أو المشاركة في البحوث الطبية التي تهدف إلى استنساخ الكائن البشري أو المشاركة فيها " ¹

كما نصت المادة 1 الفقرة 9 من مشروع قانون المسؤولية الطبية الذي وافقت عليه لجنة الصحة في مجلس الطب بتاريخ 29 مارس 2010 على أنه: " يحظر إجراء عمليات استنساخ الكائنات البشرية كما يحظر إجراء الأبحاث والتجارب والتطبيقات بقصد استنساخ كائن بشري "

ورتب المشرع المصري في المادة 1 فقرة 26 عقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنتين ولا تزيد على خمس سنوات وغرامة لا تقل عن خمسين ألف جنيها أو إحدى هاتين العقوبتين لكل من يخالف أحكام هذه المادة " ²

وبالرجوع إلى المشرع الجزائري فقد ترك فراغا قانونيا فيما يخص تقنية الاستنساخ البشري بالرغم من أن هذه التقنية تتعارض مع الكثير من المفاهيم والمبادئ العامة الشرعية في قانون الأسرة وعلى رأسها مقصد الزواج الشرعي نصت عليه المادة 04 بقولها " الزواج يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب "

أما مسألة النسب فالمعلوم هو أن قانون الأسرة الجزائري يستمد أحكامه من نصوص الشريعة الإسلامية في الغالب هذه الأخيرة التي لا تعترف إلا بصورة واحدة هي التي وردت في المادة 40 التي نصت: " يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار وبنكاح الشبهة وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول " وفي نفس الخصوص نصت المادة 41: " ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق الشرعية " ³

كل هاته المواد تتعارض في مضمونها مع مفهوم الاستنساخ البشري الذي يهدم كل القيم الإنسانية فيعدم الأبوة ويشتت الأواصر ويخلط الأنساب وتنتهك الحرمات .

لقد سبقت الإشارة إلى أن المشرع الجزائري ترك فراغا قانونيا بخصوص العمليات الطبية المستحدثة لنشوء النسب لكنه تدارك هذا الأمر من خلال قانون الصحة فنص على تجريم عمليات الاستنساخ البشري مهما كان نوعها حيث جاء في المادة 375 من قانون 11/18 أنه: " يمنع كل استنساخ للأجسام الحية المتماثلة جينيا فيما يخص الكائن البشري وكل انتقاء للجنس "

¹ قرار رقم 238 لسنة 2003 بتاريخ 5 سبتمبر 2003 المتعلق بلاحة آداب المهنة للأطباء بمصر .

² سعيدان (أسماء)، عمليات الاستنساخ البشري في ضوء الفقه والقانون، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، ص 629 .

³ قانون الأسرة المعدل والمتمم .

وحفاظا على الأنساب ومنعا لاختلاطها أقر المشرع أيضا متابعة جزائية ضد كل من يخالف المنع، حيث نصت المادة 436 من نفس القانون على معاقبة كل من يخالف المنع المنصوص عليه في أحكام المادة 375 من هذا القانون، المتعلقة باستنساخ أجسام حية مماثلة وراثيا وانتقاء الجنس، بالحبس من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة وبغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج¹

¹ قانون رقم 11/18 المتعلق بالصحة .

الفصل الثاني

حماية النسب بالطرق العلمية البيولوجية

الفصل الثاني: حماية النسب بالطرق العلمية البيولوجية

بالرغم من دراستنا لكل طرق ووسائل إثبات النسب ونفيه في الباب الأول من هذه الأطروحة إلا أن التطورات العلمية في مجال الطب والبيولوجيا كشفت عن وجود طرق جديدة تتعلق بإثبات النسب وتحديد أبوة الولد، وتسمى هذه الوسائل بالطرق العلمية البيولوجية الحديثة .

فقد شهد العالم في العصر الحديث ثورة علمية وتكنولوجية واسعة جدا شملت معظم مجالات الحياة الإنسانية، من خلال ابتكار نماذج جديدة وهائلة من التطورات العلمية والتقنية لاسيما في المجال الطبي والبيولوجي، إذ بعد ما كان العالم بأكمله يخضع لطريقة واحدة للدلالات الوراثية لنظام (A.B.O) تم اكتشاف ما يسمى بالبصمة الوراثية

(A.D.N)، إذ أصبحت هذه الأخيرة من الحقائق المهمة في مجال إثبات ونفي النسب وقد سائر المشرع الجزائري هذا التوجه بموجب تعديل قانون الأسرة لسنة 2005، إذ أجاز المشرع للقاضي الاعتماد على الطرق العلمية وعلى رأسها البصمة الوراثية في إثبات النسب بناء على سلطته التقديرية، فما هي الطرق العلمية ؟ وما هو دور القاضي في حماية النسب من خلالها ؟

سنجيب عن هذه الإشكاليات من خلال تقسيم فصلنا إلى ماهية البصمة الوراثية (المبحث الأول) وحماية النسب من خلال سلطة القاضي في تقدير الطرق العلمية (المبحث الثاني) .

المبحث الأول: ماهية البصمة الوراثية

أشار المشرع الجزائري في نص المادة 40 من الأمر 02/05 إلى طرق إثبات النسب وهي الزواج الصحيح، الإقرار البينة، نكاح الشبهة، الزواج الذي تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32، 33، 34 من نفس القانون، كما أجاز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية في إثبات النسب ومن بين هذه الطرق البصمة الوراثية التي تعد من أهم الطرق العلمية المستحدثة في مجال الإثبات، سواء كان الإثبات جنائي أو مدني ولحدثة هذه الوسيلة الجديدة في الإثبات اختلف الباحثين في تعريف جامع وشامل لكل خصائصها وهذا يرجع لاختلاف مجالات الباحثين، فكل منهم ينظر للبصمة الوراثية بنظرة تخصصه العلمي أو القانوني أو الشرعي، لذا كان لزاما علينا التطرق لمفهوم البصمة الوراثية

(المطلب الأول) والأساس الشرعي والقانوني لاستخدام البصمة الوراثية (المطلب الثاني) .

المطلب الأول: مفهوم البصمة الوراثية

يقتضي تحديد مفهوم البصمة الوراثية في مسألة النسب تعريفها وذكر المراحل العلمية لاكتشافها (الفرع الأول) وعرض خصائصها (الفرع الثاني) وذكر مكانة البصمة الوراثية من الدليل الشرعي لنفي النسب (الفرع الثالث)

الفرع الأول: تعريف البصمة الوراثية

أحدثت البصمة الوراثية ثورة في مجالات كثيرة لم تكن متوقعة واتجه العلماء إلى محاولة الإحاطة بمختلف المسائل المرتبطة بها بوضع تعريف لغوي واصطلاحي وعلمي لها (الفقرة الأولى) والأساس اكتشافها (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى: التعريف اللغوي والاصطلاحي والعلمي

من المناسب التطرق لتعريف اللغوي للبصمة الوراثية (أولا) والاصطلاحي (ثانيا) والتعريف العلمي (ثالثا)

أولا: التعريف اللغوي

1- معنى البصمة: مشتقة من البصم، تعني الفرجة بين الخنصر والبنصر، ورجل ذو بصم أي غليظ البصم¹

والبصمة في اللغة جاءت بمعنى العلامة ومنها: بصم القماش بصما أي رسم عليه، وقد أقر مجمع اللغة العربية لفظ البصمة بمعنى أثر الختم بالإصبع تقول: بصم بصما أي ختم بطرف إصبعه².

والبصمة عند الإطلاق ينصرف مدلولها إلى بصمات الأصابع³.

و بالنظر إلى حقيقة كون البصم لغة: هو ما بين طرف الخنصر إلى طرف البنصر تم إطلاق لفظ البصمة على الأثر الذي يحدثه طرف الإصبع للدلالة على علامة الإبهام، التي تطبع على الوثائق بدلا عن التوقيع أو مصاحبة له¹

¹ (الفيروز آبادي)، القاموس المحيط، ج4، فصل الباء، باب الميم، (النقم)، ص 79 .

² لويس (معلوف)، المنجد في اللغة والأعلام، المطبعة الكاثوليكية، بيروت، 2000 م، ط38، ص 40، (ابن منظور)، لسان العرب، مرجع سابق، ج 14، حرف الميم - فصل الباء، ص 317 .

³ السبيل (عمر بن محمد)، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها استخدامها في النسب والجنائية، دار الفضيلة، الرياض، 1423 هـ - 2002 م، ط1، ص 9 .

2- معنى الوراثة: مصدر ورث، يرث، يقال ورث عنه ورثا، أي بانتقال الشيء من الميت إلى الحي من مال أو غيره بالوراثة دون عقد، ويقال أي تحمل معنى البقية والبقاء للإرث للشخص الموروث الذي انتقل وبقي له عن صاحبه، فلا يرث المسلم الكافر²، والوراثة: نعت مشتق من الوراثة ومعناها الانتقال وعلم الوراثة علم يبحث في انتقال صفات الكائن الحي من جيل لآخر وتفسير الظواهر المتعلقة بذلك³.

فالمراد بالبصمة الوراثية: العلاقة أو الأثر الذي ينتقل من الآباء إلى الأبناء أو من الأصول إلى الفروع⁴.

وقال تعالى: إخبارا عن زكريا عليه السلام ودعائه أباه: ﴿وَإِنِّي خِفْتُ الْمَوَالِيَ مِنْ وَرَأَىٰ وَكَانَتْ أُمْرَاقًا عَاقِرًا فَهَبْ لِي مِنْ لَدُنْكَ وَلِيًّا ۖ يَرِثُنِي وَيَرِثْ مِنْ أٰلِ يَعْقُوبَ ۖ وَأَجْعَلْهُ رَبِّ رَضِيًّا ۖ﴾⁵ والوارث صفة من صفات الله تعالى وهو الباقي الدائم الذي يرث الخلائق بعد فنائهم⁶.

ثانيا: التعريف الاصطلاحي

من غير المتصور أن نجد لفقهاءنا القدامى تعريفا بخصوص البصمة الوراثية لأن الأمر لم يكن معروفا في زمانهم وإنما هو اكتشاف معاصر، ولذلك فالتعاريف التي سنذكرها تنسب للمعاصرين ومن بين التعريفات ما جاء به الدكتور عبد الرحمان أحمد الرفاعي: هي البنية الجينية التفصيلية التي تدل على هوية كل فرد بعينه، وتحدد طبيعته الصحية بالتحليل الوراثي لجزء أو أكثر من الحمض النووي (DNA) بطريقة شبه يقينية⁷.

كما عرفها الدكتور سعد الدين سعد الهاللي: بأنها العلامة المخلوقة في خلايا الإنسان والمعينة لهويته تعيين هوية الإنسان، والمعينة لهويته والتي تسمح بالتعرف على أصوله وفروعه بصفة أساسية وتتم عن طريق تحليل جزء أو أجزاء من حمض DNA المتمركز في نواة كل خلية من خلايا جسمه، ويظهر هذا

¹ عبد الدايم (حسني محمود) البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 2007 م، ط1، ص 78.

² (ابن منظور)، لسان العرب، مرجع سابق، ج 3، تابع حرف الثاء، فصل الهاء والواو - حرف الثاء، ص 21، سعدي (أبو الحبيب)، القاموس الفقهي لغة واصطلاحا، دار الفكر، سوريا، 1998 م، ط1، ص 377 .

³ مسعد الهاللي (سعد الدين)، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية آفاق فقهية وقانونية جديدة - دراسة فقهية مقارنة -، دار الكتب المصرية، القاهرة، 2010 م، ط2، ص 30 .

⁴ أبو الوفا (محمد أبو الوفا إبراهيم)، مدى حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، بحث مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2015 م، ط1، ص 20.

⁵ سورة مريم الآية: 6-5 .

⁶ (ابن منظور)، لسان العرب، مرجع سابق، ج 3، ص 21 .

⁷ أحمد الرفاعي (عبد الرحمان)، البصمة الوراثية وأحكامها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، 2005 م، ص 37 .

التحليل في صورة شريط من سلسلتين كل سلسلة بها تدرج على شكل خطوط عرضية سلسلة وفقا للقواعد الآمينية على حمض DNA، وهي خاصة لكل إنسان تميزه عن الآخر في الترتيب وفي المسافة ما بين الخطوط العرضية، تمثل إحدى السلسلتين الصفات الوراثية من الأب صاحب الماء وتمثل السلسلة الأخرى الصفات الوراثية من الأم صاحبة البويضة¹.

وذهب الدكتور وهب الزحيلي إلى تعريفها بأنها: المادة المورثة الموجودة في خلايا جميع الكائنات الحية وهي مثل تحليل الدم أو بصمات الأصابع أو المادة المنوية أو الشعر أو الأنسجة، تبين مدى التشابه والتماثل بين الشيين أو الاختلاف بينهما بالاعتماد على مكونات الجينوم البشري، فهي الشفرة التي تحدد مدى الصلة بين المتمثلات، وتجزم بوجود الفرق أو التباين بين مختلفات، عن طريق معرفة التركيب الوراثي للإنسان في ظل علم الوراثة، فصارت الوراثة قرينة في النفي والإثبات وأمكن بها الكشف عن صحة أو نفي النسب².

وقد حاولت ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية غيرها إعطاء تعريف للبصمة الوراثية فقالت: هي البنية الجينية نسبة إلى الجينات، أي المورثات التي تدل على هوية كل فرد بعينه، وهي وسيلة لا تكاد تخطئ في التحقق من الوالدية والتحقق من الشخصية³.

وقد أقر المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة التعريف السابق للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية وأضاف: بأن البحوث والدراسات تفيد أن البصمة الوراثية من الناحية العلمية وسيلة تمتاز بالدقة لتسهيل مهمة الطب الشرعي والتحقق من الشخصية ومعرفة الصفات الوراثية المميزة للشخص، ويمكن أخذها من أي خلية: من الدم أو اللعاب أو المنى أو البول وغيره⁴.

ومما سبق يمكن القول أن الناظر إلى هذه التعريفات يتبين أنها تدور حول معنيين هما: انتقال الصفات الوراثية من الآباء إلى الأبناء كمعنى أول، دراسة التركيب الوراثي كمعنى ثاني . أما المشرع الجزائري لم يحدد مدلول المصطلح في قانون الأسرة واكتفى بذكر مصطلح الطرق العلمية وهذا غير كاف فالطرق كثيرة والتعريف يجب أن يكون دقيقا، لكن بعد صدور قانون رقم 16-03 المتعلق بالبصمة الوراثية في الإجراءات والتعرف على الأشخاص عرف البصمة الوراثية في المادة 02 منه⁵.

¹ مسعد الهلالي (سعد الدين)، مرجع سابق، ص 40 .

² وهبة (الزحيلي)، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، بحوث الدورة لمجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، ص 15 .

³ ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني، المنعقدة في الكويت في الفترة ما بين 23-25 جمادى الثانية 1419 هـ الموافق لـ 13-15 أكتوبر 1998 م، مقتبس عن خليفة الكعبي، ص 43 .

⁴ قرارات المجمع الفقهي الإسلامي: قرار رقم 07 بشأن البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، الدورة 16، مكة المكرمة، ص 89 .

⁵ نصت المادة 02 من قانون رقم 16-03 مؤرخ في 14 رمضان عام 1437 الموافق 19 يونيو سنة 2016، يتعلق بالبصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص.

ثالثاً: التعريف العلمي

تطلق البصمة الوراثية الجينية في الاصطلاح العلمي والفقه على ذلك الكشف الذي يحدد هوية الإنسان وصلته بمن تسبب في وجوده عن طريق تحليل جزء من حمض (DNA) المتمركز في نواة أي خلية ويظهر هذا التحليل في صورة شريط من سلسلتين، كل سلسلة بها تدرج على شكل خطوط عرضية مسلسلة وفقاً لتسلسل القواعد الآمينية على حمض (DNA) وتمثل إحدى السلسلتين الصفات الوراثية من الأب، وتمثل السلسلة الأخرى الصفات الوراثية من الأم (الوالدة) ومن مجموع السلسلتين يتميز الإنسان بصفات تفرد عن غيره من البشر ووسيلة هذا التحليل أجهزة ذات تقنية عالية يسهل على المتدرب قراءتها وحفظها وتخزينها في الحاسب الآلي لحين الحاجة إليها¹.

و كلمة ADN هي مختصر لعبارة Acide Desoxy Ribonique أي الأكسجين الرايبوزي النووي² وهي الحمض النووي الذي يشكل المادة الأساسية للكروموزم، ويوجد داخل كل خلية من خلايا الجسم في النواة تحديداً ويتحكم في الصفات الوراثية للكائنات الحية³.

وتتكون النواة من 23 زوج من الكروموزومات، 22 زوج متشابهة بين الذكر والأنثى، بينما الزوج 23 يختلف بين الذكر (xy) وبين الأنثى (xx) وكل كروموزوم يتكون من شريط بطول 08,1 م من الحامض النووي، ويلتف حول النواة على هيئة سلاسل حلزونية، وبداخل هذا الشريط توجد أجزاء تسمى بالعقد الجينية تحمل الصفات الوراثية، وجزء آخر لا يحويها وبالتالي فهو غير فعال⁴.

الفقرة الثانية: أساس الاكتشاف العلمي للبصمة الوراثية

-
- البصمة الوراثية: التسلسل في المنطقة غير المشفرة من الحمض النووي .
 - الحمض النووي (الربي منقوص الأكسجين) : تسلسل مجموعة من النكليوتيدات تتكون كل واحدة منها من قاعدة آزوتية الأدينين (A) والغوانين (G) السيتوزين (C) و التيمين (T) ومن سكر (ريبوز منقوص الأكسجين) ومجموعة فوسفات.
 - المناطق المشفرة في الحمض النووي: مناطق من الحمض النووي، تشفر لبروتين معين
 - المناطق غير المشفرة في الحمض النووي: مناطق من الحمض النووي، لا تشفر لبروتين معين .
 - التحليل الوراثي: مجموعة الخطوات التي تجري على العينات البيولوجية، بهدف الحصول على بصمة وراثية .
 - العينات البيولوجية: أنسجة وسوائل بيولوجية تسمح بالحصول على بصمة وراثية .
 - المقارنة: هي المقارنة بين بصمتين وراثيتين .
- ¹ القواسمي (بسام محمد)، أثر الدم والبصمة الوراثية في الإثبات في الفقه الإسلامي والقانون، دار النفاس، الأردن، 1430 هـ - 2010م، ط1، ص 63 - 64 .
- ² أبو الوفا (محمد إبراهيم)، مرجع سابق، ص 20 .
- ³ الشويرخ (سعد بن عبد العزيز بن عبد الله)، أحكام الهندسة الوراثية، مرجع سابق، ص 39 .
- ⁴ السبيل (عمر بن محمد)، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها استخدامها في النسب والجنائية، بحوث مجمع الفقهي الإسلامي، مكة المكرمة، ص 158 .

تعتبر البصمة الوراثية من الأمور العلمية المستحدثة، لكن سبق ظهورها، اكتشافات علمية كثيرة ساهمت كلها في الوصول إلى هذا الانجاز الرائد، ولم تأت البصمة الوراثية من فراغ بل لكل علم أساسه الذي يرجع إليه، ومصدره الذي ينبعث منه وأساس الحامض النووي (البصمة الوراثية) هو البيولوجيا الجزيئية .

وقصة ظهور مصطلح البصمة الوراثية إلى حيز الوجود تعود إلى سنة 1984، حينما توصل العالم الانجليزي " أليك جيفري " (Alec Jefferye)، عالم الوراثة بجامعة ليستر بلندن ومعه العلمان " جان بروكفيلد "

(John Brocfeild) و " راي وايت " (Ray white)، إلى أن هناك تتابعات تتكرر بطريقة محددة ومنتظمة داخل أجزاء من القواعد النيكلوتيدية في الحمض النووي (ADN) .

وواصل أبحاثه حتى توصل بعد عام واحد إلى أن هذه التتابعات شديدة التباين والاختلاف بين الأفراد في الطول والحجم والموقع كما أن هذه التتابعات مميزة لكل فرد ولا يمكن أن تتشابه بين اثنين إلا في حالات التوائم المتماثلة فقط، بل أن احتمال تشابه بصمتين وراثيتين بين شخص وآخر هو واحد في التريلليون مما يجعل التشابه مستحيلا

وسجل الدكتور " أليكس جيفرس " براءة اكتشافه عام 1985 م وأطلق عليه اسم " البصمة الوراثية (L'empreinte génétique)"، محاكاة لبصمة الأصبع لدى الإنسان، وبذلك يكون هو أول من أطلق مصطلح البصمة الوراثية ليشيع استعماله في كافة مجالات البحوث والعلوم والفقه والقانون والقضاء¹.

والملاحظ أن البصمة الوراثية ليست التسمية الوحيدة لهذا الاكتشاف العلمي – وإن كانت هي المشهورة – إذ أن هناك من يطلق عليه اسم بصمة الحامض النووي (printing DNA finger) أو البصمة الجينية (Geneticfinger printing) أو الشفرة الوراثية أو الطبعة الجينية، وهناك من الباحثين من رفض تسمية هذا الاكتشاف باسمه المشهور – أي البصمة الوراثية – على اعتبار أنها ليست دقيقة وفضل استبدالها بعبارات " الأدلة البيولوجية " ²

¹ رابحي (فاطمة الزهراء)، مرجع سابق، ص 151 .

² حسني محمود عبد الدايم (عبد الصمد)، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات، مرجع سابق، ص 73 .

أما " إريك لاندر " محقق الهوية الأخير¹، فسماه بـ: (ADN typing) واقتبس هذا الاسم من بصمات الأصابع (Empreinte digitale) من خلال ما ينطبق منها على الأجسام المصقولة، علماً بأن بصمات الأصابع تختلف من شخص لآخر حتى أصابع الشخص الواحد .

الفرع الثاني: خصائص البصمة الوراثية وضوابط العمل بها

حازت تقنية البصمة الوراثية مكانة متقدمة بين أدلة الإثبات المختلفة في شتى المجالات وكان وراء هذا التقدم مجموعة من الخصائص والضوابط التي تميزت بها، فما هي هذه الخصائص ؟ وما هي الضوابط التي تم إتباعها للاستعانة بهذه التقنية ؟

إن الإجابة عن هذه الأسئلة يستدعي أن نقسم هذا الفرع إلى فقرتين نتناول في:

الفقرة الأولى: خصائص البصمة الوراثية

الفقرة الثانية: ضوابط العمل بالبصمة الوراثية في إثبات النسب ونفيه

الفقرة الأولى: خصائص البصمة الوراثية

تتمتع البصمة الوراثية بمجموعة من الخصائص والمزايا ظهرت من خلال البحوث الطبية البيولوجية هذه الخصائص جعلتها متميزة مقارنة بالأدلة الأخرى لهذا سنحاول إجمالها في ما يلي:

1- تميز البصمة الوراثية كل شخص عن غيره، ومن المستحيل (من الناحية الطبيعية) أن تطابق بصمة شخص شخصاً آخر، إلا في توأمين متطابقين (التوائم المتماثلة من بويضة واحدة) لذلك تعتبر البصمة الوراثية قرينة نفي أو إثبات قوية لا تقبل الشك².

فقد أثبتت الدراسات أن التحاليل التي تتم في الكشف عن البصمة الوراثية جعلت من إمكانية الخطأ أمراً صعباً جداً في حالات إثبات أو نفي الأبوة، فقد استطاع الباحثون البريطانيون حساب الاحتمالات لإمكانية تشابه شخصين ليسا أقرباء، فوجدوا أن الاحتمالية تكاد تكون صفراً، وكذلك الحال بين الإخوة فإن فرصة التشابه في نفس البصمة الوراثية تصل إلى واحد في المليون، ويقول آخر: إن نسبة التشابه تكاد تبلغ فرصة واحدة لكل 30 مليار من الحالات³.

وبذلك فإن للبصمة الوراثية وظيفتين: تتمثل الأولى في إثبات النسب والثانية تنفيه

¹ الهاللي (سعد الدين مسعد)، مرجع سابق، ص 39 .

² حسن (محمد عبد العزيز)، إثبات النسب بالبصمة الوراثية، مرجع سابق، ص 163 .

³ السبيل (عمر بن محمد)، مرجع سابق، ص 13 .

2- يتكون الحمض النووي (ADN) الخاص بكل إنسان من أمه وأبيه بنسبة 50 % من كل منهما أي يأخذ عنهما العوامل الوراثية بالتساوي، ذلك أن اللقحة تتكون بالأصل من نطفة الأب وبويضة الأم يكتسبان طبيعة الخليتين الجنسيين المختلفتين من حيث المادة الوراثية¹.

3- أظهرت الدراسات العلمية الحديثة مقدرة الحمض النووي (ADN) على تحمل الظروف الجوية السيئة المحيطة وخصوصا ارتفاع درجات الحرارة والبرودة وعوامل التعفن، ولا تفقد خواصها، حيث يمكن معرفة البصمة الوراثية من التلوثات الدموية الجافة التي مضى عليها وقت طويل، ويمكن معرفتها من بقايا العظام وخصوصا عظام الأسنان، هذا بجانب التلوثات البيولوجية المرفوعة من مكان الحادث .

4- البصمة الوراثية موجودة في جميع خلايا الجسم البشري، ما عدا خلايا كريات الدم الحمراء لأنها ليس لها نواة وتتنوع مصادرها، لهذا يمكن عمل هذه البصمة من أي نوع مخلفات آدمية سائلة (دم، لعاب، مني) أو أنسجة (لحم، عظام، جلد، شعر) والكمية الكافية لمعرفة البصمة الوراثية تقدر برأس الإبرة².

5- تظهر بصمة الحمض النووي بشكل واضح على هيئة خطوط عريضة تختلف في السمك والمسافة بين الأفراد، يمكن تخزين تلك الصورة في الكمبيوتر في إطار ما يسمى بنك حفظ المعلومات الجينية وهذا ييسر عملية الاستحضار والمقارنة عند الحاجة، وبذلك يمكن تبادل المعلومات الوراثية بين مختلف المراكز العالمية، خاصة حينما يتعلق الأمر بالبحث عن أشخاص متابعين أو مشبه بهم في حالة فرار .

6- تعتبر البصمة الوراثية وسيلة عرفت حتى الآن في تحديد هوية صاحبها، وفي إثبات أو نفي الأبوة أو البنوة البيولوجية، (رغم أنه شرعا لا يعتد به، إذ يؤخذ إلا باللعان) وأن نتائجها شبه قطعية وتصل إلى نسبة 99.9 % (إذا أجريت وفق معايير أو ضوابط معينة)، فقد أثبتت الدراسات أن التحاليل التي تتم في الكشف عن البصمة جعلت إمكانية الخطأ أمرا صعبا جدا مما يجعلها سيده الأداة³

7- تتمتع البصمة الوراثية وجزء الحمض النووي بمقدرته على الاستنساخ استنساخا تناسليا

¹ بورقعة (عمر سفيان)، مرجع سابق، ص 327 .

² رابحي (فاطمة الزهراء)، مرجع سابق، ص 159، أنظر نجم عبد الله (عبد الواحد)، البصمة الوراثية وتأثيرها على النسب، الدورة السادسة عشر، المجمع الفقهي الإسلامي، مكة المكرمة، 2002 م، ص 231، أنظر، شحرور (حسين علي)، الطب الشرعي مبادئ وحقائق، مكتبة نرجس، (دم)، (د. ت)، (د. ط)، ص 263 . 1 www.narjes-library.blogspot.com

³ فؤاد (عبد المنعم أحمد)، البصمة الوراثية ودورها في الإثبات الجنائي بين الشريعة والقانون، المكتبة المصرية، الإسكندرية، (د. ت)، (د. ط)، ص 17 .

(جنسي) والذي تناولنا تعريفه سابقا بمناسبة كلامنا أنواع الاستساخ، بما يحمله جزيء الـ: ADN من الصفات التي تتوضع في خلايا الجسم، فينتقل مورثات الأبوين لأولادهما، وبذلك يعمل على نقل صفات النوع من جيل إلى جيل¹

8- تتميز البصمة الوراثية بأنه يمكن التعرف بواسطتها على صاحبها بعد وفاته بأخذ عينة من هيكله حتى وإن مات من عشرات أو مئات السنين².

9- استعمال البصمة الوراثية في الطب الشرعي الذي يعد فيه إثبات جرائم الزنا والاعتصاب وهتك العرض من أهم فروعه، واعتبرها علماء الطب الشرعي وسيلة للتمييز بين الأشياء بدقة متناهية . يتبين في الأخير أن البصمة الوراثية من الناحية العلمية وسيلة لا تكاد تخطئ في التحقق من الوالدية البيولوجية وأن أهميتها بالغة جدا في قضايا تنازع البنوة . ومن خلال ما سبق نخلص إلى أنه يمكن الاعتماد على البصمة الوراثية في مجال النسب في الحالات التالية:

- حالة التنازع بشأن نسب ولد مجهول بسبب انتفاء الأدلة أو بسبب وطء بشبهة .
- تمييز ورفع أي اشتباه في المواليد في المستشفيات ومراكز رعاية الأطفال .
- عند تعذر معرفة الأهل لأبنائهم بسبب الضياع أو الاختلاط في الحوادث والحروب خاصة عندما تكون هناك جنث مشوهة يصعب تحديد هوية أصحابها .
- يؤخذ بالبصمة الوراثية في حالة تنازع أكثر من شخص في أبوة الولد المجهول النسب إذا انتفت الأدلة
- إثبات النسب لطفل الأنبوب (التلقيح الصناعي) فإذا حدث تلاعب وذلك بأخذ حيوانات منوية من رجل غير الزوج أو أخذت البويضة من امرأة غير الزوجة، يمكن إثبات النسب للطفل المولود بواسطة مقارنة البصمة الوراثية له مع الزوج والزوجة³

الفقرة الثانية: ضوابط العمل بالبصمة الوراثية في إثبات النسب ونفيه

قد أصبح الاعتماد على الشفرة الوراثية في مجال إثبات النسب ونفيه على أساس متين، لا يشوبه الشك، وحتى تكون كذلك، فلا بد أن تتوفر فيها الشروط والضوابط العلمية وهناك ضوابط شرعية للعمل بالبصمة الوراثية (أولا) وأخرى فنية (ثانيا) .

¹ الكعبي (خليفة علي)، مرجع سابق، ص 48 .

² إبراهيم (أحمد عثمان)، دور البصمة الوراثية في قضايا إثبات النسب والجرائم الجنائية، المؤتمر العربي الأول لعلوم الأدلة الجنائية والطب الشرعي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 1428 هـ - 2007 م، ص 7 .

³ حسام (الأحمد) البصمة الوراثية حقيقتها في الإثبات الجنائي والنسب، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، 2010 م، ط 1، ص 32 وما بعدها .

أولاً: الضوابط الشرعية للعمل بالبصمة الوراثية

لقد نص كثير من الفقهاء المعاصرين على ضوابط شرعية يجب مراعاتها عند العمل بالبصمة الوراثية، من بينها:

1- أن لا تعارض البصمة الوراثية طريقاً شرعياً للإثبات:

إذ أن طرق إثبات النسب مبنية على ترتيب حسب قوة حصول اليقين بها، فأعلى مراتب إثبات النسب ثبوت الزوجية، المعبر عنه في الحديث بالفراش، في قوله صلى الله عليه وسلم " الولد للفراش وللعاهر الحجر " ثم الإقرار، ثم البينة، فلا يصار إلى الاستدلال بالقيافة أو القرعة أو نحوها من القرائن، إذا وجد طريق للاستدلال، وهذا ما نصت عليه المادة 40 من (ق. أ.ج): " يثبت النسب بالزواج الصحيح، أو بالإقرار أو بالبينة، أو بنكاح الشبهة، أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقاً للمواد ك 32 و 33 و 34 من هذا القانون

يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب "

فالبصمة الوراثية لا تعدوا أن تكون قرينة، مثل القيافة، فلا تقدم على الطرق الثابتة بالشرع . يقول وهبة الزحيلي - رحمه الله - (وذلك لأن هذه الطرق أقوى في تقدير الشرع، فلا يلجأ إلى غيرها إلا عند التنازع في الإثبات، وعدم الدليل الأقوى، أو عند تعارض الأدلة) وقد يكون الإنجاب من علاقة غير شرعية، فبالتالي لا يصح إثبات النسب بالبصمة عند عدم وجود الفراش ويكون الولد يلحق نسبه بأمه لا بأبيه .

2- ألا تعارض البصمة الوراثية طريقاً شرعياً في النفي:

حيث إن الشرع جعل طريق نفي النسب هو اللعان، يقول الدكتور يوسف القرضاوي - رحمه الله - (وقد اتفق العلماء على أن الزوج إذا طلب الاحتكام إلى البصمة الوراثية لم يستجب له، لأنه يفوت على المرأة ما يوفره لها اللعان من الستر عليها وعلى ولدها، وهذا الستر مقصود للشارع لما فيه من مصلحتها ومصلحة ولدها) وإلغاء البصمة الوراثية في مثل هذه الحالة من باب تقديم أقوى الدليلين على أضعفهما وذلك لأننا جعلنا البصمة في منزلة القيافة، فبالتالي تأخذ شروطها .

ولكن ما الحكم إذا قذف الزوج زوجته بإثبات براءتها عن طريق اللجوء إلى البصمة الوراثية هل تجاب إلى ذلك أم لا ؟

وقد بحث مجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي هذه المسألة واختلف الفقهاء المجتمعين إلى رأيين: الرأي الأول: أنها لا تجاب إلى ذلك، ويكتفي باللعان لأنه هو الذي شرعه الله تعالى لعلاج هذه الحالة فيوقف عنده ن ولا يصار إلى غيره، لأنه لا اجتهاد مع النص، وقد قال بهذا أكثر العلماء .

والرأي الثاني: أنه تقبل دعوى المرأة التي قذفها زوجها ويستجاب طلبها في نفي التهمة عنها، لأنها تطلب إثبات النسب لا نفيه، وقد انتصر لهذا القول الدكتور يوسف القرضاوي، حيث قال: (ولكن الذي أرجحه أنه يستجاب للمرأة في هذا الطلب على أساس أنها تطلب اللجوء إلى وسيلة علمية مقطوع بها، تدفع التهمة بها عنها، وتحفظ بها حقها ولا تعتدي على حق إنسان آخر، فهي تطلب بالاحتكام إلى البصمة الوراثية إثبات أمور ثلاثة في غاية الأهمية شرعا:

أولهما: براءة نفسها من التهمة المنسوبة إليها، وهي جازمة بأنها تهمة كاذبة، وهذا أملا يحرص عليه الشارع: " ألا يتهم بريء بما ليس فيه " .

وثانيهما: إثبات نسب ولد من أبيه، وهذا حق للولد والشرع يتشوف إلى إثبات الأنساب ما أمكن، وحفظ الأنساب من الضرورات الشرعية الخمس .

والثالث: إراحة نفس الزوج، وإزاحة الشك من قلبه، بعد أن يثبت له بالدليل العلمي القطعي: أن الولد الذي اتهمها بنفيه منه هو ابنه حقا، وبذلك يحل اليقين في نفسه محل الشك، والطمأنينة محل الريبة .

وبهذا يستفيد الأطراف الثلاثة بهذا الإجراء: الزوجة والزوج والولد، وأمر يحقق هذه المصالح كلها وليس فيه ضرورة لأحد، ولا مصادمة لنص: لا ترفضه الشريعة، بل هو يتفق مع مقاصدها¹

3- ألا يصار إلى العمل بالبصمة الوراثية إلا بحكم قضائي، وهذا سدا للذريعة، ومنعا للتلاعب والتجاوزات المتوقعة كما أفادته الوقائع والتجارب، لقلة الوازع الديني، وضعف الضمير عند الكثير من الناس، وهذا يدخل في صلاحية الحاكم للتقيد المباح تحقيقا للمصلحة، ودفعاً للمفسدة، فقد عمل الفقهاء بهذه القاعدة في الكثير من الأحكام، منها جواز التسعير، وتقييد حركة التجار بما يناسب دفع المفساد العامة، ولأن تصرفات الحاكم في رعيته يشترط فيها تحقيق المصلحة، كما نقول القاعدة:

(التصرف على الرعية منوط بالمصلحة) أو (منزلة الإمام من الرعية منزلة الولي اليتيم)

كما يرجع إلى مسألة تحصيل الحقوق دون الرجوع إلى القاضي، فقد اتفق الفقهاء على أنه لا يجوز لمن يطلب حقا أن يستوفيه دون رفع دعوى قضائية، وانتظار حكم القاضي، إذا كان هذا الحق متعلقا بعقوبة أو بحق شرعي محض وهو ما عدا الأعيان والديون والمنافع من الحقوق، كذلك المتعلقة بالنكاح واللعان والإيلاء والرجعة والطلاق بالإعسار والإضرار ونحو ذلك .

وعلوا عدم جواز استفتاء هذه الحقوق من غير رفع إلى القاضي بأنها أمور خطيرة، كالعقوبات، فيجب الاحتياط في إثباتها واستيفائها، وبأنها أمور تحتاج إلى الاجتهاد والتحرير في تحقيق أسبابها، ومقادير هذه الأسباب، وهي أمور يختص بها الحاكم .

ويتأكد الأمر عندما يخشى وقوع مفسدة أو ضرر، كما إذا ترتب على استفتاء الحق من غير حكم الحاكم .

¹ بن زعيمة (محمد)، ضوابط العمل بالبصمة الوراثية في إثبات النسب ونفيه على ضوء الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، مجلة صوت القانون، العدد 03، المجلد 07، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة لونييسي علي، البليدة 2، 2021 م، ص 1565 .

- 4- أن تجري عملية التحاليل في مختبرات الدولة ضمانا للمصداقية والصحة، ومنع القطاع الخاص والشركات التجارية ذات المصالح من المتاجرة فيها وفرض العقوبات الزاجرة والرادعة لكل من تسول له نفسه التلاعب بالجينات البشرية أو التعرض للأسرة المسلمة وتحطيم دعائمها المستقرة¹.
- 5- أن لا تخالف نتائج التحليل حكما عقليا مقررا في الشريعة الإسلامية كأن يثبت بنوة مولود لمن لا يولد لمثله، مثل الصبي الذي لم يبلغ أو لكونه مقطوع الذكر أو الخصيتين ونحو ذلك، وبالتالي تكون البصمة الوراثية قد اعترها الخطأ والتلاعب وخالفت العقل والواقع، وهو ما يتعين رفضه².
- 6- أن تشرف على نتائج التحاليل لجنة من الفقهاء والأطباء والإداريين المحلفين، حتى لا يترتب الشك إلى التزوير وأن توضع آلية دقيقة لمنع الانتحال والغش ومنع التلوث وكل ما يتعلق بالجهد البشري في حقل مختبرات البصمة الوراثية، حتى تكون النتائج مطابقة للواقع، وأن يتم التأكد من دقة المختبرات، وأن عدد المورثات (الجينات المستعملة للفحص) بالقدر الذي يراه المختصون ضروريا، دفعا للشك³.
- 7- ألا تستخدم البصمة الوراثية في التأكد من نسب ثابت لأن استخدامها في مثل هذا يؤدي إلى التشكيك في أنساب الناس، وينشر سوء الظن بين الأزواج، ويقوي الريبة بين أفراد المجتمع .
- وقد دلت قواعد الشرع على أنه لا يجوز محاولة التأكد من صحة النسب بعد ثبوته شرعا، لاتفاق الشرائع السماوية على حفظ الضروريات للحياة الإنسانية ومنها حفظ النسب والعرض، لهذا لا يجوز إطلاقا محاولة التأكد من صحة النسب عن طريق البصمة الوراثية ولا غيرها من الوسائل⁴ ويدل على ذلك ما رواه البخاري ومسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه، عن الرجل الذي جاء النبي صلى الله عليه وسلم فقال: يا رسول الله ولد لي غلام أسود، فقال " هل لك من إبل ؟ " قال: نعم، قال: " ما لونها ؟ " قال حمر، قال " هل لك فيها من أورك ؟ " قال: نعم، قال " فأنى ذلك ؟ " قال: لعله نزع عرق، قال: " فقال لعلى ابنك هذا نزع " ولم يرخص له الانتفاء عنه⁵.

¹ الكعبي (خليفة)، مرجع سابق، ص 50 . أنظر حسام (الأحمدي)، مرجع سابق، ص 118 . حسني محمود عبد الدايم (عبد الصمد)، مرجع سابق، ص 479 .

² الميمان (ناصر عبد الله)، البصمة الوراثية، وحكم استخدامها في مجال الطب الشرعي والنسب، مجلة الشريعة والقانون، مجلة علمية محكمة تعنى بنشر الدراسات الشرعية والقانونية - نصف سنوية -، العدد 18، تصدر عن مجلس النشر العلمي، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 1423 هـ - 2003 م، ص 223 .

³ بن زعيمة (محمد)، مرجع سابق، ص 1569 . أنظر فؤاد (عبد المنعم أحمد)، مرجع سابق، ص 19 .

⁴ آل قرون (زيد بن عبد الله بن إبراهيم)، البصمة الوراثية وأثرها في الإثبات، بحث مقدم لمؤتمر القرائن الطبية المعاصرة وآثارها الفقهية، 1431 هـ - 2010 م، ص 487 . خضر (محمد آدم أحمد)، أثر البصمة الوراثية في إثبات النسب، بحث مقدم لمؤتمر القرائن الطبية وآثارها الفقهية، المنظم من قبل الجمعية العلمية السعودية للدراسات الطبية الفقهية المنعقدة في الفترة 10-11 جمادى الأولى 1435 هـ - الموافق لـ: 10-11 مارس 2014 م، ص 13 .

⁵ صحيح مسلم .

فقد دل هذا الحديث على أنه لا يجوز نفي النسب بعد ثبوته مهما ظهر من أمارات وعلامات قد تدل عليه.

ثانيا: الضوابط الفنية للعمل بالبصمة الوراثية

بالإضافة إلى الضوابط الشرعية هناك بعض الضوابط الفنية لابد من مراعاتها عند إجراء تحاليل البصمة الوراثية من بينها:

- 1- أن تكون المعامل والمختبرات مزودة بأفضل ما توصلت إليه التقنية الحديثة وبأعلى المواصفات الفنية القابلة للاستمرار والتفاعل مع العينات والظروف المحيطة بها في الدولة¹
- 2- أن يكون جميع القائمين على العمل في المختبرات الخاصة بتحليل البصمة الوراثية سواء كانوا خبراء البصمة الوراثية أو من المساندين لهم في أعمالهم المخبرية ممن تتوفر فيهم أهلية قبول الشهادة كما في القائف ويتسمون بصفات الأمانة والخلق الحسن والعدل في العمل، وكل ما يتطلبه الشرع في سبيل درء المفاسد وجلب المصالح إضافة إلى معرفتهم وخبرتهم في مجال تخصصهم الدقيق في المختبر.
- 3- توثيق كل خطوة من خطوات تحليل البصمة الوراثية بدءا من نقل العينات إلى ظهور النتائج حرصا على سلامة تلك العينات وضمانا لصحة نتائجها مع حفظ هذه الوثائق للرجوع إليها عند الحاجة .
- 4- أن يجري التحليل في مختبرين معترف بهما على الأقل، وأن تؤخذ الاحتياطات اللازمة لضمان عدم معرفة أحد المختبرين الذين يقومان بإجراء الاختبار بنتيجة المختبر الآخر².
- 5- شرط تعدد الفنيين على العمل في البصمة الوراثية قياسا على الشهادة والقيافة، وهذا رأي الأغلبية من فقهاء العصر³.
- 6- أن تحاط الإجراءات الفنية والنتائج التحليلية بسرية تامة، سواء التي في المختبرات الفنية، أو في الدوائر ذات العلاقة، لما يحيط بهذا الموضوع من خصوصية تامة⁴.

¹ بندر بن فهد (السويلم)، البصمة الوراثية وأثرها في النسب، بحث محكم، مجلة العدل، العدد 37، محرم 1429 هـ، ص 131.

² فؤاد (عبد المنعم أحمد)، مرجع سابق، ص 19 .

³ القره داغي (علي محي الدين) البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، بحوث الدورة لمجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، ص 71 .

⁴ ماينو (جيلالي)، الإثبات بالبصمة الوراثية - دراسة مقارنة -، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2014 - 2015 م، ص 116 .

7- أن يكون العاملون على البصمة الوراثية من أصحاب الخبرة العالية والمستوى الرفيع وممن يشهد لهم بالنقد العلمي والتقني حتى لا يؤدي عدم ذلك إلى تدهور النتائج الفنية وبالتالي ضياع الحقوق من أصحابها .

8- ينبغي أن لا يقبل قول الخبير في البصمة الوراثية إذا كان ذلك يجبر لنفسه نفعا أو يدفع عنها ضررا ن ولا يقبل حكمه لوالديه ن وأن يكون ذا خبرة وتجربة، بأن يكون مؤهلا وقد اشتهر عنه الإصابة

9- عمل التحاليل الخاصة بالبصمة بطرق متعددة، وبعدد كبير من الأحماض الأمينية، ضمانا لصحة النتائج قدر الإمكان¹

فإذا توفرت هذه الشروط والضوابط في خبراء البصمة الوراثية وفي المعامل ومختبرات تحليل البصمة، فإنه لا مجال للتردد فيما يظهر في مشروعية العمل بالبصمة الوراثية واعتبارها طريقا من الطرق المعتمدة لإثبات النسب كالقيافة إن لم تكن أولى .

الفرع الثالث: مكانة البصمة الوراثية من الدليل الشرعي لنفي النسب (اللعان)

سبق وذكرنا أن النسب أحد مقاصد الشريعة الإسلامية وأركانها ومن مظاهر ذلك تشوفها إلى ثبوته ودوامه وتسهيلها في إثباته بأدنى الأسباب وأيسرها لما يتمتع به من مكانة مقدسة بين نصوص الشرع وأحكامه

ولكن في المقابل تشددت الشريعة الإسلامية في نفي النسب بعد ثبوته فلم يشرع له إلا طريق واحد وهو اللعان الذي يعطي الحق للرجل في دفع النسب الباطل عنه - في حالة تأكده من ذلك - وفي نفس الوقت حماية للزوجة من اتهامها بالخيانة من زوجها .

ولما كانت البصمة الوراثية من المستجدات الحديثة التي كان لها عظيم الأثر في مجال النسب، فقد ثار نقاش فقهي كبير بين فقهاء الشريعة الإسلامية وعلماء القانون حول مدى إمكانية الاستفادة من البصمة الوراثية في نفي النسب، وهل يجوز الاستعاضة بها عن عملية إجراء الملاءنة، وكانت لهم في ذلك آراء واجتهادات مختلفة والمتأمل في هذه الآراء يجد أنه يمكن ردها إلى ثلاث آراء أساسية، الرأي الأول هو القائل بعدم جواز الاستعانة بالبصمة الوراثية في نفي النسب وإنما ضرورة التقيد بالطريق الوحيد شرعا وهو اللعان والرأي الثاني الذي يقدم البصمة الوراثية على اللعان أما الرأي الثالث فأراد أن يجعل البصمة الوراثية قرينة للتراجع عن اللعان فقط دون تقديمها عليه .

¹ فنخور العبدلي (محمد)، الحمض النووي أو البصمة الوراثية (DNA) هل يثبت به نسب، بحث، القريات، 01/01/ 1436 هـ، ص 28 .أنظر السبيل (عمر)، مرجع سابق، ص 55 .

الرأي الأول: عدم جواز الاستعانة بالبصمة الوراثية لنفي النسب

مجمل هذا الرأي أنه لا يجوز تقديم البصمة الوراثية على اللعان والاستعانة بها في نفي النسب وهو رأي غالبية الفقهاء المعاصرين وكذا رأي المجامع الفقهية الإسلامية¹.

فالدكتور علي جمعة، مفتي الديار المصرية السابق يقول في فتوى له عن سؤال وجه إليه وهو: هل يجوز شرعا الاستناد إلى أقوال الأطباء والتحليل الطبية وتحاليل البصمة الوراثية في إثبات الزنا ونفي النسب ؟ فكان الجواب كالآتي:

" إن الاعتماد على تحاليل البصمة الوراثية المعروف باسم DNA في نفي النسب فإنه لا يجوز شرعا حيث أن التحاليل يعترئها خطأ بشري المحتمل وحتى لو دلت البصمة الوراثية في نفسها على نفي النسب أو إثباته يقينا فإن ذلك اليقين في نفسه يقع الظن في طريق إثباته، مما يجعل تقرير البصمة الوراثية غير قادر على نفي النسب، أما إثبات النسب بهذه البصمة الوراثية فلا يكون إلا في عقد صحيح لا يتم اللعان فيه بين الزوجين، فإن تم اللعان فاللعان أقوى من البصمة الوراثية " ²

ويقول الدكتور عمر بن محمد السبيل رحمه الله: " لا يجوز استخدام البصمة في نفي نسب ثابت، كما لا يجوز الاكتفاء بالبصمة الوراثية عن اللعان في النسب بمقتضى نتائجها الدالة على انتفاء النسب بين الزوج والمولود على فراشه وكذلك لأن اللعان حكم شرعي ثابت بالكتاب والسنة والإجماع وله صفة تعبدية في إقامته فلا يجوز إلغاؤه وإحلال غيره محله أو قياس أي وسيلة علمية مهما بلغت من الدقة والصحة في نظر المختصين بها " ³.

أما الدكتور محي الدين القره داغي فيقول في تعقيب له على من يرى من الفقهاء المعاصرين ⁴ أنه يمكن الاستغناء عن اللعان بنتيجة البصمة الوراثية إذا تقين الزوج أن زوجته لم تحمل منه لأنه استبرأها ولم يمسه بعد ذلك وظهر بها حمل " نحن لا نرى هذا الرأي لأن مقصد الشارع في تشريع اللعان هو سد أبواب الخوض في الأعراض والنسب وحتى لا يتعرض للاضطراب والفوضى حيث أن من أراد نفي نسب ولد ثابت بالفراش ليس أمامه سوى اللجوء إلى اللعان الذي لو تطرقت إليه لوجدت فيه من التأثير على الجانب الشخصي والاجتماعي والأسري بحيث لا يقدم عليه إلا في حالات الضرورة القصوى فمن يكن مستعدا لأربع شهادات بأن ذلك الحمل ليس منه أو أن زوجته زنت ثم الخامسة اللعنة والغضب من الله

¹ أنظر قرارات المجامع الفقهية الإسلامية في هذا الشأن .

² على الرابط الآتي: <http://www.dar-alifta.org/ViewFatwa.aspx?ID=3605>

³ السبيل (عمر)، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها استخدامها في النسب والجناية، بحوث الدورة للمجمع الفقهي بمكة المكرمة، مرجع سابق، ص 184 .

⁴ المقصود هنا الدكتور مختار السلامي الذي أيد جواز الاستقلال بنتيجة البصمة الوراثية عن إجراء اللعان .

عليه إن كان من الكاذبين، فعلم بذلك أن مقصود الشارع هو بقاء النسب على ما هو عليه دون أن يتعرض للجرح أو الخدش إلا عندما يبلغ السيل الزبى فلذلك لا يمكن أن يحل محله البصمة الوراثية فينفى بها النسب دون اللعان¹

غير أنه يلاحظ من الفقهاء المؤيدين لهذا الرأي من يرى جواز الاستعانة بالبصمة الوراثية للتقليل من حالات اللعان وأخص بالذكر هنا الفقيهين الشيخ عمر السبيل ومحي الدين القره داغي وكذا ناصر الميمان²، حيث ذكر الدكتور محي الدين القره داغي وكذا ناصر الميمان مجموعة من الحالات التي يمكن استخدام البصمة الوراثية فيها وذكر في هذه الحالة الثامنة: لمنع اللعان، وذلك إذا عزم الزوج على أن يلاعن زوجته لنفي نسب ولده منه لوجود شك كبير فيه فإنه بإمكانه اللجوء إلى البصمة الوراثية لدفع هذا الشك، فإذا أثبتت أن الولد المشكوك فيه منه فعليه الاكتفاء بهذه النتيجة، أما إذا أثبتت بأن الولد ليس منه فعليه باللعان، بل في هذه الحالة يمكن للقاضي إذا التجأ إليه الزوج العازم على اللعان أن يجبره على إجراء اختبار البصمة الوراثية بحيث إذا ظهرت النتيجة أنه منه فلا ينبغي له اللعان، وإذا ظهرت عكس ذلك فليلاعن³.

أما الدكتور عمر السبيل رحمه الله⁴ فيقول في هذه المسألة أيضا " ... هذا ومع أنه لا يجوز الاكتفاء بالبصمة الوراثية عن اللعان فإنه يحسن الاستعانة بها على اعتبار أنها قرينة قد تحمل الزوج على العدول عن اللعان فيما إذا ثبت من خلال نتائج البصمة الوراثية أن المولود على فراشه هو ابنه طبييا، وقد تخلق من مائه، وهذه مصلحة شرعية يدعو إليها الشرع المطهر، ويتشوف إليها لما فيها من تأكيد لأصل شرعي، وهو أن "الولد للفراش" ولما فيه لدرء مفسدة اللعان وضره، فإن أصر الزوج على طلب اللعان لانتفاء من نسب المولود على فراشه فذلك حق له لا يجوز منعه منه بناء على ما ظهر من نتائج البصمة الوراثية من كون المولود المراد نفيه هو ابنه طبييا، أما إذا تبين من خلال نتائج البصمة الوراثية صحة ما يدعيه الزوج من كون المولود على فراشه ليس ابنه فذلك قرينة تقوي جانب الزوج وتؤكد أحقيته في اللعان"⁵

¹ القره داغي (علي محي الدين)، مرجع سابق، ص 60- 61 .

² الميمان (ناصر عبد الله)، مرجع سابق، ص 221 .

³ القره داغي (علي محي الدين)، مرجع سابق، ص 61 .

⁴ السبيل (عمر)، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها استخدامها في النسب والجناية، بحوث الدورة للمجمع الفقهي بمكة المكرمة، مرجع سابق، ص 185 .

⁵ ذكر الشيخ عمر بن محمد السبيل رحمه الله في بحثه أن أحد قضاة محكمة الرياض الكبرى تقدم إليه شخص يطلب اللعان من زوجته للانتفاء من بنت ولدت على فراشه فأحال القاضي الزوجين مع البنت إلى الجهة المختصة بإجراء اختبارات البصمة الوراثية، فجاءت نتيجة الفحص بإثبات أبوة الزوج للبنت إثباتا قطعيا، فكان مدعاة لعدول الزوج عن اللعان وزوال ما كان في نفسه من شكوك

وقد جاء قرار في كل من المجمع الفقهي الإسلامي الدولي لمنظمة التعاون الإسلامي بمكة المكرمة وكذا مجمع الفقه الإسلامي الدولي متوافقين مع الرأي القائل بعدم جواز الاستعانة بالبصمة الوراثية في نفي النسب وعدم تقديمها على اللعان .

فقد جاء في القرار السابع للمجمع الفقهي الإسلامي في دورته السادسة عشر بمكة المكرمة في الفترة ما بين 5 و 10 يناير 2000 ما يلي: " لا يجوز شرعا الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب ولا يجوز تقديمها على اللعان "، وبنفس العبارات جاء قرار مجمع الفقه الإسلامي لمنظمة التعاون الإسلامي ليؤكد على عدم جواز الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب وعدم تقديمها على اللعان ¹

وقد استدلت أصحاب هذا الرأي بمجموعة من الأدلة من الكتاب والسنة والمعقول والقياس .

فمن الكتاب الكريم، قال الله تعالى: ﴿ وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَالًا مُبِينًا ﴾ ² ووجه الدلالة من الآية الكريمة أن المؤمن لا ينبغي له أن يتهاون في امتثال أوامر الله ونواهيه بإتباع أهوائه ولا يجوز له إذ قضى الله ورسوله أمرا أن يقول هل يفعله أم لا لأن الرسول صلى الله عليه وسلم أولى به من نفسه وما عليه فإن القول بأن البصمة الوراثية تحل محل اللعان الذي هو الحكم شرعي بناء على نظريات طبية مضمونة يكون فيها تخيير في النصوص الشرعية وهذا لا يجوز ³.

وقال تعالى أيضا: ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَدُوا أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ ﴾ ⁴ فإن الآية تدل على أن الزوج إذا لم يكن له شاهد إلا نفسه فإنه يلجأ إلى اللعان، والقول بالبصمة الوراثية إحداث وتزيد على كتاب الله فدل على المنع من الأخذ بها ⁵.

أما الدليل من السنة النبوية الشريفة، فقوله صلى الله عليه: " من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد " ووجه الاستدلال من الحديث الشريف نصه على بطلان كل ما لم يرد من جوازه، والبصمة الوراثية لم يرد فيها نص فلا تكون طريقا لنفي النسب ⁶

في زوجته، كما زال أيضا بهذا الفحص الحرج الذي أصاب الزوجة وأهلها جراء سوء ظن الزوج، فتحقق بهذا الفحص مصلحة عظمية ينتشوف الشارع ويدعو إليها، عمر بن محمد السبيل، مرجع سابق، ص 186 .

¹ قرارات المجمع الفقهي الإسلامي، القرار رقم 07، الدورة السادسة عشر، مكة المكرمة، ص 390 .

² سورة الأحزاب الآية: 36 .

³ الكعبي (خليفة علي)، مرجع سابق، ص 447 .

⁴ سورة النور الآية: 06 .

⁵ بندر بن فهد (السويلم)، مرجع سابق، ص 152 .

⁶ أخرجه البخاري، كتاب الصلح، باب إن اصطالحوا على صلح جور فالصلح مردود، حديث رقم 2697، ص 659 .

و أيضا ما تثبت في الصحيحين عن حديث عائشة رضي الله عنها قالت: " اختصم سعد ابن أبي وقاص وعبد ابن زمعة، ورأى النبي صلى الله عليه وسلم به شبها بينا بعتبة فالحق الولد بالفراش وترك الشبه "

ووجه الاستدلال من الحديث أن الرسول صلى الله عليه وسلم، أهدر الشبه البين وهو الذي يعتمد على الصفات الوراثية، وأبقى الحكم الأصلي وهو أن الولد للفراش فلا ينفي السبب إلا باللعان فحسب¹.

ومن القياس تم الاستدلال بأن البصمة الوراثية لا تنفي النسب لأن الرسول صلى الله عليه وسلم، لم يقبل النفي مجرد اختلاف اللون².

أما من المعقول، فقد تم الاستدلال بأن الشارع قد شدد في شروط اللعان حتى لا يقدم عليه كل من تسول له نفسه كذب زوجته، ونفي الولد، بل لا يلجأ إليها إلا المضطر وبذلك يقع الستر في الأعراض³، ولو فتح هذا الباب وهو الاعتماد على البصمة الوراثية لنفي النسب والاكتفاء بها دون اللعان لأدى ذلك إلى حالات خطيرة من حيث استسهال هذا اللجوء والتسرع لنفي السبب وبالتالي إلى فوضى واضطراب في هذا الأمر الخطير، وما يترتب عليه من مفسد عظيمة، ومن ثم لا بد من سد هذا الباب⁴.

كما أن اللعان حكم شرعي بالكتاب والسنة والإجماع وله صفة تعبدية في إقامته فلا يجوز إلغاؤه وإحلال غيره محله أو قياس أي وسيلة عليه مهما بلغت من الدقة والصحة في نظر المختصين⁵.

زد على ذلك أنه لا يوجد في الإسلام طريقة أخرى لنفي النسب بعد ثبوت الفراش إلا اللعان، فاللعان أمر خاص لحماية الزوج وعائلته من أن ينتسب إليه من ليس منه، وهو خاص بالزوج فقط وليس لأحد حق اللعان إلا الزوج وبذلك حمى الإسلام النسب والأسرة من الاهتزاز والاضطراب وأغلق أبواب نفي النسب بعد ثبوته بالفراش إغلاقا محكما لم يسمح بفتحها إلا من خلال اللعان الذي يحمي الزوج والأسرة والنسب من إلحاق الغير به وبهم

ومقصد الشريعة في هذا التشديد أن لا يقدم أحد على نفي نسب أولاده إلا إذا وصل إلى مرحلة من العلم والفضيحة لا تحتل الأكثر⁶.

¹ بندر بن فهد (السويلم)، مرجع سابق، ص 152 .

² الكعبي (خليفة علي)، مرجع سابق، ص 648 .

³ بورقة (عمر سفيان)، مرجع سابق، ص 373 .

⁴ الكعبي (خليفة علي)، مرجع سابق، ص 448 .

⁵ السبيل (عمر)، مرجع سابق، ص 184 .

⁶ القره داغي (علي محي الدين)، مرجع سابق، ص 56 .

الرأي الثاني: جواز تقديم البصمة الوراثية على اللعان

يرى أنصار هذا الرأي¹ أن البصمة الوراثية تحل محل اللعان لأن نتائجها يقينية إذا أثبتت أن الولد ليس من الزوج، فينتفي من الزوج بالبصمة الوراثية دون اللعان، وممن قال بهذا الرأي الدكتور محمد المختار السلامي² وسعد الدين الهلالي .

فالأستاذ سعد الدين الهلالي يقول تأييدا لهذا الرأي " وإذا ثبت يقينا بالبصمة الوراثية أن الحمل أو الولد ليس من الزوج فما وجه إجراء اللعان ؟ صحيح لا يزال الحق مع الزوجة في المطالبة باللعان لنفي الحد عنها لاحتمال أن يكون حملها بسبب وطء شبهة، وبهذا يظهر أن أثر البصمة الوراثية ينحصر على أنه دليل مع الزوج أو ضده، فإذا كان معه فلا وجه للعان إلا من أجل المرأة أن تدفع حد الزنا عنها، وإن كان ضده وتبين أن الولد منه وجب عليه حد القذف، إلا على قول من يرى أن حد القذف حق للمرأة ولها أن تسقطه³

أما الدكتور مختار السلامي فيقول في هذه المسألة " أجدني مطمئنا إلى اعتماد البصمة الوراثية في كل تلك الصور فيها يثبت النسب أو ينفي وتكون النتيجة التي كشف عنها الاختبار العلمي أحق بالقبول ويؤكد ذلك أن الله تعالى يقول ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ ﴾⁴ فالقرآن بتقييده أن الزوج الذي لم يكن له شهود إلا نفسه يمكن من اللعان وهو ما يوحى بأنه إذا كان له ما يتأيد به قوله لا يلتعن وما يكشفه الاختبار الجيني كما يقرره العلماء المختصون هو يقيني ولا يمكن أن يعارض اليقين اليقين⁵ "

وقد عزز القائلون بهذا الرأي موقفهم بمجموعة من الحجج والبراهين من الكتاب والمعقول، فمن القرآن الكريم يقول الله تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ ﴾⁶ فالآية اشترطت عدم وجود الدليل الشرعي لدى الزوج حتى يتمكن من اللعان وهو ما يوحى بأنه إذا كان له ما يتأكد به قوله لا يلتعن، فالبصمة الوراثية هنا تعد بمثابة الشاهد

¹ بوغرة (صالح)، البصمة الوراثية آلية قانونية للحد من نفي النسب باللعان، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون - تيارت -، العدد 05، المجلد 57، الجزائر، 2020م، ص 229 .

² السلامي (محمد مختار)، التحليل البيولوجي للجينات البشرية وحجته في الإثبات، مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، 5-7 ماي 2002، المجلد 2، 456 .

³ الهلالي (سعد الدين مسعد)، مرجع سابق، ص 358 .

⁴ سورة النور الآية: 06 .

⁵ السلامي (محمد مختار)، مرجع سابق، ص 456 .

⁶ سورة النور الآية: 06 .

الذي يشهد لقوله وبالتالي ليس هناك موجب للعان أصلاً لاختلال شرط الآية¹، يضاف إلى ذلك أن الآية ذكرت درء العذاب ولم تذكر نفي النسب ولا تلازم بين اللعان ونفي النسب، فيمكن أن لا يلاعن الرجل ويدراً عن نفسه العذاب ولا يمنع أن ينسب الطفل إليه إذا ثبت ذلك بالبصمة الوراثية².

وقد اعترض على هذا الاستدلال بالآية الكريمة بعدة اعتراضات منها:

أن لفظ الشهادة في الآية الكريمة " ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم " يضعف هذا القول لأنه لا يمكن اعتبار البصمة الوراثية من الشهداء بأي حال من الأحوال، نعم لو كانت الآية قد وردت فيها كلمة " بينة " مكان " شهداء " لكان لهذا الرأي نوع من التوجيه أما ولم ترد فلا وجه له إذا³.

أن البصمة الوراثية لا تصل هذه الشهادة التي أوجبها الشارع وهي شهادة أربعة شهود فلا يجوز أن تفسر البصمة الوراثية في قوة الشهادة في إثبات الزنا وما يستلزمه في نفي الولد، لأن الشهادة في الواقع لا بد أن تكون صريحة صراحة كاملة في مشاهدة أثر ذلك، وفي مشاهدة الواقعة نفسها بدليل أنه لو تخلى واحد من الأربعة، حد الثلاثة وبطلت الشهادة، وعليه فلا يجوز أن تعتبر البصمة الوراثية في قوة الشهادة⁴.

كما استدلل هذا الرأي قول الله تعالى: ﴿ وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِّنْ أَهْلِهَا إِن كَانَ قَمِيصُهُ وُقِدَ مِنْ قُبْلِ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ الْكَذَّابِينَ ﴾^(٢٦) وَإِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِنْ دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ الصَّادِقِينَ ﴾^(٢٧) فَلَمَّا رَءَا قَمِيصَهُ قُدَّ مِنْ دُبُرٍ قَالَ إِنَّهُ مِّنْ كَذِبِكُنَّ إِنَّ كَذِبَكُنَّ عَظِيمٌ ﴿^{٢٨} ووجه الدلالة من الآية الكريمة أن تشق القميص من جهة معينة نوع من الشهادة، والبصمة الوراثية تقوم مقام الشهادة⁶.

أما الدليل من المعقول فهو أن يكشفه الاختبار الجيني من الارتباط بين المولود وبين والده كما يقرره العلماء المختصون هو يقيني، وهو أقوى من الشهادة التي لا تبلغ أن تتجاوز الظن بالصدق، والشرع يقيني ولا يمكن أن يعارض اليقين اليقين⁷.

و إذا تيقن الزوج أن زوجته لم تحمل منه لأنه استبرأها بحيضة ولم يمسه بعد ذلك وظهر بها الحمل فإنه يتأنى به إلى الوضع ثم يقدم القارئ بعد التثبت ما كشفت له القراءة من اتصال بين الأب والمولود أو عدم

¹ الكعبي (خليفة علي)، مرجع سابق، ص 444، السويلم (بندر بن فهد)، مرجع سابق، ص 152 .

² عبد الدايم (حسني محمود)، مرجع سابق، ص 807 .

³ الميمان (ناصر عبد الله)، مرجع سابق، ص 221 .

⁴ بورقة (سفيان بن عمر)، مرجع سابق، ص 376 .

⁵ سورة يوسف: الآيتين 27-28 .

⁶ عبد الرشيد (أمين قاسم)، البصمة الوراثية وحديثها، مجلة العدل، العدد 23، رجب 1425 هـ، ص 71 .

⁷ بورقة (سفيان بن عمر)، مرجع سابق، ص 377 .

اتصال، ويكون هذا مغنيا عن اللعان، وذلك لأن اللعان هو الاستثناء لا القاعدة، فإذا تطابق الحمض النووي للطفل مع أبيه فإنه لا ينتفي عنه نسب الطفل حتى ولو لاعن، لأن الشارع يتشوف إلى إثبات النسب رعاية لحق الصغير، ولخراب الذمم عند بعض الناس، فقد يكون باعث الزوج هو الكيد للزوجة¹ وفي ذلك قرار للحق واستقرار للأوضاع في المجتمع

كما أن نتائج البصمة الوراثية يقينية قطعية لكونها مبنية على الحس، وإذا أجرينا تحليل البصمة الوراثية وثبت أن الطفل من الزوج وأراد نفيه، فكيف نقطع النسب ونكذب الحس والواقع ونخالف العقل .

ولا يمكن البتة أن يتعارض الشرع الحكيم مع العقل السليم في مثل هذه المسائل معقولة المعنى، وهي ليست تعبدية فإنكار الزوج وطلب اللعان بعد ظهور النتيجة نوع من المكابرة والشرع ينتزه أن يثبت حكماً يبنى على المكابرة .

وقد اعترض على هذه الاستدلالات بأن الأخذ بهذا القول يساوي طريقة لنفي النسب ثابتة بالأدلة الشرعية من الكتاب والسنة، بطريق لا تزال في طور التجربة، فالعمل باللعان تنفيذ لأمر الله تعالى، أما البصمة الوراثية إنما تقوم على معرفة الحقيقة المجردة، فهي تثبت أو تنفي الأبوة فقط بخلاف اللعان الذي يترتب عليه درء الحد وانتفاء الولد والتفريق بين الزوجين².

كما أن إلحاق نسب الطفل بأبيه لأوهام أو شكوك أو التهرب من النفقة أو لأي غرض آخر - مع ضعف الذمم في هذا الزمان - فإن العدل يقتضي أن نلحق الطفل بأبيه ولا نمكن الأب من اللعان، لئلا يكون سببا في ضياع الطفل فاللعان أصبح لا يجدي في زمن فسدت فيه كثير من الذمم وضعف الوازع الديني وإن الأخذ بالوسائل العلمية، خاصة تحليل البصمة الوراثية بوصفها شهادة قاطعة للنزاع ومنصفة لأبناء ومحقة لمصالحهم وواضحة للعدالة موضعها الصحيح حيث تردع المتطاولين على الشرف وحفظ الأنساب والأيمان التي يحلف بها الزوجان في اللعان كانت رادعة في عصور كان الخوف من الله يردع الناس عن ارتكاب المظالم وظلم النساء والأولاد، أما اليوم أصبح لا يعبأ الكثيرون بحدود الله ولا باليمين الغموس³ .

الرأي الثالث: جعل البصمة الوراثية قرينة للتراجع عن اللعان

إذا عزم الزوج على أن يلاعن زوجته لنفي نسب ولده منه لوجود شك كبير فيه، فإنه يمكن اللجوء إلى البصمة الوراثية لدفع هذا الشك، فإن جاءت نتيجة تحاليل البصمة بأن المولود على فراشه هو ابنه فهذه

¹ نصر (فريد واصل)، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، بحوث دورة المجمع الفقهي الإسلامي، ص 110 .

² الكبلي (خليفة علي)، مرجع سابق، 447 .

³ عبد الدايم (حسني محمود)، مرجع سابق، ص 809 .

قريئة قد تحمل الزوج على العدول عن اللعان لثبوت صحة نسبه إليه¹. وهذه مصلحة شرعية يدعو إليها الشارع الحكيم لما فيها من تأكيد للأصل الشرعي وهو أن (الولد للفراش) ولما فيها من درء مفسدة اللعان وضرره .

وقد حدث ذلك في محكمة الرياض حيث تقدم شخص إلى القاضي يطلب اللعان من زوجته لنفي نسب بنت ولدت على فراشه، فأحال القاضي الزوجين مع البنت إلى الجهة المختصة بإجراء اختبارات الفحص الوراثي، فجاءت نتائج الفحص بإثبات أبوة هذا الزوج للبنت قطعياً، كان ذلك مدعاة لعدول الزوج عن اللعان وزوال ما كان في نفسه من شكوك في زوجته²، ولكن إن أصر الزوج على طلب اللعان لنفي المولود على فراشه وجاءت البصمة الوراثية تؤكد نسب الطفل للزوج يرى الدكتور ناصر فريد واصل أن نسب الطفل قائم لا ينتفي³.

أما إذا كانت نتيجة تحليل البصمة الوراثية تثبت بأن الولد المولود على فراش الزوج ليس منه، فإنها تؤكد إدعاء الزوج بنفي ذلك الولد وفي هذه الحالة لا ينتفي نسب الولد إلا باللعان⁴.

وفي ذلك يقول الدكتور عمر بن محمد السبيل: " الحاكم الشرعي يجدر به أن يستفيد من هذه التقنية الحديثة المتطورة وإجراء الفحوصات المخبرية للبصمة الوراثية للاستعانة بها كقريئة من القرائن ... بغرض الحيلولة دون وقوع اللعان قدر المستطاع ..."⁵

بعد عرض الآراء الثلاثة أرجح ما ذهب إليه غالبية الفقهاء المعاصرين مؤيداً بقرار رابطة مجمع الفقه الإسلامي من أن النسب الشرعي الثابت بفراش الزوجية لا ينتفي إلا باللعان فقط .

مع الاستعانة بنتائج تقنية البصمة الوراثية الدقيقة كقريئة قوية لأجل التحقق من صحة شكوك الزوج أو خطئها قبل الاستجابة بطلب اللعان، إن استلزم الأمر ذلك .

فقد يتراجع الزوج عن طلب اللعان وبالتالي نتفادى إلحاق ضرر بالولد من جراء نفي نسبه من والده ظلماً، لأنه قد تكون الزوجة مرتكبة للزنا فعلاً ويكون الابن للزوج بعدما تكون البويضة قد لحقت من ماء الزوج الذي يطلب اللعان وبهذا تكون البصمة الوراثية إجراء وقائياً للعان وليست بديلاً له وإنما هي تقنية علمية حديثة من شأنها أن تساعد على حفظ الأنساب من الضياع والاختلاط المنهى عليه شرعاً، وحماية الأولاد من الضياع ومن التشرّد .

¹ تقرير اللجنة العلمية بمجمع الفقه الإسلامي عن البصمة الوراثية، منشور بمجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد 16 لعام 2004، ص 295 .

² رابحي (فاطمة الزهراء)، مرجع سابق، ص 221 .

³ نصر (فريد واصل)، مرجع سابق، ص 110 .

⁴ رابحي (فاطمة الزهراء)، مرجع سابق، ص 221 .

⁵ السبيل (عمر)، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها استخدامها في النسب والجناية، مرجع سابق، ص 45 .

المطلب الثاني: الحكم الشرعي والقانوني للاستفادة من البصمة الوراثية في مجال النسب

تعتبر البصمة الوراثية من الاكتشافات الحديثة التي فرضت نفسها على الساحة القانونية بشكل عام وعلى صعيد الإثبات بشكل خاص وبما أنها انتشرت في العشرين سنة الأخيرة فقط، فمن البديهي أن لا يتعرض فقهاء المسلمين لبيان أحكامها، لكن ما تشتمله الشريعة من نصوص عامة ومقاصد كلية وقواعد للتخريج تكفي لتغطية كل جديد، تبعاً لذلك اتجه فقهاؤنا المعاصرون إلى دراسة الأحكام المتعلقة باستخدام البصمة الوراثية في شتى النواحي التي مستها التطبيقات الخاصة بها، ومن أهمها استخدامها في إثبات النسب، عن طريق بيان حكم الاستفادة منها وتكييفها الشرعي ومنزلتها من وسائل إثبات النسب .

وبعدما تطرقنا لمفهوم البصمة الوراثية وذكر خصائصها ومجالات العمل بها نأتي إلى محاولة إخضاع هذا الدليل العلمي للحكم الشرعي للاستفادة منها في مجال إثبات النسب (الفرع الأول) والحكم القانوني (الفرع الثاني) .

الفرع الأول : الحكم الشرعي للاستفادة من البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب

البصمة الوراثية من الاكتشافات الحديثة والنوازل النافعة التي ترشدنا إلى هوية كل إنسان بعينه كما أنها تعتبر أفضل وسيلة على الإطلاق لتحقيق من الشخصية عن طريق أي خلية من خلاياه، ويستفاد منها في مجالات عدة من بينها إثبات النسب .

ومن أهم المسائل التي ناقشها فقهاؤنا المعاصرون تحديد الحكم الشرعي للاستفادة من البصمة الوراثية في مجال النسب، حيث تم عقد الكثير من المؤتمرات والندوات العلمية، وصدرت عشرات الأبحاث والكتب حول موضوع الاستفادة من البصمة الوراثية . وقد اتجه فقهاؤنا المعاصرون إلى إجازة الإعتماد عليها في مجال النسب مع الأخذ بعين الاعتبار مجموعة من الضوابط والأسس والشروط التي ينبغي مراعاتها في مختلف مراحل التعامل مع البصمة الوراثية، وسوف نوضح من خلال هذا الفرع آراء بعض فقهاءنا المعاصرين حول حكم استخدام البصمة الوراثية في مجال النسب (الفقرة الأولى) وبيان المستند الفقهي لحجيتها في هذا المجال (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى : آراء الفقهاء المعاصرين حول استخدام البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب

سبق وذكرنا أن البصمة الوراثية من الأدلة البيولوجية المستحدثة التي لم يرد عليها نص في التشريع الإسلامي لذلك تباينت حولها آراء الفقهاء المعاصرون، فبعضهم اعتبروا أن الحكم الأمثل في الأدلة البيولوجية هو المنع لأنه لم يرد فيها نص في الكتاب والسنة والبعض الآخر اعتبروا من الأدلة العلمية أمر مستحدث، لم يرد في شأنه نهى خاص وهي حدث علمي يكشف عن هوية الإنسان الحقيقة

وعليه فإنها لا تتعارض مع القواعد الشرعية الإسلامية لقوله سبحانه وتعالى: ﴿سَرُّهُمْ ءَايَتَنَا فِي الْأَفَاقِ وَفِي أَنْفُسِهِمْ حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ لَهُمْ أَنَّهُ الْحَقُّ ۗ أَوَلَمْ يَكْفِ بِرَبِّكَ أَنَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ شَهِيدٌ ۚ﴾¹

لهذا ذهب غالبية الفقهاء إلى تصنيف البصمة الوراثية، ضمن الوسائل التي تأخذ حكم المباح، ومن بينهم الأستاذ محمد سليمان الأشقر حيث قال: "والذي تبين لي بعد البحث والتأمل، وعلى افتراض صحة ما أعلنته مراكز أبحاث الوراثة، أن البصمة الوراثية طريقة صحيحة لإثبات الأبوة شرعا"²

وإلى نفس الحكم ذهب الدكتور الشناوي محمد من صحة استعمال البصمة الوراثية كدليل في إثبات النسب، بقوله: "أنه قد تبين مشروعية البصمة الوراثية في إثبات النسب"³

ويقول محمد مختار السلامي "لذا أجدني مطمئنا إلى اعتماد البصمة الوراثية فيما يثبت النسب أو ينفي وتكون النتيجة التي كشف عنها الإختبار أحق بالقبول"⁴

ويرى الأستاذ نصر فريد واصل أنه "... إذا كان رسول الله صلى الله عليه وسلم، قد أقر القيافة كما سبق فإنه من باب أولى يجوز العمل بالبصمة الوراثية التي هي قائمة على الحس والمشاهدة ونتائجها يقينية ودقيقة"⁵ كما يقول الدكتور عمر السبيل - رحمه الله - "أنه يحسن الاستفادة من هذه الاكتشافات العلمية التي هيأها الله لعباده وهداهم إليها والاستعانة بها لتحقيق ما ترمي إليه هذه الشريعة المباركة من مقاصد على ضوء قاعدة الشرع الكبرى في تحقيق المصالح ودرء المفساد، لاسيما أن من أعظم سمات هذه الشريعة الخالدة ما تميزت به من سماحة ومرونة تحمل على الأخذ بكل ما يستجد مما يحقق المصالح ويدرك المفساد ولا يخالف الشرع والأخذ بالبصمة الوراثية في مجال إثبات النسب أمر ظاهر الصحة والجواز"⁶

وممن أجازوا العمل بالبصمة الوراثية أيضا الدكتور حسن الشاذلي حيث يقول "أرى أن البصمة الوراثية تلتقي مع القيافة في عدة جوانب بحسب ما نص عليه الفقهاء . فالقيافة علم من العلوم يقوم على معرفة

¹ سورة فصلت: الآية 53 .

² الأشقر (محمد سليمان)، أبحاث اجتهادية في الفقه الطبي، دار النفاس، الأردن، 2006 م، ط 1، ص 268 .

³ الشناوي (محمد)، البصمة الوراثية وحجيتها في الإثبات الجنائي، (د . د)، القاهرة، 2010 م، (د . ط)، ص 196 .

⁴ السلامي (محمد مختار)، مرجع سابق، ص 456 .

⁵ نصر (فريد واصل)، مرجع سابق، ص 107 .

⁶ السبيل (عمر)، البصمة الوراثية ومدى مشروعية استخدامها في النسب والجنائية، بحوث دورة المجمع الفقهي الإسلامي، مرجع سابق، ص 183 .

الشبه بين الولد والوالدين على أساس الصفات الظاهرة أو الباطنة، وكذلك البصمة الوراثية نوع من القيافة وإن تميزت بالبحث في خفايا وأسرار النمط الوراثي للحامض النووي " ¹

ويمكن الاعتماد على البصمة الوراثية في التحقيق الجنائي كوسيلة إثبات في الجرائم، كما يجوز استخدامها في ميدان النسب في مختلف حالات الاشتباه كالاقتباه الحاصل في المواليد في المستشفيات والعيادات ومراكز الأمومة ورعاية الأطفال والاشتباه الحاصل في أطفال الأنابيب أو الاشتباه الحاصل في وطء الشبهة أو مجهول النسب المتنازع فيه، أو الحالات المستعصية لمعرفة أهالي الأطفال الضائعين، أو هوية الجثث والمفقودين نتيجة الحروب والمصائب المقدرة .

هذا وحرصا على صيانة الأنساب وحماية الأعراض فإنه يعتمد على البصمة الوراثية كآخر الحلول لهذه الحالات وغيرها مما يدخل في معناها . ولئلا تتعرض الأعراض لانتهاك حرمتها فتتولاها جهة حكومية غير مربحة، يقوم على الإشراف عليها أهل الاختصاص في الميدان الشرعي والطبي والإداري على غاية من الحيلة والسرية².

لكن رغم اتفاق هؤلاء الفقهاء على جواز العمل بالبصمة الوراثية في مجال النسب، إلا أنهم اختلفوا في مسائل أخرى وخاصة ما يتعلق بالحالات التي يجوز والتي لا يجوز استخدامها فيها .

وتتوجعا لجهود الفقهاء بشأن هذه النازلة، بحث المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي عدة مرات في حيثياتها لإعطاء موقف وقرار بشأن استخدامها في إثبات النسب .

وكانت المرة الأولى في الدورة الخامسة عشر للمجمع الفقهي المنعقدة بمكة المكرمة³، وبعد المناقشة والتدارس تقرر تشكيل لجنة من العلماء لاستكمال البحوث والدراسات والمستجدات المتعلقة بالموضوع وتقديم النتائج والتوصيات المناسبة في الدورة القادمة .

فجاءت بعدها الدورة السادسة عشر التي ناقشت تقرير اللجنة التي تم تشكيلها، فضلا عن عرض بعض البحوث المرتبطة بالموضوع، حيث أصدر المجمع قرارا بشأن الاستفادة من البصمة الوراثية في مجال النسب جاء فيه ما يلي:

أولاً: لا مانع شرعا من الاعتماد على البصمة الوراثية في التحقيق الجنائي، واعتبارها وسيلة إثبات في الجرائم التي ليس فيها حد شرعي ولا قصاص، لخبر (ادروؤا الحدود بالشبهات)، وذلك يحقق العدالة والأمن للمجتمع، ويؤدي إلى نيل المجرم عقابه وتبرئته المتهم، وهذا مقصد مهم من مقاصد الشريعة .

¹ الشاذلي (حسن)، البصمة الوراثية وأثرها في إثبات النسب، بحث منشور ضمن أعمال ندوة الهندسة الوراثية والجينوم البشري، المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، 2000 .

² مانيو (جيلالي)، مرجع سابق، ص 92 .

³ قرارات المجمع الفقهي الإسلامي، القرار رقم 02، الدورة الخامسة عشر، مكة المكرمة، ص 349 .

ثانيا: إن استعمال البصمة الوراثية في مجال النسب لابد أن يحاط بمنتهى الحذر والحيطة والسرية، ولذلك لابد أن تقدم النصوص والقواعد الشرعية على البصمة الوراثية .

ثالثا: لا يجوز شرعا الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب، ولا يجوز تقديمها على اللعان .

رابعا: لا يجوز استخدام البصمة الوراثية بقصد التأكد من صحة الأنساب الثابتة شرعا، ويجب على الجهات المختصة منعه وفرض العقوبات الزاجرة لأن في ذلك المنع حماية لأعراض الناس وصوناً لأنسابهم

خامسا: يجوز الاعتماد على البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب في الحالات الآتية:

أ- حالات التنازع على مجهول النسب بمختلف صور التنازع التي ذكرها الفقهاء سواء كان التنازع على مجهول النسب بسبب انتفاء الأدلة أو تساويها أو كان بسبب الاشتراك في وطء الشبهة ونحوه .

ب- حالات الاشتباه في المواليد في المستشفيات ومراكز رعاية الأطفال ونحوها وكذا الاشتباه في أطفال الأنابيب .

ج- حالات ضياع الأطفال واختلاطهم بسبب الحوادث أو الكوارث أو الحروب وتعذر معرفة أهلهم أو وجود جنث لم يمكن التعرف على هويتها، أو بقصد التحقق من هوية أسرى الحرب والمفقودين .¹

وناقش مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة التعاون الإسلامي في دورته العشرين المنعقدة في الجزائر موضوع البصمة الوراثية والإستفادة منها، حيث أصدر قرار حول الإثبات بالقرائن والأمارات والذي جاء في الفقرة الخامسة منه حول البصمة الوراثية ما يلي:

يمكن الإستئناس بالبصمة الوراثية في مجال إثبات النسب فيما يؤخذ فيه بالقافة من باب أولى في الحالات الآتية: وهي نفس الحالات التي ذكرها قرار مجمع الفقه الإسلامي في دورته السادسة عشر في الفقرتين الثالثة والخامسة السالف ذكرها².

كما ناقش مجمع الفقه الإسلامي بالهند موضوع البصمة الوراثية في ندوته الفقهية الخامسة عشر³ وأصدر بشأنها القرار الآتي:

¹ قرارات المجمع الفقهي الإسلامي، القرار رقم 07، الدورة السادسة عشر المنعقدة بمكة المكرمة، ص 389 .

² قرار رقم 194 (9 - 20) حول الإثبات بالقرائن والأمارات، مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة التعاون الإسلامي في دورته العشرين المنعقدة في الجزائر بولاية وهران بتاريخ 13 إلى 18 سبتمبر 2012 .

³ عقد المجمع ندوته الفقهية الخامسة عشر في دار العلوم الصديقية بمدينة ميسور من جنوب الهند في الفترة: من 10 - 12 صفر 1427 هـ الموافق لـ: 11 - 13 مارس 2006 م، وشارك في الندوة حوالي مائتين من العلماء والفقهاء وخبراء في الإقتصاد وعلم الطب، والذين كانوا يمثلون كافة المدارس الفكرية للهند من أقصى كشمير إلى ولاية كيرالا، ومن شرق الهند إلى وسطها، كما حضرها العلماء من الإمارات العربية المتحدة وإيران وبلاد نيبال، وأصدروا قرارات بشأن الموضوعات التالية:

أولاً: لا يجوز الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي نسب الولد الثابت نسبه شرعا .

ثانياً: يجوز الاعتماد على البصمة الوراثية في حالات التنازع على مجهول النسب عند انتفاء الأدلة الشرعية الواضحة

ثالثاً: لا يجوز الإعتماد على البصمة الوراثية دون وسائل الإثبات المنصوصة شرعا في إثبات الجرائم التي فيها حد شرعي أو قصاص.

رابعاً: يجوز الاستفادة من البصمة الوراثية في الجرائم الأخرى التي ليس فيها حد شرعي ولا قصاص وللقاضي في هذه الجرائم إجبار المتهم على البصمة الوراثية .

وجاء في الندوة الفقهية الطبية الحادية عشر للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية أين عرضت أبحاث فقهية بشأن البصمة الوراثية، تحت عنوان " الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني ... رؤية إسلامية "

أنه " يصح الاعتماد عليها في إثبات النسب " ¹

والملاحظ عن هذه القرارات أنها قدمت إجابات لمجموعة من التساؤلات التي أثارها ظهور البصمة الوراثية من حيث حكمها وتكييف الشرعي، والحالات التي يجوز أن يستفاد منها في مجال النسب، وكذا الحالات التي لا يجوز فيها ذلك .

غير أن ما يهمنا في هذا المقام هو وجود الإجماع على جواز الإعتماد والإستناد إلى البصمة الوراثية في إثبات النسب، وقد وضع الفقهاء مجموعة من الأدلة والمستندات الفقهية لحجية البصمة الوراثية في إثبات النسب سنتطرق إليها في النقطة الموالية .

الفقرة الثانية: المستند الفقهي لحجية البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب

اسند الفقهاء القائلون بجواز اعتماد البصمة الوراثية كدليل في إثبات النسب على مجموعة الأدلة وهي:

- البطاقات الصادرة من البنوك .

- التأمين الصحي والفحص الجيني والبصمة الوراثية .

¹ الندوة الفقهية الطبية الحادية عشر للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية المنعقدة بدولة الكويت في الفترة من 23 إلى 25 جمادى سنة 1419 هـ الموافق لـ: من 13 إلى 15 أكتوبر 1998 م .

أولاً: الأصل في الأشياء الإباحة

هذه القاعدة هي التي تحكم مثل هذه المكتشفات، وما سكت عنه الشارع وفيه مصلحة واضحة للناس فحكمه الإباحة، وعليه فلا مانع من العمل بالبصمة الوراثية في كل ما تعود به بالنفع على بني البشر وهذا ما ذهب إليه جمهور المعاصرين، خلافاً لمن منع بها، ولكن ستتضح قوة أدلة المجزين ومناقشتهم لأدلة المانعين .

و الإسلام يقر مبدأ سلطان الإرادة، فالإنسان له الحق في إبرام العقود والتصرفات، والكشف عن المخترعات، والعمل بها في كل ما ثبت نفعه وانتفى ضرره، ولا يبطل من ذلك إلا ما أبطله الشرع وحرمه وعلى هذا الأساس فإن البصمة الوراثية تستند في حكم الإباحة إلى القاعدة الشرعية " الأصل في الأشياء الإباحة " وهذه هي الأدلة التي تؤكد هذه القاعدة¹.

1- دليل الكتاب: لقاعدة " الأصل في الأشياء الإباحة " أدلة كثيرة، منها قوله تعالى: ﴿ هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا ثُمَّ أَسْتَوَىٰ إِلَى السَّمَاءِ فَسَوَّاهُنَّ سَبْعَ سَمَاوَاتٍ وَهُوَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ ۝ ٢ ﴾

وقوله تعالى: ﴿ وَسَخَّرَ لَكُم مَّا فِي السَّمَوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا مِّنْهُ ۚ إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ۝ ٣ ﴾

وقوله عز وجل: ﴿ وَمَا كَانِ اللَّهُ لِيُضِلَّ قَوْمًا بَعْدَ إِذْ هَدَيْهُمْ حَتَّىٰ يُبَيِّنَ لَهُم مَّا يَتَّقُونَ ۚ ﴾⁴ عن شواهد هذه الآية يقول الشيخ محمد الخضري: " أن لا يدخلون في الضلالة والمعصية بعد أن أسلموا ووحدها حتى يبين لهم المعاصي وموجبات الضلالة، بمعنى أنه لا ضلالة ولا معصية قبل البيان "⁵

2- دليل السنة: روى الدارقطني في السنن عن أبي ثعلبة الخشني عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " إن الله فرض فرائض فلا تضيعوها، وحد حدودا فلا تعتدوها وحرّم أشياء فلا تنتهكوها، وسكت عن أشياء رحمة لكم من غير نسيان فلا تبحثوا عنها "¹

¹ حسن (محمد عبد العزيز)، إثبات النسب بالبصمة الوراثية، مرجع سابق، ص 178 .

² سورة البقرة: الآية 29 .

³ سورة الجاثية: الآية 13 .

⁴ سورة التوبة: الآية 115 .

⁵ الخضري (محمد)، أصول الفقه، المكتبة التجارية، مصر، (د.ت)، (د.ط)، ص 355 مقتبس عن (فؤاد عبد المنعم أحمد)، مرجع سابق، ص 24 .

ثم تلا قوله: " وما كان ربك نسيا " ² وفي نفس السياق جاء حديث سلمان الفارسي قال: سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن السمن والجبن والفراء قال: " الحلال ما أحل الله في كتابه، والحرام ما حرم الله في كتابه وما سكت عنه فهو مما عفا عنه " ³، وقد بين ابن رجب في هذا الشأن أن: " المسكوت عنه ما لم يذكر حكمه بتحليل ولا إيجاب ولا تحريم فيكون معفو عنه، ولا حرج على فاعله " ⁴

3- دليل المعقول:

أما الأدلة من المعقول فتتمثل في أن تحريم ما لم يرد بشأنه نص - لمجرد أنه مسكوت عنه - يعتبر من باب التكليف دون بيان، وهو داخل في إطار التكليف بما لا يطاق ⁵.

وذهب البعض إلى أبعد من ذلك لما قرروا أن البصمة الوراثية من الأمور التي رغب الشارع في طلبها مصداقا لقوله تعالى: ﴿ وَفِي أَنْفُسِكُمْ أَفَلَا تُبْصِرُونَ ﴾ ⁶

ثانيا: القياس

نظرا لتشوف الشارع الإسلامي إلى ثبوت النسب بأدنى الأسباب، فإن الأخذ بالبصمة الوراثية في مجال إثبات النسب في الحالات التي يجوز فيه الحكم بناء على قول القافة أمر ظاهر الصحة والجواز، ذلك لأن إذا جاز الحكم بثبوت النسب بناء على قول القافة لاستنادها على علامات ظاهرية أو خفية مبنية على الفراسة والمعرفة والخبرة في إدراك الشبه الحاصل بين الآباء والأبناء، فإن الأخذ بنتائج البصمة الوراثية والحكم بثبوت النسب بناء على قول خبراء البصمة الوراثية يكون أولى، والحكم بمقتضى نتائجها من باب قياس الأولى ⁷.

لأننا حينما ننظر إلى البصمة الوراثية نجدها أقوى بكثير من القيافة فقد أثبتت التجارب العلمية المتكررة أن نتائجها قطعية بنسبة تصل 100% وتعتمد على أدلة محسوسة من خلال الفحوصات المخبرية التي

¹ ابن رجب (زين الدين أبو الفرج عبد الرحمان بن شهاب الدين)، جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثا من جوامع الكلم، دار ابن كثير، دمشق - بيروت، 1429هـ - 2008م، ط1، ص 617، الدارقطني (علي بن عمر بن أحمد بن مهدي أبو الحسن)، سنن الدارقطني، دار المحاسن للطباعة، القاهرة، 1386 هـ - 1966 م، (د. ط)، ج4، ص 183-184 .

² سورة مريم: الآية 64 .

³ الترميذي (لأبي عيسى محمد بن عيسى بن سوره)، الجامع الصحيح وهو سنن الترميذي، دار ابن الهيثم، القاهرة، (د. د)، ط1، كتاب اللباس، باب ما جاء في لبس الفراء، حديث رقم: 1627، ص 457 .

⁴ ابن رجب (زين الدين أبو الفرج عبد الرحمان بن شهاب الدين)، مرجع سابق، ص 153-163 .

⁵ الخضري (محمد)، أصول الفقه، مرجع سابق، ص 355 .

⁶ سورة الذاريات الآية: 21 .

⁷ السبيل (عمر بن محمد)، مرجع سابق، ص 186 .

علم بالتجارب العلمية صحة نتائجها الدالة على وجود الشبه والعلاقة النسبية بين اثنين أو نفيه عنهما¹.

فالبصمة الوراثية لا تعتمد على قول شخص أو شخصين كما في القيافة، وإنما تعتمد على نتائج مادية ملموسة لأن الشبه فيها يتميز في دلالاته على النسب بالدقة والتطابق بناء على ما تحمله البصمة الوراثية من أوصاف جينية خاصة بكل فرد من بني الإنسان وينتقل بعضها عن طريق الوراثة فقط من الآباء إلى الأبناء، وعلى هذا فكل ما تفعله القيافة يمكن أن تفعله البصمة الوراثية بدقة متناهية²

ثالثاً: من قواعد الشرع:

من قواعد الشرع التي يستدل بها في إعطاء حجية للبصمة الوراثية في مجال النسب القواعد التالية:

1- ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب: ووجه الدلالة من هذه القاعدة أن السعي إلى المحافظة على النسل إيجاداً وبقاءً هو في الأصل من الفروض الواجبة على الأمة وتحقيق هذا الواجب متوقف على البصمة الوراثية، خاصة في حالات الاشتباه في المواليد في المستشفيات ومراكز رعاية المواليد والأطفال، وكذا الإشتباه في أطفال الأنابيب والذي يمكن بواسطتها معرفته فيعتبر مشروعاً وواجباً من هذا الوجه³.

2- قاعدة ما كان أبلغ في تحصيل مقصود الشارع كان أحب إذا لم يعارضه ما يقتضي خلاف ذلك⁴:

ومعنى هذه القاعدة أن كل مقصد من مقاصد الشرع لابد من وسيلة لتحصيله، لكن تختلف الوسائل في تحقيق المقاصد، فمنها ما يحقق المقصد على الكمال، ومنها ما دون ذلك فإذا وجدت وسيلتان أو أكثر لتحقيق مقصد حكم شرعي وكانت واحدة منها أبلغ في تحصيل مقصود الشارع من غيرها كانت هذه الوسيلة أحب إلى الشارع وأفضل من غيرها بشرط ألا تكون هذه الوسيلة محرمة فلا يجوز استخدامها حينئذ لأنها تعارض مقصد الشارع من الحكم .

ووجه الدلالة من هذه القاعدة أن الشارع يتشوف لإثبات النسب وإلحاق الأفراد بأسرهم حفاظاً على النفس وصيانة الأنساب وهذا مقصد عظيم، وهناك وسائل تحقيقه، والبصمة الوراثية وسيلة علمية موثوقة لتحقيق

¹ القرداغي (علي محي الدين)، مرجع سابق، ص 63- 64 .

² الشبيلي (الهادي الحسني)، استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب: نظرة شرعية، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب علمية - دورية - محكمة، المجلد 18، العدد 35، محرم 1434 هـ، ص 20 .

³ ويح (أشرف عبد الرزاق)، مرجع سابق، ص 122 .

⁴ المقادمة (عائشة إبراهيم أحمد)، إثبات النسب في ضوء علم الوراثة، مرجع سابق، ص 65 .

هذا المقصد وهي أوثق من القيافة بمراحل لاسيما مع نقص المعرفة بالقيافة في هذا العصر فتكون محققة لمقصد الشارع بشكل أفضل وأدق بكثير من غيرها من الوسائل فكيف لا يجوز الأخذ بها¹.

رابعاً: الإجماع العلمي للأمة

ومؤدى هذا الأمر إجماع الأمة ومن ضمنها فقهاؤها على إثبات الهوية الشخصية بالوسائل المستحدثة التي ثبت جدواها علمياً ويسرت التعامل بين البشر، ومن ذلك الأخذ بنتيجة فحص بصمة الأصابع والتوقيع الخطي، ومن ذلك الصورة الشخصية المأخوذة بانعكاس الأشعة المثبتة على البطاقة الشخصية ولم نسمع من أحد من أهل العلم والفقهاء إنكار العمل بشيء من هذه الوسائل المستحدثة بل استخدموها هم أنفسهم كما استخدموها غيرهم وهذا نوع من الإجماع العلمي للأمة².

والبصمة الوراثية لاشك أنها من الأشياء النافعة التي قدمت منافع جمة للأمة، فهي تدل على هوية كل إنسان بعينه وتعد أفضل وسيلة علمية للتحقق من الشخصية ومعرفة الصفات الوراثية التي تميز كل شخص عن غيره مما يدعوا الحاجة الماسة إلى استخدامها³.

خامساً: كونها وسيلة لتحقيق مقصد مشروع

ذهب فريق من الفقهاء إلى إجازة البصمة الوراثية بشأن إثبات النسب تأسيساً على المصلحة المشروعة أو ما يطلق عليه الاستصلاح وهو الحكم بمقتضى المصلحة التي لا يشهد لها دليل خاص بالإلغاء أو الإثبات حيث تأكد أنه من مقاصد الشريعة المعتبرة أن كل ما فيه نفع البشرية جائز ومباح، ما لم يكن في هذا النفع ضرر للغير، وأن كل ما فيه ضرر للغير فهو محظور ومحرم، ما لم يترتب عن هذا الضرر تحقيق مصلحة عامة، ويعتبر الاستصلاح في الشريعة طريقاً مشروعاً لتطبيق قواعدها وأوامرها على الوقائع الجديدة التي لا نص فيها، وقد أكد الفقهاء على أن جلب المصالح ودرء المفاصد وسد الذرائع وتغيير الزمان من مقتضيات العمل بالاستصلاح⁴.

¹ نفس المرجع، ص 66 .

² بورقة (سفيان بن عمر)، مرجع سابق، ص 337 .

³ ويح (عبد الرزاق أشرف)، مرجع سابق، ص 123 .

⁴ الشبيلي (الهادي الحسيني)، مرجع سابق، ص 25 . عمران (عائشة)، إثبات النسب بين الشريعة ومستجدات العصر، مرجع سابق، ص 231 .

سادسا: اعتبار البصمة الوراثية قرينة قاطعة في إثبات النسب

إن الحق كما يثبت بالبيانات يثبت بالقرائن القاطعة كذلك، والبصمة الوراثية تكاد تكون قرينة جازمة وقطعية كذلك، وهو ما انتهت إليه الندوة الفقهية في المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، حيث جاء في توصياتها:

إن البصمة الوراثية من الناحية العلمية وسيلة لا تكاد تخطئ في التحقق من الوالدية البيولوجية والتحقق من الشخصية ولا سيما في مجال الطب الشرعي، وهي ترقى إلى مستوى القرائن القطعية التي يأخذ بها جمهور الفقهاء في غير قضايا الحدود فقد أجمع علماء العصر على أنه لا يصح قياس اختيار البصمة الوراثية واعتبارها قرينة لإثبات الجرائم التي فيها حدود " ¹

كما توصلت اللجنة المنبثقة عن المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي، إلى: " أن نتائج البصمة الوراثية تكاد تكون قطعية في إثبات نسب الأولاد إلى الوالدين أو نفيهما تصل نتائجها إلى 99,99 % ... فهي إذن عندما تجري حسب أصولها العلمية المعتبرة في المختبرات المعتمدة أدق بكثير من القياسة " ²

الفرع الثاني: الحكم القانوني للاستفادة من البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب

بعد ظهور البصمة الوراثية كوسيلة للإثبات أصبح الاتجاه الغالب في التشريعات يميل إلى الأخذ بها في مجالات شتى كان أهمها إثبات البنوة والنسب، لكن اختلفت مواقف التشريعات المقارنة حول مسألة إثبات النسب عن طريق البصمة الوراثية بين مؤيد بصورة مطلقة ومعارض، ومؤيد بشروط وضوابط معينة، ولإستحالة التطرق لكافة التشريعات في هذا الصدد فإننا سنتطرق لموقف بعض التشريعات الغربية من إثبات النسب بالبصمة الوراثية

(الفقرة الأولى) وبيان موقف بعض التشريعات العربية مع تسليط الضوء على موقف التشريع الجزائري (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى: موقف تشريعات الدول الغربية

اكتشفت الدول الغربية البصمة الوراثية لهذا فإن أغلب التشريعات الغربية تعترف بإثبات النسب عن طريق استعمال هذه تقنية، لكن ذهبت بعض التشريعات إلى إباحة ذلك بشكل مطلق بينما قيدته بعضها ببعض القيود.

و لن أستعرض موقف كل التشريعات الغربية بهذا الخصوص بل سوف نذكر أمثلة عنها وهي:

¹ الزحيلي (مصطفى وهبة)، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، بحوث الدورة لمجمع الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 19.

² القرداغي (علي محي الدين)، مرجع سابق، ص 40 .

أولاً: التشريع الفرنسي

لقد كرس المشرع الفرنسي استخدام الأدلة البيولوجية في نطاق دعوى النسب في القانون الصادر في 1994/07/29 والذي بموجبه أضاف المادة 16-11 إلى القانون المدني التي تسمح باللجوء إلى اختبارات البصمة الوراثية في نطاق الدعوى القضائية وهذا يعني أن المشرع الفرنسي لم يسمح بإجراء الخبرة البيولوجية إذا لم تكن هناك دعوى منظورة أمام القضاء بخصوص النسب¹، فقد نصت الفقرة 02 من المادة 11 من القانون المدني الفرنسي على أنه:

" لا يجوز اللجوء إلى تحليل البصمات الوراثية في القضايا المدنية إلا في نطاق دعوى تهدف إلى إثبات علاقة النسب أو نفيها، أو تهدف إلى إلزام الأب بالإتفاق على الطفل أو إلغاء هذه النفقة، ويجب أن يكون الهدف من هذه الدعاوى هو البحث عن الحقيقة البيولوجية "²

وبذلك يكون المشرع الفرنسي قد حدد نطاق استخدام البصمة الوراثية بدعوى مرفوعة أمام القضاء وأن يكون الأمر بصدد دعوى إنشاء بنوة قانونية، أو طبعية، أو إنكار البنوة الشرعية أو الطبيعية، أيًا كان المدعي عليه في هذه الدعاوى . كما تستخدم هذه الوسيلة في حالة دعوى طلب الحصول على النفقة للطفل أو طلب الإعفاء منها³ لأهداف البحوث العلمية والعلاج .

ووفقا للمادة 16-11 من القانون المدني الفرنسي، لا يستطيع أي شخص من تلقاء نفسه أن يطلب إجراء هذا الفحص (تحليل البصمة الوراثية) بصفة شخصية وبدون أن تكون هناك دعوى أو إذن من الجهة القضائية المختصة التي تأمر أو تسمح بهذا التحليل³.

ومن بين الأسباب التي أدت إلى تقييد اللجوء إلى البصمة الوراثية لإثبات نسب الطفل الطبيعي كما يدعوه المشرع الفرنسي، أن كثيرا من الدول الأوروبية - حيث تنتشر العلاقات الجنسية خارج إطار الزواج - يتخوفون من إعلان الحقيقة البيولوجية في مسألة النسب لأنه، حسب وجهة نظرهم، في بعض الأحيان لا تتفق مع الحقيقة الاجتماعية وهذا يهدد الاستقرار العائلي للأسرة وللطفل المعني⁴.

¹ Article: 16-11 (code civil) En matière civile , cette identification ne puet être recherchée qu'en exécution D'une mesure d'instruction ordonnée par le juge saisi d'une action tendant soit á l'établissement ou la contestation D'un lien de filiation , soit á l'obtention ou la suppression de subsides.(loi n°94-653 du 29 juillet 1994 art 5 journal officiel

² رجب كريم (عبد اللاه)، دور البصمة الوراثية في إثبات النسب في القانون الفرنسي والقانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2015 م، (د.ط)، ص 46 .

³ حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، المرجع السابق، ص 738، علال برزوق (آمال)، مرجع سابق، ص 362 .

⁴ علال برزوق (آمال)، المرجع السابق، ص 363 .

ثانيا: التشريع الإنجليزي

تلعب الأدلة البيولوجية دورا مهما في إثبات البنوة أو نفيها، وذلك لأن قواعد النسب في بريطانيا تقوم على الحقيقة البيولوجية، حيث صدر سنة 1969 قانون " Reforma acte Law " ¹ الذي يجيز اللجوء إلى الطرق العلمية لنفي نسبة ولد إلى شخص معين وإثباتها لشخص آخر إذا أثبت التحليل العلمي ذلك، ويتم ذلك إما بالتراضي أو بالتقاضي .

1- اللجوء إلى تحليل البصمة الوراثية في حال اتفاق الطرفين (بالتراضي)

وفقا لما هو مقرر في قواعد إثبات النسب في القانون الإنجليزي يجوز أن يتفق الزوجان على إجراء تحاليل البصمة الوراثية في أي خبير يختارانه للتأكد من كون الولد ينسب ل كليهما، فيتم الأمر خارج نطاق القضاء وفي هذه الحالة فإنه لا تخرج من أحد الأمرين:

أ- في حالة ثبوت نسب الولد للزوج، فلا بد أن يرفع دعوى إعلان شرعية نسبه، إذا كان الأمر متعلقا بنسب قانوني، أما في حالة النسب الطبيعي فيمكنه رفع دعوى تحديد طبيعة النسب .

ب- في حالة عدم ثبوت نسب الولد للزوج فلا يمكن رفع أي دعوى على هذا الأخير لإثبات أبوته وإذا تم الكشف عن نتائج هذه الخبرة أثناء دعوى قضائية سارية، فإن ذلك يفضي إلى فقدانه صفة الأب عن طريق الدم التي كان يتمتع بها بمقتضى سند معين كشهادة ميلاد، وفي هذا الفرض إذا رغب الزوج في الحفاظ على علاقته بالطفل - كأن يكون شديد التعلق به - فيتعين عليه من باب الاحتياط أن يضيفي على هذه العلاقة الطابع القانوني، وهنا لا مناص من رفع دعوى قضائية يستند فيها إلى قانون الطفل (Children Act) لسنة 1989 ².

2- اللجوء إلى تحليل البصمة الوراثية في حال عدم اتفاق الأطراف (بالتقاضي)

إذا وقع نزاع بين الطرفين ورفض أحدهما إجراء الاختبارات البيولوجية طواعية، فبوسع الطرف الآخر أن يلتجأ إلى القضاء للمطالبة بذلك، وحل النزاع القائم بينهما، ويمنح القانون الإنجليزي سلطة تقديرية للقاضي في الأمر بإجراء تحاليل الحمض النووي بما يتفق مع مصلحة الطفل بالدرجة الأولى، وتأسيسا على ذلك بوسع القاضي عدم إجابة المدعي إلى طلبه بإجراء التحاليل إذا كانت الظروف تدل على أنه ليس بالإمكان الشك في أبوة الشخص الذي يطلب إجراء هذه الخبرة ³.

¹ Jacqueline Flauss- Diem ,Filiation et preuve scientifique en droit anglaise ,3 Mai 1995 ,P 103 .

² فواز (صلاح) حجية البصمات الوراثية في إثبات النسب، مجلة الشريعة والقانون الصادرة عن المجلس العلمي بجامعة الإمارات العربية، العدد 19، يونيو 2003 م، ص 204، رابحي (فاطمة الزهراء)، مرجع سابق، ص 162 .

³ ماينو (جيلالي)، مرجع سابق، ص 171 .

ثالثا: التشريع البلجيكي

لم ينظم التشريع البلجيكي صراحة كيفية استخدام البصمة الوراثية في موضوع إثبات النسب، وهو يطبق في هذا المجال القواعد العامة الواردة بالقانون المدني ومنها المادة 8/331 التي تجيز للقاضي إجراء فحص الفصائل الدموية وغير ذلك من الاختبارات الطبية وتستغل المختبرات الطبية هذا النقص في القانون لتقوم بإجراء الاختبارات الوراثية خارج نطاق القضاء .

رابعا: التشريع الكندي (مقاطعة كيبيك)

في مقاطعة كيبيك تنص المادة 533 من القانون المدني على أن إقامة الدليل في دعاوى النسب تتم بكافة وسائل الإثبات، فهو لم ينص صراحة على السماح بإثبات النسب عن طريق فحص الدم، أو البصمة الوراثية، أو أي دليل علمي آخر، لكن ووفقا للمادة 534 من نفس القانون فإن الشهادة هي تصريح يبين فيه شخص ما الوقائع التي علم بها شخصيا أو التصريح الذي يوضح فيه الخبير رأيه .

ووفقا لذلك فإن العمل بالاختبارات الوراثية تخضع لقواعد الإثبات بالشهادة، وقد أصبح من الممكن اللجوء إلى مثل هذه الاختبارات كدليل يستند إليه في الشهادة على أصبح من الممكن اللجوء إلى مثل هذه الاختبارات كدليل يستند إليه في الشهادة على اعتبار أنها وسيلة إثبات معترف بها قانونا . و" نتيجة لعدم وجود نص صريح ينظم كيفية اللجوء إلى البصمات الوراثية في القضايا المدنية في كيبيك تقوم المختبرات البيولوجية بإجراء اختبارات البصمات الوراثية خارج نطاق أية دعوى قضائية .

وحسب إحصائيات قام بها مختبر Helix Biotech فإن نسبه 20% من الاختبارات الوراثية في قضايا النسب يتم إجرائها خارج نطاق الدعاوى القضائية"، وبهذا يتفق القانون المدني في كيبيك بكندا مع القانون الإنجليزي في جواز إجراء اختبارات البصمة الوراثية خارج نطاق القضاء بشرط توافر الرضا بين الطرفين¹.

خامسا: التشريع السويسري

إن اللجوء إلى الأخذ بنتائج التحليل البيولوجية، واعتمادها كدليل لإثبات الأبوة أو إنكارها نصت عليه المادة 2/254 قانون مدني، وأن المادة تلزم الأطراف والغير بالمساهمة في إجراء ذلك لإظهار النسب الحقيقي، وعند رفض ذلك تكون للقاضي سلطة واسعة في بناء النتائج المترتبة على هذا الرفض، فإذا كان الرفض غير مبرر يستطيع القاضي تهديد الناكل بغرامة والحبس، ولكن ليس بمقدوره إرغام الناكل على إجراء خبرة، بل يطالبه بالتعويض عن الضرر اللاحق بالغير².

¹ رابحي (فاطمة الزهراء)، إثبات النسب، مرجع سابق، ص 162 - 163 .

² فواز (صلاح)، مرجع سابق، ص 206 .

والملاحظ أنه بالرغم من أن القوانين الغربية كانت سباقة للأخذ بالبصمة الوراثية لإثبات النسب، إلا أنه تفاوتت كيفية استخدام هذه الوسيلة وقيمتها من تشريع لآخر .

الفقرة الثانية : موقف تشريعات الدول العربية

عنيت التشريعات في الدول العربية بتنظيم أحكام النسب لما له من أهمية في حياة الفرد والمجتمع، وقد استمدت أحكامه من الشريعة الإسلامية التي بدورها نظمت تنظيمًا دقيقًا بإعتباره كلية من الكليات الخمس فبينت الطرق المشروعة لتحقيقه وما يترتب عليه من حقوق وواجبات، كما وضحت طرق إثباته من فراش وبينة وإقرار وبظهور البصمة الوراثية أرادت بعض التشريعات العربية مواكبة التطورات الحاصلة في الدول الغربية فصرحت بتبني هذه الوسيلة وإحكامها في مجال منازعات الأبوة والنسب باعتبارها وسيلة من وسائل الإثبات ذات الحجية القوية في هذا المجال بينما لم يتم الإشارة الصريحة إليها في البعض الآخر، سوف نعرض موقف بعض قوانين الدول العربية من إثبات النسب بالبصمة الوراثية مع التركيز على موقف القانون الجزائري .

أولاً: التشريع الكويتي

بالرجوع إلى قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم 51 لسنة 1984 المعدل والمتمم، نجد أنه قد نظم أحكام النسب ضمن المواد 166 إلى 185 من ق.أ.ش.ك والتي تضمنت طرق إثبات النسب ونفيه ودعاوى النسب، ومن تصفح هذه المواد نجد أنها لم تشر إلى البصمة الوراثية واستخدامها في مجال النسب لا من قريب ولا من بعيد، وبالتالي فإن المشرع الكويتي قصر طرق إثبات النسب على الوسائل الشرعية والمتعلقة أساساً بالفراش والبيئة والإقرار .

لم ينص قانون الأحوال الشخصية الكويتي على البصمة الوراثية في مسائل إثبات النسب بشكل صريح لكنه نص في المادة 168 منه على أنه: " لا يثبت النسب من الرجل إذا ثبت أنه غير مخصب، أو لا يمكن أن يأتي منه الولد ... وللمحكمة عند النزاع في ذلك أن تستعين بأهل الخبرة من المسلمين " ¹ وفي هذا النص إشارة إلى إمكانية اللجوء إلى الوسائل العلمية ومن بينها البصمة الوراثية .

ونظراً لأهمية البصمة الوراثية صدر قانون رقم 78 لسنة 2015 ²، إلا أنه لم يتضمن نصاً يتعلق بتحديد النسب، بل حصر حالات اللجوء إليها في: تحديد ذاتية مرتكب الجريمة وعلاقته بها، أو المشتبه فيهم والتعرف على ذويهم أو تحديد هوية الجثث المجهولة، كما يمكن اللجوء إليها في أي حالة تتعلق بالمصلحة العليا للبلاد أو تطلبها المحاكم أو جهات التحقيق المختصة (المادة 5) غير أننا نشير إلى

¹ قانون رقم 51 لسنة 1984 في شأن الأحوال الشخصية (1984/51)

² قانون رقم 78 لسنة 2015 في شأن البصمة الوراثية

أن هذا القانون قد لاقى اعتراضاً واسعاً من قبل الأوساط السياسية والقانونية لمخالفته مبدأ الخصوصية ومبدأ البراءة ليلغى من طرف المحكمة الدستورية بتاريخ 5 أكتوبر 2017 م¹.

غير أنه بالرجوع إلى أحكام القضاء الكويتي في مسائل الأحوال الشخصية، فإننا نجد أن استخدام البصمة الوراثية أصبح من المسائل العادية، حيث يتم اللجوء إليها في النزاعات المتعلقة بالنسب .

ثانياً: التشريع الأردني

ساير المشرع الأردني التطور العلمي وكرس الاستعانة بالبصمة الوراثية، فقد نص في قانون الأحوال الشخصية لسنة 2019 في المادة 157 ف (ب) على أنه: "...للمحكمة أن تثبت نسب المولود لأبيه بالوسائل العلمية مع مراعاة أحكام ثبوت النسب بفراش الزوجية " ² فالمشرع الأردني لم يشر صراحة إلى البصمة الوراثية وإنما استخدم عبارة الوسائل العلمية القطعية .

وما يلفت الانتباه فيه هو أن المشرع الأردني ربط مسألة اللجوء إلى الطرق العلمية بشرطين أساسيين الأول أن تكون هذه الأخيرة " قطعية " بمعنى أن يستبعد الاستعانة بالوسائل العلمية الغير قطعية كتحاليل الدم ABO التي تعتبر من الوسائل النسبية والظنية أما الشرط الثاني هو اقترانها بفراش الزوجية .

إذ نص في فقرتها (د): " لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها من حين العقد، ولا لولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها ما لم يثبت بالوسائل العلمية القطعية أن الولد منه "

ولعل هذا النص تكمن أهميته في الكثير من منازعات النسب في فترة الانفصال الفعلي بين الزوجين فالقرينة هي أن الولد للفراش مادامت الزوجية قائمة، لكنها قرينة بسيطة تدحض بالوسائل العلمية القطعية.

كما جعل من الوسائل العلمية القطعية مانعاً من قبول اللعان لنفي النسب في المادة 163 منه إذ تنص: " يمتنع على الرجل اللعان لنفي نسب الحمل أو الولد في أي من الحالات إذا ثبت بالوسائل العلمية القطعية أن الحمل أو الولد له " ³

¹ ألغت المحكمة الدستورية بالكويت القانون رقم 78 / 2015 المتعلق بإلزامية جمع العينات الحيوية الخاصة بالبصمة الوراثية، معللة قرارها بأن بعض أحكامه تتنافى مع الحق في الخصوصية والحرية الشخصية المنصوص عليها في المادتين 30 و31 من الدستور الكويتي .

² قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 15 لسنة 2019 .

³ الفقرة (ج) من المادة 163 قانون الأحوال الشخصية الأردني .

فنتيجة الفحص وفقا للنص السابق، إذا أفضت لتأكيد صلة النسب، منعت إجراء الملائنة بهدف قطع النسب، ما يعني أنه لا مانع من الملائنة للفرقة وهذا توجه شديد من المشرع الأردني لتفادي تعطيل النصوص الشرعية القطعية في دلالتها وفي ثبوتها وقد وفق المشرع الأردني لما أكد كل مرة على صفة " القطعية " بالنسبة للوسائل العلمية، لكن ما يعد قطعيا في مرحلة ما قد لا يكون كذلك لاحقا فالعبرة بالقطعية هنا ينبغي أن تكون وقت استعماله لا وقت اعتماده

ثالثا: التشريع المغربي

بالنسبة للموقف القانون المغربي، فقد ورد في المادة 158 من مدونة الأسرة المغربية " يثبت النسب بالفرش أو بإقرار الأب أو بشهادة عدلين أو ببينة السماع وبكل الوسائل الأخرى المقررة شرعا بما في ذلك الخبرة القضائية "

و الملاحظ أن المشرع المغربي لم يشير إلى مصطلح البصمة الوراثية، وإنما أشار من خلال النص السابق إلى الخبرة الطبية وهي من باب الكل الذي يتضمن الجزء وقد استقرت الممارسة القضائية على أن المقصود بالخبرة هو ما يتعلق بالبصمة الوراثية¹.

وعليه يمكن وفقا للمادة 158 من مدونة الأسرة اعتماد آراء الخبراء في إثبات النسب بواسطة فحص الحمض النووي لأي شخص عن طريق فحص أحد المواد السائلة في الجسم كالدم أو المني أو اللعاب أو أخذ أنسجة الجسم كاللحم أو الجلد أو أي مادة أخرى منه كالشعر والعظم والوصول إلى ما يعرف بالبصمة الوراثية وقد نظم المشرع المغربي إجراءات الخبرة ضمن إجراءات التحقيق بالفصول من 59 إلى 66 من قانون المسطرة المدنية، وبين كيفية تعيين الخبير والمسطرة التي يتعين إتباعها².

وبالتالي نجد أن المشرع المغربي قد تبنى الرأي الفقهي القائل بجواز الإعتماد على البصمة الوراثية في إثبات النسب، وإن لم يشير إليها صراحة ضمن النصوص القانونية المنظمة لذلك³.

رابعا: التشريع التونسي

نظم القانون التونسي أحكام النسب في الفصل 68 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية التي جاء فيها " يثبت النسب بالفرش أو بإقرار الأب أو بشهادة شاهدين من أهل الثقة فأكثر "⁴ وواضح من هذا النص أن المشرع التونسي لم يشير إلى البصمة الوراثية كوسيلة من وسائل إثبات النسب وإنما اعتمد الطرق الشرعية

¹ الكشور (محمد)، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، الكتاب الثاني، مطابع النجاح، الدار البيضاء، 2009 م، ط 3، ص 414.

² أباش (أحمد)، الأسرة بين الجمود والحدثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011 م، (د . ط)، ص 384 .

³ يوسفات (علي هاشم)، مرجع سابق، ص 302 .

⁴ مجلة الأحوال الشخصية التونسية .

لإثبات النسب وهي الفراش والإقرار وشهادة الشهود بخلاف المشرع المغربي الذي فتح الباب الواسع للإستفادة من البصمة الوراثية في إثبات النسب وإن كان ذلك بصورة غير صريحة .

غير أنه أجاز اللجوء إلى البصمة الوراثية بعدها من خلال القانون 75 لسنة 1998 المؤرخ في 28 أكتوبر 1998 المتعلق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب¹.

فالقانون المذكور يتعلق أساسا بإثبات البنية الطبيعية وواضح أنه يقصد به بنية الطفل المولود الذي لم يولد من علاقة شرعية وفتح الباب لإثبات تلك البنية بإقحام وسيلة جديدة بالنسبة للتشريع التونسي وهي التحليل الجيني، وما يؤكد التحليل ما جاء في رد وزارة العدل على تساؤلات النواب أثناء مناقشة مشروع هذا القانون والمتضمن ما يلي " إن الهدف من مشروع القانون هو حماية الطفل غير الشرعي قانونا حتى لا يتصل الأب من فعلته ويتولى استبعاد قيامه بواجباته كأب، ولم يكن هدف المشروع تغيير المبادئ الأساسية للأحوال الشخصية التي بات احترامها واجبا مكرسا بالدستور . كما جاء في القرار التعقيبي رقم 3040 المؤرخ في 16 نوفمبر 2000 مايلي: " حيث أن التحليل الجيني هو وسيلة من وسائل إثبات الأبوة على الأطفال المهملين أو مجهولي النسب لغاية إسناد لقب عائلي لهم تطبيقا لأحكام القانون 75 لسنة 1998 المؤرخ في 28-10-1998 ولا فائدة ترجى منه في خصوص النسب الذي لا يثبت إلا بالوسائل المنصوص عليها بالفصل 68 من مجلة الأحوال الشخصية².

ويظهر لنا من خلال هذا القرار أن المشرع التونسي لم يجز استعمال البصمة الوراثية إلا في مجال واحد هو مجال إثبات البنية الطبيعية أي أبناء العلاقات الغير شرعية، أما النسب الشرعي فوسائل إثباته هي التي أوردها المشرع التونسي في مجلة الأحوال الشخصية بالفصل 68 منه سالف الذكر .

ونستنتج أن المشرع التونسي لا يزال متأخرا في مسألة الإقرار باللجوء إلى فحص البصمة الوراثية من أجل إثبات النسب بالرغم من أن ذلك لا يتعارض مع أحكام الفقه الإسلامي الذي أجاز استخدامها في مجال النسب وخصوصا في القضايا التي يقع فيها تنازع بشأن النسب كحالة اختلاط المواليد في المستشفيات وضياع الأطفال وإدعاء أكثر من شخص نسب الولد المجهول .

¹ قاشي (علل)، البصمة الوراثية ودورها في إثبات النسب - دراسة قانونية -، مجلة المعيار، مجلد 24، العدد 50، 2020 م، ص 516 .

² بن حليمة (ساسي)، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية، مركز النشر الجامعي، تونس، 2010 م، ص 159 - 160 .

لكنه كان جريئاً وسار عكس ما أقره جمهور الفقهاء المعاصرين وبقيت المشرعين في مسألة إثبات بنوة الأطفال الناتجين عن العلاقات الغير مشروعة بإقراره جواز اللجوء إلى التحاليل الجينية لإثبات بنوتهم ضمن أحكام القانون 75 لسنة 1998 السابق الذكر رغم ما يترتب على ذلك من نتائج خطيرة.¹

خامساً: التشريع الجزائري

لم يكن قانون الأسرة لسنة 1984 م يتضمن نصاً يفيد استعمال البصمة الوراثية في مجال النسب بل لم يشر إلى الطرق العلمية بتاتا، لكن موقف المشرع تغير إثر التعديل الأخير بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 متأثراً بالطفرة العلمية الهائلة في مجال العلوم الطبية وعلم الوراثة والعلوم البيولوجية، التي فتحت الأبواب على مصراعيها أمام بروز قضايا مستجدة ونوازل مستحدثة ذات صلة مباشرة بحياتنا اليومية والشخصية .

فقد نظم المشرع الجزائري أحكام النسب في المواد من 40 إلى 46 من قانون الأسرة، وقد أكدت المادة 40 من القانون المذكور على الطرق الشرعية التي تستخدم في إثبات النسب وحددتها في كل من " الزواج الصحيح أو الإقرار أو البينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه طبقاً للمواد 32، 33، 34 من هذا القانون، ويجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب " ² عند قراءة المادة 40 ف 1 من قانون الأسرة يفهم من خلال لفظ

" يثبت " الوارد في تعبير المشرع أن النسب يثبت بالزواج الصحيح أو الإقرار أو البينة، أنه إذا تحقق طريق من هذه الطرق فالنسب يثبت وليس للقاضي سلطة تقديرية في ذلك وعلى العكس يفهم من استخدام المشرع عبارة " يجوز للقاضي " اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب، أن الأمر جوازي يمكن الأخذ به كما يمكن عدم الأخذ به . ووضح من هذه المادة أن المشرع منح الأسبقية للطرق الشرعية عن الطرق العلمية وترك السلطة التقديرية للقاضي في اللجوء إلى البصمة الوراثية لإثبات النسب فإذا رأى القاضي أن بالملف ما يكفي من أدلة الإثبات المنصوص عليها في الفقرة 01، فإنه بإمكانه عدم الاستجابة للطلب الرامي بإجراء خبرة البصمة الوراثية، والعكس صحيح، كما يمكنه أن يأمر بها من تلقاء نفسه دون طلب من الخصوم.³

¹ ضريف (الصادق)، شيهاني (سمير)، دور البصمة الوراثية في إثبات النسب بين الفقه الإسلامي والقانون المقارن، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 04، العدد 02، 2019 م، ص 1839 .

² الفقرة 02 من المادة 40 من قانون الأسرة المعدل والمتمم .

³ علال برزوق (أمال)، مرجع سابق، ص 360 .

وبالرجوع إلى الفقرة 02 التي استحدثها المشرع الجزائري في المادة 40 من ق.أ.ج أقل ما يمكن ملاحظته هو:

- أن المشرع أجاز اللجوء إلى الطرق العلمية في إثبات النسب تماشيا مع التطورات العلمية الحديثة في المجال الطبي، دون أن يحدد لنا ماهية هذه الطرق أو يفرق بينهما، علما أن هناك طرق ذات نتائج غير يقينية مثل تحليل الدم، وطرق ذات نتائج شبه يقينية كالבصمة الوراثية وهذا يفهم منه أنها كلها تصلح لإثبات النسب .
- أن المشرع أخذ بالاتجاه الفقهي الذي يرى جواز استعمال البصمة الوراثية في إثبات النسب لا في نفيه¹.
- أن إجراء خبرة التحاليل البيولوجية يتم بإشراف القاضي وتوجيهه، ولا معنى لشهادات الخبرة المقدمة من طرف الخصوم .
- أن البصمة الوراثية قرينة كسائر القرائن تخضع للسلطة التقديرية للقاضي مثلها مثل بقية الأدلة الفنية ومعنى هذا أنه لا يمكن أن تقدم تلك الطريقة العلمية بأي حال من الأحوال على الأدلة الشرعية لثبوت النسب، ويظهر قصد المشرع من خلال نص المادة 40 سالفة الذكر، وذلك بإبقاء الأدلة الشرعية في الفقرة الأولى من المادة ولو كان قصد المشرع اعتبار الطرق العلمية دليلا شرعيا قائما بذاته لثم إدراجها ضمن الأدلة الشرعية في فقرة واحدة وهو ما يعني اعتبارها دليلا مساعدا أو احتياطيا يأخذ به القاضي في حال فقدان الأدلة الشرعية كما هو الحال في نسب المجهول أو اللقيط أو تعارض الأدلة الشرعية .
- التأكيد على أن النسب لا يثبت عن علاقة زنا بين رجل وامرأة حتى وإن أثبت تحليل البصمة الوراثية أن الولد ناشئ عن علاقة جنسية بينهما².

والحقيقة أن المشرع الجزائري قد أصاب من ناحية وأهمل نواح أخرى فمن ناحية الصواب نجد أن المشرع واكب التطور الحاصل في المجال البيولوجي بنصه على جواز اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب وهو أمر مفيد ومهم جدا، أما عن النواحي التي أهملها والتي تعد من الأهمية بمكان هي التنظيم الدقيق والمفصل لشروط وضوابط اللجوء إلى هذه الطرق العلمية وكذا حجيتها أمام القاضي .

لكن لم يبق الحال على ما وعليه بل صدر قانون رقم 03/16 المؤرخ في 19 جوان 2016 المتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص الذي استطاع من خلاله

¹ ضريفي (الصادق)، شيهاني (سمير)، مرجع سابق، ص 1820 .

² ماينو (جيلالي)، مرجع سابق، ص 126 .

المشرع الجزائري تحديد قواعد استعمال البصمة الوراثية فقد نص في الفصل الأول على أحكام عامة وجاء هذا الفصل في مادتين:

المادة الأولى: حاول المشرع من خلال تحديد نطاق استعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية على الأشخاص المفقودين ومجهولي الهوية .

والمتمعن في هذا التحديد الذي جاء به المشرع يلاحظ وبسهولة أن هذا التحديد جاء قاصرا ومناقضا حتى لعنوان هذا القانون ومن حيث القصور فإن تحديد نطاق هذا القانون يجب ألا يقتصر على المفقود ومجهول الهوية، بل يتعين تحديد بطاقة كما فعلت ذلك التشريعات المقارنة بطبيعة الإجراء أو بطبيعة الميدان المستعملة فيه البصمة الوراثية لأن الغرض من هذا النقص والغموض في تحديد نطاق هذا القانون أغفل المشرع الأغراض العلاجية للبصمة الوراثية واستعمالاتها في المجالين الجزائي والمدني¹.

أما المادة الثانية من هذا الفصل فقد أورد المشرع من خلال فقرات متتالية، تعريفات علمية لمصطلحات كل من البصمة الوراثية والحمض النووي والمناطق المشفرة وغير المشفرة في الحمض النووي .

ويظهر من خلال هذه الفقرات (1، 2، 3، 4) تأثر واضح لهذا القانون بالبيولوجية وإهمالهم التام للوظائف الأخرى التي تستعمل فيها البصمة الوراثية، وبداية من الفقرة الخامسة عرج المشرع على التحليل الوراثي باعتباره مجموعة الخطوات التي تجري على العينات البيولوجية بهدف الحصول على البصمة الوراثية، وحصر العينات البيولوجية التي تستخلص منها البصمة الوراثية من الأنسجة والسوائل، أما الفقرة الأخيرة فتتاول من خلالها مصطلح المقاربة وعرفها بأنها المقارنة بين بصمتين وراثيتين .

وعموما يمكن القول أن هذه المادة بفقراتها (07) موجهة إلى القائمين على تحاليل البصمة الوراثية ومن ثم يمكن من خلالها استخراج التنظيم الذي يتعين على القائمين على البصمة الوراثية احتوائه سواء من الناحية الفنية وبقي أن أشير أن المقارنة مرحلة ضرورية لإظهار البصمة الوراثية وحتى تكون فعالة وذات مصداقية يجب أن تتم عبر الإعلام الآلي، من خلال قاعدة البيانات المعدة لهذا الغرض والتي تحتوي على ثلاثة أنماط من العينات².

أما الفصل الثاني فقد نص على كفايات وشروط استعمال البصمة الوراثية ويبدو جليا من خلال اطلاع على مواد هذا الفصل أن المشرع الجزائري استطاع إجراء الموازنة بين حق الإنسان في سلامة جسده،

¹ المادة 01 من قانون رقم 16-03 مؤرخ في 14 رمضان عام 1437 الموافق 19 يونيو سنة 2016 يتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص .

² المادة 02 من قانون رقم 16/03 المتعلق باستعمال البصمة الوراثية .

وفي حرمة حياته الخاصة، وحق المتهم في تقديم دليل ضد نفسه وحق المجتمع في الكشف عن الحقيقة القضائية باستعمال الأدلة العلمية في إطار مكافحة الجريمة تدعيما للسياسة العقابية .

فقد أوجب المشرع في المادة الثالثة من هذا القانون احترام كرامة الأشخاص وحرمة حياتهم الخاصة وحماية معطياتهم الشخصية في مختلف مراحل أخذ العينات البيولوجية .

مسائرا بذلك الإعلان العالمي لحقوق الجينوم البشري الصادر عن منظمة اليونسكو عام 1997 في مادته الثانية وتوصية المجلس الأوروبي رقم 922. 1 الصادرة في 1992/02/22 ولذلك مواد هذا الفصل متطابقة مع المبادئ التي تضمنتها هذه التوصية، حيث نصت المادة الثامنة على منع استعمال العينات البيولوجية أو البصمات الوراثية المتحصل عليها لغير الأغراض المنصوص عليها في أحكام هذا القانون أي في إطار إثبات أو نفي التهمة¹.

أما المادة الرابعة من هذا القانون فقد حصرت السلطات المختصة بأخذ العينات البيولوجية في:

وكلاء الجمهورية وقضاة التحقيق وقضاة الحكم بموجب أمر قضائي وأجاز لضباط الشرطة القضائية في إطار تحرياتهم طلب أخذ عينات بيولوجية وإجراء تحاليل وراثية عليها بعد الحصول على إذن مسبق من السلطة القضائية المختصة، ومسايرة لتوصية المجلس الأوروبي المشار إليه أعلاه حدد المشرع الجزائري في المادة الخامسة الجرائم التي يجوز فيها اللجوء إلى اختبارات البصمة الوراثية من الجنايات والجناح ضد أمن الدولة أو ضد الأشخاص أو الآداب العامة أو الأموال أو النظام العمومي أو الجرائم المنصوص عليها في قانون مكافحة المخدرات أو قانون مكافحة تبييض الأموال وتمويل الإرهاب أو أي جنائية أو جنحة أخرى ترى الجهة القضائية المختصة ضرورة ذلك .

و بهذا يكون المشرع قد حدد طائفة الجرائم التي يمكن استعمال البصمة الوراثية كدليل إثبات أو نفي لها وترك السلطة التقديرية للجهة القضائية المختصة باللجوء إلى هذه التقنية في أي جنائية أو جنحة ترى فيها ضرورة لذلك².

وقد دخل المعهد الوطني للأدلة الجنائية وعلم الإجرام التابع لسلك الدرك الوطني حيز الخدمة عام 2009 م، وقد عالج عدة قضايا معقدة وتوصل إلى نتائج باهرة مكنت من التعرف على عدة مجرمين تم توقيفهم وإحالتهم على الجهات القضائية، أما بالنسبة للشرطة الجزائرية ومنذ 22 جويلية 1962 قامت بإنشاء

¹ تنص المادة الثانية من الإعلان العالمي لحقوق الجينوم البشري على أنه: " لكل فرد الحق في احترام كرامته وحقوقه، مهما كانت خصائصه الوراثية هذه الكرامة بغرض عدم حصر الأفراد في خصائصهم الوراثية واحترام طبيعة الفرد واختلافه "

² المادتين 04، 05 من قانون رقم 03/16 المتعلق باستعمال البصمة الوراثية .

مخبر للشرطة العلمية يحتوي على عدة فروع، حيث تم تدشين مخبر للبصمة الوراثية بتاريخ 20 جويلية 2004 وهو المخبر الأول على مستوى العربي والثاني على المستوى الإفريقي بعد جنوب إفريقيا .

وبالتالي فالمشرع اعتمد البصمة الوراثية قبل صدور القانون 03/16 بإنشائه للمخبرين المذكورين آنفا ولكنه لم يحدد الجهات التي لها حق طلب إجراء التحليل .

وبالرجوع لنص المادة السادسة من هذا الفصل فهي تنص صراحة على ضرورة أخذ العينات البيولوجية وفق للمقاييس العلمية المتعارف عليها وأوكل هذه المهمة إلى:

- ضباط وأعوان الشرطة القضائية من ذوي الاختصاص (الشرطة العلمية)
- الأشخاص المؤهلين تحت إشراف الشرطة القضائية
- الأشخاص المسخرون من طرف السلطة القضائية

وفيما يخص أماكن إجراء تحاليل البصمة الوراثية فقد نصت المادة السابعة على ضرورة إجرائها في المخابر ومن طرف الخبراء المعتمدين طبقا للتشريع المعمول بهما، وهذا ما يوحي أنه سيتم إعداد مخابر أخرى غير تلك الموجودة حاليا وفي الفقرة الثانية من هذه المادة أكد المشرع على أن التحليل الوراثي لا يجري إلا على المناطق غير المشفرة من الحمض النووي دون المناطق المسؤولة عن تحديد الجنس¹.

ومن خلال هذا القانون يبدو أن المشرع الجزائري قد سائر الاتجاه الفقهي والتشريعي الذي يجيز إجبار الشخص الخضوع للتحاليل البيولوجية للكشف عن الحقيقة الموضوعية مغلبا بذلك مصلحة المجتمع على مصلحة الفرد، ويستشف ذلك جليا من خلال نص المادة 16 التي تعاقب بالحبس من سنة (01) إلى سنتين (02) وبغرامة من 20.000.00 دج إلى 100.000.00 دج كل شخص مشار إليه في الفقرات 1 و 2 و 4 و 5 من المادة 05 من هذا القانون برفض الخضوع للتحاليل البيولوجية التي تسمح بالتعرف على بصمته الوراثية².

وجاء الفصل الثالث بعنوان: المصلحة المركزية للبصمات الوراثية فبعد تحديد شروط وكيفيات استعمال البصمة الوراثية نصت المادة 09 على أنه تنشأ لدى وزارة العدل، مصلحة مركزية للبصمات الوراثية، يديرها قاض تساعده خلية تقنية، وتكلف هذه المصلحة بتشكيل وإدارة وحفظ القاعدة الوطنية للبصمات الوراثية المتحصل عليها من تحليل العينات البيولوجية طبقا لأحكام هذا القانون .

أما الفقرة الثالثة من المادة 09 تحدد شروط وكيفيات تنظيم هذه المصلحة المركزية للبصمات وكيفية سيرها سيتم توضيحه عن طريق التنظيم .

أما عن الأشخاص الذين يمكن تسجيل بياناتهم الجينية بسعي من النيابة فقد حصرتهم المادة 10 في:

¹ المادتين 06، 07 من قانون رقم 03/16 المتعلق باستعمال البصمة الوراثية .

² المادة 16 من قانون رقم 03/16 .

- المشتبه في ارتكابهم جنايات أو جنح ضد أمن الدولة أو ضد الأشخاص أو الآداب العامة أو الأموال أو النظام العمومي أو الجرائم المنصوص عليها في قانون مكافحة المخدرات أو قانون تبييض الأموال وتحويل الإرهاب أو جنائية أو جنحة أخرى ترى الجهة القضائية ضرورة إجراء التحليل الجيني للمشتبه فيه بشأنها .

- الأشخاص المسموح لهم بالتواجد بمكان الجريمة بسبب وظائفهم أو مهامهم ويتعلق الأمر حسب هذه الفقرة برجال الضبطية القضائية والخبراء والمسخرين لإجراء تحاليل البصمة الوراثية .

- الأشخاص المشتبه في ارتكابهم اعتداءات على الأطفال أو المحكوم عليهم نهائيا من أجل هذه الأفعال

- ضحايا الجرائم .

- المحكوم عليهم نهائيا من أجل الجرائم المنصوص عليها في المادة 05 أعلاه .

- الأشخاص المتوفين مجهولي الهوية .

- الأشخاص المفقودين أو أصولهم أو فروعهم .

- الأشخاص الذين لا يمكنهم الإدلاء بمعلومات حول هويتهم بسبب شتمهم أو بسبب حادث أو مرض أو إعاقة أو خلل نفسي أو أي خلل في قواهم العقلية .

- المتطوعين¹ .

وهكذا يلاحظ أن المشرع حاول من خلال هذه المادة توسيع دائرة الأشخاص المشمولين بالخضوع لتحاليل البصمة الوراثية، ليوفر المصادر الكافية لإثراء قاعدة البيانات الوطنية، ويتم إنشاء بطاقة خاصة بكل فئة من الفئات المذكورة، أي بطاقة خاصة بمرتكبي الجرائم والمشتبه فيهم وبطاقية خاصة بالمفقودين ومجهولي الهوية وبطاقية خاصة بالمسموح لهم بالتواجد في مسرح الجريمة بحكم وظائفهم .

وبالرجوع لنص المادة 11 نجد أن المشرع قد خول للقاضي المكلف بالمصلحة المركزية للبصمات الوراثية المهام التالية:

- التأشير على المعطيات الوراثية قبل تسجيلها في القاعدة الوطنية للبصمات الوراثية .

- السهر على تسجيل المعطيات في القاعدة الوطنية للبصمات الوراثية وضمان حفظها .

- الإشراف على عمليات المقارنة .

و تنص المادة 12 على البيانات التي يجب أن ترفق بالمعطيات الوراثية عند تسجيلها في القاعدة الوطنية للبصمات الوراثية والمتمثلة في:

¹ المادة 09 من قانون رقم 03/16 المتعلق باستعمال البصمة الوراثية .

- هوية صاحب البصمة الوراثية إذا كان معروفا .
- تاريخ ومكان الوقائع وطبيعة الجريمة المرتكبة .
- رقم القضية أو ملف الإجراءات .
- بيانات تتعلق بالحرز الذي يحتوي على العينات والآثار البيولوجية .

أما المادة 13 فأوجب فيها المشرع إعلام الشخص الذي تؤخذ منه عينة بيولوجية بالشروط المتعلقة بتسجيل بصمته الوراثية بالقاعدة الوطنية للبصمات الوراثية وبمدة حفظها وبحقه في تقديم طلب لإلغائها على أن يحرر محضر بذلك¹

و مدة حفظ البصمة الوراثية في القاعدة الوطنية للبصمات حددتها المادة 14 كما يلي:

- خمسة وعشرون (25) سنة بالنسبة لأصول وفروع الأشخاص المفقودين
- خمسة وعشرون (25) سنة بالنسبة للأشخاص المشتبه فيهم المتابعين والمستفدين من أمر انتفاء وجه الدعوى أو حكم نهائي بالبراءة .
- أربعين (40 سنة) بالنسبة للأشخاص المحكوم عليهم من تاريخ صيرورة الحكم نهائيا والمفقودين والأشخاص المتوفين مجهولي الهوية .
- وقرر المشرع في الفقرة الثانية من هذه المادة أن إلغاء البصمة الوراثية من القاعدة الوطنية للبصمات الوراثية يكون بصفة تلقائية أو بطلب من النيابة العامة أو من الأشخاص المعنيين بانتهاء المدد المذكورة في هذه المادة أو إذا أصبح الاحتفاظ بها غير مجد.

ويكون إتلاف العينات البيولوجية حسب نص المادة 15 بأمر من الجهة القضائية المختصة إما تلقائيا أو بطلب من مصالح الأمن المختصة إذا لم يعد الاحتفاظ بها ضروريا وفي كل الأحوال عند صدور حكم نهائي في الدعوى².

وفي الفصل الرابع استحدث المشرع ثلاثة جرائم، حيث نص في المادة 16 على معاقبة الأشخاص المشار إليهم في المادة الخامسة من هذا القانون في الفقرات 1 و2 و4 و5 والذين يرفضون الخضوع للتحاليل البيولوجية التي تسمح بالتعرف على بصمتهم الوراثية، بالحبس من سنة (01) إلى سنتين وبغرامة من 30.000 دج إلى 100.000 دج

¹ المواد 11، 12، 13 من قانون رقم 03/16 المتعلق باستعمال البصمة الوراثية .

² المادتين 14، 15 من نفس القانون، أنظر بوضار (ميسوم)، البصمة الوراثية في التشريع الجزائري، مجلة المنار للبحوث القانونية والسياسية، العدد 03، مجلة دولية دورية علمية محكمة متخصصة في مجال العلوم القانونية والسياسية تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة يحي فارس بالمدينة، ديسمبر 2017، ص 91 .

ومعلوم أن التشريعات المقارنة في مجال رضا الشخص الخاضع للفحص الوراثي لغرض الإثبات الجزائي محل خلاف فبينما لا تعتد بعض التشريعات برضا الشخص الخاضع لإجراء الفحص الوراثي، على اعتبار أن هذه القوانين تغلب الأثر الذي يفرزه الدليل المستمد من البصمة الوراثية في مجال الإثبات على متطلبات احترام الحرية الشخصية للأفراد، بما تشتمل عليه من حق في السلامة الجسدية وحق في الخصوصية، ومن أجل ذلك فقد نصت هذه القوانين صراحة على إمكانية إرغام الشخص الممتنع عن إجراء هذا الفحص بالقوة اللازمة لإجرائه مكتفية الإذن القضائي الذي يجيز مثل هذا الإجراء .

أما في المادة 17 فقد نص المشرع على معاقبة كل من يستعمل العينات البيولوجية أو البصمات الوراثية المتحصل عليها وفقا لهذا القانون لغير الأغراض المنصوص عليها في أحكامه بالحبس من سنة (01) إلى ثلاث (03) سنوات وبغرامة من 100.000 دج إلى 300.000 دج

يظهر من خلال هذا النص أن المشرع وفر حماية جنائية للمعلومات الوراثية ضد إساءة استعمالها أو تحويلها عن الغرض الذي أخذت من أجله والذي ينحصر حسب مفهوم هذا القانون في إطار العمل القضائي

(الإثبات الجنائي) أما في المادة 18 فعاقب المشرع بالحبس من ستة (06) أشهر إلى ثلاث (03) سنوات وبغرامة من 60.000 دج إلى 300.000 دج كل من يفشي المعطيات المسجلة في القاعدة الوطنية للبصمات الوراثية .¹

ويتفق نص هذه المادة مع ما جاء في المادة (07) من الإعلان العالمي لحماية الجينوم البشري والتي نصت على: " أن سرية المعطيات الوراثية المتعلقة بشخص يمكن التعرف عليه يجب أن تتم حمايتها "²

نصت المادة 19 من الفصل الخاص بالأحكام الإنتقالية والختامية على مواصلة المصالح المختصة التابعة للأمن الوطني والدرك الوطني بعملية حفظ العينات البيولوجية التي أجريت عليها عملية تحليل وراثي إلى حين إتلافها، وفي الفقرة الثانية من هذه المادة نص على تحويل البصمات الوراثية المحفوظة لدى المصالح المذكورة أعلاه إلى القاعدة الوطنية للبصمات الوراثية في أجل أقصاه سنة من دخولها الخدمة .³

وبعد قراءة مواد قانون رقم 03/16 يلاحظ أنه حدد معاني بعض المصطلحات العلمية والتنظيمية ذات الصلة على غرار البصمة الوراثية ثم تطرق إلى تبيان كفايات وشروط استعمال البصمة الوراثية وكذا

¹ المواد 16، 17، 18 من قانون المتعلق باستعمال البصمة الوراثية .

² الإعلان العالمي لحماية الجينوم البشري .

³ المادة 19 من قانون رقم 03-16 المتعلق باستعمال البصمة الوراثية .

الهيئة العمومية المختصة، ليستعرض بعد ذلك الأحكام الجزائية دون أن يهمل في الأخير التدابير الانتقالية لكنه لم يذكر إطلاقا كيفية إثبات النسب عن طريق البصمة الوراثية، كما أنه لم يبين القيمة الإثباتية للبصمة الوراثية ولم يحسم موقفه باعتبارها دليلا قاطعا أو أنها كباقي طرق الإثبات الجنائي الخاضعة لتقدير القاضي الجزائي .

واستنادا لما سبق ذكره أرى أن البصمة الوراثية وإن كانت نتائج تحليلها ترقى إلى درجة اليقين إلا أنها لا تكفي لوحدها كدليل يستند إليها القاضي في إصدار حكمه، بل يجب تعزيزها بأدلة أخرى تدعمها، لأن الخطأ البشري مفترض فيها وأي خلط أو تلاعب أو إهمال في أخذ العينات قد يعود على المجتمع بنتائج خطيرة لاسيما إلحاق النسب بغير أصحابه .

المبحث الثاني: دور القاضي في حماية النسب بالبصمة الوراثية

مما لا شك فيه أن البصمة الوراثية حجية نسبية في مجال إثبات النسب، ولقد أثبتت جدواها في ميدان الطب الشرعي بفضل خصائصها المتميزة، ما جعلها تلقى قبولا في القضاء، ولم يتردد البعض في وصفها بملكة الإثبات أو سيدة الأدلة إذ يستعين بها لحل المسائل العالقة في إلحاق الأبناء بأبائهم وفق ضوابط وشروط محددة وبالرغم من اعتبارها من الطرق العلمية القطعية لإثبات النسب، فإنها لا ترقى إلى مرتبة الطرق الشرعية المتفق عليها بين العلماء في إثبات النسب، إلا أن كل هذا لا يعني الاستغناء عنها تماما لأن هناك حالات يتعذر فيها إثبات النسب بالطرق الشرعية، مما يوجب على القاضي اللجوء إلى إثباته بالبصمة الوراثية¹، ويبقى التساؤل الذي يطرح نفسه في هذا السياق يتمحور حول كيفية حماية القاضي للنسب بواسطة البصمة الوراثية وما هو موقف القضاء من استخدام البصمة الوراثية في مجال النسب للإجابة عن هذه التساؤلات سوف نتطرق لسلطة القاضي في تقدير الطرق العلمية لإثبات النسب

(المطلب الأول) وموقف القضاء من استخدام البصمة الوراثية في مجال النسب (المطلب الثاني) وفي الأخير عوائق تطبيق الطرق العلمية في إثبات النسب (المطلب الثالث) .

المطلب الأول: سلطة القاضي في تقدير الطرق العلمية لإثبات النسب

طبقا للقواعد العامة تعتبر الخبرة القضائية، من المسائل التي تخضع لسلطة التقديرية للقاضي باعتبارها سلطة مطلقة له فيها أن يصادق على تقرير الخبراء كليا أو جزئيا، كما له الحكم من دونها، وهو ما يجزنا إلى التساؤل هل تخضع مسألة تقدير الخبرة العلمية في النسب، إثباتا ونفيا، للقواعد العامة؟

¹ بلخير (سديد)، الأسرة وحمايتها في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري - دراسة مقارنة -، دار الخلدونية، القبة القديمة - الجزائر، 2009 م، ط1، ص 71 .

وما مدى سلطة القاضي في تقدير قيمتها القانونية فيما يخص مسألة نفي النسب عن طريق اللعان كما هو جار العمل به ؟ هذا ما يجزنا إلى الحديث عن السلطة التقديرية للقاضي في اللجوء إلى الخبرة العلمية لإثبات النسب

(الفرع الأول) ثم إلى سلطته في تقدير الخبرة العلمية في مجال النسب (الفرع الثاني) .

الفرع الأول: سلطة القاضي في اللجوء إلى الخبرة العلمية لإثبات النسب

إن اعتماد قاضي شؤون الأسرة على البصمة الوراثية في إثباته النسب، لا يتأتى إلا باللجوء إلى استشارة آراء الخبراء والأطباء المتخصصين في مجال البيولوجيا للتوصل إلى النتائج العلمية دقيقة، باعتبارها من المسائل التقنية التي لا يمكن للقاضي فيها إلا بالاستعانة إليهم والاسترشاد بأرائهم .

ومن ثم فإن القاضي في هذه الحالة، يلجأ طبقاً للقواعد العامة للفصل في مثل هذه المسائل التقنية إلى الخبرة القضائية، التي سيصدر من خلالها حكماً تحضيرياً قبل الفصل في الموضوع، بتعيين خبير مختص يوكل له مهام اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب الولد لأبيه أو نفيه بتحديد المهام المنوطة به بدقة متناهية واللجوء إلى الخبرة القضائية مفاده عدم وضوح رؤية في مسألة إثبات النسب أو نفيه¹.

وقد لا يتأتى للقاضي فهمه بنتائج البصمة الوراثية وبالتالي يتمتع عن مناقشتها باعتبارها مسألة تقنية وعملية بحثة ودقيقة، ومن ثمة فإن جهل هذه الطرق ومصطلحتها قد يقف عائقاً أمام مناقشتها لها وبالتالي الاعتماد عليها كطريق لإثبات أو نفي النسب².

عرضت أمام القضاء الفرنسي دعوى من هذا النوع، حيث تزوج السيد (Michèle) من السيدة (Françoise) في نوفمبر 1980 وبعد أربع سنوات تقريباً طلبت الزوجة الطلاق بتاريخ أوت 1984 م وتم النطق بالإنفصال الجسدي بينهما في 19 سبتمبر 1984 م، وفي شهر مارس عام 1985 وضعت السيدة (Françoise) مولودتها فرفع الزوج (السابق) دعوى إثبات النسب . أمرت المحكمة أول درجة بإجراء فحوصات تحليل الدم بين الطفل وأبيها لمعرفة ما إذا كانت توجد رابطة النسب بينهما أو لا فجاءت نتائج تحليل الدم مشككة في هذه الرابطة لم يقتنع المدعى (الزوج) بهذه النتائج فطلب إجراء فحوصات أخرى عن طريق تحليل الجينات الوراثية (البصمة الوراثية) لإثبات أو نفي رابطة النسب، وهنا رفضت المحكمة هذا الطلب الجديد وقضت بنسب الطفل له وتأيد الحكم في الاستئناف، فطعن السيد (Michèle) في الحكم على اعتبار أن المحكمتين قد أهملتا طلبه الخاص بإجراء الفحص عن طريق الجينات الوراثية لتحديد صلته بالطفلة، رغم أنه كان على القاضي أن يتحرى الحقيقة بكافة الوسائل مما

¹ إسكندر (محمد توفيق)، الخبرة القضائية، دار هومة، 2002 م، (د.ط)، ص 37 وما بعدها .

² علال برزوق (أمال)، أحكام النسب، مرجع سابق، ص 382 .

يبرر طلبه في إجراء فحص آخر، خاصة إذا علمنا أن نتيجة الفحص الأول (تحليل الدم) لم تثبت البينة بكل تأكيد في حين أن نتيجة الفحص الثاني (البصمة الوراثية) تمكنه من إثبات النسب أو نفيه بصفة يقينية

ردت عليه محكمة النقض الفرنسية بقولها: " إن وسائل الفحص الطبي لإثبات النسب أو نفيه خاصة المسماة التحاليل الجيني ليست ملزمة للقاضي n'est pas obligatoire pour le juge بحيث يحق لمحكمة الاستئناف أن تقدر بناء على أسباب سائغة جدية قبول إجراء الخبرة الطبية الحديثة المطلوبة من عدم جديتها"

واستنادا على ذلك يستطيع القاضي أن يرفض طلب إجراء الخبرة إذا كانت الظروف لا تسمح بالشك بأبوة الشخص الذي يطالب بإجراء هذه الخبرة وواقع الحال في انجلترا يثبت أن القاضي يقبل طلب إجراء الخبرة المقدم من الزوج في حين يظهر بعض التشدد في قبول الطلب المقدم من شخص يدعي أنه الأب البيولوجي لطفل يتمتع بنسب قانوني، فإذا تبين للقاضي أن الطلب الخبرة المقدم من قبل شخص ثالث سوف يزعزع الوضع العائلي الذي عاش فيه الطفل حتى تاريخ النزاع فإنه يرفض الطلب لأنه لا تتفق الحقيقة البيولوجية مع الحقيقة الاجتماعية وهي حالات كثيرة ومتوافرة في الدول الأوروبية حيث تنتشر العلاقات الحرة خارج الزواج، وبذلك قد تتعارض الحقيقة البيولوجية لنسب الطفل مع مصلحته في رأيهم¹.

الفرع الثاني : سلطة القاضي في تقدير الخبرة العلمية

للقاضي السلطة التقديرية في الأخذ بالطرق العلمية في حل القضايا إثبات النسب أو استبعادها، وهذا ما سوف نتطرق إليه من خلال الفقرات الآتية:

الفقرة الأولى: استقرار القاضي على استبعاد الخبرة العلمية لإثبات النسب

الفقرة الثانية: التفسير القضائي المضيق للنصوص المنظمة لأدلة إثبات النسب

الفقرة الثالثة: سلطة القاضي في إجبار الشخص للخضوع للخبرة العلمية في مجال النسب

الفقرة الرابعة: تقدير القاضي لنفي النسب بين اللعان والطرق العلمية .

الفقرة الأولى: استقرار القاضي على استبعاد الخبرة العلمية لإثبات النسب

لقد أهمل القضاء التطرق للخبرة العلمية المثبتة للنسب، فقبل سنة 1984 م، لم يكن بالجزائر قانون خاص بالأسرة فكان القاضي يلجأ إلى الشريعة الإسلامية لاسيما المذهب المالكي، لحل النزاعات

¹ راجي (فاطمة الزهراء)، إثبات النسب، مرجع سابق، ص 178-179 .

الخاصة بالأحوال الشخصية أو العائلية، لكن بصدر قانون الأسرة، بات مقيدا أكثر من أي وقت مضى بالالتزام بأحكامه تلك .

ولا بأس أن نشير إلى أنه كان من الممكن لواضعي قانون الأسرة مسايرة بعض المستجدات في تلك المرحلة وتجنب القاضي التردد بشأنها وعلى رأسها مسايرة ما تعلق بالعلوم البيوطبية من مستجدات، وما يثير الدهشة حقا هو أن هذا القانون حديث نسبيا قياسا بتشريعات الأحوال الشخصية المقارنة¹.

وتفريعا على ما تقدم، جاءت قرارات المحكمة العليا رافضة لأي خبرة علمية حديثة بشأن النسب ونفيه، إذ لم يتم اعتماد لا نظام تحليل الدم ولا تحكيم البصمة الوراثية في هذا الشأن، وذلك لغياب نص صريح يتيح ذلك . وتطبيقا لذلك رفضت محكمة وهران الاستجابة لطلب إجراء خبرة تحليل الحمض النووي (DNA) في قضية نسب الطفلة صفية إلى الجزائري (ي.م) أو إلى الفرنسي جورج شاربوك، التي يدعي كل واحد منهما نسبها إليه، وقد سببت المحكمة رفضها بأن المدعي الجزائري لم يثبت أنه كان زوجا لأم البنت صفية وقت الحمل بها، وأن نسب البنت من الفرنسي ثبت بشهادة الميلاد المسجلة لدى مصالح الحالة المدنية ببلدية فار بفرنسا².

أن ما يعاب على مشرع قانون الأسرة أنه لم يحدد للقاضي المدة التي تحسب فيها أدنى مدة الحمل، وهي 06 أشهر وأقصاها 10 أشهر هل ابتداء من العقد أو من الدخول ؟ فضلا عن الفرق بين لحظة الطلاق الفعلي والحكم به وهذا الأخير هو المعتبر نصا³ (رغم أنه ينبغي اعتبار الحكم كاشفا عن الطلاق لا منشئا له، بحثا عن الانسجام مع الواقع) وقضاء، ويقول به جانب من الفقه⁴، رغم أنه من شأن اعتماد الدليل العلمي تجنبنا الكثير من المتاعب والتناقضات.

وبعد طول سكوت من المحكمة العليا حول الخبرة العلمية لإثبات النسب، جاء التصريح باستبعاد تحليل الخبرة العلمية بشأن النسب حيث نصت المحكمة العليا في أحد قراراتها: " ومتى تبين - في قضية الحال - أن قضاة المجلس لما قضاوا بتأييد الحكم المستأنف القاضي بتعيين خبرة طبية تحليل الدم للوصول إلى تحديد النسب خلافا لقواعد إثبات النسب المسطرة شرعا وقانونا طبقا لأحكام المادة 40 وما بعدها من

¹ تشوار (جيلالي)، الزواج والطلاق ...، مرجع سابق، ص 96 .

² محكمة وهران، قسم شؤون الأسرة، بتاريخ 2005/12/13، ملف رقم 50/3460، فهرس رقم 05/5285، مقتبس عن ذيابي (باديس)، مرجع سابق، ص 126-127 .

³ تنص المادة 49 من قانون الأسرة " لا طلاق إلا بحكم ... "، والمادة 60 " أقصى مدة الحمل 10 أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة "

⁴ علال برزوق (آمال)، مرجع سابق، ص 385 .

قانون الأسرة، فإنهم بقضائهم كما فعلوا تجاوزوا سلطتهم وعرضوا قرارهم للنقض ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه " 1

وفي الحقيقة كان من نتيجة افتقار القانون الجزائري إلى تنظيم قانوني دقيق لتلك الوسائل في ذلك الوقت في مجال النسب أن تحمل القضاء عبء تحديد ما يجب الأخذ به وما لا يجب، وذلك عن طريق ما كان يرسيه من مبادئ قضائية جديدة .

إن قرار المحكمة العليا في 15/06/1999 بين كيف يمكن لأحكام القضاء تجنب التطور والتجديد حينما كان في الواسع أن يعمل على سد النقص التشريعي وعدم التدقيق في الصياغة القانونية، إذ اعتبر قضاة النقض أن قضاة الموضوع خرّقوا أحكام المادة 40 لكونها اعتمدوا الخبرة العلمية قصد تحليل الدم للوصول إلى تحديد النسب خلافا لقواعد إثبات النسب المسطرة شرعا وقانونا².

الفقرة الثانية: التفسير القضائي المضيق للنصوص المنظمة لأدلة إثبات النسب

تعتمد طرائق تفسير النصوص القانونية، ومنها مسألة الخبرة العلمية، على البحث عن المعنى الذي أرادته المشرع سواء داخل النص أو خارجه وأما المصدر الداخلي للتفسير المضيق للنص المنظم للنسب فهو نص المادة 40 من قانون الأسرة قبل مراجعة قانون الأسرة الجزائري سنة 2005 م³، إذ اضطر القضاء على عدم اعتماد الخبرة لإثبات النسب، وقد كرس هذا النهج بشكل أكثر صراحة من خلال موقف صريح للمحكمة العليا في قرارها الصادر في 15/06/1999 م إذ جاء في إحدى حيثياته:

"... متى يتبين في قضية الحال أن قضاة المجلس لما قضوا بتأييد الحكم المستأنف القاضي بتعيين خبرة قصد تحليل الدم للوصول إلى تحديد النسب، خلافا لقواعد إثبات النسب المسطرة شرعا وقانونا طبقا لأحكام المادة 40 وما بعدها من قانون الأسرة...، ولم يكن من بين هذه القواعد تحليل الدم الذي ذهب إليه قضاة الموضوع، فدل ذلك على أنهم قد تجاوزوا سلطتهم التقديرية إلى التشريعية، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه وإحالة نفسه للمجلس..."⁴

¹ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 222674 قرار بتاريخ 15/06/1999، قضية (ع ب) ضد (م ل)، المجلة القضائية، العدد 01، 1999، ص 126 .

² علال برزوق (أمال)، مرجع سابق، ص 385 .

³ الأمر 02-05 لسنة 2005 المعدل والمتمم لقانون الأسرة .

⁴ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 222674 قرار بتاريخ 15/06/1999، قضية (ع ب) ضد (م ل)، المجلة القضائية، العدد 01، 1999، ص 126 .

إن القرار السابق يعد تنويجا لهذا المنحى، لكن ما يدعو للدهشة هو مجانبته لروح العصر بإهماله للقيمة الإثباتية للخبرة العلمية المتمثلة في تحليل الدم، وذلك بتضييقه لنص المادة 40 التي تعتبر البيئة بمفهومها الواسع، تصلح دليلا لإثبات، لكنه أخذ بالمفهوم الضيق، خاصة أن النص الفرنسي للمادة 40 استعمل مصطلح (La preuve) الواسع .

فبعدما عرفنا أن تحليل الدم وإن كان لا يقطع بنتيجة في الإثبات، فإنه في حال النفي يعطي قرينة قوية جدا وفي كل الأحوال، فإن استبعاد القاضي للدليل العلمي بهذا الإطلاق يفتح عليه باب الانتقاد فتحليل فصائل الدم، رغم حجية نتائجه في حالة النفي، فإن هناك دليل علمي أقوى منه، يتمثل في البصمة الوراثية، لا يتعارض استعمالها مع قواعد الإثبات الشرعية في كثير من مسائل النسب، لذا وجب التفصيل في المسألة .

كان جدير بقضاة النقض اعتماد قراءة صائبة للنصوص ومهمتهم شاقة في تطبيق النصوص ولأجل هذا فإنه يحسن بهم أن يستلهموا من النصوص المعنى الحقيقي بكل منطق، ويؤسسوا أحكامهم بوسيلة غير متنازع حولها وذلك تحقيقا للعدالة.

ففي قضية الحال، تثار مسألة مدى كفاية قائمة بوسائل الإثبات المقبولة والمنصوص عليها واستبعاد تحاليل الدم بدعوى عدم النص عليها صراحة .

هذا وليس ضيق التفسير للنصوص وحده سبب استبعاد الدليل من القضاء، فاستبعاد الغاية كمصدر تفسيري خارجي لأدلة إثبات النسب كذلك له اعتباره، فقضاة المحكمة العليا، باستبعادهم تحليل الدم كوسيلة حديثة لإثبات النسب، لم يراعوا الغاية من التشريع، وهي حفظ مصالح الأفراد من الضياع ضمن قاعدة أن ثبوت النسب فيه إحياء للولد .

الفقرة الثالثة : سلطة القاضي في إجبار الشخص للخضوع للخبرة العلمية في مجال النسب

المحكمة المختصة هي الجهة التي تملك طلب رأي الخبير وتحديد مهمته عن طريق إصدار حكم بتعيين خبير مختص من بين خبراء مخبر الشرطة العلمية لتحليل الحمض النووي لإثبات أو نفي نسب الولد لأبيه أو لأبويه، سواء استجابة لطلب المدعي، أو المدعى عليه، أو النيابة العامة، كونها " تعد طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون " - قانون الأسرة - (المادة 03 مكرر من القانون رقم 05-02)¹

¹ الأمر 02-05 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005 المعدل والمتمم لقانون الأسرة .

والسؤال المطروح هنا هل يمكن للذي بحوزته حكم بتعيين خبير مختص من بين خبراء مخبر الشرطة العلمية لتحليل الحمض النووي (DNA)، أن يجبر المعنيين بهذا الحكم من آباء أو أمهات لأن يذهبوا إلى المخبر العلمي لإجراء تلك التحليلات، خاصة إذا علمنا أن تطبيق هذا الطريق العلمي يصطدم بمبدأ احترام الحياة الخاصة التي أكدها دستور 2020 م في مادته 47، من جهة، وبقاعدة قانونية في الإثبات مفادها عدم جواز إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه من جهة أخرى .

في القضايا المدنية، تمنع أغلبية التشريعات، إكراه أحد الأطراف على الخضوع لاختبارات تحاليل الدم أو أية اختبارات علمية أخرى، وذلك استنادا إلى مبدأ حرمة الجسد البشري .

ولذلك لا يستطيع القاضي أن يفرض على الشخص الخضوع لهذه الخبرة ويرغمه على ذلك .

سابقا كان القاضي الجزائري لا يمكنه، في قضايا إثبات النسب، إلزام أي شخص للخضوع لتحليل الحمض النووي (DNA) إذا رفضه، وبعد صدور قانون 03-16 المتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص نصت المادة 03 منه على أنه: " يراعي في جميع مراحل أخذ العينات البيولوجية واستعمال البصمة الوراثية احترام كرامة الأشخاص وحرمة حياتهم الخاصة ومعلوماتهم الشخصية..."

لقد تدخل المشرع الجزائري وسمح باستصدار نصوص تسمح بالحكم قضائيا وفرض تهديدات مالية على الأشخاص الراضين، لجبرهم على الانصياع لحكم القضاء، إذا كانت عملية تحليل البصمة الوراثية هي الوسيلة الوحيدة لدى القضاء للفصل في نزاع يتعلق بتحديد نسب الطفل، وذلك من أجل حماية حقوق بقية الأطراف، ولاسيما حق الطفل في معرفة والديه ويظهر ذلك من خلال نص المادة 16 من قانون 03-16 " يعاقب بالحبس من سنة إلى سنتين وبغرامة من 30.000 دج إلى 100.000 دج، كل شخص مشار إليه في الفقرات 1 و 2 و 4 و 5 من المادة 5 من هذا القانون، يرفض الخضوع للتحليلات البيولوجية التي تسمح بالتعرف على بصمته الوراثية¹ .

الفقرة الرابعة: تقدير القاضي لنفي النسب بين اللعان والطرق العلمية

يعتبر اللعان إحدى الطرق المشروعة التي تفيد نفي النسب، طبقا لأحكام المادة 41 من قانون الأسرة²، باعتباره الوسيلة الوحيدة التي جاء بها فقهاء الشريعة في مسألة النسب، لهذا طرحت هذه المسألة إشكالا كبيرا من حيث سلطات القاضي في تقديرها، إلى جانب الطرق العلمية الواسعة في مجال نفي النسب، فإذا كان اللعان الطريقة الشرعية التي جاءت بها النصوص الشرعية لنفي النسب، فهل يصح

¹ قانون رقم 03-16 المتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص .

² ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة .

نفيه بالطرق العلمية، سواء منها القطعية والظنية، التي تعد وسائل نفي ناجعة من خلال النتائج المتوخاة منها، فيكتفى بها، أم لا بد من اللعان أيضا ؟

وهل يجوز تقديم الطرق العلمية كوسيلة للنفي على اللعان ؟

الحقيقة أن هذا الأمر كان محل خلاف فقهي كبير تطرقنا إليه سابقا فذهب البعض إلى جواز تقديم البصمة الوراثية مثلا على اللعان في نفي النسب وعلى هذا الأساس جاء قرار المجمع الفقهي الإسلامي بالرباط: "لا يجوز شرعا الاعتماد على البصمة الوراثية في إثبات النسب ولا يجوز تقديمها على اللعان"¹

كما ذهب البعض الآخر إلى ترجيح الطرق العلمية في هذا النفي ما دامت نتيجتها قطعية على عكس دعوى اللعان التي تركز على أسس وشروط تعجيزية أحيانا كالمدة التي يتطلبها اللعان (08 أيام) أو عدم حصول الزوج على شهود في ذلك، إن مجمل القضايا بالجزائر نجدها متواترة من جهة اعتماد اللعان دون الخبرة العلمية، سواء قبل تعديل قانون الأسرة أو بعده، فالمحكمة العليا تستوجب نفي النسب بطريق اللعان فقط، وهناك عدة قرارات صادت عن المحكمة العليا تؤكد تقديم اللعان على البصمة الوراثية منها: " النسب الثابت بالفراش، لا ينتفي إلا باللعان المقصود في المادة 41 من قانون الأسرة .

لا يجوز تقديم البصمة الوراثية على اللعان، بطلب من الزوج "²

وفي قرار آخر: "إذا ثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بحكم قضائي، فإنه لا يقبل النفي بالوسائل العلمية".³

وذهب قرار آخر: "يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب " مقررة لإثباته وليس لنفيه"⁴

أما من ناحية الأجل الذي ينبغي تمسك الزوج فيه بهذا الإجراء (اللعان)، تردد القضاء بين الإشارة إلى مدة أسماها المهلة القريبة المقررة شرعا، وبين اعتماد مدة 08 أيام من يوم العلم بالحمل أو رؤية الزنا، أم

¹ أنظر الفقرة الثالثة من القرار رقم 07 من قرارات المجمع الفقهي الإسلامي، بشأن البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، الدورة السادسة عشر، مكة المكرمة، ص 390 .

² المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والموارث، ملف رقم 828820 قرار بتاريخ 2012/12/13، قضية (دن) ضد (ب.ن)، العدد 01، 2014، ص 323 .

³ المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والموارث، ملف رقم 0944691 قرار بتاريخ 2015/09/10، قضية (أ.ر) ضد (أ.ف)، العدد 02، 2015، ص 166 .

⁴ المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والموارث، ملف رقم 690718 قرار بتاريخ 2012/03/15، قضية (ع.ر) ضد (ق.ن)، العدد 02، 2013، ص 268 .

تحسب من الولادة ولعل ذلك التذبذب مرده غياب نص صريح يبين المدة التي ينبغي فيها التمسك بإجراء اللعان .

بالرجوع إلى القضاء الجزائري نجده قد أخذ بموقف القائل بعدم جواز تقديم البصمة الوراثية على اللعان وموقف القضاء يبرز من خلال قضية الطفلة " صفية " والتي تناولتها مختلف وسائل الإعلام والطفلة صفية نتاج زواج مختلط بين جزائرية كانت حاملا وفرنسي يدعى شاريوك والمتنازع حول نسبها ما بين الأب الجزائري وعائلة والدتها والأب الفرنسي .

وقائع القضية تتمثل في أن (محمد يوسف) والمسماة (خديجة فرح بلحوسين) تزوجا بتاريخ 1999/04/28 بعقد مسجل رقم 975 وبتاريخ 2000/08/14 تم الطلاق بينهما أمام محكمة وهران وبتاريخ 2001/01/11 أعاد الطرفان الزواج عرفيا بحضور الأهل والأقارب ثم شب نزاع بينهما أدى إلى طلاقهما دون اللجوء إلى المحاكم ثانية وبتاريخ أوت 2001 تقابلت المسماة (ب.ف.خ) مع المدعو

(جاك شاريوك) وتزوجها صوريا بتاريخ 2001/01/22 وبتاريخ 2001/12/10 أنجبت المسماة

(ب.ف.خ) الطفلة (ص) وتم تسجيلها بمدينة فار بفرنسا بتاريخ 2001/12/10 عقد ميلاد رقم 2334 وبتاريخ 2005/03/26 توفيت المسماة (ب.ف.خ) إثر حادث مرور فأُسندت حضانة البنت (ص) المسمى (ج.ش) بموجب حكم مؤرخ في 2005/12/13 تحت رقم فهرس 05/5285 عن محكمة وهران .

والإشكال المطروح في النزاع أن جل مرافعات المسمى (ي.م) وجدة الطفلة لأم (ب.ص) تصب حول أن المسمى (ج.ش) ليس الأب الشرعي للطفلة (ص) رغم وجود عقد ميلاد باسمه، والتمسا في جل مرافعاتها إجراء تحليل الحمض النووي ¹ ADN على المسمى (ج.ش) الزاعم أنه أبوها، وعلى المسمى (ي.م) كونه أبوها الشرعي وعلى الطفلة صوفي غير أن جل الأحكام والقرارات الصادرة عن هذا الملف لم تأخذ بعين الاعتبار طلب المسمى (ي.م) وجدة الطفلة لأم (ب.ص) .

إن طلب الخصوم يدور حول المطالبة بنفي نسب الطفلة (ص) من أبيها (ج.ش) المسجلة باسمه وهذا بطريق البصمة الوراثية (ADN)

أما عن مسلك القضاء في قضية الطفلة صفية قد رفض قضاة المحكمة العليا والمجلس طلب نفي نسب الطفلة صفية من والدها المزعم جاك شاريوك لعدة جوانب قانونية وهي أنه لا يجوز شرعا الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب وهو مؤكد بنص المادة 41 ق.ا.ج وأن الطريق الوحيد لدعوى نفي

¹ ذياي (باديس)، مرجع سابق، ص 125 .

النسب هو اللعان، والوضع في هذه الحال غير ممكن لأن دعوى نفي النسب جاءت من المدعى لم يثبت أنه كان زوجا لأم البنت وقت حملها .

كذلك وجود مدة معقولة مع عقد الزواج العرفي المبرم بين (ج.ش) و (ب.ف.ج) 2001/03/01 وميلاد الطفلة الذي كان بتاريخ 2001/12/10 كما أنه تم تسجيل الطفلة (ص) في فار بفرنسا حسب ميلادها رقم 2334 لأبيها

(ج.ش) أما اجتهاد المحكمة العليا فقد جاء موافقا لقرار المحكمة والمجلس القضائي وأكد على ما يلي أن القوانين والأحكام الوطنية تطبق بالتراب الوطني طبقا لأحكام المادة 04 من القانون المدني ولا يمكن إصدار حكم بإلغاء نسب مدون في عقد زواج مسجل بتراب دولة أجنبية¹.

أما موقفنا نحو مسلك القضاء في قضية الطفلة " صفية " هو أن النسب المتنازع حوله هو نسب تساوت الأدلة بشأنه بين الأب الجزائري والفرنسي، ذلك أن الأم من جهة تزوجت في فترة العدة كما أكد ذلك شهود عيان ومن جهة أخرى فإن الطفلة صفية جاءت بعد ستة أشهر من الزواج الثاني أي خلال المدة الشرعية ما يجعل الأدلة متساوية والحاسم هنا هي البصمة الوراثية .

ومن خلال معطيات القضية فإن الزوج الأول قام بإجراء فحص الحمض النووي، وكشف دفاعه عن تقرير خبرة صادرة عن الشرطة العلمية في الأمن الولائي للعاصمة، يؤكد أنه بعد إجراء تحاليل جينية ليوستي، تبين أن هناك تشابها كبيرا ما بين بصمات الطفلة وبصماته، كما تم تحليل عينة من لعاب الطرفين مما أثبت وجود التقارب نفسه وكان ذلك بناء على طلب من النائب العام لدى مجلس قضاء وهران غير أن القضية لم تفصل فيها العدالة نهائيا .

وقد بقي الفرنسي المذكور متمسكا بموقفه الرافض للخضوع لتحليل الحمض النووي الشيء الذي يعرقل مسار العدالة الموقرة مما قد يدل أنه ليس أب بيولوجي للطفلة الجزائرية .

ويبقى السؤال هو لماذا يرفض الفرنسي شاربوك إجراء تحاليل الحمض النووي لإثبات أبوبته المزعومة للطفلة كما أنه لم ينجب خلال عشرين سنة مع زوجته الأولى ؟

وبالرغم من ذلك فإن المحكمة العليا في الجزائر قد حسمت النزاع القضائي حول الحضانة لمصلحة الفرنسي جاك شاربوك رغم أن تحاليل الحمض النووي أثبت تطابق البصمة الوراثية بين صفية وأبيها

¹ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 375053 قرار بتاريخ 2006/12/13، المجلة القضائية، العدد 01، 2007، ص 521 .

الجزائري وليست لأب فرنسي . ما يجعلنا نعتقد أن قضية نسب الطفلة تحولت إلى قضية دولة بين الحكومتين الفرنسية والجزائرية.

وهناك قرار صادر عن المحكمة العليا يؤكد تقديم اللعان على البصمة الوراثية بقوله: " يحول رفع دعوى اللعان دون التذرع بالطرق العلمية لإثبات النسب ¹"

نلاحظ أن أغلب القرارات الصادرة عن المحكمة العليا ترفض الاستعانة بتقنية البصمة الوراثية في نفي النسب، وقبل مناقشة موقف المحكمة العليا لابد أن نتفق على أن الأصل في الاجتهاد القضائي بصفة عامة لا يخلو من العيب والنقص حتى وإن كان على مستوى أعلى درجة، لأنه عبارة عن اجتهاد فقهي يعبر عن رؤية قانونية للقضاة فقط .

في الحقيقة أن تفسير القاضي للفقرة الثانية من المادة 40 كان تفسيراً تعسفياً للقاعدة المنظمة للنسب، هذا ما يعكس عدم التدقيق والتحقيق في مدلول نص الفقرة، لأن التعديل الأخير للقانون يؤكد على تمسك المشرع الجزائري بهذه التقنية العلمية في إثبات ونفي النسب معاً، لمواكبة التطور البيولوجي الحاصل لكن المحكمة العليا رفضت هذا التوجه لأسباب غير كافية في حين كان عليها إتباع المنهجية السليمة في تفسير النصوص القانونية الغامضة وهي البحث في تحديد المعنى المقصود من مضمون النص وليس تفسيره على ظاهره، أن أهمية التفسير القضائي لنصوص الغامضة يكمن في نقل مضمون المادة من صيغتها القانونية إلى الواقع الاجتماعي الذي يعيش فيه الأفراد مع أخذ بعين الاعتبار كل الظروف والتطورات العلمية الإيجابية المحيطة به، لذلك كان لابد من المحكمة العليا أن تلتزم بمتابعة التطور التشريعي والبيولوجي الحاصل في مجال النسب .

و الملاحظ أيضاً أن معظم أقسام شؤون الأسرة سواء على مستوى المحاكم الابتدائية أو المجالس القضائية ذهبت إلى استخدام البصمة الوراثية في نفي النسب خصوصاً المسائل التي انقضت فيها ميعاد دعوى اللعان، لكن المحكمة العليا قامت بنقض كل الأحكام والقرارات التي ذهبت إلى الاستعانة بالبصمة الوراثية في مجال نفي النسب دون تسبيب قانوني مقنع .

أما أراه مناسباً في حالة الشك يمكن الاعتماد على البصمة الوراثية كدليل يستخدم قبل اللجوء إلى اللعان تطبيقاً للقاعدة الإسلامية درء المفسدات أولى من جلب المصالح .

¹ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 605592 قرار بتاريخ 2009/10/15 قضية (ر.ف) ضد (س.ش)، العدد 01، 2010، ص 245 .

قد يتراجع الزوج الملاحق عن اللعان بعد أن يثبت بالبصمة الوراثية أن الولد ينسب إليه، بالرغم أنه كان من الأولى للزوجة الملاحقة أن تدفع التهمة عن نفسها إذا كانت متأكدة من براءتها بكافة الطرق القانونية والشرعية بما في ذلك البصمة الوراثية قبل إجراء اللعان لأن الزوج قد يتعسف في استعماله وبالتالي تدرأ العار عن عرضها وضياع نسب ولدها وتحملها للمسؤولية المادية والمعنوية له .

المطلب الثاني: موقف القضاء من استخدام البصمة الوراثية في مجال النسب

رغم وجود نصوص قانونية صريحة للاعتماد على البصمة الوراثية في إثبات النسب واعتبرها واحدة من بين أدلة الإثبات وترك السلطة التقديرية للقاضي في هذه المسألة إلا أن القضاء يجيز العمل بها تارة ويستبعد العمل بها تارة أخرى هذا ما دفعنا إلى التطرق لموقف القضاء الغربي من استخدام البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب

(الفرع الأول) وموقف القضاء العربي من ذلك (الفرع الثاني) .

الفرع الأول: موقف القضاء الغربي

أجاز قضاء بعض الدول الغربية اللجوء إلى الدليل العلمي بشكل عام وإلى البصمة الوراثية بشكل خاص دون وضع شروط معينة ومن بينها موقف القضاء الفرنسي (الفقرة الأولى) وموقف قضاء إنجلترا (الفقرة الثانية) .

الفقرة الأولى: القضاء الفرنسي

رحب القضاء الفرنسي بالنتائج العلمية الحديثة في مجال علاقات الأسرة ويظهر لنا ذلك من خلال المنازعات المعروضة على القضاء حيث أصدرت محكمة استئناف " بورديو " بتاريخ 1997/02/01 حكماً أيدت فيه حكم أول درجة الذي قضت فيه بنسب طفل المدعى عليه استناداً إلى نتائج تحليل البصمة الوراثية كما دعت محكمة النقض الفرنسية محاكم الموضوع إلى الأخذ بالوسائل العلمية الحديثة لإثبات النسب، وذلك في تقريرها السنوي لعام 1987 م¹.

ومنذ ذلك الوقت اعتنق القضاء الوسائل العلمية الحديثة (فحص الدم والبصمات الوراثية) في مسائل إثبات النسب ونفيه لأنه يعتبر بأن البصمة الوراثية وسيلة إثبات نتائجها قطعية، والدليل على ذلك ما يلي: سيدة أنجبت ولداً وألحقت نسبه بزوجها، وبعدها طلقت وتزوجت شخصاً آخر، ثم رفعت دعوى تطلب فيها نفي نسب الطفل من مطلقها، وثبوتها من الزوج الثاني، فحكمت محكمة الاستئناف بتعيين خبير لإجراء اختبارات الوراثة لكل من الأم: الطفل، المطلق، الزوج الثاني، من أجل تحديد أب هذا الطفل .

¹ علل برزوق (آمال)، مرجع سابق، ص 366 .

في 1976/03/03 قدم الخبير تقريره، الذي يظهر بأن الزوج الثاني، هو أب الطفل واستبعاد الأول وقدرت نسبة الأبوة بـ: 999,84 بالآلف .

وفي 1976/12/16 وبناء على هذا التقرير حكمت المحكمة بضرورة ثبوت نسب الطفل للزوج الثاني . وفي قرار آخر طلب زوج إجراء فحص الدم للتأكد من إدعائه المتمثل في كونه ليس أباً للطفل الذي ولدته زوجته بعد أكثر من 300 يوم من تاريخ عدم إمكانية المصالحة بينهما، وقرار المحكمة بانفصالهما فاستجابت المحكمة لهذا الطلب مع علم المحكمة أن الزوج يقضي ليله عند زوجته وعلمها بأنه اصطحبها لإجراء عملية الإجهاض .

رغم أن الدليل الظاهري يفيد بأن الزوج هو الأب الحقيقي، لكن المحكمة استجابت لطلب إجراء فحص الدم ما يلاحظ بأن القضاء الفرنسي اعتنق واستعان بالدليل العلمي الناتج عن اختبارات البصمة الوراثية، واعتمد عليها في حل مشكلات النسب¹.

الفقرة الثانية: موقف قضاء إنجلترا

وعملنا لوحظ أن القضاة في إنجلترا يأمرن غالباً بإجراء تحاليل البصمة الوراثية إذا طلب الزوج ذلك، بينما يظهر القضاة تشدداً إذا كان الطلب مقدم من رجل يدعي أنه الأب البيولوجي لطفل يتمتع بنسب قانوني حيث إذا رأى القاضي أن إجابة الطلب المقدم من شخص ثالث قد يؤثر سلباً على الوضع العائلي للطفل فيرفض طلبه .

الفرع الثاني: موقف القضاء العربي

اعتبرت البصمة الوراثية دليلاً مساعداً للقضاء في الكثير من الدول العربية فكلما اطمأن القاضي إلى قوة الأدلة الفنية الماثلة أمامه، حكم على ضوئها بإثبات النسب، هذا ما يدفعنا إلى التطرق لموقف قضاء بعض الدول العربية ومن بينها موقف القضاء المغربي (الفقرة الأولى) والقضاء المصري (الفقرة الثانية) ثم القضاء التونسي (الفقرة الثالثة) وفي الأخير موقف القضاء الجزائري (الفقرة الرابعة) .

الفقرة الأولى: القضاء المغربي

إن موقف القضاء المغربي كان سلبياً قبل صدور مدونة الأسرة فيما يخص دور الخبرة الطبية في إثبات النسب، لكن بعد صدور المدونة عمد القضاء المغربي إلى الأخذ بالخبرة الطبية في إثبات النسب، بعد أن أظهر المشرع المغربي نيته في قبول اعتماد هذه الخبرة ضمن وسائل النسب، كما يظهر من خلال النص

¹ قاشي (علل)، البصمة الوراثية ودورها في إثبات النسب - دراسة مقارنة -، مجلة المعيار، عدد 50، مجلد 24، الجزائر، 2020 م، ص 518 .

في المادة 158 من مدونة الأسرة على أنه: " يثبت النسب بالفراش أو بإقرار الأب أو بشهادة عدلين أو ببينة السماع وبكل الوسائل الأخرى المقررة شرعا بما في ذلك الخبرة القضائية"¹

حيث أصدرت المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء في 15 نوفمبر 2007 الحكم رقم 5593 في الملف عدد 05/815 وجاء في حيثياته: " ... حيث أن عدم حضور المدعى عليه إنجاز خبرة المأمور بها وإصراره على حسب ما هو ثابت من خلال المذكرة التعقيبية المدلى بها من طرف دفاعه بالجلسة يعتبر تملصا من تنفيذ قرار إجراء الخبرة الجينية وحيث أن امتناعه الصريح عن إجراء الخبرة الجينية المأمور بها قضائية التي تعد حسب نص القانون من بين وسائل إثبات النسب تعتبر حجية قاطعة على صحة أقوال المدعية بخصوص نسب الابن إليه ..."²

لم يتوقف القضاء المغربي عند هذا الحد بل ذهب إلى أن النسب وإن كان يثبت بالفراش فإن الطعن فيه جائز عن طريق اللعان وكذلك الخبرة الطبية وهذا في الحالتين وهي إدلاء الزوج بدلائل قوية على إدعائه الغيبة عدم القدرة على الوطء، أو صدور أمر قضائي بالخبرة، فإذا لم يتوافر هذان الشرطان فلا يبقى للزوج إلا اللجوء إلى اللعان لتفي النسب فالملاحظ أن الخبرة الطبية مقدمة على اللعان في نفي النسب .

و هذا ما يتضح لنا جليا من قرار المجلس الأعلى المغربي عندما ذهب إلى أنه: " إذا ثبت النسب بالخبرة فإنه لا يقبل دفع الطاعن بأن الإنجاب عنه ضعيف لأن ضعف الإنجاب ليس هو العقم " من خلال هذا القرار نخلص إلى أن القاضي أخذ بنتائج الخبرة الطبية والتمثلة في أعمال البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب وهذا الاقتناع جاء نتيجة لوضوح الخبرة وبالتالي فإدعاء الزوج بضعف الخصوبة لا يمنع من حدوث الحمل لاسيما وأن الابنين المتنازع في نسبهما قد ولدا خلال فترة الزوجية وإن قاعدة الولد للفراش قرينة قاطعة لا يمكن الطعن فيها إلا إذا أدلى الزوج بدلائل قوية على إدعائه طبقا لمقتضيات المادة 153³.

وفي قرار آخر ذهب إلى أنه: نسب - إثبات بالخبرة (نعم) - أداء يمين اللعان .

¹ المادة 158 من مدونة الأسرة المغربية .

² المحكمة الابتدائية، حكم رقم 5593 بتاريخ 15 نوفمبر 2007، ملف عدد 815/05، الدار البيضاء، المغرب، غير منشور، أشار إليه الصغير هادن " رفض إجراء الخبرة الجينية يؤكد الأبوة " جريدة الاتحاد الاشتراكي، المغرب، بتاريخ 18 نوفمبر 2009 <http://www.alittihad.press.ma>

³ محروق (كريمة)، الحماية القانونية للأسرة ما بين ضوابط النصوص واجتهادات القضاء، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه العلوم في القانون، فرع القانون الخاص، جامعة الإخوة منتوري، كلية الحقوق، 2014 - 2015 م .

" لما أدى الطاعن يمين اللعان ورفضت المطلوبة أدائها أو الحضور وطلب الطاعن إجراء خبرة لإثبات النسب أو نفيه ورفضت المطلوبة ذلك، وردت المحكمة طلب إجراء الخبرة بأنها ليست من وسائل إثبات النسب فإنها لم تبني قضائها على أساس وعرضت قرارها للنقض " ¹

وقد جاء في قرار أنه: بمقتضى المادة 153 فإن الخبرة تعتبر من وسائل إثبات النسب .

" لما ادعى الطاعن عدم اتصاله بالمطلوبة منذ غادرت بيت الزوجية في 2000/01/03 إلى أن علم بحملها في 2004/01/22 وأقام دعوى اللعان وقدم بها شكاية بالخيانة الزوجية والتمس إجراء الخبرة والمحكمة لم تجب عن ذلك فإن قضاءها جاء غير مبني على أساس، مما عرض قرارها للنقض " ²

الفقرة الثانية: القضاء التونسي

لقد اعتمدت محاكم الموضوع التونسية في العديد من الأحكام التحليل الجيني لإثبات البنية غير الشرعية، من ذلك القرار التعقيبي عدد 3040 المؤرخ في 16 نوفمبر 2000، جاء فيه: " حيث أن التحليل الجيني هو وسيلة من وسائل إثبات الأبوة على الأطفال المهملين أو مجهولي النسب لغاية إسناد لقب عائلي لهم تطبيقاً لأحكام القانون عدد 75 لسنة 1998 المؤرخ في 28 أكتوبر 1998، ولا فائدة ترجى منه في خصوص النسب الذي لا يثبت إلا بالوسائل المنصوص عليها بالفصل 68 من مجلة الأحوال الشخصية " ³

يظهر من خلال هذا القرار أن المشرع التونسي لم يجز استعمال البصمة الوراثية إلا في مجال إثبات البنية الطبيعية أي أبناء العلاقة غير الشرعية .

الفقرة الثالثة : القضاء المصري

المبدأ بالنسبة للقضاء المصري هو قبول استخدام البصمة الوراثية في مجال النسب شريطة عدم مخالفة النصوص الشرعية القطعية للدلالة، وقد أجاز قبل ذلك اللجوء إلى تحليل فصيلة الدم، ويعتبر أن رفض إجراء التحاليل من محكمة الموضوع إخلالاً بحق الدفاع يستوجب معه نقض الحكم ⁴.

¹ المجلس الأعلى المغربي، قرار رقم 37، ملف رقم 108 بتاريخ 2006/02/01 المؤرخ في 2006/01/18 حماني (إبراهيم)، العمل القضائي في قضايا الأسرة مرتكزات ومستجدات في مدونة الأحوال الشخصية ومدونة الأسرة، مكتبة دار السلام، الرباط، 2009، (د.ط)، ص 441 .

² المجلس الأعلى المغربي، قرار رقم 39، ملف رقم 353 بتاريخ 2005/01/02 المؤرخ في 2006/01/18 حماني (إبراهيم)، نفس المرجع، ص 389 - 392 .

³ ماينو (جيلالي)، مرجع سابق، ص 142 - 143 .

⁴ قاشي (علل)، مرجع سابق، ص 518 .

وبعد اكتشاف البصمة الوراثية اعتد القضاء المصري بها في مسائل إثبات النسب، واعتبرها دليلا رابعا يضاف إلى أدلة أو طرق الإثبات الأخرى¹ كما وجد لها تطبيقات عديدة فيه ومن ذلك ما جاء في حكم لمحكمة الزقازيق الكلية للأحوال الشخصية في 1997/06/28 في الدعوى رقم 944 من أنه: لما كان من المقرر قانونا أن رأي الخبير لا يخرج عن كونه عنصرا من عناصر الإثبات، لمحكمة الموضوع تقديره دون معقب عليها في ذلك، وكان الثابت من تقرير الطب الشرعي الذي تظمن إلى المحكمة، أن الطفل المتنازع على بنوته هو ثمرة معاشرة جنسية للمدعية والمدعى عليه فإن المحكمة تقضي بثبوت نسب الطفل للمدعى عليه .

وأشارت المحكمة إلى أن المقصود بتقرير الطب الشرعي هو تقريره بفحص الحمض النووي ADN²

الفقرة الرابعة: القضاء الجزائري

اختلف مسلك القضاء الجزائري من إثبات النسب بالبصمة الوراثية بعد تعديل قانون الأسرة عن موقفه قبل ذلك إذ لم يكن يأخذ بالخبرة العلمية قبل تعديل قانون الأسرة سنة 2005 كدليل لإثبات النسب واكتفى بما هو متعارف عليه في الفقه الإسلامي كوسائل لإثبات النسب حيث نصت المادة 40 من قانون 84-11 على ما يلي: " يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبينة وبكناح الشبهة وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32، 33، 34 من هذا القانون"³

و جاء في أحد قرارات المحكمة العليا: " من المقرر قانونا أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبينة وبكناح الشبهة وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول ... ومن ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد مخالفة للقانون .

ومتى تبين - في قضية الحال - أن قضاة المجلس لما قضوا بتأييد الحكم المستأنف القاضي بإجراء خبرة طبية قصد تحليل الدم للوصول إلى تحديد النسب خلافا لقواعد النسب المسطرة شرعا وقانونا طبقا لأحكام المادة 40 وما بعدها من قانون الأسرة، فإنهم بقضائهم كما فعلوا قد تجاوزوا سلطتهم وعرضوا قرارهم للنقض ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه⁴

¹ المادة 15 من قانون الأحوال الشخصية رقم 25 لسنة 1929 .

² حسني (محمود عبد الدايم عبد الصمد)، مرجع سابق، ص 124 .

³ قانون الأسرة المعدل والمتمم .

⁴ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 22264 قرار بتاريخ 15/06/1999، مجلة المحكمة العليا، العدد الخاص، 2001، ص 88 .

إلا أنه بعد تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 02/05 وبالتحديد نص المادة 40 ف 2 أضاف البصمة الوراثية كوسيلة لإثبات النسب بقولها: "يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب"¹

ومن هنا فإن المشرع يجيز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب، وبالتالي غيرت المحكمة العليا اتجاهها بعد التعديل وأصبحت تأخذ بالطرق العلمية في مجال النسب، ففي قرارها الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2006/03/05 جاء في المبدأ: "يمكن طبقا للمادة 40 قانون الأسرة إثبات النسب عن طريق الخبرة الطبية

(الحمض النووي A.D.N) ولا ينبغي الخلط بين إثبات النسب في الزواج الشرعي (المادة 41 من نفس القانون) وبين إلحاق النسب في حالة العلاقة غير الشرعية " كما جاء في حيثياته: "... ولما كانت الخبرة العلمية (ADN) أثبتت أن هذا الطفل هو ابن المطعون ضده ومن صلبه، بناء على العلاقة التي كانت تربطه بالطاعنة فكان عليهم إلحاق هذا الولد بأبيه وهو الطاعن ولا أن تختلط عليهم الأمور بين الزواج الشرعي الذي تناولته المادة 41 من ق . أ وبين إلحاق النسب الذي جاء نتيجة علاقة غير شرعية وخاصة أن كلاهما (كليهما) يختلف عن الآخر ولكل منهما آثار شرعية كذلك، ولما تبين في قضية الحال أن الولد هو من صلب المطعون ضده نتيجة هذه العلاقة مع الطاعنة فإنه يلحق به "²

غير أن ما يثير الاهتمام في هذا القرار هو التفتح الكبير - إن صح التعبير - لقضاة المحكمة العليا في مجال إثبات النسب، إذ لم يتوقف عند مسألة إمكانية إثبات النسب عن طريق البصمة الوراثية في نطاق الزواج الشرعي أو نكاح الشبهة أو أي نكاح تم فسخه بعد الدخول لأحد الأسباب المذكورة في المواد 32، 33، 34 على التوالي، بل تعدى إلى إمكانية إثبات النسب حتى في إطار العلاقات غير الشرعية، لما أعاب على قضاة المجلس خلطهم بين النسب في الزواج الشرعي المنصوص عليه في المادة 41 من قانون الأسرة، وبين إثبات النسب بالطرق العلمية المنصوص عليه في المادة 40 من ذات القانون وكأن نص هذه الفقرة منفصل عن نص الفقرة الأولى ومنفصل في مجمله عن نص المادة 41 وهذا يتضح أكثر إذا علمنا أن القضية تتعلق باغتصاب رجل لامرأة، ورفع دعوى جزائية ضده، تم خلالها اللجوء إلى تحليل البصمة الوراثية لأطراف الدعوى، والتي ثبت من خلالها أن الابن الذي تم إنجابه من قبل هذه المرأة هو ابن المغتصب، ولما رفعت دعوى من طرفها لإثبات النسب أمام القضاء المدني، صدر قرار بعدم ثبوت النسب، لأن الولد جاء خارج العلاقة الشرعية لكن عند رفع الأمر أمام المحكمة العليا، قرر قضاتها بأن الولد ينسب لأبيه ما دام تحليل البصمة الوراثية قد أظهر أنه منه، ولا يلتفت إلى مسألة أنه جاء خارج

¹ قانون الأسرة المعدل والمتمم .

² المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 355180 قرار بتاريخ 2006/03/05، قضية (ب س) ضد (م ع)، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، 2006، ص 469 .

العلاقة الزوجية وهذا في اعتقادنا مخالف للقانون فضلا عن كونه مخالفا للشرع، ففقرتا المادة 40 ليستا منفصلتين بل مكتملتين لبعضهما، كما أن هذه المادة غير منفصلة عن المادة 41 فإذا كان هناك زواج شرعي صحيح، أو كان هناك نكاح بشبهة أو زواج تم فسخه بسبب وجود قرابة مائعة من الزواج أو انعدام التراضي ... وثار نزاع بشأن مولود معين أمكن اللجوء إلى الخبرة الطبية (تحليل ADN) للفصل في الأمر أما في غيرها فلا يمكن الإقدام أصلا على إجراء التحليل الطبي .

ضف إلى ذلك أن عبارة قضاة المحكمة العليا توجي بوجوب إجراء التحليل الطبي لإثبات النسب في كل الحالات، في حين أن النص يفيد الجواز، ولو تركنا الأمر على الوجوب، مجردا من كل قيد لفتحنا المجال لكل رجل أو امرأة أقاما علاقة خارج الإطار الشرعي أن يثبتا نسب الأبناء الناتجين عن هذه العلاقة، وهذا ما لم يقره الشرع، كما أن ادعاء شخص نسبه ابن إلى شخص آخر، وإجراء التحاليل عليه ثم ثبوت النسبة إليه، يفيد ثبوت واقعة الزنا، وهذا يفيد وجوب الحد الشرعي، في حين أن ثبوت واقعة الزنا وإقامة الحد فيه نص قرآني محكم يتطلب أربعة شهود أو الإقرار بالواقعة .

وحسب اعتقادنا أن قضاة المحكمة العليا هنا قد راعوا أمرين:

الأمر الأول: هو مسألة الاغتصاب، حيث أن المرأة لم تقم بعلاقة غير شرعية برضاها بل قد تم اغتصابها، ولا ذنب لها أو لابنها الناتج عن ذلك، وميلا إلى رأي بعض الفقهاء المعاصرين الذين يرون أنه في حالة الإكراه أو الاغتصاب يصح نسبة الولد إلى المغتصب .

الأمر الثاني: الذي يتمثل في عدم معارضة ما أصدره قضاة القسم الجزائي الذين أثبتوا الجرم في حق المغتصب كما أثبتوا عن طريق تحليل البصمة الوراثية أن الولد له نفس الصفات الوراثية للمدعى عليه ولذلك عابوا على قضاة غرفة الأحوال الشخصية عدم الالتفات إلى ما وصل إليه قضاة القسم الجزائي وقضوا بعدم ثبوت نسب الولد كونه خارج العلاقة الشرعية¹.

نتوصل إلى أن المشرع عندما أعطى السلطة التقديرية للقاضي في اللجوء إلى اختبار البصمة الوراثية لإثبات النسب فقط وكان يستوجب عليه أن يطبق ذلك في كلتا الحالتين سواء تعلق الأمر بإثبات النسب أو بنفيه للاستعانة به كقرينة قد تحمل الزوج على العدول عن اللعان، وبالرغم من أنه ساير التطورات العلمية الهائلة في المجال الطبي غير أنه جاء بنص عام لم يحدد الحالات التي يمكن فيها اللجوء إلى هذه الوسيلة كما لم يوضح للقاضي كيفية اللجوء إلى الطرق العلمية ولا نطاق سلطة اتجاها لها كان

¹ بن شنوف (فيروز)، سلطة قاضي شؤون الأسرة في اللجوء إلى البصمة الوراثية كوسيلة لإثبات أو نفي النسب، مجلة الصدى للدراسات القانونية والسياسية، العدد 01، ديسمبر 2019 م، ص 55 .

من الواجب عليه لإدراج نصوص دقيقة وواضحة تضاف إلى المادتين 40 و 41 تحدد فيها المجالات التي يعمل فيها الطرق العلمية وكيفية اللجوء إليها بدقة .

المطلب الثالث: عوائق تطبيق الطرق العلمية في إثبات النسب

رغم الدور الذي تلعبه البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب أو نفيه إلا أن هناك عدة عراقيل تعترضها، وهذه العراقيل يحتج بها الخصم للإفلات من الخضوع إلى الفحص الجيني، وهذا ما سنعالجه من خلال تحدثنا عن العوائق القانونية (الفرع الأول) والعوائق المادية (الفرع الثاني) .

الفرع الأول: العوائق القانونية

من الثغرات القانونية التي يمكن أن يستغلها الخصم للتهرب من الاختبارات الوراثية أن يتمسك بأن الخضوع للفحص يتعارض مع مبدأ حرمة الحياة الخاصة (الفقرة الأولى) ومبدأ انتهاك السلامة الجسدية (الفقرة الثانية) ومبدأ عدم إجبار الخصم على تقديم دليل ضد نفسه (الفقرة الثالثة) ومبدأ قرينة البراءة (الفقرة الرابعة) .

القرة الأولى : مبدأ حرمة الحياة الخاصة

إن الأخذ بوسيلة البصمة الوراثية، يتعارض مع الحق الدستوري الذي تضعه الدولة للإنسان والمنصوص عنه في المادة 47 من دستور 2020 التي تنص على أنه " لكل شخص الحق في حماية حياته الخاصة وشرفه " ¹

إذ تعد حرمة الحياة الخاصة ثاني حق يمكن أن يتأثر بفحص الحمض النووي ADN لأن التساؤل المطروح يكمن في القول إلى أي مستوى يمكن للفحص أن يشكل تدخلا في الحياة الخاصة للفرد التي يحميها الدستور ؟

فهذه المادة تمثل إحدى العقبات الأساسية أمام تطبيق الطرق العلمية الحديثة في النسب خصوصا فحص الحمض النووي ADN الذي يشكل تدخلا في الحياة الخاصة للفرد، كونها تبحث عن الخصائص الوراثية من خلال الاستعداد الوراثي للشخص مما يمد الغير بمعلومات خاصة بالزوجين وتكون ذات طابع شخصي خاص فالمشرع الجزائري بتبنيه هذا المبدأ كغيره من التشريعات، فلا يكون أمام القاضي إلا الامتنال لما جاء به هذا المبدأ في مجال إثبات النسب، بعدم إجبار الزوجين بإجراء تحاليل البصمة

¹ دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، دستور 2020 م، الجريدة الرسمية العدد 82، المؤرخة في 15 جمادى الأولى عام 1442 هـ الموافق لـ: 30 ديسمبر سنة 2020 م .

الوراثية لإثبات النسب كونه تدخلا في حياتهما الخاصة، إلا عند الاقتضاء أو عند انعدام أدلة إثبات النسب الأخرى وهذا ما يضيق من مجال حماية القاضي للنسب بواسطة البصمة الوراثية¹.

لكن هذا الاعتراض تصده المادة 03 من القانون 03-16 المتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص التي نصت على أنه: " يراعي في جميع مراحل أخذ العينات البيولوجية واستعمال البصمة الوراثية احترام كرامة الأشخاص وحرمة حياتهم الخاصة ومعلوماتهم الشخصية وفقا لما هو منصوص عليه ضمن القوانين السارية المفعول، مما يعكس حرص المشرع على توفير ضمانات كافية من أجل حماية الحق في الخصوصية الجينية للأفراد"²

الفقرة الثانية: مبدأ الحق في السلامة الجسدية

لقد كرس دستور الجزائري لسنة 2020 هذا الحق صراحة في نص المادة 39 منه: " تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان .

يحظر أي عنف بدني أو معنوي، أو أي مساس بالكرامة .

يعاقب القانون على التعذيب، وعلى المعاملات القاسية، والالإنسانية أو المهينة ن والاتجار بالبشر "³

إن الأخذ بحرفية النص المذكور أعلاه، يشكل عائق أمام القاضي في حمايته للنسب بمنعهما التعرض لجسم الإنسان بأي شكل من الأشكال بالأخذ منه خلية أو عينة من جسمه، سواء من دمه أو شعره أو منيه وغيرها من العينات وإجراء التحاليل عليها من أجل إثبات نسب متنازع عليه وهذا ما يتنافى مع مقصد الشارع الحكيم في المحافظة على الأنساب ويفسح المجال لاختلاط الأنساب .

يمكن القول أنه يمكن الخروج استثناء على مبدأ عدم المساس بسلامة الجسد، عند موافقة السلطات المختصة وذلك للحصول على حقيقة تفيد القضاة بغية تحقيق المصلحة العامة وتقديمها لمصلحة الجماعة على حق الفرد وإعمالا كذلك لقاعدة تحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام⁴، وبناء على هذا فإننا نتمشى مع هذا الطرح أو الاستثناء في مقابل ما يحققه تدخل القاضي بطلبه إجراء التحاليل من أجل ثبوت النسب وتقاديا لاختلاطه، فحفاظا على المصلحة العامة للمجتمع بما فيها مصلحة الأسرة، فإن وخزة

¹ عامرة (مباركة)، الطرق العلمية الحديثة لإثبات النسب في قانون الأسرة الجزائري، (البصمة الوراثية ومدى حجيتها في إثبات النسب نموذجا)، المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية، العدد 02، المجلد 05، الجزائر، أكتوبر 2021 م، ص 30 .

² المادة 03 من قانون رقم 03-16 المتعلق بالبصمة الوراثية .

³ المادة 39 من دستور الجزائر لسنة 2020 م .

⁴ عيادة (حسين)، الحماية القضائية للنسب عبر البصمة الوراثية، مجلة آفاق للأبحاث السياسية والقانونية، العدد 05، المجلد 03، الجزائر، 05 جوان 2020 م، ص 198 .

الإبرة أو قص شعره لا يمكن تكييفها بأنها تشكل اعتداء على السلامة الجسدية للإنسان، ومع هذا فقد نصت المادة 03 من قانون 03-16 على مراعاة احترام كرامة الأشخاص وحرمة حياتهم الخاصة ومعلوماتهم الشخصية في جميع مراحل أخذ العينات البيولوجية¹.

الفقرة الثالثة: مبدأ عدم جواز إجبار الخصم على تقديم دليل ضد نفسه

لقد كرست مختلف الأنظمة الإجرائية مبدأ عاما لا يجوز بموجبه اللجوء لإجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه وهو ما سوف يتم انتهاكه إذا تم الأخذ بالطرق العلمية، تماشيا مع المادة 04 ف 03-04 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1998 م²، إذ يعتبر أن أخذ العتاد الخلوي من أجل فحص الحمض النووي، يتم فيه إجبار الشخص المعني على تقديم دليل ضد نفسه، وفي الجزائر نصت المادة 213 من قانون الإجراءات الجزائية على أن الاعتراف شأنه شأن جميع عناصر الإثبات تخضع لحرية تقدير القاضي³، وبالتالي يبقى الشخص بريئا حتى تثبت إدانته نهائيا من طرف القضاء الجزائي ولو حامت شكوك حوله، ولو اشتبهت في شأنه الشرطة القضائية وحتى لو تابعته النيابة العامة وأودعه قاضي التحقيق الحبس المؤقت .

لكن تطبيق هذا المبدأ على إطلاقه له أثر بالغ في مجال إثبات النسب بالبصمة الوراثية، حيث أن تطبيق هذا المبدأ يساهم في التضيق على الحماية القانونية التي قررها المشرع الجزائري على النسب بواسطة القضاء والمقررة في المادة 2/40 من ق.أ.ج باعتبار أن موضوع إثبات النسب، يعد من المواضيع الهامة ذات التأثير الكبير على الأسرة ومن ثم على المجتمع ككل، فعدم إجبار القاضي للأفراد على إجراء تحاليل البصمة الوراثية لإثبات النسب من شأنه أن يؤدي إلى اختلاط الأنساب، وبالتالي فإن هذه الحرية تقع عائقا وعقبة أمام القاضي في حمايته للنسب وذلك من خلال إلحاقه لبعض الأنساب لغير أهلها⁴، وعليه وتقديرا للآثار السلبية التي قد تنجم عن إطلاق تطبيق هذا المبدأ لاسيما مجال إثبات بالبصمة الوراثية فقد حدد المشرع الجزائري في المادة 05 من قانون 03-16 الجرائم التي يجوز فيها اللجوء إلى اختبارات البصمة الوراثية وهي:

¹ المادة 03 من قانون 03-16 المتعلق بالبصمة الوراثية .

² أنظر المادة 04 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان .

³ الأمر 66-155 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 الذي يتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم.

⁴ نياي (باديس)، مرجع سابق، ص 144 .

" الجنايات والجنح ضد أمن الدولة أو ضد الأشخاص أو الآداب العامة أو الأموال أو النظام العمومي أو الجرائم المنصوص عليها في قانون مكافحة المخدرات أو قانون مكافحة تبييض الأموال وتمويل الإرهاب أو أي جناية أو جنحة أخرى ترى الجهة القضائية المختصة ضرورة ذلك..."¹

وبهذا يكون المشرع قد حدد طائفة الجرائم التي يمكن استعمال البصمة الوراثية كدليل إثبات أو نفي لها وترك السلطة التقديرية للجهة القضائية المختصة باللجوء إلى هذه التقنية في أي جناية أو جنحة ترى فيها ضرورة لذلك.

وأرفقها بعقوبة جزائية يوقعها على كل من خالف وامتنع عن إجراء البصمة الوراثية في نص المادة 16 من قانون 03-16 المتعلق بالبصمة الوراثية التي تعاقب بالحبس من سنة (01) إلى سنتين (02) وبغرامة من 20.000.00 دج إلى 100.000.00 دج كل شخص مشار إليه في الفقرات 1 و 2 و 4 و 5 من المادة 05 من هذا القانون برفض الخضوع للتحليلات البيولوجية التي تسمح بالتعرف على بصمته الوراثية².

ويستشف من خلال هذا القانون أن المشرع الجزائري قد اقتفى خطى الاتجاه الفقهي والتشريعي الذي يجيز إجبار الشخص على الخضوع للتحاليل البيولوجية للكشف عن الحقيقة الموضوعية مغلبا بذلك مصلحة المجتمع على مصلحة الفرد .

الفقرة الرابعة: مبدأ قرينة البراءة

لقد نص الدستور 2020 في المادة 41 منه على: " كل شخص يعتبر بريئا حتى تثبت جهة قضائية إدانته، في إطار محاكمة عادلة " ³ فتضمنت هذه المادة مبدأ المتهم بريء حتى تثبت إدانته، وهو حق من الحقوق التي نص عليها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948 ففي مجال التحليل الجيني

(البصمة الوراثية) هناك ضمانات تجد أساسها في الدستور والاتفاقيات الدولية الموقع عليها، وترتكز الضمانات الموجودة على شقين إثنين أحدهما تقني والآخر إنساني، فأما الضمانات التقنية فهي توخي الدقة في أخذ العينة من الشخص، أما الضمانات الإنسانية تكمن في مراقبة الفحص وحماية حقوق المتهم باعتباره كائنا بشريا، فلو كان مثلا الزوج متهما بجريمة ما، وحدث نزاع بينه وبين زوجته حول إثبات النسب، فلا بد على قاضي شؤون الأسرة أن يأخذ في الحسبان قرينة البراءة عند طلبه إجراء تحاليل البصمة الوراثية التي يتمتع بها الزوج المتهم، باعتبارها تتعلق بمبدأ السلامة الجسدية وعلاقته بالبصمة

¹ المادة 05 من قانون رقم 16-03 المتعلق بالبصمة الوراثية .

² المادة 16 من قانون رقم 16-03 المتعلق بالبصمة الوراثية .

³ المادة 41 من دستور الجزائر لسنة 2020 م .

الوراثية، وهذا العائق هو نوعا ما عائق نسبي لا تأثير له على إثبات النسب إذ يستطيع القاضي تجاهل هذا الإتهام باعتبار أن الزوج هو رجل بريء ولم يرتكب أي جريمة، طبقا لما يقتضي به مبدأ المتهم بريء حتى تثبت إدانته، ويفصل في القضية لإثبات النسب بينه كرجل عادي وبين زوجته إذ الأصل في الإنسان البراءة¹

وعموما فبعد مناقشة هذه الإشكالات القانونية التي تعترى البصمة الوراثية، فيما تتمثل المشكلتان الماديتان لإجراء تحليل البصمة الوراثية هذا ما سنناقشه ضمن الفرع التالي .

الفرع الثاني: العوائق المادية

إن أهم ما يقف عائقا أمام الأخذ بطرق التحليل البيولوجي في العالم العربي عموما، وفي الجزائر خصوصا، هو العائق المادي، إذ يشير الفقه والواقع إلى أن هناك مشكلتان تعيقان إجراء البصمة الوراثية على مستوى الجزائر وهي قلة المخابر المكلفة بإجراء تحاليل البصمة الوراثية (ADN) (الفقرة الأولى) ومشكلة مسألة مصاريف الخبرة (الفقرة الثانية) .

الفقرة الأولى: قلة المخابر المكلفة بإجراء تحاليل البصمة الوراثية (ADN)

يعتبر العائق المادي أهم عائق يقف أمام الأخذ بطريقة التحليل البيولوجي في العالم العربي عموما وفي الجزائر خصوصا، ذلك أن عملية التحليل تتطلب إمكانيات ضخمة ومراكز حديثة، ومجهزة بأحدث التجهيزات فضلا عن ضرورة توافر عناصر الخبرة والاختصاص والثقة في القائمين عليها .

يتم القيام بهذه التحاليل في الجزائر بمخبر تحليل البصمة الوراثية بشاطوناف بالعاصمة الذي تم تدشينه بتاريخ 22-07-2004 م، وبدأ سريان العمل فيه سنة 2006 م²، ويتفرع عنه مخبران جهويان أحدهما بولاية وهران والآخر بقسنطينة، والحصيلة الواردة إلى المخابر الثلاثة للشرطة العلمية والتقنية المركزيين والجهويين العاصمة قسنطينة ووهران فقد بلغت 5693 قضية سنة 2021 م، تتعلق بطلب إجراء خبرات البيولوجيا الجنائية ADN وكله مصالح ملحقة ببنائية الشرطة العلمية والتقنية بمديرية الشرطة القضائية، وتتمثل مهمة هذه المختبرات في تقديم المعلومات التي تحتاجها مصالح الأمن والعدالة، ويمكن اعتبارها خطوة جبارة لتشجيع العمل بالبصمة الوراثية حيث ساهمت بشكل كبير وفعال في فض بعض القضايا المتعلقة بالنسب، عن طريق مطابقة الشفرات الوراثية المتحصلة من أي حلقات بشرية مثل الدم واللحاح أو

¹ نوبري (عبد العزيز)، البصمة الجينية ودورها في الإثبات في المادة الجزائية، مجلة الشرطة، العدد 65، بتاريخ 02-02-2004 م، ص 45 .

² نياي (باديس)، مرجع سابق، ص 115 .

أي أنسجة مثل الشعر، الجلد والعظم لاسيما عظام الأسنان للأب المفترض والطفل المراد إثبات نسبه في حالة وفاة الأب يمكن أخذ عينة من أحد أقاربه خاصة الأصول للتأكد من ذلك إلا أن هذا العدد يضل غير كاف لتغطية جميع التحاليل الجينية، مما قد يعطل السير الكثير من الدعاوى¹.

تتأط هذه المهمة حصرا بهذه الأجهزة ذات الطابع الأمني ممثلة في الشرطة والدرك الوطني، وبالتالي لا يمكن لأي مخبر خارج هذه المخابر وخاصة المخابر الخاصة أن تقوم بهذه التحاليل، نظرا لأهمية وخطورة المعلومات والمعطيات المتعلقة بنتائج هذه التحاليل إذ أنها تتصل بالحياة الشخصية للأشخاص كما أن هذه المخابر تتمتع بكفاءة عالية في هذا المجال من خلال الطاقم البشري الذي سوف يشرف عليها بالإضافة إلى تزويدها بالتجهيزات الحديثة والمتطورة التي تسمح بالقيام بهذه التحاليل وفق الطرق العلمية المتعارف عليها، وكذا عملية حفظ العينات والنتائج المتعلقة بها لأنه لا يسمح في هذا المجال بأي تهاون أو احتمال الخطأ .

ورغم زيادة عدد هذه المخابر إلى ثلاثة مخابر إلا أن العجز يبقى قائما، إذا ما أخذنا في الاعتبار العدد الهائل والمتزايد لدعاوى النسب سواء لإثبات البنوة أو إنكارها، بالإضافة إلى استعمال هذه التقنية في التحقيقات الجزائية لاسيما في الكشف عن الجرائم الجنسية خاصة في قضايا الاغتصاب، عن طريق مطابقة العينات الموجودة في مسرح الجريمة مع عينات المشتبه فيه، وفي الطب الشرعي ناهيك عن الدور الفعال الذي تلعبه في الكشف عن بعض الأمراض الوراثية في الأجنة والأطفال حديثي الولادة².
إلا أن ارتفاع عدد المخابر من مخبر واحد إلى ثلاث مخابر على مستوى الوطني (58 ولاية) مقارنة باستحداث الطرق العلمية من طرف المشرع يعد مشكلا ماديا يحول أمام صعوبة إستصاغة الأمر من خلال الأوجه التالية:

- يتطلب اللجوء إلى الطرق العلمية توافر مخابر ذو جودة عالية وتقنية نظرا لصعوبة استعمال الوسائل المستخدمة في هذا المجال .
- يتطلب اللجوء إلى الطرق العلمية الإلمام الشامل والمعرفة الدقيقة بعلم الجينات وكل الأنظمة المستعملة في هذا المجال، بحيث يجب مراقبتها بصورة دقيقة .
- يتطلب اعتماد نظام ADN دون سواه إمكانيات ضخمة سواء بالاعتماد على مخبر عالي الجودة وعلى خبراء تقنيين أخصائيين رفعي المستوى من بينهم أخصائيين في الإحصائيات والاحتمالات، نظرا لأنه يشكل إحدى الأنظمة المعقدة والشائكة .

¹ زقاوي (حميد)، عقبات إثبات ونفي النسب بالبصمة الوراثية، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، العدد 03، ديسمبر 2016 م، ص 96.

² بلحاج (العربي)، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2013 م، ط 2، ص 666 .

الفقرة الثانية : مسألة مصاريف الخبرة

إذا كان اللجوء إلى الطرق العلمية يتركز في أساسه على ضرورة توافر آليات وهياكل مادية ضخمة للوصول إلى نتائج فعالة، فإن ذلك يتطلب بالمقابل مصاريف باهضة تفنقر لآلية قانونية يتم بموجبها تحميل الخزينة العامة أعبائها وبالتالي يتحملها أطراف الدعوى، فهل يمكن تصور ذلك بالنظر إلى الأوضاع المعيشية والاقتصادية للمواطن الجزائري، مما يستدعي القول بأن مجال لجوء المواطن إلى هذه الخبرة يبقى ضيقا جدا¹.

خلاصة الباب الثاني

توصلنا من خلال هذا الباب إلى أن الإنجاب لم يبق مقتصرًا على عملية الاتصال الجنسي الطبيعي بين الزوجين التي أقرتها الشريعة الإسلامية لأنه في بعض الحالات قد يستحيل الإنجاب نتيجة الجماع بسبب العقم، أو ضعف الخصوبة والذي يستعصي معالجته بالأدوية والعمليات الجراحية ولأجل مساعدة العاجزين على الإنجاب وتحقيق رغبتهم في الحصول على الذرية والتناسل توصلت العلوم الطبية الحديثة إلى اكتشاف وسيلة لا تعتمد على الاتصال الجنسي، وإنما تعتمد على وسائل صناعية تساعد على تلقيح البويضة بمنى الزوج، وتعرف هذه العملية بالتلقيح الاصطناعي، وهو نوعان أحدهما يتم داخل الرحم وسمي بالتلقيح الاصطناعي الداخلي والآخر يتم خارجه ويسمى بالتلقيح الاصطناعي الخارجي .

ونظرا لتماشي مسألة التلقيح الاصطناعي ومقاصد الشرع، فلا مجال للتشكيك في النسب الناتج عنه ومدى شرعيته، غير أن اللجوء لهذه الوسيلة يتطلب توافر جملة من الشروط القانونية والضوابط الشرعية أقرها مجمع الفقه الإسلامي وكذلك بقيت التشريعات الأخرى ومن بينها المشرع الجزائري الذي ذهب إلى إباحة هذه الصورة فقد أجاز في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة أن يتم التلقيح الاصطناعي بمنى الزوج وبويضة الزوجة لكنه لم يشترط أن كانت العملية تتم داخليا أم خارجيا وأمام عدم تباين موقفه صراحة من أسلوب التلقيح داخل الأنبوب فإنه يقتضي بنا الأمر الرجوع لموقف الفقه الإسلامي المعاصر استنادا للمادة 222 من قانون الأسرة التي جاء فيها: " كل من لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية "

ونتجت عن هذه التقنية صور أخرى لمعالجة العقم من بينها تأجير الأرحام أو ما يعرف بالأم البديلة بالإضافة إلى ذلك فقد تم إنشاء بنوك لحفظ النطف والبويضات وتجميدها للاستفادة منها وقت الحاجة .

¹ يوسفات (علي هاشم)، مرجع سابق، ص 333 .

كما قرر جزاءات ردية في حالة مخالفة شروط اللجوء إلى هذه المستجدات بموجب قانون الصحة 11/18 الذي أزاح الغموض وعالج بعض النقاط التي غفل عنها مشرع قانون الأسرة فيما يخص إجراءات عملية التلقيح وشروط ومكان وطرق إتلاف البويضات والنطف الفائضة .

ومقابل ذلك حرمت الشريعة الإسلامية عملية التلقيح الإصطناعي الخارجي بتدخل طرف أجنبي وذلك انطلاقا من الأصل العام في هذه الشريعة القاضي بوجوب حفظ النسب والعرض من الاختلاط حيث أن هذا الأصل يقتضي تحريم كل تصرف من شأنه أن يؤدي إلى تكوين النسل الإنساني من غير الطريق الشرعي لذلك وهو الزواج .

كما عالج المشرع الجزائري هذا الموضوع بدقة فإضافة إلى النصوص الصريحة التي سنه في ما يتعلق بالتدخل طرف أجنبي في عملية التلقيح الاصطناعي، وضع عقوبة جزائية لكل من يخالف المنع المنصوص عليه في هاتين المادتين، وذلك من خلال نص المادة 434 والمادة 435 من قانون الصحة رقم 11/18 .

كما يعتبر الاستنساخ البشري من أهم الاكتشافات التي تساعد الفرد في الحصول على مولود جديد من طرف واحد فقط أي الرجل أو المرأة على أن يكون هذا المولود نسخة طبق الأصل له، لكن عرف هذا الموضوع نقاشا كبيرا في مجال الفقه الإسلامي، حيث كانت النتيجة المتوصل إليها أن هذه التقنية محرمة وممنوعة، والتحريم هنا يشمل جميع طرق الاستنساخ البشري المعروفة حاليا، ومستقبليا لأن الهدف منها مخالفة الشرعية في الإنجاب وبذلك يحطم أسس القرابة والأنساب والأرحام، وفي هذا الصدد نصت المادة 375 من قانون الصحة رقم 11/18: " يمنع كل استنساخ للأجسام الحية المتماثلة جينيا فيما يخص الكائن البشري وكل انتقاء للجنس " لم تتوقف التطورات العلمية في مجال الطب وعلم البيولوجيا والوراثة عند هذا الحد بل استحدثت طرق جديدة تتعلق بحماية النسب وإثباته وتحديد أبوة الولد بنتائج بالغة الدقة تصل إلى 100 % ولا تقبل الشك وعرفت هذه التقنية بالبصمة الوراثية هذه الأخيرة لها القدرة على تمييز كل شخص عن غيره، ومن المستحيل أن تطابق بصمة شخص شخصا آخر، إلا في توأمين متطابقين لذلك تعتبر قرينة نفي أو إثبات قوية لا تقبل الشك .

ساير المشرع الجزائري هذا التوجه بموجب تعديل قانون الأسرة لسنة 2005، إذ أجاز المشرع للقاضي الاعتماد على الطرق العلمية وعلى رأسها البصمة الوراثية في إثبات النسب بناء على سلطته التقديرية .

فأشار في نص المادة 40 من الأمر 02/05 إلى طرق إثبات النسب وهي الزواج الصحيح، الإقرار البينة، نكاح الشبهة، الزواج الذي تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32، 33، 34 من نفس القانون، كما

أجاز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية في إثبات النسب ومن بين هذه الطرق البصمة الوراثية التي تعد من أهم الطرق العلمية المستحدثة في مجال الإثبات .

تباينت مواقف قضاء الدول الغربية والعربية من البصمة الوراثية فمنهم من رحب بها ومنهم من استبعد العمل بها أما مسلك القضاء الجزائري من إثبات النسب بالبصمة الوراثية اختلف بعد تعديل قانون الأسرة عن موقفه قبل ذلك إذ لم يكن يأخذ بالخبرة العلمية قبل تعديل قانون الأسرة سنة 2005 كدليل لإثبات النسب واكتفى بما هو متعارف عليه في الفقه الإسلامي كوسائل لإثبات النسب حيث نصت المادة 40 من قانون 84-11 على ما يلي: " يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبينة وبكاح الشبهة وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32، 33، 34 من هذا القانون"

إلا أنه بعد تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 02/05 وبالتحديد نص المادة 40 ف 2 أضاف البصمة الوراثية كوسيلة لإثبات النسب بقولها: " يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب "

نتوصل إلى أن المشرع عندما أعطى السلطة التقديرية للقاضي في اللجوء إلى اختبار البصمة الوراثية لإثبات النسب فقط وكان يستوجب عليه أن يطبق ذلك في كلتا الحالتين سواء تعلق الأمر بإثبات النسب أو بنفيه للاستعانة به كقرينة قد تحمل الزوج على العدول عن اللعان، وبالرغم من أنه ساير التطورات العلمية الهائلة في المجال الطبي غير أنه جاء بنص عام لم يحدد الحالات التي يمكن فيها اللجوء إلى هذه الوسيلة كما لم يوضح للقاضي كيفية اللجوء إلى الطرق العلمية ولا نطاق سلطة اتجاهها لهذا كان من الواجب عليه إدراج نصوص دقيقة وواضحة تضاف إلى المادتين 40 و 41 تحدد فيها المجالات التي يعمل فيها الطرق العلمية وكيفية اللجوء إليها بدقة .

لكن رغم الدور الذي تلعبه البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب أو نفيه إلا أن هناك عدة عراقيل تعترضها وهذه العراقيل قد تكون مادية كقلة المخابر المكلفة بإجراء تحاليل البصمة الوراثية (ADN) ومشكلة مسألة مصاريف الخبرة وقد تكون قانونية يمكن أن يستغلها الخصم للتهرب من الاختبارات الوراثية كأن يتمسك بأن الخضوع للفحص يتعارض مع مبدأ حرمة الحياة الخاصة وأنه انتهاك للسلامة الجسدية كما أن البصمة الوراثية تخالف مبدأ عدم إجبار الخصم على تقديم دليل ضد نفسه، ومبدأ قرينة البراءة .

خاتمة

خاتمة :

إقتصرت الخاتمة على أهم النتائج والتوصيات التي خلصت إليها وتمثلت في نفس الوقت الإجابة عن التساؤلات التي أبديتها في المقدمة والتي استهدف البحث الوصول إليها عبر نقاطه العديدة .

تتمثل أهم النتائج فيما يتعلق بالحماية القانونية للنسب فيما يلي:

- أن الشريعة الإسلامية اهتمت بالنسب اهتماما بالغا فأحاطته بسياج منيع يحميه من الفساد والاختلاط المحرم شرعا ومعرفة النسب أمر بالغ الأهمية، فهو حق للشخص نفسه، وحق لأبويه وحق للأسرة التي هو عضو فيها وحق للمجتمع الذي يعيش فيه، بل هو حق من حقوق الله عز وجل الذي منع في كتابه اختلاط الأنساب.
- يثبت نسب الولد لأبيه بالزواج الصحيح وما يلحقه من زواج فاسد ونكاح شبهة التي تعتبر بمثابة أسباب منشئة للنسب، كما يثبت بالإقرار أو البيعة والتي تصنف على أنها أسباب كاشفة للنسب كما يوجد دليلان اعتمادا عليهما قديما للتعرف على نسب المولود إذا تعذر الكشف عنه هما القيافة والقرعة، ولم يذكرهما المشرع نظرا للتطورات التي شهدتها هذا العصر.
- كما يثبت نسب الولد لأمه بمجرد ولادته سواء كانت الولادة من زواج صحيح، أو من زواج فاسد أو حتى من غير زواج، كأن يكون من علاقة غير شرعية ويكون ذلك عن طريق شهادة الميلاد (المادة 26 من القانون المدني) وبشهادة القابلة (المادة 62 من قانون الحالة المدنية) كما تثبت الأمومة بالإقرار (المادة 44 من قانون الأسرة).
- وضع المشرع الجزائري شروط وقيود في مسألة النسب الشرعي في المادة 41 من قانون الأسرة لا تتماشى مع ما نصت عليه المادة 45 مكرر من نفس القانون، فالمادة 41 علقت ثبوت النسب الشرعي بعبارة " وأمكن الاتصال " بمعنى المخالطة الجنسية بين الزوجين، علما أنه يمكن أن تصبح المرأة حاملا دون الاتصال الجنسي وذلك عن طريق التلقيح الاصطناعي كما هو مقرر في المادة 45 مكرر .
- جاء نص المادة 40 من قانون الأسرة معيبا شكلا وبالرغم من التعديل الأخير، إلا أنه أقر بثبوت النسب بنكاح الشبهة أو بكل زواج فاسد في آن واحد ولسنا ندري كيف يفهم من هذا النص ما قصده المشرع من صياغته بهذه الطريقة لأن المعنى الظاهر في نص المادة 40 هو أن نكاح الشبهة شيء والزواج الفاسد شيء آخر وهذا المعنى غير صحيح، لأن الزواج الفاسد ما هو إلا نوع من أنواع الشبهة.

- لم تعرف الشريعة الإسلامية بين طيات نصوصها وقواعدها الشرعية طريقا لنفي النسب، إلا طريقا واحدا وهو اللعان حتى تحمي الزوجة من اتهام زوجها لها بالباطل من جهة وتحمي نسب المولود على فراش الزوج من جهة أخرى أما نص المادة 41 من قانون الأسرة لم يُشر إلى اللعان صراحة، إنما أشار إليه المشرع بعبارة " ولم ينفه بالطرق المشروعة " ولم يتم التطرق لهذه الطرق المشروعة، كما لم يرد في أي مادة أخرى النص على طريقة اللعان التي تنفي نسب الولد عن الزوج، كذلك استقر القضاء الجزائري على أن اللعان هو الطريق الوحيد لنفي النسب ولم يتم الاستعانة بأي طريق آخر غيره .
- منع المشرع الجزائري نظام التبني بموجب المادة 46 وطبق أحكام الشريعة الإسلامية لكنه فتح بابا آخر لتسوية أوضاع مجهولي النسب حين أقر نظام الكفالة التي نص عليها في المواد من 116 إلى 125 من قانون الأسرة .
- ساير المشرع الجزائري التطورات العلمية بموجب الأمر 05-02 واستحدث نص المادة 45 مكرر وأجاز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي شرط أن يستعمل في هذه العملية ماء الرجل ووبويضة المرأة ورحمها، حال حياتهما ودون تدخل طرف أجنبي عنهما .
- حاول المشرع تدارك الفراغ التشريعي الذي شهده قانون الأسرة مدة ثلاثة عشر سنة بالتعديل الأخير لقانون الصحة رقم 18-11 محاولا بذلك تدارك عجز المادة 45 مكرر والذي وقف من خلاله بسد بعض الثغرات كشرط الضرورة وتنظيم مراكز المعالجة وبالمنع كالتعامل المالي والبحثي على اللقائح.
- كضمان لتطبيق ضوابط التلقيح الاصطناعي المشار إليها في المادة 371 من قانون الصحة الجديد رتب المشرع الجزائري أحكام جزائية على مخالفتها، مكيف إياها جنحة وعاقب عليها بالعقوبة ذاتها، على الرغم من الأثر المترتب عن كل مخالفة كل شرط من شروط التلقيح الصناعي ليس بنفس درجة الجسامة .
- أن نص المادة 43 لا يتماشى مع نص المادة 45 مكرر فمدة العشرة أشهر بعد الوفاة المحددة قانونا تعد جد قصيرة مقارنة بما يستغرقه الحمل الاصطناعي من مدة .
- أن المشرع الجزائري لم يجر جميع صور الإنجاب بطريق الأم البديلة كما لم يجرها فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرون وهي صور غير مثبتة للنسب شرعا وقانونا.
- لم يتطرق المشرع في قانون الأسرة إلى مسألة تحديد جنس الجنين لا منفصلة ولا متصلة بموضوع الإخصاب الصناعي لكن قانون الصحة الجديد قد تدارك ذلك حيث منع انتقاء الجنس في المادة 375 وعاقب مرتكبه بعقوبات المذكورة في نص المادة 436 من نفس القانون .

- أن البويضات الملقحة في الأنابيب ليست جنينا بالمعنى الدقيق للكلمة، وبالتالي لا يمكن أن نطبق على هذه البويضات الملقحة الأحكام الخاصة بالجنين فلا يمكن مثلا أن نطبق عليها أحكام جريمة الإجهاض ولا يجوز أن يحجز للبويضة الملقحة نصيب من الميراث إذا توفي الزوج قبل إجراء عملية الزرع، ولكن في الوقت نفسه لا يمكن معاملة هذه البويضات الملقحة معاملة الأشياء، هذا يعني أن هذه البويضات الملقحة تستحق الحماية القانونية بمجرد تمام عملية التلقيح .
- أن الإستنساخ البشري بجميع صورته وفرضياته والأطراف المشاركة فيه يعد محرما شرعا وقانونا لأن الكائن المستنسخ لا يملك أب معروف ولا أم واضحة .
- تعتبر البصمة الوراثية أدق وسيلة توصل إليها العلماء في عصرنا الحالي لإثبات هوية الشخص وتمييزه عن باقي الأفراد فهي عبارة عن البنية الجينية التي تدل على هوية كل فرد بعينه لهذا تم استثمارها في حماية النسب .
- أجاز المشرع الجزائري اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب بعد تعديل قانون الأسرة بالأمر 02-05 في الفقرة الثانية من المادة 40 إلا أنه لم يحدد أنواع هذه الطرق، مع أن هناك طرق علمية ظنية كما لم يحدد شروط وضوابط اللجوء إليها في إثبات النسب، إلا بعد استحداث قانون 03-16 المتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص الذي استطاع من خلاله تحديد قواعد استعمالها وحدد معاني بعض المصطلحات العلمية والتنظيمية ذات الصلة، على غرار البصمة الوراثية ثم تطرق إلى تبيان كيفية إثبات النسب عن طريق البصمة الوراثية وكذا الهيئة العمومية المختصة، ليستعرض بعد ذلك الأحكام الجزائية دون أن يهمل في الأخير التدابير الانتقالية لكنه لم يذكر إطلاقا كيفية إثبات النسب عن طريق البصمة الوراثية، كما أنه لم يبين القيمة الإثباتية للبصمة الوراثية ولم يحسم موقفه باعتبارها دليلا قاطعا أو أنها كباقي طرق الإثبات الجنائي الخاضعة لتقدير القاضي الجزائي .
- أن تستبعد البصمة الوراثية في مواجهة الفراش الصحيح وعدم جواز استخدامها للتأكد من صحة النسب الثابت شرعا إذ لا يجوز التأكد منه باستعمال البصمة الوراثية لأي سبب من الأسباب .
- جعل المشرع البصمة الوراثية فيما يخص مسألة إثبات النسب مسألة جوازية، يمكن للقاضي اللجوء إليها كما يمكنه عدم اللجوء إليها تبعا لما تفرضه ملابسات القضية لاسيما عند توفر أدلة أخرى يستطيع القاضي بواسطتها إثبات النسب .
- لا يجوز نفي النسب عن طريق البصمة الوراثية وإن كان هناك من فقهاء الشريعة الإسلامية من قال بجواز الإستعانة بالبصمة الوراثية للتقليل من حالات اللعان .

نخلص من خلال استقراءنا للنصوص الخاصة بحماية النسب في ظل تعديل قانون الأسرة أن أغلب المواد القانونية جاءت عامة غير مخصصة وغير مقيدة مما يفتح الباب واسعا لتأويل والاجتهاد فيها بالرغم من أن أحكامها كانت مفصلة في الفقه الإسلامي .

كذلك بالرغم من أن قانون الصحة رقم 18-11 شكل لنا نظاما قانونيا لعمليات التلقيح الاصطناعي إلا أن المشرع لم يستطع خلق منظومة قانونية متكاملة ويتضح ذلك جليا بوجود ثغرات قانونية لم يبلغها فكر المشرع وقت التشريع .

وبعد عرض النتائج التي خلصت إليها من خلال هذا البحث فإننا نوصي بما يلي:

- ينبغي على المشرع أن يخصص موضوع النسب بعدد أكبر من النصوص التشريعية الدقيقة والواضحة حتى يحيط بكل المسائل القانونية التي ينبغي أن يفصل فيها .
- إعادة صياغة نص المادة 40 من قانون الأسرة لتصبح صياغة الفقرة الأولى كالتالي: " يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالزواج الفاسد أو بالإقرار أو بالبينة أو بالوطء بشبهة ... " ولا داعي لإعادة تفصيل النكاح الفاسد ما دامت المواد 32، 33، 34 قد تولت تفصيل البعض منه .
- إعادة صياغة المادة 41 من قانون الأسرة حتى تتسق مع المادة 45 مكرر من نفس القانون بحيث تصبح "... وأمكن الاتصال الجنسي أو بطريق التلقيح الاصطناعي "
- إعادة النظر في المادة 43 لأن المشرع الجزائري لم يعالج نسب المولود الناجم عن التلقيح الاصطناعي بعد الطلاق والوفاة .
- وجوب تعديل قانون الأسرة الجزائري بما يسمح لإزالة الغموض وتحديد موقف واضح فيما يخص كيفية وطرق نفي النسب وبناءا على ذلك توضيح موقفه أيضا من اللعان وضوابطه وآثاره .
- لا بد أن يبقى اللعان هو الطريق الشرعي لنفي النسب ولا يجوز نفي النسب الثابت شرعا بالبصمة الوراثية لكن يجوز الاستعانة بالبصمة الوراثية كقرينة قد تحمل الزوج على العدول عن اللعان .
- ضرورة إعادة النظر في المرسوم التنفيذي رقم 92-24 المؤرخ في 13/01/1992، الخاص باستحقاق المكفول بالكافل عن طريق الاسم .
- نوصي بالعمل على إيجاد منظومة قانونية متناغمة ومتكاملة لتنظيم الإنجاب بطريق التلقيح الاصطناعي والنص على إعمال البصمة الوراثية من أجل إثباته ونفيه، وذلك بموجب نصوص قانونية محكمة تحدد الشروط المتعلقة به مراعيًا في ذلك الجانب الطبي والقانوني والشرعي معا .
- إعادة النظر في تكييف الأفعال المخالفة لضوابط التلقيح الاصطناعي والتي جرمها المشرع الجزائري مع وضع العقوبة المناسبة لكل مخالفة بما يتناسب مع جسامته الفعل .

- على المشرع الجزائري أن يفصل أكثر في مسألة إجراء التجارب البيولوجية والأبحاث الطبية بخصوص استغلال البويضات الملقحة الزائدة عن عمليات التلقيح الاصطناعي، وذلك في إطار ضوابط وقيود قانونية محددة .
 - نقترح إجازة عملية انتقاء جنس الجنين في حالة الضرورة لأن هناك أمراض تصيب أحد الجنسين دون الآخر.
 - نقترح على المسؤولين تعويض تكاليف التلقيح الاصطناعي بعد محاولتين فاشلتين، لأن التلقيح الاصطناعي يستدعي تكاليف باهضة، فتعويض التكاليف يعطي الفرصة للعديد من الأزواج تكرار عملية التلقيح حتى تكلل بالنجاح .
 - على المشرع الجزائري أن يضع الإطار القانوني للطرق العلمية القطعية وبالأخص البصمة الوراثية وحصرها بشكل دقيق في مجال إثبات النسب ونفيه كما لا يجوز للقضاء استبعاد الطرق العلمية في إصدار الأحكام القضائية .
 - رغم أن المشرع الجزائري أصدر قانون البصمة الوراثية 16-03، لكنه لم يضع الإطار القانوني لحجيتها فيما إن كانت قطعية أو نسبية ومن تم توظيفها كسند قانوني في الحكم الصادر من القاضي لذا نوصي بتقنين حجيتها من خلال التعديلات اللاحقة لقانون الإجراءات الجزائية .
- وفي الأخير ضرورة الرجوع والاقتباس من مبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية، لأن الفقهاء المعاصرون بحثوا في هذه النوازل بشكل مستفيض والدليل على ذلك ما رأيناه من خلال قرارات المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي، ومجمع الفقه التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي .
- وفي الختام أرجو من الله تعالى أن يكون قد ألهمني السداد والتوفيق فيما كتبت وعساي أن أكون بهذا الجهد المتواضع الذي يمثل غيثا من فيض قد قدمت عملا أساهم به في إثراء المنظومة القانونية ولو بالشيء اليسير فإن أصبت من الله وحده جل شأنه، وإن أخطأت فمن نفسي والشيطان .

قائمة المراجع

- القرآن الكريم

المصادر والمراجع

أولا - الكتب:

أ- باللغة العربية:

1- الكتب العامة:

1. أباش (أحمد)، الأسرة بين الجمود والحداثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011 م، (د . ط).
2. ابن تيمية (تقي الدين)، الفتاوى الكبرى، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، 1408 هـ - 1987 م، ط 1، المجلد 5، كتاب اللعان، باب ما يلحق من النسب .
3. ابن رجب (زين الدين أبو الفرج عبد الرحمان بن شهاب الدين)، جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثا من جوامع الكلم، دار ابن كثير، دمشق - بيروت، 1429 هـ - 2008 م، ط 1 . الدارقطني (علي بن عمر بن أحمد بن مهدي أبو الحسن)، سنن الدارقطني، دار المحاسن للطباعة، القاهرة، 1386 هـ - 1966 م، (د.ط)، ج 4 .
4. ابن رشد القرطبي ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار المعرفة، بيروت - لبنان، 1402 هـ - 1982 م، ط 6، ج 2 .
5. ابن رشد، بداية المجتهد، دار الكتب الإسلامية، القاهرة، 1983 م، ط 2، ج 2 .
6. ابن قدامة (المقدسي)، المقنع والشرح الكبير والإنصاف، التأويل في الحلف الرجعة - الإيلاء - الظهار، هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، مصر، 1416 هـ - 1996 م، ط 1، ج 23 .
7. ابن قدامة، المغني، دار عالم الكتب، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1417 هـ - 1997 م، ط 3، ج 14 .
8. ابن القيم (الجوزية)، بدائع التفسير الجامع لما فسرہ الإمام ابن القيم الجوزية، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، 1427 هـ، طبعة جديدة منقحة، المجلد الثاني .
9. ابن القيم (الجوزية)، زاد المعاد في هذي خير العباد، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، 1430 هـ - 2009 م، ط 1 .
10. ابن القيم (الجوزية)، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، دار علم الفوائد، مجمع الفقه الاسلامي، جدة، (د.ت)، (د.ط)، المجلد 1 .

11. ابن منظور الإفريقي ابن الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الأنصاري الخرجي المصري، لسان العرب، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، (د.ت)، (د.ط)، ج 8 .
12. ابن منظور، لسان العرب، إصدارات وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، المملكة العربية السعودية، (د.ت)، (د.ط)، ج 6، حرف النون، فصل الباء .
13. ابن منظور، لسان العرب، من إصدارات وزارة الشؤون الدينية، المملكة العربية السعودية، (د.ت)، (د.ط)، ج 15، فصل العين - حرف الميم .
14. ابن منظور، لسان اللسان تهذيب لسان العرب، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، 1413 هـ - 1993 م، ط 1، ج 3، فصل اللام، حرف الحاء .
15. أبو البصل (عبد الناصر)، دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة، دار النفاس، الأردن، 1421 هـ - 2001 م، ط 01 .
16. أبو داود سليمان بن الأشعث الأزدي (السجستاني)، سنن أبي داود، دار الرسالة العلمية، دمشق - الحجاز، 1430 هـ - 2009 م، ط 1، ج 7، كتاب الأدب، باب في تغيير الأسماء، حديث رقم 4950 .
17. أبو زهرة (محمد)، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، (د.م)، (د.ت)، (د.ط) .
18. أبو زيد (محمد محمد)، تحديث قانون الإثبات دورالتقدم العلمي والبيولوجي في إثبات النسب، (د.د)، (د.ت)، (د.ط) .
19. أبو لحية (نوالدين)، عقد الزواج وشروطه برؤية مقاصدية، دار الأنوار للنشر والتوزيع، (د.م)، 1432 هـ - 2010 م، ط 2 .
20. أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم (الأندلسي)، المحلى بالآثار، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1425 هـ - 2003 م، ط 1، الجزء 10، المتعة، الرجعة، العدة، الإستبراء، الحضانة، الرضاع، الدماء، شبه العمد .
21. أبي إسحاق (الشيرازي)، المذهب في فقه الإمام الشافعي، دار القلم، دمشق، دار الشامية، بيروت، 1417 هـ - 1996 م، ط 1، ج 4، الأحوال الشخصية العتق، الأيمان، باب ما يلحق بالنسب وما لا يلحق.
22. أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري (النيسابوري)، صحيح مسلم، دار الحديث، بيروت - لبنان، 1412 هـ - 1991 م، ط 1، الجزء 1، كتاب الحيض، باب بيان صفة مني الرجل والمرأة وأن الولد مخلوق من مائهما، حديث رقم 315 .
23. أبي الفداء اسماعيل بن عمر بن الكثير القرشي (الدمشقي)، تفسير القرآن العظيم، دار طبية للنشر والتوزيع، المملكة العبية السعودية، 1418 هـ - 1997 م، 1420 هـ - 1999 م، ط 1 - ط 2، ج 7 الصافات - الواقعة .

24. أبي الوليد ابن رشد (القرطبي)، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في مسائل المستخرجة، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، 1988 م، ط 2، ج 6، كتاب اللعان .
25. أبي بكر أحمد بن الحسين ابن علي (البهقي)، السنن الكبرى مع الجوهر النقي، مطبعة المعارف العربية، (د. م)، 1335 هـ، ط 1، ج 7، كتاب اللعان، باب الزوج يقذف امرأته فيخرج من موجب قذفه بأن يأتي بأربعة شهود يشهدون عليها بالزنا أو يلتعن.
26. أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي (علاء الدين)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1424 هـ - 2003 م، ط 2، كتاب النكاح، فصل في ثبوت النسب.
27. أبي عبد الله محمد الأنصاري (الرصاص)، شرح حدود ابن عرفة، الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، 1993 م، ط 1، ج 1، كتاب اللعان .
28. أبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة (الترمذي)، جامع الترمذي، كتاب الرضاع، باب ما يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب بيت الدولية، الرياض، (د. ت)، (د. ط) .
29. أبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة (الترمذي)، الجامع المختصر من السنن، كتاب الشهادات، باب ما جاء في الشهداء أيهم خير، حديث رقم 2295، بيت الأفكار الدولية، الأردن، (د. ت)، (د. ط) .
30. أحمد بن محمد (بن قدامة المقدسي)، المغني، دار عالم الكتب، الرياض، 1418 هـ - 1997 م، ط 3، ج 14، كتاب الشهادات .
31. أحمد بن محمد بن علي (الفيومي)، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، دار المعارف، القاهرة، 2016 م، ط 2، كتاب الجيم .
32. أحمد بن محمد بن علي (الفيومي المقرأ)، المصباح المنير في غريب شرح الكبير، مكتبة لبنان، لبنان، 1987 م، (د. ط) .
33. أحمد فرج (حسين)، أحكام الأسرة في الإسلام، الطلاق وحقوق الأولاد ونفقات الأقارب، الدار الجامعية، بيروت، 1997، (د. ط) .
34. إسكندر (محمد توفيق)، الخبرة القضائية، دار هومة، 2002 م، (د. ط) .
35. الأشقر (محمد سليمان)، أبحاث اجتهادية في الفقه الطبي، دار النفاس، الأردن، 2006 م، ط 1.
36. الإمام الحافظ أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني (ابن ماجة)، السنن، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، ط 1، المجلد 2 باب الرجل يشك في ولده، الحديث رقم 2034 .
37. الإمام كمال الدين المعروف (بإبن الهمام الحنفي)، شرح فتح القدير، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1424 هـ - 2003 م، ط 1، كتاب الطلاق .

38. الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف (بابن همام الحنفي)، شرح فتح القدير، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1424 هـ - 2003 م، ط1، ج5، كتاب العتاق .
39. البار (محمد علي)، الجنين المشوه والأمراض الوراثية الأسباب والعلامات والأحكام، دار القلم، دمشق، دار المنارة، جدة، 1991 م، (د . ط) .
40. البار (أنور)، المحقق الشيخ أحمد شاكر، عمدة التفسير عن الحافظ ابن الكثير، مختصر تفسير القرآن العظيم، دار الوفاء، (د.م)، 1426 هـ - 2005 م، ط 2، ج 3 .
41. البخاري(أبي عبد الله محمد بن إسماعيل)، صحيح البخاري، دار ابن الكثير، دمشق بيروت، 1423 هـ - 2002 م، ط 1، كتاب الحدود، باب للعاهر الحجر، حديث رقم 6817 .
42. بدران أبو العنين (بدران)، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، (د.م)، 1998 م، (د.ط).
43. بدران أبو العنين (بدران)، حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية والقانون، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1987 م، (د.ط) .
44. بربارة (عبد الرحمن)، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية (قانون رقم 08 - 09 مؤرخ في 23 فيفري 2008)، دار بغداد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009 م، ط 2 .
45. البكري (محمد عزمي)، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية - نفقة الصغار - الإرضاع - الحضانة - مسكن الحضانة - رؤية الصغير - نفقة الأقارب - متعة المطلقة - النسب - اللقيط - المفقود، المجلد 3، دار محمود، القاهرة، 2018 م، (د.ط) .
46. بلحاج (العربي)، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2013 م، ط 2 .
47. بلحاج (العربي)، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (مقدمة - الخطبة - الزواج - الطلاق - الميراث - الوصية)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999 م، (د.ط)، ج 1 (الزواج والطلاق) .
48. بلخير (سديد)، الأسرة وحمايتها في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري - دراسة مقارنة -، دار الخلدونية، القبة القديمة - الجزائر، 2009 م، ط1 .
49. بن تيمية (أحمد)، مجموع فتاوى، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المملكة العربية السعودية، 1425 هـ - 2004 م، (د.ط)، المجلد 32، كتاب النكاح .
50. بن شويخ (الرشيدي)، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل (دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية)، دار الخلدونية، الجزائر، 1429 هـ - 2008 م، ط 1 .
51. بن قودر (شمس الدين أحمد)، نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار، تكملت شرح فتح القدير، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1424 هـ - 2003 م، ط1، ج 8، كتاب الإقرار .

52. بن محمد بن محمود(جمال)، الزواج العرفي في ميزان الإسلام، دار الكتب العلمية، لبنان، 1424 هـ - 2004 م، ط 1 .
53. بن ملح (الغوثي)، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2015، ط 03 .
54. البنا (كمال صالح)، الزواج العرفي ومنازعات البنوة في الشريعة والقانون، دار الكتب القانونية، الملحمة الكبرى، مصر، (د. ت)، (د. ط) .
55. البهقي (الحافظ الجليل ابي بكر أحمد بن الحسين ابن علي)، السنن الكبرى، مؤسسة جواد للطباعة والنشر، بيروت - لبنان، (د. ت)، ط 1، كتاب العدد، باب ماجاء في أقل الحمل .
56. بوشير (محمّد أمقران)، قانون الإجراءات المدنية - نظرية الدعوى، نظرية الخصومة، الإجراءات الإستثنائية - ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001 م، (د. ط) .
57. بوسقيعة (أحسن)، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الجرائم ضد الأشخاص والجرائم ضد الأموال وبعض الجرائم الخاصة، دار هومة، الجزائر، 2010، ط11، ج1.
58. الترميذي (لأبي عيسى محمد بن عيسى بن سوره)، الجامع الصحيح وهو سنن الترميذي، دار ابن الهيثم، القاهرة، (د. د)، ط1، كتاب اللباس، باب ما جاء في لبس الفراء، حديث رقم: 1627 .
59. تشوار (جيلالي)، الزواج والطلاق تجاه الإكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون - الجزائر، 2001 م، (د. ط) .
60. جاد الحق (علي جاد الحق)، بحوث وفتاوى إسلامية في قضايا معاصرة، دار التراث العربي، القاهرة، (د. ت)، (د. ط)، ج2 .
61. الجزيري (عبد الرحمان)، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1424 هـ - 2003 م، ط 2، ج5 .
62. الحافظ أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني (ابن ماجة)، السنن، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، 1419 هـ - 1998 م، ط1، المجلد 3، كتاب الحدود، باب الستر على المؤمن ودفع الحدود بالشبهات، حديث رقم 2593 .
63. الحافظ الكبيرعلي بن عمر(الدارقطني)، السنن الدار قطني، المؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، 1424 هـ - 2004 م، ط1، الجزء 4 .
64. حماني (إبراهيم)، العمل القضائي في قضايا الأسرة مرتكزات ومستجدات في مدونة الأحوال الشخصية ومدونة الأسرة، مكتبة دار السلام، الرباط، 2009، (د. ط) .

65. حنا (منير رياض)، الأدلة المادية في الإثبات من واقع الخبرة الفنية للطب الشرعي الأساليب العلمية والفنية المستخدمة في فحص وتحقيق الأدلة في المواد المدنية والشرعية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2015 م، ط 1 .
66. الخصري (محمد)، أصول الفقه، المكتبة التجارية، مصر، (د.ت)، (د.ط) .
67. داغي (عارف علي عارف القرة) وآخرون، قضايا فقهية في الجينات البشرية من منظور إسلامي، من كتاب دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة، دار النفاس للنشر والتوزيع، الأردن، 2001 م، ط 1 .
68. ديب (عبد السلام)، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، موفم للنشر، الجزائر، 2011 م، (د.ط).
69. ذيابي (باديس)، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010 م، (د.ط).
70. الراغب (الأصفهاني)، مفردات ألفاظ القرآن، دار القلم، دمشق - سوريا، 2009 م، (د . ط) .
71. رمضان علي السيد (الشرباصي)، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، (د.ت)، (د.ط) .
72. رمضان علي السيد (الشرباصي)، جابر عبد الهادي سالم(الشافعي)، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء دراسة لقوانين الأحوال الشخصية الزواج - الفرقة بين الزوجين - حقوق الأولاد - التلقيح الفقهي في قوانين الأحوال الشخصية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2012 م، (د.ط).
73. الزبيدي ، تاج العروس، باب الخاء وباب الدال، دار الكتب العلمية، لبنان، 2007 م، ط 1، ج 7.
74. السباعي (مصطفى)، المرأة بين الفقه والقانون، مكتبة الوراق، بيروت، 1430 هـ - 1999 م، ط 7 .
75. السعدي (محمد صبري)، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، الإثبات في المواد المدنية والتجارية طبقاً لأحدث التعديلات، دار هومة، الجزائري، 2008 م، ط 1 .
76. سعدي (أبو الحبيب)، القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، دار الفكر، سوريا، 1998 م، ط 1 .
77. سمارة (محمد)، أحكام وآثار الزوجية - شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة والنشر والتوزيع، (د.م)، 2008 م، ط 1 .
78. سيد (السقا)، غياب العقل في تحديد أكثر مدة الحمل، قراءة نقدية للموروث الفقهي، دار أي - كتب، لندن، 2017 م، ط 1 .

79. السيد محمد مرتضي بن محمد الحسيني (الزبيدي)، تاج العروس من جواهر القاموس، التراث العربي، الكويت، 2007، ط 2، ج 7 .
80. شلبي (محمد مصطفى)، أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، الدار الجامعية، بيروت، 1403 هـ - 1983 م، ط 4 .
81. شلتوت (محمد)، الفتاوى دراسة لمشكلات المسلم المعاصر في حياته اليومية العامة، دار الشروق، القاهرة، 2004 م، ط 18 .
82. شمس الدين (السرخسي)، المبسوط، دار المعرفة، بيروت - لبنان، (د.ت)، (د.ط)، ج 17، باب الشهادة في الولادة والنسب.
83. الشوكاني (محمد بن علي)، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، دار ابن حزم، بيروت - لبنان، 1425 هـ - 2004 م، ط 1، باب الفراش .
84. الشيمي (عبدالرحيم)، الموسوعة الشاملة في شرح قانون الأحوال الشخصية والأسرة (الخطبة - عقد الزواج - المهر - الطاعة - النفقات والأجور - الحضانة - الرؤية - الطلاق - أسباب التطليق - الخلع - النسب - المفقود مع الصيغ القانونية) وفقا لأراء الفقهاء وأحدث أحكام النقض، إصدارات نادي القضاة (د.م)، 2018 م، (د.ط) .
85. صحيح البخاري، كتاب الشهادات، باب إذا إدعى أو قذف فله أن يلتمس البينة وينطلق لطلب البينة، حديث رقم 2671 .
86. صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب القرعة بين النساء إذا أراد سفرها، حديث رقم 5211 .
87. صقر (نبيل)، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، (قانون رقم 08 - 09 مؤرخ في 25 فبراير سنة 2008) الخصومة - التنفيذ - التحكيم، دار الهدى، الجزائر، 2008 م، (د.ط) .
88. طاهري (حسين)، الوسيط في شرح الإجراءات المدنية، دار الريحانة، الجزائر، 2002 م، (د.ط).
89. عبد الرحمان بن أبي عمر محمد بن أحمد (ابن قدامه المقدسي)، الشرح الكبير، دار الكتاب العربي، (د.م)، (د.ت)، (د.ط)، ج 6 .
90. عبد العزيز (سعد)، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، دار هومة الجزائر، 2013 (د.ط) .
91. عبد العزيز (سعد)، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري مدعمة بالإجتهادات القضائية، دار هومة، الجزائر، (د.ت)، ط 3 .
92. عبد العزيز (سعد)، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث، قسنطينة - الجزائر، 1989 م، ط 2 منقحة ومزيدة .
93. عبد الله بن عبد الرحمان بن صالح (آل بسام)، تيسير العلام شرح عمدة الأحكام، مكتبة الصحابة، الإمارات، مكتبة التابعين، مصر، 1426 هـ - 2006 م، ط 10، كتاب اللعان، باب لحاق النسب.

94. عزمي البكري (محمد)، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية، (نفقة الصغار - الإرضاع - الحضانة - مسمن الحضانة - رؤية الصغير - نفقة الأقارب - متعة المطلقة - النسب - اللقيط - المفقود)، دار محمود، القاهرة، 2015 م، المجلد 3، (د. ط) .
95. العسقلاني (أحمد بن علي بن حجر)، فتح الباري شرح صحيح البخاري، كتاب الفرائض، باب الولد للفرش، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1406 هـ، ط 2، ج 12.
96. علاء الدين أبي بكر بن مسعود (الكاساني الحنفي)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1424 هـ - 2003 م، ط 2، ج 3، كتاب النكاح .
97. علي البار (محمد)، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، الدار السعودية، (د. م)، 1403 هـ - 1983 م، ط 4 .
98. علي محمد بن محمد السيد الشريف (الجرجاني)، تحقيق محمد صديق (المنشاوي)، معجم التعريفات، دار الفضيلة، القاهرة، 816 هـ - 1413 م، (د . ط)، باب الجيم.
99. عليش (محمد)، شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل، دار الفكر، بيروت - لبنان، 1404 هـ - 1984 م، ط 1، ج 6، باب إذا ولدت زوجة رجل وأمة آخر واختلطتا عينته القافة .
100. عمر بن محمد بن إبراهيم (غانم)، أحكام الجنين في الفقه الإسلامي، دار الأندلس الخضراء، المملكة العربية السعودية، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 1421 هـ - 2001 م، ط 1
101. العياصرة (محمود محمد صفاء)، المستجدات العلمية وأثرها على الفتوى في الأحوال الشخصية عماد الدين للنشر والتوزيع، المملكة الأردنية، 1430 هـ - 2009 م، ط 1 .
102. غرابية (محمد فهد)، الدفع بعدم الخصومة القضائية في الشريعة الإسلامية والقانون، دار يافا العلمية للنشر والتوزيع، الأردن، 2009 م، ط 1.
103. فاروق عبد الله (كريم)، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي (عقد الزواج وآثاره، والفرقة وآثارها، وحقوق الأقارب)، (د. د)، طبع هذا الكتاب على نفقة جامعة السلمانية، إقليم كردستان العراق، 2004 م، (د. ط)
104. الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ج 4، فصل الباء، باب الميم، (البقم) .
105. القرضاوي (يوسف)، فتاوى معاصرة، دار القلم، الكويت، 1424 هـ، ط 04 .
106. القرطبي (ابن رشد)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 2 .
107. الكشور (محمد)، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، الكتاب الثاني، مطابع النجاح، الدار البيضاء، 2009 م، ط 3 .

108. كمال الدين محمد بن عبد الواحد السواسي السكندري المعروف (بابن الهمام الحنفي)، شرح فتح القدير، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1424 هـ - 2003 م، ط 1، ج 4، تنمة كتاب الطلاق - كتاب العتق .
109. كنعان (أحمد محمد)، الموسوعة الطبية الفقهية - موسوعة جامعة للأحكام الفقهية في الصحة والمرض والممارسات الطبية -، دار النفاس، بيروت، 1420 هـ - 2000 م، ط 1 .
110. كنعان محمد (أحمد)، الموسوعة الطبية الفقهية، موسوعة جامعة لأحكام الفقهية في الصحة والمرض والممارسات الطبية، دار النفاس، بيروت - لبنان، 1420 هـ - 2000 م، ط 1 .
111. لاشين (موسى شاهين)، فتح المنعم شرح صحيح مسلم، دار الشروق، مصر، 1423 هـ - 2002 م، ط 1، ج 6.
112. لويس (معلوف)، المنجد في اللغة والأعلام، المطبعة الكاثوليكية، بيروت، 2000 م، ط 38 .
113. مجد الدين محمد بن يعقوب (الفيروز آبادي)، القاموس المحيط مرتبا ترتيبا ألفبائيا وفق أوائل الحروف، دار الحديث، القاهرة، 1429 هـ - 2008 م، (ط د) حرف الجيم .
114. محمد أمين الشهير بابن عابدين مع تكملة ابن عابدين لنجل المؤلف، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، دار عالم الكتب، الرياض، 1423 - 2003، طبعة خاصة، ج 5، كتاب الطلاق، باب العدة .
115. محمد بن أبي بكر بن عبد القادر (الرازي)، مختار الصحاح، دار الفكر، بيروت - لبنان، (د. ت)، (د. ط)، باب القاف .
116. محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد (القرطبي)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار المعرفة، بيروت - لبنان، 1402 هـ 1982 م، ط 6، ج 2، كتاب النكاح، الباب الخامس في الأنكحة المنهى عنها بالشرع والأنكحة الفاسدة وحكمها .
117. محمد بن علي الصبان (الشافعي)، حاشية الصبان على السلم، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1417 هـ - 1997 م، ط 1 .
118. محمد بن علي بن محمد (الشوكاني)، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، بيت الأفكار الدولية، لبنان، 2004 م، (د. ط)، كتاب الحدود، باب أن الحد لا يجب بالتهم وأنه يسقط بالشبهات، ص 1401.
119. محمد بن هائل بن غيلان (المدحجي)، أحكام النوازل في الإنجاب، دار كنوز اشبيليا، المملكة العربية السعودية، 2011 م، ط 01 .
120. محمد رأفت (عثمان)، موقف الإسلام والنظرة المستقبلية لتقدم العلاج الجيني، قضايا فقهية معاصرة، مطبعة الإخوة الأشقاء لطباعة الأوفست، القاهرة، 2002 م، (د. ط) .

121. محمد عجاج (الخطيب وآخرون)، نظام الأسرة في الإسلام، مكتبة الفلاح، الكويت، 1986 م، ط 2.
122. محمد عميم الإحسان المجددي (البركتي)، التعريفات الفقهية، معجم يشرح الألفاظ المصطلح عليها بين الفقهاء والأصوليين وغيرهم من علماء الدين، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1424 هـ - 2002 م، ط 1.
123. محمد لطفي (عبد الفتاح)، القانون الجنائي واستخدامات التكنولوجيا الحيوية - دراسة مقارنة -، دار الفكر والقانون المنصورة، 2016 م.
124. محمد محي الدين (عبد الحميد)، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، مطبعة الإستقامة، مصر، 1361 هـ - 1942 م، ط 1.
125. محمد نعيم (ياسين)، نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النفاس، الأردن، 1432 هـ - 2011 م، ط 2.
126. مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري (النيسابوري)، المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (د. ت)، (د. ط).
127. الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، 1404 هـ - 1983 م، ط 2، ج 34.
128. موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد (بن قدامة المقدسي)، عمدة الفقه في المذهب الحنبلي، المكتبة العصرية، سيدا-بيروت، 1423 هـ - 2003 م، كتاب الشهادات، (د. ط).
129. الهريش (فرج صلاح) موقف القانون عن تطبيقات الطب الحديثة - دراسة مقارنة -، دار الجماهيرية، (د. م)، 2005 م، ط 1.
130. وهبة (الزحيلي)، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، الجزائر، 1412 هـ - 1991 م، ط 1، ج 6.

2- الكتب الخاصة:

1. أبو خزيمة أسماء مندوه (عبد العزيز)، وسائل إثبات النسب بين القديم والمعاصر - دراسة فقهية، الإسكندرية، 2010 م، ط 1.
2. أبو الوفا (محمد أبو الوفا إبراهيم)، مدى حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، بحث مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2015 م، ط 1.
3. أحمد (أحمد)، النسب في الشريعة والقانون، دار القلم، الكويت، 1403 هـ - 1983 م، ط 1.

4. أحمد (المهدي)، أشرف (الشافعي)، دعوى النسب - الشروط التي يتطلبها القانون لإثبات النسب، دار العدالة، القاهرة، (د.ت)، (د.ط) .
5. أحمد زياد (سلامة)، أطفال الأنابيب بين العلم والشرعية، الدار العربية للعلوم، الاردن، 1417 هـ - 1996 م، ط 1 .
6. أحمد فراج (حسين)، أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004 م، (د.ط).
7. أحمد محمد لطفي (أحمد)، التلقيح الصناعي بين أقوال الأطباء وآراء الفقهاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006 م ط 1 .
8. إسماعيل عبد الفتاح (عبد الكافي)، حقوق الطفل نظرة تحليلية وثائقية عن حقوق الطفل العربي والمسلم في العالم المعاصر، مركز الإسكندرية للكتاب، الإسكندرية 1426 هـ - 2005 م (د.ط).
9. إقروفة (زبيدة)، التلقيح الاصطناعي دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الهدى، عين مليلة - الجزائر، 2010 م، (د.ط) .
10. أمير (فرج يوسف)، أطفال الأنابيب والتلقيح الاصطناعي طبقا للحقائق العلمية والأحكام الشرعية والقانونية، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 1433 هـ - 2012 م، (د.ط) .
11. أميرة عدلي (أمير عيسى خالد)، الحماية الجنائية للجنين في ظل التقنيات المستحدثة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، (د.ط) .
12. أنس حسين محمد ناجي، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في إثبات ونفي النسب، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010 م، (د.ط).
13. اوان الفيضي (عبد الله)، أحكام حق الجنين في النسب - دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة - دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر - الإمارات، (د.ت) .
14. البار (محمد علي)، طفل الأنابيب والتلقيح الاصطناعي، دار العلم، جدة، 1986 م، (د.ط) .
15. البرزنجي (سعدى إسماعيل)، المشاكل القانونية الناجمة عن تكنولوجيا الإنجاب الجديدة، أطفال الأنابيب - تجميد الأحياء التناسلية وحفظها - عمليات الهندسة الوراثية والإستتساخ البشري - دراسة مقارنة في ضوء القانون المقارن والأخلاق والشرعية -، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2009 م، (د.ط) .
16. برهان مزهر (محمد القيسي)، عقد إجارة الأرحام بين الإباحة والحظر - دراسة مقارنة - دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر، (د.ت)، (د.ط) .
17. بلحاج (العربي)، الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان في ضوء القانون الطبي الجزائري - دراسة مقارنة - ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2011 م .

18. بن عيسى (رشيدة)، الاستنساخ البشري - دراسة طبية فقهية قانونية، دار النفاس، الأردن، 1435 هـ - 2014 م، ط 1 .
19. البنا (كمال صالح)، المشكلات العلمية في دعاوى النسب والإرث، عالم الكتب، 1422 هـ - 2002 م، القاهرة، ط 1 .
20. بورقة (سفيان بن عمر)، النسب ومدى تأثير المستجدات العلمية في إثباته (دراسة فقهية تحليلية)، كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 1427 هـ - 2007 م، ط 1.
21. الجمعية الطبية البريطانية، مستقبلنا الوراثي، ترجمة (مصطفى إبراهيم فهمي)، مطبعة جامعة أكسفورد، نيويورك، الناشر: المكتبة المركزية بالقاهرة، 1995 م .
22. الجندي (أحمد نصر الدين)، النسب في الإسلام والأرحام البديلة، دار الكتب القانونية، مصر، 2003 م، (د.ط).
23. حسام (الأحمد) البصمة الوراثية حجيته في الإثبات الجنائي والنسب، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، 2010 م، ط 1 .
24. حسن محمد (هند)، النظام القانوني لحقوق الطفل، دار الكتب القانونية، مصر، 2007، (د. ط) .
25. حسين (هيكل)، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشرعية الإسلامية - دراسة مقارنة - دار الكتب القانونية مصر، 2007، (د. ط) .
26. خالد (محمد صالح)، أحكام الحمل في الشريعة الإسلامية - دراسة فقهية مقارنة مع قانون الأحوال الشخصية - دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2011 م، (د. ط) .
27. خالد أمير عيسى عدلي (أميرة)، الحماية الجنائية للجنين في ظل التقنيات المستحدثة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005 م، (د. ط) .
28. خالد جمال (أحمد حسن)، النظام القانوني للتلقيح الصناعي خارج الرحم - دراسة تحليلية للمركز القانوني للجنين، وكيل كلية الحقوق، جامعة أسيوط، 1435 هـ - 2014 م، (د. ط) .
29. خالد فائق (العبيدي)، الوراثة والاستنساخ، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1426 هـ - 2005 م، ط 01 .
30. خليفة (علي الكعبي)، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية - دراسة فقهية مقارنة - دار النفاس، الأردن، 1426 هـ - 2006 م، ط 1 .
31. الخوالدة سفيان(محمود)، الحماية الجزائية للطفل في قانون العقوبات، دار وائل لنشر، عمان، 2013، الطبعة الأولى .
32. دبور (أنور محمد)، إثبات النسب بطريق القيافة في الفقه الإسلامي، دار الثقافة العربية، القاهرة، 1985 م، (د. ط) .

33. رجب كريم (عبد اللاه)، دور البصمة الوراثية في إثبات النسب في القانون الفرنسي والقانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2015 م، (د. ط) .
34. رضا عبد الحليم (عبد المجيد)، الحماية القانونية للجين البشري، الاستنساخ وتداعياته، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001 م، ط 1 .
35. رضا عبد الحليم (عبد المجيد)، النظام القانوني للإنجاب الصناعي، دار النهضة العربية، مصر، 1996 م، ط 1.
36. رياض النبشة (غالية)، حقوق الطفل بين القوانين الداخلية والاتفاقيات الدولية، منشورات الحلبي، بيروت - لبنان، 2010، ط 1 .
37. زياد سلامة (أحمد)، أطفال الأنابيب بين العلم والشرعية، الدار العربية للعلوم، عمان - الأردن، 1417 هـ - 1996 م، ط 1 .
38. سبيرو (فاخوري)، العقم عند الرجال والنساء أسبابه وعلاجه، دار العلم للملايين، (د. م) 2002 م، (د . ط)
39. السبيل (عمر بن محمد)، البصمة الوراثية ومدى مشروعية إستخدامها في نفي النسب والجنائية، دار الفضيلة لنشر والتوزيع، الرياض، 1423 هـ - 2002 م، ط 1.
40. سعد بن عبد العزيز بن عبد الله (الشويخ)، أحكام الهندسة الوراثية، كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 1427 هـ - 2007 م، ط 01 .
41. سناء (عثمان الدبسي)، الإجتهد الفقهي المعاصر في الإجهاض والتلقيح الصناعي، منشورات الحلبي الحقوقية، (د.م)، (د.ت) (د.ط) .
42. سي يوسف (زاهية حورية)، الوجيز في عقد الكفالة القانون المدني الجزائري - دراسة مقارنة - دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2018 م، (د. ط) .
43. سيد (السقا)، القول الفصل في أكثر مدة الحمل، (د. د)، (د. م)، 1435 هـ - 2014 م، ط 1، ص 64.
44. الشحات إبراهيم محمد (منصور)، نسب الطفل الناتج عن التلقيح الصناعي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011 م، ط 1 .
45. شعبان الكومي (أحمد فايد)، أحكام الاستنساخ في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006 م، (د . ط) .
46. الشناوي (محمد)، البصمة الوراثية وحجيتها في الإثبات الجنائي، (د . د)، القاهرة، 2010 م، (د . ط) .

47. الصالحي (شوقي زكريا)، الآثار المترتبة على عمليات التلقيح الصناعي، العلم والإيمان للنشر والتوزيع، (د.م)، 2007 م، (د . ط) .
48. الصالحي (شوقي زكريا)، الاستتساخ بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية - دراسة مقارنة -، العلم والإيمان للنشر والتوزيع (د.م)، 2006 م، (د . ط) .
49. الصالحي (شوقي زكريا)، التلقيح بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1422 هـ - 2001 م (د. ط) .
50. طارق عبد المنعم (خلف)، أحكام التدخل في النطف البشرية في الفقه الإسلامي، دار النفاس، عمان - الأردن، 1431 هـ - 2010 م، ط 1 .
51. طه محمود (أحمد)، الحماية الجنائية للطفل المجني عليه، دار حامد، الأردن، 1435 هـ - 2014 م، ط 1 .
52. عبد الدايم (حسني محمود) البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 2007 م، ط 1 .
53. عبد الدايم (حسني محمود)، عقد إجارة الأرحام بين الحظر والإباحة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007 م، ط 1 .
54. عبد المنعم محمد خلف (طارق)، أحكام التدخل الطبي في النطف البشرية في الفقه الإسلامي، دار النفاس، الأردن، 1431 هـ - 2010 م، ط 1 .
55. عبلة عبد العزيز (عامر)، النسب فقها وقضاء، دار النهضة العربية، 2011 م، القاهرة، (د. ط) .
56. علاء علي حسين (نصر)، النظام القانوني للاستتساخ البشري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006 م، ط 1 .
57. علوانى (ابراهيم)، مدى مشروعية تنسيب ولد الزنا في ضوء الأحكام العامة للنسب، دار الكتب القانوني، 2009 م، كلية الحقوق - جامعة طنطا، (د. ط) .
58. علي حسين (نجيدة)، التلقيح الصناعي وتغيير الجنس، دار النهضة العربية، مصر، 1991 م، (د . ط)
59. علي هادي عطية(الهاللي)، المركز القانوني للجنين في ظل الأبحاث الطبية والتقنيات المساعدة في الإنجاب دراسة في القانون العام المقارن: معززة بالنصوص الدستورية والتشريعية واتجاهات القضاء الأوروبي والأمريكي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، 2012 م، ط 1 .
60. عماد عبد العاطي (عبد الفتاح هدى)، الاستتساخ البشري بين الرفض والقبول - دراسة فقهية مقارنة -، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2015 م، ط 1 .

61. عمر بن محمد بن إبراهيم (غانم)، أحكام الجنين في الفقه الإسلامي، دار الأندلس الخضراء، دار ابن حزم، المملكة العربية السعودية، لبنان، 1421 هـ - 2001 م، ط 1 .
62. العنزي (محمد غالي شريدة)، الحماية القانونية للطفل بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دار النهضة العربية، مصر، 2018 م، ط 1.
63. غانم (محمد أحمد)، الاستنساخ - الماهية - الأحكام - رأي الدين والعلماء في الاستنساخ، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2009 م، (د . ط) .
64. فهمي (خالد مصطفى)، النظام القانوني للإنجاب الصناعي والاستنساخ والحماية القانونية للجنين بين الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية والشريعة الإسلامية - دراسة مقارنة - دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014 م، ط 1 .
65. فؤاد (عبد المنعم أحمد)، البصمة الوراثية ودورها في الإثبات الجنائي بين الشريعة والقانون، المكتبة المصرية، الإسكندرية، (د.ت)، (د.ط) .
66. القواسمي (بسام محمد)، أثر الدم والبصمة الوراثية في الإثبات في الفقه الإسلامي والقانون، دار النفاس، الأردن، 1430 هـ - 2010 م، ط 1.
67. لعويل (محمد الأمين)، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004 م، (د.ط) .
68. المحلاوي (أنيس السيد)، الحماية الجنائية للأطفال دراسة مقارنة بين الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي، دار الكتب القانونية، مصر، 2011، (د.ط) .
69. محمد المرسي (زهرة)، الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية - دراسة مقارنة - (د.د)، الكويت، 1992-1993 م (د.ط) .
70. محمد بن يحيى بن حسن النجيمي، الإنجاب الصناعي بين التحليل والتحريم - دراسة فقهية إسلامية مقارنة - مكتبة العبيكان، 1432 هـ - 2011 م، ط 1 .
71. محمد عبد ربه (محمد السبحي)، حكم استئجار الأرحام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2008 م، (د . ط) .
72. محمد عثمان (غانم)، النسب وحقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية والقانون، دار الألفي القانونية بالمينا، (د.ط)، (د.ت) .
73. محمد محمود (حمزة)، إجارة الأرحام بين الطب والشريعة الإسلامية، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 2007 م، ط 1 .
74. محمود (أحمد طه)، الإنجاب بين التجريم والمشروعية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000 م، (د . ط)

75. محمود (أحمد طه)، الإنجاب بين التحريم والمشروعية، منشأة المعارف، الإسكندرية - مصر، 2003 م .
76. محمود سعد (شهاب)، أطفال الأنابيب بين الحظر والإباحة وموقف الفقه الإسلامي منها، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010 م، ط1 .
77. محمود محمد (حسين)، النسب وأحكامه في الشريعة الإسلامية والقانون الكويتي، لجنة التأليف والتعريب والنشر - الشويخ - الكويت، 1999 م، ط1.
78. مذكور (محمد سلام)، الجنين والأحكام المتعلقة به في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1969 م، ط1 .
79. مروك (نصر الدين)، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم البشري في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية - دراسة مقارنة - الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2003، ط1.
80. مسعد الهاللي (سعد الدين)، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية آفاق فقهية وقانونية جديدة - دراسة فقهية مقارنة -، دار الكتب المصرية، القاهرة، 2010 م، ط2 .
81. مصباح (عبد الهادي)، الإستتساخ بين العلم والدين، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، 1998 م، (د. ط) .
82. مصطفى أيمن (الجمال) مدى مشروعية استخدام الأجنة البشرية في إجراءات تجارب البحث العلمي - دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي -، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008 م، (د. ط) .
83. منال محمد رمضان (هاشم العشي)، إثبات النسب بالوراثة، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية، المجلد 23، العدد 1، 2015 م .
84. نصر الجندي (أحمد)، النسب في الإسلام والأرحام البديلة، دار الكتب القانونية، مصر، 2003 م، (د. ت).
85. النور محمد (سليمان)، مدة الحمل بين الفقه والطب وبعض قوانين الأحوال الشخصية المعاصرة، (د. د)، (د. ت)، (د. ط)

ب- باللغة الأجنبية:

1. Aaspollu, Evaluation DNA of typing-willy-2008, london, p.1-13
2. Andro Roberto , la distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles, 1996 .
3. Cf. André Clavert, l'heure du doute, insémination artificielle
4. Cf. patrick COURBE, Droit de la famille , coll. compact, Armand colin, 2^{ème} éd., 2001, p360.
5. CH- Robert: les centers des conservation du sperm et l'insemination artificielle concourse medical , 08 nov 1975 , 96 – 40
6. Colin , F. Human genome project Genomica, USA 2007 p.116-120 .
7. Jacqueline Flauss- Diem , Filiation et preuve scientifique en droit anglaise , 3 Mai 1995 , P 103 .
8. problématiques, Ethiques et sciences, la Fédération Française des C.E.O.S, Ed. john LIBBEY Eurotext , paris, 1994, p17.
9. Robert Vouin. Edition Dallaz toulouse. France. 1971. 3eme. edition .

ثانيا - الرسائل والأطروحات:

أ- باللغة العربية:

1. أبو حوه (طارق عبد الله محمد)، الانعكاسات القانونية للإنجاب الصناعي - دراسة مقارنة - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 1426 هـ - 2005 م .
2. أحمد الرفاعي (عبد الرحمان)، البصمة الوراثية وأحكامها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، 2005 م .
3. أحمد داود (رقية)، الحماية القانونية للجنين المخبري - دراسة مقارنة -، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2014 - 2015 م .
4. إياد عبد اللطيف (مطيع شتيوي)، إثبات النسب في الفقه الإسلامي وتطبيقاته أمام المحاكم الشرعية في الأردن، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة الأردن، 1995 م .
5. إيهاب (يسر أنور)، المسؤولية المدنية والجناحية للطبيب، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1994 م.
6. البلبيسي (هنادي صلاح)، حقوق الطفل في الشريعة الإسلامية والميثاق العالمي لحقوق الطفل، قدمت للحصول على درجة الماجستير في الفقه وأصوله، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2005 م.

7. بلوافي (عبد الرحمان)، إثبات النسب ونفيه في التشريع الإسلامي - دراسة مقارنة بالقانون الجزائري - بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في الدراسات القانونية، القاهرة، 1430 هـ - 2010 م .
8. بن دغليوب العتيبي (محمد)، الاستنساخ البشري بين الإباحة والتجريم في ضوء الشريعة مع بيان مواقف الهيئات الدولية المعاصرة، بحث مقدم استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في العدالة الجنائية تخصص التشريع الجنائي الإسلامي، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 1426 هـ - 2005 م .
9. بن قويدر (زيري)، النسب في ظل التطور العلمي - دراسة مقارنة - رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011 - 2012 م .
10. بو غرارة (صالح)، حقوق الأولاد في النسب والحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون فرع القانون الخاص، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، 2007 - 2008 م .
11. بوقندول (سعيدة)، الحماية الجنائية للجسم البشري، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه علوم في القانون العام تخصص: قانون العقوبات والعلوم الجنائية، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 1، 2018 - 2019 م .
12. جاهين محمود سعد (إبراهيم)، أطفال الأنابيب بين الحظر والإباحة وموقف الفقه الإسلامي منها، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، جامعة القاهرة، 2005 م .
13. حاج علي (بدر الدين)، الحماية الجنائية للطفل في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الجنائية وعلم الإجرام، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2009 .
14. حسيني إبراهيم (أحمد)، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية - دراسة مقارنة - رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، 2006 م .
15. حميدة محمد حسن (عثمان الحضري)، إثبات النسب لمجهولي النسب من منظور الفقه الإسلامي المعاصر في عصر الاعتماد على الوسائل البيولوجية الحديثة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في الدراسات الإسلامية، كلية الدراسات العليا، جامعة سونان أمبيل الإسلامية الحكومية، 2020 م .
16. خدام (هجيرة)، التلقيح الاصطناعي دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والقانون الجزائري، مذكرة لنيل هادة الماجستير في القانون الخاص كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2006 - 2007م.

17. الخطيب (ياسين ناصر محمود)، ثبوت النسب- دراسة مقارنة - رسالة مقدمة إلى قسم الدراسات العليا الشرعية لنيل درجة الماجستير في الفقه، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الملك عبد العزيز، مكة المكرمة، 1399 هـ - 1998 م .
18. الخطيب (موسى محمد أحمد)، دعاوى حقوق الطفل - دراسة تطبيقية في المحاكم الشرعية الأردنية - قدمت هذه الأطروحة إستكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الدكتوراه في القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا، جامعة الأردن، 2008 م .
19. الذيب صالح صالح (جميل)، النسب وأحكامه في ضوء ما استجد من قضايا معاصرة: دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية اليمني، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة أم درمان، السودان، 2010 م .
20. رابحي (فاطمة الزهراء)، إثبات النسب، أطروحة دكتوراه في الحقوق، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2011 - 2012 م .
21. راحلي (سعاد)، النظام القانوني للتجارب الطبية على الأجنة البشرية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2014 - 2015 .
22. رضا عبد الحليم (عبد المجيد)، النظام القانوني للإنجاب الصناعي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1996 م .
23. سايب (عبد النور)، الممارسات الطبية الحديثة الواردة على جسم الإنسان، أطروحة دكتوراه، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تخصص القانون، تيزي وزو، 2017-2018 م
24. سعادي (لعل)، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري - دراسة مقارنة - أطروحة دكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2014 - 2015 م.
25. سيف سالم راشد الشامسي (حبيبة)، النظام القانوني لحماية جسم الإنسان، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2005 م .
26. شروقي (محترف)، إثبات النسب ونفيه وفقا لتعديلات قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 16، 2005 - 2008 م .
27. شعلان (سليمان محمد السيد حمدي)، نطاق الحماية الجنائية للأعمال الطبية الفنية الحديثة، رسالة دكتوراه، جامعة المنصورة، 2002 م.
28. الشيخ صالح (بشير)، الحماية الجنائية للجنين في ضوء الممارسات الطبية الحديثة - دراسة مقارنة - مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2012-2013 م .

29. طيفاني (مخارطية)، إثبات النسب تقنين الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة محمد بوقرة، بومرداس.
30. عائشة سلطان إبراهيم (المرزوقي)، إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة دراسة فقهية وتشريعية مقارنة، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، كلية دار العلوم قسم الشريعة الإسلامية، جامعة القاهرة، 1421 هـ - 2000 م .
31. عثمان الحضري (حميدة محمد حسن)، إثبات النسب لمجهولي النسب من منظور الفقه الإسلامي المعاصر في عصر الاعتماد على الوسائل البيولوجية الحديثة، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الدراسات، كلية الدراسات العليا، جامعة سونان أمبيل الإسلامية، 2020 م .
32. العرابي (خيرة)، حقوق الطفل المدنية في القانون الجزائري، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2012 - 2013 م.
33. العسكري (كهينة) ، حقوق الطفل بين الشريعة والقانون الدولي، مذكرة الماجستير، شعبة الحقوق والعلوم السياسية، تخصص قانون دولي وعلاقات دولية، كلية الحقوق، جامعة محمد بوقرة - بومرداس، 2015 - 2016 م.
34. علاء الدين حسين (نصر)، عملية الاستتساخ البشري والهندسة الوراثية من الناحية القانونية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1427 هـ - 2006 م .
35. علال برزوق (أمال)، أحكام النسب بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي - دراسة مقارنة - أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه قانون خاص، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان 2014 - 2015 م.
36. علال (أمال)، التبني والكفالة - دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق أبو بكر بلقايد، جامعة تلمسان، 2008 - 2009 م
37. علي عطية (عبد الخالق)، الكائن البشري في مفهوم القانون المدني واستخدامات التكنولوجيا الحيوية - دراسة مقارنة - رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق في القانون المدني، جامعة المنصورة، 1437 هـ - 2016 م .
38. عمران (أحمد)، حماية الجسم البشري في ظل الممارسات الطبية والعلمية الحديثة - في القانون الوضعي والشريعة - أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2010 م .

39. قصير (علي)، الحماية الجنائية للطفل في التشريع الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، علوم قانونية، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة 2008 .
40. قمرأوي (عزالدين)، الأنماط الجديدة لتأسيس المسؤولية في المجال الطبي (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2012 - 2013 م .
41. الكباشي (أحمد عبد الوهاب محمد الأمين)، إثبات نسب المولود من غير زواج شرعي: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، معهد بحوث ودراسات العالم الإسلامي، جامعة أم درمان الإسلامية، السودان، 2016 م .
42. لنكار (محمود)، الحماية الجنائية للأسرة دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم فرع القانون الجنائي، كلية الحقوق، جامعة منتوري قسنطينة، 2010 .
43. مينو (جيلالي)، الإثبات بالبصمة الوراثية - دراسة مقارنة -، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2014 - 2015 م .
44. محروق (كريمة)، الحماية القانونية للأسرة ما بين ضوابط النصوص واجتهادات القضاء، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه العلوم في القانون، فرع القانون الخاص، جامعة الإخوة منتوري، كلية الحقوق، 2014 - 2015 م .
45. محمد علي الهادي (زبيدة)، النسب والحقوق المتعلقة عليه وتطبيقاته المعاصرة، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في الشريعة الإسلامية، جامعة القاهرة، (د . ت) .
46. محمود (عبد التواب محمود)، المسؤولية المدنية الناجمة عن التدخل الطبي في الأجنة دراسة مقارنة في القانون المدني والفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 2011 م
47. مختار (أحمد محمد عطية)، مسؤولية الطبيب المدنية عن عملية التلقيح الصناعي، رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، 2018 م .
48. مصطفى مهدي محمد (عبد اللطيف)، أثر المستجدات التقنية والمجتمعية في الأحكام الشرعية لبعض مسائل الأحوال الشخصية - دراسة مقارنة - رسالة علمية مقدمة لنيل درجة التخصّص الماجستير في الفقه، كلية الشريعة والقانون، القاهرة، 1437 هـ - 2107 م .
49. المقادمة (عائشة إبراهيم أحمد)، إثبات النسب في ضوء علم الوراثة، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، 1433 هـ - 2012 م.
50. مقدم (عبد الرحيم)، الحماية الجنائية للأحداث، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه العلوم في القانون الجنائي والعلوم الجنائية، كلية الحقوق جامعة قسنطينة 1، 2011 م.
51. ممدوح (خيرى هاشم)، الإنجاب الصناعي في القانون المدني - دراسة قانونية فقهية مقارنة -، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، 1996 م .

52. يوسفات (علي هاشم)، أحكام النسب في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2014-2015 م .

ب - باللغة الأجنبية:

1. Ban Hadj Yahya M , Devenir des embryons surnuméraires , regard éthique et critique dans le cadre des révisions des lois de bioéthique de 1994 , Thèse de doctorat soutenue le 20-06-2003 , Université René Descartes (Paris V) , Faculté de médecine .
2. Isabelle Donnet: le statut iuridique des centres de procréation médicalement assisté , mémoire de e ' a université de paris 11- 1991.

ثالثا-المقالات:

1. أجويد (أحمد)، التلقيح الإصطناعي وإثبات النسب، مجلة الميادين - مجلة الدراسات العلمية في حقول المعرفة الحقوقية والإقتصادية، العدد 03، جامعة محمد الأول كلية التعاون القانونية والإقتصادية والإجتماعية بوجدة، 1988 م .
2. أحمد داود (رقية)، ملامح القصور التشريعي في المادة 45 مكرر قانون الأسرة الجزائري - دراسة تحليلية مقارنة - المجلة الإفريقية للدراسات القانونية والسياسية، جامعة أحمد دراية، المجلد 2، العدد 1، أدرار، الجزائر، جوان 2018 .
3. إلغات (ريحة)، التفريق بين اللعان - دراسة تحليلية مقارنة -، مجلة الدراسات القانونية، مجلة علمية دولية سداسية محكمة صادرة عن مخبر السيادة والعولمة، العدد 1، جانفي 2020 م .
4. أمينة (مساعدية)، الحماية القانونية للطفل في إطار نظام الكفالة، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية - مخبر المؤسسات الدستورية والنظم السياسية، العدد 6، جانفي 2019.
5. البار (محمد علي)، القضايا الأخلاقية الناجمة عن التحكم في تقنيات الإنجاب (التلقيح الإصطناعي)، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثالثة، العدد الثالث، الجزء الأول، 1408 هـ - 1982 م .
6. بجاق (محمد)، الإحتياط في إثبات النسب في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في الإجتهاد القضائي الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسة، العدد الخامس، 2012 م .
7. بلشير (يعقوب)، عمور (محمد طيب)، إشكالية نسب الطفل الناتج عن التلقيح الإصطناعي خارج العلاقة الزوجية - دراسة مقارنة - الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، المجلد 12، العدد 02، جامعة حسيبة بن بوعلي بالشلف، الجزائر، 2020 م .
8. بلجراف (سامية)، إثبات النسب نص وتطبيقا وأثر المستجدات العلمية عليه، مجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد 4، 2012 م.

9. بلحاج (العربي)، المبادئ الشرعية والقانونية والأخلاقية التي تحكم عملية التلقيح الاصطناعي، مجلة القضائية، العدد 06، 1434 هـ .
10. بلعباس (أمال)، انتقاء جنس الجنين من المنظور شرعي وقانوني، مجلة القانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق - جامعة تلمسان، العدد 01، المجلد 06، 2020 م .
11. بلعباس (أمال)، بن عزيزة (حنان)، التكييف القانوني لعملية تأجير الأرحام، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، العدد 04 .
12. بلعمري (نادية)، التلقيح كآلية وقائية وانعكاساتها على صحة الطفل، دفا تر مخبر حقوق الطفل، العدد 1، المجلد 9، 2018 م .
13. بن زعيمة (محمد)، ضوابط العمل بالبصمة الوراثية في إثبات النسب ونفيه على ضوء الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، مجلة صوت القانون، العدد 03، المجلد 07، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة لوني سي علي، البليدة 2، 2021 م .
14. بن شنوف (فيروز)، سلطة قاضي شؤون الأسرة في اللجوء إلى البصمة الوراثية كوسيلة لإثبات أو نفي النسب، مجلة الصدى للدراسات القانونية والسياسية، العدد 01، ديسمبر 2019 م .
15. بندر بن فهد (السويلم)، البصمة الوراثية وأثرها في النسب، بحث محكم، مجلة العدل، العدد 37، محرم 1429 هـ .
16. بو غزالة (محمد رشيد)، مهني (فارس علي)، اختيار جنس الجنين وأثره على الأسرة والمجتمع، مجلة العلوم القانونية والسياسية، مخبر الدراسات الفقهية والقضائية، جامعة الوادي، العدد 01، المجلد 12، أبريل 2021 م .
17. بوزيد (خالد)، الكفالة نظام لحماية الأطفال في ظل التشريع الجزائري، مجلة قانون العمل والتشغيل، العدد 4، جوان 2017 م .
18. بوصوار (ميسوم)، البصمة الوراثية في التشريع الجزائري، مجلة المنار للبحوث القانونية والسياسية، العدد 03، مجلة دولية دورية علمية محكمة متخصصة في مجال العلوم القانونية والسياسية تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة يحي فارس بالمدينة، ديسمبر 2017 .
19. بوعزيز (أمينة)، سعيدان (أسماء)، اللعان لنفي النسب، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، السياسية والإقتصادية، العدد 4، المجلد 57، 2020 م .
20. بوغرارة (صالح)، البصمة الوراثية آلية قانونية للحد من نفي النسب باللعان، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون - تيارت -، العدد 05، المجلد 57، الجزائر، 2020 م .

21. بوهنتالة (إبراهيم)، نفي النسب بين اللعان والخبرة العلمية، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد 13، جويلية 2018 .
22. تشوار (جيلالي)، رضا الزوجين على التلقيح الإصطناعي، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، بتلمسان، العدد 4، الجزائر، 2006 م .
23. تشوار (جيلالي)، نسب الطفل في القوانين المغاربية للأسرة بين النقص التشريعي والتفتحات المستحدثة، مجلة العلوم القانونية، الإدارية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، العدد 03، تلمسان، 2005 م .
24. تشوار (جيلالي)، النقائص التشريعية القوانين الأحوال الشخصية المغاربية في مسألة النسب، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، العدد 1، 2002 م .
25. تشوار حميدو (زكية)، حكم وسائل الحمل المعاصرة في ضوء الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، العدد 1، الجزء 40، 2003 م .
26. تشورا حميدو (زكية)، شروط التلقيح الاصطناعي في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة الجزائري، مجلة العلوم لقانونية الإدارية والسياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، العدد 04، الجزائر، 2006 م .
27. خريف عبد الوهاب، الطفل الجزائري بين القانون الدولي لحقوق الطفل والتشريع الوطني، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد 7 .
28. رحمانى (إبراهيم)، أبختي (السعيد)، حقوق الطفل في الإسلام من الولادة إلى البلوغ، مجلة الدراسات الفقهية والقضائية، العدد 4، رمضان 1438 هـ - جوان 2017 م.
29. الزرقا (مصطفى أحمد)، مداخلة أمام مجمع الفقه الإسلامي بتاريخ 1985/12/23 م، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الجزء الأول، العدد الثاني .
30. الزعيفي (مريم)، إثبات النسب الناتج عن الخطبة، مجلة الأبحاث والدراسات القانونية، العدد 05، المركز المغربي للدراسات والاستشارات القانونية وحل المنازعات، 2015 م .
31. زقاوي (حميد)، عقبات إثبات ونفي النسب بالبصمة الوراثية، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، العدد 03، ديسمبر 2016 م .
32. سعيدان (أسماء)، عمليات الاستتساخ البشري في ضوء الفقه والقانون، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1 .
33. سكيرفية (محمد الطيب)، التلقيح الإصطناعي بعد الوفاة وإشكالاته، المجلة المتوسطية للقانون والإقتصاد، المجلد 5 العدد 01، 2020 م، كلية الحقوق والعلوم السياة، غرداية - الجزائر .

34. السلامي (محمد مختار)، التحليل البيولوجي للجينات البشرية وحجيته في الإثبات، مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، 5-7 ماي 2002، المجلد 2.
35. الشايع (فهم عبد الإله)، التصرف بالنطف والبويضات واللقاح البشرية في مجال الإخصاب الصناعي وإجراء التجارب وفقا لأحكام القانون المدني - دراسة في التشريع المصري والأردني -، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، عمان - الأردن، العدد 04، المجلد 45، 2018 م .
36. الشبيلي (الهادي الحسني)، استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب: نظرة شرعية، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب علمية - دورية - محكمة، المجلد 18، العدد 35، محرم 1434 هـ .
37. شعبان (أبو عجيبة عصارة)، التلقيح والاستنساخ البشري (بين الشريعة والقانون)، كلية القانون - الزاوية، جامعة السابع من أبريل، المجلة الجامعة، العدد 10، 2008 م .
38. شمام (منير)، الإشكالات القانونية المتعلقة بكفالة الطفل في قانون الأسرة والقضاء الجزائري، دفاتر مخبر حقوق الطفل، العدد 1، مجلد 9، 2018 م.
39. الشمروخ (ناهدة بنت عطا الله)، مدة الحمل في الفقه والطب، مجلة الجمعية الفقهية السعودية، العدد 08، 1431-1432 هـ، 2010 - 2011 م .
40. ضريف (الصادق)، شيهاني (سمير)، دور البصمة الوراثية في إثبات النسب بين الفقه الإسلامي والقانون المقارن، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 04، العدد 02، 2019 م .
41. عبد الرحمن (سلام)، الكفالة في التشريع المدني الجزائري، مجلة الحضارة الإسلامية، العدد 2، مجلد 19، أكتوبر 2018 م.
42. عبد الرشيد (أمين قاسم)، البصمة الوراثية وحجيتها، مجلة العدل، العدد 23، رجب 1425 هـ
43. عبد العزيز بن عبد الله (الخضير)، أحكام اللعان في ضوء القرآن الكريم، مجلة جامعة أم القرى للعلوم الشريعة الإسلامية واللغة العربية، العدد 43، ج 19، 1428 هـ .
44. عبود جبر (كريمة)، استئجار الأرحام والآثار المترتبة عليه، مجلة أبحاث كلية التربية الأساسية، كلية التربية الأساسية، جامعة الموصل، العدد 03، 2010 م، المجلد 09 .
45. عربية (باخة)، ضوابط التلقيح الاصطناعي وأثر مخالفتها في التشريع الجزائري، مجلة صوت القانون، المجلد 16، العدد 02، الجزائر، نوفمبر 2019 .
46. عمامرة (مباركة)، الطرق العلمية الحديثة لإثبات النسب في قانون الأسرة الجزائري، (البصمة الوراثية ومدى حجيتها في إثبات النسب نموذجاً)، المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية، العدد 02، المجلد 05، الجزائر، أكتوبر 2021 م .

47. عمرانى (أحمد)، التلقيح الاصطناعى فى الميزان (دراسة تقييمية لما حققه من منافع وما أحدثه من مضار للأسرة والمجتمع)، مجلة الإحياء، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، العدد 06، 1423 هـ - 2002 م .
48. عناية أنس غازى (حسين)، استلحاق الزانى ولده من زنا -دراسة فقهية مقارنة - مجلة جامعة الجوف للعلوم الاجتماعية، مجلد 3، العدد 1 .
49. عيادة (حسين)، الحماية القضائية للنسب عبر البصمة الوراثية، مجلة آفاق للأبحاث السياسية والقانونية، العدد 05، المجلد 03، الجزائر، 05 جوان 2020 م .
50. غريسي (جمال)، المبادئ التى تحكم عملية التلقيح الاصطناعى والإشكالات التى يثيرها فى الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائرى، الملتقى الدولى الثانى: المستجدات الفقهية فى أحكام الأسرة، معهد العلوم الإسلامية، جامعة الوادى، 2018 م . أشار إلى ذلك: قاسم (العيد عبد القادر)، التلقيح الاصطناعى، تعريفه، نشأته، وموقف المشرع منه، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد 03 .
51. الفتلاوى (سلام عبد الزهرة)، على (فاطمة عبد الرحيم)، عقد تجميد النطف والبيضات المخصبة (دراسة مقارنة)، مجلة المحقق الحلى للعلوم القانونية والسياسية، مجلة علمية فصلية محكمة تصدر عن كلية القانون بجامعة بابل، العدد 1، 2020 م .
52. فواز (صالح)، الاستتساخ البشرى من وجهة نظر قانونية، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، كلية الحقوق، جامعة دمشق، العدد 01، المجلد 20، 2004 م .
53. فواز (صلاح) حجية البصمات الوراثية فى إثبات النسب، مجلة الشريعة والقانون الصادرة عن المجلس العلمى بجامعة الإمارات العربية، العدد 19، يونيو 2003 م .
54. قاسم العيد (عبد القادر)، التلقيح الاصطناعى: تعريفه - نشأته - وموقف المشرع الجزائرى منه، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد 03 .
55. قاشى (علل)، البصمة الوراثية ودورها فى إثبات النسب - دراسة مقارنة -، مجلة المعيار، عدد 50، مجلد 24، الجزائر، 2020 م .
56. القروطى (خالد)، اختيار جنس الجنين وموقف الشريعة الإسلامية منه، مجلة الذخيرة للبحوث والدراسات الإسلامية، قسم العلوم الإسلامية، جامعة غرداية، العدد 1، المجلد 03، جوان 2019 م .
57. كافى (منصور)، الاستتساخ مفهومه، أنواعه، حكمه، مجلة الإحياء، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، العدد 07، 1424 هـ - 2003 م .
58. لدرع(كمال)، الكفالة فى الفقه الإسلامى وقانون الأسرة الجزائرى، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، العدد 31.
59. مجدوب (نوال)، إشكالات إثبات نسب المولود بالتلقيح الاصطناعى على ضوء قانون الأسرة الجزائرى، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، عدد 15، (د.ت) .

60. مجيد دفار (العماري)، الحماية الجزائية الموضوعية للتلقيح الصناعي البشري، دراسة مقارنة، العدد 37، 2018 م، كلية القانون، جامعة بابل .
61. محروق (كريمة)، واقع الزواج العرفي في الجزائر أسبابه ومفاسده وإجراءات الحد منه، مجلة العلوم الإنسانية، العدد 39، جوان 2013 م .
62. محمد عربي(بوعزيز)، حقوق الطفل ورعايته في الإسلام، المجلة العلمية لكلية أصول الدين والدعوة، مجلة علمية محكمة، جامعة الأزهر، العدد 13، 2000 - 2001 م .
63. مروك (نصر الدين)، الأم البديلة (la méré porteuse) بين القانون المقارن والشريعة الإسلامية - دراسة مقارنة - كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1999 م، العدد 04 .
64. منار (صبرينة)، بو قره (خولة)، الإطار القانوني لعقد تأجير الأرحام في ظل القانون الجزائري والقوانين المقارنة، مجلة المفكر للدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، العدد 5، مارس 2019 م .
65. منال محمد رمضان (هاشم العشي)، إثبات النسب بالوراثة، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية، المجلد 03، العدد 01، 2015 م .
66. المؤمني (أيوب)، المقررات الشرعية لحماية حق الطفل في النسب، مجلة الفقه والقانون، العدد 9، 2013 .
67. الميمان (ناصر عبد الله)، البصمة الوراثية، وحكم استخدامها في مجال الطب الشرعي والنسب، مجلة الشريعة والقانون، مجلة علمية محكمة تعنى بنشر الدراسات الشرعية والقانونية - نصف سنوية -، العدد 18، تصدر عن مجلس النشر العلمي، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 1423 هـ - 2003 م.
68. النجار (ياسر عبد الحميد جاد الله)، التلقيح الصناعي من منظور الفقه الإسلامي - دراسة فقهية مقارنة - مجلة كلية الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، العدد 17، ج1، 2016 م.
69. نويري (عبد العزيز)، البصمة الجينية ودورها في الإثبات في المادة الجزائية، مجلة الشرطة، العدد 65، بتاريخ 02-02-2004 م.
70. واصل (نصر فريد)، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، السنة الرابعة عشرة، العدد 17 .
71. يقاش (فراس)، دعوى النسب بين الشريعة والقانون، مجلة القانون، العدد 2، جويلية، 2010 م.
72. يوسفات (علي هاشم)، أثر الاستنساخ البشري على النسب، مجلة القانون والمجتمع، جامعة أدرار، العدد 01، 2013 م .
73. يوسفوي (فاطمة)، المسؤولية الجنائية في عمليات الإصطناعي، مجلة الحقيقة، جامعة أدرار، الجزائر، العدد 29 .

أ - مقالات من موقع الأنترنت:

1 - باللغة العربية:

1. آل عصفور (محسن)، الاستتساخ ما له وما عليه من خلال رؤية إسلامية httpm: /www.montadayat.org-03.06.2006
2. بلال (ياسين)، التايمز: هل تأثر المحليات الصناعية على الخصوبة، صحيفة عربي 21، بتاريخ: 2016/11/17 م، في 2019/09/22 م، رابط <https://arabi21.com>
3. البلدية: دخول وحدة المساعدة على الإنجاب حيز الخدمة نهاية السنة، نشر بتاريخ 1 - 03 - 2019 في 19 - 10 - 2019، رابط www.sudhorizons.dz
4. سعدون (أنس)، الظرف القاهر المتطلب لثبوت النسب الناتج عن الخطبة: قراءة في ضوء العمل القضائي، منشورات مجلة القضاء المدني - سلسلة دراسات وأبحاث، العدد 2، 2012 م، الرابط: <http://search.mandumah.com/record/521003>
5. شحرور (حسين علي)، الطب الشرعي مبادئ وحقائق، مكتبة نرجس، (د.م)، (د. ت)، (د. ط)، رابط www.narjes-library.blogspot.com
6. الصادق الحسن (شادية)، حكم الإسلام في التلقيح الاصطناعي، معهد العلوم والبحوث الإسلامية، جامعة السودان للعلوم والتكنولوجيا . www.pdfactory.com
7. القطعة (عائشة)، مراكز التلقيح الاصطناعي تكاليف باهضة ونسبة نجاح ضئيلة، المشوار السياسي، بتاريخ 2017-12-27 في 2019-10-19 رابط <https://www.alseyassi-dz.com>

1. CF. Michel Baur «Miroir d'une bioéthique expérimental 'l'intégration au service public hospitalier et devenir de leur identité 'sur www.Génétique.org.fr.
2. Conseil constitutionnel français , Décision N°2013-674 du 1 er Août 2013 .
3. <http://WWW.conseilconstitutionnel.fr>
4. <https://www.doctissimo.fr>
5. les étapes de l'insémination artificielle Corinne (tutin),
6. Mis à jour 14 juin2018

2- باللغة الأجنبية:

رابعا - النصوص القانونية:

أ- باللغة العربية:

1- النصوص القانونية الجزائرية :

1. قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 يونيو سنة 1984 يتضمن قانون الأسرة معدل ومتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005.
2. قانون رقم 18-11 مؤرخ في 18 شوال عام 1430 الموافق 2 يوليو سنة 2018 يتعلق بالصحة .
3. الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو سنة 2007.
4. الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 19 فبراير سنة 1970 المتعلق بالحالة المدنية.
5. قانون رقم 08 - 09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
6. قانون رقم 16-03 المتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص .
7. قانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو سنة 2007 المتضمن القانون المدني الجزائري .
8. الأمر 66-155 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 الذي يتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم.
9. الأمر رقم: 66 - 156 المؤرخ في: 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات الجزائري، المعدل والمتمم
10. التعليم الوزارية رقم 300 المؤرخة في 12 ماي 2000 المتعلقة بأفضل الممارسات السريرية والعيادية .
11. دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، دستور 2020 م، الجريدة الرسمية العدد 82، المؤرخة في 15 جمادى الأولى عام 1442 هـ الموافق لـ: 30 ديسمبر سنة 2020 م
12. القانون رقم 2004 - 800 الصادر في 3 أوت 2004 والمتعلق بالبيوتيك، المنشور في الجريدة الرسمية رقم 182 لـ 7 أوت 2004، ص 14040 النص رقم 01 .
13. قانون رقم 51 لسنة 1984 في شأن الأحوال الشخصية (1984/51)
14. قانون رقم 78 لسنة 2015 في شأن البصمة الوراثية

15. مرسوم تنفيذي رقم 20-223 مؤرخ في 18 ذي الحجة عام 1441 الموافق 8 غشت سنة 2020، يعدل ويتمم مرسوم رقم 71-157 المؤرخ في 10 ربيع الثاني عام 1391 الموافق 3 يونيو سنة 1971 والمتعلق بتغيير اللقب.
16. مرسوم رقم 73-161 مؤرخ في أول أكتوبر سنة 1973 يتضمن تمديد أجل التصريح بالولادات والوفيات في ولايتي الواحات والساورة.

2- النصوص القانونية للدول العربية:

1. الأمر 13 أوت 1956 المتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية.
2. قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 15 لسنة 2019 . قانون رقم 175 المؤرخ في 07 ديسمبر 1972 م، المتضمن تعديل قانون العقوبات الليبي، الجريدة الرسمية للجماهير الليبية العدد 61، بتاريخ 23 ديسمبر 1972 م .
3. قانون الأحوال الشخصية السوري صدر بالمرسوم التشريعي 95 لعام 1953 وعدل بالقانون 34 لعام 1975 وآخر تعديلاته كان في عام 2003 م .
4. قانون الأحوال الشخصية الكويتي المعدل بالقوانين أرقام 61 لسنة 1996 و 29 لسنة 2004 و 66 لسنة 2007 وقانون إجراءات دعاوى النسب وتصحيح الأسماء.
5. قانون الأسرة البحريني.
6. قانون الطفل المصري رقم 12 سنة 1996 والمعدل وبالقانون 126 لسنة 2008.
7. قانون رقم لسنة 1925 المعدل بالقانون 100 لسنة 1985 م المتضمن قانون الأحوال الشخصية المصري.
8. القرار الجمهوري بالقانون رقم 20 لسنة 1992 م بشأن الأحوال الشخصية، أدخلت بعض التعديلات على هذا القرار وأصدرت بالقانون رقم 27 لسنة 1998 م والقانون رقم 24 لسنة 1999 م والقانون رقم لسنة 2003 م.
9. المرسوم التشريعي 95 لعام 1953 وعدل بالقانون 34 لعام 1975 وآخر تعديل له في عام 2003 المتضمن قانون الأحوال الشخصية السوري.
10. القانون عدد 27 لعام 1958 المؤرخ في 4 مارس 1958 المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني.
11. المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 92 / 24 المؤرخ في 13 يناير 1992، ج. ر. رقم 05، المعدل والمتمم بالمرسوم المتعلق بتغيير اللقب تحت رقم 71-157، المؤرخ في 03/06/1971، ج. ر. رقم 47، الصادرة بتاريخ 11 جوان 1971.

12. ظهير شريف رقم 04-22 المؤرخ في 03 فيفراير 2004 المعدل للقانون 03-07 المتضمن مدونة الأسرة المغربية .
13. ظهير شريف رقم 172.02.1 صادر في فاتح ربيع الآخر 1423 (13 يونيو 2002) بتنفيذ القانون رقم 01.15 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين.
14. قانون اتحادي رقم 11 لسنة 2008 الصادر بتاريخ 16 ديسمبر 2008 م الموافق لـ 18 ذي الحجة 1429 هـ، في شأن ترخيص مراكز الإخصاب بدولة الإمارات العربية .
15. ظهير شريف رقم 1.19.50 صادر في 4 رجب 1440 الموافق 11 مارس 2019 بتنفيذ القانون رقم 47.14 المتعلق بالمساعدة الطبية الفقرة 10 من المادة 02، الجريدة الرسمية، العدد 6766 .
16. الجريدة الرسمية في 4 يوليو سنة 1985، العدد 27، قانون رقم 100 لسنة 1985 الخاص بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية المصري.

ب - قوانين باللغة الفرنسية:

1. Code civil français Dalloz 2009 article: 316 .
2. Loi n° 94 -654 du 29 juillet 1994 ,relative au don et l'utilisation des éléments et produit du corps humain á l'assistance médicale ,á la procréation et du diagnostic prénatal ; J .O. R .F n°175 du 30 juillet 1994.
3. loi n°94-653 du 29 juillet 1994 art 5 journal officiel.
4. Coude pénale français ,dernière modification 09/06/2018 , édition 12/06/2018

خامسا - الاجتهادات القضائية:

أ - الاجتهاد القضائي الجزائري:

1. الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، قسم الوثائق للمحكمة العليا، عدد خاص .
2. المحكمة العليا، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 165408 قرار بتاريخ 1997/07/08، عدد خاص، 2001 .
3. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 2006/12/13، مجلة قضائية، عدد 1، سنة 2007 .
4. المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، قرار رقم 172333، بتاريخ 1997/10/28، المجلة القضائية، 1997، العدد الأول .
5. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 193825، بتاريخ 1998/05/19، الاجتهاد القضائي، عدد خاص، 2001 .

6. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 341137، 1984/10/08، المجلة القضائية، 1989، العدد 4 .
7. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 424799، المؤرخ في 13/02/2008، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، 2008 .
8. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 57756، بتاريخ 22/01/1990، المجلة القضائية، 1992، العدد الثاني .
9. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 74712، بتاريخ 21/05/1991، المجلة القضائية، 1994، العدد الثاني .
10. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 1277086، قرار بتاريخ 06/02/2019، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، 2019 .
11. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 1277359، قرار بتاريخ 06/03/2019، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، 2019 .
12. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 172333، قرار بتاريخ 28/10/1997، المجلة القضائية، العدد 1 .
13. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 204821، قرار بتاريخ 20/10/1998، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص .
14. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 222674 قرار بتاريخ 15/06/1999، قضية (ع ب) ضد (م ل)، المجلة القضائية، العدد 01، 1999 .
15. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 222674، قرار الصادر في 15/06/1999، المجلة القضائية، العدد الأول، 1999 .
16. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 234790، بتاريخ 28/10/1998، مجلة الشرطة، 2004، العدد 74 .
17. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 296020، قرار بتاريخ 25/12/2002، المجلة القضائية، العدد 1، 2004 .
18. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 330464، قرار بتاريخ 23/03/2005، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، 2005 .
19. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 355180 قرار بتاريخ 05/03/2006، قضية (ب س) ضد (م ع)، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، 2006 .

20. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 375053 قرار بتاريخ 2006/12/13،
المجلة القضائية، العدد 01، 2007 .
21. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 605592 قرار بتاريخ 2009/10/15 قضية
(ر.ف) ضد (س.ش)، العدد 01، 2010 .
22. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 74712، قرار بتاريخ 05/21 / 1991،
المجلة القضائية، 1994، العدد الثاني .
23. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 76343، بتاريخ 16 / 07 / 1990، عدد
خاص، 2001 .
24. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 99000، بتاريخ 23 / 11 / 1993، عدد
خاص، 2001 .
25. المحكمة العليا، غرفة الأحوال شخصية، ملف رقم 22264 قرار بتاريخ 15 / 06 / 1999، مجلة
المحكمة العليا، العدد الخاص، 2001 .
26. المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والموارث، ملف رقم 0944691 قرار بتاريخ 2015/09/10،
قضية (أ.ر) ضد (أ.ف) العدد 02، 2015 .
27. المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والموارث، ملف رقم 690718 قرار بتاريخ 2012/03/15
قضية (ع.ر) ضد (ق.ن)، العدد 02، 2013 .
28. المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والموارث، ملف رقم 828820 قرار بتاريخ 2012/12/13،
قضية (د.ن) ضد (ب.ن)، العدد 01، 2014 .
29. المحكمة العليا، ملف رقم 204821، قرار بتاريخ 1998/10/20، الاجتهاد القضائي لغرفة
الأحوال الشخصية.
30. محكمة وهران، قسم شؤون الأسرة، بتاريخ 2005/12/13، ملف رقم 50/3460، فهرس رقم
05/5285.

ب - الاجتهاد القضائي للدول العربية:

1. المجلس الأعلى المغربي، قرار رقم 39، ملف رقم 353 بتاريخ 2005/01/02 المؤرخ في
2006/01/18.

سادسا - القرارات، البحوث، الندوات، والاتفاقيات الدولية:

أولا - باللغة العربية:

1. إبراهيم (أحمد عثمان)، دور البصمة الوراثية في قضايا إثبات النسب والجرائم الجنائية، المؤتمر العربي الأول لعلوم الأدلة الجنائية والطب الشرعي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 1428 هـ - 2007 م .
2. إتفاقية حقوق الطفل اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة المؤرخ في 20 نوفمبر 1989 بدأ نفاذه في 2 سبتمبر 1990.
3. الإعلان العالمي لحماية الجينوم البشري .
4. إقروفة (زبيدة)، الإكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب في قانون الأسرة الجزائري .
5. آل قرون (زيد بن عبد الله بن إبراهيم)، البصمة الوراثية وأثرها في الإثبات، بحث مقدم لمؤتمر القرائن الطبية المعاصرة وأثارها الفقهية، 1431 هـ - 2010 م .
6. البار (محمد علي)، الخلايا الجذعية والقضايا الأخلاقية والفقهية، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، 2002 م .
7. البار (محمد علي)، موقف الإسلام من علاج العقم وفوضى الإنجاب الحديث، بحث مقدم لندوة الضوابط الأخلاقية في تطبيق تقنية الإخصاب الطبي المساعد في علاج العقم، المركز الدولي الإسلامي، القاهرة .
8. البار(محمد علي)، مدة الحمل: أقله وأكثره في الطب والشرع والقانون، الدورة الحادية والعشرون لمجمع الفقهي الإسلامي المنعقدة في مكة المكرمة .
9. باسلامه (عبد الله حسين)، مدة الحمل وأكثره، مدة الحمل من الوجهة الشرعية (الفقهية) والطبية، ورقة عمل، الدورة الحادية العشرون للمجمع الفقهي الإسلامي المنعقدة في مكة المكرمة .
10. بلباهي (سعيدة)، الاستعانة بالأم البديلة في التلقيح الاصطناعي في القانون الجزائري، جامعة الجزائر 3 .
11. بلحواء (يوسف)، بحث حول اللعان في الشريعة الإسلامية ومدى تطبيقه في القضاء الجزائري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون - تيارت، الجزائر، 2010-2011 .
12. بن حليلة (ساسي)، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية، مركز النشر الجامعي، تونس، 2010 م .
13. بن زلاط (حافظ)، أساليب الإنجاب الصناعي، جامعة سيدي بلعباس .

14. بوغزالة (محمد رشيد)، عباسي (أحمد مبارك)، التلقيح الاصطناعي - المفهوم، الإشكالات والآثار، معهد العلوم الإسلامية، الملتقى الدولي الثاني: المستجدات الفقهية في أحكام الأسرة، جامعة الوادي، 2018 م .
15. تقرير اللجنة العلمية بمجمع الفقه الإسلامي عن البصمة الوراثية، منشور بمجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد 16 لعام 2004 .
16. توصيات ندوة الإنجاب في ضوء الإسلام المنعقدة بالكويت، 11 شعبان 1403هـ - 24 ماي 1983 م، قرار مجلس المجمع الفقهي المتعلق بالتلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيب في دورته السابعة المنعقدة بمكة بتاريخ 11 ربيع الثاني 1403 هـ - 19 جانفي 1983 م .
17. التوصية رقم 302 من توصيات الندوة العلمية المنعقدة بكلية الحقوق جامعة القاهرة عام 1993 الأساليب الطبية الحديثة والقانون الجنائي .
18. خضر (محمد آدم أحمد)، أثر البصمة الوراثية في إثبات النسب، بحث مقدم لمؤتمر القرائن الطبية وآثارها الفقهية، المنظم من قبل الجمعية العلمية السعودية للدراسات الطبية الفقهية المنعقدة في الفترة 10-11 جمادى الأولى 1435 هـ - الموافق لـ: 10-11 مارس 2014 م .
19. الزحيلي (وهبة)، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، بحث في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، مكة المكرمة، السعودية .
20. السبيل (عمر بن محمد)، البصمة الوراثية ومدى مشروعية استخدامها في النسب والجنائية، بحوث مجمع الفقهي الإسلامي، مكة المكرمة .
21. سعد بن تركي (الختلان)، بحث حول أكثر مدة الحمل، الدورة الحادية والعشرون للمجمع الفقهي الإسلامي المنعقدة في مكة المكرمة .
22. الشاذلي (حسن)، البصمة الوراثية وأثرها في إثبات النسب، بحث منشور ضمن أعمال ندوة الهندسة الوراثية والجينوم البشري، المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، 2000 .
23. الصادق الحسني (شادية)، حكم الإسلام في التلقيح الاصطناعي، معهد العلوم والبحوث الإسلامية، جامعة السودان للعلوم والتكنولوجيا .
24. عبد الرب (وليد صالح أحمد)، عباسي (إدريس)، الحماية القانونية لحق الطفل في النسب من خلال مدونة الأسرة والحالة المدنية، بحث لنيل الإجازة في الحقوق، جامعة محمد الخامس السويسي، الرباط، 2008-2009 م .
25. عبد الرشيد بن محمد (أمين بن قاسم)، أقل وأكثر مدة الحمل دراسة فقهية طبية، بحوث ودراسات، مكتبة مشاكة الإسلامية .

26. عبد العزيز فرج محمد (موسى)، مدى حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب بحث فقهي مقارنة، حولية مركز البحوث والدراسات الإسلامية، العدد 23 .
27. عقد المجمع ندوته الفقهية الخامسة عشر في دار العلوم الصديقية بمدينة ميسور من جنوب الهند في الفترة: من 10 - 12 صفر 1427 هـ الموافق لـ: 11 - 13 مارس 2006 م .
28. فنخور العبدلي (محمد)، الحمض النووي أو البصمة الوراثية (DNA) هل يثبت به نسب، بحث، القريات، 01/01/1436 هـ .
29. القرار الثاني لمجمع الفقهي الإسلامي حول التلقيح الإصطناعي وأطفال الأنابيب، مجلة مجمع الفقه الإسلامي المنعقد بمكة المكرمة، الدورة الثامنة، الإصدار الثالث .
30. القرار الجمهوري بالقانون رقم 20 لسنة 1992 بشأن الأحوال الشخصية اليمني، أدخلت بعض التعديلات على هذا القرار وأصدرت بالقانون رقم 27 لسنة 1998، والقانون رقم 24 لسنة 1999 والقانون رقم 34 لسنة 2003 م.
31. القرار رقم 16 لمجمع الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثالثة، عمان، 1986 م، العدد 03، ج 1 .
32. قرار رقم 194 (9 - 20) حول الإثبات بالقرائن والأمارات، مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة التعاون الإسلامي في دورته العشرين المنعقدة في الجزائر بولاية وهران بتاريخ 13 إلى 18 سبتمبر 2012 .
33. قرار رقم 238 لسنة 2003 بتاريخ 5 سبتمبر 2003 المتعلق بلائحة آداب المهنة للأطباء بمصر .
34. القرار رقم 94 بشأن الاستنساخ البشري، مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة العاشرة بجدة بالمملكة العربية السعودية .
35. قرار مجلس المجمع الفقهي في دورته الثامنة المنعقدة بمكة بتاريخ 28 ربيع الثاني 1405 هـ - 19 جانفي 1985 م .
36. قرارات المجمع الفقهي الإسلامي المنعقد في دورته الخامسة عام 1402 هـ، ودورته السابعة 1404 هـ، ودورته الثامنة 1405 هـ، بمكة المكرمة .
37. قرارات المجمع الفقهي الإسلامي: قرار رقم 07 بشأن البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، الدورة 16، مكة المكرمة .
38. قرارات المجمع الفقهي الإسلامي، القرار رقم 02، الدورة الخامسة عشر، مكة المكرمة .
39. قرارات المجمع الفقهي الإسلامي، دوراته العشرين، مكة المكرمة، الإصدار الثالث، 1432 هـ - 2010 م، الدورة الخامس عشر .
40. قرارات مجمع الفقهي بمكة المكرمة، الدورة التاسعة عشر، القرار السادس اختيار جنس الجنين .

41. القره داغي (علي محي الدين) البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، بحوث الدورة لمجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة .
42. قنديل (محمد عبد اللطيف محمد)، وسائل إثبات النسب بين الشريعة الإسلامية والطب الحديث، حولية كلية الدراسات الإسلامية، الإسكندرية .
43. المبدأ الثالث من الإعلان العالمي لحقوق الطفل اعتمد ونشر بموجب قرار الجمعية العامة 1386 المؤرخ في 20 نوفمبر 1959 .
44. نجم عبد الله (عبد الواحد)، البصمة الوراثية وتأثيرها على النسب، الدورة السادسة عشر، المجمع الفقهي الإسلامي، مكة المكرمة، 2002 م
45. الندوة الفقهية الطبية الحادية عشر للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية المنعقدة بدولة الكويت في الفترة من 23 إلى 25 جمادى سنة 1419 هـ الموافق لـ: من 13 إلى 15 أكتوبر 1998 م .
46. الندوة الفقهية الطبية حول رؤية إسلامية لبعض المشاكل الصحية المنعقدة في الفترة من 8 - 11 صفر 1418 هـ الموافق 14-17 يونيو 1997 م في مدينة الدار البيضاء بالمملكة المغربية.
47. نصر (فريد واصل)، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، بحوث دورة المجمع الفقهي الإسلامي .
48. نعمان (صالح)، الاستتساخ البشري وأثره على الأسرة، جامعة الأمير عبد القادر .
49. النور (محمد سليمان)، بحث في مدة الحمل بين الفقه والطب وبعض قوانين الأحوال الشخصية المعاصرة، جامعة الشارقة.
50. هيلة بنت عبد الرحمن (اليابس)، حساب عمر الحمل عند الفقهاء والأطباء، مركز التميز البحثي في فقه القضايا المعاصرة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 1435 - 1436 هـ .
51. وارتى (غنية)، تحديد جنس الجنين وأثره على الميراث - دراسة فقهية قانونية -، بحث مقدم إلى مؤتمر قضايا طبية معاصرة في الفقه الإسلامي، جامعة النجاح، نابلس، فلسطين، 2019 م .
52. الوناس حسين (صفية)، مجهول النسب بين رحمة التشريع الإسلامي والتشريع الوضعي، المؤتمر الدولي عن الرحمة في الإسلام، قسم الفقه وأصوله، كلية العلوم الإسلامية، الخروبة - الجزائر .
53. الونداسي (عبد اللطيف)، قراءة في المادة 156 من مدونة الأسرة، أشغال الندوة العلمية: القانون المغربي في مطلع القرن الحادي والعشرين - دراسات مهداة تكريماً للأستاذ محمد الشافعي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مراكش - المغرب، 2017 م.
54. وهبة (الزحيلي)، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، بحوث الدورة لمجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة .

ثانيا - باللغة الأجنبية:

1. Conseil d'état , réflexions sur le droit de la santé « Rapport public 1998 et document n°49 la documentation française Paris , p283 » .

ثامنا - المواقع الإلكترونية:

1. <http://www.alittihad.press.ma>
2. <http://www.dar-alifta.org/ViewFatwa.aspx?ID=3605>
3. [https:// www. Mohamah. net/law](https://www.Mohamah.net/law)
4. <https://nhar.tv/sSHvI>
5. www.addustour.com
6. www.santemghreb.com

الملخص باللغة العربية

تنصب الدراسة المعنونة ب: الحماية القانونية للنسب بين النصوص التشريعية والتطورات العلمية على كل ما تعلق بحماية النسب إذ يعتبر من الآثار المهمة التي تترتب عن الزواج وهو حق للأولاد على آبائهم فالمولود يتمتع منذ ولادته بنسب أبيه وهو ما أقرته الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي الجزائري. كما تنصب على كل ما تعلق بالتعديلات الأخيرة فيما يخص حماية النسب وإثباته والتي صودق عليها بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 27/02/2005 ومن جهة أخرى ما تعلق بحماية النسب بالطرق العلمية من خلال الحرص على عدم اختلاط الأنساب في ظل تكنولوجيا الإنجاب. وبناءا عليه تنقسم دراستنا إلى بابين حماية النسب بالطرق الشرعية وحماية النسب بالطرق العلمية الحديثة.

وفيما يتعلق بحماية النسب بالطرق الشرعية عمدت إلى إبراز كل الطرق والوسائل التي تساعد في حماية النسب وإثباته وحفظه من الاختلاط والضياع كحمايته في ظل الفراش سواء بالزواج صحيح أي عند قيام الرابطة الزوجية أو بعد انحلالها بالطلاق أو بالوفاة وفي حال غياب الزوج أو حمايته بالزواج الغير صحيح ونكاح الشبهة أو حمايته بالطرق التقليدية كالقيافة والقرعة أو حتى حمايته بغير الفراش من إقرار والبيئة وهو ما نصت عليه المادتين 40 و 41 من قانون الأسرة، كما أعطى المشرع حماية قانونية للطفل في إطار نظام الكفالة واستبعد التبني الذي حرّمته الشريعة الإسلامية، وشدد حرصه على حماية النسب من خلال قانون الحالة المدنية بتجريمه لعدم التصريح بالمواليد وتجريم الأفعال المانعة من التحقق من شخصية المولود.

لكن رغم تعدد طرق إثبات النسب ليس لفيه بعد ثبوته شرعا إلا طريق واحد وهو اللعان وهو حق الرجل في نفي ولد نسب إليه زورا.

أما فيما يتعلق بحماية النسب بالطرق العلمية الحديثة نجد أن المشرع الجزائري قد ساير التطورات العلمية الحاصلة بما ترمي إليه مقاصد الشريعة الإسلامية وما تفرضه ظروف العصر فأجاز اللجوء إلى طرق المساعدة الطبية على الإنجاب أو ما يعرف بالتلقيح الاصطناعي وذلك من خلال المادة 45 مكرر تحت جملة من الشروط من بينها عدم اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة.

ويتربط عن عملية التلقيح الاصطناعي بعض الآثار تكمن في عملية تأجير الأرحام وتجميد الأجنة الزائدة عن الحاجة بعد عملية التلقيح واتضح أن المشرع الجزائري من خلال تعديل قانون الأسرة بالأمر 05/02 قد نص بما لا يدع مجالا للشك على منع تدخل الأم البديلة بالرحم كطرف ثالث في عملية الإنجاب.

لكن لم يبين الجزاء الواجب ترتبيه في حالة مخالفة المادة 45 مكرر إلا بعد صدور قانون رقم 18/11 المتعلق بالصحة في نص المادتين 374 و 435.

وأشار ذات القانون إلى جواز تجميد الحيوانات المنوية والبويضات وذلك من خلال المادة 376 التي تحدد شروط حفظ وإتلاف الأمشاج ونصت المادة 374 أنه يمنع التداول لغاية البحث العلمي، التبرع والبيع وكل شكل آخر من المعاملة المتعلقة بالحيوانات المنوية والبويضات وغيرها....

ويعتبر الاستتساخ البشري من بين أهم الاكتشافات في عصرنا ومفاده الحصول على صورة طبق الأصل عن نسخة الأصلية لكائن حي والذي سرعان ما منعه المشرع الجزائري من خلال المادة 375 من قانون رقم 18/11 وأكد في المادة 436 من نفس القانون على أنه يعاقب كل من يخالف المنع المنصوص عليه في أحكام المادة 375 بالحبس وبغرامة مالية.

كما أجاز المشرع بعد تعديل قانون الأسرة اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب ومن بين هذه الطرق البصمة الوراثية التي تعد من أهم وسائل الإثبات الجنائي أو المدني وقد نصت المادة 40 على جواز اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب لكن دون بيان لشروطها وضوابطها كما فعل الفقه المعاصر، كذلك وسع المشرع من دائرة السلطة التقديرية للقاضي في الأخذ بالطرق العلمية في حل قضايا النسب أو استبعاد العمل بها.

الكلمات المفتاحية: حماية النسب، لعان، تلقيح اصطناعي، استتساخ بشري، أم بديلة وبنوك الأجنة، بصمة وراثية.

الملخص باللغة الإنجليزية

Title: Legal Protection of Lineage: Harmonizing Legislative Texts and Scientific Advancements

Abstract: This study delves into the comprehensive exploration of legal protection for lineage, specifically examining the interplay between legislative texts and scientific developments. It encompasses all aspects related to lineage protection, considering it as one of the fundamental consequences arising from marriage—a right held by children over their fathers. The Islamic Sharia and Algerian statutory law recognize the inherent right of a newborn to establish paternity, granting them legal entitlement to their father's lineage.

Furthermore, this research investigates recent amendments pertaining to lineage protection and its verification. These amendments, as stipulated in Order 02-05 dated February 27, 2005, address the evolving challenges and introduce measures to safeguard lineage. Additionally, it explores the scientific approaches to lineage protection, emphasizing the paramount importance of preventing lineage mingling in the realm of reproductive technologies.

Consequently, the study is divided into two main sections: legal methods for safeguarding lineage and contemporary scientific approaches to lineage protection. Concerning legal methods, this study meticulously highlights various mechanisms and strategies that facilitate lineage protection, verification, and preservation. It delves into the protective measures enacted during the valid marital union, divorce, or in the event of the father's absence or demise. Furthermore, it scrutinizes the safeguards implemented within non-valid marriages, suspicion of paternity cases, and the utilization of traditional methods such as fostering and lot drawing. Notably, it also explores protective measures outside the marital bond, encompassing acknowledgment, evidence, and the legal provisions outlined in Articles 40 and 41 of the Family Law. Moreover, the legislator extends legal protection to children within the framework of the sponsorship system while expressly forbidding adoption, which is prohibited by Islamic Sharia. Furthermore, the legislator demonstrates a steadfast commitment to safeguarding lineage by enshrining legal penalties within the Civil Status Law for non-declaration of births and actions impeding the verification of a child's identity.

Nevertheless, despite the plethora of methods available to establish lineage, once it has been legally proven, there remains only one avenue for its denial—the procedure of "li'an," affording men the right to refute paternity claims fraudulently.

Regarding the protection of lineage through modern scientific methodologies, the Algerian legislator has aligned with scientific advancements, guided by the objectives of Islamic Sharia and the exigencies of the era. It permits the utilization of medical interventions for assisted reproduction, specifically artificial insemination, subject to specific conditions, including the exclusion of surrogate mothers.

The practice of artificial insemination encompasses several consequential aspects, including surrogacy and the cryopreservation of surplus embryos. Through the amendment of the Family Law under Order 02/05, the Algerian legislator explicitly proscribes the involvement of surrogate mothers as third parties in the reproductive process.

However, the precise penalties for contravening the provisions related to artificial insemination, as set forth in the repeated Article 45, were not elucidated until the enactment of Law No. 11/18 concerning health, specifically within Articles 374 and 435.

The same law permits the cryopreservation of sperm and eggs under well-defined conditions, addressing the preservation and disposal of gametes. Notably, Article 374 prohibits any form of trade, donation, sale, or other related activities involving sperm, eggs, or similar entities, except within the realm of scientific research.

Human cloning stands as one of the most noteworthy discoveries of our era, enabling the replication of an exact duplicate of a living organism. In response, the Algerian legislator, through Article 375 of Law No. 11/18, categorically prohibits human cloning, while Article 436 underscores the penalties of imprisonment and financial fines for violators of the prohibition outlined in Article 375.

Furthermore, the amended Family Law grants permission to employ scientific methods, including genetic fingerprinting, as a means of establishing lineage. Nevertheless, while Article 40 recognizes the admissibility of scientific approaches to verify lineage, it does not explicitly specify the conditions and criteria for their utilization, which contemporary jurists have expounded upon. Moreover, the legislator expands the discretionary powers of judges in employing scientific methods to resolve lineage-related cases or to exclude their application.

Keywords: Lineage Protection, Li'an, Artificial Insemination, Human Cloning, Surrogate Mothers and Embryo Banks, Genetic Fingerprinting.

الملخص باللغة الفرنسية

Titre: Protection juridique de la lignée: harmonisation des textes législatifs et des progrès scientifiques

Résumé: Cette étude se penche sur l'exploration complète de la protection juridique de la lignée, en examinant spécifiquement l'interaction entre les textes législatifs et les développements scientifiques. Elle englobe tous les aspects liés à la protection du lignage, la considérant comme l'une des conséquences fondamentales du mariage - un droit détenu par les enfants sur leurs pères. La charia islamique et le droit législatif algérien reconnaissent le droit inhérent du nouveau-né à établir sa paternité, ce qui lui confère un droit légal sur la lignée de son père.

En outre, cette recherche examine les modifications récentes relatives à la protection de la lignée et à sa vérification. Ces modifications, telles que stipulées dans l'ordonnance 02-05 du 27 février 2005, répondent à l'évolution des défis et introduisent des mesures pour sauvegarder la lignée. En outre, l'étude explore les approches scientifiques de la protection de la lignée, en soulignant l'importance primordiale de la prévention du mélange des lignées dans le domaine des technologies de reproduction.

Par conséquent, l'étude est divisée en deux sections principales: les méthodes juridiques de sauvegarde de la lignée et les approches scientifiques contemporaines de la protection de la lignée. En ce qui concerne les méthodes juridiques, cette étude met méticuleusement en lumière divers mécanismes et stratégies qui facilitent la protection, la vérification et la préservation de la lignée. Elle se penche sur les mesures de protection adoptées au cours d'une union maritale valide, d'un divorce ou en cas d'absence ou de décès du père. En outre, il examine minutieusement les mesures de protection mises en œuvre dans le cadre des mariages non valides, des cas de suspicion de paternité et de l'utilisation de méthodes traditionnelles telles que le placement en famille d'accueil et le tirage au sort. Il explore également les mesures de protection en dehors du lien conjugal, notamment la reconnaissance, la preuve et les dispositions légales énoncées aux articles 40 et 41 de la loi sur la famille. En outre, le législateur étend la protection juridique aux enfants dans le cadre du système de parrainage tout en interdisant expressément l'adoption, qui est interdite par la charia islamique. En outre, le législateur fait preuve d'un engagement ferme en faveur de la sauvegarde de la lignée en inscrivant dans la loi sur l'état civil des sanctions légales pour la non-déclaration des naissances et les actions empêchant la vérification de l'identité d'un enfant.

Néanmoins, malgré la pléthore de méthodes disponibles pour établir la lignée, une fois qu'elle a été légalement prouvée, il ne reste qu'une seule voie pour la nier: la procédure de "li'an", qui donne aux hommes le droit de réfuter frauduleusement les réclamations de paternité.

En ce qui concerne la protection de la lignée par des méthodes scientifiques modernes, le législateur algérien s'est aligné sur les progrès scientifiques, guidé par les objectifs de la charia islamique et les exigences de l'époque. Il autorise l'utilisation d'interventions médicales pour la reproduction assistée, en particulier l'insémination artificielle, sous réserve de conditions spécifiques, y compris l'exclusion des mères porteuses.

La pratique de l'insémination artificielle englobe plusieurs aspects conséquents, notamment la maternité de substitution et la cryoconservation des embryons surnuméraires. En modifiant le code de la famille par l'ordonnance 02/05, le législateur algérien interdit explicitement l'implication des mères porteuses en tant que tiers dans le processus de procréation.

Cependant, les sanctions précises en cas de violation des dispositions relatives à l'insémination artificielle, telles qu'énoncées dans l'article 45 répété, n'ont pas été élucidées jusqu'à la promulgation de la loi n° 11/18 relative à la santé, notamment dans ses articles 374 et 435.

Cette même loi autorise la cryoconservation du sperme et des ovules dans des conditions bien définies, et traite de la conservation et de l'élimination des gamètes. En particulier, l'article 374 interdit toute forme de commerce, de don, de vente ou d'autres activités liées au sperme, aux ovules ou à des entités similaires, sauf dans le cadre de la recherche scientifique.

Le clonage humain est l'une des découvertes les plus remarquables de notre époque, car il permet la reproduction d'une copie exacte d'un organisme vivant. En réponse, le législateur algérien, à travers l'article 375 de la loi n° 11/18, interdit catégoriquement le clonage humain, tandis que l'article 436 souligne les peines d'emprisonnement et les amendes financières pour les contrevenants à l'interdiction énoncée à l'article 375.

En outre, la loi modifiée sur la famille autorise l'utilisation de méthodes scientifiques, y compris les empreintes génétiques, comme moyen d'établir la lignée. Néanmoins, si l'article 40 reconnaît l'admissibilité des méthodes scientifiques pour vérifier la lignée, il ne précise pas explicitement les conditions et les critères de leur utilisation, sur lesquels les juristes contemporains se sont étendus. En outre, le législateur élargit le pouvoir discrétionnaire des juges dans l'utilisation des méthodes scientifiques pour résoudre les cas liés à la lignée ou pour exclure leur application.

Mots-clés: Protection de la lignée, Li'an, insémination artificielle, clonage humain, mères porteuses et banques d'embryons, empreintes génétiques.

شعبان إلهام

الحماية القانونية للنسب بين النصوص التشريعية والتطورات العلمية

أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه ل م د
شعبة الحقوق، تخصص: قانون الأسرة

الملخص

تنصب الدراسة المعنونة بـ: الحماية القانونية للنسب بين النصوص التشريعية والتطورات العلمية على كل ما تعلق بحماية النسب إذ يعتبر من الآثار المهمة التي تترتب عن الزواج وهو حق للأولاد على آبائهم فالمولود يتمتع منذ ولادته بنسب أبيه وهو ما أقرته الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي الجزائري. كما تنصب على كل ما تعلق بالتعديلات الأخيرة فيما يخص حماية النسب وإثباته والتي صودق عليها بموجب الأمر 02-05 المؤرخ في 27/02/2005 ومن جهة أخرى ما تعلق بحماية النسب بالطرق العلمية من خلال الحرص على عدم اختلاط الأنساب في ظل تكنولوجيا الإنجاب. وبناءا عليه تنقسم دراستنا إلى بابين حماية النسب بالطرق الشرعية وحماية النسب بالطرق العلمية الحديثة.

وفيما يتعلق بحماية النسب بالطرق الشرعية عمدت إلى إبراز كل الطرق والوسائل التي تساعد في حماية النسب وإثباته وحفظه من الاختلاط والضياح كحمايته في ظل الفراش سواء بالزواج صحيح أي عند قيام الرابطة الزوجية أو بعد انحلالها بالطلاق أو بالوفاة وفي حال غياب الزوج أو حمايته بالزواج الغير صحيح ونكاح الشبهة أو حمايته بالطرق التقليدية كالقيافة والقرعة أو حتى حمايته بغير الفراش من إقرار والبيئة وهو ما نصت عليه المادتين 40 و 41 من قانون الأسرة، كما أعطى المشرع حماية قانونية للطفل في إطار نظام الكفالة واستبعد التبني الذي حرّمته الشريعة الإسلامية، وشدد حرصه على حماية النسب من خلال قانون الحالة المدنية بتجريمه لعدم التصريح بالمواليد وتجريم الأفعال المانعة من التحقق من شخصية المولود.

لكن رغم تعدد طرق إثبات النسب ليس لنفيه بعد ثبوته شرعا إلا طريق واحد وهو اللعان وهو حق الرجل في نفي ولد نسب إليه زورا. أما فيما يتعلق بحماية النسب بالطرق العلمية الحديثة نجد أن المشرع الجزائري قد سابر التطورات العلمية الحاصلة بما ترمي إليه مقاصد الشريعة الإسلامية وما تفرضه ظروف العصر فأجاز اللجوء إلى طرق المساعدة الطبية على الإنجاب أو ما يعرف بالتلقيح الاصطناعي وذلك من خلال المادة 45 مكرر تحت جملة من الشروط من بينها عدم اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة.

ويترتب عن عملية التلقيح الاصطناعي بعض الآثار تكمن في عملية تأجير الأرحام وتجميد الأجنة الزائدة عن الحاجة بعد عملية التلقيح واتضح أن المشرع الجزائري من خلال تعديل قانون الأسرة بالأمر 05/02 قد نص بما لا يدع مجالا للشك على منع تدخل الأم البديلة بالرحم كطرف ثالث في عملية الإنجاب.

لكن لم يبين الجزاء الواجب ترتيبه في حالة مخالفة المادة 45 مكرر إلا بعد صدور قانون رقم 18/11 المتعلق بالصحة في نص المادتين 374 و 435. وأشار ذات القانون إلى جواز تجميد الحيوانات المنوية والبويضات وذلك من خلال المادة 376 التي تحدد شروط حفظ وإتلاف الأمشاج ونصت المادة 374 أنه يمنع التداول لغاية البحث العلمي، التبرع والبيع وكل شكل آخر من المعاملة المتعلقة بالحيوانات المنوية والبويضات وغيرها....

ويعتبر الاستنساخ البشري من بين أهم الاكتشافات في عصرنا ومفاده الحصول على صورة طبق الأصل عن نسخة الأصلية لكائن حي والذي سرعان ما منعه المشرع الجزائري من خلال المادة 375 من قانون رقم 18/11 وأكد في المادة 436 من نفس القانون على أنه يعاقب كل من يخالف المنع المنصوص عليه في أحكام المادة 375 بالحبس وبغرامة مالية.

كما أجاز المشرع بعد تعديل قانون الأسرة اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب ومن بين هذه الطرق البصمة الوراثية التي تعد من أهم وسائل الإثبات الجنائي أو المدني وقد نصت المادة 40 على جواز اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب لكن دون بيان لشروطها وضوابطها كما فعل الفقه المعاصر، كذلك وسع المشرع من دائرة السلطة التقديرية للقاضي في الأخذ بالطرق العلمية في حل قضايا النسب أو استبعاد العمل بها.

الكلمات المفتاحية: حماية النسب، لعان، تلقيح اصطناعي، استنساخ بشري، أم بديلة وبنوك الأجنة، بصمة وراثية.

الأستاذ المشرف: مرمون موسى جامعة قسنطينة 1 الإخوة منتوري

السنة الدراسية: 2025/2024