



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الإخوة منتوري
قسنطينة



مقرر رقم : 23/D3C/2024
03/DPRI/2024

كلية الحقوق قسم القانون الخاص

الإثبات بالقرينة العلمية الحديثة وتطبيقاتها في قضايا شؤون
الأسرة " دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المقارن "

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق ل. م. د.
تخصص قانون الأسرة

تحت إشراف :
أ.د : ربيعي حسين

من إعداد الطالب :
وسمر محمود

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الجامعة الأصلية	الصفة
أ.د محروق كريمة	أستاذ	جامعة قسنطينة 1 الإخوة منتوري	رئيسا
د ربيعي حسين	أستاذ محاضر أ	جامعة قسنطينة 1 الإخوة منتوري	مشرفا
أ.د بن عبد القادر زهرة	أستاذة	جامعة الأمير عبد القادر قسنطينة	عضوا
د علاق نجيمة	أستاذة محاضرة أ	جامعة قسنطينة 1 الإخوة منتوري	عضوا
د بعشاش ليلي	أستاذة محاضرة أ	جامعة الأمير عبد القادر قسنطينة	عضوا
د عمران وفاء	أستاذة محاضرة أ	جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي	عضوا

السنة الدراسية : 2023-2024

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الاعتراف

إلى أول من غرس في نفسي حب العلم والتحصيل، والذي العزيز عرفانا بعطائه، إلى من
غمرتني بعطفها وحنانها وودعوانها المباركة طوال حياتي، أُمِّي الغالية وفاء لفضلها، وإلى
التي أهدتها أُمِّي الثانية ”الغالية“ ساكر معودة

إلى سريكة الحياة وسندي، وإلى أولادي الأيمن، رباح ومبار

أُمِّ المسقبل

إلى أَسْقَانِي وسَقِيَّاتِي، وإلى أَصْهَارِي الأَعْزَاء، أُنْزِلْهُمْ وزوجاتهم وأولادهم

إلى أَسَانِزِي الأَجَلَاء الذين أضاءوا طريقتي بالعلم وزينوه بالتواضع

إلى كل من مرَّ إلى يد العود والمساعدة، أقر باني وزملائي

شكر وقاء

يا حيّ، يا قيّوم، الحمد لله العليّ العظيم الذي أيدني بعونه، ووفّقني في إنجاز هذه الأطروحة،

قال تعالى "وما بكم من نعمة فمن الله..." (سورة النحل الآية : 53).

إقراراً بالفضل لنزيه، وروحاً للشعوف لإلهه، وعمللاً بهدي المصطفى - صلى الله

عليه وسلم - في نسبة الفضل لإلهه، فإني أتقصد بوافر الامتثال والتقدير إلى أساتذتي

الفاضل الدكتور: ربيع حسن الفضل بالإشراف على هذه الأطروحة، وما بذله من

الجهد المتواصل في متابعة خطوات إعدادها، وإبداء آرائه العلمية وتوجيهاته القيمة

للإهداء البحث

وأنتدح بالشكر والتقدير إلى الأساتذة الكرام الأعضاء اللجنة، لشكرهم بقبول مناقشة

الأطروحة، وإثرائها بملاحظاتهم، وتوجيهاتهم السديدة لتقويمها .

وإلى كل من مدّ يداً للمعونة وساهم في إتمام هذا العمل، بتقديره فكرياً أو

مادياً أو زودني بمصدر أو أسرى لي بنصيحة أو نصيحة خطأ، أو دعا لي بظهر الغيب

فجزى الله الجميع خيراً جزاءً.

قائمة المختصرات:

1-المختصرات باللغة العربية :

ج	جزء
ج ر	جريدة رسمية
ح ر	حديث رقم
د ت ن	دون تاريخ النشر
د. د. ن	دون دار النشر
د	الدكتور
د ط	دون طبعة
د. م. ن	دون مكان النشر
ص	صحة
ط	طبعة
ع	عدد
غ أ ش و م	غرفة الأحوال الشخصية والمواريث
غ م	غير منشور
ق أ ج	قانون الأسرة الجزائري
ق إ م و إ	قانون الإجراءات المدنية والإدارية
ق ع ج	قانون العقوبات الجزائري
ق م ج	القانون المدني الجزائري
م	ميلادي
م ع ق إ	مجلة العلوم القانونية والإدارية
م ج ع ق اق س	المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية
مج	مجلد
م ق	مجلة قضائية

ب-المختصرات باللغة الأجنبية :

CIV:	Civil
N :	Numéro
Op.Cit :	Oper Citato
P:	Page

مقدمة

مقدمة :

الحمد لله رب العالمين الذي خلق فأتقن، وملك فقدّر، وبطن فخبّر، ولا يعزّب عن علمه ذرة في السموات ولا في الأرض، ولا أصغر من ذلك ولا أكبر، إلا في كتاب مبين، والصلاة والسلام على الحبيب الطيب محمد صلى الله عليه وسلم، خير من حكم فعّـل وقضى فأقسط، وعلى من اتّبع هداه إلى يوم الدين وبعد، إذ اكانت العدالة غاية الغايات والحقيقة ضالة العدالة وهدفها ولا سبيل لإدراكها إلا بالبحث الحثيث، والشرعية وسيلة المجتمع في إفرازها، فإن النظر الثاقب في التّـقـب عن المجهول وكشف المكنون هو الوسيلة التي يجب أن يكون لها شأنها.

ولقد كان لدينا الحنيف السّـبـق في حماية حقوق الأفراد فحرم الظلم وأكل أموال الناس بالباطل، وأرسى منهاجا واضحا لكل مطالب بحق يدعيه، وهذا منعاً للفوضى ودرءاً لتنافر الأفراد، وقد تعددت الشرائع القانونية بين الأمم ونظمت حقوق الأفراد وكيفيات إثباتها، وذلك بتبني نظام الإثبات .

ويهدف الإثبات إلى إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي يحددها القانون على وجود واقعة قانونية متنازع عليها تؤثر بالفصل في الدعوى، ورغم أن الإثبات ليس جزءاً من الحق المدعى به ولا ركناً من أركانه إلا أنه يعدّ أمر ضروري بالنسبة له، ويكتسي أهمية بالغة لأن الحق المجرد بدون دليل يصبح -عند المنازعة فيه- هو والعدم سيان .

ومما لا شك فيه أن نظرية الإثبات هي من أهم النظريات التي تطرح العديد من الإشكاليات التي تستحق الدراسة والتحليل سواء ما تعلق الأمر بالتشريع الوضعي أو الشريعة الإسلامية، لاسيما إذا كانت الدراسة تخص طرق ووسائل الإثبات نظراً لما لهذه الأخيرة من أهمية في توجيه الدعوى وإجلاء الحقيقة، لأن أدلة الإثبات تعين القاضي على إعادة تجسيد وقائع حدثت في الماضي الأمر الذي يستدعي الاستعانة بهذه الأدلة للوقوف على حقيقة الوقائع لإصدار حكم عادل .

وإذا نظرنا في الكتاب والسنة نجد أنهما أشارا إلى وسائل تحفظ الحقوق كالكتابة والشهادة والإقرار واليمين وغيرها وهذا ما يعبر عنه بالوسائل التقليدية المباشرة، لكن وبسبب فساد طبائع الناس وذهمهم وذهاب الوازع الديني في الكثير منهم فقدت الأدلة التقليدية صدق واقعتها فطغى على الإقرارات وأقوال الشهود الكذب والزور في حالات عدة فضاعت هيبة ووقار الحلف .

وإذا عَدِمنا هذه البيّنات المباشرة، فلا يُترك الحق يضيع دون البحث عن وسيلة أخرى غير مباشرة لاستخراجه وإيصاله إلى مستحقيه، وهذه الوسيلة إما أن تكون قد نص عليها الشارع وجعلها علامة ودليلاً على الحق ومرشداً إليه، وإما أن يستنبطها القاضي أو الفقيه من ظروف الواقعة التي يريد بحثها وإثباتها وهذه الوسيلة هي **القرائن والأمارات الظاهرة** التي تقوم مقام الوسائل الأخرى إذا فُقدت في الدعوى .

فضلا عن ذلك، فإن التطورات العلمية والبيولوجية التي شهدتها البشرية في جميع المجالات قلبت موازين الإثبات رأساً على عقب، فأضحت الوسائل التقليدية المستخدمة في الإثبات لا تتلاءم مع هذا التطور العلمي والتكنولوجي الحديث .

لذلك ونظراً لأهمية إثبات الحقوق أمام القاضي وهو يحكم في خصومات الناس المعروضة عليه بالعدل والنزاهة حتى يتحقق الأمن والطمأنينة بين أفراد المجتمع، كان لا بد من وسائل علمية حديثة تتفق مع هذا التطور لأجل تحقيق العدالة، مما جعل العلماء يتكرون التقنيات العلمية الحديثة في الإثبات و تم تكريسها من قبل التشريعات الوضعية .

فالتقدم العلمي والتكنولوجي أقر العديد من الوسائل التي استغلها الإنسان في مختلف مناحي الحياة الإدارية والتعليمية، وحتى في العمل القضائي إذ أصبح لهذه الوسائل والتقنيات حجية في الإثبات، ويقصد بهذه الحجية القوة القانونية والمعلومات المستنبطة من وسائل التقدم العلمي في إثبات مختلف التصرفات القانونية والمادية، وهذا ما أخذ به المجتمع الدولي المعاصر أين عدّها قرائن علمية قوية أو دلائل قاطعة على إثبات الحق لصاحبه، فزاد هذا الأمر من أهميتها بالنسبة إلى الوقائع المادية التي لم تكن معروفة من قبل حيث أدت دوراً بارزاً في الإثبات في جميع المجالات، وامتد إلى مجال **شؤون الأسرة** وذلك لحل الكثير من القضايا والمشكلات التي تعرض على القضاء لا سيما ما تعلق منها بمسائل الزواج والميراث .



وتستخدم الأدلة العلمية الحديثة كقرائن في أحكام الزواج والميراث إما في المسائل الحادثة والقوائم المستجدة التي طرأت على الناس في هذا العصر، ولم تكن معروفة في العصور المتقدمة وتحتاج إلى بيان حكمها الشرعي والقانوني كالفحوص الوراثية، والتحليل المخبرية و الزواج الالكتروني وتحليل الحمض النووي والإخصاب الصناعي، وتحويل الجنس وتصحيحه، وإما أنها تشمل المسائل التي وُجدت غير إن الحكم فيها خضع لاجتهاد علماء السلف -رحمهم الله- لقلة الامكانيات لديهم وعدم توفر الوسائل المناسبة للكشف عن أسرار العلوم فكانت علومهم قاصرة على الشائع في زمنهم .

لكن ولما كانت الشريعة الإسلامية كاملة وشاملة لكل جوانب ونواحي الحياة، أوجب ذلك الحكم على تلك القضايا من جديد تبعاً لما استجد من تطور وتغير كقضية تحديد أولية الوفاة طبيياً وأثرها على أحكام ميراث، ومعرفة حياة الوارث بتقنيات الاتصال الحديثة، والتيقن من حياة الحمل ومعرفة جنسه والتحكم فيه، وإزالة إشكال الخنثى... وما لها من أثر على تقسيم التركة .

لهذا أراد الباحث أن يسهم بجهده يتناول هذه القرائن العلمية ببيان حقيقتها وكيفية استعمالها دليلاً للإثبات في مجال قضايا شؤون الأسرة، ثم عرضها بعد ذلك على أصول الشريعة الإسلامية وموازنتها لمعرفة حكم الشريعة في مدى عدّ هذه التقنيات الحديثة حجة في الإثبات أو عدم عدّها، والتي هي بأمر الحاجة لبيان أحكامها الشرعية بوضوح وجللاء، لتكون قريبة ميسرة لكل من طالب حقّ.

وترتيباً على ما سبق ، وجد الباحث أن هذا الموضوع جدير بالبحث والتدقيق والجمع والتحقيق لعل أن يكون شعبة مضيئة على الطريق يهتدي بها السالكون ويقتبس من نورها الباحثون فجاء البحث موسوماً بعنوان : الإثبات بالقرينة العلمية الحديثة وتطبيقاته في قضايا شؤون الأسرة، "دراسة مقارنة بين الفقه والقوانين الوضعية".

وتسعى هذه الدراسة إلى محاولة بيان أثر التطورات العلمية الطبية كانت أم تقنية "بعدها قرائن" على نظام الإثبات في مسائل الزواج والميراث مع الإشارة إلى موقف القوانين الوضعية المقارنة غربية كانت أم عربية من هذه المسائل مما أُتيح لنا الوصول إليه، فموضوع البحث قد جمع بين الجانب الشرعي والجانب الطبي والجانب القانوني .

ومن هنا تظهر أهمية بحث ودراسة هذا الموضوع، فهو من الموضوعات المهمة التي تحتاج إلى دراسة معمقة نظراً لما يلي :

- لها دور كبير وفعال في إثبات الحقوق أو نفيها مع تفاوت القرائن عن بعضها.
- لما تتصف به من تجدد وتطور أو ما يعرف بحداثة المسائل المتداولة ومدى تأثيرها على أحكام الزواج والميراث، و الذي يؤدي إلى التأثير على القواعد القانونية والأحكام الشرعية المنظمة لها، وبالتالي بناء أحكام جديدة تتماشى مع هذه الاكتشافات المتتالية في المجال التقني والطبي والبيولوجي.
- القرائن العلمية الحديثة في أحكام الزواج والميراث لها بُعدٌ في الحفاظ على حقوق الزوجين و النسل و المال وهي من مقاصد الشريعة الإسلامية .

-اهتمام الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية بالمستجدات والنوازل، والاستفادة من التطور العلمي الحاصل لما فيه تحقيق لمصالح العباد والبلاد .

- إن الواقعة المراد إثباتها في أي أمر لا بد أن يكون لها ملابساتها التي يمكن أن توصلنا إلى حقيقتها وهذا هو دور القرائن بالنسبة للإثبات في الواقعة، فهي جوهر ثمين في تحديد الهوية في الإثبات لذلك كان الربط بينها أمراً لا محيد عنه.

أما عن الدراسات الأكاديمية السابقة ذات الصلة إلى حد ما ببعض عناصر الموضوع - محل الدراسة - فإنه وبعد اطلاعي على مفردات هذا البحث بين طيات الكتب لم أجد من تعرّض لهذا الموضوع بحوثاته المختلفة كموضوع مستقل بذاته، ولا رسائل علمية تناولت هذا الموضوع بدراسة شاملة فقهية وطبية وقانونية، إلا أن هناك مؤلفات حديثة تعرضت لهذا الموضوع بين ثناياها لبعض المسائل المتفقّة ذات الصلة، وقد جاءت مقتصرة على جزئيات فقط ولم أعثر على بحث متميز جمع شتات استخدام القرينة العلمية في الإثبات في مجالي الزواج والميراث.



فالدراسات التي تم العثور عليها إما أن تكون قد تعرضت إلى عدة مسائل مرتبطة بقضايا الأسرة إلا أنها خصت الجانب الفقهي في الغالب ولم تتطرق إلى الموقف القانوني، ومنها ما اقتصر على القرائن الطبية فقط دون القرائن التقنية كتقنيات الاتصال الحديثة وهناك دراسات امتدت إلى مواضيع الجنايات والحدود، غير أننا لا ننكر أن هذه الدراسات كانت بمثابة العماد الذي قام عليه هذا البحث، والمنبع الذي استمد منه الباحث مادته العلمية للإحاطة بجوانب الموضوع، ونذكر منها :

- دور القرائن الحديثة في الإثبات في الشريعة الإسلامية وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية في قطاع غزة للطالب :زياد عبد الحميد محمد أبو الحاج، قدمت استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في و الشرعي، غزة، 1426هـ-2005م وتناولت هذه الدراسة حقيقة الإثبات بالقرائن وحجية القضاء بها، مع بيان ماهية القرائن الحديثة وصورها ومدى حجيتها في الإثبات لكن ما يلاحظ على هذا البحث أنه أغرق في تناول دور القرائن الحديثة في مجال الإثبات الجنائي ولم يتناول دور هذه المستجدات العلمية إلا عند الحديث عن مجالات العمل بالحمض النووي وأهميته أين ذكرت الدراسة دور هذا الأخير في مجال إثبات النسب، كما أن هذه الدراسة غاب عنها التطرق الى موقف التشريعات المقارنة من القرائن الحديثة محل الدراسة واكتفت بالنصوص القانونية المطبقة في المحاكم الشرعية في قطاع غزة بفلسطين .

- القرائن الطبية المعاصرة في الأحوال الشخصية " دراسة فقهية مقارنة " للطالب :إبراهيم عبد الرؤوف صلاح رسالة ماجستير في القانون المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، 1439 هـ-2018م، تناولت الدراسة في الفصل الأول: حقيقة القرائن الطبية المعاصرة ومشروعيتها و في الفصل الثاني تطرقت إلى القرائن الطبية المعاصرة في الزواج وفي الفصل الثالث تناولت الدراسة القرائن الطبية المعاصرة في التركة.

ما يميز هذه الدراسة أنها تناولت أقوال الفقهاء وأدلتهم حول العمل بهذه القرائن الطبية المعاصرة وبيان أثرها على الأحوال الشخصية بغرض الاستفادة منها في واقعنا المعاصر، إلا أن ما يلاحظ على هذا البحث اقتصره فقط على الجانب الفقهي دون تسليط الضوء على موقف القانون من الإثبات بالقرائن الطبية الحديثة في مسائل الأحوال الشخصية وإجراء مقارنة بينها وبين الموقف الشرعي للتوصل إلى مواطن الائتلاف والاختلاف، بالإضافة إلى تطرقها إلى القرائن الطبية دون القرائن التقنية، كدور تقنيات الاتصال الحديثة في الإثبات كما خصت الدراسة جزئيات مقتضبة من هذه المواضيع إذ تناولت القرائن الطبية الدالة على عيوب النكاح والنسب في ما تعلق بمسائل الزواج، استعرضت القرائن الدالة على بلوغ المورث وعلى أهليته النفسية والعقلية، و إثبات مرض الموت وقتل الوارث لمورثه بالقرائن الطبية في ما تعلق بمسائل الميراث وأهملت المواضيع الأخرى .

- القرائن الطبية المعاصرة وآثارها الفقهية، للطالب :صديق مروج، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية، تخصص فقه وأصوله، كلية العلوم الإسلامية، جامعة باتنة 1، 1441هـ-1442هـ - 2020م-2021م، فتم تقسيم هذا البحث إلى ثلاثة أبواب فكان الباب الأول في حقيقة القرائن الطبية المعاصرة وأنواعها وعلاقتها بأدلة الإثبات المباشرة وشروط العمل بها، والباب الثاني خصص لبيان دور و أثر القرائن الطبية المعاصرة في مجال الأحوال الشخصية والحقوق المالية، أما الباب الثالث و الأخير كان في دور و أثر القرائن الطبية المعاصرة في مجال الحدود والقصاص، غير أن ما تم قوله عن الدراسة السابقة من ملاحظات ينطبق على هذه الدراسة أيضاً، إذ اقتصر فقط على الجانب الفقهي دون تسليط الضوء على موقف القانون من الإثبات بالقرائن الطبية الحديثة وعدم التطرق إلى القرائن التقنية الحديثة في مجال تكنولوجيا الاتصال، بالإضافة إلى عدم تركيز الدراسة على مجال الأحوال الشخصية فحسب بل شملت أيضاً القرائن الطبية المرتبطة بالجنايات والحدود مما جعل البحث قد تناول فقط العموميات دون التعمق في مسائل معينة .

ولقد أردت أن أخص القرائن دون غيرها من طرق الإثبات الأخرى -التي وجدت نصيباً كبيراً من الباحثين - وذلك

لأسباب ذاتية وأخرى موضوعية :

فأما الأسباب الذاتية : فتتمثل في:



-الميل الشديد إلى دراسة المواضيع المرتبطة بالمستجدات العلمية والتقنية وتأصيلها الشرعي.
-الشغف إلى معرفة أحكام الميراث ومسائله لما يحظى به هذا الأخير من منزلة رفيعة، فقد حثنا الرسول - صلى الله عليه وسلم - على تعلم هذا العلم الجليل وتعليمه، وإنه أول علم يرفع من الأرض، حتى يأتي زمان يختلف فيه الاثنان في الفريضة فلا يجدان فصل بينهما

-الرغبة في معرفة موقف التشريعات المقارنة من العمل بالقران العلمية والتقنية في مجال الأحوال الشخصية لا سيما قضايا الميراث والزواج، لإيجاد مواطن الاتفاق والاختلاف بينها وبين حكمها الشرعي، وبيان مواطن التفاوت بين التشريعات المقارنة والتشريع الجزائري لإبراز مظاهر القصور الذي يكتنف النصوص القانونية لتدارك النقص والبحث عن حلول قانونية وشرعية للإشكالات العلمية والعملية التي تتمخض عن العمل بهذه القرائن .

أما الأسباب الموضوعية فمنها :

- التطلع إلى تجديد العزم نحو نظرة قضائية صائبة إلى وسائل الإثبات لا سيما وقد تقدم العالم اليوم تقدما سريعا في مجال العلوم التطبيقية وغيرها، فلا بد أن يكون للمسلمين نظرهم الثاقبة تجاه المستجدات كما أن أسلافنا - وهم سادة في مجالات السبق المتعددة- قد تحدثوا عن موضوع القرائن بشكل عام وجوّز الكثيرون منهم القرائن كوسائل للإثبات وهذا يُعدّ فتحا لباب القضاء أمام المستجدات مهما بلغ حجمها إذا بلغت قوّة في الإثبات .

-كما أثارني النظام الغربي القضائي -إثارة غيرة على واقع المسلمين- الذي يتجاري ويتماشى وواقعنا الحديث في إثبات الكثير من القضايا التي تعرض على القضاء، فلا يقف مكتوف الأيدي أمام المستجدات بحجة وجود وسائل معتمدة من قبل ولا يجوز تعديلها إلى غيرها أو العدول عنها .

-رغم الزحام الكبير في مكاتبنا والثراء بأبحاث ودراسات في مختلف المواضيع إلا أننا نفتقر لوجود المؤلفات المتعلقة بموضوع الإثبات بالقرائن العلمية الحديثة، فلا أدعي العدم بل هي موجودة لكنها تخص مواضيع جزئية ومبنوثة لم تجمع في دراسة واحدة، فلم يسبق أن بحث-حسب حدود علمي- بحثا مستقلا، مستوفيا لأهم جوانبه، جامعا شتاته، ملما بمتفرقه .

-الدور الكبير الذي تلعبه القرائن العلمية الحديثة في عملية الإثبات والمساس المباشر لهذا الموضوع بواقع الناس وحياتهم لأنه يلمس واقعا يعيشونه ويتفاعلون معه، ولهذا كان لا بد من بيان هذا الأمر .

-الكشف عن جانب من جوانب الشريعة الغراء ونقدم دليلا واضحا على أنها لم تغفل أي مسألة من مسائل الحياة، بل تناولت كل شعبة من شعبها تناولاً كافيا في كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم، وأتاح ذلك لعلماء الأمة أن يستبينوا الحق في ضوء هذين المصدرين وأن يأخذوا بيد الإنسانية لمدارج الرقي إلى المستوى الأفضل، فقدّموا ثروة فقهية ضخمة بما استنبطوه من أحكام واكبت تقدّم الحياة، وما أُسْتُجِدَّ فيها من قضايا وأحداث لم يُنص عليها في كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم .

-إبراز التوافق الكبير ما بين الحقائق العلمية والشريعة الإسلامية لا سيما في الاكتشافات الحديثة المبتكرة .

كما لا ننكر أننا في هذه الرحلة البحثية تلقينا بعض الصعوبات ولكن مهما اشتدت وتعسرت فإنها -بالتوكل على الله تعالى

وطلب العون منه وتوفيقه- تتيسر ولعل من أهم الصعوبات التي واجهتني في هذه الدراسة ما يلي :

- قلة من كتب في هذا الموضوع -دراسة شاملة لجميع قضايا شؤون الأسرة- فهو موضوع لا يزال بكرا، لم تتوفر فيه الدراسة الكافية تفرد بالذكر، وتجمع مسائله من بطون الكتب وتعالج قضاياها على ضوء الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية المقارنة ، فمادته العلمية وإن كانت متوفرة إلى حد ما فهي مشتتة ومتناثرة بين الطب والشرع والقانون وهي بحاجة إلى جمع واستقصاء ومناقشة وتحليل وصولا إلى نتائج مفيدة .

-صعوبة العثور على التطبيقات العملية لدور القرائن في قضايا شؤون الأسرة على مستوى المحاكم الجزائرية أو الأجنبية.

ولا شك أن البحث في موضوع بهذه الأهمية له أهداف تتمثل فيما يأتي :



- بيان ماهية القرينة العلمية الحديثة ودورها في مجال الإثبات في قضايا الزواج والميراث.

- توضيح موقف أهل العلم من مدى إمكانية توظيف ما توصل إليه العلم لإيجاد حلول شرعية للنوازل المستجدة ومن ثم الوصول إلى الأحكام الشرعية الصحيحة فيما استجد من القرائن العلمية في بعض مسائل الأحوال الشخصية.

- إن تصدي بعض قوانين الدول العربية لموضوع الإثبات بالقرائن العلمية في قضايا الأسرة بإقرارها يحتاج إلى بحث مقارنة مع رأي فقهاء الشريعة الإسلامية لتبيين مواطن الائتلاف والاختلاف بينها.

- محاولة توجيه التشريعات الوضعية - لا سيما العربية منها - بضرورة مسايرة هذه الثورة العلمية والتقنية التي مست جميع مناحي حياة المسلم منها مسائل شؤون الأسرة ، وتدارك النقص

- إظهار اهتمام فقهاء السلف بالقضايا المرتبطة بالزواج وكذا المسائل الإرثية، ومدى حرصهم على دراستها والبحث عن حكم الشرع فيها .

- جمع آراء الفقهاء المعاصرين من المجاميع الفقهية أو الهيئات العلمية أو الفتاوى المتعلقة بالقرائن العلمية الحديثة ما أمكن في هذا البحث.

- المساهمة في إثراء المكتبة الفقهية والقانونية العربية في مجال الإثبات في قضايا الأسرة ، حتى يتسنى ويسهل الرجوع إليها من طرف المعنيين بمثل هذه الدراسات.

أضف إلى ما سبق يمكن لهذه الدراسة أن تكون مرجعا لقضاة شؤون الأسرة الذين قد تطرح عليهم قضايا من هذا النوع -على قلتها- إذ يجد فيها زخما من المعلومات الطبية والتقنية، وتحليلا وتحيينا للنصوص مع مقارنة بقوانين دول أخرى غربية أو عربية إسلامية، فيمكن أن يستند إلى مخرجات هذا البحث في ترسيخ قناعاته أو توجيهها أو تأكيدها للاهتمام إلى حكم صائب من خلال الرؤيا الشرعية والقانونية والعلمية التي بين يديه، كما يجد فيها رجل القانون باحثا أو طالبا أو محاميا مرجعا مهما يمكنه من الاهتمام إلى معرفة الحكم القانوني والشرعي للقضية أو المسألة محل البحث أو الدراسة.

وترتبا على ما سبق، يمكننا أن نثير إشكالية رئيسية مفادها: **ما مدى فعالية الإثبات بالقرائن العلمية الحديثة في مسائل الزواج والميراث ؟** وبعبارة أخرى: إلى أي حد يمكن عدّ القرائن العلمية الحديثة طريقا غير مباشر للإثبات في قضايا الزواج والميراث ؟ ويندرج تحت هذه الإشكالية قضايا وتساؤلات فرعية منها: ماهي حقيقة القرائن العلمية الحديثة؟ و ما مدى شرعية العمل بالقرائن العلمية الحديثة ؟ وما هي الضوابط الشرعية والفنية للعمل بها ؟ وهل يطبق عليها ما اتفق عليه الفقهاء في وسائل الإثبات المباشرة وفيما اختلفوا فيه ؟ أم أنها طرائق معاصرة تحتاج إلى تأصيل شرعي أكثر عمقا ؟ هل للقاضي سلطة اجتهادية في اتخاذ كل ما استجد من القرائن العلمية في الإثبات القضائي والحكم بمقتضاه، أم أن سلطته محدودة ؟ ما مدى تأثير التقدم العلمي والتكنولوجي على قضايا شؤون الأسرة في مجال نظام الإثبات ؟ وما موقف التشريعات المقارنة من الإثبات بالقرائن العلمية الحديثة في قضايا شؤون الأسرة ؟ وهل موقفها يتعارض مع الحكم الشرعي لهذه المستجدات والنوازل؟

وتقتضي الإجابة على الاشكالية الرئيسية للبحث والتساؤلات الفرعية تقسيم الدراسة إلى فصل تمهيدي وبابين:

الفصل التمهيدي : خصصناه لحقيقة الإثبات بالقرينة العلمية الحديثة (الماهية والأنواع والحجية)، وشروط الإثبات بالقرائن وسلطة القاضي في تقدير حجيتها في الإثبات.

الباب الأول : سلطنا الضوء فيه إلى بيان مجال تطبيق القرينة العلمية في قضايا الزواج ومن خلاله تم جلاء أثر القرائن الطبية والتقنية الحديثة في الإثبات في مقدمات الزواج وفي انعقاده والكشف عن أثر هذه القرائن في المسائل التي تثار بعد الزواج وفي آثاره.

الباب الثاني : تطرقنا فيه إلى بيان مجال تطبيق القرينة العلمية الحديثة في قضايا الميراث، ومن خلاله تم تناول إلى أثر ودور القرينة العلمية الحديثة في معرفة حقيقة وفاة المورث وتأثيرهما على أحكام الميراث، وعرض دور التقنية العلمية الحديثة في بيان حقيقة حياة الوارث ومدى تأثيرها على مسائل الميراث .



ومن أجل استقاء الموضوع حقه من البحث وتحقيق أهدافه المرجوة، استدعت طبيعة هذه الدراسة استخدام عدة مناهج، منها المنهج الاستقرائي لتتبع واستقراء النصوص الفقهية والقانونية والقضائية المتعلقة بشؤون الأسرة ونظامها بغرض الإلمام بعناصر الموضوع . كما استعنت بالمنهج الوصفي التحليلي الذي يمكن من دراسة واقع المستجدات العلمية من خلال الوصف الدقيق للمسائل والتقنيات المرتبطة بها، ثم تحليل ومناقشة أقوال العلماء أطباء كانوا أم فقهاء وتمحيص النصوص ومناقشتها وبيان الأساس الذي بنيت عليه بغرض الوصول إلى مقصودها ، كما اقتضى البحث أن نستخدم المنهج الاستدلالي وذلك بغرض عرض الأدلة، وذكر وجه الدلالة منها فيما يتعلق بموضوع الدراسة .

أضف إلى ذلك المنهج المقارن وذلك من خلال المقارنة بين آراء علماء السلف وآراء العلماء المعاصرين مع الإشارة إلى المسائل العلمية المستحدثة والأحكام التي صدرت في شأنها ومحاولة إيجاد التحريج الفقهي لها بناء على الأحكام الشرعية الصادرة في مسائل مشابهة لها من فقهاء السلف، ثم المقارنة بين الرأي الشرعي وبين موقف التشريعات الوضعية المقارنة الغربية والعربية حول دور تلك المسائل العلمية المستحدثة في الإثبات لا سيما في قضايا الزواج والميراث، ثم المقارنة بين موقف هذه التشريعات وبين ما جاء به المشرع الجزائري من أحكام.

غير إنه تجدر الإشارة أن طبيعة الموضوع تستدعي أحيانا التركيب بين عدة مناهج علمية للاستفادة منها بحسب ما يخدم البحث

وخلصت الدراسة في خاتمتها إلى نتائج وتوصيات

فصل تمهيدي

الإطار المفاهيمي للإثبات بالقرينة

العلمية الحديثة

تمهيد:

يعدّ نظام الإثبات من أهم المواضيع التي يعول عليها القاضي في التحقق من الوقائع المتنازع فيها، وبالتالي الفصل فيها صيانة لحقوق الناس من الضياع، ولقد أولت الشريعة الإسلامية لهذا الموضوع اهتماما كبيرا من حيث تنظيم أحكامه، والمتتبع لنصوص الكتاب والسنة النبوية يجد الكثير من القضايا تعتمد على نظام الإثبات كالفصل في القضايا المتنازع عليها عن طريق البينة ومن المعلوم أن البينة هي كل ما يبين الحق ويظهره وأهم البينات الشهادة والإقرار واليمين والكتابة فإذا لم تتوفر إحدى هذه البيانات المباشرة، فيمكن اللجوء إلى وسيلة أخرى غير مباشرة يستنبطها الفقيه أو القاضي أو ينص عنها الشارع أو القانون ويجعلها علامة ودليلا على الحق، وهي القرائن القوية والأمارات الظاهرة، ولكن بتجدد العصر تكثر الكشوفات العلمية الجديدة وتكتشف القرائن الحديثة التي ربما يتغير الحكم بوجودها، فاعتداده يعين على إيقاع الحكم الشرعي والقانوني محله، وبه تحفظ الأنفس والأعراض والأموال والنسل، ويحتفظ للمرء دينه، لذا يقتضي البحث عن ماهية هذه القرائن العلمية الحديثة وبيان مدى حجيتها كدليل غير مباشر في الإثبات مع إبراز سلطة القاضي في تقدير هذه الحجة.

وعطفا على ذلك، سنقسم هذا الفصل التمهيدي إلى ثلاثة مباحث، نعرض في (المبحث الأول): ماهية الإثبات بالقرينة العلمية الحديثة، ونبين في (المبحث الثاني): أنواع القرائن العلمية الحديثة وحجية الإثبات بالقرائن، ونتطرق إلى شروط الإثبات بالقرائن وسلطة القاضي في تقدير حجيتها في (المبحث الثالث).

المبحث الأول: ماهية الإثبات بالقرينة العلمية الحديثة

لقد اشتهر عند أهل العلم أنهم أجازوا للقاضي في سبيل الوصول إلى الحقيقة اتخاذ ما يراه مناسبا للوصول إلى الهدف المنشود ومنها الاستعانة بأهل الخبرة فيما يشكل عليه، ولعل أهم ما يستعين عليه القاضي للفصل في القضايا المعروضة عليه هي هذه المستجدات العلمية الحديثة التي ألقت بضلالها على نظام الإثبات، حتى عُدّت ضمن أهم القرائن التي يستأنس إليها ناظر الدعوى لترسيخ قناعة لتأسيس قضائه. وسنبين في هذا المبحث مفهوم الإثبات بالقرائن العلمية الحديثة وذلك في (المطلب الأول) ثم نتطرق إلى أهمية الإثبات بالقرائن العلمية الحديثة في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم الإثبات بالقرائن العلمية الحديثة:

الإثبات بالقرائن العلمية الحديثة مركب إضافي من أربع كلمات (الإثبات)، و(القرائن) و(العلمية) و(الحديثة) ولتعريف هذا المركب وجب تعريف ما تركب عنه لغة واصطلاحا:

الفرع الأول: تعريف الإثبات لغة واصطلاحا:

سنستطرق إلى تعريف الإثبات لغة (أولا)، ثم نتطرق إلى تعريفه اصطلاحا (ثانيا):

أولا-تعريف الإثبات لغة:

الإثبات مصدر أثبت، يقال أثبت الأمر: أي جعله ثابتا وثبت الأمر ثباتا وثبوتاً أي تحقق وتأكد واستقر، وأثبتته وثبته: أي عرفه حق المعرفة وأكدته بالبينات، وقوله ثابت، أي صحيح وأثبت الحق، أقام حجته¹ وثبت أيضا يعني: دوام الشيء²، فمادة: (ثَبَتَ) تفيد التحقق والمعرفة والتأكد.

¹ ابن منظور جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، باب التاء وفصل التاء، مادة (ثبت)، دار صابر، بيروت، لبنان، (د ط، د ت ن)، ج 2، ص 19.

² أحمد بن فارس بن زكريا أبو الحسين، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام هارون، باب التاء والتاء وما يثلثهما، مادة (ثبت)، دار الفكر للطباعة والنشر، (د ط، د م ن)، 1399هـ-1979م، ج 1، ص 399.

ثانيا- تعريف الإثبات في الاصطلاح :

لإعطاء تعريف للإثبات في الاصطلاح يجدر بنا التعرض لتعريفه لدى فقهاء الشريعة الإسلامية، ثم تعريفه لدى فقهاء القانون، وإن كان ليس ثمة فرق كبير بين معنى الإثبات اللغوي ومعناه في الفقه.

وجدير بالذكر أنّ الفقهاء القدامى لم يتطرقوا إلى الإثبات كمصطلح لكنهم تكلموا في كتبهم عن القضاء وأحكامه والبيّنات وأنواعها وسنورد بعض الاجتهادات الفقهية والقانونية في تعريف الإثبات، فيما يأتي:

1- تعريف الإثبات من الناحية الفقهية :

استعمل الفقهاء الإثبات بمعناه اللغوي وهو إقامة الحجة بحيث أطلقوه على معينين عام وخاص، فالإثبات بمعناه العام هو إقامة الحجة على حق أو واقعة من الوقائع سواء أكان أمام القضاء أم لا، وسواء كان عند التنازع أم قبله¹، وأما الإثبات بالمعنى الخاص هو "إقامة الحجة أمام القاضي بمجلس قضائه على حق واقعة ترتبت عليه آثارا شرعية"².

2- تعريف الإثبات قانونا :

وجدنا عدة تعريفات لشُرّح القانون لمصطلح الإثبات، وما يلاحظ عليها أنّها متقاربة ومتطابقة مع التعريفات الفقهية، نذكر منها: الإثبات هو: "إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها الشرع أو القانون على وجود واقعة قانونية ترتب آثارها"³، وعرفه السنهوري بأنه: "إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية ترتب آثارها"⁴، وهو أيضا: "تقديم الدليل المقبول أمام القضاء بالطرق المقررة على واقعة قانونية محل نزاع بين الخصوم"⁵.

ويتبين من خلال هذه التعريفات أن الإثبات بالمعنى القانوني هو "الإثبات القضائي الذي يقوم على أساس الدليل أمام القضاء، وبالطرق والوسائل المحددة قانونا على وقائع متنازع عليها، وهو يتطابق مع التعريف الفقهي الخاص ويختلف عن الإثبات بمعناه العام الذي لا يشترط أن يكون أمام القضاء، ولأنه يكون بطرق محددة".

ومعنى الإثبات الخاص من الناحية الفقهية والمفهوم القانوني هما محل دراستنا لأنه يحقق الغرض المقصود المراد شرعا، إذ يحقق العدل ويفصل النزاعات ويقطع الخصومات بين الأفراد الحالة أمام القضاء .

الفرع الثاني : مفهوم القرائن لغة واصطلاحا :

سننطلق إلى تعريف القرائن لغة (أولا) ، ثم نتطرق إلى تعريفها (اصطلاحا):

أولا: لغة: القرائن جمع قرينة على وزن فعيلة، بمعنى مفعولة وهي مأخوذة من المقارنة وهي الملازمة والمصاحبة، ومنه قوله تعالى: ﴿وَقَالَ قَرِينُهُ هَذَا مَا لَدَيَّ عَتِيدٌ﴾⁶ وقوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَعْشُ عَنْ ذِكْرِ الرَّحْمَنِ نُقَيِّضْ لَهُ شَيْطَانًا فَهُوَ لَهُ قَرِينٌ﴾⁷، ومعنى قول تعالى :

¹ مصطفى الزحيلي، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، دار البيان، دمشق، سوريا، ط 2، 1414هـ-1994م، ج 1، ص 22.

² الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، دار السلاسل، الكويت، من (1404هـ-1427هـ)، ط 2، ج 1، ص 232.

³ زياد عبد الحميد محمد أبو الحاج، دور القرائن الحديثة في الإثبات في الشريعة الإسلامية وتطبيقها في المحاكم الشرعية في قطاع غزة، قدمت استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في و الشرعي، غزة، 1426هـ-2005م، ص 4.

⁴ السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد " نظرية الالتزام بوجه عام " آثار الالتزام"، دار النشر للجامعات المصرية، مصر، د ط، 1956م، ج 2، ص 1413.

⁵ أحمد أبو الوفا، التعليق على نصوص قانون الإثبات، تحقيق : طلعت دويدار، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، د ط، 1994م، ص 239.

⁶ سور ق، الآية 23.

⁷ الزخرف، الآية 36

﴿فَهُوَ لَهُ﴾ أي ملازم ومصاحب له¹، والقرينة هي ما يدل على الشيء دون الاستعمال فيه حقيقة بل بمجرد المقارنة والمصاحبة² ويقال قرنت البعيرين أقرنهما قرنا جمعتهما في حبل واحد³.

وتمتت القرينة بهذا الاسم لأن لها نوعاً من الصلة بالشيء أو الأمر الذي يستدل بها عليه، ومما سبق من معان يدل على أن القرينة تقوم على المصاحبة.

ثانياً: اصطلاحاً :

سنبين تعريف القرينة في الاصطلاح الشرعي و في الفقه القانوني ثم تعريفها في التشريع الوضعي وفي القضاء :

1-التعريف بالقرينة في الاصطلاح الشرعي : لم يذكر الفقهاء القدامى تعريفات للقرينة وإنما استعملوا مصطلحات مرادفة للدلالة عليها، مثل الأمانة والعلامة، والسبب في ذلك وضوح المعنى المراد منها، وهي عند أصحاب العربية أمر يشير إلى المقصود أو يدل على شيء من غير الاستعمال فيه، تؤخذ من لاحق الكلام الدال على خصوص المقصود أو من سألقة كذلك⁴.

غير إن بعض الفقهاء المتأخرين قد تطرق إلى تعريفها، قد عرفها الإمام الجرجاني بأنها: "أمر يشير إلى المطلوب"⁵، وعرفها ابن الغرس أنها: "جملة طرق القضاء الدالة على ما يطلب الحكم به دلالة واضحة بحيث تُصَيِّرُهُ في حيز المقطوع به"⁶، أو هي: "الأمانة البالغة حد اليقين"⁷ أو هي ما يدل على المراد من غير كونه صريحاً⁸.

من خلال عرض تعريفات الفقهاء المتأخرين للقرينة نجد أن تعريف الجرجاني تعريف إجمالي غير مانع لأنه لم يقتصر على القرائن الشرعية وحدها، بل تضمن القرائن اللغوية والبلاغية⁹.

أما عند الفقهاء المحدثين، فكان لهم تعريفات مختلفة نختار منها :

عرفها الأستاذ مصطفى أحمد الزرقا بأنها: "كل أمانة تقارن شيئاً فقها فتدل عليه"¹⁰.

وعرفها الشيخ فتح الله زيد بأنها: "الأمانة التي نص عليها الشارع أو استنبطها أئمة الشريعة باجتهادهم أو استنتجها القاضي من الحادثة وظروفها وما يكتنفها من أحوال"¹¹

¹القرطبي، محمد بن أحمد الأنصاري أبو عبد الله، الجامع لأحكام القرآن "تفسير القرطبي"، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ذ ط، 1427هـ، 2006م.

² ابن منظور، المرجع السابق، باب النون، مادة (قرن)، ج 13، ص 331، ابن فارس، المرجع السابق، باب القاف، مادة (قرن)، ج 5، ص 76-77.

³ محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان ناشرون، مادة (قرن)، 1415هـ-1995م، ج 1، ص 560.

⁴ أندوزي رينيهارت بيتر آندوزي، تكملة المعاجم العربية، وزارة الثقافة للإعلام، العراق، ط 1، 2000 م، ج 8، ص 256، الزحيلي مصطفى، المرجع السابق، ص 486-487، ينظر أيضاً: أبو غابة خالد عبد العظيم، حجية الشهادة والقرائن بين الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية "دراسة مقارنة"، دار الكتب القانونية، مصر، ط 1، 2008 م، ص 66

⁵ علي بن محمد علي الجرجاني، التعريفات، ضبطه وصححه: جماعة من العلماء، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1403هـ-1983م، ج 1، ص 174.

⁶ زين الدين بن إبراهيم بن محمد الحنفي، المعروف بابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط 1، 1418هـ - 1997م، ج 5، ص 205.

⁷ مجلة الأحكام العدلية، جمعية المجلة، تحقيق: نجيب هوايني، الناشر كارخانة تجارت، ج 1، ص 205.

⁸ الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج 33، ص 156.

⁹ إبراهيم بن محمد الفائز، الإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي "دراسة مقارنة"، المكتب الإسلامي، بيروت، مكتبة أسامة، الرياض، ط 2، 1403هـ- 1983 م، ص 63.

¹⁰ مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم دمشق، سوريا، ط 1، د 1418هـ- 1998 م، ج 1، ص 918.

¹¹ فتح الله زيد، حجية القرائن في القانون والشريعة، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، القاهرة، مصر، 1359 هـ، ص 8.

وعرفها الشيخ عبد العال عطوة بأنها: " الأمانة الدالة على أمر خفي مصاحب لها بواسطة نص أو عرف أو سنة أو غيرها"¹.
 ما يلاحظ على هذه التعريفات أن جميعها وإن اختلفت في تراكيبها إلا أنها تدل على نفس المضمون و بأن القرينة هي علامة وأمانة تدل على الأمر المجهول المراد البحث عنه، فإذا كانت حادثة مجهولة يراد معرفتها فتقوم القرينة بالدلالة عليها، وهي لا تختلف عن المعنى اللغوي لأن هذه العلامات تصاحب الأمر المجهول فتدل عليه، أي تدل عليه لمصاحبتها له² ويؤخذ على تعريف فتح الله أبو زيد أنه أخفى حقيقة القرينة واقتصر على طرق ثبوتها .
 ويتضح -حسب رأي الباحث- أن تعريف الأستاذ **مصطفى أحمد الزرقا** للقرينة هو تعريف شامل وعام لمعنى القرينة، وعليه لا بد أن يتحقق في القرينة أمران³:

الأول : وجود أمر ظاهر معروف يصلح أساسا للاعتماد عليه .

الثاني: وجود صلة مؤثرة بين الأمر الظاهر والأمر الخفي وبقدر هذه الصلة يترتب عليها قوة دلالة هذه القرينة .

2-تعريف القرينة في الفقه القانوني والقانون: سببين تعريفها في الفقه القانوني ثم في بعض التشريعات الوضعية و القضاء:

أ-تعريف القرينة في الفقه القانوني: تعددت التعريفات المعطاة للقرينة فقد عرفها الأستاذ أحمد نشأت بأنها: " استنباط المشرع والقاضي لأمر مجهول من أمر معلوم لأنها تؤدي إلى ما يراد إثباته مباشرة "⁴.
وعُرفت بأنها: " استنتاج الواقعة المطلوب إثباتها من واقعة أخرى قام عليها دليل إثبات "⁵.

وعرفها السنهوري : " النتائج التي يستخلصها القانون أو القاضي من واقعة معروفة لواقعة مجهولة تجعل وجودها قريبا من الحقيقة بفعل الأولى "⁶، أو " أنها افتراض قانوني يجعل الأمر المحتمل أو الممكن وقوعه أمرا صحيحا على وقف ما هو متعارف عليه ومألوف في الحياة أو وفقا لما يرجحه العقل "⁷، **وهي أيضا :** " نتائج تستخلص بحكم القانون أو بتقدير القاضي من واقعة معلومة للاستدلال على أخرى غير معلومة "⁸.

بعد عرضنا لتعريف القرينة في الفقه القانوني نلاحظ أن كافة التعريفات السابقة للقرينة أجمعت على أن عملية الإثبات بالقرينة تقتضي وجود واقعتين إحداها مجهولة وهي المراد الكشف عنها أي إثباتها، وأخرى معلومة وهي التي تم الاستنباط منها ما يثبت الواقعة الأولى، وهذا الاستنباط إذا قام به القاضي فالقرينة قضائية أم إذا قام بها المشرع فالقرينة قانونية، وفي ضوء ما سبق يجتهد الباحث لوضع تعريف للقارئ بأنها " نتائج تستنبط مشروعيتها بحكم القانون أو بتقدير القاضي من وقائع معلومة معروفة يتم الاستنباط منها للتوصل لإثبات واقعة غير معلومة "

¹ ينظر : إبراهيم بن محمد الفائز، المرجع السابق، ص 63.

² إبراهيم عبد الرؤوف صلاح، القرائن الطبية المعاصرة في الأحوال الشخصية " دراسة فقهية معاصرة"، رسالة ماجستير في القانون المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، 1439 هـ-2018 م، ص 8.

³ ينظر : مناهج جامعة المدينة العالمية، السياسة الشرعية، جامعة المدينة العالمية، المدينة المنورة، السعودية، (د ط، د ت)، ص 837.

⁴ نشأت أحمد، رسالة الإثبات، مطبعة الاعتماد، مصر، ط 6، د ت ن، ج 2، ص 135.

⁵ الشهاوي قدرى عبد الفتاح، نظرية الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط 1، 2006م، ص 214.

⁶ السنهوري عبد الرزاق، المرجع السابق، ج2، ص 328-329.

⁷ سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، د ط، 1986م، ص 387 .

⁸ السمروط وسام أحمد، القرية وأثرها في إثبات الجريمة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، د ط، 2007 م، ص 157.

ب- تعريف القرائن في التشريع الوضعي: سنعرض بعض القوانين التي تطرقت في نصوصها إلى تعريف القرينة : كالمشرع الفرنسي الذي عرف القرائن في المادة 1449 من القانون المدني الفرنسي بأنها " نتائج يستخلصها القانون أو القاضي من واقعة معلومة لمعرفة واقعة مجهولة "1.

وهذا التعريف الذي أورده المشرع الفرنسي يتطابق تماماً مع التعريفات التي جاء بها فقهاء القانون وشراحه، وهو تعريف صحيح في الإجراءات المدنية فالإثبات بالقرائن يفترض تغيير محل الإثبات فبدلاً من أن يرد الإثبات على الواقعة ذات الاهتمام في الدعوى المدنية يرد على واقعة أخرى مختلفة، ولكن يشترط أن يكون بين الواقعتين صلة سببية منطقية بحيث يمكن وفقاً لقواعد الاستنباط المنطقي أن يُستنبط منها دليل للإثبات 2 .

أما التشريعات العربية نجد أن أغلبها اكتفت ببيان مصدر القرائن وحجبتها وأنواعها، وبأنها تغني عن الإثبات بأية طريقة أخرى من طرق الإثبات، فمثلاً قانون البينات الأردني رقم 30 لسنة 1952³ المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 16 لسنة 2005 على القرائن القانونية بموجب نص المادة 40 منه⁴ وفي المادة 43 من نفس القانون على القرائن القضائية⁵، وكذلك المشرع الكويتي فإنه لم يضع تعريفاً للقرينة في قانون الإثبات لسنة 1980 بل تطرق إلى أنواعها وجمع بينها في مادة واحدة وهي المادة 52 من قانون إثبات كويتي إذ تنص على أن "القرائن التي ينص عليها القانون تعني من تقررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي ما لم يوجد نص بغير ذلك وللقاضي أن يستنبط قرائن أخرى للإثبات وذلك في الأحوال التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود " 6، وهو ما نص عليه أيضاً قانون البينات السوري لعام 2014 م⁷ بموجب المادة 87 منه 8 .

في حين نجد المشرع العراقي قد تطرق إلى القرينة القانونية بموجب المادة 98 من قانون 107 لسنة 1979 المتعلق بقانون إثبات عراقي بالقول " أولاً -القرينة القانونية هي استنباط المشرع أمر غير ثابت من أم ثابت ثانياً -القرينة القانونية تعني من تقررت لمصلحته عن أي دليل آخر من أدلة الإثبات" ونص على القرينة القضائية في نص المادة 102 : " أولاً - القرينة القضائية هي استنباط

¹ المادة 1449 من الأمر رقم 94-653 المؤرخ في 1994/06/29 المتضمن تعديل القانون المدني الفرنسي، (الجريدة الرسمية الفرنسية الصادرة بتاريخ 1994/07/30) المعدل والمتمم بالقانون رقم 04-800 الصادر بتاريخ 2004/02/06م، (الجريدة الرسمية الفرنسية الصادرة بتاريخ 2004/08/07م، ص 14040).

² عطية عزمي عبد الفتاح، مستجدات قانون المرافعة الكويتي الجديد والقوانين المكمل له " قانون الإثبات و قانون تنظيم الخبرة "مجلة الحقوق، جامعة الكويت، القسم الأول، مجلد 8، ع 1، د ن، ص 199 .

³ القانون رقم 30 لسنة 1952 المتعلق بقانون البينات الأردني (الجمهورية الأردنية الهاشمية، ج ر ع : 1108 الصادرة بتاريخ : 1952/5/17 ص 200، معدل ومتمم بالقانون رقم 16 لسنة 2005) : دخل حيز التنفيذ ابتداء من تاريخ 2005/06/01.

⁴ تنص المادة 40 من قانون البينات الأردني، المرجع السابق، : "القرينة التي ينص عليها القانون تعني من تقررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طلاق الإثبات على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي ما لم يوجد نص بغير ذلك "

⁵ ينظر المادة 43 من قانون البينات الأردني، المرجع نفسه .

⁶ المادة 52 من مرسوم القانون رقم 39 لسنة 1980 صادر بتاريخ 20 رجب 1400هـ الموافق له 04/يونيو 1980 بإصدار قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية الكويتي (جمهورية الكويت، ج ر ع : 1307 بتاريخ 25 يونيو 1980 ص 21).

⁷ قانون البينات السوري لعام 2014 م المعدل والمتمم للقانون 359 لسنة 1947 م الصادر بتاريخ 10/06/1947م

⁸ تنص المادة 87 من قانون البينات السوري، المرجع نفسه: "القرائن التي ينص عليها القانون تعني من تقررت هذه القرينة لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك "

القاضي أمرا غير ثابت من أم ثابت لديه في الدعاوى المنظورة -ثانيا : للقاضي استنباط كل قرينة لم يقررها القانون وذلك في نطاق ما يجوز إثباته بالشهادة"¹.

أما المشرع الجزائري وعلى غرار باقي التشريعات العربية لم يعرف القرينة في القانون المدني الجزائري² بوجه عام بل تطرق فقط إلى تعريف القرينة القانونية في المادة 337³ من القانون المدني، ونص على القرينة القضائية بموجب المادة 340 من نفس القانون، تعريف الإثبات بالقرائن: من خلال التعريفات السابقة للإثبات والقرينة يمكن استخلاص تعريف الإثبات بالقرائن بعدة لفظا مركبا بأنه " النتيجة التي يقرها القانون أو يستخلصها القاضي أثناء السير في الدعوى من وقائعها وملابساتها وظروفها فتمثل دليلا يمكن الاستناد إليه لثبوت الحق وانتهائه"⁴.

-معنى القرينة في القضاء :يمكننا أن نذكر تعريفين :

الأول : عرفت محكمة التمييز الأردنية القرائن بقولها : " تعد القرينة استنباط واقعة مجهولة من واقعة معلومة، وهي من أدلة الإثبات المقبولة في المسائل المدنية والجزائية"⁵.

والثاني : عرفت محكمة التمييز الكويتية القرائن بأنها : " استنتاج واقعة مطلوب إثباتها من واقعة أخرى قام عليها الدليل"⁶.

الفرع الثالث :تعريف "العلمية " لغة واصطلاحا :

سنبين (أولا) تعريف لفظه "العلمية" لغة ثم في نتطرق إلى تعريفها اصطلاحا(ثانيا):

أولاً:لغة: العلمية أصلها من العلم و العلم : نقيض الجهل، وعلم عِلْمًا، ورجل عالمٌ وعليمٌ، وعلم الأمر وتعلمه : أتقنه، وعلمت الشيء بمعنى عرفته وخبرته⁷، وجاء في المعجم الوسيط : تعلم الأمر : أتقنه وعرفه، والعلامة : الأعلومة : ما يُنصب في الطريق فيُهتدى به، وفي الطب : ما يكشفه الطبيب الفاحص من دلالات المرض، والعلم : إدراك الشيء بحقيقته - واليقين - نور يقذفه الله في قلب من يحب، وقيل العلم: يقال لإدراك الكلّي والمركّب والمعرفة تقال لإدراك الجزئيّ أو البسيط، ويطلق العلم حديثا على العلوم الطبيعية التي تحتاج إلى تجربة ومشاهدة واختبار: كالكيمياء والفلك والرياضيات والجيولوجيا والطب والبيطرة وما إليها⁸.

¹المادة 98 و 102 من قانون 107 لسنة 1979 الصادر بتاريخ : 15/08/1979 م المتعلق بقانون الإثبات العراقي، المعدل بموجب القانون الأول لتعديل قانون الإثبات رقم 46 لسنة 2000 م الصادر بتاريخ 13/07/2000 م .

²الأمر رقم: 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975م، والمتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 13 جمادى الأولى 1426هـ الموافق لـ: 20 يونيو 2005م، (الجمهورية الجزائرية، ج ر السنة 42، ع 44 بتاريخ : 19 جمادى الأولى 1426هـ الموافق لـ 26 يونيو 2005م).

³تنص المادة 337 من القانون المدني الجزائري : "القرينة القانونية تعني من تقرر لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات، على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك " .

⁴ محمد أحمد سويلم، حجية الإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي والنظام السعودي وضوابطه، بحث مقدم لمؤتمر القرائن الطبية المعاصرة وآثارها الطبية جامعة الإمام بن سعود الإسلامية، الرياض، السعودية، 1435هـ.

⁵ محكمة التمييز الأردنية، تمييز حقوق رقم : 2000/49 بتاريخ : 21/03/2000، منشورات مركز عدالة، و تمييز حقوق رقم 636/2006 بتاريخ 25/07/2006 منشورات مركز عدالة .

⁶ محكمة التمييز الكويتية ، تمييز حقوق رقم : 2001/1131 بتاريخ : 15/09/2001، مجلة الفتوى والتشريع، ع 4، 2002م، ص 175.

⁷ابن منظور، المرجع السابق، باب الميم ، مادة (علم)، ج 12، ص 417-418.

⁸إبراهيم أنيس، عبد الحليم منتصر، عطية الصوالحي، محمد خلف الله أحمد، المعجم الوسيط، باب العين (مادة علم)، مكتبة الشروق الدولية ، مصر، ط 04، 2008م، ص 624.

ثانياً: في الاصطلاح: العلم يعني " الاعتقاد الجازم المطابق للواقع، وقال الحكماء حصول صورة الشيء في العقل والأول أخف من الثاني وقيل: العلم هو " إدراك الخفاء من المعلوم"، والعلم مفهوم عام يشمل النظريات والتطبيقات العلمية للمعارف المنظمة التي تم جمعها واكتشافها وتطويرها، ومن تطبيقاته العلمية التي ظهرت في العصر الحالي الوسائل العلمية الحديثة¹.

الفرع الرابع: تعريف "الحديثة" لغة واصطلاحاً:

سنبين (أولاً) تعريف لفظة الحديثة لغة ثم في تنطرق إلى تعريفها اصطلاحاً(ثانياً)

أولاً: تعريف الحديثة لغة : جاء في لسان العرب: الحديث نقيض القديم، وحَدَّثَ الشيء مُحَدِّثٌ خُدُونًا وَحَدَاثَةً، والحَدَّثُ : الأمر المنكر الذي ليس بمعتاد ولا معروف، واستحدثت خبراً أي وجدت خبراً جديداً، والحديث : الجديد من الأشياء²، وجاء في المعجم الوسيط : حَدَّثَ خُدُونًا وَحَدَاثَةً : نقيض قَدَّمَ، وأحدث الشيء : ابتدعه وأوجده، استحدثته أحدثه وعدّه حديثاً، والمحدثُ : ما لم يكن معروفاً³.

ثانياً: تعريف الحديثة اصطلاحاً: هي: "كل ما كان من واقع عصرنا وزماننا"⁴.

تعريف القرينة العلمية الحديثة :

لم أجد -في حدود علمي- تعريفاً محدداً لتعريف القرينة العلمية الحديثة بوصفه لفظاً مركباً إلا أنني وجدت بعض التعريفات التي يمكن اعتمادها نذكر منها:

إنها: "الأمارات العلمية الكائنة في عصرنا الراهن الذي نعيش فيه وهو العصر الحديث حيث ظهرت هذه القرائن في خضم التقدم العلمي والتطور الفني، ولم تعرف من قبل وتحتاج إلى حكم شرعي وقانوني وهي من مستجدات هذا العصر"⁵.

أو هي: "الأمارات الطبية التي تمكن المختص استنباط الحكم منها بتأمله ظروف الدعوى المعروضة كعرفة فصيلة الدم والبصمة الوراثية ونحوها"⁶.

ويمكن القول أن القرائن العلمية الحديثة هي: "الأمارات العلمية والتقنية التي تقارن شيئاً خفياً وتدل عليه، وتستعمل للاستدلال بالأمور الحاصلة في القضايا المتخاصم فيها (أمور مجهولة) لترجيح جانب أحد طرفي الخصومة عند عدم امتلاك المدعي بينات واضحة أصيلة".

وأما الإثبات بالقرينة العلمية الحديثة فيمكن تعريفه على أنه: "استخدام تقنيات الطب الحديث وتكنولوجيا الاتصالات لاستنباط نتائج ظاهرة لواقعة خفية" أو أنه "استخدام وسائل التقنية الحديثة للوصول إلى نتائج ظاهرة تلازم أمراً خفياً تجليه وتدل عليه"، أو هو "استخدام الوسائل الحديثة للكشف عن أمر مجهول لازمه شبهة"⁷.

¹ الفيومي أحمد بن علي المقري، المصباح المنير، مطبعة الأميرية، مصر، ط 3، د ت ن، ج 1، ص 91.

² ابن منظور، المرجع السابق، باب (الثاء) مادة (حدث)، ج 2، ص 130 وما بعدها.

³ إبراهيم أنيس، عبد الحليم منتصر، عطية الصوالحي، محمد خلف الله أحمد، المرجع السابق، باب العين (مادة علم)، ص 160.

⁴ صلاح الدين طلب فرج، إثبات عيوب النكاح بالوسائل الطبية المعاصرة وأثره على عقد الزواج، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية غزة، فلسطين، د ط، د ت ن، ص 20.

⁵ صديق مروج، القرائن الطبية المعاصرة وآثارها الفقهية، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية تخصص فقه وأصوله، كلية العلوم الإسلامية، 1441هـ-1442هـ، 2020م-2021م، ص 11.

⁶ محمد بن عبد العزيز بن محمد العقيل، إثبات الأهلية النفسية والعقلية بالقرائن الطبية، بحث مقدم إلى مؤتمر القرائن الطبية المعاصرة جامعة الإمام بن سعود الإسلامية، الرياض، السعودية، 1435 هـ، ص 16.

⁷ الحربي عوض حميدان نافع، التأصيل العلمي بحث مقد إلى مؤتمر القرائن الطبية المعاصرة، جامعة الإمام بن سعود الإسلامية، الرياض، السعودية، 1435هـ، ص 4.

المطلب الثاني: أهمية الإثبات بالقرائن العلمية الحديثة :

للإثبات القضائي أهمية بالغة في الحياة العملية، إذ كان كل إداء أمام المحاكم يكون واجب الإثبات ولا قيمة للحق المدعى به ما لم يقدّم الدليل على الحادث المنتج له، قانونياً كان هذا الحادث أو مادياً¹.

ولذلك فإن القوانين اهتمت بالإثبات وحددت الوسائل التي يقوم عليها الدليل أمام القاضي، وهي عادة ما تكون من صنع المتقاضين أنفسهم يعدونها مسبقاً، ويلجؤون إليها لإثبات التصرفات التي تكون مصدر حقهم المباشر، إذا ما ثار حولها النزاع وهذا ما يعرف بالإثبات المباشر الذي يتم بالكتابة وشهادة الشهود غير إن هذه الوسائل لا تكفي وحدها من الناحية العملية لتغطية جميع حالات الإثبات خاصة عند استحالة تقديمها إما لعدم إعدادها أصلاً من طرف الخصوم، وإما لتعلق النزاع الواقعة مادية لا يمكن تجهيز دليلها مسبقاً².

ومن أجل تجنب المتقاضين مشقة الإثبات المباشر عند عدم توفر وسائله فإن التشريع لجأ إلى تهذيب عملية الإثبات، فحول الإثبات من المباشر إلى غير المباشر الذي يستند إلى تحويل محل الإثبات إلى واقعة أخرى قرينة ليست نزاع ليستخلص منها ثبوت الواقعة الأصلية محل النزاع معتمداً في ذلك على عنصر الاستنباط وعلى عنصر الترجيح³.

وستتطرق إلى أهمية الإثبات بالقرائن عموماً في (الفرع أول)، ثم نبين أهمية الإثبات بالقرينة العلمية الحديثة خصوصاً في (الفرع الثاني):

الفرع الأول: أهمية الإثبات بالقرائن عموماً:

للقرائن أهمية كبرى في الإثبات ذلك أن بعض الوقائع يستحيل أن يرد عليها إثبات مباشر فإذا اقتصرنا على أدلة الإثبات المباشرة تعطلت أكثر الدعاوى وضاعت الحقوق، ويقول ابن قيم الجوزية: "والحاكم إذا لم يكن فقيه النفس في الأمارات ودلائل الحال، ومعرفة شواهد في القرائن الحالية والمقالية كفقهه في جزئيات وكليات الأحكام، أضاع حقوقاً كثيرة على أصحابها وحكم بما يعلم الناس بطلانه، ولا يشكون فيها، اعتماداً منه على نوع ظاهر، لم يلتفت إلى باطنه وقرائن أحواله"⁴.

وقال أيضاً: "ولم يزل حُذِّق الحكام والولاة يستخرجون الحقوق بالفراسة والأمارات، فإذا ظهرت لم يقدموا عليها شهادة خالفتها، ولا إقراراً...، وقال حاكم أم والٍ اعتنى بذلك، وصار له منها ملكةٌ إلا وعزف المحقُّ من المبطّل، وأوصل الحقوق إلى أهلها"⁵.

ثم يظهر الدور الذي تلعبه القرينة القانونية في الإثبات حيث تُعدّ من أدلة الإثبات غير المباشرة أو المهيأة من قبل المشرع، والتي يتوصل من خلالها إلى إثبات واقعة مجهولة بالاعتماد على أخرى معلومة مستنداً في ذلك إلى ما هو مألوف في الحياة⁶.

وهنا يبرز دور القرينة في الإثبات وتظهر أهميتها كوسيلة من وسائل إثبات الحقوق، وقد حظيت نظرية الإثبات باهتمام بالغ على الصعيدين المدني والجزائي في كل من الفقه الإسلامي والنظام الوضعي، ولأهميتها يقال "إن الحق المجرد من دليله يصبح عند المنازعة فيه هو والعدم سواء"⁷.

¹ موسى خالد، طرق الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار السماح للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، ط 1، 2004 م، ص 12.

² قاسم محمد حسن، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط 1، ص 24.

³ صرخوه يعقوب يوسف، أحكام الإثبات في القانون الكويتي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، مجلد 15، ع 2، ص 96.

⁴ ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تحقيق: محمد جميل غازي، مطبعة المدني، القاهرة، مصر، (د ط، د ن)، ص 6.

⁵ المرجع نفسه، ص 36.

⁶ شكري محمود داود السليم، القرينة القانونية ودورها في التفريق القضائي، مجلة الرافدين، بغداد، العراق، مجلد 11، ع 41، 2009 م، ص 51.

⁷ حميدان بن عبد الله الحميدان، أحكام المرافعات في الفقه الإسلامي وتطبيقها المعاصر في المحاكم الشرعية في المملكة العربية السعودية، (د ن، د م ن، د ط)، 1420 هـ، ص 193.

وتكمن أهمية الإثبات بالقرائن أيضاً في حالة عدم وجود دليل صريح في الدعوى، بل تكون هناك مجموعة من الأمارات والقرائن والتي يمكن الأخذ بها بالضوابط القانونية من أجل صيانة الحقوق ولضمان قيام القاضي بوظيفة الفصل في الخصومات وتحقيق العدالة، إذ أن قواعد الإثبات تهدف عموماً إلى كشف الحقيقة التي تتجسد في مظهرها النهائي في الحكم الذي يصدره القاضي في الدعوى المعروضة عليه وهو ما يعبر عنه (بالحقيقة القضائية)، وتساعد على بلوغ درجة اليقين دون مصادرة الفكرة في الاقتناع بأدلة الإثبات المتوفرة لديه في الدعوى¹.

وقد يظن كثير من الناس أنه لا حاجة إلى القرائن ما دام يمكن أن تقوم مقامها الوسائل المباشرة كالشهادة أو اليمين مثلاً، فإذا عجز المدعي عن إقام البينة ولم يقر المدعى عليه توجّه إليه اليمين ويُحسم الأمر ولكن لتصور -مثلاً- لو أن المدعي صادق ووثاق في حقه ولكن لا بينة له تصدّقه والمدعى عليه جاحدٌ مصرٌّ على الإنكار مجتزئ على اليمين، فهل يعقل أن يحرم المهضوم حقه رغم أن كل القرائن وشواهد الحال تشهد بصدق المدعي².

وفي عصر العلم الذي نعيشه صارت أهمية القرائن أكبر من ذي قبل، نظراً لتقدم العلوم وظهور الاكتشافات والتحكم في التقنيات الحديثة حتى أمكن الوصول إلى قرائن تكاد تكون في حيز القطع واليقين، ما دامت متفقة ومنسجمة مع أحكام الشرع، وبالتالي يصير حكم القاضي في الدعوى مظهرًا للحكم الشرعي لا منشأً له³.

لذا ذهب البعض بعدها نوعاً من أنواع البينات القانونية وهذا ما يؤكد قرار محكمة التمييز الأردنية بالقول "ليس في أحكام قانون البينات ما يُسعف المحكمة في تصنيف القرائن إلى قرائن ترقى إلى مرتبة البينة القانونية، وأخرى لا ترقى إلى ذلك، فالقرائن هي بحكم المادة 02 من هذا القانون⁴ نوع من أنواع البينات القانونية، فإذا وجدت في الدعوى فهي وسيلة إثبات مقبولة قانوناً"⁵.

إذن فالقرائن بصفة عامة والقانونية منها - خاصة - من وسائل الإثبات المعول عليها، فهي في حقيقتها عملية استنتاج فكري، وتُعَدّ من أدق وسائل صياغة القواعد القانونية، إذ تؤدي دوراً في إثبات الحقوق والمراكز القانونية، وكما تؤدي دوراً في إقامة القواعد القانونية سواء من ناحية بنائها أو من ناحية مبررات وجودها⁶.

ولذا فهي تضاف إلى وسائل الإثبات التي عمدت كافة القوانين إلى الاعتراف بها لتشكّل مع باقي الوسائل الأخرى طريق الاهتداء إلى الحق، لأن الحق الذي لا يقدر صاحبه عن إثباته وإظهاره يصبح في حكم المعلوم، حيث تواترت أقوال الفقهاء: "على أن الدليل هو قوة الحق" أو "أنّ ما لا دليل عليه هو والعدم سواء" وأنه "يستوي حق معدوم وحق لا دليل عليه"⁷.

وتعد القرينة كذلك وسيلة من وسائل دحض الدعوى أو التهمة كالبكارة في المرأة فهي وسيلة لدفع جريمة الزنا وهذا متفق عليه بين الفقهاء لأنه يستند إلى أصول الشريعة ومنطق العقل، يقول ابن قيم الجوزية "فالشارع لم يبلغ القرائن والأمارات ودلالات الأحوال بل من استقرأ الشرع في مصادره وموارده وجده شاهداً لها بالاعتداد مرتباً عليه الأحكام"⁸.

¹ عبد الله علي فهد العجمي، دور القرائن في الإثبات المدني، دراسة مقارنة بين القانون الأردني والكويتي، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، (د م ن)، 2011 م، ص 22.

² إبراهيم محمد الفائز، المرجع السابق، ص 125.

³ نصر فريد واصل، نظرية الدعوى والإثبات في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، د ط، 1979 م، ص 9.

⁴ المادة 02 من قانون البينات الأردني، المرجع السابق

⁵ محكمة التمييز الأردنية، تمييز حقوق رقم: 1981/189 م بتاريخ: 1981/06/09، منشورات مركز عدالة .

⁶ سمير تناغو، المرجع السابق، ص 388-389.

⁷ سليمان مرقس، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري "مقارنة بتقنيات سائر البلاد العربية"، عالم الكتب، القاهرة، مصر، د ط، 1986 م، فقرة 01.

⁸ ابن قيم الجوزية، المرجع السابق، ص 18.

وتتجلى أهمية القرائن في الإثبات في جميع الدعاوى مالية كانت أم جنائية أم تجارية، وأيضا وتتجلى أهميتها في إثبات مسائل شؤون الأسرة بعدّها من أهم وسائل الإثبات غير المباشرة كون المشرع يعتمد عليها لتحقيق مصلحتين : مصلحة قضائية إذ تسمح بإقامة الدليل أمام القضاء، ومصلحة اجتماعية هي المحافظة على حقوق الأفراد من الضياع¹، إذ تمتد لتشمل الحقوق الناشئة عن الرابطة الزوجية وآثارها كالنسب والميراث، ولعلّ ما يعزز على هذه الأهمية هي أن بعض التشريعات العربية اعتدّت بما ضمن وسائل الإثبات كنظام المرافعات الشرعية السعودي الجديد لعام 1435هـ² أين رتب المنظم (المشرع) السعودي إلى جانب قواعد الإثبات الإجراءات الشكلية التي يجب بياؤها في الإثبات، وقد ذكر الإقرار ثم اليمين ثم الشهادة ثم بينة الخبير ثم الكتابة³ (المحررات الرسمية والعرفية) واختتمها بالقرائن التي هي مقصود الدراسة والبحث .

وليس أدل على أهمية القرائن من أن التشريع الجزائري قد عدّها كذلك ضمن وسائل أو طرق الإثبات فبالرجوع إلى القانون المدني الجزائري نجد أن المشرع قد نص على وسائل الإثبات في الباب السادس مقسمة على خمسة فصول على التوالي شملت الإثبات بالكتابة فالشهود فالإقرار ثم اليمين وعدّ القرائن في الفصل الثالث ضمن المواد من 337 إلى 340⁴.

مما يدل على عدّها من قواعد الإثبات وما لها من تأثير في الدعاوى والخصومات، إذ تعد دليلا غير مباشر في الإثبات وتستند إلى نص قانوني ملزم للخصوم وللقضاة، وقد وضعها المشرع لعدة مبررات منها حماية الصالح العام والتخفيف من عبء الإثبات المباشر واستقرار المعاملات .

الفرع الثاني: أهمية الإثبات القرائن العلمية الحديثة خصوصا:

تعدّ الأدلة العلمية الحديثة أحد أهم نتائج الاكتشافات العلمية والتكنولوجية والبيولوجية الحديثة، إذ تتمتع بالدقة والموضوعية المستمدة من أسسها العلمية المختلفة في الكشف عنها، والتي تجعلها تكاد تكون قاطعة وجازمة في قوتها الدلالية والإقناعية بوصفها الشاهد الصامت في الدعوى لا يكتب ولا يخطئ ولا يجمال، مما يدفع القاضي المدني (قاضي شؤون الأسرة) إلى تقديمها عن بقية الأدلة الأخرى عند تكوين قناعته الوجدانية منها حتى تكون الأحكام الصادرة عنه مبنية على الجزم واليقين المطلوبين .

وتختلف القرينة العلمية عن بقية القرائن والأدلة بأنها الوسيلة التي يكون مصدرها رأي علمي حول تقدير مادي أو قولي كالخبرة التي تتمثل في تقارير فنية مختصة يصدر عن أهل الاختصاص بشأن رأيه التقني العلمي في وقائع معينة، فهي تقدير علمي في الواقعة معينة بناء على معايير علمية، والقاضي يلمس هذه الواقعة المعلومة من خلال التقدير الفني لها ومن سلطته في تقدير رأي الخبير في فصل إلى تكوين قناعته بشأن إثبات الواقعة المجهولة⁵ .

فالوسائل العلمية الحديثة واستخدامها في مجال العمل القضائي يجعل العلمية الإثباتية مرنة، قابلة للتجديد والتطور، فالتقدم في مجال العلوم الطبية والكيميائية ووسائل الاتصال يقتضي منا التطور لمواكبتها، فنأخذ منها ما يحقق النتائج التي نرجوها خاصة في مجال الإثبات القضائي بشرط ألا تتعارض مع القواعد الفقهية والمقاصد الشرعية⁶.

¹ السنهوري عبد الرزاق، المرجع السابق، ج2، ص 328-329

² نظام المرافعات الشرعية السعودي الجديد، الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم (11) بتاريخ : 1435/01/08 هـ، والمصادق عليه بالمرسوم الملكي الكريم رقم (م/1) بتاريخ : 1435/01/22 هـ.

³ شكري محمود داود السليم، المرجع السابق، ص 97.

⁴ المواد 337 إلى 340 من القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

⁵ فاضل زيدان محمد، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة "دراسة مقارنة"، دار الثقافة للنشر، عمان، الأردن، ط 1، 2014 م، ص 138.

⁶ السمروط وسام أحمد، المرجع السابق، ص 241.

وحقائق العلوم التجريبية هي حقائق شرعية، وأن الأحكام الظنية -وإن كانت مبنية على أدلة شرعية- فإنها تسقط إذا شهد بنقيضها أدلة عقلية أو حسية، وتتعزز وترقى إلى درجة القطع واليقين، إذا شهد لها العقل أو الحس بالصحة، كما إنّ لها دور في الترجيح بين الأدلة الشرعية الظنية، والحقائق العلمية القطعية عند التعارض¹.

ويكتسي الدليل العلمي عامة حجية مميزة في الإثبات، ومن مجالات العمل بهذه القاعدة مجال البينات والوسائل القضائية، فالأصل أن الحقيقة العلمية التجريبية التي شهد لها الحس أو العقل شهادة يقينية ونتائجها ذات دلالة قطعية أنتجتها الفحوص العلمية الدقيقة للآثار المادية،² وهو ما يجعل القاضي في حالة تأسيس اقتناعه بهذا الدليل، قد تحرى القطع واليقين في حكمه، الأمر الذي تتسارع فيه الأخذ بالأدلة العلمية في الإثبات منفردة، دون تقريرها بأدلة أخرى كدليل البصمة مثلاً .

فالقرائن العلمية الحديثة تتميز بالمرونة فهي تتخذ أشكالاً متعددة وتتطور في كل لحظة، فتزداد فيها القطعية والدقة وتضاف إليها المصادقية واليقين، فمثلاً نتائج التحاليل المخبرية تتولاها أجهزة طبية في غاية الدقة والتصميم موصولة بأجهزة الحاسوب الالكترونية، ويشرف عليها خبراء ذوو كفاءة علمية عالية، وبما أنّ عدداً من النزاعات يمكن حسمها عن طريق القرائن العلمية الحديثة فإنه يتعين على القضاة العناية بها والالتفات إليها، إذ لم تُعد بالتردد والغموض الذي كان يكتنفها لدى الفقهاء قديماً، إذ أضحت يقينية المصدر قطعية نتائجها تعطي الاطمئنان والتسليم، والقضاء استناداً إليها لا يحتاج إلى قرائن أخرى معززة لها وبالتالي يمكن أن تكون هي الفيصل في كثير من المسائل المعروضة أمامه³.

والقاضي عند تقديره للأدلة العلمية لا يناقش القيمة العلمية للدليل، لأنه مبني على أسس علمية دقيقة كشفت عنه الوسائل الحديثة والتكنولوجيا المتطورة، إلا أن القرائن العلمية ليست حجيتها بنفس القيمة اليقينية في دلالتها، فالقرينة العلمية تجسد الحقيقة الواقعة أمام المحكمة تأكيداً لا يدخل في حقيقتها شك فنُفَع بالحقيقة الواقعة كما دلّت عليه القرينة⁴.

ويمكن أن نلخص أهمية الإثبات بالقرائن العلمية الحديثة في فيما يأتي :

-إنها تعمل على تحديد الواقعة محل الإثبات وعلى وجه الخصوص ما كان خفياً منها، ويصعب الاطلاع عليه.
- أنها تقطع الخلاف وتفصل الأمر في إثبات واقعة ما أو نفيها من خلال المعلومات والتقارير الطبية المعتمدة على خبرة الطبيب في تحليل المعلومات والبيانات .

-فيه حفظ للحقوق، وصيانة لها من الاعتداء، وبذلك تتحقق مقاصد الشرع .
-فيه تسخير للتقنية العلمية الحديثة للكشف عن مختلف والنوازل المستجدة في زمننا هذا والتي لم يتعرض لها الفقهاء القدامى لعدم وقوعها في عصرهم وبالتالي فإنها تحتاج إلى حكم شرعي ومن ثم إبداء الموقف القانوني منها .

المبحث الثاني: أنواع القرائن العلمية الحديثة وحجية الإثبات بها:

تُقسّم القرائن بصفة عامة والقرائن العلمية الحديثة بصفة خاصة بالنظر إلى عدة جوانب وهذا التقسيم يؤثر على مدى حجيتها في الإثبات قوة وضعفاً، سواء في الفقه الإسلامي أو في القوانين الوضعية.

لذا سنتطرق إلى أنواع القرائن العلمية الحديثة في (المطلب الأول)، ثم نبين حجيتها في الإثبات في (المطلب الثاني) :

المطلب الأول: أنواع القرائن العلمية الحديثة:

¹ صديق مروج المرجع السابق، ص 54 .

² سفيان بن عمر بورقعة، المرجع السابق، ص 365-367.

³ عبد الرحمن أمين، إثبات الحقوق المالية بالقرائن الطبية المعاصرة، من أعمال المؤتمر الدولي للقرائن الطبية المعاصرة وآثارها الفقهية، 1435هـ-2014م، ص 21.

⁴ إيمان محمد علي الجابري، يقين القاضي الجنائي، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر د ط، 2005م، ص 296.

سنسلط الضوء على أنواع القرائن بصفة عامة (فرع أول) ثم نعرض إلى بيان أنواع القرائن العلمية الحديثة بصفة خاصة في (الفرع الثاني):

الفرع الأول: أنواع القرائن بصفة عامة :

تختلف القرائن وتنوع إلى أنواع كثيرة وفقاً لمنظورها، فهي تنقسم إلى عدة أقسام بحسب قوتها وضعفها في الإثبات، وبحسب مصدرها والجهة المستخلصة منها، وسنبين أولاً أنواع القرائن في الفقه الإسلامي ثم نعرض أنواعها في القانون الوضعي.

أولاً: أنواع القرائن في الفقه الإسلامي: تنقسم القرائن في الفقه الإسلامي إلى عدة أقسام وفقاً لمصدرها والجهة المستخلصة منها، و بحسب منظورها ومدلولها وبحسب قوة دلالتها وضعفها وذلك فيما يأتي :

1- أقسام القرائن بحسب مصدرها : وتنقسم إلى ثلاثة أنواع :

أ- قرائن نصية : وهي التي ورد عليها نص من الكتاب أو السنة وجعلها الشارع أمارة على شيء معين مثل : الدم قرينة على القتل في قضية يوسف عليه السلام، قال تعالى : ﴿ وَجَاءُوا عَلَى قَمِيصِهِ بِدَمٍ كَذِبٍ ﴾¹.

ومن السنة : ما ورد عن عائشة رضي الله عنها قالت : إن رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل عليّ مسروراً تبرق أسارير وجهه فقال : ألم تري أن مجزراً نظر أنفاً إلى زيد بن حارثة وأسامة بن زيد فقال : إن هذه الأقدام بعضها من بعض " ².

ومثل الفراش أمارة قوية على نسبة الولد إلى الزوج .

ب- قرائن فقهية : فقد استنبط الفقهاء بعض القرائن وجعلوها أدلة على أمور أخرى وكذلك القضاة، واستدلوا بها على الدعاوى، ويطلق على مجموع النوعين القرائن الشرعية والفقهية التي ورد فيها نص شرعي أو نص فقهي يلتزمه القاضي ³.

ومثال ذلك : الحجز على المفلس بقرينة عدم الوفاء إذا ثبت أنه تصرف في أمواله بقصد إخفائها لتفويت حق الغرماء ⁴.

ج- قرائن قضائية : وهي التي يستنبطها القضاة بحكم ممارسة القضاء والتي تكون لديهم ملكة يستطيعون بها الاستدلال وإقامة القرائن في القضايا ومواضع الخلاف، فيستخرجون الأمارات من ظروف كل دعوى عن طريق الفطنة والذكاء، وقد ذكر ابن قيم الجوزية أمثلة عنها منها : " ادعى رجل أنه سلم غريمًا له مالا وديعة، فأنكر الغريم، فقال له القاضي : أين سلمته أيّاه ؟ قال بمسجد ناء عن البلد، قال : اذهب فجنني منه بمصحف أحلف عليه، فمضى واعتقل القاضي الغريم، ثم قال له : أترأه بلغ المسجد ؟ قال : لا فألزمه بالمال" ⁵.

2- تقسيم القرائن بحسب قوة دلالتها وضعفها في الإثبات : تنقسم إلى ثلاثة أنواع :

أ- قرائن قاطعة أو قوية : وهي التي تكون دليلاً قوياً مستقلاً لا يحتاج إلى دليل آخر فهي بيّنة نهائية وتتصف باليقين ⁶، وقيل هي الأمارات الواضحة التي تميز الأمر في حيز المقطوع به ¹، ومثال ذلك : لو خرج رجل من دار وهو مرتبك ومضطرب وعليه علامات

¹ سورة يوسف، الآية 18.

² البخاري أبو عبد الله محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، كتاب الفرائض، باب القائف، ح ر : 6770، دار ابن كثير للطبع والنشر والتوزيع، دمشق، بيروت، ط 1، 1423 هـ - 2002 م، ص 1676.

³ فهد بن سعد الجهمي، التأصيل الشرعي للعمل بالقرائن وأثرها في إثبات الأحكام، مؤتمر القرائن الطبية المعاصرة وآثارها الفقهية، مجلد 1، 1435 هـ - 2014 م، ص 89.

⁴ الدسوقي محمد عرفه، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، (دم د، ط، د ن)، ج 3، ص 264، الرملي شمس الدين محمد أبو العباس، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت، لبنان، طبعة أخيرة، 1984 م، ج 4، ص 301، البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع، تعليق الشيخ هلال مصيلحي مصطفى هلال، عالم الكتب، بيروت، لبنان، د ط، 1403 هـ، ج 3، ص 422-423.

⁵ ابن قيم الجوزية، المرجع السابق، ص 27.

⁶ محمد خالد الأتاسي، شرح مجلة الأحكام العدلية، مطبعة السلامة، حمص، سوريا، د ط، 1355 هـ - 1936 م، ج 5، ص 390.

الخوف وفي يده سكين، ثم وجد في الدار حالا قتيلا يتشخّط في دمه! وأنه حديث القتل فهذه الحالة قرينة قاطعة على أن ذلك الرجل هو القاتل، والقول إنه ذبح نفسه أو أن أحدا غيره قتله وفّر، احتمال بعيد لا يُلتفت إليه لأنه لم ينشأ عن دليل.

ومثال ذلك في مجال الأحوال الشخصية القيافة في النسب، والخلو في استحقاق المهر عند الحنفية والحنابلة، ووطء المرأة التي رُقّت إلى زوجها ليلة العرس وغيرها².

ب-قرائن ضعيفة: وهي أن تكون دليلا مرجحا لمعاملها مؤكدة له، فتقبل إثبات عكسها، ولا يصح الاعتماد عليها وحدها بل تحتاج إلى دليل آخر ليرتب الحكم عليها، **ومثالها:** حالة التنارع على متاع البيت من طرف الزوجين أو ورثتهما فلكل طرف يدعي ملكيته ولا يحوز على بينة، وكلاهما صاحب يد فيرجح قول كل منهما فيما يصلح له بقرينة المناسبة فيما يناسب الرجال وهو الزوج وما يناسب النساء فهو للزوجة وما يصلح لهما كالفراش والأواني فهو بينهما³، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في قانون الأسرة⁴ بموجب المادة 73 منه⁵.

ج-قرائن كاذبة: وهي التي تكون دليلا مرجوحا لا تقوى على الاستدلال بها وهي مجرد احتمال وشك لا يُعوّل عليها في الإثبات وتستبعد في مجال القضاء، ومثالها تقديم إخوة يوسف عليه السلام قميصه ملطخ بالدم كقرينة على صدق قولهم لكن أباهم اكتشف كذبهم لأن لا يمكن للذئب أن يفتسه دون أن يمزق القميص، وفي هذا يقول القرطبي: رحمه الله "لما أرادوا أن يجعلوا الدم علامة على صدقهم قرن الله بهذه العلامة علامة تُعارضها وهي سلامة القميص من التمزق، وأجمعوا على أن يعقوب استدلال على كذبهم بصحة القميص"⁶.

3- تقسيم القرائن بحسب علاقتها بمدلولها: تنقسم القرائن بحسب علاقتها بمدلولها: أي العلاقة بينها وبين ما تدل عليه إلى قسمين: **أ-قرائن عقلية:** وهي التي تكون العلاقة بينها وبين مدلولها علاقة ثابتة مستقرة ويقوم العقل باستنتاجها في جميع الظروف والأحوال: كظهور الحمل على امرأة غير متزوجة قرينة على زناها ووجود الجروح في جسم الضحية فيه دلالة على قتله بآلة حادة⁷.

ب-قرائن عرفية: وهي التي تكون العلاقة بينها وبين مدلولاتها قائمة على عرف أو عادة⁸ تتبعها دلالتها وجودا وعدما، وتتغير بتغيرهما، كشراء المسلم شاة يوم عيد الأضحى فهو قرينة على أنها أضحى. وقد تكون لغير ذلك، وكشراء الصائغ خاتما فإنه قرينة على قصد التجارة وقد يكون لغير ذلك، فلولا عادة الأضحى عند الأول والتجارة بالمصوغات عند الثاني لما كان ذلك قرينة⁹، فلذلك كانت

¹ ابن نجيم، المرجع السابق، ج 7، ص 205.

² ابن قيم الجوزية، المرجع السابق، ص 7.

³ ابن عابدين محمد أمين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، د م ن، ط 2، د ت ن، ج 5، ص 563.

⁴ القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق له 09 يونيو سنة 1984م (جريدة رسمية رقم 24) يتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27، الجريدة الرسمية العدد 15 الصادرة بتاريخ: 18 محرم 1426هـ الموافق 2005/02/27

⁵ تنص المادة 73 من قانون الأسرة الجزائري " في حالة النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال والمشتراكات بينهما يقتسمانها مع اليمين "

⁶ القرطبي، المرجع السابق، ج 9، ص 49.

⁷ السدلان صالح بن غانم، القرائن ودورها في الإثبات في الشريعة الإسلامية، دار بلنسية، الرياض، السعودية، ط 2، 1418هـ، ص 22، العجلان عبد الله بن سليمان بن محمد، القضاء بالقرائن المعاصرة، طبعة عمادة البحث العلمي، بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، 1427هـ-2006م، ج 1، ص 121.

⁸ العرف والعادة لفظان لعلهما إذا افترقا تم مدلولهما هو ما تعارف عليه الناس في عاداتهم ومعاملاتهم حتى صاروا يفعلونه من غير جهد، أما إذا اجتمعا: فالعرف تعارف الناس، واتحاد طبائهم على شيء معين، والعادة: استمرارهم على فعل هذا الشيء وعودتهم إليه مرة بعد مرة، والعادة أعم من العرف ينظر: ابن منظور، المرجع السابق، باب الفاء، مادة (عرف) ج 9، ص 239، الجرجاني، المرجع السابق، ص 86.

⁹ الزرقا مصطفى أحمد، المرجع السابق، ج 2، ص 919.

القرائن الشرعية في الغالب من نوع القرائن العقلية لثبات النسبة بينها وبين مدلولها لأن أحكام الشريعة ثابتة غير متغيرة لكي تستقيم حياة الناس ومعاملاتهم¹.

ثانياً: أنواع القرائن في القانون الوضعي: لم يجد تقسيم القرائن عند رجال القانون الوضعي عن الأقسام التي أرسى قواعدها الفقهاء رغم التباين في المفردات، ولكن تصب حول معانٍ واحدة والعبرة دائماً بالمفاهيم والمعاني لا بالألفاظ والمباني، وتنقسم القرائن في القانون إلى قسمين: قرائن ينص عليها القانون وتسمى قرائن قانونية، وقرائن يستخلصها القاضي من وقائع الدعوى وملابساتها وله سلطة تقديرية في استنباطها² وتسمى قرائن قضائية، وسنسلط الضوء على كل نوع منها بالتفصيل:

1-القرائن القانونية:

سنطرق إلى تعريفها ثم خصائصها لنعرج إلى أنواعها:

أ- تعريف القرينة القانونية :

وعرفت القرينة القانونية على أنها " استنباط المشرع لواقعة لم يقم عليها دليل مباشر من واقعة نص عليها فإذا ثبتت استدل بها على ثبوت تلك الواقعة المطلوب إثباتها، بمعنى أن المشرع هو الذي يقوم باستنباط القرينة القانونية وهو الذي ينص عليها في صيغة عامة ومجردة "، أو "هي التي ينص عليها القانون ومن وضع المشرع ولا وجود لها دون نص قانوني يتضمنها وينص عليها صراحة"³. وقد عرّف جانب من الفقه القانوني القرائن القانونية بأنها: "القرائن التي نص عليها المشرع الوضعي في القانون نصاً صريحاً بما لا يدع مجالاً للمجادلة في صحتها وهذه القرائن تفيد القاضي والخصوم معا"⁴.

ب-خصائصها :

من خلال تصفح هذه التعاريف نجد أن القرينة القانونية تتميز بعدة مميزات منها :

- أنّ النص القانوني هو الركن الوحيد للقرينة القانونية، وإرادة المشرع هي مصدر القرينة القانونية فإذا وجد النص قامت القرينة القانونية ولا يمكن أن تقاس عليه قرينة أخرى بغير نص⁵.
- القرينة القانونية ذات طابع إلزامي، يعني أن دور القاضي فيها يقتصر على التحقق من مدى انطباق القرينة القانونية على واقعة الدعوى المطروحة أمامه، ثم يُعملها متى توافرت شروطها، فليس له في ذلك أية سلطة تقديرية⁶.
- القرينة القانونية من الوسائل غير المباشرة في الإثبات لأنها لا تنطبق مباشرة بدلائلها على الواقعة المراد إثباتها بل هي تستخلص من طرف الاستنباط على واقعة أخرى متصلة بها اتصالاً وثيقاً⁷.

ج-أنواعها :

¹ عدنان حسن العرايزة، القرينة وحجيتها في إثبات الحقوق في الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير في الفقه وأصوله، كلية الشريعة، الجامعة الأردنية، الأردن، 1407هـ - 1987م، ص 28.

² السنهوري عبد الرزاق، المرجع السابق، ج2، ص 91.

³ نشأت أحمد، المرجع السابق، ج 2، ص 88.

⁴ أبو غابة خالد عبد العظيم، المرجع السابق، ص 67.

⁵ شكري محمود داود السليم، المرجع السابق، م، ص 51.

⁶ منصور أنيس منصور، شرح أحكام قانون البينات الأردني وفقاً لآخر التعديلات، إثراء للنشر والتوزيع، مكتبة الجامعة، الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، ط 1، 2011، ص 272.

⁷ منصور منصور مصطفى، شرح قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية الكويتي رقم 39 لسنة 1980، مطبعة جامعة الكويت، ط 1، 1995 م، ص 194.

القرائن التي يضعها المشرع إما أنها قرائن بسيطة يمكن إثبات عكسها و قرائن قاطعة لا يمكن نقض دلالتها وذلك لتعلقها بالنظام العام¹، وسوف نعرضها فيما يأتي :

-القرينة القانونية البسيطة : (غير القاطعة):

وهي مجموعة من القرائن تضمنها القانون التي تعفي من تقرر لمصلحته عبء الإثبات إلا أن الخصم الآخر يستطيع أن يقيم الدليل على عكس ما تضمنته².

ويتضح من خلال هذا التعريف أن القرائن البسيطة لا تكون متعلقة بالنظام العام، ومن ثم فإن هدف وضعها من طرف المشرع هو حماية مصلحة خاصة للخصوم كتخفيف عبء الإثبات على أحدهم ومراعاة لظروف التعامل المألوفة بين الأفراد³.

ومن الأمثلة على القرائن البسيطة في قانون الأسرة الجزائري ما نصت عليه المادة 134 منه " لا يرث الحمل إلا إذا ولد حيا وإذا استهل صارخا أو بدت عليه من علامات ظاهرة للحياة"⁴ فقد جعل المشرع الصراخ أو علامة من علامات الحياة كاللتأؤب أو حركة العين أو العطاس...قرينة على حياة المولود ومن ثم يستحق الميراث .

وكذلك ما جاءت به المادة 777 من القانون المدني الجزائري إذ عدّت التصرف وصية ونجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته واستثنى لنفسه بطريقة ما حيازة الشيء المتصرف فيه والانتفاع به مدة حياته ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك"⁵.

-القرينة القانونية القاطعة :

وهي التي تجعل محل الإثبات واقعة بديلة يسهل إثباتها ثم تُمكن الخصم من إثبات عكسها فهي تعني من تقرر لمصلحته عن أي دليل من أدلة الإثبات، فالمستفيد منها يكون قد أثبت حقه بمجرد إثباته الواقعة البديلة التي استتبط منها المشرع ثبوت الواقعة الأصلية وعلى القاضي أن يأخذ بها من توافرت شروطها التي نص عليها القانون سواء كانت مطابقة للحقيقة الواقعية أم كانت مخالفة لها⁶.

إلا أن هذا لا يعني أنها لا تدحض أبدا لأن القرائن القانونية هي قواعد إثبات و أيّا كانت المرتبة التي أرادها المشرع لها في القطع والحسم فلا تستعصي أن تُدحض بالإقرار واليمين ما دام أنها من أدلة إثبات⁷.

وبالتالي فإن القرائن القانونية القاطعة هي التي لا يمكن إثبات عكسها أي لها حجية قاطعة في الإثبات ومثال ذلك : افتراض العلم بالقانون الصادر والمنشور في الجريدة الرسمية فهو قرينة قانونية فلا يقبل من أحد بعد ذلك الاعتذار بالجهل به .

كما تُعدّ الأحكام الباتة عنوانا للحقيقة فحجية الأمر المقضي به من النظام العام في المسائل المدنية ومنها: **قضايا شؤون**

الأسرة وقد أكدت ذلك المادة 338 من ق م ج بالقول أن : " الأحكام التي حازت قوة الشيء المقضي به تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق، ولا يجوز قبول أي دليل ينقض هذه القرينة، ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام به الخصوم

¹ أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، منشورات الجامعة الأردنية، عمان، الأردن، 1987، ص 151.

² عبودي عباس، شرح أحكام قانون الإثبات المدني الأردني، دار الثقافة، عمان، الأردن، ط 1، 2005م، ص 277.

³ كيلاي محمود، قواعد الإثبات وأحكام التنفيذ، دار الثقافة، عمان، الأردن، ط 4، 2010 م، ج 4، ص 35.

⁴ المادة 134 من قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق .

⁵ ينظر المادة 777 من القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

⁶ محمود عبد العزيز خليفة، النظرية العامة للقرائن في الإثبات الجزائري في التشريع المصري المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1996 م، ص 280.

⁷ أي إقرار من تقرر القرينة لصاحبه بعدم حصول الواقعة المتنازع عليها التي تفترض القرينة حصولها أو بنكول هذا الشخص على حلف اليمين التي توجه إليه في هذا الشأن، ينظر: السنهاوري، المرجع السابق، ج 2، ص 614.

أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم، وتتعلق بحقوق لها نفس المحل والسبب" ¹ وهو نفس الحكم الذي نصت عليه المادة 41 من قانون الإثبات الأردني ² والمادة 53 من قانون الإثبات الكويتي ³ والمادة 88 من قانون البيّنات السوري لعام 2014م ⁴.

غير إنّ ما يلاحظ على المشرع الجزائري أنه قد جمع بين القرائن القانونية مع حجية الشيء المقضي به في باب واحد "باب إثبات الالتزام" رغم أن حجية الشيء المقضي به تُعدّ قاعدة موضوعية تتعلق بآثار الأحكام القضائية وليست قرينة قانونية بالمعنى الصحيح، فهي ترد في الغالب في شكل دفع بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها .

إذ أن الفقه القانوني ⁵ يرى أن حجية الشيء المقضي به تُعدّ قاعدة موضوعية العلة فيها اختفت ولم تُعدّ بارزة كما هو الحال في القرينة القانونية، ثم إن هذه الحجية لا يمكن إثبات عكسها بأدلة الإثبات كالإقرار والتكول، في حين أن القرائن القانونية ولو كانت قاطعة يمكن إثبات عكسها بالإقرار واليمين وعليه فإن القرينة القانونية تعد قاعدة إثبات أما حجية الشيء المقضي به يعدّ قاعدة تتعلق بموضوع الحق لا قاعدة من قواعد إثباته .

2-القرائن القضائية : سنتطرق إلى تعريفها ثم نعدّد أهم مميزاتها لنعرج إلى بيان أركانها:

أ- تعريفها :

إن القرينة القضائية- كما يدل عليها اسمها- تعبر عن تفكير القاضي وهي التي لم ينص عليها القانون ويستنبطها القاضي من ظروف ووقائع الدعوى بما له من سلطة تقدير ⁶، فهي النتيجة التي تفرض على القاضي أن يستخلصها من الوقائع الثابتة أمامه بطريق الاستنتاج لمعرفة واقعة غير معلومة ⁷.

فالقرينة القضائية إذن من وضع القاضي الذي يقوم باستخلاص أمر غير ثابت من أمر ثابت لديه في الدعوى التي ينظر فيها، أي أنها خاصة باجتهاده ولم يقرها القانون بنص صريح، إلا أنه قد ترقى القرائن القضائية إلى أن تصبح قرائن قانونية إذا قام المشرع بتقنينها بنصوص قانونية عامة ومجردة، يتم إصدارها ونشرها في الجريدة الرسمية للعمل بموجبها، وأكبر دليل على ذلك اللجوء إلى القرينة العلمية لتعزيز قضايا إثبات النسب إذ أن المشرع الجزائري نص عليها صراحة في تعديله لقانون الأسرة 2005 على إمكانية الاستعانة لإجراء الخبرة العلمية واستناد عليها كقرينة في إلحاق الولد للزوج لاسيما قرينة البصمة الوراثية ⁸.

ب-مميزاتها : وتتميز القرائن القضائية أنها وسيلة من وسائل الإثبات غير المباشر ويستنبطها القاضي من ظروف الدعوى وملابساتها، وهي لم ترد على سبيل الحصر ومجالها فسيح جدا، إذ يعول عليها القاضي في حال عدم وجود الأدلة المباشرة وهذه المسألة كثيرا ما تطرح على القضاة فتأتي القرائن القضائية لتبين لهم الحكم في الدعوى المطروحة أمامه، كما إن الدليل بالقرائن القضائية يتطلب من

¹ المادة 388 من القانون المدني الجزائري، المرجع السابق. ص 55

² ينظر الماد 41 من قانون الإثبات الأردني، المرجع السابق.

³ ينظر الماد 53 من قانون الإثبات الكويتي، المرجع السابق.

⁴ ينظر المادة 88 من قانون البيّنات السوري لعام 2014 م، المرجع السابق.

⁵ القضاة مفلح، البيّنات في المواد المدنية والتجارية "دراسة مقارنة" جمعية عمال المطابع الوطنية، عمان، الأردن، ط 1، 1995م، ص 196، منصور أنيس منصور، المرجع السابق، ص 296.

⁶ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 84.

⁷ رمضان السعود، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الدر الجامعية، بيروت، لبنان، 1994 م، ص 225.

⁸ تنص المادة 40 فقرة 02 من قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق: "... يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب ".

القاضي دقة وروية وإعمال فكر واجتهاد القريحة، إذ التدليل بها يقوم على البرهنة المنطقية والمقدمات المستقيمة، وهذا يستلزم صحة الفروض واستنادها إلى الوقائع وعد تعارضها مع أية واقعة من الوقائع¹.

ج-أركانها : وتقوم القرائن القضائية على ركنين أساسيين : مادي ومعنوي:

الركن المادي: وهو الواقعة الثابتة وهذه هي نقطة انطلاق القاضي حيث يكون معلومة لديه واقعة معينة وثابتة أمامه، فقد تكون ثابتة بشهادة الشهود أو بالكتابة أو عن طريق الإقرار أو اليمين، ومن ثم إذا كانت الواقعة التي اختارها القاضي للاستنباط منها مجرد واقعة محتملة وغير ثابتة فلا تصح أن تكون مصدرا لاستخلاص قرينة منها وتسمى هذه الواقعة أو الوقائع بالدلائل والأمارات².

والقرائن القضائية تستمد قوتها في الإثبات من كثرة الأمارات الصادقة التي تبني عليها هذه القرائن تفسيرها الصحيح ضمن هذا النمط، وحتى تُكوّن هذه الدلائل الركن المادي للقرين القضائية لا بد أن تتوفر فيها مجموعة من الشروط والخصائص منها الآتي :

-أن تكون هذه الدلائل محددة بدقة: يجب أن تكون الدلائل محددة بشكل دقيق وواضح وذلك حتى تسهل عملية الاستنباط³.

-أن تكون هذه الدلائل ثابتة ثبوتاً يقينياً : لا بد أن تكون الدلائل ثابتة يقيناً على سبيل الجزم والتأكيد، ولا تحمل التأويل أو الجدل لأنه لا يصح إقامة الدليل على نظرية مشكوك فيها .

-أن يكون هناك ارتباط بين الدلائل المعلومة والواقعة المجهولة التي يراد إثباتها : بحيث يمكن وفقاً لقواعد الاستنباط المنطقي أن يستخلص من هذه الدلالات المعلومة ثبوت الواقعة المجهولة⁴.

-التناسق والتطابق بين الدلالات والأمارات : بحيث تتفق جميعها في ذات النتيجة أي أن تكون دالة على الواقعة محل الإثبات⁵.

الركن المعنوي : هو عملية استنباط يقوم بها القاضي ليتوصل عن طريق هذه الواقعة الثابتة إلى الواقعة الأخرى المجهولة المراد إثباتها، وهذه العملية تتطلب من القاضي قدراً من الدقة في الملاحظة والذكاء في معالجة الوقائع وتقييمها وبيان جوانب الاتفاق والاختلاف فيها⁶، حتى يساهم في تكوين قناعة القاضي بوجود الواقعة المتنازع عليها مادام وجدت الوقائع الثابتة ذات الصلة بها⁷.

الفرع الثاني :أنواع القرائن العلمية الحديثة:

إن القرائن التي ذكرها الفقهاء القدامى في كتبهم واجتهدوا في الاستدلال على حجيتها كانت متناسبة مع عصرهم ومعارفهم وهي تفيد الظنّ في الغالب، إذ يلجأ إليها القضاة عند انعدام الأدلة المباشرة كالإقرار والشهادة أما اليوم -ومن رحمة الله وفضله- فقد ظهرت قرائن علمية جديدة دقيقة تتماشى مع هذه الحداثة.

وقد تأثرت هذه القرائن العلمية بدرجات النمو والتقدم التقني وهي مرتبطة أيضاً بطبيعة الوقائع وظروفها، فتطورت القرائن العلمية تبعاً للتطور الهائل الذي ظفرت به البشرية في هذا القرن فظهرت العديد من التقنيات الحديثة.

والقرائن العلمية -كما رأينا- تقوم على أساس استخدام أسلوب الاستشارات الفنية والبحوث والخبرة في مجال الإثبات، ولا يمكن حصرها وقصرها لأنها غالباً تشمل كافة جوانب المعرفة وسنذكر بعضاً منها على سبيل المثال لا على سبيل الحصر .

¹ عبد الله علي فهد العجمي، دور القرائن في الإثبات المدني، دراسة مقارنة بين القانون الأردني والكويتي، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، (د م ن)، 2011 م، ص 63.

² سعد نبيل إبراهيم، الإثبات بين المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، د ط، 1995 م، ص 185-186.

³ الفاضل محمد، الوجيز في أصول المحاكمات الجزائية، مطبعة الإحسان، القاهرة، مصر، ط 4، 1977 م، ص 438.

⁴ سلامة مأمون محمد، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1979 م، ص 214.

⁵ حسين نجيب محمود، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، د ط، 1982 م، ص 498.

⁶ الشواربي عبد الحميد، الإثبات الجنائي في ضوء القضاء والفقه، النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، (د ط، د ت ن)، ص 122.

⁷ سعد نبيل إبراهيم، المرجع السابق، ص 185-186.

وبناء على تقسيم القرائن الذي تم التطرق إليه عند الفقهاء فإننا يمكن إدراج القرائن العلمية الحديثة (محل الدراسة) ضمن التقسيم القائم على أساس اعتداد قوة دلالتها، ولمعرفة قوة دلالتها يتوجب علينا الرجوع إلى أهل الخبرة والاختصاص في المجال العلمي والتقني الفني، وعليه يمكن تقسيم القرائن العلمية الحديثة إلى :

أولاً: قرائن علمية قطعية : وهي القرائن البالغة حد اليقين والتي تصير الأمر في حيز المقطوع به، وهي قاطعة لا تقبل إثبات العكس، (أي التي يمكن الاستدلال بها والاعتداد عليها كقرينة قوية في الإثبات أمام القضاء) منها : قرينة البصمة الوراثية وفحص خلايا الجنين، أوقرينة أجهزة التصوير المتطورة وتقنية التنظير (التصوير عبر المنظار) والتصوير بالرنين المغناطيسي وغيرها من القرائن العلمية (والتي سيتم التطرق إليها بالتفصيل في الجانب التطبيقي من الدراسة) .

وتستمد هذه القرائن العلمية قطعيته على أساس أنها قائمة على المعاينة والخبرة لا على الحدس والوهم، فنتائج الأشعة والفحوص الجينية وتحليل البصمة الوراثية مثلاً لا تختلف نتائجها من مركز طبي لآخر، إذ تقوم بها أجهزة طبية حديثة تحت توجيه الحواسيب الآلية إلكترونياً بحيث يندر فيها الخطأ وإن حصل فمرد ذلك لسبب أجنبي وليس سببه تقني فني، فإذا تمت هذه الفحوصات بدقة وبشروط موضوعية فالنتائج تكون قطعية .

ثانياً: قرائن علمية قطعية التي ورد عليها الظن¹ عند تطبيقها على الواقعة أو من جهة أخرى : وهي الحقيقة العلمية القطعية في ذاتها ولكن عند تنزيلها على الواقعة طرأ ما يضع الحكم عليها في دائرة الاحتمال من جهة أخرى، فأصبح الحكم عليها يغلب عليه الظن مع أن العلم أثبت قطعيته، ولأن نتائجها تقوم على الاجتهاد والتقدير ويمكن أن تختلف من طبيب لآخر أو من تقنية إلى أخرى ونذكر منها :

-**قرينة تشخيص المرض :** وتحديد أسبابه والدواء المناسب وكذا تقارير أطباء الأمراض النفسية فهذه تلحق بالقرائن وتخضع لسلطة القاضي التقديرية في الاستناد عليها أو الاحتفاظ عليها وطلب تقرير آخر للتيقن من نتائجها، أو باستبعادها وتعيين خبير آخر للقيام بنفس المهام .

-**قرينة التحاليل المخبرية :** أي التحليل عن طريق المختبرات سواء كان تحليل الدم أو المني أو البول وغير ذلك، والتي يمكن القول أنها تشبه قرينة البصمة الوراثية ولكنها غير قاطعة في الاستدلال بها فإن ثبتت ثبوتاً علمياً كاملاً لا يمنع القاضي أن يأخذ بها .

-**قرينة تقنيات الاتصال الحديثة :** ووسائلها المتعددة .

المطلب الثاني : حجية الإثبات بالقرائن :

الفقهاء قديماً لم يذكروا القرائن صراحة من وسائل الإثبات ولعل السبب في ذلك يرجع إلى أن القرينة يحتاج الأخذ بها إلى دراية وصفاء ذهن وحدة فكر ورجاحة عقل، وإلا صارت وسيلة للظلم بدلاً من العدل، الأمر الذي تترتب عليه الاختلاف بين متأخري الفقهاء في مدى جواز الاعتماد على القرينة والحكم بمقتضاها، ومن ثم وقع الاختلاف حول مدى حجيتها بين مؤيد للحكم بها ومعارض .

وإذا بحثنا في بطون الفقه الإسلامي وجدنا أن الفقهاء اتفقوا في عدم العمل والاحتجاج بالقرائن والأمارات ذات الدلالة الضعيفة على ثبوت الأمر مطلقاً في أي حكم من الأحكام² .

¹ وقد عُرف الظن أنه: " تجوز أمرين أحدهما أظهر من الآخر كاعتقاد الإنسان فيما يخبر به ثقة أنه ما أخبر به وإن جاز أن يكون بخلافه " ينظر : رفيق العجم، موسوعة مصطلحات أصول الفقه عند المسلمين، مكتبة لبنان، بيروت، لبنان، ط 1، د ت ن، ج 1، ص 884.

² النفرأوي أحمد بن غنيم شهاب الدين الأزهرى المالكي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، دار الفكر، بيروت، لبنان، دط، 1415هـ، ج 2، ص 222، ابن قدامة موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد المقدسي، المغني على مختصر الخرقي، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار عالم الكتب للطباعة، السعودية، ط 3، 1997 م، ج 10، ص 141-143.

وقد اتفق الفقهاء أيضا في عدم الاحتجاج والعمل بالقرائن القوية في إثبات الحد والقصاص عند وجود الشبهة من باب الاحتياط من إراقة الدماء وذلك لأن القرينة يعترها الغموض والشبهة والحدود تُدرأ بالشبهات¹.

واختلفوا في الاحتجاج والعمل بالقرائن ذات الدلالة القوية على قولين: الأول القائل بعد القرائن حجة في الإثبات وهذا ما سنبينه في (الفرع الأول)، والثاني الذي يرى بأن القرائن لا تُعدُّ حجة في الإثبات وهو ما سنسلط عليه الضوء في (الفرع الثاني):

الفرع الأول: الرأي القائل بعد القرائن حجة في الإثبات:

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية² والمالكية³ والشافعية⁴ والحنابلة⁵ إلى عدّ القرائن حجة في الإثبات، وقد استدل أصحاب هذا الرأي من الكتاب والسنة والإجماع والمعقول، نذكر منها:

أولا: أدلتهم من الكتاب: استدلووا من الكتاب بما يأتي:

1- قوله تعالى:

﴿وَجَاءُوا عَلَى قَمِيصِهِ بِدَمٍ كَذِبٍ ۚ قَالَ بَلْ سَوَّلَتْ لَكُمْ أَنْفُسُكُمْ أَمْراً ۚ فَصَبْرٌ جَمِيلٌ ۖ وَاللَّهُ الْمُسْتَعَانُ عَلَى مَا تَصِفُونَ﴾⁶.

فالآية دليل على مشروعية القرائن وجواز العمل بموجبها في القضاء وهذه القرينة قطعية في تكذيب ادعاء أكل الذئب، قال الإمام القرطبي "قال علماؤنا رحمهم الله لما أرادوا أن يجعلوا الدم علامة عن صدقهم، قرن الله بهذه العلامة علامة تعارضها وهي سلامة القميص من التنيب، إذ لا يمكن افتراس الذئب ليوسف وهو يرتدي القميص ويسلم القميص من التخريب"⁷.

وقال الجصاص في تعليقه على هذه الآية: "وهذا يدل على أن الحكم بما يظهر من العلامة في مثله: في التكليف أو التصديق جائز لأنه -عليه السلام- قطع بأن الذئب لم يأكل يوسف بظهور علامة كذبهم"⁸.

فهنا استدلال بالقرينة والأمانة على الحكم وهو دليل على عدّ القرينة وحجيتها في الإثبات كما أشار كثير من العلماء⁹.

2- وقوله تعالى:

¹ ابن عابدين محمد أمين، المرجع السابق، ج 4، ص 48. زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري السنيكي، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، دار الفكر، دمشق، د ط، 1994م، ج 4، ص 126.

² أفندي علي حيدر خواجه أمين، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، دار الجيل، د م ن، ط 1، 1991 م، ج 4، ص 44، علاء الدين أبي الحسن علي بن خليل الطرابلسي الحنفي، مُعين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، مطبعة الحلبي، د م ن، ط 2، 1393 هـ- 1973 م، ص 166.

³ ابن فرحون إبراهيم بن علي بن محمد، الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، تحقيق علي عمر، مكتبة الثقافة الدينية، د ط، 1423 هـ- 2003 م، ج 2، ص 595، ابن جزري محمد أبو القاسم بن أحمد الغرنطي المالكي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبيه على مذهب الشافعية والحنفية والحنابلة، منشورات دار الكتب، الجزائر، د ط، 1987م، ص 302-304.

⁴ العز عبد السلام عبد العزيز بن عبد السلام بن القاسم، قواعد الأحكام في مصالح الأنعام، تعليق: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية، مصر، د ت، ج 2، ص 56-57.

⁵ ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق ابن عبيدة مشهور بن حسن، دار ابن الجوزي، السعودية، ط 1، 1423 هـ، ج 1، ص 87-88، ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، المرجع السابق، ص 4، البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع، المرجع السابق، ج 6، ص 354 وما بعدها.

⁶ سورة يوسف، الآية 18.

⁷ القرطبي، المرجع السابق، ج 9، ص 149.

⁸ الجصاص أحمد بن علي أبو بكر الرازي الحنفي، أحكام القرآن، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، (د ط)، 1986 م، ج 3، ص 168-169.

⁹ أبو بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي، أحكام القرآن، راجعه: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د ط، 1424 هـ- 2003 م، ج 3، ص 1060-1073.

﴿وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدًّا مِّنْ قَبْلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ الْكَاذِبِينَ (26) وَإِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدًّا مِّنْ دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ الصَّادِقِينَ (27) فَلَمَّا رَأَى قَمِيصُهُ قُدًّا مِّنْ دُبُرٍ قَالَ إِنَّهُ مِّنْ كَيْدِكُنَّ إِنَّ كَيْدَكُنَّ عَظِيمٌ﴾¹.

قال الإمام ابن الفرس الأندلسي: "يحتج بها من يرى الحكم من العلماء بالأمارات والعلامات فيما لا تحضره البيئات كاللقطة"². ونحو هذا روي عن الجصاص³ وابن قيم الجوزية⁴.

وقال القرطبي في تفسيره لهذه الآية: "وقد جعل الله تعالى قُدَّ القميص أمانة وسببا للحكم بذلك، وعندما حكى الله -تعالى- في القرآن الكريم هذا الحكم حكاية على سبيل التقرير لا الإنكار، وهذا دليل على مشروعية العمل بالقرائن والاستناد في الحكم على الأمارات"⁵، وذهب إلى ذلك أيضا ابن كثير في تفسيره⁶.

3-وقوله تعالى أيضا: "في شأن عدة المطلقات" ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَرْجِعْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَنُفُوذُهُنَّ أَحَقُّ بِرِدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا وَهَئِذَا لَدَىٰ عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾⁷.

وجه الاستدلال: أن الله- سبحانه- جعل القروء علامة على عدم وجود الحمل لدى المطلقة، مما يدل على عدّ القرينة من بين الأدلة التي يتوصل بها إلى معرفة الحقيقة.

ثانيا: أدلتهم من السنة: استدلووا من السنة بعدة أدلة نذكر منها:

- ما رواه أبو هريرة رضي الله عن أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: "تُنْكَحُ الأُيْمُ حَتَّى تُسْتَأْمَرَ، وَلَا تَنْكَحُ الْبَكْرَ حَتَّى تُسْتَأْذَنَ، قَالُوا يَا رَسُولَ اللَّهِ فَكَيْفَ إِذْنُهَا؟ قَالَ: "أَنْ تَسْكُتَ" متفق عليه⁸.

وجه الدلالة: أن النبي صلى الله عليه وسلم عدّ سكوت البكر دليلا على رضاها بالنكاح وذلك لأن حياءها يمنعها من التصريح بالقبول ولا يمنعها من التصريح بالرفض، والسكوت قرينة على الرضا، وهذا ظاهر في الدلالة على جواز الأخذ بالقرائن⁹.

ثالثا: من الإجماع: قد حكى الإجماع على العمل بالقرائن بعض الفقهاء وذكروا أنه لا خلاف في الحكم بها، وقد جاء العمل بها في مسائل اتفق عليها فقهاء المذاهب الأربعة¹⁰، و يقول ابن قدامة-رحمه الله- في معرض احتجاجه لهذا الرأي ما نصه: "هذا قول سادة الصحابة ولم يظهر لهم في عصرهم مخالف فيكون إجماعا"¹¹.

¹ سورة يوسف، الآية 26-27

² عبد المنعم بن عبد الرحيم ابن الفرس الأندلسي أبو محمد، أحكام القرآن، تحقيق صلاح الدين عفيف، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط 1، 1427هـ-2006م، ج 3، ص 217.

³ الجصاص، المرجع السابق، ج 3، ص 171.

⁴ ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، المرجع السابق، ص 6.

⁵ القرطبي، المرجع السابق، ج 9، ص 172.

⁶ ابن كثير، تفسير القرآن الكريم، دار الندى للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ط 1، 1988 م، ج 2، ص 475

⁷ سورة البقرة، الآية 228.

⁸ أخرجه البخاري، المرجع السابق، كتاب النكاح، باب لا ينكح الأب وغيره البكر والثيب إلا برضاها، ح ر: 4843-4844، ص 1974، أخرجه مسلم أبو الحسين بن الحجاج، صحيح مسلم، تحقيق ودراسة: مركز البحوث وتقنيات المعلومات، كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت، ح ر: 1419، دار التأصيل، القاهرة، مصر، ط 1، 1435 هـ-2014م، ج 4، ص 1036.

⁹ ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، تحقيق عبد القادر شيبه محمد، كتاب الفرائض - باب القائف - مكتبة الملك فهد، الرياض، ط 1، 1421هـ-2001م، ج 11، ص 99.

¹⁰ ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، المرجع السابق، ص 6.

¹¹ ابن قدامة موفق الدين، المرجع السابق، ج 8، ص 211.

رابعاً: دليلهم من المعقول:

فقد ذكروا عدة حجج نذكر منها ما يأتي :

- إن القرائن داخلية في مفهوم البينة وهذه الأخيرة هي اسم لكل ما يظهر الحق، ويبيّنه ويجلّيه سواء كانت شهادة أم قرينة أم غير ذلك من طرق الإثبات المتفق عليها والمختلف فيها، وبهذا ترادف كلمة القرينة لفظي: **الحجة والدليل**¹.
- إنّ عدم الحكم بالقرائن يؤدي إلى إضاعة كثير من الحقوق على أربابها وهذا يتنافى مع مقصد الشرع من المحافظة على الحقوق وإقامة العدل، وذلك بخلاف الحكم بالقرائن ففي الحكم بها إيصال الحق إلى مستحقه وتحقيق غرض الشارع من حفظ الحقوق وتحقيق الطمأنينة .
- فالقرائن القوية والأمارات الظاهرة -وحيث لا معارض لها مما هو أقوى منها - هي محققة العدل مقيمة القسط فوجب الاعتداد والعمل بها والحكم بمقتضاها، **ويقول ابن قيم الجوزية** : " فمن أهدر الأمارات والعلامات في الشرع بالكلية فقد عطل كثيراً من الأحكام ووضع كثيراً من الحقوق " ².

الفرع الثاني: الرأي القائل بأن القرائن لا تُعدّ حجة في الإثبات:

- ذهب أنصار هذا الرأي بأن القرائن لا تُعدّ حجة في الإثبات ومنعوا العمل بها والقضاء بمقتضاها، وهو قول متأخري الحنفية كالخير الرملي³ وصاحب تكملة رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين⁴، والقزاف من المالكية⁵.
- يقول القرافي في الفروق**: "كما إن قرائن الأحوال لا تثبت بها الأحكام والفتاوى وإن حصلت ظناً أكثر من البينات والأقبة وأخبار الأحاد إلا أن التنوع لم يجعلها مدركاً للفتوى والقضاء"⁶، **واستدل** القائلون بعدم حجية القرائن في الإثبات من السنة ومن المعقول :
- أولاً : دليلهم من السنة** : ذكروا عدة أدلة من السنة نذكر منها :
- ما روي عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " لو كُنتُ راجعاً أحداً بغيرِ بَيِّنَةٍ لَرَجَمْتُ فلانةَ فقد ظَهَرَ مِنْهَا الرِّيبَةُ فِي مَنْطِقِهَا وَهَيْئَتِهَا وَمَنْ يَدْخُلُ عَلَيْهَا " ⁷.
- ووجه الاستدلال** من الحديث : إنه لو جاز العمل بالقرائن لأقام النبي صلى الله عليه وسلم الحدّ على هذه المرأة لما ثبت عنده من أمارات وقوع الزنا منها وعدم إقامة الحد دليل على عدم مشروعية العمل بالقرائن وأنها ليست من طرق الإثبات⁸.

¹ ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، المرجع السابق، ص 12، ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، المرجع السابق، ج 1، ص 90-91.

² ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، المرجع السابق، ص 14.

³ خير الدين بن أحمد بن علي الأيوبي العلمي الفاروقي (الملقب بالخير الرملي)، الفتاوى الخيرية لنفع البرية، دار سعادات، مطبعة عثمانية، (د م ن، د ط)، 1311 هـ، ج 2، ص 50-51.

⁴ وهو محمد علاء الدين بن محمد أمين بن عمر بن العزيز عابدين الحسيني الدمشقي، حاشية قرة عيون الأخبار : تكملة رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار لابن عابدين، تحقيق : عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد عوض، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د ط، لبنان، بيروت، د ت ن، ج 7، ص 438.

⁵ القرافي شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمان أبو العباس، أنوار البروق في أنواء الفروق، تحقيق حليل المنصور، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د ط، 1418 هـ-1998 م، ج 4، ص 65.

⁶ القرافي، المرجع السابق، ج 4، ص 65.

⁷ رواه ابن ماجه أبي عبد الله محمد بن يزيد، سنن ابن ماجه، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، كتاب الحدود، باب من أظهر الفاحشة، ح ر 2559، دار التراث العربي، د ت، ج 2، ص 855.

⁸ العجلان عبد الله بن سليمان بن محمد، المرجع السابق، ج 1، ص 174. محمد علي محمد عطاء الله، الإثبات بالقرائن في القانون الإداري والشرعية الإسلامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، مصر، 1421 هـ-2001 م، ص 169 .

ثانيا: من المعقول : واستدلوا بالمعقول من وجهين:

أولهما : أن القرائن تقوم على الظن والتخمين، والظن لا يصلح لبناء الحكم¹، كما إنه منهي عنه شرعا لقوله تعالى : ﴿إِنْ يَتَّبِعُونَ إِلَّا الظَّنَّ وَمَا تَهْوَى الْأَنْفُسُ﴾².

وقال : صلى الله عليه وسلم: "إِيَّاكُمْ وَالظَّنَّ؛ فَإِنَّ الظَّنَّ أَكْذَبُ الْحَدِيثِ، وَلَا تَحْسَسُوا، وَلَا تَحَسُّوا، وَلَا تَبَاغَضُوا، وَكُونُوا إِخْوَانًا"³.
والثاني : أن القرائن قد تكون قوية عند القضاء بها ثم يعتريها الضعف فهي إذن ليست مضطردة الدلالة، ولا منضبطة فلا يثبت بها حكم⁴.

الترجيح :

بعد عرض القولين السابقين وأدلتهم بشأن مدى حجية الإثبات بالقرائن نجد أن الرأي الأول الذي قال به جمهور الفقهاء هو الرأي الأولى **بالاتباع والترجيح**، كون أن القرائن مما تُعين على تحقيق مقصود الشرع فهي تعطي مُكنة للقاضي وحرية للنظر في العلامات والأمارات والشواهد التي قد تكون لها دور كبير في إظهار الحقيقة ومن ثم الوصول إلى الحكم العادل، وبخاصة في هذا العصر الذي تطورت فيه التقنية العلمية بجميع أنماطها الطبية والبيولوجية، وتكنولوجيا الاتصال الحديثة التي تعتمد على تقنيات متطورة كالأقمار الصناعية وغيرها، فأصبحت هذه التقنيات العلمية قرينة في الإثبات إلى حد أن البعض منها وصل إلى درجة اليقين والدقة في إثبات الوقائع، وبالتالي أصبحت تفرض نفسها كقرائن ثبوتية يمكن للقاضي الاعتماد بها والاستئناس بنتائجها في ترسيخ قناعته للفصل في النزاعات المطروحة عليه لاسيما في مسائل الأحوال الشخصية المعروضة عليه .

المبحث الثالث : شروط الإثبات بالقرائن وسلطة القاضي في تقدير حجيتها:

اثبات الدعاوى بالقرائن مدلول الشريعة وعمل الفقهاء قديما وحديثا ولكنهم ضبطوها بضوابط معروفة مشهورة لديهم ، ولا بد للقاضي من الإحاطة بالتغيرات والمستجدات الحديثة لمعرفة ما استجد من قرائن وأدلة إثبات حتى يتسنى له تمحيصها وتقدير حجيتها في الإثبات .

لذا سنبين شروط الإثبات بالقرائن في (المطلب الأول) ثم سلطة القاضي في تقدير حجيتها في الإثبات في (المطلب الثاني)

المطلب الأول : شروط الإثبات بالقرائن:

سننتقل إلى شروط العمل بالقرائن في الفقه الاسلامي عموما (فرع أول) ثم نعرض شروط العمل بالقرائن العلمية الحديثة (فرع ثان):

الفرع الأول : شروط العمل بالقرائن في الفقه الاسلامي عموما :

لقد رأينا فيما سبق وجوب العمل بالقرائن كما قال بذلك جمهور الفقهاء، وهذا لا يعني أنهم يرون العمل بالقرائن بإطلاق، أي في جميع الحقوق، إنما المقصود بتقرير مبدأ العمل بها في ذاته، لذا فقد وضع الفقهاء ضوابط وشروط العمل بها وتتمثل في ما يلي :

الشرط الأول : لا يمكن الحكم بالقرينة إلا عند عدم وجود الشهادة أو الإقرار، أو عندما تكون الأدلة المقدمة للقاضي غير مقنعة أو غير كافية، فيلجأ إلى البحث عن وسيلة للإثبات، لإحقاق الحق وإقامة العدل وهذا بالعمل بالقرائن، يقول ابن قيم الجوزية :
"فإن توسع فيها وجعل مُعَوِّلَه عليها دون الأوضاع الشرعية وقع في أنواع من الظلم والفساد"⁵.

¹ محمد شلتوت، محمد السادس، مقارنة المذاهب في الفقه، مطبعة صبيح، د م ن، 1373هـ-1953 م، ص 140

² سورة النجم، الآية 28.

³ أخرجه البخاري، المرجع السابق، كتاب النكاح، باب لا يخطب على خطبة أخيه حتى ينكح أو يدع، ح ر : 5143، ص 1311.

⁴ علي قدامة، الأصول القضائية في المرافعات الشرعية، مطبعة الرغائب، (د م ن، د ط)، 1339هـ-1919 م، ص 275.

⁵ ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، المرجع السابق، ص 3.

الشرط الثاني: ألا تتعارض مع القرينة قرينة أخرى أو دليل آخر أقوى منها، فإن الأخذ بها لا تقتضي العمل بكل قرينة، وترك الشهادة، والإقرار، بل إن الحكم بها يكون عند عدمها أو عندما تكون الأدلة المقدمة للقاضي غير مقنعة أو غير كافية، فيضطر إلى البحث عن وسيلة للإثبات¹، ولهذا يجب التأني في الأخذ بالقرينة والتدقيق الشديد والاحتياط القوي ومثال على هذا إذا اشترط في قانون الأحوال الشخصية قرينة الشبه مع الفراش فإن العمل يكون بالنص ولا يعمل بقرينة الشبه وهذا لقوله صلى الله عليه وسلم " الولد للفراش وللعاهر الحجر"².

الشرط الثالث : ليس للقاضي الأخذ إلا بالقرائن القاطعة : والمراد بالقطع أو اليقين في القرينة بأن تكون دلالتها قوية بالغة حد اليقين، بحيث تقترب في دلالتها من إفادة اليقين³، أو تجعل الأمر في حيز المقطوع به، أما إذا كانت ضعيفة فلا يعول عليها كدليل من أدلة الإثبات أمام القضاء⁴.

الشرط الرابع: أن يرجع تقدير القرينة إلى القاضي : فالحكم بالقرينة منوط بعمل القاضي الفقيه بواقع الأمر وأحوال الناس وليس متروكا لعامة الناس، وللقاضي سلطة واسعة في الأخذ بالقرائن فكل ما اقتنع به واطمأن إليه نفسه يحكم به، على أن يكون المقياس المعول عليه هو مدى ارتباط الواقعة التي عدها قرينة للإثبات بالحق المتنازع عليه⁵.

الفرع الثاني: شروط العمل بالقرائن العلمية الحديثة:

سنبين أولاً الشروط الموضوعية للعمل بالقرائن العلمية الحديثة، ثم ننتقل إلى بيان الشروط التقنية (الفنية) للعمل بالقرائن العلمية

الحديثة

أولاً: الشروط الموضوعية للعمل بالقرائن العلمية الحديثة: وهي في مجملها قريبة من الشروط التي وضعها الفقهاء ونذكر منها⁶:

-ألاً تخالف القرائن العلمية الحديثة النصوص الشرعية من الكتاب والسنة.

-ألاً تخالف أيضاً العقل والمنطق والحس والواقع.

-ألاً يلجأ إلى استخدام هذه القرائن العلمية المعاصرة إلا إذا كانت هناك أدلة أخرى في الدعوى فيلجأ إليها القاضي لتعزيز قناعته وتأكيدها واستنباط ذلك الأمر الخفي .

-أنه يجوز الاستناد إلى كافة القرائن العلمية المستجدة الموصلة إلى الحقيقة بطريقة يطمئن لها القاضي، وترسخ بها قناعته .

-يشترط في القائمين على التحاليل الطبية والمخبرية الكفاءة والعدالة .

-ألاً يكون فيهم ذو قرابة أو صداقة أو عداوة أو منفعة أو علاقة تابع ومتبوع بأحد المتخاصمين.

¹ العجلان عبد الله بن سليمان بن محمد، المرجع السابق، ج 1، ص 189، عبد العال أحمد عطوة، محاضرات القيت على طلبة المعهد العالي للقضاء، تحت عنوان " علم القاضي والقرائن والنكول عن اليمين والفاقة" جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، السعودية، نقلا عن : محمد علي محمد عطاء الله، المرجع السابق، ص 107.

² أخرجه البخاري، المرجع السابق، كتاب الفرائض، باب الولد للفراش حرّة كانت أو أمة، ح ر : 6749، ص 1672.

³ لأن العلم القطعي يستعمله الفقهاء في معنيين : أحدهما العلم الذي لا يوجد معه احتمال النقص أصلاً كالعلم المستفاد من المحكم والمتواتر، **الثاني :** العلم الذي يوجد معه احتمال النقص احتمالاً ينشأ عن دليل، مثل العلم المستفاد من الظاهر، فالأول يسمونه علم اليقين والثاني يسمونه علم الظمأنينة، والقرينة القاطعة من قبل ما يفيد العلم الثاني، ينظر : صالح عبد الله اللاحم، الطرق المختلف فيها لإثبات جريمة القتل، رسالة ماجستير، كلية الشريعة، جامعة الإمام محمد بن سعود، السعودية، د ت ن، ص 167.

⁴ الزرقا أحمد مصطفى، المرجع السابق، ج 2، ص 919.

⁵ صلاح الشيخ محمد إبراهيم، ضوابط الحكم بالعقوبة وتنفيذها في الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، اسبوط، مصر، 1989م، ص 298.

⁶ الحربي عوض حميدان نافع، المرجع السابق، ص 11،. عمر محمود حسن، العلم بالقرينة وأثره على الأحكام القضائية، بحث مقدم للمؤتمر الأول للقرائن المعاصرة وآثارها الفقهية، 1435هـ-2014م، ص 3و2.

-أن يجري الفحص أو التحليل أو الاختبار الطبي مُسلّم عدل لأن قوله شهادة، وشهادة غير مسلم لا تقبل في المسلم إلا في الوصية في السفر ونحوه.

-يشترط في المختبرات التابعة للدولة أو المختبرات الخاصة توفر الشروط العلمية المعتمد بها محليا وعالمياً.

ثانيا :الشروط التقنية (الفنية)للعمل بالقرائن العلمية الحديثة:

-ألا يلجأ لإجراء هذه الخبرات العلمية والتقارير الطبية إلا بناء على أمر أو حكم قضائي.

-يستحسن أن تكون المختبرات التي تقام فيها التحاليل وكذا المستشفيات التي تجرى فيها الجراحة الطبية تابعة للدولة ، وإن اقتضت الضرورة إجراؤها في عيادات خاصة يجب أن تكون تحت إشراف ومراقبة الدولة تفاديا للتلاعب بالنتائج والاحتيايل.

-يفضل أن تجرى التحاليل والفحوص والكشوف الطبية في مخبرين أو مركزين طبيين ، مع مراعاة الاحتياطات اللازمة لضمان سرية نتائج كل مخبر أو مركز طبي¹.

-ضرورة استصدار تسخيرة من الجهات الرسمية في حالة تقصي أو استقراءالمعلومات والصور والمكالماتوالرسائل الواردة على تقنيات الاتصال الحديثة مرئية كانت أو مسموعة أو مكتوبة ، ضمانا لحماية المعطيات الشخصية لكل فرد.

المطلب الثاني: سلطة القاضي في تقدير حجية الإثبات بالقرائن:

سنعرض في (الفرع الأول) سلطة القاضي في تقدير القرائن القانونية ، ثم سلطة القاضي في تقدير القرائن القضائية في

(الفرع الثاني):

الفرع الأول:سلطة القاضي في تقدير حجية القرائن القانونية :

توصلنا فيما سبق أن الفقه والقانون ميّزا بين القرائن القانونية كدليل إثبات من حيث حجيتها إلى قرائن قانونية قاطعة أو مطلقة لا يجوز نقض دلالتها بإثبات العكس، وأخرى قانونية بسيطة أو غير قاطعة أو نسبية يجوز إسقاط دلالتها بإقامة الدليل العكسي على الاستنباط التشريعي منها، فإنّ سلطة القاضي في تقدير حجية القرائن تختلف من حيث كونها تتعلق بقرائن قانونية قاطعة أو بقرائن قانونية بسيطة.

أولاً:سلطة القاضي في تقدير حجية القرائن القانونية القاطعة :

إن الأصل في القرائن القانونية أنها تكون غير قابلة لإثبات العكس وهذا لأنها سُمّيت بالقاطعة، و هذا لا يعني أنه لا يجوز إثبات عكسها بأي طريقة من طرق الإثبات، وذلك لكون الفقه وبعض القوانين تجيز إمكانية إثبات عكسها ولكن بطريقتين هما الإقرار واليمين .

ثم إن القرائن القانونية القاطعة بعّدها استثناء عن الأصل العام فهي تتميز بكون المشرع يمنع قابليتها لإثبات العكس، لكن الإشكال يكمن في صعوبة التمييز بين نوعي القرينة لاسيما إذا لم يوضع معيارا يبين لنا أي منها نكون بصدد تطبيقه، لذلك عمدت بعض التشريعات إلى وضع أسس مختلفة لتسهيل هذا التمييز أهمها المشرع الفرنسي، الذي لجأ إلى وضع معيار خاص للقرينة القاطعة قاطعا بذلك حبل الخلاف المثار بين الفقهاء الفرنسيين القدامى منهم والمحدثين حول تحديد هذا المعيار، حيث نصت الفقرة الثانية من المادة 1352² من القانون المدني الفرنسي على أنه : " لا يجوز إثبات ما ينقض القرينة القانونية إذا كان القانون يبطل على أساسها بعض التصرفات أو يجعل الدعوى غير مقبولة، هذا ما لم يحفظ القانون الحق في إقامة الدليل العكسي مع عدم الإخلال بما سيتقرر بخصوص اليمين والإقرار القضائيين"³ .

¹صديق مروج، المرجع السابق ، ص 97

² المادة 1352 من القانون المدني الفرنسي، المرجع السابق .

³ الكرية محمد، الإثبات بالقرائن في المواد المدنية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2002م-2003 م، ص 42.

وذهب الأستاذ "مازو" إلى : "أخذنا النص يحدد القرينة القانونية القاطعة ويحصرها في فرضيتين هما :

الفرضية الأولى : هي القرائن التي أبطل بموجبها المشرع بعض التصرفات : مثل ماو رد في المادتين 911 و 1100¹ من القانون المدني الفرنسي أين افترض المشرع أن أي تبرع أو هبة صادرة لأولياء عديم الأهلية أو لأحد أقاربه تعد صادرة ضد مصلحة فاقده الأهلية نفسه يجعلها قرينة قاطعة على قيام الغش والاحتيال فيبطل ذلك التصرف .

الفرضية الثانية : تكون القرينة قاطعة عندما يمنع المشرع إقامة الدعوى أمام القضاء: بمعنى² أن المشرع قد منح للمدعي بهذه القرينة دفع جدي ومؤسس قانونا يميز له التماس عدم قبول الدعوى أو رفضها، ومثال ذلك القرينة المنصوص عنها في المادة 1282 من القانون المدني الفرنسي التي تقيم قرينة قاطعة على أن الدائن بتسليمه سند الدين للمدين يفترض أنه قد قبض مبلغ الدين وكذلك قرينة حجية الشيء المقضي به المنصوص عليها في المادة 1351 من نفس القانون³.

إلا أنّ المشرع الفرنسي أنتقد لانتقائه هذا المعيار من طرف الفقهاء الفرنسيين، على أساس أن الشق الأول من المعيار المتعلق بإبطال التصرف المعتمد على القرينة القانونية قاصر في التعبير بأمانة عن الغرض الحقيقي للمشرع الفرنسي وهو أنّ وضع هذه القرينة القاطعة غرضه سد الطريق على كل من يحاول التحايل على القاعدة الآمرة المتعلقة بالنظام العام، أما الشق الثاني من المعيار فالغرض منه ليس منع المتقاضين من الادّعاء أمام القضاء كونه حق ثابت لا يتزعزع، وإنما الذي قصده هو ترتيب دفع معين يحول دون التطرق إلى مناقشة موضوع الدعوى كأن يكون دفعا أوليا أو شكليا.

كما إن الفقه الفرنسي استقر على عدّ القرائن القانونية القاطعة شأنها شأن سائر أدلة الإثبات الأخرى من حيث خضوعها للإثبات العكسي، فيكون الأصل فيها أنها قابلة لإثبات عكسها ولو بطرق محددة تتمثل في الإقرار واليمين، وهي القرائن التي لا تتعلق بالنظام العام أما الاستثناء فهو أن هناك قرائن تتعلق بالنظام العام مثل قرينة النسب المبنية على قاعدة الولد للفرش (قرينة مطابقة الحقيقة القضائية للواقع)، فهي لا تقبل إثبات عكسها بأي طريقة من طرق الإثبات مما يدحض رأي بعض الفقهاء الفرنسيين الذين فسروا الفقرة الثانية من نص المادة 1352 من القانون المدني الفرنسي (أعلاه) على أنها تجعل الأصل في القرائن أن تكون قاطعة وأن الاستثناء هو أن تكون القرائن غير قاطعة أي بسيطة⁴.

وجدير بالذكر أنّ التسليم بكون القرينة القانونية القاطعة متعلقة بالنظام العام لا تقبل إثبات العكس، هذا لا يعني عدم قابليتها للدحض مطلقا، إذ أن المسائل التي لا يمكن إثبات عكسها أو دحضها من الأساس هي القواعد الموضوعية فقط، فالقرائن القانونية وإن كانت تتميز بالقطعية والحسم، إلا أنّها تظل قاعدة من قواعد الإثبات فهي لا تستعصى أن تُدحض بالإقرار واليمين، مادام أن المشرع أفرغ عليها صبغة القرائن وأبقاها في مجال قواعد الإثبات ولم ترق إلى مرتبة القواعد الموضوعية، وهذا ما انعقد عليه الإجماع في الفقه المصري بالقول : "إنها لاتزال دليلا من أدلة الإثبات بل هي لا تعدو أن تكون دليلا سلبيا اذ يقتصر على الإعفاء من الإثبات فإذا نقضها من تقرر لمصلحته بإقراره أو بيمينه فقد دحضها ولم يعد هناك محل لإعفائه من الإثبات إن لم يقبل هو أن يعفى نفسه منه"⁵.

أما المشرع الجزائري : فإنه لم يضع قاعدة يمكن استعمالها كمعيار لتميز القرينة القانونية القاطعة عن البسيطة كما فعل المشرع الفرنسي، إلا أنه ومن خلال نص المادة 337 من القانون المدني الجزائري -السالف ذكرها - يتضح أن المشرع قد أقر بطريقة غير

¹ ينظر : المادتين 911 و 1100 من القانون المدني الفرنسي، المرجع السابق.

² Henri et Léon et Jean Mazeaud et François Chabas, leçons De droit civil, Introduction a l'étude du droit, Time 19, éme édition-Montchrestien, 1989, paris; p402.

³ ينظر: المادتين 1282 و 1351 من القانون المدني الفرنسي، المرجع السابق .

⁴ الكرية محمد، المرجع السابق، ص 43.

⁵ السنهوري عبد الرزاق، المرجع السابق، ج 2، ص 614

مباشرة أن الأصل في القرائن القانونية أنها تكون قابلة لإثبات العكس، أما الاستثناء هو أن القرينة القاطعة لا يجوز إثبات عكسها وهذا ما يتجلى بعبارة " على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك" والظاهر أن المشرع الجزائري بعدم أخذه المعيار المعتمد من طرف المشرع الفرنسي في نص المادة 1352 (أعلاه) أراد تجنب الزلل الذي وقع فيه هذا الأخير بعد الانتقادات اللاذعة التي طالته من جانب الفقه الفرنسي، فالملاحظ على المشرع الجزائري قد أفرد لكل قرينة وُضِعَها فيما إذا كانت تقبل إثبات العكس أم لا، وذلك بحتم كل نص بعبارة " ما لم تثبت عكس ذلك" أما بالنسبة للقرينة القانونية القاطعة فإنه لم يعمد إلى أفراد نصوصها ما يدل على أنها غير قابلة لإثبات العكس باستثناء حالة واحدة وهي قرينة حجية الشيء المقضي به حيث أسبغها بنص صريح بعدم قبول إثبات عكسها وهذا بموجب المادة 338 من القانون المدني وذلك بالقول: "الأحكام التي حازت قوة الشيء المقضي به تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق، ولا يجوز قبول أي دليل ينقض هذه القرينة..."¹.

وبالتالي وأمام هذا الغموض واللبس الذي يكتنف معيار القرينة القاطعة المعتمد من طرف المشرع الجزائري فمن شأنه أن يخلق صعوبة أحيانا في التمييز بين النصوص الدالة على القرائن القانونية القاطعة كقواعد إثبات، وبين النصوص التي تقيم قواعد موضوعية¹ آمرة، لذا يمكننا القول أنه يتعين على المشرع الجزائري أن يحسم أمره فيما تعلق بتحديد المعيار الخاص بالقرينة القاطعة أو إعمال المعيار الخاص بالقرينة القاطعة الذي نص عليه في المادة 337 من القانون المدني، ويُعمد إلى ذكر في كل نص يقرر قرينة قاطعة على أنها قابلة لإثبات العكس رفعا للبس ومسايرة للمنطق، إذ لا يعقل أن نعلم الأصل أو القاعدة ونُضمِر الاستثناء رغم أهميته².

ومن أمثلة القرينة القانونية القاطعة في التشريع الجزائري نذكر : قرينة الولد للفرش المنصوص عليها في المادة 41 من قانون الأسرة، فقيام العلاقة الزوجية واستمرارها بين الرجل والمرأة تعد قرينة قاطعة على ثبوت نسب الولد لأبيه.

ثانيا: سلطة القاضي في تقدير حجية القرائن القانونية البسيطة :

القرينة القانونية البسيطة أو (غير القاطعة) هي التي تقبل الإثبات بالعكس، وهي الأصل في القرائن القانونية يقيمها المشرع على مجرد الاحتمال المتأرجح بين الصحة والخطأ، ومن ثم فإنه يجوز إثبات عكسها لاحتمال أن يكون الخطأ فيها كبيرا، وهي الأكثر تواجدا من خلل تعدد حالات تطبيقها أو اختلاف مواضع عملها، وقد نص المشرع الجزائري على القرينة القانونية غير القاطعة وعدّها الأصل وأخضعها للقاعدة العامة في الإثبات القائم على مبدأ مقارعة الدليل بالدليل أو مقابلة الدليل بدليل آخر³، وهذا تطبيقا لنص المادة 337 من ق م ج (أعلاه) ووفقا للقاعدة العامة في الإثبات بأن يتم إثبات عكس القرينة بدليل ذي قوة مطلقة إذ يمكن إثبات عكس القرينة القانونية : مثلا بإقرار صادر من تقرررت القرينة لمصلحته أو بنكوله عن اليمين الحاسمة بعد توجيهها إليه⁴، وإذا كانت القرينة القانونية القاطعة يمكن دحضها بمذنبين الطريقتين كما سبق توضيحه فإنه أولى بالقرينة القانونية البسيطة أن تدحض بما .

¹القاعدة القانونية الموضوعية هي التي تتضمن بيانا بالحقوق التي يتمتع بها الأفراد وتحدد مداه، والواجبات المفروضة عليهم، وليس لها علاقة بوسيلة إثباتها... "ينظر : عبد الله علي فهد العجمي، المرجع السابق، ص 55.

² بن صالح سارة، سلطة القاضي المدني في تقدير أدلة الإثبات " دراسة في ظر القانون المدني وقانون الإجراءات المدنية والإدارية "، مذكرة ماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سكيكدة، 2011-2012م، ص 56.

³ محمد الطاهر رحال، القرائن القانونية ومدى حجيتها في الإثبات الجنائي، مجلة البحوث والدراسات الإنسانية، جامعة سكيكدة، ع 11، 2015 م، ص 275.

⁴ السنهوري، مرجع السابق، ج 2، ص 626.

كما يمكن أيضا إثبات عكس القرينة القانونية البسيطة بالكتابة أو بمبدأ الثبوت بالكتابة معززة بشهادة الشهود أو بالقرائن القضائية وفي هذا تختلف عن القرينة القانونية القاطعة وإذا استحال الحصول على الكتابة أو استحال تقديمها بعد الحصول عليها جاز الإثبات بشهادة الشهود أو بالقرائن القضائية¹ طبقا للمادتين 336 و340 من ق م ج .

وبناء على ما سبق، يتضح بجلاء أن دور القاضي في الإثبات بالقرينة البسيطة يتجسد من خلال سلطته في تقدير إثبات عكس القرينة القانونية البسيطة، وذلك كونها مبنية على حجة بسيطة في الإثبات فهي تقبل إثبات العكس في جميع الحالات التي لا تكون فيها مطابقة لواقع النزاع .

وتقدير إثبات عكس القرينة من عدمه هي مسألة من المسائل الموضوعية التي ترجع إلى سلطة قضاة الموضوع دون رقابة عليهم من طرف المحكمة العليا مادام تقديرهم مؤسس على أسباب موضوعية سائغة ومبررة، فإذا توصل القاضي بقناعته أن الوقائع محل الادعاء من أحد الخصوم لا ترقى إلى أن تكون مبررا لإسقاط حجة قرينة المسؤولية التي تثبت ضده، فإن له كامل الحرية أن يرفع هذه الادعاءات أما إذا رسخت قناعته بما قدمه الخصوم واقتنع بها وأنها تنطوي على حجة تفوق حجية القرينة فإنه لا يكون أمامه مانع بأن يقر بثبوت عكس القرينة، ومن ثم يتصدى إلى الدعوى بالرفض دون أن يعرض حكمه أو قراره للنقض بما أن السبب الذي استند إليه في قضائه سليم ومعلل تعليلا كافيا².

وجدير بالذكر، أنه توجد بعض القرائن القانونية البسيطة التي لا يجوز إثبات عكسها إلا على نحو خاص، حيث يوجد في التقنين المدني الفرنسي قرائن قانونية غير قاطعة يجوز إثبات عكسها، ولكن المشرع نص على أن يكون هذا الإثبات على نحو خاص ويسمى **الفقيه: "ديكو تينيس"** باسم **"القرائن النسبية"** ومثال ذلك عند الفقهاء الفرنسيين القرينة التي تقضي بأن الولد للفرش وهي القرينة المنصوص عليها في المادة 312 من القانون المدني الفرنسي إذ أن هذه القرينة لا يجوز إثبات عكسها إلا على النحو الذي قرره المادتان 312 و313 من نفس القانون³.

أما بالنسبة إلى المشرع الجزائري فبالرجوع إلى القانون المدني نجد أن هناك قرائن قانونية بسيطة ولكن المشرع قد أقر بأنها لا تخضع لمبدأ جواز إثبات عكسها إلا في حالة محددة بذاتها أو بطريقة معينة بالذات، ومثال ذلك **قرينة الرسمية** المنصوص عليها في المادة 324 مكرر 6 من القانون المدني الجزائري التي بمقتضاها يعدّ المحرر الرسمي حجة بما دون فيه من بينات يلحق بها وصف الرسمية، فهذه القرينة لا يجوز إثبات عكسها فيما يتعلق بحجية هذه البيانات إلا عن طريق الادعاء بالتزوير سواء بدعوى أصلية أو دعوى فرعية بالتزوير، حتى وإن أقر الضابط العمومي بأن ما أورده من بيانات في هذا المحرر غير صحيحة، وبالتالي يمكن القول أن التمسك بالقرينة القانونية البسيطة ومدى تطابقها على وقائع الدعوى، وكيفية إثباتها يغيّر من المسائل القانونية التي تخضع إلى رقابة المحكمة العليا أما فيما تعلق بالدليل الذي يتقدم به الخصم لإثبات عكس هذه القرينة فيعدّ من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع ولا رقابة للمحكمة العليا في ذلك متى كان استنباطه مَسْئُوعاً قانوناً⁴.

الفرع الثاني: سلطة القاضي في تقدير حجية القرائن القضائية في الإثبات:

¹ باحي سامية، حجية القرائن القضائية في الإثبات، مجعلاً ق س، جامعة الجزائر 1، مج 57، ع 02، مارس 2020، ص 250.

² يحي بكوش، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، المؤسسة الوطنية للنشر، الجزائر، د ط، 1988م، ص 370.

³ السنهوري، مرجع السابق، ج 2، ص 628.

⁴ قروف موسى الزين، سلطة القاضي المدني في تقدير أدلة الإثبات، رسالة دكتوراه العلوم في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، 2013م-2014م، ص 183.

لقد منح المشرع لقضاة الموضوع سلطة معينة في تقدير أدلة الإثبات المقدمة أمامهم من أطراف الخصومة، إذ يتعين عليه أن يُفضّل دليل إثبات على آخر وذلك بالنظر للقوة الثبوتية الممنوحة قانوناً لهذا الدليل¹، ثم إن هناك من يرى أنّ حرية القاضي في تقدير أدلة الإثبات المعروضة أمامه تستند إلى مبدأ القناعة الشخصية للقاضي، أو ما يطلق عليه أيضاً: بحجية القاضي في تقدير الأدلة². غير إنّ هناك قرائن تعدّ دليلاً معفى من الإثبات يترتب عليه أن حرية القاضي محدودة في تفسيرها أو عدم الأخذ بها وهي القرائن القانونية لأنها - كما سبق الإشارة إليه - من استنباط وإيجاد المشرع وحده في حين أن القرائن القضائية هي من استنباط القاضي والذي يتمتع بسلطة واسعة عن تقديرها.

وترتبط على ما سبق، سنتطرق إلى دور الاقتناع الشخصي للقاضي في تقدير القرائن القضائية، ثم نبين حرية القاضي في تقدير حجية الإثبات بالقرائن القضائية.

أولاً: دور الاقتناع الشخصي للقاضي في تقدير حجية القرائن القضائية:

للقاضي سلطة تقديرية واسعة في استنباط القرائن القضائية وله سلطة مطلقة أيضاً في اختيار أية واقعة ثابتة في الدعوى لكي يستنبط منها القرينة القضائية³، كما لديه حرية واسعة في استنباط ما تحتمله من دلالة وحرّ في تكوين قناعته، فقد يقتنع بقرينة واحدة قوية الدلالة، وقد يقتنع بقرائن متعددة حقيقية في الإثبات⁴.

ولما كانت القرائن القضائية تُستنبط بحرية القاضي على أساس ما يثبت لديه من وقائع فإن دلالتها غير قاطعة، أي أن ما يُستخلص من طريقها يسمح للخصم دائماً من دحضه بكافة وسائل الإثبات، ولو أن القاضي يبقى في النهاية حراً في تكوين اعتقاده ولكن الواقع أن القرائن القضائية قد تبلغ من القوة حداً يستنبط منه القاضي الأمر المراد إثباته على سبيل الترجيح ويفسح للخصم المجال لإثبات العكس، وقد لا تبلغ هذا الحد من القوة فيعدها القاضي بدءاً بثبوتٍ فحسب، فيكلف طالب الحق (المدعي) بتكاملته بدلائل أخرى⁵.

ولما كانت سلطة القاضي في تقدير القرائن القضائية واسعة جداً، فله الحرية التامة في إعطاء القرائن القضائية القيمة التي يرونها مناسبة، وقد استقرت على هذا أحكام القضاء⁶، ويترتب على ذلك عدد من النتائج الهامة هي كالآتي⁷:

1- أن القاضي قد يكفي بدليل واحد لبناء قناعته، إذا كانت طريقة الاستنباط سليمة وليس فيها حياد عن الحق، ولا يلزم القاضي بأن يبحث عن دليل آخر سوى القرائن القضائية للحصول على الاقتناع الوجداني في حالة انعدام الأدلة الأخرى، كما أن بإمكانه أن يفصل أي عنصر من العناصر على غيره دون تقييد في ذلك.

¹ بطيحي حسين، القضاء بالقرائن في الشريعة الإسلامية والقانون "دراسة مقارنة"، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 1997م-1998م، ص 154.

² وهو رأي الدكتور علي راشد : أشار إليه مسعود زبدة، الإقناع الشخصي للقاضي الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، د ط، 1989 م، ص 56.

³ منصور أنيس منصور، المرجع السابق، ص 324.

⁴ سعد نبيل إبراهيم، المرجع السابق، ص 186.

⁵ سليمان مرقس المرجع السابق، ص 97-98.

⁶ قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 04 أبريل 1968، المنشور في المجلة القضائية لسنة 1968، ص 152، و قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 13 نوفمبر 1976، رقم 12730، (غ م).

⁷ براهيم صالح، الإثبات بشهادة الشهود في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 1992 م، ص 163-165، ينظر أيضاً : يحي بكوش، المرجع السابق، ص 200.

2- أنه لا يوجد أي تفاضل بين الشهادة والقرينة القضائية، فيمكن للقاضي أن يكتفي بقرينة واحدة لإسناد حكمه، ولو كانت هذه القرينة تناقضها الشهادات المدلى بها في تحقيق قضائي، مع أنه يستطيع أن يؤيد القرينة الوحيدة يمين يوجهها إلى أحد الخصوم تكملة للنصاب.

3 - إن القاضي هو الذي يقدر ما إذا كان الإثبات بالقرائن القضائية مستساغاً فقد يكون الإثبات بالقرائن القضائية جائزاً قانوناً، لكن تبقى للقاضي حرية واسعة للأخذ به، فمثلاً إذا كانت الدعوى المعروضة أمامه تحوي عناصر وأدلة أخرى، يمكنه أن يستغني عن القرائن القضائية وبعد فراغه من ذلك، يستقل القاضي في تقدير ما إذا كانت الوقائع متعلقة بالحق المدعى به ومنتجة في الإثبات، فقد لا تكون الوقائع متصلة بالحق المدعى به، أو إن كانت متصلة به فقد لا تكون منتجة في الإثبات .

4- يجوز للقاضي أن يقوم بترجيح قرينة على أخرى دزن أن يكون ملزماً ببيان أسباب هذا الترجيح ما مادام لم يخرج بها عمّ يؤدي إليه مدلولها.

ثانياً: موقف بعض التشريعات الوضعية من سلطة القاضي في تقدير حجية القرائن القضائية:

إذا أمعنا النظر في بعض التشريعات المقارنة فإننا نلاحظ -ولأول وهلة- المعيار الذي اعتمدته هذه التشريعات الوضعية لتأسيس اقتناع القاضي الشخصي في مدى إمكانية قبول أو رفض القرائن القضائية، وهو معيار مرتبط أساساً بالسلطة التقديرية الواسعة والمطلقة له وهذا بسبب ما تكتنفه القرائن القضائية بالحجية النسبية في الإثبات ¹.

وهو ما جاء تقريره فعلاً في المادة 43 من قانون البينات الأردني التي نصت بأن: "القرائن القضائية هي القرائن التي لم ينص عليها القانون ويستخلصها القاضي من ظروف الدعوى، ويقتنع بأن لها دلالة معينة ويترك لتقدير القاضي استنباط هذه القرائن" ².

وهو ما نصت عليه المادة 407 من قانون المدني المصري³: "يترك تقدير القاضي استنباط كل قرينة لم يقرها القانون ولا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يميز فيها القانون الإثبات بالبيئة".

والحكم نفسه مقرر في قانون البينات السوري بموجب المادة 90 منه على أن:

1- القرائن القضائية هي القرائن التي لم ينص عليها القانون وأمكن القاضي أن يستخلصها من ظروف الدعوى، وأن يقتنع بأن لها دلالة معينة ويترك لتقدير القاضي استنباط هذه القرينة،

2- لا يجوز الإثبات بالقرائن القضائية إلا في الأحوال التي يجوز فيها الإثبات بالشهادة" ⁴.

وكذلك قانون الإثبات الكويتي طبقاً للمادة 52 منه والتي تنص على أن "القرائن التي ينص عليها القانون تعني من تقررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي ما لم يوجد نص بغير ذلك وللقاضي أن يستنبط قرائن أخرى للإثبات وذلك في الأحوال التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود"، وأيضاً نجد المشرع العراقي نص في المادة 102 من قانون الإثبات العراقي على أنه "أولاً: القرينة القضائية هي استنباط القاضي أمراً غير ثابت من أمر ثابت لديه في الدعاوى المنظورة -ثانياً: للقاضي استنباط كل قرينة لم يقرها القانون وذلك في نطاق ما يجوز إثباته بالشهادة" ⁵.

¹ ياحي سامية، المرجع السابق، ص 250.

² المادة 43 من قانون البينات الأردني، المرجع السابق .

³ قانون رقم 131 لسنة 1948 بشأن القانون المدني المصري، صادر بتاريخ: 1948/07/29 م (دخل حيز التنفيذ ابتداء من 1949/10/25) المعدل والمتمم بالقانون رقم: 106 لسنة 2011 م الصادر بتاريخ 2011/07/16 م

⁴ المادة 90 قانون البينات السوري لعام 2014 م، المرجع السابق.

⁵ المادة 102 من قانون الإثبات العراقي، المرجع السابق .

ونص في المادة 103 "من نفس القانون " يجوز الإثبات بالقرائن القضائية للطعن في التصرف القانوني إذا قام الطعن على وجود غش أو احتيال في ذلك التصرف "، كما قرر المشرع العراقي بجواز الاستعانة بالتطور العلمي في استنباط القرائن القضائية وهذا ما نصت عليه المادة 104 من ذات القانون.¹

أما المشرع اللبناني فقد جاء بموجب المادة 310 من تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني شروط يجب أن تتوفر عليها القرينة التي يستخلصها القاضي بحيث لا يمكن للقضاء قبول القرائن المتروكة لبصيرة القاضي ولحكمته إلا إذا كانت هامة صريحة ومتوافقة² وهو نفس الحكم الوارد حقيقة في المادة 1353 من قانون المدني الفرنسي التي تنص: "القرائن التي لم ينص عليها القانون تركت لنظر القاضي وتقديره ولا يجوز أن يأخذ بقرائن قوية الدلالة (خطيرة) دقيقة التحديد، ظاهرة التوافق ولا يأخذ بها إلا في الأحوال التي يميز فيها القانون البيئة ما لم يطعن في التصرف بالغش أو بالتدليس".³

وفيما يتعلق بالمشرع الجزائري فإنه لم يحدد مضمونا للقرائن بالشروط التي استلزمها التشريع الفرنسي والقانون اللبناني بل ترك أمر تحديد شروط القرائن من حيث الأهمية والخطورة ومن حيث الدقة في التحديد، وكذلك من حيث التوافق والتضافر للقضاء، فالقاضي هو وحده من يحدد قوة أو ضعف هذه القرائن، ويرى البعض أن موقف المشرع الجزائري سليم عندما ترك للقاضي موضوع استنباط هذه القرائن لأن تحديد شروط القرائن في القانون من شأنه أن يشكل قيودا على حرية القاضي في استخلاص تلك القرائن، وهو هدم لمبدأ الاقتناع الشخصي للقاضي، وبالتالي فإن المشرع الجزائري بموقفه هذا ابتعد عن كل ما قد يمس بحكمة المشرع وعن كل انتقاد يتعرض له كما تعرض له المشرع الفرنسي من طرف الفقه في فرنسا بمناسبة التعليق على متن المادة 1353 أعلاه من خلال توجيه الانتقادات الشديدة التي وجهها الفقهاء في فرنسا إلى المشرع الفرنسي

وما يلاحظ على المشرع الجزائري والمصري وفيما يخص تعريف القرينة القضائية فانهما خالفا للتشريعات العراقية والكويتية والسورية حيث أرجع التشريع الجزائري استنباط القاضي القرينة في نطاق ما يجوز إثباته بالبيئة وهو مصطلح فضفاض أما التشريعات الكويتية والعراقية والسورية فقد قَصَرْنَ نطاق سلطة القاضي في استنباط القرينة في نطاق ما يجوز إثباته بالشهادة فقط.

¹ المادة 103 و 104 من قانون الإثبات العراقي، المرجع نفسه.

² تنص المادة 310 من المرسوم الاشتراعي رقم 90 لسنة 1983 الصادر بتاريخ: 16/09/1983 المتضمن قانون أصول المحاكمة اللبناني المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 440 لسنة 2002 الصادر بتاريخ: 01/08/2002م: "إن القرائن التي لم يقرها القانون ترك لبصيرة القاضي ولحكمته فيجب عليه أن لا يقبل إلا القرائن الهامة أو الصريحة المتوافقة ولا يسعه قبولها إلا في الأحوال التي يميز فيها القانون البيئة الشخصية مل لم يكن سبب الطعن في العقد الاحتيال والخداع، أو تكن القينة مستندة إلى وقائع يمكن أن تعد تنفيذا اختياريا كلياً أو جزئياً للموجب المدعى به".

³ بطيمي حسين، المرجع السابق، ص 40-43.

الباب الأول

مجال الإثبات بالقرينة العلمية الحديثة
في قضايا الزواج

تمهيد:

قضت سنة الله في خلقه والفرطة التي جبل عليها الإنسان بضرورة اجتماع الذكور والإناث للتوالد والتناسل يتحقق بقاء النوع البشري الذي جعله الله الأساس الذي تقوم عليه الأسرة فشرع اله الزواج من الخليقة وجعله أساس في اتصال الرجل بالمرأة اتصالاً جنسياً مشروعاً على سنة الله ورسوله حتى يكون بقاء النوع الإنساني على أكمل وجه.

فالزواج عقد وعهد وميثاق وهو من أهم العقود التي ينشئها الإنسان في حياته وأعظمها أثراً وأعلاها قدراً، حيث تتعلق به أحكام وآثار من نسب وحرمة ومصاهرة وميراث وتبقى بقاء الدهر، وهذا ما جعل الشارع يعني الزواج ويحيطه برعايته في جميع أدواره من وقت التفكير به حتى إنشائه وبقائه وانتهائه.

فالشرع الإسلامي وضع للأسرة نظاماً محكماً له أصول ثابتة وقواعد مستقرة مستمرة، ورغم ذلك قد تهب ريح النزاع والشقاق والتي قد تكون من قبل الزوجة أو من قبل الزوج أو قبل الاثنين معا فتتعدد الخصومة أمام القضاء .

فيسعى كل طرف لإثبات حقه أمام القضاء فيقع على صاحب الحق عبء الإثبات للحصول على حقه بالبينات المباشرة لكن وفي هذا العصر الذي تقدمت فيه لعلوم اكتشفت فيه قرائن تكاد تكون في حيز القطع واليقين في الإثبات وبخاصة تلك التي تستند إلى العلم الفني الدقيق .

وبوصف القرائن العلمية الحديثة بيّنة فقد أصبحت تتخذ أنواعاً متعددة ومتطورة مع تطور الزمن ويزيد فيها الدقة ويندر فيها الخطأ، وتتولاها الأجهزة الحديثة الطبية اليوم وبعضها مرتبط بالحاسوب الآلي أو بتقنيات الاتصال الحديثة، فأضحى عدداً من مسائل الزواج يمكن حسمها عن طريق القرائن العلمية الحديثة، وكان على القضاة العناية بهذا الجانب المهم ومعرفة مدى الاعتماد عليها واللطف أن بعض الفقهاء كابن القيم قدم القرائن في الحكم على الإقرار والشهادة في بعض الصور " فالاستفادة اليوم من هذه القرائن العلمية عين الحكمة والصواب .

والمسائل المرتبطة بالزواج التي يمكن حسمها بالقرائن العلمية الحديثة متعددة فمنها ما يظهر قبل انعقاد الزواج أي أثناء فترة الخطبة و منها ما ترتبط بوقت انعقاده، في حين هناك قرائن علمية يمكن الاستناد إليها من طرف القضاء في الإثبات في قضايا تظهر بعد الزواج أو في آثاره.

لذا سنقسم هذا الباب إلى فصلين الفصل الأول يخص لبيان : أثر القرينة العلمية الحديثة في الإثبات في مقدمات الزواج وفي انعقاده، والفصل الثاني نسلط الضوء فيه على: أثر القرينة العلمية الحديثة في الإثبات بعد الزواج وفي آثاره.

الفصل الأول

أثر القرينة العلمية الحديثة في الإثبات في مقدمات
الزواج وفي انعقاده

تمهيد :

الزواج سنة كونية شرعها الله تعالى، فجعله وسيلة لاستكمال الدين وتعفف النفس وغفرانا للذنوب، والحفاظ على قوة الشباب وصيانة الأرحام، فوصفه بالميثاق الغليظ، وقد دعا الله تعالى عباده للزواج كي يرزقهم بالذرية الصالحة والطيبة . وعلى هذا الأساس كان لزاماً أن يسبق هذا العقد الخطير مقدمات يحاول من خلالها المقبلان على الزواج التمهيد لبناء أسرة متينة وتمثل هذه المقدمات في الخطبة¹ وهي مرحلة يتعرف فيها الخطيبان على بعضهم البعض ويستعد كل واحد منهما بعد التحري والتشاور لاستقبال الحياة الزوجية ومن هنا يكون الاهتمام أولاً بالاختيار المناسب، الذي يحقق حياة أسرية سعيدة، ويثمر على إنجاب أطفال أصحاء، لأن الآباء يورثون أبناءهم الصفات الوراثية العادية ويورثون أيضاً صفات مرضية تسبب إصابتهم بأمراض وعاهات وراثية.

ولأن الخالق- عز وجل- يريد الأفضل لعباده نجد الشريعة تحث على السعي إلى تجنب الأمراض وأسبابها المؤدية إليه، وقد ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : "تخيروا لنطفكم فإن العرق دساس"² وقال أيضاً صلى الله عليه وسلم "تزوجوا الولود الودود" **فإني مُكاثِر بكم**³، وحث كذلك ألا يكون أحد الزوجين مصاباً بمرض من الأمراض حتى لا تنتقل ذلك إلى الأبناء فقد ورد في الحديث : "لا يورث مَرُوضٌ عَلَى مُصِحٍّ"⁴.

ولقد تمكن العلماء من التعرف على أساس المادة الوراثية وإمكانية تخزين المعلومات الوراثية ونقل هذه المعلومات من الآباء إلى الأجيال، ومع تطور التقنيات العلمية في مجال الطب أصبح من اليسير الكشف عن هذه الأمراض وتعرف المقبلين على الزواج على الخريطة الوراثية للطرف الآخر وذلك من خلال إجراء العديد من الفحوص الوراثية.

ومن جانب آخر فقد شهدت تقنيات الاتصال -بمختلف أنواعها- ثورة تكنولوجية هائلة وفي وقت وجيز، فأضحى الاستغناء عنها من الأمور العسيرة، إذ انتقلت العلاقات الإنسانية من طور الاتصال المباشر بين الأفراد إلى طور الاتصال عبر بيئة تقنية متطورة لها خصائص متفردة تمكن المتصلين من سماع ورؤية بعضهما البعض ولو كانت تفصل بينهما مسافة أبعد نقطتين، وكانت أهم محصلاته ظاهرة إبرام عقود الزواج عبر هذه التقنيات الحديثة التي تضمن للعاقدين الرؤية والمواولة في تبادل التعبير عن الإرادة.

وعطفاً على ما سبق سنتناول كل هذه المستجدات والنوازل وذلك من خلال تسليط الضوء علماً أحكامها الشرعية، و مدى أهميتها في الإثبات، مع بيان مواقف التشريعات المقارنة الغربية منها والعربية.

¹ **الخطبة لغة:** الحُطْب : الشأن أو الأمر صغر أو عظم : ينظر : ابن منظور، المرجع السابق، باب الباء مادة (خطب)، ج 1، ص 360، والخطبة بكسر الخاء هي طلب الرجل المرأة للزواج منها واختطاب القوم الرجل إذا دعوه إلى تزويج صاحبهم : ينظر : بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، بيروت، لبنان، د ط، 1986م، ص 77 **والخطبة اصطلاحاً:** عرفها الحنفية : بأنها "التماس وطلب النكاح" ينظر: حسام الدين علي بن مكي الرازي، خلاصة الدلائل في تنقيح المسائل، تحقيق: أبو الفضل الدمياطي، مكتبة الرشد، الرياض، ط 1، 2007 م، ص 616. وعرفها المالكية بأنها: "الخطبة بكسر الخاء عبارة عن استدعاء النكاح": ينظر : الخطاب، أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمان المغربي، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، تحقيق: أحمد جاد، شركة القدس للتجارة، ط 1، القاهرة، مصر، 1429هـ-2008م، ج 5، ص 25، وعند الشافعية : هي "اتماس الخاطب النكاح من جهة المخطوبة" ينظر : الشربيني شمس الدين محمد بن الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الفكر، بيروت لبنان، (د ط، د ت ن)، ج 3، ص 183، وعرفها الحنابلة : "هي خطبة الرجل المرأة لينكحها" : ينظر: ابن قدامة ، المرجع السابق، ج 9، ص 567.

² أحمد بن حجر العسقلاني، المرجع السابق، ج 9، ص 98.

³ أخرجه النسائي أحمد بن شعيب بن علي بن سنان أبو عبد الرحمان ، سنن النسائي، تحقيق : رائد بن صبري ابن أبي علفة، كتاب النكاح، باب كراهية تزويج العقيم، حديث رقم 3227، دار الحضارة للنشر والتوزيع ، الرياض، السعودية، ط 2، 1436هـ-2015م، ص 435

⁴ البخاري، المرجع السابق، كتاب الطب، باب لا هامة، ح ر : 5771، ص 1371.

سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين (المبحث الأول) نتناول فيها أثر التطورات الطبية في إثبات الأمراض الوراثية للمقبلين على الزواج ، وفي (المبحث الثاني) نتطرق إلى الزواج عبر تقنيات الاتصال الحديثة وإشكالات إثباته القانونية.

المبحث الأول : أثر التطورات الطبية والبيولوجية في إثبات الأمراض الوراثية قبل الزواج:

تعد الأمراض الوراثية التي يولد بها الإنسان معضلة هذا القرن، بخلاف الأمراض المكتسبة أو الطارئة، والتي أمكن الحد من انتشارها بشكل كبير بالتحصن باللقاحات والأمصال، وأما الأمراض الوراثية فقد تجلت بصورة أكبر مما كان متصوراً، إذا كان يظن أنها أمراض نادرة الحدوث ثم تكتشف كثير من الأمور التي كانت خافية على البشر، فظهر الأمر خلاف ذلك¹.

فلما نشط علم الوراثة في قرننا الحالي (قرن الوراثة)، تفجرت المعارف الطبية الجديدة في مجال تشخيص الأمراض الوراثية وعلاجها والوقاية منها، بل وتكتشف حقائق هذه الأمراض، وإدراك أسبابها والوقوف على معارف ومعلومات كانت مجهولة خلال القرون الماضية .

فإذا كان أحد المقبلين على الزواج مصاب بمرض وراثي له بعد سلبى على الطرفين وعلى الذرية من ناحية أخرى، وهذا ما يخل بمقاصد النكاح مستقبلاً، فيمكن أن يكون ذلك مانعاً من إتمام إجراءات الزواج .

وعلى ضوء ما سبق، سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، (المطلب الأول) نعرض فيه حقيقة الأمراض الوراثية وأثرها على أحكام الخطبة و(المطلب الثاني) نتناول فيه الفحوص الوراثية للمقبلين على الزواج وأحكامها الشرعية والقانونية.

المطلب الأول: حقيقة الأمراض الوراثية وأثرها على أحكام الخطبة :

وسنستعرض في هذا المطلب حقيقة الأمراض الوراثية في (الفرع الأول)، ثم نسلط الضوء على أثر الأمراض الوراثية على أحكام الخطبة (الفرع الثاني):

الفرع الأول :حقيقة الأمراض الوراثية:

سننطلق في هذا المطلب تعريف الأمراض الوراثية(أولاً)، ثم نتناول أسبابها (ثانياً) وبعدها نتطرق إلى أقسام الأمراض الوراثية (ثالثاً) وموقف الشرع منها (رابعاً).

أولاً :تعريف الأمراض الوراثية :

جرت عادة العلماء عندما يتعرضون لبيان معنى لكلمة من الكلمات التي استعملت في الشريعة الإسلامية، أن يبينوا معناها أولاً في اللغة العربية، ثم يُجَلِّوْا معناها بعد ذلك عند علماء الشريعة، وجرياً على هذه العادة سنبين أولاً معنى كلمة الأمراض الوراثية لغة ثم نتناول معناها في اصطلاح علماء الشرع والطب.

1-تعريف الأمراض: سننطلق أولاً إلى تعريفها من حيث اللغة ثم نعرفها اصطلاحاً :

أ-في اللغة:

الأمراض :جمع مرض والمرض: السُّقْم نقيض الصحة، وأمْرَضَهُ : أَعْلَهُ²، يقال مَرَضَ فلان مَرَضًا، ومَرَضًا، فهو مَرِضٌ ومَرِضٌ ومَرِضٌ والمرضى والمرضى³.

ب-الأمراض في الاصطلاح: تشارك المعنى اللغوي، فالمرض خروج الجسم عن اعتداله الطبيعي⁴.

¹ هيلة بنت عبد الرحمن بن محمد البابس، الأمراض الوراثية حقيقتها وأحكامها في الفقه الإسلامي، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الشريعة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، السعودية، 1431هـ، ص 39.

² ابن فارس، المرجع السابق، باب الميم والراء وما يثلاثهما مادة (مرض)، ج 5، ص 311.

³ ابن منظور، المرجع السابق، باب الضاد مادة (مرض)، ج 7، ص 231.

⁴ ابن قيم الجوزية، إغاثة اللهفان من مصايد الشيطان، تصحيح محمد حامد الفقي، دار الجيل للطباعة مصر، د ط، د ت، ص 19.

وَعُرِفَ المرْضْبَانُ " خروج الجسم عن حالة الاعتدال التي تعني قيام أعضاء البدن بوظائفها المعتادة، مما يعوق الإنسان عن ممارسة أنشطته الجسدية والعقلية والنفسية بصورة طبيعية "1.

2-تعريف الوراثة :

أ-الوراثة في اللغة: الوراثة نسبة إلى الوراثة، والوراثة مصدر ورث، يقال: ورث يرث ورثاً، ووراثته، وإرثاً، و ورثة².
والورث والإرث والميراث والتراث ما يبقى بعد قوم ليصير إلى آخرين³، وجاء في حديث أبي الدرداء عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "إنَّ الْعُلَمَاءَ هُمْ وَرَثَةُ الْأَنْبِيَاءِ..."⁴ والوارث عند الفقهاء من ينتقل إليه مال الميت بتمليك الله تعالى إياه⁵.

ب-الوراثة اصطلاحاً: لقد شملت الوراثة كل ما يتعلق بالمادة الوراثية التي تنتقل عبر الأجيال، وسنذكر بعض التعريفات :

ج - الوراثة في الطب: هي "انتقال الصفات من الأصول إلى الفروع أو من السلف إلى الخلف، وهي تشمل إلى جانب الخصائص : الأمراض القابلة للتوريث"⁶.

وهناك من عرفها بأنها "انتقال المواصفات الوراثية من الآباء إلى الأجيال التالية"⁷، أو هي "انتقال الصفات الوراثية من الأصول إلى الفروع بحيث يحمل كل مولود نصف صفاته الوراثية من الأب والنصف الآخر من الأم"⁸.

وأما علم الوراثة الطبية فهو " العلم الذي يختص بالتغيرات الوراثية البشرية واختلافاتها بين الأفراد في حالات الصحة والمرض في الجنس البشري"⁹.

وعلم الوراثة الخلوية هو "العلم الذي يهتم بدراسة الصبغيات في الخلية الحية"¹⁰.

3-تعريف الأمراض الوراثية مركبة: عرفت بأنها " مجموعة غير متجانسة من الأمراض المزمنة بعضها معقدة تكون مصحوبة بالعديد من الأعراض الصحية المزمنة يتم توريثها من الوالدين إلى الأبناء والبنات عن طريق تناسل المادة الوراثية المعتمدة (الحقيقية الوراثية) وتنشأ نتيجة اعتلالات أو طفرات في الحمض النووي، تختلف أنواعها وتأثيراتها"¹¹، و عرفت أيضاً بأنها "المرض الوراثي الذي يظهر بسبب شكل في المورث نتيجة تغيرات على الحمض النووي"¹².

¹ أحمد محمد كنعان، الموسوعة الفقهية، دار النفائس، بيروت، لبنان، ط1، 1420هـ، ص 845.

² ابن منظور، المرجع السابق، باب الثاء، مادة (ورث)، ج 2، ص 199 .

³ ابن فارس، المرجع السابق، ج 6، ص 108.

⁴ الترمذي أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة، سنن الترمذي، تحقيق: أحمد محمد شاكر، كتاب العلم، باب: ما جاء في فضل الفقيه في العبادة، رقم الحديث 2682، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي وأولاده، مصر، ط1398هـ-1978م، ج1، ص 2608.

⁵ محمد رواس قلعه جي، حامد صادق قنبي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس، بيروت، لبنان، ط2، 1408هـ-1988م، ص 497 .

⁶ عبد الستار أبو غدة، مدى شرعية التحكم في معطيات الوراثة، ضمن أبحاث ندوة الإنجاب في ضوء الإسلام التي نظمتها المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت، بتاريخ: 11 شعبان 1403هـ-24 مايو 1983م، ص 149.

⁷ شبيخة العريض، الوراثة ما لها وما عليها، سلم العريف، دار الحرف العربي، د م، ط1، د ت، ص10.

⁸ الشويخ سعد بن عبد العزيز بن عبد الله، أحكام الهندسة الوراثية، دار كنوز اشبيليا، الرياض، السعودية، ط 2007م، ص33.

⁹ محسن بن علي الحازمي، الوراثة في حالات من الصحة والمرض، دار العلوم للطباعة والنشر، الرياض، السعودية، ط1، 1425هـ-2004م، ص 20

¹⁰ عقيل عبد ياسين، يحي كاظم السلطاني، أساسيات الوراثة الخلوية الطبية، دار الفكر للطباعة والنشر، عمان، الأردن، د ط، 1419هـ-1999م، ص17.

¹¹ محسن بن علي الحازمي، المرجع السابق، ص36، محسن بن علي الحازمي، أمراض الدم الوراثية "حقائق علمية عن أمراض مزمنة معقدة"، ضمن بحوث الدورة السابعة عشرة للمجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي المنعقدة بمكة في الفترة ما بين 16-24 شوال 1424 هـ الموافق ل: 13-18 ديسمبر 2003م، ص 293.

¹² الشويخ سعد بن عبد العزيز بن عبد الله، المرجع السابق، ص 62.

من خلال التعريفات السابقة يمكن تعريف الأمراض الوراثية أنها: "أمراض ناتجة عن خلل في المادة الوراثية".

ثانياً: أسباب الأمراض الوراثية:

تنشأ الأمراض الوراثية نتيجة اختلالات في المادة الوراثية داخل الخلية، ينعكس أثرها على مادة بناء المنتجات البروتينية (الأحماض الأمينية)، وبالتالي تحتل الوظائف الحيوية للخلية مما يؤدي إلى ظهور الأمراض الوراثية، ولعل أبرز الأسباب المرضية لإصابة الأفراد بالأمراض الوراثية ما يأتي:

1-الطفرة الوراثية¹ الموروثة: بحيث يكون كلا الوالدين أو أحدهما حاملاً للمرض الوراثي ونقله إلى أولاده عند التقاء الحيوان المنوي بالبيضة².

2-إصابة الفرد بطفرة وراثية مكتسبة: تحدث في المورثات داخل النواة، فتؤدي إلى خلل في تركيب الحمض النووي (ADN)، وينتج عنها استبدال أو إضافة أو حذف أو تكرار بعض القواعد النيتروجينية المكونة للشفرة الوراثية، مما يؤثر على الوظائف الحيوية للخلية ويؤدي إلى أعراض مرضية³، وأهم العوامل المسببة للطفرة الوراثية والاختلال في المورثات مايلي:

أ- طفرات ذاتية تلقائية (تحدث بإذن الله تعالى) دون أن يكون لها سبب مؤثر ظاهر⁴.

ب- تناول الأم لبعض الأدوية أثناء الحمل (كالكورتيزون ونحوه).

ج- المواد الكيماوية المنتشرة في المواد الصناعية والزراعية لأنها تسبب تشوهات شديدة تؤدي إلى إجهاض الجنين أو توافقه في حياته⁵.

3-تعرض الأم للأشعة المتأينة أثناء الحمل: مثل أشعة إكس وذلك أن الموجات الكهرومغناطيسية في هذه الأشعة لها قابلية النفاذ إلى الأنسجة، حيث يؤثر على تركيب (ADN)، وهذا التأثير يتناسب طرذاً مع الأشعة فكلما كانت كمية الأشعة كثيرة أو قوية كان التشوه كثيراً أو قوياً.

وإذا لم يتم الإصلاح التلقائي داخل (ADN) فإن هذا يؤدي إلى تضاعفه، سينتج عنها (ADN) مشوهاً أيضاً وعند الاستنساخ تكون (ADN) مشوهة كذلك، مما يؤدي إلى قلة إنتاج البروتين الخاص أو عدمه أو تشوهه⁶.

4-إصابة الأم بأمراض مزمنة كالسكري ونحوه⁷: حيث لا يمكن التحكم في كمية السكر التي تصل إلى الجنين، والتي قد تكون زائدة أو ناقصة في فترات حرجة من حياته، إلى جانب تأثير أدوية هذه الأمراض⁸.

5-إصابة الأم بأمراض معدية أثناء الحمل: مثل الحصبة الألمانية و التوكسوبلازما وغيرها تجعل بعض الفيروسات والبكتيريا والطفيليات تنجح في الوصول إلى الجنين وتسبب له تشوهات خلقية⁹.

¹الطفرة الوراثية: هي تغير دائم في تسلسل القواعد النيتروجينية للحمض النووي (ADN) ينظر: محسن بن علي الحازمي، الوراثية في حالات من الصحة والمرض، المرجع السابق، ص 36.

² هيلة بنت عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 72.

³ خالد العلي، التشوهات الوراثية في الجنين، ضمن ندوة الانعكاسات الأخلاقية للأبحاث المتقدمة في علم الوراثة، تنظيم المنظمة الإسلامية للعلوم والتربية والثقافة بالاشتراك مع جمعية الدعوة الإسلامية وتعاون مع كلية العلوم، امعة قطر، بتاريخ: 12-23 شعبان 1413هـ-13-15 فبراير 1993م، ص 196.

⁴ محسن بن علي الحازمي، الوراثية في حالات من الصحة والمرض، المرجع السابق، ص 104-105.

⁵ شيخة العريض، المرجع السابق، ص 124.

⁶ محجت عباس علي، عالم الجينات، دار الشروق، عمان، الأردن، د ط، 1999 م، ص 104-105.

⁷ محسن بن علي الحازمي، الوراثية في حالات الصحة والمرض، المرجع السابق، ص 47.

⁸ عقيل عبد ياسين، يحيى كاظم السلطاني، المرجع السابق، ص 155-156.

⁹ عبد الوهاب الجباري، استنباط القواعد الفقهية لإجهاض الأجنة المشوهة، ضمن ندوة: تطبيق القواعد الفقهية على المسائل الطبية، تنظيم إدارة التوعية الدينية بالشؤون الصحية بمنطقة الرياض، بتاريخ: 5-7 محرم 1429هـ-14-16 يناير 2008م، ص 1147-1148.

5-تأثير سن الأم: وقد لوحظ تأثير الزيادة في عمر الأم في حصول التثلث الصبغي في متلازمة داون¹، لعل ذلك يرجع إلى تعرض البيضة للعوامل البيئية لفترة أطول خلال عمر الأم².

ثالثا: أقسام الأمراض الوراثية:

لقد وضعت عدة تقسيمات للأمراض الوراثية، إلا أن دراستنا تتعلق بتقسيم الأمراض الوراثية بالنظر إلى طريقة نشوئها ومكان الاختلال، والخلل المسبب لها، والتي بدورها تنقسم إلى: أمراض وراثية صبغية، وأمراض وراثية بسيطة .

1-الأمراض الوراثية الصبغية: وتحدث نتيجة حياد الصبغيات عن عددها أو تركيبها الصبغي³ وتنقسم بدورها إلى قسمين:

أ-أمراض صبغية عددية: عرفت "بأنها اعتلالات عددية تحدث للصبغيات نتيجة لحيودها من عددها المعروف"⁴، و يحدث هذا النوع من الأمراض نتيجة الخلل أثناء الانقسام الاختزالي⁵، بحيث لا يحدث انفصال لزوج من الصبغات⁶.

ومن أمثلة عن الأمراض الوراثية الصبغية العددية :

-**متلازمة داون (downsyndrome):** وتعرف أيضا بـ "العتة المنغولي" وذلك لتشابه المصابين بها مع العشائر المنغولية التي تعيش في شرق آسيا في الشكل الخارجي للوجه.

-**متلازمة كلاينفلتر (klinefeltersyndrome):**⁷ وتعد من أكثر أسباب ظهور الغدد التناسلية والعقم في الذكور، وتكون الخصيتان صغيرتين جدا من حيث الحجم كما تؤدي إلى فشل إفراز العدد الطبيعي من هرمون الذكورة، مما يسبب ضعف ظهور الصفات الجنسية الثانوية وإلى تضخم الثديين⁸.

-**متلازمة تيرنر (turnersyndrome):** تحدث نتيجة احتواء الخلية على 45 صبغيا فقط (xo) وتصيب الإناث فقط، وتكون الأنثى المصابة عقيمة حيث يغيب عنها الحيض، وهي أنثى في المظهر، ولكنها فاقدة المبيضين لغياب الصبغي (X) الثاني⁹.

ب-الأمراض الصبغية التركيبية: يمكن تعريفها بأنها "اعتلالات في تركيب الصبغيات بسبب نقص جزء منها أو تكرره، أو انتقاله لصبغي آخر أو انقلاب مكوناته، ومعظم الأجنة الناتجة تكون غير قابلة للحياة يحدث لها اجهاض تلقائي¹⁰.

¹ سيتم التطرق إليها عند الحديث عن الأمراض الصبغية العددية .

² محمد خليل يوسف، عبد السلام أحمد عمر، ميرة يوسف أبو يوسف، أحمد يوسف المتيني، الوراثة وأمراض الإنسان، توزيع منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، د ط، 1994 م، ص 124.

³ محمد خليل يوسف المرجع السابق، ص 107.

⁴ محسن بن علي الحازمي، الوراثة في حالات الصحة والمرض، المرجع السابق، ص 39.

⁵ **الانقسام الاختزالي:** هو انقسام يحدث في الخلايا الجنسية داخل الأعضاء التناسلية (خصية الرجل أو مبيض المرأة) بغرض تكوين الأمشاج التي تساهم في عملية الإخصاب، ويتم في هذا الانقسام اختزال عدد الصبغيات إلى النصف والمساهمة في إعادة العدد الطبيعي للصبغيات في الخلية الملقحة: ينظر : شفيق أحمد الخطيب ويوسف سليمان خير الله، الموسوعة العلمية الشاملة، مكتبة لبنان، لبنان، ط1، 1998م، ص 365.

⁶ **الصبغيات:** جمع صبغي، والاسم العلمي للصبغي أو الصبغية هو الكروموسوم وهي أجسام خيطية توجد في نواة الخلية تحمل المعلومات الوراثية ، وعددها 46 صبغيا في جميع خلايا ماعدا الخلايا الجنسية فالحويان المنوي في الرجل والبيضة في المرأة لا تحوي إلا نصف العدد من الصبغيات :أي 23 صبغيا منها جسدية وواحد جنسي: ينظر بمجت عباس علي، المرجع السابق، ص 39.

⁷ تحدث نتيجة زيادة صبغي إحدى الزوج 23 من الذكور XXY، وتحدث نتيجة هذه المتلازمة نسبة من 1 كل 500 ولادة ذكورية حية.

⁸ عبد الحسين الفيصل، الوراثة العامة، الأهلية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط1، 1999م، ص 303 .

⁹ عقيل عبد ياسين، يحيى كاظم السلطاني، المرجع السابق، ص 316-317 .

¹⁰ بمجت عباس علي، المرجع السابق، ص 59.

فإذا حصل للصبغي كسر فإنه يسعى لإعادة ربطه أو إصلاحه، وقد يصل خلل أو شذوذ أثناء هذه الإعادة مما يؤدي إلى تنظيم غير متوازن بسبب نقص جزء من الصبغي أو تكررت منه قطعة، أو إن هذه القطعة تنتقل خطأ إلى صبغي آخر¹. ومن أمثلة عن الأمراض الصبغية المركبة:

- متلازمة برادرويلي (praderwillis syndrom): وسببها نقص في الصبغي رقم 15، وتظهر أعراضها في حديثي الولادة فيكون الطفل ضعيف البنية، ويعاني من صعوبة شديدة في البلع. وتكون الشفة العليا غير عادية والجهة بارزة مع ضيق الصدغين مع وجود ضمور في الأعضاء التناسلية، وفي الغالب يكون مصابا بتخلف عقلي².

- متلازمة مواء القطعة (Deldtion 5p syndrom): سببها نقص الذراع القصيرة في الصبغي رقم 5، وتظهر أعراضها مع الولادة، فصراخ الوليد يكون ضعيفا ويشبه مواء القطعة، ويكون الرأس صغير الحجم والوجع عريضا، والأنف مفلطحا والعيون متباعدة المسافة، ويموت الأطفال المصابون بهذه المتلازمة عادة عند الولادة أو في مراحل الطفولة المبكرة³.

2- الأمراض الوراثية البسيطة:

عرفت بأنها: وهي اختلالات تحدث للمورثات نتيجة لحيودها عن التركيب الصبغي (كلياً أو جزئياً)⁴، ويمكن تقسيم الأمراض الوراثية البسيطة إلى ثلاثة أقسام:

أمراض وراثية بسيطة سائدة، ومتنحية، ومرتبطة بصبغي الجنس.

أ- الأمراض الوراثية البسيطة السائدة: وهي التي تظهر عند اختلال أحد المورثين المسؤولين عن الصفة نفسها، ويكفي لظهورها وجود مورث واحد معتل من المورثين الحاملين للصفة الواحدة، وتظهر كذلك عند تماثل المورثات المعتلة، فهذا المورث المعتل قد يكون منتقلا من الأب أو من الأم، أو من كليهما، ويورث هذا المرض إلى نصف ذريته، أي يظهر المعتل في الذرية باحتمال 50% مع كل حمل⁵، وتزداد هذه النسبة، إذا كان كل منهما مريضا لتبلغ نسبته 75% مع كل حمل. ومن أمثلة عن هذا النوع من المرض الوراثي نذكر:

-زيادة الكوليسترول في الدم: ويرجع هذا المرض إلى طفرة في المورث تؤدي إلى غياب مستقبل البروتينات الشحمي ذي الكثافة المنخفضة، الذي يحمل الكوليسترول ويزيله من الدورة الدموية، وهذا المرض يؤدي إلى زيادة معدلات الكوليسترول في الدم، وتظهر أعراضه على هيئة أقدام عقدية صفراء الأوتار، وأغلب المرضى يصابون بأزمات قلبية عديدة خلال مراحل عمرهم الأولى⁶.

-مرض هنتجتون (HuntigtonsDisease): وهو من الأمراض التي تورث كصفة سائدة، ويبدو الشخص المصاب بهذا المرض سليما منذ ولادته، ولا تظهر عليه أعراض المرض إلا بعد سن الخامسة والثلاثين أو الأربعين، وتتمثل في حركات غير إرادية تشبه الرقص، وخاصة في الوجه والفك السفلي، وإضافة إلى إصابة عقلية (عصبية) تزداد باضطراب حتى تقضي على المريض⁷.

ب - الأمراض الوراثية البسيطة المتنحية:

¹ شيخة العريض، المرجع السابق، ص 63.

² علي عباس زليخة، علم الجنين الطبي، مكتبة دار طلاس، دمشق، سوريا، ط 1، 2006م، ص 56.

³ المرجع نفسه، ص 56، خالد العلي، المرجع السابق، ص 204.

⁴ محسن بن علي الحازمي، الوراثة في حالات من الصحة والمرض، المرجع السابق، ص 39.

⁵ شيخة العريض، المرجع السابق، ص 16.

⁶ محمد خليل يوسف، وآخرون...، المرجع السابق، ص 43.

⁷ محسن بن علي الحازمي، الوراثة في حالات من الصحة والمرض، المرجع السابق، ص 46.

وهي التي لا تظهر إلا عند تماثل المورثات بأن يكون كلا المورثين الحاملين للصفة ذاتها معطلا، فالشخص الذي ورث من كلا والديه مورثا مريضا يكون مريضا، وأما إن ورثه من أحد والديه فإنه يكون حاملا للمرض ولكن لا تظهر عليه آثاره¹.
أما عن طريقة حدوثها : فتكون كالآتي²:

-إذا كان أحد الوالدين حاملا للمرض، فإن الأولاد لا يصابون بهذا المرض، ولكن النسبة المحتملة لحمل المرض هي 50% .
-إذا كان كلا الوالدين حاملا للمرض فإن احتمال ظهور المرض في الذرية يكون بنسبة 25%، واحتمال حمل المرض بنسبة 50% .
-إذا كان أحد الوالدين مصابا بالمرض، والآخر حاملا له، فإن احتمال ظهور المرض في الذرية يكون بنسبة 50% واحتمال حمل المرض بنسبة 50% .

-إذا كان أحد الوالدين مصابا بالمرض والآخر سليم، فإن هذا المرض لا يظهر في الأولاد ولكنهم جميعا يحملون المرض بنسبة 100%.

ومن أمثلة عن الأمراض الوراثية البسيطة المنتحية :

-المهق (Albino) : يكون المريض فاقدًا لصبغة الميلانين الملونة للجلد والشعر، وهذا المرض لا يسبب أي أذى سوى زيادة الاستعداد للإصابة بسرطان الجلد عند التعرض المتكرر للشمس، ويكون ناتجا من تزاوج والدين طبيعيين حاملين للمرض ونسبة حدوثه 1: 20.000³.

-فقر الدم المنجلي (Sickle cell) : وهو من الأمراض الجسمية المنتحية بسبب خلل في خضاب الدم " الهيموجلوبين"⁴ الموجود في كريات الدم الحمراء، مما يجعلها ذات شكل منجلي بدلا من الشكل الكروي، ويؤدي ذلك إلى صعوبة المرور في الأوعية والشعيرات الدقيقة مما يعيق وصول الأكسجين بشكل كاف إلى جميع أجزاء الجسم⁵.

-أنيميا البحر المتوسط (Thalassemia) : يعد من أكثر الأمراض الوراثية انتشارا في العالم ويحدث بسبب خلل في تركيب الهيموجلوبين⁶، وتكون كريات الدم الحمراء صغيرة جدا وعمرها قصير، ويسبب العديد من الأعراض كارتفاع البطن وتضخم الطحال بسبب السرعة الهائلة لتحطم كريات الدم الحمراء، ويحتاج الطفل المصاب إلى نقل الدم كل شهر تقريبا لعجزه عن تكوين صبغة الدم مما يؤدي إلى ترسب الحديد⁷.

-أمراض التمثيل الغذائي : والتي تنتقل من أبوين حاملين لهذا المرض، وهي أمراض ذات أعراض مختلفة مثل : التخلف العقلي والنفسي عند الأطفال، أو تضخم الكبد والطحال أو التأثير على العظام والقلب، وقد تصيب أي عضو أو جهاز في الإنسان ومن

¹ شيخوخة المريض، المرجع السابق، ص 95.

² محسن بن علي الحازمي، الوراثية في حالات من الصحة والمرض، المرجع السابق، ص 46.

³ البار محمد علي، الفحص قبل الزواج والاستشارة الوراثية، نظرة فاحصة للفحوصات الطبية الجينية، الندوة العالمية للشباب الإسلامي -اللجنة الطبية الإسلامية- المنعقدة بالرياض، السعودية، بتاريخ: 23 من شوال 1397هـ، ص 53.

⁴ الهيموجلوبين :مكون من أربع سلاسل سلسلتان من (ألف) وسلسلتان من (بيتا) فإن حصل خلل في سلسلة بيتا الطويلة والمكونة من أكثر من 120 حمضا أمينيا أدى ذلك إلى ظهور خصائص جديدة في الهيموجلوبين فتظهر أعراض المرض : البار محمد علي، الجنين المشوه والأمراض الوراثية، الأسباب والعلامات والأحكام، دار القلم للطباعة، دمشق، سوريا، دار المنارة للنشر، جدة، السعودية، ط 1، 1411هـ-1991م، ص 232 .

⁵ عبد الحسين الفيصل، المرجع السابق، ص 152

⁶ أحمد عثمان، التشخيص قبل الولادة للأمراض الوراثية، ضمن ندوة الانعكاسات الأخلاقية للعلاج الجيني، تنظيم كلية العلوم، جامعة قطر، من 20 إلى 22 أكتوبر 2001م، ص 18.

⁷ غالب خلايلي، أطفالنا بين الصحة والمرض، منشورات المركز الثقافي، أبو ظبي، الإمارات العربية المتحدة، ط 1، 1998م، ص 18.

أشهرها مرض بيلة الفينيلكيتون(Phenylketonuria)، وإذا تم الكشف عنه بعد الولادة فإنه يمكن تلاقي مضاعفات المرض من إعاقة ونحوها بالتزام أغذية ذات مستوى منخفض من الحامض الأمينالفينيلكيتون¹.

ج- الأمراض الوراثية البسيطة المرتبطة بصبغي الجنس:

وتعرف بأنها "الأمراض التي تظهر عند حدوث اختلال في مورثات صبغي الجنس"².

ومن أمثلة عن هذا النوع من الأمراض الوراثية :

- **مرض الكساح المرتبط بالصبغي X:** وهو ناتج من نقص الفوسفات في الدم وزيادة إفرازه في البول وبالتالي العجز عن تمثيل فيتامين (د)، وهو من الأمراض السائدة التي قد ترتبط بالجنس لأن المورث المعتل يوجد على الصبغي X الذي يحدد الجنس، ويؤدي هذا المرض إلى قصر القامة والتواء في عظام الساق³.

مرض الناعور: (Haemophili): ويعد من الأمراض المتنحية التي قد ترتبط بالجنس، أي إن المورث المعتل يوجد على الصبغي X، فإذا تزوجت امرأة حامله لمرض رجلاً سليماً فإن نصف أولادها الذكور يحتمل أن يصابوا بالمرض، ويحتمل أن يكون نصف بناتها حاملات للمرض، ويسبب هذا النوع من المرض النزف الشديد عند كل إصابة، لعدم قدرة الدم على التجلط⁴.

رابعا: موقف الشريعة الإسلامية من الأمراض الوراثية :

إن الشريعة الإسلامية أكدت دور الوراثة في الصفات الخلقية والخلقية من خلال عشرات النصوص، فالقرآن الكريم أشار إلى أهمية النظر والبحث في أسرار النفس الإنسانية، وبيّن النبي صلى الله عليه وسلم أهمية الوراثة ودورها في صفات كل إنسان، وقد أكد العلم اليوم أن صفات الزوجين من طول ولون وعيوب وغيرها يتوارثها الأبناء من الآباء⁵.

ومن النصوص الدالة على الوراثة :

- حديث السيدة عائشة - رضي الله عنها - قالت : " دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم عليا مسرورا ترق أسارير وجهه فقال " ألم تري أنّ مجزّزا⁶، نظر أنفا إلى زيد بن حارثة و أسامة بن زيد فقال : : إن بعض هذه الأقدام لمن بعض "⁷.

وجه الدلالة : أن المشركين كانوا يقدحون في نسب أسامة بن زيد لكونه أسود شديد السواد وكان زيد أبيض من القطن فلما قال القائل بأنه هناك علامة بين الأب والابن بالاعتماد على تشابه جسديهما وأقدامهما بالخصوص، فرح النبي صلى الله عليه وسلم بذلك لأن العرب يعتمدون قول القائل⁸، ويعدونه حجة قاطعة في إلحاق النسب⁹، وهو ما يؤكد علم الوراثة في كون الصفات تنتقل من الأصول إلى الفروع .

¹ محسن بن علي الحازمي، الوراثة في حالات من الصحة والمرض، المرجع السابق، ص 110 و 111.

² هيلة بنت عبد الرحمان بن محمد اليايس، المرجع السابق، ص 92.

³ محمد خليل يوسف، عبد السلام أحمد عمر، ميرة يوسف أبو يوسف، أحمد يوسف المتيني، المرجع السابق، ص 57.

⁴ هيلة بنت عبد الرحمان بن محمد اليايس، المرجع السابق، ص 91.

⁵ علي محمد يوسف المحمدي، الأمراض الوراثية من منظور إسلامي، مجلة الدراسات الإسلامية، كلية الشريعة والقانون والدراسات الإسلامية، جامعة قطر، د.ع، د، ص 81-85.

⁶ مجزّز بن الأعور بن جعدة بن معاذ المدلجي الكناني ، و إنما قيل له مجزّز لأنه كان أسر أسيرا جز ناصيته، وهو صحابي وقائف مشهور استخدمه النبي محمد صلى الله عليه وسلم في إثبات أبوة زيد بن حارثة لابنه أسامة وشهد كذلك فتح مصر : ينظر : عز الدين ابن الأثير أبي الحسن علي بن محمد الجزري، أسد الغابة في معرفة الصحابة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د ط، 1417هـ-1996م، ج 4، ص 272.

⁷ أخرجه مسلم المرجع السابق، كتاب النكاح وإجابة الداعي، باب حكم القافة في الولد، ح ر: 1481، ج 4، ص 89.

⁸ القائف هو الذي يعرف شبه الولد بأبيه، ويتتبع صفات الآباء في الأبناء، وعلمه قائم على إلحاق الفرع بأصله بناء على ملاحظة أوجه الشبه بينهما: ينظر : ابن منظور، المرجع السابق، حرف (القاف)، مادة (قوف)، ج 9، ص 293.

⁹ ابن حجر العسقلاني، المرجع السابق، ص 58.

2- حديث أبي هريرة - رضي الله عنه - "أن رجلاً أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: يا رسول الله ولد لي غلام أسود، فقال هل لك من إبل؟" قال نعم، قال "ما ألوانها" قال حمر قال: "هل فيها من أورك؟" قال نعم، قال: "فأني ذلك؟" قال لعله نَزَعُهُ عِرْقُ، قال: "فلعل ابنك هذا نزعه عرق"¹.

والمعنى إن النبي صلى الله عليه وسلم شبه ولد هذا بالإبل المخالفة لألوانها والعلّة الجامعة هي نَزْعُ العِرْق، وهذا الجواب من النبي صلى الله عليه وسلم مطابق للواقع تمام المطابقة، فقد بحث أهل العلم فوجدوا أن جدة أم السائل كانت سوداء وهذا ما توصل إليه علم الوراثة فقد أثبتت الأبحاث العلمية أن المولود قد تظهر عليه صفات ليست في أبويه، بل تعود إلى بعض أجداده².

وقد اعتنى الإسلام بعلاج الأمراض الوراثية متخذاً في ذلك عدة وسائل منها:

أ-الوقاية : ويقصد بها العناية بالأفراد والجماعات بشتى الطرق والوسائل لمنعهم من الوقوع في المرض أو التعرض له، وذلك بالعناية الصحية العامة والبيئة، وتلقيح المعرضين للمرض وتحصين الأفراد من الأوبئة، وأمر باختيار الزوجة الصالحة والسليمة من الأسر الخالية من الأمراض والعيوب وسبب هذا الاهتمام بالمرأة هو إنها بمنزلة الأرض الخصبة لفيروس التشوهات، قال صلى الله عليه وسلم " تخيروا لنطفكم فإن العرق دساس"³.

ب-المعالجة الطبية المشروعة : إن معالجة الأسباب المؤدية إلى الإصابة بالأمراض الوراثية، ودرء الضرر الذي قد يصيب الإنسان أمر مطلوب شرعاً، وعلاج الأمراض الجسمية يكون بالتداوي سواء بتناول الأدوية المزيلة لآثاره أو بالجراحة أو بالأشعة أو بالعلاج الطبيعي⁴.

وفي الحديث الذي رواه أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "ما أنزل الله داء إلا أنزل له شفاء"⁵. فهذه النصوص وغيرها تدل على أن العلم بتوارث الصفات كان معلوماً، ولكن ربط الوراثة بالأمراض ظهر مؤخراً، فنشأ علم جديد يعرف بـ(علم الوراثة الطبية)، كما تم بيانه.

الفرع الثاني: أثر الأمراض الوراثية على أحكام الخطبة :

المسلم به أن الخطبة تمهيد ومقدمة لعقد غاية في الخطورة، وهو الزواج فمقتضى هذا العقد تتكون الأسرة التي هي الأساس لبناء المجتمع، ولكي تقام هذه الأسرة على وفق ما أراده الشارع الحكيم، وتحقيقاً للغاية التي شرع من أجلها النكاح، يستلزم أن تكون هناك مقدمة لهذا العقد بحيث يتعرف فيها كلا من الطرفين على الآخر، ويقدم فيها كل واحد من الطرفين رغباته ومطالبه إلى الطرف الثاني حتى إذا تلاقت هذه الرغبات والمطالب تم العقد بين الطرفين على اقتناع كامل فتنتج الحياة الزوجية ثمارها .

وستتطرق في هذا الفرع إلى بيان حكم ترك نكاح حاملي المرض الوراثي (أولاً)، وحكم ترك نكاح الأقارب خشية المرض الوراثي (ثانياً)، ثم نتناول بيان الأمراض عند الخطبة (ثالثاً)، ثم نتطرق إلى أثر هذه الأمراض على صحة الخطبة (رابعاً):

أولاً:حكم ترك حاملي المرض الوراثي وحكمه :

إذا تبين أن المقبل على الزواج مصاب بمرض وراثي، أو أنه حامل له سواء أكان من الأقارب أم من الأبعد، فإن ترك زواجه سبيل لحماية الذرية ووقايتها من الإصابة بالأمراض الوراثية، ولكن السؤال المطروح ماحكم هذا الترك ؟

¹ أخرجه البخاري، المرجع السابق، كتاب الطلاق، باب إذا عرض بنفي الولد، ح ر : 5305، ص 1352.

² الشويخ سعد بن عبد العزيز بن عبد الله، المرجع السابق، ص 33.

³ سبق تخريجه في "الصفحة 42 من البحث"

⁴ علي محمد يوسف المحمدي، المرجع السابق، ص 114-115.

⁵ أخرجه البخاري، المرجع السابق، كتاب الطب، باب : ما أنزل الله داء إلا أنزل له شفاء، ح ر : 5678، ص 1441.

ذهب الدكتور محمد الصالح : إلى القول بوجوب ترك نكاح حاملي المرض، استدلالاً بقواعد الشريعة الكلية، التي دعت إلى درء المفسد ورفع الضرر، إذ جاء في كتابه منهج الإسلام في سلامة الذرية من الأمراض الوراثية بقوله "لا يجوز - من أجل سلامة النسل- أن يتم الزواج من مصابين بذات المرض الوراثي، ولا بين منتمين إلى أسرة واحدة تحمل مرضاً وراثياً، أو إلى أسرتين ليس بينهما قرابة، ولكنهما تحملان ذات المرض الوراثي"¹.

ولكن والظاهر أنه لا يمكن التسليم بوجوب ترك نكاح حاملي المرض، وذلك للاعتبارات الآتية²:

-إنه يلزم من القول بوجوب تأثيم المقدم على نكاح حاملي المرض، وإثبات الإنثم يقتضي الاستناد إلى دليل شرعي.

-إن أُمَرَّحَقَّ الضرر يكتسبه الشك والظن، فالحصول على الذرية وانتقال المرض إليهم مظنون كذلك.

-إن الأمراض تتفاوت شدتها وتختلف باختلاف نوع المرض وباختلاف الأشخاص المصابين أيضاً، إذ هناك أمراض خفيفة الأعراض قليلة الأضرار، ومن الأشخاص من يكون أثر المرض عليه أقل من غيره.

لكن الرأي الراجح والأصوب والأسلم في هذه المسألة هو ترك نكاح حاملي المرض الوراثي على سبيل الاستحباب، وليس الزوم استناداً على ما ذكره الفقهاء من استحباب ترك النكاح أو ترك الوطء في بعض المواطن خشية إلحاق الضرر بالذرية³.

ومن خلال تصفح ما سبق ذكره نخلص إلى : أنه إذا لم يظهر ويتبين في الأسرة أمراضاً وراثية فيبقى الحكم على أصله وهو الإباحة، أما إذا ظهرت الأمراض الوراثية في الأسرة وكان الزواج سبيلاً لنقل المرض إلى النسل، فإنه يستوجب من باب الاحتياط اختيار- عند الإرادة - النكاح من الأبعد أو من الأقارب، وهنا يمكن الاستعانة بالفحوص الوراثية، لتخيار من يراد الاقتراح به، خوفاً من انتقال هذا المرض .

ثانياً :حكم ترك نكاح الأقارب خشية الأمراض الوراثية :

الأصل في نكاح الأقارب هو الإباحة، لكن تشير قوانين الوراثة إلى أن توريث مرض معين يوجد بنسبة أكبر لدى نفس أفراد الأسرة، فالزواج من أبناء العمومة والخؤولة يزيد من فرصة التقاء المورثات المعتلة إذا كانت موجودة لدى الأسرة، وتكرار النكاح بين الأقارب والانغلاق في التزاوج في الأسرة الواحدة يزيد من فرصة ظهور الأمراض الوراثية، لذا لا ينصح بنكاح الأقارب عند وجود حالة مرضية وراثية في الأسرة، أما إذا كان الزوجان القرينان يملكان مورثات طبيعية سليمة فلا خطورة حينئذ من هذه الأمراض⁴.

وقد جاء في توصية المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية : "لما كانت الاحصائيات تدل على أن زواج الأقارب (في حدود ما أباحه الإسلام) قد يكون معدل انتقال العيوب الخلقية فيه أعلى،⁵ فيجب تثقيف الجمهور في ذلك حتى يكون الاختيار على بصيرة، ولا سيما الأسر التي تشكو ظهور مرض وراثي في بعض أفرادها⁶.

¹ محمد بن أحمد بن صالح الصالح، منهج الإسلام في سلامة الذرية من الأمراض الوراثية، مكتبة العبيكان، السعودية، ط2، 1425هـ، ص 51.

² هيلة بنت عبد الرحمان بن محمد اليابس، المرجع السابق، ص 294.

³ يمكن الاستدلال على ذلك بما يأتي: القياس على استحباب ترك النكاح وترك الوطء في بعض المواطن خشية الضرر ومن أمثلة ذلك ما ذكره بعض الفقهاء من استحباب: 1- ترك نكاح الحمقاء حتى لا يكون الولد كذلك: أنظر: البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع، المرجع السابق، ج5، ص9، 2- ترك النكاح في دار الحرب خشية أسر الولد: ينظر: السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، ط، 1414هـ-1993م، ج4، ص74.

⁴ عبد المطلب بن أحمد السح، زواج الأقارب تحت المجهر، مجلس العالم الإسلامي للإعاقاة والتأهيل، الرياض، ط1، 1425هـ-2004م، ص83، وينظر: أمل معطي، زواج الأقارب والإعاقات السمعية والنطقية في معهد التربية الخاصة بدمشق "دراسة ميدانية" مجلة جامعة دمشق، المجلد29، ع3 و4، 2013م، ص320.

⁵ ففي دراسة لمنظمة اليونيسيف بدمشق لتحديد أسباب وفيات الأطفال في سوريا دون الخمس سنوات لعام 2008م، أظهرت النتائج أن 9.55% من حالات وفاة الأطفال كانت نتيجة وجود قرابة بين الأبوين، وبينت الدراسة إلى أن التشوهات التي يتعرض لها الأطفال أثناء الولادة سببها أزواج الأقارب، وعد إجراء الفحص الدوري قبل الزواج "ينظر: فاتن دعبول، تغريد الجبوي، زواج الأقارب قضية وطنية مهمة.... الخنثة والعاهات والتشوهات جزء بسيط من سلسلة الأمراض الوراثية، موقع جريدة الثورة السورية: <http://www.damascusuniversity.edu.sy>، نشر بتاريخ 2009/05/13، تاريخ الاطلاع عليه: 2022/04/25.

⁶ هيلة بنت عبد الرحمان بن محمد اليابس، المرجع السابق، ص 293.

ثالثا: بيان الأمراض عند الخطبة :

غني عن البيان، أن الخطبة من مقدمات الزواج فهي طريق لتعرف كل من الخطابين على الآخر، إذ هي السبيل لمعرفة كل منهما طبائع وميول الطرف الآخر ولكن بالقدر المسموح به شرعا، لهذا نجد الإسلام يؤكد على العديد من الضوابط التي تقيد هذه الخطوة المقدمة، ومن هذه الضوابط بيان عيوب الخطاب للمخطوبة بعضهما البعض .

ووجب التفريق بين أمرين أولهما إذا كان بأحدهما مرضا أو عيبا، وكان هذا العيب غير مؤثر على مسار الحياة الزوجية وفق ما أراه الشارع، ويتحقق مع وجوده معنى السكن والمودة ولا يترتب على وجوده عدم استقرار الأسرة لا يجب إظهاره، أما إذا كان هذا المرض أو العيب مؤثرا ويترتب على وجوده ضررا، أو كان مُنقرا وحقيقيا لا وهما مُتخيلا ولا طارئا يزول مع المدة وجب حينئذ إظهاره¹. فإذا كان هذا المرض من النوع الأول وجب بيانه للآخر حتى يتحقق المقصود من الخطبة وهي وقوف كلا الطرفين على حقيقة الطرف الثاني، لذا أوجب الفقهاء² بيان العيوب المنفرة في النكاح، فيجب على كلا الطرفين إعلام الآخر بما فيه من أمراض وعيوب، بل أوجبوا على غيرهما إظهار هذه العيوب إذا أخفاها أحد الطرفين عن الآخر، ولا يعد هذا الإخبار من باب الغيبة المحرمة مادام المخبر قد التزم بضوابط الاستشارة، يقول البارزي "ولو استشير في أمر نفسه، فإن كان فيه ما يثبت الخيار فيه وجب ذكره للزوجة، وإن كان فيه ما يقلل الرغبة فيه، ولا يثبت الخيار كسوء الخلق والشح استحباب، وإن كان فيه شيء من المعاصي وجب عليه التوبة في الحال وستر نفسه"³.

وقد استدلوا في وجوب بيان العيوب بعدة أدلة نذكر منها:

1-عموم قول النبي صلى الله عليه وسلم "من غشنا فليس منا"⁴.

فوجه الدلالة أن في الحديث نهي عن الغش عموما، وعدم إخبار الخطاب بالمرض يعد غشا .

2-القياس على تحريم كتمان عيب السلعة ، فإذا كان النبي صلى الله عليه وسلم حرم على البائع كتمان عيب سلعته وحرم على من علمه أن يكتمه على المشتري، فكذلك العيوب في النكاح، بل إن بيانها أولى وأوجب⁵.

وقد أفتت اللجنة الدائمة للبحوث والافتاء بوجوب بيان ما في المخطوبة من مرض أو نحوه ولو كانت حالة المريض مستقرة أثناء الخطبة⁶، وبمثله أفتى الشيخ ابن عثيمين : أين ذهب إلى أن العيب أو المرض الذي لا يرجى زواله أكد في وجوب بيانه مما يرجى زواله، وأنه ينبغي التفريق بين ما يرجى زواله عن قرب وما يرجى زواله عن بعد⁷.

¹ حاتم أمين محمد عباده، بحث بعنوان "الأمراض النفسية وأثرها على أهلية إنشاء عقد الزواج وإنائه"، كلية الشريعة والقانون بالدقهلية، جامعة الأزهر، مصر، د ت ن، ص 2504.

² ابن عبد البر النمري، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، تحقيق محمد أفيد ولد ماديك الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة، السعودية، ط2، 1400هـ-1980م، ص 555-556، وينظر: البجيرمي سليمان بن محمد بن عمر، حاشية البجيرمي على الخطيب المسماة: تحفة الحبيب على شرح الخطيب، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، ط1، 1417هـ-1996م، ج4، ص 154، زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري السنيكي، أسنى المطالب في شرح روض الطالب :تحقيق محمد محمد ثامر، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1422هـ-2000م، ج3، ص 117، ابن قيم الجوزية ، زاد المعاد في هدي خير العباد، مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان، ط27، 1415هـ-1994م، ج5، ص 186، ص 193، علي بن الحسين بن محمد السُّغدي، فتاوى السُّغدي (النتف في الفتاوى)، تحقيق: صلاح الدين الناهي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، د ط، 1404هـ-1984م، ج1، ص 450.

³ الشربيني محمد بن الخطيب، المرجع السابق، ج 3، ص 137.

⁴ أخرجه مسلم، المرجع السابق، كتاب الإيمان، باب قوله صلى الله عليه وسلم "من غشنا فليس منا"، ح ر: 93، ص 441.

⁵ ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، المرجع السابق، ص 186.

⁶ فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والافتاء، جمع وترتيب: أحمد بن عبد الرزاق الدويش، دار المؤيد، الرياض، السعودية، ط5، 1424هـ-2003م، مجلد19، ص 15.

⁷ ابن عثيمين، لقاء الباب المفتوح، اللقاء رقم 5، ص 24. في إجابة على سؤال مفاده : رجل خطب امرأة وهذه المرأة يعرف عنها أن فيها عيبا خلقيا، ولكن هذا العيب مستتر ليس بين، وهذا العيب يرجى برؤه، كالبرص و البهق فهل يخبر الخطاب⁹، والكتاب مجموع من خلال لقاءات كان يعقدها الشيخ بمنزله كل خميس، بدأت في أواخر شوال 1412هـ وانتهت في الخميس 14 صفر 1421هـ

رابعاً: أثر الأمراض على صحة الخطبة :

إذا كان أحد الطرفين مصاباً بمرض من الأمراض النفسية، ولم يخف هذا المرض بل صرح به للطرف الآخر، أو علم به من هذا الأخير من غير الخاطب وقيل به، فإن الخطبة تقع صحيحة ويثبت له من الحقوق بموجب هذه الخطبة ما يثبت لغيره من الأصحاء، فلا يجوز التعدي على خطبته حتى يترك أو يأذن، ويدل على صحة خطبته ما يأتي¹:

- 1-إن النكاح يصح ابتداء مع وجود العيب كالأمراض المنفرة، بل مع العيوب التي لا يرجى مع وجودها استمرار النكاح ودوامه.
- 2-إن وجود المرض واستمراره محتمل فقد يزول، وجلّ الخطبة أمر مقطوع به، فلا ينبغي تحرجه لعارض محتمل لا يتيقن بقاءه واستمراره.

وهنا تتجلى الحكمة التي شرع من أجلها الكشف الطبي قبل إبرام الزواج في بيان هذه الأمراض، أو ما يعرف بالفحص الوراثي (الطبي) قبل الزواج وهذا ما سنتناوله في المطلب الثاني.

المطلب الثاني: الفحوص الوراثية للمقبلين على الزواج وأحكامها الشرعية والقانونية:

لقد شهدت التقنية الطبية الحديثة تطوراً ملحوظاً في جميع المجالات، فبعد أن اكتشف الطب الخريطة الجينية للإنسان تفتحت آفاق جديدة حيث أصبح من الممكن عن طريقها التعرف على الكثير من الأمراض صاحب الخريطة وصفاته واكتشاف أمراض الجينات، لذا فقد أضحت الفحوصات الوراثية من قبيل **القرائن الطبية الدقيقة** في معرفة الأمراض الوراثية، ليُعلم كل واحد مقبل على الزواج على الصفات المرضية والتي لا تكون ظاهرة في الطرف الآخر، وذلك لدوام الصحة واستقرار العشرة واستمرار الزوجية. ولم تكن هناك حاجة للتأكد وفحص المقبلين على الزواج قديماً لما يتمتع به المسلمون من صدق وأمانة في الإخبار بالعيوب، وأما في العصر فقد طرأ تراجع في مستوى الصدق والأمانة من جهة، ومن جهة ثانية التقدم العلمي والنفسي في حياة البشر واتخاذ الاحتياطات الطبية اللازمة للتأكد من سلامة الزوجين من الأمراض².

وسنتناول في هذا المطلب ماهية الفحوص الوراثية في (الفرع الأول) ثم نبين الأحكام الطبية والشرعية والقانونية المتعلقة به في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: ماهية الفحوص الوراثية :

سنتطرق في هذا الفرع إلى مفهوم الفحوص الوراثية (أولاً)، ثم نخرج إلى أنواعه (ثانياً) ثم نخرج إلى مشتملات الفحص الوراثي للمقبلين على الزواج (ثانياً).

أولاً: مفهوم الفحوصات الوراثية: سنتطرق إلى تعريف الفحص لغة واصطلاحاً ثم الوراثة، ثم الفحوص الوراثية كلفظ مركب

1-تعريف الفحص لغة واصطلاحاً :

أ-لغة: مادة فَحَصَ، الفَحَصُ: شدة الطلب خلال كل شيء، فحص عنه فحصاً: بحث وكذلك تَفَحَّصَ وافتَحَصَ، وتقول فَحَصْتُ عن فلان وفحصت عن أمره لأعلم عنه حاله، فحص فلان فحصاً كأن كل واحد منهما يفحص عن عيب صاحب وعن شره³.

ب-اصطلاحاً: الفحص هو حبس المريض المعرفة عليه¹.

¹ حاتم أمين محمد عباده، المرجع السابق، ص 3506.

² أحمد الطيار عبد الله بن محمد، أثر الأمراض المعدية في الفقرة بين الزوجين، شبكة الألوكة، موقع مسار الإسلام www.m-islam.net، أطلع عليه بتاريخ: 2022/03/05.

³ ابن منظور، المرجع السابق، باب الصاد، مادة (فحص)، ج 07، ص 62.

2-تعريف الوراثة : تم التطرق إلى تعريف الوراثة عند الحديث عن حقيقة الأمراض الوراثية².

3-تعريف الفحوص الوراثية : يمكن تعريفها بأنها : " الاختبارات والفحوص التي تكشف عن إصابة الإنسان بمرض وراثي أو قابليته للإصابة به مستقبلاً أو حملة، وإمكانية نقله لذريته وإن لم تظهر عليه أعراضه ويمكن أن تجرى هذه الفحوص في مراحل مختلفة من العمر"³.

-الألفاظ ذات الصلة بالموضوع :

الفحص الطبي: هو " المقدمة التي يقوم بها الطبيب أو المعالج ليصل بها إلى تشخيص المرض ووصف العلاج المناسب، سواء أكان بالأدوية أم الجراحة الطبية ويشتمل الفحص الطبي على مرحلتين هما الفحص الظاهري⁴ و الفحص التكميلي.

المسح الوراثي :هو" عبارة عن تشخيص الأمراض الوراثية في المجتمع، في مراحل عمرية مختلفة، بهدف الحد من زواج بين حاملي المورثات المعتلة، وبالتالي الحد من الأطفال حاملي المرض"⁵.

الإرشاد الوراثي :هو" عبارة عن دراسة الجوانب الوراثية والطبية لأسرة الخاطبين، مع عمل الفحوصات الوراثية، وإعطاء النصيحة، تبعاً لنتيجة الفحوصات"⁶.

ثانياً :أنواع الفحوصات الوراثية : هناك ثلاثة أنواع من الفحوصات الوراثية :

1-الفحص الوراثي التشخيصي : وهو اختبارات تجري للمريض للتحقق من وجود المرض الوراثي وتشخيصه بشكل دقيق بعد ظهور أعراضه للبدء في العلاج"⁷، ويكون ذلك بتوجيه عدة أسئلة للمصاب عن أعراض المرض وتاريخ بدايته، وتطورات ومعاينة أماراته الظاهرة، وإجراء التحاليل المخبرية والاستفادة بتصوير الأشعة كلما كانت الحاجة إلى ذلك.

2-الفحص الوراثي التوقعي: ويقصد به الكشف عن القابلية الوراثية للإصابة بالمرض قبل ظهور الأعراض المرضية، وإن كان قد يصاب به وقد لا يصاب وإن أصيب فقد لا يكون ذلك إلا بعد سنوات، وأحياناً يستفاد من هذا الفحص كما في بعض الأمراض الوراثية متعددة الأسباب كالسكر وارتفاع ضغط الدم والتي تؤثر فيها العوامل لبيئية (كالغذاء والضغط النفسي واللياقة البدنية ...) فيسعى المعرض لها في تغيير نمط حياته صحياً باتخاذ الإجراءات الوقائية، ثم البدء في العلاج المبكر وقبل استفحال المرض⁸.

¹ تأليف جماعة من كبار اللغويين بتكليف من المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، المعجم العربي الأساسي، دار لاروس، (دم ن، د ط)، 1989م، ص 919.

² ينظر : الصفحة 46 من البحث

³ هيلة بنت عبد الرحمان بن محمد البابس، المرجع السابق، ص 111.

⁴**الفحص الظاهري:** هو البحث والاستقصاء عن المرض بواسطة النظر الظاهري المتمثل بالسؤال عن أعراض المرض ومبادئه، ثم القيام بفحص أجزاء الجسم عن طريق الملاحظة أو اللمس أو الجبس أو القرع بالأصبع عن مكان المرض أو بالتسمع إلى الأصوات الصادرة عن حركات أعضاء الجسم أثناء تأدية وظائفها : منصور محمد خالد، الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي، دار النفائس، عمان، الأردن، ط2، 1420 هـ-1999 م، ص 23.

⁵اليمان ناصر بن عبد الله، الإرشاد الجيني " أهميته، آثاره، محاذيره"، بحث مقدم لأعمال ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني، رؤية إسلامية، المنعقد في الكويت، 23-25 جمادى الآخرة 1419 هـ الموافق له 13-15 أكتوبر 1998م، من طرف المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، سلسلة المطبوعات للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، 1421 هـ-2000م، ج2، ص 809.

⁶البار محمد علي، الجنين المشوه والأمراض الوراثية - الأسباب والعلامات والأحكام-، المرجع السابق، ص 366.

⁷ سعيد سالم جويلي، العلاقة بين الهندسة الوراثية وحقوق الإنسان، ضمن بحوث مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة من 22 إلى 24 صفر 1423 هـ، الموافق له : من 5 إلى 7 مايو 2002م، ج 3، ص 1293.

⁸محسن بن علي الحازمي، الاسترشاد الوراثي : أهمية التوعية الوقائية ومحاذيره الطبية والأخلاقية، بحث مقدم لأعمال ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني، رؤية إسلامية، المنعقد في الكويت، 23-25 جمادى الآخرة 1419 هـ/ 13-15 أكتوبر 1998م، من طرف المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، سلسلة المطبوعات للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، 1421 هـ-2000م، ص 79.

3-الفحص الوراثي الوقائي : وهو الاختبارات التي تكشف عن الاعتلال بالمرض الوراثي أو حملة وإمكان نقله إلى الذرية، بهدف تحقيق الوقاية الأولية من المرض بمنعه - إن أذن الله بذلك-أو الوقاية من مضاعفاته، ويكون ذلك في مراحل عمرية مختلفة مثل المواليد أو فحص الأولاد في سن دخول المدرسة أو فحص المقبلين على الزواج¹ وهذا الأخير أي : **فحص المقبلين على الزواج** هو أشهر أمثلة هذا النوع وهو المقصود بالدراسة .

ثالثا: **مشتتملات الفحص الوراثي للمقبلين على الزواج (الفحص الوقائي):**

يحتوي الفحص الوراثي قبل الزواج على مجموعة من الفحوصات و التحاليل التي تهدف إلى ضمان سلامة الزوجين بالمفهوم الصحي الطبي، وإنجابهما لأطفال أصحاء وتحليل وتشخيص استعداداتهما الجسدية والوراثية، وفيما إذا كانت هذه الأمراض والعلل يمكن انتقالها إلى أحدهما من الآخر.

ويمكن تقسيم هذه الفحوصات إلى فحوصات أساسية وفحوصات اختيارية²:

1-الفحوصات الأساسية: وتشمل العديد من الفحوصات:

أ- **فحص سريري عام:** (questionnie et examephysique): يهدف إلى مراجعة التاريخ المرضي لكل من المقبلين على الزواج، والذي يعطينا معلومات هامة عن الصحة العام والبنيان الجسدي والتاريخ العائلي المرضي بالنسبة للأمراض الوراثية، ومراقبة الأجهزة الرئيسية والقوة العقلية و الأجهزة التناسلية الخارجية والعمليات الجراحية³.

ب- **فحص الرحلان الكهربائي لخصاب الدم:** (Lelectropherese de l' hemoglobine): وهو "صبغة تنفسية موجودة داخل خلايا الدم الحمراء يمكن الباحثين من معرفة معلومات دقيقة عن عدد من أمراض الدم الوراثية"⁴.

ج - **صورة أشعة للصدر:** (radio toraqse): والتي تعطينا معلومات عن الجهاز التنفسي والقلب والعظام ومرض السل وغيرها.

د- **تحليل الدم العام:** (F.N.S Formule Numérique Sangaine): تحليل الدم العام من حيث وجود دفت الدم أو لوكيميا وهو "اضطرابات سائدة من الأنسجة المكونة لخلايا الدم البيضاء، وهذا المرض يمكن أن يكون حادا أو مزمنًا"⁵.

هـ - **فحص زمرة الدم الريزوسية:** (le groupage et rhesus): يساعد بالكشف عن المخطوبات ذوات الزمرة السالبة لمخطوبهم ذوي الزمرة الموجبة، بقصد تنبيههم إلى اتخاذ احتياطات مناسبة بعد ولادة أو إجهاض أو حادث، وهناك أربع احتمالات يمكن حدوثها⁶:

الأول: أن تكون فصيلة الدم لكل من الزوجين ايجابية .

الثاني: أن تكون فصيلة الدم لكل من الزوجين سلبية.

الثالث: أن تكون زمرة دم الزوجة ايجابية وفصيلة دم الزوج سلبية، وفي هذه الاحتمالات الثلاث تعد فصائل الدم متجانسة ومتوافقة.

¹ محسن بن علي الحارمي، الاسترشاد الوراثي " أهمية التوعية الوقائية ومحاذيره الطبية والأخلاقية "، المرجع السابق، ص 79-80.

² شبرو محمد المختار، الفحص الطبي قبل الزواج، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، 2014م - 2015م، ص 22.

³ المرجع نفسه، ص 22.

⁴ الدنشاري زكي ممدوح عز الدين، عبد الرحمان محمد عقيل، المعجم الموضوعي للمصطلحات الطبية، مصادرها اللاتينية وشرحها بالفرنسية والانجليزية، دار المريخ، السعودية، (د ط، د ت)، ص 141.

⁵ الدنشاري زكي ممدوح عز الدين، عبد الرحمان محمد عقيل، المرجع السابق، ص 147.

⁶ الفقرة داغي علي محي الدين، الفحص الطبي قبل الزواج من منظور الفقه الإسلامي " دراسة علمية فقهية "، مجلة المجلس الأوروبي للإفتاء، عدد 1426، 07-2005م، ص 278.

الاحتمال الرابع: فعندما تكون فصيلة دم الزوجة سلبية والزوج ايجابية، فعندئذ يكون هناك عدم توافق في الفصائل بين الزوجين، ولحسن الحظ أن هذا الاحتمال نادر الحدوث¹.

و-فحص فيروس الكبد: (de L'antigene De L'hepatite B(H B S)Rechrche):

يهدف إلى الكشف عن حاملي فيروس التهاب الكبد الوبائي²، والذي ينتج بسبب فيروس يصيب جميع فئات العمر من الجنسين، كما ينتقل من شخص لآخر عن طريق اللعاب والدم والسائل المنوي، ويتم تشخيصه عن طريق فحص الدم في المختبر، ولا يوجد له علاج سوى الراحة والتغذية المتوازنة، كما يجب الامتناع كلياً عن ممارسة الجنس لجميع أشكاله مع المصابين به أملاً بتلقيح الخاطب الآخر السليم³.

ن-فحص الايدز(HIV) (HmanImmunodeficiency Vireus):

تكمن خصوصية هذا المرض في كونه يؤدي إلى كشف حمى الجسد أمام مختلف الأمراض، وذلك بسبب تدميره لما يسمى بجهاز المناعة، حتى يصبح الطفيلي الحقيق الذي لم يكن له أدنى حساب عند أهل الطب سبباً في إنهاء حياة المريض كما تكمن خطورته أيضاً في كونه يغير وظيفة السائل المنوي باعتباره مادة الحياة الأولى لتكاثر الجنس البشري إلى أداة تزرع الموت⁵، لذا لا أمل في الحد من انتشاره إلا بالوقاية التي تتوجب التعرف أولاً عن طريق انتقاله الذي يعد الاتصال الجنسي المباشر أكثرها مع وجود وسائل أخرى لنقل الدم.

ي-تحليل السائل المنوي الذكري:

ويكون للخاطب فقط للتأكد من الإخصاب، فإذا تبين ضعف الحيوانات المنوية لدى الرجل سواء في الشكل أو الحجم أو الحركة، يجعل احتمالات الإنجاب ضعيفة إلا أنه يصبح قابلاً للإنجاب بالزواج من امرأة تبيضها جيد⁶.

وتجدر الإشارة إلى أنه يمكن من خلال هذا التحليل التحقق من التهابات الجهاز التناسلي والإصابة بدوالي الخصية اللذان يعدان من مسببات العقم الرئيسية⁷.

2-الفحوصات الاختيارية:

هذه الفحوصات أقل أهمية من الفحوصات الأساسية السابقة الذكر، ويمكن أن يكون اللجوء إليها بناء على نتائج الفحوصات الأساسية، سواء لأحد الخاطبين أو لكليهما ونذكر منها:

أ-فحص الجينات:(Analyse de leDNA):

ويشمل تحليل المادة الوراثية¹ بحثاً عن العوامل الجينية المرضية المنقولة، ويلجأ إلى هذا النوع من الفحص للكشف عن بعض الناقلين للأمراض الذين لم تستطيع الفحوصات الأساسية اكتشافهم².

¹ ومن المتوقع في هذه الحالة أن الطفل سيرث الفصيلة الإيجابية عند الولد (باعتبار أن الصفة الموجبة سائدة على الصفة السالبة)، تتولد عند الأم سلبية الفصيلة أجسام مضادة في دمها نتيجة حملها الطفل إيجابي الفصيلة (لذا يعد جسم الأم للجنين كجسم غريب) وتتم أول ولادة دائماً بصورة طبيعية، ولكن الحمل الثاني والثالث وما بعدها يعاني الجنين الذي يرث الفصيلة الإيجابية لنفس الوالد من الأجسام المضادة التي تكونت في دم الأم نتيجة العمل الأول: ينظر: القرة داغي علي محي الدين، المرجع السابق، ص 278.

² سيتم التطرق إلى ماهية هذا المرض (أسباب حدوثه وانتشاره...) عند الحديث عن عيوب النكاح في المبحث الثالث من هذا الفصل.

³ فاحوري سيرو، الأمراض المتنقلة عبر الجنس، دار العلم، بيروت، لبنان، ط 1، 1991 م، ص 84.

⁴ سيتم التطرق إلى ماهية هذا المرض (أسباب حدوثه وانتشاره...) عند الحديث عن عيوب النكاح في المبحث الثالث.

⁵ طالو لعل محي الدين، الإيدز والأمراض الجينية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ط 2، 1409 هـ-1989 م، ص 45.

⁶ موسى عبد الله إبراهيم، المسؤولية الجسدية في الإسلام، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط 1، 1416 هـ-1995 م، ص 301.

⁷ بيلتو يوسف، الفحوصات الطبية الضرورية قبل الزواج، دار زهران، عمان، د ط، 2000 م، ص 181.

ب- فحص التوكسوبلاسموز المناعي لدى الإناث (Toxoplasmosis):

وهو فحص مرض التخلف العقلي الطفيلي، اذ يصيب خلايا الجسم عامة والجهاز العصبي المركزي خاصة ويسببه الطفيل، فإذا كانت امرأة حامله للطفيل المسبب لهذا المرض خلال فترة الحمل، فإنه ينتقل إلى الجنين مسببا له حدوث العمى أو التخلف العقلي³.

ج- فحص غشاء البكارة⁴:

البكارة كسائر أجزاء الجسد معرضة لأن تصاب بتلف كلي أو جزئي نتيجة حادث مقصود أو غير مقصود، وقد ظهرت أعراف وتقاليد اجتماعية أكست الكثير من الاعتبار بوجود هذا الغشاء في الفتاة المقبلة على الزواج، إذ جعلته عنوانا لشرفها وعفتها، وأضحى دليلا على فساد أخلاقها، إذا ما تبين تمزقه قبل الزواج، وأصبحت تلك الفتاة محلا لإيقاع الأذى بها، وما يترتب من ردود الفعل من الزوج وأهله، لذلك فقد لجأت الكثير من الفتيات المقبلات على الزواج إلى إجراء فحص غشاء البكارة للتأكد من عذريتها بعد الفحص ليسلم الطبيب الفتاة شهادة العذرية .

ورغم إن بعض الأزواج أصبحوا يطلبونه من الفتاة، ومع ذلك فإن هذا النوع من الفحص لا يتضمنه الفحص قبل الزواج، ذلك إن الفقهاء يتفقون على إن فوات وصف العذرية لا يعد سببا لفسخ عقد النكاح لم يشترطه الزوج بصراحة⁵.

ومنه فإن اللجوء إلى إجراء فحص غشاء البكارة قد يؤدي إلى درء العديد من المشكلات والمعضلات التي قد تحدث بعد الزواج، لا سيما الحفاظ على مصلحة الفتيات خاصة في مجتمعاتنا اليوم.

الفرع الثاني: الأحكام (الطبية، الشرعية، القانونية) المتعلقة بالفحص الوراثي قبل الزواج:

سبق الإشارة إلى تجلي الحقيقة العلمية المتعلقة بالأمراض الوراثية على نحو لا مراء فيه، كما أنه يجب التسليم بضرورة التفرقة بين مشروعية إجراء الفحص الوراثي قبل الزواج وبين مشروعية الالتزام به بمقتضى قانون أو تشريع، وفي هذا السياق جدير بنا أن نبين في هذا المطلب موقف الأطباء (الرأي الطبي) من الفحص الطبي قبل الزواج (أولا)، ثم نجلي موقف الفقهاء منه (ثانيا)، ثم نستقرئ موقف القوانين الوضعية المقارنة من الفحص الطبي (ثالثا).

أولا: موقف الأطباء -علماء الوراثة- من الفحص الطبي قبل الزواج:

بعد الطفرة التقنية الهائلة في عالم الوراثة، وفي ظل المعطيات العلمية المتعلقة بالأمراض الوراثية على نحو وقف العلماء معه على دور العوامل الوراثية في انتقال الأمراض إلى الذرية، بحسب نوع المرض، لذا فإنه وفي بعض المناطق من العالم لم يعارض أحد من الأطباء في ضرورة إجراء الفحص للكشف عن الأمراض الوراثية قبل الزواج بالخصوص في العائلات التي لها تاريخ وراثي مع بعض الأمراض، إلا أنه ومع إجماعهم وتحمسهم لضرورة وأهمية الفحص الطبي والاستشارة الوراثية قبل الزواج، فإنهم تقريرا يتفقون على ترك هذا الأمر لمحض اختيار المقبل على الزواج، مع حرية الاختيار تجاه ما سيكشف عنه الفحص من نتائج⁶.

¹ سيتم التطرق إليها بالتفصيل عند الحديث عن دور البصمة الوراثية كقرينة لإثبات النسب في المبحث الرابع.

² العبيدي إبراهيم بن محمد، اتجاهات الشباب الجامعي نحو الفحص الطبي لغرض الزواج، إصدارات مؤسسة الملك خالد الخيرية، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط1، 01، 1426- 2005، ص 32.

³ الدنشاوي زكي ممدوح عز الدين، عبد الرحمان محمد عقيل، المرجع السابق، ص 195.

⁴ البكارة بالفتح وهي الجلدة التي على قبل الفتاة، وتسمى عذرة أيضا والعذراء هي المرأة التي لم تفتض، والبكر هي التي لم يمسه الرجل ويقال للرجل بكر إذا لم يقرب النساء : ابن منظور، المرجع السابق، باب : الرء، مادة (بكر)، ج4، ص 78.

⁵ فخر الدين حسن بن منصور الأورجندي الفرغاني الحنفي⁶ الفتاوى الهندية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط04، ج1، ص 272، الشربيني، المرجع السابق، ج3، ص 207- 208.

⁶ إكرام عبد السلام، الوراثة بين الصحة والمرض، دار المعارف، القاهرة، د.ط، 2001 م، ص 14-15

ولعل هذا التوجه الطبي نحو عدم الالتزام بالفحص الطبي قبل الزواج يفهم من خلال التزام الأطباء بالضوابط الأخلاقية والقانونية لممارسة مهنة الطب، والتي بمقتضاها يمنع على الطبيب المساس بجسد المريض إلا بناء على موافقته ورضاه، كما ليس له أن يفرض على الخاضع للفحص حلاً بعينه وإن رآه سليماً من الناحية العملية¹.

وإن كان بعض الأطباء يرون إلزامية الفحص الطبي لبعض الأمراض الوراثية الشائعة الواسعة الانتشار في مكان معين، وذلك بمقتضى قانون يصدر في هذا الشأن².

ثانياً: موقف الفقه الإسلامي من الفحص الوراثي للمقبلين على الزواج :

لا نجد للفقهاء قديماً رأياً حول الفحص الطبي قبل الزواج عموماً والفحص الوراثي خصوصاً ، لأنه لم تكن هناك حاجة لبحث هذه المسألة لما تميز به المسلمون الأولون من الأمانة في الإخبار عن العيوب من جهة، ولعدم حصول التقدم العلمي الذي يمكنهم من إجراء هذا الفحص من جهة ثانية³، وتعد هذه المسألة من النوازل الفقهية التي جددت وطرأت في عصرنا الحاضر .

أما فيما يخص الفقهاء والباحثين المعاصرين فقد اتفقوا على مشروعية الفحص الطبي قبل الزواج ومنه الفحص الوراثي⁴، وأن على الدول ممثلة في الوزارات والمؤسسات المختصة نشر الوعي بأهمية الفحوصات الوراثية قبل الزواج، وتسهيلها للراغبين بتوفير مراكز طبية بإشراف الخبراء والأمناء لضمان الحصول على المعلومات الوراثية مع المحافظة على السرية التامة للنتائج⁵، وقد أوصى بذلك مجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي⁶.

الإلزام اختلفاً في حكم الإلزام بنتائج الفحوصات الوراثية قبل الزواج، فمنهم من رأى صحة الإلزام ومنهم من مال إلى عدم الصحة، واختلف القائلون بالصحة هل يكون ذلك على سبيل الوجوب أو أنه على سبيل الإباحة ويكون من باب السياسة الشرعية⁷، ومنه تكون الأقوال في هذه المسألة ثلاثة أقوال هي :

القول الأول: ذهب إلى أنه لا يصلح الالتزام بنتائج الفحوصات الوراثية من قبل ولي الأمر بحيث يمنع اقتران من كان أزواجهم سبباً لنقل الأمراض الوراثية، وصدر بهذا قرار المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي¹، وأيضاً توصية المنظمة الإسلامية

¹ رأى الدكتور جمال أبو السرور، ضمن ندوة الشراكة مع قادة المستقبل من أجل حياة زوجية سعيدة " دليل المشورة والفحص لراغبي الزواج " بكلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر، القاهرة، بتاريخ 3 ربيع الآخر 1442هـ-الموافق ل: 22 نوفمبر 2020م.

² الأشقر أسامة عمر سليمان، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، دار الفنايس، الأردن، ط2، 2005م، ص 87.

³ محمود المصري أبو عمار، الزواج الإسلامي السعيد، مكتبة الصفا، القاهرة، ط1، 1427هـ-2006م، ص 282.

⁴ حيث عقد أعضاء مجمع الفقه الإسلامي الدولي بالتعاون مع المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت ندوة فقهية طبية بمكة السعودية حول موضوع "الوراثة والهندسة الوراثية والجنوم البشري من منظور إسلامي"، و كان من نتائجها : - جواز استخدام الجينوم البشري في المجالات النافعة، لما يحققه من مصالح قد حثت على تحصيلها الشريعة وكان من بين توصياتها : - العمل على تشجيع إجراء الاختبار الوراثي قبل الزواج بنشر الوعي عن طريق وسائل الإعلام لا يجوز استخدام الهندسة الوراثية بقصد تبديل البنية الجينية فيما يسمى تحسين السلالة البشرية، و إن أي محاولة للعبث الجيني بخصية الإنسان أمر محظور شرعاً: ينظر: الندوة العلمية حول الوراثة والهندسة الوراثية والجنوم البشري من منظور إسلامي، عقدها مجمع الفقه الإسلامي الدولي بالتعاون مع المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت، في جدة، السعودية، في الفترة 13-15 ربيع الآخر 1434هـ الذي يوافق 23-25 فبراير 2013م، ص39.

⁵ مركز التميز البحثي، الموسوعة الميسرة في القضايا المعاصرة (قسم فقه وأصول) جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، ط1، 1435هـ-2014م، ص 241.

⁶ وجاء ذلك في قرارات مجلس المجمع في دورته السابعة عشرة والتي عقدت في الفترة ما بين 19 إلى 24 شوال 1424 هـ الموافق ل: 13 إلى 18 ديسمبر 2003 م " يوصي المجلس الحكومات والمؤسسات الإسلامية بنشر الوعي بأهمية الفحوصات الطبية قبل الزواج والتشجيع على إجرائها وتيسير تلك الفحوصات للراغبين فيها وجعلها سرية لا تفضى إلا لأصحابها المباشرين : ينظر موقع رابطة العالم الإسلامي www.themwl.org اطلع عليه بتاريخ 2022/03/06:

⁷ المراد بالسياسة الشرعية : "كل فعل من الحاكم لمصلحة يراها، وإن لم يرد بذلك الفعل دليل جزئي" أنظر :ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، المرجع السابق، ص 13.

للعلوم الطبية بالكويت²، وقال به بعض العلماء والباحثين الشيخ عبد الله بن منيع الشيخ عبد الله بن بيه ومحمد رأفت عثمان³ والشيخ عبد العزيز بن باز .

وقد استدلل أصحاب القول الأول على ما يأتي :

أ- إن الالتزام بالفحوصات الوراثية قبل الزواج يتضمن الاعتداء على الحرية الشخصية، فمتى ما رضي الزوجان وأذن ولي المرأة بالنكاح جاز، وليس للإمام منعهما ولو كان حاملين لمرض وراثي، إذا قد يريان أن مصلحة اقترانهما أكبر من مضرة المرض المحتملة⁴.

ب- إن الفحوصات الوراثية قبل الزواج تهدف إلى الوقاية من الأمراض الوراثية والوقاية من التداوي، والتداوي ليس بواجب، فلا تكون الفحوصات واجبة ولا يصلح الالتزام بها⁵.

ج- إن الالتزام بالفحوصات وإن كان لدفع الضرر، إلا أنه تترتب عليه مفسد وأضرار كبيرة ولا يجوز دفع الضرر بالضرر، ومن هذه المفاسد :

- تردد المقبلين على الزواج وربما عزوفهم لعدم القبول النفسي للفحوصات، وتخوف من النتيجة رغم سهولة التلاعب والتزوير للحصول على الشهادة الطبية بإجراء، و خشية العار والهروب من التكاليف المادية أيضا.
- التحيز ضد من ظهر حملهم للمرض في شركات التأمين أو التوظيف أو الزواج المستقبلي⁶.

القول الثاني: القائلون بجواز الفحص الطبي (الوراثي) قبل الزواج :يمثل هؤلاء: الأستاذ محمد عثمان شبير⁷، و الدكتور محمد علي البار، وغيرهم، وأدلتهم في ذلك:

- إن من قواعد الشريعة أن تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة، فلا شك إن الإلزام بالفحص الوراثي يهدف إلى مصلحة محققة.

- الفحص قبل الزواج يحقق للرعية مصالح عظيمة، ويدراً عنهم مفسدات كبيرة وهو سبيل للحد من انتشار الأمراض الوراثية التي تستنزف مبالغ كبيرة للعلاج والرعاية، إضافة للأضرار الصحية والنفسية والاجتماعية وما كان كذلك فهو من قبل المصالح المرسل⁸.
القول الثالث: رأي الملزمين للفحص الطبي (ومنه الفحص الوراثي) قبل الزواج وأدلتهم : يرى العلماء -القائلون بلزوم الفحص الطبي قبل الزواج- إنه لا مانع شرعي من أن يصدر ولي الأمر تشريعاً أو قانوناً يلزم الناس بالفحص الوراثي قبل الزواج بوسيلة أو

¹ أنظر: قرارات مجلس المجمع في دورته السابعة عشرة، لسنة 2003م، المرجع السابق .

² جاء في توصيات ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري من منظور إسلامي المنعقدة في جدة "لا يكون الإرشاد الجيني إجبارياً، ولا ينبغي أن تفضي نتائجه إلى إجراء إجباري": ينظر الندوة العلمية حول الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري من منظور إسلامي، المرجع السابق، ص 313.

³ محمد عبد الغفار الشريف، حكم الكشف الإجباري عن الأمراض الوراثية، بحث ضمن ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري من منظور إسلامي، المرجع السابق، ص 971.

⁴ محمد عبد الغفار الشريف، المرجع السابق، ص 971.

⁵ المرجع نفسه، ص 972.

⁶ البار محمد علي، الفحص قبل الزواج والاستشارة الوراثية، المرجع السابق، ص 33-36.

⁷ محمد عثمان شبير، موقف الإسلام من الأمراض الوراثية، ضمن أبحاث بعنوان دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة، دار النفائس، الأردن، ط1، 1421هـ-2001م، ص 336.

⁸ المصلحة المرسل : "هي كل مصلحة داخلية في مقاصد الشارع ولم يرد في الشرع نص على اعتبارها بعينها، ولا على استبعادها": ينظر: مصطفى أحمد الزرقا، الاستصلاح والمصالح المرسل في الشريعة الإسلامية، دار القلم، دمشق، ط1، 1988 م، ص 37.

بأخرى¹، ومن المؤيدين لجواز الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج : الشيخ محمد أبو زهرة، والدكتور حمداتي ماء العينين، و الدكتور محمد الزحيلي، والأستاذ عبد الرحمان الصابوني .

فيرى محمد الزحيلي : إن الفحوص المخبرية والكشف الطبي قبل الزواج حتى في البلاد التي لا تطلبه ولا تشترطه في الزواج، فإنه لا بأس به شرعاً، أو لا غضاضة في ممارسته، فإن أمر به الحاكم للمصلحة أصبح واجباً²، ويقول إن الفحص الطبي قبل الزواج والمتعلق بالأمراض الوراثية واجباً إلزامياً، ولا يعد ذلك تعدياً على الحرية الشخصية لأن فيه مصلحة عامة تعود على الفرد أولاً وعلى المجتمع والدولة والأمة ثانية³.

ويرى الأستاذ عبد الرحمان الصابوني في توضيحه لضرورة الفحص الطبي بأنه: "يجب إلزام جميع المتقدمين للزواج بإجراء الفحص الطبي، بحيث لا يتم الزواج إلا بعد شهادة طبية تثبت أنه لائق طبياً"⁴.

ويقول الدكتور حمداتي ماء العينين أرى وجوب إجراء الكشف الطبي قبل العقد للتأكد من سلامة كل واحد من الزوجين من المرض المزمن، والذي ينتقل بالورثة حسب مفهوم الوراثة الطبية⁵.

وقد استدلل أصحاب هذا الرأي الملزم إجراء الفحص قبل الزواج إلى ما يأتي :

إن النظر في قواعد الشريعة الإسلامية وأصولها ومبادئها العامة يؤيد إجراء الفحص الطبي قبل الزواج، ووجوبه ومن هذه الأسس والقواعد :

- قاعدة تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة: ووجه الاستشهاد بهذه القاعدة على إلزامية الفحص الطبي قبل الزواج، أن فعل الإمام فيما يتعلق بالأمور العامة يجب أن يوافق الشرع وألا يخالف نصوصه ومبادئه، ومسألة الفحص الطبي قبل الزواج من المصالح والغايات التي يعود القرار والرأي فيها للإمام⁶.

الرأي الراجح: يميل الباحث إلى الرأي القائل بالإلزام، وذلك لقوة دليله ورجاحته فالإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج مسلوكاً وقائياً لحماية الأسرة والمجتمع من الإصابة بالأمراض، ومن خلاله يتم تقديم النصح الذي يضمن إنجاح الزواج وسلامة الزوجين، وتفادي النزاعات والمتاعب التي قد تنشأ جراء كشف بعض الأمراض التي لم يتم الكشف عنها قبل العقد ومن جهة ثانية فهو قرينة إثبات لتعرض المتقدمين على الزواج ومن ثم تظهر الصورة واضحة أمام الطرف الآخر إما الإقدام على الزواج أو أن يصرف نظره عن ذلك.

ثالثاً: موقف القوانين الوضعية من الفحص الطبي قبل الزواج:

مع تزايد انتشار الأمراض بمختلف أنواعها، إضافة للتقدم العلمي في مجال الكشف المبكر عن هذه الأمراض أصبح الفحص الطبي قبل الزواج الذي يندرج تحت ما يعرف بالطب الوقائي إلزامياً في عدد من الدول العربية، لذا أوصت جامعة الدول العربية

¹ حسن صلاح الصغير عبد الله ، مدى مشروعية الالتزام بالفحص الطبي قبل الزواج "دراسة مقارنة" دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، د ط، 2007م، ص 111.

² الزحيلي محمد، الإرشاد الجيني، ضمن بحوث ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني -رؤية إسلامية بالكويت، المرجع السابق، ص 780.

³ الزحيلي محمد، الإرشاد الجيني، المرجع السابق، ص 782.

⁴ الصابوني عبد الرحمان، أحكام الزواج في الفقه الإسلامي، مكتبة الفلاح، (د.م.ن)، ط 1، 1987م، ص 237

⁵ حمداتي ماء العينين، الأمراض التي يجب أن يكون الاختبار الوراثي فيها إجبارياً، بحث مقدم ضمن ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني - رؤية إسلامية - بالكويت، المرجع السابق، ص 956

⁶ السيوطي جلال الدين عبد الرحمان، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1410هـ - 1990م، ص 121 .

بالفحص الطبي قبل الزواج، وقد سنت الدول العربية أنظمة لتطبيق الفحص الطبي قبل الزواج في قوانينها الوضعية¹، والملاحظ على أغلب التشريعات العربية أنها نصت على الفحص الطبي بشكل عام سواء ما تعلق بالأمراض الوراثية أو الجنسية أو المعدية :

- 1- **قانون الأحوال الشخصية الإماراتي**²: وذلك من خلال نص المادة 27 فقرة 02 منه التي تنص "يشترط لإجراء عقد الزواج تقديم تقرير من لجنة طبية مختصة يشكلها وزير الصحة يفيد الخلو من الأمراض التي نص هذا القانون على طلب التفريق بسببها"
- 2- **قانون الأسرة القطري**³: تنص المادة 18 منه "يقدم كل من طرفي العقد للموثق شهادة عن الجهة الطبية المختصة بمدى خلوه من الأمراض الوراثية، ومن الأمراض التي يصدر بتحديددها قرار من الهيئة الوطنية للصحة بالتنسيق مع الجهات المعنية وعلى الموثق إخطار كل منهما بمضمون الشهادة الطبية المقدمة من الآخر قبل توثيق العقد"
- 3- **قانون الأحوال الشخصية السوري**⁴: نصت المادة 40 منه على أنه "يقدم طلب الزواج إلى قاضي المنطقة مع الوثائق الآتية:...- شهادة من طبيب يختاره الطرفان بخلوها من الأمراض السارية ومن الموانع الصحية للزواج، وللقاضي التثبت من ذلك بمعرفة طبيب يختاره"

ولقد نصت المادة 41 من ذات القانون "يأذن القاضي بإجراء العقد فوراً بعد استكمال هذه الوثائق.." ويتضح بمفهوم المخالفة أنه في غياب أحد الوثائق المنصوص عليها في نص المادة 40 أعلاه فإن القاضي لا يمكن له إجراء عقد الزواج والتي من بينها الشهادة الطبية، وما يؤخذ على المشرع السوري جعل أمر اختيار الطبيب الذي سيكشف على المقبلين على الزواج لإرادتهما، ولم ينط ذلك - كما هو الشأن في التشريعات الأخرى - إلى لجنة حكومية مختصة.

- 4- **قانون الأحوال الشخصية العراقي**⁵: اشترط تقديم تقرير طبي في نص المادة 10 منه "يشترط في المتقدم للزواج أن يبرز تقريراً طبياً يؤكد سلامته من الأمراض"، إلا أن القانون لم يحدد هذه الأمراض⁶.

- 5- **قانون الأحوال الشخصية الأردني**⁷: لم نجد نصاً صريحاً في قانون الأحوال الشخصية الأردني على لزوم تقديم الشهادة الطبية كشرط لعقد الزواج، إلا أنه ورد في نص المادة 12 منه "للقاضي أن يأذن بزواج من به جنون أو عته أو إعاقة عقلية إذا ثبت بتقرير

¹ دون ذكر المؤلف، الفحص الطبي قبل الزواج: المحاذير والضرورة "800" مرض وراثي... ألا تستدعي تقنين الفحص؟ من موقع: <http://www.alnilim.com/new-action-show-id9981>، تاريخ النشر: 2009/09/04، تم الاطلاع عليه بتاريخ 2022/03/06.

² قانون اتحادي رقم 28 لسنة 2005م، الصادر بتاريخ: 17 شوال 1416هـ/19 نوفمبر 2005م، المتضمن قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة، (الإمارات العربية المتحدة، ج ر: العدد 439 بتاريخ 30 نوفمبر 2005م، المعدل والمتمم بمرسوم بقانون اتحادي رقم 8 تاريخ 29/8/2019م المرسوم بقانون اتحادي رقم 5 تاريخ 25/08/2020م المرسوم بقانون اتحادي رقم 29 تاريخ 27/09/2020).

³ قانون رقم 22 لسنة 2006 م، الصادر بتاريخ: 2006/06/29، المتضمن إصدار قانون الأسرة القطري، جريدة رسمية عدد 08 صادرة بتاريخ: 2006/08/28 م، ص 159.

⁴ المرسوم التشريعي رقم 59 الصادر بتاريخ: 1953/09/07 م المتضمن قانون الأحوال الشخصية السوري، المعدل والمتمم بالقانون رقم 4 لعام 2019 م الصادر بتاريخ: 1440/6/2 هـ الموافق 2019/2/7 م.

⁵ قانون رقم 188 لسنة 1959م وتعديلاته، الصادر بتاريخ: 19 جمادى الثانية 1379 هـ الموافق ل: 1959/12/19م، المتضمن قانون الأحوال الشخصية العراقي، (جمهورية العراق، الوقائع العراقية، العدد 280 بتاريخ: 1959/12/30).

⁶ الأمر الذي أدى إلى اجتماع لجنة من وزارة العدل والصحة التي حددت هذه الأمراض (الموانع الصحية) بما يلي: أولاً: الأمراض التناسلية السارية، ثانياً: الجذام، ثالثاً: التدرن الرئوي رابعاً: الأمراض والعاهات العقلية: ينظر الأشقر أسامة عمر سليمان المرجع السابق، ص 98-99.

⁷ القانون رقم 15 لسنة 2019م، المتضمن قانون الأحوال الشخصية الأردني، (المملكة الأردنية الهاشمية، ج رعد 5578 بتاريخ 2019/06/02م (الملغي للقانون رقم 61 لسنة 1976 بموجب المادة 327 منه)

طبي رسمي أن في زواجه مصلحة له، وأن ما به غير قابل للانتقال إلى نسله، وأنه لا يشكل خطورة على الطرف الآخر وبعد اطلاعه على حالته تفصيلا والتحقق من رضاه".

وبالتالي فالمرجع الأردني قصروا على استحضار التقرير الطبي فقط في حالة الأمراض العقلية التي تصيب المقبلين على الزواج كالجنون والعتة أو إعاقة عقلية، ولم يتطرق إلى الأمراض الأخرى كالمعدية والوراثية والعضوية .

6- في القانون التونسي: أُنشئت شهادة طبية سابقة للزواج بموجب القانون عدد 46 لسنة 1964 المؤرخ في 03 نوفمبر 1964م¹، إذ ينص الفصل الأول من هذا القانون بأنه " لا يمكن لضابط الحالة المدنية أو العدول الذين وقع اختيارهم لتحرير عقود الزواج أن يقدموا بإبرام الزواج إلا بعد أن يتسلموا من كلا الشخصين العازمين على الزواج شهادة لا يزيد تاريخها عن الشهرين تثبت أن المعني بالأمر قد وقع فحصه قصدا للزواج دون أن تذكر بما إشارة أخرى"².

وأما الفصل الثاني من هذا القانون فينص على أنه " توجه بصفة خاصة عناية الطبيب أثناء الفحص إلى الإصابات الخطيرة، خاصة الأمراض المعدية ومرضى الزهري والسل، وكذا إلى نتائج الإدمان على المشروبات الكحولية"³.

وجدير بالذكر إلى أن القانون ألزم الطبيب عدم تسليم الشهادة المنصوص عليها في الفصل الأول من القانون المشار إليه أعلاه إلا بعد اطلاعه على : **فحص طبي عام، فحص الدم، وفحص الرئتين بالأشعة،** وتصويرها إذا اقتضى الحال ذلك⁴.

كما أوجب المشرع التونسي كذلك إطلاع المعني بالأمر على ملاحظاته، وله أن يرفض تسليم الشهادة إذا ثبت من نتائج الفحص أن هذا الزواج غير مرغوب فيه، وله أن يؤجل تسليم هذه الشهادة إلى أن يزول خطر العدوى من المريض، أو تستقر حالته الصحية، ويمكن للفحص المنصوص عليه أعلاه أن يقع حسب اختيار المعنيين بالأمر، إِمَّا بالمستشفيات العمومية وهنا تسلم الشهادة الطبية مجانا على جميع التحليلات والفحوصات، وإِما لدى الأطباء وبمخابر التحليلات الطبية المؤهلة والمعتمدة من كتابة الدولة للصحة العمومية والشؤون الاجتماعية .

وأخيرا يجب أن يتم إعداد الشهادة الطبية السابقة للزواج المنصوص عليه بالقانون 46 لسنة 1969 وفق النموذج⁵ الذي أخذته وزارة الصحة العمومية التونسية بموجب القرار الصادر عنها بتاريخ 19/12/1985 م⁶.

يرى الباحث: أن المشرع التونسي أكد على إلزامية استحضار الشهادة الطبية من الأشخاص المقدمين على الزواج، وقد وضع لها أحكاما من خلال إدراج نوعية الفحوصات وما ينجر عن طبيعتها نتائجها، وحدد جزاء تخلفها وهذا بشيء من التفصيل، كما يُحسب له الانفراد بالنص على مراعاة نتائج الإدمان على المشروبات الكحولية كعيب حُلُقي يجيز عدم إتمام إجراءات عقد الزواج، لكن ما يؤخذ عليه هي المدة الزمنية التي وضعها لصلاحيّة الشهادة الطبية وهي "مدة شهرين"، والتي تبدو أنها مدة طويلة نوعا ما فقد يصاب المقبل على الزواج بإحدى الأمراض والعيوب في هذه الفترة .

7-مدونة الأحوال الشخصية المغربية:¹ جاء في نص المادة 65 منها تحت قسم :الإجراءات الإدارية والشكلية لإبرام عقد الزواج "يحدث ملف عقد الزواج ويضم الوثائق التالية : "...4-شهادة طبية لكل واحد من الخطيبين يحدد مضمونها وطريقة إصدارها بقرار مشترك لوزير العدل والداخلية"².

¹ القانون عدد 46 لسنة 1964، الصادر بقفصة (تونس) في 29 جمادى الثانية 1384هـ (3 نوفمبر 1964 م)، المتعلق بالشهادة الطبية السابقة للزواج .

² الفصل الأول من القانون عدد 46 لسنة 1964م، المرجع نفسه.

³ الفصل الثاني من القانون عدد 46 لسنة 1964، المرجع نفسه.

⁴ المرجع نفسه.

⁵ أنظر: الملحق رقم 2 منشورا بالجريدة الرسمية للجمهورية التونسية عدد 90 الصادر في 1985/12/27 ص 1737

⁶ قرار وزير الصحة التونسي بتاريخ: 19/12/1985 م صادر بالرائد الرسمي (الجريدة الرسمية) عدد 85/90 اطلع عليه من موقع:

. 2022/03/06: www.legisqton.TN/recherch/JORT/numero190/Anne1986

8-أما المملكة العربية السعودية: فقد ألزمت الشباب المقبلين على الزواج لضرورة الكشف قبل الزواج، مع عدم التدخل في قرار الأسرة بعد ظهور النتائج³.

من خلال عرضنا لمواقف قوانين الأحوال الشخصية للبلدان العربية يتضح أن أغليبتها اشترطت بل وألزمت تقديم المقبلين على الزواج شهادة طبية تثبت خلوها من الأمراض، وبالتالي فقد أخذت برأي الفقهاء المزمين بإجراء الفحص الطبي (الوراثي) . إلا إن البعض منها اشترطت إجراء الفحص وتسليم الشهادة الطبية من طرف لجنة مختصة تابعة للدولة كالتشريع الإماراتي والقطري، وبعض التشريعات ترك الأمر إلى اختيار المقبلين على الزواج كالتشريع السوري والعراقي والمغربي، أما المشرع التونسي فقد ترك لهما الاختيار إما بالمستشفيات العمومية وإما لدى الأطباء وبمخابر التحاليل المؤهلة والمعتمدة . هذا بالإضافة إلى أن التشريعات العربية لم تتطرق إلى مآل عقد الزواج في حالة إبرامه دون تقديم الشهادة الطبية : (هل هو عقد باطل ؟ أم أنه صحيح مع الاكتفاء بمعاينة المشرفين على قيده وتسجيله دون تقديم الشهادة الطبية لعقوبات إدارية أو حتى جزائية) وهذا ما يؤدي إلى إشكالات قانونية وعملية.

9- موقف المشرع الجزائري: نصت المادة 07 مكرر من قانون الأسرة الجزائري⁴ على أنه: " يجب على طالبي الزواج أن يقدموا وثيقة طبية لا يزيد تاريخها على ثلاثة أشهر تثبت خلوها من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطراً بتعارض على الزواج...". وقد وفق المشرع الجزائري لما ألزم المقبلين على الزواج بهذا الفحص الطبي كإجراء وقائي قبل الزواج دفعا للأضرار المادية والمعنوية الناتجة بعد العقد، نتيجة عدم إظهارها قبل إبرامه، وقد سار على المذهب القائل بالزامية الفحص الطبي (الوراثي). هذا ولا يمكن للطبيب أن يسلم الشهادة الطبية إلا بعد اطلاعه على نتائج التحاليل والفحوص التي قام بها المعني بالأمر والمتمثلة في فحص عيادي شامل وتحليل فصيلة الدم ARC+Rhésus، وزيادة على ذلك يمكن أن يقترح على المعني بإجراء فحوصات إضافية للكشف على الأمراض الوراثية والعائلية، والأمراض الخطيرة التي يمكن أن تنتقل إلى الزوج أو الزوجة وإخضاع النساء اللواتي لازلن في سن الإنجاب للفحوص الخاصة بالحميراء Rubéol وكذلك لفحص فصيلة الدم Group.Songain . كما يجب على الطبيب بنص القانون أن يقوم بإبلاغ المعني بالأمر بنتائج الفحوصات من تاريخ الفحص، وهكذا يكون على علم بما أصابه وبما يصيب قرينه أو نسله، وبالتالي المقبل على الزواج يقرر إما العدول عن مشروعه في الزواج، أو أن يتزوج رغم إصابته بأمراض وراثية خطيرة، هو من يتحمل كامل المسؤولية لأنه لا يجوز طبقاً للمادة 07 من ق أ المذكورة أعلاه للموثق أو ضابط الحالة المدنية رفض إبرام عقد الزواج لأسباب صحية خلافا لإرادة المعنيين.

¹ القانون رقم 03-70 الصادر بتاريخ: 05 فبراير 2004م المتضمن مدونة الأسرة المغربية، الصادر بتنفيذ الظهير الشريف رقم: 22-04-1 بتاريخ: 12 ذي الحجة 1424هـ الموافق ل: 03 فبراير 2004، ج ر، عدد 5184 بتاريخ: 05 فبراير 2004، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 15.102 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم: 1.16.2 بتاريخ 12 يناير 2016 ج ر عدد 6433 بتاريخ 25 يناير 2016م، ص 420.

² قرار مشترك لوزير العدل ووزير الصحة رقم 04-347، صادر في 10 محرم 1425 هـ (2 مارس 2004م) متضمن تحديد مضمون وطريقة إصدار الشهادة الطبية الخاصة بإبرام عقد الزواج، ج ر عدد 5192 بتاريخ: 12 محرم 1425 هـ (4 مارس 2004م)، ص 975.

³ وهذا بصدر قرار صادر عن مجلس الوزراء بإلزام طرفي عقد النكاح بإحضار شهادة الفحص الطبي قبل إجراء العقد مع ترك حرية إتمام الزواج لصاحبي العقد، بصرف النظر عن نتيجة الفحص الطبي سلباً كانت أم إيجاباً، وأن يعمل به ابتداء من تاريخ: 01/01/1425 هـ، وكان الفحص خاصاً بمرضي: فقر الدم، والثلاسيميا، ينظر: تصريح وكيل وزارة الصحة للطب الوقائي د. يعقوب المزروع في موقع وزارة الصحة للطب الوقائي www.moh.gov.sa، وأضيف مؤخراً للفحص الطبي بعض الأمراض الوراثية (الإيدز، والتهاب الكبد الوبائي ب، والتهاب الكبد الوبائي ج، بحيث يبدأ التطبيق عام 1429 هـ.

⁴ المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري 11/84، المعدل والمتمم بموجب الأمر 02/05، المرجع السابق .

وتجدر الإشارة إلى أنه صدر مرسوم تنفيذي رقم 154/06 في 11 ماي 2006¹ حدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 70 مكرر من ق أ، حيث وضح في المادة الثانية منه أنه " يجب على كل طالب زواج أن يقدم شهادة طبية لا تزيد تاريخها عن 03 أشهر تثبت خضوعه للفحوصات الطبية المنصوص عليها في ذات المرسوم ".

ويجب أن ننوه بأنه قبل صدور هذا المرسوم الذي كان الكثير من شراح القانون يسيقون فهم نص المادة 07 مكرر (أعلاه) إذ يتجهون إلى ضرورة استصدار شهادة العذرية من عند طبيب نساء تثبت عذرية الفتاة المقبلة على الزواج، ولكن بعد صدور هذا المرسوم غُدل عن ذلك الإجراء، وهذا ما أكدته القضاء الجزائري، ويتجلى ذلك في أحد قرارات المحكمة العليا، التي كرست مبدأ: أن العذرية ليست شرطا في الزواج إلا إذا تم اشتراطها² في العقد كتابة³.

الإشكاليات القانونية والعملية التي يثيرها تنظيم الشهادة الطبية (أو الفحص الطبي قبل الزواج) في التشريع الجزائري (بالمقارنة مع التشريعات المقارنة):

من خلال استقراء النص الموضوعي وهو ما نصت عليه المادة 07 مكرر من ق أ ج وكذا النص الاجرائي (التنظيمي) المتمثل في المرسوم التنفيذي 154/06 نجد ما يلي :

قصورا تشريعيًا بالإضافة إلى إثارة العديد من الإشكاليات القانونية والعملية من خلال ما يلي:

1- ما يؤخذ على المشرع الجزائري أنه استعمل لفظة " يمكن " في نص المادة 04 من المرسوم 154/06 أعلاه، أي أنه جعل التحليل للكشف عن الأمراض المعدية والوراثية خاضع للسلطة التقديرية للطبيب، وبالتالي قد يكون الشخص مريضاً بمرض خطير ولا يظهر عليه كمرض فقدان المناعة المكتسب (الإيدز) الذي تكون مدة حضانة المرض من شهرين إلى عشر سنوات ولا يخبر الطبيب ولا يتطلب منه ذلك⁴.

2- إنَّ المشرع لم يدرج الشهادة الطبية كشرط من شروط عقد الزواج (م 4 و 3 و 9 مكرر ق أ ج) فلا يعدّ مرض أحدهما عيباً في إبرام هذا العقد (حسب ما تضمنته هذه النصوص وما استقر عليه اجتهاد المحكمة العليا).

3- إن المشرع الجزائري لم يدرج الشهادة الطبية ضمن الوثائق والبيانات الضرورية لإبرام عقد الزواج المنصوص عليها في المواد 74/75، 76، 77 من ق الحالة المدنية⁵.

4- المشرع الجزائري لم ينص صراحة على أثر تخلف الالتزام بإجراء الشهادة الطبية قبل الزواج، فباستقراء نص المادتين 07 مكرر من ق أ والمادة 06 من المرسوم 154-06، نجد أن المشرع جعل شرط تقديم الشهادة الطبية إجراء إلزامي لكلا الطرفين المقبلين على الزواج، و ألزم ضابط الحالة المدنية والموثق عدم تحرير عقد الزواج في غياب تقديم الشهادة الطبية من المقبلين على الزواج، دون النص على أثر تخلف تقديم الشهادة الطبية على عقد الزواج.

¹ المرسوم التنفيذي رقم: 154-06 المؤرخ في: 13 ربيع الثاني عام 1927 م الموافق لـ: 11 ماي 2006 م يحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 07 مكرر من القانون رقم 11/84 المتعلق بقانون الأسرة الجزائري، (ج ر ع 31 بتاريخ: 14 مايو سنة 2006م).

² وهذا ما أشارت إليه المادة 19 من القانون 11/84 المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بموجب الأمر 02/05، المرجع السابق والتي تنص " لكلا الزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية لاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، مالم تتناقى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون ".

³ نبيل صقر وقمرأوي عز الدين، قانون الأسرة نصا وتطبيقا، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، د ط، 2008 م، ص 10.

⁴ معمري إيمان، ميدون مفيدة، اشتراط الشهادة الطبية وأثرها في عقد الزواج غلى ضوء قانون الأسرة الجزائري، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي بتندوف، الجزائر، عدد: 01 لسنة 2019 م، ص 50

⁵ الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 13 ذي الحجة 1389 هـ الموافق لـ: 19 فبراير سنة 1970م، المتعلق بالحالة المدنية، المعدل والمتمم بالقانون رقم 08/14 المؤرخ في 09 أوت 2014م، (ج ر عدد 49 بتاريخ 20 أوت 2014م) المعدل والمتمم بالقانون رقم 03/17 المؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1438هـ، الموافق لـ 10 يناير سنة 2017م، (ج ر ع 02 صادرة بتاريخ 11 يناير 2017م).

لكن ورغم عدم نص المشرع صراحة على أثر تخلف الشهادة الطبية على عقد الزواج إلا أنه يفهم ضمناً -مما سبق بيانه -أنه في حالة تخلف تقديم المقبلين على الزواج الشهادة الطبية المأمور بها لا يجوز لضابط الحالة المدنية أو الموثق تحرير عقد الزواج لتخلف شرط إلزامي اشترطه القانون .

أما إذا قاما بتحرير عقد الزواج بالرغم من عدم تسلمهما الشهادة الطبية - وهذا أمر وارد سهواً أو خطأ- فإنهما يكونان قد خالفا القانون فتقوم مسؤوليتهما الإدارية إضافة إلى إمكانية متابعتهم جزائياً¹، ورغم ذلك يبقى عقد الزواج الذي تم تحريره ، عقداً صحيحاً بمعنى أن هذا العقد ينعقد صحيحاً متى كان طرفاه خاليين من الأمراض التي تشكل خطراً يتعارض مع مقاصد الزواج، أو كانا على علم متبادل بشأن إصابة أحدهما أو كليهما بهذه الأمراض، ويقول الأستاذ بلحاج العربي " ...إن المادة 07 مكرر من ق أ هي إجراء وقائي قبل الزواج، لا يؤثر في صحة العقد فالعقد صحيح قانوناً إذا استوفى الشروط الأخرى².

أما إذا كان أحد طرفي عقد الزواج الذي تم تحريره دون الالتزام بشرط تقديم الشهادة الطبية أو كلاهما كان حاملاً لإحدى الأمراض المعدية أو الوراثية، فإن هذا العقد يعد عقداً قابلاً للإبطال، بسبب اختلال ركن الرضا لدى أحد طرفيه الذي وقع في عيب الغلط أو التدليس³.

5- يلاحظ أن المشرع الجزائري قد نص في المادة 07 من ق أ فقرة 02 "أنه لا يمكن لضابط الحالة المدنية أو الموثق أن يمنع الخاطبين من إبرام عقد الزواج رغم علمهما بالمرض مادام أنهما موافقان عليه"، وهذا فيه مخالفة لأحد مقاصد الزواج وهو الحصول على جيل سليم خال من الأمراض ومناقض كذلك لإحدى مقاصد الشرع "دفع المفسدة مقدم على جلب المصلحة" لذا كان الأجدر لو تم إضافة فقرة للمادة 07 من ق أ ج المذكورة أعلاه وذلك بالقول "غير أنه يجوز تأجيل إبرام العقد إذا ثبت أن المرض خطير وقابل للانتقال يقينا إلى الطرف السليم أو الذرية، ويكون التأجيل لفترة مؤقتة بمناسبة العلاج ولو أراد إبرام العقد في الحال⁴.

6- خلو الشهادة الطبية من أي نص يشير إلى دور الطبيب في إبداء رأيه - بحكم اختصاصه - حول القول فيما إذا كان المرض المكشوف في الخاطب يمكن زواله أو البرء منه عن طريق العلاج الطبي، وكذا عم تحديده لنسبة تأثير ذلك المرض على الطرف الآخر والنسل.

فالمشرع التونسي مثلاً قد منح الحق إلى هذا الطبيب بأن يرفض تسليم الشهادة الطبية ما قبل الزواج، إذا ثبت له أن هذا الزواج غير مرغوب فيه، ولا يحقق الغرض منه لأسباب مرضية، أو أن يؤجل تسليم الشهادة الطبية إلى أن يزول خطر العدوى.

وقد يثار تساؤل آخر وهو: هل يجوز للطرفين المقبلين على الزواج إبرام هذا العقد فيما إذا كان كلاهما مريضاً بنفس المرض المعدى كمرض فقدان المناعة المكتسب (الايدز) الذي لا براء منه حالياً؟، وهل يجوز لضبط الحالة المدنية تزويجهما أم لا؟

لذا صدرت في هذا الشأن تعليمات من وزارة الشؤون الدينية بتاريخ: 2003/12/14 تجيز للمرضى بالسيدا الزواج، لكن بشرط أن يكون للخاطب والمخطوبة كلاهما مصابان بنفس المرض، وأن يتعهدا بعدم إنجاب أطفال حتى لا ينتشر المرض وذلك باستعمال الواقيات⁵.

¹ عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومة، الجزائر، د ط، 2009 م، ص 53.

² العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري "أحكام الزواج" ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 06 ج 2010، 01 م، ص 127.

³ العربي بلحاج، الشهادة الطبية قبل الزواج على ضوء قانون الأسرة الجزائري الجديد، مجلة المحكمة العليا، ع 01، 2007 م، ص 118.

⁴ بوجاوي عبد الحكيم، إشكالات انعقاد والنحل الزواج، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعقم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2013 م - 2014 م، ص 63-64.

⁵ معمرى إيمان، ميدون مفيدة، المرجع السابق، ص 51.

7- ما يؤخذ كذلك على المشرع الجزائري أنه لم يفصل لنا فيما يتعلق بنوعية الأمراض المعدية والوراثية التي يستحيل معها الزواج، حتى يستعين بها ضابط الحالة المدنية عند إبرام عقد الزواج، لأن هذا الأخير غير مختص طبيا وتقنيا في معرفة هذه الأمراض ودرجة خطورتها، لاسيما وأنه في مخابر القطاع الصحي العام عندنا - في الجزائر - لا يجري فيها الفحوصات اللازمة لكل من المخطوبين سوى فحص فصيلة الدم والريسوس (G R H)، وبعدها تسلم إلى الطبيب فيقدم لهما شهادة الفحص الطبي قبل الزواج دون أي فحص، ولا حتى سؤال عن فصيلة دم الطرف الثاني للمقارنة بينهما وتقديم النصح .

وأما الفحوصات الطبية التي تجرى في المخابر الخاصة فهي ليست إجبارية ويمكن الاكتفاء بفحص فصيلة الدم فقط، على النقيض من ذلك فإن المشرع التونسي تكلم عن الأمراض النفسية والعصبية، وكذا الفحوصات الخاصة باكتشاف فيما إذا كان المفحوص مدمن على تناول المخدرات أو المشروبات الكحولية، أو غيرها من الأمراض لاسيما مع انتشار هاتين الظاهرتين في أوساط الشباب بصفة كبيرة، بالإضافة إلى المشرع السوري الذي ذكر أنواع الأمراض كالأمراض السارية (المعدية) كموانع صحية للزواج في نص المادة 40 من ق أش السوري المذكورة أعلاه.

وقد كان المشرع العراقي الأكثر تدقيقا وبيانا لها، أين قامت لجنة مشتركة من وزارتي العدل والصحة بتحديد هذه الأمراض: وهي الأمراض التناسلية المعدية والجذام والتدرن الرئوي والعاثات العقلية، والملاحظ إن سبب تحديد هذه الأمراض لكثرة انتشارها في العصر الحديث وكذا خطورتها وتأثيرها على مقاصد الزواج وتميزها بالنفرة .

وبالتالي كان على المشرع إجراء تعديل بإضافة نوعية الأمراض بدقة، ودرجة خطورتها بالاستعانة بذوي الخبرة والاختصاص.

8- لم يحدد المشرع بدقة من هم الأطباء المؤهلين للقيام بهذه الفحوصات وتسليم الشهادات الطبية، هل هم أطباء تابعين للقطاع العام أم الخاص، وبالتالي يمكن لكل طرف اختيار طبيبه الخاص من معارفه، وربما لا يكشف عنه أصلا ولن يطالبه بإجراء تحاليل، مما يفتح مجال للتلاعب بنتائج الفحص عن طريق المحاباة والرشوة والتدليس، وهذا ما تنبأه أيضا التشريع السوري في المادة 40 أعلاه باستعمال عبارة " طبيب يختاره الطرفان " والمشرع العراقي استعمل عبارة " تقرير طبي دون تحديده " .

وهو الأمر الذي أصاب فيه المشرع التونسي حيث نص على أن الفحوصات ما قبل الزواج يقوم بها الأطباء والمختصون التابعون إلى وزارة الصحة العمومية، وكذلك المخابر والمستشفيات العمومية، وفي هذا السياق نجد المشرع الإماراتي اشترط تقديم تقرير من لجنة طبية مختصة، يشكلها وزير الصحة، وهو ما كرسه أيضا المشرع القطري إذ اشترط استحضار شهادة من الجهة الطبية المختصة التي يصدر بتحديددها قرار من الهيئة الوطنية للصحة بالتنسيق مع الجهات المعنية.

لذا فإن الباحث يقترح أن يكون الفحص لدى عدة أطباء كل في مجال اختصاصه: في الأمراض الوراثية والمعدية والعصبية والنفسية، ويكونون (مؤهلين ومعتمدين لدى المحاكم)، و تحت رقابتهم مع تكفل المخابر العمومية بالتحاليل الطبية، وذلك لتجنب التلاعب في النتائج وإضفاء مصداقية أكثر لهذا الفحص تجنباً لنشوء جيل عليل سقيم، والقضاء على أكثر المشاكل والمتاعب التي يعاني منها الأزواج بعد قرانهم .

وهذا لا يتأتى -حسب رأي الباحث- إلا بإعطاء أهمية والتفات أكثر من مسائل شؤون الأسرة وذلك بإفراد محكمة مستقلة تعنى بما تحت مسمى " محكمة شؤون الأسرة " أو " قضاء الأحوال الشخصية " كالمحكمة الإدارية و الأقطاب الجزائية التي أفردت لها هيكل وتشكيل مستقلين، مع ضرورة تشكيلة الأسرة بتشكيلة ثلاثية كالقسم الاجتماعي والقسم التجاري (قبل إلغاء تشكيلته الثلاثية بموجب القانون رقم 22-13 بتاريخ 12 يوليو 2022)¹، بحضور مساعدين للقاضي يكون أحدهما مختصا في أحكام

¹ تم إلغاء التشكيلة الثلاثية للقسم التجاري وأصبح يتشكل فقط من قاض فرد : ينظر المادة 533 من القانون رقم 22-13 المؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1443هـ الموافق ل: 12 يوليو سنة 2022 م ج ر ع 48 بتاريخ 17 يوليو 2022م، المعدل والمتمم للقانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429هـ الموافق ل: 25 فبراير 2008م، والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

الشريعة و الآخر بحسب طبيعة القضية محل النزاع فقد يكون طبييا مختصا إذا تعلق الأمر بعيوب النكاح أو دعاوى الحجر أو إثبات النسب أو مختص في مجال التكنولوجيا الاتصال إذا ما كان النزاع حول الزواج الالكتروني لكشف التزوير والتلاعب في تقنيات الاتصال الحديثة، وقد يكون من ذوي الخبرة في أعراف المجتمع إذا كان موضوع الدعوى متعلق بالتنازع عن قيمة المهر بالمهر أو رد الهدايا ...

وهذا ما قام به المشرع المصري بإصدار قانون إنشاء محاكم الأسرة رقم 10 لسنة 2004م¹ حيث نصت الفقرة 01 من المادة 02 على أنه: "تؤلف محكمة الأسرة من ثلاثة قضاة يكون أحدهم على الأقل بدرجة رئيس بالمحكمة الابتدائية، ويعاون المحكمة في الدعاوى المنصوص عليها في المادة 11 من هذا القانون خبيران أحدهما من الأخصائيين الاجتماعيين والآخر من الأخصائيين النفسيين يكون أحدهما على الأقل من النساء"².

وترتبا على ما سبق بيانه، يمكننا القول: إنّ الفحوصات الطبية المستخدمة في إثبات المرض الوراثي تتفاوت في دقتها وقوتها من فحص لآخر، وتعد من القرائن المعتمد عليها عند أهل الاختصاص في الطب، ولا يوجد في الفقه الإسلامي ما يمنع ذلك، إذ أن المرجع الوحيد في إثبات المرض الوراثي هم أهل الخبرة والدراية الطبية، وكما إن قواعد الشريعة دلت على تقديم المصلحة والنفع ورفع الحرج على ما فيه من ضرر.

بيان قيمة الفحوص الوراثية في الإثبات كقرينة علمية حديثة:

بعد عرضنا للفحوص الوراثية التي يمكنها أن تكون قرينة (طبية) لإثبات الأمراض الوراثية توصلنا إلى أنها إما أن تكون فحوصا تشخيصية أو توقعية أو وقائية:

فأما الفحوص الوراثية التشخيصية فهي قرائن قوية لإثبات لإصابة بالمرض فمبناها في الغالي على أمور ظاهرة يمكن رؤيتها بالعين المجردة وتؤديها الفحوص السريرية والتصويرية والمخبرية والوراثية، ونتائجها بالغة المصدقية، وعليه يمكن أن تبنى عليها الأحكام الفقهية المتعلقة بالمرض كالعَدول عن الخطبة وعدم إتمام انعقاد الزواج³.

أما فيما يخص الفحوص الوراثية الوقعية: فهي الفحوص التي تدل على احتمال الإصابة بالمرض مستقبلا، والمفحوص معرض للمرض ومهيأ له، ولكن لا يعني إصابته حتما، فقد يصرف الله عنه ذلك بحيث لا تتوفر المؤثرات البيئية الضرورية للتفاعل مع المورثات المسببة للمرض ومثاله: إذا ظهرت نتائج الفحوص الوقعية أن المفحوص مُعرّض للإصابة بمرض "هنتجتون" (الذي سبق التطرق إليه) فهو مرض عقلي وراثي يظهر بعد سن الأربعين ويصاب صاحبه بتدهور تدريجي في الجهاز العصبي بسبب موت خلايا في المخ، وبما أن الفحوص الوقعية "قرائن ضعيفة" فإنه لا تبنى عليها الأحكام لأنها مجرد توقع الإصابة يوقع المفحوص أضرارا نفسية واجتماعية والشريعة الإسلامية جاءت برفع الحرج⁴.

وفيما يتعلق بالفحوص الوراثية الوقائية (منها الفحص الوراثي قبل الزواج): فإن مقتضاها الحصول على زوجين سليمين سعيدين، وحدوث جو من الألفة والمودة بينهما يجعلهما في غاية التوافق والانسجام وينجبان أولادا أصحاء، وهذا يتوافق مع مقاصد الشريعة الإسلامية التي تدعونا للحفاظ على النسل، فالذي يظهر أن نتائج هذه الفحوص "مؤكدة وموثقة" من واقع الفحص الدقيق وهي قرائن طبية تفيد غلبة الظن أيضا، وبالتالي يمكن بناء الأحكام عليها، فثبتت حمل المقبلين على الزواج لمرض فقر الدم المنجلي أو التلاسيميا اللذان سبق الإشارة إليهما (وإمكانية إصابة ذريتهما بالمرض فيُنصحان بترك الاقتران تفاديا لنقل المرض إلى الذرية⁵.

¹ القانون رقم 10 لسنة 2004 في 26 محرم 1425 هـ الموافق لـ 17 مارس 2004م بإصدار قانون محكمة الأسرة (جمهورية مصر العربية : ج ر ع 12 بتاريخ 2004/03/18)

² المادة 02 فقرة 01 من القانون رقم 10 لسنة 2004، المرجع نفسه.

³ هيلة محمد البابس، المرجع السابق، ص 112.

⁴ هيلة محمد البابس، المرجع السابق، ص 129-130.

⁵ فانتن البوعيشي الكيلاني، الفحوصات الطبية للزوجين، دار النفائس، الأردن، ط 1، 1432 هـ-2011م، ص 30.

وعلى هذا، في حالة ادعاء أحد الخاطبين بإصابة الطرف الآخر بمرض وراثي أثناء فترة الخطبة فإن مسألة القول بإمكانية إتمام الزواج أو منعه يكون بقرار من الأطباء المختصين، وإذا ما وقع نزاع للقاضي الاستعانة برأي أهل الاختصاص والعلم سواء طبيب واحد أو لجنة من الأطباء الأكفاء يُعرض المصاب عليهم لإجراء الفحص الوراثي لإثبات الإصابة بهذا المرض من عدمه على أساس أن نتائجه مؤكدة وموثقة مع إعداد تقرير طبي يمكن للقاضي الاعتماد عليه للفصل في ملف الدعوى .

فإذا أن تكشف التقرير الطبي أن المقبلين على الزواج كل منهما يحمل بين جانبيه مرضا مختلفا على الآخر، وبأن هذه الأمراض سوف تكون سببا في تدهور الحالة الصحية لهما، وأن ضررها واقع كونهما يحملان مرضا له تداعيات خطيرة على الطرف السليم وعلى الذرية، و من شأنها إيجاد نسل هزيل سقيم، وإما أن تظهر أن لا أثر لها على الزواج وأن هذا المرض لا ينافي مقصدا من مقاصد النكاح وهو الحصول على نسل سليم خال من الأسقام .

المبحث الثاني: الزواج عبر تقنيات الاتصال الحديثة وإشكالات إثباته القانونية:

لعل من أهم التطورات التي تؤثر في العلاقات الاجتماعية هي التطورات التكنولوجية الحديثة، فالتكنولوجيا الرقمية قد أثرت بشكل كبير في الحياة اليومية للأفراد وأدت إلى ظهور وسائل اتصال حديثة أبرزها شبكة الأنترنت.

وبطبيعة الحال فإن التطور المستمر لتكنولوجيا معالجة ونقل المعلومات عبر هاته التقنيات ألقى بظلاله على أنماط التعاقدات والتصرفات التي تجرى فيما بينهم، فكان لها أن تحولت من النمط اليدوي إلى النمط التكنولوجي الأمر الذي كان سببا في انتشار طائفة جديدة من العقود التي تبرم عبر هذه الوسائل الحديثة والتي يطلق عليه " العقود الالكترونية" ، وامتد ذلك إلى إبرام عقد الزواج الكترونيا¹.

فعقد الزواج عبر وسائل الاتصال الحديثة نازلة، لم يكن معروفا فيما سبق، فقد طُرحت العديد من الإشكالات والتساؤلات جعلت البعض يسندونها كركيزة أساسية في منع إجراءاته، كعدم إمكانية الشهادة ودخول هذا العقد في حيز هو عرضة للتحايل والخداع، وإشكالية مدى إضفاء لمخرجاتها قوة الإسناد العادية في الإثبات (أي مسألة الإثبات القانوني لعقد الزواج عبر هذه التقنيات الحديثة)، وفي حين نفى ودحض البعض الآخر هذه الادعاءات معتمدا على آخر ما توصلت إليه التكنولوجيا الحديثة من دقة وتقدم. لهذا فإن هذا النوع من التعاقد يحتاج إلى ضوابط خاصة تقيده وتوثقه وتثبتته كما أنه يحتاج إلى تأمين أكثر من قبل الجهات الوصية والرسمية لمتابعته والحفاظ عليه من الشبهات التي قد تُفسد الغاية من هذا الزواج، لكنقبل كل ذلك وجب معرفة حقيقة هذا العقد المستجد وبيان وحكمه الشرعي والقانوني .

ومن هذا المنطلق سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نتطرق في (المطلب الأول) إلى حقيقة عقد الزواج عبر تقنيات الاتصال الحديثة، ثم نبين الموقف الشرعي والقانوني من الزواج المنعقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة في (المطلب الثاني):

¹ عقد الزواج الالكتروني: هو العقد الذي يبرم بين الزوج والزوجة عبر الوسائل الالكترونية الحديثة عن طريق الكتابة أو المشاهدة أو الرسائل الالكترونية الحديثة، كالفاكس: ينظر: أبو عطية، الزواج والطلاق الالكتروني في الشريعة الإسلامية، مقال منشور على موقع "أمد الالكتروني".
www.amad.ps/ar/post/315726: نشر بتاريخ: 2019/09/27م، اطلع عليه في: 2022/05/15م.

المطلب الأول : حقيقة عقد الزواج بتقنيات الاتصال الحديثة:

لبيان حقيقة عقد الزواج بتقنيات الاتصال الحديثة يتوجب علينا تسليط الضوء على مفهوم عقد الزواج بتقنيات الاتصال الحديثة في (الفرع الأول)، ثم نستعرض التكييف الفقهي لعقد الزواج عبر هذه التقنيات الحديثة وطرق إثباته أمام القضاء (الفرع الثاني):

الفرع الأول: مفهوم عقد الزواج بتقنيات الاتصال الحديثة

البحث في مفهوم عقد الزواج عبر تقنيات الاتصال الحديثة ليس شيئاً جديداً بل هو عقد زواج تم نقل عباراته عبر وسائل الاتصال الحديثة لذلك تعريفه من تعريف ما تركب منه، وهذا يستوجب علينا بيان مفهوم عقد الزواج، أركانه وشروطه (أولاً) ثم نتطرق إلى مفهوم تقنيات الاتصال الحديثة وبيان أنواعها (ثانياً).

أولاً: مفهوم عقد الزواج، أركانه وشروطه : سنتناول مفهوم عقد الزواج ثم نرجع إلى بيان أركانه وشروطه:

1- مفهوم عقد الزواج : عقد الزواج مركب لفظي يتركب من مصطلحين، لذا سنتطرق إلى تعريف العقد لغة واصطلاحاً ثم نتناول تعريف مصطلح الزواج.

أ-: تعريف العقد لغة واصطلاحاً:

-لغة: العقد مصدر عَقَدَ يَعْقِدُهُ بكسر القاف، ويستعمل اسماً فيجمع على عقود، وله معان كثيرة منها¹:

الشّد والربط: وهو نقيض الحل، فيقال عَقَدَ الحبل أي شَدَّهُ أو التأكيد والإحكام والتوثيق: فيقال عاقَدَه أي عاهدته والعزم والجمع : ومنه قوله تعالى " وأوفوا بالعقود"².

-العقد في اصطلاح الفقهاء:

العقد عند الفقهاء له إطلاقان: الأول عام، وهو قريب من المعنى اللغوي، وهو " كل التزام تعهد الإنسان بالوفاء به، سواء كان التزاماً في مقابل التزام آخر كالبيع ونحوه أم لا كالطلاق واليمين، وسواء كان التزامه دينياً كأداء الفرائض والواجبات أم التزاماً دنيوياً، أما الإطلاق الثاني وهو المعنى الخاص للعقد، وهو يقتصر على الالتزام الناشئ عن اتفاق بين طرفين، وهذا المعنى هو المتداول والمتبادر من إطلاقات الفقهاء"³.

وبهذا الإطلاق جاءت تعاريف الفقهاء للعقد فقد جاء في فتح القدير "هو المجموع المركب من الإيجاب والقبول مع الارتباط الشرعي الحاصل بينهما"⁴، وعرفه الدسوقي بأنه " ما يتوقف على إيجاب وقبول"⁵.

أما تعريفه قانوناً فهو " توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني، يستوي في هذا الأثر أن يكون إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه"⁶.

¹ إبراهيم أنيس، عبد الحليم منتصر، عطية الصوالحي، محمد خلف الله أحمد، المرجع السابق، باب العين (مادة عقد)، ص 613-614.

² سورة المائدة، الآية 7.

³ سراج محمد أحمد، نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، 1998، ص 12-

13، أبو زهرة محمد، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، (د. ط)، 1977 م، ص 199 وما بعدها.

⁴ ابن الهمام، شرح فتح القدير، تعليق عبد الرزاق غالب المهدي، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط 1995، ج 1، ص 80.

⁵ الدسوقي المرجع السابق، ج 3، ص 6.

⁶ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد والإرادة المنفردة، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، ط 1، 1995 م، ص 47.

ب- تعريف الزواج لغة واصطلاحاً:

أ- لغة : يعني الإزدواج والاقتران والمخالطة والارتباط، يقال : إزدوج الشيء صار اثنين، والزوج خلاف الفرد، وهو كل واحد معه آخر من جنسه، وهو أيضاً : الشكل يكون له نقيضاً كالرطب واليابس، والذكر والأنثى، وكل شيئين اقترن أحدهما بالآخر فهما زوجان¹. وفي القرآن الكريم قال تعالى ﴿ وَرَزَوْنَاهُمْ مَحْجُورٍ عَيْنٍ ﴾²، وقال سبحانه: ﴿ احْشُرُوا الَّذِينَ ظَلَمُوا وَأَزْوَاجَهُمْ ﴾³، أي: قرنائهم الذين كانوا يخصونهم ويغرونهم⁴.

ويرادف كلمة الزواج لفظ النكاح وهو في اللغة: الضم والتداخل ومنه نكحت البر في الأرض إذا حرثتها وبذرت فيها، ونكح المطر الأرض إذا خالط ثراها، ونكحت الحصى أخفاقاً لإبل إذا دخلت فيها، ويكون التداخل حسياً كما ذكر، ومعنوياً كنكح الفأس العين⁵.

ب- في الاصطلاح :

- عند الفقهاء القدامى :

عرفه ابن الهمام من الحنفية بأنه "عقد وضع لتملك المتعة بالأنثى قصداً"⁶، وعرفته المالكية : بأنه " عقد لحلٍ تمتع بأنثى غير محرم ومجوسية وأمة كتابية بصيغة"⁷، وعرفه الشافعية بأنه " عقد يتضمن إباحة وطء بلفظ إنكاح أو تزويج أو ترجمته، والعرب تستعمله بمعنى العقد والوطء جميعاً "⁸ أما الحنابلة فالنكاح عندهم هو " عقد التزويج "⁹، فعند إطلاق لفظه ينصرف إليه، ما لم يصرفه عنه دليل¹⁰.

التعريف الراجح :

لا يوجد اختلاف في تعريف الزواج بين القدامى والفارق بين التعريفات لا يتعدى إدراج بعض الألفاظ والقيود أو إغفالها إلا أن تعريف ابن الهمام هو الملم حين قال " الزواج هو عقد وضع لتملك المتعة بالأنثى قصداً " وذلك للأسباب التالية¹¹ :

- إن التعريف قد اشتمل على حقيقة عقد الزواج من حيق كون الواضع له هو الشرع.
- تعريف المالكية قريب جداً من تعريف الحنفية، إلا أن فيه زيادة ألفاظ تشتمل على معان زائدة، كما أنه تناول ما ليس له من الحقيقة بل تناول شرطاً من شروط عقد الزواج .

¹ ابن منظور المرجع السابق، باب الجيم (مادة زوج) ج 2، ص 391-392، ابن فارس، المرجع السابق، كتاب الزاي، باب الزاء والواو وما يثلثهما، (مادة زوج)، ج 3، ص 35.

² سورة الدخان، الآية رقم 54.

³ سورة الصافات، الآية رقم 22.

⁴ ابن كثير، المرجع السابق، ج 4، ص 05.

⁵ المرجع نفسه ، ص 625-626

⁶ ابن الهمام، المرجع السابق، ج 3، ص 177.

⁷ الدردير أحمد بن محمد بن أحمد العدوي أبو البركات، الشرح الكبير على مختصر الشيخ خليل، دار إحياء الكتب العربية، د م ن، دط، د ت ن، ج 2، ص 332

⁸ الشربيني شمس الدين محمد بن الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الفكر، بيروت لبنان، (د ط، د ت ن)، ج 3، ص 123.

⁹ ابن مفلح إبراهيم محمد بن عبد الله الحنبلي، المبدع في شرح المقنع، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، (د ط)، 1400هـ، ج 7، ص 3.

¹⁰ ابن قدامة موفق الدين، المرجع السابق، ج 9، ص 339.

¹¹ سمية عبد الرحمان عطية بحر، عقود الزواج المعاصرة في الفقه الإسلامي، بحث مقدم للحصول على درجة الماجستير، قسم الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، 1425هـ-1426هـ-2004م-2005م، ص 6.

وجاء في كتاب الأحوال الشخصية للشيخ أبي زهرة في تعليقاته على التعريفات التي أوردها الفقهاء القدامى بقوله "وللفقهاء تعريفات أخرى كلها تدور في هذا المعنى، وإن اختلف التعبير، وهي تؤدي في مجملها إلى أن موضوع عقد الزواج امتلاك المتعة على الوجه المشروع وإلى أن الغرض منه في عرف الناس والشرع هو جعل هذه المتعة حالاً، ولا شك أن ذلك من أغراضه، بل أوضح أغراضه عند عامة الناس ولكن هي ليست كل أغراضه ولا أسمى أغراضه في نظر الشارع الإسلامي"¹.

-الزواج في اصطلاح الفقهاء المعاصرين : عرفه أبو زهرة فقال " أنه عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة وتعاونهما ويحدد ما لكليهما من حقوق وما عليهما من واجبات"²، وقريب من هذا التعريف ما ذكره الشيخ عبد الرحمان الصابوني³.

ج- التعريف القانوني لعقد الزواج :

وقد عرفه قانون الأحوال الشخصية الأردني في المادة 5 على أنه " عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعاً لتكوين أسرة وإيجاد نسل بينهما"⁴، وعرفته المادة الأولى من القانون السوري بأنه "عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعاً، غايته إنشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل"⁵.

وعرف قانون الأسرة الجزائري الزواج في مادته الرابعة بأنه " عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب"⁶.

2-أركان عقد الزواج وشروطه:

كل عقد من العقود له أركانه وشروطه، وعقد الزواج لما له مكانة كبيرة فله أهمية قصوى لأنه ليس كباقي العقود فهو عقد خاص ويمس الإنسان بذاته وكيانه ويستمر معه إلى آخر حياته ويرتب آثاراً خطيرة من ثبوت نسب وميراث وحقوق كثيرة.

والركن في اللغة: كما جاء في لسان العرب : ركن الشيء جانبه الأقوى والركن : الناحية القوية ويجمع على أركان⁷، و أما اصطلاحاً: فهو : "ما يكون به قوام الشيء ووجوده بحيث يُعدّ جزءاً داخلياً في ماهيته"⁸.

والشروط لغة : فهو : يسكون الرأ إلزام الشيء التزامه في البيع ونحوه والجمع شروط، وفتح الرأ العلامة والجمع أشراط وأشراط الساعة علاماتها والاشتراط العلامة التي يجعلها الناس بينهم"⁹

وفي الاصطلاح: هو: "الذي يتوقف عليه وجود الشيء وليس مؤثراً فيه ولا موصلاً إليه"¹⁰.

إذن فأركان الشيء أجزاء ماهيته والماهية لا توجد دون جزئها فهكذا الشيء فلا يتم دون ركنه، و الشرط ما ينتفي الشيء بانتفائه وليس جزءاً في ماهيته¹¹، و سنتطرق أولاً إلى أركان الزواج ثم شروطه :

¹ أبو زهرة محمد، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط 1957، م 3، ص 17.

² المرجع نفسه.

³ الصابوني عبد الرحمان، الأحوال الشخصية، كلية الحقوق، جامعة حلب، دورية، 1965، م، ص 69.

⁴ القانون رقم 15 لسنة 2019م، المتضمن قانون الأحوال الشخصية الأردني، المرجع السابق

⁵ المرسوم التشريعي رقم 59 بتاريخ 07/09/1953 م المتضمن قانون الأحوال الشخصية السوري، المرجع السابق

⁶ المادة 04 من قانون الاسرة الجزائري المرجع السابق 2005/02/27.

⁷ ينظر : ابن منظور، المرجع السابق، باب النون، مادة (ركن) ج 13، ص 175.

⁸ ينظر : مصطفى الزرقا أحمد، المدخل الفقهي، المرجع السابق، ج 1، ص 300.

⁹ ينظر : ابن منظور، المرجع السابق، باب الطاء، مادة (شرط)، ج 7، ص 329.

¹⁰ أحمد الحصري، النكاح والقضايا المتعلقة به، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، مكتبة الكليات الازهرية، مصر، 1967م، ص 71

¹¹ المرجع نفسه

أ- أركان عقد الزواج :

اتفق الفقهاء على أن العقد بصفة عامة لا يوجد ولا يُتصور إلا إذا وجد عاقدان وصيغة (إيجاب وقبول)¹، ومحلّ يرد العقد عليه، وقد أطلق الجمهور على تلك الثلاثة أركان العقد، بينما حصر الحنفية أركان العقد في الصيغة وحدها وعدّوا العاقدين والمعقود عليه مما يستلزمه وجود الصيغة على أساس أنها ليست جزءاً من حقيقة العقد وإن كان يتوقف وجوده عليهما². وعند الحنابلة : زوجان خاليان من الموانع والإيجاب والقبول³، أما غير الحنفية فالمالكية يرون أن أركان النكاح الصيغة (الإيجاب والقبول) والمحل وهو الزوجان الخاليان من الموانع والولي والصدّق⁴. ومن خلال عرض أقوال الفقهاء حول أركان عقد الزواج نجد أن جمهور الفقهاء غير الحنفية اتفقوا على الصيغة والمحل الذي هما الزوجان واختلفوا فيما عدا ذلك، فزاد المالكية والشافعية الولي ولم يذكره الحنابلة بل وعدّوه شرطاً، كما انفرد المالكية بالصدّق وانفرد الشافعية بالشاهدين، ولم يعتدّ الصدّق غير المالكية لجواز النكاح دون تسميتهما وذكره كما لم يعتدّ غير الشافعية بالإشهاد، وجعله المالكية واجبا عند الدخول وعدّه الحنابلة شرطاً⁵.

ب - شروط عقد الزواج :

اختلف الفقهاء في شروط عقد الزواج تبعاً لاختلافهم في الأركان، فالحنفية يقسمون الشروط إلى شروط انعقاد وشرط صحة وشروط نفاذ وشروط لزوم⁶. أما شروط الانعقاد فهي شروط يلزم توفرها لانعقاد العقد وإذا تخلفت بطل العقد ذاته ولا يرتب أيّاً من آثاره، وهي شروط متعلقة بالعاقدين فيجب أن يكونا أهلاً للتعاقّد وشروط متعلقة بالمعقود عليه فيشترط في المرأة المعقود عليها أن تكون أنثى محققة الأنوثة وكاملة، وشروط متعلقة بصيغة العقد وهي أن يتحد مجلس الإيجاب والقبول وأن يوافقه ويطابقه، أما شروط الصحة فهي التي يكون العقد بتحقيقها صالحاً لترتيب أحكامه عليه، فإذا فقدت كان العقد فاسداً، وشروط النفاذ: وهي التي يتوقف عليها نفاذ العقد وهما : أهلية المتعاقدين والصفة الشرعية، أما شروط اللزوم : فهي التي يتوقف عليها لزوم عقد الزواج فلا يكون لأحد منهما فسخه بعد إبرامه وهما الكفاءة بين الزوجين ومهر المثل⁷. أما الجمهور فليس عندهم تلك التقسيمات للشروط، وإنما ما اشترطوه يُعدّ في الغالب شروط صحة وإلا كان العقد فاسداً أو باطلاً⁸.

¹ يرى الحنفية أن الإيجاب هو ما صدر أولاً من أحد المتعاقدين والقبول هو ما صدر ثانياً من الطرف الثاني، لأنه يقع قبولا بما أثبتّه الأول، في حين يرى الجمهور أن الإيجاب هو ما صدر من الولي ومن يقوم مقامه بغض النظر عن كونه كان أولاً أو آخر والقبول ما صدر من الزوج أو من يقوم مقامه دالاً على رضاه بما أوجبه الطرف الآخر وإن صدر أولاً : ينظر: الدسوقي، المرجع السابق، ج 3 ص 222

² ابن عابدين، المرجع السابق، ج 4 ص 504

³ البهوتي، المرجع السابق، ج 5، ص 37

⁴ الكسائي علاء الدين أبي بكر بن مسعود بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق: محمد عدنان بن ياسين درويش، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط 1419هـ- 1998م، ج 2 ص 229

⁵ النفراوي، المرجع السابق، ج 2، ص 4.

⁶ الكسائي، المرجع السابق، ج 4، ص 232 وما بعدها، ينظر أيضاً: عبد المجيد محمد مطلوب، الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية "دراسة مقارنة فقها وقضاء" معهد الدراسات الإسلامية بالقاهرة، مصر، 1415هـ- 1995م، ص 36.

⁷ بدران ابو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق، مطبعة دار التأليف بالقاهرة، مصر، ط 2، 1961م، ص 54-55.

⁸ هشام يسري العربي، التيسير في المعاملات المالية "دراسة نظرية تطبيقية مقارنة بين الفقه الحنفي والفقه الحنبلي، رسالة دكتوراه، دار البشائر الإسلامية، بيروت، لبنان، ط 1، 1433هـ- 2012م، ص 397 و 316.

وبعد عرض أقوال الفقهاء (بشكل موجز بقدر ما يخدم أهداف دراستنا حول شروط عقد الزواج) يمكن إجمال هذه الشروط فيما يأتي :

- تعيين محل الزواج وهما الزوجان بحيث يكون كل واحد معلوم عند الطرف الآخر.
- تمتعهما بكامل الأهلية لمباشرة عقد الزواج .
- اتصال الإيجاب والقبول سواء كانت الصيغة لفظت كتابية أم إشارة لعاجز كالأخرس وهذا ما يطلق عليه اتحاد مجلس العقد.
- موافقة القبول والإيجاب ولو ضمنيا (حصول الرضا) .
- الكفاءة للزوجين.
- أن يكون من يلي العقد له صفة شرعية في مباشرته بأن يكون أصيلا أو وكيلا أو وليا (لديه الأهلية الكاملة لتولي العقد).
- **الإشهاد** : وذلك بأن يكونا عاقلين بالغين يمكنهما تحمل الشهادة (سماع الإيجاب والقبول من الطرفين وفهمهما) .

ثانيا : مفهوم تقنيات الاتصال الحديثة وأنواعها :

تقنيات الإيصال الحديثة كثيرة ومتنوعة، لكل نوع منها خصائصه التي تميزه عن غيره، إذ منها المسموع المرئي ومنها المكتوب ومنها ما يجمع بينهما، وقبل معرفة أحكام عقد الزواج عبر هذه التقنيات، وجب معرفة المقصود منها، ثم نبين أنواعها .

1- تعريف تقنيات الاتصال الحديثة : مصطلح تقنيات الاتصال الحديثة مركب إضافي من ثلاث ألفاظ، تقنيات، الاتصال، الحديثة، ولتعريف هذا المركب وجب تعريف ما تركب منه، ولهذا سنبين معناها اللغوي والاصطلاحي فيما يأتي :

أ-تعريف التقنية:

في اللغة : يرجع لفظ "التَّقْنِيَّةُ" من حيث الاشتقاق اللغوي إلى مادة الفعل الرباعي :تَقَنَّ" ومادته الثلاثية تَقَنَّ، وهي تعود في معناها إلى الأحكام، قال ابن فارس "التاء والقاف والنون أصلان :أحدهما إحكام الشيء، والثاني الطيُّ والحَمَاءَةُ، فالقول أَتَقَنَّتُ الشَّيْءَ أَحْكَمْتُهُ، ورجل تَقَنَّ : "حَاقِظٌ"، يقول الشيخ بكر أبو زيد رحمه الله : "تَقْنِيَّةٌ" على وزن علمية، وهي مصدر صناعي من التَّقَنَّ بوزن العَلَمَ، والتقن :الرجل الذي يُتَقَنَّ عمله "¹، ويقال إنها كلمة معربة من التكنولوجيا (Technology) وهي كلمة إنجليزية.

التقنية في الاصطلاح: هي العلم التطبيقي أو الوسائل والأدوات المخترعة المستخدمة لرفاهية ومعيشة الناس "²، لذا فهي تشمل كل الاختراعات الحديثة والابتكارات الجديدة في العصور المتأخرة، لكن ما يهمنا من ذلك كله هو تقنيات الاتصالات، ومنهم من يستبدل لفظ " التقنية "باستعمال مصطلح :الوسائل" والذي يؤدي نفس المعنى .

ب -تعريف الاتصال :

لغة :

من (وَصَلَ) : تقول وَصَلْتُ الشَّيْءَ وَصْلًا وَصِلَةً، والوصلُ ضد المجران، جاء في التنزيل ﴿وَلَقَدْ وَصَّلْنَا لَهُمُ الْقَوْلَ لَعَلَّهُمْ يَتَذَكَّرُونَ﴾³، أي وصلنا ذكر الأنبياء وأقاصيص من مضي، واتَّصَلَ الشيء بالشيء أي :لم ينقطع، والوصلة الاتصال، والجمع وصل⁴.

في الاصطلاح:

¹ أبو زيد بكر بن عبد الله، المواضع في الاصطلاح على خلاف الشريعة وأفصح اللغة، "دراسة ونقد"، مطابع دار الهلال للأوفست، الرياض، السعودية، ط1، 1405هـ، ص 119.

² منير البعلبكي، قاموس المورد "قاموس إنجليزي عربي"، (د د ن، د م ن، د ط)، 1997م، ص 954.

³ سورة القصص، الآية 51.

⁴ ابن منظور، المرجع السابق، باب اللام، مادة (وصل)، ج11، ص 726.

يعرف بأنه "عملية تساعد المرسل على إرسال المعلومات بأي وسيلة من وسائل النظم الكهرومغناطيسية من تليفون أو توكس أو بث تلفزيوني أو نحو ذلك"¹، أو "هي مجموعة من التقنيات التي خرقت خلال قرن شروط الاتصال المباشرة التقليدية، لتستبدله بحكم الاتصال عن بعد عبر الوسائل التقنية المعروفة"².

2-أقسام (أنواع) تقنيات الاتصال الحديثة :

إن تقنيات الاتصال الحديثة كثيرة ومتنوعة، وكل وسيلة لها خصائصها ومميزاتها وطريقة عملها الخاصة بها واستنادا لذلك يمكن تقسيمها إلى :تقنيات اتصال مسموعة ومرئية مرئية، وتقنيات مكتوبة وأخرى تقنيات مرتبطة بشبكة الأنترنت.

أ-تقنيات الاتصال المسموعة : وهي متعددة ولعل أهمها :

الهاتف :وهو "جهاز اتصال يتميز بخاصية النقل الحي للحوار الصوتي، آلية عمله أن يقوم بتحويل إيجاب المتعاقد إلى نبضات كهربائية أو موجات كهرومغناطيسية، تنتقل عبر الأسلاك أو في الجو عن طريق الأقمار الصناعية إلى الجهاز المستقبل، بحيث يكون التعاقد عن طريقه فوراً مباشراً، إذ يعقب الإيجاب القبول مباشرة من طرف الآخر في حالة الموافقة"³.

وقد أدخلت عليه بعض التطورات إذ أضحي من خلالها لا ينقل الحوار الصوتي المباشر فقط، بل يمكن تسجيل المكالمات عبر خدمة البريد الصوتي، إضافة إلى إمكانية إرسال رسالة نصية sms أو رسائل متعددة الوسائط mms، وقد ظهر أيضاً ما يعرف بالهاتف المرئي vidéotéléphone فأصبح بإمكان طرفي العقد التحدث وهما يريان بعضهما البعض وكأنهما في مكان واحد.

-الراديو :أو"المذياع":جهاز معروف ووسيلة للإعلام المسموع ويطلق عليه أيضاً الإذاعة، يعتمد على إرسال الموجات الكهرومغناطيسية مع تضمين الموجات الصوتية عبر الغلاف الجوي على هيئة دوائر، فيمكنه عمل البث الإذاعي⁴.

ب-وسائل الاتصال المكتوبة :

وأهمها التليكس⁵ و الفاكس⁶ والبرقية (التلغراف)⁷.

ج-وسائل الاتصال المسموعة المرئية :

¹ ميسر حمدون سليمان، الاتصالات السلكية واللاسلكية في الوطن العربي، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، لبنان، دط، 1982م، ص 337.

² قبايلي عمر، مكانة وسائل الاتصال الحديثة في الجزائر " دراسة انتروبولوجية"، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، العدد3، 2010م، ص31.

³ محمود شتام، حكم إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، عدد 06، 1410هـ-1990م، ص898، الجنكو علاء الدين بن عبد الرزاق، التقابض في الفقه الإسلامي وأثره على البيوع المعاصرة، دار النفائس، الأردن، ط1، 1423هـ-2003م، ص326، إبراهيم أنيس، عبد الحليم منتصر، عطية الصوالحي، محمد خلف الله أحمد، المرجع السابق، باب التاء، مادة (التلفون)، ص87.

⁴ ينظر: موقع ويكيبيديا (الموسوعة الحرة على شبكة الأنترنت على الرابط :<http://ar.wikipedia.org/wiki/d8/a5%d8>، تاريخ الاطلاع : 2022/04/07.

⁵ **التللكس** :عبارة عن جهاز برقي متصل بأحد فروع هيئة الاتصالات السلكية واللاسلكية، يستعمله المشترك للاتصال بأي مشترك آخر يملك نفس الجهاز في أي مكان في العالم، أو استقبال الرسائل في ثوان معدودة عبد الفتاح سمير طه، الحجية القانونية لوسائل المعلومات المستحدثة في الإثبات، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1999م، ص57.

⁶ **الفاكس** : جهاز شبيه بالتللكس يعمل عن طريق الهاتف أو الأقمار الصناعية، ولا تتم فيه الكتابة وإنما ينقل صورة طبق الأصل من الورقة الموضوعية في الجهاز المرسل إلى الجهاز المرسل إليه العبودي عباس، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، دط، 1997م، ص29.

⁷ **البرقية** : جهاز يعتمد على نماذج خاصة بما يقوم المرسل بالكتابة عليها، ثم يقوم مكتب البريد المختص بإرسالها إلى نظيره ببلد المرسل إليه،ليقوم المكتب بكتابتها كذلك على النموذج الخاص به، ويقوم بتسليمها باليد إلى المرسل إليهعلي القره داغي،إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة، مجلة المجمع الفقه الإسلامي الدولي، العدد السادس، 1410هـ-1990م، ج2، ص927.

وتتمثل في البث التلفزيوني وهو :جهاز ينقل الأصوات بواسطة الأمواج الكهربائية¹، ويمكن مشاهدة مئات القنوات الفضائية والمحلية من خلال الاتصال بالأقمار الصناعية.

د- تقنية الأنترنت:

تعد كلمة الأنترنت ترجمة حرفية للمصطلح (internet) بالإنجليزية، فيما ذهب جانب من الفقه إلى أن مصطلح الأنترنت هو اختصار للتسمية الإنجليزية (Internet Connection Network) أي شبكة الترابط أو الاتصال². وعرفت أيضا على أنها "مجموعة من شبكات الحواسيب مستقلة كلية وموزعة في أنحاء العالم، وتشكل هذه المجموعة معا نظاما عملاقا وإذا بحيث تتولى كل شبكة منفردة مسؤولية الإدارة والصيانة"³.

والتواصل عن طريق الأنترنت له عدة صور وهي :غرف المشاهدة أو المحادثة، البريد الإلكتروني، والويب العالمية:

-التواصل عن طريق غرف المحادثة أو المشاهدة: (chating):

والتي تتيح التحدث مع الآخرين بشكل مباشر⁴، إما عن طريق المكالمات الصوتية المسموعة من الطرفين، وقد يكون ذلك بالمشاهدة أيضا من الطرفين أو أحدهما والتعاقد عن طريق هذه البرامج لا يخرج عن كونه تعبيرا بالمشاهدة أو بالكتابة، وهذه البرامج كثيرة ومنتشرة ومن أمثلتها :

موقع فيس بوك (Facebook):⁵

-موقعالتويت: ⁶

- موقع الواتس أب: (Whats App)⁷

-موقع الأنستاجرام(instagram)⁸.

¹ إبراهيم أنيس، عبد الحليم منتصر، عطية الصوالحي، محمد خلف الله أحمد، المرجع السابق، باب التاء، مادة (تلفزيون)، ص 87.

² ممدوح محمد خيرى المسلمي، مشكلات البيع الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، د ط، 2008م، ص22.

³ محي محمد مسعد، الأنترنت وأهم المواقع الخدمية والمصطلحات، دار الكتاب القانوني الاسكندرية، مصر، د ط، 2008م، ص6.

⁴ وهذا ما يفرق بين التواصل عبر شبكة الأنترنت وبين وسلي الراديو والتلفزيون التي تعدان من وسائل الإعلام الجماهيرية، وليستا وسيلتا تواصل مشترك بين طرفين، وإنما يكون طرف واحد منها فقط هو الذي يملك التواصل وإيصال ما يريد للطرف الآخر إن كان متابعاً للبرنامج الذي يتحدث فيه الأول، أما الطرف الآخر (المتلقي) فلا يملك إيصال ما يريد الأول : ينظر : هشام سيري محمد العربي، عقد الزواج بوسائل الاتصال الحديثة "دراسة فقهية"، بحث مقدم ضمن أعمال الملتقى الدولي الثاني بعنوان "المستجدات الفقهية في أحكام الأسرة" المنعقد بجامعة الوادي بتاريخ: 16 و17 صفر 1440هـ الموافق لـ 24 و25 أكتوبر 2018م، ص 749.

⁵ الفيسبوك: و هو شبكة اجتماعية إلكترونية تتيح للعديد من المشتركين عرض ملفاتهم الشخصية، ومشاركة للعديد من المشتركين عرض ملفاتهم الشخصية ومشاركة الآخرين فيما يختارونه من نشاطات " ينظر: المنصور محمد المنصور، تأثير شبكات التواصل الاجتماعي على جمهور المثقفين، رسالة ماجستير، في الإعلام والاتصال، مجلس كلية الآداب والتربية، الأكاديمية العربية في الدنمارك، 2012م، ص 83.

⁶ التويت: "هو إحدى شبكات التواصل الاجتماعي التي انتشرت في السنوات الأخيرة و مصطلح تويت اشتق من لفظه (تويت) التي تعني "التغريد" واتخذ من العصفورة رمزا له فيسمح للمغردين إرسال رسائل نصية قصيرة لتفاصيل كثيرة لا تتعدى مائة وأربعين حرفا للرسالة الواحدة حمودة أحمد يونس محمد، دور شبكات التواصل الاجتماعي في تنمية مشاركة الشباب الفلسطيني في القضايا المجتمعية، رسالة ماجستير، جامعة القاهرة، 2013 م، ص 74.

⁷ الواتس أب: "هو تطبيق مراسلة فورية يمكن استخدامه عبر أنواع مختلفة من الأجهزة، كأجهزة الهواتف الذكية، ويعد أحد أكثر تطبيقات المراسلة الفورية انتشارا وشيوعا، ويقدم العديد من الخدمات منها المكالمات الصوتية والمرئية، الدردشات النصية والصوتية، مشاركة الوسائط المتعددة، والوصول إلى سطح المكتب (whats app web)" ينظر: دون ذكر المؤلف، مقال بعنوان ماهو الواتس أب، منشور على الموقع الإلكتروني: www.madoo.com، تاريخ الاطلاع: 2022/05/22

⁸ يعد الأنستاجرام تطبيق مجاني لتبادل الصور وتتيح لمستخدميه التقاط الفيديوهات القصيرة، ومن ثم عرضها ونشرها وقد ظهر في 10 جوان 2010 على يد مؤسسها كيفن سبيستروم kivins ystruem ومايك Mike Krieger خريجا جامعة ستانفورد الأمريكية وفي البداية كان الأنستاجرام لا يعمل إلا على هواتف أيفون فقط وبعد 10 أيام على إطلاقه بلغ عدد مستخدميه 10 آلاف مستخدم محمد حبشي، ينظر : موقع عالم التقنية الإلكتروني 2012م من الموقع الإلكتروني: www.teach-wd-com، تاريخ الاطلاع عليه، 2022/04/09 .

-موقع يوتوب: (Youtube):¹.

-التواصل عن طريق البريد الإلكتروني: (Electronic Mail):

أو الذي يكتب اختصارا E.mail : هي خدمة سريعة وسهلة لتبادل الرسائل تنغي عن استخدام البريد التقليدي، وتمكن إرسال الرسائل الإلكترونية من وإلى أشخاص آخرين خلال فترة بسيطة سواء أكان نصا مكتوبا أو صوتيا أو فيديو أو صور، ومن مميزات² هذه الخدمة الاحتفاظ بالرسائل الواردة في صناديق بريد المستخدمين قصد الاطلاع عليها في أي وقت يشاؤون، مع إمكانية إرسال رسالة إلى عدة أشخاص في نفس الوقت، وإرفاق مستندات إلكترونية كالصور وغيرها بواسطة الماسح الضوئي (scanner) .

-التواصل عن طريق شبكة الويب العالمية: (WorldWideweb):

وهذه الشبكة عبارة عن كم هائل من المستندات المحفوظة في شبكة الحاسوب، والتي تتيح لأي كان الاطلاع على المعلومات التي تخص جهات وأشخاص قاموا بوضعها في هذه الخدمة بواسطة الأسلوب التكنولوجي والذي يعرف بالنص المحوري (Hyper Text)، ويشير تعبير الويب إلى (النسيج عالمي الانتشار) وتختصر إلى (www أو Web)³ .

ثالثا: تعريف عقد الزواج عبر تقنيات الاتصال الحديثة لفظا مركبا :

بناء على ما سبق تفصيله يمكن تعريف عقد الزواج عن طريق تقنيات الاتصال الحديثة بأنه " : ذلك العقد الذي لا تجتمع أركانه في مكان واحد فيتفرقون حقيقة ويجتمعون حكما عن طريق وسائل الاتصال المكتوبة كالفاكس والفايس بوك... وغيرها أو مشافهة كالهاتف وغرف المحادثة... وغيرها " أو : " هو عقد نكاح يتم نقل عبارات الإيجاب والقبول فيه عبر وسيلة من وسائل الاتصال المعاصرة شفوية أو مكتوبة مع مراعاة أحكام هذا العقد "⁴ .

وترتبا على ما تم بيانه، يمكن القول إن هذه الأجهزة أو الوسائل الحديثة جميعها تقوم باستقبال الإيجاب من الطرف الأول، والذي يكون إما مكتوبا مثل ما هو عليه في الفاكس أو التلكس أو بالبريد الإلكتروني، وإما يكون عبارة عن حوار صوتي فقط أو حوار صوتي مقترن بالصورة مثل ما هو عليه في الهاتف أو مواقع التواصل الاجتماعي عبر الأنترنت، فيتم تحويلها إلى إشارات كهربائية أو موجات كهرومغناطيسية، لتنتقل هذه الإشارات والموجات عبر الأسلاك أو الأقمار الصناعية ليتم استلامها من طرف جهاز المرسل إليه، والذي بدوره يقوم بترجمتها إلى كتابات مطبوعة أو إلكترونية أو حوار صوتي مرئي أو صوتي فقط .

إلا أن ما يهمننا في دراستنا هو أن تقوم هذه الوسائل بنقل عبارات الإيجاب والقبول لطرفي عقد الزواج وهو ما يقودنا إلى الفرع الثاني.

¹ يعد موقع يوتوب أهم وأشهر موقع لتحميل ومشاركة الفيديوهات على مستوى العالم ثم تأسسه بواسطة ثلاثة موظفين في شركة paypal الأمريكية، وهم شادهوري chadhuler وستيف تشن Stevenchen وجاودكريم Gawed Karim، أين تم إطلاق النسخة التجريبية للموقع في مايو عام 2005م، ثم أطلقت النسخة الرسمية بعدها بستة أشهر وقامت شركة جوجل Gogle بامتلاك الموقع ينظر: الموقع الإلكتروني :www.tech-echo.com تاريخ الاطلاع عليه بتاريخ: 2022/04/09.

² مرسى مشري مرسى، شبكات التواصل الاجتماعي الرقمية " نظرة في الوظائف " مجلة المستقبل العربي، لبنان، عدد 395، يناير 2012م، ص 157، أحمد مداح، التجارة الإلكترونية من منظور إسلامي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 1427هـ-2006م، ص 59-60، رنجي مصطفى عليان، البريد الإلكتروني، مجلة الأمن والحياة، جامعة نايف العربية، السعودية، العدد 234، فيفري 2002م، ص 66-67.

³ عايش المري راشد ، مدى حجية التكنولوجيا الحديثة في إثبات العقود التجارية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1998 م، ص 41، ابن عباس أسامة محمود، رحلة إلى عالم الأنترنت، (د د ن، د م ن)، ط1، 1999م، ص 45.

⁴ حمزة عبد الناصر، عقد الزواج عبر وسائل الاتصال الحديثة، مذكرة معدة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2013م-2014م، ص 32

الفرع الثاني: التكيف الفقهي لعقد الزواج عبر تقنيات الاتصال الحديثة وطرق إثباته:

سنبين في هذا الفرع التكيف الفقهي لعقد الزواج عبر تقنيات الاتصال الحديثة (أولا) ثم نبين طرق إثباته (ثانيا):

أولا : التكيف الفقهي لعقد الزواج عبر تقنيات الاتصال الحديثة:

إن المستعرض للكتب الفقهية القديمة يرى أن الفقهاء القدامى لم يوردوا في كتبهم هذه التقنيات ولم يكن لها وجود، وإنما يمكن أن نلاحظ أنهم تطرقوا لما كان معروفا في أزمانهم من وسائل الاتصال كالرسالة والرسول.

لكن الموروث الفقهي الإسلامي كفيل بمعالجة هذه الظاهرة، فقد رسمت رسالة سيدنا عمر بن الخطاب لأبي موسى الأشعري -رضي الله عنهما- دستورا للقضاء، وبينت الطريق الصحيح للفقهاء لمعالجة ما استشكل من مسائل، وإن الفهم الجيد للمسائل المستجدة يساعد الفقهاء المعاصرين على تكييفها التكيف الصحيح، والذي يساهم بدوره على انتقاء الأحكام الواجب التطبيق عليها.

ولكي لا تبقى هذه النازلة دون حكم شرعي، فقد عالجها فقهاء الشريعة المعاصرين مستنيرين بموروث فقهاء الشريعة القدامى بما يعرف بنظرية مجلس العقد ومسألة التعاقد بين غائبين التي فاضت الأقلام في سبيل بيان أحكامها، لذا سنطرق إلى مجلس العقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة ثم نتناول تكييف عقد الزواج بتقنيات الاتصال الحديثة :

1- مجلس عقد الزواج عبر تقنيات الاتصال الحديثة: لم يتعرض الفقه الإسلامي القديم إلى مجلس الزواج عبر وسائل الاتصال الحديثة سمعية أو مرئية لأنها من مستجدات ونوازل العصر، ولم تكن موجودة في زمنهم، لكن مرونة أحكام الشريعة الإسلامية قادرة على استيعاب كل مستجد ومسايرة كل نازلة، لذلك يقتضي التطرق إلى تعريف مجلس العقد (صوره وشروط صحته عبر تقنيات الاتصال الحديثة)، ثم نبحث في تكييف عقد الزواج عبر وسائل الاتصال الحديثة السمعية والمرئية والمكتوبة أو عن طريق الأنترنت .
-**تعريف مجلس العقد وصوره:** لقد صاغ الفقه الإسلامي نظرية مجلس العقد بطريقة دقيقة وفصل فيها تفصيلا طويلا، إلا أننا سنعرض بإيجاز إلى تعريف مجلس العقد ثم صورته.

-**تعريف مجلس العقد:** المجلس هو الحال الذي يشتغل فيه المتعاقدان بإجراء التعاقد والقصد من اتحاد مجلس لعقد، هو اتصال الإيجاب بالقبول في مجلس واحد¹، لذلك يشترط أن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد، فلو تفرقت المجالس بعد الإيجاب وقبل إعلان القبول بطل الإيجاب².

-**صور مجلس العقد:** له صورتان: المجلس الحقيقي والمجلس الحكمي ولكل صورة شروط وضعها الفقهاء:

المجلس الحقيقي: اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في تعريف مجلس العقد الحقيقي إلى عدة اتجاهات، وسبب اختلافهم يعود إلى مدى عد مجلس العقد وحدة زمنية أو مكانية أو غير ذلك وملخصها فيما يأتي:

الاتجاه الأول: القائل بأن مجلس العقد وحدة مكانية : ذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى أن مجلس العقد وحدة مادية (مكانية)، واشتروا أن يصدر الإيجاب والقبول في مكان واحد حتى ينعقد العقد، ونسب هذا الاتجاه إلى: جمهور الفقهاء من الحنفية³ والمالكية⁴، والشافعية⁵ والحنابلة⁶.

¹ محمد بن فخور العبدلي، الأنكحة المستحدثة (المبتدعة) وحكم الشرع فيها، المعهد العلمي لمحافظة القريات، مكتبة صيد الفوائد الإسلامية، على موقع <http://www.saaaid.net/book>، تاريخ الاطلاع عليه: 2022/04/09.

² أبو زهرة محمد، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 40.

³ الكسائي المرجع السابق، ج 5، ص 137.

⁴ الخطاب، المرجع السابق، ج 4، ص 240-241.

⁵ النووي يحيى بن شرف الدين، روضة الطالبين وعمدة المفتين، إشراف: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، ط 2، 1985م، ج 10، ص 439-440.

⁶ ابن قدامة موفق الدين عبد الله بن أحمد المقدسي، المقنع مع حاشيته، المكتبة السلفية، د م ن، ط 3، د ت، ج 2، ص 03.

الاتجاه الثاني : القائل بأن مجلس العقد وحدة زمانية :والوحدة الزمانية تبدأ عند أصحاب هذا الاتجاه من وقف صدور الإيجاب ويستمر إلى طوال المدة التي يظل فيها المتعاقدان منصرفين إلى التعاقد دون ظهور إعراض من أحدهما عن التعاقد، وقد نسب هذا الاتجاه إلى بعض فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة¹.

الاتجاه الثالث : القائل بأن مجلس العقد هيئة معينة : يرى أصحاب هذا الاتجاه إن مجلس العقد هيئة معينة إذ يظل المجلس قائماً مادام المتعاقدان على نفس الهيئة التي صدر بها الإيجاب، وقد نسب هذا الاتجاه إلى بعض الحنفية² والحنابلة³.

الاتجاه الرابع :القائل بأن مجلس العقد وحدة مختلطة بين الزمان والمكان :يرى أصحاب هذا الاتجاه إن مجلس العقد وحدة مركبة زمانية ومكانية، وهذا لتجنب الانتقادات التي وجهت إلى أصحاب الاتجاه الأول والاتجاه الثاني⁴.

الاتجاه الخامس: القائل بأن مجلس العقد وحدة معنوية:ذهب أصحابه إلى أن مجلس العقد وحدة معنوية يظل فيها مجلس العقد قائماً مادام الطرفان لم يتشاعلا بما يقطعه عرفاً، وقد نسب هذا الاتجاه إلى المالكية والحنابلة والإباضية⁵.

مجلس العقد الحكمي :الأصل في مجلس العقد أن يكون بين حاضرين، لكن إن حدث ما يخالف هذا الأصل وكان التعاقد بين غائبين مع عدم وجود التزام الذي أشير إليه، سمي مجلس العقد حينئذ بمجلس العقد الحكمي، بحيث يستغرق إصدار التعبير عن الإرادة والعلم به فترة من الزمن كما هو الحال في التعاقد عبر الوسائل التي لا يكون التعاقد عبرها فورياً، كالفاكس، والبريد الإلكتروني وما يماثلهما⁶.

ب-شروط صحة مجلس عقد الزواج عبر تقنيات الاتصال الحديثة :

-شروط صحة مجلس العقد الحقيقي : هناك عدة شروط يجب توافرها : تتمثل فيما يأتي :

-اتحاد مجلس الإيجاب والقبول عبر وسائل الاتصالات الحديثة السمعية والمرئية: حيث يكون الحضور بين شخصين متبايعين مكاناً وحاضرين زماناً (الحضور المعنوي)، فيتصل القبول بالإيجاب في نفس مجلس إصدار الإيجاب عن طريق وسائل وأجهزة (صوتية مرئية)، وكأنهما في مكان واحد - كما هو الحال في غرف المحادث - دون أن ينقض مجلس العقد لسبب من الأسباب بسبب عطل في الشبكة أو الأجهزة المستخدمة أو الأشخاص⁷.

-سماع كل من المتعاقدين كلام الآخر وفهمه (العلم بالإيجاب لحظ صدوره): فلا ينعقد الزواج إذا كان أحد المتعاقدين أصم ولا يستطيع سماع الآخر، أو إذا كان لا يفهم عبارة الآخر، ولا المفردات والتراكيب، إذ أن العبرة بالمعاني، ويفهم بأن أحدهما يطلب الزواج والآخر يقبل⁸.

ونفس الحكم إذا كان أحدهما لا يفهم لغة الآخر، ولا يفهم بأنه يطلب منه الزواج ولا ينقض مجلس العقد إذا وجد فاصل زمني بغرض الترجمة إلى اللغة المفهومة لتعاقد الآخر، على أن تتلاقى مباشرة بعد ذلك الإرادتين⁹.

¹ نظام وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية (المعروفة بالفتاوى العالمية)، تحقيق عبد اللطيف حسن عبد الرحمان، دار الكتب العلمية، ط1، 1421هـ-2000م، ج3، ص 9.

² نظام وجماعة من علماء الهند، المرجع السابق، ج 3، ص 09.

³ ابن قدامة المقدسي، المقنع مع حاشيته، المرجع السابق، ج2، ص 3

⁴ الشافعي جابر عبد الهادي سالم، مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة، دط، الاسكندرية، مصر، 2001م، ص 128.

⁵ المرجع نفسه، ص 128

⁶ محمد عقلة الابراهيم، حكم إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة، دار الضياء للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، 1986م، ص 50.

⁷ الشافعي جابر عبد الهادي سالم، مسائل الأحوال الشخصية، منشورات الحلبي الحقوقية، مصر، د ط، 2003م، ص 210.

⁸ جاتم جميل فخري محمد، مقومات عقد الزواج في الفقه والقانون، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، د ط، 2009م، ص 145.

⁹ جاتم جميل فخري محمد، المرجع السابق، ص 145.

ومع التطور الذي عرفته وسائل الاتصال جعلت من إمكانية الرؤية أيضا أمرا متاحا وهو ما يعرف بمكالمات الفيديو للجيل الثالث للهاتف النقال، مما يجعل التطابق بين المجلسين تطابقا تاما فحينئذ يعد مجلس العقد عبرها كالمجلس التقليدي تماما.

-**العلم بالقبول لحظة صدوره** : العلم بالإيجاب والقبول لحظة التلفظ بهما لا يعني صدورهما بصفة متتابعة، بل قد تستمر فترة زمنية وجيزة بينهما، كأن يصدر التعبير عن الإرادة بلغة لا يفهمها الطرف الآخر تحتاج مثلا إلى ترجمة، ورغم ذلك فإن الإيجاب قد صدر وتم العلم به وقت انعقاد المجلس مادام هذا الأخير ظل منعقدا¹.

-**صدور الإيجاب والقبول في مجلس واحد (اتحاد المجلس)**: لتحقق الشروط السابقة يقتضي صدور شقي الإيجاب والقبول في مجلس واحد (والمجلس المقصود هو المجلس الزماني) أي اتحاد الزمان، ومثاله مجلس العقد عبر الهاتف وما يماثله، وعليه يشترط أن يصدر التعبير عن الإرادة إيجابا وقبولا خلال مدة المكالمة أو الدردشة (غرف المحادثة)².

شروط اتحاد مجلس العقد الحكمي : لبيان شروط صحة مجلس العقد الحكمي عبر وسائل الاتصال الحديثة (المكتوبة كالفاكس والتلكس والبرقية والبريد الإلكتروني...) وجب الاستدلال بما اشترطته الحنفية لصحة عقد الزواج بالكتابة وذلك فيما يأتي :

-**أن يتم نقل وتصوير الإيجاب إلى المجلس الحكمي لعقد الزواج بإحدى التقنيات**: كتابة أو رسالة أو ما يشابههما من وسائل الاتصال الحديثة التي لا تمكن مستخدميها بالتداول مشافهة³.

-**علم الخاطب الأول بنقل إيجابه عبر هذه الوسائل**: إذا وصل الإيجاب بالزواج إلى المجلس الموجه إليه بواسطة إحدى تقنيات الاتصال الحديثة المكتوبة السالف ذكرها بإرادة الموجه -أصالة عن نفسه أو كلف أحدا بإرساله -فقبل الموجه إليه الإيجاب بحضور شاهدين انعقد العقد سواء سمع الصيغة بلسان القابل إن كان الإيجاب بالزوج مكتوبا، أو بلسان صاحبه إن كان الإيجاب بإحدى وسائل الاتصال الحديثة التي تنقل الصوت بصورة غير فورية كشرط الكاسيت أو المحيب الآلي في الهاتف⁴.

-**تواجد إرادة الشخص الغائب في مجلس العقد** : يشترط وجود إرادة الموجه في مجلس العقد ولا يهم نوع الوسيلة التي تم نقلها بها، المهم أن تكون وسيلة يكتف بالتعاقد عبرها على أنه تعاقد بين غائبين، ويعد في هذه الحالة الموجه وكأنه حضر بنفسه ونطق بالإيجاب طبقا للقاعدة الفقهية "الكتاب كالخطاب"⁵.

فلو تم نقل الإيجاب عبر وسائل التسجيل الصوتي الحديثة (قرص، بريد الكتروني، ...) فلحظة الكتابة والإرسال هي مجلس الموجه، ولحظة التبليغ والقراءة أو السماع هي مجلس القابل، أما إذا تم هذا الإيجاب كتابة ولم يبلغ، وتم القبول في مجلس آخر، فلا ينعقد لانعدام التبليغ والعلم بالإيجاب⁶.

-**تلاوة الإيجاب والعلم به والرد عليه في مجلس واحد** : فلا يصح عقد الزواج إذا كانت التلاوة أو التبليغ في مجلس والعلم به في مجلس آخر، وهذا ما يعبر عنه باتحاد مجلس الإيجاب والقبول⁷.

2-تكييف عقد الزواج عبر تقنيات الاتصال الحديثة :

نظرا لتمايز تقنيات الاتصال الحديثة من حيث الخصائص سأقسم مسألة تكييف عقد الزواج إلى ثلاثة أقسام :

أ-تكييف عقد الزواج عبر التقنية المكتوبة :

¹ أبو عمر مصطفى أحمد، مجلس العقد الإلكتروني "دراسة مقارنة" دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، د ط، 2011م، ص 84-85.

² الشافعي جابر عبد الهادي سالم، مسائل الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 210.

³ المرجع نفسه، ص 215.

⁴ نظام وجماعة من الهند، المرجع السابق، ج1، ص 297.

⁵ حيدر علي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب فهمي الحسيني، دار الجبل، بيروت، لبنان، ط1، 1411هـ-1991م، ص 69.

⁶ الشافعي جابر عبد الهادي سالم، مسائل الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 217.

⁷ الشافعي جابر عبد الهادي سالم، مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص 255.

عقد الزواج الذي يتم نقل صيغة الإيجاب فيه عبر التقنية المكتوبة في الفقه الإسلامي المعاصر يعد تعاقدا عن طريق الكتابة، لأن هذه الوسائل لا تختلف عن التعاقد بالكتابة التي كانت معروفة في زمان الفقهاء القدامى، فالإيجاب المرسل عن طريق هذه الوسائل كالفاكس وكذلك في البريد الإلكتروني الذي تستخدم فيه الكتابة الإلكترونية يتوفر على شروط الكتابة التي يصح بها التعاقد¹، والفارق بين التقنيتين التقليدية والحديثة هو السرعة في نقل الإيجاب، ثم إن التعاقد بالرسالة الذي يعد من قبيل التعاقد بين غائبين في الفقه الإسلامي تسري عليه أحكام مجلس العقد الحكمي².

وقد ميز الفقهاء المعاصرين بين الوسائل الحديثة ذات التقنية المكتوبة إلى قسمين:

-تقنيات مكتوبة فورية: تسمح بنقل الإيجاب إلى الطرف الآخر بصورة فورية.

-تقنية مكتوبة غير فورية: لا يعلم بموجبها الطرف الثاني في التعاقد بصدور إرادة الأول بصورة فورية.

وقد أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرين على عدّ التعاقد عبر وسائل الاتصال الحديثة ذات التقنية المكتوبة غير الفورية كالفاكس من قبيل التعاقد بين غائبين .

لكنهم اختلفوا في تكييف التعاقد عبر الوسائل المكتوبة الفورية كالتلكس الذي يتحد فيها زمان التعبير عن الإرادة والعلم بها، على رأيين :

الرأي الأول :التعاقد بالكتابة الفورية عبر تقنيات الاتصال الحديثة هو تعاقد بين غائبين :حيث ذهب أصحابه إلى أن التعاقد بالمكاتبة عبر تقنيات الاتصال الحديثة لها قاسم مشترك وهي استخدام الكتابة المقروءة الواضحة كوسيلة للتعبير عن الإرادة في غياب أحد العاقدين عن مجلس العقد³.

الرأي الثاني :التعاقد بالكتابة الفورية عبر وسائل الاتصال الحديثة هو تعاقد بين حاضرين:حيث تطبق عليه أحكام مجلس العقد بين حاضرين تغليباً لعنصر اتحاد الزمان وبالتالي ينطبق على التلكس نفس التكييف الذي ينطبق على الهاتف وما مثله، لأن وقت صدور الإرادة المعبرة عن الصيغة والعلم متحد رغم تباعد المكان⁴، وبه قال جماعة من فقهاء الشريعة المعاصرين منهم :د. الجمال سمير حامد عبد العزيز .

ما يؤخذ على هذا الرأي الثاني أن مسألة تكييف حالة التعاقد بالتلكس بنيت على التعاقد بالهاتف ليس له أي فائدة عملية، لأن ذلك يقتضي تطبيق نفس أحكام مجلس العقد المطبقة على الهاتف والذي- كما رأينا- كيف على أنه عقد بين حاضرين، ثم إن عقد الزواج بالكتابة يقتضي شروطاً لصحته منها :إن متلقي الإيجاب عبر التلكس عليه جمع شاهدين واطلاعهما على محتوى الرسالة حرفياً أو إجمالاً بلسانه هو لا بلسان الموجب عكس ما هو موجود في التعاقد بالهاتف وبالتالي فهو أقرب إلى التعاقد بين غائبين .

ب-تكييف عقد الزواج عبر تقنيات الاتصال المسموعة :

اختلف العلماء بخصوص طبيعة مجلس عقد الزواج عبر وسائل الاتصال الحديثة ذات التقنية المسموعة كالهاتف وما يماثله هل هو تعاقد بين حاضرين أم بين غائبين على ثلاثة آراء:

¹ محمد عقلة الابراهيم، المرجع السابق، ص 129.

² الشافعي جابر عبد الهادي سالم، مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص 292.

³ المغربي محمد نجيب عوضين، أسس التعاقد بالوسائل المستحدثة "دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني"، دار النهضة العربية، مصر، 2006م، ص 141.

⁴ الجمال سمير حامد عبد العزيز، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، دار النهضة العربية، مصر، ط 1، 2006م، ص 135.

الرأي الأول : إن التعاقد عبر الهاتف - وما يماثله من الأجهزة الناقلة للحوار الصوتي بصفة دورية: هو أقرب مايكون إلى التعاقد بين حاضرين، ومجلس عقد الزواج عبره مجلس حقيقي لا حكمي، قال به د. المغربي محمد نجيب عوضين¹، وأحمد إبراهيم بك، ويزيد أنيس نصير²، وقد احتجوا بما يلي:

- إن المعنى المفهوم من اشتراط اتحاد المجلس هو سماع كل منهما الآخر والانتباه لقوله والرد عليه بشكل فوري، هو متوفر وحاصل في التعاقد بهذه الوسيلة الحديثة كالهاتف وما يماثله³.

وهذا ما قرره المجلس الفقهي الإسلامي المنعقد بجدة، أين جاء في قراره رقم 52(6/3) المتعلق بحكم إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة مايلي: "إذا تم التعاقد بين طرفين، في وقت واحد وهما في مكانين متباعدين، وينطبق على الهاتف واللاسلكي، فإن التعاقد بينهما يعد تعاقدًا بين حاضرين وتطبق على هذه الحالة الأحكام الأصلية المقررة لدى الفقهاء"⁴.

غير إنما يؤخذ على هذا الرأي رؤيته إلى مجلس العقد على أنه وحدة زمانية فقط، مما يؤدي إلى خلل في ضبط كثير من الأمور التي تعتمد لمعرفة زمان ومكان انعقاد العقد⁵.

الرأي الثاني : التعاقد بوسائل الاتصال المسموعة كالهاتف وما شابهه هو تعاقد بين غائبين، وتجري عليه أحكام مجلس العقد الحكمي⁶، وبه قال مجموعة من فقهاء الشريعة المعاصرين منهم : د. محمد مصطفى شلي⁷، ود. جابر عبد الهادي سالم الشافعي⁸ وغيرهما .

وقد احتج أصحاب هذا الرأي بما يلي :

- إن عدم وجود العاقدين في مكان واحد يجعل مجلس العقد بينهما مجلسا بين غائبين⁹.

- قياس الهاتف على وسيلة كان لها استعمال في القدم وهي الرسول، فإن كان هذا الأخير يقوم بإبلاغ إرادة العاقد فكذلك الآلة المسجلة¹⁰.

وقد نوقش هذا الرأي بأنه قاس الهاتف على الرسول وهذا لا يستقيم فالهاتف يتيح لطرفي العقد نوعا من التفاعل والمحاكاة المباشرة فيما يخص العقد، فهو يعدم الفارق الزمني بين وقت صدور الإرادة والعلم، وكأنهما يجمعهما مكان واحد شأنه شأن التعاقد بين حاضرين¹¹.

¹ المغربي محمد نجيب عوضين، هل يجوز التعاقد بالوسائل المستحدثة، مجلة الوعي الإسلامي، وزارة الشؤون الدينية الكويت، عدد 422، ديسمبر 2000م - يناير 2001م، ص 35.

² يزيد أنيس نصير، الارتباط بين الإيجاب والقبول في القانون الأردني والمقارن، مجلة الحقوق، الكويت، العدد 03، السنة 27، شعبان 1424هـ الموافق له: سبتمبر 2003م، ص 201.

³ عبيدات يوسف محمد، طبيعة التعاقد بالهاتف وعبر الأنترنت، مجلة أبحاث اليرموك، المجلد 27، العدد 1، الأردن، 1432هـ-2011م، ص 684.

⁴ قرار رقم 52(6/3)، مجمع الفقه الإسلامي، قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي، الدورات 1-10 قرارات 1-98، دورة مؤتمره الرابع بجدة من 17-23 شعبان 1410هـ/20 مارس 1990م ص 111-112.

⁵ عبيدات يوسف محمد، المرجع السابق، ص 684.

⁶ المغربي محمد نجيب عوضين، هل يجوز التعاقد بالوسائل المستحدثة، المرجع السابق، ص 35، المغربي محمد نجيب عوضين، أسس التعاقد بالوسائل المستحدثة، المرجع السابق، ص 194.

⁷ شلي محمد مصطفى، المدخل إلى التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه، دار النهضة، بيروت، لبنان، ط 1، 1981م، ص 423.

⁸ الشافعي جابر عبد الهادي سالم، مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص 285.

⁹ الرماوي محمد سعيد، التعاقد بالوسائل المستحدثة في الفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، ط 1، 2007م، ص 152.

¹⁰ الجمال سمير حامد مصطفى، المرجع السابق، ص 133.

¹¹ ينظر الصفحة 78 وما بعدها من البحث

الرأي الثالث: التعاقد بالهاتف وما يماثله من الأجهزة الناقلة للصوت بصفة فورية هو تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان غائبين من حيث المكان : وبه قال : د. أحمد فراج حسين¹ ، ود. الجمال سمير حامد عبد العزيز² ، وغيرهما :
وقد احتج أصحاب هذا الرأي في ذلك إلى أن التعاقد عن طريق تقنيات الاتصال الحديثة التي تنقل الصوت فقط كالهاتف وما يماثله تتميز بخاصية النقل الحي للحوار، وبالتالي فإن الزمن متحد فيه ولهذا كيف على أنه تعاقد بين حاضرين من ناحية الزمن ، إلا أن التعاقد لا يتم في مكان واحد لاختلاف مكانيهما، لهذا عد التعاقد هنا -حسب أصحاب هذا الرأي - تعاقدًا بين غائبين من حيث المكان³.

كما ذهب بعض أصحاب هذا الرأي إلى أن عقد الزواج إن تم عبر الهاتف المرئي vedéo téléphone المزود بكاميرا تنقل صورة المتكلم مع كلامه عبر شبكة الاتصالات هو تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان والمكان لا ينقصهما سوى وجود البدن، فيعد المتعاقدان وكأنهما حاضران في مكان واحد حكما، وهذا لما توفره هذه الوسائل من تزامن في النطق بعبارات الصيغة والعلم بها لدى الأطراف مع إمكانية رؤية كلا منهما الآخر حتى إن الصورة تصدر متزامنة مع تحرك الشفاه⁴.

ما يؤخذ على هذا الاتجاه أنه فصل بين ركني مجلس العقد فجعل للعقد مجلسان، مجلس من ناحية الزمان وآخر من ناحية المكان، ومن المعروف أن للعقد مجلس واحد يتعقد فيه العقد يقوم على ركنين معاً⁵.

ج-تكييف عقد الزواج عبر شبكات التواصل الاجتماعي (الأنترنت):

صحيح إن شبكة الأنترنت تتشابه مع تقنيات الاتصال الأخرى كالهاتف مثلا إلا أن الانتشار الواسع لهذه التقنية وتعدد برامجها نوعيا، فقد تميزت عن باقي الوسائل، وبالتالي ارتأينا أن نفرّد لها حيزا مستقلا لبنين التكييف الشرعي للتعاقد بها .

وقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرين في هذه المسألة على ثلاثة آراء :

الرأي الأول: يرى أصحابه إن عقد الزواج عبر شبكة الأنترنت يعد صورة من صور التعاقد بين غائبين، بغض النظر عن التقنية البرمجية المستعملة :مكتوبة، أو مسموعة، أو مرئية مسموعة، وأضافوا إلى أنها لا تخرج قياسا على إحدى الوسيطتين التقليديتين بالرسول أو بالرسالة غير إن التنقل عن طريقها يتم بواسطة جهاز الكتروني، مما يجعل مجلس العقد فيها حكمي وهو مجلس وصول وعلم الموجه إليه الإيجاب بالإيجاب، وبه قال : القرّة داغي علي محي الدين⁶ والشافعي جابر عبد الهادي سالم⁷.

وهذا ما أقره مجلس مجمع الفقه الإسلامي في مؤتمره الرابع بجدة في مارس سنة 1990م حيث قرر ما يلي "إذا تم التعاقد بين غائبين لا يجتمعهما مكان واحد، ولا يرى أحدهما الآخر معاينة ولا يسمع كلامه، وكانت وسيلة الاتصال بينهما الكتابة أو الرسالة أو السفارة (الرسول) وينطبق ذلك على البرق والتلّكس والفاكس وشاشات الحاسب الآلي (الكمبيوتر) ففي هذه الحالة ينعقد العقد عند وصول الإيجاب إليه وقبوله....إن القواعد السابقة لا تشمل النكاح لاشتراط الإشهاد عليه"⁸.

¹ فراج حسين أحمد، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، د ط، 2005م، ص153.

² الجمال سمير حامد عبد العزيز، المرجع السابق، ص 134.

³ حمزة عبد الناصر، المرجع السابق، ص 150.

⁴ إبراهيم خالد ممدوح، إبرام العقد الإلكتروني "دراسة مقارنة" دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، ط1، 2006م، ص287.

⁵ الشافعي جابر عبد الهادي سالم، مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص283-284.

⁶ إبراهيم رفعت الجمال، انعقاد البيع بوسائل الاتصال الحديثة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، د ط، 2007م، ص 112.

⁷ الشافعي جابر عبد الهادي سالم، مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص 297.

⁸ قرار رقم 52(6/3)، مجمع الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 111-112.

وما يلاحظ من خلال تصفح قرار مجمع القه الإسلامي المذكور أعلاه أنه اقتصر فقط على إحدى خدمات الأنترنت وهي البريد الإلكتروني فقط وذلك بالقول : (..ولا يرى أحدهما الآخر ولا يسمع كلامه ...) دون الطرق إلى الخدمات الأخرى كالمكالمات الصوتية والمرئية¹.

الرأي الثاني: يرى أن عقد الزواج عبر شبكة الأنترنت يعتبر تعاقدًا بين حاضرين من حيث الزمان والمكان، ذلك أن مميزات شبكة الأنترنت إلغاء الحدود الجغرافية وتجعل الطرفين حاضرين حضورًا افتراضيًا فبمجرد صدور الصيغة يعلم كل عاقد بعبارة الآخر².

الرأي الثالث: تم بناء أسس هذا الرأي على النقد الموجه للرأيين السابقين فتحديد طبيعة العقد -حسب رأي أصحاب هذا الرأي- يستند فيه إلى نوعية الخدمة المتاحة، فلا يعتبر تعاقدًا بين غائبين في كل الحالات وليس تعاقدًا بين حاضرين أيضًا في كل الحالات، وقد أخذ بهذا الرأي الجمال سمير حامد عبد العزيز³.

ومن هذا المنطلق وضع أصحاب هذا الرأي عدة فرضيات لتكييف كل نوع من البرامج والخدمات التي يتيحها التعاقد عبر الأنترنت، كما يأتي :

-البرامج التي تعتمد على نقل الحوار المكتوب فقط كالبريد الإلكتروني يأخذ حكم التعاقد بالرسالة والرسول (البريد الإلكتروني هو النسخة الإلكترونية للبريد العادي) وبالتالي ينطبق عليه ما تم بيانه عند الحديث عن تكييف التعاقد بوسائل الاتصال ذات لتقنية المكتوبة كالفاكس وما يماثله، والذي يعد تعاقدًا بين غائبين، وهذا لوجود فارق زمني بين صدور الإرادة والعلم بها⁴.
أما إذا انعدم الفارق الزمني بين صدور الإرادة والعلم بها إيجابًا وقبولًا، كأن يكون المتعاقدان على اتصال مباشر على هذه الشبكة من خلال البريد الإلكتروني، أو شبكات التواصل الاجتماعي الأخرى كالفاسبوك، ويتبادلان عبارات الصيغة كتابة بصفة فورية كان العقد حينئذ قريبًا من حالة التعاقد بالهاتف⁵.

-الخدمات والبرامج التي تعتمد على نقل الحوار الصوتي تعتبر من حيث مبدأ العمل مثل الهاتف وبالتالي فإنها وما يماثلها تأخذ نفس أحكام التعاقد به⁶.

-إذا كان التعاقد عن طريق البرنامج المكتوب المسموع، فإنه يأخذ حكم الاتصال بالهاتف أيضًا لاشتراكهما في علة اتحاد الزمان، وفي ميزة النقل الحي للحوار الصوتي، زيادة على كتابة الصيغة وسماع صوت مصدرها، وبالتالي أخذت قوة مجلس العقد بين حاضرين⁷.

-إذا كان التعاقد عن طريق البرنامج المسموع المرئي (Multi Media)، حيث يتم نقل صوت وصورة كل طرف إلى الآخر مما يسمح لهم من التحدث معًا دون وجود فاصل بين صدور الإرادة والعلم بها، وكأنهما مجتمعين في غرفة واحدة، فإن هذه البرامج يطبق عليها ما

¹ حمزة عبد الناصر، المرجع السابق، ص 153.

² الجمال سمير حامد عبد العزيز، المرجع السابق، ص 144.

³ المرجع نفسه، ص 145.

⁴ المغربي محمد نجيب عوضين، هل يجوز التعاقد بالرسائل المستحدثة، المرجع السابق، ص 36.

⁵ صالح عبد الرحيم، انعقاد الزواج بالبريد الإلكتروني " دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري"، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، العدد 07، جوان 2012م، ص 195.

⁶ زينة حسين، مشروعية إبرام عقد الزواج عبر الأنترنت، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، المجلد 3، الإصدار 14، 2012م، ص 228.

⁷ المغربي محمد نجيب عوضين، هل يجوز التعاقد بالرسائل المستحدثة؟، المرجع السابق، ص 36-37.

تم بيانه وذكره في الهاتف المرئي من أحكام¹ بالإضافة إلى زيادة في الأمان فكل متعاقد يرى الطرف الآخر وعليه تنطبق الآراء الواردة في تكييف التعاقد بالهاتف على التعاقد بهذه البرامج أي تطبيق القواعد الخاصة بالتعاقد بين حاضرين عليها².

الرأي الراجح: يتضح من خلال استعراض هذه الآراء أن الذين كيفوا الزواج عبر خدمات وبرامج الأنترنت المرئية والمسموعة إنه تعاقد بين غائبين لم يعدوا التزامن الحاصل بين صدور الإرادة بالتعاقد والعلم بها وإن الذين قالوا بأن مجلس عقد الزواج عبر برامج وخدمات الأنترنت المرئية والمسموعة هو تعاقد بين حاضرين، وبالتالي نبذوا الوحدة المكانية.

لذلك فإن **الرأي الراجح** هو الرأي الثالث وذلك لما يأتي:

-إرساؤه لعدة فرضيات وأحكام تتناسب وكل خدمة أو برنامج أو تقنية التي تقمها شبكة الأنترنت، فلم يُعد أصحاب هذا الرأي التعاقد عبرها تعاقدًا بين غائبين في كل الحالات وقصرتها على الكتابة الالكترونية ولم تعده تعاقدًا بين حاضرين في كل الحالات أين خصوه بالبرامج التي تعتمد على نقل الحوار الصوتي والبرنامج المسموع المرئي والمكتوب المسموع.

- الأخذ بالوحدة الزمانية فيما يخص التعاقد عن طريق البرامج المسموعة المرئية، لاسيما وإن مجلس العقد فيها لا ينقطع طول المدة التي يظل المتعاقدان منشغلين بالتعاقد، فهناك رابط بينهما وهو زمن الاتصال (المكالمة) رغم اختلاف مكانيهما، وهو الرأي الذي تم ترجيحه من بعض فقهاء القانون منهم: وحيد الدين سوارو الدكتور عبد الرزاق السنهوري، حيث قال: "أما كان الأولى نبذ الوحدة المكانية والاستعانة عنها بالوحدة الزمانية"³.

ثانيا : وسائل إثبات عقد الزواج عبر تقنيات الاتصال الحديثة أمام القضاء :

عقد الزواج كسائر العقود فإجراؤه جائز من حيث المبدأ لكنه يتميز بشرط خاص يخالف به سائر العقود والذي يعد بدوره وسيلة من وسائل إثبات الزواج عبر هذه التقنيات الحديثة وهو اشتراط الشهود وبالتالي حتى نجز انعقاد الزواج بوسائل الاتصال فلا بد من مراعاته، وكان من بين ما احتج به المعارضون لفكرة إجراء عقد الزواج عبر هذه التقنيات الحديثة هو عدم تحقق شرط الإشهاد على هذا العقد⁴.

وكما أن مسألة الإثبات تأثرت بالتطور المذهل لتقنيات الاتصال الحديثة خاصة بعد انشار إبرام العقود الالكترونية عبر الأنترنت بما في ذلك عقد الزواج الإلكتروني، فقد دعت الحاجة إلى إيجاد بديل عن التوقيع العادي الذي أصبح عديم الأثر ولا يتلاءم مع التعاملات الالكترونية في العالم الافتراضي، لذا لجأ الفقهاء والتشريعات الحديثة إلى إيجاد حلول تتجاوز وتحديات العصر كاستحداثهم للمحرر و التوقيع الالكترونيين.

وعلى هذا، سنتطرق إلى الحجية لإشهاد لإثبات التعاقد عبر تقنيات الاتصال المتعددة ثم نبين حجية الوسائل الحديثة في إثبات التعبير عن الإرادة في عقد الزواج :

1-حجية الإشهاد لإثبات التعاقد عبر تقنيات الاتصال:

الإشهاد أو الإشهار هو سبيل إخراج العقد من السر إلى العلن، ولكي يتميز النكاح عن السفاح قال النبي صلى الله عليه وسلم: " لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ وَشَاهِدَيْنِ عَدْلٍ"⁵، لذلك وجوب الإشهاد متفق عليه في المذاهب الأربعة غير أن الشافعية يجعلونه ركنا

¹ ينظر الصفحة 78 من البحث

² أبو الهيثماء محمد إبراهيم، الزواج الإلكتروني، مطبعة الضياء، عمان، د ط، 2005م، ص 15، عبيدات محمد يوسف، المرجع السابق، ص 687.

³ السنهوري عبد الرزاق، مصادر الحق في الفقه الإسلامي مقارنة بالفقه المغربي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط2، 1998م، ص 13.

⁴ سنتطرق إلى ذلك بالتفصيل عند الحديث عن حكم عقد الزواج عبر تقنيات الاتصال الحديثة .

⁵ أخرجه ابن حبان، صحيح ابن حبان، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط 2، 1414 هـ- 1993 م، ح ر : 4075، ج 9، ص 386.

من أركان عقد الزواج¹ أما غيرهم فإنهم يجعلونه شرطاً لصحة العقد والمالكية يوجبونه عند الدخول أما تقديمه في العقد فهو مندوب عندهم²، وحكي عن مالك أنه يوجب الإعلان بالنكاح³.

وإذا كان الإشهاد يتحقق في عقد الزواج بشماع الشهود للإيجاب والقبول بصورة مباشرة، ولذلك اشترط في الشاهدين السماع والفهم ليتحقق الإشهاد والإخبار والذيق⁴ فهل هذا محقق في عقد الزواج غير وسائل الاتصال الحديثة المختلفة؟⁵.
بيان ذلك سنتطرق إلى حجية إثبات التعاقد عن طريق الوسائل المسموعة والمرئية ثم إثبات التعاقد عن طريق تقنيات الاتصال المكتوبة.

أ- حجية الإشهاد لإثبات التعاقد عن طريق الهاتف وغرف المحادثة المباشرة:

التعاقد بالهاتف وما يماثله تعاقد شفوي لذلك في بداية ظهور الوسائل المسموعة طرح إشكالية صعوبة الإثبات عند النزاع بين المتعاقدين بهذه الوسيلة، فلم تكن حينها وسيلة للإثبات غير الإقرار أو شهادة حضور بالغين لكل طرف من مكانه فيكون هناك شهود على الإيجاب وحده وشهود على القبول وحده، غير إن الصعوبة متحققة في هذه الحالة لأن الشهود لا يسمعون كلام الإيجاب فقط أو القبول فقط، وبالتالي لا تتحقق الشهادة كما لا يمكن اصطناع دليل إثبات ملموس بما جاء في المكالمات.

لكن مع التطور التكنولوجي صار بإمكان معرفة ما يدور من حديث خلال المحادثة الهاتفية وهذا بتشغيل مكبر الصوت، وبالتالي يمكن المشاركة في الحوار من المحيطين بالجهاز إضافة إلى العاقدين والشهود⁵، كما أمكن تسجيل المكالمات الهاتفية إما على الهاتف نفسه وإما من خلال تسجيل خارجي، بالإضافة إلى أن الهواتف (الذكية) الآن تكشف عن رقم المتصل وهويته، وإمكانية استعمال خط آخر في نفس وقت التحدث، أما إذا كان الإيجاب صادراً عن طريق الراديو أو التلفزيون ثم يتلوه القبول بالهاتف ونحوه فإن الإشهاد متحقق هنا بوجود الشهود مع القابل وسماعهم الإيجاب والقبول⁶.

إذن فكل هذه الإمكانيات يسرت وسيلة الإثبات لهذه الطرق في التعاقد أو على الأقل وفّرت القرائن الدالة على ذلك فإن لم يصح بيّنه مثبتة فعلى الأقل تُعدّ قرينة عند التنازع⁷.

ويُتصور ذلك أيضاً في غرف المحادثة المباشرة من خلال مكالمات الفيديو التي زوّدت بها الهواتف النقالة الحديثة حي أصبح في مقدور كل من أطراف العقد رؤية بعضهما البعض أثناء المكالمات الهاتفية، وينطبق الأمر كذلك على الشهود وبالتالي يمكن لهذين الشاهدين مشاهدة تبادل التعبير عن إرادة العاقدين كليهما في مجلس واحد، فيكون لها نفس مرتبة الشهادة التي تقام في المجلس الحقيقي التقليدي.

ب- حجية إثبات التعاقد عن طريق المكتوبات (تلكس وفاكس، بريد، البريد الإلكتروني وموقع الويب):

¹ أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج وحاشية ابن قاسم العبادي عليه، دار إحياء التراث العربي، (د م ن، د ط، د ن)، ج 7، ص 217.

² الكسائي، المرجع السابق، ج 2، ص 252-253، الدسوقي ح 2، ص 216-217، البهوتي، كشف القناع على متن الاقتناع، المرجع السابق، ج 5، ص 65.

³ الشوكاني محمد بن علي بن محمد، نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخبار شرح منتقى الأخبار، دار الخير، بيروت، ط 1، 1416هـ-1996م، ج 6، ص 151.

⁴ الكسائي، المرجع السابق، ج 2، ص 255، البهوتي، كشف القناع على متن الاقتناع، المرجع السابق، ج 5، ص 65.

⁵ عبد المجيد محمد مطلوب المرجع السابق، ص 40.

⁶ محمد عقلة الأبراهيم، المرجع السابق، ص 112-113.

⁷ حمزة عبد الناصر، المرجع السابق، ص 128، هاجر عبد الدايم، موسى مرمون، دور القاضي في إثبات الزواج الإلكتروني، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة 1، ع 3، ديسمبر 2019 م، ص 394.

في هذه الصور لابد من وصول كل من الإيجاب والقبول للشاهدين وهذا ممكن أيضا عن طريق إرسال المكتوب إلى الشاهدين كذلك، حيث يمكن إعادة الإرسال إليهما إذا كانت الوسيلة لا تدعم الإرسال إلى أكثر من مستقبل في نفس الوقت .
فبالنسبة إلى البريد الإلكتروني فالمراسل يمكن الإرسال إلى أكثر من بريد الكتروني في نفس الوقت، والأمر كذلك في المنتديات التي تضم أكثر من عضو¹.

أما الفاكس والتلكس وإن كان استخدامهما في التعاقد لا يثير أي مشكل مادام لم تقم أية منازعة فعلية بشأن فاعلية رسائل الفاكس أو التلكس في آثارها القانونية، إلا أنّ الحال يتغير إن قامت منازعة حول مدى حجية رسائلهما في إثبات ذلك التعاقد، وقد اختلفت التشريعات الوضعية في مدى حجيتها في الإثبات إلى رأيين :

الرأي الأول : يرى أصحابه بأنه لا يتمتعان بأي حجية قانونية في الوضع التشريعي والتقني الراهن وقد تبنى هذا الرأي قانون الإثبات الكويتي رقم 39 لسنة 1980 بموجب المادة 13 منه² أين عدّ الأوراق العرفية ليس لها أية قيمة في الإثبات وهو ما ذهب إليه القضاء اللبناني حيث قضت محكمة التمييز المدنية اللبنانية بقرار رقم 16 سنة 1997 بأن : " التلكس لا يُعتد به كسند ذي توقيع خاص ولا يشكل في أي حال إقرارا قضائيا، وإن أبرزته صورته في المحاكمة مادام أنه لم يحصل في مجلس القاضي الناظر في النزاع المتعلق بموضوعه فالتلكس كأداة للمراسلة تفتقد إلى توقيع المرسل"³.

الرأي الثاني : يميز أصحابه بين حجية رسائل الفاكس ورسائل التلكس حيث يرون أن رسائل الفاكس لا تتمتع بحجية قاصرة في الإثبات لافتقارها للضمانات الكافية لسلامة الرسالة ونسبتها لصاحبها ما لم يصاحبها تقديم إقرار أو النسخة الأصلية لها فرسائل الفاكس تعد بمثابة مبدأ قبول بالكتابة يمكن استكمالها بالبينة أو القرائن، بينما تتمتع رسائل التلكس بحجية قانونية كاملة في الإثبات لأنها وسيلة تجمع بين الدقة الفنية عند التشغيل والأمان التقني عند الإثبات كون التلكس يتم من خلال شبكة خاصة يتحكم في إدارتها ومراقبتها مركز رئيسي للاتصالات يلعب دور الوسيط، ويتولّى تحديد هوية المراسلين وتاريخ وضمائم سلامة المراسلة⁴.

الرأي الثالث : يرى بتمتع كل من الفاكس والتلكس بحجية قانونية كاملة في الإثبات حتى في الوضع التشريعي الراهن مادام أن القانون لم يتطلب شكلا خاصا في التصرف المراد إبرامه، وهو ما تبناه المشرع السوري بشكل صريح في قانون الإثبات إذ نصت المادة 12 فقرة 04 منه " تكون لرسائل الفاكس والتلكس والبريد الإلكتروني قوة السندات العادية في الإثبات"⁵.

وقد اعترف قضاء الإمارات العربية المتحدة والقضاء الفرنسي برسائل التلكس والفاكس ومنحاهما حجية قانونية في الإثبات بشروط، فقضت محكمة النقض الفرنسية في أحد قراراتها بأنه : " يمكن للكتابة أن تنشئ وتحفظ على كل دعامة يمكن إدراكها وفهم مضمونها مثل : الفاكسات عندما تكون قد تمت بنزاهة ويمكن إسناد محتواها لطرف معين، مع إمكانية استرجاعها عند الضرورة ولا تكون محل منازعة من الأطراف"⁶.

ويرجع الباحث الرأي الثالث الذي يقر بحجية رسائل التلكس والفاكس وصلاحيتهما لنقل عبارات الإيجاب إلى مجلس العقد ولها حجية كاملة في الإثبات إن جحدتها من صدرت منه، غير أن ذلك متوقف على توفر بعض الشروط كأن يكون مقروءا ومفهوما ودوام حفظ ما دون فيه حتى يتمكن من استرجاعه أو العودة إليه .

2-حجية الوسائل الحديثة في إثبات التعبير عن الإرادة في عقد الزواج:

¹ محمد عقلة الابراهيم، المرجع السابق، ص 112-113.

² ينظر المادة 13 من مرسوم القانون رقم 39 لسنة 1980 بإصدار قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية الكويتي، المرجع السابق

³ الجمل سمير حامد، المرجع السابق، ص 261-262.

⁴ الجمل سمير حامد، المرجع السابق، ص 261-262.

⁵ المادة 12 فقرة 4 من قانون البينات السوري، المرجع السابق .

⁶ الجمل سمير حامد، المرجع السابق، ص 264.

رأينا فيما سبق أن التعبير عن إرادة العاقدین عند إبرام عقد الزواج عبر تقنيات الحديثة يختلف حسب نوع الوسيلة المستخدمة لنقله بين الموجب والقابل، فقد يكون صوتيا وقد يتخذ شكل كتابة إلكترونية .

لذا سنتناول المحرر والتوقيع الإلكترونيين وبيان حجيتهما في إثبات عقد الزواج:

أ- حجية المحرر الإلكتروني في إثبات عقد الزواج:

لقد اتجهت النظم القانونية والقضائية والفقهية بوجه عام إلى قبول التقنيات العلمية الحديثة في الإثبات المدني، وتعدّ المعاملات الإلكترونية وهي من أبرز سمات هذا العصر، حيث أصبحت التكنولوجيا المعلوماتية تشكل الجهاز العصبي للمجتمعات الحديثة والدليل الكتابي لكي يصبح أقوى دليل حتى يعتمد كوسيلة إثبات لا بد أن يكون مكتوبا وموقعا، وجرى العرف على تدوين المحررات الرسمية والعرفية على الأوراق بلغة المتعاقدين أو أي لغة يختارها لتحديد العقد، ولقد أدى استعمال التكنولوجيا الحديثة إلى تدوين المحررات على وسائط إلكترونية وتحويلها إلى لغة يفهمها الحاسوب¹.

اعترف المشرع بالكتابة الإلكترونية إلى جانب الكتابة التقليدية كوسيلة إثبات في تعديل القانون المدني وضع لها تعريفا في نص المادة 323 مكرر بالقول: " ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تضمنتها وكذا طرق إرسالها "².

وبعد إقرار المشرع بالمحرر الإلكتروني كوسيلة إثبات ساوى بينه وبين المحرر التقليدي من حيث حجيته في الإثبات وهذا ما نصت عليه المادة 323 مكرر 1 على أنه " يعد الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كإثبات بالكتابة على الورق بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدّة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها "

ومنه يتضح أن المحرر الإلكتروني هو مثل المحرر التقليدي دليل كتابي للإثبات وهذا يعني أنه لا يمكن إنكار أو استبعاد أي معلومات أو أثر مترتب عن المحرر الإلكتروني أو القول بضعف قوة الدليل المستمد منه أو التقليل من درجة صحته، سواء بسبب الطريقة المستخدمة في تحرير المعلومات أو لدعامة الموجودة عليها هذه المعلومات أو الوسيلة التي تم عبرها تبادل هذه المعلومات³. ويستخلص أيضا من النصوص السابقة أن المشرع وحتى يضيفي على المحررات الإلكترونية طابع الحجية في الإثبات القانوني حدد شروطا وخصائص وجب توافرها فيه وتمثل في ما يأتي :

- أن تكون الكتابة ذات معنى مفهوم، وقابلة للقراءة ولا تحمل رموزا أو عبارات مستعصية الفهم أو الإدراك.
- تحديد هوية المحرر : فالمحرر الذي لا يمكن تحديد هوية محرره لا يحمل أي معنى أو دلالة، لذا يرى أغلب فقهاء القانون أن المشرع الجزائي قصد وضع هذا الشرط تحديدا للمحرر الإلكتروني، فهذا الأخير لا يكتسب حجية في الإثبات إلا إذا كان مهورا بالتوقيع الإلكتروني فإن تخلف هذا التوقيع لا تضي عليه أي حجية⁴.
- إعداد المحرر في ظروف تضمن له السلامة : أي ضمان عدم طرؤ أي تعديل على المحرر الإلكتروني وبقاؤه بحالته التي تم إنشائه عليها منذ صدوره من الخاطب إلى وصوله إلى المخطوبة أو وليها (أي المتعاقد الآخر)⁵.
- دوام المحرر الإلكتروني لمدة طويلة: حتى يتسنى العودة إليه في حالة التنازع، فقد ينكر الموجب صدور الإيجاب منه في هذه الوسيلة أو ينكره تماما، فهنا يمكننا المحرر الإلكتروني الذي نقل الإيجاب في عقد الزواج من إقامة الحجة أو عدّها كقرينة لانعقاده

¹ أبكرعلي عبد المجيد أحمد، عادل محمد عبد الله عبد الباقي، مدى حجية الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات من منظور التشريعات السودانية، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الأغواط، المجلد 02، ع 4، د ن، ص 596.

² المادة 323 مكرر من القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 18.

³ التهامي سامح عبد الواحد، التعاقد عبر الانترنت " دراسة مقارنة "، دار الكتب القانونية، مطابع شتات، مصر، د ط، 2008م، ص 498-499.

⁴ التهامي سامح عبد الواحد، ص 531

⁵ المرجع نفسه، ص 534.

فالحرر الإلكتروني ليس كباقى المحررات العادية يتميز بخاصية ثبات الحرر الإلكتروني وعدم قابليته للتغيير أو التعديل التي يظهر أثر تعديلها بالعين المجردة إذ من ليس من السهولة تعديل الملف الحرر الكترونيا فإن لم تتوفر هذه الخاصية انتفى عليه طابع الحجية في الإثبات¹.

ب - حجية التوقيع الإلكتروني في اثبات عقد الزواج :

يعدّ التوقيع مُعَيَّر عن ركن الرضا في إبرام التصرفات القانونية فيثبت نسبة التصرف إلى صاحب التوقيع، بل وأضحيتطلبه القضاء لصحة السند العادي وإضفاء الحجية القانونية عليه، والتطور التكنولوجي في مجال المعاملات ولّد لنا طريقة جديدة للتوقيع وهو التوقيع الإلكتروني، وبوصفه مصطلحا حديث التداول فقد اختلف الفقهاء في تعريفه ومن بين التعريفات التي سنوردها للتوقيع الإلكتروني أنه: "اتباع إجراءات محددة تؤدي في النهاية إلى نتيجة معينة معروفة مقدما فيكون مجموع هذه الإجراءات هو البديل للتوقيع التقليدي"².

وللتوقيع الإلكتروني عدة صور وذلك حسب الطريقة أو الأسلوب الذي يتم به نذكر منها :

التوقيع بالقلم الإلكتروني (pen-op) : وهو عبارة عن قلم الكتروني حساسي يمكن استخدامه في الكتابة على شاشة الحاسب الآلي الخاص بالموقع، ومن مميزاته :صعوبة تقليده في حالة سرقة البطاقة أو الرقم السري³.

التوقيع البيو متري : ويعتمد هذا التوقيع على تخزين الخواص والصفات الفيزيائية والطبيعة السلوكية للإنسان (نبذة الصوت، بصمة الأصبع، قرينة العين) على الحاسب بموجب جهاز مسح خاص ثم التحقق من شخصية المتعاقد من خلالها⁴.

التوقيع الرقمي : (numérique signature) : عبارة عن أرقام مطبوعة على محتوى المعاملة، يتم التوقيع بها عن طريق مفتاح خاص يحول الرسالة المقروءة والمفهومة إلى رسالة رقمية غير مقروءة وغير مفهومة ثم يقوم الطرف الآخر بفك الشفرة عن طريق مفتاح آخر لتحويلها الى أصلها المقروء⁵.

وبعد عرض مختلف أنماط التوقيع الإلكتروني يتضح أن كلا من التوقيع بالقلم الإلكتروني والتوقيع الرقمي يصعب اختراقهما واستخدامهما من شخص آخر، إذ أنهما يُعدّان من بين الطرق الصحيحة للإثبات مثله مثل التوقيع اليدوي متى توفرت له الشروط والضوابط التي تضمن له تحقيق المقصد منه ، وبالتالي يضيفان نوعا من الحماية للزواج الإلكتروني المبرمج عبر الأنترنت على العكس من التوقيع البيومتري الذي يرى البعض ضعفه من حيث درجة الثقة والأمان⁶، إلا أن التوقيع الرقمي هو الأكثر حداثة و إضفاء للسلامة والحماية على التعاقد الإلكتروني وأكثرهم انتشارا .

أما عن حجية التوقيع الإلكتروني في إثبات المعاملات الإلكترونية فيظهر فيما يأتي :

-تحديد هوية الموقع⁷: فالوظيفة الأولى للتوقيع الإلكتروني هي تحديد الموقع والتدليل على هويته وقد جاء هذا الشرط منصوص عليه فيال مادة 323 مكرر 1 المحال إليها المادة 327 فقرة 02 التي نصت على : "ويعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في

¹ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للمعاملات الإلكترونية، مجلس النشر العلمي، الكويت، ط 1، 2003م، ص 166-168

² التهامي سامح عبد الواحد، ص 282-283.

³ عابض المري راشد، المرجع السابق، ص 114

⁴ عيسى غسان راضي، القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الاردن، 2009 م، ص 64.

⁵ أبو الهيجاء محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 132.

⁶ أبو الهيجاء محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 132.

⁷ عبد الحميد ثروت، التوقيع الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، د ط، 2007، ص 26.

المادة 323 مكرر 01 أعلاه ¹، وبالتالي باستقراء نص المادة 323 مكرر من القانون المدني فإذا لم يكن التوقيع كاشفا عن هوية صاحبه ومحددا لشخصه فلا يعتد به ويقصر عن أداء دوره القانوني في إسباع الحجية على المحرر.

وهو ما نصت المادة 6 من القانون رقم 04-15 والتي حددت القواعد المتعلقة بالتوقيع والتصديقا إلكترونين كما نصت المادة 9 من نفس القانون على أنه لا يمكن تجريد التوقيع الإلكتروني من فعاليته القانونية أو رفضه كدليل أمام القضاء ².

-الدلالة على الرضا والالتزام بما تم التوقيع عليه: يدل التوقيع على رضا صاحبه ما دام أمكن نسبة التوقيع له، وبفضل التطور التقني وظهور سلطات تولت التوثيق منه أمكن تعزيز ضمانات قبوله في الإثبات وارتفاع دلالة على الرضا ³، لكن بتوفر عدة شروط نذكر منها :

-ارتباط التوقيع بشخص الموقع، وتحديد هويته بطريقة معلومة.

-سيطرة الموقع على الوسيط الإلكتروني المستخدم في تثبيت التوقيع الإلكتروني عن طريق توفر لديها آليات حفظ المفتاح البشري الخاص

-إمكانية كشف أي تعديل أو تغيير في بيانات التوقيع الإلكتروني ⁴.

وجدير بالذكر أن مما يثبت به عقد الزواج الإلكتروني أيضا وبصورة قطعية هو التوثيق الإلكتروني لدى الجهات المختصة في كل دولة أو ما يصطلح عليها (بكتاب العدل الإلكتروني، مزود خدمات التصديق، جهة اعتماد التوقيع الإلكتروني) والتي من مهامها إصدار شهادات توثيق الكتروني عن طريق سجل الكتروني يتضمن مجموعة من البيانات تتعلق بطلب الشهادة والجهة المانحة لها وتاريخ صلاحيتها، وتكمن وظيفة هذه الشهادات في إثبات صحة كل السندات الإلكترونية وذلك من خلال إثبات صحة تلك المعلومات الواردة فيها وبصحة نسبة التوقيع الإلكتروني للشخص الذي أصدر هذا السند ⁵.

وفي حالة وجود نزاع حول إثبات أو توثيق الزواج المنعقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة فإنه يمكن للمرأة أو وليها أن يتقدما بطلب توثيق الزواج (أو ما يسمى بدعوى تثبيت الزواج) ⁶ إلى الجهة المختصة (قاضي شؤون الأسرة) بناء على ما لديه من بينات كالإرساليات المكتوبة عبر البريد الإلكتروني أو مواقع الويب ، التي يمكن اعتمادها كقرينة تثبت قيام الزوجية لما تتميز به من حجية في الإثبات، كما إن هناك من عدّ تسجيل المكالمات الهاتفية بمنزلة الإقرار غير القضائي بوصفه واقعة أو قرينة يعود تقديرها للقاضي ويجب إثباته وفقا للقواعد العامة في الإثبات.

المطلب الثاني: الحكم الفقهي و الموقف القانوني لعقد الزواج عبر تقنيات الاتصال الحديثة:

سنتطرق في هذا المطلب إلى حكم عقد الزواج عبر تقنيات الاتصال الحديثة من خلال عرض آراء فقهاء الشريعة الإسلامية القدامى والمحدثين مع إعطاء وجهة نظر القانون حول كل مسألة.

ونظرا لتمايز هذه التقنيات الحديثة من حيث الخصائص سنبين في (الفرع الأول) حكم عقد الزواج بالكتابة عبر هذه التقنيات، ثم نتطرق إلى حكمه عبر تقنيات الاتصال المسموعة والمرئية في (الفرع الثاني)، وفي (الفرع الثالث) نبين حكم عقد الزواج عبر تقنية الأنترنت، مع بيان موقف التشريعات المقارنة حول كل حكم .

¹ المادة 327 فقرة 02 من القانون المدني الجزائري، المرجع السابق

² ينظر المادتين 6 و 9 من القانون رقم 04-15، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق إلكترونين المرجع السابق

³ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 169.

⁴ العبيدي أسامة عبد الغانم، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، مج 28، العدد 56، ص 166.

⁵ المرجع نفسه، ص 161، الجمال سمير حامد، المرجع السابق، ص 31-324،

⁶ تنص المادة 22 من قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق : "يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم إذا توفرت أركانه وفقا لهذا القانون ويتم تسجيله بالحالة المدنية "

الفرع الأول: حكم عقد الزواج بالكتابة عبر تقنيات الاتصال الحديثة فقها وقانونا:

لقد توصلنا مما سبق ذكره إلى أن مجلس العقد قد يكون حقيقيا أو حكيميا، كالتعاقد بأي وسيلة من وسائل الاتصال كالهاتف وغيره، ومن هنا لا بد من الحديث عن حكم انعقاد العقد بالكتابة بين حاضرين (أولا) وحكم انعقاد العقد بين غائبين (ثانيا):

أولا: حكم صحة عقد الزواج بالكتابة في حضور العاقدین (فقها وقانونا):

سنبين حكم عقد الزواج بالكتابة بين حاضرين في الفقه الإسلامي، ثم نبين موقف التشريعات العربية المقارنة من هذا النوع من الزواج:

1-الرأي الفقهي :

اتفق الفقهاء على عدم انعقاد النكاح بالكتابة من الحاضرين، لأن اللفظ هو الأصل في حقهما، ولا يجوز العدول عن اللفظ إلى الكتابة مع القدرة عليه¹، ولا يلجأ إلى الطرق البديلة للتعبير عن الإرادة كالكتابة إلا للضرورة، ولا ضرورة هنا- حسب رأيهم-، كما إن الكتابة عند الفقهاء في غير معرضها كناية، والزواج لا ينعقد بالكناية، إذا كان المتعاقدان حاضرين². كما يشترط الفقهاء لصحة عقد الزواج حضور شاهدين سامعين لكلام العاقدین، وهو الأمر الذي لا يتيسر لهما (أي الشاهدين) في حالة الكتابة وفهمه، أما في حالة ما إذا وجد مانع يمنع أحد المتعاقدین أو كليهما من التعبير باللفظ لعل الخرس وكان يعرف الكتابة جاز العقد بها³.

وهذا ما ذهب إليه فقهاء مجمع الفقه الإسلامي في دورة مؤتمره الرابع بجدة⁴، وعليه وتخريجا على هذا الحكم، فإنه لا يصح إجراء عقد الزواج بالكتابة عبر تقنيات الاتصال الحديثة إذا كان العاقدان حاضرين في مجلس العقد إلا للضرورة.

2-موقف التشريعات العربية المقارنة من الزواج بالكتابة بين حاضرين:

الأمر كذلك في قوانين الأحوال الشخصية العربية - على أساس أنها مستمدة من الفقه الإسلامي- فإن عقد النكاح بالكتابة لا ينعقد إذا كان العاقدان حاضرين في مجلس العقد وكانا قادرين على النطق .

وبالرغم من أنها لم تنص في قوانين الأحوال الشخصية صراحة على عدم جواز انعقاد النكاح بالكتابة بين حاضرين، إلا أنها لم تجز انعقاد النكاح بالكتابة بهذه الطريقة، وهذا يرجع إلى عاملين أساسيين هما⁵:

- أن المذاهب الفقهية أجمعت على عدم جواز انعقاد النكاح بالكتابة بين الحاضرين فلا يجوز لتلك القوانين مخالفة إجماع هذه المذاهب

- إن عدم وجود نص في تلك القوانين - فيما يتعلق بهذه المسألة - يقودنا إلى الرجوع إلى نص المادة التي تحكم مالا ذكر له في القانون ويُرجع فيه إلى الراجح أو المشهور أو المعمول به من مذهب معين)، وحيث أننا توصلنا -مما سبق- أن جميع هذه المذاهب مجمعة على عدم جواز انعقاد النكاح بالكتابة بين حاضرين، فإنه وبالرجوع إلى كل ما هو راجح أو مشهور أو معمول به في ذلك المذهب فإن انعقاد النكاح بالكتابة بين حاضرين لا ينعقد بقوله.

ثانيا : حكم صحة عقد الزواج بالكتابة بين عاقدین غائبین (فقها وقانونا):

¹ ينظر: النووي، كتاب المجموع في شرح المذهب للشيرازي، حققه وعلق عليه وأكمه: محمد نجيب المطيعي، دار النفائس، الرياض، السعودية، د ط، د ت ن، ج9، ص 201، الخطاب، المرجع السابق، ج3، ص 490. النووي يحيي بن شرف الدين، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المرجع السابق، ج5، ص 383
² ابن عابدين، المرجع السابق، ج3، ص 12، ابن نجيم، المرجع السابق، ج3، ص 90، ابن قدامة المقدسي، المغني مختصر الخزي، المرجع السابق، ج 7، ص 424، الشربيني محمد بن الخطيب، المرجع السابق، ج4، ص 200.

³ الخطاب، المرجع السابق، ج3، ص 490، النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المرجع السابق، ج5، ص 383.

⁴ قرار رقم: 52(6/3)، مجمع الفقه الإسلامي لسنة 1990م، المرجع السابق.

⁵ خالد محمود حمادة، عقد الزواج بالكتابة، تقديم: محمد عقلة الإبراهيمي، دار النفائس، الأردن، ط1، 2002م، ص 70.

فكرة التعاقد بين غائبين من المسائل التي أولاها فقهاء المسلمين اهتمامهم، ومع تطور الزمن واختلاف ظروف الحياة للناس، أصبح هذا الموضوع من المواضيع الجديدة بالاهتمام، والمميز الأساسي للتعاقد بين الغائبين أن صدور القبول يتم في غيبة الموجب¹. وصورته-على سبيل المثال-أن يكتب رجل إلى امرأة كتاباً معبراً عن إرادته في إنشاء عقد الزواج، فإذا وصلها الكتاب وأحضرت الشهود، وقرأت ما في الكتاب عليهم ليسمعوا ما جاء فيه، ثم يسمعون قبولها بقولها زوجت نفسي منه في المجلس الذي تم فيه قراءة الكتاب .

1-موقف الفقه: اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في هذه المسألة على رأيين :

الرأي الأول: القائل بأن النكاح لا ينعقد بالكتابة بين الغائبين في مجلس العقد: وبه قال جمهور الفقهاء من المالكية² والشافعية³ والحنابلة⁴، والظاهرية⁵.

ويمكن أن نبين هذا المعنى في بعض النصوص الفقهية التي أوردها الفقهاء القدامى في كتبهم:

قال الخطاب: "والنكاح لا ينعقد بالكتابة والإشارة ونحو ذلك، فالنكاح يفتقر إلى التصريح ليقع الإشهاد عليه"⁶، وقال الإمام النووي: "إذا كتب بالنكاح إلى غائب أو حاضر لم يصح، وقيل يصح في الغالب وليس شيء لأنه كناية، ولا ينعقد بالكناية"⁷، وذكر الإمام الشربيني أنه "لا ينعقد بكتابة أي النكاح، في غيبة أو حضور لأنها كناية.."⁸، في حين قال الماوردي: "و أما الكتابة في حق القادر على النطق فلا ينعقد بها النكاح مطلقاً على الصحيح في المذهب"⁹ وقال الإمام ابن حزم: "...ولا يجوز النكاح إلا باسم الزواج أو التمليك أو الإمكان، ولا يجوز بلفظ الهبة، ولا بلفظ غيرها، لما ذكرنا، أو بلفظ الأعجمية يعبر عن الألفاظ التي ذكرنا لمن يتكلم بتلك اللغة ويحسنها"¹⁰.

وقد أيد هذا القول مجمع الفقه الإسلامي في دورة مؤتمره الرابع بجدة -المذكور سابقاً- فقد ذهب أكثر أعضائه إلى جواز التعاقد بين غائبين مكاتبه عن طريق وسائل الاتصال الحديثة، إلا في عقد الزواج فقد منعه، وعللوا ذلك باشتراط الإشهاد فيه¹¹. واستند أصحاب هذا القول في رأيهم على أدلة عديدة منها :

- من شروط الإيجاب والقبول الموالاة وهو اتصال الإيجاب والقبول من غير فاصل، وهذا غير متوفر في العقد بالكتابة بين غائبين¹².

¹ خالد محمود حمادنة، المرجع السابق، ص 52.

² الخطاب، المرجع السابق، ج3، ص 490.

³ النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المرجع السابق، ج5، ص383، النووي، المجموع شرح المذهب للشيرازي، المرجع السابق، ج9، ص 197، الشربيني محمد الخطيب، المرجع السابق، ج4، ص230.

⁴ المرداوي أبو الحسن علي بن سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، (د ط، د ت ن)، ج8، ص50، البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع، المرجع السابق، ج5، ص39.

⁵ ابن حزم، المحلى بالآثار، تحقيق محمد منير الدمشقي، إدارة الطباعة المنيرية، مصر، ط1، 1929 م، ج9، ص 464.

⁶ الخطاب، المرجع السابق، ج3، ص 440.

⁷ النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المرجع السابق، ج5، ص 383.

⁸ الشربيني، المرجع السابق، ج4، ص 230.

⁹ المرداوي، المرجع السابق، ج8، ص 50.

¹⁰ ابن حزم، المرجع السابق، ج9، ص 464.

¹¹ قرار رقم 52(6/3)، مجمع الفقه الإسلامي، المرجع السابق،

¹² الأشقر أسامة عمر سليمان، المرجع السابق، ص 105.

- عقد الزواج في هذه الحالة يفتقر إلى التصريح به ليقع الإشهاد عليه، وبالتالي فلا ينعقد بالكتابة مع القدرة على النطق، لأن شهادة الشهود على تلاوة ما في الكتاب، هي شهادة على الإقرار لا شهادة على الانعقاد¹.

- يشترط في عقد النكاح سماع كل من العاقدين لفظ الآخر حقيقة لا حكما فيما يتعلق بالإيجاب والقبول، وقد وردت عدة نصوص فقهية تدل على ذلك جمعها الدكتور وحيد الدين سوار²، ومن هذه النصوص :

ما أورده المغربي في تعاليق الأدوار على الدر المختار " وشرط سماع كل من العاقدين.. فلو لم يسمع إلا أحدهما لم يصح إلا أنه يشكل بنكاح فضولي..."³.

الرأي الثاني : القائل بجواز إجراء عقد الزواج بالكتابة بين غائبين : يرى أصحاب هذا الرأي أن عقد الزواج ينعقد بالكتابة بين الغائبين، وبه قال الحنفية⁴، ومجموعة من الفقهاء المعاصرين منهم مصطفى السباعي⁵ وأحمد فراج حسين⁶، وبدران أبو العينين بدران⁷.

وقد استدلل أصحاب هذا الرأي بما يأتي:

- ما رُوي "أن الرسول صلى الله عليه وسلم كتب إلى النجاشي بخط أم حبيبة - رضي الله عنها - فزوجها النجاشي منه صلى الله عليه وسلم، وكان وليها بالسلطة، وروي أنه زوّجها من النبي صلى الله عليه وسلم قبل أن يكتب إليه رسول الله صلى الله عليه وسلم فأجاز الرسول صلى الله عليه وسلم كتابه"⁸.

وكلاهما حجة لنا على إن النكاح بالكتاب يصح لأن الكتاب ممن نأى كالخطاب ممن دنا"⁹.

-القاعدة القائلة "الكناية من الغائب بمنزلة الخطاب من الحاضر"¹⁰.

وقد اشترط الحنفية لصحة عقد الزواج بالكتابة بين غائبين شروطا يمكن اجمالها فيما يأتي:

-أن لا يكون العاقدان حاضرين معا في مجلس العقد¹¹.

-أن يشهد على الموجب شاهدين على ما في الكتاب عند إرساله¹².

-أن يصرح المرسل إليه بالقبول لفظا لا كتابة¹³.

-أن يشهد لغائب حين يأتيه الخطاب شاهدين، ويعرفهم بواقع الحال ويصرح أمامهم بالقبول، وبذلك يحكم الحنفية أن الشهود سمعوا الإيجاب الذي تضمنه الكتاب والقبول الذي تلفظت به المرأة¹⁴.

¹ الخطاب، المرجع السابق، ج3، ص 490.

² سوار وحيد الدين، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، ط2، 1979م، ص 679-698.

³ سوار وحيد الدين، المرجع السابق، ص 696.

⁴ الكسائي، المرجع السابق، ج2، ص 233، السرخسي، المرجع السابق، ج5، ص 16.

⁵ السباعي مصطفى، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الورق، دار النيرين، بيروت، لبنان، ط9، 1422هـ 2001م، ج 9، ص 86.

⁶ فراج حسين أحمد، المرجع السابق، ص 140.

⁷ بدران أبو العينين بدران، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية، والعقود، دار النهضة العربية، لبنان، د ط، 1968م، ص 383.

⁸ السرخسي، المرجع السابق، ج5، ص 15 وما بعدها.

⁹ المرجع نفسه.

¹⁰ الكسائي، المرجع السابق، ج2، ص 231.

¹¹ عبد الحميد محمد محي الدين، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ط 1984م، ج1، ص 86.

¹² ابن عابدين المرجع السابق، ص 12.

¹³ ابن عابدين المرجع السابق، ص 12، ينظر أيضا: الأشقر عمر أسامة، المرجع السابق، ص 108، سوار وحيد الدين، المرجع السابق، ص 211.

¹⁴ ابن عابدين، المرجع السابق، ص 12، أنظر : بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 43.

الرأي الراجح: بعد عرض آراء الفقهاء في هذه المسألة، وبيان أدلتهم يتبين رجحان ما ذهب إليه أصحاب الرأي الثاني القائل بصحة عقد الزواج بالكتابة بين غائبين وهو مذهب الحنفية، وذلك لقوة أدلتهم وصحتها، بالإضافة إلى أن إجازة هذا النوع من العقود فيه تسهيل وتيسير لأموال الناس وتجاولا مع روح الشريعة السمحة في رفع الحرج والمشقة، وأن التحجج بمضنة حدوث التزوير والغش فإن تطور التقنية العلمية اليوم أضحت قادرا على اكتشاف التزوير في الوثائق والعقود، كما يمكن تجنب ذلك باتخاذ إجراءات الأمان لا المنع.

وهكذا - وتخرجنا على ما ذهب إليه الحنفية وبعض الفقهاء المعاصرين - يمكن القول بجواز إجراء عقد الزواج بالكتابة بين غائبين عبر تقنيات الاتصال الحديث.

02-موقف التشريعات العربية المقارنة: من خلال استقراء التشريعات العربية فيما يخص الأحوال الشخصية، يتضح أن هناك قوانين أخذت صراحة برأي الحنفية، وبعض التشريعات لم تنص صراحة في قوانينها عن مسألة التعاقد بالكتابة بين غائبين :

أ- التشريعات التي نصت صراحة بجواز التعاقد بالكتابة بين غائبين: يُلاحظ أن النصوص التي جاءت بها قوانين الأحوال الشخصية العربية في هذه المسألة يغلب عليها استعمال مصطلح التعاقد بين الغائبين أو بالرسول، ونجد في البعض منها أن التعبير بالكتابة يساوي التعبير بالقول وغيره كالإشارة ونحوها:

-قانون الأحوال الشخصية الإماراتي: جاء في نص المادة 41 منه ¹ " يشترط في الإيجاب والقبول: ...وبين الغائبين بحصول القبول في مجلس تلاوة الكتاب أمام الشهود أو إسماعهم مضمونه أو تبليغ الرسول ولا يعد القبول متراخيا عن الإيجاب إذا لم يفصل بينهما ما يدل على الإعراض".

وفي مبادرة هي الأولى من نوعها في العالم العربي أعلنت دولة الإمارات العربية المتحدة انطلاق تسجيل عقود الزواج الكترونيا من أجل حفظ حقوق الزوجين، وفتحت بوابة الكترونية يتقدم فيها الزوج ويدخل بياناته المختلفة وبعده يقوم النظام آليا بالاستعانة بخرائط "جوجل ماب" بإحالة البيانات لأقرب مأذون لمكان طالب الزواج، فيتم إرسال مأذون ليتحقق بشكل سريع جدا من تلك البيانات مع إمكانية تعديلها أو إضافة شرط من المأذون ².

-قانون الأحوال الشخصية العراقي: نصت المادة 06 منه ³.... ينعقد الزواج بالكتابة من الغائب لمن يريد أن يتزوجها بشرط أن تقرأ الكتاب أو تقرأه على الشاهدين وتسمعهما عبارته وتشهدهما على أنها قبلت منه".

وجدير بالذكر، أنّ المشرع العراقي وسعيا منه لإضفاء بعض الرسمية على الكتاب المتضمن للإيجاب، وقصدا منه لحماية عقد الزواج من التلاعب فقد أضاف فقرة ثانية إلى نص المادة 06 ⁴ والتي جاء فيها " ..إذا كان أحدهما غائبا عن المنطقة وبشرط تصديق الوكالة من كاتب عدل محل إقامة الموكل وتأييدها من قبل ممثل حكومة إقليم كردستان في تلك الدولة "

-قانون الأحوال الشخصية السوري: نصت المادة 07 منه ⁵ على أنه "يجوز أن يكون الإيجاب والقبول بالكتابة إذا كان أحد الطرفين غائبين عن المجلس".

-قانون الأحوال الشخصية الكويتي: نصت المادة 09 منه ¹ "يجوز أن يكون الإيجاب بين الغائبين بالكتابة أو بواسطة رسول".

¹ المادة 41 من قانون اتحادي رقم 28 لسنة 2005 المتضمن قانون الأحوال الشخصية الاماراتي، المرجع السابق، ص 17.

² الإمارات اليوم، العدل تطلق الزواج الالكتروني، على موقع <http://www.emaratalyoun.com> اطلع عليه بتاريخ: 2023/01/14.

³ المادة 06 من قانون رقم 188 لسنة 1959م المتضمن قانون الأحوال الشخصية العراقي، المرجع السابق

⁴ أضيفت هذه الفقرة إلى نص المادة 6 من قانون الأحوال الشخصية العراقي -المرجع السابق- بموجب قرار إقليم كردستان رقم 62 في 2000/04/29م أنظر: فاروق عبد الله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 وتعديلاته (عقد الزواج وآثاره، والفرقة وآثارها، وحقوق الأقارب)، كلية القانون، جامعة السليمانية، (د د ن، د ط،)، إقليم كردستان العراق 2004م، ص 42.

⁵ المادة 7 من المرسوم التشريعي رقم 59 لسنة 1953 م المتضمن قانون الأحوال الشخصية السوري، المعدل والمتمم، المرجع السابق .

- **قانون الأحوال الشخصية المصري** : نص قانون الأحوال الشخصية المصري رقم 25 لسنة 1925² في المادة 6 فقرة 2 منه على أنه " يجوز أن يكون الإيجاب عن الغائب بكتاب أو بواسطة رسول، فإذا كان أحد الطرفين غائبا وعرض إيجابه كتابة فيجب أن يقرأ كتابه بحيث يسمعه الكل بما في ذلك الشاهدين، فإذا كانت المخطوبة قد خطبت بكتاب فيجب أن تقرأه على الشاهدين قائلة: إن فلانا بعث إلى يخطبني، وتشهدهما في المجلس أنها زوجت نفسها منه"³.

والجدير بالذكر إن هذه النصوص لم تحدد المقصود بالكتابة التي أجاز بها عقد الزواج بين غائبين، هل هي الكتابة العادية أم تشمل الكتابة الالكترونية، ومادام أنها لم تحدد ذلك على سبيل الحصر، فتدخل الكتابة الالكترونية المرسلة عبر وسائل الاتصال الحديثة كالبريد الالكتروني، وما يماثله من الوسائل الحديثة المعروفة.

ب- **بعض التشريعات العربية التي لم تنص على التعاقد بالكتابة بين غائبين** : و لم تنص كذلك بعدم صحة هذا النوع من التعاقد ومن بينها :

- **قانون الأحوال الشخصية الأردني** : المشرع الأردني لم ينص في قانون الأحوال الشخصية على عقد الزواج بالكتابة ، لكن وبالرجوع إلى نص المادة 325 منه تنص على أنه " ما لا ذكر له في هذا القانون يرجع فيه إلى الرأي الراجح في مذهب أبي حنيفة، فإذا لم يوجد حكمت المحكمة بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة النصوص هذا القانون"⁴.

وبالتالي فإنه يرجع للراجح في مذهب أبي حنيفة والراجح عندهم - كما تم ذكره -، هو أنه في غياب أحد العاقدين فإنه يمكن التعاقد بواسطة الكتاب لتعذر المشافهة بالشروط التي وضعتها الحنفية⁵.

- **مدونة الأحوال الشخصية المغربية**: ظهير شريف رقم 1، 57، 343 لسنة 1957م والمعدلة بموجب الظهير الشريف رقم 1، 93، 347 لسنة 1993م:

أما المشرع المغربي وضع في نص المادة 11 شروطا للإيجاب والقبول منها أن يكونا "شفويين عند الاستطاعة أو بالكتابة أو الإشارة المفهومة"، لكنه لم يتطرق إلى التعاقد بالكتابة، مما جعل شراح المدونة يرون بأن عقد الزواج بالكتابة لا ينعقد .

إلا إن الباحث يرى أن السبب الحقيقي في منع هذا النوع من الزواج هو ما جاء به الفصل رقم 297 من المدونة والذي ينص على أنه " كل ما لم يشمل هذا القانون يرجع فيه إلى الراجح أو المشهور أو ما جرى عليه العمل من مذهب الإمام مالك "⁶، وبالرجوع إلى مذهب الإمام مالك - كما رأينا سابقا- فإن النكاح بالكتابة بين الغائبين لا يجوز .

- **مجلة الأحوال الشخصية التونسية**¹: نجد أن المشرع التونسي أيضا لم يتطرق إلى هذا النوع من الزواج واكتفى بالنص في الفصل الثالث منه : لا ينعقد الزواج إلا برضا الزوجين " ولم يفصل في كيفية التعبير عن هذه الإرادة، ولم نجد في مجلة الأحوال الشخصية

¹ المادة 9 فقرة ب من القانون رقم 51 لسنة 1984 في شأن الأحوال الشخصية الكويتي، ج ر ع 1570 بتاريخ 24 شوال 1404 هـ الموافق 23 1984/7/م السنة الثلاثون المعدل بالقانون رقم 66 لسنة 2007م ج ر ع 853 السنة الرابعة والخمسون.

² قانون الأحوال الشخصية رقم 25 لسنة 1920 الصادر بتاريخ 25 شوال 1338 هـ الموافق ل 1 يوليو 1920 المعدل بالقانون رقم 25 لسنة 1929 و الصادر بتاريخ : بتاريخ 28 رمضان 1347 هـ الموافق 10 مارس 1939م المتضمن أحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية، (جمهورية مصر العربية، الوقائع المصرية، ع 27، بتاريخ 10 مارس 1939م) المعدل بالقانون رقم: 100 لسنة 1985 (ج ر ع 27 بتاريخ 04 يوليو 1985م) المعدل بالقانون رقم 1 لسنة 2000 الصادر بتاريخ : في 22 شوال 1420 هـ الموافق ل 29 يناير سنة 2000م المعدل بالقانون رقم: 100 لسنة 1985 (ج ر ع 27 بتاريخ 04 يوليو 1985م).

³ حسن نجا قصاب، كتاب العائلة (1)، قانون الأحوال الشخصية مع شرح قانوني كامل، (د د ن، د من)، ط 1، 1958م، ص 69.

⁴ المادة 325 من القانون رقم 15 لسنة 2019م، المتضمن قانون الأحوال الشخصية الأردني، المرجع السابق .

⁵ محمد خلف محمد بني سلامة، مشروع عقود الزواج بالكتابة عبر الأنترنت "دراسة فقهية مقارنة مع قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (36) لسنة 2010 م"، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية، مجلد 22، العدد الثاني، يونيو 2014م، ص 524.

⁶ الفصل 2 مدونة الأحوال الشخصية المغربية، المرجع السابق

التونسية نصا يحيلنا إلى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، أو أي مذهب يلجأ إليه في حالة انعدام وجود نص قانوني حول مسألة معينة.

-موقف المشرع الجزائري :

باستقراء نص المادة 10 من قانون الأسرة الجزائري -المذكورة أعلاه- يتضح بجلاء إن المشرع قد بين السبيل الأصيل في التعبير عن الإرادة في مجلس العقد بين العاقدین (وهو اللفظ)، وذكر الطرق البديلة في حالة تعذر عليها ذلك كالكتابة وكل إشارة يفهم منها معنى النكاح، غير أنه لم يتطرق إلى عقد الزواج بالكتابة بين غائبين، كبعض التشريعات العربية، وأمام هذا الفراغ القانوني، تطبق أحكام المادة 222 من ق أ ج، والتي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وبالتالي يمكن الاستناد إلى المذهب الحنفي الذي يميز عقد الزواج بين غائبين بالكتابة.

وما يدفنا إلى هذا القول هو اعتناق المشرع في قانون الأسرة الجزائري لمذهب الحنفي في الكثير من أحكامه، التي لا يتسع المقام لاستعراضها منها المتعلقة بإبرام عقد الزواج وشروطه، ومنها ما خص لأحكام الموارث، لكن لا يجب أمام ذلك أن نستند إلى نصوصه بشكل مطلق لتبرير مواكبه للمستجدات التكنولوجية، فالمذهب الحنفي وإن كان له تواجد في الجزائر في مرحلة ما²، إلا أن ذلك كان ولا يزال في نطاق ضيق.

ويرى الباحث أن هذه التشريعات -وإن أغفلت ذكر هذا الموضوع- فإنها لم تمنعه صراحة، إذ أن هناك فرق بين عدم الذكر وبين المنع صراحة، وهذا لا يعني كذلك أنها أخذت برأي الجمهور الذي لم يُجز التعاقد بالكتابة بين غائبين، ذلك أن بعض التشريعات أوردت نصا لحسم هذا الفراغ القانوني والتي تحيلنا إلى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، إلا أن منها من حددت المذهب الواجب اتباعه، والبعض ترك الأمر إلى الاجتهاد.

لكن وأمام اختلاف الرؤى وكثرة الجدل الفقهي والقانوني حول تفسير هذه النصوص وتحليلها بين شراح وفقهاء القانون من جهة، وتجنباً لصدور أحكام وقرارات متناقضة من الجهات القضائية حول هذه الموضوع من جهة ثانية، كان على المشرع الجزائري وكذا المشرعين الذين لم يتطرقوا إلى هذا النوع من عقود الزواج في نصوصهم أن يلتقوا مع الفقه الإسلامي حول هذه المسألة مع رأي من الرايين السابقين، وبالتالي على المشرع حسم هذا الموضوع بالإعلان في نصوص مواده على إباحة أو منع إجراء العقود بالكتابة بين غائبين.

الفرع الثاني :حكم عقد الزواج (مشافهة)عبر تقنيات الاتصال الحديثة فقها وقانونا :

سنتناول موقف الفقه حول حكم الزواج (مشافهة)عبر تقنيات الاتصال الحديثة (أولاً)، ثم نرجع إلى موقف التشريعات المقارنة من هذا النوع من عقود الزواج (ثانياً):

أولاً : موقف الفقه:

اختلف فقهاء الشريعة المعاصرين في حكم إجراء عقد الزواج (مشافهة) عبر تقنيات الاتصال الحديثة على رأيين:

الرأي الأول:القائل بجواز إجراء عقد الزواج (مشافهة) عبر تقنيات الاتصال الحديثة: كالهاتف وما يشابهه، وبه قال بعض الفقهاء المعاصرين : منهم :مصطفى الزرقا³، ووهبة الزحيلي وإبراهيم فاضل الدبو⁴، بدران أبو العينين بدران¹، وأسامة عمر الأشقر².

¹ أمر مؤرخ في 6 محرم 1376هـ الموافق 13 أوت 1956 م، يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية،(الجمهورية التونسية، الرائد الرسمي العدد 66 بتاريخ 17 أوت 1956م، (دخل حيز التنفيذ في 01 جانفي 1957م)، المعدل والمتمم.

² حيث انتشر المذهب الحنفي بمنطقة الزاب ومنطقة تاهرت الرسمية (وسط وشرق الجزائر)، وبقي هناك حتى القرن الخامس الهجري، ينظر :اسماعيل سامعي، دور المذهب الحنفي في الحياة الاجتماعية والثقافية في بلاد المغرب الإسلامي، دار الهدى، عين مليلة، 2006، ص 62

³ تم نقل رأيه من د، محمد عقلة، وقال :أفتى الأستاذ مصطفى أحمد الزرقا بهذا الرأي :ينظر: محمد عقلة إبراهيم، المرجع السابق، ص 135.

⁴ الأشقر أسامة عمر سليمان، المرجع السابق، ص 109.

قال بدران أبو العينين بدران : " الزواج عبر وسيلة الهاتف جائز، وتعدّ الحادثة مجلس العقد ما دام الكلام من المتعاقدين في موضوع الزواج، فإذا خرج حديثهما منه إلى موضوع آخر، انتهى مجلس العقد ويبطل الزواج"³.

أما إذا اتصل بالإيجاب بالقبول دون فاصل أجنبي عنهما ثم بدأ الزوجان يتحدثان في موضوع آخر صح العقد⁴، وأما فيما يخص شرط الإشهاد على العقد فاشتراط أصحاب هذا الرأي حضور الشهود المحادثة الهاتفية التي يجري خلالها تبادل الإيجاب بالقبول (عقد الزواج)، وهذا يتطلب أن تتم المحادثة الهاتفية عن طريق جهاز هاتف يمكن الشهود من سماع صوت العاقد الآخر⁵.

الرأي الثاني : القائل بمنع عقد الزواج (مشافهة) عبر تقنيات الاتصال الحديثة :

وذهب إلى هذا القول : أكثر فقهاء الشريعة المعاصرين : منهم :عبد الله بن منيع⁶، ومحمد مصطفى شلي⁷، وهذا الرأي افنت به اللجنة الدائمة لبحوث العلمية والافتاء في المملكة العربية السعودية⁸، ومجمع الفقه الإسلامي⁹.

ويمكن أن يستدل لهم بما يأتي :

- إن هذا الطريق أي المهاتفة قد يشوبه خداع أحد العاقدين، وعقد النكاح وجب الاحتياط فيه مالا يحتاط في غيره لحفظ الفروج والأعراض، وهو ما استندت إليه اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والافتاء في المملكة العربية السعودية في إبداء رأيهم، فجاء في نص الفتوى "...ونظرا إلى عناية الشريعة الإسلامية بحفظ الفروج والأعراض، والاحتياط لذلك أكثر من الاحتياط لغيرها من عقود المعاملات، رأت اللجنة أنه ينبغي ألا يعتمد في عقود النكاح في الإيجاب والقبول والتوكيل على المحادثات التلفونية تحقيقا لمقاصد الشريعة، ومزيديا من العناية في حفظ الفروج والأعراض"¹⁰.

- يشترط لصحة الزواج الإشهاد فيه، والتعاقد عبر الهاتف الشاهدان يسمعان كلام أحد العاقدين فقط دون الآخر، أي سماعهما الإيجاب وحده أو القبول وحده وهذا غير كاف لصحة العقد¹¹.

هذا لمن يشترط الإشهاد في عقد الزواج، أما الذين لا يشترطونه فيمكن لهم القول أن عقد الزواج صحيح وجائز متى تأكد كل من الطرفين من شخصية الآخر وإرادته في الزواج، لكن هذا التأكد قد يشوبه عيبا : الغلط والتدليس لاشتباه الأصوات وإمكانية تقليدها¹².

الرأي الرابع :

صحيح إن الرأي القائل بعدم جواز هذا النوع من العقود، كان من باب الاحتياط لحفظ الفروج والأعراض، ثم إن التعاقد بالهاتف يشوبه قصور عدم إمكانية سماع الشاهدين للإيجاب والقبول في نفس مجلس العقد، ومن ثم عدم استيفائه لشرط الإشهاد،

¹ محمد عقلة الإبراهيم، المرجع السابق، ص 135.

² الأشقر أسامة عمر سليمان، المرجع السابق، ص 111-112.

³ بدرن أبو العينين بدران، الزواج والطلاق في الإسلام، المرجع السابق، ص 41.

⁴ الرملاوي محمد سعيد، المرجع السابق، ص 314.

⁵ الأشقر أسامة عمر سليمان، المرجع السابق، ص 109.

⁶ صالح بن أحمد بن محمد الغزالي، القاموس فيما يحتاج إليه العروس، دار المحمدية للنشر والتوزيع، ط1، السعودية، 1422هـ-2001م، بند 1989، ص 308.

⁷ شلي محمد مصطفى، أحكام الأسرة في الإسلام "دراسة مقارنة بين المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون"، المرجع السابق، ص 107.

⁸ فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية، جمع وترتيب أحمد بن عبد الرزاق الدويش، المرجع السابق، المجلد 18، ص 91.

⁹ ينظر : القرار رقم : 52(6/3)، مجمع الفقه الإسلامي، المرجع السابق .

¹⁰ فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية، المرجع السابق، ص 91.

¹¹ شلي محمد مصطفى، أحكام الأسرة في الإسلام "دراسة مقارنة بين المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون"، المرجع السابق، ص 107.

¹² شلي محمد مصطفى، أحكام الأسرة في الإسلام "دراسة مقارنة بين المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون"، المرجع السابق، ص 107.

لكن هذا القول دحضته تقنيات الاتصال الحديثة، فالهاتف وما شابه أصبح مزودا بمكبر للصوت، وبالتالي هذه التقنية مكنت الشهود من سماع عبارة الطرفين.

كما إن التطور العلمي الهائل أمكن من إجراء الإيجاب والقبول وغيره دون شك أو ريب في الطرفين، وذلك بإمكانية مشاهدة جميع أطراف العقد وسماعهم جميعا بما في ذلك الشهود من خلال كاميرات المحادثة وكأنهم في مجلس واحد .

وعليه يمكن القول إن الشهادة ممكنة عبر تقنيات الاتصال الحديثة، بشرط اتصال الإيجاب بالقبول دون فاصل أجنبي ووضوح العبارات والتأكد منها، مما يرجح الباحث الرأي الثاني .

ثانيا :موقف التشريعات العربية المقارنة:

لم نجد أي نص في قوانين الأحوال الشخصية ولا في قانون الأسرة الجزائري يتحدث عن جواز أو منع انعقاد الزواج عبر تقنيات الاتصال الحديثة مشافهة، أما في القوانين المدنية فنجد انعقاد العقود بالمهاينة مثلا في القانون المعاملات المدنية الإماراتي في نص المادة 143 منه إذ تنص علأنه " يعدّ التعاقد بالهاتف أو بأية طريقة مماثلة بالنسبة للمكان كأنه تم بين متعاقدين لا يضمهما مجلس واحد في العقد، أما فيما يتعلق بالزمان عُدد بين حاضرين في المجلس"¹.

وأمام هذا الفراغ القانوني يرى الباحث بضرورة تفعيل النصوص الواردة في التشريعات الوضعية التي تحيلنا إلى تطبيق أحكام الفقه الإسلامي في حالة عدم وجود نص صريح في مسألة ما .

الفرع الثالث :حكم عقد الزواج عبر تقنيات التواصل على شبكة الأنترنت فقها وقانونا :

سنستعرض في هذا الفرع الرأي الفقهي حول هذا النوع من عقود الزواج (أولا) ثم نتطرق إلى موقف التشريعات الوضعية المقارنة (ثانيا):

أولا : موقف الفقه :

تتميز شبكة المعلومات الدولية (الأنترنت) بأنها تتيح للشخص تبادل الحديث مع الآخرين بالصوت والصورة بشكل فوري كما هو الحال في (ماسنجرهاوت) أو (ماسنجر باثو) أو (الأنستغرام) وغيرها من التقنيات .

وقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرين، في حكم إجراء عقد الزواج عبرها على قولين :

القول الأول: القائل بعدم جواز إجراء عقد الزواج عبر الأنترنت :

وبه قال مفتي جمهورية مصر العربية الذي أفتى بأن "الزواج والطلاق عبر الأنترنت باطل بسبب احتمال التزوير عبر الشبكة"، وقال به أيضا:د. أيمن سعد سليم²، و د. زينة حسن³.

وباستقراء الأدلة التي بنوا عليها أصحاب هذا الرأي في إظهار وبيان موقفهم نجدتها تتمحور حول نفس الأدلة والحجج التي استند إليها الذين قالوا بعدم جواز إجراء العقود مشافهة عبر تقنيات الاتصال الحديثة -السابق ذكرها- والتي تتعلق بما يأتي :

- عدم تحقق شرط الإشهاد في هذا النوع من العقود الذي يعد شرطاً لصحة الزواج .
- انتشار الخداع والتزوير والتدليس الذي تعدّ من عيوب الإرادة ومن ثم إمكانية التلاعب بأعراض الناس باسم مزيف، وكذا احتمال تزوير الرسالة عبر البريد الإلكتروني والذي يترتب عليه إجراء عقد زواج لشخص لم يُرده .

¹ القانون رقم 5 لسنة 1985 بشأن إصدار قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، (الإمارات العربية المتحدة، ج ر العدد 58 السنة 15 بتاريخ 1985/12/29م).

² سليم أيمن سعد، التوقيع الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، د ط، 2004م، ص 82.

³ زينة حسين، المرجع السابق، ص 220-235.

- الشهادة شرط من شروط صحة عقد الزواج، وهي غير متحققة في عقد الزواج عبر الأنترنت، ذلك أن الشاهدين إما أن يسمعا عبارة الموجب أو عبارة القائل فقط، فلا يتحقق هذا الشرط بذلك .
- وجدير بالذكر أيضا، أن الدكتور بيومي محمد بيومي نائب رئيس مجلس أمن الدولة في مصر لا يجيز هذا النوع من العقود ، وأيده في ذلك الدكتور عبد المعطي بيومي للمبررات التالية¹:
- إن أكثر هذه الزيجات تكون خارج إطار المراقبة الاجتماعية والشرعية والقانونية.
- عدم جواز إقامة العلاقات بين الرجال والنساء عبر الأنترنت لما في ذلك من الفتنة .
- إن النبي صلى الله عليه وسلم قد بين أن الزنا أنواع والتعارف الحاصل في الأنترنت من خلال المنتديات وغيرها قد يكون نوعا من الزنا بالكلام .

القول الثاني: القائل بجواز إجراء عقد الزواج عبر الأنترنت :

- جَوَّز ذلك الشيخ ابن باز إذا أُمن التلاعب، ولا مانع لدى مفتي مصر السابق (نصر فريد واصل) من إجراء عقد الزواج عبر شبكة الأنترنت شريطة استخدام الكاميرا لحسم الموقف²، وبه قال بعض الفقهاء والأساتذة المعاصرين منهم: الأشقر أسامة عمر سليمان، وبلحاج العربي³، وعبد الرحيم صالح⁴، وغيرهم.
- وقد استدلل أصحاب هذا القول بعدة أدلة تعد بمثابة ردٍّ أو مناقشة لأدلة الرأي (المانع) نذكر منها:
- إن شبكة الأنترنت في حالة المحادثة المباشرة والفورية بالصوت والصورة تقلل إمكانية التزوير والتغريب المحتج به، لأنها تمكن المتعاقدين الخاطب وولي المخطوبة من رؤية بعضهما البعض وكأنهما في مكان واحد، وإظهار الشهود المعروفين للطرفين⁵.
- غير إن هذا الجواز مرهون على وجوب احترام الضوابط الشرعية اللازمة لصحة عقد الزواج لاسيما توافر الرضا بين العاقدين بالإضافة إلى مراعاة الشروط الشكلية الواجبة قانونا⁶.
- تقنيات الاتصال الحديثة حلت إشكال المولاة عند القائلين به بين الإيجاب والقبول، فالتخاطب أصبح ممكنا اليوم بين الموجب والقابل⁷.

الرأي الرابع:

- من خلال عرض أدلة كلا الرأيين يرجح الباحث الرأي الثاني القائل بجواز انعقاد العقد عبر الأنترنت إذا كان مستوفيا الشروط التي حددها الفقهاء مع مراعاة الضوابط الشرعية والقانونية والشكلية لانعقاده .
- ثانيا: موقف التشريعات العربية المقارنة: سنبن موقف التشريعات العربية ثم نفصل موقف المشرع الجزائري :
- 1-موقف التشريعات العربية:** من خلال استقرار أغلب القوانين التي تنظم الأحوال الشخصية للبلدان العربية وجدنا غياب نصوص تتحدث عن جواز أو منع إجراء عقد الزواج عبر الأنترنت أو ما يسمى بالزواج الالكتروني.

¹ موقع الكتروني: <http://www.egypt.com>، نشر بتاريخ: 2012/08/27، اطلع عليه بتاريخ: 2022/05/10

² ينظر الموقع الالكتروني: <http://www.albayan.co.arh> نشر بتاريخ: 2012/7/30، اطلع عليه بتاريخ: 2022/05/10م.

³ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 146.

⁴ صالح عبد الرحيم، المرجع السابق، ص 195.

⁵ زينة حسين، المرجع السابق، ص 230-231، الأشقر أسامة عمر سليمان، المرجع السابق، ص 11-112.

⁶ حمزة عبد الناصر، المرجع السابق، ص 177.

⁷ السند عبد الرحمان بن عبد الله، الأحكام الفقهية في المعاملات الالكترونية "الحاسب الآلي وشبكة المعلومات: الأنترنت"، دار الورق ودار النيرين للطباعة والنشر والتوزيع، د م ن، ط 1، 1424هـ-2004م، ص 231

ويرى الباحث أنه في غياب النص، فوجب الرجوع إلى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية من خلال استقراء أقوال الفقهاء حول هذه المسألة، وهذا يقودنا إلى التذكير بأن هناك تشريعات حسمت أمرها حول المذهب الذي تحال إليه مثل هذه المسائل سواء إلى المذهب بصفة عامة أو الراجح فيه، وهناك تشريعات لم تحسم أمرها وأحالتها إلى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية دون تحديد المذهب الواجب اتباعه.

وجدير بالذكر أنه عند حديثنا حول تكييف عقد الزواج عبر الأنترنت قمنا بترجيح الرأي الذي فصل بين العقد الذي يجري عن طريق البريد الإلكتروني (كتابة) وبين العقد الذي يجري عن طريق المحادثة المباشرة المرئية والصوتية في غرفة المحادثة، وقلنا إن الكتابة الإلكترونية عبر البريد الإلكتروني هو تعاقد بين غائبين وبالتالي ينطبق عليه ما قلناه حول موقف التشريعات العربية من هذا النوع من التعاقد¹.

أما إذا كان التعاقد عن طريق البرنامج المسموع المرئي، حيث يتم نقل صوت وصورة كل طرف إلى الآخر مما يسمح لهم من التحدث معا دون وجود فاصل وعليه فرأينا أنه تنطبق على هذا النوع من العقد القواعد الخاصة بالتعاقد بين حاضرين .

2-موقف المشرع الجزائري : سنتناول واقع عقد الزواج عبر التقنيات الإلكترونية في التشريع الجزائري ثم أفاهه المستقبلية:

أ-واقع عقد الزواج عبر تقنيات الاتصال في التشريع الجزائري:

صحيح إن في الواقع الجزائري لا نجد عقود زواج عبر التقنيات الإلكترونية قد أبرمت لقدسيته وتعظيمه في نفوس الجزائريين وارتباطه بعادات معينة كاشتراط الحضور الشخصي للزوج أو من ينوبه في مجلس العقد، إلا أنه وأمام انتشار التكنولوجيا وارتباط حياة المجتمع بها في جميع معاملاتهم، فقد يكون الزواج بهذه التقنيات الحديثة أمر واقع لا محالة، وبالتالي وجب مسايرة هذه التطورات وتجنب ما يعرف بالقصور التشريعي .

فالمشرع الجزائري لم ينص على هذه المسألة سواء في قانون الأسرة الصادر سنة 1984م أو في تعديله سنة 2005م، ورغم ذلك فإن المشرع الجزائري ويهدف تفعيل الآليات العصرية لتجسيد الإدارة الإلكترونية، فقد استحدث القانون رقم 08/14² المتعلق بالحالة المدنية في القسم الرابع ما يسمى بالسجل الوطني الآلي للحالة المدنية والذي يرتبط بالبلديات والبعثات الدبلوماسية والدوائر القنصلية والمصالح المركزية لوزارة العدل وهو ما نصت عليه المادة 25 مكرر من القانون 08/14 -المذكور أعلاه -³. وقبل ذلك كان قد اعترف المشرع بالكتابة الإلكترونية إلى جانب الكتابة التقليدية في نص المادة 323 مكرر المستحدثة بتعديل القانون المدني⁴.

ثم بعد مدة طويلة من هذا الاعتراف استحدث المشرع الجزائري شهادة التصديق الإلكتروني بالقانون رقم 15-04⁵، والتي يمكن القول أنها الدليل الوحيد للتأكد من صحة الوثيقة الإلكترونية⁶.

¹ ينظر الصفحة 93 وما بعدها من البحث.

² القانون رقم 08/14 المؤرخ في 09 أوت 2014م ويتم ويعدل الأمر رقم 20/70 المتعلق بالحالة المدنية، ج ر عدد 49 بتاريخ 20 أوت 2014م (آخر تعديل : القانون رقم 03/17 المؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1438هـ، الموافق لـ 10 يناير سنة 2017م)، المرجع السابق .

³ تنص المادة 25 من القانون رقم 08/14 المرجع السابق " يحدث لدى وزارة الداخلية والجماعات المحلية سجل وطني آلي للحالة المدنية يرتبط بالبلديات وملحقاتها الإدارية وكذا البعثات الدبلوماسية والدوائر القنصلية.

يربط هذا السجل بالمؤسسات العمومية الأخرى المعنية، لاسيما المصالح المركزية لوزارة العدل "

⁴ المادة 323 مكرر من القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 18.

⁵ القانون رقم 15-04 المؤرخ في 20 ربيع الآخر 1436 هـ الموافق له 2015/02/01م، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، ج ر ع 06 صادر بتاريخ : 2015/02/10

⁶ مزوري أحمد بن يوسف، مسايرة قانون الأسرة للتطور التكنولوجي في مجال إبرام عقد الزواج، مجلة مالك بن نبي للبحوث والدراسات، جامعة مصطفى اسطنبولي، معسكر (الجزائر)، ع 1، 2021م، ص 15.

وعلى نفس السياق حدد المرسوم التنفيذي رقم 315/15 المؤرخ في 10 ديسمبر 2015¹ والمعلق بإصدار ونسخ وثائق الحالة المدنية بطريق الكترونية، كيفية استخراج وثائق الحالة المدنية من السجل الوطني الآلي . ورغم هذه النصوص فإن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى هذا النوع من عقود الزواج عبر شبكة الأنترنت سواء بالتصريح أو التلميح، غير أن التزام المشرع لهذا السكوت والحياد قد يثير العديد من الإشكاليات القانونية بحيث يمكن تأويل ذلك السكوت بمثابة قبول طبقا لقاعدة كل ما هو ليس ممنوع فهو مسموح أو أن سكوته يعد بمثابة عدم اعتراف قانوني بمسألة الزواج الالكتروني². وأمام هذا الفراغ القانوني يرى الباحث تطبيق أحكام المادة 222 من ق أ ج، والتي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وبالتالي يمكن الاستناد إلى المذهب الحنفي الذي يجيز عقد الزواج بين غائبين بالكتابة بالنسبة إلى عقد الزواج عبر البريد الالكتروني . أما التعاقد عن طريق البرنامج المسموع المرئي، فنقول ما قلناه في موقف التشريعات العربية وهو تطبيق على هذا النوع من العقد القواعد الخاصة بالتعاقد بين حاضرين .

ب- الآفاق المستقبلية لتجسيد عقد الزواج عبر تقنيات الاتصال الحديثة:

لقد رأينا فيما سبق بيانه أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى موضوع عقد الزواج عبر الأنترنت بمختلف شبكاتها كتابة أو محادثة بالصوت والصورة، وهذا مرده ربما إلى عدم وجود حالات في الواقع لمثل هذا النوع من التعاقد قد أبرمت، أو لما يتصف به عقد الزواج من القدسية في أوساط المجتمع الجزائري وتعظيمه في نفوسهم واشتراطهم الحضور الشخصي للزوج أو من ينوب عنه في مجلس العقد . غير إنه وبسبب انتشار التقنيات التكنولوجية الحديثة في مجال الاتصال، فيكون الزواج عبر هذه التقنيات أمر واقع لا محالة لاسيما الأجيال القادمة، لذا أصبح لزاما مسايرة تشريع الأسرة الجزائري مواكبة هذه الثورة التقنية، وذلك بتعديل نصوصه لاسيما ما تعلق بالزواج عبر تقنيات الاتصال الحديثة في ظل الضوابط الشرعية والأطر القانونية.

كما يمكن لتقنين مثل هذا الزواج أن يكون حلا في حالات القوة القاهرة، فمثلا في فترة سابقة وبعد انتشار وباء كوفيد 19 بمختلف أنواعه ودرجاته، عبر جميع ولايات القطر الجزائري، تم اتخاذ تدابير وقائية من بينها تعليق أو تجميد إجراءات إبرام عقود الزواج على مستوى مصالح الحالة المدنية، وحظر الرحلات خارج الوطن، وتوقيف وسائل النقل داخلها، فهنا تتجلى أهمية استعمال التكنولوجيا الحديثة في إبرام عقد الزواج ومن ثم ضمان حريات الأفراد في ممارسة هذا الحق³.

ثم وإن كان الزواج عبر وسائل الاتصال صحيحا من الناحية القانونية وقرينة لانعقاده غير إن ذلك مرتبط بمدى تسجيله (توثيقه) أمام الجهات الرسمية بعد التأكد من الرضا التام للزوجين وكذلك شروط الزواج من إشهاد وولاية مع ضرورة مراعاة الأشكال القانونية، والسؤال الذي يمكن طرحه كيف يمكن توثيق هذا الزواج وأطرافه غير حاضرين ؟.

إن قانون الأسرة - كما رأينا - عاجز عن احتواء هذه النازلة، ولا يوفر الحماية الكافية للزوجين فالأمر يستلزم سن نصوص قانونية توفر حجية لإثبات هذا الزواج، ويعدّ التسجيل أمام الجهات الرسمية هو الدليل الأقوى على قيام رابطة زوجية، وأكثر ضمانا لحقوق أفرادها ومن بين ما تم اقتراحه في هذا المجال :

-توفير النظام القانوني من خلال تعديل بعض القوانين كقانون الأسرة والحالة المدنية مع إرساء القواعد والضمانات التي يجب توفرها بها لإبرام هذا النوع من العقود، مع إحاطتها بحماية قانونية لمنع الاختراقات والتلاعبات التي قد تشوبه .

¹المرسوم التنفيذي رقم 315/15 المؤرخ في 28 صفر 1437هـ الموافق لـ 10 ديسمبر 2015م، لمتضمن إصدار نسخ وثائق الحالة المدنية بطريقة الكترونية، (الجمهورية الجزائرية، ج ر ع 68 مؤرخة في 2015/12/27م).

² أمنة تازير، محروق نادية، الزواج عن طريق وسائل الاتصال الحديثة " دراسة مقارنة بين أحكام الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري "، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، جامعة الشلف، ع 01، 2020 م، ص 526

³ مزوري أحمد بن يوسف، المرجع السابق، ص 19.

-بالإضافة إلى توفير التجهيزات الرقمية في إدارة الجزائرية خاصة مصلحة الحالة المدنية على غرار دولة الإمارات العربية المتحدة، التي أطلقت خدمة العقد الإلكتروني للزواج من خلال بوابة العدل الإلكترونية الذي يهدف إلى توثيق البيانات الكترونيا بكل كامل والاستغناء عن العقود الورقية، حيث تمكن هذه الخدمة للمقبلين على الزواج إدخال بياناتهما وإدخال التفاصيل والشروط والمعلومات المطلوبة، ثم يحدد موعد لحضور المأذون لمجلس العقد ليتحقق من توافر أركان وشروط عقد الزواج، دون الحاجة لدفع الضبط ووثيقة الزواج الورقية¹

إذن يمكن القول أنه لاشك أن استخدام تقنيات الاتصال الحديثة لاسيما شبكة الانترنت في مجال الممارسات التعاقدية بصفة عامة وإبرام عقد الزواج خاصة يثير مخاطر تهدد قيم وحقوق الأفراد، لعل أهمها هو إيجاد دليل إثبات قانوني على وجود هذه الممارسات التعاقدية، وأن مضمونها يحمل في طياته مجمل العناصر التي يشترطها القانون، لذا فإن مشكلة الإثبات القانوني للتعاقد عبر الأنترنت بمختلف صورها الحديثة تأتي في مقدمة التحديات والصعوبات التي تواجه المعاملات الإلكترونية عبر هذه الشبكة .

وإذا كان من الثابت أن قواعد الإثبات التقليدية تقوم على الدعامة الورقية فإنها أضحت قاصرة لإثبات هكذا معاملات، إذ أصبح لزاما استحداث إطار قانوني لتنظيم مسائل إثبات التعاقد عبر هذه الشبكات وذلك بوضع شروط قانونية وضوابط فنية وتقنية تتكفل بإنشاء دليل ذي طابع الكتروني يكون قادرا على إثبات وجود مضمون هذه التعاقد ولا شك أن تحقيق ذلك الهدف يعتمد على إيجاد بيئة آمنة تضمن صحة التعبير عن الإرادة التعاقدية وتكفل سلامة المحررات المتبادلة من أي تحريف أو تعديل لمضمونها.

¹ دون ذكر المؤلف، مقال بعنوان "عقد الزواج الإلكتروني" خدمة جديدة تطلقها السعودية بدلا من العقود الورقية " منشور على الموقع الإلكتروني اليوم السابع <http://www.youm7.com>، بتاريخ 2019/05/25م، اطلع عليه في: 2022/05/15

الفصل الثاني

أثر القرينة العلمية الحديثة في الإثبات

بعد الزواج وفي آثاره

لقد اتسم عصر الإسلام الأول بالبساطة عند عقد النكاح وصدق الطرفين وأمانتهما حرصاً منهما على إقامة علاقة أسرية وفق تعاليم الشريعة الإسلامية، الأمر الذي كان يدفع الناس إلى توضيح كل ما لديهم من عيوب خلّقية أو خلّقية عند عقد النكاح، إلا أنه -وللأسف - سرعان ما تغير الحال بمرور الزمان وتغير أحوال الناس، فقد يكون أحد الطرفين مصاباً بعيب يخفيه عن الآخر ولا يظهر إلا بعد الزواج فيحصل النزاع، كما أنه قد يخفي الطرفان عيباً قد يكون سبباً لإنجاب أولاد مشوهين أو يكون بهم ضعف في البنية أو العقل وقد تكلم الفقهاء قديماً عن بعض عيوب الزوجين و أحكامها .

لكن مع ظهور التقنيات الحديثة والثورة المعلوماتية أضحّت مسائل طبية تحتاج إلى تدابير شرعية، نظامية وقانونية ومن ذلك عيوب النكاح الزوجية المعاصرة التي لم يتطرق إليها الفقهاء القدامى لعدم ظهورها في عصرهم .

ثم إن هذه التطورات العلمية والبيولوجية التي شهتها البشرية كشفت عن طرق طبية حديثة انعكست على مجال الإثبات في مسائل شؤون الأسرة وقد برز دورها بجلّاء في آثار الزواج لاسيما : إثبات النسب وكذلك أوجدت وسائل للإخصاب الصناعي كبديل للإنجاب الطبيعي لمكافحة ضعف الخصوبة لدى أحد طرفي العلاقة الزوجية أو عقمه¹.

ولا شك أن هذا التقدم العلمي بوجه عام وخصوصاً ما يمس منه الإنسان كإثبات عيوب النكاح أو إثبات النسب يترك آثاره -ولو بطريق غير مباشر- على الحكم الشرعي والقانوني، وهنا يظهر دور الفقه والتشريع الوضعي بمعية رجال القانون في تقدير تلك النتائج والآثار المترتبة عن هذه الاكتشافات العلمية والطبية، من أجل وضع مرجعية فقهية و نظام قانوني مناسب متكامل لتنظيم مثل هذه المستجدات والنوازل.

وعطفاً على ما سبق، سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين، (المبحث الأول): نتناول فيه: دور الطب الحديث في إثبات عيوب النكاح المعاصرة وأثرها في التفريق بين الزوجين، و(المبحث الثاني) نعرض فيه: أثر المعطيات الطبية والبيولوجية الحديثة في قضايا النسب.

المبحث الأول: دور الطب في إثبات عيوب النكاح المعاصرة وأثرها في التفريق بين الزوجين

حتى يقوم الزواج على أسس قوية متينة ومن ثم يكون زواجا ناجحاً فلا بد من الوفاء بحقوقه وواجباته، وهذا يتطلب من العاقلين أن يبيّن كل منهما لصاحبه ما فيه من العيوب الخلّقية التي تمنع من تحقيق مقاصد الزواج وأهدافه تجنباً لوقوع النزاع والشقاق بينهما بعد الزواج إن خفيت هذه العيوب عنهما أو أخفيت، ولأن كثيراً من الناس ما يستترون عن مثل هذه العيوب كان لا بد من الرجوع لأهل الخبرة فيها، وهم الأطباء بما يملكونه من وسائل طبية وتقنية حديثة تكشف عن مثل هذه العيوب بل تتنبأ أحياناً بحدوثها في المستقبل.

لكن قبل ذلك علينا معرفة أولاً ماهية هذه العيوب وبيان حكمها الشرعي والقانوني وهل العيوب التي ظهرت في عصرنا الحالي هي نفسها العيوب التي عدّها الفقهاء قديماً وتأخذ نفس الحكم والتأصيل الفقهيين، لنصل إلى بيان حجية التقنيات الحديثة في إثبات هذه العيوب والأمراض التي تصيب طرفي العلاقة الزوجية، ومدى يمكن عدّها من قبيل القرائن الطبية للتفريق بين الزوجين.

وعلى هذا يقتضي تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، (المطلب الأول) نسلط فيه الضوء على : حقيقة عيوب النكاح وحكمها الشرعي، وفي (المطلب الثاني) نعرض فيه : التطبيقات المعاصرة لعيوب النكاح ودور التقنية الطبية في إثباتها، ثم نبين موقف القانون من التفريق بسبب العيب بالاعتماد على الخبرة الطبية في (المطلب الثالث).

¹بوزيد خالد، إثبات النسب بالطرق العلمية في قانون الأسرة والقانون المقارن، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 2، 2017-2018 م، ص 7.

المطلب الأول: حقيقة عيوب النكاح وحكمها الشرعي :

سنتطرق في هذا المطلب إلى مفهوم عيوب النكاح و في (الفرع الأول)، ونبين الحكم الشرعي من التفريق للعيوب في (الفرع الثاني).

الفرع الأول : مفهوم عيوب النكاح:

عيوب النكاح مركب إضافي من الكلمتين: (عيوب) و(النكاح) ولتعريف هذا المركب وجب تعريف ما تركّب منه لغة واصطلاحاً:

أولاً: تعريف عيوب النكاح لغة:

- العيوب لغة : العُيُوبُ : جمع عَيْبٍ بمعنى الوَضْمَةُ¹، وَعَيْبُهُ تَعْيِيبًا نسبه إلى العيب، وقيل العيب في اللغة بمعنى النَّقِصَةُ، وهو ما يخلو عنه أهل الفطرة السليمة².

- أما لفظة النكاح في اللغة: فقد سبق التطرق إليها عند الحديث عن أثر تقنيات الاتصال الحديثة³.

ثانياً: عيوب النكاح اصطلاحاً : وقفنا على بعض التعريفات التي ذكرها الفقهاء القدامى لعيوب النكاح ومنها: عرفها الشافعية أنها " ما يخل بمقصوده الأصلي كالتنفير عن الوطء وكسر الشهوة"⁴.

وعُرف أيضاً بأنه " ما يُنْفَرُ عن الوطء من أمور مخصوصة"⁵، وتم تعريفه أيضاً " كل عيب ينفر أحد الزوجين من الآخر أو ينفر عن كمال الاستمتاع، بحيث يخل بمقصد النكاح الأصلي"⁶.

ويلاحظ أن التعريفات السابقة تبين آثار العيوب دون بيان ماهيتها ولا أقسامها ولا محلها، فهي تعاريف غير جامعة مانعة .

أما العيوب في اصطلاح الفقهاء المعاصرين : فقد اتجه البعض من الفقهاء المعاصرين إلى ضبط عيوب النكاح، وبيان حدها، وأوردوا لها عدداً من التعريفات: فقد عُرِفَتْ بأنها " نقصان عقلي أو بدني في أحد الزوجين يجعل الحياة الزوجية غير مثمرة، أو قلق لا استقرار ولا استمرار فيها"⁷.

وقال الشيخ العثيمين: في الشرح الممتع على زاد المستنقع "ما هو العيب الذي فيه الخيار؟ هل هو مخصوص بأشياء معدودة، أو هو مضبوط بضابط محدود؟ فالمشهور من المذهب أنه محدد بأشياء معدودة وما سواها - ولو كان أولى منها بالنفور - فليس عيباً، والصحيح أنه مضبوط بضابط محدود، وهو ما يعده الناس عيباً، يفوت به الاستمتاع أو كماله، فالعيوب في النكاح كالعيوب في البيوع سواء، لأن كلا منهما صفة نقص تخالف مطلق العقد"⁸.

¹ إبراهيم أنيس، عبد الحليم منتصر، عطية الصوالحي، محمد خلف الله أحمد، المرجع السابق، باب العين، ص 639.

² البركيني محمد عميم الإحسان المجددي، التعريفات الفقهية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1424 هـ-2003م، ص 155.

³ ينظر الصفحة 70 من هذا البحث.

⁴ القيلوبي أحمد بن سلامة، وعميرة أحمد البرلسي، حاشيتا قيلوبي وعميرة، دار الفكر، بيروت، د ط، 1415 هـ-1995م، ج 2، ص 245، الشربيني محمد الخطيب، المرجع السابق، ج 5، ص 41.

⁵ الجمل سليمان بن عمر بن منظور العجيلي الأزهرى، حاشية الجمل على شرح المنهج: فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب، دار الفكر، بيروت، لبنان، د ط، د ت، ج 3، ص 126.

⁶ ابن تيمية أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله، الفتاوى الكبرى لابن تيمية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، د ت ن، ج 5، ص 464.

⁷ شلي محمد مصطفى، أحكام الأسرة في الإسلام " دراسة مقارنة بين المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون" المرجع السابق، ص 587.

⁸ العثيمين، محمد بن صالح، الشرح الممتع على زاد المستنقع، دار ابن الجوزي، الرياض، ط 1، 1428 هـ-2008م، ج 12، ص 203.

وعرف أبو زهرة عيب النكاح بأنه: "كل عيب مستحكم لا يمكن البرء منه، أو يمكن بعد زمن طويل، ولا يمكن المقام به إلا بضرر، ولا يحكم بذلك إلا لأهل الخبرة والاختصاص من الأطباء"¹.

من خلال استقراء وتصفح هذه التعريفات للفقهاء المعاصرين يمكن القول: إن هذه التعريفات - وإن كانت - أظهر وأبرز من تعريفات الفقهاء القدامى إلا أنها لم تسلم من النقص والقصور، فتعريف شلي محمد مصطفى أعرض وأحجم عن ذكر بعض أنواع العيوب، أما تعريف الشيخ العثيمين فقد ضيق من مسألة تحديد العيوب والتي حصرها في العيوب التي تفوت به الاستمتاع أو كماله، وأنه جعل العيوب في البيوع هي نفسها في النكاح، ذلك أن الفقهاء جعلوا العيب في أمر يختلف عن آخر، فالعيب في البيع ليس في معناه كالعيب في الإيجار والرهن وكذلك الحال في معناه في النكاح.

أما تعريف أبي زهرة: فإنه حصر العيوب في الأمراض المزمنة التي لا يجوز البرء منها أو يمكن البرء منها لفترة طويلة شرط تحقق الضرر، لكن من الأشخاص من لا يثبت لديه القدرة على تحمل الضرر الناشئ من الطرف الآخر لفترة طويلة، وهناك من الأمراض التي لا تعد مزمنة لكنها منفرة، إلا أنه يمدح ويشاد بهذا التعريف لتطرقه إلى الاحتكام لذوي الاختصاص في مسائل إثبات الضرر وتحقيقه وهم الأطباء المختصين .

ويمكن جبر هذا القصور في التعاريف السابقة بذكر بقية أنواع العيوب لنقول "إن عيوب النكاح نقصان عقلي أو جسدي أو خلقي أو نفسي في أحد الزوجين يؤدي إلى اضطراب العلاقة الزوجية وعدم استقرارها، ولا يمكن استمرارها إلا بضرر، والذي لا يمكن اثباته إلا بموجب خبرة طبية لذوي الاختصاص".

الفرع الثاني: الحكم الشرعي من التفريق بين الزوجين للعيب :

سنسلط الضوء في هذا الفرع على أقوال الفقهاء القدامى من التفريق بالعيب (أولاً)، ثم نخرج إلى العيوب المسوغة بالتفريق للعيب (ثانياً)، ثم نبين الضوابط التي وضعها الفقهاء للتفريق بالعيب (ثالثاً) ثم نتناول شروط التفريق للعيوب في الفقه الإسلامي (رابعاً):
أولاً: أقوال الفقهاء حول مسألة التفريق بالعيب بين الزوجين :
اختلف الفقهاء في هذه المسألة إلى ثلاثة أقوال:

القول الأول: قول الحنفية :
يُثبت الحق في طلب التفريق للزوجة فقد دون الزوج²، وذهبوا إلى التفصيل في إعطاء الحق في طلب التفريق للعيب إلى قسمين:

القسم الأول: لا يثبت للزوج حق الخيار، إذا وجد بالزوجة عيباً، وإن أعدى أونفرالزوج.

القسم الثاني: ثبوت الحق بالتفريق بسبب العيب للزوجة .

القول الثاني: قول ابن حزم الظاهري والشوكاني:

يرى أصحابه أنه لا يجوز التفريق بين الزوجين للعيب مطلقاً³، ولكن يرى ابن حزم أنه إذا اشترط الزوج سلامتها من العيوب ثم وجد بها عيباً، يكون العقد مفسوخاً لا خيار في إجازته ولا صداق ولا ميراث فيه، ولا نفقة دخل بها أم لم يدخل⁴.

¹ أبو زهرة محمد، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 357.

² الموصلي عبد الله بن محمود، الاختيار لتعليل المختار، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مطبعة الحلبي، القاهرة، مصر، 1356هـ-1937م، ج2، ص27، الكسائي، المرجع السابق، ج 3، ص 322.

³ الشوكاني محمد بن علي بن محمد، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، تحقيق محمود إبراهيم زايد، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د ط، د ن، ج2، ص289-291، الشوكاني محمد بن علي بن محمد، نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخبار شرح منتقى الأخبار، المرجع السابق، ج3، ص 571-572، ابن حزم، المرجع السابق، ج9، ص72.

⁴ ابن حزم، المرجع السابق، ج9، ص 89.

القول الثالث:

قول جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة: يرون بجواز التفريق بالعيب لكلا الطرفين¹، وقد جاء في كتاب مواهب الجليل في شرح مختص خليل للخطاب: يثبت الخيار لكل واحد من الزوجين بعيب صاحبه ولو كان به ذلك العيب أو غيره².
الرأي الراجح :

من خلال استظهار هذه الأقوال يميل الباحث إلى ما ذهب إليه جمهور الفقهاء في جواز التفريق بين الزوجين بسبب العيب عموماً، وذلك دون التفريق بين الزوج والزوجة لأن في قولهم تحقيقاً للعدالة الربانية، فكما إن الزوجة تريد رفع الظلم والضرر عنها فكذلك الزوج.

ثانياً: عيوب النكاح المسوغة للتفريق بين الزوجين (التي نص عليها الفقهاء القدامى) :

لقد ذكر الفقهاء أسباباً كثيرة للفرقة - وليس هذا مجال ذكرها - ولكن سنذكر سبباً من أسبابها، وهو ما يتعلق بموضوعنا، فمن أسباب الفرقة التي وضعها الفقهاء : الفرقة بسبب العيب، و يمكن تقسيم هذه العيوب إلى قسمين:
أ- عيوب محل اتفاق بين الفقهاء على جواز التفريق بها بين الزوجين: وهي العنة³ والجب⁴. ب- عيوب اختلف فيها الفقهاء : وذلك على خمسة أقوال:

القول الأول: وهو قول الحنفية⁵: ذهب أبو حنيفة وأبو يوسف إلى أنه لا يجوز التفريق بسبب العيب إلا بعيوب ثلاثة، وهي : -الجب، العنة، الخصى⁶.

ويضاف إلى هذه العيوب ما في معناها كالخنوثة⁷، وخالف في ذلك محمد بن الحسن، حيث ذهب إلى عد كل عيب لا يمكن للزوجة المقام به إلا بضرر، يحق لها طلب التفريق بسببه⁸.

القول الثاني: وهو قول المالكية⁹:

ترى إن العيوب التي تتيح الفسخ هي ثلاثة عشر عيباً موزعة على النحو التالي:

¹ الخطاب، المرجع السابق، ج2، ص11، أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني الشافعي، البيان في مذهب الإمام الشافعي، تحقيق قاسم محمد النوري، دار المنهاج، جدة، السعودية، ط1، 1421هـ-2000م، ج9، ص290، ابن قدامة المقدسي، المغني على مختصر الخرقي، المرجع السابق، ج7، ص184، ابن قدامة المقدسي، الشرح الكبير على متن المقنع، دار الكتاب العربي، (دم ن، د ت ن)، ج7، ص566.

² الخطاب، المرجع السابق، ج2، ص11.

³ العنة : عرفته الحنفية " لا ينظر على جماع فرج زوجته لما منع منه ككبر السن أو سحر " : أنظر : الحصكفي محمد علاء الدين بن علي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار في مذهب الإمام أبي حنيفة، دار الفكر، بيروت، د ط، 1386هـ، ج3، ص494، وعرفته المالكية "صغر الذكر بحيث لا يتأتى به الجماع" أنظر : الدسوقي، المرجع السابق، ج2، ص278.

⁴ الجب : " قطع الذكر والأنثيين معاً، أو إن الإنسان قد خلق من دونهما " ينظر: التسولي ابن عبد السلام أبو الحسن علي، البهجة في شرح التحفة، تحقيق ضبطه وصححه محمد عبد القادر شاهين، باب فصل في عيوب الزوجين وما يردان به، د ن، السعودية، ط1، 1423هـ-2002م، ص542.

⁵ الموصلي، المرجع السابق، ج2، ص115، الكسائي، المرجع السابق، ج2، ص327.

⁶ الخصاص : وعرفته المالكية: " قطع الذكر أو الأنثيين إن كان لا ينزل " : ينظر: النفراوي، المرجع السابق، ج2، ص38.

⁷ الخنثى : " من تكون له آلة الرجل وآلة النساء " : أنظر السمرقندي محمد بن أحمد، تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط2، 1414هـ-1994م، ج3، ص357 (وسيمت التطرق إليه بالتفصيل في الباب الثاني عند الحديث عن دور القرينة العلمية الحديثة في قضايا الميراث) .

⁸ الكسائي، المرجع السابق، ج3، ص327.

⁹ الصاوي أبو العباس أحمد بن محمد الخلوئي، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير، دار المعارف، (د ط، د ت)، ج2، ص468، الخرشي محمد بن عبد الله أبو عبد الله، شرح مختصر خليل للخرشي، دار الفكر للطباعة، بيروت، (د ط، د ت)، ج3، ص236، الدسوقي، المرجع السابق، ص278.

-عيوب خاصة بالرجل وهي أربعة: الخشاء، والجب، والعنة والاعتراض¹، وعيوب خاصة بالمرأة: وهي خمسة: الرتق والقرن والعفل²، والإفضاء والبخر³، وعيوب مشتركة بين الزوجين: وهي أربعة عيوب: الجنون⁴ والجذام⁵، والبرص⁶ والغذيفة⁷.

القول الثالث: الشافعية⁸: ذهب الشافعية إلى أن العيوب المجيزة للفسخ هي سبعة عيوب موزعة كما يلي: عيوب مشتركة بين الزوجين: وهي ثلاثة عيوب: الجنون والجذام والبرص و عيوب خاصة بالرجل: وهي اثنان: الجب والعنة و عيوب خاصة بالمرأة: وهي اثنان أيضا: الرتق والقرن.

القول الرابع: الحنابلة⁹: ذهب الحنابلة إلى أن العيوب المجيزة للفسخ هي ثمانية عيوب موزعة على النحو الآتي:

-عيوب مشتركة بين الزوجين: وهي ثلاثة عيوب: الجنون والجذام والبرص، و عيوب خاصة بالمرأة: وهي ثلاثة عيوب: الفتق والقرن والعفل، عيوب خاصة بالرجل: وهي اثنان: الجب والعنة .

القول الخامس: قول ابن تيمية وابن القيم :

يتبين من خلال تصفح كتب شيخ الإسلام وتلميذه ابن القيم عدم تحديد أو حصر العيوب التي يفرق بها النكاح، فقد ذهبوا إلى إطلاق العنان للزوجين بالتفريق لكل عيب لا يمكن معه تحقيق النكاح، قال ابن تيمية "وترد المرأة بكل عيب ينفر عن كمال الاستمتاع ولو كان الزوج عقيما"¹⁰.

الرأي الرابع :

من خلال عرضنا مختلف أقوال الفقهاء القدامى فيما يخص العيوب المجيزة للفسخ، يميل الباحث إلى قول شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم القائل بعدم حصر العيوب، وذلك لما يلي:

-إن التفريق بين الزوجين بعيب منوط بعلة محددة، والعلة في التفريق بين الزوجين مجسدة في الضرر والعدوى والنفرة وعدم تحقيق مقاصد الزواج، فكلما تحققت العلة برز خيار الفرقة.

¹ الاعتراض: "وهو الذي له آلة كآلة الرجل، ولكن لا ينتشر، وربما كان عدم انتشاره في امرأة دون أخرى" ينظر الخرشبي، المرجع السابق، ج3، ص 237.

² الرتق هو: "انسداد الفرج باللحم"، والقرن: "هو انسداد الفرج بعظم" أنظر: الشربيني محمد الخطيب، المرجع السابق، ج 3، ص 202 والعفل: هو "رغوة في الفرج تمنع لذة الوطء" ينظر: ابن قدامة، المغني على مختصر الخرق، المرجع السابق، ج10، ص 57

³ الإفضاء هو: "اختلاط مسلكي الذكر والبول حتى يصير مسلکا واحدا" ينظر: الخرشبي، المرجع السابق، ج3، ص 237، والبخر: "هو نتن الفرج ويطلق أيضا على نتن الفم" ينظر: خليل بن إسحاق بن موسى ضياء الدين الجندي المالكي، مختصر خليل، تحقيق: أحمد جاد، دار الحديث، القاهرة، ط1، 1426هـ-2005م، ج1، ص 102.

⁴ الجنون: "هو اختلاط العقل بحيث يمنع وقوع الأفعال والأقوال على المنهج المستقيم إلا نادرا" ينظر المناوي محمد عبد الرؤوف: التوقيف على مهمات التعاريف، تحقيق: محمد رضوان الداية، فصل النون، دار الفكر المعاصر، بيروت - دمشق، ط1، 1410هـ، ج1، ص 256.

⁵ الجذام: "علة رديئة تحدث من انتشار المرة السوداء في البدن كله، فيفسد مزاج الأعضاء وهيئتها وشكلها، ويسمى داء الأسد" ينظر: الشوكاني محمد بن علي بن محمد، الفتح الرباني من فتاوى الإمام الشوكاني، حققه ورتبه: أبو مصعب "محمد صبحي" بن حسن حلاق، باب: انحاف المهرة بالكلام على حديث "لا عدوى ولا طيرة" مكتبة الجيل الجديد، صنعاء، اليمن، د ط، ج4، ص 1941.

⁶ البرص: "بياض يظهر بالجلد يتشاءم منه" ينظر: الميداني مصطفى ديب، التهذيب في أدلة متن الغاية والتقريب المشهور بمتن أبي شجاع في الفقه الشافعي، د ن، دمشق، بيروت، 1409هـ-1989م، ج1، ص 167.

⁷ حدوث الغائط عند الجماع، ومثله البول أيضا "ينظر: التسولي، المرجع السابق، ج1، ص 500.

⁸ أبو بكر محمد بن عبد المؤمن بن حريز بن معلى الحسيني الشافعي، كفاية الأخبار في حل غاية الاختصار، تحقيق علي عبد الحميد بلطجي ومحمد وهي سليمان، دار الخير، دمشق، سوريا، ط1، 1994م، ج1، ص 366.

⁹ ابن قدامة المقدسي، المغني شرح مختصر الخرق، المرجع السابق، ج10، ص 185.

¹⁰ ابن تيمية، المرجع السابق، ج4، ص 464

-إن ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من حصر العيوب لا يصلح في هذا العصر، وذلك لانتشار الأمراض وازدياد تأثيرها، بل ظهر من الأمراض والعيوب ما هو أعظم مما ذكره الفقهاء .

-من مميزات الشريعة الإسلامية أنها كاملة ومنزهة عن النقص والقصور، صالحة لكل زمان ومكان، تحوي كل ما هو جديد وتوقع عليه الحكم بما يناسبه حسب علته، وإن ما يتجلى من أمراض حديثة توصل إلى اكتشافها الطب فإن الشريعة الإسلامية لا تتركها من غير حكم.

ثالثا: ضابط العيب المبيح للفسخ في الشريعة الإسلامية:

لقد وضع الفقهاء جملة من الضوابط المبيحة للتفريق بين الزوجين والتي تنص على عدم تحقيق مقاصد النكاح، فكانت أقوالهم على النحو الآتي:

1-ضابط المذهب الحنفي : تقوم العلة عند الأحناف على كل ضرر يقع على المرأة لا بد من رفعه، لأنه يكون حائلا من تحقيق مقاصد النكاح، أي: تحقق الضرر، يقول الإمام محمد بن الحسن الشيباني " ...أي كل عيب لا يمكن المقام معه إلا بضرر"¹.

2- ضابط المذهب المالكي : تقوم العلة عند المالكية على أنه إذا كان في أحد الزوجين ماتهافه النفوس أو ينقص الاستمتاع بين الزوجين في المعاشرة الزوجية، أو عيب معد لا يمكن الصبر عليه، فإنه يثبت حق الخيار بالفسخ للسليم منهما².

3- عند الشافعية: العلة عندهم تقوم على أنه إذا كان في أحد الزوجين مرض معد أو مزمن يكون حائلا من تحقيق مقاصد النكاح، فإنه يثبت حق الخيار بالفسخ للطرف السليم قال النووي: "والقياس إن كل عيب ينفر الزوج الآخر منه، ولا يحصل به مقصود النكاح من الرحمة والمودة يوجب الخيار"³.

4- عند الحنابلة: يظهر أن العلة عند الحنابلة تقوم على كل عيب من شأنه أن يعكر صفو الحياة الزوجية، دون تحديد سواء أكانت في الزوجة أم في الزوج، فإنه يثبت حق الخيار بالفسخ للطرف الآخر فجاء في المبدع "كل عيب لا يحصل به مقصود النكاح، فوجب الخيار..."⁴.

الرأي الراجح:

بعد عرضنا لضابط العيب المجيز للفسخ عند الفقهاء فإن الباحث يميل إلى رأي المذهب الحنبلي فيما ذهب إليه، ذلك إن الضابط الذي وضعه أصحاب المذاهب الأخرى يتناسب والواقع والزمان الذي عاشوا فيه فقط، إذ قصر على فئة معينة من الأمراض في عصرهم، أما ما جاء به المذهب الحنبلي كان شاملا للواقع والمستقبل، إذ يشمل كل عيب يحصل به الضرر أو النفرة أو العدوى أو أي عيب يحصل به عدم تحقيق مقاصد النكاح من الاستمتاع، والمودة وإيجاد الذرية.

رابعا: شروط التفريق للعيوب في الفقه الإسلامي :

اشتراط فقهاء الشريعة للتفريق بالعيوب شرطين اثنين هما: عدم العلم بالعيوب قبل العقد، وضرب مدة لعلاج العيب الممكن علاجه.

1-عدم العلم بالعيوب قبل العقد وعدم الرضا بعده: ويتضح مفهوم هذا الشرط من خلال التطرق لأساس القول بهذا الشرط أولا ثم استثناء عيب الاعتراض والعنة منه :

¹ الكسائي، المرجع السابق، ج2، ص 483-484.

² ابن رشد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث، القاهرة، د ط، 1425هـ-2004م، ج3، ص192.

³ الغزالي أبو حامد محمد بن محمد الطوسي، الوسيط في المذهب، تحقيق: أحمد محمود إبراهيم، محمد محمد تامر، دار السلام، القاهرة، ط1، 1417هـ، ج5، ص160.

⁴ ابن مفلح المرجع السابق، الجزء السادس، ص 172.

أ-أساس القول بهذا الشرط :ذهب جمهور الفقهاء إلى أن حق الزوجة في التفريق للغيب يسقط في حالة ماإذا ثبت علمها بوجود الغيب حال العقد، ودخلت على ذلك، أو أنها لم تعلم إلا بعد العقد ولكنها رضيت به صراحة أو دلالة عن طريق تمكين الزوج من نفسها بالتلذذ، كما يسقط حقها في التطليق إذا كان الغيب قد طرأ بعد العقد ولم تقم الزوجة من فورها للمطالبة به بشكل يدل على رضاها بالغيب¹.

ب-استثناء عيب الاعتراض والعنة من شرط العلم بالغيب :استثنى الفقهاء بعض الحالات التي يثبت فيها حسن نية الزوجة في رجاء براء الزوج بتمكينه من نفسها في بعض العيوب التي قد يكون الدخول سبيلا لعلاجها، وأبقوا حقها في التفريق لعيب الاعتراض والعنة قائما وإن كانت قد علمت بها، جاء في الشرح الكبير : "...إن لم يسبق علمه بغيب المعيب على العقد، أولم ير بغيب المعيب صريحا أو التزاما، حيث يتحقق عليه بعد العقد أو ام يتلذذ بالمعيب علما به، أو بمعنى الواو، إذ لا بد من انتفاء الأمور لثلاثة، إذ لو وجدت كلها أو وجد بعضها لانتفى الخيار، إلا امرأة المعتز إذا علمت قبل العقد أو بعده باعتراضه ومكنته من التلذذ بها فلها الخيار، حيث كانت ترجو براءه فيهما ولم يحصل"².

2-ضرب مدة لعلاج العيب الممكن علاجه :ومفهومه أن كل عيب أمكن علاجه وزواله في مدة زمنية ملائمة فلا بد من ضرب تلك المدة للعلاج، وعدم التطليق الفوري على الزوج فتأجيل التفريق إنما يعد في العيوب الممكنة للعلاج مراعاة لجانِب الزوج من جهة، وحفاظا على بقاء الرابطة الزوجية من جهة أخرى، جاء في الفواكه الدواني في الفقه المالكي "...بل كل من يمكن زوال عيبه كالأجذم والمجنون يؤجل سنة...."³.

وقد أضاف الحنفية شرط ثالث وهو: ألا تكون الزوجة معيبة بنفس عيب الزوج : وهذا الشرط غير متفق عليه وقال به الحنفية فقط، حيث ذهبوا إلى أن حق الزوجة في التطليق للخصي أو الجب أو العنة يسقط إذا كانت معيبة بغيب يمنع الوطء كالترق والعفل، بينما ذهب الأئمة الثلاثة(مالك والشافعي وأحمد) إلى أن حق الزوجة لا يسقط ولو كانت معيبة بنفس العيب، وذلك لأن الإنسان يكره من غيره مالا يكره من نفسه⁴.

المطلب الثاني: التطبيقات المعاصرة لعيوب النكاح ودور التقنية الطبية في إثباتها :

سنتطرق في هذا الفرع إلى عيوب النكاح التي لم تكتشف إلا حديثا كالسرطان ومرض نقص المناعة والسكري وغيرها من العيوب، أو أمراض كانت موجودة قديما إلا أنهم لم يتعرفوا وقتها على أسبابها وأنواعها وأعراضها ومضاعفاتها كالجذام والبرص والخصاء، وهذا في (الفرع الأول)، لنسلط الضوء على دور التقنية الطبية في إثباتها (الفرع الثاني).

الفرع الأول : التطبيقات المعاصرة لعيوب النكاح المبيحة للتفريق بين الزوجين :

وسنسلط الضوء في هذا الفرع على عيوب النكاح المعاصرة ، ومدى تأثيرها على العلاقة الزوجية (ضابط التفريق) مع بيان حكمها الشرعي (تخريجها الفقهي) في جواز التفريق بها بين الزوجين:

ويمكن تقسيم هذه العيوب - حسب طبيعتها- إلى عدة أنماط، فنتطرق (أولا) إلى العيوب التناسلية المعاصرة، لنعرج إلى الأمراض العقلية العصبية (ثانيا)، ثم نتناول الأمراض النفسية (ثالثا) ثم نبين الأمراض العضوية(المعدية وغير المعدية) (رابعا) لنصل إلى العيوب(الأمراض) الجلدية (خامسا).

أولا: العيوب التناسلية المعاصرة :

¹ الدسوقي، المرجع السابق، ص 277، ابن قدامة موفق الدين المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط5، 1990م، ج3، ص 61.

² الدردير المرجع السابق، ج2، ص 178

³ النفراوي، المرجع السابق، ج2، ص 40.

⁴ الجزيري عبد الرحمان بن محمد عوض، الفقه على المذاهب الأربعة، مطبعة الاستقامة القاهرة، مصر، ط3، د ن، ج4، ص 190.

هناك عيوب خاصة بالرجال وأخرى خاصة بالنساء وعيوب مشتركة بين الرجل والمرأة :

1-العيوب المتعلقة بالرجل :ونذكر منها :

أ- سرطان الخصية :عرف السرطان "بأنه اسم يطلق على جميع الأمراض الخبيثة التي تتكون من انقسام غير منضبط وسريع ومستمر النسيج، وانتقالها إلى أماكن بعيدة عن منشئها مؤدية إلى الموت إذا لم تعالج"¹، أما التهابات الخصية فتعرف بأنها " عبارة عن إصابة النسيج الخصوي بعدوى جرثومية أو فيروسية أو عامل ممرض آخر"².
ولهذا المرض أنواع أبرزها :³

-السرطان المنوي : وهو ورم يصيب الخصيتين ويتكون من خلايا كبيرة ومتسقة لها خلية شفافة، وهذا النوع الأكثر شيوعا .

-الورم الفجائي :وهو ورم مكون من أنسجة شاذة جنسيا ونسيجيا عن منطقة الورم.

ومن الأعراض⁴ الدالة على سرطان الخصية ورم محسوس في الخصية وحدوث تجمع دموي في أغلفة الخصية وانسداد الحالب، ونقص الوزن والوهن.

التخريج الفقهي(الحكم الشرعي) لسرطان الخصية:

يتضح من كلام الفقهاء -في حكم الخضاء- أنهم يقولون بإمكانية قيام الخصى بالوطء، ولكن يعتريه النقص، وهو عدم القدرة على الإنجاب فيعد عيبا بلا شك لانتفاء أحد أهم مقاصد النكاح وهو ابتغاء الولد، وبالتالي تكون علة اعتداد الخضاء عيبا هي العقم الذي يفضي إليه، وليس العجز عن الوطء أو عدم الإنزال، هذا ما ذكره صاحب المغني حيث قال "الاستمتاع حاصل بوطئه-أي الخصى - وقد قيل :إن وطئه أكثر من وطء غيره لأنه لا ينزل فيفتر بالإنزال"⁵.

ب-سرطان البروستات :وهذا النوع من السرطان يختص بالرجل، والبروستات كما عرفت المعاجم الطبية عبارة " عن عضو ذي فعالية غدية يقع في عنق المثانة لدى الذكر محيطا بالإحليل في منشئه، يفرز عصارة سائلة تساهم في تشكيل السائل المنوي "⁶.

أما أسبابه:فقد ذكرت المراجع الطبية أنالأطباء لم يتوصلوا بعد إلى سبب واضح للإصابة بسرطان البروستات، وإن كان بعضهم يرجع ذلك إلى الإفراط في تناول المواد الدهنية، غير أن هذا غير متفق عليه بينهم⁷.

وله أعراض مختلفة⁸ من أهمها : انسداد مخرج المثانة مما يؤدي لاحتباس البول، ومن أعراضه كذلك فقدان الشهية وانخفاض الوزن، وتعدد مرات التبول والشعور بالحرقنة أثناءه.

التخريج الفقهي (الحكم الشرعي) لسرطان البروستات:من النتائج التي يمكن أن تحصل جراء هذا المرض استئصال البروستات، الأمر الذي يؤدي إلى احتباس المنى في القضيب، وعدم نزوله، رغم تحقق النشوة من طرف الرجل، وبالتالي فقدان هذا الأخير القدرة على

¹ قاسم سارة، محمد الخياط، معجم أكاديميا الطبي الجديد، أكاديمية إنترناشيونال، بيروت، لبنان، د ط، 1433هـ-2013م، ص 95.

² المرجع نفسه، ص 672.

³ الحسيني إسماعيل، موسوعة الأمراض التناسلية والبولية والجلدية، الموسوعة الطبية، دار أسامة للنشر، عمان، الأردن، ط1، 1434هـ-2004م، ج4، ص 256.

⁴ الحسيني إسماعيل، موسوعة الطب الجراحي، الموسوعة الطبية، دار أسامة للنشر، عمان، الأردن، ط1، 1434هـ-2004م، ج2، ص 314 .

⁵ ابن قدامة المقدسي، المغني على مختصر الخرقي، المرجع السابق، ج7، ص 202.

⁶ قاسم سارة، محمد الخياط، المرجع السابق، ص 553.

⁷ الحسيني إسماعيل، موسوعة الطب الجراحي، المرجع السابق، ص 312

⁸ المرجع نفسه، ص 312.

الإخصاب، لذا يمكن تخريج استئصال البروستات على الخصاء، إذ العلة التي من أجلها عد الفقهاء الخصاء عيباً -وهي عدم القدرة على الإنجاب- موجودة فيه¹.

ج - اضطرابات القذف : القذف أو الدَّفَقُ : "هو قذف السائل المنوي من القضيب إلى الخارج بشدة، وذلك بعد تقلص الحويصلين المنويين والقناتين الدافقتين وانسداده مجرى المثانة، وتضييق الإحليل بتأثير عضلات العجان"².

أنواع اضطرابات القذف وأسباب حدوثها وآثارها: هناك العديد من أنواع اضطرابات القذف :

القذف المتأخر: وهو تأخر القذف لمدة تزيد عن عشرين دقيقة، والذي ينتهي بإرهاق الطرفين وبالتالي النفور من الممارسة الجنسية³.

سرعة القذف : القذف المبكر أو سرعة القذف يعد إحدى المشكلات الجنسية الأكثر شيوعاً لدى الرجال، حيث تظهر الأبحاث المختلفة أن 10 % إلى 30% من الرجال يعانون من هذه الظاهرة في مرحلة معينة من حياتهم⁴.

القذف الليلي المرضي⁵ : ويعرف بأنه "عملية خروج السائل المنوي بصورة عفوية أثناء النوم بسبب مرضي "

القذف غير الاختياري⁶ : وقد عرفه الأطباء بأنه " حالة مرضية يحدث فيها خروج السائل المنوي بشكل لا اختياري أثناء النهار " وتحدث الإشارة إلى أنه ينتج عن حالي القذف الليلي المرضي وحالة القذف غير الاختياري فقدان الرغبة الجنسية، وذلك لكثرة خروج المنى وفقدانه .

تأثيرها على الحياة الزوجية : أهم الأبعاد النفسية لمرض السرطان نذكر : صدمة الإعلان عن فقدان الشعور بالخلود، صعوبات العاطف، اضطراب الإزعاج داخل الأسرة والأقارب⁷.

التخريج الفقهي (الحكم الشرعي) لاضطرابات القذف:

لم يتطرق فقهاؤنا-رحمهم الله- لمسألة اضطرابات القذف، ولكن يمكن اعتبارها عيوباً في حال تعذر علاجها، وذلك إن من شأنها أن تكون مما يمنع الوطء أو ينفر منه، أو يقلل الاستمتاع، وهذا ما ينطبق على مسألة اضطرابات القذف وذلك فيما يأتي⁸:

- القذف المبكر يقلل حدوث القذف قبل الإيلاج وهذا فيه ظلم للمرأة، وحرمان لها من الاستمتاع.
 - القذف المتأخر يؤدي إلى نفور الرجل وقلة استمتاعه بالممارسة بسبب شعوره بالضعف، كما أنه يؤدي إلى نفور المرأة لشعورها بالإرهاق والتعب من طول مدة الجماع، أما القذف الليلي وغير الاختياري فإن كثرة خروج المنى يسبب آلاماً في المخرج، ويؤدي إلى فقدان الرغبة في الممارسة لحصول الإشباع أصلاً بخروج المنى المتكرر.
- 2- عيوب تتعلق بالمرأة: ونذكر منها :**

¹ خالد عبد الله العون، مستجدات عيوب النكاح وطرق إثباتها الطبية والفقهية " دراسة فقهية تأصيلية" رسالة الحصول على درجة الماجستير في الفقه وأصوله، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة قطر، يناير 2017م، ص 43.

² الخطاب، المرجع السابق، ج 3، ص 404.

³ جهاد اللحى " الاضطرابات الجنسية في الذكور "، الموسوعة الطبية المتخصصة، هيئة الموسوعة العربية، ط 1، دمشق، 1429هـ 1436 الموافق 2009-2015م ج 9، ص 465.

⁴ مقال أطلع عليه عبر موقع <http://cult.us/DHRI> تاريخ الاطلاع: 2022/04/10

⁵ الحسيني إسماعيل، موسوعة الأمراض التناسلية والبولية والجلدية، المرجع السابق، ص 46.

⁶ المرجع نفسه، ص 46.

⁷ عاجب بومدين، عمراوي نبيل، العلاج النفسي بخفض الحساسية بحركات العين وإعادة المعالجة المدمج "بروتوكولات علم النفس الإيجابي في التكفل النفسي بمرضى السرطان "مدخل نظري"المؤتمر الدولي حول "الصحة النفسية والتطبيقات العلاجية، جامعة الجزائر 2، يومي 3 و4 مارس 2020م، ص 20.

⁸ خالد عبد الله العون، المرجع السابق، ص 48.

أ- سرطان الفرج :هو"عبارة عن ورم سرطاني يصيب فرج المرأة وهو العضو التناسلي الظاهر لدى المرأة والمؤلف من العانة والشفرتين الكبيرتين والشفرتين الصغيرتين، ودهاليز المهبل"¹، ولهذا المرض خمس مراحل²، أما عن أسباب حدوث الإصابة بهذا المرض فعادة هي الإصابة بأنواع أخرى من السرطان مثل سرطان المهبل والتي تنشر خلاياها لتصيب الفرج³.

التخريج الفقهي (الحكم الشرعي) لسرطان الفرج:

ينظر في هذا المرض إلى ما تقول إليه حالة الإصابة فقد تصاب بسلس البول، وقد تصاب بضيق في فتحة المهبل، وهذان الأمران مما تحدث عنه الفقهاء وسنبين فيما يأتي بعض ما ذكره⁴:

سلس البول : قد تصاب المرأة بعد الجراحة بسلس البول، وقد تحدث بعض الفقهاء عن سلس البول ومن ذلك قولهم في باب العيوب " إذا كان أحدها لا يستمسك بوله ولا خلاءه فلاآخر الخيار"⁵، والسلس الذي تحدث عنه الفقهاء هو نفسه المقصود هنا، حيث يستطلق البول ولا تستطيع المرأة التحكم به، وهذا السلس يعد عيبا وإن لم يتحدث عنه إلا بعض الفقهاء، حيث جاء في المغني عن إثبات الخيار بالبول ونحوه".....لأنها تثير النفرة وتتعدى نجاستها"⁶.

الإصابة بضيق فتحة المهبل : لقد اتفق فقهاء الحنفية⁷، والمالكية⁸، والشافعية⁹، والحنابلة¹⁰، على عد ضيق المهبل وعدم ولوج الذكر عيبا، وعلة عدّه عيبا هي عدم القدرة على الوطء، وذلك لما يحدث فيه من الضيق، رغم اختلافهم في تحديد المصطلح الدقيق لوصف هذه الحالة .

ب-**سرطان عنق الرحم** :هو عبارة" عن التهاب يصيب عنق الرحم، ويقع عنق الرحم أسفل جسم الرحم، ويتكون من نسيج ضام¹¹، وألياف عضلية"¹².

أما عن أسباب حدوثه: فقد ذكر الأطباء :إن من أهم أسباب الإصابة بهذا المرض ما يأتي¹³ :

-الممارسة الجنسية مع أشخاص مختلفين .

¹ قاسم سارة، محمد الخياط، المرجع السابق، ص 724.

² في المرحلة الأولى: يكون المرض محصورا بين في الفرج أو العجان، ويكون حجمه أقل من 2سم، في الثانية : وهي كالسابق إلا أن حجمه يزيد عن 2 سم، الثالثة: يكون المرض بأي حجم مع وجود انتشارات قريبة للإحليل السفلي للمهبل أو المستقيم، في الرابعة :يكون غزو الورم لأي من الإحليل العلوي، مخاطية المثانة أو المستقيم، عظم الحوض وانتقالات عقدية ليمفاوية في الجانبين، الخامسة ivb:05 :أي انتقالات بعيدة بما فيها العقد اللمفاوية الهضمية : ينظر الحسيني إسماعيل، موسوعة الطب الجراحي، المرجع السابق، ص 363.

³ موسوعة الملك عبد الله بن عبد العزيز العربية للمحتوى الصحي مقال من الموقع <http://cult.us/2rdv7>، تاريخ الاطلاع عليه: 2022/04/10 .

⁴ خالد عبد الله العوض، المرجع السابق، ص 55.

⁵ ابن قدامة المقدسي، المغني على مختصر الخرقي، المرجع السابق، ج7، ص 186.

⁶ المرجع نفسه، ص 186.

⁷ الزيلعي عثمان بن علي ، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، المكتبة الكبرى الأميرية، القاهرة، مصر، ط1، 1313هـ-1895م، ج3، ص 25.

⁸ المواق محمد بن يوسف، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1416هـ-1994م، ج5، ص 148.

⁹ النووي روضة الطالبين وعمدة المفتين، المرجع السابق ، ج7، ص 177.

¹⁰ البهوتي منصور بن بونس، شرح منتهى الإرادات دقائق أولى النهى لشرح المنتهى، تحقيق عبد الله التركي، الرسالة العالمية، دمشق، سوريا، ط1436، ج3-2015م، ج5، ص 206.

¹¹ النسيج الضام: هو أحد الأنسجة الأربعة الأساسية في جسم الإنسان وله أنواع: ينظر: القاموس الطبي على موقع <http://cult.u/owtv> تاريخ الاطلاع : 2022/04/10 .

¹² صادق فرعون، سرطان عنق الرحم، الموسوعة المتخصصة، دار الفكر المعاصر، د م ن، 2011م، د ط، ج2، ص 72

¹³ الحسيني إسماعيل، موسوعة الطب الجراحي، المرجع السابق، ص 356.

-الممارسات الخبيثة المبكرة ومثال ذلك الزواج المبكر، أو استغلال الأطفال جنسيا.

-امتداد خلايا سرطانية من منطقة أخرى في الجسم لتصيب عنق الرحم.

أعراضه: من أهم أعراض هذا المرض ¹: النزف التناسلي، وهو إما أن يكون بين فترات الطمث - الحيض-أو بعد الجماع، وقد يظهر بعد بلوغ المرأة سن اليأس، ومن أعراضه أيضا وجود افرازات مهبلية كريهة الرائحة وغير طبيعية.

التخريج الفقهي (الحكم الشرعي) لسرطان عنق الرحم :

قد ينتهي هذا المرض إلى استئصال الرحم أو اليأس الناتج عن العلاج الإشعاعي، وبالتالي تصبح المرأة عقيما، ووجه إلحاق هذه الحالة بالعقم، أن حدوث الحمل وإن كان واردا بعد استئصال الرحم إلا أنه يشكل خطرا على حياة المرأة، وإذا كانت المرأة لم تكن قادرة على الإنجاب كان هذا عيبا لفوات المقصد من الزواج، ففضل كثرة أولاد الرجل والمرأة وكثرة ثوابهما هو أفضل طاعة ، وهو تحقيق مراد النبي صلى الله عليه وسلم في تكثير الأولاد ².

3-عيوب تناسلية (معاصرة) مشتركة بين الرجل والمرأة: وتشمل :

أ-عيب السيلان التناسلي: السيلان هو " عدوى تسببها بكتيريا تنتقل عن طريق الاتصال الجنسي، يمكن أن تصيب كل من الذكور والإناث، غالبا ما يؤثر مرض السيلان في مجرى البول أوالشرجأو الحلق بالنسبة للإناث، وقد يصيب السيلان أيضا عنق الرحم " ³.
و في الاصطلاح الطبي "هو عبارة عن نزول صديدي أصفر اللون من فتحة مجرى البول الخارجية تلوث الملابس الداخلية للمريض وعادة ما يصاحب نزول الإفراز الشعور بحرقان أثناء البول تظهر هذه الأعراض نتيجة التهاب غشاء قناة مجرى البول الأمامية " ⁴.

أما عن سبب انتشاره فهناك مسببات عديدة للإصابة بمرض السيلان التناسلي منها :

-الإصابة بميكروب السيلان الجونوكوكي (الجونكوك): ⁵(Neisseria Gonorrhea).

-الكلاميديا ⁶.

-الترايكوموناس ⁷: (TrichomonasVaginalis)

أما عن آثار الإصابة بالمرض ⁸ فيمكن أن يؤدي السيلان غير المعالج لمضاعفات مهمة مثل :

-العقم عند النساء: فانتشار مرض السيلان غير المعالج في الرحم وقتاني فالوب يسبب مرض التهاب الحوض (PID)، والذي يؤدي إلى تندب القناتين وزيادة خطر حدوث مضاعفات الحمل .

¹صادق فرعون، المرجع السابق، ص 72.

² المظهري الحسين بن محمود بن الحسن الزيداني، المفاتيح في شرح المصابيح، تحقيق: لجنة بإشراف نور الدين طالب، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ط1433هـ-2012م، ج4، ص15.

³ينظر موقع -:http://www.mayoclinic.org/ar/diseases-condition، تاريخ الاطلاع: 2022/04/10 .

⁴عبد الرحيم عبد الله، الأمراض المنقولة جنسيا، دار الشروق، القاهرة، مصر، ط1، 2009م، ص 67، كريمة البهجوري، الموسوعة الجنسية، مكتبة الهلال للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، ط 2010، 1م، ص73.

⁵**الجونكوك** : ينتمي هذا الميكروب إلى فصيلة المكورات من البكتيريا، وله شكل مميز يشبه حبة الفاصوليا، يمكن مشاهدته بالميكروسكوب العادي عند فحص عينة من الإفراز، ويشاهد داخل خلايا الصديد :انظر البار محمد علي، الأمراض الجنسية،أسبابها وعلاجها، دار المنارة، جدة، ط2، 1406هـ-1986م، ص 273.

⁶ تعد **الكلاميديا** أهم أسباب التهاب مجرى البول من غير السيلان وقد تمكن أغلب الباحثين من العثور عليها فيما لا يقل عن خمسين بالمئة من جميع حالات التهاب مجرى البول من غير السيلان:أنظر :البار محمد علي، المرجع نفسه، ص 273.

⁷**الترايكوموناس** :هو طفيل وحيد الخلية يتحرك بواسطة هذب وحيد يعيش في المهبل، وقد ينتقل إلى قناة مجرى البول في الرجال أثناء الجماع مسببا نوعا آخر من السيلان من غير السيلاني :أنظر البار محمد علي، المرجع نفسه، ص 273.

⁸مقال من موقع -:http://www.mayoulinic.org/or، تاريخ الاطلاع عليه: 2022/04/10.

-العقم عند الرجال :يسبب الالتهاب في الأنبوب الملتف الصغير في الجزء الخلفي من الخصيتين في مكان وجود قنوات الحيوانات المنوية.

التخريج الفقهي (الحكم الشرعي) لمرض السيلان التناسلي:

بعد الحديث عن ماهية هذا المرض فقد تبين مدى خطورته على الطرف السليم وعلى من يحيط به من أفراد أسرته، ولو تم مقارنة هذا العيب (السيلان) مع العيوب التي عدها جمهور الفقهاء لوجدنا أن هذا العيب تثبت حق الخيار بالفسخ بين الزوجين من باب أولى، وذلك لتحقق العلة والمتمثلة في عدم الحصول على الاستمتاع، وتحقق النفور والضرر¹.

ب- عيب الزهري التناسلي: هو " عبارة عن مرض تناسلي مزمن ومعد، تسببه بكتيريا حلزونية الشكل تسمى تريبونيم باليديم (Treponema Palidum)، ينتقل من شخص إلى آخر²، عن طريق الاتصال الجنسي كما وينتقل من المرأة الحامل إلى جنينها في الرحم أو بواسطة نقل الدم، أو ملامسة الجزء المعدي³.

ومن أعراض هذا المرض، ظهور قروح في المناطق التناسلية غالباً ما تكون قرحة واحدة مستديرة وغير مؤلمة، كما تظهر بقع غشائية بيضاء على الأغشية المخاطية عامة والفم خاصة (اللسان، الشدق، والحلق)، كما إن هذا المرض يتميز بظهور طفح جلدي على المنطقة التناسلية غير مصحوب بحكة، مما يعمل على نفور واثمئزاز الطرف السليم (الزوج أو الزوجة) من الشخص المصاب⁴.

أما عن تأثيره على الحياة الزوجية فيقول الدكتور عمر حلايقة: " إن مرض الزهري التناسلي من الأمراض البكتيرية الخطيرة التي تؤثر على الشخص المصاب وعلى من حوله، ولكن تأثيره على الأزواج أكبر وأشدّ وذلك بانتقال العدوى إلى الشخص السليم وعلى المرأة الحامل⁵.

التخريج الفقهي (الحكم الشرعي) لعيب الزهري التناسلي:

قد نص معاصرو الإباضية على عدّ الزهري من العيوب الموجبة للتفريق، منهم مفتي سلطنة عمان الشيخ السالمي والشيخ عبد الرحمان باكلي: قال هذا الأخير في تعليقه على كتاب النبل "إن ما ذهب إليه ابن القيم قيم، وفي غاية من المعقولة، وذلك أننا إذا حصرنّا العيوب التي أجمع عليها العلماء بالخصوص، نجد ما هو أكثر مضرّة وعدوى في أغلب حالاته، ولا يولونه تلك الأهمية كالزهري المشهور بالإفرنجي "السيفليس"، فإنه أخبث الأدواء المتنقلة من الأصل إلى الفرع، يلوث-إن لم يعالج-سلالات متعاقبة بجراثيمه الخطيرة المتطورة والمتحورة إلى أمراض مختلفة كالصمم وفقدان البصر، وغيرها، على أن هناك من عده من العيوب التي يثبت بها الخيار كالعلامة السالمي في "جواهره"⁶.

ج- عيب العقم: العقم لغة: بالفتح وبالضم: اليبس المانع من قبول الأثر، والعقيم: الذي لا يولد له ذكراً كان أو أنثى⁷.

¹ رأفت عاطف عبد الفتاح عبايده، العيوب المبيحة لفسخ النكاح " دراسة فقهية في ضوء المستجدات الطبية "رسالة ماجستير في القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا، جامعة الخليل، فلسطين، 1437هـ-2016م، ص 130.

² طرق العدوى بمرض الزهري التناسلي: تتمثل في الاتصال الجنسي بشكل كبير جداً بنسبة (95%)، وأما نسبة (5%) الباقية حالات ينتقل بها الميكروب عن طريق الدم أو الحقن، أو أي وسيلة أخرى غير الاتصال الجنسي: أنظر عبد الرحيم عبد الله، المرجع السابق، ص 147.

³ موسوعة الأمراض الشائعة والنادرة، عبر الموقع: <http://www.123eaf.com/diseases/syphilis:HTML>، تاريخ الاطلاع عليه: 2022/04/10 م.

⁴ رأفت عاطف عبد الفتاح عبايده، المرجع السابق، ص 130.

⁵ المرجع نفسه .

⁶ المرجع نفسه .

⁷ الأصفهاني أبو القاسم الحسين بن محمد، المفردات في غريب القرآن، تحقيق وإعداد "مركز الدراسات والبحوث بكتبة نزار مصطفى الباز، مكتبة نزار مصطفى الباز، مكة المكرمة، السعودية، د ت ن، ج 1، ص 342.

أما تعريفه في الفقه: فعرف على أنه "العجز عن الإخصاب الذي يتوقف على قدرة كل من الذكر والأنثى على إنتاج خلايا تناسلية، ثم قدرة هذه الخلايا على الاتحاد حتى يحصل الحمل"¹.

والعقم في المصطلحات الطبية: عرف العقم "بأنه العجز عن الحمل، أو الإخصاب خلال فترة الفاعلية الجنسية السليمة، ولا يعد عادة الزواج عقيماً ما لم تمر سنة على عملية الجماع دون استعمال وسائل الحمل"².

والعقم عند الرجال عدم القدرة على الإلقاح بالرغم من إمكانية الرجل من ممارسة العملية الجنسية³. ومن خلال هذه التعريفات يتضح إن هناك ارتباطاً وعلاقة بين التعريف اللغوي والطبي، والفقهية حيث إن هذه التعريفات جميعها تنص على أن العقم هو عدم قدرة الرجل أو المرأة على التنازل.

أنواع العقم: باستقراءنا التعريف الطبي للعقم يتضح أن هناك أنواعاً للعقم⁴:
العقم المطلق (Sterility): ويعني عدم حدوث الحمل مطلقاً لأسباب غير قابلة للعلاج، منها على سبيل المثال: عدم تكوين الرحم أو المبيض أو الخصيتين .

العقم النسبي (Infertility): يعني أن هناك معوقات للحمل يمكن علاجها، وأوضحت الدراسات إن ما بين (10-15 %) من الأزواج ما بين (15-45 سنة) يرغبون في الإنجاب يعانون من هذه المشكلة، وينقسم هذا النوع إلى :

- **عقم أولي:** وهو الذي يصيب المرأة من بداية حياتها الجنسية أو زواجها .
- **عقم ثانوي:** وهو العقم الذي يصيب المرأة بعد إنجاب طفل، أو حتى بعد حدوث حمل انتهى بإجهاض أو حمل خارج الرحم، إلا أن محور دراستنا هو العقم المطلق .

تأثيره على الحياة الزوجية: ويظهر أثر العقم على الحياة الزوجية فيما يلي :

- اضطراب العلاقة الزوجية وعدم انفرادها .

- فقدان المودة والرحمة والسكينة بين الزوجين نتيجة الخلافات بينهما على الإنجاب، وقد يتعدى هذا الخلاف ويمتد إلى عائلتهما .

الحكم الشرعي للعقم:

اختلف الفقهاء في العقم في كونه عيباً يحق للزوجة طلب الفسخ به، أو إنه ليس عيباً على قولين:

القول الأول: القائل لا يعد العقم عيباً يثبت حق التفريق بين الزوجين: وذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء من الحنفية⁵ والمالكية⁶ والشافعية⁷، والحنابلة⁸، وقد احتجوا على ذلك بالقول: إن العقم أمر لا يمكن علمه والقطع به، فالإنجاب لا يكون إلا بتقدير من الله تعالى، فإن ضعف الذكر لا يمنع سلامة الظهر ونزول الماء⁹.

¹ سليم فرج محمد، وسائل الإخصاب الطبي وضوابطه " دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي"، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، مصر، ط 2012م، ص 66.

² فيصل محمد خير الزراد، الأمراض النفسية والجسدية " أمراض العصر" دار النفائس، بيروت لبنان، ط 1، 1420هـ-2000م، ص 332.

³ فاخوري سيرو، العقم عند الرجال والنساء، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، ط 6، 1977م، ص 36.

⁴ عبد الجليل علي لفته، العقم: أسرار وحلوله، دار الزمان للنشر والتوزيع، المدينة المنورة، السعودية، ط 1، 1422هـ-2001م، ص 88.

⁵ الكسائي، المرجع السابق، ج 2، ص 327.

⁶ الحارثي، المرجع السابق، ج 3، ص 236، الصاوي، المرجع السابق، ج 2، ص 469.

⁷ النوي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المرجع السابق، ج 7، ص 178.

⁸ السيوطي مصطفى بن سعد بن عبده، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، المكتب الإسلامي، د م ن، ط 2، 1415هـ-1994م، ج 5، ص 146.

⁹ المرجع نفسه، ص 146.

القول الثاني: القائل بثبوت الخيار بالتفريق بسبب العقم: وذهب إلى هذا القول الحنابلة في رواية مرجوحة حيث قالوا " ولا نعلم في هذا بين أهل العلم خلافاً إلا أن الحسن (المقصود الحسن البصري) قال :إذا وجد أحدهما الآخر عقيماً يخبر، وأحب أحمد أن يبين أمره، وقال عسى امرأته تريد الولد، وهذا في ابتداء النكاح، فأما الفسخ فلا يثبت به، ولو ثبت لذلك ثبت في الآية¹.
ومن أدلتهم : ما أخرجه عبد الرزاق في مصنفه: بعث عمر بن الخطاب رجلاً على السعاية فأتاه، فقال : تزوجت امرأة، فقال "أخبرتها أنك عقيم لا يولد لك، قال : لا، قال : "فاخبرها وخيرها"².

الرأي الرابع:

يميل الباحث إلى الرأي الثاني القائل بثبوت الخيار بالتفريق بسبب العقم، فالنسل حق شرعه الله للزوجين وهدف مهم بالنسبة لكل طرف فإن مصلحة الزوجة تفرض أن يكون العقم سبباً للتفريق، لرفع الضرر الحاصل من الزوج العقيم لأن الزوج يمكن له إزالة الضرر عنه بالزواج بأخرى، ويستحسن الاستعانة بذوي الاختصاص والخبرة لإثبات علة العقم لدى الزوج.
ثانياً: **الأمراض العقلية والعصبية:** يعرف المرض العقلي على أنه "اضطراب شديد يجعل الفرد غير قادر على التأقلم مع الوسط الذي يعيش فيه، وغير قادر على التحكم وضبط أفعاله وسلوكه، ويتجلى المرض العقلي في العديد من الأعراض توحى بالخلل الكامل في الشخصية، وانطواء كامل عن المجتمع"³.

ومن خصائص المرض العقلي أنه يمكن أن يتخذ سبلاً مختلفة فقد يكون حاداً في بدايته، وربما يكون خفيفاً ومزمناً بادئ الأمر ثم يشتد، وللأمراض العقلية تقلباتها المعروفة، فقد تنتهي أحياناً بالشفاء، وأحياناً تعقب بعض النوبات درجة من الانحرافات النفسية العنيفة⁴، وتنقسم إلى أمراض عقلية عضوية وأمراض عقلية وظيفية :

1- الأمراض العقلية العضوية: وتعرف على أنها "الأمراض التي تعود إلى اضطراب في تكوين المخ وأوعية وأنسجة"⁵ ومن الأمثلة عليها :

أ-مرض الصرع: الصرع في الاصطلاح الطبي : "حالة مرضية عصبية مزمنة ناتجة عن نوبات عصبية تشنجية مفاجئة، نتيجة زيادة في النشاط الكهربائي لخلايا الدماغ، تؤدي إلى فقدان الوعي، وتستمر هذه الأعراض لمدة مؤقتة قصيرة، ثم تزول بعودة النشاط الكهربائي في المخ إلى الوضع الطبيعي"⁶.

وللصرع أسباب كثيرة، ولكن الأشخاص الأكثر عرضة للإصابة بمرض الصرع هم الأشخاص الذين يتعرضون للإصابة في الخلايا العصبية في المخ⁷.

والصرع أربعة أنواع⁸، أخطرها **الصرع الدائم** نتيجة تتابع النوبات بصورة مستمرة، فيصبح المصاب في حالة صرع طويلة حياته، ومن أعراضه شحوب لون البشرة، وازرقاق الشفاه، وتوجه نظر المصاب للأعلى .

¹ ابن قدامة، الشرح الكبير على متن المقنع، المرجع السابق، ج7، ص 579.

² الصنعاني أبو بكر عبد الرزاق بن همام بن نافع الحمري، المصنف، تحقيق: حبيب الرحمان الأعظمي، المكتب الإسلامي، بيروت، ط2، 1403هـ ح ر : 10347، ج6، ص 162.

³ شكشك أنس، الأمراض النفسية والعلاج النفسي، دار الشروق، عمان، الأردن، د ط، 2009م، ص 27.

⁴ الجسماني عبد العلي، الأمراض النفسية، تاريخها، أنواعها، أعراضها وعلاجها، الدار العربية للعلوم، بيروت، د ط، 1998م، ص 122.

⁵ مقال على الموقع : www.saowt.com، تاريخ الاطلاع عليه : 2022/04/11م .

⁶ البنا أنور حمودة، الأمراض النفسية والعقلية، (د ن، د م ن)، 2006م، ج1، ص 276.

⁷ سواء كانت الإصابة عرضية كالحوادث المروية أم خلقية كالجلطات الدماغية والأورام والاختلالات الوراثية : ينظر رأفت عاطف عبد الفتاح عبايدة، المرجع السابق، ص 186.

⁸ **الصرع أربعة أنواع :** دائم و شديد و جزئي و قصير المدى : ينظر : علي عبد الرحيم، الأسس الوراثية والعصبية للسلوك الإنساني، دار صفاء، عمان، الأردن، ط 1434، 1-2013م، ص 295، البنا أنور حمودة، المرجع السابق، ص 276.

تأثيره على العلاقة الزوجية: لهذا المرض أثر نفسي على الشخص المصاب نتيجة تعامل المجتمع معه بحذر وانتباه، مما يشعر المصاب بالعزلة والاكتئاب، واختلال في الثقة مما يجعله في ثوران واضطراب دائم، واعتدائه على الطرف السليم مما يجعل هذا الأخير يحس بعدم الأمان والخوف، لاسيما وإن أفعال الشخص المصاب بالصرع أثناء النوبة تتسم بالعدوانية ولا يستطيع ضبطها .

ب-مرض الذهان: وهو اضطراب خطير في شخصية الفرد بأسرها، ويظهر في صورة اختلال شديد في التفكير والقوى العقلية بوجه عام، فيصبح المصاب في عجز شديد عن ضبط النفس، مما يؤدي به إلى عدم التوافق الاجتماعي والعائلي والمهني وغيرها¹.

ج -مرض الشلل الجنوني أوالزهرى الدماغي: هو ذهان ينشأ عن إصابة الدماغ بالزهرى ويظهر على شكل التهابات، ويدفع صاحبه إلى الانحلال والعطب العقلي، وترافقه أعراض جسمية، فهو يؤدي إلى شلل واضطراب في النطق، ومن أعراضه العقلية التذبذب والهذات والاضطراب الانفعالي، ويدفع صاحبه لتهديد الآخرين بالقتل و إلى جنون العظمة².

د-عيب الزهايمر:تم اكتشاف هذا المرض من قبل الدكتور Louis Alzwhemer وتم تسمية المرض بهذا الاسم نسبة له عام 1906م، وهو مرض عصبي تدرجي يحدث عندما تتراكم البروتينات في الدماغ وتسمى (اللوحات)، وهذه البروتينات تعمل على تخريب الخلايا العصبية تدريجيا مما يؤدي الإضرار بها وتدميرها، فينتج عنه خلل عقلي، ويصبح الإنسان تائها، وغير قادر على مباشرة أعماله اليومية حتى البسيطة منها³.

أما عن مراحل: فيمر المصاب بالزهايمر بثلاث مراحل⁴، أخطرها المرحلة الثالثة التي يكون المرض في نضوجه وتستمر (3سنوات تقريبا)، حيث لا يستطيع المصاب التعرف على أفراد الأسرة، كما أن المصاب لا يستطيع التحرك والانتقال بنفسه.

2-الأمراض العقلية والوظيفية : وهي التي يرافقها عجز عضو من الأعضاء عن القيام بوظيفته⁵، وستتناول بعض الأمثلة منها :

-مرض الفصام : وهو اضطراب عقلي يعاني فيه المريض من الانفصال عن عالم الحقيقة والواقع، ويعيش في عالمه الخاص من الخيالات والأوهام، وهي مجموعة من الاضطرابات الحادة تتسم بالتفكير المضطرب والهذائي⁶، وينتشر هذا المرض بين الرجال والنساء بنسبة واحدة، وهو أكثر انتشارا في الأعمار الصغيرة⁷.

-أثر الأمراض العقلية (العصبية) على الحياة الزوجية: ويظهر أثر ذلك على أساس أنها تؤدي إلى اختلال كبير في قوى الفرد العقلية، وهي تعد أشد وأخطر الأمراض العقلية في هذا العصر، حيث وصفها البعض بجنون العصر، فالذهان نسبة شيوخ اضطراباته مع استعمال مضادات الدهان حوالي 40% إلى 70%⁸، ومرضى الصرع يخرجون على قوانين المجتمع فيرتكبون المخالفات والجرائم تحت تأثير حالاتهم المرضية⁹.

¹ عبد الله محمدي أحمد محمد، علم النفس المرضي " دراسة في الشخصية بين السواء والاضطراب "، دار المعرفة الجامعية، (د م ن، د ط)، 1999م، ص 135.

² مروان أبو حويج، المدخل إلى الصحة النفسية، دار المسيرة، عمان، الأردن، د ط، 1430هـ-2009م، ص 126.

³ سمير أبو حامد، مرض الزهايمر: النسيان من النعمة إلى النقمة، خطوات للنشر والتوزيع، مكتبة، مؤمن قریش، دمشق، سوريا، ط 2009م، ص 21-22.

⁴ يمر الزهايمر بثلاثة مراحل: الأولى: وتسمى مرحلة الزهايمر الخفيف، الثانية : وتسمى الزهايمر المعتدل، الثالثة:مرحلة النضوج والاكتمال : ينظر : المرجع نفسه، ص 22.

⁵ أنظر الموقع: www.saowl.com، تاريخ الاطلاع عليه : 2022/04/11م.

⁶ العيسوي عبد الرحمان محمد،"الشيروفينيا"، ذهان فصام الشخصية وعلاجه " دراسة في الصحة النفسية "منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، د ط، 2007 م، ص 15.

⁷ فايق أحمد فؤاد، جنون الفصام "دراسة نفسية في اضطراب التفكير"، إشراف عبد المنعم المليجي، دار المعارف، مصر، د ط، 1061هـ، ص 120.

⁸ سالم محمد شريف، مضادات الدهان والاضطرابات الحسية، مقال منشور في موقع: www.tabinafsany.com/jhvd، تاريخ الاطلاع عليه : 2022/04/11م.

⁹ لطفي الشربيني، النوبات الكبرى "مرض الصرع له علاج"، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، د ط، 2007م، ص 83.

والهذيان يحدث للفرد اضطراباً في الانتباه، وعدم القدرة على التركيز، ويكون المريض مضطرباً حركياً¹، والشلل الجنوني يجعل صاحبه يميل لتهديد الآخرين بالقتل، ويصعب على المصاب به الإدراك والفهم²، أما مريض الفصام يبدو شخصاً يصعب التألف معه، ويعطي انطباعاً بالخوف، والفصامي لا يستطيع التمييز بين الواقع والخيال، لذا لا ينصح بتزويج المريض أثناء النوبات الحادة من المرض³، والاكثاب يمكن أن تبرز المشكلات بين المكتئبين وأزواجهم قبل تشخيص الحالة بوقت طويل، وفقدان الاهتمام بالجنس من الأعراض المبكرة للاكثاب⁴.

التخريج الفقهي (الحكم الشرعي) للأمراض العقلية (العصبية):

لم يتحدث الفقهاء القدامى عن هذه الأمراض بشكل خاص، وذلك بسبب أن هذه الأمراض حديثة الاكتشاف، لكن عند النظر إلى هذه الأمراض - الصرع والزهايمر والذهان أو الزهري الدماغي - من حيث درجة الخطورة فإنهم شديداً الخطورة على الزوج السليم، وعلى من يحيط به، وذلك بسبب فقدان الوعي من خلال النوبة، وعدم القدرة على السيطرة على أفعالهم، وبناءً على ذلك فإنه يمكن القول بثبوت حق الخيار بفسخ النكاح بمرض الصرع والزهايمر والذهان، وذلك أنهم لا يقلون شأنًا عن الجنون⁵ من حيث الضرر لاشتراكهما في العلة، وهي النفرة والأذى والضرر وعدم تحقيق مقاصد الزواج⁶.

ثالثاً: عيب الاضطرابات النفسية :

عرف علماء النفس الاضطرابات النفسية بتعريفات متقاربة نذكر بعضها منها "المرض النفسي هو اضطراب وظيفي في الشخصية، نفسي المنشأ يبدو في صورة أعراض نفسية وجسمية مختلفة، يؤدي إلى اضطراب في سلوك الشخص فيعوق توافقه النفسي ويمنعه من ممارسة حياته الاجتماعية والأسرية"⁷.

وتتنوع الأمراض النفسية وتختلف من حيث شدتها وتأثيرها على الإنسان المصاب بها، ونظراً لتعدد هذه الأمراض واختلاف تأثيرها، حاول علماء الطب النفسي تصنيفها إلى فئات من أجل تسهيل دراستها وبيان أعراضها، لهذا يستخدم المختصون في هذا الفرع وسيلتين هامتين لتصنيف تلك الأمراض النفسية :

التصنيف الأول : ما تبنته منظمة الصحة العالمية ويسمى التصنيف الدولي للأمراض والاضطرابات النفسية والسلوكية ICD وآخر طبعته التصنيف الدولي العاشر للأمراض (ICD/10) سنة 1992.

التصنيف الثاني : يطلق عليه التصنيف الشخصي الإحصائي DSM وهو تصنيف الجمعية الأمريكية للطب النفسي، وكان آخر طبعته التصنيف الخامس (DSM/5) عام 2013م⁸.

¹ منسي حسن، الصحة النفسية، دار مكتبة الكندي للنشر والتوزيع، أربد، الأردن، ط2، 2001م، ص50.

² مروان أبو حويج، المرجع السابق، ص126.

³ علي الحبيب طارق، الفصام، مؤسسة حورس الدولية، الإسكندرية، مصر، 2008م، ص237.

⁴ ماكليرون ليز، الاكثاب، "أعراضه، أسبابه، تشخيصه، والخلاص منه"، ترجمة أحمد زمو، دار علاء الدين، دمشق، ط6، 2006م، ص123.

⁵ أشار الفقهاء إلى بعض الأمراض العقلية غير الجنون منها: الخبل والبله وأحقوا كل من يصاب بها بحكم المجنون: ينظر: ابن نجيم المرجع السابق، ج5، ص

51، الدسوقي، المرجع السابق، ج3، ص103، البهوتي، كشف القناع على متن الإقناع، المرجع السابق، ج1، ص244.

⁶ رأفت عاطف عبد الفتاح عيابه، المرجع السابق، ص195.

⁷ حامد عبد السلام زهران، الصحة النفسية والعلاج النفسي، عالم الكتب، القاهرة، ط4، 1426هـ-2005م، ص9.

⁸ أنظر: نخبة من أساتذة الجامعات في العالم العربي، المرشد في الطب النفسي بحكم الجنون، منظمة الصحة العالمية، المكتب الإقليمي للشرق الأوسط 1999م، ص56، أنظر: جمعية الطب النفسي الأمريكية، المرجع السريع إلى الدليل الشخصي والإحصائي اربع المعدل للاضطرابات النفسية: ترجمة تيسير حسون، جمعية الطب النفسي الأمريكية 2004م، ص3.

ويعد التصنيف الأول للأمراض النفسية الأهم في تصنيف الأمراض النفسية، لذلك يعتمد عليه العديد من المختصين في الطب النفسي لدقته، وبالرجوع إلى الفصل الخامس منه الذي خصص للاضطرابات النفسية والسلوكية، أين تم تصنيف هذه الأمراض إلى عدة فئات تندرج تحت كل فئة عدد من الاضطرابات النفسية¹ على النحو التالي:

1- الاضطرابات النفسية العضوية : وهي التي تستطيع أن تحدث اضطراباً عضوياً، سواء كان داخل الدماغ أو في مكان آخر من الجسم² وتشمل على سبيل المثال :

أ - **الهذيان :** عبارة عن خلل في الوعي أو حاسة الشعور بمحيط وبيئة الشخص المصاب به، والتي تظهر أعراضه على شكل التحول إلى الشعور بعدم القدرة على التركيز والانتباه، والنسيان والتلعثم وعدم إدراك جغرافية المنزل الذي يقطن فيه، ويصاب أيضاً بالهلوسة وتحيل سماع أصوات³:

ب - **الخرف :** هو مصطلح يطلق على مجموعة من الأعراض التي تصيب الدماغ بحيث تعيق الوظائف الدماغية الطبيعية مثل التفكير والقدرة على حل المشاكل، واستعمال اللغة، وهذا بدوره يعيق أداء الشخص الوظيفي والاجتماعي⁴.

ج - **متلازمة فقدان الذاكرة العضوي المنشأ :** هي اضطراب الدماغ العضوي الذي يسبب اضطراب الذاكرة على المدى القصير، وقد يحصل بسبب الكحول، إصابة الرأس، نقص الأكسجين الواصل إلى الدماغ، انسداد الشرايين، نقص سكر الدم، وتظهر الأعراض بالتأثير على الذاكرة حيث تشمل : عدم القدرة على تذكر الأشياء، الإصابة بالإحباط⁵.

د - **الهوس :** وهو حالة يظهر فيها المريض في حالة تشوه ونشاط زائد وتفاوت هذه الحالة في الدرجة⁶. وقد قسم الأطباء الهوس إلى⁷:

الهوس الخفيف : ومن أعراضه: المرح المتوسط، والنشاط الواضح المعتدل، **الهوس الحاد :** ومن أعراضه: السلوك الصاخب، العنف، و الأوهام، و **الهوس الهذيان :** وأعراضه: الهوس الحاد مضاف إليه الخلط وعدم الترابط واضطراب التوجيه.

هـ - **الغيرة المرضية :** وتبدأ عادة عندما يشعر أحد الأزواج بأن الطرف الآخر لا يهتم به، أو عندما لا تستجيب الزوجة جنسياً، أو لما يشعر الزوج أنه أصبح أضعف جنسياً فيبدأ في اتهام زوجته بأنها السبب في ذلك، ثم ينتابه الشك في سلوكها مع الآخرين، فتتحول الغيرة إلى مرض⁸.

لذا فإن الزوج يبقى يبحث عن دليل لإدانة زوجته، فيفتش أغراضها وهاتفها، ويقوم باستجوابها كمتهمه ماثلة أمامه، وقد يؤدي إلحاحه وتهديده وضغطه على الزوجة إلى الاعتراف الكاذب، حينها تنفجر لديه ينابيع الغضب والعنف، لذا فالإفراط في الغيرة من أكثر أسباب الطلاق⁹.

¹ أنس بن عوف، عباس بن عوف، الأحكام الفقهية للأمراض النفسية وطرق علاجها، طبعة خاصة بوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية دولة قطر، 2016م، ص 55.

² قرقر نائل، آثار الاختلالات العقلية والاضطرابات النفسية في مسائل الأحوال الشخصية، دار النفائس، عمان، الأردن، 1434هـ-2013م، ص 108.

³ عميش يوسف عميش، الهذيان، جريدة الرأي الأردنية، د ع، بتاريخ 2012/09/14م.

⁴ ينظر: الشبكة الدولية للمعلومات، على الموقع: www.altibbi.com، تاريخ الاطلاع عليه: 2022/04/11م.

⁵ ينظر: الشبكة الدولية للمعلومات، على الموقع: www.altibbi.com، تاريخ الاطلاع عليه: 2022/04/11م.

⁶ جلال سعد، في الصحة العقلية "الأمراض النفسية والعقلية والانحرافات السلوكية"، مكتبة المعارف، القاهرة، مصر، د ط، 1980م، ص 220.

⁷ البنا أنور حمودة، المرجع السابق، ص 246.

⁸ رفعت محمد، الأمراض النفسية والعصبية، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د ط، 1397هـ-1977م، ص 93.

⁹ الزراد فيصل محمد خير، المرأة بين الزواج والطلاق في المجتمع العربي الإسلامي، دار الكتب العربي، بيروت، لبنان، د ط، 2010م، ص 283، بولتريفور، الصحة النفسية، دار الفاروق الحديثة للطباعة و النشر، القاهرة، مصر، د ط، 2005م، ص 161.

2-الاضطرابات النفسية والسلوكية الناجمة عن تعاطي المؤثرات العقلية:وتتمثل على سبيل المثال في:الاضطرابات النفسية والسلوكية الناجمة عن تعاطي الكحول، الأفيون، مشتقات الحشيش، المهدئات والمنومات، التبغ.

3-الفصام¹ والاضطرابات الفصامية النمطية² والاضطرابات الضاللية، وتشمل على سبيل المثال:

-الاضطراب الضاللي: يعرف الاضطراب الضاللي بأنه "اضطرابات نفسية تجعل الشخص يتصف بالميل إلى الحساسية المفرطة، والمبالغة في تقدير الذات، وإظهار الشك والريبة والداء للآخرين، واتهامهم بالتخطيط لإيذائه"³.

4-الاضطرابات المزاجية (الوجدانية):

وتشمل على سبيل المثال :

أ-الاضطراب الوجداني ثنائي القطب: وهو اضطراب مزمن ومتوارث، ويتميز بتقلب الحالة المزاجية بصورة غريبة، فضلا عن الاكتئاب والهوس أو تناوب الاثنين في حياة المصاب، ويظهر هذا الاضطراب في بعض الأحيان دون أعراض أو مصحوبا بعدد من الأعراض الخفيفة⁴.

ب-النوبات الاكتئابية: الاكتئاب حالة من الحزن الشديد المستمر، ينتج عن الظروف المحزنة الأليمة، وتعب عن شيء مفقود، و إن كان المريض لا يعي المصدر الحقيقي لحزنه⁵.

ج-الضلالات: "وهي أفكار خاطئة وثابتة لا يمكن تغييرها بالحجة والمنطق، ولا تتناسب ومستوى ثقافة الشخص وبيئته"⁶، وله عدة أنواع⁷:

-ضلالات الاضطهاد (Delusions ofpersecution) :وهي اعتقاد المريض بأنه مضطهد من قبل آخرين وهناك من يضره له السوء .

-ضلالات الحب(Delusions of love):حيث يعتقد الشخص (ضلالا) أنه مرغوب به ومحبوب من شخص آخر لدرجة الالتحام الروحي، ويكون عادة من طبقة عالية ومشهورة .

-ضلالات العظمة (Grandiose Delusions):يعتقد المريض أنه شخص مرموق وعظيم ذو مكانة ومنزلة خاصة، أو مخترع كبير توصل إلى اختراعات عظيمة.

-ضلالات الحيانة:(Delusions of Infidelity): ويطلق عليه أيضا الغيرة الضاللية فالمصاب بهذا النوع يرسخ في ذهنه تماما - ودون وجود سبب- أن زوجته تخونه .

¹وهو ليس نفسه الفصام المذكور عند حديثنا عن الأمراض العقلية، بل هو اضطراب نفسي يتسم بسلوك اجتماعي غير طبيعي وفشل في تمييز الواقع، تشمل الأعراض الشائعة و اضطراب الفكر والهلوسة السمعية بالإضافة إلى انخفاض المشاركة الاجتماعية والتعبير العاطفي وانعدام الإرادة ومن أعراضه: اضطراب القلق والاضطراب الاكتئابي واضطراب تعاطي المخدرات :ينظر الشبكة الدولية للمعلومات موقع: www.altibbi.com، المرجع السابق، تاريخ الاطلاع: 2022/04/11.

²وهي نمط سائد من الشذوذ والغربة في التفكير والمظهر والسلوك إضافة إلى القصور في العلاقات الشخصية مع الآخرين، ويتميز هذا النمط بعدم مرونته وانتشاره في مساحات واسعة من المواقف الشخصية والاجتماعية لاسيما مجالات الإدراك والمعرفة ولوجدان: ينظر مقال منشور بعنوان ما هو اضطراب الشخصية الفصامية (ذات النمط الفصامي؟) على الموقع: <http://www.egyres.com> اطلع عليه بتاريخ: 2022/04/12م.

³قاسم سارة، محمد الخياط، المرجع السابق، ص 511.

⁴ينظر: مروة حسونة، مؤتمر الصحة النفسية يعلن علاجاً جديداً للاضطراب الوجداني ثنائي القطب، صحيفة اليوم السابع، بتاريخ 2015/12/29م.

⁵حامد عبد السلام زهران، المرجع السابق، ص 514.

⁶الحجاوي عبد الكريم، موسوعة الطب النفسي، دار أسامة، عمان، الأردن ، ط1، 2004م، ص 118-119.

⁷المرجع نفسه، ص 118-119.

-**الضلالة الجسدية**: يعتقد المصاب بأن رائحة كريهة تخرج من فمه أو جلده أو أنه مصاب بمرض، وإن جزءاً من جسده قبيح أو غير ذلك من الأوهام.

5- الاضطرابات العصائية والاضطرابات المرتبطة بالكربوال اضطرابات جسدية الشكل:

وتشمل على سبيل المثال:¹

أ-**المستيريا**: مرض نفسي عصائي تظهر فيه اضطرابات انفعالية مع خلل في أعضاء الجسد والحركة، وهي عصاب تحول، تتحول فيه الانفعالات المزمدة إلى أعراض جسمية ليس لها أي أساس عضوي²، وتظهر أعراض المستيريا في فشل المصاب في مواجهة المواقف والمشكلات التي تعترضه، لذا يتجه المريض إلى ميل لا شعورية هروبية دون أن يدرك دواعه إلى ذلك³.

ب-**اضطرابات القلق الرهائي**: هي: "مجموعة من الاضطرابات يثار القلق (الخوف) فيها فقط بواسطة مواقف أو أشياء معينة ومحددة، خارجة عن نطاق الشخص"⁴.

6- التخلف العقلي: ويشمل التخلف العقلي بدرجاته وأنواعه المختلفة .

تأثير الأمراض (العيوب) النفسية على الحياة الزوجية: تختلف التأثيرات السلبية للمرض النفسي على الحياة الزوجية وذلك تبعاً لنوع المرض المصاب به، ودرجته فعلى سبيل المثال: **الوسواس القهري** يؤدي إلى مشاكل اجتماعية كثيرة كفشل الحياة الزوجية بسبب بغض المصاب بالتقرب من الزوج الآخر، أو إقامة علاقة معه خوفاً من الدنس وعدم الطهارة⁵.

أما تأثير **النوبات الهستيرية** فيتجلى ذلك في أن الصفات الأساسية لهذه الشخصية هي الأنانية وعدم النضج العاطفي والاعتماد على الغير، وضعف القدرة على مواجهة المحن وعدم تحمل مسؤولية نفسه⁶، فكيف له أن يتحمل مسؤولية تكوين أسرة، أما المكتئبون لا يستطيعون التركيز، كما تكون مشاعر قيمتهم الذاتية ويقتهم بأنفسهم منخفضة وتظهر لديه أفكار انتحار.

أما **الغيرة المرضية** فتأثيرها يظهر بتصور المريض من الجنسين أن الطرف الآخر غير مخلص له، فيحدث من مشاكل تافهة مصدراً لشكوكه، وقد تتضاعف هذه الشكوك إلى حد اللجوء إلى تصرفات غير عادية تؤثر على الحياة الزوجية⁷.

أما **الاكتئاب النفسي** فالشخص المصاب به تقل عنده الرغبة الجنسية أياً كان جنسه، بل هناك بعض المرضى المصابين به لاسيما في مراحله المتأخرة قد يحاولون قتل أنفسهم أو أزواجهم شعوراً منهم أن هذا ينقذهم من واقع ومستقبل مظلم⁸.

التخريج الفقهي (الحكم الشرعي) للعيوب النفسية :

¹ هو نوع من أنواع الخوف الذي يؤدي إلى اضطراب في الشخصية وفي الاتزان النفسي وهو اضطراب عصبي وظيفي غير مصحوب بتغيير بنيوي في الجهاز العصبي، ترافقه في كثير من الأحيان أعراض هستيرية، وحصر نفسي: أنظر الشبكة الدولية للمعلومات ويكيبيديا، الموسوعة الحرة، على الموقع <http://ar.wikipedia> تاريخ الاطلاع عليه: 2022/04/12م.

² التميمي محمود كاظم محمود، الصحة النفسية " مفاهيم نظرية وأسس تطبيقية "، دار الصفاء، عمان، الأردن، ط5، 1434هـ-2013م، ص 108.

³ جلال سعد، المرجع السابق، ص 220.

⁴ مقال بعنوان "اضطرابات القلق الرهائي على موقع منتدى الدولي - شبكة المعلومات-: <http://vb.eldwly.net>، تاريخ الاطلاع عليه: 2022/04/12م.

⁵ سالم محمد شريف، الوسواس القهري " دراسة نفسية علمية شرعية "، تقديم أحمد فريد وهدي سلامة، دار العقيدة، القاهرة، مصر، ط5، 1429هـ-2008م، ص 31

⁶ عزت حسن، الطب النفسي، دار القلم، الكويت، ط1، 1990م، ص 121.

⁷ إعداد نخبة من أساتذة الجامعات في العالم العربي، المرشد في الطب النفسي، المرجع السابق، ص 140.

⁸ حاتم أمين محمد عباده، المرجع السابق، ص 3514، أنظر أيضاً: رضوان سامر جميل، الأعراض النفسية والعلاج النفسي، دار الكتاب الجامعي، الإمارات العربية المتحدة، ط1430، 1هـ-2010م، ص14-15.

بالنظر إلى تصنيفات وأنواع الاضطرابات النفسية بقصد ملاحظة الأثر الشرعي لتصرفات المصابين بها يمكننا بيان الحكم فيها كالتالي:¹

القسم الأول: الاضطرابات النفسية المتلفة للإدراك أو المؤثرة فيه: فحكم المصاب بها حكم المصاب بالجنون ، ولو كان إدراكه يزول أو يضعف في حالة، أو حالات معينة ولكنه يرك إدراكا تاما في ما عدا ذلك، ويكون المريض في حكم غير المميز فيلحق الإنسان بالوصف الأقرب منها²، ويشمل عددا من الأمراض منها: الخرف المتدهور، التخلف العقلي الشديد، نوبة الفصام الحادة³.

القسم الثاني: الاضطرابات المؤثرة في الإرادة مع سلامة الإدراك والتمييز: فشأن هذا النوع من الأمراض أن المصاب بها لا يستطيع التحكم بأفكاره وسلوكياته على الرغم من علمه بتصرفاته التي يقوم بها مخالفة للمنطق ومن أمثلة على ذلك: الوسواس القهري فالمرضى به تلح عليه أفكار ومشاعر فيستجيب لها مع علمه وقناعته بأنها غير مقبولة⁴.

ويدخل ضمن هذا النوع كذلك الاكتئاب المزمن الذي من صفاته وأعراضه إضعاف الرغبة والهمة والطاقة، ويؤدي إلى ضعف الحماس والانفعال مما يضعف الإرادة وبالتالي نقص في أهلية الأداء، ونجد كذلك أعراض النوبات الهستيرية التي تحدث انشقاقا عقليا في العقل الباطن، مما يؤدي إلى أعراض جسمية كالشلل وعدم القدرة على الكلام مما يؤثر تأثيرا بالغاً على الإرادة والاختيار أو ينقصهما⁵.

القسم الثالث: الأمراض المؤثرة في التصرفات دون التأثير في العقل والتمييز: كاضطراب الشخصية واضطرابات النوم والاضطرابات الجنسية⁶.

ويمكن القول- مما سبق بيانه- أن الأمراض النفسية إن أدت إلى فقدان الإدراك والتمييز بالكلية يدخل المريض تحت طائلة حكم الجنون، وبالتالي يأخذ أحكامه، وبخلاف الأمراض النفسية المؤدية إلى فقدان الإدراك الجزئي فإنه في هذه الحالة يمكن إلحاق المريض بالمعتوه⁷، ويأخذ أحكامه وهذا بخلاف من ثبت صحة إدراكه وتمييزه فإنه تنطبق عليه من الأحكام ما تنطبق على غيره من الأصحاء، ويبقى التدليل على معرفة نوع المرض وتقدير حالته منوط بذوي الاختصاص في مجال الطب النفسي.

ثم إنه في بعض الأحيان قد تنعكس هذه الأمراض النفسية على ثمره هذا الزواج -الأولاد- عن طريق وراثته هذا المرض، فقد بينت الدراسات على مرضى الفصام بأن الشخص الذي لديه قريب من الدرجة الأولى معرض للإصابة بمرض الفصام عشرة أضعاف الشخص العادي الذي لا يوجد له قريب يعاني من مرض الفصام، وإذا كان أحد الوالدين يعاني من مرض الفصام فإن نسبة إصابة الأبناء هو 12-15%⁸.

وترتبا على ما سبق، يمكن القول أنه: وفي ظل التقدم العلمي في المجال الطبي أضحى إثبات الأمراض العقلية والنفسية يعتمد على أساس علمي، وذلك لما يترتب على الشخص المصاب بها من أحكام كالجنون والعته، وعليه لمعرفة الأهلية العقلية والنفسية يتم

¹ أحلام بنت محسن عقيل، أحكام المريض نفسيا وحقوقه في الشريعة الإسلامية والمعاهدات الدولية، رسالة دكتوراه في تخصص الفقه وأصوله، كلية التربية، جامعة الملك سعود، السعودية، 1430هـ/1431هـ، ص 168.

² هاني بن عبد الله الجبير، آثار تصرفات المرضى النفسيين، المجلة القضائية، وزارة العدل، الرياض، العدد 3، محرم 1433هـ، ص 56-57.

³ خلود بنت عبد الرحمن المهيزع، أحكام المريض النفسي في الفقه الإسلامي، دار الصميعي، الرياض، السعودية، ط1، 2013م، ص 67.

⁴ هاني بن عبد الله الجبير، المرجع السابق ص 57.

⁵ خلود بنت عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 79.

⁶ هاني بن عبد الله الجبير، المرجع السابق ص 57.

⁷ **عته هو:** "ضعف في العقل ينشأ عنه ضعف في الوعي والإدراك": أنظر الزحيلي وهبه، المرجع السابق، ج9، ص 6687.

⁸ مقال بعنوان "الوراثة تلعب دورا رئيسيا في الإصابة بالأمراض العقلية"، منشور بمجريدة الرياض السعودية بتاريخ 2008/08/01م عدد 14648، محمد عبد العليم، الوراثة وأثرها في ظهور الأمراض -استشارة رقم 26884 بتاريخ 2007/05/11م، موقع الاستشارات <http://consult.islamweb.net>، اطلع عليه في: 2022/04/12م.

أولا عمل الفحوصات اللازمة من الناحية العضوية، فإذا تبين أن المريض مصاب بخلل أو تلف عضوي كالتلف في الدماغ أو وجود إصابات تؤثر على عمل الدماغ، أو وجود أورام أو تشوهات في الدماغ فيحكم عليه أنه مصاب بخلل عقلي وأنه فاقد للعقل سواء كان مجنوناً أو معتوها ويكون ذلك بموجب خبرة من ذوي الاختصاص .

أما إذا لم يتبين أنه مصاب من الناحية العضوية، ودلت سلامته من الناحية العقلية، يتم انتقاله إلى العلاج النفسي من خلال اختبار تعدد الشخصية والضغط النفسي، لمعرفة هل شخصيته انفصامية، اكتئابيه ، ومعرفة الاضطرابات الحاصلة في التفكير والمظهر الخارجي، فإذا لم يتبين ذلك يتم الحجر على المريض لمدة أسبوعين تحت المراقبة والملاحظة فإذا ظهر من الشخص الاضطرابات والأعراض النفسية يتم عقد لجنة من الأطباء المختصين لدراسة هذه الحالة والحكم عليها، ويتم رفع تقرير طبي في عدم أهلية هذا المريض العقلية والنفسية¹، مما يجعل من القرينة الدالة على الأهلية العقلية والنفسية قرينة قوية في الإثبات.

رابعاً: الأمراض العضوية المعدية (السارية) وغير المعدية :

سنعرض الأمراض العضوية المعدية ثم نتناول الأمراض العضوية غير المعدية :

1-الأمراض العضوية المعدية (السارية) :

وتعرف بأنها " تلك الأمراض التي تنتقل من شخص مصاب لآخر سليم أو من الحيوانات المصابة إلى الإنسان السليم، وإن جميع هذه الأمراض سببها الإصابة بنوع خاص من المكروبات المرضية أو المسببات المرضية"²، ونذكر أمثلة منها :
أ-مرض:التدرن الرئوي:(مرض الدَّرن أو السُّل):يعرف السُّل بأنه " مرض معد يصيب الرئتين عادة، وينتج عن الإصابة بميكروب عضوي يصل إلى الجسم عن طريق معايشة شخص مريض"³.

والسُّل مرض يصيب الرئة فيعطل عملها على الوجه المطلوب، وقد يؤدي إلى تعطيله كلياً، والسل آخره خطير وأوله ليس خطير، بمعنى إنه وإن استمر ولم يعالج ووصل إلى مراحله الأخيرة يصبح خطيراً وقد يؤدي إلى الوفاة.
تأثيره على الحياة الزوجية :

ويؤثر السل على الحياة الزوجية ذلك أن الطفل الذي يكون أحد أبويه مصاباً بالدرن أو هما معاً، يولد ضعيفاً ومعرضاً لأمراض شتى، وتكون بنيتة درتية، وينتهي بأن يصاب بالدرن في السحايا أو الرئتين أو بعض الأحشاء⁴.

ب - مرض نقص المناعة المكتسب (الإيدز) يعرف على أنه " مرض عضوي معد ينجم عن الإصابة بفيروس يصيب الجهاز المناعي لجسم الإنسان فيقضي عليه، فلا يستطيع الجسم مقاومة الميكروبات الضارة التي تهاجمه، فيجعل الجسم عرضة للأمراض القاتلة والأورام السرطانية"⁵.

ويطلق على هذا المرض باللغة الإنجليزية:(Acquired Immun Deficiency Syndrom)"AIDS"، ويعني "متلازمة العوز المناعي المكتسب" ويطلق عليه أيضاً "مرض الموت".

¹ إبراهيم عبد الرؤوف صلاح، المرجع السابق، ص 122.

² بيرم عبد الحسين، الأمراض المعدية "دراسة علمية لانتشار الأمراض بالعدوى وطرق الوقاية منها"، دار مكتبة الحياة، بيروت، لبنان، د ط، 1967م، ص 11.

³ عمر أحمد مختار عبد الحميد، معجم اللغة العربية المعاصرة، باب 1779، عالم الكتب، د م ن، 1429هـ-2008م، ج 1، ص 772.

⁴ النديم عبد الله، مجلة الأستاذ، باب حفظ الصحة، دار كتيبة، مصر، ط 1، 1985م، ص 1026.

⁵ فاروق مصطفى خميس، قاموس الإيدز الطبي، إعداد محمد رفعت، دار مكتبة الهلال، بيروت، لبنان، ط 1، 1987م، ص 07، حنان محمد فوزي عبد الرحمان إسماعيل، أحكام مرضى نقص المناعة المكتسبة، (الإيدز) في الفقه الإسلامي، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2001م، ص 2، برات روبرت، فيروس العوز المناعي البشري والإيدز "استراتيجية للعناية التمريضية"، د د ن، الاسكندرية، مصر، 1999م، ص 02.

أسباب هذا المرض : يمكن القول إن مرض الإيدز من الأمراض المعاصرة التي اكتشفها العلماء ، إلا أنه قديم الوجود ولكن لم يستطع العلماء التوصل إليه¹، وبعد العديد من الدراسات توصل العلماء إلى أن السبب الرئيسي لهذا المرض هو (أتش، أي في) (HTV)². ويعتد هذا المرض من أكثر الأمراض المعدية قابلية الانتقال وذلك بالصور الآتية :

- العدوى عن طريق الاتصال الجنسي، وعن طريق الحقن وعن طريق انتقال الفيروس إلى الجنين من الأم، وكذا بواسطة أدوات المصاب بالفيروس، وعن طريق الدم³.

أما أعراض ومضاعفات مرض الإيدز : فهي الإصابة بأمراض متنوعة من أهمها الأخماج الفيروسية، التشوهات المقاومة للعلاج والتي تصيب مناطق مختلفة في الجسم، وكذلك أخماج بكتيرية تؤدي إلى السل والإسهال المزمن، إضافة إلى أخماج طفيلية تؤدي إلى التهابات رئوية والتهاب في المخ، كما قد يصاب المريض بأورام سرطانية وهزال شديد⁴.

تأثيره على الحياة الزوجية : أما عن تأثير مرض الإيدز على العلاقة الزوجية فقد قال الدكتور إبراهيم الشخرة في ذلك "يعد هذا المرض من أشد وأخطر أنواع الأمراض أو وصمة عار، لأن خطورته لا تقف عند المصاب فحسب بل تتعداه إلى أحد الأزواج، وإلى أفراد أسرته وعلى المجتمع المحيط به"⁵.

التخريج الفقهي (الحكم الشرعي) لمرض نقص المناعة (للإيدز):

يعد هذا المرض - كما تم توضيحه- حديث الاكتشاف من قبل العلماء، فلم يكن الإيدز معروفا في عهد الفقهاء القدامى ولكن الفقهاء تحدثوا عن أمراض كانت في عهدهم لا تقل شأنًا عن مرض الإيدز في عصرنا كالجذام والجنون، وبناء على ذلك فإن إصابة أحد الزوجين بفيروس الإيدز يشكل خطرا محققا بالطرف السليم، وبالتالي لو قارنا مرض الإيدز مع تلك الأمراض التي حكم الفقهاء بجواز التفريق بين الزوجين بسببهما، لوجدنا أن مرض الإيدز يثبت به حق التفريق من باب أولى لاشتراكهما في العلة المبيحة للفسخ وهي عدم تحقيق مقاصد النكاح والنفرة من الأزواج⁶.

وقد ناقش مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد بالكويت ب: (أبو ضبي) في دورته التاسعة سنة 1995م موضوع "مرض نقص المناعة المكتسب - الإيدز - والأحكام المتعلقة به"، ومن جملة القضايا الفقهية التي أثيرت في هذه الدورة مسألة حق السليم من الزوجين في طلب الفرقة من الزوج المصاب بعدوى نقص المناعة المكتسب، وقرر المجلس بخصوص هذه المسألة أنه " يحق للزوجة طلب الفرقة من الزوج المصاب باعتبار أن مرض الإيدز مرض معد تنتقل عدواه بصورة رئيسية بالاتصال الجنسي"⁷.

¹ وقد تبين أن فيروس الإيدز له تركيب اكروموسومي متشابه للصفة المميزة لخلية (T4) الأمر الذي يجعل الفيروس يلتصق بهذه الخلايا والدخول بنواتها والتكاثر داخلها، وهذا ما يعمل على تدمير خلايا T4 أو يجعل محلها خلايا فيروس الإيدز المتكاثر وينتج عن ذلك ضعف في الجهاز المناعي لجسم الإنسان :أنظر : موقع <http://www.seha.com/diseases/concer> اطلع عليه بتاريخ: 2002/07/07.

² إبراهيم بن سعد الهويمل، جريمة نقل مرض نقص المناعة المكتسبة (الإيدز) " دراسة تأصيلية مقارنة"، قسم العدالة الجنائية، تخصص سياسة جنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2009م، ص 28.

³ المرجع نفسه، ص 42، ينظر أيضا : فاروق مصطفى خميس، المرجع السابق، ص 33-34، عاطف محمد أبو هريبد، أثر مرض الإيدز على الزوجية وما يتعلق به من أحكام، بحث مقدم ضمن مؤتمر كلية الشريعة والقانون الدولي الأول (التشريع الإسلامي ومتطلبات الواقع)، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، 2006م، ص 07.

⁴ البار محمد علي، الأمراض الجنسية- أسبابها وعلاجها -، المرجع السابق، ص 199.

⁵ مقابلة أجراها الباحث رافت عاطف عبد الفتاح عيادة مع الدكتور إبراهيم الشخرة في عيادته في مديرية صحة شمال الخليل بتاريخ: 2016/04/07 نقلا عن رافت عاطف عبد الفتاح عيادة، المرجع السابق ص 211.

⁶ مقابلة أجراها الباحث رافت عاطف عبد الفتاح عيادة مع الدكتور إبراهيم الشخرة في عيادته، المرجع السابق، ص 211.

⁷ قرار رقم 7/94/د و : ينظر : علي أحمد السالوس، الموسوعة القضائية الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي، مؤسسة الريان، بيروت، لبنان، 1428هـ - 2008م، ص 834-836.

ويستفاد من هذا القرار عن طريق مفهوم المخالفة أن الزوج ليس به الحق في طلب التفريق بينه وبين زوجته المصابة بمرض نقص المناعة المكتسب، ولعل المجلس رأى أن الرجل يملك إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة دون حاجة للجوء إلى القضاء.

أما المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية فقد قرر المشاركون في ندوتها السادسة التي عقدتها سنة 1996 م، بالاشتراك مع مجمع الفقه الإسلامي بجمدة والمكتب الإقليمي لمنظمة الصحة العالمية بالإسكندرية و وزارة الصحة الكويتية تحت عنوان "رؤية إسلامية للمشاكل الاجتماعية لمرض الإيدز"، بعد الإيدز مرض معد تنتقل عداوته بصورة رئيسية بالاتصال الجنسي¹.

ويمكن وضع بعض التفاصيل في مسألة فسخ النكاح بهذا العيب قبل العقد وبعده فيما يلي :

اتفق الفقهاء على جواز الفسخ وإن كان المرض قبل العقد على أساس أنه غرر بما² وهو ما ذكره الشيخ يوسف القرضاوي - رحمه الله - رداً على أحد الأسئلة قائلًا، الإيدز هو من الموانع فعلاً وبعد عيباً من العيوب التي تجيز التفريق بين الزوجين، وللزوجة الحق في طلب فسخ النكاح لأنه أشد خطورة من العيوب الجنسية التي تجيز التفريق بين الزوجين، وهو مرض قاتل، ويستجاب لطلبها لو رفعت أمرها للمحكمة³.

وبالنسبة للخلاف في فسخ العقد بعد النكاح فإنه :

- إن كانت الزوجة قد تسببت هي في المرض بعيداً عن زوجها، بخيانة أو بتعاطي ما ينقل المرض كالإدمان مثلاً، أو فعلت أمراً غير مأذون لها فيه كنقل دم دون موافقة زوجها، فيرى جواز الفسخ لأنها أرادت الأمر وتتحمل نتيجته.
- أما إذا نقل إليها المرض أثناء تلقيها علاجاً ما أو من زوجها فلا يحق الفسخ ذلك إن الضرر الذي سيلحق لها بالفسخ أشد من الضرر الذي سيلحق بالزوج .

ج-التهاب الكبد الوبائي (ب) (B): ما يميز حامل هذا المرض أنه لا تظهر عليه عادة أي علامات أو أعراض للمرض، كما إن أنزيمات الكبد لديه تكون طبيعية لكنه يظل مصاباً لعدة سنوات أو طول حياته، في حين يكون قادراً على نقل الفيروس لغيره، والمصاب بهذا المرض مدة طويلة يمكن أن تظهر لديه أنسجة نخيفة داخل الكبد وهذا ما يصطلح عليه بالتليف الكبد⁴. فإذا كان أحد الزوجين مصاباً بهذا الفيروس والآخر غير مصاب فيجب أن يأخذ غير المصاب التطعيم الوقائي، وكذلك المرضى المصابين بالقصور الكلوي عليهم أخذ التطعيم أيضاً⁵.

أما عن طرق العدوى بالفيروس فهي متشابهة مع الحالات التي ينتقل فيها فيروس الإيدز، إلا أن فيروس التهاب الكبد الوبائي (ب) أكثر عدوى من فيروس الإيدز بعشر مرات⁶.

تأثيره على الحياة الزوجية: إن مرض التهاب الكبد الوبائي "ب" ينتقل إلى الشريك (الزوج السليم) بطريق العدوى وقلماً يستطيع الطبيب عمل شيء لمنع ذلك⁷.

¹الأشقر عمر سليمان، المرجع السابق، ج1، ص 54

² وقد استند الفقهاء في عده في باب العيوب ماثبت عن عمر - رضي الله عنه - في الموطأ من التفريق بالبرص والجنون والجذام أنه قال "أما رجل تزوج امرأة وبها جنون أو جذام أو برص فمسها فلها صداقها كاملاً وذلك لزوجها غرم على وليها " :ينظر مالك بن أنس، موطأ الإمام مالك، رواية يحيى بن يحيى الليثي، ح ر: 1097، منشورات المجلس العلمي الأعلى، د م ن، ط1، ج 2 ص 526، والإيدز شبيه بالجذام بل هو أخطر وأقبح منه .

³ القرضاوي يوسف، برنامج الشريعة والحياة، قناة الجزيرة، تقديم عبد الصمد ناصر، 1427هـبتاريخ: 2006/6/15، عبد السلام جعفر، حل عقدة النكاح في ضوء الشريعة الإسلامية، مركز دراسات المرأة، دم ن، 1427هـ-2006م، ص83.

⁴ حبيب زينب منصور، معجم الأمراض وعلاجها، دار أسامة، عمان، الأردن، ط1، 2010 م، ص 117.

⁵ الشافعي عبدة مبروك، الكبد وأمراضه بين الحقيقة والوهم، دار العلوم للنشر والتوزيع، مصر، 2005م، ص 289.

⁶ أبو السمن منير، الجنس بين الطب والدين، المكتبة الأهلية، عمان، الأردن، ط1، 2001م، ص 169.

⁷ الحيمي مدني، طب الأمراض المعدية والتغذية، إشراف ومراجعة: عدنان ذكريتي، المركز العربي للتعريف والترجمة والتأليف والنشر، دمشق، سوريا، د ط، 1915م، ص 554.

2- الأمراض العضوية غير المعدية :نذكر أمثلة منها:

أ-مرض السكري مرض السكري ليس مرضا واحدا بل هو عدة أمراض تصيب أعضاء الجسم عموما، وتظهر على هيئة اضطرابات في تمثيل المواد الغذائية الهامة كالنشويات، والدهون والبروتينات، وتنتهي كلها بزيادة السكر في الدم عن معدله الطبيعي¹.

أما عن أنماطه: فيمكن تقسيم السكري إلى أنماط أربعة : الأول، يتمثل في عدم إفراز البنكرياس للأنسولين نائيا، والثاني لا يفرز فيه البنكرياس كمية كافية من الأنسولين أو يفرز ولكن خلايا الجسم لا تستجيب، والنمط الثالث يمثل حالات متغيرة جدا من الناحية السببية وتشكل 2% من مجموع حالات السكري، والنمط الرابع يمثل داء السكري الحملي².

أعراض السكري³: من أعراضه الشعور بالحمول والارتعاش، الإغماء، سرعة القذف، كثرة التبول، عدم وضوح الرؤية. تأثيره على الحياة الزوجية :مرض السكري إذا اكتشف مبكرا أو عولج من البداية، وتفادى المريض مضاعفات المرض قبل أن ينتشر في جسمه فإنه يستطيع أن يستمر في حياة طبيعية كبقية الأزواج، يقول الدكتور يوسف الكيلاني "إن الإصابة بداء السكري لا يمثل عائقا بين المريض والزواج خاصة إذا كان المريض صغير السن أي في سن الإنجاب وكان خاليا من مضاعفات مرض السكري"⁴.

أما مرض السكري غير المنضبط الذي يصحبه ارتفاع مستوى السكر (الجلوكوز) بالدم لفترات طويلة فإنه - وبلا شك - يؤثر تأثيرا سيئا على القدرة الجنسية⁵، وهذا يدل على أن المرض إذا انتشر في جسم الإنسان من الصعب علاجه والسيطرة عليه، وعامل الوراثة يلعب دورا كبيرا في نقل مرضى السكري⁶.

التخريب الفقهي (الحكم الشرعي) لمرض السكري :لم يتطرق فقهاؤنا القدامى لمرض السكري إلا أن بالإمكان تخريجه على ما ذكره من الضوابط، فقد ذكروا أن من ضوابط اعتبار العيوب كون العيب يمنع الوطء أو ينفر منه أو يقلل الاستمتاع وهذا متحقق في الحالات المتقدمة من مرض السكري، فالمرأة قد تصاب بالإخماج المنقّر والتي تقاس على البخر الذي سبق الحديث عنه، وعما يسببه من النفرة وقلة الاستمتاع⁷، أما الرجل فكما تبين لنا أنه يصاب باضطراب في الانتصاب قد يصل إلى حد الفشل، وبالتالي يكون هناك ما يمنع الوطء أو يقلل منه، ويمكن تخريجه في حالات صعوبة الانتصاب على ضابط ما يقلل الاستمتاع⁸.

ب- السمنة المفرطة :تعرف على أنها "زيادة وزن الجسم عن الحد الطبيعي بسبب زيادة الأنسجة الدهنية، وتراكم الدهون"⁹، وقد أضحى مرض العصر .

أما أسباب حدوث السمنة فقد ذكر الأطباء جملة من أسباب حدوث السمنة من أهمها¹⁰:

¹ رفعت محمد، السكر وعلاجه، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط2، 1397هـ-1977م، ص 114.

² محمد محسن الصالح، الداء السكري، الموسوعة الطبية المتخصصة، هيئة الموسوعة العربية، دمشق، سوريا، 2016م، ج6، ص 134 وما بعدها .

³ الجاموس نور الهدى محمد، الاضطرابات النفسية :الجسمية، السيکوسوماتية، دار البازوري، وزارة الثقافة، عمان، الأردن، (د ط د ت ن)، ص 31، محمد محسن الصالح، المرجع نفسه، ص 136.

⁴ الكيلاني يوسف، السكري والصحة، منشورات شركة النور، بيروت، لبنان، ط1، 2001م، ص 19.

⁵ الحسيني أيمن، قبل أن أتناول الفياجرا "500 معلومة تهمك على الفياجرا أو المنشطات والعلاقة الزوجية، مكتبة ابن سينا، القاهرة، مصر، د ط، 2001م، ص 19.

⁶ رفعت محمد، 150 سؤال عن السكر والروماتيزم والعلاج الطبيعي "يجيب عنها نخبة من أساتذة كليات الطب، بجمهورية مصر العربية، منشورات المكتبة العصرية، بيروت، لبنان، د ط، د ت، ص 29.

⁷ لمزيد من التفاصيل ينظر الصفحة 107 من البحث.

⁸ خالد عبد الله العوض، المرجع السابق، ص 73.

⁹ الركبان محمد عثمان، البدانة الداء والدواء، مدينة الملك عبد العزيز للعلوم والتقنية، الرياض، د ط، 1430هـ-2009م، ص 55.

¹⁰ المرجع نفسه، ص 75-76.

عوامل وراثية : اكتشف الأطباء جيئاً يسمى "أوب" يؤدي إلى الإصابة بالسمنة وينتقل من الآباء إلى الأبناء، أو **عوامل نفسية:** وتتمثل في اضطرابات وضغوطات نفسية قد تخل بتوازن الشهية، فيؤدي إلى البدانة، ومن أشهرها: الأكل الانفعالي و الأكل التصاعدي و الأكل ليلاً، أو **الإصابة ببعض الأمراض** خاصة أمراض الغدد الصماء التي تؤثر على مراكز الشبع والتغذية في الدماغ.

تأثيرها على الحياة الزوجية : تؤدي السمنة إلى الإصابة بأنواع مختلفة من الأمراض البدنية من أهمها :

- أمراض القلب والأوعية الدموية، سرطان الثدي والرحم، داء السكري، وكل هذه الأمراض لها أثر سلبي على العلاقة الزوجية.
- حدوث اضطرابات في الدورة الشهرية للمرأة من شأنها أن تؤثر على فرص الحمل .
- العقم لكلا الطرفين حيث تؤدي السمنة إلى تكيس المبايض لدى المرأة وضعف الانتصاب لدى الرجل، إضافة إلى وجود إنتاءات في الجلد تؤدي إلى تجمع الفطريات والبكتيريا ينتج عنها رائحة كريهة، وتلوث المناطق التناسلية، الأمر الذي يؤثر بشكل بالغ على العلاقة الجنسية، بل وربما النفور منها، وهذا يمكن أن يقاس على ما ذكره الفقهاء من البخر وهو عبارة عن روائح تنبعث من الفم والفرج¹.

التخريج الفقهي (الحكم الشرعي) لمرض السمنة:

لم نجد من الفقهاء من تحدث عن السمنة كعيب من عيوب النكاح سوى **البهوتي** حيث قال عند حديثه عن العيوب التي لا يثبت بها حق الفسخ "وكون أحدهما عقيماً أو حنيفاً جداً أو نحوه كسمنى جداً أو كسيح، لأن ذلك كله لا يمنع الاستمتاع ولا يخشى تعديه"².

ويمكن عدّ السمنة كعيب تخريجاً على الضوابط التي ذكرها الفقهاء فقد ذكروا أنّ من ضوابط عدّ العيوب أن تكون مما يمنع الاستمتاع، والسمنة المفرطة غالباً ما تقضي على المتعة لصعوبة الممارسة والتحرك خلالها، كذلك ذكر الفقهاء أنّ من الضوابط كون العيب منقراً وهذا متحقق في حالة الروائح الناتجة عن الفطريات المتراكمة في إنتاءات الجلد، وهذه الحالة يمكن تخريجها أيضاً على البخر الذي عد من طرف المالكية والحنابلة كعيب مجيز للتفريق به.

خامساً: الأمراض (العيوب) الجلدية :

الجلد هو خط الدفاع الأول لوقاية الإنسان من الأمراض، فإذا كان سليماً فلا يسمح بغزو أي مسبب مرضي، وإذا تشقق أو جرح فيسهل على الميكروب غزو الكائن الحي بسهولة خلال الفتحة فيه"³. وتعدّ الإصابة بالفطريات من أهم أسباب حدوث الأمراض الجلدية، خاصة في الجو الحار⁴، والأمراض الجلدية عديدة ومختلفة نذكر منها :

1- عيب الجذام :

إن مرض الجذام من الأمراض القديمة التي شهدتها العالم عبر التاريخ، وعده الفقهاء من العيوب التي يثبت بها خيار الفسخ ووضعه له تعاريفاً، لكن لم تكن لهم دراية وعلم بأسباب هذا المرض وأنواعه وأعراض كل نوع، لذا سنبين ذلك وفق ما استجد من تطور طبي .

تعريفه :

¹ عيب البخر الذي تحدث عنه المالكية والحنابلة وعدوه من العيوب : ينظر الصفحة 107 من هذا البحث .

² البهوتي منصور بن يونس، شرح منتهى الإرادات دقائق أولى النهى لشرح المنتهى المرجع السابق، ج 5، ص 208.

³ كامل أحمد علي، عدوى الأمراض الباثية بين الإنسان والحيوان : الأمراض، العلاج، الوقاية للمربين والمستهلكين، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، د ط، 2006م، ص 9.

⁴ نعمة حسن، الأمراض "أسبابها، مظاهرها"، شركة رشاد برس، بيروت، لبنان، ط 1413هـ-1913م، ص 57.

الجذام في الاصطلاح الطبي: هو مرض تسببه جرثومة عضوية تسمى المتقطرة الجذامية، وهو يصيب الجلد والأعصاب المحيطية¹ ومخاطية السبيل التنفسي العلوي والعينين².

طرق العدوى بمرض الجذام : ذكر الدكتور محمد علي البار طرقا عديدة لانتقال المرض³، عكس ما كان يعتقد قديما أن العدوى به تكون فقط بالتلامس .

أنواعه: لمرض الجذام حسب الأطباء نوعان :

مرض الجذام الدرني: يتميز بظهور طفح جلدي، أو على هيئة تدرنات جلدية (حبيبات)، ومع اشتداد التفاعل المناعي مع الميكروب يمكن أن يؤدي إلى إصابة الأعصاب الطرفية إصابة بليغة ينتج عنها فقدان الإحساس بشكل كلي في الأطراف والتي ينتج عنها بترها⁴، ولكن هذا المرض قليل العدوى .

مرض الجذام ذو الورم الأسدي: (Lepromatous Leprosy) "هذا النوع يختلف عما سبقه من حيث الانتشار والأعراض والمضاعفات، إذ تكون إصابة الجلد فيه غير محدودة بل تكون منتشرة على كافة أنحاء الجسم، وتتعدى فيه الإصابة لتشمل الأغشية المخاطية للجهاز التنفسي وخاصة الأنف كما تصاب العين والجهاز الهضمي والكلية و تصاب أيضا الغدد التناسلية (الخصيتين).

تأثيره على الحياة الزوجية: يتضح من خلال الأعراض والمضاعفات الآنف بيانها بأن مرض الجذام له تأثيرات كبيرة على العلاقة الزوجية، يقول الدكتور خالد جبور ردا على سؤال عن هذه المسألة: إن مرض الجذام من الأمراض البكتيرية الخطيرة التي تصيب الإنسان، لأن الأمر لا يقتصر على المصاب فحسب بل يكون تأثيره على من يحيطه وخصوصا الطرف السليم من (الزوج أو الزوجة) وذلك بانتقال العدوى عن طريق الاتصال الجنسي، كما لهذا المرض تأثير على أعضاء الجسم، ويؤثر على الإنجاب والتناسل لأن تأخير علاج لهذا المرض يؤدي إلى العقم⁵.

كما يعاني الزوج السليم من الآخر السقيم النفرة والضرر نتيجة ما يحدث للمصاب بهذا المرض من تشوهات وتهتكات في الأطراف والأعضاء من البتر.

الحكم الشرعي: لقد سبق وأن ذكرنا عند الحديث حول الحكم الشرعي لعيوب النكاح أن جمهور الفقهاء المالكية والشافعية والحنابلة ذهبوا إلى ثبوت حق الخيار بفسخ عقد النكاح لكلا الزوجين وبيننا ضوابط كل مذهب، ومن بين تلك العيوب التي عدوها عيب الجذام⁶، ولكن وقع بين الفقهاء خلاف بخصوص هذه المسألة في حالة واحدة فقط وهي، إذا أصيبت الزوجة بالجذام بعد العقد فقد ذهب الشافعية والحنابلة إلى ثبوت حق التفريق للزوج، في حين خالف في ذلك المالكية في نفي التفريق بين الزوجين إذا وجد الزوج بزوجه بعد العقد جذاما.

¹ **الأعصاب المحيطية :** هي الأعصاب الموجودة خارج الدماغ والنخاع الشوكي، تشوش أو تقاطع اضطرابات الأعصاب المحيطية الرسائل بين الدماغ وبقية الجسم :ينظر موسوعة الملك عبد الله بن عبد العزيز، العربية للمحتوى الصحي، اضطرابات الأعصاب المحيطية عل الموقع <http://www.kaahe.org/health/ar/726> اطلع عليه بتاريخ: 2022/04/18 .

² محمد علي البار، معلومات أساسية حول مرض الجذام، المكتب الإقليمي لشرق المتوسط، منظمة الصحة العالمية ، على الموقع: <http://www.emro.who.int> اطلع عليه في: 2022/04/18 .

³ ينقل ميكروب الجذام من الشخص المصاب إلى السليم، عن طريق العطس وعن طريق الرضاعة أي من الأم المصابة إلى الرضيع عن طريق اللبن وعن طريق وخر الحشرات :ينظر: عثمان الكاديكي، الأمراض المعدية، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان، بنغازي، ليبيا، ط3، 1428هـ، 1998م، ص 112.

⁴ عثمان الكاديكي، المرجع السابق، ص 213.

⁵ رأفت عاطف عبد الفتاح عيادة، المرجع السابق، ص 157.

⁶ لمزيد من التفصيل :أنظر الصفحة 64 وما يليها من هذا البحث

2- عيب البهاق (البرص): يعد أحد الأمراض الجلدية المزمنة التي حار الطب في تفسير سبب حدوثه، وطريقة علاجه، ويصيب البهاق جميع الأشخاص كبارا وصغارا ذكورا وإناثا، ومن هم في بسطة من العيش أو من هم في عز¹.

أما تأثيره على العلاقة الزوجية، فمرض البهاق غالبا ما يصيب الأفراد الذين لديهم تاريخ وراثي لهذا المرض أي إصابة أحد أفراد العائلة وغالبا ما تبدأ الإصابة قبل بلوغ سن العشرين²، وبالتالي فهو يؤثر على المقاصد الشرعية للزواج وهي الاستمتاع والإنجاب. **الحكم الشرعي لعيب البهاق (البرص):** لقد عد جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة عيب البرص من العيوب المشتركة بين الرجل والمرأة التي يثبت فيها الخيار بالتفريق بين الزوجين لعله أنه مرض معد ولا تكاد نفس أحد تطيب أن يجامع من هو به ولا نفس امرأة بذلك منه وبالتالي فإن هذا المرض لا تستقيم معه الحياة الزوجية، ويؤثر على تحقيق مقاصد الزواج³.

الفرع الثاني: دور التقنية الطبية الحديثة كقرينة لإثبات عيوب النكاح المعاصرة :

قد رأينا أن جمهور الفقهاء ذهبوا إلى أن لكل من الزوجين الحق في طلب التفريق لمرض أو عيب يجده في صاحبه مع اختلاف بينهم في تعداد هذه الأمراض، والراجح أن تلك العيوب لم تأت على سبيل الحصر، وإنما يرجع ذلك إلى أهل الخبرة من الأطباء لإثبات العيب أو المرض وتحديد الضرر، وهذا المبدأ تبنته أغلب التشريعات المقارنة أين نصت على وجوب الاستعانة بدوي الاختصاص من أطباء مختصين لإثبات هذه الأمراض والعلل حتى يستنير بها القاضي قبل إصدار حكمه.

وقبل التطرق إلى القرائن الطبية الحديثة لإثبات العيوب، سنتطرق أولا إلى أهمية الكشف عن العيوب المعاصرة بين الزوجين لدى فقهاءنا القدامى والوسائل التي اعتمدها لكشف بعض العيوب.

أولا: أهمية الكشف عن العيوب بين الزوجين لدى الفقهاء القدامى:

لقد اتفق جمهور الفقهاء من حيث المبدأ على لزوم التثبت من دعوى العيب وزواله⁴، وقد ورد عنهم وسائل مختلفة للوقوف على حقيقة الأمر من هذه الوسائل:

- الجلوس على ثوب منكر الجب بظاهر اليد⁵.
- النظر والتفحص في الجذام والبرص⁶.
- شهادة النساء على بكاره المرأة، وذلك بالنظر إليها إذا ادعى الزوج الوطء، وقالت إنها عذراء⁷.
- مطالبة الرجل بإخراج مائه واختباره، وبعد خلوته بزوجه، أو تفحص مكان الحرث بعد الجماع⁸، ومما جاء في ذلك ما ذكره ابن قدامة في كتابه المغني: "الزوجة تدعي أنّ زوجها عنين.... وإن كانت ثيبا وادعى - زوجها - أنه يصل إليها، أخلي معها في بيت، وقيل له: أخرج ماءك على شيء فإن ادعت أنه ليس بمني جعل على النار، فإن ذاب فهو مني، وبطل قولها"⁹.

ثانيا: الطرق الطبية الحديثة كقرينة لإثبات عيوب النكاح المعاصرة :

¹ أحمد محمد، الثقافة الصحية، دار المسيرة، عمان، الأردن، 1430هـ-2009م، ص 70.

² بقيون سمير، الأمراض الجلدية، دار البازوي، عمان، الأردن، د ط، 2007م، ص 147.

³ ينظر الصفحة 107 وما يليها من هذا البحث.

⁴ شمس الدين محمد بن أحمد بن عبد الخالق، جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1417هـ-1996م، ج 2، ص 28، ابن قدامة، المغني على مختصر الخرقي، ج 7، ص 201،

⁵ الخطاب، المرجع السابق، ج 3، ص 489.

⁶ المرجع نفسه، ص 490.

⁷ الشربيني الخطيب، المرجع السابق، ج 5، ص 453.

⁸ المرادوي علاء الدين أبو الحسين علي بن سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط 2، د ت ن، ج 8، 191.

⁹ ابن قدامة، المغني على مختصر الخرقي، المرجع السابق، ج 7، ص 616.

وهذه الطرق الطبية تعدّ -وكما رأينا- من القرائن التي وقع الاختلاف بين الفقهاء في حكم عمل القاضي بها وفي هذا المطلب سنستعرض الطرق الطبية في إثبات العيوب المعاصرة التي تناولناها سابقا.

1- طرق إثبات عيوب النكاح التناسلية لمعاصرة :

سنتناول طرق إثبات الإصابة بسرطان الخصية واضطرابات القذف، وسرطان البروستات لدى الرجل ، وطرق إثبات الإصابة بسرطان عنق الرحم والفرج، وهبوب الرحم لدى المرأة :

أ- طرق إثبات الإصابة بسرطان الخصية أو إثبات فقدانها:

- إثبات الإصابة بسرطان الخصية: يتم الكشف عن سرطان الخصية من خلال الفحوصات التالية:

الفحص السريري للمريض: والذي يعتمد فيه المريض على المشاهدة والحس أين يمكن من خلالهما ملاحظة بعض الأعراض مثل : ضخامة الخصية، وحدوث تجمع دموي في أغلفتها.

الفحوصات المخبرية والتصوي ربالأمواف فوق الصوتية: التي يمكن من خلالها استقصاء حالة الخصية وكيس الصفن.

إثبات فقدانها: كان التأكد من فقدان الخصية في السابق يعتمد على مجرد الحس، وذلك بأن يقوم الطبيب بالحس على ثوب المريض للتأكد من وجود الخصية وهو ما ذكره بعض الفقهاء¹، ومع تطور الطب وجد أن الخصية قد تكون موجودة ولكنها معلقة داخل البطن، وهذا الأمر يتطلب إجراء التصوير اللازم لكشف مكان الخصية وعلاجها .

ب - طرق إثبات سرطان البروستات أو فقدانها : ذكر الأطباء طرقا عدة للكشف عن سرطان البروستات:

طرق إثباتها: يمكن إثباتها باستخدام الطرق الآتية²:

-فحص المريض سريريا :ويكون في بعض الحالات بالمس الشرجي وهذا الفحص يكشف بعض الأعراض ومن أهمها : التضخم أو التصلب في غدة البروستات، وآلام الظهر.

-إجراء فحوصات مخبرية للدم: وذلك بالكشف عن زيادة الفوسفاتيز الحامضية في الدم.

-إجراء الفحص النسيجي للبروستات: بأخذ خزعة من نسيج البروستات وفحصها مخبريا للتأكد من وجود خلايا سرطانية من عدمه.

إثبات فقدانها: رغم أنه لم تورد المصادر الطبية المطلع عليها من تحدث عن هذه المسألة، إلا أنه يمكن القول بإمكانية إثبات فقدان البروستات من خلال استخدام التصوير قياسا على إثبات فقدان الخصية.

ج - طرق إثبات اضطرابات القذف: في المعتاد يلجأ الشخص الذي يعاني من اضطرابات القذف طواعية إلى الطبيب، أملا في إيجاد علاج ما أصابه من وجع نظير حرمانه من الاستمتاع، ولكن إن حدث نزاع وأنكر ذلك كان الاحتكام إلى الطب (أهل الخبرة)، و هو الحل لهذه المشكلة باعتبارها عملا تقنيا للاطلاع على أسباب هذه الاضطرابات، ويمكن ذكر بعض الطرق الطبية في الكشف عنها:

أسباب نفسية : لقد بينا سابقا إن من أسباب سرعة القذف أو تأخره أو عدم التحكم به، وجود مشاكل نفسية مثل النفور من الزوج، لذلك ذكر الأطباء أن تشخيص هذه الحالات يتطلب أولا جلسات مع المريض توجه له بعض الأسئلة حول حياته الجنسية حتى يتبين موقع الخلل، فإذا ما تبين أن السبب نفسي أحاله للطب النفسي لمساعدته في تحديد المشكلة وإثباتها³.

¹الدسوقي، المرجع السابق، ج2، ص 284.

²الحسيني إسماعيل ، موسوعة الطب الجراحي، المرجع السابق، ج2، ص 314.

³موسوعة الملك عبد الله للمحتوى الصحي، موقع :http/cult.us/a PMYY، تاريخ الاطلاع :2022/04/12م.

أسباب بدنية :لقد توصلنا عند الحديث عن اضطرابات القذف إن من بين أسباب الإصابة بما تعرض المريض إلى عيب بدني، مثل أمراض القلب والنخاع الشوكي والأعصاب وغيرها مما سبق بيانه، فإن كان الأمر كذلك أحيل المريض إلى طبيب مختص لفحصه وإثبات تحقق الاضطراب¹.

د- طرق إثبات سرطان عنق الرحم أو فقدانه :

- طرق إثبات الإصابة به:² ويكون ذلك بواسطة :

الفحص السريري: وذلك بفحص الحوض بالمس المهبلي المدقق، وتنظير عنق الرحم بالمنظار³، ويسهل هذا الفحص إلى اكتشاف التقرحات والتعقيدات الموجودة.

- المسحة الطبية : وهي أخذ عينة من خلايا عنق الرحم عن طريق الفحص المهبلي، ومسحها على زجاجة خاصة، وإرسالها إلى مختبر الأنسجة لدراساتها، وتحليلها، وهو من الفحوص الأساسية لاكتشاف سرطان الرحم⁴.

-أخذ خزعة مخروطية لفحصها: وهذا في حال لم يكشف المنظار وجود إصابة ظاهرة.

إثبات فقدانه: ذكر الأطباء طرقاً مختلفة لمعرفة حال الرحم والتأكد من وجوده وهي⁵:

-إجراء تنظير لباطن الرحم يسمى التنظير التشخيصي: أين يتم تصوير الرحم وما حوله بالأموح الصوتية.

-حس الرحم : وذلك لمعرفة حالة وجوده من عدمه .

-التنظير المهبلي : حيث يمكن للطبيب من مشاهدة عنق الرحم.

هـ - طرق إثبات سرطان الفرج ومضاعفاته :

- الإصابة بسرطان الفرج: يعتمد الأطباء في ذلك إلى طريقتين⁶:

الفحص السريري: وذلك بالاعتماد على مشاهدة الإصابة التي تكون عادة على الشفر الكبير، كما يمكن استعمال العدسة المكبرة، أو منظار المهبل في الحالات المبكرة.

إجراء الخزعة الفرجية: وذلك بأخذ خزعة لفحصها في المخبر للتأكد من وجود الخلايا.

-إثبات مضاعفات سرطان الفرج : يمكن إثبات الإصابة بسلس البول من خلال اختبار الجهد البولي، وذلك بأن تسعل المريضة فإذا خرج البول بمجرد السعال فقد ثبت إصابتها بالسلس البولي الجهد⁷، أما في حالة عدم التئام الجرح أو ضيق المهبل يتم إجراء فحص سريري للمريض⁸.

و- طرق إثبات هبوب الرحم وفقدانه:⁹

¹ موسوعة الملك عبد الله للمحتوى الصحي، المرجع السابق، تاريخ الاطلاع: 2022/04/12م

² صادق فرعون، سرطان عنق الرحم، المرجع السابق، ص 73.

³ المنظار: جهاز أنبوبي مزود بإضاءة يدخل في الممر لتسهيل المعاينة المباشرة .

⁴ فاخوري سيرو، موسوعة المرأة الطبية، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، ط5، 2005م، ص 323.

⁵ مجاهد حمامي، الفحص وطرائق الاستقصاء في جهاز المرأة التناسلي، الموسوعة الطبية المتخصصة هيئة الموسوعة العربية، دمشق، سوريا، 2016م، ج2، ص 22، حمد سلطان، التنظير النسائي، الموسوعة الطبية المتخصصة، هيئة الموسوعة العربية، دمشق، سوريا، 2016م، المرجع نفسه، ص 26.

⁶ الفرج، سرطان الفرج، الموسوعة الطبية المتخصصة، هيئة الموسوعة العربية، دمشق، سوريا، 2016م، المرجع السابق، ص 68.

⁷ حمد سلطان، المرجع السابق، ص 87.

⁸ مجاهد حمامي، المرجع السابق، ص 22.

⁹ حمد سلطان، الهبوب التناسلي، الموسوعة الطبية المتخصصة، هيئة الموسوعة العربية، دمشق، سوريا، 2016م، المرجع السابق، ج2، ص 51 .

إثبات هبوب الرحم: ذكر الأطباء طريقة واحدة قالوا أنها كافية للكشف عن هبوب الرحم وهذه الطريقة هي **الفحص السريري** الذي يعتمد على المس المهبل وهي طريقة كافية لوضع التشخيص الدقيق لهذه الحالة.

إثبات فقدان الرحم: سبق وأن تطرقنا للطريقة التي تثبت فقدان الرحم عند الحديث عن الإصابة بسرطان عنق الرحم، حيث يتم ذلك عبر الفحص السريري و التنظير.

طرق إثبات العقم: يمكن الكشف عنه باستعمال وسيلة فحص الإخصاب عند المرأة، وعن طريقها يتم فحص بويضات المرأة ومدى ملاءمتها واستعدادها للتلقيح من خلال الحيوان المنوي الذكري، وتتم هذه العملية بإحدى الطريقتين:

-**الأولى:** باستخدام جهاز التصوير المعروف بـ"الألتراسوند"، وهو جهاز فحص خارجي عن طريق البطن .

-**الثانية:** تكون بجهاز فحص داخلي للرحم¹:

أما كشف العقم عند الرجل فتستخدم **وسيلة تحليل السائل المنوي** وهي عبارة عن عملية تقييم السائل المنوي الخارجي من ذكر الرجل جودة وكمية، بحيث يتم التعرف من خلاله على عدد من الحيوانات المنوية الموجودة في كل سنتيمتر واحد من السائل، وتحديد النشاط منها والهالك².

م- طرق إثبات بعض الأمراض العضوية المعدية:

-**إثبات مرض الإيدز:** لا يحتاج هذا المرض إلى التفريق بين طرق إثبات الإصابة به وطرق إثبات العيوب التي تسبب بها، وذلك كون هذا المرض يعد مدخلا لكثير من الأمراض التي تهدد جسم الإنسان، وقد ذكر الأطباء إن اكتشاف هذا المرض يتم بطريقة:

التحليل المخبري للدم والبول والأنسجة: وهذه الفحوصات مما استجد في عصرنا، حيث يلجأ الأطباء في كثير من الحالات إلى عينات من دم المريض أو بوله تمهيدا لإرسالها إلى المخبر لفحصها، ويكشف هذا الفحص عن وجود أجسام مقاومة لفيروس الإيدز في الدم ويدل وجود هذه الأجسام عن الإصابة بفيروس الإيدز³.

ولكن ثمة شروط وضوابط لإجراء هذه الفحوصات أهمها⁴:

-إجراء الفحوصات في المراكز الطبية الموثوقة المعتمدة والأفضل إجراؤها بمركزين مختلفين فأكثر، وذلك لمزيد من الحرص وعدم اختلاط العينات والنتائج ببعضها البعض، والحرص على نظافة الأدوات المستخدمة.

ويمكن إثبات مرض الإيدز عن طريق البصمة الوراثية⁵.

ن- طرق إثبات الأمراض العضوية (غير المعدية):

طرق إثبات السممة المفرطة:

إثبات الإصابة بها: لقد وضع الأطباء معايير للسممة المفرطة ذات الخطورة، أين قدروا ذلك كون الوزن زائدا على 30 كيلوغرام، ويتم الكشف عن ذلك بعد أخذ الوزن بواسطة الميزان ثم تقييم شدة البدانة اعتمادا على ثخانة ثنية الجلد، كما يتم تقييم البدانة المركزية بحساب نسبة محيط الخصر على محيط الورك⁶.

¹ أنظر موقع: <http://www.layyous.com>، تاريخ الاطلاع: 2022/04/02.

² مقال تحت عنوان: تحليل المني، على الموقع: <http://ar.wikipedia.org/wiki>، اطلع عليه بتاريخ: 2022/04/02،

³ أيمن بشر، اختبارات الدم الطبية " الدلالات التشخيصية والفيسيولوجية"، مطبعة المحمودية، جدة، السعودية، ط1، 1432هـ-2011م، ص11، الحسيني إسماعيل، الأمراض التناسلية والبولية والجلدية، ج4، المرجع السابق، ص 15

⁴ أيمن بشر، المرجع السابق، ص 11.

⁵ وهي وسيلة بيولوجية لتحديد شخصية الإنسان وقد جاء في تعريفها أنها " المادة الحاملة للعوامل الوراثية والجينات في الكائنات الحية " أنظر: بهنام رمسيس، البوليس العلمي أو فن التحقيق، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، ط1، 2000م، ص150

⁶ نهاد خليفة " البدانة"، الموسوعة الطبية المتخصصة، هيئة الموسوعة العربية، دمشق، سوريا، 2016م المرجع السابق، ج6، ص 211.

طرق إثبات العيوب المترتبة على السمنة المفرطة : ذكرنا فيما سبق إن من عيوب السمنة المفرطة ظهور أمراض القلب والشرابين إضافة إلى العقم ولكل هذه الأمراض طرق لإثباتها منها التصوير والتحليل المخبرية وغيرها¹.

ت -الكشف عن مرض السكري²: يتم الكشف عن مرض السكري عن طريق فحص عينات من الدم مخبرياً، ومن أهم هذه الاختبارات التي يتم إجراؤها :-قياس مستوى جلوكوز الدم الصيامي.-قياس جلوكوز الدم بعد ساعتين من الوجبة.-اختبار تحمل الجلوكوز الصيامي-اختبار تحمل الجلوكوز بعد إعطاء الكرتزون، وهذه الفحوصات تكشف عن ارتفاع نسبة السكري في الدم أو انخفاضها الأمر الذي يساعد على علاجها قبل تطور الحالة³.

ث -كيفية تشخيص مرض السل : قسم الباحثون الاختبارات التي يمكن إعمالها في تحديد الإصابة بالسل إلى نوعين رئيسيين⁴:-اختبارات التقصي أو الكشف :يمكن بيان دواعي إجراء هذه الفحوصات وأنواعها فيما يلي:

فحص الدم : والذي يسمح للكشف عن وجود البكتيريا المسببة لمرض السل .

فحص الجلد : يعد اختبار التيوبركولين (tuberculin skin test) أحد الاختبارات البسيطة والأمنة للكشف عن وجود بكتيريا السل.

-الاختبارات التشخيصية⁵: ويلجأ إليها في حالة كانت اختبارات التقصي إيجابية لتشخيص الإصابة ومن هذه الاختبارات :

فحص البلغم :ويعد فحص البلغم من أحد أفضل الاختبارات التي تساعد على الكشف بعدوى مرض السل، وكذا عن مدى استجابة المريض للعلاج .

الفحص المجهرى :يتم فحص العينة تحت المجهر الضوئي للكشف عن البكتيريا المسببة لمرض السل في البلغم .

تصوير الصدر بالأشعة السينية :يساعد على الكشف عن الاعتلالات في أنسجة الرئة وحجم العقد اللمفاوية في الرئتين .

ك-كيفية تشخيص مرض التهاب الكبد الوبائي(ب):الاختبارات التي يمكن أن تساعد في تشخيص التهاب الكبد الوبائي(ب) أو مضاعفاته هي⁶:

اختبارات الدم :يمكن أن تكشف عن علامات فيروس التهاب الكبد (ب) في الجسم، وتوضح للطبيب ما إذا كانت الإصابة حادة أو مزمنة، كما يمكن أن يحدد فحص الدم البسيط فيما إذا كان لدى الشخص مناعة ضد هذه الحالة .

التصوير بالموجات فوق الصوتية: للكبد والتي تسمى التخطبط العابر مدى تليف الكبد.

خزعة الكبد : وذلك بإزالة الطبيب عينة صغيرة من الكبد لاختبارها، عن طريق إدخال إبرة صغيرة، من خلال الجلد ثم إلى الكبد لأخذ عينة نسيجية ليحللها في المعمل.

ف -طرق إثبات العيوب النفسية:يتم تشخيص الأمراض النفسية من خلال الخطوات التالية:⁷

الملاحظة المباشرة :بإجراء تقييم سريع لحالة المريض، لتحديد درجة الإصابة وخطورتها على المريض والمحيطين به، ويمكن للطبيب الاستعانة بأوراق الإحالة إذا ذكر فيها شيء من تصرفاته.

¹ نهاد خليفة المرجع السابق، ج 6، ص 211.

²أمين بشر، المرجع السابق، ص 237-240

³خالد عبد الله العوض، المرجع السابق ص 126.

⁴ مقال بعنوان : كيفية تشخيص مرض السل، على الموقع: www.mawdoc.com تاريخ الإطلاع عليه: 2022/04/02

⁵مقال بعنوان : السل، على موقع: mayoclinic.org/ar/disea تاريخ الاطلاع: 2022/04/02 .

⁶مقال بعنوان،التهاب الكبد الوبائي (ب)، على موقع: mayoclinic.org/ar/appoi، تاريخ الاطلاع: 2022/04/04 .

⁷ العسالي، الفحص والتشخيص في الطب النفسي، الموسوعة الطبية المتخصصة، هيئة الموسوعة العربية، دمشق، سوريا، 2016م ، المرجع السابق، ج10،

فحص الحالة العقلية للمريض : من خلال ملاحظة مظهره وسلوكه وتفكيره ومزاجه .

إجراء الفحوصات المخبرية والإشعاعية : لتقييم الحالة الجسدية.

ومن خلال ما سبق يمكن القول إن القرائن الطبية الحديثة لإثبات العيوب متنوعة ومتكيفة حسب نوع وطبيعة عيب النكاح ويمكن إجمالها فيما يلي :

1- الفحص السريري العام.

2- قرينة الفحص الداخلي للمرأة.

3- قرينة تحليل الدم : وتعدّ من القرائن المعدة والمعتمد عليها عند أهل الاختصاص في الطب الشرعي ولم نجد في الفقه الإسلامي ما يمنع من عدّ هذا الفحص قرينة مثبتة للأمراض والعيوب الحاصلة لكلا الزوجين، شرط إجراؤه للشخص في مركز ومشفى طبي مختص وموثوق لضمان عدم التلاعب والتزوير في النتائج، ويتم من خلالها الكشف عن أمراض عديدة منها :

أ- اختبار (RPR) للكشف عن مرض الزهري

ب- الكشف والتأكيد (إذا لزم الأمر) عن فيروس (AIDS) والكشف عن التهاب الكبد الوبائي.

ج- معرفة نسبة الهرمونات الجنسية عند المرأة .

4- قرينة فحص المخي: وهي قرينة معتدّ بها فيمكن من خلالها الكشف عن العقم الذي يعد من أكثر وأخطر المشكلات التي تشغل بال الكثير من المتأخرين بالإنجاب، فالعلم قد بين وأثبت بالفحص الطبي للسائل المنوي معرفة الشخص لقدرته على الإنجاب، والأصل الشرعي لعد هذه القرينة الطبية والدلالة على حجتها الرجوع إلى أهل الخبرة والاختصاص في هذا المجال وهو ما نص عليه الفقهاء¹.

5- قرينة الأشعة الطبية: وحيث أن هذه الأشعة هي صور ووثائق معتمدة، فقد وجب تداولها بنظام دقيق، وأن تحفظ مع الملف الطبي للمريض، كما يجب على أخصائي التصوير التأكد من هوية الشخص قبل تصويره لمنع التلاعب فإذا تأكدنا من هوية المريض فإن الأشعة تعد حجة في الإثبات لأنها قرينة قوية دالة على صاحبها إذا صدرت من لجنة طبية موثوقة ويمكن قياس حجية الأشعة على حجتي المصغرات الفيلمية ، وقد أوصى المشتركون في المؤتمر العربي الأول للوثائق والميكروفيلم الذي عقد في القاهرة سن 1974 لأن يكون للمصغرات الفيلمية حجيتها أمام السلطة القضائية بوصفها صورة مصدقة عن أصل² وهي التي تستخدم غالبا في تصوير أجزاء الجسم المختلفة وهي أنواع:

أ- الأشعة العادية : والتي تعطينا صورة عادية باستخدام الأشعة السينية .

ب- الأشعة المقطعية والتصوير المقطعي المحوسب³: Computed Tomography: هو جهاز يستخدم الأشعة السينية مع تقنية الكمبيوتر لالتقاط صور جسم الإنسان، وتعود تسميتها بهذا الاسم كونها تعطي صورة على شكل مقاطع للجسم، وتتميز بالوضوح والسرعة في كشف علل المريض.

ج- أجهزة التنظير: Fluoroscopy¹: تستخدم الأشعة السينية أو أشعة إكس، وعادة ما يعطى المريض صبغة ملونة تؤخذ عن طريق الفم لفحص الجهاز الهضمي، أو تعطى للمريض عن طريق الوريد لتصوير الكلى، أو جهاز البول، أو لتصوير الأوردة، ويستعمل كذلك في تصوير الرحم وقنواته وذلك لتشخيص أسباب العقم عند النساء، وسرطان عنق الرحم.

¹ النفراوي، المرجع السابق، ج2، ص 40.

² زياد عبد الحميد محمد أبو الحاج، المرجع السابق، ص 70

³ مقال بعنوان: المبادئ الرئيسية في الأشعة المقطعية، منشور على موقع رادكلاس .نت، <http://radclass.net> بتاريخ: 2016/12/22، ص 03، اطلع عليه بتاريخ: 2022/04/19 .

د-التصوير بالموجات فوق الصوتية: Ultrasound: هذا النوع لا يستخدم فيه الأشعة السينية وإنما باستخدام موجات فوق الصوتية، فيتم توجيهها إلى داخل الجسم، ويمكن من خلال هذه التقنية تصوير جميع أنحاء البطن مثل الكلى والكبد وتصوير الجنين أثناء الحمل، والأجهزة التناسلية كالرحم والمبيض².

-التصوير بالرنين المغناطيسي³: يعتمد العلم على التصوير المغناطيسي في الكشف عن العيوب والأمراض منها: تشخيص تصلب الأنسجة والأورام الخبيثة، وكشف السرطانات، وقد تطورت أجهزة الرنين المغناطيسي حتى أصبح يخلق خرائط دماغية لنشاط الخلايا العصبية ثنائية بثانية، ومن مزاياه: أنه يعد أفضل الطرق مشاهدة ما يحصل داخل جسم الإنسان دون جرحه أو فتحه، وإنها لا تحمل أي إشعاع فهي آمنة من الناحية الطبية، ومن عيوبها: أن تكلفة الفحص عالية، وتعطي صوراً ساكنة بخلاف الأشعة فوق الصوتية⁴

-جهاز تصوير الثدي: Mammography: وهو جهاز يستخدم لاكتشاف وتشخيص أورام الثدي ويساعد على الاكتشاف المبكر لسرطان الثدي⁵.

6-قرينة البصمة الوراثية (ADN): يتم من خلالها الكشف عن العديد من الأمراض الوراثية والمعدية، فإذا تم هذا الفحص في مركز طبي موثوق ودلت النتيجة على وجود مرض وراثي أو مزمن أو خطير عند الشخص المفحوص، فإن دلالة هذا الفحص على المقبلين على الزواج دلالة قوية وقاطعة⁶.

7-قرينة فحص الحالة العقلية للمريض في حالة العيوب النفسية والعقلية: ويمكن من خلالها كشف الاضطرابات العقلية والنفسية التي يعاني منها المصاب.

وعطفاً على لما سبق، فإن التقنيات الطبية الحديثة محل البحث تعدّ من قبيل القرائن العلمية التي يمكن الاعتماد على نتائجها وفحوصها، إذا اعتمدت من قبل أطباء متخصصين ثقّات، وأجريت كذلك على أيدي متخصصين أكفاء من عمال المختبرات ذلك أن هذه التقارير والنتائج هي بمثابة الدعوى القضائية في ادعاء العيب كونها صدرت من جهة مختصة.

المطلب الثالث: موقف القانون من التفريق بسبب العيب بالاعتماد على الخبرة الطبية :

سنعرض في هذا المطلب موقف التشريعات العربية ممثلة في قوانين الأحوال الشخصية في (الفرع الأول)، ثم نتطرق إلى موقف المشرع الجزائري من التفريق للعيب في قانون الأسرة في (الفرع الثاني):

الفرع الأول : موقف التشريعات العربية من التفريق بالعيب بالاعتماد على الخبرة الطبية :

سنظهر موقف مختلف قوانين الأحوال الشخصية العربية فيما يأتي:

أولاً: موقف قانون الأحوال الشخصية الإماراتي: أعطى المشرع الإماراتي للزوجين حق طلب التفريق لإصابة الطرف الآخر بالعيب، وذلك في نص المادة 112 فقرة 01 من قانون الأحوال الشخصية التي نصت " إذا وجد أحد الزوجين في الآخر علة مستحكمة من

¹ علي الوابل، الأشعة الطبية التشخيصية "أنواعها واستخداماتها"، صحيفة الجزيرة (على شبكة الأنترنت)، مؤسسة الجزيرة للصحافة والطباعة والنشر، السعودية، عدد 10112، جوان 2000م .

² علي الوابل، المرجع السابق .

³ مقال بعنوان : كيف يعمل جهاز التصوير بالرنين المغناطيسي (MRI)، منشور على موقع ناسا بالعربي، <http://nasainarabic.net> بتاريخ: 2015/05/20، اطلع عليه بتاريخ: 2022/04/19 .

⁴ لالكلان دي كريستيني، راندا دريدج، كيف أتأكد من صحة جنيني؟ (دليل طرق وأساليب فحص الأجنة) ترجمة: أحمد بن محمد مكي الكردي، مكتبة العبيكان، الرياض، ط 1، 1418هـ 1998م، ص 266-267.

⁵ لالكلان دي كريستيني، المرجع السابق، ص 267.

⁶ أبو الحاج عبد الحميد محمد، دور القرائن الحديثة في الإثبات في الشريعة الإسلامية وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية في قطاع غزة، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، 2005م، ص 44-46.

العلل المنفرة أو المضرة كالجنون والبرص والجذام، أو التي تمنع حصول المتعة الجنسية كالعنة والقرن ونحوهما، جاز له أن يطلب فسخ الزواج سواء أكانت تلك العلة موجودة قبل العقد أم حدثت بعده¹.

ونصت الفقرة 02 من نفس المادة على أنه "يسقط حقه في الفسخ إذا علم بالعلة قبل العقد أو رضي بها بعده صراحة أو دلالة"، واستثنت الفقرة 03 من سقوط حق الفسخ المنصوص عليه في الفقرة 02: حق الزوجة في طلب الفسخ للعلة المانعة من المتعة الجنسية، ونصت الفقرة 05 على: "إن النظر في دعوى فسخ الزواج للعلل الجنسية تكون في جلسة سرية"، كما نصت المادة 113 من نفس القانون على: "إن العلل المذكورة في المادة 112 إذا كانت غير قابلة للزوال تفسخ المحكمة الزواج في الحال دون إمهال".

ونصت المادة 114 من ذات القانون "لكل من الزوجين حق طلب التفريق...2- إذا ثبت بتقرير طبي عقم الآخر بعد زواج دام خمس سنوات وبعد العلاج الطبي ويشترط عدم وجود أولاد لطالب الفسخ، وأن لا يجاوز عمره أربعين سنة.."

ومن خلال استقراء ماورد في هذا النص يتضح أنّ المشرع الإماراتي أخذ بمذهب الجمهور في إعطاء الزوجين حق طلب التفريق بسبب العيوب والعلل، كما أخذ بمذهب محمد بن الحسن الشيباني وابن القيم في تحديد ماهية العيب .

وقد أعطى المشرع الإماراتي لكلا الزوجين حق طلب فسخ عقد الزواج بسبب عقم الآخر لكن قيد هذا الحق بقيود، ولم يبين المشرع هل المقصود بعدم وجود أولاد لطالب الفسخ أن لا يكون له أولاد من زوجه العقيم قبل أن يصاب بالعقم فقط، أو أن لا يكون له أولاد مطلقاً، والذي يظهر أن الحكم يقصد به عموم الحاتين معا لأن الرغبة في الحصول على الأولاد تشملهما الحاليتين فلا يحق مثلاً للزوج الذي لديه أبناء من زواج آخر طلب الفسخ².

كما يلاحظ إن المشرع سوى بين الرجل والمرأة في عدم إباحة طلب الفسخ إذا جاوز الطالب سن الأربعين وهذا الشرط قد يكون منطقياً في المرأة، والتي تدخل غالباً في هذه السن مرحلة اليأس، لكن الرجل إنجاباً غير مرتبط بسن معينة، فحبذا لو قصر المشرع هذا الشرط على المرأة ورجع في تحديد سن اليأس إلى خبرة الأطباء³.

ثانياً: موقف قانون الأحوال الشخصية الأردني: إن المشرع الأردني أعطى حق طلب الفسخ للزوجين معا بسبب العيوب وقد أخذ بمذهب جمهور الفقهاء بالنسبة إلى حق الزوجة في طلب فسخ فقد نصت عليها المادة 128 من قانون الأحوال الشخصية الأردني⁴ للمرأة السالمة من كل عيب يحول دون الدخول بها، أن تراجع القاضي وتطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا علمت أن فيه علة تحول دون بنائه بها، كالجلب والعنة والخصاء، ولا يسمع طلب المرأة التي فيها عيب من العيوب التي تحول دون الدخول بها كالترق والقرن".

ونص على حق الزوج في ذلك بموجب المادة 132 إذ نصت على أنه "للزوج حق طلب فسخ عقد الزواج إذا وجد في زوجته عيباً جنسياً مانعاً من الوصول إليها كالترق أو القرن أو مرضاً منفراً، بحيث لا يمكن المقام معها عليه بضرر ولم يكن الزوج قد علم به قبل العقد أو رضي به بعده صراحة أو ضمناً"، وقد أخذ برأي المالكية في الراجح فيما تعلق بالعلل الطارئة على الزوجة والتي لا تجيز طلب الزوج في الفسخ وهذا ما نصت عليه المادة 133 بالقول: "العلل الطارئة على الزوجة بعد الدخول لا تسمع فيها دعوى طلب الفسخ من الزوج".

وفيما يخص عيب العقم فقد أخذ بالراجح عند مذهب الحنابلة القائلين بجواز التفريق بعيب العقم فنصت المادة 136 "للزوجة القدرة على الإنجاب إن لم يكن لها ولد ولم تتجاوز خمسين سنة من عمرها حق طلب فسخ عقد زواجها إذا ثبت بتقرير طبي مؤيد بالشهادة عقم الزوج وقدرة الزوجة على الإنجاب وذلك بعد مضي خمس سنوات من تاريخ دخوله بها".

¹ المادة 112 فقرة 01 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، المرجع السابق.

² عبد الباقي بدوي، التفريق القضائي بين الزوجين بسبب العقم في الشريعة الإسلامية وقوانين الأحوال الشخصية، مجلة الدراسات الإسلامية، قسم العلوم الإسلامية، جامعة الأغواط، عدد 7 جوان 2016م، ص 305-306.

³ المرجع نفسه، ص 306.

⁴ قانون الأحوال الشخصية الأردني، المرجع السابق.

ثالثاً: موقف قانون الأحوال الشخصية المصري:

نص المشرع المصري في المواد 9 و 10 و 11 من القانون رقم 25 لسنة 1920 م المتضمن أحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية¹، على أحكام التفريق للعيب، وأبقى عليها في التعديل الجديد بموجب القانون رقم 1 لسنة 2000 م² فنص في المادة 9 منه "للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيباً مستحكما لا يمكن البرء منه، أو يمكن البرء منه بعد زمن طويل، ولا يمكنها البقاء معه إلا بضرر كالجنون أو الجذام أو البرص، سواء كان هذا العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به أو حدث بعد العقد ولم ترض به، فإن تزوجته عالمة بالعيب أو حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها فلا يجوز التفريق"، ونص في المادة 10 من ذات القانون "الفرقة طلاق بائن" ونصت المادة 11 على أنه "يستعان بأهل الخبرة في العيوب التي يطلب فسخ الزواج من أجلها".

والملاحظ أن المشرع المصري لم يضع العيوب تحت الحصر ولكنه ذكر ضابطاً وأورد له أمثلة، وهذا الضابط هو كل عيب مستحكم لا يمكن البرء منه أو يمكن البرء منه ولكن بعد زمن طويل ولا يمكن للزوجة المكوث معه إلا بضرر، وقد أخذ بمذهب الحنفية في جعل حق طلب الفسخ للعيب للزوجة فقط، وأخذاً بمذهب محمد بن الحسن الشيباني في تحديد ماهية العيب .

والجدير بالذكر أن المشرع المصري لم ينص صراحة على العقم كعيب من العيوب التي يفسخ بها الزواج، وإذا ما رجعنا إلى المذهب الحنفي كما تنص عليه المادة 03 من قانون الأحوال الشخصية المصري لسنة 2000 م³، فإننا نجد إن العقم لا يندرج ضمن العيوب التناسلية التي تتيح للمرأة طلب التطلاق، ذلك أنه لا يؤثر على قربان الرجل لزوجته وإتيانها شرعاً⁴.

وقد قضت محكمة النقض المصرية: بأن عدم الرزق بالأولاد لا يعد في ذاته عيباً، وبالتالي لا يجوز سبباً للتطلاق إلا إذا اقترن بعيب آخر لا يمكن للزوجة المقام معه إلا بضرر⁵، كما قضت بأن الزوجة إذا طلبت التطلاق على زوجها لعدم قدرته على الإنجاب وجب على القاضي رفض دعواها، لأن عدم الإنجاب ليس مبرراً للتطلاق إذ لا دخل للإنسان في ذلك⁶.

رابعاً: المشرع العراقي: نص المشرع العراقي على حق الزوجة في طلب التفريق لوجود العيب في الزوج في نص المادة 43 من قانون الأحوال الشخصية⁷ في الحالات الآتية :

- ذكر في الفقرة 4 أنه " إذا وجدت زوجها عنيماً أو مبتلى بما لا يستطيع معه القيام بالواجبات الزوجية سواء لأسباب عضوية أو نفسية، أو إذا أصيب بذلك بعد الدخول بها وثبت عدم إمكان شفائه منها بتقرير صادر من لجنة طبية رسمية مختصة، على أنه إذا وجدت المحكمة أن سبب ذلك نفسي فتؤجل التفريق لمدة سنة واحدة شريطة أن تمكن زوجها من نفسها خلالها ".
- نص في الفقرة 5 " إذا كان الزوج عقيماً أو ابتلى بالعقم بعد الزواج ولم يكن لها ولد منه على قيد الحياة ".
- ونصت الفقرة 6 " إذا وجدت بعد العقد، إن زوجها مبتلى بعللة لا يمكن معها معاشرته بلا ضرر كالجذام أو البرص أو السل أو الزهري أو الجنون، أو أنه أصيب بعد ذلك بعللة من هذه العلل أو ما يماثلها، على أنه إذا وجدت الحكومة بعد الكشف الطبي أن

¹ القانون رقم 25 لسنة 1920 و المتضمن أحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية المعدل والمتمم، المرجع السابق

² القانون رقم (1) لسنة 2000م، بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية المصري المرجع السابق.

³ تنص المادة 03 من القانون رقم 1 لسنة 2000م بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية المرجع السابق: " يجب على القاضي في التطلاق بالعيب الأخذ بأرجح الأقوال في مذهب الإمام أبي حنيفة".

⁴ حسن حسنين، أحكام الأسرة الإسلامية فقها وقضاء طبقاً لآخر التعديلات الصادرة بالقانون رقم 1 لسنة 2000م، دار الآفاق العربية، القاهرة، مصر، ط 1، 1422هـ-2001م، ص 313

⁵ الطعن رقم 357 لسنة 63ف، جلسة 1997/12/29م، محكمة النقض المصرية (غير منشور)، ينظر المرجع نفسه، ص 313.

⁶ الطعن رقم 387 لسنة 62ف، جلسة 1996/09/23م، محكمة النقض المصرية، (غير منشور)، ينظر المرجع نفسه،

⁷ المادة 43 من قانون الأحوال الشخصية العراقي، المرجع السابق

العلة يؤمل زوالها فتؤجل التفريق حتى زوال تلك العلة، وللزوجة أن تمتنع عن الاجتماع بالزوج طيلة مدة التأجيل أما إذا وجدت المحكمة أن العلة لا يؤمل زوالها خلال مدة مناسبة وامتنع الزوج عن الطلاق وأصرت الزوجة على طلبها فيحكم القاضي بالتفريق " والملاحظ أن المشرع العراقي أيضا أخذ بمذهب أبي حنيفة في حصر طلب التفريق بالعيوب للزوجة دون الزوج، وبمذهب ابن القيم في تحديد ماهية العيب : بكل علة لا يمكن معاشرته بها إلا بضرر.

خامسا: المشرع المغربي: أعطى المشرع المغربي للزوجة حق طلب التطلاق بسبب العيب وهذا طبقا لنص المادة 98 فقرة 05 من مدونة الأسرة المغربية¹ وبالتالي فالمشرع المغربي قصر حق طلب التفريق بسبب العيوب للزوجة دون الزوج " ويتضح من خلال عرض موقف التشريعات العربية أن أغلبها نصت على وجوب الاستعانة بأهل الخبرة لإثبات العلة أو العيب أو المرض الموجب للتفريق بين الزوجين مع الاختلاف فقط في المصطلحات فقد استعمل المشرع الإماراتي مصطلح " بعد العلاج الطبي " بينما اشترط المشرع العراقي "تقريراً صادراً من لجنة طبية رسمية مختصة" في حين ذهب المشرع المصري إلى ضرورة الاستعانة "بأهل الخبرة" في العيوب أما المشرع الأردني فقد أرجع القول الفصل في ثبوت العيب "للتقرير الطبي المؤيد بالشهادة". وبالتالي يمكن القول إن التشريعات الوضعية عدّت الخبرة الطبية لدوي الاختصاص من أطباء قرينة طبية لثبوت العيب ومن ثم الاستناد إليها في دعوى التفريق بسبب العيب .

الفرع الثاني :موقف المشرع الجزائري من التفريق بالعيوب :

سنستطرق في هذا الفرع إلى بيان النصوص التي أورده المشرع حول مسألة التطلاق بالعيوب (أولاً)، ثم نناقش موقف المشرع الجزائري (ثانياً)، لنقوم بمقارنة قانونية بين موقف مختلف التشريعات العربية وموقف المشرع الجزائري (ثالثاً):
أولاً: النصوص الواردة في قانون الأسرة حول مسألة التطلاق بسبب العيوب:

أعطى المشرع الجزائري في قانون الأسرة الزوجة الحق في طلب التطلاق بسبب العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، أين نص في المادة 53 فقرة منه على ما يلي "يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق للأسباب التالية :...2-العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج " وفي الفقرة 10: " وكل ضرر معتبر شرعا ".

يتضح إن المشرع الجزائري لما نص في المادة 2/53 من ق أج² بأن للزوجة الحق في طلب التطلاق لكل عيب يحول دون تحقيق الهدف من الزواج، يكون قد نص على العيوب بالصفة لا بالاسم، واختار عدم حصرها، فالعيوب أو الأمراض التي تحول دون تحديد مقاصد الزواج كثيرة ومتنوعة ومن الصعب جدا حصرها أو تحديدها³ .

ثانيا :مناقشة موقف المشرع الجزائري :

يظهر من خلال هذين النصين إن المشرع الجزائري أخذ بمذهب الحنفية في عد حق طلب التفريق بسبب العيوب للزوجة فقط، وأخذ بمذهب القاضي شريح وابن شهاب ومحمد بن الحسن الشيباني من الحنفية، وابن القيم من الخنابلة في تحديد ماهية العيب وهو كل عيب يكون سببا في النفور ولا يحصل به مقصود الزواج من المودة والرحمة.

والمشرع الجزائري لما ختم المادة 53 بالفقرة 10 جعل الفقرات السابقة أمثلة عن الضرر المنصوص عليه في الفقرة 10 مما يلزم عنه توفرها على الشرط المذكور في تلك الفقرة وهو أن يكون الضرر مُعَدَّ شرعا، ويدخل فيها التفريق بالعيوب، لكن عبارة " معتبر شرعا " اختلف في مفهومها هل المقصود به الضرر المعد في الشريعة الإسلامية فقط أم في القانون فقط أم يشملهما معا، لاسيما وإن الشريعة الإسلامية اشترطت حتى يكون الضرر مُعَدَّ شرعا، ويقوم الحق للزوجة في التفريق على أساسه أن بتوافر على وصفين اثنين :

¹ تنص المادة 98 من مدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق : "للزوجة طلب التطلاق للأسباب التالية : ...-العيوب ..".

² تنص المادة 53 فقرة 02 من قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، " يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق للأسباب التالية :...2-العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج ..".

³ عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث، قسنطينة، الجزائر، ط 1987، ص 260-261.

-أن يكون واقعا لا متوقعا.

-ألا يكون ناتجا عن ممارسة مشروعة غير متعسف فيها.

إذاً فقد أعطى المشرع السلطة التقديرية للقاضي في عدّ الضرر الذي إن توفر حكم للزوجة بالتطليق، وبناء على هذا التعميم الوارد في الفقرة 10 من المادة 53 فإن عقم الزوج مثلاً يعدّ عيباً يحجز للزوجة طلب التطليق، وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ: 1992/12/22 ملف رقم: 87301¹، والذي جاء "من المقرر قانوناً وقضاءً أنه يجوز للزوجة طلب التطليق استناداً إلى وجود عيب يحول دون تحقيق هدف الزواج كتكوين أسرة وتربية الأبناء، ولما أسس قضاة الموضوع قرارهم القاضي بالتطليق على عدم امكانية إنجاب الأولاد، استناداً لنتائج الخبرة الطبية التي خلصت إلى عقم الزوج فإنهم قد وفروا لقضائهم الأسباب الشرعية الكافية ماعدا ما يتعلق بالزام الزوج بالتعويض".

وهذا المبدأ أكدته قرار آخر صادر فيه بتاريخ: 1999/02/06 ملف رقم 213571 ونص القرار ما يلي "من المقرر قانوناً أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعاً، ومت تبين في قضية الحال أن المعاشرة الزوجية كانت طويلة بين الزوجين، وأن الطاعن لم ينجب أطفالاً طيلة هذه المدة الطويلة، مما أدى بالزوجة إلى أن تطلب التطليق، لتضررها لعدم الإنجاب، وعليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتطليق الزوجة بسبب العيب الذي يحول دون تحقيق الهدف من الزواج طبقوا القانون تطبيقاً سليماً، ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن"²

إلا أنه ومن الناحية العملية فإن الإشكال يكمن في صعوبة إثبات هذا الضرر من طرف الزوجة فأغلب قضايا التطليق التي ترفع أمام المحاكم بسبب الضرر لعيب في الزوج يكون مآلها الرفض لعجز الزوجة في إثبات ذلك الضرر لاسيما إذا كان معنوياً، مما تضطر أغلب الزيجات المتضررات - وبدلاً من رفع دعوى التطليق - يلجأن إلى رفع دعوى الخلع مباشرة على أساس أنه أضحى حقاً أصيلاً للزوجة، ولا تحتاج فيه إلى إثبات أسباب طلبه أو موافقة الزوج عليه³، فقط تذكر استعدادها لدفع مقابل الخلع للزوج المخلوع والذي غالباً ما يحدده القاضي في حالة الاختلاف حول قيمته.

وتجدر الإشارة إلى أن القضاة وفقاً لقانون الأسرة الجزائري يعتمدون في تقدير الضرر الذي يحدد العيب الموجب للتطليق على المعيار الشخصي⁴، لأن المناط هو حصول نفرة هذه الزوجة الطالبة للتطليق، من دون النظر إلى غيرها من الزوجات اللواتي قد يصبرن على هذا العيب، فالنفرة أمر باطني (شخصي) يتسع لقدرة كبير من اختلاف الذوات فيه⁵، أما فيما يخص تمزق غشاء البكارة كسبب

¹ قرار المحكمة العليا رقم: 87301 بتاريخ: 1992/12/22، غ أ ش، المجلة القضائية لسنة 1995م، العدد 2، ص 92. ينظر: جمال سايس،

الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، منشورات كلبك، الجزائر، ط1، 2013م، ج2، ص 808

² قرار المحكمة العليا رقم 213571، بتاريخ 1999/06/06م، غرفة الأحوال الشخصية والموارث، المجلة القضائية لسنة 2001م، ع، ص 119.

³ حيث أن الاجتهاد القضائي فيما يخص مسألة موافقة الزوج من عدمه على طلب الخلع من الزوجة كان متذبذباً قبل تعديل نص المادة 54 من ق أ، غير أنه وبعد سنة 1992 استقر الاجتهاد القضائي في العديد من القرارات المتواترة على عدم اشتراط موافقة الزوج على طلب الزوجة الخلع وله فقط التفاوض على مقابل الخلع حتى حسم المشرع الجزائري موقفه بإضافة عبارة "دون موافقة الزوج" في نص المادة 54 من ق أ ضمن الأمر 02/05 المتضمن تعديل قانون الأسرة الجزائري.

⁴ يقصد بالمعيار الشخصي: المعيار الذي يأخذ -عين الاعتبار- الظروف الخاصة بالأطراف في الدعوى فهو معيار مرن يعطي للقاضي مجالاً أكبر في استخدام سلطته "ينظر: ليلي جمعي، التطليق للضرر في قانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير، معهد الحقوق، جامعة وهران، 1994م، ص 100.

⁵ عبد الله عابدي، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية "دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري"، بحث مقدم لنيل درجة ماجستير، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، 1427هـ/2006م، ص 102.

مجيز للتفريق فإن قضاة المحكمة العليا فقد أكدوا في أحد قراراتها " إن عدم اشتراط العذرية في عقد الزواج لا يحمل الزوجة المسؤولية في الطلاق والتعويض لأن البناء بالزوجة ينهي كل دفع بعدم العذرية"¹.

أما بالنسبة إلى القرارات المؤيدة لموقف المشرع الجزائري في عد حق طلب التفريق بسبب العيوب للزوجة فقط نجد قرار المحكمة العليا رقم 373707 الصادر في 2006/11/15م²

إلا أن القضاء الجزائري ذهب إلى أنه لا يعدّ مرض أحد الزوجين عيبا في إبرام عقد الزواج متى كان الزواج قد انعقد صحيحا وبرضا الزوجين وحضور ولي الزوجة وشاهدين وصادق وأبرم أمام موثق أو ضابط عمومي مؤهل قانونا وهذا من خلال القرار الصادر عن المحكمة العليا غرفة شؤون الأحوال الشخصية ملف رقم 88856 بتاريخ 1993/02/23م³.

ثالثا: مقارنة بين موقف التشريع الجزائري والتشريعات العربية حول التفريق بالعيب :

من خلال مقارنة بين قانون الأسرة الجزائري ومختلف التشريعات العربية - محل الدراسة - حول مسألة عيوب النكاح يتجلى لنا ما يلي :

- إن المشرع الجزائري لم ينص على الشروط التي وضعها الفقهاء للتفريق بالعيب وهما : شرط التأكد من عدم علم الزوجة بالعيب قبل العقد أو الرضا به بعده في التطليق، و شرط ضرب مدة سنة لعلاج العيب الممكن علاجه، وهذا بخلاف التشريعات العربية - محل الدراسة - أغلبها نصت على هذين الشرطين وفصلت فيهما .

- المشرع الجزائري لم ينص صراحة في النصوص الخاصة بعيوب النكاح بضرورة الاستعانة بالخبرة الطبية لإثبات العيب المتنازع عليه، في المقابل أغلب التشريعات العربية المقارنة نصت على وجوب الاستعانة بأهل الخبرة لإثبات العلة أو العيب أو المرض صراحة، سواء بتفريد لها مادة مستقلة كما هو التشريع المصري بموجب المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري، أو في حيثيات النص كما هو في التشريع العراقي والأردني.

- لاحظنا إن أغلب التشريعات أفردت نصا خاصا بعيب العقم الذي يعد من أشهر العيوب التي ترفع بشأنها النزاعات أمام القضاء كالقانون العراقي والأردني، في حين نجد المشرع الجزائري على خطى المشرع المصري لم ينص على عيب العقم صراحة، وإنما تركا ذلك للقضاء من خلال اجتهادات المحكمة العليا بالنسبة للقانون الجزائري ومحكمة النقض بالنسبة للتشريع المصري.

المبحث الثاني: أثر المعطيات الطبية و البيولوجية الحديثة في قضايا النسب :

تُعَدُّ رابطة النسب⁴ في الإسلام من أبرز آثار عقد الزواج الذي جعله الله ميثاقا غليظا بين الزوجين، ورتب عليه حقوقا أولها ثبوت نسب كل فرد إلى أبيه حتى لا تختلط الأنساب ويضيع الأولاد، ولم يقل اهتمام الشريعة الإسلامية بنفي النسب كما كان لها أكبر

¹ قرار المحكمة العليا رقم: 243417 بتاريخ : 2000/05/23، غ أ ش، اجتهاد قضائي لسنة 2001م، عدد خاص، ص 109. ينظر جمال سايس، المرجع السابق، ج2، ص 1039

² قرار المحكمة العليا رقم: 373707 بتاريخ : 2006/11/15، غ أ ش، مجلة المحكمة العليا لسنة 2007م، عدد 01، ص 499: ينظر جمال سايس، المرجع السابق، ج3، ص 1398.

³ قرار المحكمة العليا رقم: 88856 بتاريخ : 1993/02/23م، غ أ ش، المجلة القضائية لسنة 1996م، ع 2، ص 69. ينظر: جمال سايس، المرجع السابق، ج2، ص 835

⁴ عرف الحنفية النسب "هو الانتساب إلى جهة الآباء، ويعبرون عنه بالرحم في كتاب الفرائض": ينظر الموصلي عبد الله بن المرجع السابق، ج2، ص 138، وعرفته المالكية بأنه "الانتساب لأب معين، ويعبرون عنه بأنه القرابة في كتاب الفرائض": أنظر الصاوي، المرجع السابق، ج2، ص 428، وعرفته الشافعية والحنابلة "التسبب هي القرابة تكون بالاتصال بين إنسانين بالاشتراك في ولادة قريبة أو بعيدة " ينظر : الشريبي، المرجع السابق، ج3، ص 304، وعرفه ابن العربي "النسب هو مزج الماء بين الذكر والأنثى على وجه الشرع، وإن كان بمعصية كان خلقا مطلقا ولم يكن نسبا محققا": ينظر: أبو بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي، المرجع السابق، ج3، ص 447.

الاهتمام بإثباته، وذلك لما يتمتع به من مكانة مقدسة بين نصوص الشرع وأحكامه الفقهية¹، إذ يعدّ أحد أركان ومقاصد الشريعة الخمسة التي من بينها النسل "النسب"، بالإضافة الى تعلق سائر الأحكام الشرعية وارتباطها به من ميراث ونفقة وموانع الزواج وما يترتب عليه من حقوق وواجبات².

والتسبب بوصفه صلة الإنسان بمن ينتمي إليه من الآباء والأجداد يدور حول محورين أساسيين هما: الإثبات بمعنى تأكيد حق متنازع فيه له أثر قانوني بالدليل الذي أباحه الشرع لإثبات ذلك الحق، والنفي وفق الشروط والضوابط الشرعية والقانونية . ومقاصد العلاقة الزوجية علاقة ظاهرة يحكم بمقتضاها ثبوت النسب، فالنسب يثبت بالأمر الظاهر، وهذا ما أشار إليه النبي صلى الله عليه وسلم في الحديث الذي رواه أبو هريرة، أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: الولد للفراش وللعاهر الحجر³. وبذلك يتضح أن التشريع الإسلامي اعتمد على الدلائل الظاهرة في إثبات النسب دون الوقوف على حقائق الأمور التي يتعذر الوقوف عليها، فالحكم الظاهر منهج أصيل ينسحب على كثير من فروع الشريعة الإسلامية .

أما الطريق الشرعي لنفي النسب فهو اللعان⁴ وبشروطه المنصوص عليها، إلا أنه وبطور علم البيولوجيا والوراثة كشفت عن ظهور طرق تتعلق بإثبات النسب وتحديد أبوة الولد، وتوضح بنتائج قابلة للوصول إلى اليقين التقريبي، فكانت محل دراسة من قبل فقهاء الشريعة الإسلامية والقانون في السنوات الأخيرة بهدف تحديد قيمتها ومدى جواز العمل بها كدليل أمام القضاء، واشتد الخلاف والجدال بشأنها بين الفقهاء المعاصرين⁵.

لذا سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين: (المطلب الأول) نخصه لنظام البصمة الوراثية ونتطرق في (المطلب الثاني) إلى تقنية الإنجاب الاصطناعي.

المطلب الأول : البصمة الوراثية ودلالاتها الشرعية والقانونية في إثبات النسب ونفيه:

سننطلق في هذا المطلب إلى مفهوم البصمة الوراثية وخصائصها (فرع أول) ثم نعرض الأحكام الشرعية لإثبات النسب ونفيه بالبصمة الوراثية في (الفرع الثاني)، ثم نتناول موقف التشريعات المقارنة من الاستعانة بالبصمة الوراثية كقرينة لإثبات النسب ونفيه في (الفرع الثالث).

الفرع الأول : مفهوم البصمة الوراثية وخصائصها:

سنتناول في هذا الفرع مفهوم البصمة الوراثية (أولاً)، ثم نتطرق إلى أهم خصائصها (ثانياً):

¹ وفي هذا المعنى قال ابن حزم: بأن علم النسب علم جليل رفيع يكون التعارف، فقد جعل الله تعالى جزء منه ممن تعلمه لا يسع أحدا جهله، وجعل تعالى جزء كبيرا فضلا تعلمه يكون من جهله ناقص، إذا علمه ينفع وجهله يضر" ينظر: حمد بن إبراهيم بن عبد الله الحقيقل، كنز الأنساب ومجمع الآداب، مكتبة مقهى الكتب، د م ن، د ط، 1408هـ-1988م، ص 17.

² خالد بوزيد، النسب في تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2010م-2011م، ص 04.

³ سبق تخريجه في الصفحة 31 من البحث .

⁴ اختلف الفقهاء في تعريف اللعان في الاصطلاح فمنهم من عدّه شهادات ، ومنهم من عدّه إيمان : فبالنسبة إلى الأحناف فإنه " شهادة مؤكدة بالإيمان مقرونة باللعن والغضب وأنه في جانب الزوج قائم مقام حد القذف، وفي جانبها قائم مقام حد الزنا " ينظر: الكسائي، المرجع السابق، ج 5 ص 2150، محمد علاء الدين علي الحصكفي، المرجع السابق، ج 3، ص 482، وفي اصطلاح المالكية: هو " حلف الزوج على زنا زوجته أو نفي حملها اللازم له وحلافها على تكذيبه إن أوجب نكولها حدها بحكم قاض " ينظر : الخطاب، المرجع السابق، ج 5، ص 455، الصاوي، المرجع السابق، ج 1، ص 457، وعرفها الشافعية بأنه " كلمات معلومة جعلت حجة للمضطر إلى قذف من لطح فراشه وألحق به العار، أو إلى نفي ولد " ينظر : الشربيني شمس الدين محمد بن الخطيب، المرجع السابق، ج 3، ص 367، النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المرجع السابق، ج 6، ص 285.

⁵ السعيد عبد الوهاب أحمد محمد، إثبات النسب ونفيه في الإسلام "دراسة في المرتكز والمنجز الفقهي"، مجلة جامعة ناصر، اليمن، العدد 4، يوليو - ديسمبر 2014م، ص 310.

أولا : مفهوم البصمة الوراثية : نتطرق إلى تعريف مصطلح البصمة الوراثية وذلك من خلال بيان مدلولها في لسان العرب بوصفها مركبا إضافيا وفي اصطلاح العلماء والفقهاء كونها لقبا على علم معين وذلك كما يأتي :

1-التعريف اللغوي :

تتركب جملة البصمة الوراثية من كلمتين : البصمة والوراثية ويتعين تعريف كل منهما :

أ-البصمة : لغة مشتقة من البصم، وهي كلمة عربية أصلية تعني الفارق بين الأصبعين الخنصر والبنصر ويقال بصم الشخص أي ختم بطرف أصبعه ورسم وطبع علامة على قماش ورق ونحوها¹، وقد تولد منها معنى جديد أقره مجمع اللغة العربية وهو أثر الختم بطرف الأصبع بعد دهنه بمادة دهنية².

ب-البصمة اصطلاحا: مدلول كلمة البصمة اصطلاحا في وقتنا الحاضر يراد بها بصمات الأصابع وهي الانطباعات التي تتركها الأصابع عند ملامستها الأشياء³.

ج -أما لفظة الوراثة: فقد سبق تعريفها عند الحديث عن الأمراض الوراثية⁴ ولا داعي لإعادة تعريفها .

1-البصمة الوراثية في الاصطلاح : هناك عدة محاولات لوضع تعريف لها نذكر منها :

" هي تعيين هوية الإنسان عن طريق تحليل جزء أو أجزاء من الدنا المتمركز في نواة أي خلية من خلايا جسمه"⁵

3-التعريف الفقهي:

وقد عرفت المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية نظام البصمة الوراثية تعريف اصطلاحيا مفاده "إن البصمة الوراثية هي البنية الجينية التي تدل على هوية كل إنسان بعينه وهي وسيلة لا تكاد تخطئ في التحقق من الوالدية البيولوجية والتحقق من الشخصية وإثباتها، ولا سيما في مجال الطب الشرعي"⁶.

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 المني أو البول أو غيره⁷.

وعرفت الموسوعة العربية العالمية البصمة الوراثية أنها " عملية تستخدم لتحديد الهوية، وترتكز على طبقات مأخوذة لنهايات الأصابع والإبهام"⁸.

4-التعريف القانوني :

المشرع الجزائري لم يتطرق إلى تعريف البصمة الوراثية من خلال نص المادة 40 من ق أ ج، وفي غياب تعريف قانوني للبصمة الوراثية فقد حاول بعض الفقهاء المعاصرين من وضع تعريف لها:

¹ ابن منظور، المرجع السابق، حرف الميم، مادة (ب ص م)، ج12، ص 50-51.

² إبراهيم أنيس، عبد الحليم منتصر، عطية الصوالحي، محمد خلف الله أحمد، المرجع السابق، باب (الباء) (مادة بصم)، ص 60.

³ حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، ط 2008، م1، ص 78.

⁴ ينظر الصفحة 44 من البحث .

⁵ زبيدة أفروفة، الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب، الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط1، 2012م، ص 241.

⁶ ينظر : الندوة العلمية للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية حول الهندسة الوراثية والجينوم والعلاج الجيني، رؤية إسلامية، المنعقدة بالكويت، المرجع السابق، منشورات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، الجزء12، ص 1049.

⁷ قرارات المجمع الفقهي الإسلامي -الندوة السادسة عشر-، تقرير اللجنة العلمية عن البصمة الوراثية، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، المرجع السابق، ص 343.

⁸ الموسوعة العربية العالمية، مؤسسة أعمال المؤسسة للنشر والتوزيع، الرياض، ط1، د ت، ج4، ص 431.

فعرّفت على أنها " الهوية الوراثية الأصلية الثابتة لكل إنسان التي تتعين بطريق التحليل الوراثي وتسمح بالتعرف على الأفراد بيقين شبه تام"¹.

وعرفها الدكتور وهبة الزحيلي بأنها " المادة الموروثة الحاملة لصفات وخصائص معينة الموجودة في خلايا جميع الكائنات الحية"²، كما عرفت بأنها " الصفات الوراثية التي تنتقل من الأصول إلى الفروع، والتي من شأنها تحديد شخصية كل فرد عن طريق تحليل جزء من حامض (DNA) ³ الذي يحتوي عليه الخلايا "⁴.

وقد تم تعريف البصمة الوراثية في اليوم الدراسي المنظم من قبل مجلس قضاء سطيف ومنظمة المحامين لناحية سطيف بأنها "البنية الوراثية التي ينفرد بها كل شخص عن غيره والتي تمكننا من التحقق من الشخصية والوالدية"⁵.

وعلى كل فإن المتأمل في التعريفات السابقة يدرك أنها وإن اختلفت في عباراتها، فإنها تدل على مضمون واحد هو: ما يحمله الإنسان من جينات تحمل صفاته الوراثية التي أخذها من أبويه والتي تدل على هويته وتميزه عن غيره ⁶.

ثانيا :خصائص البصمة الوراثية :

تنفرد البصمة الوراثية عن باقي الطرق العلمية بعدة خصائص نذكر منها :

-يمكن إجراء الفحص الجيني على شريحة واسعة من العينات كالشعر والمخي والعظام وغيرها، ويعود ذلك إلى تطابق الطاقم الوراثي في كل خلايا الجسم وثباته أيضا، ما عدا كريات الدم الحمراء لأنها ليست لها نواة ⁷.

- كما يمكن إجراء هذا الفحص أيضا على جزء يسير جدا، إذ أصبح بالإمكان تكثيره وتوليد بطرق حديثة في المختبرات لغاية الحصول على الكمية المرغوبة ⁸.

-دقة وقطعية نتائجها التي لاتقبل التزوير والاحتمال، إذا ما روعيت فيها الشروط اللازمة والتي تصل إلى نسبة 100% في دعاوى الإثبات ، وإلى نسبة 99.99% في دعاوى النفي ⁹.

¹C.f.Jean Christophe .Galloux,lempreinte Génétique ,la prevue parfaite ,J.C.P.1991,I,34,97,P13.

²الزحيلي وهبة، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، بحث مقدم في الدورة السادسة عشر، المجمع الفقهي الإسلامي، المرجع السابق، ص 5.

³ تسمى البصمة الوراثية بالحمض النووي (D N A) نظرا لتواجده دائما فاختصر له الاسم العلمي (Deoxyribo Nucleic Acid) قد سمي بالحمض النووي نظرا لوجوده وتركزه في تواة الخلية للكائن الحي وهو الحمض النووي منقوض الأكسجين، فهي الأثر أو العلامة تنتقل من الأبوين إلى الجنين تستمر معه مدى حياته أو بعد موته بواسطة شفرة الأب : ينظر : السويلم بندر، البصمة الوراثية وأثرها في النسب، مجلة العدل، وزارة العدل، الرياض، السعودية، العدد 37، 2020م، ص 88.

⁴إبراهيم محمد أبو الوفا، مدى حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي في القانون الوضعي والفقہ الإسلامي، أبحاث مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، المرجع السابق، ج2، ص 675.

⁵أنظر : اليوم الدراسي المنظم من قبل مجلس قضاء سطيف ومنظمة المحامين لناحية سطيف، تحت عنوان "البصمة الوراثية (ADN) في الإثبات، المنعقد يومي 09-10 أفريل سنة 2008 م.

⁶ زيد بن عبد الله بن إبراهيم أقرون، البصمة الوراثية وأثرها في الإثبات، ضمن مؤتمر القرائن الطبية المعاصرة المنعقد بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية في مدينة الرياض، في المدة الممتدة من 8 إلى 9 جمادى الآخرة 1435هـ الموافق ل: 8 إلى 9 أفريل 2014م، ص 445.

⁷ نجم عبد الله عبد الواحد، البصمة الوراثية وتأثيرها على النسب إثباتا ونفيا، أعمال وبحوث الدورة السادسة عشر لمجمع الفقہ الاسلامي بمكة المكرمة، المرجع السابق، المجلد الثالث، ص 231.

⁸ زبيدة أقروفة، الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص أصول الفقہ، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 1429هـ-1430م، 208-209م، ص 199.

⁹ سلامي دليلة، حماية الطفل في قانون الأسرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2008م، ص 24.

- قدرة الحمض النووي على مقاومة الظروف والتلوثات إذ يقاوم عوامل التحمل والتعفن لفترات طويلة جدا، فلا تتغير البصمة الوراثية مع مرور الزمن، وذلك بإمكانية معرفة البصمة الوراثية من التلوثات الدموية الجافة التي مضى عليها وقت طويل أو من بقايا العظام، مما يساعد في التعرف على صاحبها حتى بعد وفاته لسنوات¹.

- انفراد كل شخص ببصمة مميزة عن غيره، واستحالة تطابقها مع شخص آخر، ما عدا حالة التوأم الناتجة عن انقسام بويضة واحدة مخضبة²، فقد قام أحد الباحثين البريطانيين، بحساب الاحتمالات لإمكانية تشابه شخصين ليسا أقرباء، فوجدوا أن الاحتمالية تكاد تكون صفرا، وكذلك الحال بين الإخوة فإن فرصة التشابه في نفس البصمة الوراثية تصل إلى واحد في المليون³.

الفرع الثاني: الأحكام الشرعية لإثبات النسب ونفيه بالبصمة الوراثية :

بدءا من مقصد الشارع وحثه على صون الأنساب وحفظ الحقوق، وتضييقا لمساحة النزاع بل حسمه، ووصولاً إلى الأضواء المقاصدية التي يلقبها الشرع على الدور البالغ الأهمية للبصمة الوراثية في تحقيق العدالة الإنسانية، فإنني في هذا المبحث سأقتبس خيوطا من تلك الأضواء للتعرف على الدور الذي تؤديه البصمة الوراثية في المحافظة على النظام الأسري وعموده الفقري وهو النسب الممتد من الآباء إلى الأبناء.

والبصمة الوراثية كغيرها من النوازل التي تجلت حديثا نتيجة تطور العلوم في نطاقاتها المختلفة، والتي فتحت مجالا لإمكانية الاعتماد على تقنيات جديدة كطرق للإثبات أمام القضاء، إذ لم يرد عليها نص في التشريع الإسلامي ونتيجة لذلك موقف الفقهاء المعاصرين مواقف متباينة بشأن الحديث عن الأدلة البيولوجية ومدى اعتمادها كدليل للإثبات أو النفي في قضايا الأبوة والبنوة⁴.

فالفقهاء بحثوا في مدى مشروعيتها لكي يجدوا لها مرتبة بين أدلة الإثبات الشرعية، لذا سنتطرق (أولا) إلى الموقف الفقهي حول مسائل إثبات النسب بالبصمة الوراثية ثم نتناول موقفه من نفي النسب بالبصمة الوراثية شرعا (ثانيا):

أولا : الموقف الفقهي حول مسائل إثبات النسب بالبصمة الوراثية:

سنتطرق إلى موقف الفقه من إثبات نسب الطفل الشرعي اعتمادا على البصمة الوراثية، ثم نتناول موقف الفقه من إثبات نسب الولد غير الشرعي من والده بالبصمة الوراثية .

1-موقف الفقه من إثبات نسب الطفل الشرعي عن طريق البصمة الوراثية:

اختلف الفقه المعاصر حول هذه المسألة إلى قولين:

أ-الرأي القائل بجواز اعتماد البصمة الوراثية لإثبات النسب: يرى أصحاب هذا الرأي بجواز اعتماد البصمة الوراثية والحاقها بالقرائن القوية لإثبات النسب والعمل بما كونها قرينة قطعية بالطرق والضوابط والشروط التي أقرها الفقهاء للإثبات، فالأصل فيها هو الإباحة وليس التحريم وحجتهم: أن البصمة الوراثية وغيرها من الأدلة العلمية أمر مستحدث لم يرد في شأنه نهي خاص، وهي حدث علمي يكشف عن هوية الإنسان الحقيقية، وعليه فإنها لا تتعارض مع قواعد الشريعة الإسلامية، وبه قال المجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي وإليه ذهب دار الإفتاء المصرية، ودار الإفتاء التونسية، والندوة الفقهية بالمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية وهو موقف أغلب

¹ خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية "دراسة فقهية مقارنة"، دار النفائس، الأردن، ط1، 2006م، ص 45.

² زبيير بن قويدر، النسب في ظل التطور العلمي والقانوني "دراسة مقارنة"، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة تلمسان، الجزائر، 2011-2012م، ص 238، أنظر أيضا: عبد القادر بن داود، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، دار الهلال للخدمات الإعلامية، الجزائر، 2005م، ص 112.

³ عمر بن محمد السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها استخدامها في النسب والجنابة، دار الفضيلة، الرياض، ط1، 2002م، ص 12-13.

⁴ علال برزوق آمال، أحكام النسب بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي "دراسة مقارنة" أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2014-2015م، ص 356.

الفقهاء المعاصرين¹، منهم الشيخ عمر السبيل ومحمد مختار السلاوي ومر الديب وغيرهم، والذين وضعوا شروطاً إذا توافرت يجيزون بها اعتماد البصمة الوراثية والتي يمكن استنتاجها من الآراء الفقهية الآتية :

- رأي المجمع الفقهي الإسلامي المنعقد بمكة سنة 1422هـ -2002م :

الذي كان من ضمن قراراته: "...وبعد النظر إلى مناقشات وأبحاث قدمت من الفقهاء والأطباء والخبراء تقرر ما يلي²:

- التأكيد من كفاءة القائمين على قراءة البصمة الوراثية، وأن يكونوا محل ثقة واطمئنان .

- أن تقرأ البصمة الوراثية إذا تيقن الزوج أن زوجته لم تحمل منه لأنه لم يمسه بعد استبرائها فظهر حملها، أو إذا اختلط المولود بغيره وتنازع الآباء في الأطفال المختلطين.

- أن يكون طلب الأب مبنياً على يقين لا على شك .

- أن يكون الاختبار الجيني الذي يحال ويعمل به من حق الأب لأنه وحده ينسب إليه الابن دون غيرهم العائلة، أو المولود ذاته أو القضاء، وقد حدد الفقهاء في ذات القرار الحالات التي يجوز فيها اعتماد البصمة الوراثية³.

- رأي مؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي لمنظمة التعاون الإسلامي في دورته العشرين 2012م:

وقد تم تأكيد المبدأ الذي أقره مجمع الفقه الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي بمكة سنة 2002م -أعلاه- من طرف مؤتمر الفقه الإسلامي الدولي لمنظمة التعاون الإسلامي في دورته العشرين⁴، الذي حضره العديد من العلماء والباحثين، أين تم إصدار قرار رقم 194(20-9) الذي نص على العديد من النقاط من بينها: إن البصمة الوراثية من الناحية العلمية وسيلة لا تخطئ في التحقق من الوالدية البيولوجية، وهي ترقى إلى مستوى القرائن التي يأخذ بها أكثر الفقهاء في غير قضايا الحدود، ويمكن الاستئناس بها في مجال إثبات النسب⁵.

- رأي الشيخ الدكتور عمر بن محمد السبيل إمام الحرم (السابق): يرى إن الأخذ بالبصمة الوراثية في مجال إثبات النسب بناء على قول القافة أمر ظاهر الصحة والجواز، وذلك لأنه إذا جاز الحكم بثبوت النسب بناء على قول القافة لاستنادها على علامات ظاهرة أو خفية مبنية على الفراسة والمعرفة في إدراك الشبه بين الآباء والأبناء، فإن الأخذ بالبصمة الوراثية في ذلك أولى لأنها تعتمد على أدلة حقيقية محسوسة من خلال الفحوصات المخبرية⁶

¹ عبد الرحمن أحمد الرفاعي، البصمة الوراثية وأحكامها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي "دراسة فقهية مقارنة" منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط1، 2013م، ص 262-263.

² محمد مختار السلاوي، إثبات النسب بالبصمة الوراثية، بحوث وتوصيات الندوة الفقهية الحادي عشر من أعمال المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية . حول الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري من منظور إسلامي، المرجع السابق، ج1، ص 506-510 .

³ الحالات التي أجاز فيها الفقهاء الاعتماد على البصمة الوراثية : أ- حالات التنازع على مجهول النسب بمختلف صور التنازع التي ذكرها الفقهاء ب- حالات الاشتباه في المواليد في المستشفيات، ومراكز رعاية الأطفال ونحوها وكذا الاشتباه في أطفال الأنايب، ج- حالات ضياع الأطفال واختلاطهم، بسبب الحوادث أو الكوارث، أو الحروب وتعذر معرفة أهلهم أو وجود لم يمكن التعرف على هويتها أو التحقق من أسرى الحروب والمفقودين

⁴ الدورة العشرون لمؤتمر الفقه الإسلامي الدولي لمنظمة التعاون الإسلامي، التي عقدت بدولة الجزائر وبالتحديد مدينة وهران في الفترة الممتدة ما بين 13 إلى 18 سبتمبر 2012م.

⁵ أنظر القرار رقم 194 (20-9)، لمؤتمر الفقه الإسلامي الدولي لمنظمة التعاون الإسلامي، المنعقد بالجزائر، في الفترة الممتدة ما بين 13 إلى 18 سبتمبر 2012م.

⁶ العبدلي محمد فنخور، الحمض النووي أو البصمة الوراثية (D N A) هل يثبت به نسب، د د ن، القريات، السعودية، د ط، 1439هـ-2015م، ص 20.

- رأي مفتي الديار المصرية الشيخ علي جمعة : يرى أن استعمال تحليل البصمة الوراثية يفيد في فصل العديد من الخصومات ولها صور منها ¹:

- أن تدعي امرأة أمام القاضي أن الرجل تزوجها زوجا صحيحا ولم تستطع أن تثبت هذا الزواج بإنكار الزوج وإدعائه بأنه لا يعرفها، ولم يقربها فتلجأ المرأة إلى استعمال البصمة الوراثية.
- إذا أقر الرجل والمرأة معا لبنوة الطفل، فيأتي آخر يطعن في نسب الطفل إليهما كالوارث أو الولي فيلجأ إلى تحليل البصمة الوراثية لقطع الظن.

- رأي الشيخ الدكتور محمد أنيس الأردوي : يجب على الفقهاء أن يأخذ بالبصمة الوراثية لأمرين:

- أولهما: إثبات براءة المرأة مما وجه إليها من تهمة، الثاني: إثبات نسبة الولد لأبيه حتى لا يقع الولد في مشكلات مستقبلية، فإذا رفض الزوج القيام بالتحاليل فيعد هذا دليلا ضده وليس له، ويكون من حق القاضي أن يفعله رغما عن الزوج ².
- رأي الشيخ محمد الجزار الأمين العام الأسبق للجنة الفتوى بالأزهر : والذي أكد على أهمية الاستعانة بتحليل البصمة الوراثية في إثبات نسب الأبناء ورأى أن اللجوء إلى تحليل البصمة الوراثية يتفق مع الشرع الذي يأمر بحفظ الأنساب، ويبحث دائما على الأخذ بالوسائل التي تؤكد الصلة بين الولد وأبيه، مادام قائما (أي التحليل) على جانب طبي علمي دقيق ويقوم على أشخاص أمناء فهذا لا يعرض الدين ³.

أما عن أدلة المجيزين للعمل بالبصمة الوراثية، فمن خلال استقراء آراء الفقهاء الذين أجازوا استخدام البصمة الوراثية لإثبات النسب يتضح أنهم استدلووا بذلك على ما يأتي :

- القياس: فجمهور الفقهاء قبلوا القياس ⁴ طريقا لإثبات النسب شرعا فلأن تعد البصمة الوراثية التي لا تخطئ نتائجها في الغالب لاعتمادها على التقنيات الدقيقة في إظهار النتائج طريقا لإثبات النسب من باب أولى، وهذا ما يسمى بقياس الأولى أو القياس الجلي ⁵.

- المصلحة المشروعة: فإذا ما تأملنا موضع استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب نجده يحقق مصلحة مشروعة شهد الشارع لأصلها، وكما هو معلوم لدى العلماء فإن المعنى المناسب الذي يشهد الشرع بقبوله لا إشكال في صحته، ولا خلاف في إعماله، وعلى هذا لما كان إثبات النسب أمرا مرغوبا شرعا، والبصمة الوراثية تصلح وسيلة لإثبات النسب فهي تدخل ضمن ما هو مشروع من وسائل مثل: الإقرار والبينة والقيافة لأنها تحقق مصلحة معدة شرعا ⁶.

- النسب حق شرعي للمكلف : يعد النسب حقا أصيلا من حقوق المكلف الشرعية، يسعى في إثباته بأي وسيلة من وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية ، والبصمة الوراثية قرينة بنسبة قطعية في الإثبات، حيث أنها تدل على المطلوب مع احتمال خطأ نادر

¹ العبدلي محمد فنخور، المرجع السابق، ص 11-12 .

² المرجع نفسه، ص 18.

³ العبدلي محمد فنخور، المرجع السابق، ص 16-17

⁴ القياس لغة : تتبع الأثر من القائف للتعرف على صاحبه، ولمعرفة شبه بالشبه كشبه الشخص بأبيه أو أخيه" أنظر : ان منظور، المرجع السابق، حرف الفاء، مادة (قاف)، ج 9، ص 293، اصطلاحا : القياس هو علم يوحى به من عند الله، ومعناه : التبع والاستدلال بحقيقة الإنسان وشكله على نسبه، قال

المالكي :جواز اتباع ما لنا به علم، فإذا غلب على الإنسان الظن جاز أن يحكم به" :أنظر القرطبي، المرجع السابق، ج 10، ص 258-259

⁵ ناصر عبد الله الميمان، البصمة الوراثية وحكم استخدامها في مجال الطب الشرعي والنسب، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، عدد 18، جوان 2002م، ص 212، أنظر أيضا : عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي، إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة "دراسة فقهية وتشريعية مقارنة"، رسالة دكتوراه، قسم الشريعة، كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، 1421هـ-2000م، ص 309.

⁶ الهادي الحسني الشبيلي، استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب (نظرة شرعية)، المجلة العربية للعلوم الأمنية والتعليم، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، السعودية، مجلد 18، عدد 35، محرم 1424هـ -2003م، ص 24.

جدا، فليزم الأخذ بها في إثبات النسب، ولو منع العمل بها فإننا نكون قد حجزنا على المكلفين في استخدام وسيلة علمية مؤكدة النتائج في إثبات ادعائهم وهو أمر يتنافى مع مقاصد الشرع في البينة¹.

ب-الرأي القائل بعدم جواز اعتماد البصمة الوراثية لإثبات النسب: يرى أصحابه بأن الأصل هو الحظر والمنع في كل تصرف مستحدث حتى يقوم الدليل على مشروعيتها، ومن ثم لم يروا فائدة في الاحتكام إلى البصمة الوراثية ولا يصح الاستناد إلى نتائجها في إثبات النسب لأن نتائجها ليست قطعية وعرضة للخطأ، إذ لا تعد دليلاً كافياً على فراش الزوجية². وقد ذهب إلى هذا الرأي العديد من الفقهاء المعاصرين وسنذكر آراء ومواقف البعض منهم فيما يأتي:

-رأي الشيخ عبد المجيد بن عبد العزيز الدهيشي : يرى عدم اعتماد البصمة الوراثية بقصد التأكد من حالة الأنساب الثابتة ومنعها شرعاً لحماية أعراض الناس، وصون أنسابهم، فيجب على الجهات المختصة منعه ووضع عقوبات زاجرة لمن يلجأ إليها في مثل هذه الحالات³.

-رأي الشيخ الدكتور سعد بن ناصر الشثري عضو هيئة كبار العلماء : يرى عدم جواز استخدام فحص الحمض النووي لاعتماد الفحوصات الجينية في التحقق الجماعي للأنساب البعيدة، وقال إنها ظنية وليست قطعية وأكد على ضرورة منعها⁴.

- رأي الشيخ الدكتور سعد الدين مسعود هلاي (أستاذ الفقه وأصوله بكلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة الكويت) : يرى أن توجه الأفراد للتحقق من نسبهم المستقر عن طريق البصمة الوراثية مكروه كراهة قد تبلغ التحريم⁵.

-رأي الشيخ الدكتور صالح الفوزان عضو الافتاء: يرى الشيخ بأنه لا يعتمد على الحمض النووي في مسألة البحث في أنساب القبائل وهو لا يثبت الأنساب⁶.

2-موقف الفقه من ثبوت نسب الطفل غير الشرعي عن طريق البصمة الوراثية:

إذا كان أول حق للطفل هو الحق في الانتساب لأسرة، فالطفل غير الشرعي يأتي محروماً حتى من هذا الحق، وبديهي أن الإسلام يعد الزواج المجال الشرعي للتناسل لذلك فكل طفل ولد خارج إطار الزواج الشرعي يعد طفلاً غير شرعي بمعنى ولد زناً . إلا أن الملاحظ لاجتهادات الفقهاء في مدى حرصهم على إلحاق الابن بنسب الزوج أو الأب صاحب الماء، فقد توسعوا في وسائل إثبات النسب وتضييق فرص إنكاره، لاسيما بعد نجاح البصمة الوراثية وانتشار العمل بها في إثبات الهوية الشخصية، فأمكن من خلالها التثبيت من حقيقة الرابط الوراثي بين ابن الزنا ومن يدعيه ولدا له . وبناء على هذا، وبناء على استقراء آراء الفقهاء المعاصرين، فيتبين أنهم قد اختلفوا حول مسألة إثبات نسب الولد غير الشرعي من أبيه إلى قولين:

الرأي الأول: القائل بعدم الجواز: ذهب أصحاب هذا الرأي إلى ما ذهب إليه الفقهاء السابقين⁷ بعدم إلحاق ولد الزنى بأبيه، حتى في ظل التطور العلمي وما أحدثته الهندسة الوراثية من تقدم عن طريق البصمة الوراثية، وأن اعتبار هذه الأخيرة طريقاً لإثبات نسب ابن

¹ ناصر عبد الله الميمان، المرجع السابق، ص 214-215.

² صالح بوغرة، حقوق الأولاد في النسب والحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة ابن عكنون، الجزائر، 2006-2007م، ص 32.

³ عبد المجيد بن عبد العزيز الدهيشي : من أحكام ثبوت النسب " مقالة فقه الأسرة منشورة بتاريخ 2013/06/18 م، موقع شبكة الألوكة

http://www.alukah.net/sharia 10/56/158، اطلع عليه في: 2022/06/15 .

⁴ العبدلي محمد فنخور، المرجع السابق، ص 17

⁵ المرجع نفسه،.

⁶ المرجع نفسه .

⁷ حيث يرى أصحاب هذا المذهب أن ابن الزنا لا ينسب لأب بحال، سواء أقر به الزاني أم لم يقر، وذهب أكثر أهل العلم من الحنفية والشافعية والمالكية والظاهرية وبعض الحنابلة والإمام الشوكاني وأبو يوسف، وقد ذكر ابن رشد اتفاق الجمهور على أن أولاد الزنى لا يلحقون بأبائهم إلا في الجاهلية على ما روى

الزنا فيه تغليب للنسب البيولوجي على النسب الشرعي، ويؤدي إلى ظهور نوع جديد من الدعاوى أمام القضاء تسمى (دعوى تصحيح النسب)¹.

ومن العلماء الذين قالوا بهذا الرأي: الشيخ يوسف القرضاوي - رحمه الله -، الدكتور علي جمعة (مفتي مصر)، والشيخ محمد الجزار والشيخ يوسف البدري وخليفة علي الكعبي :

فيرى العلامة **يوسف القرضاوي** - رحمه الله - أن البصمة الوراثية لا يثبت بها النسب في حالة الزنا وذلك لأن الشرع وإن كان يتشوف لإثبات النسب، فإنه في ذات الوقت يرى أن الستر مقصد هام تقوم عليه الحياة الاجتماعية، لئلا تشيع الفاحشة في اللذين آمنوا فالأصل في أولويات النسب هو فراش الزوجية، وبالتالي لا يعتد بالبصمة الوراثية في إثبات النسب².

أما الدكتور **علي جمعة مفتي الديار المصرية**: الذي يرى أن نسب الابن لأبيه يثبت بالشرع وليس بالطبع، وذلك فإن التسرع في الحاق النسب لابن ولد من علاقة غير شرعية غير صحيح، وهذا لا علاقة له باستعمال تحليل الـ (DNA)، الذي يؤدي استعماله إلى أمور يمكن أن تعتمد شرعا وليس مع الإقرار بالزنا وإنما لفصل خصومات أخرى³.

وبالنسبة إلى **خليفة علي الكعبي**: فيقول "...غير أنني أرى أن الحجة أقوى مع الجمهور من أن الزاني لا يلحق به الولد نظرا لدلالة النص الصريح في قوله صلى الله عليه وسلم: (...وللعاهر الحجر) أي ليس من زناه إلا الخيبة والخسارة والحرمان نتيجة فعلته الشنيعة"⁴.

الرأي الثاني: القائل بجواز الاستعمال: لقد ذهب بعض الفقهاء القدامى إلى أن ولد الزنا يلحق بالزاني إذا استلحقه ولم تكن أمه فراشا لزوج أو سيد، وهو مذهب عروة بن الزبير، وسليمان بن يسار، وذكر عنهما أنهما قالوا "أما رجل أتى إلى غلام يزعم أنه ابن له، وأنه زنا بأمه، ولم يدع ذلك الغلام أحد فهو ابنه"⁵، وهو قول لابن حنيفة⁶، وقال به أيضا الحسن البصري وابن سيرين والنخعي وإسحاق بن راهويه وابن تيمية، وقد انتصر لهذا القول وابن القيم فقال " وهذا لمذهب كما نراه قوة ووضوحا، وليس مع الجمهور أكثر من (الولد للفراش)، وصاحب هذا المذهب أول قائل به والقياس الصحيح يقتضيه⁷.

وإن كان هذا رأي الفقهاء القدامى فإن من العلماء المعاصرين من يرى بأن ابن الزنى يلحق بأبيه لظهور البصمة الوراثية التي هي حجة الله في الأرض، وإنقاذاً للمتشردين من الأطفال، ولا جرم من الاستفادة بظهور البصمة الوراثية كآية من آيات الله في الإنسان التي تحقق هذه الغاية لما تتميز به من دقة .

عن عمر ابن الخطاب رضي الله عنه على اختلاف في ذلك بين الصحابة "ينظر : ابن رشد، المرجع السابق، ج4، ص 2085، وقال موفق الدين بن قدامة "وأجمعوا على أنه إذا ولد على فراش رجل فادعاه آخر أنه لا يلحقه، وإنما الخلاف فيما إذا ولد على غير فراش "أنظر : ابن قدامة موفق الدين، المغني على مختصر الخرقي، المرجع السابق ج 9، ص 123، وقال السرخسي "إن النسب نعمة والزنا جريمة، والجريمة لا يستحق صاحبها النعمة، بل يستحق العقوبة ليكون ذلك زجرا عن ارتكابه": أنظر : السرخسي، المرجع السابق، ج 17، ص 154.

¹ سعد الدين هلال، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، ضمن أعمال وبحوث الدورة 16 للمجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد 17، السنة 1425هـ-2003م، ص 275.

² العبدلي محمد فنخور، المرجع السابق، ص 10-11

³ المرجع نفسه، ص 12، أنظر أيضا : الأوزاعي محمد أنيس، محاضرة بعنوان : البصمة الوراثية، دار الفتوى في الجمهورية اللبنانية، كلية الشريعة، جامعة بيروت الإسلامية، لبنان، د ت ن، ص 15.

⁴ خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص 290.

⁵ ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، المرجع السابق، ج5، ص 381

⁶ فقد روي عنه أنه قال : لا أرى بأسا إذا زنى الرجل بالمرأة فحملت منه، أن يتزوجها مع حملها، ويستتر عليها، والولد ولد له": ينظر : ابن قدامة موفق الدين، المغني على مختصر الخرقي، المرجع السابق، ج9، ص 123.

⁷ ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، المرجع السابق، ج5، ص 426.

ومن الذين قالوا بهذا الرأي سعد الدين مسعد هلالي¹، سعد بن ناصر الخثلان، يوسف بن عبد الله الشيبلي، علي محي الدين القرة داغي، ونور الدين الخادمي².

ويقول سعد بن ناصر الخثلان " إن القول الراجح في هذه المسألة هو قول المذهب القائل بالجواز، وهو أنه ولد الزنا يلحق بالزاني إذا استلحقه، ولم تكن أمه فراشا لزوج أو سيد"³، حيث جاء قوله في فتوى لجنة موقع الفقه الإسلامي: "فأوافق على ما جاء في الفتوى، وعلى ما رجح فيها من جواز زواج الزاني بالمزني بها، شرط تبوتها واستلحاق الزاني لولده من الزنا بشرط ألا يكون المزني بها فراش لزوج أو لسيد"⁴

وقد وافق على هذه الفتوى العديد من العلماء يوسف بن عبد الله الشيبلي جاء قوله " يدكم بالموافقة على ما جاء في الفتوى..."، وعلي محي الدين القرة داغي جاء في قوله "أوافق على الفتوى وعلى الذي رجح فيها، ولكن بشرط واد وهو ألا تكون الزانية داعرة يغشاها أكثر من واحد..."، ونايف العجمي بقوله "اطلعت على الفتوى وأوافق عليها مع ملاحظة استقاء أدلة القول الأول، فقد بنا الجمهور قولهم على نصوص وأقيسة لم يذكر إلا دليلا واحدا وفي المقابل استوفت الفتوى أدلة القول الثاني الذي أختاره..."، وأيضا عقيل بن محمد المقطري وهاني الجبير، وعبد المعطي بيومي ونور الدين مختار الخادمي⁵.

ويقول المستشار طه الشريف-نائب رئيس محكمة النقض السابق بمصر-: "...ومنعا للإضرار بالأبناء الأبرياء الذين لا بد لهم فيما جنته أيدي غيرهم، أن يحسم الطب الشرعي مسألة ثبوت النسب عن طريق تحليل الحامض النووي، وأن يكون هو صاحب الرأي الأخير"⁶.

وذهب أيضا مازن إسماعيل هنية⁷ إلى القول: "أن ابن الزنى ينسب للزاني إذا استلحقه، وأثبتت رابطة البنية كحقيقة ثابتة من خلال استخدام البصمة الوراثية المثبتة للربط الوراثي بين الابن وأبيه".

كما ذهب إلى هذا الرأي فهد بن سعد الجهني لكنه اشترط ضرورة رفع الأمر إلى القضاء للنظر والتحقق وصدور حكم بذلك من القضاء أو من الجهات المعنية بأحوال المسلمين"⁸.

أما عن دور البصمة الوراثية في إثبات ابن المغتصبة فيقول المستشار طه الشريف "...إذا كان ابن الزنا لا يثبت لأبيه، فإن ابن المغتصبة لم يعتمد فيه الزنا من جانب الأم، فهل تتم معاملة ابن المغتصبة مثله مثل ابن الزنا في شأن إثبات النسب، وخاصة إذا أثبت تحليل الحامض النووي أن المغتصب هو الأب"⁹.

¹ سعد الدين هلالي، المرجع السابق، ص 387.

² مختار الخادمي نور الدين، نسب المولود خارج رابطة الزواج، بحث مقدم للمجمع الفقهي الإسلامي، الدورة 20، المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة من 25-29 ديسمبر 2010م، ص 16-17

³ ابن تركي الخثلان سعد، أحكام الأولاد الناتجين عن الزنا، بحث مقدم للمجمع الفقهي الإسلامي، الدورة 20 المنعقد بمكة المكرمة في الفترة ما بين 25-29 ديسمبر 2010م.

⁴ "فتوى بشأن تزوج الزاني بالمزني بها ونسبة الولد إليه" على الموقع :

<http://www.idlamfeqh.com/langnafatwadetails.asp.ID.84>:اطلع عليه بتاريخ 2022/07/22م .

⁵ مختار الخادمي نور الدين، المرجع السابق، ص 16.

⁶ الضمراني عبيد "أبناء الاغتصاب يبحثون عن طريق! هل يأخذون حقهم بالDNA؟"، جريدة الأهرام، القاهرة السنة 132، العدد 44074، بتاريخ 08أوت 2007.

⁷ مازن هنية إسماعيل "إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية" مجلة الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، المجلد 17، العدد 01، 01 جانفي 2009م، ص 19-20.

⁸ ابن تركي الخثلان سعد، المرجع السابق.

⁹ الضمراني عبيد، المرجع السابق .

ويقول رأفت عثمان محمد " ويجوز أيضا إثبات النسب بالبصمة الوراثية في حالة إدعاء امرأة على رجل أنه عاشرها كرها فحملت منه، أو في حالة اشتراك اثنين أو أكثر في اغتصاب امرأة فحملت، فإنه يجوز إجراء الاختبار الوراثي والحكم بالنسب لحمل المرأة المغتصبة إلى أي من الذين قاموا باغتصابها على ضوء نتائج تلك الاختبارات"¹.

الرأي الراجح:

بعد عرض واستقراء أدلة وأقوال فقهاء كلا الفريقين، فإنه يتبين للباحث رجحان القول الثاني الذي يرى بجواز الاهتداء إلى إجراء تحليل البصمة الوراثية (الفحص الجيني) لإثبات وإلحاق نسب الطفل غير الشرعي إذا استلحقه، لقوة أدلتهم، وما فيه من حفظ لنسب هذا الولد، فالعمل بهذه التقنية الحديثة والقطعية أضحى واجبا لحماية هذا الحق وتحميل الأب مسؤوليته نحوه. وعلى هذا المعنى قال محمد بن عابد باخطمة-خبير في المجمع الفقهي برابطة العالم الإسلامي- "إن الفقهاء رحمهم الله لو عرفوا البصمة الوراثية في عهدهم لما أخذوا إلا بها نظرا لصحتها ودقتها"².

ثانيا: الموقف الفقهي من نفي النسب بالبصمة الوراثية :

كان الرأي السائد أن النسب الثابت بإحدى الطرق الشرعية (الفراش، الإقرار، البينة) لا يجوز نفيه أو إبطاله مهما كانت هناك أمارات أو قرائن تدل عليه، مما يعني التشدد في نفي النسب، وعدم الحكم به إلا مع وجود الدليل القوي³. لكن مع بروز البصمة الوراثية ودقة نتائجها في الإثبات تسارعت الأنظار نحو الاستعانة بهذه التقنية في نفي النسب الثابت شرعا ومن ثم الاستغناء عن الطريق الشرعي لنفي النسب⁴.

إلا أن هذا الطرح وإن لم يكن محل نقاش بالنسبة للفقهاء المسلمين الأوائل لعد اكتشافه هذه التقنية وقتهم، فإن ذات الفكرة - أي نفي النسب بلا لعان - لم تغرب عن فكرهم لجامع العلة بينهما وهو تيقن عدم انتساب المولود لأبيه بيولوجيا . ومع ذلك فإن الفقهاء المعاصرين سواء على صعيد الفقه الإسلامي أم القانون اختلفوا في مسألة جواز نفي النسب بالبصمة الوراثية بين مجيز ومانع ومفصل⁵، لذا سنتناول في هذا الفرع رأي المجيزين مطلقا للأخذ بالبصمة الوراثية، ثم رأي المانعين مطلقا، لنعرج إلى رأي الفقهاء المفصلين في مسألة نفي النسب بالبصمة الوراثية:

1- رأي المجيزين مطلقا للأخذ بالبصمة الوراثية لنفي النسب:

يرى عدة من الفقهاء المسلمين المعاصرين جواز الاستعانة بالبصمة الوراثية في نفي نسب المولود من أبيه، والاستغناء عن اللعان في نفي النسب، إلا في حالة تيقن الزوج أن الحمل ليس منه، لأن اللعان هو الاستثناء وليس القاعدة، فنتائج البصمة الوراثية يقينية

¹ رأفت عثمان محمد، البصمة الوراثية ودورها في إثبات ونفي النسب، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، 2002م، المرجع السابق، ص 578.

² الهادي الحسني الشبيلي، المرجع السابق، ص 28

³ عمر بن محمد السبيل، المرجع السابق، ص 40-41.

⁴ الطريق الشرعي لنفي النسب وهو اللعان : وقد عرفه الأحناف بأنه " شهادة مؤكدة بالأيمان مقرونة باللعن والغضب وأنه في جانب الزوج قائم مقام حد القذف، وفي جانبها قائم مقام حد الزنا "أنظر: الكاساني، المرجع السابق، ج5، ص2150، محمد علاء الدين علي الحصكفي، المرجع السابق، ج3 ص 482، وعند المالكية بأنه " حلف زوج مسلم مكلف على زنا زوجته أو نفي حملها، وحلفها على تكذيبه أربعاً": أنظر:المواق أبو عبد الله، المرجع السابق، ج5، ص 455، وعرفه الشافعية بأنه " كلمات معلومة جعلت حجة للمضطر إلى قذف من لطح فراشه وألحق به العار، أو إلى نفي ولد": أنظر: الشربيني، المرجع السابق، ج 3، ص 367.

⁵ حيدر حسين كاظم الشمري، مدى مشروعية البصمة الوراثية وحجيتها في نفي النسب "دراسة قانونية مقارنة مع الفقه الإسلامي"، مجلة أهل البيت، العدد 19، د ت ن .

مبنية على الحس فإذا أجرينا تحليل البصمة الوراثية وثبت أن الطفل من الزوج وأراد أن ينفيه والده فكيف نقطع النسب ونكذب الحس ونخالف العقل، ولا يمكن أن يتعارض الشرع مع العقل¹.

فالأخذ بهذه التقنية يحقق مقصود الشرع في حفظ الأنساب من الضياع ويصد ضعفاء الضمائر من التحاسر على الحلف بالله كاذبين².

وذهب بهذا الحكم العديد من الفقهاء المعاصرين منهم :محمد مختار السلامي مفتي تونس السابق³، والدكتور عبد الله محمد عبد الله والدكتور إبراهيم أحمد عثمان⁴ (عضو المجمع الفقهي الإسلامي وقاضي المحكمة العليا في السودان).

وقد أيد هذا الموقف الدكتور أحمد الحجي الكردي على موقعه فتوى في البصمة الوراثية يقرر فيها "أن البصمة الوراثية المستكملة لشروطها بأن كانت على يد خير متمرس بها وعدل ولم يجرب عليه الكذب، تصلح دليلاً على الأمومة مطلقاً، إذا لم يوجد مانع من ذلك، وتصلح لنفي الأبوة لا لإثباتها عند انعدام الأدلة المعارضة"⁵.

أما الدكتور مختار السلامي فيقول في هذه المسألة "أجدني مطمئناً إلى اعتماد البصمة الوراثية في كل تلكم الصور فيها يثبت النسب أو ينفي، وتكون النتيجة التي كشف عنها الاختبار العلمي أحق بالقبول"⁶.

ويرى بعض فقهاء القانون أن البصمة الوراثية يمكن أن تؤكد يقيناً نفي الولد عن رجل معلوم أو نسبه إليه، وذلك لمقارنة البصمة الوراثية للأطراف (الأم والطفل والرجل) فلو ثبت أن الصفات الموجودة في الطفل نصفها من الأم والنصف الآخر من الرجل (المدعى عليه) أو مدعي النسب، فهذا دليل لا يقبل الشك على أن هذا الطفل من ذلك الرجل، أما إذا تبين أن الصفات الوراثية الموجودة في الطفل نصفها من الأم والنصف الآخر غير مطابق للصفات الوراثية للرجل المدعى عليه أو مدعي النسب فهذا دليل أكيد على أن هذا الطفل ليس من هذا الرجل⁷.

يقول عبد المعطي بيومي: "إن اللعان أصبح لا يجدي في زمن فسدت فيه كثير من الذمم، وضعف فيه الوازع الديني، وإن اللجوء إلى التقنية العلمية خاصة التحليل الجيني (D N A) بوصفها شهادة قاطعة للنزاع ومنصفة للأبناء، حيث تردع المتعدين على الشرف وحفظ الأنساب، والأيمان التي يحلف بها الزوجان كانت رادعة للناس في زمن كان الخوف فيها من الله يردع الناس، أما اليوم فأصبح لا يعبأ الكثيرون بمحدود الله ولا باليمين الغموس"⁸.

¹ واصل نصر فريد، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، ضمن أعمال وبحوث الدورة 16 للمجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، المرجع السابق، المجلد الثالث، ص 30.

² عبد الرشيد محمد أمين بن قاسم، البصمة الوراثية وإثبات النسب، مجلة العدل :وزارة العدل السعودية، العدد 23، رجب 1425هـ السنة السادسة محمد مختار السلامي، المرجع السابق، 405.

³ إبراهيم أحمد عثمان، دور البصمة الوراثية في قضايا إثبات النسب والجرائم الجنائية بحث مقدم ضمن المؤتمر العربي الأول لعلوم الأدلة الجنائية والطب الشرعي، المنعقد بالرياض -السعودية- في الفترة بين 12-14 نوفمبر 2007م، ص 23.

⁴ أنظر الموقع الإلكتروني: <http://www.islamic-fatwa.com/index.g-lang-ar.stype-1> تاريخ الاطلاع عليه 2022/06/17، أنظر أيضاً : العبدلي محمد فنخور، المرجع السابق، ص 15.

⁵ محمد مختار السلامي، المرجع السابق، 456.

⁶ محمد كفيل، تبين آراء الفضاة المغاربة حول البصمة الوراثية ومدى قوتها كوسيلة لإثبات الأنساب، مقال منشور على الموقع الإلكتروني www.badilpress.com تاريخ الاطلاع عليه: 2022/07/04م.

⁷ العبدلي محمد فنخور، المرجع السابق، ص 16-17.

أما عن أدلة المجيزين بالعمل بالبصمة الوراثية في مجال النسب، فقد استدلووا بجملة من الأدلة نقلية وأخرى عقلية :
أ- الأدلة النقلية :

- قوله تعالى " والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهود إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين"¹.

وجه الدلالة في هذه الآية : إن اللعان لا يكون إلا مع تعذر استحضار الشهود وليس ثمة شاهد إلا الزوج فقط، حينئذ يكون اللعان، فإن كان مع الزوج بينة كالبصمة الوراثية تشهد لقوله أو تنفيه فليس هناك موجب للعان أصلاً لانتفاء القيد الوارد في الآية أعلاه أي تكون البصمة الوراثية بمثابة الشاهد (الصامت) الذي يدل على صدق الزوج².

كما ذكرت الآية أعلاه عبارة (درء العذاب)، ولم تذكر عبارة نفي النسب، وفي الحقيقة لا تلازم بين اللعان ونفي النسب، فيمكن أن يلاعن الرجل ويدراً عن نفسه العذاب ولا يمنع ذلك من أن ينسب المولود إليه إذا ثبت ذلك بالبصمة الوراثية³.

- ما رواه الإمام مسلم في صحيحه : من أن هلال بن أمية كذب امرأته بشريك بن سمحاء، وكان أخا للبراء بن مالك لأمه وكان أول رجل لاعن في الإسلام، قال: فلاعنها، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أبصروها فإن جاءت به أبيض سبطاً، قضي العينين، فهو لهلال بن أمية، وإن جاءت به أكحل جعداً حمش الساقين فهو لشريك بن سمحاء" قال فجاءت به أكحل جعداً حمش الساقين⁴.

وجه الدلالة في هذا الحديث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل عدم مشابهة الولد للزوج دليلاً على عدم انتسابه إليه، ونفي النسب عنه هو عين ما تقوم به البصمة الوراثية⁵ بل إن البصمة الوراثية فيها من زيادة العلم والحذق واكتشاف المورثات الجينية الدالة على العلاقة النسبية نالاً يوجد مثله في القيافة التي تعتمد على الشبه، فكثيراً ما يختلف القافة ويحتاج إلى الترجيح بين أقوالهم بخلاف البصمة الوراثية فهي تتطابق كلما تغيرت المعامل⁶.

أ- الأدلة العقلية :

نتائج تحاليل البصمة الوراثية دقيقة وقطعية فكيف نقطع النسب ونكذب الحس وأن إنكار الزوج وطب اللعان بعد ظهور نتيجة التحاليل يعد من المكابرة والشرع ينتزه أن يثبت حكماً بيني على المكابرة⁷.

وعلى هذا المعنى يقول **واصل نصر فريد** " البصمة الوراثية هي ذات دلالة علمية قطعية يقينية لإثبات هوية الإنسان، وتعد سبباً شرعياً لحسم نزاع النسب"⁸

2- المانعون لنفي النسب بالبصمة الوراثية :

في المقابل من الاتجاه القائل بالجواز فإن هناك اتجاه آخر يرى عدم جواز نفي النسب بالبصمة الوراثية، وأنه لا يجوز تقديمها مطلقاً على اللعان، غير أن أصحاب هذا الاتجاه انقسموا بدورهم بين المانع مطلقاً وبين المفصل :

¹ سورة النور الآية 06.

² محمد مختار السلامي، التحليل البيولوجي للجينات البشرية وحججه في الإثبات، ضمن أبحاث مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، المرجع السابق مجلد 1، ص 405.

³ سعد الدين مسعد هاللي، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية " دراسة فقهية مقارنة"، مكتبة وهبة، القاهرة، مصر، ط1، 1431هـ-2010م، ص 358

⁴ أخرجه مسلم، المرجع السابق، كتاب اللعان، باب منه في اللعان وشبه الولد، ح ر: 1520، ج4، ص 161-162

⁵ ينظر : عبد الرحمن أحمد الرفاعي، البصمة الوراثية وأحكامها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي "دراسة فقهية مقارنة" أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، مصر، 2005م، ص 577.

⁶ نجم عبد الله عبد الواحد، المرجع السابق، ص 05.

⁷ حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، المرجع السابق، ص 34 .

⁸ نصر فريد واصل، المرجع السابق، ص 65.

أ- المانعون مطلقاً : ذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى القول بعدم جواز تقديم البصمة الوراثية على اللعان، ولا الاستناد عليها في نفي النسب الشرعي الثابت بالفراش لأنه لا ينفي إلا باللعان ويرون إن البصم الوراثية لا ترقى إلى مستوى القرائن القطعية، بل قرينة ظنية لأنها عرضة للخطأ فهي ليست من البيئة المعدة شرعاً في مجال نفي النسب بل هي قرينة تخضع لتقدير المحكمة¹.

وقد اتفق على هذا الحكم غالبية الفقهاء المعاصرين²، وهذا هو الرأي الذي اعتمدته مجمع الفقه الإسلامي برابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة³، بل ذهب البعض منهم إلى القول " أنه إذا كان لا يجوز نفي النسب بعد ثبوته بغير اللعان، فإنه لا يجوز أيضاً استخدام أي وسيلة قد تدل على انتفاء النسب ونفيه عن صاحبه لأن الوسائل حكم الغايات، فما كان وسيلة لغاية محرمة فإن للوسيلة حكم الغاية"⁴.

أما أدلة المانعين لنفي النسب بالبصمة الوراثية: فقد استدلوا بمجموعة من الأدلة من الكتاب والسنة والمعقول والقياس: - من الكتاب : قوله تعالى " والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهود إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين"⁵.

ووجه الدلالة : لا ينفي النسب إلا باللعان، إذا كان الزوج لا يملك الشهادة إلا بنفسه، فكان رأي صالح الفوزان : إن إحداث البصمة بعد الآية أعلاه تزيد على كتاب الله، ومن أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد"⁶.

- من السنة الشريفة: فعن السيدة عائشة رضي الله عنها قالت : " قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد"⁷.

ووجه الاستدلال من الحديث الشريف نصه على بطلان كل ما لم يرد من جوازه، والبصمة الوراثية لم يرد فيها نص فلا تكون طريقاً لنفي النسب⁸.

¹ وليد العاكوم، البصمة الوراثية وأثرها في الإثبات، ضمن بحوث مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون جامعة الإمارات، المرجع السابق، المجلد الثاني، ص 542.

² منهم: د. علي القره داغي، عبد الستار فتح الله سعيد، د. عمر بن محمد السبيل، د. ناصر الميمان، د. وهبة الزحيلي، د. سعيد العنزي، الشيخ عبد الله المنيع، ينظر: نذير حمادو، أثر البصمة الوراثية في إثبات نسب الولد غير الشرعي "دراسة فقهية اجتماعية، أخلاقية"، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، مقال منشور على الموقع :

<http://www.sudamese online .com/cgi-bin>، تاريخ الاطلاع عليه : 2022/06/18.

³ ينظر القرار السابع الصادر عن المجمع الفقهي في دورته السادسة عشر المنعقدة بمكة المكرمة، المرجع السابق، في فقرة ثالثاً منه التي جاء فيها : "لا يجوز شرعاً الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب ولا يجوز تقديمها على اللعان"

⁴ عمر بن محمد السبيل، المرجع السابق، ص 72.

⁵ سورة النور، الآية 6.

⁶ صالح بن فوزان بن عبد الله الفوزان: مناقشات البصمة الوراثية، بحث مقدم ضمن الدورة السادسة عشر لمجمع الفقه الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي، المرجع السابق، أنظر أيضاً: نذر بن فهد السويلم، المرجع السابق، ص 152.

⁷ أخرجه البخاري، المرجع السابق، كتاب الصلح، باب إن اصطالحوا على صلح جور فالصلح مردود، حديث رقم 2697، ص 659.

⁸ أنظر البند السادس من القرار 194(20/9) بشأن الإثبات بالقرائن والأمارات المستجدة لمجمع الفقه الإسلامي الدولي لمنظمة التعاون الإسلامي في دورته العشرين المنعقدة في الجزائر بمدينة وهران أيام 26 شوال - 2 ذو القعدة 1430هـ، الموافق ل: 13-18 ديسمبر 2012، فكان مما جاء فيه "لا يجوز الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب ولا تقدم على اللعان" انتهى، وأنظر أيضاً : البند الأول من القرار 66(4-15) بشأن البصمة الوراثية لمجمع الفقه الإسلامي بالهند

-ومن القياس :تم الاستدلال بأن البصمة الوراثية مقيسة على القافة التي تعتمد على الشبه فتأخذ حكمها، وقد أهدر النبي صلى الله عليه وسلم الشبه مقابل اللعان، وبالتالي فإن البصمة الوراثية لا تنفي النسب لأن الرسول صلى الله عليه وسلم لم يقبل النفي مجرد اختلاف اللون¹.

-أما من المأقول : فقد تم الاستدلال بأن الشارع قد شدد في شروط اللعان حتى لا يقدم عليه كل من تسول له نفسه فذف زوجته ونفي الولد، بل لا يلجأ إليه إلا المضطر وبذلك يقع الستر في الأعراض² وأن النسب لا ينفي إلا باللعان ولا يمكن إلغاء حكم شرعي بناء على نظريات طبية مظنونة³، كما إن اللعان نص، وإلحاقه بالبصمة الوراثية استدلال، والاستدلال لا يستعمل مع وجود النص، وإنما يستعمل إذا لم يوجد نص كما في القياس⁴.

3- رأي المأقلين في مسألة نفي النسب بالبصمة الوراثية:

ذهب جمع من الفقهاء المعاصرين إلى الوقوف موقف وسط بين البصمة الوراثية واللعان، فهم أجازوا اللجوء إلى البصمة الوراثية في أحوال وظروف معينة، إلا أنها لا تتقدم على اللعان ولكن تكون مكملة له، وما عدا ذلك فإنهم لا يجيزون النفي بالبصمة الوراثية، غير أن أصحاب هذا الاتجاه ومن خلال استقراء آرائهم حول هذه المسألة نجد أنها تنقسم إلى ثلاثة آراء⁵:

أولها: نتائج البصمة الوراثية تثبت وتؤكد صحة نسب الطفل للزوج، فنسب المولود لا ينفي باللعان ولو لاعن الزوج، لكن لو جاءت البصمة الوراثية مؤكدة لقول الزوج فهنا ينتفي النسب باللعان وتعد البصمة الوراثية دليلاً تكملياً للنفي، لأن الطفل علمياً لا ينسب إلا لرجل واحد (ذكر واحد وبويضة أنثوية واحدة)، وهو رأي الدكتور نصر واصل فريد مفتي مصر السابق⁶.

الثاني: إثبات الحمل أو الولد بالبصمة الوراثية (إذا كان الولد ليس من الزوج)، فكان رأي سعد الدين مسعد الهلالي "نفي النسب دون اللعان، وإذا كان الحمل بوطء شبهة⁷ في هذه الحالة تطلب الزوجة اللعان ويحق لها لدرة الحد عنها، فإذا ثبت أن الولد لزوجها يحد الزوج بسبب القذف"⁸.

وهو اتجاه الفتوى بوزارة الأوقاف الكويتية في فتاها المرقمة تحت رقم: 10 هـ 95 في 29 ربيع الآخر 1416 هـ الذي يوافق 24 سبتمبر 1995 م⁹.

ثالثها: يميز بين النسب الثابت بطريق شرعي من عدمه، حيث يرى أصحاب هذا الاتجاه جواز نفي النسب في الحالة الثانية دون الأولى، فذهب د. محمد الأشقر إلى: "أنه لن يكون مقبولا شرعا استخدام الهندسة الوراثية والبصمة الوراثية لإبطال الأبوة التي تثبت

¹ خليفة الكبي، المرجع السابق، ص 45-46

² سفيان بن عمر بورقة، النسب ومدى تأثير المستجدات العلمية في إثباته، كنوز إشبيلى، الرياض، ط1، 1428 هـ، ص 373.

³ عبد الستار فتح الله سعيد، البصمة الوراثية في ضوء الإسلام ومجالات الاستفادة منها في جوانب النسب والجرائم وتحديد الشخصية، ضمن أعمال وبحوث الدورة السادسة عشر للمجمع الفقهي الإسلامي في مكة المكرمة، 1424 هـ 2003 م، المرجع السابق، المجلد الثالث، ص 147-148.

⁴ أحمد عبد الجيد حسيني، مدى مشروعية إثبات النسب أو نفيه بالبصمة الوراثية في الفقه الإسلامي، مجلة كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر القاهرة، مصر، العدد 35، الجزء الأول، مارس 2020 م، ص 155.

⁵ حيدر حسين كاظم الشمري، المرجع السابق، ص 68

⁶ واصل نصر فريد، المرجع السابق، ص 30.

⁷ وطاء الشبهة أو (نكاح الشبهة) " يقصد به الالتباس ظناً من الرجل لامرأة وطاء بها زوجته، فلا يحكم عليه بالزنى لجهله وليس لديه علم بالشبهة " : أنظر الزجلي وهبه: الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج7، ص 88-89

⁸ سعد الدين مسعد هلال، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، المرجع السابق، ص 358.

⁹ حيدر حسين كاظم الشمري، المرجع السابق، ص 68.

بطريق شرعي صحيح من الطرق التي تقدم بياها، ولكن مجال العمل بالبصمة الوراثية سيكون في إثبات أو نفي أبوة لم تثبت بطريق شرعي صحيح¹

وجدير بالذكر، أن بعض أصحاب هذا الاتجاه ذهب إلى ضرورة الأخذ بالبصمة الوراثية في نفي النسب دون الاستغناء عن اللعان، كون هذا الأخير احتياط للأعراض ويعد من الأحكام الثابتة في النصوص الشرعية، كم له صفة تعبدية خلافاً للفحص الجيني الذي يقوم فقط على كشف ومعرفة الحقيقة المجردة فحسب².

أما فيما يخص الأدلة التي احتج بها أصحاب هذا الاتجاه أي المفصلين فنجدها ذات الحجج والأدلة التي استدلل بها أصحاب الاتجاه القائل بالجواز مطلقاً.

الرأي الراجح :

من خلال استقراء هذه الآراء والاتجاهات يتضح أن الاتجاه الذي وقف موقفاً وسطاً بين المميزين مطلقاً والممانعين مطلقاً (أي المفصلين) هو الأصوب والأدق ذلك أنه لا يمكن الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب على إطلاقه، ولا يمكن الاستغناء عنها مطلقاً لدقة نتائجها وقطعيتها، لكن في ذات الوقت لا يمكن تجاهل قاعدة فراش الزوجية، ذلك أنه قد يثبت أن المولود هو من فلان من خلال تحليل البصمة الوراثية، إلا أنه قد يكون من زنا أو ولد من طلاق تجاوز أقصى مدة الحمل بعد الفقرة.

لذا يرى الباحث بجواز اللجوء إلى البصمة الوراثية في مجال نفي النسب مع ضرورة توافر شروط الفراش الشرعي، بالمقابل ترفض دعوى الزوج في نفس النسب إذا أثبتت نتائج البصمة الوراثية الدقيقة حقوق الطفل به، لأن ما ادعاه الزوج يخالف الحس والعقل وليس ذلك تقديماً لللعان، كما ذهب إليه أصحاب الاتجاه المانع مطلقاً للأخذ بالبصمة الوراثية .

ويستحسن للقضاء أن يأمر قبل الفصل في موضوع النزاع بإحالة الزوجين قبل إجراء اللعان للفحص الجيني لأن إيقاع اللعان مشروط بعدم وجود الشهود فإن كان لأحد الزوجين بينة تشهد له فلا وجه لإجراء اللعان³.

كما إنَّ اللعان مبني على الظن وليس اليقين، فلا ينبغي قطع ابن من نسبه مدى الحياة بناءً على الظن، إضافة إلى أن اللعان لم يعد يعمل به لأنه يحتكم إلى الضمير والوازع الديني اللذان اضمحلا بسبب الفساد الكبير للذمم والضمائم لدى الكثير من الناس، لذا وجب تطبيق قاعدة الشك يزول بالقين ومن ثم الاستعانة بالتقرير الطبي الذي يضمن لهذا الطفل نسباً يدرأ عنه المعرفة و ويدفع عنه الانطواء داخل المجتمع .

ثم إنَّ بعض الفقهاء ذهب إلى أن النسب لا يجب أن يحكم عليه أنه رابطة قانونية فقط، وإنما هو حقيقة واقعية، أي أن المعيار الرئيسي الموجه للنسب هو المعيار البيولوجي (صلة بيولوجية أو حقيقية بين الزوج والولد، وهو ما توفره نتائج تحليل البصمة الوراثية)⁴. وذهب فريق آخر إلى أن الاحتكام إلى البصمة الوراثية في حالة نفي النسب هو حق مقرر للمرأة لا للرجل، لأنه يحقق براءتها وطمأنينة الزوج ونسب الولد، أما إذا كان من الزوج فلا يجاب له إلا إذا وافقت الزوجة لأنه يضيع حقها في الستر الذي يكون باللعان، فإذا طلبت الزوجة من القاضي أو من المحكمة الاحتكام إلى البصمة الوراثية فالواجب أن يستجاب لها رعاية لحقها في إثبات براءتها وحق ولدها في إثبات نسبه⁵.

¹ الأشقر محمد سليمان، إثبات النسب بالبصمة الوراثية، بحث مقدم إلى ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني بالكويت سنة 1998م، المرجع السابق ص 454.

² مصطفى رمضان عبد القادر العقراوي، أحكام الولد المشتبه في نسبه، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الموصل، العراق، 2010م، ص 63-64.

³ عبد الرشيد محمد أمين بن قاسم، المرجع السابق

⁴ رضا عبد الحليم عبد المجيد، الحماية القانونية للجنين البشري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط1، 2001م، ص 142.

⁵ يوسف القرضاوي، إثبات النسب بالبصمة الوراثية حق للمرأة لا للرجل، موقع: فاسألوا أهل الذكر : www.islamonline.net، اطلع عليه في 2022/07/04م.

الفرع الثالث : موقف التشريعات المقارنة من الاستعانة بالبصمة الوراثية كقرينة لإثبات النسب ونفيه:

إن الموقف التشريعي من مسألة جواز الاستعانة بتقنية البصمة الوراثية في مجال إثبات ونفي النسب، ليست على وتيرة واحدة في كل الأنظمة القانونية لمختلف تشريعات الدول، فوتيرة الجواز تكون في أشدها بالنسبة الدول الغربية التي لا تعبر لمسألة الشرع أي أهمية، وبين التشريعات العربية التي تستعين بأحكام الشريعة الإسلامية في تنظيم مسائل الأحوال الشخصية، ومنها النسب فتشدد في مسائل نفي النسب، ونفس النتيجة تلاحظ كذلك على الموقف القضائي .

أولاً: موقف التشريعات الغربية حول الاستعانة بالبصمة الوراثية في قضايا النسب: تعدّ البلدان الغربية مهد المستجدات الطبية ومنها البصمة الوراثية، فلها فضل سبق في اكتشافها وتطويرها وتجريبها، ووضع تشريعات وتقنيات تحدد الإطار القانوني لاستعمالها، بعد أن عان القضاء سنوات من الفراغ التشريعي ما جعل القضاة يواجهون القضايا التي توضع بين أيديهم باجتهاداتهم الفردية دون أن يكون هناك نص صريح يستندون إليه¹.

أ-التشريع الإيطالي: نظرا للدور الذي تلعبه تقنية البصمة الوراثية فقد بادر المشرع الإيطالي بإصدار تشريع تحت رقم (5) لسنة 1975م، الذي عدل القانون المدني الإيطالي، إذ أجاز فيه الاعتماد على الخرائط الوراثية في إثبات أو نفي وقائع الأبوة والبنوة أو الأمومة، وذلك بموجب المادة 35 منه المعدلة².

ب-التشريع الفرنسي: بادر المشرع الفرنسي إلى استصدار مجموعة من القوانين المنظمة لهذه التقنية وغيرها من المستجدات الطبية ذات الصلة بالعمل القضائي فيما يعرف بقوانين الأخلاق الحيوية (loi bioéthiques) منها القانون المدني الصادر بالأمر رقم 653-94 المؤرخ في 29/06/1994م³، والمرسوم رقم 97-109 المؤرخ في 06/02/1997م اللذان أرسيا مجموعة من القواعد التنظيمية بخصوص استعمال عناصر ومنتجات الجسم البشري والمساعدة الطبية للإنجاب ودراسة الخصائص الوراثية للشخص وتحديد هويته بالبصمة الوراثية، وقد حددت المادة 16 في فقراتها 10 و11 و12 من القانون المدني الفرنسي الحالات التي يسمح فيها بأخذ عينات من الجنس الآدمي بغرض التعرف على خصائصه الجينية :

فقد اشترطت المادة 16 فقرة 11⁴ حق اللجوء إلى إجراء الخبرة البيولوجية إلا إذا كانت هناك دعوى منظورة أمام القضاء المدني الفرنسي بخصوص النسب، كما أوجب المشرع الفرنسي أن يتم نفي النسب عن طريق البصمة الوراثية من خبراء يتمتعون بالقبول ومسجلين بجدول الخبراء حيث نصت المادة 16-12 على "أن التحليلات الجينية لا يمكن أن تتم إلا من جانب أشخاص مقبولين ومسجلين بجدول الخبراء"، و اشترطت الفقرة 10 من ذات المادة⁵ الموافقة الكتابية المسبقة للمعني بالأمر. وعليه اتجهت محكمة النقض الفرنسية إلى قبول استخدام التقنيات الحديثة ومنا البصمة الوراثية لإثبات ونفي النسب ودعت محاكم الموضوع للأخذ بالحقائق العلمية في هذا المجال⁶.

¹Jacques Massip , (la prevue scientifique de la filiation de la pratique judiciaire),article publié dans le livre;droit de la filiation et progress scientifiques, sous la direction de citrine la brusse et gerard cornu .Ecnomica;paris,1982,p52-53.

² تنص المادة 35 من القانون المدني الإيطالي رقم (5) لسنة 1975م "للزواج أن يقدم الدليل على أن لا تطابق في الخصائص البيولوجية أو فصيلة الدم بينه وبين الطفل الذي يراد إثبات نسبه إليه، وله أيضا إثبات ذلك بأي وسيلة أخرى تنفي رابطة الأبوة"

³الأمر رقم 653-94 المؤرخ في 29/06/1994م المتضمن تعديل القانون المدني الفرنسي،المرجع السابق.

⁴ تنص المادة 16 فقرة 11 من القانون المدني الفرنسي، المرجع السابق "وفي مجال القانون المدني لا يمكن أن يتم التعرف أو تحديد هوية الشخص ببصماته الوراثية إلا في إطار تحقيقات قضائية أمر بها قاضي الموضوع أو في إطار دعوى منازعة في إثبات النسب أو نفيه أو بصدد دعوى النفقة أو إلغائها"

⁵ أنظر المادة 16 فقرة 10، المرجع نفسه

⁶Amine Bouttiou ,Empreinte génétique et droit de la filiation ,1989.p.10.

ثم انتقلت فرنسا إلى مرحلة إعادة النظر في تلك القوانين واستدراك بعض الإغفال والنقص أين صدر القانون رقم 800-04 بتاريخ: 2004/02/06م¹، الذي عدل وتم كل من القانون المدني وقانون العقوبات وقانون الصحة العمومية الفرنسية، وتناول التعديل مواضيع استخدام منتجات الجسم البشري، وصفة المعطي والمستفيد وطرق أخذ العينات من المتبرع وغيره.

وقد أجاز القانون الفرنسي إثبات البنوة الطبيعية والاعتراف بها وذلك بشهادة صحيحة إذا لم يكن الاعتراف في شهادة الميلاد، وهذا بموجب المادة 334 من القانون المدني الفرنسي²، كما أجاز المشر الفرنسي إثبات البنوة الطبيعية خارج إطار الزواج قضائياً (الطفل غير الشرعي) بكافة وسائل الإثبات شريطة أن تكون هناك قرائن وأدلة قوية، وهو ما نصت عليه المادة 342 من القانون المدني الفرنسي³، واستناداً إلى ذلك لا تكفي البصمات الوراثية وحدها لإثبات الأبوة الطبيعية، إلا إذا دعمت بقرائن وأدلة مسبقة حول أبوة المدعى عليه⁴.

ج- التشريع الإسباني: نص المشرع الإسباني في الفصل (127) من التقنين المدني الإسباني " في نطاق التحقيقات التي تجري لإثبات وقائع الأبوة أو البنوة أو الأمومة يجوز استخدام جميع أنواع الاختبارات البيولوجية⁵.

د- التشريع الألماني: ورد النص في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المادة (1720) التي نصت " أن القاضي يلتزم بالبحث في قضايا الأنساب بأعمال الخبرة الطبية وبما تكشف عنه من نتائج تعد حقائق علمية"⁶.

ثانياً: موقف التشريعات العربية والقضاء):

إن ظهور البصمة الوراثية وما كان لها من تأثير في موضوع النسب، اتجهت التشريعات العربية إلى إقحام هذه الوسيلة في مجال منازعات الأبوة والنسب، أين اتضح تأثير هذه التشريعات إثر التعديل الذي طرأ على قوانينها:

أ- التشريع المغربي: تم النص صراحة على الأخذ بالخبرة الطبية كويلة لإثبات النسب في المواد 153⁷ و 158⁸ من مدونة الأسرة المغربية، وهذه الاختبارات يسمح بها بسهولة في حال كان الهدف منها إثبات النسب، في حين تكون أكثر تطلباً إذا ما كان الهدف منها إنكار الأبوة من أجل عدم الإخلال بالاستقرار الأسري⁹.

¹ القانون رقم 800-04 الصادر بتاريخ: 2004/02/06م المعدل والمتمم للقانون المدني وقانون العقوبات وقانون الصحة العمومية الفرنسية، المرجع السابق.

² انظر المادة 334 من القانون المدني الفرنسي، المرجع السابق .

³ انظر المادة 342 من القانون المدني الفرنسي، المرجع السابق

⁴ صالح فواز، حجية البصمات الوراثية في إثبات النسب " دراسة قانونية مقارنة "، مجلة الشريعة والقانون، تصدر عن المجلس العلمي، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد 19، يونيو 2003م.

⁵ Louisde Leon ,the human genome and indentification by Genetic testing ,H.G(Legal Aspects) Vol,four ,fundaction,B B V,Spain ,1997,p95.

⁶ غنام محمد غنام، دور البصمة الوراثية في الإثبات، ضمن أبحاث مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، المرجع السابق المجلد الثاني .

⁷ تنص المادة 153 من القانون رقم 70-03 الصادر بتاريخ: 05 فبراير 2004م المتضمن مدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق " يعد الفراش بشروطه حجة قاطعة على ثبوت النسب، لا يمكن الطعن فيه إلا من الزوج عن طريق اللعان أو بواسطة خبرة تفيد القطع"

⁸ تنص المادة 158 من مدونة الأسرة المغربية "يثبت النسب بالقرائن أو بإقرار الأب أو شهادة عدلين أو بينة السماع، وبكل الوسائل الأخرى المقررة شرعاً بما في ذلك الخبرة القضائية"

⁹ Baraut Emile.La filiation légitime a l'epreuve des mutations sociales au Maghreb ,revue droit et cultures ,n 59/2010-1,p 03.

وإذا أجزيت ولم يقتنع بها القاضي فإنه لا يأخذ بادعاءات الزوج مهما كانت قوية مادام أمام القاضي مسوغ شرعي يجعل منه مخرجاً لرفض طلب اللجوء إلى الخبرة وهو اللعان بطلب من الزوج¹.

وما يلاحظ على هذه النصوص :أن المادة 153 جاءت غامضة في ما تعلق بعبارة الدلائل القوية مما يجعل من هذه المسألة محل تقدير وتأويل من جانب قضاة الحكم² وقد فسرهما الفقه بما إذا كانت الزوجة تتعاطى بكيفية اعتيادية للخيانة الزوجية أو أن يتأكد أن الغير قد اتصل بها عن طريق الشبهة أو أن يدلي بشهادة طبية تثبت عقمه أو أن يتضح أن أقل مدة الحمل وأقصاها غير مضبوطة³.

ثم إنَّ المشرع المغربي لم ينص صراحة على مصطلح البصمة الوراثية، وإنما استعمل عبارة الخبرة الطبية أو القضائية، وقد استقرت الممارسات القضائية على أن المقصود بالخبرة هو ما يتعلق بالبصمة الوراثية⁴.

إلا أن هناك من يرى أن عدم النص صراحة على تضمن قواعد صريحة ونصوص واضحة، يميز العمل بالفحص الجيني في مجال إثبات ونفي النسب لا يمنع من الاستنجاذ بها وذلك لوجهين⁵:

الأول: عدم وجود نص تشريعي يمنع استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب ونفيها، بل إن المادتين 153 و158 تلمحان إلى إمكانية استخدام الكشف الوراثي

الثاني : إن المشرع المغربي قد أقر في مواضع متعددة جواز اللجوء إلى الخبرة الطبية في مسائل متفرقة من المدونة كالحجر على السفهه والمجنون، وتقديم شهادة طبية ضمن الوثائق المطلوبة لإبرام عقد الزواج.

أما فيما يتعلق بإثبات نسب الولد غير الشرعي بالبصمة الوراثية في التشريع المغربي فيظل جد مستبعد فالنصوص القانونية لا تفرقه صراحة، فالمشرع المغربي **حسم القول** طبقاً لما جاء في المادة 148 من مدونة الأسرة المغربية⁶ فقرر عدم الاعتراف بمجرد العلاقة البيولوجية (غير الشرعية) لإثبات النسب، ولا يترتب عنها أي أثر قانوني.

وهذا الموقف تم تأييده من العديد من رجال القانون والفقه في المغرب فيرى أ. إبراهيم : رئيس الغرفة الشرعية لدى المجلس الأعلى بالمغرب "إنه يقتضي اللجوء إلى الفحوص الطبية لمعرفة من ينسب إليه الولد عند الاقتضاء، ولكن ذلك لا يكون في الحالة التي يقع فيها نزاع حول النسب ولا يوجد حل لذلك النزاع"⁷.

إلا أن البعض الآخر ذهب إلى القول "إن هناك مبررات واقعية تستدعي اعتماد الخبرة الطبية أمام القضاء بصدد إثبات ونفي النسب، ويشجع ذلك عقود الزواج غير الموثقة في المغرب التي لم تحترم شكلية الإشهاد بالكتابة أمام العدلين والتي لازال مسموح بها في مدونة الأسرة، فهذه الفجوة القانونية تشجع الآباء ذوي النية السيئة على نفي نسب أولادهم"⁸.

¹ مجاهدي خديجة، تطبيقات البصمة الوراثية وأثرها في الإثبات، (إثبات ونفي النسب نموذجاً) المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، السياسية، والاقتصادية، جامعة البليدة 2 علي لوني، العدد 02، 2020م، 337.

² محمد الكشور، البنية والنسب في مدونة الأسرة " قراءة في مستجدات بيولوجية"، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، د ط، 2007م، ص 208.

³ سعد أحيان، النسب بين قواعد الشريعة ونتائج الخبرة، عرض مقدم لطلبة المعهد العالي للقضاء، د ت ن، الفوج 34، ص 5.

⁴ محمد الكشور، شرح مدونة الأسرة المغربية، مطبعة النجاح، الدار البيضاء، المغرب، د ط، ج 2، 2006، ص 414.

⁵ البرجاوي خالد، قواعد إثبات ونفي النسب في المغرب بين تطور العلم وجمود القانون، ضمن بحوث مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون جامعة الإمارات، المرجع السابق، المجلد الثاني، ص 657.

⁶ نص المادة 148 من مدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق " لا يترتب على البنية غير الشرعية بالنسبة للأب أي أثر من آثار البنية الشرعية "

⁷ ط، فاطمة " وضعية القاصر في ظل مدونة الأسرة -status-of-a-minor- " <http://www.blog.saeed.com/2010/08/the>

under-the-/family-code، اطلع عليه بتاريخ: 2022/07/11

⁸ Mosleh Khadidja : La peocréation naturelle au maeoc,D,E,S,FAC.de Droit,rabat,1993,P 151

وبناء على هذه المعطيات فإن اللجوء إلى البصمة الوراثية كوسيلة قطعية وحاسمة ستقلل من مثل هذه القضايا، وتؤدي إلى انقراض الكثير من الأطفال والنساء من الضياع¹.

حيث أوضح الأستاذ **الحسين الملكي** -محام بمهنة الرباط- في ندوة بمحكمة الاستئناف بالرباط حول مناقشة إثبات النسب بين قواعد الشريعة الإسلامية والنظريات العلمية: "أنه وإن كان المشرع المغربي قد أقر أن البينة غير الشرعية لا تترتب عنها أي آثار شرعية... إلا أنه اقترح في المقابل إقرار قاعدة تلزم الأب المفترض تحمل مسؤولية هذا الولد بدل أن تلحق المسؤولية بكاملها على كاهل الأم فقط أو المجتمع في حالة الأطفال المتخلى عنهم"².

أما عن موقف القضاء المغربي فقد سار على ما نص عليه المشرع المغربي بعد تعديل المدونة فقد جاء في قرار المجلس الأعلى المغربي بتاريخ 2005/03/09 ما يلي "...إنه وأمام اختلاف الزوجين بشأن تاريخ ازدياد الابن المذكور فإنه كان على المحكمة أن تبحث بوسائل الإثبات المعتمدة شرعا ومنها الخبرة التي لا يوجد نص قانوني يمنع المحكمة من الاستعانة بها"³.

وفيما يتعلق بشرط ادلاء الزوج بدلائل قوية على ادعائه فقد ذهبت محكمة الاستئناف بمكناس إلى رفض طلب إجراء خبرة طبية لنفي النسب بعلّة عدم إدلاء الزوج بدلائل قوية على ادعائه حيث جاء في إحدى قراراتها "وحيث إن الفرائض بتوافر شروطه يعد حجة قاطعة على ثبوت النسب ولا يطعن فيه إلا من الزوج عن طريق اللعان أو بواسطة خبرة بشرط إدلاء الزوج بدلائل قوية على ما ادعاه.....وحيث إن المستأنف عليه لم يدل بأي دليل دعم ما ادعى به حتى يستجاب لطلبه"⁴، وذلك ردا على ادعاء الزوج كونه يعاني من العقم دون تعزيز ذلك بشواهد طبية، وأيضا كون زوجته تتعاطى الفساد، ونجد هذا المبدأ في قرار آخر عدد 737 الصادر بتاريخ 2005/03/14م⁵.

أما فيما يخص التأكيد على الطابع غير ملزم للخبرة بالنسبة للمحاكم فقد كرس ذلك القضاء في عدة قرارات للمجلس الأعلى المغربي⁶.

ب- المشرع التونسي: إذا كان من الواضح أن المشرع التونسي لم يتعرض إلى تقنية البصمة الوراثية كوسيلة قانونية لإثبات النسب الشرعي في مجلة الأحوال الشخصية التونسية ولا نفيه إلا أن توسع القضاء التونسي في تأويل الفصل 75 من المجلة⁷، يمكن القول بقبول إدراج الوسائل البيولوجية ضمن الوسائل الجائز اعتمادها لنفي النسب.

إلا أن البعض ذهب إلى أن التشريع التونسي للأحوال الشخصية قد اعترف بالأمومة الطبيعية، حيث نظم علاقة الطفل بوالده ورتب علاقة الطفل بوالده وما يترتب عنها، وفي المقابل فإنه تغاضى عن الإشارة إلى الأبوة الطبيعية، وبخصوص الأمومة الطبيعية فإنه لم يشترط وسيلة معينة لإثباتها وبالتالي اتجه إلى القول أنه تثبت بكل الوسائل الشرعية بوصفها واقعة قانونية⁸.

¹ الخليلي أحمد، وجهة نظر، دار النشر للمعرفة، الرباط، المغرب، د ط، د ن، ج 2، ص 94.

² و.م.ع " في ندوة بمحكمة الاستئناف بالرباط : مناقشة إثبات النسب بين قواعد الشريعة الإسلامية والنظريات العلمية، جريدة التجديد، المغرب، بتاريخ 27 سبتمبر 2004، على الموقع: <http://www.a.info/def.asp.codelangue=>، اطلع عليه بتاريخ: 2022/07/11م.

³ قرار المجلس الأعلى المغربي رقم 4 مؤرخ في 4 يناير 2006، الملف الشرعي عدد 547 بتاريخ 2004/01/02م: أنظر: محمد الكشور، البينة والنسب في مدونة الأسرة، قراءة في مستجدات بيولوجية، المرجع السابق ص 402.

⁴ قرار محكمة الاستئناف بمكناس، عدد 1286 والصادر بتاريخ 2006/04/25 في الملف الشرعي 8/05/3398 (غ م)

⁵ قرار محكمة الاستئناف بمكناس، عدد 737 والصادر بتاريخ 2005/03/14م في الملف الشرعي 8/04/2884 (غ م)

⁶ منها قرار المجلس الأعلى المغربي محكمة النقض، قرار عدد 329 صادر بتاريخ: 2008/09/11م، ملف شرعي عدد 2007/01/02/446، (غ م)

⁷ ينص الفصل 75 من الأمر المؤرخ في 13 أوت 1956 المتضمن مجلة الأحوال التونسية، المرجع السابق "إذا نفى الزوج حمل زوجته أو الولد اللازم له فلا ينتفي عنه إلا بحكم الحاكم، وتقبل في هاته الصورة جميع وسائل الإثبات الشرعية

⁸ الزياتي نور الدين، الطفل الطبيعي، رسالة تخرج من المعهد الأعلى للقضاء، تونس، السنة القضائية 2000-2001م، ص 11.

وبذلك من الممكن اعتماد التحليل الجيني كوسيلة نفي النسب الشرعي استنادا لأحكام الفصل 75 من المجلة، طالما أن المشرع لم يعدد حصرا الوسائل الشرعية¹، بينما أشار في الفصل 68 من المجلة "أن النسب يثبت بالفراش أو إقرار الأب أو شهادة شاهدين من أهل الثقة".

وجدير بالذكر أن المشرع التونسي قد أورد التحليل الجيني كوسيلة مستقلة لإثبات بنوة الأطفال المهملين ومجهولي النسب (أي مجال إثبات البنوة الطبيعية، وأبناء العلاقات غير الشرعية من خلال الفصل 3 مكرر من القانون رقم 75 لسنة 1998م² المعدل والمتمم بالقانون رقم 51 المؤرخ في 7 يوليو 2003م³، إذ يعتبر هذا القانون لبنة لتنظيم قانوني للولد الطبيعي الذي يتحصل على البعض من حقوق الطفل الشرعي⁴ حيث نص في هذا الفصل على أنه "يمكن للمعني بالأمر أو للأب أو للأم أو للنيابة العمومية رفع الأمر إلى المحكم الابتدائية المختصة طلب إسناد لقب الأب إلى مجهولي النسب الذي يثبت بالإقرار وشهادة الشهود أو بالتحليل الجيني أن هذا الشخص هو أب ذلك الطفل"

وقد أثار هذا القانون أثار جدلا عند مناقشته من طرف مجلس النواب حول المغزى منه والمقاصد الشرعية التي ترمي إليها، وكانت إجابة زارة العدل في اتجاه ضمان تمتع الطفل الطبيعي بحقوقه دون تمييز انطلاقا من تمكينه من اللقب العائلي وتحمل الأبوين مسؤوليتهما في الإنجاب⁵.

وبالتالي وبالرجوع إلى الفصل 3 مكرر من القانون عدد 51 لسنة 2003م- المذكور أعلاه- يمكن اعتماد التحليل الجيني كوسيلة مستقلة لإثبات البنوة غير الشرعية، عن القرائن الأخرى كالإقرار وشهادة الشهود ويتضح ذلك باستعمال حرف العطف "أو" التي تفيد التخيير، حيث يكفي إثبات الرابطة البيولوجية بين الطفل والأب المطلوب بواسطة التحليل الجيني⁶.

أما موقف القضاء التونسي في مجال إثبات النسب : فقد اعتمدت محاكم الموضوع التونسية في العديد من الأحكام التحليل الجيني لإثبات البنوة غير الشرعية من ذلك القرار لتعقيبي عدد 3040 المؤرخ في 16/11/2000م⁷، ونجد أيضا الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بالمنستير بتاريخ 25 ماي 2000م⁸.

أما بالنسبة إلى موقف القضاء التونسي في مجال نفي النسب بالبصمة الوراثية : فإنه وبالرغم من أن المشرع لم يتعرض لهذه المسألة، إلا أن التطبيقات القضائية كانت عكس ذلك، حيث أثبتت مسألة التحليل الجيني لنفي النسب في العديد من القرارات منها

¹ أنيس سمكة، إثبات النسب بين مجلة الأحوال الشخصية والقانون عدد 75 لسنة 1998م، بحث تخرج من المعهد الأعلى للقضاء في تونس، المعهد الأعلى للقضاء، تونس، السنة القضائية 2000-2001م، ص 30.

² القانون عدد 75 لسنة 1998 المؤرخ في 28 أكتوبر 1998م، المتعلق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين ومجهولي النسب (الجمهورية التونسية، الرائد الرسمي العدد 87 بتاريخ 30 أكتوبر 1998م)

³ الفصل الثالث من القانون عدد 51 لسنة 2003م المؤرخ في 07 جويلية 2003م، يتعلق بتنقيح بعض أحكام القانون عدد 75 لسنة 1998م المتعلق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين ومجهولي النسب، (الجمهورية التونسية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 54 الصادر بتاريخ 8 جويلية 2003م، ص 2259.

⁴ الشريف محمد الحبيب، النظام العام العائلي : التجليات، مركز النشر الجامعي، تونس، د ط، 2006م، ص 45.

⁵ اليرماني غريال عائدة، مصلحة الطفل الفضلى من خلال بعض المسائل الأسرية، تونس مثالا، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجامعة اللبنانية، بيروت، 2005-2006م، ص 73.

⁶ أنيس سمكة، المرجع السابق، ص 31، الرفاعي عبد الرحمان أحمد، البصمة الوراثية وأحكامها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي "دراسة فقهية مقارنة"، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 1، 2013م، ص 681.

⁷ الذي جاء فيه "حيث أن التحليل الجيني هو وسيلة من وسائل إثبات الأبوة على الأطفال المهملين أو مجهولي النسب لغاية إسناد لقب عائلي لهم، ولا فائدة ترجى منه في خصوص النسب الذي لا يثبت إلا بالوسائل المنصوص عليها في الفصل 68 من مجلة الأحوال الشخصية": أنظر : ساسي بن حليمة، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية التونسية، مركز النشر الجامعي، تونس، 2001م، ص 160.

⁸ حكم ابتدائي مدي رقم 12973 بتاريخ 25 ماي 2000م، المحكمة الابتدائية بالمنستير، تونس : أشار إليه : سمكة أنيس، المرجع السابق، ص 31.

قرار محكمة التعقيب رقم 11005 الصادر بتاريخ: 1975/07/17م الذي جاء في حيثياته "... إن وسيلة الإثبات التي أخذت بها محكمة الاستئناف بسوسة هي وسيلة شرعية يقرها الشارع ويأخذ بها ويعتمدها كباقي وسائل الإثبات الأخرى المثبتة كحصول اليقين بعدم التلاقي مطلقاً"¹.

ج-المشروع الإماراتي : تطرق المشرع الإماراتي في المادة 89 من قانون الأحوال الشخصية² إلى طرق إثبات النسب بقولها "يثبت النسب بالفراش أو بالإقرار أو بالطرق العلمية إذا ثبت بالفراش"

ويتضح من خلال النص السابق أن المشرع الإماراتي - وعلى غرار التشريعات العربية السابقة- لم يشير صراحة إلى البصمة الوراثية، لكن وبالرجوع إلى المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية وضحت المقصود بالطرق العلمية الحديثة مثل الفحوصات الجينية والبصمة الوراثية وهي من الوسائل العلمية التي تثبت العلاقة الحتمية بين الولد وأبيه..."³.

أما مسألة نفي النسب فقد أجاز المشرع الإماراتي اللجوء الى الطرق العلمية والاستعانة بها لنفي النسب في نص المادة 97 فقرة 5 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي " للمحكمة الاستعانة بالطرق العلمية لنفي النسب بشرط ألا يكون قد تم ثبوته قبل ذلك ".

وبالنسبة لموقف القضاء الإماراتي فإنه يولي أهمية كبرى للطرق الشرعية في مجال نفي النسب، الأمر الذي جعله يستبعد في كثير من القضايا تقرير البصمة الوراثية، رغم ان المادة 97 من قانون الاحوال الشخصية الاماراتي تجيز ذلك، حيث أكدت محكمة النقض في حكم صادر لها أن دعوى النسب لا يمكن قبولها بعد أكثر من سبعة أيام من تاريخ علم الأب بالولادة وقررت رفض طعن تقدم به أب ضد زوجته يطلب فيه نفي نسب طفلة بعد أن كشفت تحليل طبية استحالة أنه هو الأب لبيولوجي للطفل..."⁴.

د-في التشريع المصري : من خلال استقراء وتصفح المراجع والرسائل العلمية في الموضوع، فأنا لم يتم العثور أو الاطلاع على نص تشريعي بمصر ينص صراحة على اعتماد البصمة الوراثية كدليل قائم أو قرينة دالة على ذلك، بل لا يزال العمل سارياً على الأدلة الشرعية التي أقرها الفقه الإسلامي والبصمة الوراثية ليست واحدة منها، وما هو منصوص عليه هناك فعند اختلاف الآراء والروايات يصار إلى العمل بالراجح من مذهب أبي حنيفة⁵، ومعلوم أن النسب يثبت عند الأحناف بالفراش والشهادة والإقرار دون غيرها من الأدلة كالقيافة والقرعة .

إلا أن لجنة الاقتراحات والشكاوي بالبرلمان المصري أحالت ثلاثة مشاريع قوانين تتعلق بتعديل قانون الأحوال الشخصية، بإدخال تقنية الكشف عن الحامض النووي في منازعات النسب إلى المفتي الدكتور علي جمعة، الذي أجاب بجواب منكري النسب على إجراء اختبار الفحص الوراثي، واستثنى الأطفال الناتجين عن العلاقات المحرمة، وفي حالة رفض المدعى عليه الخضوع للفحص فإن الرفض يؤخذ كقرينة قوية على ثبوت النسب⁶.

¹ قرار تعقبى مدني رقم: 11005، صادر بتاريخ: 1976/07/17م، المجلة القانونية التونسية، العدد 1، 1977م، ص 21 أنظر : عبد الرحمان أحمد الرفاعي: المرجع السابق، ص 717.

² المادة 89 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، المرجع السابق، ص 30.

³ أنظر المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية، ملحق مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة والقانون، العدد 26، أبريل 2006م، ص 162 وما يليها.

⁴ علاء فرغلي " التحليل تنفي صلة الأبوة والمحكمة ترفض نفي النسب " مجلة الإمارات اليوم : منشور على الموقع

http://www.emaratalyoun.com/local-section/accidents/2013-10-26-1.617541، اطلع عليه بتاريخ

2022/07/02م.

⁵ وهذا طبقاً لنص المادة الثالثة من قانون الأحوال الشخصية المصري، المرجع السابق

⁶ جريدة الشرق الأوسط بمصر، الصادرة بتاريخ: 2006/04/11م، عدد 996.

ثم جاء التعديل الجديد لقانون الطفل المصري الحق في معرفة الوالدين الشرعيين بإثبات الانتساب إليهما بكل الوسائل الممكنة ومنها الأساليب العلمية الحديثة، وهذا بموجب القانون رقم 126 لسنة 2008م¹، حيث نصت المادة 4 منه "للطفل الحق في نسبه إلى والديه الشرعيين والتمتع برعايتهما، وله الحق في إثبات نسبه الشرعي إليهما بكافة وسائل الإثبات بما فيها الوسائل العلمية المشروعة"².

وفيما يخص مسألة نفي النسب فالقانون رقم 25 لسنة 1929م، المتضمن قانون الأحوال الشخصية المصري في المادة 15³ نص على "لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة يثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها من حين العقد، ولا لولد زوجة أتت به بعد سنة من غياب الزوج عنها، ولا لولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها إذا أتت به لأكثر من سنة وقت الطلاق أو الوفاة". أما فيما يتعلق بإثبات نسب الولد غير الشرعي بالبصمة الوراثية، فإن المشرع المصري لم ينص صراحة على ذلك وبالتالي تطبيق الراجح لدى المذهب الحنفي الذي تقضي نصوصه " ...أنه إذا صرح المقر بأن سبب البنوة المقر بها هو الزنا لا يثبت النسب بهذا الإقرار حتى لا ينشأ الطفل المقر بنسبه في مستقبل حياته مصحوبا بأنه ولد من زنا أو غير شرعي".

أما عن القضاء المصري فقد اعتمد البصمات الوراثية في مسائل إثبات النسب، ووجد لها تطبيقات عديدة، ومن ذلك ما جاء في حكم لمحكمة الزقازيق الكلية للأحوال الشخصية في القضية رقم 944 بتاريخ 28 جوان 1997م من أنه "... لما ثبت من تقرير الطب الشرعي الذي تطمئن إليه المحكمة أن الطفل المتنازع على بنوته هو ثمرة معاشرة جنسية للمدعية والمدعى عليه، فإن المحكمة تقضي بثبوت نسب الطفل للمدعى عليه"⁴، والمقصود بتقرير الطب الشرعي في الواقعة هو تقرير عن فحص المحتوى الوراثي (ADN).

هـ- المشرع الأردني :

أدرج المشرع الأردني ضمن المادة 157 فقرة ب من قانون الأحوال الشخصية الأردني الوسائل التي يمكن أن يثبت بها النسب للابن بنصها "لا يثبت نسب الولد لأبيه إلا بالوسائل العلمية القطعية مع اقتراها بفراش الزوجية"⁵. وما يلاحظ أن المشرع الأردني أجاز اللجوء إلى الوسائل العلمية وقصرها على الإثبات فقط مع الوسائل القطعية المقترنة بقرينة الفراش وبالتالي لا تستعمل في العلاقات خارج إطار الزواج الشرعي.

أما عن موقف القضاء الأردني :

فقد أكد ما نص عليه المشرع الأردني من خلال القضية رقم 213 لسنة 2002م التي حكم فيها القضاء الشرعي الأردني بناء على نتائج تحليل البصمة الوراثية، التي أثبتت بشكل حاسم أن المدعى عليه الأول وزوجته المدعوتين (ص-ش) لا يمكن أن يكونا والديها⁶.

¹ القانون رقم 126 لسنة 2008م، المتعلق بتعديل بعض أحكام قانون الطفل المصري رقم 12 لسنة 1996 م، جريدة رسمية لجمهورية مصر العربية عدد 24 مكرر، بتاريخ: 15 جويلية 2008، ص 3.

² المادة 4 من القانون رقم 126 لسنة 2008م، المرجع نفسه .

³ المادة 15 من قانون الأحوال الشخصية المصري، المرجع السابق.

⁴ أنظر حسني محمود عبد الدائم عبد الصمد، المرجع السابق، ص 124.

⁵ المادة 157 من قانون الأحوال الشخصية الأردني، المرجع السابق .

⁶ حكم محكمة الاستئناف الشرعية بعمان رقم: 56764/2002/175، بتاريخ 17 ديسمبر 2002م.

ت-التشريع القطري: لم ينص المشرع القطري صراحة في قانون الأسرة على البصمة الوراثية فيما تعلق بإثبات ونفي النسب، وقصر في الإثبات على الطرق الشرعية وفي النفي على اللعان فقط، لكن بالرجوع إلى قانون رقم 9 لسنة 2013م بشأن البصمة الوراثية¹ نص صراحة على إمكانية استخدامها في تحديد النسب وهذا في المادة الثالثة منه².

ج- التشريع البحريني: فبالرجوع إلى قانون الأسرة البحريني رقم 19 لسنة 2009م،³ نجد المادة 79 منه نصت على أنه " يتم عرض الزوجين لتحليل البصمة الوراثية قبل إجراء الملاءنة، ولا تتم الملاءنة بنفي النسب إذا جاءت النتيجة بإثباته ". وما يلاحظ على نص هذه المادة أنها جاءت موافقة للرأي القائل باستخدام البصمة الوراثية لمنع اللعان أو التقليل منه، وهذا الحكم انفرد به المشرع البحريني عن بقية التشريعات.

ف-موقف التشريع (القضاء) الجزائري: إن البصمة الوراثية أو كما يحذف البعض تسميتها بمحقق الهوية الأخير، تعد من الموضوعات المستجدة على المنظومة القانونية الجزائرية بتعديل قانون بموجب الأمر 05-02 لسنة 2005م، وهذا بعد سرد المشرع الطرق القانونية التي تثبت بها النسب الشرعي في نص المادة 40 من ق أ، أين ذيل هذا النص بفقرة جاء فيها " ويجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب "⁴، فهذه الإضافة تدل على أن المقنن الجزائري أقر بإمكانية الاستعانة إلى الطرق العلمية القاطعة، وليس الطرق العلمية الظنية، والبصمة الوراثية - كما رأينا - تقف في مقدمة الطرق العلمية القاطعة ، هكذا يمكن عد هذا الفحص الجيني طريقا لإثبات النسب ونفيه⁵، والتي تتميز عن تحليل الدم الذي يعد طريقا لنفي النسب لا لإثباته، وما يدل هذا الطرح: مضمون عرض أسباب التعديل حيث جاء في المشروع التمهيدي بأنه " مواكبة للنتائج المتطورة التي مس البحث الطبي في علم الجينات، الذي توصل إلى إرساء تحليلات علمية تتميز بالدقة تحلي بصفة قطعية العلاقات البيولوجية بين المولود وأبيه وأمه، أضحى مفيدا وضروريا إدراج هذه المفاهيم الحديثة في القانون و القضاء"⁶.

وما يمكن ملاحظته عند قراءة المادة 40 فقرة 01 من ق أ ج أنه يفهم من خلال لفظ "يُثبت" الوارد فيها أن النسب يثبت بالزواج الصحيح أو الاقرار أو البيئة، وأنه ليس للقاضي سلطة تقديرية في ذلك متى تحقق طريق من هذه الطرق لإثبات ذلك النسب، وعلى النقيض من ذلك فإنه في الفقرة الثانية من ذات المادة يفهم من استعمال المشرع عبارة " يجوز للقاضي " اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب أن الأمر جوازي يمكن الأخذ به كما يمكن عدم الاستجابة إليه، وبالتالي إعطاء المشرع الأولوية للطرق الشرعية على الطريق العلمي تاركا السلطة التقديرية إلى اللجوء للبصمة الوراثية لإثبات النسب⁷.

¹ القانون رقم (09) لسنة 2013م، الصادر بتاريخ: 12 ذو القعدة 1434هـ-الموافق ل: 2013/09/18م، بشأن البصمة الوراثية (جمهورية قطر، الجريدة الرسمية لدولة، قطر، عدد 16، بتاريخ 2013/10/28م).

² نصت المادة 03 من القانون رقم 9 لسنة 2013، المرجع نفسه " للجهات المختصة بجمع الاستدلالات والتحقيق والمحاكمة، الاستعانة بقاعدة بيانات البصمة الوراثية فيما يلي 2-تحديد النسب..."

³ القانون رقم 19 لسنة 2009م، الصادر بتاريخ 27 ماي 2009م، بإصدار قانون أحكام الأسرة البحريني، (مملكة البحرين، جرع 2898 بتاريخ 04 جوان 2009م، ص5).

⁴ المادة 40 ف02 من قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق .

⁵ أم الخير بوقرة، دور البصمة الوراثية في حماية النسب، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر بسكرة، عدد 7، 2010م، ص87.

⁶ جيلالي تشوار، القضاء مصدر تفسيري تعسفي للقاعدة القانونية المنظمة للنسب، م.ج.ع.ق.إ.س، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، عدد01، 2003م، ج4، ص 19.

⁷ علال برزوق آمال، المرجع السابق، ص 360.

وما يؤخذ على المشرع الجزائري أنه لم يحدد الطرق العلمية التي يجوز اللجوء إليها في منازعات النسب، إذ كان عليه تحديد الطرق العلمية القطعية تمييزا لها عن الطرق الظنية كفحص الدم التي لا ترقى بالشك إلى اليقين، والمقصود بالطرق العلمية القاطعة فحص الحمض النووي للبصمة الوراثية¹.

كما إن المشرع لم يحدد الحالات التي يسمح فيها القاضي اللجوء إلى تحاليل البصمة الوراثية لإثبات نسب لأن في ذلك توسيع لسلطة القاضي التقديرية، والتي من شأنها المساس بصحة وقطعية الأنساب في حالة ما إذا توسع القضاة في تفسير النص.

وجدير بالذكر أن المشرع الجزائري جاء بالقانون رقم 03/16² المتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص: الذي يهدف إلى تحديد قواعد استعمال هذه التقنية استنادا إلى عدة مبادئ أهمها حماية الحياة الخاصة للأشخاص، وتحقيق الموازنة بينها وبين ضرورة حفظ الأسرة والمجتمع³ وهذا ما يتضح من خلال نص المادة 03 من هذا القانون.

وحددت المادة 05 من ذات القانون شروط وكيفيات استعمال البصمة الوراثية، وحدد هذا القانون الأشخاص المؤهلين لأخذ العينات من أجل إجراء التحاليل في نص المادة 06 منه⁴، أما في يخص مسألة نفي النسب بالبصمة الوراثية فإن المشرع الجزائري في نص الفقرة 02 من المادة 40 نص على جواز اللجوء إلى الطرق العلمية في قضايا إثبات النسب فقط وبمفهوم المخالفة فإنه لا يجوز اللجوء إلى هذه الوسيلة إذا كان الأمر يتعلق بنفي النسب، ومن ثم يبقى الأمر مقتصرًا على اللجوء إلى اللعان فقط لنفي النسب.

وفي هذا الصدد يرى **الدكتور تشوار جيلالي** "أنه وإن كان المشرع الجزائري قد أباح اللجوء إلى هذه الوسيلة في مسألة النسب، فإنه من الأحرى والأجدر أن تطبق في كلتا الحالتين، سواء ما تعلق الأمر بنفي النسب أو إثباته"⁵.

وذهب البعض إلى أن المشرع الجزائري وإن لم ينص صراحة على البصمة الوراثية كوسيلة لنفي النسب إلا أنه يفهم من عموم عبارة "بالطرق المشروعة" الواردة في المادة 41 من ق أ ج عدم الاقتصار فقط على اللعان في نفي نسب الولد بل، أخذ بجميع الوسائل الأخرى والتي من بينها الوسائل العلمية (البصمة الوراثية)⁶.

أما عن موقف القضاء الجزائري:

فمنذ تعديل قانون الأسرة الجزائري سنة 2005م، وتكريس اعتماد الخبرة العلمية في إثبات النسب، شهد القضاء (المحاكم) تزايدًا في تسجيل دعاوى النسب، لا سيما ما تعلق بطلب الاستعانة بالوسائل العلمية سواء في إثبات النسب أو نفيه، وعلى هذا المعنى سنعرض نماذج من قرارات المحكمة العليا التي تناولت دور هذه التقنية العلمية في إثبات النسب ثم نعرض قرارات أخرى تتعلق بنفي النسب:

1-القرارات التي تناولت دور التقنيات العلمية في إثبات النسب: سنتناول أولا القرارات التي تناولت دور التقنيات العلمية في

إثبات النسب من زواج شرعي ثم القرارات التي تناولت دور مسألة إثبات النسب من علاقة غير شرعية (ابن زنا):

¹ مجاهدي خديجة، المرجع السابق، ص 339

² القانون رقم 16-03 المؤرخ في 24 رمضان 1437هـ الموافق لـ 19 يونيو سنة 2016م، يتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص، ج ر العدد 37 بتاريخ 22 يونيو سنة 2016م، ص 5.

³ لعللى سعادي، وردة سعادي، إثبات النسب بالطرق العلمية في الفقه والتشريع وتطبيقاته في الاجتهاد القضائي الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، العدد 05، 2021م، ص 876.

⁴ أنظر المادة 05 و 06 من القانون 16-03 المرجع السابق.

⁵ جيلالي تشوار، نسب الطفل في القوانين المغاربية للأسرة بين النص والتشريع والتفتيحات المستحدثة، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، العدد 03، 2005م، ص 16.

⁶ الرشيد بن شويخ، الطرق الشرعية والقانونية لثبوت النسب أو نفيه، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، العدد 03، 2005م، ص 43.

أ- القرارات التي تناولت دور التقنيات العلمية في إثبات النسب من زواج شرعي:

-عد القضاء تحليل البصمة الوراثية نوعا من البينة التي تعد طريقا شرعيا لإثبات النسب:

وهذا في العديد من القرارات نذكر منها:

القرار رقم 355180 بتاريخ 2006/03/05م¹: والذي يعد من أولى القرارات المنشورة ذات العلاقة قبل التعديل، لكن قضاة المحكمة العليا حين الفصل في الطعن بالنقض كانت المادة 40 من ق أ ج قد تم تعديلها، الذي نقضت فيه المحكمة العليا القرار الصادر عن مجلس قضاء المسيلة بتاريخ 2004/01/26م، الذي أيد الحكم المستأنف الصادر بتاريخ 2002/11/26، والقاضي برفض دعوى الطاعنة إثبات نسب ابنها من المطعون ضده، بموجب نتائج تحليل البصمة الوراثية المصادق عليها بموجب حكم جزائي نهائي.

حيث جاء في تسبيب قرار المحكمة العليا "...ولم أثبتت الخبرة العلمية أن هذا الطفل هو ابن المطعون ضده، ومن صلبه بناء على العلاقة التي تربطه بالطاعنة فإنه يلحق به، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه" لكن ومن خلال تصفح قرار المحكمة العليا المذكور أعلاه، يتضح أن القرار لم يشترط أن تكون العلاقة شرعية، وقاس البصمة الوراثية على أساس أنها إلحاق للنسب لا يحتاج لعلاقة شرعية، وهو منهج غريب وقول عجيب إلا إذا كانت غاية قضاة المحكمة العليا هو عد ذلك بمثابة نكاح شبهة² مثلما أقرته في إحدى قراراتها سنة 2011 م³.

-تأكيد القضاء على عدم جواز اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب الثابت شرعا: ونذكر قراراتين للمحكمة العليا:

القرار رقم 704222 بتاريخ 2012/03/15م⁴: فبالرجوع إلى تفاصيل القرار نجد أن قضاة المحكمة العليا رفضوا الطعن بالنقض المرفوع ضد قرار قضاة الاستئناف بمجلس قضاء باتنة الذي أيد فيه حكم محكمة بركة القاضي برفض طلب المدعي لعدم التأسيس، على أساس أن هذا الأخير طلب اللجوء إلى الخبرة العلمية للتحقق من نسب ابنته المولودة أصلا أثناء قيام العلاقة الزوجية، وبالتالي لا يمكن استخدام الطرق العلمية للتأكد من الأنساب الثابتة شرعا .

وفي نفس المعنى نجد كذلك القرار الصادر عن المحكمة العليا تحت رقم 0761943 المؤرخ في 2012/11/14⁵، ونرى أن ما ذهب إليه قضاة المحكمة العليا هو توجيه سليم وتطبيق صحيح موافق لما أقرته مجاميع الفقه الإسلامي في قراراتها المختلفة.

ب-القرارات التي تناولت دور مسألة إثبات النسب من علاقة غير شرعية(ابن زنا):

من خلال استقراء قرارات المحكمة العليا فإنها وافقت ما كرسه المشرع الجزائري الذي وافق جمهور الفقهاء في عدم جواز إثبات النسب الناشئ من علاقة خارج إطار الزواج بكافة طرق الإثبات ومن هذه القرارات :

¹ قرار المحكمة العليا ملف رقم 355180 صادر بتاريخ 2006/03/05م، غ ش أ م، المجلة القضائية عدد 1، 2006م، ص 469-475.

² محمد توفيق قديري، موقف المحكمة العليا من المستجدات الفقهية في المسائل الطبية المتعلقة بأحكام الأسرة (إثبات النسب بالطرق العلمية نموذجاً)، بحث مقدم ضمن الملتقى الدولي الثاني الموسوم بعنوان: المستجدات الفقهية في أحكام الأسرة، معهد العلوم الإسلامية، جامعة الوادي، يومي 15 و16 صفر 1440هـ الذي يوافق 24 و25 أكتوبر 2018م، ص 459.

³ قرار المحكمة العليا، رم 617374 المؤرخ في 2011/05/12م، غرفة شؤون الأسرة والموارث، مجلة المحكمة العليا لسنة 2012م، العدد 1، ص 245-248: هذا القرار: عد اغتصاب نكاح شبهة يترتب عليه ثبوت نسب الطفل للمغتصب .

⁴ قرار المحكمة العليا ملف رقم 704222 صادر بتاريخ 2012/03/15م، غ ش أ م، مجلة المحكمة العليا لسنة 2013م، عدد 1، ص 262-266.

⁵ قرار المحكمة العليا ملف رقم 0761943 صادر بتاريخ 2012/11/14م، غ ش أ م، مجلة المحكمة العليا لسنة 2013م، العدد 02، ص 284-287.

القرار الصادر من المجلس الأعلى (السابق) رقم: 35087 بتاريخ: 1984/12/17م، لبذي جاء فيه "...إن الاتصال الجنسي المزعوم قبل العقد يعد زنا لا ينسب إلى أبيه، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"¹

القرار رقم 210478 الصادر بتاريخ 1998/11/17م الذي جاء فيه "من المقرر قانوناً أن أقل مدة الحمل هي ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر....ومتى تبين من قضية الحال أن مدة الحمل قانوناً وشرعاً غير متوفرة فإن قضية الموضوع لما قضاها برفض دعوى إثبات النسب، لأن النسب لا يثبت بالعلاقة غير الشرعية طبقوا صحيح القانون ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن"²

أما الولد الناشئ عن عملية الاغتصاب فإن القضاء الجزائري عد الاغتصاب الثابت بحكم قضائي يثبت به النسب، وذلك من خلال القرار رقم: 617374 الصادر بتاريخ: 2011/05/12 (المذكور أعلاه) أين جاء فيه "الاغتصاب الثابت بحكم قضائي، يعد وطأً بالإكراه، وكيف بكونه نكاح شبهة، يثبت به النسب"³.

2-القرارات التي ناقشت مسألة الدليل العلمي في نفي النسب:

استقر قضاء المحكمة العليا على مبدأ أن رفع دعوى اللعان يحول دون التذرع بالطرق العلمية في مجال النسب، ويتضح ذلك من خلال العديد من القرارات نذكر منها :

القرار رقم 605592 الصادر بتاريخ: 2009/10/15م⁴: حيث جاء في تسبيب القرار "...وحيث أن المطعون ضده التجأ إلى دعوى اللعان فلا يجوز له التذرع باتباع أحكام المادة 40 من ق أ ج قي صياغتها الجديدة، وحيث أنه يتعين أن يمتد نقض القرار المطعون فيه إلى الحكم المستأنف الذي استعان بالخبرة وغفل عن مسألة سبق الفصل فيها، وهي التي أثارها الطاعنة على أن يكون الطعن دون إحالة".

القرار رقم 828820 الصادر بتاريخ: 2013/12/13م⁵: الذي رفض من خلاله قضية المحكمة العليا طلب النقض ضد قرار المجلس المؤيد لحكم المحكمة التي رفضت طلب الطاعن بتحليل البصمة الوراثية لنفي نسب الحمل له، وعللت رفضها أن النسب ثابت بالفراش ولا يمكن نفيه إلا عن طريق اللعان.

ويتضح من خلال هاذين القرارين أنهما جاءا موافقين تماماً لما استقر عليه الفقهاء في أن تحليل البصمة الوراثية لا يستخدم في نفي النسب الثابت شرعاً، وأن (اللعان) هو الطريق الوحيد الذي ينفي النسب الثابت بالفراش مع توافر ضوابطه وشروطه الشرعية.

غير إن هناك من فقهاء القانون من يرى أن سبب استبعاد الدليل العلمي في نفي النسب أمام القضاء، هو التفسير الضيق للنصوص من طرف القضاء من جهة، ومن جهة ثانية تغييب الغاية كمصدر تفسيري خارجي للتشريع لا سيما من طرف قضاء المحكمة العليا، إذ كان عليهم مراعاة الغاية والقصد من التشريع وهو حفظ مصالح الأفراد من الضياع، ضمن قاعدة أن ثبوت النسب فيه إحياء للولد، ففي ظل وسيلة إثبات ظنية كاللعان كان يتعين لقضاء الطعن بدلا من نفي النسب الاحتكام للخبرة العلمية⁶.

¹ قرار صادر عن المجلس الأعلى (سابقاً) رقم: 35087 بتاريخ: 1984/12/17، غ أ ش، المجلة القضائية لسنة 1990م، العدد 1، ص 86. ينظر

جمال سايس، المرجع السابق ج1، ص 356

² قرار المحكمة العليا ملف رقم 210478 صادر بتاريخ 1998/11/17م، غ ش أ م، اجتهاد قضائي، 2001م، عدد خاص ص 85 :ينظر جمال

سايس، المرجع السابق، ج2، ص 1028.

³ قرار المحكمة العليا ملف رقم 617374 صادر بتاريخ 2011/05/12م، المرجع السابق .

⁴ قرار المحكمة العليا ملف رقم 605592 صادر بتاريخ 2009/10/15م، غ ش أ م، مجلة المحكمة العليا لسنة 2010م، عدد1، ص 294:أنظر :جمال

سايس، المرجع السابق، ج3، ص 1597.

⁵ قرار المحكمة العليا ملف رقم 828820 صادر بتاريخ 2012/12/13م، غ ش أ م، مجلة المحكمة العليا لسنة 2014م، عدد1، ص 323--326.

⁶ جيلالي تشوار، عولمة القانون ومدى تأثيرها على أحكام الأسرة، م.ج.ع.ق.أ.س، جامعة الجزائر، عدد 03، 2008م، ص 127.

ويمكن القول أن إلحاق نسب الطفل بأبيه مقصد عظيم من مقاصد الشريعة الإسلامية، فإذا أثبتت الطرق العلمية نسب الولد، وأراد الأب لأوهام وشكوك أو للتهرب من النفقة، أو لغيرها من الأسباب فإن العدل يقضي إلحاق الطفل بأبيه، ولا يمكن الأب من اللعان لئلا يكون سببا في ضياع الطفل، وهدر الأنساب التي يتشوق ويتشوف الشارع في الحفاظ عليها وصيانتها.

أما ما تعلق بموقف التشريع الجزائري من مسألة الاعتراف للطفل غير الشرعي من معرفة والديه بالبصمة الوراثية : فيتضح سكوت قانون الأسرة الجزائري عن تنظيم مركز الطفل غير الشرعي من خلال عدم إرسائه لقواعد ونصوص منظمة لنسبه سواء من أبيه أو أمه، على عكس بعض التشريعات العربية التي اعترفت بحق الطفل الطبيعي في الانتساب إلى والديه وهذا ما نص عليه التشريع التونسي (كما تم بيانه)

لكن موقفه من حق الطفل المولود من الزنا في معرفة والديه بالبصمة الوراثية فهو يقر بنسب الطفل إلى أمه، ويمكن استنتاج ذلك من باب المخالفة للمواد 40 و 41 من ق أ ج التي اشترطت لثبوت نسب الطفل من أبيه وجود عقد زواج صحيح أو شبهة وبالتالي فإن الطفل ينسب إلى أمه في كل الأحوال سواء من زواج صحيح أو شبهة أو زنا¹.

إلا أنه وباستقراء المادة 44 من ذات القانون والتي تنص على أنه "يثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة لمجهول النسب، ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة"²، إذ يفهم من هذا النص أن ابن لزنا يثبت نسبه بمجرد الإقرار، غير أن المادة 41 من نفس القانون نجدها لا تقر بثبوت نسب الطفل من أبيه إلا إذا كان الزواج شرعيا، وبالتالي فإن نسب ابن الزنا يعتبر غير مقبول³.

المطلب الثاني : تقنيات الإخصاب (التلقيح) الصناعي وأثرها في إثبات النسب ونفيه :

الزواج هو شرع الله وعن طريقه يتم التناسل الذي يكون بالطريق الطبيعي المباح شرعا والذي يحصل عن طريق الاتصال الجنسي بين الزوجين، إلا أن الاتصال العضوي قد يحدث لكن قد تحدث أموراً تقف أمام وصول ماء الرجل إلى بويضة الزوجة، وبذلك لا تتم عملية التلقيح و الإخصاب، أو قد يصل المني إلى البويضة لكن لا يتم الحقن لعوائق مرضية تحول دون ذلك، و قد تكون أسبابا عضوية أو نفسية، لذا فقد توصل الطب الإنجابي إلى اكتشاف تقنية الإخصاب الاصطناعي أو (التلقيح الاصطناعي) لعلاج هذه الحالات وحالات أخرى مستعصية لدى الزوجين أو أحدهما .

وأول عملية تلقيح في التاريخ البشري قام بها "هنتر" (hunter) سنة 1799م، وأول تلقيح بواسطة الغير قد تم سنة 1884م⁴، ودخل التلقيح الاصطناعي حيز التطبيق في مصر ابتداء من سنة 1986م، أما في الجزائر فقد شرع في استعمال أسلوب المساعدة الطبية للإنجاب منذ سنة 1980م، وسجل أول مولود عن طريق التلقيح الصناعي في الجزائر سنة 1986م، بمستشفى باربي بالجزائر العاصمة، بعد أن فتحت وزارة الصحة المجال أمام القطاع الخاص، فظهرت عدة عيادات خاصة⁵.

وقد أدى التقدم العلمي في المجال البيولوجي وعلم الوراثة والجينات إلى ظهور أساليب عديدة لهذه التقنية مما أثار العديد من المخاوف والتساؤلات حول امكانية التحكم في الجنين وما يترتب عليه من نتائج شرعية واخلاقية وقانونية .

¹ بلشير يعقوب، حق الطفل غير الشرعي في معرفة والديه عن طريق البصمة الوراثية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، 2012-2013م، ص 83.

² المادة 44 قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق .

³ ابن عصمان نسرين إيناس، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأسرة المقارن، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2008-2009م، ص 83-85.

⁴ جيلالي تشوار، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د ط، 2001م، ص 93.

⁵ عيار عمر، الأحكام القانونية العامة لنظام الإنجاب الصناعي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجليلي الباس، سيدي بلعباس، الجزائر، (غ م)، ص 18.

لذا سنسلط الضوء على تصور الإخصاب الصناعي بمختلف أشكالها وحكمها الشرعي، ودورها في إثبات النسب، لنعرج إلى موقف التشريعات من هذه التقنية، لكن قبل هذا وذاك وجب التطرق إلى ماهية التلقيح الصناعي (من خلال عرض مفهومه وأنواعه ومحاذيره).

الفرع الأول : ماهية الإخصاب الاصطناعي :

سنطرق في هذا الفرع إلى تعريف الإخصاب الاصطناعي (أولا) ثم نذكر أنواعه (ثانيا) لنتناول أهم محاذير استعمال هذه التقنية (ثالثا):

أولا: تعريف الإخصاب الاصطناعي : (Artificially Fertilization) :

سنطرق أولا إلى إعطاء التعريف اللغوي والاصطلاحي لمصطلحي الإخصاب والصناعي لغة واصطلاحا، ثم نخلص إلى التعريف المركب منهما:

1- تعريف الإخصاب الاصطناعي لغة واصطلاحا:

أ- الإخصاب لغة : جاء في لسان العرب : ومكان خَصِبٌ : مثله، والمُخَصَّبَةُ : الأرض المَكْلُةُ والقوم أيضا مُخَصَّبُونَ إذا كثر طعامهم ولبنهم، وأُفْرَعَتْ بلادهم، وأُخَصَّبَتِ الشتاء إذا أصابت خَصْبًا، وأُخَصَّبَتِ العِصَاءُ إذا جرى الماء في عيدائها حتى يصل بالعروق، والْخِصَابُ : النخل الكثير الحمل¹.

ب- اصطلاحا : " هو التقاء الحيوان المنوي بالبيضة داخل جسم الانثى، ويكون ذلك عادة في الثلث الأعلى من قناة المبيض"².

2- تعريف الاصطناعي لغة واصطلاحا :

لغة: الصِّناعي أو الاصطناعي : اسم فاعل والجمع: صُنَاع، حرفة الصانع وعمله، وصَنَعَهُ، يَصْنَعُهُ، صُنْعًا، فهو مصنوع³، " والمراد بالصِّناعي هنا ما يقابل الطبيعي الذي هو الجماع"⁴ أما اصطلاحا : هو " إدخال مني رجل في رحم امرأة بطريقة آلية"⁵.

3- تعريفه الإخصاب الاصطناعي بعده مركبا اضافيا : هناك عدة تعريفات :

عرف على أنه " إجراء تلقيح بين الحيوان المنوي للرجل و بويضة المرأة عن غير الطريق المعهود، أي من غير الاتصال الجنسي"⁶، أو هو " عملية طبية معقدة يتم فيها تلقيح بيضة الزوجة بماء زوجها في ظل علاقة زوجية قائمة، بغرض إنجاب الولد الذي لم يتيسر لهما إنجاب بالطريق الطبيعي"⁷، وتصدر الإشارة إلى أن الكثير من الباحثين يستبدلون لفظة "اصطناعي" بكلمة "صناعي"، للدلالة على نفس المعنى، رغم الاختلاف في المعنى اللغوي، فمصطلح الصِّناعي يفيد معنى مطلقا غير محصور في صياغته، أما لو قلنا "اصطناعي" فهنا نكون أمام لفظ خاص⁸، وهو المصطلح الذي تبناه المشرع الجزائري في تعديله الجديد لقانون الأسرة .

¹ إبراهيم أنيس، عبد الحليم منتصر، عطية الصوالحي، محمد خلف الله أحمد، المرجع السابق، باب الحاء (مادة خصب)، ص 237، ابن منظور، المرجع السابق، حرف (الحاء)، مادة (ل ق ح)، ج 2، ص 579، إبراهيم أنيس، عبد الحليم منتصر، عطية الصوالحي، محمد خلف الله أحمد، المرجع السابق، ص 834.

² الرملاوي محمد سعيد محمد، دراسة شرعية لأهم القضايا الطبية المتعلقة بالأجنة البشرية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، د ط، 2013م، ص 48.

³ ابن منظور، المرجع السابق، حرف (العين)، مادة (ص ن ع)، ج 8، ص 208-209.

⁴ اسماعيل مرحبا، البنوك الطبية البشرية وأحكامها الفقهية، دار ابن الجوزي، الدمام، السعودية، ط 1429هـ، ص 398.

⁵ فاخوري سبير، المرجع السابق، ص 379 .

⁶ زياد أحمد سلامة، أطفال الأنابيب بين العلم والشرعية، الدار العربية للعلوم، ودار البيارق، بيروت، لبنان، ط 1، 1417هـ-1996م، ص 53.

⁷ هيكال حسيني إبراهيم أحمد إبراهيم، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي والتشريع الإسلامي، رسالة ماجستير مقدمة لكلية الحقوق، قسم القانون المدني، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، 2006م، ص 119.

⁸ مصطلح (Artificially) بالإنجليزية تترجم في معظم قواميس اللغة إلى العربية بمعنى "اصطناعية" ينظر : روجي البعلبكي، قاموس المورد، "قاموس عربي انجليزي"، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، ط 1995، 07م، ص 117، وكذلك مصطلح (Artificiel,elle) بالفرنسية يحمل معنى "اصطناعي و صناعي و مصطنع، ينظر : بسام بركة، قاموس الجيب الجديد المزدوج، دار ومكتبة الهلال، بيروت، لبنان، د ط، 2008م، ص 30.

وجدير بالذكر أيضاً أن هذه التقنية تطلق عليها مصطلحات أخرى كمصطلح " التلقيح " الذي شاع استعماله في المؤلفات والبحوث، وكذلك مصطلح " الإنجاب " وأيضاً نجد مصطلح " أسلوب المساعدة الطبية على الإنجاب"، وبالرغم من الفارق اللغوي¹ بين هذه المفردات، إلا أنها تشترك في المعنى الاصطلاحي ألا وهو نقل السائل المنوي إلى رحم الأنثى وإخصابها وكل عملية تكمل الأخرى فالتلقيح هو الفعل والإخصاب هو النتيجة أما الإنجاب فهو الثمرة .

ثانياً :أنواع الإخصاب الاصطناعي :

الإخصاب الصناعي تقنية من التقنيات الحديثة لعملية الإنجاب يلجأ عنده وجود أسبابه، و لقد كشفت العلوم البيولوجية الحديثة وجود طريقتين للإخصاب الصناعي : الإخصاب الداخلي، والإخصاب الخارجي :

1-الإخصاب الاصطناعي الداخلي: (Internal Artificially Fertilization): وستتناول أولاً تعريفه، ثم نبين أسباب ودواعي استعماله.

أ-تعريفه: تعددت تعاريف مصطلح الإخصاب (أو التلقيح) الصناعي الداخلي إلا أنها تصب في معنى واحد، نذكر منها :
عرف أيضاً أنه "استدخال المنى لرحم المرأة دون جماع"²، "أو" هي عملية طبية تتمثل في إخصاب المرأة عن طريق حقن ماء زوجها في رحمها، وهي طريقة يستبعد فيها الاتصال الجنسي المباشر (الجماع) بين الرجل والمرأة"³.

وجدير بالذكر أنه يتوجب للحصول على نتيجة جيدة إجراء عملية التلقيح في وقت الإباضة عند المرأة، أي من اليوم العاشر إلى الرابع عشرة من زمن بدء الدورة الشهرية وأفضلها يوم الرابع عشرة⁴.

ب -أسباب ودواعي استعمال هذه الطريقة: يلجأ إلى التلقيح الداخلي كعلاج لعدم الإخصاب في الحالات التالية⁵:

- نقص وضآلة عدد الحيوانات المنوية لدى الزوج، مما يفقدها الحياة قبل التحامها بالبويضة
- إذا كان هناك تضاد بين خلايا المهبل والحيوانات المنوية مما يؤدي إلى موتها.
- إذا كانت حموضة المهبل تقتل الحيوانات المنوية بصورة غير اعتيادية⁶.
- الالتهابات المزمنة لقناتي فالوب أو انسدادها التي تمنع البويضة من الإلقاح⁷.
- إذا أصيب الزوج بالعنة (عدم القدرة على الإيلاج)، أو الانتزال السريع (القذف المبكر) قبل الإيلاج مع قدرته على إفراز حيوانات منوية سليمة⁸.

¹ تتمثل هذه الفوارق فيما يلي: 1-فمصطلح تلقيح مصطلح عام شامل لكافة الكائنات الحية أما مصطلح الإنجاب فهو مختص به الإنسان فقط 2- مصطلح تلقيح فيه معنى طلب الشيء دون تحقق النتيجة إلا بزرع اللقيحة في رحم المرأة وهذه العملية تقع تحت مفهوم الإخصاب فالتلقيح هو الفعل والإخصاب هو النتيجة 3-أما الإنجاب فهو الثمرة وهو امتداد للإخصاب، ينظر: حيدر حسين كاظم الشمري، الإخصاب الصناعي اللاحق لانهلال الرابطة الزوجية، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة كربلاء، العراق، 2014م، ص 4 وما يليها .

²الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج 5، ص 2649.

³ أمير فرج يوسف، الموت الإكلينيكي "زرع ونقل الأعضاء والدم والعلاج بالخلايا الجذعية"، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، 2011م، ص 196.

⁴ منذر طيب البرزنجي، شاكر غني العادلي، عمليات أطفال الأنابيب والاستئساخ البشري في منظور الشريعة الإسلامية، مؤسس الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط 1، 2001م، ص 82.

⁵البار محمد علي، التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، الدورة الثانية، ع 02، 1986م، ج 1، ص 287، ينظر أيضاً: البار محمد علي، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، الدار السعودية، جدة، ط 6، 1989م، ص 509.

⁶عبد الكريم مأمون، الإطار الشرعي والقانوني للإنجاب الصناعي، م ع ق إ، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، ع 04، 2006م، ص 76.

⁷أحمد محمد لطفي أحمد، التلقيح الاصطناعي بين أقوال الأطباء وآراء الفقهاء، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، ط 1، 2006 م، ص 47.

⁸البار محمد علي، أخلاقيات التلقيح الصناعي (نظرة إلى الجذور)، دار السعودية للنشر، السعودية، ط 1، 1407هـ-1987م، ص 45.

-إذا كان هناك تشوهات خلقية لعضو الرجل تمنعه من الجماع الطبيعي¹.

من خلال عرضنا لهذه الأسباب يمكن القول أن عدم الإخصاب أو العقم² قد يرجع سبب حدوثهما إلى ظروف تتعلق بالمرأة، وقد تعود لعلل يصاب بها الرجل، والبعض الآخر لخلل موجود فيهما معا .

2-الاخصاب الاصطناعي الخارجي:(external Artificially Fertilization):

رغم إن طريقة الإخصاب الصناعي الداخلي ساهمت في القضاء على مشكلة العقم، إلا أن هذه العملية لم تستطع القضاء على كافة حالات عدم الإنجاب، بسبب فشل التقاء النطفة بالبويضة داخل رحم الزوجة، ومن ثم كان من الضروري البحث عن تقنيات جديدة من التخصيب .

وبفضل التطور العلمي استطاع الأطباء استحداث تقنية التلقيح الاصطناعي الخارجي (خارج الرحم) المشهورة بتقنية : (F.I.V)³، وسنعرض أولاً تعريفه ثم نبين أسباب ودواعي اللجوء إليه :

أ-تعريفه : ظهرت عدة تعريفات للإخصاب الصناعي الخارجي في الفقه والطب وهما لا يختلفان عن بعضهما كثيراً بحكم أن الإخصاب الصناعي هو عملية طبية بالدرجة الأولى لا نجد التعريفات الفقهية مقتبسة من التعريفات الطبية ومن هذه التعريفات نذكر منها:
عزف على أنه "جمع للحيوان المنوي مع البويضة خارج الرحم في أوان مخبرية"⁴، وعرف أيضاً على أنه "التقاء الحيوان المنوي بالبويضة من غير اتصال طبيعي خارج رحم المرأة في وعاء زجاجي يعرف بطبق تبري"⁵، وتسمى هذه الحالة بأطفال الأنابيب نظراً لأن التلقيح بين الحيوان المنوي والبويضة يتم داخل أنبوب اختبار.

ب -أسباب ودواعي استعماله :له أسباب⁶ عديدة يمكن إيجازها فيما يأتي :

-ندرة الحيوانات المنوية : (oligospermia) :إذا كانت الحيوانات المنوية للرجل ضئيلة العدد أو ضعيفة الحركة، وذلك بعد فشل المحاولات في التلقيح، فيلجأ إلى التلقيح الخارجي، وذلك لأنه يحتاج إلى عدد قليل من الحيوانات المنوية .

-أمراض الأنابيب : إذا كانت في قناتي الرحم مقفلة أو مسدودة (occlusion) أو مستأصلة جراحياً (Ablation) أو مشوهة بسبب التهابات أو العيوب الخلقية (Distortion) .

-إفرازات عنق ارحم المعادية للحيوانات المنوية: (CerricialHostility):في العادة يستخدم التلقيح الصناعي الداخلي في هذه الحالة، لكن في حالة فشل هذا الإجراء يتم اللجوء إلى التلقيح الخارجي .

-حالات العقم غير المعروفة السبب :فيإذا فشلت كل المحاولات في علاج عدم الخصوبة الموجود، يلجأ الأطباء آنذاك إلى محاولة استخدام التلقيح الصناعي الخارجي .

¹إسماعيل مرجبا، المرجع السابق، ص 398

² لا يفرق كثير من الباحثين فضلاً عن عامة الناس، بين العقم وعدم الإخصاب، إلا أنه يوجد فرق بينهما فالعقم (sterility) : ليس له علاج ناجح حتى الآن ومثاله الأمراض الخلقية والوراثية الشديدة التي تصيب الجهاز التناسلي، رغم محاولات علاج بعض أنواع الحالات كزرع الخصية مثلاً والتي تؤدي إلى مشاكل أخلاقية ودينية عويصة .. أما وعدم الإخصاب (infertility) :فهذه تعبير يشمل كل الحالات التي يمكن أن تعالج :أنظر: زهير أحمد السباعي،

البار محمد علي، الطبيب وأدبه وفقهه، دار القلم، الدار الشامية، دمشق، بيروت، ط 1، 1413هـ-1993م، ص 331

³F.I.V; Fécondation in vitro

⁴ أحمد زياد سلامة، المرجع السابق، ص 53.

⁵ ينظر : الموسوعة العربية العالمية، ترجمة: أحمد عبد اللطيف السودان وغيره، مؤسسة أعمال الموسوعة للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، ط 2، (د ت ن)،

ج 1، ص 345

⁶البار محمد علي، أخلاقيات التلقيح الصناعي (نظرة إلى الجذور)، المرجع السابق، ص 65-66.

-انتباز بطانة الرحم :إن سبب انسداد بطانة الرحم لا يزال مجهولاً، ولكن هناك بعض الأبحاث¹، تشير إلى أن الوطاء في الحيض من أهم عوامل الانتباز لذا فهو نادر في البلاد الإسلامية التي تحرم من هذا الوطاء، وتستعمل طريقة التلقيح الصناعي في حالات الانتباز الحقيقية فقط، أما حالات الانتباز الشديدة، فإن نسب النجاح تكون ضئيلة.

ثالثاً: محاذير وأضرار الإخصاب(التلقيح) الصناعي :

توجد عدة محاذير أشار إليها الأطباء المتخصصون في هذا المجال، لا بد أن نكون على علم بما قبل إجراء هذا الإخصاب الصناعي وسنذكر بعضاً منها مشفوعة بأمثلة :

1-جهالة المانع :أحياناً ما يكون المانع(المتبرع) غير معروف، أو مريضاً بأحد الأمراض التناسلية فينقل ذلك المرض إلى المرأة التي تلحق بمائه، وهناك ربع مليون طفل قد ولدوا بهذه الطريقة في و م أ حتى عام 1984م،² وقد نشرت جريدة الشرق الأوسط نقلاً عن وكالات الأنباء بتاريخ: 1985/07/26م، هذا الخبر "التخصيب الصناعي ينقل المرض القاتل الإيدز: اعترفت أحدث مستشفيات استراليا بأن أربعة من النساء اللاتي خصبن صناعياً بحيوانات منوية من مانحين، ربما تلقين فيروس الإيدز عندما تم تخصيبهن بماء مانح واحد عام 1982م، وقد حملت ثلاثة من النسوة ووضع أطفالاً أصحاء، وقد ظهر أن الرجل كان مصاباً بمرض الإيدز³.

2-هدم الأنساب والأعراض :فمن جهة العرض فإن هذا الطفل الذي نشأ بطريقة يكتسبها الإخلال، ستوجه نحوه الشكوك، أمن من حيث النسب فيوجد احتمال كبير في وقوع الخطأ بأن تؤخذ عينة من شخص وتثبت لشخص آخر⁴.

3-ازدياد نسبة حمل التوائم وخاصة في التلقيح الخارجي :وهي مشكلة يجب التصدي لها، لما تشكله من خطورة على المرأة الحامل والأجنة، فترتفع نسبة وفيات الأمهات إلى ثلاثة أضعاف، كما ترتفع نسبة وفيات الأطفال⁵.

4-تلقيح امرأة بماء زوج مات منذ فترة :وحدثت هذه القضية في و م أ أثناء حرب فيتنام، كما حصلت سنة 1984م في فرنسا في قضية السيدة الأرملة كورين بارباليكس، التي رفعت أمرها إلى القضاء ليحكم لها بحقها في أن تلحق بماء زوجها الذي توفي بعد أمد⁶.

5-استنابات الأجنة المحمودة : ففي نوفمبر 1984م بأستراليا وافقت المحكمة العليا على استنابات الجنينين المحمدين اللذين خلفهما زوجان ثريان في كاليفورنيا بالو م أ ماتا في حادث طائرة...وكانا قد احتفظا بلقيحتين في الثلاجة بعد فشل عملية طفل الأنبوب (واللقيحة مكونة من بيضة المرأة ملقحة بنطفة الرجل) حين عودتهما ولكن القدر عاجلهما، فبقيت اللقيحتين تنتظرن الإذن باستنابتهما، وقد صد أمر المحكمة بالموافقة على استنابتهما وزرعهما في رحم متبرعة .

6-احتمال الحمل الطبيعي للأم المستعارة⁷:في ألمانيا وافقة امرأة على حمل لقيحة من زوجين عقيمين، لتكون أمّاً مستعارة، وبالفعل تم وضع اللقيحة في رحمها وحملت المرأة، ولكن أثناء الحمل تبين بالفحوصات أنها حملت من ماء زوجها وأن اللقيحة التي وضعت فيها تعلق بالرحم، وبما أنها استلمت 8000 دولار في مقابل أن تكون أما مستعارة، فقد وافقت أن تعطيهم ابنها عند الولادة ليتبنوه⁸، أيوجد خطر يهدم الأعراض والأنساب مثل هذه العملية؟

¹ البار محمد علي، دورة الأرحام "فصل الحيض أذى"، الدار السعودية، جدة، السعودية، ط4، د ن، ص 64-65 .

² زهير أحمد السباعي، البار محمد علي، الطبيب وأدبه وفقه المرجع السابق، ص 339-340.

³ جريدة الشرق الأوسط، نقلاً عن وكالات الأنباء بتاريخ: 09: ذي القعدة 1405هـ الموافق له 1985/07/26م.

⁴ تكرر الحاج موسى، القضايا المعاصرة المتعلقة بحفظ النسل "دراسة مقاصدية"، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في أصول الفقه، كلية العلوم الإسلامية، جامعة المدينة العالمية، ماليزيا، 2013م، ص 264، أنظر أيضاً : بكر بن عبد الله أبو زيد، فقه النوازل "قضايا فقهية معاصرة"، (طرق الإنجاب في الطب الحديث)، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، 1416هـ-1996م، المجلد الأول، ص 271.

⁵ تكرر الحاج موسى، المرجع السابق، ص 264.

⁶ زهير أحمد السباعي، البار محمد علي، الطبيب وأدبه وفقه المرجع السابق، ص 336.

⁷ المرأة المستعارة أو الرحم الظئر (سيتم التطرق إليها بالتفصيل عند الحديث عن موقف الفقه من تقنية التلقيح الصناعي).

⁸ البار محمد علي، التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب المرجع السابق، ج1، ص 187.

7- رفض المرأة (المرأة المستعارة) تسليم الطفل :قد ترفض الأم المستعارة تسليم الجنين بعد ولادته : ففي بريطانيا قامت (كيم كوتون) بدور الرحم المستعارة لزوجين ثريين مقابل مبلغ من المال، فأمرتها المحكمة البريطانية في يناير 1958م، عند ولادة الطفل بالاحتفاظ به، وطعن الزوجان أمام المحكمة العليا وحصلوا على أمر يأخذ الطفل ...، فأخذاه مقابل زيادة المبلغ المدفوع لـ: (كيم كوتون)... ولكن مجلس العموم البريطاني انزعج لهذه القضية، وتكونت لجنة (ديم ماري وارنك) من مجموعة من الأطباء والقانونيين ورجال الدين وأصدرت توصياتها بمنع كل أنواع الرحم المستعارة التجارية¹.

8- إنشاء شركات تجارية لبنوك المني : فقد تكونت في والوم أ وأوروبا شركات تجارية ضخمة للتجارة في بنوك المني وكما تقول النيوزويك بتاريخ 18/03/1985م، بأن بنوك المني تشهد زحاما كبيرا وتحقق أرباحا خيالية، وهذه سوق جديدة للمتاجرة بالنطف ووجد حديث لاسترقاق بني الإنسان².

9- إنشاء شركات تجارية لبيع الأرحام المستعارة : وذلك في والوم أ وبعض دول أوروبا ويتراوح ثمن الرحم المستعارة ما بين خمسة آلاف وعشرة آلاف دولار، وتعد شركة ستوركس Storkes من الشركات الناجحة في مجال التجارة بالأرحام³.

10- إمكانية تلقيح إحدى المحارم: ذكرت النيوزيك بتاريخ 18/03/1985م: أنّ بنوك المني تستخدم مني رجل واحد لتلقيح مائة امرأة، وهناك احتمال - كما يقول الدكتور جورجيس دافيد- رئيس أحد أكبر بنوك المني في فرنسا "كلما زاد عدد الذين يُحقنون من النساء بماء رجل واحد كلما زاد الاحتمال بأن تلحق أمه أو أخته أو عمته، أو خالته، أو بنته بمائه"⁴.

11- احتمال الإصابة بالمرض الوراثي : لا سيما الذين يبيعون منيهم للبنوك فقد يكذبون في إعطاء التاريخ الطبي والوراثي للبنك، وبهذا يزداد عدد الذين سيصابون بأمراض وراثية سواء إلى الأجنة أو الأمهات المستعارات منها فيروس التهاب الكبد الوبائي (B) المتسبب لسرطان الكبد والسيلان⁵.

12- نكاح الاستبضاع الحديث : وهو أن يأخذ مني العباقة والأذكىاء والأقوياء ويبيع لمن تدفع الثمن، حيث ذكر الباحث البار محمد علي بأن الدكتور عبد السلام الحائز على جائزة نوبل في الفيزياء أخبره . بأن إحدى الشركات عرضت عليه شراء منيه، وذلك بعد حصوله على جائزة نوبل⁶.

13- استخدام الأجنة الفائضة في مجال الأبحاث: وهو أمر ترفضه المجامع الفقهية.

الفرع الثاني: صور الإخصاب الصناعي وحكمها الشرعي :

إن ظهور هذه التقنيات في حياة الناس أمر حديث، أقبل عليه البعض بقوة دون مراعاة لحكم الشرع فيه أو الأخلاق أو الآداب العامة، وتورع آخرون باحثين عن حكمه وآثاره على المولود وحقوقه، فخضع للدراسة والتمحيص من فقهاء الإسلام المعاصرين سواء كانوا فرادى أو على مستوى المجامع الفقهية ابيان أساليبه الجائزة والمحرمة وتحديد ضوابط الإقدام عليه، لذا سنتناول في هذا الفرع صور التلقيح الصناعي الداخلي حكمها الشرعي (أولا) ثم نعرض حكم صور التلقيح الصناعي الخارجي (ثانيا):

أولا : صور الإخصاب الصناعي الداخلي وحكمها الشرعي :

ولهذا النوع من الإخصاب عدة صور:

¹ المرجع نفسه، ج1، ص 187.

² بكر بن عبد الله أبو زيد، المرجع السابق، ص 272.

³ ياسر عبد الحميد جاد الله النجار، التلقيح الصناعي من منظور الفقه الإسلامي "دراسة فقهية مقارنة"، كلية الشريعة والقانون بالدقهلية، مصر، د ت ن، ص 384.

⁴ المرجع نفسه، ص 384.

⁵ زهير أحمد السباعي، البار محمد علي، المرجع السابق، ص 350.

⁶ المرجع نفسه، ص 340.

الصورة الأولى: تلقيح الزوجة بمني زوجها في حال حياتهما وأثناء دوام الزوجية بينهما: يتم اللجوء إلى هذه العملية عندما تكون الحيوانات المنوية سليمة، والأنابيب عند الزوجة مفتوحة، والرحم جيد، ولكن السبب الذي يمنع الحمل هو وجود مضادات للحيوانات المنوية عند عنق الرحم¹.

سنعرض أولاً طريقة استعمالها، ثم نعرض إلى حكم النسب الناتج عن هذه العملية :

1- طريقة استعمالها:

يقوم الطبيب أولاً بتنشيط المبيض وتقويته عن طريق هرمونات خاصة، ثم تجرى صور ايكوغرافية لمتابعة تطور وظهور الجريب من أجل حقنه بإبرة خاصة تحت المبيض على إطلاق بويضات وبعد ستة وثلاثين (36) ساعة، تستعد الزوجة لإجراء العملية. بعد هذه المرحلة يقوم الطبيب المختص بتحضير المني في اليوم المحدد لإجراء العملية، ويكون بواسطة الاستمناء في مخبر مختص، فتجرى عليه التحاليل اللازمة لإحصاء عدد الحيوانات المنوية، وبعد هذه المرحلة تصبح هذه الأخيرة جاهزة وصالحة للإخصاب تجمع في إبرة خاصة ليتم إدخالها بالحقن في رحم المرأة بدلاً من وضعها في المهبل².

2- حكم النسب من هذه العملية: لقد اختلف الفقهاء حول حكم هذه الصورة على قولين :

القول الأول : القائل بحرمة هذا النوع من التلقيح :

وهو قول ابن قدامة³ ورأي طائفة من العلماء المعاصرين⁴: **واستدلوا بما يلي:**

أ- **من الكتاب:** قوله تعالى "نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم وقدموا لأنفسكم واتقوا الله واعلموا أنكم ملاقوه وبشر المؤمنين"⁵.

ووجه الدلالة: أن الآية الكريمة وضحت موضع النسل وفي الأرحام يتكون الطفل والأتان يكون فقط في هذا الموضع ولا يتعدى إليه غيره ومعنى ذلك أن التلقيح بين الحيوان المنوي والبيضة إنما يتم عن طريق الجماع والإخصاب يتم بوسيلة أخرى مخالفة لنص الآية والشرع⁶.

ب - من المعقول: إن الزواج أبيع لتحقيق غايتين ساميتين هما تحقيق السكن النفسي والعاطفي وإنجاب الأولاد ضماناً لاستمرار النسل، والتلقيح بهذه الطريقة يحقق الثانية دون الأولى ولأن الثانية لا تتحقق إلا بالأولى، ومادام التلقيح لا يحقق الإشباع النفسي فهو محرم⁷.

القول الثاني : القائل بجواز هذا النوع من التلقيح :

¹ زيري بن قويدر، المرجع السابق، ص 22 .

² أحمد زياد سلامة، المرجع السابق، ص 60.

³ يقول ابن قدامة المقدسي في كتابه المغني شرح مختصر الخرقي " ولا معنى لقول من قال " يجوز أن تستدخل المرأة مني الرجل : فتحمل : لأن الولد مخلوق من مني الرجل والمرأة جميعاً، ولذلك يأخذ الشبه منهما، وإذا استدخلت المني بغير جماع، لم تحدث لها لذة تمنى بها، فلا يختلط نسبهما، ولو صح ذلك لكان الأجنيان الرجل والمرأة إذا تصادقا أنها استدخلت منيه، وأن الولد من ذلك المني، يلحقه نسبه، وما قال ذلك أحد": ينظر ابن قدامة المقدسي، المغني شرح مختصر الخرقي، المرجع السابق، ج 8، ص 65.

⁴ **منهم:** الشيخ رجب التميمي، الشيخ محمد إبراهيم شقرة، والشيخ عبد الله بن زيد آل محمد، والدكتور بكر أبو زيد، ينظر : أحمد زياد سلامة، المرجع السابق، ص 72 وما بعدها، ينظر أيضا : بكر بن عبد الله أبو زيد، المرجع السابق، ج 1، ص 273.

⁵ سورة البقرة، الآية 223.

⁶ رجب التميمي، أطفال الأنابيب، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، العدد الثاني، ج 1، ص 309-310، عبد الله بن زيد آل محمود، الحكم الإقناعي في إبطال التلقيح الاصطناعي، مجلة مجمع الفقهي الإسلامي، ع 02، ج 01، ص 313.

⁷ القراني، المرجع السابق، ج 3، ص 130.

ذهب غالبية الفقهاء المعاصرين¹ إلى جواز ذلك ويرون أن الطفل المولود من هذه العملية هو طفل شرعي مثله كطفل جاء نتيجة علاقة عادية بين زوجين له نفس حقوق الأبناء الشرعيين وتحمل نفس الالتزامات وذلك لعد إثارتها أي مشاكل قانونية خاصة، بل على العكس فهي تهدف إلى القضاء على ما يمكن أن تثيره مسألة العقم من آثار نفسية ومشاكل بين الزوجين².

وقد أوقف العلماء جواز إجراء هذه العملية على شروط وضوابط نذكر منها:

- أن تكون عملية التلقيح الصناعي هي الحل الوحيد للزوجين لتمكينهما من الإنجاب³.

- موافقة الزوجين عن القيام بالعملية.

- أن يكون الغرض من هذه العملية التمكين من الإنجاب وليس التحكم في تحديد جنس الجنين⁴، أو لأجل الحصول على صفات معينة⁵.

يقول محمد شلتوت شيخ الأزهر الشريف - رحمه الله - : "من المعلوم أن تخلق الولد إنما هو من السائل المنوي الذي يخرج من الرجل فيصل إلى الرحم المستعد للتفاعل، فقد قال تعالى ﴿حُلِقَ مِنْ مَاءٍ دَافِقٍ﴾⁶ *يَخْرُجُ مِنْ بَيْنِ الصُّلْبِوَالْتَّرَائِبِ*⁷ ﴿٦﴾، فيتخلق الولد من هذا السائل حتى وصل إلى الرحم، وإن لم يكن وصوله عن طريق الاتصال الجسماني المعروف، وهذا قد عرفه فقهاؤنا وجاء في كلامهم: إن الحمل قد يكون بإدخال الماء للمحلل دون اتصال، عرفوه هكذا ورتبوا عليه وجوب العدة⁷.

وهذا ما أقرته العديد من المجاميع الفقهية الإسلامية⁸، إذ جاء في قرار مجلس المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي في دورته الثامنة بمكة المكرمة "إن التلقيح الصناعي هو عملية تلقيح بويضة الزوجة الشرعية بماء زوجها في أنبوبة، ثم توضع في

¹ ذهب إلى هذا الرأي : الشيخ محمد شلتوت، والشيخ مختار السلامي، والشيخ مصطفى الزرقاء، والشيخ يوسف القرضاوي، ووهبة الزحيلي : ينظر: محمد شلتوت : الفتاوى، دراسة مشكلات المسلم المعاصرة في حياته اليومية العامة، دار الشروق، القاهرة، مصر، ط 2004م، ص 372، يوسف القرضاوي، الحلال والحرام، مكتبة وهبة، القاهرة، مصر، ط 11، 1397هـ-1997م، ص 186. ووهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج 4، ص 2694. مصطفى أحمد الزرقاء، فتاوى مصطفى الزرقاء، دار القلم، دمشق، سوريا، ط 3، 1425هـ-2004م، ص 928، وذهب إلى هذا الرأي أيضا: إبراهيم زيد الكيلاني، ومحمد نعيم ياسين وعمر الأشقر، ومحمد شبير .

² هشام بن عبد الملك بن آل الشيخ، التلقيح الصناعي "دراسة فقهية مقارنة" حولية مركز البحوث والدراسات الإسلامية، د ت ن، السنة السادسة، العدد 17، ص 616

³ مراد بن صغير، التأصيل الفقهي والقانوني للتلقيح الصناعي وأثره على الرابطة الزوجية، مجلة الحجة، مجلة دورية تصدر عن منظمة المحامين بتلمسان، الجزائر، عدد 01، 2007م، ص 78.

⁴ تحديد جنس الجنين: يطلق بعض الباحثين عليه أيضا مصطلح "الاصطفاء" فهو من باب اصطفاء جنس على آخر، وقد وردت عدة تعريفات في الطب والفقه لتحديد جنس الجنين نذكر منها " هو ما يقوم به الانسان من الأعمال والإجراءات التي يهدف من خلالها إلى اختيار ذكورة الجنين أو أنوثته": ينظر: خالد بن عبد الله المصلح، رؤية شرعية في تحديد جنس الجنين، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة، السعودية، ع 25، السنة 1431، 23هـ-2010م، ص 83، وسيتم التطرق إلى موضوع تحديد جنس الجنين وأثره على الميراث بالتفصيل في الباب الثاني.

⁵ بشير الشيخ صالح، الحماية الجنائية للجنين في ضوء الممارسات الطبية الحديثة، "دراسة مقارنة" مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2012م-2013م، ص 59.

⁶ سورة الطارق، الآيتان 06-07.

⁷ محمد شلتوت، المرجع السابق، ص 616.

⁸ مجلس المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي في دورته الثامنة في الفترة من 19-28 يناير 1985م بمكة المكرمة، مؤتمر مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي الثاني المنعقد بجدة من 22-28 كانون الثاني 1985م، والثالث المنعقد بعمان من 11-16 أكتوبر 1986م، والسادس المنعقد بجدة من 14-20 مارس 1990م.

رحم الزوجة لوجود عيب في جهازها التناسلي، فهذا حلال للضرورة الشرعية ومن باب التداعي المشروع، وينسب المولود للأب وللأم¹.

وجاء في القرار ذاته أيضا "أن الأسلوب الذي تؤخذ فيه النطفة الذكرية من رجل متزوج ثم تحقن في رحم زوجته نفسها في طريقة التلقيح الداخلي هو أسلوب جائز شرعا، إذا ثبتت حاجة المرأة لهذه العملية لأجل الحمل، وبالتالي إن نسب المولود يثبت من الزوجين مصدري البذرتين".

وكما قرر مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الثالث بعمان سنة 1986م "بأنه لا حرج من اللجوء عند الحاجة مع التأكد على ضرورة أخذ كل الاحتياطات اللازمة من تلقيح الزوجة بمبي زوجها دون شك في اختلاطه أو استبداله"².

وإجراء هذه العملية بهذه الصورة هو مدار الفتوى بين جماهير العلماء المعاصرين، وهو الذي اعتمدته دار الافتاء المصرية في الفتوى³، التي تشترط أن يتم التأكد من أن المني هو من الزوج ولم يختلط أو يستبدل سواء بطريق العمد أو الخطأ أو السهو بمبي غيره، ويكون التأكد من عدم إمكان حدوث الخطأ.

الرأي الراجح: نرى ان الرأي القائل بجواز التلقيح الصناعي بهذه الصورة هو الأولى بالقبول والترحيع وذلك لقوة أدلته المبينة على اليسر ورفع الحرج وتحقيق السعادة الأسرية من خلال الإنجاب والحفاظ على الذرية والنسل، كما يعد نوع من التداعي المأذون به بشروطه وضوابطه.

الصورة الثانية : التلقيح الداخلي بإدخال ماء رجل غريب عن المرأة (التلقيح بنطفة الغير):

سنعرض أولا طريقة استعمالها ثم نعرض إلى حكم النسب الناتج عن هذه العملية :

1- طريقة استعمالها: تتم هذه الطريقة باللجوء إلى شخص أجنبي (ثالث)، فيقوم بالتبرع بمبي لصالح الزوجين العقيمين، وهكذا تحقن الزوجة بمبي غير زوجها، إذا يتم في هذه الحالة التلقيح بين خليتين تناسليتين مستمدتين من شخصين لا تربط بينهما وقت إجراء التلقيح زواج شرعي⁴.

ويتم اللجوء إلى هذه الطريقة إذا كان الزوج يعاني من العقم وامرأته غير عقيمة، كأن يكون مصابا بانعدام سائبه المنوي، أو قلة الحيوانات المنوية أو وجود خلل فيها، أو إصابته بأحد الأمراض الوراثية الخطيرة التي يخشى انتقالها إلى المولود⁵.

وقد ساعد على ظهور هذا النوع من التلقيح ما يعرف حاليا باسم بنوك المني⁶، والتي عرفت انتشارا في كثير من البلدان الأوروبية والو م أ.

¹ ينظر :القرار الثاني بشأن التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب، المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي في دورته الثامنة، المرجع السابق، ص 166-167.

² قرار مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الثالث بعمان من 11-16 أكتوبر 1986م، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثالثة، ع03، المرجع السابق، ج1، ص 449.

³ ينظر : الفتاوى الإسلامية من دار الافتاء المصرية، وزارة الأوقاف، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، يشرف على إصدارها الشيخ علي جادالحق وآخرون، القاهرة، مصر، 1403هـ-1983م، مجلد 12، ج9، ص 322.

⁴ نصر الدين مروت، التلقيح الصناعي في القانون المقارن والشرعية الإسلامية، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى بالجزائر، 1419هـ-1999م، عدد02، ص195.

⁵ عائشة سلطان إبراهيم المزوقي، المرجع السابق، ص 248، زياد أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 77.

⁶ ظهر أول بنك للأجنة المجدة في نيويورك سنة 1973م، على يد العالم المصري، الدكتور سعد حافظ، ويقوم البنك بتخصيب البويضة بالحيوان المنوي، ثم الاحتفاظ به مخزنة في أوان طبية في سائل التزويج الذي يوفر لها درجة حرارة 180° تحت الصفر، ثم يمنح ذلك المني للنساء اللائي ترغبن في ذلك : ينظر : هيكال حسيني، المرجع السابق، ص 132.

وكان الدكتور هرمان مولر (Herman Muller) وهو أحد الحاصلين على شهادة نوبل للعلوم و من الأوائل الذين شجعوا هذه الفكرة إذ يقول : "إننا نستطيع استخدام الإخصاب الصناعي في تحسين نوعية الجنس البشري، عن طريق أخذ السائل المنوي من أشخاص يتصفون بصفات الذكاء أو صفات أخرى مرغوبة، ثم يتم تلقيح نساء بوصفن بالصفات المرغوبة والنتيجة هي الحصول على جيل كامل من العباقرة والأصحاء"¹.

3-حكم النسب الناتج عن هذه العملية :

حكم النسب في مثل هذه الحالة محرم في الشريعة الإسلامية ولا مجال لإباحته، وهذا ما ذهب إليه فقهاء الإسلام المعاصرين² وأقره مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الثالث بعمان إذ جاء في توصياته :إن تلقيح بويضة امرأة بمبي رجل ليس زوجها، واستبدال أو خلط مني الإنسان بغيره وكذا إنشاء مستودع تستحلب فيه نطف رجال لهم صفات معينة لتلقيح نساء لهم صفات معينة، كلها ممنوعة ومحرمة مطلقا لما يترتب عليه من اختلاط الأنساب وضياع الأسر"³. وهو ما أقره أيضا مجلس المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي في دورته الثامنة بمكة المكرمة⁴.

وأرجع الفقهاء سبب الحكم بحرمة هذه الطريقة لما فيها من هدر للأنساب، وتدخل طرف ثالث في العملية وهو (نطف غير الزوج)، حيث عدوا الفقهاء في معنى الزنا من حيث المال والنتيجة بإدخال ماء رجل أجنبي لرحم الزوجة، بما أن رضا الزوج أو عدمه لا يزيل عن هذه العملية الحرمة، كما أن التلقيح الصناعي بماء غير الزوج تشبه كما كان يعرف في الجاهلية بنكاح الاستبضاع وهو محرم في الإسلام⁵.

كما استدلو كذلك بأن الله سبحانه وتعالى إذا حرم شيئا حرم الوسائل المفضية إليه حتى لا تكون ذريعة للتلبس بالمحرم، وقد حرم الله تعالى الحمل والانجاب بغير الطريق المشروع ومن ثم تحرم كافة الوسائل المؤدية إلى الحمل بين غير الأزواج⁶.

الصورة الثالثة :حفظ مني الزوج وتلقيحه لزوجته بعد انتهاء الزوجية بينهما بوفاة الزوج :

سنعرض أولا طريقة استعمالها ثم نعرض إلى حكم النسب الناتج عن هذه العملية :

1-طريقة استعمالها: يتم ذلك بأن تأخذ الحيوانات المنوية من الرجل أثناء قيام العلاقة الزوجية، أو قبل الموت ويحتفظ بها في مصرف المنى أو (بنوك المنى)، وبعد انتهاء الحياة الزوجية بالوفاة تعمد المرأة (الزوجة) إلى استرجاع المنى وإجراء التلقيح لبيت لها الحمل، سواء لرغبة منها أن يكون لها ولد من زوجها المتوفى أو لأي سبب آخر⁷.

وقد توصلت الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية إلى إمكانية تجميد السائل المنوي، مما دفع الدول إلى إنشاء مراكز تجميد وحفظ السائل المنوي (C.E.C.O.S)⁸.

2-حكم النسب الناشئ عن هذه العملية:

¹ عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي، المرجع السابق، ص 250.

² يوسف القرضاوي، المرجع السابق، ص 200، فرج محمد محمد سالم، وسائل الإخصاب الطبي المساعد وضوابطه، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، مصر، ط1، 2012م، ص222.

³ قرار مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الثالث بعمان، الأردن، 16 أكتوبر 1986م، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثالثة، ع03، ج1، ص 449.

⁴ في قراره الثاني بشأن التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب من الدورة الثامنة للمجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي المنعقد في الفترة الممتدة من 28 ربيع الآخر إلى 07 جمادى الأولى 1405هـ الموافق 19 إلى 28 يناير 1985م، بمكة المكرمة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ص 166-167.

⁵ عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي، المرجع السابق، ص 254.

⁶ فرج محمد محمد سالم، المرجع السابق، ص 223.

⁷ عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي، المرجع السابق، ص 210، هيكل حسيني، المرجع السابق، ص 132.

⁸ C.E.C.O.S; Centre D'étude et de Conservation de l'ovule et du SPRèm.

لا بد التمييز بين حالتين :

الأولى : حدوث الوفاة بعد البدء بمرحلة العلاج بعد تسليم الزوج حيواناته المنوية للأطباء وزراعة اللقيحة في رحم الزوجة، و **الثانية :** حدوث الوفاة قبل بدء مرحلة العلاج وعدم قيام الزوج بتسليم حيواناته المنوية ولكن الزوجة ترغب في حدوث هذا الحمل.

أ-الحكم الشرعي في الحالة الأولى :

يجب أن نفرق بين صورتين :

الأولى :أن تكون اتمام عملية التلقيح بعد انتهاء عدة الزوجية :

إذ يرى غالبية الفقهاء المعاصرين إلى تحريم إجراء عملية التلقيح الصناعي بعد وفاة الزوج، أي بعد انتهاء العلاقة الزوجية التي تنتهي عندهم لحظة الوفاة ولقد أفتى المجمع الفقهي الإسلامي في دورته السابعة المنعقد في مكة المكرمة، 1404هـ بذلك بالقول " أن هذه الصورة من حيث الحكم تعد محرمة " ¹، ثم إن التلقيح إذا تم في هذه الحالة فإنه يتم بنطفة من غير الزوج الذي أصبح في حكم الأجنبي مما يستوجب تحریمها، وبالتالي لا ينسب هذا المولود إلى صاحب النطفة، وكذلك العلماء الذين حضروا ندوة الإنجاب بالكويت تحت إشراف وزير الصحة آنذاك الدكتور عبد الرحمن العوضي (11 شعبان 1403هـ) ².

الثانية :أن تكون اتمام عملية التلقيح قبل انتهاء عدة الزوجية :

أما إجراء التلقيح الصناعي في أثناء عدة الوفاة فقد اختلف فيه الفقهاء المعاصرون إلى ثلاثة أقوال، بياها كما يأتي:

القول الأول:

ذهب أصحابه إلى حرمة إجراء التلقيح الصناعي في أثناء عدة الوفاة مطلقا سواء تم التخصيب قبل الوفاة أملا، وإليه ذهب كثير من المعاصرين منهم : د. بكر عبد الله أبو زيد د. هاشم جميل و د. البار محمد علي، ومحمد بن يحيى بن حسن النجيمي، د. إسماعيل مرحبا وغيرهم ³، وكذلك مجمع البحوث الإسلامية بمصر لعام 2001م ⁴.

وقد استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

- إن انفصال الزوجين يكون بواحدة من ثلاثة أمور : الفسخ أو الانفصاخ، والطلاق والموت ⁵، فالعلاقة الزوجية تنتهي بالوفاة، فتصبح الزوجة أجنبية عن زوجها بعد موته مباشرة، وعندئذ فالتلقيح بنطفة من غير زوج فهي نطفة محرمة، وعليه عدم جواز الحاق النسب بعد الوفاة ' إلا إذا كانت الرحم مشغولة بماء الزوج قبل الوفاة ⁶.

¹ أفتى المجمع الفقهي الإسلامي في دورته السابعة المنعقد في مكة المكرمة، 1404هـ، المرجع السابق : " أن هذه الصورة من حيث الحكم تعد محرمة "

² ينظر توصيات ندوة الإنجاب في ضوء الإسلام المنعقدة بالكويت بتاريخ: 11 شعبان 1403هـ الموافق ل: 24 ماي 1983م، ص 350.

³ ينظر : د. بكر عبد الله أبو زيد، المرجع السابق، ص 269، ود. مصطفى أحمد الزرقاء، التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب، مطبعة طربية، دمشق، دط، دت ن، ص 30، هاشم جميل، زراعة الأعضاء في ضوء الشريعة الإسلامية، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الاسلامي بمكة المكرمة الدورة الثالثة، 1980م، العدد الثاني، ج 1، ص 365، البار محمد علي، التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب، المرجع السابق، ص 186، محمد بن يحيى بن حسن النجيمي، الإنجاب الصناعي بين التحليل والتحریم، مكتبة العبيكان، الرياض، السعودية، ط 1، 1432هـ-2001م، ص 113، بكر عبد الله أبو زيد، المرجع السابق، ج 1، ص 269. محمد عبد الجواد التنشه، المسائل الطبية المستجدة في ضوء الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة أم درمان الإسلامية، السودان، 1996م، ص 130.

⁴ مجمع البحوث الإسلامية قراراته وتوصياته في ماضيه وحاضره، في دورته السابعة والثلاثين، بتاريخ 4 محرم 1422هـ الموافق 29 مارس 2001م، مجمع مطابع الأزهر الشريف، ج 2، ص 197.

⁵ ينظر الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، المرجع السابق، ج 7، ص 41.

⁶ بكر عبد الله أبو زيد، المرجع السابق، ج 1، ص 269. محمد عبد الجواد التنشه، المرجع السابق، ص 130.

وقد ذكر الشيخ **مصطفى الزرقاء** في بحثه الموسوم بعنوان التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب والرأي الشرعي فيهما: "إن هذه الصورة محتملة الوقوع، ومن الجلي أن اللجوء إليها غير جائز شرعاً، لأن الزوجية تنتهي بالوفاة، وعندئذ يكون التلقيح بنطفة من غير الزوج، فهي نطفة محرمة"¹.

فيشترط أن تكون عملية زرع اللقيحة في رحم الزوجة أثناء قيام العلاقة الزوجية ولا يجاوزها، حتى لا يكون ذلك ذريعة للإضرار بالورثة بتخزين اللقائح في البنوك، وتحديد مراكز الورثة بها في أي وقت².

ونوقش ذلك: بأن القول بانتهاء الزوجية بالوفاة أمر خلافي بين الفقهاء، وأكثر ما تذكر هذه المسألة في كتب الفقه عند الحديث عن غسل الميت، وحول جواز تغسيل أحد الزوجين للآخر عند وفاته، وقد أجمع الفقهاء على أن المرأة أن تغسل زوجها إن مات³ فلو كانت الحياة الزوجية قد انتهت بالوفاة لما جاز لها لمسها بعد وفاته⁴.

- السماح بالتلقيح الصناعي للزوجة المتوفى عنها زوجها سوف يحولها من وسيلة علاج لداء عدم الإخصاب والعقم إلى مجرد وسيلة لإشباع غريزة الزوجة في إحياء زوجها المتوفى، وهذا يفتح الباب لمفاسد عديدة⁵، كما إن إدخال نطفة الزوج المتوفى إلى رحم المرأة صناعياً إفساداً لما شرعت من أجله العدة وهو التأكد من براءة الرحم .

القول الثاني :

ذهب أصحابه إلى جواز إجراء التلقيح الصناعي في أثناء عدة الوفاة سواء تم التخصيب قبل الوفاة أم لا، وإليه ذهب قلة من الباحثين⁶، فالدكتور **عبد العزيز خياط** ذهب 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، والحكم في هذا: الولد ولده، وأن العملية وإن كانت غير مستحسنة فهي جائزة شرعاً، فإن الولد يثبت نسبه لأن الفراش قائم بقيام العدة ولأن النسب ثابت قبل الولادة، وثابت أن النطفة منه"⁷.

كما اشترط أصحاب هذا الرأي أن تشهد الزوجة عند إيداع مني الزوج وعند استخراجه، حتى لا ترمى بأقاويل الزنا، وتكون هذه الشهادة من ذوي الخبرة والمعرفة القطعية⁸.

وأما عن أدلة أصحاب هذا القول فهي كما يأتي :

1- إن العلاقة الزوجية لا تنتهي بالوفاة، بل تنتهي بانتهاء فترة العدة الشرعية، فيمكن للمرأة أن تستدخل مني زوجها المتوفى عنها - أثناء فترة عدتها - مادامت متأكدة أنه مني زوجها⁹.

وقد نوقش هذا الاقتراح الذي يميز تلقيح من مني الزوج المتوفى من طرف زوجته كما يأتي¹⁰ :

¹ مصطفى أحمد الزرقاء، التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب والرأي الشرعي فيهما بحث مقدم إلى المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة في دورته الثالثة 1980 م .

² زينب حامد سيد مرزوق، التلقيح الصناعي الداخلي من الزوج الميت دماغياً "دراسة فقهية مقارنة"، مجلة الشريعة والقانون، كلية البنات الإسلامية بأسسيوط، جامعة الأزهر، مصر، ع 35، 1442هـ-2020م، ج1، ص 320.

³ ابن المنذر، الإجماع، تحقيق: أبو عبد الأعلى خالد بن محمد بن عثمان، دار الآثار، القاهرة، مصر، ط1، 1425هـ-2004م، ص 53.

⁴ زياد أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 82-83.

⁵ محمد بن يحيى بن حسن النجيمي، المرجع السابق، ص 113.

⁶ منهم: الدكتور: عبد العزيز الخياط، والدكتور: زياد سلامة.

⁷ عبد العزيز خياط، حكم العقم في الإسلام، وزارة الأوقاف وشؤون المقدسات الإسلامية، الأردن، د ط، 1981م، ص 31.

⁸ زياد أحمد سلامة، المرجع السابق ص 82-83.

⁹ زياد أحمد سلامة، المرجع السابق ص 81-82.

¹⁰ عائشة سلطاني إبراهيم المرزوقي، المرجع السابق، ص 260.

-إذا كان الغاية من جواز هذه العملية هي الكلام عن حق المرأة في انجاب ولد من زوجها المتوفى يحمل اسمه فإن الأمر انتهى ووضع الموت نهاية له، أو كانت الغاية مساعدة زوجين يعانيان من صعوبة في الإنجاب في الحصول على ولد، فإنه لم يعد هناك زواج وبالتالي لم تعد هناك ضرورة علاجية.

- إذا كان الغرض من هذه العملية هو حق الحصول على الطفل وهو من الحقوق الشرعية، فإننا نتجاهل حق هذا الطفل في أن يكون له أبوان وأن ينشأ في كنفهما ويتربى بواسطتهما، ليتحقق له التوازن النفسي .

-المرأة المتوفى عنها زوجها عليها أن تلتزم ببيتها فترة عدتها، ولا يحل لها الخروج إلا للضرورة، فمما بالك بخروجها وتلقيح نفسها بمبي زوجها المتوفى، بالإضافة إلى ما فيه من مخالفات وكشف للعدوة المغلظة¹.

2- ما قرره الفقهاء من أن المرأة إذا حملت بعد وفاة زوجها وكانت معتدة أو جاءت به لأقل من ستة أشهر، فإن الولد يثبت نسبه للزوج المتوفى²، ولأن الفراش قائم بقيام العدة، ولأن النسب ثابت قبل الولادة .

ونوقش هذا الدليل: أنه لا ارتباط بين الحرمة وبين ثبوت النسب، فالمرأة المتزوجة إذا زنت وأنت بولد فإن الولد ينسب إلى الزوج صاحب الفراش، إلا أن ينفي ذلك باللعان، فهذا لا يعني أن ثبوت نسب المولود إذن بإباحة الزنا وكذلك هو الحال في عملية التلقيح الصناعي بعد الوفاة³.

وبناء على ذلك، فإن القول هو عدم جواز التلقيح بمبي الزوج بعد وفاته، حتى ولو عبر عن رضاه قبل وفاته، فالعبرة بتحرير الرضا كتابة وقت إجراء العملية، وهذا تماشياً ومقتضيات المبادئ الثابتة التي بنيت عليها قواعد ثبوت النسب شرعاً وقانوناً.

القول الثالث :

القائل بجواز التلقيح الصناعي أثناء عدة الوفاة إذا تم التخصيب قبل الوفاة، ولم يبق إلا نقل اللقيحة إلى الرحم وإلا لم يجز: وإليه ذهب بعض الباحثين⁴، وقد استدلل أصحاب هذا القول بما يأتي:

1- أدلتهم بجواز التلقيح في العدة إذا تم التخصيب قبل الوفاة:

-حرمة البويضة الملقحة وحققها في الحياة، وعملية زرع اللقيحة في رحم الزوجة، ماهو إلا استمرار للحمل واستكمال للمدة، ولكن مع تغيير الوعاء فقط، وموت الزوج لا يعني الرجوع عن الحمل⁵.

وقد نوقش ذلك، بأن البويضة المخصبة خارج الرحم ليس بجنين ولا قيمة لها شرعاً، ولا يترتب عليها في حد ذاتها حكم شرعي يتعلق بالنسب، ولأن الأصل في النسب هو الوجود في رحم امرأة لها حق الزوجية⁶.

- إن الزوج قد توفي وهو راغب في الإنجاب بعد لجوئه لهذه الوسيلة المشروعة، وبالتالي فإن الإذن والرضا متوفران من قبل الزوجين أثناء قيام العلاقة الزوجية، فلا مانع من زرع اللقيحة المخصبة في رحم المرأة بعد وفاة زوجها وأثناء عدتها⁷.

¹ زينب حامد سيد مرزوق، المرجع السابق، ص 328.

² ينظر : الزيلعي عثمان بن علي، المرجع السابق، ج 3 ص 43، الموصلي عبد الله بن محمود، المرجع السابق، ج3، ص 180، الدسوقي محمد عرفه، المرجع السابق، ج2، ص 484.

³ محمد خالد منصور، الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي، دار النفائس، الأردن، ط1، 1419هـ-1999م، ص 111.

⁴ منهم: د. سارة شافي سعيد الهاجري: الأحكام المتصلة بالعقم والإنجاب ومنع الحمل في الفقه الإسلامي، دار البشائر الإسلامية، بيروت، لبنان، ط1، 1428هـ-2008م، ص442، ود. مهران محمود عبد الرحيم، الأحكام الشرعية والقانونية للتدخل في عوامل الوراثة والتكاثر، دار النهضة الحديثة، د م ن، ط1، 1423هـ-2002م، ص 506، و د. محمد بن غيلان المدحجي، أحكام النوازل في الإنجاب، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، 1429هـ-1430هـ، ص699.

⁵ مهران محمود عبد الرحيم، المرجع السابق، ص 506.

⁶ عائشة أحمد سالم حسن، الأحكام المتعلقة بالحمل في الفقه الإسلامي، المؤسسة الجامعية، بيروت، لبنان، ط1، 1429هـ-2008م، ص171.

⁷ المرجع نفسه، ص 171، سارة شافي سعيد الهاجري، المرجع السابق، ص 442.

وقد نوقش هذا الاستدلال، بأن رضا الزوج انتهى بوفاته وقد انتهت الحياة الزوجية بينه وبين زوجته وأصبحت أجنبيين، كما إن البويضة المخصبة أصبحت في عداد الماء المهين، كما لا يجوز شرعاً أخذ الإذن من الورثة لإتمام عملية التلقيح لأن النسب غير قائم على الرغبات والمصالح الشخصية¹.

-جواز تغسيل المرأة لزوجها المتوفى دليل على بقاء الزوجية بينهما وقد ورد في ذلك عدة آثار².

2- أدلتهم بحرمة التلقيح إذا لم يتم التخصيب قبل الوفاة :

استدلوا بما استدل به أصحاب القول الأول القائلون بحرمة التلقيح الصناعي بعد الوفاة³.

الرأي الراجح :

صحيح أن العلاقة بين الزوج والزوجة لا تنقطع بمجرد الوفاة انقطاعاً تاماً لوجود آثار فقهية تترتب على هذه العلاقة مما يؤكد بقاؤها ولو جزئياً، وما يدل على ذلك وجوب العدة وعدم جواز التصريح بالخطبة ووجوب التوارث وجواز غسل كل واحد منهما الآخر وغير ذلك وهذا ما يدعم القول الأول المميز لهذا النوع من عملية الإخصاب إلا أن القول والتسليم بالجواز فيه مجازفة شديدة وفتح للعديد من المخالفات الشرعية والإشكالات الأخلاقية والأسرية، لذلك واستناداً لقاعدة سد الذرائع فإن الباحث يميل إلى القول الأول القائل بتحريم عملية التلقيح الصناعي بمضي الزوج المتوفى مطلقاً وأن الأخذ بهذا القول هو الأخذ بالأحوط والأسلم، بالإضافة إلى قوة أدلتهم وسلامتها من المعارضة .

ب -الحكم الشرعي في الحالة الثانية :

وصورة هذه الحالة ألا يكون الزوجان قد باشرا مرحلة العلاج ولم يكن الزوج قبل وفاته قد سلم حيواناته المنوية : فقد ذهب الفقهاء إلى القول بعدم جواز اجراء التلقيح الصناعي بهذه الصورة لما يكتنف هذه الطريقة من مفسدات ومحاذير منها:

-انعدام وجود الضرورة والحاجة إلى هذه العملية :لقد رأينا عند الحديث عن أسباب ودواعي استعمال التلقيح الصناعي أن الفقهاء الذين أجازوا هذه العملية أن تكون هناك حاجة وضرورة، فأين الحاجة والضرورة التي تجعل الزوجة تلجأ إلى مثل هذا الصنيع، إلا إثارة الفتن والشبهة حولها، وفي استطاعتها أن تتزوج لآخر بعد انتهاء عدتها، فالإخصاب الصناعي ضرورة داعية للتداوي والوصول إلى الهدف الأساسي منه وهو الإنجاب، فإذا ما استعمل لتحقيق أغراض أخرى انتفت تلك الضرورة وزالت الحاجة⁴.

-عدم توافر إذن أو رضا الزوج في أخذ الحيوانات المنوية :اشتراط العلماء الإذن المسبق من الميت أو الإذن اللاحق للوفاة من ورثته للحصول على عضو منه، وهذا ما نص عليه كل من :مجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي⁵، ومجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي⁶، ودار الافتاء المصرية⁷.

¹ عائشة أحمد سالم حسن، المرجع السابق، ص 171، محمد بن غيلان المدحجي، المرجع السابق، ص 703.

² زياد أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 83.

³ ينظر الصفحة 179 من هذا البحث.

⁴ زينب حامد سيد مرزوق، المرجع السابق، ص 336.

⁵ نص المجمع في قراره الأول بدورته الثامنة: "جواز أخذ العضو من إنسان ميت لإنقاذ إنسان آخر مضطر إليه بشرط أن يكون المأخوذ منه مكلفاً، وقد أذن بذلك حال حياته" :ينظر قرارات المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي والمنعقدة بمكة المكرمة في دورته الثامنة، المرجع السابق، ص 158.

⁶ نص المجمع في قراره رقم (1) 88/08/4 بدورته الرابعة المنعقدة بمكة في الفترة بين 18-23 جمادى الآخرة 1408هـ -الموافق: 6-11 فبراير

1988م، "يجوز نقل عضو من ميت إلى حي تتوقف حياته على ذلك العضو، أو تتوقف سلامة وظيفة أساسية فيه على ذلك بشرط أن يأذن الميت أو ورثته بعد موته، أو بشرط موافقة ولي المسلمين إن كان المتوفى مجهول الهوية أو لا ورثة له"، ينظر : مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي،

العدد الرابع، ج1، ص 359.

⁷ ينظر : الفتاوى الإسلامية من دار الافتاء المصرية الفتوى رقم 1323، ج10، ص 3712.

فلا يجوز التصرف في حق الغير إلا بإذنه، وأن إطلاق جواز التصرف في نقل أعضاء الميت دون إذن منه سيؤدي إلى الزيادة والإفراط في انتزاع الأعضاء دون حاجة¹.

ثم إن من شروط إجراء التلقيح الصناعي الداخلي أن يكون برضا من الطرفين: الزوج والزوجة، وبالتالي لا يحق للزوجة أن تقوم بتلقيح نفسها من زوجها المتوفى فقرارها هذا يكون بإرادتها المنفردة وذلك مخالف لضوابط استعمال عملية التلقيح الصناعي .

ثانيا : صور الإخصاب الصناعي الخارجي وحكمها الشرعي : له عدة صور ذكرها الفقهاء نذكر منها:

الصورة الأولى: أن تأخذ نطفة من الزوج وبيضة من زوجته، ويتم التلقيح خارجيا، ثم تزرع اللقيحة في رحم زوجته : وفي هذا الصدد انقسم فقهاء الإسلام المعاصرين إلى مذهبين:

المذهب الأول: ذهب إلى عدّ التلقيح الاصطناعي بواسطة أنبوب أسلوبا شرعيا مادام أن زرع اللقيحة في رحم الزوجة ذاتها وما دامت الضرورة تدعو إليها².

وهو ما ذهب إليه مجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي في دورتيه السابعة والثامنة³، ومجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي⁴، وإليه ذهب أكثر الفقهاء المعاصرين⁵، فالنسب بهذه الصورة ثابت، أي نسب المولود يثبت من الزوجين مصدرى الماءين، واستدلوا على ذلك ب: قياس التلقيح الصناعي الخارجي بهذه الصورة على التلقيح الطبيعي بجامع أن الحيوان المنوي من الزوج هو الذي يلحق بيضة الزوجة في التلقيح الطبيعي نتيجة المعاشرة الزوجية وكذلك يخص في التلقيح الصناعي الخارجي فينبغي أن يأخذ حكمه في الزواج بالإضافة إلى عدم تعارض هذه الطريقة مع أحكام الشريعة الإسلامية في حفظ النسل وبقاؤه⁶.

المذهب الثاني: القائل بجرمة هذا النوع من التلقيح الخارجي وهو ما ذهب إليه فضيلة الشيخ عبد الحليم محمود شيخ الأزهر الأسبق، والشيخ رجب التميمي، والشيخ إبراهيم شقرة⁷، والشيخ محمد بن عبد الله السبيل، والشيخ محمد ناصر الدين الألباني الذي أجازها في حالة واحدة وهي إذا ما كان الزوج هو الطبيب نفسه⁸، وقد استدلت أصحاب هذا الرأي بمايلي:

-عن ابن شهاب قال أخبرني عروة بن الزبير أن عائشة أخبرته: " أن امرأة رفاعة القرظي جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله إن رفاعة طلقني فبت طلاق، وإني نكحت بعده عبد الرحمن بن الزبير القرظي، وإنّ معه مثل الهدبة. قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: لعلك تريدين أن ترجعي إلى رفاعة؟، لا حتى يذوق عُسلَيْتِكَ، و تذوقي عسلَيْته " ⁹.

¹ ينظر : البار محمد علي، الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء، دار القلم، دمشق، سوريا، دار الشامية، بيروت، لبنان، ط1، 1414هـ-1994م، ص 176-177.

² قيد الفقهاء-أصحاب هذا الرأي- هذا الجواز بعدة قيود منها :-وجود حالة الضرورة -انتفاء الضرر على أطراف العملية-التحرز من اختلاط الأنساب-إجراء العملية من أطباء وطبيبات مسلمات، وإن لم يوجد غير مسلم فذوي ثقة: أنظر: أحمد محمد لطفي أحمد، المرجع السابق، ص 126.

³ قرارات مجمع الفقه الإسلامي برابطة العالم الإسلامي، القرار الثاني، في الدورة السابعة 1404هـ، المرجع السابق، والقرار الثالث من الدورة الثامنة 1405هـ، المرجع السابق .

⁴ قرارات المجمع الفقهي الدولي، أنظر: قرار رقم: 16(3/4)، مجلة المجمع، عدد3، ج1، ص 1262.

⁵ منهم: الدكتور: عبد الله البسام ود. صالح الفوزان، ود. مصطفى الزرقا، والشيخ ابن عثيمين، ود. محمد عثمان شبير، ود. عمر الأشقر، ود. عبد الكريم زيدان، ود. وهبة الزحيلي، وشيخ الأزهر سابقا جاد الحق علي جاد الحق، وآخرون: ينظر: محمد خالد منصور، المرجع السابق، ص 93-94 وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج3، ص 552

⁶ عبد العزيز خياط، المرجع السابق، ص28.

⁷ عبد العزيز خياط، المرجع السابق، ص 94.

⁸ ينظر: عيسى أمعيزة، الحمل: إرثه وأحكامه. صورته المعاصرة بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والعلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، سنة النشر ص 117.

⁹ أخرجه البخاري، المرجع السابق، كتاب الطلاق، باب من أجاز طلاق الثلاث، ح ر : 5260، ص 1340 .

ووجه الدلالة: أنَّ الحديث حدد طريقة التلاقي بين الزوجين وهي طريقة ذوق العسلية التي تكون ناتجة عن الجماع بين الأزواج فلا ينتقل عنها إلى غيرها¹.

- إن أسلوب التلقيح داخل الأنبوب يفترض كشف المرأة عن عورتها كما ان طفل الأنبوب ليس سوى تجربة علمية ظنية².

الرأي الرابع : يميل الباحث الى الرأي الأول الذي يميز التلقيح الصناعي عبر أنبوب الاختبار وذلك لأن عملية التلقيح عبر الأنبوب لم تعد مجرد تجربة علمية ظنية، أما أضحت تقنية أثبتت تواجدها ونجاحها في المجال البيوطي، فقط وجب الحيلة والحذر أثناء القيام بهذا الأسلوب من التلقيح، وحذا لو كانت تحت اشراف أطباء ثقات.

الصورة الثانية: تلقيح خارجي في أنبوب الاختبار بين نطفة مأخوذة من زوج وبويضات مأخوذة من مبيض امرأة (متبرعة) ثم تزرع اللقحة في رحم زوجته: يلجأ إلى هذه الصورة إذا لم تتكامل عملية التلقيح الصناعي داخل الأنبوب باستعمال نطف الزوجين بالنجاح، وخاصة إذا كانت الزوجة غير قادرة على الإنجاب لانعدام المبيض لديها أو أنه عاطل أي لا ينتج بويضات أو بلوغها سن اليأس .
أما الحكم الشرعي لهذه الصورة: إن هذا النوع من التلقيح محرم شرعا، ذلك أن انتساب الولد إلى الزوجة حرام، لمخالفته الحكم الصريح في الآية الكريمة ﴿ اذْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ ﴾³ فكلمة الأب والأم في هذه الآية تطلق على الأب والأم معا، فإذا لم تكن البويضة من الزوجة فلا تعد أما، ويؤدي مثل هذا العمل إلى اختلاط الأنساب.

وهذا ما انتهى إليه المجمع الفقهي الإسلامي في دورته الخامسة سنة 1402هـ والسابعة سنة 1404هـ، والثامنة سنة 1405هـ⁴، إذ أكدا حرمتها لما يترتب عليها من اختلاط الأنساب وضياع الأمومة.

سئل الشيخ "محمد ناصر الدين الألباني" بما يأتي: هل يجوز أن يسمح للطبيب أن ينقل ماء زوج إلى زوجته أو ما يعرف بأطفال الأنابيب؟، فأجاب بقوله "لا يجوز، لأن ذلكما فيه من العمليات الخارجة عن الحد الشرعي، ومن كشف العورة ومباشرة الفرج لأن هذا النقل يستلزم على الأقل أن يكشف الطبيب على الزوجة، والاطلاع على عورات النساء فلا يجوز شرعا، وما لا يجوز شرعا لا يجوز ارتكابه إلا لضرورة، ولا نتصور أن تكون هناك ضرورة لرجل كي ينقل ماء بهذه الطريقة المحرمة إلى زوجته..⁵"

وسئل كذلك الشيخ "محمد بن صالح بن عثيمين" : ما حكم الإخصاب الصناعي، وهو أخذ ماء الرجل فيوضع في رحم المرأة عن طريق الأنابيب بواسطة طبيب أو طيبة؟، فأجاب بقوله "الإخصاب الصناعي يقال إنه أخذ ماء الرجل فيوضع في رحم المرأة عن طريق أنابيب (إبرة)، وهذه مسألة خطيرة جدا، ومناذي يأمن الطب أن يلق نطفة فلان في رحم زوجة شخص آخر؟ ولهذا نرى سدا للباب ولا نفتي إلا في قضية معينة، حيث نعرف الرجل والمرأة والطبيب، وأما فتح الباب فيخشى منه الشر، وليست المسألة هيئة لأنه لو حصل فيها غش لزم إدخال نسب في نسب وصارت الفوضى في الأنساب، وهذا ما يحرمه الشرع، فأنا لا أفتي اللهم إلا أن ترد إلى قضية معينة أعرف فيها الزوج والمرأة والطبيب"⁶.

ورد الشيخ محمد علي فركوس عن سؤال مفاده : ما حكم الإخصاب الصناعي ؟ فردّ: "...غير أن الذي يعكر على الحكم بالجواز على عمليات الإخصاب الصناعي خطورة احتمال الخطأ فيها وترتب اختلاط النسب بالتبع، إذ لا يأمن أن يدخل في العملية

1 باس عبد الحميد جاد الله النجار، المرجع السابق، ص 440.

² ينظر :برادة غزويل أحمد، الإخصاب الصناعي من منظور إسلامي، على الموقع: members.lycos.fr/berradaz/m3.htm اطلع عليه بتاريخ: 2022/07/25م.

³ الأحزاب الآية 5.

⁴ ينظر : مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، الدورة الثامنة، 1405هـ، ع 02، ص 150.

⁵ عمرو عبد المنعم سليم، مسائل مهمة لنساء الأمة، دار الإمام مالك للكتاب، د م ن، ط 1، 1424هـ-2003م، ص 25.

⁶ عبد الله بن محمد الطيار، لقاءات الباب المفتوح مع فضيلة الشيخ محمد بن صالح بن عثيمين، دار البصرة، الاسكندرية، مصر، د ط، د ت ن، ص 197.

ماهو محذور كأن يضيف المختص في المخبر إلى مني الرجل الضعيف منيا آخر ليقويه، أو يغير بعض مقومات بيضة الزوجة بإحلال مقومات أخرى لبيضة أجنبية...¹.

الصورة الثالثة: أن تكون البويضة والحيوان المنوي من متبرعين: يتم تلقيح البويضة بالحيوان المنوي في أنبوب اختبار حتى مرحلة الانقسام والتكاثر وتكوين اللقيحة التي تعاد إلى رحم الزوجة لتعلق به وتنمو، وتستعمل هذه الصورة من التلقيح في حالة إصابة الزوج بعقم في نطفته-أي لا بذرة في مائه-وزجته تعاني من عدم القدرة على التبييض، مع قدرتها على الحمل².

والحكم الشرعي في هذه الحالة بارز التحريم لأن مصدرَي اللقيحة أجنبيان عنهما ولا يجمعهما أي رابط شرعي، وعليه فالعملية برمتها حرام ولا ينتج عنها نسب شرعي، فقد جاء في قرارات مجمع الفقه الإسلامي في الفقرة 04 منها "أن يجري تلقيح خارجي بين بذرتي رجل أجنبي وامرأة أجنبية ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة أمر محرم شرعا وممنوع لذاته، لما يترتب عنه من اختلاط الأنساب وضياح الأمومة³ .

الصورة الرابعة: تكون البويضة من الزوجة والحيوان المنوي من الزوج ويتم زرع اللقيحة في رحم مستعار (الرحم الظئر⁴: Surrogate mother): والأصل أنه يلجأ إلى هذه الطريقة في حالة عدم وجود رحم للزوجة (أزيل بعملية جراحية) أو عدم قدرته على حمل الجنين حتى ولادته ولكن قد نوجد دواعي أخرى لها⁵.

وتتحقق هذه الصورة في حالتين، الأولى ان تكون صاحبة الرحم امرأة أجنبية عن الزوج والثانية أن تكون صاحبة الرحم زوجة ثانية، لذا سنبين الحكم الشرعي لكل حالة أولاً، ثم نبين موقف الفقه الإسلامي من نسب ولد الأم البديلة:

أ-الحكم الشرعي لكل حالة: الحالة الأولى: أن يجري التلقيح خارجيا في وعاء اختبار بين بذرتي زوجين، ثم تزرع في رحم امرأة (أجنبية عن الزوج) تتطوع بحملها:

لم يبق فقهاء الإسلام مكتوفي الأيدي بشأن هذه النازلة، بل بحثوا فيها وأعطوا لها أحكاما شرعية، ولقد انقسم الفقه بين مؤيد ومعارض وكان لكل منهم رأي وأسانيده التي سوق تتوقف عندها:

الرأي الأول المؤيد لقضية استئجار الأرحام: يرى أنصار هذا الاتجاه⁶ أن استئجار الأرحام جائز ودليلهم على ذلك⁷:

¹ محمد علي فركوس، حكم الإخصاب الاصطناعي " منشور على الموقع: <http://www.ferkous.com> تاريخ الاطلاع: 2022/07/30م.

² نصر الدين مروك، المرجع السابق، ص 408.

³ أنظر المجمع الفقهي الإسلامي، الدورة الثالثة، 1407هـ-1987م، مجلة هدى الإسلام، عمان ص 16، ينظر أيضا : مؤتمر المجمع الفقهي الإسلامي، الدورة الثانية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، 1986م، عدد 02، ج 1، ص 336.

⁴ الظئر في اللغة : ظأر، الظَّئُرُ : مهموز: العاطفة على غير ولدها المرضعة له من الناس والإبل، الذكر والأنثى في ذلك سواء، ويقال أيضا المرأة الظَّئُرُ، المرضعة لغير وليدها " ينظر: ابن منظور، المرجع السابق حرف الراء، مادة (ظأر)، ج 4، ص 514، ومعناه هنا اصطلاحا " قيام امرأة بحمل جنين ليس من زوجها لصالح امرأة أخرى أوصت عليه": أنظر عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي، المرجع السابق، ص 239.

⁵ فقد تكون دواعي صحية : كتسمم الحمل، وقد تكون دواعي جمالية: مثل محافظة الزوجة على رشاقتها، أو اقتصادية :إذا كانت تعمل في وظيفة مرموقة وتخشى التعطل عن العمل، وقد تكون بيولوجية: فقد تكون الأم حاملة لأمراض وراثية تخشى انتقالها إلى جنينها: أنظر البار محمد علي، أخلاقيات التلقيح الصناعي (نظرة إلى الجذور)، المرجع السابق، ص 93.

⁶ من أنصاره : د.عبد المعطي بيومي، د.سعد الدين حافظ، د.عبد الصبور شاهين، د.أحمد شوقي الفنجرى: أنظر حسني محمود عبد الدائم عبد الصمد، عقد إجارة الأرحام بين الحظر والإباحة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2006م، ص 201، هيكل حسني، النظام القانوني للإنجاب الصناعي، دار الكتب القانونية، مصر، د ط، 2007م، ص 382، ينظر أيضا : علي بن مشيب بن عبد الله البكري، استئجار الرحم " دراسة تأصيلية مقارنة"، مذكرة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، السعودية، 2011م، ص 107.

⁷ ينظر: هيكل حسني، النظام القانوني للإنجاب الصناعي، دار الكتب القانونية، مصر، د ط، 2007م المرجع السابق، ص 382 وما يليها، حسني محمود عبد الدائم عبد الصمد، عقد إجارة الأرحام بين الحظر والإباحة، المرجع السابق، ص 201. وما بعدها، حسن محمد كاظم، حيدر حسين كاظم، عدنان

-أنه لا تعارض في قوله تعالى وبين ما توصلوا 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 الكريمة في قوله تعالى "إن أمهاتهم إلا اللائي ولدنهم" وقوله "والله أخرجكم من بطون أمهاتكم لا تعلمون شيئا"².

-الاستدلال بالقياس على الرضاع :

ودليهم في ذلك أن الله تعالى قد قرن الحمل والرضاعة وجمع بينهما في عدة آيات منه قوله تعالى ﴿حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَى وَهْنٍ وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ﴾³ وقوله: ﴿وَإِنْ كُنْ أُولَاتٍ حَمْلٌ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾⁴، 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 أن العلاقة طردية بين ثدي الحامل ونمو الجنين، فنمو الأول مرتبط بنمو الثاني حتى يكون مستعدا ليحل محل الرحم في التغذية بعد الولادة، فإذا كانت الشريعة الإسلامية تحجز الرضاعة بأجر، فإنهم يقيسوا على ذلك عملية إجازة الرحم البديل لأنه يشبهها. -ثبوت حالة الضرورة أو الحاجة، والتي يباح عنها كل محذور، فكما إن الإسلام يبيح بعض الأمور على خلاف الأصل، يقاس على ذلك المرأة التي عطب رحمها أو أصيب بمرض لا يستطيع معه الحمل، فهي ضرورة يمكن مع قيامها الاستعانة بالرحم المستعار على الحمل.

الرأي الثاني : المعارض لقضية استئجار الأرحام: أجمع فقهاء الإسلام المعاصرون على تحريم هذه الصورة من التلقيح الخارجي⁵، وبه أفتى مجمع الفقه الإسلامي بمكة المكرمة⁶، وهذا لوجود طرف ثالث وهو تلك السيدة صاحبة الرحم المستأجر، فمع قيام الزوجية فإن تدخل طرف ثالث في العملية يجرمها، وعددها بعض الفقهاء زنى ولو أنه لم يحدث بطريقة فعلية إلا أن إدخال ماء الرجل لهذه المرأة الأجنبية عنه، هو زنى من حيث المال، وحججهم في ذلك:

-عدم وجود نص قرآني أو حديث نبوي يقضي بإباحة ذلك، بل نجد نصوصا قرآنية تأمر بحفظ الفروج قال تعالى ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ 29 إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ 30 فَمَنِ ابْتَغَى وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَئِكَ هُمُ

هاشم جواد، مشروعية الحمل لحساب الغير وأحكامه في القانون والشريعة الإسلامية، مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون، جامعة كربلاء، العدد 02،

2010م، ص 99، علي بن مشيب بن عبد الله البكري، المرجع السابق، ص 109.

¹ سورة البقرة، الآية 02

² سورة النحل، الآية 78.

³ سورة لقمان، الآية 14

⁴ سورة الطلاق، الآية 06.

⁵ محمد خالد منصور، المرجع السابق، ص 100.101، الشويخ سعد بن عبد العزيز بن عبد الله، أحكام التلقيح غير الطبيعي "أطفال الأنابيب"، كنوز اشبيليا، الرياض، ط 2009، 1م، ص 357، الرملاوي محمد سعيد محمد، دراسة شرعية لأهم القضايا الطبية المتعلقة بالأجنة البشرية، المرجع السابق، ص 67.

⁶ أنظر قرارات المجمع الفقهي لرابطة العالم الاسلامي في دورته الخامسة سنة 1402 هـ ودورته السابعة سنة 1404 هـ، ودورته الثامنة سنة 1405 هـ بمكة المكرمة، المراجع السابقة، انظر أيضا : ندوة الانجاب في ضوء الإسلام، المنظمة الاسلامية للعلوم الطبية، لمنعقدة بالكويت 1983م المرجع السابق، ندوة القضايا الخلقية الناجمة عن التحكم في تقنيات الإنجاب، الاكاديمية الملكية المغربية، المنعقدة بأغادير في 24-26 ربيع الأول 1407 هـ الموافق ل: 27-29 نوفمبر 1986م.

الْعَادُونَ³¹»¹ فالشارع لم يبح الانتفاع برحم المرأة بنقل الماء إليه إلا إذا كان زوجها للمرأة، أو ما ملكت يمينه، أما ما عدا هذين الطريقتين فلا يجوز الانتفاع برحم المرأة بنص القرآن².

- إنَّ الشريعة الإسلامية حرمت كل أمر يؤدي إلحدوث الخلاف بين الأفراد والجماعات، ومسألة تأخير الأرحام سوف يؤدي إلى ذلك بين المرأتين فأَيُّهما الأم ؟ هل هي صاحبة البويضة أم صاحبة الرحم؟: فالبويضة الملحقة إذا مرت بمراحل النمو التي حدث بها القرآن³، سوف يكتسب المولود صفات هذه الأنثى التي تغذى بدمها في رحمها، واثلف معها حتى صار جزءاً منها، ولا شك أن هذا المولود يخرج على غرار التي احتضنته رحمها، لأن وراثة الطباع والصفات أمر ثابت قطع فيه العلم ومن قبله الإسلام.

- إن في زرع اللقيحة في رحم غير صاحبة البويضة افساد لمعنى الأمومة، وذلك لأن المرأة التي حملت الجنين في أحشائها وغدّته من دمها أشهراً طويلاً، واحتملت مشاق الحمل وآلامه فهي مجرد مضيفة أو حاضنة تحمل وتلد وتتألم، فتأتي صاحبة البويضة فتزرع مولودها من بين يديها كأنها مجرد أنبوب من الأنابيب⁴.

كما استدلو بعدة قواعد فقهية منها:

- قاعدة درء المفاسد أولى من جلب المصالح: فإذا تعارضت مصلحة ومفسدة، قدم دفع المفسدة غالباً، لأن اعتناء الشرع بالمنهيات أشد من اعتنائه بالمأمورات⁵، ولا ريب أن تأجير الرحم يشمل على بعض المصالح في الحصول على الولد، غير أن مفساده كثيرة كاختلاط الأنساب وانتهاك حرمة الرحم واستلزام انكشاف عورة المتطوع بالحمل، ونشوب الخلافات والنزاعات بين أطراف هذه العلاقة⁶.

- الأصل في الأبضاع التحريم⁷: فالأصل يقتضي حرمة المشاركة في الأبضاع، لكون ذلك مفضي إلى مفسدة الزنى، وهو اختلاط الأنساب وتأجير الأرحام لم يوجد فيه الاذن الشرعي بجوازه فيبقى على مقتضى الأصل⁸.

- إذا تقابل في المرأة حل وحرمة غلبت الحرمة⁹: فعلى فرض تعارض الأدلة في هذه الحالة وتعادلهما فتوجد لدينا شبهة حل، وشبهة حرمة، فالأولى هاهنا أن تغلب الحرمة، صيانة للفروج من المساس، وحماية للأنساب من الاختلاط¹⁰.

الحالة الثانية: أن يجري التلقيح خارجياً في وعاء اختبار بين بذرتي زوجين، ثم ترزع في رحم زوجة أخرى لنفس الزوج:

وقد اشترط الفقهاء في هذه الطريقة موافقة الأطراف الثلاثة الزوج وكل من الزوجتين، فلو لم يرغب الزوج في ذلك اكتفاء منه بأولاده من الزوجة الأخرى، أو لأي سبب آخر، لم يكن من حق الزوجة ذات الجهاز التناسلي المعيب أن تجربها هو والزوجة الثانية

¹ سورة الماعز، الآيات 29-30-31

² الشويرخ سعد بن عبد العزيز بن عبد الله، أحكام التلقيح غير الطبيعي "أطفال الأنابيب"، المرجع السابق، ص 358.

³ وذلك في قوله تعالى " ثم جعلناه نطفة في قرار مكين 13 ثم خلقنا النطفة علقة فخلقنا العلقة مضغة فخلقنا المضغة عظاماً فكسونا العظام لحماً ثم أنشأناه خلقاً آخر فتبارك الله أحسن الخالقين (14): سورة المؤمنون الآيتين 13-14

⁴ القرضاوي يوسف، فتاوى معاصرة للمرأة المسلمة، دار الضياء للنشر والتوزيع، ط 1988، م 1، ص 154-155.

⁵ ابن نجيم زين الدين إبراهيم بن محمد، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، وضع حواشيه وأخرج أحاديثه: الشيخ زكرياء عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1999م، ص 78.

⁶ عبد الحليم محمد منصور علي، تأجير الأرحام في ضوء قواعد الحلال والحرام "دراسة فقهية مقارنة"، دار الكتب والوثائق العلمية، ط 1، 2012م، ص 76، الشويرخ سعد بن عبد العزيز بن عبد الله، أحكام التلقيح غير الطبيعي "أطفال الأنابيب المرجع السابق، ص 359-360.

⁷ ابن نجيم، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان المرجع السابق، ص 51،

⁸ الشويرخ سعد بن عبد العزيز بن عبد الله، أحكام التلقيح غير الطبيعي "أطفال الأنابيب، المرجع السابق، ص 360.

⁹ ابن نجيم، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، المرجع السابق، ص 51

¹⁰ عبد الحليم محمد منصور علي، المرجع السابق، ص 77.

القيام بذلك، لأن عقد الزواج بينهما هو للسكن والاستمتاع وهما متحققان دون اللجوء إلى هذه الطريقة التي لا تخلو من محاذير متعددة¹.

ولنفس العلة لا يمكن للزوج إجبار زوجته على أخذ بويضتها بعملية جراحية ونقلها بعد تخصيبها منه إلى رحم الزوجة الأخرى، ولا يمكن أيضاً إجبار الزوج وزوجته الثانية على حمل بويضة الزوجة الأخرى المخصبة².

لكن لو فرضنا أن الزوجة وزوجتيه قبلوا جميعاً هذه الصورة وأقدموا على تحقيقها فما مدى مشروعيتها ذلك؟ وكيف ينسب الجنين المتولد عن هذه الصورة؟

فأما المشروعية وعدمها فقد وقع شيء من الخلاف بين المجمع الفقهي المعاصرة، فقد أجاز مجمع الفقه الاسلامي في قراره الخامس الذي أصدره في دورته السابعة إجراء الحالة الثانية وهي زرع اللقيحة في رحم الزوجة الثانية لصاحب الحيوان المنوي وعلل ذلك للحاجة ونصها "أن الأسلوب السامع التي تؤخذ فيها البويضة والنطفة من زوجين وبعد تلقيحهما في وعاء الاختبار تزرع اللقيحة في رحم الزوجة الأخرى لنفس الزوج، حيث تتطوع بمحض اختيارها بهذا الحمل عن ضررها المنزوعة الرحم"³، لكنه عدل في دورته الثامنة بمكة المكرمة 1405هـ عن إباحة هذه الصورة وقرر عدم جوازه وذكر أسباب هذا التعديل⁴ ولجنة العلوم الطبية الفقهية الإسلامية في الأردن⁵.

وكانت الفتوى التي صدرت بمناسبة ندوة الانجاب في ضوء الإسلام حول موضوع أطفال الأنابيب والأم البديلة أن التلقيح الصناعي بأم بديلة محرم شرعاً لوجود طرف ثالث سواء أكان منياً أو بيضة أو جنيناً أو رحمًا⁶.

ورأى مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الثالث بعمان سنة 1407هـ بعد استعراضه لموضوع التلقيح الصناعي (أطفال الأنابيب) وبعد الاطلاع على البحوث المقدمة، والتداول: أن هذه الطريقة⁷ محرمة شرعاً ومنوعة منعاً باتاً لذا⁸.

وهذا ما ذهب إليه قرار مجمع البحوث الإسلامية في جلسته المنعقدة بتاريخ: 2001/03/29 من أن "استخدام رحم امرأة أجنبية لوضع ماء زوجين شفي رحمهما يكون حراماً سواء أكان الموضوع في رحم تلك المرأة الأجنبية منياً أو بويضة أو جنيناً"، وهو ما قرره دار الافتاء المصرية في فتاها رقم 785 لسنة 1999م، وما قرره مجلس نقابة الأطباء في مصر والجمعية المصرية للخصوبة والعقم⁹.

¹ عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي، المرجع السابق، ص 228.

² عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي، المرجع السابق، ص 229.

³ ينظر مجلس الفقه الاسلامي في قراره الخامس في دورته السابعة بمكة المكرمة، سنة 1404هـ، المرجع السابق، ص 152.

⁴ وكانت الأسباب التي كما وردت في قراره "ان الزوجة الاخرى التي زرع فيها لقيحة بويضة الزوجة الأولى قد تحمل ثانية قبل انسداد رحمها على حمل اللقيحة من معاشره الزوج لها في فترة متقاربة من زرع اللقيحة ثم تلد توأماً ولا يعلم ولد اللقيحة من ولد معاشره الزوج كما قد تموت علقه أو مضغة، أحد الحملين ولا تسقط إلا مع ولادة الآخر، التي لا تعلم أيضاً أهو ولد اللقيحة أم حمل ولد الزوج؟ ويوجب ذلك اختلاط الأنساب.... ينظر مجلس الفقه الاسلامي في قراره الثاني في دورته السابعة بمكة المكرمة، سنة 1404هـ، المرجع السابق.

⁵ الجابري، الجديد في الفتاوى الشرعية للأمراض النسائية والعقم، دار الفرقان، د م ن، ط 1، 1994م، ص 119.

⁶ أحمد الشطي، أطفال الأنابيب بين العلم والدين، مجلة القيس، الكويت، العدد: 4865، 1985/11/27م، ص 8.

⁷ هي الطريقة الخامسة من التلقيح الصناعي التي نظر فيها مجلس الفقه الإسلامي.

⁸ ينظر القرار رقم 16، مجلة المجمع الفقه الإسلامي، دورة مؤتمره الثالث بعمان، الأردن، 11-16 أكتوبر 1986م، مجلة مجمع الفقه الإسلامي. العدد

الثالث، المرجع السابق، ج 01، ص 423

⁹ حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، عقد إجارة الأرحام بين الحظر والإباحة، المرجع السابق، ص 228 وما بعدها.

كما أفتى رئيس لجنة الفتوى بالأزهر الشيخ عطية صقر بأن "استئجار الأرحام، وهي الظاهرة التي انتشرت الآن في عدد من المجتمعات الغربية لحل مشكلات الزوجات العاقرات، مفوض في شريعة الإسلام وهو عبث أخلاقي يحرمه الإسلام".¹

الرأي الراجح: من خلال استقراء أقوال الفقهاء المؤيدين والمعارضين لمسألة الاستعانة بالرحم الظرفي الإنجاب فإن الباحث يرى أن الاتجاه القائل بعد جواز الاستعانة بالرحم المستعار والقول بحرمته (سواء كانت الأم البديلة أجنبية عن الزوج أو زوجة ثانية) هو الرأي الصائب وهذا لقوة أدلتهم وسلامة حججهم من المعارضة، فإجارة الأرحام اختلاط للأنسب ووسيلة لإشاعة الفاحشة في المجتمع .

فكما إن العقل السليم لا يتصور أو يقبل أن تقوم فتاة عزباء بتأجير رحمها لتحمل وتلد، ثم تدعي بعد ذلك عند الخطبة أو الزواج أنها بكر، فإنه لا يقبل أيضا أن تقوم أرملة أو مطلقة بتأجير رحمها وتغدو وتروح بين أفراد المجتمع حاملا بلا زوج، ثم هل يقبل عقل ويصدق منطق أن تقوم زوجة في عصمة رجل بتأجير رحمها وتجمع على فراش الزوجية في رحمها بين ماء زوجها وماء رجل أجنبي عنها، وهل تقبل فطرة الرجل أن تكون زوجته وعاء لماء رجل آخر؟

أ-موقف الفقه الإسلامي من نسب ولد الأم البديلة:

باستخدام طريقة الإنجاب بالأم البديلة أو الرحم المستعار تقع في إشكال والمتمثل في صلة الولد بأمه فيألى من ينسب إلى الأم البيولوجية صاحبة البويضة أم الأم صاحبة الرحم من الحمل حتى الولادة ؟ كما يثور تساؤل من جهة الأب، فهل ينسب الولد لزوج المرأة الحاضنة بعده صاحب الفراش أم ينسب لزوج صاحبة البويضة ؟ لذلك سنسلط الضوء على أمرين :الأول :معرفة نسب أو(صلة) الطفل المولود من جهة الأم ثم معرفة نسب أو(صلة) الطفل المولود من جهة أبيه.

-معرفة نسب أو(صلة) الطفل المولود من جهة أبيه:لقد رأينا أن في تقنية تأجير الأرحام توجد حالتين إما أن تزرع البويضة الملقحة مني الزوج وبويضة رحم الزوجة في رحم امرأة أخرى أجنبية، وإما أن تزرع في رحم امرأة أخرى للزوج (الضرة) :

ففي حالة إذا كانت المرأتان زوجتان لرجل واحد فلا إشكال فقد اتفق الباحثون المعاصرون على أن اللقيحة التي غرست في رحم الزوجة الثانية للزوج وإن كان هذا التلقيح محرما، فإن المولود ينسب إلى الزوج صاحب النطفة لأن الولد ناشئ من فراش الزوجية إلا إذا قامت أدلة قطعية على أن الولد ليس له ².

أما في الحالة الثانية التي تكون فيها صاحبة الرحم أجنبية عن الرجل صاحب النطفة فقد اختلف الفقهاء المعاصرين حول نسب المولود لأبيه من هذه الحالة إلى قولين :

القول الأول: ذهب بعض أهل العلم إلى أن نسب المولود يثبت إلى زوج المرأة صاحبة البويضة المخصبة منه، سواء كانت المرأة التي غرست اللقيحة في حمها ذات زوج أو عديمة الزوج ³.
واستدل أصحاب هذا القول بما يأتي:

من السنة:استدلوا بحديث "الولد للفراش وللعاهر الحجر"⁴

ووجه الدلالة أن النبي صلى الله عليه وسلم أقر بثبوت النسب لصاحب الفراش، ومعنى الفراش هو تلقيح البويضة بنطفة زوجها بعد عقد زواج صحيح، وبالتالي فإن الولد يحكم به لصاحب النطفة ⁵.

¹ كرام السيد غنيم، الاستنساخ والإنجاب بين تجريب العلماء وتشريع السماء، دار الفكر العربي بيروت، لبنان، ط1، 1998م، ص 303.

² محمد خالد منصور، المرجع السابق، ص 103، زياد أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 145.

³ الشويرخ سعد بن عبد العزيز بن عبد الله، أحكام التلقيح غير الطبيعي "أطفال الأنابيب، المرجع السابق، ص 442، الرملوي محمد سعيد محمد، دراسة شرعية لأهم القضايا الطبية المتعلقة بالأجنة البشرية، المرجع السابق، ص 140.

⁴ سبق تخريجه، في الصفحة 31 من البحث.

⁵ الشويرخ سعد بن عبد العزيز بن عبد الله، أحكام التلقيح غير الطبيعي "أطفال الأنابيب، المرجع السابق، ص 443.

-من المعقول: البيضة الملقحة هي أصل الجنين وتحمل صفات كل من الأب والأم، وهذا الجنين إنما يكبر وينمو بتوالد الخلايا التي تحمل الصفات الوراثية للخلية الأولى التي تكونت من البويضة وماء الرجل¹، ومنه فإن النسب يثبت لصاحب النطفة.

القول الثاني: ذهب بعض أهل العلم إلى أن نسب المولود لا يثبت إلى زوج المرأة صاحبة البيضة المخصبة منه، وإنما يثبت لصاحب الفراش وهو زوج المرأة التي غرست اللقحة في رحمها²، واستدل أصحاب هذا القول إلى ما يأتي:

من السنة : استدلو أيضاً بحديث "الولد للفراش وللعاهر الحجر"³.

ووجه الدلالة من الحديث ان الولد ينسب إلى صاحب الفراش وان كان المني من غير زوج المرأة فالولد شرعي لاحق بالزوج، فمادامت متزوجة فالولد للفراش إلا أن ينفه الزوج بلعان منه ويلحق بها⁴.

من المعقول:

-إن وطء الزوج لزوجته صاحبة الرحم مما يزيد من نمو الولد في بطنها⁵.

-الفقهاء حكموا بثبوت نسب الولد الذي تمل به الزوجة وتلد بعد الدخول المحقق لصاحب الفراش وصاحب الفراش في هذه المسألة هو زوج صاحبة الرحم، فيحكم بثبوت النسب له بناء على ما قرره الفقهاء⁶.

الرأي الراجح:

من خلال عرض أقوال الفريقين يتضح للباحث ما يلي:

-إذا كانت المرأتان زوجتان لرجل واحد فإن نسب الطفل المولود يثبت لأبيه لبيولوجي صاحب النطفة، أما إذا كانت صاحبة الرحم أجنبية عن الرجل صاحب النطفة وكانت متزوجة فإنه ينسب لصاحب الفراش أي زوجها وهنا لا يمكن للزوج صاحب النطفة زوج المرأة صاحبة البويضة أن يكون أباً للمولود إلا أنه يمكن لزواج المرأة صاحبة الرحم (الحاملة) أن ينكر نسب المولود له، هذا باللعان وجدير بالذكر أنه في حالة ما إذا كانت الأم البديلة (الحاملة) ليس لها زوج، فإن الطفل المولود لا ينسب إلى أبيه، بل يأخذ حكم ابن الزنا وينسب إلى أمه لأنه ليس هناك فراش صحيح ينسب إليه⁷.

-معرفة نسب أو(صلة) الطفل المولود من جهة أمه: أثير الجدل حول نسب الطفل المولود - عن طريق استخدام المرأة البديلة - لجهة أمه: فمن هي الأم، هل هي صاحبة البويضة أم من حملت وولدت ؟ فقد انقسم الفقهاء إلى رأيين:

الرأي الأول : يرى أصحابه أن الأم هي صاحبة البويضة، ومن ثم أن الطفل المولود لجهة الأم يكون للأم صاحبة البويضة، وذهب إليه طائفة من الفقهاء المعاصرين⁸، وهو رأي المجمع الفقهي الاسلامي في دورته السابعة⁹.

¹سفيان بن عمر بورقعة، المرجع السابق، ص 431.

²أحمد حماني، فتاوى الشيخ حماني، استشارات شرعية ومباحث فقهية، منشورات قصر الكتاب، الجزائر، (دط، د ن)، ج1، ص 385، ينظر أيضاً: السيد عطية، السيد أبو حمزة، أحكام المتبني واللقيط، رسالة دكتوراه مقدمة بقسم الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، 1999م، ص154، حيدر حسين كاظم الشمري، إشكاليات إثبات النسب في صور وفرضيات التلقيح الصناعي "دراسة مقارنة في القانون والشريعة الإسلامية"، مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون، جامعة كربلاء، العراق، السنة الثانية، العدد 01، 2010م، ص 148.

³سبق تخريجه، في الصفحة 31 من البحث.

⁴أحمد حماني، المرجع السابق، ص 385.

⁵عبد الله بن زيد آل محمود، التزوج بالكتايب وعموم ضرره على البنين والبنات، المكتب الإسلامي، بيروت لبنان، ط 1407، 3، ص 36.

⁶عبد الله بن زيد آل محمود المرجع السابق، ص 27.

⁷زياد أحمد سلامة، والشريعة، المرجع السابق، ص 146، حيدر حسين كاظم الشمري، إشكاليات إثبات النسب في صور وفرضيات التلقيح الصناعي، المرجع السابق، ص 148.

⁸منهم :مصطفى الزرقاء، محمد نعيم ياسين، وهبة الزحيلي، عارف علي عارف، وغيرهم :أنظر : سفيان بن عمر بورقعة، المرجع السابق، ص 429

⁹ينظر :مجلس المجمع الفقهي الإسلامي في قراره الخامس، في دورته السابعة بمكة المكرمة، 1404هـ، المرجع السابق، ص 152.

واستدلوا بما يأتي :

- إن الأم الحقيقية هي التي أعطت البيضة والتي هي أصل الجنين تحمل صفات وراثية لكل من الأب والأم، فهي إذن أساس تكوينه وبنيته، أما صاحبة الرحم فإنها غذت الجنين بدمها بعد تكوينه حتى تكامل وولد، فهي لذلك تأخذ حكم الأم من الرضاعة من باب أولى وترتيب آثار ذلك ، لأنه تغذى بدمها واحتضن برحمها وربي في بطنها¹.

- قياس نسب المولود لأمه صاحب البويضة على نسب المولود لأبيه صاحب النطفة، فكما أنه يحكم من جهة الأبوة بأن الأب هو صاحب النطفة، فكذلك يجب أن يحكم من جهة الأمومة أن الأم هي صاحبة البويضة بسبب أن كل منهما شارك في أصل تكوينه².

الرأي الثاني : ذهب طائفة من الفقهاء أن الأم الحقيقية للمولود هي صاحبة الرحم، ومن ثم أن الطفل المولود لجهة الأم يكون للأم صاحبة الرحم³.

واستدلوا بما يأتي:

من الكتاب : استدلو بالآيات التي تؤكد على أن الأم هي التي حملت ووضعت :

-منها قوله تعالى ﴿إِنَّ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدَتْهُمْ﴾⁴، وهذا نص قطعي الثبوت والدلالة، لاسيما أنه جاء على صيغة الحصر⁵.

وقوله تعالى: ﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا ۚ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا...﴾⁶ وقوله أيضا ﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَى وَهْنٍ﴾⁷.

ووجه الدلالة من هاتين الآيتين أن الله تعالى بين الأسباب التي توجب الإحسان إلى الأم التي ولدت، ويوصي بها خيرا، وما ذلك إلا لأنها كابدت وعانت من مشاق الحمل والولادة، فهما جوهر الأمومة، ومفهوم المخالفة أنالأم التي لا تحمل ولا تلد ولا تعاني مشاق الحمل والولادة ليست أما نسبية، وصاحبة البيضة لم تقم بشيء من ذلك فليست أما نسبية⁸.

من المعقول :

-إن عد المرأة صاحبة البويضة هي الأم فيه إفساد لمعنى الأمومة ويتعارض مع المقصود، فصاحبة البويضة التي ينسب إليها الجنين وتتمتع بكل مزايا الأمومة من نفقة وميراث، تقتصر دورها على بويضة أفرزها مبيضها دون اختيار منها ودون معاناة، فبينما التي تعبت وعانت مشاق الحمل والولادة تعد مرضعة فقط، فالأمومة أكبر من ذلك بكثير فهي معاناة وصبر وبذل وعطاء، لهذا يؤكد أصحاب هذا الرأي إن الأجدر بوصف الأم هي من حملت وولدت⁹.

¹ حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، عقد إجارة الأرحام بين الحظر والإباحة، المرجع السابق، ص 257، زياد أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 135-

136، حيدر حسين كاظم الشمري، إشكاليات إثبات النسب في صور وفرضيات التلقيح الصناعي، المرجع السابق، ص 148.

² الشويرخ سعد بن عبد العزيز بن عبد الله، أحكام التلقيح غير الطبيعي "أطفال الأنابيب، المرجع السابق، ص 388.

³ ينظر: القرضاوي، فتاوى معاصرة للمرأة والأسرة المسلمة، المرجع السابق، ص 161، زياد أحمد سلامة، أطفال الأنابيب بين العلم والشرعية، المرجع السابق، ص 135.

⁴ سورة المجادلة، الآية 2.

⁵ عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي، المرجع السابق، ص 230.

⁶ سورة الأحقاف، الآية 15.

⁷ سورة لقمان، الآية 14.

⁸ محمد خالد منصور، المرجع السابق، ص 106.

⁹ الشويرخ سعد بن عبد العزيز بن عبد الله، المرجع السابق، ص 407-409

-إن الولد يتبع المرأة الحاملة وزوجها لقوله صلى الله عليه وسلم "الولد للفراش" فإذا حملت امرأة ذات زوج بالتلقيح الصناعي سواء بالشتل أو بالزنا أو الغصب أو الوطء بشبهة فحملها يعد للزوج وزوجته التي حملت به وولده ولا علاقة للزاني أو الغاصب أو الذي أخذ منه المني¹.

الرأي الراجح:

في الحقيقة أنه لا يمكن أن نرجح رأياً على آخر في هذه المسألة إلا بأن نعرض أولاً دور كل منهما علمياً وعملياً في هذه الولادة، إذ لا يسوغ لنا إنكار دور كل من صاحبة البويضة وصاحبة الرحم **فالأولى**: دورها يقتصر في منح البويضة التي أفرزها مبييضها دون معاناة فدورها بذلك دور سلبي إلا أنهذا الدور له تأثير بيولوجي، فالسجل الوراثي للطفل كان نتيجة التحام نطفة وبويضة وباندماج هذين الخليتين الجنسيين للأبوين تتكون خلية الطفل، فهذا الأخير الذي يحمل 23 كروموزوم (صبغي) من الأم ومثله يحمله من الأب²، وبذلك يرجع الأصل الوراثي للمولود إلى والديه الذين التحمت خليتهما الجنسيان وهي حقيقة علمية لا يمكن إنكارها. أما الثانية صاحبة الرحم فدورها يقتصر على الحمل والولادة فهي بذلك تقوم بمهمتين فدورها إيجابي، فالجنين في بطن أمه يأخذ غذاءه وكل ما يحتاجه وي طرح فضلاته، ثم إن هذا الدور يؤثر على الحامل فالحمل يصاحبه الوحام، الذي يكون له تأثير في الثلاثة أشهر الأولى من الحمل وما يصاحبه من عادات وسلوكيات واضطرابات نفسية فيتحملها جسمها المنهك بضعف طاقته، كما تصاب بضيق التنفس وهشاشة العظام وفقر الدم، بالإضافة إلى آلام الوضع والولادة³.

وبذلك لا يمكن إهمال دور المرأتين كما لا يمكن الانحياز لإحدهما على حساب الأخرى، فلا يمكن أن يقوم حمل دون بويضة حتى تلتحم من النطفة، ولن يكون هناك حمل دون رحم، لذلك هناك من قال باللجوء إلى مذهب الإمام أبي حنيفة الذي يجيز نسب المولود إلى امرأتين إذا ادّعيه⁴ لكن قبول هذا الرأي بأن أمر التأكد من الأم أصبح سهلاً ويسيراً في ظل التطورات العلمية الحديثة كالبصمة الوراثية في إثبات النسب وذهب إلى ذلك **عبد المعطي بيومي وأحمد إبراهيم بك والسعيد إبراهيم طه**⁵.

لذا وأمام هذين الرأيين وحجج كل منهما فإن الرأي الراجح هو الرأي الثاني القائل بأن الأم هي من حملت وولدت وهذا لقوة ما استدلوا به، كما جاء قوله تعالى " للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والأقربون"⁶، فمن يرث المرأة هو الطفل الذي ولدته، وبذلك صارت والدته وليس التي أخذت منها البويضة، فالأمهات هن اللواتي حملن أجنتهن وأخرجنها لأن البويضة عند خروجها من المرأة لا تشكل كائناً يوصف بالعلم أو عدم العلم، كما إن البطون للأمهات فالتى تبرعت لا بطن لها⁷، ثم إن إثبات نسب من جهة الأم يكون بالولادة وهذا متفق عليه من الفقهاء سواء كانت الولادة من نكاح صحيح أو فاسد أو زنا، فيقول الإمام **الصنعاني**-رحمه الله- " فنسب الولد من المرأة يثبت بالولادة سواء كان بالنكاح أو بالسفاح"⁸.

وترتيباً على ما سبق بيانه، يتضح أن تقنية الإخصاب الصناعي في الصور التي أجازها العلماء أطباء وفقهاء (المجاميع الفقهية) يمكن الاعتماد عليها كقرينة طبية في إثبات نسب الولد الناشئ عن هذه الصور المباحة، أما في الصور والحالات التي لم تجزها المجاميع

¹ محمد المرسي زهرة : الانجاب الصناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية "دراسة مقارنة"، جامعة الكويت، 1992م-1993م، ص 386.

² محمد المرسي زهرة، المرجع السابق، ص 380-381، ينظر أيضاً : البار محمد علي، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، المرجع السابق، ص 173.

³ محمد المرسي زهرة، المرجع السابق، ص 381-382، البار محمد علي، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، المرجع السابق، ص 445 وما بعده.

⁴ حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، عقد إجارة الأرحام بين الحظر والإباحة، المرجع السابق، ص 270-271.

⁵ حسن محمد كاظم، حيدر حسين كاظم، عدنان هاشم جواد، المرجع السابق، ص 107.

⁶ سورة النساء الآية 07.

⁷ حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، عقد إجارة الأرحام بين الحظر والإباحة، المرجع السابق، ص 267، زياد أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 137.

⁸ الكاساني، المرجع السابق، ج6، ص 243.

الفقهية فلا يمكن أن تكون دليل إثبات نسب المولود منها إلى الزوج أو قرينة دالة على ذلك لما تحمله من مخالفات شرعية وإشكالات قانونية وعملية.

الفرع الثالث :موقف التشريعات المقارنة من تقنيات الإخصاب الصناعي كقرينة لإثبات النسب :

بعد بيان الحكم الشرعي للإخصاب الصناعي لمختلف صوره سنسلط الضوء في هذا الفرع على موقف التشريعات لبعض الدول الغربية والعربية الإسلامية حول مدى مشروعية هذه التقنية الحديثة، فالدول الغربية لها السبق في استعمال هذه العملية بمختلف صورها، وهذا بفضل تقدمها في مجال العلوم الطبية والبيولوجية، وهو ما انعكس على مرونة تشريعاتها في مجال الإخصاب والمساعدة على الإنجاب ومسايرتها لمختلف النوازل والاكتشافات العلمية الحديثة، بينما نجد بعض الدول قد نصت على هذه المسألة بموجب نصوص قانونية .

وسنقسم هذا الفرع إلى نقطتين :موقف بعض التشريعات من تقنية التلقيح الصناعي (أولا)، ثم موقف التشريعات العربية الإسلامية (ثانيا):

أولا: موقف بعض التشريعات الغربية من تقنية التلقيح الصناعي :

1-القانون البريطاني : صدر ببريطانيا قانون الخصوبة البشرية وعلم الأجنة سنة 1990م، المعدل سنة 2008م، وتضمن قواعد وإجراءات تنفيذ عملية الإخصاب الصناعي، وتبعاً لذلك أنشأت مراكز لحفظ المعلومات تحت يدي المولود بمجرد بلوغه سن 18، إذا كان راغباً في الاطلاع على قصة وجوده، ومعرفة روابطه الدموية مع أسرته البيولوجية ماعدا التعرف على هوية المتبرع ، إلا إذا أفصح عن رضاه بذلك وموافقة المستقبلين للخلايا.¹

كما نصت المواد من 27 إلى 30 من ذات القانون على ضرورة الحصول على ترخيص من الجهة المعنية مع استيفاء شروط معينة لإجراء عملية الإخصاب، كما نصت المادة 28 منه "على عدم انتساب الحمل إلى والديه إذا تم الإخصاب بعد الوفاة"²، كما جرم القانون البريطاني الصادر بتاريخ 1985/07/16م، المتعلق بالحمل بالإنابة جميع أشكال الوساطة التي تتم بغرض إتمام عملية الحمل لحساب غيره، وأقر عقوبات لمرتكبيها³.

2-موقف التشريع الفرنسي :أصدر المشرع الفرنسي قانون الصحة بتاريخ: 1994/07/29م⁴، والذي نظم بموجبه أحكام تقنية الإخصاب الصناعي بجميع صوره ووسائله⁵:

أ- أجازالمشرع الفرنسي عملية الإخصاب الصناعي (الداخلي والخارجي) بين الزوجين الذين تربط بينهما علاقة زواج لكن بشرط وجوب إثبات العقم طبيا وهذا طبقا لنص المادة 152 فقرة 01 من نفس القانون⁶.

¹René Frydman, les procréation médicament assistées,père edition presses universitaire ,France 1991,p.53

² محمد عبد الوهاب الخولي، المسؤولية الجنائية للأطباء، د د ن، القاهرة، ط1، 1997م، ص 96-100.

³ رضا عبد الحليم عبد المجيد، المرجع سابق، ص 134.

⁴ القانون رقم 654 لسنة 1994م، الصادر بتاريخ: 1994/07/29م، المتضمن قانون الصحة الفرنسي المعدل والمتمم بالقانون رقم 800-04 المرجع السابق .

⁵ لاسال بيرنجير وآخرون، قانون البيولوجية البشرية مع ملحق بتقنين الصحة العامة الفرنسي، ترجمة وتنقيح :أحمد محمد عيد، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1435هـ-2014م، ص 124.

⁶ تنص المادة 152 فقر 01 من القانون 653 لسنة 1994م المتضمن قانون الصحة الفرنسي، المرجع السابق "المساعدة الطبية على الإنجاب يجب أن يكون موضوعها علاج العقم أو تجنب الأمراض الوراثية ".

أما بالنسبة لغير المتزوجين فإن القانون الفرنسي ترك المجال مفتوحاً أمامهم للجوء إلى عملية الخصاب الصناعي لكن بشرط أن يثبت أحدهما يقيمان بها لمدة سنتين كاملتين¹ على الأقل حسب نص المادة 152 فقر 2 من قانون الصحة العامة والتي تقابلها المادة 2141 فقرة 2 من القانون رقم 800-2004 الخاص بالعلوم الإحيائية، المعدل والمتمم² وعلى أن يثبت الشريكان قيام الحياة المشتركة بينهما لمدة سنتين ويتم ذلك عن طريق عقد يمنحه قاضي الشؤون العائلية³.

ب- راعى المشرع الفرنسي بالدرجة الأولى مصلحة الزوجين في الحصول على مولود حتى وإن تم ذلك بتدخل أجنبي عن العلاقة (بغير نطفة زوجها)، ويتجلى ذلك من خلال المادة 152 فقرة 6 من قانون الصحة العامة الفرنسي⁴، وإن كان المشرع من وراء هذه المادة منح الطفل وضعية عائلية تقليدية، إلا أنه حصر اللجوء إلى هذا الأسلوب فقط في الحالة التي فشلت فيها عملية التلقيح الصناعي بنطفة الزوج أو الرفيق في القضاء على العقم، لهذا تم توجيه النقد من طرف مجلس الدولة الفرنسي الذي يرى أن نص المادة 152 فقرة 6 تعارض مقتضيات المادة 152 فقرة 1 من نفس القانون، مما جعل المشرع الفرنسي يأخذ بعين الجدل هذا النقد وقم بتعديل النص بإضافة "حالة الإصابة بالأمراض الخطيرة، وهذا التعديل تبناه المشرع الفرنسي بموجب نص المادة 2141-7 من القانون 800-2004 المتعلق بالعلوم الإحيائية،⁵ والتي تم إدراجها في قانون الصحة العامة الفرنسي .

ج- أما فيما يخص عملية التلقيح بعد الوفاة: فرغم أن المشرع الفرنسي لم ينص على منعه صراحة إلا أنه يمكن استخلاصه من نص المادة 152 فقر 2⁶ من قانون الصحة العام الفرنسي حيث اشترطت أن يكون الزوجان على قيد الحياة، وأن يعبرا عن رضاها للخضوع لإجراء العملية وهو ما أكدته المادة 2141-2 فقر 3 من القانون 800-2004 وبالتالي يفهم ضمناً عدم جواز مثل هذه الصورة⁷، لكن قد يتوفى الزوج بعد الإعلان عن رضاه قبل إجراء العملية فكيف عالج المشرع الفرنسي هذه الحالة؟

إن الإجابة عن هذا التساؤل ليست ضمن النصوص السابقة وإنما الإجابة جاءت ضمن تقرير مجلس الدولة الفرنسي رقم: 236 باسم لجنة الأعمال الاجتماعية لمجلس الشيوخ في 12 / 01 / 1994م⁸، وبناء عليه لا يحق اللجوء إلى التلقيح الصناعي بعد وفاة الزوج حتى ولو عبّر عن رضاه قبل وفاته لأن العبرة بتحرير الرضا كتابة بإجراء العملية .

د- أما فيما يخص موقف المشرع الفرنسي من الرحم المستعار (الأم البديلة) فقد حظر المشرع الفرنسي استعمال هذه التقنية، ففي قانون الصحة الفرنسي جرم أعمال الوساطة في تأجير الأرحام إلا أن القانون لم يتطرق إلى تجريم طرقي العلاقة، أي أن العمل غير مجرم إن وقع دون وساطة على أن العقد الذي يتم باطل ولا يعتد به قانون 94/653¹.

¹ Marc Dupert et Claudine Esper ,droit hospitalier, 4^{ème} édition ,daloz;paris,2003,p598

² القانون رقم: 800-2004 الصادر بتاريخ: 06 أوت 2004م، الخاص بالعلوم الإحيائية، (الجمهورية الفرنسية جريدة رسمية العدد الصادر بتاريخ: 7 أوت 2004)، المعدل والمتمم بالقانون رقم: 214-2011 الصادر بتاريخ 07-07-2011، الخاص بالعلوم الإحيائية، (الجمهورية الفرنسية جريدة رسمية ع 157 الصادرة بتاريخ: 2011/07/08)

³ جيلالي تشوار، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية، المرجع السابق، ص 101.

⁴ Article n 152/6 ,code de la santé public française (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)

⁵ بنظر المادة: 2141-7 من القانون 800-2004 المتعلق بالعلوم الإحيائية، المرجع السابق

⁶ L'article 152/2 du code de la santé française (...L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants...)

⁷ بنظر المادة: 2141-7 من القانون 800-2004 المتعلق بالعلوم الإحيائية، المرجع السابق.

⁸ حيث جاء في التقرير: (L'homme et la Femme doivent être vivants et consentants au moment de l'insémination ou de l'implantation de l'embryon) بنظر التقرير رقم 236 المحضر باسم لجنة الأعمال الاجتماعية لمجلس الشيوخ الفرنسي في 12 جانفي 1994.

فقد وضع المشرع الفرنسي حماية خاصة للجسد البشري، إذ أقر صراحة بعدم مشروعية الاتفاق المبرم بين الأم البديلة والمستفيد والذي يكون الهدف منه تأجير الرحم، وهذا ما نصت عليه المادة 16فقرة 7 من القانون المدني الفرنسي، وهو المنهج المطابق لقرار البرلمان الأوروبي الصادر في: 16/03/1989 الذي أكد بأنه يجب وبشكل عام رفض كل شكل من أشكال الأمومة بالإناثة.²

كما قرر المشرع الفرنسي عقوبات جزائية نصت عليها المادة 227-12 من قانون العقوبات الفرنسي عقوبة سنة سجن وغرامة مالية قدرها 15000 أورو على كل شخص يلجأ إلى الإنجاب بواسطة هذه التقنية وعقوبة ثلاث سنوات سجن وغرامة مالية قدرها 45000 أورو إذا تمت هذه العملية بمقابل مالي حسب نص المادة 227-13 من نفس القانون، كما فصل القضاء الفرنسي في مسألة إجارة الرحم في عدة قضايا بالبطلان.³

هـ- أما التلقيح الصناعي الخارجيبوجود متبرع فإن المشرع الفرنسي وبموجب قانون 1994م، فقد أقر لمبدأ جديد وهو أن النسب غير قابل للمنازعة (La filiation incontestable)، مفاده أن الزوج لما يبيد رضاه بخضوع زوجته لعملية التلقيح الصناعي بمني رجل آخر لا يمكنه بعد ذلك أن يشكك في شرعية هذا النسب، وهذا استنادا للفقرة 02 من المادة 311-20 من القانون المدني الفرنسي.⁴

أما بالنسبة للمتبرع بالبويضة فكما أجاز المشرع الفرنسي التبرع بالمني أباح بالمقابل التبرع بالبويضات ويظهر ذلك في أحكام المادة 671-01 من قانون الصحة العامة الفرنسية.⁵

3-التشريع الإسباني: أجاز المشرع الإسباني بإجراء عملية الإخصاب الصناعي من خلال صدور القانون رقم 35 لعام 1988م، الذي اشترط في الفقرة 03 من المادة الأولى منه أن يكون الهدف من الإخصاب الصناعي هو معالجة العقم الإنساني شرط عدم نجاعة الطرق التقليدية في إزالته، وأضاف بأنه يجب اتباع هذه العملية في حالة الأمراض الوراثية الخطيرة كما اشترطت المادة 06 من نفس القانون صدور الرضا من المرأة التي تلجأ إلى هذه الوسيلة بطريقة حرة وواعية وصریحة ومكتوبة وألا تقل سنّها عن 18 سنة، مع تمتعها بالأهلية الكاملة واشترطت أيضا رضا زوجها إذا كانا منفصلين.⁶

كما رخص هذا القانون طبقا لنص المادة 09 فقرة 02 للزوجة الأرملة تخصيب نفسها بحيامن زوجها المتوفى بعد واقعة الوفاة بشرط أن تتم عملية الإخصاب خلال ستة أشهر التالية للوفاة، شرط أن يكون المتوفى قد وافق قبل وفاته على العملية في شكل وثيقة رسمية أو ووصية.⁷

ثانيا: موقف التشريعات العربية:

¹ عقيل فاضل الدهان، رائد صيوان المالكي، المشاكل القانونية والشرعية لعقود إجارة الأرحام، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، العراق، 2011م، مجلد 13، ع 02، ص 233، ينظر أيضا: جيلالي تشوار، رضا الزوجين على التلقيح الاصطناعي، م، ع، ق، إ، كلية الحقوق، جامعة تلسان، 2006م، ع 04، ص 60.

² الجليلي بغدالي، الوسائل العلمية الحديثة المساعدة على الإنجاب في قانون الأسرة الجزائري، "دراسة مقارنة" مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2013م-2014م، ص 62.

³ بلهاهي سعيدة، إجارة الرحم وأثرها على النسب، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير قانون خاص، فرع قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر 1، 2014-2015 م، ص 16

⁴ Article 311-20 du code civil française (Le consentement donné à une procréation médicalement assistée interdit toute action en contestation de la filiation ou en réclamation d'état...)

⁵ Article n673 au code de la santé française (Le don de gamètes consiste en l'apport par un tiers de spermatozoïdes ou d'ovocytes en vue assistance médical à la procréation)

⁶ هيكل حسيني، المرجع السابق، ص 141.

⁷ هيكل حسيني، المرجع السابق، ص 203.

لقد تصدرت تشريعات بعض الدول العربية لهذه النازلة مثلما تصدى لها فقهاء الشريعة الإسلامية، فأقرت بمشروعية بعض صور التلقيح استجابة لمطالب شعوبها، واستنادا إلى الفتاوى الفقهية الصادرة، لاسيما المجاميع الفقهية الإسلامية المتواترة، إلا أن هناك من خصص لهذه التقنية قانونا مستقلا، كالمغرب وتونس والإمارات العربية المتحدة ودولة البحرين والسعودية والعراق...، ومنهم من تطرق إليه في نص قانوني واحد أو عدة نصوص وأدرجه ضمن قانون آخر كالجائر وليبيا¹.

1-التشريع البحريني: أصدر المشرع البحريني بتاريخ: 03 أغسطس 2017م، قانونا خاصا باستخدام التقنيات الطبية المساعدة على الإخصاب الصناعي والذي أجاز فيه الإخصاب الصناعي الداخلي بين الزوجين، حيث نصت المادة 5 منه²، "تستخدم التقنيات الطبية المساعدة على الإخصاب الصناعي والإخصاب بإحدى الطرق التالية منها: أ - الإخصاب الصناعي (الداخلي) . وقد أجازت المادة 5 المذكورة أعلاه التلقيح الصناعي الخارجي إذ نصت: "والإخصاب بإحدى الطرق التالية:...ب- الحقن المجهرى ج- طفل الأنبوب"، وكانت المادة 01 من نفس القانون قد عرفت التلقيح الصناعي الخارجي بين الزوجين بأنه "إخصاب بيضة الزوجة بحيامن الزوج في المزرعة" وعرف الحقن المجهرى بأنه "حقن حيمن واحد داخل البيضة بواسطة إبرة خاصة، وبمساعدة جهاز خاص بمجهر عاكس"³.

كما ألزمت المادة 6 من نفس القانون المؤسسات الصحية التي تستخدم هذه التقنية بعدة واجبات منها: وجوب التأكد من وجود عقد زواج موثق قبل وأثناء العلاج حتى زرع الأجنة مع إرفاق نسخة مطابقة للأصل في الملف الطبي، وفي حالة تحقق العلم بالوفاة لأحد الزوجين أو انتهاء العلاقة الزوجية لأي سبب ألزمت هذه المؤسسات الامتناع عن إجراء عملية التلقيح أو الإخصاب أو الحقن المجهرى وكل برامج التجميد⁴.

و منع المشرع البحريني كل العمليات التي تتم بتدخل غير الزوجين وهذا بموجب المادة 7 من ذات القانون والتي تنص "يحظر على المؤسسة الصحية أو الطبيب الاستشاري.....الإخصاب بحيامن غير الزوج أو تخصيب بيضة من غير الزوجة"⁵.

التشريع الإماراتي: أصدر المشرع الإماراتي القانون الاتحادي رقم 7 لسنة 2019 بشأن المساعدة الطبية على الإنجاب الذي ألغى القانون رقم 11 لسنة 2008 في شأن ترخيص مراكز الإخصاب بالدولة⁶، وقد نصت المادة 7 منه على أن: "تحديد تقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب بقرار من الوزير بعد التنسيق مع الجهات الصحية الأخرى ولا يجوز استخدام هذه التقنيات في غير المراكز المرخصة" ثم حددت المادة 8 منه شروط وضوابط ممارسة تقنيات المساعدة على الإنجاب و ذكرت المادة 9 منه الممارسات المحظورة والتي نجدها متطابقة تماما مع الصور التي لم تجزها المجاميع الفقهية، أما المادة 10 على إجراءات حفظ البويضات وتلقيحها وحددت المادة 11 مدة حفظ البويضات غير الملقحة والحيوانات المجمدة وذلك بمدة بخمس سنوات قابلة للتجديد بناء على طلب كتابي، ونصت المادة 12 على شروط وضوابط إجراء تقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب والمادة 14 ذكرت محظورات استعمال

¹ سحارة السعيد، أحكام الإخصاب الاصطناعي "دراسة مقارنة" أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم في الحقوق، تخصص قانون الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر بيسكرة، 2019-2020م، ص 104.

² المادة 5 من القانون رقم 26 لسنة 2017م، الصادر بتاريخ: 03 أغسطس 2017م، بشأن استخدام التقنيات الطبية المساعدة على التلقيح الاصطناعي والإخصاب، (مملكة البحرين، ج ر، ع 3325 بتاريخ 03 أغسطس 2017م).

³ ينظر الفقرتين 15 و 16 من المادة الأولى القانون رقم 26 لسنة 2017م، بشأن استخدام التقنيات الطبية المساعدة على التلقيح الاصطناعي والإخصاب، المرجع السابق.

⁴ ينظر المادة 6 من القانون رقم 26 لسنة 2017م، المرجع نفسه.

⁵ المادة 7 من القانون رقم 26 لسنة 2017م، المرجع نفسه.

⁶ القانون الاتحادي رقم 7 لسنة 2019 بشأن المساعدة الطبية على الإنجاب الإماراتي الصادر بتاريخ 2019/12/19م، الملغى للقانون القانون الاتحادي رقم 11 لسنة 2008م في شأن ترخيص مراكز الإخصاب بالدولة .

البويضات وجاءت المادة 24 لتضع الجزاء التأديبي التي يتعرض لها المراكز والعاملون جراء مخالفتهم احكم هذا القانون ثم أردفتها المادة 26 بالنص على العقوبات الجزائية¹.

وجدير بالذكر أن القانون اتحادي رقم 11 لسنة 2008 في شأن ترخيص مراكز الإخصاب بالدولة (الملغى)² كان قد نص على جواز الإخصاب الداخلي من الزوجين بموجب الفقرة 1 من المادة 8 منه، والتي تنص على " تشمل تقنيات المساعدة على الإنجاب ما يلي: أ- تقنية الإخصاب عن طريق إدخال الحيامن إلى الجهاز التناسلي للمرأة (IUI).

أما التلقيح الصناعي الخارجي فقد أجازته **القانون الملغى** بصورة مختلفة بين الزوجين، حيث نصت الفقرتين 2 و3 من المادة 8 المذكورة أعلاه "تشمل تقنيات المساعدة على الإنجاب ما يلي: ب.... إخصاب البيضة مجهريا بيمين خارج جسم المرأة (IVF) أو الحقن المجري (ICSI) واستعمال البيضة لاحقا، ج- إدخال بويضات وحيامن إلى الأنابيب الرحمية (GIFT) وأجنة (ZIFT)....". وحددت الفقرتين 2 و3 من المادة 9 من نفس القانون الشروط والضوابط الواجب الالتزام بها عند ممارسة هذه التقنية: وأولها الموافقة الصريحة والكتابية من الزوجين المقبلين على عملية الإخصاب الصناعي بالإضافة إلى استظهار الزوج وثيقة رسمية تثبت قيام العلاقة الزوجية عند الإخصاب وعند زرع البيضة المخصبة³.

2-النظام السعودي: أصدر المشرع السعودي نظاما خاصا بوحداث الإخصاب والأجنة وعلاج العقم بتاريخ⁴، والذي أجاز فيه الإخصاب الصناعي الداخلي بموجب المادة 2 منه والتي نصت على " يجوز التدخل الطبي لعلاج العقم الناتج عن ضعف الخصوبة أو عن وجود مشكلة مرضية قابلة للعلاج بناء على تقرير طبي ولا يجوز إطلاقا إجراء عمليات الإخصاب لعلاج العقم الذي يثبت عدم قدرة المصاب على الإنجاب"⁵.

كما نصت المادة 4 من النظام " يجب التأكد من وجود علاقة زواج قائمة قبل البدء في العلاج ويحظر بتخصيب أي بيضة للزوجة بحيامن من الزوج بعد الطلاق أو الوفاة، ويجب على الطبيب عند حدوث ذلك أن يوقف عمليات الإخصاب والتلقيح"، ونصت المادة 5 على أنه " لا يجوز زرع بيضة مخصبة من زوجين في رحم زوجة أخرى ولا يجوز الإخصاب بحيامن من غير الزوج ولا تخصيب بيضة لغير الزوجة"⁶.

وقد أجاز كذلك الإخصاب الصناعي الخارجي بين الزوجين فعرفته المادة 01 من النظام المذكور (أعلاه) بأنه " عملية إخصاب بويضات الزوجة بعد سحبها من المبيض بحيامن الزوج في المعمل، وحفظها تحت ظروف معينة ثم أعاد الأجنة أو البيضة المخصبة إلى رحم الزوجة بعد التأكد من حدوث الانقسام السليم"⁷.

وجدير بالذكر أن النظام العقابي للملكة العربية السعودية نص على أنه يمكن لجميع المحكوم عليهم من الرجال المتزوجين الحق في لقاء زوجاتهم في مكان آمن، وذلك بعد مرور شهرين متصلين على وجودهم في السجن، لذلك ذهب بعض الفقهاء المؤيدين لعملية

¹ ينظر: المواد 7 و8 و9 و10 و11 و12 و14 و24 و26 من القانون اتحادي رقم 7 لسنة 2019، المرجع السابق .

² القانون الاتحادي رقم 11 لسنة 2008م في شأن ترخيص مراكز الإخصاب بالدولة (الإمارات العربية المتحدة، ج ر ع 488 مكرر، بتاريخ 18 ذي الحجة 1429هـ، الموافق ل: 16 ديسمبر 2008م **ألغى** بموجب المادة 35 من القانون اتحادي رقم 7 لسنة 2019، المرجع السابق التي نصت: " يلغى القانون الاتحادي رقم 11 لسنة 2008 في شأن ترخيص مراكز الإخصاب بالدولة..."

³ ينظر الفقرتين 2 و3 من المادة 9 من القانون الاتحادي رقم 11 لسنة 2008م، المرجع نفسه.

⁴ نظام وحدات الإخصاب والأجنة وعلاج العقم السعودي، الصادر بالمرسوم الملكي رقم: م/76 المؤرخ في 1424/11/21 هـ المملكة العربية السعودية، جريدة أم القرى، ع 4024، بتاريخ 1425/11/12 هـ .

⁵ المادة 2 من نظام وحدات الإخصاب والأجنة وعلاج العقم السعودي، المرجع نفسه .

⁶ ينظر المواد 2 و4 و5 من نظام وحدات الإخصاب والأجنة وعلاج العقم السعودي، المرجع السابق، ص 5 و6 .

⁷ ينظر المادة 1 2 من نظام وحدات الإخصاب والأجنة وعلاج العقم السعودي، المرجع السابق.

الإخصاب الصناعي إلى القول بأن المشرع ما دام أنه قد أباح تنظيم لقاء بين المسجونين وزوجاتهم، فمن باب أولى اللجوء إلى وسيلة الإخصاب الصناعي¹.

2- التشريع العراقي: أصدر المشرع العراقي قانون المعهد العالي لتشخيص العقم والتقنيات المساعدة على الإنجاب رقم 19 لسنة 2011م²، حيث نصت المادة 02 منه على أنه "يهدف المعهد إلى تحقيق ما يلي: أ- توفير الوسائل التشخيصية والعلاجية في مجال العقم وبأحدث الأساليب العلمية الحديثة، وبما لا يتنافى مع أحكام الشريعة الإسلامية والقيم الأخلاقية وبأجور مناسبة"، وجاء في نفس المادة البند الأخير (ي) يمنع منعاً باتاً الاستعمال والمتاجرة بالأجنة³.

3- التشريع المغربي: بتاريخ 2016م، صدر مشروع قانون مغربي يتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب⁴، وتجدر الإشارة أن هذا القانون دخل حيز التنفيذ بموجب ظهير شريف رقم 1.19.50 الصادر بتاريخ 11 مارس 2019⁵.

وقد أجاز القانون (أعلاه) الإخصاب الصناعي الداخلي بين الزوجين، فنصت المادة 01 منه على أنه "تهدف المساعدة الطبية على الإنجاب إلى تدارك العجز أو الضعف في الخصوبة ذي الطبيعة المرضية التي يتم تشخيصها طبياً، ويمكن أن تهدف أيضاً إلى تجنب انتقال مرض خطير إلى الطفل الذي سيولد أو إلى أحد الزوجين يؤثر عل إنجابهما، كما أنه لا يمكن ممارسة المساعدة الطبية على الإنجاب إلا طبقاً لأحكام هذا القانون والنصوص المتخذة لتطبيقه"⁶.

وقد نصت المادة 12 فقرة 01 من نفس القانون "لا يجوز القيام بالمساعدة الطبية على الإنجاب إلا لفائدة امرأة ورجل متزوجين وعلى قيد الحياة وبواسطة أمشاج متأتية منهما وحدهما دون غيرها"⁷.

أما التلقيح الصناعي الخارجي فقد أجازته المشرع المغربي أيضاً فعرفته المادة 6 من نفس القانون بأنه "تخصيب بيضة الزوجة بعد سحبها من المبيض في المختبر بحيامن الزوج وتحضيرها وحفظها وفق شروط خاصة"

كما منعت المادة 5 استئجار الرحم أو ما يعرف بالحمل من أجل الغير إذ نصت المادة 5 على أنه "لا يمكن استغلال المهام التناسلية البشرية لحساب شخص آخر أو لأغراض تجارية، ولهذه الغاية يمنع التبرع بالأمشاج واللوأقح أو بيعها، وكذا الحمل من أجل الغير".

ولم يكتف المشرع المغربي بمنع استئجار الأرحام بل قام بنص عل عقوبات زجرية لردع محترفات كراء الأرحام وذلك برصد عقوبة السجن من 10 سنوات إلى 20 سنة وبغرامة مالية من 500.000 إلى 1.000.000 درهم من قام بأحد الممارسات الممنوعة قانوناً ومن بينها استئجار الرحم (الحمل من أجل الغير)⁸.

¹ أمينة حمشاشي، البصمة الوراثية وتأثيرها على حقوق الإنسان، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، تلمسان، 2015م، ص 15.

² قانون المعهد العالي لتشخيص العقم والتقنيات المساعدة على الإنجاب رقم 19 لسنة 2011، جمهورية العراق، الوقائع العراقية، السنة 53 ع 4206 بتاريخ 29 رمضان 1432 هـ الموافق لـ 29 آب 2011م، ص 2 و1.

³ المادة 02 من قانون المعهد العالي لتشخيص العقم والتقنيات المساعدة على الإنجاب، المرجع نفسه، ص 2 و1.

⁴ مشروع قانون رقم 47.14 يتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب، المملكة المغربية، الأمانة العامة للحكومة، المطبعة الرسمية، الرباط، المغرب، 1437 هـ- 2016م

⁵ الظهير الشريف رقم 1.19.50 الصادر بتاريخ 4 رجب 1440 هـ الموافق لـ 11 مارس 2019م، بتنفيذ القانون رقم 47.14 يتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب.

⁶ المادة 01 من قانون رقم 47.14 يتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب، المرجع السابق، ص 1.

⁷ المادة 12 من القانون رقم 47.14 يتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب المرجع نفسه.

⁸ ينظر المادة 39 القانون رقم 4714 يتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب المرجع السابق.

4-التشريع التونسي: بتاريخ 7 أوت 2001م، أصدر المشرع التونسي قانونا خاصا بالطب الإنجابي، أين أجاز في الفصل الثاني منه "يشمل الطب الإنجابي كل الأعمال السريرية والبيولوجية داخل الأنبوب أو بأي تقنية أو عمل آخر له أثر معادل ويؤدي إلى الإنجاب البشري خارج المسار الطبيعي لذلك"¹.

وبالتالي يفهم من هذا النص أن المشرع التونسي قد أجاز التلقيح الصناعي بنوعيه الداخلي والخارجي (عن طريق الأنابيب)، كما نص الفصل 4 على أنه " لا يمكن اللجوء إلى الطب الإنجابي إلا بالنسبة لشخصين متزوجين وعلى قيد الحياة بواسطة أمشاج متأتية منهما فقط"².

واشترط المشرع التونسي الموافقة الثنائية للزوجين لإجراء الإخصاب الصناعي وهذا بموجب الفصل 05 من نفس القانون الذي نص على أنه " لا يمكن تلقيح الأمشاج ولا زرع الأجنة في إطار الطب الإنجابي، إلا بالحضور الشخصي للزوجين المعنيين وبعد الحصول على موافقتهم الكتابية"³.

5-التشريع الليبي: لقد كان المشرع الليبي قد منع اللجوء إلى التلقيح الصناعي بل وعدّها جريمة يعاقب عليها القانون وهذا طبقا لنص المادة 403 مكررة أ من قانون العقوبات الليبي⁴ ثم أجازها بعد ذلك وبضوابط محددة، إذ أباح المشرع الليبي اللجوء إلى الإخصاب الصناعي عند توافر حالة الضرورة بين الزوجين وبموافقتهم وذلك بموجب المادة 17 من القانون لسنة 1986 بشأن المسؤولية الطبية⁵. من خلال عرض مختلف مواقف التشريعات المقارنة يتضح أن التشريعات الغربية أعطت صفة المشروعية لعملية التلقيح الصناعي بنوعية في حياة الزوجين وبموافقتهم الكتابية (كالقانون الفرنسي والبريطاني والإسباني)، وبين الأصدقاء (غير متزوجين) بالنسبة للقانون الفرنسي، كما أجاز القانون الإسباني التلقيح الصناعي بعد انتهاء العلاقة الزوجية بوفاة الزوج، ومنعه المشرع الفرنسي والبريطاني، و أجازت هذه القوانين أيضا التلقيح بتدخل الغير (بغير نطفة زوجها)، كما أجاز القانون البريطاني والإسباني التلقيح باستعمال الرحم المستعار بينما منعه المشرع الفرنسي.

وهي بذلك تتفق مع موقف الدول العربية الإسلامية في مشروعية عملية الإخصاب الصناعي إذا كانت بين الزوجين وبشروط وضوابط محددة، وتختلف معها في كون الدول العربية الإسلامية تمنع العلاقات الحرة بين الأصدقاء ناهيك عن اللجوء إلى التلقيح الصناعي بينهما، فرفضت كل التشريعات العربية التلقيح بتدخل الغير (بغير نطفة زوجها) بالإضافة إلى منع إجرائه بعد وفاة الزوج لأن فيه تعدّ صارخ على حرمة الميت وانتهاك لحقوق ورثته، وحظرها اللجوء إلى تأجير الأرحام أو الأم البديلة مُتَبَيَّنًا ما أقرته المجاميع الفقهية الإسلامية .

6-موقف التشريع الجزائري من الإخصاب الصناعي :

سنعالج موقف المشرع الجزائري من خلال عرض النصوص التي نظمت هذه التقنية والمستنبطة من أحكام قانون الأسرة وقانوني الصحة والعقوبات الجزائريين :

فباستقراء قانون الأسرة قبل التعديل 84-11 يتضح أن المشرع الجزائري لم يتعرض إلى حكم استعمال تقنية التلقيح الصناعي، كونها لم تظهر إلا مع بداية التسعينات، ما جعل المشرع الجزائري يتدارك ذلك في تعديله لقانون الأسرة بموجب الأمر 02/05

¹ الفصل الثاني من القانون عدد 93 المؤرخ في 07 أوت 2001م، المتعلق بالطب الإنجابي التونسي، (الجمهورية التونسية، الرائد الرسمي، ع 63 بتاريخ: 07 أوت 2001م).

² الفصل الرابع من القانون عدد 93 المؤرخ في 07 أوت 2001م، المرجع نفسه.

³ الفصل الخامس من القانون عدد 93 المؤرخ في 07 أوت 2001م، المرجع نفسه.

⁴ ينظر المادة 403 مكررة أ من القانون رقم 175 لسنة 1972 المتضمن قانون العقوبات الليبي، (الجمهورية الليبية جريدة رسمية السنة 10، ع 61 بتاريخ: 1972/12/23، ص 3072).

⁵ ينظر المادة 17 من القانون رقم 17 لسنة 1986م، بشأن المسؤولية الطبية، (الجمهورية الليبية، الجريدة الرسمية، ع 28 بتاريخ 1986م).

لسنة 2005، حيث أضاف نص المادة 45 مكرر منه والتي تنص على أنه " يجوز للزوجين اللجوء إلى عملية التلقيح الصناعي، يخضع التلقيح الصناعي للشرط التالية :- أن يكون الزواج شرعيا - أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حيتهما- أن يتم بمشي الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرها- لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الصناعي باستعمال الأم البديلة " .

كما نصت المادة 370 من قانون الصحة الجزائري الجديد¹ على أن " المساعدة الطبية على الإنجاب هي نشاط طبي يسمح بالإنجاب خارج المسار الطبيعي، في حالة العقم المؤكد طبيًا، وتتمثل في ممارسات عيادية، وبيولوجية وعلاجية تسمح بتنشيط عملية الإباضة والتلقيح بواسطة الأنابيب ونقل الأجنة والتخصيب الاصطناعي " .

ونصت المادة 371 من نفس القانون على أنه " تخصص المساعدة الطبية حصريا، للاستجابة لطلب يعبر عنه رجل وامرأة في سن الإنجاب، على قيد الحياة، يشكّلان زوجا مرتبطا قانونا، يعانيان من عقم مؤكد طبيًا، وبوفاقتان على النقل أو التخصيب الصناعي، ولا يمكن اللجوء فيها إلا بالحيوانات المنوية للزوج وبويضة الزوجة دون سواهما مع استبعاد كل شخص آخر، 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 " .

من خلال استقراء هذه النصوص نلاحظ أن المشرع الجزائري قد سائر التطور العلمي في استعمال تقنية الإخصاب الصناعي وتدارك الفراغ التشريعي حول هذه التقنية، إلا أن موقف المشرع الجزائري لا يخلو من نقص أو قصور تشريعي، لذا سنبين أولا موقف المشرع الجزائري من تقنيات الاحصاب الصناعي بمختلف صوره ثم نسلط الضوء على أهم الإشكالات أو القصور التشريعي لأحكام المادة 45 مكرر من ق أ ج :

أ-موقف المشرع الجزائري من مختلف صور التلقيح الصناعي :يتجلى موقفه فيما يأتي:

-أجاز المشرع الجزائري التلقيح الصناعي الداخلي شريطة أن يتم ذلك بمشي الزوج وبويضة رحم الزوجة، وأن يعبرا عن رضاهما، مع قيام العلاقة الزوجية بينهما، وبالتالي فالملود الناتج عن هذه العملية بشروطها وضوابطها يعد ابنا شرعيا وبيولوجيا للزوجين².

-لم يجز المشرع الجزائري حالة التلقيح الصناعي بعد الوفاة مطلقا لأنه اشترط في المادة 45 مكرر أعلاه ان تتم العملية خلال حياة الزوجين، كما إن التلقيح بهذه الصورة لا يتماشى مع أحكام الميراث التي نص عليها قانون الأسرة الجزائري إذ تنص المادة 128³ منه "يشترط لاستحقاق الارث ان يكون الوارث حيا أو حملا وقت افتتاح التركة"⁴.

وهذه الأحكام وردت أيضا في نص المادة 371 من قانون الصحة (المذكورة أعلاه).

-أما التلقيح الداخلي بنطفة الغير فقد أضفى المشرع عدم الشرعية لهذا الأسلوب لأنه اشترط في الفقرة 2 من المادة 45 مكرر أن تتم عملية التلقيح الصناعي بمشي الزوج وبويضة الزوجة دون غيرها، (وبالتالي أيد الرأي الغالب من الفقه المعارض لهذه التقنية و، كذلك أخذ بموقف الشريعة الإسلامية التي تحرم تدخل طرف أجنبي عن العلاقة الزوجية كما سائرت ما أقرته التشريعات العربية حول هذه المسألة) ويكون بذلك المشرع قد غلب مصلحة العلاقة الشرعية على مصلحة الزوجين في الحصول على مولود، وبهذا يكون قد تفادى المشاكل الأخلاقية والشرعية والقانونية.

-أما فيما يخص أسلوب التلقيح الصناعي الخارجي (أطفال الأنابيب) فإن المشرع الجزائري نص في المادة 45 مكرر أن التلقيح الصناعي يتم بمشي الزوج وبويضة الزوجة، لكنه لم يوضح ان كانت العملية تتم داخليا او خارجيا، إلا أنه بالرجوع إلى نص المادة 370 من قانون

¹ المادة 370 من القانون رقم 18-11 المؤرخ في 18 شوال 1439هـ الموافق لـ 2 يوليو 2018 م، المتعلق بالصحة، (الجمهورية الجزائرية، ج ر السنة 55، ع 46، بتاريخ: 16 ذو القعدة 1439هـ الموافق لـ 29 يوليو 2018م).

² علل برزوق آمال، المرجع السابق، ص 425.

³ المادة 128 من القانون 11/84 المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر 02/05، المرجع السابق.

⁴ جيلالي تشوار، عولمة القانون ومدى تأثيرها على أحكام الأسرة، المرجع السابق، ص 115 .

الصحة الجديد 18-11 (المذكورة أعلاه) فإن المشرع الجزائري نص صراحة بجواز التلقيح بواسطة الأنابيب بشرط أن يتم بحيان الزوج وبويضة الزوجة ثم تعاد إلى رحم زوجته.

-أما حالة التلقيح الخارجي من متبرع فإن المشرع الجزائري لم يجز هذا الأسلوب عكس التشريع الفرنسي وسواء كان التبرع بالبويضة أو بالحيوان المنوي وهذا ما نصت عليه المادة 45 مكرر :- أن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرها، وهذا يعني عدم قبول تدخل طرف آخر أجنبي عن العلاقة الزوجية وهو ما أكدته المادة 371 اعلاه بالقول ولا يمكن اللجوء فيها إلا للحيوانات المنوية للزوج وبويضة الزوجة دون سواهما مع استبعاد كل شخص آخر حتى وإن كانت زوجة ثانية .

-لم يجز المشرع الجزائري الاستعانة بالأم البديلة (أو الرحم الضئير) كي لا تتحول الأمومة إلى سلعة تؤجر وتستأجر وهذا ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة 45 مكرر من ق أ وهذا ما أكدته أيضا نص المادة 374 من قانون الصحة حيث نصت "يسمح بالتداول لغاية البحث العلمي التبرع والبيع وكل شئ آخر من المعاملة المتعلقة :- بالحيوانات المنوية- بالبويضات حتى بين الزوجات الضرات - بالأجنة الزائدة عن العدد المقرر أولا، لأم بديلة أو امرأة أخرى كانت أختا أو أما أو بنتا - بالسيتوبلازم.

أما موقف المشرع الجزائري المستنبط من قانون العقوبات، فإنه لم يتطرق في قانون العقوبات إلى وضع نصوص صريحة حول الاخصاب الصناعي، إلا أنه يمكن اسقاط بعض النصوص على هذه التقنية ومنها :

المادة 320 فقرة 3 من ق ع ج التي تنص على أنه "يعاقب بالحبس من شهرين إلى ستة أشهر وبغرامة من 500 دج إلى 20.000 دج... كل من قدم وساطته للحصول على طفل بنية التوصل إلى فائدة أو شرع في ذلك"¹، فالمشرع الجزائري يعاقب على فعل الوساطة في هذا الأسلوب وحتى الشروع فيه، إلا أن الملاحظ على هذه الفقرة هو استعمال مصطلح "الوساطة" فهو مصطلح فضفاض ويتحمل معان كثيرة، وحتى وإن استعمله المشرع بقصد التعميم بكل فعل من شأنه تحقيق الحصول على طفل بطرق غير شرعية إلا أنه كان على المشرع التدقيق والإيضاح في تحديد نوع الوساطة، لذا وجب إعادة صياغة نص هذه المادة لسد الباب أمام كل التأويلات وكى لا نحمل النص ما لا يطيقه وعدم صدور أحكام قضائية متناقضة .

المادة 321 التي تنص على أنه " يعاقب بالسجن المؤقت من خمس سنوات إلى عشر سنوات وبغرامة من 500.000 دج إلى 1.000.000 دج كل من نقل عمدا طفلا أو أخفاه أو استبدل طفلا آخر به أو قدمه على أنه ولد لامرأة لم تضع وذلك في ظروف من شأنها أن يتعذر التحقق من شخصيته"².

وفيه من هذا النص أن أم الولد هي التي حملت ووضعت، وكل من أراد اخفاء هذه الحقيقة بنسب الطفل إلى امرأة أخرى حتى وإن كانت صاحبة البويضة تعدّ جريمة يعاقب عليها³، وهو ما يتفق مع الفقهاء القائلين بأن الأم الحقيقية للمولود هي صاحبة الرحم أي أن إثبات النسب من جهة الأم يكون بالولادة .

كما نصت المادة 434 من قانون الصحة على عقوبات لكل من يخالف أحكام المتعلقة بالمساعدة الطبية على الإنجاب الواردة في نص المادة 371 م نفس القانون⁴.

¹ المادة 320 فقرة 3 من أمر رقم: 66-156 المؤرخ في 18 صفر 1386هـ، الموافق ل: 8 يونيو 1966م، يتضمن قانون العقوبات الجزائري، المعدل والمتمم بالقانون رقم : 21-14 المؤرخ في 23 جمادى الاولى 1443هـ الموافق 28 ديسمبر 2021، ج ر ع 99 بتاريخ 29 ديسمبر 2021م.

² المادة 320 من الأمر رقم: 66-156 المؤرخ يتضمن قانون العقوبات الجزائري، المعدل والمتمم، المرجع نفسه.

³ طغياني مختطارية، إثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري والفقہ الاسلامي، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة محمد بوقرة، بومرداس، 2006م، ص 87.

⁴ تنص المادة 434 من قانون الصحة الجزائري "يعاقب كل من يخالف أحكام المادة 371 من هذا القانون والمتعلقة بالمساعدة الطبية على الإنجاب بالحبس من خمس سنوات الى عشر سنوات وبغرامة من 500.000 دج إلى 1.000.000 دج"

ب- **مظاهر القصور التشريعي في المادة 45 مكرر من ق أ ج:** لم يتطرق المشرع الجزائري وعلى النقيض من العديد من التشريعات محل الدراسة، للأحكام القانونية التي تنظم عملية التلقيح الصناعي، رغم أن هذه العمليات قائمة وهي تقام في بلادنا بشكل عادي وأضحت حقيقة علمية ينبغي الاهتمام بها، تماشياً مع التطور الذي مست هذه التقنيات وخاصة أطفال الأنابيب من جهة، ومن جهة ثانية رغبة المواطنين في إجراء مثل هذه العمليات بما يتفق مع الآداب العامة الراسخة في المجتمع، وبما لا يناقض مبادئ الشريعة الإسلامية ومن بين ملامح ذلك القصور نجد:

- **مظاهر القصور فيما يتعلق بصياغة النص:** حيث بالرجوع إلى نص المادة 41 من ق أ ج " ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً وأمكن الاتصال ولم ينه بالطرق الشرعية " فهذا النص لا يتناسق مع التطور الطبي، فالتلقيح الصناعي لا يتصور معه الاتصال الجنسي إنما تلاقي البويضة مع نطاف الزوج بطريق اصطناعي، لذلك ينبغي على المشرع وحتى تتسق المادة 41 مع المادة 45 مكرر من ق أ ج أن يضيف المشرع إلى المادة 41 عبارة " إذا أمكن الاتصال أو تلاقي البويضة مع المني " ¹.

- **مظاهر القصور بشأن الموافقة السابقة الكتابية الزوجين:** تتفق أغلب التشريعات العربية والغربية - كما تم بيانه - على أن تكون موافقة الزوجين مكتوبة للتأكد من صحة رضا الزوجين بعملية التلقيح الصناعي، في حين المشرع الجزائري اكتفى في المادة 45 مكرر من ق أ ج بالنص على ضرورة توافر رضا الزوجين، دون تبيان الشكل الذي يجب أن يجر فيه رغم أن الأمر يتعلق بالفروج والأعراض والأنساب والذي يتطلب أن تكون نصوصه وأحكامه جلية دقيقة وغير مبهمة .

وجدير بالذكر أن المشرع الجزائري تدارك هذا السهو إذ اشترطت نص المادة 371 من قانون الصحة الجزائري أن يقدم الزوجان طلب المساعدة الطبية على الإنجاب كتابياً وأثناء حياتهما " ، بالإضافة إلى عدم النص على تحديد الموافقة بعد كل محاولة فاشلة لإحداث الحمل أو كل ما استدعى الأمر إعادة المحاولة لتحقيق الحمل .

على النقيض من ذلك فإن أغلب التشريعات المقارنة نصت على وجوب تحديد الرضا والموافقة للزوجين في حالة إعادة المحاولة وذلك للتأكد من عدم رجوعهما عن قرارهما في الاستعانة بتقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب .

- **مظاهر القصور المتعلقة بالأهلية وإشكالية المأذون لهم بالزواج:** بالرجوع إلى نص المادة 7 فقرة 1 من ق أ ج فإن المشرع أجاز للقصر الذين لم يبلغوا سن الزواج المحدد بـ: 19 سنة بالزواج بشرط الحصول على الإذن القضائي بالزواج، ثم نص في الفقرة الثانية من نفس المادة على تمتع هذا القاصر الراشد اكتساب أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات، فهل يمكن لهذا الأخير إبداء موافقته على التلقيح الصناعي ؟

إنّ حصول الزوج القاصر على هذه الأهلية غير كاف لإبداء موافقته على التلقيح الصناعي لأنه بالرجوع إلى نص المادة 7 (أعلاه) فإن المشرع حصر اكتساب القاصر المأذون له بالزواج أهلية لمباشرة الدعاوى القضائية دون التصرفات القانونية الأخرى ²، بالإضافة إلى عدم توافر شرط الضرورة العلاجية التي تعدّ من أهم الشروط الواجب توافرها بغية استعانة الأزواج بالتلقيح الاصطناعي والمتمثلة في نقص الخصوبة المثبت طبياً بعد سنة على الأقل من الزواج، من ثم عدم قدرة الزوجة على الحمل بالموافقة الطبيعية ³.

- **عدم تطرق المشرع إلى إشكالية المحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية:** رغم انقسام الفقه بشأن إمكانية استفادة زوجة المحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية من التلقيح الصناعي إلى اتجاهين : ذهب أحدهما إلى القول بعدم حرمان المحكوم عليهم في حقه في الإنجاب، باعتبار هذا الأخير من الحقوق الشخصية المنصوص عليها في الدساتير والمواثيق الدولية، ولا يجب أن تمتد العقوبة إلى الحقوق الخاصة بالمحكوم عليه ومنها حقه في الإنجاب، لاسيما وأن بعض التشريعات كرسست حق الزوج المحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية الالتقاء

¹ سحارة السعيد، المرجع السابق، ص 425.

² أحمد داود رقية، ملامح القصور التشريعي في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة الجزائري "دراسة تحليلية"، المجلة الإفريقية للدراسات القانونية والسياسية، جامعة أحمد دراية-أدرار-الجزائر، المجلد 02، ع 01، جوان 2018، ص 68 .

³ جيلالي تشوار، رضا الزوجين على التلقيح الصناعي، المرجع السابق، ص 63 م .

بزوجته، بمواعيد تحددها الإدارة في مكان آمن، مثل دولة الأرجنتين التي سمحت للزوج المحكوم عليه كل شهرين الالتقاء بزوجته،¹ وأيضاً تشريع المملكة العربية السعودية يسمح بذلك - كما بيّناه سابقاً-².

- **عدم النص على إشكالية العدول عن الرضا :** قد يرغب أحد الزوجين بالتراجع عن إتمام عملية التلقيح بعد البدء فيها فهل يحق التراجع عن مواصلة بقية المراحل بعد نجاح الإخصاب فعلاً وبعد أن قدما موافقتهم على إجراء التلقيح الصناعي؟. للإجابة عن هذا التساؤل وجب التفريق بين حالتين³:

حالة التلقيح الداخلي : لا يحق للزوجين أو لأحدهما التراجع عن موافقته بعد إتمام التلقيح الداخلي (علوق الجنين بالرحم) لأن ذلك يعد إجهاضاً وهو الفعل المحرم شرعاً والمعاقب عليه قانوناً، بموجب نص المادة 304 من قانون العقوبات الجزائري⁴.

حالة التلقيح الخارجي : يرى جانب من الفقه أن عملية التلقيح تتطلب الرضا، إذ هو الركن الركيز المعول عليه في التوافق الأسري، وهو ما أقره المشرع الجزائري الذي مكّن الأزواج من التراجع صراحة عن المشروع الأسري بتقديم طلب بذلك، وهذا بموجب نص المادة 2/08 من الملحق الثالث للقانون رقم: 37 في 01-11-1990م، المتعلق بالخصوبة البشرية وعلم الأجنة المعدل والمتمم⁵.

- **عَدّ المشرع الجزائري الاستعانة بالرحم المستعار (الأم البديلة) ومخالفة شروط التلقيح الواردة في نص المادة 45 مكرر من الجناح المشددة وذلك من خلال نص المادة 434 من قانون الصحة، وكان الأنسب إعطاؤها وصف الجنائية كونها تتعلق برابطة مقدسة، الاعتداء عليها يضاهي الاعتداء على النفس البشرية⁶.**

في حين يميز القانون الفرنسي للأزواج بالتخلي عن المشروع الإنجابي، مايتجلى من خلال نص المادة 2141-2 الفقرة 03 من القانون رقم 800-2004 المتعلق بالعلوم الاحيائية⁷، حين عَدّ العدول الكتابي مانع يحول دون إتمام الزرع، وهو نفس المنحى الذي تبناه المشرع التونسي الذي يأذن بموجب الفصل 11-3 من القانون رقم 93 لسنة 2001م⁸ للأزواج المطالبة كتابياً بإتلاف أجنّتهم، على أن يكون موقع عليه من قبل الزوجين معاً، مع إمكانية التراجع عن الرضا، حيث يفقد الرضا حينئذ أحد ركيزتيه الأساسيتين، فتصبح كل موافقة معدومة القيمة، فلا عبرة بالقرار الانفرادي .

ومن خلال ماسبق بيانه يرى الباحث أن تدخل المشرع الجزائري من خلال المادة 45 مكرر من الامر 05-02 المتضمن تعديل قانون الأسرة واعترافه بمكنة اللجوء إلى تقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب من ثم الاستفادة من أساليبها، هو تدخل قاصر وغير كاف لضبط هذه الممارسة، ومن ثم توجيه الممارسين لها وجهة الصواب، لاسيما وأن مثل هذا الفراغ التشريعي وكذا الانتشار اللافت لهذه الأساليب من شأنها فتح الباب لاحتتمالات الانحراف العلمي، وظهور مفاصد ومخالفات شرعية وقانونية .

ورغم أن المشرع الجزائري أشفع هذه المادة الوحيدة ببعض النصوص في قانون الصحة الجديد لسنة 2018 م، لتدارك بعض السهو والنقص إلا أن ذلك أيضاً قاصر على تنظيم هذه النازلة العلمية الدقيقة التي تلاحظ تطورات مستجدة .

¹ علي حسن نجيدة، بعض صور التقدم الطبي وانعكاساتها القانونية في مجال القانون المدني " التلقيح الاصطناعي وتغيير الجنس"، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، د ط، 1991م، ص 11 وما يليها .

² ينظر الصفحة 197 من البحث .

³ أحمد داود رقية، المرجع السابق، ص 71.

⁴ ينظر المادة 304 من الامر 156/66 المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

⁵ أحمد داود رقية، المرجع السابق، ص 72.

⁶ ضيف نوال، دول الطاهر، أثر الوسائل الطبية الحديثة في عملية الإنجاب على نسب المولود، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المسيلة، المجلد 05، ع 01، 2020م، ص 564

⁷ Art 2141-2 al 03 (...font obstacle ...au transfert des embryons ...ansi que la révocation par écrit du consentement par l'homme ou la femme auprès du médecin chargé de mettre en oeuvre l'assistance médicale à la procréation)

⁸ ينظر الفصل 11 - 3 القانون عدد 93 المؤرخ في 07 أوت 2001م، المتعلق بالطب الإنجابي التونسي، المرجع السابق .

لذا كان على المشرع مسايرة هذه التقنيات والأساليب العلمية الحديثة بمختلف إشكالاتها وحالاتها ومحاذيرها الشرعية والقانونية، مع تحديد المسؤولية المدنية والجزائية لأطراف العملية، وتدارك الفراغ والقصور الذي شاب نص المادة 45 مكرر من ق أ ج.

ولا يتأتى ذلك -حسب رأي الباحث- إلا بإفراد قانون مستقل ينظم تقنية الإخصاب الصناعي، فيحدد صورها ويبين وسائلها ويحدد الهياكل والمؤسسات والمراكز التي تقام فيها هذه العملية، ثم يرسي شروطها وضوابطها ومحاذيرها، ويشرع عقوبات زاجرة لمخالفتي هذه الأحكام في نصوص خاصة، على غرار باقي التشريعات الغربية والعربية محل الدراسة، وذلك -طبعاً- باشتراك كل أطراف النخبة من المجتمع بمختلف تخصصاتهم العلمية .

فيتطلب - قبل تقنين هذه النصوص - أخذ رأي الأطباء المختصين في علوم الأجنة و(الببوطي)، وهذا كلما تعلق الأمر بمسألة فنية تقنية، كما يستشار فقهاء وعلماء الأمة العدول لإضفاء الصبغة الشرعية على كل صورة أو أسلوب من هذه العملية، ليتحقق الاطمئنان النفسي والروحي عند كل مقدم عليها، كما لا ننسى دور رجال القانون والقضاء في إجلاء نظرة القانون والقضاء سواء المحلي أو المقارن حول هذه النازلة، بالإضافة إلى الاستفادة من خبراتهم العملية في مجال الدعاوى والنزاعات القضائية المطروحة والمرتبطة بهذه التقنية.

الباب الثاني

مجال الإثبات بالقرينة العلمية الحديثة

في قضايا الميراث

تمهيد :

علم الميراث عظيم قدره، كبير نفعه، دقيق عوره، كثير سهوه، ومع ذلك قليل حملته، ومن هنا اهتم الفقهاء بهذا العلم وأولوه عناية فائقة على مر العصور فأفردوه بالتأليف والنظم .

وعلم الفرائض يحدد أصحاب الورثة ومدى قرابته من مورثهم، فيعطي نصيب كل واحد منهم حسب قوة القرابة فبذلك يكون الإرث واضحاً متى توافرت أسبابه وشروطه وانتفت موانعه

ومن المعلوم أن العلماء قد اهتموا بأحكام الموارث خاصة تلك التي تتطلب اجتهداً للتوصل إلى حلّها، فأرسوا قواعدها وأصلّوا أصولها، وقعدوا القواعد لهذا العلم، ومع ذلك قد يستشكل عليهم الأمر في حل بعض الجزئيات التي تستدعي البحث والتدقيق، الأمر الذي استدعى ناظري الميراث تقصي وتفصيل المستجدات العلمية الحديثة بمختلف تقنياتها لحل هذه المسائل المستشكلة .

والمراد بالمستجدات العلمية في مجال الميراث تلك المسائل الحديثة التي لم يكن لها وجود من قبل، وتحتاج إلى تبيان حكمها الشرعي، وكيف أثرت على مسائل الميراث تبعاً لما طرأ من تغيير وتطور، كمسألة التحقق من موت المورث وفق المعايير الطبية الحديثة سواء كانت الوفاة حقيقية أو حكمية، والتحقق من حياة الوارث سواء ما تعلق بالحمل ومعرفة جنسه وعدده، أو تثبيت وتغيير جنسه بالخبرة الطبية، أو ما تعلق بالكشف عن حياة الوارث بتقنيات الاتصال الحديثة .

فلم يعد موت الشخص ظاهرة بيولوجية فقط، وإنما أيضاً واقعة قانونية لها آثارها الشرعية والقانونية في مجال الإرث، كما أن تحديد لحظة الوفاة لا يقل أهمية عن تلك المتعلقة بالوقوف على اللحظة التي تبدأ فيها الحياة، فإذا كانت الأخيرة من شأنها الإعلان عن دخول الكيان المادي للإنسان نطاق الحماية القانونية، فإن الوقوف على لحظة الوفاة يعد الفصيل في انتهاء إطلاق وصف الجسم عن الكيان المادي للإنسان ليدخل في نطاق أحكام قانونية أخرى خاصة بحمة الجثة.

لذا سنقسم هذا الباب : مجال الإثبات بالقرينة العلمية الحديثة في قضايا الميراث إلى فصلين (الفصل الأول) نسلط فيه الضوء على دور القرينة العلمية الحديثة في بيان حقيقة وفاة المورث : سواء كان الموت حقيقة أو حكماً وتأثيرهما على أحكام الميراث، وفي (الفصل الثاني) سنبين دور القرينة العلمية الحديثة في بيان حقيقة حياة الوارث وأثرها على الميراث : سواء ما تعلق بتحقيق حياة الحمل ومعرفة جنسه وعدده أو جنس الخنثى ومدى تأثيرها على مسائل الميراث.

وستتناول كل هذه المستجدات والنوازل على ضوء الأحكام الشرعية، وفي ظل مواقف التشريعات المقارنة ومع تبيان موقف القضاء منها .

الفصل الأول

دور القرينة العلمية الحديثة في بيان حقيقة وفاة
المورث وأثرها على الميراث

تمهيد:

إن لحظة الوفاة هي اللحظة التي ينتقل فيها ميراث الميت¹ إلى ورثته، ويشتركون جميعاً في ذلك الحق إلى حين تقسيمه وأخذ كلٍ منهم نصيبه، وحتى ينتقل المال من شخص لآخر لا بد من تحقق صفة المورث في الأول، وصفة الوارث في الآخر، فصفة المورث تتحقق بالوفاة وهذا أول شرط من شروط الميراث، ووفاة المورث إما أن تكون حقيقية، وإما أن تكون وفاة حكمية. والموت الحقيقي يتحقق بالمشاهدة أو البينة، وقد وضع العلماء السلف من فقهاء وأطباء علامات للقول بموت الإنسان، وهي لازال يُعمل بها حتى الآن في أغلب حالات الموت .

ومع تطور التقنية الطبية فقد استحدث معياراً آخر للقول بموت الإنسان، وهو معيار الوفاة الدماغية أو ما يصطلح عليه (الموت الدماغية)، الذي أضحي معياراً ينافس جميع المعايير التقليدية، الأمر الذي جعل تظهر فيه مسألة هامة وهي : إمكانية الاعتداد بالوفاة الدماغية للقول بموت المورث.

في حين فإن الوفاة الحكمية هي أن يحكم على مفقود أو غائب حكماً بأنه قد مات، وتعتد زوجته عدة الوفاة من وقت هذا الحكم، ويقسم ماله بين ورثته الموجودين وقت الحكم بالموت، كأنه مات في ذلك الوقت معاً²، غير أنّ تطور تقنيات الاتصال الحديثة وانتشارها عبر دول العالم بشكل كبير كان له تأثير في المدة التي يمكن أن يترصد فيها ذوي الحقوق حتى يتمكنوا من طلب الحكم بموت مورثهم قضائياً .

وتأسيساً على ذلك، سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين، (المبحث الأول) نبين فيه مدى تأثير التطورات الطبية في التيقن من الوفاة الحقيقية للمورث، وفي (المبحث الثاني) سنسلط الضوء فيه على دور التقنية الحديثة في التحقق من الوفاة الحكمية للمورث .

المبحث الأول :إمكان التيقن من الوفاة الحقيقية للمورث من خلال الطب الحديث :

اتفق الفقه والعرف والطب في الحكم بالوفاة بمفارقة الروح للبدن فالتقت الحقيقة الطبية مع الحقيقة الشرعية، ولكن تعمق الأطباء في الحكم بنهاية الحياة الإنسانية بموت الدماغ وهو من الحالات التي يكون فيها المريض تحت جهاز الإنعاش، أوجد علامات وأمارات أخرى تجسدت في معيار الوفاة الدماغية³، هذا من جهة

ومن جهة ثانية إذا مات الوارث مع المورث فإنّ تحديد زمن وفاته مهم جداً ليتبين مدى ثبوت إرثه من عدمه، وهذا يستوجب التيقن من أولية لحظة الوفاة بين الوارث والمورث في حالات مجهولي زمن الوفاة، والتي يحجب فيها لناظر الميراث وفاة السابق من اللاحق، لأنّ الشك في أسبقية الوفاة مانع شرعي من موانع الميراث، الأمر الذي أصبح من الضروري الاهتمام إلى الأجهزة الطبية والبيولوجية المتطورة في تحديد تلك الأسبقية في حالات الموت الجماعي .

ومن هذا المنطلق، سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين (المطلب الأول) نتطرق فيه إلى تحديد زمن موت المورث في حالة الوفاة الفردية، ونتناول تحديد زمن الوفاة في حالة الوفاة الجماعية في (المطلب الثاني).

المطلب الأول : تحديد زمن موت المورث في حالة الوفاة الفردية:

مفهوم الموت وتحديد لحظة حدوثه أمر تتنازع عدة اعتبارات علمية وقانونية وشرعية، فالوفاة بالنسبة للطبيب هي واقعة بيولوجية تحدث على مراحل متعددة، وهي بالنسبة لرجل القانون انتهاء للشخصية القانونية .

¹ هناك من أهل اللغة من فرق بين الميت بتسكين الياء وبين الميت بتشديد الياء فقالوا الأول قد مات وخرجت روحه كقوله تعالى ﴿يُحِبُّ أَحَدُكُمْ أَنْ يَأْكُلَ لَحْمَ أَخِيهِ مَيْتًا فَكَرِهْتُمُوهُ﴾: الحجرات الآية 12 والثاني سيموت مثل قوله تعالى : ﴿إِنَّكَ مَيِّتٌ وَإِنَّهُمْ مَيِّتُونَ﴾ : الزمر، الآية 30، وفي ذلك قال أحدهم أيا سألني تفسير ميت وميت فدونك قد فسرت ما عنه تسأل . فما كان ذا روح فذاك ميت وما الميت من ذا إلى القبر يُحمل.

² بدر الدين العيني محمود بن أحمد بن موسى،البنية شرح الهداية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 2000م، ج7، ص367.

³ أبو زيد بكر بن عبد الله، فقه النوازل المرجع السابق، ج1، ص 288

أما من الناحية الشرعية فهي عبارة عن صعود الروح إلى خالقها، ويترتب على وقوعها أحكاماً تعبدية من تغسيل الميت ودفنه، وأخرى تتعلق بالميراث والوصية والديون وعدة الزوجة وغيرها.

وحتى في وقت قريب لم تكن هذه المسألة تثير أي إشكال في جوانب عدة، ذلك أن السائد من أزمدة قديمة إلى منتصف القرن العشرين - في ظل ما كان متاحاً - أن الوفاة تحصل بتوقف القلب على النبض وجهاز التنفس لمدة يستقر فيها الرأي أن الشخص قد مات.

إلا أن الأمر قد تغير في الآونة الأخيرة بفضل التطور التكنولوجي باستحداث غرف العناية المركزة وما تحتويه من أسيرة مرتبطة بأجهزة طبية متطورة، وأجهزة الإنعاش الصناعي¹، وما كان لها من أثر في إطالة حياة المريض، مما أدى إلى ضرورة تحديد لحظة الوفاة ووضع حد لجهود الأطباء في إنعاش شخص لا أمل له في عودته إلى الحياة الطبيعية.

وترتباً على ذلك، سنقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع، (الفرع الأول) نعرض فيه علامات تحقق الموت في الطب قديماً وحديثاً، وفي (الفرع الثاني). نتطرق إلى الوفاة الدماغية من المنظور الطبي والشرعي والقانوني، وفي (الفرع الثالث) نبين الآثار القانونية لتحديد زمن الوفاة بمعيار الوفاة الدماغية على الميراث.

الفرع الأول : علامات تحقق الوفاة في الطب قديماً وحديثاً:

يكتسي موضوع تحديد علامات وفاة الإنسان أهمية كبيرة، سواء على الصعيد الفقهي أو القانوني لاسيما الموقف الطبي، فقد اختلفت نظرة الأطباء في بيان حقيقة الموت وهذا بسبب اختلاف وجهة نظر كل واحد منهم حسب تخصصه، ويعود هذا الاختلاف في أن الموت تعزبه جوانب بيولوجية وأخرى قانونية، فتباينت نظرة الأطباء والباحثين من ذوي الاختصاص إلى الموت بين النظر التقليدي والنظر الحديث.

أولاً: علامات تشخيص الوفاة عند الأطباء المتقدمين :

لقد كان الرأي السائد قديماً أن الشخص يعد ميتاً بالتوقف النهائي للقلب، وتوقف الرئتين والدورة الدموية والجهاز التنفسي عن العمل توقفاً تاماً، مما يترتب عليه حرمان الدماغ وسائر أعضاء الجسم من وصول الدم إليها، وقد أطلق على هذه الأمارات ما يعرف بالمعيار التقليدي لعلامات الموت²، وللوفاة وفق هذا المعيار علامات أساسية وأخرى استدلالية³، فأما العلامات الأساسية فتتمثل في ما يأتي⁴:

- توقف القلب والدورة الدموية توقفاً لا رجعة فيه، ومن مظاهرها توقف النبض في الشرايين فيتوقف القلب، ويبقى استمراره كذلك لمدة خمس دقائق على الأقل.

- توقف التنفس أي توقف حركة الصدر والبطن، ويتم التحقق من ذلك باستخدام السماعة الطبية، أو من خلال وضع مرآة نظيفة أمام الأنف والفم.

¹ يقصد بمصطلح الإنعاش الصناعي "عودة النشاط بعد الفتور، أو إعادة الوظائف الحيوية في الجسم لمباشرة عملها من جديد بعد أن تكون قد توقفت، أو على وشك التوقف، وهذا التوقف يحصل إما بسبب المرض أو بسبب بعض الحوادث التي تصيب المراكز الحيوية بعطب مؤقت " : ينظر: أحمد محمد كنعان، المرجع السابق، ص 123.

² أحمد محمود سعد، زرع الأعضاء بين الحظر والإباحة، دار الفقه العربية، القاهرة، 1986، ص 105، وينظر: البعداني محمد نعمان محمد علي، مستجدات العلوم الطبية وأثرها في الاختلافات الفقهية "دراسة مقارنة"، دار الكتب، صنعاء، اليمن، ط 1، 1437هـ-2016م، ص 994، البار محمد علي، الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء، المرجع السابق، ص 31.

³ دعيح بطحي ادحيلان المطيري، الموت الدماغى وتكييفه الشرعى، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية الكويتية، ع 68، الكويت، 2008م، ص 5.

⁴ أحمد السباعي، البار محمد علي، الطبيب وأدبه وفقهه، المرجع السابق، ص 190-193، وينظر: سلامة السقا، أسرار الموت والحياة والروح والجسد، دار الفضيلة، القاهرة، مصر، (د ط، د ت ن)، ص 160.161.

أما العلامات الاستدلالية فهي التي يُستدل بها على توقف القلب والدورة الدموية توقفا لا رجعة فيه و تتلخص في ما يأتي¹:

- ارتخاء العضلات وعدم استجابة الجثة لأي تنبيه حسي، وبروز حدقة العين، وما يعرف بالزرق - الرمية - وهي زرقاة ناتجة عن توقف الدورة الدموية وخاصة في الأجزاء العليا من الجثة.

- التيبس والذي عادة ما يبدأ في عضلات الفك الأسفل والجفنين، ثم ينتشر في باقي أعضاء الجسم، إضافة إلى التعفن بتحلل أنسجة الجسم خاصة في منطقة الأحشاء مع ارتفاع درجة الحرارة².

إلا أن هذا المعيار لم يسلم من النقد فقد أكد بعض استشاري الطب الشرعي أن المعيار التقليدي للموت ليس بدقيق، لأن توقف القلب عن العمل وتوقف التنفس يُعدّان من قبيل الأمور الظاهرة التي يستدل بها على مفارقة الروح للجسد، وقد تتعرض للخطأ ولا تدلّ يقينا على الموت الحقيقي، وقد أكدوا أيضا أنّ توقف القلب ليس بعلامة حاسمة يحكم وفقها بموت الإنسان وذلك بالاستناد إلى نتائج وأبحاث جراحي القلب الذين أكدوا ما يلي³:

- إن القلب عضله ولو أنها متميزة فهي كسائر عضلات الجسم البشري.

- إنّ موت الإنسان لا يكون نتيجة لتوقف خفقان أو ضربات هذه العضلة فقط.

- إن القلب ما هو إلا مضخة تستطيع استئناف العمل، و لو أن جسم صاحبها قد مات: فقد ثبت من خلال وسائل الإنعاش الطبية - كالصدمة الكهربائية - أنه يمكن للقلب العودة إلى النشاط، فمع توقف القلب والجهاز التنفسي تظل خلايا المخ حيّة لفترة ولو كانت قصيرة⁴.

وبالتالي فإن معيار توقف القلب والرئتين أصبح غير كاف لتحديد لحظة الوفاة، لأنه من الممكن أن يتوقف قلب الإنسان عن العمل في الوقت نفسه الذي تظل فيه خلايا القلب حية، فالموت في هذه الحالة ليس إلا موتا ظاهريا وعندها تمكن إعادة القلب إلى عمله الطبيعي عن طريق ما يعرف بالإحياء الصناعي⁵.

وبناء على ذلك اتجهت الآراء إلى استبعاد المعيار التقليدي علميا، لأنه ليس مرشدا كافيا إلى التحقق من الوفاة، كما إن الاعتماد على هذا المعيار قد يعيق نجاح عمليات بعض الأعضاء كالقلب والكبد⁶.

2- علامات تشخيص موت الدماغ عند الأطباء المحدثين : (معيار الوفاة الدماغية)⁷:

¹ ديجع بطحي ادحيلان المطيري، المرجع السابق، ص 05، وينظر أيضا : أحمد السباعي، البار محمد علي، الطبيب وأدبه وفقهه، المرجع السابق، ص 190-193.

² The Robert Wood Johnson fondation , Epec education for physicians on end-of-life care participant's handbook ,module 12 last hours of living Epec roject , 1999,p13

³ رياض الخالي، شرعية تشريح جثة الإنسان للتعليم الطبي، مجلة دراسات قانونية، كلية القانون، جامعة قار يونس، بنغازي، ليبيا، مجلد 11-، 1986، ص 96.

⁴ داودي صحراء، الجوانب القانونية للأساليب المستحدثة في الطب والجراحة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، الجزائر، 2015-2016م، ص 89-90.

⁵ أحمد شوقي أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث، دار النهضة العربية، القاهرة، (د ط)، 1986 م، ص 171.

⁶ محمد عبد الوهاب الحولي، المسؤولية الجنائية للأطباء، (د.م. ن، د ط)، 1997 م، ص 224.

⁷ مصطلح موت الدماغ أو الوفاة الدماغية: مصطلح طبي مستحدث تطرق إلى بيان مفهومه الفقهاء المعاصرون استنادا إلى التعريفات الطبية، وقد عُرِف على أنه "خمود لمنطقة المخ المنوط بها الوظائف الحياتية الأساسية، وهو ما يعبر عنه بموت جذع الدماغ " : ينظر: القرة داغي علي محي الدين، الحمدي علي يوسف، فقه القضايا المعاصرة، دار البشائر الإسلامية، بيروت، لبنان، ط2، 2006م، ص 489، وعُرِف أيضا: على أنه "تلف دائم في الدماغ يؤدي إلى توقف دائم لجميع وظائفه بما فيها وظائف جذع الدماغ " : ينظر : الدقر ندى محمد نعيم، موت الدماغ بين الطب والإسلام، دار الفكر، دمشق، سوريا، ط1، 1418هـ-1998م، ص 47.

بعد التأكد أن معيار توقف القلب والتنفس لم يعد معياراً دقيقاً وحاسماً لتحديد لحظة الموت الحقيقي في كل الأحوال، فكثير من حالات توقف القلب أمكن السيطرة عليها بوسائل الإنعاش المتطورة¹، لاسيما عندما يكون ذلك قبل تلف خلايا المخ أما إذا تم استعادة عمل القلب بعد تلف خلايا المخ فإنه يكون مجرد حركة ميكانيكية لا تعني استمرار حياة المريض أو المصاب².

وبناء على ذلك استقر الاتجاه الحديث على معيار موت الدماغ (Brain Death) بوضعه معياراً لتحديد لحظة الوفاة فالإنسان يموت بموت خلايا مخه حتى ولو بقي القلب حياً ينبض، وقد استقر رأي الأطباء في الوقت الحاضر على أن موت خلايا المخ (la mort des cellules cerebrales) الذي يؤدي إلى توقف عمل المراكز العصبية العليا التي تتحكم في وظائف الجسم هو الحد الفاصل بين الحياة والموت³، فتتوقف الشخص أو بقاء القلب في حالة استخدام أجهزة الإنعاش الصناعي ليس إلا مظهراً للحياة الصناعية، وليس دليلاً على حياة الإنسان⁴.

ومن أوائل التقارير التي أكدت على ذلك ما قدمته اللجنة المشكّلة في المدرسة الطبية بهارفارد عام 1968، إذ جاء فيها "...فالطبيب يستطيع أن يعلن وفاة الشخص عندما يتوقف نشاط الجهاز العصبي مما يسمح بإيقاف أجهزة الإنعاش الصناعي".

وقد أكد مؤتمر كليات الطب الذي عقد في المملكة المتحدة عام 1976م "أن موت المخ يتحقق عند توقف وظائف المخ كافة و بصفة نهائية لا عودة فيها، وقد أصبح الموت يمتد عبر مراحل الأجزاء المختلفة للجسم بدون أي ترتيب معين، فأضحى لدينا أنواع من الموت⁵ وهي: الموت الظاهري والغيبوبة الطويلة والغيبوبة المتجاوزة⁶.

إلا أن الأطباء وأهل الاختصاص اختلفوا حول حقيقة الموت الدماغى إلى فريقين :

الفريق الأول: يرى أن موت الدماغ هو توقف جميع وظائف الدماغ (المخ والمخيخ والجذع الدماغ)⁷ توقفاً نهائياً لا رجعة فيه، وهذا رأي المدرسة الأمريكية بموجب تقرير هارفارد الصادر سنة 1968م وعام 1984م، أين عدّ أصحاب هذا الرأي أن الدماغ هو مركز الحياة وليس القلب، فإذا تحقق تشخيص موت الدماغ يبدأ بعدها جذع الدماغ والنسيج الشوكي بالتحلل إلى مادة سائلة يستحيل بعده الحياة⁸.

¹ سيرة عائد الديات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، (د ت ن، د.ط)، ص 264-265.

² أحمد شرف الدين، الحدود الإنسانية والقانونية للإنعاش الصناعي، المجلة الجنائية القومية، مصر، ع 3، 1976 م، ص 452.

³ القحطاني مساعد بن علي، الخبرة الطبية وأثرها على الإثبات، دار الكنوز اشبيلية، الرياض، السعودية، ط 1، 436هـ-2015م، ج 1، ص 564.

⁴ محمد عبد الوهاب الخولي، المرجع السابق، ص 255.

⁵ أحمد عمراني، حماية الجسم البشري في ظل الممارسات الطبية والعلمية الحديثة في القانون الوضعي والشرعية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة وهران، سبتمبر 2010 م، ص 264.

⁶ **الغيبوبة الطويلة Le coma prolongé:** يعتبر المريض في غيبوبة طويلة عندما تتجاوز مدة غيبوبته الثلاثة أسابيع، ولا يصدر عنه أي دليل عن الوعي، ولكن يمكن أن يعود إلى حالة الوعي ولو تجاوز عدة شهور - الغيبوبة المتجاوزة Le coma dépassé وتبدأ هذه الحالة بمجرد أن تشرع خلايا الدماغ في التوقف، وتفقد الوظائف العضوية اتساقها حتى ولو أمكن الإبقاء على تنفسه ودورته الدموية بأساليب الإنعاش الصناعي: رجاء ناجي مكاوي، نقل وزرع الأعضاء، المركز الوطني لتنسيق وتخطيط البحث العلمي والتقني، المغرب، 2002 م، ص 148.

⁷ يتكون الدماغ من أجزاء ثلاثة هي : **المخ** : وهو مركز التفكير والذاكرة والإحساس، **المخيخ** : ووظيفته توازن الجسم، **جذع الدماغ** : ويتميز بالتعقيد من الناحية التشريحية، يتكون من النخاع المستطيل، والجسر، والدماغ الأوسط، وهو مركز التحكم بالمراكز الأساسية للحياة، وهي التنفس والتحكم في القلب، والدورة الدموية، ويتكون أيضاً من مئات المليارات من الخلايا العصبية التي تشكل فيما بينها شبكة اتصالات متكاملة تؤدي كافة وظائف الدماغ، ولأن هذه الخلايا لا تتكاثر ولا تتجدد فهي ترافق الإنسان من بداية خلقه إلى نهايته : ينظر : محمد إبراهيم سعد النادي، موت الدماغ وموقف الفقه الإسلامي منه، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، د ط، 2010م، ص 20.

⁸ يوسف بن عبد الله بن أحمد الأحمدي، أحكام نقل أعضاء الإنسان في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، تخصص الفقه، كلية الشريعة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، السعودية، 1423هـ -2002م، ص 169-169، وينظر أيضاً : البار محمد علي، الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء، المرجع السابق، ص 31.

الفريق الثاني : يرى أن الوفاة الدماغية هي " توقف وظائف جذع الدماغ - فقط - توقفاً نهائياً لا رجعة فيه، وهذا رأي المدرسة البريطانية، وعليه لو بقي في الدماغ إشارات عصبية قليلة بسبب وجود خلايا عصبية حية في المخ فذلك يعد وفاة، فمن السهل فحص المصاب سريرياً دون الحاجة إلى الأجهزة الطبية المعقدة لإثبات توقف الدورة الدموية مثل رسم الدماغ الكهربائي وحسن شرايين الدماغ¹.

ولتثبت الوفاة الدماغية يجب المرور بعدة خطوات متتالية²، وبعد الانتهاء منها وكانت النتيجة موافقة لتشخيص الوفاة الدماغية يثبت طبيباً موت المريض دماغياً، ويقوم الفريق المختص بملء استمارة ثبوت الموت الدماغية، ويتكون الفريق الطبي من طبيبين مختصين على الأقل من ذوي الخبرة الكافية لتشخيص موت الدماغ، كالمختصين في الأعصاب أو جراحاتها أو الطب الباطني والعناية المركزة، غير أنه يستبعد من فريق تشخيص الموت الدماغية أي أحد من فريق زراعة الأعضاء، أو أي أحد من عائلة المصاب، أو له مصلحة من إعلان موت المصاب، وكل من ادعى عليه ذوا المصاب بإساءة التصرف المهني تجاه المصاب³.

الفرع الثاني : الوفاة الدماغية من المنظور الطبي والشرعي والقانوني

لقد توصلنا - في ما سبق بيانه - أن موت الدماغ هو تلف دائم في الدماغ، تؤدي إلى شلل لجميع وظائفه بما فيها جذع الدماغ إلا أن أهل العلم من الأطباء والفقه المعاصرين وكذا التشريعات المقارنة اختلفوا حول حقيقة الوفاة الدماغية : فهل يُحكم بما يموت الشخص موتاً حقيقياً ومن ثم الاعتداد به كميّار لنهاية الحياة الإنسانية فتبني عليه أحكاماً للموت وما يستتبعه من آثار، أم أنه لا يعد موتاً حقيقياً للإنسان ويأخذ الميت دماغياً حكم الأحياء، فلا يترتب ذلك أي آثار قانونية ، وتبقى أمواله في ملكيته ولا يحق لأحد الأخذ منها دون وجه حق.

وعطفاً على ذلك، سنبين الموقف الطبي من الوفاة الدماغية (أولاً) ثم نسلط الضوء الموقف الشرعي (ثانياً) ثم الموقف القانوني (ثالثاً).

أولاً : الموقف الطبي من معيار الوفاة الدماغية:

لما كانت الساحة العلمية بطبيعتها ساعة متحركة، فيؤدي ذلك إلى الاختلاف والتفاوت في معايير التشخيص، فقد اختلف الأطباء حول الاعتداد بالموت الدماغية مع موت جذعه كلياً لا رجعة فيه كأساس لتحديد لحظة الموت ونهاية الحياة الإنسانية، بين من لا يعترف به موتاً حقيقياً ولا يعدّه نهاية للحياة الإنسانية، ويشترط استمرار العناية بالميت دماغياً والإبقاء على أجهزة الإنعاش، وبين من يعدّه موتاً حقيقياً ونهاية للحياة الإنسانية حتى لو كان القلب يعمل بأجهزة الإنعاش الصناعي.

¹ التنشئة محمد بن عبد الجواد حجازي، المسائل الطبية المستجدة في ضوء الشريعة الإسلامية، مجلة الحكمة، ليدز، بريطانيا، ط1، ج2، 2001م، ص 17.

² تتمثل هذه الخطوات فيما يلي : **الخطوة الأولى:** التثبت من وجود المظاهر الأولى لموت الدماغ كالغيوبة العميقة وعدم وجود أي حركة تلقائية، الخطوة الثانية: التثبت من عدم وجود أسباب الغيبوبة المؤقتة كانهبوط درجة حرارة الجسم دون 33 درجة مئوية، **الخطوة الثالثة:** القيام بالفحص السريري (الإكلينيكي)، والذي يثبت توقف وظائف جذع الدماغ وهي : فحص الاستجابة الحركية للمنبهات الخارجية المؤلمة، وفحص منعكسات جذع الدماغ، **الخطوة الرابعة :** إعادة الفحص السريري مرة أخرى بعد مضي 24 ساعة حسب تحديد المدرسة الأمريكية و6 ساعات بتحديد المدرسة البريطانية بالنسبة للبالغين، **الخطوة الخامسة :** إجراء الاختبارات التأكيديّة ويكون بطريقتين : الأولى بواسطة التخطيط الكهربائي للمخ (EEG)، والثاني : بتصوير تدفق الدم إلى الدماغ، الخطوة السادسة : اختبار انقطاع التنفس التلقائي فإذا لم تظهر أي محاولة للتنفس، وإنما ثبت انقطاع تام في التنفس كان الاختبار ناجحاً : ينظر : يوسف بن عبد الله بن أحمد الأحمّد، المرجع السابق، ص 171.

³ البار محمد علي، موت القلب و موت الدماغ " تعريفه، علامات تشخيصه " الدار السعودية للنشر والتوزيع، جدة، السعودية، ط1، 1406هـ، ص 141 وما بعدها.

الاتجاه الأول: ذهب أكثر الأطباء إلى أن الوفاة الدماغية هي موت للإنسان ونهاية لحياته¹، فموت الدماغ يعني موت الإنسان، فتتفكك بواسطة الآلة - المنقّسة - مهما استمر لا يعدّ ذو قيمة ولا يعطي الحياة للإنسان، وكذلك استمرار نبض القلب وتدفق الدم في الشرايين والأوردة - ما عدا الدماغ- لا يعدّ علامة على الحياة، مادام أن الدماغ توقفت حياته ودورته الدموية توقفا لا رجعة فيه².

وقد ذهب إلى ذلك بيان المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية الذي جاء فيه "وضح للندوة بعدما تم عرضه من الأطباء، أن المعتمد عليه عندهم في تشخيص موت الإنسان هو خمود منطقة المخ المنوط بها الوظائف الحياتية الأساسية، وهو ما يعبر عنه بموت الدماغ... وبناء على ما تقدم اتفق أهل الرأي على أنه إذا تحقق موت جذع المخ بتقرير لجنة طبية مختصة جاز حينئذ إيقاف أجهزة الإنعاش الصناعي"³.

وقد قررت المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بعد ذلك القيام بخطوتين⁴:

الأولى: مشاركتها في المؤتمر الدولي السنوي (لشبكة موت الدماغ وتحديد الموت) المنعقد بمدينة سان فرانسيسكو بالو م أ في نوفمبر 1996م، للاستفادة من أي مستجد حول هذه النازلة، أين توصل ممثلي المنظمة المشاركين إلى حقيقة مفادها أنه لم يطرأ أي تعديل على المفهوم المتفق عليه سابقاً، والذي يعد الوفاة الدماغية وجذعها كلياً لا رجعة فيه أساساً لتحديد زمن الوفاة

الثانية: إقامة ندوة علمية بدولة الكويت من 17 إلى 19 ديسمبر 1996م، ضمت نخبة من الأساتذة المختصين في الأمراض العصبية وجراحة الأعصاب والتخدير والعناية المركزة وجراحة القلب، وزرع الأعضاء والطب الباطني، ومختصين في التشريح الطبي كما حضر الندوة المدير الإقليمي لمنظمة الصحة العالمية .

وقد فُصل الأمر خلال الندوة وخلص المجتمعون على أنه "ما من حالة صح فيها تشخيص موت الدماغ وجذعه عادت إليه الحياة، وما من حالة عادت إلى الحياة توفرت فيها الشروط الأساسية لتشخيص موت الدماغ وجذعه"⁵.

الاتجاه الثاني: والذي يرى أن موت الدماغ ليس نهاية للحياة الإنسانية، وإن كان أشد خطراً على حياته، لأن وسائل تشخيص موت الدماغ ليست قطعية وقاصرة في ثبوت الوفاة الدماغية⁶، وأنه لا يمكن الاعتماد بموت الدماغ فقط كمعيار للقول بموت الإنسان فعلياً، ثم إنه لا توجد أبحاث طبية دقيقة تؤكد أن هذا الموت بمعنى خروج الروح من الجسد، إضافة إلى أن الأشخاص الذين

¹ مختار المهدي، نهاية الحياة الإنسانية، بحث منشور ضمن أبحاث ندوة الحياة الإنسانية "بدايتها ونهايتها في المفهوم الإسلامي" والتي نظمتها المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت، 1405هـ-1985م، ص 366، ينظر أيضاً: أحمد شوقي إبراهيم، نهاية الحياة البشرية، بحث منشور ضمن أبحاث ندوة الحياة الإنسانية، المرجع نفسه، ص 376، حسان حتوت، متى تنتهي الحياة، بحث منشور ضمن أبحاث ندوة الحياة الإنسانية "بدايتها ونهايتها في المفهوم الإسلامي"، المرجع نفسه، ص 380.

² البار محمد علي، الموت الإكلينيكي والموت الشرعي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي برابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة، السعودية، ع 11، سنة 1419، 09هـ-1998م، ص 143-144.

³ ينظر أعمال ندوة الحياة الإنسانية - بدايتها ونهايتها - في المفهوم الإسلامي، المنعقدة بتاريخ 15 يناير 1985، سلسلة مطبوعات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، الإسلام والمشكلات الطبية المعاصرة، ط2، الكويت، 1991م.

⁴ يوسف بن عبد الله بن أحمد الأحمد، المرجع السابق، ص 198.

⁵ بيان من المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية حول التعريف الطبي للموت، ندوة التعريف الطبي للموت: إشراف وتقديم عبد الرحمن عبد الله العوضي، المنعقدة في الكويت في الفترة ما بين 7 إلى 9 شعبان 1417هـ الموافق لـ: 17 إلى 19 ديسمبر 1996م، ص 28-30.

⁶ وأكد الدكتور رؤوف محمود سلام (أستاذ الجراحة في كلية الطب بجامعة الأزهر) على أن الخطأ وارد في تشخيص موت الدماغ، وأن دلالة التشخيص ظنية ليست قطعية الدلالة، وذلك باختلاف معايير التشخيص من مركز طبي لآخر فمن يُعَدُّ ميتاً بمعايير أحد المراكز يُعَدُّ حياً بمعايير مركز آخر، وبفارق يصل إلى 10% في نفس البلد، وهو ما أكدته دراسة تفاوتية كبرى في و م أ وجد من خلالها أن التوافق بين نتائج الاختبارات أجريت على وظائف المخ العشرة تكون قاصرة على الأقل في 3-4%، ينظر: يوسف بن عبد الله بن أحمد الأحمد، المرجع السابق، ص 198.

ينطبق عليهم معايير الموت الدماغي تظهر عليهم علامات مختلفة للحياة : كاستمرار الأفعال المنعكسة من سعال وقىء، بل ويحتفظ بعضهم على نشاطهم العصبي والعضلي والارتعاشات العضلية¹.

ومن بين الأطباء الذين قالوا بهذا الرأي وخالفوا الرأي القائل بأن موت الدماغ هو موت كامل للإنسان الدكتور صفوت حسن لطفي²، والدكتور (بروج) من جامعة هارفارد المشارك في المؤتمر الدولي السنوي لشبكة موت الدماغ والذي هاجم من خلاله مسألة موت المخ³، والدكتور سهيل الشهري، الذي يرى أن لحظة الموت هي لحظة نزع أجهزة الإنعاش وتوقف القلب⁴، ود. محمد عبد العظيم ود. شريف عبد العزيز.

وجدير بالذكر أن هناك قائمة من سبعة عشر طبيباً واستاذاً باحثاً بكلية الطب في جامعات مصر وقعوا على مذكرة بعنوان "الحقائق الطبية والدينية التي يخيفها مشروع نقل الأعضاء، حول قتل مصابي الحوادث ومرضى الغيبوبة العيقة الأحياء لانتزاع أعضائهم"، ومذكرة أخرى بعنوان "الحقائق المخفاة في قضية نقل الأعضاء البشرية" موقعة من نفس العدد تقريباً⁵. ويستدل أصحاب هذا الاتجاه بالعديد من الحجج لتعزيز موقفهم نذكر منها ما يلي⁶ :

- احتدام الاختلاف بين المدارس الطبية فيما بينها حول حقيقة موت جذع المخ، وعدم الاتفاق على تعريف موحد له، فيؤاوجه كل تعريف منها معارضة شديدة .

-الاختلاف الخاص بين الدول بعضها البعض، بل بين الولايات التابعة للدولة الواحدة، أو حتى بين المراكز العلمية التابعة لذات الدولة، فبينما تأخذ بريطانيا ومن معها من الدول بموت جذع المخ، فإننا نجد الو م أ ومعها بعض الدول تأخذ بمفهوم موت كل المخ، في حين استقر عند بعض الأطباء والباحثين الأخذ بمفهوم الوظائف العليا للمخ .

ثانياً: الموقف الشرعي من معيار الوفاة الدماغية :

بعد تصفح عدد من الدراسات والبحوث العلمية، والتي فتحت المجال واسعاً لتصور طبي حول مسألة موت الدماغ، يتجلى في أنها تركز على فقدان وتوقف وظائف الدماغ توقفاً لا رجعة فيه بما في ذلك جذعه، تبين وجود العديد من الإشكالات العلمية والعملية والانتقادات الطبية مفادها وجود علامات حياة عديدة في الدماغ، مما أثر ذلك على الخلفية الدينية وتحرير حكم موت الدماغ شرعاً، وتعداه أيضاً إلى تباين مواقف القوانين المقارنة .

لذا سنحاول بيان الحكم الشرعي والقانوني لموت الدماغ من خلال الوقوف عند كل رأي من علماء الشريعة والقانون من مسألة الموت الدماغية :

أ-حكم ثبوت الوفاة شرعاً بموت الدماغ :

اتفق الفقهاء في الحكم على عامة الوفيات بالموت بمقارنة الروح للبدن، وذلك في الحالات التي لا تدخل تحت أجهزة الإنعاش ويكون بتوقف التنفس وتوقف القلب عن النبض .

¹دعيج بطحي ادحيلان المطيري، المرجع السابق، ص 19-21.

²صفوت حسن لطفي، تعريف الموت في الدين الإسلامي، ضمن بحوث ندوة التعريف الطبي للموت المنظمة من طرف المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بتاريخ 1417هـ، ص 2-5.

³ ينظر : تقرير للجنة التي حضرت المؤتمر بتكليف من المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، ضمن المؤتمر الدولي السنوي (لشبكة موت الدماغ وتحديد موت) المنعقد بمدينة سان فرانسيسكو بالو م أ في نوفمبر 1996م

⁴يوسف بن عبد الله بن أحمد الأحمد، المرجع السابق، ص 200.

⁵لهادي السعيد عرفة، المعيار الحديث للموت "موت المخ بين القبول والرفض"، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، ص 123، منشور على الموقع الإلكتروني <http://mjle.journals.ekb.eg> اطلع عليه بتاريخ 2022/08/30.

⁶المرجع نفسه، ص 124.

غير إن الفقهاء المعاصرين اختلفوا فيما إذا تم تشخيص موت الدماغ وفق الأصول المشروطة طبيا وبواسطة الأطباء الوثوق بهم، وأمكن الإبقاء على التنفس وعمل القلب عبر أجهزة الإنعاش الصناعي، فهل يحكم بموت الشخص بمجرد موت دماغه ولا ينظر إلى عمل القلب؟ أم لا بد من توقف القلب عن النبض حتى يحكم بموت الإنسان؟¹، وتخص عن هذا الاختلاف ثلاثة أقوال ولكل رأي منهم حجته، وسنعرض هذه الآراء فيما يأتي :

القول الأول:

يرى أن موت دماغ الشخص دون قلبه هو موت شرعي حقيقة، فلا يشترط توقف القلب عن النبض حتى يحكم بموته، فموت الإنسان يتحقق بموت جذع الدماغ لديه²، وبهذا قال : د. الأشقر محمد سليمان³، ومحمد نعيم ياسين⁴ وأحمد شرف الدين⁵ وأيضا : بلحاج العربي والشيخ محمد آصف المحسني⁶، و د. محمد سعيد رمضان البوطي - رحمه الله -⁷، وعليه قرار مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي⁸، الذي جاء فيه "يعد شرعا أن الشخص قد مات، وتترتب عليه جميع الأحكام المقررة للوفاة، إذا تبين في إحدى العلامتين التاليتين :

- إذا توقف قلبه وتنفسه تماما وحكم الأطباء بأن هذا التوقف لا رجعة فيه.
- إذا تعطلت جميع وظائف دماغه تعطلا نهائيا، وحكم الأطباء الاختصاصيون والخبراء بأن هذا التعطل لا رجعة فيه وأخذ دماغه بالتحلل.

في مثل هذه الحالة يسوغ إيقاف أجهزة الإنعاش وإن كان بعض الأعضاء كالقلب ما يزال يعمل آليا، وأن الإنسان الذي يصل إلى مرحلة موت جذع الدماغ يعد مستديرا الحياة"⁹.

وقد استند أصحاب هذا الرأي بعدة أدلة نذكر منها :

- إن الأطباء هم أهل الاختصاص والخبرة في هذا الشأن فينبغي تصديقهم وقبول رأيهم فيما يختص بمجالهم، وقد قرروا أن الوفاة الدماغية هي التلف الكامل والنهائي للدماغ الذي لا رجعة فيه، أو موت المراكز الحيوية الواقعة في جذع الدماغ، فإذا ما تلفت هذه المنطقة فإن الإنسان يعد ميتا¹⁰.
- إن حياة الإنسان تنتهي عندما يغدو الجسد عاجزا عن خدمة الروح والانفصال عنها، يقول الإمام ابن القيم - رحمه الله - في هذا الصدد " مادامت هذه الأعضاء صالحة لقبول الآثار الفائضة عليها عن هذا الجسم اللطيف، بقي ذلك الجسم اللطيف متشابكا لهذه الأعضاء، وأفادها هذه الآثار من الحس والحركة الإرادية، وإذا فسدت هذه الأعضاء بسبب استيلاء الأخلاط الغليظة عليها، وخرجت

¹ محمد إبراهيم سعد النادي، المرجع السابق، ص 36.

² لجنة الفتوى بوزارة الشؤون الدينية والأوقاف " حكم القتل الرحيم " رسالة المستجد، ع02، السنة 13، الجزائر، جمادى الأولى - جمادى الثانية: 1436هـ -المواق له مارس - أبريل 2015م، ص 108-109.

³ الأشقر أسامة محمد سليمان، أبحاث اجتهادية في الفقه الطبي، دار النفائس، الأردن، ط1، 2006م، ص 89.

⁴ محمد نعيم ياسين، أبحاث فقهية في قضايا فقهية طبية معاصرة، دار النفائس، الأردن، 2000م، ص 42.

⁵ أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، الدار العربية للموسوعات، القاهرة، مصر، د ط، 1985م، ص 160-177.

⁶ محمد إبراهيم سعد النادي، المرجع السابق، ص 37-38.

⁷ محمد سعيد رمضان البوطي، قضايا فقهية معاصرة، دار الشادي، مكتبة الفارابي، دمشق، سوريا، ط4، 1992م، ص 127-129.

⁸ القرار رقم(86/07/3/3/5) بشأن أجهزة الإنعاش، 17(3/5) الصادر عن مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الثالث بعمان من 8 إلى 13 صفر سنة 1407هـ-الموافق ل: 11 إلى 16 أكتوبر 1986 م، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ع3، 1986 م، ج 2، ص 523، والقرار المنشور في مجلة الفقه الإسلامي، ج3، ع3، 1987 م، ص 809.

⁹ ينظر :ندوة التعريف الطبي للموت، المرجع السابق، ص 914.

¹⁰ محمد نعمان المستجدات، المرجع السابق، ص1008

عن قبول تلك الآثار، فارق الروح والبدن وانفصل عن الأرواح... وهذا القول هو الصواب في المسألة التي لا يصح غيره وكل الأقوال سواء باطله¹.

- إنَّ الفقهاء قد حكموا بموت الإنسان في مسائل الجنائيات التفاتاً إلى نفاذ المقاتل، وهو ما عبروا عنه بحركة المذبوح، ولم يوجبوا القصاص على من جنى عليه في تلك الحالة، مع وجود الحركة الاضطرارية، فدل على عدم اعتبارهم لها، وإنَّ الحكم بالموت ليس مقيداً بانتفائها، قال الزركشي: "والحياة المستقرة هي أن تكون الروح في الجسد ومعهما الحركة الاختيارية دون الاضطرارية"².

القول الثاني :

يرى أن الموت الدماغى ليس موتاً شرعياً حقيقة، بل لا بد من توقف القلب فلا يمكن الاعتداد بموت الدماغ فقط كميّار للقول بموت الإنسان فعلياً، بل لا بد من توافر علامات أو أمارات الموت التي يحصل بها اليقين، كتوقف قلبه عن النبض بصفة نهائية وتوقف جهازه التنفسي عن العمل بعد رفع أجهزة الإنعاش، وذلك بعد قرار من لجنة تتكون من ثلاثة أطباء اختصاصيين (خبراء) بتعطّل الدماغ³.

وهذا ما أقره مجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي⁴، وهيئة كبار العلماء بالملكة العربية السعودية⁵، وكذا في فتاوى دار الافتاء المصرية⁶، وهو ما أفتى به الشيخ عبد العزيز بن باز - رحمه الله -⁷ وفتت به أيضاً لجنة الفتوى بوزارة أوقاف الكويت⁸، وقد رجّح هذا القول عدد من الفقهاء والباحثين⁹.
وقد استند أصحاب هذا الرأي بعدة أدلة نذكر منها :

- إنَّ كثيراً من نصوص الكتاب والسنة علقّت حكم الموت على إمساك النفس وهي الروح، ولا عبرة بغير ذلك ولا يلزم من موت عضو من أعضاء الجسم وتلفه خروج الروح من كامل الجسم، وعلى ذلك لا يمكن الحكم بموت الإنسان بناء على موت الدماغ لأن ذلك تعليق لحكم الموت بما لا يعلقه الشرع¹⁰.

¹ ابن قيم الجوزية، الروح، دار الكتب العلمية، بيروت، (د.ط، د.ت.ن)، ص 178-179.

² الزركشي، بدر الدين أبو عبد الله محمد بن عبد الله، المنشور في القواعد، دار الكويت للصحافة، الكويت، ط2، 1405هـ، ج2، ص 105.

³ أبو زيد بكر بن عبد الله، فقه النوازل، المرجع السابق، ج1، ص 232.

⁴ ينظر : القرار الثاني رقم (181) بشأن موضوع (تقرير حصول الوفاة ورفع أجهزة الإنعاش من جسم الإنسان)، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة العاشرة، من 24 إلى 28 صفر 1408هـ، الموافق له : 17 إلى 21 أكتوبر 1987م، السعودية، ع3، ص 665-666.

⁵ قرار رقم (181) بتاريخ : 1417/04/12هـ: ينظر : الفوزان صالح بن فوزان بن عبد الله، الفتاوى المتعلقة بالطب وأحكام المريض، الرئاسة العامة للبحوث العلمية والإفتاء، الرياض، السعودية، ط3، 1435هـ-2014م، ص 432-433.

⁶ ينظر : فتاوى دار الافتاء المصرية رقم : 356/7 بتاريخ : محرم: 1400هـ، الموافق له 5 ديسمبر 1979م.

⁷ عبد العزيز بن عبد الله بن باز، الفتاوى الشرعية على المشكل في المسائل الطبية، دار ابن الأثير، الرياض، ط1، 1426هـ، ص 44.

⁸ قد ورد عنها فتاوى : الأولى : بتاريخ 1402/02/18هـ والثانية : سنة 1984م : ينظر الأشقر محمد سليمان، نهاية الحياة، بحث ضمن مؤتمر الطب الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة الثالثة، ع 3، 1408هـ-1987م، ج2.

⁹ من بينهم الذهبي مصطفى، ينظر : الذهبي مصطفى، نقل الأعضاء بين الطب والدين، دار الحديث، القاهرة، مصر، ط1، 1993م، ص 108، والشيخ أبو زيد بكر بن عبد الله، ينظر : أبو زيد بكر بن عبد الله، فقه النوازل، المرجع السابق، ج1، ص 234، و يوسف بن عبد الله بن أحمد الأحمد، المرجع السابق، ص 200، والشيخ بدر المتولي عبد الباسط : بدر المتولي عبد الباسط، نهاية الحياة الإنسانية في نظر الإسلام، بحث مقدم ضمن مؤتمر الطب الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بالكويت، الدورة الثالثة، ع3، ج2، والشيخ عبد القادر بن محمد العماري : الشيخ عبد القادر بن محمد العماري، نهاية الحياة الإنسانية، بحث مقدم ضمن مؤتمر الطب الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بالكويت مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة الثالثة، ع3، ج2، والشيخ توفيق الوادعي، حقيقة الموت والحياة في القرآن والأحكام الشرعية، بحث مقدم ضمن مؤتمر الطب الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بالكويت مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة الثالثة، ع3، ج2.

¹⁰ البعداني محمد نعمان محمد علي، المرجع السابق، ص 1017.

- واستدلوا بقواعد فقهية منها : -قاعدة اليقين لا يزول بالشك¹: واليقين في هذه الحالة المختلف فيها هو حياة المريض بعد الأصل، ولأن قلبه ينبض والشك في موته لأن دماغه ميت، فوجب علينا اليقين الموجب بحياته حتى نجد يقينا مثله يوجب علينا الحكم بموته² وقاعدة أن الأصل بقاء ما كان على ما كان³ : فالأصل هو الحياة فيبقى الأمر على هذا الأصل⁴.

- للاستصحاب⁵: ودلالة ذلك أن المريض قبل موت دماغه متفق على أنه حي، فيستصحب هذا الحكم إلى هذه الحالة التي اختلف فيها⁶.

- وجود حالات كثيرة شخّصت على أن صاحبها قد مات موتا دماغيا، وعاش بعد ذلك واستمرت الحياة⁷.
ومما استدلوا به أيضا على حياة المريض أثناء توقف المخ عن العمل في الغيبوبة العميقة: هو استمرار نمو الجنين بصفة طبيعية لشهور طويلة في بطن أمه رغم غيبوتها، وتمت ولادته في موعد الولادة الطبيعي بالوزن المعتاد بعملية قيصرية⁸.

القول الثالث : يرى أنّ للموت مستويين⁹ :

الأول : يكون بموت الدماغ، وهذا يترتب على صاحبه بعض أحكام الموت .

والثاني : يكون موت الدماغ مع توقف سائر الأجهزة الرئيسية بالجسد، وهذا يترتب على صاحبه بقية أحكام الموت من دفن وتنفيذ وصاياه وتوريث ماله.

وإلى هذا الاتجاه الثالث ذهب المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية في ندوتها الثانية سنة 1986م¹⁰، والتاسعة¹¹.
كما ذهب إلى ذلك أيضا : الشيخ الإسلامي محمد المختار، والأستاذ عبد القادر العماري، ود. يوسف القرضاوي - رحمه الله - وآخرون¹².

¹ ابن نجيم، المرجع السابق، ج3، ص57.

² الشنقيطي محمد الأمين بن محمد المختار، أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط1، 1995م، ص 347.

³ ابن نجيم، المرجع السابق، ج3، ص 57.

⁴ الشنقيطي محمد الأمين بن محمد المختار، المرجع السابق، ص 348.

⁵ الاستصحاب : استفعال من الصحة، وهي استدامة إثبات ما كان ثابتا أو نفي ما كان منقيا، ويؤخذ به حيث لا دليل، وتبنى عليه مبادئ وقواعد فقهية، ينظر: ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين المرجع السابق، ص 179.

⁶ البعداني محمد نعمان محمد علي، المرجع السابق، ص 1018.

⁷ فقد ذكرت صحيفة الشرق الأوسط في نسختها الإلكترونية بتاريخ 30 يونيو 2001 أن عالما بريطانيا مختصا بدراسة المصابين بالنوبات القلبية توصل إلى أن هناك دلائل تدل على استمرار وعي الإنسان حتى بعد توقف الدماغ، وذكر أنه درس حالات اعتقد الأطباء أن أصحابها ماتوا سريريا ثم عادوا للحياة، ومثالها أيضا أن جميع الأطباء حكموا على شخصية مرموقة بالوفاة لموت جذع الدماغ لديه، و أوشكوا انتزاع بعض الأعضاء منه لكن ورثته منعوا ذلك ثم كتب الله له الحياة .

⁸ وراقي غنية، أثر لمستجدات العلمية في الميراث في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2019م، 2020م، ص 30.

⁹ الأشقر محمد سليمان، نهاية الحياة، المرجع السابق، ص 439، دعيج بطحي ادحيلان المطيري، المرجع السابق، ص 30.

¹⁰ ينظر : ندوة الحياة الإنسانية بدايتها ونهايتها في المفهوم الإسلامي المنعقدة بالكويت في 24 ربيع الآخر 1405هـ الموافق له 15 يناير 1985م، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ع 3، ج2، ص 729.

¹¹ ينظر : ندوة التعريف الطبي للموت، المرجع السابق .

¹² ندوة الحياة الإنسانية بدايتها ونهايتها في المفهوم الإسلامي المنعقدة بالكويت 1985م، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، المرجع السابق ص 439-448-453 وما بعدها وصفحة 677 المتعلقة (بالتوصيات) .

وقد استند أصحاب هذا القول في تبرير رأيهم : أنّ الجسم البشري يحتوي على مستويات متعددة من الحياة فهناك الحياة الخلوية والحياة الجينية، والحياة المستقرة وغير المستقرة، فكذلك الوفاة تكون على نفس تلك المستويات، ولكل مستوى منها أحكامه الخاصة¹.

وقد جاء هذا الاستدلال موجزا في توصيات ندوة الحياة الإنسانية بدايتها ونهايتها في المفهوم الإسلامي المنعقدة بالكويت سنة 1985- المذكورة أعلاه- ونصها ما يلي " اتجه رأي الفقهاء تأسيسا على هذا العرض بين الأطباء إلى أن الإنسان الذي يصل إلى مرحلة مستيقنة هي موت جذع المخ يُعدّ مستدبرا للحياة، وأصبح صالحا لأن تجري عليه بعض أحكام الموت، أما تطبيق بقية أحكام الموت عليه فقد اتجه الفقهاء الحاضرون إلى تأجيله حتى تتوقف الأجهزة الرئيسية² .

تقييم معيار موت الدماغ :

من خلال اطلاعنا على العديد من المقالات والمناقشات العلمية حول هذا الموضوع سنعرض تقييما لمعيار موت الدماغ، ليتبين بعدها الرأي المرجوح حول حكم ثبوت الموت شرعا دماغيا:

صحيح أن كثيرا من أهل الاختصاص -باحثين وأطباء- أقرّوا اعتماد حكم الموت بالموت الدماغى بضوابطه الدقيقة، كونه توقف تام للمراكز الحيوية الواقعة في جذع الدماغ، فإذا ماتت هذه المنطقة فإن الإنسان يعد ميتا، ولأن تنفسه بواسطة الآلة مهما استمر لا قيمة له، ولا يعطي له الحياة وكذا استمرار النبض من القلب، بل وتدفع الدم في الشرايين والأوردة لا يعد علامة على الحياة مادام أن الدماغ قد توقفت حياته توقفا لا رجعة فيه .

إلا أنه - رغم هذا الإجماع الحاصل عالميا حول معيار موت الدماغ- مازال يثير الكثير من الجدل إذ يعدّه البعض مسألة ظنية، وأن الخط المستقيم الذي يفرزه جهاز قياس الدماغ لا يدل على موت المخ، وإنما يدل فقط على توقفها، وأن الموت لا يحصل إلا إذا توقفت جميع أنشطة الدماغ بالإضافة إلى توقف القلب والتنفس .

وهذا ما جعل منظمة الصحة العالمية التي تبنت معيار الوفاة الدماغية التراجع عنه، مفضلة ترك الأمر لأهل الاختصاص من أطباء متمرسين، ليتخذوا قرار لحظة الوفاة، وقد عللت ذلك³ بأن " الموت عملية تدريجية وكل عضو ونسيج قادر على تحمل الحرمان من الأكسجين بشكل متفاوت، مما يستلزم أن يؤخذ عين الاعتبار ليس حالة الخلايا والأنسجة وإنما المصير المحتوم لكل شخص على حدة"، وأضافت المنظمة بأنه ليس هناك في الوقت الراهن من تقنية أيّا كانت درجة فعاليتها تستطيع الحسم بأن الموت نهائي وقطعي أفضل من الفحص الإكلينيكي الذي يبقى المعول عليه .

ثم إن الجهود ما زالت مستمرة لتطويع هذه المعضلة، فقد صرح فريق طبي ياباني عن إمكانية تمديد إعاشة الميت دماغيا بحقنه بمزيج من مادتي الأدرينالين (Adrenaline) والفايزيسين (Vaspressine ou ADH)، مما يعني أنه لو تحقق هذا التطور فالشك لن يراود تشخيص الموت فقط وإنما تعريفه أيضا⁴.

فجل ما ذكره أصحاب الرأي المؤيد للموت الدماغى ليس بيقين، ولا في حكمه (غلبة الظن)، فقاعدة الشرع تقضي بأن اليقين لا يزول بالشك، وأن الأحكام تبنى على اليقين الذي في هذه الحالة هو حياة المريض وليس على الشك في موته⁵ .

¹دعيج بطحي ادحيلان المطيري، المرجع السابق، ص 30.

²ينظر توصيات: ندوة الحياة الإنسانية بدايتها ونهايتها في المفهوم الإسلامي المنعقدة بالكويت ف 1985م، المرجع السابق، ص 731-732.

³Abdelhafid Ossoukine ,L'Ethique Biomédicale ,2ème édition ,O P U ,2007, P159.

⁴Ahmed Abduldayem ,les organes du corps humain dans le commerce juridique, thèse de doctoat , Faculté de droit ,Université robert Schuman de Strasbourg , 1999.p259-260

⁵البعداني محمد نعمان محمد علي، المرجع السابق، ص 1024.

فموت الدماغ هو محمل شك وتردد، وكل المؤشرات العلمية تؤكد على أن من مات دماغه وبقي مثبتا على أجهزة التنفس الصناعي يبقى جسمه محتفظا بكل مظاهر الحياة، واستمرار بعض أعضائه في أداء وظيفتها الطبيعية .

أما ما تعلق بقرار مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي والذي يعتد بموت الدماغ موتا شرعيا لم يسلم من النقد والاعتراض، إذ أخذ عليه أنه لا يخلو من غموض يكتنفه لأمرين¹:

أولهما: عبارة " وإن كان بعض الأعضاء، كالقلب مثلا لا يزال يعمل آليا بفعل الأجهزة المركبة"، فهذا يعد اعترافا من واضعي القرار بأن هذه الفتوى خاصة بما إذا ثبت أن عمل القلب متوقف ذاتيا، ولكنه مستمر آليا بفعل الأجهزة المركبة، ولا شك أن الحكم بوقوع الموت في هذه الحالة محل إجماع، إذا اجتمعت على موته علامتان اللتان ذكرهما القرار وهما موت القلب وسكون الدماغ معا .

ثانيهما: القيد الوارد في القرار: "وأخذ دماغه في التحلل" فالثابت أن الدماغ إذا بدأ بالتحلل وظهر بوسائل التشخيص ونحوها، فإن القلب هو الآخر قد انتهى إلى سكون تام، وهذا ما يجعل القرار مشوبا بغيب الغموض، ويناقض أوله آخره .

فالقائلون بأن موت الدماغ موت لا رجعة فيه يجيزون رفع أجهزة الإنعاش عنه، لأنه في عداد الموتى، إلا أن هذا الرفع بمثابة المباشرة في إزهاق الروح، وإجهاز على من فيه حياة ثابتة شرعا، هذا الأخير الذي يتطلع لإحياء النفوس، ومثل ذلك لا يؤخذ فيه الشك²، فلا يترتب أي أثر من آثار الموت على من مات موتا دماغيا حتى يتم رفع أجهزة الإنعاش فإن استمرت وظائف الجسم الحيوية في العمل دونها وتنفس تنفسا طبيعيا فهو لم يموت حقيقة، وإنما هو مغشى عليه، أما إذا رفعت أجهزة الإنعاش ومات موتا حقيقيا، وتوقفت جميع أعضاء الجسم عن العمل ففي هذه الحالة يحكم بموت هذا الشخص، و على ذلك تترتب الآثار الفقهية ومنها توزيع تركته على الورثة.

ثم إن الاعتداد بموت المخ موت حقيقي يترتب عليه العديد من المفسدات والأضرار على الإنسانية، التي ظهرت بوادرها منذ صدور الفتاوى بجواز نقل الأعضاء ممن اعتبروهم أمواتا، فظهرت جرائم الاتجار في الأعضاء البشرية، التي يتحمل وزرها الأطباء الذين يقرون هذا النوع من الموت، والأطباء الذين يمارسون عمليات النقل للأعضاء بناء على هذا المعيار³.

فقد نشرت جريدة الأهرام المصرية مقتل أكثر من أربعين مريضا في مستشفى بمدينة (نصر المصرية) فور إجراء عمليات زرع الكلى لهم، حيث أجرى بعض أطباء نقل الأعضاء لهم هذه العمليات دون اختبارات توافق الأنسجة حرصا منهم على سرعة إتمام الصفقات وقبض الثمن⁴.

حتى إن الذين أفنوا بجواز نقل الأعضاء وقالوا بإباحته لم يؤسسوا فتواهم على موت المخ أو موت جذع المخ، بل أسسوا فتواهم على أسس أخرى كحالة الضرورة ونحوها، مع وضع العديد من الضوابط والقواعد والشروط لذلك، بل وكرروا في فتواهم أن الموت هو مفارقة للجسد مفارقة تامة يترتب عليها توقف كافة أعضاء الجسم عن أداء وظائفها توقفا تاما ونهائيا⁵.

الرأي الراجح :

ترتبا على ما سبق، ومن خلال طرح الأقوال وأدلتها وكذا بعد وضع تقييم لمعيار الموت الدماغى، يظهر بجلاء رجحان القول القائل بأن موت الدماغ لا يعدّ نهاية للحياة الإنسانية حتى يتوقف القلب والدورة الدموية والتنفس عن الحركة، وهذا لقوة أدلتهم

¹ محمد سعيد رضان البوطي، المرجع السابق، ص 335.

² محمد إبراهيم سعد النادى، المرجع السابق، ص 67-68.

³ فقد نشرت جريدة الجمهورية المصرية عن توأم يديران معملا للتحاليل يتاجر في الكلى لحساب جراح مشهور، وتتم عمليات السطو على كلى المصريين (الفقراء) لصالح الأجانب أو المصريين الأغنياء : ينظر جريدة الجمهورية الصادرة بتاريخ 8-9/06/1997

⁴ ينظر : جريدة الأهرام المصرية الصادرة بتاريخ 22/04/1997م.

⁵ ينظر : بيان مجمع البحوث الإسلامية في جريدة الأهرام المصرية بتاريخ 4/05/1997م، وأحدث فتوى للدكتور نصر فريد واصل مفتي الجمهورية على الأنترنت نشرتها جريدة الأهرام بتاريخ 28/12/1998.

وموافقتها للشرع، فهذه القضية تخرج عن العلم التجريبي المادي، فهي متعلقة بخروج الروح والروح أمر غيبي لا سبيل إلى الوقوف على حقيقتها، والحكم بموت الإنسان بناء على موت الدماغ تعليق لحكم الموت بما لم يعلقه به الشرع، ثم إن حفظ النفوس من أعظم مقاصد الشريعة، والتي بلغت مرتبة الضروريات ويجب المحافظة عليها والشرع يتطلع إلى إحياء النفوس وانقاذها . ويمكن أن نُلخّص ما تقدم بيانه حول علامات موت الدماغ فيما دُكر على لسان رئيس المنظمة العالمية للصحة في اجتماع "سيدني" بأنه : "من العبث تعريف الموت، تعريفاً قدره أن يُتجاوز لتوه لفعل التقدم المهول للتكنولوجيا"¹.

ثالثاً: موقف التشريعات المقارنة من معايير التحقق من الوفاة :

إذا كان يُنظر للوفاة -إلى وقت قريب- على أنها ظاهرة طبيعية وبسيطة ويمكن إدراكها بالحواس العادية، ومن ثم لم تكن الحاجة إلى تعريف قانوني، فقد أضحي هذا التعريف أكثر أهمية في الوقت الحاضر، وأكثر إلحاحاً في مواجهة الاكتشافات الطبية والبيولوجية على وجه الخصوص في عمليات نقل القلب، والتي تستمد مشروعيتها من ضرورة التحقيق من وفاة المعطي² . فالطبيب يلجأ إلى القانون ليساعده في مثل هذه المسائل التي تثير تساؤلاته، ويريد أن يعرف حدود مشروعية أعماله من الناحية القانونية، فدور القانون إذاً هو تحديد ما هو مباح وما هو محظور بالنسبة للطبيب . لذا حرصت بعض التشريعات الغربية والعربية على إصدار نصوص تتضمن تعريفاً للموت، لكي يتجلى من خلاله تحديد المعيار الواجب اتباعه لحسم المسألة، بينما أغفل بعضها الآخر التعرض لهذه المسألة نظراً لما ترتبط بها من مشاكل فنية مختلفة³ :

1-التشريعات المقارنة التي تبنت صراحة المعيار الحديث للوفاة:

أ-التشريعات الغربية : من التشريعات التي تبنت صراحة معيار موت الدماغ للتحقق من الوفاة نذكر ما يلي :

التشريع الإسباني: جاء في المادة 10 من المرسوم الملكي الإسباني رقم 426 الصادر في 22 فبراير 1980، والخاص بتطبيق القانون رقم 30 الصادر في 27 أكتوبر 1979 المتعلق باستئصال الأعضاء لأغراض النقل على أنه "لا يمكن استئصال الأعضاء الحية من جسم الإنسان المتوفي لاستخدامها لأغراض النقل إلا بعد التأكد من وفاة المخ، والملاحظة الفورية للعلامات التالية:

- انعدام أي استجابة مخية وفقدان الحساس التام.
- انعدام التنفس التلقائي والمنعكسات المخية واتساع حدقتي العين.
- عدم تقلي جهاز رسم المخ أي إشارة"⁴.

التشريع الأمريكي: تعد الو م أ من الدول التي أخذت قوانينها بمعيار الموت الدماغي كموت حقيقي للإنسان، وأول ولاية اعتمدت الموت الدماغي رسمياً في نظامها الأساسي هي ولاية تكساس بموجب تشريع صادر بتاريخ: 1970/07/01، مقرر أن مركز الحياة هو المخ وليس القلب⁵.

وفي عام 1980 أُقر في و م أ التشريع الفيدرالي المسمى: تشريع تحديد الموت (Determination of death act 1980) وعرف الموت على أنه "توقف لا يمكن علاجه لوظائف التنفس والدورة الدموية"، و أصبح الشخص يُعدّ ميتاً عند توقف المخ عن أداء وظيفته⁶، وفي عام 1981 قام المجلس التشريعي في و م أ بالموافقة على تصنيف الموت الدماغي كمؤشر للموت، بواسطة اللجنة

¹ أحمد عمrani، زراعة الأعضاء وإشكالية تحديد لحظة الوفاة بين المقتضيات الطبية والقانونية والشرعية، المجلة الجزائرية للمخطوطات، كلية العلوم الإنسانية، جامعة وهران 01، ع 12، جانفي 2015م، ص 247.

² محمد سامي الشوا، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة، (د.ط)، 2005 م، ص 247.

³ شعبان أبو عجيبة عصارة، الإنعاش الاصطناعي وتحديد لحظة تحقق الوفاة، مجلة العلوم القانونية والشرعية، كلية الحقوق، جامعة الزاوية، ع 7، 2015 م، ص 177، ينظر أيضاً: محمد سامي الشوا، المرجع السابق من ص 252 إلى 256.

⁴ Recueil international de legislation sanitair, 1981.p 764

⁵ أحمد شوقي أبو خطوة، المرجع السابق، ص 198-199

⁶ ينظر الفقرة (ب) من قانون تحديد الموت لسنة 1980 الأمريكي على الموقع الإلكتروني :

الرئاسة الأمريكية بالتعاون مع الرابطة الطبية الأمريكية، واستحدثت تشريع الوفاة الدماغية فيصبح الشخص ميتاً عند توقف المخ عن وظيفته، بعد أن أصدرت اللجنة الرئاسية تقريراً لتحديد حالات الموت من الناحية الطبية والقانونية عبر جميع الولايات الخمسين¹.

وبصدور قانون التعريف الموحد للموت في و م أ، أُعلن أن الموت الدماغى موت قانونى ونص القانون على أنه لا بد موت الدماغ كله، وعُرف الموت بأنه: "توقف لا رجعة فيه لجميع وظائف الدماغ بما في ذلك جذع الدماغ"، لكنه ترك تحديد تقنيات الفحص للأطباء الذين نادراً ما يختبرون قشرة الدماغ².

التشريع السويسري: أفادت تعليمات الأكاديمية السويسرية للعلوم في 25 يناير عام 1969 بأن موت الدماغ هو المعيار الجديد لتحديد لحظة الوفاة، فموت خلايا الدماغ يؤدي بالضرورة إلى موت بقية أعضاء الجسم وفي 25 مارس 1971م، أصدر مجلس الدولة لمقاطعة زيورخ (Zurich) قراراً يتضمن بعض القواعد المتعلقة بتحديد لحظة الوفاة، واستئصال الأعضاء من جثث الموتى³.

التشريع اليوغسلافي: اعتمد المشرع اليوغسلافي في تعريفه للوفاة بتوقف كل من المخ والقلب عن أداء وظائفهما، ويتضح ذلك من خلال المادة 3 من المرسوم اليوغسلافي الصادر في 15 مايو 1982 الخاص بتنظيم عمليات استئصال الأعضاء لأغراض علاجية، والتي نصت على أنه: "...ويجب أن تثبت وفاة الشخص قبل القيام بعملية استئصال الأعضاء لأغراض علاجية، وذلك وفقاً للمعايير الطبية التي تقرر ذلك، وأن يثبت بطريقة نهائية توقف المخ والقلب عن أداء وظائفهما"⁴.

ب- التشريعات العربية: من التشريعات العربية التي تبنت تعريفاً للموت نجد:

التشريع اللبناني: يعدّ من بين القوانين العربية المتقدمة في الاعتراف بموت الدماغ فقد صدر المرسوم الاشتراعي رقم 109 لسنة 1983 بتاريخ 16 أيلول سنة 1983⁵، والذي أجاز الأخذ بالأنسجة والأعضاء لحاجات علمية من الأموات بشروط خاصة، ثم صدر المرسوم الاشتراعي رقم 1442 لسنة 1984 بتاريخ 14 جانفي 1984⁶، والذي نصت مادته الأولى على أنه "يعد الإنسان ميتاً... في حالة توقف وظائف كامل الدماغ" ونصت المادة 02 من ذات المرسوم "يثبت الموت الدماغى طبيبان على أن يكون أحدهما اختصاصياً بالأمراض العصبية..."⁷ ويتضح من هذا النص أن المشرع اللبناني قد حدد معيار الوفاة متبعاً المعيار الحديث وحدد طرق التحقق من ذلك⁸.

http://nulldownload.cim/doc/pdf/download/pntb-og-wordpress-wp-content-uploads-uniform-determination-of-death-1980-5c.pdf.html.2022/08/15: اطلع عليه بتاريخ

¹Robert M.Sade Andrea D.Boan,The Paradox of the Dead Donor Rule:Increasing Death on the waiting list,Medical University of South carolina ,Research published at:http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4498481.2022/08/29: تاريخ الاطلاع ،

²ينظر: ديك تيريسي، طمس الخط الفاصل بين الموت والحياة، ترجمة النجي بندراي أحمد، مجلة نيو ساينتست البريطانية، المجلد 216، ع 2887، ص 36-38

³ديك تيريسي، المرجع السابق، ص 198-199

⁴أحمد عمري، المرجع السابق، ص 299.

⁵المرسوم الاشتراعي رقم 109 لسنة 1983 بتاريخ 16 أيلول سنة 1983 م، المتضمن أخذ بالأنسجة والأعضاء لحاجات طبية علمية (الجمهورية اللبنانية ج ر رقم 45).

⁶المرسوم الاشتراعي رقم 1442 لسنة 1984 بتاريخ 20 كانون الثاني سنة 1984م، المتضمن أخذ بالأنسجة والأعضاء لحاجات طبية علمية (الجمهورية اللبنانية ج ر رقم 5 تاريخ النشر 1984/02/02).

⁷المادة 01 و 02 من المرسوم الاشتراعي رقم 1442 لسنة 1984، المرجع السابق.

⁸وجيه خاطر، نقل وزرع أعضاء الجسم البشري، مجلة المحامين السورية لسنة 1953 وعام 1988م، ع 7 و 8 و 9، ص 653، ينظر أيضاً: حسام عبد الواحد الحميدوي، الموت وأثاره القانونية، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد 1999، ص 75.

التشريع الكويتي : أخذ المشرع الكويتي بمعيار موت الدماغ وذلك من خلال تشريع سنة 1989 المتضمن إجراءات نقل الأعضاء البشرية، في حالات الوفاة بالمستشفيات التابعة للوزارة، اذ نص في المادة الأولى منه "...يعد ميتاً الذي توقفت فيه بشكل غير قابل للعكس وظائف كامل الدماغ، بما فيه جسر المخيخ والنخاع المستطيل"، أما المادة الثانية فقد نصت على أنه "يثبت الموت الدماغي طبيبان على أن يكون أحدهما اختصاصي في الأمراض العصبية"¹.

التشريع السعودي: تبني المشرع السعودي دليل إجراءات زراعة الأعضاء الصادر في المركز السعودي لزراعة الأعضاء والمعتمد بموجب قرار صادر عن وزارة الصحة رقم: 29/1/1081 المؤرخ في 1414/6/08 هـ² المعيار الحديث للوفاة، بل وألزم جميع المستشفيات بالمملكة بتكوين لجان داخلية تكون مسؤولة عن حالات موت الدماغ³.

2- التشريعات المقارنة التي لم تحدد صراحة معيارا للوفاة:

أ- التشريعات الغربية :

من التشريعات الغربية التي لم تحسم أمرها في تحديد معيارا للموت نجد:

القانون الفرنسي: جاء في الدراسات المقارنة للتشريع الدولي المعد من قبل الوكالة البيوطبية الفرنسية⁴ بأن تعريف الموت غير منصوص عليه في التشريع الفرنسي، غير أنه يتضح من المرسوم رقم 96 - 1041 المعدل لقانون الصحة العامة بأن المشرع الفرنسي تبني معيار الموت الدماغي لكن ليس بشكل صريح وحاسم، حيث نصت المادة الأولى منه على أنه "لا يعتبر الشخص ميتاً إلا بتوافر ثلاثة معايير وهي: الغياب التام والكامل عن الوعي وانعدام الحركة التلقائية للجسم، توقف كافة ردود أفعال الجذع المخي، انقطاع التنفس التلقائي (بدون أجهزة التنفس الصناعي)⁵.

وطلب المرسوم من الأطباء الذين يقررون الوفاة أن يثبتوا من موت جذع المخ عن طريق جهاز رسم موجات للدماغ مرتين، عل أن لا تقل المدة الزمنية بين الأول والثاني عن أربع ساعات⁶.

القانون الإنجليزي: لم يتضمن القانون الإنجليزي نصا خاصا لتعريف الموت، كما إن القواعد المنظمة للعمل في مجال نقل الأعضاء من جثث الموتى لم تحدد تعريفا واضحا للوفاة، بل ترك تقدير أمر ذلك للأطباء وفقا للقواعد العامة التي تحكم أداءهم واعتمادا على الخبرة والدراسة⁷.

التشريعات العربية : من التشريعات العربية التي لم تعط تعريفا للوفاة، ومن ثم عدم تحديد معيارا لها نجد :

القانون الأردني: صحيح أن القانون الأردني لم يعط أي تعريف للوفاة، ومن ثم لم يحدد معيارا لها وكل ما فعله المشرع بخصوص هذه المسألة هو النص على تشكيل لجنة طبية للثبوت بشكل يقيني وتام من الموت، ومنع التقدير الجزائي المتسرع من الطبيب الواحد، وهو

¹ أحمد عمراي، المرجع السابق، ص 301.

² تتمثل مهام هذا المركز في التنسيق والمتابعة لجميع حالات موت الدماغ في مختلف مستشفيات المملكة لاستئصال الأعضاء من المتوفين دماغيا لتوزيعها على مراكز زراعة الأعضاء وحسب الإجراءات الواردة بالدليل المشار إليه: أنظر محمد عبد الوهاب الخولي، المرجع السابق، ص 245.

³ أحمد عمراي، المرجع السابق، ص 302.

⁴ Etude comparative de l'encadrement juridique international, Agence de la biomédecine, paris, octobre 2008, p 06.

⁵ article R1232-1 au Décret n 96 -1041 du 2 decembre 1996 ,modifié par le décret n 2005-949 du 2 Aout 2005-art,1JORF 6 aout 2005

⁶ Lan Kennedy and Andrew Grubb: medical law test, And materials , butter woth , london 1989, p194.

⁷ Ibid , p 194

ما أشارت إليه المادة 08 من القانون رقم (23) لسنة 1977 المتعلق بالانتفاع بأعضاء جسم الإنسان¹، إذ نصت على أنه "تشكل لجنة طبية بناء على أمر المحكمة من عدد من الأطباء الاختصاصيين لا يقل عن ثلاثة، ليس بينهم الطبيب المعالج لتقويم حالة الشخص، والإجابة عن سؤال: ما إذا كان دماغه قد مات تماماً أم لا؟".

إلا أنه وبالرجوع إلى المادة 03 من نفس القانون فإنها نصت على أنه "يشترط في إجراء عمليات نقل الأعضاء وزراعتها ما يلي: الالتزام بالفتاوى الصادرة عن مجلس الافتاء الأردني بهذا الشأن وبخاصة ما تعلق بالموت الدماغي". وقد أفتى مجلس الافتاء الأردني بما يلي "يعدّ شرعاً أن الشخص قد مات وتترتب جميع الأحكام المقررة شرعاً للوفاة، عند ذلك إذا تبين في إحدى العلامتين الآتيتين:

-إذا توقف قلبه وتنفسه توقفاً تاماً وحكم الأطباء بأن هذا التوقف لا رجعة فيه.

-إذا تعطلت جميع وظائف دماغه تعطلاً نهائياً، وأخذ دماغه في التحلل وحكم الأطباء الخبراء بأن هذا التعطل لا رجعة فيه". ويتبين من هذا أن الافتاء يدخل في الموضوع ويعتمد تماماً على ما أقره مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي في دورة مؤتمره الثامن بالأردن، ومن ثم نجد أن التشريع الأردني قد أخذ بالمعيار الحديث لموت الدماغ.

التشريع المصري: فيما يتعلق بموضوع تحديد علامات الموت فإن المشرع المصري لم يعرف الموت، ولم يضع معياراً محدداً للموت صراحة من خلال التشريعات سواء ما تعلق بالقانون رقم 178 لسنة 1960 الخاص بتنظيم نقل الدم البشري²، أو القانون رقم 103 لسنة 1962 الخاص بنقل قرينات العيون³ المعدل بالقانون رقم 79 لعام 2003.

أما بالنسبة للقانون رقم (5) لسنة 2010 والخاص بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية المصري⁴، فمن خلال استقراء على مواده وفقراته فإنه لم يرد في طياته عبارة صريحة تخص الموت الدماغي بوصفه موتاً حقيقياً، إلا المادة 14 من هذا القانون نصت على "عدم جواز نقل أي عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسد ميت إلا بعد ثبوت الموت يقيناً، وذلك من طرف لجنة ثلاثية من الأطباء المتخصصين للتحقق من الوفاة والتي تسري على الميت دماغياً الذي تعطلت وظائف دماغه بسبب تلف وتحلل خلايا مخه"⁵. وهذا يدل على أن ما ورد في نص المادة 14 أعلاه هو اعتداد بالموت الدماغي موتاً حقيقياً وفقاً للشروط والضوابط التي تضمنتها وبالتالي يمكن عد مصر من الدول التي تقر طبياً وشرعياً بالموت الدماغي كمعيار لتحديد زمن الوفاة، إلا أنه لا توجد تشريعات تنص على ذلك صراحة وبكل وضوح⁶.

التشريع العراقي: قد عُرِف الموت في قانون نقل وزراعة الأعضاء البشرية ومنع الاتجار بها العراقي رقم (11) لسنة 2016⁷، وذلك في المادة 01 فقرة 8 منه التي تنص على أنه "المُفَرِّقة التامة للحياة، بصورة يقينية ووفقاً للمعايير الطبية"

لكن وبتصفح أغلب التشريعات العراقية سواء القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 أو قانون رعاية القاصرين رقم 78 لسنة 1980، وقانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959، يتضح أنها تخلو من وضع تعريف قانوني واضح للموت الدماغي،

¹ المادة 08 من قانون الانتفاع بأعضاء جسم الإنسان الأردني رقم 23 لسنة 1977، وتعديلاته (الجمهورية الأردنية الهاشمية ج ر 2307 بتاريخ 1977/06/01م)

² القانون رقم 178 لسنة 1960، الخاص بتنظيم نقل الدم البشري المصري، (الجريدة الرسمية لجمهورية مصر، ع 130 بتاريخ 1960/06/12).

³ القانون رقم 103 لسنة 1962 المتعلق بنقل قرينات العيون، (الجريدة الرسمية لجمهورية مصر، ع 13 بتاريخ 1962/06/16)، المعدل بالقانون رقم 79 لسنة 2003 الصادر بتاريخ 2003/06/08.

⁴ القانون رقم (5) لسنة 2010 والخاص بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية المصري، (الجريدة الرسمية لجمهورية مصر، ع 09 مكرر بتاريخ 2010/03/06).

⁵ المادة 14، المرجع نفسه

⁶ منير رياض حنا، الخطأ الطبي الجراحي، دار الفكر العربي، الإسكندرية، مصر، ط1، 2008م، ص 489.

⁷ القانون رقم (11) لسنة 2016 متعلق بنقل وزراعة الأعضاء البشرية ومنع الاتجار العراقي، (جريدة الوقائع العراقية، ع 4405 في 2016/05/16).

وأن مصطلح الموت الدماغي قد أورده المشرع العراقي لأول مرة في نص المادة (2/ب) من قانون عمليات زرع الأعضاء البشرية ومنع الاتجار بها رقم 58 لسنة 1986 (الملغى) بالقانون رقم (11) لسنة 2016¹، والتي أشار فيها المشرع للموت الدماغي ولم يضع تعريفاً له² ثم أصدرت وزارة الصحة العراقية تعليمات تحمل رقم (3) لسنة 1987³، والتي عرفت الموت الدماغي بأنه " حالة فقدان الالإعادة للوعي المصحوب بفقدان الالإعادة لقابلية التنفس التلقائي، والانعدام التام للأفعال الانعكاسية للدماغ"، ثم حددت الفقرة 2/أ ب ج من التعليمات أنه يتم تشخيص الموت الدماغي بشكل صحيح وذلك بالاستعانة بجميع الوسائل الطبية الأصولية، وإلا سيكون الطبيب مسؤولاً عما يقع من خطأ نتيجة التشخيص غير الصحيح⁴.

و بعد إلغاء القانون رقم (58) لسنة 1986 بالقانون رقم 11 لسنة 2016 (النافذ)، نجد أن المشرع العراقي قد تخلى في نصوص هذا القانون على وضع تعريف واضح للموت الدماغي واكتفى بالتعليمات الصادرة عن وزارة الصحة رقم (3) لسنة 1987- المشار إليها أعلاه- أين أشارت المادة 27 فقرة 2 من القانون رقم 11 لسنة 2016 أن تبقى نافذة وسارية المفعول والتي عرفت الموت الدماغي⁵.

التشريع الجزائري: بالنسبة إلى التشريع الجزائري وفيما يتعلق بتحديد مدلول الموت فإنه لم يرد فيه نص قانوني يحدد مدلوله أو حتى تحديد لحظة الوفاة، إلا إشارات فقط في بعض الإجراءات المتعلقة بإثبات الوفاة وردت في المادة 204 من القانون رقم 18-11 المتضمن قانون الصحة⁶ عند تعرضه لموضوع نقل الأعضاء من الموتى.

إذ نصت المادة 362 من ذات القانون على أنه " لا يمكن نزع الأعضاء والأنسجة البشرية من أشخاص متوفين بغرض الزرع إلا بعد معاناة طبية وشرعية للوفاة وفقاً لمعايير عملية يحدد الوزير المكلف بالصحة"⁷.

ويلاحظ أن نص المادة 362 تحيل مسألة المعاينة الطبية والشرعية للوفاة وفق معايير علمية إلى التنظيم ممثلاً في قرار صادر عن وزير الصحة، يعتمد عليها الأطباء للتصريح بالوفاة، إلا أنه لم يصدر أي قرار تنظيمي عن وزارة الصحة تطبيقاً لأحكام المادة 362 أعلاه⁸.

لكن وبالرجوع إلى أحكام المادة 449 من القانون 18-11 المتعلق بالصحة والتي تنص على ما يلي "تلغى أحكام القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16 فبراير سنة 1985 والمتعلق بحماية الصحة وترقيتها"⁹، إلا أن النصوص المتخذة لتطبيقه تبقى سارية المفعول إلى غاية صدور النصوص التنظيمية المنوّه عليها في هذا القانون.

¹الغى القانون رقم (58) لسنة 1986 المتعلق بعمليات زرع الأعضاء البشرية ومنع الاتجار بها بحكم المادة 27 فقرة 2 من القانون رقم (11) لسنة 2016، المرجع السابق.

²مصطفى راشد الكلاي، أثر موت الدماغ على التعريفات القانونية، كلية الحقوق، جامعة واسط، العراق، د ت ن، ص 468.

³تعليمات صادرة من وزارة الصحة العراقية رقم (3) لسنة 1987، (جريدة الوقائع العراقية ع 3180 في 1987/12/24).

⁴عباس نعيم عبد الجليل، الطبيعة القانونية للموت الدماغي في القانون العراقي، "دراسة مقارنة بالقانونين المصري والأمريكي"، كلية القانون، جامعة البصرة، العراق، د ت ن، ص 19.

⁵مصطفى راشد الكلاي، المرجع السابق، ص 479.

⁶تنص المادة 204 من القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة، المرجع السابق: " لا يتم الدفن إلا على أساس شهادة طبية لإثبات الوفاة وعند الاقتضاء المعلومات المفيدة للصحة العمومية وفق شروط تتضمن سريتها".

⁷المادة 362 من القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة، المرجع السابق.

⁸ميرة وليد، تحديد زمن الوفاة وأثره على الحقوق في ظل المستجدات الطبية، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المسيلة، الجزائر، ع 02، ديسمبر 2021، ص 1348.

⁹القانون رقم 85-05 المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1405 هـ الموافق له 16 فبراير سنة 1985، والمتعلق بحماية الصحة وترقيتها (الملغى). بموجب القانون 18-11 المتعلق بالصحة

ومادام أنه لم يتم إصدار نصوص تنظيمية تطبيقاً لأحكام المادة 362 من القانون 18-11 المتعلق بالصحة، فإنه يستوجب الرجوع إلى مقتضيات نص المادة 164 من القانون رقم 85-05 (الملغى)، والتي تقابلها المادة 362 من قانون الصحة (النافذ)، حيث تنص المادة 164 من القانون رقم 85-05 (الملغى) على أنه " لا يجوز انتزاع الأنسجة والأعضاء من الأشخاص المتوفين إلا بعد الإثبات الطبي والشرعي للوفاة، حسب المقاييس العلمية التي يحددها الوزير المكلف بالصحة"¹.

وأمام هذا الغموض الذي ساد المشرع الجزائري بخصوص تحديد معيار الوفاة، وتطبيقاً لأحكام المادة 164 من القانون رقم 85-05 (الملغى) صدر القرار الوزاري رقم 34 بتاريخ 19 نوفمبر سنة 2002 يتعلق بالمعايير التي يجب اعتمادها عند تقرير حالة الوفاة²، أورد من خلاله بعض المعايير الحديثة المكتملة، والتي يجب الاعتماد عليها عند تقرير حالة الوفاة وهذه المعايير هي : الانعدام التام للوعي، وغياب النشاط العضوي الدماغي، والتأكد من الانعدام التام للتنهوية العفوية عن طريق اختبار: Hypercapnie، بالإضافة إلى التيقن من موت خلايا المخ باستخدام رسم المخ الكهربائي مرتين ومن إنجاز طبيين محلفين.

كما نصت المادة 12/5 من المرسوم التنفيذي رقم 12-167 المؤرخ في 05 أبريل 2012 المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء وتنظيمها وسيرها³ ما يلي: " تكلف الوكالة في مجال انتزاع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا من جسم الإنسان على الخصوص بما يأتي :

- تقييم النتائج المختلفة للزرع .

- متابعة تطور الحالة الصحية لمستقبلي الزرع من خلال متبرعين في حالة موت دماغي، ومتبرعين ومستقبلين للزرع من خلال متبرعين أحياء مع الفرق الطبية المعنية "

أما تشخيص الوفاة العادية فيتم عن طريق شهادة طبية يجرها أي طبيب وفقاً لأحكام المادة 204 من القانون 18-11 المتعلق بالصحة، وطبقاً لأحكام المرسوم التنفيذي رقم 16-80 مؤرخ في فبراير 2016 الذي يحدد نموذج الشهادة الطبية للوفاة⁴. وترتبط على ما سبق يتضح أن المشرع الجزائري متمسك بالمعيار الحديث الذي سلكه معظم الأطباء في تحديد الوفاة بالموت الدماغي، حيث لم يذكر معايير توقف القلب وتوقف الدورة الدموية التي تعدان المعيار التقليدي لتحديد الوفاة .

وبرغم ذلك فإن الكثير من الفقه الجزائري لم يقتنع تماماً بتوجه كل هذه الأفكار، وذلك يعود إلى مجموعة من الأسباب أبرزها، أن كل القرارات السابقة ليست إلا محاولات من الوزارة الوصية لمواكبة التطورات العلمية الحاصلة في هذا الميدان، وإن تلك المراسيم جاءت خاوية من محتواها، ودليل ذلك صدورها في شكل تعليمات موجهة للأطباء، وليست تشريعات منظمة وحاسمة في مسألة تحديد لحظة الوفاة بشكل دقيق تنتفي معه كل محاولات التشكيك في هذا المعيار⁵.

لذا أصبح من الضروري التحديد الدقيق لتلك الضوابط التي تحكم تشخيص الموت الدماغي والتي من شأنها تحديد لحظة الوفاة بشكل دقيق أيضاً وصريح غير قابل للتأويل .

قراءة حول موقف التشريعات الوضعية حول معيار الوفاة الدماغية :

من خلال تسليطنا الضوء على موقف التقنيات المقارنة حول مسألة الموت الدماغي خلصنا إلى ما يلي:

¹ ينظر المادة 164 من القانون رقم 85-05 والمتعلق بحماية الصحة (الملغى) بموجب القانون 18-11 المتعلق بالصحة .

² سليمان النحوي، تحديد لحظة الوفاة في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، مجلة معارف، قسم العلوم القانونية، جامعة البويرة، ع 13، 25 ديسمبر 2018 م، ص 46.

³ المرسوم التنفيذي رقم 12-167 المؤرخ في 05 أبريل 2012 يتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء وتنظيمها وسيرها، (ج ر ع 22 سنة 2012)

⁴ المرسوم التنفيذي رقم 16-80 مؤرخ في فبراير 2016 الذي يحدد نموذج الشهادة الطبية للوفاة، (ج ر ع 12 لسنة 2016).

⁵ سليمان النحوي، المرجع السابق، ص 46-47.

- تباين التشريعات المقارنة فيما تعلق بالمعايير التي تعتمدها في التحقق من الوفاة، فقد أعتد الموت الدماغي في معظم القوانين الحديثة خصوصاً العربية منها، أين أعتُرف بمفهوم موت الدماغ تدريجياً، إما اعترافاً قانونياً كاملاً أو اعترافاً بالأمر الواقع، حيث أُوكلت للأطباء مهمة تشخيص الموت في بعض الحالات الخاصة، والتي يتم فيها الموت ليس نتيجة توقف القلب والدورة الدموية بل نتيجة توقف الدماغ¹، فضلاً عما توصلت إليه هذه الدول من دراسات ومؤتمرات طبية لإثبات و بقرائن عديدة صحة معيار الموت الدماغي موتاً حقيقياً .

على عكس من ذلك فإن التشريعات العربية لا زالت تتخبط في مواقفها فلا توجد تشريعات واضحة حول موضوع الموت الدماغي، وربما يعود جزء من أسباب ذلك إلى عدم وضوح وجهة نظر الفقه الإسلامي من هذه النازلة، ويظهر ذلك في اختلاف الفقهاء فيما بينهم من خلال الفتاوى المتناقضة بجواز إلقاء حياة الميؤوس من شفائهم، فلم يتفقوا على حكم شرعي يضع حداً فاصلاً بين الشك واليقين بموت المريض الذي تعطلت وظائف دماغه أو عدم موته، وهذا ما جعل القليل من التشريعات العربية تنص صراحة على عدم موت الدماغ موتاً حقيقياً².

-الملفت للنظر بخصوص التشريعات التي تبنت معيار موت الدماغ أنها تدرج هذه المسألة ضمن القوانين التي تعالج نقل وزراعة الأعضاء، مما جعل البعض يرى أن هذا التلازم إنما يبرهن على صدق الرأي القائل بأن الدافع الرئيسي وراء تبني معيار الموت الدماغي يكمن في الاندفاع نحو الممارسات الطبية الحديثة، وبشكل خاص عمليات نقل وزراعة الأعضاء حتى ولو كان ذلك تهديداً لحياة الأشخاص المنقول منهم تلك الأعضاء³.

- ما يؤخذ على جلّ القوانين التي تبنت معيار موت الدماغ تحمسها وتكريسها لنقل وزراعة الأعضاء أكثر بكثير من حرصها على تحفيز هيئات السلك الطبي للتأكد من مصداقية معيار الوفاة الدماغية، والحرص على تشخيصه⁴.

-عدم إشارة أغلب القوانين العربية بصورة مباشرة إلى الموت الدماغي، وعدم وضوح رؤى المشرع العربي وتدخله في هذا الجانب، جعل الأمر متروكاً برمته إلى الأطباء في إعلان الموت لمن تم تشخيص حالته بالموت الدماغي، وهو بمثابة صك على بياض في يد الطبيب يتصرف به كما يشاء، هذا من جهة، ومن جهة ثانية فإن بعض المقتنين تنازلوا عن مهمة التشريع التي هي من صميم مهامهم و اكتفوا فقط بالنص على ضرورة تطبيق التعليمات الصادرة من السلطة التنفيذية - ممثلة بوزارة الصحة - إلى الأطباء وهو ما سلكه كل من المشرع العراقي والمشرع الجزائري.

لذا وجب على المشرع العربي أن يكون أكثر وضوحاً فيما يتعلق بالموت الدماغي، وعدم التزام الصمت التشريعي تجاه سلطة الأطباء المطلقة، لا سيما في ظل الاختلاف بين مؤيدي الاعتداد بموت الدماغ موتاً حقيقياً وبين معارضيه في البلدان العربية، إضافة إلى أن استمرار غياب تشريع يفصل في مسألة الموت الدماغي يضع الأطباء المنخرطين في زراعة الأعضاء أمام عدة إشكالات قانونية وعملية.

وبالتالي فمن الأسلم والأصوب أن يكون للقانون وفقهاء الشريعة الدور الرئيسي في ضبط وإصباح المشروعية على تحديد لحظة الوفاة، ولا يمكن بحال ترك المسألة برمتها لما يبرره الأطباء في كل حالة على حدة.

الفرع الثالث: الآثار القانونية لتحديد زمن الوفاة بمعيار الوفاة الدماغية على الميراث :

¹البار محمد علي، موت القلب و موت الدماغ " تعريفه، علامات تشخيصه، المرجع السابق، ص 88.

²مضى يعتبر الإنسان ميتاً شرعاً وطبياً، مقال منشور في جريدة أخبار الطب على الموقع الإلكتروني: http://med-syria.com/reports/clinical_death_2012.html، اطلع عليه بتاريخ: 2022/08/29.

³مهندس صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، د.ط، 2002، ص 51.

⁴رجاء ناجي مكاوي، نقل وزرع الأعضاء، المرجع السابق، ص 147.

يشترط لثبوت انتقال الميراث ثلاثة شروط : موت المورث وحياة الوارث ومعرفة جهة القرابة¹، وأهم هذه الشروط هو تحقق موت المورث، وقد رأينا الاختلاف الحاصل بين أهل العلم حول موت الدماغ، ومدى اعتداده لانتقال التركة من المورث إلى ورثته، بين الذي يرى أنه من مات دماغه يعد ميتاً، ومن ثم يُسبغ عليه صفة المورث، فلا يرث ممن مات عقب هذه الحالة، وبالتالي تقسم تركته على ورثته بوصفه مورثاً²، وبين الرأي الذي يقول لا يرث هذا الشخص في مثل هذه الحالات ولا يورث .

وعليه فإن الاختلاف حول تحديد زمن الوفاة بمعيار موت الدماغ له آثار قانونية وشرعية هامة على مسائل الميراث سواء ما تعلق بقسمة تركته (أولاً) أو ميراثه من غيره (ثانياً) .

أولاً: أثر الاعتداد بالميت دماغياً من عدمه على إرث الغير منه:

يُنظر إلى هذه المسألة من وجهتين فمن يرى أن موت الدماغ موتاً حقيقياً فإن تركته الشخص تقسم بمجرد تشخيص موت دماغه، أما عند من يرون أن موت الدماغ ليس موتاً قانونياً ولا شرعياً، وليس نهاية للحياة الإنسانية فلا يجوز قسمة تركته مادام قلبه لا يزال يعمل، وسنستعرض بعض الأمثلة التطبيقية لتوضيح ذلك فيما يأتي :

- مثال : توفيت (زوجة) وفاة دماغية وتركزت زوجاً، أما، أباً، ابن أخ شقيق.

1- تحديد نصيب كل وارث وفق الرأي الذي يعدّ الوفاة الدماغية موتاً حقيقياً:

أصل المسألة	زوج	أم	أب	أخ ش	ابن
24	4/1	6/1	1/6	حجب	الباقي تعصيباً
6	4	4	4	/	10 لكل ابن 5

يلاحظ أن ورثة الميت دماغياً - حسب هذا الرأي- ورثوا منه بعدّه متوفى وفاة حقيقية، فأصل مسألتهم من أربعة وعشرين، للزوج الربع (ستة أسهم) لوجود الفرع الوارث، وللأم السدس (أربعة أسهم) لوجود الفرع الوارث، وللأب السدس (أربعة أسهم) لوجود الفرع الذكر، والأخ الشقيق محجوب بالابن والأب، والابن يأخذان الباقي تعصيباً (لكل ابن خمسة أسهم).

2- تحديد نصيب كل وارث وفق الرأي الذي لا يعدّ الوفاة الدماغية موتاً حقيقياً :

إذا تمّ حل المسألة وفق الرأي الذي لا يُسبغ على الوفاة الدماغية صفة المورث، فإن ورثة الميت لا يستحقون شيئاً من مال مورثهم على أساس أن هذا الأخير لم يُحكم يقيناً بموته.

ومن ثم يظهر للعيان مدى تأثير الاعتداد بالوفاة الدماغية موتاً حقيقياً أو عدمه على أنصبة الورثة أيما تأثير .

ثانياً: أثر الاعتداد بالميت دماغياً من عدمه في إرثه من غيره :

وصورتها أن يموت شخص وفاة دماغية، وأثناء ذلك يموت أحد أقاربه موتاً حقيقياً، وهنا يتبادر سؤال مفاده: هل يرث المتوفى وفاة دماغية من هذا القريب المتوفى وفاة حقيقية أم لا ؟

لقد اختلف الفقهاء³، في ذلك إلى رأيين : الأول : يرى أنه يُعد حياً ومنه فإنه يرث بناء على أن الموت الدماغى لا يعد موتاً حقيقياً، أما الرأي الثاني : يرى أنه لا يرث لعدم تحقق حياته .

وجدير بالذكر أن الشخص الميت دماغياً قد يكون هو الوارث الوحيد فيستأثر بالتركة حسب الرأي الذي يورث المتوفى دماغياً لتحقيق حياته، أما إذا كان معه ورثة آخرون للهلك فإن أنصبة هؤلاء الورثة تتأثر وفق الرأي الذي يسلكه ناظر الميراث أثناء تقسيم

¹الزحيلي وهبه، الفقه الإسلامي ودلته، المرجع السابق، ج7، ص 625.

²الحرشي محمد بن عبد الله أبو عبد الله، المرجع السابق، ج 8، ص 7 .

³الشمري صالح بن علي، أثر القول باعتبار الدماغ موتاً حقيقياً أو لا على الأحكام الفقهية، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، د م ن، ع 89، السنة 22، مايو 2011، ص 54-59 .

الفصل الأول..... دور القرينة العلمية الحديثة في بيان حقيقة وفاة المورث وأثرها على الميراث

التركة، سواء كان الرأي المؤيد للموت الدماغى أو الرأي المعارض له، فهل يحجب المتوفى دماغيا غيره من الميراث حجب حرمان وحجب نقصان؟¹.

ولتوضيح هذا المعنى، سنعرض بعض الصور العملية فيما يأتي:

الصورة الأولى: تأثير ميراث أحد الأبوين بالمتوفى دماغيا :

مثال: توفيت (سلمى) وفاة دماغية، وتركت زوجا، وأبا وأما وابن وبنت، توفي الابن (سعيد) موتا حقيقيا بعد وفاة الأم دماغيا وترك زوجة وابن وبنتان .

1- تحديد نصيب كل وارث على أساس عد سلمى (المتوفاة دماغيا) ميتة موتا حقيقيا :

تقسيم تركة (سلمى) المتوفاة دماغيا على أساس أنها ميتة موتا حقيقيا				
أصل المسألة	زوج	أب	أم	ابن وبنت
24	4/1	6/1	6/1	الباقى تعصبا للذكر مثل حظ الأنثيين
بعد التصحيح 72	6	4	4	باقى 10 (انكسار)
	18	12	12	(30) البنت 10 و الابن 20

نلاحظ أنه لما قمنا بحل هذه المسألة على أساس أن (سلمى) متوفاة وفاة حقيقية: وجدنا أصل المسألة من أربعة وعشرين صحت من اثنان وسبعين للزوج الربع فرضا لوجود الفرع الوارث ذكرا (ستة أسهم) ، وللأم السدس (أربعة أسهم) لوجود الفرع الوارث، وللأب السدس (أربعة أسهم) لوجود الفرع الذكر، ، والبنت والابن يأخذان الباقي تعصبا (لبنت عشرة أسهم وللابن عشرون سهما) على أساس أن الابن سعيد (المتوفى) وارثا من أمه سلمى كونه توفي بعدها.

2 - تحديد نصيب كل وارث على أساس عدم الحكم بموت سلمى (المتوفاة دماغيا) موتا حقيقيا :

إذا قمنا بحل المسألة وفق الرأي الذي لا يعتد بالوفاة الدماغية فإن (سلمى) تعد حية وترث من ابنها (سعيد) المتوفى حقيقة، وبالتالي يكون سعيد هو المورث وتقسم تركته كما يأتي :

تقسيم تركة (سعيد) على أساس عدم الحكم بموت سلمى (المتوفاة دماغيا) يقينا							
أصل المسألة	زوجة	أب	أم	جد	جدة	أخت ش	ابن وبنتان
24	8/1	6/1	6/1	حُجب	حُجبت	حُجبت	الباقى تعصبا للذكر مثل حظ الأنثيين
بعد التصحيح 96	3	4	4	/	/	/	باقى 13 (انكسار)
	12	16	16				52 لكل بنت 13 وللابن 26

نلاحظ أنه لما حللنا هذه المسألة وفق هذا الرأي أصبحت المسألة تتكون من ورثة سعيد وهم: الأم سلمى (المتوفاة دماغيا على أساس الاعتداد بحياتها) ، الأب (الذي كان زوجا في مسألة الرأي الذي يُعتد بالموت الدماغى) والجد (الذي كان أبا للميتة دماغيا)، والجدة (التي كانت أمًا للميتة دماغيا)، وزوجته، وابنه وبنتاه، فأصل المسألة من أربعة وعشرين صحت من ستة وتسعين، للزوجة الثمن فرضا (ثلاثة أسهم) لوجود الفرع الوارث، وللأم السدس (أربعة أسهم) لوجود الفرع الوارث، وللأب السدس (أربعة أسهم) لوجود الفرع الذكر، الجد محجوب بالأب حجب حرمان، الجدة محجوبة بالأم حجب حرمان، والأخت الشقيقة محجوبة بالابن والأب، والباقي (اثنان وخمسون سهما) يعطى للابن والبنتان عصبه بالغير طبقا للقاعدة الشرعية التي تقضى بأن للذكر مثل حظ الانثيين: فللابن (26 سهما وللبنتين 26 سهما لكل بنت 13 سهما).

الصورة الثانية: تأثير الموت الدماغى في ميراث الإخوة:

¹ الشمراني صالح بن علي المرجع السابق، ص 56.

الفصل الأول..... دور القرينة العلمية الحديثة في بيان حقيقة وفاة المورث وأثرها على الميراث

مثال 01: توفي أحمد وفاة دماغية وترك أخوين شقيقين وأما، ثم توفي بعده أخوه الشقيق (خالد) موتا حقيقيا بعد وفاة أحمد .

1-تحديد نصيب كل وارث وفق الرأي الذي يعدّ الوفاة الدماغية موتا حقيقيا :

تقسيم تركة (خالد) اعلى أساس أن أخاه أحمد (المتوفى دماغيا) حكم بموته يقينا		
أصل المسألة	أم	أخ
3	1/3 1	الباقى عصبه بالنفس 2

نلاحظ أنه لما قمنا بحل هذه المسألة وفق هذا الرأي المؤيد لموت الدماغ فإن المسألة تتكون من ورثة خالد وهم: الأم ، وأخ شقيق، فأصل المسألة من ثلاثة، للأم الثلث (سهم واحد) لعدم الفرع الوارث وعدم الجمع بين الإخوة، ويأخذ الأخ الشقيق الباقي عصبه بالنفس (سهمين).

2- تحديد نصيب كل وارث الرأىلا يعدّ الوفاة الدماغية موتا حقيقيا: فإذا قمنا بحل المسألة وفق الرأي الذي لا يعتدّ بالوفاة الدماغية فإن أحمد يعد حيا ويرث من أخيه (خالد) المتوفى حقيقة، وبالتالي يكون خالدا هو المورث وتقسّم تركته كما يلي :

تقسيم تركة (خالد) على أساس عدم الحكم بموت أحمد (المتوفى دماغيا) موتا حقيقيا		
أصل المسألة	أم	أخوين شقيقين
6 12 بعد التصحيح	1/6 2	الباقى عصبه بالنفس 5 (انكسار) 10 لكل أخ شقيق 5

نلاحظ أنه لما قمنا بحل هذه المسألة على أساس أن (أحمد) لم يحكم بموته موتا حقيقيا :أصبح وارثا لأخيه خالد، ووجدنا أصل المسألة من ستة صحت من اثنا عشرة، للأم السدس (سهمان) للجمع بين الإخوة، ويأخذ الأخوين الشقيقين الباقي عصبه بالنفس (عشرة أسهم) لكل ابن خمسة أسهم .

فبعدما كان الأخ الشقيق عند الرأي المؤيد للوفاة الدماغية استحق ثلثي التركة عصبه بالنفس، أصبح وفق الرأي المعارض للوفاة يستحق خمسة أسهم من اثني عشرة سهما الدماغية وهو نصيب أقل مما أخذه لما حكم حقيقة بوفاة شقيقه أحمد المتوفى دماغيا .

مثال 2: توفي (رضا) دماغيا، ثم مات أخوه (محمد) عنه وترك :أختين شقيقتين وأما وأختا لأب، وعمما شقيقا

1-تحديد نصيب كل وارث على أساس الرأي المؤيد للموت الدماغى موتا حقيقيا :

تقسيم تركة (محمد) على أساس أن (رضا) المتوفى دماغيا ميت موتا حقيقيا				
أصل المسألة	أم	أختان شقيقتان	أخت لأب	عم شقيق
6	1/6 1	2/3 4 لكل أخت 2	حجب استغراق /	الباقى تعصبا 1

نلاحظ أنه لما قمنا بحل هذه المسألة على أساس أن (رضا) حكم بموته موتا حقيقيا :فإنه لا يرث من أخيه كوه توفي قبله ، وبالتالي تقسم تركة محمد على بقى الورثة، فأصل المسألة من ستة، للأم السدس (سهم واحد) للجمع بين الإخوة، وتأخذ الأختان الشقيقتان الثلثين (أربعة أسهم، لكل واحدة سهمين) لعدم وجود الفرع و الأصل الوارث وعدم وجود المعصب، والأخت لأب حُجبت حجب استغراق لاكتمال نصيب الثلثين، وللعلم الباقي (سهم واحد) .

2-تحديد نصيب كل وارث على أساس الرأي المعارض للموت الدماغى موتا حقيقيا :

الفصل الأول.....دور القرينة العلمية الحديثة في بيان حقيقة وفاة المورث وأثرها على الميراث

تقسيم تركة (محمد) على أساس أن (رضا) المتوفى دماغيا لم يحكم بموته موتا حقيقيا				
أصل المسألة	أم	أختان شقيقتان وأخ ش	أخت لأب	عم شقيق
6 24 بعد التصحيح	1/6 1 4	الباقى تعصبا للذكر مثل حظ الأنثيين 5 20 لكل أخت 5 وللابن 10	حجب حرمان /	حجب حرمان /

نلاحظ لما قمنا بحل هذه المسألة على أساس أن (رضا) لم يحكم بموته موتا حقيقيا: فإنه يرث من أخيه محمد، أصل المسألة من ستة صحت من أربعة وعشرين، للأم السدس (أربعة أسهم) للجمع بين الإخوة، والأخت لأب والعم الشقيق محجوبان حجب حرمان من الأخ الشقيق، والباقي يقسم على الأخ الشقيق (رضا المتوفى دماغيا الذي يعد حيا وفق هذا الرأي) والأخ الشقيق مع الأختان الشقيقتان الباقي تعصبا: لكل أخت شقيقة خمسة أسهم وللأخ الشقيق عشرة أسهم .

من خلال هذا المثال لاحظنا مدى تأثير الحكم بعد الموت دماغيا وفاة حقيقية من عدمه على أنصبة الورثة، فالأختان الشقيقتان استحققتا ثلثي التركة (أربعة أسهم من مجموع الأسهم الستة) لعدم وجود المعصب، وهذا حسب الرأي المؤيد للوفاة الدماغية، في حين لما حللنا المسألة وفق الرأي المعارض للموت الدماغى ورثنا بالتعصيب مع الأخ الشقيق فأخذتا (عشرة أسهم من مجموع أربعة وعشرين) وهو نصيب أقل من نصيبهما الأول، ويعود ذلك عندما لم يحكم بموت أخيهما الشقيق محمد (المتوفى دماغيا) موتا حقيقيا .

أما الأخت لأب فقد تم حجبهما سواء وفق الرأي المؤيد أو المعارض للموت الدماغى، غير أنه تم حجبهما وفق الرأي الأول حجب استغراق، لاكتمال نصيب الأنثيين وهو الثلثين الذين استأثرت بهما الأختين الشقيقتين، وتم حجبهما وفق الرأي الثاني حجب حرمان من الأخ الشقيق، وهذا ما يدل على مدى تأثير الاعتداد بالموت الدماغى من عدمه حتى على نوع الحجب. كما تأثر ميراث العم الشقيق: فبعدما استحق العم نصيبه من ميراث مورثه وهو الباقي عصبة بالنفس المقدر بسهم واحد وفق الرأي المؤيد للموت الدماغى، أما وفق الرأي المعارض للموت الدماغى فقد تم حجه حجب حرمان من طرف (محمد) المتوفى دماغيا (الذي لم يحكم بموته حقيقة) على أساس أنه أخ شقيق للمورث (رضا) .

الصورة الثالثة: أثر الموت الدماغى في ميراث أحد الزوجين:

مثال: توفيت (زينب) دماغيا وتركت بنتي ابن، ثلاث أخوات من أب وعمما شقيق، و زوجا: (طاهر) طلقها ومات بعد ذلك وترك بنتي ابن، أختين شقيقتين، ابن أخ شقيق:

1-تحديد نصيب كل وارث على أساس الرأي المعارض للموت الدماغى موتا حقيقيا بعد الطلاق البائن:

إذا تم اعتماد الرأي الذي لا يعتد بموت الدماغ موتا حقيقيا فقد وقع الطلاق على زينب فإن مات زوجها بعد ذلك وهي على نفس الحالة ومضت عدة مثلها وبانت من الزوج، فإنها لا ترث لانتفاء سبب الميراث وهي الزوجية .

تقسيم تركة (طاهر) (الذي طلق زوجته زينب طلاقا بائنا) وفق الرأي المعارض للموت الدماغى				
أصل المسألة	زوجة	بنتي ابن	أختين ش	ابن أخ شقيق
3 بعد التصحيح 6	/	3/2 2 4 لكل بنت ابن 2	عصبة مع الغير 1 2 لكل أخت ش 1	حجب حرمان

فأصل المسألة ثلاثة صحت من ستة لبنتي الابن الثلثين (أربعة أسهم) للتعدد وعدم وجود المعصب لهن، وللأخوات الشقيقات الباقي عصبة مع بنتي الابن (سهمان لكل أخت ش) ولا شيء لابن الأخ الشقيق كونه محجوب بالأخوات الشقيقات المتعصبات مع الغير (اللتان تصحان في منزلة الأخ الشقيق)

2-تحديد نصيب كل وارث على أساس الرأي المعارض للموت الدماغى موتا حقيقيا وكان الطلاق رجعيا (وتوفي الزوج في فترة العدة الرجعية) : إذا توفي الزوج في فترة العدة الرجعية فإن زوجته زينب ترثه على أساس أنها لا زالت زوجة له حكما :

تقسيم تركة (ظاهر) (الذي مات بعد طلاق زوجته زينب قبل أن تبين منه)وفق الرأي المعارض للموت الدماغى				
أصل المسألة	زوجة (مئمة دماغيا)	بنتي ابن	اختين ش	ابن اخ شقيق
24 بعد التصحيح 48	8/1 3 6	3/2 16 32	عصبة مع الغير 5 10 لكل اخت ش 5	حجب حرمان

نلاحظ أن زينب (المئمة دماغيا) وفق هذا الرأي ترث من زوجها الطاهر على أساس أنها حية ولا زالت في العدة، ولم تَرث من زوجها بعد، بعدما كانت موروثة حسب الرأي الذي يأخذ بالموت الدماغى، وبذلك يكون أصل المسألة أربعة وعشرون، صحت من ثمانية وأربعين، للزوجة الثمن فرضا (سنة أسهم) لوجود الفرع الوارث، لبنتي الابن الثلثان فرضا (أربعة وعشرون سهما لكل بنت ابن اثنا عشرة سهما) للتعهد وعدم وجود المعصب لهن، وللأخوات من أب الباقي عصبة مع الغير (عشرة أسهم لكل أخت لأب خمسة أسهم) ولا شيء لابن الأخ الشقيق كونه محجوبا بالأخوات الشق المتعصبات مع الغير (تصبحان في منزلة الأخ الشق).

3-تحديد نصيب كل وارث على أساس الرأي المؤيد للموت الدماغى موتا حقيقيا: إذا تم الاعتماد على القول المؤيد للموت الدماغى فإن الزوج يرث من زوجته زينب (المئمة دماغيا) لأن موتها كان سابقا لموته ولا يقع طلاقه على تلك الحال

تقسيم تركة (زينب المتوفاة دماغيا) وفق الرأي المؤيد للموت الدماغى				
أصل المسألة	زوج	بنتي ابن	ثلاث اخوات لاب	عم شقيق
12 بعد التصحيح 36	4/1 3 9	3/2 8 24 لكل بنت ابن 12	عصبة مع الغير 1 3 لكل اخت لاب 1	حجب حرمان

فأصل المسألة اثنا عشرة صحت من ستة وثلاثين للزوج الربع فرضا (تسعة أسهم) لوجود الفرع الوارث، ولبنتي الابن الثلثين (أربع وعشرون سهما لكل منهما اثنا عشرة سهما) (للتعهد وعدم وجود المعصب لهن، وللأخوات من أب الباقي عصبة مع الغير (ثلاثة أسهم لكل أخت لأب سهم واحد) ولا شيء للعم الشقيق كونه محجوب بالأخوات من أب المتعصبات مع الغير (اللتان تصبحان في منزلة الأخ لأب).

فمن خلال هذا المثال يتضح تأثير ميراث الزوجين بالحكم بوفاة أحدهما موتا دماغيا وفاة يقينية من عدمه لاسيما في حالة تصريح الزوج بالطلاق، وفيما إذا كان هذا الأخير بائنا أو رجعيا وتوفي الزوج و هي لازالت في عدتها .

وتأسيسا على ما سبق ندرك مدى تأثير الاعتداد بمعيار الوفاة الدماغية على أحكام الميراث بمختلف صورها، تأثيرا كبيرا .

المطلب الثاني : تحديد زمن موت المورث في حالة الوفاة الجماعية:

يقصد بالموت الجماعي للأشخاص المتوارثين بأنه: الموت الحاصل للأفراد الذين من بينهم سبب من أسباب الميراث، ويدركهم الموت بشكل جماعي في الظرف أو الحادث نفسه فيموت هؤلاء دفعة واحدة، أو بالتتابع مع الجهل بتاريخ وفاتهم، وعدم العثور عليهم إلا بعد مفارقة الروح للجميع، ولم نر أحدا منهم على قيد الحياة ويقع ذلك في عدة حالات¹ كالحروب التي تستعمل فيها الوسائل المتفجرة بصورها المتعددة فيموت عدد منهم بشكل جماعي، أو استنشاق الناس للمواد الكيميائية السامة التي تحقق موتا جماعيا لعدد

¹ رمضان بعدي محمد فارس، فقه النوازل في ميراث الخنثى، الميت دماغيا، الموتى جماعيا، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة أم درمان الإسلامية، السودان، 2015م، ص 242-243.

منهم، أو ما كان سببها الحوادث المرورية المميتة لجمع من الناس بصورها المتعددة، من خلال وسائل النقل المختلفة كالسيارات أو القطارات...

ومع تقدم الطب والبيولوجيا استطاع العلم أن يجد الكثير من الحلول للمشاكل التي تحدث صعوبة في قسمة التركة، إذ أمكن التوصل إلى معرفة وقت الوفاة بشكل تقريبي بواسطة متابعة تطور عدد من التغيرات التي تحدث في جثة الميت وإجراء التحاليل الطبية في ذلك .

لذا سنسعى للوقوف على الحقائق الطبية الحديثة وموقف كل من الفقه الإسلامي والقوانين المقارنة لبعض الدول العربية مع بيان دورها في مسألة التوريث حال الموت الجماعي أي: مجهولي لحظة الوفاة.

لذا سنقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع، (الفرع الأول) نستعرض موقف كل من الفقه الإسلامي والقوانين المقارنة العربية حول هذه المسألة ثم نتطرق في (الفرع الثاني) إلى دور الطب الحديث في معرفة السابق في الموت قبل اللاحق ، و(في الفرع الثالث) سنجلي أثر تحديد زمن الموت طبيا في حصر ميراث مجهولي لحظة الوفاة .

الفرع الأول : موقف الفقه الإسلامي والتشريعات العربية من توريث مجهولي لحظة الوفاة:

لعل من أكثر غريب مسائل الميراث توريث من جهل وقت وفاتهم فلم يعلم تقدم موت أحدهم على الآخر أو تأخره، ومن خلال استقراء هذه الصور الحاصلة لوفاة الناس بصورة جماعية يتضح أن زمن موتهم يلتبس على الناس ولا يعلم أيهم مات أولا، مع أنهم جماعة متوارثون تتحقق فيهم أسباب الميراث مع انتفاء موانعه، لذا سنبين في هذا المبحث نظرة فقهاء الإسلام إلى حالات التوارث أثناء الموت الجماعي (أولا)، ثم نتناول حالات التوارث حال الموت الجماعي في القانون المقارن (ثانيا).

أولا: حالات التوارث حال الموت الجماعي في الفقه الإسلامي :

ذكر أهل العلم للغرقى والهدمى من حيث معرفة المتأخر منهم موتا من عدمه حالات خمس اتفقوا في حكم الصورتين الأوليين، إلا أنهم اختلفوا حول الثلاث صور الأخيرة¹، وسنفصل ذلك فيما يأتي :

1- الصور المتفق عليها فقها :

الأولى: أن يعلم موتهم جميعا في أن واحد، سواء بالمشاهدة أو بالبينة أو بأي دلائل يقينية أخرى، في هذه الحالة لا توارث بينهم إجماعا لأن شرط الإرث تحقق حياة الوارث بعد موت المورث، وهذا مفقود هنا.²

الثانية: أن يعلم تأخر موت أحدهم بعينه ولم ينس كأن يُدرك أحدهما وقد توفي، ويدرك الآخر مصابا ثم يلفظ أنفاسه الأخيرة أو يعلم ذلك بالبينة كتقرير الطب الشرعي أو بالقرائن القطعية فالتأخر يورث المتقدم بالإجماع³، وهنا وجب مراعاة الفارق الزمني بين البلدان فإذا مات أحد الإخوان في الجزائر والآخر في اليابان مثلا، ولو في الوقت ذاته، وجب هنا مراعاة الفارق الزمني لليوم في كلا البلدين حتى يتم التيقن من المورث والوارث

2- الصور المختلف فيها من طرف الفقهاء:

أ- أن يُعلم بموت المتأخر بعينه ثم ينسى: اختلف الفقهاء في توريث المتوفين جماعيا بعضهم من بعض في هذه الحالة إلى ثلاثة أقوال : القول الأول: الذي يرى بعدم التوريث حال الموت الجماعي (لا يرث الموتى من الموتى): فإذا مات اثنان أو أكثر بجاذب ما، وكان بينهم سبب من أسباب الإرث ولم يثبت الأسبقية في موتهم من الناحية الشرعية والطبية، ففي هذه الحالة لا يرث بعضهم من البعض الآخر أو بمعنى أدق لا يرث الموتى من الموتى، وإنما يكون تقسيم الميراث على الأحياء من ورثتهم وهو مذهب أبي بكر الصديق وزيد

¹الماوردي علي بن محمد بن حبيب، الحادي الكبير في فقه الإمام الشافعي، تحقيق: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1419هـ - 1999م، ج 08، ص 87.

²الزرقاني عبد الباقي بن يوسف، شرح الزرقاني على مختصر خليل، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط1، 2002م، ج 8، ص 202.

³الفوزان صالح بن فوزان بن عبد الله، التحقيقات المرضية في المباحث المرضية، مكتبة المعارف، الرياض، السعودية، ط3، 1986م، ص 236.

بن ثابت، وابن عباس رضي الله عنهم، وبه قال عمر بن عبد العزيز والزهري والأوزاعي، وإليه ذهب جمهور الحنفية¹ والمالكية² والشافعية³.

حيث جاء في حاشية رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين " لا توارث بين الغرقى والحرقى إلا إذا علم ترتيب الموتى فيرث المتأخر، فلو جهل عينه أعطى كل باليقين ووقف المشكوك فيه حتى يتبين أو يصطلحوا، وجاء في الشرح الكبير "... ولا يرث من حمل تأخر موته عن مورثه بأن ماتا تحت هدم مثلاً أو بطاعون ونحوه بمكان ولم نعلم المتأخر منهما، فيقرر أن كل واحد لم يخلف صاحبه، وإنما خلف الأحياء من ورثته، فلو مات رجل وزوجته وثلاثة بنين له منها تحت هدم وجهل موت السابق منهم وترك الأب زوجة أخرى، وتركت الزوجة ابناً لها من غيره فللزوجة الربع وما بقي للعاصب ومال الزوجة لأبنها الحي وسدس مال البنين لأخيهم لأهمهم و باقية للحاجب وتسقط بمن يسقط به الأخ لأم" ⁴.

وقد استدلووا على ذلك بأدلة منها:

من الآثار:- لما روى عن الصحابة -رضي الله عنهم - أنهم لم يورثوا قتلى الإمامة⁵ وصفين⁶ والحرّة بعضهم من بعض وورثوا عصبتهم الأحياء .

- عن خارقة بن زيد عن زيد بن ثابت-رضي الله عنه - قال : "أمري أبو بكر -رضي الله عنه- حيث قتل أهل الإمامة أن يورث الأحياء من الأموات ولا أوّرت بعضهم من بعض" ⁷.

من المعقول: استدلووا بما يأتي :

- إن شرط التوريث حياة الوارث بعد موت المورث وهو غير معلوم ولا يثبت التوريث مع الشك في شرطه⁸.
- إن توريث كل واحد منهما خطأ يقينا لأنه لا يخلو من أن يكون متهما معا أو سبق أحدهما به وتوريث السابق بالموت والميت معه خطأ يقينا مخالف للإجماع⁹.

وفي هذا قيل :من عمي ماتهم فلم يعرف أيهم مات أولاً فالنزاع مشهور فيهم، والأشبه في أصول الشريعة أنه لا يرث بعضهم من بعض، بل يرث كل واحد ورثته الأحياء، وهو قول الجمهور، وهو قول في مذهب أحمد¹⁰.

القول الثاني: يرى الشافعية¹¹ في أصح الأقوال عندهم أنه إذا تلاحقا الموتان ولم يُعلم السابق منهما و أمكن زوال اللبس كالتذكر أو نحوه، أو رُجي ظهور السابق فيالوفاة، يوقف الميراث ولا يُقسّم حتى يتم ذلك، أو يعطى الورثة اليقين من نصيبهم، ويوقف الباقي إلى أن

¹ السرخسي محمد بن أحمد، المرجع السابق، ج 6، ص 798.

² الدردير، المرجع السابق، ج 4، ص 487.

³ الشربيني، المرجع السابق، ج 3، ص 333.

⁴ الدردير، المرجع السابق، ج 4، ص 487.

⁵ كان فتحها وقتل سلمة الكذاب في أيام أبو بكر الصديق سنة 12 هـ، وكان اسمها قديما جوا فسميت الإمامة نسبة إلى الإمامة بنت سهم: أنظر: شهاب الدين أبو عبد الله ياقوت الرومي الحموي، معجم البلدان، ط 2، دار صابر، بيروت، 1995 م، ص 442.

⁶ صِفَيْن: موضع بقرب الرقة على شاطئ الفرات بين الجانب الغربي بين الرقة وبالس وكانت وقفة صفين بن علي ومعاوية سنة 37 هـ: ينظر: المرجع نفسه، ص 414.

⁷ البيهقي، السنن الكبرى، كتاب الفرائض، باب ميراث من عمي موته، ح ر: 11928، ج 6، (د.ط)، دار المعرفة، بيروت، لبنان، (د.ت)، ص 255.

⁸ السرخسي محمد بن أحمد، المرجع السابق، ص 28 .

⁹ ابن قدامة موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد المقدسي، المغني شرح مختصر الخرقي، المرجع السابق، ج 6، ص 255-256.

¹⁰ ابن تيمية أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله، مجموع الفتاوى، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة المنورة، السعودية، د ط، 1995م، ج 31، ص 356.

¹¹ النووي يحيى بن شرف الدين، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المرجع السابق، ص 33.

يتبين الأمر أو يصطليح الورثة، وإن لم يرج الظهور فحكم هذه الحالة كالقول الأول، وهو رواية عند الإمام أحمد، واختاره شيخ الإسلام ابن تيمية¹.

القول الثالث: يرى الشافعية في قول ثالث عندهم أنه في هذه الحالة يرث بعضهم بعضا كحالة الجهل بتقدم أحدهما، إلا إذا اختف الورثة فإن مال كل منهما لورثته².

من خلال استقراء الحجج والأدلة التي اعتمد عليها لتبرير موقفهم، نجدها هي ذات الأدلة التي استند إليها الرأي القائل بأنه: (لا تورث في حالة العلم بموت المتأخر بعينه ثم ينسى)، لاشتراكهما في علة الحكم بعدم التوارث، وهو عدم التيقن من حياة الوارث بعد موت المورث الذي يعد شرطاً للتورث، فهو غير معلوم ولا يثبت التورث مع الشك .

ب- أن يُعلم المتأخر لا بعينه أو الجهل بموت المتأخر من المتقدم:

- أن يُعلم المتأخر لا بعينه :

وهي الحالة التي يدعي فيها جميع الورثة تأخر موت مورثهم عن صاحبه، فإن دعموا مزاعمهم بأدلة أو قرائن دامغة، يأخذ القاضي بما ويحكم لصالحهم، وإن كانت هذه القرائن لا ترقى إلى دليل يثبت بما لا يدع مجالاً للشك أو الريب تأخر وفاة مورثهم، فيؤدي الفريق المنكر اليمين القانونية لإبطال ما ادعاه الآخر تطبيقاً للقواعد العامة في الإثبات "البينة على من إدعى واليمين على من أنكر".

- أن لا يُعلم المتأخر من المتقدم بل يجهل للأمر:

أن يتفق الورثة على جهالة وقت من ماتوا في حادث واحد دون أن يعلم المتقدم منهم من المتأخر، وقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في توارثهم على رأيين :

الرأي الأول: ذهب جمهور الفقه الإسلامي من الحنفية³ و المالكية⁴ والشافعية⁵ و بعض الحنابلة⁶، إلى أنه لا توارث بينهم وأن تركة المتوفى تقسم على باقي الورثة الأحياء.

الرأي الثاني : يرالحنابلة⁷ والإباضية⁸: أن موتى الحوادث الجماعية -من الغرقى والهدمى ومن صفتهم -يرث بعضهم من بعض متى تحقق سبب الإرث وانتفت موانعه فلو مات اثنان فأكثر ولم يعلم المتقدم في الموت منهم والمتأخر، قُدِّر كل واحد منهم حيا وقت موت الآخر، وهذا ما يستلزم تورث كل منهم من مال الآخر، إلا أن هذا الميراث يكون حسب ما يقضي به أصحاب هذا الرأي من تلاد

¹ ابن تيمية أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله، مجموع الفتاوى، المرجع السابق، ج7، ص 356.

² ابن النجار محمد بن أحمد بن عبد العزيز الفتوحى تقي الدين، منتهى الإرادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات، دار الفكر، دمشق، سوريا، (د ط، د ت ن)، ج2، ص 625.

³ ابن عابدين محمد أمين، المرجع السابق، ج6، ص758.

⁴ الدسوقي محمد عرفه، المرجع السابق، ج4، ص 433.

⁵ الماوردى علي أبو الحسن بن محمد، المرجع السابق، ج8، ص 147.

⁶ ذكر الفقيه المرداوي أن هذا الرأي عد بعض الحنابلة مخصوص عند اختلاف الورثة وهو الظاهر، غير أن المعتمد في هذا المذهب غير ذلك: ينظر: المرداوي علاء الدين أبو الحسين علي بن سليمان، المرجع السابق، ج7، ص 345.

⁷ ابن مفلح، المرجع السابق، ج 5، ص 408.

⁸ أطفيش محمد بن يوسف، شرح كتاب النيل وشفاء العليل، دار الفتح، بيروت، لبنان، ط 2، 1972م، ج15، ص 511

أمواهم لا من طريقتهم¹، وذلك منعاً للدور، ولئلا يرث الإنسان نفسه، وهو مذهب عمر، وعلي، وابن مسعود رضي الله عنهم وهو الصحيح من مذهب الحنابلة².

فيرث أحدهم الآخر من المال القديم وهو ما لم يرثه كل منهم من صاحبه الذي مات معه، دون المال الجديد الحادث، إذ لو وُثِرَ أحدهما من دون العكس كان ذلك تحكما، ولو وُثِرَ كل منهم من طريف مال الآخر تَرَتَّبَ عليه إرث الشخص لنفسه وهذا باطل³. وجاء في زاد المستنقع في اختصار المقنع إذا مات متوارثان أخوين لأب بحدم أو غرق أو غربة أو نار وجهل السابق بالموت ولم يختلفوا فيه ورث كل واحد من الآخر من تلاد ماله دون ما ورثه منه دفعا للدور⁴.

أدلة هذا القول : استدلل أصحاب هذا الرأي بأدلة من الآثار والمعقول نذكر منها:

من الآثار: عن إياس ابن عبد الله المزني: أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن قوم وقع عليهم بيت، فقال: يرث بعضهم بعضا⁵، وقال ابن قدامة في المغني: والصحيح أن هذا إنما هو عن إياس نفسه وأنه هو المسؤول وليس برواية عن النبي صلى الله عليه وسلم⁶.

من المعقول: استدللوا من المعقول بما يأتي:

- إن حياة كل واحد منهم كانت ثابتة بيقين، والأصل بقاؤها إلى ما بعد موت الآخر ولأن الحادث يضاف إلى أقرب الأوقات، فكأن كل واحد منهم مات بعد موت الآخر، فيرث منه ولأن سبب استحقاق كل واحد منهم ميراث صاحبه معلوم، وليس الحرمان مشكوك فيه ولأن سبب الاستحقاق حياته بعد موت صاحبه، وقد عرفنا حياته يقين فيجب التمسك به حتى يأتي بيقين آخر، وسبب الحرمان موته قبل موت مورثه، وذلك مشكوك فيه فلا يثبت الحرمان بالشك⁷.

- إن الأصل في كل واحد منهما حياته، فنورث كلا منهما من الآخر جريا على الأصل⁸.

الرأي الراجح في نظر الباحث : من خلال النظر في أدلة الفرقين فإن القول الذي يترجح لدى الباحث هو القول بعدم التوارث فيما بين الغرقى و الحرقى و نحوهما وذلك للاختيارات الآتية:

- قوة أدلة أصحاب هذا الرأي وسلامتها من المعارضة .

- إن توقف المال حتى يثبت اليقين -وهو تحقق حياة الوارث بعد موت المورث- قد لا يتحقق وقد يصعب الوصول إليه ففي ذلك إيقاف التركة إلى أجل قد يكون بعيدا، وهذا فيه ضرر لورثة الأحياء والضرر يزال¹.

¹ التلاد: المال القديم الأصلي، دون الطريق وهو المال المستحدث الذي يمكن أن يرثه من مات معه : ينظر: أبو الفضل محمد بن أبي الفتح البجلي، المطلع على ألفاظ المنع، مكتبة السوادي، (د م ن)، ط1، 2003م، ص 376.

² ابن تيمية أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله، المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ط2، مكتبة المعارف، الرياض، 1404هـ، ج 1، ص 410.

³ الفوزان صالح بن فوزان بن عبد الله، التحقيقات المرضية في المباحث المرضية، المرجع السابق، ص 239.

⁴ الحجاوي، أبو النجا موسى بن أحمد، زاد المستنقع في اختصار المقنع، تحقيق عبد الرحمان بن محمد العسكر، (د ط)، دار مدار الوطني للنشر، (د ت)، ص 157

⁵ أخرجه سعيد بن منصور، سنن سعيد بن منصور، تحقيق حبيب الرحمان الأعظمي، باب الغرقى والهدمى، ح ر: 234، ج 1، ط1، الدار السلفية، بومباي، 1403هـ-1982م، ص 106، الدار قطني علي بن عمر، سنن الدار قطني، كتاب الفرائض، ح ر 20، (د.ط)، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 2004م، ج4، ص 74: وقال الألباني: لم أقف عليه مرفوعا وصحح إسناده موقوفا على إياس، ينظر الألباني محمد ناصر الدين ، إرواء الغليل في

تجريح أحاديث منار السبيل، تحقيق وإشراف : زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط2، 1405هـ-1985م، ج 6، ص 154.

⁶ ابن قدامة موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد المقدسي، المغني على مختصر الخرقى، المرجع السابق، ج6، ص 214.

⁷ المرجع نفسه

⁸ ابن تيمية أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله، مجموع الفتاوى، المرجع السابق، ج 31، ص 356 .

-إنّ توريث كل واحد مهما من الآخر يجعل الواحد منهم وارثا ومورثا أي حيا وميتا في وقت واحد وهذا محال².
والجدير بالذكر أنه في حالة الوفاة التي تقع بين دولتين أو أكثر، مختلفي الميقات، لأشخاص تتوافر فيهم أسباب التوارث، فإن العبرة بمدى المعادلة الزمنية بين الدولتين، أي مراعاة الفارق الزمني لليوم في كلا البلدين لمعرفة المورث من الوارث، على حسب السابق في الموت من اللاحق³.

أما في حالة التيقن من وقت الوفاة، ومعرفة السابق للوفاة من اللاحق، فإن الخلاف والجدال يرتفع وبالإجماع فيرث المتأخر المتقدم لتحقيق الشرط وهو حياة الوارث بعد موت المورث.

ثانيا : حالات التوارث حال الموت الجماعي(الحوادث الجماعية) في القانون المقارن:

سنحاول تسليط الضوء على موقف التشريعات المقارنة من مسألة التوريث أثناء الجهل بوقت الوفاة ثم نبين موقف المشرع الجزائري:

1-موقف التشريعات المقارنة من مسألة التوريث أثناء الجهل بوقت الوفاة:

أ-التشريعات العربية :

إنّ استقراء التشريعات العربية نجدها أقرت ما ذهب إليه الاتجاه الفقهي القائل بعدم التوارث حال الموت الجماعي:
فالمشرع التونسي: نص في الفصل 86 من قانون الأحوال الشخصية على أنه " إذا مات اثنان ولم يعلم أيهما مات أولا فلا استحقاق لأحدهما في تركة الآخر سواء كان موتهما في حادث واحد أم لا"⁴.

أما التشريع المصري : فقد ذهب المشرع المصري إلى ما ذهب إليه المشرع التونسي إذ نص في المادة الثالثة من قانون الميراث المصري رقم 77 لسنة 1943 المعدل والمتمم بالقانون رقم : 219 لسنة 2017م⁵ على أنه " إذا مات اثنان ولم يعلم أيهما مات أولا فلا استحقاق لأحدهما في تركة الآخر سواء كان موتهما في حادث واحد أم لا".

وهو نفس الاتجاه الذي أخذه المشرع السوري في المادة 261 من قانون الأحوال الشخصية التي نصت على أنه " إذا مات اثنان ولم يعلم أيهما مات أولا فلا استحقاق لأحدهما في تركة الآخر سواء كان موتهما في حادث واحد أم لا"

وقد نص المشرع الأردني في المادة 282 من قانون الأحوال الشخصية⁶ أنه "إذا مات اثنان أو أكثر وكان بينهم توارث ولم يعرف أيهم مات أولا فلا استحقاق لأحدهم في تركة الآخر"، وعلى هذا النحو سار قانون الأحوال الشخصية الكويتي بموجب المادة 290 منه⁷.

ونص المشرع المغربي في مدونة الأسرة على عدم التوريث في حالة الجهل بزمان الوفاة أثناء الحوادث الجماعية، إذ نص في المادة 328 من المدونة على أنه : "إذا مات عدة أفراد، وكان بعضهم يرث بعضا، ولم يتم التوصل إلى معرفة السابق منهم، لا استحقاق لأحدهم في تركة الآخر، سواء كانت الوفاة في حادث واحد أم لا"¹.

¹مصلح محمود، موانع الميراث في الشريعة الإسلامية وتطبيقاتها في المحاكم والشريعة بقطاع غزة، رسالة ماجستير، نوقشت في الجامعة الإسلامية بقسم القضاء الشرعي، سنة 2008م، ص 104.

² الحصري أحمد، التركات والوصايا في الفقه الإسلامي، مكتبة الأقصى، الأردن، ط2، (د.ت.ن)، ص 210-211.

³بلحاج العربي، الوجيز في التركات والموارث وفق قانون الأسرة الجزائري الجديد، دار هومة، الجزائر، د ط، ص 145.

⁴الفصل 98 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، المرجع السابق.

⁵ القانون رقم 77 لسنة 1943 بشأن الموارث المصري،(جمهورية مصر، الو قائع المصرية، ع 92 في 13 أغسطس 1943م) المعدل والمتمم بالقانون رقم 219 لسنة 2017م، الصادر في 2017/12/30 (جمهورية مصر، ج ر ع 52 مكرر بتاريخ 2017/12/30 م).

⁶المادة 282 من قانون الأحوال الشخصية الأردني، المرجع السابق .

⁷تنص المادة 290 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي، المرجع السابق " إذا مات اثنان أو أكثر، وكان بعضهم يرث بعضا ولم يعلم من مات أولا، أولا، فلا استحقاق لأحدهم في تركة الآخر، سواء كان موته في حادث واحد أم لا"

في حين نجد أن المشرع العراقي لم يتطرق في قانون الأحوال الشخصية إلى توريث الموتى وأحالتها في المادة الأولى الفقرة 2 من الأحكام العامة التي تنص " إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون" ²، وقد تبنى القضاء العراقي اتجاه جمهور الفقهاء بتوريث الأحياء من الأموات ولم يورث الأموات من الأموات ³.

ب- التشريعات الغربية : سنقتصر على ذكر موقف القانون الفرنسي الذي أقر بجواز التوارث في مثل هذه الظروف، وذلك بموجب المواد 720 و721 و722 من القانون المدني الفرنسي ⁴.

2- موقف التشريع الجزائري من التوريث حال الحوادث الجماعية :

عند الرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد أنه نص في المادة 129 منه ⁵ على أنه " إذا توفي اثنان أو أكثر ولم يعلم أيهم هلك أولاً، فلا استحقاق لأحدهم في تركة الآخر، سواء أكان موتهم في حادث واحد أم لا"، وهو ما سار عليه اجتهاد المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1999/03/16 م ملف رقم: 219318 حيث جاء فيه " من المقرر قانوناً إذا توفي اثنان أو أكثر ولم يعلم أيهم هلك أولاً، فلا استحقاق لأحدهم في تركة الآخر، سواء أكان موتهم في حادث واحد أم لا، ومتى تبين - في قضية الحال - أن الطاعن لم يثبت مزاعمه بدليل إذا كان والداه قد توفيا في وقت واحد حتى لا يرث أحدهما الآخر وأن قضية الموضوع بقضائهم بتأييد الحكم المستأنف القاضي برفض الدعوى طبقوا القانون تطبيقاً صحيحاً" ⁶.

ويتبين مما سبق أن موقف كل من القانون والقضاء الجزائريين يتوافقان مع القوانين المقارنة والتي أخذت برأي الجمهور المتضمن عدم التوارث لجهالة أسبقية الوفاة.

الفرع الثاني : دور الطب الحديث في معرفة السابق في الموت قبل اللاحق:

استطاع الطب الشرعي بقرائن علمية حديثة أن يحدد - ولو بشكل تقريبي - من توفي أولاً، مما يساعد ذلك إلى إمكانية إسناد الحقوق إلى أصحابها ولو في حالات محدودة، وعدم حرمانهم من تركة مورثهم بسبب جهل زمن وفاتهم، من ثم يتسنى للقاضي اعتماد هذه الوسائل العلمية عند الحكم بتوريث موتى الحوادث الجماعية بعضهم من بعض من عدمه ويعتمد الطبيب الشرعي في الأساس على التغيرات الحادثة بعد الوفاة لتحديد ساعة الوفاة، وهذا ما سنتطرق إليه (أولاً)، كما أنه في بعض الأحيان قد يحتاج إلى معرفة توقيت الوفاة بناء على التغيرات الكيميائية بالجسم وهذا ما نبينه (ثانياً):

أولاً: التغيرات الحادثة بعد الوفاة لتحديد ساعة الوفاة:

فالتبيب الشرعي يحدد ساعة الوفاة من كل تغيير على حدى آخذاً -عين الاعتبار - جميع العوامل المؤثرة، ثم من حصيلة النتائج يصل إلى تحديد ساعة الوفاة أكثر دقة، وأن هذه الدقة نحصل عليها كلما تم فحص الجثة في أسرع وقت ممكن ولو لم يكن طبيباً شرعياً ⁷، والتغيرات التي تساعد الطبيب على تحديد زمن الوفاة هي كما يلي:

¹ المادة 328 من مدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق .

² المادة 1 فقرة 02 من قانون الأحوال الشخصية العراقي، المرجع السابق.

³ ندى سالم حمدون، سعد عبد الوهاب عيسى، توريث الموتى، مجلة الرافدين للحقوق،، كلية الحقوق، جامعة الموصل، المجلد (19)، العدد (65) 2021 م، ص 281-282.

⁴ ينظر : بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 145.

⁵ المادة 129 من قانون الأسرة الجزائري، الرجوع السابق.

⁶ قرار المحكمة العليا ملف رقم: 219318 بتاريخ: 1999/03/16 م، المجلة القضائية لسنة 1999م، عدد 02 ص 183.

⁷ يوسف بن الشيخ، أثر التطورات الطبية والبيولوجية على نظام الإثبات في الأحوال الشخصية "دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المقارن" رسالة مقدمة لنيل دكتوراه علوم في العلوم الإسلامية (تخصص: شريعة وقانون) كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، جامعة وهران، الجزائر 2015-2016م، ص 259 .

01-برودة الجسم: أثناء الحياة يفقد الجسم حرارته ثم يستعيد الحرارة التي فقدها عن طريق أكسدة الغذاء وإطلاق الطاقة الحرارية، ولكن بعد الموت يفقد الجسم الحرارة ولا يستعيدّها بسبب توقف الوظائف الحيوية عن العمل¹، ويمكن قياس درجة حرارة الجثة لحساب زمن الوفاة، حيث أظهر العلم الحديث احتمال هبوط ضئيل في حرارة جسم الميت في الساعات الأربع الأولى وحتى فترة (3-5) ساعات، وفي هذه المدة يكون الهبوط بطيئاً، وبشكل عام تهبط درجة حرارة الجسم الميت بمقدار درجة مئوية واحدة في الساعة في الأقاليم المعتدلة وثلاث درجة في الأقاليم الحارة.

ويتبع هذه الفترة الزمنية هبوط سريع في مرحلة تمتد لبضع ساعات، وعادة ما يتم قياس درجة الحرارة بواسطة مقياس يتم إدخاله في فتحة الشرج وذلك لقياس درجة حرارة الأحشاء، حيث أنها تحتفظ بالحرارة مدة طويلة عن سطح الجسم²، ومتوسط حرارة الجسم عند الوفاة حوالي (37) درجة مئوية، وفي الحالات العادية يكون فقد حرارة الجسم بمعدل ثابت، هو ثلاث درجات فهرنهايت³ لكل ساعة من الثلاث الساعات الأولى بعد الوفاة، وبمعدل درجتين فهرنهايت في كل ساعة من الثلاث ساعات التالية، بحيث تصل حرارة الجثة لمثل حرارة الوسط المحيط بها خلال تسع ساعات من الوفاة⁴.

وتم اقتراح عدة قوانين لتحديد زمن الوفاة منها:

-الزمن = $36.8 \times 3/2$ ناقص الحرارة الشرجية، وهذا القانون جيد في 12 ساعة الأولى.

-الزمن = حرارة الشخص الطبيعية ناقص درجة حرارة جوف الصدر / معدل هبوط الحرارة في جوف الصدر⁵.

ولكن قد توجد عوامل أخرى تساعد على أن لا تكون الحرارة منتظمة في الاثني عشرة ساعة الأولى بعد الوفاة، ويرجع ذلك إلى أحد الأسباب التالية:

-حالة الجثة: فالأجسام النحيفة موصل جيد للحرارة والبدنية موصل بطيء.

-مكان تواجد الجثة: في حالة ما إذا كانت الجثة بالعراء أو داخل حجرة مغلقة.

03-الأمراض المسببة للوفاة: كحالة التسمم العفن، مثل الالتهاب البريتوني في الكوليرا⁶.

04-علامات العينين: عتامة القرنية (ساعتين بعد الوفاة)، انخفاض ضغط العينين (ينخفض تدريجياً ليصبح صفراً بعد ساعتين)، تقطع عمود الدم في شرايين الشبكية (50% من الحالات بعد حوالي 15 دقيقة والنسبة الباقية قد تصل إلى 6 ساعات)⁷.

05-ارتخاء العضلات وتفرطح الأجزاء المضغوطة من الجسم: المقصود هنا الارتخاء الأولي الذي يحصل عقب الوفاة لتمييزه عن الارتخاء الثانوي الذي يحصل بعد زوال التيس الرمي، ويجب أن يذكر أن هناك شواذاً لهذه الحالات وهي انقباض بعض العضلات عقب الوفاة رأساً وعدم ارتخائها إلا عند ظهور التعفن، كما يحصل في التوتر الرمي والجثة التي توري جميع العلامات المذكورة حتى

¹ أسامة رمضان الغمري، أساسيات علم الطب الشرعي والسموم للهيئات القضائية والمحامين، (د.ط)، دار الكتب القانونية، مصر، 2005 م، ص 83.

² يحيى شريف، محمد عبد العزيز سيف النصر، محمد عدلي مشالي، الطب الشرعي والبوليس الفني الجنائي، ط2، الهيئة العامة للكتب والأجهزة العلمية، جامعة عين شمس، القاهرة، 1971 م، ص 274.

³ الفهرتات أو الفارنهایت (بالإنجليزية: Fahrenheit) واختصاراً يرمز لها بالرمز ف° أو F وهي وحدة قياس درجة الحرارة وسميت باسم منشئها العالم الفيزيائي الألماني دانيال غابرييل فهرنهايت، وكان ذلك عام 1724 م، ويشيع استعمال الفهرتات في العالم حالياً في أمريكا وليبيريا فقط، في حين باقي دول العالم تستعمل وحدة سلسيوس أو كليهما (اما بالعربية: درجة مئوية) : ينظر: فهرنهايت "وحدة لقياس درجة الحرارة" منشور على موقع ar.m.wikipedia.org: اطلع عليه بتاريخ: 2022/10/11

⁴ المرجع نفسه، ص 275.

⁵ دليل المعلومات الطبية، العيادة السورية تم نشره على الموقع www.syrianclinic.com، تم الاطلاع عليه بتاريخ: 2021/10/28.

⁶ عبد الوهاب محمد بدر الدين، التحقيق الجنائي ومهام المحقق في جريمة القتل، (د.ط، د.د.ن، د.م.ن)، 1978 م، ص 109-110.

⁷ أسامة رمضان الغمري، المرجع السابق، ص 83

الارتقاء الثانوي تشير إلى أنها مضى على وفاتها من 12 إلى 15 ساعة أما التفرطح فسيبه انضغاط العضلات في أجزاء الجسم الملاصقة للأرض أو للجسم الموضوع عليه الجثة بثقلها¹.

06-الزرقة الرممية (الرسوب الدموي، أو التلون الموتي): بعد الوفاة وتوقف القلب يتسبب الدم في الأوعية الدموية الموجودة في الأجزاء المنخفضة من الجثة بفعل الجاذبية الأرضية، فينتج ظهور زرقة ببشرة الجلد فيما عدا مواضع الاتكاء بالجثة، ويتلون الجلد والأنسجة في السطح السفلي من الجسم بلون الدم، ويختلف هذا التلون باختلاف سبب الوفاة، ويشاهد هذا اللون في الأجسام الفاتحة، أما الأجسام السوداء فمن الصعوبة ملاحظة الزرقة الرممية بسبب لون الجثة، وتبدأ الزرقة عادة في الظهور عقب الوفاة بحوالي ساعة ويزيادة الوقت يزداد وضوح الزرقة وتثبت بعد ثماني ساعات (من 8 إلى 12 ساعة)².

وللزرقة أهمية من الوجهة الطبية الشرعية فضلاً على أنها علامة أكيدة لحصول الوفاة فإنها تساعد على معرفة ما إذا كان وضع الجثة قد تغير بعد الموت أم لا، وكذلك تساعد في معرفة المدة التي مضت بين حصول الموت ووقت الكشف³.

07-التيبس الرممي: تبدأ الجثة في التيبس بسبب انعقاد المواد الزلالية بالعضلات وتحويلها من ميوزينوجين إلى ميزين، ويبدأ عادة بعد ساعتين من الموت بشكل تيبس خفيف في جفني العين والفك السفلي والعنق، ويمتد التيبس لأسفل بالتدرج إلى الصدر والبطن ثم الأطراف الأمامية والخلفية حتى تيبس جميع عضلات الجسم بعد 12 ساعة.

وعند فحص العضلات وقت التيبس ترى حمضية من تأثير حمض اللبنيك، وتبقى كذلك حتى يبدأ التعفن الرممي أي من يوم في الصيف إلى يومين في الشتاء تقريباً، وبعد 24 ساعة يبدأ التيبس في الزوال تدريجياً بنفس الترتيب الذي ظهر به، ويستغرق 12 ساعة أخرى حتى يزول تماماً، حيث يصبح الجسم مرتخياً بالكامل⁴، مع ملاحظة أن هناك عوامل تؤثر في ظهور التيبس الرممي واكتماله، وبالتالي يؤدي إلى عدم معرفة الوقت الذي مضى على الوفاة، ومن تلك العوامل: درجة حرارة الجو، السن، وقوة العضلة.

08-التعفن الرممي: وهي الظاهرة الرممية التي تطرأ على جثة المتوفى نتيجة الغزو الميكروبي التعفني، سواء من داخل الجثة أو خارجها مما يؤدي إلى تدرج تحلل أنسجتها الرخوة والأحشاء، وأول ما يتعفن في الجسم هو الدم لكثرة الميكروبات الموجودة أساساً في الجسم وفي الأمعاء، مما يؤدي إلى ظهور تعفن بشكل اخضرار بحدار البطن من أسفل ولليمين في 6 ساعات إلى 8 ساعات صيفاً، ومن 12 إلى 24 ساعة شتاءً وتظهر شجرة التعفن من 24 إلى 36 ساعة في الصيف، ومن 48 إلى 72 ساعة في الشتاء، وتنتشر فقعات الرممية صيفاً ما بين 24 و48 ساعة، وشتاءً بعد ثلاثة أيام إلى أربعة، وينزلق الجلد في ثالث يوم صيفاً، وبعد خمسة أيام شتاءً⁵، مع ملاحظة أن تعفن الرممي يتأثر بالهواء ودرجة الحرارة والسن وكمية الرطوبة، وكمية الدم...

وأما أجساد الغرقى فتبقى دون تعفن طالما كانت هذه الأجساد في الماء، ولكن انتشارها يضطرب فيها التعفن بشكل سريع يفوق التصور، فقد تبدو الجثة بمظهر تعفن متقدم يشبه التعفن بعد خمسة أو سبعة أيام بعد ساعة أو ساعتين من انتشارها من الماء⁶.

09-اليرقات الحشرية: نرى بعد اكتمال التعفن مظهر النشارة الخشبية من بيض الذباب التي ألقاها على الجثة حول فتحات الجسم (الأنف، والفم، والشرج، ...) بعد 36 إلى 48 ساعة من الوفاة وتفقس اليرقات في 3 أيام إلى 4 أيام من الوفاة، ويكبر حجم اليرقات إلى الحجم الكامل من 5 إلى 7 أيام، حيث تأكل الأنسجة التي تكون في هذا الوقت قد لانت بفعل الخمائر، وتتم الشرنقة في 10

¹ عبد الحكيم فودة، الطب الشرعي وجرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، ط1، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2004 م، ص 575.

² عبد الوهاب محمد بدر الدين، المرجع السابق، ص 111-112.

³ عبد الحكيم فودة، المرجع السابق، ص 576-577.

⁴ هشام بن عبد الملك بن عبد الله بن محمد آل الشيخ، أثر التقنية الحديثة في الخلاف الفقهي، مكتبة الرشد (ناشرون)، الرياض، السعودية، ط1، 1427هـ-2006م، ص 392.

⁵ أسامة رمضان الغمري، المرجع السابق، ص 89.

⁶ يحيى شريف، محمد عبد العزيز سيف النصر، محمد عدلي مشالي، المرجع السابق، ص 288.

أيام، ويفقس الذباب في 15 يوما بعد الوفاة، ونستفيد من هذا في حساب المدة الزمنية التي مرت على زمن الوفاة على أساس دورة الحياة في فصل الصيف لتلك الحشرة، أما في الشتاء فتتأخر المظاهر يومين إلى ثلاثة أيام عن هذا المعدل¹.

10-التصبن الرمي: ويعرف بأنه: الظاهرة الرمية التي يتحول فيها الجسم تحت البشرة وداخله من المظهر الدهني الطري سهل التحلل إلى قوام جبني دهني متجمد يوقف التعفن واضطراده بالجسم، وبقي الجسم من التحلل بحيث يحتفظ بمظهر الجثة كاملا دون تغيير، ويتم هذا التغير الدهني تحت ظروف ثلاثة مقاومة لاضطراد التعفن، فيستلزم الأمر لظهوره أن تكون الجثة مطمورة طمرا تاما تحت سطح الماء، بحيث لا يصل إليها أي هواء، وأن تكون مستمرة ببيئة رطبة وحرارة منخفضة مدة أسابيع وشهور حتى يتم التحول الدهني الذي يوجد في هذا التغير الرمي².

مع ملاحظة أن الجثث المطمورة في الماء يقف التعفن بها بعد طروئه ببضعة أيام، ثم يبدأ التصبن بعد ثلاثة أسابيع في الظهور، ويستكمل في مدة تتراوح ما بين شهر ونصف إلى ثلاثة شهور، ويتم في مجموع الجثث في ستة شهور³.

11-محتويات المعدة: إن فحص وتحليل محتويات المعدة قد يدل على نوع آخر كوجبة طعام تناولها الضحية قبل الوفاة، وهذا قد يساعد على تحديد الزمن الذي مر على حصول الوفاة⁴.

ثانيا: توقيت الوفاة على ضوء التغيرات الكيميائية بالجسم: حاول الأطباء قديما تعيين ساعة الوفاة بدقة من دون أن تتدخل فيها عوامل كثيرة كالتى تؤثر في التغيرات الرمية التي تلي الوفاة، وقد ابتدأ البحث عن حل لهذا الموضوع على أساس كيميائي، فكان أن شرع طبيب اسمه ماسون (Mason) في سنة 1951 م في إجراء أبحاث عن كمية ملح البوتاسيوم في السائل النخاعي، وقام بتجارب على حيوانات، وذلك بتحليل نسبة وجود ذلك العنصر في السائل النخاعي حسب الساعات التي تعقب الوفاة، فأمكنه ذلك من إيجاد علاقة بين زيادة هذا العنصر في السائل النخاعي والساعات التي تلي الوفاة إلى ثلاثة أيام، ورسم لذلك رسما بيانيا، وعند تطبيق هذا الرسم على حالات متوفين في غضون هذه المدة وجد أن هذا العنصر لا يمكن الاعتماد عليه في تحديد ساعة حصول الوفاة، وظهر الخطأ في حدود زيادة أو نقص 8 ساعات من الوقت الحقيقي للوفاة⁵.

ولم تثبط هذه النتائج عزيمة باحثين آخرين فقد أجرى شورب (Shoarup) أبحاثا على السائل النخاعي مستكشفا مدى تأثير عناصر أخرى كيميائية موجودة في هذا السائل، وهي: (حمض اللبنيك، وتروجين اللابروتيني، والأحماض الأمينية)، فوجد أن هذه العناصر تزيد بمعدل مضبوط في غضون المدة ما بين وقت الوفاة إلى مرور خمس عشرة ساعة، وكانت النتائج مشجعة عند تطبيقها على حالات الوفاة، بحيث كان الخطأ في هذه الأحوال لا يتعدى الساعة والنصف زيادة أو نقصا، وأمكنه الوصول بطريقة حساسية إلى معادلة لتحديد وقت الوفاة⁶.

الفرع الثالث: أثر تحديد زمن الموت طبيا في حصر ميراث مجهولي لحظة الوفاة:

وجدنا أنه يمكن للطب الشرعي أن يحدد زمن الوفاة بنسبة تكاد تكون يقينية بالاعتماد على التغيرات الحادثة بعد الوفاة أو عن طريق التغيرات الكيميائية للجثة وبالتالي يمكن القول انه يمكن للقاضي الاعتداد بالتقرير الطبي على قسمة التركة على أساس أنه قرينة طبية تثبت إلى حد بعيد السابق للوفاة من اللاحق.

وتظهر أهمية معرفة السابق واللاحق بالخبرة العلمية في التأثير على أسهم وأنصبة الورثة، وسنعطي أمثلة تطبيقية لبيان ذلك :

¹ عبد الحميد المنشاوي، الطب الشرعي وأدلته الفنية ودوره الفني في البحث عن الجريمة، (د.ط)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2005م، ص 44.

² يحيى شريف، محمد عبد العزيز سيف النصر، محمد عدلي مشالي، المرجع السابق، ص 390-391.

³ المرجع نفسه، ص 390-391

⁴ حسين علي شحرور، الطب الشرعي "مبادئ وحقائق"، مكتبة نرجس، (د.م.ن)، ط 1، 2000م، ص 17.

⁵ يحيى شريف، محمد عبد العزيز سيف النصر، محمد عدلي مشالي، المرجع السابق، ص 296-297.

⁶ عبد الحميد المنشاوي، المرجع السابق، ص 46.

الفصل الأول.....دور القرينة العلمية الحديثة في بيان حقيقة وفاة المورث وأثرها على الميراث

مثال: توفي زوجان معا في حادث مرور ماتت الزوجة عن ابن وبنت وتوفي الزوج عن الموجودين وجدة، وبعد إجراء الخبرة الطبية توصلت - بشكل تقريبي - على أن الزوجة توفيت قبل الزوج بلحظات .

حل المسألة وفق الفقه الإسلامي :فإننا نحلها وفق ما قرره جمهور الفقه الإسلامي ثم وفق ما قرره الحنابلة:

أ-وفق ما قرره جمهور الفقه الإسلامي :نحل كل مسألة على حدة وتقسم تركة كل واحد من الموفين على ورثته الشرعيين الذين ثبتت حياتهم بعد موت كل واحد منهم، دون من مات معه في الحادث نفسه، ويكون حلها كما يأتي:

مسألة سبق وفاة الزوج			
الورثة	الفرض	أصل6	تصح من 18
جدة	6/1	1	3
بنت ابن	ب ع	5	5
			10
مسألة سبق وفاة الزوجة			
الورثة	الفرض	أصل 2	
زوج	2/1	1	
أخ شقيق	2/1	1	

ب-حل المسألة وفق مذهب الحنابلة :اعتمد الحنابلة حل مسائل ميراث الموتى الجماعي طريقتين: الأولى : طريقة تقليدية أخذ بها الفقيهين الحنبلين البهوتي وابن قدامة، الطريقة الثانية: طريقة حديثة وهي المناسحات وهي المعتمدة في كثير من قوانين الأحوال الشخصية، وبالتالي نحل كل مسألة على حدة ونورث الزوج من الزوجة ونورث الزوج وكل واحد يأخذ من تلاد ماله لا من طريقه أي من قديم المال لا من جديده وسنحل المسألة بالطريقة الحديثة وهي المناسحات، ويكون حلها على أساس مسألتين : مسألة سبق وفاة الزوج وعلى أساس سبق وفاة الزوجة :

مسألة سبق وفاة الزوجة :

مسألة سبق وفاة الزوجة						
الورثة	الفرض	أصل 4	/	6	18	الجامعة 72
زوج	4/1	1		/	/	/
ابن بنت	ب ع	2	ابن	ب ع	10	46=1×10+18×2
		1	بنت		5	23=1×5+18×1
			جدة	6/1	1	3=1×3

مسألة سبق وفاة الزوج :

مسألة سبق وفاة الأم						
الورثة	الفرض	أصل 24	72		أصل 3	72
زوجة	8/1	3	9	ت	/	/
جدة	6/1	4	12	/	/	12=1×12
بنت بن	ب ع	17	14	ب ع	1	20=1×3+1×17
			34		2	40=2×3+1×34

الفصل الأول..... دور القرينة العلمية الحديثة في بيان حقيقة وفاة المورث وأثرها على الميراث

ج - حلها على أساس أن نتائج الخيرة الطبية : أما إذا أردنا أن نحل المسألة على أساس نتائج الخيرة التي أثبتت أن الزوجة هي من توفيت أولاً قبل الزوج فإننا نكتفي بحلها على هذا الأساس فقط دون حل مسألة ثانية على افتراض سبق وفاة الزوج وبنفس الطريقة التي اتبعناها سابقاً لما حللنا المسألة وفق المذهب الحنبلي.

مثال 02: توفيت زوجة مع ابن ولم يعلم يقينا أيهما السابق إلى الوفاة، وترك الزوج زوجاً وأخاً شقيقاً فيحدث تنازع بين أخ الزوجة الذي يدعي أن ابن الزوجة توفي أولاً فيكون الورثة: أما (المتوفاة معه) وأباً، ثم تتوفى الزوجة عن زوج وأخ، أما الزوج فيدعي أن الزوجة هي من توفيت أولاً، لكن بعد إجراء خبرة طبية لتحديد أسبقية الوفاة، أكدت نتائجها أن الابن هو الأسبق في الوفاة .

أ- حل المسألة وفق جمهور الفقهاء: نحل كل مسألة على حدة وتقسم تركة كل واحد من الموفين على ورثته الشرعيين الذين ثبتت حياتهم بعد موت كل واحد منهم، دون من مات معه في الحادث نفسه، ويكون حلها كما يلي :

مسألة وفاة الأم:

مسألة وفاة الأم		
الورثة	الفرض	أصل 2
زوج	2/1	1
أخ شقيق	2/1	1

أما مسألة وفاة الابن: في هذه الحالة الأب يأخذ كل التركة على أساس أنه الوارث الوحيد.

ب - حل المسألة وفق مذهب الحنابلة :

نفرض سبق وفاة الابن أولاً :

حل المسألة على أساس سبق وفاة الابن						
الورثة	الفرض	أصل 3	الورثة	الفرض	أصل 2	الجامعة $6=2 \times 3$
أم	3/1	1	ت	/	/	/
أب	ب ع	2	زوج	2/1	1	$5=1 \times 1 + 2 \times 2$
			أخ شقيق	2/1	1	$1=1 \times 1$

ونفرض سبق وفاة الزوجة أولاً :

حل المسألة على أساس سبق وفاة الزوجة			
الورثة	الفرض	أصل 4	
زوج	$\frac{1}{4}$	1	أب يأخذ كل التركة
ابن	ب ع	3	ت
أخ شقيق	محجوب بالابن	/	/

ج - حلها على أساس أن نتائج الخيرة الطبية : إذا أردنا أن نحل المسألة على أساس نتائج الخيرة التي أثبتت أن الابن هو من توفي أولاً قبل الزوجة فإننا نكتفي بحلها على هذا الأساس فقط دون حل مسألة ثانية على افتراض سبق وفاة الزوجة وبنفس الطريقة التي اتبعناها سابقاً لما حللنا المسألة وفق المذهب الحنبلي.

لا حظنا أنه لما حللنا المثال السابق على أساس نتائج الخيرة الطبية التي أثبتت -ولو بشكل تقريبي- أن الابن هو من توفي أولاً قبل والدته فإن الأخ الشقيق يأخذ نصيبه من أخته المتوفاة، فمن مصلحة الأخ الشقيق أن تكون وفاة الابن أولاً قبل أخته فهي الحالة التي تمكنه من نصيبه من التركة، وبالتالي فإن استحضار هذا الأخ شهوداً يصرحون بأولية وفاة الابن ولم ترسخ قناعة القاضي أو تتأكد

لبناء حكمه على ذلك، فيمكن له الاعتماد على نتائج هذه الخبرة الطبية كقرينة لترسيخ قناعته وتأكيدا لحسم النزاع وتقسيم التركة على أساس هذه القرائن الطبية هي طريق غير مباشر للإثبات ويلجأ إليها في حالة وجود دليل مباشر إلا أنه غير كاف.

المبحث الثاني : دور تقنيات الاتصال الحديثة في التيقن من الوفاة الحكيمة للمورث:

الأصل في الإنسان أنه معلوم الموطن ومعلوم الحياة أو الموت، غير إن بعض الظروف قد تجعل الإنسان غير معلوم موضعه ولا موطنه، ولا تعرف حياته من موته ما يقتضي إخضاعه لأحكام استثنائية تتعلق بشخصيته وأمواله وبأموال غيره التي قد يكون وارثا لها والشخص الذي يكون في مثل ذلك الوضع يسمى المفقود، حيث يخضع لجملة من الأحكام من بينها ما يخص الميراث، فهل تغلب الأصل فيه وهو الحياة مادام لم يحكم بموته، أو تغلب أنه قد مات مادام لم يُعلم حياته من موته، خاصة وأن أحكام الميراث تجعل من الشك في الحياة مانعا من موانع الميراث، فالأمر يقتضي موازنة بين العديد من الأحكام العامة في الميراث، للوصول إلى أحكام خاصة تتعلق بميراث المفقود لاسيما في ظل تطور تقنيات الاتصال الحديثة في مجال البحث والتحري، والتي من شأنها التأثير على إرثه من غيره أو على إرث الغير من تركته، بحسب الحالة التي يظهر عليها المفقود.

وعلى ضوء ذلك: سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين نعرض مفهوم المفقود والأحكام العامة المتعلقة بالفقدان في (المطلب الأول) وفي (المطلب الثاني) نبيّن أثر تقنيات الاتصال الحديثة على ميراث المفقود (سواء الحكم بالفقدان أو الحكم بالوفاة).

المطلب الأول : مفهوم المفقود والأحكام العامة المتعلقة بالفقدان :

للمفقود تعريف يتميز عن بعض التعريفات المشابهة له كالعائب، ولمعرفة المفقود يجدر بنا تعريفه لغة واصطلاحا وقانونا وستنطرق إلى مفهوم المفقود (فرع أول) ثم نتطرق إلى الأحكام العامة المتعلقة بالفقدان (فرع ثاني)، مع بيان موقف التشريعات العربية عند كل حكم (فرع ثالث).

الفرع الأول : مفهوم المفقود :

سنناول تعريف المفقود (أولا) ثم نستعرض حالات الفقدان (ثانيا):

أولا :تعريف المفقود :

- 1- لغة: فَقَدَ الشيءَ يَفْقِدُهُ فَقْدًا وفَقْدَانًا وفَقُودًا، فهو مفقود وفقيدٌ : عَدِمَهُ، وأفقده الله آيَاه . والفاقد من النساء : التي يموت زوجها أو ولدها، والتفقّد: تطلّب ما غاب عن الشيء¹ ويأتي في اللغة بعدة معان، منها: الضائع والمعدوم، المطلوب عند الغيبة²
- 2-المفقود اصطلاحا : عُرِفَ المفقود بتعريفات متعددة ومختلفة، لكن في مجملها متقاربة و تدور حول مفهوم واحد، فقد عرفته الحنفية على أنه " اسم لشخص غاب عن بلده لم يدر موضعه ولا أثره، ولا يعرف خبره أهو حي أم ميت"³، وعرفته المالكية أنه " هو الذي غاب وانقطع خبره ولم يُعلم له موضع ولا حياة"⁴.
- أما الفقهاء المحدثون فلم يبتعدوا كثيرا عن تعريفات القدماء، فجملة تعريفاتهم تتمحور حول تعريف المفقود بأنه " هو الغائب الذي انقطعت أخباره فلا تُعلم حياته ولا وفاته"⁵.

3-التعريف القانوني :

¹ ابن منظور، المرجع السابق، باب الدال، مادة (فقد)، ج 3، ص 337.

² أنيس وآخرون، المرجع السابق، باب الفاء مادة (فقد)، ص 696.

³ الكساني، المرجع السابق، ج 8، ص 313. ان عابدين، المرجع السابق، ج 6، ص 354 ابن الهمام، المرجع السابق، ج 6، ص 141.

⁴ الدسوقي، المرجع السابق، ج 4، ص 487، الخرخشي، المرجع السابق، ج 4، ص 154.

⁵ الجبوري أبو اليقضان عطية، حكم الميراث في الشريعة الإسلامية، دار حنين، عمان، الاردن، ط1، 1416هـ-1995م، ص 177، الفوزان صالح بن فوزان، التحقيقات المرضية في المباحث الفرضية، المرجع السابق، ص 229، بدران ابو العنين بدران، الموارث والوصية والهبة، مؤسسة شباب الجامعة، (د د ن، د م ن)، 1981، ص 97.

عرّف المشرع الإماراتي المفقود في قانون الأحوال الشخصية بموجب البند الثاني من المادة رقم 233 على أنه "الغائب الذي لا تعرف حياته ولا موته"¹.

وعرّف المفقود في قانون الأحوال الشخصية الأردني في نص المادة 246 منه بأنه "الشخص الذي لا تعرف حياته أو ماته وصدر حكم بذلك"²، ويتضح أن المشرع الأردني قد تبني تعريف الكمال بن الهمام الحنفي للمفقود³، إذ حصره بعدم معرفة حياته ولا وفاته، أما مجلة الأحوال الشخصية التونسية فقد عرفت المفقود بموجب الفصل 84 بالقول "يعد مفقودا كل من انقطع خبره ويمكن الكشف عنه حيا"⁴، وورد تعريف المفقود في قانون الأحوال الشخصية اليمني في نص المادة 113 منه بأنه "الغائب الذي لا تعرف حياته ولا تعرف وفاته"⁵.

وجاء تعريف المفقود في قانون الأسرة الجزائري ضمن نص المادة 109 منه بأنه "الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته ولا يعد مفقودا إلا بحكم"⁶.

ومن خلال ملاحظتنا لهذا التعريف نجد أنه يعد مفقودا في نظر القانون الجزائري كل من غاب عن أهله وانقطع خبره، فلا يعرف مصيره إن كان على قيد الحياة أم أنه مات، يكون مجهول المكان وأيضاً، كما لا يُعدّ مفقودا إلا إذا صدر حكم قضائي يقضي بفقدانه، كما يمكن القول من خلال هذا النص أنه لا بد من توافر شروط لعد شخص ما مفقودا وذلك فيما يأتي :

- غياب الشخص: الغائب حسب ما أوردته نص المادة 110 من ق أج هو من لا يوجد للشخص محل إقامة أو موطن معلوم خارج بلاده واستحال عليه مباشرة شؤونه بنفسه⁷.

- عدم التمكن من معرفة مكانه.

- عدم معرفة حياته من موته : أي أن تنقطع أخباره بحيث لم يعد معروفاً أحياً هو فيرجى، أم ميّت فيُنعى، إلا أنه إذا كان غير معروف موطنه ومكانه وعلى الرغم من ذلك أمكن الجزم بحياته فهنا لا يمكن عدّه مفقودا⁸.

- صدور حكم قضائي بعدّ الشخص الذي انقطعت أخباره مفقودا .

ثانيا : حالات الفقد عند الفقهاء القدامى: اختلفت كلمة فقهاء الشريعة الإسلامية في تقسيم حالات الفقدان، وهذا الاختلاف ناتج عن الظروف المصاحبة للفقدان، هذا ما سنبينه فيما يأتي :

1- تقسيم المالكية للمفقود⁹ : اعتمد فقهاء المالكية في تقسيم حالات الفقد على معيار مكان الفقد، إلا أنهم لم يستقروا على رأي واحد، فانقسموا إلى ثلاثة أقوال:

القول الأول: ذهب ابن القاسم في تقسيم المفقود إلى ثلاث حالات : مفقود لا يُدرى موضعه ومفقود في صف المسلمين في قتال العدو ومفقود في قتال المسلمين بينهم¹⁰.

¹ المادة 233 من قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة، المرجع السابق .

² المادة 246 من قانون الأحوال الشخصية الأردني، المرجع السابق.

³ عرف ابن الهمام المفقود " على أنه : " الغائب الذي لا يُدرى حياته ولا موته " : ينظر : ابن الهمام، المرجع السابق، ج6، ص 141.

⁴ الفصل 84 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، المرجع السابق .

⁵ المادة 113، المرجع نفسه .

⁶ المادة 109 من قانون الاسرة الجزائري، المرجع السابق .

⁷ تنص المادة 110، المرجع نفسه " الغائب الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة، مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير يُعدّ كالمفقود".

⁸ محمد سعيد جعفرور ، مدخل إلى العلوم القانونية، دروس في نظرية الحق، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، ط1، 2011م، ج2، ص 326-327

⁹ ينظر : الدسوقي محمد عرفه، المرجع السابق، ج2، ص 479، الصاوي أبو العباس أحمد بن محمد الخلوئي، المرجع السابق، ج2، ص 693.

¹⁰ الباجي أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب، المنتقى شرح الموطأ، مطبعة السعادة، مصر، ط1، 1332هـ، ج6، ص253.

القول الثاني: ذهب ابن جزى إلى جعل المفقود أربعة أقسام¹:

-مفقود في بلاد الإسلام، مفقود في بلاد العدو، ومفقود في قتال المسلمين مع الكفار، ومفقود في قتال المسلمين في الفتنة
القول الثالث: من المالكية من ذهب إلى أن المفقود على خمسة أقسام، وأضافوا للحالات السابقة المفقود في زمن الأوبئة وتفشي الأمراض، ومنهم من رأى إضافة حالة سادسة وهي حالة من فقد في شدة الريح والراكب في المرسى، ولم يتبين له خبر².
2 - تقسيم الحنابلة: أما الحنابلة، فالمفقود عندهم على قسمين فقد فرقوا بين من يغيب غيبة ظاهرها السلامة، وغيبة ظاهرها الهلاك³:

أ-من انقطع خبره لغيبة ظاهرها السلامة كأسر أو تجارة أو سياحة، أو الخروج لطلب العلم، فالذي يغلب على الظن في مثل هذه الأحوال ونحوها السلامة.

ب-من انقطع خبره لغيبة ظاهرها الهلاك كمن غرق في مركبه فيسلم قوم دون قوم، أو فقد من بين أهله كأن يخرج لصلاة فلا يعود، أو بين الصقّين حال التحام القتال، فالذي يغلب في مثل هذه الأحوال هو الهلاك.

3- رأي الجمهور: أما جمهور الفقهاء من الحنفية⁴ والشافعية⁵ والظاهرية⁶، فالمفقود عندهم قسم واحد وهو المنقطع الأخبار المجهول الحياة، فعلى اختلاف أحواله في سفره واحد سواء قعد في بلده أو بعد خروجه منه، وسواء كُسِرَ مركبُه أو فقد بين صقّي حرب، فهو في كل هذه الحالات مفقود⁷.

من خلال عرض آراء المذاهب حول صور المفقودين وحالاتهم يتبين بجلاء أن المذهب المالكي اعتمد في تقييمه على معيار مكان الفقد أو زمانه (في رأي لهم)، أما الحنابلة فذهبوا إلى أنه كلما كانت الظروف المصاحبة للغيبة صعبة أو عادية ترجح سلامة المفقود، وكلما كانت الظروف غير صعبة يرجح هلاكه، وهي آراء تبين مدى سعة أفق اطلاعهم، لاسيما ما تعلق بالظروف الأمنية التي يعيشها مختلف بلدان العالم اليوم من حروب (الحرب الروسية الأوكرانية) والبلدان العربية خصوصا كالصراع المغربي الصحراوي، والكيان الصهيوني على غزة، وما نتج عن ذلك من حالات الفقد، وحتى داخل البلدان العربية مثل الربيع العربي والحروب الأهلية، وأحداث العشرية السوداء بالجزائر.

أما فيما موقف التشريعات العربية حول حالات الفقد فترجئها عند الحديث عن موقفها من مدة الانتظار للحكم بموت المفقود لارتباطهما بنصوص واحدة.

الفرع الثاني: الأحكام العامة المتعلقة بالفقدان :

سنسلط الضوء في هذا الفرع إلى ثبوت حالة الفقدان (أولا)، ثم تاريخ الحكم بالفقد (ثانيا)، ثم المدة التي قدرها الفقهاء للانتظار للحكم بموت المفقود-مدة التبرص- (ثالثا)، مع بيان موقف التشريعات العربية المقارنة حول كل حكم .
أولا : ثبوت حالة الفقدان :

¹ ابن جزى، المرجع السابق، ص 144-145، الدسوقي محمد عرفه، المرجع السابق، ج2، ص 429-430.

² المواق محمد بن يوسف، المرجع السابق، ص 496.

³ الشيباني عبد القادر بن عمر، نيل المآرب شرح دليل الطالب، مكتبة الفلاح، الكويت، ط1، 1403هـ-1983م، ج2، ص 89، ابن قدامة موفق الدين، المغني على مختصر الخرقي، المرجع السابق، ج8، ص 06.

⁴ الكاساني، المرجع السابق، ج8، ص 313

⁵ الشافعي أبو عبد اله محمد بن إدريس، الأم، دار الفكر، بيروت، لبنان، (دط، د ت ن)، ج5، ص 239.

⁶ ابن حزم، المرجع السابق، ج1، ص 138.

⁷ الشافعي أبو عبد اله محمد بن إدريس، المرجع السابق، ج 5، ص 239.

اختلف الفقه حول مسألة ثبوت حالة الفقد، بين من يرى ضرورة صدور حكم قضائي بوفاة المفقود، وبين الذي يرى أنه يكفي انتهاء المدة الضرورية، إلى قولين¹ :

القول الأول: القائل بأن الفقدان لا يُثبت إلا بحكم من القاضي بموته، وذلك بعد أن يبذل جهده في البحث والاستقصاء والكتابة إليه في المكان الذي يظن أنه فيه، وليس بمجرد الغيبة وانقطاع الأخبار، وإلى ذلك ذهب الحنفية وهو المنصوص عندهم في المذهب، وهو قول عند المالكية، وبه أخذ الشافعية، وهو قول عند الحنابلة، ورأيهم استصحاباً لأصل الحياة الثابتة بيقين، ومضي المدة لا يكتسب درجة اليقين إلا بصدور الحكم القضائي .

ومن التشريعات العربية التي تبنت هذا القول، واشترطت صدور حكم بموت المفقود نذكر :

قانون الأحوال الشخصية الأردني حيث جاء في نص المادة 246 منه² "المفقود هو الشخص الذي لا تُعرف حياته أو مماته وصدر حكم بذلك"، وبالتالي اشترط صدور حكم بوفاته، ونجد أيضاً **مدونة الأسرة المغربية** طبقاً لنص المادة 326 التي نصت على أن "المفقود مُستصحب الحياة بالنسبة لماله، فلا يُورث ولا يُقسم بين ورثته إلا بعد الحكم بتمويلته"³، و **قانون الأحوال الشخصية اليمني** في نص المادة 119 منه التي نصت على أنه "يُعدّ يوم صدور الحكم بموت المفقود تاريخاً لوفاته" .

أما المشرع الجزائري: فنص في المادة 109⁴ من قانون الأسرة الجزائري بأنه "لا يعد مفقوداً لا بحكم"، ويتضح من خلال هذا النص و بشكل صريح أن الغائب لا يُعدّ مفقوداً إلا بحكم، وهذا يعني أن الشخص الغائب المنقطعة أخباره، لا تجعله مفقوداً ما دام لم يصدر حكم قضائي يُعده كذلك، وعليه فإن وصف المفقود لا يصدق على الغائب إلا بموجب حكم .

واللافت للانتباه، أن المشرع الجزائري قد انفرد بهذا الحكم عن باقي التشريعات العربية، وشاذ أيضاً عما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية الذين لم يشترطوا صدور الحكم بالفقدان .

كما إن المشرع الجزائري - وإن كان لم يحدد المدة الواجب مرورها على انقطاع أخبار الشخص لإصدار الحكم بفقده- إلا أنه يمكن إصدار الحكم بعد مضي سنة واحدة على انقطاع آخر خبر عنه، وهو ما أشارت إليه المادة 110 من ق أ ج (المذكورة أعلاه)⁵.

القول الثاني :

يرى أنه يُعدّ ميتاً بمضي المدة التي تشترط لعدّ المفقود ميتاً، لا يحتاج ذلك إلى صدور حكم قضائي بذلك، فتعتد زوجته ويقسم ماله على ورثته، وهو القول الأصح عند الحنابلة وقول عند الحنفية والمالكية، وبالتالي عدّ أصحاب هذا الرأي الحكم بموت المفقود

¹ ابن عرفة محمد بن عرفة، المختصر الفقهي، تحقيق : حافظ عبد الرحمان محمد خير، مؤسسة خلف أحمد الحبتور للأعمال الخيرية، دبي، الامارات العربية المتحدة، ط1، 1435هـ-2014م، ج4، ص 478، ابن عابدين، المرجع السابق، ج6، ص 360، الدسوقي، المرجع السابق، ج4، ص 487، الزيعلي، المرجع السابق، ج3، ص 310، الشريبي شمس الدين محمد بن الخطيب، المرجع السابق، ج3، ص 27، الشريبي عبد القادر بن عمر، نيل المآرب شرح دليل الطالب، مكتبة الفلاح، الكويت، ط1، 1403هـ-1983م، ج2، ص 90.

² المادة 246 من قانون الأحوال الشخصية الأردني، المرجع السابق .

³ المادة 326 من مدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق .

⁴ المادة 109 من قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق .

⁵ تنص المادة 110 من ق أ ج، المرجع السابق على : "المفقود هو الغائب الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة، مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير يُعدّ كالمفقود"

مُظهر فقط (أي كاشف)، فعدة الزوجة تبدأ من تاريخ انتهاء مدة التبرص¹، وليس من تاريخ صدور الحكم²، ويقسم ميراث المفقود بين ورثته الأحياء في ذلك التاريخ وليس من تاريخ صدور الحكم³.

ثانيا :تاريخ الحكم بالفقدان :

قد يكون الحكم بموت المفقود بناء على بيئة أو أوراق رسمية تثبت موت هذا المفقود وذلك بتقديم شهادة وفاة لهذا الشخص المفقود، أو تقديم بيئة على وفاته فيحكم القاضي بناء على ذلك بالموت .

وترتباً على ما سبق يتبادر إلى الأذهان تساؤل مفاده : هل يعدّ المفقود ميتاً من تاريخ الحكم عليه بالموت وبالتالي فإن الحكم يكون منشأ أم من تاريخ الفقد فيصبح الحكم كاشفاً فقط ؟ لا سيما وأن هذا التساؤل في غاية الأهمية بالنسبة لكلٍّ من الوارث والمورث .

وقد اختلف الفقهاء حول ذلك إلى قولين :

القول الأول : يرى أن عدّ المفقود ميتاً من تاريخ الحكم، وهو ما ذهب إليه الإمام الشافعي⁴ والإمام أحمد⁵ فيرث المفقود من كان موجوداً من ورثته حين الحكم بموته فقط، دون من مات منهم قبل ذلك ولو في أثناء النظر في القضية أو حتى أثناء نظر الدعوى⁶. وبالتالي فقد عدّ أصحاب هذا الرأي الحكم بالموت منشأ لحالة الوفاة، فلا تعدد الزوجة عدة الوفاة، أو أن تتزوج إلا بعد صدور الحكم، وإن أموال المفقود وفق هذا الرأي لا توزع بين الورثة الموجودين وقت صدور الحكم فلو مات قبل ذلك ولو بلحظة لم يرث منه شيئاً لجواز موته فيها .

ومن التشريعات التي تبنت هذا القول نجد قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، وذلك في نص المادة 238 منه " يُعدُّ يوم صدور الحكم بموت المفقود تاريخاً لوفاته"⁷، وكذلك قانون الأحوال الشخصية الأردني بموجب المادة 251 منه التي تنص " يعد صدور الحكم بموت المفقود تاريخاً لوفاته"⁸، وهو ما نصت عليه المادة 196 من قانون الأحوال الشخصية العماني⁹ بالقول "يعد يوم صدور الحكم بموت الغائب أو المفقود تاريخاً للوفاة"، و قانون الأحوال الشخصية اليمني في نص المادة 119 التي نصت على أنه "يعد يوم صدور الحكم بموت المفقود تاريخاً لوفاته"¹⁰

¹ مدة التبرص وهي مدة الانتظار التي حددها الفقهاء للحكم بوفاة المفقود (سيتم التطرق إليها بالتفصيل في الفرع الثاني).

² الشريبي شمس الدين محمد بن الخطيب، المرجع السابق، ج3، ص 27.

³ مومن أحمد ذياب شويديح، أثر وسائل الاتصال الحديثة على ميراث المفقود في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية غزة، 1427هـ-2006م، ص 54.

⁴ الغزالي، المرجع السابق، ج4، ص 367، القيلوبي أحمد بن سلامة، وعميرة أحمد البرلسي، المرجع السابق، ج3، ص 149

⁵ النجدي عبد الرحمان بن محمد بن قاسم العاصمي، حاشية الروض المربع بشرح زاد المستنقع، (د د ن، د م ن)، ط4، 1410هـ، ج 6، ص 173، البهوتي، كشاف القناع، المرجع السابق، ج4، ص 446، ابن قدامة موفق الدين، الكافي في فقه الإمام أحمد، المرجع السابق، ج2، ص 566.

⁶ ابن نجيم، المرجع السابق، ج 3 ص 293، الصاوي، المرجع السابق، ج 2، ص 515، الشريبي الخطيب، المرجع السابق، ج 3، ص 27

⁷ المادة 328 من قانون الأحوال الشخصية، الإماراتي، المرجع السابق .

⁸ المادة 251 من قانون الأحوال الشخصية، الأردني، المرجع السابق

⁹ المادة 196 من مرسوم سلطاني رقم 32/ 97 المؤرخ في 28 محرم 1418هـ- الموافق له 4 يونيو 1997م بإصدار قانون الأحوال الشخصية العماني (ج ر رقم 601 الصادر في 15/6/1997م

¹⁰ المادة 119 من قرار جمهوري بالقانون رقم (20) لسنة 1992م، بتاريخ 25 رمضان 1412 هـ-الموافق له 29 مارس 1992م، يتضمن قانون الأحوال الشخصية اليمني (وأدخلت عليه بعض التعديلات بموجب القانون رقم (27) لسنة 1998م، والقانون رقم (24) لسنة 1999م، والقانون رقم 34 لسنة 2003م).

أما قانون الأسرة الجزائري، فيفهم من نص المادة 109 من ق أ ج (أعلاه) أن يوم صدور الحكم بموت المفقود هو تاريخ وفاته ويُعدّ منطوق الحكم بالوفاة الصادر من المحكمة بمثابة وثيقة نهائية يعتمد عليها في كون المفقود ميتا بتاريخها¹.

القول الثاني : ذهب أصحابه إلى التفرقة بين مال المفقود الذي يورثه إلى الغير وبين المال الذي يرثه من الغير، وإليه ذهب أبو حنيفة² ومالك³.

فبالنسبة إلى ماله عدّوه ميتا من تاريخ الحكم، وبالنسبة لما يرثه من الغير عدّوه ميتا من تاريخ الفقد، وحجتهم في ذلك : أن من شروط التوريث أن يكون الوارث حيا بعد موت المورث وهذا الشرط لم يتوفر لا في المفقود ولا في من يرث منه.

ولم نلاحظ تشريعا أخذ بهذا الرأي سوى قانون الأحوال الشخصية القطري وهذا بموجب المادة 291⁴ التي نصت "يعد المفقود ميتا بعد صدور الحكم بموته من تاريخ فقده في حق مال الغير، ومن تاريخ صدور الحكم بموته في حق ماله الخاص".

ثالثا: المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود (مدة التبرص) :

لم يرد نص في القرآن الكريم ولا في السنة النبوية يحدد المدة التي يمرورها يحكم بموت المفقود، ولذلك اختلف الفقهاء في تحديد المدة الزمنية التي يشترط مضيها للحكم بموت المفقود، وباستقراء النصوص الفقهية يتبين أن مدة التبرص للحكم بموت المفقود تختلف من مذهب إلى آخر .

ومسألة تحديد مدة تبرص المفقود قضية اجتهادية مصلحية تقبل التعدد في الرأي والتباين في الحكم، فهي ليست من المسائل التي تحكمها نصوص قطعية، وبالتالي يمكن الاستعانة بوسائل الاتصال الحديثة التي تعلن عن اختفاء شخص يطلب أهله البحث عنه، إذ يمكن لبعض هذه التقنيات أن تستخدم في مجال البحث والتحري على المفقودين، بهدف تقليص مدة التبرص وتقريب المسافات، من ثم اختصار الوقت في الكشف عنهم وتحديد حالتهم من حياة أو موت وفي وقت قياسي .

لذا سنعرض آراء الفقهاء حول تقدير مدة الانتظار للحكم بموت المفقود ثم نتناول موقف التشريعات المقارنة من هذه المسألة:

1-آراء الفقهاء حول مدة الانتظار للحكم بموت المفقود :

تباينت آراء فقهاء المذاهب حول تحديد المدة التي يحكم بها بموت المفقود، بل وانتقل الخلاف الفقهي حتى بين أصحاب المذهب الواحد، وفيما يلي عرض لهذا الاختلاف :

أ-مذهب الحنفية : ظاهر الرواية عند الحنفية أنه يحكم بموت المفقود إذ لم يبق أحد من أقرانه، فإذا مضى من وقت ولادته مدة لا يعيش إليها عادة يحكم بموته⁵.

إلا أنهم اختلفوا في التفاصيل :

فقد ذهب البعض إلى أن المعتدّ هو موت أقرانه من جميع البلاد.

وقال آخرون إلى أن المعتدّ هو موت أقرانه في بلده فالأعمار تختلف طولا وقصرا بحسب الأقطار وبحسب العادة التي يجريها الله سبحانه وتعالى⁶.

¹ صالح جحيك، الميراث في القانون الجزائري، (د د ن، ط2، د ت ن، ص 186.

² الموصلي، المرجع السابق، ج3، ص 37، الكسائي، المرجع السابق، ج8، ص 316.

³ الخطاب، المرجع السابق، ج6، ص 423، الدسوقي، المرجع السابق، ج4، ص 487.

⁴ المادة 291 من قانون الأحوال الشخصية القطري، المرجع السابق.

⁵ المرغيناني برهان الدين أبو الحسن علي بن أبي بكر عبد الجليل الراشداني، الهداية شرح بداية المبتدي، المكتبة الإسلامية، (د م ن، ط، د ت ن)، ج2، ص 181، ابن الهمام، المرجع السابق، ج6، ص 147، الكسائي، المرجع السابق، ج8، ص 316.

⁶ السرخسي، المرجع السابق، ج11، ص 35، ابن الهمام، المرجع السابق، ج6، ص 147.

وعن أبي حنيفة أنه قال : " إذا تم له مائة وعشرون سنة من يوم ولد حكمنا بموته "، وعقّب ابن همام على ذلك بقوله : " ووجه رواية الحسن أن الأعمار في زماننا قلما تزيد عن مائة وعشرين بل لا تزيد أكثر من ذلك فيقدر بها تقدير الأكثر " ¹ .

وعن أبي يوسف أنه إذا مضت مائة سنة من مولده يحكم بموته ²، واختار الشيخ أبو بكر محمد بن حامد أنها تسعون سنة، واختار المتأخرون ستين سنة، بنّوه على الغالب من الأعمار ³.

ونجد أن القول الأخير للحنفية هو ما روي عن الإمام أبي حنيفة أنه يفوض إلى رأي الإمام فأبي وقت رأى المصلحة حكم بموته، وهو وما ذهب إليه الزيلعي والهروي ⁴.

ب- مذهب المالكية: يميز المالكية بين المفقود في بلاد المسلمين والمفقود في بلاد الشرك من ناحية، وبين المفقود في قتال بين أهل دار المسلمين والمفقود في قتال بين المسلمين والكفار.

- المفقود في بلاد الإسلام: بالنسبة للمفقود في بلاد الإسلام في غير زمن الوباء، فلزوجته أن ترفع أمرها إلى الحاكم الشرعي الذي يقوم بالبحث والتحري عن زوجها المفقود، فإذا عجز عن الحصول على خبر عن الزوج المفقود ضرب له أجلاً مقداره أربع سنين، ثم بعد الأجل والعجز عن خبره تعتد الزوجة عدة الوفاة أربعة أشهر وعشراً ⁵.

فقد روى مالك عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب قال : "أبما امرأة فقدت زوجها، فلم تدر أين هو، فإنها تنتظر أربع سنين ثم تعتد أربعة أشهر وعشراً ثم تحلّ ⁶"، أما إذا فقد الزوج في بلاد الإسلام في زمن الوباء كالتطاعون مثلاً، فللزوجة أن تعتد عدة الوفاة بعد زوال الوباء لغلبة الظن بموته، لقول مالك في ناس أصابهم بطريق جهنم سعال يموت الرجل، ولم يأت لهم خير موت ولا حياة : " وأما أمواله فإنها تصير ميراثاً لورثته الأحياء " ⁷.

- المفقود في بلاد العدو: إذا فقد الزوج في بلاد الشرك وكذلك الأسير المسلم عند الكفار، فعن زوجة هذا المفقود أو الأسير تظل على نكاحه إلى مدة التعمير التي يظن بقاءه فيها، ومدة التعمير سبعون سنة من يوم ولد، وقال بعضهم ثمانون، وقال بعضهم خمس وسبعون ⁸.

- المفقود في قتال بين أهل الإسلام: وفي ذلك أربعة أقوال في مذهب مالك :

رواية ابن القاسم عن مالك : لا تتزوج امرأته ولا يقسم ماله حتى يُعلم موته أو يأتي عليه من الزمان لا يعيش إلى مثله.

رواية أخرى عن مالك : يحكم له بحكم المقتول بعد أن يتلوم ⁹ سنة من يوم يرفع أمره إلى السلطان، ثم تعتد امرأته وتتزوج ويقسم ماله. يحكم له بحكم المفقود في بلاد المسلمين في زوجه وماله حتى يأتي عليه أربعة أعوام، ثم تعتد امرأته وتتزوج، ولا يقسم ماله حتى يأتي عليه من الزمان ما لا يجيء إلى مثله.

¹ ابن نجيم، المرجع السابق، ج3، ص 292.

² الغيتاني أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى، البناية شرح الهداية، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط1، 1401هـ-1981م، ج6، ص 70.

³ المرغيناني، المرجع السابق، ج2، ص 181، ابن الهمام، المرجع السابق، ج6، ص 147.

⁴ ينظر: الهروي نور الدين أبي الحسن علي بن سلطان محمد، فتح باب العناية بشرح النقاية، دار الأرقم بن أبي الأرقم، بيروت، لبنان، ط1، 1418هـ-1997م، ج3، ص 104، ابن عابدين المرجع السابق، ج6، ص 359.

⁵ الدسوقي محمد عرفة، المرجع السابق، ج2، ص 479 وما بعدها .

⁶ الزرقاوي محمد بن عبد الباقي بن يوسف، شرح الزرقاوي عن موطأ الإمام مالك، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، مصر، ط1، 1424هـ-2003م، ج3، ص 103، أخرجه أيضاً مالك بن أنس، الموطأ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار الريان، القاهرة، مصر، 1408هـ، ص 575.

⁷ الخطاب، المرجع السابق، ج4، ص 155، المواق محمد بن يوسف، المرجع السابق، ج5، ص 503.

⁸ الدسوقي، المرجع السابق، ج2، ص 482.

⁹ التلوم : الانتظار، ومنه "أصبحوا مفطرين متلومين" أي منتظرين : تلوم الرجل : تلوم في أمره : تلبث فيه : ينظر: عبد الغني أبو العزم، معجم الغني، (د ن، د ت ن)، ص 7865

يحكم له بحكم المقتول في الزوجة فتعتد بعد التلوم، وتزوج ولا يقسم ماله حتى يعلم بموته، أو يأتي عليه من الزمان ما لا يعيش إلى مثله¹.

-المفقود في الفتن في قتال المسلمين بعضهم بعضا (بين أهل الإسلام): وفيه قولان :

القول الأول : قال مالك وابن القاسم ليس في ذلك أجل معين، فلا يحكم له بحكم المقتول في زوجته وماله، فتعتد امرأته ويقسم ماله من يوم التقاء الصقيين، فإن لم يوجد بعد انقضاء المعركة فيحكم بموته ويقسم ماله، إلا أنهم اختلفوا : هل يكون ذلك من يوم المعركة أو بعد التلوم :

-قيل من يوم المعركة قريبة كانت أو بعيدة وهو قول سحنون².

- وقيل بعد التلوم له على قدر ما تعرف من هرب أو انضمام فإن كانت المعركة على بعد من بلاده مثل إفريقية من المدينة، ضرب لامرأته أجل سنة، ثم تعتد وتزوج ويقسم ماله، فإنما يضرب له سنة إذا كانت المعركة بعيدة مثل إفريقية عن مصر ومصر عن المدينة³.

القول الثاني : رواية أشهب عن مالك : يضرب له أجل سنة ثم تعتد امرأته وتزوج، ولا يقسم ماله حتى يأتي عليه من الزمان ما لا يعيش إلى مثله وهو قول الأوزاعي، وقيل يترك لذلك لاجتهاد الإمام⁴.

ج-موقف الشافعية : ذهب الإمام الشافعي في مذهبه القديم إلى أن امرأة المفقود الذي لا يُسمع له خبر والأغلب أنه قد مات، تترتب أربع سنين ثم تعتد عدة الوفاة أربعة أشهر وعشرا، ثم تنكح غيره⁵.

وسند الإمام الشافعي حديث عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- حيث قال : "أما امرأة فقدت زوجها فلم تدر أين هو فإنها تنتظر أربع سنين ثم تعتد أربعة أشهر وعشرا ثم تحل للأزواج"⁶.

أما في مذهب الإمام الشافعي الجديد فليس للمرأة نكاح غيره حتى يتيقن موته، أو تُثبت أو يُتَيَقَّن طلاقه . لما روي عن علي بن أبي طالب - رضي الله عنه - أنه قال : "امرأة المفقود أبتليث فلتصبر ولا تُنكح حتى يأتيها موته"⁷.

د-مذهب الحنابلة : يفرق المذهب الحنبلي-كما بيناه سابقا- بين حالتين من فقدان : **الأولى :** فقدان في حالة ظاهرها السلامة، **والثانية :** فقدان في حالة ظاهرها الهلاك، لذا فإن تقدير مدة الفقد عندهم على قسمين ولكل حالة حكمها :

- **من انقطع خبره لغيبه ظاهرها السلامة :** كالأسير أو التاجر أو السائح : فإذا فُقد الزوج في حالة ظاهرها السلامة في مثل هذه الحالات انتظر به تنمة سبعين سنة من يوم ولد، فإن فُقد ابن سبعين اجتهد الحاكم في تقدير مدة انتظاره، فإذا اقترن به انقطاع خبره وجب الحكم بموته، وعللوا ذلك بأن غالب الناس لا يعيشون أكثر من التسعين⁸.

¹ ينظر: مالك بن أنس، المدونة الكبرى، دار الفكر، (د م، د ط، د ت)، ج 2، ص 93، الدسوقي، المرجع السابق، ج 2، ص 479.

² المواق محمد بن يوسف، المرجع السابق، ج 5، ص 506، البغدادي القاضي عبد الوهاب، المعونة على مذهب عالم المدينة، مكتبة نزار مصطفى الباز، مكة المكرمة، السعودية، ط 3، 1420هـ، ج 2، ص 82-823

³ الدردير، المرجع السابق، ج 6، ص 486.

⁴ مالك، المرجع السابق، ج 2، ص 93، الدسوقي، المرجع السابق، ج 2، ص 479.

⁵ الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شفع، الأم، دار المعرفة، بيروت، لبنان د ط، 1401هـ-1990م، ج 7، ص 250، الماوردي، المرجع السابق، ج 11، ص 316.

⁶ سبق تخريجه في الصفحة 49.

⁷ الماوردي، المرجع السابق، ج 11، ص 316.

⁸ ابن قدامة موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد المقدسي، المغني شرح مختصر الخزي، المرجع السابق، ج 6، ص 263، ج 8 ص 106، المرداوي، المرجع السابق، ج 7، ص 335، البهوتي، كشاف القناع، المرجع السابق، ج 4، ص 465، الشيباني عبد القادر بن عمر، المرجع السابق، ج 2، ص 89-90.

-من انقطع لغيبة ظاهرها الهلاك: كمن غرق في ركبته يسلم قوم دون قوم، أو فُقد من بين أهله كمن يخرج إلى لصلاة فلا يعود، أو يخرج إلى حاجة قريبة فلا يعود، أو فُقد في مفازة¹، أو فقد بين الصفين حال التقاء القتال، فمتى فُقد إنسان في هذه الأحوال أو نحوها انتظر به تمام أربع سنين ثم تعتد زوجته عدة الوفاة أربعة أشهر وعشرا ثم تحلُّ بعده ذلك للأزواج ويقسم ماله بين ورثته².

وحججهم في ذلك :

-قول عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- "إنما امرأة فقدت زوجها، فلم تدر أين هو، فإنها تنتظر أربع سنين ثم نعتد أربعة أشهر وعشرا ثم تحلُّ للأزواج"³.

-إن هذه المدة يعود فيها التجار والمسافرون فإذا لم يتح حاله في هيبها فيغلب حينئذ على الظن أنه مات.

من خلال عرض أقوال الفقهاء يمكن القول أن اللذين ذهبوا إلى تحديد المدة وتقديرها بأربع سنوات في الزوجات والأموال كالإمام مالك و قول الشافعي في القديم قد استندوا إلى ما ثبت روايته عن عمر بن الخطاب والذي تبناه جمع من الصحابة كعثمان وابن عباس "رضي الله عنهم جميعا".

ولعل الحكمة من عدم ورود نص صحيح صريح يحدد المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود هو تقدير إلهي، كي يترك ذلك لاجتهاد المسلمين يجتهدون فيها بحسب أمكنتهم وإمكاناتهم وأزماتهم وأوضاعهم على مختلف مناحيها وجوانبها، فما قضاء عمر -رضي الله عنه- بأربع سنين إلا اجتهاد منه في ذلك، وما قضاء علي -رضي الله عنه- بالانتظار حتى البيان إلا اجتهادا منه في ذلك أيضا، لذلك كله يمكن القول بإناطة مهمة تقدير المدة لاجتهاد القاضي فهذا هو الأصل في الحكم على المفقود بالموت لما يتوفر عليه من آليات قانونية إجرائية وموضوعية لا سيما الاستعانة بتقنيات الاتصال الحديثة في عملية البحث والتحري عن المفقودين⁴.

وبناء على ما تقدم فإن إرجاع الحكم بوفاة المفقود إلى موت أقرانه أو مضي مدة لا يفترض أن يعيش فوقها فيه إضرار و إجحاف للزوجة وباقي الورثة من جانبين: أحدهما يتعلق بإرغامها على البقاء في عصمة زوجها إلى أن تبين وفاته، أو أن تنتظر إلى المدة التي لا يعيش إليها مثله كتسعين سنة عند البعض، أو مائة وعشرين عند البعض الآخر إلى غير ذلك من مدد اختلف فيها الفقهاء، وثانيهما يتعلق بوقف استحقاقهما لميراث مورثهما .

وبالتالي فإن الاعتماد على المقارنة والمشاكلة حسب الأعمار لا تُجُذ في الحكم بالوفاة، ويُرجَّح في هذه الحالة ما قاله فقيه الحنفية الزيعلي بتفويض ذلك إلى القاضي وكذلك المرجح عند د. نصر فريد محمد واصل⁵ .

وفي المقابل لا بد من تقلبص المدة في غلبة الهلاك لأنه لا يفترض أن ينجو الشخص مثلا من حرب وضعت أوزارها وانتهت، أما في الحالة التي يغلب فيها السلامة فلا بد أن تقدر المدة المناسبة بعد البحث والتحري ويفضل أن لا تزيد لفترة طويلة لا سيما بظهور تقنيات الاتصال المتطورة التي يسرت عملية البحث والكشف عن المفقود وتسرع من مسألة التواصل إلى أخبار الشخص ومكانه⁶ .

2- التشريعات العربية :

تباينت مواقف قوانين الأحوال الشخصية العربية حول مدة التبرص أين قرنتها بأحوال المفقود :

¹المفازة : المكان الذي يغلب على ظن سالكه أنه يهلك فيه، ينظر : محمد رواس قلعه جي، حامد صادق قنبي، المرجع السابق، ص445.

²ابن قدامة موفق الدين، المغني على مختصر الخرقي، المرجع السابق، ج8 ص106.

³سبق تخريجه في الصفحة 250.

⁴مومن أحمد ذياب شويديح، المرجع السابق، ص 103.

⁵نصر فريد محمد واصل، فقه الموارث والوصية في الشريعة الإسلامية "دراسة مقارنة" المكتبة الوقفية للنشر والتوزيع، مصر، د ت ن، ص 37.

⁶تواتي باسمه، حكم توريث الزوجة من المفقود بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة عبد الرحمان ميري، بجاية، الجزائر، ع01، 2022، ص 1356.

فقد أخذ **المشرع الاماراتي** برأي المالكية من حيث المبدأ حيث نص في البند الثالث من المادة رقم 237 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي¹ " للقاضي أن يحكم بموت المفقود في أحوال يغلب فيها هلاكه إذا مضت سنة عن إعلان فقده ...أو إذا مضت أربع سنوات في الاحوال العادية"، أما **المشرع الأردني** فقد فرق بين حالتين الأولى نصت عليها المادة 249 من قانون الأحوال الشخصية²: الفقد في حالة يغلب على الظن بموت المفقود بعد مرور أربع سنوات من تاريخ فقده أما إذا كان فقده إثر كارثة كزلزال أو غارة جوية أو في حالة اضطراب الأمن وحدوث الفوضى وما شابه ذلك فيحكم بموته بعد سنة من فقده " والحالة الثانية : نصت عليها المادة 250 من ذات القانون الفقد في حالة لا يغلب على الظن بموته فيفوض أمر المدة التي يحكم فيها بموت المفقود إلى القاضي³، أما قانون الأحوال الشخصية الكويتي فقد نصت المادة 146 منه " يحكم بموت المفقود الذي يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنوات من تاريخ فقده وفي جميع الأحوال الأخرى يفوض أمر المدة إلى القاضي وذلك بعد التحري عنه لمعرفة إن كان حياً أو ميتاً".

أما **التشريع المصري** فقد نصت المادة 21 من القانون رقم 33 لسنة 1992 بشأن تعديل أحكام الأحوال الشخصية وقانون التقاعد والتأمين والمعاشات للقوات المسلحة المصري على " يحكم بموت المفقود الذي يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنوات من تاريخ فقده، وبعد المفقود ميتاً بعد مضي سنة من تاريخ فقده في حالة ما إذا ثبت أنه كان على ظهر سفينة غرقت أو كان في طائرة سقطت، أو كان من أفراد القوات المسلحة وفقد أثناء العمليات الحربية"⁴، ونصت المادة 327 من مدونة الأسرة المغربية عللاً أنه " يحكم بموت المفقود في حالة استثنائية يغلب فيها الهلاك بعد مضي سنة من تاريخ اليأس من الوقوف على خبر حياته أو مماته، أما في جميع الأحوال الأخرى فيفوض أمد المدة التي يحكم بموت المفقود بعدها إلى المحكمة ..."⁵، ونص **المشرع العماني** على المدة التي يحكم بها القاضي في نص المادة 194 من قانون الأحوال الشخصية بالقول " للقاضي أن يحكم بموت الغائب أو المفقود إذا مرت على الغائب أو الفقد أربع سنوات"⁶، ونجد **قانون الأحوال الشخصية السوري** تطرق إلى المدة في الفقرة 2 من المادة 205 منه بالنص على أنه " ويحكم بموت المفقود بسبب العمليات الحربية أو الحالات الماثلة المنصوص عليها في القوانين العسكرية النافذة والتي يغلب عليه فيها الهلاك، وذلك بعد أربع سنوات من تاريخ فقدانه"، في حين نجد **قانون الأحوال الشخصية اليمني** قد حدد حالات الحكم بالمفقود ومدة التبرص في نص المادة 117⁷: " للقاضي أن يحكم بموت المفقود في الحالات التالية: ...ب- إذا مرت فترة كافية على إعلان فقده في ظروف لا يغلب فيها الهلاك على أن لا تقل المدة عن أربع سنوات، ج- إذا فقد في ظروف يغلب فيها هلاكه ومضت سنتان على إعلان فقده" وهو نفس الحكم الذي أورده **المشرع القطري** في نصاب المادة 291 فقرة 02 من قانون الأحوال الشخصية بالقول " ويحكم القاضي بموت المفقود بعد التحري عنه بكل الوسائل في أي من الحالتين : ... ب- بفقده في ظروف لا يغلب فيها الهلاك بعد مضي أربع سنوات من تاريخ الفقد و كان قد فقد في ظروف قد يغلب فيها الهلاك ومضت سنتان على الفقد"⁸.

¹ المادة 237 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، المرجع السابق

² ينظر المادة 249 من قانون الأحوال الشخصية الأردني، المرجع السابق.

³ ينظر المادة 250 من قانون الأحوال الشخصية الأردني، المرجع السابق.

⁴ القانون رقم 33 لسنة 1992 الصادر بتاريخ 29 ذي القعدة سنة 1412 هـ الموافق لـ 01 يونيو 1992 بشأن تعديل بعض أحكام المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية وقانون التقاعد والتأمين والمعاشات للقوات المسلحة الصادر بالقانون رقم 90 لسنة 1975 (جمهورية مصر العربية ج ر ع 22 مرر (ب) بتاريخ 1 يونيو سنة 1992).

⁵ المادة 327 من مدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق.

⁶ المادة 194 من قانون الأحوال الشخصية العماني، المرجع السابق.

⁷ المادة 117 من قانون الأحوال الشخصية اليمني، المرجع السابق .

⁸ المادة 291 فقرة 02 من قانون الأحوال الشخصية القطري، المرجع السابق .

أما موقف قانون الأسرة الجزائري : فقد نص المشرع في المادة 113 منه على أنه " يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية بمضي أربع سنوات بعد التحري وفي الحالات التي تغلب عليها السلامة يفوض الأمر إلى القاضي في تقدير المدة المناسبة بد مضي أربع سنوات "

من خلال استقراء ظاهر هذا النص يتجلى لنا أن المشرع الجزائري قد تبني مذهب الحنابلة حين فرق بين حالة المفقود الذي يغلب عليه الهلاك ، كالحالات الاستثنائية وحالات الطوارئ والحروب وبين الحالات التي تغلب فيها السلامة :

أ- حالة الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية:

وسنبين ذلك في قانون الأسرة أولا ثم في القوانين الاستثنائية :

-في ظل قانون الأسرة :أجاز فيها المشرع للقاضي أن يحكم بموته بعد مضي أربع سنوات من فقدان الشخص في حالة يغلب فيها الهلاك ، وذلك بعد البحث والتحري ولا يمكنه الحكم بوفاته قبل مرور هذه المدة ، إلا أن الإشكال يكمن في تاريخ البدء في احتساب مدة الأربع سنوات هل هي من صدور الحكم بالفقدان أو من يوم الفقدان ؟

في هذا الشأن صدر قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 2002/04/10 ملف 290808 بأن مهلة الأربع سنوات يبدأ سريانها من تاريخ الفقدان وليس من تاريخ الحكم بالفقدان حيث أعاب على قضاة الاستئناف ما جاء في قرارهم باعتمادهم بأن سريان الفقدان يبدأ من تاريخ الحكم القاضي بالفقدان وهذا خطأ في تطبيق نص المادة 113 ق ا ج¹ ، وبالتالي فإن المحكمة العليا رجحت كفة الموت مع غلبة الهلاك في الحروب والحالات الاستثنائية بعد مضي أربع سنوات من تاريخ الفقد وذلك بعد البحث والتحري ، وهذا ما يفسر أن اجتهاد المحكمة العليا يساير المشهور عند الحنفية والمالكية من أن الحكم التصريحي بموت المفقود يرجع إلى تاريخ فقدانه.

إلا أن هذا المبدأ الذي جاء به قضاة المحكمة العليا لم يسلم من النقد :

إذ يرى حسن الشيخ آث ملويا تعليقا على هذا القرار :إن المحكمة العليا بموقفها هذا تريد القول أن حكم الفقدان ليس منشئا للفقدان بل كاشفا عنه ، وبالتالي فإن التنازع حول الفقدان يرجع إلى يوم الفقدان الفعلي بعد التحري وليس من صدور حكم الفقدان ، ويرى أن هذا القرار غير مستساغ من جهتين:

الجهة الأولى : مخالفة صريحة لنص المادة 113 التي تجيز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية بمضي أربع سنوات بعد التحري، لكن حسابها يبدأ من تاريخ صدور الحكم بالفقدان لا من تاريخ الفقدان.

الجهة الثانية: قرار المحكمة العليا جاء مخالفا للمذهب المالكي الذي تبناه قانون الأسرة أين جعل الأربع سنوات لا تثبت للمترتبة إلا بعد التحري، وبالتالي فإن هذه المدة تبدأ من تاريخ الانتهاء من البحث والتحري وليس من تاريخ الفقدان الفعلي².

والباحث يؤيد هذا الطرح ذلك إن احتساب مدة الأربع سنوات يكون من تاريخ صدور الحكم بالفقدان لا من تاريخ الفقدان الفعلي لأن الشخص قبل صدور الحكم بفقده كان غائبا فقط والحكم بالفقدان هو الذي أضفى عليه وصف المفقود، ومع ذلك يمكن القول أنه كان على المشرع الجزائري أن يكون واضحا بخصوص بدء سريان مدة الأربع سنوات وذلك لتفادي الخطأ في فهم وتطبيق أحكام المادة 113 من ق ا ج وتجنب صدور أحكام متناقضة حول هذه المسألة .

¹ قرار المحكم العليا الصادر عن عرفة الأحوال الشخصية والموارث بتاريخ 2002/04/10 ملف رقم 290808 مجلة المحكمة العليا . ع 01 سنة 2006 ص 110-111.

² حسين الشيخ آث ملويا، حكم المفقود في قضاء المحكمة العليا، تعليق على قرار المحكمة العليا بتاريخ 2002/04/10 ملف 290808، مجلة الفكر البرلماني يصدرها مجلس الأمة، ع 20، 2008 م، ص 134-135.

- في ظل القوانين الاستثنائية: لقد أورد المشرع شروطا جديدة وإجراءات خاصة حول المفقود تتمثل في حالة فقدان بسبب فيضانات باب الواد وزلزال بومرداس وأيضا في ميثاق السلم والمصالحة الوطنية وهي حالات فقدان خاصة واستثنائية لفترة زمنية محددة وغير مستمرة والتي ترتب عنها العديد من المفقودين¹.

- بالنسبة إلى مفقودي فيضانات باب الواد وزلزال بومرداس: لقد ترتب عن هاتين الكارثتين العديد من المفقودين الذين أصبح مصيرهم مجهولا وهذا أدى إلى إصدار كل من الأمر 02-03² التعلق بفيضانات باب الواد² و القانون 03-06 المؤرخ في 4 يونيو 2003³ والمتعلق بزلزال بومرداس ويطبق كل واحد منهما لفترة محددة .

إذ جاء في نص المادة 02 من الأمر 02-03 "بغض النظر عن أحكام قانون الأسرة تسري الأحكام الواردة أدناه على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر 2001، يصرح مُتوفى بموجب حكم كل شخص ثبت وجوده في أماكن وقوع فيضانات 10 نوفمبر 2001 ولم يظهر له أي أثر، ولم يعثر على جثته بعد التحري بجميع الطرق القانونية، تعد الضبطية القضائية محضر معاينة بفقدان الشخص المعني عند انتهاء الأبحاث ويسلم المحضر لذوي حقوق المفقود أو لكل شخص له مصلحة في أجل لا يتعدى أربعة أشهر من تاريخ وقوع الكارثة، ويتم التصريح بوفاة لمفقود بموجب حكم قضائي في أجل لا يتعدى شهرا واحدا ابتداء من رفع الدعوى"⁴.

وجاء في المادة 02 من القانون 03-06 المؤرخ في 4 يونيو 2003 " بغض النظر عن أحكام قانون الأسرة تسري الأحكام الواردة أدناه على مفقودي الزلزال المذكور في المادة الأولى أعلاه :يصرح مُتوفى بموجب حكم كل شخص ثبت وجوده في أماكن وقوع هذا الزلزال لم يظهر له أي أثر ولم يعثر على جثته بعد التحري بجميع الطرق القانونية، تُعدّ الضبطية القضائية محضر معاينة بفقدان الشخص المعني عند انتهاء الأبحاث ويسلم المحضر لذوي حقوق المفقود أو لكل شخص له مصلحة في أجل لا يتعدى ثمانية أشهر من تاريخ وقوع الكارثة ويكون التصريح بالوفاة بموجب حكم قضائي في ظرف لا يتجاوز شهرا واحدا ابتداء من تاريخ رفع الدعوى"⁵.

من خلال تصفح هذين النصين نجد أن أحكامهما تتميز ببساطة وتقصير آجال الإجراءات المنصوص عليها في قانون الأسرة، فقد أُسْتُبدِلَ الحكم القضائي كشرط لعدّ الشخص مفقودا بمحضر معاينة تعدّه الضبطية القضائية عند انتهاء الأبحاث، على أن لا تتعدى الفترة من بداية الأبحاث إلى وقت تحرير محضر الفقد مدة أربعة أشهر بالنسبة إلى مفقودي فيضانات باب الواد وثمانية أشهر لمفقودي زلزال بومرداس من وقوع الكارثتين، ويكون التصريح بالوفاة في الحالتين بموجب حكم قضائي في ظرف لا يتجاوز شهرا واحدا ابتداء من تاريخ رفع الدعوى.

-بالنسبة لميثاق السلم والمصالحة الوطنية : فقد جاء الأمر 01-06 المتضمن ميثاق السلم والمصالحة الوطنية⁶ في ظرف خاص مرت به الجزائر، وطرح استثناءات على القواعد المقررة في قانون الأسرة فيما يخص الإجراءات والمواعيد فاستبعد شرط صدور حكم قضائي

¹ صحيح أن هذه القوانين اقتصرتا على حالات خاصة ولفترة زمنية محددة إلا أنها تعدّ نموذجاً للحالات الاستثنائية التي يغلب فيها الهلاك ، فالغاية من التطرق إليها هو معرفة الإجراءات المتخذة عمليا في مثل هذه الحالات، وهل هي نفسها الإجراءات المنصوص عليها في قانون الأسرة لا سيما مدة الانتظار وإجراءات الحكم بالفقدان و بموت المفقود.

² الأمر رقم 03-02 المؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1422 الموافق لـ 25 فبراير 2002 يتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر 2001 (ج ر ع 15 سنة 2002 ص 26)

³ القانون رقم 03-06 المؤرخ في 13 ربيع الثاني عام 1424 هـ الموافق لـ 14 يونيو 2003 يتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي زلزال 21 مايو سنة 2003 (ج ر ع 37 سنة 2003 ص 09).

⁴ المادة 02 من الأمر رقم 02-03، المرجع السابق.

⁵ المادة 02 من القانون رقم 03-06، المرجع السابق .

⁶ الأمر رقم 01-06 المؤرخ في 28 محرم عام 1427 الموافق لـ 27 فبراير 2006، يتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية (ج ر ع 11، 2006م، ص 6).

لإثبات الفقد وأيضا انتظار مدة الأربع سنوات للحكم بالوفاة¹، واكتفى بعد الشخص مفقودا بموجب محضر معاينة تعدده الشرطة القضائية على إثر عملية البحث والتحري دون جدوى².

وجدير بالذكر أن إجراءات الحكم بوفاة المفقود في القوانين الاستثنائية تكون بنفس إجراءات المنصوص عليها في قانون الأسرة المبينة في المادة 114 من ق أ ج (أعلاه) أي اشترط صدور حكم بموت المفقود، غير إن الأمر رقم 06-01 حدد أجلا معيناً لرفع الدعوى وهو ستة أشهر من تاريخ تسليم محضر معاينة الفقدان، وهو ما نصت عليه المادة 31 منه³ ونصت المادة 32 من نفس الأمر "يفصل القاضي في الطلب في أجل لا يتعدى الشهرين ابتداء من تاريخ رفع الدعوى"

وما يمكن قوله أن المشرع الجزائري قد حدد مسبقا في المادة 113 بأنه يجوز للقاضي الحكم بموت المفقود في الحالات

الاستثنائية (أي التي يغلب فيها الظن بهلاك المفقود) بعد مضي أربع سنوات بعد التحري، (وطبعا حالة الزلازل والفيضانات وأحداث العشرية السوداء هي من قبيل هذه الحالات)، إلا أنه جاء بأحكام وإجراءات أخرى لهذه الحالات في نصوص جديدة، فكيف للمشرع أن يسن هذه القوانين في وجود نص سابق (نافذ) قد فصل في هذه الحالات؟ أو ما جدوى الإبقاء على نص الفقرة الأولى من المادة 113 من ق أ ج إذا كان المشرع عند كل حالة استثنائية أو طارئة يستحدث إجراءات وأحكام تنظمها؟

ب- حالة المفقود الذي يغلب عليه السلامة : وهي الحالة التي لم يحدد المشرع الجزائري مدة التبرص صراحة وإنما تركها لسلطة القاضي التقديرية في تحديد المدة المناسبة للحكم بموت المفقود⁴، وهذا استنادا لما لديه من أمارات ودلائل ترجح وفاته من حياته وذلك كوفاة جميع الأقران أو مضي مدة من الزمن يغلب الظن بالقول بوفاته لمضيها كالسبعين أو الثمانين⁵.

ونجد تطبيق هذا النص في أحد الأحكام الصادرة عن محكمة الجلفة بتاريخ : 2011/02/03⁶ الذي جاء فيه " حيث ثبت لمحكمة الحال قطعا أن فقدان المسمى (ب-د) كان خلال سنة 1952 بموجب القرار الصادر عن مجلس قضاء الجلفة... ومادام أن سن هذا الأخير تجاوز 83 سنة ومدة غيابه التي تجاوزت هي الأخرى 58 سنة دون أي خبر عنه، الأمر الذي يرجح وفاته مما يتعين القضاء بوفاته .

كما يشترط ألا تقل المدة اللازمة للحكم بموته عن أربع سنوات وهذا ما أكدته قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ : 1999/05/02 ملف 118621 أين جاء فيه "إن قضاة المجلس أسسوا قرارهم على المادة 113 ق أ ج، وأن المشرع نص على أن حكم الوفاة لا يمكن أن يعلن إلا بعد مرور أربع سنوات على الفقد وإن المدعية في الطعن قد صرحت دوما بأن أمها (ب. م) قد فقدت سنة 1976 دون أي توضيح آخر، فإنهم لم يحترموا الأجل الأدنى وهو الأربع سنوات المنصوص عليها في المادة 113 ق أ ج، وبذلك يكونون قد خالفوا الأجل الأدنى لأربع سنوات.... وحيث إن قضاة الموضوع فعلا أخطأوا في تطبيق المادتين 110-113 لأنه لا يمكن إصدار حكم بالموت في مثل قضية الحال إلا إذا صدر قبه حكما بالفقد، ولا يجوز بأي صفة من الصفات الحكم بالفقد

¹ تنص المادة 29 من الامر 06-01، المرجع نفسه على أنه " بغض النظر عن أحكام قنون الأسرة تسري الأحكام الواردة ادناه على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر سنة 2001"

² وتأكيدا على حجية محضر المعاينة في الاعتماد عليه بالتصريح بوفاة المفقود بموجب حكم قضائي في إطار ميثاق السلم والمصالحة الوطنية أنه جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا : " يتم في إطار تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية التصريح بوفاة الشخص المفقود بموجب حكم قضائي اعتمادا على محضر معاينة فقدان الشخص المعني المعد من طرف الشرطة القضائية وليس اعتمادا على شهادة الشهود " ينظر : المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 482011 قرار بتاريخ : 2009/02/11، مجلة المحكمة العليا، ع 01 لسنة 2009 م.

³ تنص المادة 31 من الأمر 06-01 " يجب على الأشخاص المذكورين في المادة 30 أعلاه رفع دعوى أمام الجهة المختصة في أجل لا يتجاوز ستة أشهر ابتداء من تاريخ تسليم محضر معاينة الفقدان".

⁴ فوضيل العيش، شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد، مطبعة طالب، الجزائر، د ط، 2007م-2008م، ص 94.

⁵ محمد محمده التركات والمواريث، دار الفجر، القاهرة، مصر، ط 1، 2004م، ص 284.

⁶ محكمة الجلفة، قسم شؤون الأسرة بتاريخ : 2011/02/03 جدول رقم 10/03816 (غير منشور).

والموت في آن واحد، وذلك كوجوب احترام فترة الأربع سنوات المنصوص عليها في ق أ ج الأمر الذي يجعل الإجراءات التي تمت في القضية الحالية بمقتضى حكم أول درجة والقرار المنتقد تعد باطلة".

ونشير إلى أنه في الحالتين السابقتين لا يجوز الحكم بوفاة المفقود إلا بعد البحث والتحري من طرف القاضي بجميع الطرق الممكنة، التي توصله إلى تحديد حياته من عدمها خاصة في ظل التطور الذي شهدته تقنيات الاتصال الحديثة لما لذلك من أثر على العديد من الحقوق الشخص المفقود لاسيما الميراث وهذا ما سنبينه في المطلب الثاني .

وجدير بالذكر أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على إنهاء حالة فقدان إلا أنه نص على أنه لا بد من صدور حكم بوفاة المفقود طبقا لنص المادة 114 من ق أ ج فإنه وتطبيقا لقاعدة توازي الأشكال فمادام قد نشأت حالة الفقد بحكم لا تزول إلا بحكم فلا بد من تسجيل الحكم في مصلحة الحالة المدنية¹.

المطلب الثاني : أثر تقنيات الاتصال الحديثة على ميراث المفقود :

بعد التطرق إلى المفقود والأحكام المتعلقة به، صوره، حالته، والمدة التي يحكم بها بالفقدان أو الموت، نُعرِّج الآن إلى تبيان أثر تقنيات الاتصال الحديثة² على ميراث المفقود، سواء عند الحكم بفقدانه أو عند الحكم بموته .

ولا يخفى علينا أن الحكم بالفقدان والحكم بالموت يترتب عليهما آثار مختلفة ، فبالنسبة للحكم بالفقدان لا يؤثر على شخصية المفقود القانونية التي تظل قائمة بعد صدوره، وهذا معناه أنه يظل حيا تلك الفترة ما بين صدور الحكم بالفقدان والحكم بالموت، لاسيما حقوقه المالية كالميراث والهبة ...

أما بالنسبة للحكم بالموت فبصدوره تنتهي شخصية المفقود ويترتب على هذا الحكم ما يترتب على الموت الحقيقي من آثار فتؤول أمواله إلى ورثته عن طريق الميراث .

لذلك سنتطرق إلى أثر تقنيات الاتصال الحديثة على ميراث المفقود عند الحكم بفقدانه ، في (الفرع الأول)، ثم نبين أثر تقنيات الاتصال الحديثة على ميراث المفقود عند الحكم بموته في (الفرع الثاني)، مع بيان موقف التشريعات العربية من ذلك.

الفرع الأول: أثر تقنيات الاتصال الحديثة على ميراث المفقود عند صدور الحكم بالفقدان :

سنبين في هذا الفرع أثر هذه التقنيات الحديثة على ميراث المفقود عند صدور الحكم عليه بالفقد وذلك من خلال بيان أثر تقنيات الاتصال على الاجتهاد الفقهي في تقدير مدة انتظار المفقود ث (أولا) ثم ما يترتب عن الحكم بالفقدان من آثار على ميراث المفقود (ثانيا) :

أولا : أثر تقنيات الاتصال الحديثة على الاجتهاد الفقهي في تقدير مدة انتظار المفقود :

وتعدّ تكنولوجيا الاتصال من بين الوسائل التي أحدثت تغييرا كبيرا في المجتمعات بكل مجالاته تقريبا، وبأنواعها المتعددة كتقنيات الإعلام والمواصلات، و البصمات التي تربط شبكات ومراكز المعلومات المركزية وعلى حدود الدول، أو الرقائق الالكترونية الدقيقة التي يمكن تحديد مكان حاملها عن طريق الأقمار الصناعية، والتي أضحت عملية تستخدم في مجال البحث عن المفقودين ومن ثم تقليص مدة التربص³.

¹ طحطاح علال ميراث المفقود في الفقه الإسلامي وتقنين الأسرة الجزائري، مجلة حوليات جامعة الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجليلي بونعامة خميس مليانة، عين الدفلى، الجزائر، سبتمبر 2018م، ص 32 .

² لقد سبق التطرق إلى مفهوم الاتصال وتقنيات الاتصال الحديثة وإلى أهم أنواعها في الباب الأول عند الحديث عن عقد الزواج بتقنيات الاتصال الحديثة : ينظر الصفحة 73 وما يليها من البحث

³ هشام بن عبد الملك بن عبد الله م بن محمد آل الشيخ، المرجع السابق، 427-433.

وسنعرض في هذا الفرع آراء الباحثين المختصين حول دور هذه التقنيات الحديثة في تغيير الاجتهاد الفقهي فيما تعلق بتقدير مدة الانتظار، ثم نبين أهمية هذه الوسائل عمليا في بيان حالة المفقود، لنصل إلى موقف التشريعات المقارنة من الاعتماد على هذه التقنيات في مجال البحث والتحري عن المفقودين .

1 - آراء الباحثين والعلماء حول أثر التقنيات الحديثة في تغيير الاجتهاد الفقهي في تقدير مدة الانتظار:

لا يخفى على أحد -في ظل هذا التدفق التكنولوجي الهائل- الدور الذي تقوم به وسائل الاتصالات الحديثة، في سرعة الكشف عن المفقود، ومن المعلوم أنّ هذه السرعة تجعلنا اليوم نحدد مصير هذا الشخص في أقل وقت، ومن ثم يحكم عليه إما بالموت وإما ببقائه حيا، مما يجعلنا نفكر بجلاء في أثر هذه الوسائل الحديثة على ميراث المفقود .

وتظهر أهمية العمل بهذه التقنيات في مجال البحث عن المفقودين من خلال عرض لآراء بعض العلماء المعاصرين (المختصين)، الذين يقرّون بضرورة الاحتكام والاستناد عليها، لاسيما في تقليص المدة التي يُنتظر بعدها للحكم بالمفقود والكشف عن حاله، وذلك فيما يأتي:

أ- رأي الشيخ يوسف القرضاوي -رحمه الله- : يقول الشيخ في هذا الشأن : " بالنظر إلى آراء الفقهاء يتبين أن الأحكام المتعلقة بالمفقود قد بُنيت بناء على ما كان متاحا لهم من معارف و خبرات في زمانهم، ومن ثمّ فإن هذه المعارف والخبرات قد تغيرت وتطورت تبعا لتطور الظروف والوسائل المؤدية إلى المعرفة، حيث توصل العلم إلى نتائج تخالف ما كان معروفا من قبل لذا كان من الواجب إعادة النظر في هذه الأحكام على أساس ما استقر من نتائج الكشف العلمية، لما في ذلك من المصالح المعبّدة شرعا"¹.

ب- رأي الدكتور الفوزان صالح بن فوزان: يقول أنه "... لا سيما وأنه في زماننا هذا قد توفرت وسائل الاعلام والمواصلات حتى صار العالم كله بمثابة القرية الواحدة، فيمكن البحث عن المفقود في أسرع وقت و في أي مكان وهذا يختلف اختلافا كبيرا في الزمان السابق والاجتهاد يكون في كل وقت بحسبه"².

ج- ويؤكد الدكتور عبد الله الركبان : على أهمية هذه التقنيات الحديثة على تغيير الاجتهاد الفقهي حول مسألة تقدير مدة انتظار المفقود بالقول " ما ذُكر من آثار عن الصحابة ومن اختلافات عن العلماء أظنهم لو عاشوا هذا العصر لغيروا كل ما طرحوه، لأن التقنيات التي أُسْتُجِدَّت في وسائل الاتصال والمواصلات غيرت أمورا كثيرة، أما ما أشار إليه عمر بن الخطاب رضي الله عنه من تحديد أربع سنوات، المراد به التأكد من كون المرأة حاملا أو ليست بحامل الأمر الذي لم يعد الآن واجبا، لأن في زمننا الحاضر هناك تحاليل مخبرية تكشف من هذا الأمر"³.

2- التطبيقات العملية لتقنيات الاتصال الحديثة في الكشف عن المفقودين :

وذلك من خلال تبيان دور وسائل الاتصال الحديثة (بمختلف أنماطها) في عملية التقصي عن المفقودين ثم إبراز أثرها في توحيد الجهود الدولية للكشف عن المفقودين :

أ- دور وسائل الاتصال الحديثة بمختلف أنماطها في عملية التقصي عن المفقودين:

-دور شبكة الأنترنت : وتعد هذه التقنية من أهم الوسائل وأكثرها دورا نظرا لسرعتها الفائقة، وانتشارها الواسع، لذا عمدت اللجنة الدولية للهلال الأحمر والصليب الأحمر إلى تحديد مصير الأشخاص المفقودين وذلك من خلال شبكتي الصليب الأحمر والهلال الأحمر للأخبار الأسرية⁴، وزيارة الأشخاص المحتجزين والاستشارات، من خلال البحث عن المفقود عبر هذه الشبكة، وتستخدم كذلك

¹ يوسف القرضاوي يوسف، الاجتهاد في الشريعة الإسلامية، مع نظرات تحليلية في الاجتهاد المعاصر، دار القلم، الكويت، ط 1، 1996م، ص 123

² الفوزان صالح بن فوزان، التحقيقات المرضية في المباحث الفرضية، المرجع السابق، ص 236.

³ ينظر الموقع: <http://www.alhayat.com/article/378518> تاريخ النشر: 2012/12/20، تاريخ الاطلاع: 2022/11/14

⁴ ينظر: موقع إعادة الروابط العائلية التابع للجنة الدولية للصليب الأحمر:

هذه الوسيلة لبث أخبار العائلة (رسالة الصليب الأحمر الالكترونية)، ثم يعاد توزيعها للبحث عن المرسل إليهم¹، وسنعرض أمثلة عملية على تفعيل هذه الشبكات فيما يأتي:

مثال عملي 1: استحدثت اللجنة الدولية موقع الشبكة الإخبارية الأسرية من خلال الأنترنت، لتمكين أسر ضحايا نزاع البلقان عام 1999 من التعرف على مصير مفقوديههم، وهذا عن طريق إحصاء أسمائهم وأماكن تواجد ضحايا النزاع، بهدف تمكين الأقارب من الرجوع إلى الموقع والحصول على المعلومات والتفاصيل المتعلقة بحالة المفقودين والنازحين واللاجئين، وهذا بمساعدة إحدى جمعيات الصليب الأحمر والهلال الأحمر في توصيل الرسائل والمعلومات، عن طريق موقع الروابط العائلية التابعة للجنة الدولية على شبكة الأنترنت².

مثال عملي 02: أصدرت اللجنة الدولية مجلة ضمت قائمة بأسماء كل الأشخاص المفقودين في حرب البوسنة والهرسك، وتم نشرها على شبكة الأنترنت، لتمكين شهود العيان المحتملين على الاتصال باللجنة الدولية لموافاتهم بالمعلومات عن مصير الأشخاص المفقودين، والتي تبلغ إلى العائلات المعنية من طرف المنظمة³، وقد تم تقديم أكثر من 10.000 حالة مفصلة لأشخاص أبلغت عائلاتهم عن فقدانهم.

مثال عملي 03: تأسيس موقع بعنوان (مفقود): www.mafqud.org: من طرف السلطات العراقية وهو خاص فقط بالمفقودين العراقيين خلال حروبه في الربع الأخير من القرن العشرين، وذلك لتحقيق الأهداف التالية:

- إدماج جميع القوائم الخاصة بالمفقودين، وتدقيقها وترتيبها استناداً لوثيقة المفقودين المعدة من قبل المفوضية العليا للاجئين.
- السماح للعراقيين أن يُبلّغوا بحالة الاختفاء القسري الذين هم على علم بها.
- إتاحة تلك القوائم ونشرها على شبكة الأنترنت على الموقع المذكور وغيره⁴.

- دور نظام الموقع العالمي (G P S): (Global Positioning System): أو (نظام التموضع العالمي): وهو نظام ملاحية عبر الأقمار الصناعية يقوم بتوفير معلومات على الموقع، ورصد الأحوال الجوية في أي مكان على الأرض أو بالقرب منها، ويوفر النظام قدرات مهمة للمستخدمين العسكريين والمدنيين في جميع أنحاء العالم، وبدأت الحكومة الأمريكية مشروع (G P S) في سنة 1973م للتغلب على قيود نظام الملاحية السابق⁵.

حيث استطاعت شركات (G P S) تصنيع أجهزة ملاحية صغيرة لحجم، وهي عبارة عن ساعة يد خفيفة اللون، وذات ألوان مختلفة تتناسب مع أذواق الناس، وتحتوي هذه الساعة على وحدة مستلم (G P S) بحجم ظفر الإبهام.

الاطلاع عليه: 2022/10/27 http://Family_links.icrc.org/ar/pages/hawwervort/missing-persons-and-their-famillies-as-px تاريخ

¹ ينظر: جمعيات الصليب الأحمر والهلال الأحمر في توصيل الرسائل والمعلومات موقع:

[www.Icrc.org/web/ara.sitearao.nsf/htm/all/5ltcx.open document](http://www.Icrc.org/web/ara.sitearao.nsf/htm/all/5ltcx.open_document). تاريخ الاطلاع عليه: 2022/10/27

² ينظر: جمعيات الصليب الأحمر والهلال الأحمر في توصيل الرسائل والمعلومات موقع:

[www.Icrc.org/web/ara.sitearao.nsf/htm/all/5ltcx.open document](http://www.Icrc.org/web/ara.sitearao.nsf/htm/all/5ltcx.open_document). تاريخ الاطلاع عليه: 2022/10/27

³ المرجع نفسه.

⁴ ينظر: موقع: www.mafqud.org/ar/submit.htm، اطلع عليه بتاريخ: 2022/10/29

⁵ ينظر: نظام التموضع العالمي (نظام الملاحية بالأقمار الصناعية): على موقع: <http://www.wheifywinless.com>. تاريخ الاطلاع: 2022/10/27م.

وتهدف الشركة المصنعة لهذا المنتج أن تحذ من ضياع الأطفال أو هروب السجناء، فيوضع هذا السوار الإلكتروني¹ أو الساعة على معصم الطفل أو السجن، ولا يمكن أن يفتح من أي شخص، فيمكن من خلاله تحديد موقع الطفل أو السجن بالدقة البالغة وذلك بالاتصال على الرقم المجاني للشركة المقدمة للخدمة .

ثم طورت الشركة هذه التقنية وعكفت على صناعة رقائق صغيرة جدا ل : (G P S) متلائمة طبييا، يتم زراعتها تحت الجلد للمواليد وغيرهم، وتعيش معهم هذه الرقائق فترة حياتهم فيمكن تحديد موقع أي شخص في أي مكان في العالم عبر الأقمار الصناعية سواء كان ميتا أو حيا وذلك في ثوان قليلة²، وبالتالي يمكن الاستعانة بهذه التقنية في معرفة حال المفقود حياة أو موتا فيزول الإشكال ويضمحل .

- **دور الأقمار الصناعية**³: وهي في الحقيقة ليست وسيلة اتصال عادية مثل باقي الوسائل، وإنما تعد وسيلة لهذه التقنيات ومن أهمها (البرامج التلفزيونية والإذاعية والمكالمات الهاتفية...)، فهي لم تبلغ ما بلغته من سرعة ووضوح وسعة انتشار إلا بفضل الأقمار الصناعية.

فمن أهم خصائص شبكات الاتصال الفضائية عبر الأقمار الصناعية توفرها على قنوات اتصال جاهزة ومفتوحة للاستعمال في أي وقت نريد وإلى أي مكان في العالم نرغب الاتصال به، كما تتسم بالتبادلية والتفاعلية فتُمكِّن المرسل والمستقبل من التفاعل مع بعضهم البعض مهما طالت المسافات وتباعدت الأماكن، إضافة إلى عموميتها إذ تكون شبكات المعلومات في متناول الجميع مما يجعل العالم قرية كونية⁴ .

- **الإذاعة المسموعة والمرئية (الراديو والتلفاز)** : وذلك من خلال إذاعة أسماء وعناوين الأشخاص المفقودين حسب محطات الإذاعة المحلية والعالمية، وتستخدم في حالات خاصة مثل حالات الأطفال غير المصحوبين بذويهم وحالات كبار السن، وكذا العائلات الموجودة في المناطق المعزولة⁵ .

أما وسائل الاتصال المرئية (التلفاز) فتستخدم في عرض صور المفقودين مع أسمائهم وعناوين أقاربهم للتواصل معهم .

- **الهاتف النقال (الجوال)** : يمكن للاجئين والنازحين في الحروب - كنوع من الاتصال الأولي- استخدام الهواتف النقالة الخاصة بالصليب الأحمر والهلال الأحمر التي توفرها لأهالي المفقودين، وذلك لإبلاغ أقاربهم بأماكن وجودهم وإعلامهم بموقعهم الجديد ، ويمكن الاستفادة في هذه الحالة من التطور الذي عرفته تقنية الهاتف الخليوي، أو ما يعرف بالهواتف الذكية المزودة بغرف المحادثة الصوتية المرئية في عملية التواصل والبحث عن المفقودين⁶.

- **الصحف والجرائد الإلكترونية** : وتعد الصحف (المجلات) ولوحات الإعلانات الإلكترونية من أهم الوسائل المحلية في الكشف عن المفقود، وذلك بإنزال الإعلانات اليومية عن الأشخاص المفقودين ونشر عناوينهم لاسيما الصحف والجرائد الإلكترونية .

¹ اتجه المشرع الجزائري إلى تفعيل السوار الإلكتروني كبديل للعقوبة السالبة الحرية بمقتضى القانون 18-01 المؤرخ في 12 جمادى الأولى 1439هـ الموافق له 30 يناير 2018م المتمم للقانون رقم 05-04 المتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين (ج ر عدد 05 بتاريخ 30 يناير 2018م).

² ينظر: نظام التموضع العالمي (نظام الملاحة بالأقمار الصناعية): على موقع <http://www.wheifywinless.com>، المرجع السابق، تاريخ الاطلاع: 2022/10/27.

³ **القمر الصناعي**: عبارة عن جهاز استقبال وإرسال يسير في مدار الفضاء الخارجي (خارج الجاذبية الأرضية) ، ويسير مع دورات الأرض وهو قادر على إعادة نقل الإشارات إلى نقطة أخرى على سطح الأرض: ينظر : البكري أباد شاكر، تقنيات الاتصال بين زمنين، دار الشروق، عمان، الأردن، ط1، 2003م، ص 77-79

⁴ أبو عرقوب إبراهيم، الاتصال الإنساني ودوره في التفاعل الاجتماعي، مكتبة الأنجلو المصرية، القاهرة، مصر، 1999م، ص 99-101.

⁵ ينظر : موقع: [www.Icra.org/web/ara.sitearao.nsf/htm/all/5ltcx.open document](http://www.Icra.org/web/ara.sitearao.nsf/htm/all/5ltcx.open%20document)، المرجع السابق .

⁶ ينظر : موقع: [www.Icra.org/web/ara.sitearao.nsf/htm/all/5ltcx.open document](http://www.Icra.org/web/ara.sitearao.nsf/htm/all/5ltcx.open%20document)، المرجع السابق.

ب- دور تقنيات الاتصال في توحيد الجهود الدولية للكشف عن المفقودين:

إن تطور نظام الإعلام الآلي في كل منافذ بلدان العالم . وارتباط هذا النظام بالوحدة المركزية في كل بلد (مركز المعلومات)، فإنه أمكن تحديد الجهة التي غادر إليها المفقود، وكذا رقم الرحلة، واسم البلد المتوجه إليه، فيسهل ذلك الحصول على المعلومات¹ عن طريق اتصال الجهة المختصة بوزارة الداخلية بالسفارة المتواجدة في البلد المتوجه إليه، كما يُمكن ذلك من متابعة المطلوبين أمنياً والهاربين خارج البلاد، عن طريق الشرطة الدولية (الانتربول) التي من بين مهامها متابعة قضايا المفقودين واستردادهم بالتنسيق مع جميع الدول المعنية².

ومن بين الدول العربية الرائدة في هذا المجال نذكر المملكة العربية السعودية، حيث انضمت إلى عضوية المنظمة الدولية للأنسيبول عام 1956م، فقد بذلت إدارة الانتربول السعودي جهوداً كبيرة في مجال البحث عن المفقودين، ويتجلى ذلك في إصدار نشرات تتعلق بالمفقودين وبأوصاف الجثث، وقد تتضمن هذه النشرات بصمات أصابع الجثث المراد تبين هوية أصحابها³. ولم تكن الجزائر في منأى عن حالات فقدان بالنظر إلى العدد الهائل من المفقودين الذي نتج عن المأساة الوطنية في العشرية السوداء أو الكوارث الطبيعية، ولا ريب أن الدولة الجزائرية حاولت بذل جهود في مجال البحث والتحري عن المفقودين بشتى الوسائل المتاحة حينها، إلا أنها لا ترقى إلى تطلعات عائلات وذوي المفقودين، لذا كان من الأسلم أن تسير هذا التطور المشهود وذلك من خلال ما يأتي :

- إصدار نشرات أسبوعية عن طريق اللوحات الالكترونية تعنى بشؤون المفقودين الذين ظلوا عن أهلهم، بل وأضحى في نظرنا ضروري في وقتنا الحاضر، لاسيما في ظل عزوف القراء من مطالعة الصحف والمجلات الورقية، ورغبتهم في تلقي ما هو الكتروني فقط.

- إنشاء مركز وطني للبحث عن المفقودين كونه مطلب حضاري في الوقت الراهن، لاسيما مع ازدياد عدد المفقودين بفعل الأحداث التي يعيشها العالم، وبهدف متابعة قضايا المفقودين ورعاية أسرهم وتزويدهم بالمعلومات، ويقوم هذا المركز بالاتصال بالجهات المعنية والتنسيق معها بصدد البحث عن المفقودين، وذلك بالاستعانة بأحدث الوسائل التقنية في مجال الاتصال وتبادل المعلومات⁴.

من خلال هذا العرض نرى أن وسائل الاتصال الحديثة المستعملة في الوقت الراهن، تلعب دوراً هاماً في تقريب المسافات التي كانت في السابق طويلة، واختصار الوقت الذي تستغرق أياماً قليلة أو أسابيع أو أشهر معدودة بالإضافة إلى توفير الجهد في مجال الكشف عن المفقود بهدف تقليص مدة التربص فإن استطاعت هذه الاكتشافات مستقبلاً تحديد مكان تواجد لمفقودين أمكن بعدها التعرف على حاله سواء أكان حياً أو ميتاً، وبناء على نتائج هذه التقنيات يحكم القاضي بموت المفقود أو ببقائه حياً . إلا أنه ونظراً لقصور هذه التقنيات للوصول للمستوى المطلوب من الانتشار والنطق لاسيما في البلدان النامية من جهة، وإن البعض الآخر منها في طور التجربة والتصنيع من جهة ثانية، فإن الحكم في المسألة يبقى على ما قرره الفقهاء من الانتظار والاحتياط للمفقود ولورثته، غير إن هذه المسألة تبقى محلاً لتغير الحكم بتغير واقع الوسائل وانتشارها، وللقاضي السلطة التقديرية حول مدة تربص المفقود بما يتناسب وحاله وظروفه .

¹ هشام بن عبد الملك بن عبد الله آل الشيخ، المرجع السابق، ص 427.

² المرجع نفسه ص 428.

³ ينظر التحقيق الخاص الذي أجرته جريدة الرياض ع (13112) بتاريخ 1425/3/26هـ، نقلاً عن هشام بن عبد الملك بن عبد الله آل الشيخ، المرجع السابق، ص 427.

⁴ واري غنية، المرجع السابق، ص 96.

وهذا ما يجعلنا نفكر مليا في ما يمكنه لهذه التقنيات الحديثة المستجدة والمتطورة من التأثير على الاجتهاد الفقهي حول المدة التي ضربها أسلافنا الفقهاء للحكم على المفقود بالموت وما يترتب عليه من آثار على ميراث المفقود.

3-موقف التشريعات العربية : من خلال استقراء نصوص تشريعات الأحوال الشخصية العربية يتضح لنا أنها لم تدرج صراحة الاعتماد على هذه التقنيات الحديثة في عملية البحث والتحري عن المفقودين، إلا أنه يمكن القول بأنها ضمنت ذلك من خلال إجماع نصوص قوانين أحوالها الشخصية على أنه "يمكن للقاضي أن يستعمل كل الوسائل المتاحة لمعرفة حالة المفقود قبل الحكم بموته، والتقنيات الحديثة -طبعاً- ضمن هذه الوسائل .

إلا أنه يلاحظ أن بعض قوانين الأحوال الشخصية العربية نصت على أن مسألة استعانة القاضي على الوسائل المتاحة في عملية البحث والتحري يكون على أساس الوجوب وذلك من خلال استعمال المشرع لفظي "على القاضي " و " بكل الوسائل "، كقانون الأحوال الشخصية الإماراتي وهو ما نصت المادة 237 فقرة 01:1، وقانون الأحوال الشخصية العماني بموجب: المادة 195² وقانون الأحوال الشخصية اليمني في نص المادة 118 منه³.

في حين بعض التشريعات اقتصر على استعمال عبارة " ويفوز أمد المدة التي يحكم بموت المقود بعدها إلى القاضي وذلك بعد التحري والبحث بما أمكن من الوسائل " كما هو منصوص عليه في المادة 327 فقرة 02 من مدونة الأسرة المغربية⁴، والمادة 146 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي⁵ وكذلك ما جاء في الفصل 82 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية⁶.

أما المشرع الجزائري فإنه لم ينص صراحة على ضرورة استعانة القاضي بوسائل الاتصال الحديثة ولم يذكر لفظة "الوسائل" إطلاقاً في النصوص التي تتحدث عن أحكام المفقود إلا أنه نص في المادة 113 " يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية بمرور أربع سنوات بعد التحري " وبالتالي يفهم من لفظة بعد التحري أنه يمكن للقاضي الاستعانة بهذه التقنيات الحديثة للكشف عن المفقودين، وهو ما حدث فعلاً أثناء عملية البحث عن مفقودي زلزال بومرداس وفيضانات باب الواد، و كذا مفقودي مأساة العشرية السوداء، ومع ذلك كان على المشرع أن ينص صراحة على وجوب استعانة القاضي بجميع وسائل الاتصال المتاحة - ومنها تقنيات الاتصال الحديثة - لبيان حال المفقود قبل الحكم بموته على غرار ما نصت عليه بعض التشريعات العربية.

ثانياً: أثر الحكم بالفقدان بتقنيات الاتصال الحديثة على ميراث المفقود:

سنتطرق إلى أثر الحكم بالفقدان بتقنيات الاتصال الحديثة على ميراث الغير من المفقود، و على ميراثه من الغير، ثم نتناول طريقة توريثه لدى الفقهاء .

1- أثر الحكم بالفقدان بتقنيات الاتصال الحديثة على توريث الغير منه :

¹تنص المادة 237 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، المرجع السابق " على القاضي في جميع الأحوال أن يبحث عن المفقود بكل الوسائل للوصول إلى معرفة ما إذا كان حياً أو ميتاً قبل أن يحكم بوفاته " .

²تنص المادة 195 من قانون الأحوال الشخصية العماني: المرجع السابق " على القاضي في جميع الأحوال أن يبحث عن الغائب او المقود بكل الوسائل للوصول إلى معرفة ما إذا كان حياً أو ميتاً قبل أن يحكم بوفاته " .

³تنص المادة 118 من قانون الأحوال الشخصية اليمني ، المرجع السابق " على القاضي في جميع الأحوال أن يبحث عن المفقود بكل لوسائل للوصول إلى معرفة ما إذا كان حياً أو ميتاً قبل أن يحكم بوفاته " .

⁴تنص المادة 327 ف 02 من مدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق "...أما جميع الأحوال الأخرى فيفوز أمد المدة التي يحكم بموت المقود بعدها إلى المحكمة وذلك بعد التحري والبحث عنه بما أمكن من الوسائل بواسطة الجهات المختصة بالبحث عن المفقودين "

⁵تنص المادة 146 فقرة 02 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي، المرجع السابق "... وفي جميع الأحوال الأخرى يفوز أمر المدة إلى القاضي وذلك بعد التحري عنه لمعرفة إن كان حياً أو ميتاً "

⁶ينص الفصل 82 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية "...وإذا فقد الشخص في غير تلك الحالات فيفوز أمر المدة التي يحكم بموت المفقود بعدها إلى الحاكم بعد التحري بكل الطرق الموصلة إلى معرفة إن كان المفقود حياً"

اتفق الفقهاء¹ على أن المفقود بالنسبة إلى أمواله يعدُّ حياً مدة فقدته استصحاباً² للحالة التي غادر عليه حتى تقوم البيئة على موته ويحكم القاضي بموته، وبالتالي فإن أمواله لا تقسم بين ورثته³ بل تبقى ملكه وتحفظ له حتى يتبين أمره، والاستصحاب يُثبت كلا الحقين الإيجابي والسلبي فيرث غيره ولا يرثونه بهذا الاعتبار، والسبب في عدِّ المفقود وارثاً استصحاب حياته التي كان متيقن منها قبل فقدته لذلك قرر العلماء أن يُحجز للمفقود نصيبه من تركة مورثه من باب الاحتياط⁴.

كما إن في تقسيم مال المفقود بمجرد فقدته مع احتمال أن يكون حياً، إلحاق الضرر به مدفوع مطلقاً فيدفع عنه بعده حياً في حق نفسه استصحاباً للحال فإن ظهر المفقود أخذ ماله⁵.

فقبل صدور الحكم بموت المفقود إذا ما قرر الورثة أنَّ مورثهم قد قُتِل، وطلبوا من القاضي أن يقسّم عليهم تركته دون أن يقدموا ما يعزز ادعاءهم، فلا يجيب القاضي طلبهم لأن المفقود يعدُّ حياً ومال الحي لا يقسم⁶.

قال الإمام مالك في المدونة : "وينظر السلطان في مال المفقود ويجمعه ويؤقّفه إن كان بيد وارث أو غيره"⁷

وقال الإمام الشريبي: "ومن أُسر أو قُتِل وانقطع خبره ترك ماله حتى تقوم بيئة بموته، أو تمضي مدة يغلب على الظن أنه لا يعيش فوقها فيجتهد القاضي ويحكم بموته ثم يعطي ماله من يرثه وقت الحكم"⁸.

وقال ابن قدامة الحنبلي: "لا يقسم ماله حتى تُعلم وفاته أو تمضي مدة لا يعيش في مثلها لأن الأصل البقاء فلا يزول عنه بالشك"⁹.

وقد تبنت أغلب التشريعات العربية مااتفق عليه جمهور الفقهاء من أن المفقود الذي لا تُعلم حياته من مماته لا تقسم أمواله على ورثته، إلا أن الملاحظ هو تأكيد بعض التشريعات ذلك صراحة بالقول " لا توزع أولاً تقسم أموال المفقود" كما ورد في البد الرابع من المادة 237 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي¹⁰، وفي مدونة الأسرة المغربية في نص المادة 326 منها¹¹ في حين، لم تنص بعض التشريعات على ذلك صراحة إلا أنها نصت على :ضرورة حصر أموال المفقود وتعيين مقدم أو وصي أو وكيل لإدارة أموال القاصر أثناء فترة الفقد، أو تثبितه إن كان قد تم تعيينه سابقاً، مما يفهم من ذلك عدم جواز توزيع أو تقسيم تركته، وهو ما نص عليه

¹الكسائي : المرجع السابق، ج8، ص313، ابن نجيم، المرجع السابق، ج 3 ص 293، الصاوي، المرجع السابق، ج 2، ص515، الشريبي شمس الدين، المرجع السابق، ج 3، ص 27.

²الاستصحاب :لغة طلب المصاحبة أو استمرارها وشرعاً هو الحكم ببقاء ما كان حتى يقوم للدليل على خلافه، فإذا ثبت حكم في الماضي ولم يطرأ ما ينفيه فيحكم ببقائه في الحال بناء على ذلك الثبوت السابق، وإذا ثبت نفي شيء في زمن مضى ولم يطرأ عليه ما تثبت فيحكم باستمرار نفيه في الحال على وضعه الأول، ينظر: أبو زهرة محمد، أصول الفقه، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، د ط، 1427هـ 2006م، ص 266

³ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري " الميراث والوصية " ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط03، 2004م، ج 2 ص200.

⁴السرخسي، المرجع السابق، ج30، ص 54، البهوتي، كشف القناع على متن الإقناع، المرجع السابق، ج4، ص 466.

⁵أحمد محمد علي داود، الحقوق المتعلقة بالتركة بيت الفقه والقانون، "الجهيز والديون والوصايا والموارث وتقسيماتها، دار الثقافة، د م ن، ط 1، 2009 ص 540.

⁶أحمد نصر الجندي، موسوعة الأحوال الشخصية "عدة النساء، النسب، والموارث"، الجزء الثاني، دار الكتب القانونية، مصر 2006م، ص 1215.

⁷مالك بن أنس، المدونة، المرجع السابق، ج5، ص 455، الخطاب، المرجع السابق، ج4، ص 156

⁸الشريبي شمس الدين، المرجع السابق، ج4، ص 48.

⁹ابن قدامة موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد المقدسي، المغني على مختصر الخزقي، المرجع السابق، ج8، ص 138، ابن مفلح إبراهيم بن محمد بن عبد الله الحنبلي، المرجع السابق، ج 5، ص 398.

¹⁰تنص المادة 237 البند 4 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، المرجع السابق على أنه "لا توزع أموال المفقود الذي حُكم بموته إلا بانقضاء خمسة عشر سنة كن تاريخ إعلان فقدته"

¹¹تنص المادة 326 من مدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق على أنه " المفقود مستصحب الحياة بالنسبة لماله، فلا يورث ولا يقسم بين ورثته إلا بعد الحكم بتمويلته ومحتل الحياة ي حق نفسه وكذلك في حق غيره فيتوقف لحظ المشكوك فيه إلى أن يثبت في أمره"

المشروع المصري في المادة 74 من قانون الولاية على المال رقم 119 لسنة 1952¹ والمشروع الأردني بموجب المادة 247 فقرة 1 من قانون الأحوال الشخصية² وهو ما نصت عليه مجلة الأحوال الشخصية التونسية في الفصل 83 منها³ وقانون الأحوال الشخصية العماني في نص المادة 193 منه⁴ وقانون الأحوال الشخصية السوري في نص المادة 204 منه⁵، والمشروع اليمني بموجب المادة 114⁶ من قانون الأحوال الشخصية اليمني.

وقد سلك المشروع الجزائري ما سلكته أغلب التشريعات العربية بأنه لا توزع ولا تقسم تركة المفقود حتى يحكم بموته، وهو ما أوردته نص المادة 115 من قانون الأسرة والتي تنص " لا يورث المفقود ولا تقسم أمواله إلا بعد صدور الحكم بموته.."⁷ ونصت المادة 111 من نفس القانون أنه "على القاضي عندما يحكم بالفقد تعيين مقدم لإدارة أموال المفقود"⁸.

2- أثر الحكم على توريث المفقود من غيره :

بالنسبة إلى إرث المفقود من غيره أي عندما يكون وراثاً، فإنه لا يرث من غيره بالفعل ما دام مفقوداً للشك في حياته وعدم تحققها، والتي هي شرط من شروط الميراث، غير أنه يوقف له نصيبه من تركة مورثه الذي مات في أثناء فقده، لذا يعدّ المفقود في مدة فقده وراثاً لغيره احتياطاً لاحتمال أن يكون حيّاً وقت وفاة مورثه، فيوقف له نصيبه إلى أن يتبين حقيقة أمره بظهوره حياً أو يحكم القاضي بموته، وهو قول جمهور الفقهاء⁹.

وسندهم في ذلك، أنه مادام لم يحكم بوفاة المفقود لا بناء على دليل أو قرينة قطعية أو على غلبة الظن والتحري وفقاً لاجتهاد القاضي، وما تقتضيه الأحكام المتعلقة بهذا الشأن، يعد المفقود حياً ويرث من مال مورثه، لكن يرث بمقتضى التقدير والاحتياط لأنه قد يكون ميتاً في الحقيقة أو يحكم بموته.

وفي هذا الخصوص يقول **الحنفية** " لا يعطى (للمفقود) ميراث أحدهم قرابته إذا مات قبل أن يتبين حاله، ولكن يوقف نصيب المفقود كما يوقف نصيب الحمل"¹⁰، وعند الإمام مالك، أنه يوقف نصيب المفقود في الإرث فقد جاء في المدونة قوله " إذا مات ابن المفقود يوقف نصيب المفقود فإن أتى كان أحق به وإن بلغ من السنين مالا يحيا مثله رُدّ إلى الذين ورثوا ابنه الميت يوم مات"¹¹،

¹ تنص المادة 74 من المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952 م الصادر بتاريخ 08 ذي القعدة 1381 هـ الموافق لـ 30 يوليو 1952م المتعلق بأحكام الولاية على المال المصري (الوقائع المصرية عدد 118 في 04 اغسطس 1952م) على أنه " تقيم المحكمة وكيلا عن الغائب كامل الأهلية متى كان قد انقضت مدة سنة أو أكثر على غيابه وترتب على ذلك تعطيل مصالحه : 1 - إذا كان مفقوداً لا تعرف حياته أو مماته"

² تنص المادة 247 فقرة 1 من قانون الأحوال الشخصية الأردني، المرجع السابق " يعين القاضي بناء على الطلب قيما لإدارة أموال الغائب والمفقود"

³ ينص الفصل 83 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، المرجع السابق، على أنه " إذا فقد الإنسان ولم يكن له وكيل فإن الحاكم يحصر ماله ويقدم من قرابة المفقود أو غيرهم من ينظر فيه تحت إذنه إلى ظهور موته من حياته أو يصدر الحكم بفقدانه "

⁴ تنص المادة 193 من قانون الأحوال الشخصية العماني، المرجع السابق، على أنه " تحصى أموال الغائب أو المفقود عند تعيين وكيل قضائي عنه تدار وفق إدارة أموال القاصر "

⁵ تنص المادة 204 من قانون الأحوال الشخصية السوري، المرجع السابق " إذا ترك المفقود وكيلا عاما تحكم المحمة بتثبيته متى توافرت فيه الشروط الواجب توافرها في الوصي، وإلا عينت له وكيلا قضائياً"

⁶ تنص المادة 114 من قانون الأحوال الشخصية اليمني، المرجع السابق " إذا لم يكن للغائب أو المفقود وكيل يعتمد له القاضي مقدماً لإدارة أمواله"

⁷ المادة 115 من قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق .

⁸ ينظر المادة 111، المرجع نفسه.

⁹ من حنفية ومالكية وشافعية وحنابلة، ينظر : ابن عابدين المرجع السابق ج 3، ص 332، الخرخشي المرجع السابق، ج 8، ص 564، السرخسي، المرجع السابق، ج 30 ص 54 الشربيني المرجع السابق، ج 6، ص 29 ابن قدامة موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد المقدسي، المغني على مختصر الخرقى، المرجع السابق، ج 7، ص 280

¹⁰ ابن قدامة موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد المقدسي، المغني على مختصر الخرقى، المرجع السابق، ج 7، ص 280.

¹¹ مالك بن أنس، المدونة، المرجع السابق، ج 2، ص 32-33.

وقال الشافعية : " وإن مات له من يرثه دفع إلى كل وارث أقل ما يصيبه ووُقف الباقي إلى أن يتبين أمره " ¹، وقال الحنابلة " وإن مات للمفقود من يرثه قبل الحكم بوفاته وقف للمفقود نصيبه من ميراثه وما يشك في مستحقه . وقُسّم باقيه إن بان حياّ أخذه وُرِدَ الفضل إلى أهله وإن علم أنه مات بعد موت مورثه دفع نصيبه من ماله إلى ورثته " ².

أما موقف التشريعات العربية فقد ذهب جلها إلى تبني ما اتفق عليه الفقهاء بوقف نصيب المفقود إن كان وارثا حتى يُسْتَبْت من حقيقة حياته أو موته، فالمشروع الإماراتي نص على هذا الحكم في المادة 353 من قانون الأحوال الشخصية ³ وأيضاً قانون الميراث المصري رقم 77 لسنة 1943 بنص المادة 45 ⁴ كما نصت عليه مجلة الأحوال الشخصية التونسية بموجب الفصل 51 منها ⁵، وقانون الأحوال الشخصية السوري بموجب المادة 202 فقرة 601 ⁶، وقانون الأحوال الشخصية القطري في نص المادة 292 ⁷.

أما المشروع الأردني والمشروع الجزائري فلم يوردا مسألة وقف نصيب المفقود إلى أن تظهر حياته أو الحكم بموته ، إلا أنه بالنسبة إلى قانون الأحوال الشخصية الأردني و تطبيقاً لأحكام المادة 225 منه فإنه يرجع إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة هذا الأخير الذي ذهب إلى أن المفقود يوقف له نصيبه حتى يظهر حياّ أو يحكم بموته .

وبالنسبة إلى قانون الأسرة الجزائري فقد نصت المادة 133 من قانون الأسرة الجزائري " إذا كان الوارث مفقوداً ولم يحكم بموته يعدّ حياً وفقاً لأحكام المادة 113 من هذا القانون " ⁸، وبالتالي يوقف له نصيب من تركته مورثه حتى يتبين حاله، وما يؤخذ على المشروع الجزائري أنه لم يورد هذا النص في الفصل المتعلق بالمفقود بل أورده في الفصل المتعلق بالأحكام العامة .

وبعد الحديث عن أثر الحكم بالفقدان على ميراث المفقود يمكن القول أنه إن عُدَّ المفقود ميتاً بما أسفرت عنه عملية البحث والتحري بتقنيات الاتصال الحديثة أو عدم عدّه كذلك يؤثر على نصيب الورثة أيما تأثير فإن تبينّت حياته قبل قسمة التركة فلا يؤول من مال المفقود (المورث) إلى ورثته، وإن ظهر بأنه مات قبل موت مورثه فإن تركته المورث توزع على ورثته الموجودين وقت موته، ومن ثم لا يستحق المفقود منها شيئاً كما لا حاجة لوقف المال طيلة مدة انتظار المفقود، أما إذا كشفت وسائل البحث والتحري أن المفقود قد مات بعد موت المورث فإن المال الذي وقف له يضم إلى ماله الخاص إن كان له، وتؤول تركته إلى ورثته .

3-طريقة عمل الفقهاء في ميراث المفقود: سنعرض طريقة عمل الفقهاء في ميراث المفقود فيما يأتي:

أولاً : ألا يكون وارث إلا المفقود فيوقف المال إلى أن يتبين حاله لأن المال يتعلق به وحده، ولا يتضرر غيره .

¹ الشيرازي أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف، المذهب في فقه الامام الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1995 م، ج 2، ص 409.

² ابن قدامة موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد المقدسي، المغني على مختصر الخرقي، المرجع السابق، ج6، ص 389 .

³ تنص المادة 353 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي على أنه : " يوقف للمفقود من تركته مورثه نصيبه فيها على تقدير حياته فإن ظهر حيا أخذه وإن حكم بموته رد نصيبه إلى من يستحقه من ورثته وقت الحكم : أي وقت الحكم بوفاته"

⁴ نص المادة 45 من قانون الميراث المصري رقم 77 لسنة 1943، المرجع السابق على أنه "يوقف للمفقود من تركته مورثه نصيبه فيها فإن ظهر حيا أخذه وإن حكم بموته رُدَّ نصيبه إلى من يستحقه من الورثة وقت موت مورثه فإن ظهر حيا بعد الحكم بموته أخذ ما بقي من نصيبه بأيدي الورثة"

⁵ ينص الفصل 51 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، المرجع السابق : " يوقف للمفقود من تركته مورثه فيها فإن ظهر حيا أخذه وإن حكم بموته رُدَّ نصيبه إلى من يستحقه من الورثة وقت موت مورثه فإن ظهر حيا بعد الحكم بموته أخذ ما بقي من نصيبه بأيدي الورثة"

⁶ تنص المادة 302 فقرة 1 من قانون الأحوال الشخصية السوري، المرجع السابق على أنه "يوقف للمفقود من تركته موته نصيبه فيها فإن ظهر حيا أخذه وإن حكم بموته رُدَّ نصيبه إلى من يستحقه من الورثة وقت موت مورثه".

⁷ نصت المادة 292 من قانون الأحوال الشخصية القطري، المرجع السابق على أنه "يوقف للمفقود من تركته مورثه نصيبه فيها على تقدير حياته فإن ظهر حيا فيأخذه وإن حكم بموته فيرد نصيبه إلى من يستحقه من الورثة وقت موت المورث وإذا ظهر المفقود حيا بعد الحكم بموته فيأخذ ما بقي في يد الورثة من نصيبه في تركته مورثه"

⁸ المادة 133 من قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.

ثانيا: أن يكون معه غيره، وقد اختلف العلماء رحمهم الله - في ميراثه وميراث من معه- على أقوال ثلاثة :

القول الأول : ما ذهب إليه جمهور أهل العلم من الحنفية¹ والمالكية² والشافعية³ والحنابلة على الصحيح من المذهب⁴ من أن الورثة يعاملون مع المفقود بالأضر فلا يعطون إلا ما يتقن لهم فيعمل مسألتين: الأولى على احتمال أنه حي، والثانية على احتمال أنه ميت ثم تقسم المسألة على التقديرين فمن اختلف نصيبه أعطي الأقل، ومن ورث في حال دون حال لم يعط شيء، ومن ورث متساويا ولم يختلف إرثه أعطي نصيبه كاملا. وقد أخذت أغلب التشريعات العربية بما ذهب إليه جمهور الفقهاء منها التشريع الجزائري.

القول الثاني : ما ذهب إليه بعض الشافعية في أحد الوجهين⁵ من أن المسألة تقسم على تقدير موت المفقود فقط، حتى ولو كان الأضر في حقهم جميعا، أو في حق بعضهم تقدير أنه حي لأن استحقاق الورثة الحاضرين معلوم بقين، واستحقاق المفقود مشكوك فيه ولا يترك اليقين للشك .

القول الثالث: ما ذهب إليه الشافعية في وجه⁶ والحنابلة على قول⁷ من أن المسألة تقسم على تقدير حياة المفقود فقط لأن الأصل حياته، وقد أخذ بهذا القول **قانون الأحوال الشخصية السوداني** بموجب المادة 401 في فقرتها 01 منه⁸ التي نصت على " يوقف للمفقود من تركه مورثه نصيبه فيها على تقدير حياته فإن ظهر حيا فيأخذه وإن حكم بموته فيرد نصيبه إلى من يستحقه من الورثة وقت موت المورث " **والقانون الإماراتي⁹ والقانون القطري¹⁰**.

التزجيج : يرجح الباحث رأي الجمهور لأنه وسط بين القولين وهو في اعتقادنا الأحوط لحقوق المفقود وباقي الورثة.

مسائل عملية عن ميراث المفقود من غيره : مسائل المفقود بالنسبة للميراث من غيره لا يخرج عن الحالات التالية:

الاحتمال الأول: أن يكون الوارث الوحيد أو حاجبا لغيره فتحفظ التركة كلها إلى حين تبين حاله ولا يعطى شيء منها للورثة المحجوبين، أما **الاحتمال الثاني:** أن يكون محجوبا حجب حرمان من أحد الورثة، فلا يحفظ له شيء من ميراث المتوفى في حين **الاحتمال الثالث** هو أن يكون وارثا وليس حاجبا لغيره فيحفظ له نصيب من التركة، ويمنح للورثة الآخرين أقل نصيب على فرض تقدير حياة المفقود أو وفاته.

¹السرخسي، المرجع السابق، ج3، ص 54-55، الكساني، المرجع السابق، ج6، ص 196. الموصلي عبد الله بن محمود، المرجع السابق، ج3، ص38.

²مالك بن أنس، المدونة، المرجع السابق، ج2، ص 32-33، الدسوقي محمد عرفة، المرجع السابق، ج4، ص 487.

³الشريبي شمس الدين، المرجع السابق، ج4، ص 49.

⁴ابن قدامة موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد المقدسي، المغني على مختصر الخرقي، المرجع السابق، ج9، ص 188. ابن مفلح إبراهيم بن محمد بن عبد الله الحنبلي، المرجع السابق، ج5، ص 35.

⁵الشريبي شمس الدين، المرجع السابق، ج4، ص 49. زكريا الأنصاري، المرجع السابق، ج3، ص 18.

⁶المرجع نفسه.

⁷ابن قدامة موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد المقدسي، المغني على مختصر الخرقي، المرجع السابق، ج9، ص 188. ابن مفلح إبراهيم بن محمد بن عبد الله الحنبلي، المرجع السابق، ج5، ص 35.

⁸المادة 401 من قانون الأحوال الشخصية للمسلمين رقم 42 مؤرخ في 1991/07/24م، وزارة العدل بالسودان، الخرطوم سنة 1991م.

⁹تنص المادة 353 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، المرجع السابق " يوقف للمفقود من تركه مورثه نصيبه فيها على تقدير حياته فإن ظهر حيا أخذه..."

¹⁰نصت المادة 292 من قانون الأحوال الشخصية القطري، المرجع السابق على أنه "يوقف للمفقود من تركه مورثه نصيبه فيها على تقدير حياته فإن ظهر حيا فيأخذه وإن حكم بموته فيرد نصيبه إلى من يستحقه من الورثة وقت موت المورث وإذا ظهر المفقود حيا بعد الحكم بموته فيأخذ ما بقي في يد الورثة من نصيبه في تركه مورثه".

الفصل الأول..... دور القرينة العلمية الحديثة في بيان حقيقة وفاة المورث وأثرها على الميراث

وقد يكون في المسألة مفقود واحد وقد يتعدد المفقودين، لذا نبين أولاً كيفية حل المسائل التي تحتوي على مفقود واحد (إن كان حاجباً أو غير حاجب)، ثم المسائل التي يتعدد فيها المفقودين وفق الأقوال الثلاثة ثانياً:

أولاً : حالة وجود في المسألة مفقود واحد : وفيها صورتين :

1- الصورة الأولى : حالة وجود في المسألة مفقود واحد وليس حاجباً لغيره : ومثال ذلك : مات رجل عن زوجة وابن (مفقود) وأم وأخ لأب، والتركة قدرها 456000 دج.

أ- حل المسألة وفق القول الأول (رأي الجمهور) : تحل المسألة وفق هذا الرأي باعتماد المراحل التالية :

المرحلة 01: تحل وفق مسألتين الأولى على أساس أن المفقود حي، والثانية على أساس أن المفقود ميت

المسألة الأولى على أساس عدّ المفقود ميت			المسألة 01 على أساس المفقود حي		
الأصل 12	الفروض	الورثة	الأصل 24	الفروض	الورثة
3	4/1	زوجة	3	8/1	زوجة
4	3/1	أم	4	6/1	أم
/	ميت	ابن (م)	17	ع	ابن (م)
5	ب	أخ لأب	/	حجب	أخ لأب

المرحلة الثانية: إيجاد أصل مشترك للمسألتين، وذلك بالنظر إلى أصل المسألتين بالأنظار (النسب) الأربعة تماثل، توافق، وتداخل، وتباين : وفي هذه المسألة نجد أن الأصل الأول هو 24 والثاني 12 أي علاقة تداخل فنأخذ الأصل 24 ليصبح أصلاً لكل مسألة

المرحلة الثالثة: استخراج نصيب كل وارث من كل مسألة بحسب الأصل الجديد:

- نستخرج نصيب كل وارث في المسألة الأولى الجديدة : وذلك عن طريق ضرب نصيبه السابق في حاصل قسمة الأصل المشترك على أصل المسألة الأولى القديم : أي نقسم $24 \div 24 = 1$ فنضربه في نصيب كل وارث في المسألة الأولى والناتج هو نصيب ذلك الوارث.

- استخراج نصيب كل وارث في المسألة الثانية الجديدة: وذلك عن طريق ضرب نصيبه السابق في حاصل قسمة الأصل المشترك على أصل المسألة الثانية القديم : أي نقسم $24 \div 12 = 2$ فنضربه في نصيب كل وارث في المسألة الثانية والناتج هو نصيب ذلك الوارث، وعليه تصبح المسألتان كما هو مبين في الجدول الآتي:

المسألة الأولى على أساس عدّ المفقود ميت		المسألة 01 على أساس المفقود حي	
أصل المسألة 24	الورثة	أصل المسألة 24	الورثة
$6=2 \times 3$	زوجة	$3=1 \times 3$	زوجة
$8=2 \times 4$	أم	$4=1 \times 4$	أم
/	ابن (م)	$17=1 \times 17$	ابن (م)
$10=2 \times 5$	أخ لأب	/	أخ لأب
نعطي كل وارث الأضر به في المسألتين ونوقف الباقي للمفقود			

إذن حسب هذا الرأي نعطي للورثة الأضر من نصيبهما في المسألتين فيكون للزوجة ثلاثة أسهم وللأم أربعة أسهم، ولا يعطى للأخ لأب شيء من التركة لأنه يرث بتقدير دون الآخر فهو محجوب بالابن في المسألة الأولى ونوقف الباقي للابن سبعة عشر سهماً على أساس عدّه حياً.

وإذا أردنا أن نوزع مبلغ التركة نقسمه على أصل المسألة المشترك لنستخرج قيمة السهم الواحد: 456000 دج

$24=19000$ دج، فنعطي للزوجة $3 \times 19000 = 57000$ دج، وللأم $4 \times 19000 = 76000$ دج ونوقف للابن $17 \times 19000 = 323000$ دج على احتمال حياته.

الفصل الأول..... دور القرينة العلمية الحديثة في بيان حقيقة وفاة المورث وأثرها على الميراث

أما إذا حكم بموته أو تبينت وفاته بالأدلة فإذا كان ذلك قبل تاريخ وفاة المورث نرد المال الموقوف على مستحقه، فالزوجة أعطيناها الأضر بها 3 أسهم وتستحق 6 بعد المفقود ميتا فضيف لها قيمة 3 أسهم أي نضيف لها مبلغ، 57000 دج، والأم أعطيناها 4 أسهم على أساس الأضر بها، وتستحق 8 أسهم بعد المفقود ميت فضيف لها 4 أسهم أي مبلغ: 76000 دج، ونعطي الأخ لأب نصيبه وهو الباقي عصبة فيأخذ 10 أسهم أي مبلغ 190000 دج، والمجموع: 323000 دج (وهو النصيب الذي كان موقوفاً للابن المفقود) .

وتجدر الإشارة هنا أن للقاضي المختص السلطة التقديرية الكاملة في اعتماد وسائل البحث والتحري بمختلف استخداماته لاسيما تقنيات الاتصال الحديثة، مما يسهل عملية الكشف عن مكان تواجد المفقود حيا أو ميتا وبالتالي إمالة اللبس عن حاله . وبذلك فإن عُدَّ المفقود ميتا بما أسفرت عنه وسائل البحث والتحري بتقنيات الاتصال الحديثة ، أو عدم عدّه كذلك يؤثر على نصيب الورثة أيما تأثير ، وهذا ما يتجلى في المثال أعلاه، فإن تبينت حياته قبل قسمة التركة فلا يؤول من مال المفقود (المورث) إلى ورثته .

وإن ظهر بأنه مات قبل موت مورثه فإن تركة المورث توزع على ورثته الموجودين وقت موته، ومن ثم لا يستحق المفقود منها شيئا كما لا حاجة لوقف المال طيلة مدة انتظار المفقود، أما إذا كشفت وسائل البحث والتحري أن المفقود قد مات بعد موت المورث فإن المال الذي وقف له يُضم إلى ماله الخاص إن كان له، وتؤول تركته إلى ورثته خاصة.

ب- حل المسألة وفق الرأي الثاني على أساس أن المفقود ميت :

وذلك باعتماد معيار موت المفقود فقط فيعدّ المفقود ميتا قبل مورثه، ومن ثم لا نوقف للمفقود شيء من تركة مورثه . فأصل المسألة من 12 للزوجة 3 أسهم تأخذ 114000 دج ، وللأم 4 أسهم أي 152000 دج، والباقي للأخ لأب 5 أسهم أي: 190000 دج، و لا شيء للابن المفقود إذا عددناه ميتا .

لكن إذا ثبتت حياته بعد موت مورثه أو ظهر المفقود حيا فيجب نقض الحكم إذ أصبح المفقود وارثا فيردّ الورثة ما زاد عن نصيبهم على أساس عدّه حيا أو أن يردّ عليهم حسب الحالة، وفي المثال السابق على الزوجة أن ترد مبلغ 57000 دج، والأم ترد مبلغ 76000 دج، والأخ لأب يرد مبلغ 323000 دج .

ج- حل المسألة وفق الرأي الثاني على أساس أنه حي:

توزع المسألة على أساس عد المفقود حيا تبعا لنفس مراحل حل المسألة ووفق الرأي الأول، غير إننا نوزع التركة بحسب مسألة حياة المفقود، فإن حكم بوفاته أو تبينت في تاريخ سابق عن وفاة المورث ردّ على الورثة الذين يستحقون الردّ حسب أنصبتهم المستحقة في حالة وفاة المفقود .

2- الصورة الثانية: حالة أن يكون المفقود حاجبا لغيره :

ومثال ذلك : توفي وترك : ابن (مفقود وأخوين لأم وأخ ش وأختين ش وترك 144 هكتارا :

أ- تحل المسألة وفق مذهب الجمهور كالتالي:

المسألة 01 على أساس المفقود حي			المسألة 02 على أساس عدّ المفقود ميت				الجامعة	التركة 144 هكتارا
الورثة	الفروض	الأصل	الورثة	الفروض	الأصل	التصحيح	24	6=24/144
		1				12		
أخوين لأم	حجب		أخوين لأم	3/1	1	4	/	24
أخ وأختين ش	حجب		أخ وأختين ش	ب ع	2	8	/	48 هـ (لكل ابن 16 هـ ولكل بنت 8 هـ
ابن (م)	ع	1	ابن (م)	/	/	/	24	144 هـ

بالمقارنة بين الفرضين يتضح أن الأخ والأختين الشقيقتين والأخوين لأم ورثوا في حالة دون أخرى، ولما كان الورثة يعملون بالأضر من نصيبهم في الميراث فإن الأضر لهم هو مسألة حياة المفقود، ولذلك وجب وقف توزيع جميع التركة وهي 144 هكتار حتى ينكشف حال الابن المفقود، فإن ظهر حيا استحق التركة كلها تعصبا وإن ثبت وفاته حقيقة أو حكم القاضي بموته بعد موت مورثه ولم يترك المفقود ورثة آخرين استحق الأخوان لأم والأخ والأختان الشقيقتان أنصيبتهن الميراث في المسألة الثانية، أما إن كان للمفقود ورثة فتوزع جميع التركة الموقوفة على ورثته الشرعيين الأحياء وقت الحكم بوفاته و لا شيء لمن توفي قبل صدور حكم القاضي، باستثناء أبناء الابن الذين توفي أبوه (ابن المفقود) قبل موت أبيه (المفقود) فتطبق عليهم أحكام التنزيل المنصوص عليها في قانون الأسرة الجزائري¹، أما بالنسبة إلى طريقة حل المسألة وفق الرأيين الثاني والثالث فهي نفس الطريقة التي حللنا بها المثال الأول .

ثانيا: حالة تعدد المفقودين في مسألة واحدة : قد يحدث وأن يموت المورث ويترك ورثة مفقودين أكثر من واحد ، فيكون حل المسألة حسب تعدد المفقودين فإذا كان عدد المفقودين اثنين كانت المسائل أربعة أولاها بعد حياتهما والثانية لوفاتهما والثالثة والرابعة لوفاة أحدهما وحياة الآخر، وإن كان عدد المفقودين ثلاثة كانت المسائل ثمانية أولاها بعد حياتهما والثانية لوفاتهما والثالثة والرابعة والخامسة لحياة الاثنين منهم ووفاة الثالث والسادسة والسابعة والثامنة لحياة واحد منهم ووفاة الاثنين، وحل هذه المسائل لا تختلف طريقتها عن تلك المعمول بها عند وجود مفقود واحد.

ومثال: مات شخص عن : زوجة وأم وبنت مفقودة وأخت شقيقة مفقودة، و ابن أخ شقيق وأخت لأب وترك 624000 دج .

1- حل المسألة وفق القول الأول (رأي الجمهور) : تحل المسألة وفق هذا الرأي باعتماد معيار النصيب الأقل للورثة ، فتحل وفق مسائل أربعة أولاها بعد وفاتهما والثانية بحياتهما والثالثة والرابعة لوفاة أحدهما وحياة الآخر ثم نعطي كل وارث الأضر به (النصيب الأقل) من بين نصيبه في المسائل الأربعة :

المسألة 01: حلها على أساس وفاتها			المسألة 02: حلها على أساس عدّ حياتها			
الورثة	أصل 12	عالت 13	الجامع 312 ج س 24	الورثة	أصل 24	الجامع 312 ج س 13
زوجة 4/1	3	3	$72 = 24 \times 3$	زوجة 8/1	3	$39 = 13 \times 3$
أم 3/1	4	4	$96 = 24 \times 4$	أم 6/1	4	$52 = 13 \times 4$
بنت (م)	/	/		بنت (م) 2/1	12	$156 = 13 \times 12$
أخت ش (م)	/	/		أخت ش (م) عصبية م غ 5		$65 = 13 \times 5$
ابن أخ ش (ع)	استغراق			ابن أخ ش حُجب	/	/
أخت لأب 2/1	6		$144 = 24 \times 6$	أخت لأب حُجب	/	/
المسألة 03: حلها على أساس موت البنت وحياة الأخت ش			المسألة 04: حلها على أساس موت الأخت ش وحياة البنت			
الورثة	أصل 12	عالت 13	الجامع 312 ج س 24	الورثة	أصل 24	الجامع 312 ج س 13
زوجة 4/1	3		$72 = 24 \times 3$	زوجة 8/1	3	$39 = 13 \times 3$
أم 6/1	2		$48 = 24 \times 2$	أم 6/1	4	$52 = 13 \times 4$
بنت (م)	/	/	/	بنت (م) 2/1	12	$156 = 13 \times 12$
أخت ش (م) 2/1	6		$144 = 24 \times 6$	أخت ش (م) /	/	/

¹ تنص المادة 169 من قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، "من توفي وله أحفاد وقد مات مورثهم قبله أو معه وجب تنزيلهم منزلة أصلهم في التركة .."، وقد حددت شروط التنزيل في المواد 170 و171 و172 من ق أ ج .

ابن أخ ش (ع)	استغراق	/	ابن أخ ش حجب	/	/
أخت لأب 6/1	2	$48=24 \times 2$	أخت لأب ع	5	$65=13 \times 5$

بتصفح أصول هذه المسائل بالنسب الأربعة يلاحظ تماثل بين أصل مسألة الموت (13) وأصل مسألة حياة البنت وموت الأخت الشقيقة (13)، لذا احتفظنا بأحدهما، وتماثل بين أصل مسألة الحياة (24) وأصل مسألة حياة الأخت الشقيقة وموت البنت (24) لذا احتفظنا بأحدهما، وبالمقارنة بين أصلي المسألتين نجد أن بينهما تباين 24 و13، لذا يقمنا بضرب أحدهما في كامل الآخر: $312=13 \times 24$ وهو الأصل الجامع.

ثم قسمنا الأصل الجامع على أصل كل مسألة على حدة لنحصل على جزء سهم كل منهما: فجزء سهم المسألة الأولى (مسألة الموت) والمسألة الثالثة مسألة حياة الأخت الشقيقة وموت البنت هو: $24=13/312$

وجزاء سهم المسألة الثانية (مسألة الحياة) والمسألة الرابعة (مسألة موت الأخت الشقيقة وحياة البنت) هو: $13=24/312$ وبالنظر بين أنصبة الورثة يتبين أن الأقل في حق الزوجة مسألة حياة المفقودتين ومسألة حياة البنت وموت الأخت الشقيقة على حد سواء لذا يعطى لها 39 سهما، والأقل في حق الأم هو النصيب الذي استحقته في مسألة تقدير موت البنت وحياة الأخت الشقيقة وهو 48 سهما أما بالنسبة للأخت لأب فالأقل في حقها أنها لا يعطى لها شيء من التركة كونها ترث بتقدير دون الآخر، كما إن ابن الأخ الشقيق لا يستحق شيئا من التركة سواء كان وارثا أو غير وارث بما أنه وارث بالتعصيب في حالتين ولم يبق له شيء من التركة لاستغراقها من أصحاب الفروض، وحجبه حجب حرمان في حالتين أخريين.

أما الأوفر حظا للبنت هو النصيب الذي استحقته في مسألة تقدير حياتها وحياة الأخت الشقيقة ومسألة حياتها وموت الأخت الشقيقة على حد سواء، لذا يحتفظ لها به، والأوفر حظا للأخت الشقيقة فهو النصيب الذي استحقته في مسألة تقدير حياتها وموت البنت.

وبذلك يكون مجموع السهام المعطاة 87: للزوجة 39 للأُم 48، والأسهم الموقوفة هو $225=87-312$ وبما أن مقدار التركة: 624000 دج فإن قيمة السهم هي: $2000=624000/312$ دج. وعليه يكون النصيب المعطى للورثة على أساس الأضر بهم هو: للزوجة: $78000=2000 \times 39$ دج، للأُم: $96000=2000 \times 48$ دج، النصيب الموقوف: $450000=2000 \times 225$ دج. فإن ثبتت حياة البنت والأخت الشقيقة عند موت المورث فالموقوف يكون لهما جميعا للبنت منه 312000 تمام النصف، وللأخت الشقيقة: 138000 دج عصبه مع الغير.

فإن ثبت موت البنت والأخت الشقيقة حقيقة أو حكما قبل موت المورث، فالمال الموقوف يوزع على الزوجة والأم والأخت لأب وابن الأخ الشقيق كل حسب فرضه الشرعي فالزوجة 66000 دج، وللأم 96000 دج وللأخت لأب 288000 دج ولا شيء للأخ الشقيق لاستغراق التركة من أصحاب الفروض بما أنه وارث بالتعصيب.

وإن ثبت موت البنت وحياة الأخت الشقيقة لحظة موت المورث، يوزع الموقوف على الورثة كل حسب فرضه فالزوجة نعطيها 66000 دج، وللأخت الشقيقة 288000 دج وللأخت لأب 96000 دج، سدسها تكملة للثلثين.

وإن ثبت موت الأخت الشقيقة وحياة البنت لحظة موت المورث يوزع الموقوف على الورثة كل حسب فرضه فنعطي للأُم 8000 دج تكملة لثلثها وتستحق البنت نصف التركة 312000 دج وللأخت لأب 130000 دج سدسها تكملة للثلثين

الفرع الثاني: أثر تقنيات الاتصال الحديثة على ميراث المفقود عند صدور الحكم بالموت:

سنطرق إلى أثر تقنيات الاتصال الحديثة في تحقق شروط الإرث (أولا)، ثم نبين أثر الحكم بوفاة المفقود على الميراث (ثانيا):

أولا: أثر تقنيات الاتصال الحديثة في تحقق شروط الإرث:

إن من بين شروط الإرث طبقاً للأحكام العامة- كما سبق عرضه- تحقق موت المورث إما وفاة حقيقية مات فاستراح، أو جاءت البينة بشاهدين مسلمين بأنه قد مات، كما هو الحال إذا ما تبين أن المفقود مات في مدة الانتظار أو وصلتنا الجثة وتبين موته، أو وردت ورقة مكتوب فيها تاريخ وساعة الوفاة، من ذوي ثقة واختصاص¹.

و بتطبيق تقنيات الاتصال للكشف على المفقود نجد تساهم بطريقة مباشرة في معرفة وقت وزمن الوفاة وعدمه بين المفقود وأقاربه الذين تربطهم به قرابة سببية أو نسبية، وبذلك فإنها قد تعين على إزالة العديد من الإشكالات والنزاعات.

ثانياً: أثر الحكم بالفقدان بتقنيات الاتصال الحديثة على ميراث المفقود :

الأصل في الإنسان أن تستمر حياته إلى أن يقوم الدليل على موته سواء كان دليلاً على موته الحقيقي أو الحكمي فإذا انعدم هذا الدليل عدّ هذا الشخص حياً رغم صدور حكم بفقدانه، وبهذا فإن الحكم الصادر بعدّه ميتاً بعد البحث والتحري من طرف القاضي هو الذي ينهي شخصية المفقود القانونية، وبالتالي فإن هذا الحكم يكون منشئاً للموت الحكمي لا كاشفاً له².

وترتيباً على ماسبق لا يعدّ المفقود ميتاً ولا تحرر له فريضة ولا تقسم تركته إلا بعد الحكم بوفاته، وإذا أسند الحكم بالموت إلى وقت سابق على صدوره ورثه من كان وارثاً له في الوقت الذي أسند الحكم بالموت إليه³، وهو ما نصت عليه المادة 127 من ق أ ج "لا يستحق الإرث إلا بموت المورث حقيقة أو بعدّه ميتاً بحكم القاضي"⁴.

وإذا ثبت موت المورث ببينة شرعية فإنه يعدّ ميتاً من الوقت الذي ثبت فيه أنه مات فيه⁵، لأن حكمه في ذلك حكم الموت الحقيقي، وبالتالي يرثه ورثته الموجودين على قيد الحياة في ذلك الوقت ويحرم منه من مات قبل ذلك، وإن كان على قيد الحياة وقت فقده لأن من شروط الميراث أن يكون الوارث حياً وقت موت المورث⁶.

أما الأموال التي آلت إلى المفقود في الفترة بين الحكم بفقدانه والحكم بموته تدخل في تركته إذ تعدّ ملكاً خاصاً له ولا تردّ إلى تركته المورث، إذا حكم بعدّه ميتاً بعد ثبوت حقه فيها⁷.

وجدير بالذكر أنه إذا مات المفقود من غير وارث، فإن أمواله تعدّ ملكاً من أملاك الدولة، وهذا بناء على نص المادة 777 من ق المدني⁸، كما نصت المادة 180 من قانون الأسرة الجزائري "...إذا لم يوجد ذوا فروض أو عصبة آلت التركة إلى ذوي الأرحام فإن لم يوجدوا آلت إلى الخزينة العامة"⁹ فإن انعدم هؤلاء جميعاً، كُنّا أمام شغور مطلق تجاه التركة والخوف من ضياع المال يحتم علينا القول بميراث الخزينة¹⁰.

¹ محمد حسان عوض، دورة الموارث، ميراث المفقود، المحاضرة الحادية عشر، جامع الإمام فخر الدين الرازي، دمشق، سوريا، مشور على الموقع : <http://www.youtube.com/watch?v=abrif>، بتاريخ : 2022/11/14.

² محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 340.

³ سيد سابق، فقه السنة، دار الفكر، بيروت لبنان، ط2، 1998م، المجلد الثالث، ص 323.

⁴ المادة 127 من قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.

⁵ أحمد محمود الشافعي، أحكام الموارث الدار الجامعية بيروت لبنان د ط، د ن، ص 206.

⁶ فشار عطا الله، أحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، د ط، 2006م، ص 207.

⁷ محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 341.

⁸ تنص المادة 777 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ، الموافق لـ: 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري (ج ر ع 78 بتاريخ 1975/09/30، معدل ومتمم بالقانون رقم: 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005م، (ج ر عدد 44، بتاريخ 26 يونيو 2005م) : "تعد ملكاً من أملاك الدولة جميع الأموال الشاغرة التي ليس لها ملك وكذلك أموال الأشخاص الذين يموتون عن غير وارث أو الذين تهمل تركتهم"

⁹ المادة 180 من قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.

¹⁰ محمد محده، المرجع السابق، ص 78.

وفي هذا الصدد نصت المادة 177 فقرة 3 من المرسوم التنفيذي 12-427¹ يحدد شروط وكيفيات إدارة وتسيير الأملاك العمومية والخاصة التابعة للدولة "تعود التركة إلى الخزينة العمومية طبقاً للمادة 180 من ق أ ج إذا لم يترك المفقود ورثة بالفرض أو بالعصبة أو ذوي أرحام، تطبق عندئذ أحكام المادة 51 من القانون رقم 90-30 المؤرخ في 1 ديسمبر سنة 1990² المعدل والمتمم والمذكور أعلاه والمادة 175 أعلاه".

ثالثاً: أثر ظهوره حياً :

وسنبين أثر ذلك على تقسيم التركة إذا كان مورثاً ثم نبين أثر ظهوره إذا كان وارثاً :

1- أثر ظهوره إذا كان مورثاً :

اتفق الفقهاء على أنه إذا تحققت حياة المفقود بعد الحكم بموته وكان ماله لم يقسم على الورثة بعد، فهو الأحق بماله ولا يحتاج اللجوء للقضاء ولا لحكم القاضي حتى يسترجع ماله لأنه يعدّ ماله المملوك له بصفة شرعية، كما اتفقوا على أن ماله الذي قُسم على الورثة إن كان موجوداً ولم يُستهلك أو يُتلف فهو أحق به³.

إلا أنهم اختلفوا في ما إذا تم تقسيم المال على الورثة وتم استهلاكه فهل يضمن له الورثة أو يعود عليهم بما هو موجود دون ما استهلك، و يظهر اختلافهم في رأيين :

الرأي الأول : ذهب الحنفية⁴ والحنابلة⁵ في رواية أن المفقود إن عاد حياً فإنه لا يرجع على الورثة فيما انفقوه أو تصرفوا فيه من تلك الأموال التي انتقلت إليهم ميراثاً بعد الحكم بموت المفقود.

وقد استند أصحاب هذا القول على : أن الورثة لما انفقوا المال الذي استحقوه بالميراث إنما كان ذلك بناء على إذن القاضي الذي أصدر حكماً بوفاء مورثهم فهم بذلك مستحقون لذلك المال، ومن ثم لا يحق لمورثهم العودة عليهم به، وأما ما باعوه وبقي ثمنه فيرد لمورثهم كبقية ماله الموجود⁶.

وقد أخذت أغلب التشريعات العربية بهذا القول :

ف نجد المشرع الإماراتي نص على ذلك في الفقرة الثانية من المادة 239 من قانون الأحوال الشخصية⁷ وهو ما نص عليه أيضاً قانون الأحوال الشخصية الأردني في نص المادة 253 فقرة 8⁸، وقانون الأحوال الشخصية العماني من خلال نص في المادة

¹ مرسوم تنفيذي رقم : 12-427 مؤرخ في 2 صفر عام 1434 هـ الموافق لـ 16 ديسمبر سنة 2012 يحدد شروط وكيفيات إدارة وتسيير الأملاك العمومية والخاصة التابعة للدولة، (ج ر عدد 69 بتاريخ : 19 ديسمبر 2012 م).

² القانون رقم 90-30 مؤرخ في 14 جمادى الأولى عام 1411 هـ- الموافق 01 ديسمبر 1990م، يتضمن قانون الأملاك الوطنية، (ج ر عدد 52، بتاريخ 02 ديسمبر 1990م)، المعدل والمتمم بالقانون رقم 08-14 المؤرخ في 17 رجب عام 1429 هـ- الموافق 20 يوليو سنة 2008م.

³ السرخسي، المرجع السابق، ج 11، ص 42، المرداوي، المرجع السابق، ج 7، ص 339.

⁴ ابن عابدين، المرجع السابق، ج 4، ص 297، السرخسي، ج 11، ص 42

⁵ المرداوي، المرجع السابق، ج 7، ص 339.

⁶ ابن عابدين، المرجع السابق، ج 4، ص 297، المرداوي، المرجع السابق، ص 339

⁷ تنص المادة 239 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، المرجع السابق على أنه "إذا حكم بعَد المفقود ميتاً ثم ظهر حياً... رجع على ورثته بتركته عدا ما هلك منها".

⁸ تنص المادة 253 من قانون الأحوال الشخصية الأردني، المرجع السابق " إذا حكم بموت المفقود ثم تحققت حياته يرجع على الورثة بتركته ما عدا ما استهلك منها".

197¹، و قانون الأحوال الشخصية اليمني بموجب المادة 120²، وقانون الأحوال الشخصية القطري وذلك في نص المادة 293³.

الرأي الثاني: يرى المالكية⁴ والشافعية⁵ والحنابلة⁶ في رواية أن للمفقود الحق في أن يرجع على الورثة بجميع تركته، ولو بعد تقسيمها عليهم سواء تم استهلاكه أو ما بقي دون استهلاك.

وقد استند أصحاب هذا الرأي: بأن الورثة لما أنفقوا المال وتصرفوا فيه بوجه مشروع ثم يتبين لهم بثبوت حياة مورثهم فساد تصرفهم، وعدم أهليتهم له، بذلك يضمنوا ما أتلّفوا وأنفقوا دون المال الذي أنفقوه كنفقة واجبة لهم فترة غياب المفقود إن كانوا مستحقين النفقة على مورثهم، ونفس الحكم ينطبق على الوصية إذ يقع على عاتق الموصي له ردّ المال الذي أوصى به له المفقود في حالة رجوعه حيا، لأن ملكية المال الموصى به لا تنتقل بطريق الوصية إلا بموت الموصي⁷.

ويبدو أنّ المشرع الجزائري قد أخذ بهذا الرأي في ظاهر نص المادة 115 فقرة 02 التي جاء فيها " وفي حالة رجوعه أو ظهوره حيا يسترجع ما بقي عينا من أمواله أو قيمة ما بيع منها " إلا أنه قصر استرداد المفقود قيمة الأموال التي يكون ورثته قد تصرفوا فيها عن طريق البيع فقط، ويفهم من ذلك أن المفقود لا يسترد الأموال التي تصرف فيها ورثته بطريق آخر غير البيع، أي بطريق التبرع كالهبة والوصية في حين أصحاب هذا الرأي أقروا بأن المفقود له الحق في أن يرجع على الورثة بجميع تركته، ولو بعد تقسيمها عليهم سواء تم استهلاكه أو ما بقي دون استهلاك.

وجدير بالذكر أنه في الحالة التي لا يكون فيها للمفقود ورثة فإن أمواله التي قد آلت إلى الخزينة العمومية طبقا للفقرة الأخيرة من المادة 180 من ق أ ج تعود إليه أو يسترجع قيمتها، وهذا ما يفهم من الفقرة 02 من المادة 177 من المرسوم التنفيذي 427-12⁸ المذكور أعلاه التي تنص " ويمكن لوزير الداخلية عقب انقضاء أجل التحري والانتظار التي يحددها القاضي طبقا للقانون أن يطلب منه إصدار حكم بتثبيت موت المفقود وحينئذ تفتح التركة طبقا للتشريع المعمول به مع مراعاة الأحكام المنصوص عليها في القانون في حالة ما إذا رجع المفقود أو ظهر حيا "

مثال عملي عن أثر ظهور المفقود المحكوم بوفاته: صدر حكم بموت المحكوم اجتهدا من القاضي و ترك:زوجة وبنت، وبنت ابن وأخت لأب وابن أخ شقيق وترك مالا قدره 240 مليون سنتيم، وكان قد أوصى لأحد أقربائه(من غير الورثة) بمحل تجاري قيمته 40 مليون سنتيم الذي باعه بعد صدور حكم بالموت، وبمجموع كلي للتركة قدرها 280 مليون سنتيم، ولنفرض كذلك أنّ الزوجة قد قامت بصرف هذا المبلغ في أداء مناسك العمرة، والبنت وهبت نصف المبلغ واحتفظت بالنصف الآخر، أما بنت الابن فقد أضافت إلى نصيبها مبلغ 60 مليون سنتيم واشترت محلا مجهزا لبيع العطور والأخت لأب أودعته في البنك، ثم بعد

¹ تنص المادة 197 من قانون الأحوال الشخصية العماني، المرجع السابق" على أنه " إذا حكم بعد الغائب أو المفقود ميتا ثم ظهر حيا فإنه يرجع على الورثة بالتركة ماعدا ما استهلك منه".

² تنص المادة 120 من قانون الأحوال الشخصية اليمني، المرجع السابق" إذا حكم بموت بعد المفقود ميتا ثم ظهر حيا فانه: أ-يستحق ما بقي من ماله في أيدي ورثته".

³ تنص المادة 293 من قانون الأحوال الشخصية القطري، المرجع السابق "إذا حكم بموت المفقود ووزعت تركته على ورثته ثم ظهر حيا فيكون له الباقي في يد الورثة من تركته ولا يعود عليهم بما فات "

⁴الدسوقي، المرجع السابق، ج2، ص 482.

⁵النووي، المرجع السابق، ج6، ص 83.

⁶ابن مفلح، المرجع السابق، ج8، ص 49-50

⁷حمزة أبو فارس، الموارث والوصايا في الشريعة الإسلامية فقها وعملا، منشورات ELGA، د د ن، 2003م، ص155.

⁸المادة 177 من المرسوم التنفيذي رقم: 12-427، المرجع السابق.

الفصل الأول.....دور القرينة العلمية الحديثة في بيان حقيقة وفاة المورث وأثرها على الميراث

تقسيم تركته عاد المفقود حيا، وسنحل المسألة وفق الرأي الأول ثم نحلها وفق الرأي الثاني. فيكون حلها وفق الرأي الأول الذي يرى برجوع المفقود على ورثته بجميع التركة مستهلكة أو غير مستهلكة حسب الجدول التالي :

حل المسألة وفق الرأي الأول				
الورثة	الفروض	الأصل 24	التركة 480 تقسيم أصل المسألة نجد 10	قيمة المبالغ المسترجعة بعد عودة المفقود
زوجة	8/1	3	$30 = 10 \times 3$ مليون سنتيم	الورثة يرجعون مبلغ التركة كاملا وهو 240 مليون سنتيم
بنت	2/1	12	$120 = 10 \times 12$ مليون سنتيم	
بنت ابن	6/1	4	$40 = 10 \times 4$ مليون سنتيم	
أخت لأب	ع م	5	$50 = 10 \times 5$ مليون سنتيم	
ابن أخ ش	محبوب	/	/	

ونلاحظ الحل وفق هذا الرأي بأن الورثة يسترجعون جميع ما ورثوه من مورثهم العائد حيا بعد الحكم عليه بالموت سواء كان المال في حيازتهم أو كان قد استهلك، وكذلك الموصى له.

ويكون حل هذه المسألة وفق الرأي الثاني: فيكون حسب الجدول التالي:

حل المسألة وفق الرأي الثاني				
الورثة	الفروض	أصل 24	التركة 480 على أصل المسألة نجد 10	قيمة المبالغ المسترجعة بعد عودة المفقود
زوجة	8/1	3	$30 = 10 \times 3$ مليون سنتيم	الزوجة لا ترجع المبلغ لأنه تم استهلاكه
بنت	2/1	12	$120 = 10 \times 12$ مليون سنتيم	البنت ترجع مبلغ 60 مليون سنتيم غير المستهلك
بنت ابن	6/1	4	$40 = 10 \times 4$ مليون سنتيم	بنت الابن ترجع مبلغ 40 مليون
أخت لأب	ع م	5	$50 = 10 \times 5$ مليون سنتيم	الأخت لأب ترجع مبلغ 50 مليون سنتين
ابن أخ ش	محبوب	/	/	

إذن وفق هذا الرأي فإن المفقود الذي ظهر حيا الحق في استعادة ماله الذي لم يستهلك الذي ورثه ورثته وقت الحكم بموته فإن البنت ترجع مبلغ 60 مليون سنتيم الغير مستهلك وبنت الابن ترجع مبلغ 40 مليون الذي أضافته لشراء المحل لأنها وإن كانت قد تصرف في المبلغ غير إنها قامت بشراء محل تجاري فهو بذلك يأخذ حكم القائم، ويمكن للمفقود أن يتفاوض معها في أن يقدم لها المبلغ المضاف لشراء المحل وتتنازل له عن المحل أما الأخت لأب فترجع المبلغ كاملا المودع في البنك، إلا إذا كان رهنا أو ودیعة فتجري عليه أحكاما أخرى أما الزوجة فلا يقع على عاتقها إرجاع المبلغ لأنه تم استهلاكه كله، أما الشخص الموصى له فيرجع مبلغ المحل التجاري وهو 40 مليون سنتيم .

وتجدر الإشارة أن حل المسألة وفق قانون الأسرة الجزائري: يكون بنفس الحل الذي تم وفق الرأي الثاني، أما إذا كانت بنت الابن قد تصرف في المحل التجاري بالبيع فإنها ترجع مبلغ 40 مليون سنتيم وفق قانون الأسرة الجزائري طبقا لنص المادة 115 أعلاه، ولا ترجع شيئا وفق الرأي الثاني .

2- أثر ظهوره على الموقوف له من تركة مورثه : إذا عاد المفقود أو ظهر حيا بعد الحكم بوفاته وتم توزيع نصيبه من تركة مورثه على باقي الورثة، فهل يمكن له المطالبة باسترداد ما استحقه من ميراث غيره؟

للإجابة على هذا التساؤل وجب التفريق بين حالتين : الأولى: وهي أن يكون نصيبه من ميراث مورثه غير مقسم على الورثة، والثانية: هي الحالة التي تصرف فيها الورثة في نصيبه أو أتلف .

الحالة الأولى : اتفق الفقهاء¹ على إنه إذا ظهر المفقود المحكوم بوفاته وكان نصيبه المستحق من تركته مورثه لم تقسم بعد على الورثة ، فهو حقيق بها منهم لأن ملكيته فيها لا زالت ثابتة فيأخذ جميع أمواله سواء المثبتة له قبل الفقد أم دخلت في ملكيته بعده².

الحالة الثانية : أما في حال ظهور المفقود وكان نصيبه قد تم قسمته بين ورثته فينظر إلى حال المال إن كان قائما بعينه لم يستهلك أو يتلف، فهو أحق به ويمكن له استرجاعه سواء كانت في حيازته أم في حيازة غيره وهذا باتفاق الفقهاء أيضا³.

أما إذا كان ماله قد أتلّف أو أنفق (استهلك) فإن أهل العلم منقسمون في ذلك على رأيين:

القول الأول : الذي يرى إنّ على الورثة ضمان هذا المال ويرجع على من أخذ ماله، بقيمة المال المتصرف فيه إذا كان متقومًا، وبمثله إذا كان مثليًا لتعذر رده بعينه، وهذا على الصحيح من مذهب الحنابلة⁴.

القول الثاني : يرى أنه لا ضمان على الورثة في هذا المال ولا يرجع عليهم بشيء لأنه إنما جاز اقتسام المال في الظاهر وجاز التصرف فيه بأمر الحاكم، وقد قُيِّمَ بحق لهم فلا ضمان عليهم في ذلك المال، فالذي استهلك من مال لا يطالب بقيمته لأن المطالبة بالقيمة أساسها ضمانهم لهذه الأعيان والضمان يكون بأحد الأمرين : إما بالعقد كضمان المرتهن للعين المرهونة، وإما بالتعدي وهنا لا عقد أوجب الضمان ولا تعدي، إذ أن أيديهم يَدُّ شرعية أخذت المال بحكم شرعي، وإذا لم يوجد سبب لضمان فإنه لا يجوز له أن يضمّنهم القيمة، ويستوي في هذا الورثة الذين ورثوا مال مورثهم الذي كان سيرته إذا ثبتت حياته وقت موته والورثة الذين يرثونه على أساس وفاته وتبين أنه حق يرزق⁵.

وقد نصت أغلب التشريعات العربية أنه إذا ظهر المفقود حيًا بعد الحكم بموته فيأخذ ما بقي في يد الورثة من نصيبه في تركته مورثه، وبالتالي يفهم أنه لا يمكن له أن يرجع عليهم في نصيبه المقسوم بينهم إن كان قد أتلّف أو استهلك⁶.

¹البهوتي، كشف القناع، مرجع سابق، ج 4، ص 466

²المرجع نفسه .

³السرخسي، المرجع السابق، ج 11، ص 42 البهوتي، كشف القناع، مرجع سابق، ج 4، ص 466

⁴البهوتي، كشف القناع، مرجع سابق، ج 4، ص 466

⁵محمد أبو زهرة، أحكام التركات والموارث، المرجع السابق، ص 257، قاسم يوسف، الأحكام المتعلقة بالتركة في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، د ن، 1404هـ-1982م، ص 296

⁶قد تم التطرق إلى النصوص القانونية الدالة على هذا الحكم عند الحديث عن أثر الحكم بالفقدان بتقنيات الاتصال الحديثة على توريث المفقود من غيره، ينظر الصفحة 271 وما بعدها .

الفصل الثاني

دور القرينة العلمية الحديثة في بيان حقيقة حياة
الوارث وأثرها على الميراث

تمهيد :

كل من الحمل والخنثى إنسان يستحق ما كتب الله له من ميراث، وهذا ما قرره الشريعة الإسلامية الغراء ونص عليه الأئمة الفقهاء، إلا أنه ونظرا لما قد يحيط كل من الحمل والخنثى من غموض في بعض الجوانب مثل وجود الحمل أو حياته يوم وفاة المورث، ومثل تحديد جنس الخنثى لبيان مقدار ما يستحق، وغيرها من أوجه التقدير والاحتمال في كل منهما فقد اجتهد الفقهاء بهدف الوصول إلى وجه الحق في مراث كل منهما، وأبانوا في اجتهاداتهم في هذه المسألة عن صفحة ناصعة من الفهم العميق لمقاصد التشريع الإسلامي، ثم صرنا إلى زماننا وما فيه من تقدم كبير في مجالات الطب والأحياء، هذا التقدم جعل كثيرا من إشكالات الماضي محل بحث وتحليل وصار في الإمكان حل جزء كبير منها، فأضحى من السهل مثلا معرفة وجود الحمل ومتابعته منذ اللحظات الأولى وبيان نوعه وهو ما زال جنينا في بطن أمه، كما أمكن تحديد جنس الخنثى في حالات كثيرة كانت محل شك في الماضي وفي المقابل كان لهذا التطور العلمي الكبير إشكاليات فقهية من جانب آخر .

لذا سننطلق في (المبحث الأول) إلى دو الطب في تيقن وجود الحمل ومعرفة "جنسه وعدده" وتحديد أثرها على الميراث، ثم دور الطب الحديث في تصحيح الجنس الوارث وتحويله وأثرها على الميراث في (المبحث الثاني)

المبحث الأول : دور الطب في التيقن من وجود الحمل وتحديد أثرها على الميراث :

قد أسهم التقدم المتسارع في العلوم الطبية الحديثة في معرفة أسرار تكوين الجنين، وكشف أيضا عن وسائل متعددة لتحديد جنس الجنين وعلى أساس أن الحمل الوارث يجهل حاله وجنسه وعدده لحظة موت المورث فإن فقهاء الشريعة الإسلامية ومن باب الاحتياط استندت في ذلك على معيار التقادير كل واجتهاده، مما أثر على موقف التشريعات الوضعية أيضا حول هذه المسألة.

لذا سننقسم المبحث إلى مطلبين : (المطلب الأول) : نعرض فيه : دور المستجدات الطبية في التحقق من وجود الحمل عند وفاة المورث وأثره على التركة. و (المطلب الثاني) نسلط الضوء على دور المستجدات الطبية في معرفة جنس الحمل ، عدده والتحكم فيه وأثرها على التركة.

المطلب الأول : دور المستجدات الطبية في التحقق من وجود الحمل عند وفاة المورث وأثره على التركة:

الحمل¹ إذا كان وارثا كأحد الورثة يشترط لاستحقاقه الميراث الشروط العامة في الميراث من حيث موت المورث وحياة الوارث، لكن نجد أن الفقهاء قد أضافوا إلى ما سبق شروطا خاصة يثبت بها ميراث الحمل وهما شرطان : الأول : أن يكون موجودا في بطن أمه وقت وفاة مورثه يقينا ، والثاني أن ينفصل من بطن أمه حيا حياة مستقرة.

لذا سنقسم المطلب إلى فرعين: (الأول) نبين فيه دور الطب في التحقق من شرط وجود الحمل في بطن أمه عند وفاة مورثه ثم دوره في التحقق من شرط حياة المولود عند موت مورثه في (الفرع الثاني).

الفرع الأول : دور الطب في التحقق من شرط وجود الحمل في بطن أمه عند وفاة مورثه:

اتفق الفقهاء جميعا² على أنه يشترط لاستحقاق الحمل نصيبه من تركة مورثه إن يكون موجودا في بطن أمه يوم وفاة المورث، وهذا الشرط لا خلاف عليه لأن من شروط استحقاق الميراث أن يكون الوارث موجودا ولو تقديرا يوم وفاة المورث وإلا كان معدوما لا

¹ الحمل لغة : هو ما يحمل في البطن من الأولاد في جميع الحيوانات، والجمع : جمل، وأحمال، قال تعالى ﴿ وَأُولَئِذَا أَجْلُكُمْ أَجَلُهُمْ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ سورة الطلاق، الآية 4، وحملت المرأة حملا علقت، قال ابن جني : حملته، ولا يقال حملت به إلا أنه كثر قولهم : حملت المرأة بولدها : ينظر : ابن منظور، المرجع السابق، باب اللام، (مادة حمل)، ج 11، ص 176، في الاصطلاح : الحمل : "هو ما في بطن الأمية" : ينظر : البهوتي، كشف القناع على متن الإقناع، المرجع السابق، ج 4، ص 461.

² الموصلي، المرجع السابق، ج 5، ص 113، السرخسي، المرجع السابق، ج 30، ص 50، عبد الوهاب بن علي بن نصر العلبي البغدادي، المعونة على مذهب عالم المدينة، تحقيق : حميش عبد الحق، المكتبة التجارية مصطفى أحمد البار، مكة المكرمة، السعودية، د ت، ج 1، ص 923، خليل بن اسحاق بن موسى ضياء الدين الجندي المالكي المصري، التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب، تحقيق : أحمد بن عبد الكريم نجيب، مركز نجيبويه للمحفوظات وخدمة التراث، د م ن، 1429هـ - 2008 م، ج 5، ص 35، الجويني عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد، نهاية المطلب في دراية المذهب، تحقيق : عبد العظيم محمود الديب، دار المنهاج، د م ن، ط 1، 1428هـ - 2007م، ج 9، ص 327، المرداوي علاء الدين، المرجع السابق، ج 7، ص 329، ابن مفلح، المرجع السابق، ج 5، ص 393.

يجب له شيئاً، وقد سلك علماء الشريعة قديماً وحديثاً طريق الحساب الزمني للتحقق من وجود الحمل في رحم المرأة حين وفاة المورث، وذلك بمعرفة ولادة الحمل لأقل وأكثر مدة له على حساب حال الحمل، ومدة الحمل هي الزمن الذي يمكنه الجنين في بطن أمه¹.

وعلى اتفاق الفقهاء حول شروط استحقاق الحمل للميراث إلا أنه وقع الخلاف في تحققهما تبعاً لاختلافهم في مسألة "أقل الحمل وأكثره" أو "بما تثبت حياة المولود" وإلا فإن هذا الاختلاف قد جاء ما يخرجنا منه في هذا الوقت من مستجدات في الطب والعلم الحديث، وسنوضح في هذا المطلب الشرطين مبينين كيفية تحققهما فقها وطباً وكيف الخروج فيما حصل من خلاف، بالاعتماد في ذلك على رأي الطب وسنشير إلى رأي القانون في ذلك.

لذا سنتطرق (أولاً) إلى موقف الفقه من أدنى مدة الحمل وأقصاها ثم تسلط الضوء على أثر المستجدات الطبية على تحديد مدة الحمل وأثرها على الميراث (ثانياً)، ثم موقف التشريعات المقارنة من ذلك (ثالثاً):

أولاً: الموقف الفقهي من تحديد أدنى مدة الحمل وأقصاها :

وستناول موقف الفقهاء من أدنى مدة الحمل ثم نعرض آراءهم حول أكثر مدة الحمل في بطن الأم :

1- موقف الفقه من أدنى مدة الحمل : اجتمعت كلمة الفقهاء² بشأن أدنى مدة الحمل على أنها ستة أشهر لا خلاف في ذلك³ وتحسب المدة عند الحنفية من وقت العقد⁴ وعند الجمهور هي ستة أشهر من وقت الدخول وإمكان الوطء⁵ فإن ولدت لأقل من ستة أشهر لا يثبت النسب، ولا يستحق هذا الحمل ميراثاً من أبيه لعدم ثبوت نسبه .
وقد استدلل الفقهاء على اعتماد فترة الستة أشهر كأدنى مدة في ما يأتي :

- ما روي عن أبي الأسود رضي الله عنه: (أنه رُفِعَ إلى عمر رضي الله عنه أن امرأة ولدت لستة أشهر، فهم عمر برجمها، فقال له علي رضي الله عنه ليس لك ذلك، قال تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنَمِّمَ الرِّضَاعَةَ﴾⁶، وقال تعالى: ﴿وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾⁷، فحولان وستة أشهر ثلاثون شهراً، فلا رجم عليها، فخلّى عمر رضي الله عنه سبيلها⁸)

¹ ينظر : الموسوعة الفقهية الكويتية، الصادرة عن وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المرجع السابق، ج 2، ص 9.

² ابن المنذر أبو بكر محمد بن إبراهيم النيسابوري، الإجماع، مكتبة الفرقان، الإمارات العربية المتحدة، ط2، 1999م، ص 99، الجصاص، المرجع السابق، ج3، ص 515، الموصلي، المرجع السابق، ج 3، ص 179، الكسائي، المرجع السابق، ج 3، ص 335، ابن عابدين، المرجع السابق، ج 3، ص 538، ابن قدامة، المغني على مختصر الخرقي، المرجع السابق، ج 11، ص 231.

³ باستثناء ما ذكره الدكتور :جمعة براح وأحمد داود " عن ابن تيمية وأحمد في رواية والظاهرية في أن أقل الحمل : تسعة أشهر " : ينظر جمعة براح، أحكام الميراث في الشريعة الإسلامية، دار يافا العلمية، عمان، الأردن، د ط، 1999م، ص 658، وينظر : أحمد محمد داود، الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه والقانون، وزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية، الأردن، د ط، 1982م، ص 499، إلا أنني لم أقف على أقوال أحد منهم، ثم إنني أجد الإمام ابن تيمية قد وافق الجمهور في أن أقل الحمل ستة أشهر وبه يثبت النسب : ينظر ابن تيمية أحمد بن عبد الحلیم، مجموع الفتاوى، المرجع السابق، ج 34 ص 11.

⁴ الموصلي، المرجع السابق، ج 3، ص 179.

⁵ المواقي محمد بن يوسف، المرجع السابق، ج 8، ص 333، البغدادي، المرجع السابق، ج 1، ص 923، الماوردي، المرجع السابق، ج 8، ص 171، النووي يحيى بن شرف الدين، المجموع في شرح المذهب للشيرازي، المرجع السابق، ج 17، ص 4039، البهوتي، كشف القناع على متن الإقناع، المرجع السابق، ج 4، ص 463، ابن حزم، المرجع السابق، ص 102.

⁶ سورة البقرة، الآية 233.

⁷ سورة الأحقاف، الآية 15.

⁸ أخرجه البيهقي، المرجع السابق، كتاب العدد، باب ما جاء في أقل الحمل، ج 7، ص 442، وأخرجه سعيد بن منصور، المرجع السابق، كتاب الطلاق، باب المرأة تلد لستة أشهر، ج 2، ص 66 .

- كما يروى أن امرأة تزوجت فأنت بولد لستة أشهر من يوم زواجها، فأنتى بها عثمان رضي الله عنه، فأراد أن يرجعها، فقال ابن عباس رضي الله عنه لعثمان: إنها إن تخاصمكم بكتاب الله تخصمكم، قال الله عز وجل: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنْمِ الرِّضَاعَةَ¹ وقال تعالى: ﴿وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾².

فالأثرين السابقين -ورغم الاختلاف في روايتهما- يدلان أن المرأة تحمل لستة أشهر، ذلك أن آية سورة البقرة جمعت بين الحمل والفصال (الفطام من الرضاع): وهي ثلاثون شهرا، والآية الثانية بيّنت أن مدة الرضاع الكاملة، هي حولان أي سنتان (أربعة وعشرون شهرا)، وبالتالي يتضح أن أقل مدة الحمل هي ستة أشهر، فقد جعل الله سبحانه وتعالى مدة الرضاعة عامين كاملين بدليل الآية الثانية، وجعل مدة الحمل والفصال معا ثلاثين شهرا في الآية الأولى، ومن خلال جمع مدد الحمل والرضاع وطرح مدة الرضاع منها ينتج الباقي وهو ستة أشهر وهي المدة الأدنى لحمل المرأة: (30 شهرا - 24 شهرا = 6 أشهر).

وهذا الاستدلال محل إجماع من الصحابة -رضوان الله عليهم- إذ لم يعلم لهم مخالف على ذلك، وأول من قال بذلك الصحابي علي رضي الله عنه و وافقه عليه عثمان وبقية الصحابة³، ثم أصبحت هذه المدة قاعدة شرعية تبين المدة الأدنى لإمكانية وضع حمل المرأة من خلال الدليل المركب من الآيات المذكورة آنفا⁴.

قال الإمام ابن قيم -رحمه الله-: "اتفق الفقهاء كلهم على أن المرأة لا تلد لدون ستة أشهر إلا أن يكون سقطا، وهذا أمر تلقاه الفقهاء عن الصحابة"⁵.

ثم إن الفقهاء أقروا بأنه إذا علم بوجود الحمل في بطن أمه وقت موت مورثه . يستوجب بعدها البحث في العلاقة التي تربط الحامل بالمورث وهي لا تخرج بذلك من حالين: إما أن تكون زوجة للمورث، وإما أن تكون زوجة لغيره، وعلى أي حالة من هاتين الحالتين، إما أن يموت المورث والرابطة الزوجية قائمة، وإما أن يموت بعد انقطاع الزوجية، وبالتالي فإننا نقف أمام أربع حالات⁶:

الحالة الأولى: إذا كانت الحامل زوجة للوارث وكانت الزوجية قائمة بينهما فعليا قبل موته، ولم تقر بانقضاء عدتها منه في زمن يحتمل فيه انقضاء العدة، فالولد الذي تنجبه لهذا الميت ويرثه من كان قد ولد لأقل من أكثر مدة الحمل من وقت موته.

الحالة الثانية: إذا كانت الحامل زوجة للميت وكان قد طلقها طلاقا بائنا قبل وفاته ثم مات وهي في لعدة ثم أنجبت، فالولد يثبت نسبه إلى المورث فيرثه متى كان قد ولد لأقل من أكثر مدة الحمل من وقت تطليقه إياها.

الحالة الثالثة: إذا كانت الحامل زوجة لغير الميت، وكانت الزوجية قائمة بينهما في وقت الموت، فإن الحمل لا يرث الميت إلا إذا ولد لأقل من أدنى مدة الحمل من يوم الموت، وذلك لأنه إذا ولد بعد مضي الستة أشهر أو أكثر والزوجية قائمة لم يعلم بيقين أن هذا الحمل كان موجودا في بطن أمه في وقت الموت، لجواز أن تكون قد حملت به بعد وفاته وأنها ولدته لأقل مدة الحمل⁷.

الحالة الرابعة: إذا كانت الحامل زوجة لغير الميت ولم تكن الزوجية قائمة بينهما بأن كانت مطلقة أو متوفى عنها زوجها، فإن ولدها يرث هذا الميت إذا كان قد ولد لأقل من أكثر مدة الحمل من يوم مفارقة زوجها لها⁸ من الواقع: ثبت من خلال استقراء الواقع وجود حالات ولادة لأدنى مدة الحمل وهي ستة أشهر بل وأقل من ذلك وهي ولادة طفل لخمس أشهر وثلاثة أسابيع في مستشفى النور

¹ سورة البقرة، الآية 233.

² سورة الأحقاف، الآية 15.

³ المراغي أحمد بن مصطفى، تفسير المراغي، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ط1، 1946م، ج 26، ص 18.

⁴ ابن العربي، المرجع السابق، ج 4، ص 126.

⁵ ابن قيم الجوزية، تحفة المودود بأحكام المولود، تحقيق: عثمان بن جمعة ضُمَيْرِيَّة، دار عالم الفوائد، (دمن، دط، دت ن)، ص 216.

⁶ محمد محي الدين عبد الحميد، أحكام الموارث في الشريعة الإسلامية على مذاهب الأئمة الأربعة، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ط1، 1984، ص 181.

⁷ محمد محي الدين عبد الحميد، مرجع سابق ص 182.

⁸ مرجع نفسه ص 183.

ب: أبو ظبي حيث اعتقد الأطباء في الوهلة الأولى أن المولود ميت نظرا لولادته قبل تمام مدة الحمل الطبيعية، خاصة و أن دقائق قلبه لم تكن محسوسة، وبعد أن تم إنعاش المولود منذ اللحظة الأولى من ولادته بدأ القلب ينبض و تزايدت نسبة الأكسجين في الدم بفضل الله تعالى ¹.

2- موقف الفقه من أكثر مدة الحمل :

لم يرد في القرآن الكريم ولا في السنة النبوية ما يحدد أكثر مدة الحمل لا بطريق قطعي ولا ظني، فكان للفقهاء اختلاف كبير في تحديد أقصى مدة الحمل معتمدين في ذلك على التجربة و العرف، قال الإمام ابن عبد البر رحمه الله، وهذه المسألة لا أصل لها إلا الاجتهاد و الرد إلى ما عرف من أمر النساء ²، وقال الإمام ابن رشد الحفيد: "وهذه المسألة مرجوع فيها إلى العادة و التجربة، ويقول ابن عبد الحكم و الظاهرية هو الأقرب إلى المعتاد و الحكم، و إنما يجب أن يكون بالمعتاد لا بالنادر ولعله أن يكون مستحيلا". وبالنظر لما ذهبوا إليه يمكن أن نرجع أقوالهم إلى رأيين :

الرأي الأول:

أكثر الحمل حدًا، واختلف الفقهاء في هذا الحد على أقوال :

أ- قيل أنها تسعة أشهر : وهو رأي ابن حزم الظاهري ³، وقد استدل ابن حزم لما ذهب إليه فقال : " ولا يجوز أن يكون حمل أكثر من تسعة أشهر، ولا أقل من ستة أشهر، لقوله تعالى ﴿ وَحَمْلُهُ وَفَصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا ﴾ ⁴ وقال تعالى والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين" ⁵، فمن ادعى أن حملا وفصالا يكون أكثر من ثلاثين شهرا، فقد قال الباطل والمحال ورد كلام الله عز وجل جهارا ⁶.
ب- وقيل أنها سنة قمرية لا أكثر : قال به محمد بن عبد الحكم المالكي ⁷، وفي هذا قال ابن رشد الحفيد " هذه المسألة مرجوع فيها إلى العادة والتجربة وقول ابن عبد الحكم والظاهرية هو الأقرب إلى المعتاد والحكم يجب أن يكون بالمعتاد ل بالنادر ولعله أن يكون مستحيلا" ⁸ وهو ما ذهب إليه الإمام أبو زهرة ⁹ وأقره المجمع الفقهي الإسلامي الذي أكد " بأن تحديد أقصى مدة الحمل سنة واحدة يبدأ حسابها من تاريخ الفرقة بين الزوجين بهدف استيعاب احتمال ما يقع من الخطأ في حساب الحمل، وأن أي ادعاء بحمل يزيد عن السنة يحال إلى القاضي للبت فيه مستعينا بلجنة شرعية طبية لعدم وجود نص صريح من الكتاب والسنة يحدد أكثر مدة الحمل" ¹⁰

¹ وراي غنية مرجع سابق ص 135 .

² ابن عبد البر النمري، الاستدكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار، تحقيق : سالم محمد عطا محمد علي معوض، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط 1، 1421، 2000 م، ص 170 .

³ ابن حزم، المرجع السابق، ج 10، ص 131.

⁴ سورة الأحقاف، الآية 15.

⁵ سورة البقرة، الآية 233.

⁶ ابن حزم، المرجع السابق، ج 10، ص 131.

⁷ ابن عبد البر النمري، المرجع السابق، ج 7، ص 170، خليل بن اسحاق الجندي المالكي، المرجع السابق ، ص 923.

⁸ ابن رشد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد، المرجع السابق، ج 4، ص 142.

⁹ أبو زهرة محمد، أحكام التركات والموارث، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، د ط، ص 214.

¹⁰ المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي، الدورة 21 المنعقدة بمكة المكرمة بتاريخ: 24-28 محرم 1434 هـ الموافق له 8-12/12/2012

ج- وقيل أنها سنتان: وهذا مذهب الحنفية¹، ورواية عند الحنابلة²، ومذهب الإباضية³ وبه قال سفيان الثوري⁴.
واستدل أصحاب هذا القول بأدلة منها:

- ما روت جميلة بنت سعد قالت: قالت عائشة رضي الله عنها: "ما تزيد المرأة في الحمل على سنتين قدر ما يتحول ظلّ عود المغزل"⁵، قيل: الظاهر أنها رضي الله عنها قالت ذلك سماعاً من رسول الله صلى الله عليه وسلم لأن هذا الباب لا يدرك بالرأي والاجتهاد، ولا يظن لها أنها قالت ذلك جزافاً وتحميناً فتعين السماع من النبي صلى الله عليه وسلم⁶.
د- وقيل أنها أربع سنين: وهو المشهور عند المالكية⁷، وذهب إليه الشافعية⁸ والحنابلة⁹: واستدلوا بما يأتي:
- فقد روى مالك عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: "إنما امرأة فقدت زوجها، فلم تدر أين هو، فإنها تنتظر أربع سنين ثم نعد أربعة أشهر وعشراً ثم تحل"¹⁰

الرأي الثاني:

لا حدّ لأكثر الحمل: فحسب أصحاب هذا الرأي أن أقصى مدة الحمل لا تقيد بمدة زمنية ولو زاد على العشرة أعوام وإنما في كل حالة بحسبها، وهو رواية عن الإمام مالك¹¹ ورأي ابن القيم¹² وإليه ذهب ابن باز¹³ ومحمد بن عثيمين¹⁴ ولعل القرطبي يرى القول بهذا حيث قال: "وهذه مسألة لا أصل لها إلا الاجتهاد والرّد إلى ما عرف من أمر النساء"¹⁵.
واستدلوا على ما ذهبوا إليه بعدم وجود نص شرعي من كتاب أو سنة يدل على إمكانية تحديد أقصى مدة الحمل، بخلاف أدناه الذي وجد فيه أصل في تأويل الكتاب وهو الأشهر الستة، ولم يوجد للآخرة ولهذا أكثر الخلاف فيه¹⁶.

من خلال عرض أقوال العلماء حول أقصى مدة الحمل يتضح أن رأي ابن حزم الظاهري القائل بتسعة أشهر هو غالب مدة الحمل لدى النساء الحوامل، ولأنه أصبح واضحاً في حياتنا أن الادعاء ببقاء الحمل في بطن أمه يعد نوعاً من الخيال، لأن الحقائق العلمية المعاصرة تحدد الحمل بأيام وتتابع تطوره باليوم والأسبوع، وإن حدثت و زادت المدة عن التسعة أشهر فهو أمر نادر الوقوع،

¹الكسائي المرجع السابق، ج 3، ص 211-214، الغيتاني أبو محمد محمود بن أحمد بدر الدين العيني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1420، 1هـ-2000 م، ج 5 ص 641، الموصلي، المرجع السابق، ج 3، ص 179، السرخسي، المرجع السابق، ج 6، ص 44.

²ابن قدامة المقدسي، المغني شرح مختصر الخرقي، المرجع السابق، ج 8، ص 121، المرداوي، المرجع السابق، ج 9، ص 274.

³أطفيش محمد المرجع السابق، ج 15، ص 494.

⁴ابن قدامة المقدسي، المغني شرح مختصر الخرقي، المرجع السابق، ج 8، ص 1، ابن قيم الجوزية، تحفة المودود، المرجع السابق، ص 179.

⁵أخرجه البيهقي، المرجع السابق، كتاب العدد، باب ما جاء في أكثر الحمل، ر ح: 15329، ج 7، ص 443.

⁶الكسائي، المرجع السابق، ج 3، ص 335، السرخسي، المرجع السابق، ج 6، ص 45.

⁷عبد الوهاب بن علي البغدادي، المرجع السابق، ج 2، ص 923، الحطاب، المرجع السابق، ج 5، ص 224، الدسوقي، المرجع السابق، ج 3، ص 401.

⁸الشريبي محمد الخطيب، المرجع السابق، ج 3، ص 373، الجويني عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد، المرجع السابق، ج 9، ص 327.

⁹ابن قدامة موفق الدين، المغني على مختصر الخرقي، المرجع السابق، ج 8، ص 121، ابن قدامة موفق الدين، الكافي في فقه الإمام أحمد، المرجع السابق، ج 3، ص 189.

¹⁰سبق تخريجه في الصفحة 250 من البحث

¹¹القرطبي، المرجع السابق، ج 9، ص 287.

¹²ابن قيم الجوزية، تحفة المودود بأحكام المولود، المرجع السابق، ص 179.

¹³ابن باز عبد العزيز بن عبد الله، متن الرحبية والفوائد الجليلة في المباحث الفرضية، مطابع الفرزدق التجارية، الرياض، السعودية، ط 5، 1409هـ-1989م، ص 49.

¹⁴ابن عثيمين محمد بن صالح، تسهيل الفرائض، دار طيبة، الرياض، السعودية، ط 1404هـ-1983م، ص 102.

¹⁵القرطبي، المرجع السابق، ج 9، ص 287.

¹⁶ابن قيم الجوزية، تحفة المودود بأحكام المولود، المرجع السابق، ص 179.

والحكم في أمور الحياة - كما نصت عليه القاعدة الفقهية عند الفقهاء- تبنى على أساس الظواهر وللأعم الأغلب لا على أساس الشاذ النادر¹.

ويمكن القول أن أمر تحديد أقصى مدة الحمل وأدائها لها من الأهمية البالغة لما يترتب على تحديدها من آثار هامة على أحكام ميراث الحمل، لذا اعتنى بها الفقهاء القدامى أيما اعتناء، فقد اتفقوا حول أدنى مدة الحمل لورود نصوص شرعية دلت عليها صراحة إلا أنهم اختلفوا فقط حول تاريخ احتسابها، ومن الطبيعي أن يحصل هذا الاختلاف لعدم توفر تقنيات الطب الحديثة عندهم تؤكد ذلك، أما أكثر مدة الحمل فقد وقع الاختلاف بين الفقهاء حول مدتها لعدم ورود نص شرعي، لكن المتأمل لآراء العلماء يجدها مبنية غالباً على الوقائع المختلفة والأخبار المحكية في ذلك، واعتمادهم تلك المدد كان من باب حرص الفقهاء على اتخاذ موقف ناضج الاحتياط عند الحكم، والعمل بقاعدة إحياء الولد لذا كان لا بد أن تبنى تلك الأحكام على الحقائق العلمية، ومن هنا يأتي دور المستجدات الطبية في معرفة مدة الحمل التي تتميز بأكثر دقة ويقين .

ثانياً: دور المستجدات الطبية في تحديد مدة الحمل: سنبين أثر تقنيات الطب الحديث في أدنى مدة الحمل ثم نعرض دور هذه التقنيات في أقصى مدة الحمل وأثرها على الميراث.

1- دور تقنيات الطب الحديث في أدنى مدة الحمل: لم يخالف الرأي الطبي ما قرره الفقهاء قديماً من أن أقل الحمل ستة أشهر، وإنما تضافرت الأقوال حول إثبات هذا، يقول الدكتور محمد علي البار²: "أما أقل الحمل فيتفق فيه الطب... فالطب يقرر أن أقل الحمل الذي يمكنه العيش بعده ستة أشهر"، ويقول الدكتور محي الدين كحالة: "إن تمام لخلقة للمولود لا يكون قبل هذه المدة"³.

فقد أكد الأطباء أن الذي يولد قبل تمام الشهر السادس لا يكون قابلاً للحياة، وقد سجلت حالة واحدة لأقصر مدة حمل على الإطلاق واعترف بها القانون الإنجليزي، وكانت مدة الحمل 174 يوماً أي 5 أشهر و24 يوماً، أ ستة أشهر إلا أياماً قليلة⁴. وقد أثبتت الدراسات أن الجنين الذي يبلغ عمره ستة أشهر يتميز بصفة مهم وهي القدرة على التنفس بانتظام لعدة أيام، بالمقارنة إلا أنه بالمقارنة مع قدرة المولود الكامل يكون في مستوى أقل من المعتاد فيها وفي الجهاز الهضمي⁵. وقرر الأطباء أنه إذا ما ولد الطفل ما بين الأسبوع الرابع والعشرين والسادس والعشرين يسمى "خدجياً"⁶: premature، ويكون في الغالب قابلاً للحياة ولكن يحتاج إلى عناية طبية خاصة⁷.

ويقتضي حساب بداية الحمل من وقت الجماع الذي حصل بعده الحمل، وهذا يقتضي أن لا يكون هناك جماع آخر، حتى يتبين الحمل من عدمه، أم إذا لم يعلم تاريخ بداية آخر حيضة ولا معرفة بتاريخ الاتصال الجنسي الذي حصل بعده الحمل فإنه لا يبقى للأطباء إلا قياس حجم الرحم، ومعرفة وقت تحرك الجنين فبالنسبة للبكر عند أول حمل لها يتحرك الجنين عادة ما بين الأسبوع (18 إلى 20)، أما متعددة الحمل فيتحرك الجنين بين الأسبوع (16 إلى 18)⁸.

¹قاعدة "العبرة للغالب الشائع لا النادر" : ينظر : عبد العزيز بن أحمد بن محمد علاء الدين البخاري الحنفي، كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، دار الكتاب الإسلامي، (د م ن، د ط، د ن)، ج4، ص 135.

²البار محمد علي، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، المرجع السابق، ص 451

³الخطيب يحيى بن عبد الرحمان، أحكام المرأة الحامل في الشريعة الإسلامية، دار النفائس، عمان، الأردن، ط3، 1420 هـ-1999م، ص 106.

⁴كنعان أحمد بن محمد، الموسوعة الطبية الفقهية، دار النفائس، الأردن، ط 1، 1420هـ، ص 370.

⁵الخطيب يحيى بن عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 98-99،

⁶الخدج: وهو الولد الذي لم يكتمل خلقه.

⁷الأشقر عمر سليمان، الحيض والنفاس والحمل بين الفقه والطب "دراسات فقهية معاصرة"، دار النفائس، الأردن، ط 1، 2001م، ج 1، ص 174.

⁸هشام بن عبد الملك بن عبد الله م بن محمد آل الشيخ، أثر التقنية الحديثة في الخلاف الفقهي، المرجع السابق، ص 630.

كما يستعين أطباء النساء والولادة بجهاز الموجات فوق الصوتية "دوبلر" ¹ أو ما يسمى بـ: (Ultrasonis) وذلك لتحديد حجم الجنين وموقع المشيمة، وفيما إذا كان هناك عيوب خلقية أم لا ²، ولقياس عمر الجنين في البطن عن طريق ذلك الجهاز نجد عدة طرائق منها ³:

- قياس قيمة رأس الجنين إلى المعدة وهو طول الرأس المقعدي.

- قياس قطر كيس الحمل ويفيد في التحقق من وجود الحبل في داخل الرحم .

وقد وضع الأطباء معادلة رياضية لقياس عمر الجنين وهي على النحو التالي (عمر الجنين بالأسابيع = معدل قطر كيس الحمل + 7.02/25.42)، مع الأخذ عين الاعتبار زيادة أو نقصان بقدر أسبوع واحد على هذا التاريخ ⁴.

- قياس محيط الرأس : ومن خلاله يتم معرفة عمر الجنين، وذلك وفق معادلات رياضية ⁵.

- قياس طول عظم الفخذ : ⁶.

ويؤكد ذلك الدكتور سيبرو بقوله : " يمكن اكتشاف وجود الحمل في بداية تكوين الجنين بواسطة جهاز التصوير (سونوغراف) الذي يعمل بطريقة التموجات" ⁷.

ومن التطورات الطبية التي حدثت في الأجهزة الطبية تمكن خبراء من جامعة أدنبرة البريطانية من تطوير جهاز جديد ينقذ حياة المولودين قبل تمام المدة الطبيعية للحمل، من خلال مراقبة وقياس العلامات الحيوية للمولود كنبضات القلب ومعدل التنفس، والتنبيه لإصابته بأي اختلال صحي، أو قصور ما في أعضاء الخديج قبل حدوثه حتى يتسنى للطبيب من التدخل بسرعة من أجل وقايته من حدوث هذه الأمراض بصفة فعلية ⁸.

2- دور تقنيات الطب الحديث في أكثر مدة الحمل : سنتطرق أولاً إلى موقف الطبي من أقصى مدة الحمل، ثم دور التقنية الحديثة في التيقن من وجود الحمل:

أ- الموقف الطبي من أقصى مدة الحمل : مع تطور التقنية الطبية ووسائل الكشف أمكن متابعة الحمل وتطوره لحظة بلحظة عند الحوامل، مما أضحى بإمكان الأطباء الاستغناء عن مدد الحمل كمعيار للقول بوجود الحمل في بطن أمه وقت موت الورث، إلا أن كلمتهم اختلفت في تقدير أكثر مدة يمكن أن يبقى فيها الحمل في بطن أمه ليولد بعد ذلك حياً، إلى رأيين :

¹ وهو أكد جهاز لقياس فترة الحمل، وكل ما كان الحمل قبل الأسبوع العشرين كانت نتيجة الخطأ أقل : المرجع نفسه ص 630.

² البار محمد علي، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، المرجع السابق، ص 368.

³ المعطي موسى بن محمد، الموجات فوق الصوتية في أمراض النساء والحمل والإخصاب، الدار الأكاديمية، القاهرة، مصر، ط 1، 1900م، ص 53.

⁴ المعطي موسى بن محمد المرجع السابق، ص 52.

⁵ باتريشيا تشدلي : ترجمة : زينب بنت أحمد بن حبيب باباي، فحص الحوامل بالموجات فوق الصوتية، مطبوعات جامعة الملك سعود، الرياض، السعودية، ط 1، 1424هـ، ص 106.

⁶ البار محمد علي، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، المرجع السابق، ص 368.

⁷ فاخوري سيبرو، موسوعة المرأة الطبية، المرجع السابق، ص 110.

⁸ أكد الباحثون أن هذا الجهاز يمثل نظام تحذير مبكر بسيط وسهل الاستخدام حيث يوصل بمهد الطفل، بدلا من أجهزة المراقبة التقليدية المكلفة والتي تزود بقرارات آمنة عن وضعية المريض وكشف الخلل في عضون عشر دقائق فقط م، ما يسمح بسرعة التدخل والعلاج : ينظر: مقال منشور بعنوان تطوير جهاز جديد ينقذ حياة الأطفال الخدج : شبكة المعلومات الدولية (الإنترنت) في 12 / 02 / 2005 موقع : www.qudspress.om/data/aspx/d

تاريخ : الاطلاع : 2022/11/22

الرأي الأول : ترددت أقوالهم بين : أنها تسعة أشهر¹ قد تزيد أو تقل أسبوعين، وقد تطول إلى عشرة أشهر (43 أسبوع) أي 301 يوماً تقريباً، وقد أكد أصحاب هذا الرأي أن الولادات التي تحصل بين الأسبوعين 39 و 41 تتمتع بأفضل سلامة للأجنة فإذا تأخرت عن الأسبوع 42 نقصت وأصبح الجنين في خطر حقيقي، كما إنها لو حصلت مبكرة عن وقتها نقصت وقت السلامة².

وقد ذهب إلى القول بهذا الرأي الدكتور : أحمد ترعياني ود. محي الدين كحالة اختصاصي أمراض النساء والتوليد ود. البار محمد علي³، ويرجع الأطباء السبب في عدم إمكان بقاء الجنين في البطن أكثر من الوقت المعتاد إلى أن الجنين يعتمد في غذائه -بعد الله سبحانه وتعالى- على المشيمة، فإذا بلغ الحمل نهايته المعتادة (تسعة أشهر) ضعفت المشيمة، ولم تعد قادرة على إمداد الجنين بالغذاء، فيصاب هذا الأخير بنقص الغذاء أو ما يعبر عنه بالمجاعة (Famine)، فإن زادت المدة أيضاً ولم تحصل الولادة مات الجنين داخل الرحم⁴.

وقد بينت بعض الإحصائيات أن 25% من النساء يلدن في الأسبوع (42) متأخرة أسبوعين عن تسعة أشهر، وأن 12% منهن يلدن في الأسبوع (43)، و3% في الأسبوع (44)، وتبين الإحصائيات أيضاً أن وفاة المواليد تزيد وتتضاعف بازدياد مدة الحمل عن (42) أسبوع بسبب تلف المشيمة⁵.

الرأي الثاني : أقصى مدة الحمل أحد عشر شهراً (330 يوماً) وذهب إلى هذا الرأي الدكتور أحمد كنعان⁶ وقد ورد هذا الرأي في توصيات ندوة الرؤية الإسلامية لبعض الممارسات الطبية حيث جاء فيها : "...ومدة الحمل -بوجه التقريب- مائتان وثمانون يوماً تبدأ من أول أيام الحيضة الدموية السابقة للحمل، فإذا تأخر الميلاد عن ذلك ففي المشيمة بقية رصيد يخدم الجنين بكفاءة لمدة أسبوعين آخرين، ثم يعاني الجنين بالمجاعة من بعد ذلك، لدرجة ترفع نسبة وفاة الجنين في الأسبوع الثالث والأربعين والرابع والأربعين، ومن النادر أن ينجو من الموت جنين بقي في الرحم 45 أسبوعاً، ولاستيعاب النادر والشاذ تمدد هذه الفترة إلى أسبوعين آخرين لتصبح 330 يوماً، ولم يعرف أن مشيمة قدرت أن تمدّ الجنين بعناصر الحياة لهذه المدة"⁷.

ومن خلال عرض الرأي الطبي يتبين أن الاختلاف حول أقصى مدة يمكن أن يمكّنها الحمل في بطن أمه، ثم يولد حياً أقل ما يقال فيها هو تسعة أشهر وأكثرها أحد عشر شهراً، وهي في مجملها آراء متقاربة ثم يتبين لنا بالمقارنة مع الرأي الفقهي في المسألة أنّ رأي الظاهرية هو الصحيح، وإنّ ما قاله غيرهم من الفقهاء لا يعدو أن يكون اجتهاداً مبنياً على معطيات واقعية مرحلية تبين خطئها فهم معذورون مأجورون⁸.

¹ ويكون ذلك بحساب مدة الحمل والتي تعتمد على اليوم الأول من آخر حيض لدى المرأة، وما أن الحمل يحدث عادة في اليوم الرابع عشر من بدء الحيض تقريباً، فإن مدة الحمل الحقيقية (280-14=266 يوماً) : ينظر : سيرو فاخوري، موسوعة المرأة الطبية، المرجع السابق، ص 110، الخطيب يحيى بن عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 105.

² رياض عيدروس، القرار المكين وتيسير السبيل، دراسة تفسيرية في ضوء المعطيات العلمية، د د ن، اليمن، 1436هـ-2010م، ص 74.

³ الخطيب يحيى بن عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 106، البار محمد علي، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، المرجع السابق، ص 446.

⁴ أحمد كنعان، الموسوعة الطبية الفقهية، المرجع السابق، ص 376.

⁵ تاج الدين محمود الجاعوني، الإنسان هذا الكائن العجيب " أطوار خلقه وتصويره في الطب والقرآن " دار عمار، الأردن، ط1، 1413هـ-1993م، ج1، ص 301-302.

⁶ أحمد كنعان، الموسوعة الطبية الفقهية، المرجع السابق، ص 376.

⁷ ينظر : التوصية السابعة عشر لندوة الرؤية الإسلامية لبعض الممارسات الطبية، المنعقدة من طرف المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت، بتاريخ 20 شعبان 1407هـ الموافق له : 18 أبريل 1987م .

⁸ يوسف نواصة، التطور التقني الطبي وأثره في تجدد الاجتهاد الفقهي والقانوني في أحكام الأسرة "الحمل ومتعلقاته نموذجاً" بحث مقدم ضمن الملتقى الدولي الثاني تحت عنوان "المستجدات الفقهية في أحكام الأسرة"، المتعقد بجامعة الوادي، بين 15 و16 صفر 1440هـ الموافق له 24-25 أكتوبر 2018م، ص 337.

ب- دور تقنيات الطب الحديثة للتحقق من أقصى مدة الحمل :

يمكن معرفة ما إذا كانت المرأة حاملاً أم لا من خلال علامات فيزيولوجية كتغيرات الثديين¹، أو انقطاع الدورة الشهرية إضافة إلى ظهور أعراض أخرى كالتبول، وذلك بسبب ضغط الرحم التام عن المثانة والغثيان والتقيؤ التي تظهر عادة بعد انقضاء الحيض الأخير، وتستمر إلى نهاية الشهر الثالث من الحمل والتبدلات النفسية والعصبية المعروفة بالوحم.

إلا أن هذه العلامات تتسم بالظنية ولا تدل دلالة كافية على وجود الحمل فانقطاع الدورة الشهرية قد يكون له أسباب أخرى غير الحمل كالضغط النفسي، أو بسبب اختلال في التوازن الهرموني في الجسم أو نقص التغذية، وإنما هي إرهاصات ومقدمات ليست بقاطعة ولا مؤكدة لحصول الحمل، بل لا بد من زيارة عيادة النساء والولادة والحصول على التأكيدات والنتائج النهائية...².

وقد أنجبت التقنية الحديثة وسائل أخرى تعد نتائجها جازمة بحدوث الحمل وحساب مدة مكوثه في بطن الأم ومنها :

- **تشخيص الحمل عن طريق تحاليل الدم للتعرف على هرمون (B-HCG)** والذي لا يظهر عند المرأة إلا عند حدوث الحمل، ويتكون هذا الهرمون بعد انغراس البويضة في الرحم أي بعد حوالي ستة أيام من التلقيح في قناة المبيض، ويفرز من الخلايا التي سوف تُكوّن المشيمة، ويظهر حتى قبل انقطاع الدورة الشهرية وشعور المرأة بعلامات الحمل، ونتائج هذا التشخيص مؤكدة، إلا إذا كانت المرأة تعاني من حالات نادرة، كورم على المبيض يفرز هرمون (B-HCG)³.

- **اختبار الحمل بواسطة تحاليل البول :** فالبويضة تفرز هرمون الحمل (B-HCG) الذي يظهر في بول المرأة ويمكن اكتشاف وجوده بتركيز كاف بواسطة مواد كيميائية معينة، وذلك في وقت مبكر من الحمل يصل إلى 10 أيام بعد حدوث الحمل⁴.

إذ تأخذ عينة من البول وتجري عليه تجربة بسيطة بعد تصفيته مع إضافة إليها نقطة من مادة كيميائية محضرة خصيصاً لهذا الغرض وتمزج النقطتان معا لتظهر النتيجة خلال دقيقتين⁵.

- **تشخيص الحمل عن طريق التصوير الإشعاعي للموجات فوق الصوتية** الذي يصور الرحم والأجزاء المحيطة به، ويتبين من خلاله حصول الحمل من عدمه⁶.

وترتبط على ما سق، يمكن القول أنه مع تطور علوم الطب ومتابعة الحوامل بصورة دورية فقد صار بإمكاننا التأكد من عمر الحمل بدقة، والتحقق من وجوده أو عدمه بعد مضي عشرة أيام فقط على موعد العادة الشهرية بعدة طرق متيسرة، كالفحص الإكلينيكي وقياس محيط بطن الحامل، أو باستخدام تحاليل وفحوصات معينة مخبرية بسيطة والأشعة فوق الصوتية، وأضحى حساب مدة الحمل دقيقاً إلى حد ما، ويمكن الاعتماد عليه والاستشهاد به أمام القضاء متى كان صادراً من جهة رسمية في الدولة على أساس أنه قرينة علمية قوية للإثبات، وعلى من يدعي العكس أن يطعن في هذا التقرير بالتزوير .

1إذ يصبح حجمهما أكبر وأكثر ثقلًا مع شعور بألم خفيف في الحُكْمَة والتدي، مع ظهور غدد الحليب التي تنمو وتكر إلى أن تظهر بوضوح بعد شهرين من الحمل :ينظر : البعداني محمد نعمان، المرجع السابق، ص 1036.

2أحمد كنعان، الموسوعة الطبية الفقهية، المرجع السابق، ص 376، البعداني محمد نعمان، المرجع السابق، ص 1036 هشام بن عبد الملك بن عبد الله م بن محمد آل الشيخ، أثر التقنية الحديثة في الخلاف الفقهي، المرجع السابق، ص 374.

3البعداني، المرجع السابق، ص 1037.

4يمكن إجراء هذا الاختبار من طرف المرأة منزلياً بواسطة جهاز كشف صغير يباع في الصيدليات خصيصاً لإجراء اختبار الحمل، وهي عبارة عن عصا صغيرة من الكرتون أو البلاستيك مثبت بها من الطرف اسفنجة ومن الطرف الآخر فتحتان ذوات لون أبيض فيغمر الاسفنجة بعينة البول فيظهر في الطرف الآخر علامة الحمل أو عدمه بتغير لون إحدى الفتحتين في حال عدم الحمل وكتلتهما في حال الحمل : ينظر : مروان عبد الواحد، نضال النبرم، الموسوعة الصحية للأم والطفل، دار الإساء، عمان الأردن، ط1، 2005م، ص 79.

5العلي محي الدين، تطور الجنين وصحة الحامل، دار ابن كثير، دمشق، سوريا، ط3، 1999م، ص 182، البعداني، المرجع السابق، ص 1037.

6المعطي موسى بن محمد، المرجع السابق، ص 19.

و في هذا الصدد يقول الدكتور تاج الدين : " يكفي علم الأشعة فوق السمعية والفحوص الخلوية لعينة من السائل الأمنيوسي، إذ يمكن بهاتين الوسيلتين معرفة عمر الجنين بشيء من الاطمئنان " ¹.

ثالثا: موقف القانون من أدنى واقصى مدة الحمل :

سنسلط الضوء على موقف التشريعات العربية من هذه المسألة، ثم نبين موقف المشرع الجزائري :

1-موقف التشريعات العربية من تحديد مدة الحمل أداها وأقصاها : من خلال استقراء قوانين الأحوال الشخصية للبدان العربية يتضح أنها اتفقت جميعا على أن أقل مدة الحمل هي ستة أشهر، وأن غالبيتها ذهبت إلى تبني الرأي القائل بأن أكثر مدة الحمل هي سنة وفيما يلي تفصيل ذلك :

فقد نصت المادة 91 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي على أنّ " أقل مدة حمل مائة وثمانون يوما ... وأكثرها ثلاثمائة وخمسة وستون يوما ما لم تقرر لجنة طبية مشكلة لهذا الغرض خلاف ذلك "، وهو ما نصت عليه المادة 166 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي²: " أقل مدة الحمل ستة أشهر قمرية .. وأكثرها ثلاثمائة وخمسة وستون يوما "، وقد نصت المادة 100 من قانون الأحوال الشخصية السوداني³على أنّ : " أقل مدة الحمل هي ستة أشهر وأكثرها سنة "، ونصت المادة 128 من قانون الأحوال الشخصية السوري⁴ أنّ : " أقل مدة حمل مائة وثمانون يوما...وأكثرها سنة شمسية " ونصت المادة 156 من قانون الأحوال الشخصية الأردني⁵: " أقل مدة الحمل ستة أشهر وأكثرها سنة "، وحدد القانون السنة بالسنة القمرية الهجرية في المادة 322 من نفس القانون والتي جاء فيها : " المراد بالسنة الواردة في هذا القانون هي السنة القمرية ما لم ينص فيه على غير ذلك " ⁶، أما مدونة الأسرة المغربية فقد نصت المادة 154 فقرة 1 منها "يثبت نسب الولد بفراش الزوجية :1-إذا ولد لستة أشهر من تاريخ العقد... 2-إذا ولد خلال سنة من تاريخ الفراق"، وفي مجلة الأحوال الشخصية التونسية نص الفصل 71 منها على أنه "إذا ولدت الزوجة لتمام ستة أشهر من حين عقد الزواج... يثبت نسب المولود من الزواج" والمادة 69 لا يثبت النسب عند الإنكار لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها ولا ولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها أو من وفاته أو من تاريخ الطلاق "" أما المشرع المصري فحدد أقل مدة الحمل بتسعة أشهر (مائتان وسبعون يوما) وهذا ما نصت عليه المادة 43 من قانون الميراث المصري "لا يرث الحمل غير أبيه إلا في الحالتين الآتيتين : ... الثانية: أن يولد حيا لسبعين ومائتي يوم على الأكثر من تاريخ وفاة المورث إن كان من زوجة قائمة وقت الوفاة" ⁷، وحدد أقصى مدة الحمل بسنة بموجب المادة :15 من قانون رقم 25 لسنة 1920 المتضمن قانون الأحوال الشخصية المصري⁸ التي نصت على "أنه : "لا تستطيع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجته تثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها من حين العقد ولا لولد زوجة أتت له، بعد سنة من غيبة الزوج عنها ولا لولد المطلقة المتوفى عنها زوجها أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة".

¹ تاج الدين محمود الجاعوني، ج 1، ص 306.

² المادة 166 من قانون الأحوال الشخصية الأردني، المرجع السابق،

³ المادة 100 من قانون الأحوال الشخصية السوداني، المرجع السابق .

⁴ المادة 128 من قانون الأحوال الشخصية السوري، المرجع السابق .

⁵ المادة 156 من قانون الأحوال الشخصية الأردني، المرجع السابق.

⁶ المادة 322 المرجع نفسه.

⁷ المادة 02 والمادة 43 من قانون الميراث المصري، المرجع السابق .

⁸ المادة 15 من قانون رقم 25 لسنة 1920، المتضمن قانون الأحوال الشخصية المصري المعدل والمتمم بالقانون رقم 25 لسنة 1929 وبالقانون رقم

100 لسنة 1985، المرجع السابق .

من خلال استقراء موقف التشريعات العربية حول أدنى وأقصى مدة الحمل يتضح لنا ما يأتي :

- سارت كل قوانين الدول العربية على نهج جمهور العلماء فقهاء أو أطباء في تحديد أدنى مدة الحمل بستة أشهر .
- أغلب التشريعات العربية تبنت رأي الحنفية في تحديد بداية احتساب مدة الحمل من تاريخ عقد الزواج وليس من وقت الدخول وإمكان الوطاء كما ذهب إليه الجمهور، كالمشرع التونسي في الفصل 71 أعلاه والمشرع المغربي في نص المادة 154 فقرة 1 والمشرع الكويتي في نص المادة 169 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي التي جاء فيها " ينسب ولد كل زوجة في الزواج الصحيح إلى زوجها بشرطين :...ب- مضي أقل مدة الحمل على عقد الزواج " ¹.
- حدد القانونين الإماراتي والسوري أقل مدة الحمل، وأقصاها بالأيام وهو الأفضل لكونه أضبط عند التطبيق من التحديد بالأشهر ² لاسيما مع التطور الذي عرفه الطب الإنجابي الذي أمكن معرفة ومتابعة عمر الجنين بالأيام لحظة بلحظة.
- نصت غالبية القوانين العربية أقل مدة الحمل بستة أشهر، غير أنها لم تحدد هل هي الأشهر القمرية، أم الأشهر الشمسية باستثناء القانونين الأردني والكويتي اللذان حدداها بالأشهر القمرية صراحة.
- اختلفت توجهات القوانين الوضعية العربية في تحديد أقصى مدة الحمل تبعاً للرأي الفقهي المعتمد في ذلك، ما يلاحظ أن أغلبها قاربت واعتمدت رأي محمد بن عبد الله بن عبد الحكم من المالكية الذي يقضي بأن أقصى مدة الحمل سنة واحدة.
- التحديد الذي جاء به التشريع المصري والكويتي قصر أقصى مدة الحمل سنة قمرية ومقدارها أربعة وخمسين وثلاثمائة يوم أي تقل أحد عشر يوماً تقريباً عن السنة الشمسية ³.

ويمكن القول بعد التطرق إلى موقف التشريعات العربية من مسألة أقل مدة الحمل وأقصاها: أنه كان الأجدر على التشريعات العربية أن يعملوا رأي الطب من خلال اعتماد أكثر مدة الحمل بما لا يزيد عن تسعة أشهر، أو اعتمادها عشرة أشهر، لا سيما وأن أغلب هذه التشريعات صرحت في المذكرة الإيضاحية لقوانين الأحوال الشخصية بأنها راعت مستجدات العصر والاستفادة من التقنيات العلمية الحديثة، من خلال اعتماد أقوال أهل الطب المبني على وسائل علمية وتقنيات حديثة متطورة، وهم الأكثر علماً وخبرة فيما يتعلق بأكثر مدة الحمل وبقائه في بطن أمه، خاصة وأن الطب الحديث لم يسجل حالات طبيعية تدوم السنة. ومن هنا فإن أحكام الحمل يجب أن تبنى على الحقائق وليس على الظن، أو الروايات ولا يعني ذلك مخالفة لأراء الفقهاء بل هم عملوا بالأجدر والأحوط من قول أهل المعرفة والعلم والاختصاص، وأهل الطب هم أهل الاختصاص بهذه المسألة.

1- موقف المشرع الجزائري من تحديد مدة الحمل :

تطرق المشرع الجزائري إلى أقل مدة الحمل وأكثرها من خلال نصي المادتين 42 و43 من ق أ ج حيث نصت المادة 42 أن: " أقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر " وبالتالي فقد وافق المشرع الجزائري وافق جمهور الفقهاء والتشريعات العربية، أما أقصى مدة الحمل فنصت عليه المادة 43 بأنه " يثبت الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال 10 أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة " ويتضح أن المشرع الجزائري تبنى الرأي القائل بعدد أقصى مدة الحمل عشرة أشهر موافقا بذلك ما جات به قرارات المجامع الفقهية الإسلامية، وأخذاً بالرأي الطبي المعاصر .

¹ المادة 169 من قانون الأحوال الشخصية الأردني، المرجع السابق.

² وراي غنية، المرجع السابق، ص 137.

³ حازم أبو الحمد حمدي الشريف، ميراث الحمل والخنثى في ضوء المستجدات الطبية " دراسة مقارنة"، المجلة العلمية، كلية الشريعة والقانون بأسبوط، جامعة الأزهر، مصر، ع 33 يوليو 2021، ج2، ص 989-990.

وتجدر الإشارة إلى أنه في حالة ادعاء المرأة أنها حامل من زوجها بعد انحلال الرابطة الزوجية بوفاة أو طلاق فيوجب عرض المسألة على ذوي الاختصاص والخبرة بموجب حكم قبل الفصل في الموضوع من طرف القاضي كونها مسألة فنية علمية تستدعي أخذ رأي الخبراء والمختصين . وهو ما نصت عليه المادة 174 من ق أ ج¹.

لكن ما يعاب على هذا النص² أنّ المشرع الجزائري أحال هذه المادة على مقتضيات نص المادة 43 فكان عليه إحالتها إلى نص المادة 42 التي تنص على أقل مدة للحمل وأكثرها، لأن المادة 43 تحدث فقط عن المدة القصوى للحمل، ولم تتحدث عن الحد الأدنى .

الفرع الثاني: دور الطب في التحقق من شرط حياة المولود عند موت مورثه وأثره على التركة :

إذا كان شرط حياة الوارث لحظة الموت المورث من شروط استحقاق الميراث، فإن وجود الوارث وحياته إن كان حملا شرطان متلازمان وجب توفرهما في الوارث، فتقدر حياة الحمل في بطن أمه يوم وفاة المورث ويستدل على هذه الحياة بولادته حيا . والفقهاء -رحمهم الله- عندما اجتهدوا في ميراث الحمل لم يكن اجتهدوا هذا صادرا من فراغ، ولا عن هوى بل على علم واحتياط للحمل وللورثة، فلا يضيع حق الحمل ولا يزيد نصاب الورثة.

ولما كانت التقنية الحديثة في هذا المجال تقنية النتائج فإن قسمة الميراث ستتأثر تبعا لذلك، إلا أنه تأثير نسبي، فإن أثبتت التقنية الحديثة إثباتا قاطعا أن المولود ولد حيا ثم توفي تم اعتمادها في ذلك .

وعلى ضوء ما سبق، سنتطرق إلى معيار التيقن من حياة الحمل حال ولادته (أولا)، ثم دور أجهزة الطب في التحقق من استقرار حياة الحمل عند الولادة وأثره على التركة (ثانيا):

أولا: معيار التيقن من حياة الحمل حال ولادته: اتفق الفقهاء³ على أن الحمل إذا ولد حيا حياة مستقرة ولو لبعض الوقت فإنه يستحق ميراثه الشرعي، فيرث ويورث أيضا ولا تعدّ حركته في بطن الأم قبل الولادة دليلا على الحياة حتى يولد حيا بالفعل. وتعرف حياة المولود بالاستهلال⁴، لقوله صلى الله عليه وسلم "لا يرث الصبي حتى يستهلّ صارخا، قال : واستهلاله أن يبكي ويصيح أو يعطس"⁵ .

يقول الإمام القرطبي: "وأجمع أهل العلم على أن الرجل إذا مات وزوجته حُبلى أن الولد الذي في بطنها يرث ويورث إذا خرج حيا واستهلّ، وقالوا جميعا : إذا خرج ميتا لم يرث"⁶.

إلا أن العلماء اختلفوا حول العلامات التي يمكن أن تحمل محل رفع الأصوات لإثبات حياة المولود بها، تبعا لاختلافهم في تفسير معنى الاستهلال، كما اختلفوا أيضا في الاستهلال المثبت لحياة المولود وكيفية إثباته .

¹ تنص المادة 174 من ق أ ج، المرجع السابق " إذا ادعت المرأة الحمل وكذبها الورثة تعرض على أهل المعرفة مع مراعاة أحكام المادة 43 من هذا القانون"
² فضلة حفيظة، ميراث الحمل في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، الملتقى الوطني حول : الميراث بين النصوص القانونية والإشكالات العملية، المنعقد يومي 03 و04 ماي 2015م، كلية لحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، ص 13.

³ السرخسي، المرجع السابق، ج4، ص 423، عبد الوهاب البغدادي، المرجع السابق، ج1، ص 1654، المرداوي، المرجع السابق، ج7، ص 331.
⁴ الاستهلال لغة : مصدر استهلّ وهو مأخوذ من هَلَّ، واستهلّت السماء إذا صَبَّت، واستهلّت إذا ارتفع صوت وقعها، و: كأن استهلال الصبي منه وأهْلَّ المولود إهلالا : خرج صارخا، واستهل الصبي بالبكاء : رفع صوته وصرخ عند الولادة، وهو كناية عن ولادته حيا : ينظر : ابن منظور، المرجع السابق، باب اللام، مادة هلل، ج11 ص 701 وما بعدها، أما اصطلاحا : فهو أن يخرج الولد من بطن أمه صارخا " وقيل : هو أن يكون من الولد ما يدل على حياته من بكاء أو تحريك عضو أو عين " ينظر : أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في المسائل المستخرجة، تحقيق: محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط2، 1408هـ-1988م، ج14، ص 299.

⁵ ابن ماجه أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، كتاب الفرائض، باب "إذا استهلّ المولود ورث" ح ر : 2751، بيت الأفكار الدولية، د ط، د ت ن، ص 300.

⁶ القرطبي، المرجع السابق، ج 5، ص 50.

1- بيان اختلاف الفقه حول العلامات الدالة على الاستهلال : اختلف العلماء في ذلك إلى رأيين :

الرأي الأول: ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية¹ والشافعية² والإمام أحمد في رواية³ وابن حزم الظاهري⁴ ومذهب الإباضية⁵ والزيدية⁶ والإمامية⁷، أنه إذا استهل بغير صراخ بأن عطس أو حرك عضوا من أعضائه، أو تنفس أو حدث شيئا من هذا، فهو دليل على حياته وثبت له الميراث، ودليلهم على ذلك ما يأتي⁸ :

- إن الصياح والعطاس صوت علمت به حياة الحمل فأشبهه الصراخ .

- إن الحياة علة الميراث فبأي وجه عُلمت فقد وجدت وجودها موجب لتعلق الإرث بها .

الرأي الثاني : يرى هذا الاتجاه أن المولود لا يثبت له الميراث بالحركة اليسيرة أو اختلاج النفس اليسير، لأنه لم يستهل وهذا باتفاق فقهاء المالكية⁹ وأحمد في رواية¹⁰، فالاستهلال وفق منهجهم يتحقق بالصوت فقط أي بالصراخ والبكاء لا غير، قال الإمام مالك: "لا يرث ولا يورث حتى يستهل صارخا وإذا لم يستهل صارخا لم يعتد بحركته"¹¹ .

وقد استدل أصحاب هذا الاتجاه في تقييد معنى الاستهلال برفع الصوت بأدلة منها:

- ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال "لا يرث الصبي حتى يستهل صارخا، قال : واستهلاله أن يبكي ويصيح أو يعطس"¹².

الترجيح :

بالنظر إلى مسألة استهلال المولود فإن المقصود منها معرفة حياته والتي تعرف بكل ما يدل عليها من الصراخ أو تحريك عضو، أو التنفس أو العطس أو الرضاع أو غيرها، فغالبا لا يصدر من المولود مثل هذه الأمور إلا إذا كان حيا وهو المقصود حتى يستحق ميراثه، أو يؤثر في ميراث غيره، وعليه فإن رأي الجمهور الذي يرى أن الحياة تعرف بكل ما يدل عليها هو الرأي الراجح، أما في حالة حدوث شك في حياة المولود فالأولى اعتماد تقرير ذوي الاختصاص والخبرة من أطباء تقات ثقات.

ومن خلال ما ورد في كتب الفقهاء حول ما يعدّ في تحقق حياة المولود يمكن وضع ضابط للخروج من الخلاف في أن:

- كل صوت يوجد من الصبي يُعلم به حياته، فهو استهلال، وكل حركة تدل على الحياة قطعاً.

¹الموصلی، المرجع السابق، ج5، ص 114، السرخسي، المرجع السابق، ج30، ص 50-51.

²الماوردي، المرجع السابق، ج 8، ص 172، الجويني، المرجع السابق، ج 9، ص 329، النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المرجع السابق، ج6، ص 37.

³ابن مفلح، المرجع السابق، ج 5، ص 396، المرداوي، المرجع السابق، ج 7، ص 330-332.

⁴ابن حزم، المرجع السابق، ج 8، ص 343-344.

⁵أطفيش، المرجع السابق، ج 5، ص 362.

⁶العباس بن أحمد بن إبراهيم بن أحمد الحسيني اليمني الصنعاني، تنمة الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير، مطبوع مع كتاب الروض النضير للشيخ شرف الدين الحسيني بن أمد السباعي، دار الجيل، بيروت، لبنان، د ط، د ت ن، ص 100.

⁷أبو جعفر محمد بن الحسن الطوسي (الشهير بالحقق الحلي)، المبسوط في فقه الإمامية، صححه وعلق عليه :محمد الباقر الیهودي، دار الكتاب الإسلامي، بيروت، لبنان، د ط، 1412هـ-1992م، ج 4، ص 123.

⁸الماوردي، المرجع السابق، ج 8، ص 170-171.

⁹الدسوقي، المرجع السابق، ج 4، ص 423، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المرجع السابق، ج 14، ص 299.

¹⁰المرداوي، المرجع السابق، ج 7، ص 331، ابن مفلح، المرجع السابق، ج 5، ص 396.

¹¹أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المرجع السابق، ج 14، ص 300.

¹²سبق تخريجه في الصفحة 288 من البحث

- ما لا تُعلم به الحياة ويمكن أن يكون مثله لانتشار سبب الخروج من المضيق أو لاستواء بعد التواء فلا عبرة به ¹.

2- اختلاف الفقه حول الاستهلال المثبت لحياة المولود وكيفية إثباته :

أ- الاستهلال المثبت لحياة المولود :

اختلف الفقهاء حول ذلك إلى قولين :

القول الأول : ذهب جمهور الفقهاء من المالكية ² والشافعية ³ والحنابلة ⁴ والإمامية ⁵ إلى أنه يشترط في الحمل أن ينفصل عن أمه حياً ولا يكفي خروج بعضه حياً حتى لو استهل ثم مات قبل تمام انفصاله، فهو في هذه الحالة لا يرث، لأنه لم يخرج كله فأشبهه م لو مات قبل خروج أكثره.

القول الثاني : ذهب الحنفية ⁶ وأحمد في رواية ⁷ وابن حزم الظاهري ⁸ والثوري والأوزاعي ⁹ وهو قول بعض محققي الشافعية إلى أنه إذا خرج أكثر المولود حياً ثم مات قبل تمام انفصاله فإنه يرث ويورث... فيعطي الأكثر حكم الكل لأنه عُرفت حياته بالاستهلال ولقوله صلى الله عليه وسلم " إذا استهل المولود صُلِّي عليه وورث " ¹⁰.

قال ابن حزم : " من ولد بعد موت موروثه فخرج حياً كله أو بعضه أقله أو أكثره، ثم مات بعد تمام خروجه -عطس أو لم يعطس- وصحت حياته بيقين بحركة عين، أو يد أو نفس، أو بأي شيء صحت فإنه يرث ويورث ولا معنى للاستهلال " ¹¹.

الترجيح: الرأي الراجح في المسألة -حسب رأي الباحث- هو رأي الجمهور ذلك أن الغاية من الاعتداد بمعيار الاستهلال هو التيقن من استقرار حياة المولود بعد الولادة حتى تثبت له أحكام الأحياء، ولا يتم ذلك إلا بالانفصال التام للمولود.

ب- الاختلاف حول طريقة إثبات استهلال المولود :

اختلفت كلمة الفقهاء فيما يثبت به استهلال المولود على خمسة آراء:

الرأي الأول : يرى جمهور العلماء ¹² : أن استهلال المولود يثبت بشهادة امرأة واحدة غير الأم، كالقابلة الثقة أو المرأة المعروفة بالصدق والعدالة لأن ذلك ما لا يطلع عليه الرجال في سائر الأحكام بما فيها الميراث ¹³.

¹ ينظر : النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المرجع السابق، ج 2، ص 694.

² الدسوقي، المرجع السابق، ج 4، ص 423، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المرجع السابق، ج 14، ص 299.

³ الماوردي، المرجع السابق، ج 8، ص 182، الجويني، المرجع السابق، ج 9، ص 329.

⁴ ابن مفلح، المرجع السابق، ج 5، ص 397، ابن قدامة، المغني على مختصر الخرقي، المرجع السابق، ج 8، ص 406، المرداوي، المرجع السابق، ج 7، ص 331.

⁵ محمد بن الحسين الطوسي، المرجع السابق، ج 4، ص 123، محمد حسن النجفي الجواهري، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، تحقيق: عباس القوجاني، دار الكتب الإسلامية، (د م ن، د ط، د ن)، ج 39، ص 301.

⁶ الموصلي، المرجع السابق، ج 5، ص 114، ابن عابدين، المرجع السابق، ج 6، ص 800.

⁷ ابن مفلح، المرجع السابق، ج 5، ص 397، ابن قدامة، المغني على مختصر الخرقي، المرجع السابق، ج 8، ص 406، المرداوي، المرجع السابق، ج 7، ص 332.

⁸ ابن حزم، المرجع السابق، ج 8، ص 343-344.

⁹ ابن قدامة، المغني على مختصر الخرقي، المرجع السابق، ج 8، ص 406.

¹⁰ سبق تخريجه في الصفحة 288 من البحث

¹¹ ابن حزم، المرجع السابق، ج 8، ص 343-344.

¹² من حنفية وحنابلة وظاهرية وإباضية : ينظر : السرخسي، المرجع السابق، ج 16، ص 144، الكسائي، المرجع السابق، ج 6، ص 277، المرداوي، المرجع السابق، ج 12، ص 85-86، ابن حزم، المرجع السابق، ج 8، ص 478، أطفيش محمد، المرجع السابق، ج 13، ص 124.

¹³ ابن عابدين، المرجع السابق، ج 2، ص 277.

الرأي الثاني : يرى فقهاء المذهب المالكي¹ ورواية عن الحنابلة²، أنّ استهلال المولود لا يثبت بأقل من شهادة امرأتين لأن الاستهلال كالولادة والرضاع التي لا يطلع عليه الرجال.

الرأي الثالث : يرى جمهور الشافعية³ أن استهلال المولود لا يثبت بأقل من شهادة أربع نسوة، لأن الاستهلال كالولادة والرضاع التي لا يطلع عليه الرجال.

الرأي الرابع : يرى أبو حنيفة⁴ أن الاستهلال في الميراث لا يثبت إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين.

الرأي الخامس : يرى بعض الشافعية⁵ أن استهلال المولود في أحكام الميراث لا يثبت إلا بشهادة رجلين.

إنه وبعد عرض مختلف الآراء الفقهية **يترجح لدى الباحث** رأي الجمهور القائل باعتماد امرأة واحدة من ذوات الثقة في إثبات استهلال المولود من عدمه، وذلك أن الرسول صلى الله عليه وسلم قد قبل شهادة امرأة واحدة في إثبات حرمة النكاح بسبب الرضاعة⁶، ثم إن القول باشتراط شهادة رجلين أو رجل وامرأتين لإثبات استهلال المولود فهو غير وارد، لأن الولادة من الأمور التي تستأثر بها المرأة في ذلك الزمان .

ثانيا : دور أجهزة الطب في التحقق من استقرار حياة الحمل وأثره على التركة :

سنسلط الضوء على دور أجهزة الطب الحديثة في التحقق من استقرار حياة الحمل ثم نبين موقف التشريعات العربية من شرط ثبوت ولادة الحمل حيا واستقرارها لاستحقاق الميراث، وبعدها نخرج إلى بيان أثر ثبوت استقرار حياة المولود طبيا على تقسيم التركة.

1- دور أجهزة الطب في التحقق من استقرار حياة الحمل:

مع التطور الطبي الهائل الذي ميز مجال الطب الإنجابي أصبح مجال الكشف عن حياة المولود يقينية النتائج، ومع تسخير المراكز الصحية المتخصصة للتوليد وفي المستشفيات الصحية سواء في القطاع العام أو الخاص أمكن تعويض الشهادة اللفظية القائمة على العلامات الظاهرة بالشهادة الطبية المقدمة بناء على نتائج الفحص الطبي من ذوي الاختصاص⁷.

أما في حالة وجود نزاع بين الورثة رُفع أمام القضاء فيكون إثبات ذلك بناء على تقرير طبي من ذوي الخبرة في مجال الطب الإنجابي، فإن أثبتت الخبرة الطبية إثباتا يقينيا حياة الحمل بعد ولادته ولو توفي بعد ذلك، فيمكن للقاضي قسمة التركة وفق ما خلصت إليه الخبرة فيرث المولود نصيبه من تركة مورثه، ولا مجال للقول بأن حياة المولود غير مستقرة بعد ولادته ، ولا فرق بين خروجه أكثره أو أقله، مادام أن حياته ثبتت بقرينة قطعية -وهي شهادة الأطباء - ومن ثم يثبت ميراثه .

أما إذا أثبتت نتائج الخبرة حياة الحمل في بطن أمه غير أنه ولد ميتا، فلا ميراث له لأن الحياة المعتد بها في مجال الحقوق والالتزامات هي الحياة الدنيوية المشاهدة لا الحياة الرحمية التي لا يترتب عليها أي حقوق، إلا إذا استمرت هذه الحياة وثبتت حين خروج المولود⁸ .

¹مالك بن أنس، المرجع السابق، ج 4، ص 22-23.

² ابن قدامة موفق الدين، الكافي في فقه الإمام أحمد، المرجع السابق، ج 4، ص 283-284.

³أبو الحسن أحمد بن محمد بن أحمد بن القاسم الضبي الشافعي، اللباب في الفقه الشافعي، دار البخاري، المدينة المنورة، السعودية، ط 1، 1416 هـ، ص 411.

⁴السرخسي، المرجع السابق، ج 16، ص 144.

⁵زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري السنيكي، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، دار الفكر، دمشق، د ط، 1994م، ج 2، ص 275.

⁶فقد روي في صحيح البخاري عن عقبة بن الحارث أنه تزوج ابنة لأبي إهاب بن عزيز فأنته امرأة فقالت : إني قد أرضعت عقبة والي تزوج، فقال لها عقبة، ما أعلم أنك أرضعتني ولا أخبرني، فركب إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالمدينة فسأله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم كيف وقد قيل ؟ ففارقها عقبة ونكحت زوجا غيره " : أخرجه البخاري، المرجع السابق، كتاب العلم، باب الرحلة في المسألة النازلة وتعليم أهله، ح ر 88، ص 35.

⁷ورائي غنية، المرجع السابق، ص 160.

⁸السعيد بوزيري، أحكام الميراث في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، (د ط، د ت ن)، ص 50.

يقول عبد الرشيد قاسم " و أرى أنه يفضل في هذا الزمان -حسبما لما ورد من خلاف- الاستفادة من تطور الطب وأجهزته"¹. واشترط الدكتور هشام عبد الملك آل الشيخ : ألا تصدر هذه النتائج إلا من طبيبين مسلمين يُقبل رأيهما مع مسؤولية الجهة المصدرة لهذه النتيجة"².

وبالتالي يمكن القول أن يمكن عد التقرير الطبي الذي يثبت إثباتا يقينيا حياة الحمل بعد ولادته قرينة يستعين بها القاضي لقسمة التركة في حالة وجود نزاع بين الورثة وفق ما خلصت إليه الخبرة .

2-موقف التشريعات العربية من شرط ثبوت ولادة الحمل حيا واستقرارها لاستحقاق الميراث :

إن أغلب التشريعات العربية تبنت ما اجتمع عليه جمهور الفقهاء من شروط استحقاق الحمل للتركة وهو تحقق حياته عند موت مورثه : فقد نص قانون الأحوال الشخصية الإماراتي في المادة 316 منه "يشترط لاستحقاق الميراث...2- : حياة الوارث حقيقة أو تقديرا"³، وحياته التقديرية حياة الحمل في بطن أمه ويعد من الورثة ما دام ولد حيا، وقد نصت المادة الثانية من قانون الميراث المصري : "يشترط لاستحقاق الإرث تحقق حياة الوارث وقت موت المورث، أو وقت الحكم بعده ميتا " ويستحق الحمل الميراث وفق الشروط التي نصت عليها المشرع في المادة 43 من نفس القانون بالقول " إذا توفي الرجل عن زوجته أو معتدته، فلا يرثه حملها إلا إذا ولد حيا لخمسة وستين وثلاثمائة يوم على الأكثر من تاريخ الوفاة أو الفرقة، لا يرث الحمل غير أبيه إلا في الحالتين الآتيتين: الأولى: أن يولد حيا لخمسة وستين وثلاثمائة يوم من تاريخ الموت أو الفرقة، إن كانت أمه معتدة موت أو فرقة، ومات المورث أثناء العدة، الثانية: أن يولد حيا لسبعين ومائتي يوم على الأكثر من تاريخ وفاة المورث إن كان من زوجية قائمة وقت الوفاة"⁴.

وقد وافق قانون الأحوال الشخصية الكويتي تماما ما جاء به القانون المصري وذلك في المادة 289 منه التي نصت : "أ- يشترط لاستحقاق الإرث تحقق حياة الوارث وقت موت المورث، حقيقة أو حكما، ويتحقق وجود الحمل واستحقاقه للإرث إذا وفرت فيه الشروط الواردة في المادة 330 من هذا القانون "، وبالرجوع إلى المادة 330 فقد نصت على : إذا توفي الرجل عن زوجته أو معتدته، فلا يرثه حملها إلا إذا ولد حيا لخمسة وستين وثلاثمائة يوم على الأكثر من تاريخ الوفاة أو الفرقة . لا يرث الحمل غير أبيه إلا في الحالتين الآتيتين : الأولى : أن يولد حيا لخمسة وستين وثلاثمائة يوم من تاريخ الموت أو الفرقة، إن كانت أمه معتدة موت أو فرقة، ومات المورث أثناء العدة، الثانية : أن يولد حيا لسبعين ومائتي يوم على الأكثر من تاريخ وفاة المورث إن كان من زوجية قائمة وقت الوفاة"⁵.

وقد نص المشرع السوداني على ذلك في نص المادة 349 من قانون الأحوال الشخصية التي جاء فيها : "شروط الإرث هي :أ- حياة الوارث حين موت مورثه حقيقة أو تقديرا"⁶، وقد نصت المادة 260 من قانون الأحوال الشخصية السوري عن شروط استحقاق الحمل للميراث فجاء فيها " ويكون الحمل مستحقا للإرث إذا توافر فيه شروط صحة الوصية للحمل النصوص عليها في المادة 236 من هذا القانون " وبالرجوع إلى نص المادة 236 من نفس القانون فقد نصت على أنه " تصح الوصية للحمل المعين وفقا لما يلي "أ- إذا أقر الموصي بوجود الحمل حين الإيصاء يشترط أن يولد حيا لسنة فأقل من ذلك الحين ب إذا كانت الحامل معتدة من وفاة أو فرقة بائة يشترط أن يولد حيا لسنة فأقل من ذلك الحين ج-إذا لم يكن الموصي مقرا ولا الحامل معتدة يشترط أن يولد حيا لسنة فأقل من ذلك الحين بتسعة أشهر فأقل من حين الوصية د اذا كانت الوصية لحمل من شخص معين يشترط مع ما تقدم أن

¹ عبد الرشيد قاسم، أحكام المرأة الحامل وحملها، دار الكيان للنشر، د م ن، د ط، 2005م، ص 2013.

² هشام عبد الملك آل الشيخ، المرجع السابق، ص 378.

³ المادة 316 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، المرجع السابق .

⁴ المادة 02 والمادة 43 من قانون الميراث المصري، المرجع السابق .

⁵ المادة 289 و330 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي، المرجع السابق .

⁶ المادة 349 من قانون الأحوال الشخصية السوداني، المرجع السابق .

يثبت نسب الولد من ذلك الشخص ب توقف غلة الموصى به منذ وفاة الموصي إلى أن ينفصل الحمل حيا فتكون له¹، وجاء في المادة 331 من مدونة الأسرة المغربية²: "لا يستحق الإرث إلا إذا ثبتت حياة المولود بصراح أو رضاع ونحوها"، ونص الفصل 85 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية: "يستحق الإرث بموت المورث ولو حكما ويتحقق حياة الوارث من بعده"³.

ونص المشرع الجزائري في المادة 128 من قانون الأسرة الجزائري "يشترط لاستحقاق الإرث أن يكون الوارث حيا أو حملا وقت افتتاح التركة مع ثبوت نسب الإرث .."، ونصت المادة 134 "لا يرث الحمل إلا إذا ولد حيا، ويعد حيا إذا استهل صارخا أو بدت منه علامة ظاهرة بالحياة"⁴.

إذن فقد نص المشرع على شرط وجود الحمل حيا في بطن أمه أو أثناء ولادته لاستحقاق الميراث من مورثه على غرار باقي التشريعات العربية، لكن ما يستشف من هذا النص أن المشرع اشترط لاستحقاق الحمل للإرث أن يكون موجودا في بطن أمه وقت افتتاح التركة وهذا غير صحيح لذا وجب عليه إعادة صياغة نص المادة باستبدال عبارة وقت افتتاح التركة بعبارة وقت وفاة المورث وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء.

ونص على شرط ولادته حيا بموجب المادة 134 من ق أ ج بالقول: "لا يرث الحمل إلا إذا استهل صارخا أو بدت منه علامة ظاهرة بالحياة" فيعدّ حيا حسب نص هذه المادة من خلال استهلاله أو ظهور بعض علامات الدالة على حياته كالصباح والعطاس أو تحرك بعض أعضائه، كالتنفس و التثاوب ...، فإن لم يظهر على الحمل ساعة ولادته شيء من علامات الحياة أو اختلف فيها لللقاضي أن يستعين بأهل الخبرة من الأطباء في معرفة ما إذا كان الحمل ولد حيا أو ميتا⁵.

وأما بالنسبة إلى نص المادة 134 فالمشرع جانب الصواب في صياغتها إذا كان عليه القول "لا يرث الحمل إلا بتمام ولادته حيا" وليس "إذا ولد حيا" فقد يحدث أحيانا أن ينفصل الحمل عن بطن أمه بعضه والبعض الآخر ميت وهذا ما يثير إشكالا عمليا عند قسمة التركة، وهذا تماشيا مع نص المادة 25 من القانون المدني الجزائري التي نصت على أنه: "تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا ..."⁶.

أما فيما يتعلق بموقف التشريعات من مسألة علامات استهلال المولود فأغلب التشريعات العربية سارت على خطى جمهور العلماء لما عدّوا أن حياة المولود تعرف باستهلاله صارخا أو بأي علامة ظاهرة أخرى بدت على المولود تدل دلالة واضحة على حياته ما جاء في مدونة الأسرة المغربية بموجب المادة 331 من التي نصت: "لا يستحق الإرث إلا إذا ثبتت حياة المولود بصراح أو رضاع ونحوها"، والمادة 260 من القانون السوري أعلاه⁷ والمشرع الجزائري في نص المادة 134 التي نصت: "لا يرث الحمل إلا إذا استهل صارخا أو بدت منه علامة ظاهرة بالحياة".

3- أثر ثبوت استقرار حياة المولود طبيا على تقسيم التركة: لبيان ومدى تأثير اعتماد التقنية الطبية في اثبات استقرار حياة المولود على التركة. وبيان رأي الفقهاء حول مسألة توريث الحمل تبعا لاختلافهم في طريقة استهلال المولود، سنفترض مثلا تطبيقيا ثم نقوم

¹ المادة 260 و 236 من قانون الأحوال الشخصية السوري، المرجع السابق.

² تنص المادة 331 من مدونة الأسرة المغربية مرجع السابق

³ المادة 85 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، المرجع السابق .

⁴ المادة 128 و 134 من قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق .

⁵ مسعود هلاي، أحكام التركات والموارث في قانون الأسرة الجزائري "دراسة نظرية تطبيقية" دار الجسور، الجزائر، 2008م، ص 201.

⁶ المادة 25 من القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

⁷ ينظر المادة 260 من قانون الأحوال الشخصية السوري، المرجع السابق وقد تم التطرق إليها بالتفصيل أعلاه عند الحديث عن موقف المشرع السوري حول شروط استحقاق الحمل للميراث.

الفصل الثاني دور القرينة العلمية الحديثة في بيان حقيقة حياة الوارث وأثرها على الميراث

بحله وفق الرأي المؤيد لاعتماد كل الأمارات الدالة على الاستهلال في توريث المولود أي وفق نتائج تقرير الطبي، ثم نحل المسألة وفق الرأي الراض لاعتماد كل الأمارات الدالة على الاستهلال ما عدا الاستهلال بالصراخ والصباح والعطس:

مثال: مات وترك أما وأبا وابن وزوجة (حامل) وترك قطعاً أرضية قدرها 288 هكتاراً، وبعد ولادة المولود (أنثى) لم تصدر منها أية أمانة ظاهرة تدل على حياتها كالصراخ أو الصباح غير أن التقرير الطبي أكد أنّ البنت (المولود) ولدت حية أين أثبت طبيباً أن قلبها كان ينبض لحظة خروجها من بطن أمها: وتحل وفق الجدول الآتي :

المسألة 01: حلها وفق رأي الجمهور ووفق تقرير الخبرة				المسألة 02: حلها وفق المذهب المالكي			
الورثة	الفروض	الأصل	72	الورثة	الفروض	24	التركة = 24/288 12
زوجة	8/1	3	9	زوجة	8/1	3	36=12 x3 هـ
أب	6/1	4	12	أب	6/1	4	48=12 x4 هـ
أم	6/1	4	12	أم	6/1	4	48=12 x4 هـ
ابن زينت	ب ع	13	39	ابن	ب ع	13	156=12x13 هـ
							104 وللبنات 52

يلاحظ أننا لما قمنا بحل المسألة وفق رأي الجمهور الذي يعتد بتوريث الحمل بأي علامة تصدر منه كنبض القلب وهو الأمر الذي أثبتته التقرير الطبي، فالمولود (البنت) نعدّ وارثة، فيكون أصل المسألة من أربع وعشرين صحت من اثنان وسبعين للزوجة الثمن لوجود الفرع الوارث (3 أسهم) وللأب السدس لوجود الفرع الذكر (4 أسهم)، للأُم السدس لوجود الفرع الوارث (4 أسهم) وللبنات والابن الباقي تعصيباً للذكر مثل حظ الانثيين (39 سهماً) : 13 سهماً للبنات و 26 سهماً للابن .

وبعد قسمة التركة 288 على أصل المسألة 72 نحصل على قيمة السهم الواحد : $288 \div 72 = 4$ هكتار وللحصول على نصيب كل وارث من مسألة تقدير ثبوت استهلال المولود (وفق رأي الجمهور ووفق التقرير الطبي) نقوم بضرب سهام كل وارث من المسألة في جزء السهم لنجد أنّ: للزوجة 36 هـ، وللأب 48 هـ، وللأم 48 هـ، وللبنات 52 هـ، وللبن 104 هـ، وبجمع الأنصبة: $36+48+48+52+104$ نجد قيمة التركة: 288 هكتاراً.

أما حلها وفق رأي المالكية على أساس القول بعدم ثبوت استهلال المولود فإن أصل المسألة من أربعة وعشرين للزوجة الثمن لوجود الفرع الوارث (3 أسهم) وللأب السدس لوجود الفرع الذكر (4 أسهم) وللأم السدس لوجود الفرع الوارث (4 أسهم) وللبن الباقي عصبة بالنفس 13 سهماً .

وبعد قسمة التركة 288 هـ على أصل المسألة 24 نحصل على قيمة السهم الواحد : $288 \div 24 = 12$ هكتار وللحصول على نصيب كل وارث من مسألة تقدير عدم ثبوت استهلال المولود (وفق رأي المالكية) نقوم بضرب سهام كل وارث من المسألة في جزء السهم لنجد أنّ : للزوجة 36 هـ، وللأب 48 هـ، وللأم 48 هـ، وللبن 156 هـ، وبجمع الأنصبة: $36+48+48+156$ نجد قيمة التركة: 288 هكتاراً، وتجدر الإشارة إلى أن نصيب المولود (البنت) : 52 هـ المتوفاة بعد ثبوت استهلالها وفق رأي الجمهور الموافق لرأي التقرير الطبي فإن نصيبه يوزع على ورثته وهم : الأم و الجد و الأخ شقيق وجدة، فيكون حلها وفق الجدول الآتي :

تقسيم نصيب المولود البنت (المتوفاة) بعد ثبوت استهلالها قبل وفاتها (حسب رأي الجمهور) ورأي التقرير الطبي			
الورثة	الفرض	الأصل	التركة = $3 \div 52 = 17.33$
الأم	1/3	1	$17.33 \times 1 = 17.33$ هـ
الجد والأخ ش	ب ع	2 للجد 1 وللأخ ش 1 (مقاسمة)	$17.33 \times 2 = 34.66$ للجد : 17.33 هـ وللأخ ش 17.33 هـ
الجددة	حُجبت من الام	/	لا شيء للجددة

بعد أن قسمنا نصيب المولود (البنت) المتوفاة بعد ثبوت استهلاكها حسب رأي الجمهور ووفق نتائج التقرير الطبي وجدنا أصل المسألة 3، للأم الثلث لعدم وجود الفرع الوارث وعدم الجمع بين الإخوة (سهم واحد)، للجد والأخ الشقيق الباقي عصبه (سهمان لكل واحد منها سهم واحد) على أساس أن المقاسمة¹ هي الأفضل للجد لاجتماعه والأخ الشقيق مع ذوي الفروض. وبعد قسمة التركة (نصيب المولود المتوفى) 52 هـ على أصل المسألة 3 نحصل على قيمة السهم الواحد: $52 \div 3 = 17.33$ هكتار وللحصول على نصيب كل وارث من مسألة تقسيم نصيب المولود المتوفى بعد ثبوت استهلاكه طبقاً لنتائج التقرير الطبي ووفق رأي الجمهور نقوم بضرب سهام كل وارث من المسألة في جزء السهم فوجدنا: للأم 17.33 هـ وللجد مع الأخ الشقيق لكل واحد منهما 17.33 هـ وبجمع الأنصبة: $3 \times 17.33 = 51.99$ أي بالتقريب 52 هكتاراً وهو نصيب المولود (البنت).

وبالتالي توصلنا إلى أن للتقرير الطبي دور كبير في إثبات استهلاك المولود بعد ولادته و من ثم له تأثير على تقسيم التركة.

المطلب الثاني: دور المستجدات الطبية في معرفة جنس الحمل، عدده، والتحكم فيه وأثرها على التركة :

إنّ التعرف على جنس الحمل وعدده في بطن أمه بعد وفاة مورثه، اعتماداً على تقنيات الطب الحديث من المسائل غير المتاحة في زمن علماء السلف، فلو كانت هذه الأجهزة الطبية بتقنياتها العصرية موجودة للكشف عن جنس وعدد الحمل في البطن، لكان الفقهاء استندوا عليها في حالة انتفاء المحذور الشرعي بدل العمل بالتقديرات التي وضعوها عند وجود حمل في قضايا الميراث. ومسألة محاولة الأطباء معرفة جنس الحمل قديمة وليست من النوازل، إذ يقول الإمام القرطبي: "قد يُعرف بطول التجارب أشياء من ذكورة الحمل أو أنوثته، إلى غير ذلك ...، وقد تختلف التجربة وتنكسر العادة ويبقى العلم لله تعالى وحده"².

وعطفاً على ما سبق، سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، نبين في (الفرع الأول) دور تقنيات الطب في معرفة جنس الحمل وعدده وأثرها على تقدير ميراثه، ثم نتناول دور تقنيات الطب في التحكم في جنس الجنين وأثره على تقدير ميراثه (في الفرع الثاني)

الفرع الأول: دور تقنيات الطب في معرفة جنس وعدد الحمل وأثره على تقدير ميراثه:

سنترك في هذا الفرع إلى دور أجهزة الطب الإنجابي في الكشف عن جنس الجنين وعدده (أولاً) ثم نبين مدى تأثير تقادير الحمل عند قسمة التركة بمعرفة جنس الحمل وعدده طبياً (ثانياً).

أولاً: دور أجهزة الطب الإنجابي في الكشف عن جنس الجنين وعدده:

لقد استطاع الطب الحديث أن يكشف عن حالة الحمل التوأم في الأشهر الأولى، كما إنه يمكن تحديد جنس الجنين أيضاً عن طريق التحاليل المخبرية والتصوير الإشعاعي، فبالنسبة إلى معرفة تعدد الحمل فإن الطبيب إمكانية تشخيص وجود التوأم إذا سمع ضربات القلب في مكانين مختلفين من بطن الحامل، وكذلك يستطيع ذلك بالموجات فوق الصوتية³:

1- تشخيص الحمل عن طريق تصوير أعضاء الجنين: (L'echographie):

يمكن عن طريق تصوير أعضاء الجنين اكتشاف الحمل المتعدد بين الأسبوع الحادي عشر والأسبوع الثالث عشر وستة أيام من انقطاع الحيض⁴، كما يمكن أن نحدد مسبقاً جنسه ما بين الأسبوع الثاني عشر والأسبوع الثالث عشر وستة أيام، لكن معرفة الجنس الحقيقي للجنين ليست دائماً مؤكدة⁵.

¹ نصت الفقرة 02 من المادة 158 من قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق: " وإذا اجتمع الجد العاصب مع الإخوة وذوي الفروض فله الأفضل من: 3-... أو مقاسمة الإخوة كذكر منهم "

² القرطبي، المرجع السابق، ج 14، ص 82.

³ منير رياض الحنا، الأدلة المادية في الإثبات من واقع الخبرة الفنية للطب الشرعي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ط1، 2014م، ص 163.

⁴ ينظر: موقع: <http://www.cedef.net>، تاريخ الاطلاع عليه: 2022/11/05.

⁵ ينظر: موقع: <http://fr.wikipedia.org>، تاريخ الاطلاع عليه: 2022/11/05.

وقد تظهر الأعضاء التناسلية بين الأسبوع الثاني والعشرين والأسبوع الرابع والعشرين من انقطاع الحيض إلا أن جنس الجنين لا يتحدد بصفة واضحة سوى بين الأسبوع الثاني والثلاثين والأسبوع الرابع والثلاثين من خلال ظهور الخصيتين بالنسبة للذكور¹. ومع التطور التقني ظهرت تقنية تنظير الجنين الفيتوسكوب Fetoscope، وتتم هذه الطريقة باستعمال المنظار الداخلي للرحم والذي يمكن من معرفة جنس الحمل في البطن².

2- تشخيص الحمل عن طريق التصوير الإشعاعي (الموجات فوق الصوتية: (Ultrasons-Ultrasound):

وتوجد لهذه الطريقة تقنيتين: تتمثل الأولى في استخدام الأمواج فوق الصوتية (ثنائية الأبعاد)، ثم اعتماد طريقة أكثر دقة وهي تقنية الأمواج فوق الصوتية (ثلاثية الأبعاد):

أ- استخدام الأمواج فوق الصوتية (ثنائية الأبعاد): تعتمد هذه التقنية على مبدأ إرسال أمواج فوق الصوتية إلى العضو محل الدراسة، فتتردّ أجزاء منها من خلال اختراقها لأنسجة الجلد (صدى) فيتلقاها الجهاز، ويحلّلها عن طريق حاسوب فيه، محوّلًا هذه المعطيات إلى صورة، فيمكن هذا الجهاز من تصوير الرحم والأجهزة المحيطة به³، وما يميز هذا التشخيص ما يلي:

- يمكن من خلاله معرفة جنس الحمل بوضوح تام ابتداء من الأسبوع الثامن عشر، أو العشرين من الحمل، حسب وضعية الجنين داخل الرحم وكفاءة الطبيب⁴.

- يُعدّ هذا الإجراء آمناً بالمقارنة مع الأجهزة الأخرى، فلا يشكل خطراً سواء على الحمل أو على الحامل، ويمكن إجراؤه في كل مراحل الحمل، مع تكراره بصورة آمنة.

- تزويد الطبيب بمعلومات كافية عن حال الحمل، كمعرفة عمره ومتابعة ووضعه الصحي ونوع أعضائه التناسلية والتي تكون ظاهرة على شاشة التصوير⁵.

- يمكن من خلاله الكشف المبكر لكثير من الأمراض والتشوهات الخلقية التي تصيب الجنين، فيمكن هذا الجهاز بتصوير الرحم والأجهزة المحيطة.

ب - تشخيص الحمل عن طريق تقنية الأمواج فوق الصوتية (ثلاثية الأبعاد): وهي في الأصل أشعة صوتية عادية ثنائية الأبعاد، ولكن أُدخل عليها تقنيات جديدة إذ يقوم جهاز الحاسب الآلي المتصل بجهاز التصوير بتجميع الصور ثنائية الأبعاد التي أُخذت بطريقة فنية دقيقة، وصنّفها متجاورة بحيث تظهر الصورة بالأبعاد الثلاثة (الطول والعرض والعمق)، وما يميز هذه التقنية المتطورة⁶. إمكانية إضافة بُعد رابع للصورة وهو بُعد الزمن (تكون الصورة متحركة رباعية الأبعاد)، ويمكن تسجيلها على شريط فيديو تظهر فيه حركة الجنين داخل بطن أمه.

- ويلجأ الطبيب عادة لهذا الفحص للتعرف على جنس الجنين قبل الولادة، عندما يشك في وجود أمراض وراثية مثل: أمراض الدم أو مرض فقر العضلات⁷.

¹ ينظر: موقع: <http://www.plane.vertbaudet.com>، تاريخ الاطلاع عليه: 2022/11/05.

² هشام عبد الملك آل الشيخ، المرجع السابق، ص 377.

³ المدحجي محمد بن هائل بن غيلان، أحكام النوازل في الإنجاب، دار كنوز إشبيلية، السعودية، ط 1، 2011م، ج 3، ص 1023.

⁴ المعطي موسى بن محمد المرجع السابق، ص 19.

⁵ المدحجي محمد، المرجع السابق، ص 1023.

⁶ بإسلامة عبد الله بن حسين، سيدتي الحامل دليل الحمل والولادة، مطبعة السروات، جدة، السعودية، ط 4، 1416هـ، ص 23-24.

⁷ عصام عيتاني، طفلي الحمل والولادة و الأيام الأولى، دار إحياء العلوم، بيروت، لبنان، ط 4، 1416 هـ، ص 44.

3- فحص السائل الأمنيوسي (Amniocentesis - Amniocentèse) :

وتتمثل هذه الطريقة في غرز إبرة دقيقة لسحب السائل الأمنيوسي المحيط بالجنين داخل كيس السلى الموجود بالرحم، ويصل حجم هذا السائل الأمنيوسي حوالي لتر ونصف، وتتكاثر فيه بعض الخلايا الأجنبية، فتُسحب كمية معينة من هذا السائل، ليتمكن فحص هذه الخلايا الجينية ومعرفة ما إذا كانت تحمل صفة الذكورة (y) أو تحمل صفة الأنوثة (x)، وبالتالي يمكن الكشف عن جنس الجنين، ومعرفة ما إذا كان الجنين ذكراً أو أنثى، ووفقاً لعلم الأجنة، إلا أنه لا يمكن إجراء هذه الطريقة إلا بعد مضي أربعة أشهر على الأقل من وقت الإخصاب¹.

وتسمى هذه الطريقة أيضاً بدراسة النظام الكروموزومي للجنين (Le Caryotype Foetal)، ورغم أنها تسمح بمعرفة جنس الجنين في بداية الحمل دون خطأ إلا أنها لا تخلو من الخطورة على الجنين، إذ قد يسقط لدى 1% من النساء الحوامل اللائي خضعن للعملية لتحديد جنس الجنين من خلال دراسة نظامه الكروموزومي بأخذ عينة من خلايا الجنين بالثقب بالسائل الذي لا يسبح فيه الجنين، لذلك يتم اللجوء إلى هذه الطريقة في الحالات التي يحدق بالحمل خلل كروموزومي خطير كالتشوهات الخطيرة في أجهزة الهضم والقلب والدماغ².

ثانياً: مدى تأثير تقادير الحمل عند قسمة التركة بمعرفة جنس الحمل وعدده طبيياً :

إن الورثة إذا رضوا بتأجيل القسمة إلى وضع الحمل، فهذا أولى خروجاً من الخلاف واحتياطياً لنصيب الحمل، وتكون القسمة مرة واحدة، إلا أن القسمة حق للورثة، فإذا رضوا بتأجيلها فقد أسقطوا حقهم في القسمة المعجلة³. أما إذا أصرّ الورثة على قسمة التركة قبل الوضع وطلب بعضهم أو كلهم تعجيل القسمة قبل الوضع، فقد اختلف الفقهاء في التقديرات التي تخضع لها القسمة على أقوال تبعاً لعدم استبيان حال الحمل من ذكورة و أنوثة وإفراد وتعدد . إلا أنه وبعد تطور أجهزة الطب الإنجابي التي أثبتت دقة نتائجها، يمكن لها أن تحسم الخلافات في زمننا الحاضر، ولما لا الاحتكام إلى نتائج التقارير الطبية المنجزة من أطباء أكفأ مختصين عند حدوث نزاعات حول قسمة التركة بين الورثة . وترتيباً على ما سبق، سنسلط الضوء أولاً على طريقة عمل الفقهاء في تقسيم الميراث مع وجود حمل وارث ثم نبين تأثير تقادير الحمل بمعرفة جنس الحمل وعدده بأجهزة الطب الحديث.

1- عمل الفقهاء في تقسيم الميراث مع وجود حمل وارث :

اختلف العلماء في حكم قسمة التركة في حال وجود حمل وارث من جملة الورثة على آراء عدة، يمكن تفصيلها فيما يأتي :

الرأي الأول :

ذهب المالكية⁴، والإباضية⁵ إلى أن التركة المشتملة على حمل وارث أو مؤثر في الورثة يوقف تقسيمها على الورثة، ويُنظر إلى حين وضع الحمل للتأكد من وجود الحمل وبيان جنسه وعدده .
ودليلهم في ذلك⁶ : أن تقسيم التركة قبل الوضع قد يؤدي إلى ظلم بعض الورثة، فإذا تم التقسيم قبل الحمل فأخذ كل حقه أو أدنى منه ، ثم حدث تلف في بقية التركة فيُحدث ذلك عبثاً لبقية الورثة .

¹ أمين منتصر، العلم بما في الأرحام "القرآن الكريم يحسم الجدل نهائياً"، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ط 1، 2005م، ص 21، عبد الرشيد قاسم، المرجع السابق، ص 13 .

² ينظر: موقع : <http://www.cedef.net>، المرجع السابق، تاريخ الاطلاع عليه : 2022/11/05 .

³ الفوزان صالح بن فوزان، التحقيقات المرضية في المباحث الفرضية، المرجع السابق، ص 218.

⁴ الخرشي، المرجع السابق، ج 8، ص 224، الدسوقي، المرجع السابق، ج 4، ص 487-488.

⁵ أطفيش محمد، المرجع السابق، ج 15، ص 362.

⁶ الخرشي، المرجع السابق، ج 8، ص 224، ابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ج 13، ص 117.

الرأي الثاني :

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية¹، وقول عند الشافعية² والحنابلة³ والزيدية⁴، وأشهب من المالكية⁵ إلى أنه تقسم التركة، ويوقف للحمل نصيب ويختلط له، واشترط الحنابلة لتقسيم التركة أن يطلب الورثة تقسيم التركة دون انتظار الحمل.

ودليلهم في ذلك، أن التركة حق للورثة ولا يؤخر حقهم عن موعده لما فيه من الإضرار بهم، وأن وقف جميع المال إلى ولادة الحمل قد يعرض المال بأكمله إلى تلف، فيعطى أصحاب الحقوق من الورثة ولا يعطوا كل المال، فيدفع إلى من لا ينقصه الحمل، ولا يؤثر في ميراثه كاملاً، أما من يؤثر فيه الحمل فيعطى أقل ميراثه، ولا يعطى من يحتل أن يحجب بالحمل شيئاً من الميراث، أما من يشاركه الحمل في الميراث فيوقف للحمل نصيبه المحتمل ويدفع إلى شركائه الباقي، ثم إن قسمة الركة مرتين قسمة أولية وأخرى نهائية فيه قطع لنزاع، وهذا ما يجمع بين المصلحتين⁶.

الرأي الثالث :

يرى جمهور الشافعية⁷ أنه لا يدفع للورثة شيء من التركة إلا من كان فرضه لا يتغير بتغير الحال وعدد الحمل، ويترك الباقي إلى أن ينكشف حال الحمل، لأن الحمل مما لا ينضب.

ودليلهم في ذلك، أن الحمل غير مستيقن سواء جنسه أو عدده، وفي هذا يقول الإمام الشافعي: "دخلت على شيخ باليمن لأسمع منه الحديث فجاء خمسة كهول فسلموا عليه وقبلوا رأسه، ثم جاء خمسة شبان فسلموا عليه وقبلوا رأسه، ثم جاء خمسة فتيان فسلموا عليه وقبلوا رأسه، ثم جاء خمسة صبيان فسلموا عليه وقبلوا رأسه، فقلت من هؤلاء؟ قال: أولادي كل خمسة منهم في بطن وفي المهد خمسة أطفال"⁸.

الترجيح:

من خلال عرض أقوال الفقهاء يتضح أن كل فريق منهم أراد أن يوفق بين مصلحة الحمل - من باب الاحتياط - وبين الورثة - من باب عدم الإضرار بهم - سواء بوقف القسمة حتى يظهر حال الحمل، أو بالتعجيل في قسمتها ووقف نصيب الحمل، إلا أنه وباستقراء أقوالهم وأدلتها وإسقاطها على الواقع والمنطق يتبين رجحان رأي الجمهور القائل بتقسيم التركة دون انتظار الحمل، فيعطى الورثة أقل النصيبين على تقدير وجود الحمل فيحجز نصيب للحمل من تركة مورثه لأن التركة حق للورثة، ولا يؤخر الحق عن صاحبه أو عن موعده، لاسيما وأنه أصبح من الممكن حالياً بالتقنيات الطبية معرفة وجود الحمل يوم وفاة المورث، جنسه وعدده، ومن ثم فلا مبرر شرعي لتأخير الميراث عن وقته.

2 - مدى تأثير تقادير الحمل بمعرفة جنس وعدد الحمل بأجهزة الطب الحديث: إذا كان الحمل ممنوعاً أو محجوباً من الميراث حجب حرمان فقد اتفق الفقهاء بشأن ذلك، فلا يوقف له شيء من التركة وتقسم على ورثة المتوفى.

¹ السرخسي، المرجع السابق، ج 30، ص 52، الموصلي، المرجع السابق، ج 5، ص 114.

² الفزويني عبد الكريم بن محمد الرافعي، العزيز شرح الوجيز، المعروف بالشرح الكبير، تحقيق: علي معوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1417هـ-1997م، ج 6، ص 531، الماوردي، المرجع السابق، ج 8، ص 170.

³ ابن مفلح، المرجع السابق، ج 5، ص 393، البهوتي، كشف القناع على متن الإقناع، المرجع السابق، ج 4، ص 461.

⁴ العباس بن أحمد الحسني الصنعاني، المرجع السابق، ص 100.

⁵ الدسوقي، المرجع السابق، ج 4، ص 487، الصاوي، المرجع السابق، ج 4، ص 716-718.

⁶ السرخسي، المرجع السابق، ج 30، ص 52، النووي، المجموع في شرح المهذب للشيرازي، المرجع السابق، ج 16، ص 111.

⁷ الرملي شمس الدين المرجع السابق، ج 6، ص 31.

⁸ السبكي، المرجع السابق، ج 3، ص 18-19.

إلا أنهم اختلفوا في المقدار الذي يوقف للحمل من التركة في حالة ما إذا كان يشارك بقية الورثة غير حاجب لهم وغير محجوبين، سواء إن كان يرث على أحد التقديرين دون الآخر أو أن يرث على كلا التقديرين ويكون الإرث متساوياً، أو أن يرث على كلا التقديرين ويكون الإرث مفاضلاً.

وعلى هذا، فإن إرث الحمل ومن معه من الورثة تتجاذبه هذه الافتراضات والاحتمالات مما ينتج عنه اختلاف أهل العلم في تقدير ما يوقف للحمل، وهو ما يؤدي إلى تباين الموقف القانوني .

لكن بتطور أجهزة الطب - كما تم بيانه - أمكن التوصل إلى تحديد جنس الحمل وعدده، لذا سنبين كيفية تقدير ميراث الحمل عند الفقهاء، ثم نبين موقف القانون من هذه المسألة، لنعرج إلى بيان مدى تأثير التطور في مجال الطب الإنجابي على تقادير ميراث الحمل.

أ- كيفية تقدير ميراث الحمل عند الفقهاء :

اختلف الفقهاء في مقدار الموقوف للحمل من تركة مورثه على أقوال، ومنشأ هذا الخلاف هو اختلافهم في تقدير الحمل حيث جنسه : ذكرًا كان أم أنثى، ومن حيث عدده: واحداً أو متعدداً، وأشهر هذه الأقوال :

القول الأول: ذهب جمهور المالكية¹، وهو المشهور عندهم، والمشهور عند الشافعية² إلى أنه يوقف للحمل أكثر ما يمكن تقديره على فرض الذكورة والأنوثة ويعطى الورثة الأقل من نصيبهم، فيوقف منهم من يشارك الحمل في ميراثه حتى يتبين حكمه، ولا يُدفع شيئاً منها لأي وارث وإن كان نصيبه لا يختلف باختلاف التقادير .

ودليلهم في ذلك، أنّ حال الحمل غير معلوم بيقين فالتركة لا تقسم، فلا تُستحق بالشك والغالب المعهود، وقد وُجد في النساء من تلد أكثر من اثنين³.

القول الثاني : يرى أبو حنيفة⁴، وأشهب من المالكية⁵، وقول للشافعي⁶، ورأي عند الإباضية⁷، إلى أنه يوقف للحمل نصيب أربعة بنين أو نصيب أربع بنات أيهما أكثر ميراثاً، ويعطى بقية الورثة أقل الأنصبة .

ودليلهم في ذلك، أنّ ولادة المرأة أربعة في بطن موجود وواقع فوجب عدّه احتياطياً⁸.

القول الثالث : ذهب الحنابلة⁹، ورواية عن الصاحبين من الحنفية¹⁰، وهو ما يفهم من كلام الإمامية¹¹ إلى أنه يوقف للحمل نصيب ذكرين أو أنثيين أيهما أكثر، لأن ولادة اثنين في بطن كثيرٌ معتاد وما زاد عن الاثنين نادر فلا يقدر له .

¹القراقي، المرجع السابق، ج13، ص 27.

²النووي، المجموع في شرح المذهب للشيرازي، المرجع السابق، ج16، ص 111، القزويني، المرجع السابق، ج 6، ص 531.

³الماوردي، المرجع السابق، ج8، ص 180.

⁴عبد الرحمان بن محمد بن سليمان المدعو شيعي زاده، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، دار إحياء التراث العربي، (د م ن، د ط، د ت ن)، ج 13، ص 27.

⁵القراقي، المرجع السابق، ج13، ص 27.

⁶الغزالي أبو حامد، المرجع السابق، ج 4، ص 370 .

⁷أطفيش محمد، المرجع السابق، ج 15، ص 362.

⁸شيعي زاده، المرجع السابق، ج 2، ص 770.

⁹المرادوي، المرجع السابق، ج 7، ص 329، البهوتي، كشف القناع على متن الإقناع، المرجع السابق، ج 4، ص 461-462.

¹⁰شيعي زاده، المرجع السابق، ج2، ص 770، الموصلي، المرجع السابق، ج5، ص 114.

¹¹محمد بن الحسن الطوسي (الشهير بالمحقق الحلي)، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، تعليق: صادق الشيرازي، دار الفارئ، بيروت، لبنان، ط11، 1425هـ-2004م، ج 2 ص 299.

ودليلهم في ذلك، أنّ العبرة بالأعمّ بالغالب لا بالقليل النادر، فتعدّد الحمل واقع بالمشاهدة، وهذا هو الغالب من أحوال النساء عند التعدّد وما زاد عليه فهو نادر¹.

الرأي الرابع: يرى أبو يوسف من الحنفية² وهو المفتي به عندهم، أنه يوقف للحمل نصيب ذكر واحد أو أنثى واحدة أيهما أكثر، ويُعطى بقية الورثة الأخطأ من نصيب كل واحد منهم، ويأخذ القاضي كفيلاً من الورثة الذين يُتوقع الزيادة في نصيبهم احتياطاً للحمل لو جاء أكثر من واحد أو واحدة واستحق أكثر من الموقوف له.

ودليلهم في ذلك إنّ الغالب المعتاد لا تلد الحامل أكثر من واحد أو واحدة، والحكم بيني على الغالب المعتاد وما عدا ذلك فهو خارج عن الغالب فلا يعمل به³.

الترجيح:

إنّ الرأي الراجح هو ما ذهب إليه الحنابلة ومن معهم، أنه يوقف للحمل نصيب ذكّرين أو أنثيين أيهما أكثر وذلك أن هذه المسألة غير منصوص عليها فمدار الحكم فيها مبني على الاجتهاد، وكون المرأة تلد اثنين في بطن واحدة وارد وواقع كثيراً هذا من جهة، ومن جهة ثانية فإنه سيحفظ حق الحمل إذ سيعطى الورثة الأقل من نصيب كل واحد منهم لأنه المتيقن، ويأخذ القاضي كفيلاً من بقية الورثة الذين يُتوقع الزيادة في نصيبهم، فإذا جاء الحمل كما قُدّر اثنين استحق نصيبه، وإذا جاء أكثر من ذلك رجع بالزيادة على من حصلت تلك الزيادة في نصيبه.

ب - موقف القوانين المقارنة من تقادير الحمل عند قسمة التركة : باستقراء قوانين الأحوال الشخصية العربية نجد أن معظم هذه القوانين أخذت برأي أبي يوسف، وهو المفتي عند الحنفية الذي يرى أنه يوقف للحمل من تركة المتوفى نصيب شخص واحد ذكر أو أنثى أيهما أكثر في حين يعطى بقية الورثة الأقل في نصيب كل منهم على فرض الذكورة الحمل أو أنوثته، فنجد ذلك منصوص عليه في **قانون الميراث المصري** بموجب المادة 42 منه على أنه " يوقف للحمل من تركة المتوفى أوفر النصيبين على تقدير أنه ذكر أو أنثى"، وأيضاً **قانون الأحوال الشخصية السوري** بمقتضى نص المادة 611 منه بالقول " يوقف للحمل من تركة المتوفى أكبر النصيبين على تقدير أنه ذكر أو أنثى"، ونص **المشعر الليبي** في المادة 54 من قانون الأحوال الشخصية " أنه يوقف للحمل نصيب ابن واحد أو بنت أيهما أكثر لأنه الغالب المعتاد"⁴.

موقف قانون الأسرة الجزائري :

أخذ **المشعر الجزائري** برأي الحنفية على غرار باقي التشريعات العربية يتضح ذلك من خلال المادة 173 من ق أ ج التي تنص " يوقف من التركة للحمل الأكثر من حظ ابن واحد أو بنت واحدة إذا كان الحمل يشارك الورثة أو يحجبهم حجب حرمان فإن كان يحجبهم حجب حرمان يوقف الكل ولا يقسم التركة إلى أن تضع الحامل حملها".

وما يلاحظ على هذا النص أن **المشعر الجزائري** وإن كان قد تبني رأي أبي يوسف من الحنفية إلا أنه لم يتكلم عن تعدد الحمل، واقتصر على حالة ما إذا كان الحمل من زوجة المتوفى أو معتدته، ولم يتعرض إلى كون الحمل من زوجة غير المتوفى أو معتدته⁵، كما أنّه أغفل الحديث عن الكفيل الذي يحفظ مال الحمل، وبالتالي وبتطبيق أحكام المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري يمكن للقاضي الاستناد إلى المذهب الحنفي وبعين كفيلاً لحفظ نصيب الحمل حتى يتبين حاله.

¹الموصللي، المرجع السابق، ج5، ص 114، البهوتي، كشف القناع على متن الإقناع، المرجع السابق، ج 4، ص 462.

²شيعي زادة، المرجع السابق، ج 2، ص 770، السرخسي، المرجع السابق، ج 30، ص 52، الموصللي، المرجع السابق، ج 5، ص 114.

³السرخسي، المرجع السابق، ج 30، ص 52.

⁴ المادة 54 من قانون الأحوال الشخصية الليبي، المرجع السابق.

⁵ العربي بلحاج، أحكام التركات والموارث، المرجع السابق، ص 296.

ج- أثر التطور في مجال الطب الإنجابي على تقادير ميراث الحمل : لما كانت نتائج الكشف عن حال الحمل طبييا تتسم بالدقة، فلا ضير في الاستئناس برأي الأطباء المختصين الثقات خصوصا في عصرنا اليوم الذي تقدمت فيه أجهزة الطب بشكل يمكننا التمييز بين الذكر والأنثى مع تحديد إن كان الحمل واحدا أو متعددا، وإن كان حيا أو ميتا .

وبناء على التقرير الطبي المعد من أطباء أو من لجنة طبية مختصة -مأمور بها قضاء- توزع التركة فتقدر حياة الحمل في ذلك إن لم يتيقن موته، ويُحفظ حقه في الميراث وعدم تأجيل قسمة التركة، ولا مانع أن يؤخذ كفيلا عن الورثة الذين يمكن أن يزيد نصيبهم ، وفي حالة ظهور جنس أو عدد الحمل مخالفة لنتائج التقرير الطبي، فإنه يرَد كل واحد منهم ما زاد عن نصيبه وهو ما نقص من نصيب الحمل (توافقا مع رأي الحنابلة)، أما إذا كانت النتائج متطابقة مع الحالة يكون الورثة قد أخذوا نصيبهم من التركة دون الإضرار بهم في حالة ما إذا تم تأجيل القسمة إلى غاية تبين حال الحمل¹.

وهذا لا يعني أن تُجبر المرأة الحامل على إجراء كثير من هذه التحاليل المخبرية، ولكن متى وافقت على ذلك طوعية وأقرتها المحكمة و، كان ذلك تحت إشراف رقابة الجهات الطبية الرسمية في الدولة، فلا مانع من أن يجيز القانون بذلك أو يعطي مجالا للقاضي الاعتماد على نتائج هذه التقارير، و لبيان مدى تأثير نتائج التقارير الطبية التي تكشف جنس الحمل وعدده على النصيب الذي يوقف للحمل، بالمقارنة مع الأحكام التي قررها العلماء في شأن طريقة حل المسائل الإرثية التي يكون من ورثتها حمل ، نفترض مثلا تطبيقيا ثم نقوم بحله وفق ما قرره الفقهاء، ثم نحلّه تبعا لما أسفر عليه التقرير الطبي من نتائج :

مثال : توفي وترك (أما حاملا من أب الميت) وأخ شقيق وترك مالا قدره : 432 هـ، وكانت نتائج التقرير الطبي قد أكدت أن عدد الحمل هو (اثنان من جنس ذكر) .

حل المسألة وفق فقهاء الشريعة الإسلامية : إذا تم حل المسألة وفق ما جاء به علماء الشريعة فإننا نحلها وفق التقادير التي حددوها (تقدير ان الحمل ذكر واحد أو أنثى واحدة أو ذكران أو أنثيان أو ذكر وأنثى أو بتقدير أن الحمل ميت) وهذا وفق الجدول الآتي :

حل على أساس ذكر			أنثى			أنثيان			ذكوران		
الورثة	الفرض	أصل	72=6 x 12	أصل	6	الفرض	أصل	6	72=3×24	الفرض	أصل
أم (ح)	6/1	1	12=6 x 2	6/1	1	12=4×3	1	6/1	12=3×4	1	6/1
أخ ش الحمل	ب ع	5	30=6×5 30=6 X 5	ب ع	5	40=4×10 20=4×5	ب ع	5	30=3×10 30=3×10 5 لكل أخت	ب ع	5
حل على أساس ذكر وأنثى			على أساس أنه ميت			لجامعة 72			التركة 72÷432=6 دج		
الورثة	الفرض	أصل	72=12×6	الفرض	أصل	72=24×3	الموقوف	6×40=240	الموقوف	240	هكتار
أم (ح)	6/1	1	12=12×1	3/1	24=24×1	72=6×12	72		72		
أخ ش الحمل	ب ع	5	24=12×2 36=12×3	ب ع	48=24×2 لا شيء	6×20=120	120		120		

نلاحظ أنه لما حللنا المسألة على تقدير أن الحمل ذكر واحد أصل المسألة من 6 صحت من اثني عشرة للأُم السدس فرضا لتعدد الإخوة (سهمان) والباقي (10 أسهم) للأخ الشقيق مع الحمل 5 أسهم للأخ الشقيق و5 أسهم للحمل الذكر (بعده أخا شقيقا).

¹ وراي غنية، المرجع السابق، ص 221.

ووجدنا أنه على تقدير أن الحمل أنثى واحدة أصل المسألة من 6 صحت من ثمانية عشرة للأم السدس فرضا لتعدد الإخوة (ثلاثة أسهم) والباقي 15 سهما للأخ الشقيق مع الحمل 10 أسهم للأخ الشقيق و5 للحمل (أنثى بوصفها أختا شقيقة) .
أما على تقدير أن الحمل أنثيان أصل المسألة من 6 صحت من أربعة وعشرين للأم السدس فرضا لتعدد الإخوة (أربعة أسهم) والباقي 20 سهما للأخ الشقيق مع الحمل (أنثيان) 10 أسهم للأخ الشقيق و10 للحمل (5 لكل أنثى بوصفهن أختان شقيقتان).

أما على تقدير أن الحمل ذكران أصل المسألة من 6 صحت من ثمانية عشرة للأم السدس فرضا لتعدد الإخوة (ثلاثة أسهم) والباقي 15 سهما للأخ الشقيق مع الحمل (ذكر)، 5 أسهم للأخ الشقيق و10 للحمل (5 لكل ذكر بوصفه أختا شقيقا) .
أما على تقدير أن الحمل ذكر وأنثى أصل المسألة من 6 للأم السدس فرضا لتعدد الإخوة (سهم واحد) والباقي 5 أسهم للأخ الشقيق مع الحمل سهران للأخ الشقيق و3 أسهم للحمل (سهران للذكر وسهم للأنثى بوصفهما أختا شقيقا وأختا شقيقة).
أما على تقدير أن الحمل ميث فاصل المسألة من 3 للأم الثلث لعدم وجود الفرع الوارث ولعدم تعدد الإخوة (سهم واحد) والباقي سهران للأخ الشقيق تعصبا بالنفس.

وبالنظر إلى أصول المسائل الأربع يلاحظ أن هناك تداخل بين المسألة السادسة 3 تقدير الحمل ميت، وبين تقدير المسألة الخامسة 6 تقدير الحمل ذكر وأنثى فنكتفي بهذا الأخير 6 الذي يتداخل مع أصل المسألة الأولى 12 وهي تقدير الحمل ذكر، فنحتفظ بهذا الأخير وهو يتداخل مع أصل المسألة الثالثة 24 تقدير الحمل أنثيان لذا نكتفي بهذه الأخيرة، ونلاحظ تماثل بين المسألة الثانية 18 تقدير الحمل أنثى مع المسألة الرابعة تقدير الحمل ذكران فنحتفظ بإحدها 18، ونلاحظ توافق بين هذا الأخير وأصل المسألة الثالثة 24 فنضرب وفق أحدهما في الآخر: $72 = 18 \times 4$ وهي الجامعة للمسائل الست ومنها تصح، ولحساب جزء السهم لكل مسألة نقسم أصل المسألة الجامعة على أصل كل مسألة، فجزء سهم المسألة الأولى: ذكورة الحمل 6، وجزء سهم المسألة الثانية: أنوثة الحمل 4، وجزء سهم المسألة الثالثة: ذكورة الحمل 6، وجزء سهم المسألة الرابعة: تقدير الحمل أنثيين 3، وجزء سهم المسألة الخامسة: تقدير الحمل ذكر وأنثى 12، وجزء سهم المسألة السادسة: تقدير موت الحمل 24:
ولمعرفة نصيب كل وارث من تركة المتوفى لا بد من استخراج قيمة جزء السهم الواحد وذلك بقسمة مجموع التركة على الأصل الجامع $432 \div 72 = 6$ هـ.

وبملاحظة سهام الورثة في جميع التقادير يلاحظ أن نصيب الأم لم يتغير في جميع التقادير وهو 12 سهما فيعطى لها، وأن الأقل في حق الأخ الشقيق هو كون الحمل ذكران فله عشرون سهما، ويوقف للحمل 40 سهما فإن تبين أنه ميت فالموقوف يرجع للورثة ليكمل كل فرضه، فللأم 12 سهما من الموقوف لتكملة ثلثها فيرجع لها: $12 \times 6 = 72$ والمجموع $72 + 72 = 144$ هـ وللأخ الشقيق 28 سهما من الموقوف بما أنه وارث عصبه بالنفس أي يرجع له $28 \times 6 = 168$ هـ والمجموع: $168 + 120 = 288$ هـ، لما نقوم بجمع الأنصبة التي ترد إلى الورثة مع أنصبتهم المعطاة لهم سابقا نجد: $432 = 144 + 288$ هـ وهي قيمة التركة.

أما إذا ثبت أن الحمل ذكر واحد أو أنثيان يعطى له 30 سهما من الأسهم الموقوفة، توزع حسب الحالة ويرد إلى الأخ الشقيق 10 أسهم، وبالتالي عند تقدير الحمل ذكر يمنح له: $30 \times 6 = 180$ هـ وتقدير الحمل أنثيين يمنح لهما $30 \times 6 = 180$ هـ لكل أخت ش 90 هـ، وفي كلتا الحالتين يرد إلى الأخ ش: $10 \times 6 = 60$ وعليه المجموع: $180 + 180 + 60 + 12 = 432$ هـ.
أما إذا ثبت أن الحمل أنثى يعطى لها 20 سهما من الأسهم الموقوفة ويُرَدُّ إلى الأخ الشقيق 20 سهما أي يمنح للحمل (أخت ش): 120 هـ، ويرد إلى الأخ الشقيق: $20 \times 6 = 120$ هـ والمجموع: $180 + 120 + 120 + 12 = 432$ هـ.

أما إذا ثبت أن الحمل ذكر وأنثى يعطى لهما 36 سهما من الأسهم الموقوفة ويمنح الأخ الشقيق 24 سهما:
 $24 \times 6 = 144$ أي يمنح للحمل $36 \times 6 = 216$ هـ للأخ ش $24 \times 6 = 144$ هـ وللأخت ش $12 \times 6 = 72$ هـ ونلاحظ أن الأخ الشقيق رد إليه 4 سهام الموقوفة للحمل .

الفصل الثاني دور القرينة العلمية الحديثة في بيان حقيقة حياة الوارث وأثرها على الميراث

أما في حالة تقدير الحمل ذكران فنلاحظ أن كل وارث أخذ نصيبه كاملاً للأُم 12 سهماً :أي 72 هـ ولالأخ ش 20 سهماً :120 هـ وللحمل 36 سهماً ذكران لكل أخ ش 20 سهماً :أي :120 هـ لكل منهما والمجموع $432 = 120 + 120 + 120 + 72$ هـ

حل المسألة بناء على نتائج التقرير الطبي: الذي أثبتت أن الحمل اثنين (توأم) من جنس ذكر، وبالتالي تحل هذه المسألة لاحتمال أن يموت التوأمين أو يموت أحدهما، مع استبعاد تقدير الذكورة والأنوثة على أساس أن الخبرة حددت جنس وعدد الحمل، ويكون حلها وفق الجدول الآتي :

مسألة تقدير موت الحمل (الذكرين)				تقدير حياة حمل واحد وموت الآخر				مسألة حياة الذكرين			الجامعة 36	التركة 432 هـ $12=36$
الورثة	الفرض	أصل	$=12 \times 3$ 36	الفرض	أصل	$=3 \times 12$ 36	الفرض	أصل	$=2 \times 18$ 36	الموقوف $=12 \times 2$ 240 هـ	الموقوف 240 هـ	
أم (ح)	$3/1$	1	$=12 \times 1$ 12	$6/1$	1	$6=3 \times 2$	$1/6$	1	$6=2 \times 3$	$72=12 \times 6$ هـ	72 هـ	
أخ ش الحمل	ب ع /	2	$=12 \times 2$ 24	ب ع	ب	$15=3 \times 5$ $15=3 \times 5$	ب ع	5	$10=2 \times 5$ $10=2 \times 5$ $10=2 \times 5$	120 هـ	$120=12 \times 10$ هـ	120 هـ

وبالنظر إلى أصول المسائل الثلاث يلاحظ أن هناك تداخل بين المسألة الأولى 3 تقدير موت الحمل، وبين تقدير المسألة الثانية 12 تقدير حياة حمل واحد فنكتفي بهذا الأخير 12 ، كما يوجد يوافق بين هذا الأخير وأصل المسألة الثالثة 18 تقدير حياة الذكرين فنضرب وفق أحدهما في الآخر : $36 = 18 \times 2$ وهي الجامعة للمسائل الثلاث ومنها تصح، وحساب جزء السهم لكل مسألة نقسم أصل المسألة الجامعة على أصل كل مسألة، فجزء سهم المسألة الأولى :موت الحمل 12، وجزء سهم المسألة الثانية : تقدير حياة حمل واحد :3، وجزء سهم المسألة الثالثة : حياة الذكرين 2.

وبملاحظة سهام الورثة في جميع التقادير يلاحظ أن الأقل في حق الأم هو كون حياة حمل واحد وموت الآخر ومسألة حياة الذكرين :6 فيعطى لها، وأن الأقل في حق الأخ الشقيق هو مسألة حياة الذكرين فله 10 سهام، ويوقف للحمل 20 سهماً إلى ولادة الحمل، ولمعرفة نصيب كل وارث من تركة المتوفى لا بد من استخراج قيمة جزء السهم الواحد وذلك بقسمة مجموع التركة على الأصل الجامع $432 \div 12 = 36$ هـ، **ولمعرفة** النصيب الذي يعطى للورثة والنصيب الذي يوقف للحمل لا بد من ضرب جزء سهم التركة في سهام الورثة من المسألة السابقة ليصبح نصيب الورثة كالتالي : الأم : $72 = 12 \times 6$ هـ، والأخ الشقيق : $120 = 12 \times 10$ هـ الموقوف للحمل : $240 = 12 \times 20$ هـ والمجموع : $432 = 72 + 120 + 240$ هـ

فإن تبين أنه ميت (الذكران) فالموقوف يرجع للورثة ليكمل كل فرضه فلأُم 6 سهماً من الموقوف لتكملة ثلثها فيرجع لها : $72 = 12 \times 6$ هـ والمجموع $144 = 72 + 72$ هـ ولالأخ الشقيق 14 سهماً من الموقوف بما أنه وارث عصبه بالنفس أي يرجع له $168 = 12 \times 14$ هـ والمجموع : $288 = 168 + 120$ هـ، لما نقوم بجمع الأنصبة التي ترد إلى الورثة مع أنصبتهم المعطاة لهم سابقاً نجد : $432 = 144 + 288$ هـ وهي قيمة التركة

أما إذا ثبت أن الحمل ذكر واحد حي فيعطى له ما أوقف له 15 سهماً ويرد 5 أسهم للأخ الشقيق من الأسهم الموقوفة ولا شيء للذكر الآخر لعدم استهلاكه، وبالتالي يمنح للأخ ش : $60 = 12 \times 5$ هـ + 180 هـ والمجموع : $432 = 72 + 180 + 180$ هـ وإذا ولد الذكرين كلاهما أحياء يمنح لهما النصيب الموقوف 20 سهماً مناصفة : فيعطيان 10 أسهم لكل منهما أي $120 = 12 \times 10$ هـ لكل ذكر والمجموع $432 = 72 + 120 + 120 + 120$ هـ وهي قيمة التركة.

وترتيباً على ما سبق، يمكن القول أن التقرير الطبي للكشف عن جنس وعدد الحمل له أثر كبير في قسمة التركة التي تشتمل على حمل وارث، إذ أننا لما حللنا المسألة وفق التقادير التي أقرها الفقهاء اعتمدنا ستة تقادير، بينما حلها وفق التقرير الطبي تقلصت

التقارير إلى ثلاث فقط مع منح كل وارث نصيبه من تركته مورثه بشكل يكاد يكون كاملاً، وردّ نصيب كل وارث من المال الموقوف في حالة موت المورث، وبالتالي يمكن لهذا التقرير الطبي المنجز من أطباء تقاطع محلفين ومعتمدين لدى الجهات القضائية بناءً على أمر قضائي أن يحل العديد من النزاعات المطروحة على القضاء لاسيما إذا كان تأجيل تقسيم التركة فيه ضرر على باقي الورثة .

الفرع الثاني : دور تقنيات الطب في التحكم في جنس الجنين¹ وأثره على تقدير ميراث الحمل :

مما لا شك فيه أن قضية معرفة جنس الحمل والتحكم به شغلت العالم قديماً وحديثاً، واختلفت حولها المواقف والآراء، إلا أنه أصبح اليوم الأمر ميسوراً طبياً، إذ لاقت هذه التقنية نجاحاً ورواجاً كبيرين مما أدى بالزوجين للجوء إليها لعلهما يحظيان بجنس الولد الذي يريدانه، ولأنها تبدو للوهلة الأولى من النوازل الطبية إلا أن التحكم في جنس الأبناء يجعل الأمر متقاطعا مع عدة تداعيات فقد يؤدي ذلك إلى تغيير تركيبة الأسرة حسب اختيارها، مما يتطلب منا التعرف عليها عملياً مع إبراز حكمها الشرعي والقانوني. لذا تسلط الضوء على طرق التدخل الطبي في انتقاء جنس الجنين وأحكامه الشرعية ثم نبين موقف القانون من انتقاء جنس الحمل وأثره على التركة .

أولاً : طرق التدخل الطبي في انتقاء جنس الجنين وأحكامه الشرعية:

إذا كان الحكم على الشيء فرع عن تصوره، فكان لابد من بيان الطرق الطبية (المخبرية) لانتقاء جنس الحمل حتى يتسنى لنا معرفة موقف الفقه، لذا سنتطرق إلى الطرق الطبية (المخبرية) لانتقاء جنس الحمل ثم الموقف الشرعي من هذه المسألة .

1- الطرق الطبية (المخبرية) للتحكم في جنس الحمل : تعددت أساليب المستخدمة في انتقاء أو اختيار الجنس منها الوسائل الطبيعية والمتمثلة في اتباع نظام غذائي²، واستعمال الغسيل المهبلي³ وتأقيت الجماع⁴ واستخدام الحقن المناعية والعقاقير الهرمونية⁵.

وهناك طرق مستحدثة تتمثل في الطرق المخبرية لانتقاء جنس الحمل، ومنها ما يستعمل قبل الإخصاب ومنها ما يستعمل بعد عملية الإخصاب سواء كان داخلياً أو خارجياً⁶.

¹ يطلق بعض الباحثين عن انتقاء جنس الحمل أو تحديده مصطلح **الاصطفاء** : فهو من باب اصطفاء أحد الجنسين على الآخر وقد وردت عدة تعريفات في الطب والفقه لانتقاء أو تحديد جنس الجنين نذكر منها : " هو تدخل الإنسان بالعمل على إحداث حمل من صنف يريده " : ينظر : شكري صالح إبراهيم الصبيدي، التحكم في نوع الجنين، مجلة الشريعة والقانون، د م ن، ع 23، د ت، ص 340، وعُرف أيضاً على أنه : " ما يقوم به الإنسان من الأعمال والإجراءات التي تهدف من خلالها إلى اختيار ذكورة الجنين أو أنوثته " : ينظر : خالد عبد الله المصلح، رؤية شرعية في تحديد جنس الجنين، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة، السعودية، ع 25، 1431 هـ - 2010 م، ص 83 أو هو " أن يُعالج مني الرجل بوسائل طبية معاصرة ومتقدمة ومعقدة ومختلفة لضمان إنجاب الوليد ذكر كان أم أنثى " ينظر : طارق عبد المنعم خلف، أحكام التدخل الطبي في النطف البشرية في الفقه الإسلامي، دار النفائس للنشر والتوزيع، 1431 هـ 2010 م، ص 126.

² خالد بكر كمال، هل تستطيع اختيار جنس مولودك ولد أم بنت؟ مكتبة دار الزوان، المدينة المنورة، السعودية، ط 4، 1427 هـ -، ص 13-28.

³ **الغسيل المهبلي** : وهو ما يعرف بتغيير وسط القناة التناسلية : وقد أثبت الأطباء أن الإفرازات المهبلية عند المرأة يغلب عليها الوسط الحامضي، وذلك لحكمة الله تعالى لمنع الميكروبات والجراثيم من الدخول إلى الجهاز التناسلي للمرأة، إلا أن هذه الحموضة تؤدي إلى إعاقه الإنجاب بصفة عامة إذا زادت نسبتها وبصفة خاصة لإنجاب الذكور، وفي حالة رغبة الزوجين في إنجاب مولود من جنس معين يتم تغيير الحالة الكيميائية للمهبل، وذلك بالعمل على زيادة درجة الحموضة وهذا لتشجيع إنجاب الذكور، وتقليلها إذا أراد إنجاب الإناث : ينظر : المدحجي محمد بن هائل بن غيلان، المرجع السابق، ج 3، ص 987، خالد بكر كمال، المرجع السابق، ص 37.

⁴ ذهب بعض الأطباء إلى أن طريقة الجماع وقت الإباضة هي أكثر الطرق الطبيعية نجاحاً، لا سيما إذا ما عضدت بالغسيل المهبلي : هيلة عبد الرحمن بن محمد اليابس، اختيار جنس الجنين، موقع جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، السعودية، (د ط، د م ن)، ص 11.

⁵ خالد القروطي، اختيار جنس الجنين وموقف الشريعة الإسلامية منه، مجلة الذخيرة للبحوث والدراسات الإسلامية، ع 01، جوان 2019م، ص 199، هيلة عبد الرحمن بن محمد اليابس، اختيار جنس الجنين، المرجع السابق، ص 15.

⁶ لمزيد من تفصيل والتأصيل لعمليات الإخصاب وأنواعها وأحكامها الشرعية والفقهية، الرجوع إلى الصفحة 169 وما بعدها من هذا البحث.

أ - انتقاء جنس الحمل قبل الإخصاب :

مع تطور التقنيات الطبية أصبح بالإمكان تحديد جنس الجنين قبل الإخصاب الصناعي، ويتم ذلك بإحدى الطرق التالية :

الطريقة الأولى : يؤخذ السائل المنوي من الزوج ثم يحمل من أنابيب مهياة لهذا الغرض، ثم بعد ذلك تفرز الحيوانات المنوية المذكورة عن الحيوانات المنوية المؤنثة وهو ما يطلق عليه " فصل النطاف"، وهناك طرق مختلفة لذلك كالفرز بناء على فرق الكتلة أو فرق الشحنة بين الحيوانات المذكرة والمؤنثة، غير أنَّ أشهرها استعمالاً هي التي تُعتمد على التفاوت في نشاط الحيوان المنوي المذكر وسرعته على المؤنثة باستخدام تقنية الطرد المركزي، حيث يقوم المخبري بالاحتفاظ بالحيوانات المنوية في أنابيب مهياة لهذا الغرض تحتوي على مواد كيميائية تزيد من سرعتها، فبينما يتجه الحيوان المنوي المذكر إلى أعلى الأنبوب أو في وسطه ثم تؤخذ الحيوانات المنوية المرادة للتلقيح، إلا أنهذه الطريقة ليست ناجحة 100% بمعنى أن احتمالية تواجد الحيوانات المنوية غير المرغوب فيها واردة¹.

ولكن هذه العملية تحمل بعض المخاطر فتعرض الحيوانات المنوية أثناء عملية الفصل للأشعة أو العوامل الكيميائية والكهرومغناطيسية قد يفسد تركيبها، مما قد يؤدي إلى ولادة أجنة مشوهة أو إجهاضها في مراحل مبكرة².

ويتم استخدام العينة المعدة والمرغوب فيها من الحيوانات المنوية في تلقيح البويضة باتباع أحد الأسلوبين³:

- أن يكون الإخصاب داخلياً : إذ تؤخذ الحيوانات المنوية المختارة في محقن وتحقن في الرحم وقد أثبتت نجاحها بنسبة 98% .

- أن يكون الإخصاب خارجياً : حيث تخصب البويضة بحيوان منوي خارج الرحم، وتحفظ البويضة المخصبة حتى تصل إلى مرحلة الإخصاب والانقسامات الخلوية، فتمكّن من معرفة جنسها حينئذ تؤخذ البويضة المخصبة ذات الجنس المرغوب ويعاد غرسها في رحم المرأة لتنمو بطريقة طبيعية .

أما عن كيفية فصل الحيوانات المنوية فيتم ذلك عن طريق :

- استخدام السائل القاعدي أو الحامضي : وذلك بوضع المني في محلول حامضي أو قاعدي لمدة ساعتين إلى ست ساعات وتترك الحيوانات المنوية، ثم تفصل فإذا ما تبين لون الحيوان المنوي أنه يميل إلى المحلول القلوي القاعدي فإنها تحمل شارة الذكورة، وتميل الحيوانات المنوية التي تحمل شارة الأنوثة إلى المحلول الحامضي⁴ .

- زيادة نشاط وحركة الحيوانات المنوية وذلك عن طريق، إضافة هرمون الأنوثة (الاستراديول)، والذي إذا أضيف إلى الحيوانات المنوية فإن نشاط الحيوانات المنوية الذكورية تزداد بصفة كبيرة بالمقارنة مع التي تحمل صفة الأنوثة⁵، أو بوضع محلول زلاقي يجعل حركة الحيوانات المنوية التي تحمل شارة الذكورة تتحرك بسرعة كبيرة مقارنة مع التي تحمل علامة الأنوثة .

¹ اسماعيل مرجحاً، المرجع السابق، ص 447، محسن بن علي الحازمي، المرجع السابق، الشويخ سعد بن عبد العزيز بن عبد الله، أحكام الهندسة الوراثية، المرجع السابق، ص 156. خالد بكر كمال، المرجع السابق، ص 64.

² البار محمد علي، اختيار جنس الجنين، " وسائل التحكم في جنس الجنين ومدى نجاحها وحكمها الشرعي " أعمال وبحوث الدورة 18 للمجمع الفقهي الاسلامي المنعقد في مكة المكرمة، من 10-14 / 1427/3 الموافق 8-12/ 2006 م، المجلد 3، ط 1، 1426 هـ 2005 م، ج 3، ص 376، هيلة عبد الرحمن بن محمد الياس، اختيار جنس الجنين، المرجع السابق، ص 10.

³ زياد طارق حمودي نجم الجبوري، اختيار جنس الجنين بين الشريعة والطب، مجلة جامعة الأنبار، كلية العلوم الإسلامية، بغداد، العراق، ع 23، السنة 6، 2015 م، ص 241 وما يليها، حميد سلطان علي، عباس فاضل عباس، تحديد جنس الجنين بين الحضر والمشروعية، مجلة الجامعة العراقية، كلية القانون والعلوم السياسية، الجامعة العراقية، العراق، ع 1/39، 2017 م، ص 703 وما يليها .

⁴ البار محمد علي، ياسر صالح جمال، الذكورة والأنوثة بين التصحيح والتغيير والاختيار، مركز النشر العلمي، جامعة الملك عبد العزيز، السعودية، ط 1، 1427 هـ - 2006 م، ص 163.

⁵ خالد بكر كمال، المرجع السابق، ص 61.

-استخدام مادة السكرورز التي تجعل الحيوانات المنوية التي تحمل علامة الذكورة تترسب، بينما التي تحمل علامة الأنوثة تطفو على السطح، ونسبة نجاح هذه العملية تصل إلى 90%¹.

الطريقة الثانية: فصل الحيوانات المنوية بالاعتماد على محتويات المادة الوراثية A DN، يعتمد في هذه الطريقة على أن الحيوان المنوي الأنثوي يحمل المادة الوراثية A DN أكثر من الحيوان المنوي الذكري بما يقارب 8.2، وهذا الاختلاف يمكن قياسه وبالتالي فصل الحيوانات المنوية الأنثوية بأدوات دقيقة وطريقة الفصل تصل نسبة نجاحها إلى 90%².

ب -انتقاء جنس الحمل بعد الإخصاب: و يتم باستخدام تقنية التشخيص الوراثي قبل العلوق والتي تستعمل في الأصل لمعرفة إصابة اللقيحة بالأمراض الوراثية، فيتم التلقيح خارج الجسد، حيث يقوم المخبري بإخصاب بويضات الزوجة بمني الزوج في محقن، فإذا تم الإخصاب تبدأ اللقيحة بالانقسام، فإذا وصلت لمرحلة ثماني خلايا، يتم فتح شبك صغير في الحويصلة المحيطة بهذه الخلايا فتؤخذ إحداها بطريقة دقيقة تحت ميكروسكوب مخصص لذلك لفحصها، و ذلك للتأكد من شارة اللقيحة ذكورية أم أنثوية، فإن كانت الصبغيات (xx) كانت اللقيحة أنثى، وإن كانت (xy) كانت ذكراً فيتم أخذ اللقيحة التي هي من جنس المطلوب لزرعها في رحم الزوجة³.

2 -الموقف الشرعي من التدخل في اختيار جنس الجنين طبيياً: يعد انتقاء جنس الجنين طبيياً من المستجدات الفقهية التي ظهرت في الآونة الأخيرة، مما استوجب من العلماء المعاصرين دراستها وإصدار فتوى يبين حكمها الشرعي.

وقد اتفق العلماء والباحثون على أن التحكم في اختيار جنس الجنين إذا كان على مستوى الأمة فإنه محرم وغير مشروع⁴، إذ جاء في توصيات ندوة الإنجاب في ضوء الإسلام المنعقدة بالكويت في 24 ماي 1983 م ما يلي: "اتفقت وجهة النظر الشرعية على عدم جواز التحكم في جنس الجنين إذا كان على مستوى الأمة"⁵.

كما اجتمعت كلمتهم على عدم جواز تحديد نوع خاص من الأولاد لأغراض نفسية وثقافية خاصة، وتحريم جميع الحيوان المنوي من أكثر من مصدر لغرض اختيار النوع والتحكم به⁶، ويبقى الخلاف محصوراً في حكم التحكم في نوع الجنين على نطاق الأفراد: إذ تباينت آراء الفقهاء وأقوالهم في ذلك بين المجيز لهذه العملية مادامت تستوفي شروط وضوابط شرعية، وبين من لا يجيزها ويحرمها، ولكل قوله وحججه وأدلته وهناك فريق متوقف لم يصدر رأياً.

¹ خالد بكر كمال، المرجع السابق، ص 61.

² مريم سلطان راشد بن قبا المهيري، محمد صالح سميران، القواعد الفقهية وأثرها في حكم اختيار جنس الجنين "قاعدة الحاجة تُنزل منزلة الضرورة أمودجا" -- دراسة فقهية قانونية تطبيقية-، مجلة البحوث العمية والدراسات الإسلامية، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الشارقة، الإمارات العربية، ع 4، السداسي الثاني، 2021م، ص 400.

³ مريم سلطان راشد بن قبا المهيري، محمد صالح سميران المرجع السابق، ص 401.

⁴ الشويخ سعد بن عبد العزيز بن عبد الله، أحكام التلقيح غير الطبيعي "أطفال الأنابيب، المرجع السابق، ج 1، ص 321، هيلة عبد الرحمان بن محمد اليايس، اختيار جنس الجنين، المرجع السابق، ص 10.

⁵ المدهجي محمد بن هائل بن غيلان، المرجع السابق، ص 999.

⁶ الشويخ سعد بن عبد العزيز بن عبد الله، أحكام التلقيح غير الطبيعي "أطفال الأنابيب، المرجع السابق، ج 1، ص 321، هيلة عبد الرحمان بن محمد اليايس، اختيار جنس الجنين، المرجع السابق، ص 10.

القول الأول: المجيزون لانتقاء جنس الجنين طبيياً: يرى بعض الفقهاء¹ جواز استخدام هذه العملية سواء على المستوى الفردي لضرورة طبية علاجية، أو لحاجة اجتماعية ملحة لما يحققه من رغبة الزوجين المشروعة. وقد قال بهذا الرأي مجلس الافتاء بالأردن ولجنة الفتوى بوزارة الأوقاف الكويتية²، وبهذا صدر قرار المجمع الفقهي الإسلامي³ ومجلس الافتاء بالأردن.

وقد استدلل أصحاب هذا الرأي بعدة أدلة نذكر منها :

- إن طلب الجنس معين في الولد لا محذور فيه شرعاً، فالله تعالى قد أقر لبعض أنبيائه الذين سألوه في دعائهم أن يهب لهم ذكورا من الولد، فهذا نبي الله إبراهيم سأل الله تعالى، أن يرزقه ولداً ذكراً صالحاً قال تعالى فيما قصه عن إبراهيم " رَبِّ هَبْ لِي مِنَ الصَّالِحِينَ * فَبَشِّرْنَاهُ بِغُلَامٍ حَلِيمٍ "4، فلو كان هذا الدعاء غير جائز لمُنعه الله تعالى، ولهذا أقره سبحانه، فلما جاز الذي يطلب جنساً معيناً من الولد وهو سبب من الأسباب التي تدرك بها المطالب دل على أن الأصل جواز العمل على تحديد جنس الجنين بالأسباب المباحة، لأن من جاز سؤاله وطلبه جاز بذلك السبب لتحصيله⁵.

- إن القاعدة الفقهية تنص على " أن الأصل في الأشياء الإباحة حتى يدل الدليل على التحريم "6، فالأصل الإباحة والحل في الأشياء حتى يقوم دليل المنع والحظر في قول جمهور أهل العلم، وليس لدى من قال بمنع العمل على انتقاء جنس الجنين دليل يستند إليه، فيبقى الأصل محفوظاً مستصحباً⁷.

- القياس على: العزل، فالعزل هو تحكم بأصل الحمل ومنعه فإذا جاز التحكم فيه جاز انتقاء جنس الجنين⁸.

- قياس السعي في تحديد جنس الجنين على معالجة العقم الذي يمكن معالجته، فإنه لا خلاف بين أهل العلم في جواز السعي في معالجة العقم مع كونها سعياً في إيجاد الحمل وأخذاً لأسباب حصوله وليس فيه معارضة، فجواز أخذ أسباب تحديد جنس الجنين من باب أولى، لأنه عمل بالأسباب الممكنة لإدراك صفة في الجنين وهو أسهل من أخذ أسباب الإيجاد والتكوين⁹.

- قياس جواز اختيار جنس الجنين بالطرق الطبيعية التي أجازها الفقهاء كونها أسباب مباحة لا محاذير فيها.

¹ من العلماء القائلين بجواز تحديد جنس الجنين : مصطفى أحمد الزرقا : ينظر: سعد شايع أحمد، التطبيقات الفقهية لقاعدة الضرورة تقدر بقدرها في الطب والتداوي ونوازلها المعاصرة، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير، المعهد العالي للقضاء، قسم الفقه المقارن، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، السعودية، 1432هـ، ص 133 والشيخ محمد شبير : ينظر : محمد شبير، الأشقر عمر سليمان، عبد الناصر أبو البصل، عارف حجازي، عباس الباز، دراسات فقهية في قضايا معاصرة، دار النفائس، الأردن، ط 1، 1421هـ-2001م، ج 1، ص 339-340، د. يوسف القرضاوي -رحمه الله- والشيخ نصر فريد و د.علي جمعة : ينظر: خالد بن عبد الله المصلح، المرجع السابق، ص 83.

² قرار رقم 94 ع/98 في 1419/3/3هـ.

³ القرار السادس بشأن موضوع اختيار جنس الجنين في الدورة 19 للمجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي المنعقدة بين 19-27 شوال 1428 هـ 2007 م، قرارات المجاميع الفقهية بمكة المكرمة في دوراتها العشرين (1398-1432هـ، 1977 م-2010م)، الإصدار الثالث لرابطة العالم الإسلامي مكة المكرمة، ص 503-504.

⁴ سورة الصافات، الآية 100-101.

⁵ خالد بن عبد الله المصلح، المرجع السابق، ص 88.

⁶ السيوطي، المرجع السابق، ص 60.

⁷ عبد الله بن محمد الطيار وآخرون، الفقه الميسر، النوازل الطبية المعاصرة، دار الوطن للنشر، الرياض، السعودية، ط 1، 1433هـ-2012م، ج 12، ص 101.

⁸ هيلة عبد الرحمن بن محمد اليابس، اختيار جنس الجنين، المرجع السابق، ص 17.

⁹ خالد بن عبد الله المصلح، المرجع السابق، ص 88.

الرأي الثاني : المانعون لعملية التحكم في اختيار جنس الجنين طبيًا : يرى أصحابه بعدم جواز اختيار جنس الجنين طبيًا أصالة لا تبعًا من غير حاجة، ومن أبرز القائلين بهذا الرأي : د. عبد الناصر أبو البصل¹ ود. محمد النتشه² ود. فيصل ملوى، ود. همام سعيد، ود. محمود السرطاوي، ود. راجح الكردي، ود. فيصل عباس، والشيخ عبد الرحمن عبد الخالق³، وهو ما يفهم من اللجنة الدائمة للإفتاء بالسعودية، حيث جاء في فتوى اللجنة " شأن الأجنة من حيث إيجادهم في الأرحام وذكورهم وأنوثتهم هو من علم الغيب الذي لا يعلمه إلا الله سبحانه وتعالى " ⁴.

واستدل المانعون لانتقاء جنس النسل بعدة أدلة نذكر منها :

- قوله تعالى ﴿هُوَ الَّذِي يُصَوِّرُكُمْ فِي الْأَرْحَامِ كَيْفَ يَشَاءُ ۚ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ الْعَزِيزُ الْحَكِيمُ﴾⁵، وقوله أيضا ﴿إِنَّ اللَّهَ عِنْدَهُ عِلْمُ السَّاعَةِ وَيُنَزِّلُ الْغَيْثَ وَيَعْلَمُ مَا فِي الْأَرْحَامِ وَمَا تَدْرِي نَفْسٌ مَّاذَا تَكْسِبُ غَدًا وَمَا تَدْرِي نَفْسٌ بِأَيِّ أَرْضٍ تَمُوتُ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ﴾⁶.

وجه الدلالة أن تحديد جنس الجنين يتضمن منازعة الله - عز وجل - في خلقه ومشئته وما اختص به من علم ما في الأرحام، فلا يعلم أحد ما فيها ذكرًا أو أنثى، أحمرًا أو أسودًا، فخصّ نفسه بالعلم بالأرحام إعلامًا لنا فلا أحد غيره يعلم ذلك، فلا يمكن القول بوجود بشر يدعي علم جنس الجنين والتحكم في اختياره⁷، كما أن فيه مخالفة لما أمر به المسلم من الرضا بالقضاء والقدر، فإن الله يبتلي من يشاء من عباده بالذكور أو بالإناث أو بهما كما يجعل من يشاء عقيما⁸.

- إن التدخل الطبي لاختيار جنس الجنين قد يكون ذريعة لاختلاط الأنساب، وذلك باختلاط الحيامن والبيضات بغيرها في المختبر بعد أخذها من الزوجين، إما على سبيل الخطأ أو العمد⁹.

- إفضاؤه إلى عدة مفسدات ومخاطر كالإخلال بالتوازن الطبيعي للبشر، وكشف العورة المغلظة أمام الطبيب الأجنبي لغير ضرورة¹⁰، ولا توجب ضرورة تستباح لهذه المحظورات، كما إنه ليس بحاجة لنزل منزلة الضرورة¹¹.

القول الثالث : المتوقّفون : ومنهم الدكتور عمر الأشقر ود. توفيق الواعي وتمثل أدلتهم في :
- إن هذا الأمر في علم الغيب، فلا بدّ من الانتظار حتى تظهر بوادره .

¹ يرى الدكتور أبو البصل عبد الناصر: أنّ الحكم العام في مسألة اختيار جنس الجنين هو المنع واستثنى بعض الحالات : ينظر : عبد الناصر أبو البصل، تحديد جنس الجنين، بحث مقدم للمجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي، الدورة 18 مكة المكرمة، السعودية، 10-14 ربيع الأول 1427هـ/ 8-12 أبريل 2006، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، ص 29.

² سعد شايع أحمد، المرجع السابق، ص 133.

³ محمد شبير، الأشقر عم سليمان وآخرون، المرجع السابق، ص 379، عبد الرشيد قاسم، اختيار جنس الجنين " دراسة فقهية طبية "، مكتبة الأسد، مكة المكرمة، السعودية، ط 2، 1424هـ، ص 72-74.

⁴ اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والافتاء، فتاوى اللجنة الدائمة، رئاسة إدارة البحوث العلمية والافتاء، الإدارة العامة للطبع، فتوى رقم: 19458 بتاريخ 18/2/1418هـ، الرياض، ج 2، ص 172.

⁵ سورة آل عمران الآية، 6.

⁶ سورة لقمان، الآية 34.

⁷ القرّة داغي علي محي الدين، المحمدي علي يوسف، المرجع السابق، ص 559.

⁸ خالد بن عبد الله المصلح، المرجع السابق، ص 91. القرّة داغي علي محي الدين، المحمدي علي يوسف، المرجع السابق، ص 559.

⁹ المدحجي محمد بن هائل بن غيلان، المرجع السابق، ص 1007.

¹⁰ النتشه محمد بن عبد الجواد حجازي، المسائل الطبية المستجدة في ضوء الشريعة الإسلامية، مجلة الحكمة، المرجع السابق، ص 234.

¹¹ أبو زيد بكر بن عبد الله، طرق الإنجاب في الطب الحديث وحكمها الشرعي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي في الدورة الثالثة، بجدة، السعودية، ع 3، 1408هـ- 1987م، ج 1، ص 275.

-إن القضية بحاجة إلى اجتهاد¹.

الترجيح : بعد عرض أدلة المانعين والمجيزين والمتوقفين حول حكم التدخل الطبي لاختيار جنس الجنين يترجح لدى الباحث القول بعدم جواز فتح الباب على إطلاقه وإنما وجب قصره وحصره على حالتين : حالة تجنب المرض الوراثي بعد تأكيد تلك الضرورة من طرف لجنة من الأطباء الخبراء التقاه الثقات، وأن تستند الحاجة والضرورة على المعايير الشرعية التي أرساها الفقهاء، وحالة العقم وعدم القدرة على الإنجاب بالطرق العادية، وبالتالي فالأصل في هذه العملية المنع والحظر إذ لا يمكن أن تكون قانوناً ملزماً وسياسة عامة . ولا مانع من الاستئناس إلى الضوابط الشرعية والقانونية التي كرسها مجمع الفقه الإسلامي للجوء إلى هذه العملية، وذلك في دورته التاسعة عشر بمكة المكرمة² والمتمثلة في :

-لا يجوز أي تدخل طبي لاختيار جنس الجنين إلا في حالة الضرورة العلاجية في الأمراض الوراثية التي تصيب الذكور دون الإناث أو بالعكس على أن يكون ذلك بقرار من لجنة طبية مختصة لا يقل عدد أعضائها عن ثلاثة من الأطباء العدول.

-ضرورة إيجاد جهات للرقابة المباشرة الدقيقة على المستشفيات والمراكز الصحية التي تمارس مثل هذه العمليات في الدول الإسلامية لمنع أي مخالفة لمضمون هذا القرار، وعلى الجهات المختصة في الدول الإسلامية إصدار الأنظمة والتعليمات في ذلك .

ثانياً : الموقف القانوني من مسألة التحكم في جنس الجنين طبيًا وأثره على تقادير الحمل :

سنتطرق إلى موقف القانون من التحكم في اختيار جنس الجنين، ثم نبين أثر ذلك على تقادير الحمل عند قسمة التركة .

1-الموقف القانوني من التحكم في اختيار جنس الجنين طبيًا:

أ- القوانين الغربية : تتجه القوانين الموضوعية بشأن مسألة التحكم في اختيار جنس الجنين إلى عدم دستورتها سواء كان ذلك بتحديد على المستوى الفردي أو الجماعي فنجد ان هناك دول وهيئات في مختلف بلاد العالم وفي مقدمتها بريطانيا أصدرت قرارات تمنع وتحذر استخدام تقنية اختيار جنس الجنين إلا لضرورة طبية حيث جاء فيها : فقد قررت دائرة التحقيق والجنس البشري أنه ليس من حق الآباء والأمهات في بريطانيا تحديد جنس مواليدهم وكذلك الشأن في تركيا وغيرها من البلدان³ .

أما القانون الفرنسي فقد منع أيضا اختيار جنس الإنسان بموجب المادة 12 فقرة 4 من القانون رقم 653 لعام 1994 المتضمن القانون المدني الفرنسي المعدل والمتمم، وجرمه كفعل يعاقب عليه القانون من خلال نص المادة 511 من ذات القانون⁴.

ب -التشريعات العربية : لقد انتهجت التشريعات العربية نفس المنهج المتبع في الدول الغربية فقد تكاد تتفق القوانين الوضعية للدول العربية على أن مسألة اختيار جنس الجنين بوسائل الطب الحديث من التصرفات المحظورة، إلا أن هناك من وضعت استثناءات في حالات الضرورة الطبية، أخرى لم تنص هذه الاستثناءات، وسنبين ذلك فيما يأتي :

النظام السعودي : نصت المادة 8 من نظام وحدات الإخصاب والأجنة وعلاج العقم السعودي على أنه : " لا يجوز التدخل في الخلايا الجينية أو الجينات إلا لمعالجة أمراض وراثية أو جينية يمكن أن تصيب الجنين ويمكن تعديلها بعلاج الجينات الوراثية على أن تجيزها لجنة الإشراف قبل ذلك " ⁵ .

¹ فادية محمد توفيق أبو عيشة، موقف الشريعة الإسلامية من تحديد جنس الجنين " دراسة في مقاصد الشريعة الإسلامية في الحفاظ على الأسرة والصحة الإنجابية، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2012م، ص 91.

² القرار السادس بشأن موضوع اختيار جنس الجنين في الدورة 19 للمجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي المنعقدة بمكة، المرجع السابق .

³ أبو البصل، تحديد جنس الجنين، المرجع السابق، ص 32.

⁴ المادة 12 فقرة 4 من القانون رقم 653 لسنة 1994م، المتضمن القانون المدني الفرنسي المعدل والمتمم، المرجع السابق .

⁵ المادة 8 من نظام وحدات الإخصاب والأجنة وعلاج العقم السعودي، المرجع السابق .

القانون المغربي : نصت المادة 4 من القانون المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب¹ على أنه " يجب ألا تمس المساعدة الطبية على الإنجاب سلامة الجنس البشري ولهذه الغاية يمنع الاستنساخ التناسلي وانتقاء النسل".

تشريع دولة الإمارات العربية المتحدة : لقد صدر قرار مجلس الوزراء رقم 64 لسنة 2020 بشأن اللائحة التنفيذية للقانون الاتحادي رقم 7 لسنة 2019 بشأن المساعدة الطبية على الإنجاب الذي تضمن في المادة 9 منه² بجواز عمل الفحص الجيني بتقنيات التشخيص الوراثي للأجنة قبل الإرجاع للزرع في الرحم، على أن تتم عملية اختيار جنس الجنين في مركز الإخصاب بإمارة دبي استناداً للقانون رقم 7 لسنة 2019 أعلاه المميز لإجراء الفحص الجيني P G D، لأنّ هذا الأخير يساعد على أمرين : معرفة الأمراض التي قد تصيب الأجنة، وفي نفس الوقت يحدد جنس الجنين .

وجدير بالذكر أن المركز اعتمد في قيامه باختيار جنس الجنين من الناحية الشرعية على الفتوى الصادرة عن هيئة الفتوى بالإمارات، والتي تتضمن السماح باستخدام تقنيات الموازنة العائلية إذا كان هناك جنس واحد سائد في الأسرة، فيجوز لها -حينئذ- أن تختار جنس الجنين رغبة في جنس معين³.

ومما سبق بيانه، يمكن القول أنه ورغم ما جاءت به اللائحة التنفيذية للقانون الاتحادي رقم 7 لسنة 2019 بجواز الفحص الجيني والذي يمكن من خلاله أيضاً تحديد جنس الجنين، و الفتوى الشرعية الصادر من هيئة الفتوى بدولة الإمارات التي أجازت الموازنة للأسر التي يسود فيها نوع جنس واحد، فإنه لا يوجد نص صريح ينص بجواز انتقاء جنس الجنين.

القانون البحريني : نصت المادة 7 فقرة د من القانون 26 لسنة 2017 بشأن استخدام التقنيات الطبية المساعدة على التلقيح الاصطناعي والإخصاب⁴ على أنه : " يُحظر ...انتقاء النوع أو النسل إلا إذا كان لأسباب تتعلق بالأمراض الوراثية المرتبطة بنوع الجنس"، وما يلاحظ أن المشرع البحريني أحسن صياغة هذا النص لوضوحه ودقته ومراعاته لهذه الحالات المرضية⁵.

القانون الجزائري : سنتناول هذه المسألة في قانون الأسرة الجزائري، ثم في قانون الصحة :

-في قانون الأسرة الجزائري:

باستقراء مواد قانون الأسرة الجزائري ورغم إضافة المشرع نص المادة 45 مكرر⁶ التي استحدثت فيها عملية التلقيح الصناعي إلا أنه لم يتطرق إلى مسألة تحديد جنس الجنين، وإذا ما اسقطنا شروط تنظيم التلقيح الاصطناعي التي نص عليها المشرع الجزائري في المادة اعلاه على عمليات اختيار جنس الجنين قد يبدو لنا أن العملية تستمد مشروعيتها من تلك الضوابط فمتى تمت بحياصل الزوج وبيضة الزوجة أثناء حياتهما مع قيام الرابطة الزوجية يتبين ظاهرياً بأنه لا إشكال أمام هذه التجارب التي تهدف الى التحكم في جنس الجنين، إلا أن ذلك يصطدم مع نص المادة 222 من ق أ ج التي تضمنت أنه في حالة غياب النص على مسألة معينة من قضايا شؤون الأسرة فإنه وجب الرجوع إلى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، وقد اجتمعت كلمة الفقهاء على تقييد عملية التلقيح الاصطناعي بشرط الضرورة القصوى، وتجارب تحديد جنس الجنين أغلبها لا تقتضيها ضرورة قصوى، حتى يثبت وجود خطر على الجنين أو الزوجة الحامل مصاحب لجنس محدد وعليه يمكن القول أنه لا يجوز تحديد جنس الجنين⁷.

¹ المادة 4 من القانون رقم 47.14 يتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب، المرجع السابق.

² المادة 9 من القانون رقم 7 لسنة 2019 بشأن المساعدة الطبية على الإنجاب لدولة الإمارات العربية المتحدة، المرجع السابق.

³ مريم سلطان راشد بن قبا المهيري، محمد صالح سميران، المرجع السابق، ص 406.

⁴ المادة 7 فقرة د من القانون رقم 26 لسنة 2017م، بشأن استخدام التقنيات الطبية المساعدة على التلقيح الاصطناعي والإخصاب، المرجع السابق.

⁵ سحارة السعيد، المرجع السابق، ص 224.

⁶ تم التطرق إلى هذه المادة بالتفصيل عند الحديث عن موضوع إثبات النسب عن طريق الإخصاب الاصطناعي

⁷ أمال بلعباس، انتقاء جنس الجنين من منظور شرعي قانوني، مجلة القانون والعلوم السياسية، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي بالنعامة، ع 1، 2020م، ص 36.

وفي هذا الصدد يرى د. بلحاج العربي " أنه لا يجوز إجراء تقنية الإخصاب بهدف تحديد الجنس البشري و إثراء صفاته كما أنه يمنع منعاً باتاً استنساخ الأجنة البشرية للحصول على الخلايا الجذعية أو الأعضاء أو الأنسجة الجينية، وهي الحدود الشرعية والقانونية للتجارب الطبية والعلمية على الأجنة الأدمية التي هي أصل الإنسان التي تخضع لجملة من الضوابط الشرعية والشروط القانونية ¹ . وبالتالي فإن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى هذه النازلة التي فرضت منطقتها في زمننا هذا لا في قانون الأسرة ولا في نص منفرد أو متصل رغم أنها من صلب الأمور المتعلقة بالأسرة، وترك حكمها تتجاذبه الآراء والافتراضات، الأمر الذي تداركه في قانون الصحة 11-18 .

- في قانون الصحة :

وأمام هذا القصور والفراغ التشريعي و عدم النص على مسألة التحكم في جنس الجنين في قانون الأسرة، وفي إطار تضمينه للمساعدة الطبية للإنجاب تدارك المشرع الجزائري ذلك القصور بموجب قانون الصحة الجديد 11-18 حيث منع كل انتقاء لجنس الجنين وهو ما جاءت به المادة 375 منه ² بالقول : "يمنع كل استنساخ للأجسام الحية المتماثلة جينياً فيما يخص الكائن البشري وكل انتقاء للجنس " كما نصت المادة 436 من نفس القانون : "يعاقب كل من يخالف المنع المنصوص عليه في أحكام المادة 375 المتعلقة باستنساخ أجسام حية مماثلة وراثياً وانتقاء الجنس بالحبس من 10 سنوات إلى عشرين سنة وبغرامة من 1000000 دج إلى 2000000 دج" ³.

ويتضح من هذا النص أن المشرع الجزائري حظر اختيار جنس الجنين مهما كان نوعه، لكن هذا الحكم عام وكان الأول أن ترد عليه استثناءات كما جاء في قرار المجمع الفقهي الإسلامي، والذي أجاز اللجوء إليه لتفادي الأمراض التي تنتقل مع جنس محدد، وبهذا فقد أغلق المشرع الجزائري الباب أمام الأطباء والزوجين الذين يرغبان في تحديد جنس معين ورغبة واضطراباً لتفادي الأمراض الوراثية المتنقلة عن جنس الجنين كما فعل المشرع البحريني، فكان على المشرع أن يضيف هذا الاستثناء إلى نص المادة 375 فتصبح كما يأتي : "يمنع كل استنساخ للأجسام الحية المتماثلة جينياً فيما يخص الكائن البشري ويمنع كل انتقاء للجنس إلا إذا كان اللجوء إليه اضطراباً لتفادي الأمراض الوراثية المتنقلة عبر جنس الجنين ."

وربما كانت غاية المشرع من ذلك أن لا تتحول هذه الضرورة بمثابة قانون عام ملزم في كل الحالات، ويلاحظ أيضاً أن المشرع أكسب هذه العملية عند تجريمها صفة التجنح (جنحة)، إلا أن العقوبة المقررة لمرتكبيها جاءت مشددة تضاهي العقوبة المقررة للجناية إذ يصل الحد الأقصى لها 20 سنة حبس وهذا نظراً لخطورة هذه العملية وتهديدها للنوع البشري والاختلاط في الأنساب .

2- أثر التحكم بجنس الحمل طبيًا على تقسيم التركة :

توصلنا -مما سبق - أنه يمكن لأجهزة الطب المتطورة من التحكم في اختيار جنس الجنين الوارث وعدده قبل عملية العلق في الرحم، وسنحاول أن نبين مدى تأثير ذلك على تقادير هذا الحمل بعده وراثاً مع بقية الورثة، ولتوضيح ذلك سنفترض مثلاً تطبيقاً مثال : قام زوجان بإجراء إخصاب اصطناعي من أجل الحصول على ذكرين وتمت عملية الإخصاب بالطرق والإجراءات القانونية، وأثبتت الكشوفات حمل الزوجة، وبعدها هلك زوجها وتركها حاملاً وترك أيضاً : أما وبنتين وأخاً شقيقاً وخلف تركته قدرها 1152 رأس غنم، سنحل هذه المسألة وفق ثلاث تقديرات على أساس تعدد الحمل كما قرره العلماء في تقدير الحمل هما تقدير الحياة وتقدير الموت على عد أن جنس الحمل وعدده متحقق منه ⁴.

وحل هذه المسألة وفق الجدول الآتي :

¹ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري " أحكام الزواج"، المرجع السابق، ص 413.

² المادة 375 من قانون الصحة الجزائري، المرجع السابق .

³ المادة 436 من قانون الصحة الجزائري، المرجع السابق .

⁴ وراثي غنية، المرجع السابق، ص 249.

التركة دج 230400	الجامعة 576	مسألة حياة الذكـرين			تقدير حياة حمل واحد وموت الآخر			مسألة تقدير موت الحمل (الذكـرين)			
$\div 230400$ $400=576$	الموقوف 272	$=4 \times 144$ 576	أصل 24	الفرض	الجامعة $=6 \times 96$ 576	أصل 24	الفر ض	الجامعة 24×24 $576=$	أصل 24	الفرض	الورثة
28800	400×72 $28800=$	$=4 \times 18$ 72	3	8/1	$=6 \times 12$ 72	3	8/1	$=24 \times 3$ 72	3	8/1	زوجة ح
38400	400×96 $38400=$	$=4 \times 24$ 96	4	1/6	$=6 \times 16$ 96	4	6/1	$=24 \times 4$ 96	4	6/1	جدة
54400 الموقوف 108800	$\times 136$ $=400$ 54400	$=4 \times 102$ 408 لكل بنت 68 و 136 لكل ذكر (الحمل)	17	ب ع	$=6 \times 68$ 408 102 لكل بنت و 204 للحمل	17	ب ع	24×16 $384=$ 192 لكل أخت	16 8 لكل بنت	3/2	بنتان ابنتين (حمل)
/	/			حجب	/		حج ب	$=24 \times 1$ 24	1	ب ع	عم ش

بالنظر إلى أصول المسائل نلاحظ أن أصل المسألة حياة الذكـرين 144 وأصل مسألة تقدير موت الحمل بينهما تداخل فنكتفي بأكبرهما 144 وبين هذا العدد وأصل مسألة موت أحدهما وحياة الآخر 96 توافق فيضرب وفق أحدهما في كامل الآخر $576=144 \times 4$ ونقسم الأصل الجامع 576 عل أصل كل مسألة لنجد جزء سهمها لنضرب فيه سهم كل وارث منها $6=96 \div 576$ ، $24=24 \div 576$ ، $4=144 \div 576$:

وبملاحظة سهام الورثة في جميع التقادير يلاحظ أن الأقل في حق البنـتين هو كون حياة الذكـرين: 136 فيعطى لهما، وأن ميراث الزوجة والجدة لم يتغير بتغير مقادير الحمل لذا تأخذان نصيبهما كاملا فالزوجة تأخذ ثمن التركة 72 سهما، والجدة تأخذ سدسها 96 ويوقف للحمل 272 سهما : $576=272+72+96+136$ ، ولمعرفة نصيب كل وارث من تركة المتوفى لا بد من استخراج قيمة جزء السهم الواحد وذلك بقسمة مجموع التركة على الأصل الجامع: $400=576 \div 230400$

للزوجة: $28800=400 \times 72$ دج وللجدة: $38400=400 \times 96$ دج، وللبنـتين : $54400=400 \times 136$ دج والمال الموقوف: $108800=400 \times 272$ دج والمجموع: $230400=108800+54400+38400+28800$ دج

وبذلك فإن ميراث الزوجة والجدة لا يتغير بتغير تقادير الحمل لذا تمنحان نصيبهما كاملا فالزوجة تأخذ ثمن التركة وهو: 28800 دج والجدة سدسها: 38400 دج وتأخذ البنـتان نصيبهما من مسألة حياة الحمل (الذكـرين): 54400 دج لكل واحدة منهما: 27200 دج والباقي 108800 دج يوقف للحمل إن وادا حين يأخذان نصيبهما مناصفة لكل ذكر 54400 دج ، وإذا ولد أحدهما حيا ومات الآخر أخذ الحي منهما 81600 دج والباقي 27200 دج يقسم على البنـتين 13600 دج لكل بنت وللتأكد من صحة التقسيم: البنـتان أخذتا على تقدير حياة الحمل 54400 دج + $27200=81600+81600$ (نصيب الذكر) $+28800$ (نصيب الزوجة) $+38400$ (نصيب الجدة) $=230400$ دج قيمة التركة .

وترتبا على ما سبق يمكن فان التقنيات الحديثة تعدّ قرينة تكاد تكون قطعية في تحديد الجنس الوارث ومن ثم مدى تأثيرها على تقادير الحمل و على أنصبة باقي الورثة.

المبحث الثاني : تصحيح جنس الوارث وتحويله طبيًا وأثرهما على الحق في التركة :

إن العصر الحالي هو أكثر العصور تأكيداً للوسائل المتعلقة بالاكتشافات الطبية والبيولوجية، ذلك أنها جعلت من هذه الاكتشافات أداة رئيسة لإنجاز أهداف الباحثين، وإشباع الحاجات المجتمعية والشخصية، وذلك لا يعني أن سائر المستجدات العلمية أصبحت تتماشى والمصلحة العامة، إذ منها ما هي كذلك، ومنها ما هي منبع لذرائع الانحراف والشذوذ، كون أنها تصيب الإنسان بذاته، خاصة عندما يصل الأمر إلى حد تغيير جنس الإنسان في مجال التدخل الجراحي وتحويله إلى الجنس المخالف، أي تغيير الجنس الذي ينتمي إليه مادياً بالجنس الذي يشعر بالانتماء إليه بعد إجراء عملية جراحية على جهازه التناسلي، مما ينجر عنه المساس بسلامة جسم الشخص¹، كما يمكن للجراحة والطب النفسي أن تساهم بقدر كبير في تعديل وتصحيح الاهتلالات العالقة بالجهاز التناسلي، بل وبالوضع الاجتماعي .

وعندما يحول الإنسان جنسه أو يصححه فإن ذلك يترتب عليه مجموعة من الآثار، لأن الشكل يتغير وقد يصاحب بتغيير الاسم والنوع، وهذا له آثاره القانونية منها التأثير على تقسيم التركة .

وعلى ضوء ذلك سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين الأول، نبين في (المطلب الأول) دور التقنية الطبية في تصحيح الجنس وتحويله وحكهما الشرعي وفي (المطلب الثاني) نسلط الضوء على الموقف القانوني من تصحيح الجنس وتحويله وأثرهما على تقسيم التركة .

المطلب الأول : دور التقنية الطبية في عمليات تصحيح الجنس وتحويله وحكهما الشرعي:

نظراً لتطور الأبحاث والأعمال استجذبت في السنوات الأخيرة إحدى القضايا الهامة هي قضية تحويل الجنس وتغييره على حسب الاصطلاح، وذلك عن طريق العمليات الجراحية وتناول الهرمونات، والتي تؤدي بالشخص إلى مظاهر جنسية غير جنسه الأصلي، وقد نشأت هذه الظاهرة في البلاد الغربية وانتقلت إلى البلاد العربية الإسلامية، ولا تكاد تخلو دولة من الدول لا توجد فيها هذه الجراحات أو على الأقل لا توجد دولة ليس من بين رعاياها من لا يجري هذه العملية .

وبالمقابل تمكن هذا التطور الطبي من إزالة اللبس الذي يكتنف جنس بعض الأشخاص، في حالات عديدة وتحديد الجنس الغالب لديهم وذلك عن طريق تصحيح الجنس، وتختلف عمليات تصحيح الجنس وتثبيتته عن عمليات تحويله وتغييره، والفرقة بينهما مهمة للغاية لأن أحكام كل منهما تختلف عن الأخرى من حيث المشروعية .

وعطفاً على ذلك سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول دور التقنيات الحديثة في عمليات تصحيح الجنس وحكمه الشرعي في (الفرع الأول)، لننتقل في (الفرع الثاني) إلى دور التقنيات الحديثة في عمليات تحويل الجنس وحكمه الشرعي.

الفرع الأول : دور التقنيات الحديثة في عمليات تصحيح الجنس وحكمه الشرعي :

يقصد بتصحيح الجنس " تلك العملية الطبية التي تتم بطريق الجراحة الطبية بإعادة الأعضاء التناسلية للشخص إلى حالتها الطبيعية، أو هي ذلك العمل الطبي الجراحي الذي يقصد به معالجة الشخص المشتبه في جنسه عضوياً، أو من في حكمه من الخلل الذي أصاب هويته الجنسية أو خصائصه ومظاهره الجنسية الجسدية"² .

ويفهم من هذا التعريف أنه يُلجأ إلى عملية تصحيح الجنس أو تثبيتته عندما يكون الشخص لديه خلل في الجهاز التناسلي أو التباس جنسي، بحيث يبدو أنثى وهو في الحقيقة ذكر، فيتم إجراء الجراحة التصحيحية إلى الجنس الحقيقي وهو الذكورة أو العكس،

¹ مارك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسد، رسالة دكتوراه دولة، جامعة الجزائر، 1996م، ص 437.

² الشهابي إبراهيم الشراوي، تثبيت الجنس وآثاره " دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني " رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2002م، ص 64.

فقد يكون الشخص أنثى ولديها خلل في الجهاز التناسلي ويبدو وكأنها ذكر ويتم إجراء الجراحة التصحيحية إلى جنسه الحقيقي وهو الأنثى وبالتالي يمكن القول " أن عمليات تصحيح الجنس¹ هي تصحيح الوضع الخطأ إلى الوضع الصحيح "².

إذن تتحقق حالة الاشتباه الجنسي -التي يجوز إجراء عملية تصحيح الجنس عليها - في الشخص الذي تعذر ترجيح جنسه الحقيقي سواء بالذكورة أو بالأنوثة لسبب علة عضوية، والتي انفق الفقهاء والأطباء على اصطلاحها بالخنثى

لذا يجدر بنا (أولاً) أن نبين حقيقة المشتبه فيه جنسيا (الخنثى)، ثم نتناول وسائل الكشف عن المشتبه فيه جنسيا (ثانياً) ثم نتطرق إلى أثر التدخل العلاجي في تصحيح الجنس وحكمه الشرعي (ثالثاً):

أولاً : حقيقة المشتبه فيه جنسيا (الخنثى) : سنتطرق إلى تعريف المشتبه فيه جنسيا (الخنثى) ثم نعرض إلى بيان أنواعه :

1-تعريف الخنثى (المشتبه فيه جنسيا) :

أ-الخنثى لغة : هو اسم مأخوذ من الخنث ومعناه اللين والتكسر، والخنثى هو الذي لا يخلص لذكر ولا لأنثى، و قيل : تَخَنَّثَ الرجل إذا فعل فعل فَعَلَ المِخْتَنَّت³، والمِخْتَنَّت هو الرجل يشبه المرأة في اللين والكلام، والنظر والحركة، وهو في حقيقته ذكر، ولكنه يتصنع طبائع النساء وصفاتهن، سواء كان ذلك بطبعه الذي خلقه الله عليه، واكتسبه من بيئته، أو كان يتصنع ذلك تشبهاً بمن⁴.

ب-الخنثى اصطلاحاً : عرف الفقهاء الخنثى بتعاريف اتفقوا في كثير من مواضعها، واختلفوا في البعض الآخر بزيادة قيد أو شرط كما يأتي :

تعريف الخنثية : عرف الكسائي الخنثى : " من له آلة الرجال والنساء والشخص الواحد لا يكون ذكراً أو أنثى حقيقة، فإذا أن تكون ذكراً وإما أن تكون أنثى "⁵.

تعريف المالكية : عرف الخرشي الخنثى : " من له آلة المرأة وآلة الرجل "⁶.

والخنثى عند الشافعية ضربان : أحدهما : أن يكون له آلة الرجل وآلة المرأة، والثاني : أن تكون لآلته التي يتبول منها بخلاف آلة الرجل، وبخلاف آلة المرأة فلا يكون له ذكر كذكر الرجل ولا قبل كقبل المرأة، فإن كان على هذا الوصف فهو المشكل "⁷.

وعند الحنابلة : "هو الذي له ذكر وفرج امرأة أو له ثقب في مكان الفرج يخرج منه البول أو ليس له آلة أصلاً "⁸.

تعريف الخنثى في الطب الحديث : "هو حالة خلقية تجتمع فيها أعضاء الذكورة والأنوثة بدرجات متفاوتة في الشخص نفسه "⁹.

ج-تعريف الخنثى في قوانين الأحوال الشخصية : عرفته المادة 46 من قانون الأحوال الشخصية المصري¹⁰ : "الخنثى هو الذي لا يعرف أذكر أم أنثى؟" وعرفته المادة 633 من قانون الأحوال الشخصية المعمول به في المحاكم الشرعية بقطاع غزة : "الخنثى

¹ وقد أطلق بعض الفقه المصري على مصطلح تصحيح الجنس تسمية تثبيت الجنس.

² منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء القضاء والفقه الفرنسي والمصري، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، ط 1، 2008م، ص 449.

³ ابن منظور، المرجع السابق، باب الثاء (مادة خنث)، ج 2، ص 145-146.

⁴ الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج 20، ص 22.

⁵ الكسائي، المرجع السابق، ج 6، ص 418.

⁶ الخرشي، المرجع السابق، ج 8، ص 227.

⁷ الجويني، المرجع السابق، ج 9، ص 304، القزويني، المرجع السابق، ج 6، ص 532، النووي، المجموع في شرح المذهب للشيرازي، ج 2، ص 53.

⁸ ابن مفلح، المرجع السابق، ج 5، ص 402، البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع، ج 4، ص 469.

⁹ أحمد كنعان، الموسوعة الطبية الفقهية، المرجع السابق، ص 438.

¹⁰ المادة 46 من قانون الأحوال الشخصية المصري، المرجع السابق .

هو إنسان له آلة الرجل والمرأة أو ليس له شيء منهما " ¹، وهذا التعريف قريب من تعريف الحنابلة للخنثى، وعرفته المادة 546 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي: "الخنثى: هو الذي لا يعرف أذكرا هو أم أنثى " ² وهو نفس تعريف القانون المصري .
أما قانون الأسرة الجزائري : لم يتضمن المشرع الجزائري في قانون الأسرة تعريفا للخنثى، وإنما أشار إلى تحديد جنس المولود ذكرا كان أم أنثى بعد ولادته مباشرة في نص المادة 63 من قانون الحالة المدنية مع تحديد اسمه وقيد كل ذلك في عقد ميلاده ³.

2-أنواع التشكل الجنسي لسبب عضوي (الخنثى) في الفقه والطب : أ-عند لفقهاء:

اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أن الخنثى نوعان هما :

-الخنثى غير المشكل أو الواضح : من خلال استقراء تعريفات الفقهاء نجدها تنصب حول مفهوم واحد إذ عرف الخنثى غير المشكل على أنه : " ما ترجحت فيه صفات الذكورة أو صفات الأنوثة، أو هو من ثبتت فيه علامات الذكورة أو الأنوثة فيعلم أنه رجل أو امرأة، أو هو الذي ظهرت عليه علامات الذكورة واضحة كما لو تزوج فأنجب أو ظهر له لحية وشارب، أو ظهرت عليه علامات الأنوثة واضحة كما لو حاض أو حمل " ⁴.

-الخنثى المشكل : وهو " الذي أشكل أمره فلم تُعرف ذكوره من أنوثته لعدم ظهور علامة مميزة، أو ظهرت عليه كلتا علامتين " ⁵، وعند الشافعية الخنثى المشكل : هو الذي ليس له آلة الرجل أو آلة الأنثى فهو مشكل أبدا " ⁶، والخنثى المشكل موجود فعلا عند جمهور الفقهاء، قال السيوطي : " وحيث أُطلق الخنثى في الفقه فالمراد به المشكل " ⁷.

وقد أنكر الحسن البصري -رحمه الله- وجود الخنثى المشكل لأن الله تعالى لا يضيق على عبده حتى لا يُدرى حاله أذكر هو أم أنثى ؟ فلا بد من علامة تزيل إشكاله " ⁸.

ب -أنواع الخنثى عند الأطباء :

اختلفت تقسيمات الأطباء على تلك التي أوردها الفقهاء الذين اعتمدوا على المظهر الخارجي للخنثى، ويفرق أهل الطب بين نوعين من الخنوثة وهما :

الخنثى الحقيقي (True Hermaphrodite): وهو عبارة عن إنسان يجتمع في جهازه التناسلي كل من الخصية والمبيضين معا، وهذا نادر جدا " ⁹.

¹ مازن سيسالم وآخرون، مجموعة القوانين الفلسطينية، د د ن، د م ن، ط 2، ج 10، 1996م، ص 102.

² المادة 546 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، المرجع السابق .

³ تنص المادة 63 من قانون الحالة المدنية الجزائري، المرجع السابق " تبين في عقد الميلاد...وجنس الطفل والأسماء التي أعطيت له "...

⁴ العيني، المرجع السابق، ج 13، ص 528، السرخسي، المرجع السابق، ج 30، ص 92، الدسوقي، المرجع السابق، ج 4، ص 489، البهوتي، كشف القناع على متن الإقناع، ج 4، ص 479، السنيكي، المرجع السابق، ج 1، ص 59، العباس بن أحمد بن إبراهيم الصنعاني، المرجع السابق، ص 87، أطفيش محمد، المرجع السابق، ج 15 ص 497، محمد بن الحسين الطوسي، المرجع السابق، ج 4، ص 114.

⁵ الكسائي، المرجع السابق، ج 7، ص 327، الدسوقي، المرجع السابق، ج 4، ص 489، الخرخشي، المرجع السابق، ج 8، ص 255، السنيكي، المرجع السابق، ج 1، ص 59، ابن مفلح، المرجع السابق، ج 1، ص 402، البهوتي، كشف القناع على متن الإقناع، المرجع السابق، ج 4، ص 179، أطفيش محمد، المرجع السابق، ج 5، ص 499، محمد بن الحسن الطوسي، المرجع السابق، ج 4، ص 113.

⁶ الجويني، المرجع السابق، ج 9، ص 304.

⁷ السيوطي، المرجع السابق، ص 248.

⁸ أطفيش محمد، المرجع السابق، ج 5، ص 494.

⁹ حازم أبو الحمد حمدي الشريف، المرجع السابق، ص 1001.

ومن خلال هذا التعريف يلاحظ ما يلي :

-وجود أعضاء تناسلية مبهمة تتنوع من أنثوية سوية مع ضخامة بظرية¹ طفيفة إلى أعضاء تناسلية خارجية ذكرية سوية .
-إن المسترجلين في حالة الخنثة الحقيقية يوجد لديهم وظيفة خصوية جيدة عند عدم وجود الرحم خاصة، ويُربون عادة في هذه الحالة كذكور، وفي حالة وجود الرحم يخفّ التراجل وتتضاءل الخصوبة، وعندئذ يعدّ الخنثى هنا أنثوي الجنس، وبذلك تُزال الأنسجة التي تتعارض مع عدّه أنثى جراحياً² .

وذكرت الدراسات أن المختنن الحقيقيين الذين نمطهم النووي (x46) والذين تربوا كإناث، قد يحملن وينجبن أطفالاً أحياء، ولكن حتى الآن لم يصبح إلا خنثى واحد حقيقي أباً لطفل، كما إن حوالي 5% من هؤلاء يصابون بأورام في أعضائهم القندية (المبيض أو الخصية)، وقد ذكرت الاحصائيات أيضاً ندرة وجود الخنثى الحقيقي وأنها نسبة لا تزيد عن ولادة واحدة في كل مليوني ولادة³.

الخنثى الكاذبة (Pseudo- Hermaphrodism): "وهو عبارة عن إنسان تبدو فيه الغدة التناسلية إما مبيضا وإما خصية، وتكون الأعضاء التناسلية الظاهرة غامضة وعالقة، وتخالّف ما عليه الغدة التناسلية في الداخل"⁴.

ومن خلال هذا التعريف يلاحظ أن الجنس الظاهر في الخنثى الكاذب غير الجنس الحقيقي، و قد أثبتت الدراسات وجود هذه الحالة في البشر بنسبة مولود من كل 25 ألف ولادة، والخنثى الكاذبة حالة تستدعي الجراحة وذلك لتصحيح مسار الجنس الحقيقي والذي يأبى إلا أن يعلن عن نفسه⁵، وتنقسم إلى نوعان :

الخنثى الأنثى الكاذبة : وهو عبارة عن إنسان في حقيقته أنثى ولكن يبدو شكله الخارجي كأنه ذكر، فهو يملك جميع الأعضاء التناسلية للأنثى لكنها مختلفة داخل الجسم وهذه الحالة يمكن علاجها من خلال عمليات تصحيح الجنس⁶ .

الخنثى الذكر الكاذب : في هذه الحالة تكون هذه الأجهزة التناسلية الخارجية شاذة في الطفل الذكر حتى تبدو أقرب إلى الجهاز الأنثوي، إلا أنه يملك خصيتين وكروموسومات (xy)، فينشأ الطفل كذكر مع تصحيح جنسه، وتعديل مسار الأعضاء التناسلية الخارجية لديه⁷.

ثانياً :وسائل الكشف عن المشتبه فيه جنسياً:

ستنطلق إلى وسائل الكشف عن الجنس الحقيقي للخنثى عند الفقهاء، ثم نتطرق إلى تقنيات الطب المعاصر في الكشف عن الجنس المشكل (الخنثى).

¹البظر : (بالإنجليزية : clitoris) يعرف بأنه عضو صغير جنسي في الجهاز التناسلي عند الأنثى، يشابه قضيب الرجل، يقع بظر المرأة عند التقاء الشفرين الصغيرين، فوق فتحة البول والمهبل، والفرق الوحيد بين بظر المرأة وقضيب الرجل من الناحية التشريحية هو أن القضيب الذكري له نسيجين اسفنجيين قابلين للتمدد، ونسيج ثالث يتخلله مجرى البول والسائل المنوي بينما يوجد في بظر المرأة نسيجين اسفنجيين قابلين للتمدد عند الاستثارة الجنسية خلال الجماع، بينما يفتقر البظر للنسيج الثالث المحتوي على مجرى البول، إذ أن عند المرأة مجرى خاص بالبول وفتحته تقع حوالي 2 إلى 3 سم أسفل البظر: ينظر : مصطلحات طبية - علم التشريح - على الموقع: <http://altibbi.com> اطلع عليه بتاريخ : 2022/12/17.

²ينظر : عبادات صحة المجانية، على الموقع: www.sehla.com تاريخ الاطلاع : 2022/12/17م.

³الأهرام العربي : موقع : arabiahram.org تاريخ الاطلاع : 2022/12/17م.

⁴أحمد محمد كنعان، الموسوعة الطبية الفقهية، المرجع السابق، ص 373.

⁵الأهرام العربي : موقع : arabiahram.org، المرجع السابق .

⁶الموسوعة المسيرة في فقه القضايا المعاصرة "قسم الفقه الطبي"، مركز التميز البحثي في فقه القضايا المعاصرة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، ط 1، 1436هـ - 2014م، ص 373.

⁷أحمد العامودي، نعم لتصحيح الجنس لا لتغييره : amjad68 jeeran.com تاريخ الاطلاع : 2022/12/17م.

1-الكشف عن جنس الخنثى الحقيقي عند الفقهاء (إزالة الإشكال) :

إن الوسائل التي استخدمها الفقهاء من أجل الكشف عن الخنثى المشكل ومعرفة جنسه اعتمدت على القرائن المرجحة للحكم، والتي هي من وسائل الإثبات المعتمدة عند العلماء، ولا يوجد نص صريح لدى الفقهاء في تحديد جنس الخنثى، ولكنهم نظروا بالمتاح لديهم من الوسائل في عصورهم السالفة، واستخلصوا من خلالها الفوارق الظاهرة التي تصلح لبناء الأحكام عليها¹.
ويفرق الفقهاء عند استظهار حالة المشتبه به جنسياً أو الخنثى المشكل ومحاولة إزالة ما به من إشكال بين مرحلتين، قبل البلوغ وبعده وسنبينهما فيما يأتي :

أ- **معايير الكشف عن الجنس المشكل قبل البلوغ** : تتمثل علامات الكشف عن الجنس المشكل عند الفقهاء في ما يأتي :

- **المبال** : وهو أشهر العلامات وأعمها لدوام وجوده من الصغير إلى الكبير، فإن بال من الذكر فهو رجل وإن بال من الفرج فهو امرأة، وهذا باتفاق الفقهاء².

وقد استدلوا على هذا الحكم بما روي عن علي رضي الله عنه أنه كتب إلى معاوية في الخنثى بأن ميراثه من حيث يبول³، والسبب في تعويل الفقهاء على المبال في إزالة الإشكال قبل البلوغ هو أن الله تعالى خلق في الإنسان كل عضو لمنفعة، ومنفعة العضو التناسلي عند الولادة وقبل البلوغ هو كونه مخرجاً للفضلات، وما عدا هذه المنفعة تحدث لاحقاً⁴.

واتفق الفقهاء أيضاً على أنه إذا خرج البول من كلا المخرجين عند الخنثى حكم عليه بأسبقهما خروجاً⁵، إلا أنهم اختلفوا في حالة التساوي في السبق هل يحكم عليه بأكثرهم خروجاً أم لا ؟ على قولين للعلماء:

القول الأول : ذهب أبو حنيفة⁶ والشافعية⁷ وهو رأي الزيدية⁸ التوقف في مثل هذه الحالة، ولا اعتداد لكثرة أو قلته من أيهما وهو الخنثى المشكل، وحكي مثل ذلك عند بعض المالكية⁹ ووافقه الحنابلة في التوقف إذا كان البول مهماً بمقدار واحد، ولم يسبق أحدهما الآخر في المبال¹⁰.

واستدل¹¹ القائلون على أن لا عبرة بكثرة البول في ترجيح أحد المخرجين بالمعقول من وجوه: نذكر منها :

- إن كثرة البول تدل على سعة المخرج، ولا اعتداد لذلك، فمخرج بول النساء أوسع من مخرج بول الرجال.

- الكثرة والقلة تظهر في البول لا في المبال، وآلة الفصل هي آلة المبال وليس نفس البول.

¹ محمد بن أحمد بن محمد عlish، فتح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر، د م ن، د ط، 1404هـ-1984م، ج 9، ص 705.

² ابن المنذر، المرجع السابق، ص 75.

³ أخرجه سعيد بن منصور، المرجع السابق، ج 1، ح ر : 125، ص 82.

⁴ العيني، المرجع السابق، ج 13، ص 529.

⁵ السرخسي، المرجع السابق، ج 30، ص 103-104، ابن المنذر، المرجع السابق، ص 75، الكسائي، المرجع السابق، ج 7، ص 327، العباس بن

أحمد بن إبراهيم، المرجع السابق، ص 87.

⁶ السرخسي، المرجع السابق، ج 30، ص 102-103.

⁷ النووي، المجموع في شرح المذهب للشيرازي، المرجع السابق، ج 12، ص 106.

⁸ أحمد بن يحيى المرتضى، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، دار الحكمة اليمانية، صنعاء، اليمن، تصوير من الطبعة الأولى، 1409هـ-1988م، ج 5، ص 361.

⁹ الصاوي، المرجع السابق، ج 4، ص 725.

¹⁰ ابن مفلح، المرجع السابق، ج 5، ص 402.

¹¹ السرخسي، المرجع السابق، ج 30، ص 104-105، النووي، المجموع في شرح المذهب للشيرازي، المرجع السابق، ج 2، ص 54، الزيلعي، المرجع

السابق، ج 6، ص 215-216.

القول الثاني : ذهب أبو يوسف ومحمد من الحنفية¹ والمالكية² والشافعية في وجه³ وأحمد في الصحيح عنه⁴ وهو رأي الإباضية⁵ أنه يحكم بالأكثر فإن كان أكثر البول دليل على قوة الآلة فكانت هي العلامة على الجنس التي يزال بها الإشكال⁶.

ويمكن أن يُردّ على ذلك بأن الكثرة ليست دليلاً على قوة الآلة أو أنها هي الأصل، وقد علق الإمام أبو حنيفة على رأي الإمام أبي يوسف -رحمهما الله جميعاً- بقوله: "وهل رأيت قاضياً يكيل البول بالأواني! وتوقف أبو يوسف عن الجواب وقال: لا أدري"⁷.

واستدل القائلون باعتداد كثرة البول عند استواء المخرجين في السبق بالمعقول من وجوه نذكر منها⁸:

- إن كثرة البول مزية لإحدى العلامتين فيعتدّ بها، فإن استويا حينئذٍ مشكل، فيُهمّل (الخنثى) إلى ما بعد البلوغ رجاء اتّضح حاله .

- إن الآلة التي يخرج منها البول أكثر يكون الحكم له، لأنه أقوى والترجيح عند المعارضة يكون بزيادة القوة .

الترجيح : بالنظر إلى أدلة القولين يتبين أن الراجح فيهما ما ذهب إليه أصحاب الاتجاه الأول الذي يرى عدم الاعتداد بكثرة البول في تحديد جنس الخنثى، وهو ما يؤيده الطب المعاصر .

ب -علامات التمييز بعد البلوغ عند الفقهاء لإزالة الاشكال : اتفق الفقهاء قديماً على أن الخنثى بعد البلوغ يمكن إزالة الإشكال فيه، وعدّه خنثى غير مشكل عن طريق ظهور العلامات عليه سواء ذكورة أو أنوثة، ومن ثم يحكم بأنه ذكر أو أنثى بحسب تلك العلامات⁹، فإذا ظهرت عليه علامات الذكورة كإنبات اللحية والشارب أو الاحتلام، أو تزوّج فأنجب، أو تشكّل جسمه كما الرجال فهو ذكر، أما إذا ظهرت عليه علامات الأنوثة مثل بروز الثدي أو الحيض أو الحبل، أو ظهر من تكوين جنسه أنه أنثى فهو أنثى .

من خلال عرضنا للرأي الفقهي حول معايير تحديد جنس المشكل يتضح أن الفقهاء قديماً اعتمدوا على شكل الأعضاء التناسلية لدى الشخص قبل البلوغ، وعلى شكله وتكوينه العضوي بعد البلوغ كمعيار ظاهري في إزالة الإشكال في الخنثى، ومع تقدم علوم الطب و التحاليل الطبية ظهرت بعض المعايير الأخرى اعتمد عليها العلماء كأساس لمعرفة حقيقة الجنس بأكثر دقة ووضوح.

2-تقنيات الطب المعاصر في الكشف عن الجنس المشكل (الخنثى):

عندما يطرق موضوع وسائل الكشف عن الخنثى في الطب الحديث يقصد به ما ينظر إليه ذووا الاختصاص في هذا المجال عين الاهتمام من أجل تحديد جنس الخنثى لتمييزه أذكر هو أم أنثى، وكذلك فيما إذا احتاج الجنس المشتبه به إلى تصحيح مسار أعضائه التناسلية لتمكينه من التأقلم مع شخصيته الحقيقية¹ ترفض إلى أن تعلن عن نفسها ولو في مراحل متأخرة من البلوغ، ويحتاج الطبيب إلى العديد من المعايير والمحددات¹⁰ يركز عليها لمعرفة وتحديد جنس الفرد خاصة في حالات الغموض الجنسي، وتتمثل المعايير الطبية المستحدثة المعتمدة لتحديد جنس الخنثى فيما يأتي :

¹العيني، المرجع السابق، ج 13، ص 529، الكسائي، المرجع السابق، ج 7، ص 329.

²الصاوي، المرجع السابق، ج 4، ص 725، الخطاب، المرجع السابق، ج 6، ص 431.

³النووي، المجموع في شرح المذهب للشيرازي، المرجع السابق، ج 12، ص 106.

⁴ابن مفلح، المرجع السابق، ج 5، ص 402.

⁵أطفيش محمد، المرجع السابق، ج 15، ص 498.

⁶السرخسي، المرجع السابق، ج 30، ص 103، الصاوي، المرجع السابق، ج 4، ص 725، أطفيش محمد، ج 15، ص 498.

⁷العيني، المرجع السابق، ج 13، ص 529.

⁸الخطاب، المرجع السابق، ج 6، ص 431.

⁹السنيني، المرجع السابق، ج 1، ص 59، أطفيش محمد، المرجع السابق، ج 15، ص 499.

¹⁰عبد الحميد حسن صباح، ميراث الخنثى في ضوء الحقائق العلمية المعاصرة وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية في قطاع غزة، رسالة ماجستير في القضاء الشرعي،

كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية بغزة، فلسطين، 1429هـ-2008م، ص 31.

أ- **الاعتماد على المعيار العضوي** :ويقصد بهذا المعيار عند الأطباء تمييز جنس الإنسان ذكر أم أنثى بحسب الأعضاء التناسلية الظاهرية منها أو الباطنية، وتعد العيوب الخلقية للأعضاء التناسلية التي يصعب معها تحديد جنس المولود من أهم الصعوبات التي تواجه الطبيب المختص، لأنه يقع على عاتقه مسؤولية تحديد جنس المولود بعد الولادة مباشرة، وهو إذ يقرر ذلك على بيان الولادة يعتمد على شكل الأعضاء التناسلية حسب الحالة التي كشف عنها، ولكن الإشكال الذي قد يصادفه الطبيب يكمن فيما إذا كانت الأعضاء التناسلية الخارجية غير واضحة المعالم أو غير بارزة للعيان، فحينئذ يتوجب على الطبيب اللجوء إلى الكشف المعمق والتحليل المتأن بالاعتماد على تقنيات الطب الحديث للوصول إلى إزالة الإشكال، ومعرفة جنس هذا المولود الذي سوف يتعلق به طول حياته ويستند إليها في تسميته واستحقاق نصيبه من التركة، وغيرها من الأحكام الشرعية والقانونية المرتبطة بجنسه¹.

والمقصود بالأعضاء التناسلية تلك الأعضاء التي تتيح عناصر الإخصاب من بويضات ونطف والتي اصطلاحاً على تسميتها بالغدد التناسلية، بالإضافة إلى تلك التي تعدّ محلاً للجماع، والعضو التناسلي قد يكون فردياً كالرحم والذكر والمهبل وقد تكون ثنائية كالمبيض والخصية والقناة المنوية وقناة فالوب ومنها ما يتكفل بنقل الخصائص الوراثية لصاحب العضو التناسلي إلى ذريته من بعده ومنها ما لا تكون كذلك².

ب - **معيار الغدة التناسلية** : ويلجأ إلى هذا المعيار عند وجود إشكال أو تعارض في شكل الأعضاء التناسلية الظاهرة، فيتم الكشف عنها بالطرق العلمية الحديثة من خلال التحليل العلمي الباثولوجي للأنسجة التي تتكون منها الخصيتين عند الذكر أو المبيضين عند الأنثى، وهذا للتأكد من مدى مطابقة المظاهر الخارجية مع العناصر الداخلية³.

ج - **الاعتماد على معيار التحاليل المخبرية** : يعتمد هذا المعيار على إجراء عدة تحاليل مخبرية لخلايا جسم الإنسان التي تحوي كروموسومات ذكرية وأنثوية أو الهرمونات التي يفرزها الجسم البشري، و تتم التحاليل المخبرية بالتقنيتين الآتيتين :

- **التقنية الأولى: تحليل الكروموسوم (الصبغة الوراثية)**⁴ :إذا اتصلت النطفة بالبويضة وتكونت النطفة الأمشاج فتكون إما (xy) فصحيح ذكراً، و إما (xx) فتصبح أنثى⁵ - بإذن الله-، وتعدّ الصبغة الوراثية هي الحد الفاصل في تقرير الجنس حيث يعتمد على تحديد التكوين الصبغي الجنسي، ويمكن استخدام عدة وسائل للتعرف على الكروموسوم الجيني كما يأتي⁶ :

تقنية : P C R : وهي تقنية مخبرية تم اكتشافها سنة 1983 م، تقوم على إكثار نسخ الحمض (DNA) خارج النظام الحيوي، من خلال هذه التقنية يظهر تضاعف المادة الوراثية للكروموسوم (x)، كما يمكن في بعض فحوصات (p c r) المتطورة تحديد عدد الكروموسومات الموجودة من النوع (y) أو (x) وبالتالي يتم تشخيص الخنثى الحقيقي والتي تحمل (xy, xx) وحالي كلاينفلير وتيرنر⁷، ولتقنية (p c r) تطبيقات كثيرة في مجال أبحاث الحمض النووي (DNA) والوراثة ومنها الكشف عن الطفرات الوراثية والتي تشمل الكشف عن الخنثى⁸.

¹ الفقه الطبي، الجمعية العلمية السعودية للدراسات الطبية الفقهية، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، السعودية، 1431هـ، 2010 م.

² الشويخ سعد بن عبد العزيز بن عبد الله، أحكام الهندسة الوراثية، المرجع السابق، ص 31.

³ الشهابي إبراهيم الشرفاوي، المرجع السابق، ص 36، أحمد محمد كنعان، الموسوعة الفقهية الطبية، المرجع السابق، ص 440.

⁴ تم التطرق إلى تعريفها عند الحديث عن أمراض الوراثة

⁵ Youcef Feham la vie sexuelle ,éd el maarifa ,Alger, 2003, p 29 et 32

⁶ الأشقر عمر سليمان، محمد عثمان بشير، عبد الناصر أبو البصل، عارف علي عارف، عباس أحمد محمد البار، دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة " بحث اختيار جنس المولود وتحديدده قبل تخلقه وولادته بين الطب والفقه " دار النفائس، الأردن، 1421هـ-2001م، ص 852، أحمد كنعان، الموسوعة الطبية الفقهية، الرجع السابق، ص 440.

⁷ تم التطرق إلى حالي "كلاينفر وتيرنر" عند الحديث عن الأمراض الوراثية الصبغية العددية.

⁸ مختبرات جين الطبية، بحث وتشخيص موقع : <http://ci document ,and.detting.itawfing>، اطلع عليه في : 2022/12/17.

الفحص المخبري للكروموسومات (المجهرى): وهو تحليل في العادة يعمل على خلايا الدم لمعرفة عدد الكروموسومات، وفيما إذا كان فيها نقص أو زيادة عن المعتاد.

-التقنية الثانية : تحليل الهرمونات : يفرز جسم الإنسان هرمونات مختلفة بعضها له دور في تحديد جنس الإنسان، فهناك هرمونات جنسية ذكورية وهي : التسترون، والأندروجين (منشط الذكورة)، وهناك هرمونات جنسية أنثوية هي : الأستروجين والبروجسترون، وهرمون الأندروجين يوجد عند الأنثى أيضا ولكن بنسبة أقل عنها في الذكر ¹.

والزيادة في إفراز هذه الهرمونات قد يؤدي إلى اضطرابات في وظائف الغدد التناسلية (الخصيتين والمبيضين)، وهذا يؤثر طبعا في شكل الأعضاء التناسلية الأنثوية الظاهرة فتشبه نوعا ما شكل الأعضاء التناسلية عند الذكر، في حين أن عدم إفراز الهرمونات الذكورية ونقص إفرازها قد يؤدي إلى صغر في شكل الأعضاء التناسلية الظاهرة للذكر، فتشبه نوعا ما شكل الأعضاء التناسلية للأنثى، كما إن حالات نادرة تكون خلايا الجسم عيارة عن خليط من الهرمونات الذكورية والهرمونات الأنثوية قد ينتج عنه خليط في علامات الذكورة والأنوثة، وهذا ما يعلل بشكل علمي سبب وجود حالات الخنثى الحقيقية ².

د-معياري الجنس النفسي والسلوك الاجتماعي : يرى بعض الأطباء -خاصة في البلاد غير الإسلامية- أن الجنس لا يتحدد فقط وفقا للمعايير البيولوجية (العضوية) لوحدها بل يمكن تحديد جنس الإنسان بالنظر إلى حالته النفسية وميوله إلى الجنس الآخر، لأن سلوك الإنسان وميوله النفسية غالبا ما تتطابق مع حقيقته البيولوجية ³.

وقد أضحى الاعتماد على معيار الشعور بالجنس الآخر من المعايير الحديثة التي اعتمدها الطب في تحديد جنس الإنسان ، مما جعل المحكمة الأوروبية في اجتهاد مهم لها تؤكد أن الصعوبة التي يتلقاها الأشخاص المولودين بجنس لهم شعور لا يقهر بالانتماء إلى الطائفة الجنسية المقابلة يعانون من تحول جنسي يؤدي الى تغيير جنسهم الجسدي وفقا لجنسهم النفسي ⁴، إلا أن هذا المعيار لا يمكن أن يعتمد عليه في عمليات تصحيح الجنس التي تعتمد فقط على المعايير السابقة.

كما إن الطب اعترف بمعاناة المغير لجنسه الذي يظهر له تعارض جنس جسمه والدور الاجتماعي الذي يعيشه من طرف أشخاص من نفس جنسه، مما جعل بعض الأطباء في الدول الغربية يؤكدون أن السلوك الاجتماعي للفرد يعدّ من بين المعايير الموضوعية التي يعتمد عليها في تحديد الجنس ⁵.

ثالثا: التدخل العلاجي لتصحيح الجنس (في حالة ازدواج الجنس العضوي)، وحكمه الشرعي :

سننتقل إلى التدخل العلاجي لتصحيح الجنس (في حالة ازدواج الجنس العضوي)، ثم نبين الحكم الشرعي لعمليات تصحيح

الجنس:

1-التدخل العلاجي لتصحيح الجنس (في حالة ازدواج الجنس العضوي) :في حالة ما إذا تقرر استجابة الطبيب لدعوة المريض أو أقربيه لعلاج وإجراء الجراحة اللازمة لإزالة التشوهات الجنسية العضوية، فإنه يتوجب على الطبيب أولا أن يتبع عدة مراحل قبل البدء في إجراء تلك العملية :

¹ Youcef Feham. Op.Cit.p.120-121

² أحمد محمد كنعان، الموسوعة الفقهية الطبية، المرجع السابق، ص 438. الشهابي إبراهيم الشراوي، المرجع السابق، ص 38.

³ الرشيد فهد سعد، أثر اضطراب الهوية الجنسية في مشروعية عملية التحول الجنسي وبيان ما أخذ به القضاء الكويتي، مجلة كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، ع 23، ج 2، 2008م، ص 11.

⁴ البار محمد علي، الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء، المرجع السابق، ص 251-252.

⁵ علي حسن نجيدة، المرجع السابق، ص 83.

أ- مرحلة الفحص والتشخيص :

الثابت - علميا- أنه لا يستطيع الطبيب أن يختار العلاج المناسب لمريضه إلا إذا قام بالتعرف على طبيعة المرض منذ إصابته به، وتحديد درجة الخطورة، وهذا لا يكون إلا بعد فحص الحالة الصحية فحصا ظاهريا بملاحظة العلامات أو الدلائل الإكلينيكية كمظهر المريض وجسمه، وقد يستعين فيها ببعض التقنيات الطبية أو التجارب المخبرية التي تساعد في وضع التشخيص للمرض وتحديد طبيعة مرضه، فيما إذا كان يعاني من ازدواج جنسي عضوي أو نفسي¹.

وبعد عملية الفحص من طرف الطاقم الطبي تأتي مرحلة التشخيص، فيحاول الطبيب أن يترجم ما تم استخلاصه من نتائج الفحص لتحديد نوع المرض ومن ثم القيام بالتحري حول الأعراض والحالة العامة والسوابق المرضية والتأثيرات الوراثية، ولا يتسنى له ذلك إلا بالتشخيص الدقيق والكامل².

ويجب أن تتوفر الشروط الضرورية في التشخيص مجتمعة ليستطيع الطاقم المتدخل جراحيا أن يقرر إعادة تسوية الجسم نحو المظهر الجنسي الجديد عند الأشخاص الذين جنسهم الحقيقي أو الجنس الأكثر توافقا الذي يظهر متناقضا مع مظهره الجنسي الحالي، وفي هذا الصدد يقول أحد المتخصصين في هذا المجال (Miltont Edgertin) بأن هذه العمليات تعدّ عمليات تثبيت (de confirmation) للجنس وليس كطريقة لإعادة تحديد (redétermination) للجنس³.

ب - مرحلة التهيئة النفسية :

في حالة تصحيح الجنس يرى الباحثون أن الخنثى يمكن من خلال الجراحات الطبية أن يغير تركيبه العضوي، غير أنه من الضروري الخضوع إلى تربية نفسية ليتأقلم مع الجنس الذي سيصحح عليه وفقا لما شخصه الأطباء ذووا الاختصاص، ويختلف العلاج النفسي حسب سن الشخص الذي سيتم تأكيد جنسه الراجح طبييا، فإن كان المعني صغيرا فإن العلاج النفسي سيكون لأهله لتعليمهم كيفية معاملته وتربيته روحيا ليستقبل الجنس الراجح له أما المريض البالغ فيتلقى التربية النفسية مباشرة⁴.

ج- مرحلة العلاج الهرموني :

توصلنا -فيما سبق بيانه-، أنه يمكن للمشتبه به جنسيا أن يعاني من إزدواج عضوي جيني مضطرب، فهو إنسان غير مكتمل جينيا لدواعي عضوية، ويكون سبب ذلك في الغالب ضعف أو خلل في الهرمونات المؤنثة في نمو الخصائص الجينية والأعضاء التناسلية للشخص.

إذن فالخلل في إفراز الهرمونات أدى إلى إعطاء مظاهر خارجية على خلاف الحقيقة الجنسية للشخص كما هو الحال بالسبب للخنثى الكاذب -ما عدا حالة التأنيث العضوي- أو مختلطة أو غامضة كما في الخنثى الحقيقي⁵، وكمرحلة سابقة للعلاج الجراحي الذي يعد ضروريا فإن المريض يعالج بالهرمونات بهدف تهيئة الأعضاء للعمل وفق النوع الذي سيصحح عليه جنسيا، وتتوقف مدة العلاج حسب مدى استجابة المريض وجسده للعلاج.

¹أسامة عبد الله قايد، المسؤولية الجنائية للأطباء، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط 3، سنة 1990 م، ص 61، الشهابي إبراهيم

الشرقاوي، المرجع السابق، ص 182.

²أسامة عبد الله قايد، المرجع السابق، ص 62.

³J. Joris. H.A.G.S., les condition et conséquence médicales des interventions chirurgicales pour changer de sexe transsexualisme médecine et droit : actesXXIIIe Colloque de eueopéen,Vrije universiteit Amsterdam (Pays-Bas),1993.

⁴مكلوف وهيبه، الأحكام القانونية لنظام تغيير الجنس "دراسة مقارنة" أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2015-2016 م، ص 205.

⁵علي كمال، الجنس والنفس في الحياة الإنسانية، الموسوعة العربية للدراسات، بيروت، لبنان، ط 3، 1991م، ج 1، ص 308.

د - مرحلة جراحة الازدواج الجنسي (العضوي) :

لا ريب أن علاج حالات الازدواج الجنسي العضوي لن يتوقف عند فحص المريض وتشخيص حالته المرضية، لاسيما إذا تأكد طبيا أن علّة المريض لا تزال إلا بإجراء الجراحة، ولا يتخذ هذا القرار إلا من قبل أطباء مختصين، فيتدخل الفريق الجراحي إلزاميا لتحقيق الشفاء للمريض بتقويم أعضائه المعيبة أو إصلاح التشوهات الخلقية أو إزالة ما هو ضامر ليصبح الشخص متناسبا مع الحالة الطبيعية له .

وتختلف الجراحة من مريض لآخر حسب طبيعة كل حالة مرضية ونوع الجراحة التي ستجرى له ليُصحح على نوع الذكورة بعد الأنوثة الظاهرة أم على الأنوثة بعد ذكورة ظاهرة أم على القطع الظاهر، وتتمثل هذه الحالات فيما يأتي :

- **حالة الخنثى الأنثى الكاذب :** قرر الأطباء إذا كانت الجراحة متعلقة بالخنثى الأنثى الكاذب التي تبدو كذكر في مظهرها الخارجي إلا أنها أنثى في حقيقتها، وهذا النوع يتغير في أغلب الحالات من الغدة الكظرية (فوق الكلية)، وهؤلاء لهم دائما مبايض قناتين ورحم، وسبب سير الأعضاء التناسلية نحو الذكورة هو إفراز هذه الغدة (الكظرية) هرمون الذكورة، وذلك بنمو البظر نموا كبيرا حتى يشبه القضيب، ويلتحم الشفران الكبيران فيصبحان يشبهان كيس الصفن، إلا أن هذا الأخير لا يحتوي بداخله على خصيتين¹. فهذه الجراحة الغرض منها إرجاع المريض على حالته الأصلية كأثنى ف يتم إصلاح فتحتي البول والمهبل حتى تكون هناك فتحة واحدة بعد الجراحة تؤدي إلى مجرى البول ومجرى المهبل معا².

- **حالة الخنثى الذكورية الكاذب :** وهي التي تبدو كأثنى وأصلها ذكر وتوجد عدة حالات لها منها عدم نزول الخصية إلى كيس الصفين واشتقاق الكيس وعدم التحامه، وذلك نتيجة تأثير هرمونات الأنوثة مما يجعل الخصية تشبه الشفرتين، وعدم نمو القضيب الذي يصبح شبيها بالبظر، فينمو على أنثى، إلا أنه بعد البلوغ تظهر علامات الذكورة³.

لذا يتقرر إجراء الجراحة لإعادة المريض إلى حقيقته الأصلية، ويستدعي الأمر هنا إزالة الخصيتين إذا كانتا بالبطن لأن بقاءهما قد يسبب له أورام، ويتم استئصال الأعضاء الأنثوية الداخلية مع إصلاح مجرى البول والأعضاء التناسلية الظاهرة لتناسب مع جنس الذكر⁴.

- **حالة الخنثى الحقيقية:** أما بالنسبة للخنثى الحقيقية التي تحمل في حقيقتها خصيتين ومبيضين في نفس الوقت، وهذه الحالة كما قرر الأطباء نادرة جدا ويمكن علاجها من خلال تغليب أحد الجنسين على الآخر، وإزالة الأعضاء الدالة على الجنس الآخر جراحيا⁵. إنه ومن من خلال عرض موقف الفقه ووسائل إزالة الإشكال للمشتبه فيه جنسيا (الخنثى) ودور الطب الحديث في تحديد الجنس وتصحيحه يمكن القول أن كثيرا من حالات الخنثى عند الفقهاء بمن علاجها بعد إجراء عملية جراحية أو بأدوية طبية، ومن ثم فإن مفهوم الخنثى المشكل الذي نص عليه الفقهاء يضيّق جدا من منظور الطب، وعليه فإن مسألة الخنثى متى أثّرت لاسيما عند توزيع التركة فيجب أن يكون الرأي فيها إلى لجنة طبية مختصة ومعتمدة لدى الجهات الرسمية في الدولة تضم جهة شرعية (فقهاء) وجهة طبية (أطباء) تصدر رأيها بعد دراسة كل حالة على حدة بتقرير رسمي يكون هذا التقرير القول الفصل في تحديد نوع الخنثى ذكر أم أنثى، على أن تُصدر هذا التقرير في وقت مناسب غير بعيد، وعلى هذه اللجنة إحالة من يحتاج إلى عمليات تصحيح الجنس للمستشفيات المعنية بمثل هذا النوع من العمليات لمتابعة حالة الشخص للبدئ في العلاج .

¹ البار محمد علي، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، المرجع السابق، ص 497.

² الشهابي إبراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص 187.

³ الموسوعة الميسرة في فقه القضايا المعاصرة، " قسم الفقه الطبي"، المرجع السابق، ص 374، البار محمد علي، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، المرجع السابق، ص 497.

⁴ الشهابي إبراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص 188.

⁵ البار محمد علي، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، المرجع السابق، ص 498.

2- الحكم الشرعي لعمليات تصحيح (تثبيت) الجنس :

التقدم العلمي يأتي كل يوم بجديد، ويحدث ذلك من منطق الفهم والمعرفة لدى العلماء والسعي في استكشاف كل ما هو مغيب عنهم واستحضاره إلى عالم الشهادة والمعاينة، والقول فيما إذا كان موافقا للأخلاق والدين أم غير موافق¹، لذلك لابد أن ينضبط هذا التقدم العلمي لما عليه اجتهاد الفقهاء وقواعد الشريعة الغراء، ولا يتحقق ذلك إلا بمواكبة الاجتهاد الفقهي لهذه المستجدات.

وتطبيقا لذلك فقد واكب الاجتهاد الفقهي - ولا يزال - ما استجد من قضايا ومسائل وبيان الحكم الشرعي لها، وأهل الطب يترك لهم مدى التمييز بين أن يكون الشخص به علل جسدية في أعضائه التناسلية، وهو ما يعرف بالخنثى أو ليس به علل وبالتالي لا يدخل من حكم الأول².

وأحكام الخنثى الواضح أو المشكل مبثوثة ومنشورة في العديد من مؤلفات الفقهاء المتقدمين إلا أن تصحيح الجنس بالطرق الطبية عن طريق التدخل الطبي الجراحي أو الهرموني لعلاج الاختلاف بين الأعضاء التناسلية الظاهرة كما تدل عليه الدلائل الطبيعية أفعال وليدة العصر الذي تطور فيه الطب على صعيد التشخيص والمعالجة،³ لذا وجب بيان موقف الفقهاء المعاصرين من هذه المستجدات العلمية.

وقد أجمع الفقهاء المعاصرون⁴ على مشروعية إجراء العلاج الطبي لأجل اتضاح الجنس المشتبه فيه سواء كان هذا العلاج بالهرمونات والعقاقير الطبية أو بالجراحة، فالخنثى هو إنسان لديه إشكالية وغموض في تحديد جنسه البيولوجي الحقيقي ومن ثم فهو يحتاج إلى تدخل طبي بطريقة عملية لتصحيح الجنس .

وفي هذا قرر مجلس المجمع الفقهي الإسلامي أنه : " من اجتمع في أعضائه علامات النساء والرجال فيُنظر فيه إلى الغالب من حاله، فإن غلبت عليه الذكورة جاز علاجه طبيًا بما يزيل الاشتباه في ذكوره ومن غلبت عليه علامات الأنوثة جاز علاجه طبيًا بما يزيل الاشتباه في أنوثته سواء كان العلاج بالجراحة أو بالهرمونات، لأن هذا مرض والعلاج يقصد به الشفاء منه، وليس تغيير خلق الله عز وجل"⁵، ونجد كذلك قرار مجمع فقهاء الشريعة بأمريكا رقم (م 9)⁶، وهو ما سارت عليه المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية وهو ما صدر عن دار الافتاء المصرية، وعن مشيخة الأزهر⁷.

¹ كمال سيد عبد الحليم محمد نصر، التحول الجنسي وعقوبته في الفقه الإسلامي، مجلة الدراسات العربية، كلية العلوم، جامعة المنيا، مصر، د ت، ص 475.

² الشهابي، إبراهيم الشرقاوي، الرجوع السابق، ص 154

³ الفقه الطبي، الجمعية العلمية السعودية للدراسات الطبية الفقهية، المرجع السابق، ص 141.

⁴ منهم : د. محمد خالد منصور ، المرجع السابق ص 407.، و د. عطية صقر، فتاوى وأحكام للمرأة المسلمة، مكتبة وهبة، القاهرة، مصر، ط 3،

2006م، ص 335، و بوشية محمد شافعي مفتاح ، جراحات الذكورة والأنوثة في ضوء الطب والفقه الإسلامي، دار الفلاح، د ط، مصر، 2006م،

ص 480، ومحمد زين العابدين طاهر، الجراحة الكشفية وموقف الفقه الإسلامي والقانون الوضعي منها، جامعة الأزهر، د ط، مصر، د ت ن، ص 144.

⁵القرار السادس الصادر عن الدور الحادي عشرة بمكة المكرمة، بين 19-26 فيفري 1989 م، بشأن تحويل الذكر إلى أنثى والعكس، مجلة المجتمع الفقهي الإسلامي، السنة 10، ع 12، ص 174-175.

⁶ عادل عبد الفضيل عيد، السيد طلبة علي، قرارات المجاميع الفقهية، دار التعليم الجامعي، الاسكندرية، مصر، 1437هـ-2016م، ص 277.

⁷بوشية محمد شافعي مفتاح، المرجع السابق، ص 328.

وقد استند الفقهاء المعاصرون المميزون لعملية تصحيح الجنس طبيا لسبب عضوي على عدة أدلة منها :

-مشروعية التداءوي :فالخنثى شخص مريض يعاني من اختلاف بين شكله الظاهري وحقيقته الجنسية، ومتى أمكن إزالة هذا المرض بطريق مشروع فلا مانع من ذلك، كما إن هذه الحالة تسبب ضررا نفسيا للشخص والضرر يزال (وفقا للقاعدة الفقهية)، وفي هذه الجراحة تحقيق لذلك، وكشف لحقيقة جنسه¹.

-عملية تصحيح الجنس تهدف لإعادة الشخص الخنثى إلى حقيقته الجنسية وهذا هدف مشروع، ولا يدخل تحت تغيير خلق الله².

- كل من الذكر والأنثى قد يختلف في بعض الأحكام الشرعية، وإبقاء الخنثى على جنسه الظاهر دون بيان الجنس الحقيقي وعدم علاجها قد يؤدي إلى تكليف الذكر بما تكلف به الأنثى أو العكس، فوجب تصحيح الجنس ليعود كل منهما إلى طبيعته.

الفرع الثاني : دور التقنيات الحديثة في عمليات التحول الجنسي وحكمه الشرعي:

لقد ظهرت حديثا بعض الأفكار التي تنادي بالحق في الهوية الجنسية التي لا تعني الانتماء إلى الذكورة أو الأنوثة ولكن تعني ثقافة التوجه الجنسي الذي يتم اختياره بكل حرية للفرد، بل ويسعى المنادون بها إلى محاولة إضفاء وصف المشروعية عليها بحجة الحرية الفردية أو عدم منع الشارع لها بنص صريح، أو لكونها ضرورة في بعض الحالات، وهذه الحالة الغامضة تثير مشاكل أخلاقية واجتماعية وبالأخص القانونية لذلك وجب البحث عن أسباب اللجوء إلى هذه العمليات، وكيفية علاجها وبيان حكمها الشرعي والقانوني.

لذا سنتطرق في هذا الفرع إلى مفهوم التحول الجنسي وأسبابه (أولا) ثم نرجع إلى التدخل الطبي في عمليات التحول الجنسي(ثانيا) لنصل إلى بيان حكمه الشرعي (ثالثا).

أولا : مفهوم التحول الجنسي وأسبابه:

1- مفهوم التحول الجنسي : من خلال استقراء تعاريف الفقهاء للتحول الجنسي فانهم اقتصروا على حالات تحويل الجنس لأسباب نفسية -أي بالمفهوم الضيق - وإهمالهم حالات التحويل لأسباب عضوية التي تعد مسألة مشروعيتها أمر ثابت وهدف الشفاء منه محقق وأكد بالإضافة إلى أن شريعتنا الغراء قد حددت حكمها ولا خلاف في مدى مشروعيتها .

وعلى هذا فإن تحويل الجنس بالمفهوم الضيق يعرف بأنه : " شعور الشخص بكراهية الجنس الذي ولد عليه نتيجة لعوامل مختلفة تعود أغلبها حسب الأطباء إلى فترات مبكرة من حياة الإنسان وتربيته وتكون هذه التربية غير سليمة، وهؤلاء الأشخاص لا يوجد فيهم أي لبس في تحديد جنسهم سواء من ناحية المظهر أو من ناحية الجوهر"³.

أو هو " شعور نفسي بالانتماء إلى الشخص الآخر بالرغم من أن الشخص له جسم مرفولوجي مميز ومحدد تماما ومعنى ذلك أن الشخص يشعر في هذه الحالة بأنه امرأة في جسم رجل أو رجل في جسم امرأة"⁴.

¹ صالح بن فوزان بن عبد الله الفوزان ، الجراحة التجميلية، عرض طبي ودراسة فقهية مفصلة، دار التدمرية، الرياض، السعودية، ط 2، 2008 م، ص 557-560.، حازم أبو الحمد مدي الشريف، المرجع السابق، ج 2، ص 1013.

²الفقه الطبي، الجمعية العلمية السعودية للدراسات الطبية الفقهية، المرجع السابق، ص 141.

³الشنقيطي محمد الأمين بن محمد المختار، أحكام الجراحة الطبية، الآثار المترتبة عليها، مكتبة الصحافة، ط 2، جدة، السعودية، 1415هـ-1994م، ص 134.

⁴جيلالي تشوار، الأحكام الإسلامية في مسائل التغيير الجنسي والاستنساخ البشري، م ج ع ق أ س، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر1، ع 36، الجزائر، 1998 م، ص 19.

وعُرف أيضاً بأنه "مرض نفسي يصيب الشخص يتمثل في رغبته الشديدة في تغيير جنسه على الرغم من مظهره الخارجي والتكوين الواضح، ولا يُحلّ هذا المرض بقدرات صاحبه الذهنية والمهنية إذ لا يُعدّ من قبيل الأمراض العقلية" ¹. وقد عرف تغيير (تحويل) الجنس من طرف المجلس الأوروبي بأنه "تزامن أعراض المرض متمثل في شخصية مزدوجة إحداها جنسية والأخرى نفسية، والشخص المغير لجنسه له الاعتقاد العميق بالانتماء للجنس الآخر، هذا الذي يجره لطلب أن جسمه يصبح مصححاً بالنتيجة" ².

وجدير بالذكر أن هناك من الفقهاء من يطلق على التحول مصطلح تغيير الجنس ³ وعلى كل فهو تحويل أو تغيير ظاهري على الأعضاء التناسلية، وعدول بالشيء عن وجه الاستقامة أي تبديل الهيئة والشكل أو الانتقال من وضع إلى آخر، وينطبق على الأشخاص الذين يرغبون في استبدال جنسهم بالجراحة الطبية، ثم تغيير حالتهم المدنية من الناحية القانونية، حتى يستطيعوا التكيف في مجتمعهم وفق لجنسهم النفسي بعد تغليبه على الجنس البيولوجي والتشريحي ⁴.

أما عمليات التحول الجنسي فعرفت بأنها "عمليات استئصال وطمس المظاهر الجنسية الحقيقية للشخص واصطناع مظاهر للنوع الآخر، أو هي "عملية طبية يتم بمقتضاها تحويل مظهر العضو التناسلي إلى الجنس المعاكس لجنس الشخص دون مبرر شرعي لذلك" ⁵.

ومن خلال عرضنا لتعريف مصطلح تحويل الجنس وعمليات تحويل الجنس يتضح أن هناك فرق بين هذه العملية وعملية تصحيح الجنس - التي تطرقنا إليها سابقاً- في أن عملية تحويل الجنس هو تغيير جنس شخص عادي مكتمل التكوين الشكلي والوراثي، و متمتع بقواه العقلية غير مصاب بمرض نفسي، وليس به غموض جنسي، إلا أنه يغلب عليه إحساس راسخ بالاعتقاد أنه من أشخاص الجنس المقابل، وتسيطر عليه رغبة في تغيير جنسه وإزالة أعضائه التناسلية واكتساب المظهر الخارجي للجنس الآخر وهو ما يطلق عليه طبياً: "حالة ازدواج جنسي نفسي".

أما ما يعرف بتصحيح الجنس أو تثبيته فعلة وجود دواع عضوية خلقية أصلية أو طارئة تؤدي إلى التباس جنسي يستدعي تدخل طبي لتحديد جنسه .

والتحول الجنسي على نوعين: التحول الجنسي الهرموني الذي يتحقق في الصورة الظاهرة للجسم (التحول الهرموني) وهناك التحول الجنسي العضوي الذي يتحقق بتغيير الأعضاء التناسلية (التحول الجراحي)، فالأول يخضع للمعالجة الطبية الهرمونية عن طريق تناول العقاقير حتى يصبح له شكل جسم الأنثى من تنعيم الصوت وبروز الثديين، والعكس بالنسبة إلى الأنثى التي تريد أن تصبح ذكراً، أما الثاني فيخضع جسده للجراحة الطبية ولا يقتصر على العلاج الهرموني، حتى يتحول جسده ظاهرياً وباطنياً ليتوافق مع شعوره النفسي ⁶.

¹ الشواط محمد سامي، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، دار النهضة العربية، د م ن، د ط، د ت ن، ص 183.

² Jaap E. Doek, Rapport général, transsexualisme, médecine et droit : actes/XXIIe Colloque de droit européen, Vrije université Amsterdam (pays-bas), 1993. p118.

³ ويرى البعض أن لفظ التحول هو أشمل وأوسع للدلالة على عمليات تغيير الجنس

⁴ الشامسي حبيبة سيف سالم راشد، النظام القانوني لحماية جسم الإنسان، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، 2005م، ص 187.

⁵ البار محمد علي، زرع الغدد التناسلية والأعضاء التناسلية، بحث مقدم ضمن مؤتمر مجمع الفقه الإسلامي، في دورة مؤتمره السادس بجدة، السعودية، من 17 إلى 23 شعبان 1410هـ الموافق 14 إلى 20 آذار (مارس) 1990م، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ص 324.

⁶ أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص 196.

2-أسباب اللجوء الى التحول الجنسي : تعددت أسباب التحول الجنسي بحسب الغرض الذي يرغب الشخص في التحول الجنسي

لأجله فهناك أسباب مرضية تدعو إلى الرغبة في التحول الجنسي، كما توجد أسباب بيولوجية تدعو إلى ذلك وهناك أسباب نفسية¹:

أ- الأسباب المرضية : ومنها:

- مرض اضطرابات الهوية الجنسية :

ويعني اضطراب جنسي سلوكي يرفض فيه نوعية الجنس البيولوجي المولود فيه، وهذا الاضطراب في الهوية الجنسية يجعل المصاب به يعتقد أنه من الجنس المعاكس، وينشأ لديه إحساس بأنه غير جنسه الذي هو عليه، ويقوم بلبس ملابس الجنس الآخر، وكذلك يغير مظهره الخارجي ليتفق مع الجنس الآخر، فتزداد كراهيته الشديدة لجنسه وشكله الجسدي²، فيسعى إلى ممارسة أعمال الجنس الآخر، ثم يدفعه هذا الاضطراب في الهوية الجنسية إلى إجراء العملية الجراحية لتحويل جنسه ثم تعديل حالته المدنية وهو ما يعرف في الفقه الإسلامي بالتخنت النفسي وليس العضوي.

-الرغبة في الشذوذ الجنسي: قد يصير الشخص على التحول الجنسي لمجرد الشذوذ والخروج عن المألوف والسخط على الجنس

الذي خلقه الله عليه ذكرا كان أو أنثى، فهو تحويل لا لشيء سوى إحساسهم بكراهية جنسهم واتباعهم هوى أنفسهم.

-إرادة التخنت والتشبه بالجنس الآخر : بمعنى رغبة الشخص في التخلي عن أعضائه التي خلق عليها لميله إلى الانتماء للجنس

الآخر، بغرض التشبه به في أعضائه التناسلية، وصفاته في اللباس والكلام وغيره.

ب -الأسباب الاجتماعية :وقد يكون السبب في تحويل الشخص لجنسه عوامل اجتماعية، ومثال ذلك:

-السعي وراء تحقيق مكاسب معينة بمخالفة القانون: كالاتحاق بفريق كرة نسائي أو رجالي على غير حقيقة الشخص، ولا

يستطيع الحصول عليه إلا بتحويل جنسه إلى الجنس الآخر و، كذلك قد يكون لغرض الإفلات من واجبات معينة كتنصله من الخدمة

العسكرية التي يشترط في أدائها أن يكون المستدعى لأدائها من جنس ذكر، فيقوم الشخص بتحويل جنسه لعدم أداء الخدمة .

-التنكر والتخفي من جريمة معينة : أي الرغبة في تغيير جنسه ليتنكر ويختفي من تطبيق العدالة ومحاولة الإفلات من توقيع العقوبة

لاسيما إذا كانت طبيعة الوقائع خطيرة ولها طابع الجناية .

-التربية الخاطئة : إن للتربية دورا مهما في تكوين شخصية الطفل منذ نعومة أظافره، فهو يكتسب الخصائص النفسية والقيم

والمعتقدات التي تعدّ مناسبة لجنسه، وبالتالي يكتسب الطفل هويته الجنسية، فإذا اتّبعَت الأسرة في تربية أَسرتها أساليب خاطئة كالتدليل

الزائد والحرمان العاطفي، القسوة وعدم إشباع الحاجة النفسية تجد الطفل يتجه للانحراف السلوكي وحدوث اضطرابات في هويته

الجنسية .

ج-تأثير وسائل الإعلام : إن لوسائل الإعلام أهمية بالغة وتأثيرا قويا على الأفراد خاصة على الأطفال فمثلا، مشاهدة أفلام العنف

تولد عنفا، وإنّ عرض مشاهد فيها انحرافات سلوكية ومخالفة لأعراف المجتمع يؤثر في نفوس الناس ويهدم كل القيم والتقاليد.

وقد يكون اللجوء إلى عمليات تحول الجنسي مرده إلى ضعف أو قلة الوازع الديني لأنه إن قل أو اضمحلّ عند الشخص

يؤدي إلى محاولة الجراة على حدود الله، في حين أنه كلما قوي الوازع الديني - الذي يعدّ الزاجر عن الاعتداد على محارم الله- حتّ على

فعل الخير وترك الشرور.

¹الشواط محمد سامي، المرجع السابق، ص 183. الشهابي، إبراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص 125، محمد المختار الشنقيطي، المرجع السابق، 134.

البار محمد علي، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، المرجع السابق، ص 497. بوشية محمد شافعي مفتاح، المرجع السابق، ص 480. الرشيد فهد سعد،

المرجع السابق، ص 66.

²محمد حسن غالب، الاضطرابات الجنسية، مكتبة الانجلو المصرية، مصر، د ط، 2008، ص 42 وما بعدها .

ثانيا : التدخل الطبي لتحويل الجنس (أي في حالة ازدواج الجنس النفسي):

إذا ما قرر الطبيب إجراء عملية تحويل الجنس عن طريق التدخل الجراحي فيتوجب عليه أولاً أن يتبع نفس المراحل العلاجية التي يتم اتباعها في حالة استجابته لإجراء عملية تصحيح الجنس (في حالة ازدواج الجنس العضوي)، قبل البدء في إجراء تلك العملية غير أنه توجد بعض الاختلافات الطفيفة :

1- في مرحلة التشخيص : في حالة تغيير الجنس لأسباب نفسية لا بد على الطبيب أن يبين أن الأمر يتعلق بحالة لا ارتياح جنسي حقيقية: véritable dysphirie sexuelle ويتحقق من أنها تحتاج إلى جراحة إعادة التحديد الجنسي (C R S) وهو الأمر الذي يرجع إلى مختص في السلوك ، وهو طبيب نفساني أو عالم نفساني الذي يحاول عن طريق استشارات التعرف على المريض تهدف إلى تشخيص الحالة أو علاجها لمدة لا تقل عن ستة أشهر¹.

1- في مرحلة التهيئة النفسية : أما بالنسبة إلى التهيئة النفسية السابقة لعملية التدخل الجراحي في حالة التغيير الجنسي لأسباب نفسية فهي جد صعبة وشاقة إذا ما قورنت مع العلاج النفسي للمصحح جنسه، ويرجع ذلك إلى :

- إنّ المريض الراغب في التحول الجنسي هو بحاجة إلى إعادة التوازن النفسي له لإحساسه بالانفصال بين جنسه البيولوجي وشعوره بانتمائهم إلى جنس آخر مغاير أي ان هناك صراع مستمر بين الجسد و النفس².
- المريض في حالة تغيير الجنس ينتظرون زوال مشكلتهم، وإن ذلك لا يكون إلا بالجراحة، فهم يخشون أحياناً أنه سيُرفض إخضاعهم لها على أساس أن تقرير الطبيب النفسي ضروري للمرور إلى الجراحة.
- إنّ المعالجون يواجهون أيضاً بالضوابط والقيم ويعانون من صعوبات في مواجهة الكبت أو العنف أو الإحساس المضطرب فكل هذه المشاكل تصعب من مهمة الطبيب النفسي عكس ما لاحظناه في حالة تصحيح الجنس³.

2- في مرحلة العلاج الهرموني : أمّا فيما يخص فعالية العلاج الهرموني في حالة الخنوثة النفسية فهو ليس نفس القيمة والفعالية التي رأيناها في حالة الخنوثة العضوية التي تعدّ أمر مهم، لأنّ المقصود منه هو تهيئة الأعضاء التناسلية لغرض التدخل الجراحي لإعادة الشخص إلى وضعه الطبيعي، في حين أنّ في حالات تغيير الجنس لسبب نفسي فإن الدول التي أجازت هذه الأعمال الطبية وإن كانت قد حرصت على المرور بمرحلة العلاج الهرموني قبل إجراء الجراحة كمحاولة لإزالة الخصائص الجنسية الأصلية والتخلص من خصائص الجنس الآخر، إلا أنهم أكدوا أنه عدم جدواها من الناحية العملية والوظيفية، بالإضافة إلى احتمال حدوث مخاطر عديدة منها أن تناول الأستروجين لإزالة المعالم الذكرية يمكن أن يؤدي إلى الإصابة بسرطان الثدي⁴.

4- مرحلة التدخل الجراحي : بالنسبة إلى المرحلة جراحة الازدواج النفسي، فقد فرق الباحثون والأطباء بين الجراحة الهادفة إلى التحديد الجنسي التناسلي لدى المحول لجنسه والجراحة الهادفة إلى التحديد الجنسي غير التناسلي لدى المحول لجنسه، فأما الجراحة الهادفة إلى التحديد الجنسي التناسلي لدى المحول لجنسه فتختلف بحسب الغرض الذي يريده المغير لجنسه، فيما إذا كانت رغبته التحول من الأنثى إلى ذكر، أو التحول من ذكر إلى أنثى.

والعمليات التي تجرى على المغير لجنسه الأنثى الذي يرغب في التحول إلى ذكر وتتمثل في ما يأتي⁵:

أ- **استئصال الرحم:** (oophoro-hysterectomy): إذ يقوم الجراحون ببتز الرحم والمبايض ويجب أن تجرى العملية من أخصائيّ نساء ويمكن استئصال الرحم عبر الطريق الفرجي وليس الطريق البطني وذلك لأجل توفير الشدات البطنية التي يمكن أن تستعمل للقضيب المصطنع.

¹ j.'oris.HAGS,: actesXXIIIe Colloque Amsterdam Op.Cit,p.110.

² Jaap E.Doek,Rapport général,transsexualisme,médecine et droit,1993 Op.Cit.,p225.

³ تقرير الدكتور عادل صادق، ينظر: أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص 87.

⁴ مكرولوف وهيبه، المرجع السابق، ص 213.

⁵ j.'oris.HAGS,: actesXXIIIe Colloque Amsterdam Op.Cit,p.111.112.113.114

ب - **القضيب المصطنع** : (Pholoplastie) : هناك عدة طرق لبناء القضيب منها الجراحة المجهرية التي تهدف إلى خلق إحليل محدث néo-urètre وظيفي، والذي يعمل ويرخص البول واقفا، ويتم ذلك أيضا بما يعرف بالتحويل الجراحي للبطر إلى قضيب وهذا بعد تنشيطه بالهرمونات لينمو حجمه ويصبح قضيب مغير قادر على الاختراق الجنسي .

ج - **كيس الخصيتين** : (Plastie sctotale) : وهو بمثابة إضفاء للناحية الشفوية (labiale) مظهر كيس الخصيتين ، ويعدّ أمر ضروري مستقل عن صنع القضيب .

أما إذا كانت رغبة المغير أن يحول أعضائه التناسلية من ذكر إلى أنثى فإن عمليات التحويل يمكن أن تتم مرة واحدة وذلك عن طريق القيام بما يلي: تكبير الثديين (Augmentation mammaire)، و استئصال الخصيتين (Orchiectomy) و الفرج البلاستيكي (Plastie Vaginale)، ثم عملية بناء الشفرتين وكذا البظر (Plastie des lèvres et du clitoris)

وأما الجراحة الهادفة إلى التحديد الجنسي غير التناسلي لدى المحول لجنسه فتختلف أيضا بحسب الغرض الذي يريده المغير لجنسه، فإذا كانت رغبته التحوّل من الأنثى إلى ذكر، فالأمر هنا عكس حالة الجراحة للمغير نفسه من ذكر إلى أنثى، إذ أنّ المحوّل نفسه من أنثى إلى ذكر جد متوازن وهادئ ويتكيف بسهولة لدوره كذكر وهو مسرور لأنه عن طريق الهرمونات الذكرية يمكن له أن يكتسب مظاهر الذكورة كخروج اللحية، وخشن الصوت، ثم يمكن له أيضا بجراحات بسيطة أن يقوم بامتصاص شحمة اللورك والبطن من أجل إنقاص الزوائد الحوضية الأنثوية.

وإذا كانت رغبة المغير أن يحول أعضائه التناسلية من ذكر إلى أنثى جراحيا، فيتم ذلك عن طريق الجراحة الوجهية وجراحة تكيف الصوت :

أ- **الجراحة الوجهية** : (Chirurgie Faciale) : فالمغير لجنسه من ذكر إلى أنثى يبحث عن تكيف جسمه مع حقيقة هويته الجنسية، ولتصحيح العلامات الذكورية فيتعين عليه :

- نزع الشعر جراحيا ونزع اللحية كهربائيا.

- رسم الظلال الميكلي للأحواض بفضل تخفيض الخنخنة و عظم الفك ...

- تكبير الشاربين وتقوسات عظم الوجنتين.

- ترطيب البشرة الخشنة للوجه عن طريق التقشير الكيميائي¹ .

ب - **جراحة تكيف الصوت** : (chirurgie d'adaptation vocale) : ويشترط الأطباء أن الجراحة التي تهدف إلى شدّ الأحبال الصوتية أن تكون دائما متزامنة مع علاج تصحيح النطق.

ثالثا : الحكم الشرعي لعمليات التحويل الجنسي :

أثارت مسألة التحويل الجنسي جدلا بين فقهاء الشريعة الإسلامية فتباينت آراؤهم، الأمر الذي أدى إلى عقد ندوات لإبداء رأيهم وتوجهاتهم، وقد اختلف الفقهاء المعاصرون في حكم التحويل الجنسي للمرضى النفسانيين بالجنس الآخر للذكر المريض نفسيا لكي يتحول إلى أنثى، وللأنثى المريضة نفسيا كي تتحول إلى ذكر، ويمكن إجمال هذا الاختلاف إلى اتجاهين : **مجاز ورفض** .

الاتجاه الأول: (المجاز): يرى أصحابه بمشروعية عمليات تحويل الجنس لدواعي غير عضوية أي: بدواعي نفسية، أو ميول الشخص (الترانسكس)، فالعلاج من المرض النفسي -حسب زعمهم- لا يقل أهمية عن العلاج من المرض العضوي، فالذكورة والأنوثة من الطبيعة فإذا تحول أحدهما إلى الآخر لم يكن شاذا عن الطبيعة، فالمشبهة في جنسه نفسيا (الخنثى العقلي) الحق نفسه الذي يملكه المشبهة في جنسه عضويا (الخنثى المشكل) في إجراء الجراحة بهدف استعادة جنسه الحقيقي الذي يوافق أعضائه وإحساسه، وهذا

¹ j.'oris.HAGS,: actesXXIIIe Colloque Amsterdam Op.Cit,p..114

الرأي نسب إلى الشيخ فيصل مولوي¹ - رحمه الله - وآية الله الخامنئي الذي يعدّ مبتكراً لمسألة تغيير الجنس من الناحية الفقهية² وراشد العليمي (أحد رجال الدين في الكويت)³.

وقد استدلل أصحاب هذا الرأي بعدة أدلة نذكر منها :

- عدم وجود نص شرعي يمنع من إجراء عمليات تحويل الجنس وأما قوله تعالى: ﴿وَلَا تُزَكَّيْهُمْ فَالْيَعْيَزُّنَّ خَلْقَ اللَّهِ﴾⁴، فهي بمعنى تغيير دين الله وليس خلقه البشر والأنعام .

- إن شروط الضرورة توفرت عملاً بالقاعدة الشرعية: "الضرورات تبيح المحظورات" فلا يُعدّ الأمر تغييراً لخلق الله بل هو تغيير لحالة مرضية حتى يكون هذا الإنسان أكثر قدرة على القيام بمسؤولياته التي خلق من أجلها⁵.

- إن هذه الحالة المرضية تشتدّ بحيث تصبح حياة صاحبها جحيماً قد تدفعه إلى الانتحار، وأنه قد تفشل كل وسائل العلاج النفسي ولم يبق أمام الطبيب إلا العلاج بالجراحة التحويلية حتى يكون هذا الإنسان المخلوق أكثر قدرة على القيام بمسؤولياته التي خلق من أجلها⁶.

- إنّ اضطراب الهوية الجنسية مرض فعلي يتسبب في إلحاق ضغط نفسي شديد في المصابين به، وإنّ تغيير جنسهم إنقاذ لهم من هذا الضيق الذي يعانون منه، حيث أن هؤلاء يشعرون أنهم مسجونون في أجساد ليس جسدهم، وتصل درجة كرههم لذلك الجسد إلى أن يتمنى أحدهم قطع بعض الأجزاء من جسمه، وقد يصل به الأمر إلى أن يقدم على استئصالها بنفسه وفي الحالات الشديدة يحاول المريض الانتحار ما لم يتم تغيير جنسه⁷.

وقد وضع أصحاب هذا الاتجاه ضوابطاً لجواز عمليات تغيير الجنس نذكر منها⁸ :

- ألا يلجأ المريض إلى هذه العمليات إلا بعد أن يستنفذ أسباب التكيف والتأقلم مع حالته الجسدية، فلعلّ تزول عنه هذه القطيعة بين أحاسيس النفس والمظاهر العضوية للجسد⁹.

- يشترط أيضاً مكوث طالب التحويل مدة سنتين تحت العناية الصحية النفسية بتقنياتها الحديثة، وبعد فوات هذه المدة ولم تنجح المعالجة النفسية في إنهاء الانقسام لم يبق إلا إجراء عملية التحويل الجنسي .

¹ الشيخ فيصل مولوي: الذي كان يشغل منصب نائب المجلس الأوروبي للأبحاث والأفتاء وأمين عام سابق للجامعة الإسلامية في لبنان ينظر : الرشدي فهد سعد، المرجع السابق، ص 41-43.

² وقد ذكر عشر مسائل حول تغيير الجنس في رسالته الموسومة بعنوان "تحرير الوسيلة" وقد أجاب عن أحد الأسئلة عن إحدى هاته الحالات، فأجاب : لا بأس في العملية الجراحية المذكورة فيما إذا كانت لكشف وإظهار الجنسية الواقعية شريطة أن لا تستلزم فعلاً محرماً، ولا تسبب مفسدة " : ينظر: علي الحسيني الخامنئي، أجوبة الاستفتاءات، المعاملات، سؤال رقم : 98، دار النبأ، د م ن، ط 1، 1415 هـ- 1995 م، ج 2، ص 73

³ صالح بن فوزان صالح، جراحة الخنوثة وتغيير الجنس في القانون السوري، مجلة جامعة دمشق، كلية الحقوق، جامعة دمشق بدمشق، سوريا، مج 19، ع 2، 2003 م، ص 65.

⁴ سورة النساء، الآية 119.

⁵ طارق حسن كسار، المرجع السابق، ص 221.

⁶ الشنقيطي محمد الأمين بن محمد المختار، أحكام الجراحة الطبية، الآثار المترتبة عليها، المرجع السابق، ص 134، الرشدي فهد سعد، المرجع السابق، ص 41

⁷ الربيعي عبد الله بن محمد بن صالح، اضطراب الهوية الجنسية "دراسة فقهية طبية" مجلة الجمعية الفقهية السعودية، د ت ن، ص 43-44.

⁸ طارق حسن كسار، مشروعية التحول الجنسي في الفقه الإسلامي، بحث منشور على الموقع: <http://UTQ.edu.iq/Research/pbt> 10/11، اطلع عليه بتاريخ : 2022/12/22.

⁹ وهو ما ذهب إليه البروفيسور طارق الحبيب أحمد أحد أساتذة الطب النفسي : ينظر : تحويل الجنس والفرق بين اضطراب الهوية الجنسية والشذوذ الجنسي " المقطع رقم 07، على الموقع: <http://googme/eEiipn> اطلع عليه يوم : 2022/12/22.

الاتجاه الثاني : (الرافض) : تكاد تتفق كلمة الفقهاء المعاصرين¹ على إن جراحة تحويل الجنس محرمة، وغير مشروعة على الإطلاق لمخالفتها مقاصد الشريعة وقواعدها وأصولها العامة، لأن فيها تعديا على خلق الله وخروجاً عن الفطرة السليمة التي جبل الله الناس عليها، فإذا كان التخنث لأسباب نفسية لا صلة له بالأعضاء الجسدية التناسلية فإن أي تدخل لتغيير هذه الأعضاء وفق رغبة الشخص أو ميله يكون تغييراً لخلق الله تعالى².

فحسب هذا الاتجاه ومهما تعددت مسميات تلك الجراحة سواء سميت بجراحات تغيير الجنس أو جراحات تحول الجنس أو التحول الجنسي أو الانقلاب الجنسي، أو تحويل الرجل إلى امرأة، فهي عمليات تخرج من إطار الشرعية العلاجية لعدم وجود المبرر الشرعي لإجرائها، ما دام أن العملية لشخص ذكر محقق الذكورة أو أنثى محققة الانوثة لتحويل جنسه إلى الجنس الآخر³.

أما إذا توفرت حالة الضرورة بإجراء عمليات جراحية من هذا النوع فلا مانع من ذلك، ولكن يجب أن لا يكون الهدف من إجراء مثل تلك العمليات هو تغيير الجنس، وأن يكون ذلك بموجب خبرة طبية لأطباء عدول من ذوي الاختصاص تحدد وتقدر تلك الضرورة العلاجية كي تؤمن الانسجام بين المظاهر الجسمية الظاهرة وبين الجنس الذي أثبتته التقرير الطبي أنه ينتمي إليها⁴، وهو قول المجمع الفقهي الإسلامي⁵ الذي ناقش مجلسه موضوع تحويل الجنس بين الذكر الذي كملت أعضائه ذكوره والأنثى التي كملت أعضائها أنوثتها، أين قرروا حرمة تحويل إحداها إلى الآخر وتحريم فاعلها.

وقد وجد لأصحاب هذا الاتجاه أدلة شرعية من الكتاب والسنة و من المعقول إلى جانب عدة فتاوى فقهية :

- الأدلة الشرعية من القرآن والسنة :

- من القرآن : قوله تعالى " ولأمتينهم ولأمرئهم فليبتكن آذان الأنعام ولأمرئهم فليغيرن خلق الله، ومن يتخذ الشيطان وليا من دون الله فقد خسر خسرانا مبيناً" ⁶.

وجه الدلالة : أن هذه الآية دلت على حرمة تغيير خلق الله بدافع العبث وهذا النوع من الجراحة باستئصال عضو التناسل في الذكر وتبديله بعضو تناسل أنثوي تغيير لخلق الله -عز وجل- على وجه العبث فلا يجوز⁷.

- من السنة : واستدلوا من السنة بأدلة نذكر منها :

- ما رواه ابن عباس رضي الله عنه قال : لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم المتشبهين من الرجال بالنساء، والمتشبهات من النساء بالرجال⁸.

وجه الدلالة : يستدل بهذه الأحاديث على حرمة تحويل الجنس، لأن الجراحة سبب يتوصل به لتحصيل هذا الفعل المجرم الذي يعد من كبائر الذنوب، ذلك أن الرجل إذا طلب هذا النوع من الجراحة إنما يقصد أولاً وقبل كل شيء مشاهة النساء، وكذلك المرأة التي

¹ منهم : د. التنشة محمد بن عبد الجواد حجازي، المسائل الطبية المستجدة في ضوء الشريعة الإسلامية، مجلة الحكمة، ليدز، المرجع السابق، ص 292، الشنقيطي محمد الأمين بن محمد المختار، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عنها، المرجع السابق، ص 189، محمد سيد طنطاوي، تغيير الجنس بين الشريعة والطب، المجلة العربية، أبريل 1989 م، ص 110، محمد القاعيد : قضايا طبية معاصرة في ضوء الفقه الإسلامي، منار الإسلام، د م ن، د ط، 1410 هـ، ص 117، البار محمد علي، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، المرجع السابق، 506، و الشهابي إبراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص 171.

² صالح بن فوزان، جراحة الخنثوة وتغيير الجنس في القانون السوري المرجع السابق، ص 175.

³ البار محمد علي، خلق الانسان بين الطب والقرآن، المرجع السابق، ص 506، الشهابي إبراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص 171.

⁴ صالح بن فوزان، جراحة الخنثوة وتغيير الجنس في القانون السوري، المرجع السابق، ص 57-58.

⁵ القرار الخامس الصادر عن الدور الحادي عشرة بمكة المكرمة، بين 19-26 فيفري 1989 م، بشأن تحويل الذكر إلى أنثى والعكس، المرجع السابق.

⁶ سورة النساء، الآية، 119.

⁷ محمد خالد منصور :، المرجع السابق ص 165، الشنقيطي محمد الأمين بن محمد المختار، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عنها، المرجع السابق، ص 200.

⁸ أخرجه البخاري، المرجع السابق، كتاب اللباس، باب المتشبهين بالنساء والمتشبهات بالرجال، ح ر 5885، ص 1485.

تفعل ذلك بقصد مشابهة الرجال ومن ثم فقد استحوز عليهم اللعن الذي هو الطرد من رحمة الله، ولا يكون إلا فعل محرم من ضابط الكبيرة¹.

- من المعقول : واستدلوا من المعقول بما يأتي :

-إن عمليات التحول الجنسي تنطوي على ارتكاب محظورات شرعية دون إذن الشارع ، أو الحاجة إلى ذلك ففيه كشف العورة وإطلاع الرجال على عورات النساء والعكس دون مبرر شرعي².

-إن الكثير من الأطباء المختصين في هذا النوع من الجراحة أفادوا أن هذا النوع من الجراحة لا تتوفر فيه دوافع أو دواعي طبية، وأنه لا يبدو كونه رغبة تتضمن التطاول على مشيئة الله تعالى وحكمته التي اقتضت تحديد جنس الإنسان ذكراً كان أم أنثى³. كما أفادت طبيبة الأطفال الأمريكية ميشيل كرتيلا أنه من خلال ما عرض عليها من حالات ترغب في التحول الجنسي، والتي تعاملت معها وتم علاجها اتضح لها أن المشكلة لدى هؤلاء كانت اعتقاداً خاطئاً ومع العلاج الأسري والنفسي تحسنت هذه الحالات وتراجعت عن رغبتها⁴.

- الفتاوى والقرارات الشرعية المعاصرة : صدرت عدة فتاوى وقرارات شرعية بشأن مدى مشروعية عمليات تحويل الجنس لأسباب ودواعي نفسية مجردة من الدواعي العضوية وقد اتفقت هذه الفتوى والقرارات على حرمة هذا النوع من العمليات ومنها :

- فتوى اللجنة الدائمة لبحوث العلمية والافتاء بالمملكة العربية السعودية⁵ والتي جاء فيها " لا يقدر أحد من المخلوقين أن يحول الذكر إلى أنثى ولا الأنثى إلى الذكر وليس ذلك من شؤونهم ولا في حدود طاقاتهم مهما بلغوا من العلم بالمادة ومعرفة خصائصها وإنما ذلك لله وحده"

- القرار الصادر عن مجلس هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية بشأن تغيير الجنس : 1413هـ-1993م : مفاده " عدم جواز تحويل الذكر الذي اكتملت أعضائه ذكوره والأنثى الذي اكتملت أعضاؤه أنوثتها إلى النوع الآخر مع تحريم كل محاولة لهذا التحويل "⁶.

- فتوى إدارة الفتوى بوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت سنة 1984⁷ : حيث سئلت عن أنثى مكتملة الأنوثة وأرادت إجراء عملية جراحية لتتحول بها إلى ذكر، فجاءت نص الفتوى على : أن هذه أنثى كاملة الأنوثة وانها متشبهة بالرجال...ولا تخرجها العملية الجراحية المذكورة عن كونها أنثى "

- فتوى رقم 168 الصادرة بتاريخ 1988/11/2 م عن دائرة الافتاء المصرية: أصدرت هذه الفتوى بناء على استفسار وجهته إليها النقابة العامة للأطباء بالقاهرة بكتابتها رقم (483) المؤرخ في 1988/5/14 م لمعرفة الحكم الشرعي للجراحة التي أجريت

¹القرطبي، المرجع السابق، ج 5، ص 160، ابن تيمية مجموع الفتاوى، المرجع السابق، ج 1، ص 650.

²الشنقيطي محمد الأمين بن محمد المختار، أحكام الجراحة الطبية، الآثار المترتبة عليها، المرجع السابق، ص 201، محمد خالد منصور :، المرجع السابق ص 207

³محمد سبوي إبراهيم، الجناية العمد على الأعضاء البشرية في الفقه الإسلامي، دار اليسر، د م ن، ط 2، 2006م، ص 464-465.

⁴إسماعيل عرفة، التحول الجنسي، ضرورة بيولوجية أم مسخ للإنسان، بحث منشور على موقع ميدان، ص 6.

⁵من فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث والافتاء، المملكة العربية السعودية "اجابة للسؤال الأول من الفتوى رقم (1542) "

⁶قرار رقم (176) الصادر بتاريخ 1413/3/17هـ عن هيئة كبار العلماء في الملكة العربية السعودية في دورته التاسعة والثلاثين انعقدت في مدينة الطائف في الفترة من 2/24 إلى 1413/3/18هـ فتوى بشأن تغيير الجنس.

⁷ينظر : فتوى وزارة الأوقاف الكويتية الصادرة عن دائرة الفتوى رقم 11 سنة 1948، ينظر : الرشدي سعد فهد، المرجع السابق، ص 31.

لطالب بجامعة الأزهر يدعى "سيد" ¹ الذي أصبح بعد الجراحة باسم "سالي" حيث جاء فيها: "لا يجوز هذه الجراحة لمجرد الرغبة في التغيير دون دواع جسدية صريحة غالبية... ولا يجوز هذا الأمر بمجرد الرغبة في تغيير الجنس" ².

- فتوى فضيلة الشيخ : جاد علي جاد الحق : شيخ الأزهر سابقا الذي قال: "..... ولا تجوز هذه الجراحة لمجرد الرغبة في التغيير دون دواع جسدية صريحة غالبية..." ³.

ويقول الشيخ القرضاوي -رحمه الله- في هذا الشأن: " وفي مثل هذه الأمور تحويل الذكر المكتمل ظاهرا وباطنا أو العكس هذه جريمة، وهي من تغيير خلق الله -عز وجل- ويَرَدُّ على من يدَّعون بأن هذا مرض نفسي ومعروف في الموسوعة البريطانية (باضطراب الهوية الجنسية) ولمن يدعي بأنه رجل مكتمل الرجولة ويرفض رجولته ويشعر أنه أنثى يقول -رحمه الله-: "الإحساس ليس كل شيء فيجب أن نحاول معالجة هذا الإحساس نفسيا مع أساتذة متخصصين، نهيئ له بيئة تساعد على هذا أما كل من أحس شيئا فيستجاب له فهذا من المحرمات والكبائر" ⁴.

الترجيح : بعد عرضنا أقوال العلماء المعاصرين وأدلتهم حول حكم عمليات التحول الجنسي و استقراء الفتاوى الصادرة في هذا الشأن، يتضح -بما لا يدع مجالا للشك- رجحان قول عامة العلماء والمفتين: فإذا كانت حالة الشخص لا توجد فيها أي دواع جسدية عضوية تستدعي إجراء الجراحة ليوافق ظاهره مع حقيقة جنسه، وإنما يريد إجراء الجراحة لتلبية رغبته الشخصية ودوافعها النفسية فحسب، فهي حينئذ جراحة محرمة وغير جائزة حسب ما اجتمعت عليه الأدلة الشرعية، وبناء على ذلك نرجح الرأي القائل بعدم مشروعية عمليات تحويل الجنس لأسباب نفسية.

المطلب الثاني : الموقف القانوني من عمليات تصحيح الجنس وتحويله وأثرهما على تقسيم التركة

إن مسألة تغيير الجنس قد فرضت نفسها على الواقع الطبي في كثير من الدول وربما هذا ما فرض على بعض التشريعات القانونية إلى الإقرار بشرعيتها بنصوص قانونية صريحة، فنكون أمام سند قانوني صريح للقول بمشروعيتها، ثم إن تقدير هذه المشروعية من عدمها يتوقف أيضا على ما توصل إليه العلماء في المجال الطبي، ولذلك فإن الطب والقانون يؤثران على بعضهما البعض للوصول إلى حكم سديد حول الإشكالات التي تترتب على تغيير الأفراد لجنسهم.

وبغض النظر عن المخاطر الطبية التي يصادفها المغير لجنسه وشرعية التدخل الطبي لتصحيح الجنس فإن تغيير الشخص لجنسه أو تثبيته سيرتب آثارا في مختلف النواحي لتعلقهما بمبدأ عدم قابلية التصرف بحالة الأشخاص، ولعل أهمها التأثير على الحق في الإرث إذا كان المغير لجنسه أو المصحح له وارثا .

وعلى هذا، فإننا نتطرق في هذا المطلب إلى الموقف القانوني (والقضاء) من عمليات تصحيح الجنس وتحويله (فرع أول)، ثم أثر عمليات تصحيح الجنس وتحويله على الحق في التركة (فرع ثاني).

الفرع الأول : الموقف القانوني (والقضاء) من عمليات تصحيح الجنس وتحويله :

إن معرفة حقيقة الجنس يندرج تحتها مفهومين وهما: تصحيح الجنس وتحويله وستتطرق إلى موقف التشريعات المقارنة من عمليات تصحيح الجنس ثم نبرز موقفها من عمليات تحويل الجنس، والملاحظ أن التشريعات إزاء هذه العمليات تتخذ أحد المناهج التالية : النص صراحة على جواز تحويل الجنس أو تقرير الحل ضمنا، وذلك بالاعتراف بأثر التحويل ودون النص على جوازه صراحة

¹ ستتطرق إلى هذه القضية الشهيرة التي وقعت للطالب سيد عند الحديث عن موقف القضاء المصري من عمليات تحويل الجنس.

² فتوى رقم 168 الصادرة بتاريخ 1988/11/2 م، عن دار الافتاء المصرية .

³ فتوى فضيلة الشيخ : جاد علي جاد الحق، ينظر : الشهابي ابراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص 217.

⁴ فتوى الشيخ يوسف القرضاوي -رحمه الله-، ينظر : مروك نصر الدين، المرجع السابق، ص 464.

أو النص صراحة على عدم الجواز واتخاذ موقف سلبي، أو الامتناع عن تنظيم المسألة وتركها للقضاء¹ وسنعرض في ما يلي موقف بعض التشريعات المقارنة والاجتهاد القضائي تجاه هذه المسألة المطروحة في بعض التشريعات الغربية و العربية.

أولاً: موقف التشريعات المقارنة من عمليات تصحيح الجنس :

1-التشريعات التي حاولت تنظيم تصحيح الجنس : هناك عدد قليل من التشريعات العربية التي نظمت مسألة تصحيح الجنس صراحة في نصوص قانونية :

- **التشريع الإماراتي:** وذلك من خلال المرسوم بقانون اتحادي رقم 4 لسنة 2016 بشأن المسؤولية الطبية الذي تضمن النص على تصحيح الجنس وضوابط إجرائه في المادة 07 منه² والتي جاء فيها : " يجوز إجراء عمليات تصحيح الجنس وفق الضوابط الآتية " 1-أن يكون انتماء الشخص الجنسي غامضاً ومشتبه في أمره بين ذكر وأنثى 2-أن يكون له ملامح جنسية جسدية مخالفة لخصائصه الفسيولوجية والبيولوجية والجنينية 3-أن يتم التثبت منحكم الفقرتين 1و2 من هذه المادة بتقارير طبية وموافقة لجنة طبية متخصصة تنشئها الجهة الصحية وذلك بهدف تحديد جنس المريض والموافقة على عملية التصحيح وعلى تلك اللجنة إحالة الموضوع إلى الطبيب النفسي لإجراء التهيئة النفسية اللازمة "

-**التشريع العراقي :** صدر قرار وزير الصحة رقم 4 لسنة 2002 بتاريخ 2002/11/18 بشأن عمليات تصحيح جنس الإنسان حيث جاء القرار بالنص على تصحيح الجنس والإجراءات المتبعة في ذلك ونوع الاختبارات التي يجب على طالب التصحيح القيام بها، كما نص على تشكيل لجنة تختص في دراسة طلبات تصحيح الجنس، وعلى أن يلتزم مقدم الطلب بتقديم تقرير طبي يؤيد موقفه وإجراء الفحوصات المحددة في القرار، وتم النص كذلك أنه في حال إذا تبين أن صاحب الطلب مصاب باضطراب الهوية الجنسية تتم إحالته إلى اللجنة الطبية النفسية، ثم إخضاعه إلى علاج تأهيلي لمدة تقررها اللجنة في حالة موافقتها على إجراء العملية³.

وما يلاحظ على التشريعين الإماراتي والعراقي أنهما جاءا وفق ما اجتمعت عليه كلمة الفقهاء والعلماء المعاصرين والمجاميع الفقهية في جواز إجراء عمليات تصحيح الجنس غير أننا نرى أن المشرع العراقي كان أكثر تفصيلاً من نظيره الإماراتي فوضع إجراءات عملية لمواجهة الحالة، إلا أن ما يؤخذ عليه عدم النص على معالجة الآثار القانونية التي تترتب على تحويل الجنس كتغيير البيانات الشخصية وحال الشخص إذا كان متزوجاً وغيرها من الآثار.

2-التشريعات التي لم تنظم تصحيح الجنس إلا أن قضاءها تعرض إلى المسألة : من الدول التي لم ينظم تشريعها الوضعي تصحيح الجنس إلا أن قضاءها تعرض إلى المسألة مستعيناً بأحكام الشريعة الإسلامية في استنباط الحكم الواجب التطبيق نجد:

القضاء المغربي : عرضت على القضاء المغربي قضيتان تتعلقان بطلب تغيير اسم شخصي لحنثي تدخل الطب لتصحيح معاملة بكيفية خلقت عدم انسجام لوضعه الجديد مع تسجيله الأول في سجلات الحالة المدنية، أين صدر حكم أول درجة قضى برفض طلبه وبعد الاستئناف صدر حكم عن محكمة الاستئناف بتطوان بتاريخ 08/03/1991 تحت رقم 90/685 التي رفضت حكم أول درجة

¹ الشهابي، إبراهيم الشرقاوي، الرجوع السابق، ص 182.

² تنص المادة 7 من المرسوم بقانون اتحادي رقم 4 لسنة 2016 م الصادر بتاريخ 28 شوال 1437 هـ الموافق لـ: 2016/08/02م بشأن المسؤولية الطبية بدولة الامارات، (الملغي للقانون الاتحادي رقم 10 لسنة 2008) : " يجوز إجراء عمليات تصحيح الجنس وفق الضوابط الآتية " 1-أن يكون انتماء الشخص الجنسي غامضاً ومشتبه في أمره بين ذكر وأنثى 2-أن يكون له ملامح جنسية جسدية مخالفة لخصائصه الفسيولوجية والبيولوجية والجنينية 3-أن يتم التثبت منحكم الفقرتين 1و2 من هذه المادة بتقارير طبية وموافقة لجنة طبية متخصصة تنشئها الجهة الصحية وذلك بهدف تحديد جنس المريض والموافقة على عملية التصحيح وعلى تلك اللجنة إحالة الموضوع إلى الطبيب النفسي لإجراء التهيئة النفسية اللازمة "

³ ريمه صالح المانع، جابر محجوب علي محجوب، طارق جمعة السيد راشد، إشكالية تحويل الجنس في القانون القطري والقانون المقارن، مقال على موقع : كيوسانس www.qscience.om، اطلع عليه بتاريخ : 2022/12/25 م.

وسمحت للمستأنف تعديل بياناته لتتلاءم مع وضعه الحالي وأقرت عدة مبادئ أهمها: أن الفقه الإسلامي لا يمانع من إجراء عملية تكون نتيجتها إنهاء إشكال الخنثى وتؤدي إلى إيضاح أمره وأن النتيجة المترتبة على معرفة حقيقة الخنثى هي الحكم بتغيير اسمه¹. كما صدر حكم ابتدائي آخر بتاريخ 2008/04/17م ملف رقم : 2007/422 الذي كان فيها المدعي مصابا بخنوثة عضوية وبالتالي سمحت له المحكمة بتغيير بياناته الشخصية².

3- التشريعات التي لم تنص صراحة على عمليات تصحيح الجنس ولم يتطرق قضائها إلى مثل هذه العمليات :

تشريع دولة قطر : هي أيضا من الدول التي لم تنظم تصحيح الجنس أو تغييره في القانون المنظم للمسائل المتعلقة بتعديل البيانات الشخصية هو القانون رقم 3 لسنة 2016 بشأن تنظيم قيد المواليد والوفيات³ وبالتالي نكون بصدد فراغ تشريعي وبتصفح باقي القوانين فإنه لم تأت بذكر الخنثى إلا في قانون الأحوال الشخصية القطري رقم 22 لسنة 2006 بموجب المادة 298 منه⁴ التي تطرقت إلى ميراث الخنثى المشكل فقط، وبالرجوع إلى القضاء القطري الذي يطبق أحكام الشريعة الإسلامية التي تجيز علاج الخنثى فالغاية العلاجية هي التي تبيح المساس بسلامة الجسد⁵ وبالتالي يفهم أنه إن انتفت الغاية العلاجية يكون العمل غير مشروع .

تشريع دولة مصر : لا يوجد في مصر قانون مستقل ينظم عملية تحويل الجنس إلا أنه ورد في لائحة آداب ممارسة مهنة الطب الصادرة عن وزير الصحة والسكان تحت رقم 238 لسنة 2003م في المادة 43 أنه بالنسبة إلى عمليات تصحيح الجنس فإنه يشترط موافقة اللجنة المختصة بالنقابة وتتم عمليات التصحيح بعد إجراء التحليلات الهرمونية وفحص الخريطة الكروموزومية بعد قضاء فترة العلاج النفسي والهرموني المصاحب لمدة لا تقل عن سنتين⁶ ورغم ذلك فلم نلمس نصا صريحا في قانون مستقل يتطرق إلى عملية تصحيح الجنس.

وبتصفحنا لأغلب التشريعات للدول العربية نجدها تخلو من نص صريح ينظم موضوع تصحيح الجنس إلا أنه يمكن القول أنه ما دامت قد أفردت نصا في قوانين أحوالها الشخصية ينص فيه بضرورة الاحتكام إلى أحكام الشريعة الإسلامية في حالة عدم تطرقها لمسألة معينة، وما دام أن كلمة الفقهاء اجتمعت حول مشروعية عملية تصحيح الجنس أو تثبيته فيمكن القول أن التشريعات العربية تجيز عمليات تصحيح الجنس لسبب عضوي مهما كانت مرجعيتها الفقهية، ومنها التشريع الجزائري.

ثانيا: موقف التشريعات المقارنة من عمليات تحويل الجنس :

بعد أن عرضنا موقف التشريعات المقارنة والقضاء من تصحيح الجنس ورأينا أنه يعد من قبيل العلاج وليس التحويل أو التغيير، سنتناول موقف القانون من حالات تغيير الجنس الذي يرجع إلى أسباب نفسية (اضطرابات في الهوية الجنسية) أو إلى أسباب عضوية، وباستقراء النماذج المختلفة يتضح لنا وجود اختلاف في توجه التشريعات العربية والغربية في معالجة المسألة إذ أنّ بعضها تبيح تغيير الجنس لأسباب نفسية وبالتالي تحكم بتغيير البيانات الشخصية للمتحويل سواء في نصوص صريحة أو ضمنية أو عن طريق القضاء، أما البعض الآخر لا تعتد بتغيير الجنس لأسباب نفسية، وبالتالي ترفض تغيير البيانات الشخصية للمغير .

¹ ينظر : محمد الشافعي، الحالة المدنية بالمغرب، المطبعة والوراقة الوطنية بمراكش، المغرب، د ط، 2006 م، ص 329.

² للاطلاع على الحكم ينظر : محمد الكشور، تغيير الاسم الشخصي المصاعب لتغيير الجنس، مجلة المناهج القانونية، المغرب ع 16، 2011 على الموقع <http://O-eearch-ùandumah.com.mylibraz.qu.edu.> اطلع عليه في : 2022/12/25.

³ قانون اتحادي رقم 3 لسنة 2016 م الصادر بتاريخ 28 شوال 1437 هـ الموافق لـ: 2016/08/02م بشأن تنظيم قيد المواليد والوفيات القطري .

⁴ المادة 298 من قانون الأحوال الشخصية القطري رقم 22 لسنة 2006، المرجع السابق .

⁵ جابر علي محجوب، دور الإرادة في العمل الطبي " دراسة مقارنة"، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، الكويت، 2000 م، ص 283-284.

⁶ حازم أبو الحمد حمدي الشريف، المرجع السابق، ص 1031.

1- موقف التشريعات الأجنبية (غير العربية) من عمليات تغيير الجنس :

إن المتصفح للنظم التشريعية لهذه الدول يجد أنّ أغلب الدول الأوروبية تتجه نحو السماح بتغيير الجنس لأسباب نفسية منها إلا أن بعضها منها أجاز إجراء هذه العمليات بموجب نصوص صريحة والبعض الآخر ضمناً، وهناك من لم ينص قانونها صراحة بإيجاز هذه العمليات إلا أن قضاءها فصل في قضايا تغيير الجنس بالجواز .

أ- التشريعات الأجنبية التي أجازت إجراء هذه العمليات بموجب نصوص صريحة: نذكر منها :

القانون السويدي : يعدّ من أولى التشريعات التي نظمت جراحة تغيير الجنس بقانون خاص صدر في 21 أبريل 1972 الذي دخل حيز التنفيذ في 12 جويلية 1972 والمعدل بتاريخ 1980، حيث تطرق هذا القانون إلى حالتين : حالة الازدواج الجنسي النفسي الذي عرفته المادة 01 منه، إذ سمحت للمتحويلين جنسيا بتغيير جنسهم قانوناً بعد الخضوع لجراحة إعادة تحديد الجنس، ثم نص على شروط إجراء الجراحة بموجب نصت المادة 3 من هذا القانون منها : الرغبة القوية للتحويل الجنسي وشرط اتمام 18 سنة كاملة، وأن يكون طالب التحويل عقيماً أو غير قادر على الإنجاب لأسباب أخرى طبقاً للمادة 01 أعلاه، مع تقديم طلب الحصول على ترخيص تغيير الجنس تفصل فيه هيئة إدارية عليا بموجب قرار غير قابل لأي طعن وهذا ما جاءت به المادة 6 و5 ن نفس القانون، ثم أوجبت المادة 07 عقوبات لمن يخالف هذه الشروط¹.

ونصت على حالات تغيير في حالات الازدواج الجنسي العضوي في المادة 02 من نفس القانون وحددت له نفس الشروط المطلوبة في عمليات تغيير الجنس بسبب نفسي ما عدا الأشخاص البالغين 12 سنة الذين يلزم الحصول على رضائهم لصحة إجراء الجراحة بموجب المادة 02 أعلاه .

القانون الألماني : (ألمانيا الديمقراطية) : كفل القانون الألماني حق المتحويلين جنسياً من تغيير جنسهم القانوني منذ تاريخ 1980/09/10، وهذا بتقديم طلب بصفة رسمية بعد استفتاءه لبعض الشروط تماثل الشروط التي وضعها القانون السويدي، مع إضافة بعض الشروط كشرط إجراء عملية جراحية مسبقاً تعطيه مظاهر الجنس المرغوب فيه مع عدم اشتراط الحصول على الترخيص المسبق لإجراء العملية كالمشرع السويدي².

القانون الإيطالي : كان القانون الإيطالي والفقه يحظر عمليات تغيير الجنس سواء جنائياً أو مدنياً، ولكن تراجع القضاء الإيطالي عن هذا الاتجاه في عدة أحكام أباحت ممارسة عمليات التحويل الجنسي، ثم صدر قانون في 14 أبريل 1982م نظم هذه المسألة في سبع مواد ووضع لها شروطاً منها ضرورة الحصول على ترخيص مسبق للعلاج ولتغيير الحالة المدنية بقرار من المحكمة وهذا بموجب المادة 03 منه، كما أعطى للقاضي صلاحية منح هذا الترخيص، ثم عدّل القانون بتاريخ : 2000/11/03 " حول تصحيح تعيين الجنس"³.

وفي بريطانيا : صدر قانون الاعتراف بالجنس سنة 2004 (Gender Recognition ACT 2004 , The GRA) والذي دخل حيز التنفيذ في 04 أبريل 2005م، أين اعترف بحق الشخص في تغيير جنسه كما اشترط حالة العزوبة للحصول على تغيير الجنس أو انحلال الزواج⁴.

¹ الشهابي إبراهيم الشرفاوي، مرجع السابق، ص 233، أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص 452 .

² المرجع نفسه، ص 462.

³ منير رياض حنا، الخطأ الطبي الجراحي في الشريعة والقوانين العربية والأوروبية والأمريكية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، ط 1، سنة 2008 م، ص 541.

⁴ Haute Autorité de santé ,service evaluation des acte professionnel ,situation acyuelle et perspectives d'évolution de la prise en charge médicale du transsexualisme en France,novembre 2009.p 58 ,http/www.has –sante.fr

كما إن القضاء الإنجليزي كان له أكثر من سابقة قضائية أبدى فيها موقفه بمشروعية عمليات تغيير الجنس منها القضيتان الشهيرتان اللتان رفعتا إلى المحكمة الأوروبية المعروفتين بـ¹Rees and Cossey، والأكثر من ذلك فإن محكمة العدل الدولية أذنت بريطانيا وأتمتها بالعنصرية لأنها ألزمت متحولاً بأن يقوم بإنهاء عقد زواجه حتى تقبل الدولة إصدار شهادة تثبت تحوله². وفي إسبانيا : ورغم أنها كانت تعد من الدول التي لا تعترف بعمليات تغيير الجنس إلا أن موقفها تغير تدريجياً بداية من إلغاء الصفة الإجرامية للتدخل الجراحي الذي يهدف إلى تغيير الجنس بموجب تعديل قانون العقوبات بتاريخ "25 جوان 1983، الذي مس المادة 428 منه إلى أن تم بتاريخ 08 /11/ 2006 صدور قانون يتضمن تغيير بيان جنس الأشخاص في السجل المدني(دخل حيز التنفيذ في 15 مارس 2007)، والذي أعطى الاختصاص لضابط الحالة المدنية وبالتالي فإن هذا القانون سمح بتغيير حالة المحولين لجنسهم وأصبح التدخل الجراحي السابق غير ضروري³.

ب -التشريعات التي أجازت ضمناً عمليات تغيير الجنس : من القوانين التي لم تتعرض صراحة لهذه النوع من الجراحة ولكنها أجازت الآثار القانونية المترتبة عليها نجد :

التشريع الأمريكي :التوجه الأمريكي يسير كذلك نحو إباحة عمليات تغيير الجنس بل إن الثقافة الأمريكية تدعو إلى الاعتراف بهم و عدّهم أفراداً طبيعيين في المجتمع، ومن حيث جهة فقه القانون هناك اتجاه يعدّ عمليات تغيير الجنس من قبل العلاج وهذا الاتجاه تبنته عدة ولايات⁴.

لذلك فإن بعض ولاياتها أجازت تغيير البيانات المتعلقة بحالة الأشخاص بعد إجرائهم لعمليات تغيير الجنس وهما⁵:

-ولاية إلينوي Illinois : قانون إلينوي للصحة العامة لسنة 1972 والذي يسمح بموجب شهادة الجراح الذي أجرى عملية تغيير الجنس إلى تغيير البيان المتعلق بالجنس في شهادة الميلاد.

-ولاية تينيسي Tennessee : التي وسعت من سلطة "مسجل الولاية لإحصائيات المواليد فيما يخص تغيير الحالة .

وفي كندا: تم إصدار قانونين جديدين نصا على جواز تعديل الحالة المدنية لمن غيروا جنسهم وهما :

-قانون كولومبيا البريطانية :و الذي أجاز للشخص غير متزوج الذي أجرى جراحة تغيير الجنس أن يقدم طلباً إلى مدير صالح الحالة المدنية من أجل تغيير البيان المتعلق بجنسه في شهادة ميلاده بشرط إرفاق طلبه بشهادة طبية من الجراح الذي أجرى له العملية

-قانون ألبرتا Alberta: الذي تضمن نفس الشروط والإجراءات التي جاء بها قانون كولومبيا ماعدا إسقاطه شرط العزوبة.

ج-التشريعات الأجنبية التي لم تنص على صراحة على مسألة تغيير الجنس إلا أن القضاء فصل في ذلك :

من بين الدول التي انتهجت هذا الموقف فرنسا، فالمرشع الفرنسي لم ينظم عمليات تحويل الجنس لأسباب نفسية بنصوص خاصة وهو الأمر الذي طالب به مجلس الدولة في تقريره السنوي في 1988 وفضل ترك المسألة إلى الاجتهاد القضائي، ولذلك ظهرت مواقف مختلفة بين الفقه والقضاء الذين مرّوا بمرحلتين :

المرحلة الأولى : (عدم مشروعية عمليات تغيير الجنس): كان يتجهان نحو عدم مشروعية عمليات تغيير الجنس كونها تستهدف سوى تحقيق رغبات وهواجس شخصية نفسية وليس لها غاية علاجية يمكن أن تبررها¹، فقد كان للقضاء الفرنسي (محكمة النقض)

¹قضية "Rees" هذا الأخير الذي تم الموافقة على طلبه في تغيير بياناته في شهادة الميلاد ليتناسب مع جنسه الجديد من طرف الأمين العام لعقود الحالة المدنية. أما قضية Cossey تتلخص وقائعها في : مغير لجنسه له ميل أنثوي يزوج يتم إلغاء زواجه من محكمة : la high لأن الأطراف هم من نفس الجنس ينظر: مكولوف وهيبه، المرجع السابق، ص 131

²Judgment of the court 26 june 2018

³Haute Autorité de santé, nov.2009, Op.Cit.p59

⁴الشهابي إبراهيم الشرقاوي، مرجع سابق، ص 247.

⁵ أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص 463.

موقفا صارما تجاه هذه العمليات برفض الاعتراف بتحويل الجنس وتغييره على أساس أن هذه العمليات تعج منشئة لجنس جديد وليست كاشفة².

المرحلة الثانية : (تحويل توجه القضاء الفرنسي بتعديل الحالة المدنية للمتحويلين جنسيا) : لم يستقر موقف القضاء الفرنسي برفض تغيير الجنس بعد إدانته من قبل المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بالقرار الصادر منها بتاريخ 25 مارس 1992 بالاستناد إلى نص المادة 08 من اتفاقية حقوق الإنسان التي تنص " لكل شخص الحق في احترام حياته الخاصة والأسرية " والمادة 12 منها التي تنص على "الحق في تكوين أسرة"³، وبالتالي اضطر القضاء الفرنسي إلى العدول عن موقفه الثابت وسلك منعرجا حاسما بتاريخ: 1992/12/11 حينما أصدرت قرارا بدوائرها مجتمعة قبلت من خلاله دعوى التغيير الجنسي وسببت قرارها على حرية الشخص في تحويل جنسه وفق قناعته⁴ وبعدها أصدرت المحكمة الفرنسية حكمتين أقرت فيهما جواز تغيير الجنس وقبول تغيير البيانات الشخصية للمتحويل⁵ . ومن القضايا التي طرحت على البرلمان الأوربي هي قضية " P.V S and Cornwall County council " التي صدر فيها حكم في 1996/04/30 والتي أقرت فيها بحق المتحول جنسيا في العمل وعدم جواز التمييز بينه وبين غيره من الأفراد⁶.

أما القضايا الجديدة التي عرضت على القضاء الفرنسي والتي صدرت فيها أحكاما وقرارات نجد:

-قرار محكمة النقض الفرنسية صادر عن الغرفة المدنية الأولى تحت رقم : 106 بتاريخ 2013/12/13 م رفضت طلب تغيير الجنس بحجة عدم تقديم ما يثبت الحقيقة الجوهرية لميوله الجنسي وادعائه أنه ينتمي إلى الجنس الآخر⁷.

-قرار محكمة النقض الفرنسية صادر عن الغرفة المدنية الأولى تحت رقم 108 بتاريخ 2013/02/13 رفضت طلب التغيير الجنسي بحجة أن الشهادة الطبية المقدمة من طرف المدعي بتاريخ 2009/04/23 ، والتي تثبت تناوله للمهرمونات الأنثوية منذ 2004 غير كاف لإثبات قبول طلبه والمتمثل في تغيير حالة الجنسية في أوراقه المدنية من ذكر إلى أنثى⁸.

د-النظم التشريعية الأجنبية التي حظرت عمليات تغيير الجنس: رغم انتشار هذا النوع من العمليات في أغلب الدول الغربية (التي لا تعتنق الإسلام) إلا أن بعض الدول لم تقر عمليات تغيير الجنس لسبب نفسي، وكان على رعاياها إجراء العمليات في دول أخرى للاعتراف بجنسهم الجديد، ومن الدول التي اتخذ فيها القضاء موقف المنع والحظر لمثل هذه العمليات دولة الأرجنتين فالحكام الأرجنتينية قامت بإدانة طبيب يدعى " ريكاردو سان مارتان " سنة 1966 بجرم الضرب والجرح العمدي وعقابا له قضت عليه بعقوبة

¹ أنس محمد إبراهيم بشار، تغيير الجنس وأثره في القانون المدني والفقہ الإسلامي، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، 2003 م، ص 134، جابر علي محبوب المرجع السابق، ص 283.

² لمزيد من التوسع والشرح في موقف القضاء الفرنسي بالتفصيل ينظر: أنس محمود إبراهيم بشار، المرجع السابق، ص 140-147.

³ ينظر : إبراهيم الأدهم، الجهاز التناسلي الذكري " عيوبه وإصاباته " دار القلم، دمشق، سوريا، ط 1، 1999 م، ص 153.

⁴ جيلالي تشوار، محاضرات تحت عنوان " التغيير الجنسي " ألفت على طلبة الماجستير قانون طبي، مقياس المسائل الطبية الماسة بالأسرة، بتاريخ 2014/02/23

⁵ منصور عبد السلام الطرية، جراحة الخنثوية وتغيير الجنس، دراسة في ضوء الشرائع السماوية والشرع الأردني، مجلة الحقوق الكويت، 2011 السنة 35 العدد4، ص 285.

⁶ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/E N/TXT/C ELEX 1996> للاطلاع على الحكم ينظر موقع :

⁷ قرار رقم 106، محكمة النقض الفرنسية بتاريخ: 2013/02/13 منشور على الموقع : <http://www.cour de cassation .fr/jurisprudence/remière chambre civile 568/106/13>

⁸ قرار رقم 108 محكمة النقض الفرنسية بتاريخ : 2013/02/13 منشور على الموقع الالكتروني : <http://www.cour de cassation .fr/jurisprudence/remière chambre civile 568/108/13>

ثلاث سنوات حبس لإقدامه على إجراء عملية تغيير الجنس على شخص له شذوذ يبلغ من العمر 12 سنة، و هذا الحكم تم تأييده من المجلس¹.

2-موقف التشريعات العربية من عمليات تحويل الجنس : رأينا أن المجتمعات الغربية تناولت موضوع تحويل الجنس بإسهاب سواء من الناحية الطبية أو القانونية أو النفسية، وطرحَت قضايا عدة على مستوى القضاء، وإذا كان هذا حال المجتمعات الغربية التي تطور فيه الطب فلا شك أن الأمر يختلف في المجتمعات العربية التي لا زالت متحفظة من الخوض في هذا الموضوع، لأنها مجتمعات محافظة ومتدينة تطبق أحكام الشريعة الإسلامية، ففضلت التريث والبقاء في منأى من إعطاء وجهة نظرها القانونية ولكن الواقع فرض عليها التدخل للفصل في دعاوى يطالب فيها أصحاب الشأن تغيير بياناتهم الرسمية من اسم ونوع الجنس

والملاحظ أن موقف التشريعات العربية إزاء تحويل الجنس تتخذ أحد المناهج التالية : النص صراحة على عدم جواز تحويل الجنس، عدم النص صراحة على عمليات تغيير الجنس وتركها للقضاء للفصل في القضايا المعروضة عليه، والغالبية الأخرى من الدول، عدم النص صراحة حتى قضاياها عمليات تغيير الجنس دون أن يتعرض قضاياها لمثل هذه العمليات .

أ-التشريعات العربية التي نصت صراحة على عدم جواز عمليات تغيير الجنس :

التشريع الوحيد الذي تطرق إلى عملية تغيير الجنس هو التشريع الإماراتي وذلك بعدم جوازه، إذ ورد في نص المادة 05 بند 9 من القانون الاتحادي رقم 4 لسنة 2016 في شأن المسؤولية الطبية " يحظر على الطبيب.....9- إجراء عمليات تغيير الجنس " ² كما رتب على إجرائها عقوبة الحبس أو الغرامة أو كليهما، وقد أوردت المادة 31 من نفس القانون ترتيب العقوبة على كل من يقوم بعمليات تغيير الجنس "³.

وقد عرضت على القضاء الإماراتي قضية جرت أحداثها سنة 2017 في دولة الإمارات العربية المتحدة حيث قامت ثلاث مواطنات برفع دعوى يطالبن فيها بتغيير جنسهن من إناث إلى ذكور في السجلات والوثائق الحكومية، وذلك بعد قيامهن بعمليات تحويل خارج الدولة بدعوى أنهن كن يعانين من مرض اضطراب الهوية الجنسية ويصعب العودة إلى جنسهن السابق بعد عملية الاستئصال لكن تم رفض الدعوى من محكمة أبو ظبي بناء على ما ورد في التقرير الطبي الصادر عن اللجنة المختصة للنظر في حالة المدعيات الجسدية والنفسية ⁴.

ب -التشريعات التي لم تنص صراحة على عملية تغيير الجنس إلا أن قضاءها تعرض للمسألة :

في غياب النصوص القانونية كان لبعض القضاء العربي وجهة نظر في التصدي للقضايا المعروضة على القضاء رغم قلتها:
في مصر : لا يوجد في مصر قانون مستقل ينظم عملية تحويل الجنس، إلا أنه ورد في لائحة آداب ممارسة مهنة الطب الصادرة عن وزير الصحة والسكان تحت رقم 238 لسنة 2003م في المادة 43 " يحظر على الطبيب إجراء عمليات تغيير الجنس" أما بالنسبة إلى عمليات تصحيح الجنس فإنه يشترط موافقة اللجنة المختصة بالنقابة، وتتم عمليات التصحيح بعد إجراء التحليلات الهرمونية وفحص الخريطة الكروموسومية بعد قضاء فترة العلاج النفسي والهرموني المصاحب لمدة لا تقل عن سنتين " ⁵.

¹ مكرلوف وهيبه، المرجع السابق، ص 91.

² المادة 5 بند 9 من المرسوم بقانون اتحادي رقم 4 لسنة 2016 م بشأن المسؤولية الطبية بدولة الامارات، المرجع السابق .

³ تنص المادة 31 من المرسوم بقانون اتحادي رقم 4 لسنة 2016" يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن ثلاث سنوات ولا تزيد عن عشر سنوات كل من يخالف حكم المادة 5 بند 9 من هذا المرسوم بقانون اتحادي.

⁴ طارق عبد المنعم خلف، معرفة جنس الخنثى وتصحيحه بين الفقه والطب في ضوء قانون المسؤولية الطبية الإماراتي، قسم الشريعة والدراسات الاسلامية ، كلية القانون، جامعة الشارقة، المارات، د ط، د ن، ص 176.

⁵ حازم أبو الحمد حمدي الشريف، المرجع السابق، ص 1031.

وبناء على هذا النص فإن عمليات تغيير الجنس في مصر محظورة ومع ذلك لا يوجد تنظيم دقيق لهذه المسألة من حيث معيار التفريق بين عمليات تصحيح الجنس وتحويل الجنس والجزاء المترتب عن ذلك ؟

أما موقف القضاء المصري : فأمام عدم وجود نص صريح في مسألة تغيير الجنس فقد عرضت عدة قضايا على القضاء المصري في هذا الشأن، ومن أشهر قضاياها التي أثبتت فيها المسألة هي **قضية سالي**¹ (المعروفة سابقاً بـ **سليد**) وهذا سنة 1988م، فقد كان من جنس ذكر كامل الذكورة إلا أنه أجرى عملية لتحويل جنسه من ذكر إلى أنثى نظراً لما له من ميول أنثوية نفسية، فتم فصله من كلية الطب بسبب ما أجراه من عمليات وهذه مراحل الدعوى:

-حكم محكمة القضاء الإداري رقم 02/5432 جلسة 1971/07/02 صدر حكم بجلسته 1989/11/13 :الشق الاستعجالي رفض وقف تنفيذ القرار القاضي بالفصل، و في الشق الموضوعي جلسة 1991/07/02 إلغاء القرار المطعون فيه².

- حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم 4019 جلسة 1999/09/28 (دعوى رفعها سالي ضد جامعة الأزهر بعد رفض هذه الأخيرة وامتناعها عن إعادة تسجيله، مطالبا بوقف تنفيذ وإلغاء القرار السليبي من فصله من الجامعة، أين صدر حكم في 1999/09/28 قضى بإلغاء القرار المطعون فيه استناداً إلى المادة 18 من الدستور التي تنص : "التعليم حق تكفاه الدولة"³.

-حكم محكمة القضاء الإداري رقم 54/ 1487 جلسة 2000/06/20 التماس إعادة النظر أقامته جامعة الأزهر ضد سالي بوقف تنفيذ الحكم الملتمس فيه أين صدر حكم في 2000/06/20 قضى بقبول الالتماس شكلاً وفي الموضوع عدم جواز تنفيذ الحكم الصادر (الملتمس فيه)⁴.

-الطعن في الحكم الصادر في 2000/06/20 أمام المحكمة الإدارية العليا وذلك بعد 18 سنة من التقاضي، أين قررت إلغاء الحكم المطعون فيه وإلزام الجهة الإدارية "جامعة الأزهر" بإعادة الطالبة إلى كلية الطب " البنات " لاستكمال دراستها وأكدت المحكمة في حكمها أن الطاعنة بتغيير جنسها قد أصبحت في مركز قانوني جديد وعوملت على هذا الأساس بصفتها ونوعها الجديدين⁵.

وبهذا يتضح أن القضاء المصري قد أخذ بالمعيار النفسي الاجتماعي لتحديد الجنس، إلا أن هذا الاعتراف فتح المجال واسعاً أمام الشواذ للعبث بتقاليد المجتمعات العربية، ويلبي رغباتهم النفسية والجنسية وهذا ما حدث فعلاً في مصر أين أصبحت تعرض على المحاكم قضايا من هذا النوع، منها قضية "نوران مجد الدين" التي طالبت بتحويل اسمها وجنسها من أنثى إلى ذكر في بطاقة الرقم القومي بعد إجرائها عملية تصحيح الجنس، فتم رفض طلبها بموجب الحكم الصادر بتاريخ : 2016/01/25 مسببة المحكمة حكمها على " أن حالة نوران تقتضي علاجاً نفسياً دون إجراء عملية تغيير الجنس التي تعد تلاعباً في خلق الله منهي عنه في الشريعة الإسلامية أما بخصوص القانون فلم يصدر لحد الآن تشريع خاص بالتحويل الجنسي يميز أو يمنع هذه الظاهرة رغم المطالب العديدة⁶.

¹ للاطلاع على تفاصيل القضية أكثر ينظر : جابر علي محبوب، المرجع السابق، ص 291 وما بعدها

²ملخص حكم محكمة القضاء الإداري المصري رقم 02/ 5432 ينظر : أسامة رمضان الغمري، الجرائم الجنسية من الواجهة الشرعية والطبية، دار الكتب القانونية، مصر 2005م، ص 260.

³حكم عن محكمة القضاء الإداري المصري رقم 4019 بتاريخ 1999/09/28 نقلاً عن : أسامة رمضان الغمري، المرجع السابق، ص 261.

⁴حكم عن محكمة القضاء الإداري المصري رقم 54/1487 نقلاً عن المرجع نفسه، ص 262.

⁵بوشي يوسف، الجسم البشري وأثر التطور الطبي على نطاق حمايته جنائياً " دراسة مقارنة" رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة تلمسان، 2012م - 2013، ص 163.

⁶ينظر : القضاء الإداري يهيب بمجلس النواب بإصدار قانون ينظم التحويل الجنسي في مصر، مجلة روز اليوسف على الموقع :

<http://www.rosaelyoussef.com/news/195251>

وفيما يخص موقف الفقه المصري فقد اختلف حول مدى مشروعية عمليات تحويل الجنس إلى فريقين الأول يرى بمشروعية هذه الجراحة مستندا إلى الآراء الطبية التي عدت أن حالات تغيير الجنس ليست من قبيل الشذوذ الجنسي أو اللهو الجراحي، بل قضية علمية بجته وبهذا قال الدكتور علي حسين نجيدة¹ والدكتور عصام أحمد محمد الذي أكد أن تقدير توافر الضرورة العلاجية للشخص المتحول جنسيا مسألة فنية يفصل فيها أهل الفن الطبي، فإذا ما قرروا أن التدخل الجراحي لازم صحيا ونفسيا، ونجاح عمليا فإنه يتم إجراؤها².

إلا أن هناك من الفقه المصري من لم يجز مثل هذه العمليات ولم يقر بمشروعية الجراحة التي تهدف إلى تحويل الجنس لسبب نفسي لعدم توافر الضرورة العلاجية أو مصلحة حقيقية، ومنهم :د. أحمد محمود سعد الذي يقول " إنَّ من يخالف هذه الشروط (ويقصد مقترحات وضوابط تنظيم مشروعية الجراحة) يقع تحت طائلة المسؤولية بنوعها المدنية والجنائية لأن مسألة تحويل الجنس لا يعدو أكثر من تخنث ظاهري دون دواع طبية علاجية "³، وهو ما أكدته الدكتور الشهابي إبراهيم الشرقاوي الذي أضاف بأن العلة من وراء هذا التحريم لجراحة المسخ - أي تغيير الجنس كما سماها - يتمثل في أنها تعدّ تغييرا لخلق الله تعالى يجريه المريض لإشباع شذوذه وانحرافه النفسي وهو منهي عنه شرعا⁴.

القضاء الكويتي : وهي قضية (أحمد) هذا الأخير الذي أقام دعوى تحت رقم 2003/861 مطالبا بأحقته في تغيير جسمه من ذكر إلى أنثى، وحفظ كامل حقوقه في تغيير البيانات الخاصة باسمه وجسمه بكافة الأوراق الرسمية وهذه مراحلها :

- صدر حكم عن محكمة أول درجة قضى وقبل الفصل في الموضوع بندب طبيب شرعي بالكشف الطبي على المدعي، وإعداد تقرير خبرة، والتي كشفت -بعد إنجازها وإيداعها - أن تاريخه الطبي يشير إلى معاناته من أعراض المرض النفسي الذي يطلق عليه اضطراب الهوية الجنسية، وأن الهرمونات والعلاج الجراحي أفقده الإحساس الرجولي.

- بعد إعادة السير في الدعوى أصدرت المحكمة حكم بتاريخ 2004/04/24 قضى بأحقية المدعي في تغيير جنسه من ذكر إلى أنثى واستندت في إصدار حكمها على أن أحقية المدعي في تغيير جنسه ليس فيه مخالفة للشرع وتحقق لمصلحة المدعي ومصلحة المجتمع⁵، ولقد أيدت محكمة التمييز الكويتية حكم محكمة الاستئناف بوجب حكم لها يحمل رقم 2004/674 مدني بتاريخ 2006/03/20⁶.

القضاء التونسي: تصدى القضاء التونسي لمسألة تغيير الجنس في أشهر قضية وهي قضية "سامي الذي أجرى عملية جراحية في إسبانيا لتغيير جنسه من ذكر إلى أنثى " والذي رفع دعوى أمام المحكمة الابتدائية بتاريخ 1992/05/02 تحت رقم 5984 يطلب الاعتراف بكون جنسه أنثى، والسماح له بتغيير اسمه إلى "سامية" وقضت المحكمة الابتدائية بتاريخ 1993/02/08 برفض دعواه⁷ على أساس أن ذلك التغيير بفعل فاعل وبشكل اصطناعي ظاهري يخالف مقتضيات القانون الجزائي والديانات السماوية، وبعد استئنائه للحكم سجل تحت رقم 10298 أين صدر حكم عن محكمة الاستئناف بتاريخ 1993/12/22 قضى بقبول

¹ علي حسين نجيدة، المرجع السابق، ص 107.

² عصام أحمد محمد النظرية العامة للحق في سلامة الجسم، دراسة جنائية مقارنة، دار الفكر والقانون، المجلد 2، المنصورة، 2008م، ص 1051.

³ أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص 779.

⁴ الشهابي إبراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص 257.

⁵ حكم ابتدائي لمحكمة الكويت رقم 2003/861 ن م ك 1/ والحكم الاستئنافي رقم 1040/ 2004/1051 مدني 8/، ينظر : فهد سعد الديس، بحوث فقهية معاصرة " أثر التحول الجنسي وبيان ما أخذ به القضاء الكويتي، (د د ن، د م ن، د ط)، 2009م، ص 55-56.

⁶ محكمة التمييز الكويتية، الأحكام المدنية والتجارية، الطعن رقم 674 لسنة 2004م قضائية بتاريخ: 2006/03/30م، مكتب في 34 رقم الجزء 1 رقم الصفحة 409.

⁷ حكم المحكمة الابتدائية بتونس تحت رقم 5984 بتاريخ 1993/02/08، مجلة القضاء والتشريع بتونس، عدد يناير 1994، ص 114.

الاستئناف شكلا ورفضه أصلا وتقرير الحكم الابتدائي¹، وقد استند قضاء محكمة الاستئناف في حكمهم على الأدلة الشرعية من الكتاب والسنة واجتهاد الفقهاء، ليصل إلى أن الجراحة التي أُجريت لهذا الشاب لم تكن لدواعٍ عضوية، ولا تعدّ حالة من حالات الضرورة التي تخوله تغيير جنسه، واعتمدوا أيضا على التقرير الطبي الذي أكد أنّ للمستأنف خصائص أنثوية ولا يمكن أن يكون إلا من جنس الإناث، وأنّ العمل الجراحي الذي قام به المحوّل لجنسه إراديّ ووقع اصطناعيّ و، كان بالإمكان تلقّيه العلاج النفسي الذي يُجنّب صاحبه اللجوء إلى القيام بتغيير جنسه جراحيا .

من خلال استقراءنا لحثيات تسبب حكم الاستئناف للقضاء التونسي نجده تسببا صائبا وتحليلهم متزن ومؤسس على قواعد شرعية مستقرة في الشريعة الإسلامية، مغلقا بذلك الأبواب أمام تيار الشواذ جنسيا لا سيما للذين يقومون بجراحة خارج البلاد ثم يعودون إلى بلادهم من أجل رفع دعوى تغيير بياناتهم الرسمية في سجلات الحالة المدنية، وذلك بعد الإشهاد لهم بتحويل جنسهم .

لكن سرعان ما تغير موقف القضاء التونسي سنة 2018 حيث صدر حكم من المحكمة الابتدائية بتونس بتاريخ 2018/07/9: قضى بإجازة إقدام أنثى كاملة الأنوثة بإجراء تدخلات جراحية للتحويل إلى ذكر لأسباب نفسية².

القضاء اللبناني : إن موقف القضاء اللبناني اختلف في مدى إجازة تغيير الجنس، فقد سمح بتغيير الجنس لأسباب نفسية في القرار الصادر عن القضاء الابتدائي المدني محكمة بيروت تحت رقم 1987 / 3 بتاريخ 1987/07/01، الذي كان فيها المتحول ذكرا متزوجا وله أبناء أجرى عملية تغيير جنسه استنادا لأسباب نفسية، والقرار الثاني الصادر عن محكمة الاستئناف بيروت رقم 1123 بتاريخ 2015/09/03 الذي كانت فيه المتحولة أنثى تحولت إلى ذكر وأقامت دعوى تطالب فيها تغيير بياناتها ورفضت المحكمة الابتدائية ذلك إلا أن محكمة الاستئناف أجابت طلبها.

إلا أننا وجدنا موقفا آخر توصل فيه القضاء اللبناني بإعطاء رأيه بعدم مشروعية عمليات تغيير الجنس لأسباب نفسية، وهي القضية التي عرضت على القضاء اللبناني والتي طالب فيها أحد المحولين جنسيا بتصحيح قيوده في سجلات النفوس اللبنانية، على أساس أنه أنثى بدلا من ذكر، وتبعا لذلك تعديل اسمه ليتوافق مع تصحيح جنسه بسبب تحولات نفسية طرأت عليه، التي توجت بخضوعه لعملية جراحية أدت إلى استئصال أعضائه التناسلية الذكرية كليا والاستعاضة سنة 1991 بمهبل اصطناعي مع تضخيم ثدييه، فتم رفض الدعوى من طرف القاضي المنفرد في بيروت بوجوب الحكم المؤرخ في: 1992/05/22 تحت رقم 61³ وقد تم رفض الدعوى استنادا إلى المبررات التالية :

-استنادا إلى المادة 21 من المرسوم رقم 8837 بتاريخ 1992/01/15 والتي ميزت بين البيانات التي يجوز تصحيحها من طرف دوائر النفوس كمكان الإقامة وبين البيانات التي تستوجب استصدار حكم قضائي لتصحيحها كالاسم والجنس، والتي يتوجب إجراء تحقيقات لازمة لعملية تسجيل المولود، وبالرجوع إلى أوراق ملف الحال فإنه ثبت أن المدعي ولد ذكر و قُيد بهذه الصفة ثم عاش القسم الأكبر من حياته ذكرا وتزوج مرتين وأنجب أولادا.

-إن التقرير الطبي أثبت احتفاظ المدعي بمميزاته الأساسية من خصائص الرجولة أهمها الصبغيات والكروموسومات الذكرية .
-إن استئصال الأعضاء التناسلية لم يكن بفضل الطبيعة بل حدثا إراديا طارئا يتمثل في جُتٍ وخصاء، وأما تزويده بمهبل اصطناعي التي -إن كانت تترجم تطور الطب وحداثته اللافتة -إلا أنها لا تكفي بذاتها أن تمنح من يرغب في الخضوع لها كامل الأعضاء التناسلية التي يفتقر إليها كالرحم والمبيضين .

¹ حكم محكمة الاستئناف بتونس ملف رقم 10298، بتاريخ : 1993/12/22 م مجلة القضاء والتشريع بتونس، عدد يناير 1994، ص 113 و 122.

² ريمه صالح المانع، جابر محجوب علي محجوب، طارق جمعة السيد راشد، المرجع السابق.

³ الرئيس رلى الجدلي الأساس 1992/147 بتاريخ 1992/05/22 رقم 61 عن القاضي المنفرد في بيروت، أحوال شخصية، قيود سجلات النفوس، تصحيح بيانات التحويل من جنس إلى آخر، المجلة العربية للفقهاء والقضاء، جامعة لدول العربية، ع 15، أبريل 1994م، ص 163-169.

وجدير بالذكر، أنه وبعد عرضنا لموقف القضاء من عمليات تغيير الجنس من خلال القضايا المعروضة سواء على قضاء الدول الغربية أو العربية، أن قضية التحول الجنسي لم يعرف بإجرائها إلا بعد تمام العملية بجميع أطوارها، ولولا أن القانون أوجب على الشخص تنظيم حالته المدنية ضمن وثائق رسمية يعتد بها قانونا أمام مصالح الحالة المدنية لكل بلد، لما عرف بأن هناك جراحة طبية لتغيير الجنس تجرى على مستوى المراكز الصحية في تلك البلدان، وهذا يعود إلى غياب نصوص قانونية صريحة تمنع وتحظر إجراء مثل هذه العمليات¹.

ج - التشريعات التي لم تنص على عمليات تغيير الجنس ولم يعرض على قضائها قضية للفصل فيها :

التشريع القطري : لم ينص المشرع القطري صراحة على مدى جواز تغييره الجنس على غرار عمليات تصحيح الجنس، وبالرجوع إلى قانون اتحادي رقم 3 لسنة 2016 م بشأن تنظيم قيد المواليد والوفيات² فإنه نص على الإجراءات الخاصة بتسجيل المواليد الجدد وضمن البيانات الواجب التبليغ عنها "جنس" المولود طبقا للمادة 4 من القانون المشار إليه أعلاه، والشرع القطري لم ينص أيضا على جواز تعديل بيان الجنس على عكس تعديل بيان الاسم الذي سمح له وفقا للمادة 29 من نفس القانون، ولكن نص في اللائحة التنفيذية للقانون أعلاه إلى عدم تغيير أي بيانات بعد قيدها وذلك طبقا للمادة 27 منه³، وبالتالي يمكن القول أن المشرع القطري قد أحاط هذه البيانات والمستندات الرسمية بالحصانة المطلوبة لحمايتها من أي تغيير أو تحريف، واستثنى فقط حالة وجود خطأ مادي لكن في غياب النص تطبق نص المادة 01 من القانون المدني القطري رقم 22 لسنة 2004 في فقرتها الثانية والتي تنص على أنه " إذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى الشريعة الإسلامية " ويفهم من ذلك عندما يجد القاضي القطري نفسه أمام حالة من حالات تحويل الجنس فإنه يجب أن يرجع في استظهار حكمها لأحكام الشريعة الإسلامية لغياب النص التشريعي .

التشريعي الجزائري: نظرا لعدم ظهور عمليات تغيير الجنس على الساحة الطبية الجزائري أو بالأحرى عدم عرض هذه النازلة على الساحة القانونية الجزائري، فإنه لا يوجد قانون مستقل ينظم عملية تغيير الجنس حتى تاريخ كتابة هذه الكلمات -رغم أهميته وعدّه من المستجدات العلمية الحديثة - لكن يمكن استخلاص بعض القواعد من خلال تصفح القوانين التي لها علاقة بالموضوع كقانون الأسرة الجزائري وقانون العقوبات ومدونة أخلاقيات الطب.

أ- في قانون الأسرة الجزائري :

إن مسألة تحويل الجنس أو تغييره تتعارض -كما رأينا - مع القواعد الشرعية وأغلب مواد ونصوص قانون الأسرة الجزائري مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية، وعطفا على ذلك بتصفح المادة 4 من ق أ ج ت فإنها عرفت الزواج بأنه عقد رضائي بين رجل وامرأة " أي بين شخصين ليسا من نفس الجنس " و بمفهوم المخالفة كل رابطة زواج بين شخصين من نفس الجنس لا أثر له⁴، وهذا طبقا لنص المادة 32 من ق أ ج⁵، وعليه فإنه في حالة ما إذا أقدم المحول لجنسه بطلب عقد الزواج للجهة المختصة سواء مع شخص من نفس جنسه أو من جنس آخر يجب على ضابط الحالة المدنية أن يرّد طلبه لأن هناك اختلاف بين وضعه الحالي المكتسب وبين وثائقه الإدارية الرسمية، ومن جهة ثانية لا يمكن له تغيير عقد ميلاده، بالإضافة إلى إمكانية التدليس على من يريد الاقتراح به⁶، فضلا عن ذلك فإن تغيير الشخص لجنسه من ذكر إلى أنثى أو العكس يمس بالقيم الدينية والأخلاقية والقانونية للمجتمع الجزائري، و

¹ مكرولف وهيبه، المرجع السابق، ص 438.

² قانون اتحادي رقم 3 لسنة 2016 م بشأن تنظيم قيد المواليد والوفيات، المرجع السابق.

³ تنص المادة 27 من قانون اتحادي رقم 3 لسنة 2016 " لا يجوز الكشف أو الحو أو التغيير في أية بيانات بعد قيدها وفي حالة الخطأ يوضع البيان المراد تصحيحه بين قوسين وينوه إلى ذلك في المكان المخصص للملاحظات مع توقيع كل من الموظف ومدير الكتب المتخصصين بجواز التصحيح "

⁴ تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، المرجع السابق، ص 10.

⁵ تنص المادة 32 من قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق " يطل عقد الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد "

⁶ جيلالي تشوار، محاضرات تحت عنوان " التغيير الجنسي " المرجع السابق .

فيه مخالفة صريحة لقوانين الجمهورية منها قانون الميراث الجزائري، الذي أقر قاعدة "للذكر مثل حظ الأنثيين" فإذا أبيح للأنتى أن تغير جنسها إلى ذكر اختل نظام الميراث من أساسه¹.

أما في حالة رفض الجهات المختصة إبرام عقد زواجه للأسباب المذكورة أعلاه ولجأ إلى الزواج العرفي ثم رفع دعوى تثبيته طبقا لنص المادة 22 من ق أ ج، وتم اكتشاف أمره فسوف يتابع جزائيا طبقا لمقتضيات المادة 338 من ق ع ج² التي تنص على أنه: "كل من ارتكب فعلا من افعال الشذوذ الجنسي على شخص من نفس جنسه يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة من 500 دج الى 2000 دج"، وإذا كان أحد الجناة قاصرا لم يكتمل الثامنة عشر فيجوز أن تُزاد عقوبة البالغ إلى الحبس لمدة ثلاث سنوات و غرامة 10000 دج.

لكن من وجهة نظر الباحث فإنه يتعين على القاضي إذا ما عرضت عليه دعوى تغيير البيانات المقيمة في سجل الحالة المدنية على أساس قيام المدعي بتحويل جنسه لسبب نفسي تطبيق أحكام المادة 222 من ق أ ج التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة وهو نفس الحكم الذي بيناه عند الحديث عن وقف المشرع القطري، ومادام أن أغلب الفقهاء والجامع الفقهي ذهبت إلى تحريم عمليات تحويل الجنس يمكن القول أن القانون الجزائري لا يميز عمليات تحويل الجنس لسبب نفسي.

في مدونة أخلاقيا الطب :

لم يورد المشرع الجزائري في مدونة أخلاقيات الطب التي جاء بها المرسوم التنفيذي رقم: 92-276³ نص صريح يمنع عمليات تغيير الجنس إلا أنه يمكن أن يستند على بعض نصوصه للقول بعدم مشروعية هذه العمليات فقد نصت مثلا المادة 33 منه " لا يجوز للطبيب أن يجري عملية لقطع الحمل إلا حسب الشروط المنصوص عليه في القانون"، والمادة 34 من نفس القانون التي نصت على عدم جواز أي عملية بتر أو استئصال لعضو من دون سبب طبي بالغ الخطورة ومالم تكن ثمة حالة استعجالية إلا بعد إبلاغ المعني أو وصيه الشرعي وموافقته، و أيضا المادة 43 التي أوجبت على الطبيب أن يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة وصادقة بشأن أسباب كل عمل طبي⁴.

في قانون العقوبات :

كذلك المشرع الجزائري لم يتعرض إلى تغيير الجنس في نصوص قانون العقوبات ولم يفرد له نصا صريحا يمنع فيه هذه العملية ببيان أركانها المادية و توقيع عقوبات، غير أنه وما دام أن كل عملية جراحية لا بد أن تنصرف إلى غرض طبي علاجي وهو ما ينعدم في تغيير الجنس، فإن الطبيب الذي يقدم على هذا الفعل يخرج عن رسالته النبيلة ووظائف مهنته ويتعرض للمسؤولية الجنائية وفق القواعد العامة لما يقضي إليه فعله من نتائج تضر بالجسم البشري وتحدث فيه تشوها، لذا ذهب البعض إلى استناد تجريم هذه العمليات إلى حكم الخضاء على أساس أن الأمر يتعلق باستئصال أو بتر إرادي لعضو ضروري تناسلي وهو الفعل المنصوص عليه في المادة 274 من ق ع ج⁵، ويمكن أيضا معاقبة الطبيب الذي قام بالعملية طبيا طبقا للمادة 264 ق ع ج⁶، وتستثنى حالة

¹مروك نصر الدين، المرجع السابق، ص 473.

²تنص المادة 338 من الأمر 66-156 المؤرخ في 18 صفر 1386هـ الموافق 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات الجزائري (ج ر ع 49 الصادرة بتاريخ 11 جوان 1966 ص 702-756، معدل ومتمم بالقانون 21-14 مؤرخ في 28/12/2021م (ج ر : ع 99 صادرة بتاريخ: 29/12/2021م).

³مرسوم تنفيذي رقم 92-276 مؤرخ في 5 محرم عام 1413هـ الموافق 6 يوليو 1992 يتضمن مدونة أخلاقيات الطب في الجزائر، ج ر ع 52 بتاريخ 7 محرم عام 1413 هـ.

⁴ ينظر المواد 33 و34 و43 من المرجع السابق.

⁵تنص المادة 274 من ق ع ج، المرجع السابق: "كل من ارتكب جنابة الخضاء يعاقب بالسجن المؤبد ويعاقب الجاني بالإعدام إذا أدت إلى الوفاة"

⁶تنص المادة 264 من ق ع ج: "كل من أحدث عمدا جروحا للغير يعاقب بالحبس من سنة الى 5 سنوات وبغرامة من 100.000 دج الى 500.000 دج ..."

الضرورة أو الحالة المستعجلة التي تقتضي إنقاذ حياة المريض كأن يكون في وضع لا يسمح للمريض للتعبير عن رضاه كحالة الاضطرار أثناء عملية جراحية للقيام بعملية أكثر خطورة من المتوقعة في البداية¹.

أما بالنسبة إلى القضاء الجزائري فلم نعثر -بعد البحث- على قضايا متعلقة بالتحويل الجنسي وربما هذا راجع للطبيعة الأخلاقية والدينية للمجتمع الجزائري المحافظ، رغم أن في الآونة الأخيرة بدأت تنتشر ظاهرة التخنث والتشبه بالجنس الآخر من خلال بعض المظاهر الخارجية كاللباس وحلاقة الشعر، فهل هذه المظاهر تعدّ بوادر للاتجاه نحو المطالبة بالتحويل الجنسي؟².

إنه وبعد عرض موقف التشريع الجزائري من عمليات تغيير الجنس يرى الباحث ما يلي :

- بالنسبة إلى إسناد أو قياس فعل تحويل الجنس على حكم الخصاص فهذا من الناحية النظرية أمر مستساغ ومنطقي و ذلك لاشتراكهما في الركن المادي والمعنوي لقيام الجريمة، فإذا كان الخصاص يقع على الرجل بتحطيم خصيتي الرجل وفعل البتر الكلي للإحليل ويقع على المرأة بتحطيم المبيض أو المبيضين، وهذا محقق في عمليات تحويل الجنس وتغييره، وكما إن رضا الضحية لا يبرر جريمة الخصاص وبالتالي لا يحو عن الفعل صفته الإجرامية فهو محقق أيضا في عمليات تغيير الجنس بطمس الأعضاء التناسلية سواء للذكر أو للأنثى، وإذا كان فعل الخصاص تكفي فيه إرادة إعدام القدرة على التناسل دون العبرة بالدافع، فالجريمة توجد مادامت الأعضاء التناسلية قد حطمت بكاملها أو في جزء منها أو تعرضت لجروح عمدية تهدف إلى تحطيمها فالدافع أو الباعث لا يهم مادامت الإرادة متوفرة، فلا يهم أن يكون الباعث على الجريمة هو الانتقام أو الحسد أو تصفية الحساب فكذلك بالنسبة إلى جراحة تغيير الجنس فلا نبحت عن تبرير (إزالة الخصيتين أو تحطيم المبيضين بواسطة الجراحة) في الباعث أو الدافع لكن نبحت في إذن القانون الذي ينظم مهنة الطب .

إلا أنه من الناحية القانونية -حسب رأي الباحث- فهذا القياس والإسناد يصطدم مع مبدأ الشرعية الجنائية وما ينبثق عنها من نتائج وآثار، ويتضح ذلك فيما يأتي :

- أنه لا يمكن تجريم فعل أو تسليط عقوبة إلا بموجب نص: وهو ما أقره المشرع الجزائري في المادة الأولى من قانون العقوبات " لا جريمة ولا عقوبة أو تدبير أمن بغير قانون"³ وبالتالي وفي غياب نص يجرم هذه العملية من جهة وتطبيقا لمبدأ الشرعية الجنائية من جهة ثانية فهل يمكن للقاضي الجزائري أن يدين مغيرا لجنسه إعمالا بمقتضيات المادة 274 (أعلاه) تجرما وعقابا، أم أنه يقضي ببطلان إجراءات المتابعة لانعدام الركن الشرعي أو براءة المتهم ؟.

- حضر القياس في تفسير نصوص التجريم: فليس للقاضي أن يقيس فعلا أو واقعة لم يرد نص بتجريمها على فعل أو واقعة ورد نص بتجريمها فيقرر للأول عقوبة الثاني.

- خضوع النص التجريمي للتفسير الضيق إذ يجب على القاضي البحث عن المعنى الذي أراده المشرع من وراء الألفاظ المستعملة في النص و الالتزام بحرفية النص الجنائي حتى لا يجرم فعلا لم يقصده المشرع، فإذا تمت الإدانة بناء على التفسير الواسع للنص الذي لم يقصده المشرع، فإن القاضي يكون قد حاد عن الدور المنوط به وهو تطبيق القانون وتوقيع العقاب إلى دور آخر وهو تشريع القانون، وهذا من قبيل التداخل بين السلطات.

وبالتالي وأمام هذا الفراغ التشريعي ولتفادي مثل هذه الإشكالات القانونية تقع على عاتق المشرع مهمة تنظيم مثل هذه العمليات وذلك: بإصدار نصوص تنظم عمليات تصحيح الجنس (في حالة الازدواج الجنسي العضوي) بسن ضوابطها وشروط إجرائها وفق ما نصت عليه المجاميع الفقهية، مع وضع شرط الترخيص القضائي لإجراء العملية و ترك مهمة التثبت من حالة الاشتباه والغموض الجنسي للمريض للجنة طبية مختصة تنشئها الجهات الرسمية لهذا الغرض، وإعداد تقرير طبي يكون بمثابة القول الفصل في

¹مروك نصر الدين، المرجع السابق، ص 479

²سعيد محمد نجيب، التغيير الجنسي من منظور قانوني وشرعي، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، جامعة الأغواط، ع 02، 2020 م، ص 413.

³ تنص المادة الأولى من ق ع ج، المرجع السابق " لا جريمة ولا عقوبة أو تدبير أمن بغير قانون ".

تحديد جنس المريض، ولا تتم الموافقة على عملية التصحيح إلا بعد إجراء التحليلات الهرمونية وفحص الخريطة الكروموسومية وعلى تلك اللجنة إحالة المريض على الطبيب النفسي لإجراء التهيئة النفسية اللازمة .

وعند الإفصاح عن موقف المشرع صراحة من عمليات تحويل الجنس وذلك بانتهاج ما سار عليه غالبية الفقه المعاصر، مع إضفاء الطابع الردعي لهذه النصوص بتشريع الجزاء عن كل من يخالف هذا الحكم، يقطع بذلك الطريق أمام القلة القليلة من أصحاب النفوس المريضة التي أصابها الوهن والشذوذ الفكري فأضحت تتاجر بأعضاء البشر .

وفي ذلك أيضا تصدّ جليّ للوضعية التي يكون فيها المحول قد غير جنسه جراحيا في الدول التي تبيح مثل هذه العمليات بزرع الأعضاء التناسلية للجنس المتشكل فيه، ثم يتقدم أمام القضاء الجزائري للمطالبة بتصحيح بياناته الشخصية المقيدة في سجلات الحالة المدنية لتتوافق مع جنسه الجديد متحججا بورود خطأ مادي أثناء قيده في السجلات، خاصة وإن الاسم هو الممثل الرئيسي للشخصية القانونية للفرد في المجتمع، وتبنى عليه آثار قانونية وأحكام شرعية عديدة، وهذا ما أكدته المشرع الجزائري في القانون المدني الجزائري في المادة 28 فقرة 01 منه بالقول " يجب أن يكون لكل شخص لقب واسم فأكثر .." ¹، كما أوجب قانون الحالة المدنية بيان اسم المولود في عقد ميلاده وجنسه من طرف ضابط الحالة المدنية إذ نصت المادة 63 منه " تبين في عقد الميلاد ... وجنس الطفل والأسماء التي أعطيت له ... " ² .

الفرع الثاني :أثر تصحيح الجنس لأسباب عضوية (الخنثى) على الحق في الميراث :

إن تحديد نوع الوارث من حيث الذكورة والأنوثة أهمية كبرى في نظام الميراث، ولذلك فإنه في حالة الأزواج الجنسي العضوي أو ما يعرف (بالخنثى المشكل)، وتحديد الجنس الغالب أو المرجح يؤثر على نصيبه في الميراث وأيضا على نصيب كل وارث في التركة. إذ يجب أن يكون جنس الوارث معلوما لأن نصيبه يختلف باختلاف ما إذا كان ذكرا أو أنثى لحظة وفاة المورث، ويؤثر على تحديد الورثة فهناك من يحجبهم وآخرون يحجبونه سواء حجب حرمان أو نقصان، ومن ثم فإن معرفة حقيقة انتماء الفرد الوارث إلى الذكورة أو الأنوثة قد يؤثر على توزيع التركة، وتعيين المستحقين للإرث .

وبالنسبة لنصيب الخنثى العضوي فقد تحدّث عنه الفقه وسنتطرق إلى بيانه تباعا، أما بالنسبة للمغير جنسه لأسباب نفسية فإن الأمر فيه محسوم عند جمهور الفقهاء المعاصرين بتحريم هذا النوع من الجراحة على أساس أنها اكتساب مصطنع وغير وظيفي للجنس، ولا يتطابق مع ما هو مصرح به ومدون في سجلات الحالة المدنية، وبالنتيجة لا يرتب أي آثار قانونية أو شرعية ومن بينها الإرث وفق الجنس الجديد، ويكون الاعتراف عند توزيع التركة بجنسه الأصلي قبل التحويل ³ .

وترتبا على ما سبق، فإننا سنكتفي ببيان مدى تأثير تغيير الجنس لأسباب عضوية على الحق في الميراث دون عمليات تحويله، وذلك من خلال إبراز كيفية توريث الخنثى عند الفقهاء (أولا)، ثم نبرز موقف التشريعات المقارنة من توريث الخنثى (ثانيا) لنعرج إلى أثر تصحيح الجنس بالتدخل الجراحي في تقسيم التركة (ثالثا).

أولا : كيفية توريث الخنثى عند الفقهاء :

سنتطرق إلى ميراث الخنثى المشكل ثم الخنثى غير المشكل (المشتبه فيه جنسيا) :

¹ المادة 28 من القانون المدني الجزائري، المرجع السابق

² المادة 63 من قانون الحالة المدنية الجزائري، المرجع السابق .

³ وقد عرضت قضية على القضاء المصري عند موت أحد أثرياء الاسكندرية وترك ابنين اقتسما التركة سويا، و بعد مدة قام أحدهما بتحويل جنسه إلى أنثى، فرفع الآخر دعوى أمام قاضي الأحوال الشخصية بالإسكندرية مطالبا بإعادة توزيع التركة على أساس قاعدة" للذكر مثل حظ الانثيين" ليقدم الأخ الوثائق التي تثبت أن جنسه ذكر فأصدرت المحكمة حكما برفض الدعوى : ينظر: عيسى أمعيرة : الإرث بالتقدير والاحتياط في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2011-2012م، ص 101.

1- ميراث الخنثى غير المشكل : سبق - وأن قلنا - أنّ الخنثى غير المشكل هو الذي حُكم بكونه ذكر بناء على المبال من آلة الذكر أو بعد ظهور علامات الذكورة عليه أو هو الذي حكم بكونه أنثى بحسب المبال من القبل أو بعد ظهور علامات الأنوثة عليه، وهذا الخنثى زال الإشكال في حقه وأصبح ذكراً أو أنثى، ومن ثم فهو يأخذ نصيبه من الميراث بحسب وصف الذكورة أو بحسب وصف الأنوثة كيفما بان أمره، فلو تبين أنه ذكر عومل معاملة الذكر في الميراث واستحق نصيب ذكر وورث بالتعصيب بالنفس أو بالغير وحجب غيره بحسب وصف الذكورة ومن ثم فهو عند الفقهاء فيما تعلق بالميراث ذكر كأي ذكر ولو تبين أنه أنثى عومل معاملة الأنثى في الميراث وأخذ نصيبه المستحق بحسب وصف الأنوثة وحجب غيره أو حُجب بغيره حسب الأحوال في الميراث، وهذا ما اجتمعت عليه كلمة الفقهاء ¹.

يقول ابن المنذر : "أجمع كل من يُحفظ عنه من أهل العلم على أن الخنثى يرث من حيث يبول فإذا بال من حيث يبول الرجال فهو رجل وإن بال من حيث تبول النساء فهو امرأة" ².

ويلحق بالخنثى غير المشكل الخنثى الذي خضع إلى تدخل جراحي أدى إلى ترجيح وتثبيت أحد الجنسين لديه، متى تم ذلك وفق الضوابط الشرعية والقانونية الصحيحة، وبالطرق والوسائل الطبية السليمة، لأن عملية تصحيح الجنس إذا نتج عنها إلحاق الخنثى بأحد الوصفين الذكورة والأنوثة فقد زال الإشكال في حقه ومن ثم فهو ذكر أو أنثى غير مشكل ويعامل في الميراث حسب الوصف الذي آل إليه بعد عملية التصحيح بشرط أن يكون ذلك قبل القسمة ³.

2- ميراث الخنثى المشكل (المشتبه فيه جنسيا) :

ميراث الخنثى ⁴ عند الفقهاء يكون على إحدى الحالتين إجمالاً، يمكن بيانهما تفصيلاً على النحو التالي :

الحالة الأولى : إذا كان ميراث الخنثى لا يتغير بحسب وصف الذكورة والأنوثة : في هذه الحالة يأخذ نصيبه في الميراث ولا ينظر حتى يُزال الإشكال فيه أو تظهر عليه العلامات لأنه لا داعي في باب الميراث من بيان حاله ⁵، ولها عدة صور :

الصورة الأولى : أن يكون الخنثى وارثاً نصيباً واحداً لا يتغير في كل الأحوال ولا يؤثر وصفه بالذكورة أو الأنوثة في غيره من الورثة كما لو كان الخنثى أماً لأم أو أختاً لأم غير محجوب ففي هذه الحالة فإن نصيبه السدس لا يتغير إذ لا فرق بين كونه ذكر أو أنثى لأنه من أولاد الأم، ومثال ذلك لو كان أختاً شقيقاً أو لأب (خنثى) مع بنت الميت وبنت ابنه حيث تأخذ البنت النصف فرضاً والباقي تعصياً للأخ الشقيق أو لأب سواء تعصياً بالنفس على فرض الذكورة أو تعصياً مع الغير على فرض الأنوثة نصيباً واحداً لا يتغير :

¹ الزيلعي، المرجع السابق، ج 18، ص 413، الخطاب، المرجع السابق . ج 18، ص 391، الخرنشي محمد بن عبد الله، المرجع السابق، ج 24، ص 431، ابن المنذر، المرجع السابق، ص 75، البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع، المرجع السابق، ج 15، ص 484. المرداوي، المرجع السابق، ج 11، ص 387.

² ابن المنذر، المرجع السابق، ص 75

³ حازم أبو الحمد حمدي الشريف، المرجع السابق، ص 1017.

⁴ إن الأصل في توريث الخنثى المشكل في الشريعة الإسلامية يرجع لأول واقعة حكم في الخنثى في الجاهلية وهو عامر بن الضرب العدواني سأله يوماً عن الخنثى بما أنه حاكمهم أن يجعله ذكراً أم خنثى ؟ فلم يدر ما يجيب فأشكل عليه الأمر وأرجأهم عنه فلما جن عليه الليل تنكر موضعه وأقضى عليه مضجعه، وجعل يتقلب إلى أن أنكرت عليه أمته اسمها سخيلة فقال لها : ويلك دع أمراً ليس من شأنك فأصرت عليه بسؤالها عن سبب قلقه فذكر لها ما بدا له، فقالت له " دع الحال وابتغ المبال " فخرج على قومه وحكم بذلك واستحسنوا ذلك منه، وهذا أصل توريث الخنثى " : ينظر : القرطبي، المرجع السابق، ج 16، ص 35، السرخسي، المرجع السابق، ج 30، ص 103، والدليل على العمل وفق هذا المعيار لتوريث الخنثى ما ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " يورث من قبل مباله " ينظر : البيهقي، المرجع السابق، حديث رقم 12518، ج 6، ص 428.

⁵ السرخسي، المرجع السابق، ج 30، ص 103، الجويني، المرجع السابق، ج 9، ص 305، أطفيش محمد، المرجع السابق، ج 15، ص 504، أبو جعفر محمد بن الحسن الطوسي، المرجع السابق، ج 2، ص 398.

ويكون حلها وفق الجدول الآتي :

حلها على أساس الأنوثة			حلها على أساس الذكورة		
أصل 6	الفرض	الورثة	أصل 6	الفرض	الورثة
3	2/1	بنت	3	2/1	بنت
1	6/1	بنت ابن	1	6/1	بنت ابن
2	ب ع م	أخ ش أو لأب (خنثى أنثى)	2	ب ع	أخ ش أو لأب (خنثى ذكر)

الصورة الثانية : أن يكون الخنثى محجوباً في كل الأحوال فلا فائدة في باب الميراث من وصفه ذكر أو أنثى فيحجب ولا يستحق شيئاً من التركة ومثال ذلك : مات عن أب وبنت وأخ ش (خنثى) : فلبنت النصف فرضاً ولأب السدس والباقي تعصيباً والأخ لشقيق (الخنثى) محجوب بالأب سواء كان ذكراً أو أنثى .

الصورة الثالثة : أن يكون الخنثى حاجباً لغيره من الورثة في كل الأحوال أو كان الخنثى حاجباً لغيره بغض النظر عن كونه ذكر أم أنثى كما إذا كان الخنثى وارث كل التركة أو الباقي منها وحاجباً لبقية الورثة، ففي هذه الحالة يحجب بقية الورثة ويعطي الخنثى نصيبه بغض النظر عن كونه ذكر أو أنثى ومثال ذلك : مات عن زوجة وأخ وأخت لأم وولد (خنثى) فللزوجة 8/1 لأن نصيبها لا يتغير ويحجب أولاد الأم في كل الأحوال بالفرع الوارث مذكر كان أم مؤنث، ويأخذ الولد الخنثى على فرض الأنوثة النصف فرضاً والباقي رداً بعد نصيب الزوجة أو الباقي تعصيباً بعد فرض الزوجة على فرض الذكورة، وفي كل الأحوال فهو حاجب لأولاد الأم وهو وارث لكل الباقي بعد فرض الزوجة سواء كان أنثى أو ذكر.

الحالة الثانية : إذا كان ميراث الخنثى يتغير بحسب وصف الذكورة والأنوثة : سنبين أولاً آراء الفقهاء حول طريقة توريث الخنثى المشكل في هذه الحالة ثم صور الخنثى في الميراث إذا كان نصيبه يتغير بحسب الذكورة والأنوثة :

-آراء الفقهاء حول طريقة توريث الخنثى المشكل إذا كان ميراثه يتغير بوصف الذكورة والتأنيث : اختلفت كلمة الفقهاء¹ في كيفية توريث المشتبه فيه جنسي (الخنثى المشكل) في هذه الحالة على النحو التالي :

القول الأول : ذهب الحنفية² والشافعية³ ورواية عن الحنابلة⁴ أن الخنثى يرث الأقل من نصيبه على فرض الذكورة أو الأنوثة على تفصيل عند هؤلاء الفقهاء :

فعند الحنفية : يُعطى الخنثى أقل النصيبين ويعطى بقية الورثة أوفر النصيبين، ولا يوقف شيء من التركة، واستدل الحنفية على مذهبهم في توريث الخنثى على دليل عقلي واحد وهو الآتي : أن الخنثى غير معروف حاله والأقل في حقه ثابت بيقين والأكثر فيه شك ولا يثبت له استحقاق الميراث بالشك، لأن غير الثابت بيقين لا يثبت بالشك، أما بقية الورثة فميراثهم ثابت بيقين وما يثبت بيقين لا يزول لمجرد الشك⁵ .

¹ ويرجع سبب اختلاف الفقهاء في ميراث الخنثى المشكل إلى ما يلي : 1- عدم وجود نص من كتاب الله أو سنة رسوله صلى الله عليه وسلم ينص على ميراث الخنثى والحكم فيه. 2- الاشتباه في أمر الخنثى إذ أنه يتردد بين أن يكون ذكراً أو أنثى، مما جعل الأمر يستشكل في تحديد جنسه، وتأثير ذلك على ميراثه ينظر : عبد الحليم حسن الهلالي، التراث في الميراث، الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، السعودية، د ط، 1401هـ-1981 م، ص 199.

² الموصلي، المرجع السابق، ج 5، ص 115، السرخسي، المرجع السابق، ج 33، ص 175، الزيلعي، المرجع السابق، ج 8، ص 309.

³ النووي، المجموع شرح المذهب، المرجع السابق، ج 16، ص 108، القزويني، المرجع السابق، ج 6، ص 532، النووي روضة الطالبين، المرجع السابق، ج 2، ص 333.

⁴ ابن مفلح، المرجع السابق، ج 5، ص 402.

⁵ الكسائي، المرجع السابق، ج 6، ص 418.

أما عند الشافعية : فيعطى الخنثى المتيقن من ميراثه وهو الأقل ويوقف الباقي إلى أن يُزال الإشكال في حق الخنثى ، أو يصطلح الورثة فيما بينهم، وكذلك الحال لو كان وارثا على حال دون الأخرى فإنه لا يعطى شيئا ويوقف نصيبه حتى يتبين أمره ويزال الإشكال في حقه أو يصطلح الورثة فيما بينهم.

واستدل الإمام الشافعي بوجهين من المعقول بالآتي¹ : -أن الخنثى يُحمل أن يكون أنثى فأعطيناه في ميراثه اليقين وهو الميراث الأقل، ولم نورثه ما زاد لأنه تورث بالشك. -وبالنسبة لباقي الورثة ورثوا أيضا بالأضر لهم والأقل من نصيبهم لأننا لا نتيقن استحقاقهم للموقوف من التركة .

وأما في رواية الحنابلة، يميزون بين حالتين : الأولى: إذا كان يُرجى اتضاح حال الخنثى بأي وضع ففي هذه الحالة يوافقون الشافعية، فيعطى الخنثى أقل النصيبين ويوقف الباقي إلى حين اتضاح حاله، والثانية: إذا لم يرج اتضاح حال الخنثى (إزالة الإشكال فيه) لكونه مشكك أو لأنه مات ففي هذه الحالة يُعطى نصف النصيبين أي نصف نصيب ذكر ونصف نصيب أنثى² .

القول الثاني: ذهب المالكية³ وأبو يوسف من الحنفية⁴ والحنابلة في حال استحالة اتضاح حال الخنثى (استحالة زوال الإشكال فيه)⁵ والزيدية⁶ والإباضية⁷ والإمامية⁸ وهو رأي الإمام الأوزاعي والثوري⁹، إلى أن الخنثى المشكك يُعطى نصف النصيبين على فرض الذكورة وعلى فرض الأنوثة، بمعنى يفرض مرة أنه ذكر ويعطى نصف نصيبه ثم يفرض مرة أخرى أنثى ويعطى نصف نصيبها، وإن كان وارثا على حال دون أخرى أُعطي نصف نصيبه في الحالة التي يرث فيها، فلو كان وارثا على فرض الذكورة دون الأنوثة أُعطي نصف نصيب ذكر، ولو كان وارثا على فرض الأنوثة دون الذكورة أُعطي نصف نصيب أنثى¹⁰ .

وقد استدلل المالكية ومن معهم على رأيهم : بقول الصحابة والمعقول، وذلك فيما يأتي :

قول الصحابة: فقد ثبت عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال : " بأن الخنثى المشكك يورث نصف نصيب الذكر والأنثى، وإن كان يرث بحال دون أخرى أن يورث نصف ميراثه من الحال التي يرث بها "¹¹ .

أدلتهم من المعقول : واستدلوا من المعقول بما يأتي:

-إذا كان ميراث الخنثى مغايرا لميراث الذكر والأنثى وحيث تعذر معرفة حقيقة حال الخنثى يُتوسط في ميراثه بين الذكر والأنثى.

-ليس تورثه بأضر حاله أولى من تورثه بأفضل أحواله، لذا تساوى الميراث في الحالين بإعطاء الخنثى نصف ميراث الذكر ونصف ميراث الأنثى¹² .

¹ النووي، المجموع شرح المذهب، المرجع السابق، ج 16، ص 108، القزويني، المرجع السابق، ج 6، ص 532، الجويني، المرجع السابق، ج 9، ص 305.

² ابن مفلح، المرجع السابق، ج 5، ص 402

³ الخرشبي محمد، المرجع السابق، ج 24، ص 437، الدسوقي، المرجع السابق، ج 20، ص 180.

⁴ السرخسي، المرجع السابق، ج 30، ص 93، الكسائي، المرجع السابق، ص 329، العيني بدر الدين، المرجع السابق، ج 13، ص 528.

⁵ البهوتي، كشف القناع على متن الاقتناع، المرجع السابق، ج 15، ص 484.

⁶ أحمد بن يحيى بن المرتضى، المرجع السابق، ج 5، ص 360.

⁷ أطفيش محمد، المرجع السابق، ج 15، ص 503.

⁸ أبو جعفر محمد بن الحسن الطوسي، المرجع السابق، ج 2، ص 295.

⁹ الجويني، المرجع السابق، ج 9، ص 307.

¹⁰ المواقي محمد بن يوسف، المرجع السابق، ج 13، ص 153، الخرشبي محمد، المرجع السابق، ج 24، ص 437، البهوتي، كشف القناع على متن

الاقتناع، المرجع السابق، ج 15، ص 484.

¹¹ الكسائي، المرجع السابق، ج 7، ص 329، أحمد بن يحيى المرتضى، المرجع السابق، ج 5، ص 360، أبو جعفر محمد بن الحسين الطوسي، المبسوط في

فقه الإمامية، المرجع السابق، ج 4، ص 115.

¹² محمد بن أحمد بن محمد عليش، المرجع السابق، ج 21، ص 347.

الترجيح : بعد بيان أراء الفقهاء في ميراث الخنثى وبعد النظر فيما استدل به كل فريق يتبين أن قواعد العدالة تميل إلى جانب رأي المالكية ومن وافقهم وذلك لما يلي :

-إن رأي المالكية ومن معهم يحقق العدالة في الميراث لأن الخنثى المشكل لا يعرف حاله من حيث الذكورة والأنوثة فمنعه من الميراث أو إنقاص نصيبه بتوريثه الأقل بناء على الشك أو الاحتياط في أمره يجافي العدالة، كما إن استحقاق بقية الورثة الأكثر من حالهم في مسألة الخنثى يعني استحقاقهم جزءا من نصيبهم بناء على الشك في حال الخنثى.

-وأما ما ذكر من قول الشافعية بمعاملة الجمع من الورثة بالأسوأ ووقف ما بقي من المال، أنه لا غاية تُنتظر من وقفه لما فيه من تضییع للمال مع وجود من يستحقه من الورثة يقينا ¹.

-إن ما استدلل به من الحنفية ومن معهم دليل عليهم لا لهم لأن الأقل في حق الخنثى وإن كان ثابتا بيقين فإن الأكثر في حق بقية الورثة محل شك، وقولهم أن سبب الاستحقاق ثابت بيقين فنعم لكن الكلام ليس عن سبب الاستحقاق وإنما عن مقدار ما يستحق كل منهم وليس إعطاء الورثة الأكثر أولى من منع الخنثى أو إنقاص نصيبه من الميراث ².

ثانيا: حالات المشتبه فيه جنسا (الخنثى المشكل) في الميراث إذا كان ميراثه يتغير بحسب الذكورة والأنوثة: إذا كان ميراثه يتغير بوصف الذكورة والأنوثة فإن احتمالية حالات الخنثى لا تخرج عن واحدة من هذه الصور ³:

الصورة الأولى: أن يرث الخنثى على فرض الذكورة أو الأنوثة أكثر مما يرثه على الفرض الآخر : إذا كان الخنثى وارثا في كل حالاته ولكن نصيبه يختلف بحسب وصف الذكورة أو الأنوثة فعلى رأي الحنفية والشافعية والحنابلة في رواية، يُعطى الخنثى النصيب الأقل على أي وصف كان، ويعطى بقية الورثة المتيقن في حقهم ويوقف الباقي إلى أن يزال الإشكال أو يصطلح الورثة .

أما على رأي المالكية ومن معهم فيفرض للخنثى مرتين مرة على أنه ذكر ومرة على أنه أنثى ويعرف نصيبه، ثم يجمع النصيبين معا ويتم قسمة الناتج على اثنين وهذا هو نصيب الخنثى.

وسنطعي **مثالا تطبيقيا** ليتضح المعنى: مات عن أب وابن (خنثى) فيحل على أساس الذكورة ثم على أساس الأنوثة ونعطي للابن الخنثى حسب ما ذهب إليه كل مذهب :

حلها على أساس الذكورة				حلها على أساس الأنوثة			
الورثة	الفرض	أصل 6	الجامعة 6	الورثة	الفرض	أصل 6	الجامعة 6
أب	6/1	1	1	أب	6/1	3	3
ابن (خنثى)	ب ع	5	5	ابن خنثى	2/1	3	3

نلاحظ أن أصل المسألة في الحالتين من ستة وبالتالي نأخذ أحدهما كأصل جامع فعلى فرض الذكورة نصيب الأب السدس (سهم واحد) ونصيب الابن الخنثى الباقي (5 أسهم) فعلى فرض الأنوثة نصيب الأب السدس + الباقي (3 أسهم) ونصيب الابن الخنثى النصف (3 أسهم)

فعند الحنفية يعطى الخنثى نصيب بنت لأنه أقل وهو (3 أسهم) ويعطى الأب السدس والباقي (3 أسهم)، وعند الشافعية يعطى الخنثى نصيب بنت (3 أسهم) ويعطى الأب سهم واحد لأنه المتيقن، ويوقف سهمان إلى أن يزال الإشكال في الخنثى أو يصطلح الورثة على هذا الموقوف، أما عند المالكية ومن معهم فيجمع نصيب الخنثى على فرض الوصفين ويقسم على اثنين ويكون الناتج هو

¹المرجع السابق، ص 347.

²حازم أبو الحمد حمدي الشريف، المرجع السابق، ص 1022.

³المرجع نفسه، ص 1023.

نصيب الخنثى فعلى فرض الذكورة نصيبه (5 أسهم) وعلى فرض الأنوثة نصيبه (3 أسهم) المجموع $8=3+5$ $4=2 \div 8$ أي نصيب الخنثى (4 سهام) ويعطى الباقي للأب 4 سهام .

الصورة الثانية: أن يرث الخنثى على فرض الذكورة أو الأنوثة ولا يرث على الفرض الآخر :

إذا كان الخنثى يرث على أحد فرضيه ولا يرث في الفرض الآخر، كما إذا كان يرث على فرض الذكورة مثلاً ولا يرث على يرث على فرض الأنوثة أو العكس، فعلى رأي الحنفية ومن معهم يعامل بأضر حالاته، ولا يعطى شيئاً من الميراث أما على رأي المالكية ومن معهم يعطى الخنثى نصف النصيب المستحق على فرض ميراثه.

ومثال ذلك: لو مات عن: زوج وأخت شقيقة وأخ لأب (خنثى): فعلى فرض الذكورة للزوج النصف والأخت الشقيقة النصف وللأخ لأب الباقي تعصياً فأصل المسألة من اثنين للزوجة (سهم واحد) وللأخت الشقيقة (سهم) أيضاً ولا شيء للأخ لأب لاستغراق التركة، وعلى فرض الأنوثة للزوج النصف والأخت الشقيقة النصف والأخت لأب السدس فأصل المسألة من ستة عالت إلى سبعة فعلى رأي الحنفية ومن معهم لا يرث الخنثى شيئاً ويعطى بقية الورثة نصيبهم، وعند الشافعية أصل المسألة من (سبعة) بعد العول يعطى للزوج (3 سهام) والأخت الشقيقة (3 سهام) ويتبقى (سهم) موقوف إلى غاية إزالة الإشكال في الخنثى أو يصطلح الورثة على السهم .

أما عند المالكية ومن معهم نلاحظ أن أصل المسألة على تقدير الذكورة 2 وعلى فرض الأنوثة 7 بعد العول وبالتالي تباين بينهما فنضربهما في بعضهما $14=2 \times 7$ كأصل جامع ثم نضربه في حالتي الخنثى فتكون المسألة الجامعة $28=2 \times 14$ وبقسمة الأصل الجامع على أصل كل مسألة نجد جزء سهمها، فعلى تقدير الذكور $14=2 \div 28$ وهو جزء سهمها وعلى فرض الأنوثة $4=7 \div 28$ ، فللزوجة على تقدير الذكورة $14=14 \times 1$ وعلى تقدير الأنوثة $12=4 \times 3$ و يجمع هذين النصيبين يصبح: 26 سهماً ثم يقسم $13=2 \div 26$ (سهما) وهو نفس نصيب الأخت الشقيقة أي 13 سهماً وللخنثى على فرض الذكورة لا يأخذ شيئاً لاستغراق التركة وعلى فرض الأنوثة $2=2 \div 4=2 \times 1$ (سهمان) وهو نصيب الخنثى.

ثالثاً : موقف التشريعات العربية من توريث الخنثى :

باستقراء قوانين الأحوال الشخصية نجد أن البعض منها نص صراحة على كيفية توريث الخنثى المشكل والمذهب المتبع في ذلك، وهناك بعض القوانين لم تفرد نصاً صريحاً تضمن هذا الموضوع مما يجعلنا نبحث عن المذهب الذي وجب الرجوع إليه في حالة غياب النص التشريعي .

1-القوانين التي نصت صراحة عن كيفية توريث الخنثى:

من القوانين التي أفردت نصاً صريحاً حول ميراث الخنثى نجد قانون الميراث المصري رقم 77 لسنة 1943 إذ نص في المادة 46 منه بالقول "للخنثى المشكل وهو الذي لا يعرف أذكر هو أم أنثى أقل النصيبين وما بقي من التركة يعطى لباقي الورثة" ويتضح أن المشرع المصري بين ميراث الخنثى المشكل دون غيره لأنه هو المقصود في الميراث أما الخنثى غير المشكل فهو يرث قانوناً حسب ما آل إليه جنسه بناء على ما ظهر عليه من علامات، وقد اختار المشرع المصري في توريث المشتبه فيه جنسياً رأي فقهاء الحنفية ومن معهم .وهو المذهب الذي تبناه قانون الأحوال الشخصية المعمول به من المحاكم الشرعية بقطاع غزة في توريث الخنثى المشكل وهذا طبقاً للمادة 633 منه التي نصت على " أن الخنثى إن لم تظهر به علامات أصلاً أو تعارضت العلامات فمشكل وله حينئذ في الميراث أضر الحالين، فلو مات أبويه وترك ابناً واحداً فللابن سهمان وللخنثى سهم واحد لأنه الأضر"¹.

¹ مازن سيسالم وآخرون، المرجع السابق، ج10، ص 102.

وهذا ما ذهب إليه أيضا المشرع القطري في توريث الخنثى المشكل في نص المادة 298 من قانون الأسرة القطري إذ نصت المادة 298 منه " يكون للخنثى المشكل أقل النصيبين على تقدير ذكوره وأنوثته " ¹.

أما بالنسبة إلى قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، فقد تطرق المشرع بالتفصيل إلى ميراث الخنثى في نص المادة 359 منه بدءا بإعطاء تعريف للخنثى لغة واصطلاحا ثم بين أنواعه ليعرج إلى عرض اختلاف الفقهاء في كيفية توريث الخنثى المشكل لبيان موقف القانون الإماراتي في تبنيه مذهب المالكية، ثم ذكر مثلا تطبيقيا لكيفية حل مسائل الخنثى المشكل وفق مذهب المالكية ². ويتضح أن المشرع الإماراتي هو أكثر التشريعات العربية تفصيلا وإيضاحا لموضوع ميراث الخنثى.

2-القوانين التي لم تنص صراحة على كيفية توريث الخنثى:

أغلب القوانين العربية لم تورد نصا صريحا على كيفية توريث الخنثى ومنها قانون الأحوال الشخصية السوري وبالتالي وجب تطبيق أحكام نص المادة 305 منه والتي تحيلنا إلى القول الأرجح في المذهب الحنفي في توريث الخنثى المشكل ³، وهو نفس الحكم بالنسبة إلى قانون الأحوال الشخصية الأردني الذي لم يُورد ضمن نصوصه كيفية توريث الخنثى مما يستوجب تطبيق المادة 325 منه والتي تنص " ما لا ذكر له في القانون يرجع إلى الراجح في مذهب أبي حنيفة فإذا لم يوجد حكمت المحكمة بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون " ⁴.

أما المشرع المغربي الذي لم يتطرق أيضا إلى كيفية توريث الخنثى المشكل وعملا بنص المادة 400 من مدونة الأسرة المغربية فتحل المسائل التي يكون فيها خنثى مشكل وارث وفق ما جاء به المذهب المالكي ⁵.

وكذلك المشرع الجزائري -على غرار باقي التشريعات العربية - لم يتطرق لميراث الخنثى ضمن النصوص المتعلقة بالميراث وبالتالي تطبق أحكام الشريعة الإسلامية استنادا لمقتضيات المادة 222 من ق أ ج في المسائل التي لم يرد نص في شأنها، إلا أنه وبالرجوع إلى نص المادة 222 أعلاه فلم يحدد المشرع الجزائري المرجعية الفقهية في كيفية توريث الخنثى المشكل، فإن كان المشرع قد أحالنا إلى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية فهو لم يحسم أمره حول المذهب المتبع أو القول الراجح فيه وترك المجال واسعا للقاضي في ذلك، لا سيما أمام تعدد المذاهب الفقهية وتشعبها واختلاف أقوالها وآرائها حتى بين أصحاب المذهب الواحد، وهو ما لمسناه من اختلاف لدى الفقهاء حول توريث الخنثى المشكل، إضافة إلى أننا لم نثر على اجتهاد قضائي حول الموضوع يمكنه أن يزيل بعض هذا الغموض واللبس.

وأمام هذا الوضع تبقى للقاضي السلطة التقديرية في تبني الرأي الفقهي الذي يستند إليه في تحديد نصيب الخنثى المشكل وباقي أنصبة الورثة إلا أننا نرى أن الأسلم والأعدل الأخذ بمذهب المالكية ومن تبعهم في حالة وجود أحد الورثة خنثى مشكل، وهو المذهب الذي رجحناه سابقا لما يتميز من عدالة وعدم الإضرار بالورثة.

ثالثا: أثر التدخل الطبي لتصحيح الجنس على قسمة التركة: إذا أثبت الأطباء أن الشخص جنس مشكل فإنه لابد من إجراء عمليات جراحية لإيضاح جنسه الغالب غليه، وإذا كنا بصدد توزيع تركة مورث له فإننا نميز بين حالتين :

¹ المادة 298 من قانون 22 لسنة 2006 بإصدار قانون الأسرة القطري، المرجع السابق .

² ينظر نص المادة 359 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، المرجع السابق .

³ تنص المادة 305 من قانون الأحوال الشخصية السوري، المرجع السابق : " كل ما لم يرد عليه نص في هذا القانون يرجع فيه إلى القول الأرجح في المذهب الحنفي "

⁴ المادة 305 من قانون الأحوال الشخصية الأردني، المرجع السابق .

⁵ تنص المادة 400 من مدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق " كل ما لم يرد فيه نص في هذه المدونة يرجع فيه إلى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعايشة بالمعروف .

الحالة الأولى : تصحيح جنس الخنثى قبل تقسيم التركة : إذا قام الخنثى الوارث بتحديد جنسه بإجراء عمليات جراحية للكشف عن جنسه الحقيقي بعد القيام بالتحاليل البيولوجية التي تؤكد ذلك قبل تقسيم التركة، فإنه عند توزيع التركة يأخذ الخنثى نصيبه وفق جنسه الجديد أثناء تقسيم التركة فهو جنسه الحقيقي الذي أكدته الطب، وتم تثبيته عليه فإن حدد جنسه ذكرا فإنه يرث بتقدير الذكورة وإن أصبح أنثى يرث بتقدير الأنوثة ولا اعتداد لجنسه السابق.

غير إن الإشكال القانوني (العملي) الذي يصادف المصحح لجنسه هو إذا ما تبين أن جنسه هو في حقيقته مغاير لما دُون في وثائق الحالة المدنية، ففي هذه الحالة يستشكل عليه الأمر و يصعب تطبيق ما تمخض عن هذه العملية بسهولة لأن القانون لا يعترف ولا يقبل بتسجيل جنس المولود على أنه خنثى ضمن شهادة ميلاده، بل المعمول به قانونا -في كل التشريعات الوضعية - تسجيل المولود بأحد الجنسين ذكر أم أنثى في سجلات الحالة المدنية بناء على بيان الولادة المقدم له ¹.

وفي حال نظر المحكمة في مسائل الميراث فإنها تقضي بما هو مُثَبَّت في الأوراق الشخصية من بيانات والصادرة من الجهات الرسمية التي تحدد جنس الشخص، وعلى من يدعي خلاف ذلك أن يثبته سواء من خلال الطعن في هذه الأوراق بالبطان أو بالتزوير، أو إثبات عكس ما ورد فيها على أساس أنها تثبت الحالة الشخصية للإنسان، وفي حالة ما إذا تم قبول دعوى التصحيح يندب له خبير طبي مختص أو عدة أطباء للقيام بالفحص البيولوجي (فحص الصبغة الوراثية :الكروموسومات التي يصعب تعديلها أو التلاعب بها)، و تعد هذه الخبرة الطبية بمثابة القول الفصل في حقيقة ادعاءاته أو دحضها، فإن جاءت النتائج عكس ما تم الادعاء به تقضي المحكمة برفض الدعوى، ويكون تقسيم التركة وفق جنسه المدون في الوثائق الرسمية أما إذا تطابق التقرير الطبي مع حقيقة جنسه يرجح هذا الأخير، وهو الذي يعتد به أثناء تقسيم التركة وذلك بعد استكمال إجراءات تنفيذ ما ورد في الحكم بتصحيح البيانات الشخصية المدونة في سجلات الحالة المدنية من اسم وجنس.

وبالتالي فإن خضع الخنثى لعملية جراحية بهدف إظهار جنسه الحقيقي الملتبس فيه بعد وفاة المورث وقبل القسمة التركة، وتم ذلك وفق الضوابط والشروط الشرعية والقانونية المقررة لها ثم اتضح وتبين جنسه ذكر أم أنثى، يستطيع قانونا تغيير حالته الشخصية في الأوراق الرسمية، وعليه لم يعد مشكلا ويستحق الميراث بحسب الجنس الذي آل إليه بعد عملية التصحيح.

إذن وبما أن الجنس المشكل بنوعيه الذكر والأنثى هي حالات يسهل على الطب المعاصر التعامل معها إذا ما قورن مع تعامل الفقهاء معها قديما الذين اعتمدوا على التقدير والاحتياط في ما إذا ما كان أحد الوارثين خنثى مشكل، و أخضعوها لحالة رجاء اتضاح حالة الخنثى (إزالة الإشكال فيه) ولحالة عدم رجاء اتضاح حاله (استحالة إزالة الإشكال).

وعلى النقيض من ذلك فقد استطاع الطب اليوم من كشف وإظهار حقيقة الخنثى المشكل الوارث، وتحديد جنسه باستئصال الأعضاء التناسلية المتعارضة مع الجنس الأصلي للخنثى، وبالتالي يمكن إجراء القسمة وفق جنسه الذي أُزيل إشكاله وأصبح واضحا. ولتوضيح المعنى وتقريبه سنعطي مثالا تطبيقيا نبين فيه أثر تصحيح الجنس طبيا على تقسيم التركة :

مثال : مات عن :زوجة أم وأب وبنت، وولد(تبين جنسه بعد التدخل الجراحي أنه ذكر وهو ما اكده التقرير الطبي أيضا) وترك مبلغ 288 مليون سنتيم .

ومادام أن التقرير الطبي أثبت أن جنس الخنثى ذكر فإنه تقسم التركة وفق معيار الذكورة وكل وارث يأخذ نصيبه كاملا حتى الخنثى المصحح جنسه وفق الجدول الآتي :

الورثة	الفرض	أصل 24	721	التركة 4=72÷288
زوجة	8/1	3	9=3×3	36=4×9 مليون سنتيم
أم	6/1	4	12=3×4	48=4×12 مليون سنتيم
أب	6/1	4	12=3×4	48=4×12 مليون سنتيم

¹ المواد 49-54 من قانون الحالة المدنية الجزائري، المرجع السابق .

بنت ولد خنثى (تبين أنه ذكر)	ب ع	13	$39=3 \times 13$ 13 للبنات و26 للأبن	156×39 مليون سنتيم للبنات 52 مليون سنتيم وللأبن 104 مليون سنتيم

لاحظنا أنه لما تبين حقيقة جنس الخنثى بعد عملية التصحيح الجراحي التي قام به المشتبه في جنسه عضويا (وهي العملية المأذون لها شرعا وقانونا) حللنا المسألة بطريقة عادية دون التقادير التي وضعها الفقهاء، وما يمكن أن ينجر عنها من إضاعة حقوق بعض الورثة وحتى حقوق الخنثى نفسه فأصل المسألة 24 صحت من 72 للزوجة الثمن (9 أسهم) وللأم والأب لكل منهما (4 أسهم) والبنت والولد الخنثى (الذكر) الباقي عصبه (13 سهما)، **ولمعرفة** نصيب كل وارث من تركة المتوفى لا بد من استخراج قيمة جزء السهم الواحد، وذلك بقسمة مجموع التركة على الأصل: $4=72 \div 288$ ، فللزوجة $4 \times 9 = 36$ مليون سنتيم ولكل من الأب والأم: $4 \times 12 = 48$ مليون سنتيم، وللبنات $4 \times 13 = 52$ مليون سنتيم وللأبن (الخنثى المصحح جنسه) $4 \times 26 = 104$ مليون سنتيم، والمجموع: $288 = 104 + 52 + 48 + 48 + 36$ مليون سنتيم.

الحالة الثانية : تصحيح جنس الخنثى بعد تقسيم التركة:

إذا كان من بين الورثة خنثى مشكل وكانوا يعلمون بخنثته فوجب الإسراع بعرضه على الأطباء المختصين لتصحيح جنسه الغامض، وإبراز جنسه الحقيقي الغالب عليه حتى لا يبقى المال الموقوف لمدة طويلة مع وجود مستحقيه فيلحقهم الضرر بتطويل مدة الوقف للمال الموقوف وعدم الاستفادة منه .

وأما إذا قسّمت التركة على الورثة بعد الخنثى غير متضح الجنس ولم يكن الورثة عالمين بحاله أنه خنثى، ويتم تقسيم التركة وفقا لجنسه الظاهر لحظة وفاة المورث، ويأخذ الورثة والخنثى نصيبهم وفق هذا الأساس، ثم يظهر بعد ذلك أنه خنثى غير معلوم الجنس، كأن يكون طفلا صغيرا ثم يُكتشف بعد توزيعها على أنه خنثى، وبعد إجراء تصحيح الجنس (أو تحديده وتثبيته) يؤكد الأطباء أن جنسه الحقيقي غير الذي كان عليه، ومخالف للجنس الذي ورث على أساسه، فإنه يطرح إشكالا في النصيب الذي تحصل عليه من تركة مورثه، وكذا تأثيره على غيره من الورثة بالتعصيب أو بالحجب زيادة أو نقصانا، فإن الأنصبة تتغير .

وينبغي هنا -إحقا للحق بإعطاء كل ذي حق حقه- إعادة تقسيم التركة من جديد مع وضع مركز الخنثى في القسمة وفق الجنس الجديد الذي أثبتته الأطباء، فإن أصبح ذكرا عومل في القسمة ذكرا، وإن أصبح أنثى يعامل في قسمة التركة أنثى، ويعاد توزيع الأنصبة على الورثة من جديد وفق هذا التصحيح .

غير إن التساؤل الذي يطرح نفسه في هذه الوضعية هو فيما إذا كان الورثة قد استهلكوا نصيبهم المأخوذ من التركة جزءا منه أو كله، فهل يمكن إجبارهم على إعادة ما أخذوه في القسمة الأولى خاصة وأنهم استحقوا نصيبهم من ميراث مورثهم دون غش أو تدليس فهم لا يعلمون بحقيقة جنس الخنثى قبل القسمة، ولم يكن حينها قد قام بتصحيح جنسه أو بدت عليه أمارات وعلامات توحى بإشكال جنسه .

فعند توافر هذه الشروط وقد تم توزيع التركة فعلا ذكر البعض حلا لهذه الحالة بالقول : من آلت إليه حصة في الميراث دون وجه حق سواء كان مستحقا لأقل منها أو لم يكن مستحقا لها في الأصل، ثم تصرف فيها فيما آلت إليه من مال، فهنا يقاس على حالة المفقود الذي ظهر حيا بعد الحكم بموته وتوزيع ماله فإن له أن يسترد ماله من ورثته جميعا أو ما تبقى منه بأيديهم.

وتطرح إشكالية أخرى في هذا الباب وهي حالة رفض الخنثى المشكل سيء النية إجراء عملية تصحيح الجنس لحجبه من التركة حجب نقصان أو جب حرمان، فيرفض عرض حاله على الأطباء حتى لا يتغير نصيبه من التركة، كأن يترك الميت ابنين أحدهما خنثى مشكل مدون في وثائق الحالة المدنية على أنه ذكر، ويثبت الأطباء أنه أنثى وليس ذكرا، أي أنه لو تم تصحيح جنسه وتثبيته سينقص نصيبه من النصف إلى الثلث ففي هذه الحالة هل يجوز للورثة اللجوء إلى القضاء برفع دعوى إجبارهم على تصحيح جنسه وإعادة توزيع التركة وفق الجنس الجديد، وإرجاع الزيادة التي أخذها لأنه غير مستحق لها ؟ وفي غياب نصوص تنظم مسألة تصحيح

الفصل الثاني دور القرينة العلمية الحديثة في بيان حقيقة حياة الوارث وأثرها على الميراث

الجنس أو تحويله يبقى الإشكال مطروحا لاسيما وإن مثل هذه الحالات لم نجد لها طرعا أمام القضاء الجزائري إلا أنها تبقى مسائل يمكن حلها.

وسنقوم حل المثال السابق (إلا إن قيمة التركة هي 864 مليون سنتيم) وعلى أساس أنه تبين أن الخنثى ذكر بعد عملية قسمة التركة وذلك، وفق المذهب الذي رجحناه في تقدير ميراث الخنثى وهو مذهب المالكية ومن معهم وبما أن جنس الخنثى المشكل لم يتضح إلا بعد قسمة التركة، ولمعرفة نصيب الورثة في هذه المسألة حتى يتسنى إرجاع الحقوق إلى أصحابها يجب حل المسألة وفق التقديرين الذكورة والأنوثة .

وتحل وفق المذهب المالكي - الذي تم ترجيحه - بأن يعمل مسألتين الأولى بوصف الخنثى المشكل ذكرا والثانية بوصفه أنثى ثم نعمل مسألة جامعة لإعطاء متوسط النصيبين للخنثى المشكل وسائر الورثة وبما أن الحاصل سينتج عنه كسر (وهو النصف) فنضرب المسألة الجامعة باثنين فتكون السهام صحيحة وذلك وفق الجدول الآتي :

قيمة التركة 864 مليون سنتيم	النصيب لكل وارث	حلها على أساس الأنوثة			حلها على أساس الذكورة				
$\div 864$ $2=432$ مليون وهو جزء السهم		الجامعة 216 / الجامعة في حالة خنثى $432=2 \times 216$	أصل 24 عالت 27	الفرض	الجامعة 216 / الجا معة في حالة خنثى $2 \times 216 = 432$	أصل 24	الفرض	الورثة	
$=2 \times 51$ 102	$=48+54$ $=2 \div 102$ 51	$48=16 \times 3$	3	8/1	$54=6 \times 9$	$9=3 \times 3$	3	8/1	زوجة
$=2 \times 68$ 136	$=64+72$ $=2 \div 136$ 68	$64=16 \times 4$	4	6/1	$72=6 \times 12$	$=3 \times 4$ 12	4	6/1	أم
$=2 \times 68$ 136	$=64+72$ $=2 \div 136$ 68	$64=16 \times 4$	4	6/1 ب	$72=6 \times 12$	$=3 \times 4$ 12	4	6/1	أب
$=2 \times 103$ 206 $=2 \times 142$ 284	$=128+78$ $=2 \div 142$ 103 $128+156$ $=2 \div 284 =$ 142	$256=16 \times 16$ للبنات 128 للخنثى 128	16 لكل بنت 8	3/2	$78=6 \times 13$ $156=6 \times 26$	$=3 \times 13$ 39 13 لبنات 26 للبنين	13	ب ع	بنت ولد خنثى

لاحظنا أن أصل المسألة على تقدير الذكورة 72 وعلى فرض الأنوثة 27 وبالتالي توافق بينهما فنضرب وفق أحدهما فيكامل الآخر $72: 9=8 \times 27=216$ كأصل جامع ثم نضربه في حالي الخنثى فتكون المسألة الجامعة $432=2 \times 216$ وبقسمة الأصل الجامع على أصل كل مسألة نجد جزء سهمها كأصل جامع فعلى تقدير الذكورة $72: 432=6$ وهو جزء سهمها وعلى فرض الأنوثة $27: 432=16$

فللزوجة على تقدير الذكورة $54=6 \times 9$ وعلى تقدير الأنوثة $48=16 \times 3$ يجمع هذين النصيبين يصبح: $102=2 \div 51$ سهمها وهو نصيبها الكامل وللأم على تقدير الذكورة تأخذ $72=6 \times 12$ وعلى تقدير الأنوثة: $64=16 \times 4$ يجمع النصيبين ويقسم على

اثنين: $136 \div 2 = 68$ سهما، وهو نفس النصيب الذي يعطى للأب 68 سهما، والبنات على فرض الذكورة تأخذ $13 \times 6 = 78$ ، وعلى فرض الأنوثة $16 \times 8 = 128$ يجمع نصيبها ويقسم على اثنين: $128 + 78 = 206 \div 2 = 103$ سهما، وللخنثى على فرض الذكورة يأخذ $16 \times 26 = 416$ وعلى فرض الأنوثة $16 \times 8 = 128$ وبعد جمع النصيبين يقسم المجموع على اثنين: $416 + 128 = 544 \div 2 = 272$ سهما . والمجموع: $432 = 142 + 103 + 68 + 68 + 51$.

وبذلك يكون توزيع أسهم التركة على الورثة وفق مذهب المالكية ومن معهم (المرجح)، والمقدرة بـ: 864 مليون سنتيم على النحو التالي: نستخرج قيمة السهم الواحد بعد قسمة قيمة التركة على الاصل الجامع $864 \div 432 = 2$ مليون سنتيم ولمعرفة نصيب كل وارث من التركة نضرب عدد سهامه في قيمة السهم ينتج: للزوجة $2 \times 51 = 102$ مليون س، والأب والأم لكل واحد منهما $2 \times 68 = 136$ مليون س، وللبنات $2 \times 103 = 206$ مليون س وللخنثى $2 \times 142 = 284$ مليون س، والمجموع: $102 + 136 + 136 + 206 + 284 = 864$ مليون سنتيم وهو قيمة كل التركة.

ومن خلال ما سبق بيانه، يمكن القول أنه إذا قمنا بالاعتماد على التقنية الطبية الحديثة التي تستطيع بكل سهولة معرفة الجنس المشكل الوارث وتصحيح وضعه الحقيقي، فتقسم التركة دون انتظار حتى يصل إلى سن البلوغ وينكشف حاله، وبالتالي تفادي إجراء هذه التقديرات وإطالة مدة توزيع الأنصبة وما ينجر عنه من أضرار على باقي الورثة، لكن لا يكون اللجوء إلى مثل هذه العمليات إلا للضرورة العلاجية التي يستشكل فيها تحديد جنس الوارث بين الذكورة والأنوثة، وأن يشرف على العملية أطباء عدول مختصون، ومن هنا يظهر بجلاء أثر تصحيح الجنس بالتدخل الطبي على تقسيم التركة وحق الورثة فيها .
وبالتالي فإن هذه التقنيات الطبية الحديثة تعدّ قرينة لإثبات أو الكشف عن الجنس الحقيقي ومن ثم قسمة التركة وفق هذا الوضع الحقيقي دون انتظار إلى أن ينكشف حاله .

الخاتمة

الخاتمة:

بعد دراستنا لموضوع " الإثبات بالقرينة العلمية الحديثة وتطبيقاتها في قضايا شؤون الأسرة " دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المقارن " نذكر الثمرات الحسان التي اقتطفناها من بستان بحثنا هذا فيما يلي :

- الجانب النظري:

خلصت الدراسة في هذا الجانب إلى أن القرائن -بوجه عام - لها دور في الإثبات فهي دليل غير مباشر في الدعوى وتستند إلى نص قانوني ملزم للخصوم ولل قضاء أو إلى اجتهاد القاضي وضعها المشرع لاستقرار المعاملات وحماية الصالح العام والتخفيف من عبء الإثبات ، فلها دور كبير في إظهار الحقيقة ومن ثم الوصول إلى الحكم العادل، وبخاصة في هذا العصر الذي تطورت فيه التقنية العلمية بجميع أنماطها الطبية والبيولوجية، وتكنولوجيا الاتصال الحديثة التي تعتمد على تقنيات متطورة ، فأوضحت هذه التقنيات العلمية **قرينة في الإثبات** إلى حد أن البعض منها وصل إلى درجة اليقين والدقة في إثبات الوقائع، وبالتالي أصبحت تفرض نفسها ك**قرائن** ثبوتية يمكن للقاضي الاعتداد بها والاستئناس بنتائجها في ترسيخ قناعته للفصل في النزاعات المطروحة عليه لاسيما في مسائل شؤون الأسرة المعروضة عليه بشرط وجود دليل مباشر في الدعوى إلا أنه لم يُرسيخ قناعة القاضي للفصل في النزاع .

أما في الجانب التطبيقي : فقد أسفرت هذه الورقة البحثية في مجال الإثبات بالقرينة العلمية الحديثة في قضايا الزواج على ما يلي :

إنّ الفحوصات الطبية المستخدمة في إثبات المرض الوراثي تتفاوت في دقتها وقوتها من فحص لآخر، وتعد من **القرائن العلمية** المعتمد عليها عند أهل الاختصاص في الطب، ولا يوجد في الفقه الإسلامي ما يمنع ذلك ، إذ أن المرجع الوحيد في إثبات المرض الوراثي هم أهل الخبرة والدراسة الطبية، وقد اختلف الفقهاء حول حكم إجراء الفحص الوراثي قبل الزواج ما بين مؤيد ومعارض وقد رجحنا قول المحيزين لإجراء الفحص لقوة أدلتهم وهو ما تبنته جل قوانين الأحوال الشخصية العربية وكذلك المشرع الجزائري غير أنها لم تتطرق إلى مآل عقد الزواج في حالة إبرامه دون تقديم الشهادة الطبية كما أنها لم تجعلها شرطا من شروط عقد الزواج .

كما يمكن إجراء الإيجاب والقبول وغيره عبر تقنيات الاتصال المسموعة والمرئية وعن طريق الانترنت ، وذلك بإمكانية مشاهدة جميع أطراف العقد وسماعهم جميعا بما في ذلك الشهود من خلال كاميرات المحادثة وكأنهم في مجلس واحد، مما جعلنا نرجح الرأي المحيز لعقد الزواج عبر هذه التقنيات غير إن ذلك مرهون على وجوب احترام الضوابط الشرعية لصحة عقد الزواج، ويعدّ المحرر الإلكتروني حجة في الإثبات وبمثابة **قرينة علمية** يمكن الاعتماد عليها في إثبات انعقاد الزواج إذا توفرت فيه شروط الكتابة التقليدية وكان مدعما بتوقيع الكتروني يضمن هوية المصدر وسلامة الوثيقة ، كما وجدت الدراسة غياب نصوص صريحة في قوانين الأحوال الشخصية العربية تتحدث عن جواز أو منع إجراء عقد الزواج عبر تقنيات الاتصال المتعددة ، والمشرع الجزائري -على غرار التشريعات العربية - لم يأت بنص يجيز أو يمنع انعقاد الزواج عبر هذه التقنيات رغم أن المشرع أورد عدة نصوص قانونية بهدف تفعيل الآليات العصرية لتجسيد الإدارة الالكترونية وعصرنة المعاملات.

أما في ما تعلق بدور القرينة العلمية في إثبات عيوب النكاح -لا سيما المعاصرة منها - فإن التقنيات الطبية الحديثة تعدّ من **القرائن العلمية** التي يمكن الاعتماد على نتائجها وفحوصها في إثبات العيوب بعد الزواج إذا اعتمدت من قبل أطباء متخصصين ثقافت وهي متنوعة ومتكيفة حسب نوع وطبيعة عيب النكاح ، وقد اتفقت بعض القوانين العربية حول مسألة التفريق للعيوب عموما كقانون الأحوال الشخصية الأردني والمصري والمغربي، والتفريق بسبب العقم خصوصا عند بعضهم ، ومنهم من أعطى حق طلب التفريق للزوجة كالقانون العراقي والأردني والمغربي أخذا بمذهب الحنفية، ومنهم من أعطى حق طلب التفريق لكلا الزوجين كالقانون الإماراتي والمغربي أخذا بمذهب جمهور الفقهاء، ولكنهم اتفقوا في تقييد طلب الفسخ بمجموعة من الشروط منها ما تم اشتراطه في كل القوانين ومنها ما تم التفرد به في قانون دولة دون أخرى، كما أنها اتفقت حول وجوب الاستعانة بأهل الخبرة لإثبات العلة أو العيب أو المرض الموجب للتفريق بين الزوجين ، وقد تبني المشرع الجزائري مذهب الحنفية وأعطى للزوجة الحق في طلب التطبيق بسبب العيوب

إلا أن ما يؤخذ على المشرع الجزائري عدم النص على الشروط التي وضعها الفقهاء للتفريق بالعيب وعدم النص صراحة على ضرورة الاستعانة بالخبرة الطبية كقرينة طبية لإثبات العيب المتنازع عليه.

كما خلصت الورقة البحثية أيضا إلى أن قطعية معطيات البصمة الوراثية أعطت حكما يقينيا في استحالة التطابق بين بصمتين بشكل تام، لذلك أوكّل لها الفصل بين المتنازعين على مجهول النسب، إذ أضحت **قرينة قوية وقاطعة** في مجال إثبات نسب المولود في الحالات التي أجازها العلماء بشرط أن تخضع لضوابط شرعية ومعايير علمية، وقد اختلف العلماء في استعمال البصمة الوراثية في بعض القضايا كنفي نسب المولود في إطار رابطة الزواج بين مؤيد ومانع مطلقا ومفصل ورجح الباحث الرأي المفصل وذلك بجواز اللجوء إلى البصمة الوراثية في مجال نفي النسب مع ضرورة توافر شروط الفراش الشرعي، بالمقابل لا يجوز تقديمها على اللعان في نفس النسب، وقد اختلف الفقهاء حول استخدام البصمة الوراثية لإثبات نسب المولود خارج رابطة الزواج (ولد الزنا) وقد رجحنا الرأي القائل: بأن ابن الزنى ينسب للزاني إذا استلحقه وأثبتت البصمة الوراثية رابطة البنوة كحقيقة ثابتة، كما أُجيز أيضا إثبات النسب بالبصمة الوراثية لولد المغتصبة وهو ما ذهب إليه القضاء الجزائري قياسا على نكاح الشبهة.

وقد اتجهت أغلب التشريعات الغربية إلى قبول استخدام التقنيات الحديثة ومنها البصمة الوراثية لإثبات ونفي النسب، أما موقف التشريعات العربية فرصدنا أن البعض منها لم تنص صراحة على البصمة الوراثية في إثبات النسب إلا أنها استعملت مصطلحات دالة على ذلك، في حين وجدنا بعضها أيضا لم تنص صراحة على البصمة الوراثية لكن المشرع نص في قوانين خاصة على تقنية البصمة الوراثية، أما القانون العربي الوحيد الذي نص صراحة على استخدام البصمة الوراثية صراحة هو قانون الأحوال الشخصية البحريني لكنه انفرد بالنص على أن استخدام البصمة الوراثية يمنع اللجوء إلى اللعان، في حين إن أغلب التشريعات العربية تنص على مسألة جواز استخدام البصمة الوراثية لنفي النسب أو إثبات نسب الولد غير الشرعي، وهو ما استبعده أيضا المشرع المغربي في نص صريح في حين أجاز المشرع الإماراتي اللجوء إلى الطرق العلمية لنفي النسب، أما القانون التونسي فقد أجاز التحليل الجيني كوسيلة مستقلة لإثبات بنوة الأطفال المهملين ومجهولي النسب (أي مجال إثبات البنوة الطبيعية، وأبناء العلاقات غير الشرعية).

كما كشفت الدراسة أنّ تقنية الإخصاب الصناعي وسيلة طبية علاجية حديثة تساعد الأزواج على إنجاب الأولاد وفق الضوابط الشرعية و الصور التي أجازها العلماء أطباء وفقهاء (المجاميع الفقهية)، و تعدّ **قرينة طبية** في إثبات نسب الولد الناشئ عن هذه الصور المباحة ويتم التوارث بينهما دون إشكال، أما في الصور والحالات التي لم تجزها المجاميع الفقهية فلا يمكن أن تكون دليل إثبات نسب المولود منها إلى الزوج أو **قرينة** دالة على ذلك لما تحمله من مخالفات شرعية وإشكالات قانونية وعملية.

أما في ما تعلق بمجال الإثبات بالقرينة العلمية الحديثة في قضايا الميراث فقد اسفرت الدراسة على ما يلي :

يعدّ تقرير الطب الشرعي المنجز من أطباء ثقات بمثابة قرينة يمكن الاستعانة بها لتحديد زمن الوفاة (ولو بشكل شبه دقيق) ومن ثم إزالة الغموض والاشكال المثار في حالات مجهولي لحظة الموت فينكشف أيهما أسبق موتا من الآخر لتحديد المورث من الوارث، كما يعدّ التقرير الطبي المنجز من ذوي الاختصاص -يؤكدون فيه أن حالة الميت دماغيا وصلت نقطة موت جذع المخ، ومن المستحيل طبيا الرجوع إلى الحياة- **قرينة طبية** بموت الدماغ، إلا أنه لا تسبغ عليه صفة شرعية بالموت حتى يتوقف القلب والدورة الدموية والتنفس عن الحركة ومن ثم لا يقسم ماله على ورثته الموجودين وقت حكم الأطباء بموته، وقد أخذت جل قوانين الأحوال الشخصية العربية منها قانون الأسرة الجزائري برأي الجمهور المتضمن عدم التوارث لجهالة أسبقية الوفاة في حين نجد القانون الفرنسي الذي أقر بجواز التوارث في مثل هذه الظروف.

كما تلعب تقنيات الاتصال الحديثة دورا بالغا في الكشف عن المفقود وبالتالي يجوز للقاضي الاعتماد إلى ما توصلت إليه تكنولوجيا الاتصال للكشف عن حياة المفقود أو موته عند الحكم بالمدة التي ينتظر فيها المفقود للحكم بموته ومن ثم توزيع تركته على ورثته، غير أن نصوص قوانين الأحوال الشخصية العربية -محل لدراسة- لم تدرج صراحة الاعتماد على هذه التقنيات الحديثة في عملية البحث والتحري عن المفقودين، إلا أنها منحت للقاضي سلطة استعمال كل الوسائل المتاحة لمعرفة حالة المفقود

قبل الحكم بموته، مع اتفاقها على عدم توزيع أو قسمة تركة المفقود حتى يحكم بموته وهو ما سلكه المشرع الجزائري ،وقد أخذت أغلب التشريعات العربية ما ذهب إليه جمهور الفقهاء في ما يخص طريقة العمل في ميراث المفقود من أن الورثة يعاملون مع المفقود بالأضر منها التشريع الجزائري، ما عدا قوانين الأحوال الشخصية السوداني و الإماراتي وقانون الأسرة القطري الذين تبنا ما ذهب إليه الشافعية في وجهه ، والحناابلة على قول من أن المسألة تقسم على تقدير حياة المفقود فقط.

و أمكن التقدم العلمي الذي عرفه مجال الطب الانجابي التأكد من عمر الحمل بدقة، والتحقق من وجوده أو عدمه بعد مضي عشرة أيام فقط على موعد العادة الشهرية بعدة طرق متيسرة، كالفحص الإكلينيكي وقياس محيط بطن الحامل، أو باستخدام تحاليل وفحوصات معينة مخبرية بسيطة والأشعة فوق الصوتية، وأضحى حساب مدة الحمل دقيقا إلى حد ما، ويمكن الاعتماد عليه والاستشهاد به أمام القضاء متى كان صادرا من جهة رسمية في الدولة على أساس أنه **قرينة علمية قوية للإثبات**، وقد سارت كل قوانين الدول العربية بما فيها قانون الأسرة الجزائري على نهج جمهور العلماء فقهاء أو أطباء في تحديد أدنى مدة الحمل بستة أشهر واختلفت توجهات القوانين الوضعية العربية في تحديد أقصى مدة الحمل تبعا للرأي الفقهي المعتمد في ذلك، فأغلبها قارت واعتمدت رأي محمد بن عبد الله بن عبد الحكم من المالكية الذي يقضي بأن أقصى مدة الحمل سنة واحدة، و المشرع الجزائري تبني الرأي القائل بعدد أقصى مدة الحمل عشرة أشهر موافقا بذلك ما جات به قرارات المجامع الفقهية الإسلامية، وأخذا بالرأي الطبي المعاصر .

كما إنّ تحديد جنس الجنين وفق التقنيات الطبية الحديثة في الحالات التي يُسمح بها شرعا وقانونا بتوافر جميع شروطها تُحلّ بها العديد من الإشكالات التي تترتب عنه وبالتالي تعد تعد **قرينة طبية** لها حجية في الإثبات ، فتُسبغ عليه صفة الوارث ومن ثم يوقف له نصيبه من ميراث مورثيه في حالة وفاة أحدهم وهو ما زال حملا في بطن أمه وفق الجنس المحدد له بالخبرة الطبية كما إن أغلب القوانين الغربية تمنع وتحذر استخدام تقنية اختيار جنس الجنين إلا لضرورة طبية ولقد انتهجت التشريعات العربية نفس المنهج فقد تكاد تتفق على أن مسألة اختيار جنس الجنين بوسائل الطب الحديث من التصرفات المحظورة، إلا أن هناك من وضعت استثناءات في حالات الضرورة الطبية، وأخرى لم تورد هذه الاستثناءات والمشرع الجزائري لم يتطرق إلى هذه المسألة .

وقد استطاعت التقنية الطبية الحديثة بكل سهولة معرفة الجنس المشكل الوارث وتصحيح وضعه الحقيقي، فتقسم التركة دون انتظار حتى يصل إلى سن البلوغ وينكشف حاله، وبالتالي تفادي إجراء هذه التقديرات وإطالة مدة توزيع الأنصبة وما ينجر عنه من أضرار على باقي الورثة، لكن لا يكون اللجوء إلى مثل هذه العمليات إلا للضرورة العلاجية التي يستشكل فيها تحديد جنس الوارث بين الذكور والأنوثة، وأن يشرف على العملية أطباء عدول مختصون، ومن هنا يظهر بجلاء أثر تصحيح الجنس بالتدخل الطبي على تقسيم التركة وحق الورثة فيها ومنه يمكن القول إن هذه التقنيات الطبية الحديثة تعد **قرينة لإثبات أو الكشف** عن الجنس الحقيقي ومن ثم قسمة التركة وفق هذا الوضع الحقيقي دون انتظار إلى أن ينكشف حاله .

كما أجازت الشريعة الإسلامية في مسألة الخنثى تصحيح جنس الخنثى (لسبب عضوي) إلى الجنس الغالب ذكرا كان أم أنثى بناء على **رأي الطب**، من خلال اللجوء إلى محددات الجنس كالكروموسومات والغدد الجنسية، والأجهزة التناسلية الداخلية والخارجية كما حرمت الشريعة الإسلامية تحويل جسد الخنثى إلى غير الجنس الذي ينتمي إليه بناء على عوامل نفسية يمر بها الشخص.

وقد رصدت الدراسة أنّ بعض التشريعات العربية نظمت مسألة تصحيح الجنس صراحة في نصوص قانونية كالتشريع الإماراتي التشريع العراقي وأغلبها لم تنظم تصحيح الجنس غير أن قضاءها تعرض إلى المسألة كالقضاء المغربي، وتشريعات لم تنص صراحة على عمليات تصحيح الجنس ولم يتطرق قضائها إلى مثل هذه العمليات منها التشريع المصري والقطري والجزائري .

في حين أثبت البحث أنّ جُلّ الدول الأوروبية تتجه نحو السماح بتغيير الجنس لأسباب نفسية إلا أن بعضها منها أجاز إجراء هذه العمليات بموجب نصوص صريحة والبعض الآخر ضمينا فقط، وهناك من لم ينص قانونها صراحة بإيجاز هذه العمليات غير إن

قضاءها فصل في قضايا تغيير الجنس بالجواز، في المقابل لاحظنا أن التشريع الإماراتي هو التشريع العربي الوحيد الذي تطرق صراحة إلى عملية تغيير الجنس وذلك بعدم جوازه بنص صريح .

ولعل المسألة التي يمكن أن تثير العديد من الإشكاليات القانونية والفقهية والعملية والتي استخلصناها من خلال القصور التشريعي وغياب نصوص صريحة سواء في قانون الأسرة أو في نصوص أخرى إجرائية أو موضوعية تسير النوازل والمستجدات العلمية والتطور التكنولوجي الذي عرفته البشرية ، هو إحالة المشرع الجزائري قاضي شؤون الأسرة الناظر في ملف الدعوى الرجوع إلى تفعيل المادة 222 من ق أ والتي تنص على ضرورة تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في حالة غياب النص ، غير أن المشرع الجزائري وعلى النقيض من بعض التشريعات العربية في مجال الأحوال الشخصية لم يحسم موقفه حول المرجعية الفقهية التي يرجع إليها القاضي عند غياب النص ، فهل عدم حسم المشرع موقفه ذاك هو بمثابة توسيع لضيق وبالتالي فتح المجال أمام القضاء للتفاضل بين المذاهب الفقهية والأخذ بالمذهب الذي يرى أحكامه مناسبة للفصل في النزاع المعروض ، أم أنه يمكن عدّ موقف المشرع هو توسيع لضيق وبالتالي وجب عليه حسم أمره في مسألة تحديد المرجعية الفقهية حتى لا تصدر أحكام متناقضة من جهة قضائية واحدة ، وهو ما لمسناه عمليا من خلال العديد من أحكام .

ومن خلال النتائج التي توصلنا إليها (أعلاه) يقترح الباحث ويوصي بما يلي:

على المشرع الجزائري النص صراحة على أثر تخلف الالتزام بإجراء الشهادة الطبية قبل الزواج في نص المادة 07 من ق أ ج ، إذ ألزم ضابط الحالة المدنية والموثق عدم تحرير عقد الزواج في غياب تقديم الشهادة الطبية من المقبلين على الزواج ، دون النص على أثر تخلف تقديم الشهادة الطبية على عقد ، كما إنه يُقترح أن يكون الفحص لدى عدة أطباء كل في مجال اختصاصه: في الأمراض الوراثية والمعدية والعصبية والنفسية ، ويكونون (مؤهلين ومعتمدين لدى المحاكم) ، و تحت رقابتهم مع تكفل المخابر العمومية بالتحاليل الطبية ، وذلك لتجنب التلاعب في النتائج وإضفاء مصداقية أكثر لهذا الفحص تجنباً لنشوء جيل عليل سقيم ، والقضاء على أكثر المشاكل والمتاعب التي يعاني منها الأزواج بعد قرانهم .

وهذا لا يتأتى -حسب رأي الباحث- إلا بإعطاء أهمية والتفات أكثر بمسائل شؤون الأسرة وذلك بإفراد محكمة مستقلة تعنى بها تحت مسمى " محكمة شؤون الأسرة " أو " قضاء الأحوال الشخصية " كالمحكمة الإدارية و الأقطاب الجزائية التي أفردت لها هياكل وتشكيل مستقلين، مع ضرورة تشكيلة الأسرة بتشكيلة ثلاثية بحضور مساعدين للقاضي يكون أحدهما مختصا في أحكام الشريعة و الآخر بحسب طبيعة القضية محل النزاع فقد يكون طبيبا مختصا إذا تعلق الأمر بعيوب النكاح أو دعاوى الحجر أو إثبات النسب أو مختص في مجال التكنولوجيا الاتصال إذا ما كان النزاع حول الزواج الإلكتروني لكشف التزوير والتلاعب في تقنيات الاتصال الحديثة، وقد يكون من ذوي الخبرة في أعراف المجتمع إذا كان موضوع الدعوى متعلق بالتنازع عن قيمة المهر بالمهر أو رد الهدايا.

وجب على المشرع الجزائري وكذا المشرعين الذين لم يتطرقوا إلى عقد الزواج الإلكتروني في نصوصهم أن يلتقوا مع الفقه الإسلامي حول هذه المسألة مع رأي من الرايين الفقهيين السابقين، وبالتالي على المشرع حسم هذا الموضوع بالإعلان في نصوص مواده على إباحة أو منع إجراء العقود بالكتابة بين غائبين عبر تقنيات الاتصال الحديثة بأنواعها ، كما نقترح بإنشاء بوابة الكترونية على موقع وزارة الداخلية وتسجيل عقود الزواج مباشرة وهذه البوابة توفر للمقبلين على الزواج جميع المعلومات عن الطرف الآخر بكل صدق وشفافية تمكن من حفظ حقوق الزوجين بآتم وجه.

ينبغي على المشرع أن يعدل نص المادة 41 من ق أ ج التي تنص " ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينه بالطرق الشرعية " بإضافة عبارة " إذا أمكن الاتصال أو تلاقي البويضة مع المني " حتى يتسق مع نص المادة 45 مكرر من ق أ ج فهذا النص لا يتناسق مع التطور الطبي، فالتلقيح الصناعي لا يتصور معه الاتصال الجنسي إنما تلاقي البويضة مع نطاف الزوج بطريق اصطناعي.

يرى الباحث أنه من الأجدر إفراد قانون مستقل ينظم تقنية الإخصاب الصناعي لتدارك القصور الوارد في نص المادة 45 مكرر من ق أ ج ، فيحدد صورها وبين وسائلها ويحدد الهياكل والمؤسسات والمراكز التي تقام فيها هذه العملية، ثم يرسى شروطها وضوابطها ومحاذيرها، ويشترع عقوبات زاجرة لمخالفها هذه الأحكام في نصوص خاصة، على غرار باقي التشريعات الغربية والعربية محل الدراسة، وذلك- طبعاً- باشتراك كل أطراف النخبة من المجتمع بمختلف تخصصاتهم العلمية .

كما نقترح تعديل نص المادة 113 من ق أ ج يجعل احتساب مدة الأربع سنوات من تاريخ صدور الحكم بالفقدان لا من تاريخ الفقدان الفعلي لأن الشخص قبل صدور الحكم يفقده كان غائبا فقط والحكم بالفقدان هو الذي أضفى عليه وصف المفقود، وبالتالي كان على المشرع الجزائري أن يكون واضحا بخصوص بدء سريان مدة الأربع سنوات وذلك لتفادي الخطأ في فهم وتطبيق أحكام المادة 113 من ق أ ج وتجنب صدور أحكام متناقضة حول هذه المسألة .

و نقترح أيضا سن نصوص تنظم عمليات تصحيح الجنس (في حالة الازدواج الجنس العضوي) بتحديد ضوابطها وشروط إجرائها وفق ما نصت عليه المجاميع الفقهية، مع وضع شرط الترخيص القضائي لإجراء العملية و ترك مهمة التثبت من حالة الاشتباه والغموض الجنسي للمريض للجنة طبية مختصة تنشئها الجهات الرسمية لهذا الغرض، وإعداد تقرير طبي يكون بمثابة القول الفصل في تحديد جنس المريض، ولا تتم الموافقة على عملية التصحيح إلا بعد إجراء التحليلات الهرمونية وفحص الخريطة الكروموسومية وعلى تلك اللجنة إحالة المريض على الطبيب النفسي لإجراء التهيئة النفسية اللازمة .

ويرى الباحث **ضرورة تعديل** نص المادة 222 من ق أ ج وذلك بأن يحسم المشرع الجزائري موقفه حول المرجعية الفقهية لأحكام شؤون الأسرة لتفادي الاشكالات الفقهية و القانونية التي قد تثار من عدم تحديد المذهب الفقهي أو الراجح فيه الذي يرجع إليه قاضي شؤون الأسرة في حالة غياب نص صريح للفصل في المسألة المعروضة عليه.

كما يوصي الباحث في الأخير بـ:

ضرورة تعاون وتواصل العلماء الباحثين في مجال المستجدات العلمية مع فقهاء الشريعة الإسلامية لحماية المجتمع من مخاطر هاته المستجدات والمشاكل التي قد تحدث في عمليات التلقيح الصناعي او تصحيح الجنس وتحويله مع سن قوانين تنظن وتقتن هذه العمليات في جميع مراحلها ضمن التشريعات الداخلية.

يجب على الأطباء عدم المسارعة في عمل الإجراء الجراحي أو الهرموني للخنثى، إلا بعد أن يطلع عليها أهل العلم من فقهاءنا المعاصرين وذلك لما يترتب عليها من احكام، مع ربط عمل المستشفيات بوزارة الصحة فيما يتعلق بولادة حالات خنثى (عملية الإحصاء) وذلك لقصد المتابعة واعطاء النصائح الطبية اللازمة لذلك.

ضرورة تكيف الأحكام الشرعية لبعض المسائل الارثية المختلف حولها من طرف فقهاء السلف مع ما استجد بفعل التطورات العلمية في جانبها الطبي والتكنولوجي، وأن تحتم الدول الإسلامية والعربية بالعلوم التطبيقية وتسعى للأخذ بكل بوسائل التقنية العلمية الحديثة ومستجدات العلوم لملازمة الجانب العلمي لواقع وحياة الناس، وعدم انفكاك ذلك عن واقعهم.

أن يأخذ القضاء بالمستجدات العلمية الحديثة بعّدها **قرائن قضائية قطعية**، ويجعلها القاضي نصب عينيه عند النظر في القضايا وان تلتزم معاهد تدريس القضاء وتخريج القضاة بذلك وإن لزم الأمر فمن الممكن جعلها في قوانين مقيدة وفقا لاحكام الشريعة الإسلامية

كما نوصي بضرورة توسيع البحوث التي تدرس أثر التطور العلمي التقني وغيره على الأسر فقهاء وقانونيا واجتماعيا واخلاقيا بصفة عامة لتوسيع دائرة العمل بالقرائن العلمية الحديثة في مجال شؤون الأسرة .

وفي ختام هذا البحث نسال الله ان يجعل هذا العمل خالصا لوجهه الكريم وأن يرزقنا التوفيق والسداد، إنه ولي ذلك والقادر عليه وصلى الله وسلم علي سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع :

القرآن الكريم برواية ورش عن عاصم.

*المصادر والمراجع باللغة العربية:

I -المصادر:

- الكتب:

أولا :كتب التفسير وعلموه:

- 1- أبو بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي، أحكام القرآن، راجعه : محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د ط، 1424هـ-2003م .
- 2- ابن كثير، تفسير القرآن الكريم، دار الندى للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ط1، 1988 م .
- 3- الجصاص أحمد بن علي أبو بكر الرازي الحنفي، أحكام القرآن، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، (د ط)، 1986م.
- 4- الشنقيطي محمد الأمين بن محمد المختار، أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط1، 1995م.
- 5- القرطبي، محمد بن أحمد الأنصاري أبو عبد الله، الجامع لأحكام القرآن "تفسير القرطبي"، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، (د م ن، د ط)، 1427هـ - 2006م.
- 6- المراغي أحمد بن مصطفى، تفسير المراغي، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ط1، 1946م .

ثانيا: كتب علوم القرآن :

- 1- الأصفهاني أبو القاسم الحسين بن محمد، المفردات في غريب القرآن، تحقيق وإعداد "مركز الدراسات والبحوث بكتبة نزار مصطفى الباز، مكتبة نزار مصطفى الباز، مكة المكرمة، السعودية، د ت ن .
- ثالثا: كتب الحديث وشروحه:

- 1- ابن حبان، صحيح ابن حبان، تحقيق: شعيب الأنثووط، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط2، 1414هـ-1993م .
- 2- ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، تحقيق عبد القادر شيبه محمد، مكتبة الملك فهد، الرياض، ط1، 1421هـ-2001م .
- ابن ماجه أبي عبد الله محمد بن يزيد، سنن ابن ماجه، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار التراث العربي، د ت .
- 3- البخاري أبو عبد الله محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، دار ابن كثير للطبع والنشر والتوزيع ، دمشق، بيروت، ط1، 1423هـ -2002م .
- 4- البيهقي، السنن الكبرى، دار المعرفة، بيروت، لبنان، (د.ط)، (د.ت).
- 5- الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه، المستدرک على الصحيحين، تحقيق : مصطفى عبد القادر عطا، ، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1411هـ-1990م.
- 6- الترمذي أبو عيسى محمد بن عيسى بن سوره، سنن الترمذي، تحقيق :أحمد محمد شاكر، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي وأولاده، مصر، ط2، 1398هـ-1978م.
- 7-الدار قطني علي بن عمر، سنن الدار قطني، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، (د.ط)، 2004م .
- 8- سعيد بن منصور، سنن سعيد بن منصور، تحقيق حبيب الرحمان الأعظمي، الدار السلفية، بومباي، ط1، 1403هـ-1982م.
- 9- الشوكاني محمد بن علي بن محمد، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، تحقيق محمود إبراهيم زايد، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د ط، د ت ن .

- 10- الشوكاني محمد بن علي بن محمد ، الفتح الرباني من فتاوى الإمام الشوكاني، حققه ورتبه: أبو مصعب "محمد صبحي" بن حسن حلاق، مكتبة الجيل الجديد، صنعاء، اليمن، د ط، د ت ن.
 - 11- الشوكاني محمد بن علي بن محمد، نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخبار شرح منتقى الأخبار، دار الخير، بيروت، ط1، 1416هـ-1996م.
 - 12- الصنعاني أبو بكر عبد الرزاق بن همام بن نافع الحمري، المصنف، تحقيق: حبيب الرحمان الأعظمي، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط2، 1403هـ.
 - 13- مالك بن أنس ، رواية يحيى بن يحيى الليثي، منشورات المجلس العلمي الأعلى، د م ن، ط1.
 - 14- مسلم أبو الحسين بن الحجاج، صحيح مسلم، تحقيق ودراسة: مركز البحوث وتقنيات المعلومات، دار التأصيل ، القاهرة، مصر، ط1، 1435 هـ-2014م.
 - 15- النسائي أحمد بن شعيب بن علي بن سنان أبو عبد الرحمان ، سنن النسائي، تحقيق : رائد بن صبري ابن أبي علفة، دار الحضارة للنشر والتوزيع ، الرياض، السعودية، ط2، 1436هـ-2015م .
- رابعا: كتب أصول الفقه والمقاصد القديمة والحديثة :
- 1- ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق ابن عبيدة مشهور بن حسن، دار ابن الجوزي، السعودية، ط1، 1423هـ.
 - 2- ابن المنذر أبو بكر محمد بن إبراهيم النيسابوري، الإجماع، مكتبة الفرقان، الإمارات العربية المتحدة، ط2، 1999م.
 - 3- أبو زهرة محمد أصول الفقه، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، د ط، 1427هـ-2006م.
 - 4- الجزيري عبد الرحمان بن محمد عوض، الفقه على المذاهب الأربعة، مطبعة الاستقامة القاهرة، مصر، ط3، د ت ن .
 - 5- الزركشي، بدر الدين أبو عبد الله محمد بن عبد الله، المنشور في القواعد، دار الكويت للصحافة، الكويت، ط2، 1405هـ.
 - 6- السيوطي جلال الدين عبد الرحمان، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1410هـ - 1990م.
 - 7- مصطفى أحمد الزرقا، الاستصلاح والمصالح المرسله في الشريعة الإسلامية، دار القلم، دمشق، ط1، 1988 م.
- خامسا: كتب المذاهب الفقهية الإسلامية :
- أ- كتب الفقه الحنفي:
- 1- ابن عابدين محمد أمين، حاشية رد المختار على الدر المختار، دار الفكر ط2، د ت ن .
 - 2- ابن نجيم سراج الدين عمر بن إبراهيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط1، 1418هـ-1997م .
 - 3- ابن الهمام، شرح فتح القدير، تعليق عبد الرزاق غالب المهدي، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط1، 1995م.
 - 4- أفندي علي حيدر خواجه أمين، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، دار الجيل، د م ن، ط1، 1991 م.
 - 5- بدر الدين العيني محمود بن أحمد بن موسى، البناء شرح الهداية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 2000م.
 - 6- حسام الدين علي بن مكي الرازي، خلاصة الدلائل في تنقيح المسائل، تحقيق: أبو الفضل الدمياطي، مكتبة الرشد، الرياض، ط1، 2007 م.
 - 7- الحصكفي محمد علاء الدين بن علي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار في مذهب الإمام أبي حنيفة، دار الفكر، بيروت، د ط، 1386هـ.
 - 8- حيدر علي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب فهمي الحسيني، دار الجيل، بيروت، لبنان، ط1، 1411هـ-1991م.

- 9- خير الدين بن أحمد بن علي الأيوبي العليمي الفاروقي (الملقب بالخير الرملي)، الفتاوى الخيرية لنفع البرية، دار سعادات، مطبعة عثمانية، د م ن، 1311 .
 - 10- الزيلعي عثمان بن علي ، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، المكتبة الكبرى الأميرية، القاهرة، مصر، ط1، 1313هـ-1895م.
 - 11- السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، د ط، 1414هـ-1993م.
 - 12- السمرقندي محمد بن أحمد، تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط2، ، 1414 هـ-1994م.
 - 13- عبد العزيز بن أحمد بن محمد علاء الدين البخاري الحنفي، كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، دار الكتاب الإسلامي، د م ن، د ط، د ت ن .
 - 14- علاء الدين أبي الحسن علي بن خليل الطرابلسي الحنفي، مُعين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، مطبعة الحلبي، د م ن، ط 2، د ت ن .
 - 15- علي بن الحسين بن محمد السُّعدي، فتاوى السعدي (النتف في الفتاوى)، تحقيق :صلاح الدين الناهي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، د ط، 1404هـ-1984م.
 - 16-الغيتايي أبو محمد محمود بن أحمد بدر الدين العيني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1420 هـ-2000 م.
 - 17- فخر الدين حسن بن منصور الأورجندي الفرغاني الحنفي، الفتاوى الهندية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط 4، د ت ن .
 - 18- الكسائي علاء الدين أبي بكر بن مسعود بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق :محمد عدنان بن ياسين درويش، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط2، 1419هـ-1998م.
 - 19-محمد خالد الأتاسي، شرح مجلة الأحكام العدلية، مطبعة السلامة، حمص، سوريا، د ط، 1355هـ-1936م .
 - 20-محمد علاء الدين بن محمد أمين بن عمر بن العزيز عابدين الحسيني الدمشقي، حاشية قرة عيون الأخبار : تكملة رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار لابن عابدين، تحقيق : عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد عوض، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د ط، لبنان، بيروت، د ت ن .
 - 21- المظهري الحسين بن محمود بن الحسن الزيداني ، المفاتيح في شرح المصابيح، تحقيق :لجنة بإشراف نور الدين طالب، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ط1، 1433هـ-2012م.
 - 22- الموصلي عبد الله بن محمود، الاختيار لتعليل المختار، تحقيق : شعيب الأرنؤط، مطبعة الحلبي، القاهرة، مصر، 1356هـ-1937م.
 - 23- نظام وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية (المعروفة بالفتاوى المالكية تعاد تجميعها)، تحقيق عبد اللطيف حسن عبد الرحمان، دار الكتب العلمية، ط1، 1421هـ-2000م.
- ب- كتب الفقه المالكي:**
- 1-ابن جزى محمد أبو القاسم بن أحمد الغرنطي المالكي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبيه على مذهب الشافعية والحنفية والحنابلة، منشورات دار الكتب، الجزائر، د ط، 1987م.
 - 2- ابن رشد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث، القاهرة، مصر، د ط، 1425هـ-2004م.
 - 3- ابن عبد البر النمري، الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار، تحقيق : سالم محمد عطا محمد علي معوض، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط 1، 1421، 2000 م.

- 4- ابن عبد البر النمري، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، تحقيق: محمد أفيد ولد ماديك الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة، السعودية، ط2، 1400هـ-1980م.
- 5- ابن عرفة محمد بن عرفة، المختصر الفقهي، تحقيق : حافظ عبد الرحمان محمد خير، مؤسسة خلف أحمد الحبتور للأعمال الخيرية، دبي، الامارات العربية المتحدة، ط 1، 1435هـ-2014م.
- 6- ابن فرحون إبراهيم بن علي بن محمد، الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، تحقيق علي عمر، مكتبة الثقافة الدينية، د ط 1، 423هـ-2003م .
- 7- ابن نجيم، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، وضع حواشيه وأخرج أحاديثه : الشيخ زكرياء عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1999م.
- 8- أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في المسائل المستخرجة، تحقيق: محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط2، 1408هـ-1988م.
- 9- الباجي أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب، المنتقى شرح الموطأ، مطبعة السعادة، مصر، ط1، 1332هـ.
- 10- التسولي ابن عبد السلام أبو الحسن علي، البهجة في شرح التحفة، تحقيق: ضبطه وصححه محمد عبد القادر شاهين، باب فصل في عيوب الزوجين وما يردان به، د د ن، السعودية، ط1، 1423هـ-2002م.
- 11- الخطاب، أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمان المغربي، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، تحقيق : أحمد جاد، شركة القدس للتجارة، ط1، القاهرة، مصر، 1429هـ-2008م.
- 12- الخرشبي محمد بن عبد الله أبو عبد الله، شرح مختصر خليل للخرشي، دار الفكر للطباعة، بيروت، د ط، د ت .
- 13- خليل بن اسحاق بن موسى ضياء الدين الجندي المالكي المصري، التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب، تحقيق : أحمد بن عبد الكريم نجيب، مركز نجيبويه للمحفوظات وخدمة التراث، (د م ن، د ط)، 1429هـ-2008م.
- 14- خليل بن إسحاق بن موسى ضياء الدين الجندي المالكي المصري، مختصر خليل، تحقيق : أحمد جاد، دار الحديث، القاهرة، ط1، 1426هـ-2005م.
- 15- الدردير أحمد بن محمد بن أحمد العدوي أبو البركات، الشرح الكبير على مختصر الشيخ خليل، دار إحياء الكتب العربية، د م ن، د ط، د ت ن.
- 16- الدسوقي محمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار احياء الكتب العربية، (د م ن، د ط، د ت ن).
- 17- عبد الباقي بن يوسف، شرح الزرقاني على مختصر خليل، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط1، 2002م.
- 18- عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي، المعونة على مذهب عالم المدينة، تحقيق: حميش عبد الحق، المكتبة التجارية مصطفى أحمد البار، مكة المكرمة، السعودية، (د ط، د ت) .
- 19- الصاوي أبو العباس أحمد بن محمد الخلوقي، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير، دار المعارف، (د ط، د ت) .
- 20- عبد الرحمان بن محمد بن سليمان المدعو شيخ زاده، يعرف أيضا بداماد أفندي، مجمع الأثر في شرح ملتقى الأبحر، دار إحياء التراث العربي، (د م ن، د ط، د ت ن) .
- 21- عبد المنعم بن عبد الرحيم ابن الفرس الأندلسي أبو محمد، أحكام القرآن، تحقيق صلاح الدين عفيف، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط 1، 1427هـ-2006م.
- 22- الغرياني الصادق عبد الرحمان، مدونة المذهب المالكي وأدلته، مؤسسة الريان، بيروت، لبنان، ط 1، 1423هـ-2002م .

- 23- القرافي شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمان أبو العباس، أنوار البروق في أنواء الفروق، تحقيق حليل المنصور، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د ط، 1418هـ-1998م.
- 24- مالك بن أنس، المدونة الكبرى، دار الفكر، (دم ن، د ط، د ت)، ج2
- 25- محمد بن أحمد بن محمد عليش، فتح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر، (دم ن، د ط)، 1404هـ-1984م.
- 26- محمد علي بن حسين المكي المالكي، تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، مصر، ط1، 1344هـ.
- 27- المواق محمد بن يوسف، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1416هـ-1994م.
- 28- النفراوي أحمد بن غنيم شهاب الدين الأزهرى المالكي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، دار الفكر، بيروت، لبنان، د ط، 1415هـ.
- ج - كتب الفقه الشافعي:
- 1- أبو بكر محمد بن عبد المؤمن بن حريز بن معلى الحسيني الشافعي، كفاية الأخبار في حل غاية الاختصار، تحقيق علي عبد الحميد بلطجي ومحمد وهي سليمان، دار الخير، دمشق، سوريا، ط1، 1994م.
- 2- أبو الحسن أحمد بن محمد بن أحمد بن القاسم الضبي الشافعي، الباب في الفقه الشافعي، دار البخاري، المدينة المنورة، السعودية، ط1، 1416هـ.
- 3- أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني الشافعي، البيان في مذهب الإمام الشافعي، تحقيق قاسم محمد النوري، دار المنهاج، جدة، السعودية، ط1، 1421هـ-2000م.
- 4- أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج وحاشية ابن قاسم العبادي عليه، دار إحياء التراث العربي، (دم ن، د ط، د ت ن).
- 5- البُجَيْرمي سليمان بن محمد بن عمر، حاشية البجيرمي على الخطيب المسماة: تحفة الحبيب على شرح الخطيب، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1417هـ-1996م.
- 6- الجمل سليمان بن عمر بن منظور العجيلي الأزهرى، حاشية الجمل على شرح المنهج: فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب، دار الفكر، بيروت، لبنان، (د ط، د ت).
- 7- الجويني عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد، نهاية المطلب في دراية المذهب، تحقيق: عبد العظيم محمود الديب، دار المنهاج، دم ن، ط1، 1428هـ-2007م.
- 8- الرملي شمس الدين محمد أبو العباس، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت، لبنان، طبعة أخيرة، 1984م.
- 9- زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري السنيكي، أسنى المطالب في شرح روض الطالب: تحقيق محمد محمد ثامر، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1422هـ-2000م.
- 10- زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري السنيكي، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، دار الفكر، دمشق، د ط، 1994م.
- 11- الشربيني شمس الدين محمد بن الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الفكر، بيروت، لبنان، (د ط، د ت ن).
- 12- الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس، الأم، دار الفكر، بيروت، لبنان، (د ط، د ت ن).
- 13- العز عبد السلام عبد العزيز بن عبد السلام بن القاسم، قواعد الأحكام في مصالح الأنعام، تعليق: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية، مصر، د ت.

- 14- الغزالي أبو حامد محمد بن محمد الطوسي، الوسيط في المذهب، تحقيق: أحمد محمود إبراهيم، محمد محمد تامر، دار السلام، القاهرة، ط1، 1417هـ.
 - 15- القزويني عبد الكريم بن محمد الرافعي، العزيز شرح الوجيز، المعروف بالشرح الكبير، تحقيق: علي معوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1417هـ-1997م.
 - 16- القيلوبي أحمد بن سلامة، وعميرة أحمد البرلسي، حاشيتا قيلوبي وعميرة، دار الفكر، بيروت، د ط، 1415هـ-1995م.
 - 17- قيلوبي شهاب الدين، حاشية على شرح العلامة جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين للنووي وهو مطبوع على شرح المحلي، دار إحياء الكتب العلمية الحلبي وشركاؤه، (د ط، د ت ن).
 - 18- الماوردي علي بن محمد بن حبيب، الحادي الكبير في فقه الإمام الشافعي، تحقيق علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1419هـ-1999م.
 - 19- الميداني مصطفى ديب، التهذيب في أدلة متن الغاية والتقريب المشهور بمتن أبي شجاع في الفقه الشافعي، د د ن، دمشق، سوريا، 1409هـ-1989م.
 - 20- النووي يحيى بن شرف الدين، روضة الطالبين وعمدة المفتين، إشراف: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، د م ن، ط2، 1985م.
 - 21- النووي يحيى بن شرف الدين، المجموع في شرح المذهب للشيرازي، حققه وعلق عليه وأكمّله: محمد نجيب المطيعي، دار النفائس، الرياض، السعودية، (د ط، د ت ن).
- د- كتب الفقه الحنبلي:**
- 1- ابن تيمية أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله، المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ط2، مكتبة المعارف، الرياض، 1404هـ.
 - 2- ابن تيمية أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله، مجموع الفتاوى، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة المنورة، السعودية، د ط، 1995م.
 - 3- ابن قدامة موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط5، 1990م.
 - 4- ابن قدامة موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد المقدسي، المغني على مختصر الخرقي، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار عالم الكتب للطباعة، السعودية، ط3، 1997م.
 - 5- ابن قدامة موفق الدين عبد الله بن أحمد المقدسي، المقنع مع حاشيته، المكتبة السلفية، د م ن، ط3، د ت.
 - 6- ابن قيم الجوزية، إغاثة اللهفان من مصايد الشيطان، تصحيح محمد حامد الفقي، دار الجيل للطباعة مصر، د ط، د ت.
 - 7- ابن قيم الجوزية، تحفة المودود بأحكام المولود، تحقيق عثمان بن جمعة ضَمَيْرِيَّة، دار عالم الفوائد (د م ن، د ط، د ت ن)
 - 8- ابن قيم الجوزية، الروح، دار الكتب العلمية، بيروت، (د ط، د ت ن).
 - 9- ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان، ط27، 1415هـ-1994م.
 - 10- ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تحقيق: محمد جميل غازي، مطبعة المدني، القاهرة، مصر، (د ط، د ت ن).
 - 11- ابن مفلح إبراهيم بن محمد بن عبد الله الحنبلي، المبدع في شرح المقنع، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، (د ط)، 1400هـ.

- 12- ابن النجار محمد بن أحمد بن عبد العزيز الفتوحى تقي الدين ، منتهى الإرادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات، دار الفكر، دمشق، سوريا، (د ط، د ت ن).
 - 13- البهوتي منصور بن يونس، شرح منتهى الإرادات دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، تحقيق: عبد الله التركي، الرسالة العالمية، دمشق، سوريا، ط3، 1436هـ-2015م .
 - 14- البهوتي، كشف القناع على متن الإقناع، تعليق الشيخ هلال مصيلحي مصطفى هلال، عالم الكتب، بيروت . لبنان، د ط، 1403هـ.
 - 15- الحجاوي، أبو النجا موسى بن أحمد، زاد المستنقع في اختصار المقنع، تحقيق عبد الرحمان بن محمد العسكر، دار مدار الوطني للنشر، (د م ن، د ط، د ت).
 - 16- السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د ط، 1414هـ-1993م.
 - 17- السيوطي مصطفى بن سعد بن عبده، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، المكتب الإسلامي، د م ن، ط2، 1415هـ-1994م.
 - 18- الشريبي عبد القادر بن عمر، نيل المآرب شرح دليل الطالب، مكتبة الفلاح، الكويت، ط1، 1403هـ-1983م.
 - 19- المرادوي علاء الدين أبو الحسين علي بن سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط2، 1406هـ .
 - 20- النجدي عبد الرحمان بن محمد بن قاسم العاصمي، حاشية الروض المربع بشرح زاد المستنقع، (د د ن، د م ن)، ط4، 1410هـ.
- هـ- كتب الفقه الظاهري:
- 1- ابن حزم، المحلى بالآثار، تحقيق محمد منير الدمشقي، إدارة الطباعة المنيرية، مصر، ط1، 1929 م .
- و- كتب المذهب الإباضي :
- 1- أطفيش محمد بن يوسف، شرح كتاب النيل وشفاء العليل، دار الفتح، بيروت، لبنان، ط2، 1972م.
- ي -مذهب الإمامية :
- 1- أبو جعفر محمد بن الحسن الطوسي (الشهير بالمحقق الحلي)، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، تعليق: صادق الشيرازي، دار القارئ، بيروت، لبنان، ط11، 1425هـ-2004م .
 - 2- أبو جعفر محمد بن الحسن الطوسي (الشهير بالمحقق الحلي)، المبسوط في فقه الإمامية، صححه وعلق عليه: محمد الباقر اليهودي، دار الكتاب الإسلامي، بيروت، لبنان، د ط، 1412هـ-1992م.
 - 3- محمد حسن النجفي الجواهري، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، تحقيق: عباس القوجاني، دار الكتب الإسلامية، (د م ن، د ط، د ت ن) .
 - 4- محمد شلتوت، محمد السادس، مقارنة المذاهب في الفقه، مطبعة صبيح، (د م ن، د ط)، 1373هـ-1953م .
- ت-المذهب الزيدي :
- 1- أحمد بن يحيى بن المرتضى، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، دار الحكمة اليمانية، صنعاء، اليمن، تصوير من الطبعة الأولى، 1409هـ-1988م .
 - 2- العباس بن أحمد بن إبراهيم بن أحمد الحسيني اليمني الصنعائي، تنمة الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير، مطبوع مع كتاب الروض النضير للشيخ شرف الدين الحسيني بن أمد السباعي، دار الجليل، بيروت، لبنان، (د ط، د ت ن).
- سادسا : كتب الفقه العام:

- 1- إبراهيم بن سعد الموهبل، جريمة نقل مرض نقص المناعة المكتسبة (الإيدز) " دراسة تأصيلية مقارنة"، قسم العدالة الجنائية، تخصص سياسة جنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2009م.
- 2- إبراهيم محمد الفائز، الإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي، المكتب الإسلامي، بيروت، مكتبة أسامة، الرياض، ط 2، 1403هـ-1983 م.
- 3- ابن باز عبد العزيز بن عبد الله، متن الرحبية والفوائد الجلية في المباحث الفرضية، مطابع الفرزدق التجارية، الرياض، السعودية، ط 5، 1409هـ-1989م.
- 4- ابن عثيمين محمد بن صالح، تسهيل الفرائض، دار طيبة، الرياض، السعودية، ط 1، 1404هـ-1983م.
- 5- ابن المنذر، الإجماع، تحقيق: أبو عبد الأعلى خالد بن محمد بن عثمان، دار الآثار، القاهرة، مصر، ط 1، 1425هـ-2004م.
- 6- أبو زهرة محمد، أحكام التركات والموارث، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، (د ط، د ت ن) .
- 7- أبو زهرة محمد، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ط 3، 1957م.
- 8- أبو زهرة محمد، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، (د. ط)، 1977 م .
- 9- أبو زيد بكر بن عبد الله، فقه النوازل "قضايا فقهية معاصرة"، (طرق الإنجاب في الطب الحديث)، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط 1، 1416هـ-1996م.
- 10- أبو زيد بكر بن عبد الله، المواضع في الاصطلاح على خلاف الشريعة وأفصح اللغة، "دراسة ونقد"، مطابع دار الهلال للأوفست، الرياض، السعودية، ط 1، 1405هـ.
- 11- أبو غابة خالد عبد العظيم، حجية الشهادة والقرائن بين الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية "دراسة مقارنة"، دار الكتب القانونية، مصر، ط 1، 2008 م.
- 12- أحمد الحصري، النكاح والقضايا المتعلقة به، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، مكتبة الكليات الأزهرية، مصر، 1967م.
- 13- أحمد حماني، فتاوى الشيخ حماني، استشارات شرعية ومباحث فقهية، منشورات قصر الكتاب، الجزائر، د ط، د ت ن .
- 14- أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، الدار العربية للموسوعات، القاهرة، مصر، د ط، 1985م.
- 15- أحمد محمد داود، الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه والقانون، وزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية، الأردن، د ط، 1982م.
- 16- أحمد محمد كنعان الموسوعة الفقهية، دار النفائس، بيروت، لبنان، ط 1، 1420هـ.
- 17- أحمد محمد لطفي أحمد، التلقيح الاصطناعي بين أقوال الأطباء وآراء الفقهاء، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، ط 1، 2006 م.
- 18- أحمد محمود الشافعي، احكام الموارث الدار الجامعية بيروت لبنان، (د ط، د ت ن).
- 19- أحمد نص الجندي، موسوعة الاحوال الشخصية عدة النساء، النسب، والموارث، الجزء الثاني، دار الكتب القانونية، مصر، 2006م.
- 20- الأشقر أسامة عمر سليمان، أبحاث اجتهادية في الفقه الطبي، دار النفائس، الأردن، ط 1، 2006م.
- 21- الأشقر أسامة عمر سليمان، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، دار النفائس، الأردن، ط 2، 2005م.
- 22- اسماعيل سامعي، دور المذهب الحنفي في الحياة الاجتماعية والثقافية في بلاد المغرب الإسلامي، دار الهدى، عين مليلة، د ط، 2006م.

- 23- الألباني محمد ناصر الدين، إرواء الغليل في تجميع أحاديث منار السبيل، تحقيق وإشراف : زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط2، 1405هـ-1985م.
- 24- أمين منتصر، العلم بما في الأرحام "القرآن الكريم يحسم الجدل نحائيا"، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ط1، 2005م.
- 25- أنس بن عوف، عباس بن عوف، الأحكام الفقهية للأمراض النفسية وطرق علاجها، طبعة خاصة بوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية دولة قطر، 2016م.
- 26- البار محمد علي، الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء، دار القلم، دمشق، سوريا، دار الشامية، بيروت، لبنان، ط1، 1414هـ-1994م.
- 27- بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق، مطبعة دار التأليف بالقاهرة، مصر، ط2، 1961م.
- 28- بدران أبو العينين بدران، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية، والعقود، دار النهضة العربية، لبنان، د ط، 1968م.
- 29- بدران أبو العينين بدران، الموارث والوصية والهبة، مؤسسة شباب الجامعة، (د د ن، د م ن)، 1981م.
- 30- الجابري، الجديد في الفتاوى الشرعية للأمراض النسائية والعقم، دار الفرقان، د م ن، ط1، 1994م.
- 31- جاتم جميل فخري محمد، مقومات عقد الزواج في الفقه والقانون، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، د ط، 2009م.
- 32- الجبوري أبو اليقضان عطية، حكم الميراث في الشريعة الإسلامية، دار حنين، عمان، الأردن، ط1، 1416هـ-1995م.
- 33- جمعة براح، أحكام الميراث في الشريعة الإسلامية، دار يافا العلمية، عمان، الأردن، د ط، 1999م.
- 34- الجنكو علاء الدين بن عبد الرزاق، التقابض في الفقه الإسلامي وأثره على البيوع المعاصرة، دار النفائس، الأردن، ط1، 1423هـ-2003م.
- 35- حسن صلاح الصغير عبد الله، مدى مشروعية الالتزام بالفحص الطبي قبل الزواج "دراسة مقارنة" دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، د ط، 2007م.
- 36- الحصري أحمد، التركات والوصايا في الفقه الإسلامي، مكتبة الأقصى، الأردن، ط2، (د.ت.ن).
- 37- حمد بن إبراهيم بن عبد الله الحقييل، كنز الأنساب ومجمع الآداب، مكتبة مقهى الكتب، (د م ن، د ط)، 1408هـ.
- 38- حمزة أبو فارس، الموارث والوصايا في الشريعة الإسلامية فقها وعملا، منشورات ELGA، (د د ن، د ط)، 2003م.
- 39- الخطيب يحيى بن عبد الرحمان، أحكام المرأة الحامل في الشريعة الإسلامية، دار النفائس، عمان، الأردن، ط3، 1420 هـ-1999م.
- 40- خلود بنت عبد الرحمان المهيزع، أحكام المريض النفسي في الفقه الإسلامي، دار الصميعي، الرياض، السعودية، ط1، 2013م.
- 40- الرملاوي محمد سعيد، التعاقد بالوسائل المستحدثة في الفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، ط1، 2007م.
- 41- الزحيلي مصطفى، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، دار البيان، دمشق، سوريا، ط2، 1414هـ-1994م.
- 42- الزرقا مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، دار القلم دمشق، سوريا، ط1، 1418 هـ-1998 م.
- 43- السدلان صالح بن غانم، القرائن ودورها في الإثبات في الشريعة الإسلامية، دار بلنسية، الرياض، السعودية، ط2، 1418هـ.
- 44- سراج محمد أحمد، نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، 1998م.
- 45- سلامة السقا، أسرار الموت والحياة والروح والجسد، دار الفضيلة، القاهرة، مصر، (د ط، د ت ن).

- 46- السند عبد الرحمان بن عبد الله، الأحكام الفقهية في المعاملات الالكترونية "الحاسب الآلي وشبكة المعلومات: الأنترنت"، دار
الوراق ودار النيربين للطباعة والنشر والتوزيع، د م ن، ط 1، 1424هـ-2004م.
- 47- السنهوري عبد الرزاق، مصادر الحق في الفقه الإسلامي مقارنة بالفقه المغربي، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط 2،
1998م.
- 48- سوار وحيد الدين، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، ط 2، 1979م.
- 49- سيد سابق، فقه السنة، دار الفكر، بيروت لبنان، ط 2، 1998م.
- 50- الشافعي جابر عبد الهادي سالم، مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة، د ط، الإسكندرية،
مصر، 2001م.
- 51- الشافعي جابر عبد الهادي سالم، مسائل الأحوال الشخصية، منشورات الحلبي الحقوقية، مصر، د ط، 2003م.
- 52- شلبي محمد مصطفى، أحكام الأسرة في الإسلام "دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون"، الدار
الجامعية، بيروت، لبنان، ط 4، 1403هـ-1983م.
- 53- شلبي محمد مصطفى، المدخل إلى التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه، دار النهضة، بيروت، لبنان، ط 1،
1981م.
- 54- شمس الدين محمد بن أحمد بن عبد الخالق، جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان،
ط 1، 1417هـ-1996م.
- 55- الصابوني عبد الرحمان، أحكام الزواج في الفقه الإسلامي، مكتبة الفلاح، (د.م.ن)، ط 1، 1987م.
- 56- صالح بن أحمد بن محمد الغزالي، القاموس فيما يحتاج إليه العروس، دار المحمدية للنشر والتوزيع، ط 1، السعودية، 1422هـ-
2001م، بند 1989.
- 57- عائشة أحمد سالم حسن، الأحكام المتعلقة بالحمل في الفقه الإسلامي، المؤسسة الجامعية، بيروت، لبنان، ط 1، 1429هـ-
2008م.
- 58- عادل عبد الفضيل عيد، السيد طلبة علي، قرارات المجامع الفقهية، دار التعليم الجامعي، الاسكندرية، مصر، 1437هـ-
2016 م
- 59- عبد الحليم حسن الهاللي، التراث في الميراث، الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، السعودية، د ط، 1401هـ-1981 م
- 60- عبد الحميد محمد محي الدين، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ط 1، 1984م.
- 61- عبد السلام جعفر، حل عقدة النكاح في ضوء الشريعة الإسلامية، مركز دراسات المرأة، (دم ن، د ط)، 1427هـ-2006م.
- 62- عبد العزيز خياط، حكم العقم في الإسلام، وزارة الأوقاف وشؤون المقدسات الإسلامية، الأردن، د ط، 1981م.
- 63- عبد الله بن زيد آل محمود، التزوج بالكتايبات وعموم ضرره على البنين والبنات، المكتب الإسلامي، بيروت لبنان، ط 3،
1407هـ.
- 64- عبد الله بن محمد الطيار وآخرون، الفقه الميسر، النوازل الطبية المعاصرة، دار الوطن للنشر، الرياض، السعودية، ط 1،
1433هـ-2012 م.
- 65- عبد المجيد محمد مطلوب، الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية "دراسة مقارنة فقها وقضاء" معهد الدراسات الإسلامية بالقاهرة،
مصر، 1415هـ-1995 م.
- 66- عبد المطلب بن أحمد السح، زواج الأقارب تحت المجهر، مجلس العالم الإسلامي للإعاقاة والتأهيل، الرياض، ط 1، 1425هـ-
2004م.

- 67- العثيمين، محمد بن صالح، الشرح الممتع على زاد المستنقع، دار ابن الجوزي، الرياض، ط1، 1428هـ-2008م.
- 68- علي أحمد السالوس، الموسوعة القضائية الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي، مؤسسة الريان، بيروت، لبنان، د ط، 1428هـ-2008م.
- 69- علي قدامة، الأصول القضائية في المرافعات الشرعية، مطبعة الرغائب، (د م ن، د ط)، 1339هـ-1919 م.
- 70- عمرو عبد المنعم سليم، مسائل مهمة لنساء الأمة، دار الإمام مالك للكتاب، د م ن، ط1، 1424هـ-2003م.
- 71- فراج حسين أحمد، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، د ط، 2005م.
- 72- الفقه الطبي، الجمعية العلمية السعودية للدراسات الطبية الفقهية، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، السعودية، 1431هـ، 2010 م.
- 73- الفوزان صالح بن فوزان بن عبد الله، التحقيقات المرضية في المباحث المرضية، مكتبة المعارف، الرياض، السعودية، ط3، 1986م.
- 74- قاسم يوسف، الاحكام المتعلقة بالتركة في الفقه الاسلامي، دار النهضة العربية، د ت ن، 1404هـ-1982م.
- 75- القرة داغي علي محي الدين، المحمدي علي يوسف، فقه القضايا المعاصرة، دار البشائر الإسلامية، بيروت، لبنان، ط2، 2006م.
- 76- محمد بن أحمد بن صالح الصالح، منهج الإسلام في سلامة الذرية من الأمراض الوراثية، مكتبة العبيكان، السعودية، ط2، 1425هـ.
- 77- محمد بن يحيى بن حسن النجيمي، الإنجاب الصناعي بين التحليل والتحرير، مكتبة العبيكان، الرياض، السعودية، ط1، 1432هـ-2001م.
- 78- محمد سعيد رضان البوطي، قضايا فقهية معاصرة، دار الشادي، مكتبة الفارابي، دمشق، سوريا، ط4، 1992م.
- 79- محمد سيرى إبراهيم، الجناية العمد على الأعضاء البشرية في الفقه الإسلامي، دار اليسر، د م ن، ط2، 2006م.
- 80- محمد الشافعي، الحالة المدنية بالمغرب، المطبعة والوراقة الوطنية بمراكش، المغرب، د ط، 2006 م.
- 81- محمد شبير، الأشقر عم سليمان، عبد الناصر أبو البصل، عارف حجازي، عباس الباز، دراسات فقهية في قضايا معاصرة، دار النفائس، الأردن، ط1، 1421هـ-2001م ..
- 82- محمد عقله الابراهيم، حكم إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة، دار الضياء للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، 1986م.
- 83- محمد محمده التركات والموارث، دار الفجر، القاهرة، مصر، ط1، 2004م.
- 84- محمد محي الدين عبد الحميد، أحكام الموارث في الشريعة الإسلامية على مذاهب الأئمة الأربعة، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ط1، 1984.
- 85- محمد نعيم ياسين، أبحاث فقهية في قضايا فقهية طبية معاصرة، دار النفائس، الأردن، 2000م.
- 86- محمود المصري أبو عمار، الزواج الإسلامي السعيد، مكتبة الصفا، القاهرة، ط1، 1427هـ-2006م.
- 87- مجلة الأحكام العدلية، جمعية المجلة، تحقيق: نجيب هواويني، الناشر كارخانة تجارت .
- 88- مركز التميز البحثي، الموسوعة الميسرة في القضايا المعاصرة (قسم فقه وأصول) جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، ط1، 1435هـ-2014م.
- 89- مناهج جامعة المدينة العالمية، السياسة الشرعية، جامعة المدينة العالمية، المدينة المنورة، السعودية، (د ط، د ت).
- 90- موسى عبد الله إبراهيم، المسؤولية الجسدية في الإسلام، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط1، 1416 هـ-1995م.

- 91- الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، دار السلاسل، الكويت، ط2، من: 1404هـ إلى 1427هـ .
- 92- نصر فريد واصل، نظرية الدعوى والإثبات في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، د ط، 1979 م.
- 93- ياسر عبد الحميد جاد الله النجار، التلقيح الصناعي من منظور الفقه الإسلامي "دراسة فقهية مقارنة"، كلية الشريعة والقانون بالدفهلية، مصر، د ت ن.
- 94- يوسف القرضاوي يوسف، الاجتهاد في الشريعة الإسلامية، مع نظرات تحليلية في الاجتهاد المعاصر، دار القلم، الكويت، ط 1، 1996م.
- سابعاً: المعاجم والقواميس والتراجم :
- 1- إبراهيم أنيس، عبد الحليم منتصر، عطية الصوالحي، محمد خلف الله أحمد، المعجم الوسيط مكتبة الشروق الدولية ، مصر، ط04، 2008م.
- 2- ابن منظور جمال الدين محمد بن مكرم ، لسان العرب ، دار صابر ، بيروت، لبنان، (د ط، د ت ن) .
- 3- أبو الفضل محمد بن أبي الفتح البعلبي، المطلع على ألفاظ المنع، مكتبة السوادى، (د م ن)، ط1، 2003م.
- 4- أحمد أبو قحافة، معجم النفائس الوسيط، باب الطاء، دار النفائس، (د م ن، د ط)، 1428هـ-2007م.
- 5- أحمد بن فارس بن زكريا أبو الحسين، معجم مقاييس اللغة، تحقيق : عبد السلام هارون، دار الفكر للطباعة والنشر، (د ط، د م ن)، 1399هـ-1979م.
- 6- أندوزي رينيهارت بيتر آن دوزي، تكملة المعاجم العربية، وزارة الثقافة والإعلام، العراق، ط 1، 2000 م .
- 7- البركيني محمد عميم الإحسان المحددي، التعريفات الفقهية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1424 هـ-2003م.
- 8- بسام بركة، قاموس الجيب الجديد المزدوج، دار ومكتبة الهلال، بيروت، لبنان، د ط، 2008م.
- 9- تأليف جماعة من كبار اللغويين بتكليف من المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، المعجم العربي الأساسي، دار لاروس، (دم ن، د ط)، 1989م.
- 10- حبيب زينب منصور، معجم الأمراض وعلاجها، دار أسامة، عمان، الأردن، ط1، 2010 م.
- 11- الجرجاني علي بن محمد علي، التعريفات، ضبطه وصححه : جماعة من العلماء، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ، ط 1، 1403هـ-1983م .
- 12- الدنشاري زكي ممدوح عز الدين، عبد الرحمان محمد عقيل، المعجم الموضوعي للمصطلحات الطبية، مصادرها اللاتينية وشرحها بالفرنسية والانجليزية، دار المريخ، السعودية، (د ط، د ت).
- 13- الرازي محمد بن أبي بكر بن عبد القادر، مختار الصحاح، مكتبة لبنان ناشرون، مادة (قرن)، 1415هـ-1995 م.
- 14- روجي البعلبكي، قاموس المورد، قاموس عربي انجليزي، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، ط 1، 1995م.
- 15- شهاب الدين أبو عبد الله ياقوت الرومي الحموي، معجم البلدان، ط2، دار صابر، بيروت، لبنان، 1995 م.
- 16- العجم رفيق، موسوعة مصطلحات أصول الفقه عند المسلمين، مكتبة لبنان، بيروت، لبنان، ط 1، د ت ن .
- 17- عز الدين ابن الأثير أبي الحسن علي بن محمد الجزري، أسد الغابة في معرفة الصحابة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د ط، 1417هـ-1996م.
- 18- عمر أحمد مختار عبد الحميد، معجم اللغة العربية المعاصرة، باب 1779، عالم الكتب، د م ن، 1429هـ-2008م.
- 19- فاروق مصطفى خميس، قاموس الإيدز الطبي، إعداد محمد رفعت، دار مكتبة الهلال، بيروت، لبنان، ط1، 1987م.
- 20- الفيومي أحمد بن علي المقري، المصباح المنير، مطبعة الأميرية، مصر، ط 3، د ت ن .

- 21- قاسم سارة، محمد الخياط، معجم أكاديميا الطبي الجديد، أكاديمية إنترناشيونال، بيروت، لبنان، د ط، 1433هـ-2013م.
 - 22- كحالة عمر، معجم المؤلفين، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، (د ط، د ت).
 - 23- محمد رواس قلعه جي، حامد صادق قنبي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس، بيروت، لبنان، ط2، 1408هـ-1988م.
 - 24- المناوي محمد عبد الرؤوف، التوقيف على مهمات التعاريف، تحقيق: محمد رضوان الداية، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، ط1، 1410هـ.
 - 25- منير البعلبكي، قاموس المورد، "قاموس إنجليزي عربي"، (د ن، د م ن، د ط)، 1997م.
- ثامنا : كتب عامة :
- 1- أبو عرقوب إبراهيم، الاتصال الإنساني ودوره في التفاعل الاجتماعي، مكتبة الأنجلو المصرية، القاهرة، مصر، 1999م.
 - 2- أحمد محمد، الثقافة الصحية، دار المسيرة، عمان، الأردن، 1430هـ-2009م.
 - 3- بقيون سمير، الأمراض الجلدية، دار البازوزي، عمان، الأردن، د ط، 2007م.
 - 4- البكري أياد شاك، تقنيات الاتصال بين زمنين، دار الشروق، عمان، الأردن، ط1، 2003م.
 - 5- بهنام رمسيس، البوليس العلمي أو فن التحقيق، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، ط1، 2000م.
 - 6- الحسيني أيمن، قبل أن أتناول الفياجرا "500 معلومة تهمك على الفياجرا أو المنشطات والعلاقة الزوجية، مكتبة ابن سينا، القاهرة، مصر، د ط، 2001م.
 - 7- حسين علي شحرور، الطب الشرعي "مبادئ وحقائق"، ط1، مكتبة نرجس، (د.م.ن)، 2000م.
 - 8- رفعت محمد، 150 سؤال عن السكر والروماتيزم والعلاج الطبيعي "يجب عنها نخبة من أساتذة كليات الطب"، بجمهورية مصر العربية، منشورات المكتبة العصرية، بيروت، لبنان، (د ط، د ت).
 - 9- الزراد فيصل محمد خير، المرأة بين الزواج والطلاق في المجتمع العربي الإسلامي، دار الكتب العربي، بيروت، لبنان، د ط، 2010م.
 - 10- الشريف محمد الحبيب، النظام العام العائلي "التجليات"، مركز النشر الجامعي، تونس، د ط، 2006م.
 - 11- العبيدي إبراهيم بن محمد، اتجاهات الشباب الجامعي نحو الفحص الطبي لغرض الزواج، إصدارات مؤسسة الملك خالد الخيرية، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط01، 1426-2005 م.
 - 12- لالكلان دي كريسيني، راندا دريدج، كيف أتأكد من صحة جنيني؟ "دليل طرق وأساليب فحص الأجنة"، ترجمة: أحمد بن محمد مكي الكردي، مكتبة العبيكان، الرياض، السعودية، ط1، 1418هـ-1998م.
 - 13- ممدوح محمد خيرى المسلمي، مشكلات البيع الالكتروني، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، د ط، 2008م.
 - 14- منير رياض حنا، الخطأ الطبي الجراحي، دار الفكر العربي، الاسكندرية، مصر، ط1، 2008م.
 - 15- النديم عبد الله، مجلة الأستاذ، باب حفظ الصحة، دار كتيبخانه، مصر، ط1، 1985م.
 - 16- يحيى شريف، محمد عبد العزيز سيف النصر، محمد عدلي مشالي، الطب الشرعي والبوليس الفني الجنائي، ط2، الهيئة العامة للكتب والأجهزة العلمية، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، 1971 م.
- تاسعا : كتب قانونية:
- 1- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للتعاملات الالكترونية، مجلس النشر العلمي، الكويت، ط1، 2003م.
 - 2- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد والإرادة المنفردة، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، ط1، 1995 م.
 - 3- أحمد شوقي أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث، دار النهضة العربية، القاهرة، (د ط)، 1986 م.
 - 4- أحمد أبو الوفا، التعليق على نصوص قانون الإثبات، تحقيق: طلعت دويدار، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 1994 م.

- 5- أحمد محمد علي داود، الحقوق المتعلقة بالتركة بيت الفقه والقانون، "الجهاز والديون والوصايا والمواريث وتقسيماتها"، دار الثقافة، د م ن، ط 1، 2009م.
- 6- أسامة عبد الله قايد، المسؤولية الجنائية للأطباء، "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط 3، سنة 1990 م.
- 7- أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، منشورات الجامعة الأردنية، عمان، الأردن، 1987م.
- 8- إيمان محمد علي الجابري، يقين القاضي الجنائي، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، د ط، 2005م.
- 9- بلحاج العربي، الوجيز في التركات والمواريث وفق قانون الأسرة الجزائري الجديد، دار هومة، الجزائر، (د ط، د ت ن)،
- 10- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري "أحكام الزواج" ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 06، 2010م.
- 11- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري "الميراث والوصية" ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 03، 2004م.
- 12- جابر علي محجوب، دور الإرادة في العمل الطبي "دراسة مقارنة"، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، الكويت، د ط، 2000 م.
- 13- حسن حسانين، أحكام الأسرة الإسلامية فقها وقضاء طبقا لآخر التعديلات الصادرة بالقانون رقم (1) لسنة 2000م، دار الآفاق العربية، القاهرة، مصر، ط 1، 1422هـ-2001م.
- 14- حسن نجا قصاب، كتاب العائلة (1)، قانون الأحوال الشخصية مع شرح قانوني كامل، (د د ن، د م ن، ط 1)، 1958م.
- 15- حسين نجيب محمود، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982 م.
- 16- حميدان بن عبد الله الحميدان، أحكام المرافعات في الفقه الإسلامي وتطبيقها المعاصر في المحاكم الشرعية في المملكة العربية السعودية، (د د ن، د م ن، د ط)، 1420هـ.
- 17- رضا عبد الحليم عبد المجيد، الحماية القانونية للجنين البشري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط 1، 2001م.
- 18- رمضان السعود، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الدر الجامعية، بيروت، لبنان، 1994 م.
- 19- ساسي بن حليلة، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية التونسية، مركز النشر الجامعي، تونس، 2001م.
- 20- السباعي مصطفى، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الورق، دار النيرين، بيروت، لبنان، ط 9، 1422هـ 2001م.
- 21- سعد نبيل إبراهيم، الإثبات بين المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، د ط، 1995 م.
- 22- السعيد بوزيري، أحكام الميراث في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، (د ط، د ت).
- 23- سلامة مأمون محمد، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1979 م.
- 24- سليمان مرقس، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري "مقارنة بتقنيات سائر البلاد العربية"، عالم الكتب، القاهرة، مصر، د ط، 1986 م.
- 25- السمروط وسام أحمد، القرينة وأثرها في إثبات الجريمة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، د ط، 2007 م.
- 26 - سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 1986م.
- 27- السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد "نظرية الالتزام بوجه عام و آثار الالتزام"، دار النشر للجامعات المصرية، مصر، 1956 م.
- 28- الشهاوي قدرى عبد الفتاح، نظرية الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط 1، 2006م.
- 29- الشواربي عبد الحميد، الإثبات الجنائي في ضوء القضاء والفقه "النظرية والتطبيق"، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، (د ط، د ت ن).

- 30- الشواط محمد سامي، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، دار النهضة العربية، (د م ن، د ط، د ت ن).
- 31- الصابوني عبد الرحمان، الأحوال الشخصية، كلية الحقوق، جامعة حلب، دورية، سوريا، د ط، 1965 م.
- 32- صالح جحيك، الميراث في القانون الجزائري، (د د ن، د م ن)، ط 2، د ت ن.
- 33- عباس نعيم عبد الجليل، الطبيعة القانونية للموت الدماغي في القانون العراقي، "دراسة مقارنة بالقانونين المصري والأمريكي"، كلية القانون، جامعة البصرة، العراق، (د ط، د ت ن).
- 34- عبد الحكيم فودة، الطب الشرعي وجرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، ط 1، 2004 م.
- 35- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث، قسنطينة، الجزائر، ط 2، 1987 م.
- 36- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومة، الجزائر، د ط، 2009 م.
- 37- عبد القادر بن داود، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، دار الهلال للخدمات الإعلامية، الجزائر، د ط، 2005 م.
- 38- عبد المجيد محمد مطلوب، الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية "دراسة مقارنة فقها وقضاء" معهد الدراسات الإسلامية بالقاهرة، مصر، 1415هـ-1995 م.
- 39- عبد الوهاب محمد بدر الدين، التحقيق الجنائي ومهام المحقق في جريمة القتل، (د.د.ن، د.م.ن، د.ط)، 1978 م.
- 40- عبودي عباس، شرح أحكام قانون الإثبات المدني الأردني، دار الثقافة، عمان، الأردن، ط 1، 2005 م.
- 41- عبودي عباس، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، د ط، 1997 م.
- 42- فاروق عبد الله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 وتعديلاته "عقد الزواج وآثاره والفرقة وآثارها، وحقوق الأقارب"، كلية القانون، جامعة السليمانية، د د ن، إقليم كردستان العراق، د ط، 2004 م.
- 43- فاضل زيدان محمد، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة "دراسة مقارنة"، دار الثقافة، عمان، الأردن، ط 1، 2014 م.
- 44- الفاضل محمد، الوجيز في أصول المحاكمات الجزائية، مطبعة الإحسان، القاهرة، مصر، ط 4، 1977 م.
- 45- فوضيل العيش، شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد، مطبعة طالب، الجزائر، د ط، 2007م-2008م.
- 46- قاسم محمد حسن، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط 1، د ت ن .
- 47- كيلاي محمد، قواعد الإثبات وأحكام التنفيذ، دار الثقافة، عمان، الأردن، ط 4، 2010 م.
- 48- لاسال بيرنجير وآخرون، قانون البيولوجية البشرية مع ملحق بتقنين الصحة العامة الفرنسي، ترجمة وتنقيح: أحمد محمد عيد، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1435هـ-2014م.
- 49- مازن سيسالم وآخرون، مجموعة القوانين الفلسطينية، (د د ن، د م ن،) ط 2، ج 10، 1996م.
- 50- محمد سامي الشوا، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة، د ط، 2005 م.
- 51- محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، دروس في نظرية الحق، دار هومة، الجزائر، ط 1، 2011 م.
- 52- محمد عبد الوهاب الخولي، المسؤولية الجنائية للأطباء، د د ن، القاهرة، مصر، ط 1، 1997 م.
- 53- مسعود زبدة، الإقناع الشخصي للقاضي الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، د ط، 1989 م.
- 54- مسعود هلاي، أحكام التركات والموارث في قانون الأسرة الجزائري "دراسة نظرية تطبيقية" دار الجسور، الجزائر، 2008 م.
- 55- محمود عبد العزيز خليفة، النظرية العامة للقرائن في الإثبات الجزائي في التشريع المصري المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1996 م.

- 56- منصور أنيس منصور، شرح أحكام قانون البنات الأردني وفقا لآخر التعديلات، إثراء للنشر والتوزيع، مكتبة الجامعة، الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، ط 1، 2011 م.
 - 57- منصور منصور مصطفى، شرح قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية الكويتي رقم 39 لسنة 1980، مطبعة جامعة الكويت، ط 1، 1995 م.
 - 58- منير رياض حنا، الخطأ الطبي الجراحي في الشريعة والقوانين العربية والأوربية والأمريكية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، ط 1، سنة 2008 م.
 - 59- منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء القضاء والفقه الفرنسي والمصري، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، ط 1، 2008 م.
 - 60- موسى خالد، طرق الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار السماح للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، ط 1، 2004 م.
 - 61- نبيل صقر وقمراري عز الدين، قانون الأسرة نصا وتطبيقا، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، د ط، 2008 م.
 - 62- نشأت أحمد، رسالة الإثبات، مطبعة الاعتماد، مصر، ط 6، د ت ن .
 - 63- يحيى بكوش، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دراسة نظرية و تطبيقية مقارنة، المؤسسة الوطنية للنشر، الجزائر، د ط، 1988 م.
- عاشرا : كتب متخصصة :
- 1- إبراهيم الأدغم، الجهاز التناسلي الذكري " عيوبه وإصاباته" دار القلم، دمشق، سوريا، ط 1، 1999 م.
 - 2- إبراهيم خالد ممدوح، إبرام العقد الالكتروني "دراسة مقارنة" دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، ط 1، 2006 م.
 - 3- إبراهيم رفعت الجمال، انعقاد البيع بوسائل الاتصال الحديثة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، د ط، 2007 م.
 - 4- ابن عباس أسامة محمود، رحلة إلى عالم الأنترنت، (د د ن، د م ن)، ط 1، 1999 م.
 - 5- أبو عمر مصطفى أحمد، مجلس العقد الالكتروني " دراسة مقارنة" دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، د ط، 2011 م.
 - 6- أبو السمن منير، الجنس بين الطب والدين، المكتبة الأهلية، عمان، الأردن، ط 1، 2001 م.
 - 7- أبو الهيجاء محمد إبراهيم، الزواج الالكتروني، مطبعة الضياء، عمان، د ط، 2005 م.
 - 8- أحمد السباعي، البار محمد علي، الطبيب وأدبه وفقهه، دار القلم، الدار الشامية، دمشق، بيروت، ط 1، 1413 هـ-1993 م.
 - 9- أحمد شرف الدين، الحدود الإنسانية والقانونية للإنعاش الصناعي، المجلة الجنائية القومية، مصر، العدد الثالث، 1976 م.
 - 10- أحمد محمود سعد، زرع الأعضاء بين الحظر والإباحة، دار الفقه العربية، القاهرة، مصر، د ط، 1986 م.
 - 11- أسامة رمضان الغمري، أساسيات علم الطب الشرعي والسموم للهيئات القضائية والمحامين، دار الكتب القانونية، مصر، د.ط، 2005 م.
 - 12- أسامة رمضان الغمري، الجرائم الجنسية من الواجهة الشرعية والطبية، دار الكتب القانونية، مصر، د ط، 2005 م.
 - 13- اسماعيل مرجبا، البنوك الطبية البشرية وأحكامها الفقهية، دار ابن الجوزي، الدمام، السعودية، ط 1، 1429 هـ.
 - 14- الأشقر عمر سليمان، الحيض والنفاس والحمل بين الفقه والطب "دراسات فقهية معاصرة"، دار النفائس، الأردن، ط 1، 2001 م.
 - 15- الأشقر عمر سليمان، محمد عثمان بشير، عبد الناصر أبو البصل، عارف علي عارف، عباس أحمد محمد الباز، دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة، "بحث اختيار جنس المولود وتحديد قبل تخلقه وولادته بين الطب والفقه"، دار النفائس، الأردن، 1421 هـ-2001 م.
 - 16- إكرام عبد السلام، الوراثة بين الصحة والمرض، دار المعارف، القاهرة، مصر، د.ط، 2001 م.

- 17-أمير فرج يوسف، الموت الإكلينيكي "زرع ونقل الأعضاء والدم والعلاج بالخلايا الجذعية"، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، 2011م.
- 18-أنس محمد إبراهيم بشار، تغيير الجنس وأثره في القانون المدني والفقه الإسلامي، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، 2003م.
- 19- الأنطاكي داود بن عمر، النزهة المبهجة في تشخيص الأذهان وتعديل الأمزجة، مصححا بمعرفة لجنة التصحيح بمطبعة مصطفى الباي الحلبي وأولاده، مصر، دار الفكر، بيروت، لبنان، د ط، د ت .
- 20-أيمن بشر، اختبارات الدم الطبية، " الدلالات التشخيصية والفيسيولوجية"، مطبعة المحمودية، جدة، السعودية، ط1، 1432هـ-2011م.
- 21-باتريشيا تشدلي : ترجمة: زينب بنت أحمد بن حبيب باباي، فحص الحوامل بالموجات فوق الصوتية، مطبوعات جامعة الملك سعود، الرياض، السعودية، ط1، 1424هـ.
- 22- البار محمد علي، أخلاقيات التلقيح الصناعي "نظرة إلى الجذور"، دار السعودية للنشر، السعودية، ط1، 1407هـ، 1987م.
- 23-البار محمد علي، الأمراض الجنسية "أسبابها وعلاجها"، دار المنارة، جدة، السعودية، ط2، 1406هـ-1986م.
- 24- البار محمد علي، الجنين المشوه والأمراض الوراثية "الأسباب والعلامات والأحكام"، دار القلم للطباعة، دمشق، سوريا، دار المنارة للنشر، جدة، السعودية، ط1، 1411هـ-1991م.
- 25- البار محمد علي، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، الدار السعودية، جدة، السعودية، ط6، 1989م.
- 26- البار محمد علي، دورة الأرحام "فصل الحيض أذى"، الدار السعودية، جدة، السعودية، ط4، د ت ن.
- 27- البار محمد علي، ياسر صالح جمال، الذكورة والأنوثة بين التصحيح والتغيير والاختيار، مركز النشر العلمي، جامعة الملك عبد العزيز، السعودية، ط1، 1427 هـ -2006 م.
- 28- البار محمد علي، موت القلب و موت الدماغ " تعريفه، علامات تشخيصه" الدار السعودية للنشر والتوزيع، جدة، السعودية، ط1، 1406هـ.
- 29- باسلامة عبد الله بن حسين، سيدتي الحامل دليل الحمل والولادة، مطبعة السروات، جدة، السعودية، ط4، 1416هـ.
- 30-باولتريفور، الصحة النفسية، دار الفاروق الحديثة للطباعة و النشر، القاهرة، مصر، د ط، 2005م.
- 31- برات روبرت، فيروس العوز المناعي البشري والإيدز "استراتيجية للعناية التمريضية"، د د ن، الاسكندرية، مصر، د ط، 1999م.
- 32- البعداني محمد نعمان محمد علي، مستجدات العلوم الطبية وأثرها في الاختلافات الفقهية "دراسة مقارنة"، دار الكتب، صنعاء، اليمن، ط1، 1437هـ-2016م.
- 33- البنا أنور حمودة، الأمراض النفسية والعقلية، (د د ن، د م ن، د ط)، 2006م.
- 34- بهجت عباس علي، عالم الجنينات، دار الشروق، عمان، الأردن، د ط، 1999 م.
- 35- بوشية محمد شافعي مفتاح، جراحات الذكورة والأنوثة في ضوء الطب والفقه الإسلامي، دار الفلاح، مصر، د ط، 2006م.
- 36- بيرم عبد الحسين، الأمراض المعدية "دراسة علمية لانتشار الأمراض بالعدوى وطرق الوقاية منها"، دار مكتبة الحياة، بيروت، لبنان، د ط، 1967م.
- 37-بيلتو يوسف، الفحوصات الطبية الضرورية قبل الزواج، دار زهران، عمان، د ط، 2000 م.

- 38- تاج الدين محمود الجاعوني، الإنسان هذا الكائن العجيب " أطوار خلقه وتصويره في الطب والقرآن " دار عمار، الأردن، ط1، 1413هـ-1993م.
- 39- التميمي محمود كاظم محمود، الصحة النفسية " مفاهيم نظرية وأسس تطبيقية "، دار الصفا، عمان، الأردن، د ط، 1434هـ-2013م.
- 40- التهامي سامح عبد الواحد، التعاقد عبر الأنترنت " دراسة مقارنة "، دار الكتب القانونية، مطابع شتات، مصر، د ط، 2008م.
- 41- الجاموس نور الهدى محمد، الاضطرابات النفسية: الجسمية، السيکوسوماتية، دار البازوري، وزارة الثقافة، عمان، الأردن، (د ط د ت ن). 1413هـ-1993م.
- 42- الجسماني عبد العلي، الأمراض النفسية " تاريخها، أنواعها، أعراضها وعلاجها"، الدار العربية للعلوم، بيروت، لبنان، د ط، 1998م.
- 43- جلال سعد، في الصحة العقلية "الأمراض النفسية والعقلية والانحرافات السلوكية"، مكتبة المعارف، القاهرة، مصر، د ط، 1980م.
- 44- الجمال سمير حامد عبد العزيز، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، دار النهضة العربية، مصر، ط1، 2006م.
- 45- جمعية الطب النفسي الأمريكية، المرجع السريع إلى الدليل الشخصي والإحصائي اربع المعدل للاضطرابات النفسية: ترجمة تيسير حسون، جمعية الطب النفسي الأمريكية 2004م.
- 46- جهاد اللحى، الاضطرابات الجنسية في الذكور، الموسوعة الطبية المتخصصة، هيئة الموسوعة العربية، ط1، دمشق، سوريا، 1429هـ 1436 الموافق له 2009-2015م .
- 47- جيلالي تشوار، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د ط، 2001م.
- 48- حاتم أمين محمد عباده، بحث بعنوان "الأمراض النفسية وأثرها على أهلية إنشاء عقد الزواج وإنهائه، كلية الشريعة والقانون بالدفهلية، جامعة الأزهر، مصر، د ت ن.
- 49- حامد عبد السلام زهران، الصحة النفسية والعلاج النفسي، عالم الكتب، القاهرة، ط4، 1426هـ-2005م.
- 50- الحجاوي عبد الكريم، موسوعة الطب النفسي، دار أسامة، عمان، الأردن، ط1، 2004م.
- 51- حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، ط1، 2008م.
- 52- حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، عقد إجارة الأرحام بين الخطر والإباحة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2006م.
- 53- الحسيني إسماعيل، موسوعة الأمراض التناسلية والبولية والجلدية، الموسوعة الطبية، دار أسامة للنشر، عمان، الأردن، ط1، 1434هـ-2004م.
- 54- الحسيني إسماعيل، موسوعة الطب الجراحي، الموسوعة الطبية، دار أسامة للنشر، عمان، الأردن، ط1، 1434هـ-2004م.
- 55- حمد سلطان، التنظير النسائي، الموسوعة الطبية المتخصصة هيئة الموسوعة العربية، دمشق، سوريا، 2016م .
- 56- حمد سلطان، المهبوب التناسلي، الموسوعة الطبية المتخصصة، هيئة الموسوعة العربية، دمشق، سوريا، 2016م.
- 57- حنان محمد فوزي عبد الرحمان إسماعيل، أحكام مرضى نقص المناعة المكتسبة، (الإيدز) في الفقه الإسلامي، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2001م.

- 58- خالد بكر كمال، هل تستطيع اختيار جنس مولودك ولد أم بنت؟ مكتبة دار الزوان، المدينة المنورة، السعودية، ط 4، 1427هـ.
- 59- خالد محمود حمادنة، عقد الزواج بالكتابة، تقديم: محمد عقلة الإبراهيمي، دار النفائس، الأردن، ط1، 2002م.
- 60- خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية "دراسة فقهية مقارنة"، دار النفائس، الأردن، ط1، 2006م.
- 61- الخيمي مدني، طب الأمراض المعدية والتغذوية، إشراف ومراجعة: عدنان دكرتي، المركز العربي للتعريف والترجمة والتأليف والنشر، دمشق، سوريا، د ط، 1915م.
- 62- الدقر ندى محمد نعيم، موت الدماغ بين الطب والإسلام، دار الفكر، دمشق، سوريا، ط1، 1418هـ-1998م.
- 63- الذهبي مصطفى، نقل الأعضاء بين الطب والدين، دار الحديث، القاهرة، مصر، ط1، 1993م.
- 64- رجاء ناجي مكاي، نقل وزرع الأعضاء، المركز الوطني لتنسيق وتخطيط البحث العلمي والتقني، المغرب، 2002 م.
- 65- رضوان سامر جميل، الأعراض النفسية والعلاج النفسي، دار الكتاب الجامعي، الإمارات العربية المتحدة، ط1، 1430هـ-2010م.
- 66- الرفاعي عبد الرحمان أحمد، البصمة الوراثية وأحكامها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي "دراسة فقهية مقارنة"، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2013م.
- 67- رفعت محمد، الأمراض النفسية والعصبية، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د ط، 1397هـ-1977م.
- 68- رفعت محمد، السكر وعلاجه، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط2، 1397هـ-1977م.
- 69- الركبان محمد عثمان، البدانة الداء والدواء، مدينة الملك عبد العزيز للعلوم والتقنية، الرياض، د ط، 1430هـ-2009م.
- 70- الرملاوي محمد سعيد محمد، دراسة شرعية لأهم القضايا الطبية المتعلقة بالأجنة البشرية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، د ط، 2013م.
- 71- رياض عيدروس، القرار المكين وتيسير السبيل، دراسة تفسيرية في ضوء المعطيات العلمية، د د ن، اليمن، د ط، 1436هـ-2010م.
- 72- الزرقاء مصطفى أحمد، التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب، مطبعة طرية، دمشق، (د ط، د ت ن).
- 73- زبيدة أقروفة، الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب، الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط1، 2012م.
- 74- زياد أحمد سلامة، أطفال الأنابيب بين العلم والشرعية، الدار العربية للعلوم، ودار البيارق، بيروت، لبنان، ط1، 1417هـ-1996م.
- 75- سارة شافي سعيد الهاجري، الأحكام المتصلة بالعقم والإنجاب ومنع الحمل في الفقه الإسلامي، دار البشائر الإسلامية، بيروت، لبنان، ط1، 1428هـ-2008م.
- 76- سالم محمد شريف، الوسواس القهري "دراسة نفسية علمية شرعية"، تقديم أحمد فريد وهدي سلامة، دار العقيدة، القاهرة، مصر، ط5، 1429هـ-2008م.
- 77- سعد الدين مسعد هلال، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية "دراسة فقهية مقارنة"، مكتبة وهبة، القاهرة، مصر، ط1، 1431هـ-2010م.
- 78- سفيان بن عمر بورقعة، النسب ومدى تأثير المستجدات العلمية في إثباته، كنوز إشبيلية، الرياض، السعودية، ط1، 1428هـ-2007م.
- 79- سليم أيمن سعد، التوقيع الالكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، د ط، 2004م.

- 80- سليم فرج محمد، وسائل الإخصاب الطبي وضوابطه " دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي "، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، مصر، ط 1، 2012م.
- 81- سمير أبو حامد، مرض الزهايمر "النسيان من النعمة إلى النقمة"، خطوات للنشر والتوزيع، مكتبة، مؤمن قريش، دمشق، سوريا، ط 1، 2009م.
- 82- سيرة عائد الديات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، دط، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، د ت ن.
- 83- الشافعي عبدة مبروك، الكبد وأمراضه بين الحقيقة والوهم، دار العلوم للنشر والتوزيع، مصر، 2005م.
- 84- شكشك أنس، الأمراض النفسية والعلاج النفسي، دار الشروق، عمان، الأردن، د ط، 2009م.
- 85- شفيق أحمد الخطيب ويوسف سليمان خير الله، الموسوعة العلمية الشاملة، مكتبة لبنان، لبنان، ط 1، 1998م.
- 86- الجمال سمير حامد عبد العزيز، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، دار النهضة العربية، مصر، ط 1، 2006م.
- 87- الشنقيطي محمد الأمين بن محمد المختار، أحكام الجراحة الطبية و الآثار المترتبة عليها، مكتبة الصحافة، ط 2، جدة، السعودية، 1415هـ-1994م.
- 88- الشويخ سعد بن عبد العزيز بن عبد الله، أحكام التلقيح غير الطبيعي "أطفال الأنابيب"، كنوز اشبيلية، الرياض، ط 1، 2009م.
- 89- الشويخ سعد بن عبد العزيز بن عبد الله، أحكام الهندسة الوراثية، دار كنوز اشبيلية، الرياض، السعودية، ط 1، 2007 م.
- 90- شيخة العريض، الوراثة ما لها وما عليها، سلم العريف، دار الحرف العربي، د م ن، ط 1، د ت .
- 91- صادق فرعون، سرطان عنق الرحم، الموسوعة المتخصصة، دار الفكر المعاصر، د م ن، د ط، 2011م.
- 92- صالح بن فوزان بن عبد الله الفوزان ، الجراحة التجميلية، عرض طبي ودراسة فقهية مفصلة، دار التدمرية، الرياض، السعودية، ط 2، 2008 م.
- 93- صلاح الدين طلب فرج، إثبات عيوب النكاح بالوسائل الطبية المعاصرة وأثره على عقد الزواج، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية غزة، فلسطين، (د ط، د ت ن).
- 94- طارق عبد المنعم خلف، أحكام التدخل الطبي في النطف البشرية في الفقه الإسلامي، دار النفائس للنشر والتوزيع، (د م ن، د ط)، 1431هـ 2010 م.
- 95- طارق عبد المنعم محمد خلف، معرفة جنس الخنثى وتصحيحه بين الفقه والطب في ضوء قانون المسؤولية الطبية الإماراتي، قسم الشريعة والدراسات الإسلامية ، كلية القانون، جامعة الشارقة، المارات، د ط، د ت ن.
- 96- طالو لعلي محي الدين، الإيدز والأمراض الجينية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ط 2، 1409هـ- 1989 م.
- 97- عبد الجليل علي لفته، العقم: أسرار وحلوله، دار الزمان للنشر والتوزيع، المدينة المنورة، السعودية، ط 1، 1422هـ-2001م.
- 98- عبد الحسين الفيصل، الوراثة العامة، الأهلية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط 1، 1999م.
- 99- عبد الحليم محمد منصور علي، تأجير الأرحام في ضوء قواعد الحلال والحرام" دراسة فقهية مقارنة "، دار الكتب والوثائق العلمية، ط 1، 2012م.
- 100- عبد الحميد ثروت، التوقيع الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، د ط، 2007 م.
- 101- عبد الحميد المنشاوي، الطب الشرعي وأدلته الفنية ودوره الفني في البحث عن الجريمة، دط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005 م.
- 102- عبد الرحمن أحمد الرفاعي، البصمة الوراثية وأحكامها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي "دراسة فقهية مقارنة" منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط 1، 2013م.

- 103- عبد الرحيم عبد الله، الأمراض المنقولة جنسيا، دار الشروق، القاهرة، مصر، ط 1، 2009م.
- 104- عبد الرشيد قاسم، أحكام المرأة الحامل وحملها، دار الكيان للنشر، (د م ن، د ط)، 2005م.
- 105- عبد الله محمدي أحمد محمد، علم النفس المرضي " دراسة في الشخصية بين السواء والاضطراب "، دار المعرفة الجامعية، (د م ن، د ط)، 1999م.
- 106- العبدلي محمد فنخور، الحمض النووي أو البصمة الوراثية (D N A) هل يثبت به نسب، د د ن، القريات، السعودية، د ط، 1439هـ-2015م.
- 107- عثمان الكادبيكي، الأمراض المعدية، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان، بنغازي، ليبيا، ط 3، 1428هـ -1998م.
- 108- العجلان عبد الله بن سليمان بن محمد، القضاء بالقرائن المعاصرة، طبعة عمادة البحث العلمي، بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، 1427هـ-2006م.
- 109- عزت حسن، الطب النفسي، دار القلم، الكويت، ط 1، 1990م.
- 110- العسالي، الفحص والتشخيص في الطب النفسي، الموسوعة الطبية المتخصصة، هيئة الموسوعة العربية، دمشق، سوريا، د ط، 2016م .
- 111- عصام احمد محمد النظرية العامة للحق في سلامة الجسم " دراسة جنائية مقارنة "، دار الفكر والقانون، المجلد 2، المنصورة، 2008م.
- 112- عصام عيتاني، طفلي الحمل والولادة و الأيام الأولى، دار إحياء العلوم، بيروت، لبنان، ط 4، 1416 هـ.
- 113- عقيل عبد ياسين، يحي كاظم السلطاني، أساسيات الوراثة الخلوية الطبية، دار الفكر للطباعة والنشر، عمان، الأردن، د ط، 1419هـ-1999م.
- 114- العلي محي الدين، تطور الجنين وصحة الحامل، دار ابن كثير، دمشق، سوريا، ط 3، 1999م.
- 115- علي الحبيب طارق، الفصام، مؤسسة حورس الدولية، الإسكندرية، مصر، د ط، 2008م.
- 116- علي حسن نجيدة، بعض صور التقدم الطبي وانعكاساتها القانونية في مجال القانون المدني " التلقيح الاصطناعي وتغيير الجنس"، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، د ط، 1991م .
- 117- علي عباس زليخة، علم الجنين الطبي، مكتبة دار طلاس، دمشق، سوريا، ط 1، 2006م.
- 118- علي عبد الرحيم، الأسس الوراثية والعصبية للسلوك الإنساني، دار صفاء، عمان، الأردن، ط 1، 1434هـ-2013م.
- 119- علي كمال، الجنس والنفس في الحياة الإنسانية، الموسوعة العربية للدراسات، بيروت، لبنان، ط 3، 1991م .
- 120- عمر بن محمد السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها استخدامها في النسب والجنائية، دار الفضيلة، الرياض، السعودية، ط 1، 2002م.
- 121- العيسوي عبد الرحمان محمد، "الشيروفزينا"، ذهان فصام الشخصية وعلاجه " دراسة في الصحة النفسية " منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، د ط، 2007م.
- 122- عيسى غسان راضي، القواعد الخاصة بالتوقيع الالكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، د ط، 2009م.
- 123- غالب خلايلي، أطفالنا بين الصحة والمرض، منشورات المركز الثقافي، أبو ظبي، الإمارات العربية المتحدة، ط 1، 1998م.
- 124- فاخوري سبيرو، الأمراض المتنقلة عبر الجنس، دار العلم، بيروت، لبنان، ط 1، 1991م.
- 125- فاخوري سبيرو، العقم عند الرجال والنساء، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، ط 6، 1977م.
- 126- فاخوري سبيرو، موسوعة المرأة الطبية، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، ط 5، 2005م.

- 127- فايق أحمد فؤاد، جنون الفصام "دراسة نفسية في اضطراب التفكير"، إشراف عبد المنعم المليجي، دار المعارف، مصر، د ط، 1061هـ.
- 128- الفرا، سرطان الفرج، الموسوعة الطبية المتخصصة هيئة الموسوعة العربية، دمشق، سوريا، 2016م .
- 129- فرج محمد محمد سالم، وسائل الإخصاب الطبي المساعد وضوابطه "دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي"، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، مصر، ط1، 2012م.
- 130- فهد سعد الديس، بحوث فقهية معاصرة " أثر التحول الجنسي وبيان ما أخذ به القضاء الكويتي"(د د ن، د م ن، د ط)، 2009م.
- 131- فيصل محمد خير الزراد، الأمراض النفسية والجسدية " أمراض العصر"، دار النفائس، بيروت لبنان، ط1، 1420هـ- 2000م.
- 132- القحطاني مساعد بن علي، الخبرة الطبية وأثرها على الإثبات، دار الكنوز اشبيلية، الرياض، السعودية، ط1، 436هـ- 2015م.
- 133- قرق نائل، آثار الاختلالات العقلية والاضطرابات النفسية في مسائل الأحوال الشخصية، دار النفائس، عمان، الأردن، 1434هـ-2013م.
- 134- كامل أحمد علي، عدوى الأمراض الوبائية بين الإنسان والحيوان "الأمراض، العلاج، الوقاية للمربين والمستهلكين"، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، د ط، 2006م.
- 135- كارم السيد غنيم، الاستنساخ والإنجاب بين تجريب العلماء وتشريع السماء، دار الفكر العربي بيروت، لبنان، ط1، 1998م.
- 136- كريمة البهجوري، الموسوعة الجنسية، مكتبة الهلال للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، ط1، 2010م.
- 137- كنعان أحمد بن محمد، الموسوعة الطبية الفقهية، دار النفائس، الأردن، ط1، 1420هـ.
- 138- الكيلاني يوسف، السكري والصحة، منشورات شركة النور، بيروت، لبنان، ط1، 2001م.
- 139- لطفي الشربيني، الثوبات الكبرى "مرض الصرع له علاج"، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، د ط، 2007م.
- 140- ماكليز ليز، الاكتئاب، "أعراضه، أسبابه، تشخيصه، والخصائص منه"، ترجمة أحمد زمو، دار علاء الدين، دمشق، د ط، 2006م.
- 141- مجاهد حمادي، الفحص وطرائق الاستقصاء في جهاز المرأة التناسلي، الموسوعة الطبية المتخصصة (دم ن، د ط، د ت ن).
- 142- محسن بن علي الحازمي، الوراثة في حالات من الصحة والمرض، دار العلوم للطباعة والنشر، الرياض، السعودية، ط1، 1425هـ-2004م.
- 143- محمد عقلة إبراهيم، حكم إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة، دار الضياء للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، 1986م.
- 144- محمد إبراهيم سعد النادي، موت الدماغ وموقف الفقه الإسلامي منه، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، د ط، 2010م.
- 145- محمد حسن غالب، الاضطرابات الجنسية، مكتبة الانجلو المصرية، مصر، د ط، 2008م.
- 146- محمد خالد منصور، الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي، دار النفائس، الأردن، ط1، 1419هـ-1999م.
- 147- محمد خليل يوسف، عبد السلام أحمد عمر، ميرة يوسف أبو يوسف، أحمد يوسف المتيني، الوراثة وأمراض الإنسان، توزيع منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، د ط، 1994م.
- 148- محمد زين العابدين طاهر، الجراحة الكشفية وموقف الفقه الإسلامي والقانون الوضعي منها، جامعة الأزهر، مصر، (د ط، د ت ن).

- 149- محمد القاعيد : قضايا طبية معاصرة في ضوء الفقه الإسلامي، منار الإسلام، (د م ن، د ط)، 1410هـ.
- 150- محمد محسن الصالح، الداء السكري، الموسوعة الطبية المتخصصة، هيئة الموسوعة العربية، دمشق، سوريا، د ط، 2016م.
- 151- محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية "دراسة مقارنة"، جامعة الكويت، (د د ن، د ط) 1992م-1993م.
- 152- محي محمد مسعد، الأنترنت وأهم المواقع الخدمية والمصطلحات، دار الكتاب القانوني الاسكندرية، مصر، د ط، 2008م.
- 153- المدحجي محمد بن هائل بن غيلان، أحكام النوازل في الإنجاب، دار كنوز إشبيلية، السعودية، ط 1، 2011م.
- 154- مروان أبو حويج، المدخل إلى الصحة النفسية، دار المسيرة، عمان، الأردن، د ط، 1430هـ-2009م.
- 155- مروان عبد الواحد، نضال النبرم، الموسوعة الصحية للأُم والطفل، دار الإسرائ، عمان الأردن، ط 1، 2005م.
- 156- مصطفى راشد الكلاي، أثر موت الدماغ على التعريفات القانونية، كلية الحقوق، جامعة واسط، العراق، د ت ن.
- 157- المعطي موسى بن محمد، الموجات فوق الصوتية في أمراض النساء والحمل والإخصاب، الدار الأكاديمية، القاهرة، مصر، ط 1، 1900م.
- 158- المغربي محمد نجيب عوضين، أسس التعاقد بالوسائل المستحدثة "دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني"، دار النهضة العربية، مصر، 2006م.
- 159- منذر طيب البرزنجي، شاكر غني العادلي، عمليات أطفال الأنابيب والاستنساخ البشري في منظور الشريعة الإسلامية، مؤسس الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط 1، 2001م.
- 160- منسي حسن، الصحة النفسية، دار مكتبة الكندي للنشر والتوزيع، أريد، الأردن، ط 2، 2001م.
- 161- منصور محمد خالد، الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي، دار النفائس، عمان، الأردن، ط 2، 1420 هـ- 1999 م.
- 162- منير رياض الحنا، الأدلة المادية في الإثبات من واقع الخبرة الفنية للطب الشرعي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ط 1، 2014م.
- 163- مهران محمود عبد الرحيم، الأحكام الشرعية والقانونية للتدخل في عوامل الوراثة والتكاثر، دار النهضة الحديثة، د م ن، ط 1، 1423هـ-2002م.
- 164- مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، د.ط، 2002 م.
- 165- ميسر حمدون سليمان، الاتصالات السلوكية واللاسلكية في الوطن العربي، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، لبنان، د ط، 1982م.
- 166- النثشة محمد بن عبد الجواد حجازي، المسائل الطبية المستجدة في ضوء الشريعة الإسلامية، مجلة الحكمة، ليدز، بريطانيا، ط 1، ج 2، 2001م.
- 167- نخبة من أساتذة الجامعات في العالم العربي، المرشد في الطب النفسي، منظمة الصحة العالمية، المكتب الإقليمي للشرق الأوسط 1999م.
- 168- نعمة حسن، الأمراض "أسبابها، مظاهرها"، شركة رشاد برس، بيروت، لبنان، ط 1، 1413هـ-1913م.
- 169- نهاد خليفة "البدانة"، الموسوعة الطبية المتخصصة، هيئة الموسوعة العربية، دمشق، سوريا، 2016 م.
- 170- الموسوعة العربية العالمية، ترجمة: أحمد عبد اللطيف السودان وغيره، مؤسسة أعمال الموسوعة للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، ط 2، (د ت ن).

- 171- الموسوعة الفقهية الكويتية، الصادرة عن وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، دار السلاسل، الكويت، ومطابع دار الصفوة، مصر، وزارة الأوقاف الكويتية، الطبقات من 1404 - 1427 هـ .
- 172- الموسوعة الميسرة في فقه القضايا المعاصرة "قسم الفقه الطبي"، مركز التمييز البحثي في فقه القضايا المعاصرة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، ط 1، 1436 هـ - 2014 م.
- 173- هشام بن عبد الملك بن عبد الله م بن محمد آل الشيخ، أثر التقنية الحديثة في الخلاف الفقهي، مكتبة الرشد (ناشرون)، الرياض، السعودية، ط 1، 1427 هـ - 2006 م.
- 174- هيكل حسيني، النظام القانوني للإنجاب الصناعي، دار الكتب القانونية، مصر، د ط، 2007 م.
- 175- هيلة عبد الرحمان بن محمد اليابس، اختيار جنس الجنين، موقع جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، السعودية، د ط، د م ن.

II-المراجع :

أولا : الأطروحات والرسائل الجامعية ومذكرات التخرج للقضاء:

أ- الأطروحات الجامعية :

- 1- أحلام بنت محسن عقيل، أحكام المريض نفسيا وحقوقه في الشريعة الإسلامية والمعاهدات الدولية، رسالة دكتوراه في تخصص الفقه وأصوله، كلية التربية، جامعة الملك سعود، السعودية، 1430 هـ / 1431 هـ.
- 2- أحمد عمري، حماية الجسم البشري في ظل الممارسات الطبية والعلمية الحديثة "في القانون الوضعي والشريعة"، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة وهران، سبتمبر 2010 م.
- 3- أمينة حمشاشي، البصمة الوراثية وتأثيرها على حقوق الإنسان، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، تلمسان، 2015 م.
- 4- بوشي يوسف، الجسم البشري وأثر التطور الطبي على نطاق حمايته جنائيا "دراسة مقارنة" رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة تلمسان، 2012 م - 2013 م.
- 5- تكرر الحاج موسى، القضايا المعاصرة المتعلقة بحفظ النسل "دراسة مقاصدية"، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في أصول الفقه، كلية العلوم الإسلامية، جامعة المدينة العالمية، ماليزيا، 2013 م.
- 6- حسام عبد الواحد الحميداوي، الموت وآثاره القانونية، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد 1999 م.
- 7- حيدر حسين كاظم الشمري، الإخصاب الصناعي اللاحق لانحلال الرابطة الزوجية، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة كربلاء، العراق، 2014 م.
- 8- داودي صحراء، الجوانب القانونية للأساليب المستحدثة في الطب والجراحة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، الجزائر، 2015-2016 م .
- 9- رمضان بعدي محمد فارس، فقه النوازل في ميراث الخنثى، الميت دماغيا، الموتى جماعيا، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة أم درمان الإسلامية، السودان، 2015 م.
- 10- زبيدة أقروفة، الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص أصول الفقه، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 1429 هـ - 1430 م، 208-2009 م.
- 11- زيري بن قويدر، النسب في ظل التطور العلمي والقانوني "دراسة مقارنة"، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة تلمسان، الجزائر، 2011-2012 م.

- 12- سحارة السعيد، أحكام الإخصاب الاصطناعي "دراسة مقارنة" أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم في الحقوق، تخصص قانون الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، 2019-2020م.
- 13- السيد عطية، السيد أبو حمزة، أحكام المتبني واللقيط، رسالة دكتوراه مقدمة بقسم الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، مصر، 1999م.
- 14- الشامسي حبيبة سيف سالم راشد، النظام القانوني لحماية جسم الإنسان، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، 2005م.
- 15- الشهابي إبراهيم الشرقاوي، تثبيت الجنس وآثاره "دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني" رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2002م.
- 16- صديق مروج، القرائن الطبية المعاصرة وآثارها الفقهية، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية، تخصص فقه وأصوله، كلية العلوم الإسلامية، جامعة باتنة 1، 1441هـ-1442هـ - 2020م-2021م.
- 17- صلاح الشيخ محمد إبراهيم، ضوابط الحكم بالعقوبة وتنفيذها في الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، أسيوط، مصر، 1989م.
- 18- عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي، إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة "دراسة فقهية وتشريعية مقارنة"، رسالة دكتوراه، قسم الشريعة، كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، 1421هـ-2000م.
- 19- عايض المري راشد، مدى حجية التكنولوجيا الحديثة في إثبات العقود التجارية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1998م.
- 20- عبد الرحمان أحمد الرفاعي، البصمة الوراثية وأحكامها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي "دراسة فقهية مقارنة" أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، مصر، 2005م.
- 21- عبد الفتاح سمير طه، الحجية القانونية لوسائل المعلومات المستحدثة في الإثبات، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1999م.
- 22- علال برزوق آمال، أحكام النسب بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي "دراسة مقارنة" أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2014-2015م.
- 23- عيسى أمعيزة، الإرث بالتقدير والاحتياط في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2011-2012م.
- 24- فتح الله زيد، حجية القرائن في القانون والشريعة، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، القاهرة، مصر، 1359هـ.
- 25- قروف موسى الزين، سلطة القاضي المدني في تقدير أدلة الإثبات، رسالة دكتوراه العلوم في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، 2013م-2014م.
- 26- محمد بن غيلان المدحجي، أحكام النوازل في الإنجاب، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، 1429هـ-1430هـ.
- 27- محمد علي محمد عطاء الله، الإثبات بالقرائن في القانون الإداري والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، مصر، 1421هـ-2001م.
- 28- مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسد، رسالة دكتوراه دولة، جامعة الجزائر، 1996م.

- 29-مكرلوف وهيبه، الأحكام القانونية لنظام تغيير الجنس " دراسة مقارنة" أطروحة دكتوراه في القانون الخاص ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2015-2016 م.
- 30-النتشه محمد عبد الجواد، المسائل الطبية المستجدة في ضوء الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة أم درمان الإسلامية، السودان، 1996م.
- 31-هشام يسري العربي، التيسير في المعاملات المالية " دراسة نظرية تطبيقية مقارنة بين الفقه الحنفي والفقه الحنبلي"، رسالة دكتوراه، دار البشائر الإسلامية، بيروت، لبنان، ط1، 1433هـ-2012 م.
- 32- هيلة بنت عبد الرحمان بن محمد اليابس، الأمراض الوراثية حقيقتها وأحكامها في الفقه الإسلامي، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الشريعة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، السعودية، 1431هـ.
- 33-وراثي غنية، أثر لمستجدات العلمية في الميراث في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر 1، 2019م، 2020م.
- 34-يوسف بن الشيخ، أثر التطورات الطبية والبيولوجية على نظام الإثبات في الأحوال الشخصية "دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المقارن"، رسالة مقدمة لنيل دكتوراه علوم في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، جامعة وهران، الجزائر 2015-2016م.
- 35-يوسف بن عبد الله بن أحمد الأحمد، أحكام نقل أعضاء الإنسان في الفقه الإسلامي، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، تخصص الفقه، كلية الشريعة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، السعودية، 1423هـ -2002م.
- ب -الرسائل الجامعية :
- 1-إبراهيم عبد الرؤوف صلاح، القرائن الطبية المعاصرة في الأحوال الشخصية " دراسة فقهية معاصرة"، رسالة ماجستير في القانون المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، 1439 هـ-2018 م.
- 2- ابن عصمان نسرین إيناس، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأسرة المقارن، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2008-2009م.
- 3- أبو الحاج عبد الحميد محمد، دور القرائن الحديثة في الإثبات في الشريعة الإسلامية وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية في قطاع غزة، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، 2005م.
- 4- أحمد مداح، التجارة الالكترونية من منظور إسلامي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 1427هـ-2006م.
- 5- براهيم صالحي، الإثبات بشهادة الشهود في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 1992 م
- 544- بشير الشيخ صالح، الحماية الجنائية للجنين في ضوء الممارسات الطبية الحديثة، "دراسة مقارنة" رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2012م-2013م.
- 6-بطيمي حسين، القضاء بالقرائن في الشريعة الإسلامية والقانون "دراسة مقارنة"، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 1997م-1998م.
- 7- بلباهي سعيدة، إجارة الرحم وأثرها على النسب، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، قانون خاص، فرع قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر 1، 2014-2015 م.
- 8- بلشير يعقوب، حق الطفل غير الشرعي في معرفة والديه عن طريق البصمة الوراثية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، 2012-2013م.

- 9- بن صالح سارة، سلطة القاضي المدني في تقدير أدلة الإثبات " دراسة في ظر القانون المدني وقانون الإجراءات المدنية والإدارية "، مذكرة ماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سكيكدة، 2011-2012م.
- 10- بوجايي عبد الحكيم، إشكالات انعقاد وانحلال الزواج، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2013م-2014م.
- 11- الجيلالي بغدالي، الوسائل العلمية الحديثة المساعدة على الإنجاب في قانون الأسرة الجزائري، "دراسة مقارنة" مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2013م-2014م.
- 12- حمزة عبد الناصر، عقد الزواج عبر وسائل الاتصال الحديثة، مذكرة معدة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2013م-2014م.
- 13- حمودة أحمد يونس محمد، دور شبكات التواصل الاجتماعي في تنمية مشاركة الشباب الفلسطيني في القضايا المجتمعية، رسالة ماجستير، جامعة القاهرة، 2013 م.
- 14- خالد بوزيد، النسب في تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 1، 2010م-2011م.
- 15- خالد عبد الله العون، مستجدات عيوب النكاح وطرق إثباتها الطبية والفقهية " دراسة فقهية تأصيلية" رسالة الحصول على درجة الماجستير في الفقه وأصوله، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة قطر، يناير 2017م.
- 16- رأفت عاطف عبد الفتاح عياده، العيوب المبيحة لفسخ النكاح " دراسة فقهية في ضوء المستجدات الطبية "رسالة ماجستير في القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا، جامعة الخليل، فلسطين، 1437هـ-2016م.
- 17-زياد عبد الحميد محمد أبو الحاج، دور القرائن الحديثة في الإثبات في الشريعة الإسلامية وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية في قطاع غزة، قدمت استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في و الشرعي، غزة، 1426هـ-2005 م.
- 18- سعد شايع أحمد، التطبيقات الفقهية لقاعدة الضرورة تقدر بقدرها في الطب والتداوي ونوازها المعاصرة، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير، المعهد العالي للقضاء، قسم الفقه المقارن، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، السعودية، 1432هـ.
- 19- سلامي دليلة، حماية الطفل في قانون الأسرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2008م.
- 20- شبرو محمد المختار، الفحص الطبي قبل الزواج، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، 2014 م-2015م.
- 21- طفياني مخطارية، إثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري والفقه الاسلامي، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة محمد بوقرة، بومرداس، 2006م.
- 22- صالح بوغرة، حقوق الأولاد في النسب والحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة ابن عكنون، الجزائر، 2006-2007م.
- 23-صالح عبد الله الاحم، الطرق المختلف فيها لإثبات جريمة القتل، رسالة ماجستير، كلية الشريعة، جامعة الإمام محمد بن سعود، السعودية، د ت ن.
- 24-عبد الحميد حسن صباح، ميراث الخنثى في ضوء الحقائق العلمية المعاصرة وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية في قطاع غزة، رسالة ماجستير في القضاء الشرعي، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية بغزة، فلسطين، 1429هـ-2008 م.
- 25-عبد الله عابدي، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية "دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري"، بحث مقدم لنيل درجة ماجستير، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، 1427هـ-2006م.

- 26- عبد الله علي فهد العجمي، دور القرائن في الإثبات المدني، دراسة مقارنة بين القانون الأردني والكويتي، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، (د م ن)، 2011 م.
 - 27- عدنان حسن العزايزة، القرينة وحجيتها في إثبات الحقوق في الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير في الفقه وأصوله، كلية الشريعة، الجامعة الأردنية، الأردن، 1407 هـ - 1987 م،
 - 28- علي بن مشيب بن عبد الله البكري، استئجار الرحم، دراسة تأصيلية مقارنة، مذكرة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، السعودية، 2011 م
 - 29- عيار عمر، الأحكام القانونية العامة لنظام الإنجاب الصناعي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي الياصب، سيدي بلعباس، الجزائر، (غ م).
 - 30- عيسى أمعيزة، الحمل: إرثه وأحكامه وصوره المعاصرة بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والعلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 2006 م.
 - 31- فادية محمد توفيق أبو عيشة، موقف الشريعة الإسلامية من تحديد جنس الجنين " دراسة في مقاصد الشريعة الإسلامية في الحفاظ على الأسرة والصحة الإنجابية"، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2012 م
 - 32- الكرية محمد، الإثبات بالقرائن في المواد المدنية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2002-2003 م
 - 33- ليلي جمعي، التطبيق للضرر في قانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير، معهد الحقوق، جامعة وهران، 1994 م.
 - 34- مصلح محمود، موانع الميراث في الشريعة الإسلامية وتطبيقاتها في المحاكم والشريعة بقطاع غزة، رسالة ماجستير، نوقشت في الجامعة الإسلامية بقسم القضاء الشرعي، سنة 2008 م.
 - 35- مصطفى رمضان عبد القادر العقراوي، أحكام الولد المشتبه في نسبه، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الموصل، العراق، 2010 م.
 - 36- المنصور محمد المنصور، تأثير شبكات التواصل الاجتماعي على جمهور المثقفين، رسالة ماجستير في الإعلام والاتصال، مجلس كلية الآداب والتربية، الأكاديمية العربية في الدنمارك، 2012 م.
 - 37- مومن أحمد ذياب شويده، أثر وسائل الاتصال الحديثة على ميراث المفقود في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية غزة، 1427 هـ - 2006 م.
 - 38- هيكل حسيني إبراهيم أحمد إبراهيم، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي والتشريع الإسلامي، رسالة ماجستير مقدمة لكلية الحقوق، قسم القانون المدني، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، 2006 م.
 - 39- اليرماني غربال عائدة، مصلحة الطفل الفضلى من خلال بعض المسائل الأسرية، تونس مثالا، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجامعة اللبنانية، بيروت، 2005-2006 م.
- ج -مذكرات تخرج القضاء:**
- 1- أنيس سمكة، إثبات النسب بين مجلة الأحوال الشخصية والقانون عدد 75 لسنة 1998م، بحث تخرج من المعهد الأعلى للقضاء في تونس، المعهد الأعلى للقضاء، تونس، السنة القضائية 2000-2001 م.
 - 2- سعد أصبان، النسب بين قواعد الشريعة ونتائج الخبرة، عرض مقدم لطلبة المعهد العالي للقضاء، الفوج 34.
- ثانيا:الدوريات والمجلات والجرائد:**

- 1- أبكر علي عبد المجيد أحمد، عادل محمد عبد الله عبد الباقي، مدى حجية الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات من منظور التشريعات السودانية، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الأغواط، عدد 4، د ت ن .
- 2- أبو زيد بكر بن عبد الله، طرق الإنجاب في الطب الحديث وحكمها الشرعي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، عدد 3، 1408هـ-1987م.
- 3- أحمد الشطي، أطفال الأنايب بين العلم والدين، مجلة القبس، الكويت، عدد: 4865، 1985/11/27م.
- 582- أحمد داود رقية، ملامح القصور التشريعي في المادة 45 مكرر من قانون الاسرة الجزائري "دراسة تحليلية"، المجلة الإفريقية للدراسات القانونية والسياسية، جامعة أحمد دراية-أدرار-الجزائر، المجلد 02، عدد 01، جوان 2018م.
- 4- أحمد عبد الجيد حسيني، مدى مشروعية إثبات النسب أو نفيه بالبصمة الوراثية في الفقه الإسلامي، مجلة كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر القاهرة، مصر، عدد 35، الجزء الأول، مارس 2020م.
- 5- أحمد عمراي، زراعة الأعضاء وإشكالية تحديد لحظة الوفاة بين المقتضيات الطبية والقانونية والشرعية، المجلة الجزائرية للمخطوطات، كلية العلوم الإنسانية، جامعة وهران 01، ع 12، جانفي 2015م.
- 6- الأشقر محمد سليمان، نهاية الحياة، مجلة مجمع الفقه الاسلامي الدولي، الدورة 3، عدد 3، 1408هـ-1987م.
- 7- أم الخير بوقرة، دور البصمة الوراثية في حماية النسب، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر ببسكرة، عدد 7، 2010م.
- 8- أمال بلعباس، انتقاء جنس الجنين من منظور شرعي قانوني، مجلة القانون والعلوم السياسية، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي بالنعامة، عدد 1، 2020م.
- 9- أمل معطي، زواج الأقارب والإعاقات السمعية والنطقية في معهد التربية الخاصة بدمشق "دراسة ميدانية" مجلة جامعة دمشق، المجلد 29، عدد 3 و 4، 2013م.
- 10- آمنة تازير، محروق نادية، الزواج عن طريق وسائل الاتصال الحديثة "دراسة مقارنة بين أحكام الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري"، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، جامعة الشلف، عدد 01، 2020م.
- 11- البار محمد علي، التلقيح الصناعي وأطفال الأنايب، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، الدورة الثانية، عدد 02، 1986م.
- البار محمد علي، الموت الإكلينيكي والموت الشرعي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي برابطة العالم الإسلامي مكة المكرمة، السعودية، عدد 11، سنة 09، 1419هـ-1998م.
- 12- تيريسي، ترجمة انجي بندراي أحمد، طمس الخط الفاصل بين الموت والحياة، مجلة نيو ساينتست البريطانية، المجلد 216، عدد 2887.
- 13- ثورة إبراهيم الصويان، تأثير شبكات التواصل الاجتماعي على الثقافة الاجتماعية للشباب السعودي، مجلة بحوث الشرق الأوسط، القاهرة، مصر، عدد 34، 2014م.
- 14- جريدة الأهرام المصرية الصادرة بتاريخ: 1997/04/22م.
- 15- جريدة الشرق الأوسط، نقلا عن وكالات الأنباء بتاريخ: 09 ذي القعدة 1405هـ الموافق ل: 1985/07/26م.
- 16- جريدة الشرق الأوسط بمصر، الصادرة بتاريخ: 2006/04/11م، عدد 996.
- 17- جيلالي تشوار، الأحكام الإسلامية في مسائل التغيير الجنسي والاستنساخ البشري، م ج ع ق أ س، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر 1، عدد 36، الجزائر، 1998م.
- 18- جيلالي تشوار، رضا الزوجين على التلقيح الاصطناعي، م، ع، ق، إ، كلية الحقوق، جامعة تلسان، عدد 04، 2006م.
- 19- جيلالي تشوار، عولمة القانون ومدى تأثيرها على أحكام الأسرة، م.ج.ع.ق.أ.س، جامعة الجزائر، عدد 03، 2008م.

- 20- جيلالي تشوار، القضاء مصدر تفسيري تعسفي للقاعدة القانونية المنظمة للنسب، م.ج.ع.ق.إ.س، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، عدد01، 2003م.
- 21- جيلالي تشوار، نسب الطفل في القوانين المغاربية للأسرة بين النص والتشريع والتنقيحات المستحدثة، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، العدد03، 2005م.
- 22- حازم أبو الحمد حمدي الشريف، ميراث الحمل والخنثى في ضوء المستجدات الطبية "دراسة مقارنة"، المجلة العلمية، كلية الشريعة والقانون بأسسيوط، جامعة الأزهر، مصر، عدد 33 يوليو 2021 م.
- 23- حسن محمد كاظم، حيدر حسين كاظم، عدنان هاشم جواد، مشروعية الحمل لحساب الغير وأحكامه في القانون والشريعة الإسلامية، مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون، جامعة كربلاء، عدد 02، 2010م.
- 24- حميد سلطان علي، عباس فاضل عباس، تحديد جنس الجنين بين الحضر والمشروعية، مجلة الجامعة العراقية، كلية القانون والعلوم السياسية، الجامعة العراقية، العراق، عدد1/39، 2017 م.
- 25- حيدر حسين كاظم الشمري، إشكاليات إثبات النسب في صور وفرضيات التلقيح الصناعي "دراسة مقارنة في القانون والشريعة الإسلامية"، مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون، جامعة كربلاء، العراق، السنة الثانية، العدد01، 2010م.
- 26- حيدر حسين كاظم الشمري، مدى مشروعية البصمة الوراثية وحجيتها في نفي النسب "دراسة قانونية مقارنة مع الفقه الإسلامي"، مجلة أهل البيت، عدد 19، د ت ن.
- 27- خالد بن عبد الله المصلح، رؤية شرعية في تحديد جنس الجنين، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة، السعودية، العدد25، السنة23، 1431هـ -2010م.
- 28- خالد القروطي، اختيار جنس الجنين وموقف الشريعة الإسلامية منه، مجلة الذخيرة للبحوث والدراسات الإسلامية، عدد 01، جوان 2019م.
- 29- دعيح بطحي ادحيلان المطيري، الموت الدماغى وتكييفه الشرعى، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية الكويتية، الكويت، عدد68، 2008م.
- 30- الرشيد بن شويخ، الطرق الشرعية والقانونية لثبوت النسب أو نفيه، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، عدد03، 2005م.
- 31- الرشيدى فهد سعد، أثر اضطراب الهوية الجنسية في مشروعية عملية التحول الجنسي وبيان ما أخذ به القضاء الكويتي، مجلة كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، عدد 23، 2008م.
- 32- رنجي مصطفى عليان، البريد الالكتروني، مجلة الأمن والحياة، جامعة نايف العربية، السعودية، عدد 234، فيفري 2002م.
- 33- رياض الخالي، شرعية تشريح جثة الإنسان للتعليم الطبي، مجلة دراسات قانونية، كلية القانون، جامعة قار يونس، بنغازي بليبيا، مجلد 11، 1986 م.
- 34- الربيعي عبد الله بن محمد بن صالح، اضطراب الهوية الجنسية "دراسة فقهية طبية" مجلة الجمعية الفقهية السعودية، د ت ن.
- 35- زياد طارق حمودي نجم الجبوري، اختيار جنس الجنين بين الشريعة والطب، مجلة جامعة الأنبار، كلية العلوم الإسلامية، بغداد، العراق، عدد 23، السنة 6، 2015 م.
- 36- زينب حامد سيد مرزوق، التلقيح الصناعي الداخلي من الزوج الميت دماغيا "دراسة فقهية مقارنة"، مجلة الشريعة والقانون، كلية البنات الإسلامية بأسسيوط، جامعة الأزهر، مصر، عدد 35، 1442هـ -2020م.
- 37- زينة حسين، مشروعية إبرام عقد الزواج عبر الأنترنت، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهريين، المجلد الثالث، الإصدار 14، 2012م.

- 38- سعد الدين هلال، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي ، العدد 17، السنة 15، 1425هـ-2003 م.
- 39- السعيد عبد الوهاب أحمد محمد، إثبات النسب ونفيه في الإسلام "دراسة في المرتكز والمنجز الفقهي"، مجلة جامعة ناصر، اليمن، عدد 4، يوليو - ديسمبر 2014م.
- 40- سعيدي محمد نجيب، التغيير الجنسي من منظور قانوني وشرعي، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، جامعة الأغواط، عدد 02، 2020 م.
- 41- السويلم بندر، البصمة الوراثية وأثرها في النسب، مجلة العدل، وزارة العدل، الرياض، السعودية، عدد 37، 2020م.
- 42- سليمان النحوي، تحديد لحظة الوفاة في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، مجلة معارف، قسم العلوم القانونية، جامعة البويرة، عدد 13، 25 ديسمبر 2018 م.
- 43- شعبان أبو عجيلة عصارة، الإنعاش الاصطناعي وتحديد لحظة تحقق الوفاة، مجلة العلوم القانونية والشرعية، كلية الحقوق، جامعة الزاوية، عدد 7، 2015 م.
- 44- شكري صالح إبراهيم الصعدي، التحكم في نوع الجنين، مجلة الشريعة والقانون، د م ن، عدد 23، د ت.
- 45- شكري محمود داود السليم، القرينة القانونية ودورها في التفريق القضائي، مجلة الرافدين، بغداد، العراق، مجلد 11، عدد 41، 2009 م.
- 46- الشمراي صالح بن علي، أثر القول بعد الدماغ موتا حقيقيا أو لا على الأحكام الفقهية، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، د م ن، عدد 89، السنة 22، مايو 2011 .
- 47- صالح بن فوزان بن عبد الله الفوزان ، جراحة الخنثى وتغيير الجنس في القانون السوري، مجلة جامعة دمشق ، كلية الحقوق، جامعة دمشق بدمشق، سوريا، مج 19، عدد 2، 2003 م.
- 48- صالح فوزان، حجية البصمات الوراثية في إثبات النسب "دراسة قانونية مقارنة"، مجلة الشريعة والقانون، تصدر عن المجلس العلمي، جامعة الإمارات العربية المتحدة، عدد 19، يونيو 2003م.
- 49- صالح عبد الرحيم، انعقاد الزواج بالبريد الإلكتروني "دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري"، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، عدد 07، جوان 2012م.
- 50- صرخو يعقوب يوسف، أحكام الإثبات في القانون الكويتي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، مجلد 15، عدد 2، د ت ن.
- 51- الضمراني عبير "أبناء الاغتصاب يبحثون عن طريق! هل يأخذون حقهم بالDNA؟"، جريدة الأهرام، القاهرة السنة 132، عدد 44074، بتاريخ 08 أوت 2007.
- 52- ضيف نوال، دلول الطاهر، أثر الوسائل الطبية الحديثة في عملية الإنجاب على نسب المولود، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المسيلة، المجلد 05، عدد 01، 2020م.
- 53- طحطاح علال ميراث المفقود في الفقه الاسلامي وتقنين الاسرة جزائري، مجلة حوليات جامعة الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة، عين الدفلى، الجزائر، عدد 32، سبتمبر 2018م.
- 54- عبد الباقي بدوي، التفريق القضائي بين الزوجين بسبب العقم في الشريعة الإسلامية وقوانين الأحوال الشخصية، مجلة الدراسات الإسلامية، قسم العلوم الإسلامية، جامعة الأغواط، عدد 7 جوان 2016م.
- 55- عبد الرشيد محمد أمين بن قاسم، البصمة الوراثية وإثبات النسب، مجلة العدل :وزارة العدل السعودية، عدد 23، السنة السادسة، رجب 1425هـ.

- 56- عبد القادر بن محمد العماري، نهاية الحياة الإنسانية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة 3، عدد 3.
- 57- عبد الكريم مأمون، الإطار الشرعي والقانوني للإنجاب الصناعي، م ع ق إ، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، عدد 04، 2006م.
- 58- عبد الله بن زيد آل محمود، الحكم الإقناعي في إبطال التلقيح الاصطناعي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، عدد 2، 1407 هـ.
- 59- عبيدات يوسف محمد، طبيعة التعاقد بالهاتف وعبر الأنترنت، مجلة أبحاث اليرموك، المجلد 27، عدد 1، الأردن، 1432 هـ- 2011م.
- 60- العبيدي أشامة عبد الغانم، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، مج 28، عدد 56.
- 61- العربي بلحاج، الشهادة الطبية قبل الزواج على ضوء قانون الأسرة الجزائري الجديد، مجلة المحكمة العليا، عدد 01، 2007م.
- 62- عقيل فاضل الدهان، رائد صيوان المالكي، المشاكل القانونية والشرعية لعقود إجارة الأرحام، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، العراق، 2011م، المجلد الثالث عشرة، عدد 02.
- 63- القرة داغي علي محي الدين، إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة، مجلة المجمع الفقه الإسلامي الدولي، عدد 6، 1410 هـ- 1990م.
- 64- عطية عزمي عبد الفتاح، مستجدات قانون المرافعة الكويتي الجديد والقوانين المكملة له " قانون الإثبات و قانون تنظيم الخبرة "مجلة الحقوق، جامعة الكويت، القسم الأول، مجلد 8، عدد 1، د ت ن .
- 65- علي محمد يوسف المحمدي، الأمراض الوراثية من منظور إسلامي، مجلة الدراسات الإسلامية، كلية الشريعة والقانون والدراسات الإسلامية، جامعة قطر، (د.ع، د ت).
- 66- علي الوابل، الأشعة الطبية التشخيصية "أنواعها واستخداماتها"، صحيفة الجزيرة(على شبكة الأنترنت)، مؤسسة الجزيرة للصحافة والطباعة والنشر، السعودية، عدد 10112، جوان 2000م.
- 67- عميش يوسف عميش، الهذيان، جريدة الرأي الأردنية، بتاريخ 2012/09/14م.
- 68- قبائلي عمر، مكانة وسائل الاتصال الحديثة في الجزائر " دراسة انتربولوجية"، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، عدد 3، 2010م.
- 69- القرة داغي علي محي الدين، الفحص الطبي قبل الزواج من منظور الفقه الإسلامي، دراسة علمية فقهية، مجلة المجلس الأوروبي للإفتاء، عدد 07، 1426 هـ- 2005م.
- 70- كمال سيد عبد الحليم محمد نصر، التحول الجنسي وعقوبته في الفقه الإسلامي، مجلة الدراسات العربية، كلية العلوم، جامعة المنيا، مصر، د ت.
- 71- لعل سعاد، وردة سعادي، إثبات النسب بالطرق العلمية في الفقه والتشريع وتطبيقاته في الاجتهاد القضائي الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، عدد 05، 2021م.
- 72- مازن هنية إسماعيل "إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية " مجلة الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، المجلد 17، عدد 01، 01 جانفي 2009م.
- 73- محمد خلف محمد بني سلامة، مشروعية عقود الزواج بالكتابة عبر الأنترنت "دراسة فقهية مقارنة مع قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (36) لسنة 2010 م"، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية، مجلد 22، العدد الثاني، يونيو 2014م.
- 74- محمد سيد طنطاوي، تغيير الجنس بين الشريعة والطب، المجلة العربية، (د م ن، د ع)، أبريل 1989 م.

- 75- محمد الطاهر رحال، القرائن القانونية ومدى حجيتها في الإثبات الجنائي، مجلة البحوث والدراسات الإنسانية، جامعة سكيكدة، عدد 11، 2015 م.
- 76- محمود شمام، حكم إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، عدد 06، 1410هـ-1990م.
- 77- المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية، ملحق مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة والقانون، عدد 26، أبريل 2006م.
- 78- مراد بن صغير، التأصيل الفقهي والقانوني للتلقيح الصناعي وأثره على الرابطة الزوجية، مجلة الحجة، مجلة دورية تصدر عن منظمة المحامين بتلمسان، الجزائر، عدد 01، 2007م.
- 79- مرسي مشري مرسي، شبكات التواصل الاجتماعي الرقمية " نظرة في الوظائف " مجلة المستقبل العربي، لبنان، عدد 395، يناير 2012م.
- 80- مروة حسونة، مؤتمر الصحة النفسية يعلن علاجا جديدا للاضطراب الوجداني ثنائي القطب، صحيفة اليوم السابع، بتاريخ 2015/12/29م.
- 81- مريم سلطان راشد بن قبا المهيري، محمد صالح سميران، القواعد الفقهية وأثرها في حكم اختيار جنس الجنين "قاعدة الحاجة تُنزل منزلة الضرورة أمودجا" - دراسة فقهية قانونية تطبيقية -، مجلة البحوث العمية والدراسات الإسلامية، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الشارقة، الإمارات العربية، عدد 4، السادسي الثاني، 2021م.
- 82- مزوري أحمد بن يوسف، مسايرة قانون الأسرة للتطور التكنولوجي في مجال إبرام عقد الزواج، مجلة مالك بن نبي للبحوث والدراسات، جامعة مصطفى اسطنبولي، معسكر (الجزائر)، عدد 1، 2021م.
- 83- معمري إيمان، ميدون مفيدة، اشتراط الشهادة الطبية وأثرها في عقد الزواج على ضوء قانون الأسرة الجزائري، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي بتندوف، الجزائر، عدد 01 لسنة 2019 م.
- 84- المغربي محمد نجيب عوضين، هل يجوز التعاقد بالوسائل المستحدثة، مجلة الوعي الإسلامي، وزارة الشؤون الدينية الكويت، عدد 422، ديسمبر 2000م - يناير 2001م.
- 85- منصور عبد السلام الطرية، جراحة الخنوثة وتغيير الجنس، دراسة في ضوء الشرائع السماوية والشرع الأردني، مجلة الحقوق الكويت، السنة 35، عدد 4، 2011 م.
- 86- ميرة وليد، تحديد زمن الوفاة وأثره على الحقوق في ظل المستجدات الطبية، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المسيلة، الجزائر، عدد 02، ديسمبر 2021 م.
- 87- ناصر عبد الله الميمان، البصمة الوراثية وحكم استخدامها في مجال الطب الشرعي والنسب، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، عدد 18، جوان 2002م.
- 88- ندى سالم حمدون، سعد عبد الوهاب عيسى، توريث الموتى، مجلة الرافدين للحقوق، كلية الحقوق، جامعة الموصل، المجلد (19)، عدد (65) 2021 م.
- 89- نصر الدين مروك، التلقيح الصناعي في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى بالجزائر، عدد 02، 1419هـ-1999م.
- 90- هاجر عبد الدايم، موسى مرمون، دور القاضي في إثبات الزواج الإلكتروني، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة 1، 3 ديسمبر 2019 م.
- 91- الهادي الحسني الشبيلي، استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب (نظرة شرعية)، المجلة العربية للعلوم الأمنية والتدريس، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، السعودية، مجلد 18، عدد 35، محرم 1424هـ -2003م.

- 92- هاني بن عبد الله الجبير، آثار تصرفات المرضى النفسيين، المجلة القضائية، وزارة العدل، الرياض، عدد 3، محرم 1433هـ.
- 93- هشام بن عبد الملك بن آل الشيخ، التلقيح الصناعي "دراسة فقهية مقارنة" حولية مركز البحوث والدراسات الإسلامية، عدد 17، السنة 6، د ت ن .
- 94- هاشم جميل، زراعة الأعضاء في ضوء الشريعة الإسلامية، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الاسلامي بمكة المكرمة الدورة 3، عدد 2، 1980م .
- 95- وجيه خاطر، نقل وزرع أعضاء الجسم البشري، مجلة المحامون السورية لسنة 1953 وعام 1988م الأعداد 7، 8، 9.
- 96- الوراثة تلعب دورا رئيسيا في الإصابة بالأمراض العقلية، مقال منشور بجريدة الرياض السعودية، عدد 14648، بتاريخ 2008/08/01م.
- 97- يحيى سامية، حجية القرائن القضائية في الإثبات، م جمع قس وإ، جامعة الجزائر 1، مجلد 57، عدد 02، مارس 2020م.
- 98- يزيد أنيس نصير، الارتباط بين الإيجاب والقبول في القانون الأردني والمقارن، مجلة الحقوق، الكويت، عدد 03، السنة 27، شعبان 1424هـ الموافق له سبتمبر 2003م.

ثالثا: الفتاوى:

- 1- ابن تيمية أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله ، الفتاوى الكبرى لابن تيمية ، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، د ت ن .
- 2- الزرقاء مصطفى أحمد، فتاوى مصطفى الزرقاء، دار القلم، دمشق، سوريا، ط3، 1425هـ-2004م.
- 3- صالح بن فوزان بن عبد الله الفوزان، الفتاوى المتعلقة بالطب وأحكام المريض، الرئاسة العامة للبحوث العلمية والافتاء، الرياض، السعودية، ط3، 1435هـ-2014م.
- 4- عبد العزيز بن عبد الله بن باز، الفتاوى الشرعية على المشكل في المسائل الطبية، دار ابن الأثير، الرياض، ط1، 1426هـ فتاوى دار الافتاء المصرية رقم: 356/7 بتاريخ محرم: 1400هـ، الموافق له 5 ديسمبر 1979م
- 5- عبد الله بن محمد الطيار، لقاءات الباب المفتوح مع فضيلة الشيخ محمد بن صالح العثيمين، دار البصرة، الاسكندرية، مصر، (د ط، د ت ن).
- 6- علي الحسيني الخامنئي، أجوبة الاستفتاءات، المعاملات، سؤال رقم : 98، دار النبأ، دم ن، ط 1، 1415 هـ- 1995 م.
- 7- الفتاوى الإسلامية من دار الافتاء المصرية، وزارة الأوقاف، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، يشرف على إصدارها الشيخ علي جادالحق وآخرون، القاهرة، مصر، 1403هـ-1983م، مجلد 12.
- 8- فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والافتاء، جمع وترتيب: أحمد بن عبد الرزاق الدويش، دار المؤيد، الرياض، السعودية، ط5، 1424هـ-2003م، المجلد 19.
- 9- فتاوى وأحكام للمرأة المسلمة، مكتبة وهبة، القاهرة، مصر، ط 3، 2006م.
- 10- فتوى رقم 168 الصادرة عن دار الافتاء المصرية بتاريخ 1988/11/2 م.
- 11- فتوى وزارة الأوقاف الكويتية الصادرة عن دائرة الفتوى رقم 11 سنة 1948م.
- 12- اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والافتاء، فتاوى اللجنة الدائمة، رئاسة إدارة البحوث العلمية والافتاء، الإدارة العامة للطبع، فتوى رقم: 19458 بتاريخ 1418/2/18هـ، الرياض، ج 2
- 13- لجنة الفتوى بوزارة الشؤون الدينية والأوقاف " حكم القتل الرحيم " رسالة المستجد ، الجزائر، ع02، السنة 13، جمادى الأولى - جمادى الثانية: 1436هـ، الموافق له مارس - أبريل 2015م.

- 14- محمد شلتوت : الفتاوى، دراسة مشكلات المسلم المعاصرة في حياته اليومية العامة، دار الشروق، القاهرة، مصر، ط 8، 2004م
- 15- من فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث والافتاء، المملكة العربية السعودية "إجابة للسؤال الأول من الفتوى رقم (1542)"
- 16- يوسف القرضاوي يوسف، الحلال والحرام، مكتبة وهبة، القاهرة، مصر، ط 11، 1397هـ-1997م.
- 17- يوسف القرضاوي يوسف، فتاوى معاصرة للمرأة المسلمة، دار الضياء للنشر والتوزيع، ط 1، 1988م.
- رابعاً: البحوث والندوات والملتقيات والمؤتمرات :**
- 1- إبراهيم محمد أبو الوفا، مدى حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي في القانون الوضعي والفقہ الإسلامي، أبحاث مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات 2002 م.
- 2- إبراهيم أحمد عثمان، دور البصمة الوراثية في قضايا إثبات النسب والجرائم الجنائية بحث مقدم ضمن المؤتمر العربي الأول لعلوم الأدلة الجنائية والطب الشرعي، المنعقد بالرياض -السعودية- في الفترة بين 12-14 نوفمبر 2007م.
- 3- ابن تركي الخثلان سعد، أحكام الأولاد الناتجين عن الزنا، بحث مقدم للمجمع الفقهي الإسلامي، الدورة 20 المنعقد بمكة المكرمة في الفترة ما بين 25-29 ديسمبر 2010م.
- 4- أحمد شوقي إبراهيم، نهاية الحياة البشرية، بحث منشور ضمن أبحاث ندوة الحياة الإنسانية "بدايتها ونهايتها في المفهوم الإسلامي" والتي نظمتها المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت، 1405هـ-1985م.
- 5- أحمد عثمان، التشخيص قبل الولادة للأمراض الوراثية، بحث مقدم ضمن أعمال ندوة الانعكاسات الأخلاقية للعلاج الجيني، تنظيم كلية العلوم، جامعة قطر، من 20 إلى 22 أكتوبر 2001م.
- 6- الأشقر محمد سليمان، إثبات النسب بالبصمة الوراثية، بحث مقدم إلى ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني بالكويت سنة 1998م.
- 7- الأوزاعي محمد أنيس، محاضرة بعنوان : البصمة الوراثية، دار الفتوى في الجمهورية اللبنانية، كلية الشريعة، جامعة بيروت الإسلامية، لبنان، د ت ن.
- 8- البار محمد علي، اختيار جنس الجنين، " وسائل التحكم في جنس الجنين ومدى نجاحها وحكمها الشرعي" أعمال وبحوث الدورة 18 للمجمع الفقهي الإسلامي المنعقد في مكة المكرمة، من 10-14 /3/ 1427 الموافق لـ 8-12/4/ 2006 م، المجلد 3، ط 1، 1426 هـ -2005 م .
- 9- البار محمد علي، زرع الغدد التناسلية والأعضاء التناسلية، بحث مقدم ضمن مؤتمر مجمع الفقہ الإسلامي، في دورة مؤتمره السادس بجدة، السعودية، من 17 إلى 23 شعبان 1410 هـ الموافق 14 إلى 20 آذار (مارس) 1990م.
- 10- البار محمد علي، الفحص قبل الزواج والاستشارة الوراثية، نظرة فاحصة للفحوصات الطبية الجينية، بحث مقدم ضمن أعمال الندوة العالمية للشباب الإسلامي - اللجنة الطبية الإسلامية- المنعقدة بالرياض، السعودية، بتاريخ: 23 من شوال 1397هـ.
- 11- بدر المتولي عبد الباسط، نهاية الحياة الإنسانية في نظر الإسلام، بحث مقدم ضمن مؤتمر الطب الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بالكويت، الدورة 3.
- 12- تقرير للجنة المكلفة من المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، ضمن المؤتمر الدولي السنوي (الشبكة موت الدماغ وتحديد لموت) المنعقد بمدينة سان فرانسيسكو بالو م أ في نوفمبر 1996م.
- 13- توفيق الوادعي، حقيقة الموت والحياة في القرآن والأحكام الشرعية، بحث مقدم ضمن مؤتمر الطب الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بالكويت مجلة مجمع القه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة 3.

- 14- الحربي عوض حميدان نافع، التأصيل العلمي بحث مقد إلى مؤتمر القرائن الطبية المعاصرة، جامعة الامام بن سعود الاسلامية، الرياض، السعودية، 1435هـ.
- 15- حسان حتوت، متى تنتهي الحياة، بحث منشور ضمن أبحاث ندوة الحياة الإنسانية "بدايتها ونهايتها في المفهوم الإسلامي" والتي نظمتها المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت، 1405هـ-1985م.
- 16- حمداتي ماء العينين، الأمراض التي يجب أن يكون الاختبار الوراثي فيها اجباريا، بحث مقدم ضمن أعمال ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني- رؤية اسلامية- بالكويت.
- 17- خالد عبد الله المصلح، رؤية شرعية في تحديد جنس الجنين، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة، السعودية، عدد 25، 1431هـ-2010م.
- 18- خالد العلي، التشوهات الوراثية في الجنين، بحث مقدم ضمن أعمال ندوة الانعكاسات الأخلاقية للأبحاث المتقدمة في علم الوراثة، تنظيم المنظمة الإسلامية للعلوم والتربية والثقافة بالاشتراك مع جمعية الدعوة الإسلامية وبتعاون مع كلية العلوم، جامعة قطر، بتاريخ: 12-23 شعبان 1413هـ-13-15 فبراير 1993م.
- 19- رأفت عثمان محمد، البصمة الوراثية ودورها في إثبات ونفي النسب، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، 2002م.
- 20- رجب التميمي، أطفال الأنابيب، بحث مقدم للمجمع الفقهي الإسلامي ضمن الدورة السابعة المنعقدة بمكة المكرمة - السعودية- من يوم 11-16 ربيع الآخر، 1404هـ. 1984م.
- 21- الزحيلي محمد، الإرشاد الجيني، بحث مقدم ضمن أعمال ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني -رؤية إسلامية المنعقد بالكويت.
- 22- الزحيلي وهبة، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، بحث مقدم في الدورة الدورة 16 للمجمع الفقهي الإسلامي المنعقد بمكة المكرمة، 21 في الفترة الممتدة بين : 26 شوال 1422هـ الموافق ل: 05-10 يناير 2002م.
- 23- زيد بن عبد الله بن إبراهيم أقرون، البصمة الوراثية وأثرها في الإثبات، ضمن مؤتمر القرائن الطبية المعاصرة المنعقد بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية في مدينة الرياض، في المدة الممتدة من 8 إلى 9 جمادى الآخرة 1435هـ الموافق ل: 8 إلى 9 أبريل 2014م
- 24- سعيد سالم جويلي، العلاقة بين الهندسة الوراثية وحقوق الإنسان، ضمن بحوث مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة من 22 إلى 24 صفر 1423 هـ، الموافق له : من 5 إلى 7 مايو 2002م
- 25- صالح بن فوزان بن عبد الله الفوزان : مناقشات البصمة الوراثية، بحث مقدم ضمن الدورة السادسة عشر لمجمع الفقه الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي، المنعقدة بمكة المكرمة، في الفترة : 21-16/10/1422هـ الموافق له 5-10/01/2002م.
- 26- صفوت حسن لطفي، تعريف الموت في الدين الإسلامي، ضمن بحوث ندوة التعريف الطبي للموت المنظمة من طرف المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بتاريخ 1417هـ.
- 27- عاجب بومدين، عمرأوي نبيل، العلاج النفسي بخفض الحساسية بحركات العين وإعادة المعالجة المدمج -بروتوكولات علم النفس الإيجابي في التكفل النفسي بمرضى السرطان "مدخل نظري"المؤتمر الدولي حول الصحة النفسية والتطبيقات العلاجية، جامعة الجزائر 2، يومي 3و4 مارس 2020م.
- 28- عاطف محمد أبو هرييد، أثر مرض الإيدز على الزوجية وما يتعلق به من أحكام، بحث مقدم ضمن مؤتمر كلية الشريعة والقانون الدولي الأول (التشريع الإسلامي ومتطلبات الواقع)، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، 2006م.
- 29- عبد الرحمان أمين، إثبات الحقوق المالية بالقرائن الطبية المعاصرة ، من أعمال المؤتمر الدولي للقرائن الطبية المعاصرة وآثارها الفقهية، 1435هـ-2014م.

- 30- عبد الستار أبو غدة، مدى شرعية التحكم في معطيات الوراثة، بحث مقدم ضمن أعمال ندوة الإنجاب في ضوء الإسلام التي نظمتها المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت، بتاريخ: 11 شعبان 1403هـ-24 مايو 1983م.
- 31- عبد الستار فتح الله سعيد، البصمة الوراثية في ضوء الإسلام ومجالات الاستفادة منها في جوانب النسب والجرائم وتحديد الشخصية، ضمن أعمال وبحوث الدورة 16 للمجمع الفقهي الإسلامي في مكة المكرمة، 1424هـ-2003م.
- 32- عبد الناصر أبو البصل، تحديد جنس الجنين، بحث مقدم للمجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي، الدورة 18 مكة المكرمة، السعودية، 10-14 ربيع الأول 1427هـ/8-12 أبريل 2006م.
- 33- عبد الوهاب الجباري، استنباط القواعد الفقهية لإجهاض الأجنة المشوهة، بحث مقدم ضمن أعمال ندوة: تطبيق القواعد الفقهية على المسائل الطبية، تنظيم إدارة التوعية الدينية بالشؤون الصحية بمنطقة الرياض، بتاريخ: 5-7 محرم 1429هـ-14-16 يناير 2008م.
- 34- عمر محمود حسن، العلم بالقرينة وأثره على الأحكام القضائية، بحث مقدم للمؤتمر الأول للقرائن المعاصرة وآثارها الفقهية، 1435هـ-2014م.
- 35- غنام محمد غنام، دور البصمة الوراثية في الإثبات، ضمن أبحاث مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات.
- 36- فضلة حفيظة، ميراث الحمل في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، الملتقى الوطني حول: الميراث بين النصوص القانونية والإشكالات العملية، المنعقد بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية يومي: 03 و04 ماي 2015م.
- 37- فهد بن سعد الجهمي، التأصيل الشرعي للعمل بالقرائن وأثرها في إثبات الأحكام، مؤتمر القرائن الطبية المعاصرة وآثارها الفقهية، مجلد 1، 1435هـ-2014م.
- 38- مجمع البحوث الإسلامية قراراته وتوصياته في ماضيه وحاضره، في دورته السابعة والثلاثين، بتاريخ 4 محرم 1422هـ الموافق 29 مارس 2001م، مجمع مطابع الأزهر الشريف.
- 39- المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي، الدورة 21 المنعقدة بمكة المكرمة بتاريخ: 24-28 محرم 1434هـ الموافق له 12-8/12/2012م.
- 40- محسن بن علي الحازمي، الاسترشاد الوراثي: أهمية التوعية الوقائية ومحاذيره الطبية والأخلاقية، بحث مقدم لأعمال ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني، رؤية إسلامية، المنعقد في الكويت، 23-25 جمادى الآخرة 1419هـ/13-15 أكتوبر 1998م، من طرف المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، سلسلة المطبوعات للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، 1421هـ-2000م.
- 45- محسن بن علي الحازمي، أمراض الدم الوراثية "حقائق علمية عن أمراض مزمنة معقدة"، ضمن بحوث الدورة السابعة عشرة للمجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي المنعقدة بجدة في الفترة ما بين 16-24 شوال 1424هـ الموافق ل: 13-18 ديسمبر 2003م.
- 46- محمد أحمد سويلم، حجية الإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي والنظام السعودي وضوابطه، بحث مقدم لمؤتمر القرائن الطبية المعاصرة وآثارها الطبية جامعة الإمام بن سعود الإسلامية، الرياض، السعودية، 1435هـ.
- 47- محمد بن عبد العزيز بن محمد العقيل، إثبات الأهلية النفسية والعقلية بالقرائن الطبية، بحث مقدم إلى مؤتمر القرائن الطبية المعاصرة جامعة الإمام بن سعود الإسلامية، الرياض، السعودية، 1435هـ.

- 48- محمد توفيق قديري، موقف المحكمة العليا من المستجدات الفقهية في المسائل الطبية المتعلقة بأحكام الأسرة (إثبات النسب بالطرق العلمية نموذجاً)، بحث مقدم ضمن الملتقى الدولي الثاني الموسوم بعنوان: المستجدات الفقهية في أحكام الأسرة، معهد العلوم الإسلامية، جامعة الوادي، يومي 15 و16 صفر 1440هـ الذي يوافق 24 و25 أكتوبر 2018م.
- 49- محمد عبد الغفار الشريف، حكم الكشف الإجباري عن الأمراض الوراثية، بحث مقدم ضمن أعمال ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري من منظور إسلامي.
- 50- محمد عثمان شبير، موقف الإسلام من الأمراض الوراثية، ضمن أبحاث بعنوان "دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة"، دار النفائس، الأردن، ط1، 1421هـ-2001م.
- 51- محمد مختار السلاوي، إثبات النسب بالبصمة الوراثية، بحوث وتوصيات الندوة الفقهية الحادي عشر من أعمال المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية. حول الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري من منظور إسلامي.
- 52- محمد مختار السلاوي، التحليل البيولوجي للجينات البشرية وحجته في الإثبات، ضمن أبحاث مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات.
- 53- مختار الحادمي نور الدين، نسب المولود خارج رابطة الزواج، بحث مقدم للمجمع الفقهي الإسلامي، الدورة 20، المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة من 25-29 ديسمبر 2010م.
- 54- مختار المهدي، نهاية الحياة الإنسانية، بحث منشور ضمن أبحاث ندوة الحياة الإنسانية "بدايتها ونهايتها في المفهوم الإسلامي" والتي نظمتها المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت، 1405هـ-1985م.
- 55- مصطفى أحمد الزرقاء، التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب والرأي الشرعي فيهما بحث مقدم إلى المجمع الفقه الإسلامي بمكة المكرمة في دورته الثالثة 1980م.
- 56- مؤتمر الفقه الإسلامي الدولي لمنظمة التعاون الإسلامي، الدورة العشرون التي عقدت بدولة الجزائر وبالتحديد مدينة وهران في الفترة الممتدة ما بين 13 إلى 18 سبتمبر 2012م.
- 57- نجم عبد الله عبد الواحد، البصمة الوراثية وتأثيرها على النسب إثباتاً ونفيًا، أعمال وبحوث الدورة 16 لمجمع الفقه الإسلامي بمكة المكرمة.
- 58- ندوة التعريف الطبي للموت: إشراف وتقديم عبد الرحمان عبد الله العوضي، المنعقدة في الكويت في الفترة ما بين 7 إلى 9 شعبان 1417هـ الموافق لـ: 17 إلى 19 ديسمبر 1996م.
- 59- ندوة الحياة الإنسانية "بدايتها ونهايتها" في المفهوم الإسلامي، المنعقدة بتاريخ 15 يناير 1985، سلسلة مطبوعات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، الإسلام والمشكلات الطبية المعاصرة، ط2، الكويت، 1991م.
- 60- ندوة الشراكة مع قادة المستقبل من أجل حياة زوجية سعيدة "دليل المشورة والفحص لراغب الزواج" بكلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر، القاهرة، بتاريخ 3 ربيع الآخر 1442هـ-الموافق لـ 22 نوفمبر 2020م.
- 61- ندوة الرؤية الإسلامية لبعض الممارسات الطبية، المنعقدة من طرف المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت، بتاريخ 20 شعبان 1407هـ الموافق له: 18 أبريل 1987م.
- 62- الندوة العلمية حول الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري من منظور إسلامي، عقدها مجمع الفقه الإسلامي الدولي بالتعاون مع المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت، في جدة، السعودية، في الفترة 13-15 ربيع الآخر 1434هـ الذي يوافق 23-25 فبراير 2013م.
- 63- الندوة العلمية للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية حول الهندسة الوراثية والجينوم والعلاج الجيني، رؤية إسلامية، المنعقدة بالكويت، منشورات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية.

- 64- ندوة القضايا الخلقية الناجمة عن التحكم في تقنيات الإنجاب، الأكاديمية الملكية المغربية، المنعقدة بأغادير في 24-26 ربيع الأول 1407هـ الموافق لـ: 27-29 نوفمبر 1986م.
- 65- هشام سيدي محمد العربي، عقد الزواج بوسائل الاتصال الحديثة "دراسة فقهية" بحث مقدم ضمن أعمال الملتقى الدولي الثاني بعنوان (المستجدات الفقهية في أحكام الأسرة)، المنعقد بجامعة الوادي بتاريخ: 16 و 17 صفر 1440هـ الموافق لـ 24 و 25 أكتوبر 2018م.
- 66- واصل نصر فريد، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، ضمن أعمال وبحوث الدورة 16 للمجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة .
- 67- وليد العاكوم، البصمة الوراثية وأثرها في الإثبات، ضمن بحوث مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات .
- 68- اليمان ناصر بن عبد الله، الإرشاد الجيني " أهميته، آثاره، محاذيره"، بحث مقدم لأعمال ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجنوم البشري والعلاج الجيني، رؤية إسلامية، المنعقد في الكويت، 23-25 جمادى الآخرة 1419هـ/ 13-15 أكتوبر 1998م، من طرف المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، سلسلة المطبوعات للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، 1421هـ-2000م.
- 69- يوسف نواصة، التطور التقني الطبي وأثره في تجدد الاجتهاد الفقهي والقانوني في أحكام الأسرة "الحمل ومتعلقاته نموذجاً" بحث مقدم ضمن الملتقى الدولي الثاني تحت عنوان "المستجدات الفقهية في أحكام الأسرة"، المنعقد بجامعة الوادي، بين 15 و 16 صفر 1440هـ الموافق له 24-25 أكتوبر 2018م.
- 70- اليوم الدراسي المنظم من قبل مجلس قضاء سطيف ومنظمة المحامين ناحية سطيف، تحت عنوان "البصمة الوراثية (ADN) في الإثبات، المنعقد يومي 09-10 أبريل سنة 2008م.
- خامسا: المقابلات والخصص التلفزيونية والمحاضرات :**
- 1- ابن عثيمين، لقاء الباب المفتوح، من لقاءات كان يعقدها الشيخ بمنزله كل خميس، بدأت في أواخر شوال 1412هـ وانتهت في الخميس 14 صفر 1421هـ، اللقاء رقم 5، ص 24.
- 2- جيلالي تشوار، محاضرات تحت عنوان " التغيير الجنسي" ألقيت على طلبة الماجستير قانون طبي، مقياس المسائل الطبية الماسة بالأسرة، جامعة الجزائر 1، بتاريخ 2014/02/23.
- 3- القرضاوي يوسف، برنامج الشريعة والحياة، قناة الجزيرة، تقديم عبد الصمد ناصر، 15/6/2006هـ.
- 4- مقابلة أجراها الباحث رافت عاطف عبد الفتاح عيادة مع الدكتور إبراهيم الشخرة في عيادته في مديرية صحة شمال الخليل بتاريخ: 2016/04/07م.
- سادسا : النصوص القانونية :**
- أ-النصوص القانونية الوطنية :**
- 1- القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق لـ 09 يونيو سنة 1984، يتضمن قانون الأسرة الجزائري (ج ر ع 24 بتاريخ 12 يونيو 1984)، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27، (الجريدة الرسمية ع 15 الصادرة بتاريخ: 18 محرم 1426هـ الموافق 2005/02/27).
- 2- القانون رقم 90-30 مؤرخ في 14 جمادى الأولى عام 1411هـ-الموافق 01 ديسمبر 1990م، يتضمن قانون الأملاك الوطنية، (ج ر ع 52، بتاريخ 02 ديسمبر 1990م)، المعدل والمتمم بالقانون رقم 08-14 المؤرخ في 17 رجب عام 1429هـ-الموافق 20 يوليو سنة 2008م.

- 3- القانون رقم 03-06 المؤرخ في 13 ربيع الثاني عام 1424هـ الموافق لـ 14 يونيو 2003 يتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي زلزال 21 مايو سنة 2003 (ج ر ع 37 سنة 2003 م ص 09).
- 4- القانون رقم 15-04 المؤرخ في 20 ربيع الآخر 1436 هـ الموافق له: 2015/02/01م، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، (ج ر ع 06 صادرة بتاريخ: 2015/02/10 م).
- 5- القانون رقم 16-03 المؤرخ في 24 رمضان 1437 هـ الموافق لـ 19 يونيو سنة 2016م، يتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص، (ج ر العدد 37 بتاريخ 22 يونيو سنة 2016 م).
- 6- القانون 18-01 المؤرخ في 12 جمادى الأولى 1439 هـ الموافق له 30 يناير 2018م المتمم للقانون رقم 05-04 المتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين (ج ر ع 05 بتاريخ 30 يناير 2018م).
- 7- القانون رقم 18-11 المؤرخ في 18 شوال 1439 هـ الموافق لـ 2 يوليو 2018 م، المتعلق بالصحة، (ج ر ع 46، بتاريخ: 16 ذو القعدة 1439 هـ الموافق لـ 29 يوليو 2018م).
- 8- القانون رقم 22-13 المؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1443 هـ الموافق لـ: 12 يوليو سنة 2022 م، (ج ر ع 48 بتاريخ 17 يوليو 2022م، المعدل والمتمم للقانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 هـ الموافق لـ 25 فبراير 2008م، والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية .
- 9- الأمر 66-156 المؤرخ في 18 صفر 1386 هـ الموافق 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات الجزائري (ج ر ع 49 الصادرة بتاريخ 11 جوان 1966 ص 702-756، معدل ومتمم بالقانون 21-14 مؤرخ في 2021/12/28م (ج ر ع 99 صادرة بتاريخ: 2021/12/29م)
- 10- الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 13 ذي الحجة 1389 هـ الموافق لـ: 19 فبراير سنة 1970م، المتعلق بالحالة المدنية، المعدل والمتمم بالقانون رقم 14/08 المؤرخ في 09 أوت 2014م، (ج ر ع 49 بتاريخ 20 أوت 2014م) المعدل والمتمم بالقانون رقم 17/03 المؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1438 هـ، الموافق لـ 10 يناير سنة 2017م، (ج ر ع 02 صادرة بتاريخ 11 يناير 2017م.
- 11- الأمر رقم: 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975م، والمتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 13 جمادى الأولى 1426 هـ الموافق لـ: 20 يونيو 2005م، (الجمهورية الجزائرية، ج ر السنة 42، ع 44 بتاريخ: 19 جمادى الأولى 1426 هـ الموافق لـ 26 يونيو 2005م).
- 12- الأمر رقم 02-03 المؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1422 الموافق لـ 25 فبراير 2002 يتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر 2001 (ج ر ع 15 سنة 2002 ص 26).
- 779- الأمر رقم 06-01 المؤرخ في 28 محرم عام 1427 الموافق لـ 27 فبراير 2006 يتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية (ج ر ع 11، 2006م).
- 13- مرسوم تنفيذي رقم 92-276 مؤرخ في 5 محرم عام 1413 هـ الموافق 6 يوليو 1992 يتضمن مدونة أخلاقيات الطب في الجزائر، (ج ر ع 52 بتاريخ 7 محرم عام 1413 هـ).
- 14- مرسوم تنفيذي رقم: 06-154 المؤرخ في: 13 ربيع الثاني عام 1927 م الموافق لـ: 11 ماي 2006 م يحدد شروط وكيفية تطبيق أحكام المادة 07 مكرر من القانون رقم 84/11 المتعلق بقانون الأسرة الجزائري، (ج ر ع 31 بتاريخ : 14 مايو سنة 2006م).
- 15- مرسوم تنفيذي رقم 12-167 المؤرخ في 05 أبريل 2012 م يتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لزراعة الأعضاء وتنظيمها وسيرها، (ج ر ع 22 سنة 2012).

16-مرسوم تنفيذي رقم: 12-427 مؤرخ في 2 صفر عام 1434 هـ الموافق لـ 16 ديسمبر سنة 2012 يحدد شروط وكيفية ادارة وتسيير الاملاك العمومية والخاصة التابعة للدولة، (ج ر ع 69 بتاريخ: 19 ديسمبر 2012 م).

17-مرسوم تنفيذي رقم 16-80 مؤرخ في فبراير 2016 الذي يحدد نموذج الشهادة الطبية للوفاة، (ج ر ع 12 لسنة 2016).

18- مرسوم تنفيذي رقم 315/15 المؤرخ في 28 صفر 1437 هـ الموافق لـ 10 ديسمبر 2015م، المتضمن إصدار نسخ وثائق الحالة المدنية بطريقة الكترونية، (ج ر ع 68 مؤرخة في 27/12/2015م).

ب-النصوص القوانين العربية:

التشريع التونسي :

1- القانون عدد46 لسنة 1964، الصادر بقفصة (تونس) في 29 جمادى الثانية 1384هـ (3 نوفمبر 1964 م)، المتعلق بالشهادة الطبية السابقة للزواج .

2- القانون عدد75 لسنة 1998 المؤرخ في 28 أكتوبر 1998م، المتعلق بإسناد لقب عائلي للأطفال الماهلين ومجهولي النسب (الجمهورية التونسية، الرائد الرسمي ع 87 بتاريخ 30 أكتوبر 1998م).

3-القانون عدد93 المؤرخ في 07 أوت 2001م، المتعلق بالطب الإنجابي التونسي، (الجمهورية التونسية، الرائد الرسمي، ع 63 بتاريخ:07أوت 2001م).

4-القانون عدد 51 لسنة 2003م المؤرخ في 07جويلية 2003م، يتعلق بتنقيح بعض أحكام القانون ع 75 لسنة 1998م المتعلق بإسناد لقب عائلي للأطفال الماهلين ومجهولي النسب، (الجمهورية التونسية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، ع 54 الصادر بتاريخ :8جويلية 2003م.

5-أمر مؤرخ في 6 محرم 1376هـ الموافق 13 أوت 1956 م، يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية، (الجمهورية التونسية، الرائد الرسمي ع 66 بتاريخ 17 أوت 1956م، (دخل حيز التنفيذ في 01 جانفي 1957م)، المعدل والمتمم.

القانون المغربي:

1- القانون رقم 03-70 الصادر بتاريخ: 05فبراير 2004م المتضمن مدونة الأسرة المغربية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم:22-04-1 بتاريخ:12 ذي الحجة 1424هـ الموافق لـ:03فبراير 2004، (المملكة المغربية، ج ر ع 5184 بتاريخ: 05 فبراير 2004، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 15.102 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم1.16.2 بتاريخ 12يناير 2016) المملكة المغربية، ج ر عدد6433 بتاريخ 25يناير 2016م

2- مشروع قانون رقم 47.14 يتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب، (المملكة المغربية، الأمانة العامة للحكومة، المطبعة الرسمية، الرباط، المغرب، 1437هـ- 2016م).

3-الظهير الشريف رقم 1.19.50 الصادر بتاريخ 4 رجب 1440 هـ الموافق لـ"11 مارس 2019م، بتنفيذ القانون رقم 47.14 يتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب.

القانون الليبي :

1-القانون رقم (175) لسنة 1972 المتضمن قانون العقوبات الليبي، (الجماهيرية الليبية، جريدة رسمية السنة 10، ع 61 بتاريخ:1972/12/23، ص 3072).

2-القانون رقم (17) لسنة 1986م، بشأن المسؤولية الطبية، (الجماهيرية الليبية، ج ر ع 28 بتاريخ1986م).

-القانون المصري:

1-القانون رقم (25) لسنة 1920 الصادر بتاريخ 25 شوال 1338هـ الموافق ل 1 يوليو 1920 المتضمن قانون الأحوال الشخصية المصري، المعدل بالقانون رقم 25 لسنة 1925 و الصادر بتاريخ : 28 رمضان 1347هـ الموافق 10 مارس

- 1939م المتضمن أحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية، (جمهورية مصر العربية، الوقائع المصرية، ع27، بتاريخ 10 مارس 1939م) المعدل بالقانون رقم: 100 لسنة 1985 (جمهورية مصر العربية، ج ر ع 27 بتاريخ 04 يوليو 1985م) .
- 797-القانون رقم (77) لسنة 1943 بشأن الموارث المصري، (جمهورية مصر، الوقائع المصرية، ع 92 في 13 أغسطس 1943م) المعدل والمتمم بالقانون رقم 219 لسنة 2017م، الصادر في 2017/12/30 (جمهورية مصر، ج ر ع 52 مكرر بتاريخ 2017/12/30 م).
- 2-القانون رقم(131) لسنة 1948 بشأن القانون المدني المصري، صادر بتاريخ : 1948/07/29م (دخل حيز التنفيذ ابتداء من 25 /10/ 1949) المعدل والمتمم بالقانون رقم: 106 لسنة 2011 م الصادر بتاريخ 2011/07/16م.
- 3-القانون رقم(178) لسنة 1960، الخاص بتنظيم نقل الدم البشري المصري، (جمهورية مصر العربية، ج ر ع 130 بتاريخ 12/06/1960م.
- 4-القانون رقم (103) لسنة 1962 المتعلق بنقل قريبات العيون، (جمهورية مصر العربية، ج ر ع 13 بتاريخ 16/06/1962)، المعدل بالقانون رقم 79 لسنة 2003 م).
- 5- القانون رقم (1) لسنة 2000م، بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية المصري.
- 6-القانون رقم (126) لسنة 2008م، المتعلق بتعديل بعض أحكام قانون الطفل المصري رقم 12 لسنة 1996 م، (جمهورية مصر العربية، ج ر ع 24 مكرر، بتاريخ: 15 جويلية 2008 م).
- 7-القانون رقم(5) لسنة 2010 والخاص بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية المصري، (جمهورية مصر، ج ر ع 09 مكرر بتاريخ 06/03/2010 م).
- 8-المرسوم بقانون رقم(119) لسنة 1952 م الصادر بتاريخ 08 ذي القعدة 1381هـ الموافق ل 30 يوليو 1952م المتعلق بأحكام الولاية على المال المصري (جمهورية مصر العربية، الوقائع المصرية ع 118 في 04 اغسطس 1952م).
- القانون الإماراتي:**
- 1- القانون رقم (5) لسنة 1985 بشأن إصدار قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، (الإمارات العربية المتحدة، ج ر ع 58 السنة 15 بتاريخ 29/12/1985م).
- 2- القانون اتحادي رقم (28) لسنة 2005م، الصادر بتاريخ: 17 شوال 1416هـ الموافق له 19 نوفمبر 2005م، المتضمن قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة، (الإمارات العربية المتحدة، ج ر ع 439 بتاريخ 30 نوفمبر 2005م)، المعدل والمتمم بمرسوم بقانون اتحادي رقم 8 تاريخ 29/8/2019م والمرسوم بقانون اتحادي رقم 5 لسنة 2020 م بتاريخ 25/08/2020م والمرسوم بقانون اتحادي رقم 29 لسنة 2020 م تاريخ 27/09/2020 (آخر تعديل بتاريخ 05 يونيو 2021م).
- 3- القانون الاتحادي رقم(11) لسنة 2008م في شأن ترخيص مراكز الإخصاب بالدولة (الإمارات العربية المتحدة، ج ر ع 488 مكرر، بتاريخ 18 ذي الحجة 1429هـ، الموافق ل: 16 ديسمبر 2008م). (الملغى) .
- 4-القانون اتحادي رقم(7) لسنة 2019 بشأن المساعدة الطبية على الإنجاب الإماراتي الصادر بتاريخ 2019/12/19م، الملغى للقانون القانون الاتحادي رقم (11) لسنة 2008م في شأن ترخيص مراكز الإخصاب بالدولة.
- 5-مرسوم بقانون اتحادي رقم (4) لسنة 2016 م الصادر بتاريخ 28 شوال 1437هـ الموافق ل: 02/08/2016م بشأن المسؤولية الطبية بدولة الامارات، (الملغى للقانون الاتحادي رقم 10 لسنة 2008 م) .
- 6-مرسوم بقانون اتحادي رقم(5) لسنة 2016 م الصادر بتاريخ 28 شوال 1437هـ الموافق ل: 02/08/2016م المتعلق بتنظيم وزرع الأعضاء والأنسجة البشرية، (الملغى للقانون الاتحادي رقم 15 لسنة 1993 في شان تنظيم وزرع الاعضاء والأنسجة البشرية) .

التشريع القطري :

- 1- القانون رقم (22) لسنة 2006 م، الصادر بتاريخ: 2006/06/29، المتضمن إصدار قانون الأسرة القطري، (دولة قطر، جرع 08 صادرة بتاريخ: 2006/08/28 م).
- 2- القانون رقم (09) لسنة 2013 م، الصادر بتاريخ: 12 ذو القعدة 1434 هـ-الموافق له 2013/09/18 م، بشأن البصمة الوراثية (دولة قطر، جرع 16، بتاريخ 2013/10/28 م).
- 3- القانون اتحادي رقم (3) لسنة 2016 م الصادر بتاريخ 28 شوال 1437 هـ الموافق له 2016/08/02 م بشأن تنظيم قيد المواليد والوفيات القطري.

النظام السعودي :

- 1- نظام وحدات الإخصاب والأجنة وعلاج العقم السعودي، الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/76 المؤرخ في 1424/11/21 هـ (المملكة العربية السعودية، جريدة أم القرى، ع 4024، بتاريخ 1425/11/12 هـ).
- 2- نظام المرافعات الشرعية السعودي الجديد، الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم 11 بتاريخ : 1435/01/08 هـ، (المصادق عليه بالمرسوم الملكي الكريم رقم م/1) بتاريخ: 1435/01/22 هـ).

-التشريع العراقي:

- 1- القانون رقم (188) لسنة 1959 م، الصادر بتاريخ: 19 جمادى الثانية 1379 هـ الموافق ل: 1959/12/19 م، المتضمن قانون الأحوال الشخصية العراقي وتعديلاته، (جمهورية العراق، الوقائع العراقية، ع 280 بتاريخ: 1959/12/30 م).
- 2- القانون رقم (107) لسنة 1979 الصادر بتاريخ : 15/08/1979 م المتعلق بقانون الإثبات العراقي، المعدل بموجب القانون الأول لتعديل قانون الإثبات رقم 46 لسنة 2000 م الصادر بتاريخ 13/07/2000 م.
- 3- قانون المعهد العالي لتشخيص العقم والتقنيات المساعدة على الإنجاب رقم (19) لسنة 2011 م، (جمهورية العراق، الوقائع العراقية، السنة 53 ع 4206 بتاريخ: 29 رمضان 1432 هـ الموافق لـ 29 آب 2011 م).
- 4- القانون رقم (11) لسنة 2016 متعلق بنقل وزراعة الأعضاء البشرية ومنع الاتجار العراقي، (جمهورية العراق، جريدة الوقائع العراقية، ع 4405 في 16/05/2016 م).

التشريع الأردني :

- 1- القانون رقم (30) لسنة 1952 المتعلق بقانون البيّنات الأردني (الجمهورية الأردنية الهاشمية، ج ر ع : 1108 الصادرة بتاريخ : 1952/5/17)، معدل ومتمم بالقانون رقم 16 لسنة 2005 (دخل حيز التنفيذ ابتداء من تاريخ 2005/06/01 م).
- 2- القانون رقم (23) لسنة 1977 م المتضمن قانون الانتفاع بأعضاء جسم الإنسان الأردني، وتعديلاته (الجمهورية الأردنية الهاشمية ج ر ع: 2307 بتاريخ 1977/06/01 م).
- 3- القانون رقم (15) لسنة 2019 م، المتضمن قانون الأحوال الشخصية الأردني، (المملكة الأردنية الهاشمية، ج ر ع 5578 بتاريخ 2019/06/02 م (الملغي للقانون رقم 61 لسنة 1976 م).

التشريع الكويتي:

- 1- القانون رقم (51) لسنة 1984 في شأن الأحوال الشخصية الكويتي، (منشور في -الكويت اليوم - ج ر عدد 1570 بتاريخ 24 شوال 1404 هـ الموافق 23/7/1984 م السنة الثلاثون) المعدل بالقانون رقم 66 لسنة 2007 م (جمهورية الكويت، ج ر ع 853 السنة الرابعة والخمسون).
- 2- مرسوم بالقانون رقم (39) لسنة 1980 صادر بتاريخ: 20 رجب 1400 هـ الموافق له 04/يونيو 1980 بإصدار قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية الكويتي (جمهورية الكويت، ج ر ع: 1307 بتاريخ 25 يونيو 1980 م).

القانون السوري :

- 1- قانون التّبينات السوري لعام 2014 م المعدل والمتمم للقانون (359) لسنة 1947 م الصادر بتاريخ 10/06/1947م.
- 2- المرسوم التشريعي رقم (59) بتاريخ : 07/09/1953 م المتضمن قانون الأحوال الشخصية السوري، المعدل والمتمم بالقانون رقم (4) لعام 2019 م الصادر بتاريخ : 2/06/1440 هـ الموافق له 7/2/2019م.

التشريع البحريني:

- 1- القانون رقم (19) لسنة 2009م، الصادر بتاريخ 27ماي 2009م، بإصدار قانون أحكام الأسرة البحريني، (مملكة البحرين، ج ر، ع 2898 بتاريخ 04 جوان 2009م).
- 2- القانون رقم 26 لسنة 2017م، الصادر بتاريخ : 03 أغسطس 2017م، بشأن استخدام التقنيات الطبية المساعدة على التلقيح الاصطناعي والإخصاب، (مملكة البحرين، جر عدد 3325 بتاريخ 03 أغسطس 2017م).

التشريع العماني :

- 1- مرسوم سلطاني رقم 32 / 97 المؤرخ في 28 محرم 1418هـ، الموافق له 4 يونيو 1997م بإصدار قانون الأحوال الشخصية العماني (سلطنة عمان، ج ر ع 601 الصادرة في 15/6/1997م).

التشريع اللبناني:

- 1- المرسوم الاشتراعي رقم (90) لسنة 1983 الصادر بتاريخ : 16 أيلول سنة 1983م، المتضمن قانون أصول المحاكمة اللبناني، (الجمهورية اللبنانية، ج ر ع 45)، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 440 لسنة 2002 الصادر بتاريخ : 01/08/2002م.
- 2- المرسوم الاشتراعي رقم (109) لسنة 1983 بتاريخ 16 أيلول سنة 1983م، المتضمن أخذ بالأنسجة والأعضاء لحاجات طبية علمية (الجمهورية اللبنانية ج ر رقم 45).
- 3- المرسوم الاشتراعي رقم (1442) لسنة 1984 بتاريخ 20 كانون الثاني سنة 1984م، المتضمن أخذ بالأنسجة والأعضاء لحاجات طبية علمية (الجمهورية اللبنانية ج ر ع 5 تاريخ النشر 02/02/1984م).

التشريع اليمني:

- 1- قرار جمهوري بالقانون رقم (20) لسنة 1992م، بتاريخ 25 رمضان 1412 هـ-الموافق لـ 29 مارس 1992م، المتضمن قانون الأحوال الشخصية اليمني، المعدل والمتمم بالقانون رقم (27) لسنة 1998م، وبالقانون رقم (24) لسنة 1999م، وبالقانون رقم 34 لسنة 2003م).

ج -القوانين الغربية :

القانون الفرنسي :

- 1- القانون رقم 654 لسنة 1994م، الصادر بتاريخ : 29/07/1994م، المتضمن قانون الصحة الفرنسي.
- 2- القانون رقم 800-04 الصادر بتاريخ : 06/02/2004م المعدل والمتمم للقانون المدني وقانون العقوبات وقانون الصحة العمومية الفرنسية، (الجمهورية الفرنسية، ج ر صادرة بتاريخ 07/08/2004م، ص 14040).
- 3- القانون رقم : 800-2004 الصادر بتاريخ : 06 أوت 2004م، الخاص بالعلوم الإحيائية، (الجمهورية الفرنسية، ج ر العدد الصادر بتاريخ : 7 أوت 2004) المعدل والمتمم بالقانون رقم : 214-2011 الصادر بتاريخ 07-07-2011، (الجمهورية الفرنسية، ج ر عدد 157 الصادرة بتاريخ : 08/07/2011م).
- 4- الأمر رقم 94-653 المؤرخ في 29/06/1994م المتضمن تعديل القانون المدني الفرنسي، (الجمهورية الفرنسية، ج ر صادرة بتاريخ : 30/07/1994م).

سابعاً : الطعون القضائية والقرارات والأحكام :

أ- الطعون القضائية:

- 1- المجلس الأعلى (سابقاً) قرار صادر بتاريخ 04 أفريل 1968، المنشور في المجلة القضائية لسنة 1968م.
- 2- المجلس الأعلى (سابقاً) قرار صادر بتاريخ 13 نوفمبر 1976، رقم 12730، (غ م).
- 3- قرار تعقيبي مدني رقم: 11005، صادر بتاريخ: 17/07/1976م، المجلة القانونية التونسية لسنة 1977م، ع 1
- 4- محكمة التمييز الأردنية، تمييز حقوق رقم : 189/1981م بتاريخ: 09/06/1981، منشورات مركز عدالة.
- 5- المجلس الأعلى (سابقاً) قرار رقم: 35087 بتاريخ: 17/12/1984، غ أش، المجلة القضائية لسنة 1990م، ع 1
- 6- المحكمة العليا قرار رقم: 87301 بتاريخ: 22/12/1992، غ أش، المجلة القضائية لسنة 1995م، ع 2.
- 7- المحكمة العليا رقم: 88856 بتاريخ: 23/02/1993م، غ أش، المجلة القضائية لسنة 1996م، ع 2
- 8- الطعن رقم 387 لسنة 62ف، جلسة 23/09/1996م، محكمة النقض المصرية، (غ م).
- 9- الطعن رقم 357 لسنة 63ف، جلسة 29/12/1997م، محكمة النقض المصرية (غ م).
- 10- المحكمة العليا ملف رقم 210478 صادر بتاريخ 17/11/1998م، غ ش أم، اجتهاد قضائي، 2001م، عدد خاص.
- 11- المحكمة العليا ملف رقم: 219318 بتاريخ: 16/03/1999م، المجلة القضائية لسنة 1999م، ع 02.
- 12- محكمة التمييز الأردنية، تمييز حقوق رقم : 49/2000م بتاريخ: 21/03/2000، منشورات مركز عدالة، و تمييز حقوق رقم 636/2006 بتاريخ 25/07/2006 منشورات مركز عدالة .
- 13- المحكمة العليا ملف رقم: 243417 بتاريخ: 23/05/2000، غ أش، اجتهاد قضائي لسنة 2001م، عدد خاص.
- 14- محكمة التمييز الكويتية، تمييز حقوق رقم : 1131/2001م بتاريخ: 15/09/2001، مجلة الفتوى والتشريع، ع 4، 2002م.
- 15- المحكمة العليا ملف رقم 213571، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، المجلة القضائية لسنة 2001م.
- 16- المحكمة العليا ملف رقم 355180 صادر بتاريخ 05/03/2006م، غ ش أم، المجلة القضائية لسنة 2006م، ع 1.
- 17- محكمة التمييز الكويتية، الأحكام المدنية والتجارية، الطعن رقم 674 السنة 204م قضائية بتاريخ: 30/03/2006م، مكتب فني 34 رقم الجزء 1.
- 18- المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، ملف رقم: 482011 قرار بتاريخ: 11/02/2009م، مجلة المحكمة العليا، لسنة 2009م، ع 1.
- 19- المحكمة العليا ملف رقم: 373707 بتاريخ: 15/11/2006، غ أش، مجلة المحكمة العليا لسنة 2007م، ع 1.
- 20- المحكمة العليا ملف رقم 605592 صادر بتاريخ 15/10/2009م، غ ش أم، مجلة المحكمة العليا لسنة 2010م، ع 1.
- 21- المحكمة العليا، ملف 617374 المؤرخ في 12/05/2011م، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، مجلة المحكمة العليا لسنة 2012م، ع 1.
- 22- المحكمة العليا ملف رقم 704222 بتاريخ 15/03/2012م، غ ش أم، مجلة المحكمة العليا لسنة 2013م، ع 1
- 23- المحكمة العليا ملف رقم 0761943 بتاريخ 14/11/2012م، غ ش أم، مجلة المحكمة العليا لسنة 2013م، ع 2.
- 24- المحكمة العليا ملف رقم 828820 بتاريخ 13/12/2012م، غ ش أم، مجلة المحكمة العليا لسنة 2014م، ع 1.

ب-القرارات والأحكام :

- 1- حكم محكمة الاستئناف بتونس ملف رقم 10298، بتاريخ: 22/12/1993م مجلة القضاء والتشريع بتونس عدد يناير 1994م.

- 2- حكم محكمة الاستئناف الشرعية بعمان رقم: 56764/2002/175، بتاريخ 17 ديسمبر 2002م.
- 3- حكم محكمة القضاء الإداري (الاستعجالي) المصري رقم 02/5432 بتاريخ: 13/11/1989م.
- 4- الرئيس رلى الجدلي الأساس 1992/147 بتاريخ 1992/05/22 رقم 61 عن القاضي المنفرد في بيروت، أحوال شخصية، قيود سجلات النفوس، تصحيح بيانات التحول من جنس إلى آخر، المجلة العربية للفقهاء والقضاء، جامعة لدول العربية، ع 15، أبريل 1994م.
- 5- حكم المحكمة الابتدائية بتونس تحت رقم 5984 بتاريخ 1993/02/08، مجلة القضاء والتشريع بتونس، عدد يناير 1994م.
- 6- حكم محكمة القضاء الإداري المصري رقم 4019 جلسة 1999/09/28 م.
- 7- حكم ابتدائي مدني رقم 12973 بتاريخ 25 ماي 2000م، المحكمة الابتدائية بالمنستير، تونس.
- 8- حكم محكمة القضاء الإداري المصري رقم 1487/54 جلسة 2000/06/20 م.
- 9- حكم ابتدائي لمحكمة الكويت رقم 2003/861 ن م ك 1/ والحكم الاستثنائي رقم 1040/2004/1051 مدني 8/.
- 10- محكمة الجلفة، قسم شؤون الأسرة بتاريخ: 2011/02/03 جدول رقم 10/03816 (غم).

ثامنا : القرارات الفقهية والبيانات الحتمية والتوصيات:

- 1- القرار الخامس، حول "التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب"، قرارات المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي الدورة السابعة المنعقدة بمكة المكرمة - السعودية- من يوم 11-16 ربيع الآخر، 1404هـ.
- 2- القرار الثاني، حول "التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب" قرارات المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي الدورة الثامنة المنعقدة بمكة المكرمة - السعودية- في من يوم 28 ربيع الآخر إلى 07 جمادى الأولى، 1405هـ الموافق له 19 إلى 28 يناير 1985م.
- 3- القرار رقم (5/3/3/86/07/3) بشأن أجهزة الإنعاش، 17 (3/5) 05)، الصادر عن مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الثالث بعمان من 8 إلى 13 صفر سنة 1407هـ، الموافق له 16 أكتوبر 1986 م مجلة مجمع الفقه الإسلامي ع3، 1986 م، ج 2.
- 4- قرار رقم: 16(3/4)، بشأن أطفال الأنابيب، مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الثالث بعمان، من 8-13 صفر 1407هـ الموافق له 11-16 أكتوبر 1986م، مجلة المجمع، عدد3، ج1.
- 5- القرار الثاني رقم (181) بشأن موضوع "تقرير حصول الوفاة ورفع أجهزة الإنعاش من جسم الإنسان"، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة العاشرة، من 24 إلى 28 صفر 1408هـ، الموافق له: 17 إلى 21 أكتوبر 1987م، السعودية، ع3.
- 6- قرار رقم (1) د88/08/4 " بشأن انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حيا أو ميتا"، لنظمة المؤتمر الإسلامي الدورة الرابعة المنعقدة بجدة في الفترة بين 18-23 جمادى الآخرة 1408هـ -الموافق له: 6-11 فبراير 1988م.مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد4، ج 1.
- 7- القرار السادس الصادر عن الدور الحادي عشرة بمكة المكرمة، بين 19-26 فيفري 1989 م، بشأن تحويل الذكر إلى أنثى والعكس، مجلة المجتمع الفقهي الإسلامي، السنة 10، ع 12.
- 8- قرار رقم: 52(6/3)، مجلس مجمع الفقه الإسلامي، قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي، الدورات 1-10 قرارات 1-98، دورة مؤتمره الرابع بجدة من 17-23 شعبان 1410هـ/20 مارس 1990م.
- 9- قرار رقم (176) الصادر بتاريخ 17/3/1413هـ عن هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية في دورته التاسعة والثلاثين المنعقدة في مدينة الطائف في الفترة من 24/2 إلى 18/3/1413هـ (فتوى بشأن تغيير الجنس).

- 10- قرار رقم 9/7/94 د بشأن "مرض نقص المناعة المكتسب: الإيدز والأحكام المتعلقة به"، الدورة التاسعة لمجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي المنعقد بـ: (أبيظي) الإمارات العربية المتحدة من 1-6 ذي القعدة 1415 هـ الموافق لـ: 1-6 نيسان (أبريل) سنة 1995م، مجلة لمجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، العدد 09، ج 4، 1417 هـ-1996م.
 - 11- القرار السابع بشأن البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي، الدورة السادسة عشر، مكة المكرمة، 21-26 شوال 1422 هـ الموافق لـ: 05-10 يناير 2002م.
 - 12- القرار الخامس بشأن أمراض الدم الوراثية، من قرارات المجمع الفقهي الإسلامي في دورته السابعة عشرة والتي عقدت في الفترة ما بين 19 إلى 24 شوال 1424 هـ الموافق لـ: 13 إلى 18 ديسمبر 2003 م.
 - 13- قرارات مجلس المجمع الفقهي الإسلامي في دورته السابعة عشرة والتي عقدت في الفترة ما بين 19 إلى 24 شوال 1424 هـ الموافق له 13 إلى 18 ديسمبر 2003 م.
 - 14- البند الأول من القرار 66(4-15) بشأن البصمة الوراثية، الندوة الفقهية الخامسة عشرة المنعقدة دار العلوم الصديقية بمدينة ميسور من جنوب الهند (الهند) في الفترة: 10-12 صفر 1427 هـ التابعة لمجمع الفقه الإسلامي بالهند.
 - 15- القرار السادس بشأن موضوع اختيار جنس الجنين في الدورة 19 للمجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي المنعقدة بين 19-27 شوال 1428 هـ- 2007 م، قرارات المجاميع الفقهية بمكة المكرمة في دوراتها العشرين (1398-1432 هـ، 1977 م-2010 م)، الإصدار الثالث لرابطة العالم الإسلامي مكة المكرمة.
 - 16- القرار رقم 194 (20-9)، بشأن الإثبات بالقرائن والأمارات المستجدة لمجمع الفقه الإسلامي الدولي لمنظمة التعاون الإسلامي في دورته العشرين المنعقدة في الجزائر بمدينة وهران أيام 26 شوال -2 ذو القعدة 1433 هـ، الموافق لـ: 13-18 ديسمبر 2012 م.
 - 17- البند السادس من القرار 194(9/20) بشأن الإثبات بالقرائن والأمارات (المستجدات)، مجمع الفقه الإسلامي الدولي لمنظمة التعاون الإسلامي في دورته العشرين المنعقدة بمدينة وهران (الجزائر) أيام 26 شوال -2 ذو القعدة 1433 هـ، الموافق لـ: 13-18 ديسمبر 2012 م.
 - 18- قرارات المجمع الفقهي الإسلامي في "دوراته العشرين"، مكة المكرمة، السعودية، 1398 هـ-1432 هـ الموافق لـ: 1977م-2010 م.
- تاسعا: مواقع الأنترنت :**
- 1- أبوعطية، الزواج والطلاق الإلكتروني في الشريعة الإسلامية، مقال منشور على موقع أمد الإلكتروني www.amad.ps/ar/post/315726 نشر بتاريخ: 2019/09/27م، اطلع عليه في: 2022/05/15م.
 - 2- أحمد الطيار عبد الله بن محمد، أثر الأمراض المعدية في الفرقة بين الزوجين، شبكة الألوكة، موقع مسار الإسلام www.m-islam.net، أطلع عليه بتاريخ: 2022/03/05.
 - 3- أحمد العامودي، نعم لتصحيح الجنس لا لتغييره : amjad68 jeeran.com تاريخ الاطلاع : 2022/12/17م.
 - 4- الإمارات اليوم، العدل تطلق الزواج الإلكتروني، على موقع <http://www.emaratallyoum.com> اطلع عليه بتاريخ: 2023/01/14.
 - 5- الأهرام العربي : موقع : arabiahram.org تاريخ الاطلاع : 2022/12/17م
 - 6- البار محمد علي، معلومات أساسية حول مرض الجذام، المكتب الإقليمي لشرق المتوسط، منظمة الصحة العالمية ، على الموقع: <http://www.emro.who.int> اطلع عليه في: 2022/04/18م
 - 7- برادة غزبول أحمد، الإخصاب الصناعي من منظور إسلامي، على الموقع: members.lycos.fr/berradaz/m3.htm اطلع عليه بتاريخ: 2022/07/25م

- 8- جمعيات الصليب الأحمر والهلال الأحمر في توصيل الرسائل والمعلومات موقع
:www.Icrc.org/web/ara.sitearao.nsf/htm/all/5ltcx.open document تاريخ الاطلاع: 2022/10/27 م.
- 9- تطوير جهاز جديد ينقذ حياة الأطفال الخدج : شبكة المعلومات الدولية (الأنترنت) في 12 / 02 / 2005 موقع :
www.qudspress.om/data.aspx/d تاريخ : الاطلاع : 2022/11/22 م.
- 10- دليل المعلومات الطبية، العيادة السورية تم نشره على الموقع www.syrianclinic.com، تم الاطلاع عليه بتاريخ:
2021/10/28 م.
- 11- دون ذكر المؤلف، اضطرابات القلق الرهابي على موقع منتدى الدولي - شبكة المعلومات - :http/vb.eldwly.net، تاريخ
الاطلاع عليه : 2022/04/12 م.
- 12- دون ذكر المؤلف: التهاب الكبد الوبائي (ب)، على موقع :mayoclinic.org/ar/appoi، تاريخ الاطلاع
: 2022/04/04 م.
- 13- دون ذكر المؤلف، تحليل المني على الموقع :http://ar.wikipedia.org/wiki، اطلع عليه بتاريخ: 2022/04/02 م
- 14- دون ذكر المؤلف، تحويل الجنس والفرق بين اضطراب الهوية الجنسية والشذوذ الجنسي " المقطع رقم 07، على الموقع
http/googme/eIiipn: اطلع عليه يوم : 2022/12/22.
- 15- دون ذكر المؤلف، السل، على موقع :mayoclinic.org/ar/disea تاريخ الاطلاع : 2022/04/02
- 16- دون ذكر المؤلف، "عقد الزواج الالكتروني :خدمة جديدة تطلقها السعودية بدلا من العقود الورقية مقال منشور على الموقع
الالكتروني اليوم السابع: http://www.youm7.com، بتاريخ 2019/05/25 م اطلع عليه في : 2022/05/15 م.
- 17- دون ذكر المؤلف، عيادات صحة المجانية، على الموقع : www.sehla.com تاريخ الاطلاع : 2022/12/17 م
- 18- دون ذكر المؤلف، الفحص الطبي قبل الزواج: المحاذير والضرورة "800" مرض وراثي... ألا تستدعي تقنين الفحص ؟ من
موقع :http://www.alnilim.com/new-action-show-id9981، تاريخ النشر: 2009/09/04، تم الاطلاع عليه
بتاريخ: 2022/03/06
- 19- دون ذكر المؤلف، فهرنهايت "وحدة لقياس درجة الحرارة " منشور على موقع :ar.m.wikipedia.org اطلع عليه بتاريخ
: 2022/10/11
- 20- دون ذكر المؤلف، القضاء الإداري يهيب بمجلس النواب بإصدار قانون ينظم التحول الجنسي في مصر، مجلة روز اليوسف
على الموقع :http://www.rosaelyoussef.com /news/195251
- 21- دون ذكر المؤلف، كيف يعمل جهاز التصوير بالرنين المغناطيسي (MRI)، منشور على موقع ناسا بالعربي،
http://nasainarabic.net بتاريخ: 2015/05/20، اطلع عليه بتاريخ: 2022/04/19 م
- 910- دون ذكر المؤلف، كيفية تشخيص مرض السل، على الموقع :www.mawdoc.com تاريخ الاطلاع عليه
: 2022/04/02 م
- 22- دون ذكر المؤلف، ما هو اضطراب الشخصية الفصامية (ذات النمط الفصامي؟) على الموقع :http://www.egyres.com
اطلع عليه بتاريخ : 2022/04/12 م
- 23- دون ذكر المؤلف، ماهو الواتس آب، منشور على الموقع الالكتروني :www.madoo.com، تاريخ الاطلاع
: 2022/05/22 م
- 24- دون ذكر المؤلف، المبادئ الرئيسية في الأشعة المقطعية، منشور على موقع رادكلاس .نت، http://radclass.net بتاريخ
: 2016/12/22

- 25- دون ذكر المؤلف، متى يعتبر الانسان ميّتا شرعا وطبا، قال منشور في جريدة أخبار الطب على الموقع الالكتروني: <http://med-syria.com/reports/clinical death 2012.html>، اطلع عليه بتاريخ: 2022/08/29.
- 26- دون ذكر المؤلف، مختبرات جين الطبية، بحث وتشخيص موقع: <http://ci document ,and.detting.itawfing>، اطلع عليه في : 2022/12/17.
- 27- دون ذكر المؤلف، نظام التموضع العالمي (نظام الملاحة بالأقمار الصناعية): على موقع: <http://www.WHEIFYWINLESS.com>، تاريخ الاطلاع: 2022/10/27م.
- 28- ريمّة صالح المانع، جابر محجوب علي محجوب، طارق جمعة السيد راشد، إشكالية تحويل الجنس في القانون القطري والقانون المقارن، مقال على موقع: www.qscience.om، كيوسانس، اطلع عليه بتاريخ: 2022/12/25 م
- 29- سالم محمد شريف، مضادات الذهان والاضطرابات الحسية، مقال منشور في موقع: www.tabinafsany.com، تاريخ الاطلاع عليه: 2022/04/11م
- 30- سماعيل عرفة، التحول الجنسي، ضرورة بيولوجية أم مسخ للإنسان، بحث منشور على موقع ميدان.
- 31- الشبكة الدولية للمعلومات، على الموقع: www.altibbi.com، تاريخ الاطلاع عليه: 2022/04/11م.
- 32- الشبكة الدولية للمعلومات ويكيديا، الموسوعة الحرة، على الموقع: <http://ar.wikipedia>، تاريخ الاطلاع عليه: 2022/04/12م
- 33- طارق حسن كسار، مشروعية التحول الجنسي في الفقه الإسلامي، بحث منشور على الموقع: <http://UTQ.edu.iq/Research/pbt> 10/11، اطلع عليه بتاريخ: 2022/12/22م
- 34- عبد المجيد بن عبد العزيز الدهيشي: من أحكام ثبوت النسب " مقالة فقه الأسرة منشورة بتاريخ 2013/06/18 م، موقع شبكة الألوكة: <http://www.alukah.net/sharia> 10/56/158، اطلع عليه في: 2022/06/15 م
- 35- علاء فرغلي " التحاليل تنفي صلة الأبوة والمحكمة ترفض نفي النسب " مجلة الإمارات اليوم منشور على الموقع: <http://www.emaratallyoum.com/local-section/accidents/2013-10-26-1.617541>، اطلع عليه بتاريخ: 2022/07/02م
- 36- فاتن دعبول، تغريد الجباوي، زواج الأقارب قضية وطنية مهمة.... الخنثى والعاهات والتشوهات جزء بسيط من سلسلة الأمراض الوراثية، موقع جريدة الثورة السورية: <http://www.damascusuniversity.edu.sy>، نشر بتاريخ 2009/05/13، تاريخ الاطلاع عليه: 2022/04/25 م.
- 37- الفقرة (ب) من قانون تحديد الموت لسنة 1980 الامريكي على الموقع الالكتروني: <http://nulldownload.cim/doc/pdf/download/pntb-og-wordpress-wp-content-uploads-uniform-determination-of-death-1980-5c.pdf.html>، اطلع عليه بتاريخ: 2022/08/15
- 38- القاموس الطبي على موقع "http://cult.u/owtv" تاريخ الاطلاع: 2022/04/10م
- 39- قرار وزير الصحة التونسي بتاريخ: 1985/12/19 م صادر بالرائد الرسمي (الجريدة الرسمية) عدد 85/90 اطلع عليه من موقع: www.LEGISLQTION.tn/recherch/jort/numero190/Anne1986، اطلع عليه يوم: 2022/03/06م.
- 40- محكمة النقض الفرنسية بتاريخ: 2013/02/13 منشور على الموقع: <http://www.cour de cassation.fr/jurispudence/remiere chambre civile 568/106/13>
- 41- محكمة النقض الفرنسية بتاريخ: 2013/02/13 منشور على الموقع الالكتروني: [cassation.fr/jurispudence/remiere chambre civile 568/108/13](http://www.cassation.fr/jurispudence/remiere chambre civile 568/108/13)

- 42- محمد بن فخور العبدلي، الأنكحة المستحدثة (المبتدعة) وحكم الشرع فيها، المعهد العلمي لمحافظة القريات، مكتبة صيد الفوائد الإسلامية، على موقع: <http://www.saaaid.net/book>، تاريخ الاطلاع عليه: 2022/04/09.
- 43- محمد حبشي، موقع عالم التقنية الالكتروني 2012م من الموقع الالكتروني: www.teach-wd-com، تاريخ الاطلاع عليه، 2022/04/09.
- 44- محمد حسان عوض، دورة الموارد، ميراث المفقود، المخاضرة الحادية عشر، جامع الامام فخر الدين الرازي، دمشق، سوريا، منشور على الموقع: <http://www.youtube.com/watch?v=vabrif>، بتاريخ: 2022/11/14.
- 45- محمد عبد العليم، الوراثة وأثرها في ظهور الأمراض -استشارة رقم 26884 بتاريخ: 2007/05/11م، موقع الاستشارات: <http://consult.islamweb.net>، اطلع عليه في: 2022/04/12م.
- 46- محمد علي فركوس، حكم الإخصاب الاصطناعي" منشور على الموقع: <http://www.ferkous.com> تاريخ الاطلاع: 2022/07/30م.
- 47- محمد الكشور، تغيير الاسم الشخصي المصاعب لتغيير الجنس، مجلة المناهج القانونية، المغرب ع 16، 2011 على الموقع: <http://O-eearch-ùandumah.com.mylibraz.qu.edu> اطلع عليه في: 2022/12/25.
- 48- محمد كفيل، تباين آراء القضاة المغاربة حول البصمة الوراثية ومدى قوتها كوسيلة لإثبات الأنساب، مقال منشور على الموقع الالكتروني: www.badilpress.com تاريخ الاطلاع عليه: 2022/07/04م
- 49- مصطلحات طبية -علم التشريح - على الموقع: <http://altibbi.com> اطلع عليه بتاريخ: 2022/12/17
- 50- مقال أطلع عليه عبر موقع <http://cult.us/DHRI> تاريخ الاطلاع: 2022/04/10
- 51- مقال على الموقع: www.saowt.com، تاريخ الاطلاع عليه: 2022/04/11م
- 52- موسوعة الأمراض الشائعة والنادرة عبر الموقع: <http://www.123eaaf.com/diseases/syphilis:HTML> تاريخ الاطلاع عليه: 2022/04/10م
- 53- موسوعة الملك عبد الله بن عبد العزيز العربية للمحتوى الصحي مقال من الموقع: <http://cult.us/2rdv7>، تاريخ الاطلاع عليه: 2022/04/10م
- 54- موسوعة الملك عبد الله للمحتوى الصحي، موقع: <http://cult.us/a PMYY>، تاريخ الاطلاع: 2022/04/12م
- 55- موسوعة الملك عبد الله بن عبد العزيز، العربية للمحتوى الصحي، اضطرابات الأعصاب المحيطية على الموقع: <http://www.kaahe.org/health/ar/726> اطلع عليه بتاريخ: 2022/04/18م.
- 56- موقع إعادة الروابط العائلية التابع للجنة الدولية للصليب الأحمر: <http://Family links.icrc.org/ar/pages/hawwervort/missing-persons-and-their-famillies-as-px> تاريخ الاطلاع عليه: 2022/10/27:
- 57- الموقع الالكتروني: www.tech-echo.com تاريخ الاطلاع عليه بتاريخ: 2022/04/09
- 58- الموقع الالكتروني: <http://www.albayan.co.arh> نشر بتاريخ: 2012/7/30، اطلع عليه بتاريخ: 2022/05/10م
- 59- الموقع الالكتروني: <http://www.egypt.com>، نشر بتاريخ: 2012/08/27، اطلع عليه بتاريخ: 2022/05/10م.
- 60- موقع: www.mafqud.org/ar/submit.htm، اصلع عليه بتاريخ: 2022/10/29
- 61- الموقع: <http://www.alhayat.com/article/378518> تاريخ النشر: 2012/12/20، تاريخ الاطلاع: 2022/11/14م

- 62-الموقع الإلكتروني <http://www.islamic-fatwa.com/index.g-lang-ar.stype-1> تاريخ الاطلاع عليه 2022/06/17
- 63- موقع رابطة العالم الإسلامي www.themwl.org اطلع عليه بتاريخ: 2022/03/06م
- 64- موقع ويكيبيديا (الموسوعة الحرة على شبكة الأنترنت على الرابط <http://ar.wikipedia.org/wiki/d8/a5%d8%>، تاريخ الاطلاع: 2022/04/07
- 65-موقع <http://www.seha.com/diseases/concer> اطلع عليه بتاريخ: 2002/07/07
- 66-موقع <http://www.layyous.com>، تاريخ الاطلاع: 2022/04/02
- 67- موقع <http://www.mayoclinic.org/ar/diseases-condition->، تاريخ الاطلاع: 2022/04/10
- 68- موقع <http://www.mayoulinic.org/or> تاريخ الاطلاع عليه: 2022/04/10
- 69- موقع www.saowl.com، تاريخ الاطلاع عليه: 2022/04/11م
- 70- موقع: <http://www.cedef.net>، تاريخ الاطلاع عليه: 2022/11/05 .
- 71- موقع: <http://fr.wikipedia.org>، تاريخ الاطلاع عليه: 2022/11/05 .
- 72-موقع: <http://www.plane.vertbaudet.com>، تاريخ الاطلاع عليه: 2022/11/05
- 73- ندير حمادو، أثر البصمة الوراثية في إثبات نسب الولد غير الشرعي "دراسة فقهية اجتماعية، أخلاقية"، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، مقال منشور على الموقع <http://www.sudameseonline.com/cgi-bin>، تاريخ الاطلاع عليه: 2022/06/18م
- 74-نظام التوضع العالمي (نظام الملاحة بالأقمار الصناعية): على موقع <http://www.wheifywinless.com>، تاريخ الاطلاع: 2022/10/27م
- 75-الهادي السعيد عرفة، المعيار الحديث للموت "موت المخ بين القبول والرفض"، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، ص 123، منشور على الموقع الإلكتروني <http://mjle.journals.ekb.eg> اطلع عليه بتاريخ: 2022/08/30.
- 76- يعقوب المزروع (وكيل وزارة الصحة للطب الوقائي): تصريح في موقع وزارة الصحة للطب الوقائي www.moh.gov.sa، تاريخ الاطلاع: 2022/03/26م
- 77- يوسف القرضاوي، إثبات النسب بالبصمة الوراثية حق للمرأة لا للرجل، موقع: فاسألوا أهل الذكر: www.islamonline.nrt، اطلع عليه في 2022/07/04م.

*المراجع باللغة الأجنبية:

- 1-C.f.Jean Christophe .Galloux,l'empreinte Génétique ,la prevue parfaite ,J.C.P.1991,I,34,97,P13 968-Jaap E.Doek,Rapport général,transsexualisme,médecine et droit :actes/XXIIe Colloque de droit européen,Vrije université Amsterdam(pays-bas),1993
- 2-Jacques Massip , (la prevue scientifique de la filiation de la pratique judiciar),article publié .dans le livre;droit de la filiation et progress scientifiques, sous la direction de citrine la brusse et gerard cornu .Ecnomica;paris,1982,p52-53
- 3-j.'oris.HAGS,les condition et conséquence médicales des interventions chirugicales pour changer de sexe transsescualisme médecine et droit : actesXXIIIe Colloque de eueopéen,Vrije universiteit Amsterdam (Pays-Bas),1993.
- 4-Henri et Léon et Jean Mazeaud et François chabas,leçons De droit civil, Introduction a l'étude du droit ,Time 19,ème édition-Montchrestien, 1989 ,paris
- Amine Bouttiou ,Empreinte génétique et droit de la filiation ,1989.p.10972-
- 5-Louisde Leon ,the human genome and indentification by Genetic testing ,H.G(Legal Aspects) Vol,four ,fundaction,B B V,Spain ,1997,p95.

- 6-C.E.C.O.S;Centre D'étude et de Conservation de l'ovule et du SPRèm
- 7-René Frydman, les procréation médicament assistées,père edition presses universitaire ,France 1991,p.53
- 8-Frédérique Dépuis-toubol,commerce électronique comment en apporter la preuve .RDAL,n3,01/04/1998,p332
- 9-The Robert Wood Johnson fondation , Epec education for physicians on end-of-life care participant's handbook ,module 12 last hours of living Epec roject , 1999.p13
- 10- Abdelhafid Ossoukine ,L'Ethique Biomédicale ,2ème édition ,O P U ,2007, P159.
- 11-Ahmed Abduldayem ,les organes du corps humain dans le commerce juridique, thèse de doctoat , Faculté de droit ,Université robert Schuman de Strasbourg , 1999.p259-260.
- 12-Marc Dupert et Claudine Esper ,droit hospitalier,4ème édition ,daloz;paris,2003,p5989
- 13-Youcef Feham la vie sexuelle ,éd el maarifa ,Alger, 2003

المواقع الالكترونية :

- 14-Haute Autorité de santé ,service evaluation des acte professionnel ,situation acyuelle et perspectives d'évolution de la prise en charge médicale du transsexualisme en France,novembre 2009.p 58 ,<http://www.has-sante.fr>
- 15-Robert M.Sade Andrea D.Boan,The Paradox of the Dead Donor Rule:Increasing Death on the waiting list,Medical University of South carolina ,Research published at:<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4498481>.2022/08/29: تاريخ الاطلاع ،

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات:

	شكر وعرفان
	إهداء
	قائمة المختصرات
أ -	مقدمة
	فصل تمهيدي: الإطار المفاهيمي للإثبات بالقرينة العلمية الحديثة
9	المبحث الأول : ماهية الإثبات بالقرائن العلمية الحديثة
9	المطلب الأول : مفهوم الإثبات بالقرائن العلمية الحديثة
9	الفرع الأول : تعريف الإثبات لغة واصطلاحاً
10	الفرع الثاني : مفهوم القرائن لغة واصطلاحاً
14	الفرع الثالث : تعريف "العلمية" لغة واصطلاحاً
15	الفرع الرابع : تعريف "الحديثة" لغة واصطلاحاً
16	المطلب الثاني : أهمية الإثبات بالقرائن العلمية الحديثة
16	الفرع الأول : أهمية الإثبات بالقرائن عموماً
18	الفرع الثاني : أهمية الإثبات بالقرائن العلمية الحديثة خصوصاً
19	المبحث الثاني : أنواع القرائن العلمية الحديثة وحجية الإثبات بها
19	المطلب الأول : أنواع القرائن العلمية الحديثة
20	الفرع الأول : أنواع القرائن بصفة عامة
25	الفرع الثاني : أنواع القرائن العلمية الحديثة بصفة خاصة
26	المطلب الثاني : حجية الإثبات بالقرائن
27	الفرع الأول : الرأي القائل بعدد القرائن حجة في الإثبات
29	الفرع الثاني : الرأي القائل بأن القرائن لا تُعدُّ حجة في الإثبات
30	المبحث الثالث : شروط الإثبات بالقرائن وسلطة القاضي في تقدير حجيتها
30	المطلب الأول : شروط الإثبات بالقرائن
30	الفرع الأول : شروط العمل بالقرائن في الفقه الاسلامي عموماً
31	الفرع الثاني : شروط العمل بالقرائن العلمية الحديثة
32	المطلب الثاني : سلطة القاضي في تقدير حجية الإثبات بالقرائن
32	الفرع الأول : سلطة القاضي في تقدير حجية القرائن القانونية
35	الفرع الثاني : سلطة القاضي في تقدير حجية القرائن القضائية في الإثبات:
	الباب الأول : مجال الإثبات بالقرينة العلمية الحديثة في قضايا الزواج

الفصل الأول: أثر القرينة العلمية الحديثة في الإثبات في مقدمات الزواج وفي انعقاده	
43	المبحث الأول : أثر التطورات الطبية والبيولوجية في إثبات الأمراض الوراثية قبل الزواج
43	المطلب الأول: حقيقة الأمراض الوراثية وأثرها على أحكام الخطبة
43	الفرع الأول : حقيقة الأمراض الوراثية
50	الفرع الثاني : أثر الأمراض الوراثية على أحكام الخطبة
53	المطلب الثاني: الفحوص الوراثية للمقبلين على الزواج وأحكامها الشرعية والقانونية
53	الفرع الأول : ماهية الفحوص الوراثية
57	الفرع الثاني :الأحكام (الطبية، الشرعية، القانونية) المتعلقة بالفحص الوراثي قبل الزواج
68	المبحث الثاني : الزواج عبر تقنيات الاتصال الحديثة وإشكالات إثباته القانونية
69	المطلب الأول : حقيقة عقد الزواج بتقنيات الاتصال الحديثة
71	الفرع الأول: مفهوم عقد الزواج بتقنيات الاتصال الحديثة
77	الفرع الثاني :التكييف الفقهي لعقد الزواج عبر تقنيات الاتصال الحديثة وطرق إثباته
89	المطلب الثاني: الحكم الفقهي و الموقف القانوني لعقد الزواج عبر تقنيات الاتصال الحديثة
90	الفرع الأول: حكم عقد الزواج بالكتابة عبر تقنيات الاتصال الحديثة فقها وقانونا
95	الفرع الثاني :حكم عقد الزواج (مشافهة)عبر تقنيات الاتصال الحديثة فقها وقانونا
97	الفرع الثالث :حكم عقد الزواج عبر تقنيات التواصل على شبكة الأنترنت فقها وقانونا
الفصل الثاني : أثر القرينة العلمية الحديثة في الإثبات بعد الزواج وفي آثاره.	
103	المبحث الأول : دور الطب في إثبات عيوب النكاح المعاصرة وأثرها في التفريق بين الزوجين
104	المطلب الأول: حقيقة عيوب النكاح وحكمها الشرعي
104	الفرع الأول : مفهوم عيوب النكاح
105	الفرع الثاني :الحكم الشرعي من التفريق بين الزوجين للعيوب
109	المطلب الثاني :التطبيقات المعاصرة لعيوب النكاح ودور التقنية الطبية في إثباتها
109	الفرع الأول : التطبيقات المعاصرة لعيوب النكاح المبيحة للتفريق بين الزوجين
129	الفرع الثاني :دور التقنية الطبية الحديثة في إثبات عيوب النكاح المعاصرة
135	المطلب الثالث :موقف القانون من التفريق بسبب العيوب بالاعتماد على الخبرة الطبية
135	الفرع الأول : موقف التشريعات العربية من التفريق بالعيوب بالاعتماد على الخبرة الطبية
138	الفرع الثاني :موقف المشرع الجزائري من التفريق بالعيوب
140	المبحث الثاني: أثر المعطيات الطبية و البيولوجية الحديثة في قضايا النسب

141	المطلب الأول : البصمة الوراثية ودلالاتها الشرعية والقانونية في إثبات النسب ونفيه
141	الفرع الأول : مفهوم البصمة الوراثية وخصائصها
144	الفرع الثاني : الأحكام الشرعية لإثبات النسب ونفيه بالبصمة الوراثية
156	الفرع الثالث : موقف التشريعات المقارنة من الاستعانة بالبصمة الوراثية كقرينة لإثبات النسب ونفيه
167	المطلب الثاني : تقنيات الإخصاب (التلقيح) الصناعي وأثرها في إثبات النسب ونفيه
168	الفرع الأول : ماهية الإخصاب الاصطناعي
172	الفرع الثاني : صور الإخصاب الصناعي وحكمها الشرعي
190	الفرع الثالث : موقف التشريعات المقارنة من تقنيات الإخصاب الصناعي كقرينة لإثبات النسب
الباب الثاني: مجال الإثبات بالقرينة العلمية الحديثة في قضايا الميراث.	
الفصل الأول: دور التقنية العلمية الحديثة في بيان حقيقة وفاة المورث وأثرها على الميراث	
209	المبحث الأول: إمكان التيقن من الوفاة الحقيقية للمورث من خلال الطب الحديث
209	المطلب الأول : تحديد زمن موت المورث في حالة الوفاة الفردية
210	الفرع الأول : علامات تحقق الوفاة في الطب قديما وحديثا
213	الفرع الثاني : الوفاة الدماغية من المنظور الطبي والشرعي والقانوني
228	الفرع الثالث: الآثار القانونية لتحديد زمن الوفاة بمعيار الوفاة الدماغية على الميراث
232	المطلب الثاني : تحديد زمن موت المورث في حالة الوفاة الجماعية
233	الفرع الأول : موقف الفقه الإسلامي والتشريعات العربية من توريث مجهولي لحظة الوفاة
238	الفرع الثاني : دور الطب الحديث في معرفة السابق في الموت قبل اللاحق
241	الفرع الثالث: أثر تحديد زمن الموت طبيا في حصر ميراث مجهولي لحظة الوفاة
244	المبحث الثاني : دور تقنيات الاتصال الحديثة في التيقن من الوفاة الحكومية للمورث
244	المطلب الأول : مفهوم المفقود والأحكام العامة المتعلقة بالمفقود
244	الفرع الأول : مفهوم المفقود
246	الفرع الثاني : الأحكام العامة المتعلقة بالمفقود
257	المطلب الثاني : أثر تقنيات الاتصال الحديثة على ميراث المفقود
257	الفرع الأول : أثر تقنيات الاتصال الحديثة على ميراث المفقود عند صدور الحكم بالموت
270	الفرع الثاني : أثر تقنيات الاتصال الحديثة على ميراث المفقود عند صدور الحكم بالموت
الفصل الثاني: دور التقنية العلمية الحديثة في بيان حقيقة حياة الوارث وأثرها على الميراث	
277	المبحث الأول : دور الطب في التيقن من وجود الحمل وتحديد أثرها على الميراث

277	المطلب الأول : دور المستجدات الطبية في التحقق من وجود الحمل عند وفاة المورث وأثره على التركة
277	الفرع الأول : دور الطب في التحقق من شرط وجود الحمل في بطن أمه عند وفاة مورثه
288	الفرع الثاني: دور الطب في التحقق من شرط حياة المولود عند موت مورثه وأثره على التركة
295	المطلب الثاني :دور المستجدات الطبية في معرفة جنس الحمل، عدده، والتحكم فيه وأثرها على التركة
295	الفرع الأول :دور تقنيات الطب في معرفة جنس وعدد الحمل وأثره على تقدير ميراثه
304	الفرع الثاني : دور تقنيات الطب في التحكم في جنس الجنين وأثره على تقدير ميراث الحمل
310	المبحث الثاني : تصحيح جنس الوارث وتحويله طبيًا وأثرهما على الحق في التركة
310	المطلب الأول : دور التقنية الطبية في عمليات تصحيح الجنس وتحويله وحكمهما الشرعي
310	الفرع الأول : دور التقنيات الحديثة في عمليات تصحيح الجنس وحكمه الشرعي
321	الفرع الثاني : دور التقنيات الحديثة في عمليات التحول الجنسي وحكمه الشرعي
329	المطلب الثاني : الموقف القانوني من عمليات تصحيح الجنس وتحويله وأثرهما على تقسيم التركة
329	الفرع الأول: الموقف القانوني (والقضاء) من عمليات تصحيح الجنس وتحويله
342	الفرع الثاني: أثر تصحيح الجنس لأسباب عضوية (الخنثى) على الحق في الميراث
354	الخاتمة
360	قائمة المصادر والمراجع
413	فهرس المحتويات

الملخص:

أدى التقدم العلمي والتقني الى بروز ثورة علمية معلوماتية القت بضلالها على جميع الميادين، ومنها مجال الإثبات، فالوسائل التقليدية المستخدمة في الإثبات قد لا تتلاءم مع إفرازات التطور الحديث مما يجعلها لا تحقق العدالة من جهة أو تكون غير كافية لتحقيقها من جهة ثانية، مما أدى الى استنباط ادلة غير مباشرة للإثبات لمواكبة هذه التطورات العلمية والحديثة والتي اصطلح عليها القرائن العلمية الحديثة، اذ يمكن للقاضي ان يستند اليها لترسيخ قناعته أو تأكيدها في حالة وجود دليل اثبات غير كاف في الدعوى. وقد امتدت إلى مجال الإثبات في مسائل الأحوال الشخصية بدءا بالثورة الطبية في مجال الفحوص الوراثية و التحاليل المخبرية وأجهزة الكشف بالأشعة **مرورا** بالتطور الهائل في مجال تكنولوجيا الاتصال لاسيما بعد التزاوج الذي حصل بين تقنيات المعلومات وميدان الإعلام والاتصال، وهذه التوأمة أفرزت أساليب جديدة للتعاقد ، **ووقوفا** عند مجال الهندسة الوراثية والجينوم البشري التي أرسى تقنيات جديدة يمكن من خلالها التيقن من النسب الحقيقي للولد، **عبورا** على جسر المستجدات العلمية التي عبرت بنا إلى مجال الاختصاص الصناعي فأوجدت لنا طرقا جديدة للإنجاب لمكافحة ضعف الخصوبة لدى أحد طرفي العلاقة الزوجية أو عقمه، **وصولا** إلى محطة الاكتشافات الجديدة في مجالي البيولوجيا والطب الشرعي أين أضحى التقرير الطبي أو الخبرة العلمية -المنجزان من أطباء أكفاء وثقات- مَعْلَمَانِ يحتكم إليهما لفك العديد من ألغاز وإبهام مظاهر الموت والحياة ولو بصفة نسبية والتي لها تأثيراتها على مسائل الميراث.

Summary :

Scientific and technical progress has led to the emergence of a scientific information revolution that has overshadowed all fields, including the field of proof.

The traditional means used in proof may not be compatible with the secretions of modern development, which makes them not achieve justice on the one hand, or be insufficient to achieve it on the other hand.

This led to the deduction of indirect evidence of proof to keep pace with these scientific and modern developments, which are termed scientific and modern evidence, as the judge can rely on them to consolidate or confirm his conviction in the event that there is insufficient evidence in the case.

It has extended to the field of evidence in matters of personal status, starting with the medical revolution in the field of genetic tests before marriage, laboratory analyzes and radiological detection devices, passing through the tremendous development in the field of communication technology, especially after the pairing that took place between information technologies and the field of media and communication.

This twinning produced new methods of contracting and created what is known as electronic marriage.

Standing at the field of genetic engineering and the human genome, which established new technologies through which it is possible to ascertain the true parentage of the child, crossing over the bridge of scientific developments that crossed us into the field of artificial fertilization and found new methods of reproduction for us to combat low fertility in one of the parties to the marital relationship or his sterility, leading to the new discoveries in the fields of biology and forensic medicine, where the medical report or scientific