جامعة الشهيد حمه لخضر ــ الوادي

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قســم الحقـــوق

دور علم الوراثة في اثبات النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص: "الأحوال الشخصية"

إعداد

الطالبة: مفيدة ميدون

إشراف

الدكتور: إبراهيم رحماني

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة	الجامعة	الصفة
محمد الرشيد بوغزالة	أستاذ محاضر"أ"	جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي	رئيسا
إبراهيم رحماني	أستاذ محاضر "أ"	جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي	مشرفا ومقررا
فاروق خلف	أستاذ محاضر "أ"	جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي	عضوا
المكي دراجي	أستاذ محاضر "أ"	جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي	عضوا
عمار زعبي	أستاذ محاضر "ب"	جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي	مدعوا

السنة الجامعية: 2014 / 2015.

الإهداء

إلى من سهر على تعليمي ورعايتي . . . . . .

إلى هامة من لم تنحني إلا الله . . . . . .

إلى من جسد الأبوة في أسمى معانيها . . . . . .

إلى نبع افتخاري . . . ومحط اعتزازي . . " أبي العزيز رحمه الله "

جف الزمان . . . وفاض حنين مبسمها . . . . .

قست القلوب . . . ورق حديد معصمها . . . . .

تلت الجداول حكاية عطائها الأزلي . . . . . .

إلى من جعل الله الجنة تحت أقدامها . . . . . .

إلى من كانت دعواتها سحر جناني . . . ورضاها س فلاحي . . .

أسأل الله تعالى أن يعينني على برها . . . . . " أمي الغالية "

إلى القلوب الكبيرة التي ألجأ إليها وقت الشدائد . . . . .

إلى من أشدهم أزري و أشاركهم أمري . . . . .

وأدخرهم لغدارات الزمان . . . . .

إلى قدوتي ومفخرتي . . . من أكن لهم في قلبي كل الحب والاحترام . . . " إخوتي الأعزاء"

إلى من أفخر وأرفع الرأس شموخا بانتمائي إليهم . . . . .

إلى من أوجب الله صلتهم . . . . " أقاربي "

إلى من قضيت معهم أجمل أيام حياتي . . . . .

إلى من ساندوني في أيام الغربة القاسية . . . . .

إلى أجمل اللحظات . . . وأحلى الذكريات . . " أصدقائي و زملائي"

شكر و تقدير

إن خير فاتحة نفتتح بها مذكرتنا هو الشكر لله باسط العلم و فاتح الخير الذي أعز العباد و أكرمهم بعلمه الوافر فنشكره تعالى على نعمه التي لا تفنى.

أتقدم بفائق التقدير والاحترام و خالص الشكر إلى رفيع المقام أستاذي الفاضل الدكتور " رحماني إبراهيم" ذا النفس السخية والآراء السديدة عرفانا بفضله في إنارة الطريق أمامي، و أعرب له عن امتناني الكبير لقبوله الإشراف على هذا البحث ولتوجيهاته القيمة و متابعته المستمرة في إنجاز هذا العمل.

وأتوجه بالشكر الجزيل إلى الأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة الذي قبلوا إثراء هذا البحث بمناقشتهم وتوجيهاتهم القيمة.

كما أتوجه بالشكر لكل من استفدت من جهودهم في إنجاز هذا العمل.

شكرا جزيلا للجميع.

ميلودي مفيدة

قائمة المختصرات

1- باللغة العربية :

إ.ق:الاجتهاد القضائي.

ج.ر.ج.ج: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية.

ج: الجزء.

ح: الحديث.

د.ت:دون ذكر تاريخ النشر.

ط: رقم الطبعة.

ع: العدد.

غ.أ.ش: غرفة الأحوال الشخصية.

ف$_1$:الفقرة الأولى.

ف$_2$:الفقرة الثانية.

ق.أ.ج: قانون الأسرة الجزائري.

ق.ح.م: قانون الحالة المدنية.

ق.خ:القانون الخاص.

ق.م.ف: قانون مدني فرنسي.

ق.م:القانون المدني.

ق.و:قانون وضعي.

لا.ط:لا ذكر للطبعة.

لا.م:لا ذكر لمكان النشر.

م.ع: المحكمة العليا.

م.ق:المجلة القضائية.

م: التقويم الميلادي

ن.ق: نشرة القضاة

ه: التقويم الهجري

2- باللغة الفرنسية :

P: page
N:numéro

المقدمـــــــة

تعد العلاقة الزوجية بين الرجل والمرأة هي الأساس الذي تقوم عليه الحياة الإنسانية المتكاملة، في سبيل عمارة الكون وتحقيق خلافة الله على الأرض، مصداقا لقوله تعالى: ﴿ **وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَائِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً** ﴾ [سورة البقرة، الآية:30].

ولما كان التوالد والتناسل يقتضي الاتصال بين الجنسين، شرع الله سبحانه وتعالى من الأحكام ما يحقق هذا على الوجه الأليق بهذا الكائن البشري الذي كرمه الله تعالى وخلقه في أحسن تقويم؛ فجاء نظام الزواج في الإسلام يسمو بالإنسان عن مجرد التمتع الحيواني لأجل تلبية الفطرة البشرية. وكان هذا النظام هو الطريق الشرعي الوحيد لاستخلاف الإنسان والمحافظة على الأنساب.

وبناء عليه، فإن التوالد البشري، وصلة النسب بينهم تعد النتيجة الطبيعية والشرعية للزواج في الإسلام. فالنسب يعبر عن قرابة الدم أو صلة الرحم التي يرتبط بها الإنسان مع أصوله (الآباء والأمهات) وفروعه (الأولاد) وحواشيه (فروع أصوله).

وبالنظر إلى الولد يأتي ثمرة للزواج؛ فإنه تترتب جملة من الحقوق تجاه الوالدين؛ والتي يأتي في مقدمتها: ثبوت النسب.

ولقد حرصت الشريعة الإسلامية حرصا كبيرا على سلامة الأنساب، والحفاظ عليها من الاختلاط والضياع؛ حيث اعتبر حفظ النسل من المصالح الضرورية التي تهيكل بناء مقاصد الشريعة، والمنطلق في حفظه يتحدد بإظهار النسب الشرعي وعلى ضوء هذا تأتي منظومة الأحكام التي تقوم على قيام هذا المقصد.

ويأتي تحريم التبني في الشريعة الإسلامي مظهرا من مظاهر العناية بالنسب وإحاطته بسياج الرعاية؛ استنادا لقوله تعالى: ﴿ **ادْعُوهُمْ لآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ** ﴾ [سورة الأحزاب، الآية: 4]. ومنها أيضا: نفي الشرع لنسب الولد الذي جاء من الزنا من الزاني، فلا يثبت نسبه من، وإنما يلحق نسبه بأمه ويحمل اسمها.

وهكذا عملت الشريعة الإسلامية على سد منافذ اختلاط الأنساب بالحفاظ عليها، والإشادة بها، والتحذير من التهاون بشأنها.

وعلى المنوال المرسوم شرعا جاء اهتمام المشرع الجزائري بثبوت نسب الأولاد وإلحاقهم بذويهم، مهتديا في قواعده بأحكام الشريعة الإسلامية ومقاصدها؛ فنظم متعلقات النسب في المواد من 40 إلى 46 من قانون الأسرة، حيث نصت المادة 40 على الطرق الشرعية المستخدمة في إثبات النسب، وحددتها في كل من الزواج الصحيح والأنكحة الفاسدة، إضافة إلى الإقرار والبينة.

والظاهر أن التشريع الجزائري في المواد المتعلقة بالنسب في حاجة إلى مزيد إثراء؛ حيث يحتاج إلى تضمين مواده آخر ما استفادته البشرية من تطور ملحوظ في مختلف جوانب العلوم المعاصرة، وخاصة مستجدات علوم الوراثة، التي أثمرت أحدث ما توصل إليه الإنسان في سعيه المستمر وبحثه المتواصل لمواكبة التطورات الحاصلة عن طريق الاستفادة من الطرق العلمية في إثبات النسب من خلال إجراءات فحص البصمة الوراثية لإثبات النسب في الحالات المتنازع فيها عليه .

وكذلك النظر فيما أسفر عنه الاعتماد على التلقيح الاصطناعي كوسيلة حديثة للقضاء على مشكل العقم الذي يعاني منه الكثيرون كخطوة إيجابية لحل كثير من المشاكل التي تعاني منها الأسرة الجزائرية نتيجة عدم الإنجاب بالطرق الطبيعية، لكن ينتج عن هذا ازدياد الخوف على حق النسب من الضياع في بعض التطبيقات المعمول بها في التلقيح الاصطناعي.

وهكذا يظهر أن تأثير الاكتشافات العلمية على إثبات النسب كالبصمة الوراثية والتلقيح الاصطناعي يطرح جملة من الإشكالات تحتاج إلى النظر في النصوص القانونية ذات الصلة، وتكثيف الدراسة والبحث لاستيفاء تتبع أحكام مختلف الصور التي تطرحها تلك الممارسات الطبية المعاصرة.

أهميـــة الموضـــوع:

في ضوء المستجدات العلمية التي أتى بها علم الوراثة والطب الحديث كان لابد من الوقوف على دراسة الموضوع لأجل توضيح مدى تأثير تلك المعطيات الجديدة على إثبات النسب، وذلك حفاظا على الأنساب من الاختلاط.

ولما كان النسب أهم الحقوق الأساسية للطفل وهو العاجز عن الدفاع عن حقوقه، كان لزاما على المشرع أن يتدخل لحماية هذا الحق، وإحاطته بفائق العناية؛ وتوظيف جميع

الإمكانات والاستفادة من التطورات العلمية الحاصلة على مستوى علم الوراثة والإنجاب بالمساعدة الطبية لأجل ضمان التنظيم الأمثل لطرق إثبات النسب.

ويأتي هذا البحث في سياق دراسة القواعد والضوابط التي تحكم مسألة إثبات النسب وفق تقنيات علم الوراثة والطب الحديث بغرض حماية الأنساب من الخلط أو الاشتباه. واخترت له أن يعنون بـــ: "**دور علم الوراثة في اثبات النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري**".

الدراســـات السابقـــة:

أسفر البحث والاستقصاء عن الوقوف عند بعض الدراسات التي تناولت موضوع البحث. ويظهر أن أغلبها عالج مفردات الموضوع من الوجهة الشرعية دون القانونية. وتناولت دراسات أخرى الوجهة القانونية دون الشرعية وكان عرضها يصطبغ بطابع الإجمال لا التفصيل. واكتفت دراسات أخرى بعموم ما يثيره علم الوراثة والطب الحديث من الوجهة الشرعية وجاء حصرها في البصمة الوراثية.

ويظهر لي – في حدود اطلاعي – أنه لا يوجد بحث تناول مختلف الجزئيات الخاصة بالموضوع، واجتهد في إسقاطها على القانون الجزائري وفق الطريق التي اعتمدتها في تحرير هذه الصفحات.

ومن الدراسات التي وقفت عندها واستفدت منها ما يلي:

1. إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة، وهي عبارة عن أطروحة دكتوراه في جامعة القاهرة عام 2000م، مقدمة من الباحثة: عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي.

2. أحكام النسب في التشريع الجزائري، وهي عبارة عن أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص في جامعة تلمسان عام 2014، مقدمة من الباحث: يوسفات علي هاشم.

3. إثبات النسب، وهي عبارة عن أطروحة دكتوراه في القانون الخاص في جامعة الجزائر عام 2011، مقدمة من الباحثة: رابحي فاطمة الزهراء.

4. التلقيح الصناعي "دراسة مقارنة الجزائر وفرنسا"، وهي عبارة عن مذكرة

ماجستير في القانون الخاص في جامعة تلمسان، في العام الجامعي 2006-2007، مقدمة من الباحثة: خدام هجيرة.

وهنا تجدر الإشارة إلى أن مفردات البحث – في حدود اطلاعي – قد أغفلت حينا، أو لم تعط حقها من البيان والتحليل حينا آخر، وهي من المستجدات التي اقتضاها التطور العلمي في مجال علم الوراثة المعاصر؛ وبالتالي فهي في أمس الحاجة إلى أن تخصص بالبحث.

إشكاليـــة البحـــث :

من خلال التطورات العلمية الطبية والبيولوجية الحديثة استدعى ما شهده علم الوراثة ضرورة الوقوف عند إشكالية تتمثل في مدى تأثير مستجدات هذا العلم في مسألة إثبات النسب وموقف التشريع الجزائري والآراء الفقهية بشأنها.

وتتفرع جملة أسئلة تحتاج إلى بسط البحث فيها:

– ما هي وسائل إثبات النسب في قانون الأسرة الجزائري؟

– ما الجديد الذي يمكن أن يقدمه علم الوراثة المعاصر في مجال إثبات النسب؟ وما دوره في إثبات النسب؟

– ما حجية البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب؟ وما موقف القانون والقضاء المقارن منها؟

– ما أثر التلقيح الاصطناعي بمختلف صوره على إثبات النسب؟ وهل يعتبر حلا ملائما في ظل المنع الصريح للمشرع الجزائري لاستخدام الأم البديلة؟

المنهجيـــة المتبعـــة فـــي البحـــث:

للإجابة عن إشكالية البحث وأسئلته يعتمد تحرير هذه الصفحات على استخدام المنهج الوصفي التحليلي، مع الاستفادة من المنهج المقارن في تحرير بعض الجزئيات عند الاقتضاء.

خطة البحــث:

في سبيل الوصول إلى تحقيق أهداف البحث، والإجابة عن الإشكالية المطروحة، سوف تقوم هيكلة البحث على مقدمة وفصلين وفي الأخير الخاتمة والفهارس، وتكون فق المخطط الآتي:

الفصل الأول

قواعد ثبوت النسب

المبحث الأول: ثبوت النسب بالزواج الصحيح وبعد الفرقة.

المبحث الثاني: ثبوت النسب في الزواج غير الصحيح.

المبحث الثالث: إثبات النسب بالإقرار والبينة .

الفصل الثاني

أثر علم الوراثة في إثبات النسب

المبحث الأول: البصمة الوراثية ومدى حجيتها في إثبات النسب.

المبحث الثاني: أثر التلقيح الاصطناعي في إثبات النسب.

الخاتمة.

هذا، ولا تدعي الباحثة أنها استوفت جميع المادة العلمية في الموضوع؛ ولكنها اجتهدت وفق ما تيسر لها من إمكانات ومراجع علمية لتقديم حصيلة بحثية وفق أسلوب ميسر وترتيب أكثر وضوحا بما يفيد الباحثين والقراء، كما لا تدعي أنها أتت بما لم تسبق إليه؛ إذ يأتي هذا البحث كخطوة أولى في هذه المرحلة الدراسية تعرضها بإيجابياتها وسلبياتها للتقويم والإثراء؛ فما حالفها فيه التوفيق فالفضل لله تعالى وحده، وما كان خلافه فأسأل الله تعالى العون على إصلاح الخطأ وتدارك التقصير.

الفصـــل الأول

قــواعد ثبــوت النســـــب

النسب أقوى الدعائم التي تقوم عليها الأسرة، ويرتبط به أفرادها برباط دائم من الصلة، تقوم على أساس وحدة الدم، فالولد جزء من أبيه والأب بعض من ولده، ورابطة النسب هي نسيج الأسرة التي لا تنفصم عراه.

لذا امتن الله عز وجل على الإنسان بالنسب [1] فقال: ﴿ **وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا**﴾ [سورة الفرقان، الآية: 54].

ونظرا لخطورة مسألة النسب، وضع الفقه الإسلامي من الأحكام ما يكفل حماية الولد من الضياع، ويحظر من اختلاط الأنساب ويصون الأعراض، لذلك يثبت نسب الولد من الزوج دون حاجة إلى إقراره أو بينة تقيمها الزوجة، ويلحق بالزواج الصحيح الزواج الفاسد، حيث إن هذا الأخير يأخذ حكم الزواج الصحيح في ثبوت النسب، ويطبق عين الحكم بشأن الوطء بشبهة. وكل هذه المبادئ تبناها المشرع الجزائري من خلال نص الفقرة الأولى من المادة 40 المعدلة التي تنص على أنه: "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو البينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون" [2] .

وسوف نتطرق إلى كل هذه النقاط في هذا الفصل من خلال المباحث التالية:

المبحث الأول: ثبوت النسب بالزواج الصحيح وبعد الفرقة.

المبحث الثاني: ثبوت النسب في الزواج غير الصحيح.

المبحث الثالث: إثبات النسب بالإقرار والبينة.

---

[1] عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، ط1، الجزائر، دار الخلدونية، 2007، ص249.

[2] قانون رقم (84-11) المؤرخ في 09 رمضان 1404 ه الموافق لــ 09 يونيو 1984، المعدل والمتمم للقانون رقم (05 – 02) المؤرخ في 18 محرم 1426ه الموافق لــ 27 فبراير 2005(الجريدة الرسمية، ع 15، المؤرخة في 27 فبراير2005).

المبحـــــــــث الأول

ثبــوت النســب بالــزواج الصحيح وبعـــد الفرقــة

سوف نعالج مضمون هذا المبحث من خلال المطلبين التاليين:

المـــــــــطلب الأول: إثبات النسب أثناء الحياة الزوجية.

المـــــــــطلب الثاني: ثبـــــــوت النســب بعد الفرقــة بين الزوجيـــــن.

المـــــــــطلب الأول

إثبـــات النســـب أثناء الحياة الزوجية

إن العقد الصحيح سبب شرعي لثبوت نسب الولد أثناء قيام الزوجية، وعلى هذا الأساس جاء في المادة 40 من ق.أ.ج بأنه: "**يثبت النسب بالزواج الصحيح....** "، كما أنه طبقا للمادة 41 من ق.أ.ج فإن: " **الولد ينسب لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة** "[1]. وعليه حتى يثبت النسب بالزواج الصحيح لابد من توفر ثلاث شروط، وهي موضحة في الفروع التالية:

الفـــــرع الأول: إمكانية الاتصال بيـــــن الزوجيـــــن

هذا الشرط لا يتحقق إذا كان الشخص مسجونا أو مسافرا سفرا طويلا[2]، أما إذا كان الزواج كامل الشروط والأركان (المواد من 7 إلى 17 ق.أ.ج) عدّ زواجا صحيحا وصالحا لإثبات النسب، وهذا متى كان تصور مجيء الولد من هذه الزوجية ممكنا حتى يكون كما قال النبي صلى الله عليه وسلم: "**الولد للفراش وللعاهر الحجر**"[3]، وهذا الفراش ليكون صالحا لمجيء الولد منه لابد من إمكانية التلاقي بين الزوجين [4] من حين العقد، ذلك أن العقد وحده لا يكفي إذ لابد من الدخول، فإن تأكد عدم اللقاء بينهما لا يثبت نسب الولد إلى الزوج، كما لو كان أحد الزوجين غائبا ومن هنا يشترط المشرع الجزائري في المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري بالإضافة إلى عقد الزواج الصحيح، ضرورة ثبوت إمكان الاتصال الجنسي بين الزوجين وعلى هذا يجب أن يكون الزوج بالغا، وفقا لنص المادة 7 من ق.أ.ج المعدلة بالأمر 02/05 فإنه لا يثبت النسب من الصغير الذي لا يتصور منه الحمل لقيام القرينة على أن الولد ليس منه. [5]

وقد أكدت المحكمة العليا في العديد من قراراتها، أن شرط إمكانية الاتصال بين

---

[1] العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري "مقدمة الخطبة، الزواج"، ج 1، ط 4، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2005، ص190.

[2] سليمان ولد خسال، الميسر في قانون الأسرة الجزائري، ط2، الجزائر: الأصالة للنشر والتوزيع، 2012، ص 125.

[3] أخرجه البخاري في صحيحه (كتاب الفرائض، باب الولد للفراش حرة كانت أو أمة)، حديث رقم 6749، ص 1672.

[4] محمد محدة، سلسلة فقه: الأسرة الخطبة والزواج، ج1، ط2، باتنة: شهاب 2000، 1994، ص 417.

[5] المرجع نفسه، ص 418.

الزوجين ضروري لإثبات النسب، حيث جاء في أحد قراراتها[1] ما يلي:

" **من المقرر شرعا أن الولد للفراش وللعاهر الحجر.**

وتأسيسا على هذا الوجه، اعتبر قضاة المحكمة العليا أن ولادة الطفل موضوع النزاع قد تمت والزوجية قائمة والطاعن لم ينفه بالطرق المشروعة، وأن دعوى الغيبة لا معنى لها طبقا للمادة 41 ق.أ.ج التي طبقت قاعدة الولد للفراش وللعاهر الحجر."

وهناك قرار آخر للمحكمة العليا جاء فيه: " **من المقرر قانونا أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح وينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال...**". [1]

وانطلاقا من هذه القرارات الصادرة عن المحكمة العليا يمكن القول، بأن القضاء الجزائري حذا حذو الشريعة الإسلامية بتطبيقه لقاعدة: "إحياء الولد"، مع إمكانية الاتصال الشرعي بين الزوجين وهو ما يقصد به البناء، فعدم إمكانية الاتصال قد يحدث في الواقع لبعد الزوجين عن بعضهما، كأن يكون الرجل من دولة والمرأة من دولة أخرى ولم يحصل بين الزوجين لقاء فلا يثبت النسب.[2]

الفـــــرع الثانـــي: عـــــدم نفـــي الولد بالطـــرق المشروعة

لكي يثبت نسب الولد من أبيه اشترط المشرع في المادة 41 من ق.أ.ج ألا ينفي نسب هذا المولود بالطرق المشروعة، والطريق المشروع لنفي الولد هو اللعان وإن كان المشرع لم يظهر ذلك في الفصل الخامس إلا أنه أشار إليه في المادة 138 ق.أ.ج[3] كما أنه يفهم من نص المادة 222 ق.أ.ج.

ويقتضي البحث في موضوع اللعان، كوسيلة من وسائل نفي النسب تحديد حقيقة اللعان، من حيث تعريفه وتحديد أركانه، ثم مدى تطبيق القضاء الجزائري للعان فيما يخص النسب.

أولا- تعريـــف اللّعـــان:

1 تعـــــريف اللّعـــان:

- **لغـــة:** اللّعان والملاعنة: اللّعن بين اثنين فصاعدا، وكل من لعنه الله فقد أبعده عن

---

[1] غ .أ.ش ،قرار المحكمة العليا، رقم 204821، المؤرخ في 1998/10/20، ن.ق، 2002، عدد خاص، ص 82.

[2] علي هاشم يوسفات، المرجع السابق، ص 40.

[3] محمد محدة، المرجع السابق، ص 418.

رحمته، واستحق العذاب فصار هالكا. والملاعنة بين الزوجين: إذا قذف الرجل امرأته أو رماها برجل أنه زنى بها.[1]

- **اصطلاحا:** عرف بعض الفقهاء اللّعان بأنه الإجراء المشروع ذو الألفاظ المخصوصة التي يتلفظ بها الزوجان في أمر الزنا أو نفي الولد.[2]

ويتم إجراء الملاعنة في الشرع بين زوجين بشهادات مقرونة باللّعن القائم مقام حد القذف بالنسبة للزوج، وبالغضب القائم مقام حد الزنا بالنسبة للزوجة [3]؛ فحد قذف الرجل لزوجته بالزنا هو الجلد ثمانين جلدة [4]، وهذا لعموم قول الله تعالى: ﴿ **وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ** ﴾ [سورة النور، الآية: 4]، والمحصنات أي: المتزوجات، تشمل الزوجة وغيرها، ثم لمّا نزلت آية اللّعان خصصت آية القذف، أي جعلت تطبيقه يشمل فقط الأجنبية دون الزوجة، وهي قوله تعالى: ﴿ **وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ . وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَةَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ . وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ. وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ** ﴾ [سورة النور، الآيات:6، 7، 8، 9].

---

[1] ابن منظور، المرجع السابق، ج12، ط1، ص 125.

[2] أحمد حمد، المرجع السابق، ص 265.

[3] عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء، لا.ط، القاهرة: دار الفكر العربي، د.ت، ص 116.

[4] القذف وفقا لما نص عليه في المادة 196 من قانون العقوبات الجزائري هو: "كل ادعاء بواقعة من شأنها المساس بشرف واعتبار الأشخاص والهيئات المدعى عليها....".

ثانيـــا- أركـــان اللعـــان:

أركان اللعان هي: قيام الزوجية، والزوجين الملاعنين.

1 -**قيام الزوجية:** لقد خصت آيات اللّعان الأزواج دون غيرهما، وذلك في قوله تعالى: ﴿ **وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ** ﴾ [سورة النور، الآية: 6]. لذا فاللّعان لا يقع إلا من زوجين ومن زواج صحيح، فقد اتفق فقهاء المسلمين على اشتراط قيام الحياة الزوجية حقيقة أو حكما بأن تكون المرأة مطلقة طلاقا رجعيا ومازالت في العدة.[1]

2 -**الزوجيـــــن الملاعنيـــن:** يشترط فيهما البلوغ والعقل، لأن الصبي والمجنون لا يصح لعانهما، لأنه قول يوجب الفرقة، فلا يصح من الصبي والمجنون كالطلاق، أما الأخرس فإن كانت له إشارة معقولة، أو كتابة مفهومة صح لعانه، لأنه أصبح معبرا كالناطق، أما إذا لم يكن له إشارة معقولة أو كتابة مفهومة فلا يصح لعانه.[2]

ثالثـــا- تطبيـــق القضـــاء الجزائـــري للّعـــان:

إن ما يمكن تسجيله في هذا الإطار، هو ندرة قضايا اللّعان، سواء ما تعلق منها بتهمة الزنا، أو بنفي نسب الحمل من الزواج.

أما ما يتعلق بقرارات المحكمة العليا، فإن ما وقع بين أيدينا من ذلك قليل يتعذر معه الخروج بتصور كامل عن تطبيق اللّعان كما ورد في الفقه الإسلامي عموما والفقه المالكي خصوصا.[3]

فقد ورد قرار في ملف رقم 172379 بتاريخ 1997/10/28 قضية (ق.م) ضد (ق. أ) – نفي النسب واللّعان – تأييد الحكم القضائي بفسخ عقد الزواج مع التحريم المؤبد وإلحاق نسب الولد بأمه، وأن اللّعان لا يتم بالمحكمة وإنما بالمسجد، حيث أن اللعان لا

---

[1] أحمد نصر الجندي، من فرق الزوجية، الخلع، الإيلاء، الظهار، اللّعان، لا.ط، لا.ن، دار الكتب القانونية، 2005، ص248-249.

[2] حسيني محمود عبد الدايم عبد الصمد، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات، ط 1، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2007، ص 17.

[3] عز الدين كيحل، "اللّعان بين الزوجين في الفقه الإسلامي ومدى تطبيقه في القضاء الجزائري"، مجلة المفكر، الجزائر: كلية الحقوق بجامعة محمد خيضر بسكرة، ع3، ص127.

يكون إلا بالمسجد العتيق وفي أجل لا يتجاوز ثمانية أيام من يوم العلم بالحمل الذي يراد نفيه. وعلى ضوء هذا القرار يمكن تقرير ما يلي:

أولا: دعوى اللّعان لا تسمع إلا وفق الشروط المنصوص عليها في الفقه المالكي، والتي سلف ذكرها ومنها بالخصوص: دعوى نفي النسب حيث لا يتجاوز أجلها ثمانية أيام من يوم العلم بالحمل الذي يراد نفيه.

ثانيـــا: للزوج وحده حق طلب الملاعنة، فلا يثار هذا الطلب من طرف الزوجة، ولا تثيره المحكمة من تلقاء نفسها.

ثالثـــا: عند تحقق شروط قبول الدعوى، واقتناع القاضي بذلك يحيل الزوجين بموجب حكم إلى مسجد البلدة التي بها مسكن الزوجية مثلا، أو أي مسجد في المدن الكبيرة وليكن المسجد العتيق كما ذكر قرار المحكمة العليا، وهذا تماشيا مع ما ذهب إليه جمهور الفقهاء غير الحنفية.

رابعـــا: لا تجري أيمان اللّعان بين الزوجين إلا بتكليف محضر قضائي ومعاينة الواقعة وتبليغ الزوجين بصيغة الأيمان، وتحرير محضر بذلك يقدمه للقاضي ليبني عليه الأحكام المترتبة عليه.[1]

خامســا: يصدر القاضي في أجل لاحق أحكامه المترتبة على اللعان والتي منها التفريق بين الزوجين (طلاق بائن) ونفي نسب الحمل.[2]

الفـــــرع الثالــث: ولادة الولــد بين أدنى مــدة الحمــل وأقصاها

يحتاج الجنين إلى البقاء في بطن أمه يتكون فيه بناؤه وتتم أعضاؤه حتى يخرج إلى الحياة بشرا سويا، وقد جرت العادة بأن النساء يلدن ل تسعة أشهر، وقلما ينقص عن ذلك ونادرا ما يزيد[3] فما هي أقل مدة الحمل؟ وما هي أقصاها؟

أولا- أدنـــــى مـــــــدة الحمـــــل:

---

[1] عز الدين كيحل، المرجع السابق، ص128.

[2] العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج 1، ط6، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2010، ص387.

[3] سعاد يوبي، تنازع القوانين في مجال النسب، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة تلمسان: كلية الحقوق، الجزائر، 2010/2009، ص21.

اتفق الأئمة الأربعة على أن أول مدة للحمل هي ستة أشهر، واستدلوا لذلك بآيات منها:[1] قوله تعالى: ﴿ **وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا** ...﴾ [سورة الأحقاف، الآية: 15]، وقوله تعالى: ﴿ **وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَى وَهْنٍ وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ** ..﴾ [سورة لقمان، الآية 14].

وقوله تعالى: ﴿ **وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ**...﴾ [سورة البقرة، الآية 233].

فدلت الآية الأولى على مدة الحمل والفصال معا، ودلت الآية الثانية على مدة الفصال؛ ومن الآيتين الكريمتين يثبت أن مدة الحمل والرضاع ثلاثون شهرا [2]، فإذا أسقطنا الحولين الكاملين وهي أربعة وعشرون شهرا من الثلاثين، بقي أول مدة الحمل ستة أشهر [3]. وهذا ما استقر عليه اجتهاد المحكمة العليا، حين نصت في أحد قراراتها على أن: "من المقرر شرعا أن الزواج في العدة باطل، ومن المقرر قانونا أن أول مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر".[4]

وفي قرار آخر للمحكمة العليا جاء فيه: "من المقرر قانونا أن أقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد خرقا للقانون. ولما كان ثابتا في قضية الحال أن مدة حمل المطعون ضدها أقل من الحد الأدنى المقرر قانونا، فإن قضاة المجلس بقضائهم إلحاق نسب الطفل إلى أبيه خرقوا القانون".[5]

أ أدنى مـــدة الحمـــل فـــي الطـــب: أقل مدة للحمل يعيشها الجنين مائة وثمانون يوما إذا ولد بعد تمامها، وهي ستة أشهر عند الأطباء. والجنين لا يكون قابلا للحياة إذا ولد قبل نهاية الشهر السادس وبداية الشهر السابع؛ لأن الجهاز العصبي المركزي والجهاز التنفسي لم يتطورا بعد بشكل ملائم، حيث إن الأطباء يقررون أن الجنين الذي يبلغ عمره

---

[1] محمد محدة، المرجع السابق، ص 420.

[2] أحمد علي جرادات، الوسيط في قانون الأحوال الشخصية الجديد الزواج والطلاق، ط 1، عمان، الأردن: دار الثقافة، 2012، ص326.

[3] محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية "شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية"، ط 1، عمان، الأردن: دار الثقافة، 2008، ص 372.

[4] المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 193825، المؤرخ في 1984/12/17، مأخوذ عن: الاجتهاد القضائي لأحمد لعور ونبيل صقر، الدليل القانوني للأسرة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ص39.

[5] المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 59756، المؤرخ في 1990/01/22، م.ق، ع2، 1992، ص71.

ستة (6) أشهر تكون له قدرة على التنفس بانتظام لعدة أيام، وتكون له فرصة للعيش إذا وضع داخل حاضنة مناسبة؛ وبالتالي فإن الستة أشهر هي أول مدة الحمل التي يمكن أن يولد فيها المولود تام الخلقة [1]، وهو ما أثبتته الأبحاث العلمية في حساب مدة الحمل في علم الأجنة؛ فقد حددت منظمة الصحة العالمية المدة العادية للحمل ما بين (37) إلى (42) أسبوعا من آخر فترة طمث أي ما بين (259) و(294) يوما. وبتطور العلم توصلوا في حالات قليلة لبعض البلدان من المحافظة على الجنين ابن (22) أسبوع أي خمسة (5) أشهر بوزن (500) غرام ولكنه يحتاج إلى عناية خاصة.[2]

ب –أدنـــى مـــدة الحمـــل في القانـــون الجزائـــري: تنص المادة 42 من ق.أ.ج على أن: "**أقل مدة الحمل ستة أشهر...** " يتضح من خلال نص المادة 42 أن المشرع حدد أدنى مدة للحمل ستة أشهر، وإن كانت هذه المادة صريحة بنصها على أن أول مدة الحمل وأقصاها، ولكنها تثير عدة إشكالات منها: هل تحسب مدة الحمل من تاريخ العقد أم من تاريخ الدخول الحقيقي؟ أما التساؤل الثاني: هل المدة الواردة في النص تحسب على أساس التقويم الهجري أم على أساس التقويم الميلادي؟

بالنسبة للتساؤل الأول فبالرجوع إلى ما جرى به العمل في محاكمنا حسب ما جاء به القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 23 نوفمبر 1993 حيث قضت فيه: " **بأنه بالفعل فإن قضاة الموضوع قضوا بصحة الزواج العرفي الواقع في شهر نوفمبر لتوفر أركانه، طبقا للمادة 19 ق.أ لعدم وجود أي نزاع بشأن الدخول الذي تم يوم 1988/11/16 وتاريخ ولادة الولد يوم 05 جوان 1989 بعد الدخول الحقيقي والبناء بأكثر من 6 أشهر وأن المادة 42 ق.أ.ج تنص على أن أقل مدة الحمل 6 أشهر**"[3] ومن خلال ما جاء به القرار فإن حساب مدة الحمل يكون من تاريخ الدخول الحقيقي وإمكانية الاتصال، أما التساؤل الثاني فقد أجاب عنه القانون المدني في المادة الثالثة منه على أنه:

---

[1] خالد بوزيد، النسب في تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي دراسة تحليلية (مذكرة ماجستير في القانون الخاص)، جامعة الجزائر: كلية الحقوق، الجزائر، 2011/2010، ص36.

[2] علي هادي عطية الهلالي، المركز القانوني للجنين في ظل الأبحاث الطبية والتقنيات المساعدة في الأبحاث، ط 1، بيروت، لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية، 2012، ص46.

[3] المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 99000، المؤرخ في 1991/11/23، ا.ق،2001، عدد خاص، ص 65.

"**تحسب الآجال بالتقويم الميلادي ما لم ينص على خلاف ذلك**".[1]

ثانيـــــا- أقصـــى مـــدة الحمـــل:

لم يرد في القرآن الكريم ولا في السنة النبوية تحديد أقصى مدة للحمل التي يمكن أن يثبت بها النسب [2] وإنما هي اجتهادات فقهية اعتمدوا فيها على أقوال من وثقوا بهم من الناس فاختلف الفقهاء بشأنها كما سيتم تبيانه:

الـــــــرأي الأول: يرى المالكية أن أقصى مدة للحمل هي ثلاث سنوات. ودليل هذا القول ما رواه الواقدي في قوله: سمعت مالك بن أنس يقول: « قد كان الحمل ثلاث سنين، وقد حمل ببعض الناس ثلاث سنوات » ويعني نفسه، لأنه كما يقول في كتاب المناقب والسير بأن أمه حملت به ثلاث سنين.[3]

الـــــــرأي الثانـــي: وهو قول أبي حنيفة رحمه الله، وهو أن أكثر مدة الحمل سنتان، وسنده في ذلك حديث روي عن عائشة رضي الله عنها، وهو قولها: « ما تزيد المرأة في الحمل على سنتين، قدر ما يتحول به ظل عمود المغزل »[4] وظل المغزل مثل للقلة، لأنه في حالة الدوران أسرع زوالا من سائر الظلال.[5]

الـــــــرأي الثالـــــث: يرى الشافعية والحنابلة أن أقصى مدة الحمل أربع سنين، وحجتهم في ذلك ما روي عن مالك بن أنس أنه قال هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان يحملن لأربع سنين.[6]

---

[1] قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للقانون رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395ه الموافق لـــ1975/09/26 المتضمن القانون المدني الجزائري، الجريدة الرسمية، العدد 44، السنة 42، 26 يونيو 2005.

[2] صالح بوغرارة، حقوق الأولاد في النسب والحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة، (مذكرة ماجستير فرع قانون خاص)، جامعة الجزائر: كلية الحقوق،الجزائر، 2006/2005، ص23.

[3] خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وآثارها على الأحكام الفقهية دراسة فقهية مقارنة، ط 1، دار النفائس، الأردن، 2006، ص118.

[4] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط3، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1989، ص677.

[5] صلاح محمد أبو الحاج، سبل الوفاق في أحكام الزواج، لا.ط، مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع ، لا.ن، 2005، ص338.

[6] جمعة محمد فرج بشير، "أقصى مدة الحمل: دراسة تحليلية، فقهية قانونية، طبية، مقارنة"، مجلة كلية الدعوة الإسلامية، ليبيا: كلية الدعوة الإسلامية – طرابلس-، ع 19، 2002، ص350.

أ -أقصـــى مـــدة الحمـــل فـــي الطـــب: القاعدة المطردة عند الأطباء هي أن كل امرأة سليمة قابلة للحمل طول مدة الطمث التي تبتدئ تقريبا في سن الثانية عشرة أو الثالثة عشرة، وتنتهي ما بين الخامسة والأربعين والخمسين، وقد عرفت حالات ابتدأ فيها الحمل قبل أن تبلغ الإبنة إثني عشر ربيعا وقبل حصول الطمث عندها، أو بعد سن اليأس وانقطاع الطمث.

ولا توجد حدود خاصة لمدة الحمل، حيث لا يوجد في الوقت الحالي وسائل علمية تفيد في تحديد بدء تاريخ الحمل بطريقة مؤكدة، وإذا كان من الممكن تحديد تقريبي (بدءا من الاعتماد على فحص الدم، وفحص الطفل وقت ولادته كوزنه وطوله من ناحية، وعلى بعض الفحوصات الأخرى أثناء الحمل كمعرفة آخر حيض للأم وحجم الجنين عبر شهور الحمل) فإن احتمالات الخطأ بخصوص مثل هذا التحديد التقريبي تكون واردة وقائمة وخاصة أن مدة الحمل تختلف من امرأة لأخرى. وعلى هذا فإن تحديد التاريخ الصحيح لبدء الحمل أمر لازال في نطاق الاحتمالات وليس بيقين.[1]

وغالب مدة الحمل عند الأطباء (280 يوما)، وهي تساوي تسعة أشهر وذكروا أن غالب مدة الحمل مدة تقريبية[2]، فلا يزيد عن شهر بعد موعده وإلا مات الجنين في بطن أمه، يعتبرون ما زاد على ذلك نتيجة خطأ في الحساب.[3]

ب -أقصـــى مدة الحمل في القانون الجزائري: لم يكن القانون الجزائري بعيدا عن التأخر بما تمليه المستجدات العلمية الطبية والبيولوجية في شأن هذه المسألة، إذ حدد أقصى مدة الحمل بعشرة أشهر وذلك في المادة 42 من ق.أ.ج إذ نصت على أن: "**أقل مدة الحمل ستة (6) أشهر وأقصاها عشرة (10) أشهر**"، وقد جعل المشرع الجزائري عشرة أشهر أقصى مدة الحمل حتى يشمل جميع الحالات النادرة، إعمالا لمبدأ وجوب الاحتياط في النسب، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قراراتها.

إذ جاء في قرار لها: "**من المقرر قانونا أن أقل مدة الحمل ستة أشهر، وأقصاها**

---

[1] المرجع نفسه، ص357.

[2] خالد بوزيد، المرجع السابق، ص41.

[3] محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، ط4، الرياض، الدار السعودية للنشر والتوزيع، 1983، ص454.

عشرة أشهر، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد خرقا للقانون... ".[1]

وجاء في قرار آخر: "**من المقرر شرعا أن الزواج في العدة باطل ومن المقرر قانونا أن أول مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر**".[2]

غير أن المشرع أطلق العشرة أشهر ولم يحدد نوعها هل هي قمرية أو شمسية، وما دام لا يوجد بشأن أقصى مدة الحمل لا كتاب ولا سنة فلا مانع أن تكون عشرة أشهر شمسية.[3]

[1] قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 57756، المؤرخ في 1990/01/22، م.ق، 1992، ع 02، ص71.

[2] قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 193825، المؤرخ في 1998/05/19، م.ق، 2001، عدد خاص، ص73.

[3] خالد بوزيد، المرجع السابق، ص42.

المطلـــــــب الثانـــــي

ثبــوت النســب حـــــــال الفرقــة بيـــــن الزوجيـــــــــن

تنحل الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري بصورتين لا ثالث لهما، فإما أن يكون الانحلال عن طريق الطلاق مهما كانت صوره، وإما عن طريق وفاة الزوج وفاة طبيعية أو حكمية.

فالمادة 43 من ق.أ.ج تؤكد على نسب الابن لأبيه إذا وضع الحمل خلال (10) أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة، وهي متوافقة مع ما ورد في المادة 47 [1] من القانون نفسه وبالتالي سنتحدث عن إثبات نسب الولد بعد انحلال الزواج بالطلاق (أولا)، ثم نتطرق (ثانيا) إلى إثبات نسبه بعد الوفاة، وقبل التفصيل في ذلك لابد من الإشارة إلى أن المشرع الجزائري ذكر الطلاق بصفة عامة دون حصر، مع أن فقهاء الشريعة الإسلامية قسموا الطلاق إلى قسمين هما: طلاق رجعي وطلاق بائن.

الفـــــــرع الأول: ثبــوت نسب الولد بعد الطلاق

وعليه سنقسم هذا العنصر إلى قسمين، نتناول في الشق الأول ثبوت النسب بعد الطلاق الرجعي (1)، ثم ثبوته بعد الطلاق البائن (2).

1 -**نســـــب المولـــــود بعـــــد الطـــــلاق الرجـــعي:** الطلاق الرجعي لا يقطع علاقة الزوجية فور صدوره، وإنما تبقى الزوجية قائمة حكما، طوال فترة العدة، فيجوز للمطلق رجعيا أن يستمتع بمطلقته في عدتها [2] ويعتبر ذلك رجعة لها، وأما بخصوص ثبوت نسب ولد المطلقة رجعيا فنميز بين حالتين:

الحالـــــة الأولـــــى: إذا لم تقر المطلقة رجعيا بانقضاء العدة ثم أتت بالولد، فإنه ينسب للزوج، سواء جاءت به قبل أو بعد مضي أقصى مدة للحمل. وأساس ذلك هو أن المطلقة رجعيا لا تحرم على زوجها فيكون له أن يواقعها وتحصل بذلك الرجعة فيثبت النسب منه، وهذا يعني أن ولد المطلقة رجعيا يثبت نسبه للمطلق في أي وقت تأتي به بعد

---

[1] تنص المادة 47 من ق.أ.ج على أنه: " تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة ".

[2] أحمد إبراهيم بك، واصل علاء الدين، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون، مطبعة الخرطوبي، القاهرة، 1994، ص204.

الطلاق طالما أنها لم تقر بانتهاء العدة، ولا ينتفي النسب إلا باللّعان.[1]

الحالـــــة الثانيـــــة: إذا أقرت المرأة بانقضاء العدة، وكانت المدة التي انقضت بين الإقرار والولادة أقل من ستة أشهر، فإن النسب يثبت للمطلق. وأساس ذلك هو التيقن من قيام الحمل وقت الإقرار، وهذه أمارة على أن الحمل حدث من المطلق.[2]

أما عن إقرار الزوجة بانقضاء العدة فإنها تعد مخطئة في التقدير أو كاذبة فيه، ومن ثم لا يعمل به.

فإذا حدث وكانت المدة المنقضية بين الإقرار والولادة ستة أشهر فأكثر، فلا يثبت النسب، بل ينتفي تلقائيا ودون الحاجة لإجراء اللعان، وأساس ذلك هو عدم التيقن من أن الحمل كان قبل الإقرار، إذ يحتمل أن يكون قد حدث بعد الإقرار، وهذا يعني أننا أمام احتمالين:

الأول: أن يكون الولد من المطلق، والثاني: أن يكون الولد من غيره. ويقوي الاحتمال الثاني أن المرأة أقرت بانقضاء عدتها، وعليه يقوى احتمال أن الولد من غير مطلقها، بينما يضعف احتمال أنه منه، ولهذا قرر الفقهاء عدم ثبوت نسب الولد من المطلق.

ولكن لأن الأمر يتعلق بالظن والاحتمال لا باليقين، فقد قرر الفقهاء بثبوت النسب إذا ادّعاه الزوج ولم يصرّح أنه من الزنا.[3]

2 -**نسب المولود بعد الطلاق البائن:** أما بخصوص الطلاق البائن، فإن الزوجة فيه لا يمكن أن يمسها أي رجل سواء زوجها أو غيره، خلال فترة العدة وفقا للمادة 30 المعدلة بالأمر 02/05 والتي تنص على أنه: "**يحرم من النساء مؤقتا، المحصنة والمعتدة من طلاق أو وفاة والمطلقة ثلاثا... كما يحرم مؤقتا الجمع بين الأختين...**".

ويثبت نسب ولد المطلقة في حالتين:

الحالـــــة الأولى: يثبت نسب الولد من المرأة المطلقة طلاقا بائنا بعد الدخول أو

---

[1] عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي،المرجع السابق، ص43.

[2] عبد الفتاح تقية، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي، لا.ط، الجزائر، مطبعة ثالة، 2000، ص286.

[3] عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي، مرجع سابق، ص44.

الخلوة الصحيحة إذا أقرت بانقضاء عدتها بعد مدة تحتمل انتهاءها وولدت لأقل من ستة أشهر من تاريخ الإقرار، وكانت المدة بين الطلاق والوضع أقل من سنتين.

الحالـــــة الثانيـــــة: إذا لم تقر بانتهاء العدة وجاءت بالولد قبل مضي سنتين من وقت الطلاق، لأن أقصى مدة الحمل عند الحنفية سنتان.

ولذلك إذا ولدته بعد مضي سنتين أو أكثر فلا يثبت نسبه للرجل إلا إذا إدعاه لأن الزوج لا يحل له أن يباشر المطلقة طلاقا بائنا، فإذا وضعت الولد لأكثر من سنتين، كان ذلك دليلا على أنها حملت به بعد الطلاق البائن فلا يجوز إثبات نسبه إلا إذا إدعاه.[1]

الفـــــرع الثانـــــي: ثبـــوت نسب الولـــد بعـــــد وفـــــاة الـــــــزوج

إن وفاة أحد الزوجين يعد سببا من أسباب انحلال الرابطة الزوجية. فإذا توفي الزوج فإن عقد الزواج ينحل تلقائيا من نفسه وبحكم القانون ولا يحتاج إلى إقامة دعوى أمام القضاء للحكم بانحلاله أو بانقضائه، ويترتب عليه نفس آثار كل زواج صحيح من حيث التوارث والنسب والعدة، ويبدأ حساب عدة المتوفى عنها زوجها من يوم وفاة الزوج وهي بالتالي تظل مقيدة الحرية [2] حتى تكمل أربعة أشهر وعشرة أيام [3]، وكذلك حصرها المشرع الجزائري في نفس المدة انطلاقا من المادة 59 من ق.أ.ج وفي المادة 43 من ذات القانون المدة التي يلحق الولد بالزوج المتوفى، حيث جعلها لا تزيد عن عشرة أشهر، لأن هذا الحد الأقصى والمتفق على أنه من النادر وصول الحمل إليه. وهذا يعني أن زوجة المتوفى لو جاءت بولد بعد مرور ستة أشهر من تاريخ نهاية عدتها والتي بالطبع تحسب من تاريخ الوفاة، وبعد إقرار بانتهاء العدة فإن مجموع أربعة أشهر وعشرة مضافة إلى ستة أشهر تصبح زائدة على الحد الأقصى بعشرة أيام على حسب المادة 43 أعلاه علما بأن تاريخ الوفاة ثابت بشهادة وفاة الأب وتاريخ الميلاد كذلك ثابت بشهادة ميلاد

---

[1] أحمد محمود الشافعي، الطلاق وحقوق الأولاد والأقارب "دراسة مقارنة بين المذاهب في الفقه الإسلامي"، لا.ط، القاهرة، الدار الجامعية، 1978، ص148.

[2] محمد ولد عال ولد محمياي، أحكام النسب وطرق إثباته (دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقانون الموريتاني)، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة تلمسان: كلية الحقوق، الجزائر، 2008/2007، ص77.

[3] " وقيل أن وجه الحكمة في جعل العدة للوفاة هذا المقدار أن الجنين الذكر يتحرك في الغالب لثلاثة أشهر، والأنثى لأربعة، فزاد الله سبحانه على ذلك عشرا لأن الجنين ربما يضعف عن الحركة فتتأخر حركته قليلا ولا تتأخر عن هذا الأجل". انظر: الشوكاني، فتح القدير، ط4، بيروت، دار المعرفة، 2007، ص242.

الابن، وعندها قد يحصل تحايل من المعتدة التي قد تسلم نفسها لشخص آخر بهدف تحقيق ميراث أو أطماع أخرى.[1]

وفي الأخير يظل رأي الأخصائيين في هذا المجال هو سيد الموقف الذي يجب الأخذ به لا عند وضع النصوص فحسب بل عند القضاء، حتى لا يضيع نسب أو يتجاوز في إقحام نسب طفل من غير أبيه؛ لأن المخرج في هذه الحالة الأخيرة يصعب إلا إذا لجأنا إلى الوسائل العلمية لإثبات النسب كالبصمة الوراثية مثلا. وتفاديا لذلك يجب التعرف على ما إذا كانت الولادة قد حصلت أثناء مدة الحمل المقررة تشريعا حتى تتأكد من ثبوت نسب الولد من الزوج.[2]

ولكن إن كان هذا هو موقف المشرع الجزائري تجاه إثبات النسب حال الوفاة فما هو يا ترى موقفه من مسألة إثبات النسب بالزواج غير الصحيح ونكاح الشبهة؟

[1] محمد ولد عال ولد محمياي، المرجع السابق، ص 79.

[2] المرجع نفسه، ص 80.

المبحـــث الثاني

ثبوت النســـب في الـــزواج غيـــر الصحيح

عقد الزواج إما أن يكون صحيحا أو غير صحيح، فأما عقد الزواج الصحيح فهو الذي استوفى أركانه وشروطه المنصوص عليها في المادة 9 و9 مكرر حسب ق.أ.ج.[1]

أما الزواج غير الصحيح فقسّمه المشرع الجزائري إلى باطل وفاسد، وهو ما جاء في الفصل الثالث من الباب الأول من الكتاب الأول بموجب تعديل ق.أ.ج لأحكام المادتين 32 و 33 بالأمر 02/05. وأصل هذه التفرقة مأخوذة من الفقه الحنفي، الذي خالف بقية المذاهب الأخرى، والذين لم يجعلوا لعقد الزواج أكثر من حكمين صحيح وباطل [2]، فما هو الزواج الباطل والفاسد، وما هي شروط ثبوت النسب في الزواج غير الصحيح؟ وما هو حكم النسب في هذا الزواج؟ وكذلك ما هو نكاح الشبهة؟ وما مدى ثبوت نسب الطفل بهذا النكاح؟ كل هذا سيتم التعرض إليه في المطلبين التاليين:

المطلـــــب الأول: الـــــــزواج الباطـــــــل والفاســـــــد وشروط ثبوت النسب فيهما.

المطلـــــب الثاني: ثبـــــــوت النســـــب بالـــــــوطء بالشبـــــهة.

[1] صالح بوغرارة، المرجع السابق، ص 34.

[2] العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة، ط4، المرجع السابق، ص 148.

المطلـــــــب الأول

الـــــــــزواج الباطـــــــــل والفاســـــــــد وشروط ثبوت النسب فيهما

سنتناول في هذا المطلب ثلاثة عناصر؛ أولها: مفهوم الزواج الباطل وكذا الفاسد (فرع أول)، وثانيها: شروط ثبوت النسب في الزواج غير الصحيح (فرع ثانٍ) وثالثها: حكم النسب في الزواج الباطل والزواج الفاسد (فرع ثالث).

الفـــــــرع الأول: مفهـــــوم الـــــزواج الباطـــــل والزواج الفاســـــد

ونتطرق في هذا الفرع إلى تعريف الزواج الباطل وبيان أسبابه، ثم الـــــــــزواج الفاســـــد وبيـــــــان أسبابـــــه.

أولا- تعريف الزواج الباطـــــل وبيـــــــان أسبابـــــه:

1 -تعريـــف الـــــزواج الباطـــــل:

- **لغـــــــة:** الباطل: من بطل الشيء، يبطل بطلا وبطولا وبطلانا: ذهب ضياعا وخسرا، والباطل: نقيض الحق.[1]
- **اصطلاحـــــــا:** هو كل عقد فقد ركنا من أركانه الأساسية، أو الذي اختل فيه شرطان فأكثر من شروط الصحة؛ فإن هذا العقد يكون باطلا لا وجود له في نظر القانون، الذي قرر إبطاله ولو بعد الدخول.[2]

حيث نجد أن المشرع الجزائري ذهب إلى أن البطلان أقوى من الفساد في السبب، وكلما قوي السبب كان الزواج باطلا. ومن المفيد الإشارة إلى أن التعديل الأخير لقانون الأسرة قد مسّ عقد الزواج الباطل والفاسد أو عقد الزواج بصفة عامة، بل هو لب تعديل قانون الأسرة.[3]

2 -بيـــان أسباب بطلان الزواج: يكون عقد الزواج باطلا وفقا للتعديل 02/05 في الحالات التالية:

---

[1] ابن منظور، المرجع السابق، ج1، ص529.

[2] العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط4، المرجع السابق، ص151.

[3] فضيل العيش، شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد وفقا للتعديلات الأخيرة، لا.ط، الجزائر، مطبعة طالب، 2008، ص 11.

1 – إذا اختل ركن الرضا [1] والذي اعتبره المشرع الركن الوحيد في عقد الزواج متمسكا بقواعد القانون المدني وأحكام الشريعة الإسلامية [2]. وهذا ما نصت عليه المادة 33 من ق.أ.ج على أنه: "**يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا**".

2 –إذا اشتمل عقد الزواج على أحد الموانع المنصوص عليها في المواد 23، 24، 25، 26، 30 من ق.أ.ج سواء كانت موانع مؤبدة أو مؤقتة وهذا ما نصت عليه المادة 32 المعدلة: "**يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع**".[3]

3 –اشتمال العقد على شرط يتنافى ومقتضيات العقد طبقا للمادة 32 المعدلة التي تنص على أنه: "**يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد**".

–فالقانون لا يمنع من اقتران عقد الزواج بالشرط [4] حسب نص المادة 19 من ق.أ.ج المعدلة التي تنص على أنه: "**للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، لاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون**".

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر في 71/03/03 إذ جاء فيه: "**حيث أن المعمول به فقها وقضاءً جواز اشتراط الزوجة لنفسها في عقد الزواج ما تشاء من الشروط التي تكون لها فيها فائدة بشرط أن لا تحلل حراما أو تحرم حلالا وبشرط [ألا] تناقض روح العقد**".[5]

---

[1] أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، لا.ط، دار الكتب القانونية، مصر، 2009، ص 88.

[2] خالد بوزيد، المرجع السابق، ص 66.

[3] صالح بوغرارة، المرجع السابق، ص 34.

[4] خالد بوزيد، مرجع سابق، ص 66.

[5] جاءت العبارة في النص الوارد في كتاب: الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية لجمال سايس، ج 1، ص92 هكذا: "وبشرط أن تناقض روح العقد". والظاهر أنه خطأ مطبعي، والصواب ما أثبته. وانظر: قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم:"غير مرقّم"، المؤرخ في 1971/03/03، ن. ق، العدد 02، 1972، ص39.

ثانيـــــا- تعريف الـــــــزواج الفاســـــد وبيـــــــان أسبابـــــه:

1 -تعريـــــــف الـــــزواج الفاســـــد:

- **لغـــــــــــة:** الفاسد من فسد، والفساد هو نقيض الصلاح، فسد ويفسد فسادا وفسودا فهو فاسد.[1]
- **اصطلاحـــــا:** هو كل عقد وجد فيه الإيجاب والقبول، ولكنه فقد شرطا من شروطه الأساسية الواردة في المادة 9 مكرر من ق.أ.ج، كأن يكون العقد بدون ولي، أو تسمية صداق، أو اشتماله على مانع من موانع الزواج، أو عدم توفر أهلية الزوجين. فهو الزواج الذي يختل فيه شرط من شروط الصحة أو يتوفر فيه سبب من أسباب الفسخ. فالفسخ هو الجزاء الذي قرره المشرع الجزائري على العقد الفاسد قبل الدخول [2] وبعده، وفقا للمادة 133/ ف2[3] ق.أ.ج والمادة 34 ق.أ.ج.[4]

2 -**بيـــان أسبـــاب فساد الـــــزواج:** نص المشرع بعد التعديل الأخير لقانون الأسرة على حالات الزواج الفاسد في المادة 33 المعدلة والمادة 8 مكرر ف1[5] المدرجة بالأمر رقم 02/05 المتضمن التعديل الأخير، ومن خلال هاتين المادتين نجد أن المشرع اعتبر عقد الزواج فاسدا في الحالات التالية:

1 -فقدان عقد الزواج لأحد شروطه المنصوص عليها في المادة 9 مكرر والمتمثلة في الشاهدين والصداق والولي في حالة وجوبه طبقا لنص المادة 33 السابق ذكرها.

2 -إذا اشتمل الزواج على مانع شرعي أو قانوني سواء كان المانع أو المحرم مؤبدا أو مؤقتا فإنه يفسخ قبل الدخول أو بعده ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب العدة (المادة 34 ق.أ.ج).

3 -اشتمال العقد على شرط يتنافى ومقتضيات العقد أو يتنافى مع أحكام ق.أ.ج

---

[1] ابن منظور، المرجع السابق، ج10، ص289.

[2] علي هاشم يوسفات، المرجع السابق، ص60.

[3] المادة 33 من ق.أ.ج: "يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا، إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه".

[4] المادة 34 من ق.أ.ج: "كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ...".

[5] المادة 8 مكرر/ ف1 من ق.أ.ج: "يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول، إذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي وفق الشروط المنصوص عليها في المادة 8 أعلاه".

(المادة 19 و 32 ق.أ.ج) غير أن المشرع الجزائري صححه بالدخول من حيث قرر بطلان الشرط وبقاء العقد صحيحا، المادة 35 من ق.أ.ج.

4 –ردة الزوج إذا ثبتت الردة بعد أن انعقد العقد صحيحا وكانت هذه الردة قبل الدخول فسد عقد الزواج وفسخ العقد في الحال (المادة 32 ق.أ.ج)، وذلك لأن زواج الكافر بالمسلمة غير جائز شرعا وقانونا (المادة 31 ق.أ.ج).

الفـــــرع الثانـــي: شـــــروط ثبـــــوت النسب فـــــي الـــــــزواج غيـــــر الصحيـــــح

الزواج الفاسد في إثبات النسب كالزواج الصحيح؛ لأن النسب يحتاط في إثباته إحياء للولد ومحافظة عليه، وقد جاء في المادة 40 ق.أ.ج بأنه: "**يثبت النسب بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32، 33 و34 من هذا القانون**". ويستخلص من هذه المادة أنه حتى يثبت النسب من الزواج غير الصحيح يجب توافر الشروط التالية:

1 –**الدخول** وهو شرط أساسي لثبوت النسب، لأنه إذا عقد الرجل على المرأة عقدا غير صحيح ولم يدخل بها، ثم أتت بولد من هذا الأخير لا يثبت نسبه منه؛ لأن ثبوت النسب لا يترتب إلا بعد الدخول، وأن الزواج قبل الدخول لا يترتب عليه أي شيء من الآثار الزوجية، فلا يحل الدخول بالمرأة، ولا مهر لها ولا عدة تعتدها ولا نفقة تستحق لها، ولا يثبت به حرمة المصاهرة ولا توارث ولا يثبت به النسب، وهذا ما أكده المشرع الجزائري في نص المادة 34 و40 ق.أ، وعليه فإن الزواج غير الصحيح الذي يفسخ قبل الدخول لا يثبت به النسب، وهكذا يكون المشرع الجزائري قد ربط ثبوت النسب في الزواج غير الصحيح بالدخول، واعتبره شرطا لازما لذلك.[1]

2 –أن تأتي المرأة بالولد في أقل مدة الحمل وهي ستة (6) أشهر، وبالتالي أن يثبت نسبه في هذه المدة ولا يتوقف على اعتراف الزوج به حتى إذا نفاه لا ينتف؛ لأن النفي في حال قيام الزواج الصحيح يكون باللعان، ولا لعان بين الزوجين في الزواج الفاسد، ومتى انتفى اللعان امتنع كذلك انتفاء النسب، وعليه فإذا ولدت المرأة المدخول بها في الزواج الفاسد بولد لستة أشهر فأكثر من حيث البناء بها، ثبت نسبه، لاعتبار الحمل حاصلا في

[1] صالح بوغرارة، المرجع السابق، ص37.

تلك الفترة وإن جاءت به لأقل من ستة أشهر لا يثبت نسبه من الزوج.[1]

أما أقصى مدة الحمل بالنسبة للزواج الفاسد فإنها تحتسب من تاريخ التفريق بين الزوجين، فإن جاءت الزوجة بولد قبل مضي 10 أشهر، اعتبارا من يوم التفريق ثبت نسبه من أبويه.[2]

الفـــــرع الثالـــــث: حكـــم النســـــب فـــي الـــزواج غيـــر الصحيح

لقد ورد النص في المادة 40 المعدلة على أن النسب يثبت بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32، 33، 34 من ق.أ.ج، وثبوت بعض آثار الزواج بعد الدخول (ومنها النسب) هي فقط إحدى سمات الزواج الفاسد [3] والذي لا يزال المشرع الجزائري يعنون به الفصل الثالث: "النكاح الباطل والفاسد" من الباب الأول: "الزواج" من الكتاب الأول: "الزواج وانحلاله" من ق.أ.ج.

ومن خلال مراجعة أحكام المواد سالفة الذكر، نجد أن المادتين 34 و2/33 وحدهما اللتان تنصان على فسخ عقد الزواج بعد الدخول. ويترتب عليه ثبوت النسب والاستبراء، أما المادة 32 المعدلة فتقرر البطلان إذا اشتمل العقد على مانع أو شرط ينافيه، وليس بها أي ذكر للفسخ[4]. كما أن المادة 33 منه تقرر البطلان أيضا في الفقرة الأولى كلما اختل ركن الرضا، وليس بها فسخ بعد الدخول، وهو ما يدعو للاعتقاد بما ذهب إليه البعض من أن الإحالة هكذا بالجملة تتضمن خلطا [5]. والمشرع نص في المادة 40 من ق.أ على أنه يثبت النسب بكل نكاح تم فسخه بعد الدخول، وعليه فالمشرع الجزائري لا يعترف بثبوت النسب في حالة الفرقة قبل الدخول [6] وموقف المحكمة العليا في هذا الصدد منسجم مع الأحكام القانونية.

---

[1] رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، ط 1، لبنان، دار الجامعة للطباعة والنشر، 2001، ص343.

[2] العربي بلحاج، الوجيز في شرح ق.أ.ج، ط4، المرجع السابق، ص195.

[3] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ط2، لا.ن، دار هومة، 2009، ص102.

[4] زبيري بن قويدر، النسب في ظل التطور العلمي والقانوني "دراسة مقارنة"، (رسالة دكتوراه في القانون الخاص)، جامعة تلمسان: كلية الحقوق، الجزائر، 2012/2011، ص200.

[5] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص102.

[6] العربي بلحاج، الوجيز في شرح ق.أ.ج، ط4، المرجع السابق، ص196.

ففي قرار لها صرحت بما يلي: "**كما أن إثبات النسب يقع التسامح فيه ما أمكن، لأنه من حقوق الله، فيثبت حتى مع الشك، وفي الأنكحة الفاسدة طبقا لقاعدة إحياء الولد...**".[1]

[1] قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1998/12/15، ملف رقم 202430، إ.ق، 2001، عدد خاص، ص77.

المطلـــــــب الثاني

ثبـــــوت النســـــب بالـــــوطء بالشبـــــهة

إن ثبوت النسب بالوطء بالشبهة هو إحدى الوسائل التي نصت عليها المادة 40 من ق.أ، غير أن ما يؤخذ على هذه المادة – رغم التعديل الأخير بموجب الأمر 02/05 أن المشرع جانب الصواب، فقد كان عليه أن يتكلم عن الوطء بالشبهة بدلا من النكاح بشبهة[1] ما دام أنه أقر بثبوت النسب بالزواج الفاسد، وأن هذا الأخير ما هو إلا نوع من أنواع النكاح بشبهة وهذا هو المعمول به فقها؛ إذ أن النسب يثبت بالزواج الصحيح وبالنكاح الفاسد وبالدخول بشبهة، مما يتعين معه الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية إعمالا لنص المادة 222 من قانون الأسرة [2] وهذا عبر النقاط التالية:

الفـــــــرع الأول: مفهـــوم الشبهة والوطء بشبهة

1 تعريـــف الشبهة:

- **لغـــــــــة:** قال ابن منظور: والشبهة: الالتباس وأمور مشتبهة ومشبهة: مشكلة يشبه بعضها بعضا، وشبه عليه: خلط عليه الأمر حتى اشتبه بغيره.[3]

والشبهـــة: هي ما لم يتيقن كونه حراما أو حلالا.[4]

- **اصطلاحـــــــــا:** نكاح الشبهة هو كل معاشرة بين رجل وامرأة ليست زواجا شرعيا وليست زنا حتى توجب الحذر.[5]

وكذلك عرفها البعض على أنها: ما جهل تحليله على الحقيقة وتحريمه على الحقيقة وهي بشكل أعم ما يشبه الثابت وليس بثابت.[6]

---

[1] جيلالي تشوار، "النقائص التشريعية لقوانين الأحوال الشخصية المغاربية في مسألة النسب"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية، الجزائر: كلية الحقوق بجامعة الجزائر، جزء 39، ع1، 2002، ص148.

[2] صالح بوغرارة، المرجع السابق، ص39.

[3] ابن منظور، المرجع السابق، ج7، ص23.

[4] علي بن محمد الشريف الجرجاني، كتاب التعريفات، لا.ط، لبنان، لا.ن، 1985، ص129.

[5] سعد الدين مسعد الهلالي، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، ط 1، الكويت، مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت، 2001، ص284.

[6] أشرف عبد الرزاق ويح، موقع البصمة الوراثية من وسائل النسب الشرعية، ط 1، لا.ن، دار النهضة العربية، د.ت، ص56.

والشبهة في الزواج موضوع اضطربت فيه الأقلام ويظهر أن أحسن من وضحها هو الإمام محمد أبو زهرة حيث اعتبر أن الدخول في النكاح غير الصحيح قد يكون بشبهة قوية تمحو الجريمة، أي لا يوصف الفعل بأنه زنا، وقد يكون الدخول بشبهة ليست قوية، ولكنها تسقط الحد فقط من غير أن يمحى وصف الفعل، وقد يكون الدخول بشبهة ليست لها قوة تسقط حدا ولا شبهة قط، ومن هذا التقسيم يتبين أن العبرة في ترتيب الآثار إنما هي في الدخول مع وجود شبهة.[1]

الفـــــــرع الثانـــــي: أنـــــواع نكـــــــاح الشبهـــــة

نكاح الشبهة على ثلاثة أنواع، وسيتم التطرق إليها كل نوع على حدة فيما يلي:

1 **شبهـــــــة العقـــــــد:** هو أن يتزوج رجل امرأة زواجا صحيحا في البداية على اعتقاد أنها تحل له وهو حل لها، ثم يتضح بعد الدخول أنها أخته من الرضاع. وهو بذلك يشبه إلى حد بعيد الزواج الفاسد من حيث أحكامه وآثاره.[2]

2 **شبهـــــــة الفعـــــــل:** وتسمى الاشتباه، وتكون هذه الشبهة كما لو دخل شخص على امرأة ظنا منه أنها زوجته، ثم يتبين أنها غير زوجته.

وفيها يعتقد الرجل حل الفعل، ويظن في نفسه أن الحرام حلال من غير دليل قوي أو ضعيف أو خبر من الناس.[3]

3 **شبهـــــــة الملـــــك:** وتسمى شبهة الحكم أو المحل. وحاصلها أن يشتبه الدليل الشرعي على الرجل فيفهم منه إباحة وقاع المرأة في حين أنه غير مباح له. ومن أمثلتها أن يواقع الرجل امرأته التي طلقها طلاقا بائنا وهي في عدتها منه ظانا أن وقاعها يكون مراجعة لها كما في المطلقة طلاقا رجعيا.[4]

الفـــــرع الثالـــــث: حكـــم ثبـــوت النســـب فـــي الـــوطء بشبهـــــة

أقر المشرع الجزائري ثبوت نسب الولد من أبيه في نكاح الشبهة كما عبر عن ذلك

---

[1] محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، د.ط، دار الفكر العربي، مصر، ص176.

[2] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في ق.أ.ج، ط2، الجزائر، دار البعث، 1989، ص214.

[3] عبد الرحمن شميلة الأهدل، الأنكحة الفاسدة "دراسة فقهية مقارنة"، ط 1، الرياض، السعودية، المكتبة الدولية، 1989، ص339.

[4] أحمد مصطفى حلمي، أحكام النسب فقها وقضاء، ط2، لا.ن، 2006، ص129.

صراحة في المادة 40 السالفة الذكر، فإذا جاءت المرأة الموطوءة من شبهة بولد ما بين أقل مدة الحمل وأكثرها وتأكد كونه حينئذ من ذلك الوطء، فإن هذا الولد ينسب لأبيه؛ لأن ذلك يعد تطبيقا سليما للقانون [1] كما هو واضح من قرار المحكمة العليا والذي عبرت فيه بقولها أنه: "**من المقرر قانونيا أن يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة وبنكاح الشبهة وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32، 33 و 34 من هذا القانون ومن ثم فإن القضاء بهذا المبدأ يعد تطبيقا سليما للقانون**".[2]

وإذا كان المبدأ الذي سار عليه المشرع الجزائري هو ثبوت النسب من الزواج غير الصحيح مهما كانت جسامة الخلل، فإنه مع ذلك قد تغافل عن سريان حساب المدة في هذه الأنكحة، وما إذا كانت تحسب من تاريخ العقد أم تاريخ الدخول؟ وإن الجواب على هذا السؤال يقتضي الرجوع لموقف الفقه الإسلامي استنادا إلى نص المادة 222 ق.أ.ج التي جاء فيها: "**كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية**"، وفي هذا المجال فقد انقسم الفقهاء إلى اتجاهين، ذهب الأول إلى القول بوجوب الاحتياط لثبوت النسب حفاظا على الولد من الضياع [3]، من هنا يكون الأمر عندهم يقتضي أن تحسب مدة الحمل من تاريخ العقد الفاسد كما هو الشأن بالنسبة للزواج الصحيح وفي نفس السياق يؤيد ابن عابدين هذا النهج حيث يقول: "**ولا يخفى أن النسب حيث كان يحتاط في إثباته، فالاعتبار بوقت العقد به أمس**".[4]

المبحـــث الثالـــث

إثبات النســـب بالإقرار والبينة

للنسب وسائل يثبت بها نصت عليها الشريعة الإسلامية، وكذا القانون الجزائري، ففي ماذا تتمثل يا ترى وسائل إثبات النسب؟ وما موقف القانون والقضاء الجزائري منها؟

---

[1] محمد ولد عال ولد محمياي، المرجع السابق، ص117.

[2] قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش1991، ملف رقم 74712، المؤرخ في 1991/05/21، م.ق، 1994، ع 2، ص 56.

[3] أحمد حمد، المرجع السابق، ص89.

[4] محمد يوسف موسى، النسب وآثاره، ط2، دار المعرفة، القاهرة، مصر، 1985، ص17.

هذا ما سنتعرض له بالبيان في هذا المبحث من خلال المطلبين التاليين:

المطلـــــــــــب الأول: إثبـــــــات النســـــــب بالإقـــــــــــرار.

المطلـــــــــــب الثاني: إثبـــــــات النســـــــب بالبينة.

المطلـــــــــــــب الأول

إثبـــــــات النســـــــب بالإقـــــــــرار

نصت المادة 40 من ق.أ.ج على أنه: " **يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة...**" مما يدفعنا إلى بيان معنى الإقرار ومدى تأثيره على النسب في قانون الأسرة ضمن العناصر التالية:

الفـــــــــرع الأول: مفهـــــوم الإقـــــــــرار

أولا- تعريـــــــــف الإقـــــــرار:

- **لغـــــة:** الإقرار هو الإذعان للحق والاعتراف به، ويقال: قرره عليه وقرره بالحق غيره حتى أقر.[1]
- **اصطلاحـــا:** عرفت المادة 341 من القانون المدني الإقرار بأنه: "**هو اعتراف الخصم بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة**" فهذه المادة تناولت في الحقيقة الإقرار القضائي بصدد نزاع قائم، وقد انتقد هذا التعريف من جهة أن محل الإقرار ليس بالضرورة واقعة قانونية، لذا يختار في التعريف ما يلي:

" **الإقرار تصريح يقر به شخص بثبوت واقعة في حقه من شأنها أن تحدث ضده آثار قانونية**".[2]

وعلى هذا فالإقرار بالنسب يعني إخبار الإنسان – المقر– بوجود قرابة بينه وبين شخص آخر (أي المقر له)؛ فالمخبر هو المقر بالنسب، والمخبر عنه هو المقر له بالنسب، فإذا أقر شخص بأن زيدا هو ابنه، كان هذا الشخص هو المقر بالنسب، وكان زيد هو المقر له بالنسب[3]، وكان هذا الإقرار متضمنا الإخبار عن وجود قرابة معينة بينهما، أما إذا أقر شخص بأخ أو أخت فإنه قد حمل نسبه إلى أبيه، وهذه صورة للإقرار بالنسب على

---

[1] ابن منظور، المرجع السابق، ج12، ص 65.

[2] الغوثي بن ملحة، قواعد وطرق الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري، لا.ط؛ الجزائر: الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2001، ص 74.

[3] أشرف عبد الرزاق ويح، المرجع السابق، ص 54.

الغير.[1]

ولفظة الإقرار بالنسب في أصلها كانت تطلق على حمل النسب على الغير فقط، واستعملت أخيرا للجمع بين الإقرار بالنسب على النفس أو على الغير معا.[2]

وقد تضمنت المادتان 44 و45 من ق.أ.ج ثبوت النسب بالإقرار، فقد نصت المادة 44 بقولها: " يثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة، لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة."

والمادة 45 نصت على أنه: " الإقرار بالنسب في غير البنوة ، والأبوة والأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه."

ومن هذين النصين يستخلص أنه يوجد نوعان من الإقرار:

أ –الإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة.

ب –الإقرار في غير البنوة والأبوة والأمومة.

وسنتناول شرحهما على النحو التالي:

ثانيـــــــا– أنـــــــــواع الإقـــــــــرار:

للإقرار أنواع سيتم التطرق لها تباعا كما يلي:

1 –**الإقــرار بالبنـــــوة أو الأمومة:** وهو ما يعرف عند الفقهاء بالإقرار بنسب محمول على المقر نفسه، كأن يقول: هذا ابني، أو هذا أبي، أو هذه أمي. وقد اشترط المشرع الجزائري والفقه أربعة شروط أساسية وهذا وفق ما نصت عليه المادتان 44 و45 من قانون الأسرة.[3]

الشـــــــرط الأول: أن يكون المقر له مجهول النسب، ولا يكون إقرار بنسب لمعلوم النسب ويحدّ حدّ القذف من ادّعى أنه أب لشخص معلوم النسب، إلا أن يقرّ بالزنا فيحدّ حدّ الزنا وقد لعن النبي صلى الله عليه وسلم من انتسب لغير أبيه. وكذلك لا يكون الإقرار لمقطوع النسب، كولد الزنا بل ينحصر الإقرار في مجهول النسب.[4]

---

[1] عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي، المرجع السابق، ص 54.

[2] محمد محدة، المرجع السابق، ص 182.

[3] عبد الفتاح تقية، المرجع السابق، ص 289.

[4] محمد سمارة، المرجع السابق، ص 376.

الشـــــــرط الثانـــــــي: أن يصدّقه العقل والعادة: أي أن يكون المقر صادقا في إقراره، وذلك بأن يكون من الممكن أن يولد مثل المقرّ له لمثل المقرّ (بأن تكون بينهما مدة معقولة)، فإذا كان سنّ المقرّ له خمسة عشر عاما وسن المقرّ عشرين عاما، فلا يعتد بهذا الإقرار الذي يكذبه الظاهر وواقع الحال، أما إذا كان سن المقر له خمس سنين وسن المقر ثلاثين سنة صح الإقرار وثبت به النسب.[1]

الشـــرط الثالـــــث: ألا يصرّح المقرّ أثناء إقراره أنه ولد من زنا لأن الزنا لا يصلح سببا للنسب.[2]

وبهذا جاء قرار المحكمة العليا: "**أن العلاقة التي تربط بين الطرفين علاقة غير شرعية، إذ كلاهما اعترف بأنه كان يعاشر صاحبه جنسيا فإن قضاة الاستئناف بإعطائهم إشهادا للمستأنف على اعترافه بالزواج وتصحيحه وإلحاق الولد بأبيه وتقرير حقوق المستأنفة خرقوا أحكام الشريعة الإسلامية**".[3]

الشـــــــرط الـــــــرابع: أن يصدق المقرّ له المقر في إقراره، هذا الشرط مطلوب إذا كان المقر له بالنسب أهلا للتصديق، أي بالغا عاقلا.[4]

ب- الإقـــــــرار فـــي غيـــــــر البـــنوة أو الأبـــــوة أو الأمـــــومة: ويسمى أيضا بالإقرار بما فيه تحميل النسب على الغير، وبعبارة أخرى الإقرار غير المباشر هو إقرار غير الأب، وفيه تحميل النسب عليه وصورته أن يقر الشخص بما يستفرع من أصل النسب، كأن يقول بأن فلانا أخوه، أو عمه، أو ابن عمه، ففي جميع هذه الأحوال يكون الإقرار فيه تحميل للنسب على الغير.[5]

الفـــرع الثاني: تمييـــز النســـب الثابـــت بالإقـــرار عـــن التبني واللقيط

لقد حرمت الشريعة الإسلامية التبني لما فيه من المفاسد، والتي منها الكذب والافتراء على الله، والإتيان بشخص غير محرم، وإدخاله في الأسرة كواحد منها زورا، والاختلاط

---

[1] محمد نبيل سعد الشاذلي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون، لا.ط، د.م.ن، دار النهضة العربية، د.س.ن، ص 601.

[2] محمد صبحي نجم، محاضرات في قانون الأسرة، لا.ط، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1999، ص 30.

[3] قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 34137، المؤرخ في 1984/10/08، م.ق، 1989، العدد الرابع، ص 79.

[4] أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 93.

[5] أحمد آباش، الأسرة بين الجمود والحداثة، ط1، لبنان، لا.ن، 2011، ص 380.

غير المشروع بينه وبين أفراد الأسرة من الذكور والإناث .[1] لكنها لم تغلق باب الإحسان بل فتحته على مصراعيه، فللشخص مطلق الحرية في أن يربي من يشاء من الأطفال البؤساء والمحرومين واليتامى، فله أن يقوم بشأن من تولاه ورعايته وينفق عليه ليمسح بيده الرحيمة آثار البؤس والفاقة.

إلا أنه بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجده يمنع التبني شرعا وقانونا (المادة 46 من ق.أ) ولكنه يقرّ نظام الكفالة (المواد: من 116 إلى 125 من ق.أ)، كما أنه لم يتكلم عن اللقيط .

لذا سنتطرق إلى حكم التبني (أولا) ثم حكم اللقيط (ثانيا).

أولا- حكـــــم التبنـــــي: إن التبني نظام لا تتضمنه أحكام قوانين الأحوال الشخصية الخاصة بالمسلمين على العكس مما تنص عليه القوانين الخاصة بالأجانب، لذلك سوف نتعرض لمفهوم التبني (التعريف والفرق بين الإقرار والتبني)، أنواعه ثم الآثار القانونية له.

أ -مفهـــــوم التبنـــــي:

1 -تعريـــــف التبنـــــي:

- **لغـــــة:** التبني من تبنى تبنيا، ويقال: تبنى الصبيَّ، أي: ادعى بنوته واتخذه ابنا.[2]
- **اصطلاحـــــا:** رابطة أبوية تقوم على الإرادة دون روابط الدم تستهدف إيجاد روابط بين المتبنى والمتبني شبيهة بالبنوة الشرعية.[3]

كما أن التبني: أن يتخذ الإنسان ابن غيره المعروف نسبه ابناً له.[4]

كما عرفه "محمد صبحي نجم" بقوله: "التبني هو أن يتخذ الرجل له ولدا ليس من صلبه وعرفه أنه ليس ولده، فينسب هذا المتبني إلى من تبناه".[5]

ب -الفـــــرق بيـــــن التبنـــــي والإقـــــرار:

---

[1] مصطفى إبراهيم الزلمي، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي المقارن، ط1، لبنان، لا.ن، 2011، ص86.

[2] ابن منظور، المرجع السابق، ج2، ص 159.

[3] ابتسام القرام، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، لا.ط، البليدة: قصر الكتاب، 1998، ص17.

[4] العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط6، المرجع السابق، ص418.

[5] محمد صبحي نجم، المرجع السابق، ص55.

الإقرار يختلف عن التبني، بحيث يعتبر هذا الأخير إحدى لصائق النسب ومعناه اتخاذ المرء ابنا له من غير صلبه، ويسمى هذا الابن متبنى، وسماه الإسلام (دعيّ)، أي: ابن بالدعوى لا بالحقيقة، فيكون بلفظ اللسان لا بسلالة الدم.[1]

وهذا النظام كان متفشيا في الجاهلية، بل كان نظاما يؤخذ به في كثير من المسائل، فكان من المعتاد إذا أعجب رجل بأحد الغلمان اتخذه ابنا له، ويلحقه بنسبه ويتوارثان توارث النسب، واستمر هذا النظام مدة من الزمن في صدر الإسلام [2] حتى أبطله الله تعالى بقوله عز وجل: ﴿ **ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا**﴾ [سورة الأحزاب، الآية:5]، وقوله كذلك عز وجل: ﴿ **مَا كَانَ مُحَمَّدٌ أَبَا أَحَدٍ مِنْ رِجَالِكُمْ وَلَكِنْ رَسُولَ اللَّهِ وَخَاتَمَ النَّبِيِّينَ وَكَانَ اللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمًا** ﴾ [سورة الأحزاب، الآية:40].

فالتبني إذا هو أن يدعي شخص بنوة ولد معلوم أو مجهول النسب مع علمه بعدم وجود أية قرابة تربطه به، ومع ذلك يتخذه ولدا له ويعطيه اسمه، وهو عكس الإقرار الذي هو إخبار شخص بوجود قرابة بينه وبين شخص آخر. وإنه منعا لاختلاط الأنساب ومحافظة عليها شرعت الشريعة الإسلامية أحكاما خاصة حماية لها، وهو ما سار عليه المشرع الجزائري الذي حرم التبني وذلك من خلال نص المادة 46 من ق.أ.ج التي تنص على أنه: " **يمنع التبني شرعا وقانونا**".

وقد استقر اجتهاد المحكمة العليا على أن: "**التبني ممنوع شرعا وقانونا**"[3]، وأنه لا يجب الخلط بين التبني والإقرار بالنسب. ومن هنا أصبح التبني لا يثبت به نسب من المتبني، ولا يترتب على التبني أي حق من الحقوق الثابتة بين الآباء والأبناء.

وعليه فلا يثبت النسب بالتبني ولو كان المتبنى مجهول النسب، والمشرع الجزائري يمنع التبني لكنه يقر نظام الكفالة والذي نص عليه في قانون الأسرة من خلال المواد من 116 إلى 125 من ق.أ.ج.

---

[1] كمال صالح البنا، المشكلات العملية في دعاوى النسب والإرث، ط1، القاهرة، عالم الكتب، 2002، ص75.

[2] أحمد حمد، المرجع السابق، ص213-214.

[3] جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ط1، ج2، الجزائر، منشورات كليك، 2013، ص435.

والكفالة هي التزام على وجه التبرع بالعناية بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية، وهي تتم بعقد شرعي أمام المحكمة والموثق (المواد 116، 117 ق.أ.ج)، ويستوي في ذلك أن يكون الولد المكفول مجهولا أو معلوم النسب (المادة 119 ق.أ.ج)، ويحتفظ بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب (المادة 120 ق.أ.ج) [1]، وبالتالي لا يمكن لأي جزائري أن ينسب أي مولود بطريق التبني ويقوم بتسجيله على لقبه لدى مصالح الحالة المدنية، وإذا قام بإلحاقه فهو باطل وممنوع في نفس الوقت؛ فيكون من حق الورثة أو ممن له مصلحة أن يرفع دعوى أمام القضاء ليطلب إلغاء ما تم تسجيله في سجلات الحالة المدنية.

ومما سبق يمكن القول أن الإقرار يختلف عن التبني، كون هذا الأخير ينشئ النسب عكس الإقرار الذي يساعدنا في الكشف عن نسب حقيقي اعتبارا للقرابة التي تربط المقر بالمقر له، فالإقرار يعد صحيحا ومنتجا لآثاره ومحققا لمقصده [2] خلافا للتبني الذي هو ممنوع شرعا وقانونا.

ج- أنـــــواع التبنـــي: خصص القانون المدني الفرنسي للتبني المواد من 343 إلى 359 من ق.م.ف "يتعلق إلا بالأطفال الذين لا يتجاوز سنهم 15 سنة" والموجودين في مراكز التبني منذ ستة أشهر (6 أشهر) على الأقل (المادة 345 ق.م.ف)[3]، وبالتالي فرق ق.م.ف بين نوعين من التبني:

1 -**التبنـــي الكامـــل:** ينشئ نسب الطفل الذي لا أصل له، ويحرم عن كل علاقة مع عائلته الأصلية وللطفل المتبني نفس حقوق وواجبات الطفل الشرعي (المادة 356) ويمكن للطفل المتبنى الحصول على اسم (المادة 357) وجنسية العائلة التي تبنته ويتحصل على شهادة ميلاد جديدة بكل حق كأي طفل شرعي أو طبيعي تحمل (اليوم والساعة ومكان الازدياد، ذكر أم أنثى).

أيضا بالنسبة للمتبني (اسم، لقب ومكان الازدياد(الصورة طبق الأصل لهذه الشهادة (شهادة الميلاد) تحمل خصائص الحكم (تعيين المحكمة وتاريخ الحكم).

كما يسمح للطفل المتبني أن يرى سجله أمام المحكمة العليا إذا كان يعلم نسبه

---

[1] العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط4، المرجع السابق، ص201.

[2] http://www.bouzeri.net/arab/index.php?option.com. 2013/04/12 تاريخ التصفح:

[3] أمال علال، التبني والكفالة (دراسة مقارنة بين الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي)، مذكرة ماجستير في الحقوق، جامعة تلمسان: كلية الحقوق، الجزائر، 2009/2008، ص46.

الأصلي إذا كان معلوما.[1]

2 -**التبنـــــــي الناقـــــص:** في هذا النوع من التبني تبقى هناك صلة قرابة بين الطفل المتبنى وأسرته الأصلية، ويقتصر فيه على معاملة الطفل المتبنى كأحد أفراد الأسرة المستقبلة. ويضاف في هذا التبني لقب على لقب الطفل المتبنى من قبل المتبني، ولا يشترط في هذا النوع من التبني سن معينة للطفل غير أن رضاه يكون واجبا إذا بلغ أكثر من 13 سنة بحسب المادة 360 من ق.م.ف.[2]

د- الآثـــار القانونيـــة للتبنـــي: إن التبني لا يرتب آثار إلا في الدول التي أخذت به، أما بالنسبة للدول التي لم تأخذ به وحرمته تحريما باتا فلا يرتب أي أثر، فمثلا القانون الفرنسي أخذ بنظام التبني رتب له آثارا هامة من بينها حمل المتبنى اسم متبنيه ومعاملته معاملة الابن الشرعي، وإعطائه نفس الحقوق والواجبات الممنوحة للابن من الصلب.[3]

ثانيـــا- حكـــــم اللقيـــــط: إن اللقيط صنف من الأطفال مجهولي النسب، الذي لم يعلم له أبوان، سواء كان ثمرة علاقة شرعية أو غير شرعية؛ وبالتالي فهو منعدم الأصل، لذا كان حريا الوقوف على تعريفه ثم التعرف على حكمه.

أ -تعريـــــــــف اللقيـــــــط:

- **لغـــــــــة:** فعيل، اسم لما يلقط، أي: يرفع ويؤخذ من الأرض، ومنه اللقط وهو أخذ الشيء من الأرض، فيعم كل شيء يلتقط ويرفع.[4]
- **اصطلاحـــــــا:** وهو الإنسان المولود الذي يعثر عليه حيا ولم يعرف له نسب بغض النظر عن الأسباب التي أوجدته في هذا الوضع؛ فقد يكون متروكا بسبب الفقر، أو بسبب الضياع، أو ترك خشية العار لكونه منبوذا. هذا وقد يضيع اللقيط بسبب الحروب والكوارث الطبيعية التي تصيب المجتمع.[5]

---

[1] أمال علال، المرجع السابق، ص 47.

[2] فاطمة الزهراء رابحي، إثبات النسب (رسالة دكتوراه في القانون الخاص)، جامعة الجزائر: كلية الحقوق، الجزائر، 2012/2011، ص 26.

[3] أمال علال، مرجع سابق، ص 98.

[4] ابن منظور، المرجع السابق، ج13، ص 222.

[5] الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل "دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية"، ط 1، الجزائر، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، 2008، ص 245.

ب -أحكـــــــام اللقيـــــــــط:

إن أهم ما يميز وضع اللقيط ويعرضه لخطر التشرد ومهانة الحياة كونه مجهول النسب، ومتى افتقد الولد النسب عاش ونشأ ضائعا مهملا محروما من الصلة الشخصية بأبوين يشعر بعز الانتماء إليهما، ولما كان اللقيط مجردا عن النسب المعلوم، فإن الشريعة شملته بأحكام[1] هي أن التقاطه:

1 -فرض عين إذا وجد في مكان يغلب على الظن هلاكه، ولو بقي فيه كان التقاطه واجبا ويحرم على من وجده تركه، وهو أحق بإمساكه وليس لأحد أن ينزعه منه إلا إذا كان غير أهل لحفظه ورعايته.

2 -مندوب، إذا لم يغلب على الظن هلاكه، كأن يوجد أمام مصلحة أو مستشفى ويراه العامة من الناس.

3 -فرض كفاية، أي أن قيام أحد المسلمين بالتقاطه يسقط الإثم على الباقين.[2]

4 -إن وجد اللقيط شخصان، أحدهما مسلم والآخر غير مسلم وتنازعا في أخذه، فالمسلم أولى به، وإن كانا مسلمين فالقاضي هو الحكم بينهما.[3]

وإن وجد مع اللقيط مال فهو ملك له، فينفق عليه منه بعد أخذ إذن القاضي، لأنه ليس له عليه إلا ولاية الحفظ وإن أنفق الملتقط من ماله الخاص من غير إذن القاضي فهو متبرع، وإن كان بإذن القاضي فإنه يستطيع أن يرجع على اللقيط إذا أيسر، وللملتقط ولاية التربية، فيشتري له ما يلزمه ويرسله إلى من يعلمه علما أو حرفة وينتقل معه حيث انتقل.[4]

أما بالنسبة لنسب اللقيط فقد ربطت الشريعة الإسلامية ثبوت النسب بأمور ظاهرة، وقد تتبعها الفقهاء من أدلة الشريعة فكانت ما يلي:

1 -**الفراش:** وهو المعبر عن العلاقة الزوجية.

2 -**الإقرار:** ويكون من رجل أو امرأة لإنسان ليس له نسب معروف يلحق به في

---

[1] زيان سعيدي، أحكام اللقيط "دراسة تأصيلية تطبيقية"، (مذكرة ماجستير في العلوم الإسلامية)، جامعة الجزائر : كلية العلوم الإسلامية، الجزائر، 2006/2005، ص 68.

[2] صالح بوغرارة، المرجع السابق، ص 49.

[3] العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط4، المرجع السابق، ص 202.

[4] محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 400.

نسبه وذلك بشروط.[1]

3 - **البينة:** والمراد بها شهادة رجلين إجماعا، أو شهادة رجل وامرأتين.

وأخيرا ما يلاحظ أن التبني والالتقاط لا أثر لهما على الإطلاق في إثبات النسب وما يترتب عليه من آثار قانونية كالتوريث والتحريم، بحيث لا يوجد حل لمشكلة الالتقاط والتبني بل يتم ذلك بسد جميع ما من شأنه أن يؤدي إلى ظهور هذه الفئات في المجتمع.

وبعد التعرض للإقرار مع التبني واللقيط، ننتقل إلى معالجة وسيلة أو قاعدة أخرى من قواعد إثبات النسب عند المشرع الجزائري وهي البينة.

[1] زيان سعيدي، المرجع السابق، ص 69.

المطلـــب الثانـــــــــي

إثبـــــات النســـــــب بالبينـــــــة

لقد ورد النص على إثبات النسب بالبينة في المادة 40 من ق.أ.ج، حيث جاء فيها: "**يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة...**" ، وتعتبر البينة دليل إثبات أقوى من الإقرار؛ لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر، أما البينة فهي حجة متعدية إلى الكافة، كما أن النسب وإن ثبت في الظاهر بالإقرار إلا أنه غير مؤكد.[1]

وما يؤخذ على المشرع الجزائري أنه لم يبين ما يقصده بهذه البينة، إلا أن الفقهاء لم يشككوا في مشروعيتها والعمل بها، وأنها وسيلة من وسائل إثبات النسب، لكونها تبين الحق وتظهره، وبالتالي لابد من التعرض إلى مفهوم البينة (الفرع الأول) ثم أثر البينة على إثبات النسب (الفرع الثاني).

الفـــــــــرع الأول: مفهـــــوم البينـــــــــة

أولا- تعريـــــــف البينـــــــة:

- **لغـــــــــــة:** البينة مأخوذة من البيان والوضوح، واستبان الصبح وضح، وهو على بينة من أمره أي: على وضوح وعدم خفاء.[2]
- **اصطلاحـــــا:** هي الدلائل والحجج التي تؤكد وجود واقعة مادية وجودا حقيقيا، بواسطة السمع أو البصر أو غيرهما، من وسائل الإثبات الواردة في قانون الإجراءات. [3]

ولكلمة البينة معنيان:[4]

-**معنـــــى عـــــــام:** وهو كل ما يبين الحق ويظهره، من شهادة أو يمين أو أمارة أو غير ذلك.

-**معنـــــى خـــــــاص:** وهو شهادة الشهود أو غيرهما.

---

[1] محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية "الطلاق، النسب"، ط 9، لا.ن، دار محمود للنشر والتوزيع، 1999، ص588.

[2] ابن منظور، المرجع السابق، ج8، ص152.

[3] العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط4، المرجع السابق، ص199.

[4] أحمد حسين فراج، أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي، لا.ط، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة للنشر، 2004، ص20.

وقد نصت المادة 40 من ق.أ.ج على أنه: "...يثبت النسب بالبينة .." ، لذا يتبادر إلى الذهن التساؤل حول ما المقصود بالبينة؟ هل يقصد بها المعنى الواسع أو المعنى الضيق؟ وبعبارة أدق: هل تعني البينة شهادة الشهود وعلى نحو ما كان يقصد به شهادة الشهود بالمادة 333 من ق.م.ج بعد التعديل رقم 10/05 والتي كان المصطلح المستعمل فيها قبله البينة، أم هي الدليل بوجه عام، والذي يشمل كافة وسائل الإثبات.[1]

والسبب في ذلك الجدل حول معناها هو أن شهادة الشهود شكلت في السابق وسيلة الإثبات الأهم ، وهذا ما أثار خلطا بين المصطلحين دليل الإثبات بوجه عام والشهادة.[2]

وأنكر البعض في مناقشة الأدلة العلمية لإثبات النسب الاعتداد بالمفهوم الضيق. فلا يمكن تضييق نص المادة 40 من ق.أ.ج التي تعتبر البينة بمفهومها الواسع تصلح دليلا لإثبات النسب.

وقد يعزز المعنى العام للبينة أن النص الفرنسي للمادة 40 من ق.أ.ج يستعمل مصطلح "LA PREUVE [3] مع محافظة المشرع على صيغتها بعد مراجعة قانون الأسرة ، في حين استبدل مفهوم البينة بـــ "شهادة الشهود" بالمادة 333 من ق.م.ج .

وقد اتضح لنا الموقف أنه حتى وإن كان المشرع لا يقصد بالبينة في إثبات النسب إلا بالمعنى الضيق إلا أنه كان في وسع القضاء الاتكاء على المعنى الواسع للبينة بالمادة 40 من ق.أ.ج هو أيضا محل نقاش من جهة أن المشرع بدلا من أن يضبط معناها كما فعل في المادة 333 من ق.م.ج لو كان في وسعه ذلك فإنه بدلا من ذلك عزز أدلة إثبات النسب بالأدلة العلمية للإثبات ضمن الفقرة الثانية التي استحدثها بنفس المادة 40 ما يؤكد أن مصطلح البينة لا يستغرقها. أي أن المعتبر هو المعنى الضيق: "شهادة الشهود" .[4]

ثانيا- شـــــروط الإثبـــــات بالبينـــــــــــة:

على اعتبار أن البينة هي "شهادة الشهود" فشروطها فضلا عن البلوغ والعقل والاستقامة، هنالك التعدد والجنس، لكن اختلف في عدد الشهود وجنسهم كما يلي:[(5)]

---

[1] زبيري بن قويدر، المرجع السابق، ص204 .

2 - Ghanima lahlou-khiar, La filiation des enfants nés pendant la séparation de fait des époux . La preuve de la filiation, revue 'el mouhamat',Alger, n°1, oct 2003, p 51

[3] علي هاشم يوسفات، المرجع السابق، ص85 .

[4] زبيري بن قويدر، مرجع سابق، ص205 .

[5] أشرف عبد الرزاق ويح، المرجع السابق، ص72.

يثبت النسب بشهادة رجلين إجماعا للرجل بأن هذا الولد إبنه، ووجه ذلك أن النسب ليس بمال ولا يقصد به المال، وهو مما يطلع عليه الرجال غالبا فلم يكن للنساء في شهادته مدخل كالحدود والقصاص.[1]

واختلف الفقهاء في إثبات النسب بشهادة رجل وامرأتين، فذهب جمهور الفقهاء إلى أن النسب لا يثبت بشهادة رجل وامرأتين، وذهب الحنفية إلى أنه لا يقبل شهادتهن إلا مع الرجال وحجتهم في ذلك: أن ما يقبل فيه شاهدان أو شاهد وامرأتان هو كل ما سوى الحدود والقصاص لعموم قوله تعالى: ﴿ **وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ**﴾ [سورة البقرة، الآية: 281].

ومنه فإن نصاب البينة في إثبات النسب هي البينة الكاملة عن طريق شهادة رجلين عدلين، أو رجل وامرأتين عدول.[2]

وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع الجزائري لم يحدد عدد الشهود، غير أن المحكمة العليا في أحد قراراتها، أخذت بمذهب الأحناف.[3]

ثالثا- أنواع الشهادة: لها عدة أنواع تتمثل في الآتي:

أ الشهادة المباشرة: وفيها يذكر الشاهد ما وقع تحت سمعه أو بصره فيكون عارفا للواقعة محل النزاع معرفة شخصية عن طريق إدراكه لها بسمعه أو بصره أو بكليهما، وهي أقوى أنواع الشهادة وتخضع في تقديرها لسلطة القاضي.[4]

ب الشهادة السماعية: وتكون غير مباشرة، وتختلف عن الشهادة المباشرة كون أن الشاهد يشهد بما سمع رواية عن غيره، أي الواقعة التي يشهد عليها يكون قد رواها له شاهد آخر رآها بعينه، أو سمعها بأذنه وتبعا لذلك تعتبر الشهادة السماعية شهادة على الشهادة، وهي جائزة قانونا مع خضوعها لسلطة القاضي التقديرية.[5]

---

[1] زبيري بن قويدر، المرجع السابق، ص207.

[2] علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج1، ط1، لبنان: دار الكتب العلمية، 1983، ص 366.

[3] طفياني مخطارية، إثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي، (مذكرة ماجستير في القانون فرع عقود ومسؤولية)، جامعة بومرداس: كلية الحقوق ،الجزائر، 2006، ص 76.

[4] صالح بوغرارة، المرجع السابق، ص 54 .

[5] المرجع نفسه، ص 55.

ج- الشهـــــــادة بالتسامـــع: وتأخذ هذه الصورة ما يدور حول مسامع الناس ورواياتهم عن الواقعة، فهي بذلك شهادة سماع تشاع، يشهد بها الشخص عما سمعه من شخص آخر أدرك الواقعة أو أدركها هو نفسه والشهادة بالتسامع غير مقبولة إلا فيما نص عليها القانون صراحة.[1]

الفـــــرع الثانـــــي: كيفيـــــة ثبـــوت النســـــب بالبينـــــة

القاعدة العامة أن شهادة الشهود التي يثبت بها النسب في الفقه الإسلامي عموما والفقه المالكي على وجه الخصوص، هي شهادة رجلين أو شهادة رجل وامرأتين.

وعليه فإن المشرع الجزائري في قانون الأسرة قد اعتد بالبينة الكاملة لإثبات النسب، وهي شهادة رجلين أو شهادة رجل وامرأتان.

لكن ما هو معروف أن حادثة الولادة عادة ما تحضرها النساء فقط وأحيانا تحضرها امرأة واحدة فقط، فهل تقبل شهادة المرأة القابلة منفردة دون شهادة الرجال؟

عند جمهور الفقهاء فهي مقبولة في حقوق الأبدان التي لا يطلع عليها الرجال غالبا، مثل: الولادة وعيوب النساء، فلا خلاف في شيء بين الفقهاء في هذا الإطار، غير أن أبا حنيفة قال: لا تقبل فيه شهادتهن إلا مع الرجال؛ لأنه عنده من حقوق الأبدان التي يطلع عليها الرجال والنساء.[2]

والذين قالوا بجواز شهادتهن منفردات في هذا الجنس اختلفوا في العدد المشترط في ذلك منهن، فقال مالك: يكفي في ذلك امرأتان، وقال الشافعي: ليس يكفي في ذلك من أربع، لأن الله عز وجل قد جعل عديل الشاهد الواحد امرأتين، وأجاز أبو حنيفة قبول شهادة النساء منفردات في الولادة والبكارة، وعيوب النساء في موضع لا يطلع عليه الرجال.[3]

وعليه فإن ادعت امرأة بأنها حملت من زوجها وولدت في غيابه مثلا أو في حضوره، وأنكر الزوج واقعة الولادة في ذاتها، أو اعترف بالولادة كواقعة مادية وأنكر

---

[1] خالد بوزيد، المرجع السابق، ص 104-105.

[2] خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص 182.

[3] علي أبو البصل، "شهادة النساء في الفقه الإسلامي"، مجلة جامعة دمشق، دمشق : كلية العلوم القانونية بجامعة دمشق، ع2، 2001، ص157.

كون الولد منه وأن الولد الذي بين يديها هو ليس نفسه الذي ولدته، فإنه بالإمكان شرعا وقانونا إثبات واقعة الولادة عن طريق شهادة النساء اللاتي حضرن عملية الولادة أو ممرضات المستشفى اللواتي حضرن الولادة.[1]

وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 62 من ق.ح. م [2] حيث جاء فيها: "**يصرح بولادة الطفل الأب أو الأم، وإلا فالأطباء والقابلات، أو أي شخص حضر الولادة وعندما تكون الأم ولدت خارج مسكنها فالشخص الذي ولدت الأم عنده**". وعليه فالقابلات تكون شهادتهن مقبولة أمام القضاء في ثبوت النسب.

وأخيرا فإنه من الضروري أنه حتى تستكمل الدراسة أحقيتها ضمن الفصل الأول لابد أن تتطرق مناقشة الجديد الذي جاء به المشرع الجزائري ضمن الأمر 02/05؛ لأن التطورات العلمية في مجال الطب وعلم البيولوجيا والوراثة كشفت عن وجود طرق جديدة تتعلق بإثبات النسب وتحديد أبوة الولد، وبالتالي فإنه من باب الواجب أن نعرف موقف المشرع الجزائري من النسب حيال البصمة الوراثية والتلقيح الصناعي؟ وما أثر كل منهما على إثبات النسب في قانون الأسرة الجزائري؟

[1] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص217.

[2] الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 13 ذي الحجة 1389هـ الموافق لـ 19 فبراير 1970م المتضمن قانون الحالة المدنية.

الفصـــــل الثانـــــي

أثر علم الوراثة على إثبات النسب

إن علم الوراثة حديث النشأة، ولد في بداية القرن العشرين، وأصبح علما تطبيقيا أفاد في حل العديد من مشاكل العصر المستعصية.[1]

ويبحث علم الوراثة في ظاهرتي التوارث و التبدل، وما تحملان من تشابه واختلاف.[2] حيث يدرس انتقال الصفات الوراثية من الأصول إلى الفروع بحيث يحمل المولود نصف صفاته من الأب والنصف الآخر من الأم، ويعد العالم النمساوي (جريجور مندل) أول من توصل إلى فهم الثبات في توارث الصفات والخصائص عند الكائنات الحية، وقام بتجاربه على نبات البازلاء في النصف الثاني من القرن التاسع عشر، ورأى من خلالها أن الخصائص المتوارثة تتحدد بواسطة وحدات من مادة التوارث تمرر عادة دون تغيير عبر الأجيال.[3]

ثم توالت الاكتشافات للتعرف على المورث وكيفية انتقاله. واستطاع العلماء فيما بعد أن يثبتوا أن المادة الوراثية لمعظم صور الحياة تتمثل في مادة الـــ (ADN)، وهو اختصار للاسم العلمي Acide désoxyribonucléique بمعنى الحمض النووي منقوص الأوكسجين.[4] حيث اكتشف العالم إفري (Avery) في عام 1944م الـــ ADN، وبين أنه المسؤول عن نقل الصفات الوراثية من الأصول إلى الفروع.

وفي عام 1953م اكتشف العالمان واستون وكريك بنية الـــ ADN واقترحا تركيبة حلزونية مزدوجة له، حيث يتكون من سلسلتين من النيوكليوتيدات متكاملتين ذات اتجاهين متعاكسين[5]، تلتفان حول بعضهما مكونة التفافا حلزونيا مزدوجا، وكل نيكليوتيد يتكون من ثلاث مكونات: جزيء السكر الخماسي (رايبوز منقوص الأوكسجين)، ومجموعة

---

[1] محمد الربيعي، الوراثة والإنسان "أساسيات الوراثة البشرية والطبية"، الكويت: المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، 1986، ص7.

[2] أسماء مندوه عبد العزيز أبو خزيمة، المرجع السابق، ص301.

[3] هشام بن عبد الملك آل الشيخ، أثر التقنية الحديثة في الخلاف الفقهي، ط4، الرياض: مكتبة الرشد، 2010، ص709.

[4] شيخة سالم العريض، الوراثة ما لها وما عليها، ط1، دار الحرف العربي، لا.م، 2003، ص 8.

[5] Eberhard Passarge, Atlas de poche de génétique, France, décembre 2002, p 7.

فوسفات، وقاعدة نيتروجينية.[1]

وهذا الاكتشاف العلمي الحديث لم يعد حكرا على أهل الطب والبيولوجيا وحدهم، بل استفادت منه شُعب كثيرة؛ فأصبح وسيلة لدى رجال الفقه والقانون في فض كثير من المنازعات القضائية، ومنها منازعات الأنساب. وهذا ما سيتم التطرق إليه في **المبحث الأول** (مدى حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب).

وكذلك هناك من الاكتشافات الطبية التي استطاعت حل كثير من المشاكل التي يعاني منها البشر، خصوصا بعد الزواج والحرمان من الإنجاب بسبب العقم، فتم ابتكار طرق فعالة للقضاء على العقم وأسبابه عن طريق التلقيح الصناعي، والذي فتح آفاقا لكل من الزوجين لتذوق مشاعر الأبوة والأمومة، والقضاء على العديد من المشاكل الأسرية والاجتماعية التي تنجم عن العجز على الإنجاب.

ومع هذا فموضوع التلقيح الاصطناعي يثير عددا من الإشكالات العلمية والعملية، خاصة ما تعلق بالمشروعية، فالصور والأنواع التي قدمها التلقيح الاصطناعي كثيرة، وليست كلها مقبولة في ميزان الشرع والقانون.[2]

يضاف إلى ذلك أنه أصبحت تثار اليوم مشكلات بسبب تدخل الغير (طرف ثالث أجنبي) في عملية التلقيح الاصطناعي كأطفال الأنابيب، وتأجير الأرحام. ولكي لا تخرج هذه الأنواع عن أطرها المشروعة كان لابد لها من ضوابط حددها المشرع الجزائري في المادة 45 مكرر من ق.أ.ج بشكل واضح، غير أنه لم يبين أثر التلقيح الاصطناعي على النسب في بقية صوره؛ وهذا ما سيحاول **المبحث الثاني** بيانه تحت عنوان أثر التلقيح الاصطناعي على النسب.

---

[1] محمد صالح المحب، هندسة الوراثة وعلم الاستنساخ، لا.ط، الدار العربية للعلوم، لبنان، 1995، ص23.

[2] سليمان النحوي، المرجع السابق، ص4.

المبحث الأول

مدى حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب

يرجع اكتشاف البصمة الوراثية إلى عام 1984 عندما نشر الدكتور أليك جيفريز عالم الوراثة بجامعة ليستر بلندن بحثا عن هذا الموضوع، وقد توصل من متابعة أبحاثه – بعد حوالي عام تقريبا – إلى أن المادة الوراثية لا يمكن أن تتشابه إلا في حالات التوائم المتماثلة فقط.[1]

لقد توصلت الاكتشافات الحديثة إلى بيان أن أنسجة الجسم مكونة من خلايا، والخلية بناء في غاية الإحكام والتعقيد، وأعقد ما فيه النواة، حيث تحتوي النواة في كل خلية جسمية للإنسان على 46 كروموسوما[2] وهي على صورة 23 زوجا نصفها من الأم، والنصف الآخر من الأب، منها 22 زوجا أي 44 كروموسوما متماثلة في كل من الذكر والأنثى، أما الزوج الثالث والعشرون فيسمى بالكروموسومات الجنسية ويرمز لها في الذكر بالحرفين (XY) وفي الأنثى بالحرفين (XX).[3] وباختلاط كروموسومات الأب مع الأم تتكون للولد بصمة وراثية خاصة به، غير أنه يشترك معهما في بعض الصفات الوراثية.

هذا، وتعتبر البصمة الوراثية ومدى الاحتجاج بها من القضايا المستجدة التي اختلفت فيها الأنظار، وكذلك في المجالات التي يستفاد منها. وهل يمكن اعتبارها حجة يعتمد عليها في إثبات النسب؟ وعليه فمن المهم معرفة حقيقة البصمة الوراثية، ومدى حجيتها في إثبات الأنساب. وهذا ما سنتناوله في هذا المبحث كالآتي:

مفهوم البصمة الوراثية (المطلب الأول)، ثم موقف القانون والقضاء من استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب(المطلب الثاني) ثم إشكالات استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب (المطلب الثالث).

---

[1] محمد مهدي قنديل، البصمة الوراثية (DNA) في دعاوى النسب والجوانب العملية، القاهرة، دار الحكيم للطباعة، 2008، ص2.

[2] كروموسوم: هي كلمة أجنبية، يقابلها صبغي، وهو تركيب بروتيني خيطي الشكل، يحتوي على المادة الوراثية، ولكل نوع من الكائنات الحية عدد معين من الصبغيات في خلاياها، انظر: سعد بن عبد العزيز، أحكام الهندسة الوراثية، ط1، الرياض، دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، 2007، ص40.

[3] هشام بن عبد الملك آل الشيخ، المرجع السابق، ص711.

المطلب الأول

مفهوم البصمة الوراثية

نتطرق في هذا المطلب إلى مفهوم البصمة الوراثية من الناحية اللغوية والاصطلاحية والمعنى العلمي (الفرع الأول) ثم خصائص البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها (الفرع الثاني)، وأخيرا: ضوابط العمل بها (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف البصمة الوراثية

أولا- معنى البصمة الوراثية لغة : البصمة الوراثية مركب وصفي من كلمتين "البصمة"، و"الوراثية".

فالبصمة: من بصم، وهي العلامة، والبصم (بالضم): ما بين الخنصر إلى طرف البنصر، ورجل أو ثوب ذو بصم: غليظ.[1]

معنى الوراثة: هي مصدر ورث، يقال: ورث فلان المال منه وعنه ورثا وإرثا، أي: صار إليه بعد موته، وأورث فلانا: جعله من ورثته بالميراث، وجمعه مواريث وهو تركة الميت.[2]

وعلم الوراثة: هو العلم الذي يبحث في انتقال صفات الكائن الحي من جيل إلى آخر، وتفسير الظواهر المتعلقة بهذا الانتقال.[3]

وبناء عليه يكون المراد بالبصمة الوراثية في الاستعمال اللغوي: الأثر أو الصفة المنتقلة من الكائن الحي إلى فرعه.[4]

ثانيا- المعنى الاصطلاحي للبصمة الوراثية:

البصمة الوراثية عرفتها المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية في ندوة الوراثة المنعقدة بالكويت سنة 1998 بأنها: "البنية الجينية التفصيلية التي تدل على هوية كل فرد بعينه".[5]

---

[1] الفيروز آبادي، القاموس المحيط، لا.ط، القاهرة، دار الحديث، 2008، ص136.

[2] إبن منظور، المرجع السابق، ج 1، ص423.

[3] خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص42.

[4] أم الخير بوقرة، "دور البصمة الوراثية في حماية النسب"، مجلة الاجتهاد القضائي الجزائر: كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة محمد خيضر بسكرة، ع7، ديسمبر 2010، ص79.

[5] زبيدة إقروفة، المرجع السابق، ص197.

ويعرفها الدكتور سعد الدين مسعد الهلالي بأنها: "تعيين هوية الإنسان عن طريق تحليل جزء أو أجزاء من حمض الدنا (DNA) المتمركز في نواة أي خلية من خلايا جسمه، ويظهر هذا التحليل في صورة شريط من سلسلتين كل سلسلة بها تدرج على شكل خطوط عرضية متسلسلة وفقا لتسلسل القواعد الأمينية على حمض الدنا، وهي خاصة لكل إنسان تميزه عن الآخرين في الترتيب وفي المسافة وما بين الخطوط العرضية، تمثل إحدى السلسلتان الصفات الوراثية من الأب (صاحب الماء) وتمثل السلسلة الأخرى الصفات الوراثية من الأم (صاحبة البويضة).[1]

ثالثا– المعنى العلمي للبصمة الوراثية : للتعرف على حقيقة البصمة الوراثية من الناحية العلمية يمكن الرجوع إلى علم الوراثة وهو من العلوم الحديثة التي وصل إليها العلماء في هذا العصر. والملاحظ أن تعريفات البصمة الوراثية من الناحية العلمية تعددت، ولعل الأكثر وضوحا في بيانها القول بأنها: "صورة تتابع النيوكليوتيدات التي تكون جزيء الحمض النووي DNA المميزة لكل فرد، والتي لا تتشابه بين اثنين من البشر".[2]

الفرع الثانـــي: خصائص البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها

قبل الحديث عن مجالات الاستفادة من البصمة الوراثية، نوضح أهم خصائص البصمة الوراثية، وهذا ما سنعرضه فيما يلي:

أولا– خصائص البصمة الوراثية:

لقد استنبط العلماء وأهل الطب والمعرفة المتخصصين بعض المميزات التي تتميز بها البصمة الوراثية عن غيرها من الأدلة البيولوجية الأخرى، وذلك من خلال ما توصل إليه العالم "إليك جيفرس" بعد دراسته واكتشافاته المستمرة للبصمة الوراثية، حيث كان أهم ما تميزت به هذه البصمة[3] ما يلي:

1 –عدم التوافق والتشابه بين كل فرد عند تحليل البصمة الوراثية، وهذا من

---

[1] سعد الدين مسعد الهلالي، المرجع السابق، ص35.

[2] كيفلس دانييل ، وليروي هود، الشفرة الوراثية للإنسان، "سلسلة عالم المعرفة"، الكويت: المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، ع217، يناير 1997، ص412.

[3] علي هاشم يوسفات، المرجع السابق، ص275.

الاستحالة من بين ستة مليار نسمة إلا في حالة التوأم المتماثلة الواحدة.[1]

2 -الحمض النووي (ADN) يمتاز بقوة إثبات كبيرة جدا في أقصى الظروف البيئية المختلفة[2]، وكمثال على ذلك يمكن للعلماء استخلاص (ADN) من عينات قديمة تصل أعمارها إلى أكثر من 30 سنة.[3]

3 -تعتبر البصمة الوراثية أدق وسيلة عرفت حتى الآن في تحديد هوية الإنسان، وذلك لأن نتائجها قطعية لا تقبل الشك والظن وذلك بنسبة 100%.[4]

4 -الحمض النووي (ADN) موجود في منطقة صغيرة جدا في الخلية تسمى النواة وتحتوي على جميع الخلايا لذا يمكن استخلاصه من:

-اللعاب الرطب أو الجاف: وهو يحتوي على مواد خلوية تحتوي على ADN وقد يكون موجودا على الجلد الآدمي نتيجة العض أو اللعق.

-عينات الإفرازات الأنفية المخاطية: وقد توجد على الأشياء مثل الملابس الخاصة أو المناديل الموجودة في مسرح الجريمة والمستعملة من قبل الجاني.

-الأنسجة: بمختلف أنواعها مثل خلايا الجسم وغيرها.

-الشعر والعظام: حيث يوجد معظم الحمض النووي في بصيلة الشعر أي الجذور، أما العظام فأفضلها عظام الإنسان.

-الدم والمني: وهما مصدران مهمان للحصول على الحمض النووي (ADN)، وقد يكون على عدة أشكال، إما سائل أو مختلط بالماء أو ملوث بالثياب أو أجسام صلبة.[5]

5 -تقوم البصمة الوراثية بوظيفتين لا ثالث لهما: الوظيفة الأولى هي الإثبات، والوظيفة الثانية هي النفي. والإثبات إما أن تثبت نسبا، أو تثبت تهمة أو جريمة، أو أن

---

[1] أنس حسن محمد ناجي، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في إثبات ونفي النسب، لا.ط، الإسكندرية، مصر، دار الجامعة الجديدة، 2010، ص 28.

[2] بوصبيع فؤاد، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في إثبات ونفي النسب، (مذكرة ماجستير في القانون الجنائي)، جامعة قسنطينة: كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، 2011-2012، ص17.

[3] توفيق سلطاني، حجية البصمة الوراثية في الإثبات، (مذكرة ماجستير في العلوم القانونية)، جامعة باتنة: كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، 2010-2011، ص31.

[4] خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص 48.

[5] بوصبيع فؤاد، المرجع السابق، ص18-19.

البصمة تنفي جريمة أو تهمة عن متهم.[1]

ثانيا- مجالات الإستفادة من البصمة الوراثية:

يمكن تطبيق هذه التقنية العلمية والاستفادة منها في عدة مجالات منها:

1 -المجال الجنائي: وهو مجال واسع يدخل ضمنه الكشف عن هوية المجرمين، في حالة ارتكاب جناية قتل، أو اعتداء، وفي حالة الاختطاف بأنواعها، وفي حالة انتحال شخصيات الآخرين، ونحو هذه المجالات الجنائية.[2]

2 -في مجال النسب: يجوز الاعتماد على البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب في الحالات التالية:

1 -حالات التنازع على مجهول النسب بمختلف صور التنازع التي ذكرها الفقهاء، سواء أكان التنازع على مجهول النسب بسبب انتفاء الأدلة أو تساويها، أم كان بسبب اشتراك في وطء بشبهة ونحوه.[3]

2 -حالات الاشتباه في المواليد في المستشفيات ومراكز رعاية المواليد والأطفال ونحوها، وكذا الاشتباه في أطفال الأنابيب.[4]

3 -تحديد شخصية الأفراد في حالة الجثث المشوهة في الحروب والحوادث، والتحقق من دعوى الانتساب إلى قبيلة معينة بسبب الهجرة، أو تحديد القرابة للعائلة.[5]

4 -لمنع الوصول إلى اللعان: وذلك إذا عزم الزوج أن يلاعن زوجته لنفي ولده عنه، لوجود شك كبير فيه، فإنه يمكنه اللجوء إلى البصمة الوراثية ليدفع هذا الشك، فإذا أثبتت أن الولد المشكوك فيه منه، فعليه الاكتفاء بهذه النتيجة، أما إذا أثبتت أن الولد ليس منه فعليه اللعان.[6]

---

[1] خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص49.

[2] أحمد حسام، البصمة الوراثية حجيتها في الإثبات الجنائي والنسب، ط 1، بيروت- لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 2010، ص30.

[3] عمر بن محمد السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعية استخدامها في النسب والجناية، ط 1، الرياض، دار الفضيلة، 2002، ص50.

[4] أحمد حسام، مرجع سابق، ص32.

[5] بسام محمد القواسمي، أثر الدم والبصمة الوراثية في الإثبات، ط1، الإسكندرية، دار النفائس، 2010، ص75.

[6] أنس حسن محمد ناجي، المرجع السابق، ص37.

5 -إثبات درجات القرابة (في حالات إدعاء القرابة بغرض الإرث بعد وفاة أحد الأثرياء).[1]

الفــرع الثالث: ضوابط العمل بالبصمة الوراثية

إن البصمة الوراثية أسلوب فني عصري يحتج بها في العديد من ميادين الإثبات وفض النزاعات، إلا أن العمل بها لابد أن يحاط بجملة من الضوابط والقيود حتى لا يستغلها البعض كوسيلة للتعدي على حقوق الأفراد والكيد للآخرين، وهذه الضوابط على ضربين؛ ضوابط شرعية، وأخرى ضوابط عملية.

أولا- الضوابط الشرعية: إن الأخذ بنتائج تحاليل البصمة الوراثية يستوجب توافر ضوابط كالتالي:

1 -لا يجوز استخدام البصمة الوراثية للتشكيك في صحة الأنساب المستقرة والثابتة، وأن لا تخالف النصوص الشرعية؛ إذ يرى المجمع الفقهي الإسلامي أن استعمال البصمة الوراثية في مجال النسب لابد أن يحاط بمنتهى الحذر والحيطة والسرية.[2]

2 -يجب ألا تخالف تحاليل البصمة الوراثية العقل والمنطق والحس والواقع، بل يجب أن توافق العقل والمنطق، فلا يمكن أن تثبت البصمة الوراثية نسب من لا يولد لمثله لصغر سنه، أو لكونه مقطوع الذكر (الأنثيين)؛ إذ من لا يولد لمثله لا يعقل أن يأتي بولد؛ وبالتالي تكون البصمة الوراثية قد اعتراها الخطأ أو التلاعب، وخالفت العقل والواقع وهو ما ينبغي رفضه.[3]

3 -عدم استخدام البصمة الوراثية بديلا عن الوسائل الشرعية لإثبات النسب؛ فإذا كان استخدام البصمة الوراثية في إثبات نسب أمر يحقق مصلحة مشروعة، يجب أن لا تصادم الوسائل الشرعية لإثبات النسب كالفراش والإقرار والبينة.[4]

4 -في حالة نفي النسب حدد المجمع الفقهي ضابطا شرعيا وحيدا وهو كالآتي: لا يجوز شرعا الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب، ولا يجوز تقديمها على

---

[1] أحمد حسام، المرجع السابق، ص35.

[2] عفاف حبة، "إثبات النسب بالبصمة الوراثية"، مجلة المنتدى القانوني، الجزائر، جامعة بسكرة: كلية الحقوق والعلوم السياسية، ع 4، جوان 2007، ص74.

[3] خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص49.

[4] أنس حسن محمد ناجي، المرجع السابق، ص41.

اللعان، فاللعان هو السبيل الشرعي الوحيد لنفي النسب.[1]

ثانيا- الضوابط العملية: نظرا لأن النسب على درجة كبيرة من الأهمية، فإن العمل بالبصمة الوراثية في إثباته ينبغي أن يحاط بضوابط عملية لضمان الوصول إلى نتائج صحيحة لا ينتابها خطأ؛ لذلك أكد المجمع الفقهي على أن استعمال البصمة في مجال النسب لابد أن يحاط بالحذر والحيطة والسرية، وأوصى بما يلي:

1 -أن تمنع الدولة إجراء الفحص الخاص بالبصمة الوراثية إلا بطلب من القضاء، وأن يكون في مختبرات للجهات المختصة، وأن تمنع القطاع الخاص الهادف للربح من مزاولة هذا الفحص؛ لما يترتب على ذلك من مخاطر كبرى.

2 -لا يجوز أخذ الجينات لإجراء تحاليل البصمة الوراثية إلا بالقدر الذي يكفي للعملية المقصودة، فلا يجوز التلاعب بالجينات والجينوم البشري بالبيع أو الغش أو التجارة أو غير ذلك.[2]

3 -سرية المعلومات الوراثية، أي: عدم الكشف على الأمور الوراثية، ويمكن أن تستفيد منها شركات التأمين على الحياة إذا عرفت أنه يملك ضمن جيناته على مورثة مسرطنة، وبالتالي لا يؤمن عليه.[3]

4 -توثيق كل خطوة من خطوات تحليل البصمة الوراثية بدءا من نقل العينات إلى ظهور النتائج؛ حرصا على سلامة تلك العينات، وضمانا لصحة نتائجها، مع حفظ هذه الوثائق للرجوع إليها عند الحاجة.[4]

5 -عمل التحاليل الخاصة بالبصمة الوراثية بطرق متعددة وبعدد أكبر من الأحماض الأمينية، ضمانا لصحة النتائج قدر الإمكان.[5]

6 -أن يكون العاملون في هذه المختبرات من خبراء وفنيين ممن يتصفون ويتسمون بصفات الأمانة والخلق الحسن والعدل في العمل، وكل ما يتطلبه الشرع في سبيل درء

---

[1] أم الخير بوقرة، المرجع السابق، ص86.

[2] العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط6، المرجع السابق، ص399.

[3] أحمد حسام، المرجع السابق، ص119.

[4] شهرزاد بوسطلة، "ثبوت النسب بين القواعد الشرعية والبصمة الوراثية"، بحث منشور على شبكة الإنترنت (www.droit-dz.com) تاريخ التصفح: 2014/09/22.

[5] أسماء مندوه عبد العزيز أبو خزيمة، المرجع السابق، ص323.

المفاسد وجلب المصالح.[1]

7 -أن تكون المختبرات والمعامل الفنية مزودة بأحسن الأجهزة ذات التقنيات العالية والمواصفات الفنية القابلة للاستمرار والتفاعل مع العينات والظروف المحيطة. [2] وتجدر الإشارة، أنه في حالة الشك – رغم أن البصمة الوراثية ذات بيانات قاطعة وإنما الخلل قد يأتي من جانب الخطأ الإنساني أو عدم جاهزية المختبر– فليس هناك ما يمنع من إجراء خبرة تكميلية أو مضادة، وهو ما يجب على المشرع أن يهيء سبله.[3]

[1] خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص50.

[2] هشام بن عبد الملك آل الشيخ، أثر التقنية الحديثة في الخلاف الفقهي، ط 4، الرياض، منشورات مكتبة الرشد، 1431هـ– 2010م، ص715–718.

[3] عزيز أباكريم، "وسائل إثبات النسب ونفيه ما بين الشريعة والقانون المغربي"، بحث منشور على شبكة الإنترنت (www.marocdroit.com) تاريخ التصفح:2014/10/01 .

المطلب الثاني

موقف القانون الوضعي والقضاء من استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب

ابتداءً يمكن القول بأن القاضي إذا وجد نفسه أمام دعوى إثبات النسب، فيلجأ إلى الطرق العلمية واللجوء إلى الاستعانة بأصحاب الاختصاص وهم خبراء البيولوجيا، كون هذه العملية تتطلب تحاليل وفحوصات للوصول إلى النتائج الدقيقة. وعليه سيتم التطرق إلى موقف التشريع الجزائري من البصمة الوراثية في مجال النسب وبعض التشريعات المقارنة (الفرع الأول)، وتسليط الضوء على حجيتها في بعض الاجتهادات القضائية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: البصمة الوراثية في التشريع الجزائري والمقارن

سيتم التطرق إلى البصمة الوراثية في التشريع الجزائري (أولا) ثم التطرق إلى قوة البصمة الوراثية في إثبات النسب لدى المشرع المغربي (ثانيا).

أولا- البصمة الوراثية في التشريع الجزائري:

أضاف المشرع الجزائري فقرة ثانية جديدة إلى أحكام المادة 40 بموجب التعديل الأخير لقانون الأسرة، المشار إليه سابقا، تنص على أنه: "**يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب**". وهذه الإضافة تدل على أن المشرع الجزائري أقر إمكانية اللجوء إلى الطرق العلمية في إثبات النسب تماشيا مع التطورات العلمية الحديثة في مجال العلوم الطبية والعلوم المتصلة بها للاستفادة من الاكتشافات العلمية في هذا المجال.[1]

والجدير بالذكر أن المشرع الجزائري في الفقرة المستحدثة من المادة 40، يقصد بالطرق العلمية الحديثة فحص الحمض النووي (ADN)؛ لأنها طريقة علمية قاطعة في إثبات النسب تتميز عن تحليل الدم الذي يعد طريقا لنفي النسب لا لإثباته [2]، بدليل مضمون عرض أسباب التعديل حيث جاء في المشروع التمهيدي بأنه: "**مواكبة للنتائج المتطورة التي حققها البحث الطبي في علم الجينات، والذي تمكن من وضع تحليلات علمية دقيقة تثبت بصفة جلية العلاقة البيولوجية بين المولود وأبيه وأمه أصبح مفيدا**

---

[1] فاطمة الزهراء رابحي، المرجع السابق، ص97.

[2] عبد العالي حاحة، ورياض دنش، "ثبوت النسب بالطرق العلمية"، مجلة المفكر القانوني، المرجع السابق، ص84.

وضروريا إدراج هذه المفاهيم الحديثة في القانون لمد القضاة وهم يطبقون قواعد وعناصر البيئة في إثبات النسب بوسائل علمية تمتاز بالدقة والمصداقية".[1]

وعند قراءة المادة 40 ف1 من ق.أ.ج يفهم من خلال لفظ: "يثبت" الوارد في تعبير المشرع أن النسب يثبت بالزواج الصحيح... أو بالإقرار... أو البينة، فإذا تحقق طريق من هذه الطرق فالنسب يثبت، وليس للقاضي سلطة تقديرية في ذلك. وعلى العكس فإن الفقرة الموالية من ذات المادة يفهم من استخدام المشرع عبارة "يجوز للقاضي" اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب، أن الأمر جوازي يمكن الأخذ به كما يمكن عدم الأخذ به. وواضح من هذه المادة أن المشرع منح الأسبقية للطرق الشرعية على الطرق العلمية [2]، وترك السلطة التقديرية للقاضي في اللجوء إلى البصمة الوراثية لإثبات النسب.

فقاضي شؤون الأسرة له الاحتكام إلى البصمة الوراثية كدليل مساعد يلجأ إليه على ضوء قناعته الشخصية.

وعلى هذا فإن إضافة المشرع للبصمة الوراثية كوسيلة علمية لإثبات النسب إلى جانب الوسائل التي حددها بالفقرة 1، لم تأت لإلغاء أو استبعاد أدلة الإثبات الشرعية (المستمدة من الشريعة الإسلامية) المعهودة، بل جاءت مكملة ومسايرة للتطور التكنولوجي في هذا المجال في تحديد العلاقة بين الآباء والأولاد[3]. وكان من المستحسن على المشرع أن يبين أو يحدد الحالات التي يسمح فيها للقاضي بالجوء إلى تحليل البصمة الوراثية لإثبات النسب على سبيل الاستثناء من المبدأ العام المتضمن بالفقرة 1 من المادة 40 من ق.أ.ج؛ لأن هذه السلطة التقديرية المطلقة غير المحددة من المحتمل أن تحدث تهديدا على صحة وقطعية الأنساب في حالة ما إذا توسع القاضي في سلطته في تفسير النص.

ومما يؤاخذ عليه المشرع الجزائري بخصوص الفقرة الأخيرة من المادة 40 هو قصر الاستعانة بالأساليب العلمية ومنها البصمة الوراثية على حالات إثبات النسب دون حالات النفي، وهذا ما يستنتج بمفهوم المخالفة، فيبقى الأسلوب القانوني المعهود لنفي

---

[1] جيلالي تشوار، المرجع السابق، ص21-22.

[2] فاطمة الزهراء رابحي، المرجع السابق، ص99.

[3] المرجع نفسه، ص100.

النسب هو اللعان [1]. لكن قد يقال أن نص المادة 41 التي جاء فيها: "**ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا، وأمكن الاتصال، ولم ينفه بالطرق المشروعة** " ، لم يعين المقنن الجزائري فيها هذه الطرق المشروعة بل تركها عامة مما يجعل دخول طرق أخرى غير اللعان في نفي النسب أمرا واردا.[2]

غير أن الدكتور تشوار جيلالي يرى أنه: "يمكن أن يفهم من عموم عبارة "بالطرق المشروعة" التي جاءت بها المادة 41 من ق.أ.ج أن المشرع لا يعترض على هذه الوسائل الحديثة في مجال النسب، حيث إن استعمال الجمع – الطرق– في هذه العبارة يقتضي أن المشرع لم يقصر نفي نسب الطفل على اللعان فقط، بل قد أخذ أيضا بكل الوسائل الأخرى التي يمكن من خلالها للقاضي إبراز الحقيقة".[3]

ثانيا– قوة البصمة الوراثية في إثبات النسب لدى المشرع المغربي:

يرى علماء الطب الحديث أنهم يستطيعون إثبات الأبوة، أو البنوة لشخص ما أو نفيها عنه من خلال إجراءات الفحص على جيناته الوراثية، حيث دلت الأبحاث الطبية التجريبية إلى أن نسبة النجاح في إثبات النسب عن طريق معرفة البصمات الوراثية يصل في حالة الإثبات إلى نسبة 99,99 % تقريبا.[4]

وبالرجوع إلى القضاء المغربي حيث جاء في حكم للمحكمة الابتدائية بفاس: " ... وحيث إنه إعمالا لهذا المقتضى فقد أمرت المحكمة تمهيديا بإجراء خبرة على الحامض النووي لكل من المدعى عليه والطفلة ... لمعرفة ما إذا كانت هذه الأخيرة قد تنسلت من صلب المدعى... عليه وحيث تم إنجاز تقرير الخبرة من قبل المختبر المنتدب والذي خلص فيه إلى القول بأن السيد ... هو فعلا الأب الطبيعي للطفلة ... بنسبة 99,99%.

وحيث إنه بالبناء على هذه العلل مجتمعة فقد اقتنعت المحكمة جازمة بأن الشروط المنصوص عليها، بمقتضى المادة 156 [5] من المدونة قام الدليل على توافرها في نازلة

---

[1] زبيدة إقروفة، المرجع السابق، ص254.

[2] رشيد بن شويخ، "الطرق الشرعية والقانونية لثبوت النسب أو نفيه"، مجلة العلوم القانونية والإدارية، الجزائر: جامعة تلمسان، كلية الحقوق، ع 3، 2005، ص43.

[3] جيلالي تشوار، المرجع السابق، ص19.

[4] علي هاشم يوسفات، المرجع السابق، ص303.

[5] المادة 156: "..إذا أنكر الخاطب أن يكون ذلك الحمل منه أمكن اللجوء إلى جميع الطرق الشرعية في إثبات النسب

الحال، كما أن تقرير الخبرة جاء شاهد بلسان حاله على تنسل الطفلة ... من صلب والدها المدعى عليه، حكمت المحكمة علنيا ابتدائيا بمثابة حضوري في الشكل: بقبول الطلب، وفي الموضوع: ثبوت نسب الطفلة ... لوالدها عثمان".[1]

وفي الأخير يبدو أن المشرع المغربي في موضوع النسب ظل متوافقا مع موقف الفقه الإسلامي المالكي من النسب إلى درجة التطابق، حيث إن معالجته للنسب صالحة لكل زمان ومكان، وتأخذ في اعتبارها بالدرجة الأولى مصلحة الولد المزداد أو الذي سيزداد، وذلك بلحوق نسب الولد إلى أبيه أولا، ثم صيانة هذا النسب طوال حياة الولد، وبدرجة موازية راعى الفقه الإسلامي المالكي أيضا مصلحة المرأة الحامل سواء أكانت متزوجة أو مخطوبة، وذلك حفظا لشرفها وتجنب لحوق عار ابن الزنا لوليدها.[2]

الفـــرع الثانـــي: حجية البصمة الوراثية في القضاء

قصد المقارنة ولو بشكل مبسّط سيتم التطرق إلى موقع البصمة الوراثية في القضاء المصري (أولا) ثم القضاء الجزائري (ثانيا).

أولا- البصمة الوراثية في القضاء المصري:

إن التشريع المصري لم يتعرض لمسألة إثبات النسب إلا في حالة وفاة المورث من خلال قانون الأحوال الشخصية الجديد رقم 01 لسنة 2000.

وترك الأمر لما هو معمول به بالراجح في مذهب الإمام أبي حنيفة؛ فقد نصت المادة 07 من القانون المذكور أعلاه على ما يلي: "**لا تقبل عند الإنكار دعوى الإقرار بالنسب أو الشهادة على الإقرار به بعد وفاة المورث إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه أو أدلة قطعية جازمة تدل على صحة هذا الادعاء...**".[3]

ومع ذلك فإن القضاء المصري اعتد بالبصمة الوراثية في مسائل إثبات النسب، ووجد لها تطبيقات عديدة، ومن ذلك ما جاء في حكم محكمة الزقازيق الكلية للأحوال

---

[1] علي هاشم يوسفات ، المرجع السابق، ص304.

[2] جيلالي تشوار، المرجع السابق، ص305.

[3] خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص90.

الشخصية في الدعوى رقم 944 بتاريخ 1997/06/28[1]، لما كان من المقرر قانونا أن رأي الخبير لا يخرج عن كونه عنصرا من عناصر الإثبات لمحكمة الموضوع تقديره دون معقب عليها في ذلك، وكان الثابت من تقرير الطب الشرعي الذي تطمئن إليه المحكمة أن الطفل المتنازع على بنوته هو ثمرة معاشرة جنسية للمدعية والمدعى عليه؛ فإن المحكمة تقضي بثبوت نسب الطفل المدعى عليه.

"ويضاف إلى طرق إثبات النسب سبب رابع، هو تحليل متقابل الأنسجة وبالأخص الحمض النووي (DNA)، على أن يلاحظ أن النسب الذي هو النسب الطبيعي دون النسب الشرعي، ولا تلازم بين النسبين ...".[2]

ثانيا- البصمة الوراثية في القضاء الجزائري:

نظرا لحداثة تقنية الـــ ADN، ولغياب نصوص قانونية تنظم هذه المسألة فإننا رغم بحثنا في اجتهادات المحكمة العليا لم نحصل إلا على قرار واحد، صادر عن غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا ملف رقم: 222674 بتاريخ 15 جوان 1999 قضية (ع.ب) ضد (م.ل)[3] وتتلخص وقائع هذه القضية فيما يلي:

-المبدأ: من المقرر قانونا أنه يثبت الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا.

-من المقرر أيضا أنه ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة، وأن عدة الحامل وضع حملها وأقصى مدة 10 أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة.

ومتى تبين – في قضية الحال- أن ولادة التوأمين موضوع النزاع وقعت في ظل قيام الحياة الزوجية بين الطرفين، وأن الانفصال الواقع كان إثر خلاف بينهما ولم يكن لا في حالة الطلاق ولا في حالة الوفاة حتى يخضع لأحكام المادتين 43-60 من ق.أ ومن ثم فإن العصمة بينهما قائمة والزواج شرعيا وثبت نسب التوأمين لأبيهما؛ لأن الطاعن لم ينفه بالطرق المشروعة، أي: الملاعنة.

---

[1] محمود عبد الدايم حسيني، المرجع السابق، ص746.

[2] أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات "دراسة فقهية ونقدية مقارنة"، لا.ط، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2010، ص196.

[3] جمال سايس، المرجع السابق، ج3، ص396-397.

وعليه فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا طبقوا القانون تطبيقا صحيحا؛ مما يستوجب رفض الوجه الأول لعدم التأسيس.

-ومن المقرر قانونا أيضا أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبينة وبنكاح الشبهة وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32، 34، 33 من هذا القانون، ومن ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد مخالفة للقانون.

ومتى تبين – في قضية الحال- أن قضاة المجلس لما قضوا بتأييد الحكم المستأنف القاضي بتعيين خبرة طبية قصد تحليل الدم للوصول إلى تحديد النسب خلافا لقواعد إثبات النسب المسطرة شرعا وقانونا طبقا لأحكام المادة 40 وما بعدها من ق.أ، فإنهم بقضائهم كما فعلوا تجاوزوا سلطتهم وعرضوا قرارهم للنقض، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.

ورغم أن القرار الصادر عن مجلس قضاء وهران الداعم لاعتماد اللجوء إلى الخبرة الطبية وتحليل الدم لإثبات النسب من نفيه جوابه بالنقض من المحكمة العليا، إلا أن الكثير من القانونيين اعتبروه الانطلاقة الجزئية لاعتماد أدلة علمية في إثبات النسب، علاوة على الطرق الشرعية المتمثلة في الإقرار والشهادة.

وعليه فإن قضاة المحكمة العليا في قرار لاحق ساروا عكس ما تبنوه في القرار المذكور سابقا، وذلك حينما أكدوا أن اللجوء إلى الخبرة الطبية والقضاء وفقا لما أسفرت عليه النتائج تعتبر بينة غير قابلة لإثبات العكس إلا بالتزوير.[1]

وذلك ما هو ثابت في قرار المحكمة العليا يحمل رقم 355180 بتاريخ 2006/03/05 ويتعلق بإثبات النسب بالخبرة الطبية.

المبدأ: يمكن طبقا للمادة 40 من ق.أ، إثبات النسب عن طريق الخبرة الطبية (الحمض النووي DNA) ولا ينبغي الخلط بين إثبات النسب في الزواج الشرعي (المادة 41 من نفس القانون) وبين إلحاق النسب في حالة العلاقة غير الشرعية.[2]

وتعليقا على هذا القرار يمكن التوصل إلى ما يلي:

-بداية جاء القرار باجتهاد معاكس تماما لما كان عليه الأمر في السابق، والمتعلق

---

[1] باديس ديابي، المرجع السابق، ص98.

[2] جمال سايس، المرجع السابق، ج3، ص615.

في جعل البينة متمثلة في شهادة الشهود فحسب، ولا يمكن أن تتعدى إلى أمور أخرى كالخبرة الطبية مثلا.

-القرار صدر بعد صدور التعديل (الأمر 02/05) الذي يتبنى الطرق العلمية لإثبات النسب، مما جعل قضاة المحكمة العليا يقومون بدور التوفيق بين وقائع حدثت أثناء سريان القانون القديم والبت فيها في خضم صدور القانون الجديد.[1]

ومن خلال الاطلاع على بعض القرارات في القضاء الجزائري نستنتج أن القاضي يتمتع بسلطة في تقدير الأدلة العلمية، كما أنه يتمتع بالحرية التامة في تقدير الأدلة العلمية، لكن أمام نجاح تحاليل الجينات في إثبات النسب، [2] نتساءل: هل يمكن للقاضي أن يستبعد الدليل العلمي دون إسناده إلى أسباب قوية، خاصة وأنه لا يملك القدرة العلمية الكافية على مناقشة هذه التقنية الدقيقة جدا؟

-إذا وجد القاضي نفسه أمام دعوى إثبات النسب بالطرق العلمية فلابد له من اللجوء إلى الاستعانة بأصحاب الاختصاص وهم خبراء البيولوجيا [3] المتمكنين من الطرق العلمية لإثبات النسب، ولهذه الأسباب أجاز المشرع الجزائري للقاضي السلطة الجوازية في اللجوء إلى الطرق العلمية لكنه لم يحددها تحديدا دقيقا؛ لأنه لا يفرق بين الطرق العلمية الظنية التي يتحدد مجالها في نفي النسب فقط كتحليل الدم الذي لا يرقى إلى أن يكون دليلا لإثبات النسب بشكل قطعي، والطرق العلمية الحديثة ذات الحجية المطلقة في إثبات النسب كتحاليل البصمة الوراثية.[4]

يوجد عوائق قانونية تعترض الإثبات بالبصمة الوراثية (ADN)، لذا يمكن القول أن القاضي الجزائري لا يمكنه في قضايا إثبات النسب إلزام أي شخص للخضوع لتحليل الحمض النووي ADN إذا رفضه، فإنه يستحسن أن يتدخل المشرع ويسمح باستصدار أحكام قضائية بفرض تهديدات مالية على الأشخاص الرافضين، لجبرهم على الانصياع لحكم القضاء، خاصة إذا كانت عملية تحليل البصمة الوراثية هي الوسيلة الوحيدة لدى

---

[1] باديس ديابي، المرجع السابق، ص 101.

[2] فاطمة الزهراء رابحي، المرجع السابق، ص 109.

[3] باديس ديابي، مرجع سابق، ص 117.

[4] فاطمة الزهراء رابحي، مرجع سابق، ص 110.

القضاء للفصل في نزاع يتعلق بتحديد نسب الطفل وذلك من أجل حماية حقوق بقية الأطراف ولاسيما حق الطفل في معرفة والديه.[1]

وما يجب توضيحه في الأخير أنه رغم إمكانية جهل القاضي بمحتوى تقارير الخبرة الطبية التي يمكن أن تساعد في إظهار النسب الحقيقي للطفل، فإنه إذا تلقت هذه التقارير المناقشة، فإنه يمكن أن تؤثر بشكل كبير على مجرى الحكم عن طريق إظهار الحقيقة المتعلقة بالنسب، غير أن صلاحية تقدير مدى ملائمة الخبرة من عدمها يبقى خاضعا للسلطة التقديرية للقاضي.

ونخلص في الأخير إلى أن الطرق العلمية (البصمة الوراثية) يمكن أن تكون دليلا قويا في ثبوت النسب، مما يجعلها سلاحا قويا في يد القاضي يلجأ إليه متى وجد داع لذلك، وبهذا تكون الوسائل العلمية قد ضمنت مكانتها بين طرق إثبات النسب.

[1] فاطمة الزهراء رابحي، المرجع السابق ، ص113.

المطلب الثالث

إشكالات استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب

إن تعاون الخصوم على إظهار الحقيقة، لن يحدث في غالب الأحيان إن لم يكن بطريقة تلقائية، ولذا فإنه من المتوقع أن يثير الخصم بعض العقبات التي يحاول من خلالها الإفلات من الخضوع لاختبارات الوراثة، ولاسيما عندما يكون سيء النية.

فقد يتمسك الخصم بأن خضوعه لأي فحص طبي أمر يتعارض مع قاعدة عدم جواز إجباره على تقديم دليل ضد نفسه، بل قد يحتمي بمبدأ حرمة الجسد وحرمة الحياة الخاصة، وهذه في الحقيقة كلها إشكالات أو عوائق قانونية (الفرع الأول) كما أنه يستلزم لنجاعة الطرق العلمية في كل المجالات عامة والنسب خاصة، وجود إمكانيات مادية وبشرية مؤهلة من مختبرات وأخصائيين، الأمر الذي قد يشكل عوائق تحول دون العمل بهذه الطرق، وهي في الحقيقة عوائق مادية (الفرع الثاني).

الفــرع الأول: العوائــق القانونية

يمكن تلخيص العراقيل القانونية في النقاط التالية:

أولا- عدم المساس بحرمة الجسد:

السؤال الذي يثور هنا هو: هل يمكن لمبدأ حرمة الجسد أن ينحني أمام حماية قيم أخرى ذات أهمية كإثبات البنوة؟ وإذا كانت الإجابة بنعم؛ فإلى أي مدى؟

"من أهم مظاهر حق الإنسان في الحياة الحق في السلامة الجسدية، فلا يجوز المساس بمبدأ التكامل الجسدي بأي شكل من الأشكال، سواء ما يخص الكيان المادي أو الناحية المعنوية والصحية".[1]

لذلك نجد أن دستور 1996 في مادته 35 يعاقب كل من يرتكب مخالفات ضد الحقوق والحريات وعلى كل ما يمس سلامة الإنسان البدنية والمعنوية. [2] ولاشك أن مبدأ السلامة الجسدية يمثل إحدى القيم العليا لأي مجتمع متحضر، وأن إجبار الشخص على

---

[1] عبد الحكيم بوجاني، "إشكالية التجارب الطبية على جسم الإنسان- في الموازنة بين تحقيق التقدم العلمي وحق الفرد في السلامة البدنية والعقلية"، مجلة الفقه والقانون، المغرب، ع18، أبريل 2014، ص293.

[2] دستور 1996، الصادر بالمرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 26 رجب 1417 هـ المتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج.ر.ج.ج، ع 76 لسنة 1996.

الخضوع لمثل هذه الاختبارات يمثل نوعا من الاعتداء على هذا المبدأ، إذ لابد من الحصول على موافقة من يخضع لهذه الخبرة الطبية.[1]

استنادا إلى الحق في السلامة الجسدية طبقا للمادة 1/161[2] وما يليها من القانون 05/85 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها.[3]

إلا أنه بمفهوم المخالفة لا يجب أن يتضمن رفض الخضوع لهذا الفحص باسم مبدأ حرمة الجسد تعديا شديدا على حقوق لا تقل أهمية عنه.

فالنسب ذو أهمية بالغة يستمدها من ثلاثة أوجه، فهو حق مشترك بين الله تعالى وبين الأم والأب والولد، كما يعد حقا لله تعالى؛ لأنه يتصل بحرمات أوجب الله رعايتها، وهذه الأخيرة لن تأتي إلا بالمحافظة على الأنساب. أما وجه كونه يعد حقا للأم لأن نسب الولد لأبيه يدفع عنها تهمة ارتكاب الفاحشة والعار.[4]

وكون النسب من حق الأب لأنه يمثل ثبوت ولايته، وحق ضمه إليه عند انتهاء حضانة الأم له، إضافة إلى حق إرثه إذا مات الولد قبله، والحق في إنفاق الولد عليه إذا كان محتاجا والابن قادرا، أما آخر وجه حق الولد في النسب فإنه يدفع العار عنه.[5]

إن كل هذا يؤكد على ضرورة حماية الأنساب وإيجاد أفضل الحلول التي يمكن أن تحدد لنا هوية مجهولي النسب، الأمر الذي يستدعي اللجوء إلى الطرق العلمية وبالتالي وجود ضمانات كفيلة في إثبات النسب، وهو ما شدد عليه المشرع الجزائري لتفعيل دور هذه الطرق فيما يخص انتهاك السلامة الجسدية.[6]

---

[1] العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط6، المرجع السابق، ص403.

[2] المادة 1/161: "لا يجوز انتزاع أعضاء الإنسان ولا زرع الأنسجة أو الأجهزة البشرية إلا لأغراض علاجية أو شخصية حسب الشروط المنصوص عليها في هذا القانون".

[3] القانون رقم 05/85 المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1405 هـ الموافق لـ 16 فبراير سنة 1985 المعدل والمتمم بعدة قوانين، ج.ر، ع 8، الصادرة بتاريخ 1985/02/17.

[4] محمد محمد أبو زيد، "دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب"، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت، السنة 20، العدد1، الكويت، 1997، ص302.

[5] المرجع نفسه، ص 303.

[6] حيث تنص المادة 35 من دستور 1996: "يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات، وعلى ما يمس سلامة الإنسان البدنية والمعنوية".

هذا، وإن المرسوم التنفيذي 276/92 الذي يتضمن مدونة أخلاقيات الطب[1] قد أورد بصيغة الأمر على الطبيب المكلف بالخبرة الذي يعينه القاضي أو أي سلطة أو هيئة أخرى إخطار الشخص المعني بمهمته قبل مباشرته لها.[2]

والواقع أن للأطراف مطلق الحرية في رفض الخضوع للفحص أو الطعن في نتيجة التقرير ذاتها بالتزوير أو الخطأ بطلب خبرة مضادة.[3]

والظاهر أن هذه الضمانات القانونية شرعت لغلق باب المشاكل الناجمة عن اللجوء إلى هذا الدليل العلمي، بغية إظهار الحقيقة البيولوجية في قضايا ومنازعات النسب، مما يسمح للقاضي عند الاقتضاء أن يكره الشخص على الخضوع لها، لمصلحة هذا الشخص ومصلحة الطفل لمعرفة أصوله البيولوجية ومصلحة العدالة.[4]

ومن الواضح أن المشرع يسعى جاهدا إلى توفير كل الفرص التي من خلالها يكشف الحقيقة التي تؤدي إلى معرفة النسب الصحيح، لكن هل يعني هذا أن نطاق الأدلة قد يتوسع بأن يعطي للخصم الحق في أن يجبر خصمه على تقديم ما بيده من أدلة تساعد على إظهار الحقيقة؟ هذا ما يدفع إلى دراسة صعوبة ثانية قد تواجه اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب.

ثانيا- عدم جواز إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه:

تقوم قاعدة عدم جواز إجبار الخصم على تقديم دليل تحت يده يستفيد منه خصمه على أساس تصور معين للخصومة، وهو أن كل طرف فيها يدافع على مصالحه، فيبحث عن كل ما يمكن أن يقلب الدعوى لصالحه دون الحاجة إلى معاونة الطرف الآخر بتقديم ما يكون بيده من أدلة، فالطرف الذي يقع عليه عبء الإثبات، ويعجز عن تقديم الدليل

---

[1] المرسوم التنفيذي رقم 276/92 المؤرخ في 5 محرم 1413 هـ الموافق لـ 6 يوليو 1992م، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، الصادر بـ ج. ر، ع52، بتاريخ 1992/07/08.

[2] حسب المادة 95 من مدونة أخلاقيات الطب فالخبرة هي: "عمل يقدم من خلاله الطبيب أو جراح الأسنان، الذي يعينه قاضي أو سلطة أو هيئة أخرى مساعدته التقنية لتقدير حالة شخص ما، الجسدية أو العقلية، ثم القيام عموما بتقييم التبعات التي تترتب عليها آثار جنائية أو مدنية".

[3] زبيدة إقروفة، المرجع السابق، ص264.

[4] العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط 6، المرجع السابق، ص403.

الذي يؤيد دعواه يخسر الدعوى، في حين يكسبها الطرف الآخر.[1]

غير أن اتجاها حديثا يرفض هذا الاعتقاد السابق، ويرى أن على الخصوم الالتزام بالمشاركة والمعاونة في الإثبات، بمعنى تقديم كل ما يمكن أن يساعد في الكشف عن الحقيقة، مما يتحمله الطرفان مجتمعان، وهو ما سوف يلقى انتهاكا إذا تم الأخذ بالطرق العلمية، إذ أنها تقوم على إجبار الشخص المعني على أخذ خلايا وأنسجة من جسمه لإثبات البنوة أو غيره، والذي يعد إجبارا للشخص على تقديم دليل على نفسه، الأمر الذي يجعله باطلا إجرائيا.[2]

ثالثا- حرمة الحياة الخاصة:

لكل فرد منا حياته الخاصة، فلا يجوز انتهاكها بأي شكل من الأشكال، كما أن المشرع الجزائري اعتبرها حقا دستوريا تضمنه الدولة، وذلك استنادا إلى المادة 34 منه التي تنص على أنه: "تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان، ويحظر أي عنف بدني أو معنوي أو أي مساس بالكرامة". فهذه المادة تشكل إحدى أهم العقبات الأساسية أمام تطبيق الطرق العلمية في مجال النسب وخصوصا فحص الحمض النووي (ADN)، فهي تفتح الباب للبحث عن الخصائص الوراثية من خلال النمط الوراثي الذي يتميز به كل شخص، ما قد يمد الغير بمعلومات خاصة بالزوج والزوجة وهي التي كانت ذات طابع شخصي خاص.[3]

إن حماية هذه المعلومات الوراثية باعتبارها حقا من حقوق الشخصية وهي حماية قانونية وشرعية من خلال المبدأ العام المتعلق بالحق في الحياة الخاصة [4] وعدم إفشاء السر المهني طبقا للمادة 37 [5] من المرسوم التنفيذي رقم 276/92 المتضمن مدونة أخلاقيات مهنة الطب.

يتضح مما سبق ذكره، أنه لكي تعتبر الطرق العلمية وسيلة فعالة في إثبات النسب

---

[1] محمد محمد أبو زيد، المرجع السابق، ص298.

[2] المرجع نفسه ، ص299.

[3] العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط 6، المرجع السابق، ص403.

[4] مراد بن صغير، "حجية البصمة الوراثية ودورها في إثبات النسب دراسة تحليلية مقارنة"، مجلة دفاتر السياسة والقانون، الجزائر: كلية الحقوق بجامعة تلمسان، ع9، جوان 2013، ص17.

[5] المادة 37 :" يشمل السر المهني كل يراه الطبيب أو جراح الأسنان ويسمعه ويفهمه أو كل ما يؤتمن عليه خلال أدائه لمهمته "

لابد أن تخضع لضمانات قانونية لغلق باب المشاكل المترتبة عن اللجوء إلى إحدى الأدلة العلمية، بغية إظهار الحقيقة البيولوجية للطفل، فلابد من الحصول على موافقة الشخص الذي يخضع للفحص، إضافة إلى حماية المعلومات الوراثية باعتبارها حقا من الحقوق الشخصية، وهذا يشكل ضمانة ثالثة هي عدم إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه. إلا أن هذه الضمانات القانونية إن وجدت فإنها لا تكفي لوجود عقبات أخرى تقف عائقا أمام إبراز النسب الحقيقي للطفل.

الفـــرع الثانـــي: العوائـــق الماديـــة

الواقع أن هناك مشكلتان تعيقان إجراء البصمة الوراثية على مستوى الجزائر؛ وهما وجود مخبر علمي واحد ووحيد (أولا) ثم مشكلة مسألة مصاريف الخبرة (ثانيا).

أولا- وجود مخبر علمي واحد ووحيد:

بعد وصول القضية المتنازع عليها حول نسب الطفل أمام الجهة القضائية المختصة يقوم القاضي المخول قانونا بالنظر في وقائع القضية، وأقوال المتخاصمين، ويقدر بسلطته مدى وجوب الاستعانة بالخبرة الطبية لإثبات النسب خاصة إذا كانت الدفوع التي يؤسس الأطراف عليها دعواهم لم تكوّن قناعة لديه للنطق بالحكم.[1]

ولا يمكن بأي حال من الأحوال لقاضي شؤون الأسرة الفصل في مسألة إثبات النسب بالطرق العلمية إلا باللجوء إلى استشارة الخبراء والعلماء المختصين في ذلك، للتوصل إلى نتائج علمية دقيقة باعتبارها من المسائل التقنية.

إن المعمل الوحيد المرخص له بالجزائر للقيام بالفحوصات الطبية هو المخبر المركزي للشرطة العلمية الكائن مقره بـــ "بن عكنون"، الذي أنشئ سنة 2004، وبدأ سريان العمل فيه سنة 2006.

وقد تفرع عن المختبر المركزي للشرطة العلمية مختبران جهويان أحدهما بوهران، والآخر بقسنطينة، وكلها مصالح ملحقة بنيابة مديرية الشرطة العلمية والتقنية التابعة لمديرية الشرطة القضائية.[2]

وتتمثل مهمة هذه المختبرات في تقديم المعلومات التي تحتاج إليها مصالح الأمن

---

[1] زبيدة إقروفة ، المرجع السابق، ص263.

[2] المرجع نفسه، ص267.

والعدالة، ويتشكل مستخدموها من موظفي الشرطة والأعوان المدنيين من مختلف التخصصات.

ولعل استحداث مخبر علمي واحد على المستوى الوطني مقارنة باستحداث الطرق العلمية من طرف المشرع، يعد عائقا ماديا يحول دون تحقيق إرادة القاضي في الكشف عن النسب الحقيقي، وبالتالي التقليل من فئات مجهولي النسب.

إضافة إلى ذلك فإن اللجوء إلى الطرق العلمية يرتكز على وجوب توفر مخابر ذات جودة عالية وتقنية نظرا لصعوبة استعمال الوسائل المستخدمة في هذا المجال، ويتطلب اعتماد نظام (ADN) دون سواه إمكانيات ضخمة سواء بالاعتماد على مخبر عالي الجودة وعلى خبراء تقنيين أخصائيين رفيعي المستوى من بينهم أخصائيين في الإحصائيات والاحتمالات، نظرا لأنه يشكل إحدى الأنظمة المعقدة والشائكة.[1]

ثانيا- مسألة مصاريف الخبرة:

إذا كان اللجوء إلى الطرق العلمية يرتكز في أساسه على ضرورة توافر آليات وهياكل مادية ضخمة للوصول إلى نتائج فعالة، فإن ذلك يتطلب بالمقابل مصاريف باهضة تفتقر لآلية قانونية يتم بموجبها تحمل الخزينة العامة أعباءها، وبالتالي يتحملها أطراف الدعوى[2] خاصة إذا رأى القاضي وجوب تكرار الفحص في مختبرين منفصلين [3] مما يثقل كاهل المواطن البسيط الذي قد يتعذر عليه دفع مبالغ الخبرة الواحدة.

وهذا ما يستدعي القول بأن مجال لجوء المواطن إلى هذه الخبرة يبقى ضيقا جدا.

---

[1] علي هاشم يوسفات، المرجع السابق، ص335.

[2] المرجع نفسه، ص336.

[3] زبيدة إقروفة ، المرجع السابق، ص265.

المبحث الثاني

أثر التلقيح الاصطناعي في إثبات النسب

إن حاجة الإنسان إلى إنجاب الذرية تعتبر ضرورة فطرية منذ فجر التاريخ، وإن هذه الحاجة يبررها حب البقاء على هذه الأرض لخلق تواصل بين الأجيال، وهكذا تتم المحافظة على العمود الفقري الذي ترتكز عليه الأسرة.[1]

غير أن هذه الحاجة قد لا تتحقق نتيجة لعوائق مَرضية تحول دون ذلك، وترجع أساسا إلى تعدد وتشعب أسباب العقم، وعلى خلاف ما كان شائعا في السابق من تحميل الزوجة وحدها مسؤولية عدم الإنجاب؛ كشف الطب الحديث عن وجود حالات متعددة يكون العقم فيها بسبب متعلق بالرجل؛ وبالتالي فإن هناك أسبابا عديدة تحول دون الحمل فمنها ما هو عائد إلى الزوجة ومنها ما هو عائد إلى الزوج ومنها ما هو متعلق بهما معا.

ونظرا للتطور الكبير في علم الأجنة والأبحاث الطبية توصل الباحثون إلى الكشف عن طريقة حديثة للإنجاب تعرف بالتلقيح الاصطناعي، حيث شهدت إقبالا شديدا من قبل غير القادرين على الإنجاب.

ومع أن تلك الوسيلة عرفت نجاحا كبيرا، إلا أنها أثارت عددا من التساؤلات القانونية، وأحدثت جدلا كبيرا حول مدى شرعيتها، كما أنها أفرزت مشكلات في بعض صورها؛ فقد يكون التلقيح داخليا وقد يكون خارجيا، وعلى وجه الخصوص إذا كان هناك تدخل طرف أجنبي في العلاقة الزوجية. وأثار تدخل "الأم البديلة" مشاكل عويصة نتيجة النزاع حول الولد وتحديد النسب؛ وبالتالي فإن أساليب التلقيح الصناعي لا تطرح مشاكل فقط أثناء ممارسة عملية التلقيح، بل تتعداها إلى ما بعد ولادة الطفل. ولرفع اللبس والغموض عن هذه التساؤلات سنحاول في هذا المبحث الإجابة عنها فنتطرق إلى مفهوم التلقيح الاصطناعي (المطلب الأول)، ثم بيان شروطه (المطلب الثاني)، ثم توضيح أثر التلقيح الاصطناعي في إثبات النسب (المطلب الثالث).

---

[1] هجيرة خدام، المرجع السابق، ص7.

المطلب الأول

مفهوم التلقيح الاصطناعي

وسوف نتناول في هذا المطلب تعريف التلقيح الاصطناعي ، ثم نبين صوره وشروط إثبات النسب بالتلقيح الاصطناعي من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: تعريف التلقيح الاصطناعي

أولا- تعريف التلقيح الاصطناعي لغة:

التلقيح لغة كما جاء في لسان العرب [1]: يقال لقحت الناقة لقحا ولقاحا، وكذلك الشجرة، ولقح الريح السحاب، قال الله تعالى: ﴿ **وَأَرْسَلْنَا الرِّيَاحَ لَوَاقِحَ** ﴾ [سورة الحجر، الآية: 22]، وألقح فلانا النخل ولقحها، واللقاح: ماء الفحل.

أما الاصطناعي والصناعي: لغة: فمأخوذ من صنع، والفاعل صانع، والجمع صناع. والصنعة والصناعة: حرفة الصانع وعمله، وصنعه ويصنعه فهو مصنوع وصنيع عمله، والصناعي ما ليس بطبيعي.[2]

ثانيا- التعريف الاصطلاحي للتلقيح الاصطناعي: يعرفه الأستاذ حسيني هيكل: "مجموعة من الأعمال الطبية التي تتم عن طريق إدخال ماء الرجل في الموضع المخصص له عند الزوجة بغية الإنجاب، وذلك لضرورة علاجية وبضوابط لابد من توافرها ".[3]

وقد عرفه الفقهاء: الاستدخال: حقن ماء الرجل في قبل المرأة.[4]

وقد حاول بعض المشاركين في المؤتمر الدولي للعقم المنعقد بنيويورك عام 1953 استبدال عبارة صناعي بعلاجي، ذلك حتى يتجلى الطابع العلاجي لعملية التلقيح الاصطناعي، وبذلك أصبح التلقيح الاصطناعي يعرف بأنه: "عملية الإدخال الطبي لنطفة الرجل في الموضع الطبيعي المعد له للمرأة بهدف علاجي".[5]

كما أن التلقيح الاصطناعي: "إدخال سائل الرجل المنوي في المجاري التناسلية عند

---

[1] ابن منظور، المرجع السابق، ج13، ص219.

[2] المرجع نفسه، ج 4، ص2508.

[3] هيكل حسيني، النظام القانوني للإنجاب الصناعي، لا.ط، مصر، دار الكتب القانونية، 2007، ص126.

[4] بكر بن عبد الله، فقه النوازل، ط1، المجلد الأول، بيروت، مؤسسة الرسالة، 1996، ص254.

[5] خالد بوزيد، المرجع السابق، ص23.

المرأة ولكن ليس عن طريق الاتصال الجنسي المباشر بل بحقنه بطريقة اصطناعية بهدف إحداث الحمل عند المرأة ".[1]

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يتعرض لتعريف التلقيح الاصطناعي إذ اكتفى بذكر شروطه فقط بالنص عليه في مادة وحيدة هي المادة 45 مكرر من قانون الأسرة الجزائري.[2]

الفــرع الثاني: صور التلقيح الصناعي

توصل العلماء إلى أساليب فنية طبية تساعد الفرد على ممارسة حقه في الإنجاب إذا كان يعاني من العقم، أو من غيره من الموانع الصحية التي تحول دون أن يتمكن من الإنجاب بالطرق الطبيعية؛ فظهرت فكرة التلقيح الاصطناعي وفكرة طفل الأنابيب، واللتان تعرفان بطريقة التلقيح داخل الجسم وخارجه.

ومن دواعي التلقيح الاصطناعي عدة أسباب منها:

-انسداد القنوات الموصلة للحيمن بين الخصية والخارج.

-الإصابة ببعض الأمراض المزمنة التي تتطلب تناول بعض الأدوية ذات المفعول السلبي على إنتاج الخلايا التناسلية.

-حالات نقص السائل المنوي عن حده المطلوب للإخصاب.

-التضاد المناعي بين الزوجين.

-إفرازات عنق الرحم تمنع ولوج الحيوانات المنوية.[3]

وسنتعرض في هذا الفرع إلى أنواع التلقيح الاصطناعي حيث إنه ينقسم إلى قسمين:

---

[1] أمير فرج يوسف، أطفال الأنابيب طبقا للحقائق العلمية والأحكام الشرعية والقانونية، ط 1، الإسكندرية- مصر، مكتبة الوفاء القانونية، 2013، ص11.

[2] المادة 45 مكرر: "يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي.

يخضع التلقيح الاصطناعي للشروط الآتية:

- أن يكون الزواج شرعيا.
- أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما.
- أن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما.

لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة.

[3] زبيدة إقروفة، التلقيح الاصطناعي "دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي"، المرجع السابق، ص 40-41.

أولا: تلقيح اصطناعي داخلي؛ وثانيا: تلقيح اصطناعي خارجي.

أولا- التلقيح الاصطناعي الداخلي: في هذا النوع من التلقيح يستخدم نطفة الزوج، وذلك بتلقيح بويضة الزوجة وتستخدم هذه الوسيلة في حالة عجز الزوج عن إقامة علاقة جنسية مع زوجته في إيصال مائه إلى رحمها.[1]

1 -**تعريف التلقيح الاصطناعي الداخلي:** هو إدخال الحيوان المنوي إلى موضع التناسل من الأنثى بتقنية طبية عوضا عن الجماع الطبيعي.[2]

ويمر التلقيح الاصطناعي الداخلي بعدة مراحل حيث لابد أن يمتنع الرجل عن الممارسة الجنسية لمدة أيام، ويؤخذ منه سائله المنوي إما عن طريق قذف السائل المنوي خارج الجهاز التناسلي الأنثوي العزل، أو شفط السائل المنوي من البربخ [3]، أو بالحصول على الحيوانات المنوية عن طريق الوعاء الناقل [4]، بعد ذلك يقوم الطبيب بإعطاء الزوجة المطلوب إجراء العملية لها دواء عن طريق الحقن لتنشيط عملية التبييض، ثم يجرى لها تحليل الدم للتأكد من وجود النسبة المعقولة لهرمون الأستروجين [5]. وبعد مرور اثني عشر يوما وتسمى هذه الفترة بأيام التبييض يقوم الطبيب بعدها بقياس حجم الحويصلات ليرى ما إذا كانت مناسبة للتلقيح من عدمه، فإذا وجد هذا الحجم مناسبا أعطى للمرأة علاجا هرمونيا منشطا لانطلاق البويضة [6]. أما المرحلة الأخيرة فيقوم الطبيب بأخذ الخلايا الذكرية المفردة (الحيوانات المنوية للرجل) وينقلها إلى التجويف الرحمي للمرأة بواسطة جهاز خاص.[7]

ويتفرع هذا النوع من التلقيح إلى عدة أساليب سنحاول التطرق إليها على النحو

---

[1] أمال يعيش وأقوجيل نبيلة، "ضوابط التلقيح الصناعي من الناحيتين القانونية والشرعية"، مجلة المنتدى القانوني، المرجع السابق، ص93.

[2] محمود عبد الرحيم مهران، الأحكام الشرعية والقانونية للتدخل في عوامل الوراثة والتكاثر، ط 1، مصر، لا.ن، 2002، ص480.

[3] طارق عبد المنعم، أحكام التدخل الطبي في النطف البشرية في الفقه الإسلامي، ط 1، الأردن، عمان، دار النفائس، 2010، ص57.

[4] المرجع نفسه، ص60.

[5] حسيني هيكل، المرجع السابق، ص129.

[6] محمود سعد شاهين، المرجع السابق، ص95.

[7] المرجع نفسه، ص96.

التالي:

1 -**التلقيح الإصطناعي بنطفة الزوج:** لا يؤدي الاتصال الجنسي بين الزوجين بالضرورة إلى تحقيق الحمل، وهذا بسبب استحالة تلاقي مني الزوج ببويضة الزوجة، فتفشل عملية التلقيح بالشكل الطبيعي. وأمام هذا الإشكال لم يقف الطب عاجزا، إنما توصل إلى اكتشاف أسلوب يعد طريقا سهلا وناجعا لإحداث التلاقي بين المني والبويضة، فتؤخذ النطفة الذكرية وتحقن في الموضع المناسب داخل مهبل المرأة أو رحمها.[1]

وتستخدم هذه الطريقة في الحالات التي يشتكي فيها الزوج من ضآلة عدد النطف، أو إذا كانت حموضة المهبل تقتل تلك النطف بصورة غير اعتيادية، أو عند تضاد بين حموضة المهبل والحيوانات المنوية، أو إذا كان الزوج مصابا بالعنة.[2]

ولهذا التلقيح الاصطناعي أنواع، نتناولها فيما يلي:

أ -الإخصاب بحيوانات الزوج أثناء حياته:

ومعنى ذلك أن تكون الحيوانات المنوية عند الزوج سليمة والأنابيب عند الزوجة مفتوحة والرحم جيد، لكن السبب الذي يمنع الحمل هو وجود مضادات ضد الحيوانات المنوية في عنق الرحم. وللتغلب على ذلك تؤخذ الحيوانات المنوية من الزوج وتحقن رأسا داخل التجويف الداخلي للرحم فهي حقن لحيوانات الزوج المنوية في الرحم بدلا من وضعها في المهبل.[3]

وقد أجاز الكثير من الفقهاء التلقيح الاصطناعي من الزوج لزوجته حال حياتهما، وذلك عن طريق نقل مني الزوج إلى العضو التناسلي لزوجته. واشترطوا أن يكون الهدف من هذه الطريقة علاجي محض وبرضا الطرفين معا، لتحقيق رغبتهما في الإنجاب.[4]

ومن ذلك ما قرره المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي في دورته الثامنة المنعقدة

---

[1] هجيرة خدام، التلقيح الصناعي "دراسة مقارنة الجزائر وفرنسا"، (مذكرة ماجستير في القانون الخاص)، جامعة تلمسان: كلية الحقوق، الجزائر، 2006-2007، ص15.

[2] أمير فرج يوسف، المرجع السابق، ص47.

[3] محمود سعد شاهين، أطفال الأنابيب بين الحظر والإباحة وموقف الفقه الإسلامي منها، ط 1، الإسكندرية – مصر، دار الفكر الجامعي، 2010، ص102.

[4] سليمان النحوي، التلقيح الصناعي في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية والقانون المقارن، (رسالة دكتوراه في القانون الجنائي والعلوم الجنائية)، جامعة الجزائر1: كلية الحقوق، الجزائر، 2010-2011، ص70.

في مكة المكرمة خلال النصف الثاني من شهر كانون الثاني لسنة 1985م: "**إن حاجة المرأة المتزوجة والتي تحمل وحاجة زوجها إلى الولد، تعتبر غرضا مشروعا يبيح معالجتها بالأساليب المباحة من أساليب التلقيح الاصطناعي. وأن الأسلوب الذي تؤخذ النطفة الذكرية من متزوج ثم تحقن في رحم زوجته نفسها في طريقة التلقيح الداخلي، هو أسلوب جائز شرعا بعد أن تثبت حاجة المرأة إلى هذه العملية لأجل الحمل**".[1]

ب –الإخصاب بحيوانات الزوج بعد وفاته:

يقصد بذلك أن تؤخذ الحيوانات المنوية أثناء الحياة الزوجية وقبل الموت، ويحتفظ بها في بنوك المني[2]، وبعد انتهاء الحياة الزوجية بموت أو طلاق بائن تعمد الزوجة إلى استرجاع المني وإجراء التلقيح ليتم لها الحمل لأنها لم تنجب من زوجها أثناء الحياة الزوجية، وبعد انتهاء الحياة ترغب في أن يكون لها ولد من هذا الزوج، والإنجاب بحيوانات الزوج بعد الوفاة فقد يكون أثناء العدة أو بعد انتهائها[3] على النحو التالي:

1 –التلقيح بحيوانات الزوج بعد موته (أثناء العدة):

قد تلجأ الزوجة بعد انتهاء الحياة الزوجية وأثناء فترة العدة إلى استرجاع مني زوجها وإعادة التلقيح به ليتم لها الحمل، رغبة منها في أن يكون لها ولد من زوجها، أو لأي سبب آخر يتعلق بالميراث أو غيره.

وقد حدثت مئات الحالات من هذا القبيل، وفي المجتمع الغربي لم يعتبر ذلك العمل مشينا، بل بالعكس اعتبر عملا مجيدا يستحق الثناء.[4]

ولدرء شبهة الزنا على المرأة الحامل في غياب زوجها أي بعد وفاته، يرى البعض أنه يشترط لإجراء عملية التلقيح بعد وفاة الزوج أن تشهد المرأة على أنها أخذت مني زوجها من مصرف المني، كما تشترط أيضا الشهادة عند إيداع مني الزوج.[5]

---

[1] سليمان النحوي ، المرجع السابق ، ص81.

[2] ظهر أول بنك للأجنة المجمدة في نيويورك سنة 1983 على يد الدكتور المصري سعد حافظ، ويقوم البنك بتخصيب البيضة بالحيوان المنوي، ثم الاحتفاظ بها مخصبة في أوان طبية في سائل النيتروجين الذي يوفر لها درجة حرارة تبلغ 180 درجة مئوية تحت الصفر حتى تتوقف عن الانقسام طوال مدة الحفظ، وتستأنف الانقسام عند زرعها داخل الرحم.

[3] هيكل حسيني، المرجع السابق، ص132.

[4] محمود سعد شاهين، المرجع السابق، ص106.

[5] فاطمة الزهراء رابحي، المرجع السابق، ص165

لكن من العلماء من له رأي غير ذلك، حيث يقول الدكتور عبد العزيز الخياط: وقد يلجأ الرجل إلى حفظ منيه في مصرف منوي لحسابه الخاص ثم يتوفى، وتأتي زوجته بعد الوفاة فتلقح داخليا بنطفة منه وتحمل والحكم في هذا: الولد ولده، وأن هذه العملية وإن كانت غير مستحسنة فهي جائزة شرعا.[1]

وبناء عليه إن القول بعدم جواز هذا النوع من التلقيح أي التلقيح بمني الزوج بعد وفاته يتفق وتستلزمه مقتضيات المبادئ الثابتة التي بنيت عليها قواعد ثبوت النسب شرعا وقانونا.[2]

2 -التلقيح بحيوانات الزوج بعد موته (انتهاء العدة):

الإخصاب بحيوانات الزوج المنوية بعد وفاة الزوج بأن تؤخذ الحيوانات المنوية من الرجل أثناء الحياة الزوجية أو قبل الموت، ويحتفظ بهذه المنويات في مصرف المني، وبعد انتهاء الحياة الزوجية بالموت، تعمد الزوجة إلى استرجاع المني وإجراء التلقيح ليتم لها الحمل، وقد تعمد المرأة إلى استرجاع المني وإتمام الحمل، لأنها لم تنجب من زوجها.

وقد ذهب فقهاء الشريعة الإسلامية إلى عدم التشجيع على إتمام عملية التلقيح الاصطناعي بعد وفاة الزوج (لانتهاء الحياة الزوجية) عندهم منذ لحظة الوفاة [3]، وأن التلقيح في هذه الحالة إذ تم فإنه يتم بنطفة من غير الزوج الذي أصبح في حكم الأجنبي مما يستوجب تحريمها، وبالتالي لا ينسب هذا المولود إلى صاحب النطفة. وعلى هدي هذه الآراء سارت اللجنة الطبية الفقهية، حيث أقرت في إحدى توصياتها بأنه: "**لا يجوز في أي حال من الأحوال، استخدام مني الزوج المتوفى بتلقيح بويضة زوجته السابقة، سواء أكان تلقيحا داخليا أم خارجيا؛ لأنه بموت الزوج ينتهي رباط الزوجية**".[4]

3 -التلقيح بغير ماء الزوج:

يقصد به أن تلقح الزوجة بحيوانات منوية من متبرع ليس بينه وبينها رابطة زواج،

---

[1] هيكل حسيني، المرجع السابق، ص133.

[2] فاطمة الزهراء رابحي، المرجع السابق، ص237.

[3] سفيان بن عمر بورقعة، النسب ومدى تأثير المستجدات العلمية في إثباته، ط 1، الرياض، دار كنوز إشبيليا، 2007، ص479.

[4] زكية تشوار حميدو، "حكم وسائل الحمل المعاصرة في ضوء الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري"، جامعة الجزائر: كلية الحقوق ، الجزائر، ع1، ص49.

أي: من رجل أجنبي عنها، ويلجأ غالبا إلى هذه الطريقة في حالة عقم الرجل بسبب قلة الحيوانات المنوية فيه، أو وجود تشوهات أو خلل فيها إلى غير ذلك من الأسباب المرضية، لذا فإن هذه الحالات تقتضي حتما تدخل الغير باعتباره طرفا لا غنى عنه في عملية الإنجاب بواسطة التلقيح الاصطناعي.[1]

ولا شك أن هذه الصورة من التلقيح الاصطناعي تقرر تحريمها شرعا، والنسب من جهة الأبوين يتبع صاحبي المائين الذين تخلقا منهما الولد.[2]

وفي قرار المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي:

" أن الأسلوب الثاني – وهو ما نحن بصدده – محرم في الشرع الإسلامي لا مجال لإباحته..."، وصدرت كذلك فتوى للشيخ "محمود شلتوت" فقال: " وإذا كان التلقيح البشري بغير ماء الزوج على هذا الوضع وبتلك المنزلة كان دون شك أفضع جرما من التبني، لأن الولد المتبنى المعروف أنه للغير ليس ناشئا عن ماء أجنبي عن عقد الزوجية إنما هو ولد ناشيء عن ماء أبيه ألحقه رجل آخر، أما ولد التلقيح فهو يجمع بين نتيجة التبني المذكور (وهي إدخال عنصر غريب في النسب) وبين خسة أخرى، هي التقاؤه مع الزنا في إطار واحد تنوء عنه الشرائع والقوانين".[3]

ثانيا– التلقيح الصناعي الخارجي:

نشأت فكرة التلقيح الإصطناعي الخارجي لفشل التلقيح الداخلي في بعض الحالات، ففي العادة يلجأ إلى طريقة التلقيح الاصطناعي الخارجي للتغلب على بعض المشكلات التي تعاني منها المرأة كانسداد البوقين أو غيابهما أصلا، أو وجود عائق فيهما.[4]

وقد توصل الطب الحديث إلى نجاحات في تحقيق الحمل عند كثير من النساء بهذه الطريقة، بعد أن كنّ يعانين من انسداد في الأنبوب الرحمي الذي تمر البويضة من خلاله لتلقح بالمني، وهذا النجاح بواسطة التلقيح الاصطناعي خارج الأنبوب الرحمي، وخارج جسم المرأة أي في المختبر، وبشكل أدق في أنبوب المختبر، وهو ما يسمى اليوم باسم

---

[1] طفياني مخطارية، المرجع السابق، ص82.

[2] سفيان بن عمر بورقعة، المرجع السابق، ص483.

[3] زبيري بن قويدر، المرجع السابق، ص40.

[4] طارق عبد المنعم محمد، المرجع السابق، ص89.

طفل الأنبوب.[1]

1 -**تعريف التلقيح الاصطناعي الخارجي:** عرف التلقيح الاصطناعي الخارجي بأنه: التلقيح بين مني الرجل وبييضة الأنثى في وسط خارج الرحم، كأنبوب اختبار، أو أي وعاء مختبري، وبعد أن يحدث الانقسام المناسب بعد اجتماع الحيوان بالبييضة تعاد اللقيحة إلى رحم المرأة سواء كانت صاحبة البييضة أو غيرها.[2]

ويكون هذا التلقيح دائما ببويضة الزوجة ومني الزوج عندما تكون قناة فالوب لدى المرأة مسدودة، أو حيوانات الرجل المنوية ضعيفة؛ إذ توضع بويضة الزوجة المستخرجة منها مع سائل الزوج في أنبوبة خاصة لمدة معينة وفي درجة حرارة معينة ليتم الإخصاب ثم تعاد البويضة لرحم الزوجة، وتتم المتابعة والتأكد من وجود الحمل.[3]

حيث تم ميلاد أول طفل أنابيب "لويزا براون" في 25 يوليو 1978 في بريطانيا.[4]

بعدها ازداد عدد أطفال الأنابيب في عام 1984 وبلغ عددهم حوالي ألف طفل في العالم مما جعل هذه التقنية تنتشر عبر كافة أنحاء العالم.[5]

حيث توجد العشرات من مراكز أطفال الأنابيب في مختلف الدول العربية في "جدة" و"الرياض" و"عمّان" و"الكويت" و"القاهرة" و"الجزائر". ومع هذا يرى المختصون أن أغلب هذه المراكز غير رسمية، وما تزال تفتقد إلى الكثير من الضوابط الشرعية والمراقبة القانونية، باعتبار أن مراكز التلقيح الاصطناعي مراكز تجارية بحتة بعيدة عن إشراف الدولة ومراقبتها.[6]

2 -صور التلقيح الاصطناعي الخارجي:

ولهذا النوع من التلقيح الاصطناعي عدة أنواع نذكر منها:

الصورة الأولى: تلقيح بويضة الزوجة بنطف الزوج في أنبوب اختبار ثم تزرع

---

[1] المرجع نفسه ، ص90.

[2] زياد أحمد سلامة، أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة، لا.ط، الدار العربية للعلوم، عمان – الأردن، 1994، ص86.

[3] أمال يعيش تمام وأقوجيل نبيلة، المرجع السابق، ص96.

[4] زبيدة أقروفة، المرجع السابق، ص44.

[5] أمير فرج يوسف، المرجع السابق، ص47.

[6] الشيخ صالح بشير، الحماية الجنائية للجنين في ضوء الممارسات الطبية الحديثة، (مذكرة ماجستير في القانون)، جامعة الجزائر1: كلية الحقوق، الجزائر، 2012–2013، ص61.

البويضة المخصبة في رحم الزوجة نفسها.[1]

وتستعمل هذه التقنية لدواعي منها:

-قفل الأنابيب الموصلة لمبيض الرحم وفشل عمليات فتحها.

-قلة الحيوانات المنوية إذ يلجأ الطبيب إلى جمع أكبر قدر ممكن من النطف لزيادة فرص الإخصاب.

-صعوبة الإخصاب بسبب إفرازات ناتجة عن عنق الرحم تؤدي إلى إتلاف النطف قبل وصولها إلى البويضة.[2]

الصورة الثانية:

أ- تلقيح بويضة غير مخصبة من إحدى الزوجات بماء الرجل ووضعها بعد التلقيح برحم زوجته الأخرى.[3]

وتكون هذه الحالة في حالة كون زوجة لها مبيض سليم منتج إلا أن رحمها به آفة سواء كانت عيوبا خلقية شديدة تمنع الحمل أو أن الرحم أزيل من أساسه لعملية جراحية، على الرغم من أن زوجها سليم وحيواناته المنوية منتجة.[4]

وهذه الصورة يظهر أنها لم تحدث حتى الآن، فهي صورة نظرية بأن يجرى تلقيح خارجي في وعاء الاختبار بين بذرتي الزوجين ثم تعاد اللقيحة في رحم الزوجة الأخرى للرجل متبرعة بذلك؛ لأن ضرتها لا تستطيع الحمل لمرض في رحمها.

ب -موقف الشريعة الإسلامية: إذا كان الرجل متزوجا من زوجتين الأولى لا ينتج جسمها بويضات لسبب أو لآخر، أو لا يمكن أن تحمل باستعمال بويضاتها هي، فهل يمكن أن تؤخذ بويضة من الزوجة الثانية تلقح بحيوان منوي من زوج المرأتين، ثم يوضع الجنين في رحم الزوجة الأولى لتحمل وتلد؟ وإذا كان الأمر غير جائز، فما السبب لكون الأب واحد، والعملية كلها تتم داخل إطار علاقة زوجية مشتركة؟[5]

---

[1] طارق عبد المنعم محمد، المرجع السابق، ص98.

[2] سمية بوكايس، التلقيح الاصطناعي والعقوبة الجنائية. www.droitentreprise.org تاريخ التصفح: 2014/11/10.

[3] سليمان النحوي، المرجع السابق، ص149.

[4] محمود سعد شاهين، المرجع السابق، ص143، 144 .

[5] محمد عبد ربه محمد السبحي، حكم استئجار الأرحام، لا.ط، الإسكندرية – مصر، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2008، ص127.

من المعلوم أن الشريعة الإسلامية تبيح الزواج بأربع غير الشرائع الأخرى؛ لذلك فإن المجمع الفقهي الإسلامي في دورته السابعة المنعقدة سنة 1404 هـ ناقش هذه الصورة مستندا إلى دراسة الشيخ الزرقا "الأسلوب السابع حيث جاء في القرار: "**إن الأسلوب السابع الذي تؤخذ فيه النطفة والبييضة من زوجين ويعد تلقيحهم في وعاء الاختبار تزرع اللقيحة في رحم الزوجة الأخرى للزوج نفسه حيث تتطوع بمحض إرادتها بهذا الحمل عن ضرتها المنزوعة الرحم**" يظهر لمجلس المجمع أنه جائز عند الحاجة وبالشروط العامة المذكورة.[1]

وقد سحب المجلس في دورته الثامنة إباحة هذه الصورة والرأي الذي سار عليه مجمع الفقه الإسلامي في دورته الثامنة هو:

الطريقة الخامسة: أن يجري تلقيح خارجي بين بذرتي زوجين ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة الأولى..." فجاء في القرار أن الطرق الخمسة الأولى وهذه الطريقة من ضمنها، كلها محرمة شرعا وممنوعة منعا باتا لذاتها أو ما يترتب عليها من اختلاط أنساب وضياع الأمومة وغير ذلك من المحاذير الشرعية.[2]

الصورة الثالثة: تلقيح نطفة الزوج ببييضة امرأة متبرعة في أنبوب اختبار ثم تزرع البييضة في رحم الزوجة.

وتتم هذه الصورة عندما يكون مبيض الزوجة متعطلا أو مستأصلا، بينما رحمها سليم وزوجها أيضا سليم.[3]

الصورة الرابعة: تلقيح بييضة الزوجة بنطفة رجل أجنبي وذلك حينما يكون الزوج عاجزا عن الإخصاب لسبب معين أو لآخر، أو حين الرغبة في انتقاء صفات معينة لا يحملها، بل توجد في الأجنبي.[4]

الصورة الخامسة: الاستعانة بلقيحة كاملة من غير الزوجين: أي لبويضة مخصبة وجاهزة للزرع، وهذا يحدث في حالة عدم صلاحية نطفة الرجل وكذلك عدم صلاحية

---

[1] محمود سعد شاهين، المرجع السابق، ص144.

[2] المرجع نفسه، ص145.

[3] عيسى أمعيزة، الحمل إرثه صوره بين الشريعة والقانون، (مذكرة ماجستير في العلوم الإسلامية)، جامعة الجزائر: كلية العلوم الإسلامية، الجزائر، 2005-2006، ص123 .

[4] زبيدة أقروفة، الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على إثبات النسب، المرجع السابق، ص131.

مبيض المرأة مع صلاحية رحمها لتقبل الحمل، فيتم الحصول على لقيحة جاهزة عبارة عن بييضة امرأة غير الزوجة ملقحة بمني رجل غير الزوج، ومثل هذه اللقائح توفرها في عصرنا الحالي بنوك النطف والأجنة في صورة منويات وبييضات جاهزة للتلقيح أو ملقحة وجاهزة للزرع في الرحم.[1]

موقف الشريعة الإسلامية من الصور السابقة:

وبالنظر إلى الصور الثالثة والرابعة والخامسة والتي فيها تدخل الغير في عملية التلقيح الاصطناعي، حيث يلاحظ أن الأمر لا يخلو من تدخل طرف ثالث يستعان بخلاياه لصالح الإنجاب بين رجل وامرأة بينهما علاقة زوجية وهو أجنبي ولصالح هذه العلاقة.

وغني عن البيان أن الشريعة الإسلامية ترفض أي تدخل أو مساهمة بالخلايا التناسلية في عملية الإنجاب، خارج علاقة الزواج الشرعي، سواء أكانت المساهمة بحيوان منوي أو ببييضة أو لقيحة كاملة، ولا يعرف في ذلك مخالف ممن تعرضوا لهذا الموضوع من العلماء أفراد أو مؤتمرات.

فالتلقيح بتدخل طرف ثالث أجنبي في نظر الشريعة جريمة منكرة وإثم عظيم، يلتقي مع الزنا في إطار واحد، جوهرهما واحد، ونتيجتهما واحدة؛ وهي وضع ماء أجنبي عمدا في حرث لا يحل له، ولولا قصور صورة الجريمة بتخلف ركنها المادي وهو الوطء لكان حكم التلقيح في تلك الحالة هو حكم الزنا [2]. لكن الأمر في كل الأحوال لا يصل إلى حرمة الزنا وإثمه، لاختلاف الدوافع بين الزنا والتلقيح الاصطناعي، إذ يغلب على الزنا دافع قضاء الشهوة بالوطء وليس دافع الإنجاب، وبالتالي فدافع التلقيح الاصطناعي هو الإنجاب، ولا يوجد أصلا دافع الوطء والشهوة، فإن كان الوطء غير المشروع هو الذي يوجب الحد في جريمة الزنا وهو ما لا يحدث في التلقيح الاصطناعي، فإن التلقيح الاصطناعي غير المشروع وإن حرم إلا أنه لا يوجب حد الزنا، وإنما يستوجب عقوبة تعزيرية للزجر عنه.

---

[1] محمود عبد الرحيم مهران، المرجع السابق، ص563.

[2] المرجع نفسه، ص564، 565.

ثالثا: الأم البديلـــة

تتكون مناسل المرأة من ثلاثة أجزاء (المبيض، البوق، الرحم)، والعقم هو الآفة التي تعطل هذه الأجزاء عن القيام بوظائفها في عملية التناسل، فإذا أصيب المبيض بهذه الآفة، فقد انعدمت إمكانية الحصول على الولد البيولوجي بالرغم من سلامة الرحم والبوق.[1]

والمتصور لحل هذه المشكلة – عملا – هو إقرار هذه اللقيحة في رحم امرأة أخرى تسمى في هذه الحالة الأم البديلة، وقد تكون هذه الأم البديلة أجنبية عن صاحب المني، أو زوجة أخرى له، الأمر الذي يثير على أي حال إشكالية اختلاط النسب لجهة الأم.

وسنتناول الأم البديلة في النقاط التالية:

مفهوم الأم البديلة (أولا)، ثم موقف الشريعة الإسلامية من استخدام رحم الأم البديلة (ثانيا).

أولا– مفهوم الأم البديلة:

الأم البديلة أو تأجير الرحم، يعبر عنه عادة بعدة تعابير كالأم البديلة وإجارة الرحم واستئجار الأرحام، والأم بالواسطة، وتتعدد التسميات والمفهوم واحد.

1 -تعريف الأم في اللغة: جاء في لسان العرب [2]: **الأم والأمة :** الوالدة والجمع أمهات للناس والأم الشيء يتبعه فروعه.

البديلة: لغة: من بدَلَ وبِدْلٌ، والبديل: البَدَل، وبدل الشيء غيره، فالبديل هو من يحل محل غيره.[3]

2 -تعريف الأم البديلة في الاصطلاح: هي المرأة التي تقبل شغل رحمها بمقابل أو بدونه، بحمل ناشئ عن نطفة أمشاج مخصبة صناعيا لزوجين استحال عليهما الإنجاب لفساد رحم الزوجة.

أو بمعنى آخر: الأم البديلة هي التي تقوم بمهمة حمل الجنين ووضعه على أن يتم تسليمه بعد ذلك للزوجة صاحبة البويضة والتي يتم الإجراء لمصلحتها.[4]

---

[1] نصر الدين مروك، "الأم البديلة بين القانون المقارن والشريعة الإسلامية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الجزائر: كلية الحقوق لجامعة الجزائر ، رقم4، 1999، ص12.

[2] ابن منظور المرجع السابق، ج1، ص25.

[3] المرجع نفسه، ج1، ص28.

[4] نصر الدين مروك، المرجع السابق، ص13.

وظهرت تقنية الأم البديلة أو تأجير الأرحام بمدينة « Lowsville » بولاية "كنتاكي" الأمريكية على يد الدكتور "ريتشارد لوفين"، فقد وجد الطبيب أن بعض ممرضاته لا يستطعن الإنجاب بسبب غياب الرحم لديهن فقام باستئجار أخرى ذات رحم سليم، ولقح الأخيرة صناعيا بنطفة زوج الأولى، وبعد نجاح الحمل والوضع تم تسليم الطفل لأبيه البيولوجي.[1]

وكان أول مركز لتأجير الأرحام في "فرنكفورت" بألمانيا، ونظرا لانتشار عدم القدرة على الإنجاب من جانب الزوجين انتشرت مثل تلك المراكز في أنحاء مختلفة من العالم وبخاصة في الولايات المتحدة الأمريكية حيث بلغ عدد هذه المراكز 15 مركزا.[2]

2- صور الأم البديلة:

إن تأجير الأرحام هي إحدى صور التلقيح الخارجي، وبالتالي لها هي الأخرى عدة أساليب تجمعها حقيقة واحدة وهي كون الرحم لامرأة أخرى وليست رحم الأم صاحبة البويضة، فالتي تحمل لا تكون الأم الحقيقية وهذه الصور هي كالتالي:

أ -**الصورة الأولى:** تؤخذ النطفة (الحيوان المنوي) من الزوج وتؤخذ البويضة من الزوجة، وتتم عملية التلقيح في المختبر، ثم تزرع اللقيحة في رحم امرأة أخرى. وفي هذه الصورة لا تعاد اللقيحة إلى الزوجة، لأنها تكون غير قادرة على الحمل أو تكون غير راغبة في الحمل ترفّها، وعندما تضع المولود فإنها تسلمه للزوجين. وهذه الصورة هي الأكثر شهرة والتي تعرف بها عملية استئجار الأرحام في العالم بشكل عام.[3]

ب -**الصورة الثانية:** يكون الحيوان المنوي من الزوج والبويضة من متبرعة (امرأة أجنبية)، ثم بعد الزراعة توضع البويضة الملقحة داخل رحم متبرعة أخرى، والعلة في هذه الصورة عقم الزوجة، فلا تكون قادرة على إفراز البويضات ولا على حمل البويضة الملقحة داخل الرحم لمرض في رحمها.[4]

ج -**الصورة الثالثة:** يكون الحيوان المنوي من متبرع وكذلك البويضة من متبرعة

---

[1] زبيري بن قويدر، المرجع السابق، ص71.

[2] هيكل حسيني، المرجع السابق، ص345.

[3] علي بن عبد الله البكري، استئجار الأرحام "دراسة تأصيلية مقارنة"، مذكرة ماجستير تخصص التشريع الجنائي الإسلامي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية: كلية الدراسات العليا، الرياض، 2011، ص67.

[4] زياد أحمد سلامة، المرجع السابق، ص99.

ثم بعد الزراعة توضع البويضة الملقحة داخل رحم متبرعة أخرى، وتكون هذه الصورة في حال كان كل من الزوجين عقيما لا يستطيع الإنجاب، بحيث يتم تسليم الزوجين الطفل بعد انتهاء عملية الإخصاب بناء على العقد المتفق عليه.[1]

د- الصورة الرابعة: أن تؤخذ بويضة الزوجة وتلقح بماء رجل أجنبي، ثم توضح اللقيحة في رحم امرأة أجنبية، وبعد الولادة يسلم الجنين للزوجة صاحبة البويضة وزوجها العقيم.[2]

ثانيا- موقف الشريعة الإسلامية من استخدام رحم الأم البديلة:

1 -**الحكم الشرعي للصورة الأولى:** وهي أخذ نطفة الزوجين وتلقيحها خارجيا ثم يتم زرعهما في رحم امرأة غريبة عن الزوج فتصير أما بديلة.

يظهر من خلال استقراء آراء العلماء والباحثين في حكم إجراء الأم البديلة لإمرأة غريبة عن الزوج هو الاتفاق على تحريم هذه الصورة وعدم جوازها.[3]

واختلف الباحثون في هذه الصورة على رأيين:

الرأي الأول: ذهب إلى القول بالتحريم: وأدلة القائلين بهذا القول في قوله تعالى: **﴿ وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ . إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ ﴾** [سورة المؤمنون، الآية: 5-6]. فقوله تعالى: "على أزواجهم" معناه أنه لا يوجد وضع أو إيصال شيء إلى رحم امرأة أخرى إلا أن تكون زوجة شرعية أو ملك يمين.[4]

وقوله تعالى: **﴿ وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ بَنِينَ وَحَفَدَةً ﴾** [سورة النحل، الآية:72]، وصاحبة الرحم ليست كذلك، فيظل القول بجواز هذه الصورة والزوجية منتفية بين صاحب الحيوان المنوي وصاحبة البويضة والأم البديلة.[5]

---

[1] ماهر حامد الحولي، "الإخصاب خارج الجسم مع استئجار الرحم"، مجلة الجامعة الاسلامية، غزة: كلية الشريعة والقانون بالجامعة الإسلامية، المجلد 11، ع 2، ديسمبر 2009، ص9.

[2] هند الخولي، "تأجير الأرحام في الفقه الإسلامي"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، جامعة دمشق، المجلد 27، ع3، 2011، ص7.

[3] ممن قال بذلك من المعاصرين: الدكتور محمد خالد منصور، المرجع السابق، ص56. والدكتور أحمد الحجي الكردي: فتوى الدكتور، رقم الفتوى: 1852، تاريخ نشر الفتوى: 2007/01/30، الموقع: www.islamic.fatwa.com، تاريخ التصفح: 2008/10/12.

[4] طارق عبد المنعم محمد، المرجع السابق، ص164.

[5] محمد لطفي أحمد، المرجع السابق، ص245.

2 -أن في تأجير الأرحام معنى الزنا لوضع حيوان منوي في رحم امرأة ليست زوجة لهذا الرجل والزنا محرم لهذا المعنى، ولا يغير من الحكم أن الحيوان المنوي لغير الزوج أدخل الرحم مصاحبا لبويضة لقحت به، لأن الممنوع إدخال حيوان منوي إلى رحم امرأة ليست زوجة لصاحب الحيوان المنوي، سواء كان الحيوان المنوي أدخل إلى رحم هذه المرأة وحده أم أدخل مصاحبا لبويضة لقحت به.[1]

3 -إن الحمل باستعمال الأم البديلة يؤدي إلى اختلاط الأنساب ولعلها أقوى الحجج التي لا يزال يتمسك بها أصحاب هذا الرأي هي القول بأن الحمل لحساب الغير يؤدي إلى اختلاط الأنساب من جهة الأم البديلة عندما تكون متزوجة بغير صاحب اللقيحة.[2]

وهذه الشبهة ناشئة عن كون احتمال أن تكون ذات الرحم امرأة متزوجة فيؤدي مباشرة زوجها لها بعد زرع اللقيحة إلى حدوث شك في أصل الجنين هل هو الحمل الطبيعي من زوجها أم من اللقيحة التي زرعت؟

وقد حصل هذا فعلا: ففي ألمانيا تبين بالفحص أن اللقيحة التي زرعت في رحم مستعار لم تعلق وإنما حملت تلك المرأة حملا طبيعيا من زوجها واضطرت إلى التنازل عن المولود بسبب استلامها مبلغ (8) آلاف دولار سلفا باعت وليدها؟![3]

ثم إن الطب يؤكد احتمال كون الرحم ينقل صفات وراثية إلى الجنين في مدة الحمل فضلا عن الصفات التي يكتسبها من تلقيح ماء أبويه مما يؤدي إلى اختلاط الأنساب حتما.[4]

الرأي الثاني: ذهب إلى القول بالجواز: يذهب أصحاب هذا الاتجاه وهم أقلية إلى جواز الحمل لحساب الغير وعدم وجود ما يمنع منه شرعا واستدل أصحاب هذا الاتجاه بحجج وأسانيد وذرائع عديدة منها:

1 -قاعدة الأصل في الأشياء الإباحة حتى يرد دليل على التحريم فلا تحريم إلا

---

[1] علي بن عبد الله البكري، المرجع السابق، ص123.

[2] حسن محمد كاظم وآخرون، "مشروعية الحمل لحساب الغير وأحكامه في القانون والشريعة الإسلامية"، مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون بجامعة كربلاء، ع1، 2010، ص20.

[3] هند الخولي، المرجع السابق، ص13.

[4] المرجع نفسه، ص14.

بنص ولا دليل على تحريم تأجير الأرحام، فيكون مباحا.[1]

2 -الحاجة تنزل منزلة الضرورة، بمعنى المحظور يصبح مباحا عند الضرورة أو الحاجة التي تنزل منزلتها. ولما كان الإنجاب بوسيلة الرحم المستعار لا يتحقق فيه الزنا لعدم حدوث الوطء؛ فإن الرحم المستأجر يجوز عند الحاجة إليه بشروط.[2]

3 -عدم اختلاط الأنساب أو انتقال الجينات الوراثية وذلك استنادا إلى أن الأطباء المختصين أكدوا بأنه لم يثبت من الناحية الطبية الاختلاط بين الأنساب؛ لأن الطفل المولود سيحمل الصفات الوراثية والجينية لأب صاحب النطفة والأم صاحبة البويضة حيث إن الرحم لا ينقل أي صفة وراثية، ولا يعمل إلا كحاضنة للطفل تحميه وتمده بما يلزم لنموه.[3]

4 -القياس على حالة الرضاع: للرحم المستعار ليتسنى تعدية بعض أحكام الرضاع إلى الرحم المؤجر بجامع أن الرحم ليس له إلا دور وظيفي في الحضانة والغذاء يقارب دور الثدي في الرضاع.[4]

بعد عرض هذه الآراء فإن الرأي الأقرب للصواب في مسألة تأجير الأرحام هو ما ذهب إليه جمهور العلماء المعاصرين وقررته المجامع الفقهية وهو تحريم تأجير الأرحام بمختلف صوره، وذلك لصحة الأدلة المقدمة في المنع وقوتها.

2- الحكم الشرعي لصور الإخصاب بين الزوجين ومتبرع مع استئجار الرحم:

جميع الأساليب المذكورة سابقا والتي تجرى فيها عملية التلقيح بماء أحد الزوجين وطرف ثالث أجنبي وزراعة اللقيحة في رحم امرأة أجنبية محرمة في الشرع الإسلامي، لا مجال لإباحة شيء منها، لأن البذرتين الذكرية والأنثوية فيها ليست من الزوجين، أو لأن المتطوعة بالحمل أجنبية عن الزوجين مصدر البذرتين، فقد جاء في فتوى لشيخ جامع الأزهر "محمود شلتوت": "**أما إذا كان التلقيح بماء رجل أجنبي عن المرأة، لا يربط بينهما عقد زواج فإنه يكون في نظر الشريعة الإسلامية ذات التنظيم الإنساني الكريم،**

---

[1] كريمة عبود جبر، "استئجار الأرحام والآثار المترتبة عليه"، مجلة أبحاث كلية التربية الأساسية، كلية التربية الأساسية بجامعة الموصل، ع3، فيفري 2010، ص10.

[2] محمود عبد الرحيم مهران، المرجع السابق، ص580.

[3] حسن محمد كاظم وآخرون، المرجع السابق، ص16.

[4] محمود عبد الرحيم مهران، مرجع سابق، ص580.

جريمة منكرة وإثما عظيما يلتقي مع "الزنا" في إطار واحد، جوهرهما واحد، ونتيجتهما واحدة وهي وضع ماء رجل أجنبي قصدا في حرث ليس بينه وبين تلك الزوجة عقد ارتباط بزوجية شرعية يظلها القانون الطبيعي والشريعة السماوية، ولولا قصور في صورة الجريمة، لكان حكم التلقيح في تلك الحالة هو حكم الزنا الذي حددته الشرائع الإلهية، ونزلت به كتب السماء".[1]

وفي الأخير فإن هذه النقطة تركت حيرة عند البعض بين إباحة هذه التقنية أو رفضها، وفي ذلك يقول الأستاذ الدكتور تشوار جيلالي: "**من الملاحظ أن إنابة الأمومة يمكن أن تعد سبيلا ناجعا ليس بالنسبة للزوجين فحسب، بل حتى بالنسبة لغير الزوجين... لكن يلاحظ أيضا أن المشاكل المنبثقة عنها عديدة ومتنوعة في الميدان القانوني...**" [2]، ولكن الواضح هو عدم إباحتها عموما، لذا ندعو العلماء إلى استكمال تقنية الرحم الصناعي الذي يوفر نفس الظروف التي يوفرها الرحم الطبيعي، مع العلم أن هذه التقنية لا تخلو من العيوب غير أنه لا مانع من اللجوء إليها عند الضرورة.[3]

ومع هذا فقد كان للمشرع الجزائري موقف صريح بعد 2005؛ حيث قطع كل شك حول موقفه من الأم البديلة لما تم إضافة المادة 45 مكرر لقانون الأسرة والتي جاء فيها: " ... لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة"، فالنص جاء صريحا لا لبس فيه، ولم يفصل أو يفرق بين مختلف صوره التي عرضناها.

والظاهر أن موقف المشرع الجزائري صائب ويساير أحكام الشريعة الإسلامية؛ لأن الوسيلة المذكورة فضلا عن كونها ذريعة إلى اختلاط الأنساب (نتيجة الازدواج في التكوين والنشأة والخلقة)، فهي وسيلة غير مأمونة تنتج فسادا وشرورا.

وعليه، لا يجوز للزوجين استعارة أو تأجير رحم امرأة أجنبية كحاضنة لمائهما، حتى لو كانت المرأة صاحبة الرحم زوجة ثانية للرجل صاحب الحيوان المنوي، لما في ذلك من إشاعة للفاحشة وإثارة للمشكلات الاجتماعية. [4]

---

[1] شادية الصادق الحسين، "حكم الإسلام في التلقيح الاصطناعي"، مجلة العلوم والبحوث الإسلامية، السودان: معهد العلوم والبحوث الإسلامية، جامعة السودان للعلوم والتكنولوجيا، ع2، فبراير 2011، ص16.

[2] جيلالي تشوار، المرجع السابق، ص110.

[3] سليمان النحوي، المرجع السابق، ص169.

[4] العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص411.

إن تأجير الأرحام مناف لفكرة الأمومة، ويؤدي إلى قطع العلاقة بين الطفل وأمه الحقيقية عمدا، كما أنه يتعارض مع حقوق ومصالح الطفل ويعرض مستقبله للخطر لأن الأم الحاملة قد تتمسك بالمولود لتحتفظ به لنفسها، وتمتنع عن تسليمه للزوجين صاحبي النطفة والأمشاج؛ مما يسبب للطفل فيما بعد عدة مشاكل نفسية واجتماعية وقانونية، والأولى ترك هذه المشاكل وهجرها من الأساس.[1]

وفي الحقيقة فالولد الناتج من تأجير الأرحام، سيكون إما ابن من الزنا وإما ابن التبني وهما من الطرق المحرمة قطعا. فالتلقيح الصناعي التي لا يثبت به النسب الشرعي وفقا للمواد 40 و 45 مكرر و 46 من ق.أ.ج وإنما ينسب لمن حملت به باعتباره حالة ولادة طبيعية كولد الزنا الفعلي تماما.[2]

الفرع الثالث: شروط إثبات النسب بالتلقيح الاصطناعي

بعد عرض أنواع التلقيح الاصطناعي، كان لزاما أن أجمع في هذا الفرع الشروط والضوابط الشرعية والقانونية التي لابد أن تخضع لها عملية الإخصاب حتى تقع مطابقة لأحكام الشريعة الإسلامية وللنصوص القانونية.

ونظرا لتعدد هذه الشروط يتعين تقسيمها إلى شروط شرعية (أولا) وشروط متعلقة بالعمل الطبي (ثانيا) وأخرى قانونية نتطرق فيها إلى ضوابط التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة الجزائري (ثالثا).

أولا- الشروط الشرعية للقيام بعملية التلقيح الإصطناعي:

من الضروري التطرق إلى الشروط التي نص عليها الفقهاء، للقيام بهذه العملية. هذا وقد خلص مؤتمر المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي [3] والذي انعقد بمكة المكرمة في دورته السابعة في الفترة الممتدة ما بين 11 إلى 16 ربيع الثاني 1404 هـ حول مشكلة التلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيب، إلى القول بأن شروط التلقيح الاصطناعي بصفة عامة هي ثلاثة كما يلي:

---

[1] محمد عبد ربه السبحي، المرجع السابق، ص87.

[2] العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص412.

[3] مؤتمر المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي، والذي انعقد بمكة المكرمة في دورته السابعة، في الفترة ما بين 11 إلى 16 ربيع الثاني 1404هـ حول مشكلة التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب مأخوذ من موقع www.islamqu.com يوم 2011/08/14.

الشرط الأول: ألا يتم التلقيح الاصطناعي إذا دعت إليه الحاجة أو المصلحة الشرعية:

ومفاد هذا الشرط أنه إذا طالت الرابطة الزوجية بين الزوجين وبذلا جهدهما في العلاج وغيره بغية الإنجاب ولكن دون نتيجة واتضح بناء على تقرير طبي صادق من طرف أطباء مختصون أنه لا سبيل للإنجاب إلا بالتلقيح الاصطناعي ، وأنه لا يشكل عليهما أي ضرر أو مخاطر ، جاز لهما اللجوء إليه بأصوله وقواعده وشروطه وطرقه المشروعة وعليه فإن هذا الشرط مرهون بالضرورة القصوى ، كما لو إستحال الإنجاب بكافة الطرق المشروعة غير التلقيح الاصطناعي ،أو لم يكن للزوجين رغم مدة الزواج الطويلة أي أطفال بحيث حرموا من نعمة الأولاد ، ذلك أنه لو كان لهما طفل أو طفلين مثلا ثم تعذر الانجاب بعد ذلك لظروف إلا عن طريق الإخصاب الاصطناعي فالحاجة لا تدعو لإجرائه في هذه الحالة .[1]

وبما أن الإسلام دين يسر وليس دين عسر، إذ أنه رغم تقريره لمحرمات إلا أنه يبيحها أحيانا "فالضرورات تبيح المحظورات "، وقال الفقهاء: إن التلقيح الاصطناعي في حد ذاته لا يتفق مع الأحكام الشرعية العامة، لذا لا يلجأ إلى هذه التقنية إلا عند الضرورة القصوى[2]. وتفسيرا لذلك، فقد أسس الفقه الإسلامي علة التحريم على قوله تعالى: ﴿ **وَقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ وَيَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا** ﴾ [سورة النور:30-31].

وعموما فإن حفظ الفرج واجب، حيث لا يجوز إجراء عملية التلقيح الاصطناعي إلا بسبب يهدف إلى علاج العقم والوصول إلى الإنجاب، ولا يجوز التلقيح بهدف آخر كتحسين السلالة أو النسل.[3]

الشرط الثاني: أن يخضع لهذه العملية إلا الزوجان:

ويشترط الفقه الإسلامي أن يكون كل من الرجل والمرأة محل التلقيح مرتبطين برباط القران، إذ لا يجوز التلقيح بين شخصين أجنبيين عن يعضهما البعض، وهذا الشرط

---

[1] محمود عبد الرحيم مهران، المرجع السابق، ص564.

[2] علي هاشم يوسفات، المرجع السابق، ص97.

[3] المرجع نفسه، ص97.

يعتبر ضروريا، إذ يدل على جدية الزوجين في الإنجاب والحصول على الذرية.[1]

كما أن هذا الشرط منطقي ومعقول؛ إذ يقوم على ترجيح بصفة مطلقة للعلاقة الشرعية على العلاقة غير الشرعية، مع أن السائد في أغلب التشريعات الغربية هو عكس ذلك. هذا فضلا عن أن إعمال هذا الحكم يترتب عدم جواز التلقيح بعد فك الرابطة الزوجية بالطلاق أو بالوفاة.[2]

الشرط الثالث: أن يتم تلقيح المرأة بماء زوجها:

إن عملية التلقيح تخضع إلى حديث الرسول صلى الله عليه وسلم : "**الولد للفراش وللعاهر الحجر**"، بمعنى: الولد للزوج، وللعاهر – وهو الزاني– الرجم عقوبة على جريمته. ذلك أن عقد الزواج الشرعي يبيح العلاقة الجنسية بين الزوجين، لذا من اللازم دائما في هذه الحالات أن تلقح الزوجة بذات مني زوجها، دون شك في استبداله أو اختلاطه بمني غيره.[3]

" فإذا كان تلقيح الزوجة من رجل آخر غير زوجها فهو محرم شرعا، ويكون في معنى الزنا ونتائجه، وكل طفل ناتج بالطرق المحرمة قطعا من التلقيح الاصطناعي لا ينسب إلا لمن حملت به ووضعته باعتباره حالة ولادة طبيعية كولد الزنا الفعلي تماما".[4]

وعليه إذا توفرت هذه الشروط فيجب أن تتم هذه العملية أمام جهة علمية موثوقة، وتتم بحضور الزوج، حيث لا يجوز الخلوة بالزوجة، ففي التلقيح الاصطناعي يتم التعامل فيه مع الفروج المحصنة، وينتج عنه طفل شرعي، ولا شك في نسبه إلى والديه.[5]

ثانيا– الشروط المتعلقة بالعمل الطبي:

1 –أن يكون المركز المشرف على إجراء عملية التخصيب بين الزوجين قد حصل على ترخيص رسمي من الجهات المعنية يخول له إجراء مثل هذه العمليات.[6]

---

[1] جيلالي تشوار، الزواج والطلاق تجاه الإكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، لا.ط، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2001، ص100.

[2] المرجع نفسه، ص101.

[3] علي هاشم يوسفات ، مرجع سابق، ص 99.

[4] جيلالي تشوار، المرجع السابق، ص 104.

[5] المرجع نفسه، ص 104–105.

[6] زبيدة إقروفة، المرجع السابق، ص 45.

2 -أن تقوم بهذه العملية لجنة طبية موثوقة علميا وشرعيا في مركز حكومي، أو مؤسسة رسمية غير ربحية.[1]

3 -مراعاة أحكام الفحص الطبي المتعلقة بكشف العورة؛ بحيث يقتصر على ما تقتضيه الضرورة، وأن يكون المعالج للزوج طبيب ذكر مسلم، فإن لم يتسير فطبيب غير مسلم، وبالنسبة للمرأة فتعالجها طبيبة مسلمة ما أمكن، وإلا فامرأة غير مسلمة وإلا فطبيب مسلم ثقة، وإلا فغير مسلم، وفي الحالتين الأخيرتين لا يجوز الخلوة بين الطبيب المعالج والمرأة التي تخضع للعلاج إلا بحضور زوجها أو امرأة أخرى .

4 -أن يتعين التلقيح الاصطناعي كوسيلة للإنجاب: إذ لا ينبغي اللجوء إلى التلقيح كوسيلة للإنجاب إلا إذا استحال الإنجاب بالطريق الطبيعي، وبعد استنفاذ كافة الوسائل الأخرى الممكنة لعلاج العقم، وذلك بطرق العلاج التوجيهي والدوائي والجراحي، والتي تؤدي في حالة نجاحها إلى الإنجاب بالطريق الطبيعي، فإذا ما استحال ذلك جاز حينئذ اللجوء إلى التلقيح الصناعي كوسيلة للإنجاب، على أن يكون ذلك في إطار المشروعية، ويراعى أيضا رجحان نجاح العملية في تحقيق الإنجاب على احتمال الفشل فيها.[2]

5 -وضع سجلات خاصة معدة لهذا الغرض تدوّن فيها بيانات الأطراف المشاركة، ابتداء من الزوجين والطبيب والمساعدين؛ حيث تسجل فيها كل المعلومات الشخصية والعلاجية والتكاليف المالية، وتثبت أيضا موافقتهما ثم تحفظ في الأرشيف إلى أجل معين من أجل مراجعتها عند التنازع والاختلاف. والعملية كلها في غاية السرية خاصة مع تكنولوجيا الإعلام الآلي حيث التخزين والاسترجاع يتم في بضع دقائق. وفي النهاية تسلم نسخة للطرفين من عقد الاتفاق بعد تبصيرهما بالمخاطر والاحتمالات التي قد تطرأ بسبب العملية.[3]

ثالثا- شروط التلقيح الصناعي في قانون الأسرة الجزائري:

لقد كرس المشرع الجزائري في نص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة المعدل

---

[1] محمد خالد منصور، الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي، ط 2، عمان – الأردن، دار النفائس، 1999، ص 99.

[2] محمود عبد الرحيم مهران، المرجع السابق، ص533.

[3] زبيدة إقروفة، المرجع السابق، ص47-48.

بالقانون 02/05 شرط اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باعتباره أحدث الوسائل العلمية للإنجاب، إذ لا يمكن تصوره إلا في إطار وجود عقد زواج يعطي الأساس القانوني للعملية، ومنعه لما يسمى بالأم البديلة، وقد حدد نص المادة 45 من ق.أ.ج الضوابط التي تحكم التلقيح الاصطناعي في حالة ما إذا اختار الزوجان هذه الطريق [1] والتي نجملها فيما يلي:

4 -**أن يكون الزواج شرعيا:** فلا يجوز إجراء عملية التلقيح الاصطناعي بين رجل وامرأة لا يربطهما عقد زواج شرعي، وبالتالي لا يجوز التلقيح الاصطناعي بين الزوجين بعد فك الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة، كما لا يجرى هذا التلقيح لامرأة غير متزوجة.

وهذا الشرط يؤكد أن الهدف من جواز التلقيح الاصطناعي هو تحقيق مقصد من مقاصد الزواج المتمثل في الحصول على الأولاد وتكوين أسرة متماسكة.[2]

وتجدر الإشارة إلى أن الزوجين المرتبطين بعقد عرفي لا يمكنهما الاستفادة من هذه التقنية الحديثة من الإنجاب إلا بعد تثبيت زواجهما قضائيا. وذلك من أجل إثبات حالتهما أمام المراكز أو المؤسسة المتخصصة.[3]

5 -أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما:

باعتبار أن العقم يدخل ضمن الحالات المرضية التي تستدعي التدخل العلاجي للقضاء على أسبابه، ونظرا أيضا إلى أن الطبيب لا يستطيع أن يباشر علاج المريض بدون أن يأخذ إذنه ورضاه إلا في ظروف استثنائية نزولا عند مضمون المادة 154 من قانون الصحة الجزائري[4]: "**يقدم العلاج بموافقة المريض أو من يخولهم القانون إعطاء موافقتهم على ذلك، يقدم الطبيب العلاج الطبي تحت مسؤوليته الخاصة إذا تطلب الأمر تقديم علاج مستعجل لإنقاذ حياة القصر، أو حياة أحد الأشخاص العاجزين عن التمييز أو الذين يستحيل عليهم التعبير عن إرادتهم ويتعذر الحصول على رضا الأشخاص**

---

[1] أمال يعيش تمام وأقوجيل نبيلة، ضوابط التلقيح الصناعي من الناحيتين القانونية والشرعية، المرجع السابق، ص105.

[2] فاطمة عيساوي، "الإنجاب بالوسائل الحديثة في قانون الأسرة الجزائري"، مجلة معارف، الجزائر، المركز الجامعي العقيد آكلي محند أولحاج، البويرة، ع 6، جوان 2010، ص228.

[3] سليمان النحوي، المرجع السابق، ص18.

[4] زبيدة أقروفة، المرجع السابق، ص100.

المخولين أو موافقتهم في الوقت المناسب".

لذا كان لزاما أن تخضع عملية التلقيح الاصطناعي مسبقا إلى رضا الطرفين المشاركين في العملية وهما الزوج والزوجة باعتبار أن الإنجاب من الحقوق المشتركة بينهما.

وحتى يكون الرضا صحيحا يشترط أن يكون الزوجان بالغان سن 19 سنة على الأقل في ذات الوقت أهلية زواج[1] وأهلية مباشرة التصرفات القانونية[2]، وينبغي في هذا الصدد الإشارة إلى أن المشرع في ق.أ.ج يجيز للقاصر أي من لم يبلغ بعد أهلية الزواج أن يتزوج شريطة حصوله على إذن قضائي بالزواج. [3] وإن هذا القاصر المتحصل على الإذن القضائي بالزواج لا يمكنه إبداء موافقته بشأن التلقيح الاصطناعي والسبب في ذلك راجع إلى أن الأهلية التي يتحصل عليها الزوج القاصر، غير كافية لإبداء موافقته على التلقيح الاصطناعي، لأن المشرع حددها فقط بالنسبة للدعاوى القضائية دون التصرفات القانونية الأخرى. [4]

بالإضافة إلى ذلك لا يمكن الاعتداد بالرضا في حال فك الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة؛ لأن المشرع اشترط لإجراء العملية قيام العلاقة الزوجية، فموت أحدهما يعني أن العلاقة الزوجية بينهما قد حلت ولا يمكن بالتالي تصور إنجاب الأطفال بعد انحلال الرابطة الزوجية بالوفاة. [5] حيث يتجلى أن قصد المشرع من وراء قيد التلقيح الاصطناعي بعد الوفاة، منع الزوجة من تلقيح نفسها بمني زوجها المتوفي والمجمد ببنك حفظ النطف، غير أن شرط قيام الزوجية في حياتهما متحقق في حالة المحبوس والغائب.[6]

---

[1] المادة 7/ ف1 ق.أ.ج: "تكتمل أهلية الرجل و المرأة في الزواج بتمام 19 سنة".

[2] المادة 40 من ق.م.ج: "كل شخص بلغ سن الرشد، وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية".

المادة 86 من ق.أ.ج: "من بلغ سن الرشد ولم يحجر عليه يعتبر كامل الأهلية وفقا لأحكام المادة 40 من القانون المدني الجزائري".

[3] المادة 7: "... وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج".

[4] هجيرة خدام، المرجع السابق، ص28– 29.

[5] باديس ديابي، المرجع السابق، ص27.

[6] زبيدة إقروفة، المرجع السابق، ص116.

هذه الحالة تكون سببا وجيها للإقدام على التلقيح الاصطناعي خاصة إذا كانت الغيبة أو العقوبة السالبة للحرية يمتد أجلها إلى وقت تضعف أو تفقد نهائيا القدرة على الإنجاب، لاسيما في حق المرأة التي تتوقف عن الإباضة في سن اليأس.[1]

إلا أن القانون الجزائري في هذا المجال ما زال بعيدا كل البعد عن تجسيد هذه الفكرة رغم الإصلاحات التي أدخلت على نظام السجون المعتمدة في بعض البلدان مثل السعودية والأرجنتين، التي تعترف بالحق الشرعي للسجين بالإنجاب، إما بالسماح له بمخالطة أهله داخل المؤسسة العقابية في ظروف وشروط مهيأة لهذا الغرض، وإما باللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باعتبار منع السجين من الإنجاب يعتبر زيادة في العقوبة وسلبا لحقوقه الشخصية التي يجب أن تشملها العقوبة.

لكن هناك إشكالية أخرى تعترض التلقيح الاصطناعي في حالة امتناع أحد الزوجين عن القيام بالإخصاب الاصطناعي، وبيانها:

-إذا كان الرفض غير المبرر للتلقيح الصناعي من الزوج يسبب ضررا للزوجة فيحق لها هنا طلب التطليق[2] طبقا لنص المادة 53 من ق.أ.ج التي تنص على أنه: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية: ... العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج".

-أن تكون الزوجة هي التي تصر على رفض الخضوع لعملية التلقيح الاصطناعي فيحق حينئذ للزوج، المطالبة بفك الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق [3] طبقا للمادة 48 من ق.أ.ج[4].

6 -أن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما:

حفاظا على حرمة النسب وشرعيته أجاز المشرع الجزائري التلقيح الاصطناعي بالوسائل العلمية الحديثة ما استعمل ماء الزوجين فقط.

وقد نص القانون على ذلك أخذا بتوصيات اللجنة الوطنية لمراجعة قانون الأسرة

---

[1] المرجع نفسه، ص 117.

[2] سليمان النحوي، المرجع السابق، ص118.

[3] زبيدة إقروفة، المرجع السابق، ص112.

[4] المادة 48 من ق.أ.ج: "مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون".

المؤسسة على اجتهاد مجلس مجمع الفقه الإسلامي [1] المنعقد في دورة بعمان الأردنية أكتوبر 1986، والذي قرر جواز التلقيح الاصطناعي بطريقتين، وحرمة ما عداها بعد الاستماع لشرح الخبراء والأطباء والطريقتين اللتين لا حرج من اللجوء إليهما هما وفقا لمنطوق قرار مجمع الفقه الإسلامي: "أن تؤخذ نطفة من الزوج وبيضة من زوجته ويتم التلقيح خارجيا ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة، وأن تؤخذ بذرة الزوج وتحقن في الموضع المناسب من مهبل زوجته، أو رحمها تلقيحا داخليا". وبالتالي نستنتج من كل هذا أنه لا يجوز أن يدخل في عملية التلقيح طرف ثالث، كأن تستخدم لقيحة جاهزة من نطفة رجل غريب أو امرأة غريبة أو زرع البويضة الملقحة في رحم امرأة بديلة للزوجة.

لذا فإن استخدام أي طرف ثالث في وسائل الإنجاب يعتبر باطلا وغير شرعي لأن المشرع لا يعترف بمشروعيته أي علاقة بين رجل وامرأة سوى العلاقة الزوجية الشرعية لأنه لا مجال في القانون الجزائري لما يسمى بالعلاقات الحرة كما هو الحال في أغلب قوانين الدول الغربية.[2]

7 -**عدم جواز استعمال الأم البديلة:** ونقصد بها تلك الحالة التي تتطلب استخدام رحم امرأة أخرى غير الزوجة تحمل اللقيحة [3]، وقد منع ذلك المشرع الجزائري بصريح العبارة في المادة 45 الفقرة الأخيرة من ق.أ.ج بنصه على ما يلي:

" ... لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة...".

رابعا- الجزاء المترتب عن تخلف أحد شروط التلقيح الاصطناعي:

لم يكن تفكير المشرع الجزائري عميقا عندما أباح اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي ووضع له شروطا وضوابط، ولم يوضح الأثر المترتب عن تخلف إحدى الشروط أو الجزاء المترتب عنه .

فلو تصورنا أن عملية التلقيح الاصطناعي تمت من غير مني الزوج، أو بدون وجود لعقد زواج شرعي، أو بدون موافقة الزوج أو بعد موته، فما أثر ذلك وما موقف المشرع

---

[1] قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي بجدة للدورات 1-10، القرارات 1-97، عن منشورات دار القلم بدمشق، مجمع الفقه الإسلامي، الطبعة الثانية، 1998.

[2] فاطمة الزهراء رابحي، المرجع السابق، ص158.

[3] فاطمة عيساوي، المرجع السابق، ص6.

الجزائري من هذه المسألة؟ [1]

لم يضع المشرع الجزائري إجابة لهذه الإشكاليات رغم تأثيرها على مسألة ثبوت النسب ونفيه، وهذا على غرار بعض التشريعات التي رتبت جزاء على كل عملية استدعت تدخل طرف أجنبي من العلاقة الشرعية، مثل المشرع الليبي [2] الذي حرّم التلقيح الاصطناعي في حالة ما إذا كانت الحيوانات المنوية من غير زوج المرأة لاسيما في المادتين 403 مكرر أ و 403 مكرر ب من قانون العقوبات الليبي، فقد جاء نص المادة 403 مكرر أ على أنه: "كل من لقح امرأة تلقيحا صناعيا بالقوة أو التهديد أو الخداع يعاقب بالسجن مدة لا تزيد عن عشر سنوات...".

وتكون العقوبة السجن لمدة لا تزيد على خمس سنوات إذا كان التلقيح برضاها، تزيد العقوبة بمقدار النصف إذا وقعت الجريمة من طبيب أو صيدلي أو قابلة أو أحد معاونيها...."[3].

وفي المادة 403 مكرر (ب) فنص على ما يلي:

"تعاقب المرأة التي تقبل تلقيحا صناعيا أو بتلقيح نفسها صناعيا بالسجن مدة لا تزيد عن خمس سنوات ويعاقب الزوج بذات العقوبة المنصوص عليها في الفقرة السابقة إذا كان التلقيح بعلمه ورضاه وسواء وقع التلقيح من الزوجة أو الغير.

لذا وجب على المشرع الجزائري التفكير في وضع إطار جزائي لمن يخالف أحكام المادة 45 مكرر من ق.أ.ج، كونها تكتسي أهمية بالغة ومخالفتها يؤثر على النسل وشرعيته، ويهدد المجتمع من خلال اختلاط الأنساب.

---

[1] فاطمة عيساوي، المرجع السابق، ص6.

[2] خالد بوزيد، المرجع السابق، ص34.

[3] قانون العقوبات الليبي (www.aladel.gov.ly) تاريخ التصفح: 2014/12/10.

المبحث الثالث

أثر التلقيح الصناعي في إثبات النسب

لعل من البديهي ونحن نتكلم عن تقنيات التلقيح أن نثير موضوعا هو نتيجة منطقية لهاته العمليات وهو موضوع النسب، أي نسب الطفل الذي سيولد نتيجة للتلقيح الصناعي.

حيث إنه ونظرا إلى أن النسب هو مجموع العلاقات الاجتماعية إذا نظرنا إليه في كونه جوهر البناء الأسري، فمن حق كل فرد في المجتمع الانتماء إلى أسرة وإلى عائلة تحفظه وتصونه وتحميه وتسهر على تنمية قدراته الجسمية والفكرية، وتضمن حقوقه والتي أهمها على الإطلاق ثبوت النسب، لأنه أساس ثبوت جميع الحقوق الأخرى والتي هي في الأصل متعلقة به تعلق الوجود أوالعدم.[1]

والمعلوم لدينا أن ثبوت النسب متعلق بثبوت السبب المنشئ له، فنسب الولد من الأم يثبت بالولادة بغض النظر عن صحة الزواج، ودليل ذلك واضح وصريح بنصوص الآيات الكريمة في القرآن.

أما نسب المولود من الأب فيثبت أصلا بالفراش مصداقا لقوله صلى الله عليه وسلم: " الولد للفراش وللعاهر الحجر"، والفراش هو تعيين المرأة للولادة لشخص واحد، وكل ذلك يقوم على وجود العقد مع إمكان الدخول بالزوجة.[2]

ومن كل هذا نجد أن جل التشريعات العربية والإسلامية قد أقامت إمكانية إثبات النسب بكافة طرق الإثبات المعتبرة شرعا وقانونا، وما كان ذلك في التشريعات إلا لحفظ اللبنات الأساسية من تعريض الأطفال للأخطار والتسبب في إيذاء المجتمع.

وسوف أعالج هذا المبحث من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول: إثبات النسب في حالة التلقيح الصناعي الداخلي.

المطلب الثاني: إثبات النسب في حالة التلقيح الصناعي الخارجي.

المطلب الثالث: إثبات النسب في حالة الأم البديلة.

---

[1] سليمان النحوي، المرجع السابق، ص458.

[2] المرجع نفسه، ص459.

المطلب الأول

إثبات النسب في حالة التلقيح الصناعي الداخلي

إن الجنين ينسب إلى أمه بعد ولادته وذلك في إطار العلاقة الزوجية الصحيحة نتيجة للمعاشرة الجنسية الطبيعية، لكن في التلقيح الاصطناعي يمكن للزوجة أن تأتي بولد بغير هذه المعاشرة مما قد يثير مشاكل في تحديد نسب المولود إلى والديه. وحسب المادة 45 مكرر من ق.أ.ج فإن المشرع أجاز أسلوب التلقيح الاصطناعي شريطة أن يتم وفق بنود هذه المادة، ومتى توافرت الشروط نتج عن التلقيح ولادة طفل فالمفروض أنه يعد ابنا شرعيا وبيولوجيا للزوجين[1]، كما يشترط احتياطا النظر إلى مدة الحمل.

والتي يقدرها العلماء بستة أشهر قبل العقد فإذا وضعت حملها في ستة أشهر في العقد أو قبلها فهنا القول يكون للزوج إذا أنكر فلا يثبت النسب لتأكد أنها علقت به من غيره قبل العقد.[2]

أما بالنسبة لتلقيح بويضة الزوجة بنطفة زوجها بعد وفاته وأثناء العدة، أي خلال مدة العدة الشرعية (أربعة أشهر وعشرة أيام)، في هذه الحالة يثبت نسب الولد من أبيه، لأن الفراش قائم بقيام العدة ولأن النسب ثابت قبل الولادة، وثابت أن النطفة منه [3]، لكن في حالة انتهاء العدة بعد الوفاة حيث يستمر حفظ اللقيحة (السائل المنوي) لفترة طويلة من الزمن[4] كحفظ اللقيحة فترة ستة أشهر بعد الوفاة ثم تزرع في رحم المرأة لتحمل به مدة الحمل تسعة أشهر، فإن المجموع يصبح خمسة عشر شهرا أي سنة وثلاثة أشهر، فلا ينسب الولد لأبيه لأنه جاء بعد مضي المدى الأقصى للحمل (المادة 43 ق.أ.ج).[5]

والتبرير لذلك هو أن أغلب فقهاء الشريعة الإسلامية ذهبوا إلى تحريم عملية التلقيح الاصطناعي بعد وفاة الزوج، أي بعد انتهاء الحياة الزوجية التي تنتهي عندهم منذ لحظة

---

[1] سمية بوكايس، التلقيح والعقوبة الجنائية، www.droitenterprise.org تاريخ التصفح : 2014/11/10

[2] سليمان النحوي، المرجع السابق، ص461.

[3] فاطمة الزهراء رابحي، المرجع السابق، ص165.

[4] أحمد محمد لطفي أحمد، المرجع السابق، ص134.

[5] فاطمة الزهراء رابحي، المرجع السابق، ص166.

الوفاة.[1]

ومن جهة أخرى فالتلقيح بتلك الصورة لا يتماشى مع أحكام الميراث التي نص عليها قانون الأسرة، إذ تنص المادة 128 منه على أنه يشترط لاستحقاق الإرث أن يكون الوارث حيا أو حملا وقت افتتاح التركة... ذلك مما يكون من حق الورثة الاعتراض على انتساب الطفل الذي يأتي نتيجة لهذه الصورة من التلقيح من الشخص المتوفى.[2]

[1] سفيان بن عمر بو رقعة، المرجع السابق، ص479.

[2] جيلالي تشوار، "عولمة القانون ومدى تأثيرها على أحكام الأسرة"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، ع3، 2008، ص115.

المطلب الثاني

إثبات النسب في حالة التلقيح الصناعي الخارجي

إن المشرع الجزائري من خلال المادة 45 مكرر الفقرة الثانية من ق.أ.ج يضفي عدم الشرعية على أسلوب التلقيح الاصطناعي بنطفة الغير، لأنه اشترط أن تتم عملية التلقيح الاصطناعي بمني الزوج وبويضة الزوجة دون غيرهما، بهذا المنع يكون قد نهج منهج الرأي الغالب من الفقه المعارض بهذه العملية، وكذلك أخذ بموقف الشريعة الإسلامية التي تحرم تدخل طرف أجنبي على العلاقة الزوجية[1] فلا يجوز أن تكون إحدى البذرتين من أحد الزوجين والأخرى من أجنبي عنهما. وفي هذا السياق جاءت فتوى دائرة الإفتاء المصرية التي فحواها: " تلقيح الزوجة بمني رجل آخر غير زوجها سواء لأن الزوج ليس به مني، أو كان به ولكنه غير صالح محرم شرعا، لما يترتب عليه من اختلاط في الأنساب، بل ونسبة ولد إلى أب لم يخلق من مائه. وفوق هذا ففي هذه الطريقة من التلقيح إذا حدث بها الحمل معنى الزنا ونتائجه، والزنا محرم بنصوص القرآن والسنة ".[2]

وفي الحقيقة، الحل الذي اعتمده المشرع الجزائري، يعتبر حلا منطقيا فتلقيح امرأة بغير نطفة زوجها يعتبر أمرا غير شرعي ومناف للأخلاق ، وكل اتفاق يخالف حرمة تلقيح الزوجة بماء غير ماء زوجها يعتبر باطلا بطلانا مطلقا ومخالفا للشريعة الإسلامية.

وخلافا لقوانين الدول غير الإسلامية التي تعترف بعملية التلقيح الاصطناعي بواسطة نطفة من رجل غير الزوج وتبيحه وتنسب الولد للزوج، فإن عدم إجازة الفقهاء المعاصرين والمشرع الجزائري لذلك، حتى وإن كان برضا الزوج تبرز مدى الحرص على منع اختلاط الأنساب وعدم إلحاق ضرر بالمولود لما لا يثبت نسبه، فلا يكون الزوج أبا له ينسب إليه وإنما ينسب إلى أمه فقط، كما أنه لا إمكانية لنسبه إلى الرجل صاحب النطفة كونه أمرا غير جائز شرعا وقانونا لعدم وجود رابطة زوجية مشروعة بين أمه

---

[1] سليمان النحوي، المرجع السابق، ص55.

[2] شهاب الدين الحسيني، التلقيح الصناعي بين العلم والشريعة، http//www.islamicfeqh.com، تاريخ التصفح: 2013/06/08 .

والرجل المتبرع بالنطفة.[1]

المطلب الثالث

إثبات النسب في حالة الأم البديلة

إن مسألة الأم البديلة كموضوع مستحدث قد أثر بالخصوص، في مسألة الزواج والبنوة، ذلك أن الزواج حسب مفهوم المادة 4 من ق.أ.ج "هو عقد رضائي بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه المحافظة على الأنساب" وهو أيضا الوسيلة الطبيعية للإنجاب، ولأهمية النسب نظم أحكامه قانون الأسرة الجزائري في المواد 40 إلى 46.[2]

لكن ظهور موضوع الأم البديلة عدّد النسوة اللاتي يمكن وصف كل منهن بالأم فهناك الأم التي تقوم بعملية الحمل والوضع دون مشاركة بيولوجية، وهناك الأم التي تشارك بويضتها مع مني زوجها في تخليق الجنين دون أن تشارك في عملية الحمل والوضع، فإلى أي منهن ينسب الطفل بعد ميلاده، هل إلى المرأة التي حملته ووضعته؟ أم إلى المرأة التي ساهمت بالبويضة في التخليق واكتسابه الصفات الوراثية؟ وهل هناك تشابه بين وضع الطفل في نظام الأم البديلة ووضع الطفل في نظم التبني؟[3]

أمام غياب النص، اقتضى الأمر أن يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في هذا الموضوع[4]، وكان الموقف ولا يزال محل خلاف بين الفقهاء؛ فلئن ذهب قليل منهم[5] إلى القول بأن المفيد في الأمومة هو الحمل والولادة، منكرين بذلك على صاحبة البويضة أمومتها؛ فإن أغلب الفقهاء[6] يرون أنه يكفي لثبوت الأمومة بين المولود وأمه أن تكون هذه الأخيرة هي صاحبة البويضة متمسكين بأن صلة التكوين والوراثة هي الأساسية لقيام العلاقة.

---

[1] فاطمة الزهراء رابحي، المرجع السابق، ص241.

[2] نصر الدين مروك، المرجع السابق، ص38.

[3] المرجع نفسه، ص39.

[4] المادة 222 ق.أ.ج: " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية ".

[5] زبيري بن قويدر، المرجع السابق، ص83.

[6] نصر الدين مروك، المرجع السابق، ص40.

هذا فضلا عن تشبيه العلاقة بالأم الحاملة بالعلاقة بالأم من الرضاع [1]، أما صاحبة البويضة فهي التي أحالت خصائصها الوراثية إلى ابنها والتي هي أعمق بكثير من تغذية الجنين[2]، كما يمكن أن يستشف موقف المشرع الجزائري في قانون الأسرة من المادة 43 (التي لم تعدل) أنه تبنى حلا مخالفا بحيث ربط الأمومة بالوضع ولكن هذا الحل لا يتلاءم مع التطور الطبي الذي يعطي أولوية أكثر للحقيقة البيولوجية.

ولما كان للنسب أهمية عظمى فقد نصت المادة 45 مكرر من ق.أ.ج: "لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة"، حيث حسم المشرع المسألة بتقرير أن الزوجة صاحبة البويضة هي أم الطفل بدليل أنه لا يعترف أصلا بالأم البديلة المتبرعة بالبطن.

أما من حيث نسب الطفل لأبيه، فنص المادة 45 مكرر صريح في أن طفل التلقيح الاصطناعي يثبت للزوج صاحب النطفة وذلك بموجب الضوابط والضمانات المذكورة في المادة 45 مكرر من ق.أ.ج (وجود عقد زواج شرعي، وأن يتم التلقيح برضا الزوجين، وثالثا أن يتم التلقيح بمني الزوج، إضافة إلى ذلك نص المواد 41، 42، 43، 45 ق.أ تفترض الجماع والاتصال بين الزوجين وإلحاق نسب الطفل بأبيه.[3]

وعليه فإن إجراء عملية التلقيح الاصطناعي بواسطة شخص غير الزوج من شأنه المساس بأحكام النسب الشرعي، وبالتالي نكون أمام نوعين من الأبوة: أبوة طبيعية قانونية ترجع للزوج وهو أب الطفل قانونا، وأبوة بيولوجية تعود للرجل المتبرع، الأمر الذي سيدفع حتما بالزوج لرفع دعوى إنكار نسب الطفل الذي أتى عن طريق التلقيح الاصطناعي بغير نطفته.[4]

وفي هذا الإطار ذهب جمهور الفقهاء إلى إلحاق هذا الطفل الناتج عن نطفة رجل آخر غير الزوج بأمه كولد الزنا، ولا يثبت نسبه من صاحب النطفة الأجنبي ولو عرف

---

[1] يمكن تشبيه الرحم المستعار بمثابة الأم بالرضاعة، باعتبار أن دورها يقتصر على تغذية الجنين – المخلوق من بويضة أمه– مدة الحمل– الأمر الذي لا يختلف كثيرا عن دور الأم المرضعة إذا تعذر على الأم القيام بذلك الواجب بنفسها. انظر: زبيري بن قويدر،المرجع السابق، ص84.

[2] نصر الدين مروك، المرجع السابق، ص41.

[3] علي هاشم يوسفات، المرجع السابق، ص133.

[4] فاطمة الزهراء رابحي، المرجع السابق، ص242.

من هو، وهنا تحذير واضح من التساهل في مسألة التلقيح الصناعي بنطفة غير الزوج التي تعتبر غير جائزة شرعا وقانونا.[1]

وخلاصة ما سبق أن القاعدة الشرعية التي جاء فيها "أن الولد للفراش وللعاهر الحجر " فيها ما ينبئ وبيقين أن العبرة في ثبوت النسب وإثباته ليس مناطها الأصل البيولوجي للمولود سواء أكان ذلك من جهة الأم أو من جهة الأب وإنما يبقى الفراش هو الأساس دائما في إثبات النسب، ومن أتى بولد من غير نكاح شرعي لا يجني من فعلته هذه أية ثمرة وفي مقدمة ذلك حرمانه من المولود الذي جاء من صلبه ونفس المعنى نجده في المرأة التي تعطي البويضة لغيرها تبرعا، أو المرأة التي تعطي أمشاجها لغيرها من النساء كي تستدخلها فتحمل نيابة عنها وتلد، فإن كلتيهما لا يثبت لها نسب لكونها في منزلة العاهر في الزنا، هذا فضلا عما يترتب عن عمليات التلقيح الاصطناعي بمساهمة الغير من مشاكل ومخاطر خلط الأنساب وعدم ثبوتها لجانب وثبوتها لجانب آخر لوجود أب واقعي وآخر حكمي.

[1] علي هاشم يوسفات، المرجع السابق، ص134.

الخاتمة

لقد أثمرت صفحات هذا البحث جملة من النتائج والتوصيات يمكن عرض أهمها فيما يلي:

أولا: أهم النتائج:

1. أن النسب من أقوى الدعائم التي تقوم عليها الأسرة الجزائرية.
2. تتجلى أسباب ثبوت النسب الشرعية وجود الزوجية (الفراش) ويندرج تحتها صور الزواج الصحيح، والزواج الفاسد، والوطء بشبهة. وهذا ما سار عليه المشرع الجزائري في المادة 40 من ق.أ.ج بالإضافة إلى الإقرار والبينة.
3. إن الطريق الوحيد لنفي النسب هو اللّعان بشروطه المعتبرة لكي تتوفر الحماية للزوجة من الاتهام بالباطل من جهة، ولحفظ نسب المولود على فراش الزوج من جهة ثانية.
4. يؤكد الطب الحديث سلامة ما ذهب إليه المشرع الجزائري من خلال المادة 42 ق.أ.ج فيما يتعلق بشروط ثبوت النسب ولاسيما ما تعلق منها بشرط ولادة الولد بين أقل مدة الحمل (6 أشهر) وأقصى هذه المدة (10 أشهر).
5. يؤخذ على المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة إغفاله بيان شكل الإقرار، بوصفه طريقة أساسية من طرق إثبات النسب.
6. إن المشرع الجزائري قد أحسن صنعا لما منع نظام التبني صيانة لحقوق الأولاد، نظرا لما للتبني من آثار سلبية في مقدمتها اختلاط الأنساب. وليس في هذا المسلك إهدار لمصالح الطفل وحرمانه أن يعيش في كنف أسرة وفق اعتبارات الإنسانية والرحمة.
7. البصمة الوراثية هي البنية الجينية التفصيلية التي تدل على هوية كل فرد بعينه، وتحدد طبيعته الصحية بالتحليل الوراثي لجزء من الحمض النووي DNA بطريقة شبه يقينية، وأنها وسيلة منضبطة من الناحية العلمية في التحقق من الوالدية البيولوجية.
8. إن نظام البصمة الوراثية نظام فريد يتميز فيه كل فرد عن غيره، ويتميز بالثبات وعدم التغير طوال حياة الإنسان، بل وحتى بعد مماته، حيث يمكن استخلاصه من الخلايا

ولو بعد مضي عدة سنوات.

9. لا يجوز استخدام البصمة الوراثية للتشكيك في صحة الأنساب الثابتة استصحابا لما استقر بيقين.

10. ضرورة الاحتياط عند إجراء تحليل البصمة الوراثية، ويتحقق بالتزام الضوابط القانونية والطبية في المختبرات المتخصصة بإشراف للدولة.

11. تقتضي الاستفادة من البصمة الوراثية وجود متخصصين (خبراء وفنيين) للقيام بإجراء تحاليل البصمة الوراثية، ولابد من اتصافهم بالأمانة والخلق الحسن والعدل.

12. هناك إشكالات تعيق استخدام البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب؛ كحرمة المساس بجسد الإنسان، وعدم جواز إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه. ويتطلب هذا تدخّل المشرع بوضع نصوص قانونية ترفع الإشكال.

13. يعتبر التلقيح الاصطناعي طريقة حديثة غير طبيعية للإنجاب، وهو جائز شرعا وقانونا؛ استنادا لوجود الضرورة والحاجة إليه، كما أنه لا يمكن إجراء التلقيح الاصطناعي من دون توفر شروطه الأساسية: الضرورة الداعية إليه – أن يتم في إطار العلاقة الزوجية القائمة أثناء حياة الزوجين وبقائهما مرتبطين بعقد زواج شرعي – توفر رضا الزوجين وإذنهما بإجراء هذه العملية – أن يتم التلقيح الاصطناعي بين الزوجين لا غير.

14. نسب الولد الناتج من التلقيح بين الزوجين يكون ثابتا لهما.

15. حقوق الطفل المولود من طريق التلقيح الاصطناعي تكون مساوية تماما لحقوق الطفل الناتج من الحمل الطبيعي.

16. الصور المحرمة من التلقيح الاصطناعي لا يثبت فيها النسب.

ثانيا: أهم التوصيـــــات:

يمكن عرض جملة من الاقتراحات من شأنها خدمة الموضوع وإزالة كثير من الصعوبات التي تعترض سبيل إثبات النسب، وأهمها:

1 -تعديل عنوان الفصل الخامس من قانون الأسرة بعبارة "النسب ووسائل إثباته أو نفيه".

2 - محاولة صياغة نصوص قانونية من طرف المشرع الجزائري أكثر وضوحا في تحديد النسب الشرعي خصوصا ما يتعلق بالزواج الفاسد والباطل.

3 - ضرورة التحديد الدقيق تشريعيا لقواعد ثبوت النسب وكيفية التنسيق بينها وبين الوسائل العلمية.

4 - اقتراح تعديل أقصى مدة الحمل وتكون بسنة شمسية أي (365) يوما حتى تشمل جميع الحالات النادرة التي تتعرض لها المرأة فتتأخر ولادتها بعض الشيء. وبشأن بدء حساب المدة القصوى للحمل لبيان نسب الولد بعد الطلاق يقترح أن تبدأ من تاريخ التلفظ بالطلاق وليس من تاريخ صدور حكم النطق به.

5 - اقتراح إضافة فقرة ثانية لنص المادة 46 من ق. أ.ج والتي تمنع التبني، وتكون كالآتي: "يمنع التبني شرعا وقانونا ولا ينتج عنه أي أثر من آثار البنوة الشرعية".

6 - الدعوة إلى الأخذ بنتائج البصمة الوراثية في مجال النسب تماشيا مع التطور العلمي مع ضرورة توفير الضوابط الفنية وشروط القانونية ومنها:

-يجب أن يكون القائمون على تحليل البصمة الوراثية حائزون على المؤهلات العلمية التخصصية، على أن يكونوا كذلك معتمدين ومسجلين كخبراء قضائيين.

-أن يكون القائمون على العمل في المختبرات المنوطة بإجراء تحاليل البصمة ممن يوثق بهم علما وخلقا.

-منع استخدام البصمة الوراثية في حالات الأنساب الثابتة.

-أن لا يتم إجراء التحاليل إلا بإذن من القضاء المختص بمناسبة نظر دعوى تتعلق بثبوت النسب.

-توفر جميع الضمانات المعرفية والمخبرية حتى تكون النتائج يقينية وهذا يتطلب: مختبرات ذات تقنية عالية، واتخاذ أقصى الاحتياطات المطلوبة لتلافي الوقوع في الخطأ، ومعاودة إجراء التحاليل على الأقل مرتين من عينتين مختلفتين لإمكان المقارنة والتيقن من دقة النتائج.

-فرض عقوبات صارمة على كل المخالفين لضوابط تحليل البصمة الوراثية في مجال النسب سواء كانوا آباء أو مخبريين مختصين في التحاليل.

-التزام ما تقتضيه الحاجة من تحديد القيمة القانونية لهذه الطرق وحجيتها من خلال منح القاضي سلطات واسعة لتطبيق الطرق العلمية لخلق نوع من المرونة القانونية.

-بالنسبة للتلقيح الاصطناعي كوسيلة علمية جديدة للإنجاب لابد أن تتماشى مع توفر شروطها الواردة في المادة 45 مكرر من ق.أ.

-إذا تم الاخصاب خارج الرحم في الأنابيب فإنه لابد من توفير الضمانات الكفيلة بمنع اختلاط النطف واللقائح عن طريق قصر إجراء العمليات على مراكز طبية متخصصة مرخص لها وتخضع لرقابة الدولة.

-ضرورة اتباع الشروط الإجرائية للقيام بأي عملية عن طريق قيد كل عملية إخصاب في سجل خاص تدون فيه كل البيانات الخاصة بالزوجين وكل ما يقوم به الأطباء من عمليات وتحديد وقتها بدقة والأشخاص القائمين بها.

-ضرورة تشريع جزاءات ردعية عند مخالفة الشروط والمتطلبات العملية لعمليات التلقيح الصناعي.

-ضرورة تجريم كافة صور التلقيح خارج إطار العلاقة الزوجية والاستعانة بطرف أجنبي ومن ذلك: تلقيح امرأة غير متزوجة، تلقيح امرأة متزوجة بواسطة متبرع، والأم البديلة الأجنبية عن الزوجين أو كانت زوجة ثانية لنفس الزوج. وهذا احتياطا من اختلاط الأنساب.

وفي الأخير أود أن نشير إلى أن المشرع الجزائري وفق إلى حد بعيد في اقتحام هذا المجال وبخطى ثابتة؛ حيث أجاز حالة واحدة فقط للتلقيح الاصطناعي. وهذا التروي في مثل هذه المسائل أفضل بكثير من التسرع بإصدار تشريعات، أو السير على خطى فتاوى شاذة لا تخدم العلم ولا الشرع، وضررها أكثر من نفعها على بمصلحة الأسرة والمجتمع.

قائمة المصادر و المراجع

أولا:القرآن الكريم.

ثانيا:المصنفات:

أ باللغة العربية:

1. **آباش:** أحمد، الأسرة بين الجمود والحداثة، ط1، لبنان، لا.ن، 2011.
2. **آبادي**:محمدالفيروز ، القاموس المحيط،لا.ط، القاهرة، دار الحديث، 2008.
3. **إبراهيم:** أحمد بك ،وواصل علاء الدين، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون، مطبعة الخرطوبي، القاهرة، 1994.
4. **ابن منظور:** محمد بن مكرم، لسان العرب، نسقه وعلق عليه ووضع فهارسه : علي بشري، دار إحياء التراث العربي، ط1، سنة 1408، 1988.
5. **أبو الحاج:** صلاح محمد، سبل الوفاق في أحكام الزواج، لا.ط، مؤسسةالوراق للنشر والتوزيع، لا.ن، 2005.
6. **أبو خزيمة:** أسماء مندوه عبد العزيز، وسائل إثبات النسب بين القديم والمعاصر "دراسة فقهية مقارنة"، ط1، مصر، دار الفكر الجامعي، 2010.
7. **أبو زهرة:** محمد، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، لا.ط، دار الفكر العربي، د.ت.
8. **أبو زيد:** بكر بن عبد الله، فقه النوازل، ط1، ج1، بيروت، مؤسسة الرسالة، 1996.
9. **الأحمد:** حسام، البصمة الوراثية حجيتها في الإثبات الجنائي والنسب، ط 1، بيروت– لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 2010.
10. **أحمد:** محمد لطفي، التلقيح الصناعي بين أقوال الأطباء وآراء الفقهاء، لا.ط، الإسكندرية– مصر، دار الفكر الجامعي، 2006.
11. **إقروفة:** زبيدة، التلقيح الاصطناعي "دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي"، لا.ط، الجزائر، دار الهدى، 2010.
12. **آل الشيخ:** هشام بن عبد الملك، أثر التقنية الحديثة في الخلاف الفقهي، ط 4، الرياض، منشورات مكتبة الرشد، 1431هـ– 2010م.

13. **الأهدل:** عبد الرحمن شميلة،الأنكحة الفاسدة "دراسة فقهية مقارنة "، ط1، الرياض، المكتبة الدولية، 1989.

14. **البار:** محمد علي، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، ط4، جدة، الدار السعودية للنشر والتوزيع، 1983.

15. البخاري: محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري،ط1،بيروت، دار بن كثير، 2002.

16. **البكري:** محمد عزمي، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية – الطلاق- النسب، ط9، لا.م، دار محمود للنشر والتوزيع، 1999.

17. **بلحاج:** العربي: 1- الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط 6، ج1، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2010.

2- الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري "مقدمة الخطبة، الزواج "، ط 4، ج 1، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2005.

18. **بن حرز الله:** عبد القادر، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، ط 1، الجزائر، دار الخلدونية، 2007.

19. **بن شويخ:** الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل "دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية"، ط1، الجزائر، دار الخلدونية، 2008.

20. **بن عبد العزيز:** سعد، أحكام الهندسة الوراثية، ط 1، الرياض، دار كنوز اشبيليا، 2007.

21. **بن ملحة:** الغوثي، قواعد وطرق الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2001.

22. **البنا:** كمال صالح، المشكلات العملية في دعاوى النسب والإرث، ط1، القاهرة، عالم الكتب، 2002.

23. **بورقعة:** سفيان بن عمر، النسب ومدى تأثير المستجدات العلمية في إثباته، ط 1، الرياض، دار كنوز إشبيليا، 2007.

24. **تشوار:** جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، لا.ط، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2001.

25. **تقية:** عبد الفتاح، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي، لا.ط، الجزائر، مطبعة ثالة، 2000.
26. **جرادات:** أحمد علي، الوسيط في قانون الأحوال الشخصية الجديد الزواج والطلاق، ط1، عمان، الأردن، دار الثقافة، 2012، ص 326.
27. **الجرجاني:** علي بن محمد الشريف، كتاب التعريفات، لا.ط، لبنان، لا.ن، 1985.
28. **الجندي:** أحمد نصر: 1- شرح قانون الأسرة الجزائري، لا.ط، دار الكتب القانونية، مصر، 2009.
2- من فرق الزوجية، الخلع، الإيلاء، الظهار، اللّعان، لا.ط، لا.ن، دار الكتب القانونية، 2005.
29. **حسيني:** محمود عبد الدايم عبد الصمد، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات، ط1، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2007.
30. **حسيني:** هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي، لا.ط، مصر، دار الكتب القانونية، 2007.
31. **حلمي:**أحمد مصطفى، أحكام النسب فقها وقضاء، ط2، لا.م، لا.ن، 2006.
32. **حمد:**أحمد، موضوع النسب في الشريعة والقانون، ط1، الكويت، دار القلم، 1983.
33. **دیابي:** باديس، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي، لا.ط، الجزائر، دار الهدى، 2010.
34. **الربيعي:**محمد، الوراثة والإنسان "أساسيات الوراثة البشرية والطبية"، الكويت، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، أبريل 1986.
35. **الزحيلي:**وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، ط3، دار الفكر، دمشق، 1989.
36. **الزلمي:** مصطفى إبراهيم، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي المقارن، ط 1، لبنان، لا.ن، 2011.
37. **سايس:** جمال، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ط 1، الجزائر، منشورات كليك، 2013.
38. **السبحي:**محمد عبد ربه محمد، حكم استئجار الأرحام، د.ط، الإسكندرية – مصر، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2008.

39. **السبيل:** عمر بن محمد، البصمة الوراثية ومدى مشروعية استخدامها في النسب والجناية، ط1، الرياض، دار الفضيلة، 2002.
40. **سعد: عبد العزيز:** 1- الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط2، الجزائر، دار البعث، 1989.
2- قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ط2، الجزائر، دار هومة، 2009.
41. **سلامة:**زياد أحمد، أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة، لا.ط، الدار العربية للعلوم، عمان – الأردن، 1994.
42. **سمارة:** محمد، أحكام وآثار الزوجية، ط1، عمان، الأردن، دار الثقافة، 2008.
43. **السمرقندي:** علاءالدين، تحفة الفقهاء، ط1، لبنان، دار الكتب العلمية، 1983.
44. **الشاذلي:** محمد نبيل سعد، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون، لا.ط، لا.ن، دار النهضة العربية، د.ت.
45. **الشافعي:**أحمد محمود، الطلاق وحقوق الأولاد والأقارب "دراسة مقارنة بين المذاهب في الفقه الإسلامي"، لا.ط، القاهرة، الدار الجامعية، 1978.
46. **شامي:** أحمد، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات "دراسة فقهية ونقدية مقارنة"، لا.ط، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2010.
47. **شاهين:** محمود سعد، أطفال الأنابيب بين الحظر والإباحة وموقف الفقه الإسلامي منها، ط1، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2010.
48. **الشرنباصي:** رمضان علي السيد، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، ط 1، لبنان، دار الجامعة للطباعة والنشر، 2001.
49. **الشوكاني:** محمد بن علي، فتح القدير،ط4، بيروت، 2007.
50. **طارق:** عبد المنعم محمد، أحكام التدخل الطبي في النطف البشرية في الفقه الإسلامي، ط1، عمان، الأردن، دار النفائس، 2010.
51. **عامر:** عبد العزيز، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء، القاهرة، دار الفكر العربي، د.ت.
52. **العريض:** شيخة سالم، الوراثة ما لها وما عليها، ط 1، دار الحرف العربي، لا. م، 2003.

53. **العيش:** فضيل، شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد وفقا للتعديلات الأخيرة، لا.ط، مطبعة طالب، الجزائر، 2008.

54. **فراج:** أحمد حسين، أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي، لا.ط، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2004.

55. **القرام: ابتسام** ، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، قاموس باللغتين العربية والفرنسية، لا.ط، قصر الكتاب، 1998.

56. **قنديل:**محمد مهدي، البصمة الوراثية (DNA) في دعاوى النسب والجوانب العملية، القاهرة، دار الحكيم للطباعة، 2008.

57. **القواسمي:** بسام محمد، أثر الدم والبصمة الوراثية في الإثبات، ط 1، الإسكندرية، دار النفائس، 2010.

58. **الكعبي:** خليفة علي، البصمة الوراثية وآثارها على الأحكام الفقهية دراسة فقهية مقارنة، ط1، دار النفائس، الأردن، 2006.

59. **لمحب:**محمد صالح، هندسة الوراثة وعلم الاستنساخ، لا.ط، الدار العربية للعلوم، لبنان، 1995.

60. **محدة:** محمد، سلسلة فقه الأسرة الخطبة والزواج، ط 2، ج1، باتنة، الجزائر، شهاب 2000، 1994.

61. **منصور:** محمد خالد، الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي، ط 2، عمان – الأردن، دار النفائس، 1999.

62. **مهران:** محمود عبد الرحيم، الأحكام الشرعية والقانونية للتدخل في عوامل الوراثة والتكاثر، ط1، مصر، لا.ن، 2002.

63. **موسى:** محمد يوسف، النسب وآثاره، ط2، دار المعرفة، القاهرة، 1985.

64. **ناجي:** أنس حسن محمد، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في إثبات ونفي النسب، لا.ط، الإسكندرية، مصر، دار الجامعة الجديدة، 2010.

65. **نجم:** محمد صبحي، محاضرات في قانون الأسرة، لا.ط، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1999.

66. الهلالي: سعد الدين مسعد، البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية، ط 1، الكويت، مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت، 2001.

67. الهلالي: علي هادي عطية، المركز القانوني للجنين في ظل الأبحاث الطبية والتقنيات المساعدة في الأبحاث، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط1، 2012.

68. ولد خسال: سليمان، الميسر في قانون الأسرة الجزائري، ط 2، الجزائر، الأصالة للنشر والتوزيع، 2012.

69. ويح:أشرف عبد الرزاق، موقع البصمة الوراثية من وسائل النسب الشرعية، ط 1، لا.ن، دار النهضة العربية، د.ت.

70. يوسف: أمير فرج، أطفال الأنابيب طبقا للحقائق العلمية والأحكام الشرعية والقانونية، ط1، الإسكندرية– مصر، مكتبة الوفاء القانونية، 2013.

ب– باللغة الفرنسية:

Eberhard Passarge, Atlas de poche de génétique, France, décembre 2002.

ثالثا: النصـــــوص القانونـــــــية:

1. دستور 1996، الصادر بالمرسوم الرئاسي رقم 96–438 المؤرخ في 26 رجب 1417 هـ المتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج.ر.ج.ج، ع 76 المؤرخة في 8 ديسمبر 1996.

2. قانون رقم 05–02 المؤرخ في 2005/02/27، المعدل والمتمم للقانون رقم (84 – 11) المؤرخ في 1984/06/09 المتضمن تقنين الأسرة الجزائري. الجريدة الرسمية رقم 15 لسنة 2005.

3. قانون رقم 05–10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للقانون رقم 75–58 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني الجزائري.

4. قانون حماية الصحة وترقيتها رقم 05/85 المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1405 هـ الموافق لـ 16 فبراير سنة 1985 المعدل والمتمم بعدة قوانين، ج.ر، ع 8، الصادرة بتاريخ 1985/02/17.

5. الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 13 ذي الحجة 1389هـ الموافق لـ 19 فبراير 1970م المتضمن قانون الحالةالمدنية .

6. المرسومالتنفيذي رقم 276/92 المؤرخ في 5 محرم 1413 هـ الموافق لـ 6 يوليو 1992م، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، الصادر بـ ج.ر، ع 52، بتاريخ 1992/07/08

رابعا:المقـــــــــــــالات:

أ باللغة العربية:

1. أبو البصل:علي،"شهادة النساء في الفقه الإسلامي"، مجلة جامعة دمشق، المجلد السابع عشر، العدد الثاني، 2001.

2. أبو زيد:محمد محمد،"دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب"، مجلة الحقوق، السنة 20، ع1، مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت، 1997.

3. بن شويخ:الرشيد، "الطرق الشرعية والقانونية لثبوت النسب أو نفيه"، مجلة العلوم القانونية والإدارية، الجزائر، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، ع3، 2005.

4. بن صغير:مراد، "حجية البصمة الوراثية ودورها في إثبات النسب: دراسة تحليلية مقارنة"، مجلة دفاتر السياسة والقانون، الجزائر: كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة ورقلة، ع9، جوان 2013.

5. بوجاني:عبد الحكيم، "إشكالية التجارب الطبية على جسم الإنسان – في الموازنة بين تحقيق التقدم العلمي وحق الفرد في السلامة البدنية والعقلية"، مجلة الفقه والقانون، المغرب، ع18، أبريل 2014.

6. بوقرة:أم الخير بوقرة، "دور البصمة الوراثية في حماية النسب"، مجلة الاجتهاد القضائي الجزائر: كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة محمد خيضر بسكرة، ع 7، ديسمبر 2010.

7. تشوار:جيلالي، 1- "عولمة القانون ومدى تأثيرها على أحكام الأسرة "، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، ع 3، 2008.

2- "النقائص التشريعية لقوانين الأحوال الشخصية المغاربية في مسألة النسب"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، جزء 39، رقم 1، 2002.

8. **تشوار:**حميدو زكية، "حكم وسائل الحمل المعاصرة في ضوء الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية، الجزائر، كلية الحقوق بجامعة الجزائر، الجزء 41، العدد 1.

9. **جبر:**كريمة عبود، "استئجار الأرحام والآثار المترتبة عليه"، مجلة أبحاث كلية التربية الأساسية، كلية التربية الأساسية بجامعة الموصل، العراق، ع3، فيفري 2010.

10. **جمعة:**محمد فرج بشير،"أقصى مدة الحمل – دراسة تحليلية، فقهية قانونية، طبية، مقارنة"،
مجلة كلية الدعوة الاسلامية، ليبيا:كلية الدعوة الاسلامية ، طرابلس، ع19 ، 2002.

11. **حاحة:**عبد العالي،ورياض دنش، "ثبوت النسب بالطرق العلمية"، مجلة المفكر القانوني، الجزائر: كلية الحقوق بجامعة بسكرة، ع 4، جوان 2007.

12. **حبة:**عفاف،"إثبات النسب بالبصمة الوراثية"، مجلة المنتدى القانوني، الجزائر، جامعة بسكرة: كلية الحقوق والعلوم السياسية، ع4، جوان 2007.

13. **الحسين:**شادية الصادق، "حكم الإسلام في التلقيح الاصطناعي"، مجلة العلوم والبحوث الإسلامية، السودان: معهد العلوم والبحوث الإسلامية بجامعة السودان ، ع 2، فبراير 2011.

14. **الخولي:**هند، "تأجير الأرحام في الفقه الإسلامي"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، دمشق : كلية العلوم القانونية بجامعة دمشق، ع 3، 2011.

15. **عيساوي:**فاطمة،"الإنجاب بالوسائل الحديثة في قانون الأسرة الجزائري"، مجلة معارف، الجزائر، المركز الجامعي العقيد آكلي محند أولحاج، البويرة، ع 6، جوان 2010.

16. **كاظم:**حسن محمد، وآخرون، " مشروعية الحمل لحساب الغير وأحكامه في القانون والشريعة الإسلامية "، مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون بجامعة كربلاء، العراق، ع 1، 2010.

17. **كيحل:**عز الدين، اللّعان بين الزوجين في الفقه الإسلامي ومدى تطبيقه في القضاء الجزائري، مجلة المفكر، الجزائر:كلية الحقوق بجامعة بسكرة، ع3 .
18. **كيفلس:**دانييل، وليروي هود، الشفرة الوراثية للإنسان، سلسلة عالم المعرفة، الكويت: المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، ع 217، يناير 1997.
19. **الحولي:** ماهر حامد، "الإخصاب خارج الجسم مع استئجار الرحم"، مجلة الجامعة الإسلامية بغزة، فلسطين، ع2، ديسمبر 2009.
20. **مروك:**نصر الدين، "الأم البديلة بين القانون المقارن والشريعة الإسلامية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الجزائر: كلية الحقوق بجامعة الجزائر،ع4، 1999.
21. **يعيش:**تمام أمال،وأقوجيل نبيلة، "ضوابط التلقيح الصناعي من الناحيتين القانونية والشرعية"، مجلة المنتدى القانوني،الجزائر: كلية الحقوق بجامعة بسكرة ،ع4 ، 2007.

ب باللغة الفرنسية:

- Ghanimalahlou-khiar, La filiation des enfants nés pendant la séparation de fait desépoux. La preuve de la filiation, revue "elmouhamat",Alger, n°1, oct 2003.

خامسا:الرسائل الجامعيةوالمذكـــرات:

5. **إقروفة زبيدة، الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب في قانون الأسرة الجزائري "التلقيح الاصطناعي والبصمة الوراثية نموذجا"**، رسالة دكتوراه في العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر: كلية العلوم الإسلامية، الجزائر،2008.
6. **البكريعلي بن عبد الله** ، استئجار الأرحام "دراسة تأصيلية مقارنة"، مذكرة ماجستير تخصص التشريع الجنائي الإسلامي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية: كلية الدراسات العليا، الرياض، 2011.
7. **بن قويدر زبيري**، النسب في ظل التطور العلمي والقانوني "دراسة مقارنة"، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة تلمسان: كلية الحقوق، الجزائر، 2011.
8. **بوزيد خالد** ، النسب في تشريع الأسرة والإجتهاد القضائي دراسة تحليلية، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الجزائر1: كلية الحقوق، الجزائر، 2011.

9. **بوصبيع فؤاد** ، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في إثبات ونفي النسب، مذكرة ماجستير في القانون الجنائي، جامعة قسنطينة: كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، 2011.

10. **بوغرارة صالح**، حقوق الأولاد في النسب والحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الجزائر: كلية الحقوق، الجزائر، 2005.

11. **خدام هجيرة**، التلقيح الصناعي "دراسة مقارنة الجزائر وفرنسا"، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة تلمسان: كلية الحقوق، الجزائر، 2006.

12. **رابحي فاطمة الزهراء** ،إثبات النسب، رسالةدكتوراه في القانون الخاص، جامعة الجزائر1: كلية الحقوق، الجزائر، 2011.

13. **سعيدي زيان**، أحكام اللقيط "دراسة تأصيلية تطبيقية"، مذكرة ماجستير، الجزائر:كلية العلوم الإسلامية، الجزائر، 2006.

14. **سلطاني توفيق** ، حجية البصمة الوراثية في الإثبات، مذكرة ماجستير في العلوم القانونية، جامعة باتنة: كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، 2010.

15. **الشيخ صالح بشير** ، الحماية الجنائية للجنين في ضوء الممارسات الطبية الحديثة، مذكرة ماجستير في القانون، جامعة الجزائر 1: كلية الحقوق، الجزائر، 2012.

16. **علال أمال** ، التبني والكفالة "دراسة مقارنة بين الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي"، مذكرة ماجستير في الحقوق، جامعة تلمسان: كلية الحقوق،الجزائر، 2008.

17. **مخطارية طفياني**، إثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير في القانون، جامعة بومرداس: كلية الحقوق ،الجزائر، 2006.

18. **المرزوقي عائشة سلطان إبراهيم** ، إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة، رسالة دكتوراه في العلوم الإسلامية، جامعة القاهرة: كلية دار العلوم،مصر، 2000.

19. **النحوي سليمان** ، التلقيح الصناعي في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية والقانون المقارن، رسالة دكتوراه في القانون الجنائي والعلوم الجنائية، جامعة الجزائر 1: كلية الحقوق، الجزائر، 2010.

20. **ولد محمياي محمد ولد عال**، أحكام النسب وطرق إثباته "دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقانون الموريتاني"، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة تلمسان:كلية الحقوق،الجزائر، 2008.

21. **يوبي سعاد**، تنازع القوانين في مجال النسب، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة تلمسان:كلية الحقوق،الجزائر، 2010.

22. **يوسفات علي هاشم** ، أحكام النسب في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة تلمسان:كلية الحقوق،الجزائر، 2014.

سادسا: المجـــــلات القضائيـــــــة:

1. نشرة القضـاة ، العدد 2، 1971 .
2. المجلة القضائية ، العدد 4، 1989 .
3. المجلة القضائية ، العدد 2، 1992 .
4. المجلة القضائية ، العدد 2، 1994 .
5. المجلة القضائية ، العدد 2، 1999 .
6. مجلة الاجتهاد القضائي ،عدد خاص، 2001 .
7. مجلة الاجتهاد القضائي ،عدد خاص، 2002 .

سابع:المراجـــــع الإلكتـــــرونية:

1. **http://www.bouzeri.net**تاريخ التصفح: 2013/04/12 .
2. أباكريم عزيز، وسائل إثبات النسب ونفيه ما بين الشريعة والقانون المغربي، بحث منشور على شبكة الإنترنت (**www.marocdroit.com**) تاريخ التصفح:2014/10/01 .
3. بوسطلة شهرزاد، ثبوت النسب بين القواعد الشرعية والبصمة الوراثية، بحث منشور على شبكة الإنترنت (***www.droit-dz.com***) *تاريخ التصفح: 2014/09/22.*
4. بوكايسسمية، التلقيحالإصطناعيوالعقوبةالجنائية.
(**www.droitentreprise.org**)،تاريخ التصفح: 2014/11/10.

5. شهابالدين الحسيني، التلقيح الصناعي بين العلم والشريعة، **(http//www.islamicfeqh.com)**،تاريخالتصفح:2013/06/08

6. قانون العقوبات الليبي(**www.aladel.gov.ly**) تاريخ التصفح: 2014/12/10.

7. منصور محمد خالد، أحمد الحجي الكردي: فتوى الدكتور، رقم الفتوى: 1852، تاريخ نشر الفتوى: 2007/01/30، الموقع: (**www.islamic.fatwa.com**)، تاريخ التصفح: 2008/10/12.

8. مؤتمر المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي، والذي انعقد بمكة المكرمة في دورته السابعة، في الفترة ما بين 11 إلى 16 ربيع الثاني 1404 هـــ حول مشكلة التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب مأخوذ من موقع (**www.islamqu.com**)، تاريخ التصفح :2011/08/14.

فهرس الموضوعات

الموضـــــــوع	رقم الصفحة
مقدمـــــــة	1
الفصـــــــل الأول **قواعـــــد ثبـــــــوت النســـــب**	
المبحث الأول: ثبوت النسب بالزواج الصحيح وبعد الفرقة	07
المطلب الأول: إثبات النسب أثناء الحياة الزوجية	08
الفرع الأول: إمكانية الاتصال بين الزوجين	08
الفرع الثاني: عدم نفي الولد بالطرق المشروعة	09
أولا: تعريف اللّعان.	10
ثانيا: أركان اللعان.	11
ثالثا: تطبيق القضاء الجزائري للّعان.	11
الفرع الثالث: ولادة الولد بين أدنى مدة الحمل وأقصاها	12
أولا: أدنى مدة الحمل.	13
ثانيا: أقصى مدة الحمل.	15
المطلب الثاني: ثبوت النسب حال الفرقة بين الزوجين	18
الفرع الأول: ثبـــوت نسب الولد بعد الطـــلاق	18
الفرع الثاني: ثبوت نسب الولد بعد وفاة الزوج	20
المبحث الثانـــي: ثبوت النسب في الزواج غير الصحيح	22
المطلب الأول: الزواج الباطـــل والفاســـد	23
الفرع الأول: مفهوم الزواج الباطل والفاسد	23
أولا: الزواج الباطل و بيان أسبابه.	23
ثانيا: الزواجالفاسد وبيان أسبابه.	25
الفرع الثاني: شروط ثبوت النسب في الزواج غير الصحيح	26

الفرع الثالث: حكم النسب في الزواج غير الصحيح	27
المطلبالثاني: ثبوت النسب بالوطء بالشبهة	29
الفرع الأول: مفهوم الشبهة و الوطء بشبهة	29
الفرع الثاني: أنواع نكاح الشبهة	30
الفرع الثالث: حكم ثبوت النسب في الوطء بشبهة	31
المبحث الثالـــث: إثبات النسب بالإقرار والبينـــة	32
المطلب الأول: إثبات النسب بالإقرار	33
الفرع الأول: مفهوم الإقرار	33
أولا: تعريف الإقرار.	33
ثانيا: أنـــواع الإقرار.	34
الفرع الثاني: تمييز النسب الثابت بالإقرار عن التبني واللقيط	36
أولا: حكم التبني.	36
ثانيا: حكم اللقيط.	39
المطلب الثاني: إثبات النسب بالبينة	42
الفرع الأول: مفهوم البينة	42
أولا: تعريف البينة.	42
ثانيا: شروط الإثبات بالبينة.	44
ثالثا: أنواع الشهادة.	45
الفرع الثاني: كيفية ثبوت النسب بالبينة	45
الفصـــــل الثانـــــي: **أثر علم الوراثة على إثبات النسب**	
المبحث الأول: مدى حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب	49
المطلب الأول: مفهوم البصمة الوراثية	50
الفرع الأول: تعريف البصمة الوراثية	50
أولا:معنى البصمة الوراثية لغة	50

ثانيا:المعنى الاصطلاحي للبصمة الوراثية	50
ثالثا:المعنى العلمي للبصمة الوراثية	51
الفرع الثاني: خصائص البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها	51
أولا:خصائص البصمة الوراثية	52
ثانيا:مجالات الاستفادة من البصمة الوراثية	53
الفرع الثالث: ضوابط العمل بالبصمة الوراثية	54
أولا:الضوابط الشرعية	54
ثانيا:الضوابط العملية	55
المطلب الثاني: موقف القانون الوضعي والقضاء من استخدام البصمة الوراثية في اثبات النسب.	57
الفرع الأول: البصمة الوراثية في التشريع الجزائري والمقارن	57
أولا:البصمة الوراثية في التشريع الجزائري	57
ثانيا:قوة البصمة الوراثية في إثبات النسب لدى المشرع المغربي	59
الفرع الثاني: حجية البصمة الوراثية في القضاء	60
أولا:البصمة الوراثية في القضاء المصري	60
ثانيا:البصمة الوراثية في القضاء الجزائري	61
المطلب الثالث: إشكالات استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب	65
الفرع الأول: العوائــق القانونية	65
أولا:عدم المساس بحرمة الجسد	65
ثانيا:عدم جواز إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه	67
ثالثا:حرمة الحياة الخاصة	68
الفرع الثاني: العوائــق الماديــة	69
أولا:وجود مخبر علمي واحد ووحيد	69
ثانيا:مسألة مصاريف الخبرة	69

المبحث الثاني: أثر التلقيح الاصطناعي في إثبات النسب	70
المطلب الأول: مفهوم التلقيح الاصطناعي	71
الفرع الأول: تعريف التلقيح الاصطناعي	72
أولا:تعريف التلقيح الاصطناعي لغة	72
ثانيا:التعريف الاصطلاحي للتلقيح الاصطناعي	72
الفرع الثاني: صور التلقيح الاصطناعي	73
أولا:التلقيح الاصطناعي الداخلي	74
ثانيا:التلقيح الاصطناعي الخارجي	78
ثالثا: الأم البديلة	78
الفرع الثالث: شروط إثبات النسب بالتلقيح الاصطناعي	82
أولا:الشروط الشرعية للقيام بعملية التلقيح الاصطناعي	90
ثانيا:الشروط المتعلقة بالعمل الطبي	92
ثالثا:شروط التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة الجزائري	93
رابعا:الجزاء المترتب عن تخلف أحد شروط التلقيح الاصطناعي	97
المبحث الثالث: أثر التلقيح الصناعي في إثبات النسب	99
المطلب الأول: إثبات النسب في حالة التلقيح الاصطناعي الداخلي.	100
المطلب الثاني: إثبات النسب في حالة التلقيح الاصطناعي الخارجي.	102
المطلب الثالث: إثبات النسب في حالة الأم البديلة.	104
الخاتمـــــــة	106
قائمة المصادر والمراجع	110
فهرس الموضوعات	122

ملخص البحث

وضعت الشريعة الإسلامية إطار ا صحيح ا وميثاق محكما لحماية النسب ، وبالتالي حماية الأسرة والمجتمع. وسار ا لمشرع الجزائري بخطوات موفقة في أحكام قانون الأسرةعموما، وفيما يتعلق بالنسب خصوصا.

وبالتالي تجاوب المشرع الجزائري إلى حد بعيد مع مقتضيات التطور العلمي في مجال علم الوراثة وتأثيرها على مسألة النسب لحساسيته وأهمية آثاره، فلقر التشريع الجزائري بعض التقنيات المتعلقة بالنسب كالتلقيح الاصطناعي ، وحظر ما يتعلق باستئجار الأرحام . وبقيت بعض الإشكالات تحتاج إلى الفصل فيها.

ولما كان أن إثبات النسب يشكل أحد أوجه الاستفادة من علوم الوراثة المعاصر، فإنه من المفيد جدا ا عتماد البصمة الوراثية كدليل على ثبوت النسب ، لكن بمراعاة الضوابط الشرعية والطبية والقانونية.

الكلمات المفتاحية : النسب، البصمة الوراثية، التلقيح الصناعي، الأم البديلة.

Résumé:

La charia a été leader en ce qui concerne la mise en place d'un cadre et d'une charte pour protéger la famille et la société.

Ici ,il faut mettre en évidence les gros efforts déployés par législateur algérien en ce qui concerne l'état civil des personnes .

Le législateur algérien n'est pas resté figé devant l'évolution scientifique en ce concerne la génétique surtout en ce qui concerne la parentalité pour son importance et ses conséquences si bien que la législation algérienne malgré quelle ne maitrise pas certaines techniques concernant la parentalité à l'instar de la plus part des législation des paye arabes comme l'insémination artificielle mais apparait une problématique et une interdiction car prouver sa parentalité en tirant profit de la génétique si bien que l'empreinte génétique devient une preuve de la parentalité si certaines pratiques sont respectées l'empreinte génétique est un moyen infaillible scientifiquement .

Mots clés : filiation, l'empreinte génétique, l'insémination artificielle ,la mère porteuse.