

جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان -

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص



جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان
كلية الحقوق
المكتبة
رقم الجرد: 31.765
تاريخ الدخول: 10.6.13

34.23.1810/356

النسب في ظل التطور العلمي

والقانوني

- دراسة مقارنة -

رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص

إشراف الأستاذ الدكتور

تشوار جيلالي

إعداد الطالب

زبيري بن قويدر

لجنة المناقشة :

أ.د. تشوار حميدو زكية، أستاذة، جامعة تلمسان، رئيسا

أ.د. تشوار جيلالي، أستاذ، جامعة تلمسان، مشرفا ومقررا

أ.د. بن شويخ الرشيد، أستاذ، جامعة البليدة،

د. عبد الفتاح تقية، أستاذ محاضر قسم "أ"، جامعة الجزائر 1،



السنة الجامعية 2012/2011

مقدمة

إن النوع الإنساني لا يمكن حفظه إلا بواسطة التناسل و التكاثر ، تلك الفطرة التي جُبلت عليها الخليفة م بن الأزل وهي الضرورة لبقائه ، وتتفق الشرائع السماوية والقوانين الوضعية المستنبطة من الشريعة الإسلامية على ضرورة ضبط العلاقات بين الرجل و المرأة و صرف ما أودعه الله فيهما من غرائز على نحو مشروع في إطار عقد القران لكي يُعترف بثمرة تلك العلاقات والتي تتمثل في إلحاق الأبناء بأبائهم.

فإذا كان الناس قديما يتفاخرون بأنسابهم بسبب الشرف والسؤدد الذي تحوزه هذه القبيلة أو تلك، أو ما يشتهر به هذا العظيم أو ذاك ولو على حساب مصداقيتهم أحيانا في ما يدعون، فإن النسب من جهة ما ترتبه الديانات والقوانين على ثبوته من أحكام يُحتاط كثيرا في صحته وصدقته.

و لما كان الإنسان هو غاية كل قانون ، فإن المشرع الجزائري من خلال المادة الرابعة من قانون الأسرة كرس تلك الغاية حينما أكد أن من أهداف عقد الزواج فضلا على تكوين أسرة مؤسسة على المودة والتعاون، إحسان الزوجين و "المحافظة على الأنساب"¹.

¹- القانون رقم: 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984 والمتعلق بقانون الأسرة، المعدل و المتمم بموجب الأمر 05-02، ج ر عدد 15، الصادرة في 27-02-2005.

و يزداد الخوف من ضياع النسب تعاضما حينما ندرك تنامي تأثير الإكتشافات العلمية و خاصة في مجال المعالجات الطبية والبيولوجية على النسب إنشاءً، نفيًا، وإحاقًا. وذلك بسبب ظروف التصرف في اللقائح.

وإذا سلّمنا بمرجعية الشريعة الإسلامية كمصدر موضوعي لقانون الأسرة الجزائري؛ نجد أن هذا الأخير ظل محافظا على أحكامه ردًّا حًا من الزمن ينيف عن العقدين. رغم ما سبقه وزامنه، و تلى صدوره من تحولات وفتوحات علمية ، ولعل سبب هذا التردد والتروي هو العمل على التوفيق بين ضرورة المواكبة التشريعية مع عدم التعارض مع الشرع و النظام العام.

فلئن كان الإنجاب حتى وقت قريب نتاج الإتصال الطبيعي بين الزوجين، فإنه ومنذ ظهور التلقيح الاصطناعي ينتج بدون هذا الإتصال وحلّ محله زرع الحيوان المنوي في رحم المرأة بوسائل طبية إما بطريق مباشر وهو ما يعرف بالتلقيح الاصطناعي الداخلي أو بطريق غير مباشر وهو التلقيح الاصطناعي الخارجي.

بل حتى أن الإنجاب لم يبقَ كما كان وليد علاقة شخصية بين الزوجين إذ أصبح بإمكان طرف ثالث التدخل بمائه لحدوث حمل، هذا الغير قد يكون رجلا متبرعا بنطفة أو أنثى متبرعة ببويضة. أو متبرعين بهما معا¹.

من جهة أخرى، فقد أمكنَ حضنُ أجنةٍ في غير المكان التقليدي؛ كأن تتبرع امرأة بالحمل (فتوَجِر رحمها)، أو تتم عملية الإخصاب بعد زراعة أعضاء تناسلية للغير ،

¹ - محمد مرسي زهرة، الإنجاب الصناعي، دراسة مقارنة، منشورات جامعة الكويت، الكويت، 1993. ص.331.

ما يستتبع هذه المعالجات الطبية من آثار و تداعيات على مستوى إلحاق هؤلاء الأطفال-ثمرة تلك المعالجات - بأصولهم. كل هذا فضلا عن ما تشهده علوم الهندسة الوراثية من تطورات في هذا المنحى؛ وما تثيره عمليات الإستنساخ البشري من أسئلة حول النسب.

إنّ وجه الإستفادة (إن جازت) من خلاصة وعصارة الفكر البشري في مادة الطب والبيوتكنولوجيا في ما يتصل بالنسب لا يقتصر على هذا الحد، فبعد الحصول على النسل سواء بطريق الإتصال الطبيعي بين الزوجين أو بواسطة الوسائل المستحدثة التي تكلمنا عنها آنفا؛ تظهر أهمية التحقق من صحة النسب عند النزاع حوله في حال ما تم بالاتصال الطبيعي، بل قد تظهر هذه الأهمية حتى دون نزاع في حالات الإنجاب بواسطة المساعدة الطبية.

وفي هذا المنحى، أي ما يتعلق بإثبات النسب، فلطالما ظل الأمر مقتصرًا على الطرق التقليدية مثل: الزواج الصحيح، الإقرار، البيينة، نكاح الشبهة، النكاح الذي تم فسخه بعد الدخول¹، أو ما تكلم عنها الفقه الإسلامي قديما كعلم القيافة أو حتى بالقرعة واليمين كعوامل مرجحة على الأقل².

لكن ثمة تطورات هامة استجدت في القرن العشرين تتعلق بعلم وراثية الإنسان وفرت باطراد أدوات جديدة لتحليل عينات الشواهد في قضايا الأبوة، بدأً بالتصنيف الوراثي عند اكتشاف مجموعة الدم A.B.O. وسرعان ما استدعت الحاجة إلى واسمات وراثية ذات قدرة تمييزية أعلى، إذ أدرك الطب الشرعي أن الـ: "A D N" هو محقق

¹ - المادة 40 فقرة أولى من قانون الأسرة الجزائري.

² - أنظر الباب الثاني للوسائل التقليدية لإثبات النسب، الصفحة 176 ومايليها من هذه الرسالة.

الهوية الأخير في كل الخصائص الأساسية المطلوبة بعدما تم التأكد أن لكل بصمته
الوراثية الخاصة به¹.

كما أن إختلاط الأبناء المولودين في المستشفيات، أو بسبب الكوارث و ضرورة
التعرف على أشلاء ضحاياها قصد الوقوف على النسب الصحيح لكل هؤلاء، هي دوافع
إضافية لإستعمال الأدلة العلمية وغير العلمية المثبتة للنسب ، فضلا عن أن مجرد قيام
شكوك من قبل الأب حول إنتماء الولد المنسوب إليه هو في حد ذاته يشكل مثارا للتأكد
من صحة دعواه بواسطة الدليل العلمي، لذا فإن أحكام النسب والقواعد التي نقصدها
تستهدف جانبين رئيسيين، الأول هو الوقوف على الكيفية التي ينشأ بها النسب، والحالات
التي بها يثبت .

ولا شأن لنا بالأحكام و الآثار الأصلية الأسرية المترتبة عن ثبوته من حقوق
وإلتزامات، أو العرضية منها المتعلقة بظروف و أسباب التجريم والعقاب و نحوها،
وذلك لإرتباط موضوعنا بالمستجدات وهي مُتعدِّدة فيما تعلق بآثار النسب عموما، رغم
أن النسب يأخذ أهميته من أهميتها ويأخذ حساسيته من إتساعها.

و لئن كان لجل ما سبق من تطورات بيولوجية أثره على المشهد الجنائي،
(مثل إمكانية الغش في عملية التلقيح الإصطناعي و خلط القائح بشكل متعمد و بتواطؤ
مع القائمين على العملية، و كذا إمكانية المتابعة الجنائية للإتجار بالأعضاء التناسلية،
وما من شأن الإستتساخ أن يشكِّله من اعتداء على حرمة الجسد و معصوميته، فضلا
عن الدور الذي يُمكن أن تلعبه البصمة الوراثية في التحقيق الجنائي...)، إلا أننا
لأنستهدف بالدراسة إلا ما تعلق منها بالنسب كأحد موضوعات قانون الأسرة، وإذا
مارمنا تدقيقا فسندرسه كأحد موضوعات قانون الأسرة الإجتماعي.

¹ - إيريك لاندر، بصمة الدنا: العلم ومحقق الهوية الأخير، مجلة علم المعرفة، عدد 217 خاص بـ: الشيفرة الوراثية
للإنسان، ترجمة أحمد مستجير، إصدار المجلس الوطني للثقافة و الفنون والآداب، الكويت، 1997، ص.211.

كما لا ينبغي الإشارة إلى أن التطور الذي نقصده في هذه الرسالة، وإن كان يهتم بالوصف العلمي والتشريعي، إلا أنه لا مانع، على سبيل الإستثناء، من أن يتم الوقوف عند أحدهما، كأن يطال بعض أحكام النسب تعديلات لا تتصل مباشرة بالجانب العلمي على غرار النصوص المتعلقة بمجهول النسب، أو يكون عكس ذلك، متابعة للتطور العلمي دون مواكبة تشريعية كبعض صور الإستنساخ.

و عليه، فموضوع النسب من أهم المواضيع وأكثرها حساسية بالنظر للآثار التي يرتبها على الأسرة، فضلا عن أهميته كأحد الكليات الخمس التي يتعين حفظها. فبثبوت النسب يثبت للولد حق اللقب، ح ق الميراث، حق النفقة و الجنسية¹، ولوالديه الحق في حضانتهم و الولاية عليه²، كما تتحقق بعض موانع الزواج، فضلا عن آثار ثبوت النسب في مجال ظروف التشديد والتخفيف بالنسبة لما يقع من جرائم على الأصول والفروع، والمسؤولية المدنية عن فعل المشمول بالرقابة بحكم قصره³... إلخ. في مقابل الأهمية تلك، لا يمكن أن نغفل عن التأثير الاجتماعي المتنامي لإختلاط الأنساب وما يستتبعه من قطع للأرحام، تمزق للأسر، و حياة لا يُميز فيها أفرادها بين أخ وأخت، ولا بين ابن وبنت، فيختلط الحلال بالحرام، وتضيع الحقوق والواجبات، وتستباح الأعراض والمحرمات.

¹ - فالجنسية صارت بعد التعديل الأخير للقانون المتعلق بها(قانون الجنسية الجزائرية) تثبت للطفل المولود من أب جزائري أو أما جزائرية بشكل مُطلق؛ إذ تنص المادة 06 من قانون الجنسية الجزائرية على أنه: "يعتبر جزائريا الولد المولود من أب جزائري أو أم جزائرية...". أنظر: قانون الجنسية الجزائرية المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم: 01-05، ج ر عدد 15 الصادرة بتاريخ 27 فبراير 2005، ص.15.

² - فالولاية يمنحها القاضي لمن أسندت له الحضانة بعد الطلاق مثلما تنص عليه المادة 87 فقرة أخيرة من قانون الأسرة في ثوبها الجديد بعد تعديل 2005، ونجد في مقدمة مستحقي حضانة الطفل الأم، ثم مباشرة الأب حسب المادة 64 المعدلة.

³ - أنظر المادة 134 من القانون المدني الجزائري الصادر بموجب الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتعلق بالقانون المدني المعدل بالقانون 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 المعدل والمتمم. ج ر عدد 44 بتاريخ: 26-06-2005.

ولئن كان بعض ما سبقت الإشارة إليه من فتوحات علمية قد ألقى بضلاله على حياتنا اليومية؛ بل صار تداوله بيننا أمراً مألوفاً، فإن البعض الآخر منها قادم لا محالة شئنا أم أبينا. وليس من الحكمة الإستمرار في تجاهله أو التقليل من شأنه خاصة في ظل العولمة وما تلعبه من دور في تقريب بين المجتمعات غير آبهة بالخصوصيات الحضارية والعقدية والنظام العام. فلا ينبغي لرجل القانون أن يظل صامتا تجاه كل ذلك.

إن ما يدعو لطرق هذا الموضوع ليس مجرد ميل من جانبنا لدراسة مثل هكذا مواضيع تُتيح فرصة استذكار وتطوير ما تم اكتسابه من معارف علمية عامة حول علمي الوراثة والمناعة بحكم تكويني العلمي (بالأساس)؛ بل إن ندرة الدراسات الجادة لموضوع بهذه الأهمية وفقا للطرح الذي اعتمدناه وكذا للحساسية التي تكتنفه مع تنامي آثاره من جهة، وللملامسته للواقع المُعاش من جهة أخرى. كلها أسهمت في اختيارنا للموضوع ودفعت لإقتحامه.

ولا شك أن مجرد حداثة تجاوب المشرع الجزائري معه ولو نسبيا يُشكل دافعا قويا لدراسة جوانبه ومحاولة تبيان ما أشكل منه ، شأنه في ذلك شأن أي موضوع طالته الإرادة التشريعية بتعديلات رغبة في التعرف عن مدى ملائمة أحكامه وكفايتها. و لا ندعي أننا قد أحرزنا قَصَبُ السَّبْقِ بطرقنا هذا الموضوع، لكن في المقابل نعتقد أنه اجتمع في بحث واحد الإحاطة بكل التقنيات المؤثرة في النسب إنشاء وإثباتا وبذات الطرح من الوجهتين القانونية والشرعية.

فهناك بعض الدراسات التي استهدفت إحدى أو بعض التقنيات المؤثرة فقط في إنشاء النسب¹. ومنها ما ركز على الإثبات وتناول المستجدات من الوجهة الشرعية دون

¹ - رضا عبد الحليم، النظام القانوني للإنجاب الصناعي، دار النهضة العربية، 1996؛ حسيني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي، دار الكتب القانونية- دارشقات للنشر و البرمجيات، 2007.

القانونية¹، أو كان تناوله من الوجهة القانونية سطحياً²، والبعض استهدف بالدراسة عموم ما تثيره البيولوجيا الجزيئية من الوجهة الشرعية³. بل حصرها في البصمة الوراثية⁴.

و من نافلة القول، الإشارة إلى غياب مؤلف تناول جميع جزئيات الموضوع المتكاملة، مع إسقاطها على القانون الجزائري.

ولما كانت القاعدة القانونية تتأثر بما تمليه عليها ال مقتضيات الإجتماعية، ومنها التطورات العلمية والتقنية، فنلاحظ تأثر قوانين الكثير من الدول بشكل متفاوت مع تلك المستجدات وذلك تبعاً لنسبة محافظتها على قيمٍ درجت عليها و أملاها الدين كأصلٍ عام في البلاد العربية و الإسلامية⁵.

وبالفعل، فقد بدأ تأثر المشرع الجزائري بما سبق ذكره من فتوحات علمية عندما تناول جانبٍ مهمٍ منها في آخر تعديل لقانون الأسرة⁶، خاصة ما يتعلق بالنسب حينما تكلم عن التلقيح الاصطناعي، الأم البديلة، إمكانية اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب...، وذلك بالمادتين 40 و 45 مكرر منه.

¹ - سفيان بن عمر بورقعة، النسب ومدى تأثير المستجدات العلمية في إثباته، دار كنوز اشبيليا، المملكة العربية السعودية، طبعة أولى، 2007؛ وكذا مؤلف: أشرف عبد الرازق ويح، موقع البصمة الوراثية من وسائل النسب الشرعية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.

² - عائشة سلطان ابراهيم المرزوقي، إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة، رسالة دكتوراه، كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، 2000.

³ - سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويرخ، أحكام الهندسة الوراثية، دار كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، ط01، 2007.

⁴ - علي خليفة الكعبي، البصمة الوراثية و أثرها على الأحكام الفقهية، دار النفائس، الأردن، 2006.

⁵ - نخص بالذكر: قانون الأسرة لدولة البحرين رقم: 19 لسنة 2009، ج ر عدد 2898، بتاريخ 04 جوان 2009. وكذا القانون الأردني للأحوال الشخصية رقم 36 لسنة 2010 ج ر عدد 5061 بتاريخ 17 أكتوبر 2010. واللذان يُعدان الأكثر تطوراً في البلاد العربية إذ سمحا مؤخرًا بالإعتماد على نتائج الهندسة الوراثية في بعض المجالات.

⁶ - الأمر 02-05 المعدل والمتمم لقانون الأسرة الجزائري، ج ر عدد 15، الصادرة في 27-02-2005.

ولا يخلُ هذا الموضوع من صعوبات سن حاول تخطيها على غرار ما يعترض سبيلنا من الضحالة النسبية للمادة العلمية المتصلة به ، وتوزع المتاح منها عبر فروع القانون الطبي¹، قانون الأسرة²، القانون المدني³، قانون العقوبات⁴، الحالة المدنية⁵...، وكذا عبر المراجع والوثائق الفقهية والعلمية، وهذا نتيجة طبيعية للحدثة النسبية التي يتمتع بها الموضوع ما يستدعي منا جهدا مضاعفا.

كتتويج لها سبق عرضه؛ لنا أن نثير التساؤل التالي:

ما مدى تأثير التقدم في المجال العلمي و المتعلق بالطب والبيولوجيا على القواعد القانونية ذات الصلة بإنشاء النسب؟ وما موقف المشرع الجزائري من الوسائل الطبية المساعدة على الإنجاب؟ وه ل تتوافق ثمار تلك المستجدات والحقائق العلمية مع الضوابط الشرعية و مع النظام العام ؟ وأية مكانة ينبغي أن يعطيها القانون والشرع الإسلامي للدليل العلمي المتعلق بالنسب بين باقي أدلته التقليدية ؟ وإذا كان له مكانة ما، فهل يمكن تقديم الدليل العلمي عن باقي أدلة إثبات النسب أو اللجوء إليه ابتداءً ؟ ثم هل يُعتمد في النفي كما في الإثبات؟

¹ - مثل قانون الصحة و ترقيتها رقم: 85-05 المؤرخ في 16 أفريل 1985، الجريدة الرسمية عدد 08 المتمم بالقانون 88-15 المؤرخ في 03 ماي 1988 وبالقانون 90-17 المؤرخ في 31-06-1990، ج ر عدد 35.

² - سبقت الإشارة إلى مرجعه بالصفحة الأولى.

³ - سبقت الإشارة للمرجع المتعلق به بالصفحة 05.

⁴ - الأمر رقم 66-156 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، المؤرخ في 08 جوان 1966، ج ر عدد 49 بتاريخ 11 جويلية 1966 .

⁵ - المرسوم التنفيذي رقم: 92-24 مؤرخ في: 13-01-1992، المعدل والمتمم للمرسوم المتعلق بتغيير اللقب تحت رقم: 71-157 المؤرخ في 03-06-1971، ج ر عدد 47، الصادرة بتاريخ: 11-جوان 1971.

بالنظر لإحاطة الفقه الإسلامي الحديث وبعض القوانين المقارنة¹ ببعض المفاهيم المتعلقة بالموضوع والتي أغفلها القانون الجزائري، فيتعين علينا اعتماد منهج مقارن سواء بين القانون الجزائري و خلاصة الفقه الإسلامي، أو بينه وبين قوانين تلك الدول وبخاصة التي أمعنت في الأخذ بوثاق التطورات العلمية. سعياً للوقوف على حصيلتها التشريعية، الإجتهدية، وأحياناً الفقهية.

و لا مناص من اعتماد المنهج التحليلي أو الإستقرائي خاصة في معرض مناقشة ما يتصل بالجزئيات المعبرة عن أصالة التشريع الجزائري.

في مقابل ذلك، ستكون طريقة البحث مستندة كأصل على تكوين صورة عن كل تقنية و بيان مفهومها قبل دراسة الموقف الشرعي والقانوني تجاه ما ينتج عنها أو ما تعلق بها من النسب مباشرة دون الإفاضة في بحث حكمها كي لا نخرج عن غرضنا.

و بالإجمال تقتضي الإجابة على هاته الإشكاليات تقسيم الدراسة إلى بابين:

- الباب الأول: إنشاء النسب في ظل التطور العلمي و القانوني.
- الباب الثاني: إثبات النسب في ظل التطور العلمي و القانون.

¹ - القانون رقم 61-1976 المؤرخ سنة 1976 و المعدل بقانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 82 لسنة 2001. الصادر بتاريخ 31-12-2001 ج ر عدد 4524، والمعدل بدوره بالقانون رقم 36 لسنة 2010، ج ر عدد 5061 بتاريخ 17 أكتوبر 2010. قانون الأحوال الشخصية لدولة الكويت الصادر بموجب قانون رقم 51-1984، قانون الأسرة لدولة البحرين رقم 19 لسنة 2009، ج ر عدد 2898، بتاريخ 04 جوان 2009، قانون الأحوال الشخصية المصري رقم 25 لسنة 1929 والذي لا يزال ساري المفعول، قانون الأحوال الشخصية الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 59 بتاريخ 07-09-1953، في الجمهورية العربية السورية رقم: 59-1953. والقانون المتعلق بأخلاقيات مهنة الطب الفرنسي رقم 2004-800 الصادر بتاريخ: 06 أوت 2004، ج ر عدد 182 الصادرة بتاريخ 07 أوت 2004.

الباب الأول
إنشاء النسب
في ظل التطور العلمي والقانوني

لقد مست الإكتشافات العلمية الكثير من مناحي الحياة وتركت الأثر البالغ فيها، فمن ضمن هذه الاكتشافات ما غيرَ النظرة التقليدية النمطية للتوالد والإنجاب التي طالما اقتصرَت على الإتصال الجنسي الطبيعي بين الزوجين. وذلك بتهيئة ظروف إنشاء نسب بغير ذلك الإتصال الطبيعي وبخلاف تلك الطريق التقليدية.

فبعد ما توَصَّل العلم لطرق مستحدثة لقطع الحمل، توَصَّل في المقابل إلى طُرُق إنجابٍ تتم بالمخبر عُرفت بتقنية "التلقيح الاصطناعي" سواء كان داخليا أو خارجيا ، وهو ما ساعد على تجاوز العديد من مشاكل العقم، رغم التحفظ الذي أثير عن النسب الناجم عن بعض طرقه أو عن بعض نتائجه (الفصل الأول).

كما مكَّنت تلك العلوم الطبية والبيولوجية من استعمال بعض الأعضاء التناسلية لغير الزوجين وذلك "بحضن الأجنة" في غير نطاقها الطبيعي ألا و هو رحم غير الزوجة (من خلال عملية إيجار -أو إعارة- الأرحام)، أو بزراعة أعضاء تناسلية للغير، ما يثير الاستفهام حول إمكانية نسبة تلك الأجنة لأصحابها (الفصل الثاني).

وأخيرا، فإن علوم الهندسة الوراثية قد أَلقت كذلك بضلالها على مسألة النسب من حيث إنشائه حينما ظهرت تقنية للتوالد غير معروفة في السابق وهي "الإستنساخ البشري"، وهو ما يثير مسألة نسب المولود المستنسخ- الذي هو إمتداد بيولوجي للشخص المستنسخ- سواء كان هذا الأخير هو صاحب المواصفات الذي يَطْلُبُ نَسْلاً بتلك الطريقة أو كان غيره من يريد ذلك. هذا فضلا عن إثارة مسألة مدى شرعية تلك التقنيات أصلا (الفصل الثالث).

و تحتاج كل هذه الموضوعات إلى عرضها على ضابط النظام العام، وفحص مدى مشروعيتها من الوجهة الشرعية والقانونية، سواء في القانون الجزائري أو القانون المقارن. خاصة بالنسبة للدول التي أمعنت في الأخذ بتلك المعالجات الطبية والبيولوجية في إنشاء النسب.

الفصل الاول

التلقيح الاصطناعي والنسب

إذا كان التطور المذهل في مجال الطب الحديث قد حقق سابقا رغبة الأزواج في منع الإنجاب، وقدم في سبيل ذلك وسائل لهذا الغرض لا تزال محل نقاش فقهي حول مشروعيتها، فإنه فتح الباب واسعا لمن يرغب في الذرية وحال دون ذلك موانع مرصية أو خلقية. متبعا لأجل تحقيق ذلك تقنية مستحدثة بها تم القضاء على الكثير من النتائج الإجتماعية الخطيرة للعدم، ألا وهي تقنية التلقيح الاصطناعي .

ولقد أثارت تقنية التلقيح الاصطناعي منذ ظهورها -ولاتزال- إهتمام القانونيين بالنظر لملامستها لمسألة هي غاية في الأهمية تتمثل في مسألة النسب الناجم عن تلك التقنية. ومن الطبيعي أن تثير المستجدات العلمية بعض الصعوبات في تقبلها -على الأقل- عند بداية الأمر. إذ يمكن تفهم ذلك التحفظ لأن أي نازلة من النوازل يحتاج الحكم عليها إلى التريث، خاصة وأنها تفتح المجال لتدخل الغير في العملية بلقائه. وهو ما يؤثر مباشرة على مدى الاعتراف بالنسب ثمرة تلك المعالجات الطبية.

ويوجد تصنيف لطرق التقنية من جهة أسباب العقم، إذ يُقسّم إلى تلقيح إصطناعي لمعالجة عقم المرأة وآخر لمعالجة عقم الرجل. لكن بالنظر لقصور هذا التصنيف، فسنتسیر-في الدراسة- مع تصنيف آخر يُقسّمها إلى تلقيح إصطناعي داخلي وخارجي حسب ما إذا تم التلقيح داخل الرحم أو خارجه، حيث يعرف الأول بـ"التلقيح الاصطناعي الداخلي" (المبحث الأول) . والذي أمام قصوره في مواجهة بعض مشاكل العقم، كشف العلم عن إمكانية القيام بعملية التلقيح خارج الرحم "التلقيح الاصطناعي الخارجي" أو ما يعرف بأطفال الأنابيب" (المبحث الثاني).

المبحث الأول

التلقيح الاصطناعي الداخلي والنسب

بالنظر لأسبقية صورة التلقيح الاصطناعي الداخلي في الظهور من جهة، ومن جهة أخرى نظرا لعجزها عن معالجة بعض أسباب العقم قياسا بالتلقيح الاصطناعي الخارجي، فإن الأمر يستوجب بحث النوع الأول منه بشكل مستقل إبتداءً، وذلك بمحاولة تبيان مفهوم التلقيح الإصطناعي الداخلي و صورته بحكم تأثيره المباشر عن النسب(المطلب الأول)، قبل أن ننتهي إلى محاولة تحديد الحكم على النسب ثمرة تلك التقنية شرعا وقانونا(المطلب الثاني).

المطلب الأول

مفهوم التلقيح الإصطناعي الداخلي وصوره

من المناسب أن تثار مسألة تعريف التلقيح الإصطناعي الداخلي الذي ظهر مؤخرا ومعرفة صورته ، وعليه سنحاول أولا بحث مفهوم التلقيح الاصطناعي الداخلي (الفرع الأول)، قبل أن ننتهي إلى عرض صورته التي تتعدد حسب الأسباب الداعية إليه (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مفهوم التلقيح الإصطناعي الداخلي

يحتاج الأمر منا في البداية تبيان مفهوم التلقيح الاصطناعي إلى التعريف به(أولا)، ثم تتبع التطور التاريخي الذي عرفه، (ثانيا). وأخيرا تبيان خطواته مخبريا (ثالثا) ليكتمل بذلك مفهومه.

أولاً : تعريف التلقيح الاصطناعي الداخلي.

أ - التعريف اللغوي :

يقال لقحت الناقة لقحا و لقاحا، و كذلك الشجرة ، و ألقح الريح السحاب، قال تعالى: " و أرسلنا الرياح لواقح".¹ و ألقح فلانا النخل و لقحها، و اللقاح: ماء الفحل.² و من المعلوم أن تخلق الولد إنما يكون من السائل المنوي الذي يخرج من الرجل فيصِل إلى الرحم.³ و الماء هو مني الرجل والمرأة، لأن الإنسان مخلوق منهما و جعلهما ماء واحد لامتزاجهما.

ب - التعريف الإصطلاحي للتلقيح الإصطناعي بوجه عام:

تتعدد التعاريف التي قيل بها للتلقيح الاصطناعي في الإصطلاح وذلك على النحو الآتي: "هو التقاء الحيوان المنى بالببيضة الأنثوية داخل جسم الأنثى ويكون ذلك عادة في الثلث الأعلى لقناة المبيض"⁴، وكذلك "التقاء نطفة الرجل بببيضة المرأة بطريقة صناعية أو بغير الاتصال الجنسي المباشر لغرض الحمل"⁵.

ج - التعريف الإصطلاحي للتلقيح الاصطناعي الداخلي :

لقد تعددت التعريفات التي قيلت في التلقيح الاصطناعي الداخلي و من أهمها: "التلقيح الإصطناعي الداخلي هو عملية الإدخال الطبي لماء الرجل في الموضع المعد له في المرأة لضرورة علاجية"⁶.

¹ - سورة الحجر، الآية 22.

² - أنظر: ابن منظور، لسان العرب ، دار صادر، بيروت، لبنان، 2005، ط: 04 ، ج13، ص.219.

³ - أنظر: حسيني هيكل، النظام القانوني للانجاب الصناعي، دار الكتب القانونية - دار شتات للنشر والبرمجيات، 2007 ، ص.119.

⁴ - أنظر: عمر بن محمد بن ابراهيم غانم، أحكام الجنين في الفقه الاسلامي - المدخل الى علم الأجنة الوضعي والتجريبي، دار الأندلس الخضراء ، جدة المملكة العربية السعودية، ص.225.

⁵ - الإمام محمود شلتوت ، الفتاوى "دراسة مشكلات المسلم المعاصر في حياته اليومية العامة"، دار الافتاء المصرية، د ت ن ، ج 09، ص.326.

⁶ - رضا عبد الحليم، النظام القانوني للانجاب الصناعي، دار النهضة العربية، 1996، ص.13.

وعُرِّفَ أنه: "عملية طبية غير معقدة تتضمن تلقيح المرأة عن طريق وضع مادة الزوج داخل رحمها على نحو تلقفي به هذه المادة مع ببيضة الزوجة، إذا كان هنالك مانع طبي في إتمام ذلك على نحو طبيعي"¹.

و كذلك عُرِّفَ أنه: "عملية تجرى لعلاج حالات العقم عند المرأة و تتحقق بإدخال مني زوجها، أو شخص أجنبي في عضوها التناسلي بغير اتصال جنسي"².

ويتضح من هذا التعريف الأخير عدم إنطباقه لكون أن هذا التلقيح يعالج أيضا بعض حالات العقم عند الرجل.

كما عرّفه عمر بن محمد بن ابراهيم غانم بأنه: "الحصول على المنى من الرجل وحقنه في فرج الأنثى ليصل الى الببيضة في قناة فالوب، ويعمل على تلقيحها، وتكمل بعد ذلك الببيضة المخصبة التكوين الجنيني الطبيعي"³.

وأخيرا عرفه حسيني هيكل بأنه: "مجموعة من الأعمال الطبية التي تتم عن طريق إدخال ماء الرجل في الموضع المخصص له عند الزوجة بغية الإنجاب، وذلك لضرورة علاجية وبضوابط لا بد من توافرها"⁴.

ويُستخلص من هذه التعاريف أن التلقيح الإصطناعي الداخلي هو "عملية طبية تتمثل في إخصاب المرأة عن طريق حقن السائل المنوي لزوجها أو لغيره في المكان المناسب من فرجها".

¹ - سهير منتصر، التلقيح الصناعي حال حياة الزوجين و بعد وفاة الزوج، مكتبة النصر بالزقازيق، 1991، ص.15.
² - Cf. De Coman Van kan(a-m), l'insémination artificielle, et perspectives de reglementation belge, étude de droit comparé, 1981, pp.369-381

³ - مقتبس عن: حسيني هيكل ، مرجع سابق، ص.126.

⁴ - عمر بن محمد بن ابراهيم غانم، مرجع سابق، ص.447.

⁴ - حسيني هيكل ، مرجع سابق، ص.126.

ثانيا : التطور التاريخي للتلقيح الاصطناعي الداخلي.

تعتبر روسيا أول الدول التي استخدمت التلقيح الاصطناعي بطريقة علمية، و ذلك في بداية القرن العشرين- خاصة في العقد الأول منه - بعدما تمكن علماء روس من تلقيح الأبقار و الأغنام والخيول و الخنازير ¹.

وبعد، النجاح الباهر الذي لقيه التلقيح الاصطناعي الداخلي لدى الحيوان إنتقل استخدامه إلى الإنسان خاصة بعد أن استحدثت بنوك المنى، و انتشرت انتشارا كبيرا في الولايات المتحدة الأمريكية ²، رغم أن البعض الآخر يعزو بداية ظهور هذا النوع من التلقيح الاصطناعي إلى ما قام به Hunter سنة 1789 في حق زوجين لم ينجبا بسبب وجود عاهة وراثية بالزوج ³.

ولئن كان هذا يعتبر من قبيل المستجدات العلمية في وقتنا الحاضر كما يقرر علمي الطب والقانون، إلا أن النظرة المتأنيبة في كتب الفقه الإسلامي تؤكد أن الفقهاء المتقدمين قد عرفوا شيئا قريبا من هذه العملية ولكنهم عرفوه تحت مسمى "استدخال المنى" أو إدخاله من غير إيلاج، ورتبو على ذلك آثارا فقهية متعددة من أهمها، ثبوت النسب و وجوب العدة في بعض الأحوال. و غالبا ما ذكرو هذه المسألة في باب "العدة" حيث ساووا بين الإدخال و الوطء في وجوب العدة و ثبوت النسب ⁴. فيقول الشيخ عبد الرحمان البسام أن : " هذا قد عرفه الناس جميعا و عرفه فقهاؤنا و جاء في كلامهم أن الحمل قد يكون بإدخال الماء للمحل دون اتصال عرفوه ورتبوا عليه وجوب العدة،

¹ - محمد علي البار، محمد علي البار، التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب ، مجلة مجمع الفقه الاسلامي، الدورة 02، عدد: 1986-02، ج: 01.ص.52.

² - حسيني هيكل، مرجع سابق، ص.127.

³ - أنظر، سبيرو فاخوري، العقم عند الرجال والنساء-أسبابه وعلاجه، دار العلم للملايين، ط 5، بيروت، ص.381، مقتبس عن: تشوار حميدو زكية، حكم وسائل الحمل المعاصرة، م ج ع ق إق س، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، عدد 2003-01، ص.29.

⁴ - حسيني هيكل، مرجع سابق، ص.126.

وهو يتضمن تقرير المبدأ المعروف في تكوين الطفل من الماء الحيوي دون حاجة إلى العملية الجنسية وما الإتصال الجسماني إلا وسيلة معتادة لا يتوقف عليها تكون الولد الذي هو من الماء المستكمل لمؤهلاته الطبيعية"¹.

بعد هذه اللحظة السريعة للتطور التاريخي للتلقيح الإصطناعي الداخلي، سنأتي الآن إلى الخطوات المخبرية التي بها تتم العملية .

ثالثاً: الخطوات العملية للتلقيح الاصطناعي الداخلي.

أ -الخطوة الأولى:

لابد من تهيئة الزوجة للعملية وذلك بتناول عقار "كلوميد" بمعدل قرصين في اليوم. بعد الغداء ولمدة خمسة أيام تبدأ مع اليوم الثاني لنزول الدورة الشهرية وحتى اليوم السادس، وذلك لأجل الحصول على نتائج أفضل. وهذا كله بعد فحص كامل للزوجين².

ب-الخطوة الثانية:

تبدأ مع بداية الدورة الشهرية بثلاثة أيام، وفيها يقوم الطبيب بإعطاء الزوجة المطلوب إجراء العملية لها دواء البرجونال. وذلك بهدف تنشيط عملية التبويض، ثم يجري لها تحليلاً للدم قصد التأكد من وجود النسبة المعقولة لهرمون "الستروجين"³.

ج - الخطوة الثالثة:

تبدأ الخطوة التالية بعد مرور اثني عشرة يوماً، وتسمى هذه الفترة بأيام التبويض، وفيها يقوم الطبيب بقياس حجم الحويصلات عن طريق الأشعة ثلاثية الأبعاد ليقرر ما إذا

¹ - أنظر: عبد الرحمان البسام، أطفال الأنابيب، مجلة مجمع الفقه الاسلامي، الدورة الثانية، 1986، عدد02، ج.01، ص. 252-253.

² - أنظر: عائشة سلطان ابراهيم المرزوقي ، إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة ، رسالة دكتوراه، كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، 2000 ، ص.130.

³ - أنظر: أنيس فهمي، العقم عند النساء، مجلة العربي، عدد 1985-32، ص.85.

كانت مناسبة للتلقيح من عدمه، فإذا وجد أن هذا الحجم مناسباً أعطى الزوجة علاج هرموني منشط لإطلاق البويضات، ومن الواجب أن يتم ذلك قبل عملية الحقن بمدة لا تقل عن 32 ساعة، وهي مرحلة غاية في الأهمية¹.

د - الخطوة الرابعة:

هذه هي الخطوة الأخيرة، وفيها يقوم الطبيب بأخذ الخلايا الذكرية المفردة أي (الحيوانات المنوية) بعد تنقيتها من الشوائب العالقة بها في المختبر واختيار الجيد منها لينقلها إلى التجويف الرحمي للمرأة بواسطة جهاز خاص². وتترك بعدها الزوجة ممدودة على ظهرها مدة ساعة على الأقل لتساعد النطف على الوصول إلى الجهاز التناسلي لها، حيث تنتظرها البويضات في البوق. ومن الأفضل أن ترتاح الزوجة لمدة يومان أو ثلاثة بعد ذلك³.

وبعد عرض خطوات التلقيح الإصطناعي الداخلي، لا بأس أن نتطرق لأسبابه وصوره.

الفرع الثاني

تعدد صور التلقيح الاصطناعي الداخلي بتعدد أسبابه

غني عن البيان أن السبب في اللجوء إلى التلقيح الإصطناعي بنوعيه هو علاج مشكل العقم، لكن لكل نوع أسبابه، فالتلقيح الاصطناعي الداخلي يلجأ إليه لأسباب معينة (أولاً)، بها تتعدد صورته (ثانياً).

¹ - أنظر: عائشة سلطان ابراهيم المرزوقي، مرجع سابق، ص. 133.

² - أنظر: حسين عبد الكريم السعدني، التناسل الاصطناعي الحيواني، بغداد، 1987، ص. 27، مقتبس عن: حسيني هيكل، مرجع سابق، ص. 129.

³ - حسيني هيكل، المرجع السابق، ص. 129.

أولاً : أسباب التلقيح الاصطناعي الداخلي.

بداية، يجب التفريق بين عدم الإخصاب و مشكل العقم، فعدم الإخصاب هو كل حالة من الحالات التي يمكن معالجتها طبياً بعد مرور فترة زمنية بالإضافة إلى الإلتزام بتعليمات الطبيب المعالج والاستمرار في تناول الأدوية المناسبة. أما العقم فهو الذي لاعلاج ناجح له حتى الآن، مثل الأمراض الخلقية والوراثية التي تصيب الجهاز التناسلي وعلى وجه الخصوص الغدة التناسلية، كغياب الخصية أو ضمورها الشديد ، أو انعدام المبيض أو ضموره الشديد وغيرها من الحالات المماثلة لها كوجود خلل في الصبغيات، أو خلل شديد في تكوين الجهاز التناسلي لأي سبب من الأسباب تؤدي جميعاً إلى العقم كذلك¹.

وقد يصاب كل من الرجل والمرأة بعدم الخصوبة لأسباب كثيرة، منها أسباب رئيسية كالأضرار الجنسية، والاجهاض، واستعمال اللولب لقطع الحمل...ومنها أسباب ثانوية كالتهاب الحوض والمهبل، السل، الجماع أثناء الحيض، استعمال بعض العقاقير...إلخ. لذا، تتعدد الأسباب التي من أجلها يلجأ الأزواج إلى تقنية التلقيح الداخلي، رغم أن الكثير منها هي أسباب للتلقيح الاصطناعي الخارجي كذلك، وتتلخص عموماً في:

- أ - قلة عدد الحيوانات المنوية للزوج، أو عدم فعاليتها الناحية الطبية²، أو قلة حركتها أي قلة نشاطها، ما يؤدي إلى جمع مني الزوج، وتركز ثم تدخل إلى رحم الزوجة³.
- ب - إذا كان هناك تضاد بين خلايا المهبل و الحيوانات المنوية⁴، ما يؤدي إلى موت هذه الأخيرة قبل دخولها وعلوقها بجدار الرحم.

¹ -أنظر: عائشة ابراهيم سلطان المرزوقي، مرجع سابق، ص.141 وما يليها.

² -أنظر: عمر بن محمد بن ابراهيم، المرجع السابق، ص.231.

³ -أنظر: محمد علي البار، التلقيح الصناعي...، مرجع سابق، ص.287.

⁴ - محمد علي البار، التلقيح الصناعي...، المرجع السابق، ص.287.

- ج - إذا كانت إفرازات المهبل عند المرأة شديدة الحموضة مما يتسبب في فشل وصول الحيوانات المنوية بصورة غير اعتيادية ويستتبع ذلك الحقن داخل الرحم¹.
- كما يدخل في هذا السبب الموجب للتلقيح الداخلي إذا كانت تسببت تلك الإفرازات في قتل الحيوانات المنوية².
- د - زيادة لزوجة الحيوانات المنوية عند الرجل³.
- هـ - التشوهات الخلقية في شكل العضو الذكري للرجل ، مما يجعله عنيبا مع قدرته على إفراز حيوانات منوية سليمة و كافية⁴.
- و - وجود تشوهات في مهبل المرأة أو استئطالته، أو وجود التهابات مستمرة بالمهبل.
- ي - القذف المبكر.
- كما توجد حالات أخرى غير معروفة السبب عند الرجل والمرأة.
- وبعد بيان أهم أسباب التلقيح الاصطناعي الداخلي، نخرج الآن إلى بيان صورته التي تختلف حسبما يدعو إلى اللجوء إليه وذلك فيما يلي:

ثانيا: صور التلقيح الاصطناعي الداخلي .

مر بنا أن الفقهاء المسلمون قد عرفوا ما يشبه التلقيح الداخلي تحت مسمى الإستدخال بصوره(أ). لكن يمكن إجمال صور هذه التقنية المستحدثة في صورتين(ب):

أ - صور التلقيح الداخلي قديما (الإستدخال) :

ففي الإستدخال؛ يدخل ماء الرجل رحم المرأة لا عن الطريق المعهود في الوطء و هو الذكر بل بفعل الزوجة نفسها ، كأن تدخله بإصبعها أو بقطنة أو بصوفة

1 - أنظر: عمر بن محمد بن ابراهيم ، مرجع سابق، ص.231.

2 - محمد علي البار، مرجع سابق، ص.287.

3 - حسيني هيكل، مرجع سابق، ص.128.

4 - العنين : وهو العاجز عن الوطء في القبل لعدم انتصاب القضيب.

كما هو معروف الآن في بعض مناطق الريف المصري¹، و يُلجأ إلى هذه الطريقة إذا كان سبب العقم متعلقا بالزوج مع قدرة الزوجة على الإنجاب،

وهي تستخدم على طريقتين على نحو ما قسمنا في الصورتين الأوليين:

- **الصورة الأولى** : أن يقذف الزوج على القطن أو "الصوفة" ، ثم تقوم الزوجة بوضعها في المهبل على أمل أن تلتقي الببيضة بنطفة زوجها، وسبب العقم في هذه الحالة هو عدم قدرة الذكر على إيصال الحيوان المنوي إلى جدار الرحم. أو كون الحيوانات المنوية قليلة أو غير نشطة.

- **الصورة الثانية** : وهي، إما أن توضع القطن في فرج زوجة رجل غير عقيم ، ثم تتم عملية الجماع فيعلق المنى بالصوفة، ثم توضع في فرج الزوجة التي يعاني زوجها من العقم، على أن يتم الجماع بينهما مباشرة².

وقد تلجأ الزوجة إلى هذه العملية حتى دون علم زوجها بذلك؛ إذ يُشبه الرمل ذلك بالوطء من حيث آثاره على العدة ويذكر صورا لذلك منها، كما لو استجى بحجر فأمنى، ثم إستدخلته أجنبية عالمة بالحال³.

وواضح أن أسباب العقم في الصورة الأخيرة أوسع منها في الصورة الأولى ؛ إذ قد يدخل فيها هنا مثلا كون الحيوانات المنوية للزوج قليلة جدا أو منعدمة ، أو غير فعالة.

ب - صور التلقيح الإصطناعي الداخلي الحديث:

قد يكتفي الزوجين باستعمال بذرتيهما في هذه الوسيلة المستحدثة دون تدخل طرف أجنبي (1)، كما قد تسمح العملية بتدخل متبرع آخر لا تربطه بالمرأة علاقة الزوجية(2).

¹ - أنظر:حسيني هيكل، مرجع سابق، هامش ص.170

² - حسيني هيكل، المرجع السابق، ص.170.

³ - الرملي، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ، مطبعة مصطفى الحلبي،1386 هـ ، ج:7، ص.128.

1 - التلقيح الاصطناعي بماء الزوج :

ونُميِّز بين حالتَي التلقيح أثناء حياته أو بعد الوفاة.

ففي حالة التلقيح الإصطناعي الداخلي بماء الزوج أثناء حياته، يتم اللجوء إلى هذه العملية عندما تكون الحيوانات الذكرية سليمة، و الأنابيب عند الزوجة مفتوحة، والرحم جيد ولكن السبب الذي يمنع الحمل هو وجود مضادات للحيوانات المنوية في عنق الرحم.

وللتغلب على ذلك تؤخذ الحيوانات المنوية من الزوج وتحقن مباشرة داخل التجويف الداخلي للرحم، ولذلك فتعد هذه الصورة عبارة عن عملية حقن لحيوانات الزوج في الرحم بدلا من وضعها في المهبل¹.

أما التلقيح الاصطناعي الداخلي بماء الزوج بعد موته ، ففي هذه الحالة صورتين؛ الأولى أن يتم أثناء فترة العدة، حيث تؤخذ الحيوانات المنوية أثناء الحياة الزوجية وقبل الوفاة ويحتفظ بها في بنوك المنى²، وبعد انتهاء الحياة الزوجية بموت الزوج أو طلاق بائن تعمد الزوجة إلى استرجاع المنى وإجراء التلقيح الداخلي به ليتم الحمل رغبة منها في أن يكون لها ولد من زوجها أو لأي سبب آخر يتعلق بالميراث أو غيره³.

2 - التلقيح الاصطناعي الداخلي بماء متبرع لا تربطه بالمرأة علاقة الزوجية :

في هذه الحالة يتم تكوين الجنين داخل رحم الزوجة بغير الاتصال الجنسي الطبيعي مع

¹ - أنظر: عبدالله باسلامة، أطفال الأنابيب، بحث في مجلة مجمع الفقه الاسلامي، الدورة الثانية، عدد 1986-02، ج01، ص.348.

² - يمكن الاحتفاظ بالمنى أو بالأجنة في بنوك خاصة بها وملائمة لها لمدة قد تطول وقد تقصر تسمى مجازا ببنوك النطف.

³ - حسيني هيكل، مرجع سابق، ص.132.

الزوج، وسبب إجراء هذه العملية هو عقم الرجل الناتج عن قلة عدد حيواناته المنوية، أو وجود تشوهات أو خلل فيها أو عدم قدرتها على اختراق الببيضة.

وساعد على انتشار هذه الصورة في الولايات المتحدة الأمريكية توفر بنوك المنى الذي يعطى بعد تصنيفه وتبويبه للنساء اللاتي يعانين أزواجهن (إن كان لهن أزواج) من عدم وجود حيوانات منوية على الإطلاق. وقد وصل الأمر أبعد من ذلك حيث تكوّنت شركات في الولايات المتحدة الأمريكية لشراء النطف من العاقرة وأبطال الرياضة ثم بيعه لمن ترغب من النساء¹.

وهذه الصورة تشبه صورة من صور نكاح الجاهلية الذي عرفه العرب باسم نكاح الاستبضاع، وهو أن يقول الرجل لامرأته: إذا طهرت من طمئتها أرسلني إلى فلان فاستبضعي منه، ويعتزلها زوجها ولا يمسه أبداً حتى يتبين حملها منه، وإنما يفعل ذلك رغبة في نجابة الولد.

حيث روى عروة بن الزبير أن عائشة زوج النبي أخبرته "أن النكاح في الجاهلية كان على أربعة أنحاء:

" فنكاح منها نكاح الناس اليوم: يخطب الرجل إلى الرجل وليه أو إبنته فيصدقها ثم ينكحها، ونكاح آخر: كان الرجل يقول لامرأته إذا طهرت من طمئتها: أرسلني إلى فلان فاستبضعي منه و يعتزلها زوجها ولا يمسه أبداً حتى يتبين حملها من ذلك الرجل الذي تستبضع منه، فإذا تبين حملها أصابها زوجها إذا أحب وإنما يفعل ذلك رغبة في نجابة الولد فكان هذا هو نكاح الاستبضاع.

ونكاح آخر يجتمع الرهط مادون العشرة فيدخلون على المرأة كلهم يصيبها، فإذا حملت ووضعت ومر ليال بعد أن تضع حملها أرسلت إليهم فلم يستطع أحد منهم أن يمتنع حتى

¹ - هذا الأخير - المنى - قد يكون بمقابل أو بغير مقابل ويحفظ في ثلاجات خاصة بواسطة النتروجين السائل عند درجة 180° تحت الصفر، وذلك بعد التأكد من خلو المانح من الأمراض الجنسية مثل الايدز والزهري والسيلان وغيرها. أنظر: حسيني هيكل، المرجع السابق، ص. 132.

يجتمعوا عندها. تقول لهم قد عرفتم الذي كان من أمركم فقد ولدت فهو ابنك يا فلان.

تسمي من أحبت باسمه ولدها ولا يستطيع أن يتمتع عن ذلك.

و نكاح رابع يجتمع الناس الكثير ، فيدخلون على المرأة لا تمنع عن جاءها وهن البغايا كن ينصبن على أبوابهن رايات تكون علما لمن أرادهن دخل عليهن فإذا حملت إحداهن ووضعتهن حملها جمعوا لها، ودعوا لهم القافة ثم لحقوا ولدها بالذي يرون، فالتأط به ودُعي ابنه، لا يمنع من ذلك .

فلما بعث سيدنا محمد (صلى الله عليه وسلم) هدم نكاح الجاهلية كله إلا نكاح الناس اليوم¹.

وأياً تكن أسباب أو صور التلقيح الاصطناعي الداخلي كتقنية مستحدثة للإنجاب، يجب أن نتبع حكم كل منها في نظر القانون والشريعة الإسلامية للوقوف على مدى شرعية النسب الناجم عنها وذلك في المطلب الموالي.

المطلب الثاني

التقدير القانوني والشرعي للنسب ثمرة التلقيح الاصطناعي الداخلي

بعد تطرقنا إلى مفهوم التلقيح الاصطناعي الداخلي نظرياً ومعملياً كوسيلة لإنشاء النسب بقي أن نستعرض موقف القانون المقارن و القانون الجزائري منها (الفرع الأول)، وحكم الشريعة الإسلامية تجاه هذه التقنية (الفرع الثاني)، خاصة إذا تدخل طرف ثالث في العملية أو إذا وقعت العملية بعد انفصام علاقة الزوجية لما ينجر عن الإعراف بها وتقبلها من تأثير على الإعراف بالنسب.

¹ - ابن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، دار الفكر، 1991، ج13، ص. 522.

الفرع الأول

موقف القانون من التلقيح الإصطناعي والانسب

من منطلق ضرورة الإحاطة القانونية بمختلف المسائل الإجتماعية والمستجدات العلمية، كان لزاما أن يتخذ رجل القانون موقفا من التلقيح الإصطناعي الداخلي؛ خاصة تجاه ما من شأنه أن يؤثر في النسب، لذلك يحسن بنا دراسة موقف القانون المقارن (أولا)، ثم نخرج عن موقف القانون الجزائري(ثانيا).

أولا: موقف القانون المقارن من النسب ثمرة التلقيح الإصطناعي الداخلي.

تدخلت بعض التشريعات المختلفة لتنظيم العملية، وقد تميز القانون الفرنسي في ذلك سواء على مستوى النصوص أو على مستوى الإجتهد القضائي.

فأما موقف التشريعات المختلفة من النسب ثمرة التلقيح الإصطناعي الداخلي ، فقد سنت بعض الدول قوانين ذات صلة بالتلقيح الصناعي الداخلي؛ فمنها ما أقرته مطلقا و منها ما قيدته بشروط تتعلق بقصره على استعمال ماء أطرافه (الزوجين)، أو على مدة حياتهما.

حيث أورد القانون النرويجي سنة 1987¹ مجموعة ضوابط على التقنية منها: "ضرورة أن يتم التلقيح في مراكز حكومية للمتزوجين فقط، و عدم معرفة الزوجين اسم

¹ - القانون رقم 168 الصادر في 12 جويلية 1987 والذي عدله قانون صدر سنة 1988 يهتم بالمساعدة الطبية على الإنجاب. وقد تم تنميته سنة 2008 بقانون 11 جوان 2008 الذي سمح بالتلقيح الاصطناعي للأُم بانفرادها وكذا بين المثليات. أنظر بحث:

(F) GRANAT-LAMBRECHTE , « L'anonymat des dons :le regard du juriste », Journées d'étude des 8 et 9 octobre 2008 sous titre :Les 30ans du CECOS Alsace : « Gamètes, projet parental et filiation » ,v :www.google .p.2.

صاحب المني المستخدم "حال استخدامه"، وكذا ضرورة إجراء تصريح خاص من الجهات الصحية المختصة بجلب المني..".

كما أكد على شرط الزوجية و أن يكون رضاها مكتوبا. وأكدت المادة 5 منه على مجانية تنازل الغير على بذرتة (مائه)، و سرية هويته بالنسبة للطفل¹.
و تشبه أحكام التشريع الاسباني في هذه المسألة نصوص المشرع النرويجي لسنة 1988 فيما عدا تحديد سن الزوجة بـ: 18 سنة، وكذا شرط أن يتوفر الإقرار كتابة من السيدة وزوجها، أما الأرملة فلا بد من إقرار زوجها قبل الوفاة أو في وصية لاستخدام منيه وذلك خلال 06 أشهر من الوفاة².

و في المملكة المتحدة (بريطانيا)، بمطالعة القانون رقم 37 المؤرخ في : 01-11-1990، و وثيقة مجلس الشيوخ الانجليزي لسنة 1985³ نجدها تنظم نشاط الحمل لحساب الغير، مؤكدة ضرورة جهالة هوية الحامل وموافقتها، ولم يمنع التلقيح بعد الوفاة. وكان يهدف ويتعلق أساسا بمعالجة العقم وتنظيم علم الأجنة⁴.
و قد أكد القانون الألماني رقم 90-745 أصدر في 13 ديسمبر 1990 المتعلق بحماية الأجنة أن غاية التلقيح الاصطناعي هي علاج عقم الزوجين أو الصديقين، فضلا عن حالة المرض الوراثي⁵. ونظّم بشكل غير مباشر التلقيح الإصطناعي بعد وفاة الزوج. إذ جرّمه (بنصوص عقابية) على خلاف ما سبق ذكره من التشريعات المقارنة.

¹- (R) ANDORNO.Les driots nationaux européens face à la procréation médicalement assistée : primauté de la technique ou primauté de la personne?,R.I.D.C,1-1994-1,p.147.

²-وذلك بموجب القانون رقم 35 بتاريخ:22 نوفمبر 1988 الذي ينظم أحكام الإنجاب الطبي البشري المساعد،أنظر: Roberto ANDORNO.op.cit,p.142.

³- القانون رقم 37 المؤرخ في: 01-11-1990 للغرض ذاته «Human fertilisation and embriologie».
يضاف اليه وثائق مجلس الشيوخ، الوثيقة رقم18، سنة1985، ص.39.

⁴- (R) ANDORNO.op.cit,p.143.

⁵-la loi allmande du13Décembre1990, relative à la protection des embryons a été traduite en français dans la revue éthique.la vie en question , n°1-1991,pp.101 et suite.

نخلص إذن، إلى وجود اختلاف في التشريعات الغربية حول مسألة النسب الناتج عن عملية التلقيح الإصطناعي الداخلي حيث أن أغلبها تشترط قيام علاقة الزوجية، فضلا على إجراء العملية أثناء حياتهما أو على الأقل موافقة الزوج قبل وفاته؛ وإن لم تحدد معظم تلك التشريعات مصير النسب عند مخالفة تلك الضوابط. لكن عموما فإن إشتراط كتابة الرضا على إجراء العملية هو ما يواجهه به منكرو نسب الأولاد ثمرة استعمال تلك التقنيات. لأن الغش والخداع من طرف أحد الزوجين من شأنه أن يبطل صحة دعوى نفي النسب¹.

أما المشرع الفرنسي، فقد أصدر بتاريخ 19-06-1994 قانونا نظم بموجبه أحكام تقنية الانجاب الصناعي بجميع وسائلها²، وأورد بعض الشروط يهمنها منها ما يتعلق بالزوجين، حيث أوجب في هذا الإطار الحصول على الرضا الحرالمستتير كتابيا. و ذلك خشية الإنعكاسات السلبية القانونية و الأخلاقية من ذلك كثرة دعاوى إنكار النسب خاصة وأن الأمر لم يعد يقتصر على الإخصاب في علاقة شرعية فحسب بل تعدى إلى تبادل الخلايا الجنسية الناقصة والكاملة لإتمام الإخصاب في العلاقات الشرعية وغير الشرعية³.

و تأكيدا على الرضا المستتير، أوجبت أغلب النظم الأوروبية، كما سبق⁴، إفراغه في شكل مكتوب كي يسهل الإثبات في مواجهة منكرو نسب أطفالهم الذين ولدوا جراء استعمال تقنيات المساعدة على الإنجاب.

¹ - Cf.(G)CORNU, Droit civil, La famille,éd Montchrestien, Paris, 2003;pp, 275 et.s.

² - la loi n° 94 - 653 du 29 juillet 1994, relative au respect du corps humain , J. O. R. F. www.google.com.

³ - فالمشرع الفرنسي أجاز لغير المتزوجين المساعدة الطبية شريطة اثبات اقامتهما معا لمدة سنتين (المادة 152 من قانون الصحة الفرنسي).

⁴ - أنظر: الصفحة السابقة.

وإذا عرّجنا إلى طائفة الشروط الأخرى، نجدها تتلخص في ضرورة الترخيص الإداري للمركز المتخصص في هذا المجال ، و ضرورة توفر لجنة طبية متخصصة في التلقيح.

كما اشترط المشرع الفرنسي في سبيل اللجوء إلى الإنجاب الاصطناعي بواسطة الغير أن يكون لغاية طبية (كحالة وجود خطر انتقال مرض جسيم إلى الطفل أو إلى أحد الزوجين)، أو لغاية علمية، أو بمناسبة إجراء قضائي طبقا للشروط الواردة بالمادة 1211-1 من قانون 06 أوت 2004¹ .

أما موقف المشرع الفرنسي من التلقيح الاصطناعي بعد الوفاة، فلم يتضح إلا بعدما أثيرت مشاكله أمام القضاء²، فأصدر قانون رقم 94-253. في 29 جويلية 1994 يتعلق بالتبرع بأعضاء الجسد الانساني واستخدامها والمساعدة الطبية للإنجاب³.

وصفوة القول أن التشريعات الغربية تترك للإرادة سلطانا واسعا للإعتراف القبلي بالنسب الناتج عن التلقيح الاصطناعي الداخلي، وغاية ما في الأمر أنه تحرص على الإحتياط لعدم إنكاره بإلزام كتابة الرضا، لأنها تنظر للعلاقة الزوجية نظرة باقي العقود، ولا أدل على ذلك تقسيمها للمعاملات في قانون المدني إلى أحوال عينية وأحوال شخصية بعكس التصور الإسلامي الذي يفرد للأسرة نظرة خاصة بل جعل العلاقة الزوجية ميثاقا غليظا.

بعد العرض السابق لأهم التشريعات الغربية، نتساءل عن موقف القضاء بشأنها،

وسنركز على القضاء الفرنسي لأهميته وتأثيره الكبير على التشريع ؟

أما عن موقف القضاء، ففي قضية رفعت أمام محكمة "كريتي" في 01 أوت 1984⁴، تتلخص وقائعها في أن زوجا أودع "نطفة لحفظها في مركز الدراسات وحفظ

¹- La loi n° 2004-800 du 6 aout 2004 relative à la bioéthique, J.O.R.F n°182 du 7aout 2004 .

² - أنظر موقف القضاء الفرنسي في الصفحة الموالية.

³- وهذا بعدما صارت قوانين الضمان الاجتماعي غير مسعفة، في هذا أنظر: Rec.D, Sirey 1994;lég,p.408ets.:

⁴ -T.G,I. de Créteil, 1^{er} aout, J.C.P.,1984 ,2,20321, note Corne ; R . T. D. Civ.1984, p. 708 , obs .J .Robert .

السائل المنوي الإنساني في فرنسا، واستخدامها في تلقيح زوجته بعد ذلك. لكن الزوج توفي قبل إجراء عملية التلقيح، فطلبت زوجته من المركز تسليمها نطفة زوجها وإجراء عملية التلقيح "تخليداً لذكرى زوجها".

لكن المركز رفض الاستجابة لطلب الزوجة، التي استجابت لطلبها على أساس أنه لا يوجد في القانون الطبيعي ما يمنع ذلك، وأن الإنجاب هو أحد أهداف الزواج¹ !

فلم ير القضاء مانعاً من عملية الحفظ والتلقيح لعدم تعارض ذلك والقانون الطبيعي. وهو ما يؤدي لإهدار فكرة الزواج. وبالتالي فإن الحمل المتصور حدوثه في الفرض المعروف أمام المحكمة هو حمل غير شرعي ولا يمكن تصحيح النسب الناشئ عنه، لأن الزوج لم تعد تربطه بالأرملة علاقة زوجية قائمة² هذا من جهة؛ ومن جهة أخرى لانتفاء قرينة البتة والتي يحددها المشرع الفرنسي بـ 300 يوماً من انحلال الزواج أو من غياب الزوج حسب المادة 313 من القانون المدني³.

في حين اعترف بعض الفقه⁴ بوجود رابطة نسب مع أبويه، غير أن الطفل ليس في مركز الطفل الشرعي. ولذلك إقترح استلحاق سابق على الميلاد من الأب أو دعوى اثبات النسب. وذلك لم يتم إلا بعد تعديل المادة السابقة؛ بتمديد الفترة استثنائياً في حالة التلقيح الاصطناعي.

لكن القضاء لم يسر في نفس المنوال. ففي حكمها الصادر في 26 مارس 1991 قضت محكمة "تولوز"⁵ في قضية مشابهة (قضية السيدة: Claire Gallon) برفض التلقيح الاصطناعي الداخلي بعد الوفاة لعدة أسباب منها أن ذلك يؤدي إلى عدم تمتع الطفل بأي بنوة شرعية لأبيه البيولوجي. كما لا يجوز للأب التنازل عن أبوته مقدماً.

¹ -محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص.47.

² -سهير منتصر، مرجع سابق، ص.57.

³ -Ord.n°2005-759 du 4 juill.2005 .portant réforme de la filiation .

⁴ - (I).DASTUGUE, Procréation artificielle et ébauche de solution, Thèse Paris, 1986, p. 169.

⁵ - Cf. Trib. Toulouse 26 Mars 1991, J.C.P., 11.1992, 2, 1807.

كما قضت محكمة "تولوز" في قضايا أخرى بعدم جواز تسليم مني الزوج بعد وفاته لزوجته بغية أن تلقح به¹.

هذا عن موقف القضاء من تقنية التلقيح الإصطناعي بعد الوفاة، فهل تمسك بذات الموقف بشأن التلقيح بماء الغير؟ للإجابة على هذا السؤال، ذهب القضاء الفرنسي إلى التفرقة بين التلقيح الاصطناعي بتدخل الغير بين الأصدقاء والتلقيح بتدخل الغير. بشأن الحالة الأولى في قضية تراجع و أنكر الصديق نسب الولد بعدما كان أقر بالتلقيح بواسطة الغير لمجرد خلافات نشبت مع صديقته. كان موقف محكمة تولوز صريحا ببطان الاتفاق على التلقيح بنطفة متبرع بين الصديقين أو بين الزوجين². أما عن الحالة الثانية، فهناك إتجاهين متناقضين في القضاء الفرنسي؛ إتجاه منكر لحق الزوج في إنكار نسب الولد المتخلق بمني الغير - ولو رضي بذلك ابتداءً - بعدما أثيرت شكوك حول أخلاق زوجته³. و إتجاه يقضي بإهدار أي قيمة للإقرار الصادر من الزوج بالموافقة على تلقيح زوجته بنطفة الغير. فهذا الإقرار لا ينشيء الأبوة، فضلا عن أنه لا يجوز التنازل مقدما عن الدعاوى المتعلقة بحالة الأشخاص⁴. هذا، الموقف من القاضي الفرنسي هو ذاته بشأن التلقيح خارج فرنسا حسب ما ستقر عليه مجلس قضاء باريس⁵.

و بعد هذا العرض حول موقف التشريعات المقارنة من تقنية التلقيح الإصطناعي، سنبحث موقف المشرع الجزائري من النسب الذي ينتج عنها.

¹ - Cf .T.G.I20-08-1989,GAZ.PAL.1993, p.513 .

² - Cf .Trib.Toulouse,21sept,1987,J.C.P,1988,21035.

³ - T.G.I,Toulouse,18jan,D.1990 ,II, note.SAUJOT ,p.332

⁴ - Cf.Trib.Toulouse,21sept,1987,J.C.P,1988,21035

⁵ - T G I Paris, 28 juin, 2005, n°03/10641.cité in, Droit de la filiation, Frédérique GRANET - LAMBRECHTS, R.D,avr.2006.n°17.

ثانيا: موقف القانون الجزائري من النسب الناشيء عن التلقيح الاصطناعي.

باعتبار أن التلقيح الصناعي الداخلي يؤثر على النسب من جانبين رئيسيين هما حالة اللجوء إلى ماء الغير في تلقيح الزوجة، وحالة التلقيح خارج المجال الزمني للزوجية، فإننا سنركز عليهما، لكن ليس قبل أن نستعرض الضوابط التي استحدثتها المشرع الجزائري بشأن التلقيح الاصطناعي مطلقا.

أ - شروط التلقيح الإصطناعي في التشريع الجزائري:

قبل استعراض شروط التلقيح الاصطناعي التي وضعها المشرع الجزائري بالمادة 45 مكرر من قانون الأسرة¹، لا بأس من إبداء ملاحظة في الشكل؛ إذ كان يحسُن بالمشرع لو وضع محتوى هذه المادة كفقرة ثانية من المادة 41 من نفس القانون رافعا اللبس الذي كان يكتنف عبارة "وأمكن الإتصال" بالفقرة الأولى منها. خاصة، وأنها كانت سندا لمن يقول بجواز التلقيح الاصطناعي قبل التعديل. وإذا أردنا بحث الشروط فهي كما وردت كالآتي:

1 - أن يكون الزواج شرعيا:

و يثير هذا الشرط مسألة العقد العرفي (و إن كان شرعيا) فهل يُمكن وحده من اللجوء إلى هذه التقنية ؟ من الواضح أن الجواب يكون بالنفي. وهو ما يراه البعض²؛ إذ يتعين إضافة شرط آخر هو وجوب تثبيت الزواج قضائيا كي يُمكن استتضاهاره أمام المركز أو المؤسسة المعالجة (طبقا للمادة 22 من قانون الأسرة الجزائري) .

2 - أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما:

يتضمن هذا الشرط في الحقيقة شرطين:

¹ - الأمر 02-05، ج رعدد: 15، بتاريخ: 27 فبراير 2005، الصادر بموجب القانون 05-09 بنفس السنة.

² -أنظر: تشوار حميدو زكية ، شروط التلقيح الاصطناعي في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة الجزائري، م ع ق إ ، 04، 2006، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، ص.91.

أولهما، ضرورة وقوع التلقيح برضاها، فهل انعدام الرضا يؤثر على إحقاق الولد بأبويه أو بأحدهما؟ يرى البعض¹ أن الغش والخداع من طرف أحد الزوجين بتواطؤ الطبيب قد يبزر صحة دعوى نفي النسب، لكن من الصعب تقبل مثل هذا الرأي لما فيه من إجحاف في حق الطفل البريء عندما يفقد لقب أبيه، ولما يستتبع ذلك من آثار مادية ومعنوية. وما كان لنا أن نصل إلى هذا المشكل لو اشترط المشرع اللجوء إلى جهة طبية محل ثقة ومعتمدة وذات تخصص عالي المستوى.

وثانيهما، بالنسبة لاشتراط المشرع أن تتم العملية أثناء "حياتهما" (في التلقيح الداخلي حياة الزوج هي محل الإعتبار)، فكان الأجدر تعميم اللفظ "حياتهما الزوجية" كي يطال الحظر حالة التلقيح بعد الطلاق. فآثار التلقيح بعد الطلاق ليست بأقل خطر من آثاره بعد الوفاة. و نعتقد أنه من من باب الأولى، يتعين منعه بعد الفسخ، لوقوع هذا الأخير قبل الدخول.

و كان ينبغي في هذا الصدد أن يحدد موقفه من التلقيح في حالة الموافقة الصريحة من الزوج قبل وفاته ، خاصة إذا تم استخلاص جزء من سائله المنوي وحفظه في ظروف تضمن سلامته. فهل يجوز هنا التلقيح بهذا الماء؟ نعتقد أن الأمر غير جائز على الأقل في ظل النصوص الراهنة، و التي تجعل للإعتراف بالنسب حدا أقصى لا يُجاوز عشرة أشهر² من الطلاق أو الوفاة.

3 - أن يتم بمني الزوج و بويضة رحم الزوجة دون غيرهما:

و ذلك درءا لاختلاط الأنساب وضياعها. وإن المعطيات والصفات الوراثية إنما يأخذها الولد من ماء أبويه. هذه هي جملة الضوابط التي وضعها المشرع الجزائري لقبول التلقيح الاصطناعي، لكن بما أن ما يمس مسألة النسب في هذه الصورة من التلقيح

¹ - Cf.(G) CORNU,op.cit ,pp.275 et s.

² - تنص المادة 43 من قانون الأسرة على أنه: "ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة (10) أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة".

الاصطناعي هو فكرة قصر العملية على الزوجين، وكذا مسألة التلقيح خارج الاطار الزمني لعلاقة الزوجية (أي بعد انفصامها) فذلك ما سنركز عليه.

ب- حفظ النسب يستدعي التلقيح بماء الزوجين أثناء زواجهما:

تستدعي حماية النسب اشتراط أن يكون التلقيح بماء الزوجين وحدهما (1)، و أن تكون العملية قبل انفصام الرابطة الزوجية(2).

1 - التلقيح بماء الزوجين وحده محل اعتبار:

لما اشترط المشرع الجزائري أن يتم التلقيح الإصطناعي بماء الزوجين وحدهما، فإن ذلك كان لأسباب ومقاصد مفهومة ومعقولة، لذلك فمن الوهم تأييد عملية تلقيح الزوجة بماء غير زوجها أو بماء مشترك بين الزوج وغيره، إذ لم يقل به الفقه الاسلامي ولم يعتقه أي تشريع من تشريعات البلاد الإسلامية. والحال أن قانون الأسرة مستمد من الشريعة الإسلامية، فهذه الصورة من التلقيح بما أنها تندمج ضمن المسائل الماسة بمصالح المجتمع، فهي في حد ذاتها إجراء محظور شرعا وتشريعا¹.
والواقع، فإن استعمال مني الغير يكتسي ببيكولوجيا وأخلاقيا مظهر الزنا، وأنه حفاظا على الأنساب وعدم تضييعها، وحماية لظاهرة النسل وأصالته ، يجرم قانون العقوبات في المادة 339 منه الخيانة الزوجية ويعاقب عليها²، والجزاء العقابي هذا ليس بالغريب لأن بعض التشريعات الغربية ترتبه على كل طبيب استعمل طرقا احتيالية لتلقيح الزوجة بغير ماء زوجها³.

1 - تشوار حميدو زكية ، حكم وسائل الحمل...، مرجع سابق، ص.36.

2- في هذا المعنى، أنظر: تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، د.م.ج، 2001، ص.106 وما بعدها.

3-العربي الشحط عبد القادر، الأحكام القانونية للانجاب الاصطناعي، رسالة دكتوراه ، الجزائر، 2000، ص.141.

و بمعنى أدق، فإذا حدث تدخل من طرف الغير في عملية التلقيح، فإنه من الإستحالة المطلقة الكلام عن إنجاب اصطناعي بين الزوجين لأن القول بغير ذلك محذور شرعا وقانونا، لإعتبار ذلك مساس بأحكام النسب الشرعي¹.

إذا جاز لنا استخلاص نتيجة من الشرح الذي سبق، فإن هذه النتيجة هي أن هذه الصورة من التلقيح الاصطناعي الداخلي بنوعيتها (بماء الغير أو بماء الغير مختلطا مع ماء الزوج) لا أساس قانوني لها.

فتبقى الصورة في حقيقتها ذات غاية شخصية متعارضة مع المصالح العامة ومع المبادئ التي بني عليها النكاح وكيان الأسرة، كالمحافظة على النسل ورعاية بقاءه².

و اللجوء إلى هذا التلقيح ما هو إلا خرق للإلتزام المتبادل بين الزوجين على أن يكونا أمًّا وأبًّا بمحض رابطتهما دون تدخل الغير في حياتهما الجنسية³. فهذا النوع من التلقيح يعد منبعا لخلط الأنساب؛ حيث سينسب بموجبه المولود تارة للزوج وما هو بأبيه البيولوجي، وتارة إلى زوج قد شاركه الغير في حمل الزوجة.

2 - التلقيح يجب أن يتم قبل انفصام الرابطة الزوجية: غني عن البيان أنه يشترط وجود علاقة زوجية بين الرجل و المرأة، فلا يكفي وجود علاقة حرة بينهما ليسمح لهما التناسل بهذه الوسيلة.

لكن ما يثير التلقيح بعد انفصام العلاقة الزوجية بطلاق أو فسخ أو وفاة الزوج هو مسألة نسب المولود خارج المدة القانونية، حيث أن أقصى مدة الحمل هي 10 أشهر (المادة 42 من قانون الأسرة الجزائري) فان لم يولد الولد خلالها - من تاريخ الوفاة أو الطلاق - فلا ينسب لأبيه (المادة 43 من قانون الأسرة الجزائري).

¹ - تشوار جيلالي، رضا الزوجين على التلقيح الاصطناعي، م ع ق س إ، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2006، عدد4، ص.59.

² - تشوار حميدو زكية، حكم وسائل الحمل...، مرجع سابق، ص.39.

³ - تشوار جيلالي، الزواج والطلاق....، مرجع سابق، ص. 10 و 107.

ذهب البعض¹ أن موقف المشرع الجزائري في المادة 45 مكرر واضحا، ويعتبر العملية انحرافا ، ومنه تصرفا غير مباح. فلا عجب أن يكون التلقيح بهذه الصورة مصدرا للنسب غير الشرعي. لأن العملية تمت بعد انقطاع الرابطة الزوجية . ولا ينسب المولود للزوج الميت بل ينسب لأمه كولد الزنا تماما. ولأن مدة العملية قد تتمدد لداعي أن الأمر يحتاج الى محاولات للعلوق؛ إقترح البعض² وضع المشرع لاستثناء حول أقصى مدة الحمل بتمديدتها إلى ما يكفي لإنهاء التلقيح. و إذا كان التلقيح لا يتم إلا برضا الزوجين قبل إجراء العملية، فهل يعتد برضا الزوج إذا وافق على التلقيح ثم توفي مباشرة قبل البدء فيها ؟ تجيبنا دائما الفقرة الثالثة من المادة 45 من قانون الأسرة الجزائري ".يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما".

و نؤكد أنه كان يحسنُ بالمشرع تكملة العبارة الأخيرة ".حياتهما" بـ "الزوجية" ليشمل الحظر بذلك التلقيح بعد الوفاة وبعد إذا كان ماسبق كله يتعلق بموقف القانون المقارن والجزائري من التلقيح الداخلي، فما هو موقف الفقه الإسلامي من هذه التقنية؟.

الفرع الثاني

موقف الفقه الإسلامي من النسب الناشيء عن التلقيح الاصطناعي الداخلي . لقد تعرض الفقه الإسلامي القديم -كما مر بنا- إلى الحكم الشرعي للإستدخال الذي يشبه حالة التلقيح الصناعي الداخلي (أولا)، غير أن الفقه الحديث لم يقف موقفا واحدا من التلقيح الإصطناعي الداخلي، إذ منه من قبل به فأحاطه بطوابط ومنهم من رفضه (ثانيا)، وفي كل سنركز على ما يثير مسألة النسب (ثالثا).

¹ - تشوار حميدو زكية ، شروط التلقيح...، مرجع سابق، ص.91.

² - تشوار حميدو زكية ، المرجع السابق، ص.92.

أولاً : موقف الفقه الإسلامي من النسب الناشيء عن الإستدخال.

عرف فقهاء الشريعة القدامى ما يسمى بالإستدخال؛ ولأن النسب يتأثر باعتبار

الوطء من عدمه، فسندرس ذلك على نحو مايلي:

أ - الإستدخال عبارة عن وطء:

يعتبر بعض الفقه الإسلامي أن الإستدخال له حكم الوطء، اذ يقولون بثبوت نسب الولد اذا كان ثمرة إستدخال المنى في فرج المرأة، و في هذا يقول البهوتي في الكشف "إن كانت محتملة ماء زوجها إعتدت، و إلا فلا"، و قال في المبدع فيما يلحق النسب "إذا تحملت ماء زوجها لحقه نسب من ولدته منه...، فإن كان حراماً أو ماء ظننته ماء زوجها، فلا نسب ولاعدة ولا مهر في الأصح"¹.

ب - الإستدخال لا يُعدّ وطئاً:

على نقيض الرأي السابق ، ذهب البعض و منهم ابن قدامة إلى القول بأنه لامعنى لقول من قال: "يجوز أن تستدخل المرأة منى الرجل متحمل منه، لأن الولد مخلوق من منى الرجل والمرأة جميعاً. ولذلك يأخذ الشبه منهما. و إذا استدخلت المنى بغير جماع لم تحدث لها لذة تمنى بها، فلا يختلط منيهما، ولو صح ذلك لكان الأجنبيان (الرجل والمرأة) إذا تصادقا أنها استدخلت منيه، وأن الولد من ذلك المنى يلحقه نسبه، و ما قال بذلك أحد"².

و الخلاصة اذا أخرج المنى واستدخل فإنه لا يثبت نسب الولد إلا إذا كانت العلاقة شرعية، وكان ذلك المنى محترماً³ والإعتبار في ذلك بالواقع لا بالظن والإعتقاد.

¹ -البهوتي، كشف الفناع عن فن الانتفاع، ج5، عالم الكتاب، بيروت، د ت ط ، ص.412.

² - ابن قدامة، المغني، دار الكتب العلمية، بيروت، د ت ط، ص.55.

³ - ويقصد بالمنى المحترم حال خروجه في الواقع بطريق مشروع، كما اذا أخرجه لزوجته، و سواء كان الاستدخال محترماً- أي بطريق مشروع- كما اذا نقل الى زوجة أخرى له، أو غير محترم كما اذا نقل لأجنبية عنه فان هذا النقل الأخير غير محترم. أنظر حسيني هيكل، مرجع سابق، ص.161.

ثانيا : الخلاف الفقهي حول التلقيح الاصطناعي الداخلي.

لم تحظ مسألة التلقيح الاصطناعي الداخلي بإجماع على جوازها؛ إذ يرفضها البعض (أ) و يؤيدها البعض الآخر(ب)، وهو ما سنقف عليه في هذه الجزئية.

أ -الإتجاه الرافض للتلقيح الإصطناعي الداخلي:

وذلك لتعارض التقنية مع عدم جواز الإطّلاع على عورة المرأة الأجنبية إلا لضرورة علاجية ولا ترقى العملية إلى درجة الضرورات مهما كان الدافع إليها. كما أنه يُنظر لهذه التقنية بعين الريبة من منطلق معارضتها لمشئئة الله في قوله تعالى " .وَيَجْعَلُ مَنْ يَشَاءُ عَقِيمًا"¹.

و لعل هذا الرفض سببه أيضا إمكان إختلاط الأنساب نتيجة إدخال نفس النطف إلى أكثر من امرأة. سواء كان ذلك عمدا أو على سبيل الخطأ.

ب - الإتجاه المؤيد لعملية التلقيح الاصطناعي:

غالبية الفقه تبيح هذه التقنية لكن تضع لها ضوابط هي : أن تتم العملية بماء الزوج وزوجته². أثناء قيام علاقة الزوجية³.

- كماأنه من المناسب أن يشترط المشرع الجزائري تحقق حالة الضرورة للعلاج لكي يُلجأ إلى تقنية التلقيح الإصطناعي، وأن تكون المشرفة على العملية طبيبة مسلمة إن أمكن و إلا فامرأة غير مسلمة، وإلا فطبيب مسلم ثقة وإلا فغير مسلم ثقة. ولا تجوز الخلوة بين المعالج والمرأة إلا بحضور زوجها أو امرأة أخرى⁴. مع ضرورة إتلاف الحيوانات المنوية الزائدة عن الحاجة.

¹ - سورة الشورى الآية.50.

² - أنظر: محمد علي البار ، التلقيح الصناعي ...، مرجع سابق ، ص.287.

³ - أنظر: قرار المجمع الفقهي الاسلامي المنعقد بمكة المكرمة في دورته السابعة عام 1404 هـ، مقتبس عن: علي البار، المرجع السابق، ص.290.

⁴ - أنظر: قرارات المجمع الفقهي الاسلامي بمكة المكرمة، القرار الثاني بشأن التلقيح الاصطناعي و أطفال الأنابيب، مجلة المجمع الفقهي الاسلامي، مرجع سابق، ص.335.

ثالثاً : المسائل الشرعية التي يثيرها التلقيح الاصطناعي الداخلي.

يركز الفقهاء من أجل الحكم على مثل هذه النوازل على تأثيرها في سلامة النسب من الإختلاط، كأن يكون التلقيح بعد انفصام الزوجية (أ)، أو بغير مني الزوج (ب).

أ - التلقيح الداخلي بعد انفصام الزوجية في الشريعة الإسلامية:

1 إختلف الفقهاء المعاصرون في نسب الولد؛ فمنهم من يقول بنسبه إلى أبويه (الزوج صاحب المنى وزوجته التي أودع ماؤه في رحمها)، لأن أثر الزوجية لا يزال قائماً ما لم تتكح بزواج غير المتوفى، كما أن ذلك ليس بأقل مرتبة بحال من الأحوال عن الولد الناتج عن وطء الشبهة بأنواعه، وحيث أن هذا الأخير يثبت له النسب من صاحب المنى باتفاق فكذاك الولد في الصورة التي معنا².

وقال آخرون أن النسب لا يثبت لصاحب المنى، ويكون الولد بلا نسب أبوي. وهو قول الأستاذ مصطفى الزرقا، والشيخ محمد حسن الأمين³ وآخرون. ودليلهم في ذلك أن صاحب الماء لم يبق زوجاً، وأن الإسلام لا يعرف نسباً إلا بناء على عقد زواج. وعلى كل حال فلا شك أنه لا ينبغي نسبة الولد لأبيه خارج مدة الحياة الزوجية بأي حال درءاً لإختلاط الأنساب وما يترتب عنها من أحكام .

لكن يمكن الرد عليهم بأنه لو طبقنا قاعدة أن كل من لم يكن زوجاً لا يلحق به نسب، فبأي وجه شرعي ألحقوا ولد الموطوءة بشبهة بالواطئ؟ ، لذلك، يرى الباحث أن الولد الناجم عن التلقيح بعد الوفاة ، وإن كان الأمر غير جائز بأي حال من الأحوال،

¹ - أنظر: عبد الله هاشم جميل، زراعة الأجنة في ضوء الشريعة الإسلامية ، مجلة الرسالة، وزارة الأوقاف والشؤون الدينية للجمهورية العراقية، 1410هـ، عدد 231، ص.95.

² - نفس المرجع السابق، ص.95-97.

³ - مقتبس عن: عبد الله هاشم جميل، مرجع سابق، ص.94.

إلا أنه من باب ترتيب الاثر على الحكم، وإعمالاً لقاعدة إحياء الولد، يتعين إلحاق نسب الولد بأبيه (صاحب الماء قبل وفاته) ما لم تُنكح أمّه بزواج آخر.

ب - التلقيح الداخلي للزوجة بماء الغير:

لا شك في أن هذه الصورة من التلقيح الاصطناعي تقرر تحريمها شرعاً، والنسب من جهة الأبوين يتبع صاحبي المائنين حسب البعض¹. وفي قرار المجمع الفقهي لرابطة العالم الاسلامي:

" أن الأسلوب الثاني - وهو ما نحن بصدده- محرم في الشرع الإسلامي لا مجال لإباحته..."². و كان الشيخ محمود شلتوت أصدر فتواه فقال :

" و إذا كان التلقيح البشري بغير ماء الزوج على هذا الوضع و بتلك المنزلة ، كان دون شك أفضع جرماً من التبني ، لأن الولد المتبنى المعروف أنه للغير ليس ناشئاً عن ماء أجنبي عن عقد الزوجية إنما هو ولد ناشئ عن ماء أبيه ألحقه رجل آخر...، أما ولد التلقيح فهو يجمع بين نتيجة التبني المذكور (وهي إدخال عنصر غريب في النسب) و بين خسة أخرى، هي التقاؤه مع الزنا في اطار واحد تتنوّ عنه الشرائع والقوانين..."³.

يتضح مما سبق رجاحة تحريم هذه الصورة من التلقيح لما في ذلك من إحتياط أوسع في النسب، وهو ما تبناه المشرع الجزائري بالمادة 45 مكرر من قانون الأسرة وحسناً فعل إذ منعها.

¹ - سفيان بن عمر بورقعة، النسب و مدى تأثير المستجدات العلمية في إثباته، دار كنوز اشبيليا، طبعة أولى، 2007، ص.483.

² - أنظر القرار الثاني من دورة الثامنة لمجمع الفقه الاسلامي، مجلة المجمع..، مرجع سابق، ص.328.

³ - أنظر: الشيخ محمود شلتوت، الفتاوى د د ن، 1959، ص.327 و مابعدھا.

وبعد أن تعرضنا لكل ما يتعلق بالنسب الناشيء عن التلقيح الاصطناعي الداخلي من حيث مفهوم الوسيلة و كذا حكم ما ينتج عنها من جهة الشرع و القانون الوضعي. بقي أن نتتبع نفس النهج، لكن الوسيلة هذه المرة هي الاخصاب خارج الرحم.

المبحث الثاني

التلقيح الاصطناعي الخارجي والنسب

بالرغم من الفوائد العديدة لتقنية التلقيح الاصطناعي الداخلي إلا أنها لم تستطع التغلب على كافة حالات عدم الإنجاب¹، ومن ثم كان من الضرورة البحث عن وسيلة أنجع.

و بالفعل، تم استحداث تقنية التلقيح الاصطناعي خارج الرحم و ذلك بوضع ماء الزوجين داخل انبوب قصد الإخصاب؛ و لذلك يطلق عليها تقنية "طفل الأنابيب". لذا يقتضي البحث هنا معرفة مفهوم التلقيح الصناعي الخارجي وصوره(المطلب الاول)، ثم بيان حكم القانون والفقهاء الإسلاميين على النسب الناجم عنه (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مفهوم التلقيح الاصطناعي الخارجي وصوره

يحتاج الأمر إلى بيان مفهوم التلقيح الاصطناعي الخارجي تعريفاً وتطوراً واجراءاً(الفرع الأول) ، ثم بيان صورته التي تختلف حسب دواعيه(الفرع الأول).

¹ - كحالة عدم الإنجاب بسبب انسداد قناة فالوب.

الفرع الأول

مفهوم التلقيح الإصطناعي الخارجي

نستهل هذا الفرع بتعريف التلقيح الاصطناعي الخارجي (أولاً)، ثم تتبع تطوره التاريخي (ثانياً)، وننتهي الى بيان الخطوات المخبرية التي يتطلبها (ثالثاً).

أولاً : تعريف التلقيح الاصطناعي الخارجي.

لقد تعددت التعريفات التي قيل بها للوسيلة محل البحث نذكر منها:

الإخصاب الاصطناعي الخارجي هو عبارة عن "أخذ ببيضة امرأة وتلقيحها بمني الرجل خارج الجسد (في أنبوب اختبار) وذلك بوسيلة طبية معينة وبعد أن يتم تكوين الببيضة الملقحة تنقل الى داخل الرحم وتزرع في جداره ثم تترك بعد ذلك لتنمو وتتطور"¹.

كما عُرّف بأنه: "مجموعة الأعمال الطبية التي تهدف إلى التقاء الحيوان المنوي بالببيضة خارج الرحم لتلقيحها في أنبوب وتعاد بعده إلى الرحم بشروط"².

وعُرّف بأنه: "سحب ببيضة أو أكثر من مبيض الزوجة عن طريق تدخل جراحي يسمى La paroscopie بعد استئثارها بواسطة هرمونات منشطة، ثم توضع هذه الببيضة أو البويضات في وسط ملائم ومغذي في وجود نطفة الرجل ليتم الإخصاب.

وبعد مرور بعض الوقت يتم نقل الببيضة أو البويضات المخصبة إلى رحم المرأة التي كانت قد أعدت خصيصاً لإستقبالها من خلال المعالجة الهرمونية"³.

¹ - شوقي زكريا الصالحي، مرجع سابق، ص.61.

² - رضا عبد الرحيم، مرجع سابق، ص.76، شعلان سليمان محمد السيد حمدي، نطاق الحماية الجنائية للأعمال الطبية الفنية الحديثة، رسالة دكتوراه، جامعة المنصورة، 2002، ص.523، موجود عند حسيني هيكل، مرجع سابق، ص.235.

³ - محمد المرسي زهرة، الانجاب الاصطناعي-أحكامه القانونية وحدوده الشرعية، جامعة الكويت، 1993، ص.75.

وينتقد البعض¹ التعريفين الأول والثالث لكونهما تعريفين واسعين وإن كانا جامعين إلا أنهما غير مانعين، معرفاً هذه التقنية بأنها: "مجموعة الأعمال الطبية الهادفة إلى إخصاب البويضة خارج الرحم في وسط مماثل للأخيراً وإعادة إنتاجها إليه بشروط". فواضح أن كلا من التعريفين الأول والثاني لم يهتما بتعريف المقصود بالتلقيح الإصطناعي الخارجي بقدر اهتمامهما بذكر كيفية إجراء هذه التقنية، مما أدى إلى زيادة عدد الكلمات المستخدمة والتي تحتاج إلى تعاريف هي الأخرى؛ ككلمة "ووسط ملائم" و"المعالجة الهرمونية". فمن أجل معرفة مقصودهما نحتاج لتعريفات أخرى وكأننا ندور في حلقة مفرغة².

وقد يختلط الأمر بالنسبة للبعض بين التلقيح الاصطناعي الخارجي وبعض المفاهيم؛ كالاستنساخ والهندسة الوراثية لكن الأمر بين؛ ذلك أن التلقيح الخارجي لا يعدو عن كونه وسيلة طبية مساعدة للإنجاب ينجم عنها -بإذن الله- ولد به خليط من مواصفات أمه وأبيه تبعاً لالتقاء خليتيهما الجسيتين، في حين أن الاستنساخ مصدره خلية منشأً أو خلية جسدية بها يمكن التحكم في جنس المولود و الذي يكون نسخة عن صاحب تلك الخلية. كما أن غاية الهندسة الوراثية هي التصرف في المورثات في سبيل تخليص البشرية من الآلام. وعموماً سنفرد -لاحقاً فصلاً خاصاً بالاستنساخ وعلاقته بالنسب.

ثانياً : التطور التاريخي للتلقيح الاصطناعي الخارجي .

منذ قرابة مائتي سنة أو يزيد تمكن العالم الإيطالي Aspallanani من إجراء إخصاب صناعي خارجي على الضفادع وذلك عقب اكتشاف سر الحيوانات المنوية في عملية الإخصاب، وأول عملية إخصاب لبويضات فئران كان سنة 1935 بعدما اكتشفت

¹ - حسنيني هيكل، مرجع سابق، ص.236.

² - حسنيني هيكل، مرجع سابق، ص.236.

طريقة تجميد البويضات. بعد هذه التجارب على الحيوان؛ شرع في محاولة التلقيح خارج الرحم على الإنسان، وظهرت إرهابات ذلك عندما نجح الايطالي Petrucci في الحصول على ببيضة مخصبة خارج الرحم واحتفظ بها لمدة 60 يوما¹.

وفي عام 1965 طبقت التقنية بشكل ملموس وظاهر على الإنسان. وقام بهذه المحاولة الدكتور: روبرت ادواردز R. Edwards لكنها لم تكلل بالنجاح الا في سنة 1976 و تم الحمل في قناة الرحم مما استدعى-للأسف- إستئصالها².

وفي 25 جويلية 1978 ولدت بنجاح الطفلة "براون" والتي تعد أول طفلة أنابيب في العالم نتيجة جهد العالمان روبرت ادواردز والدكتور باتريك استبتو. وحتى عام 1984 ازداد عدد أطفال الأنابيب في العالم حتى جاوز الألف بينهم 56 توائم ثنائية وثمانية توائم ثلاثية وإثنان من التوائم الرباعية. وبحلول شهر سبتمبر 1986 أصبح يُقدر عدد المراكز التي تقوم بالعملية بالمئات³. منها 125 مركزا بالولايات المتحدة الأمريكية. وفي البلاد العربية تم أول تلقيح اصطناعي بالمملكة العربية السعودية حيث تم ولادة أول طفل سعودي بهذه التقنية في الرياض في 28-04-1986⁴.

و في مصر تم إنشاء أول مركز لأطفال الأنابيب بالمعادي سنة 1986 ، كما تمت بالمملكة الأردنية الهاشمية أولى هذه العمليات سنة 1987 وأسفرت عن (توأم) طفلين⁵.

أما بالجزائر فكانت مصلحة التوليد بمستشفى بارني شهدت ولادة أول (أربعة توائم) بتقنية التلقيح الاصطناعي 1991. وهناك مشروع مركز "بارني" للمساعدة على الانجاب. أما عن العيادات الخاصة التي فتحت أبوابها بالجزائر فقد وصل عددها حسب

¹ - حسيني هيكل، مرجع سابق، ص.233.

² - أنظر: سفيان بن عمر بورقعة، مرجع سابق، ص.406.

³ - سفيان بن عمر بورقعة، مرجع سابق، ص.407.

⁴ - رضا عبد الرحيم، مرجع سابق، ص.84.

⁵ - للاستزادة حول تاريخ الاخصاب الاصطناعي الخارجي وتكلفته في الدول المختلفة ونسب نجاحه راجع: رضا

عبد الحليم، مرجع سابق، ص.84 وما بعدها.

وزارة الصحة الى ثمانية 08 موزعة على ولايات العاصمة، وهران قسنطينة، وعنابة. وأولها عيادة الفارابي بعنابة سنة 1999¹.

ثالثا : خطوات إجراء تقنية التلقيح الاصطناعي الخارجي.

وستتناول الخطوات المخبرية لتقنية التلقيح الاصطناعي فيما يلي:

أ - الخطوة الأولى:

وتتمثل في تنشيط المبيض ومتابعة قدرته على إنتاج البويضات؛ لذا فإنه يجب حقن الزوجة بهرمونات منشطة للتبويض كعقار بروجونال أو خلاصة الغدد النخامية، وذلك بعد انتهاء الدورة الشهرية بثلاثة أيام لتنشيط عملية التبويض، وعندما يقرب من أسبوعين من بداية الدورة الشهرية تكون البويضات قد بلغت العدد والحجم المطلوبين، وكذلك يمكن متابعة نتيجة هذا العلاج بإجراء قياس الهرمونات المختلفة في الدم والبول².

ب - الخطوة الثانية:

سابقا، كان استخراج البويضات يتم بواسطة منظار البطن، وفي هذه الطريقة يتم إعطاء الزوجة مخدر كلي وتؤخذ البويضات تباعا من فتحة بجوار السرة لتوضع في إناء خاص به مادة مغذية. أما الآن فيتم استخراج البويضات عن طريق إبرة يتم إدخالها في البطن تحت المخدر الموضعي و يمكن ملاحظتها عبر شاشة جهاز الموجات فوق الصوتية. و قد استحدثت هذه الطريقة في السويد و الدانمارك³.

¹ - أنظر: تحقيق بجريدة الشروق اليومي أعدته: إيمان بن محمد، زوجات يرهنّ ذهبن ورجال يبيعون بيوتهم من أجل "طفل الأنابيب"، عدد: 2443، بتاريخ: 30 أكتوبر 2008، ص. 19.

² - شوقي زكريا الصالحي، مرجع سابق، ص. 66.

³ - وتعطى المرأة من خلال عملية التخدير عقاقير تؤدي الى تراخي العضلات وتجعل المريضة في حالة استرخاء كامل، بعدها يمكن استخراج الببيضة بواسطة آلة الشفط وهنا يتم شفط الببيضة بأسلوب دقيق وبحذر شديد. أنظر: حسن حتوت، " ليست ابنة أنبوبة اختبار"، مجلة العربي، العدد 242، جانفي 1979، ص. 43.

ج - الخطوة الثالثة :

و فيها يقوم الزوج باستخراج منيه ثم يقوم الطبيب بمعاملة المنى معاملة خاصة لاختيار الحيوانات المنوية القوية وذلك بتقنية الطرد المركزي لتركز الحيوانات المنوية في أعلى الأنبوب أو عن طريق وضع الحيوانات المنوية في مزرعة خاصة ثم يؤخذ ملليمتر واحد من السائل ليوضع في طبق بتري مع البيضة في محضن بهدف تلقيحها¹.

د - الخطوة الرابعة:

و فيها يتم إخراج أنابيب اختبار من المحضن بعد حوالي 24 إلى 48 ساعة لفحص البيضات؛ فإذا حدث الإخصاب تكون البيضة قد انقسمت إلى خليتين أو أربع، حتى تصل اللقحة إلى مرحلة تسمى في علم الأجنة "التوتة" أو التوتية، وسميت كذلك لأنها تشبه ثمرة التوت في شكلها الظاهري².

هـ - الخطوة الخامسة (الأخيرة) :

و هي زرع الأجنة في الرحم؛ وفيها يقوم الطبيب في خلال يومين أو ثلاثة من تكون الجنين بزرع أونقل ثلاث أو أربعة أجنة إلى المهبل وعنق الرحم لتثبيتها في جدار الرحم وذلك بواسطة قسطرة خاصة. وللتأكد من حدوث ذلك يعطي الأطباء الزوجة مجموعة من الأدوية لمدة أسبوعين، ثم تتم متابعة الزوجة لمعرفة الحمل من خلال اختبارات وفحوصات الحمل المألوفة.

وقد واجهت هذه الخطوات بعض المصاعب، مثل عدم إمكان تحديد وعدم معرفة وقت الإباضة بدقة متناهية، وكذا صعوبة إخراج البيضات وشفطها، ومعرفة السائل المناسب الذي توضع فيه البيضة بعد شفطها،...إلخ. وقد أمكن التغلب على كل هذه الصعوبات الفنية بدرجة كبيرة؛ بحيث بلغ عدد البيضات التي أمكن تنميتها وشفطها

¹ - أنظر: شوقي زكريا الصالحي، مرجع سابق، ص.66.

² - شوقي زكريا الصالحي، المرجع السابق، ص.67.

نسبة 90 بالمائة، وكذلك بلغت نسبة نجاح التلقيح نحو 80.90 % ، كما بلغت نسبة نجاح تنمية البيضة الملقحة نسبة عالية أيضا و ذلك بشرط أن تكون الحيوانات المنوية المستخدمة سليمة، حتى و إن كان عددها ضئيلا¹.

وهكذا، يبدو أن الصعوبات الفنية الدقيقة قد أمكن تذليلها، ماعدا نقطة واحدة في منتهى الأهمية، وهي نسبة علوق الكرة الجرثومية في الرحم، ولقد حققت المراكز العالمية المتقدمة نجاحا و مطردا في هذه النسبة، حيث ارتفعت من 10 بالمائة الأعوام 1980-1983 لتصبح 30 بالمائة سنة وحتى في المراكز المتقدمة جدا لم تزد نسبة النجاح عن 30 إلى 35 بالمائة و ذلك بقياس عدد نجاح العلوق في الرحم².

الفرع الثاني

تعدد صور التلقيح الاصطناعي الخارجي بتعدد أسبابه

كثيرة هي أسباب اللجوء إلى التلقيح خارج رحم المرأة (أولا)، وتختلف صور هذا النوع من التلقيح الخارجي تبعا لما إذا كانت تلك المرأة زوجة ، أو أجنبية ، خلال فترة الزوجية ، أو خارجها (ثانيا).

أولا : أسباب التلقيح الاصطناعي الخارجي.

و تتمثل دواعي اللجوء فيما يلي:

أ - حالات العقم المستعصية و التي يمكن التوصل إلى سببها³:

1 - حالات انسداد الأنابيب عند الزوجة:

فمعلوم أن للأنابيب دور قوي وبارز في عملية الإخصاب الطبيعي و من ثم، يحتفظ لها بنفس الدور في الإخصاب الإصطناعي، حيث تعمل الأنابيب كوسيلة انتقال

¹ - حسيني هيكل، مرجع سابق، ص.241.

² - أنظر: حسيني هيكل، مرجع سابق، ص.241.

³ - أنظر: شوقي زكريا الصالحي، مرجع سابق، ص.64.

- للحيوانات المنوية لحظة القذف إلى الرحم لإخصاب البويضات الصالحة لذلك، و عليه
ففي حالة إنسداد الأنابيب أو التصاقها أو عدم وجودها نتيجة لعمليات جراحية سابقة،
كفتح البطن أو الإلتهابات بأنواعها يتم اللجوء لتقنية الإخصاب الاصطناعي الخارجي¹.
وقد يكون سبب فقد هذه الأنابيب هو استئصال جزء منها نتيجة لعب خلقي في
تكوينها، أو استئصال جزء من قناة فالوب لوجود حمل سابق خارج الرحم².
- 2 - حالات النقص الكبير في عدد الحيوانات المنوية لدى الزوج أو إنعدامها مطلقا:**
حيث أن نسبتها العادية تتراوح بين 60 و 200 مليون حيوان منوي في الدفعة
الواحدة، وفي هذه التقنية يكفي فقط وجود مائة ألف من الحيوانات المنوية في 25
ميكرو لتر من ماء الرجل³.
- 3 - إصابة الرجل ببعض الأمراض، كإصابته بدوالي الخصى أو سرعة القذف (القذف
المبكر)، أو وجود خلل هرموني في تكوين الحيامن أو وجود أسباب وراثية أخرى⁴.**
و غني عن البيان أن الحالتين الأخيرتين هما في الحقيقة تصلحان سببا إلى اللجوء
إلى الإخصاب الداخلي أيضا.
- 4 - صعوبة الإخصاب الناتج عن إفرازات عنق الرحم التي تؤدي إلى إتلاف النطف
قبل وصولها إلى الببيضة. وواضح أن سبب صعوبة الإخصاب هنا سببها هو المرأة⁵.**
- 5 - فقدان المبيض أو تلفه أو عدم تأديته لوظيفته أو توقف وظيفته بسبب بلوغ المرأة
سن اليأس مع رغبتها في الإنجاب.**
- 6 - الخوف من انتقال الأمراض الوراثية إلى الجنين أو ولادته بعيوب خلقية.**

¹ - حسيني هيكل، مرجع سابق، ص.237.

² - أنظر: حسيني هيكل، مرجع سابق، ص.236.

³ - أنظر: عائشة إبراهيم سلطان المرزوقي، مرجع سابق، ص.189.

⁴ - أنظر: حسيني هيكل، مرجع سابق، ص.237.

⁵ - أنظر: عبد الكريم مامون، الاطار الشرعي والقانوني للإنجاب الاصطناعي، م ع ق ا، كلية الحقوق بجامعة

تلمسان، عدد 04-2006، ص.76.

ب - حالات العقم المستعصية التي لا يمكن التوصل إلى سببها:

في بعض الحالات يصعب التوصل إلى سبب عدم الإخصاب ، حيث يتم إجراء الفحوصات الطبية لكل من الزوجين ومع ذلك لم يتمكن الأطباء من معرفة السبب في عدم الإخصاب ، فالزوجة يكون لديها تبييض منتظم و الأنابيب سليمة ، والزوج لديه عدد كاف من الحيوانات المنوية، ومع ذلك لا يحدث حمل، و بدلا من أن يقف الأطباء مكتوفي الأيدي أمام هذه الحالات التي يكون العقم فيها إمتد لسنوات عديدة وقبل أن يتوقف المبيض عند السيدة لبلوغها سن اليأس ، يمكن اللجوء إلى الإخصاب الاصطناعي الخارجي كطريقة أخيرة للعلاج¹.

و يجب القول في الأخير ان الإخصاب الاصطناعي الخارجي لا يجب اللجوء اليه إلا بعد التأكد من عدم صلاحية الإخصاب الاصطناعي الداخلي،ومن باب أولى بعد فشل الوسيلة الطبيعية للإخصاب.

ذلك ، أن الوسيلة محل البحث تتسم بالتكلفة المادية الكبيرة بالنسبة لأطرافها، فضلا عن أن إتباع هذه الوسيلة يؤدي حتما إلى افتضاح أمر الزوجين لأنها تتطلب مراكز ومستشفيات متخصصة قياسا بالوسائل الأخرى للإنجاب-ونقصد التلقيح الاصطناعي الداخلي- التي يكفي فيها استعمال عيادة الطبيب ودون استعمال مخدر أحيانا.

ثانيا : الصور المختلفة للتلقيح الاصطناعي الخارجي .

تختلف صور التلقيح الاصطناعي الخارجي حسبما إذا تم في نطاق العلاقة الزوجية (أ) أو تم خارجها (ب).

¹ - أنظر في هذا المعنى، شوقي زكريا الصالحي، مرجع سابق، ص.237.

أ - التلقيح الاصطناعي في نطاق العلاقة الزوجية:

وهذه هي الصورة الطبيعية، وهنا يكون محل العملية هو الحيوانات المنوية للزوج والبييضات الأنثوية للزوجة، حيث يتم تركهما معا في وسط مكان ملائم للإخصاب، ثم تزرع البيضة المخصبة داخل رحم الزوجة لتعلق في جداره وتنمو¹.
ويدفع الى الإخصاب الاصطناعي الخارجي كون قناة فالوب Trompes de Fallope تمنع وصول البيضة من المبيض إلى الرحم ، وقد اشترط بعض الأطباء ألا يتجاوز عمر الزوجين 39 سنة خوفا من حدوث تشوهات خلقية².
والولد الذي تثمره هذه العملية هو- وإن كان عاش بعض الوقت 36 ساعة التي تتطلبها العملية خارج رحم أمه- إلا أن ذلك لا يمنع من انتمائه لها بيولوجيا.

ب - التلقيح الاصطناعي مع إدخال ماء أجنبي عن الزوجية:

ويظهر في عدة أوجه هي:

1- عندما يكون الماء لغير الزوج (متبرع) والبيضة للزوجة: ويتم الزرع بعد التخصيب حيث يتم زرع اللقيحة في رحم الزوجة لتعلق في جداره وتنمو.
و يلجأ الى هذه الصورة في حالة العقم النهائي للزوج (إنعدام الحيوانات المنوية أو عدم فاعليتها أو تعذر استخلاصها من الخصية) مع رغبته وزوجته في الإنجاب، وقد يكون المتبرع بالحيوان المنوي معلوما لدى الزوجين أو مجهولا بالنسبة لهما أو لأحدهما.

¹ - في هذا المعنى، محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص. 126 وما يليها.

² -أنظر: شوقي زكريا الصالحي، مرجع سابق، ص.60.

والولد يكون إينا حقيقيا للأم دون الزوج الذي يكتفي بإعطائه إسمه فحسب، ليكون بذلك مجرد أبا إجتماعيا¹.

2 - أن تكون البيوضة من متبرعة والحيوان المنوي من الزوج: ويتم ذلك عن طريق أخذ بويضات المتبرعة وحيوان الزوج وتركهما معا في إناء، وبعد التلقيح تزرع اللقيحة في رحم الزوجة².

و يلجأ إلى هذه الحالة عند وجود خلل في مبيض الزوجة يؤدي إلى عدم قدرتها على إنتاج البويضات مع قدرتها على الحمل. و تسمى المرأة المتبرعة بالبيوضة بالمعطي. وقد تكون معلومة أو مجهولة بالنسبة للزوجين أو لأحدهما. وهذه الحالة هي عكس الحالة السابقة؛ حيث يكون الولد فيها إينا بيولوجيا للأب دون الأم الذي إقتصر دوها على الحمل والوضع فقط.

3 - أن تكون البيوضة والحيوان المنوي من متبرعين: ثم يتم تلقيحهما في أنبوب اختبار حتى مرحلة الإنقسام والتكاثر وتكوين اللقيحة التي تعاد لرحم الزوجة لتعلق به وتنمو. والفرض هنا أن الزوج مصاب بعقم في نطفته-أي لا بذرة في مائه - وزوجته تعاني من عدم قدرتها على التبويض.مع قدرتها على الحمل وحينئذ تؤخذ البيوضة المخصبة وتزرع رحم هذه الزوجة.

فلا يعتبر الولد إينا-بيولوجيا-لأي منهما، بل غاية ما في الأمر أن يعطيه الزوج لقبه وتتكفل الزوجة بالحمل والوضع³.

¹ -محمد المرسي زهرة ، مرجع سابق، ص.129.

² -محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص.130.

³ -حسيني هيكل، مرجع سابق، ص.260.

ج - الإخصاب الاصطناعي الخارجي بين الزوجين بعد إنتهاء العلاقة الزوجية:

وهنا تكون البيضة للزوجة والحيوان المنوي للزوج ويتم التلقيح بينهما، لكن لا تزرع البيضة بالرحم بل تحفظ في بنك مخصص لذلك ثم يتم تدفئتها و إعادة زرعها برحم الزوجة بعد وفاة الزوج أو الطلاق أو أثناء العدة. ويلجأ إلى هذه الصورة رغبة في الإنجاب من الزوج تخليداً لذكراه، أو حفاظاً على ثروته أو لإصابة الزوج بمرض ميئوس من شفائه يمنع الانجاب أو يفقده القدرة على ذلك.

د- التلقيح الإصطناعي الخارجي في علاقة غير مشروعة: والفرض هنا أن المرأة

الراغبة في الإنجاب غير متزوجة، وفيه تؤخذ البيضة من المرأة غير المتزوجة، وحيوان منوي من متبرع ويتم تلقيحهما خارجياً في أنبوب إختبار، ثم تزرع اللقحة في رحم المرأة غير المتزوجة وتترك لتنمو فيها¹. وقد يكون المتبرع (الرجل) معلوماً للمرأة غير المتزوجة أو غير معلوم بالنسبة لها. وترجع هذه الحالة إلى رغبة المرأة غير المتزوجة في الإنجاب مع عدم رغبتها في الزواج².

هذا، وهناك حالة درج الفقهاء على بحثها بصدد التلقيح الاصطناعي الخارجي

وهي حالة الأم البديلة أو ما يسمى بالرحم المستعار (بصورتها) وقد آلينا دراستها ضمن الفصل اللاحق المتعلق بتنشئة النسب وحفظه في غير نطاقه الطبيعي³ بالنظر لأن الموضوع يحتاج حيزاً أكبر من الدراسة، ومن جهة أخرى لأن نطاق الحضن يثير مسائل لها صلة بالنسب غاية في الأهمية تسحق دراسة مستقلة.

فما هو حكم القانون والفقهاء الإسلامي من النسب الناجم عن التقنية سائلة الذكر

والمتمثلة في التلقيح الإصطناعي خارج الرحم؟

¹ -في هذا المعنى، حسيني هيكل، مرجع سابق، ص.266.

² -شوقي زكريا الصالحي، مرجع سابق، ص.73.

³ - بالصفحة 66 وما يليها من هذه الرسالة.

المطلب الثاني

موقف القانون والفقہ الإسلامي

من النسب ثمرة التلقيح الاصطناعي الخارجي

أمام الاقبال المتزايد على تقنية التلقيح الاصطناعي الخارجي بالنظر لفاعليتها ضد مشكلة العقم، يحتاج الأمر بحث مدى قانونية هذه التقنية من جهة تأثيرها على النسب ومشروعيتها في القانون المقارن وفي القانون الجزائري (الفرع الأول)، ولأن للقضية بعدا دينيا؛ تعين أيضا إخضاعها لميزان الفقہ الإسلامي (الفرع الثاني).

الفرع الأول

موقف القانون من النسب الناتج عن التلقيح الاصطناعي الخارجي

لقد اتخذت بعض القوانين المقارنة مواقفًا متباينة من مدى مشروعية التقنية وتأثيرها على النسب (أولاً)، أما في القانون الجزائري فقد تم إحاطتها بضوابط (ثانياً).

أولاً: موقف القانون المقارن من النسب الناتج عن التلقيح الاصطناعي الخارجي.

نبدأ باستعراض موقف القوانين المختلفة من الوسيلة محل الدراسة تشريعاً (أ)، ثم نتبع ذلك ببيان موقف القضاء منه (ب).

أ - موقف التشريعات من التقنية محل الدراسة ومسألة النسب:

تراوحت مواقف مختلف التشريعات العربية والغربية بين من إلتزمت بالصمت (1)،

ومن حظرتها (2)، ومن نظمتها (3).

1 - تشريعات التزمت الصمت:

على حد علمنا، إلى غاية اليوم لم تُصدر جُل التشريعات العربية قانونا ينظم القواعد الخاصة بالتلقيح الاصطناعي الخارجي¹، ذلك مرده حسب تفسير البعض² أن أمورا كتلك تتأى عن التشريع والتنظيم من وجهة نظر تلك الدول.

إن هذا الصمت من تشريعات يجعل قضائها في حيرة من أمره فيما يتعلق بالنسب، لذا كان حريا بها أن تنظم هذه المسألة مثلما فعلت بعض التشريعات-كما سنرى- وإن لم تستهدف إشكالية النسب الناجم عن التلقيح الخارجي إلا بصفة عرضية.

2 - تشريعات حرّمت التقنية:

من التشريعات التي حرمت التلقيح الاصطناعي الخارجي، التشريع الهولندي الصادر في 14 سبتمبر 1988 اذا كان الدافع إلى ذلك الإتجار³. رغم أنه أقر التبرع بماء الرجل مؤخرا⁴. ومن التشريعات ما قررت بطلان العقد المبرم بين الزوجين والمركز الطبي الذي سيقوم بإجراء العملية بطلانا مطلقا وليس له أي قوة ملزمة. وذلك مثل التشريع البرازيلي⁵.

3 - تشريعات نظمت تقنية التلقيح الإصطناعي الخارجي:

نظمت بعض التشريعات تقنية التلقيح الاصطناعي الخارجي وجعلت له ضوابط .

¹ - حيث نعتقد أنّ المشرع الجزائري فيما يتعلق بالتلقيح الاصطناعي يُعتبر - رغم تأخر صدوره- من السابقين إلى تنظيم التقنية قياسا بباقي التشريعات العربية. رغم تسجيلنا على أحكامه بشأنها الكثير من الملاحظات.

² - حسيني هيكل، مرجع سابق، ص.246.

³ - (N) JORG, Netherlands National report .R.I.D.C,1988,p.1057.

⁴ - (F) GRANAT-LAMBRECHTE ,op .cit,p.2.

⁵ - مقتبس عن: حسيني هيكل، مرجع سابق، ص.249.

فمعظم التشريعات أفردت أهم القواعد الشكلية والموضوعية المنظمة للتلقيح الاصطناعي عموماً وبخاصة مايتعلق بالتلقيح الخارجي منه مُركزة على ضرورة موافقة الزوجين المتبصرة وعلى حظر استعمال خلايا تناسلية من أكثر من جهة وإن قلت من مشاكل النسب المتولدة عن استعمال تلك التقنية إلا أنها لم تبين عموماً موقفها من الكثير منها.

فقد نظم التشريع البرتغالي لسنة 1986¹ كيفية تطبيق تقنية التلقيح الاصطناعي، واقتصر مجال التجريم على الأفعال التي تتعلق بالحياة أو سلامة الجسد دون أن يمتد التجريم إلى الأفعال التي تتعارض مع القيم الاجتماعية أو الأدبية المختلفة². ومن ضمنها التلقيح خارج نطاق الزوجية.

أما التشريع الإنجليزي تضمن قانون الخصوبة البشرية وعلم الأجنة الصادر سنة 1990³ القواعد المنظمة للإنجاب واستحدث هيئة تعنى بإستخراج الخلايا التناسلية، فحصها، حقوق الجنين...، الوضع القانوني للأب والأم،... وإذا عرّجنا إلى موقف القانون الفرنسي من التلقيح الاصطناعي -بوجه عام- وبطريقة غير مباشرة من خلال قانون أخلاقيات مهنة الطب لسنة 2004 الذي أدمج في قانون الصحة العامة⁴.

وقد سبقت الإشارة في معرض الكلام عن موقف المشرع الفرنسي من التلقيح الاصطناعي الداخلي الذي اشترط ضرورة رضا المتبرع⁵، ووجود باعث إلى ذلك من من قبيل البحث العلمي، أغراض علاجية يكون لغاية طبية أو لغاية علمية، أو بمناسبة

¹ - المرسوم بموجب قانون رقم 319 يبين كيفية إجراء التلقيح الاصطناعي، أنظر: حسيني هيكل، مرجع سابق، ص.238.

² - أنظر: حسيني هيكل، مرجع سابق، ص.248.

³ - القانون رقم 37 المؤرخ في: 01-11-1990.

⁴ - L'art 24de la loi 2004-800 relative a la bioéthique , modifié le titre IV du livre 1^{er} de la deuxième partie du code de la santé publique .

⁵ - Art1211-2 du cod civ .

إجراء قضائي طبقا للشروط الواردة بالمادة 1211-1 من القانون المدني الفرنسي¹ الذي أكد على ضرورة إعمال مبدأ جهالة المتلقي والمتبرع إلا لضرورة². رغم بقاء بعض الثغرات لم يُعالجها كمصير الرضا في حالة إيداع عريضة الطلاق، أو حال التراجع عن الرضا أمام الطبيب عند شروعه في العملية بعد صدوره من الزوجين...³. ونخلص أخيرا أن التشريعات الغربية، وبخاصة في البلدان الأوروبية اختلفت تجاه الإنجاب الاصطناعي أمام تعدد صورته داخلي وخارجي، وأحيانا بتدخل طرف ثالث. إذ أن هنالك تداخل مادي ومعنوي للأطراف المعنيين بالعملية إذ أن نظرة المشرع عموما تجاهها هو أن وضع مبادئ تأخذ بالحسبان أن الشخص ينبغي أن يبقى دائما هو الغاية من القانون ولا يُنظر إليه كوسيلة⁴.

ب - موقف القضاء المقارن من النسب الناتج عن التلقيح الاصطناعي الخارجي:

اختلف موقف القضاء المقارن بين حالتين؛ الإخصاب الاصطناعي في إطار العلاقة الزوجية(1) وخارجها(2).

1 - القضاء المقارن و التلقيح الاصطناعي الخارجي في إطار الزوجية:

حكم القضاء السعودي بمشروعية التلقيح الاصطناعي الخارجي الذي يتم بين الزوجين أثناء قيام الرابطة الزوجية، ورتب على ذلك ثبوت نسب المولود شرعا⁵. كما قضت إحدى محاكم القضاء الأمريكي في سنة 1989 في الولايات المتحدة الأمريكية بصحة العقد المبرم بين زوجين وعبادة مختصة بالقيام بعملية التلقيح الاصطناعي الخارجي حال حياة الزوجين، ليس هذا فحسب بل أسبغ القضاء السالف

¹ - La loi n° 2004-800 du 6 aout 2004 relative à la bioéthique.

² - Art1211-5 du cod civ .fr

³ - Gilles TAORMINA, Le droit de la famille à l'épreuve du progrès scientifique,Receuil Dalloz, 20 avr.2006,n°16,pp. 1070et1071.

⁴ - (R) ANDORNO.op.cit,p.152.

⁵ - حسيني هيكل، مرجع سابق، ص.267.

الذكر وصفا على الجنين محل العقد مفاده أنه يعتبر من ممتلكات الزوجين، فإذا رفضت العيادة تسليم الأجنة للزوجين حق لهما أن يرفعا دعوى لإستردادها¹.

وأخيرا فإن للقضاء الفرنسي موقف من التقنية محل الدراسة في قضية محصلتها أن طفلا قد خُصّب بطريق التلقيح الاصطناعي الخارجي بعدما زرعت اللقيحة في رحم الزوجة، وبعد فترة من ولد الطفل، وأراد الزوج أن ينكر نسب الطفل إليه، فرفع دعواه مستندا إلى أن التلقيح تم بواسطة ماء الغير لأنه كان مسافرا و لم تنكر ذلك زوجته. رأت المحكمة أنه يكفي لقبول دعوى الزوج بانكار نسب طفله أن يثبت بالخبرة في مجال الدم نفي الأبوة، ومن ثم فلا مجال للبحث عما اذا كان الزوج قد وافق على الوسيلة أم لا².

فبقضائه هذا يكون القضاء الفرنسي قد أرسى مبدأ هاما وجريئا، مفاده ثبوت نسب المولود عن طريق التلقيح الاصطناعي حال حياة الزوجين.

2 - القضاء المقارن والتلقيح الإصطناعي الخارجي خارج العلاقة الزوجية:

حكم القضاء الإنجليزي بعدم مشروعية التلقيح الاصطناعي خارج العلاقة الزوجية في قضية محصلتها أن السيدة كوتون " Cotton " وافقت على العملية لقاء دفع مبلغ مالي، وقد وافقت المحكمة على تسليم الطفل إلى الزوجين صاحبا البذرتين، ليس لأن العملية مشروعة ولكن مراعاة لمصلحة المولود³. هذا الحكم وإن كان يمس عملية إيجار الأرحام إلا أنه يمكن أن يستشف منه من باب أولى عدم مشروعية التلقيح الخارجي بماء الغير .

¹ - و قد رفضت محكمة أخرى بأحقية الزوجين في الحصول على تعويض من الطبيب لقيامه بالتصرف في البيضة الملقحة دون علمهما و موافقتهما و دون توافر سبب مشروع لعدم اتمام اجراءات التلقيح، أنظر : محمد عبد الوهاب الخولي، المسؤولية الجنائية للأطباء عن استخدام الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة، "التلقيح الاصطناعي-طفل الأنابيب-نقل الأعضاء"، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى، 1997، د دن، ص. 90.

² -حسيني هيكل، مرجع سابق، ص.268.

³ -مقتبس عن: شوقي زكريا الصالحي، مرجع سابق، ص.82.

أما عن موقف القضاء الفرنسي من التلقيح الصناعي بتدخل الغير تنازعه
إتجاهان، إتجاه منكر لحق الزوج في إنكار نسب الولد المتخلق بمني الغير-ولو رضي
بذلك إبتداء-رغم ما أثير من شكوك حول أخلاق الزوجة¹.
وإتجاه آخر يقضي بإهدار أي قيمة للإقرار الصادر من الزوج بالموافقة على تلقيح
زوجته بنطفة الغير، فهذا الإقرار لا ينشئ الأبوة فضلا عن أنه لا يجوز التنازل مقدما
عن الدعاوى المتعلقة بحالة الأشخاص.
وما سبق أن قيل عن التلقيح الداخلي يقال-من باب أولى-عن التلقيح الاصطناعي
الخارجي في هذا الصدد.

ثانيا : موقف القانون الجزائري من النسب الناتج عن التلقيح الإصطناعي الخارجي.
في غياب تطبيقات للقضاء الجزائري بهذا الشأن²، جاءت نص المادة 45 من
قانون الأسرة عاما يشمل نوعي التلقيح الإصطناعي،لذا نكتفي بالإشارة باختصار
للسوابط المتعلقة بالزوجين مُركّزين على ما يمس مسألة النسب (أ)، ومن جهة أخرى
لأن هذا النوع من التلقيح يتم خارج الرحم ما يستدعي حيطة مضاعفة لحفظ النسب
أغفل المشرع التنصيص على ظروفها ما يدعو للتطرق إليها (ب) .

أ - ضوابط التلقيح المتعلقة بالزوجين التي أقرها المشرع الجزائري حفظا للنسب:
لقد جاء في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم أنه:
" يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي، يخضع التلقيح الاصطناعي للشروط
الآتية:

-أن يكون الزواج شرعيا.

-أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما.

¹ - T.G.I.de ,18jan,1990.D.1990,II,p.332, note.SAUJOT (Collette).

² - الى هذا اليوم على حد علمنا.

- أن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما...".

ولأنه سبق التعرض لمجمل هذه الشروط بالتحليل بمناسبة الكلام على موقف المشرع الجزائري من التلقيح الداخلي، فإننا سنكتفي بالقول هنا أنه تتأكد هذه الضوابط أكثر في التلقيح خارج الرحم مع وجود بنوك الأجنة، وإمكانية الإحتفاظ بها لمدة طويلة. ما يُعرِّض الأنساب للاختلاط عبر الأجيال فيتعزز بذلك إحتمال الخطأ فيها إذا لم يعمل بالشروط الأنفة الذكر.

لكن-ومع ذلك- فانه يظهر جليا قصور هذه الشروط التي وضعها المشرع الجزائري حفاظا على النسب؛ لأنه وإن كان قد أحاط بالشروط المتعلقة بالمستفيدين فانه أغفل تماما ما يتعلق من ضوابط للعملية ذاتها، وهو ما سنتطرق إليه في الحين.

ب - إغفال المشرع الجزائري لبعض ضوابط العملية من شأنها حفظ النسب:

لأن عملية التلقيح الاصطناعي الخارجي تتم خارج الرحم فإن عملية الإخصاب تتعرض بشكل أكبر لإختلاط اللقائح وضياع الأنساب على إثر ذلك، لذا فمن أجل المحافظة عليها كان الأجدر بالمشرع الجزائري عدم الإكتفاء بالتنصيص على الشروط الواجب توفرها في الزوجين. بل أن العمل الطبي أيضا له شروطه منها:

- أن تكون المراكز التي تضطلع بالعملية متخصصة في التلقيح الاصطناعي بإشراف أطباء ذوو تخصص ومستوى عال، ذلك لما يكتنف العملية من مخاطر إختلاط الأنساب¹.

- أن لا يسمح إلا للمراكز المعتمدة من طرف الدولة بالقيام بالعملية.

- أن يكون الأطباء المشرفون على العملية ذوو ثقة يحكمهم الضمير، ويحبذ في هذا الصدد، التنصيص على أن يكون المشرف على العملية طبيبة مسلمة إن أمكن و إلا

¹ - أنظر: عبدالكريم مامون، مرجع سابق، ص. 88.

فامرأة غير مسلمة، وإلا فطبيب مسلم ثقة، وإلا فغير مسلم ثقة. ولا تجوز الخلوة بين المعالج والمرأة إلا بحضور زوجها أو امرأة أخرى.

- أن يتم إهدار كل ما تبقى من الحيوانات المنوية بعد التلقيح مخافة أن يتم استعمالها مع طرف أجنبي عن الزوجين سواء بصفة عمدية أو بطريق الخطأ.

هذا، وفضلا عن ماسبق من شروط فنية، فقد أغفل المشرع بعض الشروط الموضوعية

نحو:

- يحسُن إلزام المستفيدين بتوثيق العملية درءا لما قد يثار لاحقا من مشاكل نفي النسب.

- ضرورة اشتراط اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي كآخر وسيلة طبية، ويعني ذلك عدم

جواز الإستفادة من التلقيح الاصطناعي إذا كان الحمل ممكنا بالطرق العادية، لأن

تقنيات التلقيح الاصطناعي إستثنائية لم تشرع إلا للضرورة¹.

- أن يكون التلقيح خلال الحياة الزوجية ويرفض صراحة التلقيح بعد الانفصال.

ولأن أغلب هذه الشروط المقترحة توافق ما انتهى إليه الفقه الإسلامي الحديث

من جهة، ومن جهة أخرى بحكم إستمداد قانون الأسرة الجزائري جل أحكامه من

الشريعة الإسلامية بالنص أحيانا و بالاحالة أخرى²، فإنه يتعين بحث موقف الشريعة

من هذه النازلة في الفرع الموالي.

الفرع الثاني

موقف الفقه الإسلامي من النسب الناتج التلقيح الإصطناعي الخارجي

غني عن البيان أننا لا نريد في هذا الصدد بحث موقف الشرع من العملية بوجه

عام³ كي لا نخرج عن غرضنا، وغاية ما في الأمر هو معرفة التقدير الشرعي للنسب

¹ - أنظر: عبدالكريم مامون، مرجع سابق، ص.88.

² - حيث ينص قانون الأسرة في المادة 222 منه على أنه: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه الى أحكام الشريعة الإسلامية".

³ - مثل الكشف عن العورة، امكانية التحكم في جنس الجنين أو مواصفاته، آثاره السلبية على الجنين والمرأة...

ثمرة التلقيح الصناعي الخارجي بالنظر للعلاقة بين أصحاب اللقائح (أولا)، ومن حيث بعدها الزمني (ثانيا).

أولا: تأثر الإعراف بالنسب من الناحية الشرعية بصفة أصحاب الخلايا الجنسية. يتأثر النسب بشكل مباشر من التلقيح الذي يكون بعد زوال صفة الزوجية على العلاقة التي تربط الرجل بالمرأة، أو إذا تدخل طرف ثالث بمائه في العملية وبعدهم مشروعية العلاقة من أساسها.

أ - التلقيح الاصطناعي بين الزوجين:

وفي هذه الحالة تكون الحيوانات المنوية للزوج والبيوضات الأنثوية لزوجته؛ ويتم تركهما معا في وسط مناسب (أنبوب مثلا) يتوفر على ظروف مناسبة.

ففي هذه الحالة يكون الولد بيولوجيا إبنا للزوجين، وهذه الصورة جائزة شرعا لأنها لا تتنافى مع قصد الشارع في حفظ النسل، بالإضافة إلى أنها تشبه ما قرره الفقهاء من أن "الإخصاب كما يكون بالوطء مباشرة يكون كذلك بما في معناه من إستدخال المنى في موضع التناسل، والطفل الذي يأتي ثمرة هذا الإستدخال هو ابن شرعي لوالديه، وقد توافرت له شروط النسب¹.

ويقول الشيخ عبد الرحمان البسام "أن معظم من بحثوا وأجابوا من فقهاء الإسلام المعاصرين في موضوع التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب من أساتذة في كليات الشريعة أو مفتين أو قضاة شرعيين-فيما علمت-قد إنفقت كلمتهم على أن هذه الحالة جائزة بلا تحفظ، وأن المحذور شرعا إنما هي الحالات التي تكون فيها البذرتان أوإحدهما من مصدر متبرع. وقليل منهم من تحفظ وتردد في الجواز"².

¹ -أنظر: شوقي زكريا الصالحي، مرجع سابق، ص.48.

² - عبد الرحمان البسام، مرجع سابق، ص. 259.

لكنه يردف قائلاً أن هذه الصورة وإن كانت تبدو مبدئياً جائزة شرعاً إلا أن ترددي فيها من جهة... كونها صالحة لأن تتخذ ذريعة إلى الفساد والشك في الأنساب التي يقوم عليها في الإسلام كيان الأسرة والحقوق الشرعية بين أفرادها، وحرمان القرابة والمصاهرة. ذلك لأن سلوك هذا الطريق الاصطناعي الخارجي لإنتاج الولد سيجعل أمر نسبه تابعاً لقول الطبيب الذي سيقدر أنه أجرى التلقيح بين بزرتي الزوجين، وهذا يفسح مجالاً للشك بأن الطبيب قد غلط بين وعاء وآخر، أو أنه قد ساير رغبة المرأة الراغبة في الأمومة لأمرها، فیهیء لها الجنين المطلوب في المختبر من بويضة سواها، ولم يكن في مبيضاها هي بويضة... إلى غير ذلك من احتمالات، وتكون في صدق الطبيب لأسباب شتى¹.

هذا وقد صدر عن دار الإفتاء المصرية فتوى بجواز هذه الحالة، وكما أن مجمع الفقه لرابطة العالم الإسلامي قرر جوازها سنة 1975 واشترط ألا يلجأ إلى ذلك إلا في حالة الضرورة القصوى². وهو القرار الذي خلص إليه مجلس المجمع الفقهي الإسلامي في دورته السابعة المنعقد بمكة المكرمة سنة 1984 حيث قرر أن نسب المولود في هذه الحالة - يثبت من الزوجين مصدر البذرتين³.

ب - التلقيح الاصطناعي الخارجي بتدخل أجنبي بمائه:

وتتعدد هذه الحالة إلى الصور التالية:

1 - أن تقدم الزوجة الببيضة ويقدم أجنبي الحيوان المنوي من متبرع: لا شك في

حرمة هذه الصورة من التلقيح طبقاً لجميع الشرائع السماوية، وعلّة ذلك هو دخول

¹ - عبد الرحمن البسام، مرجع سابق، ص. 260.

² - مقتبس عن حسيني هيكل، مرجع سابق، ص. 273.

³ - أنظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة 02 لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي، عدد 02-1987، ج01، منظمة المؤتمر الإسلامي، ص. 266.

عنصر ثالث أجنبي بين الرجل وزوجته في عملية الإخصاب، فضلا عما تؤديه هذه الصورة من اختلاط الأنساب وفسادها.

كما أن الولد الذي يجيء ثمرة هذا التلقيح لا يثبت نسبه إلى الزوج صاحب الفراش لفقدانه شرط من شروط ثبوت النسب هو كون النطفة منه، ولمخالفته لأحكام الآية "أدعوهم لأبائهم هو أقسط عند الله"¹.

وإلى هذا انتهت دار الافتاء المصرية حيث جاء عنها "أن تلقيح الزوجة بمني رجل آخر غير زوجها محرم شرعا لما يترتب عليه من إختلاط الأنساب ونسبة ولد إلى أب لم يخلق من مائه"².

2 - البيضة من امرأة متبرعة والمني من الزوج:

لا تختلف هذه الصورة عن سابقتها فهي محرمة شرعا، ذلك لأن نسبة الولد إلى الزوجة حرام أيضا لمخالفة الحكم الصريح للآية الكريمة: "أدعوهم لأبائهم" لأن كلمة الأب الواردة في الآية تطلق على الأب والأم معا، فاذا لم تكن البيضة من الزوجة فلا تعد أما. وهو الحكم الذي انتهت اليه دار الافتاء المصرية³، إذ يؤدي مثل هذا إلى اختلاط الأنساب، بل أن اختلاط الأنساب مؤكد فيها . وانتهى إليه المجمع الفقهي الاسلامي في دورته الخامسة 1402هـ والسابعة 1404هـ والثامنة سنة 1405هـ⁴، إذ أكد على حرمتها لما يترتب عليها من اختلاط الأنساب وضياع الأمومة.

3 - البيضة من متبرع والمني من متبرع أيضا:

في هذه الحالة يكون الزوجان قد اشتريا جنينا مجمدا من بنك حفظ النطف، فكل منهما ليس له دور في المولود -إن نجحت العملية- لا سيما الزوجة التي تحمل المولود

¹ - الاحزاب، الآية.05.

² -الفتاوى المصرية، ج09 : ص:3220، منشور مجلة الأزهر الجزء10، السنة55، 1983، ص.1433.

³ -الفتاوى المصرية، مرجع سابق ، ص.3220.

⁴ - أنظر: مجلة مجمع الفقه الاسلامي ، الدورة الثامنة، 02، 1405هـ، ص.150.

بعد الإخصاب وحتى وضع الحمل. والحكم في هذه الحالة ظاهر التحريم، لأن مصدر اللقيحة أجنبيان عنهما. ولا يجمعهما أي رابط شرعي وعليه فالعملية برمتها حرام ولا ينتج عنها نسب شرعي. وجاء في قرارات مجمع الفقه الاسلامي بالفقرة الرابعة منها "أن يجري تلقيح خارجي بين بذرتي رجل أجنبي وأمرأة أجنبية ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة أمر محرم شرعا وممنوع لذاته ، أولما يترتب عنه من اختلاط الأنساب وضياع الأمومة"¹.

ج - الإخصاب الخارجي في علاقة غير مشروعة:

هذه الصورة تكون المرأة فيها غير متزوجة وراغبة في الإنجاب، فتلجأ إلى أحد الأفراد (ذكر متبرع) أو إلى أحد المؤسسات "بنك حفظ المنى لأخذ السائل المنوي منه ثم تقوم بإجراء تقنية الإخصاب الخارجي في بيئة مصطنعة، وبعد الإخصاب تزرع اللقيحة في رحمها وتترك لتنمو فيه.

و لعل من المسلم به أن هذه الصورة من صور التلقيح الاصطناعي الخارجي -إذا ما أبحاث-ستؤدي إلى اختلاط الأنساب فضلا عن إثارتها للعديد من المشاكل القانونية والاجتماعية والدينية ما يقتضي تحريمها اعتمادا على كونها بعيدة عن النطاق الشخصي للعلاقة الزوجية تماما².

ثانيا : تأثر الإعراف الشرعي بالنسب بمدى وقوعه خلال فترة الزوجية .

إذا لم تكن هناك مشكلة في التخصيب الخارجي بين الزوجين قبل انفصام العلاقة الزوجية فإن الحكم الشرعي على النسب يتأثر بالتلقيح بعد الوفاة (أ) أو بعد الطلاق (ب).

¹ - أنظر: مجلة هدى الاسلام، الدورة الثالثة لمجمع الفقه الاسلامي، لسنة 1407هـ، 1987م، عمان، ص. 16، مجلة مجمع الفقه الاسلامي، الدورة الثانية لمؤتمر مجمع الفقه الاسلامي، العدد الثاني، الجزء الأول، 1986، ص. 336.

² - حسيني هيكل، مرجع سابق، ص. 276-277.

أ - التلقيح الاصطناعي بعد وفاة الزوج والنسب:

قد ترغب المرأة في الإنجاب من زوجها المتوفي فتحتفظ ببذرتة ، و تتعدد في ذلك أهدافها، مثل أن تحفظ ذكرى زوجها بولد منه، أو أن يكون الزوج ثريا ولا يرغب في أن يرثه أحد من أقاربها فيوصي بزرع تلك الأجنة بعد موته... ، فهذه الصورة تعتبر محرمة. واشترط الفقه الإسلامي قيام الزوجية من أجل إجازتها وقد أفتى بحرمة هذه الطريقة مجمع الفقه الإسلامي المنعقد بمكة¹.

وفي هذا هناك من يرى² أن عملية زرع البويضة الملقحة ما هو إلا استمرارا للحمل واستكمالا لمدته مع تغير الوفاة فقط، فالحمل حسبهم لا يبدأ مع عملية الزرع وإنما بمجرد التقاء البذرتين معا ، فالأنبوب لا يتسع لنمو الجنين، ولذا يجب إعادته إلى رحم أمه، وذلك يكفي حسبهم للقول بوجود علاقة زوجية وأن تتم عملية التلقيح في الأنبوب، والزوج لازال على قيد الحياة، حتى لو توفي بعد ذلك وقبل إجراء العملية، فالإخصاب تحقق في حياة الزوج وذلك يكفي للقول بشرعية الحمل.

وفي المحصلة فإنه لا يقام حد الزنا على الزوجة التي كانت محلا لعملية الإنجاب بهذه الصورة لعدم تحقق صورة الزنا التي حددها الشرع.

كما يرى البعض³ أنّ الطفل يُنسب الى أبويه الذين حصل اللقاح منهما ، سواء بقي على حاله أو تكامل نموه بأي وسيلة من الوسائل، وذلك لأنه قد انعقد مما أخذ من رجل وامرأة حال قيام الزوجية بينهما.

¹ - في دورته السابعة سنة 1404 هـ، وعلماء الذين حضروا اندوة الانجاب في الكويت (11 شعبان 1404)، وغيرهم، أنظر: سفيان بن عمر بورقعة، مرجع سابق، ص.479.

² - حسيني هيكل، مرجع سابق، ص.256.

³ - عبد الله هاشم جميل، زراعة الأجنة في ضوء الشريعة الاسلامية ، مجلة الرسالة ، وزارة الأوقاف و الشؤون الدينية للجمهورية العراقية ، عدد231، السنة22، 1410هـ ، ص.102.

وقال آخرون أن النسب لا يثبت لصاحب المنى، ويكون الولد بلا نسب أبوي، وهو قول الأستاذ مصطفى الزرقا، والشيخ محمد حسن الأمين¹ وآخرون. ولأنّ هذا القول الأخير ينافي قاعدة إحياء الولد من خلال ثبوت نسبٍ ينتمي إليه من جهة أبيه، فإننا نرجّح قول من يعتبر عدم جواز العملية ابتداءً، لكن من باب ترتيب الأثر على الحكم فإنّه من غير المسوغ أن يُترك الطفل من غير نسب من جهة أبيه الذي عنه يأخذ لقبه.

ب - التلقيح الاصطناعي بعد الطلاق:

إذا كان من المتصور وفاة الزوج ما بين حدوث التلقيح وزرع البويضة الملقحة في رحم الزوجة، فمن المتصور - كذلك - إنتهاء الحياة الزوجية بالطلاق في هذه الفترة، وعليه فإن وقوع الحمل في هاته الفترة لا يمنع من القول بتحقيق الحمل بين الزوجين ويكون الطفل إبناً شرعياً لهما². فالطلاق لا يعني الرجوع في الحمل، لكن يشترط لثبوت نسب الولد لأبيه بعد الوفاة أو الطلاق أن يولد خلال سنة-على أرجح الأقوال الفقيهية- من تاريخ الوفاة أو من تاريخ البيوتة حسب الأحوال.

فالإسلام اشترط العلاقة الزوجية للجواز؛ فكما لا يجوز استدخال الأجنة بعد الوفاة فإنه لا يجوز أيضاً إستدخالها إذا انقضى عقد الزوجية بطلاق بائن³، أو في طلاق رجعي إلا إذا راجع الزوج زوجته مرة أخرى، وقام بينهما عقد الزوجية من جديد. إن اللجوء إلى استخدام الجنين المجدد لزرعه في رحم الزوجة إن جاز فإنما لقيام الحاجة عند تعذر الإنجاب بطرقه الإعتيادية، أما في الصورة التي معنا فإن الحاجة مفقودة. فإذا كان للمرأة رغبة في الذرية فإنه لا تزال أمامها فرصة للإنجاب إذا تقدم

¹ - نقلا عن: عبد الله هاشم جميل، مرجع سابق، ص. 94.

² - حسيني هيكل، مرجع سابق، ص. 256.

³ - محمد علي البار، مرجع سابق، ص. 290.

إيهارجل جديد ورغب في الزواج بها بعد انقضاء العدة. والكلام عن التلقيح الاصطناعي بعد الوفاة بتدخل عنصر أجنبي عن الزوجين يستنتج عدم جوازه من باب أولى.

ج - التلقيح الاصطناعي الخارجي بعد وفاة الزوجة:

في حالة وفاة الزوجة فان الوضع مختلف؛ ذلك أن وفاة الزوجة بعد إجراء التلقيح في الأنبوب، و قبل الزرع يعني استحالة استمرار الحمل و بذلك ينتهي الأمر عند هذا الحد، ويكون وضعها هذا كوضع المرأة التي تتوفى وهي حامل، أما بالنسبة للبيضة الملقحة فالأمر لا يخرج عن احتمالات ثلاثة:

- 1 - إعدامها بتركها لشأنها لتموت، وهذا هو التصور الطبيعي.
- 2 - أن يتبرع بها الزوج لإجراء التجارب والأبحاث عليها.
- 3- وإما أن يفكر الزوج في استئجار رحم امرأة أخرى تتولى حمل البيضة، ووضع الطفل من أجل أن ينسب له ولزوجته المتوفاة وهو ما يعرف بالأم البديلة. وهذا ما سنفصل فيه ضمن الجزئية الموالية.

الفصل الثاني

تنشئة الأجنة وحفظها في غير نطاقها الطبيعي و النسب

إذا كنا قد تطرقنا في الفصل الأول إلى ظروف إنشاء النسب المتعلقة بمجرد التلقيح الاصطناعي بصورتيه الداخلي والخارجي ، بالرغم من تباين الفقه حول شرعية النسب الناجم عنه و الإختلاف حول الضوابط المرعية من أجل تقبله كما مر بنا

أنفا، أن لنا أن ندرس ما يعترى مسألة النسب عندما يكون مكان حضن الجنين هو غير الرحم الطبيعي للزوجة.

فغني عن البيان أنه قد شاع في العقود الأخيرة في سبيل تعزيز التناسل ما يسمى بالرحم المستعار؛ تتدخل بموجبه امرأة أخرى غير الزوجة لتحضن الولد في رحمها (المبحث الأول).

كما قد مكنت الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية و البيولوجية من إيجاد حلول لمشكلة العقم، ومن بين المستجدات العلمية الحديثة في مواجهة مشكل عدم الإنجاب تقنية نقل وزرع الأعضاء التناسلية. وفيه يتخلق الجنين في جسدها لكن بأعضاء تناسلية تعود لأحد المتبرعين من غير الزوجين وهو ما يحدونا للوقوف عندها ومعرفة مدى أثرها على إختلاط الأنساب (المبحث الثاني) .

و عملا بقاعدة أن الحكم على الشيء فرع عن تصوره ، لزم تصور ومعرفة العملية إجمالاً، قبل التصدي لدراسة الحكم الشرعي للنسب الناشيء عنها. وهو النهج الذي نسير عليه من البداية.

المبحث الأول

النسب الناجم عن الرحم المؤجر

سنَعَمَد في دراستنا مسألة استئجار الأرحام أو " الأرحام البديلة " إلى محاولة تكوين فكرة عن العملية من خلال بيان مفهومها وصورها(المطلب الأول)، قبل بيان حكم القانون و الفقه الإسلامي من النسب الناجم عن الإعتماد عليها في الإنجاب (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مفهوم عملية تأجير الأرحام وتعدد صورها

يُثار تساؤل حول كُنه تقنية تأجير الرحم و الصُّور التي تتجلى فيها ؟ لذا، وعلى غرار النهج الذي بدأناه في هذه الرسالة، من البديهي أن نتناول مفهوم عملية إيجار الرحم إجمالاً (الفرع الأول)، قبل بيان صورها (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مفهوم تأجير الأرحام(الأم البديلة)¹

من أجل فهم مسألة الرحم المؤجر تعيّن بحث تعريف لبعض المصطلحات ذات الصلة بها (أولاً)، وتطورها التاريخي (ثانياً)، وكذا الخطوات المتبعة فيها (ثالثاً).

أولاً : تعاريف للمصطلحات المتصلة بالأم البديلة.

الأم في اللغة: أصل الشيء (للحيوان والنبات)، والأم : الوالدة، والأم : الشيء يتبعه فروعه. والجمع أمات وأمّهات².

و الأم في الاصطلاح: هي " المرأة التي ساهمت في تخليق الجنين أو حملته أو أرضعته"³.

أما الوالدة :هي في الاصطلاح "المرأة التي حملت الجنين و وضعتة طفلاً"⁴. ومنه يتضح أن لفظ "الأم" أوسع وأشمل من لفظ"الوالدة".

¹ - وتسمى كذلك: الرحم المستعارة، الرحم الضئير، الأم البديلة، والأم الحماله، الأم بالإنابة، الأم بالوكالة ...، أنظر: تشوار جيلالي، الزواج و الطلاق...، مرجع سابق، ص. 110 و مايليها.

² -المعجم الصغير، الهيئة العامة لشؤون الطبعة الأميرية، القاهرة، 1990، ص.25، مادة : أم.

³ - مارك نصر الدين، الأم البديلة بين القانون والشريعة الإسلامية-دراسة مقارنة، م.ج.ع.ق.إ.س، عدد1999-4، ص.15.

⁴ - مارك نصر الدين، مرجع سابق، ص.16.

والأم البيولوجية هي المرأة صاحبة البويضة المخصبة بمني زوجها، والتي تحمل الشفرة الوراثية سواء تمت الأطوار الجنينية في رحمها أم تمت في رحم امرأة أخرى (الأم البديلة).

الأم بالحمل: وهي المرأة التي اقتصر دورها فقط على حمل نطفة الأمشاج إلى مرحلة الوضع ولم يتعد دورها غير ذلك سواء تقديم البويضة القابلة للتخصيب أو الإرضاع بعد الولادة¹.

أما أمهات المؤمنين فهن زوجات النبي، قال تعالى: "وأزواجه أمهاتكم" فلسن إلا على سبيل المجاز².

أما الرحم في اللغة: فيعرف بأنه بيت منبت الولد ووعاؤه في البطن³.

والرحم في الإصطلاح: "حويصلة مرنة في أسفل التجويف البطني للأنثى؛

تأوي إليها النطفة الأمشاج لتتم بداخلها الدورة الجنينية⁴.

أما تعريف **الحمل لحساب الغير**، فعقد الحمل لحساب الغير ينشئ بين طرفيه (الأم صاحبة البويضة والأم الحاملة لهذه البويضة في رحمها) التزامات متقابلة من أهمها قيام الأم صاحبة البويضة مع زوجها بالإئفاق على الأم حاملة البويضة من حيث المسكن، والملبس والغذاء ومصروفات العلاج... الخ. في حين تلتزم الأم حاملة البويضة تجاه الأم صاحبة البويضة بالمحافظة قدر المستطاع على الجنين الموجود بداخل رحمها، والبعد عن ممارسة الأفعال التي تحتوي على بعض المخاطر بالنسبة له وذلك حتى ولادة هذا الجنين وانفصاله عن رحمها.

1 - حسيني هيكل، مرجع سابق، ص.348.

2 - أحمد نصرالجندي، النسب في الإسلام والأرحام البديلة، دار الكتب القانونية، مصر، 2003، ص.207.

3 - أنظر: إين منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج06، ص.126.

4 - حسيني هيكل، مرجع سابق، ص.344.

والقول بوجود عقد بين طرفين لا يمنع من حق المرأة الحاملة من الإحتفاظ بالمولود إذ اثبت أن العقد بطل بطلانا مطلقا. لذا فالرأي الراجح هو وجود تلك العلاقة التعاقدية¹.

لننتهي إلى أن الأم البديلة "هي المرأة التي يحل رحمها محل رحم الأم البيولوجية في حمل الجنين المخلق من ببيضة الأخيرة المخصبة بمني زوجها لتتم الأطوار الجنينية داخل رحم الأولى".
أما الأم الرضاعية فهي التي ترضع غير ولدها.

ثانيا : التطور التاريخي لتأجير الأرحام .

إن تقنية الأم البديلة أو تأجير الأرحام ظهر بشكله الحالي بمدينة "Louisville" بولاية كنتاكي الأمريكية على يد الدكتور ريتشارد لوفين؛ فقد وجد هذا الطبيب أن هناك بعض ممرضاته لا يستطعن الإنجاب بسبب غياب الرحم لديهن، فقام باستئجار أخرى ذات رحم سليم، ولقح الأخيرة صناعيا بنطفة زوج الأولى. و بعد نجاح الحمل والوضع تم تسليم الطفل لأبيه البيولوجي.

وقد وجدت لهذه الفكرة تطبيقات أخرى كثيرة في ولايات متعددة، ففي كاليفورنيا ظهرت ابتداء من سنة 1975 مكاتب "الوساطة" المتخصصة في إبرام العقود مع الحاملة والأزواج المترددين عليهما وقد أظهرت الجمعية الأمريكية لأطباء النساء والتوليد تساهلا كبيرا في انضمام أعضائها لهذه المكاتب وممارستهم لهذه الوسيلة².

ويمكن القول بأن أول مركز لتأجير الأرحام كان في فرنكفورت بألمانيا³. ونظرا لإنتشار عدم القدرة على الإنجاب من جانب الزوجات انتشرت مثل تلك المراكز في

¹ – (C).ATIAS,le contra de substitution de mère,D.S ,1986 ,chron,p .67.

² – نصر الدين مروك، مرجع سابق، ص.19.

³ – محمد شوقي الصالحي، مرجع سابق، ص.98.

أنحاء العالم وبخاصة في الولايات المتحدة الأمريكية حيث بلغ عدد هذه المراكز 15 مركزاً¹.

أما أول تطبيق لهذه الوسيلة بفرنسا فقد تم بين التوأمن كريستين ومقالي (Christine et Magali) الأولى المطلقة وأم لطفل والثانية متزوجة وعاقرة، وقد تطوعت الأولى بحمل الجنين لصالح أختها عن طريق التلقيح الإصطناعي بنطفة زوج أختها، وقد ولد "أستيفاني" بعد أن حملته خالته وتنازلت عنه لصالح أختها، وطلبت الأخيرة تبني طفل زوجها بعد أن أقر به، ولم تجد أي صعوبات قانونية في إتمام إجراءات التبني، وعلى إثر ذلك توالت ظهور مكاتب وجمعيات الأمهات بالإنابة بفرنسا. ومن بين الأمثلة العجيبة هو تطوع جدة جنوب إفريقية (48 سنة) بحمل 03 توائم "أحفاد" لحساب إبنتها (25 سنة)، فصارت بذلك أول جدة أم في العالم².

ثالثاً : الخطوات العملية للحمل بواسطة الغير .

يتم الحمل بالأم البديلة عبر الخطوات العملية التالية:

أ - يتم الإتفاق في شكل قانوني بين الزوج والزوجة أصحاب البيضة الملقحة كطرف أول، وبين السيدة التي ستحمل هذه البيضة بداخل رحمها كطرف ثان، بمقتضى هذا الإتفاق يتحمل الزوج والزوجة كافة التكاليف المادية بداية من الفحص الطبي للأم الحامل وحتى ولادة هذا الطفل، فضلاً عن أجر الطبيب ونفقات الغذاء أثناء مدة الحمل وأجر السكن والملبس وكافة النفقات الأخرى أثناء الحمل والولادة، وبعد الولادة بثمانية أسابيع³.

1 - مقتبس عن حسيني هيكلم، مرجع سابق، ص.345.

2 - نصر الدين مروي، مرجع سابق، ص.19 و20.

3 - شوقي زكريا الصالحي، مرجع سابق، ص.98.

ب - يلتزم الزوج والزوجة "الطرف الأول" صاحبا البويضة الملقحة بالإشراف على الطفل (الأطفال) الذي سيولد (الذين سيولدون) أي كانت حالته (حالتهم) الصحية بشرط أن تثبت الفحوصات الطبية البيولوجية أن الطفل (الأطفال) هو (هم) نتاج البويضة الملقحة¹.

ج - يلتزم كل طرف بالمحافظة على سرية العملية متى طلب منه الطرف الثاني ذلك.

د - يلتزم الطرف الأول بدفع المبلغ المتفق عليه للطرف الثاني بعد إنهاء المهمة .
هـ - يلتزم الطرف الثاني بالخضوع للفحوصات قبل التلقيح و أثناء الحمل وبعد الولادة².

الفرع الثاني

تعدد صور الرحم المؤجر بتعدد الأسباب الداعية إليها

إن لجوء الزوجين إلى رحم بديلة قد تدعوا إليه أسباب عديدة، تُحتمّ وضع ماء الزوج أو ماء كلا الزوجين داخلها، بل أن التفكير مُنصبّ في استحداث رحم إصطناعي يتم الحضان فيه، لذلك تختلف صور الرحم المؤجر حسب الأسباب الداعية والملجئة إليه، لذلك سنعرض الأسباب (أولا)، قبل بيان تلك الصور (ثانياً).

أولا : الأسباب الداعية لإيجار الأرحام.

تتعدد الأسباب التي تدعو الأزواج لعملية إيجار الأرحام ومن أهمها:

¹ - حسيني هيكل، مرجع سابق، ص.346.

² - حسيني هيكل، مرجع سابق، ص.346.

أ - أسباب طبية:

وذلك كانهاء أعضاء تناسلية بالمرأة صاحبة البيضة، أو انعدام رحم، أو عدم مقدرة الرحم على حمل الجنين حتى النهاية¹. وعموماً تنتظم تلك الأسباب إلى:

1 - أن يكون للزوجة مبيض سليم، لكن رحمها قد أزيل بعملية جراحية، أو به عيوب خلقية شديدة بحيث لا يمكنها أن تحمل، وزوجها سليم.

2 - أن تكون الزوجة سليمة من ناحية الجهاز التناسلي وزوجها سليم أيضاً، ولكن الحمل يسبب لها أمراضاً شديدة مثل تسمم الحمل.

ب - أسباب وقائية صحية:

1 - أن تخشى المرأة حدوث مضاعفات خطيرة تهدد حياتها أو صحتها بسبب الحمل²، أو دواعي اقتصادية كان تكون الزوجة تعمل في وظيفة مرموقة وتخشى التعطل عن العمل بسبب الحمل³.

2 - خوف الأزواج من انتقال بعض الأمراض الوراثية إلى المولود، خاصة إذا كان لكلاهما وأسرته تاريخ طبي خاص بهذه الأمراض؛ كأن يكون الزوج أو أحد أفراد أسرته أو الزوجة أو أحد أفراد أسرتها مصابون بأحد الأمراض المزمنة التي لا يرجى شفاؤها. وقد أثبت الطب إمكانية انتقال مثل تلك الأمراض إلى الأبناء بعد ذلك نظراً لاعتلال أحد الكروموزومات الخاصة بالأب أو بالأم أو بأسرتيهما⁴.

3 - ويمكننا أن نضيف سبباً آخر وهو تفادي المرأة للمصاعب التي تصاحب الحمل والولادة من أوجاع الرحم، وآلام الوضع خاصة إذا كانت الرغبة في الحمل في سن متأخرة.

1 - محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص. 162.

2 - محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص. 162.

3 - حسيني هيكل، مرجع سابق، ص. 346.

4 - في هذا المعنى: محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص. 162.

ثانيا : صور الإنجاب بطريق "الأم البديلة".

سنحاول في هذا الفرع عرض جميع الصور التي يتم بها الإنجاب من خلالها. وليكن في العلم بادئ الأمر أن تقنية الإستيلاد التي يسلكها الأطباء للوصول إلى الإنجاب بواسطة "الأم البديلة" ليست صورة واحدة، فثمة صور كثيرة تتنوع بحسب الحاجة والأحوال الملجئة طبيا لاعتماد صورة دون أخرى، غير أن الأساس في هذه العملية وجود امرأة بديلة تقوم مقامة الزوجة في حمل الجنين في رحمها أو في رحم اصطناعي إن حدث ذلك (أ)، أو تسد مسدها في بذل بويضتها رغبة في الحصول على الولد¹ (ب). كما يمكن أن يكون البديل رحما مع بويضة في بعض الحالات (ج). إنطلاقا من هذا الأساس، فإنه بإمكاننا حصر جميع الصور المتبعة في هذه الوسيلة من الإنجاب، ويحسن تقسيمها باعتبارها البديل الذي تحتاجه الزوجة في حالة عدم قدرتها عن الإنجاب.

ولأن التقسيم بهذا الاعتبار يتطابق مع المعنى المتبادر من المصطلح "الأم البديلة"، حيث يفهم منه وجود عنصر بديل يقوم مقام الزوجة في عملية الإنجاب، وعليه فإن البديل قد يكون:

أ - البديل رحما :

فإذا كان البديل رحما فإن الصورة الواردة تحته صورتان هما:

1- الصورة الأولى:

تلقيح بويضة الزوجة بماء الزوج، ثم إيداع اللقيحة في رحم امرأة أجنبية عن الزوج، وسبب اللجوء لهذه الصورة هو معالجة عقم الزوجة بسبب وجود مرض في الرحم يحول دون استمرار الحمل ، أو أن الزوجة قد أزيل رحمها لسبب ما. أما الزوج فسليم .

¹ - أنظر: سفيان بن عمر بن بورقة، مرجع سابق، ص.408.

2 - الصورة الثانية:

تلقيح بويضة الزوجة بماء الزوج، ثم إيداع اللقيحة في رحم زوجة ثانية للزوج، بمعنى تتطوع لها ضررتها لحمل اللقيحة عنها، وهي حالة تصورها الأستاذ محمد الزرقا¹، والسبب في هذه الحالة الافتراضية أن تكون الزوجة الأولى قادرة على الإباضة وغير قادرة على الحمل والولادة، وأما الضرة والزوج فسلیمان وقادران على إتمام العملية بنجاح.

3 - الصورة الثالثة:

وهي أن يتم الحصن في رحم إصطناعي، وهي صورة مستحدثة لطفل الأنبوب. هذا، وقد أشارت بعض المصادر أن هذه الحالة هي قيد التجربة يتم فيها الحمل داخل رحم إصطناعي؛ إذ تمكن الدكتور (لاندروم ب. شيتلز) بمستشفى كولومبيا التابع للكنيسة في نيويورك الحصول على ببيضة مخصبة ثم توسع في أبحاثه لتشمل زرع الجنين البشري في المعمل.

وفي سنة 1960 أكد الدكتور "دانيال بيتروشي" حصوله على أجنة وجعلها تنمو في رحم صناعي من الزجاج، و يقول أن أحد الأجنة عاش 59 يوماً، لكن البابا أمره بإيقاف تجاربه².

ب - البديل بويضة :

لأنه ليس لمثل هذه الصورة صلة كبيرة بما نحن بصدده لاعتبار أننا ندرس شبهة منشأ النسب التي يثيرها مكان الحصن لا بويضة الغير. فسنتقي بذكرها دون التعمق

¹ - هذه الحالة التي افترضها الأستاذ مصطفى الزرقا بمناسبة مناقشته موضوع أطفال الأنابيب تضمنته مجلة مجمع الفقه الإسلامي في دورته الثانية سنة 1986، العدد 2، ج 1، ص 365 وما يليها.

² - محمد علي البار، مرجع سابق، ص 110.

في حكمها¹. فضلا عن أننا درسنا ما يشبه هذه الصورة بصدد بحث التلقيح الإصطناعي الخارجي لأن ذلك هو مكانها الطبيعي².

ج - البديل بويضة ورحما:

فإذا كان البديل بويضة ورحما فإن الصورة المندرجة تحته صورتان:

1- الصورة الأولى:

تلقيح بويضة امرأة أجنبية عن الزوج بماء الزوج، ثم إيداع اللقيحة في رحم امرأة أجنبية أخرى. و يستخدم الأطباء هذه الصورة لأمرين:

إما لأن الزوجة مصابة بمرض في المبايض؛ بحيث لا يمكنها إفراز بويضات ، أو أن المبيض مستأصل، أو تكون قد وصلت سن اليأس³.

و الأمر الثاني، لأنها مصابة في رحمها أيضا، أو أن رحمها مستأصل بالكلية، ولا يمكنها أن تحمل.

2 - الصورة الثانية:

تلقيح بويضة امرأة أجنبية عن الزوج بماء الزوج، ثم إيداع اللقيحة في رحم المرأة صاحبة البويضة. والسبب في هذه الصورة الأخيرة هو أن تكون الزوجة عاقرا ، أي أنها غير قادرة على إنتاج بويضات ، وغير قادرة على الحمل في رحمها.

¹ - فإذا كان البديل بويضة فإن الصورة المندرجة تحته صورة واحدة وهي: تلقيح بويضة امرأة أجنبية عن الزوج بماء الزوج، ثم إيداع اللقيحة في رحم الزوجة. ويلجأ الأطباء إلى مثل هذا الأسلوب من الإنجاب عندما يكون مبيض الزوجة مستأصلا، أو معطلا بحيث لا يمكن إن يفرز بويضات ، ولكن رحمها سليم قابل لعلوق اللقيحة فيه، فتتبرع لها امرأة أجنبية بالبويضة.

² - أنظر المبحث الثاني من الفصل الأول بالصفحة 12 و ما يليها من هذه الرسالة .

³ - أنظر:سفيان عمر بن بو رقعة، مرجع سابق، ص.465.

و سبب عدم قدرة المرأة على إفراز البويضات أو الإنجاب هو مرض شديد في مبيضها و رحمها¹.

وبعد إكمال الصورة لدينا (صورة الرحم المستعار) من جهة مفهومها، أسبابها، وصورها، لم يبق أمامنا سوى تتبع الحكم الشرعي من خلال نظرة الفقه الإسلامي ووجهة نظر القانون حول النسب الذي من شأنه أن ينشأ على إثرها وذلك في المطلب الموالي.

المطلب الثاني

تقدير النسب الناجم عن الرحم المؤجر قانونا وشرعا

بعد إكمال الصورة حول تقنية الأم البديلة ، يتعين بحث الوجة القانونية من نسب الولد الذي ينتج عنها (الفرع الأول)، ولأن تأجير الرحم تعتبر من النوازل المستحدثة، لزم كذلك تتبع حكمها الشرعي فيما يتصل بالنسب المتولد عنها من خلال الوقوف على ما ذهب إليه الفقه الإسلامي المعاصر بشأنها (الفرع ثاني).

الفرع الأول

موقف القانون من النسب ثمرة الرحم المؤجر

على نحو ما سبق مما اتبعناه من منهجية، سنحاول دراسة موقف القانون المقارن من النسب محل هذه الوسيلة من خلال النصوص القانونية والاجتهادات القضائية (أولا)، قبل التطرق إلى موقف القانون الجزائري منها (ثانيا).

¹ - زياد أحمد سلامة، أطفال الأنابيب بين العلم والشرعية، الدار العربية للفنون، ط02، 1998، ص.99.

أولاً: موقف القانون المقارن من النسب ثمرة الرحم المؤجر.

تناولت بعض التشريعات مسألة الرحم المؤجر بالتنظيم، في الوقت الذي منعتها بعض التشريعات الأخرى (أ)، في المقابل، لم يبق القضاء صامتا حيال ما اكتنفها من مشاكل (ب).

أ - موقف التشريعات المقارنة من نسب الرحم المستعار:

هناك من التشريعات ما نظمت إستتجار الرحم، لكن غالبيتها منعتها من أساسها. فمن التشريعات المنظمة لعملية تأجير الرحم، تشريعات أغلب الولايات المتحدة الأمريكية المثال الأكبر لإباحة الاستتجار؛ فقانون ولاية "فلوريدا" من ضمن القوانين المنظمة لهذا الموضوع وذلك بممارستها وفق شروط ما يهمنها منها هو التزام المرأة الحاملة بالتخلي عن حقوقها كأم للطفل وتسليمه للزوجين فور الولادة، لا بل تساعدهم على أنجاز شهادة الولادة باسميهما¹. وكذا قانون كاليفورنيا². كما أن القانون الإسباني³ نص صراحة على صحة هذه الوسيلة من الإنجاب، وبعض التشريعات الأوربية⁴. وفي دول مثل تشيكوسلوفاكي ا فَوْضَعُ الأم البديلة لا يختلف عن وضع المتبرع بالخلايا التناسلية بالنسبة للرجل والمرأة فليس لها أي حق في مواجهة الطفل (لا في نسبٍ ولا غيره)⁵.

¹ - نصر الدين مروك، مرجع سابق، ص.22.

² - Cf. (A)MIRKOVIC, Mère Porteuse: analyse de droit international privé, JCP, 2009, II, 10020.

³ - قانون رقم 35 بتاريخ 28-11-1988؛ والمتعلق بالإنجاب البشري المساعد.

⁴ - كالتشريع السويدي القانون 711-88 بتاريخ 14-06-1988 الخاص بالإخصاب خارج الرحم، والقانون النرويجي رقم 68 بتاريخ 12-06-1987، والألماني رقم 745-90 بتاريخ 13-12-1990 المتعلق بحماية البويضة الملقحة، والسويدي الذي دخل حيز التنفيذ في 01-07-1992 المتعلق بالطب والجراحة. في هذا الصدد، أنظر: تشوار جيلالي، رضا الزوجين على التلقيح...، مرجع سابق، ص.61.

⁵ - أنظر: نصر الدين مروك، مرجع سابق، ص.42.

وعموما في الدول التي تجيز الإنجاب بواسطة الأم البديلة، فإن الإتجاه فيها يؤكد على حق الأم نحو الطفل الذي ينمو في أحشائها ويتغذى من دمها ثم تضعه بعد فترة 09 أشهر عادة. فوفقا للمادة 675 من الدستور الفيدرالي البرازيلي، فالأمومة التي تلتزم الدولة بحمايتها ورعايتها ترتبط بالحمل والوضع. وفي فنلندا فالعبرة في الأمومة بواقعة الحمل والوضع، ويتأكد هذا الإتجاه كذلك في قانون البُنوة البلجيكي لسنة 1987¹. أما عن أبرز التشريعات المحرمة لعمليات تأجير الأرحام ممن تناولت الموضوع بنصوص صريحة مدنية وجزائية هو التشريع الفرنسي ، أما النص الخاص باستئجار الرحم فقد نصت عليه المادة 16-7 من القانون المدني الفرنسي². فالمشرع الفرنسي لم يكتف بتوقيع جزاء مدني عن إبرام هذا العقد، بل تخطى ذلك بإصدار نصوص جزائية مثلما نصت عليه المادة 227 الفقرة 12 من قانون العقوبات فرنسي³.

هذا، وأن الفقرة الرابعة عشر من المادة 227 منه نصت على إمكانية معاقبة الأشخاص المعنويين (الجمعيات، المؤسسات...) الذين يتوسطون لهذه العمليات. و يلاحظ من مراجعة المادة 227-12 أعلاه أنها عاقبت على التخلي عن الأطفال.

¹ -نصر الدين مروك، مرجع سابق، ص.43.

²-la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain interdit explicitement la gestation pour autrui. En introduisant dans le code civil l'article 16-7, selon lequel « toute convention portant sur la procréation ou gestation pour le compte d'autrui est nulle ». La gestation pour autrui, Étude de législation comparée n° 182 , janvier 2008, Service des études juridiques (janvier 2008), www.Sénat .fr.

³- Elle a par ailleurs ajouté au code pénal l'article 227-12, qui sanctionne d'une peine de six mois d'emprisonnement et de 7 500 € d'amende « le fait de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de le leur remettre », www.Sénat .fr.

أما بشأن إجارة الأرحام، فقد عاقبت على مجرد الاتفاق على هذا الموضوع دون أن يكون بالضرورة هدف الاتفاق تحقيق كسب مادي.

و ما تجدر الإشارة إليه هنا، هو أنه قد تم تفسير المادة أعلاه، بالاستناد إلى ما يستوجبه القانون من الأساليب، أي أنها تطال الوطاء وليس الأهل (الزوجان) أو المرأة الأجنبية (مؤجرة الرحم) الذين يمكن إعتبارهم شركاء أو متدخلين في الجرم وليسوا فاعلين أصليين. هذا وقد نصت المادة 511 الفقرتين 11 و 24 من قانون العقوبات الفرنسي على أحكام متممة لما جاء أعلاه.

و في بريطانيا، قد جاء المشرع بنص يقضي صراحة معاقبة وسيطين أو وكالات مختصة بالبحث، والتفاوض وإبرام العقود الخاصة بالأمهات بالإنابة¹.

ب - موقف القضاء من نسب الرحم المؤجر:

تبعاً لموقف المشرع تردد موقف القضاء بين مجيز ورافض للتقنية محل الدراسة من جهة النسب الناجم عنها؛ لا بل حتى أن التردد وقع في ذات المنظومة التشريعية. فالقضاء الفرنسي بعد أن أستقر على عدم الإعتراف بثمرة الأنجاب بواسطة الأم البديلة، مثلما ذهبت إليه محكمة Aix-en-Provence بتاريخ 05 - 12 - 1984²، قضت بأن: "الطفل المنحدر من الأم الحماله لا يمكن أن يكون محلاً للتبني البسيط".

و محكمة النقض اعتبرت القبول بذلك "إنحرافاً عن نظام التبني"³ و أن "الأم بالإنابة تهدف إلى ولادة طفل لا تتفق بنوته الحقيقية مع بنوة المدعى بها (مستأجرة الرحم)، حيث تتنازل أمه الحقيقية عن كل حقوقها على الطفل لأمه المستقبلية"⁴، بل أن

¹ - وذلك بموجب قانون 16-06-1987، وهذا ما ذهب إليه كذلك المشرع الألماني أنظر: تشوار جيلالي، الزواج والطلاق...، مرجع سابق، ص.119.

² - Cf.T.G.I.Aix-en-Provence,déc ,1984,Gaz-Pal.1985,2,Som.p.226.

³ - Cf.Cass , Ass,Plénière,31-05-1991, D.p:417.

⁴ - Cass.13-12-1989.J.C.P.21526.note.sèrieux.

الحكم ذاته يبقى قائما وإن كانت العبرة بالأمومة هو الوضع و هو موقف محكمة "Rennes" كذلك سنة 2002¹.

و في 17-12-2008 غلّبت محكمة النقض حفظ النظام العام على مصلحة التوأم برفضها تسجيلهما بالحالة المدنية، حيث ولد التوأم بكاليفورنيا من أم بديلة بطلب من أبويهما الفرنسيين². و يرى البعض³ أن الإختلاف الإجتهادي الفرنسي في هذه المسألة له علاقة وطيدة بالإكتشافات الطبية والبيولوجية المعاصرة. ومعيار مصلحة الطفل هو المعتبر في قضاء الدول الأنجلوساكسونية، حيث أن الطفلة Bady.M التي عرضت قضيتها على المحكمة العليا لنيو جيرزي، حيث تسلمت الأم البديلة مبلغا من المال من الزوجين مقابل الحمل وتم تحرير عقد بذلك وتوقيعه من الأطراف، وبعد الوضع رفضت الأم تسليم الطفلة فأجبرتها المحكمة بذلك، وهذا المعيار، (معيار مصلحة الطفل) هو الذي يأخذ به قضاء انجلترا⁴.

ثانيا : موقف المشرع الجزائري من النسب ثمرة الرحم المؤجر.

لم يكن موقف المشرع الجزائري واضحا من مسألة النسب ثمرة الأم البديلة قبل 2005، لكن لا بأس أن نستعرض موقف قانون الأسرة من ذلك (أ) قبل دراسة موقف قانون العقوبات منها (ب). وأخيرا في القانون المدني(ج).

أ - موقف قانون الأسرة من تأجير الرحم:

1 - موقف المشرع الجزائري قبل تعديل قانون الأسرة 2005 : قانون الأسرة وتأجير الرحم: قانون الأسرة هو المنظم لأحكام الأسرة، من حيث علاقة الرجل بالمرأة

¹ - C.A. Rennes, 4juill.2002; jurisData n°2002,191286 ;D.2002,note F.GRANT.

² - Cass.1^{er} civ ,17déc.2008, JurisData n°2008,046272, 468

³ - تشوار جيلالي، الزواج والطلاق...، مرجع سابق، ص.118.

⁴ - (J).Kennedy and andiew grubb,medica law text and materials butter worth, London. 1989. p.730.

والنسب، ومسألة الأم البديلة كموضوع مستحدث قد أثر بالخصوص، في مسألة الزواج والبنوة. ذلك أن الزواج حسب مفهوم المادة 04 من قانون الأسرة، 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 منه.

لكن ظهور موضوع الأم البديلة عدّد النسوة اللاتي يمكن وصف كل منهن بالأم، فهناك الأم التي تقوم بعملية الحمل و الوضع دون مشاركة بيولوجية، وهناك الأم التي تشارك بويضتها مع مني زوجها في تخليق الجنين دون أن تشارك في عملية الحمل والوضع، فإلى أية منهن ينسب الطفل بعد ميلاده وهل إلى المرأة التي حملته ووضعتة؟ أم يُنسب إلى المرأة التي بالبويضة في التخليق و إكتسابه الصفات الوراثية؟ وهل هناك تشابه بين وضع الطفل في نظام الأم البديلة و وضع في نظم التبني¹؟.

أمام غياب نص آنذاك، ناسب الأمر أن يُرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في هذا الموضوع²، ورغم أننا سنفرّد لاحقا فرعا مستقلا لموقف الشريعة، لا بأس أن نشير إلى أن الأمر كان-ولا زال- محل خلاف بين الفقهاء.

فلئن ذهب قلة الفقهاء³ إلى القول بأن المفيد في الأمومة هو الحمل والولادة منكرين بذلك على صاحبة البويضة أمومتها، فإن أغلب الفقهاء⁴ يرون أنه يكفي لثبوت

¹ - لقد ظهر موضوع تحديد علاقة الطفل بوالدته نتيجة إكتشاف ما يسمى "إجارة الرحم" وتتمثل هذه الصورة كما سبق ذكره في إستئجار صاحبة البويضة لامرأة أخرى، ليوضع في رحمها الجنين الناتج عن التلقيح بين بويضة المرأة الأولى ومني زوجها، وهو ما أثار عدة تساؤلات خصوصا حول منح صفة الأم للمرأة الأولى أم الثانية؟.

² - تنص المادة: 222 من قانون الأسرة الجزائري على أنه "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

³ - محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص.370.

⁴ - حول هذا الإختلاف أنظر: نصر الدين مروك، المرجع السابق، ص.40-41.

الأمومة بين المولود وأمه أن تكون هذه الأخيرة هي صاحبة البويضة متمسكين بأن صلة التكوين و الوراثة هي الأساسية لقيام العلاقة .

هذا فضلا عن تشبيه العلاقة بالأم الحاملة بالعلاقة بالأم من الرضاع¹ . أما صاحبة البويضة فهي التي أحالت خصائصها الوراثية إلى ابنها والتي هي أعمق بكثير من تغذية الجنين. وكان يمكن أن يُستشفَّ موقف المشرع الجزائري في قانون الأسرة من المادة 43(والتي لم تعدل)² أنه تبنى حلا مخالفا بحيث ربط الأمومة بالوضع، ولكن هذا الحل لا يتلائم مع التطور الطبي الذي يعطي أولوية أكثر للحقيقة البيولوجية. لذلك، نعتقد بدورنا أن المعيار هو مصدر الخصائص الوراثية، وهي صاحبة البويضة، في تحديد الأمومة بصرف النظر عن من حملت ووضعت لأن هذه الأخير تشبه في علاقتها بالمولود الأم من الرضاع.

2 - الموقف الصريح للمشرع الجزائري بعد 2005:

لقد قطع المشرع الجزائري كل شك حول موقفه من الأم البديلة لما تم إضافة المادة 45 مكرر لقانون الأسرة والتي جاء في ذيلها "...لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة"، فالنص جاء صريحا لا لبس فيه ولم يفصل أو يُفرّق بين مختلف صورته التي عرضناها.

ب - قانون العقوبات والرحم المؤجر:

بداية، فإنّ العلاقة الجنسية التي تقع خارج الزواج عبارة عن زنا. والزنا جريمة من جرائم العقوبات نصت عليها المادة 336 عقوبات ونظمت المادة 341 كيفية إثباتها.

¹ - يمكن تشبيه الرحم المستعار بمثابة الأم بالرضاعة، بإعتبار أن دورها يقتصر على تغذية الجنين - المخلوق من بويضة أمه- مدة الحمل. الأمر الذي لا يختلف كثيرا عن دور المرأة المرضعة إذا تعذر على الأم القيام بذلك الواجب بنفسها.

² - إذ تنص المادة 43 منه: 'ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال 10 أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة'.

وأهم شبهة أثارها مسألة تأجير الرحم بمناسبة علاقتها بقانون العقوبات هي أنها تتشابه مع الزنا، والزنا كما سبق القول جريمة ، فهل يخرج إستدخال مني الزوج في فرج امرأة من دائرة الزنا لتخلف الركن المادي على النحو السابق شرحه؟ البعض يرى ذلك¹. ويؤكد نص المادة 339 من قانون العقوبات بأنه "يقضى بالحبس من سنة إلى سنتين على كل امرأة متزوجة ثبت ارتكابها جريمة الزنا"².

وتطبق العقوبة ذاتها على كل من ارتكب جريمة الزنا مع امرأة يعلم أنها متزوجة. ويعاقب الزوج الذي يرتكب جريمة الزنا بالحبس من سنة إلى سنتين وتطبق العقوبة ذاتها على شريكته.

ولا تتخذ الإجراءات إلا بناء على شكوى الزوج المضرور وإن صفح هذا الأخير يضع حد لكل متابعة"³. فمن أركان جريمة الزنا يلزم الفعل المادي (وهو الاتصال الجنسي الكامل بغير الزوج أو الزوجة).

ولا يهمننا من هذه الأركان سوى الفعل المادي هو فعل الوطء ذاته (الإيلاج).

ج - القانون المدني والرحم المؤجر:

بمقارنة التقنية محل البحث بما يشبهها من نظم نحو (عقد المقاوله ، عقد العمل ، عقد الإيجار ، عقد العارية، عقد الوديعة) نخلص من كل ما تقدم إلى القول بأن عقد

¹ - في هذا المعنى، أنظر نصر الدين مارك، مرجع سابق، ص.38.

² - الأمر رقم 66-156 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، المؤرخ في 08 جوان 1966 ، ج ر عدد 49 بتاريخ 11 جويلية 1966 .

³ - قانون رقم: 82-04 المعدل لقانون العقوبات والمؤرخ في 13-02-1982. وما يلاحظ على التشريع الجنائي الجزائري أنه لا يشترط بالنسبة للخيانة الزوجية من قبل الزوج أن يتم يرتكبا في مسكن الزوجية دون أي شرط آخر، طبقا لقانون العقوبات الجزائري ولو مرة واحدة وفي أي مكان عكس ما هو عليه الحال في عديد التشريعات العربية (مثل التشريع المصري بالمادة 273 و474 عقوبات سوري، والمادة 377 عقوبات عراقي، والمادة 283 أردني). أنظر: رشاد متولي، جرائم الاعتداء على العرض في القانون الجزائري والمقارن، د.م. ج، 1983، ص.16.

تأجير الرحم غير وارد في ضمن نصوص القانون المدني الجزائري، ولا في غيره من بقية القوانين الأخرى، الأمر الذي يجعلنا نقول أن هذا العقد هو عقد غير مسمى بالنسبة لنصوص القانون الجزائري، ومن ثم فهو يخضع رغم بطلانه كما سبق أن رأينا إلى أحكام العقد الواردة بنصوص القانون المدني لاسيما المادة 54 وما يليها¹.
أخيرا فما دام للمشرع الجزائري موقفا واضحا من تأجير الرحم فهل موقف الشريعة كذلك هو بمثل هذا الإطلاق؟

الفرع الثاني

موقف الفقه الإسلامي من النسب ثمرة الرحم المؤجر

الباحث في هذه الطريقة للإنجاب تستوقفه عدة أحكام شرعية؛ لكن واضح أن مهمتنا هو استجماع ما اتصل بالنسب دون التركيز على غيره من أحكام تثيرها القضية². وعليه سنبحث الصورة التي يكون فيها الرحم وحده بدلا (أولا)، ثم ندرس الصورة التي يكون فيها الرحم و الببيضة بدلا (ثانيا).

أولا : حُكْم النسب والبدل رحما.

وينضوي تحت هذا العنوان بدوره صورتان؛ أولهم أن يكون الرحم لأجنبية مطلقا (أ)، وثانيهم؛ أن يكون الرحم لزوجة أخرى للزوج (ب)، وأخيرا هنالك حالة مستحدثة للطفل المحضون في الأنبوب لآبأس من إثارها(ج).

¹ - حيث تنص في ثوبها الجديد: "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما" القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون 05-10 لسنة 2005 ج ر عدد: 44.

² - كقياس مؤجرة الرحم بالمرضعة من عدمه، مسألة مدى ثبوت حالة الضرورة الملجئة لهذه الوسيلة ، مسألة إجازة الوسيلة من التحريم تبعا لدخولها في عموم "الأصل في الأشياء الإباحة". أو في عموم "الأصل في الأبدان التحريم".

أ - البذل رحم أجنبية:

ونقصد هنا أن تكون البويضة من الزوجة والماء لزوجها، بيّد أن الرحم لأجنبية؛
اختلف الفقهاء المعاصرون في نسب الطفل الحاصل من هذا النوع من الإنجاب على
ثلاثة أقوال:

1 - القول الأول: الطفل ينسب من جهة أمه إلى صاحبة البويضة لا إلى صاحبة
الرحم، وتكون صاحبة الرحم بمثابة الأم من الرضاع، فهي أم حكمية، أي يحكم بأنها أم
باعتبار الحضانة والتغذية، ولا يثبت لها النسب، وأما من جهة أبيه فينسب إلى زوج
صاحبة البويضة الذي لقت بويضتها بمائه. و هذا القول أخذ به عدد من الفقهاء
كالأستاذ مصطفى الزرقاء¹، والأستاذ محمد محمد عباسي²، والأستاذ عارف علي
عارف، والدكتور عبد المحسن صالح³، كما مال إليه أغلب حاضري المجمع الفقهي
الإسلامي في دورته الثامنة سنة 1405 هجري⁴. و يستدلّون في هذا الرأي لكون أن
الجنين إنعقد من مائي الزوجين بالنكاح الشرعي، وما تغذية الجنين بالرحم إلا مثل تغذيته
من أمه من الرضاع. وأن البويضة كالبذرة لنبات، والرحم يستقبلها كالأرض التي توضع
فيها البذرة فهي وإن كانت تُمدّ البذرة بما تحتاجه لكن لا دخل لها بالنبات الذي ينمو فيه.

2 - القول الثاني: الطفل ينسب من جهة أمه إلى صاحبة الرحم التي حملت وولدت،
وأما صاحبة البويضة فهي مثل الأم من الرضاع. أما من جهة أبيه، فإنه ينسب إلى زوج
صاحبة الرحم، ولا ينسب إلى زوج صاحبة البويضة. ويأخذ بهذا القول الأستاذ زكرياء

¹ - مقتبس عن مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، سبق الإشارة إليها، ص.262.

² - محمد محمد عباسي، حول طفل الأنابيب، مجلة الأزهر، السنة:57، ج1، صفر1405، ص.200.

³ - سفيان بن بورقعة، مرجع سابق، ص.429.

⁴ - مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، الدورة 02، عدد:02، ج:01، 1407(1986)، مطابع رابطة العالم الإسلامي،
ص.266.

البري¹، ووافق الشيخ بدر المتولي عبد الباسط في نسب الطفل من جهة أبيه وأمه، لكنه لم يجعل لصاحبة البويضة حقاً: أي ليست بمنزلة الأم من الرضاع².

ويستدل أصحاب هذا المذهب بعموم الآيات المتصلة بالولادة نحو قوله تعالى: "إن أمهاتهم إلا اللّٰئ ولدنهم"³، وقوله عزوجل "حملته أمه كرها ووضعته كرها"⁴، وقوله "والوالدات يُرضعن أولادهن"⁵،...، وكذا على أن "الوالدة" اسم فاعل من ولد يلد.

وأخيراً أنّ البويضة الملقحة إنما نمت وتغذت بدم التي حملت وتألّمت المخاض، فكيف يُنسب لغيرها؟

3 - القول الثالث: الطفل ينسب من جهة الأم إلى صاحبة الرحم لا إلى صاحبة البويضة، وينسب من جهة أبيه إلى زوج صاحبة الرحم لا إلى زوج صاحبة البويضة الذي لقحت بويضتها بمائه، فيكون الولد للتي حملت وزوجها وليس لصاحبي اللقيحة أي صلة بالولد، وهو قول الشيخ عبد الله بن زيد آل محمود رئيس المحاكم الشرعية بدولة قطر⁶.

وقد استدللّ صاحب الرأي بحديث عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى اله عليه وسلم قال: "الولد للفراش وللعاهر الحجر"⁷.

يقول الشيخ عبد الله آل محمود تعليقا على الحديث: "ويعني بالعاهر الزاني، وبالفراش الزوجة التي في عصمة الزوج، فإن حملت بهذا الغلام فإنه يحكم به لزوجها المذكور

¹ - سفيان بو رقعة، مرجع سابق، ص.432.

² - محمد علي البار، التلقيح الإصطناعي...، مرجع سابق، ص.283.

³ - المجادلة، الآية.02.

⁴ - الأحقاف، الآية.15.

⁵ - البقرة، الآية.233.

⁶ - مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، الدورة 02، عدد:02، ج:01، 1407(1986)، مطابع رابطة العالم الإسلامي، ص.318.

⁷ - ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، 1991، ج:13، ص.520.

حرصا على رعاية حفظ النسب، وحماية حرمة النكاح الشرعي. بل ويعتبر الشيخ أن الحديث نص في المسألة فيقول: " وهو نص في الحكم في هذه القضية، وهو قاعدة عامة كلية من قواعد الشرع، يحفظ به حرمة النكاح ، وطريق اللحاق بالنسب جوازا وعدمًا.

فمتى حملت امرأة ذات زوج بالتلقيح الصناعي أو الشتل أو الزنا أو الغضب أو الوطء بالشبهة، فإن حملها يعتبر للزوج وزوجته التي حملت به ووضعته، ولا علاقة للغاصب أو الزاني أو المأخوذ منه المني فيه".

كما يعتبر التلقيح بطريقة الشتل وفق هذا القول، بمثابة العرق الظالم. أي لا حق لمدعيه، لقول النبي صلى الله عليه وسلم: "ليس لعرق ظالم حق" ¹، وقد سمى الله المرأة حرثًا فقال: "تسأؤكم حرث لكم" ²، فكل ما تحمل به المرأة ذات الزوج بأي طريقة، فإنه ينسب إلى زوجها، لكونه نماء حرثه، وقد ولد على فراشه، ولأن نكاحه لها هو مما يزيد في نمو الولد في بطنها.

كما يحسن التنبية إلى أن الشيخ بدر المتولي عبد الباسط يرى ³ أن صاحبة الرحم هي الأم الحقيقية في جميع صور "الأم البديلة"، وينسب إليها الولد وإلى زوجها، وإن لم يكن الماء منه، وإليها وحدها، إن لم تكن ذات زوج، وكان الماء أجنبيًا، ويعتبره كولد الزنا.

وأمام هذه المواقف المتضاربة، نرى من جهتنا أنّ الموقف الصائب هو على ما يبدو ما ذهب إليه أصحاب القول الأول، وعليه فإن الولد ينسب إلى صاحبي اللقيحة، وتكون الأم الحامل (صاحبة الرحم) بمثابة الأم من الرضاع، وذلك لما يأتي:

¹ - ابن حجر العسقلاني، مرجع سابق، ج05، باب "من أحيا أرضا مواتا فهي له"، ص.285.

² - سورة البقرة. الآية. 223.

³ - مقتبس عن: سفيان عمر بن بو رقعة، مرجع سابق، ص.461.

1- أن أدلة الفريق الأول أقوى من جهة الدلالة، كما أنها أسلم من جهة القياس.

2- أن نسبة الولد إلى صاحبة البويضة وزوجها لكونه انعقد من مائها، وهو أصل منشأه وخلقه، وما دام الأمر كذلك فهذا الجنين منسوب إليهما. وأما صاحبة الرحم فهي متسببة في نموه لا في أصل منشئه. وكون الرحم استعمل بشكل غير مأذون فيه شرعا لا يقطع نسب الطفل عن أبويه صاحبي اللقحة، لأن التحريم عرض بعد الانعقاد لا قبله" فهو أشبه ما يكون بطفل غذاه أبواه بحرام حتى كبر، فهما آثمان بما فعلا لكن ذلك لا يقطع عنهما نسب ابنهما"¹.

3- أن الشارع اعتبر القيافة دليلا على ثبوت النسب ونفيه²، و القيافة مبناهما على الشبه الظاهري، ونسبة الولد إلى صاحبة البويضة أساسه أن الصفات الوراثية التي تنتقل إلى الولد مصدرها من صاحبة البويضة و زوجها، و ليس من صاحبة الرحم. إن أشد البيئات تأثيرا في الطفل هي بيئة البويضة الملقحة، وليس رحم المرأة الحامل. وينبغي التذكير أن القول بنسبة الولد إلى صاحبة البويضة لا يعني أبدا تجويز هذا النوع من الإنجاب لأنه ممنوع شرعا.

وتجدر الإشارة إلى أن الطفل الحاصل بواسطة هذه الصورة من الإنجاب فإن زوج صاحبة الرحم لا يكون أباه من الرضاع، و لا ينزل منزلة لبن الفحل³ الذي يُحرّم، فإن في لبن الفحل يكون الزوج هو المتسبب في دراللبن. فيحرم الطفل على الرجل وأقاربه

¹ - سفيان بن بورقعة، مرجع سابق، ص.443.

² - سنعود إلى الكلام بالتفصيل عن حكم اعتماد القيافة بصدد الكلام عن طرق إثبات النسب في المبحث الأخير من الفصل الأول من الباب الثاني.في الصفحة 220 من هذا البحث.

³ - يقصد بلبن الفحل أن المرأة إذا أرضعت طفلا بلبن خرج من وطء رجل حرم الطفل على الرجل وأقاربه مثلما يحرم ولده من النسب. أنظر: ابن قدامة، المغني، ج 09، (د د ن)، (د ت ط). ص. 520؛ سفيان بورقعة، مرجع سابق، ص.445.

كما يحرم ولده من النسب، ويكون الإلحاق في النسب هنا مُتَبَعِّضًا، فَتَثَبَّتْ حُرْمَةُ نِكَاحِ صَاحِبَةِ الرَّحِمِ عَلَى مَنْ حَمَلَتْهُ، وَلَا يَثْبُتُ لَهَا الْمِيرَاثُ، وَلَا النِّفْقَةُ، وَلَا الْوَالِيَّةُ، وَلَا يَثْبُتُ ذَلِكَ لِزَوْجِهَا أَيْضًا.

ب - البديل رحم زوجة ثانية لنفس الزوج:

وتُقدِّمُ فِيهَا الزَّوْجَةُ الْأُولَى بِوَيْضَتِهَا وَالزَّوْجَةُ الثَّانِيَّةُ رَحِمَهَا لِلْحَمْلِ وَالْوَالِدَةَ وَيَقْدَمُ الزَّوْجُ مِنْهُ. وَقَدْ نَاقَشَ الْمَجْمَعُ الْفَقْهِي الْإِسْلَامِي فِي دَوْرَتِهِ السَّابِعَةِ الْمُنْعَدَّةِ سَنَةَ 1404 هَذِهِ الصُّورَةَ (تَحْتَ عُنْوَانٍ: الصُّورَةُ الثَّلَاثَةُ)، فَقَالَ مُسْتَنَدًا إِلَى دَرَاةِ الشَّيْخِ الزَّرْقَاءِ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ: "إِذَا كَانَتْ الْمَتَطَوِّعَةُ بِالْحَمْلِ زَوْجَةً ثَانِيَةً لِلزَّوْجِ صَاحِبِ النِّطْفَةِ فَتَتَطَوَّعُ لَهَا ضَرَّتُهَا لِحَمْلِ اللَّقِيحَةِ عَنْهَا" حَيْثُ قَالَ فِي الْبَدءِ بِإِبَاحَتِهَا¹.

و بَعْدَ مَنَاقِشَةِ الْمَوْضُوعِ وَتَبَادُلِ الْأَرَاءِ فِيهِ قَرَّرَ الْمَجْلِسُ سَحْبَ حَالَةِ الْجَوَازِ لِلصُّورَةِ الثَّلَاثَةِ الْمَذْكُورَةِ فِي قَرَارِ الْمَجْمَعِ الصَّادِرِ فِي هَذَا الشَّأْنِ فِي الدَّوْرَةِ السَّابِعَةِ عَامَ 1404 هِجْرِي الْمَشَارِ إِلَى أَنْفَا². وَ ذَلِكَ لِشَبْهَةِ أَنْ تَحْمِلَ الزَّوْجَةُ الْمَتَطَوِّعَةُ مَرَّةً ثَانِيَةً مِنْ مَعَاشِرَةِ الزَّوْجِ لَهَا فِي فِتْرَةٍ مُتَقَارِبَةٍ مَعَ زَرْعِ اللَّقِيحَةِ ثُمَّ تَلِدُ تَوَامِينَ وَلَا يُعْلَمُ وَلَدُ اللَّقِيحَةِ مِنْ وَلَدِ مَعَاشِرَةِ الزَّوْجِ، خَاصَّةً وَأَنَّ إِحْتِمَالَ أَنْ تَمُوتَ مَضْغَةً أَوْ عِلْقَةً أَحَدِ الْحَمْلِينَ وَلَا تَسْقُطَ إِلَّا مَعَ وِلَادَةِ الْحَمْلِ الْآخِرِ هُوَ إِحْتِمَالٌ وَارِدٌ، فَلَا يُعْلَمُ بَعْدَ ذَلِكَ أَهْوُ وِلَادَةِ اللَّقِيحَةِ أَمْ حَمْلِ مَعَاشِرَةِ وَلَدِ الزَّوْجِ، وَيُوجِبُ ذَلِكَ إِخْتِلَاطَ الْأَنْسَابِ لِحِجَّةِ الْأُمِّ الْحَقِيقِيَّةِ لِكُلِّ مِنَ الْحَمْلِينَ مَا سْتَدْعَى تَوْقِفَ الْمَجْمَعِ عَنِ الْحُكْمِ فِي الْحَالَةِ الْمَذْكُورَةِ³.

وَلِئِنْ نَظَرَ الْمُحَرِّمُونَ لِهَذِهِ الْوَسِيلَةَ مِنْ أَجْلِ نِسْبَةِ الْوَلَدِ-إِذَا حَصَلَ-إِلَى صَاحِبَةِ الْبَيْضَةِ، فَإِنَّا سَنَرَى بَعْدَ قَلِيلٍ أَنَّ نِسْبَ الْوَلَدِ "الْمَحْضُونَ فِي الْأَنْبُوبِ" الْآتِي ذَكَرَهُ إِنْ

¹ - مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، الدورة 02، عدد02، ج 01،1407(1986)، مطابع رابطة العالم الإسلامي، ص.307.

² - مجلة المجمع الفقهي الإسلامي بمكة، مرجع سابق، ص. 324.

³ - مجلة المجمع الفقهي الإسلامي بمكة، مرجع سابق، ص.323-324.

شاء الله أن الطفل ينسب لصاحبة الرحم والحمل والولادة لا لصاحبة الببيضة؛ فيكون هذا الإشكال الذي أثاره أصحاب هذا الرأي في نظر جانب من الفقه¹ غير ذي بال لأن الطفل سينسب لمن ولدته، فسواء حملته بشكل طبيعي أو صناعي فالأمر سيان من حيث النتيجة. أما لو أخذنا بوجهة النظر أن الطفل ينسب لصاحبة البيضة، فالإشكال قائم، فعندئذ سنأخذ بوجهة النظر القائلة بالتحريم لمثل هذا السبب. وهو المذهب الذي سلكناه في هذا الشأن.

و يرى البعض² أنه وإن يتفق مع ما ذهب إليه المجمع في النتيجة و هي تحريم إجراء العملية على هذا النحو أي يحضر على الضرة أن تحمل بالنيابة عن ضررتها، إلا أنه اختلف معهم في السبب، إذ ربما تبنى أحد الناس أن الأم هي صاحبة الرحم والحمل والولادة فإن الإشكال سيزول مادام أن الأم ستكون هي الوالدة، فربما رأى بجواز إجراء هذه العملية على هذه الصورة لأن المحضور منفي وهو إختلاط الأنساب. أما سبب إعتبار العملية محظورة شرعا فلأن الزوج قد عقد على كل امرأة من نسائه على انفراد فعقدها مستقل بذاته، وما يحدث لوأحدة منهن من طلاق أو نحوه لا يحدث للأخرى بصورة مباشرة، وعليه فإن الرجل لا يملك أن يتلاعب بأنساب أطفاله من أمهاتهم فينسب من يشاء لمن يشاء.

فإذا خلصنا إلى جواز خلط الرجل منيه بوبيضة زوجته وإعادته على رحمها ورأينا أن ذلك جائز شرعا، فإننا نحتاج إلى دليل يجيز لنا نقل اللقيحة إلى رحم الزوجة الثانية، إذاً مع أن الرجل قد استحل رحمي زوجته إلا أن رحم كل امرأة بقي منفصلا في علاقته مع الرحم الآخر. خاصة وأن المجمع الفقهي الإسلامي بمكة قد تراجع عن الإجازة بعدما اكتمل له تصور المسألة من أهل الإختصاص. رغم أن هناك من يزال

¹ - زياد أحمد سلامة، المرجع السابق، ص.103.

² - زياد أحمد سلامة، المرجع سابق، ص.103-104.

يجادل في الحكم¹، فاعتبر توقف المجمع عن الإفتاء ليس للتحريم بل فقط لعدم وضوح الصورة.

ج - حكم نسب الطفل المحضون بالأنبوب (قيد التجريب):

هذه الصورة رغم أنها مازالت في مهد التجارب، وحتى الآن لم نحصل على طفل نستطيع أن نقول عنه بأنه (طفل الأنبوب)، طفل نما وتكون في أحشاء أنبوب دون الحاجة إلى استخدام أسلوب المجاز اللغوي.

لم يتعرض أحد من فقهاءنا المسلمين لهذه النقطة، ويبدو أن عدم تحققها عمليا جعلها مجرد تخيل وتوقع. وذكر البعض² أن لآية الله الخميني رأيا افتراضيا في هذه العملية فهو يقول: "للتلقيح والتوليد أنواع يمكن تحققها في المستقبل، منها أن يؤخذ ماء الرجل ويربى في رحم صناعية كتوليد الطيور صناعيا، فيلحق بالرجل لا بغيره"، أي أن نسب الطفل يكون لصاحب الماء ولا ينسب لامرأة من جهة الأم.

و لكن أين دور المرأة صاحبة البيضة أليست مشاركة في العملية. هل هي أم أجنبية؟ في فقه الخميني: "أن النسب من جهة الأم يعود إلى صاحبة البيضة فسيلحق نسب الطفل بها"³.

و إذا ما تمت العملية فإن نسب هؤلاء الأطفال من جهة الأب منقطع، إذ ليس من امرأة هنا حتى نعتبرها فراشا للرجل أنجبت على فراشه فنسب له الطفل الذي أنجبته، إن هذا الرجل لو زنى بامرأة فحملت منه حملا طبيعيا لن ينسب له طفلها لأنها

¹ - مثلما ذهب إليه الأستاذ: سفيان عمر بن بورقعة، مرجع سابق، ص.456.

² - أنظر: زياد سلامة، مرجع سابق، ص.110.

³ - زياد سلامة، مرجع سابق، ص.110.

ليست فراشا له¹، فكيف لو تم الحمل برحم صناعي وحتى لو كان مصدر البيضة امرأته الشرعية لأن الطفل ينسب إلى من ولدته وبما أنه ليس من امرأة ولدت فإنه-حسب البعض ممن يرجح أمومة صاحبة الرحم-لا ينسب لامرأة².

إن نفي النسب هنا يوجب علينا أن ننظر إلى المسألة هنا بعين الحذر (لا التحريم) لما للنسب من أهمية في الإسلام، والتحريم يحتاج إلى دليل قطعي وطلب نهي جازم. إن نفي نسب الطفل عن أمه و أبيه لا يعني أن لا أب ولا أم حقيقيون موجودون. إنهم بلا أدنى شك أصحابا البيضة والحيوان المنوي ولكن الإعتبار الشرعي صرفه عنهما. لقد رأينا أطفالا بلا آباء، عندما يكون هذا الطفل ابن زنا ولم يثبت الشرع نسبا بين الطفل وأبيه، فيصير الطفل بلا نسب أبوي.

يبدو أن العصر الحديث سيفقد هذا الطفل نسبه من أمه أيضا-على رأي من يعتبر بأمومة الأم الحامل-لأن الزوجة صاحبة البيضة لم تحمل ولم تلد³.

لكن نحن من جانبنا لا نلتفت إلى مجرد الإفتراضات والتخمينات، ومحاولة إسقاط الأحكام الشرعية على ما لم -وربما لن- يحدث. رغم أننا نحتفظ بتغليبنا في إعتبار النسب إلى صاحبي الماء الذي ينقل المكونات الوراثية من الأبوين إلى الذرية.

ثانيا : حكم النسب والبدلين رحما وبيضة.

ويندرج تحت هذا العنوان صورتان؛ الأولى لاتعاد فيها اللقيحة لرحم المتبرعة بالبويضة بل لأخرى(أ)، والصورة الثانية تعاد فيها اللقيحة لرحم المتبرعة بالبويضة(ب).

¹ - سننكم عن شروط التي بها تصير المرأة فراشا صحيحا يثبت به النسب وذلك في الفصل الأول من الباب الثاني بالصفحة 191.

² - زياد سلامة، المرجع السابق، ص.111.

³ - زياد سلامة ، مرجع سابق، ص.110 وما يليها.

أ - الصورة الأولى:

في هذه الصورة يتم تلقيح نطفة مأخوذة من الزوج وبويضة امرأة أجنبية، ثم تودع اللقيحة بعد ذلك في رحم امرأة أخرى ليست زوجته لتحمله في رحمها. فماء الرجل في هذه الصورة أجنبي عن صاحبة البويضة وعن صاحبة الرحم¹. أما عن أحكام النسب المترتبة على هذه الصورة، فمادامنا قد خلصنا بترجيح إلحاق النسب من جهة الأم والأب لصاحبي الماء، فالنتيجة الطبيعية التي ننتهي إليها فيما تعلق بإلحاق الطفل لنسبه هي أن يُنسب الولد إلى الزوج صاحب الماء، والمرأة المتبرعة صاحبة البويضة. هذا من جهة، ومن جهة أخرى تعتبر صاحبة الرحم بمثابة الأم من الرضاع، و لا ينسب الولد إلى زوج صاحبة الرحم إن كان لها زوج، لأنه ليس منه قطعاً.

كما لا يجوز لزوج صاحبة البويضة إن كان لها زوج، إلحاق الطفل بنسبه، لأنه ليس منه، لذا وجب عليه نفيه وحرّم عليه تبنيّه. وإذا كانت صاحبة الرحم ذات زوج، فإنه لايجوز لزوجها مقاربتها ما دامت حاملاً، لأن الحمل ليس منه². غني عن البيان أننا لا نُقرّ مثل هذه الوسيلة من الإنجاب بحال؛ وليس عرض الأحكام السالفة من قبيل ترتيب الأثر على الحكم.

ب - الصورة الثانية:

هي الصورة الأولى نفسها، لكن بدلاً من أن تودع اللقيحة في رحم امرأة أخرى تعاد إلى رحم صاحبة البويضة نفسها، وبعد الحمل تسلمه الزوجين. كسابقها؛ هذه الصورة من الإنجاب محرمة بسبب تلقيح البويضة بغير ماء الزوج، مما يؤدي إلى اختلاط الأنساب المحرم شرعاً. ولا يمنع ذلك من بحث النسب المتولد

¹ - سفيان بن عمر بورقعة، مرجع سابق، ص.465.

² - سفيان بن عمر بورقعة، مرجع سابق، ص.466.

عنها، إذ ينسب الولد إلى الزوج صاحب الماء والمرأة المتبرعة بالبويضة والحمل اللذين انعقد منهما الولد. ولا ينسب الولد إلى زوج المتبرعة بالبويضة والحمل إن كان لها زوج، لأنه ليس منه قطعاً¹. كما لا يجوز لزوج المتبرعة بالبويضة والحمل إن كان لها زوج إلحاق الطفل بنسبه، لأنه ليس منه، لذا وجب عليه نفيه وحرم عليه تبنيه. كما لا يجوز له مقاربتها ما دامت حاملاً، لأن الحمل ليس منه قطعاً. إن مكان حضن الجنين غير المألوف لا يقتصر على الأم البديلة، بل أنه أمكن حضن أجنة في بيئة استبدلت فيها الأعضاء التناسلية لمن تلقى الجنين من أجل حضنه، أو تكون الجنين فيها انطلاقاً من غدد تبرع بها غير الأبوين بعد أن نجحت بعض حالات الزرع للأعضاء والغدد التناسلية. كما سنبينهُ بالمبحث الموالي.

المبحث الثاني

زرع أعضاء تناسلية و مسألة النسب

من بين المستجدات العلمية الحديثة في مواجهة مشكل عدم الإنجاب؛ والتي تتيح بيئة غير مألوفة لحضن الجنين وتنشئته، تقنية نقل وزرع الأعضاء التناسلية. وهو ما يحدونا للتوقف عندها ومعرفة مدى أثرها على اختلاط الأنساب. لذلك لزم تصور ومعرفة العملية إجمالاً بدراسة مفهومها (المطلب الأول)، قبل التصدي لدراسة الحكم الفقه الإسلامي والقانون للنسب الناشيء عنها (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مفهوم زرع الأعضاء التناسلية البشرية

تستهدف العملية عموماً بعض الغدد و الأعضاء الجنسية (الفرع الأول)، ولاشك أن من يقبل على استزراع الأعضاء التناسلية يرمي إلى أغراض (الفرع الثاني)، والتي

¹ - سفيان بن عمر بورقعة، مرجع سابق، ص.467.

لم يتمكن التطور الطبي من الإحاطة بجميعها (الفرع الثالث). وما أحاط به لا تزال تكتنفه محاذير حول مسألة النسب (الفرع الرابع).

الفرع الأول

محل عملية زرع الأعضاء التناسلية

يتعين ابتداءً أن نحدد مجمل الأعضاء التناسلية محل عملية الزرع (أولاً)، قبل أن نحاول توصيفها علمياً (ثانياً).

أولاً : تحديد الأعضاء التناسلية التي يُحتاج زرعها .

يقصد بالأعضاء الجنسية التي يُحتاج إلى زرعها ما له دور مباشر في عملية التناسل والتوالد عند الإنسان، وعرفها أحد الأطباء¹ بقوله: "هي الأعضاء التي تنتج عناصر الإخصاب من بويضات ونطف"، وهي أيضاً "محل الجماع" وتنقسم إلى نوعين²:

أ - ما له دخل في نقل الخصائص الوراثية للإنسان:

و يعرف باسم "الغدد التناسلية"، ويتم من خلال هذا النوع إنتاج الخلايا التناسلية، ويكون عند الرجل كما عند المرأة:

1 - الخصيتان عند الرجل:

وهما المسؤولتان عن صناعة المنى، وهو البذرة التي تنتقل خصائص الرجل وخصائص أصوله إلى ذريته، إضافة إلى مسؤوليتهما عن إفراز الهرمونات اللازمة

¹ - أحمد كنعان ، الموسوعة الطبية الفقهية، دار النفائس، عمان، 1986، ص. 489.

² - محمد علي البار، زرع الغدد التناسلية والأعضاء التناسلية، أبحاث ندوة رؤية إسلامية لزراعة بعض الأعضاء البشرية والتي عقدتها المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت بتاريخ 23 أكتوبر 1989، ص. 464 وما يليها.

لتكوين باقي الأعضاء الخاصة بالجهاز التناسلي للذكر، وكذلك إفراز هرمون الرجولة منذ المراحل الأولى من الحمل¹.

2 - المبيضان عند المرأة:

ودورهما، هو صناعة البويضة، وهي بذرة المرأة التي منها تنقل خصائصها وخصائص أصولها إلى ذريتها. ويتوضع أحدهما على يمين قناة فالوب (القناة الرحمية) والآخر على يسارها ويتصل كلاهما بالرحم بواسطة وتر سميك على ناحية اليمين واليسار، وهما عبارة عن أكياس تحوي عدد محدد البويضات عند الولادة، أي عدد البويضات داخل المبيض تكون قد تم تكوينها قبل ولادة الأنثى من بطن أمها، إضافة إلى مسؤوليتهما عن إفراز هرمونات الأنوثة².

ب - ما ليس له دخل في نقل الخصائص الوراثية للإنسان:

ويطلق على هذا النوع من الأعضاء اسم "الأعضاء التناسلية"، وذلك كالقضيب بالنسبة للرجل؛ فإنه مجرد أداة لنقل المنى، وكقناتي فالوب بالنسبة للمرأة، فإنهما مجرد طريق لنقل للبويضات بعد تلقيحها، وكذلك الرحم فإنه مجرد مجرد محضن.

ثانيا : التوصيف العلمي للأعضاء التناسلية.

ابتداء من الأسبوع السابع من الحمل تبدأ الخصية في النمو قبل المبيض. لكن لا يمكن التعرف على الغدد التناسلية إن كانت خصية أم مبيضا إلا في الأسبوع الثامن.

¹ - نسرين عبد الحميد نبيه، نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، دار الوفاء لدنيا النشر والتوزيع، الإسكندرية، 2008، ص.92.

² - سفيان عمر بن بورقعة، مرجع سابق، ص.493.

وتتمايز ببلوغ الحمل شهره الثالث¹. وعلى عكس المبيض الذي يستقر في الحوض تتابع الخصية طريقها لتستقر في الشهر التاسع في كيس الصفن خارج البدن².
أما عن طبيعة كل من الغدتين نجد:

أ - الأعضاء التناسلية للذكر:

وتتألف من الخصيتين، ثم القنوات الناقلة للنطف منهما إلى الخارج، ثم القضيب ومهمته الجماع، وللخصية وظيفتان هما إنتاج النطف، وإفراز الهرمونات الذكرية. وتغطي الخصية بمادة ليفية كثيفة تدخل في الطرف الخلفي للغدة وبعد تفرقها إلى صفائح تقسمها إلى أقسام بكل منها أنابيب صغيرة لإنتاج المني أخرى كبيرة تنقله إلى البربخ (بمؤخرة الخصية) ومنه إلى خارج الجسم. ويتحكم الهرمون الذكري "التستسترون" في نمو بعض صفات الذكورة كما يقوي السلوك الجنسي. كما يبدأ إنتاج النطف طوال مدة حياة الرجل منذ بلوغه ويحتوي السنتمتر الواحد من 35- إلى 200 مليون نطفة، وقد ثبت أن النطف متواجدة منذ بدء تطور الخصية إلا أن الخصية تكون هادمة هاجعة حتى سن البلوغ³.

ب - الأعضاء التناسلية عند الأنثى:

تتألف من مبيضين، ثم بوقي الرحم، اللذين ينفلان البويضات إلى الرحم، ثم الرحم الذي يحضن الجنين، ثم قناة فالوب، ثم المهبل والفرج اللذان هما محل الجماع.

¹ -سفيان عمر بن بورقعة، مرجع سابق، ص.491.

² -محمد ايمن صافي، انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حيا أو ميتا، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة 04، عدد 4، ج01، ص.128.

³ -سفيان عمر بن بورقعة، مرجع سابق، ص.492.

يقوم المبيض- وهو بحجم بندقة الجوز- بإنتاج وتخزين البويضات وكذا إفراز الهرمونات الجنسية الأنثوية، وتتوفر مبيض حديثة الولادة على أكثر من نصف مليون بويضة تبقى هاجعة حتى إذا بلغت البنت يبدأ مبيضاها بالتناوب بإطلاق بويضة كل شهر قمري إلى غاية بلوغ سن اليأس وهو غالبا 45 سنة، وبعد الإباضة يطلق المبيض هرمون البروجستون الذي يسند بطانة الرحم م، وتلتصق البويضة الملقحة بجدار الرحم وعند الولادة تنقبض عضلات الرحم وتدفع الجنين إلى خارج الجسم. وبويضة المرأة هي أكبر خلية إنسانية، وإذا قارنا الحيوان المنوي بها نجد أن حجمه لا يزيد عن 5 مكرونات مقبل 200 مكرون بالنسبة للبويضة¹.

الفرع الثاني

دواعي وأغراض زرع الأعضاء التناسلية

قد يلجأ عموما إلى مثل هذا النوع من زراعة الأعضاء من أجل تحصيل النسل (أولا) ، الاستماع (ثانيا)، والتجميل (ثالثا).

أولا : تحصيل النسل .

لا شك أن من أهم المقاصد لزراعة الأعضاء الجنسية إنما هو تحصيل النسب الذي حض عليه الشرع في أكثر من نص شرعي. فقد تكون المرأة غير منجبة بسبب عضوي كتلف المبيضين، أو تعطلها لمرض لا يمكن علاجه ن أو انسداد القناتين الناقلتين للبويضات، أو تلف في الرحم يستدعي إيداله، أو لكونه قد أزيل بالجراحة².

¹ - سفيان عمر بن بورقعة، مرجع سابق، ص.494.

² - أنظر: محمد سليمان الأشقر، بحاث اجتهادية في الفقه الطبي، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 2006، ص.129.

وقد يكون الرجل كذلك غير منجب لسبب عضوي ، كتلف الخصيتين،
أو عجزهما أو كونهما مقطوعتين، أو عنة الذكر، أو انقطاعه، أو انسداد القناة الحاملة
للمني إلى الخارج.

ثانيا : الإستمتاع .

والحاجة إليه تقوم في حالات التلف المتقدم بيانها ؛تلف المبيضين، فإنه ينقص أو
يعدم الإستمتاع بالوطء لدى المرأة، وكذا إن كان الرحم تالفا، لان له دورا في الإستمتاع
كما أشار إليه بعض أهل الطب¹.
و لم يتعرض - حسب علمنا - أهل الطب لزرع البظر، وفقدانه ينقص الاستمتاع.
وكذلك بالنسبة للرجل، فإنه إن كانت خصيتاه تالفتين، أو غير موجودتين ، ينقص
الإستمتاع وإن أمكن الوطء . وإن كان الذكر عنيئا أو مقطوعا انعدم الإستمتاع بالوطء².

ثالثا : الجمال والتجميل .

تتمثل وظيفة الخصيتان فضلا عن إنتاج المني ، إنتاج الهرمونات الذكرية
وأهمها التستوسترون وهي مسؤولة عن إضفاء صفات الذكورة من غلظ الصوت، نبات
شعر الوجه، القوة البدنية،...، أما المبيضين بالنسبة للأنثى ففضلا عن إفرازهما
للبيبيضات فهما مسؤولتان عن إفراز هرمونات الأنوثة وأهمها الإستروجينات
والبروجسترون. اللذان يعطيانهما الجمال الأنثوي من نعومة الجلد و الصوت، توزيع
الشحوم على الجسم...³.

¹ - أنظر: محمد سليمان الأشقر، مرجع سابق، ص.129.

² - أنظر: محمد سليمان الأشقر، مرجع سابق، ص.130.

³ - سفيان عمر بو رقعة، مرجع سابق، ص.493.

إن نقص الجمال ينقص استمتاع كل طرف بالآخر، فيعود ذلك لتأكيد الغرض الأول. ويؤمل القضاء على هذا المشكل وهذا بزراعة العضو المناسب إن أمكن ذلك. وأما التجميل، فالمراد به العودة بالصورة الظاهرة للبدن إلى حالتها الطبيعية، ويحتاج إليه هنا الرجل إذا كان مجبوبا¹، أو إذا كان ضمور ذكره مؤثرا، كما يمكن تصور الحاجة إليه في زراعة ركب (مهبل) المرأة، وهو العضو الظاهر خاصة فيما يتعلق بتصحيح الجنس لحل مشكلة الخنثى².

بعد العرض السابق لأهم أغراض زراعة الأعضاء والغدد التناسلية، ننتقل إلى بحث إلى أي مدى نجح التطور العلمي في زراعة ذلك النوع من الأعضاء والغدد.

الفرع الثالث

حدود مجال التطور العلمي في زرع الأعضاء التناسلية

مما تسنى لنا الإطلاع عليه من بحوث متخصصة، وجدنا أن العلم قد توصل إلى إمكانية غرس بعض الأعضاء التناسلية الذكرية (أولا) والأنثوية (ثانيا) في حدود معينة مقابل تَطَلُّع الطب لاستكمال نجاحه.

أولا : حدود التطور في زرع الأعضاء الذكرية.

سنحاول في هذه الجزئية معرفة إلى أي مدى نجحت عمليتي زرع الخصيتين ونقل الذكر؟.

¹ - وهو من لا ذكر عنده.

² - تشوار جيلا لي، الزواج والطلاق ...، مرجع سابق، ص.17.

أ - زرع الخصية:

أفاد الدكتور البار أن زرع الخصية لا يزال في حقل التجارب، ولم يقف بعد على بحث في مجلة علمية متخصصة يفيد بنتائج علمية حولها عدا حالة غرس خصية من شخص لأخيه كتوأم متماثل (التوأم الحقيقي)؛ أي أنهما نتجا عن تلقيح بويضة واحدة بحيوان منوي واحد، ونجحت هذه العملية، واستطاعت الخصية المغروسة بإفراز حيوانات منوية سليمة فضلا عن إفراز هرمونات¹.

كما أفاد الدكتور "أيمن صافي" أن صاحب أول عملية لزراعة الخصية في إنسان هو الدكتور "ك. حنش"، إذ تمكن من غرس خصيتي جنين في شاب في العشرينات من العمر يشكو من غياب خصيتيه إلا أن غدته النخامية سليمة الوظائف، وبعد العملية بسبعة أيام بدأت تظهر عليه الصفات الذكورية الثانوية. وهكذا، حتى أصبح الشاب ذامظهر رجولي طبيعي، ومن ثم بدأ يقذف ويمارس الجنس. كما أنه قام بطرح سؤال على أخصائي في أمراض المسالك البولية فأفاد باستبعاد إمكانية إنتاج تلك الخصية المزروعة للنطف².

ب - نقل الذكر:

أفاد الدكتور محمد علي البار أن "هذا الموضوع لا يزال قيد الخيال العلمي، ولم يجد فيما اطلع عليه من المصادر العلمية ذكرا لأي ذكر له ن إلا أنه يمكن من الناحية العملية زرع وسائل ميكانيكية لمساعدة المجهود، أو ضعيف الانتصاب بحيث تمكن العضو من القيام بوظيفته الحيوية"³.

¹ - أنظر: محمد علي البار، زرع الغدد...، مرجع سابق، ص. 456-457.

² - في هذا المعنى أنظر: محمد أيمن صافي، انتفاع الإنسان...، مرجع سابق، ص. 129، 130؛ سفيان عمر بورقعة، مرجع سابق، ص. 495.

³ - محمد علي البار، مرجع سابق، ص. 480.

ثانيا : حدود التطور في زرع الأعضاء الأنثوية.

أ - غرس المبيض:

ذكر الدكتور محمد علي البار خبرا نشرته جريدة المدينة في 1985¹، مفاده أن البروفيسور "شرمان سيلبر" الذي يعمل في مستشفى "سانت لوك" في مدينة "سانت لوي" بالولايات المتحدة الأمريكية تمكن لأول مرة في التاريخ من نقل أحد المبيضين مع أنبوب قناة فالوب التابع له من امرأة و زرعها في أختها التوأم... وقد صرح الطبيب المذكور بأن هذه العمليات (نقل وزرع المبيض وقناة فالوب) ستبقى في الوقت الحالي منحصرة في التوائم الحقيقية (التامة) والتي تكونت نتيجة انقسام بويضة واحدة ملقحة وذلك لكي لا يرفض الجسم للأنسجة.

ولم يكن سيلبر الأول في عمليات غرس المبيض، فقد سبقه "بلانكو" سنة 1974م، حيث نجح في نقل مبيض من امرأة إلى أخرى بالرغم من مشكلة الرفض المناعي والحاجة إلى الميكروسكوب الجراحي في العملية لدقتها².

ب - زرع قناة فالوب:

بدأت تجارب نقل قناة فالوب عام 1946 م، وزرعت في الرحم خمس حالات و لكن لم تؤد إلى حمل وظلت الأنبوبة مفتوحة، و تحتم زرعها مع أوعيتها الدموية، وهذه الأوعية دقيقة جدا وتحتاج إلى ميكروسكوب جراحي وخبير في الجراحة الميكروسكوبية، ثم يحتاج بعد ذلك إلى أدوية ضد رفض العضو³.

¹ - محمد علي البار، مرجع سابق، نقلا عن: جريدة المدينة، عدد 6696، في 09 أوت 1985 م، ص.480.

² - محمد علي البار، زرع الغدد...، مرجع سابق ، ص.470.

³ - محمد علي البار، زرع الغدد...، مرجع سابق ، ص.455.

وقد سبقت الإشارة في أن زرع المبيض إن البروفيسور سيلبر تمكن من احد المبيضين مع أنبوب قناة فالوب، وأما نقل القناة بمفردها فلم أقف (حسب ما لدي من مصادر) على أنه تم تحقيقه علميا، لكن أشار أحد الباحثين إلى أن القناة بعد نقلها تنقلص و تنكمش، و لا تؤدي وظيفتها الفسيولوجية ، و ذلك لفقد الأهداب الداخلية ، كما أن التجارب على مستوى نقلها لم تعد قائمة لأسباب عديدة¹.

ج - زرع الرحم:

تمكن "بابانكولي" سنة 1972 من نقل رحم وملحقاته من أم إلى ابنتها ولم يحدث حمل وظل الرحم سليما ولم ترفضه أنسجة البنت². هذا، وقد نشرت "قناة الجزيرة" على موقعها الالكتروني³ أن فريقا من الأطباء السعوديين قاموا بأول زرع رحم في العالم قبل عامين لامرأة تبلغ من العمر 26 عاما، واعتبر الفريق الطبي أن الرحم المزروع كان لا بد من استئصاله بعد 99 يوما بسبب تجلط للدم.

¹ منها: - النجاح الذي انتشر في جميع أنحاء العالم فيما يتعلق بعمليات الإنجاب بواسطة "أطفال الأنابيب".
- صعوبة عملية نقل القناة، كما أن فتح البطن بالنسبة للمراتين مع المضاعفات التي قد تنتج وتعرض لها المرأتان من نزيف والتهابات فظلا عن مشاكل العضو ومشاكل التخدير.
- أن الأدوية التي تعطى للمرأة بعد زرع العضو لمنع رفض الجسم لزرعه قد تؤدي إلى نتائج وخيمة على جسم المرأة.
- لو نجحت العملية فإنها لا تؤدي سوى لحمل واحد، وذلك لضرورة الامتناع عن إعطاء أدوية الرفض حينما يثبت الحمل، تفاديا لحدوث تشوهات في الجنين ولأن استعمالها لمدة طويلة قد يضر المرأة.
- تحتاج العملية لخبراء الجراحة الميكروسكوبي وهم قلة في العالم .
- أنسب نقل لأنبوية هو من أم لإبنتها، أو من بنت لامها. وهذا يندر عمليا. مقتبس عن: سفيان بن عمر بن بورقعة، مرجع سابق، ص.497-498.
² - محمد علي البار، زرع الغدد...، مرجع سابق، ص.455.
³ - و ذلك بتاريخ 03-03-2002، مقتبس عن: سفيان عمر بن بورقعة، مرجع سابق، ص.498.

إنّ هذا الأسلوب من الممكن أن يكون علاجاً ناجحاً في المستقبل لعشرات الآلاف من العقيمت اللاتي لا يوجد أمل بالنسبة لهن في أن يرزقن بأطفال إلا من خلال عملية تعويضية لأرحامهن.

ورغم المشككين في جدوى العملية وخطورتها، فإنه بات من الممكن أن مزيداً من التجارب المعملية، و تطوير الأساليب الجراحية من زرع الرحم أمراً مفيداً في علاج العقم، وخاصة في المجتمعات التي لا تقبل فيها الأم البديلة من وجهة النظر الدينية والأخلاقية¹.

د - زرع المهبل :

أشار الدكتور البار إلى إمكانية القيام بعملية جراحية لنقل مهبل صناعي لمن يطلبه من المخنثين الذين تُجبُّ مذاكيرهم².

بعد تعرفنا عن مدى نجاح عملية زرع مختلف الأعضاء وعموماً الغدد الحmale للمعطيات الوراثية، لا بد من الإشارة إلى أن هناك محاذير ينبغي الإحتياط تجاهها، وهو ما سنتعرف عليه حالاً.

الفرع الرابع

المحاذير الشرعية لزرع الأعضاء التناسلية على النسب

هناك عدة محاذير تثيرها عملية الزرع للأعضاء التناسلية³، لكن سنقتصر بالدراسة

على ما يتصل منها بالنسب وذلك في الجزئيات التالية:

¹ - منهم خبراء في مجال الخصوبة، و للاستفاضة، أنظر: www.aljazeera/.net/2002/03/384.

² - محمد علي البار، زرع الغدد...، مرجع سابق، ص. 481.

³ - منها ما تنطوي عليه العملية من إضرار بالمأخوذ منه إن كان حياً فلا يملك التصرف في جزء من جسمه، وإن كان ميتاً فإذن وليه باطل، كما أن من شأن إباحتها أن تفضي للتجارة بالأعضاء البشرية، زيادة عن اعتبار الأمر من قبيل المقاصد التكميلية التي لا يجوز معها كشف العورات سواء تعلق الأمر بتحصيل النسل أو الاستمتاع، والتجميل...

أولاً : المحذور الأول (الإنتقال غير المشروع للخصائص الوراثية).

في حال زرع ما تنتقل الخصائص الوراثية، وهو الخصية أو المبيض، فإن البذرة الناتجة عن ذلك تكون منسوبة للمصدر، وهو الشخص المنقول منه. وهذا يقتضي أن يكون الطفل المولود ابناً للرجل المنقولة منه الخصية، أو المرأة المنقول منها المبيض، وليس للمتلقي أو المتلقية؛ إذ لا يزيد المتلقي عن أن يكون حاضناً أو حاملاً للجهاز الصانع للبذرة، بدليل أن المميزات الوراثية للوليد تنتقل إليه عن المصدر ولا ينتقل إليه من المتلقي شيئاً، فالماء ماء المصدر. وحينئذ يكون ذلك من قبيل نكاح الإستبضاع الذي جاء الشرع الإسلامي بتحريمه، وتؤدي إجازته إلى اختلاط الأنساب¹.

وحتى ولو قلنا بأن العضو المزروع منسوب لحامله، وهو المتلقي فإن الصلة بالمصدر لن تكون من الناحية النفسية منقطعة مما يسبب مشكلات من نواح شتى، وسوف يكون ذلك منبعا لمشكلات النسب وما يتبعه من آثار على النفقة، ميراث... و سيكون ذلك مصدراً لنزاعات لا تنتهي بين المتلقي والمتلقي منه، والولد؛ مما يزعزع كيان المجتمع، وسوف تزعج السلطات القضائية بتلك المنازعات بدرجة كبيرة. و استطرد البعض² بالقول أنه من ناحية أخرى أشار بعض الأطباء أنه عند نقل الخصية، قد تكون حاوية لنطفة تكونت قبل نزع الخصية من مصدرها، فإذا انتقلت هذه النطفة إلى رحم امرأة، كان ذلك -بالإضافة إلى كونه محرماً شرعاً- سبباً للعلوق بنطفة غير الزوج، وحينئذ ينبغي أن ينسب الولد إلى صاحب النطفة وهو المصدر. وكذا عند نقل المبيض، قد يكون محتويها على بويضات جاهزة، سبق تكونها في جسد المرأة المصدر، فينبغي أن ينسب إليها الولد. وكل هذا محرم.

¹ - محمد سليمان الأشقر، مرجع سابق، ص. 133.

² - محمد سليمان الأشقر، مرجع سابق، ص. 134.

ونقول أنه لا معنى لهذا الاستطراد من صاحبه مادام انه ثبت علميا أن الصفات الوراثية للخلايا الأولية الموجودة في الخصية هي التي ورثتها تلك الخلايا الأولية من والديّ حاملها (أي المتبرع بها). كما أن البيوضات تتخلق في الأنثى قبل الولاد¹؛ فالمحذور قائم في كل حال.

ثانيا : المحذور الثاني : (شبهة الزنا و مخالطة الأجانب).

في حال نقل الذكر أو الفرج، يكون الوطاء اللاحق لذلك من قبيل الوطاء المحرم، شبيها بالزنى المحرم. فإنه في حالة زرع الفرج يكون الرجل قد وطىء فرجا لا يملكه، لكونه فرج غير امرأته لا يملكه. وفي حالة زرع الذكر تكون المرأة قد وطئت بذكر غير زوجها. وفي ذلك ما فيه من شبهة اختلاط الأنساب. وحتى لو قلنا بان العضو المزروع منسوب شرعا للمتلقي دون المصدر ، فإن مجرد الإحساس بنسبته إلى مصدر مغاير قد يولد نفورا شقاقا بين الزوجين².

ثالثا : المحذور الثالث (شبهة الرحم المؤجر) .

في حال نقل الرحم من امرأة إلى أخرى، يكون ذلك شبيها بالرحم المؤجر الذي أنكره الفقهاء وصدرت قرارات ندوة الإنجاب وقرارات مؤتمر المجمع الفقهي بمنعه . بل إن نقل الرحم ينبغي أن يكون أبلغ في المنع من إيجار الرحم³ ، لأن جميع محاذير

¹ - نسرین عبد الحمید نبیہ، مرجع سابق، ص. 92-93.

² - محمد سليمان الأشقر، مرجع سابق، ص.134.

³ - دون الخوض في التفاصيل المتعلقة بحالة استئجار رحم زوجة ثانية لنفس الرجل، و التي افترضها الدكتور مصطفى الزرقاء، وقد أجازت باديء الأمر (الدورة 07 لمجمع الفقه الإسلامي بمكة لسنة1404هـ). لكن تم التراجع=

إيجار الأرحام موجودة في نقل الرحم، وفيه زيادة استمتاع الرجل برحم غير امرأته والقذف فيه.

بهذا تكتمل لنا الصورة فيما تعلق بعملية النقل والزرع للأعضاء التناسلية، والغدد المؤثرة في المعطيات الوراثية، ولم يبق لنا إلا أن نعرضها على ضابطي الشرع الإسلامي والقانون، فما موقفهما من العملية؟

المطلب الثاني

حكم الفقه الإسلامي والقانون

بشأن النسب الناتج عن زرع أعضاء تناسلية

بعد إعطاء صورة عامة عن عملية زرع الأعضاء التناسلية، آن لنا التطرق للحكم الشرعي للنسب الناجم عن هذه العملية؛ فبعد أن نقف على موقف الفقه الإسلامي من العملية والنسب المتولّد عنها (الفرع الأول) سنحاول التعرف على موقف القانون منها (الفرع الثاني).

و اقتضت الدراسة هذه المرة تأخير موقف القانون الجزائري (بشكل خاص) عن موقف الفقه الإسلامي منها مخافة المصادرة عن المطلوب كما سيتضح، بالنظر لتبنينا موقف الفقه الإسلامي كموقفٍ بديلٍ في ظل غياب موقف واضح للمشرع الجزائري.

= عن الإجازة، وذلك بتحريم العملية مطلقاً في الدورة الثامنة للمجمع الفقهي الإسلامي. أنظر: الفرع الثاني من المطلب الثاني من المبحث الأول من هذا الفصل بالصفحة 90 ومايأياها من هذه الرسالة .

الفرع الأول

موقف الفقه الإسلامي من النسب الناشيء من أعضاء جنسية مزروعة

سنرى كيف يتأثر الحائم الشرعي تبعا لمدى نقل العضو التناسلي (أولا) أو الغدتين الجنسيين (ثانيا) للصفات الوراثية .

أولا : زرع أعضاء تناسلية لا تحمل مواصفات وراثية و مسألة النسب.

الكلام عن موقف الفقه الإسلامي من زرع الأعضاء التناسلية المزروعة ينبنى على الجواب عن سؤال أهم من ذلك هو ما حكم باقي الأعضاء؟ هل هي خاصة بالمتلقي دون المصدر أم تبقى تابعة للمتبرع؟ فواضح أنه إذا قلنا إنها تابعة للمصدر، و مختصة به، ووردَ على عملية الزرع المحاذير السالفة الذكر. وكان كل سبب منها كافيا لتحريم النقل و الزرع درءا لاختلاط الأنساب.

وإذا قلنا إنها تابعة للمتلقي و مختصة به، لم ترد تلك المحاذير المذكورة، إذ تكون نسبة الولد إلى المتلقي نسبة صحيحة تامة، و العضو المنقول هو عضو المتلقي، وقد انقطعت عنه النسبة على المصدر، فلا ضير ولا حرمة في استعماله كالعضو الأصيل. وهذا في تقديرنا هو الرأي الراجح و ندعمه بالأسس التالية:

أ - الارتباط العضوي للعضو المزروع بالمتلقي:

فهو ياتمر بأوامره و ينتهي عن نواهيها التي تصله من دماغه، يتألم بألمه يلتذ بلذته، يصح ويسقم تبعا لحالة المتلقي... وهذا على عكس المصدر (المتبرع) الذي

لا يأتى بأوامره، ولا يشعر بألمه إذا تألم ولا بلذته إذا التذ، لا يمرض بمرضه ولا يصح بصحته¹.

كما أنه في الأصل تتم العملية برضا المنقول منه العضو إن كان حيا، أو برضا أوليائه إن كان ميتا، وسواء قلنا أن الأعضاء ملكا له أو ملكا لله المختصة بصاحبها فهي تنتقل انتقالا كاملا بحيث لو اعتدى المصدر-ذاته-على ذلك العضو عمدا كان المتلقي مستحقا عليه القصاص- لو أمكن-ومن باب أولى لو اعتدى على العضو شخص ثالث².

ب - عدم تعلق الأحكام الشرعية للنسب بالعضو التناسلي المنقول:

إن الأحكام الشرعية المتعلقة بالعضو لا تلزم المصدر، بل تلزم المتلقي، فالمتلقي هو من يغسل اليد -المزروعة- من الجنابة لا المصدر، ومن ذلك أنه إذا حاضت المرأة المتلقية للرحم مثلا، فإنها هي تمتنع لذلك عن الصلاة والصوم، وهي التي تغتسل عند نهاية الحيض لا المرأة مصدر الرحم. كما لا تعتد المرأة المنقول منها العضو ولو طلقت عدة حامل. فكذا لا ينسب الولد إليها، ولا ترثه ولا يرثها، بل كل الأحكام مرتبطة بالمتلقية³.

لكن لا يعني ما سبق جواز أن يتزوجها أو يتزوج ابنتها ذلك الوليد، إذا كان الرحم في الأصل رحمها، لأن حرمة الزواج تثبت بأدنى سبب. كما تثبت بالرضا ع، ذلك أن حرمة الزواج لها شأن غير شأن النسب، لذلك يستوجب الأمر صحة السبب المنشئ.ء.

¹ - محمد سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص.137.

² - محمد سليمان الأشقر، مرجع سابق، ص.138.

³ - محمد سليمان الأشقر، مرجع سابق، ص.139.

بناء على ما تقدم ، لا يصح ما يقال من أن المتلقي يطاء زوجته بذكر غيره
(في حال ما إذا تم زرع الذكر بنجاح)، أو يطاء الرجل من زوجته المتلقية فرج امرأة
أخرى (في حالة نجاح زرع الفرغ)¹،

والقول بأن الرحم المنقول هو من قبيل الرحم المؤجر، بل هو رحم المتلقية
نفسها، فلا محل للقول بشيء من هذا كله ، إذ لا بد لنا- ما دمنا قد رجحنا أجازة نقل
الأعضاء و زراعتها بين الأدميين -بالطوابط المعلومة- من القول بأن العضو المنقول
هو عضو المتلقي حقيقة، لأنه لا صلة له بمصدره من الناحية الشرعية بوجه من
الوجوه².

ثانيا : زرع عدد تناسلية تحمل مواصفات وراثية للغير ومسألة النسب.

إن مائي الزوجين هما اللذان يحملان للصفات الوراثية لهما، وبإدراكنا لذلك
يتبين مدى خطورة نقل مصدريهما والتي تتمثل أساسا في الخصيين (أ) والمبيض (ب).

أ - أثر نقل وزرع الخصيتين على النسب:

شذ بعض الفقهاء المعاصرين عن إجماع منعقد بشأن تأثير زرع الخصيتين على
النسب، فقد أشار إلى هذا بعض الباحثين المعاصرين³، فيما تراجع البعض الآخر⁴ عن

¹ - قد يستدعي الأمر والضرورة الاجتماعية توطيد سمة أحد عضوي الخنثى بواسطة عملية جراحية ، أنظر:
تشوار جيلالي، الزواج والطلاق...، مرجع سابق ، ص.17.

² - نسرین عبد الحمید نبیہ، مرجع سابق، ص: 93، محمد سلیمان الأشقر، مرجع سابق، ص. 140؛ سفیان عمر بن
بورقة، مرجع سابق، ص. 499.

³ - ومنهم العلامة محمد بن مختار الشنقيطي ، وقد نقل هذا الخلاف عمر بن بورقة، مرجع سابق، ص. 500.
- اعتمد على جريدة المسلمون في أعدادها 203-205، أنظر: محمد بن محمد المختار الشنقيطي، أحكام الجراحة
الطبية والآثار المترتبة عليها، جدة، مكتبة الصحابة، 1994، ص. 392 وما بعدها.

⁴ - محمد سليمان الأشقر، مرجع سابق، وقد ضَمَّن مؤلفه الذي سبق ذكره استدرাকা تراجع بموجبه عن موقفه الأول
تبعاً لردود وردته من أطباء مختصين. أنظر: الصفحة 144-145 من مرجعه سالف الذكر.

مواقفه المبدئية. وعموما تدرجت الأقوال من مجيز بإطلاق (1)، إلى متحفظ جزئيا (2) إلى محرم مطلقا (3).

1 - جواز زرع الخصية وعدم تأثيرها على النسب:

وهذا هو قول سيد سابق¹ باعتبار أن: "الحيوانات المنوية خارجة في الأصل من الرجل الثاني المنقول إليه الخصية، وأن الخصية هي مجرد آلة منظمة لتلك الحيوانات فلا وجه للشبهة (حسب تقديره).

- و أن المتلقي قد ملك تلك الخصية، وحينئذ لا ينبغي الالتفات للمالك السابق، بل هي خصية الرجل الثاني سواء أدى ذلك إلى انتقال الصفات أم لم يؤد.

- ولا تأثير للجينات الوراثية لانعدام تطابقهما الكلي بدليل أن للأخوين نفس الأصل وهما قد يلدان أولاد بأجناس مختلفة ومع ذلك لم يحرم زواج ابنة أحدهما للآخر. فدل ذلك على عدم تأثير تطابق الصفات الوراثية".

وهذا هو رأي الدكتور محمد سليمان الأشقر-قبل التراجع عنه- حيث قال: "وإذا ثبت أن العضو المزروع مهما كان نوعه يكون جزءا من جسد المتلقي حقيقة، وأن صلته تنقطع انقطاعا تاما عن مصدره، فإن الغدة بعد غرسها في جسد المتلقي تكون جزءا من أجزائه، وما يتولد فيها من حيوانات منوية فهو ناشيء من ذات جسد المتلقي حقيقة طبيعية وحقيقة شرعية، وينسب المولود إليه نسبة صحيحة شرعية"².

2 - جواز نقل إحدى الخصيتين من الحي إلى الحي:

أفتى مشيخة الأزهر بجواز نقل إحدى الخصيتين، وقصرت العملية على الأحياء دون الحالة التي يكون فيها المتبرع ميتا، واستدل أصحاب هذا الرأي بما يلي:

- أن نقل الخصيتين كليهما يدي إلى قطع النسل، بخلاف نقل إحداها وترك الأخرى.

¹ - أنظر الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية..، مرجع سابق، ص: 393، نقلا عن جريدة المسلمون، عدد: 203، سفيان عمر بن بورقعة، مرجع سابق، ص. 504.

² - محمد سليمان الأشقر، أبحاث اجتهادية...، مرجع سابق، ص. 139.

- يجوز نقل إحدى الخصيتين، كما يجوز نقل إحدى الكليتين بجامع الحاجة في كل منهما. والحقيقة، أن هذا الموقف لا يمكن التعويل عليه لعدة أسباب منها، أن القول بقصر العملية على الأحياء دون الحالة التي يكون فيها المتبرع ميتا لا نجد له مبرر منطقي (وإن كنا نرفض العملية بكل صورها كما سنبين بعد قليل). ثم إن هذا الرأي لا يلتفت إلى مسألة نقل المميزات الوراثية بقدر اهتمامه باستمرارية النسل (على أهميته). و القياس بباقي أعضاء الجسم الذي سيق في سبيل ذلك هو قيا س مع الفارق لعدم الإشراف التام في العلة¹.

3 - عدم جواز زرع الخصية لتأثيرها على النسب:

وهذا الرأي هو الذي عليه أغلب الفقهاء المعاصرين، وهو الذي تبناه مجمع الفقه الإسلامي بالإجماع²، وعليه توصية الندوة الفقهية الطبية السادسة، والتي انعقدت بالتعاون بين المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت و مجمع الفقه الإسلامي بجدة³. ويقول محمد علي البار: " فإذا تم زرع الخصية في شخص عقيم فإن حيواناته المنوية ستكون من رجل آخر.. وهو نوع من أنواع النكاح بشبهة الزنا... إذ تكون النطفة لرجل آخر في الحقيقة...، إن الصفات الوراثية الموجودة بالخصية لا تتغير بعد زرعها لأنها مبرمجة منذ البداية...، فرغم أنها انتقلت إلى بيئة جديدة وتتغذى من مصادر مختلفة عما كانت عليه إلا أن برنامج المورثات يبقى على ما كان عليه"⁴. وذلك يشبه التلقيح الصناعي بماء رجل آخر.

¹ - أنظر: الشنقيطي، مرجع سابق، ص. 393. نقلا عن جريدة المسلمون: عدد 205، مقتبس عن: سفيان عمر بن بورقعة، مرجع سابق، ص. 505.

² - أنظر قرارات، أبحاث ندوة رؤية إسلامية لزراعة...، مرجع سابق، ص. 660.

³ - أنظر قرارات، أبحاث ندوة رؤية إسلامية لزراعة...، مرجع السابق، ص. 649. أنظر: سفيان بن عمر بورقعة، مرجع سابق، ص. 500.

⁴ - محمد علي البار، زرع الغدد...، مرجع سابق، ص. 467-468.

وقد بنى أصحاب هذا الرأي إلى ما انتهى إليه الأطباء المتخصصين، إذ بينوا أن مثل تلك الغدد تحوي خلايا تناسلية، ما يعني أن مآل غرس هذه الغدد سيؤدي إلى إفراز الخصائص الوراثية للمنقول منه، وعليه فإن ثمرة الإنجاب ستكون متولدة من غير الزوجين الشرعيين المرتبطين بعقد الزواج، أي أن النسب المولود من جهة الواقع لا يكون له صلة بالزواج أو الزوجة، وهذا ما يوجب القول بحرمة غرسها.

فالخصية إذن تحتوي على المواد الأولية التي ينتج منها الحيوان المنوي، فنقلها من شخص إلى آخر ما هو إلا شكل من أشكال إخصاب البويضة بحيوان منوي آخر من غير الزوج¹. وبالتالي يعتبر خطأ في الأنساب.

والذي يظهر لنا من العرض السابق والله أعلم؛ هو ما انتهى إليه أصحاب الرأي الأخير من عدم جواز نقل الخصيتين، لما ثبت علمياً أن زرعها بمنزلة خلط مائين أجنيين، وهو مخالف لمقصود الشارع من حفظ الأنساب².

وأما من قال بالجواز إنما تراجع عن فتواه³ بعدما اكتمل له تصور العملية فتبين له انتقال الصفات الوراثية من خلال النطف-التي تبقى منسوبة للمصدر، وذلك لأن المرأة في هذه الحالة تحمل بماء غير زوجها. إذ أشار إلى أنه:

"...و ما دام أن للخصية وظيفة ثانية هي إفراز هرمونات الرجولة التي تضيف على الرجل الصفات الظاهرة المميزة له، من نبات شعر اللحية، الشاربين..، وحيث أنه ممكن طبياً تدمير الخلايا المنوية التي تنقسم وتنطلق منها الحيوانات المنوية بحيث تبقى في الخصية الوظيفة الأخيرة فقط (إفراز هرمونات الرجولة) وقد أكد الأطباء ذلك،

¹ - صديقة علي العوضي، كمال نجيب محمد، زراعة الأعضاء التناسلية والغدد التناسلية للمرأة والرجل، أبحاث ندوة رؤية إسلامية...، مرجع سابق، ص.450.

² - سفيان عمر بن بورقعة، مرجع سابق، ص.505-506.

³ - لقد أورد محمد سليمان الأشقر في المرجع السابق ذكره استدراكاً محرمًا بموجبه زرع الخصية إذا كان الهدف الإنجاب، أنظر لاحقاً في الصفحة 117 من هذه الرسالة.

فلا مانع من جهة الشرع من إجراء عملية نقل و زرع الخصيتين بعد تدمير الخلايا المنوية التي فيهما.

و هو جواز مشروط بأن لا يمكن الاستعاضة عن هذه العملية بهرمونات مأخوذة من مصادر أخرى يجري تناولها عن طريق الفم أو نحوه¹.

ب - أثر نقل وزرع المبيضين على النسب:

بتطور المعارف العلمية تتغير الفتوى؛ وإذا ما أردنا تتبع تدرج الفتوى حول مسألة زرع الببيضة و تغييرها تبعا للمعطيات العلمية الثابتة نجد أن البعض قال بجواز ذلك (01)، قبل أن يحتاط في الأمر (02)، لينتهي إلى تحريمه مطلقا (03) و لا بأس أن نستعرضها لأهميتها.

1 - جواز نقل وزرع الببيضة ولا تأثير لذلك على النسب:

أورد سليمان الأشقر أن "العضو المزروع (مهما كان نوعه) يكون من جسد المتلقي حقيقة، وأن صلته تنقطع انقطاعا تاما عن مصدره، فإن الغدة بعد غرسها في جسد المتلقي تكون جزءا من أجزائه، وما يتولد فيها من الحيوانات المنوية، أو البويضات، فهو ناشيء من ذات جسد المتلقي حقيقة طبيعية وحقيقة شرعية، وينسب المولود إليه نسبة صحيحة شرعية.

و بناء على ذلك لا يصح -حسبه- ما قد يقال من أن ما ينشأ من الحمل عن ذلك هو من قبيل الحمل الناشيء من نكاح الإستبضاع، (أو استخدام بذرة شخص ثالث غير الزوجين) ولا ما قد يقال من أن المتلقي يثأ زوجته بذكر غيره،...

وأما كون الخصائص الوراثية تتبع مصدر الخصية، أو مصدر المبيض، فإن ذلك لا يقدم ولا يؤخر في الحكم الشرعي في ذلك، فإن النسب ونحوه لا يتبع هذه الخصائص

¹ - محمد سليمان الأشقر، مرجع سابق ، ص.145.

الوراثية، بل كما في الحديث (الولد للفراش) فالأب الشرعي هو زوج تلك المرأة التي حملت و ولدت، والنسب لا حق به...¹. هذا هو الحكم المبدئي للدكتور سليمان الأشقر.

2 - الإحتياط في عملية النقل والزرع حفظا للنسب:

إن ما قال به الدكتور سليما ن الأشقر-مبدئيا- يتجاوب مع ما نبه عليه الأطباء حسب اعتقادهم حينذاك من احتمال أن تكون الخصية المنقولة أو المبيض المنقول محتوية على مني أو بويضات تكون أثناء وجود المبيض أو (الخصية) في جسم المصدر، وأنه ينبغي التحقق من زوال ذلك.

وقد وافق الأشقر على أنه تنبيه صحيح، لكنه أردف "أن الأمر وإن كان صحيحا إلا إنه يختلف بالنسبة للبييضات المتولدة في المبيض بعدزرعه في جسم المتلقي لأن ما تولد فيه بعد ذلك إنما حصل بعد أن صار من جسم المتلقية"²، مؤكدا بذلك موقفه الأول، لكن وصفه بـ "جواز محفوف بالشبهة. فيكون من باب الكراهة"³.

3 - عدم جواز زرع المبيض لتأثيره على النسب:

ذهب جمهور الفقهاء المعاصرين إلى حرمة نقل وزرع المبيضين لما يفضي به لاختلاط الأنساب⁴، فإذا ما قمنا ونقلنا المبيض من أنثى إلى أخرى فإننا بهذا قد نقلناه بما يحويه من بويضات تحمل الصفات الوراثية التي ورثتها الأنثى المنقول منها المبيض من والديها إلى أنثى أخرى والتي تم نقل المبيض إليها، وفي هذا شبهة اختلاط

¹ - أنظر: محمد سليمان الأشقر، مرجع سابق، ص.139-140.

² - محمد سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص.140.

³ - محمد سليمان الأشقر، مرجع سابق، ص.141.

⁴ - صديقة علي العوضي، كمال نجيب محمد، مرجع سابق، ص. 450؛ نسرين عبد الحميد نبيه، مرجع سابق،

ص.93؛ محمد سليمان الأشقر، مرجع سابق، ص.144؛ سفيان بن عمر بورقعة، مرجع سابق، ص.505.

الأنساب¹. وهذا سبيله أنه يفضي إلى مولود انعقد من وجه حرام، وهو مخالف لمقصود الشارع من حفظ الأنساب، وعليه فكل ما يفضي أو يغالب حفظ الأنساب محرم شرعا². حتى أن من قال بجواز هذه العملية-وهو الدكتور سليمان الأشقر- قد استدرك موقفه بعدما تبين له وتم التأكيد له من السادة الأطباء عدم قابلية التخلص مما في المبيض من بويضات وإبقاء إفراز هرمونات الأنوثة لمن تفتقر إليه إذ قال: "لا يجوز شرعا نقل المبيض من امرأة إلى أخرى بوجه من الوجوه، سواء لأجل الحمل، أو لأجل إفراز هرمونات الأنوثة"³.

بعد عرض رأي الفقه الإسلامي المعاصر في المسألة آن لنا أن نستطلع رأي القانون في النسب الناجم عن أعضاء تناسلية مزروعة.

الفرع الثاني

موقف القانون من النسب ثمرة الأعضاء التناسلية المزروعة

سنحاول فهم موقف التشريع الجزائري من النسب الناجم عن تقنية زرع أعضاء التناسلية للغير (ثانيا)، لكن ليس قبل أن نستجلي موقف القانون المقارن (أولا).

أولا : موقف القانون المقارن من النسب ثمرة الأعضاء التناسلية المزروعة.

لم نَقِفْ- ونحن بصدد بحثنا- عن موقف من التشريعات المقارنة يمكن التعويل عليه حول نسب الأولاد المولودين عن طريق هذه التقنية المساعدة على الإنجاب رغم

1 - نسرين عبد الحميد نبيه، مرجع سابق، ص.93.

2 - سفيان بن عمر بورقعة، مرجع سابق، ص.505.

3 - محمد سليمان الأشقر، مرجع سابق، ص.144.

تناول هذه التشريعات نقل وزرع الأعضاء بشكل عام¹، هذا إذا استثنينا دول مثل تشيكوسلوفاكي التي وَضَعُ المتبرع فيها بالخلايا التناسلية بالنسبة للرجل والمرأة ليس له أي حقوق في مواجهة الطفل (لا في نسبٍ ولا غيره)؛ فهو لا يختلف عن وضع الأم البديلة².

وإذا رُمنا معرفة سبب عدم الإهتمام بمثل هذه الوضعيات بباقي التشريعات الغربية فإننا يمكن أن نعزو ذلك لعدم إكترائهم بمسألة النسب عكس ما يفعل الفقهاء المسلمون. وعموما فلا يمكننا أن نجزم بغياب نصوص تتعلق بالنسب الناجم عن نقل وزرع أعضاء تناسلية للغير، لكن غاية ما يمكننا تأكيده هو أنه قد مرّت بنا ونحن بصدد التلقيح الإصطناعي، الإشارة إلى أن للإرادة الحرة الدور المعتبر في تحديد نسب الأولاد ثمرة هذه التقنيات المستحدثة من الإنجاب³؛ لذلك فالإهتمام كان مُنصبًا حول إثبات وجود الرضا من عدمه وضرورة إفراغه في عقد كتابي.

إن عدم وصول العلم الحديث إلى نتائج هامة في هذه المسألة سببٌ غياباً لموقف قانوني واضح و صريح من المسألة ، خاصة وأن النجاحات مثلما أشرنا في موضعه محدودة سواء من حيث الأعضاء التي نجحت فيها العملية أو من حيث للأشخاص الذين يمكن أن يتقبلوا أعضاء الغير من الناحية المناعية.

¹ - حيث نظمت عموما الشروط المتعلقة بالمتلقي و المتبرع، ضرورة مجانية العملية، وجود رضا مستنير...أهمها: قانون Callavet الفرنسي تحت رقم 76-1181 والخاص بعمليات نقل وزرع الأعضاء القانون رقم 654-94 المؤرخ في 29-07-1994 المتعلق بالصحة العمومية، والمرسوم التنفيذي 801-78 المؤرخ في 31-03-1978، المتعلق= بزراعة الأعضاء، القانون السوري رقم 03-30 لسنة 2003 المتعلق بتنظيم عمليات نقل وزرع الأعضاء، القانون الإماراتي رقم: 15 لسنة 1993، القانون المغربي رقم 98-16 المتعلق بالتبرع بالأعضاء و الأنسجة...إلخ.

² - راجع في هذا الصدد: نصر الدين مروك، مرجع سابق، ص.42.

³ - أنظر الصفحة 54 وما يليها من هذه الرسالة.

ولعل إمكانية الإستعاضة عن بعض عمليات الزرع هاته كوسيلة مساعدة للإنجاب بوسائل أخرى يَصْلُحُ سببا لعدم الإهتمام الكبير للفقهاء القانوني بهذه المسألة؛ فالأرحام البديلة مثلا هي وسيلة أنسب وأقلَّ تكلفة وأسلم من استزراع رحمٍ للغير.

ثانيا : موقف القانون الجزائري من النسب ثمرة الأعضاء التناسلية المزروعة.

غنيٌّ عن البيان أنه لا قانون الأسرة ولا النصوص الأخرى تطرقت لمثل هذه الصورة المستحدثة للإنجاب، وأن ما تضمنه قانون ترقية الصحة¹ لا يُنظَّم سوى ضوابط العملية (بالنسبة لبعض أعضاء الجسم الإنساني)، وضرورة توفر الرضا الحر، مجانية العملية،... ولم يُجوزَّ المشرع قانون ترقية الصحة بالمادة 161 منه العملية إلا لأهداف علاجية أو تشخيصية.

وأمام هذا النقص في التشريع الجزائري-وفي انتظار صدور نصوص واضحة تُبيِّن ذلك نأمل أن لا يطول انتظارها-يمكن أن نستهدي بموقف الشريعة الإسلامية في هذا الصدد والذي رجَّحناه سابقا، خاصة وأن قانون الأسرة ذاته يُحيل إليها في ما لانص فيه². ولا بأس أن نعيد خلاصة ذلك؛ حيث نظر الفقهاء الإسلامي الحديث لتلك العملية نظرة ريبة لما يكتنفها من محاذير اختلاط الأنساب وضياعها، وإن كان قد تفهم بعض تفصيلاتها المتعلقة بما يُتيحه زرع بعض الغدد الجنسية من هرمونات لها أثرها على صفات مُهمّة في الرجل و أنزلوا بشأنها الحاجة منزلة الضرورة.

لا بل يكاد الإجماع ينعقد على جواز نقل القضيب، الرحم، الأنبوبة والمهبل-إن اكتمل تحقق ذلك-و ذلك لعدم تأثيرها، فهي كسائر أعضاء الجسد مثل القلب، الكلية والكبد في عدم التأثير من الناحية الوراثية و لأنها في الأخير مجرد نواقل.

¹ - قانون الصحة و ترقيتها رقم: 85-05 المؤرخ في 16 أبريل 1985، الجريدة الرسمية عدد: 08 المتمم بالقانون 88-15 المؤرخ في 03 ماي 1988 وبالقانون 90-017 المؤرخ في 31-06-1990، ج ر عدد 35.

² - أنظر المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري.

أما الخصية والمبيضان فبعد ما ذهب البعض إلى النظر لهما من جهة كونهما يصيران جزءا لا يتجزأ من الشخص المتلقي دون الالتفات إلى كونهما تنقلان الصفات الوراثية، بل غاية ما في الأمر يستوجب غسلهما جيدا من مكوناتهما خشية الشبهة، فإن تفصيل حكميهما صار كالتالي:

أما الخصية-التي تحوي الخلايا الأولية-فهي تفرز الحيوانات المنوية فإذا تم نقلها إلى شخص آخر فلا يكون لهذا الأخير دور سوى تشغيل ذلك المصنع الذي نقل إليه برمته، والذي يكون له دور في نقل المورثات لأولاده فنكون بهذا قد قمنا بإخصاب بويضة زوجة الرجل المنقولة له الخصية بحيوان منوي لرجل آخر المنقولة منه الخصية، فنساعد بذلك على اختلاط الأنساب.

وما دام أن للخصية وظيفة ثانية هي إفراز هرمونات الرجولة التي تضي على الرجل الصفات الظاهرة المميزة له من نبات شعر اللحية والشاربين...، وحيث أنه ممكن طبيا تدمير الخلايا المنوية التي تنقسم وتتطلق منها الحيوانات المنوية بحيث تبقى في الخصية ووظيفة إفراز هرمونات الرجولة. وقد أكد الأطباء ذلك؛ فلا مانع من جهة الشرع من إجراء عملية نقل و زرع الخصيتين بعد تدمير الخلايا المنوية التي فيهما، وهو جواز مشروط بأن لا يمكن الاستعاضة عن هذه العملية بهرمونات مأخوذة من مصادر أخرى يجري تناولها عن طريق الفم أو نحوه.

أما المبيضان فهما عبارة عن أكياس تحوي بويضات عند ولادة الأنثى وتتشكل قبل ذلك، وإذا نقلناهما إلى امرأة أخرى نكون قد نقلناهما بما يحتويانه من بويضات تحمل الصفات الوراثية الموروثة من والدي الأنثى المنقول منها إلى أنثى أخرى والتي تم نقل المبيض لها، وفي هذا ما فيه من شبهة اختلاط الأنساب. و بعدما تم التأكد من عدم قابلية التخلص مما في المبيض من بويضات وتعذر إبقاء (فقط) ووظيفة إفراز

هرمونات الأنوثة -لمن تفتقر إليه -فإنه لا يجوز شرعا نقل المبيض من امرأة إلى أخرى بوجه من الوجوه، سواء لأجل الحمل، أو لأجل إفراز هرمونات الأنوثة. إذا كان ما درسناه لحد الآن من أسباب إنشاء النسب يتعلّق بنقل لقائح وأجنّة بالتلقيح الإصطناعي، وإستئجار رحم، و زرع أعضاء و غدد تناسلية كناطق حُضن غير مألوف، فإن الهندسة الوراثية ألقت كذلك بضلالها على إنشاء النسب من خلال الإستنساخ التناسلي، أو على الأقل التأثير فيه من خلال الإستنساخ العلاجي إذا كان محلّه غددا وخلايا جنسية، وهو محل البحث في الفصل الموالي.

الفصل الثالث

إنشاء النسب بتأثير الهندسة الوراثية

شهد القرن الماضي فتوحات علمية بشأن علم الأحياء و الهندسة الوراثية، وقد انجر عن ثورة البيولوجيا تلك نوازل لا ينبغي لرجال القانون والدين أن يضلوا سكوتا تجاهها، لعل من أهم تلك الفتوحات ما يُعرف بـ: "الإستنساخ البشري". و تتجلى هذه النازلة في صُورتين ، إستنساخ علاجي وآخر تناسلي يقع على الخلايا النباتية والحيوانية.

و لما صار بالإمكان أن يتم استنساخ الكائنات الحية، فإن علوم الهندسة

الوراثية تكون قد ألقت كذلك بضلالها على مسألة النسب من جهة إنشائه حينما فرّضت نفسها كتقنية للتوالد لم تكن معروفة في السابق، ما يثير - مجدداً - مسألة نسب المولود المستنسخ و الذي قد يعتبر امتدادا بيولوجيا للشخص المستنسخ منه، سواء كان صاحب المواصفات الوراثية هو من يطلّب نسلًا بتلك الطريقة أو غيره من يريد ذلك.

في هذا السياق، لا يمكن أن نغفل عن الإشكالات التي تُثيرها المعالجات الطبية وراثيا والتي تَطال الخلايا الجنسية الناقلة للجينات (المعطيات الوراثية) على نسبِ أولادٍ من يخضع لهذا النوع من العلاج. وعلى هَدْيِ النهج الذي بدأناه، من المناسب رسمَ صورة عن الإستتساخ البشري مُركِّزين على ما يتصل منه بالتناسل (المبحث الأول)، قبل الوقوف على وجهة نظر الشرع والقانون من النسب الذي قد ينتج عن التقنية، فضلا عن بيان حكم كل منها دون أن نخرج عن غرضنا (المبحث الثاني) .

المبحث الأول

مجال تأثير الهندسة الوراثية على النسب

إذا كان الإستتساخ في عالم النبات ليس بالأمر الجديد، فإنه أصبح الآن يمس البشر في تركيبته الجينية وهو ما من شأنه المساس بنسب المستسخين (المطلب الأول). فضلا عن صورته كوسيلة إنجاب؛ أتاحت تقنيات الهندسة الوراثية إمكانية العلاج جينيا، و هو ما يطرح مجددا إمكانية تأثير ذلك على النسب في حال ما استهدف العلاج الخلايا التناسلية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مفهوم الإستتساخ البشري

يُثار تساؤل مشروع حول مفهوم الإستتساخ؟، ولا نستطيع فهم التقنية محل الدراسة دون محاولة تعريفها والإحاطة بأنواعها (الفرع الأول) ، وكذا معرفة التوصيف الذي أعطاه العلماء لها (الفرع الثاني).

الفرع الأول

التعريف بالاستنساخ البشري وأنواعه

إن تعريف الشيء ضروري للإحاطة بمفهومه، لذا يحسن إعطاء تعريف للإستنساخ بوجه عام (أولاً)، ثم حصر أنواعه التي ظهرت تباعاً حسب التطور العلمي للهندسة الوراثية (ثانياً).

أولاً : التعريف بالاستنساخ البشري.

و يقتضي الحال منا تعريف الإستنساخ من الناحية اللغوية البحتة (أ)، وكذا من الناحية الإصطلاحية(ب).

أ - التعريف اللغوي للإستنساخ:

الإستنساخ، إستفعال من النسخ، وله في اللغة عدة معانٍ من بينها طلب النسخة المتطابقة مع الأصل المنسوخ منه، ومنه قوله تعالى: "إِنَّا كُنَّا نَسْتَنْسِخُ مَا كُنْتُمْ تَعْمَلُونَ"¹.

وقال ابن منظور² معناه: "نستنسخ ما تكتبه الحفظة، فيثبت عند الله، ... أي نأمر بنسخة وإثباته".

ب - تعريف الاستنساخ اصطلاحاً:

عرّف المختصون الإستنساخ بتعاريف مختلفة، فمما ذكروه أنه هو "محاولة توليد الكائنات الحية وإيجاد نسخ نباتية أو حيوانية أو بشرية تتطابق مع الأصل"³.

¹ - سورة الجاثية، الآية 29 .

² - ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج14، مادة. نسخ. ص.243.

³ - سفيان بن عمر بورقعة، مرجع سابق، ص.383.

كما عرفه مختار الظواهري بأنه: "هو توليد الكائنات الحية وإيجاد نسخ نباتية أو حيوانية أو بشرية تتطابق مع الأصل"¹.

و يعرف كذلك الاستنساخ، والمصطلح البيولوجي هو التنسيل (Clonage) بأنه: "تكوّن كائن حي كنسخة مطابقة تماما من حيث الخصائص الوراثية، والفيزيولوجية، و الشكلية لكائن حي آخر، كفرادي توأم البيضة الواحدة مثلا"². وبعد ما سبق من عرض يمكننا أن نعرف الإستنساخ بأنه: " توليد كائنات حية تتطابق مع الأصل وراثيا ". وبقي الآن التعرف على أنواعه.

ثانيا : أنواع الاستنساخ التناسلي.

هناك من يسمي الإستنساخ التناسلي بالإستنساخ التوليدي، ويحصر مفهوم هذا النوع في مجال التناسل والتكاثر فهو يهدف إلى تنسيل وتوليد كائنات حية كاملة النمو، وتكون مطابقة تماما من حيث الخصائص الوراثية والفيزيولوجية للفرد الأصل؛ و ينقسم الاستنساخ التناسلي إلى نوعين، إستنساخ تناسلي طبيعي (أ)، وآخر تناسلي إصطناعي (ب).

أ - الاستنساخ التناسلي الطبيعي:

ينقسم هذا النوع من الإستنساخ بدوره إلى طبيعي جنسي (1)، و لاجنسي (2)

1 - الاستنساخ الطبيعي الجنسي:

عند الإنسان، تعتبر ظاهرة التوائم المتطابقة من أبرز الأمثلة الدالة على ذلك، فقد تحدث في بعض الحالات النادرة أن يكون الاتصال جنسيا وطبيعيا بين الطرفين،

1 - نور الدين مختار الخادمي، الإستنساخ بدعة العصر، دار وحي القلم، طبعة أولى، 2004 ، بيروت، ص.16.

2 - أنظر: سفيان بن عمر بورقعة، المرجع السابق، ص.384.

ومع ذلك فالبويضة الملقحة قد تنقسم إلى قسمين (خليتين) منتجة جنينين متماثلين تماما من الناحية الفيزيولوجية والوراثية.

أما عند الحيوان ، فتتكاثر الضفادع تكاثرا جنسيا بطريقة اندماج الأمشاج الذكرية والأنثوية في الماء، فتأتي الضفادع الوليدة صورة طبق الأصل لبعضها¹.
بذلك تتم عملية الاستنساخ بمختلف الطرق عند هذه الكائنات الحية بصفة طبيعية وبفطرة إلهية دون تدخل أو تصنيع من طرف الإنسان، وهو بذلك استنساخ رباني عظيم، يعتبر الأصل الحقيقي والسبب المباشر لبروز فكرة الاستنساخ الاصطناعي لدى العلماء حتى توصلوا إلى استنساخ النعجة "دوللي" في اسكتلندا².

2 - الإستنساخ الطبيعي اللاجنسي:

يحدث بدوره لدى أصناف النبات، ولدى الحيوان، فعند النبات، عملية التوالد بطريقة الاستنساخ كانت مستعملة في تكثير النبات من عهود قديمة، عرفها الإنسان بالتجربة عبر العصور، فالذي حصل لو اختصر بكلمة "لا يخرج عن عمل أي فلاح أمي في الحقل... يأخذ غصنا من شجرة، فيزرعه، فتخرج شجرة مثل أمها، فمن خلال الاستزراع الخلوي لخلية واحدة من أوراق النبات أو الجذور أو الساق، من دون حاجة إلى البذور يمكن الحصول على النبات الكامل.

إلا أن هذا الأساس النظري المعروف لم يكن قابلا للتطبيق لفقدان الوسائل التي تجعله أمرا واقعا...³.

¹ - غريب مليكة، الإستنساخ البشري بين الحظر والإباحة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، بن عكنون. الجزائر، 2002 ، ص.21.

² - فايز عبد الله الكندري، مشروعية الاستنساخ البشري من الوجهة القانونية، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، عدد1998-02، السنة22، ص.783.

³ - مقتبس عن: سفيان بن عمر بورقعة، مرجع سابق، ص.387.

أما عند الحيوانات الأولية الوحيدة كالبكتيريا والخميرة، فكلاهما تتكاثر لا جنسيا بطريق الإنشطار، لما تتضاعف المادة الوراثية في الخلية الأم لتنتج نسخا مطابقة لها.

ب - الاستنساخ التناسلي الاصطناعي:

إن الاستنساخ التناسلي هو ظاهرة طبيعية عرفت في الأصل عند النباتات وبعض الحيوانات وحتى عند الإنسان منذ القدم، أما الاستنساخ الاصطناعي الذي تم تحقيقه ونجاحه في المختبرات وبتقنيات اصطناعية، فقد نجح في البداية على النباتات، حيث تم الحصول على نباتات مستنسخة كاملة انطلاقا من خلايا جسدية، وهذا ماسمي بـ (مزارع الأنسجة)، ثم انتقل تطبيقه على الحيوانات وهو الآن بصدد تجريبه وتطبيقه على الإنسان لأهداف ومبررات مختلفة وستتولى شرح هذه التقنيات وصورها بعد قليل¹.

الفرع الثاني

التوصيف العلمي لفكرة الإستنساخ البشري

نود أن نقدم أولا لمحة عن عملية التكاثر الطبيعي لدى الإنسان، حتى يتبين لنا الجديد في الاستنساخ والفرق بينه وبين التكاثر الطبيعي.

يحتوي ماء الرجل المقذوف في رحم المرأة على عدد من الحيوانات المنوية يتراوح بين 200 إلى 600 مليون حيوان منوي، يحتوي كل منها على جميع الصفات والشفرات الوراثية الكاملة للرجل من خلال 23 صبغيا وفي مسافة حوالي عشرة سنتيمترات تقطع هذه الحيوانات المنوية مسافة تقدر بأكثر من 2000 كيلو متر لتخصّب البويضة الصحيحة الناضجة، تلك البويضة التي تحمل هي الأخرى جميع

¹ - غريب مليكة، مرجع سابق، ص. 21-23.

الصفات والشفرات الوراثية الكاملة للمرأة في صورة نشطة (غير مستقرة وغير نهائية) من خلال 23 صبغيا أيضا¹.

وبعد إخصاب البويضة بالحيوان المنوي واتحادهما تتكون خلية أولية جديدة تأخذ نصف صفاتها من الرجل، والنصف الآخر من المرأة، وتختلطان معا لتتكون خلية الجنين الأولية التي تحتوي على خليط من 46 صبغيا (كروموزوما) تمثل 23 زوجا، تحمل 100 ألف مورثة (جين)، تعتبر خليطا من صفات الرجل والمرأة، حدثت بينها تبادلات لتنتج صفات جديدة خاصة بهذا الجنين الجديد. ثم تتحول هذه الخلية الأولية الجديدة إلى حالة اكتمال واستقرار نهائي (غير نشطة)، وتبدأ في النمو والتكاثر بواسطة انقسام الخلية إلى خليتين ثم أربع ثم ثمان².

وهكذا، بحيث تحمل كل خلية ناتجة صفات الخلية الأولى نفسها، وبعد عدة انقسامات أولية تتخصص كل خلية في وظيفة من الوظائف تنشط فيها المورثات الخاصة بتلك الصفة، وتعمل على تكوينها وإيرازها. فتتخصص مجموعات من الخلايا لتكون بدايات أعضاء الجنين المختلفة، فتتخصص مجموعة للقلب، وأخرى للمخ، وغيرها للعين... الخ.

بينما تظل المورثات (الجينات) الأخرى في كل خلية متخصصة في حالة كمون، إلى أن يتم الخلق وينمو الجنين و يكبر حتى يأذن الله بخروجه من الرحم وبداية مرحلة جديدة من مراحل نموه وحياته³.

والجسم البشري يحتوي على نوعين من الخلايا، جسدية وتناسلية. أما الخلايا الجسدية، وهي خلايا متخصصة توجد في كل أعضاء الجسم. وفي نواة كل خلية ستة وأربعون جسما صبغيا هي التي تحمل مجموع الصفات الحيوية لكل فرد

¹ - سفيان بن عمر بورقعة، مرجع سابق، ص. 385.

² - سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويرخ، مرجع سابق، ص. 395.

³ - سفيان بن عمر بورقعة، مرجع سابق، ص. 385.

إنساني بذاته، وكل خلية جسدية تنقسم تعطي اثنين على ذات الهيئة وإلى الستة وأربعين صبغياً.. ويتوالى الانقسام إلى أجيال من الخلايا المثلية.

أما الخلايا التناسلية فهي خلايا الأعضاء الخاصة بالتكاثر، وهي الخلية المنوية الناضجة و خلية البويضة الناضجة؛ ففي كل منهما خلية البويضة الملقحة أولى مراحل الإنسان، وبها ستة وأربعون صبغياً، وإذا شرعت البويضة في الانقسام تنتج أجيالاً من الخلايا المختلفة تسير إلى التخلق والنماء لتكوين إنسان جديد¹.

فالإستنساخ اللاجنسي هو التوالد الذي لا يحدث فيه إخصاب لبويضة الأنثى بنطفة الذكر. فالخلية في التوالد اللاجنسي، تشرع بتكوين الجنين، ومن ثم الفرد البالغ دون مشاركة الذكر.

لكن كيف تبدوا المسألة من الناحية التقنية ؟ هذا هو موضوع المطلب الموالي.

المطلب الثاني

تقنيات (صور) الإستنساخ التناسلي والهندسة الجينية

قد يتم الإستنساخ بفصل الخلايا (الفرع الأول)، أو بطريق نقل النواة جنينياً (الفرع الثاني)، أو جسدياً (الفرع الثالث)، وأخيراً يمكن أن تتم عن طريق تنشيط الخلية (الفرع الرابع).

¹ - وليبيان هذا الإنجاز العلمي نعرض هذا المثال التوضيحي:

- لو أخذنا خلية من جلد ضفدع مثلاً ووضعناها في البيئة الغذائية المناسبة فسيتوالى انقسامها لتعطي ملايين من خلايا الجلد.

-ولكن لو أخذنا خلية منوية و خلية بويضة للضفدع والصفدة قد دمجناهما، فإن الانقسامات لن تقضي إلى خلايا متشابهة ولكن إلى ضفدع.

-وإذا أخذنا خلية من جلد ضفدع وحصلنا منها على نواتها. وأخذنا خلية بويضة ونزعنا منها نواتها ورميناها. ثم أودعنا نواة خلية الجلد في سائل خلية البويضة. فإن الخلية الجديدة (نواة خلية جلدية في سائل خلية بويضة) تشرع في الانقسام مفضية إلى ضفدع هو صورة وراثية طبق الأصل من الضفدع الأصيل. أنظر: سفيان بن عمر بورقعة، مرجع سابق، ص.385.

الفرع الأول

الإستنساخ بفصل الخلايا

سنة الله في تكاثر الإنسان أن ينشأ من اجتماع نطفتين؛ إحداهما من الأب والأخرى من الأم، فإذا لقح الحيوان المنوي البويضة تكونت لقيحة والتي تبدأ بالإنقسام إلى خليتين متماثلتين، بحيث تتصرف كل من الخليتين الناجمتين عن أول انقسام للبويضة وكأنهما بويضة جديدة من البداية¹.

ويمكن فصل هذه الخلايا عن بعضها في مراحلها الأولى السابقة لمرحلة التمايز بعد الإنقسام الأول أو الثاني للقيحة بحيث لو شطرت هذه الخلايا إلى شطرين متماثلين تولد من كل منهما خلية يمكنها الإنقسام لتكوين مخلوق-بإذن الله- يشبه تماما المخلوق الآخر من الخلية الأخرى كما هو الحال في التوائم المتشابهة، لأن المادة الوراثية مصدرها واحد، وهو البويضة المخصبة².

ولقد تم استعمال التقنية منذ ما يناهز العشرين سنة، وهي تعتمد على إنتاج توائم متشابهة انطلاقاً من خلية واحدة عن طريق الاستنساخ الجنسي، حيث تلقح البويضة الأنثوية بالحيوان المنوي وعند تشكل اللقيحة المخصبة ونموها إلى طور البلاستوسيت (من خليتين إلى 08 خلايا) يقوم العلماء بفصل هذه الخلايا الأولية الموجودة داخل الكيس البلاستولي بواسطة المجهر. وتكون لكل خلية معزولة القدرة على تشكيل جنين مستقل بمفرده إذا ما عولجت مخبرياً. فإذا ما وضعت في الرحم لتكتمل نموها تعطينا فرداً كاملاً، وبناء على ما تقدم، فالاستنساخ بفصل الخلايا هو تشطير لقيحة في مرحلة تسبق تمايز الأنسجة و الأعضاء. ويتولد عنها توعمان متماثلان³.

¹ - نور الدين مختار الخادمي، الإستنساخ ..، مرجع سابق، ص.17.

² - سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويرخ، مرجع سابق، ص.395.

³ - نور الدين مختار الخادمي، الإستنساخ ...، مرجع سابق، ص.17.

لقد جربت هذه التقنية بنجاح على الأبقار والماشية فأعطت خرفانا وعجولا خلال الفترة الممتدة من سنة 1979م إلى 1989م بفضل العالم "ويلادسين". ولعل أهم نتيجة وتجربة أعلن عنها في هذا المجال والتي أثارت مخاوف عالمية كبرى¹. وعن الاستنساخ البشري، تمت أول محاولة للاستنساخ على الطريقة التوأمية في صيف 1993م، حيث تمكنا في خطوة جريئة من استنساخ أجنة بشرية من بويضات مخصبة طبيعيا، و قاما بعرضها في مؤتمر الجمعية الأمريكية للخصوبة الذي عقد في مونتريال. وكذلك استنساخ أجنة و إبقائها حية لفترة 06 أيام². و للإشارة، فالأجنة المستعملة في هذه التجربة هي أجنة مشوهة محكوم عليها بالموت المبكر، وقد استخدمها ليتجنبنا أي شبهة غير أخلاقية في بحثهما. ولقد أثارت نتائج هذا البحث موجة من الاستنكار والغضب، إلا أنها لم تبلغ المدى الذي بلغه الإعلان عن استنساخ "دولي" سنة 1997م، أو عندما تم استنساخ قردي "الريزوس" في صائفة نفس السنة وبنفس التقنية واللذان يعتبران من بين الرئيسيات العليا الأكثر قربا من الإنسان من حيث التركيبة الفيزيولوجية الوراثة³. وقد ذهب بعض الباحثين إلى عدم اعتبار هذا النوع داخلا تحت الاستنساخ. وبني هذا الرأي على كون الإخصاب فيه جنسيا وليس جسديا، وهذا فيه نظر، لأن المعنى العام للاستنساخ هو إيجاد نسخ مشابه للأصل في الصفات الوراثة متحقق في هذا النوع، بغض النظر عن كون طريقة التكاثر فيه جنسية أو جسدية. كما أن أهل الاختصاص في مثل هذه المسائل عدّوه من أنواع الاستنساخ⁴.

¹ - غريب مليكة، مرجع سابق، ص. 23.

² - قام بها طبيبان مختصان في أمراض النساء ويعملان في مجال أطفال الأنابيب، وهما الدكتوران (جيري هيل) و(روبرت ستيلمان) من جامعة جورج واشنطن بالولايات المتحدة الأمريكية، أنظر في هذا: نور الدين مختار الخادمي، الإستنساخ...، مرجع سابق، ص. 23.

³ - غريب مليكة، مرجع سابق، ص. 24.

⁴ - سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويرخ، مرجع سابق، ص. 396.

و هذه الطريقة في الاستنساخ لها أسماء أخرى، إذ تُعرف هذه التقنية أيضا باسم التوأمة الصناعية. و اسم الاستنساخ الجنيني، وشطر الأجنة. ووجه هذه التسمية أنّ الجنين يُشطر إلى أجنة متعددة. وهذه التسمية خاطئة، لأنّ الجنين لا يطلق لغة إلا على الولد المستور في بطن أمه¹.

والفصل في حقيقة الأمر لا يكون للجنين، وإنما يكون للخلايا الموجودة خارج الرحم بعد بداية انقسامها الأول الذي هو خليتان، أو الثاني الذي هو أربع خلايا قبل تخصصها في مرحلة تسبق تمايز الأنسجة والأعضاء.

وإذا كان هذا الإطلاق غير صحيح، فإن الواجب الاقتصار في تسمية الأشياء على مسمياتها الحقيقية كأن يقال الاستنساخ بفصل الخلايا، أو بشطر الخلايا، ونحوها، وعدم التوسع في إطلاق أسماء لا تنطبق عليها، لأن ذلك يوهم أن الأحكام الشرعية المتعلقة بالجنين كوجوب الغرة بالجناية عليه حال وجوده في الرحم، وغيرها تثبت لهذه الخلايا².

فإذا كان هذه هي صورة الاستنساخ بفصل الخلايا ففيم تتجلى صورة الاستنساخ عن طريق النقل النووي؟ هذا ما سنتطرق له في الحال.

الفرع الثاني

تقنية الاستنساخ الجنيني عن طريق النقل النووي

قبل سنة 1995 كانت تقنية الاستنساخ المعروفة والناجحة هي فقط التي تعتمد على الخلايا المأخوذة من الأجنة المبكرة، ولكن سوى القليل من الحيوانات كان

¹ - ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج3، مادة جنن، ص.217.

² - سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويرخ، مرجع سابق، ص.397.

محصل عليها عن طريق هذه التقنية في بادئ الأمر، لأن الخلايا الجنينية كانت تفقد بسرعة قدرتها على التحول والتشكل إلى حيوان كامل.

أولى تجارب النقل النووي للخلايا الجنينية كانت في سنة 1952م على

الحيوانات الفقارية وهي الضفادع، عندما قام كل من العالمين "THOMAS

و"BRIGGS" بزرع نواة من خلايا جنين في طور البلاستوسيت أين تكون الخلايا

غير متميزة، وكان المغزى من هذه التجارب آنذاك هو محاولة فهم ما تكونه نواة

الخلية عندما تُزرع في البويضة، وكانت النتيجة الحصول على شراغيف. وكان

محل عملية الإستنساخ هو أمعاء الضفادع¹، ولقد قام العالم "جون جوردون" بجامعة

اكسفورد بمثل هذه التقنية في سنة 1975م². وفي الثمانينات كان أول حيوان طبقت

عليه هذه التقنية بنجاح هو الفأر، انطلاقاً من خلايا مأخوذة من أجنة طور الخليتين

وأحياناً في طور ثماني خلايا³.

كما نشير إلى أنه في بداية التسعينات، حاول "ويلموت" إجراء تجاربه على

الأجنة المبكرة إستناداً إلى النجاح الذي حققه "ويلادسين" سنة 1986م في استنساخ

الماشية. وبحلول سنة 1995م نجح "ويلموت" في إنتاج الخروفان "ميجان و موارج"،

عندما أخذ النواة من خلية لجنين له تسعة أيام. وجاء الخروفان متطابقان جينياً

للجنين الذي أخذت منه الخلايا الأصلية. وبذلك صرح أن تجربته مع "ميجان و

موارج" كانت الدليل على أن الخلايا المتخصصة أو المتميزة لها القدرة على

¹ - نور الدين مختار الخادمي، الإستنساخ ...، مرجع سابق، ص.22.

² - نور الدين مختار الخادمي، الإستنساخ ...، مرجع سابق، ص.23.

³ - غريب مليكة، مرجع سابق، ص. 24.

الرجوع إلى حالتها الأولى الغير متخصصة، وذلك عن طريق إعادة برمجتها في وسط مخبري مناسب¹.

كما صرح "ويلموت"، بأن نتائج "ميجان و موارج" تعتبر هي الإنجاز الحقيقي، وما "دوللي" إلا تكرارا لها، ولقد كان سوء الحظ وقلة الشهرة لشركاته ولشركة (PPL) الممولة لهذه التجارب والتي هي في الاصل شركة تتاجر في الأدوية².

باستنساخ البشر ثارت ردود الأفعال صاخبة على ذلك وظهرت الاتجاهات المنددة والمعارضة للاستنساخ في النرويج وفرنسا وغيرهما³، واستمرت تقنية الاستنساخ الجنيني أو نسخ الأجنة في الإستخدام والتطبيق إلى يومنا هذا، حيث تمكن مركز "أوريجون" بالولايات المتحدة في سنة 1997م من الحصول على "قردة" ريزوس" مستنسخة بنفس الطريقة⁴.

كما أعلن "ويلموت وكامبل" في صيف 1997م، عن تمكنهما من إنتاج أول خروف استنسخ بهذه التقنية ولكنه محورا جينيا اسمه "بولي" POLLY يحمل جينات علاجية في خليته، كما تمكنا من الحصول على مستنسخين آخرين بنفس الطريقة، وبذلك كانت "بولي" أول حيوان مستنسخ محور وراثيا⁵.

فبعد اتضاح صورة الإستنساخ الجنيني بنقل النواة، سنتطرق إلى نوع آخر من الإستنساخ بنقل النواة لكن هذه المرة من خلايا جسدية .

¹ - وهذا ما كان الجميع تقريبا يجهله ويستبعده، حيث أن الخلايا المستعملة هنا هي في الحقيقة خلايا جنينية تجاوزت مرحلة الانقسام الرابع، أي دخلت مرحلة التخصص، وهذا ما لم يصل إليه أحد من قبل . غريب مليكة، مرجع سابق، ص. 24 و 25.

² - نور الدين مختار الخادمي، الإستنساخ ...، مرجع سابق، ص. 24.

³ - النحوي سليمان، مشروعية التصرف في جسم الإنسان بين القانون الجزائري و الشريعة الإسلامية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002-2003، ص. 110.

⁴ - نور الدين مختار الخادمي، الإستنساخ ...، مرجع سابق، ص. 23.

⁵ - غريب مليكة، مرجع سابق، ص. 26.

الفرع الثالث

تقنية الاستنساخ الجسدي عن طريق النقل النووي

و تكمن هذه الصورة في أن نقل نواة خلية جسدية (تحتوي على ستة و أربعين صبغيا) إلى بويضة منزوعة النواة، فتتكون خلية تشتمل على كافة المعلومات الوراثية، ويقوم السائل المحيط بالنواة الجديدة بِحَثِّها على الإنقسام، فتبدأ في الانقسام مُكوِّنة الخلايا الأولى للجنين.

و في مرحلة معينة من مراحل انقسامها تنقل إلى الرحم لتعلق به ، وتستمر في أطوار نموها حتى الولادة. ويكون المولود مشابها في التركيب الوراثي لمن أخذت منه الخلية الجسدية، لأن نواة الخلية الجسدية تحتوي على الصفات الوراثية للكائن الحي. وتكون نسبة التطابق بينهما كبيرة جدا تصل إلى 97 % . و يكون التأثير الباقي للسائل المحيط بنواة البويضة المنزوعة، لأنه يكون مشتملا على شيء من الحمض النووي الذي له تأثير ملحوظ في الصفات الوراثية التي تورث¹.

إن تقنية الإستنساخ الجسدي ليست حديثة العهد كما قد يتبادر للبعض²، إذ أن التجارب الأولى للإستنساخ الجسدي تعود جذورها إلى سنة 1935م، عندما أعلن العالم البيولوجي "HANS SPEMAN" عن نظريته القيمة التي أجراها على الضفادع، ومنذ ذلك الوقت والعلماء أمثال "THOMAS" و"BRIGGS" وكذلك "JHORDAN"، يبحثون و يتساءلون عن قدرة نواة الخلية المتميزة أو الجسدية على التشكل والنمو إلى فرد بالغ مثل الخلايا الجنينية³.

¹ - سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويرخ، مرجع سابق، ص.408.

² - نور الدين مختار الخادمي، الإستنساخ ...، مرجع سابق، ص.21.

³ - غريب مليكة، مرجع سابق، ص. 26.

ولقد تمكن جوردون سنة 1975م من تحقيق النجاح ولأول مرة في الحصول على العديد من الضفادع عن طريق نزع خلايا جسدية مأخوذة من ضفدع بالغ، بنقل نواتها إلى مفرغة عن طريق النقل النووي. و تعتبر هذه أول مرة ينجح فيها العلماء في استنساخ حيوانات باستعمال الخلايا الجسدية¹.

أما بالنسبة للتجارب التي أجريت على النوع البشري، فكانت أولها تجربة الفريق الكوري بقيادة البروفيسور "كيم بوسنج" سنة 1998م، عندما قام بتنمية جنين بشري مستنسخ في أطباق زجاجية عن طريق الخلايا الجسدية، ثم قاموا بإتلافه في طور الأربع الخلايا. وكذلك في سنة 1999م، قامت مجموعتان من العلماء الأمريكيين عن طريق النقل النووي الجسدي بنفس العملية، وحدث هذا أيضا في الفلبين. ولقد أكد لنا نجاح هذه التجارب الكشف العلمي الذي قامت به الشركة الأمريكية السابقة عندما أعلنت في 25-11-2000م، عن تمكنها من التوصل إلى إنتاج جنين بشري مستنسخ، ولكنها لم تسمح له بالنمو والتطور².

فأمكن للعلماء إذن دفع خيوط المادة الوراثية للإلتحام ببويضة نزلت منها مادتها الوراثية، فالبويضة تتلمظ فاتحة فمها لاستعادة توازنها الفطري، فتم اقناعها أن مادتها الوراثية التي سُلبت منها قد عادت إليها في هيئة نواة الخلية المراد استنساخها³.

كل هذا يدل على أن تقنية الاستنساخ البشري ممكنة، حيث أن نواة الخلية الجسدية قادرة على التشكل و النمو إلى جنين. ولكن العائق يبقى حاليا محصورا في

¹ - و لكن هذه التجارب لم تثر أي جدال أو اعتراض لأنها كانت على حيوان برمائي (وغير ثدي) لا علاقة له باستنساخ البشر، وكان من المستحيل توقع ذلك. أما بالنسبة لاستنساخ النعجة "دوللي"، فتعتبر عموما أول ثدي مستنسخ من خلية جسدية، ولقد أثبتت التحاليل صدق ذلك، وبذلك تحطمت أحد أكبر القواعد العلمية رسوخا.

² - غريب مليكة، مرجع سابق، ص. 27.

³ - سفيان بن عمر بورقعة، مرجع سابق، ص. 379.

التشوهات التي تتخلل هذه الأجنة، وهذا ما يجري البحث في معالجته وكيفية التغلب عليه، كي يأتي الفرد المستنسخ سليماً وطبيعياً¹.

فنوع الإستنساخ هذا هو تكاثر غير جنسي يتم دون تلقيح الخلايا الجنسية من الذكر والأنثى. ويمكن أن يكون من جانب واحد، وذلك بأن تكون الخلية الجسدية مأخوذة من المرأة وتنقل إلى بويضتها، كما أن الصفات الوراثية للمولود تكون من جانب واحد، وهو من أخذت منه الخلية الجسدية ذكراً كان أو أنثى².

و من كل ما وضحناه، نخلص استناداً للتقرير الذي تقدم به البروفيسور والبيولوجي الفرنسي "THIBAUT CHARLES" من جامعة باريس، على أن الاستنساخ استعملت فيه أربعة أنواع من خلايا لحد الآن، والتي يمكن الحصول عليها إما من خلايا الانقسام الأولي للبويضة الملقحة في طور الجسم التوتّي، أو خلايا الانقسام الأولي للبويضة الملقحة في طور البلاستوسيت أو من الفيبروبلاست "FIBROBLASTE" المنزوع من نسيج أو جلد لجنين متطور من خلايا متميزة نوعاً ما، أو من الفيبروبلاست المنزوع من نسيج أو جلد لجنين بالغ أو إنسان، أي من خلايا متميزة³. وفي المحصلة، فإن هذا النوع من الاستنساخ له صور متعددة، لأن نواة الخلية الجسدية المنقولة يمكن أن تكون من إحدى الجهتين:

- الجهة الأولى: من جهة الرجل، وقد يكون زوجاً للمرأة صاحبة البويضة أو أجنبياً.

- الجهة الثانية: من جهة المرأة، وقد تكون صاحبة البويضة أو أجنبية.

كما أن البويضة يمكن أن تؤخذ من زوجة أو من امرأة أجنبية، و بذلك تكون

صور الاستنساخ بزراعة النواة ست صور:

¹ - غريب مليكة، مرجع سابق، ص. 27.

² - سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويرخ، مرجع سابق، ص. 408 - 409.

³ - مقتبس عن: غريب مليكة، مرجع سابق، ص. 27.

الصورة الأولى : و فيها يتم نقل نواة خلية جسدية من الزوج إلى بويضة زوجته بعد إزالة نواتها.

الصورة الثانية: وفيها يتم نقل نواة خلية جسدية من رجل أجنبي إلى بويضة زوجة منزوعة النواة.

الصورة الثالثة: وفيها يتم نقل نواة خلية جسدية من امرأة أجنبية إلى بويضة زوجة منزوعة النواة.

الصورة الرابعة: وفيها يتم نقل نواة خلية جسدية من الزوجة لبويضتها بعد إزالة النواة "استنساخ أحادي".

الصورة الخامسة: وفيها يتم نقل نواة خلية جسدية من رجل إلى بويضة امرأة أجنبية منزوعة النواة.

الصورة السادسة: وفيها يتم نقل نواة خلية جسدية من زوج إلى بويضة امرأة أجنبية منزوعة النواة¹.

الفرع الرابع

تقنية الاستنساخ بتنشيط الخلية

التكاثر في الكائنات الحية كما سبقت الإشارة إليه²، ينقسم إلى نوعين، النوع الأول تكاثر جنسي، وهو استخدام حيوان منوي وبويضة لتكوين النطفة، ثم يتم عمل عدة نسخ منها، بحيث تكون عدة أجنة يتم وضعها في رحم أم أخرى أو أكثر³. أما النوع الثاني -غير الجنسي- فهو تكاثر لا يكون فيه تلقيح للبويضة بالحيوان المنوي، وإنما تبدأ الخلية بالانقسام إلى عديد الخلايا، لتكوين الكائن الحي. وتكون كل

¹ - سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويرخ، مرجع سابق، ص.409-410.

² - أنظر الصفحة 125 من هذه الرسالة.

³ - نور الدين مختار الخادمي، الاستنساخ...، مرجع سابق، ص.21.

خلية شبيهة بالخلية الأصل التي انقسمت عنها. وهذه الطريقة تتكاثر بها معظم النباتات، والكائنات الدقيقة ذات الخلية الواحدة كالبكتيريا¹.

والإستسناخ بتنشيط الخلية هو من النوع الثاني، فقد حاول الباحثون حث البويضة غير الملقحة على الانقسام والنمو لتكوين جنين كأنها خلية ملقحة، دون وجود حيوان منوي، وذلك باستخدام عدة طرق منها، وخز البويضة بإبرة زجاجية دقيقة، إحداث صدمات كهربائية بتسليط عليها أشعة فوق البنفسجية، وضع البويضة في محاليل مواد كيميائية عالية أو قليلة التركيز، وذلك لمحاكاة الحيوان المنوي أثناء دخوله البويضة². وينبغي توخي الدقة المتناهية والإحاطة البالغة. وهذه الطريقة كما هو معلوم مخالفة تماما للطريقة المعهودة في التناسل والتكاثر، والمتمثلة في التحام بويضة الأنثى بالحيوان المنوي للذكر عن طريق الاتصال الجنسي، وقد تم تطبيق هذه الطريقة في الإستسناخ على بعض الحيوانات الثديية كالضفادع والفئران، ولكنها فشلت كلها، وأدت إلى تكوين جنين مشوه ثم موته، وهناك محاولات جادة من بعض الباحثين في تطبيقه على الإنسان، بناء على ما تقدم، فهذا ه الطريقة في الإنجاب تخالف الطريق الطبيعي للإنجاب من وجوه، منها أن إستخدام بويضة فقط في الإنجاب دون الحيوان المنوي. وأن عدد الصبغيات في البويضة ثلاثة وعشرون³.

و يترتب على هذا أن المولود الناتج عن الاستسناخ بتنشيط الخلية أن يكون حاملا لصفاته الوراثية من جانب واحد، وهو من أخذت منها البويضة أما الإنجاب الطبيعي، فعند حدوث التلقيح بين الحيوان المنوي والبويضة يكتمل عدد الصبغيات الكلي في اللقيحة ستة و أربعين، و يكون المولود حاملا لصفاته الوراثية من أبويه

¹ - سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويرخ، مرجع سابق، ص. 433.

² - صالح بن عبد العزيز الحكيم، الاستسناخ تقنية فوائد ومخاطر، أبحاث مجلة مجمع الفقه الاسلامي، عدد 10، ج03، ص.42-43.

³ - نور الدين مختار الخادمي، الإستسناخ ..، مرجع سابق، ص.21.

جميعاً. وأن المولود يكون مشوهاً، وهذا بخلاف الإنجاب الطبيعي الذي غالباً ما يكون صحيحاً غير مشوه¹.

إن طرق الإستنساخ التي مرت بنا إلى حد الآن كلها تعبر عن الإستنساخ التوالدي أو التكاثري، لكن مع ذلك فإن النسب قد يتأثر بطريق العلاج بالإستنساخ العلاجي لكن في مجال جد محصور هو وقوعه على خلايا تناسلية. و هو ما سنحاول التطرق إليه في المطلب الموالي .

المطلب الثالث

النسب والعلاج الجيني للخلايا التناسلية كصورة للهندسة الوراثية

ما دما قد انتهينا إلى أن المعطيات الوراثية هي المعتبرة في تحديد النسب وغلبناها عن ما سواها من أماكن الحضن خاصة على صاحبة الرحم في حالة الأمومة؛ فإنه من الأهمية دراسة نقل الجينات لخلايا جنسية الذي يُعد أحد تطبيقات الهندسة الوراثية وذلك بمحاولة فهم التقنية(الفرع الأول)، والمشكلات التي تُثار بشأنها(الفرع الثاني)، وما تتركه من آثار على النسب(الفرع الثالث).

الفرع الأول

مفهوم العلاج الجيني

لا يكتمل مفهوم العلاج الجيني إلا بمعرفة المقصود به (أولاً)، ثم بحث الغرض منه (ثانياً)، وخطواته العملية (ثالثاً). ذلك أن أي تصرف للمعطيات الوراثية قد يؤثر في النسب.

¹ - سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويرخ، مرجع سابق، ص. 434.

أولاً : المقصود بالعلاج الجيني .

والمقصود بالعلاج الجيني التناسلي هو نقل جزء من الحمض النووي إلى خلية جنسية (ذكرية أو أنثوية) لإعادة الوظيفة التي يقوم بها هذا الجين إلى عملها، وحقق مشروع الجينوم البشري تقدماً كبيراً في مجال الهندسة الوراثية، ولاسيما في آفاق العلاج الجيني، لأن أمكن تحديد موقع كل جين على أي صبغي بدقة ومن ثم يمكن التنبؤ بالمرض قبل ظهور الأعراض¹، ومعرفة طبيعته الكيميائية التي تتسبب في إظهار مرض وراثي، وعلاقته بما قبله وما بعده من الجينات، وهذا أدى إلى معرفة عمل الجينات و تطوير تشخيص الأمراض الوراثية خاصة إذا وقع على الخلايا الجنسية، فمجال التقنية هو تشخيص الأمراض الوراثية وعلاجها، وقد وُجد أن أغلب الأمراض الوراثية سببها جينات معتلّة متحّية²، وبعضها يرجع إلى طفرة وراثية³. وهذا فتح الباب لإيجاد طرق جديدة لعلاج الأمراض ذات المنشأ الوراثي بالنقل الجيني، ولذا يتطلع الباحثون إلى علاج أكثر من أربعة آلاف مرض يصيب الإنسان بسبب الخلل في الجينات⁴.

ثانياً : الغرض من نقل الجين إلى الخلية التناسلية .

لا يخلو الهدف من نقل جين لخلية تناسلية إلا أن يكون لغرض علاجي

أولغرض تحسيني:

¹ - توماس كاسكي، طبّ أساسه الدّنا: الوقاية والعلاج، سلسلة عالم المعرفة: عدد خاص بالشفرة الوراثية للإنسان، ترجمة: أحمد مستجير، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب ، الكويت، يناير(جانفي)1997، ص.139.

² - يُقصد بالصفات المتحّية (مثل صفة الإعتلال هاته) إختفائها من جيل ما مع بقائها لتعود إلى الظهور في جيل لاحق.

³ - وهو تغيير يُؤدّي الى تعطيل الجين عن القيام بوظيفته في إنتاج بروتين هام، وعلاجه يكون بإدخال مُورثات سليمة مكان المورثات المعتلّة بحيث يقوم الجين المنقول بهذه الوظيفة.

⁴ - سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويرخ، مرجع سابق، ص. 288-334.

أ - الغرض العلاجي الطبي:

العمل الطبي هو "كل نشاط يرد على جسم الإنسان ويتفق في طبيعته وكيفيته مع الأصول العلمية في علم الطب ويقوم به طبيب مصرح له قصد الكشف عن المرض لغرض علاجه شريطة توافر ركن الرضا الصريح من المريض"¹. وفي هذا الصدد يقصد به معالجة الأمراض الوراثية التي قد تصيب المولود في المستقبل، وذلك بإصلاح الخلل في المورثات بنقل المورث السليم إلى الخلية التناسلية، حتى يقوم بالوظائف الطبيعية للمورث الذي تعطلت وظيفته.

ب - الغرض غير العلاجي:

فتجرى عملية النقل الجني لتعديل صفات وراثية من غير حاجة، بل من باب تحسين صفات المولود الناشئ عن هذه الخلايا، و كذلك نسله، فينقل المورث لخلية تناسلية سالمة من أي مرض، قصد تحسين صفة معينة كأن يصير أكثر طولاً، أو أسرع نمواً، أو أشد ذكاءً، أو أعظم قوة، أو تغيير لون العينين، أو لون البشرة، وما شابه ذلك².

ثالثاً : الخطوات التي يتم بها عملية العلاج الجيني.

يتم العلاج الجيني بالخطوات التالية:

أ - إستخلاص الحامض النووي من الخلية التي يُراد نقل مادتها الوراثية، وتنقيتها من الشوائب.

¹ - في هذا المعنى أنظر: النحوي سليمان ، مرجع سابق، ص.116.

² - سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويرخ، مرجع سابق، ص.301.

ب - تقطيع الحامض النووي إلى أجزاء، كل جزء يحتوي على جين وراثي معين، ويكون ذلك بواسطة أحد الإنزيمات القاطعة، وهي إنزيمات خاصة بتقطيع سلاسل الحامض النووي من مواضع معينة .

ج - تحديد الجين المتضمن للصفة المراد نقلها من بين هذه الأجزاء.

د - تكثير الجين بعملية الإستنساخ لإنتاج أعداد كثيرة منه، وهي عملية تحدث في الأنابيب.

هـ - توصيل الجين بناقل مناسب إلى الخلية المستقبلة له (وما يهمننا في بحثنا نقلها إلى الخلايا الجنسية)، و يمكن أن يتم النقل بطرق كيميائية، أو بطرق فيزيائية، أو بالفيروسات¹. و الطريقة الثانية لنقل الجينات هي الحقن المجهرى²، والطريقة الثالثة هي استخدام الفيروسات، وهذه الطريقة هي أكثر تطبيقا ونجاحا من غيرها. ويتعيّن عند نقل الجين إدخاله على موقع معين من الصبغي، إن النقل الصحيح يجعل المعالجة بالجينات تؤدي الوظيفة المطلوبة، أما النقل غير الصحيح فقد ينشط جينات ورمية ساكنة³.

و- دراسة نتائج نقل المورث الجديد، ومعرفة إمكانية قيامه بالوظائف التي كان يؤديها قبل نقله، ويمكن الكشف عن عمل المورثات باستخدام كواشف كيميائية تعطي

¹ - ففي النقل الكيميائي يدمج في الجين بمادة مثل فوسفات الكالسيوم، ثم يفرغ ذلك في الخلية المستقبلة حيث تعمل المادة الكيميائية على خلخلة غشاء الخلية، ونقل المادة الوراثية إلى داخلها.

² - ويستخدم لذلك إيبرة دقيقة جدا تعمل على إدخال المادة الوراثية للنواة.

³ - فتؤخذ الخلايا التي بها اعتلال من المريض، وتخلط في المختبر مع الفيروسات التي تحمل المورث المطلوب، فنتم عدوى هذه الخلايا بالفيروس ثم يُعاد حقنها للمريض.

نتائج لذلك¹. وقد بدأت تطبيقات المعالجة بالجينات تخرج من المجال النظري إلى المجال العملي². وعلى أية حال فإن هذه المعالجات لا تخلُ من مشاكل تواجهها.

الفرع الثاني

المشكلات التي يُواجهها العلاج الجيني والتي يُخلفها على النسب

لا تتم عملية العلاج الجيني بشكل عام أو على مستوى الخلايا التناسلية دون مشكلات (أولا)، وفي كل الأحوال فإنه يُخلف -إن نجح- آثارا جسيمة على النسب (ثانيا).

أولا : المشكلات التي يُواجهها العلاج الجيني.

أ - إنتقادات العلاج الجيني:

تعرض العلاج الجيني لجملة انتقادات منها، أنه لم يخضع لتجارب طويلة، ولم تتوفر له الخبرة الكافية التي تضمن سلامة استخدامه، كما أن تحضير الناقلات الفيروسية، وإدخالها في الخلايا قد يترتب عليه مخاطر تهدد حياة الإنسان، مما يؤدي إلى وفاته، لأن الفيروس الناقل قد يعود إلى طبيعته الأصلية فيحدث مرضا، ويصير معديا له بعد أن كان مجرد حامل للجين، يُضاف إلى ذلك عدم الدقة في تحديد موقع الجين على الصبغي، والخطأ في عملية النقل قد يسبب مرضا آخر ربما

¹ - وتعد هذه الخطوة مهمة، نظرا لوجود كثير من العقبات التي قد تمنع المورث من القيام بوظيفته، ومن ثم تصبح عملية النقل لا فائدة منها، ويتوقف أداء الجين الجديد لوظيفته على نوع المورث، والكائن الذي عزل المورث منه، ونوعية الناقل المستخدم.

² - وكانت التجربة الأولى على طفلتين ولدتا مصابتين بمرض وراثي، وهو عدم إنتاج أنزيم يؤدي نقصه إلى موت نوع من خلايا الدم مما يؤثر على جهاز المناعة. وبدأت عملية النقل الجيني بحقن الطفلة الأولى بالخلايا المعالجة وراثيا التي يوجد فيها الجين الذي يقوم بهذه الوظيفة عدة مرات ، ثم بعد ذلك أجريت عملية النقل للطفلة الأخرى ، وكانت نتائج علاج الطفلتين جيدة. ونقل الجينات وإن كان أحد التوجهات المستقبلية لعلاج كثير من الأمراض الوراثية، ويعقد عليه الآمال - بعد الله عز وجل- في الشفاء منها. أنظر: سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويرخ، مرجع سابق، ص.291.

يكون أشد ضررا من المرض الذي يراد علاجه. كل هذا فضلا عن احتمال أن يسبب الجين المنقول وربما سرطانيا. كما يُتوقع ظهور أمراض جديدة بسبب علمية النقل لا يعرف لها علاج طبي ، و إعلام المريض بكونه عرضة للإصابة بمثل هذه الأمراض يؤثر على نفسيته، ويسبب له آلاما، ويجعل عناء انتظار المرض الذي قد لا يظهر أبدا ، ويزيد من أسباب قلقه النفسي . كما قد يترتب على إدخال جين آخر محل جين ثابت من اضطرابات لا يعلم عنها شيئا بسبب تفاعل الجينات مع هذا الجين الغريب¹.

ب - عقبات العلاج الجيني:

يعترض العلاج الجيني عدة عقبات منها، قلة عدد الجينات التي يمكن نقلها، وعدم وجود دراسات مقارنة للنظر في حالة المريض قبل العلاج وبعده، يضاف إلى ذلك عدم وجود رؤية واضحة للتغيرات التي ستحدث للمريض، مع استعمال هذا العلاج. وما يستتبع نقل المادة الوراثية من إمكانية إعادة تجميع الصبغيات وهو ما يؤدي إلى احتمال الإصابة بتشوهات خلقية².

وللوصول إلى النتائج المرجوة للنقل الجيني من زوال المرض، وانتفاء أعراضه، فلا بد من التركيز على وسائل نقل المورثات وتطويرها، وتحديد الموقع الذي سينقل إليه الجين بدقة، و ضمان قيام الجين المنقول بوظيفته، وعدم تأثر الجينات الأخرى بهذا الجين الجديد³.

¹ - أنظر بحث أعدته جمعية العلوم الطبية الاسلامية، قضايا طبية معاصرة في ضوء الشريعة الاسلامية، دار البشير، عمان، 1412هـ، ج02، ص.183.

² - (M).ALAIN CLAEYS, (H) CLAUDE HURIET, Le clonage, La thérapie cellulaire et l'utilisation thérapeutique des cellules embryonnaires, assemblée nationale, Sénat, 2000, p.60.

³ - سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويرخ، مرجع سابق، ص.293.

ويمكن تقسيم العلاج الجيني بالنظر إلى نوعية الخلايا التي تجري لها عملية النقل إلى نوعين؛ الأول علاج الخلايا الجنسية، والثاني علاج الخلايا الجسدية. لكن، ومن الواضح أننا سنركز على الأول دون الثاني لمناسبته لموضوع الدراسة و للآثار التي يتركها على النسب على النحو الذي سنبحثه في الجزئية الموالية.

ثانيا : الآثار التي يُخلفها العلاج الجيني على النسب.

يؤثر علاج الخلية التناسلية في كونه يقع على خلية تناسلية(أ)، وكذا بالنظر لتعدد أو إتحاد أطراف العملية (ب).

أ - أثر نقل الجين إلى الخلية التناسلية (محل العملية) :

الخلايا التناسلية هي التي ينشأ عنها الإنسان، ولها حالتان؛ الأولى أن تكون غير مخصبة (وهي الحيوان المنوي، والبويضة)، والثانية أن تكون مخصبة،(وهي البويضة بعد تلقيحها بالحيوان المنوي).

والأصل في الخلايا التناسلية أن تكون داخل جسم الإنسان، وأن تكون في الأعضاء التناسلية للذكر والأنثى، وفي الجماع يحدث تلقيح الحيوان المنوي للبويضة في الرحم¹.

وبعد التقدم الطبي الذي حصل في معالجة العقم، وظهور تقنيات الإنجاب خارج الرحم، أمكن استخراج الخلايا التناسلية من مكانها الطبيعي، والاحتفاظ بها دون أن تتأثر بذلك، ثم توضع في أنبوب اختبار طبي، حتى يتم تلقيح الخلية التناسلية الأنثوية بالخلية التناسلية الذكرية. وبعد أن تأخذ اللقيحة في الانقسام والتكاثر، تنقل في الوقت المناسب إلى رحم المرأة، لتعلق في جداره، وتواصل نموها كسائر الأجنة. ويترتب على هذا أن الخلايا التناسلية سواء أكانت قبل الإخصاب أم بعده تبقى زما

¹ - بحث أعدته جمعية العلوم الطبية الاسلامية، قضايا طبية ...، مرجع سابق، 01، ص.185.

قد يصل إلى أيام خارج الجسد، حيث تكون محفوظة في المختبر، لحين إجراء عملية التلقيح، ونقلها إلى الرحم¹.

والعلاج الجيني للخلايا التناسلية يكون كما سبقت الإشارة إليه بنقل الجين السليم إلى الخلية التناسلية المذكورة، أو الخلية التناسلية المؤنثة، أو الخلية التناسلية المخصبة قبل تمايز خلاياها وتخصصها.

وهذا يؤدي إلى انتقال الجين إلى جميع الخلايا قبل مرحلة تكون أعضاء الجنين وشكلها، فينتقل الجين إلى خلايا كلها، ويدخل في تركيب المادة الوراثية. ومن ثم فإن المرض الوراثي لا ينتقل إلى نسل المولود، وهذا يعني أن نقل الجينات إلى الخلايا التناسلية لا يؤثر على الجنين فحسب، بل يمتد تأثيره إلى ذريته بعد ذلك. وهذا التأثير جعل كثيرا من الأطباء يرى ضرورة منع استخدام تقنية العلاج الجيني بالنسبة للخلايا التناسلية. كما أن القوانين الطبية الدولية تمنع المساس بها. ويرجع السبب في ذلك إلى أمرين، الأول هو إمكانية حدوث خطأ في عملية نقل الجين وهو ما يؤدي لتوريثه إلى لنسل. والثاني هو إمكانية تأثير عملية النقل على الجينات الأخرى على نحو ضار، و انتقاله إلى النسل على وجه لا يمكن علاجه².

ب - نقل الجين من الزوجين أو من غيرهما (من غير أطراف العملية) :

وفيها حالتان:

1 - حالة نقل الجين من أحد الزوجين:

من صور العلاج الجيني للخلية التناسلية سواء كانت حيوانا منويا، أو بويضة، أو لقحة أن يكون الجين المنقول مأخوذا من أحد الزوجين حال قيام الزوجية، وله

¹ - سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويرخ، مرجع سابق، ص.297.

² - عبد العزيز البيومي، أساسيات علم الوراثة، ضمن أعمال بحوث ندوة الانعكاسات الأخلاقية للعلاج الجيني (د د ط)، 20 أكتوبر 2001، ص.13.

حالتان؛ الأولى أن يؤخذ الجين السليم من الزوج نفسه الذي لقحت البويضة بخليته تناسلية، والثانية أن يؤخذ الجين السليم من الزوجة نفسها صاحبة الخلية التناسلية¹.

2 - حالة نقل الجين من غير الزوجين:

لا يخلُ أخذ الجين من غير الزوجين من ثلاث صور، الصورة الأولى : أن يكون الجين المنقول مأخوذاً من رجل أجنبي، والصورة الثانية: أن يكون الجين المنقول مأخوذاً من امرأة أجنبية. وأخيراً أن يكون الجنين المنقول مأخوذاً من زوجة ثانية للزوج صاحب الخلية التناسلية².
صحيح أن ما سبق من تقنيات يُعتبر تدخلاً في توجيه الحمل والإنجاب بالمساعدة البيوتقنية، لكن هذه التقنيات الإيجابية المستحدثة تَمكّن القانونيون وأهل الفقه الإسلامي الحديث بوجه عام من أن يقفوا منها موقفاً متأثراً بقواعد توجّهها الأعراف الاجتماعية، مُجنبين المجتمع مشاكل اختلاط الأنساب، والحفاظ على الطفل وسط أسرة شرعية ترعاه وتصونه. وهو ما سنتطرق له في المبحث الموالي.

المبحث الثاني

موقف القانون والفقه الإسلامي من النسب ثمرة الهندسة الوراثية

بعد إعطاء صورة عن مختلف صور الإستنساخ؛ مع التركيز على ما تعلق منها بالنسب، من المناسب الآن أن نسلط الضوء على موقف كل من القانون (المطلب الأول) والفقه الإسلامي (المطلب الثاني) مما قد ينتج عنها من نسب.

¹ - عبد الناصر أبو بصل، العلاج الجيني في ضوء الضوابط الشرعية ، ضمن بحوث ندوة الإنعكاسات الأخلاقية للعلاج الجيني، (د د ط)، 20 أكتوبر 2001، ص.07.

² - عبد الناصر أبو بصل، مرجع سابق، ص.08-09.

المطلب الأول

موقف القانون من النسب ثمره الهندسة الوراثية

على منوال النهج الذي بدأناه ، سنلقي نظرة عن موقف القانون المقارن من التقنية محل الدراسة (الفرع الأول)، قبل محاولة استخلاص موقف للقانون الجزائري منها (الفرع الثاني).

الفرع الأول

القانون المقارن والنسب ثمره الهندسة الوراثية

على غرار تقنيات الإنجاب التي تطرقنا لها سابقا، يوجد من النظم من يعارض هذه الممارسات على الخصوصيات الوراثية ويعتبرها بمثابة زنا، نذكر على سبيل المثال أحد الوقائع التي حدثت بفرنسا ونشرتها صحيفة (Le Parisien) الفرنسية¹، حيث أن المدعي العام لمدينة " دار جينيان " بجنوب فرنسا " كريستيان جيرار"، قد اتخذ إجراءات قضائية بخصوص قضية ولادة طفل من أم فرنسية عمرها 62 عاما عن طريق التلقيح الصناعي، استخدمت فيه بويضات متبرعة أمريكية وحيوانات منوية لشقيق هذه الأم الفرنسية. و استنادا لثبوت أن الأب الطبيعي للطفل هو شقيق الأم الذي أنجب طفلا آخر من أم أمريكية بطريقة مماثلة، اتخذ المدعي العام إجراءات لتوفير المساعدة الاجتماعية لكلا الرضيعين اللذين يعيشان مع الأم الفرنسية وشقيقها، ووصف هو الآخر هذه العملية بأنها زنا محارم اجتماعي لا بيولوجي على حد تعبيره².

فالقانون المتعلق بأخلاقيات الطب بفرنسا تحت رقم: 800-2004 المؤرخ في

2004-08-06، يحظر بموجب المادة 16 فقرة 04 منه كل أنواع الإستنساخ تناسليا

¹ - مقال: الخال هو الأب عن طريق التلقيح الإصطناعي موقع: www.islamonlin.net/arabic.com

² - غريب مليكة، مرجع سابق ، ص. 195.

كان أم علاجيا¹. بالنظر لما يُؤثر به حسب الفقه الفرنسي² على النظام القانوني لنسب الطفل والذي يتساءل- بحق- هل يُنسب الطفل المستنسخ لأمّه المتزوجة حسب قرينة الحال للنسب عند إنكار النسب الشرعي؟، و هل سنبحث عن النسب الطبيعي لمن يُستنسخ إنفراديا من أم عزباء؟.

و الواقع فإنّ الفقه اعتنى بكافة المسائل الاجتماعية التي يثيرها الاستنساخ البشري، وأقيمت الندوات والمؤتمرات، وأسست اللجان الأخلاقية التي كلفت بدراسة تداعيات هذه التقنية. ومن أهم التقارير التي خرجت بها اللجان الأخلاقية نذكر تقرير اللجنة الفرنسية في هذا الشأن الذي أكد على: " أن الانتقال من نوع التكاثر الجنسي المعروف عبر التاريخ الإنساني إلى شكل التكاثر اللاجنسي، سيؤدي إلى فتح الباب أمام أشكال للنسب والقرابة جد معقدة، كما أن الفرد المستنسخ سيصبح في نفس الوقت فرعا للشخص الأصلي صاحب الخلية الجسدية وتوأمًا له، وبالتالي يصبح مفرغا من معنى النسب والقرابة، وسيوجد خلط ومشاكل عويصة بالنسبة للهوية المدنية"³.

أما باقي التشريعات ومشاريع القوانين المقارنة، فلقد ذهبت غالبيتها إلى إقرار الحظر حفاظا بشكل أساسي على كيان الأسرة والعلاقات النسيية⁴. وهو الحل الذي انتهت إليه جل تشريعات الدول الغربية، على غرار حظر الاستنساخ التناسلي صراحة على خلاف الموقف من النوع العلاجي منه بموجب البروتوكول الملحق للاتفاقية الأوروبية لأخلاقيات⁵.

¹ - l'art.16-4 du C.Civ.fr.dispose qu' : "Est interdite toute intervention ayant pour but de faire naître un enfant génétiquement identique à une personne vivante ou décédée".

² - Gilles TAORMINA , Le droit de la famille à l'épreuve du progrès scientifique , Recueil Dalloz, 2006 n°16, p.1070.

³ - مقتبس عن غريب مليكة، مرجع سابق، ص.199.

⁴ - نذكر منها ما صدر عن البرلمان النرويجي، وكذا الموقف الفرنسي من الإستنساخ ممثلا في المجلس الاستشاري الوطني للأخلاق وغيرها، أنظر في هذا الصدد، النحوي سليمان، مرجع سابق، ص.110.

⁵ - (M). ALAIN CLAEYS, (H)CLAUDE HURIET,op.cit , p.58.

ولكن إذا كان الإستنساخ سيحل مشكلة العقم عند هؤلاء الأزواج، فهل نسي هؤلاء أن الإستنساخ ليس إنجازا من زوجين. فالطفل المستنسخ الناتج سيحمل صفات أحد الزوجين فقط، وبالتالي سوف يكون فاقد لنصف العلاقة الوالدية، ولا يحقق حلم الزوجين في إنجاب طفلا من صلبهما معا. هذا المستنسخ هو ليس ابن هذا الزوج، بل هو أخاه التوأم لأنه سيحمل نفس تركيبته الوراثية. وسيكون أبو الزوج هو أب للنسيخ كذلك، وهذا ما أكدته اللجنة الأخلاقية الفرنسية عند تجريمه لهذه التقنية¹. ولا داعي للإلتفات لما يقول به البعض² محاولة لإعطاء الطفل المستنسخ مركزا قانونيا مماثلا لما يتمتع به باقي الأطفال؛ بإعتبار أنهم في الأخير إخوة في الإنسانية والقانون ! لأن القبول بذلك معناه دعوة لفوضى الأنساب. أما من يُشبه المولود النسيخ بالطفل المُتَبَنَّى فإنه و إن شابهه في مسألة تعدد الآباء، فإنه يختلف عنه في كون أن هذا الأخير ينتج عن علاقة جنسية طبيعية، فضلا على إنه يرث منهما (أبواه) مادتيهما الوراثية³.

وبقي الآن أن نستطلع مدى وجود وتبلور موقف للقانون الجزائري من النسب الناجم عن مثل تلك المعالجات للهندسة الوراثية وذلك ضمن الفرع الموالي.

الفرع الثاني

القانون الجزائري و النسب ثمرة الهندسة الوراثية

يمكن بعد التمحيص الخلوص إلى موقف ضمني للقانون الطبي في الجزائر من المسألة (أولا)، ونفس الشيء بالنسبة لقانون الأسرة (ثانيا)، و قانون العقوبات(ثالثا).

¹ - Rapport du CNE français (conseil national d'éthique),n°54,Réponse au Président de la république au sujet du clonage reproductif le 01-04-1997,www.ccne-éthique.org.

² - (C) BYCK,Le Clone,l'humanité et le droit, les progrès de la peur,ouvrage collectif dirigé par Nayla FAROUKI, Le Pommier,2001,pp.201-202.

³ - (A)MEHTAL, Les aspects juridiques du Clonage humain,Mém. Magister en droit privé, Faculté de Droit,Tlemcen, 2006-2007,p.158.

أولاً : موقف القانون الطبي من عملية الإستنساخ الجيني.

لا توجد مادة صريحة في التشريع الجزائري ولا أحكام قضائية -حسب علمنا- تناولت مسألة الإستنساخ البشري بالحظر أو الإباحة، لكن واضح ما في المسألة من مساس بالنظام العام لتعلقها بحالة الأشخاص، كما أنه باستقراء نصوص المرسوم المتعلق بأخلاقيات مهنة الطب بالمادة 02 فقرة 06 والمادة 35 منه، يلزم الطبيب بممارسة مهنته على أساس إحترام حياة وشخصية الإنسان¹.

في المقابل، فإن المادة 06 من قانون حماية الصحة وترقيتها تقضي بأن الأسرة "تستفيد من الحماية الصحية قصد المحافظة على سلامة صحة أفرادها و توازنهم."²

فنخلص من النصوص السابقة أن تلك العملية تعتبر انحرافا وتصرفا لا يدخل بتاتا في باب التداوي والعلاج المنصوص عليه في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة.

إن العلاج الجيني للخلايا التناسلية شأنه شأن باقي صور الإستنساخ لم يضع له المشرع أحكاما تضبطه، لكن من خلال نصوص أخلاقيات مهنة الطب (سאלفة الذكر) يمكن أن نستشف مخالفته إياها؛ ذلك أن رسالة الطبيب تتمثل " في الدفاع عن صحة الإنسان...ضمن احترام حياة الفرد و كرامته الإنسانية..."³. وليس هذا النوع من الإستنساخ الذي يستهدف الخلايا الجنسية إستثناء من باقي الصور من جهة الحظر، إذتنص المادة 03 من قانون حماية الصحة وترقيتها على أنه: " ترمي الأهداف المسطرة في مجال الصحة إلى حماية الإنسان من الأمراض و الأخطار...".

و لا يخفى مايكتنف مثل تلك التجارب من تشوّهات و أخطار على صحة النسيخ و تهديد لحياته، فضلا عن أنها مدعاة لخلط الأنساب.

¹ - مرسوم رقم 92-276 المؤرخ في 06-07-1992. المتعلق بأخلاقيات مهنة الطب.

² - أنظر قانون الصحة وترقيتها رقم: 85-05 المؤرخ في 16 أبريل 1985، ج ر عدد 08، المتمم بالقانون 88-15 المؤرخ في 03 ماي 1988، و بالقانون 90-017 المؤرخ في 31-06-1990، ج ر عدد 35.

³ - أنظر المادة 07 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب.

ثانيا : موقف قانون الأسرة من نسب النسيخ.

إذا تم وضع أسس و قواعد توجه العملية المساعدة على الإنجاب كالإقتصار على ماء الزوجين وبشروط¹، تجنب المجتمع مشاكل اختلاط الأنساب، والحفاظ على الطفل في وسط أسرة شرعية ترعاه وتصونه. فلا يكون بالتالي هناك أي مساس بأحكام قانون الأسرة بعكس الاستنساخ البشري الذي يعد انتهاكا لقانون الأسرة وأعضائها ووحدتها. و يجدر بنا هنا التساؤل عن الوضعية القانونية للمستنسخ من حيث تحديد نسبه في الإستنساخ الثنائي، وهل سيعتبره المجتمع والقانون ابنا لهذا الرجل مانح الخلية الجسدية؟ أم شقيقا له؟ وماذا سيمثل بالنسبة للزوجة التي حملته، هل هو ابنها؟ أم غريب عنها ومحرم عليها بحكم أنه شقيق زوجها؟ وكيف نستطيع تبرير هويته؟ وكيف ستحدد حقوقه وواجباته²؟

واستنادا لهذه النتيجة التي ستبنى تبعا إليها قواعد النسب وأحكامه والتي تمس مباشرة بقانون الأسرة، فإنه يمكن القول بأن الاستنساخ سيؤدي لا محالة إلى المساس بأحكام وقواعد هذا القانون. فإذا افترضنا أخذ الخلية المانحة من الزوج، فلا نستطيع القول أن هذا المستنسخ هو ابن هذا الزوج، بل هو أخاه التوأم لأنه سيحمل نفس تركيبته الوراثية، وسيكون أبو الزوج هو أباهما، وهذا ما أكدته تقرير اللجنة الأخلاقية الفرنسية عند تجريمه لهذه التقنية³.

وبذلك، فالاستنساخ يمس بعلاقة الأبوة والبنوة، أي العلاقة التي تربط الطفل بوالده الشرعي. فرغم أن الدول الغربية لها عدة أنواع للأبوة (أب قانوني، أب اجتماعي، أب بيولوجي...)، إلا أن قانون الأسرة الجزائري الذي استمد أغلب أحكامه من الشريعة

¹ - مثلما هو عليه الحال بشأن شروط التلقيح الاصطناعي، أنظر المادة 45 مكرر من قانون الأسرة. والتي سجلنا عليها بعض القصور ، أنظر الصفحة 32 و مايلها بالفصل الأول من هذه الرسالة.

² - غريب مليكة، مرجع سابق، ص.196.

³ - Rapport du CCNE français ,op.cit . n°54

الإسلامية لا يعترف إلا بنوع واحد من الأبوة، هي الأبوة الشرعية إذ نصت المادة 40 من قانون الأسرة على أنه: "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار والبينة وبنكاح الشبهة، و بكل نكاح تم فسخه بعد الدخول"¹ و عليه، فلا يمكن نسبة الولد المستنسخ ما لم توجد علاقة جنسية أفضت لعملية الإنجاب². و على أنه: "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة"³.

و ينبغي على الخلل الذي سيحدثه الاستنساخ، صعوبات في تحديد من هم إخوة المستنسخ من أبيه، ومن إخوته الأشقاء، ومن أولاده إخوته، ومن هم أعمامه وعماته...، ومن هم المحارم من غير المحارم... الخ؟ إن كان هذا سوف يكون أثره كبير على المجتمع والأسرة. أفلا تعتبر هذه التقنية إذن إلغاء لقانون الأسرة وأحكامه؟ و يحدث الشيء نفسه لو كان الاستنساخ الأحادي الطرف (والذي لا يمكن

تصوره إلا في حالة الأنثى فقط)، فالبنت المستنسخة هي نسخة وراثية طبق الأصل من الزوجة، وهي بمثابة توأم لها، فهل سوف يعاملها الزوج على أساس أنها ابنته أو شقيقة زوجته؟ وما هو موقف الزوج منها حين تكبر وتصبح شابة؟ فهل ستكون محرم عليه أم هي امتداد لزوجته تحل له ويستطيع الزواج بها؟

وحتى إذا رجحنا القول بأنها بنت لزوج أمها، فهذا يعد خرقا وانتهاكا لقواعد النسب الصحيح التي نصت عليها المادة 41 من قانون الأسرة، حيث أنه لا يوجد أي اتصال سواء جنسي أو لا جنسي بين الزوجين في هذه الحالة. وكيف سترث من هذا الزوج، علما بأن أسباب الإرث استنادا للمادة 126 من قانون الأسرة محددة في القرابة والزوجية، فأى قرابة تجمع بينهما؟ وماذا سيحدث لو انفصل الزوجان بالطلاق؟ من الذي يحق له أن يطالب بهذا المستنسخ؟ وعلى أي أساس؟ ما هي علاقة هذه النسخة

¹ - النحوي سليمان، مرجع سابق، ص.117.

² - (A) MEHTAL, op.cit,p.154.

³ - الفقرة الأولى من المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري.

بعائلة المرأة الأصلية صاحبة الخلية الجسدية؟ ناهيك عن الصراع النفسي والاجتماعي الذي سيواجه هذا المستنسخ عندما يجد نفسه بلا نسب وبلا هوية واضحة، هذا بغض النظر عن المتاجرة بالمستنسخين واستعمالهم في أعمال غير أخلاقية¹. وماذا لو استنسخ الزوج ولدا منه واستنسخت الزوجة بنتا منها، فما هي يا ترى القرابة بين هذين الولدين المستنسخين؟ وما موقف القانون و الشرع منهما في القضايا الشرعية، كالزواج والنسب والميراث؟

وتزيد المسألة تعقيدا إذا تمت تقنية الاستنساخ البشري في شكله الثلاثي الأطراف، كالذي حدث في تجربة" دوللي"، فَمَنْ سينسب هذا المستنسخ؟ هل للأم التي أخذت منها الخلية الجسدية باعتبارها أمه الوراثية؟ أم للأم صاحبة البويضة؟ أم للأم صاحبة الرحم الحامل باعتبارها نمت في بطنها وتغذى من دمها؟ وإن أمكن أن تحمل هذه الأخيرة "الحمالة" من زوجها أثناء الحمل؛ فكيف يمكن تحديد مولود كل طرف؟ إن الأمومة في الفرضية السابقة أو في غيرها من الفرضيات سوف تفقد قيمتها و وضعيتها القانونية ، فتصبح مقسمة بين ثلاثة أمهات و لا دور للرجل هنا طبعاً . ومن أجل أن يأخذ هذا الطفل مركزه القانوني والاجتماعي في المجتمع فلا بد من تحديد أما واحدة يحمل اسمها. وكيف سيحكم القاضي في مثل هذه القضايا الشائكة المتداخلة؟ كما أن الإستنساخ سيضر ويزعزع أسس الزوجية وأحكامها، والتي هي - حسب النصوص السابقة - الأساس في ثبوت النسب من جهة الأب . فحسب قانون الأسرة ، فإن المولود سواء كان ذكرا أم أنثى، وسواء كانت ولادته بالجزائر أو خارجها يتمتع منذ ولادته بنسب أبيه، ولكن كيف يمكن إثبات نسب الولد المستنسخ إذا كان الزوجان هما صاحبا البويضة المخصبة والأم البديلة هي صاحبة الرحم؟.

¹ - غريب مليكة، مرجع سابق، ص.197.

فإذا قلنا بأن الأم القانونية هي صاحبة الرحم، فلا نستطيع إثبات نسب الولد النسيخ للزوج لأنه حسب المادة 41 من قانون الأسرة لا توجد أية علاقة تربط الأم البديلة بهذا الزوج سوى أنها حملت بمائه، و بذلك فسوف ينسب لها هذا المستنسخ، و كأنه ابن زنا. لأن الوضع الطبيعي للولد الشرعي يتطلب أن ينتسب إلى رجل وامرأة يرتبطان بعقد نكاح شرعي¹.

وإذا قلنا بأن الأم هي صاحبة البويضة نكون قد زورنا النسب الحقيقي للنسيخ، خاصة إذا علمنا أن في تقنية الاستنساخ تفرغ البويضة من كل مورثاتها. وبذلك لا يرث النسيخ أي شيء من الأم صاحبة البويضة. وبالطبع هذا كله يعد خطأ للأنسب، و بالنتيجة لأحكام قانون الأسرة ومبادئ النظام العام والآداب، نفس الأمر يحدث إذا قامت امرأة عقيمة غير متزوجة بشراء نطفة من بنك النطف أو اعتمدت على خلية جسدية لأحد الرجال واستأجرت امرأة بديلة لحملها، فماذا سيكون وضع هذا الطفل المستنسخ؟.

لا شك أنه سيكون مثل اللقيط الذي لا والدا له، وهذا ما سيؤثر على حالته النفسية و الاجتماعية بعد أن يعلم بأنه عديم الأبوين، وحتى ابن الزنا واللقيط يعلم بأن له والدين وإن كانا مجهولين أو كان سبب ولادته غير شرعي. لكن المستنسخ من خلية جسدية فلا أصل له ثابت. ولا شك أن الدور الاجتماعية مملوءة بما فيه الكفاية باللقطاء و المهمشين².

نلاحظ إذن جليا بأن تقنية الاستنساخ البشري بجميع صورها وفرضياتها والأطراف المشاركة فيها، تمثل مساسا بالنسب، وهدما للأسرة ولقانونها والتي هي مبنية على نظام الزواج الشرعي، الذي سيصبح في ظل التصور الجديد غير ضروري ولا يحمل أية

¹ - تنص المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري على: "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة".

² - غريب مليكة، مرجع سابق، ص. 198.

قيمة أخلاقية أو اجتماعية. فيصبح بمقدور أي شخص من الشواذ الذين لا يرغبون في الزواج الحصول على صورة له بواسطة الخلايا الجسدية بعيدا عن تعقيدات الزواج ومسؤولياته الاجتماعية.

يقول الأستاذ تشوار جيلالي في هذا الصدد: " يتصح مما تقدم أن ليس لمسألة الاستنساخ البشري في هذه الحالة أي اعتبار، فسواء أكانت نافعة أو ضارة. فإن النسب يجب المحافظة عليه حفاظا كليا ما دام أنه منبع التفرقة بين الحلال والحرام وبين الأمور الشرعية والمسائل الغير شرعية"¹.

وأضاف في موضع آخر قائلا: "الإستنساخ يخرق القواعد والضوابط الأخلاقية والقيم السامية التي بنيت عليها الأبوة والأمومة، وفوق هذا وذاك يوقع في إشكالات شرعية في علاقة الأخوة وقضايا الزواج والميراث ونحوها"². وذهب إلى اعتبار أن فتح باب الإستنساخ سيؤدي إلى اختلاط الأنساب لعدم مراعاته الضوابط الأسرية والنسبية³.

ما سبق إذن كله مخالف للمادة 04 من قانون الأسرة التي تنص على أن "الزواج هو عقد رضائي بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون و إحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب"⁴.

والظاهر أن نص المادة سالف الذكر والذي يدعو للمحافظة على الأنساب، وكذا إشتراط المشرع بالمادة 45 مكرر من قانون الأسرة بصدد التلقيح الإصطناعي أن تتم العملية بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما يجعل أي تصرف على مستوى الخلايا الجنسية للغير غير مسموح به. والعبث بالمكونات الوراثية أمر محظور

¹ - تشوار جيلالي ، الزواج والطلاق...، مرجع سابق، ص.130.

² - تشوار جيلالي، الأحكام الإسلامية في مسائل التغيير الجنسي والإستنساخ البشري ، م. ج. ع. ق. إ. س، جامعة الجزائر، عدد 04-1998 ، ص.43.

³ - تشوار جيلالي ، عولمة القانون و مدى تأثيرها على أحكام الأسرة ، م. ج. ع. ق. إ. س، جامعة الجزائر، عدد: 03-2008، ص.119.

⁴ - غريب مليكة، مرجع سابق، ص. 198.

سواء بإستنساخ أجنة، أو بنقل جينات الغير للخلايا التناسلية قصد العلاج. ذلك أن الغاية من الحظر السابق إنما تعود لإختلاط المعطيات الوراثية من المنقول منه الجينات إلى المستقبل لها.

وإذا وازنا بين هذه المفسدة والمصلحة المرجوة من نقل الجين إلى الخلايا التناسلية لمواجهة مشكل عدم الإنجاب، سنرحج - بلا شك- حماية الأنساب التي يحض عليها قانون الأسرة؛ سيما وأن هناك وسائل أخرى مستحدثة يمكن أن تساعدنا في تخطي مشكل العقم تكفل القانون بضبطها.

وعلى أساس ما تقدّم ندعو إلى عدم إكتفاء المشرع بمادة أو مادتين تتعلق بتنظيم الوسائل المساعدة على الإنجاب-على غرار التلقيح الإصطناعي-سواء موقعها في قانون ترقية الصحة أو في قانون الأسرة. ذلك أن تنوع التقنيات وانتشارها الرهيب من جهة، وضُغف أدوات مراقبة مراكز المساعدة على الإنجاب من جهة أخرى، عوامل لا يُتَحَمَل معها أي تأخير في إصدار منظومة تشريعية تمنع عملية إستنساخ بشري تناسلي لما في ذلك من مساس بالأنساب ومدعاة لاختلاطها.

ثالثا : قانون العقوبات الجزائري ونسب النسيخ .

قد تفضي تقنية الاستنساخ البشري وجريمة نسبة الولد زورا لغير والدته؛ حيث يعاقب نص المادة 321 من قانون العقوبات الجزائري "كل من نقل عمدا طفلا أو أخفاه أو استبدل طفلا آخر به أو قدمه على أنه ولد لامرأة لم تضعه، وذلك في ظروف من شأنها أن يتعذر معها التحقق من شخصيته"¹، غير أنه يعاقب كذلك "إذا قدم فعلا الولد على أنه ولد لامرأة لم تضع حملا بعد تسليم اختياري أو إهمال من والدته"².

¹ - وذلك في فقرتها 01 بالسجن من خمس سنوات إلى عشر سنوات.

² - وذلك في الفقرة 03 من نفس المادة 321، إذ المجرم يتعرض لعقوبة الحبس من شهرين إلى خمس سنوات.

إن مضمون هذه المادة يستخلص منه على أن نسبة الطفل حديث الولادة إلى غير والدته على غير الحقيقة يعد جريمة يعاقب عليها القانون. لكن الحقيقة أن تطبيق هذا النص الجنائي يتوقف أصلا على معرفة الأم الحقيقية للطفل المولود حتى يتم التحقق من نسبة الطفل إلى غير أمه على خلاف الحقيقة. وهذا الأمر يثير صعوبة كبيرة في حالة الإستتساخ البشري تماما مثلما يثار في حالة الحمل لحساب الغير، حيث توجد الأم صاحبة البويضة (أو نواة الخلية) والأم صاحبة الرحم المؤجر. فمن منهما يا ترى الأم الحقيقية والقانونية للطفل النسيخ؟ وإلى من ينتسب هذا الطفل وكيف يثبت نسبه؟ إن هذه التساؤلات مهمة، والضرورة تتطلب منا الإجابة عليها، فالاستتساخ كما سبق وبيناه قادم لا محالة شئنا أم أبينا، الأمر الذي يدعونا إلى التفكير في إيجاد الحلول والآليات القانونية لهذه المعضلات القانونية، والأطفال المستنسخين رغم أنهم غير شرعيين إلا أنه من حقهم التمتع بحقهم في النسب وائتمائهم لأسرة معينة، تطبيقا لقاعدة الأخذ بأخف الضررين عند الضرورة.

و بما أن البعض رجح القول الذي يرون بأن الأم هي التي تحمل وتضع، وأنها هي الأم الحقيقية بحكم أن الحمل والوضع هو المعتبر في هذه المسألة¹، حسب أحكام الشريعة الإسلامية والمادة 41 من قانون الأسرة الجزائري لذا فنسبة الولد النسيخ حسب أصحاب هذا الرأي إلى الزوجين (صاحبة البويضة-أو الخلية-و زوجها)، يعتبر تزويرا صريحا وخرقا لأسس الأبوة والأمومة والبنوة والنسب التي يحكمها قانون الأسرة، وبالتالي مساسا بقواعد النظام العام والآداب . كما نجد نص المادة السابقة يربط الأمومة بالوضع، وبذلك إذا نسبت أية امرأة لنفسها طفلا لم تضعه، تعتبر في نظر القانون مذنبه

¹ - محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص. 367.

ومرتكبة لجناية نسبة الولد زورا إلى غير والدته¹، وتستحق عقوبة تتراوح بين خمس سنوات إلى عشرة سنوات².

بناء على ما سبق، نخلص إلى أن تقنية الاستنساخ البشري وبمشاركة الأم البديلة أو بالإستغناء عن الذكر سوف تؤدي إلى إثارة مشاكل وجرائم لا يمكن تصور حجمها وخطورتها. وما يزيد المشكلة تعقيدا هو اشتراك ثلاث أمهات في المولود المستنسخ كما الحال مع "دولي"، حيث توجد الأم صاحبة الخلية الجسدية والأم البويضة المفرغة والأم صاحبة الرحم، فمن من هؤلاء الأم الحقيقية للنسيخ³. فهل سنضطر حينها إلى سن تشريع خاص بتنظيم حالة المستنسخين وإنشاء محاكم خاصة بهم؟.

إن الحاجة تدعو في ظل تقارب المجتمعات بفعل العولمة أكثر من أي وقت مضى إلى إصدار نصوص عقابية واضحة تبال كل من يشارك في التصرف في المعطيات الجينية للإنسان والعبث بنسبه.

وإذا كان ما تقدم هو نظرة القانونيين من ثمره النسب محل معالجات الهندسة الوراثية، فكيف نَظَرَ الفقه الإسلامي لها؟ ذلك هو موضوع المطلب الموالي.

المطلب الثاني

موقف الفقه الإسلامي من نسب ثمره معالجات الهندسة الوراثية

يحتاج الأمر بيان حكم الفقه الإسلامي من المسألة بحث حكم النسب الناتج عن فصل الخلايا (الفرع الأول)، وزراعة النواة (الفرع الثاني)، وتنشيط الخلية (الفرع الثالث)، ونقل الجينات لخلايا تناسلية (الفرع الرابع)، ومدى إخلال ذلك بالنسب (الفرع الخامس).

¹ - غريب مليكة، مرجع سابق، ص. 207 و 208.

² - وذلك طبقا لأحكام نص المادة 321 فقرة 01 من قانون العقوبات الجزائري.

³ - غريب مليكة، مرجع سابق، ص. 208.

الفرع الأول

حفظ النسب أهم مناط لحكم الاستنساخ بفصل الخلايا

مثلاً أنه يمكن أن يكون مصدر اللقيحة في التلقيح الاصطناعي ماء الغير أو ماء الزوجين، فكذا قد تُستنسخ خلايا ماء غير الزوجين (أولاً) أو خلايا مائهما (ثانياً). فماحكم كل حالة؟

أولاً : حكم فصل خلية تكونت من ماء غير الزوجين.

اتفق الباحثون على تحريم استنساخ الخلية التي تكونت من ماء غير الزوجين سواء أكانت البويضة من امرأة أجنبية أم كان الحيوان المنوي من رجل أجنبي. كما اتفقوا على تحريم استنساخ الخلية التي تنتقل إلى الرحم امرأة أجنبية¹، وبهذا صدرت قرارات وتوصيات متعددة من المجمع الفقهي².

ثانياً : حكم فصل خلايا لقيحة تكونت من ماء الزوجين.

اختلف الفقهاء في حكم فصل خلايا لقيحة تكونت من ماء الزوجين على قولين: القول الأول: التحريم، وهذا هو قرار مجمع الفقه الإسلامي، و قول بعض المشاركين في الندوة الفقهيّة التاسعة، واختاره بعض الباحثين³.

¹ - محمد فاروق النبهان، الضوابط الإسلامية لتقنيات الإنجاب والهندسة الوراثية، منار الإسلام، عدد 01-1419، ص.70.

² - منها قرار مجمع الفقه الإسلامي وكذا توصية الندوة الفقهيّة الطبية التاسعة-حيث تضمن: "...ثالثاً: تحريم كل الحالات التي يقم فيها طرف ثالث على العلاقة الزوجية سواء أكان رحماً، أم بيضة، أم حيوان منوي أم خلية جسدية للاستنساخ." مجلة مجمع الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص.422.

³ -أنظر: نور الدين مختار الخادمي، الاستنساخ...، مرجع سابق، ص. 50، سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويرخ، مرجع سابق، ص.406.فايز عبد الله الكندري، مرجع سابق، ص.811.

القول الثاني: الجواز بضوابط، وبه صدر قرار جمعية العلوم الطبية الإسلامية الأردنية¹ وأقلية من الباحثين².

وإذا ما أردنا ترجيحاً في المسألة، فبالنظر في القولين، وما استدلل به أصحاب كل قول، ومراعاة لمحاذير التقنية على النسب. فيظهر -والعلم عند الله- أن الراجح هو القول الأول، أي حرمة فصل الخلايا بالإستنساخ، وذلك لقوله تعالى: "وَمِنْ آيَاتِهِ خَلْقُ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ وَإِخْتِلَافُ أَلْسِنَتِكُمْ وَأَلْوَانِكُمْ إِنَّ فِي ذَلِكَ لآيَاتٍ لِلْعَالَمِينَ"³.

فقد دلت الآية على أن من سنن الله في خلق بني آدم اختلاف الألوان من السواد والبياض، وتنوع الألسن، حتى يتميز كل إنسان، ولا يشتبه بغيره، والاستنساخ بفصل الخلايا فيه مخالفة لهذه السنة، لأن المولود الحاصل بالخلية المستنسخة مشابه تماماً للأصل الذي أخذت منه الخلية في جميع الصفات.

كما أن درء المفسد أولى من جلب المصالح، و في فصل الخلايا بالاستنساخ ثم تجميدها وحفظها في البنك مفسد كثيرة كأن تختلط بغيرها مهما أخذت الاحتياطات اللازمة لذلك ما يؤدي لاختلاط الأنساب. أو تطلب الزوجة نقلها إلى الرحم بعد انتهاء عقد الزوجية، أو تنقل إلى رحم امرأة أجنبية، أو أن تستخدم لأخذ أعضاء منها بعد تنميتها، وفي منع الإستنساخ درء لهذه المفسد⁴.

¹ - وهذه الشروط هي: أن تنقل الخلية المفصولة إلى الرحم الزوجة صاحبة البويضة، و أن تحاط العملية بالضمانات الكافية التي تمنع اختلاط الخلايا بغيرها، وأن تجرى العملية في حالة الضرورة لمعالجة المصابين بالعقم في حالة عدم الإنجاب بالطريق الطبيعي، وأن يكون الفصل بموافقة الزوجين. أنظر: بحث أعدته جمعية العلوم الطبية الإسلامية، قضايا طبية...، مرجع سابق، ج02، ص.173.

² - ممن اختار هذا الرأي على سبيل المثال، احمد عودة الله، الاستنساخ في ميزان الاسلام، دارأسامة، الأردن، 2003، ط01، ص.182، محمد سليمان الأشقر، الاستنساخ في ميزان الشريعة الإسلامية، ضمن ندوة رؤية اسلامية لبعض المشكلات الطبية المعاصرة، ص.344.

³ - سورة الروم، الآية 22.

⁴ - في هذا المعنى أنظر، سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويرخ، مرجع سابق، ص.406-407.

والأهم من ذلك، ما قال به البعض من أن القول بمنع الاستنساخ بفصل الخلايا يتفق مع المحافظة على النسب الذي يعد من مراتب الضروريات الخمس التي قصد الشارع المحافظة عليها، وتحريم كل ما يعود عليها بالاختلال، لأن الخلايا المفصولة قد تكون ذريعة لاختلاط الأنساب في الحالة حصول الخطأ عند نقلها إلى رحم الزوجة، نظراً لعدم وجود رقابة دينية عليها مما يجعل أمر اختلاطها بغيرها من الخلايا المحفوظة أمراً ممكناً¹.

والآن لآأس أن ندرس حكم نقل النواة ومدى تأثيره على النسب في الفرع الموالي.

الفرع الثاني

حكم زراعة النواة (جنينيا وجسديا) مرتبط بمدى تأثيره على النسب

اتفق من حضر بمجمع الفقه الإسلامي بمكة المكرمة على تحريم كل نقل لنواة من خلية جسدية لأجنبي أولبويضة امرأة أجنبية منزوعة النواة. والمتمثلة في الصور (الثانية، الثالثة، الرابعة، الخامسة، والسادسة)، وأنها محرمة لذاتها لتدخل عنصر أجنبي. فالصورة الثانية والخامسة والسادسة فيها تلقيح لبويضة امرأة بخلية رجل أجنبي عنها، والصورة الثالثة والرابعة فيها تلقيح لبويضة الزوجة بخليتها أو بخلية امرأة أخرى. ويعلل ذلك بأن فيها حمل للمرأة من غير زوجها، وهذا محرم².

لكن الفقهاء اختلفوا في صورة نقل نواة الخلية الجسدية المأخوذة من الزوج إلى بويضة زوجته المنزوعة النواة على قولين؛ الأول يحرمها وهو الغالب³.

¹ - سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويرخ، مرجع سابق، ص. 408.

² - مقتبس عن: مجلة مجمع الفقه الإسلامي بمكة المكرمة، عدد 10، ج 03، ص. 410-413.

³ - وهذا قول جمهور العلماء المعاصرين، فقد صدرت به قرارات من المجمع، والندوات العلمية الآتية: مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي مجمع الفقه الإسلامي التابع للرابطة العالم الإسلامي، المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، جمعية العلوم الطبية الإسلامية الأردنية، مجمع البحوث الإسلامية، أنظر، سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويرخ، مرجع سابق، ص. 410.

والقول الثاني، يُجيزها بشروط¹، وهذا رأي بعض الباحثين². بداعي أن العقم مرض ينبغي علاجه. ومن السنة قوله "لا ضرر ولا ضرار"³. واستدلّ المحرّمون بكون أن كل المولود له بأبيه صلة تكوين ووراثه، وأصل ذلك الحيوان المنوي، وله بأمه صلتان؛ الأولى صلة تكوين ووراثه، وأصلها البويضة؛ والثانية صلة حمل وولادة، وأصلها الرحم، فهذا هو المولود المتصل بأبويه شرعا وطبعاً. وعلى ذلك تترتب جميع الأحكام الشرعية التي رتبها الله على ذلك، فالأبوة والأمومة الشرعية هي مجموع الهيئة الحاصلة للمولود الذي تكوّن بماء أبويه على فراش الزوجية، فحملت به أمه في بطنها، وهاتان الصلتان منقطعان في المولود الحاصل بالاستنساخ، إذ ليس هناك حيوان منوي من الأب، ولا نواة بويضة من الأم⁴. كما أن الإستنساخ فيه اضطراب في تحديد النسب، وذلك من جهة تحديد علاقة المستنسخ بمن أخذت منه الخلية الجسدية، هل هو ولد للزوج باعتبار أنه ولد على فراشه، أم أخ له باعتبار التطابق معه، حيث يحملان الصفات الوراثية نفسها التي ورثها الزوج عن أبويه، كما أن من أخذت منها البويضة لا يصدق عليها أنها أم له، لأن المولود لم يكتسب من صفاتها شيئاً بسبب إزالة نواة بويضتها⁵.

¹ - وهذه الشروط هي: أن يكون نقل خلية الزوج الجسدية إلى بويضة الزوجة أثناء قيام الحياة الزوجية، وأن تنقل اللقحة المتكونة بهذه الطريقة إلى رحم الزوجة حال الحياة الزوجية، وأخيراً، أن يكون الاستنساخ بنقل النواة هو الوسيلة الوحيدة للإنجاب بحيث يتعذر الإنجاب بالطريق الطبيعي ، أنظر: سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويرخ، مرجع سابق، ص. 412-413.

² - أنظر، زياد سلامة، الإستنساخ، الواقع العلمي والحكم الشرعي، مجلة هدي الإسلام، ج 1418، 41هـ، عدد 10، ص. 90 وما يليها، عارف علي عارف، رؤية إسلامية لعلم الهندسة الوراثية و الإستنساخ البشري، مجلة اسلامية المعرفة، سنة 04، عدد 13، ص. 136-137.

³ - أخرجه ابن ماجه، الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، ج 2، ص. 784.

⁴ - حسن علي الشاذلي، الاستنساخ، حقيقته، حكمه، حكم كل نوع في الفقه الاسلامي، ضمن ندوة رؤية اسلامية لبعض المشكلات الطبية المعاصرة، ج 02، ص. 291-292.

⁵ - احمد عودة الله، مرجع سابق، ص. 342.

بعد عرض القولين في هذه المسألة يتبين رجحان القول الأول، وهو حرمة الاستتساخ بنقل نواة الخلية الجسدية، وذلك لأن حفظ النسب أحد مقاصد الدين الخمس، والتي يُحرّم كل إخلال بها، وبناء عليه، فكل ما يؤدي إلى اختلاط الأنساب هو محرم، ونقل نواة الخلية الجسدية مكان البويضة فيه إخلال بهذه الكلية التي قصد الشارع المحافظة عليها من ناحية الاشتباه في الأبوة والأمومة، وهذا يوجب القول بالتحريم صيانة لأنساب الناس من الاختلاط.

كما أن الاستتساخ يكون من خلية جسدية دون اختلاط لنطفتي الزوجين يقوم على الفصل بين الإنجاب والوطء. بحيث لا يكون الإنجاب بالضرورة ثمرة للوطء. وهذا يفتح أبواب الإنجاب على الناس دون وجود أي ضوابط شرعية بين المرأة مصدر البويضة ومن أخذت منه الخلية الجسدية، مما يفضي إلى الإستغناء عن الزواج، وإيجاد أبناء لا آباء لهم¹. حيث يقول الدكتور سليمان الأشقر بشأن الإستتساخ سواء أكان بنطفة ذكرية أو بخلية جسدية: " أن الأصل من تحريم الإستتساخ أنه في الحقيقة شغل لرحم امرأة بغير وجه مشروع، لأن النواة إن أخذت من رجل أجنبي أو امرأة أجنبية أو من المرأة نفسها صاحبة الرحم والبويضة، فواضح امتناع ذلك شرعا إذ لا يجوز أن يشغل رحم امرأة بحمل ليس من زوجها، وإن أخذت من جسد الزوج فهي خلية في الأصل ناتجة من خلية ملقحة بماء أبي هذا الزوج وليس بمائه².

كذلك في حالة التلقيح بواسطة خلية جسدية للرجل، نصبح في مشكل آخر وهو أصل هذه الخلية التي تعود إلى والديّ الزوج، وبذلك فسيعود نسب النسيخ لأب

¹ - سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويرخ، مرجع سابق، ص.433.

² - محمد سليمان الأشقر، نحو اجتهاد يضبط قضية الاستتساخ، www.islamonline.net/arabic.com

الزوج وليس للزوج، لأن الحيوان المنوي انتقل بصورة غير مباشرة، الشيء الذي يعتبر كذلك غير شرعي من الناحية القانونية¹.

بعد وقوفنا على حكم الفقه الاسلامي الاستنساخ بطريق نقل النواة ، نتساءل إذن هل يختلف الحكم إذا كانت الطريقة هي تنشيط الخلية ؟، سنبحث هذه الجزئية في الحال.

الفرع الثالث

النسب و الإستنساخ بتنشيط الخلية

لا مصلحة توجد في هذا النوع من الإستنساخ، ومن باب أولى فإن ما قيل بصدد التقنيَّين السالفتين من تحريم بالنظر لتأثيره على النسب يقال على الإستنساخ بتنشيط الخلية، بل هو من قبيل العبث وإضاعة الوقت والجهد، وصرف الأموال الطائلة فيما لا نفع فيه، فالقول بجوازه سيؤدي على شر عظيم، ومفاسد كثيرة مما يتعين معه القول بالتحريم، صيانة لأنساب الناس الذي يعد حفظها مقصدا ضروريا من مقاصد الشريعة².

ورغم كل ما قيل عن الأساليب سالفة الذكر. فإن البعض يرى أنه من المحتمل أن يكون هناك آثار لهذه الأساليب تحقق مصالح يمكن رعايتها متى قُيد استخدامها بشروط تكفل عدم تعارضها مع قواعد الشريعة ومقاصدها الكلية³.

وفي هذا النوع الاستنساخ -على غرار باقي أنواعه- ما فيه من اضطراب في النسب، وذلك من ناحية العلاقات بين المستنسخ والمستنسخ منها (صاحبة البويضة المنشطة) ، والتي لا يصدق عليها وصف الأمومة، لأن المولودة منها تكون أقرب للأخت منها للبنت لأنها أكتسبت منها جميع صفاتها الوراثية.

¹ - علي عليوة، محاكمة الاخصاب الصناعي، www.islamonline.net/arabic.com

² - سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويرخ، مرجع سابق، ص.435.

³ - سفيان بن عمر بورقعة، مرجع سابق، ص.391.

هذ، وفضلا عما سبق من تأثير عن النسب، فإن عمر الخلية التي أخذت لأجل استنساخها هو عمر من أخذت منها الخلية الجسدية فيكون المولود ابتداءً عمره بخلايا قد مضى عليها مدة من الزمن مما يجعله يعاني الكبر عند ولادته، وأن الأبحاث العلمية والدراسات الطبية أثبتت أن التغيرات المرضية التي تحدث بالخلايا كالسرطان تتزايد بتقدم عمرها¹.

الفرع الرابع

موقف القانون والفقہ الاسلامي من نسب متلقي الجين في خليته التناسلية ومنتسائل هنا هل يختلف حكم نقل الجين من أحد الزوجين (أولاً) عن حكم النقل عن سواهما (ثانياً) ؟

أولاً : حكم النسب ثمرة نقل الجين من أحد الزوجين.

حكم نقل الجين من أحد الزوجين إلى الخلية التناسلية يختلف باختلاف الغرض منه علاجياً (أ) أم غير علاجياً (ب).

أ - أن يكون نقل الجين لغرض علاجي:

إختلف العلماء حول المسألة بين محرم لها ومجيز والقول الثاني به صدر قرار جمعية العلوم الطبية الإسلامية الأردنية، وذهب إليه بعض الباحثين بشروط².

¹ - صبري الدمرداش، الاستنساخ قبل العصر، مكتبة العبيكان، الرياض، 1418، ص. 74-75.

² - منها: أن يكون النقل الجيني عند الضرورة حال قيام العلاقة الزوجية، وأن يكون بموافقة الزوجين و تتخذ الإجراءات الكافية التي تمنع اختلاط الخلايا التناسلية الخاصة بالزوجين بغيرها. وأن لا يكون ضرره أعظم من نفعه. في هذا الصدد أنظر: سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويرخ، مرجع سابق، ص. 302.

والظاهر حرمة نقل الجين المأخوذ من أحد الزوجين إلى الخلية التناسلية، لتأثير ذلك على نسب متلقي الجين بالنظر لأن النقل الجيني يستلزم الحصول على الخلايا التناسلية الذكرية والأنثوية من الزوجين، والاحتفاظ بها في المختبرات حتى تجري عملية التلقيح، ونقل الجين إليها، وهذا قد يؤدي إلى اختلاطها بغيرها، مما ينشأ عنه احتمال نقل خلية تناسلية إلى رحم امرأة أجنبية، فهي لا تخلو من تكون ذرية لإختلاط الأنساب في هذه الحالة.

ب - أن يكون نقل الجين لغرض غير علاجي (تحسيني) :

إذا كان نقل الجين لهدف وضرورة علاجية محل إختلاف بين الباحثين في المسألة، بسبب أن ضرورة التداوي قد تُلجئ إليها، فإن أهل العلم وبشأن نقل الجين المأخوذ من أحد الزوجين إلى الخلية التناسلية متفقون¹ على حرمة إذا كان الغرض من ذلك تعديل صفات المولود، وقد صدر بذلك القرارات والتوصيات من الجهات العلمية².

ثانيا : حكم النسب ثمرة نقل الجين من غير الزوجين .

إنّ نقل الجين من غير الزوجين إلى الخلية التناسلية قد يكون إما لغرض علاجي (أ) أو تحسيني (ب). ومن المناسب دراسة حكم الحالتين تباعا.

¹ - عارف علي عارف، رؤية إسلامية لعلم الهندسة الوراثية والإستتساخ البشري، مجلة اسلامية المعرفة، السنة 04، عدد 13، ص. 128. إياد أحمد ابراهيم، الهندسة الوراثية بين معطيات العلم وضوابط الشرع، دار الفتح، عمان، 1423، ص. 106.

² - أهمها: قرار المجمع الفقهي الاسلامي التابع لرابطة العالم الاسلامي بشأن استفادة المسلمين من علم الهندسة الوراثية، مجلة قرارات المجمع الفقهي الإسلامي، الدورة 15، 1419 هـ، ص. 314، أعمال ندوة الإنعكاسات الأخلاقية للأبحاث المتقدمة في علم الوراثة، 21 شعبان 1412 هـ، ص. 361.

أ - حالة نقل الجين لغرض علاجي:

من باب أولى فإن من ذهب إلى تحريم نقل الجين المأخوذ من أحد الزوجين، فقد رأى أيضا تحريم نقل الجين المأخوذ من غير الزوجين ذلك أن المفاصد المترتبة على نقل الجين من أحد الزوجين متحققة فيه، بالإضافة لما له من تأثير على الأنساب¹.

أما من قالوا بجواز نقل الجين فيما بين الزوجين فمنهم من حرم نقل الجين المأخوذ من غير الزوجين إلى الخلية التناسلية فقط. ومنهم من يُجوز ذلك، وهو قرار جمعية العلوم الطبية الإسلامية الأردنية بالأكثرية² لكن بشرطين؛ الأول أن لا يستخدم النقل للتدخل في الصفات الإنسانية العامة غير المرصية، مثل الشكل، والطول، ولون العينين. والشرط الثاني، أن لا يتم العبث بالتركيبية الوراثية. لأنه ما دام يُحرّم إجراء التلقيح بين الخلية التناسلية لامرأة وماء رجل أجنبي، فكذلك يحرم نقل الجين إلى الخلية التناسلية، بجامع انتقال صفات وراثية إلى المولود من مصدر أجنبي. فضلا على أن في النقل تلاعب بمورثات المولود، وكذلك نسله على وجه لا تؤمن آثاره، كما أن صفات المولود تنتقل إليه من أبويه عن طريق الجينات، وفي حالة كون الجين من غير الزوجين تنتقل بعض الصفات الوراثية إلى المولود من شخص أجنبي، وهذا يؤدي إلى اختلاط الأنساب³.

وقد نوقشت هذه الأدلة بأنه لا يكون لهذا الأمر أي تأثير في انتقال الصفات، لأنها تجري للقيحة متكونة من خليتي الزوجين.

¹ - أعمال ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني-رؤية اسلامية، 1419هـ، مجلة المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، 02، ص. 1084، علي محي الدين القره داغي، العلاج الجيني من منظور الفقه الاسلامي، ضمن بحوث ندوة الانعكاسات الأخلاقية للعلاج الجيني، ص. 21.

² - بحث أعدته جمعية العلوم الطبية الاسلامية، قضايا طبية معاصرة في ضوء الشريعة الاسلامية، مرجع سابق، ص. 270.

³ - سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويرخ، مرجع سابق، ص. 322.

بعد عرض القولين في المسألة، وأدلة كل فريق، يتضح أن الشرع لا يُقبل نقل الجين المأخوذ من غير الزوجين إلى الخلية التناسلية.

ب - حالة نقل الجين لغرض غير علاجي:

اتفق أهل العلم على تحريم نقل الجين المأخوذ من غير الزوجين إلى الخلية التناسلية إذا كان ذلك بقصد تغيير صفات المولود، وقد صدرت بذلك الفتوى والتوصية من الجهات العلمية الآتية:

ندوة الانعكاسات الأخلاقية للعلاج الجيني¹، ندوة الانعكاسات الأخلاقية للأبحاث المتقدمة في علم الوراثة²، المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي في دورتهاال: 15 سنة 1419هـ، المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية سنة1419هـ. وهو قول جميع من تكلم عنه، ولا يوجد من خالف في ذلك³.

الفرع الخامس

التصرف في الشفرة الوراثية مدعاة للإخلال بقواعد حفظ النسب

إن الإقدام على إستنساخ إنسان لا ينفك عن الوقوع في تجهيل الأنساب وانقطاع التناسل الذي ناط الله به القرابة بأنواعها⁴، فهو مضيع لمعنى الأبوة، ومعنى

¹ - أعمال ندوة الانعكاسات الاخلاقية ، مرجع سابق، ص. 6-7.

² - أعمال ندوة الانعكاسات الاخلاقية ، مرجع سابق، ص.361.

³ - محي الدين القره داغي، العلاج الجيني..، مرجع سابق، ص. 18؛ سعد بن عبدالله الشويرخ، مرجع سابق، ص.324؛ إياد أحمد ابراهيم، مرجع سابق، ص.106.

⁴ - عبد الستار أبو غدة، مدى مشروعية التحكم في معطيات الوراثة، أعمال ندوة الإنجاب في ضوء الإسلام، المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، الكويت، 23 ماي 1983، ص.155-156.

الأمومة، ومعنى البنوة، وسائر معاني القرابة المعروفة والمنظمة على مرتاريخ الإنسانية أي أنه مضيع لمقصد النسب، ولمعنى انتساب الولد إلى والديه، وصحة انتساب الأقارب بعضهم لبعض.

وهذا الخلل في النسب يحصل باستنساخ ولد مستنسخ بين امرأتين من غير وجود وتأثير للأب فنحصل-لا سمح الله-على مولود ليس له أب مطلقا، وله أكثر من أم، ولا تعرف درجة قرابة مع أولاد الأم وأخواتها وعماتها... فليست هناك أبوة، وليست هناك قرابات معلومة ومنتظمة، بل هناك الفوضى والإضطرابات في درجات القرابة و سلم الأواصر والروابط الأسرية والاجتماعية والإنسانية¹. وقد أفتى مفتي الديار المصرية الدكتور نصر فريد في هذا الخصوص:

" أن اللجوء إلى الأسلوب الإستنساخ يؤدي إلى اختفاء الأسر، واختفاء العلاقات الاجتماعية والفردية، بالإضافة إلى ضياع الحقوق والواجبات، كما أن ذلك يؤدي إلى الإخلال في العلاقات الإنسانية، من حيث الأب والأم والزوج والزوج، والأخت والأخ وصلة الرحم في عمومها"².

و من المخاوف المستقبلية لهذا العلم أيضا إحداث خلل جسيم في العلاقات الإنسانية كتفكيك الأسرة والتكوين العائلي، والقضاء على مفهوم الأمومة، وانتهاء عصر الرجال، و زمن الأزواج. فهذه النسخ بحاجة إلى مؤسسة تقوم برعايتها، وقد تم إنمائها في أجهزة خاصة، وعندئذ تصبح مصطلحات "الأمومة" و"الوالدية" و"التواصل الأسري"، من مخلفات الماضي.

¹ - نور الدين مختار الخادمي، الهندسة الوراثية والإخلال بالأمن رؤية شرعية مقاصدية، مجلة البحوث الأمنية، مركز البحوث والدراسات بكلية الملك فهد الأمنية بالرياض، المجلد 12، جويلية(يونيو)2003، ص.42-43.

² - فوزي محمد حميد، الإستنساخ البشري بين التحليل والتحريم، بيروت، دار الصفي، ط 01، د ت ط، ص.257؛ مقتبس عن : سفيان بن عمر بورقعة، مرجع سابق، ص.391 .

فالإستنساخ إذا ما تم تطبيقه على الإنسان فسيحدث هزة عنيفة في العلاقات الإنسانية وفي نطاق الأسرة؛ فالأبوة معدومة ومنقضية، والأب المسكين لا وجود له، ولا وجود ولا أثر لمورثاته وخصائصه وتوجيهه، فالإستنساخ يمكن الاستغناء به عن الأب بصورة كلية¹.

وعليه يكون الاستنساخ مؤديا إلى إبادة نصف المجتمع بإلغاء الأب من الوجود، وحرمان الأولاد المستنسخين من وجود الأب وقيامه بدوره التربوي والعاطفي²، وهو في الحقيقة تكثير لظاهرة اليتيم ومآسيه في المجتمع. و إن أخذت الخلية من المرأة نفسها التي سوف تحمل به، فلا يجوز أن ينسب إلى زوجها، لأن الخلية ليست ملقحة بمائه. ولا يجوز أن ينسب إلى أبي هذا الزوج أيضا، لأن "الولد للفراش". فسيولد هذا الطفل وليس له أب شرعي طبيعي. وفي كل الأحوال سيكون هذا المستنسخ غير منتسب إلى أب شرعي طبيعي، ولا يمكن تصور انتسابه إلى أب شرعي طبيعي بحال.

والأمومة كذلك مختلفة ومضطربة في الاستنساخ البشري، وذلك لأن استنساخ كائن بشري يمكن حصوله بين امرأتين إحداها تعطي نواة خلية جسدية، والثانية تعطي بويضة منزوعة النواة، لتشكل اللقيحة المتكونة من تلك البويضة منزوعة النواة ومن تلك النواة الجسدية التي حلت محل نواة البويضة، وهذه اللقيحة هي التي سيتكون بموجبها -بمشيئة الله- المولود المستنسخ³.

وتعدد الأمومة في عملية الاستنساخ معلوم الفساد والدمار والهلاك على أصعدة كثيرة، منها ما يتصل بمكانة الأمومة ودورها حملا ووضعها، ورعاية وتربية، ومنها ما يتصل باستقرار الأسرة و المجتمع، وما يلحقهما من تشتت واهتزاز، واضطراب

1 - سفيان بن عمر بورقعة، مرجع سابق، ص.393.

2 - نور الدين بن مختار الخادمي، الهندسة الوراثية...، مرجع سابق، ص.43.

3 - سفيان بن عمر بورقعة، مرجع سابق، ص.394.

وتداخل في الروابط والعلاقات، وفي الحقوق والواجبات، وفي القيام برسالة الإستخلاف والإصلاح في الأرض¹. و إذا كانت عملية استنساخ البشر مضيعة لمعنى الأمومة، فإنها تكون مضيعة ومميتة لمعنى البنوة². فمثلا ما علاقة المستنسخ بالأم الحامل-وكذا علاقته بزوجها- سواء كانت هي صاحبة النواة كذلك أم غيرها. وفي المقابل، هل يُعتبر صاحب النواة أبا للمستنسخ، وهل ستُعتبر زوجته أما لهذا الأخير؟ وفي حال عدم إعتبره أبا له فمن هو أبوه؟³. وتفويت الاستنساخ لمقصد الأبوة والأمومة هو في الحقيقة ومآله تفويت لمقصد البنوة التي هي الطرف المقابل لهما، فالأمومة والأبوة والبنوة أطراف ثلاثة ضمن دائرة محكمة البنيان ودقيقة الاتصال وعظيمة النفع والفوائد في العاجل والآجل⁴.

ولا شك أن كل هذا مُفَوِّتٌ للمقاصد الشرعية المترتبة على قيام معنى الأبوة والأمومة و البنوة و سائر درجات القرابة، ومُوقِّعٌ فيما لا يحصى من المفاصد والأضرار النفسية والتربوية و الجسمانية، الفردية والأسرية والاجتماعية. وكل ذلك يعود بلا شك بالوبال والخراب على أمن الإنسان الشامل في حياته ومحيطه، في صحته وكرامته، في حقه المتعلق بسلامه الانتساب لوالديه وأقربائه، وفي حق التمتع بمنافع الأبوة والأمومة وفوائد الأسرة الصالحة الموجهة والمربية⁵.

وفي الأخير نُجَدِّدُ دعوتنا إلى عدم إكتفاء المشرع بمادة أو مادتين تتعلق بتنظيم الوسائل المساعدة على الإنجاب سواء كان موقعها في قانون ترقية الصحة أو في قانون الأسرة، ذلك أن تنوع التقنيات على نحو ما قدمنا، وانتشارها الرهيب بين أوساط

¹ - ففي عالم البشر المنسوخ لن يكون هناك مجال للأمومة، وهذا بدوره سيصعد بقوة الإتجاه الناشئ في الغرب حول الأسرة أحادية الأصل (أب فقط أو أم فقط) .

² - أنظر: نور الدين بن مختار الخادمي، الهندسة الوراثية...، مرجع سابق، ص.44.

³ - (A)MEHTAL, op.cit, p.161.

⁴ - نور الدين بن مختار الخادمي، الاستنساخ...، مرجع سابق، ص.74.

⁵ - أنظر:سفيان بن عمر بورقعة، مرجع سابق، ص.396.

العقيمين من جهة، و ضُف أدوات مراقبة مراكز المساعدة على الإنجاب من جهة أخرى، عوامل لا يُتَحَمَل معها أي تأخير في إصدار منظومة تشريعية تُفَصِّل في تنظيم الجائز منها وتمنع شتى صور وعمليات الإستتساخ البشري أو غيره لما في ذلك من مساس بالأنساب ومدعاة لاختلاطها. بل تعاقب المتواطئون والمساهمون في العمليات التي تخرج عن القانون.

أما المشروع من تلك الوسائل كالتلقيح الإصطناعي مثلا- إذا ما روعيت شروطه القانونية وضوابطه الشرعية- فيتعين تعزيزها والتكفل بقسط منها من طرف الدولة بالنظر لتكلفتها الباهضة¹ في شكل تغطية مصاريفها- أو على الأقل نسبة منها- من صندوق الضمان الإجتماعي الذي يُقْصِي 850 ألف مريض (بعدم الإنجاب)² حيث لا يتم تعويض لا المتابعة القبلية ولا عملية التلقيح ذاتها³.

أخيرا، فإنه إذا كان لرجل القانون كلمته حول النسب الناجم عن الحمل بالمساعدة الطبية كيفما كانت، فإنه بالمثل لا ينبغي أن يظل صامتا إزاء الوسائل والطرق المستحدثة لإثباته وهو ما سنبحثه الآن في الباب الثاني.

¹ - إذ تتراوح في الجزائر بين 200.000 و 250.000 دينار جزائري. أنظر: تحقيق بعنوان "بنوك النطاف المجمدة ورجال يبحثون عن حيوانات منوية للبيع"، أعدّه زُبيرِي حسين، صحيفة الشروق اليومية الجزائرية، عدد 2727 بتاريخ: 27 سبتمبر 2009، ص.07.

² - وهو عدد الأزواج الذين يعانون من العقم في الجزائر، فحسب تصريح رئيس جمعية أطباء النساء والتوليد البروفيسور "زكريني" ورئيس مصلحة طب النساء والتوليد بمستشفى "بارني" بحسين داي إذ يُقَدَّر أن نحو 03 آلاف من الأزواج طالبي التلقيح الإصطناعي يُشكّلون عددا ضئيلا قياسا بالنسبة الإجمالية 2,5% من الأزواج الجزائريين المصابين بالعقم والذين يُعانون من مشكل عدم الخصوبة، أنظر التحقيق السابق، المرجع السابق، ص.07.

³ - في مقابل ذلك يقوم الصندوق الإجتماعي العسكري بالتكفل التام بهذه العملية، ما يُثير التساؤل حول هذا الكيل بمكيالين والحال أن الكل يدفع أقساط التأمين. صحيفة الشروق اليومية الجزائرية، المرجع السابق، ص.07.

الباب الثاني
إثبات النسب
في ظل التطور العلمي والقانوني

إنّ وجه الإستفادة إن جازت من خلاصة وعصارة الفكر البشري في مادة الطب والبيوتكنولوجيا في ما يتصل بالنسب لا يقتصر على الحصول على النسل، فمتى تم ذلك سواء بطريق الإتصال الطبيعي بين الزوجين أو بواسطة الوسائل المستحدثة التي تكلمنا عنها آنفا ، ظهرت أهمية التحقق من صحة النسب عند النزاع حوله في حال ماتم بالاتصال الطبيعي.

بل قد تظهر هذه الأهمية حتى دون نزاع في حالات الإنجاب بواسطة المساعدة الطبية التي تزيد فيها حالات اختلاط الأنساب بالنظر للآثار التي يربتها النسب على الأسرة جعل من إثباته إثباتا لبعض الحقوق؛ إذ بثبوتها يثبت للولد حق الإنفاق وحق اللقب، حق الميراث، الجنسية، كما تتحقق حرمة المصاهرة،.... في مقابل الأهمية تلك، لا يمكن أن نغفل عن التأثير المتنامي للنوازل المستحدثة في إختلاط الأنساب وما يستتبعه من قطع للأرحام، وتضيق الحقوق والواجبات، وتستباح الأعراض والمحرمات.

فإطالما استقر الأمر في التشريع الجزائري ردحا من الزمن مقتصرًا على الطرق التقليدية لإثبات النسب كـ الزواج الصحيح، الإقرار، البينة، نكاح الشبهة، النكاح الذي تم فسخه بعد الدخول، كما اعترف الفقه الإسلامي قديما بعلم القيافة واليمين وإجراء القرعة رغم أن الأخذ بها عند انعدام الدليل كان موضع خلاف، ولا بد من بحث كل هذه الأدلة من أجل أن يتسنى لنا لاحقا إسقاط الدليل العلمي عليها ومعرفة مكانته منها، فضلا عن قيمته الشرعية والقانونية قياسا بها (الفصل الأول).

إن التطور المذهل للعلوم البيولوجية يطرح بالحاح مناقشة مدى صلاحية الإستعانة بالعلوم الدموية وتصنيفات الدم بعد اكتشاف مجموعة الدم A .B.O .كما يجعل مما أفرزته ثمار الهندسة الوراثية نقطة فارقة بين وسائل الإثبات سواء ما تعلق منها بإثبات النسب أو حتى ما تعلق بمجالات أخرى كالتحقيق الجنائي. لذلك، فإن ظهور

واسمات وراثية ذات قدرة تمييزية عالية كالـ ADN، جعلت منه محقق الهوية الأخير في كل الخصائص الأساسية المطلوبة بعدما تم التأكد أن لكل بصمته الوراثية الخاصة به.

لذلك فإنه من الأهمية عرض هذا الدليل العلمي على ضابط الشرعية، ومن ثم حدود الإستعانة به ومعرفة مكانته بين ما تقدم من الأدلة الشرعية والقانونية لإثبات النسب(الفصل الثاني).

الفصل الأول

الأدلة التقليدية لإثبات النسب

إن التطرق لوسائل إثبات النسب التقليدية من الضرورة بحيث يتعذر الوقوف على مكانة الأدلة العلمية الحديثة منها دون الإحاطة بها. حتى الطرق التي هي محل إختلاف، تفيدنا من جهة قياسها على الدليل العلمي المثبت للنسب في حجته و قيمته الشرعية. لذلك لا غنى لنا عن بحث كل الأدلة التقليدية لإثبات النسب.

فلقد سطر الفقهاء منذ القدم سبلا ووسائلها يتم إثبات النسب لا يلتفت إلى غيرها، وبمعظمه أخذت جل التشريعات في البلاد العربية والإسلامية كما سيتبين¹. فعلى سبيل المثال نصت المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "يثبت النسب بالزواج الصحيح و بالإقرار و بالبينة و بنكاح الشبهة و بكل زواج تم فسخه بعدالدخول.... إلخ".

¹ - أنظر الصفحة 178 وما يليها من هذه الرسالة.

أما ما يُنتفى به النسب فلم يكن لذلك من سبيل إلا اللعان الذي يُدحض قرينة الفراش الصحيح، لذلك آثرنا عدم اعتماد تقسيم الأدلة حسب إثباتها ونفيها للنسب لعدم توازن هذا التقسيم مكتفين بدراسة اللعان خلال التطرق للزواج الصحيح لشدة ارتباطه به. و إذا كانت أدلة إثبات النسب سالفة الذكر هي محل إجماع فقهي على اعتمادها، فإن البعض منها ليس كذلك، ونقصد بذلك القيافة واليمين والقرعة. لكن ذلك لا يقلل من قيمتها الفقهية خاصة علم القيافة الذي يجتمع قياساً مع الدليل العلمي في بعض الجزئيات. ما حدا بالفقه إلى التركيز عليه.

ويقتضي الأمر منا بحث الزواج (سواء كان صحيحاً، بشبهة، أو مفسوخاً قبل الدخول) كدليل لثبوت النسب بالنظر لتشعب آثار وأحكام كل صورة من صوره (المبحث الأول)، ثم دراسة باقي الأدلة -عدا الزواج- سواء ما تُفق على جوازها كالإقرار والبينة، أو ما اختلف في جواز اعتمادها، ونعني بذلك القيافة واليمين والقرعة (المبحث الثاني). كذلك من الوجهتين القانونية والشرعية .

المبحث الأول

إثبات النسب بالزواج وما يُشاكله في الشريعة الإسلامية والقانون

إن النسب وإثباته كسائر موضوعات قانون الأسرة يصعب دراسته في تشريعات الدول العربية، ومنها قانون الأسرة الجزائري بشكل مستقل بالكلية عن أحكامها بالفقه الإسلامي لكون هذا الأخير يُشكّل المصدر الموضوعي له.

و سنحاول في هذا المبحث تناول إثبات النسب بالزواج أو "الفراش" الصحيح في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي (المطلب الأول)، قبل التطرق لثبوته في الزواج غير الصحيح في صورتين النكاح الفاسد ونكاح الشبهة (المطلب الثاني).

المطلب الأول

إثبات النسب بالزواج الصحيح

في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

لا بد لنا من تعريف الفرش والإشارة إلى الأدلة على ثبوت النسب به (الفرع الأول) الشروط اللازمة لإثبات النسب بالفرش (الفرع الثاني) ، مع امكانية التلاقي بعد العقد (الفرع الثالث).

الفرع الأول

ثبوت النسب بالزواج كفرشٍ صحيحٍ و أدلة ذلك .

من أجل اكتمال فهم معنى الفرش بشكل واضح، ينبغي أولاً تعريف الفرش الصحيح (أولاً)، قبل بحث الأدلة على ثبوت النسب به (ثانياً).

أولاً : تعريف الفرش.

لا يكتمل تعريف الفرش ببيان المعنى اللغوي (أ) ، بل لابد من تعريفه في الإصطلاح (ب) .

أ - الفراش في اللغة:

الفراش مأخوذ من الفعل الثلاثي (فرش)، ويدل على تمهيد الشيء وبسطه،
والفراش: ما فرش، والجمع أفرشة وفرش، وقد يُكنّى بالفَرش عن المرأة¹.

ب - الفراش اصطلاحاً:

تستعمل كلمة الفراش بمعنى الوطاء أيضاً، كما تستعمل بمعنى كون المرأة متعيّنة
للولادة لشخص واحد². وقيل الرجل هو المقصود بالفراش باعتبار المجاورة
والمصاحبة، فهو صاحب الحق في التمتع بالمرأة التي تفترش³، ويدل لذلك قوله تعالى:
"وَفُرُشٍ مَرْفُوعَةٍ. إِنَّا أَنْشَأْنَاهُنَّ إِنْشَاءً. فَجَعَلْنَاهُنَّ أَبْكَارًا"⁴،

وتنص الفقرة الأولى من المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "يثبت
النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبينة وبنكاح الشبهة وبكل زواج تم فسخه
بعدالدخول طبقاً للمواد 32، 33، 34 من هذا القانون". والحقيقة أن المشرع إنما يريد
بالزواج الصحيح ما اصطلح الفقه على تسميته "قراشا صحيحا" طبقاً للحديث "الولد
لصاحب الفراش"⁵. ولا يقصد بالفراش لدى البعض ما ذكره الفقهاء⁶ دليلاً على النسب
حقيقته وهو الجماع، وإنما يقصدون به مَظَنَّتُهُ وهو قيام حالة الزوجية الممكنة.
وهذا المعنى الأخير هو الذي نُعولُّ عليه في هذا الصدد لإتساقه وانسجامه مع
مضمون نص المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري والتي تعترف بالنسب لمجرد

¹ - ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج11، ص.155.

² - بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، د ت ط،
ص.516.

³ - احمد نصر الجندي، النسب في الإسلام و الأرحام البديلة، دار الكتب القانونية، مصر، 2003، ص.24.

⁴ - سورة الواقعة، الآيات: 34، 35، 36.

⁵ - ابن حجر العسقلاني، مرجع سابق، باب الولد للفراش حرة كانت أو أمة، ج13، ص.520.

⁶ - محمد يوسف موسى، أحكام الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي، د د ن، د ت ط، ص.361.

امكانية الإتصال¹. والقضاء يسير في هذا الإتجاه حينما إعتبر أنه "لا يوجد في الشريعة الإسلامية ولا في قانون الأسرة زواج ظاهر وآخر سري، بل هناك زواج واحد يقره الشرع والقانون وهو الذي تتوفر فيه الشروط والأركان المنصوص عليها في المادة 09 من قانون الأسرة المكرس للشريعة الإسلامية ومتى انعدمت هذه الشروط في أي زواج لا يعد شرعيا وما نتج عنه هو الآخر غير شرعي..."².

ثانيا : الأدلة على ثبوت النسب بالفراش الصحيح.

اتفق الفقهاء على أن النسب يثبت بالفراش³، واستدلوا على ذلك بما يلي:

أ - عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "الولد لصاحب الفراش"⁴.

ب - عن عائشة رضي الله عنها قالت: كان عتبة بن أبي وقاص عهد إلى أخيه سعد بن أبي وقاص أن ابن زمعة مني فاقبضه إليك، قالت: فلما كان عام الفتح أخذه سعد بن أبي وقاص وقال: ابن اخي قد عهد إليّ فيه، فقال عبد بن زمعة: أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه، فتساوقا إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال سعد: يا رسول الله ، ابن أخي، قد كان عهد إليّ فيه، فقال عبد الله بن زمعة: أخي وابن وليدة أبي، وُلد على فراشه، فقال النبيّ صلى الله عليه وسلم: "هو لك يا عبد بن زمعة"، ثم قال النبي صلى

¹ - تنص المادة 41 من قانون الأسرة على أنه "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا و أمكن الإتصال ولم ينفه بالطرق مشروعة".

² - محكمة عليا، غ أش 03-07-2002، ملف رقم:261925، المجلة القضائية، 2003 عدد 02، ص.273.

³ - قال ابن عبد البر(أبو ليلى) هو أصح ما يروى عن النبي صلى الله عليه وسلم جاء عن بضعة وعشرين نفسا من الصحابة، أنظر: ابن حجر العسقلاني، فتح الباري...، مرجع سابق، ج 13، ص. 520.

⁴ - سبق تخريجه آنفا.

الله عليه وسلم: "الولد للفراش وللعاهر الحجر"، ثم قال لسودة بنت زمعة زوج النبي صلى الله عليه وسلم: "احتجبي منه، لما رأى من شبهه بعتبة، فما رآها حتى لقي الله"¹.
ويتضح من هذا الحديث: أن النبي صلى الله عليه وسلم قد ألحق الولد بزمعة لأنه صاحب الفراش، ودليله أقوى من دليل الشبه².
ويقول الحافظ ابن حجر: "أن اللائق بقصة أمته زمعة، أن عتبة أصاب الأمة سرًا من زنا وهما كافران فحملت، وولدت ولدا يشبهه، فغلب على ظنه أنه منه، فبَغَتَهُ الموت قبل استلحاقه، فأوصى أخاه أن يستلحقه، فعمل سعد ذلك تمسكا بالبراءة الأصلية. وفي قول رسول الله صلى الله عليه وسلم لزوجته زمعة احتجبي منه أن الأمر بذلك كان للاحتياط، لأنه وإن حكم بأنه أخوها، لقوله: هو أخوك يا عبد، وإذا ثبت أنه أخو عبد لأبيه فهو أخو سودة لأبيها، لكن لما رأى الشبه بيننا بعتبة، أمرها بالاحتجاب منه احتياطاً"³.

الفرع الثاني

شروط ثبوت النسب بالزواج الصحيح في الشريعة الإسلامية والقانون.

ثبوت النسب بالفراش وفقا لنظامه الشرعي يقوم على أساس أن الزواج الصحيح هو الذي يحلل للرجل مخالطته بالمرأة ويقصرها عليه وحده، فهو إذن الذي تعتبر به

¹ - ابن حجر العسقلاني، مرجع سابق، ص. 520.

² - وقال الحافظ بن حجر في شرح هذا الحديث: "الوليدة" تطلق على الأمة. "وزمعة" هو ابن قيس بن عبد شمس القرشي العامري، والد سودة زوج رسول الله صلى الله عليه وسلم، وعتبة بن أبي وقاص أخو سعد مختلف في صحبته، فقيل: إنه كان أصاب دما بمكة في قريش فانتقل إلى المدينة. وقيل أنه الذي شج وجه رسول الله صلى الله عليه وسلم بأحد فدعا عليه، وقيل: إنه مات مقتولا وأنه مات كافرا - ابن حجر العسقلاني، مرجع سابق، ص. 520 و521.

³ - ابن حجر العسقلاني، فتح الباري...، مرجع سابق، ص. 523 وما يليها.

المرأة فراشا، ولذا يسمى بالفراش الصحيح¹. وأي احتمال خلاف ذلك مرفوض، لأن الأصل حمل أحوال الناس على الصلاح إلى أن يثبت العكس. وعليه، يثبت نسب الولد من الزوج دون حاجة إلى إقراره أو بينة تقيمها الزوجة، ولا ينتفي إلا بتمام الملاعنة الشرعية². و يدل على تلك القرينة ما قاله الشيرازي في باب ما يلحق من النسب وما لا يلحق: أنه "إذا تزوج امرأة وهو ممن يولد لمثله، وأمكن اجتماعهما على الوطء، وأنت بولد لمدة يمكن أن يكون الحمل فيها، لحقه في الظاهر، لقوله صلى الله عليه وسلم: "الولد للفراش". ولأن مع وجود هذه الشروط يمكن أن يكون الولد منه، وليس هاهنا ما يعارضه ولا ما يسقطه، فوجب أن يلحقه به"³. ويتضح من قول الشيرازي أن هناك شروطا لثبوت النسب بالفراش، وهي كما سنبينها في ما يلي:

أولا : أن تلد الزوجة خلال مدة الحمل .

وقد وضع الفقهاء حدا أدنى لمدة الحمل (أ) وحدا أقصى له(ب)، وشرطا ضمنيا يتمسك به خلاله من يدعي عدم وقوع الحمل منه(ج)، على نحو ما سنفصل فيه.

أ - الحد الأدنى لمدة الحمل : أجمع الفقهاء على أن الحد الأدنى لمدة الحمل ستة أشهر قمرية، فهذه المدة كافية لاحتياج الجنين كي يتكون ويولد حيا⁴.

وعلى ذلك، لا يلحق الولد بالزواج إذا جاءت به الزوجة لأقل من ستة أشهر من وقت العقد دون حاجة إلى لعان. و علة ذلك، هو أن الإتيان بالولد حيا قبل المدة الكافية

¹ - أشرف عبد الرازق ويح، مرجع سابق، ص.47

² - أشرف عبد الرازق ويح، مرجع سابق، ص.47.

³ - الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج2، دار المعرفة، بيروت، 1959، ص.121.

⁴ - استنتجوا ذلك حينما جمعوا بين الآية: 41 من سورة لقمان: "حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهَنَا عَلَى وَهْنٍ وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ..."، والآية14 من سورة الأحقاف "وَحَمَلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا..."، فلزم من الفارق بين مدة الحمل مجتمعا مع الرضاعة (وهو 30 شهرا) وبين مدة الرضاعة لوحدها (وهو حولين أي 24 شهرا) نتيجة أن الحد الأدنى لمدة الحمل هو 06 أشهر. وقد ذكر الأستاذ مصطفى شلبي أنه قد عمل بذلك سيدنا عثمان رضي الله عنه، أنظر في هذا الصدد: محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية، (د ت ط)، ص. 697.

لذلك يدل على أن الحمل قدحدث قبل وجود الفراش، وهذا يعد دليلاً على أن الحمل حدث من غير الزوج. أو على الأقل كان من الزوج لكن سابق للزواج الشرعي. أما عن الحد الأدنى في قانون الأسرة فقد حددته المادة 42 منه بنصها على أن "أقل مدة الحمل ستة 06 أشهر..."، فهذه المدة تعتبر قرينة على أنه إذا وضعت المرأة حملها حياً لأقل من هذه المدة من الزواج، فإن هذا الحمل قد وقع بالتأكد قبل الزواج. ومن ثم، لا ينسب لزوجها. وإن كانت تزوجته بعد طلاق فهو حتماً من زوجها الأول إذا صادف أقصى مدة الحمل منه وهي المدة التي سنتناولها بعد قليل.

وبالفعل، فإن مدة 06 أشهر هي ما اعتمده قضاء النقض حينما اعتبر أن قضاة الموضوع "قضوا بصحة الزواج العرفي الواقع في شهر نوفمبر 1988 لتوافر أركانه طبقاً للمادة 09 من قانون الأسرة لعدم وجود أي نزاع بشأنه ولا بشأن الدخول الذي تم يوم 16 نوفمبر 1988 و تاريخ ولادة الولد يوم 05 جوان 1989 بعد تاريخ الدخول والبناء بأكثر من ستة أشهر وأن المادة 42 من قانون الأسرة تنص بأن أقل مدة الحمل ستة أشهر..."¹.

وقضاء النقض أكد هذا المنحى حينما قضى بأن: "القرار المنتقد قد اعتبر الطاعنة بنتاً للزوج الثاني (م ع ر) بقاعدة الولد للفراش، مع أن هذا الزواج باطل شرعاً لأنه وقع على امرأة لا تزال في العدة، لأن عدتها وضع حملها ومادام الزواج الثاني باطلاً لا يعتبر فراشاً، زيادة على أن أقل مدة الحمل هي ستة أشهر ولا يمكن إلحاقه بالزوج الثاني بأي حال، مما يعني أن الطاعنة هي من الفراش الأول لولدها..."². وعموماً نرى أنه يمكن أن يُرجع عند الشك في أدنى مدة الحمل للدليل العلمي لإثبات النسب³.

¹ - محكمة عليا، غ أش، 23-11-1993، رقم 99000، الإحتهاد القضائي، 2001، عدد خاص، ص.65.

² - محكمة عليا، غ أش، 19-05-1998، ملف رقم 193825، الإحتهاد القضائي، لغرفة الاحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص.75.

³ - أنظر الحالات المستوجبة للدليل العلمي كحالة الإشتباه في المولود لفراشين بالصفحة 288 من هذه الرسالة.

وإذا كان الجمهور يعتبرون لحظة بداية حساب المدة الدنيا للحمل هي وقت الدخول لا إمكانه ما عدا أبو حنيفة فقال من وقت العقد¹. فإنه يُعاب على مشرنا إهماله اعتماد قرينة تُشير للحظة بداية حساب أدنى مدة الحمل مُكتفيا في المادة 41 من قانون الأسرة بعبارة: "متى كان الزواج شرعيا وأمكن الدخول"؛ فهل هي ابتداء من العقد؟ أم من الدخول؟ عكس تحديده للحظة أقصى مدة للحمل كما سنبينه في الجزئية الموالية.

ب - الحد الأقصى لمدة الحمل:

الواقع أنه لا يوجد بشأن أقصى مدة للحمل دليل من كتاب أوسنة، وإنما هي اجتهادات فقهية، اعتمدوا فيها على أقوال من وثقوا بهم من الناس. فاختلف الفقهاء بشأنها، عند أبي حنيفة سنتان، وعند الشافعية والحنابلة الزيدية أربع سنين². وعند المالكية نحو من أربع إلى خمس سنين³، وعند محمد بن الحكم سنة قمرية⁴، وعند الإمامية الاثني عشرية وابن حزم تسعة أشهر وما قاربها⁵.

أما علميا، فقرر الأطباء أنه يستمر نماء الحمل منذ التلقيح حتى الميلاد معتمدا في غذائه على المشيمة، والأصل أن مدة الحمل بوجه التقريب مائتان وثمانون يوما تبدأ من أول أيام الحيضة السوية السابقة للحمل. فإن تأخر الميلاد عن ذلك ففي المشيمة بقية من رصيد يخدم الجنين بكفاءة لمدة أسبوعين آخرين-أي 294 يوما-وهو ما يقترب من

1 - ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار العقيدة، الإسكندرية، 2004، ج 02، ص 139.

2 - أشرف عبد الرازق ويح، مرجع سابق، ص 51.

3 - ابن رشد، مرجع سابق، ص 139.

4 - أشرف عبد الرازق ويح، مرجع سابق، ص 52.

5 - ابن رشد، مرجع سابق، ص 139.

10 أشهر التي أخذ بها المشرع الجزائري بشأن أقصى مدة الحمل، ثم يعاني المجاعة من بعد ذلك لدرجة ترفع نسبة وفاة الجنين¹.

ولذا فإنها أقوال لا تقوى على إثبات تقدير صحيح مستقر لأقصى مدة الحمل. كما أنها لا تسلم من الخطأ، فغاية ما تفيد أنه حيض بعض النساء قد انقطع لمدة أربع سنوات، ثم جاءت المرأة بعدها بولد. وهذه الإفادة لا تثبت قطعا أن المرأة كانت حاملا طول مدة انقطاع الحيض²، أو أن يكون الحمل كاذبا، ثم تحمل حملا حقيقيا في فترة الحمل الكاذب، فيُضن أنها حملت كل هذه المدة الطويلة³. فإن زعموا أن وجود الحركة في البطن يدل على الحمل، فيُردّ عليهم بالقول: إن وجود حركة في بطن المرأة لا يكون قاطعا في كون المرأة حاملا، لجواز أن يكون ذلك ناشئا عن غير الولد⁴.

ومثلما أن المشرع الجزائري حدد المجال الزمني الذي يمكن أن يمتد خلاله الحمل فجعل حدا أدنى لا يُتصور اكتمال الحمل بدون استكمال حد مدة قصوى لا يُتصور من حيث المبدأ أن يتجاوزه الجنين في بطن أمه، إذ تنص المادة 43 من قانون الأسرة على أنه "ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال 10 أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة"، كما تنص المادة 60 من نفس التقنين فتتص على أن: "أقصى مدة الحمل 10 أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة". و المادة 49 منه تنص على أنه: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم..".

أما بشأن لحظة بداية حساب مدة 10 أشهر، فهي من تاريخ الوفاة أو الانفصال. مع ملاحظة الفرق من الناحية العملية بين الطلاق الفعلي والحكم به ؛ وتاريخ الحكم

¹ - نوقشت هذه المسألة في الندوة الطبية الثالثة التي عقدتها المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية المعاصرة المنعقدة بالكويت في 18 أبريل 1987، مقتبس عن: عمر سليمان الأشقر، الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 2007، ص.334.

² - أشرف عبد الرازق ويح، مرجع سابق، ص.52.

³ - عمر سليمان الأشقر، مرجع سابق، ص.334.

⁴ - أشرف عبد الرازق ويح، مرجع سابق، ص.53.

بالطلاق هو المعتبر في ما يظهر نصاً¹، وقضاء². ويقول به بعض الفقهاء القانوني³. رغم أن المنطق يقتضي أن يتراخى أثره إلى لحظة الانفصال الفعلي.

أما عن مسألة تقدير المدة القصوى للحمل، فإننا ننفق مؤيدين لموقف المشرع الجزائري في اعتماده مدة 10 أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة⁴، بسبب ما يراه البعض⁵ من أن المدة القصوى سنة أو يزيد هي مدة طويلة. فإذا قيل إن الدافع لذلك هو استيعاب جميع الحالات النادرة، فإن الأخذ بالأسلوب العلمي للإثبات قد يواجه هذه الحالات، خاصة أنها لا تثور إلا عند النزاع.

كما أن القانون المصري⁶ جعل أقصى مدة للحمل سنة، ولكنه اعتبرها سنة شمسية عدد أيامها 365 يوماً، لا سنة قمرية عدد أيامها 354 يوماً⁷. و قد تأثر قانون الأحوال الشخصية الكويتي بالقانون المصري لأحوال الشخصية في تحديد مدلول إمكان التلاقي كشرط لثبوت النسب بالفراش، حيث تنص المادة 169 منه على أنه:

ينسب ولد كل زوجة في الزواج الصحيح إلى زوجها بشرطين هما أن يمضي أقل مدة للحمل على عقد الزواج الصحيح. وألا يثبت انتفاء إمكان التلاقي بين الزوجين بمانع

¹ - تنص المادة 49 من تقنين الأسرة: " لا طلاق إلا بحكم..". و تنص المادة 60 على أن "أقصى مدة الحمل 10 أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة".

² - محكمة عليا، غ أش، 15-06-1999، ملف:222674، المجلة القضائية، 2001، عدد خاص، ص.88.

³ - A cet égard, (Gh) BEN MELHA, Le droit algerien de la famille, O.P.U, 1993, p. 144.

⁴ - تنص المادة 43 من قانون الأسرة على أنه: "ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة (10) أشهر من تاريخ الانفصال أو الزواج".

⁵ - محمد محمد أبو زيد، دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة 26، عدد 1996-01، ص.309.

⁶ - أنظر، قانون الأحوال الشخصية المصري رقم 25 لسنة 1929.

⁷ - أنظر، المادة 15 من نفس القانون، قانون الأحوال الشخصية.

حسي من تاريخ العقد إلى الولادة، أو حدث بعد الزواج واستمر أكثر من خمسة وستين وثلاثمائة يوم...¹.

ولنسبة الولد للفراش في قانون الأحوال الشخصية السوري اشترطت المادة 129 منه² شروطا هي على التوالي: " أن يمضي على عقد الزواج أقل مدة الحمل، ألا يثبت عدم التلاقي بين الزوجين بصورة محسوسة، كما لو كان أحد الزوجين سجيناً أو غائبا في بلد بعيد أكثر من مدة الحمل..".

كما نص قانون الأحوال الشخصية الأردني³ بالمادة 157-ج منه على أنه: "لا تسمع تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم تلاقي بينها وبين زوجها من حين العقد، ولا لولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها أو الطلاق".
ومدة سنة قمرية هي التي اعتمدها بالمادة 322 منه ، وكذا فعل المشرع البحريني بالمادة 78 منه⁴.

ومما سبق عرضه من نصوص بعض التشريعات للدول العربية نخلص إلى أن تاريخ العقد هو المعتبر لحساب المدة التي ينتفي بها الحمل، وقُدّرت المدة بنحو السنة، وهي مدة نادرا ما يستمر فيها الحمل ببطن أمّه، ولاغرابة في هذا التشابه نظرا لإستمداد جل أحكامها في مايتعلق بالأحوال الشخصية من مجلة حقوق العائلة للدولة العثمانية و تأثرها بها⁵، لذلك، نؤكد أن مدة عشرة أشهر التي أخذ بها مشرعنا بالمادة 42 من قانون الأسرة هي الأنسب.

¹ - قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم: 51 لسنة 1984م

² - قانون الأحوال الشخصية السوري رقم: 59-1953، الصادر بتاريخ 07-09-1953.

³ - القانون الأردني للأحوال الشخصية رقم 36 لسنة 2010، ج ر عدد 5061 بتاريخ 17 أكتوبر 2010.

⁴ - قانون الأسرة لدولة البحرين رقم 19 لسنة 2009 ، ج ر عدد 2898، بتاريخ 04 جوان 2009.

⁵ - وهذا التشابه بين أحكام الأسرة في دول المشرق يظهر حتى في تسمية " الأحوال الشخصية " كقانون يُنظم أحكام الأسرة، والتي أول من أطلقها هو الأستاذ "محمد قدرى باشا"، أنظر: عمر سليمان الأشقر، مرجع سابق، ص.12.=

ج - شرط أجل التمسك بالملاعة:

في غياب نصوص شرعية تحدد وقت نفي الحمل، فإن الفقه الإسلامي اختلف بشأنه؛ فاشتراط الإمام مالك أنه متى لم ينفه وهو حمل لم يجز له أن ينفه بعد الولادة بلعان، وقال الشافعي إذا علم الزوج بالحمل فأمكنه الحاكم من اللعان فلم يلاعن لم يكن له أن ينفه بعد الولادة. وقال أبو حنيفة: لا ينفى الولد حتى تضع. وكذلك ما قرب من الولادة ولم يؤقت في ذلك وقتا، ووقت صاحباه أبو يوسف ومحمد فقالا: له أن ينفه بين أربعين ليلة من وقت الولادة¹. وهي مدة تعادل مدة النفاس.

ولم نجد في ما إطلعنا عليه من تشريعات الدول العربية، ومنها قانون الأسرة الجزائري، أجلا محددًا للتمسك بنفي الحمل إذا وقع خارج مدته الشرعية فيما عدا تشريع مملكة البحرين، إذ حددت المادة 78 من قانون الأسرة البحريني أجل "سبعة أيام من الولادة أو العلم بها بشرط عدم إقراره صراحة أو ضمنا".

وإذا كانت المحكمة العليا تستوجب نفي النسب بطريق اللعان فقط²، فإن الممارسة القضائية لم تخل من بعض الإرتباك من الناحية الإجرائية فيما تعلق مرده غياب نص صريح يبين المدة التي ينبغي فيها التمسك بإجراء اللعان.

= رغم أن محمد زيد الأبياني يُشكك في صحة نسبتها إليه في شرحه لمؤلف الأستاذ محمد قدرى باشا " الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية، ج1، دار السلام للنشر والطباعة والتوزيع، مصر، ط1، 2006، ص.14. وهي بالمناسبة تسمية لا نرى أنها صالحة لإعتبارين على الأقل، الأول أنها مجرد تأثر بالتشريعات الغربية التي تقسم المعاملات (القانون المدني) إلى أحوال شخصية وأحوال عينية، ونحن في غنى عنها لخصوصية أحكام الأسرة المستمدة من الشريعة الإسلامية، والثاني هو أن الحالة بمفهوم "statut" لا وجود لها في موروثنا الإصطلاحي الشرعي على اعتبار أن الشريعة الإسلامية هي المصدر الموضوعي لقانون الأسرة. ورفضنا لمصطلح "أحوال شخصية لا يعني تأييدنا لمصطلح "قانون الأسرة" الذي تبناه المشرع الجزائري، باعتبار أن مصطلح "قانون العائلة" هو مانراه شاملا لموضوعاته، فمثلا بعضا من المعنيين بأحكام المواريث والمحرمات من النساء، وغيرهم. وإن كانوا من أفراد العائلة، إلا أن الأسرة لا تستغرقهم بالضرورة.

¹ - ابن رشد، مرجع سابق، ص. 138-139.

² - محكمة عليا، غ أش، 15-06-1999، ملف رقم 222674، الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد 2001، خاص، ص.88.

فمن ناحية الأجل الذي ينبغي تمسك الزوج خلاله باللعان، تردّد موقف المحكمة العليا بين الإشارة إلى مدة أسماها المهلة القريبة المقررة شرعا¹، إلى تحديدها بمدة يوم واحد من بعد علمه بالحمل أو الوضع أو رؤية الزنا²، إلى تحديدها بمدة لا تتجاوز أسبوع فقط من يوم رؤية الزنا، أو من يوم العلم بالحمل، إلى إعتداد مدة 08 أيام من يوم العلم بالحمل أو رؤية الزنا³.

مع أننا نرى أن مدة الثمانية أيام من الولادة أو العلم بها هي الأحوط و التي تُمكن من استخلاص قرينة قبوله بالولد خلال تقيده للتهاني حتى بعد يوم كامل من أسبوع العقيدة المتعارف عليه دون اعتراضه. ولا نقصد بهذا إلزام القاضي بها خاصة عند استخلاص قرائن تُفيد بأسبقية تقبله للولد كشرائه لأغراض المولود ونحو ذلك. وينتج من الشرح الذي سبق أن الاستعانة بمدة الحمل بحديدها الأدنى والأقصى أمر لا غنى عنه لتقرير ثبوت النسب أو نفيه.

ثانيا : أن يتصور الحمل من الزوج عادة .

لا يكفي وقوع الحمل خلال المدة الشرعية، بل ينبغي أن يُتصور الحمل عادة من الزوج ، و يكون ذلك أساسا بتمتعته بأهلية الزواج ، كبلوغ الزوج اثني عشرة سنة أو بلوغه عشر سنوات. وعلى ذلك ؛ لا يلحق الولد بالزوج إن كان دون التاسعة من عمره، كما لا يُلحق بالمجبوب (وهو مقطوع الذكر)⁴.

¹ - المجلس الأعلى، غ أش، 19-11-1984، ملف رقم 34046، المجلة القضائية، 1990، ص.67.
² - المجلس الأعلى، غ أش، 25-02-1985، ملف رقم 35934، المجلة القضائية، 1989، عدد 01 ، ص.84.
³ - محكمة عليا، غ أش، 20-10-1998، ملف 204821، الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية 2001، عدد خاص، ص.84.
⁴ - أشرف عبد الرازق ويح، مرجع سابق، ص.48.

و بصرف النظر عن عامل السن الذي تتحدد به أهلية الزواج ، لم تشترط معظم القوانين المقارنة ضرورة أن يتصور الحمل من الزوج عادة بالرغم من أهمية هذا الشرط¹ ولم تُعط له إهتماماً شأنها في ذلك شأن المشرع الجزائري كما مر بنا. بعكس قانون الأحوال الشخصية الكويتي قد أخذ ببعض تلك العيوب التي لا يتصور معها الحمل إذ تنص المادة 168 منه على أنه: "لا يثبت النسب من الرجل إذا ثبت أنه غير مخصب، أو لا يمكن أن يأتي منه الولد لمانع خلقي أو مرض، وللمحكمة عند النزاع في ذلك أن تستعين بأهل الخبرة من المسلمين"².

ولا يكفي في ذلك إستحداث شهادة الطبيب كشرط للزواج³، لأن محررها لا يمكنه الإمتناع عن إبرام العقد في حال ما إذا تأكد له بعض الأمراض الخلقية ، والتي قد تكون مانعا من الإنجاب، وذلك لعدم اعتبارها معفية من عبء إثبات عدم امكانية وقوع الحمل طبيًا.

كما أن الشهادة الطبية قبل الزواج التي اشترطها المشرع الجزائري لا تتضمن ما يؤكد صراحة أن الأمراض الخلقية التي تحول دون تحقيق الغرض من الزواج تعتبر من قبيل تلك الأخطار، واكتفى بالتتويه على فحص السوابق الوراثية قصد الكشف عن بعض العيوب و/أو القابلية للإصابة ببعض الأمراض⁴. كتحديد فصيلة الدم: ABO+rhesus وإمكانية الإصابة بداء الحميراء⁵.

¹ - وقد أتينا على ذكر بعضها في الجزئية السابقة.

² - قانون الأحوال الشخصية لدولة الكويت الصادر بموجب قانون رقم 51-1984 .

³ - أنظر المرسوم التنفيذي رقم: 06-154 المؤرخ في: 11 ماي 2006 المتضمن تحديد شروط و كفاءات تطبيق أحكام المادة 07 مكرر من قانون الأسرة 11-84 المتعلق بقانون الأسرة المعدل.

⁴ - المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 06-154 المؤرخ في 11 ماي 2006 المتضمن تحديد شروط و كفاءات تطبيق أحكام المادة 07 مكرر من قانون الأسرة سابق الذكر.

⁵ - أنظر نموذج الشهادة الطبية ما قبل الزواج الملحق بالمرسوم التنفيذي سابق الذكر.

وقد يتبادر للذهن أن تحديد السن القانونية للزواج بـ 19 سنة من المشرع¹ تشكل قرينة كافية عن إمكانية الإنجاب، و الحال أن سن الرشد تلك لا تفي وحدها بالأمر، فقد يعتري الزوج بعض العوامل التي يتعدّر معها الإنجاب وهو ما يتعارض مع أغراض الزواج.

لذلك فقد أغفل المشرع الجزائري اشتراط ضرورة أن يُتصور الحمل من الزوج عادة وكان جديرا إدراج هذا الشرط. خاصة أن مجرد إشتراط الشهادة الطبية قبل الزواج وفقا للمادة 07 مكرر من قانون الأسرة الجزائري دون إلزام محرر عقد الزواج بالإمتناع عن ابرام العقد في حالة وجود أمراض أو عوامل تشكل خطرا يتعارض مع الزواج² لا يضمن عدم وقوع مثل هذا النزاع. وهو ما أكده المرسوم التنفيذي الصادر بشأن تطبيق ذات النص أي المادة 07 مكرر، وذلك بالمادة السابعة منه³.

ثالثا : إمكانية تلاقي الزوجين بعد العقد (ما تصير به المرأة فراشا) .

لم يختلف فقهاء المسلمين على إمكان التلاقي بين الزوجين كأحد شروط ثبوت النسب بالفراش، إلا أنهم اختلفوا حول مدلول هذا الإمكان. وبعبارة أخرى، ما تصير به الزوجة فراشا على ثلاثة أقوال:

القول الأول: وهو لأبي حنيفة فقال من وقت العقد، ويرون ثبوت الفراش بمجرد العقد على الزوجة، ولا يشترط إمكان الدخول مادام الدخول متصور عقلا. وهذه الحجة قائمة على اعتبار عقد النكاح قائما مقام الماء، وأن المراد بالفراش الزوجة⁴.

¹ - تنص المادة 7 من قانون الأسرة على أنه: " تكتمل أهلية الرجل و المرأة في الزواج بتمام 19 سنة ".

² - من أهداف عقد الزواج هو "...المحافظة على الأنساب" حسب نص المادة 04 من قانون الأسرة الجزائري.

³ - أنظر المرسوم التنفيذي رقم:06-154 سابق الذكر.

⁴ - أنظر: محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص:705 ابن رشد، مرجع سابق، ص.139.

وتطبيقا لذلك: إذا ما أتت الزوجة بولد لأدنى مدة الحمل من حين العقد، يثبت نسبه من الزوج، كما لو تزوج رجل في المشرق بامرأة في المغرب، فأنت بولد، يثبت النسب وإن لم يوجد الدخول حقيقة¹.

القول الثاني: وهو لجمهور الفقهاء من غير الأحناف، ويرون ثبوت الفراش بعقد الزواج مع إمكان الدخول الحقيقي بها، أي مع إمكان الوطء. فهم يعتبرون في ذلك من وقت الدخول لا مجرد إمكانه². وهو لابن تيمية وابن القيم، والجعفرية، ويرون ثبوت الفراش بعقد الزواج الصحيح مع الدخول المحقق لا إمكانه المشكوك فيه³. وعللوا ذلك بقولهم كيف تصير المرأة فراشا ولم يدخل بها الزوج؟ وكيف تأتي الشريعة بإلحاق نسب من لم يدخل بامرأته ولا اجتمع بها لمجرد إمكان ذلك؟ وهذا الإمكان قد يقطع بانتفائه عادة، فلا تصير المرأة فراشا إلا بدخول حقيقي⁴.

وما نرجّحه من قولٍ إنما هو قول الجمهور الذي لم يشترط الدخول المحقق مع عقد الزواج، وإنما اكتفى بإمكان الدخول عادة، حيث إن الأنساب يحتاط فيها، واعتبار مجرد الإمكان يناسب هذا الاحتياط. وحسنا فعل المشرع الجزائري لما أخذ به.

فعلى الرغم من تصريح المشرع بأن النسب يثبت بالزواج في المادة 40 في فقرتها الأولى من قانون الأسرة؛ إلا أنه اكتفى بمجرد امكانية الإتصال وعدم نفيه بالطرق المشروعة وذلك بنص المادة التي تليها إذ تنص المادة 41 على أنه " ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الإتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة".

¹ - موجود في حاشية ابن عابدين، ج 2، ص.247؛ مقتبس عن: بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص. 499؛ ابن رشد، مرجع سابق، ص.139.

² - ابن رشد، مرجع سابق، ص.139.

³ - أشرف عبد الرازق ويح، مرجع سابق، ص.61.

⁴ - أشرف عبد الرازق ويح، مرجع سابق، ص.61.

وبذلك لم يجعل مجرد العقد موجبا لثبوت النسب، في المقابل أنه لم يشترط لثبوته الدخول الفعلي الحقيقي.

واتخذت المحكمة العليا هذا الموقف حينما أيدت قضاة الإستئناف لما " طبقوا قاعدة الولد للفراش وأسسوا قراراهم على أن العارض لم يقدم الدليل لإثبات غيابه الدائم عن البيت الزوجية وتذكرة الطائفة لا تثبت ذلك..، بالإضافة إلى ذلك وطبقا لأحكام المادتين 40 و 41 من قانون الأسرة فيثبت النسب بالزواج الصحيح وينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا ولم ينفه بالطرق المشروعة..."¹.

وعن هذا الشرط في قانون الأحوال الشخصية المصري تنص المادة 15 منه² على أنه "لا تسمع عند الإنكار، دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها من حين العقد".

لذلك يرى بعض الفقه ، وهو مُحقٌ في ما ذهب إليه، أن نظام عدم سماع الدعوى يؤدي وفقا لهذا النص: إلى منع الأم من التقاضي وسماع أدلتها في إثبات الحق، ولكن دون أن يؤدي إلى نفي النسب أو ثبوته . و هذا يوضح أن نظام عدم سماع الدعوى عند إنكار النسب يقوم على قرينة قاطعة، مفادها أن الزوج ليس هو الأب، استناد إلى عدم التلاقي، فتكون الزوجة غير محقة في دعواها³.

وبذلك يكون المشرع قد حقق ما يهدف إليه نظام عدم سماع دعوى النسب عند الإنكار، وهو رد تحايل و تزوير بعض النسوة اللاتي ساءت أخلاقهن و فسدت ذممهن.

¹ - محكمة عليا، بتاريخ 20-10-1998، ملف رقم 204821، مجلة الإحتهاد القضائي لغرفة الاحوال الشخصية 2001، عدد خاص، ص. 83- 84.

² - المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 م .

³ - أشرف عبد الرازق ويح، مرجع سابق، ص.62.

وإذا كان الزواج الصحيح يثبت به النسب على أي حال ما توافرت شروطه، فإن ما لم يقد منه على شكل صحيح ككناح الشبهة والنكاح الفاسد يثبت أيضا به النسب وهو ما سنتناوله في المطلب الموالي.

المطلب الثاني

ثبوت النسب بالنكاح الفاسد والوطء بشبهة في الشريعة والقانون الوضعي

تثار مسألة مدى صحة ثبوت النسب الولد الناجم عن النكاح الفاسد والنكاح بشبهة، وكثيرا ما يقتزن الكلام عن الوطء بشبهة مع الكلام عن النكاح الفاسد، فإذا كان النسب يثبت بالزواج الصحيح، فإنه يثبت أحيانا ككناح الشبهة يترتب عنه أيضا ثبوت النسب (الفرع الأول) والنكاح الفاسد الذي تخلف عنه أحد موجبات قيامه بالشكل السليم (الفرع الثاني).

الفرع الأول

إثبات النسب بنكاح الشبهة

في بادئ الأمر لابد من تعريف الشبهة (أولا)، قبل أن نجيب عن السؤال : إلى أي مدى يأخذ الوطء بشبهة حكم الزواج الصحيح في حق ثبوت النسب؟ (ثانيا). وذلك فيما يلي.

أولا : تعريف الوطء بشبهة .

الشبهة لغة: قال ابن منظور: والشبهة: الالتباس. وأمور مشتبهة ومشبهة: مُشكَّلةٌ يُشبه بعضها بعضا. وشبَّهَ عليه: خلط عليه الأمر حتى اشتبه بغيره¹.

¹ - ابن منظور، مرجع سابق، ج 8، ص 17.

أما الاصطلاح: نكاح الشبهة هو كما عرفه البعض: "نكاح صحيح من حيث المبدأ ثم يتبين أنه اشتمل على خطأ أو مانع"¹، وهو "نكاح يقع خطأ بسبب غلط يقع فيه الشخص" حسب تعبير البعض الآخر².

فالمقصود بشبهة الزواج: "كل معاشرة بين رجل وامرأة ليست زواجا شرعيا صحيحا وليست زنا حتى توجب الحد"³. فالشبهة إذن هي مالم يُتقين كونه حراما أوحلالا، أو ما جهل تحليله على الحقيقة وتحريمه على الحقيقة. وهي بشكل أعم ما يشبه الثابت وليس بثابت⁴.

(مزيد من الشرح والفقہ المقارن وتعليق عن القضاء) تعريف الباحث؟

والشبهة في الزواج موضوع اضطربت فيه الأقدام الفقهاء لكن وجدنا أن أحسن من من خرج منها بنتيجة واضحة هو الإمام محمد أبو زهرة⁵ وبدى له أن "الدخول في النكاح غير الصحيح قد يكون بشبهة قوية تمحو الجريمة، أي لا يوصف الفعل بأنه زنى، وقد يكون الدخول بشبهة ليست قوية، ولكنها تُسقط الحد فقط من غير أن يُمحي 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".
و منه قسم الدخول في العقد غير الصحيح: أولا إلى دخول من غير شبهة تؤثر في الوصف أو الحد، كانهدام الأهلية أو الصيغة عند الحنفية، ومن ثم فلا شبهة عقد لانهدام العقد صورة وحكما.

¹ - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومه، 2009، ص.104.

² - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، د. م. ج.، 1999، ص. 196.

³ - أشرف عبد الرازق ويح، مرجع سابق، ص.56.

⁴ - أشرف عبد الرازق ويح، المرجع السابق، ص.56.

⁵ - محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، د ت ط، ص.176.

والقسم الثاني دخول مع شبهة اشتباه(فعل) كدخول مجوسي أسلم حديثا على من عقد عليها وهي من إحدى المحرمات على التأييد مع توفر باقي شروط الزواج، لعدم علمه بذلك عند الصحابين(لأبي حنيفة).

والقسم الأخير يمحي الوصف ويسقط الحد عند وجود شبهة قوية كنكاح المحرمات بالتأقيت، فشبهة المحل ثابتة فيهن، لأن الأصل فيهن الحل والتحرير لأمر عارض¹. و نحن نسير مع الحنفية إذ قسموا الشبهة إلى أقسام ثلاثة ، شبهة الملك (أوشبهة الحل أو المحل)، و شبهة اشتباه (أو شبهة فعل)، و شبهة عقد عند أبي حنيفة وحده². لكننا نصلح في هذا التقسيم الثلاثي المصطلحات التالية:

- شبهة في ال حكم ؛ كما لو جهل الزوج حكما من أحكام الزواج و نشأ عنه

الدخول بالمرأة، كوطء المطلقة ثلاثا من مطلقها وهي في عدتها عن جهل³.

- وشبهة في العقد؛ كالعقد على امرأة وبعد الدخول تبين أنها من المحرمات،

وكثيرا ما يضرب الفقهاء أمثلة لهذا بمن يعقد على امرأة دون رؤية سابقة وتُزف إليه ثانية⁴.

- وشبهة في الفعل؛ كما لو دخل شخص على امرأة ظانا منه أنها زوجته، ثم تبين

أنها غير زوجته⁵.

إنّ كلامنا عن الوطاء في معرض الكلام عن النكاح ، مردّه أن النكاح على

حد تعبير البعض " حقيقة في العقد ومجاز في الوطاء "⁶.

¹ - محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص. 179-180.

² - محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص. 176.

³ - محمد محدة، الأحكام الأساسية في الأحوال الشخصية، دار الشهاب، باتنة، د ت ط، ج 01، ص. 187.

⁴ - محمد محدة، مرجع سابق، ص. 187.

⁵ - بلحاج العربي، الوجيز، مرجع سابق، ص. 196.

⁶ - عبد الرحمان شميلة الأهدل، الأنكحة الفاسدة-دراسة فقهية مقارنة، منشورات المكتبة الدولية، الرياض-مكتبة الخافقين، دمشق، 1983، ص. 339.

ثانيا : مدى ثبوت النسب بنكاح الشبهة .

لقد اختلف الفقهاء في ثبوت النسب في الوطء بشبهة من الفاعل، حيث ذهب الجمهور إلى أن الوطء بشبهة يثبت به النسب، لأن ثبوت النسب هنا إنما جاء من جهة الظن من الواطئ، بخلاف الزنا فلا ظن فيه. و على هذا، فإذا وطئ امرأة لا زوج لها بشبهة منه، كأن يظنها زوجته أو أمته، فأنت بولد بعد مضي ستة أشهر فأكثر من وقت الوطء، ثبت نسبه منه.

و هناك قول لأبي بكر من الحنابلة أنه لا يلحق به النسب، و كذا قول كمال الدين ابن همام من الأحناف حسب ما ذكره الإمام محمد أبو زهرة¹.
و الراجح هو رأي جمهور الفقهاء القائل بثبوت النسب في الوطء بشبهة لاعتقاد الواطئ حلُّ ذلك الوطء، و للاحتياط في ثبوت النسب كما في النكاح الفاسد الذي سنتكلم عنه بعد قليل.

و تأثراً بالشريعة الإسلامية، رتب المشرع الجزائري ثبوت النسب بنكاح الشبهة لما جعل من بين الطرق التي يثبت بها النسب طبقاً للمادة 40 من قانون الأسرة الجزائري نكاح الشبهة.

والمحكمة العليا تسير أيضا في هذا الإتجاه حينما قضت بأن "الطاعن أثبت خلال مراحل النزاع أن زوجته كانت في عصمة زوج آخر بموجب عقد في 02-11-1981، ولم تطلق منه وكان جاهلا هذه الحالة.

حيث اعتمادا على أحكام الشريعة الإسلامية التي تنص على أن المحصنة تحرم على الزوج الثاني وأن هذا الزواج يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت

¹ - محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص.179.

النسب...¹ وانتهى البعض بصدد التطرق لنكاح الشبهة إلى أنه إذا تزوج رجل بمعتدة، فإن كانا عالمين بالتحريم وعدم انتهاء العدة ووطنها فهما زانيان ولا يلحقه نسب، وإن كانا جاهلين بالعدة أو التحريم ثبت النسب، وإن علم بالتحريم دونها فلا يلحقه النسب، وإن علمت هي دونه فالنسب لاحق به².

و الحقيقة أن الحكم على مدى اعتبار واقعة الدخول كالزواج الفاسد أو كالزواج الباطل، هو سبب اختلاف الفقهاء حول ثبوت النسب بالدخول بالشبهة، وما ينشأ عنه من آثار أخرى من غير النسب³.

بعد وقوفنا على نكاح الشبهة بقي لنا أن ندرس مصير النسب الناتج عن النكاح الفاسد؟

الفرع الثاني

النكاح الفاسد

إن عدم صحة الزواج بسبب فساده لا يُلغي عنه كل الآثار، إذ يثبت النسب بواقعة الدخول، فما هو تعريف النكاح الفاسد (أولاً)، وما هو الفرق بين الفساد كسبب موجب لعدم صحة النكاح و الشبهة؟ (ثانياً).

أولاً : تعريف الزواج الفاسد .

الزواج أو النكاح الفاسد، هو الذي تخلف فيه شرط من شروط الصحة بعداستيفائه لأركانها و شروط انعقاده. كالزواج بغير شهود عند من يشترط الشهادة، والزواج المؤقت، وزواج أخت مطلقة طلاقاً بائناً في عدتها لأنه مختلف في حرمة، وكتزوجه

¹ - محكمة عليا، غ أ ش، 24-02-1986، ملف رقم 39362، (غير منشور)، نقلا عن: بلحاج العربي، قانون الأسرة معلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة، د.م.ج، 2007، ط02، ص.133.

² - عبد الرحمن شميلة الأهدل، مرجع، ص.246 و 257.

³ - بلحاج العربي، الوجيز في شرح...، مرجع سابق، ص.197.

بامرأة محرمة عليه بسبب الرضاع وهو لا يعلم بحرمتها بناء على إخبار الناس ثم ظهر بعد الدخول أنها محرمة¹.

واعتبر البعض هذا النوع الأخير من النكاح بالمحرمات بالتأقيت من قبيل نكاح الشبهة في الحل (يسمى كذلك شبهة في المحل) لأن الأصل فيهن الحل، والتحرير إنما هو لأمر عارض².

ثانيا : الشبهة والفساد: تباين في المعنى وإتفاق في أثرهما على النسب .

من المواضيع التي اختلف فيها الفقه الإسلامي كثيرا وتضاربت حولها الآراء، هو أسباب الشبهة والفساد والتمييز بينهما، وفي الحقيقة أن محلية المرأة للزواج تُعدّ من بين أهم مظاهر صعوبة التمييز بين الشبهة والفساد، ومرد ذلك هو إختلاف الفقهاء حتى في المذهب الواحد حول طبيعة شرط حلّية المرأة للزواج هل هو شرط صحة أو شرط انعقاد، فقد يقول قائل: لقد ذكر الفقهاء أن حل المرأة للرجل شرط صحة مع أن ذلك محل العقد، وقد كان من المعقول أن يكون ذلك شرط انعقاد لا شرط صحة، لأن شروط الانعقاد إن تخلفت لم يكت للعقد وجود وشروط الصحة إن تخلفت يكون العقد موجودا ولكن فاسدا³.

وأن الجواب عن ذلك الإعتراض هو أن التفرقة بين شرط الإنعقاد وشرط الصحة لها جدواها بالنسبة لعقود المعاملات المالية، لأن المذهب الحنفي يُقرر فيها تفرقة

¹ - محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص.339.

² - محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص.180.

³ - محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص.86-87.

جوهرية بين الباطل من العقود والفاقد، وأنه إن تخلف شرط الانعقاد كان العقد باطلا لوجود له، وإن تخلف شرط الصحة كان له وجود، ولكنه يكون فاسدا¹.

و لعلّ هذا هو الموقف الذي أخذه المشرع الجزائري بعد تعديله للمادة 9 في فقرتها الأولى من قانون الأسرة الجزائري حينما إكتفى بشرط وحيد لإنعقاد عقد الزواج (أي ركنا) هو صيغته المتمثلة في تبادل رضا الزوجين، وجعل غيرها - ومن ضمنها انعدام الموانع الأهلية- مجرد شروط.

وقد ورد بالمادة 40 من قانون الأسرة المعدلة أن النسب يثبت بكل زواج تم فسخه قبل الدخول طبقا للمواد 32-33-34 من قانون الأسرة . وثبتت بعض آثار الزواج بعد الدخول (ومنها النسب) هي فقط إحدى سمات الزواج الفاسد² والذي لايزال المشرع الجزائري يُعَنُونُ به الفصل الثالث "النكاح الباطل والفاقد" من الباب الأول "الزواج" من الكتاب الأول "الزواج وانحلاله" من قانون الأسرة الجزائري.

ومن مراجعة أحكام المواد سالفة الذكر نجد أن المادتين 34 و 2/33 وحدهما اللتان تنصان على فسخ عقد الزواج بعد الدخول. ويترتب عليه ثبوت النسب والإستبراء أما المادة 32 المعدلة فتقرر البطلان إذا اشتمل العقد على مانع أو على شرط ينافيه، وليس بها أي ذكر للفسخ.

كما أن المادة 33 منه تقرر البطلان أيضا في الفقرة الأولى كلما اختل ركن الرضا، وليس بها فسخ بعد الدخول. و هو ما يدعو للإعتقاد بما ذهب إليه البعض من أن الإحالة هكذا بالجُملة فيه خلط³.

والمشرع نص في المادة 40 من قانون الأسرة على أنه يثبت النسب بكل نكاح تم فسخه بعد الدخول. وعليه، فإن المشرع الجزائري لا يعترف بثبوت النسب في حالة

¹ - محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص. 87.

² - عبد العزيز، سعد مرجع سابق، ص. 102.

³ - عبد العزيز سعد ، المرجع السابق، ص. 102.

الفرقة قبل الدخول¹. وموقف المحكمة العليا في هذا الصدد منسجم مع الأحكام القانونية. ففي قرار لها صرحت بما يلي: ".كما أن إثبات النسب يقع التسامح فيه ما أمكن، لأنه من حقوق الله فيثبت حتى مع الشك و في الأنكحة الفاسدة طبقا لقاعدة إحياء الولد..."². وما تجدر الإشارة إليه هو أن المشرع الجزائري لم يُضمن نصوص قانون الأسرة مُصطلحي "الفساد" و"الشبهة" وإن كان قَصَدَهُمَا، فضلا عن عدم الإشارة لتسوية آثارهما قياسا بالزواج الصحيح إذا ما توافرت شروطه.

ولم يتوان الفقه في تأكيد ثبوت النسب رغم الفرقة بين الزوجين، وذلك إذا ما توافرت شروطه المقررة في الزواج الصحيح من دخول بالمرأة، وأن يمضي على الزواج الفاسد أقل مدة الحمل وهي ستة أشهر من تاريخ الدخول وأقصاها بالنسبة للزواج الفاسد والتي تحسب من تاريخ التفريق بين الزوجين، فإن جاءت بالولد قبل مضي عشرة أشهر اعتبارا من يوم التفريق ثبت نسبه من أبويه³.

و معظم تشريعات الأحوال الشخصية المقارنة نصّت على إعطاء الزواج الفاسد نفس آثار الزواج الصحيح بالنسبة للنسب، وذلك مثل تنصيص القانون الأردني للأحوال الشخصية بالمادة 158 منه على أنه "يثبت نسب المولود في العقد الفاسد أو الوطء بشبهة إذا ولد لأقل مدة الحمل من تاريخ الدخول أو الوطء بشبهة"⁴.

كما سوى القانون الكويتي بين الوطء بشبهة والزواج الفاسد في ثبوت النسب من كل منهما، وهو ما يتضح كذلك من نص المادة 172 من قانون الأحوال الشخصية، التي

¹ - بلحاج العربي، الوجيز..، مرجع سابق، ص.196.

² - محكمة عليا، غ أ ش، 15-12-1998، ملف رقم 202430، الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص.77.

³ - مقتبس عن: بلحاج العربي، الوجيز..، مرجع سابق، ص.195.

⁴ - المادة 158 من قانون الأحوال الشخصية الأردني.

تنص على أنه: "يثبت نسب الولد من الرجل في الزواج الفاسد أو الدخول بشبهة إذا ولد لستة أشهر قمرية فأكثر من تاريخ الدخول الحقيقي" ¹.

وهذه الإشارة للتسوية بين آثار الزواج الصحيح من جهة و النكاح الفاسد والوطء بشبهة من جهة أخرى من قبل تشريعات الأسرة المقارنة بالدول العربية جديرة بالاتباع من قبل المشرع الجزائري تأكيدا لحق الولد في النسب والذي يُعدُّ إحياءً له .

وفي مصر، قضت محكمة النقض بأن "من الأصول المقررة في الشريعة الإسلامية، وعلى ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة أن (الولد للفراش) وفرع الفقهاء على هذا الأصل: أن النسب يثبت بالفراش الصحيح، وهو الزواج الصحيح وملك اليمين و ما يلحق به، وهو المخالطة بناء على عقد فاسد، أو بالدعوة في وطء بشبهة" ². ويتضح مما سبق أن النسب يثبت في الزواج الفاسد والوطء بشبهة إذا جاءت المرأة بالولد في مدة الحمل

ما سبق الكلام عنه حتى الآن إذن هو ثبوت النسب بالزواج صحيحا كان أو غير صحيح، وبقي الكلام عن أدلة تقليدية أخرى لطالما تم اعتمادهما في النسب فما هي؟ وما موقف القانون والشريعة منها؟

المبحث الثاني

إثبات النسب بالأدلة التقليدية من غير الزواج والوطء

رغم أن الشريعة الإسلامية هي المصدر الموضوعي لجل لتشريعات الأسرة العربية، إلا أن عدم توحيد تشريعاتها جعل من دراسة الأحكام الشرعية لأدلة الإثبات المتعلقة بالنسب (الخارجة عن النكاح و نحوه) أمر لا بد منه من جهة التأصيل.

¹ - أشرف عبد الرزاق ويح، مرجع سابق، ص.59.

² - نقض مدني، 04-02-1976م، رقم 11 لسنة 44، مجموعة النقض المدنية، السنة 27، عدد 01، ص.389.

و من أجل فهم الأحكام من مصادرها الكلية سواء ما تعلق منها بالبينة أو الإقرار
المجمع على اعتمادها (المطلب الأول)، والتي أخذت بها جُل تشريعات الأحوال
الشخصية العربية الحديثة، أو بالنسبة لما اقتصر اعتماده في الفقه الإسلامي القديم ونقصد
بذلك تحديداً القيافة والقرعة واليمين التي اختلفت في جواز اللجوء إليها عند الحاجة،
وهي أدلة تشترك في كون التشريعات الحديثة لا تعترف بها (المطلب الثاني).

المطلب الأول

إثبات النسب بالأدلة التقليدية المتفق على شرعية اعتمادها

بعد تطرقنا لموقف القانون من الأدلة المتفق عليها وكذا موقف الشريعة من
شروط الفراش الصحيح و النكاح غير الصحيح الذي يثبت به النسب، نتعرض في هذا
المطلب للبينة أو شهادة الشهود (الفرع الأول). و الإقرار بالنسب (الفرع الثاني) ، فما
المقصود بهما، وبأية شروط تستقيم؟

الفرع الأول

إثبات النسب بالبينة .

لم يشكك أحدا من الفقهاء على مشروعية الشهادة والعمل بها، وأنها وسيلة من
وسائل إثبات النسب، لكونها تبين الحق وتظهره، لكن من اللازم تعريفها (أولاً)،
وتعداد شروطها (ثانياً) باعتبارها من أهم أدلة ثبوت النسب.

أولا : تعريف البينة .

للبيّنة تعريف في اللغة و آخر لا يختلف كثيرا عنه في اصطلاح الفقهاء.

أما لغة: فالأصل في الشهادة :الإخبار-إخبار الشخص-بما شاهده¹.

وفي الإصطلاح: فالشهادة هي المقصود بها البينة الشرعية في إثبات النسب، ويرى البعض أن البينة اشمل وهي الدليل بوجه عام، إذ أن البينة هي كل ما يُبين الحق ويُظهره².

وقد نصت المادة 40 من قانون الأسرة على أنه:"يثبت النسب...بالبينة"، لذا يتبادر

إلى الذهن التساؤل حول ماالمقصود بالبينة؟ هل يقصد بها المعنى الواسع أم المعنى

الضيق؟ بعبارة أدق، هل تعني البينة شهادة الشهود على نحو ما كان يقصد به شهادة

الشهود بالمادة 333 من القانون المدني بعد التعديل بالقانون رقم 05-10 المعدل والمتمم³

والتي كان المصطلح المستعمل فيها قبله "البينة"، أم هي الدليل بوجه عام والذي يشمل كافة وسائل الإثبات؟.

والسبب في ذلك الجدل حول معناها هو أن شهادة الشهود شكلت في السابق وسيلة

الإثبات الأهم، وهذا ما أثار خلطا بين المصطلحي دليل الإثبات بوجه عام والشهادة⁴.

¹ - ابن منظور ، مرجع سابق، ج:08، ص.152.

² - بندر بن فهد السويلم، البصمة الوراثية وأثرها في النسب، مجلة العدل، عدد37، محرم1429هـ، ص:124. وذكر في هذا أن ابن قيم الجوزية يعتبرها: اسم لكل ما يبين الحق ويُظهره، ومن خصّها بالشاهدين أو الأربعة أو الشاهد لم يُوفّ مُسمّاها حقه". أنظر: بندر بن فهد السويلم ، مرجع سابق، ص.124.

³ - الصادر بتاريخ 20 جوان 2005 المعدل و المتمم للأمر 75-58 المتعلق بالقانون المدني، ج ر عدد 44 بتاريخ: 2005-06-26.

⁴ - (Gh) 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 .

وأنكر البعض¹ في معرض مناقشة الأدلة العلمية لإثبات النسب الإعتداد بالمفهوم الضيق. فلا يمكن تضيق نص المادة 40 من قانون الأسرة التي تعتبر البينة بمفهومها الواسع تصلح دليلا لإثبات النسب.

و قد يعزز المعنى العام للبينة أن النص الفرنسي للمادة 40 من قانون الأسرة يستعمل مصطلح " la preuve " مع محافظة المشرع على صيغتها بعد مراجعة قانون الأسرة، في حين إستبدل مفهوم البينة بـ"شهادة الشهود" بالمادة 333 القانون المدني الجزائري .

و قد إتضح لنا الموقف أنه حتى وإن كان المشرع لا يقصد بالبينة في إثبات النسب إلا المعنى الضيق إلا إنه كان في وسع القضاء الإلتكاء على المعنى الواسع في الدليل العلمي ولو في ظل النص القديم، رغم أن رأي من يعتقد بالمعنى الواسع للبينة بالمادة 40 من قانون الأسرة هو أيضا محل نقاش من جهة أن المشرع بدلا من أن يضبط معناها كما فعل في المادة 333 من القانون المدني (وكان في وسعه ذلك)، فإنه بدلا من ذلك عزز أدلة إثبات النسب بالأدلة العلمية للإثبات ضمن الفقرة الثانية التي استحدثها بنفس المادة 40² ما يؤكد أن مصطلح البينة لا يستغرقها. أي أن المعنى هو المعنى الضيق "شهادة الشهود".

ثانيا : شروط الإثبات بالبينة .

على اعتبار أن البينة هي "شهادة الشهود" فشروطها، فضلا عن البلوغ و العقل والإستقامة، وهو التعدد والجنس، لكن اختلف في عدد الشهود وجنسهم كما يلي³:

¹ - (Gh) LAHLOU-KHIAR, op.cit, p.51 .

² - تضمنت الفقرة الثانية -المستحدثة- من المادة 40 من قانون أسرة على أنه "...يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب".

³ - أشرف عبد الرازق ويح، مرجع سابق، ص.72.

يثبت النسب بشهادة رجلين إجماعاً للرجل بأن هذا الولد ابنه، ووجه ذلك أن النسب ليس بمال ولا يقصد به المال، وهو مما يطلع عليه الرجال غالباً، فلم يكن للنساء في شهادته مدخل كالحدود و القصاص¹.

واختلف الفقهاء في إثبات النسب بشهادة رجل وامرأتين؛ فذهب جمهور الفقهاء إلى أن النسب لا يثبت بشهادة رجل وامرأتين²، وذهب الحنفية إلى أنه لا تقبل شهادتهن إلا مع الرجال³. وحثهم في ذلك: أن ما يقبل فيه شاهدان أو شاهد وامرأتان، هو كل ما سوى الحدود والقصاص، لعموم قوله تعالى: "وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ"⁴.

والرأي الراجح هو ما قال به ابن رشد⁵، وهو رأي الحنفية، لأن النساء تقبل شهادتهن في الولادة وعيوب النساء بالإجماع، فأولى أن تُقبل شهادتهن في إثبات النسب، للاحتياط في ثبوته.

هذا، وقد استثنى الفقهاء الشهادة على النسب من الأصل المقرر في الشهادة، وهو أنه لا بد من أن تكون الشهادة عند معاينة المشهود أو سماعه فقالوا: يجوز على سبيل الاستحسان الشهادة على النسب، وإن لم ير الشاهد ما يشهد به أو لم يسمعه بنفسه⁶ متى أخبره من يثق به، وهو ما يقول به الفقه الإسلامي الحديث من أنه لثبوت النسب

¹ - محمود محمد حسن، النسب وأحكامه في الشريعة الإسلامية والقانون الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، 1990، ص.90.

² - راجع بشأن هذا الإختلاف، ابن رشد، مرجع سابق، ص.550.

³ - علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء-أصل بدائع الصنائع، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، طبعة 2003؛ ص.586.

⁴ - سورة البقرة، الآية 281.

⁵ - ابن رشد، مرجع سابق، ص.550.

⁶ - ابن عبد البر القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، ج3، مطبعة حسان، القاهرة، 1979، ص.214.

بالتسامح لا بد من أن يشتهر بين الناس أنه فلان بن فلان، وأن يكونوا جميعهم ثقةً ولا يمكن تواطؤهم على الكذب¹.

وحجتهم في ذلك فضلا على أن هذه الأمور مما لا يطلع على أسبابها إلا الخواص من النساء، أنه قد يتعلق بها أحكام تبقى على مدى الزمان كالإرث والنسب، فإذا لم تجز فيهما الشهادة بالتسامح، أدى ذلك إلى الحرج وتعطيل الأحكام².
ومما سبق عرضه، نرى أن البيئة بالتسامح مقبولة شرعا ماشتهرت بين الناس ولم يُقدح في صدقيتهم. فقاعدة إحياء الولد تقتضي الإعتماد على الشهادة بالتسامح مادام أصحابها ثقةً وتقبل في ذلك ما ذهب إليه الحنفية شهادة النساء مع الرجل الواحد. قياسا على الشهادة في المعاملات المالية. ومهما يكن من أمر فإنه إذا كان مشرعنا قد إختار بالبيئة شهادة الشهود، تعيّن بيان شروط الشهود، عددهم، وجنسهم... ونحوها من أحكام. وإذا كان قد أثرت في القانون الجزائي المقصود بالبيئة وشروطها، فيثار مثلها في غيره من القوانين المقارنة للدول العربية والتي لم تولي، حسب إطلاعنا، أحكام شهادة الشهود في إثبات النسب نصيبا في التنظيم والتنصيب³ إلا ما ندر على غرار ما إعتد قانون الأسرة القطري، فيما عدا قانون الأسرة القطري⁴ الذي تناولها في ثلاث مواد فاشترط بالمادة 95 لثبوت النسب بالشهادة، شهادة رجل أو رجل وامرأتين، كما قبل بموجب المادة 94 منه لإثبات الولادة شهادة الواحد العدل المسلم ذكرا أو أنثى، كما أجازت المادة 93 منه شهادة التسامح. وهي أحكام لم تخرج عن ما أقره الفقه الإسلامي بشأن شروط قبول الشهادة في مسائل النسب، وبحكم استمداد أغلب

¹ - عائشة سلطان ابراهيم المرزوقي، مرجع سابق، ص.67.

² - أشرف عبد الرازق ويح، مرجع سابق، ص.74-75.

³ - المادة 157 من قانون الأحوال الشخصية الأردني، والإماراتي بالمادة 89 وما يليها من قانون الأحوال الشخصية، ولم يتطرق لها القانون الكويتي للأحوال الشخصية لا من قريب ولا من بعيد في المواد 166-175 المتعلقة بالنسب.

⁴ - قانون رقم: 22-2006 المتضمن لقانون الأسرة لدولة قطر.

التشريعات العربية للأحوال الشخصية أحكامها من الشريعة الإسلامية، فإنه من المناسب إعتادها كضوابط الأخذ بالبينة أو شهادة الشهود في مادة النسب لا مجرد الإحالة إلى أحكامها بالجملة بالنظر لما في المسألة من إختلافات فقهية..

و يلاحظ أن البينة بعد الفراش الصحيح أقوى حجة وسبيل لإثبات النسب، فالبينة أقوى من الإقرار عند التعارض معه من حيث الإثبات لعدم اقتضاءها التصديق خلافا للإقرار¹. فالثابت بها من الأسباب أقوى من الثابت بالإقرار الذي سنتطرق الآن .

الفرع الثاني

الإقرار كدليل عن النسب

ويقتضي الأمر تعريف الإقرار (أولاً)، وعرض شروطه الشرعية للإعتداد به (ثانياً).

أولاً : تعريف الإقرار .

الإقرار لغة : هو الإذعان للحق والإعتراف به. ويُقال قرره عليه، وقرره بالحق غيره حتى أقر².

أما في الإصطلاح : فتعددت تعريفاته حتى في المذهب الواحد، فمنها ما ورد عند بعض الحنفية³ وبعض الشافعية أن الإقرار هو: "إخبار الشخص بحق عليه لغيره"⁴. كما عرفه المالكية، أنه: "خبر يوجب حكم صدقه على قائله فقط بلفظه لفظ نائبه"⁵.

¹ - محمد محدة ، مرجع سابق، ص.106.

² - ابن منظور، مرجع سابق، ج:12، ص.65.

³ محمد امين بن عابدين، حاشية بن عابدين، دار الفكر، بيروت، ج2، ص.195.

⁴ - الشربيني، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج:02، ص.259.

⁵ - علي بن نصر المالكي، المعونة على مذهب عالم المدينة ، بيروت، ج 02 ، ص.210، مقتبس عن: علي خليفة الكعبي، مرجع سابق، ص.318.

وقد عرفت المادة 341 من القانون المدني الإقرار بأنه: "اعتراف الخصم بواقعة قانونية مدعى بها عليه، وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة"، هذه المادة تناولت في الحقيقة الإقرار القضائي بصدد نزاع قائم. وقد انتقد هذا التعريف من جهة أن محل الإقرار ليس بالضرورة واقعة "قانونية". لذا تم تعريفها كما يلي: "الإقرار تصريح يقر به شخص بثبوت واقعة في حقه من شأنها أن تحدث ضده آثار قانونية"¹.

وعلى هذا، فالإقرار بالنسب يعني إخبار الإنسان-المقر- بوجود قرابة معينة فيما 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 بالنسب²، وكان هذا الإقرار متضمنا للإخبار عن وجود قرابة معينة بينهما. أما إذا أقر شخص بأخ أو أخت، فإنه قد حمل نسبه إلى أبيه، وهذه صورة للإقرار بالنسب على الغير³. ولفظة الإقرار بالنسب في أصلها كانت تطلق على حمل النسب على الغير فقط، واستعملت أخيرا للجمع بين الإقرار بالنسب على النفس أو على الغير معا⁴.

ثانيا : شروط صحة الإقرار لإثبات النسب.

كما سبقت الإشارة في الجزئية السابقة أن هناك صورتين لثبوت النسب بالإقرار تختلف حسب جهة المقر، هما إما إقرار بالنسب على النفس بالأبوة أو الإستلحاق بأنه ادعاء المدعي أنه أب لغيره، و بالمثل يكون الإقرار بالبنوة والأمومة.

¹ - غوتي بن ملحمة، قواعد و طرق الإثبات و مباشرتها في النظام القانوني الجزائري، الديوان الوطني للأشغال العمومية، 2001، ص.74.

² - أشرف عبد الرازق ويح، مرجع سابق، ص.65-66.

³ - عائشة المرزوقي، مرجع سابق، ص.54.

⁴ - محمد محدة، مرجع سابق، ص.182.

و أما الإقرار بنسبٍ محمولٍ على الغير فلا يقر الشخص فيه بالنسب للنفس ، ولا ينتسب هو إلى غيره، وإنما شخص ثالث يحمل نسبه على غيره. كأن يقول الرجل أن فلانا أخوه أو عمه.

أ - أن يكون المقر له مجهول النسب:

أي "لا يعرف له أب". فإن كان له أب معروف لا يثبت نسبه من المقر، لأن النسب إذا تأكد ثبوته من شخص لا يقبل الإبطال.

وفي ذلك يقول ابن قدامة: "فإن كان المقر له بالنسب معروف النسب لم يصح الإقرار، لأنه يقطع نسب الثابت من غيره، وقد لعن النبي صلى الله عليه وسلم من انتسب إلى غير أبيه أو تولى غير مواليه"¹.

وقد أكد قانون الأسرة الجزائري هذا الشرط من خلال المادة 44 منه حينما نص على أنه: "يثبت النسب بالإقرار بالبنوة، أو الأبوة، أو الأمومة لمجهول النسب". فلا يجاب مدعي الأبوة لدعواه بالإستلحاق على من هو معلوم نسبه، لأن المادة صريحة في هذا الشأن، فلا يجوز انتقال النسب متى تأكد إلى غيره.

وقانون الأحوال الشخصية الكويتي، أكد هذا الشرط في نص المادة 173 منه بأن: "إقرار الرجل ببنوة مجهول النسب ولوفي مرض الموت". كما جعل قانون الأسرة البحريني بالمادة 82 من الشروط التي بها يثبت النسب بالإقرار أن يكون المقر له مجهول النسب. وهو مذهب المشرع السوري في قانون الاحوال الشخصية في ما يتعلق بالإقرار بالبنوة بالمادة 134 وفي الإقرار بالأبوة أو الامومة بالمادة 135 منه. وإشترط النصوص السابقة وغيرها جهالة نسب المقر به منطقي، فلا يجوز إذن أن يتم الإقرار بالنسب لمن هو معلوم نسبه، لأن النسب هنا ثابت للغير قبل هذا الإقرار.

¹ - ابن قدامة، المغني، عالم الكتب، بيروت، (د ت ن)، ج05، ص.184.

ب - أن يُحتمل صدقه عادة:

ويعني هذا الشرط، أن يكون المقر به يحتمل أن يولد لمثله، حتى يكون الإقرار معقولا ومقبولا¹.

أما إذا كان لا يمكن ولا يتصور أن يولد مثل المقر له لمثل المقر، فإن الإقرار لا يقبل، لكونه كاذبا. فإذا كان فارق السن بين المقر والمقر به مدة قليلة كسنوات قليلة فلا تسمح بقبول وجود علاقة أبوة أو بنوة بينهما.

والمشرع الجزائري من خلال المادة 44 اشترط لثبوت النسب بالإقرار: "أن يُصدقه

العقل والعادة". فلا يقبل العقل كون المقر في سن تقارب سن المقر له بالنسب، ومن باب أولى إذا كان هذا الأخير يكبره سنا. كما يمكن للعادة أن تكذب المقر، وذلك كأن يدعي شخص بنوة شخص آخر من بلد أجنبي لم يسافر إليه، أو من جنس غير جنسه.

كما أكدت المادة 173 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي ذلك إذ نصت على أنه:

"...يثبت به النسب إن لم يكذبه العقل أو العادة". وكذا المشرع البحريني في المادة 82 من قانون الأسرة " أن يكون المقر بالغا، عاقلا، وأن يكون فارق السن بين المقر و المقر له يحتمل صدق الإقرار". واشترط قانون الأحوال الشخصية السوري، في المادتين 134 و 135 لثبوت الإقرار أن يحتمل "...فرق السن بينهما " ذلك. سواء كان إقرارا بالبنوة ، بالأبوة أو بالأمومة.

ولعله يمكن للقاضي الإستناد على قرينة الإنجاب بالسن القانونية للزواج² على بساطتها وقابلية إثبات عكسها خاصة مع الإعتراف بالزواج العرفي الجائر تثبيته بسجلات الحالة المدنية عقب استصدار حكم بتثبيته³.

¹ - أشرف عبد الرازق ويح، مرجع سابق، ص.66.

² - حددت المادة 7 من قانون الأسرة الجزائري سن الزواج ب19 بالنسبة للرجل والمرأة وهي سن متأخرة نسبيا.

³ - تطبقا للمادة 22 من قانون الأسرة الجزائري.

ج - أن لايقول المقر أنه ولده من الزنا:

وهذا الشرط لم يقل به أي تشريع، لكن الأصل أن المقر لا يلزم ببيان السبب باستثناء المالكية فيذهبون إلى وجوب بيان السبب إذا كان ظاهر الحال يكذبه (كالعقم)¹. أما إذا قال بأنه من الزنا فلا يثبت بذلك نسب، لأن الزنا لا يصلح سببا للنسب، لحديث النبي صلى الله عليه وسلم "الولد للفراش وللعاهر الحجر"، أي للعاهر الخيبة والحرمان ؛ حرمانه الولد الذي يدّعيه². ومن جهة أخرى لأن النسب نعمة، فلا تتولد النعمة من النعمة، والزنا جريمة منكرة، فلا تكون سببا في نعمة النسب.

د - أن يصادق المقر له المقر على إقراره:

وعند الحنفية أن هذا التصديق يكون إذا كان المقر له أهلا للتصديق، بأن كان بالغاً³، لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر، فلا تتعداه إلى غيره إلا ببينة أو تصديق. أما إذا كان المقر له طفلاً غير مميز ثبت نسبه بالإقرار من غير حاجة إلى التصديق، لأنه ليس أهلاً للتصديق، وفي ثبوت نسبه من المقر مصلحة له، فلا يتوقف على التصديق، و إذا ما كبر المقر له، بأن صار مميزاً أو بالغاً وكذب المقر في إقراره، لم يسمع ذلك منه، ولا ينتقض نسبه، لأن النسب بعد ثبوته لا يقبل الفسخ. ويرى البعض أنه إذا أقام المقر بيينة بتكذيب الإقرار ثبت النسب بالبينة لا بالإقرار⁴.

¹ - محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص.716.

² - يقول ابن حجر: وفي قوله "وللعاهر الحجر" أي للزاني الخيبة والحرمان، أي للزاني الخيبة... ومعنى الخيبة هنا: حرمان الولد الذي يدعيه. وقيل المراد بالحجر هنا: أن يُرجم. قال النووي: وهو ضعيف، لأن الرجم مختص بالمحصن، ولأنه لا يلزم من رجمه نفي الولد. راجع في هذا: ابن حجر العسقلاني، فتح الباري...، مرجع سابق، ص.525.

³ - علاء الدين السمرقندي، مرجع سابق، ص.491.

⁴ - محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص.717.

ويشترط في الإقرار المحمول على الغير ما يسري على الإقرار بالنسب على النفس السابق ذكرها، لكنه لا يسري على المقر إلا بتصديقه حسب المادة 45 من قانون الأسرة التي تنص على أن: "الإقرار في غير البنوة والأبوة، والأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه".

يتضح لنا جليا أن الإقرار بالنسب على الغير لا يملكه المقر، ولا يلزم غيره إلا بالتصديق له، أما عن آثاره فهي منصرفة إلى المُصدّق دون غيره من الأقارب، ومن ثم عند تصديق أحدهم على إقرار بالأخوة لا يثبت له نسب، ولا يشارك بقية الإخوة في الميراث، ولا يكون له حق في النفقة عند العجز أو الفقر. و أكدت المادة 173 من قانون الاحوال الشخصية الكويتي أنه: " لا يشترط تصديق المقر له إلا إذا كان مكلفا " ما يعني راشدا ومعنيا بالخطاب الشرعي والاحكام الشرعية. و زاد قانون الأسرة البحريني في المادة 82: " أن يتم تصديق المقر له هذا الإقرار متى كان بالغاً عاقلاً"¹. ولم ينص على سن يتحدد بها البلوغ بالنسبة للرجل وبالنسبة للمرأة فتُعد صغيرة من هي دون 16 سنة بمفهوم المخالفة للمادة 18 منه.

كما نصت المادة 135 القانون الأحوال الشخصية السوري، على أن: "إقرار مجهول النسب بالأبوة أو بالأمومة يثبت به النسب إذا صادقه المقر له...".

ولعل مراعاة شروط المصدق من بلوغ وعقل مردّه التآثر الواضح للنصوص سألقة الذكر بالمذهب الحنفي الذي يراعي أهلية المقر له لأجل قبول تصديقه، والحال أن ثبوت النسب دائماً فيه مصلحة سواء كان المقر له غير مميز أو بعد رشاده.

أما الإقرار الذي فيه تحميل النسب على الغير، فلا يثبت به النسب في القانون الكويتي للأحوال الشخصية حسب المادة 175 منه² لا بتصديق من المقر له ولا بتأكيده،

¹ - أنظر: المادتين 77 و 82 من قانون الأسرة البحريني.

² - أنظر: المادتين 173 و 175 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي .

وهو توجّه غريب لا يتماشى مع قاعدة "إحياء الولد" ومع مجمل قوانين الاحوال الشخصية المقارنة النافذة التي تم الإطلاع عليها.

هـ - أن لا ينازعه في إقراره منازع:

يشترط لصحة إقرار المقر أن لا ينازعه في إقراره منازع، لأنه إذا نازعه فيه غيره تعارضاً، فلم يكن إلحاق نسب الولد بأحدهما أولى من الآخر بمجرد الإقرار، فلا بد من بينة تثبت نسب أحدهما دون الآخر¹.

فإن لم تكن لهما بينة يُنظر للمرجح. فإن وُجد، حكم لصاحبه. فإن لم يوجد نسب إليهما عند الحنفية كالحقوق المالية، ويُنسب عند الجعفرية، إن لم تكن لهما بينة يقرع بينهما وُحُكْمٌ بِنَسْبِهِ لِمَنْ خَرَجَتْ الْقَرَعَةُ لَهُ².

و - شرط شرعية الزواج:

حسب البعض³، هناك شرط ثالث يجب توافره لإثبات النسب بطريق الإقرار لم يذكره المشرع صراحة إلا أنه يمكن استنتاجه من قصد المشرع، ومن عموم المبادئ العامة وهو شرط وجوب أن يكون الطفل محل الإقرار ناتجاً عن زواج شرعي صحيح بين رجل وامرأة.

لكن، و إن كنا نفر هذه الملاحظة، فإننا نعتقد أنها لا تطابق حالة الإقرار بالأمومة التي لا خلاف عند الحنفية من أن إقرارها المجرد بالولادة من الزنا لا يكفي، بل لابد من

1 - أشرف عبد الرازق ويح، مرجع سابق، ص.68.

2 - محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص.716.

3 - عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص.104.

إثبات ولادتها له¹. كما يشترط في جواز الأمومة أن لا تكون له أم معروفة، و أن تكون خالية من الأزواج وعدّتهم².

و قانون الأحوال الشخصية الكويتي، نص في المادة 173 منه إقرار الرجل ببنة مجهول النسب أن لا يقول أنه من زنا .

لكن نرى أنه للخروج من هذا الجدل بنتيجة، فإنه يجب التمييز بين أمرين، الأول وهو حالة إقرار الأم المجرّد وإقرارها كصورة للإقرار المحمول على الغير. ففي الحالة الأولى، فإن النسب ثابت للولد لجهة أمه ولو أتت منه بزنا. ولا مانع من إقرارها بالأمومة و لا مانع من أمومتها له أن تقر بأنه ابنها من غير زواج شرعي لأن ولد الزنا يثبت نسبه من أمه بطبيعة الحال³. وقد نصت المادة 174 قانون الأحوال الشخصية الكويتي لصحة هذا الإقرار أن: "يثبت نسب الولد من لأم بإقرارها، متى توافرت شروط إقرار الرجل بالولد، ولم تكن متزوجة، أو معتدة وقت ولادته...". و هذا هو موقف القضاء الجزائري إذ صدر عن المجلس الأعلى، بأن: "ابن الزنا لا ينتسب إلا لأمه"⁴.

والحالة الثانية، وهي إقرار الأم بأمومتها في إطار الزوجية، وهذا يحتاج إقرار مماثلا من الزوج. أمّا المادة 77 من قانون الأسرة البحريني في هذا الصدد فنصت على أنه: "متى توفر الإيجاب والقبول برضا الولي وظهر الحمل فإنه يثبت هذا النسب بإقرار الزوجين".

1 - محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص.718.

2 - حسب الراجح من المذهب الحنفي أنظر: بلحاج العربي، الوجيز...، مرجع سابق، ص.202.

3 - محمد محدة، مرجع سابق، ص.183.

4 - المجلس الأعلى، غ أ ش، 17 ديسمبر 1984، ملف رقم 35087، المجلة القضائية، 1990، عدد 01، ص.86.

وهو الحكم الذي اختاره المشرع السوري في قانون الأحوال الشخصية في المادة 134 في فقرتها الثانية بنصها على أنه: "إذا كان المقر امرأة متزوجة أو معتدة، لا يثبت نسب الولد من زوجها إلا بمصادقته أو بالبينة".

أما قانون الأسرة البحريني فنصت المادة 77 منه في هذا الصدد على أنه: "متى توفر الإيجاب والقبول برضا الولي وظهر الحمل فإنه يثبت هذا النسب بإقرار الزوجين، وإذا أنكر الزوج أن الحمل منه يلجأ إلى الوسائل الشرعية للإثبات".

وحسنا فعل المشرع الجزائري في المادة 45 من قانون الأسرة إذ عمم عبارة عدم سريان الإقرار: "...على غير المقر إلا بتصديقه"، ليشمل الإقرار في غير البنوة والأبوة، والأمومة. فلا يسري إقرار الزوجة- حسب عموم هذا النص- على زوجها إلا بتصديقه لأن القول بخلاف ذلك، معناه امكانية تحميل الزوج و هو "غير مقر" نسب إبنها. وهذا يُخالف القواعد الشرعية لإثبات النسب.

هذا، ولا ينبغي أن يلتبس أمر الإقرار بصورتيه مع التبني الذي تمنعه الشريعة¹ والقانون بالمادة 46 من قانون الأسرة الجزائري². هذا الأخير الذي قد يقع على معلوم النسب أو مجهوله بعكس نظام الكفالة الذي تقر به أحكام قانون الأسرة بالمادة 119 منه شريطة أن يحتفظ المكفول بنسبه المعلوم. فضلا على أن التبني هو تصرف منشئ للنسب.

¹ - حيث يقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "من ادعى الى غير أبيه وهو يعلم أنه غير أبيه فالجنة عليه حرام"، الإمام مسلم، صحيح مسلم، كتاب الفرائض، باب من ادعى إلى غير أبيه، ط 4، دار الكتب العلمية، بيروت، ص. 1368؛ وقال تعالى في كتابه العزيز: "وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَانِكُمْ أَبْنَانَكُمْ ذَلِكَ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ، أُدْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَائَهُمْ فَاِخْوَانَكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ" الآية: 05 من سورة الأحزاب.

² - تنص المادة من قانون الاسرة الجزائري 46 بأنه: "يمنع التبني شرعا وقانونا".

إن من يفتش في المبعثر من النصوص المتعلقة بهذا الجانب يقف باستغراب حينما يطالع المرسوم التنفيذي رقم 92-24¹ المعدل والمتمم للمرسوم رقم 71-157 المتعلقين بتغيير اللقب²، إذ أضيفت بموجبه فقرة ثانية للمادة الأولى المتعلقة بإجراء تغيير اللقب كالتالي: "...كما يمكن أن يتقدم الشخص الذي كفل قانونا في إطار الكفالة ولدا قاصرا مجهول النسب من الأب، أن يتقدم بطلب تغيير اللقب باسم هذا الولد ولفائدته، وذلك قصد مطابقة لقب الولد المكفول بلقب الوصي، وعندما تكون أم الولد القاصر معلومة وعلى قيد الحياة، فينبغي أن ترفق موافقتها المقدمة في شكل عقد شرعي بالطلب".

يعتبر هذا التوجه من المشرع غريبا من جهتين على الأقل، الأولى وتتعلق بمجانبته الصواب في ما يتعلق بإضفاء لقب الكفيل على المكفول؛ لأن ذلك لا يفسر إلا تبنيًا يحصل بموجبه المتبني على كافة حقوق الولد الشرعي، وما يؤدي ذلك من احتمال زواج المتبني بمن لا تجوز له والعكس، فضلا عن إدخاله وارثا بين قوم لا يجوز له الدخول معهم لولا هذا الإدعاء، وهذا جانب موضوعي. "وهذا أمر لا يمكن قبوله من الناحية القانونية والشرعية"³.

والثاني، وهو جانب إجرائي يتعلق بإهدار مبدأ التدرج التشريعي بأن خالفت أحكام المرسوم 92-24 أحكام قانون الأسرة في مادته 46 والتي كانت غاية في الصراحة بتحريمها للتبني. لذا يحسنُ بالمشرع الجزائري تلافي هذا التناقض الذي قد يكون مصدرا لشرعنة التبني وإختلاط الأنساب. "فليس من المفهوم كذلك ان تأتي الأحكام الواردة في ذلك المرسوم، الصادر عن السلطة التنفيذية، مخالفة للأحكام الواردة في المادة 64 من

¹ - المرسوم التنفيذي رقم : 92-24، مؤرخ في 13-01-1992، المعدل و المتمم للمرسوم المتعلق بتغيير اللقب، ج ر عدد05، لسنة1992، ص.138-139.

² - مرسوم رقم: 71-157 المؤرخ في 03-06-1971، يتعلق بتغيير اللقب، صادر بتاريخ 13-06-1971، ج ر عدد47، الصادرة بتاريخ 11 جوان 1971، ص.758.

³ - بن شويخ الرشيد، الطرق القانونية والشرعية لثبوت النسب، م ع ق إ، كلية الحقوق، تلمسان، 2005، عدد3، ص.47.

قانون الحالة المدنية، وفي المادتين 64 و 120 من قانون الأسرة الصادرة عن السلطة التشريعية". ومن ثم سيؤدي إلى اندثار الحق في الإسم (العائلي)¹.

وإذا كان البعض² يرى أن الإقرار بالنسب أضعف من الشهادة، لأنه يقوم على شهادة واحد بخلاف القيمة الإثباتية للإقرار، فإنه في باقي المواد المدنية فهو سيد الأدلة ومعفي من الإثبات. رغم أن المحكمة العليا جعلت من الإقرار بمفهوم المادة 341 من قانون المدني لا يطبق "في قضايا الحالة التي يحكمها قانون خاص هو قانون الأسرة.... وفي حالة ثبوته يغني عن أي دليل آخر"³. وهو ما ندعمه إذا ما أكدت البيئة ماتم الإقرار به ثم التراجع عنه، وذلك إحياءً للولد.

إن ما تم دراسته من أدلة النسب إلى حد الآن هي أدلة تتصف بأنها جائز إعتماها في النسب باتفاق، لكن هناك بعض الأدلة التي اختلفت في صلاحية إثبات النسب بها وعدم تبنيها من تشريعات الأسرة البلدان العربية والإسلامية. لكن لا يعني ذلك انعدام أهميتها من الناحية النظرية وهي ما سنتناوله في الجزية الموالية.

المطلب الثاني

أدلة إثبات النسب المختلف في إعتماها

ليست كل أدلة إثبات النسب محل إجماع على إمكانية إعتماها في التدليل على النسب، بل إن بعضها مختلف في مدى قيمتها في الإثبات، وتتمثل في القيافة (الفرع الأول)، والقرعة (الفرع الثاني)، واليمين (الفرع الثالث)،.

¹ - تشوارجيلالي، تغيير اللقب...، مرجع سابق؛ ص. 17؛ تشوار حميدو زكية، الحق في الإسم في القانون الجزائري، م ع ق إ، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2008، عدد 6. ص 150 .

² - أشرف عبد الرازق ويح، مرجع سابق، ص. 70.

³ - محكمة عليا، غ أش، 15-12-1998، ملف رقم: 202430، الإجتهد القضائي للمحكمة العليا، عدد خاص، ص. 80-79.

و لأن هذه الأدلة ليس لها ما يقابلها في القانون فسنكتفي بدراستها من الوجهة الشرعية فقط. وسنعمد على الإستفاضة قليلا في القيافة ل حاجتنا إليها لاحقا بصدد الكلام على الدليل العلمي لأنها أقرب إليه في القياس.

الفرع الأول

إثبات النسب بالقيافة.

بما أن القيمة الإثباتية للقيافة عالية عند العرب في جاهليتهم، ولهم موقف من نتائجها يكاد يكون قطعي في نسب الطفل ، فإنّ الشريعة الإسلامية لم تُهملها تمام الإهمال ونظرت إليها كبديل في بعض الحالات التي تنعدم فيها شهادة الشهود أو الإقرار. لذا فمن الأهمية التطرق إلى تعريف القيافة ومشروعيتها (أولا)، ثم لشروط العمل بها في إثبات النسب (ثانيا).

أولا : تعريف القيافة ومشروعيتها .

لا بد من تعريف القيافة (أ) ، ثم تبيان مدى مشروعية إعتماها في الأنساب(ب).

أ - تعريف القيافة :

- القيافة في اللغة، هي مصدر قَافَ بمعنى تتبع أثره ليعرفه، والقافة جمع قائف، وهو الذي يتتبع الآثار ويعرفها، ويعرف شبه الشخص بأبيه أو أخيه¹.
- القيافة اصطلاحا: فقد ورد لها عدة تعريفات، منها: "القيافة هي تتبع الآثار ومعرفتها، والنظر بفراصة في وجوه الشبه بين شخصين، لمعرفة أبينهما نسبة في البنوة أم لا"².

¹ - ابن منظور، مرجع سابق، ج12، مادة قوف، ص.220.

² - الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج، ج4، (د د ن)، (د ت ن)، ص.488.

والقيافة "هي اعتبار الأشباه لإلحاق الأنساب"¹.

والقائف، هو الذي يعرف النسب بفراسته، ونظره إلى أعضاء المولود"².

والقيافة نوعان، قيافة الأثر (القيافة) ، وهي تتبع آثار الأقدام و الأخفاف والحوافر في الطرقات، والنوع الثاني هو قيافة البشر و هي علم يبحث في كيفية الإستلال بهيئات أعضاء الشخصين على المشاركة والإتحاد في النسب والولادة وسائر أحوالهما³، وغني عن البيان أننا نريد المعنى الثاني للقيافة.

ولما نُقلب النظر في مجمل ما سبق من تعريفات، نجدتها متقاربة، ولا تبعد عن المعنى اللغوي، ومفادها أنها معرفة النسب عند الإشتباه بالفراسة والنظر وإلحاق النسب بأهله.

ب - مشروعية القيافة :

اختلف الفقهاء في مشروعية العمل بالقيافة على رأيين، ولأهمية القيافة كدليل يُقاس عليه الدليل العلمي، سنعرض لآراء الفقهاء ثم أدلتهم ومناقشتها، والرأي الراجح.

الرأي الأول، ويرى جواز إثبات النسب بالقيافة، والاعتماد عليها في ذلك عند التنازع وانعدام الدليل الأقوى منها، أو عند تعارض الأدلة الأقوى منها، وهذا يكون بناء على المعلومات والأمارات الظاهرة التي يعرفها القائف. وهذا الرأي من المالكية⁴، والشافعية⁵، والحنابلة⁶، والظاهرية، وهو مروى عن عدد من الصحابة .

¹ - نقي الدين أبي الفتح، عمدة الأحكام، مطبعة الشرق مصر، ج 4، ص37. مقتبس عن: أشرف عبد الرزاق ويح، مرجع سابق ، ص.88.

² - السيد علي الشريف الجرجاني، التعريفات، مكتبة لبنان، بيروت، 1959 ، ص:171. مقتبس عن عائشة سلطان ابراهيم المرزوقي، مرجع سابق، ص.74.

³ - عائشة سلطان ابراهيم المرزوقي، مرجع سابق، ص.75.

⁴ - ابن رشد، مرجع سابق، ص. 427.

⁵ - الخطيب الشربيني، مرجع سابق، ج2، ص479 .

⁶ - ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ، ج:02، دار الجيل، بيروت 1998، ص.273.

واستدل أصحاب هذا الرأي على جواز إثبات النسب بالقيافة بأدلة من السنة،
والإجماع والمعقول:
فمن السنة:

1- عن عائشة رضي الله عنها قالت: "دخل على رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم مسرورا فقال: يا عائشة، ألم تري أن مجزرا المدلجي دخل علي، فرأى أسامة وزيد وعليهما قطيفة قد غطيا رؤوسهما وبدت أقدامهما، فقال: إن هذه الأقدام بعضها من بعض"¹.

إن سروره صلى الله عليه وسلم إقرار منه بجواز العمل بالقيافة في إثبات النسب، حيث إن أسامة كان شديد السواد، ووالده زيد كان شديد البياض، فكان الناس آنذاك- في الجاهلية- يقدحون في نسب أسامة².

2 - عن هشام بن عروة عن أبيه عن زينب أبي سلمة عن أم سلمة قالت : جاءت أم سليم إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله، إن الله لا يستحي من الحق، فهل على المرأة من غسل إذا احتلمت؟ قال النبي صلى الله عليه وسلم: إذا رأت الماء، فغطت أم سلمة- تعنى وجهها- وقالت: يا رسول الله. و تحتلم المرأة؟ قال: نعم، تَرَبَّتْ يمينك، فيم يشبهها ولدها؟³.

ووجه الاستدلال أن الرسول صلى الله عليه وسلم اعتبر الشبه دليلا على النسب، وهذا معتمد القائف⁴.

أما احتجاجهم بالإجماع فقالوا: أن العمل بالقيافة قد ثبت عن عمر بن الخطاب، وعلى بن أبي طالب، وغيرهم من الصحابة رضي الله عنهم أجمعين، ولم يعرف لهم

1 - ابن حجر العسقلاني، مرجع سابق، باب القائف، ص. 549.

2 - أشرف عبد الرازق ويح، مرجع سابق، ص. 79.

3 - ابن حجر العسقلاني، مرجع سابق، كتاب العلم، ج 01، باب الحياء في العلم، ص. 308.

4 - أشرف عبد الرازق ويح، مرجع سابق، ص. 80.

مخالف، فكان إجماعاً. فقد ثبت أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كان يلحق أولاد الجاهلية بمن ادعاهم في الإسلام في حضور الصحابة دون إنكار منهم، وكان يدعو القافة ويعمل بقولهم. فدل هذا على جواز العمل بالقيافة¹.

أما احتجاجهم بالمعقول : فإن أصول الشرع وقواعده والقياس الصحيح يقتضي اعتبار الشبه في لحوق النسب، والشارع منشوف إلى اتصال الأنساب وعدم انقطاعها، ولهذا اكتفى في ثبوتها بأدنى الأسباب من شهادة المرأة الواحدة على الولادة، والدعوى المجردة مع الإمكان وظاهر الفراش، فلا يستبعد أن يكون الشبه خالي عن سبب مقاوم له كافياً في ثبوته².

أما الرأي الثاني، فيرى أنصاره أنه لا يثبت النسب بقول القافة. و هذا مذهب الحنفية³، و الزيدية، و الإمامية⁴.

واستدل أصحاب هذا الرأي الثاني (الحنفية) على أنه لا يثبت النسب بقول القافة بأدلة من السنة، والإجماع، والمعقول كما يلي:

من السنة: استدلوا بقوله صلى الله عليه وسلم: "الولد للفراش وللعاهر الحجر"⁵.
وجه الاستدلال عندهم: أن النسب يثبت للرجل عند الحنفية بثبوت سببه، وهو النكاح أو ملك اليمين، ولا يرجع عمل القائف إلى شيء من ذلك، وإنما يرجع إلى معرفة التخلق في الماء، وهو لا يثبت به النسب، حتى لو تيقن من هذا التخلق ولا فراش، فإن النسب لا يثبت.

¹ - مالك بن انس (الإمام)، الموطأ، كتاب الأفضية، باب إلحاق الولد بأبيه، مؤسسة الرسالة ، بيروت، 1991، ج4، ص.464.

² - ابن قيم الجوزية، مرجع سابق، ص.274.

³ - أبو بكر محمد بن أحمد السرخسي، المبسوط، ج17، دارالمعرفة، بيروت، 1989، ص.70.

⁴ - أحمد أبو جعفر (الطحاوي) ، شرح معاني الآثار، دار الكتب العلمية، بيروت، 2001، ط 01، ج03، ص.455 .

⁵ - ابن حجر العسقلاني، مرجع سابق، كتاب الفرائض، ج:13، باب الولد للفراش حرة كانت أو أمة، ص.520.

واستدلوا بحديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جاءه أعرابي فقال: إن امرأتي ولدت غلاما أسود، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: هل لك من إبل؟ قال: نعم، قال: "ما ألوانها؟" قال: حمر، قال: "فيها من أورك؟" قال: إن فيها لورقا، قال: "فأنى أتاها ذلك؟" قال: عسى أن يكون نزعه عرق، قال: "وهذا عسى أن يكون نزعه عرق"¹.

ووجه الاستدلال: أن النبي صلى الله عليه وسلم بين في هذا الحديث أنه لا عبرة بالشبه. وفي ذلك يقول ابن القيم على هذا الحديث: "إنما يعتبر الشبه هاهنا، لوجود الفراش الذي هو أقوى منه، كما في حديث ابن أمة زمعة. أما احتجاج الحنفية بالإجماع، فذكر السرخسي روي "أنه حملت جارية في ملك رجلين، فجاءت بولد على زمن عمر بن الخطاب رضي الله عنه إلى شريح: أنهما لبسا فلبس عليهما، و لو بينا لبين لهما، هو ابنهما يرثهما و يرثانه، وكان ذلك بمحضر من الصحابة، و لم ينقل أنه أنكر عليه منكر، فيكون إجماعاً"².

أما احتجاج الحنفية بالمعقول، فقد استدلوا بأكثر من وجه على عدم حجية القيافة، عددها الأستاذ أشرف عبد الرازق منها: "أن الله عز وجل شرع حكم اللعان بين الزوجين عند نفي النسب، و لم يأمر بالرجوع إلى قول القائف، فلو كان قوله حجة لأمر بالمصير إليه عند الاشتباه و عدم الدليل. كما أن الشبه لا يثبت بالقيافة، لأن الشرع حصر دليل النسب في الفراش، و غاية القيافة إثبات المخلوقية من الماء لا لإثبات الفراش، فلاتكون حجة لإثبات النسب. و أخيرا فإن العمل بالقيافة تعويل على مجرد الشبه، و قد يقع بين الأجانب وينتقي بين الأقارب"³.

¹ - ابن حجر العسقلاني، مرجع سابق، كتاب الحدود، ج:14، باب ما جاء في التعريض، ص.149.

² - السرخسي، مرجع سابق، ص.18 وما يليها.

³ - أنظر: أشرف عبد الرازق ويح، مرجع سابق، ص.84.

ومناقشةً لأدلة الرأي الأول من قبل المانعين، فنجد أن الأحناف قالو في حديث مجزر: أن القيافة من أمر الجاهلية كالكهانة و نحوها، وقد جاء الإسلام بإبطالها ومحو آثارها، قال تعالى: "أفحكم الجاهلية يبغون .."¹، كونه صلى الله عليه وسلم عن الإنكار على مجزر ليس تقريراً لفعله، واستبشاره إنما هو لإلزام الخصم الطاعن في نسب أسامة بما يقوله و يعتمده، فلا حجة في ذلك.

و يجاب عن ذلك، بأن القول بأن القيافة من أمور الجاهلية مطلقاً لا يسلم، فإن كثيراً من العادات و التقاليد الحسنة التي كانت في الجاهلية أقرها الإسلام، وبعد الإقرار بها من الشرع لم تبق من أمور الجاهلية²، بل أصبحت من الشريعة الغراء بقول الرسول صلى الله عليه وسلم وفعله وإقراره.

أما القول بأن الشارع الحكيم متشوف إلى اتصال الأنساب، معارض بتشوف الشارع الحكيم لإثبات الحقائق. فيجاب عن ذلك: بأنه لا يتجه إلى القيافة إلا بعد انعدام الأدلة المعرفة في الإثبات، وهذا أولى من عدم إلحاق الولد بأبٍ أو بإلحاقه بأبوين كما يقول الحنفية³.

أما عن مناقشة أدلة الرأي الثاني من قبل الجمهور، فإن الاستدلال بحديث "الولد للفراش" إنما يكون حجة فيما إذا علم الفراش الذي هو أقوى من الشبه، ومع عدمه يؤخذ بالقيافة للاحتياط في الأنساب. وفي هذا يقول ابن حجر في فتح الباري بصدد شرح "الولد للفراش" أنه: "استدل به هنا على أنّ القائف إنما يُعتمد في الشبه إذا لم يُعارضه ما هو أقوى منه، لأن الشارع لم يلتفت هنا إلى الشبه و التفت إليه في قصة

1 - سورة المائدة، من الآية 50.

2 - أشرف عبد الرازق وبيح، مرجع سابق، ص.84.

3 - أشرف عبد الرازق وبيح، مرجع سابق، ص.85.

زيد بن حارثة ، وكذا لم يحكم بالشبه في قصة الملاعنة، لأنه عارضه حكم أقوى منه، وهو مشروعية اللعان وفيه تخصيص لعموم الولد للفراش...¹.

أما الحديث الذي احتج به الحنفية على نفي القيافة، وفيه أن الرجل قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم: "إن امرأتي ولدت غلاما أسود"، لا يدل على مدعاهم. فعادة الناس التي فطرهم الله عليها هي اعتبار الشبه، فإن اختلف الشبه فيثور الشك في القلوب. وهذا الحديث يدل على اعتبار الشبه لا نفيه.

وقوله صلى الله عليه وسلم: "لعله نزع عرق" تأكيد للشبه واعتباره، لأنه قال بنزوع العرق الأول، ولذا فلا حجة للحنفية في هذا الحديث².

و قولهم بأن تشريع اللعان نفي للقيافة قول غير صحيح، لأن القيافة تكون عندما يستوي الفراشان، واللعان يكون لما يشاهده الزوج من زوجته، فهما بابان متباعدان. وبناء عليه، لا يصح للزوج أن يعرض ولد زوجته على القافة، وأن الولد يلحق صاحب الفراش ولو كان من الزنا بإقرار الزوج أو بإقرارهما، أو بقول القافة، ولا يقطع نسبه عنه إلا باللعان، فالفرق واضح بين وجود الفراش الصحيح وبين الفراشين. والقول بأن الغاية في القيافة إثبات المخلوقية من الماء، ولا اعتبار لها، لأن العبرة بالفراش. قول مردود، لأننا قد نحتاج إلى الاحتكام للماء، كما في وطء الشبهة أو تعارض أدلة الفراش.

وأخيرا، "فالقول بأن العمل بالقيافة تعويل على مجرد الشبه، وقد يقع بين الأجنب وينتفى بين الأقارب. فيجاب عنه: بنعم، لكن وجود الشبه بين الأجنب نادر

¹ - وأضاف: "ونقل عن الشافعي أنه قال: لقوله "الولد للفراش" معنيان، أحدهما هو له ما لم ينفه فإذا نفاه بما شرع له كاللعان انتفى عنه ، والثاني إذا تنازع رب الفراش والعاشر فالولد لرب الفراش. قلت: والثاني منطبق على خصوص الواقعة والأول أعم". (انتهى استطراد ابن حجر)، أنظر: ابن حجر العسقلاني، مرجع سابق، باب الولد للفراش حرة كانت أو أمة، ص. 524.

² - أشرف عبد الرازق ويح ، مرجع سابق، ص. 85.

وشاذ، وهو الذي أجرى الله سبحانه وتعالى به العادة، والأحكام إنما تبنى على الكثير الغالب لا على القليل النادر، والحكم بالقيافة هو حكم بالظن الغلب، الرأي الراجح ممن هم أهل الخبرة فيها، فجاز أخذنا برأيهم مثل أخذنا بقول الخبراء والمقومين¹.
والذي يراه الباحث بعد هذا العرض لآراء الفقهاء وذكر أدلتهم ومناقشتها وإمعان النظر فيها، هو الأخذ بالقيافة كدليل في النسب. ذلك أن من استبعدها كدليل عن النسب - وهم الأحناف - فنرى أن الاعتبار الذي دفعهم لرفض الأخذ بالقيافة في مجال النسب، هو أنها تقوم على شئ من الحدس والتخمين لا بالاستدلال و اليقين، غير أن هذا الاعتبار قد يفقد الدافع إليه في أيامنا الحالية والتي تشهد فتوحات علمية تهتم بوراثة الإنسان تتميز بالدقة العالية في إيجاد أوجه الشبه و الإختلاف بين بني البشر، لا بل بين أفراد كل صنف من الكائنات الحية.

ثانيا : ما يشترط في القيافة لإثبات النسب بها .

و نتعرض في هذا الفرع لشروط العمل بالقيافة (أ) لإثبات النسب، والشروط التي ترجع إلى القائف نفسه (ب) .

أ - شروط العمل بالقيافة في إثبات النسب .

يُشترط للعمل بالقيافة انعدام مانع شرعي من الإلحاق بالشبه ، ويترتب على ذلك أنه لو نفى نسب ولده من زوجته ، فإنه يلاعنها، و لا يلتفت إلى إثبات الشبه بقول القافة، لأن الله تعالى شرع إجراء اللعان بين الزوجين عند نفي النسب، و لإلغاء الشبه باللعان من باب تقديم أقوى الدليلين على أضعفهما². و كذلك لا يعتبر الشبه إذا تعارض

¹ - سفيان بن عمر بن بورقعة، مرجع سابق، ص.299.

² - ابن حجر العسقلاني، مرجع سابق، باب الولد للفراش حرة كانت أو أمة، مرجع سابق، ص.524.

مع الفراش، لقوله صلى الله عليه و سلم : "الولد للفراش واحتجبي عنه يا سودة"¹، فقد ألغى النبي صلى الله عليه وسلم الشبه وألحق النسب بزمعة صاحب الفراش.

كما يُشترط للجوء إلى قول القائف وجود تنازع في الولد، وعدم وجود دليل يقطع هذا التنازع. كما إذا ادعى شخصا ولدا صغيرا مجهول النسب، ذكرا كان أو أنثى، ولا بينة لأحدهما على ادعائه، أو كانت لهما بينتان متعارضتان، فإن الترجيح يكون بقول القافة².

وإلى ذلك ذهب المالكية والشافعية والحنابلة عند التنازع وعدم وجود الدليل الأقوى منها³. و كما إذا اشترك اثنان في وطء امرأة، فولدت ولدا يمكن أن يكون من كل منهما، وتنازعا - أي ادعاه كل منهما أو أحدهما - فإنه يعرض معهما على القافة فبأيهما ألحقته لحق به.

وبعكس المالكية، لم يشترط الشافعية تحقق حياة من يراد إثبات نسبه بالقيافة وحياة من يلحق به النسب واكتفوا بضرورة إنفاذ القاضي قول القائف، فلا يلزم قول القائف بناء على ذلك إلا بإمضاء القاضي له⁴.

ب - الشروط التي ترجع إلى القائف نفسه:

اشترط الفقه الإسلامي في القائف عدة شروط هي: الذكورة والحرية و العدالة لأنه يبنى على كلامه أحكام، ولم يشترط العدالة بعض العلماء⁵.

¹ - سبق تخريجه، أنظر ابن حجر العسقلاني، المرجع السابق، ص.520.

² - أشرف عبد الرازق ويح، مرجع سابق، ص.88.

³ - سبقت الإشارة إلى من قال بجواز إعتقاد القافة، أنظر أنفا. ص.220 و 221 من هذه الرسالة.

⁴ - الخطيب الشربيني، ج4، ص. 479.

⁵ - هذا الشرط في رواية عن مالك، كما اشترطها الشافعية والحنابلة لإعتبار القيافة بمثابة الحكم، أنظر: عائشة ابراهيم المرزوقي، مرجع سابق، ص.87.

كما اشترط فيه أن يكون مجرباً في الإصابة، أي معروفاً بخبرته بالقيافة، وقد جرب فيها فعلاً فثبتت خبرته، أي أنه لا يؤخذ بكلامه ابتداءً. وأن يكون مسلماً، وهذا الشرط مختلف فيه أيضاً، ولكن الأصح اشتراطه، لأنه أدعى للقبول وأبعد عن الكذب في حالة إثبات النسب لمسلم¹. أما شرط العدد فهو أن يكون القافة اثنين، لأن القافة كالشهادة، فاعتبر لها العدد². وأن يكونا سميعان بصيران³. وأخيراً، أن لا يجرب لنفسه بذلك نفعاً أو يدفع ضرراً، فلا يقبل قوله لأصوله وفروعه، ولا يقبل قوله على من بينه وبينه عداوة⁴.

فهذه مجمل الشروط التي اشترطها الفقهاء في القائف كي يقبل قوله، ويحكم بثبوت النسب بناء عليه، على اختلاف بينهم في كثير من هذه الشروط. ولسنا بصدد مناقشة كل شرط وبيان الراجح، إذ أن الخلاف في مثل ذلك أمر سهل، والمرجع في رفعه إلى الحاكم الشرعي عند الحكم، لأن حكم الحاكم يرفع الخلاف، والحاكم قد يرى الأخذ ببعض هذه الشروط أو لا يرى الأخذ بها في قضية من القضايا حسب ما يحفُّ القضية أو الحال من قرائن. وأخيراً نشير إلى أنه لا تعد القيافة وحدها دليلاً ظنياً على النسب بل أنه يمكن للقرعة أن تشكل عامل ترجيح بشأن إلحاق النسب. وسنتطرق في الفرع الموالي لأحكامها.

الفرع الثاني

ثبوت النسب بالقرعة.

الكلام عن القرعة كوسيلة لتحديد النسب يتطلب تعريفها (أولاً)، ثم مناقشة الاختلاف بشأن حجيتها في النسب (ثانياً).

1 - منصور البهوتي، منتهى الإرادات، عالم الكتب، بيروت، 1993، ط 01، ج 02، ص 479.

2 - ابن قدامة المقدسي، مرجع سابق، ج 05، ص 770.

3 - أشرف عبد الرازق ويح، مرجع سابق، ص 91.

4 - أشرف عبد الرازق ويح، مرجع سابق، ص 91.

أولاً : تعريف القرعة .

التعريف اللغوي للقرعة:

القرعة: السهمة، و المقارعة: المساهمة. و يقال اقترع القوم و تقارعوا و قارع بينهم¹. إذا حصل التساهم والإقتسام بطريق القرعة فيما بينهم. أما القرعة في اصطلاح: فالقرعة طريقة تعمل لتعيين ذات أو نصيب من بين أمثاله، إذا لم يكن تعيينه بحجة².

ثانياً : اختلاف الفقهاء في إثبات النسب بالقرعة .

اختلف الفقه الإسلامي بشأن القرعة على رأيين، وقبل أن نبدي ما نرجحه بشأنها لا بأس أن نستعرضهما أولاً:

أ - الرأي الأول: وهو منكر لإعتماد القرعة في ثبوت النسب إلى أحد مدعيه، وحتجهم في ذلك أن القرعة تستعمل في الأموال ولا تستعمل في إثبات النسب، لوجود طرق أخرى غيرها تستعمل فيه.

و في هذا، " إذا دعاه اثنان، فكان لأحدهما به بينة فهو ابنه، وإن أقاما بينتين تعارضتا وسقطتا، ولا يمكن استعمالهما ها هنا، لأن استعمالهما في المال إما بقسمته بين المتداعيين، ولا سبيل إليه ها هنا، وإما بالإقراع بينهما، والقرعة لا يثبت بها النسب. فإن قيل: إن ثبوته ها هنا يكون البينة لا بالقرعة، وإنما القرعة مرجحة، قلنا: يلزم أنه إذا اشترك رجلان في وطء فأنت بولديقرع بينهما، ويكون لحوقه بالوطء لا بالقرعة"³.

¹ - ابن منظور، مرجع سابق، ج:12، ص.77.

² - عائشة سلطان ابراهيم المرزوقي، مرجع سابق، ص.98.

³ - الخطيب الشربيني، مرجع سابق، ج05، ص.766.

وهو مذهب الحنفية في أحد قولين، ورواية عن أحمد¹ والمالكية² في أحد الوجهين، ومن الشافعية يقول عمدة المفتين الإمام النووي: "إذا ادعى نسب اللقيط اثنان وأقام كل واحد بينةً بنسبه وتعارضتا، ففي التعارض في الأموال قولان، أظهرهُما التساقت، فعلى هذا تسقطان أيضا هنا على الصحيح، ويرجع إلى قول القائف، وقيل لا تسقطان، وترجح إحداهما بقول القائف، ولا يختلف المقصود على الوجهين. والقول الثاني تستعملان بالوقف، أو القسمة، أو القرعة، فهي ثلاثة أقوال معروفة. ولا يجيء القرعة أيضا على الأصح وقول الأكثرين، لأنها تدخل النسب"³.

ب - الرأي الثاني: جواز إثبات بالقرعة إلى أحد مدعى النسب، وقد ذهب إلى ذلك الرأي الشافعي في القديم⁴، وأحمد في رواية، والمشهور عند المالكية⁵. وكذلك يقول بهذا الرأي الظاهرية⁶، وإسحاق بن راهوية، والإمامية، والزيدية⁷. وحتهم في ذلك: أن القرعة لا يصار إلى الحكم بها إلا عند تعذر غيرها من طرق ثبوت النسب ووسائله من فراش أو شهادة أو قيافة⁸. وفي حالة تساوي البينتين، أو تعارض قول القافة، فيصار إلى القرعة حينئذ حفاظا للنسب عن الضياع، وقطعا للنزاع و الخصومة والشقاق.

¹ - ابن قيم الجوزية، زاد.. مرجع سابق، ج5، ص.340.

² - ابن رشد، مرجع سابق، ج2، ص.428.

³ - الإمام النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، (د د ن)، (د ت ط)، ص.440.

⁴ - الإمام الشافعي، الام، ج06، دار الفكر للطباعة والنشر، (د د ن)، ص.246.

⁵ - ابن رشد، مرجع سابق، ج2، ص.428، وقد أعقب ذكر الحديث الذي فيه إقرار النبي بإعمال علي القرعة على الثلاثة الذين وطؤو المرأة في طهر واحد. أعقبه بالإشارة أن هذا القول فيه إنفاذ الحكم بالقافة وإلحاق الولد بالقرعة.

⁶ - وقال ابن حزم: "والعجب كله في مخالفتهم حكم علي بعلم رسول الله(ص) وهو ثابت صحيح وأخذهم في المسألة نفسها برواية فاسدة لا تصح نسبت إلى عمر رضي الله عنه من إلحاقه الولد بأبوين.."، أنظر ابن حزم، المحلى، (د د ن)، ج09، ص.345.

⁷ - بندر بن فهد السويلم، مرجع سابق، ص.109.

⁸ - أشرف عبد الرازق ويح، مرجع سابق، ص.94.

واستدل أصحاب هذا الرأي بقوله صلى الله عليه وسلم فيما رواه الشعبي عن زيد بن أرقم: "كان علي باليمن، فأتى بامرأة وطئها ثلاثة أناس في طهر واحد، فسأل كل واحد منهم ان يقر لصاحبه بالولد فأبى، فأقرع بينهم وقضى بالولد للذي أصابته القرعة، وجعل عليه ثلثي الدية، فرفع ذلك إلى النبي صلى الله عليه وسلم فاعجبه، وضحك حتى بدت نواجذه"¹.

إن ما يمكن الخلوص إليه بعد عرض الرأيين بشأن ثبوت النسب بالقرعة، هو أن لكلا الرأيين أساس يستند عليه. لذا فمن باب التوفيق بينهما، وذلك بأن لا يصار إليها إلا إذا كان الولد صغيراً، فيقرع بين المدعين بها للحضانة، فإذا بلغ أحس بالحنان والعطف تجاه احدهما، وإلى أيهما شاء ذهب كما أن الوقت كفيل له بأن يقف على أيهما يختار.

وعلى كل حال، و ما دام العلم الحديث أمدنا ببعض الوسائل كما سنفصل فيه في الفصل الموالي² فإنه بالإمكان الإستعانة بها خاصة إذا اقتربت نتائجها من حيث الصدقية حدا يقارب اليقين.

ونتوقف عند هذا الحد كي لا نخرج عن غرضنا في هذه المسألة المتعلقة بالقرعة، وما بقي لنا من عموم أدلة الإثبات التقليدية، هو اليمين. فإلى أي مدى تصلح دليلاً عن النسب؟ وبأية شروط؟ هذا هو مضمون الفرع الأخير من هذا الباب .

¹ - متفق عليه، رواه البخاري، وأبو داود، ومسلم، والتزمذي والنسائي وابن ماجه وأحمد، وعبد الرزاق، والدارقطني. أنظر: ابن رشد، مرجع سابق، ص.428.

² - وذلك بالصفحة 234 وما يليها من هذه الرسالة.

الفرع الثالث

اليمين كدليل على النسب .

وستتطرق في هذا الفرع إلى اليمين كدليل شرعي محل إختلاف بشأن جواز اعتمادها في النسب، فلا بد من تعريفها (أولاً)، قبل تبيان مثار الإختلاف بشأنها (ثانياً).

أولاً : تعريف اليمين .

- اليمين لغة: بمعنى الحلف والقسم¹.

وهي مشروعة في حق المنكر للردع والزجر²، ونقصد باليمين هي يواجه بها، المدعي حين يعوزه الدليل والبيينة فيما ادعاه.

- أما المعنى الاصطلاحي لليمين في مسألة النسب ، فتتأثر مسألة هل يرجع إلى المدعي بناء على أن قاعدة البيينة على المدعي واليمين على من أنكر أم لا، اختلف الفقهاء في المسألة على نحو ما سنبيته في الجزئية الموالية.

ثانياً : إختلاف الفقهاء بشأن اليمين كدليل على النسب .

اختلف الفقهاء في مدى صلاحية أن يثبت باليمين النسب بين مؤيد لها ومعارض. وسنبدى موقفنا بشأنها كدليل يستعمل في النسب بعد عرضنا للآراء الفقهاء المتناقضة حوله:

¹ - ابن منظور، مرجع سابق، ج15، ص.325.

² - عائشة سلطان ابراهيم المرزوقي، مرجع سابق، ص.69.

أ - جواز إعتقاد اليمين: وهو مذهب الشافعية¹ وبعض الأحناف²، والزيدية والإمامية والظاهرية³، ورواية عن الحنابلة⁴. على اعتبار عموم عبارة الحديث: "شاهدك أو يمينه" لعموم اللفظ على ما أورد ابن حجر في شرحه لصحيح البخاري⁵.

و دعوى النسب لما كانت دعوى صحيحة في حق الأدمي، جاز ان يحلف فيها المدعي كدعوى المال⁶.

ب - عدم قبول حلف اليمين في إثبات النسب:

وهو مذهب أبو حنيفة والإمام مالك، ورواية عن الحنابلة، فما دام النكول بذلاً (عطاء الشيء والجود به) وإباحة، فإنه لا يقضي به في دعوى النسب الخالية من الأدلة⁷. لأن النسب ليس من الأمور التي يقضى بها بالإباحة والبذل. والنتيجة التي يمكن أن ننتهي إليها مما سبق من عرض، هي تبني الرأي الأول المؤيد لليمين كدليل يستعمل للتدليل على النسب لرجاحته، لكن على أن يراعى في الإستحلاف نكول الطرف الآخر لكي يتقوى الدليل باليمين مع النكول ولا يُكتفى باليمين لوحدها للفصل في النسب. وعموماً فإن عوامل الترجيح غير معدومة لا سيما في عصرنا اليوم لما تتيحة الأدلة العلمية للإثبات والتي يقترّب بعضها من درجة اليقين. وهو ما سندرسه في الفصل الموالي.

¹ - الإمام الشافعي، مرجع سابق، ج7، ص.87.

² - علاء الدين السمرقندي، مرجع سابق، ص.484.

³ - ابن حزم، مرجع سابق، ص.273.

⁴ - ابن قدامة، مرجع سابق، ج10، ص.213.

⁵ - بن حجر العسقلاني، مرجع سابق، كتاب الشهادات، ج05، ص.619.

⁶ - مقتبس عن: عائشة سلطان ابراهيم المرزوقي، مرجع سابق، ص.70.

⁷ - عائشة سلطان ابراهيم المرزوقي، مرجع سابق، ص.70.

الفصل الثاني

إثبات النسب بالأدلة العلمية الحديثة

دون الخوض في أصول الإثبات و قواعد أدلته نشير إلى أن أدلة حديثة استجدت في عدة ميادين سواء تقنية أو بيولوجية وأقت بضلالها على المواد المدنية وعلى المسرح الجنائي أسهمت في حل الكثير من المعضلات كالتوقيع الإلكتروني، العلبه السوداء بالطائرات، والأدلة المستنبطة من تحليل عينات الشواهد في العلوم الدموية والبيولوجية للتحقق من هويّة الجناة وكذا من صحة النسب.

وغنيّ عن البيان، أن ما يهمننا مما تقدم من أدلة علمية هو ما يتصل بتحليل مجموعات الدم ومفرزات الهندسة الوراثية، بل ما يدخل في سياق بحثنا من مجالاتها هو إثبات النسب أو نفيه بالإعتماد عليها.

و لعل بحث مسألة الدليل العلمي يقتضي تبيان مفهومه سواء تعلق الأمر بالبصمة الوراثية أو ما يُسمى ال: A D N أو تحليل الزمر الدموية أو ما يُسمى نظام ال: A B O. ومحاولة إعطاء تكييف لها بين جملة أدلة إثبات النسب التقليدية التي مرت بنا في الفصل السابق لتأخذ بالتالي حكم ذلك الدليل و قوته (المبحث الأول)، والوقوف على موقف الفقه الإسلامي والقانون منها (المبحث الثاني).

كما أن مبادئ الإثبات تتطلب ترتيباً معيناً للأدلة حسب القوة والحجية يتعيّن على القاضي مراعاتها. وعليه فإنّه من الواجب بحث مكانة الدليل العلمي بينها في مسألة النسب وضوابط الأخذ به يتم استنباطه من النصوص ومن التطبيقات مع مراعاة ماإنتهى إليه الفقه الإسلامي قديمه وحديثه، وموقف بعض القوانين المقارنة(المبحث الثالث).

المبحث الأول

مفهوم الدليل العلمي كوسيلة لإثبات النسب وتكييفه

يُثار بصدد هذه الجزئية التساؤل التالي، ما مفهوم الدليل العلمي في مجال إثبات النسب، وما هي طبيعته؟ لذلك كإجابة على هذا التساؤل، سنتطرق في مُستهل هذا المبحث لمفهوم الدليل العلمي في مجال إثبات النسب (المبحث الأول)، كما يتسنى لنا الآن بحث تكييف طبيعة أدلة إثبات النسب العلمية من بين جملة تلك الأدلة التقليدية بعدما أخذنا صورة عنها (المطلب الثاني) .

المطلب الأول

مفهوم الدليل العلمي في مجال إثبات النسب

يقتضي تحديد مفهوم الدليل العلمي في مسألة النسب دراسة البصمة الوراثية (الفرع الأول)، وبيان مجاميع الدم (الفرع الثاني). فماذا يُقصد بكلٍ منهما؟

الفرع الأول

البصمة الوراثية

لا يتحدد المقصود بالبصمة الوراثية دون تعريفها (أولاً)، وعرض خصائصها (ثانياً)، وطرق تحليلها (ثالثاً).

أولاً : تعريف البصمة الوراثية .

من المناسب التطرق لتعريف البصمة الوراثية في اللغة (أ)، وفي الإصطلاح (ب). وكذا بيان الأساس الجزيئي لها (ج).

أ- التعريف اللغوي للبصمة الوراثية:

- البصمة من بصم والبصم: الختم بطرف الأصبع، ويسمى أثر الختم بالأصبع بصمة. والبصم يُطلق على ما بين الخنصر إلى البنصر طولاً¹.
- الوراثة: تقول، ورث المال يرثه ورثاً وإرثاً ووراثته، أي صار إليه بعد موت مورثه².

ب - التعريف الإصطلاحي:

بما أن مصطلح البصمة الوراثية حديث، فلم يرد له تعريف لدى الفقهاء القدامى لكن حاول بعض الفقه الحديث تعريفها بأنها: "الصفات الوراثية التي تنتقل من الأصول إلى الفروع، والتي من شأنها تحديد شخصية كل فرد عن طريق تحليل جزء من حامض الدنا الذي تحتوي عليه خلايا جسده"³.

ويلاحظ على هذا التعريف، فضلاً عن طولهِ نسبياً، أنه يحتاج لتحديد معنى الـ"دنا". ويعرفها آخر على أنها: "التركيب الوراثي الناتج عن فحص الحمض النووي لعدد واحد أو أكثر من أنظمة الدلالات الوراثية"⁴. وهذا التعريف وإن كان دقيقاً من جهة أنه إعتبر البصمة هو ما ينتج عن فحص الحامض النووي، إلا أنه بحاجة لتحديد معنى "الدلالات الوراثية".

¹ - ابن منظور، مرجع سابق، ج 04، ص.97.

² - ابن منظور، مرجع سابق، ج 15، ص. 189 و190.

³ - إبراهيم أبو الوفا محمد، مدى حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي في القانون الوضعي والفقہ الإسلامي، أبحاث مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات بتاريخ 05-07 ماي 2002، ج02، ص.675.

⁴ - خليفة علي الكعبي، مرجع، ص.45.

أما التعريف الذي انتهى إليه المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي المنعقد بمكة المكرمة هو أنها: "البنية الجينية التفصيلية التي تدل على هوية كل إنسان بعينه"¹.

والجدير بالذكر هو أن هذا التعريف جاء متماشيا تقريبا مع التعريف الذي انتهت إليه ندوة "الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني" برعاية المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية²، فقط مع استبدال مصطلح "كل إنسان بعينه" بمصطلح "كل فرد بعينه". مع ملاحظة أن مصطلح "إنسان" أدق و أكثر انضباطا من مصطلح "فرد" على إعتبار أن البحوث التي تهتمنا تستهدف الجينوم البشري خاصة. وإصطلاح الفرد قد يُجاوز النوع البشري.

و التعريف الذي سنعتمده مشابها لتعريف المجمع الفقهي مع استهلال التعريف بعبارة "الناتج عن فحص..". فنقول أن البصمة الوراثية: "هي الناتج عن فحص البنية الجينية (أو الوراثة) التفصيلية التي تدل على هوية كل إنسان بعينه". لأنّ جزيء الـ:ADN لا يدلّ على شيء ما لم يتمّ فحصه.

ج - الأساس الجزيئي للبصمة الوراثية:

الجينات كمادة وراثية تنقل الرسالة الوراثية من جيل إلى جيل هي عبارة عن جزيئات تكون في صورة ما يُشبهه الخيوط الرفيعة المجدولة تُسمّى الحمض النووي الريبوزي المختزل (ADN) أو (DNA) بترتيب اللغة الإنجليزية. و تحتوي هذه

¹ - قرارات المجمع الفقهي الإسلامي: القرار السابع بشأن البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، الدورة السادسة عشر من 21 إلى 26-10-1422، مكة المكرمة، ص.343.

² - قرارات ندوة "الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني وؤية اسلامية" والمنعقد في الكويت من 13 إلى 15 أكتوبر 1988، ج.2000، 02 م، ص.1050، نقلعن سفيان بن عمر بن بورقعة، مرجع سابق، ص.330.

الرسالة الوراثية على الأساس المادي لكل الصفات الوراثية بداية من لون العينين حتى أدق التركيبات الموجودة بالجسم¹.

و تترتب الجينات في خلايا الإنسان على 23 زوجا من الكروموزومات² مركبة من الحمض النووي (من النواة) وبروتينات.

وهذه البروتينات تلعب دورا مهما في المحافظة على هيكل المادة الوراثية وتوجد بعض الجينات في "الميتوكوندريا"³ وتورث عن طريق الأم. وتكمن المعلومات الوراثية لأي خلية من تتابع الشفرة الوراثية، أي تتابع القواعد النيتروجينية الأربع التي وهبها الله الحياة و هي الأدينين (A)، و الجوانين (G)، والسيتوزين (C)، والثايمين (T)، التي تُكوّن المادة الوراثية في صورة كلمات وجمل تقوم بتخزين المعلومات الوراثية⁴.

ثانيا : خصائص البصمة الوراثية .

للبصمة الوراثية خصائص سنحاول إجمالها فيما يلي:

أ - أن لكل شخص بصمة وراثية لا تتشابه مع البصمة الوراثية لأي شخص آخر، ويستحيل وجود هذا التوافق أو التشابه إلا في حالة واحدة هي التوائم المتماثل. لأن منشؤهما خلية واحدة وتتوزع عليهما - بعد انقسامها- ما تحتوي عليه من مادة وراثية.

¹ - عائشة سلطان ابراهيم المرزوقي، مرجع سابق، ص.301.

² - كل خلية فيها 46 كرزوموزوما، أو "صبغيا"، وهذه الصبغيات تكون على هيئة أزواج، كل إثنان ملتصقان ببعضهما، فيكون مجموعهما ثلاثة وعشرون زوجا، إثنان وعشرون منها تختص بصفات الجسم كالتلون واللون، وكلها متشابهة في الذكر والأنثى، وتسمى الصبغيات الجسدية، والزوج الأخير الباقي هو الذي يُحدّد الصفات المتعلقة بالذكورة أو الأنوثة، ويسمى الصبغي الجنسي، وهو مختلف حسب الجنس، فيكون تركيبه في الذكر مختلف عن تركيبه في الأنثى، أنظر، سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويرخ، مرجع سابق، ص.30.

³ - بيت الطاقة "الميتوكوندريا" وهو أشبه من حيث الشكل بحبات القهوة، وتحتوي الخلية من 1000 إلى 10.000 وحدة منها، ووظيفتها إنتاج الطاقة لها، أنظر: سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويرخ، مرجع سابق، ص.28.

⁴ - عائشة سلطان ابراهيم المرزوقي، مرجع سابق، ص.301.

وهذا يُعطي اطمئنانا كبيرا عن دقة النتيجة التي يتوصل إليها بالبصمة

الوراثية¹.

ب - أن نتيجة البصمة الوراثية شبه قطعية أو قطعية، على خلاف في تحديد نسبة صحتها في تحديد هوية صاحبها بين 98 و 100% و تفاوتت النسب إلى حدّ ما في التعبير عن مدى قوة البصمة الوراثية في إثبات النسب و نفيه؛ فقد اثبتت الدراسات أن التحاليل التي تتم في الكشف عن البصمة جعلت إمكانية الخطأ أمرا صعبا جدًا في حالات إثبات أو نفي الأبوة².

ج- تتمتع البصمة الوراثية و جزيء الحمض النووي بمقدرته على الإستنساخ استنساخا تناسليا والذي تناولنا تعريفه سابقا بمناسبة كلامنا عن تنشئة النسب بالإستنساخ³، بما يحمله جُزء الـ: ADN من الصفات التي تتوضع في خلايا الجسم، فينتقل مورثات الأبوين لأولادهما ، وبذلك يعمل على نقل صفات النوع من جيل إلى جيل⁴.

د- البصمة الوراثية لا تتغير من مكان لآخر في جسم الإنسان، فهي ثابتة بغض النظر عن نوع النسيخ، فالجينات الخاصة بكل فرد لها نفس الخصائص، فالمعلومات الوراثية التي في العين تجد مثيلاتها في الكبد، والقلب، والشعر،...⁵. ذلك أن مكونات الخارطة المورثية المُخزّنة في كل خلية من خلايا الجسم (اللحمية، العضمية،

¹ - بندر بن فهد السويلم، مرجع سابق، ص.93.

² - بندر بن فهد السويلم، مرجع سابق، ص. 93، فقد استطاع الباحثون البريطانيون حساب الاحتمالات لإمكانية تشابه شخصين ليسا أقرباء تكاد تكون صفرا، وكذلك الحال بين الإخوة، فإن فرص التشابه في نفس النمط الوراثي تصل واحد في المليون. ويذكر آخر: أن العلم أثبت أن دلالة البصمة الوراثية تبلغ نتائجها من الدقة حد 99.9999905%، في هذا المعنى، أنظر: سفيان بن بورقعة، المرجع السابق، ص.326.

³ - أنظر الصفحة 124 من هذه الدراسة.

⁴ - خليفة علي الكعبي، مرجع سابق، ص.48.

⁵ - سفيان عمر بن بورقعة، مرجع سابق، ص.327.

العصبية، المخاطية، الجنسية...) هي ذاتها، ما يعني امكانية استخلاص الخصائص الوراثية من أي مكان من الجسم.

هـ- يختص الحمض النووي (A D N) والذي يتم فحصه كبصمة وراثية بقوة كبيرة على التحمل ضد التعفن والتغيرات والتلوثات البيئية، ومقاومة عوامل التحلل. وهذا يعني أنه يحتفظ بخصائصه مدة طويلة جدا، وفي اقصى الظروف البيئية (حرارة ، رطوبة، جفاف)¹.

و - يتكوّن الحمض النووي الخاص بكل إنسان (الذي يتم فحصه كبصمة وراثية) من أمه وأبيه بنسبة 50% من كل منهما أي يأخذ عنهما العوامل الوراثية بالتساوي². ذلك أن اللقيحة تتكون بالأصل من نطفة الأب وبويضة الأم و يكتسيان طبيعة الخليتين الجنسيين المختلفين من حيث المادة الوراثية.

ثالثا : طرق تحليل البصمة الوراثية .

يُشكّل فحص الحمض النووي (ADN) البصمة الوراثية، ويظهر تحليل البصمة الوراثية في " شكل شريط من سلسلتين بها تدرّيج على شكل خطوط عرضية متسلسلة وفقا لتسلسل القواعد الأمينية على الحمض النووي، وهي خاصة بكل إنسان تميّزه عن الآخر في ترتيبها، وفي المسافة بين خطوطها العرضية، تُمثّل إحدى السلسلتين الصفات الوراثية من الأب (صاحب الماء)، وتُمثّل السلسلة الأخرى الصفات الوراثية من الأم (صاحبة البويضة).

وعن وسائل هذا التحليل، فهي أجهزة ذات تقنية عالية، يُسهل على المتدرب عليها قراءتها وحفظها، وتخزينها في الكمبيوتر إلى حين الحاجة إليها"³.

1 - بندر بن فهد السويلم، مرجع سابق، ص.94.

2 - سفيان بن بو رقعة، مرجع سابق، ص.327.

3 - بندر بن فهد السويلم، مرجع سابق، ص.95.

و تتمثل طريقة تحليل الجينات بوجه عام في "أخذ جزء لا يزيد عن رأس دبوس من جسم الشخص الذي يُراد معرفة بصمته الوراثية، ثم يُجرى عليه التحليل اللازم لمعرفة ما تحمله العينة من صفات مستجدة أو موروثية. والجزء الذي يتم تحليله أو فحصه، يؤخذ من أي من المصادر التالية: الدم، المنى، العظم، جذور الشعر، خلايا الفم، خلايا الكلية، خلية من البويضات المخصبة، خلية من الجنين"¹.
و يُطبق في معظم المخابر الجنائية على مستوى العالم نوعان من تقنيات الحمض النووي (ADN) هما:

- تقنية حصر (تقطيع) الأجزاء متعددة الأشكال (RFLP): وهي من أقدم التقنيات الخاصة بالحمض النووي، وفكرة هذه التقنية تعتمد على "تحديد الاختلاف في طول (حجم) أجزاء معينة من الحمض النووي (ADN). بعد تقطيعه إلى قطع مختلفة الحجم بواسطة الأنزيم الحصري، فيحدد كل جزء، ثم تقارن أحجام جميع الأجزاء"².

- تقنية نسخ الجينات (PCR): وهي الأكثر استخداماً الآن، وفكرة هذه التقنية مبنية على قدر التفاعل البوليمري المتسلسل على مضاعفة جزء محدد من (ADN) بصورة طبق الأصل ملايين المرات"³.

وإجرائياً تتم عملية التحليل باتباع الطوات التالية:

أ- يُستخلص الـ ADN أولاً من إحدى عينات الدليل، ومن الأب المفترض.
ب- يُقَطَّع الـ ADN في كل من العينتين إلى ملايين الشظايا بواسطة إنزيم خاص بالتقطيع في مواقع محددة. وتختلف تلك القطع من إنسان لآخر حسب الطول وتتابع وحدات الحامض النووي في كل قطعة منها.

1 - أشرف عبد الرازق ويح، مرجع سابق، ص.29.

2 - بندر بن فهد السويلم، مرجع سابق، ص.95.

3 - بندر بن فهد السويلم، مرجع سابق، ص.95.

ج- تُعرّض الشظايا لمجال كهربائي، فتتحرك الشظايا الصغرى بشكل أسرع من الكبرى.

د- تُفصل شظايا الـADN في كل حالة حسب حجمها، ثم تنتقل بعد ذلك فوق قطعة من الورق تسمّى "الغشاء" لتكون جاهزة للتحليل.

هـ- يُعرّض الغشاء لأشعة X طول الليل، فتظهر عليها شرائط للحمض النووي للعيّنة. و- تُقارن هذه الصورة بنظيرتها التي تم تجهيزها من كريات الدم البيضاء المأخوذة من دم المشكوك فيه.

فإذا توافقت الصورتان، كان الشخص واحداً، وإذا لم تتوافقا كانت العيّنتين لشخصين مختلفين¹.

و بنفس النهج يتم التحقيق في صحة النسب بالبصمة الوراثية، غاية ما في الأمر أن يُقارن بين الخصائص الوراثية لعيّنة الأب المفترض مع عيّنة الإبن محل المتنازع في صحة نسبه.

الفرع الثاني

تحليل مجموعات الدم

و سنتطرق حالاً إلى تعريف الدم (أولاً)، ومجموعات الدم وطرق تحليلها (ثانياً)، ودلالته على النسب إثباتاً ونفياً (ثالثاً). وكيفية ذلك (رابعاً).

أولاً : تعريف الدم.

نعطي التعريف اللغوي للدم (أ)، قبل دراسة المعنى الإصطلاحي له (ب).

¹ - أشرف عبد الرازق ويح، مرجع سابق، ص.30.

أ - التعريف اللغوي للدم:

الدم: من الأخلاط، وأدميتهُ ودميتهُ تدميةٌ إذا ضربته حتى خَرَجَ منه الدم¹.

ب - التعريف في الإصطلاح العلمي:

الدم (le sang): هو السائل الأحمر الذي يجري في العروق الدموية، من شرايين وأوردة وشُعيرات دموية، و المصنع الأساسي للدم. هو نقيُّ العظام الذي يُنتج (ثمانية ملايين خلية/ ثانية). ويتكون من جزئين رئيسيين هما: بلازما الدم (المُصوِّرة)، وخلايا الدم.

بلازما الدم: وهي سائل يميل لونه إلى الصفرة، وتشكل حوالي 50 إلى 60% من حجم الدم العام وتحتوي البلازما على 90% ماء، ومهمتها الرئيسية هي تسهيل حركة مرور الخلايا الدموية، وحمل العناصر الغذائية من جهاز الهضم إلى سائر الخلايا، وتوصيل الفضلات الناتجة عن أنشطة الجسم المختلفة من عرق وبول ونحوه إلى الأجهزة المختصة لطرحها إلى خارج البدن².

خلايا الدم: وتتكوّن خلايا الدم من ثلاث مجموعات أساسية معروفة الوظائف هي³:

- كريات الدم الحمراء: ومهمتها الأساسية نقل الأكسجين من الرئتين إلى سائر الجسم و العودة بغاز ثاني أكسيد الكربون إلى الرئتين للتخلص منه.
- كريات الدم البيضاء: ومهمتها الدفاع عن الجسم، عديمة اللون وبأشكال مختلفة.
- صفائح دموية: تُسهم في تخثر الدم ووقف النزيف⁴.

¹ - ابن منظور، مرجع سابق، ج05، ص.350.

² - كنعان أحمد، مرجع سابق، ص.462.

³ - سفيان بورقعة، مرجع سابق، ص.509.

⁴ - سفيان بورقعة، مرجع سابق، ص.509.

ثانيا : مجموعات الدم و طرق تحليلها.

نتيجة للتجارب التي قام بها العالم النمساوي "لاندستينر" تم وضع الأساس الكيميائي الذي على أساسه تم تصنيف الدم البشري إلى الفصائل الأربعة المعروفة : O و AB و B و A. وهو وجود مواد مولدة (للضد) Antigens على أسطح الكريات الدموية الحمراء. ووجود اجسام مقابلة للمواد المولدة وهي الاجسام المضادة Anticorps في بلازما الدم.

ويتضح من الجدول الآتي مجاميع الدم هذه وما يقابلها من مولدات للضد وتركيب وراثية (جينية)¹:

الفصيلة	المواد المولدة	الأجسام المضادة	التركيب الوراثية
A	A	B	AA نقي AO هجين
B	B	A	BB نقي BO هجين
AB	A ,B	-	AB
O	-	A,B	OO

وعلى هذا الأساس يمكن تقسيم فصائل الدم إلى أربع فصائل أساسية فيما

يلي:

- **الفصيلة A:** إذا كانت كريات الدم الحمراء تحوي مولد الضد A وتحتوي بلازما الدم على أجسام مضادة B.
- **الفصيلة B:** إذا كانت كريات الدم الحمراء تحوي مولد الضد B وتحتوي بلازما الدم على أجسام مضادة A.

¹ - مقتبس عن: عائشة سلطان ابراهيم المرزوقي، مرجع سابق، ص.278.

- **الفصيلة AB:** إذا كانت كريات الدم الحمراء تحتوي على نوعي مولدات الضد AB ولا يوجد في مصلها أجسام مضادة.

- **الفصيلة O:** إذا كانت كريات الدم الحمراء لا تحتوي على أي نوع من المولدات، وكانت بلازما (مصل) الدم يحتوي على أجسام مضادة A,B.

وينتج من الخصائص السالفة للفصائل الدموية، أنه لا يمكن إجتماع المولدات والأجسام المضادة لها من نفس النوع في دم شخص واحد، لأن من شأن إجتماعها أن يتسبب في التصاق (تراص) خلايا الدم الحمر مع بعضها ، وبالتالي انسداد الأوعية الدموية، مما يؤدي حتما إلى الموت¹.

ثالثا : دلالة تحليل الدم على إثبات ونفي النسب .

إن المجموعة الدموية لكل شخص تبقى ثابتة مدى حياته و تنقل من الوالدين إلى الأطفال، وعن طريق فحص فصيلة دم الزوجة والزوج والولد، أمكن التوصل إلى أحد الفرضين:

-الفرض الأول: ظهور فصيلة دم الطفل مخالفة لمقتضيات تناسل فصيلتي

الزوجين، وهذا يعني أن الزوج ليس هو الأب الحقيقي للطفل على وجه التأكيد.

-الفرض الثاني: تظهر فيه فصيلة دم الطفل متوافقة مع مقتضيات تناسل فصيلتي

دم الزوجين، و هذا معناه أن الزوج قد يكون الأب الحقيقي للطفل و قد لا يكون،

ذلك أن الفصيلة الواحدة قد يشترك فيها أناس كثيرون².

وعلى ما سبق من المعطيات العلمية المتاحة، في ذلك الوقت، تبين أن تحليل

فصائل الدم تفيد دليل نفي قاطع، ولكنها لا تفيد في الحصول على دليل إثبات مؤكد،

¹ - سفيان بورقعة، مرجع سابق، ص.512.

² - عائشة سلطان ابراهيم المرزوقي، مرجع سابق، ص.279.

بل هي قرينة يعوزها البرهان¹. إذن، فكيف فما هي الخطوات العملية لنفي نسب الولد عن طريق تحليل مجاميع؟.

رابعا : كيفية نفي النسب بتحليل مجاميع الدم .

1- تحدد فصيلة دم كل من الطفل والرجل والأم والتراكيب الوراثية (الجينية) المحتملة لكل من هذه الفصائل.

2 - يقارن التركيب الوراثي لفصيلة الطفل مع فصيلة الرجل.

3- إذا كان هناك احتمال مشاركة أحد مورثتي (جيني) فصيلة الرجل في

التركيب الجيني لفصيلة الطفل فإنه في هذه الحالة تحتل البنوة.

أما إذا كان هناك استحالة مشاركة التركيب الجيني للرجل في التركيب الجيني لفصيلة الطفل، ففي هذه الحالة تنفى البنوة تماما².

بعد إعطاء صورة عن البصمة الوراثية وفصائل الدم وطرق تحليلها

لإستخلاص دليل النسب، نحاول إعطاءها وصفا يُناسبها ضمن تقسيم أدلة الإثبات المعروفة.

المطلب الثاني

تكييف طبيعة أدلة إثبات النسب العلمية من بين جملة أدلة إثباته

بصرف النظر عن مكانة الدليل تقديما وتأخيرا، سنحاول تحديد طبيعة الدليل

العلمي بين أدلة النسب (الفرع الأول)، و تكييف الدليل العلمي بين تقسيمات أدلة الإثبات (الفرع الثاني).

¹ - عائشة سلطان ابراهيم المرزوقي، مرجع سابق، ص.280.

² - سفيان بورقعة، مرجع سابق، ص.515.

الفرع الأول

تحديد طبيعة الدليل العلمي بين أدلة النسب

سنبحث في هذه الجزئية عن محاولة إعطاء الدليل العلمي وصفا يقترب من الأدلة الجائز إثبات النسب بموجبها باتفاق (أولا)، وكذا محاولة إعطاء وضع للدليل العلمي مع القيافة المختلف في اعتمادها (ثانيا).

أولا : تحديد طبيعة الدليل العلمي كأحد الأدلة المتفق على جواز اعتمادها .

باعتبار الدليل العلمي في مجال لنسب كنازلة لم يسبق للفقهاء القديم التطرق لها. فسنبحث في محاولة تكييف طبيعته و ذلك بقياسه على القرائن (أ)، الشهادة (ب)، ثم ثبوت النسب بشبهة الفعل (ج). والتي هي أدلة يجوز الإعتماد عليه لثبوت النسب باتفاق.

أ - تكييف الدليل العلمي كقرائن:

لم يرد تعريف للقرينة في القانون المدني الجزائري والذي هو الشريعة العامة لمواد الإثبات في المسائل المدنية، على عكس القانون المدني الفرنسي الذي عرفها بالمادة 1349 بأنها: "النتائج التي يستخلصها القانون أو القاضي من واقعة معلوم لمعرفة واقعة مجهولة"¹. ومادامت قرينة الفراش الصحيح هي أهم القرائن المعتمدة لثبوت النسب، فهل يمكن مواجهة قرينة الفراش الصحيح بالدليل العلمي كدليل أو قرينة أقوى منها؟.

¹ -l'art.1349du code civil francais dispose que "Les présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu".

يرى البعض¹ ضرورة التمييز بين القرائن المتعلقة بالنظام العام والتي ليس للقاضي فيها أي سلطة تقديرية والقرائن التي لا تتصل بالنظام العام...، و يضرب مثالا بشأن القرائن المتعلقة بالنظام العام، القرينة المتعلقة بالنسب في نص المادة 41 من قانون الأسرة "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً..."، وهكذا، فالقرائن التي لها علاقة بالنظام العام لا تقبل إثبات العكس².

لكن في المقابل وبما أن الدليل العلمي يحتاج أخذ عينة من جسم المدعي عليه بالنسب، وفي حالة رفضه إعطاء العينة المطلوبة للفحص لداعي قاعدة عدم جواز إجبار الشخص تقديم دليلاً ضد نفسه، فإنه يرى البعض³ أن القاضي ليس له خيار أمامه سوى إستخلاص، كقرينة قضائية، موقفاً من المدعى عليه برفض الخضوع لتحليل دمه دليلاً على أنه الأب الحقيقي. وبمعنى أدق، إذا جاز العمل بالقرائن في مجال الإثبات، فيجوز العمل بالبصمة الوراثية في إثبات النسب و نفيه بإعتبارها نوعاً من أنواع القرائن القوية جداً⁴.

غير أنه في حال تعارضت تلك القرائن العلمية من تحليل الفصائل الدموية من جهة، ونتائج البصمة الوراثية من جهة أخرى في بعض الحالات كاختلاط الأبناء في المستشفى، فيصار إلى الأصل الذي هو التماس اليقين، و هو العمل بالبصمة الوراثية لا الظن لإحتمال وجود العديد من الأشخاص (آباء مفترضين) لهم نفس الفصائل الدموية⁵. و يقول "عمر بن محمد السبيل" بصدده حالة سكوت أدلة الشرع عند ثبوت الزنا و نسبة الولد لأمه أن "الحاكم الشرعي يجدر به أن يستفيد من هذه التقنية الحديثة

1 - غوثي بن ملحمة، قواعد وطرق الإثبات...، مرجع سابق، ص.97.

2 - غوثي بن ملحمة، قواعد وطرق الإثبات...، المرجع السابق، ص.97.

3 - في هذا المعنى: محمد محمد أبو زيد، مرجع سابق، ص.306.

4 - سفيان بورقعة، مرجع سابق، ص.341.

5 - سفيان بورقعة، مرجع سابق، ص.519.

المتطورة وإجراء الفحوصات المخبرية للبصمة الوراثية، للإستعانة بها كقرينة من القرائن بغرض الحيلولة دون وقوع اللعان قدر المستطاع، لحض الشارع على درء ذلك و منعه¹.

و نحن إذ نسلّم بهذا التوجه الأخير لكن ليس بهذا الإجمال مُرجئين موقفنا لغاية الكلام عن امكانية الإستفادة من الدليل العلمي في ما يتصل بالنسب².

ب - تكييف الدليل العلمي كشهادة الشهود:

من الفقه المعاصر³ من كَيّف الدليل العلمي بشأن إثبات النسب كشهادة شهود. وفي هذا ذكر "بأن الزوج إنما يلجأ إلى اللعان لنفي النسب عند فقد من يشهد له بما رمى به زوجته من أن الحمل ليس منه، وحيث إن الفحص من خلال البصمة الوراثية قد يدل على صحة قول الزوج فإنها تكون بمثابة الشهود التي تدل على صدق الزوج فيما يدعيه على زوجته، وفي حالة ثبوت انتفاء النسب بين الزوج والمولود له على فراشه من خلال نتائج البصمة الوراثية..."، رغم أن البينة يراها البعض بشأن إثبات النسب أنها " كل مايبين الحق و يظهره، ولا تختص بشهادة الشهود"⁴.

لكن لا يمكن القول بأن البصمة الوراثية و الدليل العلمي عموماً، أنه عبارة عن شهادة لما تقتضيه شهادة الشهود من عددٍ، بصرف النظر عن جنسهم و غيرها من ضوابط قبول شهادتهم التي تناولناها في الطرق التقليدية لإثبات النسب.

¹ - عمر بن محمد السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعية استخدامها في النسب والجنائية، دار الفضيحة، الرياض، 2002، ص.45.

² - أنظر: لاحقاً، ص.290 ومايليها من هذه الرسالة.

³ - محمد المختار السلامي، اثبات النسب بالبصمة الوراثية، بحث مقدم لندوة الوراثة والهندسة الوراثية التي أقامتها المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية في الكويت خلال 13 إلى 15-10-1998، مقتبس من أشرف عبد الرازق ويح، مرجع سابق، ص.149.

⁴ - بندر بن فهد السويلم، مرجع سابق، ص.124.

و لعل هذا ما دفع بالبعض¹ إلى إشتراط عدم الأخذ بقول خبير البصمة الوراثية إذا كان يجزئ بذلك لنفسه نفعاً أو يدفع عنها ضرراً. و من ثم، لا يقبل حكمه لو لديه أو زوجته أو أولاده أو بناته، ولا على شخص بينه وبينه عداوة. و ينبغي الاهتداء في ذلك بما يذكره الفقهاء من هذا القبيل في باب عدالة الشهود، و باب القضاء. و أن يكون الخبراء الذين يحكمون بذلك أكثر من واحد، لأنه في الشهادة لا يقبل أقل من شاهدين. و الأولى أن تُعطى العينات المطلوب فحصها إلى جهتين مختصتين، كل على انفراد، و دون علم من إحداها بالأخرى، فإن اتفقت النتيجةان و تطابقتا عمل بهما.

ج - الدليل العلمي و الشبهة :

يقيس البعض² الدليل العلمي الحديث لإثبات النسب من جهة دفع حد الزنا، لاعتبارهم أنّ ما تثبته البصمة الوراثية كقرينة لا يقام بها حد الزنا لاحتمال أن تكون المرأة توصلت بطريقة ما إلى الحصول على مني المتهم، ثم حملت به بطريقة أطفال الأنابيب. أو غيرها من الطرق.

ولأن الإختبارات، وإن قيل أنها صادقة النتائج من الناحية التقنية، لكن تداول موظفي المختبرات للعينات، وإمكان تبديلها عمداً أو خطأ، يُدخل في الإثبات شبهة، و الشبهة تسقط الحد. وهكذا هي إفادة الخبراء، فهم معرضون للضعف البشري، واحتمال إعطائهم لنتيجة غير حقيقية هو احتمال قائم.

¹ - محمد سليمان الأشقر، أبحاث إجتهادية...، مرجع سابق، ص. 265 - 266.

² - محمد سليمان الأشقر، أبحاث إجتهادية...، مرجع سابق، ص. 266.

ثانيا : الدليل العلمي بمنزلة القياسة المختلف حول مدى إعتماها .

يرى جانب من الفقه¹، أن الدليل العلمي و تحديدا البصمة الوراثية، بينةً مستقلة يتعينُ العمل بها إذا توفرت الشروط اللازمة لها، وأنها لا تُقاس على القياسة، فهي باب آخر.

لكن التكييف السليم من أجل قبول الدليل العلمي الحديث لإثبات النسب سواء تحليل مجموعات الدم أو البصمة الوراثية هو قياسها على القياسة. على ما هو قائم حول هذا الدليل الشرعي من اختلاف كبير حول جوازه أصلا. و قد بيّنا ذلك بصدد الكلام عن إثبات النسب بالطرق التقليدية المختلف حول جواز اعتمادها ولا داعي إلى العودة إليه ما دمنا قد رجحنا قبوله في بعض الحالات².

و يجب الإشارة هنا فقط إلى أن هذا القياس هو قياس من باب الأولى متى توفرت شروط العمل بالدليل العلمي التي سنعود إليها لاحقا³. أما عن المقارنة بين الدليلين فهي كمايلي:

1 - القياسة هي عملية بدائية قديمة و هي كما مر بنا بصدد تعريف القياسة في معرض الأدلة التقليدية للنسب، تتبع الآثار ومعرفتها، وكذا النظر بفراصة في وجوه الشبه بين شخصين لمعرفة أبينهما نسبة في البنية أم لا . وتعتمد على القدرة على معرفة فارق الشبه باستخدام المطابقة بين الأعضاء كلون الأقدام أو العينين أو اليدين. و قد يصيب القائف وقد يُخطيء. بينما البصمة الوراثية طريقة متقنة - لبحث تلك الأوجه من الشبه وغيرها- يكاد يُجزمُ بصدق نتائجها وهي تعتبر دليلا تكميليا مساندا لإثبات النسب ونفيه⁴.

¹ - بندر بن فهد السويلم، مرجع سابق، ص.122.

² - أنظر أنفا في الصفحة 224.

³ - أنظر ضوابط اعتماد الدليل العلمي بالصفحة 293 من هذه الرسالة.

⁴ - خليفة علي الكعبي، مرجع سابق، ص. 254 .

2 - تتفق البصمة الوراثية والقيافة في عدم نفي النسب أو إثباته في حال وجود

الفرش الصحيح والقائم بين زوجين لا خلاف بينهما.

3 - في حالة اختلاف الزوجين في دعوى النسب للابن المشكوك في صحته، فإن

البصمة الوراثية تستطيع إثبات هذا الإبن أو نفيه بخلاف القافة فإنها لا تستطيع ذلك¹.

4 - البصمة الوراثية تعتمد على الخبرة الفنية العملية والتقنية المتطورة بخلاف

القيافة فإنها تعتمد على خبرة المشاهدة والنظر والفراسة فقط.

وسبب عدم الاخذ بالقيافة لدى الأحناف في مجال النسب حسب البعض²، هو قيامها

شيء من الحدس والتخمين لا بالإستدلال واليقين. غير أن هذا الإعتبار قد فقد الدافع إليه

في أيامنا الحالية، فأسلوب القيافة قد تطور وأصبح موضوعا لدراسات دقيقة، واسعة

النطاق. وهنا قد راينا ما أفادت به العلوم الطبية في مجال تحليل الدم من اعتبار نتائجه

مؤكدة...

وعلى ذلك، فإنه يكون واضحا أن الفقهاء الحنفية لم يروا الاعتماد على القيافة

في إثبات النسب متأثرين بدرجة التقدم العلمي في زمانهم، حيث لم تكن العلوم وصلت

بعد إلى أن لكل شخص مميزات وراثية لا يشترك فيها مع غيره...، فإن هذا الأسلوب

العلمي يعد وسيلة إثبات يصح الإعتماد عليها، وما كان ليرفضها فقهاء الحنفية لو كانت

تحت أيديهم الحقائق العلمية التي في زماننا هذه³.

و نقول في الأخير بصدد تكييف الدليل العلمي كدليل يتعلق بإثبات النسب أن

الأقرب إليه من حيث الطبيعة والطريقة هو علم القيافة وهو قياس مع الفوارق التي بين

الدليلين.

¹ - خليفة علي الكعبي، مرجع سابق، ص. 255.

² - محمد محمد ابو زيد، مرجع سابق، ص. 297.

³ - محمد محمد ابو زيد، مرجع سابق، ص. 298.

فغني عن البيان الآن، أن طريق تحليل مجموعات الدم وكذا البصمة الوراثية تعمد المخابر و مقارنات بين مميّزات خفية عن العين المجردة لكن نتائجها التقنية تقترب من اليقين إذا ما استثنينا إثبات النسب (لا نفيه) بطريق تحليل الفصائل الدموية فهذا الشق من الطريق العلمي وحده الذي تظل نتائجه ظنية.

الفرع الثاني

تكييف الدليل العلمي بين تقسيمات أدلة الإثبات

إذا ما روعي بعين الاعتبار تقسيم أدلة الإثبات إلى أدلة مباشرة وأدلة غير مباشرة، فالأدلة المباشرة كالكتابة والإقرار، وغيرها..، وأدلة إثبات غير مباشرة مثل القرائن التي تعتمد على غير ذات الدليل وكذا الشهادة، نرى أن البصمة الوراثية وتحليل الدم يعتبران من قبيل الأدلة غير المباشرة لافتقارها لإختبار فضلا لحاجتها إلى استخلاص عينات من الغير.

أما بخصوص لتقسيمها إلى أدلة ذات حجية المطلقة و أدلة ذات حجية محدودة، فنرى أن الدليل العلمي على نحو ما سبق لا يمكن التسليم بقيمته الثبوتية المطلقة في كل الحالات، فلا يمكن أن يعتمد فيما هو ثابت شرعا كالفراس الصحيح مثلا، فضلا عن ظنية الدليل العلمي في بعض صورته كما تقدم في مسألة إثبات النسب بفحص مجاميع الدم.

و بالنظر لخصوصية الإثبات في مجال النسب، نقول إن البصمة الوراثية من الناحية تقنية تعد من القرائن القطعية، و لكي لا يُفرض بنا القول بقطعيتها بشكل مطلق في إقامة الحد لما تثبته نتائجها، فهي من الأدلة القوية جدا.

فلو ادعت الزانية على من زنى بها لتلحق به الولد وأنكر هو، و أثبتت البصمة صحة الولد، فلا يقام عليه حد ما لم يعترف هو بنفسه، و هو الرأي الذي عليه توصيات

الندوة الفقهية الطبية الحادية عشر للمنظمة الإسلامية بالكويت¹، والبند الأول من توصية
المجمع الإسلامي بمكة المكرمة².

أما عن تكييف الدليل العلمي بين تقسيم الأدلة إلى أدلة معفية من الإثبات وغير
معفية من الإثبات، فنقول أنه إذا كانت "القرينة القانونية القاطعة تغني من تقرر
لمصلحته من الإثبات، على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي ما لم يوجد نص
يقضي بغير ذلك"³، و أن إقرار الخصم يعتبر مُنهيًا للنزاع (على الأقل في المواد
المدنية). فإنّ الدليل العلمي بما أنه لا يمكن الأخذ به في كل الحالات، فيمكن تكييفه
كقرينة يلجأ إليها القاضي إذ يُجوز له القانون ذلك، لكن تختلف قطعيتها حسب نوع الدليل
العلمي المقدم و مدى اللجوء إليها ما إذا كان بالدعوى دليل كامل.

ولا شك ان المشرع الجزائري بحاجة إلى توضيح معنى جوازية لجوء القاضي
إلى الطرق العلمية للإثبات والتي نصت عليها المادة 40 فقرة 2 من قانون الأسرة
المعدّل بالأمر 02-05 إذ تنص: "يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات
النسب"⁴.

و إذا حاولنا وضع الدليل العلمي ضمن التقسيم الأدلة إلى معدة للإثبات و غير
معدة للإثبات⁵، فنجد أنه إذا كانت الكتابة يمكن إعتبارها دليلا معدا مسبقا للإثبات، فلا
يمكن اعتبار الطرق العلمية التي أشارت إليها المادة 40 فقرة 02 من قانون الأسرة دليلا
معدا مقدّمًا للإثبات، لأن المورثات الموجودة بخلايا الإنسان لا دخل لإرادة الشخص
فيها، ولم تنصرف إرادته لتهيئتها كدليل يُصار إليه عند النزاع ولا ينبغي له ذلك.

¹ - أعمال ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم ...، مرجع سابق، ج2، ص.105 .

² - القرار السابع للمجمع الفقهي الاسلامي بشأن البصمة الوراثية...، مرجع سابق، ص.02.

³ - المادة 337 من القانون المدني الجزائري، الأمر 75-58 بتاريخ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني .

⁴ - الأمر رقم 05-02 لسنة 2005، المعدل والمتمم للأمر 84-11 المتضمن قانون الأسرة.

⁵ - أنظر المادة 08 قانون مدني جزائري والتي تنص على أنه: "تخضع الأدلة المعدة مقدما للنصوص المعمول في الوقت الذي أعد فيه الدليل ، أو في الوقت الذي كان ينبغي فيه إعداده".

هذه محاولة لتكييف الدليل العلمي المتعلق بإثبات النسب ووضع وصف له ضمن إطار قانوني وشرعي بين جملة الأدلة الشرعية والقانونية. و بقي أن نقف على موقف كل من القانون والفقہ الإسلامي منها.

المبحث الثاني

موقف القانون والفقہ الإسلامي من الدليل العلمي

بعد ما سبق من عرض، نأتي إلى محاولة إخضاع هذا الدليل العلمي على ضابطي القانون (المطلب الأول)، والفقہ الإسلامي (المطلب الثاني)؛ فتثار في هذا الصدد الإشكاليات التالية: أيّة مكانة ينبغي أن يعطيها القانون والشرع للدليل العلمي المتعلق بالنسب بين باقي أدلة النسب التقليدية؟ وإذا كان له مكانة متميّزة، فهل يمكن تقديم الدليل العلمي وخاصة البصمة الوراثية عن باقي أدلة إثبات النسب واللجوء إليها ابتداء في نظر القانون والفقہ الإسلامي؟ ثم هل يُعتمد الدليل العلمي في النفي كما في الإثبات؟

المطلب الأول

موقف القانون من الدليل العلمي

إنه من الضرورة بمكان أن تطال كافة إفرازات التطور العلمي إحاطة قانونية (الفرع الأول)، وما لم يُتدارك إحاطته بنصوص قانونية، فلا بد على القاضي أن يسدّ نقصه، وهذا هو ديدنُ الكثير من النظم القانونية والتي سنتطرق لبعضها (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الموقف التشريعي من الدليل العلمي في مادة إثبات النسب

إذا كان من الضروري مواكبة القواعد القانونية التطور الإجتماعي ، فإنه في مسألة إعتقاد الدليل العلمي المتعلق بالنسب يستدعي الأمر التأمي . وعلى كل فإن التشريعات تفاوتت في مدى أخذها به (أولاً) ، و رغم تأخر المشرع الجزائري في إبداء موقفه، إلا أنه قد أفصح عنه أخيراً(ثانياً).

أولاً : موقف التشريعات المقارنه بشأن الدليل العلمي في مادة النسب .

لم تتحمس التشريعات العربية كثيراً للإحاطة القانونية بنتائج التطور العلمي في مادة إثبات النسب(أ)، على عكس التشريع الفرنسي الذي نأخذ كـ نموذج عن التشريعات الغربية (ب).

أ - التشريعات العربية والدليل العلمي في مادة النسب:

بداية ، نشير إلى أنه لم يتم الإشارة الصريحة في جُل التشريعات العربية التي اطلعنا عليها إلى امكانية إعتقاد أو عدم إعتقاد الدليل العلمي لإثبات النسب مكتفياً في أغلب الحالات بالطرق التقليدية لإثبات النسب كموقف المشرع المصري للأحوال الشخصية¹ ، وكذا المشرع الكويتي² ، الذي اكتفى في قانونه للأحوال الشخصية بدورهِ، ومتأثراً بقانون الأحوال الشخصية المصري، بتحديد الطرق التقليدية لإثبات النسب دون الإشارة إلى تحليل مجموعات الدم أو تحليل البصمة الوراثية في ذلك.

¹ - المادة 15 من قانون الاحوال الشخصية المصري رقم 25 لسنة 1929 والذي لا يزال ساري المفعول.

² - بالمواد 166 و مايليها من قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم 51 لسنة 1984.

وفي الحقيقة أن تماطل هاته التشريعات وغيرها في مسايرة التطور العلمي غير مبرر، بل يحسن الإسراع في تكريس الإستعانة بالدليل العلمي وإعطائه مكانة بين أدلة النسب وعدم ترك القضاء مترددا، وفي أحسن الأحوال متناقضا بشأنه .

ومن التشريعات القليلة التي أشارت للدليل العلمي، قانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة 2010¹، والذي تقبل الدليل العلمي بشأن ثبوت النسب في نص مادته 157 فقرة (ب) والتي نصت على أنه: "... لا يثبت نسب المولود لأبيه إلا بالفراش، أو بالإقرار، أو بالبينة أو بالوسائل العلمية القطعية مع اقترانها بفراش الزوجية"، ويلاحظ على هذا النص أنه لم يُحدد قوة ومكانة للدليل العلمي قياسا بالبينة والإقرار إذا ماتعارض معهما، لأن استعمال الأداة "أو" تفيد التخيير لا الترتيب، أما فراش الزوجية فيُشترط اقترانه بالدليل العلمي من أجل قبول هذا الأخير.

وأردفت في فقرتها(ج): "لا تسمع دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها من حين العقد ولا لولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها ما لم يثبت بالوسائل العلمية القطعية أن الولد منه....". ولعل هذا النص تكمن أهميته في الكثير من منازعات النسب في فترة الانفصال الفعلي بين الزوجين، فالقرينة هي أن الولد للفراش مادامت الزوجية قائمة، لكنها قرينة بسيطة تُدحض بالوسائل العلمية القطعية.

كما جعل من الوسائل العلمية القطعية مانعا من قبول اللعان لنفي النسب وذلك بذيل الفقرة (ج) من المادة 163 منه إذ تنص: "يمنتع على الرجل اللعان لنفي نسب الحمل أو الولد في أي من الحالات... - إذا ثبت بالوسائل العلمية القطعية أن الحمل أو الولد له".

¹ - القانون الأردني للأحوال الشخصية رقم 36 لسنة 2010 ج ر عدد 5061 بتاريخ 17 أكتوبر 2010. واللذان يُعدان الأكثر تطورا في البلاد العربية إذ سمحا مؤخرا بالإعتماد على نتائج الهندسة الوراثية في بعض المجالات.

فنتيجة الفحص وفقا للنص السابق، إذا أفضت لتأكيد صلة النسب، منعت إجراء الملائنة بهدف قطع النسب. ما يعني أنه لا مانع من الملائنة للفرقة وهذا توجه شديد من المشرع الأردني لتفادي تعطيل النصوص الشرعية القطعية في دلالتها وفي ثبوتها . وقد وفق المشرع الأردني لما أكد في كل مرّة على صفة "القطعية" بالنسبة للوسائل العلمية، لكن ما يُعدّ قطعيا في مرحلة ما قد لا يكون كذلك لاحقا، فالعبرة بقطعية هنا ينبغي أن تكون وقت استعماله. لا وقت إتمامه.

وكان قانون الأسرة بمملكة البحرين الذي صدر سنة 2009¹ أيضا مساهرا للتطور العلمي في إثبات النسب، وجاء في مادته 79 مايلي: "يتم عرض الزوجين لتحليل البصمة الوراثية قبل إجراء الملائنة، ولا تتم الملائنة بنفي النسب إذا جاءت النتيجة بإثباته". وعرض الزوجين لتحليل البصمة الوراثية قبل إجراء الملائنة هو موقف جدير بالإحتذاء به من قبل المشرع الجزائري مع ملاحظة أنه لا ينبغي تعطيل الأحكام الشرعية المتعلقة باللعان إذا ما أراد الزوج اللجوء إليه مهما كانت نتيجة الفحص ولو كشفت عن ثبوت النسب.

أما في مادته 82، فنص قانون الأسرة البحريني على أنه "في حالة اختلاط المواليد في المستشفيات و في حال الحوادث و الكوارث يستعمل تحليل البصمة الوراثية لإزالة اللبس".

و يظهر بالتالي تأثر المشرع البحريني بنتائج توصيات مجمع الفقه الإسلامي في دورته 16 فيما يتصل ببعض حالات الإشتباه في النسب، لكنه خالفها عند تقديمه للبصمة الوراثية على اللعان مخافة أن تؤول نتيجة الفحص لنفيه². وعلى العموم فإن موقف المشرع البحريني يعتبر في مجمله خطوة في الإتجاه الصحيح.

¹ - أنظر: قانون الأسرة البحريني رقم: 19 لسنة 2009، الجزء الأول، ج رعدد 2898، بتاريخ 04 جوان 2009، ص.19.

² - أنظر البند الثالث والرابع من توصيات المجمع الفقهي الإسلامي، مرجع سابق، ص. 343 وما يليها.

والمشروع الإماراتي وإن لم يُبيّن المقصود بالدليل العلمي في النسب، لكن مشروعه لقانون الأحوال الشخصية¹ أشار إليه في المادة 97 منه في فقرتها الخامسة التي أجازت "للمحكمة الإستعانة بالطرق العلمية لنفي النسب". و المشروع الإماراتي من خلال عبارته الأخيرة في النص "شرط ألا يكون قد تم ثبوته قبل ذلك" يكون -وهو مُحقٌّ في ما ذهب إليه- قد غلب الحقيقة القانونية عن الحقيقة البيولوجية، متماشيا في ذلك مع مصلحة الولد لما في ذلك من إحياء له.

كما أُقرّ مشروع مدونة الأحوال الشخصية بالمغرب تحت رقم 03-70 والصادر قانونه بتاريخ 03-03-2004² إمكانية اللجوء لما أسماها "الخبرة القضائية" في شأن النسب حينما حددت المادة 158 منه الطرق التي بها يثبت النسب وهي: "القرائن أو إقرار الأب، أو شهادة عدلين، أو بيئة السماع، وبكل الوسائل الأخرى المقررة شرعا بما في ذلك الخبرة القضائية". هذه الأخيرة، قد تأخذ صورة الخبرة الطبية من خبراء معتمدين لدى الهيئات القضائية.

لكن هذا الموقف المحتشم من التشريع العربي لا يعكس بالضرورة عدم مسايرة الطرق العلمية لإثبات أو نفي النسب أو استبعادها تماما كدليل ، ولا أدلّ على ذلك من أن التطبيقات القضائية في عدد من النظم العربية عُرِضتُ عليها بعض الأفضية تناولت الدليل العلمي بالرفض و بالقبول أحيانا. على نحو ما سنبيّنه في بعد قليل³.

ب - التشريع الفرنسي والدليل العلمي في مادة النسب :

نُشيرُ بداية إلى أن القانون المدني الفرنسي لا يقبل دعوى إثبات النسب بأية طريق للإثبات مادام قد ثبت النسب بعقد (شهادة) ميلاد الطفل، بالإعتراف، أو بعقد

¹ - مشروع قانون الأحوال الشخصية لدولة الامارات العربية المتحدة رقم 28-2005.

² - من موقع www.amanjordan.org.

³ - بالصفحة 256 ومايليها من هذه الرسالة .

رسمي يُثبت إحراز وضع ظاهر بذلك¹. لكن إذ تم سلوك دعوى النسب، فيتعين إتباع الإجراءات المتعلقة بدعوى النسب².

و بحثا عن الإستقرار للأوضاع، تم تقييد قبول الدعوى بعدم ثبوت النسب بشكل قانوني³.

والمشرع الفرنسي في هذا مُنْجَم مع المادة 08 من أحكام الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان⁴ التي تُعنى بحرمة الحياة الخاصة و التي لا ينبغي أن تتعارض مع مايتعلق بالحق في معرفة النسب البيولوجي للطفل.

أما عن إستعمال الدليل العلمي فتطرق المشرع الفرنسي للبصمة الوراثية بموجب المواد 10-16، و 16-11، و 16-12، و قد أحاطها بجملة من الشروط أهمها ما أشارت إليها المادة 16-10⁵ في فقرتها الأولى بنصها على "أن يكون الدافع والغاية من دراسة الصفات الوراثية لأي شخص هو تحقيق غاية طبية أو أبحاث علمية". أما الفقرة الثانية لنفس المادة فأشارت لشرط: "حصول رضا المعني بهذه العملية لدى إجراء الدراسة، قبليا وكتابة، بعد إعلامه بطبيعتها والغاية منها، وينبغي أن يشمل الرضا تلك الغاية تحت طائلة الإبطال".

ووفقا للشرطين السابقين يحظر إستعمال البصمة الوراثية دون رضا المعني

أو استعمالها لأغراض تجارية.

كما أضافت المادة 16-11⁶ لشروط قبول الدليل العلمي: "أن تستعمل البصمة

الوراثية قصد التعرف على هوية الشخص شريطة أن يكون ذلك بمناسبة دعوى

¹ - Cf. Art. 310-3 al 01 du c. civ. fr

² - Cf. Art. 310-3 al 02 du c. civ. fr

³ - Cf. Art. 320 du c. civ. fr

⁴ - الموقّعة بتاريخ: 03-11-1950 والسارية النفاذ بتاريخ: 04-09-1953.

⁵ - Cf. Art. 16-10 al 01 et 02 du c. civ. fr

⁶ - Cf. Art. 16-11 al 01 et 02 du c. civ. fr

قضائية، محاكمة أو إجراء تحقيق جنائي. أو غرض طبي أو بحث علمي. أو تحديد هوية جندي توفي أثناء عمليات عسكرية لقوات الجيش.

في المواد المدنية،..لا يمكن تحديد الهوية بالبصمة الوراثية بعد الوفاة إلا إذا تم الحصول على رضا المعني بها قبل وفاته"¹.

واشترطت لجواز استعمالها في النزاع حول النسب لكن بأمر قضائي مع تأكيد رضا المعني².

وأخيرا فقيدت المادة 16-12³ الأشخاص القائمين بها بمواصفات وحصرتها في: "المختصون المسجلون في قائمة الخبراء القضائيين. الذين تتوافر فيهم شروط يحددها مرسوم صادر عن مجلس الدولة، وبمناسبة محاكمة قضائية".

بذلك، فإن المشرع الفرنسي اتخذ موقفا من البصمة الوراثية بإعتمادها في حالتها إثبات النسب ونفيه واضعا ضوابط فنية وأخرى موضوعية واجرائية لقبول هذا الدليل العلمي الحديث. وهذا التوجه من المشرع الفرنسي هو تنويع لما عمل به القضاء في مجمل الأفضية التي نظر فيها بشأن الدليل العلمي بخصوص النزاع بشأن النسب والتي سنعود لجانب منها.

لكن تجدر الملاحظة أنه تم تكملة قانون النسب الفرنسي سنة 2009 بقانون 16جانفي 2009⁴ دون أي مساس بالقواعد التي تحكم الدليل العلمي. والذي يراه البعض تعديلا لقانون النسب⁵.

¹ - L ,n°2004-800 du 6 aout 2004 relative à la bioéthique, art 5-1 , JORF n°182 du7aout 2004 .

² - Cf.Art.16-11 al 02 du c.civ. fr

³ -Cf.Art.16-12 duc.civ.fr .

⁴ -loi n° 2009-61 du 16-01-2009 ratafie l'ordonnance du 04-07-2005 sur la filiation. JO 18-01-2009, p.1062 .

⁵ -Thierry GARE, Réforme de la filiation a propos de la loi du 16 janvier 2009. Sem. Jur, n° 06, du 04-02-2009,pp.58 et s.

و غني عن البيان ، أنه في حالة التلقيح الإصطناعي فلا سبيل للإعتماد على هذه الوسيلة العلمية الحديثة المتمثلة في البصمة الوراثية ولا حتى بطريقة تحليل مجموعات الدم، وذلك بالنظر لأسبقية علم طرفي العلاقة - و حتى القاضي- بالحقيقة البيولوجية للطفل، و بالتالي لا طائل من إخضاع أطراف العلاقة لمثل هذا الدليل العلمي.

ثانيا : موقف التشريع الجزائري من الدليل العلمي المتعلق بالنسب .

غني عن البيان أنه وإلى غاية 1984 لم يكن بالجزائر تقنين خاص بالأسرة؛ وكان القاضي ينهل مباشرة من معين الفقه الإسلامي لا سيما المذهب المالكي. لكن بصدور قانون الأسرة¹، بات القضاء الجزائري مقيدا أكثر من أي وقت مضى بالإلتزام بأحكامه تلك.

وقد تضمن قانون الأسرة لسنة 1984 نصا عاما يخص الطرق التقليدية لإثبات النسب بالمادة 40 منه والتي كانت تنص على أنه: "يثبت النسب بالزواج الصحيح، وبالإقرار وبالبينة وبنكاح الشبهة وبكل زواج تم فسخه قبل الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون."

لكن بعد مراجعة قانون الأسرة الجزائري في سنة 2005² بات التفسير المضيق للنصوص غير مسعفا في مادة النسب وإثباته؛ وتجلى هذا بوضوح بعدما كشف المشرع صراحة في التعديل الأخير لقانون الأسرة بإضافته فقرة ثانية المادة 40 من قانون

¹ - القانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 جويلية 1984 يتضمن قانون الأسرة.

² - قانون رقم 05-02، لسنة 2005، المتعلق بالقانون المدني المعدل والمتمم لقانون الأسرة، سبقت الإشارة إليه.

الأسرة تجيز للقاضي أن يلجأ إلى الطرق العلمية في إثبات النسب وذلك بالتنصيص على أنه: "...يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب".

ويلاحظ على هذا النص الجديد استعمال المشرع في هذا الشأن عبارة "يجوز للقاضي.."، وهو ما يثير مسألة مدى سلطة القاضي في الأخذ بالدليل العلمي من عدمه من جهة ، ومكانة هذا الدليل من الأدلة التي نصت عليها الفقرة الأولى من نفس المادة من جهة أخرى 40 ؟

و نحن من جانبنا ، نرى بشأن هذه المسألة أن القاضي لا يملك مطلق الحرية في اعتماد الدليل العلمي ولا في كيفية الاستعمال ، فلا يُعتمد الدليل العلمي في مواجهة نسب ثابتٍ بالفراش الصحيح من جهة أقصى و أدنى مدة الحمل مع امكانية الإتصال، أو بشهادة الشهود غير المطعون في نزاهتهم ، أو حتى إذا تم إقرار بالنسب مع مراعاة تصديق العادة و العقل لهذا الإقرار .

على أنه يُمكن الإستفادة من الدليل العلمي وبخاصة تحليل الـ: ADN كوسيلة يُمكن بها تلافي اللجوء إلى إجراء اللعان متى انتهت نتيجة الفحص لتأكيد صحة الفراش رعاية لسكينة الأسرة دون اعتماد الدليل العلمي إذا أدى لنفي الولد إذ في هذه الحالة يجب أن تتم الملاعنة لأنه لا غنى عنها شرعا و قانونا.

و لا نرى أن للقاضي الحق في تعطيل نص شرعي قطعي الدلالة والثبوت. وعلى كل حال، لنا عودة للإستفاضة في رأينا حول موقف المشرع الجزائري بصدد الكلام عن مكانة الدليل العلمي بين أدلة النسب الشرعية و ضوابط إعتماده بالمبحث الأخير من هذه الرسالة¹.

وبعد التعرف على ماهو متاح من نصوص تحيط بمسألة الدليل العلمي والنسب ، لابد من الوقوف على التطبيقات القضائية بشأنه وذلك في الفرع الموالي.

¹ - أنظر: الصفحة 281 وما يليها من هذه الدراسة.

الفرع الثاني

موقف القضاء من الدليل العلمي المتعلق بالنسب

أمام سكوت جُل التشريعات العربية، بات من المهم استخلاص موقف القضاء في مسألة الدليل العلمي في مادة النسب و كذا موقف القضاء الفرنسي (أولاً)، ورغم ندرة التطبيقات القضائية في هذه المسألة في القضاء الجزائري، إلا أننا سنتوقف قليلاً عنده (ثانياً).

أولاً : موقف القضاء المقارن من الدليل العلمي في مادة النسب.

وفقاً للنهج الذي اعتمدناه منذ البداية، سنتطرق إلى موقف كل من القضاء المقارن سواء في البلاد العربية (أ)، أو في غيرها على أن نقتصر بالدراسة منها على القضاء الفرنسي (ب).

أ - موقف القضاء العربي من الدليل العلمي في مادة النسب:

باننتشار مخابر تحليل الدم والبصمة الوراثية في البلاد العربية و استجابة منه لقضايا النسب المشفوعة بطلبات اعتماد الدليل العلمي بشأنها، اتخذ القضاء العربي منها موقفاً في ظل غياب نصوص مسعفة له، فهل تلقى الدليل العلمي بصدر رحب أم كان له منها موقفاً مختلفاً؟

لم يتوان القضاء المصري في دفع المتنازعين للتمسك بالدليل العلمي بشأن قضايا النسب. فقد اعتبر قضاء النقض رفض مثل هذه الطلبات من جانب محكمة الموضوع إخلالاً بحق الدفاع، حيث قضت محكمة النقض الجنائي "بأنه متى كانت الحقائق العلمية المسلّم بها في الطب الشرعي الحديفيد بأن تحليل فصائل الدماء قد تقطع نتيجته في نفي نسب الطفل عند المنازعة فيه، وإن كان من غير اللازم أن تقطع في ثبوته، و اتحاد الفصائل أو اختلافها بين الأصول والفروع أي كان الرأي العلمي فيه،

هو إعتبار عام لا ينهض في وجه ما تمسك به الطاعن في خصوص دعواه من أن الطفل لا يمكن نسبته إليه ولو بدليل محتمل، محتكما للخبرة الفنية البحتة التي لا تستطيع المحكمة أن تشق طريقها فيها إلا بمعونة ذويها. لما كان ذلك، وكان لا يعرف حاصل ما كان ينتهي إليه رأي المحكمة لو ثبت لها بيقين من نتيجة تحليل الفصائل أن الطفل لا يمكن أن يُعزى إلى المتهم ، و كان رد الدفاع يحدث في وجدان القاضي ما يُحدثه دليل الثبوت .

فلما كان ماتقدم، فقد كان متعينا على المحكمة أن تحقق هذا الدفاع الجوهري عن طريق المختص فنيا وهو الطبيب الشرعي، أما وهي لم تفعل اكتفاء بما قالت من أنه ليس من اللازم أن تتحد فصائل دماء الأصول والفروع، فإنها بذلك تكون قد أحلت نفسها محل الخبير الفني في مسألة فنية، ومن ثم يكون حكمها معيبا بالإخلال بحق الدفاع مما يتعين معه نقض الحكم والإحالة دون حاجة إلى التعرض لسائر الطعن..."¹. كما أن النقض المصري في مناسبات أخرى أجاز التمسك بتحليل مجاميع الدم في قضايا نفي البنوة². لا في إثباتها وهو موقف منسجم مع ما انتهى إليه التطور العلمي فيما يتصل بإثبات ونفي النسب عن طريق تحليل مجاميع الدم.

وقد بدأت المحاكم المصرية-على الأقل الابتدائية منها-تتلقى بصدر رحب البصمة الوراثية كدليل إثبات مثل ما عُرض على محكمة الزقازيق بالقضية رقم 944-1994 والتي ادعى بموجبها الزوج طالبا نفي نسب الطفل وصرف النظر عن القيود الخاصة بشهادة الميلاد لداعى الفرقة بينه وبين زوجته الممدة لأكثر من 03 سنوات؟ وحكمت المحكمة في 29-04-1995 قبل الفصل في الموضوع بندب مصلحة الطب الشرعي بالقاهرة لتوقيع الكشف الطبي على كل الأطراف لتحليل الدم، وأفاد الفحص باحتمال نسبة

¹ - نقض جنائي في 21-10-1968، رقم 1217، نقلا عن محمد محمد أبو زيد، مرجع سابق، ص.276.

² - نقض مدني، أحوال شخصية: 07-12-1978، طعن رقم: 30 نقلا عن عائشة إبراهيم المرزوقي، مرجع سابق، ص.280.

الطفل لأبيه ما ضطر حكما من ذات الهيئة بئدب خبير البصمة الوراثية للأب والأم والطفل والذي قضت على إثره بإثبات النسب إلى أبيه مع أمره بعدم التعرض لها كما ألزمته بالمصاريف القضائية¹.

أما القضاء الإماراتي، ففيما يخص نسب الاطفال المولودين حديثا بالمستشفيات وبموجب قضية استقبلها القضاء الإماراتي 1978، اشترطت المحكمة الاتحادية العليا بدولة الإمارات ضرورة وجود نزاع وتقديم طلب من قبل الأولياء قصد الفحص إذ جاء في إحدى حيثياتها "...وإذن، فإن عدم اختصام المدعي أولياء الأطفال الذين يطلب من المحكمة الحكم له باتخاذ اجراء لتحليل دمائهم يستلزم رفض طلبه."².

أما عن باقي منازعات النسب العامة، فقد نظر القضاء الإماراتي للبصمة الوراثية كمجرد قرينة يستأنس بها القاضي، "...ولا تعول المحكم على نتيجة المختبر الجنائي الأولى واللاحقة لأن تحليل الدم ليست من البيّنات المعتبرة شرعا لإثبات النسب ولايخرج التقريران عن كونهما قرينة تخضع لتقدير المحكم"³. هذا بالنسبة لنتيجة إثبات النسب بالبصمة الوراثية⁴.

ويبدو أن للقضاء الإماراتي نفس النظرة في حال ما أفضت البصمة الوراثية لقطع النسب. فبناء على طلب المدعي بنفي النسب أحالت المحكمة الابتدائية لإمارة دبي الأطراف- بما فيها الطفلة المولودة حديثا والتي نسبها محل نزاع - إلى المخبر الجنائي لمقارنة الصفات الوراثية حيث جاء تقرير المخبر الجنائي المؤرخ في 25-02-1997: "...

¹ - منقول مع الإقتباس من عند: عائشة ابراهيم المرزوقي، مرجع سابق ، ص.307.

² - دعوى رقم 05 ، جلسة 21 جوان لسنة 1978 مجموعة الأحكام الصادرة من المحكمة الاتحادية العليا في الدعاوى المدنية حتى آخر ديسمبر 1990، الطبعة الأولى ، 1997، المكتب الفني، ص:39، مقتبس عن: خليفة علي الكعبي، مرجع سابق، ص.73.

³ - محكمة تمييز دبي ، احوال شخصية، 07-07-1998 ، الطعن رقم 30 لسنة 1996، مجلة القضاء والتشريع، عدد: 07-1998، ص.637.

⁴ - محكمة تمييز دبي ، أحوال شخصية، 28-12-1995، طعن رقم 30 لسنة 1996 ، مقتبس عن: خليفة علي الكعبي، مرجع سابق، ص.104.

...وحيث أنه من المعلوم أن النتائج بصفة عامة خمسة أنواع تجري بين الإستحالة واليقين.... إذا كان ذلك فإنه قد جاءت نتيجة تقرير المختبر الجنائي بأنه يمكن استبعاد المدعي كأب للطفلة، ومن ثم فإنه من المرجح عدم استبعاده كأب للطفلة بنسبة 80% أو 90% وفقا للنتائج الموضحة آنفا إذ إن كل نتيجة راجحة تقابلها في الناحية الأخرى نتيجة ممكنة هي عكسها... وبناء على ذلك فإن المحكمة الابتدائية تقضي برفض الدعوى..¹.

ويبدو أن القضاء الإماراتي في هذه القضية غريبا نوعا ما، فمن جهة، يُقر بالحجية العالية التي تتمتع بها البصمة الوراثية قد تصل 90 % ، ومن جهة أخرى ، لا تعتبرها سوى عامل مُرجح ! وما يزيد غرابة في هذا الحكم أن ما أفادت به البصمة الوراثية إنما هو إثبات للنسب لا نفي له، فلو كان العكس لإلتمسنا لها العذر في ما قضت به إحياء للولد.

أما القضاء الأردني، ففي خطوة نادرة وجريئة في آن واحد بالنسبة للقضاء العربي، إعتترف بالبصمة كدليل لإثبات النسب في حكم له عن محكمة أول درجة بعمّان أمام القضاء الشرعي بتاريخ: 24-10-2002 حكمت باعتماد البصمة الوراثية في إلحاق نسب بنت إلى أبيها وأمها الحقيقيين ونفي نسبها من المدعي المتبني وزوجته غير الحقيقيين "الكافلين لها". تم الإستئناف من الأخيرة "زوجته" في 17-12-2002 فرفضت محكمة الإستئناف إدعاء الزوجة بالفراش الصحيح الذي أسست عليه دعواها وعقبت في تأييدها لحكم المحكمة: "وحيث ثبت بتقرير الطبيب المؤيد بشهادته بأن الفحوصات الجينية المعروفة بالبصمة الوراثية ثبت بشكل حاسم، أن المدعى عليه الأول وزوجته لايمكن أن يكونا والديها..."².

¹ - دعوى رقم 737 لسنة 1996، المحكمة الابتدائية بدبي، مقتبس عن: خليفة علي الكعبي، مرجع سابق، ص. 108.

² - أنظر: محكمة الإستئناف الشرعية، عمان، رقم 175-2002، بتاريخ 17-12-2002، مقتبس عن: خليفة علي الكعبي، مرجع سابق، ص، 125.

من خلال الحكم سالف الذكر ، نلمس الشجاعة التي اتسم بها القضاء الأردني وندعو في المقابل القضاء في البلدان العربية ان يُعطي الإضافة اللازمة ليسد ما تركه المشرع خاصة في مسألة النسب التي يتعلق بها مصير كثير من الأطفال. نكتفي بهذا القدر من عرض قرارات وأحكام القضاء في البلاد العربية بشأن الدليل العلمي المتعلق بالنسب. وما يمكن ملاحظته هو التردد الكبير الذي اكتنف موقفه في الأخذ بهذ الدليل العلمي، لكنه على العموم حاول باحتشام سد النقص التشريعي الملاحظ على تشريعات الأحوال الشخصية العربية في هذا الصدد .

ب - موقف القضاء الفرنسي بشأن الدليل العلمي في مادة النسب :

إن مسألة جواز التمسك بفحص مجاميع الدم أمام القضاء الفرنسي من قبل الأطراف المتنازعة و الرامية إلى نفي النسب قد اضطرر عليها القضاء الفرنسي منذ مدة¹. أما السعي لإثباته فلن يُجد معه هذا التحليل لأن الزوجة ، و التي هي غالبا ماتطلب الإثبات، فغاية ما تحصل عليه من تحليل مجاميع الدم هو احتمالات غير مؤكدة، لا تؤدي إلى اقتناع القاضي بصحة موقفها. أما إذا عرّجنا إلى ما تُفيد نتائج علم الوراثة بتحليل البصمة الوراثية ، فبعدما وجد تطبيقاته سريعا في المجال الجنائي فقد تأخر في مجال إثبات النسب في العلاقة الزوجية ونفيها بالدليل العلمي إلى غاية إصدار محكمة باريس في 16-12-1976². وبشأن إثبات البنوة الطبيعية، أيدت محكمة النقض قرار محكمة الإستئناف الذي قضى بنسب طفل للأب المدعى عليه بعد أن تبين أن الفحص قد قطع في عدم استبعاد المدعى عليه وأن ترجيح اعتبار الأب يكاد يكون يقينيا³.

¹ - Cf. Cass.Civ. 25juin 1949,D.1949,585note J CARBONNIER ,J.C.P,1949,502.

² -Paris,16-12-1976,D.1977,133,note:J.MASSIP.

³ -Cass,1^{er}fév.1983,D ;1983 ,1,397.

وإذا ألقينا نظرة على القضاء الفرنسي الحديث، فنجد أنه تتنازع عدة تجاذبات ومصالح تصل حد التعارض. فالحق في معرفة الطفل نسبه هو من قبيل الحقوق الأساسية للإنسان التي تستوجب معرفة الطفل نسبه البيولوجي الذي لا سبيل إليه إلا بالطرق العلمية المتعلقة بإثبات النسب.

و بما أن القانون المدني الفرنسي¹ لا يقبل دعوى إثبات النسب بالخبرة البيولوجية ما دام قد ثبت النسب بعقد (شهادة) ميلاد الطفل، بالإعتراف، أو بعقد رسمي يُثبت إقرار وضع ظاهر بذلك-إلا بوجود باعث مشروع- فقد سايره القضاء في ذلك². والقضاء الفرنسي الذي سار على هدي النصوص الراهنة للقانون الفرنسي، يستثني إعمال الدليل العلمي مع وجود وضع ظاهر للحياة الزوجية (la possession d'état)، خاصة إذا كانت معززة بسند الحالة المدنية أو تم الإقرار بالولد قبل الولادة³. كما أن حرمة الحياة الخاصة، ضرورة الرضا على فحص الدم قبل الوفاة⁴، وكذا السعي لاستقرار الأوضاع من جهة إقرار الوضع الظاهر، لا تُسعف الحق في معرفة النسب البيولوجي.

ثانيا : موقف القضاء الجزائري من الدليل العلمي في مادة النسب .

أمام طول انتظار موقف حاسم من المشرع الجزائري بشأن الدليل العلمي في مادة إثبات النسب، وفي ظل إقتضاب موقفه التشريعي بعدما أبداه، كان على القاضي أن

¹ – Cf.Art.310-3al 01 du c.civ.fr

² – “L’expertise biologique est de droit en matière de filiation sauf s’il existe un motif légitime de ne pas y procéder”,(Civ. 1^{er},28 mai 2000,Bull.civ.I,n°103 ;D.2000.jur.713) .

³ – Civ.1^{er},28 mai 2008,n°07-15037,D.2008 ;AJ,1624,obs.I.GALLMEISTER .

⁴ – Civ.1^{er},19mars2008,n°06-19640,juris-Data,n°2008-043311.

يتولى مهمة إبداء توجهه بشأنها. فما هو ذلك الموقف الذي اعتمده القاضي الجزائري من الدليل العلمي؟ وإلى أي مدى كان موفقا فيه؟ يبدو أن موقفه قد تميز بتلكؤ (أ)، ثم مواكبة محتشمة للتطور (ب).

أ - نكوص القضاء دون مسايرة الدليل العلمي في إثبات النسب:

إن المحكمة العليا قد استقرت على اعتماد أحكام اللعان لدحض قرينة الفراش الصحيح فيما تعلق بالنسب دون الدليل العلمي، ذلك ما يعطي انطبعا عن مذهب المشرع بشأنها(1)، لكن هذا التوجه القضائي المضيق قد لا يعكس بالضرورة صحة ذلك الانطباع بالنظر لاختلاف طرق التفسير و اتساعها (2).

1 - استقرار المحكمة العليا على إستبعاد الدليل العلمي لإثبات النسب :

لقد أهمل القضاء الجزائري و لمدة طويلة التطرق للدليل العلمي المثبت للنسب ، و بصدور قانون الأسرة¹، بات مقيدا أكثر من أي وقت مضى بالإلتزام بأحكامه تلك. ولا بأس أن نذكر إلى أنه كان من الممكن لواقعي التقنين الأسري الجزائري مسايرة بعض المستجدات في تلك المرحلة وتجنيب القاضي التردد بشأنها. وتفريعا على ما تقدم. جاءت قرارات المحكمة العليا رافضة لأي دليل علمي حديث بشأن إثبات النسب ونفيه. إذ لم يتم إعتقاد لا نظام تحليل الدم ولا تحكيم البصمة الوراثية في هذا الشأن ولمدة طويلة. وذلك لغياب نص صريح يتيح ذلك. وإذا تتبعنا مجمل الأفضية بالجزائر نجدها متواترة من جهة اعتماد اللعان دون الخبرة العلمية-أي الدليل العلمي-سواء قبل صدور قانون الأسرة أو بعده ، بل امتد ذلك

¹ - القانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 جويلية 1984 يتضمن قانون الأسرة.

إلى غاية سنة 2006 كما سيأتي في حينه¹، فالمحكمة العليا تستوجب نفي النسب بطريق اللعان فقط²، رغم أن الممارسة القضائية لم تخلُ من بعض الإرتباك من الناحية الإجرائية فيما تعلق باللعان. من ناحية الأجل الذي ينبغي تمسك الزوج في خلاله بهذا الإجراء³.

كما يعاب على مشرع قانون الأسرة كذلك أنه لم يحدد للقاضي المدة التي تحسب فيها أدنى مدة الحمل وهي 06 أشهر وأقصاها وهي 10 أشهر؛ هل ابتداء من العقد أم من الدخول؟ فضلا عن الفرق بين لحظة الطلاق الفعلي والحكم به؛ وهذا الأخير هوالمعتبر نصا⁴ (رغم أنه ينبغي إعتبار الحكم كاشفا عن الطلاق لا منشئا له بحثا عن الإنسجام مع الواقع) وقضاء⁵، ويقول به جانب من الفقه⁶. رغم أنه من شأن اعتماد الدليل العلمي تجنيبنا الكثير من المتاعب والتناقضات.

و بعد طول سكوت من المحكمة العليا حول الدليل العلمي لإثبات النسب، جاء التصريح بإستبعاد تحليل الدليل العلمي بشأن النسب في قرارها بتاريخ 15-12-1999 و في الحقيقة كان من نتيجة افتقار القانون الجزائري إلى تنظيم قانوني دقيق لهذه

¹ - أخيرا إعترف القاضي الجزائري بالAD N كوسيلة إثبات للنسب وذلك بقرار المحكمة العليا في: 05-03-2006، محكمة عليا، غ أش، 15-06-1999، ملف رقم 222674، الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص.88.

² - محكمة عليا، غ أش، 15-06-1999، ملف رقم 222674، الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص.88.

³ - أنظر: سابقا، ص186 وما يليها .

⁴ - تنص المادة 49 من تقنين الأسرة " لا طلاق إلا بحكم.." والمادة 60 " أقصى مدة الحمل 10 أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة".

⁵ - أنظر محكمة عليا، 15-06-1999، ملف رقم:222674، م ق، 2001، عدد خاص، ص.88.

⁶ - (Gh) BEN MELHA ,Le Droit algérien de la famille ,O P U ,1993,p.144 .

الوسائل الجديدة في مجال النسب أن تحمّل القضاء عبء تحديد ما يجب الأخذ به و ما لا يجب، وذلك عن طريق ما كان يرسيه من مبادئ قضائية جديدة¹.

إن قرار المحكمة العليا في 15-06-1999² بيّن كيف يمكن لأحكام القضاء أن تجانب التطور والتجديد حينما كان في الوسع أن يعمل على سد النقص التشريعي وعدم التدقيق في الصياغة القانونية إذ اعتبر قضاء النقض أن قضاة الموضوع خرّقوا أحكام المادة 40 لكونهم اعتمدوا الخبرة العلمية قصد تحليل الدم للوصول إلى نفي النسب³.

فهذا القرار حسبما يرى البعض⁴ هَسُّ من الناحية القانونية لأنه يحيلنا إلى رؤية رؤية محافظة قديمة ومهجورة. وهو من جانب آخر يكشف عن طريقة شاذة في تطبيق القضاة للقانون و فهمهم له.

فإذا كان البعض⁵ ينتقد القرار فقط من جهة أن المسألة تتعلق بنفي النسب، وأنه يستوجب إعمال أحكام المادة 41 ق أسرة التي تنص على إمكانية نفيه بالطرق المشروعة موسعا مجال هذه الطرق، إلا أنه واضح بأن المحكمة قد تخطت مواكبة التطور و التجديد في مسألة يتعلق بها مصير عدة أبرياء، بل حقوق الأشخاص الشرعية في الميدان الأسري. وذلك بسبب أنها لم تأخذ في الحسبان لا التطورات الحديثة للعلوم الطبية و البيولوجية ولا الظروف الإجتماعية التي أصبحت تحيط بالمجتمع المعاصر

¹ - تشوار جيلالي، القضاء مصدر تفسيري تعسفي للقاعدة المنظمة للنسب، م ج ع ق إس، ج 41، 2003، عدد 01، ص.14.

² - ومن بعده قرارها بتاريخ 15-06-1999، رقم:222674، سالف الذكر. مرجع سابق، ص.88-90.

³ - أنظر: محكمة عليا 15-06-1999، رقم:222674، القرار سابق الذكر، مرجع سابق، ص.90.

⁴ - Cf .LAHLOU-KHIAR Ghanima,La filiation des enfants nés pendant la séparation de fait des époux , La preuve de la filiation,Revue 'EL MOUHAMAT',L'ordre des avocats d'Alger, oct 2003, N° 01,p .53 .

⁵ - بن شويخ الشيد، الطرق الشرعية والقانونية لثبوت النسب أو نفيه، م ع ق اق، كلية الحقوق-تلمسان، 2005، رقم 03، ص.43.

كانخفاض الوازع الديني و لتدهور القيم الأخلاقية و الروحية في نفوس البشر وغيرها من الآفات الأخرى¹ .

و تأكيدا لذلك، فإذا عرفنا أن اللعان لا ينتج عنه اليقين بل كان الباعث إليه هو الإحتياط في ثبوت النسب وعدم إهداره، وعرفنا كذلك أن من بين أسباب عدم الأخذ بنظام القيافة من قبل الحنفية سببه الظن الذي يقوم عليه هذا النظام، فإنه من باب الإستحسان حسب البعض²، أن يرجع في هذه المسألة إلى أهل الخبرة. وأنه بعد تقدم العلوم الطبية والبيولوجية يكون المرجع في ذلك تقرير الأطباء. وعلى العموم، فإن الدليل العلمي الذي رفضه القاضي الجزائري في قضية الحال يتطلب مناقشة حجته وقيمه الثبوتية، فما كان عليه تعميم الموقف من الدليل العلمي إجمالا لأنه في الوسع الإعتماد على البصمة الوراثية في الكثير من القضايا وأمام التفسير الضيق لأحكام المادة 40 من قانون الأسرة فقد يُستشف كذلك الإقتصار في كل الحالات على ما تضمنته من أدلة تقليدية بشأن النسب.

2 - التفسير القضائي المضيق للنصوص المنظمة لأدلة إثبات النسب:

تعتمد طرائق تفسير النصوص القانونية، ومنها مسألة الدليل العلمي، البحث عن المعنى الذي أراده المشرع سواء داخل النص، أو خارجه .
فأما المصدر الداخلي للتفسير المضيق للنص المنظم للنسب هو نص المادة 40 من قانون الأسرة قبل مراجعة قانون الأسرة الجزائري في سنة 2005³، إذ اطردهم القضاء على عدم إعتماد الدليل العلمي لإثبات النسب. وقد كرس هذا النهج بشكل أكثر

¹ - تشوار جيلالي، عولمة القانون ...، مرجع سابق، ص.126.

² - تشوار جيلالي، عولمة القانون...، مرجع سابق، ص.127.

³ - أمر رقم 02-05 لسنة 2005، المعدل والمتمم لقانون الأسرة.

صراحة من خلال موقف صريح للمحكمة العليا في قرارها الصادر في 15-06-1999 إذ جاء في إحدى حيثياته:

"...متى يتبين في قضية الحال أن قضاة المجلس لما قضوا بتأييد الحكم المستأنف القاضي بتعيين خبرة قصد تحليل الدم للوصول إلى تحديد النسب خلافا لقواعد إثبات النسب المسطرة شرعا وقانونا طبقا لأحكام المادة 40 وما بعدها من قانون الأسرة،... ولم يكن من بين هذه القواعد تحليل الدم الذي ذهب إليه قضاة الموضوع فدل ذلك على أنهم قد تجاوزوا سلطتهم الحاكمية إلى التشريعية الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه وإحالة نفس المجلس..."¹.

إن القرار السابق يعد تنويجا لهذا المنحى؛ لكن ما يدعو للدهشة هو مجانته لروح العصر بإهماله للقيمة الإثباتية للخبرة العلمية المتمثلة في تحليل الدم وذلك بتضييقه لنص المادة 40 التي تعتبر البينة بمفهومها الواسع تصلح دليلا للإثبات، لكنه أخذ بالمفهوم الضيق. خاصة أن النص الفرنسي للمادة 40 يستعمل مصطلح « la preuve » الواسع².

فبعدهما عرفنا أن تحليل الدم وإن كان لا يُقطع بنتيجته في الإثبات، فإنه في حال النفي يعطي قرينة قوية جدا. وفي كل الأحوال فإن استبعاد القاضي للدليل العلمي بهذا الإطلاق يفتح عليه باب الانتقاد. فتحليل فصائل الدم رغم حجية نتائجه حالة النفي، فإن هناك دليل علمي أقوى منه يتمثل في البصمة الوراثية لا يتعارض استعمالها مع قواعد الإثبات الشرعية في كثير من مسائل النسب، لذا وجب التفصيل في المسألة.

كان جدير بقضاة النقض إعتقاد قراءة صائبة للنصوص ومهمتهم شاقة في تطبيق النصوص. ولأجل هذا فإنه يحسن بهم أن يستلهموا من النصوص المعنى الحقيقي بكل

¹ - أنظر: قرار المحكمة العليا، 15-06-1999، ملف رقم: 222674، م ق، 2001، عدد خاص، ص. 88.

² - وهو مصطلح يسع الدليل العلمي المثبت للنسب، حيث لم يستعمل مصطلح: "Atteste"

منطق، ويؤسسوا أحكامهم بوسيلة غير متنازع حولها وذلك تحقيقاً للعدالة¹. ففي قضية الحال تثار مسألة مدى كفاية تحديد قائمة بوسائل الإثبات المقبولة والمنصوص عليها، واستبعاد تحاليل الدم بدعوى عدم النص عليها صراحة².

هذا، وليس ضيق التفسير للنصوص وحده سبب استبعاد الدليل من القضاء، فاستبعاد الغاية كمصدر تفسيري خارجي لأدلة إثبات النسب كذلك له اعتباره. فقضاة المحكمة العليا بإستبعادهم تحليل الدم كوسيلة حديثة لإثبات النسب لم يراعوا الغاية من التشريع وهي حفظ مصالح الأفراد من الضياع ضمن قاعدة أن ثبوت النسب فيه إحياء للولد.

ففي ظل وسيلة إثبات ظنية كاللعان، كان يحسن بقضاء النقض بدلا من نفي النسب، الإستجابة للدليل العلمي ما دام ثبت لقضاة الموضوع النسب، خاصة في ظل امكانية توسيع مفهوم نص المادة 40 من قانون الأسرة، لأن هذه المسألة تتعلق بها مصير عدة أبرياء³، وموقف قضاة المحكمة العليا منها يدعو للشك، خاصة أن من شأن النسب أن يعطي الطفل الإستقرار والأمان ويجنب بقدر ما يتيح التشريع الجزائري حالات الطفل مجهول النسب الذي يتعذر إلحاقه بأبيه⁴.

إذن بدلا من أن يمارس قضاة المحكمة العليا سلطتهم المطلقة في التفسير قصد الوصول لتجسيد العدالة فعلياً؛ فسروا سكوت المشرع بشكل سلبي. ما يدعوا للتساؤل حول صحة تأسيسهم وتأصيلهم للقرار⁵.

¹ - (G) LAHLOU-KHIAR,op.cit ,p.53 .

² - (G)LAHLOU-KHIAR,op.cit ,p .53 .

³- تشوار جيلالي، القضاء مصدر ..، مرجع سابق، ص.14.

⁴ - Cf(G) LAHLOU-KHIAR,op.cit ,p .5.

⁵ - (G) LAHLOU-KHIAR, op.cit ,p.54 .

ب - تأثر موقف القضاء تجاه الدليل العلمي بتطور التشريع:

لا شك أن القاضي إذا ما اتضح له الحكم في النص فإنه لا محيد له عنه، لكنه يمكن التأثر بالنص الجديد في اتخاذ قناعته بمضمون نص قديم غامض لا يزال متمتعاً بصلاحيته للتطبيق. فبعدما استقرت قرارات النقض على استبعاد الدليل العلمي ضمناً وصراحة، جاء قرارها بتاريخ 05 - 03 - 2006 لينقض قراراً لمجلس مسيلة بداعي عدم استجابتها لطلب اعتماد البصمة الوراثية (A D N) كدليل علمي لإلحاق نسب طفل لأبيه¹ فأقر قرار النقض بإلحاق الولد نتيجة الخبرة العلمية.

إن تحول قضاة المحكمة العليا عن قضائهم السابق بشأن الدليل العلمي يجعلنا نتساءل عن سببه؛ هل هو مفهوم المخالفة لنص المادة 08 من القانون المدني التي تخضع الدليل المعد مقدماً للإثبات وحده للنصوص المعمول بها وقت إعداد الدليل، ومفهوم المخالفة يقتضي تطبيق النص الجديد بأثر رجعي؟، أم أن التحول مرده اختلاف طبيعة الدليل العلمي ال: A D N الذي هو محل القرار محكمة النقض الجديد عن تحليل الدم كدليل علمي الذي استبعدته نفس الهيئة بقرار سابق؟ ، أم مجرد ماستوحاه القضاة من توجه المشرع من خلال إضافة فقرة للمادة 40 تنص: "يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب". وناقش هذه الدوافع المفترضة كسبب لاستبعاد الدليل العلمي تباعاً:

فعن تحول القضاء تجاه الدليل العلمي تطبيقاً لنص جديد (سنة 2005) نقول أن الأصل، سريان القاعدة القانونية فور صدورها وعدم رجوعيتها؛ فالوقائع يحكمها القانون

¹ - محكمة عليا، غ أش، 05-03-2006، ملف رقم: 355180، مجلة المحكمة العليا، 2006، عدد 01، ص. 469 ومايلها.

الذي صدرت أثناءه، لكن المشرع استثنى من تلك القاعدة -من بين ما استثنى- الأدلة المعدة للإثبات، إذ أخضعها للنصوص المعمول بها وقت إعداد الدليل¹.

إذا افترضنا أن قضاة النقض حملوا البصمة الوراثية محمل الدليل المعد للإثبات

فيمكن اعتبار أنهم سايروا التعديل التشريعي وهو دأبهم وواجبهم. لكن بما أنه لا يمكن

اعتبار الطرق العلمية التي أشارت إليها المادة 2140 (قانون أسرة) دليلا معدا مقدما -

كما سبق وأن أشرنا خلال الكلام عن تكييف الدليل العلمي للإثبات- نقول أن المادة 40

قبل التعديل لا تزال تلزم القضاة حين عرض عليهم النزاع.

بمعنى أدق، لا يمكن القول بأن المحكمة غيرت حكمها بتغيير النصوص القانونية

التي أصبحت أكثر وضوحا بعد التعديل، بل أن النص القديم- على غموضه - يبقى

صالحا للتطبيق، وهو ما يدعونا للتفتيش على أساس آخر حول المحكمة العليا على

موقفها الذي استقرت عليه ردحا من الزمن بشأن الدليل العلمي المتعلق بالنسب. كأن

يكون مرده الإختلاف في طبيعة الدليل العلمي ذاته.

أما عن السبب المُفترض الثاني لعدم قبول القضاء للدليل العلمي في قرارها بتاريخ

15-06-1999 واعتمادها عليه بتاريخ 05-03-2006، هو احتمال أن إختلاف طبيعة

الدليل العلمي كان وراء تحول موقف القاضي بشأنه؟ عرفنا أن نظام الإثبات بتحليل

الزمر الدموية (A B O) يعتمد على توزع فصائل الإنسان الدموية إلى أربع زمر

تختلف تبعا لأساسها الكيميائي؛ فتحدد فصائل كل من دم الطفل والأب والأم والتراكيب

الجينية المحتملة في كل من هذه الفصائل، ثم يقارن التركيب الجيني لفصيلة الولد

بفصيلة الأب. وهذا الدليل العلمي وإن كان يفيد في الحصول على دليل نفي قاطع، لكن

لا تعطي نتائج أكثر من 40% لإثبات النسب وهي نسبة تثير الشك أكثر من اليقين .

¹ - أنظر المادة 08 من القانون المدني الجزائري والتي تنص "تخضع الأدلة المعدة مقدما للنصوص المعمول في الوقت الذي أعد فيه الدليل ، أو في الوقت الذي كان ينبغي فيه إعداده".

في المقابل، فإن تقنية المقارنة بالـ: A D N تعطي قوة إثباتية بين 98% و100%¹، ما يدعوا للتساؤل حول إمكانية استناد المحكمة العليا على استبعاد تحليل الدم في القضية المطروحة أمامها بتاريخ 15-06-1999، واعتماد نظام الـ: ADN في القضية المطروحة أمامها بتاريخ 05-03-2006 .

فهل أن ضعف الدليل العلمي الأول وهو تحليل الدم قياسا بالبصمة الوراثية هو ما حدا بالقضاة لاستبعاده و الإكتفاء بما هو أقرب لليقين إذا ما قورن باللعان؟. إن ما يدعوا للاعتقاد باستبعاد الطرح السابق هو عمومية عبارة "الطرق العلمية لإثبات النسب" الواردة في المادة 40 من قانون الأسرة بفقرتها الجديدة، فلا يوجد تمييز إذن - حسب ظاهر النص- بين نوعي الدليل العلمي المثبت للنسب. وعلى العموم فإن الحكم على هذا التوجه أو ذاك من المحكمة العليا سيتحدد تبعاً لصدور المزيد من القرارات عنها.

بقي أن نناقش تحول قضاة النقض عن موقفهم، هل كان مسايرة منهم للتطور العلمي، أم مجرد ما استوحاه من تطور تشريعي من خلال توجه المشرع بإضافة فقرة ثانية للمادة 40 والتي تنص على أنه: "يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب".

إن ما دفع محكمة القانون لنقض قرار قضاة الموضوع ومن ثم تبنيهم الدليل العلمي سنة 2006 ليس مستنده المباشر-على ما نعتقد- النص القانوني المعدّل سنة 2005، لما سبق وأن ناقشناه قبل قليل، وكذا بسبب توفر الدليل العلمي. منذ وقت غير يسير، ما يدفع للاعتقاد بأن التوجه التشريعي كان له تأثير غير مباشر في تحولها إلى قبول الدليل العلمي في حين كان يمكن لقضاتها أن يتحلوا بالشجاعة الكافية لتبني هذا التوجه، أي قبول الدليل العلمي، قبل أن تضيع الكثير من حقوق الأطفال الذين لم يسعف

¹ - بندر بن فهد السويلم، مرجع سابق، ص.93.

اللعان في إثبات بنوتهم. ذلك أن أهل الطب قد قدروا في تقاريرهم أن استخدام هذه الوسيلة سيمنع اختلاط الأنساب ، و ضياع الأولاد، وفيها صوتنا للأعراض¹.
ولئن كان استبعاد قضاء النقص للدليل العلمي في غير محله إلا أنه في قرار حديث له كان مُحققاً حينما قضى بإلغاء "حكم محكمة سطيف الصادر في 01-02-2003 وقضى من جديد بعدم قبول دعوى الملائنة التي رفعها المطعون ضده لورودها خارج الأجل الشرعي.."² إذ اعتبرت المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ: 15-10-2009 أنه: "يحول رفع دعوى اللعان دون التذرع بالطرق العلمية لإثبات النسب"³، وكأن مفهوم المخالفة لهذا الحكم يقتضي قبول الدليل العلمي إذا ما بودر به ابتداءً.
لكن استعمال المشرع في هذا الشأن عبارة "يجوز للقاضي.. لا يزال يثير مسألة مدى سلطة القاضي في الأخذ بالدليل العلمي من عدمه من جهة ، ومكانة هذا الدليل من الأدلة التي نصت عليها الفقرة الأولى من نفس المادة 40 من جهة أخرى؟

المبحث الثالث

مكانة الدليل العلمي بين أدلة النسب الشرعية وضوابط إيماده

بعدها رأينا حكم الأخذ بالقيافة بين الأدلة الشرعية التقليدية وخلصنا إلى أنها جائزة في حدود معينة ، ثم رجحنا تكييف طبيعة الدليل العلمي المتمثل خاصة في البصمة الوراثية على إعتبارها شكل متطور في القيافة بل أن القياس عليها هو من باب

¹ - في هذا المعنى أنظر: تشوار جيلالي، عولمة القانون...، مرجع سابق، ص.127.

² - محكمة عليا، غ أش 15-10-2009، ملف رقم 605592، مجلة المحكمة العليا ، 2010، عدد 01، ص.247 ومايليها.

³ - أنظر قرار المحكمة العليا 15-10-2009، ملف رقم 605592، سابق الذكر، مرجع سابق، ص.248.

الأولى، فلا مجال للعودة للحديث عن حكم الأخذ بالقيافة والذي ينسحب على البصمة الوراثية.

لكن ما نشير إليه هنا أنه لا يقتصر مجال الإثبات بها على حدود ما تُقبل فيه القيافة، وعليه لم ينعقد إجماع الفقه المعاصر على درجة قوة هذا الدليل العلمي، سواء في الإثبات أو في النفي، فما مكان الدليل العلمي بين تلك الأدلة الشرعية؟ هناك نقطتان جديرتان بالبحث هما: الإختلاف بشأن مكانة هذا الدليل (المطلب الأول)، وينبني على ذلك بحث ما ينبغي له من منزلة بين مجمل الأدلة، وضوابط ذلك (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الإختلاف حول منزلة البصمة من أدلة النسب الشرعية

تباينت آراء الفقه في مدى الأخذ بالدليل العلمي في مسألة النسب لحد التناقض، بين من يراها دليلاً يُغني عن سائر الأدلة بل يتقدم على ما هو مجمع عليه من أدلة جائز العمل بها (الفرع الأول)، وبين من لا يعطي له إلا حظاً يسيراً بين الأدلة التقليدية للنسب (الفرع الثاني).

الفرع الأول

عرض الرأيين حول مكانة الدليل العلمي من أدلته النسب الشرعية سندرس فيما يلي الرأي الذي يعطي قيمة ثبوتية مطلقة لدليل الإثبات العلمي (أولاً)، ثم نعرّج للرأي الذي يشكك في تلك القيمة (ثانياً).

أولاً : إمكانية الإستعاضة بالبصمة الوراثية عن أدلة إثبات النسب الشرعية .

سنُفصح فيما يلي على أنه من الفقه من يرى امكانية اللجوء إلى البصمة الوراثية حتى قبل اللعان بصرف النظر عن معارضته له، وكذا يُؤخذ بنتائجه ولو كانت عكس الشهادة ، بل ورغم الإقرار...

فلقد ذهب أحد الفقهاء المعاصرين ¹ إلى جواز الأخذ بالبصمة الوراثية والاستعاضة بها عن اللعان، إذا دلت نتائجها على انتفاء النسب بين الزوج والمولود على فراشه. ويُعلّل ذلك بأن الزوج إنما يذهب لنفي النسب عند فقد من يشهد له بما رمى به زوجته من أن الحمل ليس منه، وإن الفحص من خلال البصمة الوراثية قد يدل على صحة قول الزوج.

كما أنّ البعض يرى ² أنه من المقرر شرعا وجوب الرجوع في معرفة الوقائع على وجهها الصحيح إلى قول أهل البصر والمعرفة، فيتعين الرجوع إليهم في معرفته. مجمل القول إن الأخذ بفحص الدم -حسب هذا المذهب لا يعد خروجاً على الشريعة الإسلامية.

وقد أصدرت إدارة الفتوى في وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية في الكويت فتوى تحت رقم 96-54 أفادت بأنّ: " البصمة الوراثية إن كانت قطعية الدلالة على مضمونها فإنه يجوز الحكم بها لنفي النسب دون إثباته من الأب ، لأن تطابق الجينات الوراثية بين الابن وأبيه قد تنتج عن علاقة غير مشروعة وبالتالي لا تكون دليلاً لإثبات النسب " ³.

¹ - مختار السلافي، إثبات النسب بالبصمة الوراثية، بحث من جملة أشغال ندوة الوراثة والهندسة الوراثية، أعمال المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية في الكويت، من 13-15-10-1998، ص.11-12.

² - محمد محمد أبو زيد، مرجع سابق، ص.298.

³ - مقتبس من عند: خليفة على الكعبي ، مرجع سابق، ص.129.

يقول سعد الدين مسعد الهاللي¹، "البصمة الوراثية تصلح أن تكون مانعا² من قبول طرق إثبات النسب الشرعية. فإذا تعارض دليل من أدلة إثبات النسب مع نتيجة البصمة الوراثية، كان هذا دليلا على عدم صحة هذا الدليل، فيكون ذلك مانعا من العمل به. وعليه، فإن البصمة في حكم الشرط³ لصحة الأخذ بأدلة النسب".

ووفقا للرأي السابق، يقول البعض⁴ باعتماد هذا الدليل حتى لنفي ولد الفراش لما يُتيحه الدليل العلمي من تفرقة بين نسب الطفل الشرعي و غير الشرعي. ويعزز هذا الموقف الأستاذ عمر بورقعة بقوله: "أن الإتجاه الذي يقوى في نظري هو أن تكون البصمة الوراثية مانعا شرعيا من قبول كل دليل اشترط له موافقة دليل الحس و الفعل، بحيث إذا كانت البصمة الوراثية تفيد عكس ما يدل عليه دليل الإثبات كان ذلك موجبا للقول بعدم صحة دليل الإثبات وبطلانه"⁵.

ثانيا : تأخر الدليل العلمي عن الأدلة المتفق على شرعية اعتمادها .

إن من يشككون في صلاحية الأخذ بدليل الإثبات العلمي يستندون لعوامل عدّة تكتنف الدليل العلمي (أ)، كانت سببا في إستقرارهم على تلك القناعة(ب). ما قلل من قيمة الدليل العلمي.

¹ - سعد الدين مسعد الهاللي، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، دراسة فقهية مقارنة، 2001، مجلس النشر العلمي بالكويت، جامعة الكويت، ص. 378.

² - المانع (كأحد الأحكام الوضعية) هو ما يلزم من وجوده عدم الحكم أو بطلان السبب. للتفصيل أكثر بشأن الأحكام الوضعية راجع: وهبة الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه، دار الفكر، سورية، 1999، ص. 139.

³ - الشرط هو ما يتوقف عليه وجود الحكم من غير افضاء إليه، أنظر وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص. 137.

⁴ - أنظر: تشوار جيلالي، القضاء مصدر...، مرجع سابق، ص. 19.

⁵ - سفيان بن عمر بورقعة، مرجع سابق، ص. 365.

أ - الأسباب التي قللت من أهمية الدليل العلمي:

الأسباب التي أوهنت من قيمة البصمة الوراثية وعموما الدليل العلمي تكمن في ناحيتين مهمتين، الأولى من الناحية الشرعية(01)، والثانية هي الناحية الإجرائية(02).

1 - الأسباب الشرعية:

أول حاجز يعترض قبول الدليل العلمي هو وجود منظومة شرعية لإثبات النسب أطرد العمل عليها من قبل القضاء ردحا من الزمن أقواها يتمثل في اللعان والفراش. فالفراش لا تستطيع البصمة الوراثية أن تقتلعه من جذوره القوية لأنه ثابت بالسنة والإجماع وهما من أهم مصادر التشريع في الفقه الإسلامي الذي يُعتبر روحا لجل قوانين الأحوال الشخصية.

كما أن اللعان بصدد النفي فقد جعلته الشريعة الغراء فرجا و مخرجا للأزواج عند فقد الأزواج للشهود الأربعة. قال ابن قيم الجوزية في معرض هذا الموضوع ردا على الإمام الشافعي: ".وهذا كما لو تعارض دليل الفراش، ودليل الشبه فإننا نعمل دليل الفراش ولا نلتفت إلى دليل الشبه بالنص والإجماع..."¹.

2 - الأسباب الإجرائية :

ويمكن إجمالها في الأوجه الثلاث التالية:

الوجه الأول، وهي ما يستعمله الخبراء في تقاريرهم من كون أن الطرف المدعى عليه مثلا: "لا يمكن استبعاد المدعو...كأب للطفل..."، أو "يمكن استبعاد المدعو..كأب

¹ - ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين، دار الكتاب العربي، بيروت، 1998، ص.114-115.

حقيقي..". وهو ما يُثير حسب البعض¹ شكوكا بشأنها ولو كان احتمال الإستبعاد أو عدمه تقترب من المائة بالمائة.

الوجه الثاني، وتتعلق بالقائمين على مختبرات الدليل العلمي أنفسهم؛ فالأصل في هذا الدليل هو القطع، لكن الظروف المحيطة به أهدرت من قيمته، إذ المطلوب في القائمين على تهيئة مثل هكذا دليل، يُشترط فيهم فضلا عن تعددهم (أكثر من جهة أو مختبر) ونزاهتهم، الكفاءة العالية، والتقنيات المتقدمة إذا ما قورن بما تتطلبه القيافة كدليل شرعي. و يتعدّر توفر الشروط السابقة جميعها في كل دولة. مما قد يُدخل فيها عنصر الإحتمال ولو جزئيا، وإذا دخل للدليل الإحتمال بطل به الإستدلال.

الوجه الثالث، كما ذكرنا في معرض الكلام عن طرق استخلاص الحامض النووي فإن من العسير استخلاص الـ: ADN المطلوب ويستغرق مدة طويلة وقد تتعرض لإعتداءات بيئية مايدخل في نتائجها عنصر الشك لدى القاضي الذي تعرض بين يديه. و لعل بعض هذه الأسباب أو مجتمعة هي التي قللت من القيمة الثبوتية للدليل العلمي واستبقاء الأدلة الشرعية خاصة المتفق عليها-على ظنيتها-مقدمة عليه.

ب - تأخر مكانة الدليل العلمي عن الفراش والبينة والقرائن:

أغلب الفقه المعاصر² لا يرى الدليل العلمي في الظروف العادية إلا متأخرا عن الأدلة التقليدية الشرعية وبخاصة البينة والإقرار والشهادة. فلا يجوز التطرق إلى البصمة الوراثية لإثبات النسب أمام قرينة الفراش الصحيح إذا توفرت شروطه من أقصى مدة للحمل وأدناها مع إمكان التلاقي، ولا لنفيه أمام اللعان والذي يستند إعماله

¹ - خليفة علي الكعبي، مرجع سابق، ص.135.

² - علي محي الدين لقرة داغي، مرجع سابق، ص.53؛ عمر السبيل، مرجع سابق، ص.45، وكذا مناقشات المجمع الفقهي الإسلامي في دورته الخامسة عشر، ص.21.

على نص شرعي، رغم أن مسألة هل أن نفي النسب من لزوم اللعان من عدمه محل إختلاف.

والقول بعكس ذلك سيؤدي في النهاية إلى إلغاء جميع النصوص الشرعية واستبدالها بالأدلة الفنية الحديثة. فيستبدل الإقرار بالبصمة الصوتية و إستبدال الشهادة ببصمة الأذن استبدال اللعان بالبصمة الوراثية واستبدال حلف اليمين بجهاز كشف الكذب إلى أن يقضى على جميع النصوص الفقهية الصريحة والتي لا يكاد يشك فيها مسلم عاقل¹،

و يستبعد اعتماد الدليل العلمي متى ثبت لحوق الولد بفراش الزوجية الشرعي ولا يلتفت بعد ذلك إلى مدى صحة هذا الفراش أم فساد، وبمعنى أنه متى كان الفراش قائماً ويقبل اللعان فلا يجب أن يعارضه ما هو أضعف منه، فالنسب ثابت ويلحق بصاحب الفراش ولا ينتفى إلا باللعان².

و عليه ، يرى البعض بعين الربية لهذا الدليل و يجعلونه دونها منزلة. وإن كانوا يُقدمونها على الأدلة الأخرى كالتقافة والقرعة ومن استلحاق الزاني ولد الزنى إذا لم يكن مولودا على فراش، إذ اختلفت أقوال بعض أهل العلم فيها³. وحتى في نفي النسب، فلا يقولون بالبصمة مع وجود امكانية اللعان⁴.

فوقفا للمذهب الذي نحن بصدده فلا يُقدّم الدليل العلمي إلا في حالات ضيقة تغيب فيها قرينة الفراش الصحيح، والشهادة والإقرار حال توفر شروطها.

¹ - خليفة على الكعبي، مرجع سابق، ص.378.

² - في هذا المعنى أنظر: خليفة علي الكعبي، مرجع سابق، ص.226.

³ - بندر بن فهد السويلم، مرجع سابق، ص.129.

⁴ - بندر بن فهد السويلم، مرجع سابق، ص.154.

و برجعنا إلى القانون الجزائري و تطبيقاته، يثار التساؤل حول ما إذا كان الإعراف بالطرق العلمية الحديثة يعني استبعاد اللجوء إلى الطرق التقليدية في إثبات النسب خاصة التي تبناها المشرع بالمادة 40 فقرة 1 من قانون الأسرة الجزائري؟ إن المشرع الجزائري حينما أعطى هذه المكنة للقاضي باستعمال مصطلح "يجوز" على عمومه ، فهو بذلك جعل للقاضي سلطة إجراء الخبرة العلمية أو الإكتفاء بالطرق التقليدية ، حسب ما يعرض عليه من حالات لأنه لم يعلق لجوء القاضي إلى الدليل العلمي إلا بعد استنفاد الطرق التقليدية، ولا هو أعطاه ترتيبا معيناً في الحجية. فما هي الحالات التي من شأنها أن تتقدم الدليل العلمي؟

على افتراض أن المشرع يقصد بجواز "إثبات" النسب بالطرق العلمية إثباتاً ونفياً، يتضح أن لكلا الرأيين المتناقضين بشأن تقديم وتأخير الدليل العلمي له أساس من المنطق، وبقي أن نبحث عن أيهما يحقق المصلحة الأجدر بالرعاية وهي حماية الطفل من جهالة نسبه. ولا شك في أن في استبعاد الدليل العلمي لنفي النسب أيضاً فيه تقليص - قدر الإمكان - من عدد الأطفال عديمي النسب في المجتمع .

لكن في مقابل ذلك، لا يمكن التغاضي عن الآثار الوخيمة التي تتركها النتائج الحاسمة للدليل العلمي إذا ما بودر بإعماله في حال نفت الخبرة نسب الولد لأبيه مقارنة بالملاعنة التي تبقى صدق المتلاعنين فيما يدعونه محل نقاش ويحفظ ماء الوجه لكليهما. ولعل ذلك ما حدا بمجمع الفقه الإسلامي بمكة المكرمة أن يصدر قراره المتضمن صراحة عدم جواز تقديم اعتماد البصمة الوراثية على اللعان¹، كما لا يجوز استخدامها للتأكد من صحة الأنساب الثابتة شرعاً².

¹ - أنظر الفقرة الثالثة من قرار بشأن البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها الصادر عن مجمع الفقه الإسلامي المنعقد بمكة المكرمة، الفترة من 21 إلى 26-10-1422هـ الموافق: 05 إلى 10-01-2003 م، مقتبس عن: أشرف عبد الرازق ويح، مرجع سابق، ص. 185-186.

² - أشرف عبد الرازق، المرجع السابق، ص. 176.

وهو الرأي الذي نعتقد بصحته، لكن لا يمنع من استعمال الدليل العلمي قبل إجراء اللعان في حالات سنعود إليها عند الترجيح بعد قليل.

فإذا كان هذا مكان الدليل العلمي من اللعان، فإن له مكانة متأخرة كذلك عن الإقرار إذا توفرت شروطه. و يتأخر عن الشهادة إلا إذا حدث تضارب في شهادة الشهود أو تمّ تجريحهم، في هذا الوقت الذي قل فيه الوازع الديني وكثرت فيه شهادات الزور وتضاربها. فهنا فقط يمكن للقاضي أن يستبعدها و يقبل بدلا عنها الدليل العلمي سواء بتحليل الدم أو بالبصمة الوراثية للتأكد مما إذا كان الولد فعلا من صلب الزوج. ليبقى نفي النسب بالدليل العلمي مستبعدا بالنظر لمذهب الفقه المعاصر¹.

المطلب الثاني

المنزلة الواجب أن يتبوّأها الدليل العلمي وحدود استعماله

بعد أن تبين لنا الاختلاف الواضح بين من يُقدّم ويُؤخّر الدليل العلمي عن الأدلة المجمع على صلاحيتها لفض النزاع بشأن النسب، فإننا نقف موقفا وسطا بين هؤلاء وأُنئك (الفرع الأول)، على أن يتم إعمال الدليل العلمي وفق ضوابط لا محيد عنها (الفرع الثاني).

الفرع الأول

المكانة المنشودة للدليل العلمي في إثبات النسب ونفيه

هناك حالات يحسُن الاعتماد على الدليل العلمي فيها للإثبات (أولا)، مع امكانية الإستفادة من البصمة بصدد محاولة النفي باللعان (ثانيا).

¹ - حسب قرار مجمع الفقه الإسلامي سابق الذكر ، المرجع السابق، ص.176.

أولاً : حالات استخدام الدليل العلمي لإثبات النسب .

يمكن الاستفادة في ما يتصل بإثبات النسب من الدليل العلمي وتحديد البصمة الوراثية في الحالات التالية:

أ - عند تعارض القافة:

لما كنا بصدد الكلام عن القيافة في معرض التطرق لأدلة الإثبات التقليدية عرفنا أنه يحتمل أنه يقع إختلاف بين أحكام القائفين¹ حول نسب الشخص الواحد وأن من يتروّى في الأمر لغاية بلوغ الطفل ثم ينتسب لمن يميل إليه طبعه كما يقول الشافعية ، أما عند الحنفية فسن التمييز هو المعتبر² . ومنهم من يلحقه بهم جميعا كقول الحنابلة أوحى يبقى دون نسب، وبما أن البصمة الوراثية، وكذا فحص الفصائل الدموية (في حالة النفي) أعلى قيمة ثبوتية من القيافة، يمكن الإستعاضة بهذين الدليلين عن القيافة³.

ب - حالة الولادة من فراشين:

كحالة الوطء بشبهة عندما يحدث الوطء في ذات الطهر الذي وطأها زوجها فيه، كأن يطأ رجل امرأة على فراشه ضانا منه أنها زوجته، فلا داعي لإقراع القرعة أو استدعاء القائف كما كان يحدث، لأن البصمة الوراثية، وتحليل فصائل الدم في-حالة النفي-تغنيها عنهما.

1 - أنظر سابقا الصفحة.223.

2 - محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص.718.

3 - أنظر: الإختلاف بشأن مسألة إعتداد رأي القافة في النسب، الفصل الأول من هذا الباب، ص.220 .

ج - عند الشك في شخص مدعي الإنتساب لشخص لا يُقره ولا ينكره:

وقد يحدث هذا طمعا في الإنتساب لعائلة موسرة فقدت طفلا صغيرا، خاصة إذا استدل لهم بحقائق لا يعلمها إلا خاصّتهم ، فيمكن الإستعانة بهذا الدليل العلمي المتمثل في البصمة الوراثية رفعا للبس الذي يكتنف المسألة¹.

د - حالة التنازع على نسب شخص مجهول:

وهذا يتم في صورتين: الإقرار بالنسب من قبل من تساوت أدلتهم في ذلك أو بين من انعدمت أدلتهم، فالقيافة، وإن كانت هي الفيصل لدى الجمهور إذا ألحقته بأحدهما عند تعارض الأدلة. لكن إذا ألحقته بهما لم تعد القيافة مرجحا ونعود للحالة الأولى وهي حالة إختلاف القافة التي رجحنا فيها الأخذ بالدليل العلمي فصلا في الإختلاف .

هـ - استرداد نسب الطفل من من تبناه:

و يحدث أن يتبنى شخص لقيطا أو ضائعا لنفسه ثم يظهر أهله، فعند قصور أدلتهم يمكن أن يُصار إلى الدليل العلمي للنسب إثباتا و نفيا بالنسبة للبصمة الوراثية ، ونفيا فقط بتحليل فصائل الدم عند تعذّر الأولى.

و- عند اختلاط الأطفال في الحروب والكوارث وحديثي الولادة بالمستشفيات:

وفي كل هذه الحالات المتقدمة يتعذّر على أهالي الأطفال الضحايا أو أمهات الرضع التعرف عليهم ،فهنا يمكن الإستعانة بالدليل العلمي المتمثل في البصمة الوراثية سواء في الإثبات أو النفي وعلى تحليل مجاميع الدم بصدد نفي النسب حال عدم القدرة على تأمين تكلفة إعمال البصمة الوراثية.

¹ - أورد هذه الحالة الاستاذ "أشرف ويح"، مرجع سابق، ص.109.

ي - عند الإشتباه في حالة التلقيح الإصطناعي:

ففي هذه الحالة يمكن الشك عند اختلاط اللقائح في النسب. كما أن التشريع الجزائري الذي يقبل هذا الطريق من الإنجاب ، لا تزال تنقصه الإحاطة القانونية ببعض الجوانب الفنية للوقاية من مثل هذه الحالات، ذلك أن الشروط المدرجة في المادة 45 مكرر المستحدثة لا تفي بالعرض، وقد بيّنا ذلك في حينه بصدد الكلام عن التلقيح الإصطناعي من الباب الأول من هذه الرسالة¹.

وفي غياب نصوص قانونية تتسق مع الإنجاب الإصطناعي ومدة الفراش التي يصعب اعتمادها في الزواج الصحيح؛ يحسُن بالقضاة اللجوء إلى الطرق العلمية الحديثة لإثباته. و الأمل معقود بالقضاء لمسايرة مثل هذه الحالات دون انتظار تعديل تشريعي قد يطول انتظاره.

ثانيا : إمكانية الاستفادة من البصمة عند الشك في موجبات اللعان نفيا للنسب .

لا جدال في كون المعتبر في نفي النسب إنما هو طريق اللعان الثابت من النصوص الشرعية والتي تولت تلك النصوص تحديد إجراءاته، لكن في بعض الأحيان قد تتسرّب شكوك قوية تستدعي التيقن من مدى توفر موجباته كأدنى مدة الحمل، ما يستدعي الأمر فيها عرضها على الدليل العلمي.

فالشك في أن مدة الحمل بعد الزواج أقل من ستة أشهر، كأن يحدث الطلاق بالمدخول بها ثم تُقر بانقضاء عدتها(قبل إنقضاءها حقيقة) ، وتنتزوج في الفترة القريبة من طلاقها من آخر، فتأتي بالولد لأقل من ستة أشهر ،فيحدث هنا شك في نسب الولد،

¹ - أنظر تفصيلا في هذه المسألة، ص.31 من الفصل الأول من الباب الأول من هذه الرسالة.

هل هو للزوج الأول أم للزوج الثاني؟ مع العلم أن المشرع الجزائري يعتبر ب 06 أشهر كحد أدنى للحمل¹. ففي هذه الحالة يمكن للدليل العلمي أن يفصل في المسألة. فإذا عزم الزوج على الملاعنة نفياً للولد لشك في نسبه فيمكن إعمال البصمة الوراثية في حدود ضيقة جداً وهي:

أ - جعل البصمة الوراثية قرينة لمنع اللعان :

دفعاً للشكوك التي تراود الزوج حول نسب الولد الذي هو على فراشه، يمكن أن يُلجأ لتحليل البصمة الوراثية التي قد تُفيد بنسبة ذلك الولد إلى أبيه. هذه القرينة قد تحمل الزوج على العدول عن اللعان لثبوت صحة نسبه إليه. ولاشك أن هذه مصلحة شرعية يتشوّف إليها الشارع لما في ذلك من تأكيد أن الولد للفراش، وكما فيها من رفع الحرج عن الزوجة وذويها جراء سوء ظن الزوج. ولكن إن أصرّ الزوج على اللعان لنفي النسب فله ذلك ولا يجوز منعه بناء على نتيجة البصمة الوراثية.

أن بعض الفقه الحديث من يرى إمكانية إجبار القاضي لمن طلب اللعان على إجراء إختبار البصمة الوراثية بحيث إذا ظهرت النتيجة أنه منه ينبغي له اللعان². عسى أن تدفعه نتيجة الإثبات إلى التراجع عن ادّعائه. إحياء للولد ودفعاً للمعرة عن الزوجة.

ب - التأكيد في حالة النفي:

إذا كانت نتيجة تحليل البصمة الوراثية أو نتيجة تحليل مجاميع الدم عند تعذُّر إعمال البصمة الوراثية هي أن الولد المولود على فراش الزوج ليس منه، فإنها تُؤكّد

¹ - تنص المادة 42 من قانون الأسرة على أن: " أقل مدة للحمل ستة أشهر و أقصاها عشرة أشهر".

² - علي محي الدين القرّة داغي، البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، مجمع الفقهي الإسلامي، السنة: 14هـ، 2003 م، عدد 16، ص. 52.

ادعاء الزوج، عندئذ لا يمكن نفي النسب إلا باللعان. وذلك بالرغم أن هناك من الفقه من يتساءل عن جدوى اللعان في هذه الحالة مادام الدليل العلمي قد أثبت إنتفاء النسب عن الزوج¹.

و يمكن ان يُجاب عليه بأن إجراء اللعان هو تطبيق لنص شرعي يحدد إجراء نفي الولد لآبد من سلوكه، وإلا لو لهثنا وراء كل ما هو مستجد علمي لعطلنا نصوصا شرعية مبينة لأحكام لم ندرك بعد كل مقاصدها. فالظنية التي يتسم بها اللعان هي ستر للأزواج من الفضائح، و إشتراط عدد من الشهود لإثبات واقعة الزنا و بتفصيلاتها يجعل احتمال إثباتها يقترب من المستحيل إلا إذا كان الأمر يتعلق بفعل الزنا في مكان عام. فكانّ بالشارع الحكيم يدعوننا لصرف النظر عن مثل هذه الأمور سترا للعباد. و بعد هذا، فإنه من غير المقبول تجويز المشرع للقاضي اعتماده على الطرق العلمية لإثبات النسب أو حتى الإستعانة بها دون إحاطتها بضوابط. وهي ما سنقترحه في الفرع الموالي.

الفرع الثاني

حدود سلطة الإعتداع على الدليل العلمي المثبت النسب

ما دام المشرع الجزائري قد اعتمد الطرق العلمية لإثبات النسب إلى جانب باقي الأدلة التقليدية، فإنه لا ينبغي ترك مجال إعماله في ساحة التطبيق مطلقا، إذ لآبد من ضوابط موضوعية و إجرائية (أولا)، وأخرى فنية يتعين توافرها في الخبير والمختبر (ثانيا).

¹ - سعد الدين مسعد الهلالي، مرجع سابق، ص. 351.

أولاً : الضوابط الموضوعية و الإجرائية .

يُمكن إجمال الضوابط غير الفنية فيما يلي:

أ - أن تتم العملية بمعرفة الجهات الرسمية:

يُفضّل أن تكون المخابر الخاصة بتحليل الدليل العلمي تابعة للدولة و ألا يتمّ إلا بإذن جهة رسمية، بالنسبة لاشراط تبعية المخبر للدولة. إذا لم يتسنّ ذلك، فيمكن الإستعانة بالمخابر الخاصة لكن بإشراف من الدولة بإعتمادها رسمياً. أما الجهة الرسمية التي يمكنها الإذن بإجراء التحاليل، فهي الهيئات القضائية الناظرة للنزاع بشأن النسب والتي تلقت طلبات بذلك من أطراف النزاع.

ب - خصوصية إثبات نسب الطفل ثمرة التلقيح الإصطناعي:

إذا كان من مقتضيات ثبوت النسب بالفراش عند الجمهور من غير الحنفية إمكان الإلتصال الجنسي¹، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 41 من قانون الأسرة؛ مع مراعاة مدة الحمل شرعاً وقانوناً، فإنها لا تتماشى مع مدة حمل فراش الزوجية في حالة الولد الناجم عن الإنجاب الإصطناعي الذي تبناه تشريع الأسرة الجزائرية مؤخراً بالمادة 45 مكرر. ومن ثم، لا يمكن نفي نسب المولود في هذه الحالة باللجوء إلى اللعان، لأن عدم الإلتصال من مقتضيات هذه تقنية التلقيح الاصطناعي. وبما أنه يحتمل أن يقع التلقيح بعد انفصام العلاقة الزوجية أو حتى يحتفظ بماء الزوجين لما بعد حياتهما؛ فإن من شأن ذلك تلك إثارة مخالفات يتبعها آثار و مشاكل قانونية.

¹ - ابن رشد ، مرجع سابق، ص.139.

فالوسائل الحديثة للحمل لا تشترط بحال ضرورة الإتصال الجنسي حتى يستطيع الإبن التمتع بنسب أبيه. فالعبرة إذن بحمل المرأة من مني الأب ذاته بصرف النظر عن الوسيلة التي أدت لذلك¹.

وقد يحدث اشتباه في مراكز التلقيح الصناعي إما عمدا لغرض ما أو خطأ، كأن يقوم الطبيب أو مساعده بتلقيح بويضة امرأة في حاجة إلى تلقيح إصطناعي بما يضمنه ماء زوجها خطأ، وهو ماء رجل آخر جاءت زوجته لغرض التلقيح أيضا. وعموما يمكن تصور حالات قد يقع بشأنها الخلط وهي على النحو التالي:

- أن تكون المرأة حاملة لجنين مخلوق من بويضتها وماء زوجها مع عدم التأكد.
- أن تكون المرأة حامل لجنين مخلوق من بويضتها وماء رجل أجنبي.
- وحالة أن تكون المرأة الملقحة حاملة لجنين مخلوق من ماء زوجها وبويضة امرأة أجنبية.

أما فيما يتصل بمواكبة الفقه الإسلامي للتطور العلمي بشأن هذه المسألة، فقد خرج المجمع الفقهي الإسلامي بتوصيات ترى من خلالها اللجنة: "أن تحدد مجالات استعمال البصمة الوراثية في الحالات التالية: "...-الحالة (ك): في حالات طفل الأنابيب، قد توجد شبهة في أن ذلك المنى من الزوج، وحينئذ يعرض الأمر على البصمة الوراثية لتحديد ذلك، وقد يحدث ذلك في حالات تجميد المنى في الثلجات، واحتمال الخلط واللبس. والأفضل أن يجعل فحصه بالبصمة أحد الإجراءات المسبقة على التلقيح. الحالة: (ل) أطفال الأنابيب إذا حصل لبس وشبهة في اختلاط البويضات كما في الحالة: (ك) السابقة"².

¹ - تشوار حميدو زكية ، حكم وسائل الحمل...، م ج ع ق إس، ج41، 2003 ، عدد 01 ، ص. 36.

² - تقرير اللجنة العلمية عن البصمة الوراثية، مرجع سابق، بمجلة المجمع الفقهي الإسلامي ، السنة 14، عدد 16، ص. 295-296.

ج - تقييد قبول الدليل العلمي بأصول الإثبات:

يواجه الدليل العلمي بعض الصعوبات في تطبيقه بحكم اصطدامه ببعض قواعد الإثبات، أهمها قاعدة عدم جواز إجبار أحد الخصوم تقديم دليل ضد نفسه. ونعني بهذا عدم الإلزام بتقديم العينة محل الفحص قصد مقارنة الخصائص التي تحملها بخصائص الولد المتنازع حول أبوته. ولا نعلم إن كانت عبارة "يجوز للقاضي" الواردة في المادة 40-2 من قانون الأسرة تبعدنا عن كل تشكيك في سلطة القاضي بشأنها.

لكن على كل حال نرى، في ظل النصوص القانونية المتاحة أنه لا ينبغي إجبار الخصم على ذلك خاصة إذا كان الغرض من الدعوى هو نفي الولد، وإن كان بالإمكان اعتبار الرفض كقرينة يستأنس بها للدلالة على عدم صدق إدعائه.

ولعل الفقه الإسلامي الحديث ينحوا هذا المنحى من خلال توصيات مجمع الفقه الإسلامي المنعقد بمكة المكرمة سنة 2002؛ إذ يوصي المجمع بضرورة حظر الدولة إجراء الفحص الخاص بالبصمة الوراثية إلا بطلب من القضاء¹.

ومن المشاكل التي يواجهها هذا الدليل مسألة معصومية الجسد، التي يثيرها الإجبار على الخضوع للفحص. لكن هذا الرفض باسم مبدأ حرمة الجسد يعد ذاته تعدياً شديداً على حقوق تتصل بقيم على مستوى عالٍ من الأهمية لا تقل عن مبدأ حرمة الجسد²، ألا وهو حق الطفل قدر الإمكان أن يعلم نسبه، وهو حق تكفله الإتفاقيات الدولية و القوانين الحامية لحقوق الطفل³، والتي وقعت عليها الجزائر⁴.

¹ - أنظر القرار السابق الذكر، مرجع سابق، ص. 296.

² - محمد محمد أبو زيد، مرجع سابق، ص. 302.

³ - تنص الإتفاقية الدولية لحقوق الطفل في مادتها 27 على أن للطفل "الحق قدر الإمكان في معرفة والديه وتلقي رعايتهما".

⁴ - وذلك بتاريخ 26-01-1990، وصدقت عليها بتاريخ: 16-04-1993.

وعلى كل حال يمكن للقاضي الخلوص إلى قرينة تفيد بعكس مزاعم من يرفض خضوعه لتحليل جيني. مادام مبدأ حياد القاضي يحول دون تدخله لإجبار الخصم بالخضوع للفحص إذا كانت تلك القرينة تحفظ حق النسب "من خلال قاعد إحياء الولد" مع مراعاة قواعد اللعان.

د - قصر إثبات الأبوة بالدليل العلمي على العلاقة الشرعية:

قد صدر عن المجلس الأعلى، بأن "ابن الزنا لا ينتسب إلا لأمه"¹، وبأنه "من المقرر شرعا أنه لا يعتبر دخولا ما يقع بين الزوجين قبل إبرام الزواج من علاقات جنسية، بل هو مجرد عمل غير شرعي لا يثبت عنه النسب"². وأن "النسب لا يثبت بالعلاقة غير الشرعية"³، والأحكام في هذا الصدد كثيرة.

لا بل حتى تصحيح الزواج غير القابل للتصحيح لا يثبت به نسب، وهو موقف القضاء الجزائري عندما اعتبر: "أن العلاقة التي تربط الطرفين علاقة غير شرعية إذكلاهما اعترف بأنه كان يعاشر صاحبه جنسيا، فإن قضاة الإستئناف بإعطائهم إشارات للمستأنف على اعترافه بالزواج وتصحيحية وإلحاق نسب الولد بأبيه.. خرقوا أحكام الشريعة"⁴، وغيرها من قرارات النقض التي ترمي كلها في هذا الاتجاه⁵؛ والموافقة للحديث (الولد للفراش و للعاهر الحجر) بمعنى الحرمان؛ حرمانه الولد الذي يدّعيه⁶.

¹ - مجلس أعلى : 17 ديسمبر 1984، غ أش، ملف رقم 35087، م ق، 1990، عدد 01، ص.86.

² - مجلس أعلى : 19-11-1984، غ أش، ملف رقم 34046، م ق، 1990، عدد 01، ص.67.

³ - محكمة عليا : غ أش، 17-11-1998، ملف رقم: 210478، م ق، 2001، عدد خاص، ص.85-86.

⁴ - مجلس أعلى: غ أش، 08-10-1984، ملف رقم 34137، م ق، 1989، عدد 04، ص.79. وفي هذا الإتجاه

أيضا محكمة عليا: 22-01-1990، ملف رقم: 57756، م ق، 1992، عدد 02، ص.71.

⁵ - في هذا أيضا على سبيل المثال: قضت المحكمة العليا بتاريخ: 22-01-1990، ملف رقم: 57756، المجلة

القضائية، 1992، عدد 02، ص.71.

⁶ - يقول ابن حجر: وفي قوله "وللعاهر الحجر" أي للزاني الخيبة والحرمان، أي للزاني الخيبة... ومعنى الخيبة هنا:

حرمان الولد الذي يدّعيه... وقيل المراد بالحجر هنا: أن يُرجم. قال النووي: وهو ضعيف، لأن الرجم مختص =

لكن على خلاف ما دأب عليه القضاء سالف الذكر، فإن قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 05-03-2006 الذي سبق التتويه عليه آنفا¹ جاء مخالفا لما استقرت عليه قراراتها حيث جاء في إحدى حيثياته بأنه:

"...لما كانت الخبرة العلمية ADN أثبتت أن هذا الطفل هو ابن المطعون ضده ومن صلبه بناء على العلاقة التي تربطه بالطاعنة، فكان عليهم إلحاق هذا الولد بأبيه وهو الطاعن ولا أن تختلط عليهم الأمور بين الزواج الشرعي الذي تناولته المادة 41 وبين إلحاق النسب الذي جاء نتيجة علاقة غير شرعية وخاصة وأن كلاهما يختلف بالنسبة للآخر و لكل منهما آثار شرعية.

كذلك ، و لما تبين في قضية الحال أن الولد هو من صلب المطعون ضده نتيجة هذه العلاقة مع الطاعنة فإنه يلحق به ، الأمر الذي يستوجب معه نقض القرار المطعون فيه".

إن سكوت المشرع عن آثار العلاقة غير الشرعية لا يعطي القاضي حق التفسير دونما ضوابط؛ وهو موقف من المشرع يختلف عن الكثير من التشريعات العربية المقارنة² خاصة وأن الشريعة تعد مصدرا موضوعيا متميزا لقانون الأسرة وإليها يُصار

=بالمحصن، و لأنه لا يلزم من رجمه نفي الولد.راجع في هذا أنظر: ابن حجر العسقلاني، مرجع سابق، ج 13، ص.525.

¹ - قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ: 05-03-2006، ملف رقم: 355180، مجلة المحكمة العليا، سنة 2006، عدد: 01. ص.474.

² - منها قانون الأسرة البحريني في مادته 71 التي تنص على ثبوت البنوة للأم وتترتب عليها آثارها الشرعية سواء كانت شرعية أو غير شرعية بواقعة الولادة أو بإقرارها، وكذا مدونة الأحوال الشخصية المغربية في المادة 146 منها والتي تسوّي بين الأولاد ثمرة العلاقة غير الشرعية بغيرهم على الأقل فيما يتصل بالعلاقة مع الأم كحرمة المصاهرة؛ وكذلك فعل القانون الليبي حينما رتبت المادة 56 منه للمنسوب إلى أمه النتائج المتفرعة على الأمومة والبنوة، مالية كانت أو غير مالية. وهذا الحل المغربي وكذا الحل الليبي هو حل وسط بين السكوت المطبق وتفصيل آثار ثمرة العلاقات غير الشرعية إذ يقرران المبدأ العام دون التفصيل بشأن المسألة، أنظر في هذا: تشوار جيلالي، نسب الطفل في القوانين المغاربية للأسرة بين النقص التشريعي و التنقيحات المستحدثة، م ع ق إ، تلمسان، 2005، رقم 03، ص.32.

في ما لا نص فيه¹. و في كل الأحوال لا ينبغي مخالفتها مادام الولد للفراش و للعاهر الحجر.

لكن ما يُثير الغرابة هو انقلاب المحكمة العليا عن قراراته السابقة، ولعل مادفعها إلى اتخاذ موقفها المغاير هذا هو مراعاة ظاهرة أبناء الزنا التي استفحلت في مجتمعاتنا، وهو مادفع بالبعض طرح تساؤلات تتعلق بحمايتهم ولو نسبيا وما إذا كان ذلك يعتبر خرقا للأحكام الفقهية؟

وعن مدى عدالة أن يترك الأب الطبيعي يجري وراء شهواته دون قيد ولامسؤولية؟² أو لقول ابن تيمية من أن عمر قد ألقى أولاد الجاهلية بأبائهم اللذين يدعونهم في الإسلام³. وهو القول الذي اعترض عليه الجمهور⁴ بالحديث: "الولد للفراش".

لذلك فإن هذا توجهها غير سديد من القضاء-إن إطرَدَ-بالنظر لحساسية مسألة النسب ووجوب الإحتياط فيها، فضلا عن صراحة النصوص الشرعية بشأنها. لذلك فإن ارتداد المحكمة العليا عن موقفها الثابت المنكر للنسب ثمرة العلاقات غير الشرعية لم نجد له مبررا قانونيا، و كان يحسن بالمحكمة العليا عدم إلحاق الولد بأبيه الطبيعي لما في ذلك من تشجيع للانحراف والرذيلة.

¹ - تنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري على أن: " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

² - تشوار جيلالي، نسب الطفل في القوانين المغاربية...، مرجع سابق، ص.32.

³ - أحمد موافي، الجامع للاختيارات الفقهية لشيخ الإسلام بن تيمية، ط 02، دار بن الجوزي، الرياض، 1995، ج02، ص.726.

⁴ - قال الحافظ بن عبد البر أن ذلك الرأي فيه جهل وغباوة وغفلة مفرطة وإنما الذي كان عمر يقضي به ان يلبط أولاد الجاهلية بمن ادعاهم إذا لم يكن هناك فراش.أنظر:ابن عبد البر، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، الرباط، د د ن، د ت ط، مقتبس عن:خليفة الكعبي، مرجع سابق، ص.288.

هـ - عدم استخدام البصمة الوراثية للتأكد من نسب ثابت:

إذا ثبت النسب بأي دليل شرعي فلا يجوز التأكد منه باستعمال البصمة الوراثية لأي سبب من الأسباب، لما يترتب على ذلك المسلك من أضرار نفسية على الزوجة وعموماً على الأسرة وانتهاءً بالمجتمع.

و - عدم استخدام الدليل العلمي بوجه عام في نفي النسب:

فالعان هو السبيل الوحيد لنفي النسب. لكن لا يمنع في تقديري إمكانية الإستعانة بالبصمة الوراثية في هذا الصدد وذلك لما يمكن أن تنتهي إليه النتائج من ثبوت النسب درءاً للملاعنة دون أن يمنعه ذلك في النهاية من إجراء اللعان، فإذا جاءت النتائج نافية للنسب، فلا ينتفي بمجرد تلك النتيجة، بل لابد من الملاعنة تجنباً لتعطيل الأحكام الشرعية التي لا زلنا لا نلّم بكل مقاصدها.

ي - عدم الإستعاضة بالدليل العلمي عن الأدلة الشرعية لأثبات النسب:

فلا ينبغي تقديم (أو الإكتفاء) بالبصمة الوراثية عن الفرائض والإقرار و البينة لما هو ثابت فيها من نصوص شرعية، لكن البصمة الوراثية يمكن تقديمها عما سبق من أدلة إذا اختلفت بعض شروط إعمالها أو تناقضت. كما تتقدم البصمة الوراثية على القيافة و القرعة في كل الحالات الموجبة لهما، و يمكن استعمال البصمة الوراثية في إثبات أو نفي النسب في بعض حالات التنازع على مجهول النسب بمختلف الصور، أكان بسبب انتفاء الأدلة أو تساويها أم كان بسبب الإشتراك في وطء الشبهة ونحوه، وكذا حالات الإشتباه في النسب كالحروب والكوارث ونحوها، أو حالات الإشتباه في نسب الأطفال حديثي الولادة.

ثانيا : الضوابط التقنية .

ويمكن إجمالها في العناصر التالية:

- أ - أن تتوفر المختبرات العلمية للدليل العلمي على تقنية عالية. لأن ضعف التقنية من شأنها ألا تعطي نتائج دقيقة. ما يدخل الشك في صدقية نتائج الدليل العلمي.
- ب - توثيق كل خطوة من خطوات تحليل البصمة الوراثية، بدءا من نقل العينات إلى ظهور النتائج النهائية، حرصا على سلامة تلك العينات، وطمانا لصحة نتائجها.
- ج - أن لا يقل عدد المراتح المستعملة للوصول إلى النتائج مضبوطة عن ستة مورثات "جينات"، وهو العدد الكافي لذلك¹.
- د - أن تتحقق الخبرة والدراية والدقة في القائمين على اختبار العينات تشوقاً لنتائج أكثر يقينية.
- هـ- أن يتم فحص العينات في أكثر من جهة اختبار معترف بها، لتأمين عدم اطلاع كل مخبر عن نتائج المخبر الآخر، وهذا دائما بحثا عن أكثر يقينية بالنتائج.
- و - أن تتوفر في الخبير العدالة المطلوبة ولو كان لا يدين بالإسلام، إذ الثقة العلمية لا تكفي بل ينبغي توفر الأخلاق والعدالة في من يُعيّنون لهذه المهمة. فلا ينبغي أن يكونوا ممن حُكم عليهم لسبب إخلالهم بالشرف و الأمانة .
- و للإحتياط في هذه المسألة، يحسُن ألا يشرك معهم خبير له صلة قرابة لغاية الدرجة الرابعة، أوصداقة أو عداوة أو منفعة بأحد أطراف الدعوى.

¹ - وهوما أكده المسؤولون بإدارة الأدلة الجنائية بوزارة الداخلية بالمملكة العربية السعودية للجنة العلمية عن البصمة الوراثية بمجمع الفقه الإسلامي، أنظر: أشرف عبد الرازق ويح، مرجع سابق، 172.

الخاتمة

نستنتج من كل ما سبق عرضه في هذا البحث أنّ أوجه المساعدة الطبية على إنشاء النسب متعددة، وقد قبلَ المشرع الجزائري منها بشكل صريح في قانون الأسرة تقنية التلقيح الاصطناعي وبضوابط سبق وأن بيّنا قصورها ونخص بالذكر غياب اشتراط حالة الضرورة من أجل اللجوء إليها، فضلا إغفال المشرع لاشتراط الكتابة كشكل تُفرغ فيه إرادة الزوجين طالبي التلقيح، وغياب الإحاطة بآثار عدم احترام المدة الزمنية التي يجوز خلالها إتمام العملية وهي مدة "حياتهما" وهو مصطلح تعوزه الدقة لأن التلقيح في حياة الزوجين قد يستغرق ما بعد انفصام علاقة الزوجية.

إن ما أغفله المشرع الجزائري لا ينحصر فقط في الضوابط الموضوعية، بل أنه لم يتطرق أصلا للضوابط الفنية، فبالنظر للخطورة اختلاط اللقائح-سيما في التلقيح الخارجي- كان ينبغي عدم السماح بإجراء العملية إلا في مراكز ومخابر معتمدة من الدولة يُؤطرها أطباء ذوو اختصاص ومستوى عال، وأهل ثقة. وحبذا لو تكن طبية ثقة مسلمة وإلا فطبيبة ثقة وإن لم تكن مسلمة، وعند الضرورة فطبيب مسلم من النقاة. لأن محل التعامل هي العورة المغلظة، مع إهدار كل ما تبقى من اللقائح والنطف الزائدة . وإذاما روعيت تلك الضوابط، فيتعيّن تعزيز العملية والتكفل بقسط منها من طرف الدولة بالنظر لتكلفتها الباهضة في شكل تغطية مصاريفها -أو على الأقل نسبة منها- من صندوق الضمان .

والحكم الشرعي لهذه التقنية إذا ما روعيت هذه الشروط المقترحة والمكملة لما اعتمده المشرع الجزائري من ضوابط هو الجواز، وهو ما خلّص إليه مجلس المجمع الفقهي الاسلامي في دورته السابعة المنعقد بمكة المكرمة¹.

¹ -أنظر مجلة مجمع الفقه الاسلامي، الدورة 02 لمؤتمر مجمع الفقه الاسلامي، 1987، عدد 02، منظمة المؤتمر الاسلامي، ص.266.

أما عن موقف التشريعات المقارنة الغربية، فصفوة القول أنها تترك للإرادة سلطاناً واسعاً للإعتراف القبلي بالنسب الناتج عن التلقيح الإصطناعي الداخلي. وغاية ما في الأمر أنه تحرص على الإحتياط لعدم إنكاره بإلزام كتابة الرضا، لأنها تنتظر للعلاقة الزوجية نظرة باقي العقود ولا أدل على ذلك تقسيمها للقانون المدني إلى أحوال عينية وأحوال شخصية بعكس التصور الإسلامي الذي يفرد للأسرة نظرة خاصة بل جعل العلاقة الزوجية ميثاقاً غليظاً.

أما ما يمكن الخلوص إليه حول ما يعرف بالأم البديلة. فإننا إذ نثمن موقف المشرع الراض لها والمتناغم في ذلك مع روح الشريعة الإسلامية، إلا أننا ندعوه إلى رفع كل لبس حول الحمل من الزوجة لفائدة زوجة ثانية لنفس الزوج ومنع هذه الصورة أيضاً على غرار ما انتهى إليه قرار المجمع الفقه الإسلامي بمكة الصادر في هذا الشأن في الدورة السابعة¹. وذلك لشبهة اختلاط الأنساب لجهة الأم. ولا داعي في هذا الصدد للإلتفات إلى نسب الطفل المحضون في الأنبوب لأن ذلك لا يعدوا مجرد إفتراضات وتخمينات.

أما عن زرع الأعضاء والغدد التناسلية، فإذا جاز لنا استخلاص نتيجة بشأنها من هذه الرسالة، فالنتيجة أن الخصية إذا تم نقلها إلى شخص آخر فلا يكون لهذا الأخير دور سوى تشغيل ذلك المصنع الذي نقل إليه برمته، والذي يكون له دور في نقل المورثات لأولاده. فنكون بهذا قد قمنا بإخصاب بويضة زوجة الرجل المنقولة له الخصية بحيوان منوي لرجل آخر المنقولة منه الخصية، فنساعد بذلك على اختلاط الأنساب.

¹ - مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، الدورة 02، عدد: 02، ج: 01، 1407/1986، مطابع رابطة العالم الإسلامي، ص. 307.

أما المبيضان عبارة عن أكياس تحوي بويضات عند ولادة الأنثى وتتشكل قبل ذلك، وإذا نقلناهما إلى امرأة أخرى نكون قد نقلناهما بما يحتويانه من بويضات تحمل الصفات الوراثية الموروثة من والدي الأنثى المنقول منها إلى أنثى أخرى والتي تم نقل المبيض لها، وفي هذا ما فيه من شبهة اختلاط الأنساب .

وخلصنا فيما يتعلّق بتأثير الهندسة الوراثية في تحصيل النسب، إلى أنه في المسألة مساس بالنظام العام لتعلقها بحالة الأشخاص، وخلصنا إلى أن تلك العملية تعتبر انحرافا وتصرفا لا يدخل أبدا في باب التداوي والعلاج المنصوص عليه في المادة 45 مكرر .

إن فتقنية الاستنساخ البشري بجميع صورها وفرضياتها والأطراف المشاركة فيها، تمثل مساسا بالنسب، وهدما للأسرة ولقانونها والتي هي مبنية على نظام الزواج الشرعي، الذي سيصبح في ظل التصور الجديد غير ضروري ولا يحمل أية قيمة أخلاقية أو اجتماعية، لما يكون بمقدور أي شخص من الشواذ الذين لا يرغبون في الزواج الحصول على صورة له بواسطة الخلايا الجسدية بعيدا عن تعقيدات الزواج ومسؤولياته الاجتماعية. فالإستنساخ يخرق القواعد والضوابط الأخلاقية والقيم السامية التي بنيت عليها الأبوة والأمومة، وفوق هذا وذاك يوقع في إشكالات شرعية في علاقة الأخوة وقضايا الزواج والميراث ونحوها. وفتح باب الإستنساخ سيؤدي إلى اختلاط الأنساب لعدم مراعاته الضوابط الأسرية والنسبية.

وبالمثل ، فإنّ الإستنساخ العلاجي إذا وقع على خلايا جنسية كله مخالفا لنص المادة 04 من قانون الأسرة التي تنص على أن من أهداف الزواج "المحافظة على الأنساب". ذلك أن الغاية من الحظر السابق إنما تعود لإختلاط المعطيات الوراثية من المنقول منه الجينات إلى المستقبل لها، وإذا وازنا بين هذه المفسدة والمصلحة المرجوة من نقل الجين إلى الخلايا التناسلية لمواجهة مشكل عدم الإنجاب سنرحج -بلا شك- حماية الأنساب

التي يحض عليها قانون الأسرة؛ سيما وأن هناك وسائل أخرى مستحدثة يمكن أن تساعدنا في تخطي مشكل العقم تكفل القانون بضبطها مثل التلقيح الإصطناعي. إن تنوع التقنيات وانتشارها الرهيب من جهة، وضعف أدوات مراقبة مراكز المساعدة على الإنجاب من جهة أخرى؛ عوامل لا يُتَحَمَل معها أي تأخير في إصدار منظومة تشريعية تمنع عملية إستنساخ بشري تناسلي لما في ذلك من مساس بالأنساب ومدعاة لاختلاطها.

و نجدد دعوتنا إلى عدم إكتفاء المشرع بمادة أو مادتين تتعلق بتنظيم الوسائل المساعدة على الإنجاب سواء كان موقعها في قانون ترقية الصحة أو في قانون الأسرة، ذلك أن تنوع التقنيات على نحو ما قدمنا، عوامل لا يُتَحَمَل معها أي تأخير في إصدار منظومة تشريعية نُفَصِّل في تنظيم الجائز منها وتمنع شتى صور وعمليات الإستنساخ البشري التناسلي والعلاجي أو غيره لما في ذلك من مساس بالأنساب ومدعاة لاختلاطها. بل تعاقب المتواطون والمساهمون في العمليات التي تخرج عن القانون.

وفيما يتعلق بإثبات النسب فقد أغفل المشرع الجزائري في شروط الفراش الصحيح اشتراط ضرورة أن يُتصور الحمل من الزوج عادة وكان جديرا إدراج هذا الشرط، خاصة أن مجرد اشتراط الشهادة الطبية قبل الزواج وفقا للمادة 07 مكرر من قانون الأسرة الجزائري دون إلزام محرر عقد الزواج بالإمتناع عن إبرام العقد في حالة وجود أمراض أو عوامل تشكل خطرا يتعارض مع الزواج¹ لا يضمن عدم وقوع مثل هذا النزاع. وهو ما أكده المرسوم التنفيذي الصادر بشأن تطبيق ذات النص أي المادة 07 مكررمنه². لذا فإن شهادة الطبيب ليست معفية من عبء إثبات عدم امكانية وقوع الحمل طبيا لمن يتمسك بنفي الولد.

¹ - من أهداف عقد الزواج هو "...المحافظة على الأنساب" حسب نص المادة 04 من قانون الأسرة الجزائري.

² - أنظر المرسوم التنفيذي رقم: 06-154 المؤرخ في: 11 ماي 2006 المتضمن تحديد شروط و كفيات تطبيق أحكام المادة 07 مكرر من قانون الأسرة 11-84 المتعلق بقانون الأسرة المعدل.

وبشأن تحديد أقصى مدة الحمل طبيًا، فقرر الأطباء أنه يستمر نماء الحمل منذ التلقيح حتى الميلاد معتمداً في غذائه على المشيمة، والأصل أن مدة الحمل بوجه التقريب مائتان وثمانون يوماً تبدأ من أول أيام الحيضة السوية السابقة للحمل، فعند تأخر الميلاد عن ذلك فإنه يبقى بالمشيمة بقية من رصيد يخدم الجنين بكفاءة لمدة أسبوعين آخرين-أي 294 يوماً- ثم يعاني المجاعة من بعد ذلك لدرجة ترفع نسبة وفاة الجنين. وهو ما يقترب من مدة عشرة أشهر التي أخذ بها المشرع الجزائري بشأن أقصى مدة الحمل، فحسنا فعل حينما اعتمدها.

إن من يفتش في التطور التشريعي بشأن الطفل مجهول النسب في الجزائر، يقف باستغراب حينما يطالع المرسوم التنفيذي رقم 92-24¹ المعدل والمتمم للمرسوم رقم 71-157 المتعلقين بتغيير اللقب²، إذ أضيفت بموجبه ما يُمكن من مطابقة لقب الولد المكفول بلقب الوصي، ويعتبر هذا التوجه من المشرع غريباً من جهتين على الأقل، الأولى وتتعلق بمجانبته الصواب في ما يتعلق بإضفاء لقب الكفيل على المكفول؛ لأن ذلك لا يفسر إلا تبنيًا يحصل بموجبه المتبنى على كافة حقوق الولد الشرعي، وما يؤدي ذلك من احتمال زواج المتبنى بمن لا تجوز له والعكس.

والثاني وهو إجرائي يتعلق بإهدار مبدأ التدرج التشريعي بأن خالفت أحكام المرسوم 92-24 أحكام قانون الأسرة في مادته رقم 46 والتي كانت غاية في الصراحة بتحريمها للتبني. لذا يحسنُ بالمشرع الجزائري تلافياً لهذا التناقض الذي قد يكون مصدراً لشرعنة التبني وإختلاط للأنسب.

¹ - المرسوم التنفيذي رقم: 92-24، المؤرخ في 13-01-1992 المعدل و المتمم للمرسوم المتعلق بتغيير اللقب ، ج ر عدد05، ص.138-139.

² - مرسوم رقم 71-157 المؤرخ في 03-06-1971، يتعلق بتغيير اللقب، صادر بتاريخ: 13-06-1971، ص. 758.

أما بشأن الموازنة بين الحقيقتين البيولوجية والقانونية للنسب، فما ننتهي إليه بشأن إنشاء النسب، هو أن الحقيقة البيولوجية أكثر فاعلية من الحقيقة القانونية من جهة إنشاء النسب، ومن أهم تجليات هذه الفكرة هو ترجيح الأخذ بعين الاعتبار أبوة صاحب الماء، وإعتبار أمومة صاحبة البيضة على حساب أمومة صاحبة الرحم حتى ولو كانت زوجة ثانية لنفس الزوج (ضرة لها)، وهو نفس الموقف بخصوص من يستزرع غدد وأعضاء تحمل مواصفات وراثية تعود لغير متلقيها. وكل ذلك على سبيل ترتيب الأثر عن الحكم الشرعي دون أن يعني ذلك بالضرورة إجازة التقنيات التي يدخل فيها عنصر أجنبي عن فراش الزوجية.

أما من جهة ثبوته ونفيه، فلازلنا ننشئ بالأخذ بالحقيقة القانونية والشرعية والتي يعكس طغيانها على الحقيقة البيولوجية ثبوت النسب بالزواج وما شاكله من نكاح فاسد أو زواج اعترته شبهة في التشريعات العربية والإسلامية ومرد ذلك هو قاعدة إحياء الولد، لأن في ثبوت نسبه حياة له، ويقابل ذلك في التشريع الفرنسي قرينة إحراز وضع ظاهر للحياة المشتركة بين الزوجين (الخليين).

هذا، وأن تغليب الحقيقة البيولوجية بشأن النسب ليس على سبيل الإطلاق. حيث من الممكن الاستعانة بالدليل العلمي من أجل احتمال تفادي بعض الإفرازات الإجتماعية إذا ما أريد نفي النسب تماشياً مع الحقيقة القانونية المتمثلة في اللعان. و ذلك بتجريب فحص جزئيء الـ ADN الذي يمكن أن يناقض توهمات الزوج وشكوكه حول عفة زوجته. دون أن يعني ذلك منع الزوج -مهما كانت نتيجة الفحص- أن يمارس حقه في إجراء اللعان كحقيقة شرعية يؤدي إهمالها إلى تعطيل أحكام شرعية لم ندرك بعد جميع مقاصدها.

ومراعاةً للبعد الإجتماعي للقاعدة القانونية، نرى أنه من الضرورة التوفيق قدر

الإمكان بين الحقيقتين القانونية والحقيقة البيولوجية، وذلك باعتماد الحقيقة القانونية

كأصل لتأمينها الإستقرار الإجتماعي بثوت نسب الولد لما فيها من إحياء له، ومراعاة الحقيقة البيولوجية لأنها تجعلنا نتلافى بعض الآثار الإجتماعية الوخيمة لما قد تُكرسه من جهالة النسب.

حيث انتهينا إلى ضرورة استبعاد إعتداد البصمة الوراثية في مواجهة الفراش الصحيح، وعدم تجويز استخدامها للتأكد من صحة الأنساب الثابتة شرعا. ليبقى نفي النسب بالدليل العلمي مستبعدا بالنظر لمذهب الفقه المعاصر. إلا في حالة ما إذا عرض القاضي أو أمر طالب اللعان بتجريب فحص البصمة الوراثية والتي قد تنتهي لإثبات نسب ولده حينما يساوره شك في ذلك، ليتفادى بذلك مَعَرَّة الملاءنة.

فإذا كان هذا مكان الدليل العلمي من الفراش، فإن له مكانة متأخرة عن الإقرار إذا توفرت شروطه وهي أن يكون جهالة نسب الطفل وبلوغ المستلحق، ويتأخر عن الشهادة إلا إذا حدث تضارب في شهادة الشهود أو تمّ تجريحهم، في هذا الوقت الذي قل فيه الوازع الديني وكثرت فيه شهادات الزور وتضاربها. فهنا فقط يمكن للقاضي أن يستبعدها و يقبل الدليل العلمي بدلا عنها سواء بتحليل الدم أو بالبصمة الوراثية للتأكد مما إذا كان الولد فعلا من صلب الزوج . لكن يتقدم الدليل العلمي عن كل من القيافة والقرعة في كل الحالات الموجبة لهما كأدلة مرجحة كبعض حالات التنازع على مجهول النسب بمختلف الصور، أكان بسبب انتفاء الأدلة أوتساويها أم كان بسبب الإشتراك في وطء الشبهة ونحوه، وكذا حالات الإشتباه في النسب كالحروب والكوارث ونحوها، وأحالات الإشتباه في نسب الأطفال حديثي الولادة.

ومتى ثبت النسب بأي دليل شرعي فلا يجوز التأكد منه باستعمال البصمة الوراثية لأي سبب من الأسباب، لما يترتب على ذلك المسلك من أضرار نفسية على الزوجة وعموما على الأسرة وانتهاء بالمجتمع. ولا يمكن للدليل العلمي أن يثبت إلا ما هو جائز إثباته من النسب الشرعي. كما ينبغى مراعاة الأصول المتعلقة بالإثبات بوجه عام وذلك

بحثاً عن الإنسجام التام مع المنظومة القانونية. أما تحليل مجاميع الدم فلا يُعمل بها إلا في نفي النسب لا في إثباته. وعند تعذر العمل بالبصمة الوراثية من الناحية المادية. لأجل ذلك باتت الحاجة ملحة لضبط إستعمال الدليل العلمي وتبيان حدود ذلك، من خلال قيودٍ نقرحها تتمثل في **ضوابط الموضوعية**، يُمكن إجمالها في أن تتم العملية بمعرفة الجهات الرسمية المتمثلة في الهيئات القضائية والتي تلقت طلبات بذلك من أطراف النزاع، ويُفضّل أن تكون المخابر الخاصة بتحليل الدليل العلمي تابعة للدولة وألا يتمّ إلا بإذن جهة رسمية، فإذا لم يتسنّ ذلك فيمكن الإستعانة بالمخابر الخاصة لكن بإشراف من الدولة والمعتمدة رسمياً.

ويُقبل الدليل العلمي أيضاً عند اشتباهه في مراكز التلقيح الصناعي إما عمداً لغرض ما أو خطأ، كأن يقوم الطبيب أو مساعده بتلقيح بويضة امرأة في حاجة إلى تلقيح إصطناعي بما يضمنه ماء زوجها خطأً.

كما ينبغي تقييد قبول الدليل العلمي بأصول الإثبات، وأهمها قاعدة عدم جواز إجبار أحد الخصوم تقديم دليل ضد نفسه؛ لكن على كل حال نرى- في ظل النصوص القانونية المتاحة- أنه لا ينبغي إجبار الخصم على ذلك خاصة إذا كان الغرض من الدعوى هو نفي الولد، وإن كان يمكن اعتبار الرفض كقرينة يستأنس بها تدل على عدم صدق إدعائه.

ولعل الفقه الإسلامي الحديث ينحوا هذا المنحى من خلال توصيات مجمع الفقه الإسلامي المنعقد بمكة المكرمة سنة 2002؛ إذ يوصي المجمع بضرورة حظر الدولة إجراء الفحص الخاص بالبصمة الوراثية إلا بطلب من القضاء¹.

أما **الضوابط الفنية** للدليل العلمي بشأن النسب فهي ضرورة أن تتوفر المخابر العلمية للدليل العلمي على تقنية عالية. وأن يتم توثيق كل خطوة من خطوات تحليل

¹ - أنظر القرار سابق الذكر، مرجع سابق، ص.296.

البصمة الوراثية، بدءاً من نقل العينات إلى ظهور النتائج النهائية، حرصاً على سلامة تلك العينات، وضماناً لصحة نتائجها. وأن تتحقق الخبرة والدراسة والدقة في القائمين على اختبار العينات تشوّفاً لنتائج أكثر يقينية.

كما ينبغي أن يتم فحص العينات في أكثر من جهة اختبار معترف بها، لتأمين عدم اطلاع كل مخبر عن نتائج المخبر الآخر، وهذا دائماً بحثاً عن أكثر يقينية بالنتائج. وللإحتياط في هذه المسألة يحسُن ألا يشرك معهم خبير له صلة قرابة لغاية الدرجة الرابعة، أو صداقة أو عداوة أو منفعة بأحد أطراف الدعوى.

إن النصوص المتعلقة بالنسب بحاجة إلى المزيد من التوضيح في بعض جوانبها، كغياب التنصيص عن آثار نسب العلاقة غير المشروعة، المقصود بالدليل العلمي ومرتبته من باقي الأدلة المثبتة للنسب، عدم الإتساق بين الإنجاب بالمساعدة الطبية وأقصى مدة الحمل المحددة قانوناً...

ولم لا يتم إصدار منظومة تشريعية خاصة تهتم بشروط وآثار إعتقاد الإنجاب بالمساعدة الطبية وغيرها من الأحكام إثبات النسب بالأدلة العلمية سواء تحليل الـ:ADN، أو تحليل مجاميع الدم ، وبيان مكانتها بين أدلة النسب نفيًا وإثباتًا، وهي كلها أحكام تتطلب المزيد من النصوص القانونية المفسرة والمتممة حتى تكون مسعفة للقاضي إبان تطبيقها.

قائمة المراجع :

أولاً : المراجع باللغة العربية :

I - المصادر :

- القرآن الكريم.

II - المعاجم والقواميس :

- 1- ابن منظور، لسان العرب ط 04، ج13، دار صادر، بيروت، لبنان، 2005 .
- 2- جبور عبد النور وسهيل إدريس، المنهل، قاموس فرنسي عربي، دار العلم للملايين، دار الآداب ، بيروت ، 1979.
- 3- المعجم الصغير، الهيئة العامة لشؤون الطبعة الأميرية، القاهرة، 1990 .
- 4- ممدوح حقي، قاموس المصطلحات الحقوقية والتجارية، فرنسي عربي، مكتبة لبنان، 1972 .

III- الكتب العامة :

- 1- ابن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، الأجزاء: 13، 5، 15، دار الفكر، بيروت، 1991.
- 2- ابن حزم ، المحلى ، د ت ط ، د د ن، ج، 09 .
- 3- ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 1 و 2، ط 01 ، دارالعقيدة ، الإسكندرية، 2004 .
- 4 - ابن عبد البر القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، ج03 ، مطبعة حسان ، القاهرة، 1979.
- 5- ابن قدامة، المغني، دار الكتب العلمية، بيروت، (د ت ن).
- 6- ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، دار الجيل، بيروت 1998.
- 7- أبو بكر محمد بن أحمد السرخسي، المبسوط ، دارالمعرفة ، بيروت ، 1989 .
- 8- أحمد أبو جعفر الطحاوي ، شرح معاني الآثار، ج 03. ط 01 ، دار الكتب العلمية، بيروت، 2001 .

- 9- أحمد موافي، الجامع للاختيارات الفقهية لشيخ الإسلام بن تيمية، ط 02، ج 02، دار بن الجوزي، الرياض، 1995.
- 10- الإمام الشافعي، الام، ج 06، دار الفكر للطباعة والنشر، (د ت ط).
- 11- الإمام النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، (د د ن)، (د ت ط).
- 12- الإمام محمود شلتوت، الفتاوى "دراسة مشكلات المسلم المعاصر في حياته اليومية العامة ج 09، دار الافتاء المصرية، 1989.
- 13- البهوتي، كشاف القناع عن فن الانتفاع، ج 5، عالم الكتاب، بيروت، (د ت ط).
- 14- بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، (د ت ط).
- 15- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج 01، د.م.ج، 1999.
- 16- بلحاج العربي، قانون الأسرة معلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة، د.م.ج، 2007.
- 17- تقي الدين أبي الفتح، عمدة الأحكام، ج 4، مطبعة الشرق، مصر، (د ت ط).
- 18- الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ج 4، (د د ن)، (د ت ط).
- 19- رشاد متولي، جرائم الاعتداء على العرض في القانون الجزائري والمقارن، د.م.ج، 1983.
- 20- الرملي، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج، ج 7، مطبعة مصطفى الحلبي، 1386 هـ.
- 22- السيد علي الشريف الجرجاني، التعريفات، مكتبة لبنان، بيروت، 1959.
- 23- السمرقندي، تحفة الفقهاء، دار الفكر، بيروت، لبنان، 2003.
- 24- الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج 2، دار المعرفة، بيروت، 1959.
- 25- عبد الرحمان شميلة الأهدل، الأنكحة الفاسدة- دراسة فقهية مقارنة، منشورات المكتبة الدولية، الرياض- مكتبة الخافقين، دمشق، 1983.
- 26- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومه، 2009.

27- علي بن نصر المالكي، المعونة على مذهب عالم المدينة، ج 02، بيروت، (د ت ط).

28- عمر سليمان الأشقر، الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 2007.

29- غوتي بن ملح، قواعد وطرق الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري، الديوان الوطني للأشغال العمومية، 2001.

30- محمد أبو زهرة، عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، (د د ن)، (د ت ط).

31- محمد محدة، الأحكام الأساسية في الأحوال الشخصية، ج 01، دار الشهاب، باتنة، (د ت ط).

32- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية، (د ت ط).

33- محمد يوسف موسى، أحكام الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي، (د د ن)، (د ت ط).

34- محمود محمد حسن، النسب وأحكامه في الشريعة الإسلامية والقانون الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، 1990.

35- منصور البهوتي، منتهى الإيرادات، ج 02، عالم الكتب، ط 01، بيروت، 1993.

36- الموطأ، مالك بن انس (الإمام)، ج 04، كتاب الأفضية، باب إحاق الولد بأبيه، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1991.

37- محمد قدرى باشا " الأحكام الشرعية في الاحوال الشخصية، ج 1، ط 1، دار السلام للنشر والطباعة والتوزيع، مصر، 2006،

38- محمد قدرى باشا، الأحكام الشرعية في الاحوال الشخصية، شرحه محمد زيد الأبياني، ج 1، دار السلام للنشر والطباعة والتوزيع، ط 1، مصر، 2006،

IV - الكتب المتخصصة :

1- احمد عودة الله، الاستتساخ في ميزان الاسلام، ط 01، دار أسامة، الأردن، 2003 .

- 2- أحمد نصرالجندي، النسب في الإسلام والأرحام البديلة، دار الكتب القانونية، مصر، 2003.
- 3- أشرف عبد الرازق ويح، موقع البصمة الوراثية من وسائل النسب الشرعية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
- 4- إياد أحمد إبراهيم، الهندسة الوراثية بين معطيات العلم وضوابط الشرع، دار الفتح، عمان، 1423.
- 5- تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، د.م.ج، 2001.
- 6- نور الدين مختار الخادمي، الإستساخ بدعة العصر، دار وحي القلم، ط 01، بيروت، 2004 .
- 7- حسين عبد الكريم السعدني، التناسل الاصطناعي الحيواني، بغداد، 1987.
- 8- حسيني هيكل، النظام القانوني للانجاب الصناعي، دار الكتب القانونية-دارشنتات للنشر والبرمجيات، 2007.
- 9- خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية-دراسة فقهية مقارنة، دار النفائس، الأردن، 2006.
- 10- رضا عبد الحليم، النظام القانوني للانجاب الصناعي، دار النهضة العربية، 1996.
- 11- زياد أحمد سلامة، أطفال الأنابيب بين العلم والشرعية، ط 02، الدار العربية للفنون، 1998.
- 12- سبيرو فاخوري، العقم عند الرجال والنساء، أسبابه وعلاجه، ط 5، دار العلم للملايين، بيروت.
- 13- سعد الدين مسعد الهاللي، البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية، دراسة فقهية مقارنة، مجلس النشر العلمي بالكويت، جامعة الكويت، 2001.
- 14- سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويرخ، أحكام الهندسة الوراثية، دار كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، ط 01، 2007.

- 15- سفيان بن عمر بورقعة ، النسب ومدى تأثير المستجدات العلمية في إثباته ، دار كنوز اشبيليا، طبعة أولى، 2007.
- 16- سه ركولمصطفى أحمد، البصمة الوراثية وحجيتها في إثبات النسب، دار الكتب القانونية - دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر ، 2010.
- 17- سهير منتصر، التلقيح الصناعي حال حياة الزوجين و بعد وفاة الزوج، مكتبة النصر بالزقازيق، 1991.
- 18- شوقي زكريا الصالحي، التلقيح الاصطناعي بين الشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية، دار النشر، 2001 .
- 19- علي بن نصر المالكي، المعونة على مذهب عالم المدينة، ج 2، بيروت، (د ت ط).
- 20- علي خليفة الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، دار النفائس، الأردن، 2006.
- 21- عمر بن محمد السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها استخدامها في النسب والجنائية، دار الفضيلة، الرياض، ط01، 2002.
- 22- عمر بن محمد بن ابراهيم غانم، أحكام الجنين في الفقه الاسلامي "المدخل الى علم الأجنة الوضعي والتجريبي"، دار الأندلس الخضراء، جدة، المملكة العربية السعودية.
- 23- فوزي محمد حميد، الإستنساخ البشري بين التحليل والتحرير، دار الصفدي، ط 01 بيروت ، (د ت ط).
- 24- محمد المرسي زهرة، الانجاب الاصطناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية، مطبوعات جامعة الكويت، 1993 .
- 25- محمد بن محمد المختار الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها، جدة، مكتبة الصحابة ، 1994.
- 26- محمد سليمان الأشقر، أبحاث اجتهادية في الفقه الطبي، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 2006.
- 27- محمد سليمان الاشقر، أبحاث إجتهادية في الفقه الطبي، دار النفائس، الأردن، 2006.

28- محمد عبد الوهاب الخولي، المسؤولية الجنائية للأطباء عن استخدام الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة-التلقيح الاصطناعي (طفل الأنابيب)، دراسة مقارنة، ط 01، (د د ط) ، 1997.

29- نسرين عبد الحميد نبيه ، نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، دار الوفاء لدنيا النشر والتوزيع، ط 01 ، الإسكندرية، 2008.

30- صبري الدمرداش، الاستنساخ قنبلة العصر، مكتبة العبيكان، الرياض، 1418،

V - الرسائل والمذكرات :

أ- رسائل الدكتوراه :

1- عائشة سلطان ابراهيم المرزوقي، إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية

المعاصرة، رسالة دكتوراه ، كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، 2000.

2- العربي الشحط عبد القادر، الأحكام القانونية للانجاب الاصطناعي، رسالة دكتوراه، الجزائر، 2000.

3- إياد أحمد محمد إبراهيم ، الهندسة الوراثية بين المعطيات العلمية والضوابط

الشرعية ، رسالة دكتوراه ، كلية الدراسات العليا ، الجامعة الأردنية ، عمان، 2001 .

4- شعلان سليمان محمد السيد حمدي، نطاق الحماية الجنائية لأعمال الطبية الفنية

الحديثة، رسالة دكتوراه ، جامعة المنصورة ، 2002.

ب - مذكرات الماجستير:

1- فؤاد مرشد داؤود بدير ، أحكام النسب في الفقه الاسلامي ، مذكرة ماجستير، كلية

الدراسات العليا، قسم الفقه والتشريع ، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2001.

2 - غريب مليكة، الإستنساخ البشري بين الحظر والإباحة، مذكرة ماجستير، كلية

الحقوق، بن عكنون، الجزائر، جوان، 2002.

3 - النحوي سليمان ، مشروعية التصرف في جسم الإنسان بين القانون الجزائري

والشريعة الإسلامية ، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002-2003،

VI - الدوريات :

- 1- أنيس فهمي، العقم عند النساء ، مجلة العربي ، 1985، عدد 32.
- 2- بن شويخ الرشيد، الطرق الشرعية والقانونية لثبوت النسب أو نفيه، مجلة العلوم القانونية والإدارية ، كلية الحقوق، تلمسان، 2005، عدد 03.
- 3- بندر بن فهد السويلم، البصمة الوراثية وأثرها في النسب، مجلة العدل، وزارة العدل بالمملكة العربية السعودية، محرم 1429هـ، عدد 37 .
- 4- تشوار جيلالي، الأحكام الإسلامية في مسائل التغير الجنسي و الإستنساخ البشري، م.ج.ع.ق.إق.س، جامعة الجزائر، 1998، عدد 04.
- 5- تشوار جيلالي، القضاء مصدر تفسيري تعسفي للقاعدة المنظمة للنسب، م.ج.ع.ق.إ.س، جامعة الجزائر، ج41، 2003، عدد 01.
- 6- تشوار جيلالي، تغيير اللقب تجاه الصلاحيات الدستورية للسلطتين التشريعية والتنفيذية، م.ع.ق.إ.جامعة تلمسان، 2004، عدد 02.
- 7- تشوار جيلالي، رضا الزوجين على التلقيح الاصطناعي، م.ع.ق.إ.، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2006، عدد 04 .
- 8- تشوار جيلالي، عولمة القانون ومدى تأثيرها على أحكام الأسرة، م.ج.ع.ق.إق.س، جامعة الجزائر، 2008، عدد 03.
- 9- تشوار جيلالي، نسب الطفل في القوانين المغاربية للأسرة بين النقص التشريعي والتفجحات المستحدثة، م.ع.ق.إ.، كلية الحقوق بتلمسان، 2005، عدد 03 .
- 10- تشوار حميدو زكية ، حكم وسائل الحمل المعاصرة ، م.ج.ع.ق.إق.س، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، جزء 41، 2003، عدد 01 .
- 11- تشوار حميدو زكية ، شروط التلقيح الاصطناعي في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة الجزائري، م.ع.ق.إ.، كلية الحقوق، جامعة تلمسان. 2006، عدد 04.

- 12- تشوار حميدو زكية، الحق في الإسم في القانون الجزائري، م ع ق إ، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2008، عدد6 .
- 13- حسن حتوت، ليست ابنة أنبوية اختبار، مجلة العربي ، جانفي، 1979، عدد 242.
- 14- دانييل كيقلس وليروي هود، الشفرة الوراثية للإنسان، سلسلة عالم المعرفة، ترجمة: أحمد مستجير، إصدار المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب ، الكويت، يناير(جانفي) 1997، عدد 217 .
- 15 - عبد الرحمان البسام ، أطفال الأنابيب، مجلة مجمع الفقه الاسلامي، الدورة الثانية، ج 01، 1986 ، عدد 02
- 16- عبد الكريم مامون، الاطار الشرعي والقانوني للانجاب الاصطناعي، م ع ق إ، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2006، عدد 04.
- 17- عبد الله هاشم جميل، زراعة الأجنة في ضوء الشريعة الاسلامية، مجلة الرسالة، وزارة الأوقاف والشؤون الدينية للجمهورية العراقية، السنة 22 ، 1410هـ. عدد231،
- 18-عبدالله باسلامة، أطفال الأنابيب، مجلة مجمع الفقه الاسلامي، الدورة الثانية، ج 01، 1986، العدد 02 .
- 19- علي محي الدين القرّة داغي، البصمة الوراثية ومن منظور الفقه الإسلامي، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، السنة 14، سنة(1424هـ)، 2003، عدد 16.
- 20- فايز عبد الله الكندري ، مشروعية الاستنساخ البشري من الوجهة القانونية ،مجلة الحقوق، 1998، السنة 22، جامعة الكويت، عدد 02 .
- 21- محمد ايمن صافي، انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حيا أو ميتا، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة 04 ، عدد:4، ج 01.

- 22- محمد علي البار، التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب، مجلة مجمع الفقه الاسلامي،
الدورة 02، ج 01، عدد 1986، عدد 02.
- 23- محمد محمد أبو زيد، دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب، مجلة الحقوق، السنة
20، عدد 01، الكويت، مارس 1997.
- 24- محمد محمد عباسي، حول طفل الأنابيب، مجلة الأزهر، السنة 57، ج 1، 1405.
- 25- مروك نصر الدين، الأم البديلة بين القانون والشريعة الإسلامية-دراسة مقارنة، م
ج ع ق إ ق س، جامعة الجزائر، 1999، عدد 04.
- 26- مصطفى مناصرية، مبدأ الإحتياط في ثبوت النسب في الفقه الإسلامي وتطبيقاته
في الإجتهد القضائي، مجلة البحوث والدراسات القانونية و السياسية، عدد 01، خاص
بأشغال الملتقى المغاربي: الإجتهد القضائي في مجال الأحوال الشخصية.، 2011.
- 27- نور الدين بن مختار الخادمي، الهندسة الوراثية والإخلال بالأمن رؤية شرعية
مقاصدية، مجلة البحوث الأمنية، مركز البحوث والدراسات بكلية الملك فهد الأمنية
بالياب، ج 12، جويلية (يونيو) 2003.
- 28- زياد سلامة، الإستتساخ، الواقع العلمي والحكم الشرعي، مجلة هدي الإسلام،
ج 41، 1418هـ، عدد 10.
- 29- مجلة هدى الاسلام، الدورة الثالثة لمجمع الفقه الاسلامي، لسنة 1407هـ، 1987،
عمان.
- 30- قرارات مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، الدورة 02، ج: 01، 1407، عدد 02،
مطابع رابطة العالم الإسلامي. 1986.
- 31- قرارات مجلة مجمع الفقه الاسلامي، الدورة الثانية لمؤتمر مجمع الفقه الاسلامي،
منظمة المؤتمر الاسلامي، عدد 02، ج 01، مطابع رابطة العالم الإسلامي، 1987.

VII - الأبحاث والندوات :

- 1- إبراهيم أبو الوفا محمد ،مدى حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي في القانون الوضعي والفقہ الإسلامي، أبحاث مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات بتاريخ 05-07 ماي 2002، ج 02.
- 2- عبد الستار أبو غدة ، مدى مشروعية التحكم في معطيات الوراثة أبحاث ندوة الإنجاب في ضوء الإسلام، المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت، 23 ماي 1983.
- 3- محمد المختار السلامي، اثبات النسب بالبصمة الوراثية، ندوة الوراثة والهندسة الوراثية التي أقامتها المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية ، الكويت، خلال: 13 إلى 15-10 1998.
- 4- محمد علي البار، زرع الغدد التناسلية والأعضاء التناسلية، أبحاث ندوة رؤية إسلامية لزراعة بعض الأعضاء البشرية والتي عقدتها المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت بتاريخ 23 أكتوبر 1989.
- 5- صديقة علي العوضي، كمال نجيب محمد، زراعة الأعضاء التناسلية والغدد التناسلية للمرأة والرجل، أبحاث ندوة رؤية إسلامية لزراعة بعض الأعضاء البشرية والتي عقدتها المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت بتاريخ 23 أكتوبر 1989.
- 6- قرارات "أعمال" ندوة "الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني رؤية اسلامية، والمنعقد في الكويت من 13 إلى 15 أكتوبر 1988، 2000، ج 02.
- 7- الفتاوى المصرية ، مجلة الأزهر، ج 10، السنة 55، 1983 .
- 8- قرارالمجمع الفقهي الاسلامي التابع لرابطة العالم الاسلامي بشأن استفادة المسلمين من علم الهندسة الوراثية، مجلة قرارات المجمع الفقهي الإسلامي، الدورة 15، 1419هـ .

IIIX - الإتفاقيات الدولية و القوانين:

أ - الإتفاقية الدولية :

- الإتفاقية الدولية لحقوق الطفل وذلك بتاريخ 26-01-1990، وصدقت عليها الجزائر بتاريخ 16-04-1993.

ب- التشريعات الداخلية :

1- القوانين والأوامر:

- الأمر رقم 66-156 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، المؤرخ في 08 جوان 1966 ، ج ر عدد 49 بتاريخ 11 جويلية 1966 .

- الأمر 70-86 المتضمن قانون الجنسية الجزائرية المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم:05-02، ج ر عدد:15 الصادرة بتاريخ 27 فبراير 2005 .

- الأمر رقم: 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتعلق بالقانون المدني المعدل بالقانون 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 المعدل والمتمم. ج ر عدد: 44 بتاريخ:26-06-2005.

- قانون رقم: 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984 والمتعلق بقانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر 05-02 ، ج ر عدد:15 الصادرة في27-02-2005.

- قانون الصحة وترقيتها رقم: 85-05 المؤرخ في 16 أبريل 1985، الجريدة الرسمية عدد: 08 المتمم بالقانون 88-15 المؤرخ في 03 ماي 1988 وبالقانون 90-017 المؤرخ في31-06-1990، ج ر عدد 35.

2-المراسيم :

- مرسوم رقم 71-157 المؤرخ في 03-06-1971، يتعلق بتغيير اللقب ، ج ر عدد 47، الصادرة بتاريخ:11-جوان1971.

- المرسوم التنفيذي رقم: 92-24 المؤرخ في 13-01-1992 ، المعدل والمتمم
للمرسوم المتعلق بتغيير اللقب ، ج ر عدد: 05. المعدل والمتمم للمرسوم المتعلق بتغيير
اللقب تحت رقم : 71-157 المؤرخ في 03-06-1971، ج ر عدد 47، الصادرة
بتاريخ: 11-جوان 1971.

- المرسوم التنفيذي رقم: 06-154 المؤرخ في: 11 ماي 2006 المتضمن تحديد شروط
وكيفيات تطبيق أحكام المادة 07 مكر من قانون الأسرة 11-84 المتعلق بقانون الأسرة.
ج- القوانين المقارنة العربية :

- قانون الأحوال الشخصية المصري رقم 25 لسنة 1929 الذي لا يزال ساري المفعول.
- قانون الأحوال الشخصية في الجمهورية العربية السورية رقم: 59-1953،
الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 59 بتاريخ 07-09-1953.

- قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 61-1976 المؤرخ سنة 1976 والمعدل
بقانون رقم 82 لسنة 2001. الصادر بتاريخ 31-12-2001 ج ر عدد 4524. المعدل
بالقانون رقم 36 لسنة 2010 ج ر ، عدد 5061 ، بتاريخ 17 أكتوبر 2010.

- قانون الأحوال الشخصية لدولة الكويت الصادر بموجب قانون رقم 51-1984.
- مشروع قانون للأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة ، رقم 28-2005.
- قانون الأسرة لدولة البحرين رقم: 19 لسنة 2009، ج ر عدد 2898، بتاريخ 04
جوان 2009.

IX- التحقيقات بالجرائد اليومية :

- تحقيق بجريدة الشروق اليومي، زوجات يرهنّ ذهبهنّ ورجال يبيعون بيوتهم من
أجل "طفل الأنابيب"، عدد: 2443 ، بتاريخ : 30 أكتوبر 2008.
- تحقيق بعنوان "بنوك النطاف المجمدة ورجال يبحثون عن حيوانات منوية للبيع !"،
صحيفة الشروق اليومي الجزائرية، عدد 2727 بتاريخ : 27 سبتمبر 2009.

ثانيا : المراجع باللغة الفرنسية :

I–Ouvrages:

- (M) ALAIN CLAEYS et (H) CLAUDE HURIET, Le clonage , La thérapie cellulaire et l'utilisation thérapeutique des cellules embryonnaires, assemble nationale- sénat, 2000.
- (Gh) BENMELHA,Le Droit algérien de la famille , O.P.U, 1993 .
- (D)VANKAN,l'insémination artificielle,recommandation du conseil de l'Europe et perspectives de réglementation belge , étude de droit comparé ,1981.
- (N) FAROUKI et (Ch) BYCK, Le clone , L'humanité et le droit, les progrès de la peur,Le pommier , France, 2001.
- (P) MALAURIE et (H) FULCHIRON La famille ,2^{eme} edition, Défrénois, L.G.D.J ,Montchresien , Paris, France ,2006.

II–Periodiques:

- (R) ANDORNO, Les droits nationaux européens face a la procréation médicalement assistée : primauté de la technique ou primauté de la personne?,R.I.D.C, 1994.
- (A)MIRKOVIC,Mère Porteuse :analyse de droit international privé, JCP,2009 .
- (G)CORNU,Droit civil ,La famille,éd .Montchrestien, Paris,2003.
- (G)TAORMINA ,Le droit de la famille à l'épreuve du progrès scientifique, Recueil Dalloz , n°16, 2006.
- (Gh)LAHLOU-KHIAR, La filiation des enfants nés pendant la séparation de fait des époux . La preuve de la filiation,revue 'EL MOUHAMAT',L'ordre des avocats d'Alger, oct 2003 ,n°01.
- (J) NICO, Netherlands National report .R.I D , 1988 .
- (T) GARE, Réforme de la filiation a propos de la du 16 janvier 2009.sem.jur,n°06,2009.
- (C).ATIAS,le contra de substitution de mère,D. chron ,1986 .
- (F) GRANAT-LAMBRECHTES,Droit de la filliation,R.D.,2006.
- Frédérique GRANAT-LAMBRECHTES, L'anonymat des dons, le regard du juriste, Journées d'étude des 8 et 9 octobre 2008 sous titre :Les 30 ans du CECOS Alsace : « Gamètes, projet parental et filiation », 2008.

III–Thèses et mémoires:

-(I)DASTUGE, Procréation artificielle et ébauche de solution, Thèse ,Paris,1986.

- (A) MEHTAL,Les aspects juridiques du Clonage humain, Mémoire Magister en droit privé, Faculté de Droit , Tlemcen ,2006-2007.

IV- Législation :

- Loi n 94-653 du 29 juillet ,relative au respect du corps humain, J.O.R.F .

-Loi ,n°2004-800 du 6 aout 2004 relative à la bioéthique , J.O.R.F n°182 du7aout 2004 .

-loi n°2009-61 du 16-01-2009, ratafie l'ordonnance du 04-07-2005 sur la filliation. JO 18-01-2009.

-Rapport du CCNE français (conseil national d'éthique), n°54, Réponse au President de la république au sujet du clonage reproductive le 01-04-1997.

V- Jurisprudences:

- T.G.I20-08-1989,GAZ-PAL.1993,som.

- T.Toulouse26Mars1991.J.C.P.11.1992-21807.

-T.Toulouse,21sep1987,J.C.P.1988.21035.

-T.G.I.de Bobigng18,jan,D-1990,note.saujot(callete).

-T.G.I.de Bobigng18,jan,D-1990- note.saujot(collete).

-T.D.I.Aix-en-Provence,dec,1984,Gaz-Pal.1985,2,Som.

- Cass .Ass.Plénière31-05-1991;D.

-Cour de cassation.13-12-1989.J.C.P.

-T .Rennes,4juill.2002;juris-Data ;n°2002191286;D.2002,note F.GRANT.

- T.D.I.Aix-en-Provence,dec,1984,GAZ-PAL.1985,2,Som.

-Cour de cassation.13-12-1989.J.C.P.21526.sérieux.

-Cass.1^{er} civ.,17déc.2008,n°07-20 , Juris Data ,n°046272. 2008 .

-Civ .25juin 1949.D.1949.585note CARBONNIER ,J.C.P.1949,502 Paris,16-12-1976.D.1977.133.note:MASSIP.

-Cass.1^{er} civ,01fev 1983,D,1983-1-397

-Civ. 1^{er},28 mai 2000,Bull.civ.I, n°103 ,D.2000. jur.713) .

-Civ.1^{er},19 mars 2008,n°06-19640, juris-Data , n°2008-043311.

المواقع الإلكترونية :

www.islamonlin.net/arabic.com

www.amanjordan.org.

www.aljazeera.net.

[www.Sénat .fr](http://www.Sénat.fr).

الفهرس

رقم الصفحة

الموضوع

01 مقدمة

الباب الأول

10..... إنشاء النسب في ظل التطور العلمي والقانوني

12 الفصل الأول: التلقيح الاصطناعي والنسب

13..... المبحث الأول: التلقيح الاصطناعي الداخلي والنسب

13 المطلب الأول: مفهوم التلقيح الاصطناعي الداخلي وصوره

13 الفرع الأول: مفهوم التلقيح الاصطناعي الداخلي

14..... أولاً: تعريف التلقيح الاصطناعي الداخلي

16..... ثانياً: التطور التاريخي للتلقيح الاصطناعي الداخلي

17..... ثالثاً: الخطوات العملية للتلقيح الاصطناعي الداخلي

18..... الفرع الثاني: تعدد صور التلقيح الاصطناعي الداخلي بتعدد أسبابه

19..... أولاً: أسباب التلقيح الاصطناعي الداخلي

20..... ثانياً: صور التلقيح الاصطناعي الداخلي

المطلب الثاني : التقدير القانوني والشرعي للنسب ثمرة التلقيح

24 الإصطناعي الداخلي

25..... الفرع الأول: موقف القانون من النسب ثمرة التلقيح الإصطناعي الداخلي

25..... أولاً: موقف القانون المقارن من النسب ثمرة التلقيح الإصطناعي الداخلي

ثانياً: موقف القانون الجزائري من النسب الناشيء عن التلقيح

31 الإصطناعي الداخلي

الفرع الثاني: موقف الفقه الإسلامي من النسب الناشيء عن التلقيح

35 الإصطناعي الداخلي

36..... أولاً: موقف الفقه الإسلامي من النسب الناشيء عن الإستدخال

- ثانيا: الخلاف الفقهي حول التلقيح الاصطناعي الداخلي.....37
- ثالثا: المسائل الشرعية التي يثيرها التلقيح الاصطناعي الداخلي38
- المبحث الثاني: التلقيح الاصطناعي الخارجي والنسب40
- المطلب الأول: مفهوم التلقيح الاصطناعي الخارجي وصوره.....40
- الفرع الأول : مفهوم التلقيح الإصطناعي الخارجي40
- أولا: تعريف التلقيح الاصطناعي الخارجي.....41
- ثانيا: التطور التاريخي للتلقيح الاصطناعي الخارجي42
- ثالثا: خطوات إجراء تقنية التلقيح الاصطناعي الخارجي.....44
- الفرع الثاني :تعدد صور التلقيح الاصطناعي الخارجي بتعدد أسبابه....46
- أولا: أسباب التلقيح الاصطناعي الخارجي46
- ثانيا:الصور المختلفة للتلقيح الاصطناعي الخارجي.....48
- المطلب الثاني: موقف القانون والفقهاء الإسلاميين من النسب ثمرة التلقيح
- الصناعي الخارجي51
- الفرع الأول: موقف القانون من النسب الناتج عن التلقيح الاصطناعي
- الخارجي.....52
- أولا: موقف القانون المقارن من النسب الناتج عن التلقيح الاصطناعي
- الخارجي52
- ثانيا: موقف القانون الجزائري من النسب الناتج عن التلقيح الإصطناعي
- الخارجي.....57
- الفرع الثاني: موقف الفقهاء الإسلاميين من النسب الناتج التلقيح الإصطناعي
- الخارجي59
- أولا: تأثر الإعراف بالنسب من الناحية الشرعية بصفة أصحاب الخلايا
- الجنسية.....60
- ثانيا: تأثر الإعراف الشرعي بالنسب بمدى وقوعه خلال فترة الزوجية.....63

- 66... الفصل الثاني: تنشئة الأجنة وحفظها في غير نطاقها الطبيعي والنسب....
- 67..... المبحث الأول : النسب الناجم عن الرحم المؤجر.....
- 68..... المطلب الأول : مفهوم عملية تأجير الأرحام وتعدد صورها.....
- 68..... الفرع الأول: مفهوم تأجير الأرحام(الأم البديلة).....
- 68..... أولا: تعاريف للمصطلحات المتصلة بالأم البديلة.....
- 70..... ثانيا: التطور التاريخي لتأجير الأرحام.....
- 71..... ثالثا: الخطوات العملية للحمل بواسطة الغير.....
- 72..... الفرع الثاني:تعدد صور الرحم المؤجر بتعدد الأسباب الداعية إليها.....
- 72..... أولا:الأسباب الداعية لإيجار الأرحام.....
- 74..... ثانيا:صور الإنجاب بطريق "الأم البديلة".....
- 77..... المطلب الثاني:تقدير النسب الناجم عن الرحم المؤجر قانونا وشرعا.....
- 77..... الفرع الأول:موقف القانون من النسب ثمرة الرحم المؤجر.....
- 78..... أولا:موقف القانون المقارن من النسب ثمرة الرحم المؤجر.....
- 81..... ثانيا: موقف المشرع الجزائري من النسب ثمرة الرحم المؤجر.....
- 85..... الفرع الثاني: موقف الفقه الإسلامي من النسب ثمرة الرحم المؤجر.....
- 85..... أولا:حُكم النسب والبدل رحما.....
- 85..... أ- البديل رحم أجنبية.....
- 90..... ب-البديل رحم زوجة ثانية لنفس الزوج.....
- 92..... ج-حكم نسب الطفل المحضون بالأنبوب(قيد التجريب).....
- 93..... ثانيا:حكم النسب والبدلَيْن رحما وبيوضة.....
- 95..... المبحث الثاني: زرع أعضاء تناسلية و مسألة النسب.....
- 95..... المطلب الأول: مفهوم زرع الأعضاء التناسلية البشرية.....
- 96..... الفرع الأول: محل عملية زرع الأعضاء التناسلية.....
- 96..... أولا:تحديد الأعضاء التناسلية التي يُحتاج زرعها.....
- 97..... ثانيا:التوصيف العلمي للأعضاء التناسلية.....

99	الفرع الثاني: دواعي وأغراض زرع الأعضاء التناسلية.....
99	أولاً:تحصيل النسل.....
100	ثانياً: الإستمتاع.....
100	ثالثاً: الجمال والتجميل.....
101	الفرع الثالث: حدود مجال التطور العلمي في زرع الأعضاء التناسلية ...
101	أولاً:حدود التطور في زرع الأعضاء الذكرية.....
103	ثانياً:حدود التطور في زرع الأعضاء الأنثوية.....
105	الفرع الرابع: المحاذير الشرعية لزرع الأعضاء التناسلية على النسب.....
106	أولاً:المحذور الأول(الانتقال غير المشروع للخصائص الوراثية).....
107	ثانياً: المحذور الثاني(شبهة الزنا ومخالطة الأجانب).....
107	ثالثاً: المحذور الثالث(شبهة الرحم المؤجر).....
	المطلب الثاني:حكم الفقه الإسلامي والقانون على النسب الناتج عن زرع
108	الأعضاء التناسلية.....
	الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي من النسب الناشيء من أعضاء
109	جنسية مزروعة
109	أولاً: زرع أعضاء تناسلية لا تحمل مواصفات وراثية و مسألة النسب.....
111	ثانياً: زرع غدد تناسلية تحمل مواصفات وراثية للغير ومسألة النسب.....
117	الفرع الثاني:موقف القانون من النسب ثمرة الأعضاء التناسلية المزروعة..
117	أولاً: موقف القانون المقارن من النسب ثمرة الأعضاء التناسلية المزروعة....
119	ثانياً: موقف القانون الجزائري من النسب ثمرة الأعضاء التناسلية المزروعة.
121	الفصل الثالث : إنشاء النسب بتأثير الهندسة الوراثية.....
122	المبحث الأول:مجال تأثير الهندسة الوراثية على النسب.....
122	المطلب الأول: مفهوم الإستنساخ البشري.....
123	الفرع الأول:التعريف بالاستنساخ البشري وأنواعه
123	أولاً: التعريف بالاستنساخ البشري.....

124	ثانيا:أنواع الاستنساخ التناسلي.....
126	الفرع الثاني:التوصيف العلمي لفكرة الإستنساخ البشري
128	المطلب الثاني:تقنيات (صور) الإستنساخ التناسلي والهندسة الجينية.....
129	الفرع الأول:الإستنساخ بفصل الخلايا
131	الفرع الثاني: تقنية الاستنساخ الجنيني عن طريق النقل النووي
134	الفرع الثالث: تقنية الاستنساخ الجسدي عن طريق النقل النووي.....
137	الفرع الرابع: تقنية الإستنساخ بتنشيط الخلية.....
		المطلب الثالث: النسب والعلاج الجيني للخلايا التناسلية كصورة للهندسة
139	الوراثية.....
139	الفرع الأول:مفهوم العلاج الجيني
140	أولا:المقصود بالعلاج الجيني
140	ثانيا:الغرض من نقل الجين إلى الخلية التناسلية.....
141	ثالثا:الخطوات التي يتم بها عملية العلاج الجيني.....
		الفرع الثاني: المشكلات التي يُواجهها العلاج الجيني والتي يُخلفها على
143	النَّسب
143	أولا:المشكلات التي يُواجهها العلاج الجيني
145	ثانيا:الآثار التي يُخلفها العلاج الجيني على النسب.....
		المبحث الثاني: موقف القانون والفقہ الإسلامي من النسب ثمرة الهندسة
147	الوراثية
148	المطلب الأول:موقف القانون من النسب ثمرة الهندسة الوراثية
148	الفرع الأول: القانون المقارن والنسب ثمرة الهندسة الوراثية.....
150	الفرع الثاني:القانون الجزائري و النسب ثمرة الهندسة الوراثية.....
151	أولا:موقف القانون الطبي من عملية الإستنساخ الجيني.....
152	ثانيا:موقف قانون الأسرة من نسب النسيخ
157	ثالثا: قانون العقوبات الجزائري و نسب النسيخ.....

المطلب الثاني: موقف الفقه الإسلامي من نسب ثمره معالجات الهندسة	
الوراثية	159
الفرع الأول: حفظ النسب أهم مناط لحكم الاستنساخ بفصل الخلايا.....	160
أولاً: حكم فصل خلية تكونت من ماء غير الزوجين.....	
ثانياً: حكم فصل خلايا لقحة تكونت من ماء الزوجين	160
الفرع الثاني: حكم زراعة النواة (جنينيا وجسدي) مرتبط بمدى تأثيره على	
النسب	162
الفرع الثالث: النسب و الاستنساخ بتنشيط الخلية	165
الفرع الرابع: موقف القانون والفقه الإسلامي من نسب متلقي الجين في	
خليته التناسلية	166
أولاً: حكم النسب ثمره نقل الجين من أحد الزوجين.....	166
ثانياً: حكم النسب ثمره نقل الجين من غير الزوجين.....	167
الفرع الخامس: التصرف في الشفرة الوراثية مدعاة للإخلال بقواعد حفظ	
النسب	169

الباب الثاني

إثبات النسب في ظل التطور العلمي والقانوني.....	174
الفصل الأول : الأدلة التقليدية لإثبات النسب.....	176
المبحث الأول: إثبات النسب بالزواج و ما يُشاكله في الشريعة الإسلامية	
والقانون.....	177
المطلب الأول: إثبات النسب بالزواج الصحيح في الشريعة الإسلامية	
والقانون الوضعي.....	178
الفرع الأول: ثبوت النسب بالزواج كفراشٍ صحيح و أدلة ذلك.....	178
أولاً : تعريف الفراش.....	178
ثانياً : الأدلة على ثبوت النسب بالفراش الصحيح.....	180

الفرع الثاني: شروط ثبوت النسب بالزواج الصحيح في الشريعة الإسلامية	
والقانون.....	181
أولاً: أن تلد الزوجة خلال مدة الحمل.....	182
أ - الحد الأدنى لمدة الحمل.....	182
ب - الحد الأقصى لمدة الحمل.....	184
ج - شرط أجل التمسك بالملاعنة.....	188
ثانياً : أن يتصور الحمل من الزوج عادة	189
ثالثاً : إمكانية تلاقي الزوجين بعد العقد (ما تصير به المرأة فراشا)	191
المطلب الثاني : ثبوت النسب بالنكاح الفاسد والوطء بشبهة في الشريعة	
والقانون الوضعي.....	194
الفرع الأول: إثبات النسب بنكاح الشبهة.....	194
أولاً : التعريف بالوطء بشبهة.....	194
ثانياً : مدى ثبوت النسب بنكاح الشبهة.....	197
الفرع الثاني: النكاح الفاسد.....	198
أولاً : تعريف الزواج الفاسد	198
ثانياً: الشبهة والفساد: تباين في المعنى وإتفاق في أثرهما على النسب.....	199
المبحث الثاني: إثبات النسب بالأدلة التقليدية من غير الزواج والوطء.....	202
المطلب الأول: إثبات النسب بالأدلة التقليدية المتفق على شرعية اعتمادها.....	203
الفرع الأول: إثبات النسب بالبينة.....	203
أولاً : تعريف البينة	204
ثانياً : شروط الإثبات بالبينة	205
الفرع الثاني: الإقرار كدليل عن النسب.....	208
أولاً : تعريف الإقرار	208
ثانياً : شروط صحة الإقرار لإثبات النسب.....	209

218	المطلب الثاني : أدلة إثبات النسب المختلف في إعتماها
219	الفرع الأول : إثبات النسب بالقيافة
219	أولا : تعريف القيافة ومشروعيتها
219	أ- تعريف القيافة
220	ب- مشروعية القيافة
226	ثانيا : ما يشترط في القيافة لإثبات النسب بها
226	أ - شروط العمل بالقيافة في إثبات النسب
227	ب- الشروط التي ترجع إلى القائف نفسه
228	الفرع الثاني: ثبوت النسب بالقرعة
229	أولا : تعريف القرعة
229	ثانيا : اختلاف الفقهاء في إثبات النسب بالقرعة
232	الفرع الثالث: اليمين كدليل على النسب
232	أولا : تعريف اليمين
232	ثانيا : اختلاف الفقهاء بشأن اليمين كدليل على النسب
233	أ - جواز إعتما اليمين
233	ب- عدم قبول حلف اليمين في إثبات النسب
234	الفصل الثاني: إثبات النسب بالأدلة العلمية الحديثة
235	المبحث الأول: مفهوم الدليل العلمي كوسيلة لإثبات النسب وتكييفه
235	المطلب الأول: مفهوم الدليل العلمي في مجال إثبات النسب
235	الفرع الأول: البصمة الوراثية
235	أولا: تعريف البصمة الوراثية
238	ثانيا: خصائص البصمة الوراثية
240	ثالثا: طرق تحليل البصمة الوراثية
242	الفرع الثاني: تحليل مجموعات الدم
242	أولا : تعريف الدم

- 244 ثانيا : مجموعات الدم وطرق تحليلها.....
- 245 ثالثا: دلالة تحليل الدم على إثبات ونفي النسب
- 246 رابعا: كيفية نفي النسب بتحليل مجاميع الدم.....
- 246.....المطلب الثاني: تكييف طبيعة أدلة إثبات النسب العلمية بين جملة أدلة إثباته....
- 247 الفرع الأول: تحديد طبيعة الدليل العلمي بين أدلة النسب.....
- 247.....أولا: تحديد طبيعة الدليل العلمي كأحد الأدلة المتفق على جواز اعتمادها.....
- 251 ثانيا:الدليل العلمي بمنزلة القيافة المختلف حول مدى اعتمادها.....
- 253 الفرع الثاني:تكييف الدليل العلمي بين تقسيمات أدلة الإثبات.....
- 255.....المبحث الثاني: موقف القانون والشريعة من الدليل العلمي.....
- 255 المطلب الاول : موقف القانون من الدليل العلمي.....
- 256.....الفرع الأول : الموقف التشريعي من الدليل العلمي في مادة إثبات النسب.....
- 256.....أولا: موقف التشريعات المقارنة من الدليل العلمي في مادة النسب.....
- 256..... أ - التشريعات العربية والدليل العلمي في مادة النسب.....
- 259..... ب - التشريع الفرنسي والدليل العلمي في مادة النسب.....
- 262.....ثانيا: موقف التشريع الجزائري من الدليل العلمي المتعلق بالنسب.....
- 264.....الفرع الثاني:موقف القضاء من الدليل العلمي المتعلق بالنسب.....
- 264.....أولا : موقف القضاء المقارن من الدليل العلمي في مادة النسب.....
- 264..... أ - موقف القضاء العربي من الدليل العلمي في مادة النسب.....
- 268..... ب - موقف القضاء الفرنسي من الدليل العلمي في مادة النسب.....
- 269.....ثانيا: موقف القضاء الجزائري من الدليل العلمي في مادة النسب.....
- 270.....أ- نکوص القضاء دون مسايرة الدليل العلمي في إثبات النسب.....
- 276.....ب-تأثر موقف القضاء تجاه الدليل العلمي بتطور التشريع.....
- المبحث الثالث: مكانة الدليل العلمي بين أدلة النسب الشرعية وضوابط
- 279 إعماده
- 280.....المطلب الأول :الاختلاف حول منزلة البصمة من أدلة النسب الشرعية.....

	الفرع الأول : عرض الرأيين حول مكانة الدليل العلمي من أدلته النسب
280	الشرعية.....
281	أولا : إمكانية الإستعاضة بالبصمة الوراثية عن أدلة إثبات النسب الشرعية....
282	ثانيا : تأخر الدليل العلمي عن الأدلة المتفق على شرعية اعتمادها.....
283	أ - الأسباب التي قللت من أهمية الدليل العلمي.....
284	ب - تأخر مكانة الدليل العلمي عن الفرائش والبينة والقرائن.....
	المطلب الثاني: المنزلة الواجب أن يتبوؤها الدليل العلمي وحدود
287	استعماله (ترجيح وضوابط).....
287	الفرع الأول: المكانة المنشودة للدليل العلمي في إثبات النسب ونفيه.....
288	أولا : حالات استخدام الدليل العلمي لإثبات النسب
290	ثانيا :إمكانية الاستفادة من البصمة عند الشك في موجبات اللعان نفيا للنسب...
292	الفرع الثاني:حدود سلطة الاعتماد على الدليل العلمي المثبت النسب.....
293	أولا : الضوابط الموضوعية والإجرائية.....
300	ثانيا : الضوابط التقنية.....
301	الخاتمة.....
310	المراجع المعتمدة.....
325	الفهرس.....

لا يمكن لرجل القانون أو الشريعة أن يبقى ساكنا أمام مفرزات التطور البيوطبي خاصة في مسألة النسب لحساسيته وأهمية آثاره، فكتير من التشريعات الغربية والعربية، ومنها التشريع الجزائري، أقرت رغم قصورها ضوابط لبعض التقنيات المنشأة للنسب كالتلقيح الصناعي، لكن عموم تلك النظم القانونية حظرت استنجاار الأرحام، وجدير بها منع زراعة الأعضاء والغدد التناسلية للغير إذا كان من شأنها نقل مغطيات وراثية. أما الاستنساخ البشري التناسلي أو العلاجي (على خلايا تناسلية)، فرفضته جل التشريعات والهيئات القضائية، ومجامع الفقه الإسلامي.

إن إثبات النسب يشكل أيضا أحد أوجه الاستفادة من علوم الهندسة الوراثية. إذ يصح اعتماد البصمة الوراثية أحيانا كدليل على ثبوت النسب إذا ما روعيت ضوابط فنية أهمها اتفاق مخبرين أو أكثر موثوق بهما، متخصصين، معتمدين من الدولة على نفس نتيجة الفحص. مع مراعاة ضوابط موضوعية كمتطلبات أصول الإثبات وعدم مصادمتها للمصيب التأييد شرعا وقانونا. كما يمكن الاستفادة من الدليل النظمي لنفي النسب في حدود ضيقة مراعاة لحق الطفل في مطومية نسبه. إن تحليل مجاميع الدم فلا يعمل بها إلا كدليل على نفي النسب لا ثبوته وذلك عند تعذر أعمال البصمة الوراثية.

الكلمات المفتاحية: نسب، تلقيح اصطناعي، استنساخ، زراعة أعضاء وغدد تناسلية، استنجاار الأرحام، بصمة وراثية، تحليل الدم.

Résumé :

Le juriste ou à l'égard du juriconsulte ne peut pas rester statique face aux résultats du développement biomédical surtout lorsque la question a une relation avec la filiation vu l'importance de ses effets. plusieurs législations d'obédiences différents y compris la législation algérienne ont mis en place (malgré leurs carences) des normes pour certaines techniques créant la filiation comme la fécondation in vitro , mais la plupart de ces systèmes juridiques prohibent la gestation pour l'autrui , et ils doivent interdire les opérations transfèrent des données génétiques. Le clonage humain génitale ou thérapeutique (si ce dernier est pratiqué sur des cellules génitales) est interdit par la plupart des législations et les institutions judiciaires aussi bien que par les institutions du Fiqh.

L'impact des sciences de la génétique ne s'arrête pas au point de la création de la filiation, mais on peut parfois établir l'empreinte génétique comme moyen de preuve avec des conditions dont la plus importante est l'accord de deux laboratoires spécialisés ou plus agréés par l'état. Il y a aussi d'autres conditions telles que ces résultats ne doivent pas être contraire à une filiation légale. On peut utiliser les preuves scientifiques pour dénier la filiation mais dans des limites strictes pour protéger le droit de l'enfant à connaître sa filiation. L'analyse du sang n'est adapté que comme moyen de dénier la filiation quand on ne peut pas utiliser l'empreinte génétique .

Mots clés : Filiation, Fécondation in vitro , clonage, greffe des données génitales, gestation pour l'autrui, empreinte génétique ,sang.

Abstract :

The lawyer or scholar of Sharia cannot remain static against the results of biomedical research and development especially when the issue has a relationship with the parentage given the importance of its effects. Many laws, including Western and Arab as well as Algerian legislation put in place (despite their shortcomings) standards for some techniques such as in vitro fertilization, but most of these jurisdictions have banned the rental of the uterus, and must prohibit the transplantation of organs and genital glands if these operations transfer genetic specifications in order not to have confusion in the parentage. Genital or therapeutic human cloning (if it is performed on genital cells) is prohibited by most laws and legal institutions as well as by the institutions of Fiqh.

The impact of genetic engineering science does not stop at the point of creation of the parentage but the evidence is also a point that allows their exploitation. We can sometimes determine the genetic fingerprint as an evidence with conditions which the most important is the agreement of two or more specialized laboratories approved by the state. There are also other conditions such as that these results should not be contrary to proven descendants. We can use scientific evidence to deny the parentage but within strict limits to protect the rights of the child to know his descendants. The blood test is adopted as a means of denying the parentage and not to prove it when we cannot work with DNA fingerprinting.

Keywords: parentage ,In vitro fertilization, cloning, transplantation of organs and genital glands, rental of uterus, DNA, blood.