

جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان -

كلية الحقوق والعلوم السياسية

## أحكام النسب في التشريع الجزائري

أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص

من إعداد الطالب:

يوسفات علي هاشم

تحت إشراف:

أ.د. حميدو زكية

### أعضاء لجنة المناقشة

- |        |              |                |                       |
|--------|--------------|----------------|-----------------------|
| رئيساً | جامعة تلمسان | أستاذ          | 1- أ. د. تشوار جيلالي |
| مقررأ  | جامعة تلمسان | أستاذ          | 2- أ.د. حميدو زكية    |
| مناقشأ | جامعة وهران  | أستاذ محاضر"أ" | 3- د. يقاش فراس       |
| مناقشأ | جامعة ادرار  | أستاذ محاضر"أ" | 4- د. حمليل صالح      |

السنة الجامعية 2014-2015

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

"وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا

وَصِهْرًا <sup>قُلْ</sup> وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا " صدق الله العظيم

سورة الفرقان، الآية 54.

# إهدي

أهدي ثمرة وأجر هذا العمل المتواضع إلى:

- 1- إلى من أوصاني الله بهما خيراً فقال: "وَأَخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذُّلِّ مِنَ الرَّحْمَةِ وَقُلْ رَبِّ أَرْحَمُهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا " (سورة الإسراء، الآية، 24).
  - 2- إلى والدي الذي يأمل دائماً أن أكون في أعلى الدرجات، كي ينشر بها صدره.
  - 3- إلى والدتي -أمد الله في عمرها - التي ساعدتني بدعائها وحنانها و سماحتها.
  - 4- إلى زوجتي التي صبرت كثيراً وشاركتني همومي، وكانت نعم الصاحب والصديق.
  - 5- إلى أبنائي - محمد، أحمد، عمر - أسأل الله أن يحفظهم، وأن ينبتهم نباتاً حسناً، وان يرزقهم حب العلم، وحسن القول والفعل، هم وأبناء المسلمين.
  - 6- إلى كل من علمني، وقدم لي يد المساعدة .
- إلى كل هؤلاء اهدي هذا العمل المتواضع.

يوسفات علي هاشم

أدرار في: 2014/06/20

# شكر وتقدير

قال تعالى: وَإِذْ تَأَذَّنَ رَبُّكُمْ لَئِن شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ<sup>ط</sup> " سورة ابراهيم، الآية 07، و عن عبد الله رضي الله عنهما قال، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ".....ومن صنع إليكم معروفاً فكافئوه، فان لم تجدوا ما تكافئونه فادعوا له حتى تروا أنكم قد كافأتموه" ( رواه أحمد والنسائي و أبو داود)، بناء على ذلك ، كان لزاما على أن انوه بالإشارة والتقدير والعرفان إلى أساتذة العلوم القانونية والإدارية ، محاولة أن أكافئ هؤلاء الأساتذة بهذه العبارات المتواضعة والكلمات البسيطة ، نظير ما قدموه للجميع من غرس طيب ، لي من مساعدات قوليه وعملية ، حتى نسير على طريق العلم مهتدين بهديهم ومستنيرين بعلمهم، راجيا الله عز وجل أن يثبتهم جزيل فضله، واخص بالشر والتقدير : الأستاذة الدكتورة حميدو زكية، منبع العطاء والوفاء الذي احتضن هذا البحث، وعلى تفضلها بقبول الإشراف على انجاز هذه المذكرة وملاحظاتها وتصحيحاتها القيمة .

كما أتقدم بالشكر وخالص التقدير ، إلى الأستاذ الدكتور تشوار جيلالي على تفضله بقبول ترأس لجنة المناقشة .

كما لا يمكن أن أنسى كل من الأستاذين: د.حميل صالح، و د.يقاش فراس، على تفضلهما بقبول قراءة هذا البحث ومساهمتهما في مناقشة هذه المذكرة، وعلى ما بذلوه من جهد لتلقيحه وتقويمه ، فلهم عظيم الشكر والعرفان.

كما أتقدم بالشكر الكبير للشيخ الحاج أحمد الشافعي، مهداوي، تويريك، خثير، مشري..... الخ أطل الله في عمرهم اللذين كانوا يشجعونني على مواصلة المشوار. إلى كل من تربطني بهم قرابة الرحم، أختي.....الجميع .

والشكر والفضل أولاً وأخيراً لله رب العالمين ،فلك يارب جزيل الشكر والعرفان.

# قائمة أهم المختصرات

## 1-باللغة العربية:

- ج.ر.ج.ج، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية.
- ج، الجـــــــزء.
- ج، الجـــــــزء.
- د.ب.ن، دون بلد نشر.
- د.س.ن، دون سنة نشر.
- دج، دينار جزائري.
- س، السنـــــــة.
- ص، الصفـــــــحة.
- ط، الطـــــــبعة.
- ع، العـــــــدد.
- ق.إ.ج، قانون الإجراءات الجزائية.
- ق.إ.ج، قانون الإجراءات الجزائية.
- ق.إ.م.و، قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- ق.ح.م، قانون الحالة المدنية.
- ق.ع، قانون العقوبات.
- ق.أ، قانون الأسرة الجزائري.
- م.ق، المجلة القضائية.
- م، المـــــــيلادية.
- ه، هـــــــجـــــــرية.
- م.ع.غ.أ.ش، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية.
- م ج ع ق إ س، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإجتماعية والسياسية.
- م، المـــــــادة.

## 2-باللغة الفرنسية:

- J .O .:journal officiel
- op .cit . :ouvrage précité
- p :page
- Rev : revue

الحياة نشؤ و انتماءً، نشؤ بواقعة الميلاد، وانتماءً بثبوت النسب<sup>(1)</sup>، وعلى هذا اتفق العلماء على أن أول حق يثبت للأبناء تجاه آبائهم هو ثبوت النسب<sup>(2)</sup>، وعن طريق الزواج في ظل أسرة.

بيد أن مفهوم الأسرة في الإسلام أوسع مدى من الأسرة في القوانين الأخرى، فإن الأسرة في الإسلام تشمل الزوجين والأولاد الذين هم ثمرة الزواج وفروعهم، كما تشمل الأصول من الآباء والأمهات والأقارب جميعاً، وهي حيثما سارت أوجدت حقوقاً وأثبتت واجبات .

وقد عني الإسلام بالأسرة عناية خاصة<sup>(3)</sup>، وجعل منها أساس المجتمع حيث أن الأسرة لبنة من لبنات الأمة، التي تتكون من مجموعة أسر يرتبط بعضها ببعض، ومن الطبيعي أن البناء المكون من لبنات يأخذ أصل هذه اللبنة من قوة أو ضعف، فكلما كانت اللبنة قوية ذات تماسك ومناعة وكانت الأمة المكونة كذلك قوية ذات تماسك ومناعة .

وكلما كانت اللبنة ذات ضعف وانحلال كانت الأمة كذلك ذات ضعف وانحلال ويهدف الإسلام، من عنايته بالأسرة الى تكوين مجتمع سعيد جذوره العميقة تنبع وتمتد من الإيمان بالله عز وجل ولحمته المحبة والمرحمة، وقيمته ومعاييره تقوم على القيم الفاضلة

---

(1) محمد أحمد سراج و محمد كمال إمام، أحكام الأسرة في الإسلام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2009، ص.126.  
(2) فقد شرع المولى عز وجل الزواج لتحقيق غايات ومقاصد جمة، منها المحافظة على النسل البشري، وإحصان الزوجين إلى جانب تدعيم و تقوية الروابط بين أفراد المجتمع، مصداقاً لقوله تعالى : "يَتَأَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا" إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتَقْوَىٰ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ" ، سورة الحجرات، الآية 13.

(3) هذا وقد حظيت الأسرة في الإسلام بعناية متكاملة أسس دعائمها القرآن الكريم والسنة المطهرة، حرصاً منهما على تحقيق الجانب الإيجابي من هذا النطاق الاجتماعي، وتمتد هذه العناية منذ تفكير الإنسان في بناء أسرته - أي مرحلة الخطبة - ببيان شريط وخصال المرأة الصالحة، ثم اهتمت بالزواج وما ينتج عنه من آثار، كما لم تهمل هذه الأحكام الزوجين عند استحالة عشرتهما وابتغائهما الانفصال عن بعضهما، إذ بينت ما لهما وما عليهما وغيرها من الأحكام التي يزرع بها التراث الفقهي الإسلامي، انظر، بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري والفقهاء الإسلامي ( دراسة لنماذج تطبيقية )، مذكرة ماجستير، جامعة ادرار، 2006/2005، ص.ز.

والأخلاق الكريمة وغايته في حياته وفي أنشطته المعاشية والعمرائية، تهدف إلى رضا الله عز وجل، ولن نبي الأسرة على أساس متين إلا بالزواج فالزواج بالطريقة التي رسمها الله سبحانه وتعالى له هو أحسن وسيلة لإنجاب الأولاد .

ولعل ما شد انتباهنا، واسترعى اهتمامنا، و أسال لعابنا لخوض مغامرة البحث في موضوع النسب، العناية الفائقة التي يوليها الإسلام له، فصنفه من الكليات الخمس، واعتبر أن كثرة النسل من المصالح العامة والمنافع الخاصة، لقول الرسول ﷺ: " تناكحوا تناسلوا فإني مُكاثِرٌ بكم الأمم يوم القيامة"<sup>(1)</sup>، وهناك في هذا المقام قصة للأحنف بن قيس: {لما دخل على معاوية بن أبي سفيان ويزيد بين يديه، فقال معاوية: ﴿ يا أبا بجر ما تقول في الولد ﴾، فقال الأحنف بن قيس عن نسب الأولاد: ﴿ يا أمير المؤمنين هم عماد ظهورنا، وثمر قلوبنا، وقرّة أعيننا، بهم نصول على أعدائنا، وهم الخلف لمن بعدنا، فكن لهم أرضاً ذليلة وسماءً ظليلة إن سألوك فأعطهم، وإن استعتبوك (طلبوا منك الرضا) فأعتبهم، ولا تمنعهم رفقك (عطائك ) فيملوا قربك ويكرهوا حياتك ويستبطنوا وفاتك ﴾<sup>(2)</sup>.

و إذا كان النسب يعتبر من أهم مقاصد هذه العلاقة الشرعية، ومن أكثر المباحث الفقهية والقانونية عنايةً، لما يترتب عليه من حقوق والتزامات ترتبط في أحكامها بجملة من القواعد الشرعية والآثار الفقهية، فمن حيث القواعد، فإن النسب يحتكم في تأصيله الى عدد من المبادئ التي تقوم عليها النظم التشريعية، كالبينة والإقرار، ومن حيث الآثار يعد الرابطة الاجتماعية التي تؤسس لمجتمع وتحدد معالم ازدهاره.

هذا وقد حاول الإنسان منذ ظهوره على وجه الأرض أن يثبت وجوده، كما حاول بشتى الطرق أن يتعايش ويتأقلم مع الطبيعة في طريقة عيشه، ولم يكتف بذلك فقط، بل

(1) المناوي عبد الرؤوف، فيض القدير ( شرح الجامع الصغير)، دار إحياء السنة النبوية، ط1، ج3، ص. 269 .

(2) شهاب الدين أحمد بن محمد ابن عبد ربه القرطبي الأندلسي، العقد الفريد، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت لبنان، ج1، ط1، 2008، ص. 418، 419.

تطلع الى اغرب الأمور وأصعبها بحكم الطبيعة الفضولية للفعل البشري التي تبحث عن حلول للإشكالات المستمرة.

لهذا شهدت البشرية تطوراً ملحوظاً في مختلف جوانب العلوم الإنسانية والتكنولوجيا وكذا علوم الوراثة، إذ أن هذه الأخيرة تعتبر أحدث العلوم ظهوراً، حيث جاءت نتيجة السعي المستمر والبحث المتواصل للإنسان عن طريق إجراء الخيارات التحليلية للدم، والبصمة الوراثية<sup>(1)</sup>.

ونظراً لأن ثبوت النسب تترتب عليه أحكام شرعية كثيرة، لذا فقد اهتمت الشريعة ببيان أحكام ثبوته، وكيفية نفيه، و أقامت قواعد وضوابط معينة تمنع الدخول فيه والخروج منه بغير سبب شرعي، فأبطلت النظم الفاسدة والعادات الجاهلية التي لا تقوم على أساس شرعي صحيح لإثبات النسب ونفيه كالتبني والخلع.

كما شرعت أحكاماً جديدة صيانة للنسب من الاختلاف والضياع، كتشريع العدة وتحريم القذف، ولعل من عناية الشريعة بأمر النسب أنها احتاطت لإثباته بأدنى الأسباب، وجعلته لا ينتفي إلا بأقوى الأدلة، ومن هنا فقد تعددت أدلة إثباته كالفراس والبينة والقيافة، ولكن ليس لنفيه بعد ثبوته إلا طريقاً واحداً شرعاً وهو اللعان<sup>(2)</sup>، وعموماً فالأساس في النسب إثباته، حيث إذا سلمنا بأن الميلاد واقعة مادية فإن النسب إثبات وإذا كان المولود موجوداً، فإن النسب انتماء .

(1) لعله من بين تلك الاكتشافات التي شاعت في الآونة الأخيرة ما يعرف بالحمض النووي أو البصمة الوراثية، والتي تم اكتشافها على يد العالم الإنجليزي الدكتور " أليك جيفري " عالم الوراثة بجامعة ليستر في لندن 1985، حيث قدم بحثاً وضع فيه أنه من خلال دراسته على الحمض النووي تبين أن لكل شخص بصمة وراثية خاصة به تميزه عن غيره من الناس ولا يمكن أن تتشابه بين اثنين إلا في حالات التوائم المتماثلة ، وألق على اختراعه هذا أسم البصمة الوراثية، و اقترح جيفري استخدام التقنيات لحل مشكلة تحيد الهوية لكل إنسان بما فيها إثبات الأبوة الطبيعية، وفي ديسمبر 1985 تم وصف الطريق لإجراء البصمة الوراثية تفصيلاً بالإضافة إلى إثبات أنه بالإمكان استخدام آثار للدم و النطاف الموجودة على الملابس القطنية بعد مضي أربع سنوات وتنبأ جيفري لهذه التقنية أن تحدث ثورة في مجال الأشخاص المتهمين بالاغتصاب وغيرهم " راجع في ذلك تفصيل كبير ل: بديعة أحمد علي، البصمة الوراثية و آثارها في إثبات النسب أو نفيه، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية مصر، 2011، ص.7.

(2) سفيان بن عمر بورقعة، النسب ومدى تأثير المستحبات العلمية في إثباته ( دراسة فقهية تحليلية )، كنوز أشبيليا، ط1، 2007، ص.25-26.



أما المشرع الجزائري فقد نص في قانون الأسرة<sup>(1)</sup> على موضوع النسب، بحيث أكدت المادة 40 منه<sup>(2)</sup> على الطرق الشرعية المستخدمة في إثبات النسب وحددتها في كل من الزواج<sup>(3)</sup> الصحيح و الانكحة الفاسدة كما هو الحال بالنسبة لنكاح الشبهة، إضافة الى الإقرار والبينة .

وقد ذهب المشرع الجزائري بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 الى اعتماد الطرق العلمية في ثبوت النسب، وذلك تماشياً مع التطور العلمي الكبير في الميدان الطبي والبيولوجي خاصةً شريطة أن تكون العلاقة في إطار شرعي .

إلا أن النص على هذه الطرق<sup>(4)</sup> بصورة إجمالية، فهو يحتاج للمزيد من التفاصيل، ما أدى به الى فتح باب واسع في مجال الاجتهاد، فالمشرع لم يحدد هذه الطرق العلمية ولا أنواعها ولا حجيتها إذا ما كانت تخضع للسلطة التقديرية للقاضي أم لا ؟ رغم أن العلميين صنفوا هذه الطرق الى وسائل قطعية الثبوت وأخرى ظنية الثبوت .

(1) القانون رقم ( 84-11) المؤرخ في 09/06/1984 المتضمن قانون الأسرة، ج.ر.ج.ج، 1984، س21، ع24، ص.910. وما بعدها، المعدل والمتمم بالأمر رقم (05-02) المؤرخ في 27/02/2005، ج ر ج ج ، رقم ( 15) لسنة 2005 .

(2) تنص المادة 40 من ق أ : " يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار، أو البينة أو بنكاح الشبهة، أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقاً للمواد 32 و33 و34 من ق أ ..... " .

(3) قد لا يوجد فرق شاسع اصطلاحاً بين الزواج والتزويج، فهما شيئاً واحداً، فالأول مفهوم سوسيوبيولوجي، أما الثاني فهو مفهوم بيولوجي، فظاهرة التزويج معروفة عند أنواع أخرى من الحيوانات، بينما الزواج مقصور على البشر فقط، ومن ناحية أخرى يمكن أن يكون التزويج على المستوى الشرعي لا شخصياً ومؤقتاً، أما الزواج فهو نظام اجتماعي يتصف بقدر من الاستمرار والامتثال للمعايير الاجتماعية وهو الوسيلة التي يعمد إليها المجتمع لتنظيم المسائل الجنسية وتحديد مسؤولية صور الزواج بين البالغين، أشارت الى ذلك، سناء الخولي، الزواج والعلاقات الأسرية، دار النهضة العربية، بيروت 1983، ص.53. وما يليها .

(4) لقد نص المشرع من خلال المادة 2/40 من ق أ، على جديد جواز إثبات النسب بالطرق العلمية، لكنه تركها مبهمه ولم يفصل فيها :  
"..... يجوز للقاضي اللجوء الى الطرق العلمية لإثبات النسب".

أما عن الدراسات السابقة<sup>(1)</sup> ففقهية وقانونية فهي كثيرة، ولكن رغم هذه الدراسات إلا أننا نلفت النظر الى أن موضوع النسب على أهميته وكثرة مسائله لم يحظ بباب خاص في حيز الكتابات الفقهية عامة، سواءً على مستوى المذاهب الفقهية المعروفة أو على مستوى الدراسات الفقهية المقارنة و إنما جرى الحديث عن مسائله وتحقيقتها ضمن كتب فقهية متفرقة على مسائل منه في كتاب النكاح وأجرى في كتاب الطلاق، ومسائل منه منثورة في كتاب اللعان، والظهار، والرضاع، والقضاء، وليس ثمة باب خاص به<sup>(2)</sup>.

وعُموماً فإنَّ أهميَّة الموضوع تبرزُ جليَّة من خلال مشكلات النسب المطروحة على طاولة القاضي الجزائري، بل الأسرة الجزائرية، حيث تفرض المعادلة القانونية لحماية النسب منهجية محكمة في توظيف مختلف الآليات الشرعية و القانونية والعلمية المتاحة لحماية النسب، وعليه سيتم من خلال الدراسة مناقشة مدى فاعلية النصوص القانونية ومدى ملائمتها لمواجهة الأشخاص الذين يُنكرون انتمائهم لوالديهم وحالات رمي الأطفال حديثي العهد بالولادة، والإجهاض وغيرها من حالات هروب الإنسان من نسبه، ومحاوله التصاقه بأنساب أخرى. فكان الدافع لاختيار موضوع دراستنا هذه المتعلق بالنسب ما يلي:

أولاً: الرغبة في مناقشة المواضيع الأسرية بوجه عام، بداية بالماجستير ومواصلةً بالدكتوراه، كون أن قانون الأسرة يهتم بالمواضيع المتعلقة بشخصية الإنسان وانتمائه بوجه

(1) إذا كانت هذه الدراسات كثيرة فنحن نخص بالذكر بعضها على سبيل المثال لا الحصر:

1- أحمد حلمي مصطفي، أحكام النسب فقها وقضاء، دون دار نشر، دون بلد نشر، ط02، 2006.

3- احمد احمد، موضوع النسب في الشريعة والقانون، دار القلم، بيروت، ط1، 1983.

4- احمد المهدي و اشرف شافعي، دعوى النسب ( الشروط التي يتطلبها القانون لإثبات النسب)، دار العدالة، مصر، الطبعة الأولى، سنة 2006.

5- أسماء مندوه عبد العزيز أبو خزيمة، وسائل إثبات النسب بين القدم والمعاصر، دراسة فقهية مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر،

ط1 2010.

(2) أشار إلى ذلك، سفيان بن عمر بورقعة، مرجع سابق، ص.11.

خاص، وبما أن أصل الإنسان هو نسبه<sup>(1)</sup>، وصونه من الاختلاط واجب يمليه العقل قبل الشرع<sup>(2)</sup>.

ثانياً: قابلية الموضوع للبحث لارتباطه الوثيق بالواقع المعاش، نظراً لكثرة اختلاط الأنساب في وقتنا الحالي وبالتالي اللامبالاة بمثل هذه المواضيع رغم أهميتها.

ثالثاً: اعتبار الموضوع من أكثر المواضيع جدلاً في وقتنا الحالي، ومردُّ هذا التطورات العلمية الحاصلة في مجال الجينات، والتي مست جسم الإنسان .

رابعاً: إن طبيعة هذا الموضوع هي مزيج بين الجانب العلمي الخاضع للتجربة الموصلة إلى نتيجة والجانب الشرعي والقانوني البحت الذي يعتمد على الذهنية في طرح الأفكار .

خامساً: حالة إنكار الأب لأبنائه رغم قيام تلك الرابطة المقدسة، يجعل الطفل حتماً ضحية في المجتمع أو بمعنى آخر بلا نسب .

سادساً: وقوع حالات اختلاط للمواليد في بعض الأماكن كالمستشفيات والحروب، بسبب عدم اتخاذ التدابير و الإحترازاات اللازمة لتمييزهم عن بعضهم البعض.

سابعاً: ضياع الأطفال في الكوارث الطبيعية، خاصة حديثي العهد بالولادة .

ثامناً: وقد كان الهدف من ذلك التأكد على أنه، لا نسب إلا في إطار شرعي مهما بلغ العلم من درجة في الدقة، و بذلك نكون بعيدين عن أية علاقة أو رابطة تخالف الشرع.

(1) يترتب على ثبوت النسب 12 فائدة: توريث المال، الولاء، عدم صحة الوصية، الإقرار بالدين في مرض الموت، تحمل الدية، ولاية الزواج، ولاية غسل الميت والصلاة عليه، و ولاية المال، ولاية الحضانة، طلب الحد، سقوط القصاص.

(2) تعمل القواعد الشرعية على تحقيق مصالح الناس وتسهيل قضاء حاجاتهم ورفع الضرر واحترام حقوق الناس، وصيانة أعراضهم والحفاظ على أموالهم وأنفسهم ويلخص شيخ الإسلام بن تيمية ذلك بقوله : " حيثما كانت المصلحة فثم شرع الله " ولذلك نجد المشرع الجزائري في المادة 222 من قانون الأسرة بنص "كل ما يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية،" وقد أصاب بذلك المشرع إذ هو يعلم كل العلم أن الشريعة الإسلامية جاءت محفوظة من كل نقص أو نسيان، للمزيد من التفاصيل، أنظر، فشار عطاءُ الله، أحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية الجزائر، الطبعة الثانية، 2008، ص.11.

تاسعاً: الحماية الشرعية الدقيقة للموضوع، والتي لا يقابلها حماية قانونية كافية.

هذا بالنسبة لأهمية الموضوع والحوافز التي كانت دافعة لنا لخوض غمار الدراسة، غير أن الصعوبات التي واجهتنا أثناء هذه الدراسة تتمثل في كثير الدراسات فيه ما أخلط علينا المعارف، إضافة الى عدم توفر معظم هذه الدراسات من جهة ومن جهة أخرى عدم وجود أمثلة حية على أرض الواقع نثري بها هذا الموضوع، ربما لطبيعة المنطقة التي يطغى عليها التستر والخوف من مواجهة الآخر، أو لكونه من الأمور الحساسة التي لا يمكن حتى الحديث عنها في ظل انعدام ثقافة اجتماعية و هذا حالُ جُل المجتمعات العربية إن لم نقل كلها .

و عموماً فإذا كانت فلسفة المشرع الجزائري، في إطار تعداد الآليات القانونية لحماية النسب\_ ضمن الأمر 05-02 والمتضمن قانون الأسرة المعدل، تقوم تقليدياً على أربع أو خمس مواد ابتداءً من المادة 40 وما يليها .

و بالرغم من وجود ترسانة من القواعد الشرعية والآليات القانونية والعلمية لحماية النسب إلا أننا نقرأ دائماً في الجرائد، ونسمع عبر قنوات الأخبار، وعبر النت عن تنامي ظاهرة الإجهاض خصوصاً لدى فتيات الجامعة<sup>(1)</sup>. وفي ظل عدم وجود إحصائيات رسمية

---

(1) في هذا الإطار، أكدت الوزيرة المنتدبة المكلفة بقضايا المرأة والأسرة " نوارة سعدية جعفر" في تصريح لـ"جريدة الأوجاء" أن المشكل الحقيقي في قضية الأمهات العازبات و الأطفال الغير الشرعيين بالجزائر هو غياب إحصاء دقيق ورسمي حول العدد الحقيقي لعدد من مرجعة السبب في ذلك إلى الحالات التي تقع في الخفاء إلى جانب حالات الولادة الغير الشرعية التي تتم خارج الهياكل الصحية . وفي إطار آخر دعت الوزيرة سعدية جعفر 70 ألف جمعية معتمدة بالجزائر إلى تحمل مسؤولياتهم من خلال التقرب من الأسر بما فيهم فئة النساء وتوعيتهن بحقوقهن وواجباتهن خاصة في المجال الصحي بما فيها توعية النساء حول مخاطر بعض الأمراض التي قد تتعرض لهن كسرطان الثدي الذي يفتك بأكثر من 9 آلاف امرأة ويتسبب في حالات وفاة بمعدل 10 وفيات يوميا وقالت نوارة جعفر خلال مداخلة لها بمناسبة الحملة الإعلامية و التحسيسية حول مرض السرطان أن الجهود تبذل حالياً على مستوى الحكومة عن طريق الميزانية التي خصصتها للنهوض بالمنظومة الصحية بالجزائر عن طريق رصد ما يقارب 280مليار دولار 40بالمئة للتنمية البشرية قائلة "نتمنى أن تصب كل هذه المصاريف لتعزيز مكانة الصحة بالجزائر لأنه قطاع حساس ومهم" واثنت نوارة جعفر على بيان السياسة العامة الذي عرضه الوزير الأول آنذاك حمد اويحيى الخاص بالمنظومة الصحية خاصة بما يتعلق بعدد المستشفيات التي سيتم تسلمها وعزم الدولة على النهوض بهذا القطاع وكذا الاعتراف بالوضع الحالي للقطاع والنقائص التي تسوده . وكشفت نوارة جعفر أن المشاريع التي سيتم تجسيدها خلال المخطط القادم من شأنها أن تعزز مكانة القطاع، حيث سيتم إنشاء أزيد من 3777 مستشفى جواري و 1500 هيكل صحي و172مستشفى، إلى جانب ذلك ستقوم

ودقيقة عن الأمهات العازبات بالجزائر وغيرها من الجرائم الماسة بالشرف والعرض والنسب، الأمر الذي يمثل الحافز الأكبر لنا لدراسة والاهتمام بالموضوع من جهة، ومن جهة أخرى يدفعنا أن نثير تساؤلاً جوهرياً نجعل منه إشكالية البحث، يتعلق بمدى فعالية وكفاية هذه الترسنة الشرعية والقانونية في تحقيق الحماية الحقيقية للنسب؟ وبصيغة أدق، إلى أي مدى نستطيع توفير الحماية للنسب في ظل التطورات القانونية و الطبية الحديثة؟، وقصد معالجة هذا الموضوع معالجة علمية دقيقة يروق لنا طرح الإشكالات الفرعية التالية:

وهل يمكنُ الاكتفاء بالطرق الشرعية لإثبات النسب، أم لا بد من دعمها بالطرق العلمية؟ وهل يمكن وضع تفسير لمعنى الطرق العلمية الحديثة من خلال حجيتها و سلطات القاضي في تقديرها؟

وما مدى نجاعة الضوابط القانونية لحماية النسب في التشريع الجزائري، وبعض التشريعات المقارنة؟ وهل هي كفيلة بالحماية؟ أم تحتاج إلى وسائل أخرى؟ وأيها أكثر حماية الوازع الديني، أم القانون، أم الضابط العلمي؟ وهل بات اللجوء إلى الوسائل الطبية أمراً ضرورياً؟.

و استجابةً للتساؤلات المطروحة، وتماشياً مع المنهجية المتبعة في الدراسة، لقد فرضت طبيعة الموضوع علينا اعتماد المنهج التحليلي كمنهج رئيسي بُغية تحليل وتشريح النصوص القانونية و الآراء الفقهية و الأحكام الشرعية والقضائية المتعلقة بالموضوع. وتزداد قيمة المنهج التاريخي وقوته ومنفعته العلمية في ميدان الدراسات القانونية المتصلة بالأفكار والنظريات و جذورها لدراسة ظهور الطرق العلمية لأن الحاضر وليد الماضي. ولكن يجب الانتباه الى أن العلوم القانونية ليست معنية فقط بما كان وإنما هي معنية بالحاضر و المستقبل

الحكومة بانجاز أزيد من 60مركز لمعالجة السرطان كما استلمت الجزائر هذه السنة 11مستشفى و79مركز صحي، 43 عيادة متعددة الخدمات، و8 مركبات خاصة بصحة الأمومة والطفولة، أنظر، جريدة الأحواء، يوم 23-10-2010، ص.11، و12.

أيضاً<sup>(1)</sup>. كما سيتم الاعتماد على المنهج الوصفي لدراسة بعض الظواهر العلمية، حيث عند تعرضنا لمدى حجية الطرق العلمية في مجال إثبات ونفي النسب في القانون و القضاء المقارن ومعرفة مواقف النظم القانونية المختلفة.

وعليه فإن معالجة مثل هذه المواضيع تتطلع إلى تحقيق تحليل قانوني شبه شمولي لمختلف العوامل المؤثرة في الآليات القانونية لحماية النسب، لوزن المنظومة القانونية حتى يتسنى لنا معرفة مدى مساهمتها لتطورات العلمية، حيال حفظ كيان الإنسان ونسبه من الاختلاط الذي يقع حال السلم والحرب، وفي إطار الجريمة المنظمة من اغتصاب وإجهاض وغيرها .

و قصد التعمق في هذه الدراسة، سنقوم بالبحث في الموضوع بثلاث زوايا نستعرضها في بابين حيث سنتناول مناقشة آراء فقهاء الشريعة الإسلامية في الموضوع ابتداءً، ثم نقوم بدراسة وتحليل المنظومة القانونية والقضائية المتعلقة بموضوع النسب، غير أن فحصها يتطلب دراستها من وجهتين:

- الأولى معرفة مدى كفايتها لبسط الحماية الكافية للنسب.

- وأما الوجهة الثانية معرفة مدى مساهمتها للتطورات العلمية الحاصلة في الموضوع، لتعرض في الأخير لدراسة أهم التطورات العلمية والطبية المستحدث في مجال حماية الأنساب والأعراض، مع بيان أوجه المقارنة الذي تعرفه التشريعات القانونية المستحدثة لحماية النسب في بعض النظم القانونية المقاربة كالنظام المغربي والمصري وغيرها.

ودفعاً منا إلى التفصيل المنظم لهذه الإشكاليات، سيتم تقسيم البحث إلى بابين حيث أن المنهجية في مثل هذه المواضيع تتطلب وجود مرونة وتكامل بين النصوص القانونية

(1) صلاح الدين شروخ، منهجية البحث العلمي للجامعيين، دار العلوم للنشر و التوزيع، عنابة، الجزائر، 2003، ص.136.

والشرعية وأسلوب التحقيق العلمي الذي تعتبر نتائجه ذات الحجّة الدامغة والقاطعة، الأمر الذي يحتم علينا إيجاد طرق من أجل تفعيل هذه الآليات بطريقة متكاملة تضمن تحقيق أقصى فعالية لحماية النسب، ونظراً لهذه الأسباب، ولما كان موضوع النسب يكتسي أهمية عظيمة، في وقتنا الحاضر، سيتم تفصيل ومناقشة هذه الدراسة في باين كما يلي:

الباب الأول: الأحكام الموضوعية للنسب في التشريع الجزائري

الباب الثاني: الأحكام الإجرائية والطرق العلمية لإثبات النسب في التشريع الجزائري

إن مثل هذا العنوان وإن كان يبدو كلاسيكاً وبسيطاً، إلا أنه حينما يُربط بالقانون الجزائري فتلك هي الإشكالية<sup>(1)</sup>، إذ أن التطور العلمي إذا ما قارناه مع الواقع القانوني لأحكام النسب، نجد أنه يطرح أكثر من تساؤل، بفعل الفراغ الذي تعرفه المنظومة القانونية بخصوص المسائل الأسرية عموماً، والمتعلقة بموضوع النسب بوجه خاص.

ولكن، فإنه من المفيد أن تُعمم الدراسة لوضع الإطار العام للسياسة القانونية والشرعية إزاء موضوع النسب، كما قد لا يختلف اثنان على أن الزواج هو الطريق الشرعي الوحيد لتأسيس أسرة، وتكوينها على أساس المحبة و المودة، وهو الطريق الشرعي الوحيد لعمارة الأرض واستخلاف الإنسان فيها، والمحافظة على الأنساب.

وبالتالي فإن النسب نتيجة طبيعية وشرعية للنكاح<sup>(2)</sup>، وحقيقة كبرى في هذا الوجود، و به كذلك جعل الله البشر ذوي مُصاهرة.

فإذا كان النسب هو الرباط العضوي و الفيزيولوجي الذي يربط الإنسان بأصوله وفروعه وحواشيه، وهو الرباط الذي يكوّن الأسرة والعشيرة والقبيلة والشعب والأمة<sup>(3)</sup>.

فالنسب إذاً هو إلحاق الولد بأبيه، عقيدةً وتشريعاً وحضارةً، وينجم عنه التوارث بينهما ويخلق معه موانع الزواج، و تترتب عليه الحقوق والواجبات أبوية كانت أم إبنية مما يتطلب منا دراسة أحكام النسب حال الإنجاب الطبيعي في التشريع الجزائري، مقارنةً ببعض

(1) راجع، حمليل صالح، المركز القانوني للطفل المهدم في المواثيق الدولية والقانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة سيدي بلعباس، الجزائر 2005/2004، ص.179.

(2) غني عن البيان، أنه إذا كان الفعل الجنسي مشروعاً فلا تقوم به جريمة، ولذا يكون تحري حالات مشروعيته، رسماً لحدود جرائم الاعتداء على العرض. أشار إلى ذلك، محمود أحمد أمان، الحق في صيانة العرض ومدى الحماية التي تكفلها له الشريعة الإسلامية، دكتوراه دولة، جامعة القاهرة، مصر، دس، ص.40.

(3) أنظر، شهاب الدين أبي العباس أحمد بن عبد الله القلقشندي، سبائك الذهب في معرفة قبائل العرب، المكتبة التجارية الكبرى، مصر 13هـ، د س، ص.7.



التشريعات خاصةً التشريعين المصري والمغربي قدر الإمكان هذا دون أن ننسى الدور الذي تلعبه الشريعة الإسلامية في هذا المجال (الفصل الأول).

كما يعتبر الإنجاب مشروعٌ يهدف إليه الزواج، ويتطلع إليه الزوجان غير أن هذه الرغبة في الإنجاب قد تعترضها بعض العقبات أو الموانع تحول دونها، حيث يُعتبر العقم بالنسبة لأحد الزوجين<sup>(1)</sup> مانعاً من الإنجاب، سواءً كان عُقماً أصلياً تاماً أو كان نتيجة لخلل بيولوجي من شأنه أن يتسبب في ضعف الخصوبة لدى أحدهما كقلة الحيوانات المنوية عند الرجل أو ضعفها، حيث قال تعالى: "لَلَّهِ مُلْكُ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ تَخْلُقُ مَا يَشَاءُ يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنثًا وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ أَوْ يَزْوِجُهُمْ ذُكْرَانًا وَإِنثًا وَيَجْعَلُ مَنْ يَشَاءُ عَقِيمًا" إِنَّهُ عَلِيمٌ قَدِيرٌ"<sup>(2)</sup>، هذه الحالة الاستثنائية (العقم) جعلت الطب يُسارع للاكتشافات والقيام بالتجارب العلمية واستحداث الأساليب العلاجية حتى وصل الأمر إلى اكتشاف ما يُعرف بالتلقيح أو الإخصاب أو الإنجاب الاصطناعي (L'insémination Artificielle)، ووصولاً إلى ما يعرف ببُتوك النطف أو المني، والأم البديلة أو استخدام (استئجار) الأرحام.

وفي ظل هذا التطور العلمي فيما يتعلق بوسائل القضاء على العقم ومكافحة ضعف الخصوبة، برزت عدة إشكاليات قانونية شرعية (فقهيّة) وواقعية يثور من خلالها التساؤل حول ما مفهوم التلقيح الاصطناعي وطرقه؟، وما مدى مشروعيته من الناحية الشرعية والقانونية؟، بل وأثر هذه العملية على النسب؟، كما أننا نتساءل عن أهم آثاره على الروابط الأسرية؟، ولم يقف الطب عند هذا الحد حيث التحول من طب العلاج إلى طب الأمنيات والأحلام الإنجابية، بل تحرر الطب تجاه الإنجاب فكان أكثر جرأة وأشدّ

(1) كان سائداً أن العقم مرتبط بالزوجة فقط دون الزوج، ولكن الطب الحديث كشف أن الزوج يشترك في هذه الحالة، حيث تتراوح نسبة العقم لدى الرجال من بين 40% و 45%، والباقي خاص بالنساء .

-MULDERS-KLEIN M.T., "Le corps humain – responsabilité juridique et famille en Droit Belge", Rapport présenté aux travaux Henri Capitant sur le corps humain et le droit, tome XXVI, Dalloz , 1975, pp 44 - 45 .

(2) سورة الشورى، الآيتين 49 و 50.

تأثيراً حينما جادت قرائح الأطباء بسلوك الطرق الصناعية للإنجاب بين الأزواج بمساعدة غيرهم لهم والذي هو الطيب، وهذا ما يُطلق عليه في عُرف أهل العلم بالتلقيح الاصطناعي الذي ستم معالجته ضمن ( الفصل الثاني ).

## الفصل الأول

### أحكام النسب حال الإنجاب الطبيعي

الإنجاب الطبيعي، هو الإنجاب الناتج عن تلقيح البويضة لدى المرأة بالحيوان المنوي لدى الرجل بطريقة الاتصال الجنسي المباشر و الطبيعي، وهذا هو الأصل في استمرار عملية التناسل والتكاثر التي ينتج عنها الأطفال<sup>(1)</sup>، وعليه تُبنى جميع الأحكام الخاصة بالزواج من إرث ونفقة وإثبات نسب، ففيما تتمثل ضوابط تحديد ماهية النسب يا ترى؟، هذا ما سنحيب عليه من خلال (المبحث الأول)، ليتم التعرض بعدها إلى آليات ثبوت النسب في التشريع الجزائري (المبحث الثاني).

## المبحث الأول

### ماهية النسب

لتحديد المفهوم الحقيقي للنسب فإنه من الواجب أن يُربط بالمفاهيم اللصيقة والمتداخلة معه، وذلك من اجل تشريح معناه وضبط مفاهيمه، علماً أنّ النسب لا وجود

(1) فالمسؤولية الملقاة على عاتق الآباء تجاه أبنائهم تبدأ بالنسب، إلى بسط الحماية الكافية للطفل، وهو ما نصت عليه دياحة الاتفاقية الدولية المتعلقة بحقوق الطفل لسنة 1989 أن الدول الأطراف أقرت: "...أن الطفل، من أجل التفتح المنسجم لشخصيته، يجب أن يكبر في الوسط العائلي، في جو من السعادة، والحب والتفاهم...."، أنظر، أعمار يحيوي، الحقوق السياسية للمرأة في الشريعة الإسلامية والقانون الدولي، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2001، ص.162.

له كأصل عام في الشريعة الإسلامية بغير الزواج<sup>(1)</sup>، و أنّ الزواج لا أساس له في غير الأسرة<sup>(2)</sup>، وأنّ نظام الأسرة هو أرضية النسب<sup>(3)</sup> وقاعدته الأساسية.

ونظراً لوضوح التلاحم والتكامل، و الامتزاج، بين المفردات الثلاثة، وأنّه لا يمكن لأيّ منها أن يكون بدون الآخر، وعلى هذا الأساس تم تخصيص هذا المبحث لتحديد ماهية النسب<sup>(4)</sup>، وقُسم إلى مطلبين، حيثُ سيتمّ التعرّض من خلالهما إلى مفهوم النسب (المطلب الأول)، ثم إبراز حقيقة النسب لدى بعض التشريعات المقارنة ومظاهر عناية الشريعة الإسلامية به (المطلب الثاني).

## المطلب الأول

### مفهوم النسب

إن اشرف ما عند الإنسان هو نسبه وعرضه، وإن كل إنسان مجبول على صيانة نسبه والمحافظة عليه، فتجده يحبّ النسب إلى أبيه وجده، ويكره أن يقدر في نسبه إليهما، كما أنه يفتخر بأنّ له أولاداً ينسبون إليه، ويقومون بعده مقامه ويحفظون اسمه ورسمه، وربما بذل

(1) إن لفظ الزواج، أو النكاح، أو الوطء، كلها مترادفات في اصطلاح فقهاء الشريعة، المقصود منها اقتران الرجل بالمرأة في صورة شرعية كما يعرفه بعض الفقهاء بأنه عقد وضعه الشارع لحلّ تمتع طرفيه، كل منهما بالآخر بشروط خاصة بينها النصوص، أنظر، محمد بلتاجي دراسات في أحكام الأسرة، مكتبة الشباب القاهرة مصر، 1971، ص.6.

(2) تعتبر الأسرة المسلمة إحدى القلاع الصلبة التي احتمت بها الأمة طيلة قرون عديدة، فالأسرة المسلمة المتماسكة والأمهات المسلمات على وجه الخصوص مهنّات بتلقين القيم وتعريب اللسان، وغرس مبادئ الوطنية الصادقة، و التدنّ الصحيح، وترسيخ العقيدة الإسلامية في نفوس النشأ، في إطار الكلام على المرأة المسلمة، راجع، الشيخ شمس الدين، قانون الأسرة والمقترحات البديلة، من رسائل الإسلام والمجتمع، دار الأمة الجزائر، 2002، ص.21 و22.

(3) لعله من بين الحقوق الشخصية الأولى التي تثبت للطفل، الحق في ثبوت نسبه إلى والديه، راجع، الشحات إبراهيم محمد منصور، حقوق الطفل وآثارها بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، دار النهضة العربية، دون سنة، ص.30 و31.

(4) في إطار الحديث على النسب، يُقال أنّ انتساب الزوجة إلى زوجها، بدلاً من أبيها كما هو معمّول به في وقتنا الحالي، لا يُلغي نسبها إلى أبيها من حيث الواقع، ولا يُلغي حقوق الأب الشرعية من صلة وبر وميراث، فهذا كُله بحال لا يلغي صورة الاسم الشرعي، لأن حقوق النسب شي واحد لا يدخلها النقص ولا تقبل التغيير دون دليل شرعي. أنظر، سفيان بن عمر بورقعة، النسب ومدى تأثير المستجدات العلمية في إثباته (دراسة فقهية تحليلية)، دار كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، ط1، 2007، ص.58.

الغالي والنفيس لدفع كل شُبْهة أو ريبة تُغْمز في نسبه، وتلك جبلةً مركوزةً في بني البشر لا يشدُّ عنها إلا وضيعٌ أو غريبٌ<sup>(1)</sup>.

هذا، وقد جاءت الشريعة الإسلامية مُراعياً لما تنطوي عليه فطرة الإنسان فحرصت على حفظ النسب وتحقيقه، وضمانه من أن يُخْذش أو يُطعن فيه بأي وسيلة من الوسائل فما هو تعريفُ النسب يا ترى في اللغة والاجتماع؟ وكيف عرفته كل من الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي؟، وفيما تبرز أهمية تحديد النسب يا ترى؟.

وعليه سنتطرق إلى تعريف النسب عند علماء اللغة و الاجتماع (الفرع الأول)، ثم تعريفه في الشريعة والقانون (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### تعريفُ النسب في اللغة والاجتماع

إن أي موضوع لا بُدأ ابتداءً من تعريفه، حتى يتسنى لنا مُعالجته مُعالجة شاملة، و حصرياً في موضوع النسب ستمُ الدراسة المبدئية فيه بمعرفة معناه، حيثُ ستبدأ هذه الدراسة بالتعريف به لغةً (أولاً)، وكذا إجتماعياً (ثانياً).

### أولاً: تعريفُ النسب في اللغة

النسبُ، وجمعه انسابٌ، ويعني تتابع النسب في الأسرة الواحدة أو العرق الواحد<sup>(2)</sup> فالنسب نسباً، ونسبة المرء إلى قوم ألحقته بنسبهم، أي ارجع نسبه إليهم<sup>(3)</sup> والنسب جمعُ انساب الأصل و الأساس، وهي سلسلة تتابع الأنساب في الأسرة الواحدة

(1) سفيان بن عمر بورقعة، المرجع السابق، ص.6.

(2) جماعة من كبار اللغويين العرب (لم تُذكر أسماءهم)، المعجم العربي الأساسي، بتكليف من المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، 1989 ص.1189.

(3) جوزيف الياس، المجاني المصور، دار المجاني، ط3، 2001، ص.835.

والعرق الواحد شبه، قرابة صلة بين الطوائف البيولوجية تنطوي على شبه في البنية العامة، وتُدَلَّ على وحدة الأصل<sup>(1)</sup>.

النَّسب: وصف الرجل، وذكر نسبه<sup>(2)</sup>، والنسبُ: نسبُ القربات، وهو واحد الأنساب ابنُ سيدة النسبة، والنَّسبُ: القرابةُ وقيل هو في الآباء خاصةً، كما تُعرفُ النسبةُ: مصدرُ الانتساب، والنسبة: الاسم<sup>(3)</sup> الدالُّ على النسب، ويُقال فلان يُناسب فلان قرينةً<sup>(4)</sup> دالةً على الاختلاط معه دماً.

### ثانياً: تعريفُ النسب لدى علماء الاجتماع

النسبُ في علم الاجتماع، هو العلاقة القرابية التي تربط الرجل بأهله من جهة أبيه وأمه حيث يُسمى هذا المصطلح بالنسب الثنائي (Bilatéral)، وهو الطريقة التي بواسطتها يُمنح النسب أو تمنح حقوق الملكية من خلال كلاً الوالدين الأب والأم دون التأكيد على أهمية خط الذكور أو الإناث، أي أن الشخص طبقاً لتعاليم النسب الثنائي يُمنح نسب أبيه و أمه في آن واحد<sup>(5)</sup> لنتقل بعدها إلى تعريفُ النسب في الشريعة والقانون في الفرع الموالي.

## الفرع الثاني

### تعريفُ النسب في الشريعة والقانون

بغرض كشف اللبس، وتبيان جذور مُصطلح النسب، يُتطلب المزج بين التعريفات المختلفة للعلماء، وذلك بإيراد التعريف الشرعي للنسب (أولاً)، وكذا رؤية المشرع الوضعي

(1) دون ذكر اسم المؤلف، المنجد في اللغة العربية المعاصرة، دار المشرق، بيروت، 2001، د ط، ص.1402.

(2) فواد افرام البستاني، منجد الطلاب، الطبعة الخامسة والعشرون، بيروت لبنان، 1986، ص.789.

(3) ابنُ منظور، لسان العرب المحيط، دار الجيل، دار لسان العرب، بيروت لبنان، المجلد السادس، بيروت، 1408 هـ، 1988، ص.623.

(4) مُعَلِّم بطرس البستاني، محيط المحيط، طبعة جديدة، 1987، إعادة الضبط 1998، مكتبة لبنان، ناشرون، ساحة رياض الفتح، بيروت لبنان، ص.889.

(5) دينكن ميتشل، مُعجم علم الاجتماع، دار الطليعة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ط 2، 1976، ص.35.

له ( ثانياً)، ليتمّ التعرّض بعدها إلى موقف الفقه الإسلامي والقضاء الجزائري والمقارن للموضوع ضمن (ثالثاً).

### أولاً: النسب لدى علماء الشريعة

النسبُ باعتبارُه مقصداً شرعياً، يقول عنه الشيخ الطاهر بن عاشور<sup>(1)</sup> أن حفظه يعبر عنه بحفظ النسل، فقد أطلقه العلماء ولم يبينوا المقصود منه، ثم قام بتفصيل القول فيه أنه إذا كان المقصود به حفظ النسب أي النسل من التعطيل، فظاهر عده من الضروري، لأن النسل هو حلقة أفراد النوع، فلو تعطل يؤول تعطيله إلى اضمحلال النوع وانقضائه، كما تكلم القرآن عن قوم لوط عليه السلام بقوله تعالى: "أَبْنَكُمْ لَتَأْتُونَ الرِّجَالَ وَتَقْطَعُونَ السَّبِيلَ وَتَأْتُونَ فِي نَادِيكُمُ الْمُنْكَرَ"<sup>(2)</sup> على أحد التفسيرين فهذا المعنى لا شبهة في عده من الكليات، لأنه يعادل حفظ النفوس فيجب أن تحفظ ذكور الأمة من الإختصاص<sup>(3)</sup> مثلاً، ومن ترك مباشرة النساء باطراد العزوبية ونحو ذلك، كما يجب أن تحفظ إناث الأمة من قطع أعضاء الأرحام التي بها الولادة، ومن تفشي إفساد الحمل وقت العلوق، وقطع الثدي فإنه يُكثر الموت في الأطفال بعسر الإرضاع على كثير من النساء، وتعذر الإرضاع الصناعي بالبوادي.

وأما أن أريد بالنسب: "أن يكون انتسابُ النسل إلى أصله، وهو الذي لأجله شرعت قواعدُ الأنكحة، وحرم الزنا، وفُرض له الحد، فيقال أن عده من الضروريات غير واضح إذ ليس بالأمة من ضرورة إلى معرفة أن زيداً هو ابن عمر وإنما ضرورتها في وجود أفراد النوع وانتظام أمرهم، ولكن في هذه الحالة مضرّة عظيمة وهي أن الشك في انتساب

(1) ابن عاشور محمد الطاهر، التحري والتنوير (المعروف بتفسير ابن عاشور)، مؤسسة التاريخ، بيروت لبنان، 2000م، ط1، ص.148.

(2) سورة العنكبوت، الآية 29.

(3) الإختصاص سلُ الحصيتين، مما يؤدي بصاحبه إلى العقم وعدم الإنجاب، وعليه فالحفاظُ عليهما يُعتبر حفاظاً على النسل، وبالتالي حفاظاً على النسب.

النَّسْلُ إِلَى أَصْلِهِ يُزِيلُ مِنْ فَاصِلِ الْمِيلِ الْجَبَلِيِّ الْبَاعِثُ عَنِ الدَّبِّ عَنْهُ وَالْقِيَامُ عَلَيْهِ بِمَا فِيهِ بِقَاؤُهُ وَصَلَاحُهُ، فَيَكُونُ حِفْظُ النَّسْبِ بِهَذَا الْمَعْنَى إِلَى تَفْكِيكِ جَوَانِبِهِ مِنْ قَبِيلِ الْحَاجِي، وَلَكِنَّهُ لَمَا كَانَتْ لِفَوَاتِ حِفْظِهِ مِنْ مَجْمُوعِ هَذِهِ الْجَوَانِبِ عَوَاقِبُ كَثِيرَةٌ سَيِّئَةٌ يَضْطَرُّ لَهَا أَمْرُ نِظَامِ الْأُمَّةِ وَتَنْخَرُمُ بِهَا دَعَامَةُ الْعَائِلَةِ اعْتَبِرْ عُلَمَاؤُنَا أَنَّ حِفْظَ النَّسْبِ فِي الضَّرُورِيِّ، لَمَا وَرَدَ فِي الشَّرِيعَةِ الْإِسْلَامِيَّةِ مِنَ التَّغْلِيظِ فِي حَدِّ الزَّوْنِ، وَمَا وَرَدَ عَنْ بَعْضِ الْعُلَمَاءِ مِنَ التَّغْلِيظِ فِي نِكَاحِ السَّرِّ، وَالنِّكَاحِ بَدُونِ وِلي وَشُهُودٍ<sup>(1)</sup> وَلَعَلَّ أَوَّلُ مَا يَثْبِتُ لِلْوَلَدِ مِنْ حَقُوقِ عَلِيٍّ مَنْ كَانَ النَّسْبُ الظَّاهِرِيُّ الطَّبِيعِيُّ فِي وَجُودِ أَيِّ أَبَوِيهِ هُوَ نَسْبُهُ الْمَعَادِلُ لَوْجُودِهِ وَكِيَانِهِ الْاجْتِمَاعِيِّ، ثُمَّ مَا يَتَعَلَّقُ بِشَخْصِهِ مِنْ تَرْبِيَةِ وَحِضَانَةٍ وَرِعَايَةٍ وَنَفَقَةٍ وَتَوْجِيهِ وَتَعْلِيمٍ.

فَنَسْبُ الْوَلَدِ فِي حَقِّ الْأُمِّ ثَابِتٌ إِلَيْهَا، بِمَجْرَدِ وِلَادَتِهِ وَخُرُوجِهِ مِنْ رَحْمَتِهَا حَيًّا سِوَاءَ جَاءَتْ بِهِ مِنْ نَسْبٍ صَحِيحٍ أَوْ فَاسِدٍ، أَمَّا نَسْبُهُ إِلَى أَبِيهِ فَهُوَ الْأَصْلُ فِي انْتِسَابِ الْإِنْسَانِ، حَيْثُ يَقُولُ الْمَوْلَى عَزَّ وَجَلَّ: "أَدْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَاخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوْلَاكُمْ<sup>ع</sup> وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ<sup>ع</sup> وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا"<sup>(2)</sup> فَالنَّسْبُ إِذَا لِلآبَاءِ وَالْوَلَدُ يَتَّبِعُ أَبَاهُ فِي النَّسْبِ، وَيَتَّبِعُ شَرَفَ أَبَوِيهِ فِي الدِّينِ، وَيَتَّبِعُ أُمَّهُ فِي الرِّقِّ وَالْحُرِّيَةِ فَنَسْبُهُ الشَّرْعِيُّ لَا يَثْبِتُ إِلَّا بِوَاحِدٍ مِنْ ثَلَاثَةِ أَسْبَابٍ ( الْفِرَاشُ، الْإِقْرَارُ، الْبَيِّنَةُ )<sup>(3)</sup>.

وتعريفات النسب شرعاً كثيرة نذكر منها تعريف للقاضي الشيخ محمد الشماخ الذي يقول فيه: هو سُلالة الدم، أو رباطُ سُلالة الدم الذي يربطُ الإنسان بأصوله وفُروعه

(1) هذه المقولة للشيخ، ابن عاشور محمد الطاهر، مقاصد الشريعة الإسلامية، طبعة الشركة التونسية للتوزيع، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر 1985، ص.81.

(2) سورة الأحزاب، الآية 5.

(3) القاضي الشيخ محمد الشماخ، المفيد من الأبحاث في أحكام الزواج والطلاق والميراث، دار القلم دمشق والدار الشامية، بيروت، ط 1 1995، ص.99.

وحواشيه<sup>(1)</sup>، وبعد أن تم الكلام عن التعريف الشرعي سنتعرض بعدها إلى تعريف المشرع الجزائري ضمن (ثانياً).

### ثانياً: تعريف النسب في القانون الجزائري والمُقارن

لقد تناول المشرع الجزائري مسألة النسب في خمس مواد، حيث يتضح ذلك من خلال قانون الأسرة المعدل بالأمر 02/05 من المادة 40 إلى المادة 45 منه، ناهيك على أن المشرع كان صريحاً في إطار تعريفه للنسب، حيث نصت المادة 41 منه على أنه: "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة.....".

كما جاء نص المادة 40 مشيراً إلى طرق إثبات النسب: "يُثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو البيّنة أو بنكاح الشبهة أو بكلّ زواج تم فسخه بعد الدخول طبقاً للمواد 32-33-34 من هذا القانون.

يجوز للقاضي اللجوء للطرق العلمية لإثبات النسب"<sup>(2)</sup>.

(1) فالروابط : يعني كل رباط آخر، كرباط المصاهرة أو رباط القرابة العامة، أو رباط الذين، أو رباط الولاء، و رباط الرضاع أو أي رباط آخر .

سلالة الدم : يقصد بها كل رباط آخر مما سبق .

الإنسان : لأننا نقتصر ونخص به الكائن البشري دون غيره، لأن بعض المؤلفين تطرقوا إلى النسب عند الحيوان كالخيل مثلاً.

الأصول : ليدخل إقرار الأب بابنه، والفروع ليدخل إلحاق الابن بابنه والحواشي ليدخل إلحاق الأخ بأخيه.

مرادفات لفظ النسب :

الصلب : وهو النسب بين الآباء علواً أو نزولاً.

الرحم : وأصله النسب بين الأبناء و الأمهات، و يطلق على النسب ذوي الرحم الذي بين أصول الأمهات وهم الأجداد والجدات لأم وإن علو بين أصول الأمهات من الإخوة لأم وإن نزولاً، وأطراف الأمهات من الأحوال، والحالات وأبنائهم .

القرابة : وهي النسب الشامل لذوي الصلة، وذوي الأرحام، ولو بعد هذا النسب، لقوله تعالى: " **قُلْ لَا أَسْأَلُكُمْ عَلَيْهِ أَجْرًا إِلَّا الْمَوَدَّةَ فِي الْقُرْبَى**

"، للمزيد من التفصيل انظر، احمد احمد، موضوع النسب في الشريعة والقانون، دار القلم، بيروت، ط 1403 هـ، ص.18 و19.

(2) والجديد في هذا النص القانوني، هو أن المشرع أضاف الطرق العلمية إلى الوسائل الأخرى المعروفة، و التي هي محل دراسة في الباب الثاني من هذه الرسالة .



و كما حدد المشرع الجزائري في القانون المدني<sup>(1)</sup> المقصود بقرابة النسب، و ذكر بأنها الصلة القائمة بين الأشخاص الذين يجمعهم أصل مشترك (م35)، و ميمز في قرابة النسب بين القرابة المباشرة وهي تتمثل في الصلة بين الأصول والفروع في تسلسل عمودي، و قرابة الحواشي وهي تقوم بين أصل مشترك دون تسلسل عمودي أي دون أن يكون أحدهم فرعاً للآخر (م33).

كما عرف المشرع المغربي النسب، طبقاً للمادة 150 من مدونة الأسرة المغربية: "أنه لحمة شرعية بين الأب وولده، تنتقل من السلف إلى الخلف" أي صلة شرعية بينهما و تنتقل من الأب إلى الأبناء فالأحفاد، وهكذا من السلف إلى الخلف فهو تعريف يقترب نوعاً ما من تعريف الوراثة<sup>(2)</sup>، و المشرع اعتبر تلك الصلة التي تربط الابن بشخص معين هي عماد النسب<sup>(3)</sup>، و أن هذا النسب هو من الأشياء التي أولى الإسلام عناية فائقة له حيث خصه بتنظيم محكم يحقق هدفين سامين، أولهما المحافظة على طهارة الأنساب وثانيهما أن يكون لكل إنسان نسب شرعي<sup>(4)</sup>.

غير أن المشرع المصري، نص من خلال المادة 15 من المرسوم بقانون 25 سنة 1929 على أنه: "لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها من حين العقد، و لا لولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها، و لا لولد المطلقة و المتوفى عنها زوجها إذا أتت به لأكثر من سنة لوقت الطلاق أو الوفاة"<sup>(5)</sup>.

(1) الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395هـ الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري، ج.ج.ج، 1975، ص12، ع78، ص990 وما بعدها، المعدل والمتمم بالقانون رقم 89-01 المؤرخ في 07 فبراير 1989، غُدل مؤخراً بالقانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المتضمن القانون المدني الجزائري، ج.ج.ج، لسنة 2005، ع44.

(2) تعرف الوراثة كالتالي: "هي انتقال خصائص السلف إلى الخلف عن طريق التناسل"، أنظر، احمد احمد، المرجع السابق، ص25.

(3) محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة المغربية، مطبعة دار النشر المغربية، عين السبع، الدار البيضاء المغرب، د ط، دس، ص363.

(4) محمد ابن معجوز، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصية، الولادة ونتائجها، الأهلية والنيابة الشرعية، ط1، ج2، 1414 هـ الموافق ل: 1994، ص213.

(5) محمد عثمان غانم، النسب وحقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية والقانون، دار الألفي القانونية بالمينا، دس، د ط، ص55.

يتضح جلياً، أنه لا المشرع الجزائري، ولا المصري، أعطى تعريفاً واضحاً وصريحاً للنسب عدا المشرع المغربي الذي كان صريحاً، من خلال المادة 150 من مدونة الأسرة المغربية، هذا من حيث الطرح القانوني، فما هو يا ترى موقف القضاء الجزائري والمقارن من قضايا النسب؟، وفيما تتمثل مظاهر عناية الشريعة الإسلامية به؟.

### المطلب الثاني

موقف القضاء الجزائري و المقارن من قضايا النسب ومظاهر عناية الشريعة الإسلامية به

إن موضوع النسب من المواضيع الحساسة في تحديد مفهوم الأسرة، كونه العرق الدسيس الذي يميز الأفراد والعائلات والعروش عن بعضهم البعض، وذلك لأن كل منا ينتسب إلى أبيه ولا يجب الانتساب إلى أي شخص آخر فطرياً، وبما أن الموضوع ذو شجون لأنه يتعلق بنسب الأولاد الذين يكونون ثمرة هذا الزواج<sup>(1)</sup>، مما يفرض لمعالجة الموضوع أن يتم التعرض إلى موقف القضاء الجزائري والقانون المقارن من النسب في (الفرع الأول)، ثم إلى مظاهر عناية الشريعة الإسلامية بالنسب في (الفرع الثاني).

### الفرع الأول

موقف القضاء الجزائري و القانون المقارن من النسب

سبقت الإشارة إلى أن الطلاق يرتب نتائج منها ما هو خاصٌ بالزوجين ومنها ما ينصرف إلى الولادة، أي موضوع النسب، وإن كان هذا الموضوع يطرح في الزواج والطلاق معا وفي الزواج قبل الطلاق ولهذا لا بد من الحديث عن هذا الموضوع بعد الطلاق،

(1) أشرف توفيق شمس الدين، الحماية الجنائية للحق في صيانة العرض في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، مصر، 2004، ص.29.

والنسب يُعتبر من أهم النتائج التي تترتب على الزواج والطلاق، لأنه يتعلق بنسب الأولاد الذين يكونون ثمرة هذا الزواج.

هذا وقد أحاط الشارع الحكيم النسب بضوابط عظيمة، وأولاه أهمية كبيرة لقوله تعالى: "وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ بَنِينَ وَحَفَدَةً وَرَزَقَكُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ أَلَيْسَ الْبَطِيلُ يُؤْمِنُونَ وَبِعَمَتِ اللَّهِ هُمْ يَكْفُرُونَ"<sup>(1)</sup>. وقوله أيضا: "وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا<sup>ط</sup> وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا"<sup>(2)</sup>.

ونظراً لأهمية الموضوع ومنعاً لاختلاط الأنساب، لم يعترف الشرع الإسلامي في موضوع النسب كأصل عام، سوى ما ينتج عن الزواج الصحيح، إذ جعله طريقاً أصلياً في ثبوت النسب ومن ثبت نسبه من أبيه بواسطة الزواج كان هذا النسب صحيحاً، ولا نحتاج إلى إثباته بواسطة أخرى ولهذا نجد الفقهاء يعبرون عن ثبوت النسب بالفراش، أي ما ينتج عن الزواج الصحيح استناداً للحديث الشريف: "الولد للفراش وللعاهر الحجر"<sup>(3)</sup>.

وأما لقاءات التعارف قبل الزواج أي أثناء الخطبة<sup>(4)</sup> أو قبلها، فلا يثبت به النسب لأن الخطبة لا تُعدُّ زواجاً، حيث أن الطبيعة القانونية للخطبة بحسب المادة الخامسة<sup>(5)</sup> من قانون الأسرة الجزائري، ومدونة الأسرة المغربية، هي أنها وعدٌ بالزواج غير ملزم، وهي ليست

(1) سورة النحل، الآية 72.

(2) سورة الفرقان، الآية 54.

(3) أبي الحسن مسلم ابن الحجاج، صحيح مسلم، كتاب الرضاع، باب الولد للفراش وتوحي الشبهات، حديث رقم 1457، ص. 154.

(4) للخطبة شروطٌ وآدابٌ، جاءت بها الشريعة الإسلامية الغراء، فيجب على الفتاة المسلمة الحذر ثم الحذر أثناء هذه الفترة، من كثرة الخروج مع الخاطب والحلوة معه، راجع في ذلك، عبد الرزاق الشيخ نجيب، طبيعة الخطبة في رؤية فقهية جديدة، مقال منشور بمجلة كلية الحقوق الكويت، ع01، السنة 25، مارس 2001، ص. 350.

(5) أشار إلى تفسير المادة 5 من قانون الأسرة:

-SAIDI K., "La réforme du droit algérien de la famille : pérennité et rénovation", Revue International de Droit Comparé, 2006-1. pp.127-128.

بزواج وبالتالي فإن الخطبة لا تبيح التلاقي بين الزوجين لعدم وجود عقد الزواج، غير أنه لا مجال للحديث عن النسب، وبناءً عليه فإن كل واحد يعتبر في هذه الحالة أجنبي عن الآخر، فأى اتصال جنسي بينهما يعتبر غير شرعي.

وهذا ما أكده المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 1984/10/08 حيث جاء فيه ما يلي: "من المقرر شرعاً أن الزواج الذي لا يتوفر على الأركان المقررة شرعاً يكون باطلاً، ومن ثم فلا تعتبر العلاقة غير الشرعية بين الرجل والمرأة زواجاً ولما كان كذلك فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً لأحكام الشرعية الإسلامية.

إذا كان الثابت - في قضية الحال - أن العلاقة التي كانت تربط بين طرفين علاقة غير شرعية إذا كلاهما اعترف بأنه كان يعاشر صاحبه جنسياً، فإن قضاة الاستئناف بإعطائهم إسهاداً للمستأنف على اعترافه بالزواج وتصحيحه وإلحاق نسب الولد بأبيه وتقرير حقوق المستأنفة خرقوا أحكام الشريعة الإسلامية"<sup>(1)</sup>.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1997/10/08 الذي قضت بموجبه على أنه: ".....ومن المقرر أيضاً أن الولد ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة ومن المستقر عليه قضاء أن مدة نفى الحمل لا تتجاوز ثمانية أيام.

ومتى تبين - في قضية الحال - أن المطعون ضده لم يبادر بنفي الحمل من يوم علمه به وخلال المدة المقررة شرعاً، وتمسك بالشهادة الطبية التي تُعتبر دليلاً قاطعاً.

ولأن الولد ولد بعد مرور أكثر من ستة أشهر على البناء، وأن قضاة الموضوع بقضائهم بصحة الزواج العرفي، مع رفض إلحاق نسب الولد بأبيه عرضوا قرارهم للتناقض مع

(1) المجلس الأعلى، غ أش، 1984/10/08، رقم الملف 35084، أخذاً عن، بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، ط1، 2008، ص.228.

أحكام المادة 41 من قانون الأسرة، و أخطئوا في تطبيق المادتين 41 و 42 من قانون الأسرة فيما يخص إلحاق النسب.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه<sup>(1)</sup>.

وهذا لقد قرر المشرع من خلال المادة 40<sup>(2)</sup> من الأمر 02/05 أنه: "يثبت النسب بالزواج الصحيح ..... يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب".

والملاحظ من تفسير هذه المادة موازاةً بالقرار المذكور آنفاً أن القضاء الجزائري أتخذ موقفاً سلبياً من تحاليل الدم باعتبارها وسيلة علمية لإثبات النسب بالرغم من عدم وجود نص قانوني صريح بهذا، بحيث أنه بعد أن قررت المحكمة العليا و في عدة قضايا عدم جواز إثبات النسب بالطرق العلمية كتحليل الدم، وحلت محلّه البصمة الوراثية (ADN).

حيثُ جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا ما يلي: "من المقرر شرعاً أن الزواج في العدة باطل ومن المقرر قانوناً أن أقل مدة الحمل ستة أشهر وقصها عشرة أشهر.

ومتى تبين - في قضية الحال - أن الزواج وقع على امرأة مازالت في عدة الحمل وأن الحمل وضع بعد أربعة أشهر من تاريخ الزواج الثاني، وأن قضية الموضوع بقضائهم باعتبار الطاعنة بنتاً للزوج الثاني اعتماداً على قاعدة الولد للفراش، مع أن الزواج الثاني باطل شرعاً فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخرقوا أحكام الشريعة الإسلامية"<sup>(3)</sup>.

(1) راجع في ذلك، العديد من القرارات في الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص.64، مأخوذ عن أ العيش فضيل، شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد مدعماً باجتهادات المحكمة العليا، طبعة جديدة، مطبعة طالب، 2008/2007، ص.24.

(2) وتقابلها المادة 85 من مدونة الأحوال الشخصية المغربية بقولها: "الولد للفراش إن مضى على عقد الزواج أقل مدة الحمل، وأمكن الاتصال وإلا فالولد المسند لهذا العقد غير لاحق به"، ويقابلها نص المادة 69 من مدونة الأحوال الشخصية التونسية بقولها: "لا يثبت النسب عند إنكار لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها ولا لولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها أو من وفاته أو من طلاق".

(3) المحكمة العليا، المجلس الأعلى سابقاً، غ أش، 1984/12/17، ملف رقم 35087، 1990، عدد 1.

فالملاحظ أن موقف القضاء الجزائري كان صريحاً وواضحاً وموافقاً لأحكام الشريعة الإسلامية تُجاه الموضوع، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في عدة قرارات نذكر منها: "من المقرر شرعاً أنه يثبت النسب بالإقرار لقول خليل في باب بيان أحكام الإقرار ..... ولزم الإقرار لحمل في بطن المرأة...".

كما أن إثبات النسب يقع التسامح فيه ما أمكن لأنه من حقوق الله<sup>(1)</sup> فيثبت حتى مع الشك وفي الأنكحة الفاسدة، طبقاً لقاعدة إحياء الولد.

ومتى تبين - في قضية الحال - أن المطعون ضده أقر بحمل الطاعنة بشهادة جماعية أمام الموثق بتاريخ 1997/04/06، فإن هذه الشهادة لا تُعتبر صلحاً بل هي توثيقٌ لشهادة جماعية عن إقرار المطعون ضده بحمل الطاعنة، كما أن المادتين 341 و461 من القانون المدني لا تنطبق على قضية الحال، والتي هي من قضايا الحالة التي يحكمها قانون الأسرة.

كما لا يمكن الجمع بين الإقرار بالحمل وبالدفء بالمادة 41 من قانون الأسرة التي تحدد مدة الحمل، لأن الإقرار في حالة ثبوته يُغني عن أي دليل آخر، ولا يحق للمُقر أن يثير أي دفع لإبطال مفعول هذا الإقرار.

كما أنه لا يمكن الجمع بين الإقرار بالحمل وطلب الطلاق قبل الدخول قصد الوصول إلى استرداد نصف الصداق، رغم أن الصداق المدفوع في قضية الحال يغلب عليه معنى التعويض أكثر من معنى مقابل الصداق.

وعليه فإن القضاة لما لم ينتبهوا إلى وجوب سماع جماعة الشهود الذين حضروا لإقرار المطعون ضده أمام الموثق، فإنهم خالفوا الشرع والقانون وعرضوا قرارهم للقصور في التسبيب.

(1) راجع، بدران أبو العينين بدران، حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية والقانون، مؤسسة شباب الجامعة للطباعة والنشر والتوزيع الإسكندرية مصر، 1981، ص.05.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه<sup>(1)</sup>.

غير أن القضاء التونسي وافق القضاء الجزائري في الموضوع، حيث قضت محكمة التعقيب التونسية بتاريخ 1992/06/02 أن الفصل الأول من مجلة الأحوال الشخصية لم يرتب عن الخطبة زواجا، ولا يقضي بأحكام الزواج فيما بين الخطيبين... فلا يحل ولا يحق للخطيبين تجاوز حدود الخطبة إلى الاتصال الذي يعتبر بالنسبة لهما اتصال غير مشروع ولا يشكل إلا علاقة خيانة لا ترتب نسباً<sup>(2)</sup>.

وفي مقابل هذا لقد كان المشرع المغربي واضحاً من خلال ما نصت عليه المادة 156<sup>(3)</sup> من مدونة الأسرة.

غير أنه وفي هذا الموضوع لقد سار قضاة المحكمة العليا في إحدى قراراتهم حينما ثبتت نسب أطفال لمجموعة من الإرهابيين، بعد عمليات الاغتصاب التي تعرضت لها نساء القرى و المداشر التي عانت ويلات الإرهاب، حيث قال رئيس غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا "لعوامري علاوة" في إحدى مداخلاته بمجلس قضاء سطيف سنة 2006 أن اجتهادهم القاضي بالحاق نسب أبناء الاغتصاب الذي تعرضت له النساء أثناء عمليات المداهمة في العشرية السوداء إلى إلصاق الفعل بصاحبها إعمالاً بقاعدة "الغنم

(1) الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص 2001، ص.77. أخذاً عن، فضيل العيش، المرجع السابق، ص.22.

(2) أشار إلى ذلك، بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص.230.

(3) تنص المادة 156 من مدونة الأسرة المغربية بقولها: "إذا تمت الخطوبة، وحصل الإنجاب والقبول وحالت ظروف قاهرة دون توثيق عقد الزواج وظهر

حمل بالخطوبة، ينسب للخطاب للشبهة إذا توافرت الشروط التالية :

1- إذا اشتهرت الخطوبة بين أسرتهما، ووافق ولي الزوجة عليها عند الاقتضاء .

2- إذا تبين أن المخطوبة حملت أثناء الخطبة .

3- إذا أقر الخطيبان أن الحمل منهما .

تتم معاينة هذه الشروط بمقر قضائي غير قابل للطعن .

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

بالعُرم"<sup>(1)</sup>، غير أن الرأي الأقرب للصواب مردّه أننا لا يمكن بأي حال من الأحوال أن نبني مجتمعاً أصله الزنا، فمأء الزنا كما ثبت في السنة هدر.

وعموماً فقد خالف، المشرع المغربي<sup>(2)</sup> المشرع الجزائري<sup>(3)</sup> والشريعة الإسلامية<sup>(4)</sup> و ذلك حال نصّه الصريح على ثبوت نسب الابن الناتج بين الخطيبين، بمعنى قبل إبرام عقد الزواج، وهذا ما لا يقبله العقل ولا الشرع ولا القانون غير أن بعض شُراح القانون المغربي يرون بأن هذه المادة جاءت بحكم خاص و بضوابط محددة تتعلق بزواج غير موثق<sup>(5)</sup>.

(1) راجع، باديس ديايي، المرجع السابق، ص.103 و104.

(2) على غرار نص المادة 56 من مدونة الأسرة المغربية، لقد كان المجلس الأعلى المغربي - عكس مدونة الأسرة المغربية - رافضاً تمام الرفض للنسب الناتج عن الخطبة وقضى بإلغاء كل الأحكام التي قضت بثبوت النسب الناتج عن الخطبة وذلك تشبهاً بحرفية النصوص المنظمة لأحكام النسب الواردة في مدونة الأحوال الشخصية، جاء في أحد قرارات المجلس الأعلى المغربي: "حيث إن الخطبة وعد بالزواج وليس بزواج ويدخل في حكمها قراءة الفاتحة وما جرت به العادة والعرف من تبادل الهدايا، حيث أن العلاقات خارج إطار الزواج لا يترتب عنها شيء وهي محض زنا، وعلى عقد الزواج الشرعي فإن البنية غير الشرعية ملغاة بالنسبة للأب وقوع الوضع خارج مدة الحمل الشرعية، وحيث إن واجب الإسراع بطلب نفي النسب والتمكن من اللعان يكون حالة ما إذا كان الحمل لازماً للزواج إما إذا كان غير لازم له... لأن الزوجة أتت به لأقل من ستة أشهر من يوم العقد فإنه لا لعان فيه.. والحمل منتفي من نسب الزوج بقوة القانون"، انظر، قرار محكمة الاستئناف بالرباط صادر بتاريخ 15-02-1988، في الملف عدد 85/6917، منشور بمجلة الإشعاع المغربية، العدد الخامس، سنة 1991، ص.118. وما بعدها.

(3) اتفقت كل الاجتهادات التي تحصلنا عليها للمحكمة العليا، عن عدم اعترافها بنسب الولد الناتج عن الخطبة، حيث نصت في احد قراراتها: "الخطبة ليست زواجاً ولا تبيح المخالطة الجنسية، والعلاقات الجنسية التي تتم قبل إبرام عقد هي مجرد عمل غير شرعي لا يثبت عنها نسب الولد، كما جاء في قرار آخر يتعلق بنفس الموضوع: "من المقرر شرعاً أنه لا يعتبر دخولاً ما يقع بين الزوجين قبل إبرام عقد الزواج من علاقات جنسية، بل هو عمل غير شرعي لا يثبت عنه نسب الولد"، انظر قرار المحكمة العليا بالجزائر، غرفة الأحوال الشخصية، صادر بتاريخ 19 نونبر 1988، أورده تشوار جيلالي في مقاله بعنوان النقائص التشريعية لقوانين الأحوال الشخصية المغاربية في مسألة النسب، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، 2002، العدد 40، ص.136.

(4) انقسم فقهاء الشريعة الإسلامية إلى قسمين، بشأن نسب الولد الناتج عن الخطبة، فذهب الجمهور إلى عدم الاعتراف بهذا النسب، حيث يقول ابن رشد: "اتفق الجمهور على أن أولاد الزنا لا يلحقون بأبائهم إلا في الجاهلية على ما روى عن عمر بن الخطاب، على اختلاف في ذلك بين الصحابة، وشد قوم فقالوا يلتحق ولد الزنا في الإسلام، أعنى الذي كان عن زنا في الإسلام"، وأما القسم الثاني فهو موقف بعض الصحابة التابعين الذين اعتبروا أنه بإمكان الأب الطبيعي أن يقر بنسب ابن الزنا، وفي هذا إطار يقول ابن القيم الجوزية: "إذا استلحاق الزاني ولداً لا فراش هناك يعارضه، هل يلحق نسب؟ إن هذه المسألة جليلة تختلف أهل العلم فيها فكان إسحاق بن راهوية يذهب إلى أن المولود من الزنا إذا لم يكن مولوداً على فراش يدعيه صاحبه، وادعاه الزاني الحق به، وأول قول النبي (صلى الله عليه وسلم): "الولد للفراش" على أنه حكم بذلك عند تنازع الزاني وصاحب الفراش، وهذا مذهب الحسن البصري"، لقد فصل في ذلك، د.انس سعدون، النسب الناتج عن الخطبة دراسة على ضوء العمل القضائي، مكتبة دار السلام، ط1، 2012، ص.9. وما بعدها.

(5) د.انس سعدون، المرجع السابق، ص.10.



غير أنّ المشرع المصري فقد خرج ابتداءً عن المذهب الحنفي، حيث نصت المادة 15 من المرسوم بقانون 25 لسنة 1929 على أنه: "لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها من حين العقد ولا لولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها ولا لولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها إذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة"<sup>(1)</sup>، وقد جرى قضاء النقض المصري على أن مفاد هذه المادة أن المشرع رأى درءاً للاحتيال أن ينهى عن سماع دعوى النسب عند الإنكار إذا أتت به زوجة لم تلتق بزوجها من حين العقد، أو أتت به بعد سنة من انقضاء فراش الزوجية باعتبار أن هذه المدة هي أقصى مدة للحمل حتى تشمل جميع الحالات النادرة.

و في الأخير، فإن الرأي الأقرب للصواب هو ما نص عليه المشرع الجزائري حال اعتماده على المذهب المالكي، حال تأسيسه لقواعد حماية النسب (المادة 40 وما يليها) أما المشرع المصري استند على المذهب الحنفي وهو الشائع عنده في مجال الأحوال الشخصية، أما المشرع المغربي فقد جنح عن الشريعة الإسلامية<sup>(2)</sup> من خلال نص المادة 156 حال اعترافه بنسب المولود الناتج عن تلاقي الخطيبين وليس الزوجين.

وبعد أن تمت هذه المقارنة القانونية البسيطة، يستوجب البحث إبراز مظاهر العناية التي توليها الشريعة الإسلامية للنسب.

(1) انظر، محمد عثمان غانم، المرجع السابق، ص.20.

(2) وفي هذا الإطار، يعلق الأستاذ تشوار جيلا لي، بإحدى مقالاته بقوله: "إن ما جاءت به المدونة المغربية في المادة 156 لم يقل به ولا فقيه من فقهاء الشريعة الإسلامية، ولا قانون من القوانين المغاربية الأسرية الأخرى، وذلك لما سوت من حيث الآثار بين الخطبة والزواج بشأن ثبوت النسب وذلك بقولها....."

وفي الواقع، لا نعرف من أي قانون أقتبس المشرع المغربي هذا النص، بحيث إذا كان ذلك نتيجة لتغريب هذه المسألة، ومن ثم إتباع القوانين الغربية في هذا المجال بحكم مصلحة الطفل، فالأمر هذا يتعلق بأحد الكليات الخمس التي أحاطتها الشريعة الإسلامية بأحكام دقيقة لا يمكن خرقها مهما كان السبب والمصلحة المراد حمايتها إذ أن مصلحة المجتمع أولى بالاهتمام من أي مصلحة أخرى. فالخطبة مهما كانت مدتها وشروطها لا ترقى إلى درجة عقد الزواج، ومن ثم لا يمكن أن ترتب ما يترتب عليه العقد بشأن النسب". أنظر، تشوار جيلا لي، نسب الطفل في القوانين المغاربية للأسرة بين النص التشريعي و التنقيحات المستحدثة، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق جامعة تلمسان، رقم3، ص.3. وما يليها.

## الفرع الثاني

## مظاهر عناية الشريعة الإسلامية بالنسب

لقد أعطى الإسلام عناية كبيرة للمصاهرة والترابط الاجتماعي، حيث أولت الشريعة الإسلامية اهتماما بالغا بالنسب<sup>(1)</sup>، و عناية فائقة لذلك خصته بتنظيم محكم من أجل تحقيق هدفين ساميين، يتجليان في المحافظة على طهارة الأنساب، وأن يكون لكل إنسان نسب شرعي.

فالنسبُ إذاً يعتبر من أقوم الركائز التي تبني عليها الأسرة، وهي الصلة التي تربط بين أفرادها على أساس وحدة الدم<sup>(2)</sup>، والنسب نعمةٌ حَبَّأَهَا اللهُ لِلْإِنْسَانِ، لقوله عز وجل: " وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا ۗ وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا " <sup>(3)</sup> فهذه الآية تنبئ على عظمة وقدرة الخالق في خلق الإنسان وجعله يتكاثر عن طريق التناسل الذي يتم أثناءه بالتلاقح بين النطفة الحاملة لماء الرجل "المني" والذي أشار إليه في قوله تعالى: "أَلَمْ خَلَقْنَاكُمْ مِنْ مَّاءٍ مَّهِينٍ فَجَعَلْنَاهُ فِي قَرَارٍ مَكِينٍ" <sup>(4)</sup>، أي قدر و بين البويضة المتواجدة في رحم المرأة والتي ذكرها في قوله تعالى: "فَجَعَلْنَاهُ فِي قَرَارٍ مَكِينٍ" <sup>(5)</sup> أي حصين وبعد هذا التكوين يخرج إلى الدنيا في أحسن تقويم لعمارة الأرض <sup>(6)</sup>.

(1) علاء الدين المدرس، النسب والمصاهرة بين أهل البيت والصحابة، مع رؤية في السيرة الاجتماعية والأحداث التاريخية في صدر الإسلام، دار الكتاب العربي، ط1، 2006، ص.303.

(2) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الأحوال الشخصية، طبعة خاصة بالجزائر، دار الفكر الجزائري، ج7، 1413 هـ - 1998 م 1404 هـ - 1984 م، ص.673.

(3) سورة الفرقان، الآية 54 .

(4) سورة المرسلات، الآيتين. 20 و 21 .

(5) سورة المرسلات، الآية 21 .

(6) محمد ابن معجوز، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصية، ج2، ط1، مطبعة النجاح، 1414 هـ - 1994 م، ص.14.

كما حرم الشرع الإسلامي الحنيف<sup>(1)</sup> على المرأة نسبة الولد إلى غير أبيه وذلك لقوله ﷺ: "أيما امرأة أدخلت على قوم ما ليس منهم فليست من الله في شيء ولن يدخلها الله جنته"<sup>(2)</sup>، وحذر الرجل من إنكار نسب ولده قال ﷺ: "وأيما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه احتجب الله منه وفضحه على رؤوس الأولين والآخرين يوم القيامة"<sup>(3)</sup>.

ثم توعد الأبناء المنتسبين إلى غير آبائهم وعيذاً شديداً، قال ﷺ: "من ادعى إلى غير أبيه وهو يعلم أنه غير أبيه فالجنة حرامٌ عليه"<sup>(4)</sup>.

وهكذا قد اهتم الإسلام بموضوع النسب بتشريعه لنظام الزواج المعروف عند المسلمين واعتباره سبيلاً شرعياً وحيداً لحفظ النسب، لأنه لا مظنة فيه لإختلاط الأنساب وإنما تكونُ به محفوظةً باختصاص الرجل فيه بامرأة أو أربع واختصاصهن به ومن ناحية أخرى أبطل جميع الأنكحة التي كانت سائدة في الجاهلية لأنها تؤدي إلى اختلاط النسل.

وفي سبيل دفع هذا الضرر حرم الزنا لما فيه من مخاطر تُهدد النسل وتفتك به من جهتين: فهو عندما يُفتح فإنه يزهد في الزواج الذي يثمر الذرية ومن جهة أخرى فهو علاقة غير مُعلنة ولا مُنضبطة فلا يرتب أي مسؤولية مما يجعل كل طرف يتصل كما يشاء بلا ضابط، مما يؤدي إلى وجود فئة شاذة مُهمشة في المجتمع<sup>(5)</sup>.

(1) رمضان على الشر نباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، ط1، 2002 م ص.372 و373.

(2) رواه ابن حبان، الصحيح، كتاب النكاح، باب ثبوت النسب وما جاء في القائف، حديث رقم 4096، ص.698.

(3) رواه أبو داود، السنن، كتاب الطلاق، باب التغليب في الانتفاء، المجلد الأول، ج2، رقم الحديث 2263، دار الفكر، (د.س. ط) ص.279.

(4) رواه ابن ماجه، السنن، الجزء الثاني، باب من " ادعى إلى غير أبيه أو تولى غير مواليه " رقم الحديث 2610، دار الحديث، مطبعة دار إحياء الكتب العربية، (د.س. ط)، ص.870.

(5) عبد المجيد النجار، مقاصد الشريعة بأبعاد جديدة، دار الغرب الإسلامي، بيروت لبنان، ط1، 2006، وقد صدرت ط2 2008، ص.153 و154.

ولهذا فرّق الإسلام بين الأولاد الذين ينشئون من الاتصال الجنسي أثناء الزواج حيث أوجب أن ينتسبوا إلى الزوج، ورتّب على ولادتهم آثارا كبيرة، هي عبارة عن حقوق وواجبات بينهم وبين آباءهم مثل: موانع الزواج بالأقارب والأصهار، و النفقة، والتوارث بين الذين يولدون عن زنا، فاعتبرهم أجنب لا تربطهم أية صلة بمن تولدوا من مائهم<sup>(1)</sup>.

وعموماً يمكن القول بأن النسب في الشريعة مبناه على القرابة التي أساسها الولادة ومغزاه فيما يؤدي إليه من صلة و تقارب بين الأفراد الذين تجمعهم هذه العلاقة حيث يُستخلص هذا من معنى قوله ﷺ: "تعلموا من أنسابكم ما تصلون به أرحامكم فإن صلة الرحم محبة للأهل مثراً للمال منشأة للأجل"<sup>(2)</sup> بمعنى أن فائدة النسب هي تحقيق الصلة و التلاحم و التناصر بين ذوي القرابة، ومن غير ذلك يتحول النسب إلى علاقة وهمية لا قيمة لها.

وبعد أن تم إبراز ماهية النسب، وتحديد الأهمية التي توليها الشريعة الإسلامية له فإنه من الضروري تحديد الآليات التي وضعها المشرع الجزائري لإثباته مع المقارنة قدر الإمكان ببعض التشريعات، كالمصري، والمغربي.

### المبحث الثاني

#### آليات ثبوت النسب في التشريع الجزائري وبعض التشريعات المقارنة

بعد استقلال الجزائر في 05 يوليو (جويلية) 1962م، بقي العمل بالتشريعات الأجنبية ساري المفعول، باستثناء ما يتعارض مع السيادة الوطنية ( La souveraineté nationale) إلى حين الانتهاء من وضع الأسس لبناء دولة قوية، وحتى 05 جويلية 1975

(1) محمد ابن معجوز، المرجع السابق، ص.14.

(2) أخرجه الترمذي في سننه، كتاب البر والصلة، باب ما جاء في تعليم النسب، حديث رقم 1979، ج4، ص.351. وأخرجه الإمام أحمد في مسنده، حديث رقم 8855، ج 2، ص.374.

حيثُ تمت جزأة التشريع الجزائري، وألغيت جميع التشريعات الأجنبية، وبقي العمل في جميع القضايا التي تخص الأسرة وفق التشريعات التي أصدرتها الإدارة الفرنسية بالأمر الصادر في 04 فبراير 1959 والمرسوم الصادر في 17 سبتمبر 1959م بلائحة تطبيقية<sup>(1)</sup>.

في السنوات الأولى من الاستقلال، حاول المشرع الجزائري استدراك الأمر بشكل تدريجي فصدر القانون 224/63 المؤرخ في 29/06/1963 الخاص بتحديد سن الزواج حيثُ جعل السن عند الرجل ببلوغ 18 سنة، وعند المرأة ببلوغ سن 16، ثم صدر الأمر 72/69 المؤرخ في 16/09/1969م الذي عدّل القانون 224/63 فيما يتعلق بإثبات الزواج، واستمر الوضع على هذا الحال، ولم تكن النصوص القانونية تأخذ بأحكام النسب حتى صدور القانون المدني بموجب الأمر 58/75 المؤرخ في 26/09/1975 المعدل والمتمم<sup>(2)</sup>، والتي نصت المادة الأولى منه على أنه: "... وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى أحكام الشريعة الإسلامية"<sup>(3)</sup>، وعليه سيتم التطرق إلى طرق إثبات النسب كل على حدى ضمن المطالب الموالية.

(1) أنظر، مبروك المصري، محاضرة بعنوان "تأملات في قانون الأسرة الجزائري"، الملتقى السنوي السادس عشر للعلامة الشيخ سيدي عبد القادر بن

محمد تحت عنوان "فقه الأسرة ودوره في بناء الحضاري للأمة"، زاوية سيد الشيخ بلدية فقارة الزوى، دائرة عين صالح، 2005 ص.101.

(2) القانون رقم 05-10 مؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426 الموافق ل 20 يونيو سنة 2005 - يعدل ويتمم الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان

عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج ر ج ج، د ش، 2005م، عدد 44

(3) أ شار إلى ذلك، باديس ديباني، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء الجزائري، دار الهدى عين مليلة الجزائر، 2007 ص.72.

## المطلب الأول

## ثبوت النسب بالزواج الصحيح وثبوته بعد فرقة الزوجين

يُثبت النسب بالزواج بمعنى أنه يثبت بالفراش ويندرج تحته الزواج الصحيح والزواج الفاسد، والوطء بشبهة، وكذا عن طريق الإقرار والبيّنة و الطرق العلمية الحديثة، ويجوز إثباته بكافة طرق الإثبات دون اشتراط تواجد الوثيقة الرسمية<sup>(1)</sup>.

و الملاحظة من خلال المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري أنّ المشرع لم يفرق بين أسباب ثبوت النسب ووسائله، وكذلك على أن السبب المؤدي لثبوت النسب هو الزواج الشرعي.

وتفصيلاً لكل هذا تم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، نتعرض في الأول إلى ثبوت النسب بالزواج الصحيح أثناء قيام العلاقة الزوجية، وفي الثاني إلى ثبوته بعد فرقة الزوجين.

## الفرع الأول

## ثبوت النسب أثناء قيام العلاقة الزوجية

الزواج من الأمور الفطرية التي فطر الله الناس عليها، وما هو في حقيقته إلا تنظيمٌ لصلات الرجال بالنساء على شكل معين وفق نظام خاص، ينتج عنه الإنجاب الشرعي الذي يؤدي إلى تكاثر النوع البشري، والمحافظة على بقاءه واستمراره والموت<sup>(2)</sup> فرضٌ محتّم على كل إنسان أو حيوان.

(1) احمد محمود الشافعي، الطلاق وحقوق الأولاد والأقارب، الدار الجامعية، بيروت لبنان، ط1، 1987، ص.153.

(2) مات يموت موتاً، حلّ به الموت وفارقت الروح الجسد، غير أن المقصود بها في هذا المقام مفارقة الزوج لزوجته بالوفاة، فكيف يثبت نسب الابن الذي ولد بعد وفاة أباه؟، أنظر، فؤاد افرام البستاني، المرجع السابق، ص.752.

غير أن العقد الصحيح هو النسب الشرعي لثبوت نسب الولد أثناء قيام الزوجية وذلك أن يكون الزواج صحيحاً (أولاً)، ولولا هذه الجبللة التي برأ الله عليها الإنسان لفنيت الأرض في أقصر زمان، لأن هذه العلاقة لا تتم إلا في إطار، حددت الشريعة والقانون أركانه وشروطه (ثانياً).

### أولاً: أن يكون الزواج صحيحاً

عرف المشرع الجزائري الزواج الصحيح ضمن قانون الأسرة في مادته الرابعة بأنه: "عقد رضائي يتم بين رجل و امرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة و التعاون و إحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب".

فالعقد الصحيح سبب شرعي لثبوت نسب الولد أثناء قيام الزوجية أو العدة أو الوفاة إذا كان الدخول ممكناً سواء كان الزواج رسمياً أو غير موثق، فإذا ثبت أنه غير ممكن أو أن الزوجين لم يلتقيا قط فإن النسب يثبت<sup>(1)</sup>.

ويخضع المشرع الجزائري الزواج للقواعد الرسمية نفسها عند إثبات النسب هذا يعني أن المشرع لا يزال يعترف بالزواج غير الموثق استناداً للمادة 22 من القانون نفسه بقوله: "يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت

بحكم قضائي يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة" فالإقرار بالزواج غير الموثق والحكم بثبوتيه يعتبر كل منهما كاشفاً للنسب لا منشأً له، أما المادتان 09 و 09 مكرر منه نصت على أركان العقد وشروطه: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين".

(1) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الزواج والطلاق، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية الساحة المركزية بن عكنون، الجزائر، 2004، ص.190.

ويجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:

أهلية الزواج - الصداق - الولي - الشاهدان - انعدام الموانع الشرعية للزواج أما ما نصت المادة 40 من القانون نفسه على أنه: "يُثبت النسب بالزواج الصحيح... " فالزواج الصحيح شرعا وقانونا هو الذي تتوفر فيه أركانُ الانعقاد وشروط الصحة .

إذا تم إثبات نسب الولد بالفراش لا يحتاجُ إلى إقرار أو بينة، لأن الزوجة وهي مع زوجها بعقد صحيح يملك وحدهُ حق الاستمتاع بها، وحرّامٌ عليها أن تُمكن غيره من هذا الاستمتاع إذ الأصل في الإنسان الأمانة والاستقامة<sup>(1)</sup> وهذا ما ينسجم مع ما نصت عليه المادة 36 قأ بقولها: "يجب على الزوجين المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة".

ولكن في الميدان العملي فإن الاستمتاع الذي سُرع لأغراض مُعيّنة بينها الشرع الإسلامي قد يعترضه ما يحول دون تحقيق أهدافه الشرعية، فقد تكون الزوجة كارهة لزوجها الأمر الذي يؤدي بها إلى إقامة علاقة مع غيره، فالمشكلة الأساسية تتمثل في ثبوت النسب عند حمل هذه المرأة، هل هو من زوجها؟، أم أنه ابن زنا؟ أي من رجل آخر، خاصة وأن الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية أصبحت تلعبُ دورا مهما في تحديد نسب الطفل<sup>(2)</sup> الأمر الذي جعل المشرع الجزائري يدْرُجُ الطرق العلمية الحديثة كوسيلة لإثبات النسب، متى كانت العلاقة شرعيةً ضمن نص المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري، وهذا تماشيا مع التطور العلمي لوسائل الإثبات.

(1) أشار إلى ذلك، احمد محمود الشافعي، المرجع السابق، ص.141.

(2) أنظر، تشوار جيلالي، الزواج و الطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية الساحة المركزية بن عكنون الجزائر، 2001، ص.163.



وقد تبني المشرع المغربي نفس القاعدة من خلال مدونة الأسرة حسب عدة نصوص قانونية، منها المواد من 50 إلى 52<sup>(1)</sup>، ونظراً للغاية السامية والنبيلة التي توخاها الشارع من وراء تقرير قاعدة "الولد للفراش"، والمتمثلة في حفظ الأنساب من الاختلاط ومن الإنكار ما أمكن فإن القضاء يتشدد عادة، وهو بصدد إعمالها بكيفية يتضح معها أحياناً أنه متعسف في حق الزوج وظالم له.

وعموماً يُعتَبَر النسب من أهم الحقوق التي تثبت للمولود بعد ولادته حياً لهذا حُرمت الشريعة الإسلامية، وبعدها المشرع الجزائري الزنا<sup>(2)</sup> إذ يعتبر ولداً غير شرعياً لا يكتسب نسب والده، والمشرع حفاظاً على كرامة الطفل أكد على إلحاق الولد بأبيه ما أمكن ذلك، لأن الأصل عنده نسبة الولد إلى فراش الزوجية، وسار القضاء في نفس الاتجاه حيث جاء في قرار المحكمة العليا: "من المقرر قانوناً أن يثبت النسب بالزواج الصحيح وينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً وأمكنه الاتصال..."<sup>(3)</sup>.

لكن وبالرغم من الوسائل المتعددة لإثبات النسب، فالمشرع الجزائري أجاز للزوج نفي النسب بالطرق المشروعة (المادة 41)، ولهذا فإن ثبوت النسب بالزواج الصحيح يتطلب مجموعة من الشروط، نص عليها المشرع الجزائري استنباطاً من الشريعة الإسلامية.

(1) راجع في ذلك قرار للمجلس الأعلى المغربي، الفرّاش في الزوجية إما يثبت بالعقد، والمقصود هنا عقد الزواج، قرار شرعي صادر بتاريخ 1967/10/31، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى المغربي، العدد الأول، ص.58.

(2) للزنا في الشريعة الإسلامية أربع عقوبات: الجلد، التغريب، الرجم حتى الموت، الجلد والتغريب معاً، وعموماً فإن الشارع الحكيم عندما حرم الزنا شدد فيه العقوبة، وذلك لما تسببه هذه الجريمة من أخطار اجتماعية وأمراض نفسية وخلقية، وإباحة الزنا وترويجه لا يقطع دابر التمدن والعمران فحسب، بل يستأصل النسل الإنساني، راجع في ذلك تفصيل حول عقوبات الزنا والأمراض الفتاكة التي تنجر عنها، رمزي نعنائه تنظيم الإسلام والمجتمع، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 1989، ص.128.

(3) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ي 1998/10/20، رقم الملف 20482، المجلة القضائية، 2001، عدد خاص، ص.82.

## ثانيا: إمكانية الاتصال بين الزوجين

من ضمن ما يشترط لإثبات نسب المولود إلى أبيه - وفقا لأحكام المادة 41 من قانون الأسرة - إمكانية الاتصال بين الزوجين، فالمادة صريحة بالأخذ بما ذهب جمهور الفقهاء إليه واستقر رأيهم عليه، من أن النسب يثبت بالعقد مع إمكانية الدخول، إلا أن الحنفية لم يشترطوه في الزوجين، وكفى عندهم العقد لإثبات نسب من يأتي بعده في المدة المشروعة، وهكذا جمهور الفقهاء اشترطوا إمكانية التلاقي بالفعل بعد العقد، لأن هذا الأخير جعل المرأة فراشاً باعتباره يبيح هذا الاتصال الذي هو سبب حقيقي للحمل فلو تعذر الالتقاء بينهما عادة و جاءت بولد بعد مضي ستة أشهر من حين العقد عليها لا يثبت نسبه منه، كما لو عقد رجل بالمشرق على امرأة بالمغرب و لم يكن قد حصل بين الزوجين تلاقي ظاهر، وأكد الزوج أنه لم يصل إليها، فلا نسب بين الزوج والولد الذي أتت به المرأة، لكون الحمل ليس منه قطعاً.

وهذا الحكم يوافق قول المالكية و الشافعية، ويخالفهم في ذلك مذهب الحنفية<sup>(1)</sup>، غير أن الأحناف يرون أن العقد الصحيح فراش<sup>(2)</sup> و لا حاجة لإمكان الاتصال، لأن هذا الأخير أمرٌ لا يشاهده أحد لقول الشوكاني: "إن معرفة الوطاء المحقق متعسرة فاعتبارها يؤدي إلى بطلان كثير من الأنساب وهي يحتاج فيها واعتبار مجرد الإمكان يناسب ذلك الاحتياط"<sup>(3)</sup>، فينسبُ الولدُ لأبيه عند قيام ذلك العقد ولو كان الالتقاء بين الزوجين غيرُ مُمكن في العادة، ولكنه مُمكن عقلا حماية للولد من الضياع، وسترا للأعراض، ومنعا لمشكلة اللقطاء.

(1) محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، دار النهضة العربية بيروت، ط2، 1977، ص.685.

(2) احمد محمود الشافعي، المرجع السابق، ص.143.

(3) الإمام محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الاوطار من أحاديث سيد الأخبار منتقى الأخبار، دار الجيل، بيروت لبنان، المجلد 03، ج6، ط1، 1297، ص.280.

هذا وقد ذهب بن تيمية إلى أبعد من ذلك باشتراطه العقد مع الدخول المحقق لا إمكانية الدخول المشكوك فيه مُستندا إلى ما قاله الإمام أحمد في رواية حرب وحثته في ذلك أن العرف وأهل اللُغة لا يعتبرون المرأة فراشا إلا بعد البناء بها<sup>(1)</sup>.

وقد أكدت المحكمة العليا في العديد من قراراتها، أن شرط إمكانية الاتصال بين الزوجين ضروري لإثبات النسب، حيث جاء في أحد قراراتها<sup>(2)</sup> ما يلي:

"من المقرر شرعا أن الولد للفراش وللعاهر الحجر.

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

وهناك قرار آخر للمحكمة العليا جاء فيه: "من المقرر قانونا أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح وينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال....."<sup>(3)</sup>.

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

(1) أحمد بن تيمية، المحرر في الفقه، ج1، ط2، مكتبة المعارف، الرياض، 1404، مقتبس عن، احمد احمد، موضوع النسب في الشريعة والقانون، دار القلم، بيروت، ط1، 1983، ص.111.

(2) قرار المحكمة العليا، رقم165408، مؤرخ في 1997/07/08، المجلة القضائية، 2001، العدد الأول، ص.67.

(3) قرار المحكمة العليا، رقم204821، المجلة القضائية، 2002، العدد الرابع، ص.82.

هذا وقد سائر المشرع المغربي في هذه النقطة موقف الجمهور<sup>(1)</sup> عندما نصت المادة 154 من مدونة الأسرة المغربية على أن: "الولد للفراش إن مضى على عقد الزواج أقل مدة الحمل وأمكن الاتصال، وإلا فالولد المستند لهذا العقد غير لاحق". غير أن المؤكد في نهاية هذه الفقرة أنه يدخل في عموم هذا النص حالة الطلاق قبل الدخول الذي لم تسبقه حلوةٌ صحيحةٌ، أو احتمالُ تلاقي الزوجين كما لو كان يمنع الإنجاب عادةً.

غير أن المشرع المصري ذهب خلافاً لذلك، متبنياً موقف الأحناف الذين ذهبوا إلى أنه لا يشترط لثبوت النسب بالفراش تلاقي الزوجين بعد العقد، وأن العقد وحده كاف لثبوته مع تصور التلاقي بالفعل قط، وتصور التلاقي الذي ذكره الأحناف قد يكون أقرب إلى الواقع في العصر الحديث، الذي شهد تقدماً كبيراً في وسائل المواصلات، وهذا ما نص عليه المشرع المصري من خلال المادة 15 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 بقوله بأنه: "لا تُسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها من حين العقد....."<sup>(2)</sup>، هذا بالنسبة لوجوب إمكانية التلاقي بين الزوجين، لذلك ما حكم الولادة التي تمت بعد مضي 10 أشهر من الوفاة أو الطلاق أو تمت بعد 5 أشهر أو أقل من يوم العقد؟.

### 1 : أن تكون ولادة الولد بين أقل مدة الحمل وأقصاها:

ابتداءً لقد اتفق الأئمة الأربعة على أن أقل مدة للحمل هي ستة أشهر<sup>(3)</sup> يعني مائة وثمانون يوماً، لقوله تعالى: "وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ

(1) مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص. 683.

(2) محمد المهدي وأشرف الشافعي، دعوى النسب، الشروط التي يتطلبها القانون لإثبات النسب، دار العدالة، القاهرة، ط1، 2006 ص. 42، 43.

(3) تُعتمد أقل مدة الحمل، ابتداءً من إبرام عقد الزواج، وتعتمد أقصى مدة الحمل من تاريخ انتهاء عقد الزواج، وكيفما كان سبب ذلك الإنهاء: طلاق، أم وفاة، أم فسح.

كُرْهًا" (1)، وكذلك قوله تعالى: "وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهَنًا عَلَيَّ وَهَنًا وَفِصْلُهُ فِي عَامَيْنِ أَنْ اشْكُرْ لِي وَلِوَالِدَيْكَ إِلَيَّ الْمَصِيرُ" (2).

فدلت الآية الأولى على مدة الحمل والفصال معاً، ودلت الآية الثانية على مدة الفصال وحده، ومن الآيتين الكرمتين يثبت أن مدة الحمل والرضاع ثلاثون شهراً فإذا أسقطنا منها مدة الرضاع عامين أي أربعة وعشرون شهراً بقيت ستة أشهر، وهي مدة كافية لتكوين الجنين وولادته حياً (3).

ومما يؤيد هذا أن عمر ابن الخطاب رضي الله عنه رفعت إليه امرأة ولدت لستة أشهر فأمر برجمها فبلغ علي ذلك فقال: "لا رجم عليها"، فبلغ ذلك عمر فأرسل إلى علي يسأله عن ذلك؟ فقال: "لا رجم عليها"، وذكر الآيتين السابقتين فحلى عنها عمر، فإذا صح اعتبار هذه المدة في درئ الحد فيصح اعتبارها لإثبات النسب، لأنه مما يحتاط به لحفظ النسل وصيانة العرض، بحيث يحتاج الجنين إلى البقاء في بطن أمه مدةً يتكون فيها بناؤه ويكتمل خلقه، وتنمو أعضاؤه حتى يخرج إلى الحياة بشراً سوياً.

ومن المعلوم أن النساء يلدن لتسعة أشهر، و غالباً ما تنقص المرأة على ذلك و نادراً ما تزيد، غير أن ما استقر عليه المشرع الجزائري، أن أدنى مدى الحمل هي ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر، وهذا ما نص عليه المشرع في المادة 42 من قا أ ج وذلك بقوله: "أقل مدة الحمل ستة أشهر و أقصاها عشرة أشهر" (4).

(1) سورة الأحقاف، الآية 15.

(2) سورة لقمان، الآية 14.

(3) احمد فراج حسين، المرجع السابق، ص. 200.

(4) وهناك العديد من القرارات المتعلقة بالموضوع، والتي نشرت مؤخراً للمجلس الأعلى المغربي منها: "الولد للفراش متى ولد لستة أشهر من عقد الزواج، وهي أدنى مدة الحمل"، وهو قرار صادر في 3 فبراير 1987، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 40، ص. 176.

وتقابلها المادة 154 من المدونة الأسرة المغربية بقولها: "أقل مدة الحمل ستة أشهر"، وقد جاء تحديد المدة الأقل لحمل الزوجة بستة أشهر مستنبطاً من قوله تعالى: "وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا وَحَمْلُهُ وَفِصْلُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا"<sup>(1)</sup>.

ويُستفاد من هذه الآية أن مدة الحمل هي ستة أشهر، لأن مدة الرضاع سنتان إذا سقطت من ثلاثون شهراً بقيت ستة أشهر مدة الحمل<sup>(2)</sup>.

وهذا ما استقر عليه اجتهاد المحكمة العليا، حين نصت في أحد قراراتها على أن: "من المقرر شرعاً أن الزواج في العدة باطل"، ومن المقرر قانوناً أن أقل مدة الحمل ستة أشهر و أقصاها عشرة أشهر"<sup>(3)</sup>، وحتى يمكن نسبة الولد إلى أبيه، فلا بُد من مدة حمل معينة بعد الزواج والدخول لأقلها حد، و لأكثرها حد لا يُعقل تجاوزه<sup>(4)</sup>.

هذا وتكون بداية حساب المدة من قيام الزوجية شرعاً، وإمكانية الاتصال وهو ما نصت عليه المحكمة العليا في العديد من القرارات، نذكر منها القرار الذي جاء فيه: "من المقرر شرعاً أن الولد للفراش الصحيح وأن أقل مدة الحمل ستة أشهر، و من ثم فإن الولد الذي وُلد بعد مضي 64 يوماً لا يثبتُ نسبُهُ لصاحب الفراش، ولما كان كذلك فإن النعي على القرار القاضي بنفي النسب غير مؤسس ويستوجب الرفض"<sup>(5)</sup>.

(1) سورة الأحقاف، الآية 15.

(2) الشيخ عبد الرحمان بن ناصر السعدي، تيسير الكريم الرحمان في تفسير كلام المنان، دار ابن حزم، توزيع دار الأصالة، الجزائر، (د س ط) ص.747.

(3) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1984/12/17، رقم الملف 193825، الاجتهاد القضائي، مقتبس عن، أحمد لعور ونبيل صقر، الدليل القانوني للأسرة، دار لهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة الجزائر، ص.39.

(4) أنظر، محمد كمال الدين إمام جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والطلاق والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه والقانون والقضاء، ط2، 2003، ص.484.

(5) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1984/02/17، رقم الملف 35087، المجلة القضائية، العدد الأول، 1990، ص.86.

وفي قرار آخر للمحكمة العليا<sup>(1)</sup> جاء فيه: "من المقرر قانوناً أن أقل مدة الحمل ستة أشهر، وأقصاها عشرة أشهر، ومن ثم فإن القضاء بما يُخالف ذلك يعد خرقاً للقانون.

ولما كان ثابتاً في قضية الحال أن مدة حمل المطعون ضدها أقل من الحد الأدنى المقرر قانوناً، فإن قضاة المجلس بقضائهم إحقاق نسب الطفل لأبيه خرقوا القانون".

وبهذا يكون المشرع الجزائري والقضاء قد ساير الشريعة الإسلامية، فهو إجماعٌ حاصلٌ على أن المدة الدنيا للحمل هي ستة أشهر، ابتداءً من قيام العلاقة الشرعية مع إمكانية الاتصال.

ولعلَّ المشرع المصري، في هذه النقطة قد خالف مذهب الحنفية الذين يعتبرون أقصى مدة الحمل سنتان، فقد اشترط المشرع لكي تسمع دعوى النسب أن تأتي الزوجة المطلقة أو المتوفى عنها زوجها بالولد في خلال سنة واحدة من وقت الطلاق أو الوفاة<sup>(2)</sup>.

غير أن المشرع المغربي لم يحدد بدقة هل المقصود بأقصى أمد الحمل السنة القمرية أم السنة الشمسية علماً أن الفرق كبيرٌ بين السنتين (أحد عشر يوماً).

وقد اعتمد القضاء المغربي في أحد قراراته السنة الشمسية<sup>(3)</sup>، ولكن الواقع لا يؤيد هذا الرأي، فإن الغالب أن مدة الحمل هي تسعة أشهر وجزت العادة بذلك ونادراً ما نسمع أن امرأةً ولدت لسنة أو لستة أشهر، وفي هذا الإطار لجأت وزارة العدل في

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

(2) نص على هذا الحكم، المشرع المصري من خلال المادة 15 من المرسوم بقانون، رقم 25 لسنة 1929 والتي جاء فيها: "..... ولا لولد زوجة أوت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها ولا لولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها إذا أوت به لأكثر من سنة...."، أشار إلى ذلك تفصيلاً أحمد المهدي وأشرف الشافعي، المرجع السابق، ص.44.

(3) الغرفة الاجتماعية بالمجلس الأعلى المغربي، بتاريخ ثاني ذو القعدة 1391، مجلة قرارات المجلس الأعلى المغربي، مادة الأحوال الشخصية 1965-1989، ص.194 - 195.

مصر<sup>(1)</sup> إلى الطبيب الشرعي، عندما وجدت بعض النساء اللاتي لا خلاق لهن تدعين نسب أولاد غير شرعيين اعتماداً على ما قرره فقهاء الحنفية من تقدير أقصى مدة الحمل بستين، فقرر الطبيب أن أقصى مدة الحمل سنة شمسية (365 يوماً)، وذلك ليشمل جميع الحالات النادرة.

ولا شك أنه حكم لا يتنافى مع الشريعة الإسلامية، كما هو مأخوذ من قواعدها وعلى وفق مبادئها المقررة، التي منها أن معرفة حكم الوقائع على وجهها الصحيح يرجع فيها إلى قول أهل المعرفة والنظر، والحق أن الأطباء الأخصائيين في مثل هذا الأمر هم أهل البصر والمعرفة، فيجب الرجوع إلى قولهم في ذلك.

وعليه، فإذا عقد رجل على امرأة وأنت بولد خلال مدة ستة أشهر فما فوق فالولد ينسب إليه، وإذا طلقها سواءً أكان الطلاق رجعيًا أو بائنًا أو توفي عنها وأنت بولد داخل السنة فالولد ولده، وهذا التفسير هو الذي أعتمد عليه فقهاء الشريعة الإسلامية، حيث أكدت المادة 135 من المدونة الأسرة المغربية على ما يلي: "أقصى أمد الحمل سنة من تاريخ الطلاق أو الوفاة.....".

غير أنه بخصوص أقصى مدة الحمل<sup>(2)</sup> فقد اختلف فيها أئمة الفقه الإسلامي ولهم في ذلك أقوالٌ كثيرة<sup>(3)</sup>، حيث يرى أبي حنيفة<sup>(4)</sup> أن أكثر مدة الحمل سنتان واستدل على

(1) احمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، الطلاق الخلع وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب وفقاً لأحدث التشريعات القانونية، الدار الجامعية الجديدة، الازارطة الإسكندرية، مصر، (د.س.ط)، ص.197.

(2) في هذا المقام من الضروري الإشارة، إلى أن أقل مدة الحمل التي تضع فيها المرأة هي ستة أشهر، وهذا أمرٌ لا خلاف فيه بين الفقهاء وعلى هذا فإذا أتت المرأة بولد لسته أشهر ثبت نسبه، وإن كان الغالب أن المولود لسته أشهر لا يعيش إلا نادراً، إلا أن وجود النادر يدل على أن الستة أشهر أقل مدة الحمل، أما تحديد المدة في أقصى مدة الحمل، لم يرد فيها آية من كتاب الله، ولا نص من السنة، ولهذا كانت محل خلاف فقهي كبير، نوردته بدن الله في متن هذه المذكرة.

(3) احمد محمود الشافعي، المرجع السابق، ص.134 و135.

(4) أنظر، محمد عاشق البرني، التسهيل الضروري لمسائل القُدوري في فقه الإمام أبي حنيفة النعمان، باب دعوى النسب فيمن ولدته الجارية بعد البيع، مكتبة الشيخ كراتشي، ج02، ص.191. وأنظر كذلك، محمد أمين الهدى المشهور بابن عابدين، مجموعة رسائل ابن عابدين ج01، ص.56.



ذلك بما روي عن عائشة رضي الله عنها عن النبي ﷺ: "ما تزيد المرأة في الحمل على سنتين قدر ما يتحول ظل عمود المغزل"<sup>(1)</sup> كما اعتبروا غالب المدة هي تسعة أشهر، أما الجمهور (مالك والشافعي وأحمد بن حنبل) فحاصل كلامهم في الموضوع ما رواه الدار قطني عن مالك بن أنس أنه كان يقول: "هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان، امرأة صدق و زوجها رجل صدق حملت ثلاثة أبطن في اثني عشرة سنة، كل بطن في أربع سنين"<sup>(2)</sup>.

غير أن هناك قول آخر، لمحمد بن الحكم وفقهاء المالكية<sup>(3)</sup>، بأن أقصى مدة للحمل سنة قمرية، أما الجعفرية، فقدروا المدة بتسعة أشهر، وقيل عشرة أشهر وقيل سنة وهناك قول آخر لابن تيمية يقول فيه أن امرأة التي ارتفع حيضها ولم تعلم متى يعود تترصد سنة، غير أن ابن حزم الظاهري له رأي آخر في المسألة والذي يقول فيه بأن الجنين لا يزيد في بطن أمه عن تسعة أشهر.

وفي الأخير، يمكن القول أن هذه الأقوال مضطربة، نظراً لعدم استنادها إلى نص من القرآن الكريم، أو حديث من السنة النبوية، وما هو واضح في الواقع ظهور أعراض للحمل مثل انقطاع حيض المرأة، أو الإحساس بحركة الجنين في البطن أنه حمل، أو قد تطول فترات الحمل مما يستدعي تدخل الطب في هذه الأمور، غير أن المشرع الجزائري تدخل في المسألة وحسمها بنص المادة 42 من قا أ: "..... وأقصاها عشرة (10) أشهر".

وفي ظل هذا الاختلاف يمكن القول أن الرأي الأقرب للصواب هو رأي ابن حزم الظاهري، و رأي ابن عبد الحكم وهذا ما أثبتته الأبحاث العملية في حساب مدة الحمل في علم الأجنة.

(1) البيهقي، السنن البري، المجلد السابع، كتاب العدد، باب ما جاء في أكثر مدة الحمل، رقم الحديث 15553، دار وائل، بيروت، ص.728.

(2) عبد القادر داودي، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، دراسة شرعية مقارنة، دار البصائر، الجزائر، ط1، 2007، ص.197.

(3) محمد بن أحمد الصالح، فقه الأسرة عند الإمام بن تيمية في الزواج وآثاره، المجلد الثاني، (دس)، ص.750.

فقد حددت منظمة الصحة العالمية المدة العادية للحمل ما بين 37 إلى 42 أسبوع من آخر فترة الطمث أي ما بين 259 يوم و 294 يوم وبتطور العلم توصلوا في حالات قليلة لبعض البلدان من المحافظة على الجنين ابن 22 أسبوع أي 05 أشهر بوزن 500 غرام ولكنه يحتاج إلى عناية خاصة .

أما الحد الأقصى للولادة أن تأخرت عن 42 أسبوع<sup>(1)</sup>، أصبح الجنين في خطر حقيقي و النسب في هذا أنه يعتمد على المشيمة PLACENTA، فإن طالت المدة ولم تحصل الولادة عانَ الطفلُ من قلة الأوكسجين بنسبة عالية، وبالتالي يقضي نخبه داخل الرحم VIVO MORTIN. ومن النادر أن ينجو طفلاً من الموت بقي داخل الرحم 45 أسبوع، ولم يعرف أن المشيمة يمكن أن تمُد الجنين بالعناصر اللازمة لحياته حالياً وبمساعدة التدخلات الطبية يُمكن نجدة الجنين المولود بين 06 و 09 أشهر، وذلك بمساعدته على استكمال نموه بالأدوية والتنفس الاصطناعي COUVEUSE. وخطر الموت داخل الرحم يتفاقم بعد 42 أسبوع من الحمل<sup>(2)</sup>، وفي ظل هذه المعطيات ما حكم إذا ولد الولد بين أقصى وأدنى مدة الحمل، ولكن الأب قام بنفيه باللعان؟.

## 2: عدم نفي الولد بالطرق الشرعية<sup>(3)</sup>

أورد المشرع في المادة 41 من قانون الأسرة ما يلي: "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً وأمكن الاتصال ولم ينغه بالطرق المشروعة".

(1) علي هادي عطية الهلالي، المركز القانوني للجنين في ظل الأبحاث الطبية والتقنيات المساعدة في الإنجاب، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان، ط1، 2012، ص.46. وما يليها.

(2) مقابلة شفوية مع الحكمة ريس الشريفة، أخصائية في أمراض النساء والتوليد، يوم الأحد 2011/02/23، على الساعة 16:30 بولاية ادرار .

(3) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص.194.

وعليه فإن ما يفهم مباشرة عند قراءة هذه المادة أنها لم تشر إلى اللعان صراحةً وإنما أشار إليها المشرع بعبارة ولم ينفه بالطرق المشروعة<sup>(1)</sup>، وكأن المشرع عدد هذه الطرق ولم يذكرها على سبيل الحصر، رغم أنه استدرك الأمر في المادة 138 من القانون نفسه حينما أورد عبارة اللعان بقوله: "يمنع من الإرث اللعان والردة".

ومؤدى اللعان حين يظهر حملُ الزوجة، ويتبين للزوج أن الولد ليس منه بل هو ابن زنا، فيحق له أن يدعي أن الولد ليس ابنه، خلال مدة لا تتجاوز ثمانية أيام من يوم العلم بالحمل أو رؤية الزوجة وهي تزي هذا وفق ما أطلعنا عليه في قرارات القضاء الجزائري<sup>(2)</sup>، وهذا ما سنتعرض له بالتفصيل في حال تعرضنا إلى إجراءات الملاعنة عند المشرع الجزائري ضمن (الباب الثاني).

وبعد أن تم التعرض لثبوت النسب أثناء قيام العلاقة الزوجية، ووفقاً للشروط المنصوص عليها شرعاً وقانوناً ضمن هذا الفرع، سيتم التعرض إلى ثبوت النسب حال انقطاع العلاقة الزوجية إما بالوفاة أو الطلاق، كل هذا ضمن الفرع الثاني.

## الفرع الثاني

### ثبوت النسب حال الفرقة بين الزوجين

تنحلُّ الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري بصورتين لا ثالث لهما فإما أن يكون الانحلال عن طريق الطلاق مهما كانت صورته، وإما عن طريق وفاة الزوج وفاةً

(1) وتقابلها في مدونة الأسرة المغربية، المواد 151 و153 و159، وذلك بصفة حصرية، حيث نصت المادة 153 منها على أنه: "يثبت الفراش بما تثبت به الزوجية، يعتبر الفراش بشروطه حجة قاطعة على ثبوت النسب، لا يمكن الطعن فيه إلا من الزوج عن طريق اللعان، أو بواسطة خبرة تنفيذ القطع، بشرطين:

\* إدلاء الزوج المعني بدلائل قوية على ادعائه.

\* صدور أمر قضائي بهذه الخبرة".

(2) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1993/11/23، ملف رقم 99000، الاجتهاد القضائي، عدد خاص، 2001، ص.64.

طبيعيةً أو حُكْمِيَّةً، وفي كلتا الحالتين لا تأثير على نسب الولد إن فُكَّت الرابطة الزوجية بإحدى الصور المذكورة، مادام الحمل يأخذ مداه الأدنى والأقصى.

فالمادة 43 من قانون الأسرة تؤكد على نسب الابن لأبيه إذا وُضِع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة، وهي متوافقة مع ما ورد في المادة 47 من القانون نفسه<sup>(1)</sup>، ولذلك سنعمد الحديث عن إثبات نسب الولد بعد انحلال الزواج بالطلاق (أولاً) ثم نتطرق (ثانياً) إلى إثبات نسبة بعد الوفاة، وقبل التفصيل في ذلك، لا بد من الإشارة إلى أن المشرع الجزائري ذكر الطلاق بصفة عامة دون حصر، مع أن فقهاء الشريعة الإسلامية قسموا الطلاق إلى قسمين هما: طلاق رجعي<sup>(2)</sup> وطلاق بائن<sup>(3)</sup>.

### أولاً: ثبوت نسب الولد بعد الطلاق

وعليه سنقسم هذا العنصر إلى قسمين، نتناول في الشق الأول ثبوت النسب بعد الطلاق الرجعي (01)، ثم ثبوته بعد الطلاق البائن (02).

#### 1: نسب المولود بعد الطلاق الرجعي<sup>(4)</sup>

إذا كانت المرأة معتدة من طلاق رجعي، وأتت بولد لستة أشهر من وقت الطلاق أو أكثر ولم تكن قد أقرت بأن عدتها انقضت، ثبتَ نسبه من الزوج المطلق على التفصيل التالي:

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

(1) تنص المادة 47 من ق أ ج : " تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة " .

(2) الطلاق الرجعي: وهو الذي يملك فيه الزوج مراجعة زوجته ومجامعتها خلال فترة العدة، إذاً هو لا يرفع قيد الزواج إلا بعد انقضاء العدة. أنظر، حمد بن معجوز، المرجع السابق، ص.200.

(3) طلاق بائن : وهو طلاق يرفع قيد الزوج في الحال مثله مثل الوفاة، أنظر، السيد عثمان بن الحسين بري الجعلي المالكي، سراج السلك في شرح أسهل المسالك، مؤسسة العصا للمنشورات الإسلامية، الجزائر ج2، ط1، 1992، ص.79.

(4) السيد عثمان بن الحسين بري الجعلي المالكي، المرجع السابق، ص.79.

ب- إن وضعت بعد المدة القصوى، أي عشرة أشهر، فتكون قد حملت منه وقت العدة أي يُحتمل أن يكون الزوج قد راجعها أثناء العدة<sup>(1)</sup>.

تنص المادة 43 من قانون الأسرة الجزائري: "...على أن الولد يُنسب لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة".

وقصد شرح هذه المادة، وقبل التوسع فيها لابد من التعرض للغموض الذي تُثيره كلمة الانفصال: الواردة في النص المذكور آنفاً، في حين تنص المادة 60 من القانون نفسه تنص على أن: "عدة الحامل وضع حملها وأقصى مدة الحمل عشرة أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة" فهل قصد المشرع بالانفصال الطلاق بمعنى الانفصال الجسدي أي عدم الاتصال الجنسي بين الزوجين مع بقائهما متزوجين، أم يقصد به الطلاق بحكم القاضي؟.

فالقول أن الانفصال هو الطلاق كما هو وارد في نص المادة 60 من قانون الأسرة الجزائري قد يظننا أمام مُشكل يحتاج إلى حل في الواقع العملي، فمن المعلوم إجرائياً أن الطلاق في ظل القانون الجزائري لا يكون إلا بحكم وفقاً لنص المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري والتي تنص: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدة ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى".

لذلك فإننا نبدأ في حساب مدة العشرة أشهر، ليس من يوم صدور حكم الطلاق من القاضي، حيث من الممكن للزوجة المطلقة أن تلد قبل هذه المدة، أي من تاريخ صدور لفظ الطلاق من الزوج، وعلى هذا الأساس يثبت النسب للمطلق ويسجل الإبن في سجلات الحالة المدنية على اسمه، وفي المقابل قد نصادف أن الطفل قد ينجب خلال مدة أكبر من عشرة أشهر وهذا ما يتناقض والمبادئ الأساسية للنسب سواءً شرعاً أم

(1) أحمد عمراني، أحكام النسب بين الإنجاب الطبيعي والتلقيح الصناعي (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة وهران 2000/1999، ص.44.

قانوناً، لذلك فالمعنى الأصح للانفصال والذي يتماشى مع أحكام النسب الشرعي هو الانفصال الفعلي بين الزوجين بغض النظر عن الطلاق بحكم القاضي، الذي قد يتأخر صدوره عن تاريخ الانفصال الحقيقي بين الزوجين، أي من يوم تلفظ الزوج بالطلاق وفراقه لزوجته<sup>(1)</sup>.

لكن وبما أن القانون لم يعطنا الحل، هل حساب المدة المرجوة (عشرة أشهر) تحسب من تاريخ الانفصال، أو من تاريخ الطلاق بحكم قضائي؟، لهذا فالحل هو أن يكون النص القانوني غايةً في الوضوح، فالأمر يُعوذُ إلى القاضي وتفسيره لكلمة "الانفصال"، أي مدى تفسيره قياساً على القواعد العامة للنسب.

وبما أن المشرع الجزائري لم يميز بين الطلاقين "الرجعي" و"البائن"<sup>(2)</sup> إلا أن فقهاء الشريعة الإسلامية فرقوا بينهما، حيث أن الرجعي يمكن فيه للزوج مراجعة مطلقته خلال فترة العدة فيجامعها... الخ، لذلك فإنه إذا جاء الولد خلال العدة دون إقرار الزوجة بانقضاء عدتها ففي هذه الحالة يثبت النسب بين الزوج المطلق هذا، سواءً أتت به الزوجة لأقل مدة في الحمل أو أقصاها، أو حتى لأكثر من عشرة أشهر من تاريخ الطلاق.

أما إذا جاء الولد<sup>(3)</sup> بعد انقضاء العدة وهذا بإقرار الزوجة شخصياً بانتهاء المدة وفيها حالتان:

● الحالة الأولى: إذا أتت الزوجة بولد لستة أشهر فأكثر من وقت الإقرار فلا يثبت نسبه من مطلقها، لاحتمال أن يكون الحمل من غيره بعد العدة.

(1) مالكي أم الخير و مداني فاطمة، ثبوت النسب في قانون الأسرة الجزائرية والفقهاء الإسلامي (دراسة مقارنة)، كلية العلوم الاجتماعية والإسلامية، مذكرة ليسانس، جامعة ادرار، 2011/2010، ص.30.

(2) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص.193.

(3) محمد مصطفى شليبي، المرجع السابق، ص.690.

● الحالة الثانية : أما إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار بانقضاء العدة ثبت نسبه وتكون كاذبة في إقرارها، لأنها وقت الإقرار كانت حاملاً بيقين، و إذا لم تقر بانقضاء عدتها كذلك نكون أمام حالتان:

1-الأولى: إذا جاءت بولد لأقل من سنتين من وقت الطلاق ثبت نسبه من مطلقها.

2-الثانية: وإن جاءت بابن لسنتين فأكثر، من وقت الطلاق ثبت نسبه إذا كان الطلاق رجعياً ويحمل على أن زوجها خالطها أثناء العدة وتكون رجعة.

حيث أن المادة 43 من قانون الأسرة وضعت شرطاً واحداً لإمكانية إلحاق الولد بالزوج المطلق أو المتوفى عن زوجته، وهو الولادة خلال 10 أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة، وعليه فإذا كانت الزوجة المدخول بها الحامل قد جاءت بمولود بعد يوم أو أسبوع أو شهر من وفاة زوجها أو طلاقها منه، فإن هذا المولود ينسب إلى الزوج دون ريب أو خلاف.

و اذا لم يكن حملها ظاهراً قبل الطلاق أو الوفاة، فإن هذا الولد يلحق بأبيه إذا وقعت الولادة خلال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال، ويُسجل في الحالة المدنية على لقب الزوج أو اسمه.

أما إذا وقعت ولادة بعد مرور عشرة أشهر أو أكثر بعد الطلاق، فلا يثبت نسبه إلى أبيه إلا إذا نسبته الزوجة دون علم الزوج المطلق أو المتوفى أو ورثته. ومن هنا يحق لأي شخص له مصلحة أن يطعن في هذا النسب ويرفع دعوى أمام القضاء تتعلق بإسناد نسب المولود إلى الزوج زوراً<sup>(1)</sup>.

(1) عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص. 218-219.

أما المشرع المصري فإنه ركز في الطلاق الرجعي على إقرار المطلقة بعد الدخول بها فإذا أقرت المطلقة في فترة العدة يثبت النسب، و إذا لم تقر بانقضاء عدتها وولدت مولوداً، فإن الرأي عند أبي حنيفة أنه يثبت نسبه من الزوج، سواءً ولدته قبل مضي سنتين من وقت الطلاق أو بعد مضي سنتين أو أكثر، لأن الطلاق الرجعي لا يزيل العصمة عند الحنفية، ولا يحرم على الزوج زوجته ويكون بإتيانه لها قد راجعها<sup>(1)</sup>.

## 2-نسب الولد من طلاق بائن:

من المعلوم شرعاً أنه في الطلاق البائن لا يحل للزوج مباشرة مطلقته البائنة أبداً كما لا يجوز للغير ذلك خلال فترة العدة، فيثبت النسب للزوج المطلق بشرط أن يولد في مدة (10) أشهر من تاريخ الطلاق، حسب ما نصت عليه المادة 43 من قانون الأسرة الجزائري، فإذا أقرت بانقضاء عدتها بعد مدة يحتمل تصديقها وجاءت بولد لأقل من (6) أشهر من تاريخ الإقرار وكانت المدة بين الطلاق والوضع أقل من سنتين فيثبت نسب الولد.

وإذا لم تُقر بانقضاء العدة وجاءت بالولد قبل مضي سنتين من وقت الطلاق لأن أقصى مدة للحمل عند الحنفية سنتان، ولذلك فإن أتت بالولد بعد مضي سنتين أو أكثر، فلا يثبت نسبه إلى الرجل إلا إذا ادعاه، لأن الزوج لا يمكنه أن يمسه وكان ذلك دليلاً على أنها حملت به بعد الطلاق البائن<sup>(2)</sup>.

و الملاحظ أن هذا المذهب لا يصدق مع إرادة المشرع الجزائري وهذا ما تؤيده بسبب عدم تمييزه بين الطلاقين الرجعي و البائن كما أسلفنا الذكر، غير أن المدة التي حددها هي مدة معقولة لوضع الحمل بعد الطلاق أيّاً كان نوعه.

(1) محمد عثمان غانم، المرجع السابق، ص.47.

(2) أنظر، أحمد محمود الشافعي، مرجع السابق، ص.148.



والجدير بالذكر أن المشرع المصري نص على أنه إذا أقرت المطلقة طلاقاً بائناً بعد الدخول بالحمل، ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار وكانت المدة بين الطلاق والولادة أقل من سنتين، فإن نسبه يثبت من الزوج.

أما إذا كانت المدة بين الإقرار والولادة ستة أشهر أو أكثر فلا يثبت نسبه من الزوج لاحتمال العلوق بعد انقضاء العدة، أما إذا كانت الولادة بعد سنتين فلا يثبت نسبه من الزوج لأن أقصى مدة الحمل عند الأحناف سنتان<sup>(1)</sup>.

غير أن المشرع المصري قد خالف بعض هذه الأحكام، بأن حدد حد أقصى لمدة الحمل وهي سنة شمسية (365) يوم<sup>(2)</sup>.

#### ثانياً: ثبوت نسب المولود بعد وفاة الزوج

حسب ما نصت عليه المادة 43 من قانون الأسرة الجزائري على ثبوت نسب الولد لأبيه خلال مدة 10 أشهر من تاريخ الوفاة، فإن أتت به بعد أو أكثر من هذه المدة القانونية المحددة لوفاته، فلا يمكن ثبوت نسبه إليه، وبناءً على هذا لا يجوز أن يُسجل ويُقيد على لقبه واسمه في سجل الحالة المدنية<sup>(3)</sup>. أما من الناحية الفقهية فثبوت نسب ولد المتوفى عنها زوجها يأخذ حكم المطلقة طلاقاً بائناً في حالة الإقرار وعدمه، كما تم التطرق له سالفاً<sup>(4)</sup>، وبالتالي فإذا جاءت به لأقصى مدة حمل من يوم الوفاة ثبت نسبه، و أن جاءت به لأكثر من مدة الحمل لا يثبت نسبه منه ولو ادعاه الورثة لا تقبل دعواهم<sup>(5)</sup>.

(1) أشار إلى ذلك تفصيلاً، محمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، دار الجامعة الجديدة، 2004، ص.205.

(2) أنظر، أمية حسن الرفاعي، دعوى النسب في ضوء الفقه وقضاء النقض، المكتب الفني للموسوعات القانونية، الإسكندرية، (د.س.ط) ص.25.

(3) راجع، عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص.212.

(4) أحمد محمود الشافعي، المرجع السابق، ص.149.

(5) محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة من الزوجين وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دراسة قوانين الأحوال الشخصية، ص.144 و145.

غير أن المشرع المغربي على غرار المشرع الجزائري لم يوضح من خلال مدونة الأسرة هل المقصود بأقصى مدة الحمل السنة القمرية أم السنة الشمسية، علماً أن الفرق كبير بين السنتين (أحد عشر يوماً).

وقد اعتمد القضاء المغربي في أحد قراراته السنة الشمسية<sup>(1)</sup>، غير أن هذا التأويل وإن كان أصلح للحمل أو للولد ففيه تحريفٌ لرأي الفقيه محمد بن عبد الحكم.

وعموماً فإن مجمل هذه الأقوال بخصوص هذه المسألة، بُنيت التقديرات فيها على مسائل واقعية، ولكن الواقع الحاضر لا يؤيد أي قول منها، فإن الغالب أن مدة الحمل هي تسعة أشهر وجرت العادة بذلك، وقلما نسمع أن امرأة ولدت لسنة أو لستة أشهر، ومن هنا لجأت وزارة العدل في مصر إلى الطبيب الشرعي عندما وجدت بعض النساء اللاتي لا خلاق لهن تدعين نسب أولاد غير شرعيين، اعتماداً على ما قرره فقهاء الحنفية من تقدير أقصى مدة الحمل بستين، فقرر الطبيب أن أقصى مدة الحمل سنة شمسية (365 يوماً) وذلك ليشمل جميع الحالات النادرة.

ولا شك أنه حكمٌ لا يتنافى مع الشريعة الإسلامية، كما هو مأخوذٌ من قواعدها، وعلى وفق مبادئها المقررة، والتي منها أن معرفة حكم الوقائع على وجهها الصحيح يرجع فيها إلى قول أهل المعرفة والنظر والحق أن الأطباء الأخصائيين في مثل هذا الأمر هم أهل البصر والمعرفة، فيجب الرجوع إلى قولهم في ذلك، وطبقاً لما استقر عليه الفقه الإسلامي في مذهب الجمهور، فإن النسب يثبت بكل الوسائل المقررة شرعاً في حياة الزوج<sup>(2)</sup>.

(1) المجلس الأعلى المغربي، العُرفة الاجتماعية، مجلة قرارات المجلس الأعلى المغربي، مادة الأحوال الشخصية، 1989، عدد 12 ص. 194 و195.  
(2) راجع، محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة المغربية، مطبعة دار النشر المغربية، عين السبع الدار البيضاء، المغرب، 2010، ص. 376. وانظر كذلك، قرار المجلس الأعلى المغربي، 29 أكتوبر 1968، مجلة قضاء المجلس الأعلى المغربي، ع 10، ص. 43 وما بعدها.

ولكن إذا كان هذا هو موقف المشرع الجزائري والمقارن تُجاه إثبات النسب حال الوفاة فما هو يا ترى موقفه من مسألة ثبوت النسب بالزواج غير الصحيح ونكاح الشبهة؟.

### المطلب الثاني

#### ثبوت النسب بالزواج غير الصحيح ونكاح الشبهة

إذا كان المعلوم أن النسب يُثبت عادة بالزواج الصحيح، فالإشكال ما حكم النسب من الزواج غير الصحيح؟، نجد أن المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري بقولها: "يثبت النسب بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقاً للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون"، وعليه سيتم التعرض إلى مسألة ثبوت النسب بالزواج الفاسد (الفرع الأول)، ونكاح الشبهة (الفرع الثاني)، في إطار قانون الأسرة وقرارات المحكمة العليا.

### الفرع الأول

#### ثبوت النسب حال الزواج الفاسد

لقد حرص الشرع الإسلامي على إثبات النسب في الزواج الفاسد كما يثبت في الزواج الصحيح إحياءً للولد وحفاظاً عليه من الضياع، وعليه سنتعرض إلى الزواج الفاسد (أولاً)، وإلى الشروط التي يفرضها الشرع والقانون لإثبات النسب منه (ثانياً).

#### أولاً: تعريف الزواج الفاسد وبيان أسبابه

باعتبار الزواج الصحيح مقصوداً من مقاصد الشريعة، والهدف منه تعمير الكون يقتضي البحث منا التطرق إلى تعريف الزواج الفاسد ضمن (01)، ثم التعرض إلى أسباب فساد الزواج ضمن (02).

**1- تعريف الزواج الفاسد<sup>(1)</sup>:**

بالرجوع إلى أحكام الفصل الثالث من قانون الأسرة فإن الزواج الفاسد هو كل عقد وُجد فيه الإيجاب والقبول، ولكنه فقد شرطاً من شروطه الأساسية الواردة في المادة 9 مكرر من قانون الأسرة، كأن يكون العقد بدون ولي في حالة وجوبه أو بغير شهود أو تسمية الصداق أو اشتماله على مانع من موانع الزواج، أو عدم توفر أهلية الزوجين، فهو الزواج الذي يختل فيه شرط من شروط الصحة، أو يتوفر فيه سبب من أسباب الفسخ.

**الفسخ:** هو الجزاء الذي قرره المشرع الجزائري على العقد الفاسد قبل الدخول وبعده وفقاً للمادة 33/2 ق أ ، و المادة 34 من ق أ.

**2- أسباب الزوج الفاسد**

إذا تمّ الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي<sup>(2)</sup> في حالة وجوبه، يُفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه أما بعد الدخول فيثبت بصداق المثل، وإذا أشتمل الزواج على مانع قانوني أو شرعي سواءً كان المانع أو المحرم مؤبداً أو مؤقتاً، فإنه يفسخ قبل الدخول وبعده ويطرّب عليه ثبوت النسب ووجوب العدة<sup>(3)</sup>.

وتجدرُ الإشارة إلى أن المادة 32 من قانون الأسرة كانت قبل التعديل تقرر الفسخ إذا أشتمل العقد على مانع أو شرط يتنافى مع مقتضيات العقد، أو إذا ثبت ردة الزوج، إلا أنه وبموجب الأمر 02/05 الصادر في 27 فبراير 2005 المعدل والمتمم لقانون الأسرة الجزائري قد تم تعديل المادة 32 منه والتي أصبحت تقرر بطلان الزواج في حالة اشتماله على شرط أو

(1) لم يعرف المشرع الجزائري الزواج الفاسد، غير أنه قسم الزواج الفاسد إلى زواج غير صحيح قابل للبطلان، وهو الذي أختل أحد شروطه وزواج باطل من أساسه، وهو الذي أختل ركنه المتمثل في الرضا.

(2) تنص المادة 11 من قانون الأسرة بقولها: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها، وهو أبوها أو أحد أقاربها، أو أي شخص آخر تختاره دون الإخلال بأحكام المادة 07 من هذا القانون، ويتولى زواج القصر أو لياثهم وهو الأب فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي له".

(3) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص.148.

مانع يتنافى ومقتضيات العقد هذا مع إلغاء بصفة كلية ردة الزوج كسبب من أسباب فسخ الزواج فأصبحت هذه المادة تنص على الزواج الباطل.

إضافةً إلى الفقرة الأولى من المادة 33 من قانون الأسرة التي أصبحت تُقرر بطلان الزواج إذا احتل ركن الرضا، وما عداه يعتبر زواجاً فاسداً باختلاله شرط من الشروط الواردة في المادة 9 مكرر والتي قرر لها المشرع جزاءً الفسخ .

وبالتالي فالمشرع الجزائري، قد قرر البطلان في حالتين هما :

- اشتغال العقد على مانع أو شرط يتنافى ومقتضياته.

- اختلال ركن الرضا فيه.

وما نلاحظه، هو أن المشرع الجزائري وافق في تقسيمه للزواج تقسيم الحنفية<sup>(1)</sup> إلى زواج فاسد وزواج باطل و زواج صحيح، علماً أن الزواج الفاسد والزواج الباطل في درجة واحدة في مذهب الجمهور<sup>(2)</sup>.

هذا وقد سار القضاء الجزائري على التأكيد لإثبات النسب للنكاح الفاسد حيثُ جاء في أحد قرارات المحكمة العليا ما يلي: "من المقرر شرعاً أنه يُثبت النسب بالإقرار لقول خليل في باب بيان أحكام الإقرار (ولزم الإقرار لحمل في بطن امرأة.... الخ).

كما أن إثبات النسب يقع فيه التسامح ما أمكن لأنه من حقوق الله فيثبت حتى مع الشك، وفي الأنكحة الفاسدة طبقاً لقاعدة إحياء الولد"<sup>(3)</sup>.

(1) راجع، وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق سوريا، ط3، ج7، 1989، ص.112.

(2) أنظر، الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة المعارف، بيروت لبنان، ج03، ط03، 2005، ص.243.

(3) المحكمة العليا، 1998/12/15، ملف رقم 202430، مجلة القضائية، 1999، العدد01، ص.122، مقتبس عن، باديس ديابي المرجع السابق،

وفي ظل هذه النصوص القانونية، والقرارات القضائية يمكن القول أن المشرع والقضاء الجزائريين اعتبرا أن العقد الفاسد كالصحيح فيما يتعلق بإثبات النسب، لذا فمن المنطقي أن يُعامل كالعقد الصحيح في حال احتساب مُدة الحمل وهي من إمكانية الاتصال بين الزوجين وبعد أن أستفرغنا الكلام عن تعريف الزواج الفاسد وتم حصر أهم الأسباب المؤدية إليه، فهل هناك شروطٌ شرعيةٌ لثبوت النسب من هذا الزواج؟.

### ثانياً: شروط ثبوت النسب من الزواج الفاسد

لا يعترف المشرع الجزائري بثبوت النسب في الزواج الفاسد قبل الدخول بل يعتبره زنا ويعتد بالزواج الفاسد بعد الدخول، ويترتب عليه بعض الآثار القانونية ومنها: ثبوت النسب والإرث، والنفقة... وذلك رعايةً لحقوق الولد وخشيةً من ضياع نسبه<sup>(1)</sup>.

كما حرص الشرع الإسلامي على أن يثبت النسب في الزواج الفاسد كما يثبت في الزواج الصحيح، إحياءً للولد وحفاظاً عليه من الضياع، لكنه يشترط في ذلك شروط<sup>(2)</sup> هي:

- أن يكون الزوج دخل بالزوجة التي عقد عليها عقداً فاسداً، فإذا لم يدخل بها فلا مجال للقول بثبوت النسب، حيث أن الفراش في النكاح الفاسد يُثبت بالدخول الحقيقي.

- أن تأتي المرأة بالولد في أقل مدة الحمل وهي 06 أشهر.

(1) أنظر، بلحاج العربي، المرجع السابق، ص.150.

(2) أشار إلى ذلك، أحمد محمود الشافعي، المرجع السابق، ص.149.

- أن يثبت نسبه في هذه المدة ولا يتوقف على اعتراف الزوج به حتى إذا نفاه لا ينتف لأن النفي في حال قيام الزواج الصحيح يكون باللعان، ولا لعان بين الزوجين في الزواج الفاسد، ومتى انتفى اللعان امتنع كذلك انتفاء النسب.

كما أن الزوجة قد تكون حملت به بعد أن صارت فراشاً بالدخول بها<sup>(1)</sup>.

فمن هذا نستنتج أن الشريعة الإسلامية توجب الاحتياط في الأنساب وتثبت النسب وتورث به في النكاح ولو كان فاسداً، هذا وقد اتفق الفقهاء مع الحنفية بأنه لا يوجد فرق بين الزواج الفاسد والصحيح من حيث ثبوت النسب، إلا أنهم اختلفوا في حساب مدة الحمل، هل تكون من وقت العقد، أم من وقت الدخول فأبو يوسف وأبو حنيفة يحتسبان مدة الحمل من وقت العقد، أما محمد ابن الحسن فيحتسبها من وقت الدخول، وهو الرأي الراجح وعليه الفتوى<sup>(2)</sup>.

وبناءً على ما سبق، إذا ولدت المرأة المدخول بها في الزواج الفاسد بولد لستة أشهر فأكثر من حين البناء بها، ثبت نسبه، لاعتبار الحمل حاصلاً في تلك الفترة وإن جاءت به لأقل من ستة أشهر لا يثبت نسبه من الزوج، ولو مضى أكثر من ستة أشهر من وقت العقد<sup>(3)</sup>.

أما أقصى فترة الحمل بالنسبة للزواج الفاسد، فإنها تحتسب من تاريخ التفريق بين الزوجين، فإن جاءت الزوجة بولد قبل مضي عشرة أشهر، اعتباراً من يوم التفريق ثبت نسبه من أبويه<sup>(4)</sup>.

(1) احمد فراج حسين، المرجع السابق، ص.211.

(2) أحمد محمود الشافعي، المرجع السابق، ص.149.

(3) رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان ط1، 2001 ص.343.

(4) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، (د.س.ط)، ص.195.

غير أن المشرع المصري<sup>(1)</sup> في هذه النقطة، اعتمد حال مفارقة الرجل المرأة التي عقد عليها عقداً فاسداً، أو فرق بينهما القاضي بعد الدخول ثم ولدت بعد المفارقة، فإن كانت ولادتها لأقل من سنة من تاريخ الفرقة استناداً على القانون 25 لسنة 1929 جعل أقصى مدة الحمل سنة شمسية ثبت نسبه، أما إذا جاءت بالولد لأكثر من سنة فلا يثبت نسبه منه<sup>(2)</sup>.

وكخلاصة لكل هذا، فإن الرأي المشهور والواقعي هو أن العقد الفاسد كالعقد الصحيح في إثبات النسب، وعليه فإن المنطق يقضي أن يعامل العقد الفاسد كالعقد الصحيح من حيث احتساب مدة الحمل، وهي من تاريخ إبرام العقد مع إمكانية الاتصال أو الدخول على حد تعبير المشرع الجزائري، غير أن المشرع المصري اعتمد مذهب الحنفية، والمغربي اعتمد مذهب الجمهور.

ولكن إذا كان هذا هو موقف المشرع الجزائري والمقارن بُحاه إثبات النسب حال الزواج الذي يكون العقد فيه فاسداً، فما هو يا ترى موقفه من مسألة ثبوت النسب بنكاح الشبهة؟.

## الفرع الثاني

### ثبوت النسب بنكاح الشبهة

نكاح الشبهة على ثلاثة أنواع، و أصله من الشريعة الإسلامية، بهدف الاحتراز لحماية النسب، وسيرد التفصيل فيه ضمن عنصرين، الدخول بشبهة وأنواعه (أولاً)، ثم التطرق إلى حكم النسب عند الوطء بشبهة (ثانياً)، كما يلي:

(1) أقصى مدة الحمل في القانون المصري، والتي عملت بها المحاكم الشرعية قديماً، حيناً من الدهر على مقتضى مذهب الحنفية، باعتبار أقصى مدة للحمل سنتين، وبصدور المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929، فقد غيرت هذه المدة من سنتين، إلى سنة شمسية أي 365 يوم، كما أن هذا القانون أقر جزاءً إجرائياً للزوجة التي أتت بولد لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة أو الغيبة أو ثبوت عدم تلاقيها مع زوجها، وهو عدم سماع دعواها، أنظر، محمد عثمان غانم، المرجع السابق، ص.19.

(2) محمد فراج حسين، المرجع السابق، ص.213.



## أولاً: الدُخُولُ بشبهة وأنواعه

## 1- الشُّبْهَةُ لغَةً: الالتباس والمثل (1).

2- الشُّبْهَةُ شرعاً: تُعرَّفُ الشُّبْهَةُ، بأنها ما يُشْبِهُ الشَّيْءَ الثَّابِتَ وليث بثابت (2) ونكاحُ الشُّبْهَةِ هُوَ الَّذِي يَقَعُ خَطَأً بسبب غلط يقع فيه الشخص، وقد كان يحتمل وجوده كثيراً قبل سنين طويلة لكنه أصبح في حكم الأحداث القليلة الوقوع اليوم (3) والدُخُولُ بشبهة على ثلاثة أنواع لأن الشبهة إما أن تكون شُبْهَةَ مَلِكٍ، أو شُبْهَةَ عَقْدٍ، أو شُبْهَةَ فَعْلٍ.

أ- شُبْهَةُ الْمَلِكِ (4): وتُسمى أيضاً شُبْهَةَ الْحُكْمِ أو شُبْهَةَ الْمَحَلِّ، و حاصِلُهَا أن يشتهب الدليل الشرعي على الرجل فيفهم منه إباحة وقاع المرأة في حين أنه غير مباح له، ومن أمثلتها: أن يواقع الرجل امرأته التي طلقها طلاقاً بائناً وهي في عدتها منه، ظاناً أن وقاعها يكون مراجعة لها كما في المطلقة طلاقاً رجعي .

ب- شُبْهَةُ الْعَقْدِ: هو أن يتزوج رجلٌ امرأةً زواجاً صحيحاً في البداية، على اعتقاد أنها تحل له وهو حل لها، ثم يتضح بعد الدخول أنها أختُه من الرضاع مثلاً، وهو بذلك يُشْبِهُ إلى حد بعيد الزواج الفاسد، من حيث أحكامه وآثاره (5).

(1) محمد الفيروز آبادي، القاموس المحيط، (تحقيق، محمد نعيم العرقسوسي)، ج1، ط5، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1406هـ، ص.450.

(2) سمير عبد السمیع الأودن، الزواج العربي في ظل قانون الأحوال الشخصية الجديد، مكتبة و مطبعة الإشعاع، الإسكندرية، 2001 ص.75.

(3) لأنه حالياً أصبح الزوج ينظر إلى زوجته ويتكلم معها قبل الزواج إن لم نقل قبل الخطبة، وبالتالي لا وجود للخطأ، عبد العزيز سعد المرجع السابق، ص.214.

(4) وتسمى أيضاً شُبْهَةَ حَكْمِيَّةٍ لأن سببها حكم الشارع، وتحقق بقيام الدليل النافي لحرمة في ذاته، راجع في تفصيل الشبه، أحمد حلمي مصطفى، أحكام النسب فقهاً وقضاءً، ط02، د د ن، 2006، ص.129.

(5) راجع في ذلك، عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص.214.

ج- شبهة الفعل أو الاشتباه: وفيها يعتقد الشخص حل الفعل له أي يظن في نفسه أن الحرام حلال لجهله بالأحكام الشرعية، و مثاله أن يأتي الزوج زوجته التي طلقها ثلاثاً<sup>(1)</sup>.

### ثانياً: حكم النسب عند الوطاء بشبهة

ثبوت النسب هو واحدٌ من الطرق التي تضمنتها المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري وقد أقر المشرع مطلقاً بثبوت النسب في نكاح الشبهة إذا جاءت به ما بين أقل مدة الحمل وأقصاها.

من جهة أخرى نشير في هذا الإطار أنه قد ادعى المستشرق الفرنسي بوسكي "Bousquet" في كتابه "l'éthique sexuelle en islam" "بأن نظام الشبهة وُجد في الفقه الإسلامي كباب مفتوح للخروج والهروب من العقاب، عن طريق محو وصف الجريمة وإسقاط الحد الشرعي"<sup>(2)</sup>.

هذا وقد رد عليه الأستاذ بلحاج العربي، أن هذا الرأي بعيدٌ عن الفكر العلمي الصارم وعن حقيقة التشريع الإسلامي، الذي ينص على أن الشبهة لا تمحو وصف الجريمة ولا تسقط الحد إلا إذا ثبت الخطأ، أو الغضب، أو الجهل الذي وقع فيه الشخص حسن النية، والأمر موكول إلى تقدير القاضي. فالجريمة يستحق صاحبها العقاب الشرعي بدون تردد ولا هروب كما فهم ذلك المستشرق الفرنسي بوسكي ولفقهاء الشريعة الإسلامية آراء كثيرة حول ثبوت النسب بالدخول بشبهة ففي بعضها أثبتوا النسب وفي الآخر لم يثبتوا ذلك.

(1) سمير عبد السميع الأودن، الزواج العربي في ظل قانون الأحوال الشخصية، طبعة سنة 2001، مكتبة ومطبعة الأشعلا الفنية، الإسكندرية ص.76.

(2) لمعرفة التفصيل عن هذا الرد، أنظر، بلحاج العربي، المرجع السابق، ص.197.

وفي هذا السياق قضت محكمة النقض المصرية<sup>(1)</sup> أنه: "المقرر أن الوطاء بشبهة الفعل يشترط لتحقيقه أن يظن الفاعل حل الفعل فإذا وطاء رجل مباينته ثلاثاً وهي في العدة، سقط عنه الحد إن ظن حلها له أما إذا علم بالحرمة وجب عليه الحد، وفي الحالتين لا يثبت نسب الولد الذي جاءت به المرأة وإن ادعاه الرجل، لأن هذا أمر متعلق بالفعل نفسه، إذ الفعل في ذاته لا شبهة مطلقاً في أنه زنا، وكونه زنا في حقيقة في كل الحالات تستتبع عدم ثبوت النسب، لأن الزنا لا يثبت به النسب.

وعلى ذلك إن قضاء النقض لا يثبت نسب الموطوءة بشبهة الفعل في جميع الأحوال فأسقط الحد عن الفاعل أن ظن أن المرأة حل له، و أوجب الحد إذا علم بالحرمة"<sup>(2)</sup>.

### 1- حكم شبهة الفعل أو الاشتباه في النسب

يرى الفقيه عبد الرحمان الجزيري أن النسب لا يثبت باعتبار هذه الشبهة من زنا، ولا تعتد المرأة، لأنه لا عدة من زنا، في حين يرى البعض الآخر أن من زفت له غير امرأته، وقيل له هذه امرأتك فوطأها، ثم تبين له أنها ليست زوجته وأنه غرر به فلا يُقام عليه الحد لوجود هذه الشبهة، لأن الرجل في العصور الماضية لا يعرف امرأته أول مرة إلا بإخبار النساء له، فقد اعتمد دليلاً شرعياً مبيحاً للوطء، إذ الملك ثابت له من حيث الظاهر، وبالتالي يجب عليه المهر وعلى المرأة المزفوفة العدة ويثبت النسب<sup>(3)</sup>.

(1) أشار إلى ذلك، محمد عثمان غانم، المرجع السابق، ص.64، كما جرى قضاء النقض المصري على أن : الزواج الذي لا يحضره شهود هو في الفقه الحنفي زواج فاسد يترتب عليه آثار الزواج الصحيح ومنها ثبوت النسب بالدخول الحقيقي، غير أن زواج المطعون عليها المسلمة بالطاعن المسيحي وهي تجهل ذلك زواج فاسد مؤداه جواز ثبوت النسب.

(2) أنظر في ذلك، محمد عثمان غانم، المرجع السابق، ص.64.

(3) عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء الخامس، دار القلم، بيروت لبنان، ص.100.

2 حكم شبهة العقد:

حيث يرى كل من المالكية والشافعية والحنابلة وأبو يوسف والإمام محمد بن الحسن من الحنفية<sup>(1)</sup> أنه إذا عقد رجل على امرأة لا يحل له نكاحها، بأن كانت من محارمه كأمه أو أخته مثلاً أو محرمة من نسب أو رضاع، ثم وطأها في هذا العقد وهو عالم بالتحريم فإنه يجب عليه إقامة الحد لأن العقد لم يصادف مجلة إذ لا شبهة فيه عنده ويلحق به الولد.

أما الإمام أبو حنيفة فقد ذهب إلى أنه لا يجب عليه إقامة الحد سواء كان عالماً بالتحريم أم جاهلاً به، ولكن يجب عليه المهر ويثبت نسب الولد منه. ونرى أن صاحبيه أبا يوسف ومحمد بن الحسن اتفقا معه في عدم العلم بالتحريم بسقوط الحد وثبوت النسب، واختلفاً معه في حالة العلم، فهما يوجبان فيه الحد و يوافقانه في ثبوت النسب<sup>(2)</sup>.

3- حكم شبهة الملك

وحُكِّم المدخول بها في هذه الشبهة أنه يسقط فيه الحد، ويمحُو وصف الزنا فيثبت المهر والعدة والنسب، وفي هذا الموضوع يقول الإمام أبو زهرة: أن الزنا لا يثبت نسبه لقول الرسول ﷺ: "لا دعوة في الإسلام، ذهب أمرُ الجاهلية الولد للفراش والعاهر الحجر"<sup>(3)</sup>، ولأن ثبوت النسب نعمةٌ والجريمة لا تُثبت النعمة، بل يستحق صاحبها النعمة، والزنا الذي لا يثبت نسباً هو الفعل الخالي من أي شبهة مسقطاً للحد، فإذا كان ثمة شبهة

(1) الشيخ أبي الحسن أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر، مختصر القدوري في الفقه الحنفي، تحقيق وتعليق الشيخ كامل محمد عويضة منشورات محمد علي بيوض، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 1997، كتاب النكاح، ص.145؛ محمد أمين أفندي الشهير بابن عابدين، مجموعة رسائل بن عابدين، ج1، كتاب العلم الظاهر في نفع النسب الطاهر، ص.5.

(2) راجع في ذلك تفصيل كثير ل: عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص.103.

(3) رواه أبو داود في سننه، تصنيف أبي داود سليمان ابن الأشعث السجستاني، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، باب الولد للفراش كتاب الطلاق، حديث رقم 2274، ص.397؛ الشيخ الإمام محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الاوطار من أحاديث سيد الأخيار، شرح منتقى الأخبار، مجلد 03، ج06، دار القلم بيروت لبنان، (د س ط)، ص.273.

تمحو وصف الجريمة أو تسقط الحد فقط، فإن النسب يثبت على الراجح في الحالة الثانية، وبالإجماع في الحالة الأولى<sup>(1)</sup>.

وعليه فبعد أن تم التعرض إلى الزواج الصحيح، ونكاح الشبهة، التي نص عليهما المشرع الجزائري في إثبات النسب، فمن الواجب التعرض كذلك للبيئة والإقرار باعتبارهما وسيلتين لإثبات النسب، كل هذا ضمن المطلب الموالي.

### المطلب الثالث

#### وسائل إثبات النسب في التشريع الجزائري

للسبب وسائل يُثبت بها، نصت عليها الشريعة الإسلامية، ثم الفقه الإسلامي فالقانون والقضاء الجزائري، ففيما تتمثل يا ترى وسائل إثبات النسب؟، وما موقف القانون والقضاء الجزائري منها؟، هذا ما سنتعرض له في هذا المطلب، حيث سنتناول وسائل إثبات النسب عن طريق إقرار كل من الزوج أو الزوجة ضمن (الفرع الأول) ثم عن طريق البيئة باعتبارها احد وسائل الإثبات وذلك ضمن (الفرع الثاني).

### الفرع الأول

#### إثبات النسب بالإقرار في التشريع الجزائري

نصت المادة 40 من قا أ ج على أنه: " يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبيئة ... "، مما يدفعنا إلى مناقشة الإقرار، ومدى تأثيره على النسب؟ في قانون الأسرة ضمن العناصر التالية:

(1) محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، (د.س.ط)، ص.387.

## أولاً: تعريف الإقرار وأنواعه

قبل الدخول في ماهية الإقرار، الواجب التعرض إلى تعريفه، ثم إلى أنواعه و إلى موقف الفقه والقضاء منه، باعتباره وسيلة من الوسائل المعتمدة في إثبات النسب.

## 1: تعريف الإقرار

أ- الإقرار في اللغة: هو الاعتراف والإذعان، وضدهُ الجحود<sup>(1)</sup>.

ب- الإقرار<sup>(2)</sup> في الاصطلاح: الإقرارُ يعني الاعتراف، فاعترفَ بالشيء أي أقرَ به.

و المرادُ هنا الاعتراف بالنسب<sup>(3)</sup>، وهو أن يعترف شخص بنسب شخص ما إليه<sup>(4)</sup>، وقد تضمنت المادتان 44 و 45 من قانون الأسرة الجزائري ثبوت النسب بالإقرار فقد نصت المادة 44 بقولها: "يثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة"، ونصت المادة 45 منه: "الإقرار بالنسب في غير البنوة والأبوة و الأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه".

ومن خلال تحليل هذين النصين يستخلص أنه يوجد نوعين من الإقرار :

- (1) المعلم بطرس البستاني، محيط المحيط، 1987 م، إعادة الطبع سنة 1998 م، ص.765.
- (2) ويُقصدُ به هنا، الإقرارُ بأصل النسب، وهو الإقرار بالأبوة أو البنوة، وهو ما لا يكون فيه تحميلُ النسب على الغير فإذا أقر إنساناً بأن هذا الولدُ ابنه، ثبتَ نسبهُ منه ويكونُ له كل الحقوق التي تجبُ للأبَاء على الأبناء، ولن يكون ذلك إلا إذا تحققت الشروط التالية:
  - 1- أن يكون الولد المقر له بالنسب مجهول النسب.
  - 2- أن يكون الولد المقر له بالنسب ممن يولد مثله لمثل المقر.
  - 3- أن يكون الولد المقر له بالنسب حياً وقت صدور الإقرار.
  - 4- أن يكون الولد المقر له بالنسب مصداقاً للمقر في دعواه.
  - 5- أن لا يعترف المقر بأن سبب البنوة هو الزنا أو التبني.
- راجع في تفصيل هذه الشروط، علي عبد الرحيم عامر كمال الدين، أحكام الاشتباه في النسب في لفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، مصر، 2007، ص.71 و72.
- (3) أحمد احمد، المرجع السابق، ص.155.
- (4) عبد القادر داودي، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، دراسة شرعية قانونية مقارنة، (د.س.ن)، (د.د.ن)، ص.203.

- الإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة .
- الإقرار في غير البنوة والأبوة والأمومة .

وستتناول شرحهما على النحو الآتي :

**2: أنواع الإقرار:** للإقرار أنواع، سيتم التطرق لها تباعاً كما يلي:

**أ : الإقرار بالبنوة أو الأمومة<sup>(1)</sup>:**

وهو ما يعرف عند الفقهاء بالإقرار بنسب محمول على المقر نفسه كأن يُقول هذا ابني أو هذا أبي، أو هذه أُمِّي، وقد اشترط المشرع الجزائري والفقهاء أربع شروط أساسية، وهذا وفق ما نصت عليه المادتين 44 و 45 من قانون الأسرة<sup>(2)</sup>.

**الشَرَطُ الْأَوَّلُ:** أن يكون الولد مجهول النسب، أي لا يعرف له أب فإن كان معلوم النسب إلى أب معين لم يصح الإقرار، لأن النسب إذا تأكد ثبوت من شخص لا يقبل الإبطال .

ويعتبر ابن الملاعن في حكم معلوم النسب، فلا يجوز إدعاؤه أو الإقرار ببنوته لاحتمال أن يرجع الملاعن ويكذب نفسه بعد نفي الولد، من ثم يثبت نسب الولد منه.

**الشَرَطُ الثَّانِي:** أن يصدقه العقل والعادة، بمعنى أن يكون الرجل ممن يول له عادة ( مثال إذا كان عمر الرجل 50 سنة وعمر الإبن 20 سنة) فمن الممكن عقلاً أن يولد مثله هذا الولد

(1) و الإقرار بالبنوة كالإقرار بالأبوة، فإقرار إنسان بأن هذا ابنه اعترافٌ ضمني بان هذا أبوه، لأنه إقرار بما يلزم به وليس فيه حمل النسب على الغير ويعتبر معه من الشروط ما دكنا من الشروط السابقة في الإقرار بالبنوة، وعموماً لا خلاف بين الفقهاء في استلحاق الرجل لولده، و إقراره بجميع اعتبار الشوط التي نص عليها الفقهاء، مع اعتبار أن هذه الشروط جائزة للمرأة. أنظر، أسماء مندوه عبد العزيز أبو خزيمة، وسائل إثبات النسب بين القدم والمعاصر، دراسة فقهية مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ط1، 2010، ص.138.

(2) عبد الفتاح تقيية، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي، منشورات تالة، الجزائر، 1999 - 2000 ص.289.

لمثل المقر، أما إذا كان عمر المقر 50 سنة مثلاً و عمر المقر له نفس ذلك، أو أكثر أو اقل بقدر يسير، كان كذبُ الإقرار ظاهراً، فلا يثبت النسب فحسبُ المثال الأول يصدقُ العقلُ والعادةُ أن ابن العشرين يكون أبوه للخمسين وحسب المثال الثاني أن أب الخمسين لا يمكن عقلاً ولا عادةً أن يكون ابنه عُمرُه خمسين سنة.

وقد أكدت حكمة النقض المصرية هذا الشرط لصحة الإقرار إذ قضت في أحد قراراتها بأنه: " يشترط لصحة الإقرار بالبنوة أو الأبوة أن يكون الولد مجهول النسب وأن يكون ممكن ولادته لمثل المقر....." (1).

الشرط الثالث: أن لا يصرح المقر أثناء إقراره أنه ابنه من الزنا، لأن الزنا لا يصلح أن يكون سبباً لثبوت للنسب كونه نعمة<sup>(2)</sup>، وذلك لقوله تعالى: "يَعْرِفُونَ نِعْمَتَ اللَّهِ ثُمَّ يُنْكِرُونَهَا وَأَكْثَرُهُمُ الْكَافِرُونَ" (3).

وبهذا جاء قرارُ المحكمة العليا: "أن العلاقة التي كانت تربط بين الطرفين علاقة غير شرعية إذ كلاهما اعترف بأنه كان يُعاشر صاحبه جنسياً، فإن قُضاة الاستئناف بإعطائهم إشهاداً للمستأنف على اعترافه بالزواج، وتصحيحه، و إلحاق الولد بأبيه وتقرير حقوق المستأنفة خرقوا أحكام الشريعة الإسلامية" (4).

(1) أنظر، طفياني مخطارية، المرجع السابق، ص.62.

(2) راجع، محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص.396.

(3) سورة النحل، الآية 83.

(4) المحكمة العليا، غرفة الأحوال شخصية، 1984/10/08، ملف رقم 34137، المجلة القضائية، 1989، عدد 04، ص.79.



الشرط الرابع<sup>(1)</sup>: أن يُصادق المقر على إقراره إن كان مميزاً، أي بالغاً عاقلاً عند الجمهور<sup>(2)</sup>، لأن الإقرارَ حجةً قاصرةً على المقر فلا تتعداهُ إلى غيره إلا بيينةً أو تصديق فإن كان المقر له طفلاً غير مميز ثبتَّ نسبهُ بالإقرار من غير حاجة إلى تصديق، لأنه ليس أهلاً للتصديق، وفي ثبوت نسبه من المقر مصلحةٌ له أن يتوقف على التصديق. أما إن كُبر وأنكر هذا النسب لا يسمع منه، لأن النسب متى ثبتَّ لا يقبلُ الإبطال من الأب أو الابن<sup>(3)</sup>.

والجديرُ بالذكر، أن الموقف الأقرب للصواب هو موقفُ المشرع الجزائري حين أخذ بعدم اشتراط تصديق المقر له بالنسب، سواءً كان صغيراً أم كبيراً وهو رأيُ فقهاء المالكية<sup>(4)</sup> وعموماً فمتى توفرت الشروط الأساسية للزواج، قامت العلاقة النسبية بين الشخصين وترتبت عليها الآثار القانونية، من توارث، ونفقة وغيرها.

#### ب: الإقرار في غير البُنة أو الأبوة أو الأمومة

وهو ما يعرف عند الفقهاء بإقرار نسب المحمُول على الغير، يعني إدعاؤه بالقرابة غير المباشرة وهي قرابة الحواشي الذين يجمعهم أصلٌ مشترك دون أن يكون أحدهما فرعاً للآخر ويسمى بفرع النسب، كدعوى الأخوة أو العمومة أو الأجداد والحفدة.

فإذا ادعى شخصٌ بأن فلاناً أخوه كانت تلك دعوى بالنسب على أبيه لأن معناها هذا ابن أبي، وإذا ادعى بأن فلانٌ عمُّه كانت دعوى بالنسب على جده، لأن معناها هذا ابن جدي و هكذا دواليك<sup>(5)</sup>.

(1) نص على هذا الشرط أغلب فقهاء الشافعية، راجع، شمس الدين بن شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، مطبعة مصطفى البابي وأولاده، مصر، الجزء 5، ص. 107.

(2) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 07، ط 03، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1989، ص. 691.

(3) عبد الفتاح تقيية، المرجع السابق، ص. 289.

(4) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار شريفة الجزائر، ج 02، 1989، ص. 120.

(5) شعبان الكومي أحمد فايد، الدعوة بالمجهول وأحكامه، دار الجامعة الجديدة للنشر، ط 1، 2004، ص. 465.

وهذا ما نصت عليه المادة 45 من قانون الأسرة الجزائري بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، غير أن هذا النوع من الإقرار يصح بالشرطين السابقين في حالة جهالة النسب، و أن يصدقه العقل والعادة وأضاف لهما المشرع الجزائري شرطاً ثالثاً وهو أن يوافق المحمول عليه بالنسب على هذا الإقرار، فالموافقة هنا يقصد بها التصديق من المقر عليه إن كان حياً، والبينة باثنتين من الورثة إن كان ميتاً.

فإن لم يتحقق واحدٌ منهما لا يثبت النسب بهذا الإقرار، لأن هذا الأخير يقتضي أن يلحق النسب على غير المقر، وبالتالي يقصر على نفسه دون غيره، فلا يثبت في حق غيره إلا إذا صدق ذلك الغير، أو قامت البينة على صحة الإقرار. لكن يُعامل المقر بمقتضى إقراره في حق نفسه بحيث لا يكون لهذه المعاملة أثرٌ في حق غيره فيطالب بالحقوق المالية بمقتضى إقراره<sup>(1)</sup>.

غير أن المقر في قضاء محكمة النقض المصرية<sup>(2)</sup>: "أنه متى ثبت النسب بالإقرار فإنه ينطوي على الاعتراف ببنوة الصغير حقيقية وهو بعد الإقرار به لا يحتمل النفي ولا ينفك بحال وإذا كان لا يجوز للمقر نفسه أن ينفي النسب بعد إقراره، لأن النفي إنكار بعد الإقرار فلا يُسمع حيث أنه لا يجوز من باب أولى للورثة أن ينفوا هذا النسب الذي أقر به الأب إذ هو التزامٌ للمقر دون غير فلا يتوقف نفاذه على تصديق الورثة، ولا يلتفت إلى إنكارهم، لأن النسب قد ثبتَ باعتراف المقر وفيه تحميل النسب على نفسه وهو أدري من غيره لما أقر به فيصح قوله على قول غير".

(1) عبد الفتاح تقيّة، المرجع السابق، ص. 291.

(2) احمد إبراهيم بك و واصل علاء الدين احمد إبراهيم، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون معلقاً عليها بأحكام المحكمة الدستورية العليا ومحكمة النقض، ط5، 2003، ص. 583. هذا وقد تناول المشرع المصري، موضوع الإقرار بالنسب من المادة 100 إلى 107 من مجموعة الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس الصادر عام 1938.

أما المشرع المغربي، وفي مسألة الإقرار بالنسب تحديداً، فقد أشار إلى تعريفه بأنه: "اعترافُ شخص بأنه أبٌ لولد معين هو إقرار، والإقرار عبارة عن تصرف قانوني انفرادي<sup>(1)</sup>، يخضع لما تخضع له التصرفات الانفرادية من أحكام، ولكي يرتب الإقرار بالنسب آثاره القانونية"، وهو ما يتضح جلياً من خلال نص المادة 160 من المدونة الأسرة المغربية التي عرفت الإقرار بالنسب بقولها: "الإقرار بالبنوة ولو في مرض الموت لمجهول النسب يثبت به النسب من المقر وفق الشروط الآتية:

\* أولاً: أن يكون المقرُّ ذكراً.

\* ثانياً: أن يكون المقرُّ عاقلاً.

\* ثالثاً: أن يكون الولد المقر به مجهول النسب.

\* رابعاً: أن لا يكذب المستلحق<sup>(2)</sup> عقل أو عادة".

ويتفق موقف المشرع الجزائري في هذه المسألة مع الفقه الإسلامي، فعند الحنفية<sup>(3)</sup> إن لم يصدقه الغيرُ أو يصدقه اثنان من الورثة أو لم تتم بينه على صحة الإقرار يُعامل المقر بمقتضى إقراره في حق نفسه، فتجب عليه نفقة المقر له أن كان عاجزاً فقيراً وكان المقر هو موسراً ويشترك المقر له المقر في حصته التي يرثها من تركه أبيه، و هكذا ذكر الحنفية بالمشاركة في النصف فمن أقر بأخوة آخر و أنكر أخوه الثاني هذا الأخير يأخذ نصف

(1) نظم المشرع المغربي أحكام الإقرار في قانون الالتزامات والعقود، ضمن وسائل الإثبات، وبالخصوص في الفصول من 405 إلى 415.

(2) الإستلحاق هو لفظ مرادف للإقرار بالنسب عند المشرع المغربي، وهو ما أشارت إليه مدونة الأسرة المغربية، من خلال المادة 145.

(3) أحمد ابن محمد ابن قدامي المقدسي، الكافي، تحقيق الدكتور عبد الله ابن عبد المحسن التركي، هجر للطباعة والنشر والتوزيع، ج 06 ط 01 1997 ص. 293 إلى 299.

التركة والنصف الثاني يتقاسمه المقر والمقر له، غير أن المالكية<sup>(1)</sup>، عندهم يأخذ المنكر نصفه كاملاً ويأخذ المقر له ما نقص من نصيب المنكر على فرض أن التركة توزع على ثلاثة.

مثال توضيحي: على فرض أن تكون التركة 12 ديناراً مثلاً فيأخذ المقر له دينارين والمقر أربع دنانير ويكون للمنكر ستة دنانير، وإذا صح الإقرار بالنسب لإنسان شارك الورثة في الميراث وأن لم يصدقه الغير ومات المقر، ورث منه المقر له كباقي ورثته.

وفي مجال إثبات النسب بواسطة الإقرار جاء عن المحكمة العليا<sup>(2)</sup>: "من المقرر شرعاً أن يثبت النسب بالإقرار لقول خليل في باب بيان أحكام الإقرار ولزوم الإقرار لحمل في بطن امرأة... " كما أن إثبات النسب يقع فيه التسامح ما أمكن لأنه من حقوق الله فيثبت حتى مع الشك وفي الأنكحة الفاسدة طبقاً لقاعدة إحياء الولد ومتى تبين من قضية الحال أنا المطعون ضده أقر بحمل الطاعنة بشهادة جماعة أمام الموثق بتاريخ 1997/04/06 فإن هذه الشهادة لا تعتبر صلحاً بل هي توثيق لشهادة جماعية عن إقرار المطعون ضده بحمل الطاعنة، كما أن المادتين 341 و461 من القانون المدني لا تنطبق على قضية الحال التي هي من قضايا الحالة التي يحكمها قانون الأسرة<sup>(3)</sup>.

كما أنه لا يمكن الجمع بين الإقرار بالحمل وبالدفن المادة 41 من قانون الأسرة التي تحدد مدة الحمل، لأن الإقرار في حالة ثبوته يغني عن أي دليل آخر، ولا يحق للمقر أن يثير أي دفع لإبطال مفعول هذا القرار، بالتالي فثبوت النسب بطريق الاعتراف للولد المجهول النسب ببنوته أو أبوته أو أمومته، يجب أن يكون ناتجاً عن زواج صحيح، أو فاسد،

(1) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الأحوال الشخصية، ط1، 1985، ج7، طبعة خاصة بالجزائر، ط2، 1996، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ص.693.

(2) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية 1998/12/15، رقم الملف 202430، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص.77.

(3) عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص.216.

أو نكاح شبهة، عدا هذا لا يجوز إسناد نسبه لأي رجل آخر، ولا تسجيله في سجلات الحالة المدنية على لقب واسم شخص ما إنما يلحق بأمه و لقبها<sup>(1)</sup>.

(<sup>1</sup>) التعليق على حكم قضائي ابتدائي خاص بالإقرار في قضايا النسب الشرعي صادر عن محكمة العلةمة، قسم شؤون الأسرة، بتاريخ 2012/01/25، رقم الجدول 11/03080، فهرس رقم 12/000348.

المرحلة التحليلية للحكم النهائي :

أطراف النزاع : (ب م) و (م أ)

**الوقائع القانونية للحكم:** المدعي تزوج بالمدعى عليها زواجا عرفيا وتم تثبيت هذا الزواج بموجب الحكم المؤرخ في 2010/03/25. أثناء رفع الدعوى كانت المدعى عليها حامل في شهرها الثامن، ثم وضعت حملها بالبنت (س) وتم تسجيله بالحالة المدنية لبلدية سطيف بتاريخ 2010/01/14 ولم تسجل البنت بلقب أبيها بل بلقب أمها لأنها مولودة قبل صدور حكم القاضي بإثبات الزواج بين الأبوين. التمس في طلباته المدعى بإثبات نسب البنت (س) المسجلة بالحالة المدنية وتصحيح عقد ميلادها لتصبح على لقب أبيها. أثبتت المدعى عليها إنما لما وضعت حملها كان عقد الزواج لم ينجز بعد لذا سجلت البنت بلقب الأم لعدم توفر دفتر العائلي. **الإجراءات القانونية والقضائية:** تم تصحيح عقد الميلاد و التمس القضاء بما جاء في العريضة الافتتاحية والأمر بإجراء تصحيح اللقب على شهادة ميلاد البنت أمرت المحكمة وضع القضية للنظر لجلسة 2011/01/25 للفصل فيها طبقا للقانون.

**الطلبات و الدفع:** المدعي التمس القضاء بإثبات نسب ابنته المسجلة بالحالة المدنية لبلدية سطيف بتاريخ 2010/01/14 وتصحيح عقد ميلادها المدعي عليها تلتمس القضاء بما جاء في العريضة الافتتاحية والأمر بالتصحيح المطلوب بشهادة الميلاد.

**المشكل القانوني:** من الناحية الشكلية هل الدعوى جاءت وفقا للشروط والإجراءات الشكلية المنصوص عنها قانونا؟

من الناحية الموضوعية حول ماذا يدور موضوع الطلب القضائي؟ وهل عقد الزواج صحيح و شرعي؟

حكم القاضي قبول الدعوى شكلا، وفي الموضوع إلحاق نسب البنت (س) المولودة بسطيف بتاريخ 2010/01/14 لوالدها (ب م) المولود بفرجوية في 1965/04/02، وأمر ضابط الحالة المدنية لبلدية سطيف بتسجيلها بسجلات الحالة المدنية على لقب أبيها و تسجيلها بالدفتر العائلي الخاص به وبوالدها المسماة (م أ) المولودة بجميلة في 1981، وتحمل المدعى المصاريف القضائية.

**المناقشة:** النسب يثبت بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل نكاح تم فسخه بعد الدخول و هذا الحكم ينصب على عقد زواج صحيح و شرعي ومسجل وفقا للقانون بموجب عقد زواج مسجل لدى الحالة المدنية، والأب يريد إلحاق نسب ابنته به وهذا النوع من الإثبات هو الإقرار، فهل جاء وفقا للشروط المنصوص عليها قانونا؟ وأيضا ما نوعه وهل وفق القاضي في تطبيق القانون؟

**الحكم جاء موافق لجميع الشروط المنصوص عنها في الإقرار، وهي :**

- أن يكون الزواج صحيحاً، وفي قضية الحال كان الزواج صحيحاً وشرعياً ومسجلاً وفقاً للقانون.
- أن يثبت مجهول النسب، وهنا البنت (س) والأب (ب م) افر بأبوته للبنت التي ليس لها نسب معلوم عند الأهل و الأقارب أي الأب الوحيد لهذه البنت.
- أن يصدقه العقل، أي السن تسمح بان تكون بنتا لهذا الأب وهو من مواليد 1965 و البنت من مواليد 2010 والأب حسب التحقيق غير مصاب العقم.
- الإدلاء بعبارة تدل على لن هاب لها، والطرفين أمام القاضي أكدوا أنهما تزوجا في 2006 وأنجبا البنت وصرح المدعى أنه يقر بأبوته للبنت ويريد إلحاق نسبها إليه

نوع الإقرار هنا الإقرار بالأبوة، لأن المقر هو الأب (ب م) و المقر له البنت (س) والتي صارت بعد الإقرار (ر ب).

من خلال دراستنا لهذا النموذج الذي فصلت فيها المحكمة بقبول الدعوى، فان القاضي قد وقف في تطبيق القانون عملاً بالمواد من 13 إلى 27 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والمواد 40، 41، 42، 45، من قانون الأسرة، وهو مؤسس قانوناً.

ثانياً: دعاوى النسب الثابتة من الإقرار دعاوى النسب لا تسمع في كل الأحوال، وهي تختلف باختلاف نوع النسب وهي تنقسم إلى قسمين: دعاوى ليس فيها تحميل النسب على الغير، ودعاوى فيها تحميل النسب على الغير وسيرد توضيح هاتين الدعويتين كما يلي:

### 1- دعاوى النسب التي ليس فيها تحميل على الغير

ومثالها أن يدعى شخص على آخر أنه ابنه، دعوى مجردة من غير مصاحبة أي حق آخر فإن أقر بثبوت النسب وإن أنكر أثبتت طرق الإثبات الأخرى هذا في حال الحياة، أما إن كان المدعى عليه ميتاً فلا بد أن تكون الدعوى في ضمن الحق، كحق الميراث، واشتراط ذلك بأنها دعوى على الميت وهو غائب، ولا تُسمع الدعوى على الغائب إلا في ضمن حق للحاضر<sup>(1)</sup>.

### 2- دعاوى فيها تحميل النسب على الغير

ومثالها أن يرفع المدعى دعوى يطلب الميراث فينكر المدعى عليه صفته التي يستند عليها في الميراث، فعلى المدعى أن يثبت دعواه، و حتى يُثبت نسبه من المتوفى الذي يريد حصته من تركته هذا كون المقصود الأصلي من الدعوى هو الحق المترتب على ثبوت النسب إذ أن الانتساب إلى الميت ليس هو الهدف، بل يبقى مجرد وسيلة لإثبات الحق المتنازع فيه، والخصم ليس من مُحمل عليه النسب، وإنما هو كل من له أو عليه حق في التركة كالورثة أو قد يكون الوصي أو الموصى له، وقد يكون الدائن فبوفاة من يدعي الانتساب إليه لا تُسمع الدعوى إلا إذا كانت ضمن حق آخر على شخص حاضر<sup>(2)</sup>.

(1) محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص.399.

(2) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية 1998/12/15، رقم الملف 202430، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص.77.

## ثالثاً: تمييز النسب الثابت بالإقرار عن التبني واللقيط

لقد حرمت الشريعة الإسلامية التبني لما فيه من المفساد، لكنه لم يغلق باب الإحسان بل فتحه على مصراعيه، فللشخص مطلق الحرية في أن يربي من يشاء من الأطفال البؤساء المحرومين واليتامى، ويدخل فيهم اللقطاء وأبناء الزنا، فله أن يقوم بشأن من تولاه و رعايته و ينفق عليه ليمسح بيده الرحمة آثار البؤس والفاقة .

كما لم تمنعه من أن يهب له أو يوصى له ببعض ماله، دون أن يلحقه بالنسب إليه وعلى منوالها سار المشرع الجزائري في أحكامه، لكن ما يلاحظ واقعياً هو عدم وجود تمييز بين نظامي التبني<sup>(1)</sup>، والإقرار بالنسب، فالكثير يعتبرهما اسمان لمسمى واحد، إلا أن الأمر خلاف ذلك، حيث هناك عدة فروقات نذكر أهمها كما يلي<sup>(2)</sup>:

- أن الإقرار اعترافاً بنسب حقيقي لشخص مجهول، فمن أقر لمجهول النسب بأنه ابنه فقد اعترف ببنوة هذا الولد حقيقةً، و أنه خلُق من ماءه سواء كان صادقاً في الواقع أم كاذباً وبالتالي تثبت له جميع الحقوق و الأحكام الشرعية، وإن كان فعلية إثم كذبه، كما أن الإقرار طريقاً لإثبات النسب وليس سبباً منشأً له، لأن سببه ناتج عن علاقة شرعية صحيحة.

(1) كان النبي شائعاً في الجاهلية، خلال صدر الإسلام، ومن أشهر المتبنين، زيد ابن حارثة الذي نزل فيه قرآناً يتلى ، حيث تبناه الرسول صلى الله عليه وسلم، وأطلق عليه اسم زيد ابن محمد، حتى شرفه الله بالرسالة، ونزل فيه قوله تعالى: "وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ ﴿٥٠﴾ أَدْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ ﴿٥١﴾ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا"، سورة الأحزاب، الآيتين 04 و05، وبهذه الآية أبطل الإسلام التبني وأمر من تبنى أحداً إلا ينسبه إلى نفسه، و إنما ينسبه إلى أبيه إن كان له أب معروف، فإن جهل أبوه دعي مولاً، أو أخاً في الإسلام، انظر، محمد عثمان غانم، المرجع السابق، ص.119 و120.

(2) عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص.207.

- : أما التبني فهو استلحاق شخص معروف النسب لغيره أو مجهول النسب كاللقيط ويصرح أنه اتخذ ابناً له مع كونه ليس كذلك في الحقيقة<sup>(1)</sup>.

وقد ورد في الآيتين الكريمتين قوله تعالى: "مَا جَعَلَ اللَّهُ لِرَجُلٍ مِّن قَلْبَيْنِ فِي جَوْفِهِ ۚ وَمَا جَعَلَ أَزْوَاجَكُمُ اللَّائِي تُظَاهَرُونَ مِنْكُمْ أُمَّهَاتِكُمْ وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ۚ ذَٰلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ ۗ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ ﴿٤١﴾ أَدْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ ۚ فَإِن لَّمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ ۚ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ ۚ وَلَٰكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ ۚ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَّحِيمًا" (2).

وفي هذا المعنى ورد النص في المادة 46 من قانون الأسرة<sup>(3)</sup> على أنه: "يُمنع التبني شرعاً وقانوناً".

ولكن رغم صراحة النص في منع التبني، إلا أننا نجد المشرع قد أجاز التبني بطريقة غير مباشرة وذلك في المرسوم التنفيذي رقم 24/92 الصادر في 13/01/1992 المتعلق بتغيير اللقب، بأنه يمكن تطبيق قانون الشخص الذي كُفل في إطار الكفالة حيث مكن مجهول النسب أن يتقدم بطلب تغيير اللقب باسم الولد، ولفائدته وذلك قصد مطابقة لقب الولد المكفول بلقب الوصي<sup>(4)</sup>.

وفي هذه النقطة يرى الدكتور حمليل صالح أنه: "كان من الأفيد أن يُضيف المشرع عبارات تُزيل أي غُموض أو لبس قد يعتري جميع النصوص المرتبطة بالكفالة وإعطائه

(1) محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص. 703.

(2) سورة لأحزاب، الآيتين 04 و 05.

(3) وتقابلها المادة 149 من مدونة الأسرة المغربية التي تنص على أنه: "يعتبر التبني باطلاً، ولا ينتج أي أثر من آثار البنوة الشرعية".

(4) المادة 64 من قانون الحالة المدنية، تنص على أنه: "يعطي ضابط الحالة المدنية نفسه الأسماء إلى الأطفال اللقطاء والأطفال المولودين من أبوين مجهولين والذين لم ينسب لهم المصحح أية أسماء يعين الطفل بمجموعة من الأسماء يؤخذ آخرها كلقب عائلي".



اللقب، ومحاولات الكثيرين تفسيرها خطأً، ولعل ما ذهبت إليه مُدَوِّنة الأسرة المغربي نراه مناسباً ودقيقاً خصوصاً في عبارتها الثانية حينما نصت في الفصل 1/149 "يعتبر التبني باطلاً، ولا ينتج عنه أي أثر من آثار البنوة الشرعية" فعبارة "لا ينتج عنه أي أثر من آثار البنوة الشرعية" توضح عبارة "بطلان التبني" وتشرحها لتزيل عنها كل غموض أو لبس<sup>(1)</sup>.

غير أن القضاء الجزائري، قد استدرك الأمر نوعاً ما، فحسب ما جاء في أحد قرارات المحكمة العليا<sup>(2)</sup>، حيثُ جاء فيه أنه: "يُمنع التبني شرعاً وقانوناً...". فمن خلال هذا القرار أثبت قضاء المحكمة العليا كل ما ذكر آنفاً، وميزوا بين التبني والنسب الصحيح، سواءً قد تم إثباته بالإقرار، أو بأية وسيلة من الوسائل المنصوص عليها في المادة 40 من قانون الأسرة، فيثبت من الآيتين سالفتي الذكر، والنص القانوني أنها اتفاقاً على أن التبني الذي يهدف إلى ادعاء البنوة ولو لمعروف النسب أو مجهول النسب محرم شرعاً وقانوناً<sup>(3)</sup>.

ومنه لا يجوز لأي مسلم جزائري أن ينسب أحداً إليه أو يسجله تحت لقبه و اسمه في سجلات الحالة المدنية، لا مباشرةً أمام ضابط الحالة المدنية، ولا بموجب حكم قضائي صادر عن المحكمة، وكلّ تصرف لذلك يمكن أن يعرض فاعله للعقاب بمقتضى قانون العقوبات<sup>(4)</sup>.

وعليه فالتبني لا يُثبت نسباً ولا تترتب عليه أية حقوق ثابتة بالنسبة للأبناء أو الأبناء.

(1) لقد فصل في هذه المسألة، حميل صالح، المرجع السابق، ص. 276 و278.

(2) محكمة عليا، غرفة أش، 2000/11/21، ملف رقم 246924، المجلة القضائية، 2001، العدد الثاني، ص. 297.

(3) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1994/06/28، ملف رقم 129761، المجلة القضائية، 2001، عدد خاص، ص. 155.

(4) عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص. 220.

كما تنص المادة 321 في فقرتها الرابعة من قانون العقوبات نصت على: "غير أنه إذا قدم فعلا الولد على أنه ولد لامرأة لم تضع حملاً، بعد تسليم اختبائي أو إهمال من والدته فيعاقب بالحبس من سنة إلى 05 سنوات وبغرامة من 100 ألف دنا ر جزائري إلى 5000 الألف دينار جزائري".

و بما أن المشرع الجزائري منع نظام التبني، فهو بذلك قد طبق أحكام الشريعة الإسلامية ولم يقف عند هذا الحد، بل فتَح باباً آخر لتسوية أوضاع هذه الفئة من المجتمع حين أقر بنظام الكفالة التي نص عليها في قانون الأسرة، ابتداءً من المادة 116 إلى المادة 125 منه، فالمادة 116 منه عرف من خلالها الكفالة بقولها: "الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي".

كما نصت المواد 117 و 118 منه عن كيفية الكفالة، وشروط الكافل. وكما نصت المادة 119 منه بقولها: "الولد المكفول إما أن يكون مجهول النسب أو معلوم النسب"

وتضيف المادة 121 على أنه: "تحول كفالة الكافل الولاية القانونية وجميع المنح العائلية والدراسية التي يتمتع بها الولد الأصلي". وللكافل حق إدارة أموال الكفيل التي اكتسبها من الإرث الوصية والهبة، حسب نص المادة 122 من قانون الأسرة و بموجب نص المادة 123 من القانون نفسه أنه يحق له كذلك أن يوصي أو يتبرع للمكفول بماله في حدود الثلث وإن أوصى أو تبرع بأكثر من ذلك بطل ما زاد عن الثلث، إلا إذا أجازته الورثة .

غير أن المادة 120 منه نصت بصريح العبارة على أنه: "يجب أن يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي أن كان معلوم النسب وإن كان مجهول النسب تطبق عليه المادة 64 من قانون الحالة المدنية"<sup>(1)</sup>.

وبهذا يكون المشرع الجزائري قد أدخل أوراق الفقه نوعاً ما من خلال المرسوم التنفيذي الصادر بتاريخ 1992/01/13<sup>(2)</sup>، إلا أن القضاء تدارك الأمر نوعاً ما من خلال

(1) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري الزواج و الطلاق، الجزء الأول، ص.203.

(2) إلا أنه كان من الأجدر أن يزيد في تفصيل المنع أكثر حتى لا تختلط الأمور فتصبح غامضة فيستغلها المغرضون، خصوصاً بعد صدور المرسوم التنفيذي 24/92 الذي أثار ضجة كبيرة، حيث يعلق بعض الفقه الجزائري على هذه المسألة بقوله: "أنه كان من الأفيد أن يُضيف عبارات تُزيل أي غموض أو لبس قد يعتري جميع النصوص المرتبطة بالكفالة وإعطاء اللقب ومحاولات الكثيرين تفسيرها خطأً"، راجع، حمليل صالح، المرجع السابق ص.276.

القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2000/11/21، وبهذا يمكن القول أن القضاء الجزائري قد ساير أصول الشريعة الإسلامية في المسألة-رغم أنه لم يفصل في المسألة- عكس المشرع المغربي الذي فصل في المسألة تفصيلاً وافق من خلاله الشريعة الإسلامية ويبقى المشرع التونسي الذي جنح عن الشريعة الإسلامية حال فتحه المجال للتبني، من خلال الفصول 03 إلى 07 من القانون التونسي<sup>(1)</sup>.

#### رابعاً: اللقيط

وهو الإنسان المولود الذي يُعثر عليه حياً ولم يُعرف له نسب، بغض النظر عن الأسباب التي أو جدته في هذا الوضع فقد يكون متروكاً بسبب الفقر أو بسبب الضياع أو ترك خشية العار لكونه منبوذاً<sup>(2)</sup>.

هذا وقد يضيع اللقيط بسبب الحروب والكوارث الطبيعية التي تُصيب المجتمع<sup>(3)</sup>، كما أوجبت الشريعة الإسلامية على كل من وجد طفلاً صغيراً في مكان يمكن أن يكون فيه هلاكه لو بقى هناك، أن يلقطه ويرعاه ويسلمه الدولة لتتولى هي العناية به وأن ظهر والداه الحقيقيان أو احدهما فلهما الحق في أخذه وإحاقه بنسبهما<sup>(4)</sup>. وهذا ما جاء في الفقرة الأولى من نص المادة 67 من قانون الحالة المدنية "يتعين على كل شخص وجد مولوداً حديثاً أن يصرح به إلى ضابط الحالة المدنية التابع لمكان العثور عليه".

(1) راجع، القانون التونسي عدد 27 لسنة 1958 المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني.

(2) المنبوذ هو ولد الزنا.

(3) بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، الطبعة الأولى، الدار الخلدونية للنشر والتوزيع القديمة، الجزائر، 1429 هـ - 2008 م، ص. 245.

(4) يُطلق الدكتور عبد العزيز سعد مصطلح تزييف النسب على التبني قائلاً: "إن ما نقصدُه هنا عبارة تزييف النسب إنما هو ادعاء بنوة طفل معلوم النسب عن طريق تجريده من نسبه إلى أبيه و إعطائه نسب شخص آخر، أو إدعاء بنوة أو أبوة طفل مجهول النسب بإسناده إلى نسب شخص آخر معلوم النسب دون مسوغ شرعي .

و تتم عملية تزييف النسب في الحالة الأولى بتغيير نسب الطفل واستبداله بنسب آخر من طريق تجريده من نسبه الحقيقي ومن انتسابه إلى أبيه مُقابل إعطائه نسب شخص آخر وإسناده إليه دون أي مبرر قانوني"، عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص. 220 .

أما المادة 3/442 من قانون العقوبات الجزائري تنص على أنه: "يعاقب بالحبس من عشرة أيام على الأقل إلى شهرين على الأكثر وبغرامة من 8000 دح إلى 16000 دح كل من حذر ولادة طفل ولم يقدم عنها الإقرار المنصوص عليه في القانون في المواعيد المحددة وكل من وجد طفلاً حديث العهد بالولادة ولم يسلمه إلى ضابط الحالة المدنية".

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

وبعد أن تم التعرض إلى موضوع الإقرار، مع مشكلة التبني واللقطاء لنتقل بعدها إلى معالجة وسيلة أخرى من وسائل إثبات النسب عند المشرع الجزائري وهي البيئة وأثرها في إثبات النسب.

## الفرع الثاني

### إثبات النسب بالبيئة في القانون الجزائري

البيئة مأخوذة من البيان والوضوح، واستبان الصبح وضح وهو على بيئة من أمره أي على وضوح وعدم خفاء، وكان صاحب الحق إذا قدم بيئة يثبت بها حقه إنما يزيل ما كان حوله من لبس و خفاء ليتضح أمام الجميع<sup>(1)</sup>.

### أولاً: تعريف البيئة ضمن قانون الأسرة<sup>(2)</sup>

لقد جاء في نص المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو البيئة..."، والمراد بالبيئة هي الدلائل والحجج التي تؤكد

(1) احمد احمد، المرجع السابق، ص.145.

(2) لم يعرف المشرع الجزائري البيئة تعريفاً دقيقاً، ضمن قانون الأسرة الجزائري، وإنما ذكرها في إطار كلامه عن الطرق التي يثبت بها النسب ضمن المادة 40 من قا.

وجود واقعة مادية وجوداً حقيقياً، بواسطة السمع أو البصر أو غيرهما، من وسائل الإثبات الواردة في قانون الإجراءات<sup>(1)</sup> ولكلمة البينة معنيين<sup>(2)</sup>:

معنى عام: وهو كل ما يبين الحق ويظهره، من شهادة أو يمين أو إمارة أو غير ذلك.

معنى خاص: وهو شهادة الشهود دون غيرهما .

### ثانياً- تحديد مدلول البينة الوارد في نص المادة 40 من قانون الأسرة

أستعمل المشرع الجزائري في المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري في النص العربي مصطلح "البينة"، وفي النص الفرنسي مصطلح "LA PREUVE" فهذا المصطلح بشموله يُفهم منه أن مقصود البينة هو المعنى العام، لكن المقصود من البينة في مجال إثبات النسب هو الشهادة دون غيرها من الأدلة<sup>(3)</sup>، والدليل على ذلك مسألتين أثنتن هما:

#### 1- ما هو معمول به قضائياً

لعلّ القضاء في الجزائر سار على منوال القانون حيث أكد على حرمة التبيّي وذلك في العديد من القرارات، نذكر منها القرار الذي نصّه "من المقرر قانوناً أن التبيّي ممنوع شرعاً وقانوناً، ويُنسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة، وحيث انحصر طلب الطّاعنين -الحاليين- في إبطال التبيّي الذي أقامه المرحوم فإنّ قُضاة الموضوع عندما ناقشوا الدّعوى وكأنّها تتعلّق بنفي النّسب، وطَبّقوا قاعِدَة "الولد للفرّاش" فإنّهم قد أساءوا التّكليف مما ينجُرُّ عنه نقض قرارهم بدون إحالة"<sup>(4)</sup>. وهناك قرار

(1) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج و الطلاق، الجزء الأول، ص.199.

(2) احمد فراج حسين، أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الأزارطية، الإسكندرية، 2004، ص.20.

(3) باديس الذايبي، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوي النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري، دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي 2010، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ص.78 و79.

(4) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1995/05/02، رقم الملف 103232، مجلة قضائية، عدد 2، 1995، ص.99. والاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2000-2001، عدد خاص، ص.152-154.

آخر للمحكمة العليا الصادر في 15/06/1999 والذي نصه: ".....ومن المقرر قانوناً أيضاً أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار و بالبينة وبنكاح الشبهة وبكل نكاح تم فسخه قبل الدخول طبقاً للمواد 32،33،34 من هذا القانون، ومن ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد مخالفة للقانون....."

أين أثارت فيه المحكمة العليا تلقائياً الوجه المأخوذ من تجاوز السلطة والذي جاء فيه أن قضاة المجلس لما قضوا بتأييد الحكم المستأنف القاضي بتعيين خبيرة طبية قصد تحليل الدم للوصول إلى تحديد الولدين بأن ينسبا للطاعن أم لا.

وحيث أن إثبات النسب قد حددته المادة 40 من قانون الأسرة المؤرخ في 27 فبراير 2005 و الذي جعل له قواعد إثبات مسطرة وضوابط محددة تفي بكل الحالات التي يمكن أن تحدث ولم يكن من هذه القواعد تحليل الدم الذي ذهب إليه قضاة الموضوع قد دل ذلك على أنهم تجاوزوا سلطتهم الحكومية إلى سلطة التشريع الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه وإحالة نفسه للمجلس<sup>(1)</sup>.

و في الأخير يُمكن القول أن ما خلُص إليه بعض الفقه بأن البينة لا تتجسد في شهادة الشهود فحسب ليس دقيقاً، لأنهم اقتصروا في دليلهم على الخبرة العلمية، غير أنهم لم يتحدثوا على الدليل الكتابي ولا عن القرائن واقتصروا في حديثهم فقط على الخبرة العلمية<sup>(2)</sup>.

## 2- ما هو معمول به قانوناً

وهنا المسألة تتعلق بالأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل والمتمم لقانون الأسرة، الذي استحدث الطرق العلمية كوسيلة من وسائل إثبات النسب بصورة تنزع أي

(1) قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، الصادر بتاريخ 15/06/1999، رقم الملف 22674، عدد خاص، ص.88.

(2) راجع في ذلك، باديس ديابي، المرجع السابق، ص.81.

إشكال في تأويل معنى البينة الوارد في نص المادة 40 من القانون وبالتالي فدراسة البينة بمعناها الوارد في نص المادة والتي يقصّدُ بها "شهادة الشهود"<sup>(1)</sup>.

### ثالثاً: أثر البينة على إثبات النسب "شهادة الشهود"

مبدئياً تجوزُ شهادة امرأتين مسلمتين في الولادة و الاستهلال عند المالكية<sup>(2)</sup> لأن البينة المثبتة للنسب هي شهادة رجلين أو رجلٍ وامرأتان<sup>(3)</sup> حيث تُعد أقوى الطرق لإثبات النسب حيث لو كان هناك ولد نبذه أهله ولم يعرف له أهل فأخذه رجل وأقر بنسبه ثم جاء غيره فدعاه وأقام البينة على دعواه كان أحق به من الأول، لأن النسب و إن كان قد ثبت بالإقرار فهو غير مؤكّد يحمل البطلان بالبينة لأنها أقوى منه<sup>(4)</sup> و تمتازُ البينة عن الإقرار بأنها حجة متعدية لا يقتصر الحكم الثابت بها للمدعى عليه وحده، بل قد تثبت في حقه وحق غيره أما الإقرار فهو حجة قاصرة على المقر لا تتعداه إلى غيره<sup>(5)</sup>.

إلا أنه إذا كانت الدعوى بأصل النسب وهو الأبوة أو البنوة في حالة حياة الأب أو الابن سُمعت الدعوى سواءً كانت الدعوى مجردة من أي حق آخر، أم كانت في ضمن دعوى حق آخر النفقة أو الإرث، و إن كانت بعد الوفاة فإن الدعوى لا تُسمع إلا إذا كانت ضمن حق آخر، لأن المدعى عليه إذا كان ميتاً كان في حكم الغائب<sup>(6)</sup>.

(1) اتفق العلماء على جواز الشهادة بالسماع في النسب، والاكتفاء بالشهرة والاستفاضة، ما لم يعارض هذه الشهرة ما يورث التهمة والريبة كأن يُنكر المنسوب إليه ذلك النسب، أو يطعن فيه كما اتفق الفقهاء على قبول شهادة النساء مع الرجال في الدين والأموال وعدم قبول شهادتهن في الحدود، أنظر، أسماء مندوه عبد العزيز أبو خزيمية، المرجع السابق، ص.156.

(2) شهاب الدين أحمد ابن إدريس القرافي (المالكي)، الذخيرة، تحقيق الأستاذ محمد بوخبرة، ج10، ط01، دار الغرب الإسلامي، 1994 ص.248.  
(3) للإشارة فقط أن المشرع الجزائري لم يحدد عدد الشهود، غير أن المحكمة العليا، في أحد قراراتها أخذت بمذهب الأحناف في تحديد نصاب الشهود برجلين أو رجل و امرأتان، أنظر، محكمة عليا، ( المجلس الأعلى)، غ أش، 1982/12/25، المجلة القضائية، 1991، ع4، ص110. وانظر كذلك عبد الفتاح تقيّة، المرجع السابق، ص.292.

(4) احمد محمود الشافعي، المرجع السابق، ص.157 و158.

(5) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.695.

(6) عبد الفتاح تقيّة، المرجع السابق، ص.292.

وعليه فإن ادعت امرأة أنها حملت من زوجها فولدت في غيابه مثلاً، أو في حضوره وأنكر الزوج واقعة الولادة في ذاتها، أو اعترف بالولادة كواقعة مادية وأنكر أن يكون الولد الذي بين يديها هو نفسه الذي ولدته، فإنه بالإمكان شرعاً وقانوناً إثبات واقعة الولادة عن طريق شهادة القابلات اللواتي حضرن عملية الولادة أو طبيب أو ممرضات إذا وضعت حملها في المستشفى<sup>(1)</sup>.

وهنا ظهر الخلاف فهل شهادة النساء تكفي لإثبات النسب فيما لا يطلع عليه الرجال عادة كالولادة؟ وفي هذا الخصوص نص المولى عز وجل على الشهادة بقول: "وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ<sup>ط</sup> فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكَّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى<sup>ج</sup> وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا<sup>ج</sup> وَلَا تَسْأَلُونَ أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ أَجَلِهِ<sup>ج</sup> ذَٰلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ"<sup>(2)</sup>، وذلك بمعنى أنه ردُّ شهادة غير العدول، وشهادة النساء إن كثرت ويرى علماء المالكية أن البينة تكون بشهادة امرأتين<sup>(3)</sup>.

غير أن الحنابلة<sup>(4)</sup> يقبلون حتى شهادة المرأة الواحدة العادلة فيملا لا يطلع عليه إلا النساء عادة كالولادة والأمراض تحت الثياب.

(1) عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص. 217.

(2) سورة البقرة، الآية 282.

(3) شهاب الدين أحمد ابن إدريس القرافي (المالكي)، المرجع السابق، ص. 249.

(4) موفق الدين ابن قدامي المقدسي، المرجع السابق، ص. 221 و222.



أما في إثبات النسب بالبينة شهادة رجلين عدلين<sup>(1)</sup> أو رجل وامرأتان<sup>(2)</sup> والجدير بالذكر، هو أن المشرع المغربي قد اعتبر الشهادة حجة كافية وحدها لإثبات النسب، إلا أنه لم يضع لها نصاً قانونياً خاصاً بها ضمن مدونة الأسرة، مما يدفعنا إلى الانتقال إلى النص العام، الذي يقضي بإحالتنا إلى أحكام الفقه المالكي حيث يُنصُ الفصل 400 من مدونة الأسرة المغربية على أنه: "كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة يرجع فيه إلى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعايشة بالمعروف". غير أن المشرع المغربي أشار من خلال نص المادة 2/83 من مدونة الأحوال الشخصية المغربية على أن: "البنوة غير الشرعية ملغاة بالنسبة للأب فلا يترتب عليها شئ من ذلك إطلاقاً وهي بالنسبة للأم كالشرعية لأنه ولدُها".

كما أن المشرع المصري هو كذلك اعتبر ثبوت النسب بالبينة أقوى من الإقرار لأن البينة أقوى الأدلة فلو كان هناك ولد نبذه أهله، ولم يعرف له أب وأخذه رجل وأقر بنسبه منه بناءً على إقرار، ثم جاء رجل آخر وادعى نسبه وأقام البينة على ما يدعيه كان أحق بنسبه من الأول، لأن النسب وإن ظهر بالإقرار قد يكون غير مؤكد، فاحتمال البطلان بالبينة لأنها أقوى من الإقرار<sup>(3)</sup>.

(1) يقول ابن القيم الجوزية - رحمه الله - عن الحكم بالاستفاضة (الاستفاضة هي درجة بين التواتر والآحاد، فالاستفاضة : هي الاشتهار الذي يتحدث بن الناس وفاض بينهم، وهذا النوع من الإخبار يجوز استناد الشهادة إليه، وبمضى قائلًا : الاستفاضة من أظهر البينان، فلا يتطرق إلى الحاكم تهمة إذا استند إليها في حكمه فحكمه بما حكم بحجة لا بمجرد علمه الذي يشاركه فيه غيره، ولذلك كان له أن يقبل شهادة الشاهد إذا استفاض في الناس صدقة وعدالته، وبرد شهادته ويحكم بفسقه باستفاضة فجوره وكذبه، وهذا مما لا يعم فيه بين العلماء نزاع والمقصود : (أن الاستفاضة طريق من طرق العلم التي تنفي التهمة عن الشاهد والحاكم وهي أقوى من شهادة اثنين مقبولين) انظر الأمام أبي عبد الله محمد بن أبي بكر الرزعي الدمشقي بن القيم الجوزية، الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية أو الفراسة المرضية في أحكام السياسة الشرعية، تحقيق : محمد حامد الفقي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، (د.س.ط)، ص. 201 و 202 .

(2) احمد احمد، المرجع السابق، ص. 146 و 147.

(3) رضوان محمد عبد العالي، الأحكام الأساسية في الأحوال الشخصية، جامعة حلوان، القاهرة مصر، 2002، ص. 173.

والقاعدة العامة، أن شهادة الشهود التي يثبت بها النسب في الفقه الإسلامي عموماً والفقه المالكي على وجه الخصوص، هي شهادة رجلين أو شهادة رجل وامرأتين<sup>(1)</sup>، على أنه متى تعلق الأمر بإثبات الولادة، وهي قد تؤدي أحياناً إلى إثبات النسب وخاصةً بالنسبة للمرأة، فيمكن مبدئياً أن يقع الإثبات عن طريق امرأتين فقط على أساس أن الولادة مما لا يطلع عليه إلا النساء أحياناً، دون الرجال.

وما يمكن ملاحظته هو أن إثبات النسب بالبينة اتفقت عليه أغلب التشريعات العربية ولا يمكن تصورهما إلا بناءً على زواج صحيح، أو فاسد، فلا يمكن إثبات نسب ولد نتج عن علاقة غير شرعية وغير قانونية بأية بيينة، عدا نسبه إلى والدته، مما يبرر بأن هناك اليوم قناعة تكاد تكون عامة على أن الشهادة أو البيينة، لم تعد تتمتع بالمصادقية الكافية التي تأهلها لأن تكون وسيلة إثبات مطمئنة وحاسمة لأي نزاع، ناهيك على أنها لم تحظ بنصوص وافية تجعلها تكون أكثر تنظيماً مثل الفقه الإسلامي الحنيف.

وأخيراً، فإنه من الضروري أنه حتى تستكمل الدراسة أحقيتها ضمن الباب الأول، لا بد أن نتطرق إلى مناقشة الجديد الذي جاء به المشرع الجزائري ضمن الأمر 02/05، فبعد أن تعرضنا إلى موقف القانون والقضاء الجزائري، وبعض القانون والفقه المقارن، من مسألة تحديد النسب حال الولادة الطبيعية، فإنه من باب الواجب أن نعرف ما موقف المشرع الجزائري والقانون المقارن من النسب حال الولادة غير الطبيعية<sup>(2)</sup>؟، وما مضمون الحماية التي أحاطه بها؟.

(1) أشار إلى ذلك قوله تعالى: "..... وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ ۖ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى ۚ وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا ۗ وَلَا تَسْعَمُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ أَجَلِهِ ۗ ذَٰلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا ۗ" سورة البقرة، الآية 184.

(2) المقصود هنا بمصطلح الولادة غير الطبيعية، التلقيح الاصطناعي.

## الفصل الثاني

## التلقيح الاصطناعي كوسيلة غير طبيعية لبقاء البشر

ما دام الولد زينة الحياة الدنيا فإن تعطيل أحد الجهازين الذكري أو الأنثوي أو هما معاً لعلّة أو لمرض يشكل حائلاً دون الإنجاب، حيث أن مشكلة عدم الإنجاب من المشكلات التي واجهت الحيات الزوجية وأخذت تهددها<sup>(1)</sup>، وطالماً سببت للأسرة عقداً نفسية ومشكلات عائلية تنتهي في الغالب بانفصال الزوجين وعليه فقد أحدث التلقيح الاصطناعي ثورة حقيقية في مجال النسب، قلبت المفاهيم والحقائق الثابتة، مما استدعى أن يكون هناك فصلٌ بين الإنجاب من ناحية، والاتصال الجنسي من ناحية أخرى، فقد أصبح الإنجاب ممكناً بدون أي اتصال جنسي (المبحث الأول).

ثم إن الحمل الذي تدوم مدته تسعة أشهر كحد أقصى، من تاريخ العقد أو الوفاة أو الانفصال، كشرط لإلحاق نسب الولد بأبيه، فإنه بإمكانية تجميد اللقاح المعدة من بويضة الزوجة وماء الزوج فيما يطلق عليه علمياً "بنوك المنى"، ثم تلقح الزوجة بها بعد مدة قد تطول إلى سنين (المبحث الثاني).

(1) بالرجوع إلى.. الرأي الراجح في الشريعة الإسلامية حول مسألة العقم، يرفض أن تطلق الزوجة بسببه، ولكن إذا كان عدم الإنجاب راجع للزوج، فلما تحرم الزوجة من حقها في الإنجاب وذلك اعتباراً للمحا فضة على الأنساب، كونه من بين أسس الزواج، لذا يشير الأستاذ تشوار جيلالي إلى وجوب إدراج عدم الإنجاب ضمن المفهوم العام لنص المادة 2/53، أنظر، تشوار جيلالي، حق الزوجة في الطلاق بين النقائص القانونية والتطور الاجتماعي، مقال منشور، نصوص جمعها وقدمها عبد الحفيظ أوسكين، مخبر القانون والتكنولوجيا الحديثة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، 2007، ص.85.

## المبحث الأول

## ماهية التلقيح الاصطناعي

ليست عملية التلقيح الاصطناعي بصفة عامة وليدة هذا العصر، بل عرفه الإنسان منذ القدم فيما يتعلق بالنبات والحيوان، وذلك من أجل تحسين السلالة الحيوانية أو النباتية، حيث قال تعالى: "قَدْ عَمِنَّا مَا تَنْقُصُ الْأَرْضُ مِنْهُمْ وَعِنْدَنَا كِتَابٌ حَفِيظٌ" (1).

غير أن أول تلقيح اصطناعي أجري على حيوان سنة 1780 على يد الكاهن الإيطالي ( لازار دسبالانزاني ) الأخصائي بعلم الغرائز ( الفيزيولوجيا ) فقام بتجربته على كلب أنداك (2).

واستفاد الطب الحديث لاحقاً من هذه التجربة، حيث أُجريت سنة 1781 أولُ عملية ناجحة على بني الإنسان وهي امرأة، على أن فئة كبيرة من الفقهاء و الأطباء يرون أن أول تلقيح اصطناعي خاص بالبشر كان سنة 1799 قام به الجراح جون هانتر بشأن زوجين عقيمين بسبب وجود عاهة وراثية بالزوج، وتمت العملية بمني هذا الأخير، في حين أن أول تلقيح اصطناعي بواسطة الغير كان سنة 1884 (3) كما تجدر الإشارة في هذا المجال إلى أنه بالنسبة للتلقيح الواقع على الحيوان أو النبات يُقصد به تحسين النسل الحيواني أو النباتي، بينما استعماله لدى الإنسان فهو لغرض تحقيق رغبة الحصول على أولاد.

(1) سورة الحجرات ، الآية 22.

(2) أشار إلى ذلك، عبد الملك عبد الرحمان السعدي، العلاقات الجنسية غير الشرعية وعقوبتها في الشريعة والقانون، دار البيان العربي، جدة السعودية، ج1، 1985، ص.99.

(3) لقد فصل في المسألة: تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية و البيولوجيا، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2001، ص.93.

كما يُعد التلقيح الاصطناعي<sup>(1)</sup> من أحدث قضايا النسل نسبياً والذي يتخذ كـرغبة ووسيلة للحصول على الولد عندما تحول الظروف الطبيعية دون الإنجاب هذا وقد نالت هذه القضية اهتمام الكثير من أوساط الناس وراحوا يستفسرون عن مشروعيتها، خاصةً تلك الزوجات اللاتي يشتكين من الآلام بسبب الإيلاج، أو بسبب أن الظروف الطبيعية تحول بينهم وبين الإنجاب.

وبناءً عليه سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نتعرض في المطلب الأول إلى مفهوم التلقيح الاصطناعي، وفي المطلب الثاني إلى أسباب التلقيح الاصطناعي أنواعه وحكم كل نوع، وسيتم تفصيل هاتين المطلبين تباعاً كما يلي.

### المطلب الأول

#### مفهوم التلقيح الاصطناعي

إن التلقيح (الإنجاب) الاصطناعي<sup>(2)</sup> من حيث أنه يخالف عملية التلقيح الطبيعي، فهو يقوم على استبعاد الاتصال الجنسي بين الرجل والمرأة، إذ يؤخذ السائل المنوي فوراً أي حاراً غير بارد بعد وضعه في إناء، أو أنبوب نظيف معقم غير مبلل بالماء ويسحب بمحقن خاص ليزرع في فوهة عنق الرحم ليدخل إلى الرحم رأساً، ثم تترك السيدة بعدها ممدودةً على ظهرها مدة ساعة تقريباً، لتساعد النطف على الوصول إلى الجهاز التناسلي، أين تنتظرها البويضة في البرق .

(1) حال إجراء عملية التلقيح الاصطناعي، يشير الأطباء أن الطفل لا يبقى في الأنبوب الاختباري من أول يوم تلقيح، تلقح فيه البويضة بالنطفة بمعنى طوال مدة التكوين بل يبقى فقط لمدى وجيزة تكفي طبيياً للإجراء عملية التلقيح الاصطناعي، فبمجرد أن تتم عملية التلقيح الاصطناعي تخرج هذه البويضة الملقحة من الأنبوب وتوضع في مكان أخرى تنمو فيه ويتخلق الطفل ويكبر .

(2) الأولى أن يقال التلقيح أو الإخصاب الاصطناعي، لأن التلقيح يسبق الإنجاب وقد ينتج عن التلقيح أطفالاً أو لا ينتج بينما مصطلح الإنجاب الاصطناعي فليطلق على حالة الولادة التي تكون فعلاً عن طريق التلقيح الاصطناعي، بمعنى الإنجاب الاصطناعي، بمعنى التلقيح أو لا ثم الإنجاب.

و لا تجرى هذه العملية إلا في اليوم المحدد للتبييض أي يوم خروج البويضة ويستطيع الطبيب تحديد هذا اليوم بمراقبة حرارة السيدة طيلة الشهر، ومراقبة دورتها الشهرية أيام حيضها لأشهر ثلاثة سابقة، أو بوضع الأوراق الملونة على عنق الرحم والتأكد من وجود السكر أي انطلاق البويضة<sup>(1)</sup>.

أما من حيث التعريف الاصطلاحي القانوني، فيُعرفه بعض رجال القانون بأنه: "عملية الإدخال الطبي لنظفة الرجل، في الوضع الطبيعي المعد له للمرأة بهدف علاجي يتمثل في الإنجاب"<sup>(2)</sup>.

وسيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، نتعرض إلى حقيقة التلقيح الاصطناعي من منظور علماء اللغة والاصطلاح (الفرع الأول)، ثم إلى الشروط الفقهية للقيام بعملية التلقيح الاصطناعي (الفرع الثاني).

### الفرع الأول

#### حقيقة التلقيح الاصطناعي من منظور علماء اللغة والاصطلاح

لتحديد حقيقة التلقيح الاصطناعي لا بُدَّ (أولاً) من تعريفه عند اللغويين ثم عند الاصطلاحيين (ثانياً).

#### أولاً: تعريف التلقيح الاصطناعي في اللغة

هذا المصطلح مركب من كلمتين هما: التلقيح، الصناعي<sup>(3)</sup> اللقاح اسمٌ من ماء الفحل من الإبل والخيل، وما يلحق به النبات و الشجر، حيث يقال: لفتح الفحل

(1) صبري القباني، أطفال تحت الطب ومنع الحمل، ج1، ط24، دار العلم للملايين، بيروت، 1980، ص.274.

(2) هناك تفصيل كبير في موضوع الإنجاب الاصطناعي ل العربي شحط عبد القادر، الأحكام القانونية العامة لنظام الإنجاب الاصطناعي دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، وهران، 2000، ص.07.

(3) المقصود بالصناعي هنا، يعني غير الطبيعي.

الناقة<sup>(1)</sup>، فإذا استبان حملها قيل، استبان لقاحها وإذا كان أصل اللقاح للإبل فقد استعير بها في النساء، فيقال: لُقحت إذا حملت ويقال للأمهات: الملاقيح و الملاقيح ما في بطون الأمهات وهي الأجنة، كما يقال لُقحت الناقة لقاحاً، أي قبلت ماء الفحل فهي لاقحٌ و لقوْحٌ، و يقال لُقحت النخلة والزرع والتلقيح في النخل ماء تلقح به النخلة من اللقاح.

### ثانياً: تعريف التلقيح الاصطناعي في الاصطلاح

يطلق التلقيح الاصطناعي على التقاء نطفة الرجل ببويضة المرأة بطريقة صناعية أو بغير الاتصال الجنسي المباشر لغرض الحمل، كما يعرف التلقيح الاصطناعي بعدة تعريفات نورد بعضاً منها كما يلي: "أنه عملية تجرى لعلاج العقم عند المرأة، وذلك بالتحقيق من إدخال مني الزوج إلى الزوجة، في عضوها التناسلي بغير اتصال جنسي"<sup>(2)</sup>.

إذاً يقصد بالتلقيح الصناعي وضع الحيوانات المنوية في الجهاز التناسلي للمرأة أو إخصاب بويضة المرأة بغير الطريق الطبيعي، وذلك عن طريق استخراج البويضة وتلقيحها بالخلية الذكرية للرجل وإعادة زرعها في المرأة، وعليه فإن الذي يحصل فيها أي في العملية توخز نطفة الرجل وتزرع في مهبل الزوجة أمام العنق<sup>(3)</sup>، كما عرف بأنه إدخال مني رجل في رحم امرأة بطريقة آلية<sup>(4)</sup> وهو الذي في حالة المباشرة الطبيعية بين الزوجين، لا فرق سوى الاستغناء عن عضو الذكورة بمزرق تزرق بها نطفة الزوج في الموقع

(1) الإمام مجد الدين محمد بن يعقوب بن محمد بن إبراهيم الفيروز بادي الشيرازي الشافعي، قاموس المحيط، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان ط1، 1415هـ، 1995م، ج1، ص.339.

(2) أشار إلى هذا التعريف، احمد شوقي أبو خطوة، شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات لدولة الإمارات المتحدة، النظرية العامة للجريمة 1997، (د.د.ن)، الجزء الأول، ص.350.

(3) كان هذا التعريف ل: مصطفى الزرقا، التلقيح الصناعي، مطبعة طرية، دمشق، سوريا، بدون طبعة وتاريخ، ص.22.

(4) علي محمد يوسف المحمدي، أحكام النسب، رسالة دكتوراه، جامعة الأزهر، كلية الشريعة والقانون، 1976، ص.220.

المناسب من مهبل الزوجة أمام العنق، وهذا المفهوم ليس بغريب عن الفقهاء الأقدمين فلقد ناقشوا هذا المسألة وإن كانت مناقشتهم لها في إطار نظري بحث وتحت عنوان غير عنوان التلقيح الصناعي فلقد تحدثوا عن هذه العملية تحت أبواب العدة وإلحاق الولد وغير ذلك حال ما إذا تمكنت المرأة من استدخال مني زوجها أو غيره إلى رحمها وحدث حمل وولادة من جراء هذا العملية.

وعموماً فبعد أن تم التعرض إلى حقيقة التلقيح الاصطناعي عند أهل اللغة والاصطلاح، فيا ترى ما هي الشروط الفقهية للقيام به؟، هذا ما سنتعرض له ضمن الفرع الموالي.

### الفرع الثاني

#### الشروط الشرعية للقيام بعملية التلقيح الاصطناعي

بعد القيام بعريف التلقيح الصناعي في اللغة والاصطلاح، من الضروري التطرق إلى الشروط التي نص عليها الفقهاء للقيام بهذه العملية، هذا وقد خلص مؤتمر المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي<sup>(1)</sup>، والذي انعقد بمكة المكرمة في دورته السابعة، في الفترة ما بين 11 إلى 16 ربيع الثاني 1404 حول مشكلة التلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيب، إلى القول بأن شروط التلقيح الاصطناعي بصفة عامة، هي ثلاثة كما يلي:

#### الشرط الأول: ألا يتم التلقيح الاصطناعي إلا إذا دعت إليه ضرورة

إن الإسلام دينٌ يُسرُّ و ليس دين عسر إذ أنه رغم وضع محرمات إلا انه يبيحها أحياناً "فالضرورات تبيح المحظورات"، و قال الفقهاء إن التلقيح الاصطناعي في حد ذاته لا

(1) مؤتمر المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي، والذي انعقد بمكة المكرمة في دورته السابعة، في الفترة ما بين 11 إلى 16 ربيع الثاني 1404 حول مشكلة التلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيب، مأخوذ من موقع شبكة الأنترنت [www.islamqu.com](http://www.islamqu.com) يوم 2011/08/14.



يتفق مع الأحكام الشرعية العامة لذا لا يلجأ إلى هذه التقنية إلا عند الضرورة القصوى، و هي حاملما يستحيل على المرأة أن تحمل من زوجها عن الطريق الطبيعي أي الاتصال الجنسي، و أسس الفقه الإسلامي علة التحريم على قوله عز وجل: "قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ وَيَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ ذَلِكَ أَزْكَى لَهُمْ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا يَصْنَعُونَ وَقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ وَيَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا" (1).

وعموماً فإن حفظ الفرج واجب، حيث لا يجوز إجراء عملية التلقيح الاصطناعي إلا بسبب يهدف إلى علاج العقم والوصول إلى الإنجاب، ولا يجوز التلقيح بهدف آخر كتحسين السلالة أو النسل (2).

فغياب الحاجة و الضرورة بان كانت المرأة قادرة على الحمل بالطريق العادي ومع ذلك لجأت لهذه العملية و لم تحفظ جسدها فهو اعتداءً و تجاوزاً على الحدود الشرعية، إذ أن مجرد النظر إليها هو زنى لقوله ﷺ: "إن الله كتب عن ابن آدم نصيبه من الزنا، أدرك ذلك لا محالة، فزنا العينين النظر، وزنا اللسان المنطق، والنفس تمنى وتشتهي والفرج يصدق ذلك كله و يكذبه" (3).

### الشرط الثاني: ألا يخضع لهذه العملية إلا الزوجان

لا يجوز التلقيح بين شخصين أجنبيين عن بعضهما البعض، إذ لا بد أن يكون كل من الرجل والمرأة محل التلقيح مرتبطين بعقد الزواج صحيح، ذلك أنه يلجأ لهذه الوسيلة

(1) سورة النور، الآيتين 30-31.

(2) محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 1999، ص.67.

(3) رواه أبو هريرة، صحيح البخاري بشرح الكرمانلي، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، الجزء 22، كتاب الاستئذان، باب زنا الجوارح دون الفرج، رقم الحديث 5865، ص.84.

لتحقيق غرض من أغراض الزواج و هو التناسل، كما ترجع به العلاقة الشرعية على العلاقة غير الشرعية، ويترتب على ذلك عدم جواز إجراء عملية التلقيح بعد فك الرابطة الزوجية بالطلاق، أو الوفاة أو الفسخ، أي تستبعد كل العلاقات الحرة، كما هو مصرح به في أغلب قوانين البلاد الأوربية<sup>(1)</sup>.

و لا مجال للحدوث عن الزواج بين نفس الجنس (امرأتين أو رجلين) ذلك أن هذا محرم في الشريعة الإسلامية، و بالتبعية حُرمة كل ما يتبع و يتعلق بذلك، و بالنسبة لعدم إمكانية التلقيح بعد وفاة الزوج، فقد يظهر أن هذا الشرط<sup>(2)</sup> لا معنى له.

لكن التقدم العلمي كما تم توضيحه سابقاً توصل إلى تجميد مني الأزواج و ذلك بإيداعها في بنوك المنى، أين يمكن للزوجة المطالبة به و تحمل من زوجها رغم وفاة هذا الأخير أو قد تكون مطلقة، فهذا أمرٌ خطيرٌ لا يمكن القول به إطلاقاً في الدول الإسلامية.

### الشرط الثالث: أن يتم تلقيح المرأة بماء زوجها

فعملية التلقيح تخضع إلى حديث الرسول ﷺ: "الولد للفرش و للعاهر الحجر"<sup>(3)</sup> بمعنى الولد للزوج، و للعاهر - و هو الزاني - الرجم عقوبةً على جرمته ذلك أن عقد الزواج الشرعي يبيح العلاقة الجنسية بين الزوجين، لذا من اللازم دائماً في هذه الحالات أن تُلقح الزوجة بذات مني زوجها، دون شك في استبداله أو اختلاطه بمنى غيره.

(1) أنظر، رضا عبد الحليم، النظام القانوني للإلجاب الصناعي، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، ط01، 1996، ص.463.

(2) والشر هو ما تتوقف عليه الماهية وليس جزء منها، أو هو ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته، ويختلف الشرط عن الركن في أن الركن ما تتوقف عليه الماهية وهو جزء منها، أنظر في تفصيل الشروط والفرق بينه وبين الأركان، عبد الرحمان السيد الشافعي سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين، (د.د.ن)، 1974، ص.173.

(3) رواه أبي الحسن مسلم ابن الحجاج، صحيح مسلم، مرجع سابق، كتاب الرضاع، باب الولد للفرش وتوقي الشبهات، حديث رقم 1457 ص.154.

و يقول أحد الفقهاء<sup>(1)</sup>: " فإذا كان تلقيح الزوجة من رجل آخر غير زوجها فهو محرم شرعاً ويكون في معنى الزنا و نتائجه و كل طفل ناشئ بالطرق المحرمة قطعاً من التلقيح الاصطناعي لا ينسب إلا لمن حملت به و وضعته باعتباره حالة ولادة طبيعية كولد الزنا الفعلي تماماً".

و عليه إذا توفرت هذه الشروط فيجب أن تتم العملية أمام جهة علمية موثوقة و تتم العملية بحضور الزوج، حيث لا يجوز الخلوة بالزوجة، ففي التلقيح الاصطناعي يتم التعامل فيه مع الفروج المحصنة، و ينتج عنه طفل شرعي و لا شك في نسبه إلى والديه إذ قال أحد فقهاء الشريعة الغراء: "إذا لقحت بويضة الزوجة بماء زوجها في أنبوب ثم وضعت في رحم الزوجة بوجود عيب في جهازها التناسلي فهذا حلال و ينسب المولود للأب و الأم"<sup>(2)</sup>.

وعموماً يمكن القول أن التلقيح الصناعي يرادُ به "نقلُ الحيوانات المنوية للرجل ووضعها في الجهاز التناسلي للمرأة، أو الحصول على الحيوان المنوي للرجل وبويضة للمرأة وتلقيحها خارج الرحم، في أنبوب ثم إعادة زرعهما بطريقة طبية في رحم المرأة".

من خلال ما تقدم من بيان تعريف التلقيح الاصطناعي، ودليل مشروعيته في الشريعة الإسلامية، فإنه يشترط لصحة وسلامة هذا الإخصاب تحديداً الطبيعة القانونية له .

(1) أشار إلى ذلك، جيلالي تشوار، الزواج و الطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية و البيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2001، ص.104.

(2) جيلالي تشوار، المرجع السابق، ص. 104 و 105.

## المطلب الثاني

## الطبيعة القانونية للتلقيح الاصطناعي

إن الزواج قد تعترضه عوائق مرضية تحول دون تحقيق الهدف منه، ترجع أساساً إما إلى العقم التام لأحد الزوجين، أو إلى خلل بيولوجي<sup>(1)</sup> من شأنه أن يتسبب في ضعف الخصوبة لدى احدهما، وقد يثير عقم أحد الزوجين اختلافاً بينهما حول اللجوء إلى التلقيح الصناعي الذي يصبح في بعض الحالات الوسيلة الأخيرة للإنجاب وعليه تستطيع أن نتمسك بوجود تطبيق نظرية البطلان على أساس وقوع الزوج المضروب في غلط عدم المقدرة على المخالطة الجنسية، خصوصاً إذا كان العقم ناتجاً فعلاً لسبب عجز جنسي، و رغم ذلك فليس بالإمكان أن نقضي ببطلان الزواج على أساس طلب الشخص الذي تزوج جهالة للسبب بشخص قادر على قيامه بالواجبات الزوجية، إلا أنه عاقر إذ لا يكفي أن يكون الغلط حاسماً للزواج، بل أن يقوم على صفة من الصفات الجوهرية للشخص<sup>(2)</sup>.

وعموماً لقد ثار خلافٌ فقهيٌّ حول من يرى بأن المولود هو ثمرة البويضة التي أفرزتها الأم ولو لم تكن هي التي حملته ووضعتة، في حين أن هناك من يرى أن الحمل والولادة هما معيارين لثبوت الأمومة<sup>(3)</sup>.

لكن المشرع الجزائري بعد تعديله لقانون الأسرة قد حسم المسألة بتقرير أن الزوجة صاحبة البويضة هي أم الطفل، بدليل أنه لا يعترف أصلاً بالأم البديلة المتبرعة بالحمل.

(1) لقد حدد العلماء المختصون أسباب وعوامل العقم، سواء ما يتعلق بالمرأة أو الرجل، ووقفوا على المشكلات التي تمنع الإنجاب، وهي عدة عوامل ذكرها في كتابهما، مندر طيب البرننجي و شاكر غني العادي، المرجع السابق، ص.35. و ما يليها.

(2) أشارت إلى ذلك، كريم زينب، المرجع السابق، ص.391.

(3) أنظر، العربي شحط عبد القادر، المرجع السابق، ص.24.

إن هذا ما يدفعنا إلى دراسة المسؤولية القانونية للطبيب الممارس للتلقيح الاصطناعي (الفرع الأول)، ثم تحديد الخطأ الطبي أثناء القيام بعملية التلقيح الاصطناعي وبعده (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### المسؤولية القانونية للطبيب الممارس للتلقيح الاصطناعي

إن الطبيعة القانونية لأي عقد من العقود لا شك أنها تتطلب ضوابط محددة وذلك حتى نحمي طرفا العقد، ونضمن تبادل الحقوق و الالتزامات بالتساوي هذا وأن كل التشريعات التي تبيح إجراء التجارب العلمية على الجسد الإنساني تتطلب ضرورة رضا المعني بالأمر لخضوعه لهذه التجارب، بل وإنها أصبغت على هذا الرضا طابعاً خاصاً استلزمت إفرأغهُ في شكل كتابي للتأكد من أنه تم بعيداً عن كل إكراه أو تدليس أو غلط وأنه صادرٌ من شخص يتمتع بأهلية كاملة، كما تطلبت في هذا الرضا أن يكون مبنياً على إيضاحات حقيقية للعملية من طرف الطبيب المختص وذلك أن يعلم الشخص الخاضع للتجربة بما هو مقدمٌ عليه من عمل وبطبيعته التجريبية، بل ويحيطه علماً بالمخاطر التي يمكنه أن يكون عرضةً لها و الوسائل الكفيلة بدرئها<sup>(1)</sup>.

(1) كما أشار الدكتور، العربي شحط عبد القادر إلى ذلك بقوله: "أن هناك شروطاً تتعلق بموضوع التجربة ذاتها، ويتعين على الطبيب استيفائها وهي تهدف إلى إبعاد أي ضرر، وجلب أكبر منفعة للفرد والمجتمع، وبشرط ألا تتعارض مع القيم و المبادئ الدينية وأخلاقية والقانونية للمجتمع الذي يتم إجراء التجربة فيه.

وإضافةً إلى الشروط المسابقة، فإنه يشترط تطلب توافر شروط إضافة في الأشخاص القائمين بهذه التجارب، إذ يتطلب فيهم توافرهم على الكفاءة والمستوى العلمي العالي في مجال البحث الطبي .

كما أنه ومن بين القواعد الأساسية التي تحكم سير التجارب الطبية، هو التزام المشرف على هذه التجارب بالاحتفاظ بسرية المعطيات والمعلومات التي يطلع عليها، من خلال نشاطاته الطبية، إنه ليس هناك ما يمنع الباحث من نشر نتائج أبحاثه والتعبير عنها، ولكن يبقى مقيداً بعدم الكشف عن شخصية الإنسان الخاضع للتجربة.

تلکم إذاً هي أهم الشروط التي يجب مراعاتها حين القيام بأي مشروع خاص بالتجارب العلمية والطبية بصفة عامة، متى كانت تطبق على شخص بالغ وكامل الأهلية"، لقد فصل في هذه مسألة، العربي شحط عبد القادر، المرجع السابق، ص.128.

أولاً: مسؤولية الطبيب المدنية عن عمليات التلقيح الاصطناعي

عموماً فالمسؤولية هي حالة مؤاخذه الشخص الذي ارتكب أمراً يستوجب المؤاخذه بأن كان مخالفاً لقواعد القانون، ولا شك أن المسؤولية الطبية هي صورةٌ أو تطبيقٌ لها، وهي تقومُ على كل حال متى أحل الطبيب بالتزاماته القانونية والمهنية، وفي مجال التلقيح الاصطناعي متى ارتكب فعلاً يخالف قواعد وأصول هذه العملية، أو خطأ أثناء مباشرتها الأمر الذي يتطلب تحديد مفهوم الخطأ الطبي في مجال التلقيح الاصطناعي، ثم بيان أهم تطبيقاته وصوره.

1: تعريف الخطأ الطبي في إطار التلقيح الاصطناعي

إن المتصفح للقانون المدني أو الجنائي الجزائري سوف لن يجد تعريفاً خاصاً بالخطأ، إلا أنه من خلال التعريفات الكثيرة للخطأ عند فقهاء القانون المدني<sup>(1)</sup> والتعريفات التي أعطيت للخطأ الطبي بصفة خاصة<sup>(2)</sup>، فإنه يمكننا تحديد مفهوم الخطأ الطبي في إطار التلقيح الاصطناعي، إذ يتمثل في خروج الطبيب المختص بإجراء التلقيح الاصطناعي في سلوكه عن القواعد والأصول الطبية التي تفرضها طبيعة مهنته<sup>(3)</sup>، أو هو الخطأ الذي يرتكبه الطبيب أثناء مزاولته لمهنته إخلالاً بالتزام بذل العناية، و يتحلى في كل مرة لا يقوم فيها الطبيب بعملية بانتباه وحذر، ولا يراعي فيها الأصول العلمية المستقرة مع الأخذ بعين

(1) أشار إلى ذلك: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج1، دار التراث العربي، القاهرة، 1952، ص.777 وما بعدها؛ وحسين عامر المسؤولية المدنية، ط1، مطبعة مصر، القاهرة، 1956، ص. 168-176؛ وسليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، 1981، ص.182. وما بعدها؛ وعاطف النقيب: لنظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي منشورات عويدات، بيروت، 1983، ص.20.

(2) عبد اللطيف الحسيني، المرجع السابق، ص 73، وانظر كذلك، محمد بشير شريم، الأخطاء الطبية بين الالتزام والمسؤولية، الطبعة الأولى جمعية عمال المطابع، عمان، 2000، ص.156 و161؛ وفاء حملي أبو جميل، الخطأ الطبي (دراسة تحليلية فقهية وقضائية في كل من مصر وفرنسا)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991 م، ص.41؛ ومحمود محمود مصطفى، مسؤولية الأطباء والجراحين الجنائية، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الثاني، القاهرة، 1981، ص.300.

(3) عامر احمد القيسي، مشكلات المسؤولية الطبية المترتبة على التلقيح الاصطناعي، دار الثقافة، الأردن، 2001، ص.72.

الاعتبار كل الظروف الاستثنائية في الزمان والمكان، وعدم الأخذ بالضرورة بنتيجة عمله دائماً والتي قد تقترن أحياناً بالفشل نتيجة للمخاطر المحتملة التي تكتنف معظم الأعمال الطبية، وهو بالنتيجة كل خطأ يرتكبه الطبيب أثناء مزاولته لفنه إذا كان السبب في الإضرار بمريضة<sup>(1)</sup>.

نستنتج من خلال تعريف الخطأ الطبي أنه يقوم على عنصران هما :

- خروج الطبيب القائم بالتلقيح الاصطناعي عن القواعد والأصول الطبية التي تفرضها عليه مهنته وقف تنفيذ العمل الطبي.

- إخلاله بواجبات الحيطة والحذر واليقظة المطلوبة منه.

غير أن المقصود بالأصول الطبية في مجال الطب هي تلك الأصول العلمية الثابتة والقواعد المستقرة المتعارف عليها بين الأطباء نظرياً وعلمياً، والتي يجب أن يلّم بها الطبيب وقت القيام بالعمل الطبي<sup>(2)</sup>.

ويُقصد بالإخلال بواجب الحيطة والحذر في المجال الطبي عموماً، وفي مجال التلقيح الاصطناعي خصوصاً، لا سيما بلادنا العربية الإسلامية المهتمة بالأنساب من خلال تعاليم الشريعة الإسلامية .

وتطبيقاً لهذا المفهوم قضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الشهير الصادر بتاريخ 1936/05/20، و قبله محكمة السين الفرنسية في 1907/07/20 بأن: "مسؤولية الطبيب لا تنعقد إلا إذا ثبت أنه خرج عن القواعد العامة للحيطة والحذر وحسن التقدير

(1) عبد اللطيف الحسني، المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية، ط1، الشركة العالمية للكتاب، بيروت، 1987، ص.119؛ طلال عجاج المسؤولية المدنية للطبيب - دراسة مقارنة - ، ط1، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2004، ص.186.

(2) أسامة عبد الله قايد، المسؤولية الجنائية للأطباء - دراسة مقارنة - ، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص.256.

التي تسري على كل ذي مهنة أياً كانت أو إذا ثبت إهماله وعدم انتباهه بشكل لا يتفق مع الضمان الذي تتطلبه مصلحة الناس<sup>(1)</sup>.

وفي هذا الصدد قضت المحكمة العليا بأن: "كل إهمال أو عدم انتباه أو عدم مراعاة للأنظمة يفضي إلى الفشل يعرض صاحبه للمسؤولية الجزائية، ومتى ثبت أن خطأ الطبيب أدى إلى وفاة الضحية، وتوفرت العلاقة السببية بينهما استناداً لتقرير الخبرة، حيثُ أمر الطبيب بتجريع دواء غير لائق بصحة المريض دون انتباه أو احتراز، أدى ذلك إلى ثبوت مسؤوليته"<sup>(2)</sup>.

إن تحديدنا السابق لمفهوم الخطأ الطبي<sup>(3)</sup> في مجال التلقيح الاصطناعي وبيان مضمونه من خلال الخروج عن القواعد العلمية والأصول الطبية من ناحية، والإخلال بواجبات الحيطة والحذر من جهة أخرى، يجعل مفهوم وصور الخطأ الطبي وكيفية حدوثه في مجال التلقيح الاصطناعي غير واضحة، الأمر الذي يدفعنا لبيان بعض صور الخطأ الطبي في هذا المجال من خلال العناصر الموالية .

(1) Cass.civ, 20/05/1936 , responsabilité civile et assurances, édition du juris – classeur – , hors – série ,juillet – aout, 1999, Paris, p 07 .

(2) المحكمة العليا، 03/ 05/1995، ملف رقم 118720، المجلة القضائية، 1996، ع 2، ص.179.

(3) يعرف الخطأ: "بأنه نشاط إرادي، إيجابي أو سلبي لا يتفق مع الواجب من الحذر والحيطة"، أو هو كذلك "كل فعل أو ترك إرادي تترتب عليه نتائج لم يردها الفاعل مباشرة ولا بطريق غير مباشر، ولكنه كان في وسعه تجنبها.

#### درجة الخطأ: The fault degree

الخطأ العادي: Ordinary هو الخطأ الخارج عن مهنة الطب، الذي لا شأن فيه لفن الطب والذي يقع فيه الطبيب دون علاقة بالمهنة. الخطأ الفني أو المهني: Professional هو المتعلق بالمهنة والذي يقع من الطبيب كلما خالف القواعد التي توجهها عليه مهنته كالخطأ في التشخيص، أو في العلاج أو بترك علاج ظاهر متفق عليه، ويسأل الطبيب عن خطئه العادي يسيراً كان أو جسيماً، أما بالنسبة للخطأ المهني فإن الطبيب لا يسأل إلا عن خطئه المهني الجسيم.

ومن أمثلة أخطاء الأطباء الشائع حدوثها أن يجري الجراح جراحته وهو سكران أو مريض مرضاً يؤثر على كفاءة عمله أو بسلاح غير معقم أو الإهمال في تخدير المريض قبل العملية أو كأن ينسى في جوف المريض مشروطاً أو ضماداً، أو كأن يتمتع طبيب المستشفى الحكومي عن مباشرة مريض دون مبرر، أو يأمر بإخراجه من المستشفى رغم أن حالته تستوجب العلاج، أو قبل أن يستوفي المدة المطلوبة لعلاجه ودون سبب طبي مشروع، أو عدم الدقة في وصف الجرعة المقررة لدواء سام، مما قد يؤدي بحياة المريض.



2: الخطأ الطبي قبل إجراء التلقيح الاصطناعي

قد يقع الطبيب الذي يقوم بعملية التلقيح الاصطناعي في عدة أخطاء قبل قيامه بعملية التلقيح الاصطناعي نذكر منها:

أ: الخطأ في التشخيص ( Erreur dans le diagnostic ):

ويدخل ضمن الأخطاء المتصلة بالفن الطبي، ولا يشكل خطأ طبياً إلا إذا كان منطوياً على جهل ومخالفاً للأصول العلمية الثابتة التي يجب على كل طبيب الإلمام بها<sup>(1)</sup>.

حيث تزداد أهمية التشخيص ودوره في الكشف عن العلاج، أو العمل الجراحي الملائم ذلك أن الطبيب الذي تعرض عليه حالة العقم يلزمه للقيام بتشخيص الأسباب التي أدت إلى العقم، ومن تم تحديد طبيعة العلاج الملائم وطريقته.

وما من شك أن الوصول إلى تشخيص سليم يكون أقرب إلى الحقيقة، يتوقف على عدة عوامل، أهمها استخدام الوسائل العلمية الحديثة، كالتحاليل والتصوير بالأشعة وغيرها، فإذا أغفل الطبيب أو قصر في الاستعانة بهذه الوسائل اعتبر ذلك إهمالاً منه يوجب مسؤوليته إذا كان التشخيص الذي وصل إليه يعد بعيداً أو مخالفاً للحقيقة كما قد قضت في هذا الشأن إحدى المحاكم الفرنسية أنه في حالة الشك في التشخيص يجب اللجوء إلى الطرق العلمية، وذلك للتحقق من الحالة المرضية، وإلا كان الطبيب مهماً إهمالاً يحاسب عليه<sup>(2)</sup>.

(1) محمد حسين منصور، الخطأ الطبي في العلاج، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، ج1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2004، ص.459.

(2) أشار إليه، سمير أول فلي، مسؤولية طبيب التخدير القانونية والمهنية، مجلة المحامون، سوريا، 1985، ع 07، ص.911.

كما قضى مجلسُ الدولة الفرنسي بأن الطبيب الذي يُخطئ في التشخيص يقترب خطأ طبيًا من شأنه أن يرتب مسؤولية إدارة المستشفى<sup>(1)</sup>.

وخلالُة القول بأن صور الخطأ في التشخيص بالنسبة لعمليات التلقيح الاصطناعي قد تتعدد وتتنوع من خطأ في تشخيص حدة المرض، ومدى تقدمه وانتشاره إلى غير، ذلك من الأخطاء التي توجب مسؤولية الطبيب المعالج<sup>(2)</sup>.

### ب: عدم حصول الطبيب على رضا الزوجين

يُعتبر موضوع الحصول على رضا المريض وموافقته من المواضيع الحساسة والمهمة في مجال المسؤولية الطبية، ذلك أن التصرفات القانونية لا يُعتد بها إلا إذا كانت صادرة عن ذي أهلية متبصر بما يُقبل عليه، فكيف ونحن في حالة المرض التي يعاني منها المريض بالدرجة الأولى؟.

استقر الرأي فقهاً وقضائاً على ضرورة رضا المريض الحُر أثناء العلاج في غير حالة الضرورة العاجلة في كل عمل طبي أو جراحي على درجة معينة من الخطورة تترتب عنه المسؤولية لمجرد القيام بالعمل الطبي دون الحصول على الرضا اللازم<sup>(3)</sup>، إذ أن عدم الحصول

(1) C.E , 17/02/1988, Arrêt N 71979 , Centre hospitalier de Nancy, idem, p.62 .

(2) إن المسؤولية القانونية للطبيب الناجمة عن الخطأ الطبي ذات طبيعة متنوعة، فالطبيب المخطئ يمكن أن يجد نفسه أمام عدة مسؤوليات مختلفة، وهي كما يلي:

1- المسؤولية الجنائية: وتكون في حالة القتل أو الجرح أو العاهة المستديمة... الخ، من قبيل الإهمال الطبي أو الرعونة أو عدم الاحتراز.  
2- المسؤولية المدنية: وتمثل في التعويض عن الضرر اللاحق بسبب الخطأ الطبي.  
3- المسؤولية التأديبية الإدارية: و يتعرض لها الطبيب من طرف المصالح الإدارية التي يعمل لصالحها كوزارة الصحة أو الحكومة.  
4- المسؤولية التأديبية النقابية: و تتمثل في حق النقابة في النظر في أخطاء الأطباء وتوقيع الجزاءات عليهم من طرفها.  
كما يشير الفقه، أن تعدد المسؤوليات على هذا الوجه، لا يمنع من اجتماعها على الطبيب في نفس الوقت، متى توافرت شروط كل منها انظر، بديعة علي أحمد، المرجع السابق، ص.138-139.

(3) منصور مصطفى منصور، حقوق المريض على الطبيب، مجلة الحقوق والشريعة، الكويت، ع2، 1981، ص.18-20.

على هذا الرضا يشكل في حد ذاته خطأً طبياً مهيناً منذ البداية بغض النظر عن النتائج المترتبة على ذلك .

فالرضا إذأً بمفهومه هذا، أمرٌ بديهي يُشترطُ توافره كي يُسبغ على النشاط الطبي مشروعيته، إذ أن كل عمل طبي يجري على مريض معين لا بُد من حصول رضاه في غير حالات الضرورة العاجلة، وذلك قبل البدء بهذا العمل الطبي، وقد أكد المشرع هذا المعنى في نص المادتين 42 و44 من مدونة أخلاقيات الطب<sup>(1)</sup>.

والجدير بالذكر أن الرضا المطلوب في عمليات التلقيح الاصطناعي هو رضا خاص و متميز إذ أن المقصود به هو موافقة الزوجين على إجراء عملية التلقيح الاصطناعي وفق الصيغة القانونية التي تعتمدها المراكز المعنية بزرع الأجنة، ومن هنا يتميز هذا الرضا الخاص عن الرضا بالمفهوم العام الذي قدمناه سابقاً، حيث ينحصرُ دورُ الرضا العام في موافقة الزوجين أو احدهما على مباشرة الطبيب لعمله الجراحي في الكشف عن حالة العقم وأسبابها، ولكن هذا التدخل قد لا يُسفر عن إجراء عملية التلقيح الاصطناعي للزوجين، إذ يقتصر الأمر على بعض المستحضرات الطبية أو تقدم النصح حول طرق الجماع الجنسي بين الزوجين، وينتهي الأمر عند هذا الحد، أما إذا اقتضى الأمر تلقيحاً اصطناعياً فإنه يستوجب رضاً به من قبل كلا الزوجين، وهذا ما أكدته المشرع في تعديله الأخير لقانون الأسرة<sup>(2)</sup>.

(1) تنص المادة 42 من مدونة أخلاقيات الطب على أنه : " للمريض حرية اختيار طبيبه أو جراح أسنانه أو مغادرته، وينبغي للطبيب أو جراح الأسنان أن يحترم حق المريض هذا وأن يفرض احترامه ، وتمثل حرية الاختيار هذه مبدأً أساسياً تقوم عليه العلاقة بين الطبيب والمريض والعلاقة بين جراح الأسنان والمريض "، كما تنص المادة 44 منها بقولها : " يخضع كل عمل طبي يكون فيه خطر جدي على المريض لموافقة المريض موافقة حرة ومتبصرة أو لموافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون ".

(2) حيث نصت المادة 45 مكرر من قانون الأسرة على أنه : " يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي ، يخضع التلقيح الاصطناعي للشروط الآتية - أن يكون الزواج شرعياً- أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما - أن يتم بمي الزوج وبوizione رحم الزوجة دون غيرهما، ولا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة ".

وخلاصة القول أن الحصول على رضا الزوجين أمرٌ مطلوبٌ ومشروعٌ للقيام بأي إجراء في عمليات التلقيح الاصطناعي، وأن إغفاله من قبل الطبيب المعالج أو عدم مراعاة موافقة ورضا أحد الزوجين يُعتبر خطأً طبيًا ثابتاً في حقه موجباً لمسؤوليته المدنية، ذلك أن حرية المريض واحترام إرادته تُعتبر مبدأً أساسياً في علاقة الطبيب بالمريض لا يمكن تجاهلها إلا في حالات استثنائية محصورة .

### الفرع الثاني

#### الخطأ الطبي أثناء القيام بعملية التلقيح الاصطناعي وبعده

لا شك أن المرحلة التي تُعاصر وتتبع عملية التلقيح الاصطناعي مرحلة معقدة ومتداخلة، لا يمكن تناولها بالبحث، لذلك سنقتصر على بحث نوعين من الخطأ نرى أنهما الأكثر صلة والأعمق أهمية، هما حالة خلط الأنابيب (أولاً)، و(ثانياً) عن مظاهر الرقابة على الخطأ الطبي، وسيرد تفصيل ذلك كما يلي:

#### أولاً: خلط الأنابيب بعضها ببعض

قد يصدر من الطبيب المشرف على عملية التلقيح الاصطناعي أو مساعديه خطأً طبيًا بليغاً، كأن يُخلط الأنابيب<sup>(1)</sup> بعضها ببعض، ومثال ذلك أن يقوم الطبيب بخلط

(1) المقصود بأطفال الأنابيب: الأصل في علم الناس وعملهم أن عملية الإنجاب في سيرها الفطري والشرعي تبدأ من التقاء عضوي التناسل بين الزوجين، فيعلق حيوان الزوج المنوي بيضة زوجته أمشاجاً في رحمها في ذلكم القرار المكين، لتنمو خلال عدة مراحل حيث تتكاثر الخلايا ويُنفخ فيها الروح حتى تنتهي عملية الحمل بولادة المولود بإذن الله. وقد يحدث ألا تتم عملية التلقيح الطبيعية بين الزوجين فلا يحدث الإنجاب لأسباب عديدة، وقد يكون من بينها أن تكون المرأة أو الرجل عقيمين لا يستطيعان الإنجاب، والطب الحديث أثبت أن السبب الأعم في عقم النساء يكمن في انسداد قناة فالوب، ومعنى انسدادها عدم تمكُّن البيضة من شق طريقها إلى الرحم، ومن هنا يستحيل وقوع الحمل، ففكر الأطباء في تحطيط عائق القناة المسدودة بالتلقيح الصناعي، وذلك عن طريق الحصول على البيضة من مبيض المرأة بعملية جراحية، ثم إخصابها في المعمل بحيوان منوي، ثم تنمية البيضة المخصبة بعد اكتمال مراحل نموها الأولى في رحم الأم بواسطة إدخال هذا الأنبوب من خلال فتحة المهبل إلى الرحم، وقذف البيضة فيه بعد تلقيحها وزرعها في الرحم ليبدأ الحمل مساره الطبيعي المعروف.

هذه النازلة صورةً من صور التلقيح الصناعي الأكثر والأغلب، والتي أصبحت تُعرف بـ (أطفال الأنابيب) وقد تكاثرت الصور والوسائل لتحقيق رغبة الزوجة أو الزوج بالمولود، فخرجت للواقع مسائل مستجدة تحتاج إلى معرفة حكمها ومدى ثبوت النسب بما. راجع في ذلك، علي محمد

الأنايب التي تحتوي على السوائل المنوية بعضها ببعض، أو كأن تُخلط مع أناييب تحتوي على بويضات أنثوية تعود لامرأة أخرى ليست زوجةً له أو بالعكس من ذلك، وهذا عند مباشرة إجراء مثل هذه العمليات<sup>(1)</sup>.

إن هذه المسألة المعقدة تُثير إشكالاً واضحاً، ولا شك في أن أي خطأ من الطبيب مهما كان يسيراً وتافهاً، إلا أنه يوجب مسؤوليته المدنية كاملةً متى كان ثابتاً وواضحاً وهذا نظراً لطبيعة تعامله في مثل هذه العمليات المتعلقة بالأنساب.

ويزداد الموضوع إثارةً وتعقيداً وطرحاً للإشكاليات، لو أن أحد الزوجين سواءً الزوج أو الزوجة طلبت من الطبيب برضاها أن يخلط بويضتها مع حيوانات منوية لرجل آخر غير زوجها أو العكس، فما مدى مشروعية هذا التصرف؟، وما مدى مشروعية نسب الطفل الذي سيولد؟ والأغرب من ذلك، هل يُعتبر هذا الخلط جريمة زنا؟.

إن ما يهْمُننا والحالة هذه أن نبين أنه من الأخطاء الطبية التي تقع في مثل هذه العمليات ما يتعلق بخلط الأنايب، الأمر الذي يؤدي إلى الخلط بين الأنساب، كما يُثير إشكالاً آخر في غاية الأهمية يتمثل في ولادة الأطفال المشوهين، فما مدى مسؤولية الطبيب عن هذه التشوهات الحاصلة للطفل حديث العهد بالولادة؟.

المحمدي، أحكام النسب في الشريعة الإسلامية، دار قطري بن الفجاءة، قطر، الطبعة الأولى، 1414 هـ، ص.220. وأنظر كذلك، بكر أبو زيد، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، المملكة العربية السعودية، ع 3، ص.432 و447. وأنظر كذلك مقال ل، محمد علي البار المنشور في نفس المجلة، ع 1، ص.461 و468.

(1) وتمثل هذه الطريقة بأن تتلقى الزوجة جزءاً من مني زوجها مزدوجاً بمني رجل آخر "غريب" لزيادة الفعالية وتسمي هذه الطريقة بعملية "التلقيح الاصطناعي المزدوج"، فالحالة التي يضاف إليها مساعد غير كيميائي، كما هو الحال في هذه الصورة، حيث أضيف جزءً من مني رجل غريب إلى مني الزوج، وذلك لتقوية حيواناته المنوية، يلجأ إليها الأطباء فيلبسوتها ثوب الشرعية الزائف، لإسكات بعض الضمائر التي تحتج على هذه الإضافة، إلا أن هذه الطريقة غير جائزة شرعاً، لأنه كما هو معلوم طبيياً أن الحيوان المنوي واحداً فقط هو الذي ينجح في تلقيح البيضة فيمتزج بها، فمن يضمن أن هذا الحيوان المنوي الذي لقح البيضة هو حيوان الزوج وليس حيوان الرجل الغريب، انظر، محمد علي الهادي زبيدة، النسب في الحقوق المتعلقة عليه وتطبيقاته المعاصرة، أطروحة لنيل الدكتوراه في الشريعة الإسلامية، كلية دار العلوم القاهرة، مصر، (د.س.ط)، ص.238.

لاشك أن أي تهاون أو تساهل يؤدي إلى خلط الأنايب يشكل خطأ طبياً<sup>(1)</sup> يُوجب مسؤولية الطبيب متى ترتب عنه ولادة طفل، كونه يتصل اتصالاً وثيقاً بالأنساب ويكون ضرورته مؤكدة أكثر من نفعه وفائدته.

### ثانياً: الخطأ في الرقابة

يلتزم الطبيب المختص الذي أجرى تلقيحاً اصطناعياً للزوجة بمتابعة حالتها من أجل التأكد من سلامتها ومدى نجاح ما قام به، و اتخاذ ما يراه مناسباً لمواجهة ما يستجد في حالة المرأة الصحية، ولا يقتصر جهد الطبيب عند هذا الحد بل عليه المتابعة ووصف الدواء والنصائح والتعليمات المفيدة والمناسبة للمريض لتفادي النتائج السيئة المتمثلة في حصول تشوهات جنسية للجنين، أو لحدوث إجهاض للزوجة أو غير ذلك.

ذلك أن الطبيب ونظراً لدقة العملية وتعقيدها ملزم بوصف الدواء المناسب وبالمقدار المناسب، وأن أي خطأ تجاوز ذلك قد يُعرض حياة الجنين للهلاك عن طريق الإجهاض، أو تشوهه يلازمه إن وُلد حياً إلى غاية وفاته.

(1) هذا وقد عرف الدكتور اشرف جابر خطأ الطبيب بقوله: "يمكننا تعريف الخطأ - بوجه عام - سواء في نطاق المسؤولية العقدية أو المسؤولية التقصيرية بأنه: تقصير في مسلك الشخص لا يصدر عن إنسان يقظ وجد في ذات الظروف التي أحاطت بالمسؤول"، للمزيد من التفاصيل حول الموضوع، أشار إلى ذلك، أشرف جابر، التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء، دار النهضة العربية، بيروت لبنان، 1999. ص. 60. كما أشار إلى نفس التعريف:

- MAZEAUD L et TUNC., "Traité Théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle", Montchrestien, 6<sup>ème</sup> éd., tome 1, L.G.D.J., 1965, p.669.

غير أنه، في المجال الطبي، فقد عرف الدكتور محسن البيه الخطأ الطبي بأنه: "هو ذلك الخطأ الذي يصدر عن شخص يتمتع بصفة الطبيب خلال أو بمناسبة ممارسة الأعمال الطبية، لا يصدر عن طبيب يقظ وجد في ظروف الطبيب المسؤول"، كما يمكن تعريفه بأنه "إخلال الطبيب بالتزاماته في مواجهة مريضه، والذي يتمثل في مخالفة المعطيات والأصول الطبية". أشار الى ذلك، محسن البيه، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية في ظل القواعد القانونية التقليدية، مكتبة الجلاء الجديدة المنصورة، 1993، ص.11. وأنظر كذلك

-ODILE F., "Faute et assurance dans la responsabilité civile médicale", thèse, Paris, 1972, p.21.

ولا شك أن أي تقصير من الطبيب المعالج في بدل النصائح والتعليمات للزوجة وأن إي إهمال منه في متابعة حالة المريض ووصف الأدوية المناسبة يشكل خطأ طبياً يُوجب مسؤوليته لذلك كان موضوع المسؤولية الطبية من خلال عمليات التلقيح الاصطناعي في غاية الأهمية ومُنتهى الخطورة نظراً لطبيعته المعقدة والمتداخلة، ذلك أن حساسية ودقة وتداخل عمليات التلقيح الاصطناعي تفرض على الطبيب المعالج بدل المزيد من العناية و اليقظة والتبصر والإطلاع الواسع على ما استجد من علم في مثل هذه العمليات ومتابعة الأصول الطبية العلمية المستقرة وأن أي إغفال أو إهمال منه لذلك يُشكل خطأ طبياً يُوجب المسؤولية المدنية، متى كان ثابتاً وواضحاً، و قطعياً<sup>(1)</sup>.

(1) يستقر الفقه و القضاء اليوم في أغلب الأنظمة على أن التزام الطبيب بجاه مريضه هو التزام ببذل عناية و ليس تحقيق نتيجة كأصل عام، و قد استقر القضاء الفرنسي على هذا الموقف منذ قرار **Mercier** الشهير الصادر عن محكمة النقض الفرنسية سنة 1936. فالطبيب غير مُلزم بشفاء المريض، و إنما هو ملزم ببذل العناية اللازمة من أجل شفاؤه، و قد سار التشريع و القضاء الجزائريين على هذا النهج، فنصت المادة 45 من مدونة أخلاقيات الطب على ما يلي: "يلتزم الطبيب أو جراح الأسنان بمجرد موافقته على أي طلب معالجة بضممان تقدم علاج لمرضاه يتسم بالإخلاص و التفاني و المطابقة لمعطيات العلم الحديثة، و الاستعانة عند الضرورة، بالزملاء المختصين و المؤهلين".

و بناءً على ذلك لا يسأل الطبيب عن عدم شفاء المريض إلا إذا ثبت تقصيره في بذل العناية الواجبة له، أما عن معيار العناية الواجبة للمريض فقد حددته محكمة النقض الفرنسية في قرار **Mercier** المشار إليه سابقاً، حينما أشارت إلى وجوب التزام الطبيب باليقظة، الحذر و إتباع أصول المهنة أثناء علاجه للمريض، و على هذا الأساس لا يكون الطبيب مقصراً في عنايته للمريض إلا إذا كانت هذه العناية أقل من عناية طبيب من أوسط الأطباء في نفس الاختصاص، و في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب محل المسائلة، وعليه لا تغني المتابعة المدنية وفقاً لأحكام المادة 124 من القانون المدني الجزائري عن العقوبة الجزائية، إذا كان تقصير أو خطأ الطبيب يثير المسؤولية الجزائية، حيث نصت المادة 239 من القانون 85/05 المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها على ما يلي: "طبقاً لأحكام المادتين 288 و 289 من قانون العقوبات أي طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي أو مساعد طبي، على كل تقصير أو خطأ مهني يرتكبه، خلال ممارسته مهامه أو بمناسبة القيام بها، و يلحق ضرراً بالسلامة البدنية لأحد الأشخاص أو بصحته، أو يحدث له عجزاً مستديماً، أو يعرض حياته للخطر، أو يتسبب في وفاته". أشار إلى ذلك **عبد الكريم مامون**، إشكالية التفرقة بين الخطأ الجنائي والخطأ المدني في الممارسات الطبية في القانون والقضاء الجزائريين، الملتقى الوطني الثاني حول مسؤولية المهنيين في القانون الجزائري، جامعة بشار، الجزائر ماي 2011، ص.10.

## الفرع الثالث

## ضوابط التلقيح الاصطناعي في التشريع الجزائري

تُصنُّ المادة 45 مكرر مضافة بالأمر 05-02 : يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي.

يخضع التلقيح الاصطناعي للشروط الآتية :

- 1- أن يكون الزواج شرعياً<sup>(1)</sup>.
- 2- أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما.
- 3- أن يتم بمبي الزوج و بويضة رحم الزوجة دون غيرها.
- 4- لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة<sup>(2)</sup>.

(1) والمقصود هنا بالزواج الشرعي، أن يكون الزواج كامل الشروط والأركان، طبقاً لنص المادة 9 من قانون الأسرة و عندها يعد الزواج صحيحاً، و إذا أتت الزوجة بولد في مدته لحق نسبه بزوجها تلقائياً، من دون الحاجة إلى اعتراف أو بينة على هذا النسب، و هذا أخذاً بالمبدأ الوارد في حديث رسول الله صلى الله عليه و سلم: "الولد للفراش و للعاهر الحجر"، فبالزواج أصبحت الزوجة فرساً لزوجها دون غيره من الرجال، و يحرم عليها تمكين غيره منها، وبالتالي يفترض إن كل حمل تحمله الزوجة يكون من زوجها.

و نتساءل عن مدى شرعية الزواج العرفي؟ فنقول أن المشرع الجزائري يعترف بالزواج العرفي كلما كان متوافر الأركان المنصوص عليها قانوناً، فإذا كان ينص في المادة 22 من قانون الأسرة، على أن الزواج يُثبت بمستخرج من الحالة المدنية، فإنه قد جعل هناك إمكانية لإثبات الزواج غير المسجل (العرفي) بواسطة حكم صادر من الجهات القضائية المختصة، حيث أنه طالما أن الزواج توافر على كامل الشروط و الأركان، فإنه يرتب كافة الآثار و الحقوق، و منها إلحاق نسب الأولاد بأبيهم.

(2) ورد هذا المنع القانوني من أصل شرعي مفاده أن لبويضة الملقحة التي وضعت في رحم المرأة ليست بويضتها، والحكم الشرعي هو التحريم لأن فيها صورة الزنا، والزنا محرمٌ بالكتاب والسنة و الإجماع، وذلك لمبررين:

1- المحافظة على الأنساب خصوصاً إذا كان الرجل والمرأة مهينين للإنجاب، بصلاحيه مائة وصلاحيه بويضتها، فلماذا يوضع في رحم أخرى فلا يدري لمن ينتسب المولود ويكوّن مصيرُهُ الضياع.

2- صيانة الأعراض عن الانتهاك، و حماية الحقوق لكل من الرجل والمرأة، وفي الزنا وقعت المتعة الجنسية بغير الطريق الشرعي.

أنظر، محمد عبد ربه محمد السبحي، حكم استئجار الأرحام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2008، ص.119.



والملاحظ أن موقف المشرع الجزائري جاء منسجماً مع موقف الفقه الإسلامي إلا ما يتعلق بشرط: الحاجة لإجراء التلقيح الاصطناعي، فإنه لم يُنص عليه كأحد الشُرُوط في حين رأينا أن الفقه الإسلامي جعل الضرورة والمصلحة لإجراء التلقيح الاصطناعي شرطاً ضرورياً وذلك حتى يقطع الطريق أمام أي تلاعب بالفروج أو إهمال أو تسيب في عملية إجراء التلقيح الاصطناعي.

وكملاحظة مهمة، أن المشرع المغربي لم يتناول في مدونة الأسرة المغربية مسألة التلقيح الاصطناعي خلافاً لبعض التشريعات العربية كالتشريع الجزائري مثلاً وهذه ترتبط بالنسب وبالبنوة، وقد صدرت فتوى من المجتمع الفقهي الإسلامي، تُجيز ذلك التلقيح بشروط تُحافظ على الطابع الشرعي للنسب، مع العلم أن عملية التلقيح الاصطناعي تُمارس عملياً في بعض المصحات المغربية الخاصة، وفي هذا الصدد يقترح الدكتور محمد الكشور، أن يضاف إلى مدونة الأسرة المغربية نصٌ يقضي بما يلي: "يصح الإنجاب بواسطة التلقيح الاصطناعي، بإذن من المحكمة بعد التحقيق من الشروط الآتية:

- 1- أن يتم التلقيح بين زوجين أثناء زواجهما، وتحرير محضر برضاها المشترك.
- 2- أن يُثبت بشهادة طبية استحالة إنجابهما بالطريق الطبيعي.
- 3- أن يسهر على عملية التلقيح طبيبٌ مُسلمٌ محلفٌ، يُعين بقرار مشترك لوزير الصحة و وزير العدل"<sup>(1)</sup>.

ومن الملاحظ أن المشرع الجزائري قد اعترف بالتلقيح الاصطناعي ضمن قانون الأسرة، كسبيل للزوجين لأجل الإنجاب، بموجب المادة 45 مُكرر من الأمر رقم 02-05 وفقاً للشروط التالية :

(1) راجع في ذلك، محمد الكشور، البنية والنسب في مدونة الأسرة، قراءة في المستجدات البيولوجية، دراسة قانونية وشرعية مقارنة، سلسلة الدراسات القانونية المعاصرة 14، الدار البيضاء، المغرب، 2007، ص.220.

## أولاً: أن يكون الزواج شرعياً

هذا الشرط أتى به المشرع من أحكام الفقه الإسلامي، ويكون العقدُ شرعياً متى كان العقد صحيحاً أو كان فاسداً أو كان دخولاً بشبهة<sup>(1)</sup>، يستخلص هذا من نص المادة 40 ق أ المعدل والمتمم والتي تنص على طرق إثبات النسب، فذكرت عقد الزواج الصحيح الفاسد، نكاح الشبهة، إضافة إلى الإقرار والبيئة.

وبما أن المسألة التلقيح الاصطناعي أكثر ما تتعلق جوانبها بمسألة إثبات النسب كما أن نص المادة (41 ق أ) تنص على أن: "ينسب الولدُ لأبيه متى كان الزواجُ شرعياً وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق الشرعية"، وكأن المشرع أراد أن يتم نص المادة بوسيلة أخرى لإثبات النسب ضمن عقد الزواج الشرعي بموجب المادة 45 مكرر التي تنصُ على التلقيح الاصطناعي.

هذا وقد أرتى جانب من الفقه المصري، أنه إذا أخذ ماءُ الزوج برضاه الثابت قبل وفاته ومات مصرأً على رغبته، فإنه يكون للزوجة الحق أن يتم تلقيحها به بدون موافقة ورثة زوجها وبالتالي ينسب المولود إليه إذا تم الحمل بنجاح الإخصاب خارج الرحم وبعد نقل النطفة المخلفة إلى الزوج<sup>(2)</sup>.

(1) لقد تم تعريف الشبهة و أنواعها فيما سبق، راجع، بلحاج العربي، المرجع السابق، ص.190.

(2) العربي شحط عبد القادر، المرجع السابق، ص.259.

ثانياً: أن يكون التلقيح برضا الزوجين<sup>(1)</sup> وحال حياتهما<sup>(2)</sup>

ويكون الرضا تماشياً مع مقتضيات عقد الزواج، الذي هو الأصل، وقد تم برضا الطرفين كما نصت على ذلك المادة (09 ق أ) المعدل والمتمم: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين" فما دام الأصل الذي هو عقد الزواج قد تم برضا الطرفين، فمن باب أولى أن يتم ما هو متفرع عن الأصل كالتلقيح الاصطناعي برضا الزوجين.

<sup>(1)</sup> أن يكون التلقيح برضا الزوجين: يظهر هذا الشرط مبهماً، و يبقى الهدف من ورائه غامضاً بوجود الشرط الثالث الذي سنتطرق له لاحقاً- أن يتم بمجي الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرها- فالمنطق يفرض اتفاق و رضا الزوجين على إجرائه لكن ماذا لو حدثت حالة شاذة بحيث أنه تم تلقيح الزوجة غصباً عنها، و هنا نفرق بين حالتين: لو تم تلقيح الزوجة بماء زوجها دون رضاها و الحالة التي لم تُلقح بماء أجنبي عنها، ففي كلا الحالتين المشرع لم يرتب صراحةً الأثر على ذلك. كما أنه قد نكون أمام حالة تلقيح المرأة دون علم أو دون رضا زوجها و هنا يفترض أن يكون الماء من شخص أجنبي عنها، كما أنه قد نكون أمام حالة تلقيح المرأة دون علم أو دون رضا زوجها و هنا يفترض أن يكون الماء من شخص أجنبي عنها، لكن طالما أنه كما قلنا المشرع اشترط أن يكون التلقيح ببويضة الزوجة و مني الزوج دون غيرها فماذا يقصد هنا بشرط رضا الزوجين؟.

و أحيانا رغم توافر رضا الزوجين بل و إصرارهما على ذلك فقد لا يُسمح لهما بإجرائه و هو الأمر الذي ناقشه رجال القانون و يتعلق بإمكانية إجراء تلقيح في حالة الزوج المحكوم عليه بعقوبة سالية للحرية لمدة طويلة، مدى الحياة أو أن يكون محكوم عليه بالإعدام ففي حين لا يُمنع بعضهم من إجرائه في هذه الحالة على أساس أن الأصل في العقوبة أنها لا تمتد إلى الحقوق الأخرى الخاصة بالمحكوم عليه و منها حقه في الإنجاب و إلا فإن العقوبة تصبح تنطوي على سلب جديد للحرية والحقوق الفردية و هو ما يتعارض مع قاعدة شرعية الجرائم و العقوبات لاسيما أنه فعلاً إذا طالت مدة العقوبة يُجتمل معه فقدان المحكوم عليه هو أو زوجته القدرة الطبيعية على الإنجاب الذي هو من الحقوق الشخصية التي نصت عليها المواثيق الدولية بعد الدساتير و القوانين.

أما الفئة الأخرى من الفقهاء فيرون أن الحكم الجنائي الصادر في حق الزوج أو الزوجة يكون دليلاً على فقد الأهلية لأداء دور الأب أو الأم، حيث يُعين قيماً عليه لاسيما أن التلقيح الاصطناعي استثناء، فلا يجوز التوسع فيه إلا بقدر ما ظهر مانع طبي، و وجدت فئة أخرى تستند إلى إمكانية إجراء التلقيح الاصطناعي في حالة وجود الزوج أو الزوجة في السجن طالما أن هناك من القوانين من تسمح للسجين الاختلاء بزوجه كما هو الحال في الأرجنتين و السعودية، فمن باب أولى السماح بإجراء التلقيح الاصطناعي خاصة لما تنفذ العقوبات في مؤسسات مغلقة يصعب على الزوجين المقابلة و الخلو.

<sup>(2)</sup> أن يتم التلقيح أثناء حياتهما: من الواضح أن هذا الشرط جاء سابقاً لأوانه في الجزائر، و إن كنا لا ننكر على المشرع حيطة و حذره لأن خلفية هذا الشرط هو كما عرفنا سابقاً وجود ما يعرف ببنوك المني، و هي موجودة على مستوى الدول المتقدمة و لاسيما الولايات المتحدة الأمريكية والتي تسمح بتلقيح الزوجة بمني زوجها بعد وفاته، و هذا أمرٌ يثير إشكالات في النسب و الميراث عندنا، لأنه يشترط تحقق حياة الوارث وقت وفاة الموروث. و بما أن المشرع الجزائري اشترط قيام الزوجية، أثناء التلقيح من جهة، و نص على الوفاة كطريقة من طرق الخلال الرابطة الزوجية من جهة أخرى فلا داعي لإعادة النص و اشتراط أن يتم التلقيح أثناء حياتهما. و فرضاً أنه قلنا بهذا الشرط فإننا لا نفهم أيضاً لماذا لم يفهم المشرع الشرط بأن يقول أن يتم التلقيح أثناء قيام الزوجية لئلا يستبعد بذلك التلقيح بعد فك الرابطة الزوجية سواءً بالوفاة أو بالطلاق.

أما في حالة رفض أحدهما وإصراره على ذلك فإنه لا ينبغي إجراء التلقيح الاصطناعي لا من الناحية القانونية، لأن نص المادة 45 مكرر تشترط صراحةً رضا الطرفين، و من الناحية الشرعية لأن القاعدة الفقهية تقول أن: "الشخص حرٌّ في ماله وبدنه في إطار ضوابط الشريعة" خاصةً وأن رفض التلقيح الاصطناعي في هذه الحالة يُمسُّ الأسرة التي بُنيت بموجب عقد زواج وعليه لا يمكن إجبار الزوج أو الزوجة على أمر متفرع مادام إجباراً على الأصل ليس له وجه.

كما تشترط المادة أن يتم التلقيح أثناء الحياة الزوجية، ما دام مرتبطين بعقد زواج شرعي أما إذا انحلت الرابطة الزوجية بالطلاق أو التطليق أو الخلع أو الفسخ فلم يُعد الزوج زوجاً لزوجته، ولا هي زوجة به وبالتالي فإن معالم الرابطة الزوجية تكون قد زالت، ولم يُعد هناك زواج حتى وإن ظلَّ الزوجين المفترقين على الحياة ومن باب أولى فإن المادة أغلقت الباب في وجه أي محاولة لإجراء التلقيح الاصطناعي بعد وفاة الزوجين.

وبما أن الأعمار بيد الله فقد يتفقا في الحياة ويتراضيا على الولادة بهذه الطريقة غير الطبيعية، وقد يتوفى احد الطرفين فما مصير هذا الرضا؟ الذي كان طرفه حياً ثم تُوفى.

و التحدث عن الرضا أمرٌ يستدعي النظر في بلوغ الزوجين سن أهلية الزواج التي حددها المشرع الجزائري في المادة 07 المعدلة بالأمر 05-02 والتي يقضي بأن الأهلية تكتمل للرجل المرأة على حد السواء بتمام 19 سنة، عكس ما كان منصوص عليه في القانون رقم 11/84<sup>(1)</sup> وقت إبرام عقد الزواج .

(1) قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 هـ الموافق لـ 9 يونيو سنة 1984، المعدل والمتمم ب الأمر 02/05 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 هـ الموافق لـ 27 فبراير سنة 2005، والمتضمن قانون الأسرة، أشرنا إليه سابقاً .

## ثالثاً: أن يتم التلقيح الاصطناعي بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما

وفي هذا إخراجٌ لكافة الطرق التي يتم فيها التلقيح الاصطناعي بوجود طرف أجنبي عن الزوجين سواءً كان رجلاً يتبرع بنطفة، أو كانت امرأة تتبرع ببويضاتها، أو برحمها لحمل اللقيحة وعلية إذا كان التلقيح بدون نطفة الزوج أو بدون بويضة الزوجة ورحمها، كانت العملية غير مشروعة قانوناً، وإن رفض اللجوء إليه لا يترتب على الرفض أية مسؤولية ولا يمكنه أن يتخذ سبباً لطلب فك الرابطة الزوجية<sup>(1)</sup>.

ويرتبط بهذه الشروط ما أضافه المشرع في الفقرة الأخيرة من م45 مكرر من حيث عدم جواز اللجوء إلى الأم البديلة بأي حال من الأحوال، وهي المرأة الأجنبية غير الزوجة التي قد تتبرع ببويضاتها أو رحمها لحمل اللقيحات أو ببويضاتها ورحمها معاً، وهذا مما يؤكد الشرط السابق من كون عملية التلقيح الاصطناعي يجب أن تقتصر على الزوجين فقط<sup>(2)</sup>.

(1) فصل في هذه النقطة، العربي شحط عبد القادر، المرجع السابق، ص.20، الهامش رقم 21.

(2) لعلهُ من اكتشافات العصر الحديث تقنية الأم البديلة، أو الحماله كما يُعبّر عنها بالرحم الظئر أو استئجار البطن، أين يتم حمل الجنين من امرأة أجنبية عن الزوجين لما يكون رحم الزوجة مستأصل أو غير صالح للحمل، و في بعض الحالات لما تُرفضُ الزوجة الحمل حفاظاً على رشاقتها جسمها، و أهم المشاكل التي تواجه هذه التقنية بغض النظر عن مدى قبولها أو رفضها هو لما تقرر مؤجرة البطن الاحتفاظ بالطفل أو أحياناً يكونُ الطفل هو ابن زوج مؤجرة البطن، و في حالة أخرى الأم البديلة والزوجين يرفضون أخذ الطفل، لأنه ولد مشوهاً إضافةً إلى أن الكثير من الأمهات البديلات تلجأن لهذه التقنية ليس فضيلة منهن أو رغبة في مساعدة العقيمين، إنما كسبب للكسب الرزق أي يستأجرن بطونهن إذ يغلب على العملية الطابع التجاري كما في قضية باي كوتو Baby Cotton التي وصلت إلى القضاء البريطاني نتيجة للمشاكل و قضي فيها بوضع الطفل تحت الحراسة عدة أيام قبل أن يتسنى للزوجين الأمريكيين طالبي الطفل تسليمه، و صرحت السيدة Cotton أنها أرادت ترميم بيت عائلتها، أنضرت، تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات العلمية الحديثة، المرجع السابق، ص.111. هامش 2. و نفس الأمر حدث مع السيدة بامبلا Pamela و هي أمريكية متزوجة و أم لطفل، اضطرت لتأجير رحمها مقابل مبلغ معين قصد مواصلة دراستها الجامعية للحصول على شهادة الدكتوراه، أنظر، يوسف عبد الرحمان الفرت، شتل الجنين "تأجير الأرحام"، الخلع شرعاً وقانوناً، زواج المتعة الزواج بنية الطلاق، دار الفكر العربي، ط1، 01، 2004 ص.64.63.

هذا وقد تم تأسيس الجمعية الوطنية للتلقيح الاصطناعي بالإناثة في فرنسا قصد العمل على الاعتراف بالأمهات بالإناثة و هذا في جويلية 1983، و رغم صدور قرار وزارة الصحة بجلها إلا انه تأسست جمعية أخرى سنة 1984 سميت "بجمعية القديسة سارة Sainte Sarah" غرضها جمع النساء العاقرات الراضيات بهذه التقنية للحصول على طفل.

و في سنة 1985 نشأت جمعية أمهات الاستقبال لكن اغلب السلطات الغربية دعت إلى الإعراض عن فكرة الأم البديلة كبريطانيا و ألمانيا واعتبرتها أمماً مخللة بالأخلاق، في حين وُجد فقهاء فرنسيون من أمر بإصدار قانون يمنع اللجوء لهذه الوسيلة، كما وجد من دافع عنها وقدم كلا منهم =

فقهيًا و من اجتهاد مجلس الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمر الثالث بعمان الأردن أيام 11-16 أكتوبر 1986 بموجب قراره رقم 16 (03/04) الذي قرر جواز التلقيح الاصطناعي شرعاً بطريقتين و حرمة ما عداها، بعد الاستماع لشُرح الخبراء والأطباء والطريقتان اللتين لا حرج من اللجؤ إليهما وفقاً لمنطوق قرار مجمع الفقه الإسلامي: "أن تؤخذ نطفة من الزوج وبيضة من زوجته ويتم التلقيح خارجياً ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة، وأن تؤخذ بذرة الزوج وتحقن في الموضع المناسب من مهبل زوجته، أو رحمها تلقيحاً داخلياً"<sup>(1)</sup>.

#### رابعاً: الجزاء المترتب عن تخلف أحد شروط التلقيح الاصطناعي

الملاحظ أن المشرع الجزائري عندما أباح التلقيح الاصطناعي بشروط قانونية محددة حصراً، غير أن ما يؤخذ عليه أنه لم يُحدد بعدها الجزاء المترتب على تخلف احد هذه الشروط وذلك باعتبار أن هذه الشروط في غاية الأهمية تجعل الكلام عن الجزاء المترتب عن تخلفها أمراً في غاية الأهمية كذلك، ومن ثم فإن التساؤل عن مسألة إيقاع عملية تلقيح صناعي في ضل تخلف كل أو إحدى هذه الشروط فخلاصة القول هو أن الجزاء المنطقي لتخلف بعض أو كل هذه الشروط (بمعنى أن التلقيح وقع بغير مني الزوج، أو بين رجل وامرأة ليس بينهما عقد شرعي، أو من غير رضا الزوجين المسبق..... الخ من الشروط) فإن الحل المنطقي هنا هو اللعان كونه الوسيلة الشرعية الوحيدة لنفي النسب غير الشرعي.

=حججاً عن وجهة نظره، أما الأب فهو صاحب الحيوان المنوي الذي زرع في الرحم المؤجر، و ما على الزوج إلا أن يُثبت عدم رضائه بواقعة حمل الزوجة، و يُعلن صراحةً عدم أبوته للطفل الذي حملته زوجته من ماء رجل آخر. راجع في ذلك، زبيدة إقروفة، التلقيح الاصطناعي (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي)، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، 2008، ص.96 وما يليها.

(1) بن داود عبد القادر، الوجيز في شرح قانون الأسرة، دار الهلال، الجزائر، 2005، ص.124.

## الفرع الرابع

## ضوابط التلقيح الاصطناعي في الفقه الإسلامي

والجدير بالذكر أن الفقه الإسلامي هو كذلك يشترط للقيام بعمليات التلقيح الاصطناعي شروطاً - في غالبيتها أخذها المشرع الجزائري - من خلال المادة 45 مكرر من قانون الأسرة، سنعالجها ضمن النقاط التالية:

أولاً: وجود الرابطة الزوجية بين الزوجين

ذلك أن هذا بديهي وأصلي، حيث أن الرغبة في إنجاب الأولاد لا تكون إلا بناءً على عقد زواج صحيح بين زوجين، وفقاً لأركان وشروط عقد الزواج المعروفة باعتبار الوسيلة الوحيدة المشروعة و الطبيعية التي يتحقق بها أهم أهداف الزواج وهو التناسل مصداقاً لقوله ﷺ: " تزوجوا الودود الولود فإني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة " (1).

ومن تم تكون العلاقات والروابط غير الشرعية خارجة من إطار عقد الزواج وبالتالي إذا ما تم التلقيح الاصطناعي بين غير الزوجين أو بين أهدهما والغير، فإنه لا يعتبر موافقاً للشرع والقانون، ويترتب على هذا الشرط عدة نتائج مهمة هي:

أن يتم التلقيح الاصطناعي أثناء قيام الرابطة الزوجية بمعنى أن الزواج لا يزال قائماً وصحيحاً بين الزوج وزوجته، ففي هذه الحالة يصح التلقيح الاصطناعي على وفق ما تم بيانه سابقاً، ومعلوم أن الرابطة الزوجية تنتهي بإحدى الأسباب التالية: وهي وفاة الزوجين أو احدهما (م47ق.أ)، أو الفرقة (2) وهي بالطلاق (م47،48ق.أ)، أو التطليق (م53ق.أ) أو البطلان (م32،33ق.أ)، أو الفسخ (م34ق.أ)، أو الطلاق بسبب نشوز أحد الزوجين

(1) أحمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد، المكتب الإسلامي، دون بلد نشر، 1985، ص.1254.

(2) محمد مصطفى شلبي، أحام الأسرة في الإسلام، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1977، ص.463.

(م55ق.أ)، وأخيراً بالخلع حيث تُخالع الزوجة نفسها على مال تدفعه للزوج لقاء فُرقته بدون مبرر (م54ق.أ)<sup>(1)</sup>

إلا أن ما يُثير التساؤل في ظل هذا الشرط، هو مدى صحة وجواز إجراء التلقيح الاصطناعي في ظل قيام الرابطة الزوجية، لكن مع غياب الزوج لمدة طويلة كما لو حكم عليه بعقوبة سالبة لحرية لمدة طويلة، أو كان خارج الوطن في ظل حروب طويلة الأمد أو عمل أو دراسة أو غيرها تجعله غير قادر على الرجوع إلى زوجته من ناحية، أو يتفق مع زوجته برضاها أن مدة غيابه ستطول، فهل يمكن لهما إجراء تلقيح اصطناعي؟ كما يثور التساؤل حول إجراء التلقيح الاصطناعي بعد وفاة الزوج الذي تم أخذ حيواناته المنوية وحفظها أثناء حياته؟.

أ- التلقيح الاصطناعي في حالة الحكم على الزوج بعقوبة سالبة للحرية طويلة المدة أو الغياب الاضطراري الطويل، هذه التُّظفة ثار بشأنها نقاشٌ وخلافٌ جادٌ حول إمكانية إجراء التلقيح الاصطناعي في ظل هذه الأحوال، على أننا نختصر المسألة على القول الصحيح الراجح فيها، والذي مفاده أن اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي لا يصح إلا إذا تعذر الإنجاب عن طريق التلقيح من الحقوق الشخصية التي نصت عليها المواثيق الدولية وكرستها الدساتير والقوانين الحديثة، وعليه فلا يجوز حرمان المحكوم عليه من هذا الحق ذلك أن العقوبة في الأصل لا يجب أن تمتد إلى الحقوق الأساسية الشخصية المتصلة بالفرد إلا في الأحوال والشروط والضوابط المنصوص عليها في القانون، زيادةً على ذلك أن مدة العقوبات قد تطول مما يحتمل معه أن يفقد المحكوم عليه، أو زوجته القدرة على الإنجاب مستقبلاً لكبر في السن، أو لإصابة بأمراض أو غير ذلك<sup>(2)</sup>.

(1) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ج 1، 1999، ص.207.

(2) أيهاب يسر أنور علي، المسؤولية المدنية والجنائية للطبيب، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1994، ص.279.



كما أنه في ظل التشريعات الحديثة التي تتماشى مع القيم الإنسانية والمبادئ الدينية والأخلاقية، فإنه يُسمح للمحكوم عليه في فترات محددة ومنظمة قانوناً بالنسبة للمتزوجين من حقهم في الخلوة بزواجهم في غرف مخصصة تحت رقابة طبية، الأمر الذي يترتب عنه الإنجاب بطريقته الطبيعية، وعليه فإنه يقاس على ذلك التلقيح الاصطناعي إن توافرت كل شروطه وتم في إطار قانوني وتحت إشراف طبي دقيق ذلك أمراً مقبولاً<sup>(1)</sup>.

ب- التلقيح الاصطناعي في حالة وفاة الزوج: وهو أن تؤخذ الحيوانات المنوية من الزوج أثناء حياته وتُحفظ فيما يعرف ببنوك النطف، وهي مخابر أو مراكز لحفظ الحيوانات المنوية، ثم إن رغبت زوجة المرحوم (أرملته) في أن تقوم بتلقيح اصطناعي بمني زوجها سواءً في رحمها مباشرة، أو في أنبوب اختبار، حيث تبقى الحيوانات المنوية صالحة للإنجاب لفترة معينة قبل تحللها، وقد تم إجراء هذا النوع من الإخصاب في إنجلترا.

وبصورة مختصرة نقول أن هذه الحالة التي يقوم فيها التلقيح الاصطناعي غير صحيحة وغير مسموح بها من الناحية الشرعية والقانونية، وذلك لعدة أسباب منها:

- أن التلقيح الاصطناعي يجوز عند الحاجة الملحة - كما سوف نتناوله - وليست هناك حاجة هنا مادامت الزوجة المتوفى عنها زوجها التي تريد الإنجاب قادرة على الزواج بعد انقضاء عدتها فتتجنب من زوجها الجديد .

(1) مروك نصر الدين، المرجع السابق، ص.404.

- لأن الرابطة الزوجية قد انتهت بوفاة الزوج، وبالتالي ينتهي عقد الزواج حيث قرر غير واحد من الفقهاء<sup>(1)</sup> أن الزوجية تنقضي بالوفاة، وعليه فإن المرأة بعد وفاة زوجها لا يجوز لها استعمال منية المودع، لأنها في هذه الحالة لا تعتبر زوجةً له.

وعليه يُثور التساؤل، فيما لو استعملت المرأة مني زوجها المتوفى وحملت من ذلك، فهل يُعتبر هذا الحمل بمثابة حمل من رجل أجنبي عنها؟، بحيث لا يُثبت عند بعض الفقهاء المعاصرين<sup>(2)</sup> إلى أن هذا إذا وقع فعلاً، وولد منه ولدٌ، فالظاهر أن هذا الولد يكون بلا نسب أبوي، وعللوا ذلك بقولهم: أن مصدر النطفة لم يبق زوجاً للزوجة.

ورداً على هذا القول<sup>(3)</sup> بأن: "تعليل قطع النسب في هذه الصورة بين المولود وبين صاحب المنى، بأن مصدر النطفة لم يبق زوجاً لتعليل قاصر عن إثبات المدعى وذلك لأن هذا يفهم منه أن الرجل لا يلحقه نسبه مطلقاً إلا نسب مولود حملت به امرأته حال قيام الزوجية بينهما وهذا لا أعلمه قولاً لأحد من العلماء، فلو كانت القاعدة عند الفقهاء أن كل من لم يكن زوجاً لا يلحق به نسب، إذاً فبأي وجه شرعي الحقوا ولد الموطوءة بشبهة بالواطئ؟".

وفي هذا قال الأمام أحمد في إحقاق النسب: "كل من درأت عنه الحد ألحقت به الولد" وأيده في بعض الفقهاء<sup>(4)</sup>.

(1) من أغلب هؤلاء الفقهاء، أبو بكر بن سعود الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية بيروت، ج7، ط1، 1997 ص.158، احمد بن يحيى المرتضى، البحر الزاخر الجامع لمذهب علماء الأمصار، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، مطبعة السنة المحمدية، مصر، 1368هـ، ص.17.

(2) مصطفى الزرقاء، التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب، مجلة مجمع الفقه الإسلامي اعدد الثالث، الجزء الأول، سنة 1987، ص.15؛ مصطفى الزرقاء، الحكم الشرعي للتلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيب. [www.sehha.com](http://www.sehha.com) ، بتاريخ 2011/08/22.

(3) هاشم جميل عبد الله، نخبة زراعة الأجنة، مجلة الرسالة الإسلامية، العراق، ع 232، 1989، ص.84؛ أبي إسحاق إبراهيم علي الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج3، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، (د.س.ن)، ص.343.

(4) موفق الدين ابن قدامة المقدسي، المعني، الجزء التاسع، دار الكتاب العربي، بيروت، (د.س.ن)، ص.57؛ عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء الرابع، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، دت، ص.119.

وعليه يتضح مما سبق، أن كل وطء حلال أو فيه شبهة الحل، يلحق به النسب ومثل الوطاء استدخال المني، أو التلقيح به داخلياً أو خارجياً، فما كان حلالاً أو فيه شبهة الحل فإنه يلحق به النسب، ذلك أن الضابط واحد في الكل، وقد استندوا في ذلك إلى أن الشبهة موجودة هنا لثبوت النسب، لأن الموت وأن كان يُحدث الفرقة بين الزوجين، إلا أن اثر الزوجية مع ذلك لا يزال الموت، وإن كان يحدث الفرقة بين الزوجين إلا أن اثر الزوجية مع ذلك لا يزال قائماً ما لم تنكح المرأة زوجاً غير زوجها المتوفى، ودليل ذلك إجماع الفقهاء<sup>(1)</sup> على جواز تغسيل المرأة لزوجها المتوفى، بل وقال بعضهم باستحبابه.

كما أن المالكية قالوا بوجوب حد الزنا على من وطئ امرأة متوفاة إلا إذا كانت الموطوءة زوجته، وهذا رأي للشافعية أيضاً<sup>(2)</sup>.

إلا أن القياس على الوطاء بشبهة في إثبات النسب لا يستقيم، ذلك أن الوطاء بشبهة علتها الجهالة، في حين أن الجهالة منتفية في هذه الحالة، وعليه يُمكن أن يعلل ذلك بأن مني الرجل يفترض أنه قد أخذ قبل الوفاة، وفي ظل هذه الحالة الزواج مازال قائماً بين الزوجين<sup>(3)</sup> وعليه مادامت الزوجية على علم بمني زوجها المتوفى فلا سبيل لإجراء التلقيح الاصطناعي في هذه الحالة.

(1) أنو الحسن على بن محمد، شرح الرسالة، الجزء الأول، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، دون سنة نشر، ص.864، محي الدين يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب، الجزء الخامس، مطبعة الإمام، القاهرة دون تاريخ نشر، ص.110 - 115؛ الكمال بن الهمام فتح القدير شرح الهداية على البداية الجزء الأول دار أحياء التراث العربي لبنان، دون تاريخ نشر ص.453.

(2) أبو البركات أحمد بن محمد الدردير، فتح القدير في شرح مختصر خليل، الجزء الثالث، مطبعة مصطفى الحلبي القاهرة، 1952 ص.159 أبو البركات أحمد بن محمد الدردير، فتح القدير في شرح مختصر خليل، مع حاشية الدسوقي، الجزء الرابع، مطبعة عيسى البابي الحلبي، القاهرة (د س ن)، ص.314؛ محمد بن احمد بن عرفة الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير على مختصر خليل، الجزء الرابع مطبعة عيسى البابي الحلبي القاهرة، د ت، ص.314؛ محي الدين يحيى بن شرف النووي، المرجع السابق، ص.114؛ مفتاح محمد أقريط، الحماية القانونية للجنين في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، الطبعة الأولى، 2004، المكتب الجامعي الحديث الإسكندرية، مصر ص.85.

(3) مفتاح محمد أقريط، المرجع السابق، ص.85.

ثانيا : ألا يتم التلقيح إلا إذا دعت إليه الحاجة أو المصلحة الشرعية

ومفادُ هذا الشرط أنه إذا طالت الرابطة الزوجية بين الزوجين، وبذلا جُهدهما في العلاج وغيره بُغية الإنجاب ولكن دون نتيجة، واتضح بناءً على تقرير طبي صادق من طرف أطباء مختصون أنه لا سبيل للإنجاب إلا بالتلقيح الاصطناعي، وأنه لا يُشكل عليهما أي ضرر أو مخاطر، جاز لهما اللجوء إليه بأصوله وقواعده وشروطه وطرقه المشروعة.

وعليه فإن هذا الشرط مرهونٌ بالضرورة القصوى، كما لو استحال الإنجاب بكافة الطرق المشروعة غير التلقيح الاصطناعي، أو لم يكن للزوجين رغم مدة الزواج الطويلة أي أطفال بحيث حرّموا من نعمة الأولاد، ذلك أنه لو كان لهما طفل أو طفلين مثلاً ثم تعذر الإنجاب بعد ذلك لظروف إلا عن طريق الإخصاب الاصطناعي فالحاجة لا تدعو لإجرائه في هذه الحالة.

ولا شك أن الضروريات هي المصالح التي تتضمن حفظ مقصود من المقاصد الخمسة وهي حفظ الدين والمال والنفس والعقل والنسب، من حيث لا يستقيم العالم إلا بها، وضياعها مهلك له<sup>(1)</sup>، والضروريات كما يقول الفقهاء تُقدر بقدرها، فهل من المعقول أو من الضرورة أن يقوم الطبيب المختص بإجراء عملية التلقيح الاصطناعي على المرأة من غير حاجة؟، والله تعالى يقول: " قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ وَيَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ ذَٰلِكَ أَرَكِّي لَهُمْ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا يَصْنَعُونَ " <sup>(2)</sup>، وخلاصة القول في هذه المسألة أن الفقه الإسلامي الذي هو ثاني مصدر للقانون الجزائري بعد التشريع، لم يفتح الباب على

(1) محمد سعد اليوبي، مقاصد الشريعة الإسلامية وعلاقتها بالأدلة الشرعية، دار الهجرة، الرياض، ط1، 1998، ص.183.

(2) النور، الآية 30.

مصراعيه أمام إجراء التلقيح الاصطناعي كلما رغبت في ذلك الأنفس البشرية الضعيفة دون مراعاة المصلحة والحاجة الضرورية<sup>(1)</sup>.

ثالثاً : أن يتم تلقيح بويضة الزوجة بمني زوجها:

وهذا الشرط جد ضروري باعتباره من مقتضيات عقد الزواج من أجل إثبات النسب سواءً تم التلقيح الاصطناعي في رحم الزوجة أو في أنبوب اختبار، ذلك أن الزواج تترتب عنه نتائج وآثار أهمها النسب، وبالتالي إذا كان أحد الطرفين في علاقة التلقيح الاصطناعي غير الزوج أو الزوجة، فكيف يمكن لنا إثبات نسب هذا الطفل؟.

إذ من المعلوم أن إثبات النسب يخضع للقاعدة الفقهية المستمدة من الحديث الشريف الثابت عن النبي ﷺ: "الولد للفراش وللعاهر الحجر"<sup>(2)</sup>.

وسبب ثبوت النسب بالفراش هو أن عقد الزواج الصحيح يُبيح الاتصال الجنسي بين الزوجين، الأمر الذي يجعل أي تلقيح اصطناعي يجمع بين الزوجين أو أحدهما والغير غير صحيح، ومن ثم فإن بقية طرق التلقيح الاصطناعي الأخرى غير صحيحة، وغير مشروعة قانوناً وفقهاً وهي كالتالي:

1/ أن يجري التلقيح بين نطفة مأخوذة من الزوج وبويضة مأخوذة من امرأة ليست زوجته، ثم تُزرع تلك اللقيحة في رحم زوجته.

2/ أن يجري التلقيح بين نطفة رجل غير الزوج وبويضة الزوجة ثم تُزرع تلك اللقيحة في رحم الزوجة.

(1) أبو إسحاق الشاطبي، الموافقات في أصول الأحكام، دار الفكر، القاهرة، الجزء الثاني، ط6، (د.س.ن)، ص.08.

(2) رواه أبي الحسن مسلم ابن الحجاج، صحيح مسلم، كتاب الرضاع، باب الولد للفراش وتوقى الشبهات، حديث رقم 1457، ص.154.

3/ أن يجري التلقيح خارجي بين بذرتي (نطفة وبويضة) الزوجين ثم تُزرع اللقيحة في رحم امرأة أجنبية متطوعة بحملها.

4/ أن يجري التلقيح خارجي بين بذرتي (نطفة وبويضة) رجل أجنبي وبويضة امرأة أجنبية غير الزوجين، ثم تُزرع اللقيحة في رحم الزوجة.

5/ أن يجري التلقيح خارجي بين بذرتي (نطفة وبويضة) الزوجين، ثم تُزرع اللقيحة في رحم زوجة أخرى<sup>(1)</sup>.

(1) انقسم الفقهاء إلى مؤيدين ورافضين للأم البديلة أولاً— حجج الرافضين للأم البديلة أو الحماله: أغلبية الفقهاء يرفضونها للأسباب التالية:

- 1- أن هذا العقد بسبب عدم مشروعية محله و سببه يعدُّ باطلاً بطلاناً مطلقاً، و لا يرتب عليه أية آثار، أي بما أنه يتعلق بالطفل فمخالفته للنصوص القانونية و تعارضه مع الأخلاق أصبح أمراً ثابتاً و واضحاً.
- 2- طبقاً للقواعد القانونية العامة فإنه لا يمكن لأي شخص أن يتنازل عن حق من حقوقه قبل إنشائه، بينما المرأة الحماله تطبقا لمكينزمات هذا العقد تلتزم مسبقاً بالتخلي عن أمومتها قبل وجود الطفل أي قبل بروز حقها في الأمومة.
- 3- طبقاً للمبادئ العامة تُعتبر المتاجرة في الأشياء تصرفاً مباحاً، إلا أن الأعضاء التناسلية للمرأة الحماله لا يمكن في أي حال من الأحوال تكييفها بأشياء بل هي جزء لا يتجزأ من جسم المرأة و هو ما يعني أن العقد يقوم على جسم المرأة، لأنه من جهة العملية تستوجب اتفاق خاص باستعمال أداة الإنجاب للمرأة، أي اتفاق حول عملية التلقيح الاصطناعي، و من جهة أخرى اتفاق خاص بمدة الحمل أي تحديد المقابل عن كل شهر طالما أنه موصوف بإعارة أو استئجار الرحم.
- 4- أن الفرق بينه و بين التبيني هو أن اللجوء إلى الأم البديلة كأداة لاستلحاق الطفل محل العقد هنا بنسب الزوجين، لا تتماشى قط مع الحكمة الدافعة إلى إنشاء نظام التبيني، إذ هذا الأخير تم الاعتراف به لحل مشكلة ناتجة عن أمر واقع، بحيث إن ترك الطفل هنا غير محدد مسبقاً بينما جاء نظام الأمومة بالإنابة لحل مشكلة ناتجة عن اتفاق، فأساس ترك الطفل بعد الولادة هو الاتفاق، فهذا النظام يحل مشكلة لا وجود لها ثم حاول حلها بعد ذلك حلولاً لا تتماشى مع المبادئ العامة القانونية. كما أن التبيني يمنح للأم مهلة في أشهر للتراجع عن قرارها استرجاع طفلها بكل حرية و دون متابعة أي إجراء من الإجراءات، و ينقضي حقها هذا بانقضاء المدة، لكن في حالة الأم البديلة فإن التبيني يتمُّ بدون ملاحظة أي مدة.
- 5- أن الزوجين لا يحترمان حقوق الطفل بمجرد منحه نسب كاذب من جهة الأم، فالطفل يصبح كمجهول الأم.

ثانياً— حجج المؤيدين للأم البديلة أو الحماله: وهم قلة من الفقهاء قالوا بها و قدموا الحجج التالية

- 1- أن المبلغ المقدم من طرف الزوجين للام بالإنابة، ما هو إلا تعويضاً مبعداً بذلك تماماً لفكرة المتاجرة غير المشروعة.
- 2- إن استئجار رحم المرأة الحماله يجب تكييفه على أساس أنه التزام مماثل لذلك الالتزام الناتج عن الخطبة الذي ينتقي معه العنصر الجبري.
- 3- أن العقد لا يتم بين الزوجين و الأم البديلة، و إنما بين هذه الأخيرة و الجمعية المختصة إذ انه في كثير من الحالات لا يعرف بعضهما البعض و أنه ليس هناك في الميدان القانوني ما يمنع بأن يتم تلاقي الإرادتين بواسطة الغير لكن انتقد هذا الاتجاه كما يلي: =

وقد أفتى غير واحد من الفقهاء<sup>(1)</sup> بعدم جواز هذه الطرق الخمسة، لانتفاء شرط أساسي في التلقيح الاصطناعي، وهو أن يكون بين الزوجين لا غير<sup>(2)</sup>.

#### رابعاً : يُشترط ضرورة موافقة الزوجين على إجراء عملية التلقيح الاصطناعي

ذلك أن الأمر يتعلق بالمساس بجسم الإنسان الذي يخطى بحماية شرعية وقانونية ونظراً لأهميته فإنه يستلزم إفراغه في شكل معين لتتفطن، الأطراف المعينة لخطورة هذه العملية والإطلاع على محتواها وإدراك نتائجها، وبالتالي يجب توافر رضا الزوجين وفق الشروط المنصوص عليها في قانون الأسرة الجزائري من حيث بلوغ سن أهلية الزواج كشرط أساسي لإجراء هذه العملية، فإن الطبيب الجراح ملزمٌ بالحصول على رضا كل من الزوجين ذلك أن رضا الزوجين هو الذي يُبيح له التدخل لإجراء التلقيح الاصطناعي وفقاً لما نصت عليه المادة 44 من المرسوم رقم 92-276<sup>(3)</sup>، فإذا ما أقدم الطبيب على إجراء عملية التلقيح الاصطناعي دون رضا كل من الزوج والزوجة، هل يعتبر مرتكباً لجرمة هتك العرض؟.

أ- محل العقد الخاص في هذه التقنية (تأجير البطن) محل غير مشروع، كما أنه تحتوي هذه العقود على شروط اعتدائية على الحرية الفردية كمنع الأم الحاملة من معايشة زوجها، وإجراء بعض الفحوص الطبية، الإجهاض في حالة إصابة الجنين بعاهة، التخلي عن الطفل بمجرد الولادة وعدم حمله بين ذراعيها و حتى دون النظر إليه.

ب- محل العقد هو غير مشروع لأن الطفل لا يمكن أن يكون محلاً لعقد ما.

ج- مخالفة الكثير من القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام الخاصة بحالة الأشخاص و لا يجوز الاتفاق على مخالفتها كالالتزام أن تتم الولادة في السر، أن توافق على التبني إذا اقتضى الأمر.

و لنفس الأسباب لا يمكن لزوج الأم البديلة إنكار نسب الطفل الذي جاءت به زوجته من رجل آخر.

د- سبب العقد غير مشروع لان الهدف هو الربح و الكسب، للمزيد من التفاصيل، راجع، زبيدة إقروفة، التلقيح الاصطناعي (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي)، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، 2008، ص.59.

(1) زبيدة إقروفة، المرجع السابق، ص.32.

(2) قرار رقم 16 (3/4) مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن رابطة العالم الإسلامي، الدورة الثالثة المنعقدة في عمان عاصمة الأردن، قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي، دار القلم، دمشق، 1998، ص.34 و35.

(3) تنص المادة 44 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 05 محرم 1413 الموافق 06 يوليو 1992 والمتضمن مدونة أخلاقيات الطب على أنه: "يخضع كل عمل طبي يكون فيه خطر جدي على المريض لمراقبة المريض مرافقة حرة ومتبصرة أو لموافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون".

إن النظرة الأولية تفيد أن الأمر لا يعدو هتكاً للعرض، ذلك أنه يتطلب اتصال رجل بامرأة اتصالاً جنسياً كاملاً دون رضاء منها (م336/ق.ع)، وهو ما لم يتحقق في هذه الحالة إلا أنه يمكن تكييفه بأنه فعلٌ مُخلٌ بالحياء (م334،335، ق.ع)، لأنه إجراءٌ أُخِلَ إخلالاً جسيماً بحياء المرأة، ذلك أن الفعل المخل بالحياء لا يشترط توافر الفعل الجنسي بين الطبيب والمرأة في هذه الحالة، إلا أنه يُفترض فعلاً جنسياً وهو المتمثل في التلقيح الاصطناعي الذي قام بإجرائه على عورة المرأة، فأدى ذلك إلى المساس بشرفها وحصانة جسمها، وخذش حياتها.

بل أكثر من ذلك، فيُسأل عن جريمة فعل فاضح علني إذا ما أجرى العملية ولو برضاء المرأة في ظل حضور الغير مثلاً.<sup>(1)</sup> هذه بصفة عامة ومختصرة شروط إجراء التلقيح الاصطناعي الداخلي المشروعة فقهاً وقانوناً.

غير أن طريق التلقيح الاصطناعي الداخلي (بين الزوجين) سواءً تمت بأنبوب الاختبار أو بدونه، لا تخلو هي الأخرى من إشكالات قانونية منها:

- الإشكال الأول: يتمثل في حالة وجود فائض من البويضات الملقحة الزائدة عن الحاجة فما الواجب تجاهها؟ هل لابد من استغلالها أم إتلافها؟.

أجاب عن هذا التساؤل قرار المجمع الفقهي الإسلامي المنبثق عن رابطة الفقه الإسلامي في دورته السادسة بجدة لسنة 1990 بما يلي:

(1) مروك نصر الدين، مرجع سابق، ص.401.



أولاً: في ضوء ما تحقق علمياً من إمكان حفظ البويضات غير الملقحة للسحب منها يجب عند تلقيح البويضات الاقتصار على العدد المطلوب للزرع في كل مرة، تفادياً لوجود فائض من البويضات الملقحة.

ثانياً: إذا حصل فائض من البويضات الملقحة بأي وجه من الوجوه تُترك دون عناية طبية إلى أن تنتهي حياة ذلك الفائض على الوجه الطبيعي.

ثالثاً: يحرم استخدام البويضة الملقحة في امرأة أخرى، ويجب اتخاذ الاحتياطات الكفيلة بالحيلولة دون استعمال البويضة الملقحة في حمل غير مشروع<sup>(1)</sup>.

- الإشكال الثاني: يتمثل في حالة وجود تلقيح داخل أنبوب الاختبار وبعد التحاليل الطبية ثبت أنه مصابة بأمراض وراثية مثلاً، فما الواجب بُجاه هذه اللقيحات؟ هل يمكن إتلافها؟.

وقد أفتى في هذا المسألة، سماحة الشيخ عبد العزيز بن باز<sup>(2)</sup> رحمه الله المفتي العام للمملكة العربية السعودية، ورئيس هيئة كبار العلماء بأن: "لا شيء عليه ولا بأس بذلك ما لم يترتب عليه خلوة بأجنبي".

وهذه الفتوى تعتبر قياساً على مسألة إسقاط الجنين فيما دون 120 يوماً، حيث أن هذه اللقيحة لازالت في طور نموها الأول، ولم تصل بعد إلى درجة حتى علقه وبالتالي إذا دعت الضرورة لإتلافها كمرض أو غيره جاز ذلك.

(1) قرارات و توصيات مجمع الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص. 117 و 118.

(2) الشيخ عبد العزيز بن باز، الفتاوى الشرعية على المشكل في المسائل الطبية، دار ابن الأثير، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2005 ص. 45.

## المطلب الثالث

## أثر التلقيح الاصطناعي على الرابطة الأسرية وعلاقته بالنسب

إن التلقيح الاصطناعي إذا كان موافقاً للضوابط القانونية والشرعية، وما دام بماء الرجل وبويضة الزوجة ورحمها وحال حياتهما تصرفاً جائزاً شرعاً وقانوناً وفقاً للضوابط الشرعية<sup>(1)</sup> والقانونية. فإنه حتماً ستترب عليه عدة آثار تتعلق بحياة الأسرة تنتج عن هذا

(1) حال دراستنا للضوابط الشرعية، فإن مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في مؤتمره الثالث بعمان البحوث المقدمة في موضوع التلقيح الصناعي أو (أطفال الأنابيب)، وبعد استماعه لشرح الخبراء والأطباء من أجل التصور الكامل لمعرفة حكم هذه النازلة. وبعد التداول الذي تبين منه للمجلس أن طرق التلقيح الصناعي المعروفة في هذه الأيام سبعة وهي أهم الطرق التي تستخدم في مجال التلقيح الصناعي ومن ثم قرر ما يلي :  
**أولاً** : الطرق الخمس التالية محرمة شرعاً، وممنوعة منعاً باتاً لذاتها، أو لما يترتب عليها من اختلاط الأنساب، وضياح الأمومة، وغير ذلك من المخاذير الشرعية.

**الأولى** : أن يجري التلقيح بين نطفة مأخوذة من زوج، و بيضة مأخوذة من امرأة ليست زوجته، ثم تزرع تلك اللقيحة في رحم زوجته .

**الثانية** : أن يجري التلقيح بين نطفة رجل غير الزوج، و بيضة الزوجة، ثم تزرع تلك اللقيحة في رحم الزوجة .

**الثالثة** : أن يجري تلقيح خارجي بين بذرتي زوجين، ثم تزرع اللقيحة في رحم امرأة متطوعة بحملها .

**الرابعة** : أن يجري تلقيح خارجي بين بذرتي رجل أجنبي و بيضة امرأة أجنبية وتزرع اللقيحة في رحم الزوجة .

**الخامسة** : أن يجري تلقيح خارجي بين بذرتي زوجين ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة الأخرى .

**ثانياً** : الطريقتان السادسة والسابعة لا حرج من اللجوء إليهما عند الحاجة مع التأكيد على ضرورة أخذ كل الاحتياطات اللازمة وهما :-

**السادسة** : أن تؤخذ نطفة من زوج وبيضة من زوجته ويتم التلقيح خارجياً ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة .

**السابعة** : أن تؤخذ بذرة الزوج وتحقن في الموضوع المناسب من مهبل زوجته أو رحمها تلقيحاً داخلياً .

وقد وافق هذا الحكم الذي قرره مجمع الفقه الإسلامي ما سبق أن حكم فيه المجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي من منع أساليب التلقيح الصناعي الخمس الأولى وإباحة الطريقتين الأخيرتين مع اشتراط عدم اللجوء إليها إلا في حالة الضرورة القصوى وبمتهنى الاحتياط والحذر من اختلاط النطف أو اللقائح.

وقد أخذت بفتوى المجمعين الكثير من جهات الإفتاء وأفراد المفتين في العالم الإسلام.

- تقرير الاستدلال على حكم هذه النازلة:

نجد أن الطرق الخمس الأولى للتلقيح الصناعي قد اتفق على حرمتها أكثر الفقهاء والباحثين المعاصرين، وذلك لما تتضمن تلك العمليات من إدخال بيضة زوجة لقحت بماء زوجها أو رجل آخر في رحم امرأة أجنبية، أو في رحم تلك الزوجة من ماء رجل أجنبي عنها كما جاء في بعض الصور الخمس الأولى مما يؤدي إلى التقاء تلك العمليات بحقيقة الزنا المحرم، فالطفل المنتج منها هو كولد الزنا، لأنه مثله متكون من بذرتين إحداها البيضة الأنثوية من الزوجة والأخرى ماء رجل ليس بزوجه، فلا يثبت له نسب من زوجها، لأن الماء أو ( البذرة الذكرية ) ليست منه، كما لا يثبت للطفل نسب من صاحب البذرة الذكرية. إن كان معروفاً. لأنه ليس بزوج، ولا هو في حالة شبهة وإنما يلحق نسب الطفل بأمه حينئذ كما في الزنا الحقيقي.

والمحالات الأخرى أدعى لتحقيق صورة الزنا وضياح نسب الطفل وإفساد معنى الأمومة كما فطرها الله تعالى، وغير ذلك من المضار والمخاذير الشرعية ككشف العورات والتعدي على فراش رجل آخر أجنبي، ومقاصد الشرع جاءت بحفظ العرض والنسب وهذه الأنواع من التلقيحات الصناعية ضياح لتلك المقاصد وخطر على كيان المسلم ومجتمعه.=

التلقيح الاصطناعي، ثبوت النسب ووجوب نفقة الولد المولود منه نفقة والده صاحب النطفة وحصول التوارث بينه وبين أبويه، ووجوب العدة على الزوجة الملقحة، وحرمتها على ابنها وعلى ابن زوجها من غيرها باعتبارها زوجة ابنه ... وما ذلك من الآثار، إلا أننا سنقتصر في هذا المطلب على بيان الآثار المتعلقة بوجوب العدة (الفرع الأول)، و ثبوت النسب (الفرع الثاني)، ذلك كما يلي:

= كما أن الطب المعاصر قد أفاد عن حصول أضرار أخرى تؤكد ما ذهب إليه الفقهاء المعاصرين . ولا تخفى حاجة الفقه المعاصر لمعرفة رأي أهل الاختصاص إذا تنازع حكم النازلة أكثر من جهة لها دخل في تصور حقيقة النازلة . ومن تلك الأضرار التي تكلم عنها أهل الطب: أن التلقيح الصناعي باهظ التكاليف ، ونسبة نجاحه في المراكز العالمية تقدر 30 %، وهي نسبة منخفضة مما يزيد من احتمالية الخطأ والضرر وحصول التشوهات الخلقية للأجنة، كذلك احتمالية حصول حدوث الأخطاء والخلط بين مبي رجل في غير زوجته أو بيضة امرأة مع مبي رجل آخر ليس بزوجها وارداً كثير وخاصة في الدول النامية، كما قد يوجد فائض من مبي بعض الرجال، أو أجنة مجمدة في بعض المستشفيات قد يُساء استخدامها، أو تحصل التجارة بما مما يولد محاذير شرعية وخلقية لا يقرها عقل أو شرع.

أما الطريقة السادسة والسابعة من التلقيح الصناعي فقد أجازتها مجامع الفقه الإسلامي، وعلية ذهب أكثر الفقهاء المعاصرين . وقد بينَ المحيزون حكمهم على أن عملية التلقيح تتم بين ماء الزوجين وتعاد إلى رحم الزوجة، وهي كالمعاشرة الطبيعية بين الزوجين لذا يُثبت فيها النسب من الزوج صاحب الفراش، لأن الولد خلق من مائه وولد على فراشه ، ولأن الإنجاب بهذه الطريقة يعد عملاً مشروعاً لا إثم فيه ولا حرج، وهو بعد هذا يكون في تلك الحالة سبباً للحصول على ولد شرعي يُذكر به والده، و به تمتد حياتهما، وتكتمل سعادتهما النفسية والاجتماعية، ويطمئنان على دوام العشرة وبقاء المودة بينهما، وقواعد الشرع ومقاصد الكلية جاءت بما يكفل للعباد حفظ أنفسهم واستمرار تعاقبهم وحفظ نسلهم بأن لا يشوبه اختلاط مياه غير الأزواج أو ضياع أو اضرار الأنساب، وفي إباحة الطريقتين الأخيرتين من التلقيح الصناعي تأكيداً على حفظ تلك المقاصد و تحقيق السعادة النفسية والاجتماعية للزوجين .

أما ما قد يشوب حكم الإباحة لتلك الطريقتين من احتمال اختلاط النطف و اللقائح في أوعية الاختبار ولا سيما إذا كثرت ممارستها وشاعت، كذلك ما قد يحصل من تكشف للعورات المغلظة للزوج أو الزوجة أمام الأجانب، فإن هذه الاحتمالات قد تمنع حكم الإباحة ولذلك منع بعض الفقهاء المعاصرين جوازها بناءً على تلك الاحتمالات، والذي يظهر من فتاوى المجامع الفقهية المحيطة للطريقتين الأخيرتين أنهم قيدوا الجواز بأن لا يلجأ إلى ممارسة ذلك التلقيح الصناعي إلا في حالة الضرورة القصوى، ومنتهى الاحتياط والحذر من اختلاط النطف أو اللقائح، والتأكد من خلال أطباء ثقات على نجاح العملية، أو حصول غلبة الظن على نجاحها، مع الحرص أن لا تكشف عورة المرأة إلا طبيبة مسلمة أو رجل عند عدمها والضرورة قائمة، أنظر، مُسفر بن علي القحطاني، حصول الزوجة على مبي زوجها المتوفى دماغياً لغرض الإستيلاء منه بالتلقيح الصناعي، المؤتمر العالمي الأول بجامعة الملك فهد للبترول والمعادن، المملكة العربية السعودية، دس، ص 3 حتى 6.

## الفرع الأول

## أثر التلقيح الاصطناعي على العدة

معلومٌ أن العدة تجب على الزوجة إن توفي عنها زوجها أو فارقها بطلاق أو فسخ وكذلك تجب العدة على الزوجة إن فارقها زوجها بطلاق أو فسخ بعد إجراء عملية التلقيح الاصطناعي وهو حكم لم يخالف فيه أحد من الفقهاء<sup>(1)</sup>.

حيث ذهب المالكية<sup>(2)</sup> إلى أن إنزال الخصى أو المجهوب<sup>(3)</sup> مما يوجب اعتداد الزوجة، ذلك أن الخلوّة حصلت، وأن المني قد وصل إلى رحم الزوجة ومتى ثبتت العدة على زوجة المجهوب ثبت نسب الولد منه لأنها - أي العدة - شرعت لصيانة مائه من أن يخالطه ماء غيره فتختلط الأنساب، كما أن الحنابلة أناطوا وجوب العدة بالمسيس، أو الخلوّة بعض النظر عن موانع الوطاء فأوجبوا العدة على زوجة المجهوب إذا خلا بها.

والمعلوم أن الشافعية<sup>(4)</sup> نفوا العدة عن زوجة المجهوب إذا لم تستدخل منيه، وقالوا: "أما لو لم يعلم عدم استدخاله، كأن ساحقها ونزل منيه، ولم يعلم هل دخل فرجها أو لا فتجب العدة ويلحق به النسب، وتنقضي عدتها بوضع الحمل الحاصل منه"<sup>(5)</sup>.

غير أن الحنفية نصوا على ضرورة إدخال المني في فرج الزوجة حتى تثبت به العدة ويلحق به النسب فقالوا: "إذا جاءت امرأة المجهوب بولد ولم تعلم بجبهه فادعاه ثبت نسبه ...

(1) عبد المالك عبد الرحمان السعدي، المرجع السابق، ص.104.

(2) شهاب الدين أحمد ابن إدريس القرافي، الذخيرة، تحقيق الأستاذ سعيد أعراب، ج06، ط01، دار الغرب الإسلامي بيروت، 1994 ص.299.

(3) الخصى مقطوع الخصيتين أو أحدهما، و المجهوب مقطوع جزء من الذكر، أو كُله.

(4) راجع في الموضوع، محمد ابن إدريس الشافعي، الأم، تحقيق وتخريج رفعت فوزي عبد المطلب، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع المنصورة، ج06، باب العدد، ط01، 2001، ص586.

(5) عبد المالك عبد الرحمان السعدي، المرجع السابق، ص.98.

لإنزاله بالسحق" فيتضح مما سبق، أن جمهور الفقهاء يثبتون العدة للزوجة، متى تم إنزال مني زوجها المحبوب برحمها<sup>(1)</sup>.

هذا وقد نظمت أحكام المواد 58 إلى 61 ق.أ المعدل وأحكام العدة وأنواعها ومدتها وفق تعاليم الشريعة الإسلامية، وعليه إذا أجرت الزوجة تلقيحا اصطناعياً، ثم توفي عنها زوجها وجب عليها عدة الوفاة أو طلقها بعد ذلك وجب عليها عدة المطلقة.

أما في حالة لو كانت البويضة لزوجته، والحمل لامرأة أخرى<sup>(2)</sup> (الأم البديلة) وهذا غير مشروع كما تم ذكره - ولكن نبين أحكام العدة لو حدث هذا فرضاً - فإنه لو توفي الزوج فالزوجة صاحبة البويضة تعتد عدة وفاة لأن لها علاقة زواج بزوجها، أما الأم البديلة فتعتد عدة حمل بأن تضع حملها، لأن الله تعالى: "وَالَّتِي يَبْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ أَرَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَالَّتِي لَمْ تَحْضَنْ وَأُولَتْ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ تَجْعَلْ لَهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْرًا"<sup>(3)</sup>، وهذا ما أكدته المشرع الجزائري من خلال نص المادة 60 قأ: "عدة الحامل وضع حملها وأقصى مدة الحمل عشرة أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة".

(1) منطقياً إذا كان المحبوب هو من لا يقدر على إيلاج عضوه الذكري في فرج زوجته، وإنما يكفيه المداعبة والملازمة من الخارج الرحم وعليه تُقاس مسألة التلقيح الاصطناعي، متى ثبت أن مني الزوج تم تلقيحه ببويضة زوجته، سواءً في رحمها، أو في أنبوب الاختبار ووجبت عدتها.

(2) للحديث عن نسب طفل تأجير الأرحام، نرى أن هناك اختلافات فقهية كثيرة، فبعضهم نظر إلى أصل التكوين، واعتبر الأم الحقيقية هي صاحبة البويضة، والبعض الآخر نظر إلى الغذاء والحمل والولادة فاعتبر صاحبة الرحم هي الأم، وبعضهم اعتبر أن للطفل أمين، وبالتالي فالمسألة بتنازعها ثلاثة أقوال:- ذهب أنصاره إلى أن الأم الحقيقية هي صاحبة البويضة، وهذا القول هو ما اختاره مجمع الفقه الإسلامي برأي أكثرية أعضائه، واغلب العلماء المعاصرين، - يرى أن الطفل ينسب إلى صاحبة الرحم المؤجر إلى حملت وولدت، فهي أمه الحقيقية، وهو قول بعض العلماء المعاصرين، حيث يرى الدكتور جابر مهران رأياً مختلفاً في هذه المسألة، فيقول: "إني والله سبحانه وتعالى أعلم أرى أن لطفل أمين : الأولى: التي حملته، والثانية: صاحبة البويضة؛ مقتبس عن، احمد محمد لطفي أحمد، التلقيح الصناعي بين أقوال الأطباء وآراء الفقهاء، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، مصر، ط2، 2011، ص.295،296.

(3) سورة الطلاق، الآية 04.

والعدة في هذه الحالة ليست مرتبطة بطلاق، لأنه لم يثبت عقد زواج بين الزوج صاحب النطفة، وبين الأم البديلة المتبرعة بالحمل، حتى نقول أن هناك طلاقاً وبالتالي تجب عدة الطلاق ونفس الشيء يُقال بالنسبة لوفاة الزوج صاحب النطفة، فليس هناك وجه القول بأن تعدد الأم البديلة عدة وفاة، لأنه ليس بزواج لها، و عليه بقيت مسألة الحمل على أنها واقعة مادية موجودة لا يمكن نفيها، أو حتى تجاهلها كون الجنين موجود و عليه تجب على الأم البديلة عدة الحامل لأنها مرتبطة<sup>(1)</sup> به

## الفرع الثاني

### أثر التلقيح الاصطناعي على النسب

يُعتبر اهتمام الشريعة الإسلامية، والمشرع الجزائري بأمر النسب في غاية الجدوية باعتبار أن النسب<sup>(2)</sup> أبرز الآثار التي تترتب عن الزواج الصحيح، وهذا طبعاً لمنع اختلاط الأنساب وحفظها من الفساد والتلاعب، و بالتالي فإرساء قواعد البُنوة على أساس سليم حيث يقول الله تعالى: "وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا ۗ وَكَانَ رَبُّكَ

(1) محمد بن صالح العثيمين، الشرح الممتع على زاد المستنقع، المجلد الثالث عشر، دار ابن الجوزي، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط 1 1428 هـ، ص. 329.

(2) "يختلف نسب طفل التلقيح الصناعي، باختلاف ما إذا كان هذا الطفل قد ولد من زوجين على قيد الحياة، وتربطهما علاقة زوجية، أو كان قد ولد من زوجين لا تربطهما هذه العلاقة، سواءً كان انقطاع هذه العلاقة بالوفاة، أو بالطلاق، وسنفسلها كما يلي:

1- طفل التلقيح المولود من زوجين على قيد الحياة: إن الفقهاء اختلفوا في ثبوت نسب الطفل في هذه الحالة بناءً على اختلافهم في حكم استدخال امرأة من رجل تربطهما به علاقة شرعية، وكان هذا الخلاف على قولين: - اشترط الشافعية لثبوت النسب في هذه الحالة أن يكون المنى محترماً، إلا أنهم اختلفوا في المراد بالمنى المحترم، - بينما ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة إلى ثبوت النسب بالاستدخال مادامت توجد علاقة شرعية بين الرجل صاحب الحيوان المنوي، والمرأة صاحبة البويضة والرحم.

2- طفل التلقيح المولود بعد الطلاق و الوفاة: إذا ولد الطفل بطريقة التلقيح الصناعي من زوجين انقضت علاقتهما الزوجية، سواءً كان هذا انقضاء بالطلاق البائن، أو الوفاة بأن يكون لهما رصيد من الأجنة مجمدة في إحدى مراكز التلقيح، فإن الفقهاء اختلفوا في هذه المسألة على أقوال: يرى بعض الباحثين أن هذا المولود يعامل معامل ولد الزنا، فيثبت نسبه لأمه فقط للتيقن من ذلك، ولا ينسب للزوج المتوفى صاحب النطفة، بينما يرى البعض الآخر أن طفل التلقيح المولود بعد الوفاة يُثبت نسبه لأبيه أيضاً، إلا أنهم اختلفوا في ميراثه، فبعضهم منع ميراثه من أبيه، والبعض اعتبره من الورثة"، أشار إلى ذلك، احمد محمد لطفي احمد، المرجع السابق، ص. 208-211.

قَدِيرًا" <sup>(1)</sup>، فالنسب الشرعي *la filiation légitime* هو الذي يتبع فيه الولد أباه في القانون و الشرع، و يترتب عليه الميراث، و موانع زواج و حقوق و واجبات أبوية و بنوية في حين أن النسب غير الشرعي لا يترتب عليه شيء.

وقد نظم المشرع الجزائري أحكام النسب من خلال المواد 40 إلى 46 ق.أ المعدل و المتمم، و نص على طرق ثبوته من خلال المادة 40 بالزواج الصحيح الذي يُعتبر سبباً شرعياً لثبوت النسب أثناء قيام الرابطة الزوجية، حيث أنه لو أنه غير ممكن أو أن الزوجين لم يلتقيا قط و لم يكن في الإمكان تلاقيهما، فإن النسب لا يثبت <sup>(2)</sup>.

وهذا مصداقاً لقوله ﷺ: " الولد للفراش وللعاهر الحجر" <sup>(3)</sup>، و من هنا اتفق الفقهاء بأن نسب الولد من أمه ثابت في كل حالات الولادة شرعية كانت أم غير شرعية.

و الأم في هذه الحالة هي صاحبة البويضة و صاحبة الرحم التي حملت اللقيحة وهي طبعاً زوجة الزوج، ولكن ما الحال لو أن امرأة تبرعت لحمل اللقيحة، هل يُثبت النسب لأمه صاحبة البويضة أم الأم البديلة التي حملت في رحمها؟.

ثار خلافٌ فقهي بين من يرى أن المولود هو ثمرة البويضة التي أفرزتها الأم ولو لم تكن هي التي حملته و وضعته، في حين أن هناك من يرى أن الحمل والولادة هما معيارين لثبوت الأمومة <sup>(4)</sup>، مستنديين في ذلك إلى نص المادة 43 ق أ على أنه: "ينسب الولد لأبيه

(1) سورة الفرقان، الآية 54 .

(2) ابن القيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، الجزء الرابع، الطبعة الثالثة، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2001، ص.166. قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، بتاريخ 1984/10/08، المجلة القضائية، 1989، العدد 4، ص.79.

(3) المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1984/12/17، ملف رقم 37628، المجلة القضائية، ع 1، 1990، ص.86؛ المحكمة العليا، غ.أ.ش. 1990/01/20، ملف رقم 115708، المجلة القضائية، ع 2، 1992، ص.71.

(4) العربي شحط عبد القادر، المرجع السابق، ص.20. الهامش رقم 24.

إذا وضع الحمل خلال عشرة (10) أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة"، حيث يظهر واضحاً أن المشرع الجزائري ربط الأمومة بالوضع.

لكن الصحيح وبعد تعديل قانون الأسرة حسم المشرع المسألة بتقرير أن الزوجة صاحبة البويضة هي أم الطفل، بدليل أنه لا يعترف أصلاً بالأم البديلة المتبرعة بالبطن.

أما من حيث نسب الطفل لأبيه، فنص المادة 45 مكرر صريح في أن طفل التلقيح الاصطناعي يُثبت الزوج صاحب النطفة، وذلك بموجب ثلاث ضمانات وهي وجود عقد زواج شرعي، وأن يتم التلقيح برضا الزوجين، وثالثاً أن يتم التلقيح بمبي الزوج إضافةً إلى ذلك أن نص المواد 41، 42، 43، 45 ق.أ، تفترض الجماع والاتصال بين الزوجين، وإلحاق نسب الطفل بأبيه.

وعليه فإن إجراء عملية التلقيح الاصطناعي بواسطة شخص غير الزوج من شأنه المساس بأحكام النسب الشرعي، وبالتالي نكون أمام نوعين من الأبوة: أبوة طبيعية قانونية ترجع للزوج وهو أب الطفل قانوناً، وأبوة بيولوجية تعود للرجل المتبرع، الأمر الذي سيدفع حتماً بالزوج لرفع دعوى إنكار نسب الطفل الذي أتى عن طريق التلقيح الاصطناعي بغير نطفته.

لذلك فإنه لا يُمكن القول أن رضا الزوج السابق على ممارسة عملية التلقيح يؤدي إلى تقرير مشروعية العملية، لأن ذلك من شأنه أن يمس بالنظام العام والآداب العامة وكذا بالحكم المنصوص عليه في 41 ق أ<sup>(1)</sup>.

وفي هذا الإطار فقد ذهب جمهور الفقهاء<sup>(2)</sup> إلى إلحاق هذا الطفل الناتج عن نطفة رجل آخر غير الزوج بأمه كولد الزنا، ولا يثبت نسبه من صاحب النطفة الأجنبي ولو

(1) المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1990/01/22، ملف رقم 57756، المجلة القضائية، 1992، ع 2، ص.71.

(2) عبد المالك عبد الرحمان السعدي، المرجع السابق، ص.114.



عرف من هو وبحسب رأي الجمهور دلالة واضحة على شناعة هذا الفعل، والتحذير من تساهل الناس في مسألة التلقيح الاصطناعي بنطفة غير الزوج التي تعتبر غير جائزة شرعاً وقانوناً.

وبعد أن تمت دراسة أثر التلقيح الاصطناعي على النسب، كما أنه من مظاهر الولادة غير الطبيعية ما يعرف علمياً بالاستنساخ البشري، سنتعرض بعدها إلى دراسته ومدى تأثيره على النسب، ضمن (المبحث الثالث) من هذا الباب كما يلي.

### المبحث الثالث

#### الاستنساخ البشري وأثره على النسب

المعروف قديماً لدى العام والخاص أن المني الذي يفرزه الرجل هو المسئول عن الولادة حتى اكتشف عالم إيطالي إمكانية تخزين هذا السائل مجمداً كودائع في بنوك تنشأ لهذا الغرض واقترح على المتوجهين للقتال تخزين سوائلهم المنوية في هذه البنوك بعد تجميدها، لاستخدامها في الإنجاب إذا ما أصيبوا في المعارك الحربية، ولكن وبعد عشرات السنين تبين عدم كفاية السائل المنوي بمفرده لتكوين الجنين، إذ لا بد وأن يمتزج ببويضة تفرزها المرأة الأنثى مرة كل شهر<sup>(1)</sup>، مما يدفعنا إلى تعريف الاستنساخ في (المطلب الأول) ثم التعرض إلى طريقة إجراء الاستنساخ وأثرها على النسب، من خلال (المطلب الثاني).

(1) فانس بكار، إخم يصنعون البشر، ترجمة زينات الصباغ، سلسلة الألف كتاب الثاني، الهيئة المصرية العامة للكتاب، الجزء الثاني، القاهرة مصر 1995، ص.13.

## المطلب الأول

## حقيقة الاستنساخ البشري من منظور علماء اللغة و الاصطلاح

لعلّ الدافع المجمع عليه علمياً و عقلياً، أن عملية الاستنساخ كان ولازال سببها مشكلة عدم توافر الخصوبة اللازمة للإنجاب، بأساليب وعمليات طبية مساعدة مختلفة من أجل حدوث الحمل<sup>(1)</sup>، ومن هذه العمليات الطبية، التلقيح الصناعي والإخصاب الخارجي (أطفال الأنابيب) وعليه سنتعرض إلى تعريف كلمة الاستنساخ لغة في (الفرع الأول)، ثم اصطلاحاً ضمن (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

## تعريف الاستنساخ لغةً

الاستنساخ من نسخ، ويقصد به النقل والإزالة والإلغاء، يقال نسخت الكتاب نسخاً إذا نقلته<sup>(2)</sup>، ونسخ: (نسخا) الشيء، أزاله وأبطله، مسخه، نسخ الكتاب نقله أو طبعه، أو كتبه حرفاً بحرف، وتناسخ الورثة ماتوا بعضهم بعد بعض، والميراث قائم لم يقسم و استنسخ الشيء بمعنى نسخه، طلب نسخه، و التناسخ مصدر، والذين يعتقدون ذلك يسمون التناسخية<sup>(3)</sup>، ويُقال نسخت الشمس الظل و انتسخته أي أزالته ونسخت الريح آثار الديار

(1) توجد أسباب كثيرة لتعذر تحقيق الإخصاب، يرجع بعضها للرجل والبعض الآخر للمرأة، فقد يكون السائل المنوي الذكري غير كاف أو غير مكثف بمعنى عدم وجود الحيوان المنوي القادر على مواصلة السباق حتى الفوز باختراق البويضة وتلقيحها، وقد يرجع لانسداد قناة فالوب عند المرأة وقد كشفت الدراسات إصابة ما يتراوح بين 15% إلى 2% من الأزواج والزوجات في العالم بالعقم، كما ثبت أن الرجل والمرأة رغم اتصالهما الجنسي غير المنقطع قد يعجزان عن الإنجاب، لحكمة ولأسباب لا يعلمها إلا الله سبحانه وتعالى الذي يجعل من يشاء عقيماً.

(2) علي محمد يوسف المحمدي، الاستنساخ من الناحية العلمية والشرعية والقانونية، مؤتمر الطب والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 3 إلى 5 ماي 1998، ص.6.

(3) دون ذكر الاسم، منجد الطلاب، دار المشرق، بيروت، الطبعة السابعة والعشرون، دت، ص.789.

غيرتها، ونسخ الكتاب طبعه. والنسخة إسم المستنسخ منه، و نسخ الآية بالآية إزالة مثل حكمها<sup>(1)</sup>.

ويقال: ن س ل (النسل) الولد. وتناسلوا أي ولد بعضهم من بعض. ونسلت الناقة بولد كثير تنسل بالضم، ونسل الطائر ريشه من ضرب ونصر. ونسل العدد أسرع ينسل بالكسر نسلًا و نسلانًا بفتح السين فيهما، قال تعالى: "وَنُفِخَ فِي الصُّورِ فَإِذَا هُم مِّنَ الْأَجْدَاثِ إِلَىٰ رَبِّهِمْ يَنسِلُونَ"<sup>(2)</sup>، وقوله تعالى: " وَإِذَا تَوَلَّىٰ سَعَىٰ فِي الْأَرْضِ فِيهَا وَیُهْلِكَ لَحَرَّتْ<sup>ط</sup> وَاللَّهُ لَا تُحِبُّ الْفَسَادَ "<sup>(3)</sup>.

ويعني الاستنساخ أيضاً إحلال شيء مكان شيء آخر، نقول تناسخت الأشياء أي كان بعضها مكان بعض، والتناسخ انتقال الروح بعد الموت من البدن إلى مودعها فيه ويأتي الاستنساخ بمعنى الإثبات ومنه قوله تعالى: "هَذَا كِتَابُنَا يَنْطِقُ عَلَيْكُمْ بِالْحَقِّ إِنَّا كُنَّا نَسْتَنسِخُ مَا كُنْتُمْ تَعْمَلُونَ"<sup>(4)</sup>، أي نستنسخ ما تكتبه الحفظة فيثبت عند الله.

وقد يأتي اللفظ بمعنى النسخ ويراد به لغةً إبطال الشيء وإقامة آخر مقامه أو استبداله بآخر، ومنه قوله تعالى: " مَا نَنْسَخْ مِنْ آيَةٍ أَوْ نُنسِهَا نَأْتِ بِخَيْرٍ مِّنْهَا أَوْ مِثْلَهَا أَلَمْ تَعْلَمْ أَنَّ اللَّهَ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ "<sup>(5)</sup>، وتناسخ الأشياء معناه تداولها، ويأتي لفظ الاستنساخ في اللغة بمعنى المسخ و الاستنساخ، نقول مسخ مسخاً حوّل صورته إلى أخرى قبيحة ومنه

(1) دون ذكر الاسم، مختار الصحاح، الطبعة السابعة، المطبعة الأميرية، القاهرة، 1953، ص.656.

(2) سورة يس، الآية 51.

(3) سورة البقرة، الآية 205.

(4) سورة الجاثية، الآية 29.

(5) سورة البقرة، الآية 106.

يقال مسخه الله قرداً فهذا مسخ، ومنه قوله تعالى: "وَلَوْ نَشَاءُ لَمَسَخْنَهُمْ عَلَىٰ مَكَانَتِهِمْ فَمَا اسْتَطَبَعُوا مُضِيًّا وَلَا يَرْجِعُونَ" (1).

ولا يكون الاستنساخ إلا من شيء قد فرغ منه، والمتأمل فيما توصل إليه العلماء من الاستنساخ بأنواعه لا يخرج عن هذا المضمون، وهو أنهم يستنسخون شيئاً قد فرغ منه سواءً على مستوى الخلية الجرثومية أو الخلية الجسدية، وأن عملهم لا يعدو أن يكون توظيفاً لمواد أولية موجودة في الأصل، وأنهم وفروا لها المكان المناسب بطريقة علمية مبتكرة (2).

### الفرع الثاني

#### تعريف الاستنساخ اصطلاحاً

يعرف اصطلاحيون الاستنساخ، بأنه الحصول على الكائن جديد من كائن قديم دون التزاوج، وعند العلميين هو توليد كائن حي أو أكثر، إما بنقل النواة من خلية جسدية إلى بويضة منزوعة النواة وإما بتشطير بويضة مخصبة في مرحلة تسبق تمايز الأنسجة والأعضاء (3)، أو تحويل خلية جسدية غير تناسلية إلى خلية تناسلية.

ويعرفه الدكتور وهبة الزحيلي، بأنه أخذ خلية جسدية من كائن حي، تحتوي على كافة المعلومات الوراثية، وزرعها في بويضة مفرغة من مورثاتها، ليأتي المخلوق الجديد أو الجنين مطابقاً تماماً للأصل، أي الكائن الأول الذي أخذنا منه الخلية، أو هو تشكيل كائن

(1) سورة يس، الآية 67.

(2) علي محمد يوسف المحمدي، المرجع السابق، ص.6.

(3) علي محمد يوسف المحمدي، المرجع السابق، ص.9.

حي كنسخة مطابقة تماماً من حيث الخصائص الوراثية والفيولوجية والشكلية لكائن حي آخر<sup>(1)</sup>.

ويقصد بالاستنساخ بصفة عامة الحصول على نسخة أو أكثر طبق الأصل من الأصل نفسه، وبالمعنى البيولوجي يعني معالجة خلية جسمية من كائن معين كي تنقسم وتتطور إلى نسخة مماثلة لنفس الكائن الحي الذي أخذت منه<sup>(2)</sup>.

ومن الناحية الطبية يُقصد بالاستنساخ استحداث كائن حي مشابه للكائن الذي أخذت منه الخلية الحية، وعلى هذا فهو عبارة عن عملية لا جنسية لتكثير كائنات متطابقة وراثياً، فهو عملية تكاثر شيء موجود فعلاً<sup>(3)</sup>، كما يعرفه الدكتور توفيق محمد علوان بأنه: "زرع خلية إنسانية أو حيوانية جسدية تحتوي على المحتوى الوراثي كاملاً في رحم طبيعي أو صناعي وذلك بغرض إنتاج كائن حي (حيوان أو إنسان) صورة طبق الأصل من نظيره صاحب الخلية الأولى"<sup>(4)</sup>.

وبعد أن تم تعريف الاستنساخ البشري لغة واصطلاحاً، نتحدث الآن عن طريقة إجراء عملية الاستنساخ، وأثر ذلك على النسب، من خلال (المطلب الثاني).

(1) وهبة مصطفى الزحيلي، الاستنساخ الجوانب الإنسانية والأخلاقية والدينية، بحث مقدم إلى مؤتمر الطب والقانون، مرجع سابق، ص.1.

(2) صبري الدمرداش، الاستنساخ قبله العصر، دار الفكر الحديث، الكويت، الطبعة الأولى، 1997، ص.24.

(3) شوقي زكريا الصالحي، التلقيح الصناعي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، 2001، ص.329.

(4) توفيق محمد علوان، الاستنساخ البشري بين القرآن والعلم الحديث، ط1، دار الوفاء المنصورة، 1999، ص.13.

## المطلب الثاني

## عملية إجراء الاستنساخ البشري وأثرها على النسب

يعتبر موضوع نسب الطفل الناتج عن طريق الاستنساخ من أكثر الموضوعات التي أثارت جدلاً كبيراً بين معظم من تحدث عن هذه التقنية الحديثة، فما هي طريقة إجراء عملية الاستنساخ؟، وما أثر القيام بها على النسب؟، وقصد الإجابة على هذه التساؤلات، سيتم التعرض إلى طريقة إجراء عملية الاستنساخ ضمن (الفرع الأول)، وإلى أثر القيام بها على النسب ضمن (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

## طريقة إجراء عملية الاستنساخ

الاستنساخ، مصطلحٌ علميٌ يستخدمه علماء الأحياء "البيولوجيا" للتعبير عن إنجاب أو تكاثر دون علاقة جنسية، ويعرف بتكاثر العذارى أو البكاري، كذلك يسميه البعض التكاثر الحضري، فكيف يتم ذلك؟<sup>(1)</sup>.

في البداية تجدر الإشارة إلى أن جسم الإنسان يحتوي على نوعين من الخلايا خلايا جسدية وخلايا جنسية، والأخيرة هي البويضة في الأنثى والحيوان المنوي في الذكر ويحتوي كل من الحيوان المنوي والبويضة على عدد فردي من الكروموسومات وهو 23 كروموسوماً وعند اتحاد الحيوان المنوي بالبويضة وحدث الإخصاب يُصبح عدد الكروموسومات 46 كروموسوم<sup>(2)</sup>.

(1) سنعمد في هذا الفرع، على الطرح العلمي الطبي قدر الإمكان - بدون توسع ولا تفصيل - وليس القانوني، لعملية إجراء الاستنساخ البشري.

(2) علاء علي حسن نصر، عملية الاستنساخ البشري و الهندسة الوراثية من الناحية القانونية، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 2006 ص.89.

ويحتوي جسم الإنسان على حوالي 30 تريليون خلية جسدية، كل منها بداخلها نواة تحتوي على 46 كروموسوم<sup>(1)</sup>، يوجد بها الحمض النووي DNA الذي يحمل الجينات الوراثية التي تُكسب الإنسان كل ما هو عليه من صفات، وشكل ولون، وأمراض، وغير ذلك من مقومات حياته التي تميزه عن غيره، وتحتوي الخلية البشرية الواحدة على حوالي مئة ألف جين وراثي، يعمل منها فقط حوالي 15.10% والباقي في حالة كمون، ويمكن أن تورث للأجيال القادمة، والجين ما هو إلا تتابع لأحماض أمينية موجودة بترتيب معين لتعطي صفة، أو وظيفة أو أمراً معيناً في الجسم فإذا حدث خللٌ في ترتيب الأحماض الأمينية، يحدث ما يسمى بالطفرة وتتغير وظيفة الجين، وربما يتسبب ذلك في تغير في شكل عضو من الأعضاء، أو الإصابة بمرض من الأمراض الموروثة<sup>(2)</sup>.

كما ينقسم الاستنساخ إلى نوعين: استنساخ جنسي، واستنساخ جسدي ويحدث الاستنساخ الجنسي من التقاء الحيوان المنوي بالبويضة، ويحمل كل منهما نصف عدد الكروموسومات كي يكتمل العدد في النطفة المخصبة، وعندما تبدأ الخلية في الانقسام إلى خليتين، يُحيط بهما غشاء يسمى "زونا بليوسيدا" وتُضاف إنزيمات معينة لإذابة هذا الغشاء الذي يجمع الخليتين داخله وتكون النتيجة نطفتين متطابقتين، أو توأمًا مُتطابقتًا، ثم بعد ذلك تضاف مادة جديدة لهاتين النطفتين، تُشبه تماماً الغشاء المسمى "زونا بليوسيدا" ليتكون جنينان ينقسم كل منهما بعد ذلك ليكون جنيناً كاملاً. وإذا ترك الانقسام الأوتوي، يمكننا أن نستنسخ أي عدد من الأجنة حسب الرغبة والحاجة<sup>(3)</sup>.

(1) بديعة علي أحمد، الجوانب الفقهية المتعلقة بتغيير الجنس، دراسة فقهية مقارنة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، ط1، 2011 ص.11 و12.

(2) عبد الهادي مصباح، الاستنساخ بين العلم والدين، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، 1988، ص.38.

(3) عبد الهادي مصباح، المرجع السابق، ص.48.

وقد يتم نقل أحد هذه الأجنة إلى رحم الأم (أو الأم الحاضنة)، ويحتفظ المعمل بباقي الأجنة في الثلاجة المجمدة، إما لإعادة التجربة إذا فشلت، أو لاستخدامها في تجارب جديدة<sup>(1)</sup>.

ومن أهم النتائج التي أعلنت في هذا الصدد تلك التي خرجت من جامعة "چورچ واشنطن" في الولايات المتحدة الأمريكية في نوفمبر سنة 1993، حين أعلن الطبيبان "روبرت ستيلمان" و"چيري هول"، حيث هما يعملان في مجال أطفال الأنابيب نجاحهما في استنساخ الأجنة وإبقائها حية لمدة ستة أيام، وكما ذكرنا فإن هذه الأجنة متشابهة أي توائم متماثلة في الجنس والشكل<sup>(2)</sup>.

الاستنساخ الجسدي: يتم بأخذ خلية جسدية من أي جزء من الجسم، وهذه الخلية تحتوي على العدد الكامل للصبغيات (46 كروموسوما)، ويتم نزع نواة هذه الخلية، ثم زرعها في بويضة من الأنثى بعد نزع نواة هذه البويضة (تحتوي على 23 كروموسوما). وبعد ذلك تزرع البويضة التي أصبحت تحمل 46 كروموسوماً جاءت كلها من الخلية الجسدية وبذلك تُنتج نسخة طبق الأصل من صاحب الخلية الجسدية<sup>(3)</sup>.

ورغم الإنجازات العديدة السابقة، واجه العلماء والباحثين في أبحاثهم العديد من المشاكل والصعوبات، ولكنهم وبصبر العلماء ومثابرتهم استطاعوا التغلب على الكثير منها ومن المشكلات التي واجهها العلماء للقيام بعملية الاستنساخ ما يأتي:

(1) نعيم عاطف، المرجع السابق، ص.23، وانظر كذلك، علي محمد يوسف المحمدي، المرجع السابق، ص.11.

(2) ومن الإنجازات الهامة في مجال الاستنساخ الجنسي، ما أعلن عنه في ولاية "أوريجون" الأمريكية عن استنساخ توأم لقرندين بهذه الطريقة ونجاح ولادته، وهو التوأم "نتي" و"ديتو"، وقد أعلن عن هذا الإنجاز العلمي بعد فترة وجيزة من الإعلان عن ميلاد النعجة "دوللي" عام 1996 راجع، أمير فرج يوسف، أطفال للأنابيب والتلقيح الصناعي، دار الكتاب الحديث، القاهرة مصر، 2012، ص.129 و130.

(3) وقد أظهرت الاختبارات الجينية أن الأطفال المعدلين وراثياً يحملون بالفعل مورثات تعود للأصلية والمرأة المتبرعة إلى جانب مورثات الأب، ومن شأن هذه المورثات الإضافية المنقولة لهؤلاء الأطفال تعديل المحتوى الوراثي والبصمة الوراثية لهم، والتي ستورثونها بدورهم إلى أطفالهم مما يؤدي إلى خلط الأنساب، أنظر، أمير فرج يوسف، المرجع السابق، ص.176.



1. صعوبة إجراء عملية الاستنساخ على الخلايا الناضجة لكون هذه الخلايا قد تخصصت لأداء وظيفة معينة ومحددة وفقاً لبرنامج وراثي سابق، وذلك عند اتحاد الحيوان المنوي بالبويضة، وأصبحت هذه الخلايا الناضجة نشطة في أداء وظيفتها التخصصية الجديدة، أما بقية المحتوى الوراثي لها، والذي لا يمت للوظيفة التخصصية بصلة فقد دخل في مرحلة كمون، ولا إمكانية لاستثارة هذا المحتوى الجيني ليستعيد نشاطه مجدداً.

هذا وقد تغلب العلماء على تلك المشكلة بإجراء عملية الاستنساخ على المراحل الجينية المبكرة، حيث يتم تقسيم الخلايا الجينية الثمانية إلى خلايا مفردة، ثم تنزع نواة إحدى الخلايا ويتم نقلها إلى حافظة مناسبة تسمح للأطعم الوراثية المخزنة بنواة الخلية بالاستمرار بتوجيه عمليات التكوين الجيني.

2. صعوبة الحصول على الوسط الحيوي المتوافق وراثياً مع الأطعم الوراثية المخزنة بالنواة، وقد تم التغلب على ذلك بتفريغ البويضة من نواتها من خلال جراحة نووية دقيقة ثم يتم زرع النواة الجديدة في الموقع النووي بالبويضة، إلا أن تلك التقنية لا توفر الأمان الوراثي للنواة الجديدة بنسبة 100%، وذلك بسبب وجود الطاقم الوراثي السيتوبلازمي لخلية البويضة الذي يمثل 10% من المحتوى الوراثي للخلية والموزع بنسبة 5% للميتوكوندريا و5% موزعة على عضلات الخلية الأخرى، وهذا يحدث حالة من عدم التوافق الوراثي قد تؤدي إلى تدمير الأطعم الوراثية المزروعة في نواة البويضة، وإن كان هذا الاحتمال ضعيفاً للنسبة البسيطة المتواجد بها المحتوى الوراثي السيتوبلازمي، ولم يستطع العلماء التوصل إلى وسيلة لإحداث توافق وراثي تام يضمن الاستقرار الوراثي للطاقم الجديد بما يمكنه من القيام بوظائفه.

3 . إيجاد وسط يمكن لخلية البويضة أن تستقر فيه، وقد استعان العلماء للتغلب على هذه المشكلة بالأرحام البديلة، وإن كان هناك الآن اتجاه للأرحام الصناعية المبرجة وراثياً بما يكفل الحماية للبويضة المزروعة فيها<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثاني

#### أثر الاستنساخ البشري على النسب

يعتبر موضوع نسب الطفل الناتج عن طريق الاستنساخ من أكثر الموضوعات التي أثارت جدلاً كبيراً بين معظم من تحدث عن هذه التقنية الحديثة، فإلى من ينسب هذا الطفل؟ وما هي حقوقه ياترى؟<sup>(2)</sup>.

أثير الجدل حول نسب الطفل المستنسخ، فهل ينسب إلى الشخص الذي أخذت منه نواة الخلية الجسدية؟ أم ينسب إلى والدي هذا الشخص؟.

ففيما يتعلق بالنسب من جهة الأب، يرى البعض<sup>(3)</sup> أن الطفل لا يُعتبر ابناً لمن أخذت منه الخلية، لأن الاستنساخ يعني معالجة خلية جسدية من كائن معين كي تنقسم وتتطور إلى نسخ مماثلة لنفس الكائن الحي الذي أخذت منه، وهذه الخلية كانت سبباً في

(1) عبد الباسط الجمل، الهندسة الوراثية، الأمل والألم، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، 1956، ص. 127، 128.

(2) كملاحظة أولية نقول أن غالبية التشريعات لم تضع الإطار الواضح واللازم لنسب الطفل المستنسخ، لهذا كانت الشريعة الإسلامية هي السبابة، بل حرصت كل الحرص على وضع الإطار الواضح لنسب الطفل، وذلك بتوضيح أمه فأبوه، فما هي ياترى أم وأبو النسيخ؟.

أبو النسيخ: القاعدة الشرعية هي في اختلاف الأب الشرعي عن الأب الطبيعي، في بعض الصور الخارجة عن النظام الشرعي، فالحكم أن ينسب الطفل إلى أبيه الشرعي، وهو زوج أمه، فأبى امرأة ولدت ولدأ فأبوه شرعاً هو زوج تلك المرأة إن أمكن كونه منه.

أما أم النسيخ: فاختلفت آراء الفقهاء حولها إلى ثلاث، فالرأي الأول رجح الأم صاحبة البيضة التي أخليت من نواتها، بينما الرأي الثاني فرجح الأم صاحبة 23 كروموسوم الأنثوية، بينما ذهب الرأي الثالث إلى الأم صاحبة الرحم الحامل، وفي إطار التعليق على الرأيين فلا الرأي الأول ولا الثاني صائب، فالبويضة أخذت أصلها من الرحم الأول، و تغذت في الثانية، أنظر، محمد سليمان الأشقر، أبحاث اجتهادية في الفقه الطلي، مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان، ط1، 2001، ص. 38، 39.

(3) شوقي زكريا الصالحي، مرجع سابق، ص. 389.

إنجاب الزوج وبالتالي كان هذا الطفل المستنسخ أخًا لهذا الزوج، وابتناً لوالده باعتباره الأصل في وجود الخلية.

وعلى ذلك فإن الطفل ينسب إلى والد المرأة صاحبة الخلية ويعتبرُ أخاً لهذه المرأة وذلك في الحالة التي تكون فيها الخلية والبويضة من نفس المرأة، أما في الصورة الثانية من صور الاستنساخ والتي تكون البويضة من امرأة، والخلية الجسدية من امرأة أخرى فإن الطفل يُنسب لوالد المرأة صاحبة الخلية ويكونُ أخاً لها، ولا علاقة له بصاحبة البويضة.

وفي الصورة الثالثة التي تكون فيها الخلية الجسدية من شخص أجنبي غير الزوج والبويضة من الزوجة، يُنسب الطفل لوالد صاحب الخلية ويكونُ أخاً لصاحب الخلية وفي الصورة الرابعة التي تكون فيها الخلية الجسدية من الزوج والبويضة من الزوجة يُنسب الطفل لوالد الزوج ويكونُ أخاً للزوج.

ويرى البعض الآخر<sup>(1)</sup> أن الطفل المستنسخ في الصورة الأولى ينعدم نسبه من جهة الأب لأنه ليس هناك في حقيقة الأمر أب، وكذلك الأمر في الصورة الثانية، أما في الصور الثلاثة التي يكون فيها صاحب الخلية شخصاً آخر غير الزوج فإن الطفل لا ينسب لهذا الرجل وذلك لمخالفة قواعد وأحكام النسب الشرعية، وفي الصورة الرابعة أي التي يحدثُ الاستنساخ بين الزوجين أيضاً، فإنه لا يمكن أن ينسب الطفل إلى الزوج العقيم فالنسب هنا لا يُثبت، لأن المنطق والعقل والعلم يقضي بعدم ثبوت نسب الولد من الزوج العقيم.

أما بالنسبة لنسب الطفل من جهة الأم في الاستنساخ فإنه ينسب إلى المرأة التي ولدتها فنسبُ الولد لأمه يُثبت بالولادة، ولا يتوقف على شيء آخر، ولا فرق بين أن تكون الولادة من زواج صحيح، أو من زواج فاسد، أو من سفاح، أو من وطء بشبهة أو مخالطة

(1) فايز عبد الله الكندري، مشروعية الاستنساخ الجيني البشري من الوجهة القانونية، مجلة الحقوق، السنة الثانية والعشرون، العدد الثاني ربيع الأول، ص. 809.

مطلقة ثلاثاً في عدتها ولا يمكن نفي النسب بالولادة إلا في حالتين: إما بإثبات أن المرأة التي ثبت نسب الولد من جهتها لم تلد فعلاً، أو بإثبات أن هذا الولد المنسوب إليها ليس هو الولد ذاتُهُ الذي ولدته<sup>(1)</sup>.

وعليه فإن الطفل المستنسخ لا يتصل بالأُم (المرأة التي حملته) بأي رابطة وراثية حيث أن جميع الجينات مأخوذة من الأب صاحب الخلية الجسدية، وعلى ذلك لا ينسب الطفل إلى الزوجة.

وكتعليق على الرأيين السابقين برأي توفيق، يمكن القول أن موضوع النسب في هذا الأمر لا يحتاج إلى جهد كبير، ذلك أنه لا اجتهاد مع النص، حيث أن الشريعة الإسلامية حرصت أشد الحرص على الحفاظ على الأنساب وتحريها من العبث بها لينشأ الطفل في بيئة يعترف بها الشرع والمجتمع، مكونة من أبيه الشرعي الذي هو أبوه الطبيعي فعلاً، ومن أمه الشرعية أي أمه الطبيعية أيضاً.

لذلك حاربت الشريعة الزنا، وحرمت التبني، وحرمت انتساب الرجل إلى غير أبيه وجعلت من أعظم الذنوب أن تُدخِل المرأة على قوم ولدًا ليس منهم<sup>(2)</sup>.

وفيما يتعلق بنسب الطفل من جهة الأب، فالقاعدة الشرعية هي أنه متى اختلف الأب الشرعي عن الأب الطبيعي في بعض الصور الخارجة عن النظام الشرعي فإن الطفل يُنسب إلى أبيه الشرعي، وهو زوج أمه، فأبي امرأة ولدت ولدًا، فإن أباه شرعًا هو زوج تلك المرأة التي ولدته إن أمكن أن يولد مثله لمثله. ولا يستطيع الزوج أن يُنكر نسب الطفل إليه إلا باللعان.

(1) محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي، أحكامه والتزاماته وحدوده الشرعية (دراسة مقارنة)، 2009، رسالة دكتوراه، ص.325.

(2) راجع في ذلك، محمد سليمان الأشقر، نحو اجتهاد يضبط قضية الاستنساخ، موقع إسلام أون لاين، بتاريخ 2012/05/10 ص.24.

وسواءً كان الزوج هو صاحب الخلية أم لا، فإنَّ الطفل يلحقُ به، وعلى هذا إن كان للمرأة التي ولدته زوجته فهو أبوه الشرعي، فإن انتفى بلعان فليس له أبٌ شرعيٌّ وإن لم يمكن كونه منه فليس له أبٌ شرعيٌّ كذلك، وإذا كانت المرأة التي ولدته غير متزوجة، فلا يُنسب هذا الطفل إلى الأب أصلاً.

أما عن ادعاء البعض بنسب الطفل الناتج من الاستنساخ إلى والدي صاحب الخلية الجسدية، فالمسألة تحتاج إلى دراسة وتمعن، ذلك أنه توسع لا محل له، لأنه إذا لم تكن هناك منازعة في نسب الطفل من جانبي الزوجين، فلا مجال لإثارة موضوع نسب الطفل.

والقول بأن الطفل المستنسخ توأم لأبيه وأخ له، يقتضي الاتحاد في الأم، قال تعالى: "إِنَّ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ"<sup>(1)</sup> وهما مختلفان في الأم، فأم الأب هي جدة الطفل وأم الطفل هي الزوجة<sup>(2)</sup>.

أما فيما يتعلق بالنسب من جهة الأم وعلى خلاف الفكر المنادي بعدم إمكان نسب الطفل المستنسخ إلى صاحبة البويضة، لأن الطفل لا يحمل أيّاً من كروموسوماتها وكُلُّ تركيبه الجيني من الزوج، فإن المنطق والعقل يقضي بأن نسبة الطفل إلى الزوجة صاحبة البويضة وذلك للأسباب التالية:

فيما يتعلق بعدم مشاركة صاحبة البويضة في التركيب الجيني، هذا القول غير دقيق نظراً لأن هناك كروموسومات مازالت موجودة خارج نواة البويضة وذلك في الميتوكوندريا (الصبغيات) الموجودة بالسيتوبلازم وإن كان ذلك بنسبة قليلة عما هو موجودٌ بالنواة.

(1) سورة المجادلة، الآية 2.

(2) أشار إلى ذلك، محمد رأفت عثمان، الاستنساخ في ضوء القواعد الشرعية، مقال في كتاب الاستنساخ في رؤية الفقهاء (القسم الثاني) سلسلة دراسات إسلامية، 2010، ع 4، ص. 46.

. الأمر الثاني أن النصوص قاطعة في ثبوت نسب الطفل إلى المرأة التي ولدته، ولا مجال للاجتهاد مع صراحة النص ووضوحه، حيث يقول المولى عز وجل "وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهَنَا عَلَى وَهْنٍ وَفِصْلُهُ فِي عَامَيْنِ أَنْ اشْكُرْ لِي وَلِوَالِدَيْكَ إِلَى الْمَصِيرِ"<sup>(1)</sup>، ويقول أيضاً: "وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا وَحَمْلُهُ وَفِصْلُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا"<sup>(2)</sup>، ويقول سبحانه وتعالى في آية أخرى: "الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْكُمْ مِمَّن نَسَأَ بِهِمْ مَا هُنَّ أُمَّهَاتُهُمْ إِنْ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ"<sup>(3)</sup>، ويقول تعالى: "وَاللَّهُ أَخْرَجَكُمْ مِنْ بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ لَا تَعْلَمُونَ شَيْئًا وَجَعَلَ لَكُمُ السَّمْعَ وَالْأَبْصَرَ وَالْأَفْئِدَةَ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ"<sup>(4)</sup> فمن هذه النصوص القرآنية يتبين أن الأمومة تثبت بالولادة ولا تحتاج لدليل آخر.

. الأمر الثالث أن إنكار أمومة هذه السيدة للطفل الذي حملته طيلة تسعة أشهر وعانت أثناء الحمل، واختلط دمها بدم الطفل، وحصل الطفل عندما كان جنيناً في أحشائها على غذائه منها، وتحملت آلام المخاض والولادة، يحمل الكثير من الظلم والجور، فكيف تثبت الأمومة لمن ترضع الطفل إذا لم تكن قد ولدته ويصير محرماً عليها وأخاً لأبنائها، ولا تثبت لمن حملته وولده؟.

وبذلك يثبت نسب الطفل إلى الزوجين ما دامت هناك علاقة شرعية قائمة بينهما عند حدوث الحمل، ولا يمكن نفي هذا النسب إلا باللعان من جهة الزوج، ومن جهة الزوجة يُمكن نفي النسب إذا كانت لم تلده فعلاً، أو أنه ليس هو الولد ذاته الذي ولدته

(1) سورة لقمان، الآية 14.

(2) سورة الأحقاف، الآية 15.

(3) سورة المجادلة، الآية 2.

(4) سورة النحل، الآية 78.

وبعد دراسة موضوع الاستنساخ وأثره على النسب سننتقل إلى دراسة موضوع آخر يتعلق بالأجنة المجمدة وأثرها على النسب.

### المبحث الثالث

#### الأجنة المجمدة وبُنوك المنى

لقد انتشرت في الآونة الأخيرة ما يسمى بأطفال الأنابيب، وذلك لعدة أسباب منها المكاسب المالية الكبيرة التي يحصل عليها القائمون على هذه المشروعات و الشهرة و اهتمام الإعلام بمثل هذه المواضيع، كما تجدر الإشارة إلى أن الجزائر من بين الدول التي تقلصت فيها نسبة الخصوبة بصفة بالغة<sup>(1)</sup> فما مضمون الجنين المجمد؟ وما أثره على النسب الشرعي؟ (المطلب الأول)، ثم علاقة التأثير المباشرة للجنين المجدد على النسب (المطلب الثاني).

#### المطلب الأول

##### الجنين المجدد وأثره على النسب

إن لجؤ الأزواج إلى التخصيب خارج الرحم، كعلاج مرضية لوضعهما من حيث عدم الحمل بالطريق الطبيعي جائزاً شرعاً لأنه دواء، ولكن بشروط<sup>(2)</sup>، ولكن قبل التطرق إلى هذه الشروط الشرعية، لتعرض لنبذة تاريخية عن ظهور الأجنة المجمدة (الفرع الأول) ثم إلى تعريفه (الفرع الثاني)، لتعرض إلى أسباب اللجؤ إلى تجميد الأجنة (الفرع الثالث)، خاتمين هذا المطلب بالتعرض إلى أهم مشكلات تجميد الجننة (الفرع الرابع).

(1) أنظر، تشوار حميدو زكية، حكم وسائل الحمل المعاصرة في ضوء الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري، م ج ع ق إ س، 2003، ع 1 ص. 23.  
(2) للإطلاع على الشروط التي وضعها الفقهاء، ضبطاً منهم لمسألة تجميد الأجنة فقيدها بشروط وقيود؛ أنظر، احمد محمد لطفي أحمد التلقيح الصناعي بين أقوال الأطباء وآراء الفقهاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ط1، 2006، ص. 131-134.

## الفرع الأول

## أصولُ الأجنة المجمدة

يرجع الفضل في ظهور ما يسمى ببنوك الأجنة إلى الإيطالي Spallanani حيث كان ذلك عام 1780م لما قام بإجراءات تجارب ناجحة على بعض الحيوانات (الضفادع و الكلاب) ولقد كانت أهم هذه محاولات تلك التي أجراها عام 1938 بواسطة نطف محفوظة في درجة حرارة -296 ( أي درجة حرارة تحت الصفر)<sup>(1)</sup>.

ويرجع الفضل في إتمام أول تجربة ناجحة لحفظ السائل المنوي واكتشاف الأساس العلمي والطبي، لكل التقنيات المتبعة في تجميد السائل المنوي للعالم Leanroseand<sup>(2)</sup>.

ثم توالت التجارب بعد ذلك لاستعمال السائل المنوي المجمد، حتى تطورت الفكرة واتجه العلماء لتطبيقها على البشر، وذلك بغرض الإنجاب في أي مرحلة من مراحل العمر حتى بعد سن الثمانين، وفي هذه الحالة يرجع الفضل للحيوانات المنوية التي تم تجميدها بطرق علمية مدروسة.

وفي أوروبا، وبعد ما توصل العالم لإيطالي Spallanani لما يسمى ببنوك الأجنة وقيامه لإجراء محاولته الناجحة في عام 1938، والتي استخدم فيها نطف للحيوانات مجمدة في درجة 296 تحت الصفر، كان لفرنسا قصب السبق في هذا المجال، حيث كثر الطلب على عمليات التلقيح الاصطناعي بواسطة طرف ثالث وكانت هذه العمليات تُجرى سرّاً في

(<sup>1</sup>) شوقي زكريا الصالحي، المرجع السابق، ص.134.

(<sup>2</sup>) حسين هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية (دراسة مقارنة)، بدون دار النشر، ط 01 2006 ص.397.



العيادات الخاصة بأمراض النساء والتوليد، وكان السبب في ذلك راجعاً إلى أن الكنيسة وقت ذاك كانت قد أعلنت أن عمليات التلقيح الاصطناعي تُعتبر زنا خفي<sup>(1)</sup>.

وللخروج من هذا المأزق تم تأسيس أول بنك للمني في فرنسا عام 1973 بداخل مستشفى Keremlin Bicêt بواسطة Georges David، وكان الهدف المعلن من وراء إنشاء هذا البنك هو قيام البنك بتنمية وتطوير جميع الدراسات والأبحاث المتعلقة بالحيوانات المنوية للإنسان، والأمراض التي تصيبها، و تنظيم مركز لحفظ المنى لأغراض البحث والعلاج<sup>(2)</sup>.

وفي نفس الوقت من نفس العام 1973 تم افتتاح مركز لدراسة الخصوبة C.E.F.R في مارسيليا Marseille، ثم اتبع ذلك إنشاء ثلاثة مراكز أخرى: الأول في نيس Nice والثاني في برست Brest، والثالث في مونتبيلية Montpellier.

ولتشجيع إنشاء أكبر عدد من المراكز، فلقد رأى البعض من الفقه أن إنشاء مثل هذه البنوك سيسمح بمزيد من الاحتياطات، ومزيد من الأمن، ومن الواجب ترسيم الأشياء ووضعها في الشكل القانوني الصحيح<sup>(3)</sup>.

## الفرع الثاني

### تعريف الجنين المجمد

ابتداء سيتم التطرق إلى تعريف الجنين المجمد في اللغة (أولاً)، ثم في الاصطلاح (ثانياً)، ثم عند العلميين (ثالثاً).

(1) راجع، ممدوح خيرى هاشم، الإنجاب الصناعي في القانون المدني (دراسة قانونية فقهية مقارنة)، رسالة دكتوراه دولة، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، 1996، ص.108.

(2) أنظر، حسيني هيكل، المرجع السابق، ص.398.

(3) Isabelle D., "le statut juridique des centres de procréation médicalement assistée", mémoire dédié, à l' université de Paris 1, 1991, p.3.

## أولاً: تعريفُ الجنين في اللغة

الولدُ ما دام في بطن أمه، ويجمع على أجنة واجنُن، وهو مشتقٌ من جن، يُقالُ جن الشيء يجنه جناً إذا ستره، وكلُّ شيء ستر عنك، فقد جن عنك، ومنه قوله تعالى: " فَلَمَّا جَنَّ عَلَيْهِ اللَّيْلُ رَأَى كَوْكَبًا ط قَالَ هَذَا رَبِّي فَلَمَّا أَفَلَ قَالَ لَا أُحِبُّ الْآفِلِينَ " (1)، أي ستره و به سمي الجن لاستتارهم واختفائهم عن الأبصار، ومنه سُمي الجنين لاستتاره في بطن أمه.

وقد ورد ذكر الأجنة في القرآن الكريم في موضع واحد عند قوله تعالى: "اتَّجْتَبُونَ كَبِيرَ الْإِثْمِ وَالْفَوَاحِشَ إِلَّا اللَّمَمَ إِنَّ رَبَّكَ وَاسِعُ الْمَغْفِرَةِ هُوَ أَعْلَمُ بِكُمْ إِذْ أَنْشَأَكُمْ مِنَ الْأَرْضِ وَإِذْ أَنْتُمْ أَجْنَةٌ فِي بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ فَلَا تُزَكُّوْا أَنْفُسَكُمْ هُوَ أَعْلَمُ بِمَنِ اتَّقَى " (2)، قال الإمام الحافظ ابن كثير (3) في تفسيره معنى قوله تعالى: "وَإِذْ أَنْتُمْ أَجْنَةٌ" (4) جمع جنين وهو الولد ما دام في البطن، سُمي جنيناً لإجتنابه واستتاره، كقول العرب "كنا أجنة في بطون أمهاتنا فسقط منا من سقط"، وإسم الجنين يُطلق على هذا المخلوق المتكون من ماء رجل وبويضة المرأة، ما دام رحم أمه: "فإن خرج حياً، فهو ولد، وإن خرج ميتاً فهو سقط، وعموماً فالجنين هو ما ألقته المرأة مما يعرف أنه ولدٌ سواءً أكان ذكراً، أو أنثى، ما لم يستهل صارخاً".

(1) سورة الأنعام، الآية 76.

(2) سورة النجم، الآية 32.

(3) الإمام أبي الفداء الحافظ ابن كثير الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت لبنان، ج04، 2008 ص.1896.

(4) سورة النجم، الآية 32.

ثانياً: تعريف الجنين في الاصطلاح:

إنَّ تعريفُ الجنين في اللغة بأنه: "الولدُ ما دام في بطن أمه"، والولد وهو في بطن أمه يمر بمراحل عديدة ابتداءً من طور النطفة، إلى أن يتخلق وتتكون أعضاؤه وأجزاءه ويصبحُ تمام الخلقة<sup>(1)</sup>.

وسواءً أُطلق الجنين على اللحظة التي يلتحم فيها الحيوان المنوي مع البويضة وانغراسها في جدار الرحم (كما يقول الأطباء)، أو بعد مرحلة المضغ كما يقول الفقهاء فإنه لا اختلاف بين العلمين، فالعبرة بما يترتب على ذلك من آثار، وما يبني على كل مرحلة من أحكام.

وليس المقصودُ في معرض الكلام في هذا البحث، معرفةً مراحل الجنين وإنما المقصودُ الكلام عن المرحلة الأولى التي يتم فيها الالتحام بين الحيوان المنوي وبويضة المرأة عن طريق التلقيح الاصطناعي الخارجي (in vitro fertilization) و أصبح لدينا ما يعرف بالبويضة الملقحة، حيث تُعتبر هذه المرحلة هي البداية الأولى لخلق الإنسان مما يتطلب منا دراسة أثر استخداماتها على النسب.

ثالثاً: تعريف الجنين المجمد (frozen embryos):

قبل الشروع في تعريف الأجنة المجمدة، لا شك أننا نتساءل عن المكان الذي نُجمدُ فيه هذه الأجنة، والذي يعرف لدى علماء الطب "بنوك المنى أو بنوك الأجنة" فما هي بنوك المنى ياترى؟.

(1) سفيان بن عمر بورقعة، النسب ومدى تأثير المستحبات العلمية في إثباته (دراسة فقهية تحليلية)، الصندوق الخيري لنشر البحوث والرسائل العلمية، كنوز اشبيلية للنشر والتوزيع، سنة 2005، ص.468,469.

يعرفها الدكتور حسيني هيكل<sup>(1)</sup>: "بأنها الأجهزة الطبية المعدة سلفاً بتقنية شديدة للاحتفاظ بالأجنة الزائدة عن الحاجة في عملية الإخصاب الطبي المساعد وذلك بغرض احتياجها بعد ذلك من قبل واضعيها وأصحاب الحق فيها، ويجب أن تخضع هذه البنوك لرقابة صارمة من قبل المشرع القانوني و وزارة الصحة".

والأجنة المجمدة هي: أجنة في مراحلها المبكرة أو الأولى، ويتم حفظها في ثلاجات خاصة في درجة حرارة معينة، وسوائل خاصة تحفظ حياته وتبقى على حالها دون نمو لحين الحاجة إليها وعند طلبها يتم إخراجها من الثلاجة المحفوظة بها ويسمح لها بالنمو<sup>(2)</sup>.

وعليه تُعد الأجنة المجمدة كل الأجنة في مراحلها المبكرة الأولى، يحتفظ بها في ثلاجات خاصة وفي درجة حرارة معينة، وفي وسائل طبية خاصة، بحيث تبقى دون أن تنمو لحين الطلب فإذا جاء الطلب عليها أخرجت من الثلاجات الحافظة، وسمح لها بالنمو<sup>(3)</sup> إذا فبعد تعريف الجنين المجدد ما هي الأسباب الدافعة إلى تجميد الأجنة؟.

#### رابعاً: أسباب اللجوء إلى تجميد الأجنة<sup>(4)</sup>

تُعتبر مسألة تجميد الأجنة أحدُ المشاكل التي تفرزها عملية التلقيح الصناعي الخارجي أو أطفال الأنابيب، مع الإشارة إلى أن تجميد الأجنة يُكون قبل عملية التلقيح الصناعي الخارجي ولعل أهم الأسباب الداعية إلى تجميد الأجنة في مراكزها الخاصة هي:

(1) حسيني هيكل، المرجع السابق، ص.404.

(2) محمد على البار، طفل الأنبوب والتلقيح الصناعي، طبعة الدار السعودية للنشر والتوزيع، جدة، المملكة العربية السعودية، 1990 ص.81.

(3) سفيان بن عمر بورقعة، المرجع السابق، ص.474.

(4) بدأ تجميد الأجنة والاحتفاظ بها في ما يسمى ببنك الأجنة عام 1976، وقد أعلن في عام 1984م في مدينة مليونر باستراليا عن مولد أول طفل أنابيب في العالم بعد أن صار جنيناً مجمداً لمدة شهرين فولد الطفل " أزري " في المركز الطبي في مليونر باستراليا بعملية قيصرية وكان يزن 2.5 كيلوجرام، وجاء ثاني مولود بطريقة الأجنة المجمدة في عام 1986 في ولاية كاليفورنيا الأمريكية .

1-وفرة البويضات التي يأخذها الأطباء في مراكز التلقيح من مبيض المرأة حيث أن هؤلاء الأطباء يقومون بإعطاء المرأة عقاقير منشطة، تؤدي هذه العقاقير بدورها إلى جعل المرأة تفرز عدد كبير من البويضات قد تصل إلى 14 بويضة، وهذه الوفرة تؤدي إلى وجود بويضات زائدة قد تصل إلى مرحلة 4 أو 8 خلايا، لا سيما و أن نسب نجاح عمليات التلقيح تجاوزت في الآونة الأخيرة 80 %، وعادةً ما يقوم الطبيب بإعادة اثنين أو ثلاثة من هذه الأجنة إلى الرحم، ولذلك يقر الأطباء أن إعادة اثنين أفضل من إعادة واحد وإعادة ثلاثة أفضل من إعادة اثنين أما إذا زاد عدد الأجنة التي تنقل إلى الرحم على ثلاثة، فإن ذلك يؤدي إلى زيادة في نسبة رفضها من الرحم وعدم تقبل الرحم لها، وبالتالي انخفاض نسب النجاح، وفي حالات النجاح يحدث الحمل لأربعة أجنة، أو خمسة، الأمر الذي يؤدي إلى زيادة الخطورة على الحامل وعلى الأجنة سواء قبل الولادة أو بعدها<sup>(1)</sup>.

1- تجميد الأجنة يؤدي إلى معاودة الحمل بسهولة مرة أخرى، إذا فشلت المحاولة الأولى.

2- تجميد الأجنة يؤدي إلى الابتعاد عن خطورة الحمل المتعدد، حيث أن الطبيب كان يقوم بوضع جميع البويضات في الرحم، وبالتالي كان يزيد من نسبة نجاح حمل طفل الأنابيب بأقل قدر من المخاطر على الأم والجنين .

3- تجميد الأجنة يؤدي إلى خفض تكاليف مشاريع التلقيح الصناعي الخارجي إذ أن المحاولة الواحدة كانت تتكلف مبلغ يتراوح بين 4 إلى 6 آلاف دولار.

4- يؤدي الاحتفاظ بالأجنة المجمدة إلى تجنب المرأة مشاكل ومتاعب ومخاطر سحب البويضات، والدخول إلى المستشفى، والتعطيل من العمل... الخ .

(1) محمد علي البار، أخلاقيات التلقيح الصناعي، الدار السعودية للنشر والتوزيع، المملكة السعودية، ص. 100-101.

5- يؤدي الاحتفاظ بالأجنة ودراستها إلى معرفة الكثير من الأمراض، وخاصةً ما يتعلق منها بالوراثة و الصبغيات كما أنها تفتح الباب لطرق جديدة من العلاج مثل: نقل الأعضاء، خاصةً وأن الأطباء يعتبرون هذه البويضات الملقحة ثروةً لا يُستهان بها (1).

كما بحث مجمع الفقه الإسلامي (2) موضوع تجميد الأجنة في دورته الثالثة والتي عقدت في عمان في الفترة من 11-16 أكتوبر 1986، وظهر اتجاه المناقشات ينادى بضرورة إجازة تجميد الأجنة، واعتباره حقاً للوالدين، خاصةً إذا فشلت المحاولة الأولى حيث تعود المرأة لتجد بويضات ملقحة جاهزة تعيد معها المحاولة مرة أخرى دون تكاليف أو أعباء.

وعليه يمكن القول بأنه يجب الاحتياط للأنساب، حيث ينبغي أو يفرض ألا تؤخذ من المرأة بويضات إلا بالقدر الذي سيعاد إلى الرحم خشية استغلال هذه الأجنة أو التعدي عليها، خاصةً و أن هناك اتجاه قوي في الفقه يرى أن حرمة الجنين تبدأ منذ لحظة تلقيح البويضة.

كما بحثت لجنة العلوم الطبية الفقهية الإسلامية بالأردن نفت هذا الموضوع ورأت أنه لا يجوزُ تجميدُ الأجنة والاحتفاظ بها إلا إذا وُجدت ضمانات تكفلُ عدم اختلاط الأنساب والتلاعب بتلك الأجنة كأن تكون في مركز رسمي متخصص من أجل:

أ- أن يشرف على تلك الأجنة جهة مركزية موثوقة.

(1) محمد علي البار، المرجع السابق، ص. 101 وما بعدها؛ عمر بن محمد بن إبراهيم غانم، أحكام الجنين في الفقه الإسلامي، طبعة دار الأندلس الخضراء، جدة، دس، ص. 259.

(2) قرار مجمع الفقه الإسلامي الإسلامي، رقم 16(03/04) في دورة المؤتمر الثالث المنعقدة بعمان في الفترة ما بين 08-13 صفر 1407هـ بالموافق ل 11-16 أكتوبر 1986 بشأن أطفال الأنابيب.

ب- أن يصدر قانون ينظم هذه العملية بحيث يترتب على كل من يتلاعب بها عقوبة رادعة.

وأصدر مجمع الفقه الإسلامي<sup>(1)</sup> في 20/03/1990 م قراراً يمنع الأطباء من تلقيح أي عدد زائد عن الحاجة لغرسها في رحم المرأة، ويمنع تجميد اللقائح، كما أصدرت دار الإفتاء المصرية في 23/03/1980 م فتوى بعدم شرعية إنشاء بنوك للأجنة، باعتبار ذلك شراً مستطيئاً على نظام الأسرة، ونذير خطر في التلاعب بالأنساب.

#### خامساً: الحكم الشرعي في تجميد الأجنة:

ثار خلاف بين العلماء في هذه المسألة بعدة آراء، غير أن اختلافهم هذا يمكن تلخيصه في رأيين أساسيين:

القول الأول: يرى أنه يجوز تجميد الأجنة، ولا مانع من ذلك، واستدلوا بما يلي<sup>(2)</sup>:

1- أنه يُساعد على تسهيل إجراءات التلقيح الصناعي، إذ قد يفشل العلق في المرة الأولى، فيمكن حينئذ الاستفادة من البويضات المجمدة في دورة طمثية أخرى وذلك لإعادة محاولة الزرع مرة أخرى، بل مرات متعددة دون أن تضطر الزوجة لتدخل جراحي لسحب بويضة أخرى لتلقيحها<sup>(3)</sup>.

(1) قرار مجمع الفقه الإسلامي الإسلامي، رقم 57(06/08) في درة المؤتمر السادس بمجدة في الفترة ما بين 17-23 شعبان 1410هـ الموافق 20/03/1990 بشأن زراعة الأعضاء البشرية.

(2) محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي، أحكامه القانونية وحدوده الشرعية، مطبوعات جامعة الكويت، 1990، ص. 107.

(3) كما يشير الدكتور رضا عبد الحليم عبد المجيد، بأن إحدى المجالات العلمية قد نشرت نتائج لأبحاث قام بها فريقان من الأطباء الفرنسيين حول أثر عملية التجميد على البويضة المخضبة التي تمت على الفئران، إذ أنه تم زرع بويضات مخضبة كانت مجمدة في رحم إحدى فئران التجارب وبويضات غير مجمدة بعد تخصيبها مباشرة في رحم امرأة أخرى، وتويعت الحالتان وسجلت النتائج والملاحظات أول بأول أثناء فترة الحمل وبعد الولادة .

وقد جاءت النتائج تؤكد وجود بعض التأثيرات السلبية على الفئران المولودة من بويضات كانت مجمدة خاصةً فيما يتعلق بالنمو على الإنجاب، أنظر، رضا عبد الحليم عبد المجيد، النظام القانوني للإنجاب الصناعي، طبعة دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 1996، ص. 98 و 99.

2- أنه يُساعد الطبيب على اختيار اللحظة المناسبة طبيياً لإجراء عملية الزرع حتى يضمن أعلى فرص النجاح.

3- أنه يتيح للزوجة التي تخشى عُقماً مُستقبلاً، نتيجة تدخل جراحي معين كاستئصال المبيض، أن تحتفظ بإمكانية تصبح على أساسها قادرة على أمل الأمومة لديها، بدلاً من أن تفقد هذا الأمل نهائياً إلى الأبد<sup>(1)</sup>.

القول الثاني : يرى عدم جواز تجميد الأجنة، واستند لما يلي:

1- أن التجميد يؤدي إلى تجزئة مدة الحمل إلى فترتين، فترة سابقة على التجميد، وفترة لاحقة عليه، وقد يتراخى الفاصل الزمني بين المديتين للمدة المحددة للحمل كحد أقصى، وهو 365 يوم، فضلاً من أنه يجعل من الحمل والوضع مشروعاً مخططاً يبدأ في لحظة معينة يمكن تقديمها أو تأخيرها حسب رغبة الزوجين، وهو أمر غير مقبول أخلاقياً<sup>(2)</sup>.

2- إن التجميد ما زال حتى الآن في مرحلة التجارب، ولم يستطع الطب أن يُحدد على وجه الدقة الآثار الجانبية التي يمكن أن تنعكس على الطفل في المدى القريب أو البعيد نتيجةً لتجميد البويضة الملقحة، كما لم يستطع العلم أن يُقدر تماماً المخاطر المترتبة على استعمال بويضة مجمدة في الإنجاب.

3- إن التجميد يُساعد على اختلاط النطف الملقحة، وتفشي الأمراض، وفتح باب الاتجار في هذا المجال<sup>(3)</sup>.

(1) أنظر، محمد المرسي زهرة، المرجع السابق، ص.108.

(2) راجع، توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص. 104، محمد المرسي زهرة المرجع السابق، ص.110.

(3) احمد عبد الرحمن عيسى، المرجع السابق، ص.120.



وعموماً فبعد أن تم عرض أقوال مسألة تجميد الأجنة، أتضح مما لا يدع مالا للشك أن تجميد الأجنة جائز من حيث الأصل، إلا أن هذا الجواز مُقيّد بتوافر الشروط الآتية:

- أن تكون الأجنة المجمدة نتيجة تلقيح بويضة زوجة، بماء زوج تربطهما علاقة زواج شرعي قائمة وحالة، فلا يجوز أن تكون هذه الأجنة لزوجين متوفيين، أو حدثت بينهما الفرقة بالفسخ أو الطلاق البائن، لأن العلاقة الزوجية في هذه الحالة قد انقضت وبالتالي وجب أن تنقضي كل تبعاتها.

- أن عملية التجميد محددة بمدة معينة لا يجوز أن تتعداها، خاصة وأن الطب لم يعرف حتى الآن على وجه التحديد الآثار الجانبية التي يمكن أن تنعكس على المولود في المدى البعيد، فإنه يفضل أن تكون هذه المدة قصيرة حتى يتعرض المولود لبعض الآثار السلبية التي قد يثبتها الطب نتيجة التجميد لأن التجميد يؤدي إلى وقف نمو البويضة وعدم احتساب مدة التجميد من حياتها<sup>(1)</sup>.

1- يجب أن يقتصر التجميد على مدة بقاء الزوجين على قيد الحياة، فإذا توفي الزوجان أو أحدهما، وجب التخلص من هذه البويضة أو هذه الأجنة على الفور.

وإن كنا لا نؤيد القائلين بجواز تجميد هذه الأجنة، فإنه إن وقعت، فإنه من الواجب، بل ينبغي مراعاة الضوابط والقيود الآتية:

أولاً: يجب أن يتم ذلك في مستشفى عام تابعة للدولة، أو أحد المراكز الخاصة بالتلقيح التي تشرف عليها الدولة.

(1) محمد المرسي زهرة، المرجع السابق، ص. 110 و111.

ثانياً: أن يُشرف على هذه العملية أطباء مُسلمون ثقات، ولا يُجوز بأي حال من الأحوال أن يقوم بهذه العملية طبيبٌ غير مُسلم مهما بلغت أمانته، لأنه في الأساس غير مُتدين فلا يُؤتمن على غيره.

ثالثاً: أن يتم إثبات الأجنة التي تم تجميدها وأعدادها، وأسماء أصحابها في سجلات خاصة مُعدة لذلك، ويثبت فيها تاريخُ أخذ البويضة، وتاريخ تلقيحها، وتاريخ التجميد وما يستجد عليها من أعمال.

رابعاً: يجب إعدام الأجنة المجمدة والتخلص منها كلية في حالة طلب الزوجين ذلك، أو في حالة وفاتهما معاً أو وفاة أحدهما.

وعموماً فبعد أن تمّ الكلام على ضوابط تجميد الأجنة، ياترى هل هناك علاقة يؤثر بها الجنين المجمد على النسب؟.

### المطلب الثاني

#### علاقة التأثير المباشرة للجنين المجمد على النسب

للجنين المجمد علاقةٌ تأثير مباشرة على النسب، تختلفُ من حالة زرعه بعد وفاة الزوج أو الطلاق وسنحاول في هذا الفرع الكشف عن حقيقة تلك التصرفات من جهة النظر الشرعية، ثم ما هي وضعية الطفل الحاصل من هذا الطريق من ناحية النسب؟ وقصد الإجابة على هذا التساؤل سيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين نتعرض في الفرع الأول إلى حالة زرع الجنين، وفي الفرع الثاني إلى حالة وضع المني، كل هذا بعد الوفاة أو الطلاق.

## الفرع الأول

## حالة زرع الجنين المجمد بعد وفاة الزوج أو الطلاق

من الأسباب التي تدعو الأطباء إلى تجمد الأجنة القيام بزرعها مرة أخرى في رحم الزوجة بعد وفاة زوجها، وهذا غالباً عند رغبة الزوجة في الإنجاب من زوجها فقط، أو أن يكون الزوج ثرياً، ولا يرغب في أحد من غير صلبه أن يخلفه في ثروته وماله، فيُوصي قبل موته مثلاً بإعادة زرع تلك الأجنة في رحم زوجته<sup>(1)</sup>، أو أن يموت كلا الزوجين وليس لدهما وارثٌ فيقوم أحدٌ من أقاربهما بطلب استنبات الجنين بواسطة رحم مستأجر، وقد حصل مثل ذلك لزوجين ثريين من الولايات المتحدة ذهباً إلى استراليا لإنجاب طفل بواسطة التلقيح الاصطناعي خارج الجسد، وعندما فشلت المحاولة رجع الزوجان إلى الولايات المتحدة بعد أن احتفظ لهما ببويضتين ملقحتين في مرحلة التوتة على أن يعودا في وقت لاحق إعادة الكرة<sup>(2)</sup>.

وحدث أن سقطت الطائرة ومات الزوجان في الحادث ولديهما ثروة طائلة ولم يكن لهما وارث، فحكمت المحكمة في أستراليا باستنبات الجنين بواسطة رحم مستأجر وذلك سنة 1984 وقد تم بالفعل ولادة طفل منهما.

وقبل بيان أحكام تلك المسائل أشير إلى أن غرس الجنين المجمد في رحم الزوجة جائز إذا كان مصدر الجنين المجمد زوجين حال قيام عقد الزوجية ودعت الحاجة إلى ذلك ويترتب على هذه الصورة من الإنجاب نفس الأحكام المترتبة على الإنجاب بصورته الطبيعية من حقوق نسب الطفل بالزوج، ووجود النفقة واستحقاق الميراث<sup>(3)</sup>.

(1) محمد عبد ربه محمد السبحي، حكم استئجار الأرحام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر، 2008، ص.123 وما بعدها.

(2) أنظر، سفيان بن عمر بورقعة، المرجع السابق، ص.477.

(3) بين ذلك بالتفصيل، سفيان بن عمر بورقعة، المرجع السابق، ص.478.

وما الصور الأخرى التي يتم فيها غرس الجنين سواء كان مصدر غير الزوجين أو كان من زوجين لكن غرس في غير رحم الزوجة فإنه ينطبق على هذه الصورة الأحكام نفسها المذكورة تحت صور " الأم البديلة "، بل لا تعدو أن تكون هذه الصورة من صور الإنجاب بطريقة الأم البديلة وليست بينها فرق إلا من حيث كون الجنين قديمً تجميدُهُ لكن الصورة الوحيدة التي تتعلق بالجنين المجدد ولا تدخل تحت صورة الأم البديلة وهي الصورة التالية:

أن يتم أخذ اللقيحة من الزوجين، وأن تُجمد حال حياتهما، ثم ينفصم عقد الزواج بينه وبين امرأته بالوفاة أو الطلاق، فتلجأ زوجته بعد انتهاء الحياة الزوجية إلى غرس الجنين واستنباته في رحمها، وعموماً بعد أن تم الكلام عن حالة زرع الجنين المجدد بعد وفاة الزوج أو الطلاق ليتم التعرض في الفرع الموالي إلى حالة وضع المني المجدد بعد وفاة الزوج أو الطلاق.

### الفرع الثاني

#### حالة وضع المني المجدد بعد وفاة الزوج أو الطلاق

هذه الصورة تُشابه الصورة التي يتم فيها زرع الجنين المجدد في رحم الزوجة بعد انفصام عقد الزوجية - وقد سبق - لكن المزروع في هذه الصورة المني وليس الجنين وهي لا تختلف عنها أيضاً من جهة الحكم، فكلا الصورتين محرمة، وهو ما استدل به في هذه الصورة أيضاً .

أما من جهة النسب، فقد اختلف فيه الفقهاء المعاصرين على قولين : القول الأول يُنسب الطفل إلى أبوه الزوج صاحب المني و زوجته التي أودع مائه في رحمها وهو قول الدكتور هاشم جميل، والدليل على ذلك أن الشبهة موجودة هنا، وبيان ذلك: أن الموت

وإن كان يحدث الفرق بين الزوجين، إلا أن الزوجية مع ذلك لا تزال قائمة ما لم تنكح المرأة زوجاً غير المتوفى، ويرجع ذلك إلى:

أ- إجماع الفقهاء على جواز تغسيل المرأة لزوجها المتوفى، و إلى متى يجوز لها ذلك قال بعض الفقهاء<sup>(1)</sup>: مُطلقاً، وقال بعضهم: ما لم تنقض العدة وقال آخرون ما لم تتزوج غيره، كما نص جمهور الفقهاء على جواز تغسيل الزوج لزوجته المتوفاة، بل إن بعض الفقهاء قال باستحباب ذلك وقال: يقدمان على غيرهما في ذلك.

ب- حيثُ ذكر المالكية أنه يجب حدّ الزنا على من وطأ امرأة متوفاة، إلا إذا كانت الموطوءة زوجته، وهذا وجه للشافعية أيضاً، ولا يوجد وجه لدرء الحد هنا إلا بشبهة الزوجية .

كل ذلك يجعلُ الولد الناتج عن تلقيح المرأة بمني زوجها المتوفى مادامت لم تتزوج غيره ليس أقلّ مرتبة بحال من الأحوال عن الولد الناتج عن وطء الشبهة بأنواعه وحيثُ إن هذا يثبت له النسب من صاحب المني بالاتفاق فكذلك الولد في الصورة التي معنا<sup>(2)</sup>.

وعموماً، فإن النسب لا يثبت لصاحب المني، ويكون الولد بلا نسب أبوي لأن صاحب الماء لم يبق زوجاً، والإسلام لا يعرف نسباً إلا بناءً على عقد زواج.

(1) هاشم جميل عبد الله، زراعة الأجنة في ضوء الشريعة الإسلامية، الفرع الثاني و الفرع الثالث، مجلة الرسالة الإسلامية الصادرة عن وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، العراق، ص.95.

(2) سفيان بن عمر بورقعة، المرجع السابق، ص.485.

## خلاصة الباب الأول:

وعموماً ففي نهاية هذا الباب، فإنه من الضروري التنويه بالمجهودات الجبارة للفقهاء القانونيين و الشرعيين، و التي بذلوها لضمان حماية شرعية دقيقة وصارمة حيال الحد من اختلاط الأنساب.

غير أن الجدير بالذكر في هذا المقام، أن الشريعة الإسلامية تكفل حمايتها للنسب الطبيعي عدا الاصطناعي، كما تم استنتاج أنه لثبوت النسب أهمية كبيرة في نظام الأسرة ونظام المجتمع لما يربته ثبوت النسب من حقوق وواجبات، على ذوي القربى و المجتمع والدولة، من نفقة وحضانة ورضاعة وتربية وحفظ صحة وتعليم وولاية وكفالة وزواج، وحمل الاسم وإرث وغير ذلك، كما أن الحكمة في تقرير ثبوت النسب بالإقرار هي تصحيح بعض الأوضاع الشاذة التي تنشأ خطأ أو انحراف يكون ثمرتها أطفالاً أبرياء أو نتيجة إهمال بسبب من الأسباب وذلك بإعادتها إلى أصولها في إطار محدد مضبوط حتى تحفظ الأنساب وتُصان الحقوق، و بهذا ليس أمامنا بُدٌ من القول بأن الشريعة الإسلامية كانت سباقة إلى وضع إطار صحيح، وميثاق غليظ كل هذا لحماية النسب وبالتالي حماية الأسرة والمجتمع، وفي ظل هذه المعالجة الموضوعية لموضوع النسب، فإن التساؤل الذي يبقى مطروح حول مدى وجود إجراءات قانونية لسيط حماية فعلية للنسب، وما موقف الشرع والقانون مما توصل إليه العلم الحديث من تطورات مست جسم الإنسان؟، وما مدى معالجتها لمسائل النسب؟، وكبحها لجماح مجرمي الأعراض ففيما تتمثل أهم التطورات العلمية الحاصلة في مجال النسب؟، كل هذا ما سيتم التطرق له في الباب الموالي.

بهذا قد تمّ الكلام عن الجانب الموضوعي المتعلق بموضوع النسب، من حيث أصوله الشرعية ورؤية المشرع الجزائري والمقارن فيه، ليتم بعدها فتح المجال للدراسة القانونية الإجرائية و العلمية.

إن مسائل الأحوال الشخصية بصفة عامة، ومسألة النسب وأحكامه بصفة خاصة هي مجموعة متميزة من الصفات الطبيعية والعائلية، التي رتب القانون عليها أثراً في حياة الإنسان الاجتماعية، لكونه إنساناً ذكراً أو أنثى وكونه زوجاً أو أرماًلاً أو مُطلقاً، وكونه أباً أو ابناً، وكونه كامل الأهلية أو ناقصها، لصغر سن أوعته أو جنون لاعتبار أنها تقوم على تقرير مراكز قانونية، أو حالات أو صفات معينة يُرتب عليها القانون أثراً في حياة الأشخاص الاجتماعية<sup>(1)</sup>.

ومن ثم فقد أحاطها المشرع بإجراءات و ضمانات خاصة من بينها وجوب تمثيل النيابة العامة فيها بوصفها نائبة عن المجتمع، وهذا ظاهرٌ من تتابع القوانين المتعلقة بالأحوال الشخصية، إن هذا ما نصت عليه المادة 03 مكرر من الأمر 02/05<sup>(2)</sup> وبالتالي فإن الأحكام الصادرة تُكون لها حُجية مطلقة قبل الكافة، وذلك دون التفات إلى ما إذا كانت تلك الأحكام سواءً مقررة أو مُنشئة لما تتضمنه من حقوق، كما أن الأهلية والزواج والنسب، في مسائل الأحوال الشخصية، لا تعدو أن تكون تقريراً لمركز قانوني ثابت، يتميز بعدم قابليته للتجزئة، ويرتب أثراً من شأنها تحديده وضع الشخص في مجتمعه الذي يعيشه وكذا في إطار تنقلاته عبر الدول (الفصل الأول).

(1) أشار إلى ذلك، علاء الدين المدرس، النسب والمصاهرة بين أهل البيت والصحابة مع رؤية في السيرة الاجتماعية والأحداث التاريخية في صدر الإسلام، ط01، دار الكتاب العربي، القاهرة، 2006، ص.19-20. بتصرف.

(2) لقد استند المشرع الجزائري إلى عدة اعتبارات، في إدخاله النيابة العامة كطرف أصلي في جميع قضايا شؤون الأسرة، كونها تدعى باسم الحق العام، وتقوم بحماية الصالح العام، والنظام العام، فهي حامية الحقوق والحريات، خاصةً في مسائل الأسرة، وهو نفس النص في القانون المغربي، حيث تضمنت المادة 03 من مدونة الأسرة المغربية الجديدة لسنة 2004، النص على وجوب النيابة العامة، كطرف في جميع قضايا الأسرة، أشار إلى ذلك، أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات، دار الجامعة الجديدة، الجزائر، 2010، ص.247.

وإذا سلمنا بفرضية أن التقدم والتطور هما سمة الحياة التي نحيها، فما من يوم يمر إلا ونسمع نداءات تدوي في الأفق ببناء اكتشاف علمي جديد، في نوع من أنواع العلوم المختلفة، ومن أهم المجالات التي ظهر فيها هذا التطور واضحاً جلياً مجال الأمور الطبية، إذ يتم استخدام هذا التقدم في اكتشاف أمراض جديدة و اكتشاف الأدوية المعالجة لها.

ونشيرُ ابتداءً وفي مستهل هاته الدراسة إلى أن دراستنا للتحاليل الدموية والبصمة الوراثية، لن تكون بصورة مُعمّقة ودقيقة ومُفصّلة، لأنّ كل موضوع من هاته المواضيع يُمكن أن يشكل وحدة بحث منفصلة، تكون بمثابة دكتوراه دولة أو غيرها...؟، غير أنّ البحث فيها سيكونُ مبرزُهُ الصلة المباشرة بالموضوع الأصيل ( النسب ) من جهة، ووجهة تأثيرها إيجاباً أو سلباً على النسب، بطريقة مباشرة أو غير مباشرة من جهة أخرى .

هذا، وقد اهتمت الشريعةُ الإسلامية بعلم الطب وفروعه، اهتماماً كبيراً إذ من المتفق عليه أنّ تعلم فن الطب من فروض الكفاية، وأنه واجبٌ حتميٌّ على كل شخص، لا يسقطُ عنه إلا إذا قام به غيره، ولم يترك النسب لأصحابه يدعوا له إن شاءوا، وينفوه إن رغبوا بحسب أهوائهم وشهواتهم<sup>(1)</sup>، وقد اعتُبر تعلم الطب فرضاً لحاجة الناس إليه، إضافةً إلى اعتباره ضرورة من الضروريات الاجتماعية، ومن الوسائل العلمية المستحدثة والمؤثرة تأثيراً مباشراً على النسب، التحاليل الدموية، و ما يُعرف بالبصمة الوراثية ( الفصل الثاني).

(1) زكريا البري، حكمة الله في جوهره أحكام الأسرة الإسلامية، دار النهضة العربية، مصر، دس، ص.132.



## الفصل الأول

### إجراءات دعوى النسب في التشريع الجزائري

قصد إتمام معالجة موضوع النسب، الذي لا يُمكن أن يكون إلا بحكم لا بُد من معالجته معالجة شاملة بين النظري والتطبيقي - وهذا ما تفرضه ضرورة البحث - حيثُ أن أي نزاع أسري لا شك أنها تضبطه قواعد موضوعية، تنظم الأحكام المتعلقة به، وآليات إجرائية تُيسر للقاضي والمتقاضي جانب القضاء، إما للمطالبة بحق، أو استرجاعه.

وعليه، ستنصب الدراسة في هذا المبحث، على قراءة في الآليات القانونية لرفع دعوى إثبات، أو نفي النسب، أمام القسم المتعلق بشؤون الأسرة (المبحث الأول) وعلى آليات تنفيذ الأحكام الأجنبية بالموضوع (المبحث الثاني).

## المبحث الأول

### دعوى النسب

لقيام أي دعوى أمام القضاء، لا بُد من شروط ترتكز عليها، و بما أننا أمام نزاع يتعلق بإثبات النسب أو نفيه، فيجب أن ترفع الدعوى أمام القاضي المختص وأن يحمل الرافع الصفة والمصلحة، طبقاً للمادة 13 ق إ م و إ<sup>(1)</sup>، وأن يكون عقد الزواج رسمياً، وليس عرفياً.

(1) تنص المادة 13 ق إ م و إ بقولها: "لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون....".

وبناءً على ما سبق، سيتم إيراد شروط رفع دعوى النسب (المطلب الأول) وكذا اللعان وإجراءاته (المطلب الثاني)، وفي الأخير نتطرق إلى نظام الجلسة والحكم فيها، إما بالإثبات، أو نفي النسب (المطلب الثالث).

## المطلب الأول

### شروط دعوى النسب

ينبغي لقبول الدعوى في مسائل النسب، تحديد المحكمة المختصة بالفصل في قضايا النزاعات بين الزوجين، ومن هو القاضي المختص بالنظر والفصل فيها، أي تحديد الاختصاص (الفرع الأول)، ثم النظر في مدى توافر كل من الصفة والمصلحة والأهلية، طبقاً للمادة 13 من ق إ م و إ، وكذا البحث على أن يكون عقد الزواج رسمياً، طبقاً للمادتين 18 و 22 من ق أ (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### الاختصاص

الاختصاص هو توزيع العمل القضائي، بين جهات القضاء المختلفة، فهو السلطة الممنوحة لمحكمة ما للنظر، والفصل في نزاع معين<sup>(1)</sup>، وعليه سيتم التطرق إلى الاختصاص في جزئين، نتعرض إلى الجهة القضائية المختصة محلياً "إقليمياً" (أولاً) ثم المختصة نوعياً، بالفصل في مسألة إثبات النسب أو نفيه، حين إثارته من طرف الزوجة أو الزوج (ثانياً).

أولاً - الاختصاص المحلي:

يعني ولاية جهة قضائية، للنظر في القضايا التي تقع على الإقليم التابع لها، وبشكل عام يؤول الاختصاص المحلي إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن<sup>(1)</sup> المدعى عليه، بالنسبة للدعاوى المنقولة ودعاوى الحقوق الشخصية العقارية وفي جميع الدعاوى التي لم ينص القانون على اختصاص محلي خاص بها المادة 13 ق إ م و إ.

وعليه فإن المحكمة المختصة بالفصل في النزاعات، أو الخصومات التي تنشأ بين الزوجين سواءً ما تعلق منها بموضوع النسب أو غيره عادةً ليست دائماً محكمة واحدة إذ تختلف دائماً بحسب اختلاف موضوع الطلب، فالمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان ممارسة الحضانة<sup>(2)</sup> هي المحكمة المختصة بالفصل في دعاوى الحضانة م 2/40 ق إ م و إ والمحكمة المختصة بالفصل في دعاوى النفقة، هي المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن أو محل إقامة الدائن بالنفقة، وهو أمرٌ استثنائي لأن المشرع راعى هنا المركز الاقتصادي الضعيف لطالب النفقة - الزوجة و الأطفال - م 2/40 ق إ م و إ .

غير أن دعاوى الاعتراف بالنسب، بالبنوة أو الأبوة أو بالأئومة لشخص مجهول النسب، فترفع أمام محكمة موطن المدعى عليه، تطبيقاً لنص المادة 490 ق إ م و إ<sup>(3)</sup> هذا

(1) تناول المشرع الجزائري مسألة الموطن في المواد من 36 إلى 39، لكن بموجب القانون رقم 10/05 المعدل والمتمم للقانون المدني، تم تعديل المواد 36/38/39 حيث أصبحت المادة 36 تنص على "موطن كل جزائري هو المكان الذي يوجد فيه سكنه الرئيسي وعند عدم وجود سكني يقوم مقام الإقامة العادي مقام الموطن ولا يجوز أن يكون للشخص أكثر من موطن واحد في نفس الوقت".

(2) هناك تفصيل كبير في الموضوع، تحت عنوان "مكان ممارسة الحضانة داخل التراب الوطني"، أنظر، تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد، 2004/2005، ص. 555 وما يليها.

(3) تنص المادة 490 ق إ م و إ بقولها: "تُرفع دعوى الاعتراف بالنسب، بالبنوة أو الأبوة أو بالأئومة لشخص مجهول النسب أو إنكار الأبوة أمام محكمة موطن المدعى عليه".

وينص القانون كذلك على وجوب حضور النيابة العامة، في جميع المنازعات المتعلقة بالموضوع، وفي جلسة سرية<sup>(1)</sup>.

أما بخصوص دعاوى الطلاق، فقد قضت المحكمة العليا في هذا الشأن بأنه: "من المقرر أن دعاوى الطلاق، أو العودة إلى مسكن الزوجية، تُرفع أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مسكن الزوجية"<sup>(2)</sup>.

وقد كان المشرع الجزائري صريحاً، أثناء تحديده للاختصاص الإقليمي من خلال نص المادة 1/426 و2 و3 ق إ م و إ بقولها: "تكون المحكمة مختصة إقليمياً:

- 1- في موضوع العدول عن الخطبة بمكان وجود موطن المدعى عليه.
- 2- في موضوع إثبات الزواج بمكان وجود موطن المدعى عليه.
- 3- في موضوع الطلاق أو الزواج بمكان وجود المسكن الزوجي، وفي الطلاق بالتراضي بمكان إقامة أحد الزوجين حسب اختيارهما...".

(1) تنص المادة 491 ق إ م و إ بقولها: "يُنظر في الدعاوى المتعلقة بالمنازعات المنصوص عليها في المادة 490 أعلاه، بحضور ممثل النيابة العامة وفي جلسة سرية"، وفي هذا الإطار يُنص المشرع المصري من خلال المادة 15 من القانون رقم 01 لسنة 2000 بقولها: "يتحدد الموطن في مفهوم هذا القانون على النحو المبين بالمواد (40،42،43) من القانون المدني....."، والقاعدة العامة هي أن الاختصاص المحلي لرفع دعوى النسب، يكون موطن المدعى عليه.

(2) المحكمة العليا، 1993/06/23، ملف رقم 144 / 91، المجلة القضائية، ع 01، 1994، ص.93، أخذاً عن حمدي باشا عمر مبادئ الاجتهاد القضائي في مادة الإجراءات المدنية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص.09.

ثانياً- الاختصاص النوعي

الاختصاص النوعي من النظام العام<sup>(1)</sup>، إذ لا يمكن تجاوزه بأي حال، و للقاضي أن يُثبته من تلقاء نفسه، و في أي حالة كانت عليها الدعوى، و بهذا الخصوص تُنص المادة 36 ق إ م و إ بقولها: "عدم الاختصاص النوعي من النظام العام تقضي به الجهة القضائية تلقائياً في أية مرحلة كانت عليها الدعوى".

وفي هذا الإطار هناك قرار قضائي يقضي بأنه: "متى كان مُقررراً قانوناً أن المحاكم هي الجهات القضائية الخاصة بالقانون العام، و هي تفصل في جميع القضايا المدنية والتجارية أو دعاوى الشركات التي تختص بها محلياً، فإن إنشاء بعض الفروع لدى المحاكم لا يُعد اختصاصاً نوعياً لهذه الفروع، بل هو تنظيم إداري بحث، و من ثم فإن النعي عن القرار يخرق قواعد الاختصاص النوعي غير سليم يتعين رفضه"<sup>(2)</sup>.

وعموماً لقد حسم المشرع المسألة حال إحالته لقسم شؤون الأسرة على الخصوص المسائل المتعلقة بدعاوى إثبات الزواج والنسب، وذلك طبقاً لنص المادة 423 ق إ م و إ<sup>(3)</sup>.

(1) لقد نص في هذا الإطار المشرع المصري، بمقتضى المادة 03 من القانون رقم 10 لسنة 2004، أن محكمة الأسرة دون غيرها الاختصاص بنظر جميع دعاوى الأحوال الشخصية ومنها بلا شك دعاوى النسب، وهي محكمة ابتدائية في تشكيلها وتنشأ بدائرة اختصاص كل محكمة جزئية، أنظر، أميرة حسن الرافي، دعوى النسب في ضوء الفقه وقضاء النقض، المكتب الفني للموسوعات القانونية الإسكندرية مصر، (د س ط)، ص.228.

(2) قرار رقم 54 / 288 صادر عن م . ع المؤرخ في 1989/02/29، م . ق، عدد 04، سنة 1990، ص.108، أخذاً عن حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص.04.

(3) تنص المادة 423 من ق إ م و إ بقولها: "ينظر قسم شؤون الأسرة، على الخصوص في الدعاوى الآتية:

1-.....

2-دعاوى إثبات الزواج والنسب،".

فيؤخذ على هذا القرار، أخذه أن الاختصاص النوعي أمراً يتعلق بالنظام العام ويمكن إثارته في أي مرحلة كانت عليها الدعوى طبقاً للمادة 36 ق إ م و إ.

لكن نشير إلى أن رئيس المحكمة غير مختص، اختصاصاً دقيقاً بما فيه الكفاية لمعالجة شؤون الأسرة عموماً، ومسائل النسب بصورة دقيقة، الأمر الذي يبقى حائلاً بينه وبين القضية المعروضة أمامه، لعدم إلمامه بالاختلافات الفقهية في الشريعة الإسلامية التي تعتبر الأصل والمرجع بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري، فقد أحسن المشرع، حال إنشائه لقسم خاص بقضاء الأسرة، على مستوى المحكمة، لكن يستحسن أن يتشكل هذا القسم، من قاضٍ ملم بأحكام الشريعة والقانون معاً ويساعده في ذلك أخصائيين، أحدهما اجتماعي، والآخر نفساني<sup>(1)</sup>.

وبعد أن تمّ الكلام على الاختصاص بنوعيه، المحلي و النوعي، يستدعي البحث التطرق إلى ماهية المصلحة و الصفة والأهلية في دعوى النسب.

(1) كانت هذه تجربة المشرع المصري، حيث تنص المادة 02 من قانون محكمة الأسرة المصرية 10 / 2004 ، الذي يعدل ويتمم القانون رقم 01 لسنة 2000 بقولها: " تتألف محكمة الأسرة من ثلاث قضاة يكون أحدهما عن الآخر بدرجة رئيس المحكمة الابتدائية، ويعاون المحكمة في الدعاوى المنصوص عليها في المادة 11 من هذا القانون خبيران أحدهما من الأخصائيين الاجتماعيين والآخر من الأخصائيين النفسانيين يكون أحدهما على الأقل من النساء". بهذه الفكرة يمكن للقضاء الجزائري أن يساهم في حل مشاكل الأسرة بطريقة وقائية مساندة لنظيره المصري.

## الفرع الثاني

المصلحة و الصفة والأهلية<sup>(1)</sup>

يشترط في القانون الجزائري لقبول أي دعوى أمام القضاء عموماً، وقضاء الأسرة بوجه خاص، توافر المصلحة (أولاً)، و الصفة (ثانياً)، طبقاً لنص المادة 13 ق إ م و إ والتي تُصنّ على أنه: "لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يُقرها القانون.

يشير القاضي تلقائياً انعدام الصفة في المدعي أو في المدعى عليه.

كما يشير تلقائياً انعدام الإذن إذا ما اشترطه القانون".

أما الأهلية فوفقاً لق إ م و إ<sup>(2)</sup>، أصبحت شرطاً لمباشرة الدعوى وليس لقبولها وسيتم التطرق للأهلية ضمن (الثالث)، وسنعالج مدى توافر كل من المصلحة و الصفة والأهلية لدعوى النسب تبعاً ضمن النقاط التالية:

(1) لقد استبعد المشرع من القانون الجديد شرطين متصلين برفع الدعوى منصوص عليهما في قانون الإجراءات المدنية وهما الأهلية والكفالة، ويشير الدكتور بربارة عبد الرحمان إلى أن المشرع قد أحسن استبعاد الأهلية من دائرة شروط قبول الدعوى لأسباب عدة يذكر منها أن الأهلية وضع غير مستقر، قد يتوفر وقت قيد الدعوى، وقد تغيب أو تنقطع أثناء سير الخصومة، راجع، بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشورات بغداددي، الجزائر، ط1، 2009، ص.39.

(2) تنص المادة 64 من ق إ م و إ بقولها: "حالات بطلان العقود غير القضائية والإجراءات من حيث موضوعها محددة على سبيل الحصر فيما يأتي:  
1- انعدام الأهلية للخصوم.

2- انعدام الأهلية أو التفويض لممثل الشخص الطبيعي أو المعنوي"، ويعلق الأستاذ سائح سنقوقة، على هذا النص، كونه جاء بتعبير قد يتسبب في خلط أوراق المتقاضي، وذلك بتشبيت فكره ابتداء في البحث عن معنى العبارة والمهدف منها، وهو أمر غير محبذ، لأن النص القانوني يجب أن يكون مفهوماً ودقيقاً وهادفاً، راجع، سائح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، ج1، 2011، ص.137.

انطلاقاً من المبدأ " لا دعوى من غير مصلحة، والمصلحة مناطُ الدعوى "

(.pas d'intérêt pas d'action – l'intérêt est la mesure de l'action.) فلا تُعد المصلحة شرطاً لقبول الدعوى فقط، وإنما هي شرطٌ لقبول أي طلب، أو دفع، أو طعن في حكم أيّاً كان الطرف الذي يُقدمه<sup>(1)</sup>.

والمصلحة هي الفائدةُ العمليةُ المشروعةُ التي يُراد تحقيقُها، من الاتجاه إلى القضاء<sup>(2)</sup>، أو هي المنفعة التي يُحققها صاحب المطالبة القضائية من إتجائه للقضاء<sup>(3)</sup>.

ولقيام مصلحة حقيقية - في إطار دعوى النسب - يجب أن تكون قانونية فالزوجة-أو الإبن- المطالبة بإثبات نسب أبنائها من أيهم الجاحد، يجب أن يكون لهم من خلال دعواهم مصلحة قانونية، وتمثل المصلحة القانونية للزوجة طالبة إثبات نسب أبنائها طبقاً لنص المادة 222 ق أ ج في إبعاد تهمة الزنا عن نفسها، وإبعاد العار عن عائلتها، وفي المقابل تثبت أنها ذات أصل وشرف حافظت لزوجها على حقوقه الشرعية أي القانونية، أما مصلحة الأبناء فتبرز في عيشتهم في المجتمع كغيرهم من الأبناء دون أن يشار لهم بالبنان<sup>(4)</sup> وأن يستفيدوا من كافة الحقوق و الامتيازات التي تمنحها الدولة للأبناء العاديين، وأن يؤدوا ما عليهم من واجبات، تُجاه دولتهم وأمتهم وللقاضي السلطة التقديرية، في تقرير ذلك.

(1) أنظر، بوبشير محند أمقران، قانون الإجراءات المدنية (نظرية الدعوى، نظرية الخصومة، الإجراءات الاستثنائية)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص.36.

(2) أشار إلى ذلك، طاهري حسين، المرشد القانوني للمتقاضين، دار المحمدية العامة، الجزائر، ج 01، 1996، ص.28.

(3) راجع، عبد الحكيم فودة، الدفع بانتفاء الصفة والمصلحة في المنازعات المدنية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998، ص.48.

(4) المقصود بعبارة أن يُشار له بالبنان، بمعنى أن يُقال هذا ابنُ الزانية، أو هذا ابنُ زنا (أو بمعنى آخر المنبؤ في المجتمع).



ومن جهة أخرى كون المصلحة قائمة وحالة، تتجسد في كون المصلحة المنوطة بحالة نسب الأبناء مستعجلة، لا تتطلب التأخير (من دراسة ونفقة مسكن..... الخ).

هذا، ولقد أشار بعضُ الفقه إلى قبول الدعوى استثناءً، والتي لا تكون فيها المصلحة قائمةً، وإنما محتملةً فقط، وهذه الإجازة منوطة بأن يكون الغرض من الدعوى الاحتياط لدفع ضرر مُحْدَق، أو الاستبيان لحق يخش زوال دليله عند النزاع فيه وعموماً فإن تقدير المصلحة في دعوى النسب، يُرجع الحُكْم فيها إلى واقع القضية و إلى السُلطة التقديرية للقاضي، في تحديد مدى إلحاح وحاجة الإبن في معرفة أباه، أو الأب في معرفة ابنه<sup>(1)</sup>.

أما في القانون المصري، فيجوزُ رفع دعوى النسب من أي شخص تكون له مصلحة، من إثبات أو نفي النسب عن شخص، فيجوزُ رفعها من الأب والأم والآخِر والخال على الولد أو الأم أو الأب، فإذا كان رافع الدعوى ليس له مصلحة من إثبات النسب أو نفيه، فلا تُقبل دعوى النسب منه، لانتفاء شرط المصلحة<sup>(2)</sup>.

## 2 : الصفة

الصفة في دعوى النسب، هي العلاقة التي تربط أطراف الدعوى بموضوعها وهي ترجع إلى القانون الإجرائي، لمسألة من صميم الموضوع.

(1) أنظر، أنور لعروسي، أصول المرافعات الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص. 178 و 179.

(2) راجع، أحمد المهدي وأشرف الشافعي، المرجع السابق، ص. 150.

حيث لا تُقبل الدعوى إلا إذا كان المدعي يدعي حقاً، أو مركزاً قانونياً لنفسه ويكون جزاء الدعوى التي يكون القصد منها الحفاظ على مصالح الغير، أو ضمان احترام القانون، هو عدم القبول، حتى لو كانت لدى المدعي مصلحة في ذلك<sup>(1)</sup>.

وعليه، فالصفة هي تلك العلاقة الشخصية المباشرة، فرفع دعوى النسب هو الزوجة، أو الزوج، أو الأبناء..... أو غيرهم.

غير أن المشرع المصري، قد أوجب الصفة في المدعى والمدعى عليه، وإلا قضت المحكمة بعدم قبول الدعوى لانتفاء الصفة، ولا يُغني توافر شرط المصلحة عن توافر الصفة<sup>(2)</sup>، هذا بالنسبة للصفة المطلوبة في رافع دعوى النسب، وإذا كان التعديل الجديد قد حول مفهوم الأهلية من اعتبارها شرطاً شكلياً إلى شرط موضوعي - كما ذكرنا آنفاً -، فما هي الأهلية المطلوبة في رافع دعوى النسب ياترى عند المشرع الجزائري والمقارن<sup>(3)</sup>، هذا ما سنتطرق له ضمن العنصر الموالي.

(1) أشار إلى ذلك، بوشير محنت أمقران، المرجع السابق، ص.67.

(2) أنظر، أحمد المهدي وأشرف الشافعي، المرجع السابق، ص.151.

(3) ينص المشرع المصري في المادة الثانية من القانون رقم 1 لسنة 2000 بشأن تنظيم مسائل التقاضي في بعض مسائل الأحوال الشخصية والمعدل والمتمم بالقانون رقم 91 لسنة 2000 بقوله: "تثبت أهلية التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية للولاية على النفس لمن أتم خمس عشرة سنة ميلادية كاملة متمتعاً بقواه العقلية".

3: الأهلية<sup>(1)</sup>

هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق، والتحمل بالالتزامات<sup>(2)</sup>، أو هي صلاحيته، لاكتساب المركز القانوني للخصم، ومباشرة إجراءات الخصومة.

وتجدر الإشارة إلى أن المادة 07 من القانون 11/84 الملغاة كانت تنص على أن اكتمال أهلية الرجل بـ 21 سنة، والمرأة بـ 18 سنة، وكان هذا التحديد منتقداً من طرف الكثير من الفقه الجزائري<sup>(3)</sup>، فالمرأة التي تعتبر كاملة الأهلية بتمام 18 سنة في قانون الأسرة هي قاصرة بموجب أحكام المادة 40<sup>(4)</sup> من القانون المدني، والتي لم يشملها التعديل الذي يحدد سن الرشد بتمام 19 سنة كاملة، لكل من الرجل والمرأة على حد سواء.

أما التعديل الجديد لقانون الأسرة، والذي وُحِد من خلاله المشرع الجزائري سن الزواج حيث، يؤخذ ذلك من نص المادة 07 من الأمر 02/05 المعدل لقانون الأسرة التي تنص على أنه: "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة...".

(1) سواء كان الشخص مدعياً، أو مدعى عليه، أو متدخلاً، أو متدخلاً في الخصام، يجب أن يتمتع بأهلية التقاضي، وانعدام الأهلية يؤدي إلى بطلان الإجراءات من حيث موضوعها، عبد السلام ديب، قانون الإجراءات المدنية الإدارية الجديد، موفم للنشر، الجزائر، 2011 ص.95. والأهلية نوعان: 1 أهلية اختصاص: وهي تعبير عن أهلية الوجوب في المجال الإجرائي وتعني صلاحية الشخص لاكتساب المركز القانوني للخصم، لما يتضمن حقوق وواجبات إجرائية .

2 أهلية التقاضي: وهي تعبير عن أهلية الأداء في مجال التقاضي، وتعني صلاحية الشخص لمباشرة الإجراءات أمام القضاء .

(2) أشار إلى ذلك، طاهري حسين، المرجع السابق، ص.23.

(3) أنظر، لوعيل محمد الأمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004 ص.47.

(4) تنص المادة 40/2 من القانون المدني على أنه: "..... وسنُّ الرُّشد تسعة عشر(19) سنة كاملة".

يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي، فيما يتعلق بآثار عقد الزواج، من حقوق والتزامات<sup>(1)</sup>.

وعليه، فالزوجة أو الزوج أو الابن، المطالب بإثبات النسب، يجب أن يكون كامل الأهلية قانوناً<sup>(2)</sup>، كما تجدر الإشارة في هذه النقطة إلى أن توحيد سن الزواج يعتبر من بين مظاهر تحقيق المساواة بين الجنسين، التي أراد المشرع الجزائري تحقيقها في آخر تعديل له.

وعليه فإذا توفرت كل الشروط السالفة الذكر لرفع دعوى النسب، وكان الزوج عُرفياً وليس رسمياً فهل يمكن رفع الدعوى؟، أم أن الرسمية ليست بشرط واقف في دعوى النسب، هذا ما سنتعرض له ضمن (الفرع الثالث).

### الفرع الثالث

#### عقد الزواج الرسمي

الرسمية في عقد الزواج، هي أول أمرٍ يبحث فيه القاضي أثناء رفع الدعوى - أي حتى تكون الدعوى مستوفية شروطها الشكلية - والمقصود بها إبرام عقد الزواج بأركانه

(1) جاء في عرض الأسباب المرفقة بالمشروع التمهيدي بأن تقترح هذه المادة توحيد سن الزواج بالنسبة للرجل والمرأة ويحدد ب 19 سنة تطابقاً مع سن الرشد المدني، وبالتالي تقرير سن موحد بالنسبة للرجل والمرأة من باب المساواة بينهما - وتطابق هذه المادة في مدونة الأسرة المغربية المادة 19 حيث تنص: "تكتمل أهلية الزواج بإتمام الفتى والفتاة المتمتعين بقواهم العقلية ب 18 سنة شمسية" في هذه النقطة نقول أن المشرع الجزائري ساير نظيره المغربي في توحيد سن الزواج، غير أن نظرة المشرع التونسي فلقد كانت مغايرة في المسألة حيث نص في الفصل 5 بمجلة الأحوال الشخصية التونسية "... فكل من لم يبلغ 20 سنة كاملة من الرجال و 17 كاملة من النساء لا يمكنه أن يبرم عقد الزواج".

(2) هذا وقد نص المشرع المصري في المادة الثانية، من قانون الأحوال الشخصية رقم 1 لسنة 2000 بقوله: "تثبت أهلية القاضي في مسائل الأحوال الشخصية للولاية على النفس لمن أتم خمس عشرة سنة ميلادية كاملة متمتعاً بقواه العقلية و ينوب عن عدم الأهلية أو ناقصها ممثلة القانوني، فإذا لم يكن له من يمثله أو كان هناك وجه لمباشرة إجراءات التقاضي بالمخالفة لرأي يمثله أو في مواجهة عينت المحكمة له وصى خصومة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب النيابة العامة أو الغير .

وشروطه م9 و 9 مكرر المعدلة من الأمر 05-02<sup>(1)</sup> أمام موظف مؤهل قانوناً وفي هذا تنص المادة 05 من القانون 63/244<sup>(2)</sup> بقولها: "لا يجوز لأحد أن يدعي أنه زوج وأن يُطالب بما يترتب على الزواج من آثار إذا لم يُقدم نسخة من عقد الزواج مسجل أو مقيد في سجلات الحالة المدنية".

و إذا كان النسب من بين الآثار التي تترتب على عقد الزواج، فيجبُ على الزوجين، وبالأخص الزوجة أن تتفطن لهذا الأمر، والذي تغيب في بعض النواحي من القطر الجزائري بسبب كثرة الزواج العرفي لدى بعض فئات المجتمع<sup>(3)</sup>.

كما تُصَ في هذا السياق المادة 1/22 ق أج بقولها: "يُثبتُ الزواجُ بمُستخرج من سجل الحالة المدنية وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي". هذا وقد ساير القانونُ القضاءَ الجزائري في هذه النقطة<sup>(4)</sup>.

حيثُ من خلال هذه النصوص التشريعية، نستنتج أنه لقبول دعوى إثبات النسب شكلاً، يُشترط في الزوج أو الزوجة طالبة الإثبات أن تُقدم نسخة من عقد الزواج أمام

(1) المادة 9 المعدلة بالأمر 02/05: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين" و تنص المادة 9 مكرر المضافة بالأمر 05-02: "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط التالية: \* أهلية الزواج. \* الصداق. \* الولي. \* الشاهدان. \* انعدام الموانع الشرعية للزواج"، فيلاحظ أن المشرع اعتبر عنصر الرضا الركن الوحيد في عقد الزواج فاختلاله يبطل العقد، أما ما ورد في المادة 9 مكرر فهي شروطاً غيابةً يرتب فسخ العقد ولقد جاء في عرض الأسباب المرفقة بنص المادة 09 المكرر أنه مما لا شك فيه أن عقد الزواج يتميز من الناحية القانونية عن باقي العقود فهو يخضع للعديد من القواعد والشروط التي تخضع لها العقود، إلا أنه يتميز عنها بعدة خصائص لاسيما كونه عقدً رضائيً يتم بمجرد تبادل الرضا بين رجل وامرأة من أجل تكوين أسرة على وجه الدوام، فليست المصالح المادية والمنافع هي التي تجمع بين الزوجين .

(2) القانون رقم 63 / 224 الصادر في 29 جوان 1963 والمتضمن تحديد سن الزواج، ص.681، ج رج ج ، رقم 44 المؤرخة في 2 جويلية 1963.

(3) أنظر، جريدة الشروق اليومي، الصادرة بتاريخ 2012/12/13، مقال بعنوان: "انتشار ظاهرة الزواج العرفي لدى التوارق بريح باجي مختار" ص.9.

(4) المحكمة العليا، 1989/12/11، ملف رقم 55706، مجلة قضائية، 1992، ع 1، ص.48، أخذاً عن يوسف دلا ندة، قانون الأسرة مدعم بالاجتهادات القضائية وفقاً لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2000، ص.22.

المحكمة، أو تقدم الدفتر العائلي الذي يسلمه ضابط الحالة المدنية طبقاً للمادة 18 ق أ ج والمواد 71،96 ق ح م، فقد يُبرم عقدُ الزواج أمام الموثق الذي يسجله مبدئياً في سجلاته المعدة لذلك، ثم يسلم الزوجين نسخة تُسمى "الفيف زواج" للإثبات، ثم يقوم الموثق بإرسال ملخص عن وثيقة عقد الزواج إلى ضابط الحالة المدنية في أجل أقصاه ثلاثة أيام من تاريخ تسجيل العقد، ليسجله في سجلات الحالة المدنية خلال مدة خمسة أيام الموالية لوصول الملخص الذي أرسله الموثق إليه.

وبعد ذلك يُسلم الزوجين بعدها الدفتر العائلي، ويُؤشر بهذا الزواج على هامش سجل ميلاد كل من الزوج والزوجة<sup>(1)</sup>، هذا في ما يخص الزواج الرسمي (القانوني) لكن ما العمل إذا واجه القضاء الجزائري زوجةً أرادت إثبات نسب أبنائها من زواج عرفي؟، لا شك أن أول إجراء يجب أن تقوم به هذه الزوجة، هو أن تثبت هذا الزواج العرفي، حتى يصير رسمياً، و عليه سيتم التعرض إلى إجراءات ترسيم عقد الزواج العرفي ضمن الفرع الموالي.

## الفرع الرابع

### إجراءات ترسيم عقد الزواج العرفي

يُطلق الزواج العرفي على عقد الزواج الصحيح شرعاً، لكن غير الموثق بوثيقة رسمية<sup>(2)</sup>، فبعض الأزواج يُبرمون عقد الزواج أمام الإمام ( الطالب أو شيخ المسجد) فيكون

(1) أنظر، بن عبيد عبد الحفيظ، الحالة المدنية وإجراءاتها في التشريع الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004 ص. 34 - 35.

(2) أشار إلى ذلك، عبد رب النبي علي الجارحي، الزواج العرفي وزواج المسيار، دار الروضة للنشر والتوزيع، القاهرة، 1998، ص. 32؛ بن عومر محمد الصالح، القضاء الإستعجالي في شؤون الأسرة، مذكرّة ماجستير، المركز الجامعي بشار، 2007/2006، ص. 76 .

عقدهم صحيحاً من الناحية الشرعية متى توافرت أركانه و شروطه، لكنه لا ينتج أثره أمام القانون.

فرضاً أن الزوجة أرادت أن تُطالب بالنفقة أمام القضاء، فإن طلبها هذا سيُقابل بالرفض، نظراً لعدم وجود عقد زواج مُسجل في سجلات الحالة المدنية، ففي هذه الحالة على الزوجة القيام بإجراءات تُثبت عقد الزواج لتحصل على حُكم قضائي يقوم مقام العقد، و عندها يمكن لها المطالبة بحقوقها أمام القضاء.

وتتمثل إجراءات عقد الزواج العرفي، ممن له مصلحة في ذلك بالقيام-الزوجة أو الزوج أو الإبن- برفع دعوى مدنية بمقتضى عريضة تسجل لدى كتابة الضبط، بعد دفع المصاريف المحددة قانوناً، لذلك تكون مسندة بأدلة إثبات كافية يُطلب من خلالها تثبيت عقد الزواج فتقوم المحكمة بالفصل في هذا الطلب، إذا تبين للمحكمة من خلال الأدلة أن عقد الزواج صحيحاً، تقوم بإصدار حكم قضائي يتضمن تثبيت هذا الزواج، حيث تُص المادة 22 ق أ ج "...وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي " و بعدها تأمر النيابة العامة بتسجيل هذا الحكم في الحالة المدنية طبقاً للمادة 1/22 ق أ ج "يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة"، لأن النيابة العامة صارت طرفاً أصلياً في جميع قضايا الأسرة، طبقاً للمادة 3 مكرر من الأمر 05 / 02 المتعلق بتعديل قانون الأسرة، هذا بالنسبة للفرع الأول المتعلق بشروط دعوى النسب.

كما أنه إذا كانت الدعوى مستوفية لشروطها حينئذ يتسنى لرافعها أن يتقدم أمام المحكمة المختصة بتقديم طلباته<sup>(1)</sup> هذا ما سنتعرض له ضمن (الفرع الخامس).

## الفرع الخامس

### رفع دعوى النسب<sup>(2)</sup>

من خلال هذا الفرع سيتم التعرض إلى إجراءات التقاضي أمام القضاء الداخلي بدايةً من رفع الدعوى<sup>(3)</sup>، إلى الفصل فيها بحكم نهائي، والخاص بإجراءات تثبيت نسب الأبناء المنسيين (أولاً)، ثم بعدها مناقشة إجراءات تثبيت نسب الأبناء الناتجين عن الزواج العرفي، والذي هو زوج شرعي استوفى أركانه وشروطه، تنقُصه الرسمية فقط (ثانياً).

### أولاً: إجراءات تثبيت نسب الأبناء المنسيين (المغفولين من التسجيل في الحالة المدنية)

تعدّ حالة الأبناء المنسيين الذين لم يُسجلوا في المدة القانونية المقررة لذلك أمام ضابط الحالة المدنية، وبالتالي لم يتم تثبيت نسبهم إلى آبائهم بطريقة رسمية، فتتم تسوية

(1) أشار إلى ذلك، بن عومر محمد الصالح، مرجع سابق، ص.77. بتصرف.

(2) ترفع دعوى الاعتراف بالنسب، بالبنوة أو الأجرة أو الأمومة بشخص مجهول النسب أو إنكار الأبوة أمام محكمة موطن المدعى عليه. الاختصاص بدعوى النسب: تنظر في الدعاوى المتعلقة بالمنازعات المذكورة أعلاه المحكمة الكائن مقرها موطن المدعى عليه وينظر فيها بحضور ممثل النيابة العامة وفي جلسة سرية؛ راجع، طاهري حسين، الإجراءات المدنية والإدارية الموجزة، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، ج 1، 2012، ص.226.

أما عند المشرع المصري فإنه طبقاً للإجراءات القانونية اللازمة لرفع دعوى النسب، بنفس الطريق المعتاد المنصوص عليه في قانون المرافعات المدنية أو التجارية (المادة 16 من القانون رقم 01 لسنة 2000).

(3) أهم المستندات والأوراق المطلوبة لرفع دعوى إثبات النسب عند المشرع المصري هي: "وثيقة الزواج، أي مستند يثبت تاريخ ولادة الطفل في المواعيد المقررة شرعاً وقانوناً لثبوت نسبه لأبيه، يحق للمدعية أو المدعي إثبات النسب أن يثبت دعواه بكافة طرق الإثبات المقررة قانوناً، صحيفة الدعوى ويشترط فيها أن تكون وافية وشارحة لموضوع الدعوى مبيّناً فيها السبب القانوني للدعوى، وقائع سبب الدعوى البيانات الأساسية المطلوبة لصحة صحيفة الدعوى"، أشار إلى ذلك، أميرة حسن الرافي، مرجع سابق، ص.225.



هذه الوضعية برفع دعوى من الطالب (من له مصلحة)، إلى السيد وكيل الجمهورية في المحكمة، مع الملف الآتي ذكره:

- 1- طلب خطي إلى السيد وكيل الجمهورية، محكمة مكان ميلاد الإبن.
- 2- شهادة ميلاد أب وأم عديم النسب.
- 3- نسخة من عقد الزواج.
- 4- شهادة عائلية.
- 5- شهادة عدم تسجيل الميلاد.
- 6- شهادة الوضع من المستشفى (حالة الوضع بالمستشفى).
- 7- شهادة طبية بالصورة الشمسية.
- 8- عارضة على نسختين للسيد وكيل الجمهورية.
- 9- محضر تحقيق من البلدية (يمضى بشاهدين).
- 10- مصاريف الدعوى، مبلغ 300.00 دج<sup>(1)</sup>.

وبعد وضع هذا الملف أمام المحكمة المختصة، وبعد دراسة الملف من طرف وكيل الجمهورية، يحيل الملف مباشرة إلى رئيس قسم الحالة المدنية بالمحكمة لإتخاذ إجراءات

(1) تمت مناقشة هذه الشروط، في إطار مقابلة شفوية مع رئيسة محكمة ادرار، السيدة: ن. خربوش، وذلك يوم: 2013/11/21، من الساعة 14h00 إلى 16h00.

الدعوى والحكم و إرسال الحكم إلى ضابط الحالة المدنية لتسجيله هذا بخصوص الإجراءات المتعلقة بتثبيت نسب الأبناء المنسيين أمام المحكمة<sup>(1)</sup>، فما هي يا ترى الإجراءات المتعلقة بتثبيت نسب الأبناء نتيجة الزواج العرفي؟، هذا ما سنناقشهُ فيما يلي.

### ثانياً: إجراءات تثبيت نسب الأبناء من الزواج العرفي

أما حالة الزواج العرفي، فيتم أولاً برفع دعوى تثبيت الزواج العرفي، ثم بعدها دعوى إلحاق نسب الأبناء بأبيهم- في حالة اعتراف الأب بالبُنة- بعريضة مشتركة بين الزوج والزوجة، ويتكوّن الملف من الوثائق التالية:

- 1- شهادة ميلاد أب وأم الابن (تستخرج من البلدية).
- 2- شهادة عدم تسجيل الزواج (تستخرج من البلدية).
- 3- شهادة عدم تسجيل ميلاد الابن (تستخرج من البلدية).
- 4- شهادة الوضع من المستشفى (حالة الوضع بالمستشفى)، أو شهادة طبية بالصورة الشمسية لمعرفة الشخص.
- 5- عريضة مشتركة من نسختين.

(1) غير أنه فيما يخص الآثار المترتبة على الأحكام الأجنبية المتعلقة بالنسب، فهي متوقفة على منح الحكم الصيغة التنفيذية من قِبَل قاضي الدولة المراد إليها التنفيذ، فقد جاء في التعديل الذي جاء به المشرع الفرنسي على قانون 1989:

"La révision du droit de divorce de 1989 a introduit dans le code civil un certain nombre de nouveautés dont notamment la possibilité pour des parents divorcés (art. 133 al. 3 CC) ou non mariés (art. 298a al.1 CC) de conserver ou d'obtenir une autorité parentale conjointe sur leurs enfants communs" , cf ; SANDOZ S., " Le juge dans le droit de la famille" , Paris, 2007 , p 01.

6- مصاريف الدعوى، مبلغ 300.00 دج.

وبعد وضع هذا الملف أمام المحكمة المختصة، لا تُتبع إجراءات التكليف بالحضور م16ق إ م و أ، حيثُ يتم تحديد جلسة مباشرة لتبادل العرائض، ثم يحول الملف لالتماسات النيابة العامة الكتابية، ثم تحتتم الجلسة بحكم تقريري يتم من خلاله إثبات نسب الابن لأبويه، وبعدها يُبلغ هذا الحكم على نسختين، إحداهما لوكيل الجمهورية (ممثل النيابة العامة) والأخرى للطرف رافع الدعوى<sup>(1)</sup>.

وبعد انتهاء مدة المعارضة والاستئناف، يستخرج صاحب المصلحة شهادة عدم الاستئناف من المجلس، ممهورة بالصيغة التنفيذية، والحكم، ليطلب بعدها تنفيذ الحكم المتعلق بتثبيت الزواج العرفي عن الدعوى الأولى، وتثبيت نسب الأبناء إلى آبائهم عن الدعوى الثانية.

## المطلب الثاني

### آثار الخلع واللعان على دعوى النسب

قد لا يختلف اثنان على أنه لآثار الزواج تأثيرٌ بالغٌ على دعوى النسب فبشئونها يُثبت النسب والعكس، فما هي يا ترى القواعد الشرعية المتحكمة في إثبات النسب بالخلع ونفيه باللعان؟ وقصد الإجابة على هذا التساؤل، فإنه من الضروري أن يتم تحديد إثبات النسب

(1) مقابلة شفوية مع رئيسة محكمة ادرار، السيدة: ن. خربوش، تمت يوم: 2013/11/21، من الساعة 14h00 إلى 16h00.

في الخلع، فسيتم تعريف الخلع وأهم أسبابه (الفرع الأول)، ثم آليات نفي النسب باللعان (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### تعريف الخلع وأسبابه

إنه لدراسة أثر الخلع على النسب، لا بُدَّ من التعريف به لغةً، وشرعاً وقانوناً وعليه سنقوم بإيراد تعريف الخلع لدى فقهاء اللغة، و الشرع، وفي التقنين الجزائري (أولاً)، وحصر أهم الأسباب المؤدية إليه (ثانياً).

### أولاً: تعريف الخلع :

إنه لتعريف الخلع لا بُدَّ أن نبدأ بتعريفه عند اللغويين (01)، ثم عند الاصطلاحيين (02)، انتهاءً بتعريف الخلع عند المشرع الجزائري (03)، وسيتم ذلك تباعاً كما يلي:

### 1- تعريف الخلع في اللغة:

الخلع من خلع مُحالعةً، الرَّجُلُ زَوْجَتُهُ أَوْ الْمَرْأَةُ زَوْجَهَا خَلَعَتْ أَحَدَهُمَا الْآخَرَ<sup>(1)</sup> ويُقصد بالخلع عند علماء اللغة الإزالة، يُقالُ خَلَعُ فُلَانٌ ثَوْبَهُ إِذَا أزاله وَخَلَعُ الزَّوْجُ زَوْجَتَهُ إِذَا أزال زوجيتها، وقد جرى العرف على تسمية الإزالة لغير الزواج بفتح الخاء وعلى تسمية الإزالة للزواج بضمها، وقد سُميت إزالة الزوجية بذلك<sup>(2)</sup>، لأن كل من الزوجين لباسٌ للآخر قال تعالى: "هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ"، فالخلع بفتح الخاء مصدره قياسي، ويُستعمل في

(1) فؤاد افرام البستاني، مرجع سابق، ص.175.

(2) فؤاد افرام البستاني، منجد الطلاب، دار المشرق العربي، بيروت لبنان، ط25، ص.157.

الأمر الحسيّة فيقال خلع ثوبه أي أزاله عن بدنه، وفي الأمور المعنوية يُقال خلع الرجل امرأته خلعاً، أي أزال زوجيتها، وخلعت المرأة زوجها مخالعةً إذا افتدت منه.

أما الخُلَع في اصطلاح الفقهاء، طلاقٌ على مال بلفظ خاص، ولهذا عرفوه "إزالة ملك النكاح ببدل، بلفظ الخلع"، أو ما في معناه كالمباراة.

كما أن الطلاق يُستعمل في حل عقدة النكاح ببدل، ومن غير بدل يُستعمل الخلع أيضاً في حل هذه العقدة ببدل وبغير بدل.

## 2- تعريف الخلع في الاصطلاح: اختلفت الزوايا التي عالج منها فقهاء الشريعة الخلع

فقد عرفه الحنفية<sup>(1)</sup> بأنه: "إزالة ملك النكاح المتوقف على قبولها - الزوجة - بلفظ الخلع أو في ما معناه"، أما عند المالكية<sup>(2)</sup>، فقد عرفه الدردير بأنه: "طلاقٌ بعوض أو بلفظه" غير أن الشافعية<sup>(3)</sup>، وحسب تعريف ابن شهاب الدين الرملي بقوله: "الخلع هو فرقٌ بعوض مقصود بلفظ طلاق أو خلع راجع لجهة الزوج"، وأخيراً فإن فقهاء الحنابلة<sup>(4)</sup> يرون بأنه: "فراقٌ الزوج لزوجته بعوض بألفاظ مخصوصة"<sup>(5)</sup>.

(1) علي حسب الله، الفرق بين الزوجين وما يتعلق بها من عدة ونسب، دار الفكر العربي، بدون سنة طبع، ص.88.

(2) راجع، مالك ابن أنس، المدونة الكبرى، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، كتاب إرخاء السنور، باب ما جاء في الخلع، ج02، ط01 1994، ص.241.

(3) أنظر، محمد ابن إدريس الشافعي، الأم، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، كتاب الخلع والنشوز، ج06، ط01، 2001 ص.471.

(4) راجع، موفق الدين ابن قدامي المقدسي، الكافي، هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، باب الخلع وكيفية الطلاق فيه، كتاب الخلع ج04، ط01، 1998، ص.405.

(5) أنظر، نصر الدين ماروك، قانون الأسرة الجزائري بين النظرية والتطبيق، مقال بمجلة الموسوعة القضائية الجزائرية، العدد الرابع، سنة 2004 ص.82؛ علي هاشم يوسفات، الخلع والطلاق بالتراضي في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2009 ص.11 و12.

وعليه، فاستنباطاً من هذه التعاريف، الملاحظ أن كلٌّ منها جعل للخلع تعريفاً خاصاً به، غير أن كل هذه التعاريف تُصَبِّ في قالب واحد، هُو القاسمُ المشترك بينها حيثُ ذكرت الأركان التي يتفق أغلب الفقهاء على ذكرها، فذكروا الزوجين و العوض والألفاظ المخصوصة التي هي صيغة الخلع.

وبعد أن تم التعرُّض لتعاريف فقهاء الشريعة الإسلامية للخلع، فهل وافقهم المشرع الجزائري في التعريف أم ماذا؟ هذا ما سنتطرق له ضمن العنصر الموالي.

### 3- تعريفُ الخلع عند المشرع الجزائري :

لقد عرف المشرع الجزائري، الخُلع في النص الأصلي ضمن المادة 54 من القانون رقم 11/84<sup>(1)</sup> بقولها: "يجوز للزوجة أن تخلع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم".

من خلال هذه المادة ركز المشرع على أن يكون اتفاق الطرفين منصباً على مال كبديل للزوجة، وفي حالة عدم الاتفاق بين الزوجين على شيء يرجع الأمر إلى القاضي الذي يُحدد البديل نقداً، على أن لا يتجاوز قيمة صداق المثل.

غير أنه بصُدور التعديل الجديد لقانون الأسرة بالأمر 02/05<sup>(2)</sup> المؤرخ في 2005/02/27 حيثُ نصَ هذا الأمر من خلال المادة 54 على أنه: "يجوز للزوجة دون

(1) القانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق ل 9 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم .

(2) الأمر الرئاسي 02/05 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق ل 27 فبراير سنة 2005 الذي يعدل ويتمم القانون 84-11 والمتضمن قانون الأسرة الجزائري، ج ر ج، عدد 15، لسنة 2005.

مُوافقة الزوج أن تُخالع نفسها بمقابل مالي إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكّم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المِثْل وقت صدور الحكم".

وعموماً، فإنّ المشرع الجزائري قد وافق الشريعة الإسلامية، من خلال أجازته للزوجة أن تلجأ إلى طلب الخلع في حالة كُرْهها للزوج، لأن الخُلْع شرع للكُره عكس التطلاق الذي شرع لرفع الضرر.

وعموماً فبعد أن تمّ تعريف الخُلْع، هل هناك أسباب تدفع الزوجة إليه؟، هذا ما سنتطرق له ضمن العنصر الموالي.

### ثانياً: أسباب الخُلْع

إذا كان الخُلْع من بين الطُرق الشرعية التي تمنح للزوجة حق إنهاء الرابطة الزوجية وفق الآليات المذكورة آنفاً، و أنتفت أسباب التطلاق والطلاق، وذلك بأن لم يتعسّف الزوج في إبقاءه للزوجة ظلماً وعدواناً<sup>(1)</sup>.

و إستنباطاً يُمكن اختصارُ أسباب الخلع فيما يلي:

1. إذا كرهت الزوجة زوجها، دون أن يبادلها الكُره، وترفضُ عشرته دون أن يرفضُ عشرتها فتكونُ منه ناشِزٌ إن بقيت معه، ستضطر لعصيان رها ومخالفة أحكام عقد الزواج، وما يرتبه من حقوق وواجبات.

(1) في الحقيقة يجب التنويه إلى أنه ليست هناك أسباب تدفع إلى الخُلْع، فهو فرقةٌ بطلب من الزوجة، ومقابل مالي، إذا كرهت الزوجة زوجها دون سبب، لم يرد أن يطلقها هو و أنتفت أسباب التطلاق.

2. إذا انتفت أسباب التطليق المنصوص عليها في المادة 53 المعدلة بالأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 والتي هي 10 أسباب<sup>(1)</sup> على سبيل الحصر لا على سبيل المثال، وإذا كانت الزوجة فارةً من زوجها تحت تأثير واحد من هذه الأسباب فإنها تطلب التطليق دون الخلع لأن التطليق بدون مقابل، في حين أن الخلع بمقابل مالي تقدمه للزوج، ويمكن هنا رواية القصة التي أسست للخلع<sup>(2)</sup> حيث أن أول خلع في الإسلام، هو ما روي عن ابن عباس أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي ﷺ فقالت: "يا رسول الله إني لا أعتب عليه في خلق ولا دين، ولكني أكره الكفر في الإسلام فقال ﷺ: "أتردين عليه حديقته؟"، قالت: نعم " قال ﷺ "إقبل الحديقة وطلقها تطليقه".

3. من خلال هذا المثال يتضح أن المرأة عمدت إلى الخلع عندما انتفت كل مبررات الطلاق والتطليق، فلم تر منه ما تعتمد عليه لفراقه، ولم تفعل ما يدعو لطلاقها فالحل الوحيد والأجدد لمثل هذه الحالات هو الخلع.

(1) تنص المادة 53 معدلة بالأمر 02-05 "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:

- 1- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عامله بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78 و 79 و 80 من هذا القانون.
- 2- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.
- 3- الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر.
- 4- الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية.
- 5- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة .
- 6- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه.
- 7- ارتكاب فاحشة مبينة .
- 8- الشقاق المستمر بين الزوجين.
- 9- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.
- 10- كل ضرر معتبر شرعاً".

(2) أنظر، فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، ج 01، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر 1986 ص.304،303.

(3) رواه ابن عباس، صحيح البخاري، كتاب فتح الباري على صحيح البخاري، باب الخلع من كتاب الطلاق، رقم الحديث 5080، ج 9 ص.306.



4. إذا أبقينا في نزاع الخلع الذي يتم باتفاق الطرفين فقد نزيد الطين بلةً، وقد يتعسف أحد الطرفين ولا يوافق، وبهذا تكون حُرِيَّة موافقة الزوجين على الخلع وبالاً وليس حلاً.

ودفعاً بالمشروع الجزائري لإرساء أصول المساواة بين الزوجين ( *L'égalité entre les conjoints* )، من خلال الأمر 02/05، فقد أباح خلع الزوجة دون موافقة زوجها شريطة أن يرى القاضي المبرر الذي يتكيف مع نوع الفُرقة هاته.

غير أن الخُلع كطريق للفرقة يُعتبر رضا الزوجين لا يتوقف على حكم حاكم وهذا هو القول الغالب في الفقه الإسلامي.

### ثالثاً: الخُلع وحقّ الأولاد في النسب

مما لا شكّ فيه أنّ حقوق الأولاد كثيرةً من أهمها ثبوت النسب<sup>(1)</sup> و الرضاع و الحضانة و النفقة، الأمر الذي دفعنا إلى بحث أثر الخُلع على النسب، حيثُ أن إثبات النسب هو حقٌّ للولد أولاً وقبل كل شيء، وقد حرص الإسلام على تقرير هذا الحق وإثباته، وقد كان لذلك أعظمُ الأثر في حماية المجتمع وتماسكه، وهذا الحق ثابتٌ كذلك للمرأة، فالذي يعينها أن تُثبت نسب طفلها من أبيه تأكيداً لشرفها وحمايةً لعرضها وكرامتها<sup>(2)</sup>.

وكخلاصة لهذا العنوان فإنّ وجهُ الربط بين الخُلع والنسب له دلالةٌ واقعيةٌ منطلقها أن المرأة لها حقّ طلب فك الرابطة الزوجية، بدون أدنى مُبررٍ لذلك، كونها تخشى أن لا تُقيم

(1) راجع، أحمد الجندي زهو، أحكام الأسرة في الإسلام، مكتبة النصر، القاهرة مصر، ج1، 1993، ص.299 و300.

(2) احمد المهدي و اشرف شافعي، دعوى النسب ( الشروط التي يتطلبها القانون لإثبات النسب)، دار العدالة، مصر، الطبعة الأولى، 2006، ص.137.

حدود الله، فهذا حقٌ واسعٌ يجب ألا يدوس على حق النسب وأخيراً فالنسب هو حقٌ للأولاد الذين يسعدهم أن ينتسبوا إلى أبيهم فيحملون اسمه ويرثون ماله، وتكون تربيتهن الصالحة ودعائهم له بعد وفاته زيادة له في حسناته.

#### رابعاً: إجراءات دعوى الخلع وأثر ذلك على النسب

بعد رفع دعوى الخلع، طبقاً للأوضاع المقررة بصفة عامة في رفع الدعوى أمام المحاكم، كما جاء بيانه في المواد 14، 15، 439، 440 ق إ م و إ.

حيث يتعين على القاضي تحريزُ محضر يثبت مساعي ونتائج محاولات الصلح<sup>(1)</sup> يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين"، وعليه إستنتاجاً من خلال نص المادة 49 ق أ ج يجبر القاضي كذلك بمحاولات الصلح التي يجربها حال فُرقة الخلع، وفي هذا الإطار فقد كان المشرع الجزائري صريحاً في المسألة، حيث نصت المادة 1/431 ق إ م و إ "يتأكد القاضي في التاريخ المحدد للحضور من قبول العريضة ويستمع إلى الزوجين على انفراد، ثم مجتمعين ويتأكد من رضائهما ويحاول الصلح بينهما إذا كان ذلك ممكناً....."<sup>(2)</sup>.

وعُموماً فإن المشرع الجزائري نصَ على أن أثر الخلع بالنسبة للنسب هو نفس أثر الطلاق عليه، طبقاً لنص المادة 54 من ق أ، باعتباره فرقة زوجية فإن أتت الزوجة بالولد بين أقصى وأدنى مدة الحمل فالنسبُ ثابتٌ، وإن كان العكس، فإن النسب لا يُثبت.

(1) روال عبد الحميد، دروس وتطبيقات في الكفاءة المهنية للمحاماة، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص. 125 و 126.  
(2) أنظر، محمد محمود إبراهيم، النظرية العامة للتكييف القانوني للدعوى في قانون المرافعات، دار الفكر العربي، 1982، ص. 48 - 49 أخذاً عن بويشير محند أمقران، المرجع السابق، ص. 142.

وهو نفس الحكم الذي سار عليه المشرع المصري طبقاً للقانون 25 لسنة 1929 والقانون 1 لسنة 2000، حيث أعتبر حكم المرأة المختلعة نفس حكم المرأة المطلقة طلاقاً بائناً حيث أن أقصر مدة للحمل أخذ بها القانون المصري هي ستة أشهر وأن أقصى مدة الحمل هي سنة شمسية 365 يوم، وتترتب على هذه المسألة الفروض التالية<sup>(1)</sup>:

01- أن المرأة إذا أقرت بخلو رحمها وأتت بالولد خلال 6 أشهر، من وقت إقرارها فإن النسب يثبت للمطلق.

02- أن المرأة إذا أقرت بخلو رحمها وأتت بالولد بعد 6 أشهر من وقت إقرارها فلا يُثبت النسب.

03- إذا لم تُقر المرأة بانقضاء عدتها وأتت بالولد قبل سنة (365 يوم) من وقوع الفرقة فيثبت النسب احتياطاً.

04- إذا لم تقر المرأة وأتت بالولد بعد مضي عام وأكثر، فلا يُثبت نسبه<sup>(2)</sup>.

وبعد إتمام الكلام على أثر الخلع على النسب، فهل هناك أثر للعان على النسب يا تُرى؟.

(1) أما القضاء المصري، فقد أشار إلى منع سماع دعوى النسب لأي معتدة من طلاق جاءت بولد لأكثر من 01 سنة شمسية من وقت الطلاق، أحداً بأن الطبيب الشرعي وعلى ما أوردته المذكرة الإيضاحية للقانون يعتبر أقصى مدة الحمل 365 يوم حتى تشمل جميع الأحوال النادرة، أنظر، أحمد المهدي وأشرف الشافعي، المرجع السابق، ص. 137 و138.

(2) في هذا الإطار نصت المادة 85 من مدونة الأحوال الشخصية المغربية بقولها: "الولد للفرش إن مضي على عقد الزواج أقل مدة الحمل وأمكن الاتصال و إلا فالولد المستند لهذا العقد غير لاحق به"، كما نصت المادة 69 من مدونة الأحوال الشخصية التونسية على أنه: "يُثبت النسب عند إنكار لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها ولا لولد زوجة أتت به بعد غيبة الزوج عنها أو من وفاته أو من الطلاق".

## الفرع الثاني

### اللعان الوسيلة الشرعية لنفي النسب

إذا سلمنا بأنه في فرقة الخُلَع يُكُونُ النَّسَبُ ثابتاً وصحيحاً، شريطة أن يُكُونُ الولد من فراش صحيح، اكتملت شروطُهُ و أركانه، غير أنه يُثَوِّرُ في هذا المقام سُؤَالَ مفادُهُ، هل أن الفرقة الناتجة عن اللعان تؤثر في النسب أم لا؟، وما هي الأحكام التي رتبها الشرع على الولد الذي لاعن أباه أمه؟، وستكون الإجابة على هذه التساؤلات وغيرها ضمن ثلاثة بنود، خصصنا أولهم للدخول في الموضوع بتعريف اللعان لغةً وشرعاً (أولاً)، لنعرض بعده الصفة التي حددتها الشريعة الإسلامية لتحقيق فرقة اللعان ضمن (ثانياً)، كل هذا ليتسنى لنا في الأخير تبيان صفة اللعان و أثره في نفي النسب في (ثالثاً).

#### أولاً: تعريفُ اللعان لغةً وشرعاً ودليل مشروعيته

اللعانُ في اللغة مصدرٌ لاعن، يُلاعن، وهو من اللعن وهو الطرد والإبعاد من الخير، واللَعْنَةُ: الاسمُ المرَّةُ من لعن، والجمع لعانٌ ولعناتٌ<sup>(1)</sup>.

أما في الشرع، فهو حلفٌ بألفاظ مخصوصة من قبل الزوج على زنا زوجته أو نفي ولدها منه وحلفها على تكذيبه فيما قذفها به<sup>(2)</sup>.

(1) راجع في تعريف اللعان، ابن متصوّر، لسان العرب، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، ط03، 1999، ص.292. مجد الدين محمد الفيروزبادي القاموس المحيط، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، ط02، 2000، ص.1617. فؤاد افرام البستاني، المرجع السابق، ص.685.

(2) أشار إلى ذلك، سفيان بن عمر بورقعة، النسب ومدى تأثير المستجدات العلمية في إثباته (دراسة فقهية تحليلية)، كنوز اشبيلية للنشر والتوزيع، ط 1 2007، ص.183.

وسُمي اللعانُ بذلك، لأن الزوج يلعن نفسه في الشهادة الخامسة، أو لأن أحد الزوجين عرضةً للطرد والإبعاد من رحمة الله، بسبب كذبه وافتراءه.

فقد عرفه موفق الدين ابن قدامي المقدسي الحنبلي<sup>(1)</sup> بقوله: "وهو قذف الرجل زوجته المحصنة بزنا في قبل أو دبر، وهو مُشتق من اللعن، لأن كَلَّ واحد من الزوجين يلعن نفسه في الخامسة إن كان كاذباً، وقال القاضي: سُمي بذلك لأن الزوجين لا ينفكان من أن يكون أحدهما كاذباً فتحصل عليه اللعنة وهي الطرد والإبعاد".

وفي تعريف آخر لمحمد الخطيب الشريني يقول فيه بأنه كلمات معلومة جعلت حجةً للمظهر إلى قذف من لَطَخ فراشه، وألحق العار به أو بأهله، أو إلى نفي الولد<sup>(2)</sup> فما دليل مشروعيته وسببه؟.

أما عن دليل مشروعيته فيذكر السيد سابق، في مؤلفه فقه السنة أن اللعان أول ما نجسد واقعاً فعلياً كان في سنة وفاة النبي ﷺ أي في شهر شعبان التاسع هجري إذ روى البخاري عن ابن عباس رضي الله عنهما أن هلال بن أمية هو أول رجل لا عن في الإسلام<sup>(3)</sup> أي قذف امرأته عند رسول الله ﷺ بشريك بن سمحاء، فقال النبي ﷺ: "البينة أو حدٌ في ظهرك"<sup>(4)</sup>، فقال: يا رسول الله إذا رأى أحدنا على امرأته رجلاً ينطلق يلتمس البينة فجعل رسول الله ﷺ يقول: "البينة وإلا حدٌ في ظهرك"<sup>(5)</sup>، فقال ﷺ: "والذي بعثك بالحق نبياً

(1) راجع، موفق الدين ابن قدامي المقدسي، مرجع سابق، ص.120.

(2) أنظر، محمد الخطيب الشريني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني الفظ المنهاج، ج3، بيروت لبنان، 1374 - 1955، ص.367.

(3) أنظر، السيد سابق، فقه السنة، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ج2، ط8، 1407 هـ - 1987م، ص.282 - 283.

(4) رواه البخاري، صحيح البخاري وهو الجامع المسند الصحيح المختصر، باب و يدرؤ عنها العذاب، رقم الحديث 4747، ص.580.

(5) رواه البخاري في صحيحه وهو الجامع المسند الصحيح المختصر، بلفظ مغاير، كتاب التفسير، باب و يدرؤ عنها العذاب، رقم الحديث 4749، ص.580.

إني لصادقٌ ولينزلن الله ما يبرئ ظهري من الحد" (1) فنزل جبريل عليه السلام وأنزل عليه قوله تعالى: "وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ ﴿٦١﴾ وَالْخَمِيسَةُ أَنْ لَعَنَتَ اللَّهُ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ ﴿٦٢﴾ وَيَدْرُؤُا عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ ﴿٦٣﴾ وَالْخَمِيسَةُ أَنْ غَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ" (2). و يقول ابن كثير في شرح هذه الآية (3): "هذه الآية الكريمة فيها فرجٌ للأزواج وزيادة مخرج إذا قذف احدهم زوجته وتعسر عليه إقامة البينة أن يلاعنها كما أمر الله عز وجل، وهو أن يحضُر إلى الإمام فيدعى عليها بما رماها به فيحلفُ الحاكمُ أربعَ شهادات بالله، في مُقابل أربع شهادات إنّه لمن الصادقين أي فيما رماها به من الزنا".

أما من السنة، فقد ورد في ذلك أحاديث كثيرة منها:

الحديث الذي أخرجه الأئمة الأجلاء مالك و البخاري ومسلم (4) وغيرهم عن ابن شهاب، أن سهل بن سعد الساعدي أخبره: "أَنَّ عُومِرًا الْعَجَلَانِي جَاءَ إِلَى عَاصِمِ بْنِ عُدي الأنصاري، فقال له يا عاصم، أ رأيت من وجد مع امرأته مع رجلاً، أيقنُّه فتقتلونهُ؟ أم كيف يفعل؟، سل لي يا عاصم عن ذلك رسول الله ﷺ، فسأل عاصم رسول الله ﷺ عن

(1) ابن ماجة، السنن، الجزء الأول، كتاب الطلاق، باب اللعان، رقم الحديث 1067، ص.668.

(2) سورة النور، الآية من 06 إلى 09 .

(3) الإمام أبي الفداء إسماعيل ابن كثير، تفسير ابن كثير، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، المجلد الثالث، 1981، ص266؛ سفيان بن عمر بورقعة، المرجع السابق، ص.184.

(4) رواه سهل بن سعيد الساعدي، فتح الباري بشرح صحيح أبي عبد الله محمد ابن إسماعيل البخاري، ج9، ط1، 2001، كتاب الطلاق باب اللعان ومن طلق، رقم الحديث 5115، ص.355.

ذلك، فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم المسائل، وعابها حتى كبر على عاصم ما سمع من رسول الله ﷺ، فلما رجع عاصم إلى أهله جاءه عويمر فقال: يا عاصم ماذا قال لك رسول الله ﷺ، فقال عاصم لعويمر: لم تأتني بخير، قد كره رسول الله ﷺ المسألة التي سألته عنها، فقال عويمر: والله لا انتهي حتى أسأله عنها فاقبل عويمر حتى جاء رسول الله ﷺ وسط الناس، فقال: يا رسول الله أرأيت رجلاً وجد مع امرأته رجلاً أيقته فتقتلوناه، أم كيف يفعل؟ فقال ﷺ: "قد انزل الله فيك وفي صاحبك قرآناً فاذهب فات بها" قال سهل: فتلاعنا، وأنا مع الناس عبد رسول الله ﷺ، فلما فرغا من تلاعهما قال عويمر: كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها، فطلقها عويمراً ثلاثاً قبل أن يأمره رسول الله ﷺ، قال ابن شهاب: فكانت تلك سنة المتلاعنين.

قال سهل: وكانت حاملاً، وكان ابنها نسب إلى أمه، ثم جرت السنة أن يرثها ويرث منه ما فرض الله لها<sup>(1)</sup>.

وعن نافع ابن عمر، أن رجلاً لاعن امرأته في زمان رسول الله ﷺ، وانتفى من ولدها، ففرق رسول الله ﷺ بينهما، والحق الولد بالمرأة.

وأما الإجماع، فقد اجمع العلماء على مشروعية اللعان في الجملة، وقد ذكر الإجماع في ذلك غير واحد من أهل العلم، قال الحافظ ابن حجر<sup>(2)</sup> العسقلاني: "واجمعوا على

(1) هذه الزيادة في صحيح البخاري، باب الطلاق، باب التلاعن في المسجد، حديث رقم 5003، ج5، ص.2033، وفي صحيح مسلم في باب اللعان، حديث 1492، ج2، ص.1130.

(2) ابن حجر العسقلاني، بلوغ المرام من أدلة الأحكام، تحقيق إبراهيم إسماعيل، دار الجليل، بيروت، لبنان، ط أخرى، ص.180.

مشروعية اللعان وأنه لا يجوز مع عدم التحقق". وأما من جهة القياس: فيقول ابن رشد<sup>(1)</sup> في ذلك: "..... وأيضاً من جهة المعنى لما كان الفراش مُوجباً للحوق النسب، كان بالناس ضرورةً إلى طريق ينفونه به، إذا تحققوا فسادهُ وتلك الطريق هي اللعان....".

أما سبب وجوبه، فإن الله تعالى، شرع الحد لمن يقذف امرأةً محصنةً بالزنا، ولم يثبت دعواه بشهادة أربعة شهود، زجراً له ولأمثاله من انتهاك أعراض العفيفات، فيجلد ثمانون جلدة لقوله تعالى: "وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ﴿٢٤﴾".<sup>(2)</sup>

وكان هذا هو الواجب في قذف كل محصنة ولو كانت زوجة، ولكن الله خفف من الأزواج ورفع الحرج عنهم، بشرعية اللعان في حق من قذف زوجته لقوله تعالى: "الَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَدُوا بِأَنفُسِهِمْ وَكُفَرُوا بِاللَّهِ إِنَّهُمْ لَمِنَ الْصَّادِقِينَ" <sup>(3)</sup> وقوله تعالى: "وَالْخَمِيسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ"<sup>(4)</sup>، فسبب وجوب اللعان القذف بالزنا، وهو نوعان: أحدهما بغير نفي الولد والثاني: بنفي الولد، أما الذي بغير نفي الولد فهو أن يقول لامرأته يا زانية، أو أيتها الزانية أو رأيتك تزنين.

(1) محمد ابن أحمد ابن محمد ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، كتاب اللعان، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان ط 06، ج 02، ص 115.

(2) سورة النور، الآية 04 .

(3) سورة النور ، الآية 06 .

(4) سورة النور ، الآية 09 .



و أما الذي ينفي الولد فهو كأن يقول لأمرأته: هذا الولد من الزنا، أو يقول هذا الولد ليس مني<sup>(1)</sup>.

### ثانياً: صفة اللعان وأثره في نفي النسب

سيتمّ التعرّض إلى الطريقة التي يتمّ بها اللعان صمن (01)، ثم إلى الآثار التي تترتب عليه كونه الآلية الشرعية الوحيدة لنفي النسب (02)، ثم عن ضمانّة إلحاق الولد بأمه بعد اللعان شرعاً (03)، ليتمّ التعرّض بعدها إلى شروط اللعان (04).

#### 1: صفة اللعان<sup>(2)</sup>

فالقذف لا يخلو إما أن يكون بالزنا، ونفي الولد، فإن كان بالزنا فينبغي للقاضي أن يقيّمهما بين يديه متمثلين، ويقوم بما يلي: "فيأمرُ الزوج أولاً أن يقول أربع مرات اشهدُ بالله إني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا، ويثوّل في الخامسة لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رميتها به من الزنا، ثم يأمرُ المرأة أن تقول أربع مرات اشهد بالله انه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا، وتقول في الخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رميني به من الزنا"<sup>(3)</sup>.

وفي نفي الولد يقول الزوج في كل مرة: اشهدُ بالله إني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا ونفي ولده، وقال البعض: يكفي أن يقول: فيما رميتها به من نفي الولد ويقول في الخامسة: وأن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين.

(1) Essential, Human Anatomy, physiology, third ed, john w.hole, 1988, pp383-384.

(2) راجع كيفية اللعان، أميرة حسن الرافي، دعوى النسب في ضوء الفقه وقضاء النقض، المكتب الفني للموسوعات القانونية، (د س ط) ص. 59.

(3) سفيان بن عمر بورقعة، المرجع السابق، ص. 187.

ويجبُ على المتلاعنين التقيّد بهذه الصفة والألفاظ في اللّعان، إتباعاً للكتاب والسنة، فإن حصل إخلالٌ بذلك لم يصح اللّعان، كما يجبُ على القاضي أن يبدأ بلعان الزوج أولاً، فإن أخطأ كمن بدأ بالزوجة ثم الزوج ينبغي أن يُعيد اللّعان على المرأة، لأنّ اللّعان شهادةٌ والمرأة بشهادتها تقدحُ في شهادة الزوج، فلا تصحُ قبل وجود شهادته<sup>(1)</sup>.

هذا وقد ذكر الفقهاء شروطاً كثيرةً للّعان، منها ما يختصُ بالقاذف أو بالمقذوف به، أو بصفة القذف نفسه، وهُم في ذلك تفاصيلٌ أخرى، لا يتسعُ المقام لذكرها وهي مبيّنةٌ في جُل المدونات الفقهية.

## 2: أثرُ اللّعان في نفي النسب

إذا تمّ اللّعانُ على الصفة المشروعة ترتبت عليه أحكامٌ كثيرةٌ، نذكرُ منها ما يتصلُ بالنسب.

فإذا كان اللّعان بنفي الولد، فهل يترتبُ عليه انقطاعُ نسب الولد من الزوج الملاعن؟، ويكُون منسوباً إلى أمه؟، أم أنّهُ يظلّ منسوباً إلى أبيه؟، وإذا انتفا الولد من الزوج إذا صرح بنفيه، و لحق نسبهُ بأمه، ترتبت الأحكام التالية:

1- سُقوط حدّ القذف عن الزوج إن كانت زوجته محصنة، وسقوط التعزيز عنه إن لم تكن محصنة، وسقوط حدّ الزنا عن المرأة بنص القرآن على ذلك.

(1) أبي الوليد ابن رشد القرطبي، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في مسائل المستخرجة، دار الغرب الإسلامي، بيروت لبنان ج 06 ط 02، 1988، ص. 405.

2- وقوع الفرقة المؤبدة بين الزوجين وتحريم نكاحها عليه على التأيد، لقوله ﷺ  
للمتلاعنين: "حسابكما على الله، أحدكما كاذب، لا سبيل لك عليها"<sup>(1)</sup>.

فهذه أهم أحكام اللعان، ومسائله، وللعلماء تفاصيل موسعة في كثير من أحكامه  
وليس هذا محل بيانها، حيث أن مقصودنا من التطرق للعان هو إعطاء نبذة موجزة يتضح  
بها معالم هذا الحكم الشرعي، حيث هذا هو السبيل الشرعي الوحيد لنفي النسب، أما  
غير ذلك من الطرق التي كانت شائعة قبل الإسلام كالتبني وتحويل النسب، أو التنازل عنه  
للغير، وغير ذلك فقد أبطلها الإسلام، وحرّمها وأجمعت الأمة علي تحريمها<sup>(2)</sup> لقوله  
تعالى: "ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فِإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ  
وَمَوَالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ  
غَفُورًا رَحِيمًا"<sup>(3)</sup>، ولقوله ﷺ: "من ادعى إلي غير أبيه وهو يعلم أنه غير أبيه فالجنة عليه  
حرام"<sup>(4)</sup>.

وقوله ﷺ: "لا ترغبوا عن آبائكم فمن رغب عن أبيه فهو كُفْر"<sup>(5)</sup>، ولقوله ﷺ: "الولاء  
لحمة كلحمة النسب لا يُباع ولا يُوهب"<sup>(6)</sup>.

(1) رواه البخاري في صحيحه، مرجع سابق، كتاب الطلاق، باب قول الإمام للمتلاعنين، رقم الحديث 5312، ص. 659.

(2) أنظر، حكاية الإجماع عند، أحمد بن علي بن محمد ابن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي، فتح الباري على شرح صحيح البخاري،  
المكتبة العصرية، بيروت لبنان، ط 12، ص 44،

(3) سورة الأحزاب، الآية 5 .

(4) رواه سعد ابن أبي وقاص، فتح الباري على صحيح البخاري، كتاب الفرائض، باب من ادعى إلى غير أبيه، رقم الحديث 6530 ص. 54.

(5) أخرجه الحديثين، صحيح البخاري، ج 4، ص. 170، صحيح مسلم، ج 1، ص. 57.

(6) رواه الحاكم في المستدرج، ج 4، ص. 341، وقال صحيح الإسناد ولم يخرجاه، ابن حبان في صحيحه كما في الإحسان بترتيب صحيح ابن حبان،  
ج 7، ص. 220 و البيهقي في السنن الكبرى، ج 10، ص. 292، وقال في أرواء الغليل، ج 6، ص. 109 حديث صحيح .

وعموماً، فالقاعدة الشرعية أن الزوج إذا ولدت امرأته ولدًا يُمكن كونه منه فإنه يلحق به، لقوله ﷺ: "الولد للفراس وللعاهر الحجر"<sup>(1)</sup>، فهل ينتفي الولد عنه في حال اللعان الصحيح؟، الإجابة هناك قولان لأهل العلم وهما:

حيث يذهب أنصار الرأي الأول إلى أنه ينقطع نسب الولد من جهة الأب ويلحقُ بأمه، وهذا قول جمهور أهل العلم، من الحنفية، والمالكية، والشافعية والحنابلة<sup>(2)</sup> ما ورد في الحديث السابق، أن النبي ﷺ، نفى ولد عويمر العجلاني و هلال بن أمية وألحقه بأمه.

حيث أن ابن القيم<sup>(3)</sup>، وهو يتكلم عن أحكام اللعان بين الزوجين قائلاً: "الحكم السادس انقطاع نسب الولد من جهة الأب، لأن رسول الله ﷺ قضى ألا يدعى ولدها لأبيه، وهذا هو الحق، وهو قول الجمهور، وهو أجل فوائد اللعان ... أما الحكم السابع فيتمثل في إلحاق الولد بأمه، عند انقطاع نسبه من جهة أبيه".

في حين يرى أنصار الاتجاه الثاني وهو قول ابن حزم الظاهري<sup>(4)</sup> لحديث الرسول ﷺ "الولد للفراس" ولا ينفيه اللعان أبداً، وإنما ينفى اللعان الحمل، فإن لم يلاعنها حتى ولدت، لاعن لإسقاط الحد فقط، ولا ينتفي ولدها منه، حيث استدل ابن حزم، بأن

---

(1) رواه البخاري، مختصر صحيح البخاري، كتاب الحدود، باب للعاهر حجر، رقم الحديث 6818، دار ابن حزم، القاهرة، 2010 ص.812.

(2) الإمام مالك ابن أنس الأصبهاني (رواية الإمام سحنون بن سعيد التنوخي)، المدونة الكبرى، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ج 2 ط 1 1994، ص.364؛ سفيان بن عمر بورقعة، المرجع السابق، ص.188.

(3) محمد ابن أحمد الصالح، فقه الأسرة عند شيخ الإسلام ابن تيمية في الزواج وآثاره، المجلد الثاني، الباب الثاني، الفصل الرابع (النسب) (د س ط)، ص.745.

(4) أبي محمد علي ابن أحمد بن سعيد بن حزم، المحلى، أحكام الطلاق، باب اللعان، إدارة الطباعة المنيرة، مصر، ص.143؛ سفيان بن عمر بورقعة، المرجع السابق، ص.189.

رسول الله ﷺ قضى أن الولد لصاحب الفراش، فهو ولده، إلا أن نفاه أباه أو حيث يوقن بلا شك أنه ليس ولده، فبقي ما عدا ذلك على لحاق النسب.

والحقيقة أن ما ذهب إليه الجمهور هو الراجح لما استدلوا به، ويجاب عن قول ابن حزم بما ذكره الإمام الشافعي<sup>(1)</sup> في شرحه لحديث "الولد للفراش..."<sup>(2)</sup> حيث قال ﷺ: "الفراش له معنيان: أحدهما وهو أعمهما وأولاهما إن الولد للفراش ما لم ينفه رب الفراش باللعان الذي نفاه به عند رسول الله ﷺ، فإذا نفاه باللعان فهو منفي عنه وغير لاحق بمن ادعاه بزنا وإن أشبهه والمعنى الثاني: "إذا تنازع الولد بين رب الفراش والعاهر فالولد لرب الفراش".

فلا تنافي بين الحكم باللعان، وبين الحكم بكون الولد للفراش، فالولد للفراش ما لم ينفه صاحب الفراش، فيكون حديث: "الولد للفراش" عام دخله التخصيص ولا تعارض بين العام والخاص.

### 3- إلحاق نسب الولد بأمه بعد اللعان شرعاً

لما انقطع نسب الولد من جهة أبيه اقتضى إلحاقه بنسب أمه، ونوع النسب الذي يلحق الولد في هذه الحالة هو نسب الانتماء، وليس مجرد نسب البُنوة، فيحل لقب المرأة محل لقب الأب على عكس الوضع العام، والذي يجب أن يكون اسم الولد مُقترباً بنسب الأب، ويكون فرداً من أسرة الأب.

(1) محمد ابن إدريس الشافعي، المرجع السابق، كتاب اللعان، باب ما يكون من التعان الزوج من الفرقة ونفي الولد وحده المرأة ص. 834.

(2) تم تخريج الحديث كاملاً، بالهامش رقم 6، ص. 28.

يقول أبو بكر ابن العربي: "فأما ولد الملاعنة إن كان حُرّاً فإنه يدعى إلى أمه فيقالُ فلان ابن فلانة، لأن أسبابه في انتسابه منقطعة، فرجعت إلى أمه"<sup>(1)</sup>.

ويقول أبو القَيم الجوزية<sup>(2)</sup>: "وهذا الإلحاق يُفيد حكماً زائداً على إلحاقه بها مع ثبوت نسبه من الأب وإلا كان عديم الفائدة، فإن خروج الولد منها أمراً مُحقق فلا بُدَّ في الإلحاق من أمر زائد عليه وعلى ما كان حاصلًا مع ثبوت النسب من الأب ثم قال: أفادنا هذا الإلحاق فائدة زائدة، وهي تحويلُ النسب الذي كان إلى أبيه إلى أمه، وجعل أمه قائمة مقام أبيه في ذلك، فهي عصبتُهُ وعصابتها أيضاً عصبتُهُ فإذا مات حازت ميراثه، لحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ: "أنه جعل ميراث ابن الملاعنة لأمه ولورثتها من بعده".

ثم يقول: "فهذا محض القياس، فإن النسب في الأصل للأب فإذا انقطع من جهته صار للأم، كما أن الولاء في الأصل لمعتق الأب، فإذا كان الأب رقيقاً كان لمعتق الأم، فلو أعتق الأب بعد هذا انجر الولاء من و إلى الأم إليه، ورجع إلى أصله.

وعموماً فإن في كلام ابن القَيم، تلميحٌ إلى ما سبق بيانه عن أنواع النسب وأن حالة اللعان يبرز فيها الأنواع الثلاثة: نسبُ الانتماء، ونسبُ البنوة، ونسبُ القرابة، لكن جميعها تختص بجهة الأم، ولا يلحق جهة الأب واحد من هذه الأنواع إذاً فما هي الشروط الشرعية لللعان يا ترى؟.

(1) سفيان بن عمر بورقعة، المرجع السابق، ص.190.

(2) ابن القَيم الجوزية، بدائع التفسير الجامع لما فسره الإمام ابن القَيم، المجلد الثالث، دار ابن الجوزي، 1427هـ، ص.859.

4- شروطُ اللعان:

يُشترط في اللجوء إلى اللعان شروطٌ هي:

1- أن لا يُقر بنسبه لا صراحةً ولا دلالةً قبل أن ينفيه، و معناه إذا أقر بنسبه ساعة ولادته أو هنأه الناسُ به، فقبل تهنتهم، أو اشترى ما يلزم للنفس بعد ولادته وهو ساكتٌ عن نفيه، ثم جاء بعد ذلك لينفيه، لم يقبل منه<sup>(1)</sup> فالإقرار بالنسب لا يصح الرجوع فيه.

2- أن يكون كلا الزوجين أهلاً لللعان عند ابتداء الحمل بالولد، فلو كان الزوج مسلماً وزوجته كتابية وأسلمت و ولدت ولداً، يفرق بين حالتين:

الحالة الأولى: إذا تمت الولادة قبل مضي ستة أشهر من إسلامها امتنع اللعان لكونها كتابية، وينتسب الولد لأبيه، أما إذا ولدته بعد أقصى مدة حمل أو أكثر فيعني أنها كانت مسلمةً كزوجها عند بدأ الحمل، و بالتالي تكونُ أهلاً لللعان فيخرج القاضي اللعان بينهما، ويلحق نسب الولد بأمه<sup>(2)</sup>.

الحالة الثانية: أن ينفى الولد عند ولادته أو خلال مدة التهنته، إذا كان الزوج حاضراً إلا أن أئمة الحنفية اختلفوا في تقدير مدة نفي النسب، فأبو يوسف ومحمد قدورها بأربعين

(1) محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية مع الإشارة إلى ما يقابلها في الشرائع الأخرى، الطبعة الأولى سنة 1404 هـ الموافق ل 1987، ص.105.

(2) أحمد محمود الشافعي، المرجع السابق، ص.146.

يوماً، وهي مُدة نفاس المرأة باعتبارها أثر للولادة، وما دام هذا الأثر باقياً، كان للرجل أن ينفي المولود في أثناءه<sup>(1)</sup>.

أما أبو حنيفة<sup>(2)</sup> فروي عنه رأيان، حيث يرى الرأي الأول أنه قدَرها بسبعة أيام حسب ما جرت عليه عادة الناس، أما الرأي الثاني فإنه ترك تقديرها للقاضي، لأن الإقرار بالولد أو نفيه يحتاج إلى رؤية، والناس يختلفون في حاجتهم إلى الوقت الذي يرجحون فيه رأياً في أمر خطير كهذا، فأحاله للقاضي ليُقدره بحسب الأحوال والأشخاص<sup>(3)</sup>.

أن يكون المولود حياً عند الحكم بنفي نسبه، فإن مات قبل ذلك فلا نفي لأن النسب يُثبت بالموت، وبالمقابل إذا كانت شهادة الميلاد تصلح لثبوت النسب يمكن اعتبارها كذلك قرينة قابلة لنفيه، فنسبة الطفل فيها إلى شخص معين لا تُعتبر حجة عليه ما لم يُقر أبوه بصحة البيانات المدونة بها<sup>(4)</sup>.

وفي الأخير نضم رأينا إلى رأي أبي حنيفة فيما ذهب إليه، ذلك لأن بقاء ثبوت النسب أو نفيه يتطلب فترة طويلة تؤدي إلى ايداء الزوجة والطعن في شرفها وكرامتها

(1) محمد عاشق البرني، التسهيل الضروري لمسائل القُدوري في فقه الإمام أبي حنيفة، كتاب اللعان، ج2، مكتبة الشيخ بهادر آباد كراتشي ص.63.

(2) الإمام علاء الدين أبي بكر ابن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، بيروت لبنان، ط02 1984، ص.238.

(3) أحمد محمود الشافعي، المرجع السابق، ص.145.

(4) حسان الحسين، أحكام الأسرة الإسلامية فقهاً وقضاءً، الطبعة الأولى، دار الآفاق العربية، مصر، 2001، ص.369.



وأمانتها، كما أنه يضر بالولد نفسه حتى يبقى نسبه مُعلقاً غير ثابت، وفي هذا حديث للرسول ﷺ: "لا ضرر ولا ضرار"<sup>(1)</sup>.

أما إذا كان الزوج غائباً فله نفي نسب المولود وقت علمه بواقعة الولادة في غيبته، وإذا حضر وقت حضوره وعلمه بها. كما يتضح مما سبق بيانه أن وسائل إثبات النسب شرعاً كثيرة، ووسيلة نفي النسب واحدة، بالإضافة إلى أن الفقه والقضاء قد أحاط هذه الوسائل الأخيرة بالعديد من الشروط التي من شأنها عملياً أن تُضيّق كثيراً من نطاقها وأن تُعطل نوعاً ما إعمالها.

ومن البديهي أن هذا التوسع في مجال إثبات النسب، والتضييق فيما يتعلق بمجال نفيه، يندرج كمبدأ عام في إطار مبادئ الفقه الإسلامي، التي جعلت الشارع دائماً متشوّفاً للحقوق الأنساب، وبالتالي حفظ أعراض النساء ما أمكن من جهة أولى وحفظ مركز الولد حتى لا يضيع نسبه من جهة أخرى<sup>(2)</sup>.

(1) سنن ابن ماجه، الجزء الثاني، كتاب الأحكام، باب من بني في حقه ما يضر بجاره، رقم الحديث 2340، ص.784. الضرر : خلاف النفع .

الضرار : من الاثنتين فالمعنى ليس لأحد أن يضر صاحبه بوجه ولا لاثنتين أن يضر كل منهما بصاحبه ظنا أنه باب التبادل .  
(2) محمد الكشور، الوسيط في قانون الأحوال الشخصية المغربي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، 2006، ص.433.

- حكم النكول-أي الرجوع- عن اللعان من الناحية الشرعية<sup>(1)</sup>

نكول الزوج : إذا نكل الزوج عن أيمان اللعان، فإنه يجبس إلى أن يلاعن زوجته حسب قول الجمهور، أما إذا استمر على امتناعه أو بعضه بحيث لم يحلف بالأيمان الخمسة، كلها فإنه يُحد حد القذف، وتبقى الزوجية قائمة مع إلحاق نسب الولد به.

نكول الزوجة : إذا أنكرت ما اتهمها به الزوج ونكلت عن أيمان اللعان، أو بعضه بعد حلف الزوج، فإن الجمهور<sup>(2)</sup> يرى أنها تحد حد الزنا، ويلحق الولد بنسبها.

### ثالثاً: اللعان في القانون الجزائري

سنتعرض إلى موقف قانون الأسرة من اللعان(01)، ثم إلى موقف قرارات المحكمة العليا منه(02)، لتعرض بعدها إلى إجراءات الملاعنة(03)، وفي الأخير إلى حكم الممتنعين قانوناً عن اللعان بعد أن إتهمو زوجاتهم بالزنا(04).

### 1: اللعان في قانون الأسرة الجزائري

أورد المشرع في المادة 41 من قانون الأسرة ما يلي: "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة".

(1) محمد بن معجوز، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصية المغربي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء المغرب، ج1، 1998، ص.273.

(2) أبي زكريا يحيى ابن شرف النووي، روضة الطالبين، كتاب اللعان، باب في ثمرة اللعان وشروطه وصفته وأحكامه، ج06، 2003 ص.312 وما يليها.

وما يفهم مباشرةً عند قراءة هذه المادة أنها لم تُشر إلى اللعان صراحةً<sup>(1)</sup>، إنما أشار إليها المشرع بعبارة ولم ينفه بالطرق المشروعة، وكأن المشرع عدّد هذه الطرق ولم يذكرها على سبيل الحصر، رغم أنه استدرك الأمر في المادة 138 قأ نفسه حينما أورد عبارة اللعان بقوله "يمنع من الإرث اللعان والردة".

ومؤدّي اللعان حين يظهر حملُ الزوجة، ويتبيّن للزوج أن الولد ليس منه، بل هو ابن زنا، فيحقّ له أن يدعي أن الولد ليس ابنه، خلال مدة لا تتجاوز ثمانية أيام من يوم العلم بالحمل أو رؤية الزوجة وهي تزني، هذا وفق ما أطلعنا عليه في قرارات القضاء الجزائري<sup>(2)</sup>

## 2: اللعان حسب اجتهاد المحكمة العليا في الجزائر:

يُمكن أن تُرفع دعوى اللعان لنفي نسب الطفل في صورتين، الأولى منهما هي أن يتهم الرجلُ امرأته بالزنا، دون أية حُجّة أو دليل وذلك لا لشيء سوى التنصّل من المسؤولية الملقاة على عاتقه، والثانية هي نفي الحمل عن يقين من تاريخ الانفصال أو الوفاة، إذ أن عدة الحامل وضع حملها في مدة أقصاها عشرة أشهر من تاريخ الفرفة.

(1) فالمشرع الجزائري مثله مثل المشرع المغربي، لم يشر إلى اللعان بنصوص صريحة في مدونة الأحوال الشخصية المغربية، وإنما نص في الفصل 91 من المدونة بقوله: "يعتمد القاضي في حكمه على جميع الوسائل المقررة شرعا في نفي النسب"، وتعليقا على هذا النص نقول بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية عند المغاربة حال تكلمنا في اللعان. أنظر، طفياني مخطارية، إثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري والفقهاء الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2013، ص.24.

(2) راجع، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1993/11/23، ملف رقم 99000، الاجتهاد القضائي، 2001، عدد خاص ص.64.

وتبعاً لهذا نصت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1998/10/20 على أنه: "يمكن نفي النسب عن طريق اللعان في أجل لا يتجاوز ثمانية أيام من يوم العلم بالحمل أو رؤية الزنا"<sup>(1)</sup>.

ويتضح من نص القرار أن قبول الدعوى يتوقف على شرط أساسي وهو مدة ثمانية أيام، والمتمعن لهذا القرار يرى أن إجراء اللعان يتم أمام المحاكم.

لكن هناك اجتهاد قضائي آخر نص على أنه: "لا يتم اللعان أمام المحاكم بل مكانه المسجد العتيق ولا يتم في غيره من المساجد"<sup>(2)</sup>، وهذا من باب ترهيب الزوجين واستحضار الرقابة الإلهية.

كما يرفض القضاء في الوقت نفسه دعوى اللعان في حال تجاوز المدة المقررة قانوناً، وهذا ما قضى به قرار المحكمة العليا الصادر في 1997/07/08 على أنه: "من المقرر قضاءً أن مدة نفي النسب لا تتجاوز ثمانية أيام"<sup>(3)</sup>، أي أن الدعوى ترفض لعدم احترام الآجال المحددة، أو لعدم التوجيه الصحيح للمكان المحدد وهذا من جهة ثانية.

(1) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1998/10/20، ملف رقم 204821، المحلة القضائية، 1998، ص.82.

(2) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1998/10/28، رقم الملف 234790، مجلة الشرطة، نوفمبر 2004، ع 74، ص.15.

(3) انظر، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1997/07/08، رقم الملف 165408، المحلة القضائية، 1997، ص.42.

## 3- إجراءات الملاعنة أمام المحكمة<sup>(1)</sup>

عندما يتحقق سبب اللعان في ذهن الزوج وفكره، و يغلب عنده احتمال خيانة زوجته له، ثم يريد أن ينفي المولود الذي أتت به بين أدنى مدة الحمل وأقصاها أثناء قيام الرابطة الزوجية، فليس له إلا أن يكتب عريضة بهذا المعنى على نسختين وتقدمها إلى رئيس

(1) التعليق على حكم قضائي بقضية إلحاق نسب بعد اللعان صادر عن محكمة بئر مراد رابيس، قسم شؤون الأسرة بتاريخ 1989/12/02

أطراف النزاع : (ج ع) و (ش ز)

الوقائع القانونية للحكم: المدعي تزوج بالمدعى عليها زواجا عرفيا، تم هذا الزواج المؤرخ في 16 نوفمبر 1988، مدة الحمل تتجاوز 06 أشهر .

تم تسجيل هذا الزواج العرفي بتاريخ 16 نوفمبر 1988.

- عدم إلحاق الولد إلى المطعون ضده الأب نع أن اقل مدة حمل هي 06 أشهر .
- التماس الطاعنة إلحاق وإثبات نسب المولود في 05 جوان 1989.
- إثبات المدعى عليها أنها عندما وضعت حملها كان عقد الزواج صحيح ومسجل في الحالة المدنية
- تمسك المطعون ضده بأنه اكتشف في الشهادة الطبية الصادرة في 29 أكتوبر 1988 بأن الطاعنة قد كانت حامل منذ شهرين .
- تقرير طبي يبين أن الولد سيولد في 05 جوان 1989 وهذا ما وقع فعلا .

### الإجراءات القانونية والقضائية :

- تم تصحيح عقد الزواج في 16 نوفمبر 1988
- رفض الطلب المتعلق بالنسب من طرف المحكمة
- التماس النيابة نقض القرار، وتم نقض القرار الصادر عن مجلس قضاء الجزائر المؤيد لحكم المحكمة

### الطلبات و الدفع :

- المسماة (ج ع) قد طلبت نقض و إبطال القرار الصادر عن مجلس قضاء الجزائر بتاريخ 1991/04/07 القاضي بتأييد حكم محكمة بئر مراد رابيس المؤرخ في 1989/12/02 المدعى عليها (ش ز) لم يرد على طلبات (ج ع)

### المشكل القانوني

- 1- من الناحية الشكلية : هل الدعوى جاءت وفقا للشروط والإجراءات الشكلية المنصوص عليها قانونا؟
- 2- من الناحية الموضوعية : على ماذا ينصب موضوع الطلب القضائي؟

وهل عقد الزواج صحيح وشرعي؟ وما مدى صحة نفي النسب؟

### المناقشة :

من الطرف الشرعية لنفي النسب اللعان ويعد الطريق الوحيد وهذا الحكم ينصب على عقد الزواج الصحيح والشرعي حتى ولو كان الزواج من زوجة غير مدخول بها، فهل في هذا العقد استوفى جميع الشروط المنصوص عليها قانونا؟ وهل وفق القاضي في تطبيقه؟

فالحكم جاء مخالفا للمواد 41 و 42 من قانون الأسرة ، بدعوى أن قضاة الموضوع قد اخطأوا في تطبيق المادتين عندما قضوا بعدم إلحاق نسب الولد إلى المطعون ضده، مع أن اقل مدة للحمل هي 06 أشهر، حيث أن المادة 41 من قانون الأسرة تنص أنه ينسب الولد إلى أبيه متى كان الزواج شرعيا و أمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق الشرعية .

إضافة إلى المطعون ضده لم يبادر بنفي الحمل من يوم علمه به مع علمه به وأن أجال نفي الحمل ضيقة كما نص على ذلك فقهاء الشريعة الإسلامية وكذلك ما استقر عليه الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا على أنها لا تتجاوز 8 أيام وعليه فالوجه مؤسس الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه وإحالته لنفس المجلس .

شروط اللعان، المتعلقة بالزوجين أن يكونا حريين، عاقلين، بالغين، مسلمين، ناطقين، غير محدودين من قذف اللعان ولا من احدهما عند صبي أو مجنون أو محدود في قذف قيام الزوجية مع امرأة ولو غير المدخل بها، أو كانت المرأة في أثناء عدتها من طلاق الرجل .

من خلال دراستنا لهذا الحكم الذي فصلت المحكمة فيه برفض الدعوى لعدم التأسيس، فإنه يمكن القول أن قضاة الموضوع لم يوفقوا في تطبيق القانون سيما المادتين 41 و 42 من قانون الأسرة، الأمر الذي أدى إلى نقض القرار من طرف المحكمة العليا.

مكتب الضبط، بالمحكمة التي يوجد بها مقر مسكن الزوجية ويرفع بذلك دعوى اللعان أمام المحكمة، بعد أن يكون قد دفع المصاريف أو الرسوم القضائية المقررة.

وبعد تقديم العريضة و تسجيلها وتقديم الرسوم اللازمة، يتولى كاتب الضبط إعداد ملف الدعوى، وتعيين جلسة سرية يحضرها الزوج والزوجة تكون غالباً في مكتب القاضي وبحضور كاتب الضبط وليس من الواجب حضور المحامي.

وفي هذه الجلسة يطلب القاضي من الزوج عرض الأسباب والطلبات ويُعطي الزوجة فرصة للرد عليها في الجلسة نفسها، وإذا أصر الزوج على اتهام الزوجة بالزنا ونفى الولد، فإن القاضي سيأمره بأن يحلف ويقول: "أشهد بالله أني لمن الصادقين فيما رميتها به، ويكرر قوله هذا أربع مرات، وفي المرة الخامسة يقول أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين، ثم يأمر الزوجة بعد ذلك أن تحلف وتقول أشهد بالله أنه لمن الكاذبين وتكرر أربع مرات وفي المرة الخامسة تقول: أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين، وبعد الانتهاء من هذه الصيغة الشرعية يثبت القاضي ذلك في حكمه ويقرر التفريق بينهما حالاً بطلقة بائنة<sup>(1)</sup>.

والملاحظ أنه قبل تعديل قانون الأسرة الجزائري، أنه لا لعان إلا في المسجد العتيق، في أجل ثمانية أيام من يوم العلم بالحمل الذي يراد نفيه<sup>(2)</sup>.

(1) أشار إلى ذلك، عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري مدعمة بالاجتهادات القضائية، دار هومة، الجزائر ط03 ص.356.

(2) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1997/10/28، ملف رقم 172379، نشرة القضاء، ع 54، ص.103.

4- حكم الامتناع-النكول- عن اللعان من الناحية القانونية

إن امتناع الزوج عن اللعان يعرض للمتابعة بتهمة القذف، تطبيقاً لأحكام المادة 296 من قانون العقوبات الجزائري، التي تنص على: "يعدُّ قذفاً كل إدعاء بواقعة من شأنها المساس بشرف واعتبار الأشخاص.....".

أما المادة 298 من القانون نفسه، فتحدد العقوبة بالحبس، وفقاً لما ورد في نصها: "يعاقب على القذف الموجه للأفراد بالحبس من شهرين إلى ستة أشهر وبغرامة من 25000 دج إلى 50000 دج وبإحدى العقوبتين.....".

وإن كان الامتناع عن اللعان من الزوجة، فإن أحكام المادة 341 من قانون العقوبات قد نصت على أن تهمة الزنا لا تُثبت إلا بثلاث وسائل هي:

- 1- بموجب محضر يحرره أحد رجال الضبط القضائي في حالة التلبس .
- 2- بإقرار وارد في رسائل أو مستندات صادرة عن المتهم، أو إقرار قضائي ومن تمّ فعدم توفر إحداها لا يمكن من متابعة الزوجة أو اتّهامها.
- 3- كما يعد اعتراف ضمني بالزنا من طرف الزوجة، كل نكول منها عن اللعان<sup>(1)</sup>.

(1) غير أن المشرع المغربي، نصّ على اللعان في مدونة الأسرة المغربية الجديدة، من خلال المادة 153 من مدونة الأسرة الجديدة بقوله: "يُثبت الفراش بما تثبت به الزوجية، يعتبر الفراش بشروطه حجة قاطعة على ثبوت النسب، لا يمكن الطعن فيه إلا من الزوج عن طريق اللعان، أو بواسطة خبرة تفيد القطع، بشرطين:

01- إدلاء الزوج المعني بدلائل قوية على ادعائه.

02- صدور أمر قضائي بهذه الخبرة".

وعليه فإن استطاع الزوج تقديم الدليل المذكور أعلاه فلا لعان، حيثُ أن الزنا ثابتٌ واللعانُ ما شرع إلا عندما لا يمكن للزوج أن يثبت الخيانة بالدليل المطلوب لذا يمكنه قانوناً رفع دعوى اللعان أمام القضاء.

هذا بالنسبة المطلب الثاني المتعلق بشروط دعوى النسب، وأثر الخلع واللعان عليه، وعموماً فإذا كانت الدعوى مُستوفيةً لشروطها، حينئذ يتسنى لرافعها أن يتقدم أمام المحكمة المختصة بتقديم طلباته، هذا ما سنتعرض له في المطلب الموالي.

### المطلب الثالث

#### نظام الجلسة و الحكم فيها

بعد استيفاء رافع الدعوى، للشروط القانونية المنصوص عليها، تمر القضية للجلسة أو الجلسات التي تنته بحكم، وسيردُ تفصيلُ هاته الإجراءات، في إطار دعوى إثبات النسب أو نفيه التي ترفع أمام قسم شؤون الأسرة، بدايةً من نظام الجلسة (الفرع الأول)، ثم الحكم فيها (الفرع الثاني).

#### الفرع الأول

##### نظام الجلسة

يعدّ الصلح في إطار الرابطة الزوجية واجباً بقوة القانون، طبقاً لنص المادة 439 ق إ م و الصادر سنة 2008 التي تنصُ على: "محاولات الصلح وجوبية وتتم في جلسة



سرية". وبناءً على هذا النص سيتم التطرق إلى إجراءات الصلح ضمن (أولاً) وكذا انعقاد الجلسات أمام القضاء في إطار دعوى النسب ضمن (ثانياً).

### أولاً : الصلح<sup>(1)</sup>

بعد رفع دعوى إثبات النسب أو نفيه، طبقاً للأوضاع المقررة بصفة عامة في رفع الدعوى أمام المحاكم، كما جاء بيانه في المادتين 14، 15، 439، 440 ق إ م و إ<sup>2</sup> ومن خلال ما تضمنته المادتين 14 و 439 ق إ م و إ<sup>(1)</sup>، فإذا كان إثبات النسب أو نفيه يُعدُّ من آثار فك الرابطة الزوجية، بالطلاق أو غيره المنصوص عليه في المادة 48 من الأمر 02/05، فكذلك أن النسب لا يعد ثابتاً إلا بحكم قضائي صادر على المحكمة المختصة بالنظر في الدعوى .

يتعين على القاضي تحرير محضر يثبت فيه مساعي ونتائج محاولات الصلح يُوقعه مع كاتب الضبط والطرفين"<sup>(3)</sup>.

(1) الهدف من الصلح في إطار دعوى النسب، هو التحقق من نية الزوج والزوجة-أي من عدم خيانة أحدهما للآخر- وهذا حفاظاً على أسرار الأسرة (لأن المسألة متعلقة بالشرف).

(2) القانون رقم 09/08 مؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 الجريدة الرسمية رقم 21 الصادرة بتاريخ 22 ابريل 2008، سلسلة نصوص تنظيمية وتشريعية جمعها، نبيل صقر، قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار الهدى، عين مليلة الجزائر، 2008 .

(3) ينصُ الفصل 32 / 01 و 02 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية على أنه " يختار رئيس المحكمة قاضي الأسرة من بين وكلائه ولا يحكم بالطلاق إلا بعد أن يبدل قاضي الأسرة جهداً في محاولة الصلح بين الزوجين ويعجز عن ذلك،" كما تنص المادة 120 من مدونة الأسرة المغربية "إذا اتفق الزوجان على مبدأ الخلع، واختلفا في المقابل رفع الأمر إلى المحكمة لمحاولة الصلح بينهما، وإذا تعذر الصلح حكمت المحكمة بنفاذ الخلع بعد تقديرها مقابله." من خلال نص هاتين المادتين نستنتج أن المشرع المغربي كان دقيقاً في تحديد إجراءات الصلح خلال المخالعة، عكس المشرع الجزائري الذي وضع المادة 49 لكل فرقة قضائية بين الزوجين .

ثانياً: انعقاد الجلسة (الطلبات و الدفع)

الأصل أن الدعوى تُنظر في جلسة علنية<sup>(1)</sup>، تُعقد في قاعات الجلسات بالمحكمة وذلك بحضور النيابة العامة، باعتبارها طرف أصلي في الدعاوي المتعلقة بشؤون الأسرة، إضافةً إلى كاتب الضبط ويجوز في حالة الاستعجال القصوى عقد الجلسة حتى في منزل القاضي.

ونظراً لخصوصية الخصومات والنزاعات الأسرية، وحفاظاً على أسرار الأسرة خصوصاً حالة طلب أحد الزوجين من الآخر إثبات نسب الأبناء، فهذه من الأمور التي يُمكن أن تُعقد الجلسة من أجلها سرية، مع الأخذ بعين الاعتبار أن الأوامر تصدر في جلسة علنية<sup>(2)</sup>.

وتُتخذ الإجراءات وفق مبدأ المواجهة كأصل عام، طبقاً لنص المادة 263 ق إ م و إ<sup>(3)</sup>، كما يلزم كل من الزوجة والزوجة بشرح سبب ومشكلة تأخر إثبات نسب الأبناء، فتُلزم الزوجة بشرح سبب طلبها إثبات النسب. كما يُلزم الزوج بشرح سبب النفي، أو اللجوء إلى اللعان، حيث يُنَاط ضبط الجلسة للقاضي. و كما يُلزم الخصوم بالمحافظة على الاحترام الواجب للعدالة. وعليه فإذا أخلّوا بهذه الالتزامات يجوز للقاضي أن يلفت نظرهم

(1) حيث تنص المادة 7 ق إ م و إ "الجلسات علنية ما لم تمس العلنية بالنظام العام أو الآداب العامة أو حرمة الأسرة."

(2) تنص المادة 272 ق إ م و إ بقولها: "يتم النطق بالأحكام الفاصلة في النزاع علنياً يصرح بالأوامر الولائية بغير ذلك."

(3) تنص المادة 263 ق إ م و إ بقولها: "يتم الاستماع إلى الخصوم ووكلائهم ومحاميهم وجاهياً."

وينذرهم في أول الأمر، فإذا لم يمتثلوا وعادوا إلى إخلالهم بالنظام، جاز الحكم عليهم بغرامة مدنية لا تتجاوز مائة دينار<sup>(1)</sup>.

وفي حالة إهانة القاضي، يُحرر القاضي محضراً بما حدث، ويجوز له أن يحكم على الشخص بالحبس لمدة لا تتجاوز ثمانية أيام، ويكون الحكم مشمولاً بالنفذ المعجل. أما إذا ارتكب هذه الأفعال محام فيحرر القاضي فوراً تقريراً يُرسل إلى وزارة العدل التي تُشعر به لجنة الطعن الوطنية في أقرب وقت، ويتعين على المحامي المعني أن ينسحب من الجلسة، وعموماً فإن ضبط الجلسة منوطاً برئيسها لضمان السير الحسن لها، طبقاً لنص المادة 262 ق إ م و<sup>(2)</sup>.

من زاوية أخرى يحضّر الأطراف في اليوم المحدد في التكليف بالحضور بأنفسهم أو بواسطة محاميهم أو وكلائهم، فإذا لم يحضر المدعي أو من ينوب عنه قانوناً في اليوم المحدد وذلك رغم صحة التبليغ، يقضي بشطب الدعوى تماماً، إلا إذا علم القاضي أن لهذا الغياب سبب أو مُبرر شرعي، وذلك بموجب رسالة صادرة من المدعي، أو عن طريق المعلومات التي يدلي بها في الجلسة أحد أقربائه، حينئذ جاز للقاضي تأجيل الدعوى إلى جلسة قريبة، هذا بالنسبة للمدعي، أما بالنسبة للمدعي عليه، إذا لم يحضّر هو شخصياً أو من ينوب عنه قانوناً، رغم صحة التبليغ يُقضى في غيبته، ويكون الحكم غيابياً، كما نشير أن الأمور الإستعجالية لا يمكن الطعن فيها بالمعارضة.

(1) كملاحظة في هذه النقطة أن مائة دينار غرامة مدنية ضئيلة، هذا بمقارنة انخفاض قيمة الدينار من سنة 1966 إلى سنة 2006 فيرجى إعادة النظر في المسألة للتأكد منها.

(2) تنص المادة 262 من ق إ م و إ على أنه: "ضبط الجلسة منوط برئيسها، لضمان الهدوء والرصانة والوقار الواجب لهيئة المحكمة".

## الفرع الثاني

## عوارض الجلسة

بعد أن تُقدم الزوجة، أو وكيلها القانوني (المدعي) طلبها بإثبات نسب الأبناء إلى أبيهم ومبررات الطلب<sup>(1)</sup> أمام القاضي، يحق للزوج (المدعى عليه) مواجهة هذا الطلب بواسطة الدفع يحاول من خلالها نفي النسب.

و الدفع هي وسيلة دفاعية بحتة يرمي بها المدعي عليه، للإجابة على طلبات الخصم قصد تفادي الحكم بها أو تأخير الفصل فيها.

وتوجد ثلاث أنواع من الدفع يتم التمييز بينها وفق محلها، فحين نناقش مدى تأسيس الإدعاء موضوعاً، تُسمى بالدفع الموضوعية، وحين تتعلق بإجراءات الخصومة يطلق عليها تسمية الدفع الشكلية، أو الإجرائية، حينما تُثار شكوكاً حول مدى صحة النسب، وإنما تُثير شكوكاً حين توفر الحق في الدعوى يسمى الدفع بعدم القبول<sup>(2)</sup>.

(1) تتمثل هذه المبررات في الآثار النفسية والمادية التي تترتب على عدم انتساب الأبناء إلى أبيهم، فالآثار النفسية تتمثل في نضرة المجتمع لهم ( وهي نضرة أزدراء واحتقار)، وأما الآثار المادية فتتمثل في الحقوق الأبوية التي تترتب على ثبوت النسب، من ثبوت النفقة والميراث.... الخ.

(2) في هذه النقطة يرى الدكتور محمد محمود إبراهيم أن العبرة في تحديد نوع الدفع المقدم ليس بالتسمية التي يطلق عليها الخصوم وإنما بحقيقته التي تتضح من تكييف القاضي. أنظر، محمد محمود إبراهيم، النظرية العامة للتكييف القانوني للدعوى في قانون المرافعات، دار الفكر العربي، مصر، 1982، ص. 48 - 49؛ أخذاً عن بويشير محند أمقران المرجع السابق، ص. 142.

### أولاً-الدفاع في الموضوع

هو الوسيلة القانونية التي تنصب على موضوع الخصومة، أي الحق المتنازع فيه وذلك لغرض الحكم برفض طلبات المدعي أو بعضها، فينازع في نشوء الحق أو بقائه أو مقداره.

وفيما يُخصَّ إبداء الدفع الموضوعية، فيتمُّ إبدائها في أيِّ مرحلة كانت فيها الدعوى، والدفاع في الموضوع لا يُعدّ تنازلاً عن الدفع الموضوعية الأخرى حيثُ أن التنازل عن الحق الموضوعي لا يُفترض.

### ثانياً- الدفع الإجرائية

الدفع الإجرائي هو الوسيلة القانونية التي يوجهها المدعي عليه إلى إجراءات الخصومة دون التعرض إلى موضوع الدعوى الذي يبقى محفوظاً، ومن أمثلة الدفع الإجرائية، نذكر الدفع بعدم الاختصاص المادتين 51 و52 ق إ م و إ، والدفع بالإحالة المادة 58 ق إ م و إ<sup>(1)</sup>، والدفع بعدم القبول، المواد 67 إلى 69 ق إ م و إ<sup>(2)</sup>.

(1) تُنصُّ المادة 58 ق إ م و إ بقولها: "تقضي جهة الإحالة بالضم تلقائياً في حالة وجود ارتباط بين خصومات مطروحة أمام تشكيلات مختلفة لنفس الجهة القضائية أو أمام جهات قضائية مختلفة بعد التحلي لها .

(2) أما الفصل الثالث من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والمعنون "بالدفع بعدم القبول"، تنص المادة 67 ق إ م و إ بقولها: "الدفع بعدم القبول، هو الدفع الذي يرمي إلى التصريح بعدم قبول طلب الخصم لانعدام الحق في التقاضي، كانعدام الصفة وانعدام المصلحة والتقدم وانقضاء الأجل المسقط وحجية الشيء المقضي فيه، وذلك دون النظر في موضوع النزاع."

كما تنص المادة 68 ق إ م و إ بقولها: "يمكن للخصوم تقديم الدفع بعدم القبول في أية مرحلة كانت عليها الدعوى ولو بعد تقديم دفعه في الموضوع. أما المادة 69 ق إ م و إ فنصت بقولها: "يجب على القاضي أن يثير تلقائياً الدفع بعدم القبول إذا كان من النظام العام، لا سيما عند عدم احترام آجال طرق الطعن أو عند غياب طرق الطعن."

وعليه يتوجب إبداء الدفع الإجرائي قبل الكلام في الموضوع، ماعدا الدفع الإجرائية المتعلقة بالنظام العام، حيث يتم إبدائها في أي مرحلة كانت عليها الدعوى، كالدفع في الاختصاص النوعي..... الخ.

### ثالثاً- الدفع بعدم القبول

يرى بعض الفقه أن الدفع بعدم القبول، هو دفع يتوسط بين الدفع بالموضوع والدفع الشكلية، الأمر الذي يجعلها تتمتع بنظام خاص<sup>(1)</sup>.

فهي أيضاً ليست أوجه دفاع في الموضوع، لأنها لا ترمي إلى إنكار الحق وهي ليست دفع شكلية، لأنها لا توجه للخصومة وإجراءاتها، كالدفع بانعدام الصفة والمصلحة والأهلية، كما يجوز إيداع الدفع بعدم القبول في أي مرحلة كانت عليها الدعوى، لتنتهي دعوى النسب إلى صدور حكم قضائي بتثبيته للأبناء أو بنفيه.

وعليه، فإن استطاع الزوج تقديم الدليل المذكور أعلاه، فلا لعان حيث أن الزنا ثابت، واللعان ما شرع إلا عندما لا يمكن للزوج أن يثبت الخيانة بالدليل المطلوب لذا يمكنه قانوناً رفع دعوى اللعان أمام القضاء.

وبوجه عام فإن الأحكام الإجرائية للنسب تتمثل أساساً في وسائل ممارسة دعوى الإثبات هاته التي تخضع للقواعد العامة شأنها شأن باقي الدعاوي المدنية الأخرى، فأما أن تكون دعوى أصلية تهدف إلى إثبات النسب دون أي نزاع صريح حول موضوع محدد، وإما

(1) روال عبد الحميد، دروس وتطبيقات في الكفاءة المهنية للمحاماة، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2004، ص. 125 و 126 .

أن تكون دعوى تبعية تهدف لإثبات النسب كحق من الحقوق الشرعية إلى جانب إثبات الزواج مثلاً.

لكن التساؤل يبقى مطروحاً في حالة وجود شخص أجنبي في قضية إثبات نسب أو وجود جزائريين أمام قاضي أجنبي؟.

## المبحث الثاني

### الضوابط العامة لتنفيذ الأحكام الأجنبية المتعلقة بالنسب الشرعي

لنفرض أننا بصدد حكم أجنبي، أو قرار تحكيمي، أو سند رسمي فاصل في قضية نسب صادر باسم دولة أجنبية ذات سيادة، حائزاً لقوة الشيء المقضي به ومطلوب تنفيذه في أرض الوطن، ولكن الأصل أن الحكم الأجنبي لا ينفذ بقوة القانون في غير الدولة التي صدر فيها، لأنه مظهرٌ من مظاهر السيادة، كل هذا من أجل تحديد قواعد التنازع التي تحكّم النسب، سنتطرق له ضمن (المطلب الأول).

وتحقيقاً للعدالة على الوجه الأكمل، يقتضي من المحاكم الوطنية أن تُنفذ هذه الأحكام، تطبيقاً لمبدأ الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي<sup>(1)</sup>، الذي هو مبرر من السيادة والتشريع ويقتضي هذا النظام على صاحب المصلحة أن يلجأ عند تنفيذ الحكم الأجنبي الذي بحوزته في الدولة المراد التنفيذ فيها إلى المحاكم، ليستصدر منها ما يسمى "الأمر بالتنفيذ"، والذي بصدوره يرقى الحكم الأجنبي إلى مرتبة الحكم الوطني وقصد تحديد الضوابط العامة، لتنفيذ

(1) أشار إلى ذلك، محمد حسنين، التنفيذ القضائي في قانون الإجراءات المدنية، ط2، مكتبة الفلاح، الكويت، 1984، ص. 100.

الأحكام الأجنبية، في إطار دعوى النسب، فإنه من الضروري دراسة مبررات تنفيذ الأحكام الأجنبية (المطلب الثاني)، وتحديد مجال تنفيذها (المطلب الثالث).

## المطلب الأول

### الضوابط العامة لقواعد التنازع المنظمة للنسب

بعد أن تمت دراسة الجانب الإجرائي لدعوى النسب، ضمن القضاء الداخلي وقصد استتمام الدراسة للموضوع من مختلف زواياه، يقتضي البحث التطرق إلى دراسته ضمن قواعد القانون الدولي الخاص، وتحديد مجال التنازع في مسائل النسب ومدى تعارضها مع النظام العام، فالقاعدة العامة هي أن المشرع الجزائري يرجع حال الفصل لدى كافة مسائل الأحوال الشخصية لضابط الجنسية وهذا لعدة أسباب منها أنه قانون الوسط الاجتماعي للشخص، كما أنه قانون البيئة التي ينتمي إليها الفرد الذي يُلاءم مزاجه وأخلاقه والمظاهر القانونية لشخصه، وعلى الأخص يتعلق بحالته العائلية<sup>(1)</sup> وعموماً فإنه من المفيد للدراسة أن نتعرض من خلالها لتحديد القانون الواجب التطبيق على النسب (الفرع الأول)، كما يجب علينا تحديد قواعد التنازع المنظمة للنسب (الفرع الثاني).

(1) أشارت إلى ذلك، يوبي سعاد، تنازع القوانين في مجال النسب، مذكرة ماجستير، جامعة أبي بكر بلقايد، يلمسان، 2010، ص.51. وأنظر، كذلك، حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، "دراسة مقارنة" الطبعة الثانية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2001، ص.130.



## الفرع الأول

الاتجاهات الفقهية المحددة للقانون الواجب التطبيق على النسب الشرعي<sup>(1)</sup>

إن تحديد القانون الواجب التطبيق على النسب أمرٌ في غاية الأهمية، وبما أن المسألة ذات طابع دولي، هذا ما يبرر الاختلافات الفقهية والقانونية للقانون الواجب التطبيق على النسب، وعموماً فقد تضاربت مواقف المنظرين بين قانون جنسية الأب وقانون جنسية الأم، وقانون جنسية الابن، وفي ما يلي قراءة في هذه الآراء الفقهية كما يلي:

### أولاً : تطبيق قانون الابن في إثبات نسبه

لعل هذا الاتجاه يستند في مسألة إثبات نسب الإبن إلى قانون بلده، و مبررات هذا الرأي هي أن البنية إن كانت من مسائل الحالة، فهي بالذات من مسائل حالة الابن فتخضع لقانونه الشخصي فهي تتصل بمصلحة الابن<sup>(2)</sup> أولاً، لأنه الطرف الضعيف في هذه العلاقة وهذا رأي ضعيف حسب ما يراه الأستاذ محمد مبروك اللافي لأنه يصح أيضاً في جانب القول بتطبيق القانون الشخصي للأب إذ أن أبوة الابن هي أيضاً من مسائل حالة الأب، وبما أن البنية رابطة قانونية بين الولد وأبيه وأمه، تنجم عنها حقوق و التزامات متبادلة، ولكل من الطرفين مصلحة فيها لذا لا تصح التضحية بمصلحة شخص آخر<sup>(3)</sup>. غير أن هناك العديد من التشريعات التي أخذت بهذا الرأي كالقانون الدولي الخاص

(1) للأمانة العلمية، فقد اعتمدنا في ترتيب هذه الآراء، وفق ترتيب للأستاذة **يويي سعاد**، مرجع سابق، ص.51-54. ولكن باقتباس شخصي، وبالرجوع إلى المراجع الأصلية المتعلقة بالقانون الدولي الخاص.

(2) انظر، **بلقاسم أعرب**، القانون الدولي الخاص الجزائري، (تنازع القوانين)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2002 ص.132.

(3) وهو رأي الأستاذ، **محمد مبروك اللافي**، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي (دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع الليبي)، منشورات الجامعة المفتوحة، 1994، ص.136.

التشيكوسلوفاكي الصادر في سنة 1965 (المادة 23)، والقانون الدولي الخاص البولوني الصادر سنة 1965 ( المادة 19) أيضاً المادة 18 من القانون الألماني الصادر في سنة 1965<sup>(1)</sup>.

### ثانياً: تطبيق جنسية الأم<sup>(2)</sup> حيال إثبات نسب ابنها

يستند أنصار هذا الفكر تجاه مسألة إثبات النسب، إلى إخضاع البُنة الشرعية لجنسية الأم، وذلك لسببين: الأول، أنها في غالب الأحيان المحور الأساسي لكل الدعوى المتعلقة بالنسب، والثاني، أنها من المستحيل أن تكون مجهولةً فالنسبُ يثبتُ لها ابتداءً عن طريق الولادة الطبيعية.

### ثالثاً: الأخذ بجنسية الدولة التي يختارها الابن لإثبات نسبه

مفادُ هذا الرأي هو إعطاء حرية الاختيار للابن، فقد نصَّ مؤيدو هذا الاتجاه على تطبيق قانون جنسية الشخص الذي يُريد الابن الانتسابُ إليه من الوالدين سواءً أكان الأبُّ أو الأمُّ، لأن البُنة تتعلقُ بحالة من يريد الابن الانتساب إليه<sup>(3)</sup>.

(1) أشار إلى ذلك، عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، في تنازع القوانين، جزء الثاني، الطبعة التاسعة الهيئة المصرية العامة للكتاب 1986 ص.323؛ يوبي سعاد، المرجع السابق، ص.52.

(2) راجع في ذلك، بلقاسم أعرب، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص.166.

(3) لعله من بين التشريعات التي أخذت بهذا المبدأ المشرع المصري قانون المرافعات الصادر سنة 1949 في المادة 905 منه التي تنصُّ: " تُرفع الدعوى بإثبات النسب وفقاً للأحكام والشروط، وفي المواعيد التي ينص عليها قانون بلد من يطلب الانتساب إليه وتتبع في إثباتها القواعد التي يقرها القانون المذكور"، ويُورد المشرع المصري بهذه المادة قاعدة إسناد تقضي بتطبيق قانون جنسية الأب، إذا كان المراد إثبات النسب من جهة الأب، وتطبيق جنسية الأم، إذا كان المراد هو إثبات النسب من الأم، لقد فصل في هذه المسألة، إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، " تنازع القوانين"، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 1997 ص.176. يوبي سعاد، المرجع السابق، ص.53.

رابعاً: تطبيق جنسية الابن و الأب معاً لتحديد النسب

مفادُ هذا الرأي هو التطبيق الجامع لجنسية الأب والابن معاً، حيث نصّ مناصرو هذا الاتجاه إلى القول بإخضاع البنوة لقانون جنسية الأب وقانون جنسية الابن معاً، تطبيقاً جامعاً، والإشكال يكون واضحاً حال تطبيقنا للأحكام المتفقة في القوانين المختلفة<sup>(1)</sup>.

خامساً : وهو الاتجاه المؤيد للجنسية الأصلح لنسب الابن

مفادُ هذا الاتجاه هو تطبيق الجنسية التي تكون هي الأصلح لنسب الإبن حيث حثّ رواد هذا الاتجاه على ضرورة تطبيق القانون الأصلح للابن، وذلك بسبب كونه الطرف الضعيف في مسألة إثبات النسب، وبالتالي إكراماً له، وحفاظاً على مصلحته نطبق قانون الجنسية الأصلح له<sup>(2)</sup>.

سادساً : القانون الذي يطبق على النسب باعتباره أثراً من آثار الزواج

مفادُ هذا الرأي هو أن القانون الذي يحكم آثار الزواج في الغالب هو قانون جنسية الزوج أي الأب، عند الدول التي حدود النظام العام ضابطه الشريعة الإسلامية حيث في هذا الإطار يرى بعض فقهاء القانون الدولي الخاص بوجوب تطبيق قانون جنسية

(1) مثال تطبيق القانون الفرنسي مع القانون الجزائري على مسألة النسب، فالإشكال واضح من تعارض النظام العام، راجع، زروتي الطيب القانون الدولي الخاص الجزائري، مقارنة بالقوانين العربية، جزء الأول، مطبعة الكاهنة، الطبعة الأولى، 2000 ص.176. بتصرف.

(2) أشار إلى ذلك، صلاح الدين جمال الدين، الجنسية وتنازع القوانين (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى 2008، ص.430.

الأب كونه القانون الواجب التطبيق على البنوة، وبالتالي هو القانون الذي يحكم آثار الزواج<sup>(1)</sup>.

### سابعاً: تطبيق قانون جنسية الأب لتحديد نسب الإبن

مفادُ هذا الرأي هو وجوبُ تطبيق الرأي القائل بإخضاع البنوة للقانون الشخصي للأب ومُبرر هذا الرأي هو أن الإبن يتبع أباه في النسب شرعاً وعرفاً وقانوناً و أن أكبر مُصيبة يمكن أن تُصيب الإبن هو أن يعلم أنه تابع في النسب إلى غير أبيه<sup>(2)</sup>.

أمام هذه الآراء المختلفة، وعموماً في مجال النسب، وبعد هذه القراءة المتواضعة والمختصر لأهم فقهاء القانون الدولي الخاص حول القانون الأصلح للتطبيق على النسب الشرعي للإبن فإن الرأي الراجح هو رأي الدكتور عز الدين عبد الله<sup>(3)</sup> والقائل بإخضاع البنوة لقانون جنسية الأب، وذلك للأسباب التالية:

أن البنوة الشرعية تتصل بمصلحة الأسرة، وليس مصلحة الفرد؛ و أن الأبناء طبعاً وشرعاً وقانوناً وعرفاً، يميلون إلى نسب آبائهم؛ كما أن نسب الابن إلى أمه مكفول طبعاً بالولادة فهو لا يحتاج إلى إثبات.

هذا بالنسبة للمبررات القانونية، أما بالنسبة للمبررات الشرعية، فهي كثيرة نذكر منها:

(1) أشار إلى هذه الفكرة، عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص.323.

(2) ومن التشريعات التي أخذت به وبنص صريح القانون الكويتي والقانون العراقي والقانون القطري، والقانون الجزائري، راجع، يوبي سعاد، المرجع السابق، ص.54..

(3) أنظر، عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص.323.

أن العرب قديماً كانت تفتخرُ بآبائها، فالقبيلة، فالعشيرة؛ و أن حقَّ النسب هو من حقوق الله التي يجبُ على الأب أن يكفلها للأبناء؛ كما يترتب على الانتماء النسبي حقوق كثيرة منها النفقة والميراث .....وغرها.

### الفرع الثاني

#### الآراء المُحددة للقانون الواجب التطبيق على النسب غير الشرعي<sup>(1)</sup>

الأصلُ في كُلِّ علاقة بين الرجل والمرأة أن تكون بعقد شرعي، وبالتالي فهي لا تُثير إشكالاً في تنازع القوانين خاصةً إذا علمنا أن غالبية الدول الإسلامية ومنها الجزائر لا تعترفُ إلا بالبنوة الشرعية، وذلك نظراً لعدم تعارضها مع النظام العام. أما إذا كانت البنوة غيرُ شرعية (طبيعية) فغالبية الدول التي تعترفُ بهذا النسب هي الدول التي يتعارض النظام العام فيها مع الشريعة الإسلامية، وسنقوم بعرض البعض من هذه الآراء تباعاً كما يلي:

#### أولاً : المؤيدون لتطبيق جنسية الإبن لتحديد نسبه

مفادُ هذا الرأي هو أن يُطبق حيال تحديد نسب الإبن جنسيته، حيثُ نص أصحابُ هذا الرأي على هذا المبدأ مُبررين رأيهم بما يلي:

01- حيثُ أن هذه المسألة تتعلقُ بحماية الولد، و إثبات مدى حقه في النفقة اللازمة

لاستمرار حياته.

(1) كتعليق على عبارة نسب غير شرعي، فهي عبارة غيرُ مُتوازنة شرعاً - نظراً للتضاد الحكمي بين لفظ النسب وغيرُ الشرعي - لأن النسب عندنا في الجزائر لا يناقش إلا بعد العقد الشرعي (سواءً كان صحيحاً أم فاسداً)، فالخلاصةُ وهي لا اعتبار للنسب غير الشرعي لقول الرسول ﷺ: "ماءُ الزنا هدر"، بمعنى لا أساس له، كما أنني أشيرُ للأمانة العلمية، فقد اعتمدنا في ترتيب هذه الآراء، وفق ترتيب الأستاذة يوبي سعاد، المرجع السابق، ص.55-57. ولكن باقتباس شخصي.

02- أن البُنة الطبيعية تتصل بحالة الولد، و القاعدة أن القانون الواجب تطبيقه على حالة الشخص هو قانون جنسيته<sup>(1)</sup>.

### ثانياً: المؤيدون لمبدأ تطبيق الجنسية التي يختار الابن الانتساب إليها

مفادُ هذا الرأي هو تطبيق الجنسية التي يختارها الابن، أي بين جنسية أمه أو أبيه، حيث نص روادُ هذا المبدأ على إمكانية تطبيق قانون الجنسية التي يُريد الابن أن تطبق عليه لتحديد نسبه، سواءً كانت جنسية الأب أو الأم، ذلك أن طبيعة البُنة غير الشرعية تفترض قصر الانتساب إلى أحد الوالدين دون الآخر من جهة، ومن جهة أخرى أن المقصود بالبُنة الطبيعية أولاً وأخيراً هو ربط الولد بوالده قانوناً، مما يُرتب عدة التزامات على عاتق الوالد أهمها الالتزام بالنفقة، إضافة إلى ذلك أن الأمر يتعلق بحالة الوالد الذي سيوصف بوصف الأب مع ما يترتب على ذلك من آثار وهو ما يقتضي تطبيق قانون جنسيته<sup>(2)</sup>.

### ثالثاً: الاتجاه الداعي لتطبيق الجنسية الأصلح للابن لتحديد نسبه

مفادُ هذا الرأي هو تطبيق الجنسية الأصلح للابن، تُجاه مسألة الآثار المادية الناتجة عن النسب، حيث ذهب أنصارُ هذا الاتجاه، إلى القول بأنه من الأفضل في هذه الحالة هو تطبيق القانون الأكثر ملاءمةً لمصلحة الولد، إلا في حالة وجود عائق يعود إلى فكرة النظام العام.

(1) أشارت إلى ذلك، يوبي سعاد، المرجع السابق، ص.55. صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص.431.

(2) أشار إلى ذلك، فؤاد عند المنعم رياض و سامية راشد، الوسيط في الدولي الخاص، ج2، تنازع القوانين، دار النهضة الغربية القاهرة، 1974، ص.293.

وَحُجَّتُهُمْ فِي هَذَا الرَّأْيِ أَنْ تَطْبِيقُ الْقَانُونَ الْجَزَائِرِي مِثْلًا يُمْكِنُ أَنْ يُؤَدِّي إِلَى الْإِضْرَارِ بِمَصْلَحَةِ الْوَلَدِ بِاعْتِبَارِهِ لَا يَعْتَرَفُ سِوَى بِالْبِنُوَّةِ الشَّرْعِيَّةِ وَالْوَاقِعُ أَنْ عِدَدًا مِنْ التَّشْرِيعَاتِ الْأَجْنِبِيَّةِ تَفْسَحُ مَجَالًا وَاسِعًا لِلْبِنُوَّةِ غَيْرِ الشَّرْعِيَّةِ وَهَنَّاكَ تَشْرِيعَاتٍ لَمْ تُعَدُّ تُمَيِّزُ مَطْلَقًا بَيْنَ الْبِنُوَّةِ الشَّرْعِيَّةِ وَغَيْرِ الشَّرْعِيَّةِ (كَالْقَانُونَ الْفَرَنْسِي وَالْأَلْمَانِي وَالتَّشِيكُوْسُلُوْفَاكِي.. وَغَالِبِيَّةِ الدُّوَلِ الْأُورُوبِيَّةِ)<sup>(1)</sup>.

وَعُمُومًا، فِي ظِلِّ اخْتِلَافِ هَذِهِ الْآرَاءِ الْفَقْهِيَّةِ، وَتَبَايُنِ مَوَاقِفِهَا بِشَأْنِ الْقَانُونَ الْوَاجِبِ التَّطْبِيقَ عَلَى مَسْأَلَةِ الْبِنُوَّةِ الشَّرْعِيَّةِ (الْفَرْعُ الْأَوَّلُ)، وَالْبِنُوَّةِ غَيْرِ الشَّرْعِيَّةِ - وَإِنْ كَانَتْ لَا تَهْمُنَا - (الْفَرْعُ الثَّانِي)، لَا شَكَّ أَنَّ الْقَارِئَ يَتَسَاءَلُ عَنِ مَوْقِفِ الْمَشْرِعِ الْجَزَائِرِيِّ بُجَاهِ قَوَاعِدِ التَّنَازُعِ الْمُنظَّمَةِ لِلنَّسَبِ؟.

### الفرع الثالث

#### موقف المُشْرِعِ الْجَزَائِرِيِّ بُجَاهِ قَوَاعِدِ التَّنَازُعِ الْمُنظَّمَةِ لِلنَّسَبِ

عُمُومًا فَإِنَّ الْمُسْلِمَ بِهِ - وَفَقًّا لِقَوَاعِدِ النِّزَامِ الْعَامِ الْجَزَائِرِيِّ - هُوَ أَنَّ الْمَشْرِعَ الْجَزَائِرِي لَا يَعْتَرَفُ بِالنَّسَبِ الطَّبِيعِيِّ (غَيْرِ الشَّرْعِيِّ)، لِأَنَّهَا مَسْأَلَةٌ تَتَعَارَضُ مَعَ النِّزَامِ الْعَامِ<sup>(2)</sup>، وَعَلَيْهِ سَنَقْسِمُ هَذَا الْفَرْعَ إِلَى جِزْيَيْنِ، مَرِحَلَةَ الْأَمْرِ رَقْمَ 58/75 وَالتِّي سَادَهَا الصَّمْتُ إِزَاءَ مَسْأَلَةِ

(1) إن التفسخ الأخلاقي الذي عمّ الدول الأوروبية، وبعض الدول العربية جعلها لا تميز بين البنوة الشرعية وغير الشرعية، أنظر، يوبي سعاد، المرجع السابق، ص. 56؛ موحد اسعد، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1989 ص. 314.

(2) يأخذ النظام العام في الجزائر أصله من الشريعة الإسلامية، فهي المصدر الثاني للتشريع، طبقاً لنص المادة 2/1 من القانون المدني الجزائري والمادة 222 من قانون الأسرة، والمادة الثانية من الدستور الجزائري.

النسب (أولاً)، ومرحلة ما بعد التعديل بموجب الأمر رقم 10/05<sup>(1)</sup> المؤرخ في 20 يونيو 2005 والمتضمن تعديل القانون المدني الجزائري حيث مست مسألة النسب (ثانياً) وسنورد تفصيل هاتين المرحلتين كما يلي :

أولاً: قواعدُ التنازعِ المنظمةُ للنسب في ظل الأمر 58/75:

إنّ المشرع لم يُشر ضمن نصوص الأمر 58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري، إلى أي نص صريح بخصوص قواعد التنازع المتعلقة بالنسب، وهذا ما جعل المجال واسعاً للاجتهاد الفقهي حول قواعد التنازع المنظمة للنسب الشرعي، حيث إذا رجعنا إلى نص المادة 01/12 من القانون المدني نجد أنّ جميع آثار الزواج تخضع لقانون جنسية الزوج<sup>(2)</sup> دون النظر إلى التغيير الذي قد يطرأ على جنسيته ما بين عقد الزواج ولحظة ميلاد الإبن، واستثناءً على هذا النص يُطبق القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الزوجين جزائرياً كما هو واردٌ في نص المادة 13 من القانون المدني التي تنص على: "يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المدين جزائرياً وقت انعقاد الزواج إلا فيما يخص الأهلية"<sup>(3)</sup>

(1) الأمر 58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني الجزائري، ج ر ج د ش رقم 78 المؤرخة في 1975/09/30م، المعدل بموجب القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005.

(2) علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د.س.ص. 82.

(3) تنص المادة 1/12 م ج: "يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يترتبها عقد الزواج بما فيها ما يعود منها إلى المال"، و أنظر كذلك، يوبي سعاد، المرجع السابق، ص. 61.



ثانيا: قواعد التنازع المنظمة للنسب في ظل القانون 10/05:

يُعد تعديل المشرع الجزائري بموجب القانون رقم 10/05<sup>(1)</sup> المؤرخ في 20 يونيو 2005 المادة 13 مكرر، والتي تنصُ على: "يسري على النسب والاعتراف به وإنكاره قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل، وفي حالة وفاة الأب قبل ميلاد الطفل يُطبق قانون جنسية الأب وقت الوفاة"، و بهذا النص - حسب رأينا - يكون المشرع الجزائري وضح موقفه تجاه مسألة النسب بنص صريح لتحديد القانون الواجب تطبيقه عليه.

فالنسب الشرعيُّ يهْمُ حالة أطراف علاقة الابن ووالديه، وبالتالي الأسرة كلها ولا يُعقل أن يتعدد القانون بتعدد جنسية الأطراف، لا سيما في الزواج المختلط كما أنه ثمرة وأثر للزواج، وبالتالي يخضع لقانون الزوج الأب ولكن وقت ميلاد الطفل لأن لحظة الميلاد غيرٌ مؤكدة، أما لحظة وفاة الأب قبل ميلاد الطفل فيخضع النسب من خلالها إلى قانون جنسية الأب وقت وفاته، كما يشملُ مضمون الفكرة المسندة المسائل الموضوعية للنسب وهي قواعد إثباته والإقرار والإنكار<sup>(2)</sup>.

وهكذا فبعد أن تمَّ تبيانُ موقف المشرع الجزائريُّ تجاه قواعد التنازع المنظمة للنسب، وعليه فهل القاضي الجزائري يستبعد الأحكام الأجنبية- قيد التنفيذ في الجزائر- بوجه عام؟، أم إنَّ هناك ضوابط قانونية لتنفيذ أحكام و استبعاد أخرى؟ هذا ما سنتعرض له ضمن المطلب الموالي.

(1) الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395هـ الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005.

(2) أنظر، طيب زروتي، قراءة في إصلاح أحكام تنازع القوانين الدولي الجزائريين، بقانون رقم 2005/05، مجلة المحكمة العليا، 2006 ع 2 ، ص.51.

## المطلب الثاني

### مبررات تنفيذ الأحكام الأجنبية

من المبادئ التشريعية الأساسية المعترف بها، مبدأ إقليمية القضاء، أي أن ولاية كل دولة محددة إقليمياً، تدعياً لمبدأ سيادة الدولة على إقليمها وتأكيداً لاستقلالها<sup>(1)</sup>.

ويترتب على هذا المبدأ أن الأحكام القضائية لا تُنفذ إلا في البلد أو الدولة التي أصدرتها، غير أن اعتماد هذا المبدأ بصفة مطلقة يؤدي إلى الإضرار بالعدالة وضياع حقوق الأفراد، خصوصاً بعد تطور المعاملات الدولية بين مواطني الدول المختلفة وهذا ما أدى بالدول إلى ضرورة الاعتراف بإمكانية تنفيذ الحكم الأجنبي في غير الدولة التي أصدرته وهذا بإصدار أمر بالتنفيذ من المحاكم الوطنية لدولة التنفيذ.

## الفرع الأول

### المبررات السيادية

يصدرُ الحكم القضائي - في قضايا إثبات البنوة - من المحكمة باسم الشعب مُطابقاً للسيادة الوطنية وهذا ما نصت عليه المادة 601 ق إ م و إ بقولها: "لا يجوز التنفيذ في غير الأحوال المستثناة بنص في القانون، إلا بموجب نسخة من السند التنفيذي، ممهورة بالصيغة التنفيذية الآتية: "الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية باسم الشعب الجزائري"، فلا تُعتبر قابلة للتنفيذ إلا الأحكام الممهورة بالصيغة التنفيذية ويُشكل الحكم القضائي تعبيراً عن

(1) أشار إلى ذلك، احمد المليحي، المرجع السابق، ص.34.

سيادة الشعب الذي صدرت هذه الأحكام باسمه<sup>(1)</sup>، كما أن تنفيذه يتم بموجب أمر صادر عن السلطات السياسية العليا وبذلك لا يُمكن تنفيذُ الحكم الأجنبي تلقائياً، لأنه يُعد تجاوزاً بصورة خطيرة لمجال السيادة الوطنية<sup>(2)</sup>.

ولقد اعترف المشرع الجزائري بتنفيذ الأحكام الأجنبية، دون اشتراط رفع دعوى مبتدئة بالحق الثابت في الحكم، أو الأمر أمام المحاكم الوطنية من جديد توفيراً للجهود والنفقات، فكيف يُعترف باختصاص محكمة أجنبية من جهة، ويرفض الاعتراف بالأحكام الصادرة على هذا الأساس من جهة أخرى.

وفضلاً عن ذلك، فإن رفض أي أثر للحكم يتناقض مع الحُلُول المعتمدة في مادة تنازع القوانين، والهيئات القضائية لذا يستصدر فقط أمر بتنفيذ الحكم الأجنبي.

### الفرع الثاني

#### المُبررات القانونية

إن الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي، هو القرار الصادر من القضاء، والذي يُعطيه الصيغة التنفيذية أي قوته في كافة التراب الوطني، ولقد ضبط المشرع الجزائري آليات تنفيذ الأحكام الأجنبية بالمواد من 605 إلى 608 ق إ م و إ، حيثُ جاءت م 605 ق إ م و إ بشرط التنفيذ بقولها: "لا يجوز تنفيذ الأوامر والأحكام والقرارات الصادرة من جهات قضائية

(1) ويعلق الأستاذ سائح سنقوقة على هذا النص، بقوله رغم ما لهذا النص من أهمية وما لها من وقع في نفوس أفراد المجتمع، فإن النص لم يعالج مسألة عدم التعاطي مع هذه الصيغة، وهو أمر وارد لا محالة، لأن بعض من المسؤولين على التنفيذ لا يولون أي اعتبار لهذه الصيغة، ومن ثم كان على المشرع وضع أحكام ردعية لمعالجة الخروقات أو التصرفات السلبية تجاه رموز السيادة الوطنية، فمن لم يحترم هذا الرمز، يجب أن يعامل بالمثل سائح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، ج 2011، ص 800.

(2) أنظر، محند اسعد، القانون الدولي الخاص، القواعد المادية، ج 02، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989، ص 57.

أجنبية في الإقليم الجزائري، إلا بعد منحها الصيغة التنفيذية من إحدى الجهات القضائية الجزائرية متى استوفت الشروط الآتية:

- 1- ألا تتضمن ما يخالف قواعد الاختصاص.
  - 2- حائزة لقوة الشيء المقضي به طبقاً لقانون البلد الذي صدرت فيه.
  - 3- ألا تتعارض مع أمر أو حكم أو قرار سبق صدوره من جهات قضائية جزائرية و من المدعى عليه.
  - 4- ألا تتضمن ما يخالف النظام العام والآداب العامة في الجزائر".
- كما نظم من جهة أخرى، الاختصاص النوعي للمحاكم المختصة، بالنظر في طلب تنفيذ الحكم الأجنبي، وأعطى الاختصاص للمحاكم المنعقدة في مقر المجالس القضائية للفصل دون سواها، وهذا بموجب نص المادة 607 ق إ م و إ<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثالث

#### مجال تنفيذ الأحكام الأجنبية

يُقصد بالحكم بصفة عامة القرار الصادر عن المحاكم الوطنية، في خصومة أو غير خصومة حتى لو لم يكن فاصلاً في النزاع، ويُشكل عملاً قضائياً للتنفيذ أي حائز على قوة الشيء المقضي به<sup>(2)</sup>، وعلاقة الحكم الأجنبي بالقانون الدولي الخاص تكمن في أنه لا تُمنح

(1) تُصنّف المادة 607 ق إ م و إ " يقدم طلب منح الصيغة التنفيذية للأوامر والأحكام والقرارات والعقود والسندات التنفيذية الأجنبية أمام محكمة مقر المجلس التي يوجد في دائرة اختصاصها موطن المنفذ عليه أو محل التنفيذ "

(2) أنظر، سامي منصور و عكاشة عبد العال، القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية ببيروت، بدون سنة طبع، ص.504.

الصيغة التنفيذية إلا للقرار والأحكام القضائية المحصورة في مسألة من المسائل الخاصة بالقانون الدولي الخاص، فيجب أن يتعلق الحكم بالمسائل التجارية المدنية ومسائل الأحوال الشخصية وحتى الأحكام الجنائية القاضية بالتعويض المدني.

بينما الأحكام الأجنبية الجنائية والإدارية والمالية، لا تُعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر كأصل عام، لأنه يقتصر سلطانها على إقليم الدولة الصادر فيها تخضع لمبدأ إقليمية القوانين<sup>(1)</sup>، وبالتالي لا تُمنح الصيغة التنفيذية إلا للأحكام أو القرارات الصادرة في مسائل القانون الدولي الخاص، الذي يسري على العلاقات الخاصة متجاهلاً الحدود الدولية ويفرض نفسه على المستوى الدولي كحقيقة يتعذر تجاهلها<sup>(2)</sup>.

وعليه، يُسمى حكماً أجنبياً، كل قرار أو أمر صادر في دولة أجنبية معينة، أو عن سلطة قضائية دولية، وليس للأحكام والأوامر الصادرة عن سلطة قضائية أجنبية أن تكون سارية المفعول في الجزائر إلا ضمن النطاق الذي حددته القوانين، لأنه لا يوجد أي التزام دولي يجبر السلطة الجزائرية بإعطاء الأحكام الأجنبية نفس قيمة الحكم الوطني الصادر عن المحاكم الوطنية.

(1) هذا ما أكدته الاتفاقية المبرمة بين الجزائر وسوريا بموجب مرسوم 83-130-المؤرخة في 19 فبراير 1983 في مادتها 17. كل حكم محرر حقوق مدنية أو تجارية بالتزامات مدنية من المحاكم الجزائرية أو المتعلق بالأحوال الشخصية صادر عن جهة قضائية قائمة في إحدى الدولتين المتعاقبتين .  
(2) أنظر، محمد اسعد، المرجع السابق، ص. 62 .

وحتى يعد الحكم أجنبياً، لا بد أن يصدر باسم سيادة دولة أجنبية، دون النظر للمكان الذي صدر فيه ولا لجنسيه القضاة الذين في هذه الخصومة، إذن يرجع تحديداً طبيعة الحكم الأجنبي إلى القانون الذي فصل النزاع أن يكون أجنبياً<sup>(1)</sup>.

كما يجب أن يكون الحكم يشكل عملاً قضائياً قابلاً للتنفيذ، والقانون الأجنبي هو الذي يتكفل بتكييف الحكم فيما إذا كان يُشكل عملاً قضائياً أم لا، وما على قاضي الصيغة التنفيذية إلا القيام ببعض الإجراءات، للتأكد من مدى صحة الشروط الشكلية لهذا الحكم<sup>(2)</sup>.

و بهذا تم الكلام في هذا الفصل الذي خُصص للأحكام الإجرائية للنسب وقواعد النزاع المتعلقة به (سواءً على المستوى الداخلي، أو في إطار قواعد القانون الدولي الخاص) غير أنه في مُستهل الفصل الموالي سنتطرق لموضوع لا يقل أهمية عن سابقه يتعلق بمدى سلطة القاضي في إثبات النسب بالطرق العلمية.

## الفصل الثاني

### مدى سلطة القاضي في إثبات النسب بالطرق العلمية

يشهد العصر الحديث نماذج جديدة وهائلة من التطورات العلمية والتقنية لعل من أبرزها ثورة المعلومات والانترنت، وما صاحبها من مشكلات ما زالت مطروحة بشدة على المستوى القانوني، ويقف إلى جانب هذا التطور وبذات مستوى الخطورة والأهمية الثورية التي

(1) يوسف جبران، طرق الاحتياط والتنفيذ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط2، (دون سنة طبع)، ص.110.

(2) محند اسعد، المرجع السابق، ص.62.

لمسناها في عالم المعلومات الطبية، بل أن هذه الصورة الأخيرة هي الأكثر مساساً وقرباً من هموم الإنسان الشخصية فبعد أن كان العالم بأكمله يخضع لطريقة واحدة للدلالات الوراثية في مجال البحث لنظام ( A - B - O ) سيتم التطرق لها ضمن ( المبحث الأول ) .

ثم تلا هذا الاكتشاف اليسير، و الذي كان مقدمة للكشف عن ما يسمى بالبصمة الوراثية، والتي تعد من أهم المستجدات العصرية في علم الأحياء الحديث والتي أحدثت ضجة كبرى في اكتشافها، ثم في تطور وسائل تطبيقاتها ثم في المجالات التي يمكن فيها الإفادة منها، أصبحت من الحقائق المهمة في هذا العصر في مجال الطب الشرعي، وفي مجال إثبات ونفي النسب ( المبحث الثاني ) .

### المبحث الأول

#### التحليل الدموية: وسيلة علمية ظنية لإثبات النسب

تُعد التحاليل الدموية<sup>(1)</sup> الأسبق ظهوراً، على الوسيلة الأدق والمسمّاة بالبصمة الوراثية، كما أنّها من بين المواضيع التي لا يشملها نصّ خاصّ، وعليه فإنّ الحكم الشرعيّ

(1) ويقابلها في القدم ما يسمى عند العرب بالقرعة: وهي أضعف طرق إثبات النسب الشرعي، ولذا لم يقل بما جمهور العلماء، وإنما ذهب إلى القول بما واعتبارها طريقة من طرق إثبات النسب: الظاهرية والمالكية في أولاد الإماء وهو نص الشافعي في القلم وفيها قال بعض الشافعية عند تعارض البيتين وقال بما الإمام أحمد في روايته وابن أبي ليلى، وإسحاق بن راهوية، وأحتج القائلون بما رواه أبو داود والنسائي عن زيد بن أرقم رضي الله عنه قال: "كنت جالساً عند النبي ﷺ فجاءه رجل من اليمن، فقال: إن ثلاثة نفر من أهل اليمن أنو علياً يختصمون إليه في ولد، وقد وقعوا على امرأة = في طهر واحد، فقال لاثنين منهما: طيبا بالولد لهذا، فغلبا، فقال: فقال أنتم شركاء متشاكسون إني مقرع بينكم فمن قرع فله الولد وعليه لصاحبه ثلثا الدية، فأقرع بينهم، فجعله لمن قرع، فضحك رسول الله ﷺ حتى بدت أضراسه أو تواجهه"، روى هذا الحديث أبو داود في سننه، باب من قال بالقرعة إذا تنازعا في الولد، كتاب الطلاق، حديث رقم 2269، ص. 395.

قال الإمام بن حزم تعليقاً علي هذا الحديث ( لا يضحك رسول الله ﷺ دون أن ينكر يري أو يسمع ما لا يجوز البتة غلا أن يكون سروراً به ، وهو عليه الصلاة والسلام لا يسر إلا بالحق ، ولا يجوز أن يسمع باطلاً فيقره ، وهذا خبر مستقيم السند نقلته كلهم ثقات ، والحجة به قائمة ، ولا يصح خلافه البتة )

وقال الإمام الخطابي : ( وفيه إثبات القرعة في أمر الولد ، وإحقاق القارح ) -

عليها سُننظُمُهُ النُصوصُ العامة، و القواعد الشَّرعية الكُلية بالنظر لما يكتنفه من مصالح ومفاسد، فما مفهوم التحاليل الدموية؟ (المطلب الأول) وما دورها في إثبات النسب، وهل لذلك أساسٌ في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي؟، (المطلب الثاني).

## المطلب الأول

### مفهوم التحاليل الدموية

التحاليل الدموية أو تحليل الدم، تُعدّ من الطرق التي تم اكتشافها منذ أمد بعيد وكان من بين الأسباب التي دعت إلى اعتماد العمل بها كوسيلة طبيّة، الاعتماد عليها طبيّاً في الكشف عن الأمراض التي تنخر جسم الإنسان، كما أنّها استعملت منذُ القدم للكشف عن هوية المجرمين، فقد استعملت كذلك في مجال نفي النسب وعليه سيتمّ التعرّض إلى تعريف التحاليل الدموية (الفرع الأول)، ثم بعدها مباشرة تحديداً أنواع الفصائل الدموية (الفرع الثاني).

---

=والقرعة عند القائلين بما لا نذهب إلى الحكم بما إلا عند تعذر غيرها من طرق إثبات النسب من فراش أو بينة أو قيافة، أو في حالة تساوي البيتين، أو تعارض قول القافة، فيُصار حينئذ إلى القرعة حفاظاً للنسب من الضياع، وقطعاً للنزاع والخصومة فالحكم بما غاية ما يقدر عليه، وهي أولى من ضياع نسب المولود لما يترتب على ذلك من مفساد كثيرة.

قال العلامة بن القيم رحمه الله: (إذا تعذرت القافة، أو أشكل الأمر عليها كان المصير إلى القرعة أولى من ضياع نسب الولد وتركه مهملاً لا نسب له، وهو ينظر إلى ناكح أمه وواطئها، فالقرعة هاهنا أقرب الطرق إلى إثبات النسب، فإنها طريق شرعي، وقد سدت الطرق سواها وإن كانت صالحة لتعيين الأملاك المطلقة وتعيين الرقيق من الحر، وتعيين الزوجة من الأجنبية فكيف لا تصلح لتعيين صاحب النسب من غيره ومعلوم أن طرق حفظ الأنساب أوسع من طرق حفظ الأموال والشارع إلي ذلك أعظم تشوقاً، فالقرعة شُرعت لإخراج المستحق تارة ولتعيينه تارة، وها هنا أحد المتداعيين هو أبوه حقيقة، فعملت القرعة في تعيينه كما عملت في تعيين الزوجة عند اشتباهاها مع الأجنبية فالقرعة تُخرج المستحق شرعاً، كما تُخرجه قدراً ..... فلا استبعاد في الإلحاق بما عند تعيينها الطريقة، بل خلاف ذلك هو المستبعد).



## الفرع الأول

### تعريف التحاليل الدموية

إذا سلمنا بأن نظام تحليل الدم Abo يُستعمل في مجال نفي النسب وليس إثباته ذلك أن التحليل يتوصل بشكل قطعي بأن نسب الابن قد نُحْكَمُ بانتفائه لأبيه لكن لا يمكننا الجزم قطعياً بأن نسب ابن ما، قد يكون ثابتاً بالنسبة لرجل معين وذلك لعدة اعتبارات علمية سنورد تفصيلها لاحقاً، غير أننا في هذا الفرع سنقوم بتحديد المقصود بالتحاليل الدموية (أولاً)، لنباشر بعدها تفصيل مكونات الدم في (ثانياً).

### أولاً: المقصود بالتحاليل الدموية

قبل التطرق إلى تعريف التحاليل الدموية، يستوجب البحث التطرق إلى تعريف الدم وهو كما يلي:

01- الدم عند أهل اللغة: أصله دمّي، وجمعه دماء، وهو السائل الأحمر الذي يجري في عروق الإنسان والحيوان<sup>(1)</sup>، وأصله دمّي، وقيل دمؤ، حذفت لامه وقد تبدل ميماً، فيقال دم<sup>(2)</sup>.

02- الدم عند أهل الطب: هو عبارة عن نسيج سائل من أشكال النسيج الضام لزج أحمر قاني، يجري داخل الجسم، أي في الشرايين والأوردة

(1) قلعة جي، ومشاركوه، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس، بيروت لبنان، ط1، 1996، ص.187.

(2) فؤاد افرام البستاني، مرجع سابق، ص.208.

والأوعية الدموية الدقيقة الشعرية بفضل انقباض عضلة القلب، ويتكون من مادة سائلة تسمى البلازما-سنورد تعريفها لاحقاً- و فيها الكريات الحمراء<sup>(1)</sup>.

### 03- تعريف التحاليل الدموية: في الحقيقة لم أجد تعريف محدد للتحاليل الدموية

ويمكن تعريفها بأنها عبارة عن الفحوص والكشوف الطبية التي تشمل ثلاثة أطراف : الأم، الأب، الطفل، وذلك من أجل التأكد من فصائل الدم الرئيسية والفرعية واختبارات مصلية تتعلق بمستحضرات أنتجينات خلايا الدم.

وفي بداية القرن العشرين كانت من بين أول الاكتشافات العلمية من مجال إثبات ونفي النسب اكتشاف مجموعة الدم (A B O) وسُرعان ما امتد ليشمل مجاميع دم أُخرى وبروتينات مصل الدم، والإنزيمات Enzymes...<sup>(2)</sup>.

ولقد تطورت طريقة تحليل الدم Analyse des sangs، من السنوات 1930 على أثر اكتشاف نظام ABO، كما ذكرت، من قبل الباحث النمساوي Karl Landsteiner (نال جائزة نوبل لسنة 1930)، وقد فر من نظام النازي إلى نيويورك حيث تابع أبحاثه مع تلميذه Weiner، وبفضل الأبحاث في هذا الميدان عُرفت ما يسمى بنقل الخصائص الوراثية الدموية وأصبح بذلك يُمكن تعريف درجة القرابة بنسبة تصلُ غالباً إلى 99.9%، وقد كان في الماضي لا يمكن التأكدُ بواسطة التحاليل الدموية، إلا من انعدام القرابة بين الولد وأبيه أو أمه، غير أنه وإن كانت هذه الطريقة مفيدة فيما يُخص زرع ونقل الأعضاء إلا أنه فيما

(1) بسام محمد القواسمي، أثر الدم والبصمة الوراثية في الإثبات في الفقه الإسلامي والقانون، دار النفائس للنشر والتوزيع، ط01، 2010 ص.47.

(2) حماوي عائشة، إثبات النسب في القانون الجزائري، مذكرة تخرج ليسانس، 2006، جامعة إدرا، ص.36.

يُخصّ تحديد علاقة النسب، فإن تحديد الفصائل الدموية والفصائل الدموية الفرعية أمرٌ جدّ مُعقد وقد تجاوزها الأمرُ بظهور طريقة أخرى أكثرُ بساطة وأكثرُ نجاعة هي طريقة Empreintes génétiques et fichier génétique<sup>(1)</sup>، وبعد تعريف التحاليل الدموية و الدم يا تُرى فيما تتمثلُ مكوناته؟ إن هذا ما سنتعرّض له ضمن العنصر الموالي.

### ثانياً: مكوناتُ الدم

يتكون الدم من البلازما(01)، وكرات الدم الحمراء (02)، كرات الدم البيضاء (03) الصفائح الدموية(04)، وسيرد تفصيلها كما يلي:

#### 1: البلازما

هي الجزء السائل في الدم، ويُشكل هذا السائل الأصفر الشفاف أكثر من نصف كمية الدم في الجسم البشري والأجراء الصلبة في الدم، كخلايا الدم الحمراء و البيضاء و الصفائح الدموية تكونُ مُعلّقة في البلازما .

وتتكوّن البلازما من 90% من الماء، أما الجزء الباقي منها فيتكوّن من عدة مواد غذائية ذائبة مثل البروتينات والأملاح والأطعمة المهضومة والملحقات.

كما أن البلازما هي التي تجعلُ الدم سائلاً، وبدون هذه الخاصية، لا يُمكن للدم أن يقوم بعمله في نقل المواد الضرورية عبر الجسم، وهو أيضاً ينقلُ الأطعمة المهضومة إلى

(<sup>1</sup>)NICOLEAU P., Droit de la famille, édition Marketing, Paris, 1995, p.135 .

أنسجة الجسم، ويحملُ المخلفات الذاتية من الأنسجة إلى الكلى لطردها من الجسم، وتحمل البلازما الهرمونات التي تساعد في التحكم في أداء ونمو أجزاء كثيرة من الجسم<sup>(1)</sup>.

## 2: كُرَات الدَّم الحمراء<sup>(2)</sup>

تُعَدُّ كُرَات الدَّم الحمراء الخلايا الأكثرُ توافراً في الدَّم، ويتَّخذ الدَّم اللون الأحمر من تلك الخلايا، و يوجدُ لدى الرجال ما يقارب 5200.000/ملم<sup>3</sup> من كرات الدَّم الحمراء وتُشكل نسبة 40 إلى 45 % من الدَّم، وتختلف تلك النسبة من حين لآخر ويصل المعدل الطبيعي لها إلى 600 خلية مُقابل خلية واحدة من كرات الدَّم البيضاء وتتميزُ كُرَاتُ الدَّم الحمراء بخصائص منها:

1. أن لها شكلٌ غريبٌ، فهي عبارة عن قُرص مسطح دائري الشكل.
2. لا توجد نواة في كرات الدَّم الحمراء.
3. يُمكن أن تُغير من شكلها بصفة مذهلة وذلك دون الانقسام.
4. تحتوي على مادة الهيموجلوبين، وهي مادة جُزئية مسؤولة فقط عن نقل الأكسجين إلى الخلايا التي تحتاجُ<sup>(3)</sup>.

(1) للمزيد من المعلومات في هذا الموضوع أنظر، الموسوعة العربية العالمية، الجزء الخامس، الطبعة الثانية، مؤسسة أعمال الموسوعة للنشر و التوزيع، المملكة العربية السعودية، 1999، ص.46 و47.

(2) راجع، في موضع خلايا الدَّم الحمراء، والبيضاء، والصفائح الدموية وأثرها في إثبات النسب، بسام محمد القواسمي، المرجع السابق ص.48 وما يليها.

(3) بسام محمد القواسمي، المرجع السابق، ص.50.

### 3: كُرات الدم البيضاء

وهي خلايا عديمة اللون أكبر من الخلايا الحمراء، ولها القدرة على الإنقسام وتتحرك حركة ذاتية، بعكس الخلايا الحمراء التي تسبح في البلازما والخلايا البيضاء أقل عدداً من الخلايا الحمراء، ونسبتها إلى الحمراء 1/1000<sup>(1)</sup> حيث تُساعد أجسامنا على مقاومة الفيروسات والعدوى.

كما يقوم الدم بنقلها إلى الأجزاء التي تنتشر فيها الميكروبات الضارة ويبلغ معدل كرات الدم البيضاء في جسم الإنسان الطبيعي البالغ ما يقارب من 400 إلى 10.000 كرة دم بيضاء في الميكروتر من الدم، ويزداد عددها في الجسم في حالة حدوث عدوى، حيث تؤدي وظيفة دفاعية ومناعية ضد المرض، وتكون الأجسام المضادة التي تلتصق بالأجسام الغريبة المسببة للمرض وتبطل عملها، ولها القدرة على التهام الميكروبات الجرثومية، ولذا فهي دائمة الحركة في الدم و تترصد ضد أماكن الجراثيم و الميكروبات<sup>(2)</sup>.

### 4 : الصفائح الدموية

هي أجسام صغيرة جداً بيضاوية وليس لديها نواة، ويبلغ عددها حوالي 250 ألف إلى 500 ألف ملم مكعب من الدم، وتتكون في نخاع العظم الأحمر وفترة حياتها حوالي 5 أيام، يأخذها بعد ذلك الطحال لتفتيتها وتحليلها<sup>(3)</sup>.

(1) عدنان حسن عزابزة، حجية القران في الشريعة الإسلامية ( البصمات القيافة ، دلالة الأثر ، تحليل الدم ) دار عمار، الأردن (د.س.ط)، ص 194.

(2) مقال بعنوان: الأساليب الوراثية لإثبات النسب، على الموقع : [WWW.islamonline.net](http://WWW.islamonline.net) ، بتاريخ 2012/06/17، على الساعة 12 و48.

(3) أشار إلى هذا التعريف، بسام محمد القواسمي، المرجع السابق، ص.50.

## الفرع الثاني

### أنواع فصائل الدم

سيتم التطرق في هذا الفرع إلى تقسيم، أو تصنيف فصائل الدم إلى نوعين أولهما تصنيفها بحسب وجود المادتين " A.B "، حيث تُقسم إلى أربعة فصائل دموية هي O.AB.A.B، أما التصنيف الثاني فهو تقسيمها بحسب وجود العامل الريزوسي " RH " حيث تمكن الأطباء وبعد عدة دراسات مُضنية أن يُقسموا الدم البشري إلى أربع مجموعات رئيسية اصطلاحوا على تسميات بفصائل الدم، وهذه هي أنواع يُطلقُ عليها عند أهل الطب اسم فصائل الدم<sup>(1)</sup>، وهي مقسمة إلى أربع فصائل:

#### أولاً: فصيلة دم (أ):

ويحتوي على (أ) جلوتينوجين (أ) في كرياتة الدموية الحمراء، و جلوتينين (ب) في البلازما .

#### ثانياً: فصيلة دم (ب):

ويحتوي على (أ) جلوتينوجين (ب) في كرياتة الدموية الحمراء، و جلوتينين (أ) في البلازما .

#### ثالثاً: فصيلة دم (أب):

ويحتوي على جلوتينوجين (ب) في كرياتة الحمراء، ولا يحتوي على أي اجلوتينات في البلازما.

(1) لقد قسم علماء الطب فصائل الدم إلى أربع فصائل لا خامسة لها، وذلك كما هو مُفصل في المتن، أنظر تفصيل ذلك عند، بسام محمد القواسمي، أثر الدم البصمة الوراثية في الإثبات، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، ط01، 2010، ص.51.

رابعاً: فصيلة دم (صفر) .

ويحتوي على جلوتينين (أ) و جلوتينين (ب) في البلازما كرياتة الحمراء، ولا يحتوي على أي جلوتينين في كرياتة الحمراء.

وقد قرر الأطباء بصفة قاطعة لا يخالطها أدنى شك أن فصيلة دم الابن تتأثر بنوع فصيلة دم أبيه وأمه سواءً كان دُمُهُم فصيلة واحدة أم من فصيلتين.

كما قرروا أن فحص فصائل الدم لا يُثبت الأبوة بصفة قاطعة فهو لا يُثبت أن رجلاً بعينه هو والد الطفل موضوع النزاع بلا شك، ولكنه يُثبت أن لا يكون هذا الرجل والداً لهذا الطفل<sup>(1)</sup>.

ومعنى هذا أن اختلاف فصائل الدم أو عدم اختلافها يترك أثراً من الناحية السلبية ومن الناحية الإيجابية إذ يمكن الاعتماد عليه فقط في نفي البنوة وليس في إثباتها لأنه لا يلزم من إتحاد فصيلة دم الابن مع من يُنسب إليه كونهُ ابناً شرعياً له.

فمن الجائز أن أمه حملت به من شخص آخر تتفق فصيلة دمه مع فصيلة دم زوجها هذا وقد حدد الأطباء الفصائل الممكنة و المستحيلة بالنسبة لدم الطفل تبعاً لنوع فصيلة دم أبويه وأفرغوا ذلك في جدول معروف عندهم، ومن الأمثلة التي يُمكن أخذها من الفصائل الدموية السابقة أنه إذا جاء دم الزوجين من فصيلة (أ) وجاء دمُ الطفل من فصيلة

(1) جمال الضمراني، الولاية والشهادة في النكاح و حكم الزواج العربي، دار النهضة العربية للنشر، مصر، (د.س.ن)، ص.349-350، بسام محمد القواسمي، مرجع سابق، ص.51.

(ب) فإنه يُقَطَّع طبياً بعدم بُنُوته للزوج إذ يستحيل أن يجيء دُمُ الطفل على هذه الفصيلة ما دام أن دم كل من الأبوين من فصيلة (أ) .

هذا وقد حدّد الأطباءُ الفصائل الممكنة والمستحيلة بالنسبة لدم الطفل تبعاً لنوع فصيلة دم أبويه اعتماداً على قانون ( هيرزفيلد ) ( Hersyfield ) و ( فون دونجرن ) ( Fon ) ( dungrn ) اللذين ينصان على أن: أية فصيلة دموية تتشكل لدى الأبناء كشفع واحد يُكون أحد وتريه مأخوذاً من الأم والآخر مأخوذاً من الأب وكذا قانون بيرنشتاين (Bernstein) الذي يتلخص في الأمرين التاليين:

- 1- لا يمكن لأي أم أو أب أن ينجبا أطفالاً ذوي فصيلة دموية (O) وهما من ذوي (A.B) ولا يمكن لطفل فصيلته الدموية (A.B) أن يكون أحد أبويه (O).
- 2 . لا يمكن لإحدى الفصيلتين A أو B أن تظهر لدى اثنين ما لم تكن موجودتين عند أحد أبويه<sup>(1)</sup>.

فالطريقة الأساسية في بيان فصائل الدم المحكومة بمورثات للوالدين هي تقسيمها إلى A و B و AB و O، وهذه يوجد منها اثنتان في كل منهما واحدة من الأم وأخرى من الأب، والمورثة A وكذا المورثة B سائدتان، أما O فلا تُعطي فصيلتها للورثة وعلى هذا فالأشخاص من فصيلة A إما أن يحملوا المورثات (A.A) أو يحملوا (O.A)، أما أشخاص

(1) أنظر، بسام محمد القواسمي، المرجع السابق، ص.53 و54.



الفصيلة (O) فيحملون مورثات (O.O) فقط، وكذلك يحمل الأشخاص من فصيلة (B.A) المورثات A و B<sup>(1)</sup>.

فالطفل من فصيلة O مثلاً إذا كانت أمه من فصيلة A لا يمكن أن يكون أبوه من الفصيلة (AB) لأن هذه الأخيرة ليست بها المورثة (O)، ولكن أباه قد يكون من الفصيلة A و B، لأنه قد يحمل مورثة (O) انتقلت منه إلى الطفل كما فعلت الأم<sup>(2)</sup> ونفرض ذلك في الجدول التالي:

O (O.O)	AB (A.B)	B (B.B) (O.B)	A (A.A) (O.A)	الفصائل الدموية
AO	AA	AB	AA	A
OO	AB	OA	OA	
	OB	OO	OO	
يستحيل طبياً أن يعطي دم B أو A أو AB	OA	OB	يستحيل طبياً أن يعطي دم B أو AB	AA OA
BO	BA	BB	AB	B
OO	BB	OB	OB	

<sup>(1)</sup> أنظر، بسام محمد القواسمي، المرجع السابق، ص.50 و51.

<sup>(2)</sup> أشار إلى ذلك، أمين عبد المعبود زغلول، أحكام رعاية الطفل اللقيط في الشريعة الإسلامية، مجلة الأحصديّة، العدد 6، دار البحوث للدراسات الإسلامية، دبي، 2000، ص.97.

يستحيل طبيا أن يعطي دم B أو A أو AB	OB OA	يستحيل طبيا أن يعطي دم A أو AB	OO AO يستحيل طبيا أن يعطي دم A	BB OB
يستحيل طبيا أن يعطي دم A أو B أو AB	AA AB BB يستحيل طبيا أن يعطي دم O	AB AO BO BB يستحيل طبيا أن يعطي دم A	AA AB OA OB يستحيل طبيا أن يعطي دم O	AB (A.B)
يستحيل طبيا أن يعطي دم A أو B أو AB	OA OB يستحيل طبيا أن يعطي دم O أو AB	OB OO يستحيل طبيا أن يعطي دم A أو AB	OA OB يستحيل طبيا أن يعطي دم B أو AB	O (O.O)

نخلصُ في ضوء هذه المعطيات العلمية أن بحث فصائل الدم تفيد في الحصول على دليل قاطع في نفي النسب، في حين لا تفيد مطلقاً في الحصول على دليل إثبات مؤكد، بل إنها مجرد قرينة بسيطة تقبلُ إثبات العكس، لإمكان توافق الفصيلة الدموية بين عدة أشخاص<sup>(1)</sup>.

(1) رشيد مغنية، حق الطفل في النسب، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا، كلية الحقوق، جامعة فاس، 2003/2002، ص.130.

وهذا ما حفز العلماء على ضرورة البحث عن دليل مُؤكّد للنفي والإثبات معاً، بحيثُ يُمكننا من معرفة الأب البيولوجي الذي لا أب سواه، إذاً هل هناك دورٌ أساسيٌ للتحاليل الدموية ياترى في إثبات أو نفي النسب؟.

### المطلب الثاني

#### دور التحاليل الدموية في إثبات ونفي النسب

نتناولُ في هذا المبحث حُجّية التحاليل الدموية في (المطلب الأول) منه، حيثُ نتعرضُ إلى حُجّيتها في القانون الجزائري والمقارن، ثم حُجّيتها في الشريعة الإسلامية وفي (المطلب الثاني) نتطرقُ إلى دراسة التحاليل الدموية، وذلك من خلال الخطوات العملية لأجرائها، وقانونُ مندل في الوراثة.

### الفرع الأول

#### حجية التحاليل الدموية

المشرع الجزائري لم يشر للتحاليل الدموية بصورة واضحة، بالرغم من أنه لم ينفها صراحةً، هذا بالرغم من أقراره بوجوبها ضمناً، غير أنه من الواضح بمكان عدم كفاية النصوص القانونية المنضمة لها، و إذا أردنا أن نُقر بحجية التحاليل الدموية في القانون الجزائري في نفي النسب، فإنّ الأصل هو وجودُ العلاقة الشرعية بين الزوجين، وقصد التعمق في الموضوع ستتم دراسة التحاليل الدموية في القانون الجزائري، و المقارن (أولاً)، ثم حجيتها في الشريعة الإسلامية (ثانياً).

### أولاً: التحاليل الدموية في القانون الجزائري و المقارن

سيتم تقسيم هذا العنصر إلى ثلاث أجزاء، نتعرض في الجزء الأول إلى موقف القانون الجزائري من التحاليل الدموية، ثم في الجزء الثاني إلى موقف القانون المقارن وقد قسمناه بدوره إلى قسمين، الأول خصصناه إلى موقف القانون المغربي، والثاني إلى موقف القانون المصري، وسيرد تفصيلاً هذه المواقف كما يلي:

#### 1- التحاليل الدموية في القانون الجزائري

من الواضح شرعاً وقانوناً، أنه لا يجوز تعطيل نصوص الشريعة الإسلامية حيال تعامل المشرع الجزائري معها خصوصاً النقلية الصحيحة الثابتة من القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، وذلك لمجرد دليل علمي حديث قد يشوبه خطأ أو تلاعب كما أن النظريات العلمية مهما بلغت من القطع والدقة، إلا أنها تظل محل شك ونظر، ومعرضة للنقد فيما بعد، لأنه كثيراً ما كانت نظريات علمية يُجزمون بصحتها، ثم أصبحت فيما بعد مع التقدم العلمي غير صحيحة، ولا دقيقة<sup>(1)</sup>.

وعليه فإننا نطمح رأينا إلى الرأي الذي يتبدى بتطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية أولاً والذي هو الأقرب إلى الصحة والدقة والواقعية، ومسايرة النظام العام، وعليه فالقاضي يجب عليه في دعوى إثبات النسب أن يلجأ إلى الطرق الشرعية أولاً، وإذا استحال الأمر عليه أمكنه اللجوء إلى الطرق العلمية ليطمئن قلبه.

(1) أشار إلى ذلك، عباس العبودي المدني، الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، دون سنة، ص.21.

و تسبيق الطُرق الشرعية عن الطرق الحديثة، واضح في نص المادة 40 من قانون الأسرة حينما نصت: "يُثبت النسبُ بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقاً للمواد 32، 33، و34 من القانون يجوز للقاضي اللجوءُ إلى الطريقة العلمية لإثبات النسب".

وعُموماً فإنَّ تطبيق التحاليل الدموية لإثبات أو نفي النسب عند المشرع الجزائري سيكُون ضِعْياً، و ذلك للأسباب التالية:

أ- أن لفظ الطُرق جمع، وليس مُفرد، والمشرع اكتفى بنص المادة 40 من قا أ فقط.

ب- قلّة الاجتهادات القضائية في موضوع تحاليل الدم، لأن غالبية الاجتهادات كان موضوعها البصمة الوراثية (حيثُ سنتطرقُ لها فيما سيأتي).

ج- قلّة الدراسات الفقهية في الموضوع، فحتى الفُقهَاء كانت دراستهم للبصمة الوراثية على حساب التحاليل الدموية.

د- أن فُقهَاء الشريعة الإسلامية، أعطوا للتحاليل الدموية حقها، بنصهم على القرعة<sup>(1)</sup> وهذا جهْدٌ يجبُ أن يُثْمَنَ ويُطَوَّر.

(1) المقصود بالقرعة شرعاً هي التي تكون لتمييز الحقوق، ومعناها تمييز نصيب كل موجود، فهي أمانة مشروعة جعلت لإزالة الإبهام وهناك القرعة غير المشروعة، أي التي تكون سبباً لأخذ الغال، أو التي يُطلب بها معرفة الغيب المستقبل كالإستقسام المحرم شرعاً، أنظر، أنس حسن محمد ناجي، مرجع سابق، ص.233.

2- التحاليل الدموية في القانون والقضاء المغربي

لقد عرفت النتائج العلمية لفحص الدم تطوراً كبيراً، أصبح معه معرفة نسب الولد أمراً لا مجال فيه للشك بل اليقين. لكن هذا اليقين في إثبات أو نفي النسب لم يأت دفعةً واحدة بل انتقل فيه الوضع من مرحلة كانت فيها نتائج فحص الدم دليلاً للنفي فقط، ثم إلى مرحلة حاسمة ويقينية، وذلك بأن أصبحت نتائج فحص الدم دليلاً مؤكداً للنفي والإثبات معاً، وهي جدلية تفصيلها كما يلي:

أ : استخدام التحاليل الدموية لنفي النسب فقط<sup>(1)</sup>

لقد أثبتت الأبحاث العلمية ومُنذ مُدّة ليس بالقصيرة أن دم أفراد بني البشر يتنوع إلى عدة فصائل، وأن لكل فصيلة دموية خصائصها المحددة علمياً<sup>(2)</sup>، والتي لا تتغير مُنذ الولادة إلى الوفاة، وهذا النعت يُشكل دعامةً وإسهاماً كبيراً في التعرف على الأشخاص.

كما أن الفصائل الدموية تُلائم تقسيمات تُمكن من تمحيص التحاليل<sup>(3)</sup> مُنذ اكتشاف هذه الفصائل الدموية عام 1900<sup>(4)</sup>، وعرف أنها تتوارث تبعاً لقوانين ثابتة

(1) ظهير شريف، رقم 1-04-22 بتنفيذ قانون رقم 03-07 (2 فبراير 2004)، المتضمن مدونة الأسرة المغربية.

(2) محمد الكشور، مركز الخبرة الطبية في مادة الأحوال الشخصية، مجلة المحاكم المغربية، 1997، ع 77، ص 36.

(3) quel est le groupe de ce sang ?

Tout sang humain appartient à l'un des quatre groupes principaux, a, b, ab, et o, absolument fixés de la naissance à la mort. Cette caractéristique constitue un apport important pour l'identification des individus, en effet, ces groupes comportent des divisions permettant d'affiner des analyses. On peut donc établir par ces analyses que le sang découvert n'appartient pas à tel individu (preuve négative) ou qu'il y a de fortes préemptions qu'il lui appartient, ce résultat constituera un des éléments importants de l'enquête. cf ; ROULET A HASSAN M., "l'expertise médico- légale", Imprimerie Najah El Jadida, Casablanca , 1988 p.p . 65-66.

(4)- FERNAND CECCALDI P. et DURIGON M., "Médecine légale à usage judiciaire", éditions Cujas, Paris 1979, p .498.

أصبحت بذلك هي السبيل العلمي الوحيد المعول عليه في نفي الأبوة والأمومة كما قرّر الأطباء عام 1908 بصفة قاطعة لا يُخالطها أدنى شك بأن فصيلة دم الإبن تتأثر بنوع فصيلة دم أبيه وأمه، سواءً كان دمهم من فصيلة واحدة أو من فصيلتين مختلفتين، حيثُ أن كل إنسان يرثُ صفاته من أبيه وأمه مُنصفَةً تماماً، هذا و أن الحيوان المنوي عبارة عن خلية منصفة أي أنها تحملُ نصف عدد المورثات الموجودة في الخلية العادية وكذلك بويضة الأنثى فإذا اتحد الحيوانُ المنويُّ بالبويضة، تكونت خلية كاملة فيها عدد المورثات الموجودة في أي خلية إنسانية عادية نصفها مأخوذةً من الأب ونصفها الآخر مأخوذةً من الأم، كما قرّر الأطباء أن فحص فصائل الدم لا يُثبت الأبوة بصفة قاطعة، فهو لا يثبت أن رجلاً بعينه هو والدُ الطفل موضوع النزاع، ولكنه يُثبت أن هذا الرجل ليس والداً لهذا الطفل.

وكتيجة لهذه المعطيات العلمية المتاحة في ذلك الوقت، تبين أن فصائل الدم تُفيد في الحصول على نفي قاطع ولكنها لا تُفيد في الحصول على إثبات مُؤكد<sup>(1)</sup>.

### ب: استخدام التحاليل الدموية للإثبات النسب فقط

بمعنى أنه عن طريق فحص الفصيلة التي يُنتسب إليها دمُ الزوجة والزوج والولد أمكن التوصل علمياً إلى إحدى الفرضيتين: أولها ظهور فصيلة دم الولد مخالفة لمقتضيات تناسل فصيلتي الزوجين، وهذا يُفيد بالتأكيد أن الزوج ليس هو الأب الحقيقي لذلك الولد وثانيهما ظهور فصيلة دم الولد موافقةً لمقتضيات تناسل فصيلتي دم الزوجين معاً، وهذا معناه أن الزوج قد يكون الأب الحقيقي للولد، وقد لا يكون أباه، والسبب في هذا

(1) محمد محمد أبو زيد، دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب، بحث منشور في مجلة الحقوق الكويت، ع1، 2011، ص.223 وما بعدها.

الاستنتاج أن الفصيلة الدموية الواحدة قد يشترك فيها أناسٌ كثيرون يُحتملُ جداً أن يكون الزوج المدعى عليه من بينهم.

ج: موقف القضاء المغربي تجاه التحاليل الدموية

لقد كان القضاء المغربي دقيقاً بخصوص نفي النسب بواسطة شهادة التحاليل الطبية التي تُثبت عُقم الزوج، والدليلُ في ذلك، قرارُ المجلس الأعلى بشأن النزاع الذي تدور وقائعهُ كما يلي: "أنه بتاريخ 17 يوليوز 1979 ادعت السيدة... علي مفارقتها السيد... ذاكراً أنه فارقتها بتاريخ 22 أبريل 1979، وهي حامل، طالبة الحكم عليه بأداء نفقة الحمل، وأجاب المدعي عليه مع تقديم مقال مضاد ذاكراً بأنه طلق المدعية وهي غيرُ حامل طالباً إلغاء طلبها والحكم بنفي الحمل، وذلك لأن هذا الزوجُ عقيمٌ لا يلد.

كما قدمت المدعية بشهادتين طبيتين من مستشفى الحسن الثاني بأكادير تفيدان أنها دخلت هذا المستشفى بتاريخ 13 دجنبر 1979 حيث وضعت بنتاً، وقد انتهت الإجراءات بالمحكمة الابتدائية بأكادير، حيث قُضى في الطلب الأصلي على المدعى عليه بأن يؤدي للمدعية 500 درهم الباقية من نفقة ولادتها، ورفض الطلب المضاد وبالتالي رفض طلب نفي النسب<sup>(1)</sup>.

استأنف المحكوم عليه حُكم محكمة أكادير مشيراً إلى أن المحكمة قد ناقشت القضية من حيثُ الفترة الزمنية الفاصلة بين تاريخ الطلاق والوضع، أي أقصى مدة الحمل

(1) راجع. عباس العبودي المدني، الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات، الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2010، ص.23.



في حين أنه قد ركز دفعاته على أنه قام بتحليلات طبية على نفسه منذ سنة 1971 أثبتت كلها أن نطفته خالية من بويضات التناسل، وقد التمس المستأنف من محكمة الاستئناف إجراء خبرة طبية للتأكد مما ذكر، وقد تم له ما طلبه وأثبتت الخبرة الطبية أنه عقيم لا يلد وعلى الرغم من ذلك فقد أيدت محكمة الاستئناف بأكادير الحكم الابتدائي على أساس أن التحليلات الطبية التي تثبت العقم لا يُعتمد عليها من الناحية الشرعية لنفي النسب وجاء في الطعن الذي رفعه المدعى عليه أمام المجلس الأعلى: "وحيثُ يطعنُ طالبُ النقض في الحكم المذكور بعدم الارتكاز على أساس وعدم التعليل لأنه لم يورد النص الشرعي الذي ألقى الخبرات الطبية في الموضوع وأنه على العكس من ذلك، فإن النصوص الشرعية تأخذ بعين الاعتبار ما قد يصل إليه الأطباء في تحليلاتهم فيما يخص الحمل، وذلك ما نصت عليه مدونة الأحوال الشخصية أنها جعلت القاضي وهو ينظر في مادة النزاع أن يستعين ببعض الخبراء من الأطباء للتوصل إلى الحل الذي يُفضي إلى الحكم..."، وقد رفض المجلس الأعلى المغربي هذا الطعن حيث نص على ما يلي: "..... إن ما قضى به الحكم المطعون فيه لا يجدُ أساسه في مدونة الأحوال الشخصية<sup>(1)</sup>: التي تنص على أن القاضي يعتمد في حكمه على جميع الوسائل المقررة شرعاً في نفي النسب وليس من بين هاته الوسائل وسيلة التحليل الدموي الطبي، وأن ما نص عليه الفصل 76 من المدونة خاصٌ بما إذا بقيت الريبة في الحمل بعد انقضاء سنة من تاريخ الطلاق أو الوفاة لمعرفة ما في البطن هل علة أم حمل؟ وبذلك تكون الوسيلة غير مبنية على أساس"<sup>(2)</sup>.

(1) ظهير شريف رقم 1-04-22 بتنفيذ قانون 03-70 (3 فبراير 2004)، المتضمن مدونة الأسرة، المادة 91.

(2) المجلس الأعلى، 15/9/1981، مجلة قضاء المجلس الأعلى، ع 30، ص 95.

3: أثر الدم على إثبات النسب أو نفيه في القانون والقضاء المصري

ومن المفيد الإشارة إلى أن القضاء المصري قد تبنى القاعدة أعلاه- هذا ما سببته في العنصر الموالي- بخلاف القضاء المغربي الذي لم نعثر له على موقف إيجابي أو سلبي. هذا وقد سبق لمحكمة النقض المصرية أن قضت بأنه: "متى كانت الحقائق العلمية المسلم بها في الطب الشرعي الحديث تُفيد أن تحليل فصائل الدم قد تقطع نتيجة نفي نسب الطفل عند المنازعة فيه، وإن كان من غير اللازم أن تقطع في ثبوته واتحاد الفصائل أو اختلافها بين الأصول والفروع، أيًا كان الرأي العلمي فيه هو اعتبارًا عامًّا لا ينهض في وجه ما تمسك به الطاعن في خصوص دعواه من أن الطفل لا يمكن نسبه إليه ولو بدليل مُحتمل، محتكماً إلى الخبرة الفنية البحتة التي لا تستطيع المحكمة أن تشق طريقها فيها إلى بمعونة دويها، لما كان ذلك وكان لا يُعرف حاصل ما كان ينتهي إليه رأي المحكمة لو ثبت لها بيقين من نتيجة تحليل الفصائل أن الطفل لا يُمكن أن يعزى إلى المتهم، وكان ردُّ الدفاع يحدث في وجدان القاضي ما يحدته دليل الثبوت لما كان ما تقدم، فقد كان متعينا على المحكمة أن تحقّق هذا الدفاع الجوهري عن طريق المختص فنياً وهو الطبيب الشرعي<sup>(1)</sup>.

أما وهي لم تفعل اكتفاء بما قالت من أنه ليس من اللازم أن تتحد فصائل دم الأصول والفروع، فإنها بذلك تكون قد أحلت نفسها محل الخبير الفني في مسألة فنية، ومن

(1) نقض جنائي مصري، طعن رقم 1217 لسنة 38 صادر في 21 أكتوبر 1968.

. Civil Nice, 17 November 1937, D.H.1938, 79, Rec siery, 1939, 2, 16 note, signee H R.

. Civ. 25 Juin 1949, D.194, 585, note Carbonnier, J.C.P, 1949, J.502.

. Civ,Paris 13 Mars 1961, D. 1961, 285, note Holleaux.5. 1961. 269.

تم يكون حكمها معيماً بالإخلال بحق الدفاع، مما يتعين معه نقضه والإحالة دون حاجة إلى التعرض لسائر الطعن.

ويرى الأستاذ عباس العبودي المدني إن الدليل المستحدث من فحص الدم يدخل في نطاق الأدلة القانونية، و أنه يُعدّ من قبيل القرائن لا تثريب على القاضي في الأخذ به إذا اقتنع بصحته في الأحوال التي يجوز الإثبات فيها بالشهادة توصلاً لإثبات نسب طفل لأبيه عند الإنكار<sup>(1)</sup>.

وعموماً فإن تحليل الدم - وفقاً للقانون المصري - لا يُفيد إلا من يرغب في نفي نسب الولد إليه، هذا مع مراعاة قاعدة الولد للفرش ولا ينتفي إلا بالملاعنة وتكون الملاعنة بالإضافة إلى تحليل الدم للنفي، أي للتأكيد أن الولد ليس من هذا الزوج.

أما بالنسبة للطرف الذي يريد دليل إثبات، فلن يجد معه هذا التحليل، فالزوجة العفيفة التي اتهمها زوجها زوراً وبهتاناً بأن الولد ليس منه، لن تجد في تحليل الدم الوسيلة التي تنهض للإثبات أن الطفل يعزي للزوج<sup>(2)</sup>.

### ثانياً: نظرة الشريعة الإسلامية للتحاليل الدموية

إن موضوع التحاليل الدموية من المواضيع الشرعية التي لم يرد فيها نص خاصٌ وعليه فإن تحليله من الناحية الشرعية يقتضي دراسته دراسة عامة، من خلال النصوص العامة والقواعد الكلية، وذلك بالنظر إلى مآل الأفعال ونتائجها، والدليل في ذلك واضحٌ

(1) راجع في ذلك، عباس العبودي المدني، المرجع السابق، ص.27.

(2) أحمد حلمي مصطفى، أحكام النسب فقها وقضاء، ط02، (د.د.ن)، (د.ب.ن)، 2006، ص.264.

من إقرار الخبرة الإنسانية، من طرف الرسول ﷺ وذلك حال اعتباره القيافة طريقاً لإثبات النسب، مع أن خبرة القائف تقوم على غلبة الظن وتكرار التجربة، وليس فيها ما يدل على اليقين أو القطع، ومع ذلك أقر بها رسول الله ﷺ لحديث عائشة قالت: "دخل علي رسول الله ﷺ مسروراً تبرق أسارير وجهه فقال: ألم تري أن مجزراً المدلجي نظر آنفاً إلى زيد ابن حارثة و أسامة ابن زيد وعليهما قطيفة، قد غطيا رؤسهما، وبدت أقدامهما، فقال: إن هذه الأقدام بعضها من بعض" (1).

ولعل الشارع الكريم يأخذ بما توصل إليه العلم، وثبت ثبوتاً قاطعاً و بنى عليه أحكامه، وهو مُتَشَوِّفٌ إلى اتصال الأنساب وعدم انقطاعها، فإذا ادعى زوجان ابناً لهما وُجد لقيطاً في مكان ما، أو وُجد بعد حدوث كارثة أو زلزال وتبين بعد فحص دم الأولاد الثلاثة أن الولد يُمكن أن يكون لأحدهما.

فالشارع يأخذ بهذا التحليل ويعتبرها حجةً بناءً على هذه القرينة القاطعة الموافقة لروح الشريعة ومقاصدها في اتصال الإنسان، بل و الأخذ بهذه القرينة و اعتبارها أولى من اعتبار الشبه الذي سبق بيانه أن الشرع قد اعتبره قرينة في إثبات النسب لأن قرينة التحليل أقوى وأثبت من قرينة الشبه مع أن كليهما قرينة قوية (2) وقرينة تحليل الدم مبينة على سنن أوجدها الله عز وجل في دم الإنسان يتبين بها وجه الحق واحتمال الخطاء فيها قليل جداً

(1) رواه البخاري، صحيح البخاري، مرجع سابق، كتاب المناقب، باب صفة النبي صلى الله عليه وسلم، حديث رقم 3362، ص. 1304.

(2) من القرائن التاريخية التي تتسق في هذا الموضوع، والتي لها دلالتها في التاريخ الإسلامي، قرينة شق الثوب لسيدنا يوسف والتي وردت في قوله تعالى: "قَالَ هِيَ رَاوَدَتْنِي عَنْ نَفْسِي<sup>ع</sup> وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِنْ قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ الْكَاذِبِينَ"<sup>ف</sup>، فهي قرينة على براءة يوسف عليه السلام كون القميص مشقوقاً من جهة دبره، دليلاً واضحاً على أنه كان هاربا من زوجة الملك وهي تسحبه من خلفه، أنظر، محمد الأمين الشنقيطي، أضواء البيان في إيضاح القرآن، ج3، طبعة الأمير أحمد بن عبد العزيز، 1403هـ، ص. 69.

لأننا نستطيع أن نحلل دم الداعين للولد المدعى مئات المرات، ولا نحتاج في كل مرة إلا إلى قطرات بسيطة من الدم.

وكذلك الحال عند اختلاط الأطفال في المستشفيات، وليس هناك من دليل يُبين نسبة هؤلاء الأطفال لذويهم، فنأتي قرينة تحليل الدم القوية القاطعة ببيان الحق وتجليه<sup>(1)</sup>.

وفي حال خطف الأطفال و ادعاء الخاطفين أن هذا الولد لهما، ثم تبين معنا بالتحليل أن دم الطفل المدعي لا ينتج عن اجتماع هذين الدمين للرجل و المرأة، فبناءً على هذه القرينة القاطعة تُردّ دعوى هاتين الزوجين، وقد حصلت حوادث كثيرة أين لا يُعرف فيها الحق إلا عن طريق تحليل الدم.

وهذا يُوافق روح الشريعة الإسلامية ومقاصدها وهو سدّ الذرائع، حتى لا تكثر حوادث خطف الأطفال وادعائهم، مما يؤدي إلى اختلال المجتمع وإشاعة الفساد والدُعر فيه ويؤدي كذلك إلى اختلاط الأنساب و انتهاك الأعراض والحرمات.

وفي هذا السياق يمكن إيراد السؤال الذي مفاده، و هو لو أن زوجين وُلد لهما على فراشهما الظاهر ولد ثم بان بعد تحليل دم أبويه، أن دمه يختلف عنهما وبمعنى آخر لو كان دم الزوجين O وظهر أن الولد B وهو قد ولد لهما على فراشهما بحسب القرينة الظاهرة، ما موقف الشرع من هذه المسألة؟ هل نحكم بطريقة التحليل القوية، ونقول أن الولد ليس منهما؟.

(1) عدنان حسن عزازية، المرجع السابق، ص.199.

إن هذه المسألة تُشبه مسألة تعارض الشبه مع القرينة الظاهرة، كما أن الشريعة المطهرة متشوفةٌ إلى اتصال أنساب الإنسان و عدم انقطاعها، ومتشوفةٌ كذلك إلى التستر على الناس و عدم إشاعة الفضيحة بينهم و الحفاظ على تماسك الأسرة وتربطها، فلذلك نحكم باتصال نسب هذا الولد بأبويه اللذين ولده على فراشهما ترجيحاً للقرينة الظاهرة و القاعدة الشرعية أن الولد للفراش، و تكون قرينة التحليل مع قرينة الفراش الظاهرة بمنزلة ضعف الدليلين مع أقوالهما فرُجحت قرينة الفراش.

والاحتمال أن هذا الدم ورثه هذا الطفل جاءه من عرق نزعة<sup>(1)</sup>، كما بين النبي ﷺ للرجل الذي استغرب لون أبنه، و اختلافه عن لونه ولونه أمه، ولهذا تُعمل قرينة التحليل في مجال النسب إذا لم يُعارضها معارض، فإذا عارضها معارضٌ وكان لهذا المعارض حُجة أقوى منهما حكمنا و أغفلناها<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثاني

#### عراقيل تطبيق طريقة تحليل الدم

إن طريقة تحليل الدم لا يُمكن أن تكون مُجدية إلا بإجراء التحاليل الدموية للطفل و الزوج وكذلك الأم، وبالتالي فإن السؤال الذي يُطرح بهذا الصدد هو ما هي النتائج التي يُمكن ترتيبها على هذا الرفض؟، وبعبارة أخرى هل يُمكن إجبار الأم على تمكين نفسها

(1) المقصود بعرق النزعة، أي عرق بعيد تغلب وظهر في هذا الإبن على غرار إحوته، وتفسيرُ مثال الرسول في هذه المسألة هو للأعرابي الذي شك في زوجته التي أنجبت ابناً لونه ليس كألوان أبنائه الآخرين، فقام الرسولٌ وشبه له بهذا المثال البليغ الهادف.

(2) بسام محمد القواسمي، المرجع السابق، ص.56-57؛ عدنان حسن عزازية، المرجع السابق، ص.201.

لانتزاع جزا من دمها قصد تحليله هذا من جهة؟، ومن جهة أخرى هل يمكن تفسير رفضها، على أن الطفل حقيقةً غيرٌ مولود من صُلب زوجها؟.

ففيما يُخصّ السؤال الأول فإن الأمر يتعلّق بحُرمة جسم الإنسان التي تضمن الدساتير حمايته من أي اعتداء، ومنها الدستور الجزائري الذي نصت المادة 34 منه على أنه: " تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان ، ويخضّر أي عنف بدني أو معنوي أو أي مساس بالكرامة " .

إذ يعتبر أصحاب هذا الرأي أن المادة 34 من الدستور تُشكل إحدى العقوبات الأساسية أمام تطبيق الطرق العلمية الحديثة في النسب، فإذا كان هناك طفل من أم معروفة وأب مشتبه فيه، فإن اختبارات الدم لا يُمكن أن تثبت أن الرجل هو الأب الحقيقي للطفل وإنما تُثبت فقط أن هناك احتمال بأبوة هذا الرجل، أما إذا أثبت فحص الدم اختلاف فصيلة والديه، فإن نفي البنوة في هذه الحالة يُكون قاطعاً أي أن فحص الدم في واقع الأمر اختبارٌ له قيمة سلبية في نفي البنوة، أكثر مما له قيمة إيجابية في إثباتها<sup>(1)</sup>.

وعليه فلكل شخص حقُّ يردُّ على جسمه، يُعطيه الحق في حماية الجسم بأعضائه المختلفة من أي اعتداء، وعليه فإنه لا يُمكن أن ينال من حرمة بدن الأم إذا رفضت تمكين الطبيب أو الخبير من انتزاع جزء من دمها قصد تحليله.

(1) عبد الناصر محمد شنيور، الإثبات بالخبرة بين القضاء الإسلامي والقانون الدولي و تطبيقاتها المعاصرة (دراسة مقارنة)، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، دون سنة، ص.214؛ وكمال صالح البناء، المشكلات العلمية في دعاوى النسب والإرث، عالم الكتاب، جمهورية مصر العربية، دون سنة، ص.104.

وبالتالي لا يُمكن أن يتم ذلك جبراً عنها<sup>(1)</sup>، غير أن بعض التشريعات كالتشريع الألماني لقد نصّ على إمكانية إلزام أي شخص سواءً كان طرفاً في النزاع أو أجنبياً عنه أن يُجرى عليه فحص من شأنه أن يؤدي إلى معرفة الحقيقة لتحديد النسب.

وفيما يخص السؤال الثاني المتعلق بالآثار التي تترتب على رفض الأم لإجراء تحليل لدمها، وهل يمكن أن يفسر هذا الرفض بأن الطفل غير مولود من صلب الزوج في دعوى إنكار النسب؟.

وعموماً فإنه عندما يطلب القضاء إجراء فحص طبي أو تحليل دموي في قضية ما ويرفض الخصم الخُضوع لذلك فإنه يتحمل عواقب هذا الرفض، وللقضاء أن يستخلص من هذا الرفض قرينة قضائية تُعزز دعوى خصمه، وبناءً عليه نتساءل إلى أي مدى يُمكن تطبيق ذلك على موضوع النسب؟.

استقر القضاء في فرنسا على أنه لقاضي الموضوع وحده السلطة التقديرية في استخلاص القرائن التي يمكن أن تنجر عن هذا الرفض، بمعنى أنه قد يفسر هذا الامتناع لصالح الزوج المدعي، وذلك بتأييد دعواه في إنكار نسب الولد عنه باستخلاص قرينة قضائية مفادها أن امتناعها يفيد تخوفها في أن تظهر نتائج التحليل حقيقة ما يدعيه زوجها، كما يمكن للقضاء عدم استخلاص هذه القرينة.

وعموماً، فالمشرع الجزائري عندما أجاز اللجوء إلى الطرق العلمية في إثبات النسب كان مُقتضياً جداً في ذلك، بنصّه على فقرة من نصف سطر دون أن يضع لهذه الفقرة مواد

(<sup>1</sup>) – MULDER-S-KLEIN M.T., "l'établissement et les effets personnels de la filiation selon la loi belge du 31 mars 1987", Annales de Droit de Louvain, revue trimestrielle de Droit Belge, tome XVII, 3-4/1987, p. 247; RODIERE R., jurisprudence française, librairies techniques, Paris, 1981. p. 10 .



تنظيمها أو يحيل ذلك على التنظيم كما فعل فيما يتعلق بالشهادة الطبية المقدمة من طرف الزوجين ساعة انعقاد العقد.

ويبدو أن بقاء المشرع صامتاً عن شرح مؤدى نصه على اللجوء إلى الخبرة العلمية في إثبات النسب، فتح باب الاجتهاد على مصراعيه للقانونيين لتبيان التناقض الموجود مع تطبيق المادة 40 / 2 من قانون الأسرة، مع مبادئ قانونية سامية ترقى إلى مبادئ دستورية.

هذا بالنسبة إلى مضمون التحاليل الدموية، وأثرها على النسب بين القانون الجزائري، والمقارن، والشريعة الإسلامية، باعتبارها وسيلة علمية ظنية حال إثبات أو نفي النسب، فما مضمون البصمة الوراثية<sup>(1)</sup> باعتبارها وسيلة علمية قطعية يا ترى؟.

### المبحث الثاني

#### البصمة الوراثية وسيلة علمية قطعية لإثبات النسب

من أجل الإلمام بعناصر هذا الفصل، وعليه فإن مقتضى النظر الفقهي لمعرفة حكم استخدام البصمة الوراثية في مجال النسب، يفرض على الباحث الشرعي النظر في إمكانية اعتبار البصمة الوراثية قرينة يُستعان بها على إثبات النسب أو نفيه فحسب، أو اعتبارهما

(1) يشير الدكتور، أنور محمود دبور، القرائن ودورها في الإثبات في الفقه الجنائي وإسلامي، دار الثقافة العربية القاهرة، 2007 ص.206. بأنه: "يرجع في تاريخ استخدام البصمات إلى الصين، حيث كان الصينيون والهنود يستخدمون - من قلم الزمان - البصمة في العقود والشروط لتقوم مقام الختم والإمضاء، أما في النواحي الجنائية فلم يُعرف عنها شيئاً في الحياة العلمية في أوروبا قبل سنة 1890 وإن كان بعض العلماء الألمان قد توصلوا إلى فوائدها في القرن التاسع عشر.

ويرجع الفضل إلى العالم "فرنسيس جالتون" الإنجليزي في استنباط فوائدها بصمات الأصابع و الأيدي، واستخدامها بطريقة فنية للتعرف على شخصية المجرمين، وتدوين ما ارتكبه من السوابق، وبيانها وقت الحاجة، و إظهار الأسماء الحقيقية لمن ينتحل منهم أسماء كاذبة، ثم انتشر بعد ذلك استعمال البصمات في مختلف بلاد العالم".

طريقاً من طرق إثبات النسب قياساً على إحدى الطرق الثابتة شرعاً، وعليه فقد تم تقسيمه إلى مطلبين، حيث تم التطرق إلى مفهوم البصمة الوراثية وضوابط العمل بها (المطلب الأول)، ثم سنتعرض إلى أهمية تلك البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب (المطلب الثاني).

## المطلب الأول

### البصمة الوراثية وضوابط العمل بها

سنتناول في هذا المطلب تحديد مفهوم البصمة الوراثية، وخصائصها، وحالات استخدامها في مجال إثبات النسب ضمن (الفرع الأول)، ثم نتعرض بعد ذلك في (الفرع الثاني) إلى ضوابط العمل بالبصمة الوراثية من الناحية الشرعية، والعملية.

## الفرع الأول

### مفهوم البصمة الوراثية

لقد اهتمت الدراسات العلمية الوراثية في البداية بالميزات الشكلية (القامة الوزن، لون البشرة، وكذلك العينين..)، لكنها اتجهت بعد ذلك. وبفضل تقدم التقنيات الحديثة وتطور موازها تطوراً مذهلاً للعديد من العلوم الحية كالكيمياء العضوية إلى البحث في العناصر المكونة للخلية<sup>(1)</sup>.

(1) « Développement de la biochimie des protéines de l'enzymologie et de l'immunologie, puis de la biologie moléculaire du gène, ont permis d'avoir accès soit au produit du gène, soit à la séquence du gène lui-même, et permit de percevoir à cette échelle, le polymorphisme génétique. ». cf., SERRE J L., "Génétique des populations", imprimé en France L.M.E, 1997, p. 22.

فتوصل العلماء إلى أن كلا من البويضة والحيوان المنوي يحتوي على نصف عدد الصبغيات، فالأم تساهم بنصف العدد، والأب يساهم بالنصف الآخر، ومن اتحاد هاتين الخليتين يستعاد بتكاملهما العدد الأصلي المميز للخلية التي يتكون منها جسم الإنسان، فالحيوان المنوي يحمل 23 صبغياً، والبويضة تحتوي بدورها على 23 صبغياً، ومن اتحادهما عن طريق الإخصاب فإن البويضة الملقحة تُستكمل 46 صبغياً وهو العدد الواجب للخلية في الجسم، ومعنى ذلك أن البويضة الملقحة تحتوي على المعلومات الوراثية التي تأتي من الأب والأم معاً، تلك المعلومات التي تكون مُبرجة في الجينات أو المورثات الوافدة من الأب والأم على السواء.

فمن الثابت علمياً أن كل الكائنات الحية تتكون من وحدات مجهرية تُسمى الواحدة منها خلية، وهذه الخلية عبارة عن منظومة مُعقدة مضبوطة العدد في جزئياتها وتفاعلاتها ووظائفها، وهذه الخلية تتكون بدورها من نواة وبلازما خلوية، والنواة تضم ما يعرف بالصبغيات أو الكروموزومات، وقد أطلق العلماء على الجزئيات المكونة للصبغيات مصطلح الجينات، وهذه الجينات التي تنقل الرسالة الوراثية من جيل لآخر وتوجه نشاط كل خلية هي عبارة عن جزيئات عملاقة تكون ما يشبه الخيوط الرفيعة المحدولة، تسمى هذه الجزئيات بالحامض النووي الديوكسي الريبوزي، والمختزل في حروف ADN وهو اختصار للمصطلح (Acide Désouribo Nucléique) وصاحب هذا الاكتشاف هو البروفسور (Alex Seffeyo) أستاذ بجامعة (Leisctr) بالجزائر وهو رئيس معمل الجينات الوراثية بنفس

الجامعة، ومدير الأبحاث بمعمل الشرطة القضائية<sup>(1)</sup>، وداخل هذه الرسالة الوراثية تُوجد كل الصفات الوراثية بدايةً من لون العينين ونوع الفصيلة ونوع البروتين والأنزيمات حتى أدق التركيبات الموجودة بالجسم وهي ما يسمى بالبصمة الوراثية فأساسُ البصمة الوراثية يُقوم على أن طبيعة الشخص والأمراض التي يُصاب بها تكون محفوظة على هيئة جينات على شريط ADN وتكون حوالي 30% من ذلك الشريط، أما 70% فهي سلاسل من القواعد النيتروجينية الأربع التي وهبها الله للحياة وهي: الأذنين A و الجوانين G و الستوزين C والتيامين T، التي تكون المادة الوراثية وتقوم بتخزين المعلومات الوراثية، وهذه السلاسل التي ذكرناها تكرر بعضها مئات المرات، وبعضها آلاف المرات، وقد اكتشف البروفسور (Michael Smith)<sup>(2)</sup> أن هذه السلاسل تختلف في العدد والتركيب من شخص لآخر بحيثُ أن إمكانية التشابهُ بين شخصين في هذه السلاسل تكون معدومة، بمعنى أن لكل إنسان على وجود الأرض بصماته الوراثية الخاصة باستثناء التوائم المتطابقة<sup>(3)</sup>.

وتبقى معرفة البصمة الوراثية لشخص ما تتم عن طريق فحص الحمض النووي لأحد المواد السائلة في جسمه (كالدّم، والمني، واللعاب)، أو لأحد الأنسجة في الجسم كاللحم أو الجلد أو العظام أو الشعر.

وهكذا ما مكن من الاستفادة من هذا الاكتشاف العلمي العظيم في التوصل إلى ما إذا كان الأثر الآدمي الخاضع للفحص يُخص شخصاً مُعيّناً أم لا، وبمعنى آخر مكن من

(<sup>1</sup>) Le transfert de l'information dans les cellules se fait par la transcription de l'ADN et de l'ARN sont tracées sur deux grands principes : la complémentarité les bases entre les acides nucléiques simples brins et la fixation de diverses protéines de liaison à l'ADN et à l'ARN.

(<sup>2</sup>) G.G.M.L, Analyse génétique moderne, Bibliothèque Nationale, Paris, Mars 2001, p21.

(<sup>3</sup>) محمد محمد أبو زيد، دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب، مقال منشور في مجلة الحقوق (الكويت)، ع 1، 2009 ص.279.

اعتبار هذا الفحص دليلاً حقيقياً أو إثباتاً، بطريقة أكيدة في كثير من المجالات على رأسها مجال النسب.

ابتداءً يُمكن القول بأن النظريات العلمية الحديثة من طبية وغيرها مهما بلغت من الدقة والقطع بالصحة في نظر المختصين، إلا أنها تظل محل شك، ونظر لما علم بالاستقراء للواقع أن بعض النظريات العلمية المختلفة من طب وغيره يظهر مع التقدم العلمي الحاصل بمرور الزمن إبطالاً بعض ما كان يُقطع بصحته علمياً، أو على الأقل أصبح مجال شك ومحل نظر، فكم من النظريات الطبية على وجه الخصوص كان الأطباء يُجزمون بصحتها وقطعيتها، ثم أصبحت تلك النظريات مع التقدم العلمي الطبي المتطور ضرباً من الخيال<sup>(1)</sup>.

وهذا أمرٌ معلومٌ وثابتٌ مما يُحتم على الفقهاء والباحثين الشرعيين التروي في النظر وعدم التسرع، و أخذ الحذر، وعدم الاندفاع بالأخذ بالنظريات العلمية كأدلة ثابتة توازي الأدلة الشرعية أو تُقاربها، فضلاً عن إحلال تلك النظريات محل الأدلة الشرعية الثابتة<sup>(2)</sup> أمارات قد تُحمل عليه، أو قرائن قد تدلُّ عليه، لأن الشارع يحتاطُ للأنساب ويتشوف إلى ثبوتها ويكتفي في إثباتها بأدنى سبب، فإذا ما ثبت النسب فإنه يُشدد في نفيه، ولا يحكم به إلا بأقوى الأدلة.

(1) أنظر، نجم عبد الواحد، البصمة الوراثية وتأثيرها على النسب إثباتاً ونفياً، مناقشات جلسة المجمع الفقهي برابطة العالم الإسلامي عن البصمة الوراثية في دورته ( 15 )، ص.6.

(2) أنظر، المرجع السابق، ص.85.

أولاً: تعريفُ البصمة الوراثية

سيتم التعرض إلى تعريف البصم عند اللغويين (01) ثم التعريف العلمي للوراثة (02) لتعرض بعدها إلى تعريف البصمة الوراثية - جمع المصطلحين - عند العلميين (03).

**1: البصم عند اللغويين** فوها ما بين الخنصر إلى طرف البنصر، ويُقال ما فارقتك شبراً ولافتراً ولا عتياً، والبصم ما بين الخنصر، و الفوت ما بين كل أصبعين طولاً<sup>(1)</sup> ويقال رجل ذو بصم، أي غليظ البصم<sup>(2)</sup>، وبصم بصماً: إذا ختم بطرف إصبعه والبصمة أثر الختم بالأصابع<sup>(3)</sup>.

**2: التعريف العلمي للوراثة** وهي إمرارُ الخصائص البيولوجية من جيل إلى آخر وهي عمليةٌ تحدث بين كل الكائنات الحية، الحيوانات و النباتات وحتى الكائنات المجهرية من البكتريا وعن طريق الوراثة ترث الكائنات الحية خصائص تُسمى السمات<sup>(4)</sup> من الآباء فالشخص يُشبهه أبويه لأنه ورث عنهما لونه وشعره مثلاً وشكل الأنف، وسمات أخرى عديدة.

كما أن الكائنات الحية تتكون من خلايا تحتوي على مجموعة من التركيبات البيوكيميائية دقيقة بداخلها، وذلك لنقل السيمات من جيل لآخر.

(1) الإمام أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الأفريقي المصري، المجلد الثاني عشر، دار بيروت للطباعة والنشر، بيروت لبنان، ص.50,51.

(2) المرجع السابق، ص.50.

(3) فؤاد افرام اليبساني، المرجع السابق، ص.60.

(4) و المقصود بالسمة:هي الخاصية مثل لون الشعر.

و هذه التركيبات التي تُسمى المورثات<sup>(1)</sup> (الجينات) من مادة كيميائية تُسمى بالعربية أ.د.ن وبالفرنسية اختصار (ADN) أي بمعنى (الحمض النووي الريبي منقوص الأكسجين)<sup>(2)</sup>.

و تتراص المورثات مكونات سلاسل طويلة من ADN في تركيبات تُسمى الصبغيات الكروموسومات<sup>(3)</sup>.

و مما تقدّم من تعريف البصمة الوراثية لغوياً فإنه يُمكن تعريفها اصطلاحاً بأنها تعينُ هوية الإنسان عن طريق تحليل جزءٍ أو أجزاء من حمض ADN المتكّز في نواة أو خلية من خلايا جسمية مجموعها 23 منها من الأب، و 23 من الأم وتُظهر هذا على شكل التحليل في صورة شريط من سلسلتين<sup>(4)</sup>.

كل سلسلة على شكل خُطوط عرضية متسلسلة وفقاً لتسلسل القواعد الأمنية على حمض ADN، فهي خاصة بكل إنسان حيثُ تميزه عن الآخر في الترتيب، تمثل إحدى السلسلتين الصفات الوراثية من الأب (صاحب الحيوان المنوي) وتمثل السلسلة الأخرى الصفات الوراثية من الأم (صاحبة البويضة) ووسيلة التحليل أجهزة ذات تقنية عالية تُسهل على المتدرب عليها قراءتها و حفظها، و تخزينها في الكمبيوتر تركاً للحاجة إليها<sup>(5)</sup>.

(1) هي ترتيبات بيو كيميائية دقيقة داخل كل خلية تحدد سمات وراثية معينة من فصيلة الدم، وكل مورثو قطعة من ADN تحمل تعليمات إنتاج الجزيئات الخطية الشكل الروتينان

(2) يتمثل الحمض النووي الريبي منقوص الأكسجين، وهو مادة داخل الصبغيات، التي تتحمل التعليمات الوراثية لإنتاج البروتين وغيره .

(3) تركيبات خطية دقيقة داخل كل خلية .

(4) الموسعة العربية العالمية، الجزء " 67"، الطبعة الثانية مؤسسة أعمال الموسعة للنشر و التوزيع، المملكة السعودية .

(5) أنظر، فؤاد عبد المنعم احمد، البصمة الوراثية ودورها في الثبات الجنائي بين التشريع و القانون، المكتبة المصرية الإسكندرية، مصر، ص.21.

### 3: تعريف البصمة الوراثية عند العلميين

مما تقدم في بيان التعريف اللغوي للفظ البصمة، يتضح أنه من أهم فوائد معرفة بصمات الأصابع الاستدلال بها على مُرتكبي الجرائم من خلال ما ينطبع من بصماتهم على الأجسام المصقولة في محل الجريمة<sup>(1)</sup>، فهي قرينة قوية للتعرف على الجناة ولقد تجاوزت الاكتشافات الطبية الحديثة لمعرفة هذه الخاصية من جسم الإنسان إلى اكتشاف خواص كثيرة فيه، وإدراك مدى تأثير تلك الخواص في الوراثة عن طريق أجزاء من جسم الإنسان من دم أو شعر أو مني، أو بول أو غير ذلك<sup>(2)</sup>.

هذا وقد دلت الاكتشافات الطبية أنه يوجد في داخل النواة التي تستقر في خلية الإنسان ( 46 ) من الصبغيات ( الكروموسومات ) وهذه الكروموسومات تتكون من المادة الوراثية - الحمض النووي الريبوري الألكسجيني - والذي يرمز إليه ب(دنا ) أي الجينات الوراثية، وكل واحد من الكروموسومات يحتوي على عدد كبير من الجينات الوراثية قد تبلغ في الخلية البشرية الواحدة إلى مائة ألف مورثة جينية تقريباً، وهذه المورثات الجينية هي التي تتحكم في صفات الإنسان، والطريقة التي يُعمل بها، بالإضافة إلى وظائف أخرى تنظيمية للجينات.

كما قد أثبتت التجارب الطبية الحديثة بواسطة وسائل تقنية في غاية التطور والدقة: "إن لكل إنسان جينوماً بشرياً يختص به دون سواه، لا يُمكن أن يتشابه فيه مع غيره

(1) ندوة الهندسة الوراثية، الهندسة الوراثية و الجينوم البشري والعلاج الجيني، المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، الكويت، 13-15 أكتوبر 1998، ص.1050.

(2) أنظر، دبوسي فؤاد، أجهزة إصلاح الشفرة الوراثية، مجلة عالم الفكر، الكويت، سبتمبر 2004، مجلد 33، ص.131.



أشبه ما يكون ببصمة الأصابع في خصائصها بحيث لا يمكن تطابق الصفات الجينية بين شخص وآخر حتى وإن كانا توأمين".

ولهذا جرى إطلاقُ عبارة (بصمة وراثية) للدلالة على تثبيت هوية الشخص أخذاً من عينة الحمض النووي المعروف بـ ( دنا ) الذي يحملُهُ الإنسان بالوراثة عن أبيه وأُمّه، إذ أن كل شخص يحملُ في خليلته الجينية ( 46 ) من صبغيات الكروموسومات، يرث نصفها وهي ( 23 ) كروموسوماً عن أبيه بواسطة الحيوان المنوي، والنصف الآخر وهي ( 23 ) كروموسوماً يرثها عن أمه بواسطة البويضة وكل واحد من هذه الكروموسومات والتي هي عبارة عن جينات الأحماض النووية المعروف باسم ( دنا ) ذات شقين، حيثُ يرث الشخص شقاً منها عن أبيه، والشق الآخرُ عن أمه، فينتُج عن ذلك كروموسومات خاصة به لا تتطابق مع كروموسومات أبيه من كل وجه ولا مع كروموسومات أمه من كل وجه وإنما جاءت خليطاً منهما<sup>(1)</sup>، وبهذا الاختلاط أكتسب صفة الاستقلالية عن كروموسومات أي من والديه مع بقاء التشابه معهُما في بعض الوجوه، لكنه مع ذلك لا يتطابق مع أي من كروموسومات والديه، فضلاً عن غيرها.

وفي هذا الإطار يقول الدكتور عبد الهادي مصباح: "الحمضُ النووي عبارة عن بصمة جينية لا تتكرر من إنسان إلى آخر بنفس التطابق، وهي تحمل كل ما سوف يكون

(1) ويدلُ على ذلك قول الله تعالى: "إِنَّا خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ نُطْفَةٍ أَمْشَاجٍ نَبْتَلِيهِ فَجَعَلْنَاهُ سَمِيعًا بَصِيرًا" والأَمْشَاجُ هي الاختلاط، سورة الإنسان، الآية 2 .

عليه هذا الإنسان من صفات وخصائص، وأمراض وشيخوخة، وعمر، منذ التقاء الحيوان المنوي للأب ببويضة الأم وحدوث الحمل<sup>(1)</sup>.

غير أن علماء الطب الحديث يرون أنهم يستطيعون إثبات الأبوة، أو البنوة لشخص ما أو نفيه عنه من خلال إجراءات الفحص على جيناته الوراثية حيث قد دلت الأبحاث الطبية التجريبية على أن نسبة النجاح في إثبات النسب أو نفيه عن طريق معرفة البصمات الوراثية، يصل في حالة النفي إلى حد القطع أي بنسبة 100% أما في حالة الإثبات فإنه يصل إلى قريب من القطع وذلك بنسبة 99 % تقريباً.

وطريقة معرفة ذلك، أن يؤخذ عينة من أجزاء الإنسان بمقدار رأس الدبوس من البول، أو الدم، أو الشعر، أو المني، أو العظم، أو اللعاب، أو خلايا الكلية، أو غير ذلك من أجزاء جسم الإنسان، وبعد أخذ هذه العينة يتم تحليلها وفحص ما تحتوي عليه من كروموسومات - أي صبغيات - تحمل الصفات الوراثية وهي الجينات فبعد معرفة هذه الصفات الوراثية الخاصة بالابن وبوالديه يمكن بعد ذلك أن يُثبت بعض هذه الصفات الوراثية في الابن موروثاً له عن أبيه، لاتفاقهما في بعض هذه الجينات الوراثية، فيُحكم عندئذ بأبوته له، أو يقطع بنفي أبوته له، وكذلك الحال بالنسبة للأم، وذلك لأن الابن - كما تقدم - يرث عن أبيه نصف مورثاته الجينية بينما يرث عن أمه النصف الآخر، فإذا

(1) راجع، عبد الهادي مصباح، الاستنساخ بين العلم والدين، ط2، الدار المصرية اللبنانية، 1419 هـ - 1999 م، ص.105.

أثبتت التجارب الطبية والفحوصات المخبرية وجود التشابه في الجينات بين الابن وأبويه ثبت طبيًا بنوته لهما<sup>(1)</sup>.

وقد تثبت بُوته لأحد والديه بناءً على التشابه الحاصل بينهما في المورثات الجينية بينما ينفي عن الآخر منهما، بناءً على انتفاء التشابه بينهما في شتى المورثات الجينية<sup>(2)</sup>.

### ثانياً: خصائص البصمة الوراثية

لقد استنبط العلماء و أهل الطب والمعرفة المتخصصين، بعض المميزات التي تتميز بها البصمة الوراثية عن غيرها من الأدلة البيولوجية الأخرى، وذلك من خلال ما توصل إليه العالم "إلك جيفرس" بعد دراسة و اكتشافاته المستمرة للبصمة الوراثية حيث كان أهم ما تميزت به هذه البصمة ما يلي:

1- عدم توافق وتشابه بين كل فرد وآخر عند تحليل البصمة الوراثية، حيث أن كل إنسان ينفرد بنمط خاص بترتيب حياته ضمن كل خلية من خلال جسده ولا يشاركه فيها أي إنسان آخر في العالم<sup>(3)</sup>، كما أنها اللازمة التي تنتقل من الآباء إلى الأبناء أو من الأصول إلى الفروع<sup>(4)</sup>.

(1) يتم أخذ هذه العينات في مختبرات خاصة، عبد الهادي مصباح، المرجع السابق، ص.108؛ سفيان العسولي، المرجع السابق، ص.33. أشرف عبد الرزاق ويح، موقع البصمة الوراثية ن وسائل إثبات النسب الشرعية، دار النهضة، العربية القاهرة دون طبعة، دون سنة، ص.29.

(2) انظر، سفيان العسولي، المرجع السابق، ص.34؛ كما أشار إلى نفس الفكرة، سعد الدين مسعد الهاللي، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، الكويت، 2001، ص.50.

(3) أنظر، بن داوود عبد القادر، لوجيز ف شرح قانون الأسرة الجديد، دار الهلال، الجزائر، 2005، ص.112.

(4) أشار إلى ذلك، سعد الدين مسعد الهاللي، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، الكويت، 2006، ص.25؛ أخذنا عن محمود محمد الشناوي، التقنية العلمية للبصمة الوراثية، مجلة البحوث الفقهية والقانونية، جامعة الأزهر، ع19، ج02، 2004، ص.337. هامش3.

2- تُعتبر البصمة الوراثية أدق وسيلة عُرفت حتى الآن، وذلك في تحديد هوية الإنسان نظراً لأن نتائجها قطعية لا تقبل الشك و الظن، لذلك قيل أنها وسيلة أثبات لها صفة شبه قطعية، لا بل هناك من يرى أن لها حُجية مُطلقة بنسبة 100%<sup>(1)</sup> حيث تُقوم البصمة الوراثية بوظيفتين هما:

الوظيفة الأولى: هي إثبات النسب (وهنا تختلف مع تحاليل الدم).

الوظيفة الثانية: هي نفي النسب والنفي لا يُعتدُّ به شرعاً إلا باللعان والإثبات يُكون واضحاً في المجال الجنائي، وبذلك إما أن تُثبت البصمة التُّهمة، أو الجريمة، أو أنها تنفي التهمة والجريمة على المتهم.

3- عدم تعفن الحمض النووي وتحلله فهو يُقاوم الحرارة والرطوبة مما يمكننا من التعرف على أصحاب الجثث، والمثال على ذلك أن العلماء قد تمكنوا من استخراج ADN من عينات قديمة يصل أعمارها إلى أكثر من ثلاثي.

4- البصمة الوراثية أو جزئ ADN له قدرة على الاستنساخ وبذلك يعمل على نقل الصفات المتواجدة في النوع الواحد من جيل إلى آخر<sup>(2)</sup>.

5- يُمكن استخراج البصمة الوراثية من أي مخلفات بشرية في جسم الإنسان سواءً كانت سائلة مثل الدم أو اللعاب أو المنى أو كانت أنسجة مثل الجلد أو العظم أو الشعر.

(1) خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص.48.

(2) خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص.140.

ومجمل القول أنه يمكن استخلاصها من أي خلية من جسم، معدا خلايا الدم الحمراء التي لا تحتوي على نواة.

### ثالثاً: مجال الاستفادة من البصمة الوراثية

إذا تفحصنا مجالات العمل بالبصمة الوراثية، نجد أن الاستفادة منها يبرز جلياً في مجالات عدة أهمها<sup>(1)</sup>.

1- التحديد الدقيق لهوية الأشخاص، وفي ذلك فوائد كثيرة، مثل قضايا انتحال شخصية الآخرين، وقضايا تعقب المجرمين.

2- تحديد الأب الطبيعي للشخص، وهذا يُفيد في حالات إثبات الأبوة النسبية عند الاشتباه، وحالات الاتهام بالزنا<sup>(2)</sup> إذا حصل الحمل.

الكشف عن مرتكبي جرائم القتل، أو اعتداء، وفي حالات الاختطاف بأنواعها وفي حالة انتحال شخصيات الآخرين ونحو هذه المجالات الجنائية و الطبية.

والذي يهمنا في هذا البحث، وهو التوصل إلى رأي شرعي اجتهادي حيال تحديد الأب الطبيعي للشخص-نسبه- بوسيلة البصمة الوراثية.

(1) محمد سليمان الأشقر، أبحاث اجتهادية في الفقه الطبي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، ط1، 2001، ص.262.

(2) انظر، علي محمد، البصمة الوراثية وتأثيرها على النسب إثباتاً ونفيًا، ص.13، إثبات النسب بالبصمة الوراثية، ثبت ضمن أعمال الوراثة والهندسة الوراثية ( 454/1 ) ملخص أعمال الحلقة النقاشية حول حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب، ص.19.

رابعاً: تحديد الأبوة الطبيعية بواسطة البصمة الوراثية

من المتفق عليه شرعاً وقانوناً، أنه لن يكون مقبولاً شرعاً استخدام البصمة الوراثية، لإبطال الأبوة التي ثبت بطريق شرعي صحيح، بطريق من الطرق التي تقدم بياها ضمن الباب الأول، ولكن مجال العمل بالبصمة الوراثية سيكون في إثبات أو نفي أبوة لم تثبت بطريق شرعي صحيح، كحالة الشخص المجهول النسب إن ادعاه اثنان فأكثر، وكحالة مجهول النسب، إن ادعى هو أنه ابن فلان أو فلان من الناس وأراد -الأب- المقر له، أو ورثته، التأكد من صحة ذلك.

غير أن ما أثبتته الأبحاث العلمية أنه أمكن بالتقنية المستجدة إثبات الأبوة بنسبة من الصحة، يكاد ينعدم معها احتمال الخطأ .

كما أن استعمال هذه التقنية لا يزال في مراكز البحث المتقدمة جداً في مجال البصمة الوراثية، ولم ينتشر استعمالها في مجتمعاتنا الإسلامية، ولا في المجتمعات الغربية ولكن ذلك أمر مأمول أن يتم في المستقبل القريب<sup>(1)</sup>.

لذلك فإن النظرة الفقهية لإدراك الحكم الشرعي في ذلك ليست نظرة فراغ وليست المسألة مجرد افتراض، بل هي أمر واقع يجب مسايرته.

فهل يتقبل الشرع الإسلامي هذه القضية شرعية صحيحة لإثبات الأبوة؟ وإذا قلنا إنها طريقة شرعية صحيحة، فما منزلتها بين الطرق الأربع المتقدمة؟.

(1) المقصود هنا بعدم الانتشار هو عدم الانتشار الواسع، حتى يتسنى للعامة إن اقتضت الضرورة القيام بهذا التحليل بسهولة وبسلاسة ودون أي عناء أو مشقة أو بطيء (فالأمر ما زال حكراً على الدولة وفي مراكز محدودة).

إن الذي يتجلى لمتوسطي العقل، أنها طريقةً صحيحةً شرعاً لإثبات نسب مجهول النسب المتنازع فيه، وذلك لعدة أمور<sup>(1)</sup>:

أولاً : أن الحق كما يثبت بالبيانات كذلك يُثبت بالقرائن القاطعة والقريضة القاطعة هي التي تدلّ على المطلوب دون احتمال، على أن الشريعة الإسلامية ربما قبلت بناء الحكم في بعض الصور على قرائن ليست مفيدة للقطع، أي أنها تحتمل المدلول برجحان، وتحتمل ضده احتمالاً مرجوحاً، وذلك يفيد غلبة الظن، وغلبة الظن يجوز أن يبني عليها الحكم في كثير من المسائل ومنها مسألة ثبوت النسب الشخصي مجهول النسب ويقول الفقهاء إن القبول هنا مردّه: "أن الشرع متشوفٌ إلى إثبات النسب".

ثانياً : أن فقهاء الشافعية والحنابلة<sup>(2)</sup> قبلوا القيافة طريقاً لإثبات النسب شرعاً والقائف إنما يتكلم عن حدس وتخمين وفراسة، ولا ينعدم احتمال الخطأ في حكمه بحال، بل قد يقول الشيء ثم يرجع عنه إذا رأى أشبه منه، وذلك لأن الصفات الظاهرة في البشر قد تتشابه، وقد ينخدع القائف بالتشابه الظاهر فيكون حكمه بإثبات الأبوة كاذباً، ومع هذا قبلوه طريقاً شرعياً "لتشوف الشارع إلى إثبات النسب".

ثالثاً : أن الأمة بفقهاءها، قد قبلوا في إثبات الهوية الشخصية وسائل مستحدثة أثبتت جدواها علمياً، ويسرت التعامل بين البشر:

(1) أنظر. محمد سليمان الأشقر، إثبات نسب مجهول النسب المتنازع فيه، مرجع السابق، ص. 263.

(2) راجع، محمد الشريبي الخطيب (الشافعي)، مُغني المحتاج إلى معرفة ألقاض المنهاج، ج. 04، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي 1377هـ الموافق ل 1958م، ص. 489.

أ- بصمة الأصابع: فإن الله العليم القدير جعل بصمة الأصابع لكل إنسان متفردة لا تلتبس ببصمة إنسان آخر، وبعضُ المفسرين في العصر الحديث يستشفها من قوله تعالى: "بَلَىٰ قَنَدَرِينَ عَلَىٰ أَنْ نُسَوِّيَ بَنَانَهُ" (1).

ب- ومن ذلك التوقيع الخطي: كما هو معلوم، و المعتاد أن التوقيع لا تتماثل فيه نظرة خبراء الخطوط.

ج- ومن ذلك، الصورة الشخصية المأخوذة بانعكاس الأشعة، المثبتة على البطاقة الشخصية، تكفي بها جميع الجهات الرسمية لإثبات الشخصية.

ولم نسمع عن أحد من أهل العلم والفقہ أنكر العمل بشيء من هذه الوسائل الثلاث المستحدثة، بل استخدموها هم أنفسهم كما استخدمها غيرهم وهذا نوع من الإجماع العملي له أثره في إثبات الأحكام نظير ما قاله الحنيفة في الاستصناع أنه ثبت بالإجماع العلمي من الأمة.

ويضاف إلى هذا أن هذه الوسائل الثلاث قد أثبتت فعاليتها وصحة نتائجها وهو الذي كفل لها الاستمرار والثبات.

فكذلك آلية - البصمة الوراثية - ينبغي أن تُقبل في مجال إثبات الهوية الشخصية ومجال إثبات الأبوة بالنسبة لمجهولي النسب (2).

(1) سورة القيامة، الآية 04.

(2) محمد سليمان الأشقر، أبحاث اجتهادية في الفقہ الطي، نفس المرجع السابق، ص. 264.



خامساً: حالات استخدام البصمة الوراثية في مجال النسب

نظراً لتشوف الشارع إلى ثبوت النسب وإحاقه بأدنى سبب فإن الأخذ بالبصمة الوراثية في مجال إثبات النسب في الحالات التي يجوز فيها الحكم بثبوت النسب بناءً على قول القائف، أمرٌ ظاهره الصحة والجواز، وذلك لأنه إذا جاز الحكم بثبوت النسب بناءً على قول القائف، لاستنادها على علامات ظاهرة أو خفية مبنية على الفراسة والمعرفة والخبرة<sup>(1)</sup> في إدراك الشبه الحاصل بين الآباء والأبناء، فإن الأخذ بنتائج الفحص بالبصمة الوراثية، والحكم بثبوت النسب بناءً على قول خبراء البصمة الوراثية أقلّ أحواله أن يكون مساوياً للحكم بقول القائف، إن لم تكن البصمة أولى بالأخذ بها، والحكم بمقتضى نتائجها من باب قياس الأولى، لأن البصمة الوراثية يُعتمد فيها على أدلة خفية محسوسة، من خلال الفحوصات المخبرية التي علم بالتجارب العلمية صحة نتائجها الدالة على وجود الشبه، والعلاقة النسبية بين اثنين أو نفيه عنهما، كما قال أحد الأطباء المختصين: " أن كل ما يمكن أن تفعله القافة يُمكن للبصمة الوراثية أن تقوم به، وبدقة متناهية"<sup>(2)</sup>.

وقد نص بعضُ فقهاء الحنابلة على ترجيح قول القائف، المستند في قوله إلى شبه خفي على قول القائف المستند في قوله إلى شبه ظاهر، معللين ذلك بأن الذي يستند في قوله إلى شبه خفي معه زيادة علم تدلّ على حذقه وبصيرته<sup>(3)</sup>.

(1) فليست بحدث ولا تخمين كما يقول منكرو القيافة، بل هي غريزة في الطبع، تنمي بالعلم والخبرة والتجربة، وتجدر الإشارة إلى أن هناك ردّ على من قال بأنها حدثٌ وتخمينٌ، أنظر، ابن القيم، لأبي عبد الله محمد، زاد المعاد في هدي خير العباد، المطبعة المصرية، 1389هـ، ط 5 ص. 421.

(2) أشار إلى ذلك، إبراهيم عبد الرحيم الملا، بحث بعنوان: البصمة الوراثية في إثبات ونفي النسب، المؤتمر العلمي السنوي العاشر، كلية الحقوق جامعة المنصورة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، 02 و 03 أبريل 2006، ص. 541.

(3) أنظر موفق الدين ابن قدامي، مغني المحتاج، ج 9، دار الكتاب العربي، بيروت لبنان، ص. 491.

ومما لا شك فيه أن البصمة الوراثية، فيها من زيادة العلم والحذق واكتشاف المورثات الجينية الدالة على العلاقة النسبية، ما لا يوجد مثله في القيافة، ومع ذلك فإن القياس وأصول الشريعة تشهد للقائف، لأن القول بها حُكْمٌ يستندُ إلى إدراك أمور خفية وظاهرة تُوجب للنفس سكوناً، فوجب اعتباره كنفذ الناقد وتقييم المقوم<sup>(1)</sup> ولأن قول القائف حُكْمٌ بظن غالب، ورأيٌ راجحٌ ممن هو من أهل الخبرة فجاز كقول المقومين<sup>(2)</sup>. فكذلك الحال بالنسبة للبصمة الوراثية، لما فيها من زيادة العلم والمعرفة الحسية بوجود الشبه، والعلاقة النسبية ما لا يوجد مثله في القيافة، أما ما يُحمل على الحكم لمشروعية الأخذ بها في مجال إثبات النسب في الحالات التي يجوزُ فيها الحكم بناءً على قول القائف، قياساً عليها ولأن الأصل في الأشياء غيرُ العبادات الإذن والإباحة، وأخذاً من أدلة الشرع العامة، وقواعده الكلية في تحقيق المصالح ودرء المفاسد لما في الأخذ بالبصمة الوراثية في مجال إثبات النسب، من تحقيق لمصالح ظاهرة، ودرأً لمفاسد قصيرة.

حيث يقول العلامة ابن القيم رحمه الله: "وأصولُ الشرع وقواعده والقياسُ الصحيحُ يقتضي اعتبار الشبه في حقوق النسب والشارع متشوّفٌ إلى اتصال الأنساب وعدم انقطاعها، ولهذا اكتفى في ثبوتها بأدنى الأسباب من شهادة المرأة الواحدة على الولادة، والدعوى المجردة مع الإمكان، وظاهرُ الفراش، فلا يستبعد أن يكونُ الشبهُ الخالي عن سبب مقاوم له كافياً في ثبوته...."<sup>(3)</sup>، وقوله أيضاً: "بل الشبهُ نفسه بينةٌ من أقوى

(1) أشار إلى ذلك، ابن القيم الجوزية شمس الدين، الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، ط01، 1990، ص.198.

(2) موفق الدين ابن قدامي، مغني المحتاج، ج9، دار الكتاب العربي، بيروت لبنان، ص.768.

(3) ابن القيم الجوزية، شمس الدين، المرجع السابق، ص.201.

البيانات، فإنها أسمٌ لما يبين الحق ونظيره، وظهورُ الحق هاهنا بالشبه أقوى من ظهوره بشهادة من يجوزُ عليه الوهم والغلط والكذب وأقوى بكثير من فراش يُقطع بعدم اجتماع الزوجين فيه".

أما الشيخ العلامة عبد العزيز بن باز<sup>(1)</sup> رحمه الله يقول: "إن الأساس في هذا كُلهُ مُراعاةُ الشبه الذي يراه المختصون، فإذا كان هناك ولدٌ تنازعت فيه امرأتان أو تنازع فيه أبوان أو ثلاثة، أمان أو أكثر، فهذا محل البحث... فيمكن للثقات الذين يعرفون الشبه سواءً بالبصمة أو غيرها أن يشهدوا أن هذا ولدٌ فلانة، وهذا ولدٌ فلانة عند الاشتباه".

فالبصمةُ الوراثيةُ، والاستدلالُ بها على إثبات النسب يمكن أن يقال بأنها نوع من علم القيافة، وقد تميزت بالبحث في خفايا وأسرار النمط الوراثي للحامض النووي بدقة كبيرة، وعمق ومهارة علمية بالغة، مما يجعلها تأخذُ حُكم القيافة في هذا المجال من باب أولى فيثبت بالبصمة ما يثبت بالقيافة مع وجوب توفر الشروط والضوابط التي وضعها الفقهاء في القيافة، عند إرادة الحكم بإثبات النسب عن طريق البصمة الوراثية<sup>(2)</sup>.

وجاء في توصية ندوة الوراثة والهندسة الوراثية ما نصّه: "البصمة الوراثية من الناحية العملية وسيلةٌ لا تكاد تخطئ في التحقق من الوالدية البيولوجية، والتحقق من الشخصية، ولا سيما في مجال الطب الشرعي، وهي ترقى إلى مستوى القرائن القوية التي يأخذُ بها أكثرُ الفقهاء في غير قضايا الحدود الشرعية، وتمثلُ تطوراً عصبياً عظيماً في مجال

(1) أشار إلى هذه المفولة، عُمر السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها استخدامها في النسب والحناية، قرار مجلس المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي في دورته السادس عشر المنعقدة بمكة المكرمة، 1422هـ الموافق ل2002م، ص.13.

(2) حسن الشاذلي، البصمة الجينية وأثرها في إثبات النسب ضمن ثبت أعمال ندوة الوراثة والهندسة الوراثية 494/1.

القيافة الذي يذهب إليها جمهورُ الفقهاء في إثبات النسب المتنازع فيه ولذلك ترى الندوة أن يؤخذ بها في كل ما يؤخذ فيه بالقيافة من باب أولى<sup>(1)</sup>.

وبناءً على ذلك، فإنه يُمكن الأخذُ بالبصمة الوراثية في مجال إثبات النسب ضمن الحالات التالية:

1- حالات التنازع على مجهول النسب بمختلف صور التنازع التي ذكرها الفقهاء سواءً أكان التنازع على مجهول النسب بسبب انتفاء الأدلة أو تساويها، أو كان بسبب اشتراك في وطء شبهه ونحوه<sup>(2)</sup>.

2- حالات الاشتباه في المواليد في المستشفيات، ومراكز رعاية المواليد والأطفال ونحوها، وكذا الاشتباه في أطفال الأنايب.

3- حالات ضياع الأطفال واختلاطهم، بسبب الحوادث والكوارث وتعذر معرفة أهليهم، وكذا عند وجود جُثث لم يمكن التعرف على هويتها بسبب الحروب، أو غيرها.

ومن المعلوم شرعاً أن النسب في الأصل يُثبت بوسائل منصوصٍ عليها شرعاً كما سبق بيانه ضمن الباب الأول، حيث لا يُجوزُ في الأصل تقديم سواها عليها، كما أنه لا يُجوز اللجوءُ إلى غيرها من الوسائل في الحالات التي يُمكنُ إثبات النسب بها، فإن لم نتمكن

(1) عمر السبيل، المرجع السابق، ص. 46.

(2) حيث ذكر فقهاء الشافعية والحنابلة صوراً كثيرة لكلا النوعين. أنظر في هذا، محمد الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ص. 489 و 490.

من إثبات النسب بالوسائل المنصوص عليها، عندئذ يُمكن إثباته بغيرها كالبصمة الوراثية أو غيرها من الوسائل التي تصلح لهذه المهمة.

وسنحاول إجمالاً بيان بعض الحالات التي يُمكن فيها اللجوء إلى البصمة الوراثية لإثبات النسب وهي كما يلي:

#### أ: حالات تعارض حكم القیافة

في حالة تعرض أحكام القیافة من قائف لآخر يُمكن اللجوء إلى البصمة الوراثية للفصل في هذه القضية، وذلك لتميزها بالدقة بناءً على ذلك يمكن القول أنه يعول في هذه الحالة على البصمة باعتبارها وسيلة لرفع تعارض أقول القائف ويحكم بما تُقره البصمة الوراثية<sup>(1)</sup>.

#### ب : التأكد من شخصية مدعي الانتساب إلى شخص آخر لا يقره ولا ينكره

ومثال هذه الحالة نفترض عائلة ما تفقد أحد أبنائها صغيراً لأي سبب كان وتعجز عن إيجادها، وبعد سنوات طويلة يظهر شخص أو أكثر يدعون الانتساب إلى هذه الأسرة، ولا دليل لهم يُثبت دعواهم وقد يظهر في وقت واحد أكثر من شخص ويحدث هذا في الغالب عندما تكون الأسرة ذات جاه أو موسرة، تحقق لمن ينتسب إليها الجاه والثراء في هذه الحالة يعجز الوالدان عن تحديد أي من الأشخاص هو ابنهما، لأنهما عرفاه عندما كان صغيراً، ولكن عندما يكبر الشخص تتغير ملامحه وقد يأتي أحد هؤلاء المدعين

(1) عبد الهادي الحسين، استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب (نظرة شرعية)، مجلة العربية للدراسة الأمنية والتدريب عملية دورية، تصدر عن أكاديمية نايف العربية الأمني، 1424 هـ الموافق ل سنة 2006، ع 35، ص. 34.

إلى هذه الأسرة بأسرار وأوصاف لا يعلمها إلا من كان قريباً من الأسرة، وقد يكون ذلك من قبيل النصب والاحتيايل فقط، في مثل هذه الحالة تكون البصمة الوراثية وسيلة مناسبة للتحقق من نسب مدعي الانتساب إلى هذه الأسرة<sup>(1)</sup>.

### ج: حالة الولادة من فراشين

وصورة هذه الحالة عند وطء المرأة بشبهة، وفي طهر وطأها فيه زوجها، فعندما توطأ المرأة في طهر جامعها فيه زوجها، من قبل من تضمنه زوجها ويضمنها زوجته وهو أحد أنواع الوطاء بشبهة، ويسمى هذا العمل بشبهة الفعل عند فقهاء الشريعة ففي هذه الحالة لا يمكن إلحاق لولد بصاحب الفراش مع وجود الفراش، وذلك بسبب وجود الوطاء بشبهة، لأن الحمل الحاصل يُحتمل أن يكون من الواطئ الأجنبي، كما يمكن أن يكون من الزوج نفسه.

فالحل العلمي الذي يريح النفوس والضمائر، هو اللجوء إلى البصمة الوراثية للحكم بما تقرره، حيثُ قديماً ذهب بعضُ الفقهاء إلى عرض الولد على القائف، ليقرر أي الوطئين أحق بنسب الولد، وهو ما ذهب إليه الأوزعي والشافعية والحنابلة<sup>(2)</sup>.

### د: حالة اختلاط الأطفال المولودين حديثاً

قد يحدث لسبب ما اختلاط الأطفال المولودين حديثاً في أقسام الولادة بالمستشفيات، مما يصعبُ معه على الأمهات التمييز بين ابنها وغيره.

(1) عبد الهادي الحسين، المرجع السابق، ص. 35.

(2) غير أن الحنفية، ردوا بأن نسب الطفل ينسب للمتنازعين جميعاً لعدم إمكان الوصول إلى الحقيقة بمعرفة صاحب ماء إلا بالشبه والتخمين وهذا أمرٌ ضعيفٌ، راجع، أنس حسن محمد ناجي، مرجع سابق، ص. 229.

وقد يُكون هذا الفعل متعمد من بعض القابلات لغرض ما، كما قد يتم هذا بطريق الخطأ أو نتيجة إهمال، في هذه الحالة يُكون الحل المجدي هو اللجوء إلى البصمة الوراثية لمعرفة نسب كل طفل وإحماقه بوالديه.

هـ: حالة إدعاء امرأتين أو أكثر نسب مجهول

قد تدعي امرأتان أو أكثر نسب شخص مجهول وتصرُّ كلُّ واحدة منهما على أنها والدته ولا دليل يَرَجَحُ إدعاء أي واحدة منهما، ففي هذه الحالة يلجأُ إلى البصمة الوراثية لتحديد أي المرأتين أو أي النساء أحقُّ بالولد من النساء أنه ولدها ولدته من زوجها، و أن المفقود من الأبناء لا يخصها بل يخص غيرها .

وفي هذه الحالة يُقر كل واحد من الأزواج أن زوجته ولدت منه، ولكن يعجز على إثبات أي من الأولاد الباقيين هو أبْنُهُ، ولكن يُعتمد على تذكر زوجته التي هي أعرف بولدها منه، و إذا كان كلُّ واحد من الأزواج يصدق زوجته فيما تقول، و لا شك يحدث تعارض ولا يمكن رفع التعارض إلا بواسطة القائف، أو البصمة الوراثية، وهي أدق و أكد منه<sup>(1)</sup>.

(1) عبد الهادي الحسين، نفس المرجع السابق، ص. 39 .

و: حالة إدعاء رجلين فأكثر نسب شخص و عجز القافة

إذا أقر رجلان فأكثر بنسب شخص ما و تنازع فيه وتساوت الأدلة، فإنه يُعرض على القائف، فإن عجزت يُمكن اللجوء إلى ما تقرره البصمة الوراثية، ومن ثبت له النسب ألحق به دون سواه<sup>(1)</sup>.

## الفرع الثاني

### ضوابط العمل بالبصمة الوراثية

إذا كان بعضُ الفقهاء المعاصرين قد ذهبوا إلى جواز الأخذ بالبصمة الوراثية والاكتفاء بها عن اللعان، إذا دلت نتائجها عن انتفاء النسب بين الزوج والمولود على فراشه، معللين لذلك بأن الزوج إنما يلجأ إلى اللعان لنفي النسب عند فقد من يشهد له بما رمى به زوجته، وحيثُ أن الفحص من خلال البصمة الوراثية قد يدلُّ على صحة قول الزوج، فإنها تكون بمثابة الشهود التي تدلُّ على صدق الزوج فيما يدعيه على زوجته في حال ثبوت انتفاء النسب بين الزوج والمولود، على فراشه من خلال نتائج البصمة الوراثية<sup>(2)</sup>.

ومن أجل ضمان صحة نتائج البصمة الوراثية، فقد ذكر بعضُ الفقهاء والأطباء المختصين بالبصمة الوراثية ضوابط لا بد من تحققها كي يمكن الأخذ بنتائج البصمة الوراثية،

(1) بحيث يجوز الإلحاق بأكثر من أب مع ملاحظة أن الحنفية والزيدية و الإباضية يقولون بجواز الإلحاق بأكثر من أب بالدعوى لا بقول القائف، فيجوز أن يلحق لولد بمن ادعاه وان كان أكثر من واحد، مع خلاف بينهم في العدد الذي يجوز الإلحاق به، أنظر، أسماء مندوه عبد العزيز أبو خزيمة، مرجع سابق، ص.200.

(2) أنظر، واصل نصر فريد، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، قرار الجمع الفقهي رابطة العالم الإسلامي في دورته السادس عشر المنعقد بمكة المكرمة، 1422هـ، 2002م، ص.51.



وهذه الضوابط تتعلق بخبراء البصمة الوراثية، وبطريقة إجراء التحاليل والمختبرات والمعامل الخاصة بالبصمة الوراثية، وأهم هذه الضوابط ما يأتي:

1- أن تكون مختبرات الفحص للبصمة الوراثية تابعة للدولة أو تُشرف عليها إشرافاً مباشراً، مع توفر جميع الضوابط العلمية والمعملية المعتبرة محلياً وعالمياً في هذا المجال.

2- أن يكون جميع القائمين على العمل في المختبرات الخاصة بتحليل البصمة الوراثية سواء كانوا من خبراء البصمة الوراثية، أو من المساندين لهم في أعمالهم المخبرية ممن توفر فيهم أهلية قبول الشهادة كما في القائف، إضافةً إلى معرفته وخبرته في مجال تخصصه الدقيق في المختبر<sup>(1)</sup>.

3- توثيق كل خطوة من خطوات تحليل البصمة الوراثية بدءاً من نقل العينات انتهاء بظهور النتائج حرصاً على سلامة تلك العينات وضماناً لصحة نتائجها مع حفظ هذه الوثائق للرجوع إليها عند الحاجة .

4- عمل التحاليل الخاصة بالبصمة بطرق متعددة، وبعدد أكبر من الأحماض الأمينية، ضماناً لصحة النتائج قدر الإمكان<sup>(2)</sup>.

وكتعليق على هذه الشروط يُمكن القول أن هذه الضوابط في رأينا إذا توفرت جميعها في خبراء البصمة الوراثية وفي المعامل، ومختبرات تحليل البصمة فإنه لا مجال للتردد

(1) أنظر، واصل نصر فريد، مرجع سابق، ص.21.

(2) أنظر، واصل نصر فريد، مرجع السابق، ص.28.

فيما يظهر في مشروعية العمل بالبصمة الوراثية واعتبارها طريقاً، من الطرق المعتمدة لإثبات النسب كالقيافة إن لم تكن أولى.

### أولاً: مسائل لا يجوز إثبات النسب فيها بالبصمة الوراثية

نص بعض الفقهاء على مسائل لا مجال للقيافة في إثبات النسب بها وبالتالي

فإنه لا مجال للبصمة الوراثية كذلك في إثبات النسب بها، ومن هذه المسائل ما يأتي :

- إذا أقر رجلٌ بنسب مجهول النسب، وتوفرت شروط الإقرار بالنسب فإنه يلتحق به، للإجماع على ثبوت النسب وتوفرت شروط الإقرار بالنسب فإنه يلتحق به، للإجماع على ثبوت النسب بمجرد الإستلحاق مع الإمكان، فلا يجوز عندئذ عرضه على القائف لعدم المنازع فكذلك البصمة الوراثية كالقيافة في الحكم هنا<sup>(1)</sup>.

- إقرار بعض الفقهاء بأخوة النسب لا يكون حجة على باقي الإخوة ولا يثبت به نسب، وإنما تقتصر آثاره على المقر في خصوص نصيبه من الميراث<sup>(2)</sup> ولا يُعتدُّ بالبصمة الوراثية هنا، لأنه لا مجال للقيافة فيه.

- إلحاق مجهول النسب بأحد المدعين بناءً على قول القائف، ثم أقام الآخر بيّنة على أنه ولده فإنه يُحكم له به، ويسقط قول القافة، لأنه بدلٌ على البيّنة فيسقط بوجودها، لأنها الأصل كالتيتم مع الماء<sup>(3)</sup> فهكذا البصمة الوراثية في الحكم هنا.

(1) انظر، عمر السبيل، المرجع السابق، ص.497.

(2) راجع، عمر عبد الله، أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية، دار المعارف، القاهرة، ط4، 1963، ص.103 - 104.

(3) أنظر، أبي محمد عبد الله بن أحمد ابن قدامه المقدسي، المغني، تحقيق محمود عبد الوهاب فايد، وعبد القادر أحمد عطا، مكتبة القاهرة، دس، ص.770-771.

وعموماً فإن الأخذ بالبصمة الوراثية في مجال إثبات النسب، لا يوجب بطلان العمل بالقيافة، لأنها طريقٌ شرعيٌّ لإثبات النسب عند التنازع فيه، ثابتٌ بالنص والأثر فلا يجوز إلغاؤه وإبطاله بأي حال من الأحوال، ولكن يظلّ الطريقتان أعني القيافة والبصمة محلاً للعمل بهما في مجال إثبات النسب في الأحوال المنصوص عليها أما القيافة فبالنص، وأما البصمة الوراثية، فبقياس الأولى على القيافة.

ومجمل القول أنه يجب وضع ضوابط لاستخدام البصمة الوراثية حتى لا تخالف الوسائل المنصوص عليها شرعاً في مجال إثبات النسب وذلك حتى لا يؤدي إعمالها إلى مخالفة مقصود الشارع وتتمثل هذه الضوابط فيما يلي:

#### ثانياً: الضوابط الشرعية للعمل بالبصمة الوراثية

1- ألا تُصادم نصاً ولا تُخالف مع مقصد الشارع، وذلك بأن لا تخالف نتائج البصمة الوراثية صدق النصوص الشرعية الثابتة في الكتاب والسنة المطهرة، وذلك حتى لا يؤدي ذلك إلى إهمال النصوص الشرعية المقطوع بصحتها وجلب المفاصد حيث لا يجوز استخدامها للتشكيك في صحة الأنساب المستقرة وزعزعة الثقة بين الزوجين<sup>(1)</sup>.

فمثلاً: إذا أقر رجل بنسب مجهول النسب، وتوفرت فيه شروط الإقرار فإنه يلحق به، وعندئذ لا يجوز فحص البصمة لأن النسب هنا قد ثبت<sup>(2)</sup>.

(1) راجع في ذلك، خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص. 49.

(2) أنظر، عمر السبيل، المرجع السابق، ص. 34.

2- يجب ألا يُخالف تحاليل البصمة العقل و المنطق و الواقع، فلا يُمكن أن تُثبت البصمة نسب من لا يُولد لصغر سنه مثلاً.

3- يجب أن تكون أوامر التحاليل البيولوجية للبصمة الوراثية صادرةً عن الجهات القضائية، أو ممن له سلطة ولي الأمر، حتى يُغلق بابُ التلاعب وأتباع الأهواء الطبية عند ضعف النفوس.

4- منع القطاع الخاص والشركات التجارية من المتاجرة فيها، و إغلاقها فوراً إضافةً إلى فرض العقوبات الزاجرة والرادعة على كل من تُسوّل له نفسه التلاعب بالجينات البشرية أو التعرض للأسرة السليمة وتحطيم دعائمها المستقرة.

### ثالثاً: ضوابط العمل بالبصمة الوراثية من الناحية العلمية

على غرار الضوابط الشرعية التي يجب توافرها حتى يمكننا الأخذ بنتائج تحاليل البصمة الوراثية، هناك ضوابط من الناحية العلمية التي لا غنى عنها كما يلي:

1- أن لا يتم إجراء التحاليل إلا بإذن من الجهة الرسمية<sup>(1)</sup>، كما يجب أن تكون المختبرات، والمعامل الفنية تابعة للدولة وتحت رقابتها، حتى لا يتم التلاعب فيها لمجرد المصالح الشخصية وبالتالي النسب عرضة للضياع<sup>(2)</sup>.

(1) راجع، هلالى سعد الدين، حجية استخدام البصمة الوراثية لإثبات البنوة ونفيها، أعمال الحلقة النقاشية، المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، الكويت، 1421هـ، 2001، ص.91.

(2) أشار إلى ذلك، خليفة علي الكعبي، مرجع السابق، ص.50.

أما إذا لم يتوفر ذلك يمكن الاستعانة بالمختبرات الخاصة لإشراف الدولة ويشترط على أي حال أن تتوفر فيها الشروط و الضوابط المعبرة محليا وعالميا في هذا المجال<sup>(1)</sup>.

2- أن تكون هذه المختبرات والمعامل الفنية، مزودة بأحسن الوسائل والأجهزة ذات التقنيات العالمية والمواصفات الفنية القابلة للاستمرارية، والتفاعل مع العينات وكذا الظروف المحيطة بها في الدولة<sup>(2)</sup>.

3- يجب أن تُجرى التحاليل في مختبرين على الأقل معترف بهما، على أن تؤخذ الاحتياطات اللازمة لضمان عدم معرفة أحد المختبرات التي تقوم بإجراء الاختبار بنتيجة المختبر الآخر<sup>(3)</sup>.

4- يجب أن يكون القائمون على العمل في المختبر المنوط بإجراء تحاليل البصمة الوراثية ممن يوثق بهم علماً و خُلُقاً، وأن لا يكون أي منهما صلةً أو قرابةً أو صداقة أو عداوة بأحد المتداعيين أو حُكم عليه بحكم مُخل بالشرف أو الأمانة<sup>(4)</sup>.

5- أن يكون العاملون على البصمة الوراثية من أصحاب الخبرة العالية والمستوى الرفيع وممن يشهد لهم بالتقدم العلمي والتقني حتى لا يؤدي عدم ذلك إلى تدهور في النتائج الفنية وبالتالي ضياع الحقوق من أصحابها<sup>(5)</sup>.

(1) راجع، هالالي سعد الدين، مرجع السابق، ص.99.

(2) أنظر، خليفة علي الكعبي، مرجع سابق، ص.50.

(3) أشار إلى ذلك، هالالي سعد الدين، مرجع السابق، ص.122.

(4) هالالي سعد الدين، المرجع السابق، ص.122.

(5) خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص.51.

6- أن يكون خبراء البصمة الوراثية المعنيون بإجراء التحليل موضوع الدراسة مسلمين ، لأن قول غير المسلم لا يقبل في أمر خطير كهذا إن كان متعلقاً بمسلم<sup>(1)</sup>.

رابعاً: الطريقة العلمية لإجراء تقنية البصمة الوراثية:

اكتشف العلماء طريقة اقتصادية جد دقيقة و سريعة تعتمد على طريقة " l'amplification exponentielle " تُسمى " (RPC) Polymérisation en chaîne " التفاعل البنائي المتسلسل " هذه الطريقة تم اكتشافها و استعمالها في مخابر الطب الشرعي واستمر الباحثون في البحث عن طرق جديدة و لا شك أن هذا المجال سوف يتطور<sup>(2)</sup>.

و بالفعل تمكن الدكتور " أليك جيفريز Alec Jeffreys " من وضع تقنية جديدة للحصول على البصمة الوراثية و التي تتلخص في عدة نقاط هي :

1/ تستخرج عينة الـ ADN من نسيج الجسم أو سوائله مثل: الدم، أو الشعر، أو الريق، أو المنى، أو أي شئ من الجسم<sup>(3)</sup>.

2/ تقطع العينة بواسطة أنزيم معين يمكنه قطع شريطي الـ ADN طولياً فتصل قواعد الأدينين (A) والجوانين (G) في ناحية، والتيامين (T) و السيتوزين (C) في ناحية أخرى، و يُسمى هذا الأنزيم بالآلة الجينية أو القص الجيني.

(1) محمد سليمان الأشقر، أبحاث اجتهادية في الفقه الطبي ، مؤسسة الرسالة ، ص.265 .

(2)-MARCEAU J., " La mise en œuvre de la banque d'empreintes génétiques " , 2004. p. 04.

(3) معاداً في الكريات الحمراء .

3/ ترتب هذه المقاطع باستخدام طريقة تسمى: التفريغ الكهربائي و تتكون بذلك حارات طولية من الجزء المنفصل عن الشريط، يتوقف طولها على عدة ميكرووات.

4/ تعرض المقاطع إلى فيلم الأشعة السينية X أي فيلم وتطبع عليه فتظهر على شكل خطوط داكنة اللون و متوازية، ورغم أن جزيء الـ ADN صغير إلى درجة فائقة حتى أنه لو جمع كل ADN التي تحتوي عليها أجساد سكان الأرض لما زاد وزنه عن 36 ملغ فإن البصمة الوراثية تعتبر كبيرة نسبياً، وواضحة.

ولم تتوقف أبحاث الدكتور "أليك" على هذه التقنية، بل قام بدراسة على إحدى العائلات اختبر فيها توريث هذه البصمة و تبين له أن الأبناء يحملون خطوطاً يجيء نصف من الأم و النصف الآخر من الأب، وهي مع بساطتها تختلف من شخص لآخر<sup>(1)</sup>.

\* كل ما هو مطلوب لتعيين بصمة الجينات هو عينة صغيرة من الأنسجة التي يمكن استخلاص الحمض النووي الريبوزي المختزل ADN منها، فعلى سبيل المثال:

\* عينة من الدم في حالة إثبات بنوة<sup>(2)</sup>.

\* عينة من الحيوان المنوي في حالة اغتصاب.

\* قطعة جلد من تحت الأظافر أو شعيرات من الجسم بجذورها في حالة وفاة بعد مقاومة المعتدي.

(1) أنظر، محمد علي، تعرف على بصمتك، المنتديات الطبية و الاجتماعية، موقع [www.shamela.net](http://www.shamela.net) يوم 2012/04/22، على الساعة، 12 و 44 د .

(2) أشارت إلى ذلك، أمينة مهدي، مقال بعنوان: "مجالات الهندسة الوراثية"، الموقع [www.islamonline.net](http://www.islamonline.net) يوم 2012/04/22، على الساعة، 13 و 08 د .

\* دم أو سائل منوي مجمد أو جاف موجود على مسرح الجريمة.

\* عينة من اللعاب<sup>(1)</sup>.

ولو كانت العينة أصغر من المطلوب فإنها تدخل اختبار آخر وهو تفاعل أنزيم البوليمير PCR والذي نستطيع من خلال تطبيقه مضاعفة كمية الـ ADN في أي عينة، ومما وصلت إليه هذه الأبحاث المتميزة أن البصمة الوراثية لا تغير من مكان إلى آخر في جسم الإنسان فهي ثابتة بغض النظر عن نوع النسيج فالبصمة الوراثية التي في العين نجد مثيلاتها في الكبد و القلب و الشعر، و من ثمة يمكن تحديد هوية الشخص بواسطة الـ ADN فمثلاً في القضايا الجنائية تُؤخذ عينة من مسرح الجريمة و تُقارن بعينة من المشتبه فيه للتأكد من التطابق أو عدم ذلك.

أما في حالة التأكد من وجود صلة بين الأب و ابنه (النسب) تُؤخذ العينات من الأب المفترض و الطفل و يُمكن أن تُؤخذ عينة من الأم و في حالة وفاة الأب يمكن أخذ عينات من قريب للأب للتأكد من ذلك، لكن ما هي المدة العلمية لأجراء هذه التقنية؟، حيثُ أن الرأي العلمي ينص على أنه يُمكن إجراء هذه العملية في ظرف أسبوعين إذا كانت العينات موجودة<sup>(2)</sup>، كما أن عملية الفحص و إجراءات التحليل، تكُونُ على عاتق المعنيين بالبحث، كما قد يتحصل المعنيين على المساعدة القضائية.

(1) باديس ديايي، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى عين ليلة، الجزائر طبعة 2010، ص.90.

(2) والسبب الدافع إلى طرح هذا السؤال هنا، هو ما نراه واقعياً من طول مدة التحليل خصوصاً وأن أصحابها ينتظرون على أحر من الجمر مدة من الزمن لمعرفة نتائج التحليل، قد تصل إلى 30 يوماً.



وبعد الحديث عن طرق أعمال البصمة الوراثية، يُرَوِّقُ لنا الحديثُ عن أهمية البصمة الوراثية في إثبات النسب، كل هذا ضمن المطلب الموالي.

## المطلب الثاني

### أهمية البصمة الوراثية في إثبات النسب

تبدو لنا أهمية البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب من خلال تطبيقاتها وحجيتها، حيث ستم دراسة أثر البصمة الوراثية في إثبات النسب ضمن (الفرع الأول) ، ثم مناقشة حجيتها في قانون الأسرة الجزائري، والشريعة الإسلامية ضمن ( الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### أثر البصمة الوراثية في إثبات النسب

ابتداءً نقول أنه إذا وجد القاضي نفسه أمام دعوى أثبات النسب، وبالطرق العلمية فلا بُد له من اللجوء إلى الاستعانة بأصحاب الاختصاص، وهم خبراء البيولوجيا، كون العملية تتطلب تحاليل وفحوصات للوصول إلى النتائج الدقيقة وعليه ستم معالجة موضوع تطبيقات البصمة الوراثية في مجال النسب ضمن التشريع الجزائري، وبعض التشريعات المقارنة (أولاً)، لنسلط الضوء على حجيتها في بعض الاجتهادات القضائية، وذلك في (ثانياً).

أولاً: البصمة الوراثية في التشريع الجزائري و المقارنة

سيتم التطرق إلى البصمة الوراثية في التشريع الجزائري(01)، ثم التطرق إلى قوة البصمة الوراثية في نفي أو إثبات النسب لدى المشرع المغربي(02).

**1: البصمة الوراثية في التشريع الجزائري<sup>(1)</sup>**

أضاف المشرع فقرة ثانية للمادة 40 من قانون الأسرة الجزائري المعدل وبموجب الأمر 05/02 لسنة 2005 نصَ فيها على جواز لجوء القاضي للطرق العلمية في إثبات النسب، وهذا تماشياً مع التطورات العلمية الحديثة، وما يُعاب على هذه الفقرة المضافة أنها جاءت عامّة حيث لم يحدد المشرع هذه الطرق العلمية، فهل المقصود بها التحاليل الدموية؟ أم تحليل البصمة الوراثية؟ أم ترك المجال مفتوحاً لجميع الطرق العلمية بمعناها الواسع حتى التي لم تكتشف بعد؟.

كما أن هناك شروط قانونية تعترض هذه الطريقة (طريقة فحص البصمات الجينية) و نذكر منها: السلامة الجسدية ، كما أنه معلومٌ أن فحص البصمات الجينية يجري على العتاد المأخوذ من جسم الإنسان، غير أن الوضعية الحالية للعلوم لا تسمح في الوقت الحاضر سوى بإجراء الفحص، على الدم، و السائل المنوي، و الشعر... الخ.

و في الحالات التي لا يُمكن الحصول فيها على العتاد الجسدي المرغوب بغرض إجراء فحص الحمض النووي، بحيث ينبغي عدم المساس بالسلامة الجسدية للفرد المشبوه أو

(<sup>1</sup>) لا بُد من الإشارة إلى أن القضاء في الجزائر وقبل تعديل قانون الأسرة لسنة 2005، لم يكن يأخذ بالخبرة العلمية كدليل لإثبات النسب وإنما ظل متمسكاً بالطرق الشرعية المتمثلة في الإقرار والبيّنة(التي هي شهادة الشهود كما أشرنا له في الباب الأول)، أنظر، باديس ديابي مرجع سابق ص.96.

المتهم، وهي سلامة مضمونة دستورياً حيث نصت المادة 35 من دستور 1996<sup>(1)</sup> على أنه: "يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق و الحريات و على كل ما يمس سلامة الإنسان".

فيبقى الحق في السلامة الجسدية حقاً مطلقاً يحميه قانون الإجراءات الجزائية و كذا قانون العقوبات عن طريق القضاء الجزائي و هو وحده الذي يُقرر ما إذا كان ينبغي إكراه الشخص على أخذ جزء من جسمه، وهو الذي يذكر الحدود و المواضيع الحميمة التي لا يجوز المساس بها و هي حدود السلامة الجسدية و حرمة الحياة الخاصة، وعليه سنتطرق إلى كل واحدة من هذه الإشكالات في موضوع إشكالات تطبيق البصمة الوراثية لاحقاً.

### أ- حرمة الحياة الخاصة

تعد حرمة الحياة الخاصة ثاني حق يمكن أن يتأثر بفحص الحمض النووي ل ADN لأن التساؤل المطروح يكمن في القول إلى أي مستوى يمكن للفحص أن يشكل تدخلاً في الحياة الخاصة للفرد التي يحميها الدستور، حيث نصت المادة 34 منه: "تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان، يحضر أي عنف بدني أو معنوي أو أي مساس بالكرامة".

وتظهر إحدى الاعتراضات الأساسية على المساس بجرمة الحياة الخاصة في كون فحص البصمة الجينية يفتح المجال للبحث عن الخصائص الوراثية و هذا الاعتراض مستمد من فكرة مفادها أن معرفة تكوين خصائص الحمض النووي للفرد يكشف الاستعداد الوراثي له، و بالتالي يكشف عن الاستعداد الإجرامي للمتهم فالاعتراض الأساسي إذن

(1) دستور 1996 الصّادر بالمرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 26 رجب 1417 هـ المتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ع 76 لسنة 1996.

يتجلى في أن فحص الحمض النووي ADN يمكن أن يمد الغير بمعلومات من المتهم أكثر من المعلومات التي يحتاجها للتحقق من العينات المفحوصة للمقارنة.

و لا شك أن هذه المعلومات المتعلقة بالفرد تُعدُّ ذات طابع شخصي خاص جداً لأنها تتعلق بمعلومات شخصية، رغم أن طريقة الطبيب (Jeffreys) المتبعة في الوقت الحاضر تطمئننا بأن العمود (Le code - barre) لا يكشف بأي حال من الأحوال عن الشخص الذي قدم منه الجزء الخلوي.

هذا وأن البصمة الجينية المتحصل عليها من خلال هذه الطريقة لا تعطي أي معلومة عن شخصية المتهم، أو طبعه أو استعداداته الإجرامية أو الوراثية، كما أن هذه الطريقة لا تُعطي أي وصف لشخص (طول، قصر، رجل، امرأة)، و لهذا يجب على المشرع أن يضع ضمانات صارمة حول بقية توسع فحص الأعمدة المشفرة في الإجراءات الجزائية، كما أن هناك اعتراض آخر مضمونه أن لا يجبر الشخص على تقديم دليل ضد نفسه.

#### ب-عدم إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه

تتضمن أغلب القوانين الإجرائية المعاصرة أحكاماً تحتوي على ضمانات مفادها التصريحات التي يُدلي بها المتهم، و تُعدُّ كأنها تمت بحرية منه دون إكراه واقع عليه، تماشياً مع المادة 03/04 و 04 من الاتفاقية العالمية لحقوق الإنسان لسنة 1948 إن أخذ العتاد الخلوي من أجل فحص الحمض النووي يتم فيه إجبار الشخص المعني فما مدى انطباق هذه المقتضيات على فحص البصمات الجينية انطلاقاً من الجزء المأخوذ من المتهم على أن يشهد ضد نفسه أو إكراهه على الاعتراف بخطئه، فليس المتهم هو الذي يتكلم هنا، و إنما

الوقائع المادية هي التي تعوض التصريحات<sup>(1)</sup>، وفي هذا الصدد نصت التوصية الخامسة من الدستور الأمريكي على عدم إكراه الشخص<sup>(2)</sup> في أي حالة جرميه، تقديم اعترافات ضد نفسه حيث قالت:

(3) Criminal any in compelled be shall not himself against witness a be to case  
فمبدأ عدم إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه لا ينطبق سوى على التصريحات الشفوية<sup>(4)</sup> و في الجزائر نصت المادة 213 من ق إ ج على أن الاعتراف شأنه شأن جميع عناصر الإثبات تخضع لحرية تقدير القاضي، و بالتالي يبقى الشخص بريئاً إلى أن تثبت إدانته نهائياً من طرف القضاء الجزائري و لو حامت شكوك حوله و لو اشتبهت في شأنه الشرطة القضائية و حتى لو تابعت النيابة العامة و أودعه قاضي التحقيق الحبس المؤقت.

### ج- احترام مبدأ قرينة البراءة

نص عليها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان و الذي مفاده أن كل شخص تابعته النيابة العامة يظل بريئاً إلى غاية إدانته نهائياً، و هو ما نصت عليه المادة 45 من الدستور الجزائري: "كل شخص متهم يعتبر بريئاً حتى تثبت جهة قضائية نظامية إدانته...."

وهذا المبدأ لا يتعارض مع تطبيق الوسائل الزجرية في الإجراءات الجزئية مثل التوقيف للنظر و الحبس المؤقت، رغم أن تطبيق هذه التدابير يُمكن أن يكون مُطلقاً لتأسيس

(1) نويري عبد العزيز، البصمة الجينية و دورها في الإثبات في المادة الجزائية، مجلة الشرطة، عدد 65، بتاريخ 2004/02/02، ص.45.

(2) دون إرغامه على تقديم دليل ضد نفسه، لأن ذلك يعد خرقاً لمبادئ الإثبات .

(3) أشار إلى هذه التوصية، نويري عبد العزيز، نفس المرجع السابق، ص.46.

(4) كاستعمال آلات تحليل الأصوات (analyses macro) وآلة الكشف عن الكذب (détecteur des mensonges) بعد الاستعمال غير القانوني.

أية إدانة مُحتملة، و لذلك كفل المشرع تلك التدابير الردعية بضمانات عديدة من حيث الأشخاص الذين يقومون بها ضباط الشرطة القضائية و القضاة أو من حيث الزمان تحديد مدة التوقيف للنظر و الحبس المؤقت أو من حيث المكان (مقررات الحجز و أماكن الحبس)<sup>(1)</sup>.

### 2: قوة البصمة الوراثية في نفي أو إثبات النسب لدى المشرع المغربي

يرى علماء الطب الحديث أنهم يستطيعون إثبات الأبوة، أو البنوة لشخص ما أو نفيه عنه من خلال إجراءات الفحص على جيناته الوراثية، حيث دلت الأبحاث الطبية التجريبية إلى أن نسبة النجاح في إثبات النسب، أو نفيه عن طريق معرفة البصمات الوراثية يصل في حالة النفي إلى حد القطع أي بنسبة 100% أما في حالة الإثبات فإنه يصل إلى قريب من القطع وذلك بنسبة 99.99 % تقريباً.

فبعد فحص العينة المأخوذة من جسم الإنسان وتحليلها، وفحص ما تحتوي عليه من كروموزومات . أي صبغيات . تحمل الصفات الوراثية، وبعد معرفة هذه الصفات الوراثية الخاصة بالابن وبوالديه، يُمكن بعد ذلك أن يثبت بعض هذه الصفات الوراثية في الابن مورثة له عن أبيه لاتفاقها في بعض هذه الجينات الوراثية فيحكّم عندئذ بأبوته له، أو يقطع بنفي أبوته له، وكذلك الحال بالنسبة للأم، وذلك لأن الابن . كما تقدم . يرث عن أبيه نصف مورثاته الجينية، بينما يرث عن أمه النصف الآخر، فإذا أثبتت التجارب الطبية والفحوصات المخبرية وجود التشابه في الجينات بين الابن وأبويه، ثبت طبيّاً بنوته لهما، وقد

(1) أنظر، محمد أبو زيد، دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب، مجلة الحقوق تصدر عن مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت 1996 ع2، ص.287.

تثبت بنوته لأحد والديه بناءً على التشابه الحاصل بينهما في المورثات الجينية، بينما يُنفى عن الآخر منهما، بناءً على انتفاء التشابه بينهما في شتى المورثات الجينية، والقضاء المغربي أصبح مع مدونة الأسرة الجديدة يأخذ الخبرة الجينية لنفي أو إثبات النسب، لكن شريطة إدلاء المعني بدلائل قوية على ادعائه وصدور حكم قضائي بها<sup>(1)</sup>، حيث جاء في حكم للمحكمة الابتدائية بفاس بقولها: "...وحيث إنه إعمالاً لهذا المقتضى فقد أمرت المحكمة تمهيداً بإجراء خبرة على الحامض النووي لكل من المدعى عليه والطفلة... لمعرفة ما إذا كانت هذه الأخيرة قد تنسلت من صلب المدعى عليه.. وحيث تم إنجاز تقرير الخبرة من قبل المختبر المنتدب والذي خلص فيه إلى القول بأن السيد.. هو فعلاً الأب الطبيعي للطفلة.. بنسبة 99.99% .

وحيثُ أنه بالبناء على هذه العلة مجتمعة، فقد اقتنعت المحكمة جازمة بأن الشروط المنصوص عليها بمقتضى المادة 156 من المدونة قام الدليل على توافرها في نازلة الحال كما أن تقرير الخبرة جاء شاهداً بلسان حاله على تنسل الطفلة... من صلب والدها المدعى عليه..، حكمت المحكمة علنياً ابتدائياً بمثابة حضوري في الشكل: بقبول الطلب، وفي الموضوع: بثبوت نسب الطفلة... لوالدها عثمان.."<sup>(2)</sup>.

وللإشارة فإن مجال العمل بالبصمة الوراثية غيرٌ مُنحصر في النسب حيث يرى المختصون في المجال الطبي وخبراء البصمات أنه يمكن استخدام البصمات الوراثية في

<sup>(1)</sup> راجع في ذلك العديد من قرارات المحكمة المغربية الابتدائية بالجديدة، في هذا الموضوع، محمد الكشور، البتة والنسب في مدونة الأسرة، قراءة في المستجدات البيولوجية، سلسلة الدراسات القانونية المعاصرة، 2007، ص 210-212.

<sup>(2)</sup> حكم ابتدائي، محكمة فاس رقم 4650، ملف رقم: 05 / 1 / 3181، بتاريخ 10 / 10 / 2007، حكم غير منشور.

مجالات كثيرة، من بينها: المجال الجنائي، وهو مجال واسع يدخل ضمنه الكشف عن هوية المجرمين في حالة ارتكاب جنائية قتل، أو اعتداء، وفي حالات الاختطاف بأنواعها، وفي حالة انتحال شخصيات الآخرين، ونحو هذه المجالات الجنائية<sup>(1)</sup>.

وفي الأخير يبدو أن المشرع المغربي في موضوع النسب ظل متوافقاً مع موقف الفقه الإسلامي المالكي من النسب إلى درجة التطابق، وهذا في نظرنا لا يعود إلى النقل الحرفي لمعالجة هذا الفقه لموضوع النسب، بل إلى الأعمال العقلي والمنطقي لهذا الفقه، واكتشاف أن معالجته للنسب هي صالحة لكل زمان ومكان، وتأخذ في اعتبارها بالدرجة الأولى مصلحة الولد المزداد أو الذي سيزداد، وذلك بلحوق نسب الولد إلى أبيه أولاً، ثم ثانياً صيانة هذا النسب طوال حياة الولد، وبدرجة موازية راعى الفقه الإسلامي المالكي أيضاً مصلحة المرأة الحامل سواءً أكانت متزوجة أو مخطوبة وذلك حفظاً لشرفها، وتجنّب لحوق عار ابن الزنا لوليدها<sup>(2)</sup>.

### ثانياً: حُجية البصمة الوراثية في بعض الاجتهادات القضائية

قصد المقارنة ولو البسيطة سيتم التطرق إلى موقع البصمة الوراثية في القضاء المصري<sup>(1)</sup>، ثم في القضاء الجزائري<sup>(2)</sup>.

(1) الزيارة بتاريخ 2011 / 05 / 06، على الساعة 11 و44د. تمت [www.boukhniaf.maktoobblog.com](http://www.boukhniaf.maktoobblog.com)

(2) أنظر، فؤاد عبد المنعم أحمد، البصمة الوراثية ودورها في الإثبات الجنائي بين الشريعة والقانون، كلية الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية، أكاديمية نايف للعلوم الأمنية، مكتبة لوران الإسكندرية، (د س ط)، ص. 98.



**1: البصمة الوراثية في القضاء المصري**

هناك قضية مشهورة رفعة أمام القضاء المصري بتاريخ 1997/07/29 وتتلخص وقائع القضية في أن رجلاً "عقيماً" رفع دعوى ضد زوجته الحامل، يطلب من خلال دعواه من المحكمة الحكم بنفي الجنين الذي تحمله في أحشائها إلى المدعي لعدم قدرته على الإنجاب منذ سبع سنوات، وإلزامها بعدم قيده باسم المدعي<sup>(1)</sup>.

وفي جلسة بتاريخ 1999/10/18 قررت المحكمة إجراء تحاليل البصمة وجاء التقرير الذي أفاد أنه من نتيجة الأبحاث تبين استحالة أن يكون المدعي والد الطفل أي استحالة انتساب الطفل لأبيه المدعي، وحكمت المحكمة بإنكار نسب الطفل في جلسة علنية ليوم السبت الموافق ل 2001/03/31<sup>(2)</sup>.

**2: البصمة الوراثية في القضاء الجزائري**

نظراً لحدثة تقنية ال ADN، ولغياب نصوص قانونية تُنظم هذه المسألة فإننا رغم بحثنا في اجتهادات المحكمة العليا لم نحصل إلا على قرار واحد ووحيد، صادر عن عُرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا ملف رقم : 222674 بتاريخ 15 جوان 1999 قضية (ع، ب) ضد (م، ل) تحت رئاسة السيد "الهاشمي هويدي" الرئيس المقرر (رحمه الله)، واليدان "اسماعيل عبد الكريم" و"أمقران المهدي" المستشارين، وتتخلص وقائع القضية فيما يلي :

(1) خليفة على الكعبي، المرجع السابق، ص. 92.

(2) خليفة على الكعبي، المرجع السابق، ص. 93.

- حيث أن المدعوان (ع، ب) ضد (م، ل) تربطهما علاقة زوجية شرعية إلا أنه حدث خلاف بينهما أدى إلى مغادرة الزوج للمسكن الزوجية يوم 14/02/1994، غير أنه ولد لهما توأمين بتاريخ 27/10/1995 أي بعد 19 شهراً من مغادرة الزوج لمسكن الزوجية .

- خلت الرابطة الزوجية بين الطرفين بموجب حكم صادر عن محكمة سعيدة بتاريخ 27/01/1996.

- تم تأييد هذا الحكم بقرار صادر عن غرفة الأحوال الشخصية لمجلس قضاء وهران بتاريخ 05/10/1998.

- تم الطعن بالنقص في هذا القرار أمام غرفة الأحوال الشخصية و الموارد بالمحكمة العليا، والتي أصدرت قرار بتاريخ 15/06/1999 و القاضي ب :

- قبول الطعن شكلاً.

- وفي الموضوع نقص القرار و إحالته إلى نفس الجهة مشكلة من تشكيلة أخرى<sup>(1)</sup>.

ومن بين الأوجه التي أثرت و أسست المحكمة العليا قرارها عليها الوجه الثالث المأخوذ من القصور في الأسباب، وذلك أن محكمة سعيدة و بتاريخ 27/10/1996 قصت بالطلاق مما يعني أن ولادة التوأمين موضوع نزاع كانت في ظل قيام العلاقة الزوجية بين الزوجين، ذلك أن الولادة تمت يوم 27/01/1995 و تغاضت

(1) حكم قضائي منشور في الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، تصدر عن قسم الوثائق للمحكمة العليا، الديوان الوطني للأشغال التربوية، طبعة 2001، ص. 88 و 89 .

عن مسألة الفرق بين الزوجين لمدة 19 شهراً إذا غادر الزوج مسكن الزوجية بتاريخ 1994/02/14، وأسست المحكمة العليا رأيها اعتماداً على أحكام نص المادة 60 من قانون الأسرة و التي تعني أن الانفصال المشار إليها في المادة 43 من ذات القانون .

إنما هو الطلاق لا الانفصال الذي يحدث إثر خلاف بين الزوجين إذا تبقى الزوجة فراشاً للزوج إلى أن يقع الطلاق ويُنسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً، وأمکن الاتصال ولم يُنفي الزوج الحمل بالطرق المشروعة، أي اللعان (م41 من قانون الأسرة)<sup>(1)</sup>.

وعن الوجه التلقائي المثار من المحكمة العليا و المأخوذة من تجاوز السلطة والمتعلق بتعيين خبير قصد تحليل دم التوأمين و الأطراف لتحديد نسب الولدين حيث جاء في القرار: "حيث أن النسب قد حددته المدة 40 وما بعدها من قانون الأسرة الذي جعل له قواعد إثبات مسطرة وضوابط محددة تعني بكل الحالات التي يمكن أن تحدث وأضاف قضاء المحكمة العليا" من المقرر قانوناً أنه يُثبت النسب بالزواج الصحيح، وبالإقرار، وبالبيّنة، و بنكاح الشبهة، وبكُل نكاح تمّ فسخه بعد الدخول طبقاً للمواد 32، 33، 34 من قانون الأسرة.

من كل ما سبق ذكره تبين أن السادة قضاة المحكمة العليا بصفتهم قضاة قانون طبقوا النص الحرفي للمادة 40 من قانون الأسرة التي تحدد طرق إثبات النسب، وبذلك

(1) المحكمة العليا، غ أ ش، 1996/07/22، ملف رقم 335098، الاجتهاد القضائي، ص. 90 - 91.

فإن قضاة المحكمة العليا، عند نقضهم لقرار المجلس اعتبروا أن قضاة الموضوع تجاوزوا سلطتهم عندما قضاوا بإجراء خبرة طبية<sup>(1)</sup>.

## الفرع الثاني

### الإطار التنظيمي للبصمة الوراثية

سبق وأن تمت الإشارة إلى أن النسب إذا ثبت بإحدى الطرق الشرعية فإنه لا يجوز نفيه البتة، إلا عن طريق اللعان للدلالة الدالة على ذلك، فقد دلت قواعد الشرع أيضاً على أنه لا يجوز محاولة التأكد من صحة النسب بعد ثبوته شرعاً، وذلك لانفاس الشرائع السماوية على حفظ الضروريات للحياة الإنسانية ومنها حفظ النسب والعرض، ولما جاءت به هذه الشريعة المباركة من جلب للمصالح ودرء للمفاسد وحيث أن محاولة التأكد من صحة الأنساب الثابتة فيه قدح في أعراض الناس وأنسابهم يؤدي إلى مفاسد كثيرة، ويلحق أنواعاً من الأضرار النفسية والاجتماعية بالأفراد والأسر والمجتمع، ويُفسد العلاقات الزوجية ويقوض بنيان الأسر ويزرع العداء بين الأقارب والأرحام. لهذا كله فإنه لا يجوز محاولة التأكد من صحة النسب عن طريق البصمة الوراثية ولا غيرها من الوسائل. كما أنه لو تم إجراء الفحص بالبصمة الوراثية للتأكد من نسب شخص من الأشخاص وأظهرت النتائج خلاف المحكوم به شرعاً من ثبوت النسب، فإنه لا يجوز الالتفات إلى تلك النتائج بناءً على حكم الشرع عليها، لأن النسب إذا ثبت ثبوتاً شرعياً، فإنه لا يجوز إغاؤه وإبطاله إلا عن طريق واحد وهو اللعان كما سبق بيانه، ويدل على ذلك ما رواه أبو داود عن

(1) المحكمة العليا، غ أ ش، 1990/02/12، ملف رقم 498026، الاجتهاد القضائي، ص.92.

أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: "جاء رجل من بني فزارة إلى رسول الله ﷺ فقال: ولدت امرأتى غلاماً أسود وهو حينئذ يعرضُ بنفيه، فقال له النبي ﷺ فهل لك من إبل؟، قال نعم قال: فما ألوانها، قال حمر، قال: هل فيها من أورك؟ قال: إن فيها لورقاً، قال: فأني تراه؟، قال عسى أن يكون نزعه عرق قال وهذا عسى أن يكون نزعة عرق" (1).

فقد دل هذا الحديث على أنه لا يجوزُ نفي النسب بعد ثبوته مهما ظهر من أمارات وعلامات قد تدلُّ عليه، قال العلامة بن القيم تعليقاً على هذا الحديث: "إنما لم يعتبر الشبه ها هنا لوجود الفراش الذي هو أقوى منه، كما في حديث ابن أم زمعة" (2) فإذا كان لا يجوز نفي النسب بعد ثبوته - بغير اللعان - فإنه لا يجوز أيضاً استخدام أي وسيلة قد تدلُّ على انتفاء النسب ونفيه عن صاحبه، لأن الوسائل لها حكم الغايات، فما كان وسيلة لغاية مُحَرَّمة، فإن للوسيلة حكم الغاية.

ونظراً لحُرمة ذلك فإنه يجب على الجهات المسئولة في البلاد الإسلامية منع ذلك والحيلولة دون حصوله، وإيقاع العقوبات الرادعة على المخالفين حمايةً لأنساب الناس وصيانةً لأعراضهم، ودرءاً للمفاسد والأضرار عنهم.

### أولاً: الطبيعة القانونية لبصمة الوراثية في قانون الأسرة الجزائري

نصت المادة 40 من ق.أ.ج المعدلة بموجب الأمر 02-05 في الفقرة الثانية منها على أنه: ".....و يجوز للقاضي اللجوء إلى طرق العلمية لإثبات النسب" وقد جاء في عرض الأسباب أن إضافة هذه الفقرة يُعد تسهياً في طرق الإثبات في مجال إثبات النسب،

(1) رواه أبو داود في سننه، مرجع سابق، كتاب الطلاق، باب اذا شك في الولد، حديث رقم 2260، ص.394.

(2) راجع، ابن القيم الجوزية، المرجع السابق، ص.202.

إذ تم البقاء في المدة 40 المعدلة على نفس الأحكام المادة 40 القديمة مع إضافة فقرة جواز لجوء القاضي للطرق العلمية وكان الاقتراح بتحديد الطريق العلمية القاطعة تمييزاً لها عن الطرق العلمية الظنية وهذا عن طريق الخبرة وهو فحص الحمض النووي للبصمة الوراثية، هذا لأن دقة ثبوت النسب بهذا الطريقة العلمية، تصل حسب الخبراء والأطباء إلى نسبة 99.07% ونسبة الخطأ فيها 2.000.000/01 مرة .

ويمكن القول أن تطوّر العلوم بشأن الحمض النووي (ADN - Déoxy-ribonucleicacid) كفيّلة بالوصول به في زمن قريب إلى نسبة 100% ولا مانع شرعي من اعتماد هذا الحل العلمي، وهو حلّ لم يتطرق إليه كثيراً الفقه القانوني الجزائري، وهذه الطريقة قاطعة مقارنة مع طريقة فحص فصيلة الدم التي تعتبر طريقة علمية ظنية، فهي لا ترقى بالشك إلى اليقين<sup>(1)</sup>.

حيثُ استند الفقهاء أنه لا مانع شرعاً من اعتماد البصمة الوراثية إلى بحث عن المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية صدر بتاريخ 08 أكتوبر 2001 توصل إلى أن الإسلام يقر الأخذ بالبصمة الوراثية في حالة تنازع أكثر من شخص في أبوة مجهول النسب، حيث ذكر الأمين العام المساعد للمنظمة، السيد: "أحمد الجُندي" أن ستة وعشرون باحثاً شاركوا في إعداد بحث البصمة الوراثية .

وذلك من الناحية الطبية والشرعية، وتوصلوا إلى حُجية البصمة الوراثية في إثبات النسب و أوضح أن الاحتكام إلى البصمة يتم في عدة أمور كحالة تنازع اثنين على مجهول

(1) بن داود عبد القادر، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، دار الهلال للخدمات الإعلامية، 2005، ص.108.

النسب، أو عدول الأب عن استلحاق مجهول النسب أو إنكار أبنائه، أو توريث مجهول النسب إذا أقر بعضُ الأخوة بإخوته ونفاها آخرون، أو في حالة ادعاء امرأة بأمومتها لشخص ما دون دليل على ولادتها له.

وقال أن كل إنسان ينفردُ ينمط خاص في التركيب الوراثي ضمن كل خلية من خلايا جسده، ولا يشاركه فيه أي شخص آخر في العالم، وهذا ما يُطلقُ عليه إسم البصمة الوراثية<sup>(1)</sup>.

كما أشار الدكتور أحمد الجُندي، إلى أن ستة وعشرون باحثاً طيباً إسلامياً أكدوا أن هذه الحقيقة هي وسيلة لا تكاد تخطئ في التحقيق من الوالدية البيولوجية والتحقيق من الشخصية، ولا سيما في مجال الطب الشرعي وبما يعطى قرائن قوية يأخذ بها الفقهاء لإثبات النسب المتنازع فيه، إضافةً إلا أن البحث اعتبر أن البصمة الوراثية ليست دليلاً على فراش الزوجية، منطلق أن الزوجية تثبت بالطرق الشرعية الأخرى، مشيراً إلى أن الباحث يرى بضرورة توافر مجموعة من الضوابط عند إجراء تحليل البصمة الوراثية.

أهمها إذن الجهات الرسمية والذي هو عندنا بمثابة حكم قضائي تمهيدي حال التنازع القضائي بانتداب المخبر الطبي المختص و اقتراح بحث ستة وعشرون خبير أن يجرى التحليل بمخبرين معترف بهما على الأقل و يعمل كل منهما بمعزل عن الآخر<sup>(2)</sup>.

(1) بن داود عبد القادر، المرجع السابق، ص. 109 و 110.

(2) بن داود عبد القادر، المرجع السابق، ص. 111.

ثانياً: حجية البصمة الوراثية في الشريعة الإسلامية

مبدئياً في الشريعة الإسلامية، لا يُجوز استخدام البصمة الوراثية، لإبطال الأبوة التي تُثبت بطريق شرعي، بل يقتصر دورها على إثبات أو نفي أبوة لم تثبت بطريق شرعي صحيح، وعليه فإن العلماء يرون أنه يجوز اللجوء للبصمة الوراثية في مسألة ثبوت النسب لشخص مجهول النسب لأن الشرع يتشوف إلى إثبات النسب<sup>(1)</sup>.

وبناء على ما تقدم، فإن دراسة مدى تماشي فكرة الأخذ بتحليل البصمة الوراثية كدليل في مجال النسب مع مبادئ الشريعة الإسلامية، يستوجب أن نتعرض لما يعرف في الفقه الإسلامي، بأسلوب القيافة رغم أننا أشرنا لها سابقاً بإيجاز.

و القيافة هي تتبع الآثار و معرفتها، وكذا النظر بفراصة في وجه الشبه بين شخصين لمعرفة أبنيتها نسبة البنوة أو لا، وقد وُجد في الفقه الإسلامي، اتجاهان بشأن الأخذ بها في مجال النسب، فيستند القائلون بها وهم الجمهور إلى ما روي عن الرسول ﷺ: "أنه روى مسروراً بسبب أن القائف، رأى أسامة وزيداً و عليهما قطينة قد غطيا رؤوسهما و بدت أقدامهما، فقال: إن هذه الأقدام بعضها من بعض"<sup>(2)</sup>.

وهكذا وضعت القيافة حداً لكلام الطاعنين في نسب أسامة لشدة بياضه وحمرة، وشدة سواد أبيه زيد، وكان سرور الرسول بذلك شديداً.

(1) عمر السبيل، المرجع السابق، ص.26 و27.

(2) الإمام الحافظ أبو داود، سنن أبي داود، الجزء الأول، باب في القافة، الطبعة الثانية، (د.د.ن)، 1983، ص.571.



ومن هنا كان استدلال الجمهور<sup>(1)</sup> على أن القيافة علمٌ صحيحٌ يجبُ القضاءُ به في الأنساب، لأنها لو كانت باطلة لما أقر بها الرسول عليه الصلاة والسلام ولم يرض بها.

أما الحنفية<sup>(2)</sup> فيعارضون الآخذ بأقوال القائف في مجال النسب، والنسب في ذلك هو أنها أسلوب يقوم على وجود الشبه المبني على الظن والتخمين والشبه قد يقع بين الأجانب و ينتفي عن الأقارب، وعن تحليلهم لسرور الرسول عليه الصلاة والسلام بشأن ما قاله القائف في أسامة و زيد، فيقولون أنه لا يدلُّ على ثبوت النسب بالاعتماد على قول القائف.

لأن نسب أسامة من زيد كان ثابتاً بالفراش من قبل، و إنما سروره عليه السلام، لأن القائف قطع السنة الطاعنين في نسب أسامة من زيد، وكفَّهُم عن الكلام فيه، ومجملٌ قولهم في رفضهم الآخذ بالقيافة في مجال النسب، إنها تقوم على شيء من الحدس والتخمين لا على الاستدلال و اليقين<sup>(3)</sup>.

(1) أنظر للجمهور، شهاب الدين أبي العباس أحمد الصنهاجي المشهور القرافي، الفروق، تحقيق الدكتور عبد الحميد الهداوي، بيروت لبنان، ط01، ج03، 2002، ص.125. وهو قول المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية و الزيدية و ابن العباس و انس ابن مالك و عطاء الأوزعي و وعمر ابن الخطاب و علي ابن أبي طالب و شريح القاضي و إياس ابن معاوية، ولا يخالف لهم من الصحابة ولا التابعين.

(2) و احتج الحنفية في رفضهم للقيافة بحديث زيد ابن الأرقم فيما رواه عن النبي(ص) في ثلاثة وقعوا على امرأة في طهر واحد، فأقرع بينهم فألحق الولد بمن صارت إليه القرعة وقالوا إن هذا صريح في عدم الآخذ بالقيافة إذ لو كانت معتبرة لم يعدل عنها الرسول(ص) إلى القرعة لكن هذه المبررات ضعيفة ، لأن أهل العلم يردون عليها بما يلي:

01- أن هذا الحديث مضطرب، بل منكر.

02- قد يكون في تلك المنطقة لا يوجد قائف، لهذا عدل الرسول(ص) من القيافة للقرعة.

راجع في ذلك تفصيل، لأبن القيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، باب استدلالات الحنفية العقلية والرد عليها، دار الجبل بيروت لبنان، ط01، 1998، ص.237.

(3) عمر السبيل، نفس المرجع السابق، ص 28 .

ثالثاً: مشروعية ثبوت النسب بالقيافة

من المتفق عليه ابتداءً، أن القيافة كانت من أوائل العلوم التي اكتشفها العرب قديماً، وذلك لمعرفة الانتماء الفيزيولوجي للشخص، وعليه سيتم تعريف القيافة ضمن (الفرع الأول)، لنتناول مجال العمل بالقيافة وحالات العمل بها في (الفرع الثاني)، ثم بعدها يتم التعرضُ إلى موقف الشريعة الإسلامية، حيال تحديد النسب بالقيافة (الفرع الثالث)، وفي الأخير سيتم عرضُ موقف الشريعة الإسلامية حيال تحديد النسب بالقيافة (الفرع الرابع).

الفرع الثالث

تعريفُ القيافة

سيتم العرض في هذا الفرع إلى تعريف القيافة في اللغة (أولاً)، ثم شرعاً (ثانياً) لنتطرق بعدها إلى شروط القائف (ثالثاً).

أولاً: تعريف القيافة في اللغة :

تطلق القيافة في اللغة على أمرين:

- تتبع أثار الأقدام، و الأخفاف، و الحوافر، ونحوها، والاستدلالُ بها على الفار من الناس، والضال من الحيوان، وقاف أثره بمعنى تتبع قفاه، و أقتفاه وهو أقوفهم وتقيف أثر تتبع الأثر<sup>(1)</sup>.

(1) ابن منظور، لسان العرب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط03، 1999، ص.349؛ مجد الدين محمد الفيروزبادي، القاموس المحيط، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، ط02، 2000، ص.1128. مجمع اللغة العربية بالقاهرة، المعجم الوجيز، المطابع الأميرية القاهرة، 2005، ص.520.

- الخبرة في إلحاق نسب الولد بمن يُشبهه ممن يدعون نسبه، بناءً على ما بينهما من مشاركة أو اتحاد في الأعضاء، وسائر الأحوال و الأخلاق ويسمى القوائم بهذين الأمرين "قائفاً" و الجمع قافةً، كبائع و باعة<sup>(1)</sup>.

### ثانياً: تعريف القيافة شرعاً:

وتُطلق القيافة شرعاً على إلحاق الولد بمن يُشبهه عند الاشتباه وذلك بما منح الله القائف من علم وخبرة، ومعنى هذا أن المعنى الشرعي للقيافة يقتصر على المعنى الثاني للقيافة في اللغة، ويدخل فيه المعنى الأول، وهو تتبع آثار الأقدام ونحوها<sup>(2)</sup>.

### ثالثاً: شروط القائف :

اشتراط الفقهاء في القائف شروطاً لا بد من تحققها كي يُقبل قوله، ويُحكم بثبوت النسب بناءً عليه، وذلك لأن قول القائف، إما خبر، أو شهادة، وكلهما لا بد فيه من الأهلية لذلك، حتى يُقبل قوله، ويُحكم بثبوت النسب بناءً عليه وخبر البصمة الوراثية كالقائف فيما يُشترط فيه من الشروط ومجمل ما ذكره الفقهاء من شروط في القائف أن يكون: 1- مسلماً . 2- عدلاً . 3- ذكراً . 4- حُرّاً . 5- مكلفاً . 6- سمياً . 7- بصيراً . 8- ناطقاً . 9- معروفاً بالقيافة . 10- مجرباً في الإصابة . 11- وأن لا يجر لنفسه بذلك نفعاً، أو يدفع ضرراً فلا يُقبل قوله لأصوله وفروعه، ولا يُقبل على من بينه وبينه

(1) أنور محمود دبور، إثبات النسب بطريقة القيافة في الفقه الإسلامي، دار الثقافة العربية القاهرة، 1985، ص.09.

(2) أنور محمود دبور، المرجع السابق، ص.09 - 10 .

عداوة، لئلا يحمل الهوى نحو أي منهما فيجُرُّ له نفعاً، أو يوقع به ضرراً . 12- وأن يشهد بإثبات النسب قائفان فأكثر<sup>(1)</sup>.

فهذه مجمل ما اشترط الفقهاء من شروط في القائف كي يُقبل قوله ويُحكم بثبوت النسب بناءً عليه، وعلى خلاف بينهم في كثير من هذه الشروط ولسنا هنا بصدد مناقشة هذه الشروط، وبيان ما هو راجحاً منها، لأن ذلك أمرٌ لا يكون إلا بالرجوع إلى الحاكم الشرعي عند الحكم، لأن حكم الحاكم يرفع الخلاف والحاكم قد يري الأخذ ببعض هذه الشروط، أو لا يري الأخذ بها في قضية من القضايا حسب ما يحف بالقضية أو حال من قرائن. غير أن واجب البحث العلمي يفرض علينا مناقشة بعض هذه الشروط وذلك لوجود فرق شاسع بين القائف وخبير البصمة نحو اعتبار هذه الشروط فيه أم لا، ومن هذه الشروط ما يأتي :

1- اشتراط الإسلام : وهذا الشرط إنما يكون في حالة إثبات النسب لمسلم أما في حالة إثبات النسب لكافر، فإن قول الكافر يقبل في حق كافر آخر عند بعض أهل العلم، كما في الشهادة<sup>(2)</sup>.

2- اشتراط الحرية : وهذا الشرط مع ضعف القول به في حق القائف، فإنه لا يحتاج إلى اشتراطه في خبير البصمة الوراثية أيضاً لا سيما وأنه لا يوجد رقٌّ في هذا الزمان.

(1) للمزيد في تفصيل هذه الشروط راجع، أبي زكيا يحيى بن شرف النووي الدمشقي، روضة الطالبين، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان ص.374 ؛ برهان الدين أبي الوفا إبراهيم بن الإمام شمس الدين فرحون اليعمري، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط2، ص.91.

(2) وهو قول في مذهب الخنابلة اختاره شيخ الإسلام ابن تيمية وغيره .

3- اشتراط كون القائف من بني مُدَلج<sup>(1)</sup>: وقد قال باشتراط هذا الشرط بعض الشافعية<sup>(2)</sup>، وهو قول ضعيف لمخالفة ما ثبت عن الصحابة من أنهم أستقافوا من غير بني مدلج<sup>(3)</sup>، ولذا فإنه لا يلتفت في هذا الشرط في خبير البصمة الوراثية، لأنه لا أثر للورثة في البصمة، بخلاف القيافة فضلاً عن ضعف القول به في القيافة.

#### 4- اشتراط العدد :

ذهب بعضُ الفقهاء إلى اشتراط العدد في القيافة، بمعنى أنه لا بد أن يتفق قائفان فأكثر على إلحاق المدعي نسبه بأحد المتداعين، بينما ذهب آخرون إلى جواز الاكتفاء بقول قائف واحد، وهو الراجح من حيث الدليل.

والخلافُ هنا ينسحب تبعاً إلى البصمة الوراثية ولذا ذهب بعضُ الفقهاء المعاصرين إلى اشتراط التعدد في خُبراء البصمة الوراثية احتياطاً للنسب بينما ذهب آخرون إلى جواز الاكتفاء بقول خبير واحد<sup>(4)</sup>.

والمنطق في هذه النقطة هو أن الأمر راجع إلى الحاكم الشرعي، فعليه أن يجتهد في اختيار ما يراه راجحاً كسائر المسائل الخلافية ومحققاً للمصلحة، لأنه قد يُرى من قرائن

(1) هذا الشرط قدّم الطرح لم يبق له أساس في وقتنا الحالي، وذلك للأسباب التالية:

1- صُغوبة العُثور على أشخاص من هذه القبيلة حالياً .

2- قد تثبت التجارب العلمية وجود أشخاص من بني مدلج ولا يملكون فراسة القائف، لأنها منحة من الله.

3- القيافة منحة من الله فكما أعطاها لبني مدلج قد يعطيها لأقوام آخرين.

(2) انظر، أبي زكيا يحيى بن شرف النووي الدمشقي، المرجع السابق، ص.374؛ وأنظر كذلك، محمد الشرييني الخطيب، مُغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، سوريا، ج 4، 1958، ص.489.

(3) أنظر، ابن القيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، مرجع سابق، ص.211 .

(4) راجع، محمد الأشقر، إثبات النسب بالبصمة الوراثية، مطبوعة المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية (الورثة الهندسة الوراثية)، المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، الكويت، 2000، ص.458.

الأحوال في قضية من القضايا من صدق وأمانة وكفاءة عالية وخبرة ودقة متناهية في خبير البصمة الوراثية ما يحملة على الاكتفاء بقوله، بينما قد يظهر له في قضية أخرى من الشكوك ما يدعوه إلى التثبت والاحتياط فيحتاج إلى قول خبير آخر.

5- اشتراط المعرفة والإصابة بالتجربة : اشترط الفقهاء في القائف أن يكون معروفاً بالقيافة، مشهوراً بالإصابة، فإن لم تُعرف إصابته فإنه يجرب في حال الحاجة إليه، وقد ذكروا عدة طرق لتجربته واختبار إصابته<sup>(1)</sup>.

### الفرع الرابع

#### مجال العمل بالقيافة وحالات العمل بها

بعد أن تم تعريف القيافة والتعرض إلى شروطها، سنتطرق في هذا الفرع لتحديد مجال العمل بها (أولاً)، ثم حالات العمل بها خصوصاً في مجال النسب (ثانياً).

#### أولاً : مجال العمل بالقيافة

لا خلاف بين علماء الشريعة في أنه إذا ادعى شخصٌ واحداً نسب طفل مجهول النسب، فإنه يلحقُ به إذا كان المدعى مسلماً حُرّاً، وأمکن كون هذا الطفل منه، وذلك لأن الإقرار من الشخص بنسب الطفل إليه فيه نفعٌ محضٌ للطفل، ولا ضرار يلحق غيره بذلك، فمن ثمّ اجمع الفقهاء على إلحاق نسبه إليه تماماً كما لو أقر الشخص بدين عليه فإن إقراره يَكُونُ صحيحاً و مرتباً لأثره.

(1) هذه الطرق أشار إليها، يحي ابن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المكتب الإسلامي، بيروت لبنان، د ط، ص. 375؛ محمد الشربيني الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، المرجع السابق، ص. 769.

أما إذا ادعى نسب الطفل اثنان فأكثر فلا يخلو الحال من أحد الأمرين:

الأول: أن يكون لأحدهما بينة، دون الآخر، فيلحق بصاحب البينة.

الثاني: أن يكون لأحدهما بينة، أو تكون لهما بينتان، ففي هذه الحالة تدعى القافة لتحديد والده منهما و لا يصح هنا ترجيح إحدى البيئتين المتعارضتين على الأخرى بمجرد اليد، لأن البينة إنما تدل على المملك في الأموال، ولا تدل على النسب.

وإذا ادعت امرأتان نسب طفل معين إليهما، وكانتا مما تقبل دعواتهما فالأمر كدعوى الرجلين سواء بسواء، فإذا أقامت إحدهما بينة على أنها أم الطفل ولم تستطع الأخرى إقامة مثل ذلك ألحق الطفل بصاحب البينة، أما إذا لم تكن لإحدهما بينة أو كانت لهما بينتان متعارضتان فإنهما يتساقطان و يُعمل بالقيافة، لأن الشبه كما يكون بين الرجل وابنه يكون بين الأم و ابنها، بل إن تأثير الأم في الشبه أقوى من تأثير الأب، لاختصاصها بحمل الطفل وتغذيته<sup>(1)</sup>.

### ثانياً: حالات العمل بالقيافة لتحديد النسب

يدعى القائف لتحديد نسب الطفل المجهول النسب في حالات أهمها:

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

(1) راجع في ذلك، بديعة علي أحمد، البصمة الوراثية وأثرها في إثبات النسب أو نفيه (دراسة فقهية معاصرة)، دار الفكر الجامعي الإسكندرية مصر، ط1، 2011، ص.44-45.

2- أن يظاً رجلاًن امرأة في طهر واحد، وطءً يلحق به النسب فتأتي بولد يمكن أن يكون منهما، وذلك كما لو وطئ شخص امرأة شخص آخر بشبهة، بأن وجدها على فراشه فظنها زوجته، فوطئها في طهر وطئها فيه الزوج فأتت بولد فيُدعى القائف لتحديد والد منهما.

ومن أمثلة وطء الشبهة، أن يدعو زوجته في ظلمة فتجيبه زوجة آخر، أو يتزوجها أحدهما زوجاً صحيحاً والآخر زوجاً فاسداً، مثل أن يطلق رجلً امرأته فيتزوجها آخر في عدتها ويطؤها فتأتي بولد، فيدعى القائف لتحديد أبيه سواء ادعاه الواطئ بشبهة و الزواج معاً، أو أنكره معاً، أو ادعاه أحدهما دون الآخر.

3- أن تلد امرأتان إبناً وبنثاً، و يدعى كل منهما أن ولدها هو الابن لا البنت

فيدعى القافة لمرأتين والوالد فيلحق كل واحد منهما بمن ألحقه به.

ويدعى القائفُ كذلك إذا كان المولود ذكراً أو أنثى، وتنازعت المرأتان في تحديد أحد الولدين.

4- أن يتدعى شخصان صغيراً مجهول النسب، وأما كونهُ منهما سواءً كان لقيطان أم لا، حياً أم ميتاً، ومثلُ التداعي في الحكم ما لو ادعاه أحدهما وسكت الآخر، أو أنكره لأن للمولود حقاً في النسب فلا يسقطُ بالإنكار من غيره، ففي جميع هذه الحالات يدعى القائف و يُعرض عليه الصغير ولو بعد موت أحد المتداعيين، لأن الشبه لا يزول بالموت، فمن ألحقه به و هذا هو رأيُ الشافعية.



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

5- أن تستدخل المرأة ماءً محترماً لرجلين بطريقة الاشتباه، ثم تلد بعد ذلك ولدًا لا يعرف من أي المائين هو، فتدعى القيافة لتحديد نسب الإبن.

### الفرع الخامس

#### موقف الشريعة الإسلامية حيال تحديد النسب بالقائف

اختلف فقهاء الشريعة في جواز إلحاق مجهول النسب بطريقة القيافة عند عدم وجود البيّنة، أو عند تعارض البيّنات وتساويهما في القوة، على ثلاثة آراء:

يرى أنصار الرأي الأول الذي قال جمهور الفقهاء منهم الشافعية والحنابلة وظاهرية ومالك في رواية أنه يجوز لإلحاق النسب بذلك في الأحرار والأرقاء على حد سواء اعتبار الحكم بالقيافة في إثبات النسب عند الاشتباه والتنازع، حيث قال به: الشافعية<sup>(1)</sup> والحنابلة<sup>(2)</sup>، والظاهرية<sup>(3)</sup>.

(1) أبو إسحاق إبراهيم بنعلي الفيروزيادي، المهذب، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، دس، ص. 444؛ شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، دس، ص. 351.

(2) منصور ابن إدريس البهوتي، كشف القناع على متن الإقناع، مطبعة الحكومة، مكة المكرمة، المملكة السعودية، 1394هـ، ص. 409.

(3) ابن حزم الظاهري، المحلى، المرجع السابق، ج 9، ص. 148.

والمالكية في أولاد الإمام في المشهور من مذهبهم، وقيل: في أولاد الحرائر أيضاً<sup>(1)</sup>.

أما أصحاب الرأي الثاني الذي قال أبو حنيفة<sup>(2)</sup> وأصحابه، والشافعية و الزيدية والشيعة الامامية وغيرها أنه لا يجوز إلحاق النسب بطريقة القفة مطلقاً أي سواء الأحرار أم الأرقاء و إنما يلحق الولد بمن ادعوه جميعاً مهما تعددوا عند أبي حنيفة و الزيدية، ويلحقُ بطريقة القُرعة بين من ادعوه عند الإمامية .

غير أن الرأي الثالث الذي قال به الإمام مالك في الرواية المنشورة عنه أنه يُجوز إلحاق النسب بالقيافة، في الأرقاء دون الأحرار<sup>(3)</sup>.

ومما لا شك فيه أن ما ذهب إليه الجمهور من الحكم بالقيافة واعتبارها طريقاً شرعياً في إثبات النسب هو الراجح، لدلالة السنة المطهرة على ذلك، وثبوت العمل بها عند عدد من الصحابة رضي الله عنهم، ولم يُعرف لهم مخالف فكان كالإجماع منهم على الحكم بها، وفي هذا يقول العلامة بن القيم رحمه الله في بيان حُجِّية العمل بالقيافة في إثبات النسب: "وقد دلت عليها سنة رسول الله ﷺ وعمل خلفائه الراشدين والصحابة من بعدهم، منهم عمر بن الخطاب، وعلي بن أبي طالب، وأبو موسى الأشعري وابن عباس، وأنس بن مالك رضي الله عنهم، ولا مخالف لهم في الصحابة وقال بها من التابعين سعيد بن المسيب، وعطاء بن أبي رباح والزهري، وإياس بن معاوية وقتادة وكعب بن سور ومن تابعي التابعين ليس بن سعد ومالك بن أنس وأصحابه ومن بعدهم الشافعي وأصحابه، وأحمد وأصحابه وإسحاق

(1) المقصود بأولاد الحرائر ابن المرأة الحرة، راجع، الإمام مالك ابن أنس، المدونة الكبرى، ج3، القاهرة، 1320هـ، ص.339.

(2) ابن نجيم زين العابدين، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، المطبعة العلمية، بيروت، ط4، دس، ص.297.

(3) أنور محمود دبور، إثبات النسب بطريقة القيافة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص.21-23.

وأبو ثور وأهل الظاهر كلهم، وبالجمله فهذا قول جمهور الأئمة، وخالفهم في ذلك أبو حنيفة وأصحابه وقالوا العمل بها تعويل على مجرد الشبه، وقد يقع بين الأجنب، وينتفي بين الأقارب<sup>(1)</sup>.

هذا وقد أشرت الجمهور لاعتبار قول القائف، والحكم به في إثبات النسب عدة شروط من أهمها: أن يكون القائف مسلماً مكلفاً، عدلاً، ذكراً، سمياً بصيراً عارفاً بالقيافة، مجرباً في الإصابة<sup>(2)</sup>.

وقد ذهب أكثر القائلين بالحكم بالقيافة إلى جواز الاكتفاء بقول قائف واحد والحكم بإثبات النسب بناءً على قوله، بينما ذهب آخرون إلى أنه لا يقبل في ذلك أقل من اثنين.

ومبنى الخلاف في ذلك على اعتبار القائف هل هو شاهد، أو مخبر، فمن قال بالأول أشرت اثنين، ومن قال بالثاني اكتفى بواحد، وقيل مبنى الخلاف على أن القائف هل هو شاهد أو حاكم؟، حيث يقول الباجي: "وجه القول الأول أن هذه طريقة الخبر عن علم يختص به القليل من الناس كالطبيب والمفتي، ووجه القول الثاني أنه يختص بسماعه، والحكم به، فلم يجز في ذلك أقل من اثنين"<sup>(3)</sup>.

(1) أنظر، ابن القيم الجوزية شمس الدين، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، دار الكتب العلمية بيروت، ط1، 01، 1990، ص. 195 وقد بين العلامة ابن القيم ضعف ما ذهب إليه الحنفية من عدم الحكم بالقيافة، وأجاب عن أدلتهم بما يشفي ويكفي، راجع كذلك ص. 208.

(2) لقد تم ذكر هذه الشروط من قبل، راجع كذلك، علي ابن أحمد المكنى ابن حزم، المحلى، طبعة دار الفكر، ط10، (د.س.ن)، ص. 148.

(3) أشار إلى قول الباجي، الإمام مالك ابن أنس، للقاضي أبي الوليد سليمان بن خلف بن سعيد الأندلسي، المنتقى شرح الموطأ، مطبعة السعادة، مصر، ط1، 1332هـ، ص. 148.

وقال مالك في الإنصاف: "وهذا الخلاف مبني عند كثير من الأصحاب على أنه هل هو شاهدٌ أو حاكمٌ؟ فإن قلنا هو شاهدٌ اعتبرنا العدد، وإن قلنا هو حاكم فلا وقالت طائفة من الأصحاب هذا خلافٌ مبني على أنه شاهد، أو مخبر فإن جعلناه شاهداً اعتبرنا العدد، وإن جعلناه مخبراً لم نعتبر العدد، كالخبر في الأمور الدنيوية"<sup>(1)</sup>.

ورجح العلامة بن القيم الاكتفاء بقول قائف واحد محتجاً بذلك لقوله: "ومن حجة هذا القول، وهو قول القاضي عياض وآخرون، والصحيح من مذهب الشافعي، وقول أهل الظاهر أن النبي ﷺ سُرَّ بقول مجزر المدلجي وحده وصحَّ عن عُمر أنه أستقاف المصطلقي وحده كما تقدم، و أستقاف بن عباس ابن كلبه وحده و ستلحقه بقوله: "وقد نصَّ أحمدُ على أنه يكتفي بالطبيب الواحد إذا لم يوجد سواه و القائف مثله، بل هذا أولى من الطبيب، لأنهما أكثرُ وجوداً منه فإذا أكتفي بالواحد منهما مع عدم غيره فالقائف أولى"<sup>(2)</sup>.

هذا وإن لم تتفق القافة على إلحاق المجهول نسبه بأحد المدعيين، بل تباينت أقوالها وتعارضت، فإن قولها يسقط لتعارضها، كالبينتين إذا تعارضتا تساقطتا، إلا في حالة واحدة وهي أن يتفق اثنين من القافة على إلحاقه بشخص ويُخالفهُما قائفٌ واحدٌ، فإنه لا يلتفت إلى قوله، ويُؤخذ بقول الاثنين لأنهما كالشاهدين، فقولهما أقوى من قول الواحد.

(1) مالك ابن أنس، مرجع السابق، ص.461.

(2) ابن القيم الجوزية، مرجع السابق، ص.211.

أما ما عدا ذلك من حالات الاختلاف، كأن يُعارض قول اثنين قول آخرين، أو قول ثلاثة، فإن قول القافة يسقط في هذه الحالات كلها، وبهذا قال الحنابلة<sup>(1)</sup>.

أما لو أخذ بقول القافة، وحكم به حاكم، ثم جاء قائلٌ آخر فألحقته بشخصٍ آخر، فإنه لا يلتفت إلى قول المتأخرة منهما، لأن حكم الحاكم يرفع الخلاف، ومثل هذا أيضاً لو رجعت القافة عن قولها بعد الحكم به وألحقته بشخصٍ آخر، فإنه لا يلتفت إلى رجوعها عن قولها الأول، لثبوت نسب المجهول بمن ألحق به أولاً، وبهذا قال الشافعية والحنابلة<sup>(2)</sup>.

وإذا لم يؤخذ بقول القافة لاختلاف أقوالها، أو أشكل الأمر عليها فلم تلحقه بواحد من المدعين، أو لم توجد قافة، فإن نسب المجهول يضيع على الصحيح من مذهب الحنابلة<sup>(3)</sup>.

والقول الآخر للشافعية<sup>(4)</sup>: أن الأمر يُترك حتى يبلغ المجهول، ثم يُؤمر بالانتساب إلى أحد المدعين، لأنه إذا تعذر العملُ بقوله القائف رجع إلى اختيار الولد الجبلي، لأن الإنسان يميل بطبعه إلى قريبه دون غيره، ولأنه إذا بلغ صار أهلاً للإقرار فإذا صدقه المقر له فيثبتُ نسبه حينئذ بالإقرار.

(1) أنظر، شمس الدين أبي الفرح عبد الرحمان ابن قدامى المقدسي، الشرح الكبير على متن المقنع، بمامشه المغني لأبن قدامى، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، مصر، 1973، ص.16؛ أحمد ابن حنبل، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، طبعة معادة دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، ط1، 1958، ص.348.

(2) أنظر، شمس الدين الشافعي الصغير، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، (د س ط)، ص.463.

(3) شمس الدين أبي الفرح عبد الرحمان ابن قدامى المقدسي، مرجع السابق، ص.348.

(4) أبو إسحاق الفيروزبادي، مرجع سابق، ص.444.

وفي قول في كلا المذهبين، أنه يؤمر بالاختيار والانتساب إلى أحد المدعين إذا بلغ سن التمييز.

أما حالياً، فأسلوبُ القيافة قد تطوّر و أصبح موضوعاً لدراسات دقيقة واسعة النطاق يُطلق عليه اسم "البصمة الوراثية"، وبالتالي فإنه حتى وإن تمّ الأخذ بقول الحنفية فإن أسلوب القيافة بتحوّله إلى علم دقيق يُدرس فقد بدأ يبتعد شيئاً فشيئاً عن الحدس والتخمين هذا من جهة، ومن جهة أخرى فقد رأينا ما أفادت به العلوم الطبية في مجال فحص الدم من حيث اعتبار نتائجه مؤكّدة سواءً فيما يتعلق بنفي النسب أو إثباته، وما قد ينتج عن هذا من تدعيم لأسلوب القيافة وجعلها مؤكّدة النتائج<sup>(1)</sup>.

و بالتالي فإن التحجج يكون بأسلوب يقوم على الحدس و التخمين ولم يعد ما يبرره في أيامنا الحالية مع العلم في مجال البيولوجيا، و علم الوراثة والذي سمح من خلال فحص الدم، للتوصل إلى نتائج تُفيد في نفي النسب أو إثباته بطريقة تُقارب اليقين، فأصبح هذا الأسلوب العلمي يُعدّ وسيلة إثبات يصحّ الاعتمادُ عليها، وما كان ليرفضها فقهاءُ الحنفية لو كانت تحت أيديهم الحقائق العلمية التي في زماننا وهي أوثقُ في عصرنا للتعرف على حقيقة النسب نفيّاً وإثباتاً، من أسلوب القيافة الذي رأى جمهور الفقهاء الاعتماد عليه كما تمّ بيانهُ بينما رفضه فقهاءُ الحنفية.

و مجملُ القول أنّ القاعدةُ الشرعيةُ تُوجب الرجوع إليهم في معرفته و بالتالي فالأخذُ بطريقة فحص الدم أو البصمة الوراثية إذا أُستعمل وفقاً للضوابط الشرعية لا يُعدّ

(1) عمر السيل، مرجع سابق، ص.27.

خروجاً على الشريعة الإسلامية، إذاً ستجد أنفسنا مجبرين على طرح السؤال الذي مفاده ما هي الضوابط الشرعية لأعمال البصمة الوراثية؟، قد لا يختلف اثنان على أن مجلس الجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي أوصى بها، هذا ما ستعرضُ له تفصيلاً ضمن الفرع الموالي.

## الفرع السادس

### الضوابط الشرعية للعمل بالبصمة الوراثية

أوصى مجلس الجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي، في دورته السادسة عشر المنعقدة بمكة المكرمة<sup>(1)</sup> لسنة 2002 بما يلي:

● أن تمنع الدولة<sup>(2)</sup> إجراء الفحص الخاص بالبصمة الوراثية إلا بطلب من القضاء وأن يكون في مختبرات للجهات المختصة وأن تمنع القطاع الخاص الهادف للربح من مزاوله هذا الفحص لما يترتب على ذلك من المخاطر الكبرى.

● تكوين لجنة خاصة بالبصمة الوراثية في كل دولة يشترك فيها المختصون الشرعيون الأطباء والإداريون، وتكون مهمتها الإشراف على نتائج البصمة الوراثية واعتماد نتائجها .

(1) أ نظر، أهم قرارات ملخص المناقشة عند، عمر السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها استخدامها في النسب والجنابة، قرار مجلس الجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي في دورته السادس عشر المنعقدة بمكة المكرمة، 1422هـ الموافق ل2002م، ص.10. وما يليها.

(2) نظم القانون 51 لسنة 1984 بشأن الأحوال الشخصية، والمعدل بالقانون رقم 61 لسنة 1996، المطبق حالياً في دولة الكويت أحكام النسب في المواد من 166 الى 175 حيث سمح من خلال باستثناء اعتماد الخبرة الطبية لنفي النسب في حالات خاصة من خلال المادة 168 منه بقولها: "لا يثبت النسب من الرجل اذا أثبت أنه غير مخصب، أو لا يمكن أن يأتي من الولد لمانع خلقي أو مرضي.....".

كما نص القانون الإماراتي باعتماد الخبرة في مجال إثبات النسب أو نفيه، حيث نظم القانون رقم 28 لسنة 2005 بشأن قانون الأحوال الشخصية المطبق حالياً بدولة الإمارات العربية المتحدة أحكام النسب في المواد من 89 الى 97.

• أن توضع آلية دقيقة لمنع الانتحال والغش ومنع التلوث وكل ما يتعلق بالجهد البشري في حقل مختبرات البصمة الوراثية حتى تكون النتائج مُطابقة للواقع وأن يتم التأكد من دقة المختبرات وأن يكون عدد المورثات (الجينات المستعملة للفحص) بالقدر الذي يراه المختصون ضرورياً دفعاً للشك.

هذه التوصيات تعد ضرورية لتنفيذ لحساسية الموضوع لاسيما إذا علمنا بأن هناك عراقيلٌ مادية جمّة تُعيق تطبيق الطرق العلمية في إثبات النسب.

غير أنه على مستوى الجزائر لازالت الأمور في بدايتها، من خلال توافر المختبرات المعدة لهذا الشأن، حيث يوجد مخبراً واحداً مخصصاً لقسم البيولوجيا الشرعية من خلال تدشين مخبر البصمة الوراثية (ADN) بتاريخ 2004/07/22 والذي يُعتبرُ مخبراً يحتوي على كل التقنيات الحديثة، ويُشرف عليه تقنيون وباحثون مختصون، إلا أنه يظل غير كافٍ قياساً بحجم العمل المطلوب منه إنجازه، لا سيما أن المخبر المذكور الوحيد على المستوى الوطني، مخصص أيضاً لمختلف التحاليل المتعلقة بالجانب الجنائي، وعموماً فإن وجود مخبر وحيد أصبح يطرح عائقاً مادياً.

بالإضافة إلى كون هذه الطريقة أيضاً ليست دقيقة بشكل نهائي، كما أنها تعترضها تساؤلات عدة مُرتبطة بأخلاقيات المهنة، منها هل يُمكن إجراء مثل هذه التحاليل لتحديد النسب بدون ترخيص من القضاء؟، وهل يُمكن استبدال طريقة التحاليل الدموية بهذه الطريقة؟.



إنها أسئلة كثيرة تتجاوز حتى مسألة تحديد النسب بهذه الوسيلة، غير أن المشرع الجزائري، في الفصل الثالث من القانون رقم 653/94 الصادر بتاريخ 29 جويلية 1994 نص في المادة 16-10 على أن: "دراسة الخصائص الجينية للإنسان لا يمكن إجراؤه إلا لأغراض طبية أو للبحث العلمي و أن الرضاء المسبق والصريح للمعني بالأمر إجباري"<sup>(1)</sup>.

غير أنه فيما يُخصّ البحث الجيني للفرد بهدف تحديد نسب طفل محل نزاع أو إثبات نسبه، فإنه لا يُمكن إجراؤه إلا بموجب أمر قضائي، وبعد الحصول على الرضاء المسبق والصريح للمعني بالأمر، غير أن الصعوبات المادية المباشرة تتمثل فيما يلي:

1- عدم التوفر على مخابر جديدة ذات كفاءة عالية وعدم وجود تقنية للحصول على نتائج صحيحة وحقيقية ومطابقة للواقع.

2- يتطلّب اللجوء إلى الطرق العلمية كفاءات عن علم البيولوجيا تمتاز بالإتمام الشامل والمعرفة الدقيقة بعلم الجينات وكل الأنظمة المستعملة في هذا المجال المرتكز على الفرضيات والحالات النادرة.

3- محاولة اعتماد أنظمة أخرى في هذا المجال للوصول إلى النتيجة الحقيقية والصحيحة.

4- كما يتطلب اعتماد نظام ( HLA ) دون سواه إمكانيات ضخمة بداية بتخصيص مخبر عالي الجودة وخبراء تقنيين أخصائيين رفيعي المستوى في هذا المجال.

(1) عمراني احمد، أحكام النسب بين الإنجاب الطبيعي والتلقيح الصناعي ( دراسة مقارنة )، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة وهران الموسم الجامعي، 1999/2000، ص.88.

وبعد كلامنا عن هذه الصعوبات المادية المباشرة ما هي الإشكالات القانونية التي يُثيرها إعمالُ البصمة الوراثية، هذا ما سنتعرض له ضمن المطلب الموالي.

### المطلب الثالث

#### إشكالات استعمال تقنية البصمة الوراثية

للبصمة الوراثية، العديد من الإشكالات مثلها مثل التحاليل الدموية، غير أنّ هذه الإشكالات تنقسمُ إلى شقين، منها ما هو قانوني سنتعرض له ضمن (الفرع الأول)، ومنها ما هو مادي سيتمّ التعرض له ضمن (الفرع الثاني).

#### الفرع الأول

##### الإشكالات القانونية

هناك العديد من المشكلات القانونية تُصادف التطبيق الفعلي والتأمُّ للبصمة الوراثية، تتمثلُ في الحماية القانونية للحياة الخاصة، واحترام سلامة الإنسان جسدياً كما يجب ألا نجبره على تقديم دليل ضد نفسه، وسيتمُّ أيراد شرح بسيط لهذه الإشكالات كما يلي:

أولاً: الحماية الدستورية لحرمة الحياة الخاصة

نصّ المشرع الدستوري الجزائري، من خلال المادة 34 من دستور 1996<sup>(1)</sup> على أنه: "تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان و يحظر أي عنف بدني أو مساس بالكرامة" تعدّ حرمة الحياة الخاصة ثاني حق يمكن أن يتأثر بفحص الحمض النووي لـ ADN لأن التساؤل المطروح يكمن في القول إلى أي مستوى يمكن للفحص أن يشكل تدخلاً في الحياة الخاصة للفرد التي يحميها الدستور.

وتظهر إحدى الاعتراضات الأساسية على المساس بجرمة الحياة الخاصة في كون فحص البصمة الجينية يفتح المجال للبحث عن الخصائص الوراثية و هذا الاعتراض مستمد من فكرة مفادها أن معرفة تكوين خصائص الحمض النووي للفرد يكشف الاستعداد الوراثي له و بالتالي يكشف عن الاستعداد الإجرامي للمتهم فالاعتراض الأساسي إذاً يتجلى في أن فحص الحمض النووي ADN يمكن أن يمد الغير بمعلومات من المتهم أكثر من المعلومات التي يحتاجها للتحقق من العينات المفحوصة للمقارنة.

و لا شك أن هذه المعلومات المتعلقة بالفرد تعد ذات طابع شخصي خاص جداً لأنها تتعلق بمعلومات شخصية، رغم أن طريقة الطبيب (Jeffreys) المتبعة في الوقت الحاضر تطمئننا بأن العمود (Le code - barre) لا يكشف بأي حال من الأحوال عن الشخص الذي قدم منه العتاد الخلوي.

(1) دستور 1996 الصّادر بالمرسوم الرئاسي رقم 438/96 المؤرخ في 26 رجب 1417 هـ المتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 1996/11/28، ج. ر.ج.ج، ع76، لسنة 1996.

و أن البصمة الجينية المتحصل عليها من خلال هذه الطريقة لا تُعطي أي معلومة عن شخصية المتهم أو طبعه أو استعداداته الإجرامية أو الوراثية، كما أن هذه الطريقة لا تُعطي أي وصف للشخص (الطول، القصر، ذكر، أنثى). و لهذا يجب على المشرع أن يضع ضمانات صارمة حول بقية توسع فحص الأعمدة المشفرة في الإجراءات الجزائية، كما أن هناك اعتراض آخر مضمونه أن لا يُجبر الشخص على تقديم دليل ضد نفسه.

### ثانياً: إنتهاك السلامة الجسدية

تنص المادة 35 من دستور 1996 على أنه: "يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق و الحريات و على كل ما يمس سلامة الإنسان" و قد تنطوي الطرق العلمية على مساس هذه السلامة الجسدية، ذلك أنها تعتمد على العتاد المأخوذ من جسم الإنسان و الذي قد يؤخذ منه بطريق الإكراه، و هو ما يعد مساساً بسلامته الجسدية .

### ثالثاً: احترام مبدأ قرينة البراءة

هذا المبدأ نص عليه ابتداءً الإعلان العالمي لحقوق الإنسان<sup>(1)</sup> و الذي مفاده أن كل شخص تابعته النيابة العامة يظل بريئاً إلى غاية إدانته نهائياً و هو ما نصت عليه المادة 45 من الدستور الجزائري: "كل شخص متهم يعتبر بريئاً حتى تثبت جهة قضائية نظامية إدانته....".

(1) سلمى الخضرة الجيوسي، حقوق الإنسان في الفكر العربي، مركز دراسات الوحدة العربية، ط1، بيروت، 2002، ص.910.

غير أن هذا المبدأ لا يتعارض مع تطبيق الوسائل الزجرية في الإجراءات الجزائية مثل التوقيف للنظر و الحبس المؤقت رغم أن تطبيق هذه التدابير يمكن أن يكون مطلقاً لتأسيس أية إدانة مُحتملة و لذلك كفل المشرع تلك التدابير الردعية بضمانات عديدة من حيث الأشخاص الذين يقومون بها "ضباط الشرطة القضائية و القضاة" أو من حيث الزمان " تحديد مدة التوقيف للنظر و الحبس المؤقت" أو من حيث المكان (مقرات الحجز و أماكن الحبس).

#### رابعاً: عدم إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه

تتضمن أغلب القوانين الإجرائية المعاصرة أحكاماً تحتوي على ضمانات مفادها التصريحات التي يُدلي بها المتهم، و تعدّ كأنها تمت بجرية منه دون إكراه واقع عليه، تماشياً مع المادة 04 الفقرة 03 و 04 من الاتفاقية العالمية لحقوق الإنسان لسنة 1948، فما مدى انطباق هذه المقتضيات على فحص البصمات الجينية انطلاقاً من العتاد المأخوذ من المتهم؟ إن أخذ أي جزء من جسم الإنسان لأجل فحص الحمض النووي يتم فيه إجبار الشخص المعني على أن يشهد ضد نفسه أو إكراهه على الاعتراف بخطئه فليس المتهم هو الذي يتكلم هنا و إنما الوقائع المادية هي التي تعوض التصريحات<sup>(1)</sup> وفي هذا الصدد نصّت التوصية الخامسة من الدستور الأمريكي على عدم إكراه الشخص<sup>(2)</sup> في أي حالة جرمية على تقديم اعترافات ضد نفسه حيث نص على: Criminal any in compelled be shall not himself against witness a be to case<sup>(3)</sup> فمبدأ عدم إجبار الشخص على تقديم دليل

(1) نويري عبد العزيز، البصمة الجينية و دورها في الإثبات في المادة الجزائية، مجلة الشرطة، عدد65، بتاريخ 2004/02/02، ص.45.

(2) دون إرغامه على تقديم دليل ضد نفسه لأن ذلك يعد خرقاً لمبادئ الإثبات.

(3) نويري عبد العزيز، المرجع السابق، ص.46.

ضد نفسه لا ينطبق سوى على التصريحات الشفوية<sup>(1)</sup> و في الجزائر نصت المادة 213 من قانون الإجراءات الجزائية على أن الاعتراف شأنه شأن جميع عناصر الإثبات تخضع لحرية تقدير القاضي، و بالتالي يبقى الشخص بريئاً إلى أن تُثبت إدانته نهائياً من طرف القضاء الجزائي و لو حامت شكوك حولهُ، و لو اشتبهت في شأنه الشرطة القضائية و حتى لو تابعته النيابة العامة و أودعه قاضي التحقيق الحبس المؤقت، وعموماً فبعد مناقشة هذه الإشكالات القانونية التي تعترى البصمة الوراثية، فيما تتمثل المشكلتان الماديتان لإجراء تحليل البصمة الوراثية، هذا ما سنناقشه ضمن الفرع الموالي.

### الفرع الثاني

#### المشكلتان الماديتان لإجراء تحليل البصمة الوراثية

يشير الفقه والواقع إلى أن هناك مشكلتان تعيقان إجراء البصمة الوراثية على مستوى الجزائر، وهي وجود مخبر علمي واحد ووحيد(أولاً)، ثم مشكلة مسألة مصاريف الخبرة(ثانياً).

#### أولاً: وجود مخبر علمي واحد ووحيد

لقد خصص قسم البيولوجيا الشرعية من خلال تدشين مخبر ADN بمناسبة عيد الشرطة بتاريخ 2004/07/22 بالرغم من أنه يعد خطوة هامة في تكريس و تشجيع العمل بالبصمة الوراثية لمسايرة التطور البيولوجي خصوصاً في مجال النسب حيث يشرف عليه

(1) كاستعمال آلات تحليل الأصوات (analyses macro)، وآلة الكشف عن الكذب (détecteur des mensonges) بعد الاستعمال غير القانوني.

تقنيين و باحثين مختصين في علم البيولوجيا و الوراثة، تتجلى أهميته في البحث عن الأدلة بواسطة التحاليل المخبرية سواء كانت في المجال الجنائي أو في إثبات و نفي النسب باعتبار الطرق العلمية وسيلة مستحدثة في المادة 40 للفقرة الثانية من قانون الأسرة المعدل و المتمم إلا أن استحداث مخبر علمي واحد على المستوى الوطني مقارنة باستحداث الطرق العلمية من طرف المشرع يعد مشكلاً مادياً يحول أمام صعوبة إستصاغة الأمر من خلال الأوجه التالية:

أ- يتطلب اللجوء إلى الطرق العلمية توافر مخابر ذو جودة عالية و تقنية نظراً لصعوبة استعمال الوسائل المستخدمة في هذا المجال.

ب- يتطلب اللجوء إلى الطرق العلمية الإلمام الشامل و المعرفة الدقيقة بعلم الجينات و كل الأنظمة المستعملة في هذا المجال، بحيث يجب مراقبتها بصورة دقيقة.

ج- يتطلب اعتماد نظام ADN دون سواه إمكانيات ضخمة سواء بالاعتماد على مخبر عالي الجودة و على خبراء تقنيين أخصائيين رفيعي المستوى من بينهم أخصائيين في الإحصائيات و الاحتمالات، نظراً لأنه يشكل إحدى الأنظمة المعقدة و الشائكة.

ثانياً: مسألة مصاريف الخبرة: إذا كان اللجوء إلى الطرق العلمية يرتكز في أساسه على ضرورة توافر آليات و هياكل مادية ضخمة للوصول إلى نتائج فعالة، فإن ذلك يتطلب بالمقابل مصاريف باهظة تفتقر لآلية قانونية يتم بموجبها تحميل الخزينة العامة أعبائها، وبالتالي يتحملها أطراف الدعوى، فهل يُمكن تصوّر ذلك بالنظر إلى الأوضاع المعيشية

والاقتصادية للمواطن الجزائري، مما يستدعي القول بأن مجال لجوء المواطن إلى هذه الخبرة يبقى ضيقاً جداً.

### خلاصة الباب الثاني:

وعموماً ففي نهاية هذا الباب، فإنه من الضروري التنويه بالمجهودات الجبارة للمشرع الجزائري حيال ضبطه لإجراءات الأحوال الشخصية عموماً، منها دعوى إثبات النسب على وجه الخصوص ضمن المستويين الداخلي والخارجي، وكذا الجهود التي بذلها علماء الطب لما لها من الدقة والصرامة حيال الحد من اختلاط الأنساب لكن كل هذا الاجتهاد يجب ألا يخالف نص شرعي صريح أو فتوى فقهية.



## خاتمة

في نهاية هذا البحث، وبعد أن قضينا هذه الجولة المتواضعة نوعاً ما في دراسة الآليات القانونية لحماية النسب في التشريع الجزائري، وبعض النظم الأخرى، اتضح جلياً مما لا يدع مجالاً للشك أن ما يتسم به التشريع الأسري عموماً، هو الضعف الذي يكتسبه كماً ونوعاً حيث أن الأول يتجلى في عدم كفاية النصوص التشريعية في مجال الأسرة لكافة المواضيع، وأن هذه النصوص لم ولن تكفي لحل كافة المشكلات، مما يفتح الباب واسعاً أمام القضاء للاجتهادات التي قد تكون متضاربة أحياناً.

كما أتضح لنا من خلال هذه الدراسة أن النقص النوعي، فيقصد به النقص الوارد في القانون، خصوصاً حيال هذه الثورة العلمية في مجال الجينات و أنتساب الأشخاص إلى والديهم عن طريق فحص كريات الدم وتحليل البصمة الوراثية... الخ، هذا ما دفع بالمشروع إلى الاستنجد بالمادة 222 ق أ ج، فأدى هذا بالقاضي للتوسع في التأويل، أو عدم معرفة آليات التأويل خصوصاً إذا كان غير ملم بضوابط الشريعة الإسلامية، ومستجدات الثورة العلمية .

وقد لاحظنا من خلال تحليل النظام القانوني لحماية النسب، أن قانون الأسرة<sup>(1)</sup> مرتبط أشد الارتباط بالمرأة، وهو يتناول كل ما يتعلق بحياة الإنسان منذ ولادته إلى وفاته، فعندما يزداد الإنسان نجد أنفسنا أمام عدة مسائل والمتمثلة في النسب والحضانة والنفقة وعندما يصبح الإنسان بالغاً قد يفكر في الزواج فنكون أمام مسائل الزواج، والخطبة، والهدايا والمهر والولي، والشاهدين ومسألة تعدد الزوجات وكذا حقوق وواجبات

(1) يعد قانون الأسرة فرعاً مستقلاً بذاته من فروع القانون الخاص، وهو ذو طبيعة خاصة و متميزة، وقد فسر الفقيه الفرنسي (J) Carbonnier ذاتية قانون الأسرة بأنه يخضع لفرضية "اللاقانون" أكثر من خضوعه للمفاهيم القانونية و للقانون "le non droit" هو في الأساس علم الأسرة و القانون هو الاستثناء .

أنظر: (J)Carbonnier , Flexible droit, Paris, editon, 1971, P.28

أخذاً عن، بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء1، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص.26 .

## خاتمة

الزوجين.... الخ وقد لا تتناسب عقلية الزوجين فنطرح مسائل الطلاق والتطليق والفسخ والخلع، وكذا توابع الطلاق من عدة ونفقة ونزاع حول متاع البيت .

غير أن الشريعة الإسلامية أتت للحفاظ على مصالح الناس ورعايتها في دنياهم وآخرتهم، وهذا ما عبر عنه الفقهاء بمقاصد الشريعة الخمسة السالف ذكرها، وما كانت الشريعة الإسلامية لتقف يوم في وجه العلم والعلماء، ولا لتحذ من عزيمتهم فيما يحقق كل نفع ومصلحة مشروعة للبشرية، ذلك أن أهم خاصية تتميز بها هذه الشريعة الغراء عن كافة الشرائع والديانات والقوانين والتشريعات، أنها تهدف للحفاظ على مصالح العباد وتحقيق اليسر ورفع الحرج والمشقة، كما أنها صالحة للتطبيق في كل زمان ومكان<sup>(1)</sup>.

وعليه، فإن القول الأصح والمختصر في المسألة هو جواز ومشروعية التلقيح الاصطناعي بوسائله المشروعة متى كان في إطار الضوابط الشرعية، ومنه أن تتم هذه العملية في ظل قيام علاقة زوجية صحيحة، وفي ظل حياة كل من الزوجين، وأن تكون الحاجة ملحة لإجرائها لضرورة شرعية، وأن تتم بين الزوجين وبرضاها، ذلك أن إدخال شخص غير الزوجين في عملية التلقيح الاصطناعي كأن يتبرع رجل بمنيه أو امرأة ببويضتها أو تتبرع برحمها لحمل اللقيحة (تأخير الرحم) أو غير ذلك يعتبر ماساً بمسألة مهمة من آثار الزواج وهي النسب .

ومن النتائج التي لا بد أن تترتب على الزوجية إثبات النسب، وبالتالي وجود قرابة من العمومة والحوالة وقد نظم الإسلام هذه القرابة، ورتب درجاتها، وفصل الحقوق والواجبات المترتبة لكل نوع ودرجة من القرابة وعليها، كالميراث والنفقة وسواها، فأوجب النفقة على القريب العصبية بحسب درجات الموارث، وذلك عند انعدام الأصل أو الفرع أو الوارث وذلك لأن الإسلام في نظامه الاقتصادي جعل مال المتوفى يعود لأقرب الناس إليه

(1) عمر سليمان الأشقر، خصائص الشريعة الإسلامية، قصر الكتاب، البلدة، الجزائر، دس، ص.63. وما بعدها

## خاتمة

ولذا فقد حمل هذا القريب نفقة قريبه عندما يكون بحاجة إلى تلك النفقة، لأن الغرم بالغنم فإذا لم يكن للفقير قريب من عصابته تجب عليه النفقة، فينتقل واجب النفقة عند ذلك بيت المال .

وقد تبين لنا أن التلقيح الاصطناعي باعتباره طريقة حديثة غير طبيعية للإنجاب جائزٌ شرعاً وقانوناً، وذلك لوجوب الضرورة و الحاجة إليه لأنه لا يمكن إجراء التلقيح الاصطناعي من دون توافر شروطه الأساسية : من توافر للمصلحة وهي وجود الضرورة الداعية إليه وأن يتم في إطار العلاقة الزوجية القائمة أثناء حياة الزوجين وبقاءهما مرتبطين بعقد زواج شرعي .

كما يشترط توافر رضا الزوجين وإذنهما بإجراء هذه العملية، وهذا الشرط مستنبط من الأصول العامة للتصرفات الشرعية أو القانونية المبنية على حرية الأشخاص ورضاهم ويشترط أن يتم التلقيح الاصطناعي بين الزوجين لا غير، ومعنى ذلك أن تتم العملية بنطفة الزوج وبويضة ورحم الزوجة وفي هذا عدم اعتراف بكل أشكال التلقيح الاصطناعي التي تقوم أو تتطلب عنصر أجنبي غير الزوجين .

كما أنه متى كان التلقيح الاصطناعي مشروعاً رتب آثاره القانونية المترتبة عن التلقيح الطبيعي من ثبوت للنسب ووجوب للعدة، ووجوب التوارث، والنفقة والحضانة .

غاية ما في الأمر أننا نهيىء بالمشروع لوضع الآليات القانونية التي تتولى إجراء ومتابعة هذه العمليات وذلك بإنشاء لجان وطنية مكونة من أخصائيين مؤهلين فعلاً من فقهاء وأطباء وقانونيين للقيام بهذه العمليات ومتابعتها هذا من جهة ومن جهة أخرى ضبط ووضع إطار قانوني للقيام بهذه العمليات سواء من حيث الصرامة في تطبيق النصوص القانونية مع كل مخالفة أو تجاوزات أو تلاعب بمثل هذه العمليات أو من حيث تحديد

## خاتمة

المراكز المختصة بإجراء هذه العمليات وتجهيزها بكل ما تتطلبه مثل هذه العمليات، وعدم السماح بإجراء التلقيح الاصطناعي خارج إشراف ومتابعة لجنة مختصة تابعة للدولة .

هذا و قد أثمر البحث في موضوع النسب عدداً من النتائج والملاحظات نورد أهمها ضمن النقاط التالية :

1- أن النسب من أقوى الدعائم التي تقوم عليها الأسر، فنقاؤه يعني صلاحها، وفساده يعني فسادها.

2- أسباب ثبوت النسب الشرعية، تتجلى في الفراش ويندرج تحته الزواج الصحيح والزواج الفاسد، والوطء بشبهة، حسبما أقر الفقه الإسلامي وسار على دربه المشرع الجزائري في قانون الأسرة .

3- إمكانية اللجوء إلى عملية التلقيح الاصطناعي بضوابط لا يمكن تجاوزها شرعاً وذلك حفاظاً على حرمة النسب وشرعيته .

4- من المتعارف عليه أن الإقرار والبينة والقيافة أدلة في إثبات النسب كطريق شرعية عمل بها الفقهاء منذ زمن طويل .

5- إن الطريق الشرعي الوحيد لنفي النسب هو اللعان بشروطه المعتمدة .

6- لا يجوز نفي النسب الثابت شرعاً عن طريق البصمة الوراثية ولا غيرها بأي وسيلة من الوسائل، ولكن يجوز الاستعانة بها من القرائن التي قد تؤيد الزوج في طلبه اللعان أو قد تدل على خلاف قوله، فرمما يكون مدعاة لعدوله عن اللعان .

- 7- إن القول بجواز إحلال البصمة الوراثية محل اللعان في نفي النسب باطل لما فيه من المصادمة للنصوص الشرعية الثابتة .
- 8- لا يجوز تعطيل النصوص الشرعية النقلية الصحيحة الثابتة من القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة لمجرد دليل علمي حديث قد يشوبه خطأ أو تلاعب .
- 9- إن البصمة الوراثية تعتبر طريقاً من طرق إثبات النسب الشرعي و قياساً أولوية على القيافة، فيؤخذ بها في جميع الحالات التي يجوز الحكم فيها بالقيافة بعد توفر الشروط والضوابط المعتبرة في خبير البصمة وفي معامل الفحص الوراثي .
- 10- يجب على المشرع أن يضيق مجال البصمة الوراثية ويحصرها ويقننها كي يتجنب التفكير في إثبات النسب من العلاقات غير الشرعية ومنع الحديث عن الأب الطبيعي بدل الأب الشرعي.
- 11- طرق إثبات النسب المعتبرة قانوناً هي الزواج الصحيح ، الزواج الفاسد الزواج بشبهة، و الإقرار، البينة، أما في الشريعة فهي ذاتها إضافة إلى القافة والقرعة.
- 12- أن التحاليل الدموية أسبق ظهوراً من البصمة الوراثية .
- 13- توصل العلم إلى أن التحاليل الدموية وسيلة احتمالية في مجال إثبات النسب، وقاطعة في نفيه، وهذا أشار إليه الأستاذ " عبد الناصر محمد شنيور " والأستاذ "كمال صالح البنا" .
- 14- أثبت العلم أن البصمة الوراثية من الناحية العلمية وسيلة لا تكاد تخطئ في التحقق من الوالديه البيولوجية، كما أشار إليه العديد من الباحثين كالدكتور "عمر السبيل" و الدكتور "خليفة علي الكعبي" .

15- من ضوابط العمل بالطريق العلمية في مجال إثبات النسب أنه لا يجوز اللجوء

إليها إلا في الحالات التي يتم فيها الإثبات بالقيافة .

16- إن موقف الفقه والقانون والقضاء العربي لازال متحفظاً اتجاه الأخذ بالطرق

العلمية في مجال إثبات النسب .

17- ليس لنتائج التحاليل الدموية أو البصمة الوراثية أي أثر على العلاقة المنتجة

للسبب في حالة ثبوته أو انتفائه بإحدى الطرق الأقوى منها .

18- أن الطريق العلمية في إثبات النسب مشروعة والدليل على مشروعيتها القياس

والمصلحة والمقاصد .

إن هذه النتائج والملاحظات التي توصلنا إليها في إطار هذه المعالجة القانونية ساعدت

على وضع اقتراحات، والتقدم ببعض التوصيات، من الواضح أنها مفيدة لإثراء الموضوع

هي:

1- يستحسن أن يعيد الفقه والقضاء والقانون العربي النظر تجاه موقفه المتحفظ من

الأخذ بالتحاليل الدموية والبصمة الوراثية، وذلك بالأخذ بها في حدود ضوابط

العمل بهما.

2- بما أن البصمة الوراثية أدق من التحاليل الدموية، غير أنه في حالة الحصول على

نتائج السلبية لتحليل فصائل الدم، فالواجب الرجوع إلى تحليل ADN للقطع

بصحة تلك النتائج.

كما أن الشريعة الإسلامية عنيت بالعلاقة النسبية الناشئة عن الولادة لأهميتها في ثبات أحوال الأسرة واستقرارها، وهو الأمر الذي يؤدي إلى تماسك المجتمع واستقامته، ووضعت الكثير من الأحكام الشرعية حول مقصد حفظ الأنساب واتساق شأنها، حرصاً على أن تكون الأبوة الطبيعية هي الأبوة النسبية وأن يكون الانتماء بالدم إلى العشيرة انتماءً صحيحاً، و رابطة الشريعة بالنسب أحكاماً بنتها عليه، كالإرث والبر والصلة والولاية والحضانة وغيرها.

ومن المسلمات أن الأبوة تثبت شرعاً بأمور، استسقاها الفقهاء من نصوص الشريعة هي الفراش الصحيح، و الفاسد، والشهادة، والإقرار، والقيافة ( على اختلاف في ثبوتها بالقيافة ) ومتى ثبتت الأبوة سوى منها النسب إلى قرابات الأب كالأجداد والجدات والأعمام والعمات والإخوة والأخوات، و بنيتهم، كما أن الأمومة تثبت النسب بالولادة الطبيعية.

كما انه من المعلوم شرعاً أن الأبوة لا تثبت بالادعاء ( التبني ) لقوله تعالى: " مَا جَعَلَ اللَّهُ لِرَجُلٍ مِّن قَلْبَيْنِ فِي جَوْفِهِ ۗ وَمَا جَعَلَ أَزْوَاجَكُمُ اللَّائِي تُظَاهِرُونَ مِنْهُنَّ أُمَّهَاتِكُمْ ۗ وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ۚ ذَٰلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ ۗ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ " <sup>(1)</sup> ولا تثبت بالزنا وإن علم هذا الوليد خلق من مائه، لقول النبي ﷺ: " الولد للفراش وللعاهر الحجر " وإذا ثبتت الأبوة لم تبطل بالإبطال، ولم تنقل بحال من الأحوال، ولكن تنتفي قبل الثبوت باللعان.

و لقد تم استخلاص حيال معالجة الشق الثاني من الموضوع أن البصمة الوراثية وسيلة عصرية استجد أمرها في السنين الأخيرة من هذا القرن، وهي ما أثبتته البصمة الوراثية

(1) سورة الأحزاب ، الآية 04

## خاتمة

من أن كل واحد من البشر يتميز نمط الدنا في خلاياه بترتيب متفرد لا يتساوى مع ترتيب الدنا في أي شخص آخر، عندما ما يكون في التوائم المتطابقة ولكل شذفة من شريط الدنا في الإنسان شذفة مماثلة في شريط الدنا في أمة، و شذفة أخرى مماثلة في شريط الدنا في أبيه الطبيعي فنصف شذفاته جاء من أمه، والنصف الآخر جاء من أبيه الطبيعي .

كما اتضح في المراكز المتقدمة لأبحاث الوراثة مدى قوة هذه التقنية، وأن بإمكان نتائجها أن تثبت أو تنفي الأبوة الطبيعية بدرجة لا تدع مجالاً للشك على ما تؤكدته الأبحاث العلمية المقدمة إلى الندوة .

والسؤال المطروح هو أنه هل يمكن شرعاً اتخاذ هذه التقنية وسيلة لإثبات النسب الشرعي بين الإنسان و أبيه ؟ خاصة وأنه يؤمل في المدى القريب بعد أن يتم تحديد المعايير والأدوات المستعملة في هذه التقنية، التوصل إلى مقارنة الصمات الوراثة بطريقة آلية، وسيجعل ذلك للإمكان الاستفادة من هذه التقنية على نطاق عالمي .

والذي تبين لي بعد البحث والتأمل، على افتراض صحة ما أعلنته مراكز أبحاث الوراثة وأن البصمة الوراثة طريقة صحيحة لإثبات الأبوة شرعاً مضمومة إلى الطرق المتقدمة التي اعتمدها فقهاء الشريعة، أما عن أهم التوصيات فنجملها في مسائل، يبدو لنا فيهما أنه لزام على المشرع الجزائري تدارك الأمر في أقرب تعديل الأسرة الجزائري:

1- أن الحق كما يثبت بالفراش القاطعة، يثبت أيضاً بالقرائن المغلبة على الظن وخاصة في هذا الباب ، طبقاً للقاعدة الفقهية، وهي أن "الشارع متشوف لإثبات النسب" .

2- أن الأمة قد قبلت وسائل مستحدثة لإثبات الشخصية، غير الشهادة، كبطاقة الهوية الشخصية التي عليها صورة حاملها وكبصمات الأصابع، والتوقيع الخطي ونحو ذلك، وتم على ذلك الإجماع العلمي، فهذا النوع، وهو البصمة الوراثة مثل ذلك وأولى .



3- أن الفقهاء من الشافعية والحنابلة، وكذلك المالكية في بعض الصور - فبلوا القيافة طريقاً لإثبات النسب شرعاً، و القائف إنما يتكلم عن حدس وتخمين وفراسة ومع ذلك يقبل قوله، فقبول قول خبير البصمة الوراثية المبني على سيء محسوس ثنت صدقه - على ما تذكره الأبحاث - وهو بصمة الدنا، أولى بالقبول على أنه يشترط لقبول قول خبير البصمة الوراثية ما اشترطه الفقهاء في قول القائف : - وهو أن يكون مسلماً، عدلاً ، مجرباً في الإصابة، وإن لم يكن مجرباً تجرى ترتيبه فإن أصاب، يقبل قوله، ويشترط أيضاً التعدد، فلا بد من قول خبيرين ونفضل أن يؤخذ كل منهما على انفراد، دون علم الآخر .

وهذه التقنية لا يجوز استخدامها لإبطال أبوة قد ثبتت بفراش أو تسامع أو شهادة أو إقرار، أو تسامع أو شهادة أو إقرار، وإنما يجوز استخدامها فيما اشتبه فيه الأمر، كاللقيط إن ادعاه رجلان، وكما لو وطئ اثنان امرأة بشبهة في طهر واحد، فأنت بولد، وحصل التردد في أنهما أبوه، وكما في نفي العدوان الجنسي المدعى، والبصمة الوراثية في نظري مقدمة على القيافة، فإن أمكن استخدام الطريقتين، فالبصمة الوراثية أولى .

4- إن أهم ما يمكن الإشارة إليه أن ظهور الطرق العلمية المبنية على تحليل الأنسجة والأنظمة البيولوجيا بشكل غير مقيد لإثبات النسب يجعل ضرورة تدخل المشرع الجزائري بصورة واضحة وصريحة في وضع إطار قانوني لهذه الطرق، سواء القطعية التي ترقى درجة اليقين كما تم تفصيله بالنسبة للبصمة الوراثية أو الظنية التي لا ترقى فيها درجة الشك إلى اليقين وإلا ما الفائدة من وضع هذه الطرق كوسيلة لإثبات النسب بمقابل الطرق الشرعية أو لنفيه بمقابل اللعان كوسيلة شرعية لذلك ؟

ومما تقتضيه الحاجة أيضاً هو تحديد القيمة القانونية لهذه الطرق وحجيتها من خلال مدى القاضي بسلطات واسعة لتطبيق الطرق العلمية لخلق نوع من المرونة القانونية

## خاتمة

أيضا وإلا فما أهمية وضع النص عليها دون حصر لمجالها وحجيتها بما يفيد القضاء في سهولة اللجوء إليها كما تطلب الأمر ذلك وغاية الإثبات بالطرق الشرعية.

5- وكذا الشأن بالنسبة للتلقيح الاصطناعي كوسيلة علمية جديدة للإنجاب وجوداً وعدمياً تماشياً مع توفر أو غياب إحدى شروطها الواردة في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة .

لذلك وجب على المشرع أن يضع أساساً للجوء إلى الطرق العلمية والشرعية في إثبات النسب بمعنى وجود العلاقة الشرعية وهي الزواج وعدا ذلك فلا حديث عن هذا الموضوع حتى لا نسهم في التشجيع على تشكيل أجيال من اللقطاء أو تفشي الجرائم الأخلاقية .

هذه إذاً أهم النتائج والتوصيات التي انتهينا إليها، ومع ذلك يبقى الموضوع يحتاج إلى المزيد من البحث والدراسة بالتنسيق مع المتخصصين والباحثين في شتى العلوم الإنسانية والاجتماعية والطبية، حتى يتسنى للمشرع الجزائري وضع منظومة قانونية متكاملة لتحديد هوية الإنسان و انتمائه البيولوجي بدقة حتى لا تختلط الأنساب.

وفي الختام، لنا رجاء عند المشرع الجزائري ومثله المقارن، هو الإتيان بنصوص قانونية أكثر صراحةً وصرامةً وطراوةً في تحديد النسب الشرعي ( كتكملة للمادة 04 وما يليها من قانون الأسرة الجزائري )، كما نطلب منه توضيح بشئ من التفصيل القانوني لعبارة ( يجوز للقاضي اللجوء للطرق العلمية )، كل هذا تماشياً مع التطور العلمي الذي نرى أنه لم يواجهه بتطور قانوني مكافئ للترسانة القانونية موافقة لتطورات العصر وغير مخالف للثوابت الشرعية.

وبعد فلست أزعم أنني أنظر إلى بحثي هذا بعين الرضا التام، فالكمال لله وحده والعصمة لأنبياؤه ورسوله، ولكن حسبي أني قد استفرغت فيه أقصى طاقتي، وبذلت فيه

## خاتمة

أقصى جهدي، فإن كنت قد أصبت فالفضل لله - تبارك وتعالى - وحده، وإن كانت الأخرى فعذري أني قصدت الخير، وشفيعي قول الحق - جل وعلا - : "أَفَلَا يَتَدَبَّرُونَ الْقُرْآنَ ۚ وَلَوْ كَانَ مِنْ عِنْدِ غَيْرِ اللَّهِ لَوَجَدُوا فِيهِ اخْتِلَافًا كَثِيرًا"<sup>(1)</sup>، وقوله أيضا: "لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا ۚ لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ ۗ رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِنْ كُنَّا سَيِّئًا أَوْ أخطَانًا ۗ رَبَّنَا وَلَا تَحْمِلْ عَلَيْنَا إصْرًا كَمَا حَمَلْتَهُ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِنَا ۗ رَبَّنَا وَلَا تُحَمِّلْنَا مَا لَا طَاقَةَ لَنَا بِهِ ۗ وَاعْفُ عَنَّا وَارْحَمْنَا ۗ أَنْتَ مَوْلَانَا فَانصُرْنَا عَلَى الْقَوْمِ الْكَافِرِينَ"<sup>(2)</sup>.

والله أسأل أن يعينني على خدمة الإسلام والمسلمين، وأن يجعل عملي هذا خالصاً لوجهه الكريم .

(1) النساء، الآية 82.

(2) البقرة، الآية 286.

تتضمنُ هذه الملاحق، أهم دعاوى النسب عند المشرع الجزائري والمصري ثم الطريقة العلمية لإجراء الاستنساخ البشري، وقد تم ترتيب هذه الملاحق تباعاً كما يلي:

نموذج رقم **01**: نماذج دعاوى إثبات ونفي النسب عند المشرع المصري.

نموذج رقم **02**: قرار مجلس المجمع الفقهي الإسلامي في دورته السادسة عشر المنعقدة بمكة المكرمة في المدة من 21-21.10.1422 هـ الذي يوافق من 5 . 10.01.2002 م المُتعلق بالبصمة الوراثية .

نموذج رقم **03**: كيفية استنساخ كائن بشري.

نموذج رقم **04**: طريقة استنساخ النعجة دوللي.

نموذج رقم **05**: حُكم في دعوى إثبات نسب صادر عن محكمة ادرار.

نموذج رقم **06**: حُكم بالتحاليل الطبية لإثبات نسب صادر عن المحكمة العليا

## نماذج دعاوى إثبات ونفي النسب عند المشرع المصري<sup>(1)</sup>

### (01) دعوى إثبات نسب في زواج عرفي

أنه في يوم .....

بناء على طلب السيدة /.....وتقيم في .....

دائرة قسم .....ومحلها المختار مكتب الأستاذ/.....المحامي

برقم ..... دائرة قسم.....حافضة .....

أنا .....محضر محكمة .....الجزئية انتقلت وأعلنت :

السيد /.....يقيم في ..... دائرة قسم.....مخاطبا مع .

### الموضوع

الطالبة زوج للمعلن إليه بموجب عقد زواج عرفي مؤرخ / / وقد تم التوقيع عليه  
عن الطالبة والمعلن إليها من شاهدين هما :

1-.....، 2-.....

ولما كان المعلن إليه قد دخل بالطالبة - زوجته - وعاشرها معاشرتها الأزواج وقد رزقت منه  
على فراش الزوجية بصغير اسمه.....

ولما كان المعلن إليه قد رفض قيد الطفل المولود من زوجته الطالبة بدعوى أنه متزوجاً منها  
عرفياً وعليه فلا حق لها فيما تدعيه .

وحيث أنه يحق للطالبة إثبات نسب الطفل ..... من المعلن إليه رغم عقد زواجهما العرفي  
إذ أنه ليس هناك ما يمنع من سماع هذه الدعوى ولو كانت الزوجية غير ثابتة بوثيقة زواج  
رسمية وقد أفتت بذلك دار الإفتاء المصرية بتاريخ 1957/2/1 في الطلب رقم 582 لسنة

(1) راجع هذه النماذج عند، أحمد حلمي عز الدين، الوجيز في صيغ الدعاوى(الأحوال الشخصية) أمام محاكم الأسرة المصرية، يونيتد للإصدارات  
القانونية أ حسن حيدر، مصر، 2011/2010، ص.70 إلى 75.

## الملاحق

---

1963 إذ تضمنت هذه الفتوى " ويثبت لكل من الزوجين قبل الآخر جميع الحقوق والواجبات دون توقف عل توثيق العقد رسميا أو كتابته بورقة عرفية .

وقد قضت محكمة النقض بذلك أيضا في الطعن رقم 3 لسنة 50 قضائية أحوال شخصية بجلسة 1980/12/30 وعليه فأن يحق للطالبة رفع هذه الدعوى .

### وبناء عليه

أنا المحضر سالف الذكر قد انتقلت في تاريخه أعلاه إلى حيث إقامة المعلن إليه وسلمته صورة من أصل هذه الصحيفة وكلفته الحضور أمام محكمة أسرة .....

الدائرة ( ) والكائنة في ..... وذلك بجلستها التي سوف تتعقد علنا في تمام التاسعة من صباح يوم ..... الموافق / / وذلك لسماع الحكم للطالبة على المعلن إليه بإثبات نسب الصغير ..... لأبيه المعلن إليه مع أمره بعدم التعرض لها في ذلك مع إلزامه المصاريف ومقابل أتعاب المحاماة .

ولأخل العلم .

## (02) دعوى إثبات نسب مع حق في الميراث

أنه في يوم .....

بناء على طلب السيدة /.....وتقيم في .....

دائرة قسم .....ومحلها المختار مكتب الأستاذ/.....المحامي

برقم ..... دائرة قسم.....حافضة .....

أنا .....محضر محكمة .....الجزئية انتقلت وأعلنت :

1- السيد /.....مخاطبا مع .

2- السيد /.....مخاطبا مع .

3- السيد /.....مخاطبا مع .

والجميع يقيمون في .....محافضة .....

### الموضوع

الطالبة كانت زوج للمرحوم ..... بموجب عقد زواج عرفي مؤرخ / / وقد توفي عنها زوجها بياروخ / / وكانت قد رزقت منه على فراش الزوجية الصحيحة بطفل أسة ..... وكان قد ترك ما يورث عنه شرعا :

1-.....، 2-.....، 3-.....

وحيث أن المعلن إليهم جميعاً هم ورثة المرحوم .....وقد قاموا بوضع جميع أعيان التركة تحت أيديهم حيث أنكروا زواج المدعية من المرحوم مورثهم وذلك فقد أنكروا نسب الطفل الصغير الى المرحوم مورثهم .

وحيث أنه من المقرر في دعوى النسب بعد وفاة المورث أنه لا يجوز رفعها استقلالا بالنسب وحده بل يجب أن تكون ضمن دعوى حق في التركة تتطلبه المدعية مع الحكم بثبوت النسب وعليه فيحق للطالبة رفع هذه الدعوى .

## وبناء عليه

أنا المحضر سالف الذكر قد انتقلت في تاريخه أعلاه الى حيث إقامة المعلن إليهم وسلمتهم صورة من أصل هذه الصحيفة وكلفتهم الحضور أمام محكمة أسرة .....  
الدائرة ( ) الكائنة في ..... وذلك بجلستها التي سوف تتعقد علنا في تمام التاسعة من صباح يوم..... الموافق.../.../... وذلك لسماعهم الحكم عليه بثبوت نسب الصغير المذكور إلى أبيه و مورث المعلن إليهم المرحوم.....وتحديد نصيبه في تركة والدة مع الزام المعلن إليهم بالمصاريف ومقابل أتعاب المحاماة بحكم مشمول بالنفاذ المعجل طليقا من قيد الكفالة.

ولأجل العلم.



(03) دعوى نفي نسب ولد

جاء لأقل من ستة شهور على الزواج

أنه في يوم .....

بناء على طلب السيد /..... والمقيم في .....

ومحله المختار مكتب الأستاذ/.....المحامي وعنوانه.....

أنا .....محضر محكمة.....الجزئية انتقلت وأعلنت :

السيدة /.....المقيمة في ..... مخاطبا مع.....

الموضوع

الطالبة زوج للمعلن إليه بصحيح العقد الشرعي المؤرخ / / وذلك على يد مأذون  
ناحية.....

ولما كان المعلن إليها قد وضعت طفلاً اسمه.....قيدته بمكتب السجل المدني على اسم  
الطالب باعتباره أبنا له منها.

وحيث أن الطالب ينكر نسب هذا الطفل لأن المعلن إليها أتت به لأقل من ستة شهور من تاريخ عقد  
الزواج، حيث أن هذه المدة لا تحتمل الحمل والولادة شرعا وحيث أن الطالب قد طلب من المعلن إليه بعدم  
نسبة هذا الطفل له فلم تقبل وعليه فيحق له رفع هذه الدعوى بطلب نفي نسب الطفل  
عنه.....

وبناء عليه

أنا المحضر سالف الذكر قد انتقلت في تاريخه أعلاه إلى حيث إقامة المعلن إليها وسلمتها صورة من أصل  
هذه الصحيفة وكلفتها الحضور أمام محكمة أسرة .....

الدائرة ( ) والكاننة في .....وذلك بجلستها التي سوف تنعقد علنا في تمام التاسعة من  
صباح يوم .....الموافق / / وذلك لسماع الحكم للطالب بنفي نسب الطفل المذكور عنه  
وأمرها بعدم التعرض له بنسبه مع إلزامها المصاريف والأتعاب.

ولأجل العلم .

## الملاحق

قرار مجلس المجمع الفقهي الإسلامي في دورته السادسة عشر المنعقدة بمكة المكرمة في المدة من 1422.10.21-21 هـ الذي يوافق من 5 . 2002.01.10 م المُتعلق بالبصمة الوراثية .

الحمد لله ، و الصلاة والسلام على من لا نبي بعده ، أما بعد : فإن مجلس المجمع الفقهي الإسلامي في دورته السادسة عشر المنعقدة بمكة المكرمة، في المدة من 21 . 1422.10.21 هـ الذي يوافق من 5 . 2002.01.10 م، وبعد النظر إلى التعريف الذي سبق للمجمع اعتماده في دورته الخامسة عشرة، ونصه : ( البصمة الوراثية هي البنية الجينية ( نسبة إلى الجينات، أي المورثات )، التي تدل على هوية كل إنسان بعينه، وأفادت البحوث والدراسات العلمية أنها من الناحية العلمية وسيلة تمتاز بالدقة، لتسهيل مهمة الطب الشرعي، ويمكن أخذها من لأي خلية ( بشرية (من الدم، أو اللعاب، أو المنى، أو البول، أو غيره )، وبعد الإطلاع على ما أشتمل عليه تقرير اللجنة التي كلفها المجمع في الدورة الخامسة عشرة بإعداده من خلال إجراء دراسة ميدانية مستفيضة للبصمة الوراثية، والإطلاع على البحوث التي قدمت في الموضوع من الفقهاء، والأطباء، والخبراء، والاستماع إلى المناقشات التي دارت حوله، تبين من ذلك كله أن نتائج البصمة الوراثية تكاد تكون قطعية في إثبات نسبة الأولاد إلى الوالدين، أو نفيهم عنهما، وفي إسناد العينة ( من الدم أو المنى أو اللعاب ) التي توجد في مسرح الحادث إلى صاحبها، فهي أقوى بكثير من القياسة العادية ( التي هي إثبات النسب بوجود الشبه الجسماني بين الأصل و الفرع )، وأن الخطأ في البصمة الوراثية ليس وارداً من حيث هي، و إنما الخطأ في الجهد البشري أو عوامل التلوث ونحو ذلك .

وبناء على ما سبق قرار ما يلي :

## الملاحق

أولاً : لا مانع شرعاً من الاعتماد على البصمة الوراثية في التحقيق الجنائي، واعتبارها وسيلة إثبات في الجرائم التي ليس فيها حد شرعي ولا قصاص، لخبر: ادروؤوا الحدود بالشبهات وذلك يحقق العدالة ولأمن للمجتمع، ويؤدي إلى نيل المحرم عقابه وتبرئة المتهم، وهذا مقصد مهم من مقاصد الشريعة .

ثانياً : إن استعمال البصمة الوراثية في مجال النسب لا بد أن يحاط بمنتهى الجذر والحيطه والسرية، و لذلك لا بد أن تقدم النصوص والقواعد الشرعية على البصمة الوراثية .

ثالثاً : لا يجوز استخدام البصمة الوراثية في نفي النسب، ولا يجوز تقديمها على اللعان .

رابعاً : لا يجوز استخدام البصمة الوراثية بقصد التأكد من الصحة الأنساب الثابتة شرعاً ويجب على الجهات المختصة منعه وفرض العقوبات الزاجرة، لأن في ذلك المنع حماية الأعراس الناس و صونا لأنسابهم .

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

أ\_ حالات التنازع على مجهول النسب بمختلف صور التنازع التي ذكرها الفقهاء، سواء أكان التنازع على مجهول النسب بسبب انتفاء الأدلة أو تساويها، أم كان بسبب والاشترك في وطء الشبهة ونحوه

ب\_ حالات الاشتباه في المواليد في المستشفيات، ومراكز رعاية الأطفال ونحوها، وكذا الاشتباه في أطفال الأنايب .

## الملاحق

جـ\_ حالات ضياع الأطفال واختلاطهم، نسبب الحوادث أو الكوارث أو الحروب، وتعذر معرفة أهلهم، أو وجود جثث لم يمكن التعرف على هويتها، أو بقصد التحقق من هوية أسرى الحروب والمفقودين .

سادساً : لا يجوز بيع الجينوم البشري لجنس، أو لشعب، أو لفرد، لأي غرض، كما لا يجوز لما يترتب على بيعها أو هبتها من مفسد .

سابعاً : يوصى المجمع بما يلي :

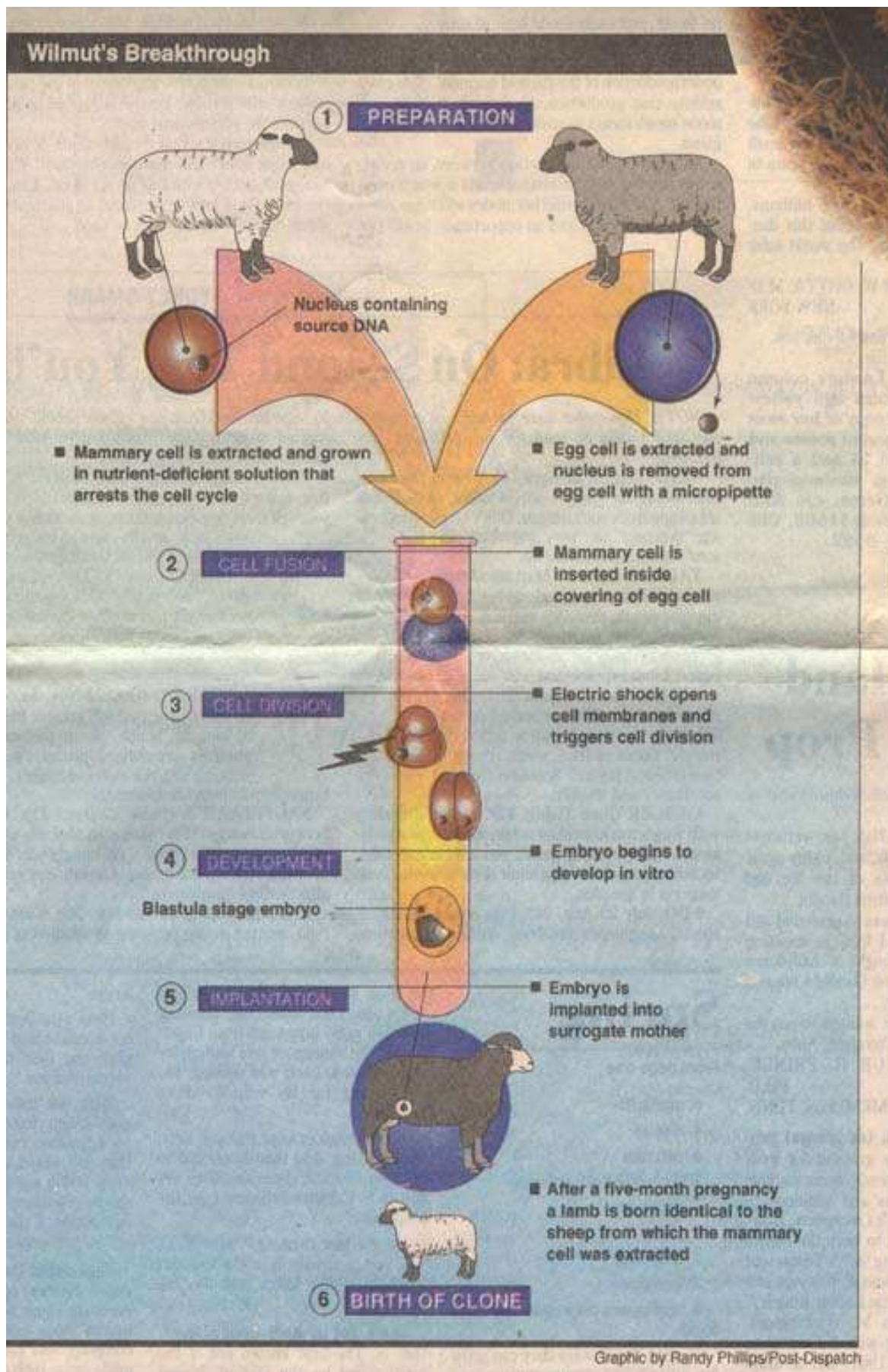
أ . أن تمنع الدولة إجراء الفحص الخاص بالبصمة الوراثية إلا بطلب من القضاء، و أن يكون في مختبرات للجهات المختصة، وأن تمنع القطاع الخاص الهادف للربح من مزاوله هذا الفحص، لما يترتب على ذلك من المحاضر الكبرى .

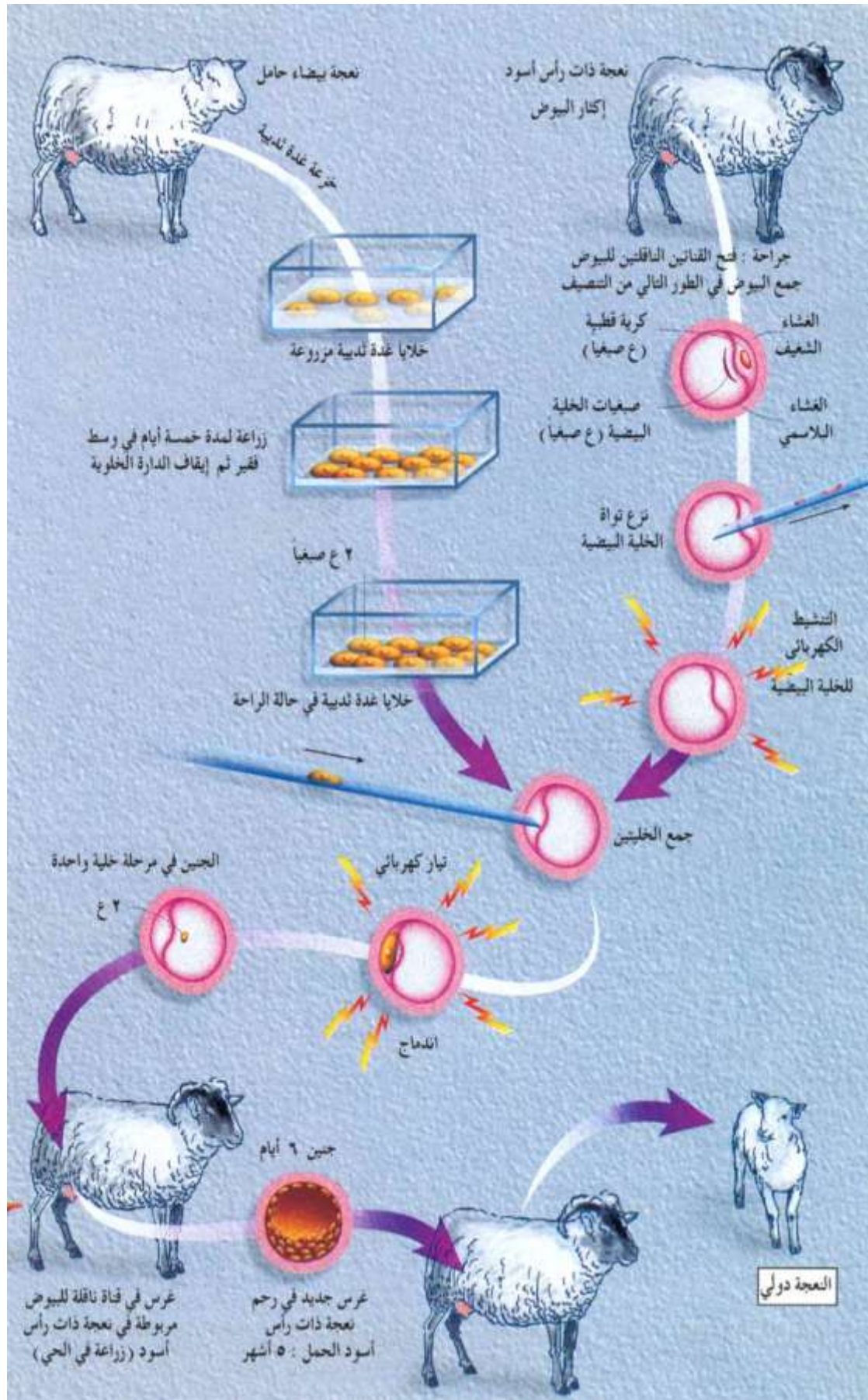
ب . تكون لجنة خاصة بالبصمة الوراثية في كل دولة، يشترك فيها المتخصصون الشرعيون والأطباء، والإداريون، وتكون مهمتها الإشراف على نتائج البصمة الوراثية، واعتماد نتائجها.

ج . أن توضع آلية دقيقة لمنع الانتحال والغش، ومنع التلوث وكل ما يتعلق بالجهد البشري في حقل مختبرات البصمة الوراثية، حتى تكون النتائج مطابقة للواقع، وأن يتم التأكد من دقة المختبرات ، وأن يكون عدد المورثات ( الجينات المستعملة للفحص ) بالقدر الذي يراه المختصون ضرورياً دفعاً للشك .

و الله اعلم .







الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

باسم الشعب الجزائري

مجلس قضاء : ادرار

حُكم في دعوى إثبات نسب صادر عن محكمة ادرار

محكمة: ادرار

قسم: شؤون الأسرة

رقم الجدول :..... بالجلسة العلنية المنعقدة بمقر محكمة ادرار

رقم الفهرس :..... بتاريخ الواحد والثلاثون من شهر ماي سنة ألفين وأثنى عشر

تاريخ الحكم :..... برئاسة السيد (ة) :.....قاضي

وبمساعدة السيد (ة):.....أمين ضبط

مبلغ الرسم /300دج وبحضور السيد (ة):.....وكيل الجمهورية

صدر الحكم الآتي بيانه

بين السيد (ة):

بين / (1) ..... مدعى

..... العنوان : بادغاء ادرار

وبين / ضد/

.....(1)..... مدعى عليية

نيابة وكيل الجمهورية ادرار العنوان أولاد اونقال ادرار

المباشر للخصومة بنفسه

حاضر (2) نيابة وكيل الجمهورية ادرار



### \*\* بيان وقائع الدعوى \*\*

بموجب عريضة افتتاحية مودعة وموقعة لدى كتابة ضبط محكمة ادرار قسم شؤون الأسرة بتاريخ 2012/03/25 والمسجلة تحت رقم 311/12 أقامت المدعية.....المباشرة للخصام بنفسها دعوى قضائية ضد المدعى عليه.....أهم ما جاء فيها أنها مقترنة بالمدعى عليه بموجب عقد زواج رسمي نتج عنه ميلاد بناء إلا أنه بتاريخ 2010/02/28 أنجبت البنت صافية إلا أن المدعى عليه رفض تسجيلها بالحالة المدنية ورفض الاعتراف بها بسبب هجرانه لها لذلك فهي تلتمس تسجيل ابنتها صافية بالحالة المدنية .

وبموجب مذكرة جوابية أجاب المدعى عليه.....المباشر للخصام بنفسه ردا على ما جاء في العريضة الافتتاحية أهم ما جاء فيها أن المدعية صرحت أن إنكاره للنسب بسبب هجرانه للبيت الزوجي وأنه لم يتابعها قضائيا بسبب تماسك وشمل الأسرة وأنه تصالحا و اتفقا على الرجوع إلى بيت الزوجة وبشروط لكن الزوجة تلتزم بذلك وأخذت ترمي أغراض الزوجة في الشارع وتقدم في ذلك محضر إثبات حالة وانه منذ نشوب الأزمة بين الطرفين لم يتم بمعاشرة الزوجة في الفراش وبينهم أحكام صدرت بتاريخ.....

.....وكلها تثبت عدم معاشرتها كما قامت ببعث رسالة تطلبه فيها الصفح وتهدده بفعل شيء منهم في حالة عدم الاستجابة لطلبها كما تقدم بشكوى زنا للسيد وكيل الجمهورية بتاريخ.....لكن تم حفظها وأنها كثيرا ما كانت تطلب منه الطلاق ويشهد على ذلك عمها وأخوها وخالها وأمام المسجد كما أنها كانت تتعاطى حبوب منع الحمل ولم تعلمه بذلك أنهما لا يتفقان على ذلك فهو ينكر نسب البنت، وبموجب مذكرة رد أجابت المدعية.....المباشر للخصام بنفسها أنها بغض النظر عن الكلمات الجارحة التي بعريضة المدعى عليه فادعاءاته كلها افتراء وكذب وأن عريضة التهرب من الإنفاق على أبنائه 06 وتوفير لهم مسكن وأنها منذ سنوات وهي تسكن مع أبنائها في غرفة واحدة وأن البنت صافية الذي ينكر نسبها وهي ابنته ناتجة من عقد زواج بين الطرفين وبالتالي يجب إثبات نسبها إلى أبيها طبقا للمادة 41 من قانون الأسرة لذلك فهي تلتمس القضاء بإلحاق نسب صافية إلى أباؤها طبقا لنص المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري، إلزامه بأن يدفع لزوجته نفقة نفاسها بمبلغ 35.000 دج الخاصة بالبنت صافية، إلزامه بتوفير مسكن لأبنائه، وإلزامه بأن يدفع لزوجته نفقة غذائية لها ولأبنائها 06 بمبلغ 6000 دج لكل واحد منهم أي بمعدل 42.000 دج للشهر واحد وبعد تقديم النيابة لالتماساتها الكتابية وضعت القضية في النظر لجلسة 2012/05/31 للفصل فيها طبقا للقانون .

### \*\*وعليه فإن المحكمة\*\*

بعد الاطلاع على العريضة الافتتاحية للدعوى والمذكرات الجوابية

بعد الاطلاع على المواد 13-14-14-18-418-419 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

بعد الاطلاع على المواد من : 40 الى 44 من قانون الأسرة

بعد الاطلاع على بطاقة نسخة من عقد الزواج الرسمي المبرم بتاريخ ..... رقم 138 وبطاقة عائلية

للحالة المدنية المحررة بتاريخ 2012/02/28

بعد الاطلاع على صور طبق الأصل من شهادة الوضع المحررة بتاريخ ..... من طرف القطاع الصحي

ادرار

بعد الاطلاع على الحكم الصادر بتاريخ : ..... رقم .....

بعد الاطلاع على القرار الصادر بتاريخ ..... رقم .....

بعد الاطلاع على الحكم الجزائي الصادر بتاريخ ..... رقم ..... والشكوى الجزائية

المحررة بتاريخ ..... ومقرر الحفظ المؤرخ في .....

بعد الاطلاع على التماسات النيابة الكتابية

بعد النظر قانونا

من حيث الشكل : حيث أ الدعوى جاءت مستوفية لكافة الشروط الإجرائية والقانونية المستلزمة لرفعها مما قبولها

شكلا

من حيث الموضوع : حيث أن المدعية ترفع المدعى عليه ملتزمة القضاء بإلحاق نسب البنت صفية إلى أبويها طبقا

لنص المادة 41 من قانون الأسرة الجزائرية، لزمه بأن يدفع لزوجته نفقة نفسها بمبلغ 35.000 دج الخاصة بالبنت

صفية، وإلزامه بتوفير مسكن لأبنائه، إلزامه بأن دفع لزوجته نفقة غذائية لها ولأبنائها 06 بمبلغ 6000 دج لكل احد

منهم أي بمعدل 42.000 دج للشهر واحد

حيث أن المدعى عليه يلتزم إنكار نسب البنت

حيث أن النيابة التمس تطبيق القانون

حيث أن جوهر النزاع يدور حول إثبات النسب

حيث أن الطرفين مرتبطان بموجب عقد زواج رسمي أبرم بتاريخ .....رقم..... نتج عنه ميلاد أبناء

حيث أن المدعية تصرح أنها أنجبت بنت بتاريخ 28-02-2010 سمتها صفية وهي ابنتها و بنت المدعى عليه أتت نتاج علاقة زوجية شرعية إلا أن المدعى عليها رفض الاعتراف بها، كما رفض تسجيلها بالحالة المدنية

حيث أن المدعى عليه صرح انه حقيقة تربطه علاقة زوجية بالمدعية ولم يم فكها إلا انه ينكر نسب البنت على أساس انه منذ سنة 2008 وهما في نزاعات وخير دليل على ذلك صدور الأحكام القضائية بينهما وانه منذ 2006 لم يعاشر المدعية في الفراش حيث أن بتاريخ .....قامت المحكمة بإجراء تحقيق من أجل سماع الرفين حول نسب البنت وكذلك الاستماع إلى شهود المدعية حيث صرحت المدعية أن المدعى غادر البيت الزوجي إلا أنه شهر جوان سنة 2009 رجع إلى البيت الزوجي وقام بمحامعتها وأقام معها مدة 06 أشهر كاملة جمعها فيها بجامعة الزوج لزوجته أنها لما تأكدت من حملها أخبرته بذلك إلا انه غادر البيت الزوجي ولم يعد إليه إلى يومنا هذا وبعد مرور 03 أشهر على ولادتها أرسلت له رسالة تخبره بذلك لتسجيل ابنته على أساس أنه كان خارج المدينة إلا انه لم يرأسلها.

في حين صرح المدعي عليه أنه منذ 2008 قبل صدور حكم الرجوع لم يلامس زوجته ولم يجامعها وأنه صرح وانه فعلا بعد صدور حكم الرجوع ضده انه رجع إلى البيت الزوجي خلال شهرين جويلية وأوت 2008 لكنه لم يجامعها بسبب عودة النزاع بينهما مجددا الأمر الذي حتم عليه مغادرة البيت مجددا وقام باستئناف حكم الرجوع وأنها لم تخبره يوم بموضوع حملها وأنها لما أرسلت إليه رسالة تخبره بالمولودة لم يتخذ أي إجراء واكتفى بشكوى الزنا التي تم حفظها ولدى سماع الشاهد الأول المسمى .....الذي صرح أن المدعية هي ابنة أخته قدمت له في عيد الأضحى سنة 2010 وأخبرته أن زوجها عاد إلى البيت وأنه عندما وضعت حملها اعتقد إن المدعى عليه هو أبيها في حين صرح الشاهد الثاني .....صرح انه المدعية تكون أخته وانه حقيقة بين الطرفين مشاكل وأنها لما وضعت

## الملاحق

مولودتها لم ينتابه الشك في أن المدعي عليه ليس أبيها وان المدعية أخبرته أن زوجها يأتي إلى البيت أحيانا ويغادر أحيانا أخرى .

حيث أنه من المقرر شرعا وقانونا طبقا لنص المادة 40 من قانون الأسرة أن النسب يثبت بالزواج الصحيح أو الإقرار أو بالبينة أو ناح الشبهة وبكل زواج تم فسخه بعد الدخول كما يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب وبما أن الولد للفراش حسب أحكام الشريعة السمحاء فلا بد من اللجوء إلى كافة الطرق التي من شأنها رفع اللبس عن قضية الحال التي لم تكن محل دعوى اللعان

حيث أنه من المقرر انه هذه الطرق العلمية مسألة تخرج عن اختصاص الأصيل لقاضي الموضوع وذلك بتعين المخبر الوطني للشرطة العلمية بشاطوناف الجزائر العاصمة لفحص الخلايا الجينية لكل من البنت صفية والمدعي عليه وفحص الحمض النووي والقول ما إذا كانت البنت من صلب المدعى عليه أم لا

عل المخبر إيداع تقرير مفصل في اجل 06 ستة أشهر من تاريخ توصيله بنسخة من الحكم حيث انه يجب على من يهمة الأمر دفع مصاريف تسبيق الخبرة

حيث أن المصاريف القضائية تبقى محفوظة لحين الفصل في الموضوع

**\*\* ولهذه الأسباب \*\***

حكمت المحكمة حال فصلها في قضايا شؤون علنيا حضوريا وقبل الفصل في الموضوع في شكل : قبول الدعوى شكلا

في الموضوع : الحكم بإجراء خبرة طبية بتعيين مخبر الشرطة العلمية بشاطوناف الجزائر العاصمة فرع تحاليل الحمض النووي (أي-دي-أن) بعد إخضاع البنت صفية المولودة بتاريخ 28-02-2010 ادرار وكذا المدعى عليه .....المولود خلال 1958 تميمون لأبيه .....وأمه.....الى التحاليل الخاصة بالحمض النووي (أي-دي-أن) و القول مدى تطابق الخلايا الجينية بينهما وأن كانت البنت صفية من صلب المدعى عليه .....من عدمه وعلى المخبر العلمي القيام بإنجاز تقرير مفصل بالمهام المسندة إليه خلال اخل أقصاه ستة (06) أشهر من تاريخ توصله بنسخة من الحكم مع إلزام المدعية .....بدفع مبلغ عشرة آلاف دينار جزائري 10.000 دج كتسبيقا لأتعب الخبر مع إبقاء المصاريف القضائية محفوظة لحين الفصل في الموضوع

بدا صدر هذا الحكم وأفصح به جهاراً في الجلسة في اليوم والشهر والسنة المذكورة أعلاه ووقع على أصله كل من  
الرئيس وأمين الضبط

أمين الضبط

الرئيس (ة)

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

باسم الشعب الجزائري

مجلس قضاء: .....

حُكم بالتحاليل الطبية لإثبات نسب صادر عن المحكمة العليا

محكمة: .....

قسم: شؤون الأسرة

رقم الجدول: ..... بالجلسة العلنية المنعقدة بمقر المحكمة العليا

رقم الفهرس: ..... بتاريخ السادس أكتوبر سنة ألفين و إحدى عشر

تاريخ الحكم: ..... برئاسة السيد (ة): .....قاضي

وبمساعدة السيد (ة): .....أمين ضبط

وبحضور السيد (ة): .....وكيل الجمهورية

صدر الحكم الأتي بيانه

بين السيد (ة):

بين / (1) ..... مرجع حاضر

..... العنوان : .....

المباشر للخصام بواسطة الأستاذ (ة)

وبين / ضد

..... (1) ..... مرجع ضده حاضر

### \*\* بيان وقائع الدعوى \*\*

بموجب عريضة إعادة السير في دعوى مودعة لدى أمانة ضبط المحكمة بتاريخ 2011/05/18 أقام المرجع المباشر للخصام بواسطة الأستاذ..... دعوى ضد المرجع ضدهم

وبحضور السيد وكيل الجمهورية أهم ما جاء فيها: أنه في سنة 1978 المرجع ضدهما (.....) في قسم الولادة بعين..... بغرض وضع الحمل وضعت الأولى..... حملها ذكرا سمته..... وبنفس التاريخ وضعت الثانية..... وضعت هي الأخرى حملها وكان ذكرا سمته.....، وبعد خروج المدعى..... من المستشفى لاحظت بان ملابس طفلها متغيرة وتبين لها فيها بعد أنها مولودها تسلمته بالخطأ من قبل الممرضات وقع تبادل المولودين بينها وبين المدعو..... وبعد مرور ستة أشهر ظهرت إشاعة حول تغيير بين الأطفال الحديشي العهد بالولادة حصل بالمستشفى بعين ويتعلق الأمر بالمولودين..... واللذان لم يسلموا إلى والديهما الحقيقيين، وبعد مرور خمس سنوات أصبح المرجع ضده..... الذي تربى لدي عائلة..... يشبه كثيرا ابنا عائلة..... في حين الولد..... الذي تربى لدي عائلة..... يشبه أفراد عائلة..... و..... ود طلب المرجع ضده..... من عائلة..... بنسبه الحقيقي فقاموا بالتحاليل الطبية من اجل التعرف على الصنف الدموي لكل واحد منهم وكانت النتائج كتابي (+ORH +ORH (+ORH +ORH أما المرجع..... الذي تربى لدي عائلة..... قام بالتحاليل وتبين أن دمه من صنف (+BRH) وهو مختلف تماما عنهم ولأجل إلحاق كل واحد من المرجع والمرجع ضده بنسبه الحقيقي ومنه رفع المرجع دعوى بتاريخ 2006/02/05 ملتما قبل الفصل في الموضوع إجراء تحقيق في القضية بتاريخ: 2006/04/16 صدر حكم بالتحقيق في الجينات الوراثية لأطراف القضية الحالية ومنه تحديد النسب الحقيقي للمدعى وبعد إعادة السير في الدعوى تم إلغاء الخبرة بموجب حكم مؤرخ في 2007/04/14 وتعين من جديد رئيس المخبر الجهوي للشرطة العلمية بشاطوناف الايبار ليتولى مهمة إجراء التحاليل الحمض النووي لكل من المرجع والمرجع ضدهم قصد تحديد النسب الحقيقي وقد باشر المركز أعمال خبرته وأودع تقرير الخبرة بتاريخ: 2011/04/13 وبالنسبة لمناقشة الخبرة محل الترجيع أدرجت نتائجها ضمن جدول دقيق ومحدد يبين النتيجة المتحصل عليها لكل شخص وان الابن المتنازع عليه..... يشارك في النصف من جيناته الوراثية مع المدعو..... الأب..... المحتمل والنصف الثاني مع المدعو..... زوجة

## الملاحق

.....مما يسمح بربط النسب بين الأب و الأم والابن وهم ( ..... ) أما بالنسبة  
.....

يشارك النصف من جيناته الوراثية مع المدعو.....والأب المحتمل والنصف الثاني مع .....الأم زوجة  
.....مما سمح بربط النسب بين الأب والأم والابن وهم (.....وابن.....) والرجوع إلى  
أحكام المواد 40 من قانون الأسرة أن النسب يثبت بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة والمادة 23،33،34 من  
قانون الأسرة تجيز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب ومادام هناك إقرار بالنسب من طرف الزوجين  
.....و.....للابن.....والمرجع ضدهم ..... و.....للابن ودام الخبرة  
العلمية توصلت إلى نسب كل واحد من الابن المرجع والمرجع ضده، لذا فإنه يلتمس أساس القضاء المصادقة على  
تقرير الخبرة ومنه إلحاق نسب المرجع ضده.....المولود بنفس التاريخ بأبوته  
.....و.....والأمر تصحيح نسبهما بشهادتي ميلادهما في سجلات الحالة المدنية لبلدية عبر

- أجاب المرجع ضده وبحضور

المباشر للخصام بنفسه بمذكرة أهم ما جاء فيها : أنه يؤكد ما جاء في عريضة المرجع ويقبل ما ورد في الخبرة من حقائق  
ويلتمس الحكم له بإلحاق بنسبه لأبويه الحقيقيين.....و.....

- عب المرجع بتمسكه بسابق طلباته

- أحيل الملف على ممثل النيابة العامة والذي التماس تفويض الأمر للمحكمة

- عند هذا الحد وضعت القضية للنظر فيها وفقا للقانون والمنطق بالحكم بجلسة 2011-10-06

**\*\* وعليه فإن المحكمة \*\***

بعد الاطلاع على أوراق الدعوى والوثائق المرفقة

بعد الاطلاع على المواد 13،08 إلى 21،25،150،272،407 إلى 416،419،423،426 من قانون  
الإجراءات المدنية و الإدارية

بعد الاطلاع على المواد من : 40،41،42 من قانون الأسرة

## الملاحق

بعد الاطلاع على بطاقة نسخة من عقد الزواج الرسمي المبرم بتاريخ ..... رقم 138 وبطاقة عائلية  
للحالة المدنية المحررة بتاريخ 2012/02/28

بعد النظر وفقا للقانون

من حيث الشكل : حيث أن الدعوى جاءت وفقا للشروط الشكلية والإجراءات المنصوص عليها قانون مما يتعين معه  
التصريح قبولها شكلا

من حيث الموضوع : حيث أن المرجع أعاد السير في الدعوة ملتصقا بإفراغ الحكم قبل الفصل في الموضوع ومن ثم  
المصادقة على الخبرة وبالتبعية إلحاق نسب المرجع..... المولود بتاريخ 1978/08/30 بأبويه..... والأمر  
بتصحيح نسبهما بشهادتي ميلادهما في سجلات الحالة المدنية لبلدية.....

- حيث أن المرجع ضدتم التمس إلحاق نسبه بأبويه الحقيقيين.

- حيث أن ممثل النيابة العامة التمس تفويض الأمر للمحكمة.

- حيث أن موضوع النزاع يتعلق بإلحاق النسب.

- حيث ثبت للمحكمة أن الطرفين..... مع..... والزوجين..... مع..... كانوا مرتبطين بموجب  
عقد زواج رسمي أبرم بتاريخ :..... رقم..... نتج عنه ميلاد أبناء..... لم ينفيا نسب  
الإبن..... الأمر الثابت في قضية الحال وأن اللجوء إلى الحمض النووي يكون في حالة وجود زواج صحيح مع إقرار  
بالنسب.

- حيث انه وطبقا للمادة 40 من قانون الأسرة النسب يثبت بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة ويجوز للقاضي  
اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب

- حيث وبعد إسناد مهمة تحليل الحمض النووي للمركز الجهوي للشرطة العلمية وبعد إجراء التحاليل لأطراف الدعوى  
توصلت الخبرة إلى أن الابن المتنازع عليه

النصف من جيناته الوراثية مع المدعو..... الأب المحتمل والنصف من جيناته الوراثية مع  
المدعو..... الأب المحتمل والنصف الثاني مع المدعو..... زوجة..... مما يسمح بربط النسب



## الملاحق

بين الأب وألام والابن وهم (.....و.....) فان المحكمة تستجيب لطلب المرجع والمرجع ضده الأول الرامي إلى إلحاق نسبهما لأبويهما الحقيقيين

- حيث أن المصاريف القضية على عائق الطرفان مناصفة لوحدة الطلب القضائي طبقا للمادة 419 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية

### **\*\* ولهذه الأسباب \*\***

حكمت المحكمة حال فصلها في قضايا شؤون علنيا ابتدائيا حضوريا في شكل : قبول إعادة السير في الدعوى

في الموضوع : وإفراغا للحكم المؤرخ في 14/04/2007 فهرس رقم 07/1080 المصادقة على تقرير الخبرة المودع لدى أمانة ضبط المحكمة بتاريخ 13/04/2011 و من ثمة الحكم بإلحاق نسب المرجع .....المولود بتاريخ 30/08/1978 ..... لأبويه ..... وأمه ..... ليصبح نسبهما بشهادتي ميلاد كل واحد منها في سجلات المدنية لبلدية

- مع تحميل الطرفان المصاريف لقضائية

بدا صدر هذا الحكم وأفصح به جهاراً في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ المذكور أعلاه وبصحته أمضى الأصل من طرف الرئيس وأمين الضبط

أمين الضبط

الرئيس (ة)

القرآن الكريم، برواية ورش عن نافع.

أولاً: المراجع العامة

أ- باللغة العربية

- 1- إبراهيم محمد منصور الشحات، حقوق الطفل وآثارها بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، دار النهضة العربية، (دون سنة طبع).
- 2- إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، "تنازع القوانين"، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 1997 .
- 3- ابن القيم الجوزية، بدائع التفسير الجامع لما فسره الإمام ابن القيم، المجلد الثالث، دار ابن الجوزي، 1427هـ.
- 4- ابن القيم الجوزية شمس الدين، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، ط01، 1990.
- 5- ابن القيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، باب استدلالات الحنفية العقلية والرد عليها، دار الجبل بيروت لبنان، ط1، 1998.
- 6- ابن القيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، الجزء الرابع، الطبعة الثالثة، مؤسسة الرسالة بيروت، 2001.
- 7- ابن حبان، الصحيح، كتاب النكاح، (بدون بلد)، (دون سنة طبع).
- 8- ابن ماجة، السنن، دار الحديث، مطبعة دار إحياء الكتب العربية، ج2، (دون بلد)، (دون سنة طبع).
- 9- ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار شريفة الجزائر، ج02، 1989.
- 10- ابن عباس، صحيح البخاري، كتاب فتح الباري على صحيح البخاري، باب الخلع من كتاب الطلاق، ج9، (دون سنة طبع).

- 11- ابن حجر العسقلاني، بلوغ المرام من أدلة الأحكام، تحقيق إبراهيم إسماعيل، دار الجليل بيروت، لبنان، ط أخرى، (دون سنة طبع).
- 12- ابن القيم لأبي عبد الله محمد، زاد المعاد في هدي خير العباد، المطبعة المصرية، ط 5، 1389هـ.
- 13- ابن شرف النووي، روضة الطالبين، كتاب اللعان، المطبعة المصرية، ج 06، 2003.
- 14- ابن منظور، لسان العرب المحيط، دار الجليل، دار لسان العرب، بيروت لبنان، المجلد السادس بيروت، 1408 هـ، 1988.
- 15- ابن منظور، لسان العرب، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، ط 03، 1999.
- 16- ابن نجيم زين العابدين، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، المطبعة العلمية، بيروت لبنان، ط 4، (دون سنة طبع).
- 17- أبو إسحاق الشاطبي، الموافقات في أصول الأحكام، دار الفكر، القاهرة، ح 2، ط 6.
- 18- أبو البركات أحمد بن محمد الدردير، فتح القدير في شرح مختصر خليل، ج 3، مطبعة مصطفى الحلبي القاهرة، 1952.
- 19- أبو البركات أحمد بن محمد الدردير، فتح القدير في شرح مختصر خليل، مع حاشية الدسوقي، ج 4، مطبعة عيسى البابي الحلبي، القاهرة، (د. س. ط).
- 20- أبو الحسن علي بن محمد، شرح الرسالة، الجزء الأول، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، (د. س. ط).
- 21- أبو الوليد ابن رشد القرطبي، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في مسائل المستخرجة، دار الغرب الإسلامي، بيروت لبنان، ج 06، ط 02، 1988.
- 22- أبو بكر بن سعود الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية بيروت، ج 7 ط 1، 1997.
- 23- أبو داود، السنن، كتاب الطلاق، باب التغليط في الانتفاء، المجلد الأول، ج 2، دار الفكر (دون سنة طبع).

- 24- أبو داود، السنن، تصنيف أبي داود سليمان ابن الأشعث السجستاني، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، (دون سنة طبع).
- 25- أبو محمد علي ابن أحمد بن سعيد بن حزم، المحلى، أحكام الطلاق، باب اللعان، إدارة الطباعة المنيرة، مصر، (دون سنة طبع).
- 26- أبو هريرة، صحيح البخاري بشرح الكرماني، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، ج22 (دون سنة طبع).
- 27- أبي إسحاق إبراهيم بنعلي الفيروزبادي، المهذب، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، (دون سنة طبع).
- 28- أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الأفريقي المصري، لسان العرب، المجلد الثاني عشر، دار بيروت للطباعة والنشر، بيروت لبنان، (دون سنة طبع).
- 29- أبي زكيا يحيى بن شرف النووي الدمشقي، روضة الطالبين، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، (دون سنة طبع).
- 30- أبي عبد الله محمد بن أبي بكر الزرعي الدمشقي بن القيم الجوزية، الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية أو الفراسة المرضية في أحكام السياسة الشرعية، تحقيق، محمد حامد الفقهي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، (دون سنة طبع).
- 31- أبي محمد عبد الله بن أحمد ابن قدامه المقدسي، المغني، تحقيق محمود عبد الوهاب فايد وعبد القادر أحمد عطا، مكتبة القاهرة، (دون سنة طبع).
- 32- أبي الحسن أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر، مختصر القدوري في الفقه الحنفي، تحقيق وتعليق الشيخ كامل محمد محمد عويضة، منشورات محمد علي بيوض دار الكتب العلمية بيروت لبنان 1997.
- 33- احمد إبراهيم بك و واصل علاء الدين احمد إبراهيم، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون معلقاً عليها بأحكام المحكمة الدستورية العليا ومحكمة النقض، مصر، ط5 2003.

- 34- أحمد الجندي زهو، أحكام الأسرة في الإسلام، مكتبة النصر، القاهرة مصر، ج1، 1993.
- 35- أحمد ابن حنبل، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، طبعة معادة دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان، ط1، 1958.
- 36- أحمد ابن حنبل، مُسند الإمام أحمد، المكتب الإسلامي، (بدون بلد)، ج 2. 1985.
- 37- أحمد ابن محمد ابن قدامي المقدسي، الكافي، تحقيق الدكتور عبد الله ابن عبد المحسن التركي، هجر للطباعة والنشر والتوزيع، (دون بلد نشر)، ج06، ط01، 1997.
- 38- أحمد بن تيمية، المحرر في الفقه، ج1، ط2، مكتبة المعارف، الرياض، 1404 هـ .
- 39- احمد بن يحيى المرتضى، البحر الزاخر الجامع لمذهب علماء الأمصار، الجزء الرابع، ط1، مطبعة السنة المحمدية، مصر، 1368 هـ .
- 40- أحمد بن علي بن محمد ابن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي، فتح الباري على شرح صحيح البخاري، المكتبة العصرية، بيروت لبنان، ط12.
- 41- احمد شوقي أبو خطوة، شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات لدولة الإمارات المتحدة النظرية العامة للجريمة، (دون بلد نشر)، ط1، 1997.
- 42- أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات، دار الجامعة الجديدة، 2010.
- 43- أحمد لعور ونبيل صقر، الدليل القانوني للأسرة، دار لهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة الجزائر، 2007.
- 44- احمد محمود الشافعي، الطلاق وحقوق الأولاد والأقارب، الدار الجامعية، بيروت لبنان، ط1 1987.
- 45- أسامة عبد الله قايد، المسؤولية الجنائية للأطباء (دراسة مقارنة) ، دار النهضة العربية القاهرة ط2، 1990.
- 46- اسعد موحد، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1989.
- 47- أشرف جابر، التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء، دار النهضة العربية، بيروت لبنان، 1999.

- 48- أشرف توفيق شمس الدين، الحماية الجنائية للحق في صيانة العرض في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، مصر، 2004.
- 49- أشرف عبد الرزاق ويح، موقع البصمة الوراثية من وسائل إثبات النسب الشرعية، دار النهضة العربية، القاهرة، ، (دون سنة طبع).
- 50- أعمر يحيوي، الحقوق السياسية للمرأة في الشريعة الإسلامية والقانون الدولي، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2001.
- 51- الإمام أبي الفداء الحافظ ابن كثير الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت لبنان، ج04، 2008 .
- 52- الإمام أبي الفداء إسماعيل ابن كثير، تفسير ابن كثير، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت المجلد الثالث، 1981.
- 53- الإمام علاء الدين أبي بكر ابن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع دار الكتاب العربي، بيروت لبنان، ط02، 1984.
- 54- الإمام مالك ابن أنس الأصبحي (رواية الإمام سحنون بن سعيد التنوخي)، المدونة الكبرى دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ج2، ط1، 1994.
- 55- الإمام مجد الدين محمد بن يعقوب بن محمد بن إبراهيم الفيروز بادي الشيرازي الشافعي قاموس المحيط، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان ط1، ج1، 1415هـ، 1995م.
- 56- البخاري، صحيح البخاري، دار ابن كثير، اليمامة، ج5، 1987.
- 57- الترمذي، السنن، كتاب البر والصلة، باب ما جاء في تعليم النسب، ج4، دار الفكر (بدون بلد)، 1983.
- 58- الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة المعارف، بيروت لبنان، ج03، ط03 2005.
- 59- الحافظ أنو داود، السنن، ج1، باب في القافة، الطبعة الثانية، (دون دار نشر)، 1983.
- 60- الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، الدار الخلدونية للنشر والتوزيع، القبة القديمة، الجزائر، ط1، 1429هـ 2008م.

- 61- السيد سابق، فقه السنة، الجزء الثاني، الطبعة الثامنة، دار الكتاب العربي، بيروت، 1407هـ - 1987م.
- 62- السيد عثمان بن الحسين بري الجعلي المالكي، سراج السلك في شرح أسهل المسالك مؤسسة العصا للمنشورات الإسلامية، الجزائر، ج2، ط1، 1992.
- 63- الشيخ عبد العزيز بن باز، الفتاوى الشرعية على المشكل في المسائل الطبية، دار ابن الأثير الرياض، المملكة العربية السعودية، 2005.
- 64- الطيب زروتى، قراءة في إصلاح أحكام تنازع القوانين الدولي الجزائريين، بقانون رقم 2005/05، مجلة المحكمة العليا، العدد2، 2006.
- 65- الطيب زروتى القانون الدولي الخاص الجزائري، مقارنا بالقوانين العربية، ج1، مطبعة الكاهنة الطبعة الأولى، 2000.
- 66- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ج 1
- 67- الكمال بن الهمام، فتح القدير(شرح الهداية على البداية)، الجزء الأول دار أحياء التراث العربي لبنان (دون سنة طبع)
- 68- المعلم بطرس البستاني، محيط المحيط، 1987 م، إعادة الطبع سنة 1998 م.
- 69- المناوي عبد الرؤوف، فيض القدير ( شرح الجامع الصغير)، دار إحياء السنة النبوية، ط1، ج3،(دون سنة طبع).
- 70- 1999.
- 71- أمير فرج يوسف،، أطفال للأنايب والتلقيح الصناعي، دار الكتاب الحديث، القاهرة مصر 2012.
- 72- أمين عبد المعبود زغلول، أحكام رعاية الطفل اللقيط في الشريعة الإسلامية، مجلة الأحصدية العدد 6، دار البحوث للدارسات الإسلامية، دبي، 2000.
- 73- أنور محمود دبور، القرائن ودورها في الإثبات في الفقه الجنائي وإسلامي، دار الثقافة العربية القاهرة، 2007.

- 74- أنور محمود دبور، إثبات النسب بطريقة القيافة في الفقه الإسلامي، دار الثقافة العربية، القاهرة سنة 1985.
- 75- أيهاب يسر أنور علي، المسؤولية المدنية والجنائية للطبيب، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، مصر، 1994.
- 76- باديس الدياتي، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوي النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري، دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي 2010، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر.
- 77- باديس ديباني، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء الجزائري دار الهدى عين مليلة الجزائر، 2007.
- 78- بديدة علي أحمد، الجوانب الفقهية المتعلقة بتغيير الجنس، دراسة فقهية مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ط1، 2011.
- 79- بديدة أحمد علي، البصمة الوراثية و آثارها في إثبات النسب أو نفيه، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، مصر، 2011.
- 80- بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشورات بغداوي، الجزائر، ط1 سنة 2009.
- 81- برهان الدين أبي الوفا إبراهيم بن الإمام شمس الدين فرحون اليعمري، تبصرة الحُكَّام في أُصُول الأفضية ومناهج الأحكام، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط2، (دون سنة طبع).
- 82- بسام محمد القواسمي، أثر الدم والبصمة الوراثية في الإثبات في الفقه الإسلامي والقانون، دار النفائس للنشر والتوزيع، ط1، 2010.
- 83- بلقاسم أعرب، القانون الدولي الخاص الجزائري، (تنازع القوانين)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2002.
- 84- بن داود عبد القادر، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، دار الهلال للخدمات الإعلامية 2005.



- 85- بن عبيد عبد الحفيظ، الحالة المدنية وإجراءاتها في التشريع الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004
- 86- بوبشير محند أمقران، قانون الإجراءات المدنية (نظرية الدعوى، نظرية الخصومة، الإجراءات الاستثنائية )، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.
- 87- تشوار جيلالي، الزواج و الطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ط1 ديوان المطبوعات الجامعية الساحة المركزية بن عكنون لجزائر، 2001.
- 88- توفيق محمد علوان، الاستنساخ البشري بين القرآن والعلم الحديث، دار الوفاء المنصورة، ط1، 1999.
- 89- جمال الضمراني، الولاية والشهادة في النكاح و حكم الزواج العرفي، دار النهضة العربية للنشر جمهورية مصر العربية، (دون سنة طبع).
- 90- جوزيف الياس، المجاني المصور، دار المجاني، (دون بلد)، ط3، 2001.
- 91- حسان الحسين، أحكام الأسرة الإسلامية فقهاً و قضاءً، ط1، دار الآفاق العربية، 2001.
- 92- حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص ( تنازع القوانين )، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، "دراسة مقارنة"، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن ط2 2001.
- 93- حسن الرافي، دعوى النسب في ضوء الفقه وقضاء النقض، المكتب الفني للموسوعات القانونية الإسكندرية مصر، (دون سنة طبع).
- 94- حمدي باشا عمر، مبادئ الاجتهاد القضائي في مادة الإجراءات المدنية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.
- 95- حسين عامر المسؤولية المدنية، ط1، مطبعة مصر، القاهرة، 1956 .
- 96- حسين منصور، المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 1999.
- 97- حسين هيكل، النظام القانوني للإلجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية(دراسة مقارنة)، (بدون دار النشر)، ط1، 2006.
- 98- دبوسي فؤاد، أجهزة إصلاح الشفرة الوراثية، مجلة عالم الفكر، الكويت، مجلد33، 2004.

- 99- دينكن ميتشل، مُعجم علم الاجتماع، دار الطليعة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ط2  
1976.
- 100- رضا عبد الحليم، النظام القانوني للإنتاج الصناعي، دار النهضة العربية، القاهرة مصر ط1  
1996.
- 101- رضوان محمد عبد العالي، الأحكام الأساسية في الأحوال الشخصية، جامعة حلوان، القاهرة  
مصر، 2002.
- 102- رمزي نعناعه تنظيم الإسلام والمجتمع، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 1989.
- 103- رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة للطباعة  
والنشر بيروت، لبنان ط1، 2001.
- 104- روال عبد الحميد، دروس وتطبيقات في الكفاءة المهنية للمحاماة، دار الأمل للطباعة والنشر  
والتوزيع، الجزائر، 2004.
- 105- زبيدة إقروفة، التلقيح الاصطناعي (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي) دار  
الهدى عين مليلة، الجزائر، 2008.
- 106- زكريا البري، حكمة الله في جوهرة أحكام الأسرة الإسلامية، دار النهضة العربية، مصر (دون  
سنة طبع).
- 107- سائح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، ج1  
2011.
- 108- سائح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، ج2  
2011.
- 109- سامي منصور و عكاشة عبد العال، القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية بيروت، (دون سنة  
طبع).
- 110- سعد الدين مسعد الهلالي، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، مجلس النشر العلمي، جامعة  
الكويت، 2001.

- 111- سعد الدين مسعد الهاللي، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، الكويت، 2006.
- 112- سفيان بن عمر بورقعة، النسب ومدى تأثير المستجدات العلمية في إثباته ( دراسة فقهية تحليلية ) كنوز أشبيليا، ط1، 2007.
- 113- سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، 1981.
- 114- سمير عبد السميع الأودن، الزواج العربي في ظل قانون الأحوال الشخصية الجديد، مكتبة ومطبعة الإشعاع، الإسكندرية، 2001.
- 115- سناء الخولي، الزواج والعلاقات الأسرية، دار النهضة العربية، بيروت 1983.
- 116- سهل بن سعيد الساعدي، فتح الباري بشرح صحيح أبي عبد الله محمد ابن إسماعيل البخاري ج9، ط1، 2001.
- 117- شعبان الكومي أحمد فايد، الدعوة بالجهول وأحكامه، دار الجامعة الجديدة للنشر، ط1 2004.
- 118- شمس الدين بن شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، مطبعة مصطفى البابي وأولاده، مصر، ج5.
- 119- شمس الدين أبي الفرح عبد الرحمان ابن قدامي المقدسي، الشرح الكبير على متن المقنع بهامشه المغني لأبن قدامي، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، مصر، 1973.
- 120- شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، (دون سنة طبع).
- 121- شمس الدين الشافعي الصغير، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، (دون سنة طبع).
- 122- شهاب الدين أحمد ابن إدريس القرافي (المالكي)، الذخيرة، تحقيق الأستاذ محمد بوخيزة، دار الغرب الإسلامي، ج10، ط1، 1994.

- 123- شهاب الدين أحمد ابن إدريس القرافي، الذخيرة، تحقيق الأستاذ سعيد أعراب، دار الغرب الإسلامي بيروت، ج6، ط1، 1994 .
- 124- شهاب الدين أبي العباس أحمد بن عبد الله القلقشندي، سبائك الذهب في معرفة قبائل العرب المكتبة التجارية الكبرى، مصر 13هـ، (دون سنة طبع).
- 125- شهاب الدين أحمد بن محمد ابن عبد ربه القرطبي الأندلسي، العقد الفريد، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت لبنان، ج1، ط1، 2008.
- 126- شهاب الدين أبي العباس أحمد الصنهاجي المشهور القرافي، الفروق، تحقيق الدكتور عبد الحميد الهنداوي، بيروت لبنان، ط1، ج3، 2002.
- 127- شوقي زكريا الصالحي، التلقيح الصناعي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، 2001 .
- 128- صبري القباني، أطفال تحت الطب ومنع الحمل، دار العلم للملايين، بيروت، ج1، ط1، 24 1980.
- 129- صبري الدمرداش، الاستنساخ قبله العصر، دار الفكر الحديث، الكويت، ط1، 1997.
- 130- صلاح الدين جمال الدين، الجنسية وتنازع القوانين (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، الطبعة الأولى 2008.
- 131- صلاح الدين شروخ، منهجية البحث العلمي للجامعيين، دار العلوم للنشر و التوزيع، عنابة، الجزائر 2003.
- 132- طلال عجاج المسؤولية المدنية للطبيب (دراسة مقارنة)، ط1، المؤسسة الحديثة للكتاب لبنان 2004.
- 133- طاهري حسين، المرشد القانوني للمتقاضي، دار المحمدية العامة، الجزائر، ج1، 1996.
- 134- طاهري حسين، الإجراءات المدنية والإدارية الموجزة، دار الخلدونية، الجزائر، ج1، 2012.
- 135- عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي منشورات عويدات بيروت، 1983.

- 136- عامر احمد القيسي، مشكلات المسؤولية الطبية المترتبة على التلقيح الاصطناعي، دار الثقافة الأردن، 2001.
- 137- عباس العبودي المدني، الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، (دون سنة طبع).
- 138- عبد الباسط الجمل، الهندسة الوراثية، الأمل والألم، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر 1956.
- 139- عبد الحكيم فودة، الدفع بانتفاء الصفة والمصلحة في المنازعات المدنية، منشأة المعارف الإسكندرية، 1998
- 140- عبد الرحمان بن ناصر السعدي، تيسير الكريم الرحمان في تفسير كلام المنان، دار ابن حزم توزيع دار الأصالة، الجزائر، (دون سنة طبع).
- 141- عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء الخامس، دار القلم، بيروت لبنان (دون سنة طبع).
- 142- عبد الرحمان السيد الشافعي، سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين، (دون دار نشر) (دون بلد نشر)، 1974.
- 143- عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء الرابع، المكتبة التجارية الكبرى مصر (دون سنة طبع).
- 144- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج1، دار التراث العربي، القاهرة، 1952.
- 145- عبد السلام ديب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، موفم للنشر، الجزائر، 2011.
- 146- عبد العزيز بن باز، الفتاوى الشرعية على المشكل في المسائل الطبية، دار ابن الأثير الرياض، المملكة العربية السعودية، 2005.
- 147- عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري مدعمة بالاجتهادات القضائية، دار هومة، ط3، الجزائر، (دون سنة طبع).

- 148- عبد الفتاح تقيّة، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي (بدون دار نشر)، 1999 - 2000 .
- 149- عبد القادر داودي، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، دراسة شرعية قانونية مقارنة.
- 150- عبد الكريم مامون، إشكالية التفرقة بين الخطأ الجنائي والخطأ المدني في الممارسات الطبية في القانون والقضاء الجزائريين، الملتقى الوطني الثاني حول مسؤولية المهنيين في القانون الجزائري، جامعة بشار، الجزائر، 2011.
- 151- عبد اللطيف الحسني، المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية، ط1، الشركة العالمية للكتاب بيروت 1987.
- 152- عبد المجيد النجار، مقاصد الشريعة بأبعاد جديدة، دار الغرب الإسلامي، بيروت لبنان، ط1، 2006، وقد صدرت ط2، 2008.
- 153- عبد الملك عبد الرحمان السعدي، العلاقات الجنسية غير الشرعية وعقوبتها في الشريعة والقانون، دار البيان العربي، جدة السعودية، ج1، 1985.
- 154- عبد الناصر محمد شنيور، الإثبات بالخبرة بين القضاء الإسلامي و القانون الدولي و تطبيقاتها المعاصرة (دراسة مقارنة)، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، (دون سنة طبع).
- 155- عبد الهادي مصباح، الاستنساخ بين العلم والدين، الدار المصرية اللبنانية، ط3، 1419 هـ - 1999 م .
- 156- عبد الهادي الحسين، استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب، نظرة شرعية، منشورة في مجلة العربية للدراسة الأمنية والتدريب عملية دورية، تصدر عن أكاديمية نايف العربية الأمني، العدد 35، 1424 هـ الموافق ل سنة 2006.
- 157- عبد الهادي مصباح، الاستنساخ بين العلم والدين، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر 1988.

- 158- عبد رب النبي علي الجارحي، الزواج العربي وزواج الميسار، دار الروضة للنشر والتوزيع القاهرة، 1998 .
- 159- عدنان حسن عزابزة، حجية القران في الشريعة الإسلامية ( البصمات القيافة ، دلالة الأثر تحليل الدم ) دار عمار، الأردن (دون سنة طبع).
- 160- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، في تنازع القوانين، جزء الثاني، الطبعة التاسعة الهيئة المصرية العامة للكتاب، سنة 1986.
- 161- علاء علي حسن نصر، عملية الاستنساخ البشري و الهندسة الوراثية من الناحية القانونية، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 2006 .
- 162- علي ابن أحمد المكنى ابن حزم، المحلى، طبعة دار الفكر، ط10، (دون سنة طبع).
- 163- علي عبد الرحيم عامر كمال الدين، أحكام الاشباه في النسب في لفقه الإسلامي(دراسة مقارنة)، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، مصر، 2007.
- 164- علي حسب الله، الفرق بين الزوجين وما يتعلق بها من عدة ونسب، دار الفكر العربي، (دون سنة طبع).
- 165- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، (دون سنة طبع).
- 166- علي محمد المحمدي، أحكام النسب في الشريعة الإسلامية، دار قطري بن الفجاءة، قطر، ط1 1414هـ
- 167- علي هادي عطية الهلالي، المركز القانوني للجنين في ظل الأبحاث الطبية والتقنيات المساعدة في الإنجاب، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان، ط1، 2012.
- 168- عُمر السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها استخدامها في النسب والجنائية، قرار مجلس الجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي في دورته السادس عشر المنعقدة بمكة المكرمة، 1422هـ الموافق ل2002م.

- 169- عمر بن محمد بن إبراهيم غانم، أحكام الجنين في الفقه الإسلامي ، طبعة دار الأندلس الخضراء، جدة، (دون سنة طبع).
- 170- عمر عبد الله، أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية، دار المعارف، القاهرة، ط4 1963.
- 171- فانس بكار، إنهم يصنعون البشر، ترجمة زينات الصباغ، سلسلة الألف كتاب الثاني، الهيئة المصرية العامة للكتاب، الجزء الثاني، القاهرة، مصر، 1995.
- 172- فايز عبد الله الكندري، مشروعية الاستنساخ الجيني البشري من الوجهة القانونية، مجلة الحقوق، السنة الثانية والعشرون، العدد الثاني، ربيع الأول .
- 173- فشار عطاء الله، أحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية الجزائرية، ط2، 2008.
- 174- فُضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر، ح1، 1986.
- 175- فؤاد عبد المنعم احمد، البصمة الوراثية ودورها في الثبات الجنائي بين التشريع و القانون المكتبة المصرية الإسكندرية، مصر، (دون سنة طبع) .
- 176- فؤاد عند المنعم رياض و سامية راشد، الوسيط في الدولي الخاص، الجزء الثاني، تنازع القوانين، دار النهضة العربية القاهرة، 1974.
- 177- فؤاد عبد المنعم أحمد، البصمة الوراثية ودورها في الإثبات الجنائي بين الشريعة والقانون كلية الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية، أكاديمية نايف للعلوم الأمنية، مكتبة لوران الإسكندرية (دون سنة طبع)
- 178- فؤاد افرام البستاني، منجد الطلاب، الطبعة الخامسة والعشرون، بيروت لبنان، 1986.
- 179- فؤاد افرام البستاني، منجد الطلاب، دار المشرق العربي، بيروت لبنان، ط25، (دون سنة طبع).
- 180- قلعة جي، ومشاركوه، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس، بيروت لبنان، ط1، 1996.



- 181- كمال صالح البنا، المشكلات العلمية في دعاوى النسب والإرث، عالم الكتاب، جمهورية مصر العربية، (دون سنة طبع).
- 182- لوعيل محمد الأمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004 .
- 183- مالك ابن أنس، للقاضي أبي الوليد سليمان بن خلف بن سعيد الأندلسي، المنتقى شرح الموطأ، مطبعة السعادة، مصر، ط1، 1332هـ.
- 184- مجد الدين محمد الفيروزبادي القاموس المحيط، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان ط02، 2000.
- 185- مجد الدين محمد الفيروزبادي، القاموس المحيط، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان ط2 2000، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، المعجم الوجيز، المطابع الأميرية القاهرة، 2005.
- 186- محسن البيه، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسئولية المدنية في ظل القواعد القانونية التقليدية، مكتبة الجلاء الجديدة المنصورة، 1993.
- 187- محمد ابن إدريس الشافعي، الأم، تحقيق وتخرّيج رفعت فوزي عبد المطلب، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع المنصورة، ج06، باب العدد، ط01، 2001.
- 188- محمد ابن أحمد ابن محمد ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، كتاب اللعان دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان ط6، ج2، (دون سنة طبع).
- 189- محمد ابن أحمد الصالح، فقه الأسرة عند شيخ الإسلام ابن تيمية في الزواج وآثاره، المجلد الثاني، الباب الثاني، الفصل الرابع: النسب، (دون طبعة)، (دون سنة طبع).
- 190- محمد ابن إدريس الشافعي، الأم، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، كتاب الخلع والنشوز ج6، ط1، 2001.
- 191- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، (دون بلد نشر)، (دون سنة طبع) .

- 192- محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة المغربية، مطبعة دار النشر المغربية، عين السبع الدار البيضاء، المغرب، 2010.
- 193- محمد الخطيب الشر بيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني الفظ المنهاج، جزء 3، بيروت لبنان 1374هـ - 1955م .
- 194- محمد الشريبي الخطيب، مُغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، مطبعة مصطفى البابي الحلبي سوريا، ج 4، 1958.
- 195- محمد الشريبي الخطيب ( الشافعي)، مُغني المحتاج إلى معرفة أفاض المنهاج، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، ج4، 1377هـ - 1958م.
- 196- محمد الطاهر ابن عاشور ، مقاصد الشريعة الإسلامية، طبعة الشركة التونسية للتوزيع المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985.
- 197- محمد الطاهر ابن عاشور ، التحري والتنوير ( المعروف بتفسير ابن عاشور)، مؤسسة التاريخ بيروت لبنان، ط1، 2000.
- 198- محمد الفيروز آبادي، القاموس المحيط، (تحقيق، محمد نعيم العرقسوسي)، ج1، ط5 مؤسسة الرسالة، بيروت، 1406هـ.
- 199- محمد الكشور، الوسيط في قانون الأحوال الشخصية المغربي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، 2006.
- 200- محمد الكشور، البنية والنسب في مدونة الأسرة المغربية، قراءة في المستجدات البيولوجية دراسة قانونية وشرعية مقارنة، سلسلة الدراسات القانونية المعاصرة14، الدار البيضاء، المغرب 2007.
- 201- محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي، أحكامه القانونية وحدوده الشرعية، مطبوعات جامعة الكويت، 1990.
- 202- محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي، أحكامه والتزاماته وحدوده الشرعية، دراسة مقارنة، 2009.

- 203- محمد أمين الهدى المشهور بابن عابدين، مجموعة رسائل ابن عابدين، (دون بلد نشر)، ج1 (دون سنة طبع).
- 204- محمد أمين أفندي الشهير بابن عابدين، مجموعة رسائل ابن عابدين، ج1، كتاب العلم الظاهر في نفع النسب الطاهر.
- 205- محمد بشير شريم، الأخطاء الطبية بين الالتزام والمسؤولية، الطبعة الأولى جمعية عمال المطابع عمان، 2000 .
- 206- محمد بن أحمد الصالح، فقه الأسرة عند الإمام بن تيمية في الزواج وآثاره، المجلد الثاني (دون سنة طبع)
- 207- محمد بن احمد بن عرفة الدسوي، حاشية على الشرح الكبير على مختصر خليل، الجزء الرابع مطبعة عيسى البابي الحلبي، القاهرة، (دون سنة طبع).
- 208- محمد بن معجوز، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصية المغربي مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء المغرب، ج1، 1998.
- 209- محمد بن صالح العثيمين، الشرح الممتع على زاد المستنقع، المجلد الثالث عشر، دار ابن الجوزي، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط 1، 1428 هـ.
- 210- محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الاوطار من أحاديث سيد الأخبار، شرح منتقى الأخبار، مجلد 3، ج6، دار القلم بيروت لبنان، (دون سنة طبع).
- 211- محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الاوطار من أحاديث سيد الأخبار منتقى الأخبار دار الجيل، بيروت لبنان، المجلد 03، ج6 ط1، 1297.
- 212- محمد حسنين، التنفيذ القضائي في قانون الإجراءات المدنية، مكتبة الفلاح الكويت، الطبعة الثانية، لسنة 1984
- 213- محمد سعد اليوبي، مقاصد الشريعة الإسلامية وعلاقتها بالأدلة الشرعية، دار الهجرة الرياض، ط1، 1998.
- 214- محمد سليمان الأشقر، أبحاث اجتهادية في الفقه الطي، مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان، ط1

- 215- محمد عاشق البرني، التسهيل الضروري لمسائل القدوري في فقه الإمام أبي حنيفة النعمان باب دعوى النسب فيمن ولدته الجارية بعد البيع، مكتبة الشيخ كراتشي، ج2، (دون سنة طبع).
- 216- محمد عاشق البرني، التسهيل الضروري لمسائل القدوري في فقه الإمام أبي حنيفة، كتاب اللعان، ج2، مكتبة الشيخ بهادر آباد كراتشي.
- 217- محمد عبد ربه محمد السبحي، حكم استئجار الأرحام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر، 2008 .
- 218- محمد علي البار، طفل الأنبوب والتلقيح الصناعي، طبعة الدار السعودية للنشر والتوزيع جدة المملكة العربية السعودية، 1990.
- 219- محمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، دار الجامعة الجديدة، (دون بلد نشر)، 2004.
- 220- محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة من الزوجين وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دراسة قوانين الأحوال الشخصية.
- 221- محمد لطفي عبد الفتاح، القانون الجنائي واستخدامات التكنولوجيا الحيوية، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، ط1، 2012 .
- 222- محمد مبروك اللافي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي (دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع الليبي)، منشورات الجامعة المفتوحة، 1994.
- 223- محمد محمود إبراهيم، النظرية العامة للتكييف القانوني للدعوى في قانون المرافعات، دار الفكر العربي، 1982.
- 224- محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية مع الإشارة إلى ما يقابلها في الشرائع الأخرى، الطبعة الأولى سنة 1404 هـ الموافق ل 1987.
- 225- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، دار النهضة العربية بيروت، ط2، 1977.

- 226- محمد مصطفى شلبي، أحام الأسرة في الإسلام، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، بيروت لبنان، (دون سنة طبع).
- 227- محتد اسعد، القانون الدولي الخاص، القواعد المادية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ج2، 1989.
- 228- مخطارية طفياني، إثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري والفقہ الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2013.
- 229- مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، دار إحياء التراث العربي، (بدون بلد نشر)، 1972م
- 230- مُعَلِّم بطرس البستاني، محيط المحيط، طبعة جديدة، 1987، إعادة الضبط 1998، مكتبة لبنان، ناشرون، ساحة رياض الفتح، بيروت لبنان، (دون سنة طبع).
- 231- مفتاح محمد أفريط، الحماية القانونية للجنين في الفقہ الإسلامي والقانون الوضعي، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، ط1، 2004.
- 232- منصور ابن إدريس البهوتي، كشف القناع على متن الإقناع، مطبعة الحكومة، مكة المكرمة المملكة السعودية، 1394هـ.
- 233- موفق الدين ابن قدامي المقدسي، الكافي، هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، باب الخلع وكيفية الطلاق فيه، كتاب الخلع ج4، ط1، 1998.
- 234- موفق الدين ابن قدامي، مغني المحتاج، ج9، دار الكتاب العربي، بيروت لبنان، (دون سنة طبع).
- 235- نصر الدين ماروك، قانون الأسرة الجزائري بين النظرية والتطبيق، مقال بمجلة الموسوعة القضائية الجزائرية، العدد الرابع، 2004.
- 236- هاشم جميل عبد الله، نخبة زراعة الأجنة، مجلة الرسالة الإسلامية، العراق، ع 232، 1989.
- 237- هاللي سعد الدين، حجية استخدام البصمة الوراثية لإثبات البنوة ونفيها، أعمال الحلقة النقاشية، المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، الكويت، 1421هـ، 2001.

- 238- وفاء حملي أبو جميل، الخطأ الطبي ( دراسة تحليلية فقهية وقضائية في كل من مصر وفرنسا ) دار النهضة العربية، القاهرة، 1991.
- 239- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، الأحوال الشخصية، طبعة خاصة بالجزائر، دار الفكر الجزائر، ج7، 1413 هـ - 1998 م، 1404 هـ - 1984 م.
- 240- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته (الأحوال الشخصية)، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر ط1، 1985، ج7، طبعة خاصة بالجزائر، ط2، 1996.
- 241- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفك دمشق سوريا، ج07، ط03، 1989.
- 242- يحي ابن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المكتب الإسلامي، بيروت لبنان (دون سنة طبع)
- 243- يوسف جبران، طرق الاحتياط والتنفيذ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط2، (دون سنة طبع).
- 244- يوسف دلاندة، قانون الأسرة مدعم بالاجتهادات القضائية وفقاً لقرارات المحكمة العليا ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2000.
- 245- يوسف عبد الرحمان الفرت، (شغل الجنين "تأجير الأرحام"، الخلع شرعاً وقانوناً، زواج المتعة، الزواج بنية الطلاق)، دار الفكر العربي، ط01، 2004.
- 246- دون ذكر الاسم، مختار منجد الطلاب الصحاح، الطبعة السابعة، المطبعة الأميرية، القاهرة
- 247- جماعة من كبار اللغويين العرب (لم تُذكر أسماءهم)، المعجم العربي الأساسي، بتكليف من المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، 1989.

### ب- باللغة الفرنسية

1- MULDER-S-KLEIN M.T., Le corps humain , responsabilité juridique et famille en droit belge, Rapport présenté aux travaux Henri Capitant sur le corps humain et le droit, tome XXVI, Dalloz , 1975.

- 2- SAIDI K., La réforme du droit algérien de la famille : pérennité et rénovation, Revue International de Droit Comparé, 2006-1.
- 3- MAZEAUD H. L. J et CHABAS F ., Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle , Montchrestien, 6<sup>ème</sup> éd. , tome 1 , L.G.D.J, 1965.
- 4- SANDOZ S., Le juge dans le droit de la famille , Paris, 2007.
- 5- NICOLEAU P., Droit de la famille, éditions Marketing, Paris, 1995.
- 6- ROULET A HASSAN M., l'expertise médico- légale, Imprimerie Najah El Jadida, Casablanca , 1988.
- 7- FERNAND CECCALDI P. et DURIGON M., Médecine légale à usage judiciaire, éditions Cujas, Paris 1979.
- 8- RODIERE R., Jurisprudence française, librairies techniques, Paris, 1981.
- 9 - SERRE J - L ., Génétique des populations, I.M.E, imprimé en France, 1997.
- 10- MARCEAU J., La mise en œuvre de la banque d'empreintes génétiques, Québec, canada, 2004.

### ثانياً: المراجع المتخصصة والمقالات

#### أ- المراجع المتخصصة

1. احمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، الطلاق الخلع وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب وفقاً لأحدث التشريعات القانونية، الدار الجامعية الجديدة، الازارطة الإسكندرية، مصر، (دون. سنة. طبع).
2. الشيخ شمس الدين، قانون الأسرة والمقترحات البديلة، من رسائل الإسلام والمجتمع، دار الأمة الجزائر 2002 .
3. القاضي الشيخ محمد الشماع، المفيد من الأبحاث في أحكام الزواج والطلاق والميراث، دار القلم دمشق والدار الشامية، بيروت، ط1 1995.

4. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الزواج والطلاق، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية الساحة المركزية بن عكنون، الجزائر، 2004.
5. بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، ط1، 2008.
6. رمضان علي الشر ناصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، ط1، 2002 م .
7. عبد القادر داودي، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، دراسة شرعية مقارنة، دار البصائر، الجزائر، ط1، 2007.
8. فضيل العيش ، شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد مدعماً باجتهادات المحكمة العليا، طبعة جديدة مطبعة طالب، 2008/2007.
9. محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة المغربية، مطبعة دار النشر المغربية، عين السبع، الدار البيضاء المغرب، (دون سنة طبع).
10. محمد ابن معجوز، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصية، الولادة ونتائجها الأهلية والنيابة الشرعية، ط1 ج2، 1414 هـ الموافق ل: 1994.
11. محمد ابن معجوز، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصية، ج2، ط1، مطبعة النجاح، 1414 هـ - 1994 م .
12. محمد أحمد سراج و محمد كمال إمام، أحكام الأسرة في الإسلام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2009.
13. محمد كمال الدين إمام جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج و الطلاق والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه والقانون والقضاء، ط2، 2003.
14. باديس ديابي، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى عين ليلة، الجزائر، طبعة 2010.



15. سفيان بن عمر بورقعة، النسب ومدى تأثير المستجدات العلمية في إثباته ( دراسة فقهية تحليلية) الصندوق الخيري لنشر البحوث والرسائل العلمية ، كنوز اشبيلية للنشر والتوزيع، سنة 2005.
16. سفيان بن عمر بورقعة، النسب ومدى تأثير المستجدات العلمية في إثباته ( دراسة فقهية تحليلية)، كنوز اشبيلية للنشر والتوزيع، ط 1 ، 2007.
17. علاء الدين المدرس، النسب والمصاهرة بين أهل البيت والصحابة مع رؤية في السيرة الاجتماعية والأحداث التاريخية في صدر الإسلام، دار الكتاب العربي، القاهرة، ط01، 2006.
18. عمر السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعية استخدامها في النسب والجنائية، قرار مجلس الجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي في دورته السادس عشر المنعقدة بمكة المكرمة، 1422هـ الموافق ل2002م.
19. محمد أبو زيد، دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب، بحث منشور بمجلة الحقوق تصدر عن مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، العدد الثاني، 1996.
20. محمد الأشقر، إثبات النسب بالبصمة الوراثية، مطبوعة المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية (الوراثة الهندسة الوراثية)، المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، الكويت، 2000.
21. محمد الكشور، البنية والنسب في مدونة الأسرة، قراءة في المستجدات البيولوجية، سلسلة الدراسات القانونية المعاصرة، 2007.
22. محمد المهدي وأشرف الشافعي، دعوى النسب، الشروط التي يتطلبها القانون لإثبات النسب، دار العدالة، القاهرة، ط1، 2006.
23. محمد عثمان غانم، النسب وحقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية والقانون، دار الألفي القانونية بالمينا، (دون سنة طبع).
24. محمد علي الهادي زبيدة، النسب في الحقوق المتعلقة عليه وتطبيقاته المعاصرة (أطروحة لنيل الدكتوراه في الشريعة الإسلامية، كلية دار العلوم القاهرة مصر (دون سنة طبع) .

ب- المقالات

1- باللغة العربية

1. إبراهيم عبد الرحيم الملا، بحث بعنوان "البصمة الوراثية في إثبات ونفي النسب"، المؤتمر العلمي السنوي العاشر، كلية الحقوق جامعة المنصورة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، 02 و03 أبريل 2006
2. أمينة مهدي، مقال بعنوان: "مجالات الهندسة الوراثية"، الموقع [www.islamonline.net](http://www.islamonline.net)، تاريخ الزيارة يوم 2012/04/22، على الساعة، 13 و08.
3. جيلالي تشوار، نسب الطفل في القوانين المغاربية للأسرة بين النقص التشريعي و التنقيحات المستحدثة، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق جامعة تلمسان، رقم 3.
4. جيلالي تشوار، النقائص التشريعية لقوانين الأحوال الشخصية المغاربية في مسألة النسب، م ج ع ق إ س، 2002، العدد 40.
5. جيلالي تشوار، حق الزوجة في الطلاق بين النقائص القانونية والتطور الاجتماعي، مقال منشور في قانون الأسرة والتطورات العلمية، نصوص جمعها وقدمها عبد الحفيظ أوسكين، مخبر القانون والتكنولوجية الحديثة، كلية الحقوق، 2007.
6. حميدو زكية تشوار، حكم وسائل الحمل المعاصرة في ضوء الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري، م ج ع ق إ س، 2003، عدد 1.
7. عبد الرزاق الشيخ نجيب، طبيعة الخطبة في رؤية فقهية جديدة، مقال منشور بمجلة كلية الحقوق الكويت، ع 01، السنة 25، مارس 2001.
8. علي محمد يوسف المحمدي، مقال بعنوان: الاستنساخ من الناحية العلمية والشرعية والقانونية، مؤتمر الطب والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 3 إلى 5 ماي 1998.

9. **مبروك المصري**، محاضرة بعنوان "تأملات في قانون الأسرة الجزائري"، الملتقى السنوي السادس عشر للعلامة الشيخ سيدي عبد القادر بن محمد تحت عنوان "فقه الأسرة ودوره في بناء الحضاري للأمة" زاوية سيد الشيخ بلدية فقارة الزوى، دائرة عين صالح، 2005. **محمد الكشور**، مركز الخبرة الطبية في مادة الأحوال الشخصية، مجلة المحاكم المغربية، العدد 77، 1997.
10. **محمد محمد أبو زيد**، دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب، مقال منشور في مجلة الحقوق (الكويت)، العدد الأول، السنة 2009.
11. **محمد سليمان الأشقر**، أبحاث اجتهادية في الفقه الطبي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، ط1، 2001.
12. **محمد سليمان الأشقر**، مقال بعنوان: نحو اجتهاد يضبط قضية الاستنساخ، موقع إسلام أون لاين، تاريخ الزيارة 2012/05/10.
13. **محمد رأفت عثمان**، مقال بعنوان: الاستنساخ في ضوء القواعد الشرعية، مقال في كتاب الاستنساخ في رؤية الفقهاء (القسم الثاني)، سلسلة دراسات إسلامية، العدد 4، 2010.
14. **محمود محمود مصطفى**، مقال بعنوان: مسؤولية الأطباء والجراحين الجنائية، مجلة القانون والاقتصاد، القاهرة، العدد الثاني، 1981.
15. **مُسفر بن علي القحطاني**، مقال بعنوان: حصول الزوجة على مني زوجها المتوفى دماغياً لغرض الإستيلاء منه بالتلقيح الصناعي، المؤتمر العالمي الأول بجامعة الملك فهد للبترول والمعادن، المملكة العربية السعودية، (دون سنة طبع)
16. **مصطفى الزرقاء**، مقال بعنوان: التلقيح الصناعي وأطفال الأنايب، مجلة مجمع الفقه الإسلامي اعدد الثالث، لجزء الأول، سنة 1987.
17. مقابلة شفوية مع رئيسة محكمة ادرار، السيدة: ن. **خربوش**، أجريت يوم: 2013/11/21، من الساعة 14h00 إلى 16h00.
18. مقابلة شفوية مع الحكمة: **رايس الشريفة**، أخصائية في أمراض النساء والتوليد بولاية ادرار ، أجريت يوم الأحد 2011/02/23، على الساعة 16:30.

19. نجم عبد الواحد، البصمة الوراثية وتأثيرها على النسب إثباتاً ونفيّاً، مناقشات جلسة المجمع الفقهي برابطة العالم الإسلامي عن البصمة الوراثية في دورته ( 15 ).
20. نويري عبد العزيز، البصمة الجينية و دورها في الإثبات في المادة الجزائية، مجلة الشرطة، عدد65، بتاريخ 2004/02/02.
21. نويري عبد العزيز، مقال بعنوان: البصمة الجينية و دورها في الإثبات في المادة الجزائية، مجلة الشرطة، عدد65، 2008.
22. هلالى سعد الدين، حجية استخدام البصمة الوراثية لإثبات البنوة ونفيها، أعمال الحلقة النقاشية، المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، الكويت، 1421هـ، 2001.
23. واصل نصر فريد، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، قرار المجمع الفقهي رابطة العالم الإسلامي في دورته السادس عشر المنعقد بمكة المكرمة، 1422هـ ، 2002م.

### 2-باللغة الأجنبية

- 1- KASS L R., The Wisdom of Repugnance, why we should ban the cloning of humans, The New Republic, 2/6/1997.
- 2- MULDER-KLEIN M.T., L'établissement et les effets personnels de la filiation selon la loi belge du 31 mars 1987, Annales de Droit de Louvain, Revue Trimestrielle de Droit belge, tome XIVII, 1987, 3-4

### ثالثاً: المذكرات وأطروحات الدكتوراه

#### أ\_باللغة العربية

- 1- أم الخير مالكي و مداني فاطمة، ثبوت النسب في قانون الأسرة الجزائرية والفقهاء الإسلامي (دراسة مقارنة )، مذكرة ليسانس، كلية العلوم الاجتماعية والإسلامية، جامعة ادرار، 2010/2011.

- 2- بن زبطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري والفقهاء الإسلامي ( دراسة لنماذج تطبيقية )، مذكرة ماجستير، جامعة ادرار، 2006/2005.
- 3- حماوي عائشة، إثبات النسب في القانون الجزائري، مذكرة ليسانس، جامعة إدرار 2006/2005
- 4- حميدو زكية تشوار، مصلحة المحضون في القوانين المغربية للأسرة(دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2005/2004.
- 5- رشيد مغنية، حق الطفل في النسب، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا، كلية الحقوق، فاس 2003/2002.
- 6- صالح حمليل، المركز القانوني للطفل المهمل في المواثيق الدولية والقانون الجزائري، رسالة دكتوراه، جامعة سيدي بلعباس، الجزائر، 2005/2004.
- 7- علي محمد يوسف المحمدي، أحكام النسب، رسالة دكتوراه، جامعة الأزهر، كلية الشريعة والقانون.
- 8- علي هاشم يوسفات، الخلع والطلاق بالتراضي في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2009
- 9- عمراني احمد، أحكام النسب بين الإنجاب الطبيعي والتلقيح الصناعي ( دراسة مقارنة ) مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة وهران ، 2000 /1999.
- 10- محمد الصالح بن عومر، القضاء الإستعجالي في شؤون الأسرة، مذكرة ماجستير، المركز الجامعي بشار 2007/2006.
- 11- محمود أحمد أمان، الحق في صيانة العرض ومدى الحماية التي تكفلها له الشريعة الإسلامية، دكتوراه دولة، جامعة القاهرة، مصر، دس.
- 12- ممدوح خيرى هاشم، الإنجاب الصناعي في القانون المدني(دراسة قانونية فقهية مقارنة)، رسالة دكتوراه دولة، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، 1996.
- 13- يوبي سعاد، تنازع القوانين في مجال النسب، مذكرة ماجستير، جامعة أبي بكر بلقايد يلمسان، 2010.

ب- باللغة الفرنسية

- 1- OBOEUF O., Faute et assurance dans la responsabilité civile médicale, Thèse, Paris , 1972.
- 2- Isabelle D., Le statut juridique des centres de procréation médicalement assistée, mémoire dédié à l' Université de Paris 1, 1991 .

رابعاً: النصوص القانونية

أ- النصوص الوطنية

- 1- دستور 1996 الصّادر بالمرسوم الرئاسي رقم 438/96 المؤرخ في 26 رجب 1417هـ المتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 1996/11/28، ج. ر.ج.ج، ع76، لسنة 1996.
- 2- القانون رقم 63 / 224 الصادر في 29 جوان 1963 والمتضمن تحديد سن الزواج، ج رج ج المؤرخة في 2 جويلية 1963، رقم 44.
- 3- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 هـ الموافق ل 9 يونيو سنة 1984، والمتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم ب الأمر 02/05 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 هـ الموافق ل 27 فبراير سنة 2005، ج. ر.ج.ج، ع44، لسنة 2005..
- 4- القانون رقم 05-10 مؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426 الموافق ل 20 يونيو سنة 2005 – يعدل ويتمم الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975، والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، ج ر ج ج، رقم44، لسنة 2005 .
- 5- القانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير سنة 2008، والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ج ر ج ج، رقم 21، الصادرة بتاريخ 22 ابريل 2008.

6- الأمر 155-66 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق ل8 يونيو سنة 1966 يتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم.

### ب- النصوص الأجنبية:

- 1- قانون رقم 1 لسنة 2000 المتضمن قانون الأحوال الشخصية المصري الجديد.
- 2- ظهير شريف رقم 1-02-239 بتنفيذ قانون رقم 99-37 المؤرخ في 3 أكتوبر 2002، المتضمن قانون الحالة المدنية المغربية.
- 3- ظهير شريف رقم 1-04-22 بتنفيذ قانون رقم 03-70 المؤرخ في 3 فبراير 2004، المتضمن مدونة الأسرة المغربية.

### خامساً: مواقع الأنترنت

- 1- [http:// www.shamela.net](http://www.shamela.net).
- 2- [http:// www.islamonline.net](http://www.islamonline.net).
- 3- [http://www. .boukhniaf.maktoobblog.com](http://www.boukhniaf.maktoobblog.com)
- 4- <http://www.achpr.org>
- 5- <http://www.aidh.org>
- 6- <http://www.agfund.org/intro>
- 7- <http://www.alasfoor.net/books/estefsarat-diniya/ajvaba12.html>

أ	الآية القرآنية
ب	الإهداء
ج	التشكرات
د	قائمة المختصرات
01	مقدمة
12	الباب الأول الأحكام الموضوعية للنسب في التشريعين الجزائري والمقارن
15	الفصل الأول أحكام النسب حال الإنجاب الطبيعي
15	المبحث الأول : ماهية النسب
16	المطلب الأول : مفهوم النسب
17	الفرع الأول : تعريف النسب في اللغة والاجتماع
17	أولاً: تعريف النسب في اللغة
18	ثانياً : تعريف النسب لدى علماء الاجتماع
18	الفرع الثاني: تعريف النسب في الشريعة والقانون
19	أولاً: النسب لدى علماء الشريعة
21	ثانياً: تعريف النسب في القانون الجزائري والمقارن
23	المطلب الثاني: موقف القضاء الجزائري و المقارن من قضايا النسب ومظاهر عناية الشريعة الإسلامية به
23	الفرع الأول :موقف القضاء الجزائري و القانون المقارن من النسب
31	الفرع الثاني: مظاهر عناية الشريعة الإسلامية بالنسب
33	المبحث الثاني: آليات ثبوت النسب في التشريع الجزائري وبعض التشريعات المقارنة
35	المطلب الأول: ثبوت النسب بالزواج الصحيح وثبوته بعد فرقة الزوجين



35	الفرع الأول: ثبوت النسب أثناء قيام العلاقة الزوجية
36	أولاً: أن يَكُون الزواج صحيحاً
39	ثانياً: إمكانية الاتصال بين الزوجين
41	1 : أن تكون ولادة الولد بين أقل مدة الحمل وأقصاها
47	2: عدم نفي الولد بالطرق الشرعية
48	الفرع الثاني : ثبوت النسب حال الفرقة بين الزوجين
49	أولاً: ثبوت نسب الولد بعد الطلاق
49	1: نسب المولود بعد الطلاق الرجعي
53	2: نسب الولد من طلاق بائن
54	ثانياً: ثبوت نسب المولود بعد وفاة الزوج
56	المطلب الثاني: ثبوت النسب بالزواج غير الصحيح ونكاح الشبهة
56	الفرع الأول: ثبوت النسب حال الزواج الفاسد
56	أولاً: تعريفُ الزواج الفاسد وبيان أسبابه
57	1: تعريف الزواج الفاسد
57	2: أسباب الزواج الفاسد
59	ثانياً: شروط ثبوت النسب من الزواج الفاسد
61	الفرع الثاني: ثبوت النسب بنكاح الشبهة
60	أولاً: الدُّخُول بشبهة وأنواعه
62	1: تعريف الشبهة
62	2: الشبهة شرعاً
62	أ: شُبْهَة المَلِك
62	ب: شُبْهَة العَقْد
63	ج: شُبْهَة الفَعْل أو الاِشْتِبَاه

63	ثانياً: حُكم النسب عند الوطاء بشبهة.
64	1: حُكم شُبْهة الفعل أو الاشتباه في النسب
65	2: حكم شُبْهة العَقْد
65	3: حكم شِبْهة الملك
66	المطلب الثالث: وسائل إثبات النسب في التشريع الجزائري
66	الفرع الأول: إثبات النسب بالإقرار في التشريع الجزائري
67	أولاً : تعريف الإقرار وأنواعه
67	1: تعريفُ الإقرار
67	أ: الإقرار في اللغة
67	ب: الإقرار في الاصطلاح
68	2: أنواع الإقرار
68	أ : الإقرار بالبنوة أو الأمومة
68	الشَرْطُ الأوَّل: أن لا يعرف له أب
68	الشَرْطُ الثَّاني: أن يصدِّقه العقل والعادة
69	الشرط الثالث: أن يكون ابن الزنا
70	الشرط الرابع: أن يُصادق المقر على إقراره
70	ب: الإقرار في غير البُنوة أو الأبوة أو الأمومة
75	ثانياً : دعاوى النسب الثابتة من الإقرار
75	1: دعاوى النسب التي ليس فيها تحميل على الغير
75	2: دعاوى فيها تحميل النسب على الغير
76	ثالثاً: تمييز النسب الثابت بالإقرار عن التبني واللقيط
80	رابعاً: اللقيط
81	الفرع الثاني: إثبات النسب بالبينة في القانون الجزائري

81	أولاً: تعريفُ البيئة ضمن قانون الأسرة
82	ثانياً: تحديد مدلول البيئة الوارد في نص المادة 40 من قانون الأسرة
82	1: ما هو معمول به قضائياً
83	2: ما هو معمول به قانوناً
84	ثالثاً: أثر البيئة على إثبات النسب "شهادة الشهود"
88	<b>الفصل الثاني</b> <b>التلقيح الاصطناعي كوسيلة غير طبيعية لبقاء البشر</b>
89	المبحث الأول : ماهية التلقيح الاصطناعي
90	المطلب الأول : مفهوم التلقيح الاصطناعي
91	الفرع الأول : حقيقة التلقيح الاصطناعي من منظور علماء اللغة والاصطلاح
91	أولاً: تعريفُ التلقيح الاصطناعي في اللغة
92	ثانياً: تعريف التلقيح الاصطناعي في الاصطلاح
93	الفرع الثاني : الشروط الشرعية للقيام بعملية التلقيح الاصطناعي
93	الشرط الأول: ألا يتم التلقيح الاصطناعي إلا إذا دعت إليه ضرورة
94	الشرط الثاني: ألا يخضع لهذه العملية إلا الزوجان
95	الشرط الثالث: أن يتم تلقيح المرأة بماء زوجها
97	المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للتلقيح الاصطناعي
98	الفرع الأول : المسؤولية القانونية للطبيب الممارس للتلقيح الاصطناعي
99	أولاً: مسؤولية الطبيب المدنية عن عمليات التلقيح الاصطناعي
99	1: تعريف الخطأ الطبي في إطار التلقيح الاصطناعي
102	2: الخطأ الطبي قبل إجراء التلقيح الاصطناعي
102	أ: الخطأ في التشخيص ( Erreur dans le diagnostic )

103	ب: عدم حصول الطبيب على رضا الزوجين
105	الفرع الثاني : الخطأ الطبي أثناء القيام بعملية التلقيح الاصطناعي وبعده
105	أولاً: خلطُ الأنايب بعضها ببعض
107	ثانياً: الخطأ في الرقابة
109	الفرع الثالث : ضوابط التلقيح الاصطناعي في التشريع الجزائري
111	أولاً: أن يكون الزواجُ شرعياً
112	ثانياً: أن يكون التلقيح برضا الزوجين وحال حياتهما
114	ثالثاً: أن يتم التلقيحُ الاصطناعي بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما
115	رابعاً: الجزاء المترتب عن تخلف أحد شروط التلقيحُ الاصطناعي
116	الفرع الرابع: ضوابط التلقيح الاصطناعي في الفقه الإسلامي
116	أولاً : وجود الرابطة الزوجية بين الزوجين
121	ثانيا : ألا يتم التلقيح إلا إذا دعت إليه الحاجة أو المصلحة الشرعية
122	ثالثاً : أن يتم تلقيح بويضة الزوجة بمني زوجها
124	رابعاً : يُشترط ضرورة موافقة الزوجين على إجراء عملية التلقيح الاصطناعي
127	المطلب الثالث : أثر التلقيح الاصطناعي على الرابطة الأسرية وعلاقته بالنسب
129	الفرع الأول : أثر التلقيح الاصطناعي على العدة
131	الفرع الثاني : أثر التلقيح الاصطناعي على النسب
134	المبحث الثالث : الاستنساخ البشري وأثره على النسب
135	المطلب الأول : حقيقة الاستنساخ البشري من منظور علماء اللغة و الاصطلاح
135	الفرع الأول : تعريفُ الاستنساخ لُغَةً
137	الفرع الثاني : تعريفُ الاستنساخ اصطلاحاً
139	المطلب الثاني : عملية إجراء الاستنساخ البشري وأثرها على النسب
139	الفرع الأول : طريقة إجراء عملية الاستنساخ

143	الفرع الثاني : أثر الاستنساخ البشري على النسب
148	المبحث الثالث : الأجنة المجددة وئبوك المنى
148	المطلب الأول : الجنين المجد وأثره على النسب
149	الفرع الأول : أصول الأجنة المجددة
150	الفرع الثاني : تعريف الجنين المجد
151	أولاً: تعريف الجنين فى اللغة
152	ثانياً: تعريف الجنين فى الاصطلاح
152	ثالثاً: تعريف الجنين المجد ( frozen embryos )
153	رابعاً: أسباب اللجوء إلى تجميد الأجنة
156	خامساً: الحكم الشرعى فى تجميد الأجنة
159	المطلب الثاني: علاقة التأثير المباشرة للجنين المجد على النسب
160	الفرع الأول: حالة زرع الجنين المجد بعد وفاة الزوج أو الطلاق
161	الفرع الثاني: حالة وضع المنى المجد بعد وفاة الزوج أو الطلاق
163	خلاصة الباب الأول
	الباب الثانى
164	الأحكام الإجرائية والطرق العلمية لإثبات النسب فى التشريع الجزائرى
	الفصل الأول
167	إجراءات دعوى النسب فى التشريع الجزائرى
167	المبحث الأول: دعوى النسب.
168	المطلب الأول: شروط دعوى النسب.
168	الفرع الأول: الاختصاص <i>Compétence</i>
169	أولاً: الاختصاص المحلى.

171	ثانياً: الاختصاص النوعي .
173	الفرع الثاني: المصلحة و الصفة والأهلية.
174	أولاً: المصلحة.
175	ثانياً: الصفة.
177	ثالثاً: الأهلية.
178	الفرع الثالث : عقد الزواج الرسمي.
180	الفرع الرابع : إجراءات ترسيم عقد الزواج العرفي.
182	الفرع الخامس : رفع دعوى النسب.
182	أولاً: إجراءات تثبيت نسب الأبناء المنسيين(المغفولين من التسجيل في الحالة المدنية)
184	ثانياً: إجراءات تثبيت نسب الأبناء من الزواج العرفي.
185	المطلب الثاني: آثار الخلع واللعان على دعوى النسب
186	الفرع الأول: تعريف الخلع وأسبابه.
186	أولاً : تعريف الخلع.
186	1: تعريف الخلع في اللغة.
187	2: تعريف الخلع في الاصطلاح.
188	3: تعريف الخلع عند المشرع الجزائري.
189	ثانياً : أسباب الخلع.
191	ثالثاً: الخلع وحق الأولاد في النسب.
192	رابعاً: إجراءات دعوى الخلع وأثر ذلك على النسب.
194	الفرع الثاني: اللعان الوسيلة الشرعية لنفي النسب.
194	أولاً: تعريف اللعان لغةً وشرعاً ودليل مشروعيته.

194	1 : اللعان في اللغة.
194	2 : اللعان في الشرع.
195	3: دليل مشروعيته وسببه.
199	ثانياً: صفة اللعان و أثره في نفي النسب.
199	1: صفة اللعان.
200	2: أثر اللعان في نفي النسب.
203	3: إلحاق نسب الولد بأمه بعد اللعان شرعاً.
205	4: شروط اللعان.
208	ثالثاً: اللعان في القانون الجزائري.
208	1: اللعان في قانون الأسرة الجزائري.
209	2: اللعان حسب اجتهادات المحكمة العليا بالجزائر.
211	3: إجراءات الملاعنة أمام المحكمة.
213	4: حكم امتناع -النكول- عن اللعان من الناحية القانونية.
214	المطلب الثالث : نظام الجلسة و الحكم فيها.
214	الفرع الأول :نظام الجلسة.
215	أولاً : الصلح.
216	ثانياً :انعقاد الجلسة (الطلبات و الدفع).
218	الفرع الثاني: عوارض الجلسة.
219	أولاً: الدفاع في الموضوع .
219	ثانياً : الدفع الإجرائية.
220	ثالثاً: الدفع بعدم القبول.

221	المبحث الثاني: الضوابط العامة لتنفيذ الأحكام الأجنبية المتعلقة بالنسب الشرعي.
222	المطلب الأول: الضوابط العامة لقواعد التنازع المنظمة للنسب.
223	الفرع الأول: الاتجاهات المحددة للقانون الواجب التطبيق على النسب الشرعي.
223	أولاً: المتضمن تطبيق قانون الابن في إثبات نسبه .
224	ثانياً: تطبيق جنسية الأم حيال إثبات نسب ابنها .
224	ثالثاً: الأخذُ بجنسية الدولة التي يختارها الابن لإثبات نسبه.
225	رابعاً: تطبيق جنسية الابن و الأب معاً لتحديد النسب.
225	خامساً: وهو الاتجاه المؤيد للجنسية الأصلح للابن .
225	سادساً: القانون الذي يطبق على النسب باعتباره أثراً من آثار الزواج.
226	سابعاً: تطبيق قانون جنسية الأب لتحديد نسب الإبن .
227	الفرع الثاني: الآراء المحددة للقانون الواجب التطبيق على النسب غير الشرعي.
227	أولاً: المؤيدون لتطبيق جنسية الإبن لتحديد نسبه .
228	ثانياً: المؤيدون لمبدأ تطبيق الجنسية التي يختار الابن الانتساب إليها.
228	ثالثاً: الاتجاه الداعي لتطبيق الجنسية الأصلح للابن لتحديد نسبه .
229	الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري تجاه قواعد التنازع المنظمة للنسب.
230	أولاً: قواعد التنازع المنظمة للنسب في ظل الأمر 58/75.
231	ثانياً: قواعد التنازع المنظمة للنسب في ظل القانون 10/05.
232	المطلب الثاني: مبررات تنفيذ الأحكام الأجنبية
232	الفرع الأول: المبررات السيادية
233	الفرع الثاني: المبررات القانونية
234	الفرع الثالث: مجال تنفيذ الأحكام الأجنبية



236	الفصل الثاني مدى سلطة القاضي في إثبات النسب بالطرق العلمية
237	المبحث الأول: التحاليل الدموية: وسيلة علمية ظنية لإثبات النسب.
238	المطلب الأول : مفهوم التحاليل الدموية .
239	الفرع الأول :تعريف التحاليل الدموية.
239	أولاً:المقصود بالتحاليل الدموية.
239	1: الدم عند أهل اللغة.
239	2: الدم عند أهل الطب.
240	3: تعريفُ التحاليل الدموية.
241	ثانياً:مكونات الدم.
241	1 :البلازما .
242	2 : كرات الدم الحمراء.
243	3: كرات الدم البيضاء.
243	4 : الصفائح الدموية .
244	الفرع الثاني :أنواع فصائل الدم.
244	أولاً : فصيلة دم (أ) .
244	ثانياً : فصيلة دم (ب).
244	ثالثاً: فصيلة دم (أب).
245	رابعاً: فصيلة دم (صفر).
249	المطلب الثاني: دور التحاليل الدموية في إثبات ونفي النسب.
249	الفرع الأول : حجية التحاليل الدموية.
250	أولاً:التحاليل الدموية في القانون الجزائري و المقارن.
250	1 - التحاليل الدموية في القانون الجزائري.

252	2- التحاليل الدموية في القانون والقضاء المغربي .
252	أ : استخدام التحاليل الدموية لنفي النسب فقط .
253	ب: استخدام التحاليل الدموية للإثبات النسب فقط .
254	ج: موقف القضاء المغربي بُحاه التحاليل الدموية .
256	3- أثر الدم على إثبات النسب أو نفيه في القانون والقضاء المصري .
257	ثانياً: نظرة الشريعة الإسلامية للتحاليل الدموية .
260	الفرع الثاني :عراويل تطبيق طريقة تحليل الدم .
263	المبحث الثاني :البصمة الوراثية: وسيلة علمية قطعية لإثبات النسب .
264	المطلب الأول :البصمة الوراثية وضوابط العمل بها .
264	الفرع الأول :مفهوم البصمة الوراثية .
268	أولاً :تعريف البصمة الوراثية .
268	1: البصم عند اللغويين .
268	2: التعريف العلمي للوراثة .
270	3 : البصمة الوراثية عند العلميين .
273	ثانياً: خصائص البصمة الوراثية .
275	ثالثاً: مجال الاستفادة من البصمة الوراثية .
276	رابعاً: تحديد الأبوة الطبيعية بواسطة البصمة الوراثية .
279	خامساً: حالات استخدام البصمة الوراثية في مجال النسب .
283	أ : حالات تعارض حكم القيافة .
283	ب : التأكد من شخصية مدعي الانتساب إلى شخص آخر لا يقره ولا ينكره .
284	ج : حالة الولادة من فراشين .
284	د : حالة اختلاط الأطفال المولودين حديثاً .
285	هـ : حالة إدعاء امرأتين أو أكثر نسب مجهول .

286	و : حالة إدعاء رجلين فأكثر نسب شخص و عجز القافة.
286	الفرع الثاني :ضوابط العمل بالبصمة الوراثية.
288	أولاً: مسائل لا يجوز إثبات النسب فيها بالبصمة الوراثية.
289	ثانيا :الضوابط الشرعية للعمل بالبصمة الوراثية.
290	ثالثاً :ضوابط العمل بالبصمة الوراثية من الناحية العلمية.
292	رابعاً : الطريقة العلمية لإجراء تقنية البصمة الوراثية.
295	المطلب الثاني :أهمية البصمة الوراثية في إثبات النسب.
295	الفرع الأول :أثر البصمة الوراثية في إثبات النسب.
296	أولاً:البصمة الوراثية في التشريع الجزائري و المقارنة.
296	1:البصمة الوراثية في التشريع الجزائري.
297	أ: حرمة الحياة الخاصة.
298	ب: عدم إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه.
299	ج: احترام مبدأ قرينة البراءة.
300	2: قوة البصمة الوراثية في نفي أو إثبات النسب لدى المشرع المغربي.
302	ثانياً:حجية البصمة الوراثية في بعض الاجتهادات القضائية.
303	1 :البصمة الوراثية في القضاء المصري.
303	2 :البصمة الوراثية في القضاء الجزائري.
306	الفرع الثاني:الإطار التنظيمي للبصمة الوراثية.
307	أولاً :الطبيعة القانونية للبصمة الوراثية في قانون الأسرة الجزائري.
310	ثانياً : حجية البصمة الوراثية في الشريعة الإسلامية.
312	ثالثاً : مشروعية ثبوت النسب بالقيافة.
312	الفرع الثالث :تعريف القيافة.
312	أولاً: تعريف القيافة في اللغة.

313	ثانياً تعريف القيافة شرعاً.
313	ثالثاً : شروط القائف.
314	1: اشتراط الإسلام.
314	2: اشتراط الحرية.
315	3: اشتراط كون القائف من بني مدلج.
315	4: اشتراط العدد.
316	5: اشتراط المعرفة والإصابة بالتجربة.
316	الفرع الرابع: مجال العمل بالقيافة وحالات العمل به.
316	أولاً : مجال العمل بالقيافة.
317	ثانيا : حالات العمل بالقيافة.
319	الفرع الخامس : موقف الشريعة الإسلامية حيال تحديد النسب بالقائف.
325	الفرع السادس : الضوابط الشرعية للعمل بالبصمة الوراثية .
328	المطلب الثالث إشكالات استعمال تقنية البصمة الوراثية .
328	الفرع الأول :الإشكالات القانونية.
329	أولاً: الحماية الدستورية لحرمة الحياة الخاصة .
330	ثانياً : انتهاك السلامة الجسدية.
330	ثالثاً : احترام مبدأ قرينة البراءة.
331	رابعاً: عدم إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه.
332	الفرع الثاني :المشكلتان الماديتان لإجراء تحليل البصمة الوراثية.
332	اولاً: وجود مخبر علمي واحد و وحيد.
333	ثانياً: مسألة مصاريف الخبرة .
334	خلاصة الباب الثاني .
335	الخاتمة

347	الملاحق
370	قائمة المراجع
401	الفهرسة

## ملخص للأطروحة باللغات الثلاث مع الكلمات المفتاحية

### 01-باللغة العربية:

موضوعياً فإنه من الضروري التنويه بالمجهودات الجبارة للفقهاء القانونيين و الشرعيين، و التي بذلوها لضمان حماية شرعية دقيقة و صرامة حيال الحد من اختلاط الأنساب، كما لا ننسى الدور الايجابي و الجدير بالذكر في هذا المقام، أن الشريعة الإسلامية تكفل حمايتها للنسب الطبيعي عدا الاصطناعي، و عموماً ليس أمامنا بُدٌ من القول بأن الشريعة الإسلامية كانت سبابة إلى وضع إطار صحيح وميثاق غليظ لحماية النسب وبالتالي حماية الأسرة والمجتمع، كما يجب التنويه بالمجهودات الجبارة للمشرع الجزائري حيال ضبطه لإجراءات الأحوال الشخصية عموماً، منها دعوى إثبات النسب على وجه الخصوص ضمن المستويين الداخلي والخارجي، وكذا الجهود التي بذلها علماء الطب لما لها من الدقة والصرامة حيال الحد من اختلاط الأنساب لكن كل هذا الاجتهاد يجب ألا يخالف نص شرعي صريح أو فتوى فقهية.

الكلمات المفتاحية: النسب، البصمة الوراثية، التلقيح الاصطناعي، الجنين المجدد، الفراش، الاستنساخ البشري.

### 02-باللغة الفرنسية:

Objectivement, il est nécessaire de noter les efforts exercé par les juristes et les religieux, à fin d'assurer la protection adéquate quant à l'ampleur du mélange de lignées, et ne pas oublier le rôle positif, que la loi islamique assure pour protéger le lignage naturel et non artificielle, Il est admit que la loi islamique a été le précurseur à la constitution d'une trame épaisse pour protéger les lignage et donc protéger la famille et la société, nous devrions également noter les efforts énormes exercés par le législateur algérien sur les procédures prévues pour le statut personnel en général, y compris les plaintes concernant l'affirmation de la lignée à la fois internes et externes, ainsi que les efforts éprouvé par les chercheurs du champ médicale en raison de sa précision et rigueur à fin de réduire l'ampleur du mélange de lignées, mais tout cela ne doit pas être contradictoire vis à vis des fatwas et des texte sacrés .

**Mots-clés:** lignage, l'ADN, l'insémination artificielle, la congélation des embryons, la literie, le clonage humain.

### 03-باللغة الإنكليزية:

Objectively, it is necessary to note efforts exerted tremendous Jurists and immigrants, and they have made to ensure the protection of the legitimacy of rigorous about the extent of mixing of lineages, and do not forget the positive role and worth mentioning in this regard, that Islamic law ensures protection for the proportions of natural except artificial, and generally We have no need to say that Islamic law was the forerunner to the frame properly and Charter thick to protect ratios and thus protect the family and society, we should also note efforts exerted tremendous legislator Algerian about the set procedures for personal status generally, including the suit paternity in particular within both internal and external, as well as efforts Bdelha medical scientists because of its precision and rigor towards reducing the mixing of lineages But all this diligence must not be contrary to the text of a fatwa, or outright illegal doctrinal.

**Keywords:** lineage, DNA, artificial insemination, embryo freezing, bedding, human cloning.