جامعة أبو بكر بلقايد -تلمسان -
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص

التطورات الطبية وأثرها على فك الرابطة الزوجية في ضوء الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الطبي

من إعداد الطالب :
غزالي صامت

تحت إشراف:
أ.د. حميدو زكية

لجنة المناقشة :

– أ.د. تشوار جيلالي	أستاذ	جامعة تلمسان	رئيســـــــا
– أ.د. حميدو زكية	أستاذة	جامعة تلمسان	مشرفة ومقررة
– د. بن صغير مراد	أستاذ محاضر –أ–	جامعة تلمسان	منـاقشـــــا
– د. بسعيد مراد	أستاذ محاضر –أ–	جامعة تلمسان	منـاقشـــــا

السنة الجامعية: 2015 / 2016

بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

« يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ ٱتَّقُواْ رَبَّكُمُ ٱلَّذِي خَلَقَكُم مِّن نَّفۡسٖ وَٰحِدَةٖ وَخَلَقَ مِنۡهَا زَوۡجَهَا وَبَثَّ مِنۡهُمَا رِجَالٗا كَثِيرٗا وَنِسَآءٗۚ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ ٱلَّذِي تَسَآءَلُونَ بِهِۦ وَٱلۡأَرۡحَامَۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلَيۡكُمۡ رَقِيبٗا »

سورة النساء، الآية 01.

الإهـــــــــــــــــداء

إلى من أوصانا الله عز وجل ورسوله صلى الله عليه وسلم بطاعتهما وكسب رضاهما،

إلى روح والدي سائلا المولى عز وجل أن يرحمه ويغفر له،

إلى والدتي حفظها الله وأعانها على ما يحبه ويرضاه.

إلى من أمرنا الله عز وجل ورسوله صلى الله عليه وسلم بحسن معاشرتهن،

إلى رفيقتي دربي وأم أبنائي، إلى زوجتي التي وقفت إلى جانبي.

إلى من أمرنا الله عز وجل ورسوله صلى الله عليه وسلم بحسن تربيتهم،

إلى قطف جناني ابنتي حفصة وسرين.

إلى من أمرنا الله عز وجل ورسوله صلى الله عليه وسلم بصلتهم،

إلى جميع أهلي.

أهدي هذا العمل المتواضع راجيا القبول من ربنا السميع العليم.

شكـــــــــر وعرفـــــــــان

فالشكر والحمد لله عدد خلقه ورضا نفسه وزنة عرشه ومداد كلماته على ما يسر لنا وهدانا لطلب العلم.

ثم فالشكر للأستاذة المشرفة وعرفانا مني بالجميل على ما بذلته معي من جهد لأجل إعداد هذه المذكرة بتوجيهاتها القيمة.

كما أتوجه بجزيل الشكر إلى الأساتذة أعضاء لجنة المناقشة الذين قبلوا مناقشة هذه المذكرة.

دون أن أنسى شكر كل من أعانني طيلة فترة إنجاز هذا البحث من قريب أو من بعيد ولو بالكلمة الطيبة.

قائمة أهم المختصرات

–باللغة العربية:

تح	تحقيق
تق	تقديم
ج	جزء
ج.ر	جريدة رسمية
ح.ر	حديث رقم
د.د.ن	دون دار نشر
د.س.ن	دون سنة نشر
د.م.ج	ديوان المطبوعات الجامعية
ص	صفحة
ط	طبعة
ط.خ	طبعة خاصة
ع	عدد
غ.أ.ش	غرفة الأحوال الشخصية
ق.أ.ج	قانون الأسرة الجزائري
ق.ع.ج	قانون العقوبات الجزائري
ق.م.ج	قانون المدني الجزائري
م.إ.د.ق.إ	مجلة الإجتهاد للدراسات القانونية والإقتصادية
م.ع.ق.إ.س	مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية
م.ق	المجلة القضائية
م.م.ع	مجلة المحكمة العليا
مج	مجلد

–باللغة الفرنسية:

Op.cit. : option citée

P : page

مقدمـــــة:

إن الشريعة الإسلامية بأحكامها قد أحاطت عقد الزواج بجملة من الأوامر والنواهي اللازمة لنجاحه واستمراره وبلوغ أهدافه وألزمت كلا الزوجين بتأدية واجباته التي هي حقوق زوجه الآخر ومنعتهما من الإتيان بكل شيء من شأنه أن يسيء إلى العشرة أو يفضي إلى قطع العلاقة بينهما، إلا أنها وفي المقابل قد راعت ما يطرأ على الحياة الزوجية من الأمور التي يتنافى وجودها واستمرار تلك العلاقة دون إلحاق الضرر بأحدهما، فقد منحت للقاضي سلطة فك الرابطة الزوجية عند طلب الزوج المتضرر وتحقق السبب الموجب لذلك[1].

و وجود عقد الزواج يقتضي تحقيق مقاصده وبما أن الزوج قد رخص له الشرع في إنهائه لأسباب يراها كافية تكون خاضعة لتقديره، فيتحمل بعدها تبعات قراره وفراقه لزوجته. غير أن هناك حالات قد ترى الزوجة وجود السبب المقنع لحل عروة النكاح، لكن الزوج قد لا يوافقها في ذلك ولا يستجيب لطلبها في إيقاع الفرقة سواء بالطلاق أو بالخلع.

لكن المتأمل في النصوص الشرعية الفقهية يجدها جازمة بأن ليس للزوجة أو وليها حق في اتخاذ قرار فك الرابطة الزوجية بصفة منفردة ولا أن تتم بناء على رغبتهما أو بعبارتهما، إلا أنه بالإمكان أن ينتقل ذلك الحق إليهما من الزوج وبوسيلتين إحداهما حالة تفويض وتمليك الطلاق من الزوج إلى الزوجة أو الولي على لسانهما ولكن يعود على الزوج[2]، وثانيهما باللجوء إلى القاضي لإيقاع الفرقة بناء على أسباب وأدلة موجبة للتفريق.

[1]-عدنان علي النجار، التفريق القضائي بين الزوجين-دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، رسالة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القضاء الشرعي، جامعة غزة، كلية الشريعة، 2004، ص.د.

[2]-السيد سابق، فقه السنة، ج02، ط.خ، الفتح للإعلام العربي، دار مصر للطباعة، القاهرة، د.س.ن، ص.182 وما بعدها.

والتفريق القضائي إما أن يكون بنيابة حكمية عن الزوج يستعملها القاضي بإنشاء الطلاق على الزوجة بنيابة جبرية عن الزوج والمآل وقوع الطلاق وتدعى حالة التطليق على الزوج، وإما إعطاء القاضي الحق في فسخ العقد باعتباره صاحب ولاية عامة بالإستناد على الأدلة والأسباب المعروضة عليه، وقد يكون الفسخ بحكم الشرع عند وجود السبب وذلك من أقوى أنواع الفسخ[3].

إن من فوائد الزواج المحافظة على بقاء النسل الإنساني مصداقا لقول الله عزل وجل « وَٱللَّهُ جَعَلَ لَكُم مِّنۡ أَنفُسِكُمۡ أَزۡوَٰجٗا وَجَعَلَ لَكُم مِّنۡ أَزۡوَٰجِكُم بَنِينَ وَحَفَدَةٗ وَرَزَقَكُم مِّنَ ٱلطَّيِّبَٰتِۚ أَفَبِٱلۡبَٰطِلِ يُؤۡمِنُونَ وَبِنِعۡمَتِ ٱللَّهِ هُمۡ يَكۡفُرُونَ » [4]، أضف إلى أن الزواج يحمي المجتمع من الانحلال الخلقي، فلا يخفى على كل ذي لب أن غريزة الميل إلى الجنس الآخر لا تُشبع إلا بالطريق المشروع والإتصال الجنسي الحلال وبذلك يقي المجتمع من الأمراض الفتاكة والمعدية التي تنهك الأجساد وتعصف بالنسل.

ولعل بالزواج تتأجج عاطفة الأبوة والأمومة في نفس الأبوين وتفيض من قلبيهما الأحاسيس والمشاعر النبيلة[5]، مع أن الذرية الطيبة هي مطلب الوالدين وقرة أعينهم في الدنيا وتكون لهم ذخرا في الآخرة وهو ما حرص عليه الأنبياء عليهم السلام بدعاء الله عز وجل لتحقيق ذلك[6].

هذا وإن عدم القدرة على الإنجاب بالإتصال الجنسي الطبيعي بين الزوجين لم يعد حائلا أمام تحقيق مبتغى الأولاد، حيث تمكن الأطباء بفضل التطورات الطبية الحاصلة من إمكانية حمل الزوجة بأسلوب غير طبيعي عن طريق تقنية التلقيح الإصطناعي [7]، إلا أن تلك الوسيلة قد اتسعت رقعتها قدر اتساع الرغبة الإنسانية، فمن حب الحصول على الذرية والنسل إلى حدود الرغبة في تحسين النسل واختيار جنس الجنين بل

---

[3]–أشرف يحي رشيد العمري، نظرية التفريق القضائي بين الزوجين، أطروحة دكتوراه في الفقه وأصوله، الجامعة الأردنية، كلية الدراسات العليا،2005،ص.21-22.

[4]– سورة النحل، الآية 72.

[5]–عبد الله ناصح علوان، تربية الأولاد في الإسلام، ج01، ط21، دار السلام، القاهرة، 1992، ص.37.

[6]–دعى النبي إبراهيم عليه السلام ربه فقال" رَبِّ هَبۡ لِي مِنَ ٱلصَّٰلِحِينَ "،سورة الصافات، الآية 100، وكذا النبي زكريا عليه السلام لما قال: "وَزَكَرِيَّآ إِذۡ نَادَىٰ رَبَّهُۥ رَبِّ لَا تَذَرۡنِي فَرۡدٗا وَأَنتَ خَيۡرُ ٱلۡوَٰرِثِينَ "، سورة الأنبياء، الآية 89.

[7]–هناك جانب من الفقه من يطلق عليه تسمية التلقيح الصناعي وجانب آخر يسميه بالتلقيح الإصطناعي وكلا المصطلحين يصب في نفس المعنى أي غير الطبيعي وسيتم استعمال المصطلح الثاني في هذا البحث.

أكثر من ذلك إيجاد نوع بشري متماثل. الأمر الذي استدعى من الفقه والتشريع على حد سواء وضع نظام شرعي وقانوني يحكم اللجوء إلى استعماله؛ إذ ليس كل ما تمكن منه الطب الحديث وتوصل إليه جائز من الوجهة الشرعية والقانونية.

إن أهمية تنظيم هذه الوسيلة ورسم حدودها قد برزت بالنظر إلى النتائج والآثار المترتبة عليها، كونها تمس بالنسل والنسب وحتى الكيان البشري. غير أن أهم وأول ما يتأثر بوجود تقنية التلقيح الإصطناعي هو العلاقة الزوجية الشرعية من حيث الإستمرار والإنحلال، خصوصا إذا علمنا أن اللجوء إلى تلك الوسيلة متوقف على مدى تقبل طرفا تلك العلاقة لهذه التقنية، فبقبولهما تتحقق أمنية الأولاد وبالرفض قد تتفكك الرابطة الزوجية. ويعد رضا الزوجين في نظر الفقه الإسلامي والقانون الجزائري شرط أساسي، إلى جانب العلاقة الزوجية الشرعية وأن يكون التلقيح بماء كلا الزوجين وأثناء حياتهما ودون الإستعانة برحم امرأة أخرى وهو ما أقرته المادة 45 مكرر من قانون الأسرة المعدل[8].

والمعلوم أن التطور الطبي قد ظهرت نتائجه بالنسبة لمسألة الإنجاب بالتحديد بصفة تبدو في الظاهر متناقضة، حيث أنه من زاوية قد وفر للأزواج المحرومين من الأولاد والراغبين في الإنجاب بسبب موانع مرضية أو خَلْقية وسيلة تمكنهم من ذلك. ومن زاوية أخرى فقد أوجد وسائل طبية عديدة لمنع الإنجاب وإن كان بعض تلك الوسائل لازالت محل بحث ودراسات شرعية وقانونية[9].

ولعل سعي الزوجين إلى تنظيم النسل بصفة عامة يكون بمرحلتين، فالأولى تتمثل في العمل بأساليب وقائية مانعة لحدوث الحمل سواء كان المستعمل الزوج أو الزوجة وأما الثانية فتمكن في طرق جراحية علاجية تصل في بعض الأحيان إلى إسقاط الحمل وقطعه عند ظهور دلائله في الأيام الأولى أو في فترة أخرى بعد ذلك[10].

---

[8]–قانون رقم 84–11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05–02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج.ر، ع15، ص.21.

[9]–محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية–دراسة مقارنة، جامعة الكويت، 1992–1993، ص.11.

[10]–محمد سعيد رمضان البوطي، مسألة تحديد النسل وقاية وعلاجا، مكتبة الفرابي، دمشق، د.س.ن، ص.09.

والشريعة الإسلامية قد بنت أحكامها في هذه المسألة بالنظر إلى حقوق ثلاثة هي حق الجنين وحق الوالدين وحق المجتمع وهذا على خلاف القوانين المختلفة في العالم؛ كون أن هذه الأخيرة تنظر بصدد الحكم على إيقاف النسل بالوسائل الوقائية عموما أو العلاجية خصوصا إلى حق واحد هو حق الجنين دون أن تأخذ بعين الإعتبار حق الوالدين أو المجتمع والنظر إلى علاقة هذه الحقوق ببعضها[11].

غير أن المشرع الجزائري في مسايرة منه للتعديلات التي مست المجتمع الجزائري وبالأخص ظهور الأسرة النووية[12] والتي من سماتها التوجه نحو حجم أسري مختصر، حيث وأنه في سنة 1967 بعد دراسات عديدة واستشارة المجلس الأعلى الإسلامي تم اعتماد البرنامج الوطني لتنظيم الأسرة مع فتح أول مركز تباعد الولادات بالمستشفى الجامعي بالجزائر تلاها بعد ذلك فتح مراكز أخرى بولايتي وهران وقسنطينة إلا أنها توقفت عن العمل بعد مرور سنتين فقط[13].

وبالنظر إلى أن تنظيم الإنجاب من المسائل الخاضعة لتقدير الزوجين دون غيرهما، فإن المشرع الجزائري بموجب المادة 36 في فقرتها الرابعة المعدلة من قانون الأسرة قد اعتبر أن من الحقوق الثابتة المتبادلة بين الزوجين التشاور في اتخاذ القرارات المتعلقة بتسيير شؤون الأسرة والأبناء وتنظيم النسل. وهذا انقيادا للأساس الذي بني عليه قانون الأسرة من حيث المساواة بين الزوجين، فهما يعملان على رعاية الأسرة وتنظيم الولادات لما في ذلك من مصلحة للأسرة بصفة خاصة وللمجتمع بصفة عامة[14].

---

[11]– محمد سعيد رمضان البوطي، المرجع السابق، ص.08.

[12]–الأسرة النووية أو البسيطة : تتألف من الزوجين وأولادهما غير المتزوجين يقطنون في مسكن واحد وهي النمط الغالب في المجتمع المعاصر، ومن أهم مميزاتها أنها تنظم حياتها ومعيشتها بصورة شعورية واختيارية تعتمد على رغبات الزوجين واتجاههما؛ سهام جبايلي، الوسط الحضري وتأثيره على التربية الأسرية–الأسرة الجزائرية نموذجا، مجلة العلوم الإنسانية والإجتماعية، جامعة ورقلة، 2014، ع16، ص.15.

[13]–زينب سعدودي، موقف الزوجين من استعمال وسائل تنظيم النسل–دراسة ميدانية ببلدية أولاد يعيش ولاية البليدة، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية العلوم الإنسانية والإجتماعية،2007–2008، ص.128.

[14]–بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2013، ص.525–526.

كما أن المشرع الجزائري قد عالج موضوع القطع الإرادي للحمل في قانون العقوبات في الفصل الثاني بعنوان"الجنايات والجنح ضد الأسرة والآداب العامة، في القسم الأول منه تحت عنوان "الإجهاض"، بالمواد من 304 إلى 313[15]. وبهذا يكون قد قطع السبيل أمام من يرغب في التخلص من حمل غير مرغوب فيه، باستثناء عمليات الإجهاض العلاجي الذي يتم بتوافر الضوابط القانونية الواردة في نص المادة 72 من قانون حماية الصحة وترقيتها[16].

إن الإنجاب كما ذكرنا هو طموح كل زوج، إلا أن الرغبة فيه قد تزول عند بعض الأزواج بالطفل الواحد أو الإثنين أو عدد معين ولكن قد لا تنتهي لدى البعض الآخر ما دام أنه قادر على تحقيقه وهذا الإختلاف يمكن أن نلمسه حتى في الأسرة الواحدة، فالزوجان قد يتفقان على مبدأ تنظيم نسليهما، فنجد الزوجة تجنبا لتدهور صحتها من الولادات المتكررة تحاول خلق فترات متباعدة بين الحمل والآخر. والزوج بدافع معيشي أو بحجة الحفاظ على مصلحة الأبناء وصحتهم وحسن تربيتهم، قد يرفض الإستمرار في الإنجاب ويرغب في تنظيم نسله. غير أن الأمر قد يكون مغايرا في بعض الأسر الأخرى؛ إذ يكون هناك الرفض المطلق لفكرة تنظيم الإنجاب عند أحد الزوجين وغالبا ما يرجح في جانب الزوج فيحدث التنازع والشقاق أو يكون هناك قبول مبدئي لمسألة تنظيم النسل مع عدم التفاهم حول الوسيلة المتبعة لذلك في ظل تنوع وتعدد ما أفرزه التطور الطبي من وسائل اختلفت نتائجها الإيجابية والسلبية.

ولقد توالت الإكتشافات العلمية في مجال الإنجاب بشكل متسارع، فبعدما استطاع أهل الطب من معالجة أغلب حالات عدم القدرة على النسل، ظهر إلى جانب ذلك تقنية أخرى مكنت المجتمعات من إحداث التفرقة بين الأشخاص والإستعانة بها في مجالات عدة كان أبرزها مسألة النسب، فبات بالإمكان من الناحية العلمية تأكيد نسب الطفل لوالديه أو نفيه عنهما.

[15]-الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.

[16]-القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16 فبراير 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج.ر.08، بتاريخ 1985/02/17 المعدل والمتمم.

ويعد النسب من القواعد الكلية في الشريعة الإسلامية وهو من أهم أسباب بقاء المجتمعات، ويترتب عليه جملة من الحقوق كالحضانة والنفقة والتربية، كما أنه ينمي حاجة فطرية في الإنسان، إذ كل إنسان يرغب في بقاء اسمه ولا يزول أثره وهو ما يتحقق بنسب الطفل إليه [17]. الأمر الذي حرصت عليه الشريعة الإسلامية، فلم تدع موضوع النسب للطباع الشخصية من حيث الإثبات والنفي، بل أوجدت وسائل لإثباته وطريقا لنفيه. غير أن تلك الوسائل والطرق قد صادفتها وسائل علمية أفرزتها التطورات البيولوجية أمكن الإستعانة بها وبالأخص عند تنازع الزوجين، فحتم على الفقه الإسلامي إنزالها المنزلة المناسبة بالمقارنة مع الوسائل الشرعية الثابتة بنصوص قطعية.

والتشريع الجزائري بقانون الأسرة المعروف باستلهام أغلب نصوصه من روح الشريعة الإسلامية قد اهتم بمسألة النسب في الفصل الخامس من الباب الأول في الكتاب الأول بموجب المواد من 40 إلى 46. غير أنه قد استجاب للتطورات والإكتشافات العلمية والبيولوجية الحاصلة من خلال إقرار إمكانية اللجوء إلى الطرق العلمية بمقتضى المادة 40[18] من ذات القانون عند إثبات النسب دون حصر منه لتلك الوسائل ومكانتها ضمن الوسائل المعهودة مسبقا، وبذلك ترك المجال لسلطة القاضي التقديرية في ترجيح الدليل العلمي على الطرق الشرعية في هذا الجانب.

إن الأثر المترتب على الأخذ بنتائج الطرق العلمية المتمثلة في البصمة الوراثية والعلوم الدموية في مجال إثبات النسب أو نفيه يتعدى إلى مصير العلاقة الزوجية، فبسببها تنفك هذه الرابطة حالة أن جاءت نتائجها خلاف ما كان معهودا أي بعدم صحة نسب الطفل لوالديه، أو حتى بمجرد لجوء أحد الزوجين إلى التحقق من نسب طفليهما ولو جاءت النتائج مطابقة لما كان معهودا، إذ يعد ذلك التصرف غير مقبول لدى الزوج الآخر فيدفعه إلى المطالبة بالإنفصال عن زوجه.

[17]–محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط03، دار الفكر، عمان ، 2010، ص.349.

[18]–تنص المادة 40 ق.أ.ج على أنه:« يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33و 34 من هذا القانون

يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب » .

والتطور الطبي لم يقتصر دوره في مجال الإنجاب فحسب، بل امتد حتى إلى المساس بجسد الإنسان من خلال تغيير ملامحه الفيزيولوجية والتشريحية، وكذلك الكشف عن كل ما هو باطن ومستور، فظهرت عمليات جراحية نتج عنها تحويل الذكر إلى أنثى أو العكس، انتشرت من المجتمعات الغربية لتصل إلى الدول المسلمة مست فئتي المراهقين والمتزوجين على حد سواء.

وبحسب وزارات الصحة في الدول العربية وبالأخص تلك التي تسمح بإجراء مثل هذه العمليات كالمملكة العربية السعودية ومصر، أن هناك إقبالا متزايدا على إجرائها وذلك راجع إلى سببين أحدهما يكمن في وجود الحالات المرضية الناتجة عن مرض إضطراب الهوية الجنسية [19]؛ وثانيهما، قبول المجتمع لهذه العمليات كونه علاج لمرض خلقي[20].

والثابت أن هذه العمليات تصنف ضمن خانة الأفعال المحرمة شرعا لما فيها من تعد على النفس وهو الأصل الثاني للمصالح الضرورية في الشريعة الإسلامية [21]. كما أنها تتعارض مع القوانين المعمول بها وإن كان المشرع الجزائري لم ينص على ذلك صراحة ولكن يمكن فهم ذلك من مجموع النصوص القانونية، فجاء في المادة 34 من مدونة أخلاقيات الطب على أنه يمنع على الطبيب بتر أحد أعضاء جسم الإنسان ما لم يكن هناك سبب طبي بالغ الخطورة[22].

[19]–إضطراب الهوية الجنسية عبارة عن خلل ينشأ عن إحساس شاذ وشعور غير سليم بالإنتماء للجنس الآخر ولا يقتصر على جنس دون آخر، حيث يشعر المصاب بعدم التوافق بين هويته الجنسية التشريحية وبين توجهه الجنسي، فهو دائم الشعور بأنه من الجنس المعاكس ويدفعه ذلك لتحويل هويته الجنسية التشريحية، هيفاء بنت منصور مزعل العنزي، دور الأسرة في الوقاية من إضطراب الهوية الجنسية لدى الفتاة في ضوء التربية الإسلامية– دراسة ميدانية على طالبات جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، بحث مقدم استكمالا لمتطلبات الماجستير في التربية الإسلامية، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، كلية العلوم الإجتماعية، تاريخ المناقشة 2014/11/25، ص15.

[20]–سماح بن عبادة، التحول الجنسي في الدول العربية قضية مسكوت عنها– الضغوط النفسية والإجتماعية تدفع الفتيات العربيات للتخلص من أنوثتهن، جريدة العرب، لندن، ع10056، بتاريخ 2015/10/04، ص.20.

[21]–شرعت أحكام الدية والقصاص والدماء والجروح لحفظ النفس وهو مقصد يأتي في المرتبة الثانية بعد مقصد حفظ الدين؛ حمادي العبيدي، الشاطبي ومقاصد الشريعة، ط01، دار قتيبة، بيروت، 1416هـ-1996، ص.121.

[22]–تنص المادة 34 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائري على أنه:« لا يجوز إجراء عملية بتر أو استئصال لعضو دون سبب طبي بالغ الخطورة وما لم تكن ثمة حالة إستعجالية أو استحالة، إلا بعد إبلاغ المعني أو وصيه الشرعي وموافقته » ؛المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 06 يوليو 1992 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج.ر، ع52، ص.15.

ولما كان لهذا النوع من الجراحات الأثر البالغ على العلاقة الزوجية حالة إقدام أحد طرفيها على إجرائها، كونها تؤدي إلى إخلال في المراكز القانونية وخلط في المسؤوليات ومساس بالحقوق الزوجية، بل قبل كل شيء أنها تعدم الركن البيولوجي للزواج [23] القائم بين شخصين مختلفين في الجنس وهو مسألة جوهرية أقرتها أحكام الشريعة الإسلامية وغالبية المجتمعات، لذلك يكون من الواجب دراسة أثر تلك العمليات على الرابطة الزوجية وكيفية انحلالها في ظل نصوص الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

إن بقاء عقد الزواج كما نعلم مرتبط في أغلب الأحوال بمدى سلامة الزوجين من الأسباب التي تتعارض مع تحقيق أهدافه ويعد المرض المزمن المعدي أحد صورها، إذ بوجوده يحصل الضرر للزوج السليم ويتعداه إلى ذريته. ومادام أن الأسرة هي أساس بناء المجتمعات ومنبع النسل، فإن الشريعة الإسلامية قد أرشدت بصفة عامة إلى الإحتراز من ذلك في الحديث الذي رواه أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال :" لا يُورَدن مُمرض على مُصح " [24]. أما في نطاق العلاقة الزوجية، فقد أقرت بثبوت حق فسخ النكاح بالمرض المعدي بدليل الحديث الذي رواه الشعبي عن علي رضي الله عنه أنه قال:"أيما رجل نكح امرأة وبها برص أو جنون أو جذام أو قرن فزوجها بالخيار ما لم يمسها، إن شاء أمسك وإن شاء طلق وإن مسها فلها المهر بما استحل من فرجها". [25]

وإن كان فقهاء الشريعة الإسلامية القدامى قد أعطوا للزوج السليم حق فسخ النكاح حين وجود المرض المزمن المعدي في الزوج الآخر كالجذام [26] والبرص [27]، فإنه في الوقت الحالي قد ظهرت أمراض أخطر وأخبث تمكن الطب الحديث من الوقوف على مسبباتها كمرض الإيدز المسمى بطاعون العصر ومرض الإلتهاب

---

[23]-تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الإكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ط 01، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001،ص.04.

[24]-أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، ط 01، دار إبن كثير،دمشق، بيروت ، 2006،كتاب الطب ،ح.ر5771، ص.1461؛ عبد الله محمد ابن مفلح المقدسي،الآداب الشرعية، ط 03، تح.شعيب الأرنؤوط وعمر القيام،مؤسسة الرسالة،بيروت، 1419هـ-1999م،ج03، ص.360.

[25]-أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبير، ج 14، ط01، تح. مركز هجر للبحوث والدراسات العربية والإسلامية، دار هجر، الجيزة،2011، ح.ر 14347، ص.422-423.

[26]-الجذام: هي علة تحدث من انتشار السوداء في البدن كله، فيفسد مزاج الأعضاء وهيئاتها، وربما تهافتت الأعضاء وسقطت من جرائه وهو من الأمراض المعدية؛ أحمد ابن إسحاق الإصفهاني، موسوعة الطب النبوي،مج 01، ط01، تح.مصطفى خضر دونمز، دار ابن حزم، بيروت، 2006، ص.352؛ مجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد بن الجزري ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث والأثر،ط01، تق. علي بن حسن بن علي بن عبد الحميد الحلبي الأثري، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، 1421هـ، ص143-144.

[27]-البرص: داء معروف وهو بياض يقع في ظاهر الجلد، يبقع الجلد ويذهب دمويته؛ الموسوعة الفقهية،ج 08، ط02، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية لدولة الكويت، 1988، ص.76.

الكبدي الوبائي، خاصة بعد ثبوت انتقالها أساسا بالإتصال الجنسي وعدم توصل الأطباء إلى علاج لها وهو ما دفع بالفقه الإسلامي المعاصر إلى محاولة إسقاط نفس الحكم عليها بتمكين الزوج السليم من فك الرابطة الزوجية تجنبا للأذية.

والمشرع الجزائري في هذا المقام قد ألزم الراغبين في الزواج بالفحص الطبي كإجراء شكلي لانعقاد الزواج بمقتضى المادة 07 مكرر من ق.أ.ج في فقرتها الأولى، وبذلك يكون قد وفر حماية مسبقة للرابطة الزوجية بالكشف عن الأمراض الوراثية أو أي مرض معدي محتمل تواجده بأحد الطرفين من شأنه إلحاق الضرر بالطرف السليم وكذلك حماية للنسل والمجتمع بصفة عامة. غير أنه لم يتطرق إلى مصير العلاقة الزوجية حالة إصابة أحد الزوجين أثناء الحياة الزوجية بأي مرض مزمن معدي وعما إذا كان بالإمكان العمل بأحكام الفقرة الثانية من المادة 53 من نفس القانون باعتبارها من العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.

وإذا كان فك الرابطة الزوجية بالمرض المزمن المعدي–مرض الإيدز والإلتهاب الكبدي الوبائي– أمرا ممكن الوقوع، فإن هناك نوعا آخرا من الأمراض المزمنة والتي ثبت من الناحية الطبية عدم سريانها وانتقالها بين الأشخاص رغم خطورتها وما قد تلحقه بجسد المصاب بها كمرض السرطان الذي انتشر في الآونة الأخيرة بشكل رهيب وبأنواع متعددة تختلف حسب اختلاف أعضاء جسم الإنسان.

من المؤكد أن إصابة أحد الزوجين بهذا المرض قد يؤثر على استمرارية الحياة الزوجية ، كونه سيؤدي إلى زيادة في أعباء الزوج الآخر وزعزعة الإنسجام بين الزوجين. كما أن له التأثير البالغ على نفسية الزوج المصاب لاسيما إذا أدى إلى إحداث تشوهات خلقية في جسمه نتيجة انتشاره، أو يفقده القدرة على المعاشرة الجنسية، أضف إلى ذلك أن الطب الحديث قد اعتبره من الأمراض الخطيرة والمهددة لحياة الإنسان.

ولقد علمنا أن أساس التفريق بين الزوجين الذي استند عليه فقهاء الشريعة الإسلامية في الأمراض المعدية عموما هو علة العدوى وعدم إلحاق الضرر بالغير، إلا أن ذلك الأساس لا يلتمس في مرض السرطان، لكن قد يشكل وجوده سببا لفك الرابطة الزوجية بالرغم من تمكن الطب الحديث من علاج بعض أنواعه، كون أن بعض طرق العلاج قد تؤدي إلى فقدان القدرة على الإخصاب والإنجاب أو استئصال أحد أعضاء جسد المصاب

مثلما هو الشأن في سرطان الثدي عند المرأة وسرطان الخصية عند الرجل وبالتالي اعتداد ذلك سببا للفرقة الزوجية.

وبغض النظر عن الآثار الناجمة عن مرض السرطان أو عن طرق علاجه، فإنه في حد ذاته قد يشكل عيبا يخول للزوج السليم حق الخيار في فسخ النكاح عملا برأي الفقه الإسلامي القائل بعدم حصر العيوب الموجبة للفرقة بين الزوجين[28]، ويستوي الأمر عند المشرع الجزائري كونه لم يحصر العيوب الموجبة للتفريق في الفقرة الثانية من المادة 53 ق.أ.ج.

وما يسعنا إلا القول أن العلاقة الزوجية هي صلة عاطفية يمنع قلبها إلى علاقة مادية مثلما هو الحال في المسائل المادية، حيث أنها تضبط بالبيانات والإحتجاجات والتوثيقات، فالزواج ليس بشركة وحتى هذه الأخيرة إذا تخللها التمسك والإحتجاج، فإن مآلها الفساد، لذلك فالرابطة الزوجية تبقى علاقة تتطلب المودة والرحمة بين طرفيها وأنها صلات روحية لا غير[29].

ويعد موضوع انحلال الرابطة الزوجية من المسائل الإجتماعية الهامة لكون أن آثاره السلبية لا تنحصر على الزوجين فحسب بل تمتد حتى إلى الأولاد والمجتمع. وإذا كان من أسباب الفرقة الزوجية ضعف الوازع الديني وغياب الدور التوجيهي لوالدي الزوجين وكذا الصورة الخاطئة للحياة الزوجية الممزوجة بالثقافة الغربية التي ترسمها وسائل الإعلام وغيرها من الدوافع التي تكون وراء حل الرابطة الزوجية [30]، فإن هناك أسبابا قد فرضت نفسها على استمرار الحياة الزوجية أفرزتها التطورات الطبية الإكتشافات البيولوجية وبالأخص ما ذكرناه سابقا في مجال الإنجاب وما يتعلق بالطرق العلمية لإثبات النسب وبعض الأمراض.

[28]–ابن القيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد،ج05، ط03، تح.شعيب الأرنؤوط وعبد القادر الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة،بيروت، 1998، ص.167.

[29]–محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص.08.

[30]–مركز إبن إدريس الحلي للدراسات الفقهية، التقرير الفقهي–الطلاق،دار المحجة البيضاء،بيروت، 2008، ع07 و 08، ص.05وما بعدها.

إن الرغبة في البحث في هذا الموضوع قائمة على دوافع ذاتية وأخرى موضوعية. فبالنسبة للدوافع الذاتية فتكمن في ميلنا الجامح لمواضيع الأحوال الشخصية المستنبطة من أحكام الشريعة الإسلامية والتي قد تتأثر بعض مسائلها بما هو مستجد سواء ما كان من الناحية الطبية أو غيره. أما الدوافع الموضوعية فتتجلى من خلال دراستنا للدور السلبي للتطور الطبي في المجالات ذات الصلة بالعلاقة الزوجية، فلعل الناظر يجد أن الطب ما فتئ يوما يوجد الوسائل القادرة على حل المشاكل الصحية للإنسان.

غير أن المتعارف عليه هو أن لكل مبتكر إيجابيات وسلبيات، لذلك فوسيلة التلقيح الإصطناعي وتنظيم النسل وقطع الحمل إنما وجدت للمساعدة على الإنجاب وتكوين أسرة بصفة منتظمة، لكن اللجوء إليها من طرف أحد الزوجين قد يهز كيان الأسرة بسبب الرفض المستمر للطرف الآخر، بل يدفعه ذلك إلى المطالبة بالإنفصال خاصة في ظل الإختلاف الفكري للزوجين.

أما الجانب الآخر من بحثنا فيتعلق بتلك الإكتشافات البيولوجية والطبية الحديثة، فالبصمة الوراثية والعلوم الدموية سهلت من عملية التثبت من هوية الشخص ونسبه، إلا أنها قد تزرع الشك في نفس الزوج حول صحة نسب الطفل إليه. والتغيير الجنسي من الأمراض التي تؤدي إلى تماثل جنس الزوجين وهو أمر لا يقبله عاقل لأنه مخالف للفطرة السليمة، لاسيما في وسط المجتمعات التي تدين بالإسلام والمجتمع الجزائري ليس ببعيد عن مثل هذه التصرفات.

يضاف إلى ذلك ما تم التوصل إليه بواسطة علم الفيروسات من اكتشاف أمراض خطيرة معدية وغير معدية من شأنها التأثير على العلاقة الزوجية والزج بها إلى حدود التفكك بعد علم الزوج السليم بما أصاب زوجه المريض خشية انتقال العدوى أو عدم تمكن زوجه المصاب من تأدية واجباته الأسرية، وتزداد الأهمية خاصة في ظل القصور التشريعي الجزائري واتصافه بالعمومية وعدم إحاطته بكل التفاصيل الدقيقة لموجبات فك الرابطة الزوجية تماشيا والمستجدات الطبية والبيولوجية مقارنة مع أحكام الفقه الإسلامي.

على إثر ذلك تتمحور هذه الدراسة حول « التطورات الطبية وأثرها على فك الرابطة الزوجية في ضوء الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري » انطلاقا من الإشكال المطروح التالي: ما هو أثر التطورات الطبية على فك الرابطة الزوجية؟

ومما لاشك فيه أن معالجة الموضوع لم تخل من عقبات كانت وراء عدم تمكننا من التوسع بالشكل الكافي، كان أولها قلة المراجع في بعض البنود التي لم تنل الحظ الوافر من الفقه القانوني أو التشريعي كمسألة تنظيم النسل التي قد لا يراها جانب بأنها مسببة للفرقة الزوجية وحتى المشرع الجزائري الذي أدرجها ضمن الحقوق المشتركة للزوجين دون تحديد الأثر المترتب عن مخالفتها، إلى جانب الأمراض المكتشفة حديثا والتي اشتهرت بخطورتها وصولا إلى درجة الموت المحتم.

أما العقبة الثانية فتتمثل في قلة الإجتهادات القضائية حول معظم التطورات الطبية التي تناولناها، يرجع السبب في ذلك كما ذكرنا إلى عمومية النصوص القانونية في مجال الطلاق والتطليق، وكذلك إلى ظاهرة عدم التصريح بالأسباب الحقيقة التي تدفع في سائر الأحيان بالزوج إلى الطلاق، فقد تكون الزوجة مصابة بمرض مزمن كالسرطان إلا أن الزوج لا يسند طلب الطلاق إليه وهذا الأمر يؤثر على طبيعة الأحكام القضائية الصادرة في هذا الشأن ومرد ذلك هو الذهنية السائدة في المجتمع الجزائري.

وكذلك نوعية البحوث العلمية المنجزة في هذا الشأن، فقد كانت هناك دراسات ومؤتمرات بخصوص فروع بحثنا ولكن بصفة متجزئة، تم التطرق من خلالها في الغالب إلى الإطار الشرعي والقانوني لتلك التطورات.

وبالنسبة للأسلوب المنتهج فقد تمثل في الأسلوب الوصفي عند الحديث عن المفاهيم والأسباب الدافعة لاستعمال الوسيلة الطبية وطريقة العمل بها والأسلوب التحليلي بين آراء الفقه الإسلامي والقانون الجزائري حين التطرق لكيفية فك الرابطة الزوجية.

أما بالنسبة للخطة المتبعة فستكون من خلال فصلين:

الفصل الأول: إشكالات الإنجاب ومدى تأثيرها على فك الرابطة الزوجية.
الفصل الثاني: الإكتشافات البيولوجية والطبية الحديثة ومدى تأثيرها على فك الرابطة الزوجية.

الفصل الأول

إشكالات الإنجاب ومدى تأثيرها على فك الرابطة الزوجية

تعد غريزة حفظ النوع من بين الغرائز المتواجدة في النفس البشرية والتي تحتاج إلى إشباع من شأنه بعث الإستقرار والإطمئنان فيها [31]، إذ من خلالها يسعى الإنسان إلى الإبقاء على نوعه عن طريق التواصل الجنسي وطلب الولد.

ولقد جاء الإسلام بأحكامه الشرعية لتنظيم حاجات الإنسان الغريزية دون كبحها أو تعطيلها، إذ حصر العلاقات الجنسية بين الأزواج الذين تربطهم علاقة زوجية شرعية صونا لحفظ مقصد النسب [32]، وحثهم على التكاثر وزيادة النسل، قال الله تعالى « وَمِنۡ ءَايَـٰتِهِۦٓ أَنۡ خَلَقَ لَكُم مِّنۡ أَنفُسِكُمۡ أَزۡوَٰجًا لِّتَسۡكُنُوٓاْ إِلَيۡهَا وَجَعَلَ بَيۡنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحۡمَةً إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَأٓيَـٰتٍ لِّقَوۡمٍ يَتَفَكَّرُونَ »[33].

وفي المقابل نجد أن القانون الوضعي هو الآخر قد رتب أحكاما على العلاقة بين الرجل والمرأة واعتبرها هي النواة لتكوين المجتمعات وبالخصوص التشريع الجزائري الذي نص صراحة على ذلك في المادة 04 من قانون الأسرة بقولها :" الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب ".

[31]–زياد أحمد سلامة، أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة، تق.عبد العزيز الخياط، ط01 ، الدار العربية للعلوم، الأردن، 1996، ص.24.

[32]–لقد منع الإسلام اختلاط الأنساب وسد الذرائع الموصلة إلى ذلك، فشرع حد الزنا وكل السبل المفضية إليه، فأمر بالحجاب وغض البصر وشرع العدة لغرض الإستبراء، كما تشوف إلى إلحاق النسب، فألحق ولد الشبهة بالواطئ لعذره؛ يشار شريف داما أوغلو، حفظ النسل والنسب والأسرة، أبحاث ووقائع المؤتمر العام الثاني والعشرين، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، اليونان، ص.07.

[33]–سورة الروم، الآية 21 .

لقد أسهمت التطورات الطبية الحاصلة إلى حد كبير في حفظ مقصد النسل، فمكنت الأزواج من الإنجاب والحصول على الأولاد بفضل تقنياتها الحديثة. كما أنها أوجدت وسائل يلجأ إليها لتنظيم الإنجاب ومنعه لفترات معتبرة عند تضررهم، بل أكثر من ذلك فمكنتهم حتى من إسقاط الحمل وقطعه قبل موعده الطبيعي، وإننا نقصد بتلك التطورات عملية التلقيح الإصطناعي و وسائل تنظيم الإنجاب والقطع الإرادي للحمل.

وعلى ضوء ذلك فإنه لا يمكن الجزم بأن تلك التطورات كانت ذو شق إيجابي فقط، فبقدر ما ساعدت بعض الأزواج على حل مشاكلهم في مجال الإنجاب، بقدر ما أدت إلى فك الرابطة الزوجية لدى البعض الآخر.وللتوضيح أكثر في تأثير تلك التطورات الطبية، فسنعالج في المبحث الأول التلقيح الإصطناعي وأثره على فك الرابطة الزوجية، أما المبحث الثاني فخصصناه لتنظيم الإنجاب والقطع الإرادي للحمل وأثرهما على فك الرابطة الزوجية.

المبحث الأول

التلقيح الإصطناعي وأثره على فك الرابطة الزوجية

إن من أهم مظاهر غريزة حفظ النوع التي في الإنسان لا محالة هي الشعور بالأبوة والأمومة. غير أن هذا المظهر قد لا يتحقق لدى كثير من الناس، بسبب إصابة أحد الزوجين بمرض يحول دون تمكنهما من إنجاب الأولاد وبلوغ ما اجتمعا لأجله، ويطلق على هذه الحالة في الغالب بالعقم[34].

وما هو مؤكد اليوم، أن الإنسان قد بلغ مرتبة عالية في مجال التداوي والعلاج نتيجة تطور العلوم الطبية وما أفرزته من تقنيات لم يعهد لها سابق من قبل، لاسيما ما تعلق بالإنجاب ونخص بالذكر تقنية التلقيح الإصطناعي،(المطلب الأول). غير أن علماء الفقه الإسلامي ورجال القانون قد سارعوا إلى دراسة هذه التقنية الحديثة ووضعوا لها ضوابط وحدود مع بيان حكم اللجوء إليها، تفاديا لما قد تثيره من مسائل أخلاقية ودينية وقانونية من شأنها المساس بالكيان البشري(المطلب الثاني).

إن التلقيح الإصطناعي باعتباره من الوسائل المعالجة لمرض العقم وإدخال السعادة على الأزواج الذين حرموا من نعمة الأولاد، لا يخلو هو الآخر من النتائج السلبية التي قد تطرأ على الرابطة الزوجية، فتتحول من وسيلة إيجابية للم شمل الأسرة إلى وسيلة سلبية تكون السبب في وقوع فك الرابطة الزوجية (المطلب الثالث).

[34]– العقم هو عدم القدرة على النسل ويكون عند الرجال كما يكون عند النساء، وتسمى المرأة عقيما أو عاقرا إذا مضت على زواجها مدة زمنية معتبرة ولم يحدث لديها حمل لوجود سبب من الأسباب؛ زياد أحمد سلامة، المرجع السابق، ص.28.

المطلب الأول

ماهية التلقيح الإصطناعي

الأصل أن التكاثر بين بني البشر لا يكون إلا بالإتصال الجنسي الطبيعي في إطار العلاقة الزوجية الشرعية فيحدث التوالد والتناسل. غير أن هذا الإتصال الزوجي الطبيعي قد يقع ولكن لا ينجم عنه وقوع إخصاب وتلقيح بين نطفة الزوج [35] وبويضة الزوجة [36] وذلك لأسباب مرضية قد تكون من جانب الزوج، كما قد تكون من جانب الزوجة.

وكما أسلفنا الذكر فإن الأطباء قد تمكنوا من إحداث عملية التلقيح اصطناعيا وهو ما سنعرج إليه من خلال تبيان تعريفه وأسباب اللجوء إليه(الفرع الأول)، ثم نتطرق إلى صوره(الفرع الثاني).

الفرع الأول

تعريف التلقيح الإصطناعي وأسباب اللجوء إليه

ضمن هذا الفرع سنبرز حقيقة التلقيح الإصطناعي من خلال الوقوف على تعريفه(أولا) وكذا ذكر أهم الأسباب التي تدفع بالزوجين إلى اللجوء إليه(ثانيا).

أولا: تعريف التلقيح الإصطناعي .

سنوضح تعريف التلقيح الإصطناعي لغويا(أ) ثم إصطلاحا(ب).

---

[35]-النطفة هي الحيوانات المنوية التي توجد في المني وتفرزها الخصية و تنتقل لتلقيح البويضة في السائل المنوي (المني)؛ محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، ط04، الدار السعودية، 1983، ص.109-110.

-ورد ذكرها في القرآن الكريم في إثني عشر موضعا؛سورة النحل،الآية 04؛سورة الكهف،الآية 37؛سورة الحج، الآية 05؛سورة المؤمنون، الآيتين 13و14؛ سورة فاطر، الآية 11؛ سورة يس، الآية 77؛ سورة غافر، الآية 67؛ ؛سورة النجم، الآية 46؛ سورة، القيامة، الآية 37؛ سورة الإنسان، الآية 02؛ سورة عبس، الآية 19.

[36]-البويضة هي الخلية التناسلية الأنثوية التي يفرزها مبيض المرأة كل شهر وهي أكبر خلية إنسانية ولم يرد في القرآن ذكر لكلمة البويضة إنما جاءت كلمة النطفة شاملة لخلية الرجل و المرأة معا؛ محمد علي البار، المرجع نفسه، ص.171 وما بعدها.

أ-التعريف اللغوي:

لفظ التلقيح: يقال لقحت الناقة كسمع، لقْحا ولقحا محركة ولقاحا: قبلت اللقاح فهي لاقح من لواقح ولُقوح من لُقح.

واللقح: محركة : الحبل وإسم ما أخذ من الفحل ليدس في الآخر والملاقح الفحول، جمع ملقح والإناث التي في بطونها أولادها من جمع ملقحة بفتح القاف والملاقيح: الأمهات وما في بطونها من الأجنة أو ما في ظهور الجمال الفحول وألقحت الرياح الشجر فهو لواقح وملاقح[37].

لفظ الصناعي والإصطناعي: صنع إليه معروفا: كمنع، صنعا بالضم وصنع به صنيعا، والمصانع الجمع، والمباني من القصور والحصون، وأصنعَ: أعان آخر، واصطنع عنده صنيعة: اتخذها، واصطنع خاتما: أمر أن يصنع له.

" وَٱصْطَنَعْتُكَ لِنَفْسِى "[38]، اخترتك لخاصة أمر أستكفيكه[39].

ب-التعريف الإصطلاحي:

التلقيح الصناعي أو الإصطناعي هو تلك العملية التي تنقل فيها الحيوانات المنوية للرجل إلى رحم المرأة عن طريق الحقن ويكون ذلك وقت التبييض لدى المرأة والمعروف عند الأطباء القائمين بهذه العملية .

ولقد وردت العديد من التعريفات الفقهية لعملية التلقيح الإصطناعي، فهناك من عرفه على أنه « وضع الحيوانات المنوية في الجهاز التناسلي للمرأة أو إخصاب بويضة المرأة بغير الطريق الطبيعي وذلك عن طريق استخراج البويضة وتلقيحها بالخلية الذكرية وإعادة زرعها في المرأة » [40].

---

[37]-مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي،القاموس المحيط،تح.محمد نعيم العرقسوسي،ط8،مؤسسة الرسالة،بيروت،2005،ص.239-240

[38]-سورة طه، الآية 41 .

[39]-مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي ، المرجع نفسه، ص.41.

[40]-أحمد محمد لطفي أحمد، التلقيح الصناعي بين أقوال الأطباء وآراء الفقهاء، ط01، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص.58.

هناك من عرفه بأنه: « إجراء عملية التلقيح بين حيوان الرجل المنوي وبييضة المرأة عن غير الطريق المعهود » [41]،إذ لقي هذا التعريف تأييدا من بعض رجال القانون لكونه يقتصر على إدخال المني داخل الرحم بطريق العمل الطبي دون الإدخال اليدوي الذي تقوم به المرأة لنفسها، إذ لا يعتبر هذا الأخير تلقيحا اصطناعيا، كما يشمل كذلك صورة التلقيح الخارجي لذكره عبارة " عن غير الطريق المعهود "[42].

وعرفه آخرون على أنه: « الجمع بين خلية جنسية مذكرة وخلية جنسية أنثوية بغير الطريق الطبيعي، برعاية طبيب مختص قصد الإنجاب » [43].

ومهما اختلفت التعريفات فإنه يمكن القول بأن التلقيح الإصطناعي هو تلك العملية التي تتم بين خليتين إحداهما ذكرية وأخرى أنثوية على عكس عملية الإستنساخ [44] بنوعيها التكاثري والعلاجي [45]، والتي يجمع فيها بين خلية جسدية وأخرى تناسلية ويكون التلقيح بالإستغناء عن أسلوب الإتصال الطبيعي بين الزوجين، إذ يتم فيه سحب المني من الرجل وحقنه مباشرة في الجهاز التناسلي للمرأة أو تلقيح الخليتين مخبريا في أنابيب معدة خصيصا لذلك، وتحت إشراف طبيب مختص تحت ظروف علمية معينة في المراكز المخصصة لذلك، بغرض الحصول على الولد وعلاج مرض العقم وليس لأغراض أخرى كإجراء التجارب العلمية[46].

---

[41]- زياد أحمد سلامة، المرجع السابق، ص.53 .

[42]-محمود أحمد طه، الإنجاب بين التحريم والمشروعية، منشأة المعارف، 2008، ص.89 .

[43]-إقروفة زبيدة، التلقيح الإصطناعي دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الهدى، الجزائر، 2010، ص.15.

[44]-الإستنساخ هو إيجاد نسخة طبق الأصل عن شيء ما من الكائنات الحية نباتا أو حيوانا أو إنسانا، ويكون ذلك باستخدام الصبغيات المورثة للجنس أو الحمض النووي؛ كمال خابر، الإشكالية الأخلاقية للإستنساخ، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر 2،2011-2012، ص.51؛ محمد واصل، الإستنساخ البشري في الشريعة والقانون، مجلة كلية الحقوق بجامعة دمشق، 2002، ع02، مج18، ص.33؛ نجم عبد الله عبد الواحد، تقنيات الإستنساخ للخلايا والجينات الإنسانية لتشخيص وعلاج الأمراض؛ التعرف المبكر على جنس الجنين والتحكم في إختيار جنس الجنين قبل العلوق وقبل إرجاع البويضة المخصبة للرحم، مجلة المجمع الفقهي، السنة العاشرة، ع12، ص.133.

[45] -DRIS N., Le clonage entre espoir d'ordre thérapeutique a l'espèce humane et atteinte a l'identité de l'homme,forum national sur l'impact du progrès scientifique et technique sur les droits de l'homme,Univ.bejaia,fac.de droit,28-29/04/2013,p.54.

[46]-عبد الحفيظ أوسكين، أحمد عمراني، النظام القانوني للأجنة الزائدة، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي قضايا طبية معاصرة،جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 1431هـ ، ص.2177.

بالوقوف على مفهوم عملية التلقيح الإصطناعي، يمكننا تبيان الأسباب الدافعة إليه في البند الموالي.

ثانيا: الأسباب الدافعة إلى اللجوء إلى التلقيح الإصطناعي .

لقد أسلفنا الذكر بأن الشعور بالأبوة والأمومة مظهران من مظاهر غريزة حفظ النوع لدى الإنسان، إلا أن غياب هذا الشعور قد يؤدي إلى تفكك الأسرة أو على الأقل تزعزع سكينتها وطمأنينتها وغالبا ما تكون الأمراض هي الحاجز في الطريق لإنجاب الأطفال، مما يتولد عند الأزواج الرغبة في علاجها لاسيما وأن هناك وسائل طبية متاحة.

إن الأسباب التي تدفع بالزوجين إلى تقنية التلقيح الإصطناعي قد تتعدد وتختلف من شخص لآخر، فهي تصيب الزوج كما قد تصيب الزوجة:

فبالنسبة للزوج:

-إذا كانت الحيوانات المنوية القادرة على الإخصاب لدى الزوج قليلة جدا ولا يمكنها الوصول إلى محل التلقيح .

-عند وجود تضاد مناعي بين خلايا المهبل والحيوانات المنوية فينجم عن ذلك موت هذه الأخيرة.[47]

-الإصابة بالعنة وعدم القدرة على الإتصال الجنسي لأي سبب أو الإنزال السريع عند الزوج دون وجود حيوانات منوية سليمة.

-التشوهات الخلقية للعضو الذكري للزوج .

أما بالنسبة للزوجة:

-عندما يكون ضيق للعنق الخارجي للرحم وهو أكثر قابلية للعلاج .

-إذا كان رحم الزوجة مصاب بمرض يحول دون حدوث الحمل كالإفرازات الإلتهابية والغشاء المخاطي للرحم الذي يمنع إنغراس البويضة أو وجود تشوه فتحتي البوقين وقناتهما مما يجعل وصول الحيوان المنوي إلى البويضة غير ممكن[48].

-العقم غير المفسر[49].

---

[47]-مرحبا إسماعيل، البنوك الطبية البشرية وأحكامها الفقهية، ط01، دار إبن الجوزي، الرياض، 1429هـ ،ص.398.

[48]-زياد أحمد سلامة، المرجع السابق، ص.32.

[49]-طارق عبد المنعم محمد خلف، تقد. محمد سليمان الأشقر، أحكام التدخل الطبي في النطف البشرية في الفقه الإسلامي، ط 01، دار النفائس، الأردن، د.س.ن، ص.59.

أو أسبابا مشتركة بين الزوجين :

-كإصابة أحدهما بمرض خبيث يستدعي العلاج بالأشعة والعقاقير فيصاب بالعقم[50].

-الأمراض الجنسية المختلفة كالسيلان والزهري التي تسبب عدم الخصوبة للرجل والمرأة بإحداث إلتهاب في الغدة التناسلية[51].

بتشخيص الأسباب التي تقف وراء عدم الإخصاب لدى أحد الزوجين أو كلاهما يمكن للطبيب المشرف على عملية التلقيح الإصطناعي معرفة أي صورة من صور هذه العملية تكون مناسبة للحالة المعروضة عليه وهذا ما سنبينه في الفرع الموالي.

الفرع الثاني

صور التلقيح الإصطناعي

إن التلقيح الإصطناعي باعتباره من الإكتشافات الطبية في مجال الإنجاب ينقسم إلى صورتين [52]، تتمثل الأولى في ما يعرف بالتلقيح الداخلي، إذ يتم عن طريق حقن نطفة الرجل داخل عنق الرحم للمرأة (أولا). أما الثانية فتكمن في التلقيح الخارجي ويتم عن طريق تلقيح بويضة المرأة بنطفة الرجل خارج الرحم(ثانيا).

[50]-أسماء فتحي عبد العزيز شحاتة، الحكم الشرعي في إسقاط العدد الزائد من الأجنة الملقحة صناعيا، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي قضايا طبية معاصرة،مج02،جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية،المملكة العربية السعودية،1431هـ،ص.2104؛إقروفة زبيدة،المرجع السابق، ص.40.

[51]-محمد علي البار، زهير أحمد السباعي، الطبيب أدبه وفقهه، ط 01، دار القلم، دمشق، 1993، ص. 333؛ طفياني مخطارية، التلقيح الإصطناعي-دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة تلمسان، كلية الحقوق،2013-2014، ص.26.

[52]-هناك من يقسمه من حيث تدخل عنصر أجنبي إلى تلقيح ناقص وتلقيح تام، فالأول ما كانت عناصره(النطفة والبويضة) تعود للزوجين وأما الثاني ما كان أحد العناصر أو كلاهما لغير الزوجين؛ سعدى إسماعيل البرزنجي، المشاكل القانونية الناجمة عن تكنولوجيا الإنجاب الجديدة، أطفال الأنابيبI.V.F -تجميد الأحياء التناسلية وحفظها-عمليات الهندسة الوراثية والإستنساخ البشري دراسة مقارنة في ضوء القانون المقارن والأخلاق والشريعة، دار الكتب القانونية،مصر، 2009، ص.18-19.

أولا: التلقيح الإصطناعي الداخلي:

ذكرنا أن عدم الإنجاب لا يكون بالضرورة من جانب الزوجة فقط، بل قد يكون سببه من جانب الزوج، لذلك فإن الطب قد توصل إلى طريقة التلقيح الإصطناعي الداخلي كعلاج بديل وذلك عن طريق أخذ مني الزوج وحقنه في الموضع المناسب من مهبل الزوجة ليكون الإخصاب داخل رحمها .

عرفه حسيني إبراهيم بأنه: « مجموعة من الأعمال الطبية التي تتم عن طريق إدخال ماء الرجل في الموضع المخصص له عند الزوجة بغية الإنجاب وذلك لضرورة علاجية و بضوابط لابد من توافرها » [53].

كما أشار إليه آخر بأنه إدخال السائل المنوي للرجل في الجهاز التناسلي للمرأة بقصد الإنجاب، عن طريق حقن كمية ضئيلة منه في داخل عنق الرحم بعد القيام بعملية الكشف عليه وتعقيمه، ثم تحقن أيضا الكمية المتبقية الأخرى من مني الرجل في قعر المهبل خلف عنق الرحم، ويطلب من المرأة البقاء مستلقية على ظهرها لمدة ساعة أو ساعتين[54].

ولضمان نجاح هذه العملية كذلك، فإن حقن السائل المنوي للزوج يكون في الليلة السابقة للتبويض، وبهذا فإن هذه الصورة تقترب من حالة الإنجاب الطبيعي، فبمجرد إدخال الحيوان المنوي للزوج داخل مهبل الزوجة يتم التلقيح بينه وبين البويضة بطريقة طبيعية ويلجأ إلى هذه الصورة حالة ضعف الحيوان المنوي وعدم تمكنه من الوصول إلى مكان الإلتقاء مع البويضة[55].

ثانيا: التلقيح الإصطناعي الخارجي

يتم هذا النوع من التلقيح بأخذ بويضة المرأة خارج جهازها التناسلي وتلقيحها بالحيوانات المنوية للرجل في أنبوب مخبري مهيأ اصطناعيا. وبعد عملية الإلتحام والإخصاب تنقل البويضة الملقحة إلى رحم المرأة وهو ما أطلق عيه بتسمية "طفل الأنبوب" وكان هذا الحدث عند ميلاد أول طفلة جاءت بهذا الأسلوب[56].

---

[53]-إقروفة زبيدة، المرجع السابق، ص.43.

[54]-محمد خالد منصور، الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي، ط2، دار النفائس،الأردن، 1999، ص.77.

[55]-شادية الصادق الحسن، حكم الإسلام في التلقيح الإصطناعي، مجلة العلوم والبحوث الإسلامية، جامعة السودان،2011، ع02، ص.05.

[56]- ' لويزا براون' هي أول طفلة ولدت بطريق التلقيح الإصطناعي الخارجي، حيث تم تلقيح بويضة أمها بتاريخ 1977/11/10، وأعيدت في رحمها بتاريخ 1977/11/12 وكانت الولادة بتاريخ 1978/07/25؛ محمد علي البار، خلق الإنسان ...، المرجع السابق، ص.516.

أو يتم بالتقاء الحيوان المنوي بالبويضة من غير اتصال طبيعي خارج رحم المرأة في وعاء زجاجي يعرف بطبق بيتري.[57] هذا وإن للتلقيح الإصطناعي الخارجي أو كما يسمى بالإخصاب خارج الجسم [58]، أنواعا يمكن ذكرها فيما يلي:

أ-التلقيح الإصطناعي الخارجي بماء الزوجين وفيه :

1-حالة تلقيح بويضة الزوجة بنطفة زوجها ثم تزرع اللقيحة داخل رحم الزوجة أثناء حياة الزوج.

2-حالة تلقيح بويضة الزوجة بنطفة زوجها ثم تزرع اللقيحة داخل رحم الزوجة بعد وفاة الزوج أثناء فترة العدة أو بعد انتهائها.

ب- التلقيح الإصطناعي الخارجي بتدخل طرف ثالث بين الزوجين وفيه :

1-حالة تلقيح بويضة الزوجة بنطفة رجل أجنبي ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة.

2-حالة تلقيح بويضة من امرأة أجنبية بنطفة رجل أجنبي ثم تزرع اللقيحة داخل رحم الزوجة.

3- حالة تلقيح بويضة من امرأة أجنبية بنطفة الزوج ثم تزرع اللقيحة داخل رحم الزوجة.

4- حالة تلقيح بويضة الزوجة بنطفة زوجها ثم تزرع اللقيحة داخل رحم امرأة أجنبية وتعرف بالأم البديلة أو الرحم الظئر.

5-حالة تلقيح بويضة الزوجة بنطفة رجل أجنبي ثم تزرع اللقيحة داخل رحم امرأة أجنبية .

6-حالة أخذ نواة بويضة الزوجة وتحقن هذه النواة داخل بويضة امرأة أجنبية متبرعة بعد نزع نواتها، ثم تلقح البويضة المصطنعة بالحيوان المنوي للزوج وتعاد اللقيحة إلى داخل رحم الزوجة[59].

[57]-لبنى محمد جبر وشعبان الصفدي، الأحكام الشرعية المتعلقة بالإخصاب خارج الجسم، بحث مقدم لإستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه المقارن، الجامعة الإسلامية، غزة، 2007، ص.03.

[58]-لبنى محمد جبر وشعبان الصفدي، المرجع نفسه، ص.08.

[59]-مرحبا إسماعيل، المرجع السابق، ص.415 .

ج- التلقيح الإصطناعي الخارجي كل أطرافه أجانب وفيه :

1-حالة تلقيح بويضة امرأة متبرعة بنطفة رجل أجنبي متبرع ثم تزرع اللقيحة داخل رحم امرأة متبرعة .

بعد الإنتهاء من تبيان مفهوم التلقيح الإصطناعي وصوره في المطلب الأول، لابد من التعرض لرأي الفقه الإسلامي وموقف القانون الجزائري من هذه التقنية الطبية المستعملة في مجال الإنجاب ضمن المطلب الآتي.

المطلب الثاني

رأي الفقه الإسلامي وموقف القانون الجزائري من التلقيح الإصطناعي

لكون أن وسيلة التلقيح الإصطناعي من المستجدات التي أفرزها الفكر البشري وبالنظر إلى الآثار المترتبة عليها في ما يتعلق بمقصد النسل والنسب، كان من الواجب على فقهاء الشريعة الإسلامية ومعظم التشريعات وضع الضوابط الشرعية والإطار القانوني لكيفية اللجوء إليها بما فيها القانون الجزائري، لذلك سنتناول في هذا المطلب رأي الفقه الإسلامي في هذه العملية وذلك بالحديث عن الحكم الشرعي في اللجوء إليه وكذا الضوابط الشرعية الواجب مراعاتها لإجرائها(الفرع الأول)، بعدها نبين موقف المشرع الجزائري من هذه الوسيلة الحديثة للإنجاب(الفرع الثاني).

الفرع الأول

رأي الفقه الإسلامي من التلقيح الإصطناعي

لقد أضحت عملية التلقيح الإصطناعي من المسائل التي اهتم بها الفقه المعاصر باعتبارها من النوازل التي لم يضبطها نص شرعي، حيث كثرت بشأنها الدراسات وأقيمت لها الندوات والمؤتمرات قصد تنزيل الحكم التكليفي الشرعي عليها، نظرا للأقاويل التي ثارت بشأن هذه الوسيلة التي ينتج عنها الحمل دون الإلتقاء العضوي للزوجين. ورأي الفقه الإسلامي يتضح من خلال الحكم الشرعي للتلقيح الإصطناعي بجميع صوره(أولا) والضوابط الشرعية التي تحكمه(ثانيا).

أولا: الحكم الشرعي للتلقيح الإصطناعي:

يعتبر التلقيح الإصطناعي وسيلة لطلب الولد والإسلام حث على الزواج والتكاثر من أجل الإستقرار للنفس البشرية وحفظ النسل [60]، وكذلك يدخل في مجال التداوي والذي اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في حكمه[61].

غير أن ما يهمنا في هذا الموضع هو معرفة الحكم الشرعي لهذه الوسيلة إذ أنها تأخذ صورتين، تلقيح داخلي وتلقيح خارجي ولكل منهما أنواعا مختلفة اختلافها قد يبدو في الظاهر بسيطا، إلا أن لكل منها حكمه الشرعي الخاص به. والفقهاء بدورهم قسموا تلك الصور استنادا إلى السبب الذي تندرج تحته، فهناك من استند إلى وجود العلاقة الزوجية أو انعدامها، وهناك من عالجه بالنظر إلى صاحب الحيوان المنوي والبويضة وكذلك موضع الحمل. ومهما كان السبب الذي نستند إليه لتبيان الحكم الشرعي لكل نوع لا محالة سيتجلى لنا التلقيح المباح من التلقيح المحرم.

[60]- قال الله تعالى:"...فَٱلۡـَٰٔنَ بَـٰشِرُوهُنَّ وَٱبۡتَغُواْ مَا كَتَبَ ٱللَّهُ لَكُمۡ.. "سورة البقرة، جزء من الآية 187.

- قيل في تفسير هذه الآية أنه يقصد منها، أن الله عز وجل خفف على أمته بإباحة الجماع ليلة الصيام مع إرشادهم على ضرورة قضاء لذتهم بابتغاء رضاه وكذا ما سيكتب لهم من الأجر والولد الذي يخرج من أصلابهم ؛شمس الدين محمد بن أبي بكر إبن القيم الجوزية، تحفة المودود بأحكام المولود، تح، مكتب الدراسات والتوثيق، ط01، دار الفكر، بيروت، 2004، ص.16

[61]-قال بعض فقهاء الشريعة الإسلامية بأن التداوي مباح وتركه أفضل وهو المشهور عند المالكية وقول الشافعية لمن تركه توكلا والمشهور من مذهب الحنابلة وقول داود الظاهري، وأنه مستحب وهو مذهب الحنفية والمشهور من مذهب الشافعية، وأنه واجب إذا غلب على ظنه نفعه أو الهلاك تركه وهو قول المالكية وقول عند الشافعية والحنابلة ورجحه إبن تيمية ومحمد بن عثيمين إذا كان في تركه هلاكه، وأنه غير مشروع"محرم" وهو قول غلاة الصوفية؛ محمد بن إبراهيم بن محمد الجاسر، أحكام التداوي بالمحرم، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي قضايا طبية معاصرة، مج 01، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 1431هـ، ص.183 وما بعدها؛ محمد عبد الحميد السيد متولي، التداوي بالوسائل الطبية المعاصرة، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي قضايا طبية معاصرة، مج 01، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 1431هـ، ص.24 وما بعدها.

وما تجدر الإشارة إليه هو أن مسألة التلقيح قد عالجها الفقهاء السابقون من الحنفية[62] والمالكية[63] والشافعية[64] والحنابلة[65] ولكن بصفة نظرية وبغير الطريقة المعروفة في الوقت الحاضر ولاسيما عند تطرقهم لمواضيع العدة وإلحاق الولد وذلك عند تمكن المرأة من إستدخال مني زوجها أو غيره في فرجها وحدث حمل و ولادة[66].

ولتبيان الحكم الشرعي للتلقيح الإصطناعي وتبعا للتقسيم الذي أوردناه عند حديثنا عن صور هذه العملية، فإننا سنوضح حكم التلقيح الداخلي بالتطرق للحالات التي تندرج تحت عنوانه(أ)، ثم نتطرق بعدها لحكم التلقيح الخارجي والمسائل التابعة له(ب).

أ-الحكم الشرعي للتلقيح الإصطناعي الداخلي:

ويشمل هذا النوع ثلاث حالات تتمثل فيما يلي:

1-حالة تلقيح بويضة الزوجة بنطفة زوجها .

---

[62]-أما الحنفية فجاء في حاشية ابن عابدين:" فروع: أدخلت منيه في فرجها هل تعتد، في البحر بحثا: نعم، لاحتياجها لتعرف براءة رحمها، وفي النهر بحثا: إن ظهر حملها نعم وإلا لا" ؛أحمد محمد لطفي أحمد، المرجع السابق، ص.76.

[63]-وأما المالكية: فجاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير" إن أنزل الخص أو المجبوب اعتدت زوجتهما بسبب خلوتهما كما أنهما يلاعنان لنفي الحمل وإن لم ينزلا فلا لعان عليهما ولا عدة على زوجيتهما لا بخلوته ولا بعلاجه" ؛ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لأبي البركات أحمد الدردير، ج2، تح، محمد عليش، دار إحياء الكتب العربية، د.س.ن، ص.498؛أحمد محمد لطفي أحمد، المرجع نفسه، ص.76-77.

[64]-وأما الشافعية :حيث يقول البجيرمي على الخطيب:" وكالوطء استدخال المني المحترم حال خروجه ولو باعتبار الواقع فيما يظهر، كما لو خرج بوطء زوجته ضانا أنها أجنبية واستدخلته زوجة أخرى أو أجنبية اعتبارا بالواقع دون اعتقاده "؛ سليمان محمد بن عمر البجيرمي علي الخطيب الشافعي، تحفة الحبيب على شرح الخطيب المعروف بالإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع محمد بن أحمد الشرجيني القاهري الشافعي المعروف بالخطيب الشرجيني، ج4، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1996،ص.389 ؛ أحمد محمد لطفي أحمد، المرجع نفسه، ص.77.

وجاء في التهذيب كذلك:" وقال الأوزاعي وأحمد تثبت ولو استدخلت امرأة مني زوجها أو مني أجنبي بالشبهة كذلك:" وقال الأوزاعي وأحمد تثبت ولو استدخلت امرأة مني زوجها أو مني أجنبي بالشبهة، يثبت به النسب وحرمة المصاهرة وتجب العدة ولا يحصل به الإحصان والتحلل...أصحهما: لا تثبت، ولو استدخلت ماء زوجها ولكن الزوج أنزله بزنا ، قيل: لا يثبت به النسب ولا المصاهرة ولا تجب العدة ولا يجب المهر" ؛ أبي محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، ج 5، تح، عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد عوض، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997، ص.367؛ أحمد محمد لطفي أحمد، المرجع نفسه، ص.77.

[65]-وأما الحنابلة: فيرون أن التلقيح الداخلي لا يجوز ولا يعتبر وطئا، إذ جاء في كشاف القناع " ولا تجب العدة بتحملها ماء الرجل "؛ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع، تح، إبراهيم أحمد عبد الحميد،ج 08، ط.خ، دار عالم الكتب، الرياض، 2003،ص.2766؛ أحمد محمد لطفي أحمد، المرجع نفسه، ص.78.

[66]-الإستدخال :مصطلح فقهي يقصد به إدخال ماء الرجل في قبل المرأة وقد رتب عليه الفقهاء حكمه وأحكام الطلاق لمن استدخلت مني زوجها.

2-حالة تلقيح بويضة الزوجة بنطفة غير الزوج.

3-حالة تلقيح بويضة الزوجة بحيوان منوي مشترك بين الزوج وغيره .

الحالة الأولى: لقد ورد بشأن هذه الحالة رأيان هما:

الرأي الأول: يرى أنصاره بجواز إجراء التلقيح الإصطناعي الداخلي بأخذ مني الزوج وحقنه في محله المناسب من مهبل الزوجة ولكن ضمن ضوابط وشروط معينة. وهذا الرأي هو قول أغلب الفقهاء المعاصرين [67]، مع أن هناك منهم من اعتبره من مواطن الضرورات فلا يجب الإفتاء فيه بفتوى عامة، بل على المكلف المبتلى أن يسأل من يثق بدينه وعلمه[68].

وقد استدل أصحاب هذا الرأي بما يلي:

-إعتبار التلقيح الإصطناعي الداخلي بمثابة تلقيح طبيعي إذا قصد منه تحصيل النسل.

-إبقاء النسل وحفظه ويكون ذلك بالزواج الذي ينجم عنه الإتصال الجنسي الطبيعي بين الرجل والمرأة بصورة شرعية.

-أن عملية التلقيح الإصطناعي الداخلي تندرج ضمن عموم جواز التداوي والمعالجة الطبية من العقم.

الرأي الثاني : ويقول أصحابه بعدم جواز إجراء عملية التلقيح الإصطناعي الداخلي ومنهم أحمد الحجي[69] ودليلهم في ذلك:

-أن من الحقوق الأساسية في الزواج هو الإستمتاع الذي يحصل به المتعة الحسية والسكون النفسي للزوجين لينجم عنه إنجاب الأولاد وهو ما لا يتحقق في التلقيح الإصطناعي لقوله تعالى :« هُوَ ٱلَّذِى خَلَقَكُم مِّن نَّفْسٍ وَٰحِدَةٍ وَجَعَلَ مِنْهَا زَوْجَهَا لِيَسْكُنَ إِلَيْهَا ۖ فَلَمَّا تَغَشَّىٰهَا حَمَلَتْ حَمْلاً خَفِيفًا فَمَرَّتْ بِهِۦ ۖ فَلَمَّآ أَثْقَلَت دَّعَوَا ٱللَّهَ رَبَّهُمَا لَئِنْ ءَاتَيْتَنَا صَٰلِحًا لَّنَكُونَنَّ مِنَ ٱلشَّٰكِرِينَ » [70].

---

[67]-محمد خالد منصور، المرجع السابق، ص.83.

[68]-بكر بن عبد الله أبو زيد، فقه النوازل؛ قضايا فقهية معاصرة، مج01، ط01، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1996، ص.270 .

[69]-محمد خالد منصور، المرجع نفسه، ص.84.

[70]- سورة الأعراف، الآية 189.

وقوله تعالى أيضا : « ... هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمْ وَأَنتُمْ لِبَاسٌ لَّهُنَّ ... ».[71] ومادام أن التلقيح الإصطناعي لا يؤدي إلى ذلك فيكون حكمه التحريم طبقا للقاعدة الفقهية القائلة "الأصل في الفروج التحريم حتى يقام الدليل على الحل"[72].

-التلقيح الإصطناعي يمس بكرامة الإنسان وامتهان لها وهو ما يعارض قوله تعالى: " وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِيٓ ءَادَمَ وَحَمَلْنَٰهُمْ فِي ٱلْبَرِّ وَٱلْبَحْرِ وَرَزَقْنَٰهُم مِّنَ ٱلطَّيِّبَٰتِ وَفَضَّلْنَٰهُمْ عَلَىٰ كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلاً"[73] وبهذا يتشابه مع فاحشة الزنا[74].

وكتوفيق بين القولين فإن التلقيح الإصطناعي يأخذ حكم الجواز إذا تم في إطار الضوابط الشرعية وذلك بدليل:

-أن عملية التلقيح الإصطناعي تكون علاجا للعقم ومادام أن التداوي مشروع في الشريعة الإسلامية فالعقم حالة مرضية تستوجب العلاج.

-التلقيح الإصطناعي إذا تم مع احترام الشروط والضوابط الشرعية فإنه لا محالة سيهدف إلى مقصد حفظ النسل والنسب في الشريعة الإسلامية.

-إباحة هذه الحالة هو دفع للحرج والمشقة للزوجين وتجنب الشقاق بينهما بتمام نعمة الأولاد.

-توافق هذه الحالة مع قاعدة أن « لكل مولود بأبيه صلة تكوين و وراثة وله بأمه صلتان » [75].

-عدم تعارض هذه العملية مع خلق الله للإنسان، لأن من خلالها يمر الجنين بجل المراحل التي أوجبها صنع الله عز وجل.

---

[71]-سورة البقرة، جزء من الآية 187.

[72]-محمد خالد منصور، المرجع السابق، ص 86.

[73]-سورة الإسراء، الآية 70.

[74]-محمد خالد منصور، المرجع نفسه ، ص.86.

[75]-بأبيه صلة تكوين و وراثة ومصدرها الحيوان المنوي وبأمه صلتان، صلة تكوين و وراثة ومصدرها البويضة وصلة حمل و ولادة وحضانة ومصدرها الرحم ؛بكر بن عبد الله أبو زيد، المرجع السابق، ص 247.

ولقد أكد جواز التلقيح الإصطناعي الداخلي في صورة ما إذا كان الحيوان المنوي من الزوج والبويضة من الزوجة والرحم رحمها مجموعة من القرارات والفتاوى[76].

–الحالة الثانية والثالثة: وهي تلقيح بويضة الزوجة بنطفة غير الزوج وبحيوان منوي مشترك بين الزوج وشخص أجنبي، إذ أن هاتين الحالتين لهما نفس الحكم الشرعي وهو التحريم بدليل قوله تعالى "..وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ... "[77] ،وقوله تعالى أيضا:". ..ٱدْعُوهُمْ لِأَبَآئِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ ٱللَّهِ ... "[78]. كما أنه بإتباع هاتين الحالتين سيكون هناك خلط في الأنساب، فالولد إذا نسب للزوج فسيكون أب لولد لم يخلق من منيه.

–نكون كذلك أمام فاحشة زنا[79] لتساويهما في الجوهر بأن تم وضع ماء رجل أجنبي قصدا في حرث أنثى بدون زوجية شرعية.

–مشابهة هذه الحالتين بما كان يعرف في الجاهلية بنكاح الإستبضاع وقد جاء الإسلام فحرمه[80].

–من مقاصد الشريعة الإسلامية حفظ الأنساب من الإختلاط، فلذلك حرم التبني بالرغم من أن الولد المتبنى هو من مني أبيه المعروف وهو ما يجعل التلقيح الإصطناعي في هاتين الحالتين أشد حرمة لأنه يؤدي إلى إدخال مني أجنبي في النسب ويلتقي مع فاحشة الزنا في الكيفية[81].

---

[76]–إقروفة زبيدة، المرجع السابق، ص.53-54.

[77]–سورة البقرة، جزء من الآية 233.

[78]–سورة الأحزاب، جزء من الآية 05.

[79]–يعرف الزنا على أنه : وطء الرجل للمرأة التي لا تحل له.

[80]–عن عروة بن الزبير أن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم أخبرته" أن النكاح في الجاهلية كان على أربعة أنحاء: فنكاح منها نكاح الناس اليوم يخطب الرجل إلى الرجل وليته أو ابنته فيُصدقها ثم ينكحها ،ونكاح آخر كان الرجل يقول لامرأته إذا طهرت من طمثها: أرسلي إلى فلان فاستبضعي منه ويعتزلها زوجها ولا يمسها أبدا حتى يتبين حملها من ذلك الرجل الذي تستبضع منه، فإذا تبين حملها أصابها زوجها إذا أحب، وإنما يفعل ذلك رغبة في نجابة الولد، فكان هذا النكاح نكاح الإستبضاع.." ؛ أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، ط 01، دار إبن كثير،دمشق، بيروت، 2006، ح.ر.5127،كتاب النكاح ، ص.1307.

[81]–محمد خالد منصور، المرجع السابق، ص.91.

ب-الحكم الشرعي للتلقيح الإصطناعي الخارجي:

وهو ما يطلق عليه كذلك الإخصاب خارج الحسم أو الإخصاب المعملي ويكون ذلك بإجراء عملية مزج مني الرجل أو غيره مع بويضة الزوجة أو غيرها في وسط خارجي مناسب لإحداث عملية التلقيح ثم تعاد اللقيحة إلى رحم المرأة صاحبة البويضة أو غيرها.

ولهذا الأسلوب صورا كنا قد بيناها في ما سبق [82] يختلف حكمها الشرعي، وإن كنا في هذا الصدد سنعمد إلى الجمع بين تلك الصور بالنظر إلى السبب الذي تشترك فيه وهذا ما سنبينه على النحو التالي:

الحالة الأولى:

وتكمن في أخد نطفة الزوج وبويضة الزوجة وتلقيحهما داخل أنبوب اختبار، ثم تؤخذ اللقيحة وتزرع في داخل رحم الزوجة صاحبة البويضة وغالبا ما يتم اللجوء إلى هذا الأسلوب عندما يكون هناك انسداد في قناة فالوب[83]، ولقد اختلف العلماء في جواز هذه الحالة على قولين:

القول الأول: يرى بحرمة التلقيح الإصطناعي بين الزوجين و من هؤلاء العلماء المعاصرين رجب التميمي والصديق الضرير وهارون خلف جبلي[84] والإمام عبد الحليم محمود[85] ومحمد إبراهيم شقرة[86] وأدلتهم في ذلك:

-أن الحمل والإنجاب مردهما إلى علم الله تعالى وإرادته وحده وطفل الأنبوب لا يمكن أن يتعدى كونه تجربة علمية ظنية.

-إن العمل بقاعدة "سد الذرائع" في الشريعة الإسلامية يحتم منع اللجوء إلى طفل الأنبوب ومنعه[87].

---

[82]-أنظر، ص.22و23 من هذا البحث.

[83]-قناة فالوب:هي إحدى قناتين في الجهاز التناسلي للمرأة تربط بين الرحم والمبيض وتنتقل عبرها البويضات؛ أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، مج03، ط01، عالم الكتب، القاهرة، 2008، ص.1662.

[84]- لبنى محمد جبر وشعبان الصفدي، المرجع السابق، ص.40.

[85]-فتاوى عبد الحليم محمود، ج02، ط05، دار المعارف، القاهرة، د.س.ن، ص.245-246.

[86]- محمد خالد منصور، المرجع السابق، ص.94.

[87]-إن قاعدة سد الذرائع تفرض حظر طفل الأنبوب، كونها قاعدة تحظر على المسلم شيئا من الحلال الصريح مخافة الوقوع في الحرام الصريح ، وطفل الأنبوب يطلب بطريق غير مشروع وهو الكشف عن عورة المرأة وملامستها وتدقيق النظر إلى مواطن الفتنة، فالقضية فيه معكوسة تماما، فيكون أولى بالتحريم مما حرم بسير الذرائع؛ زياد أحمد سلامة، المرجع السابق، ص.92.

-الأصل في إنجاب الأولاد إنما يكون بالمعاشرة الزوجية الطبيعية، فيحدث الحمل لقوله تعالى: « نِسَآؤُكُمۡ حَرۡثٞ لَّكُمۡ فَأۡتُواْ حَرۡثَكُمۡ أَنَّىٰ شِئۡتُمۡۖ وَقَدِّمُواْ لِأَنفُسِكُمۡۚ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَٱعۡلَمُوٓاْ أَنَّكُم مُّلَٰقُوهُۗ وَبَشِّرِ ٱلۡمُؤۡمِنِينَ »[88]، وأن في التلقيح الواقع خارج جسم الزوجين يقوم به طبيب مختص، فتكون العلاقة متعدية إلى طرف ثالث.

-في هذا الأسلوب انتهاك لحرمة العلاقة الزوجية الواجب قيامها في إطار سري[89].

-عملية التلقيح الإصطناعي الخارجي محفوفة بمخاطر جمة، إذ من الممكن تلقيح بويضة الزوجة بمني غير مني الزوج، مما يترتب عليه خلط في الأنساب كما قد يصاب الجنين بتشوهات وأمراض وحتى الأم كذلك .

-إن المواد المستعملة في مساعدة البويضة على الإنقسام والحيوان المنوي على الإلتحام لم يتم التعرف عليها بصفة قطعية، فقد تمتزج تلك المادة بمواد عضوية أخرى[90].

-العمل بقاعدة درء المفاسد مقدم على جلب المصالح يوجب عدم جواز التلقيح الإصطناعي الخارجي فالمفاسد التي تترتب عليه أولى بدرئها من جلب مصلحة إنجاب الأولاد[91].

-إن العمل بهذا الأسلوب يفتح الباب أمام الكثيرين من اللعب بالنطف واختلاط الأنساب وفساد عظيم[92].

القول الثاني: يقول أصحاب هذا الرأي بجواز هذه النوع من التلقيح، لكن بتوافر جملة من الشروط والضوابط وبه قال فريق من أعضاء مجلس المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة [93] وكذلك أعضاء من اللجنة الفقهية الطبية الدائمة بالأردن[94]، وأدلتهم في ذلك:

---

[88]-سورة البقرة، الآية 223.

[89]-لبنى محمد جبر وشعبان الصفدي، المرجع السابق، ص.32.

[90]-زياد أحمد سلامة، المرجع السابق ، ص.92.

[91]-مرحبا إسماعيل، المرجع السابق، ص.442.

[92]-« وهو ما عبر عنه عبد الرحمن عبد الخالق إثر مناقشات في ندوة الإنجاب في الإسلام سنة 1983 بقوله: لا شك أنه إذا فتحت هذه الوسائل ستؤدي أيضا إلى كثير من الشرور والآثام وهو ما أسميته من الآن-اللعب بالمنى- هذه القضية وسيلة أرجو أن ننظر إليها بعين الحذر جدا وذلك أن اللعب به سيؤدي إلى فساد عظيم واختلاط الأنساب، فأرجو أن يبقى الأمر محصورا بصورته الشرعية الصحيحة وهي: ألا يصل المني إلى فرج المرأة إلا بالصورة الشرعية التي حددها الله تبارك وتعالى »نقلا عن، محمود أحمد طه، المرجع السابق،ص.98-99.

[93]-ومن أبرز أعضاء المجلس الذين قالوا بالجواز: عبد الله عمر نصيف، عبد الله بن عبد الرحمن البسام، صالح الفوزان، مصطفى الزرقاء، محمد محمود الصراف، محمد بن جبير، محمد رشيدي ومحمد بن صالح العثيمين وغيرهم؛ محمد خالد منصور، المرجع السابق، ص.93-94.

[94]-ومن أعضائها:إبراهيم زيد الكيلاني، علي الصوا، محمد شبير، عمر الأشقر ومحمود السرطاوي؛ محمد خالد منصور، المرجع نفسه، ص.94.

-يمكن قياس التلقيح الإصطناعي الخارجي على التلقيح الطبيعي لأن كل منهما يقصد به حصول النسل في إطاره الشرعي-العلاقة الزوجية- مما يستوجب أخذ حكمه وهو الإباحة.

-إن أسلوب التلقيح الإصطناعي الخارجي يندرج تحت مسألة التداوي وهو أمر مباح في الشريعة الإسلامية، لأنه من طرق علاج العقم[95].

-إن قول أصحاب الرأي الأول بوجود طرف ثالث في العملية غير جائزة لا يقصد به الطبيب وإنما بويضة غير الزوجة أو مني غير الزوج أو رحم امرأة أجنبية وهذا ما لا يكون في التلقيح الإصطناعي الخارجي المباح[96].

-أما الخشية من اختلاط الأنساب فهناك جملة من الضوابط والشروط الواجب توافرها ويطلب مراعاتها بحرص شديد.

-وأما المادة التي قالوا بأنها مجهولة، فمحتواها معروف ومتداول في الأسواق وهو ما ينفي وجود شبهة في مصدرها[97].

يمكن القول كخلاصة لما فصلناه بأن عملية التلقيح الإصطناعي الخارجي يمكن اللجوء إليها متى توافرت شروطها وضوابطها التي أقرها القائلون بإباحتها شرعا، كوجود العلاقة الزوجية الشرعية وحالة الضرورة والتأكد من عدم إمكانية اختلاط اللقيحات بحيوانات منوية ليست للزوجين مع ضمان عدم وقوع آثار سلبية على المولود والحامل معا[98].

[95]-محمد خالد منصور، المرجع السابق ، ص.95.

[96]-لبنى محمد جبر وشعبان الصفدي، المرجع السابق، ص.33.

[97]-لبنى محمد جبر وشعبان الصفدي، المرجع نفسه، ص.34.

[98]-محمد فوزي فيض الله، التلقيح الإصطناعي،مجلة الوعي الإسلامي،الكويت، ع259،السنة الثانية والعشرون،مارس-أفريل 1986،ص.37.

الحالة الثانية:

أن تلجأ المرأة المتوفى عنها زوجها إلى تلقيح خارجي بين بويضتها ومني زوجها الذي كان مجمدا في بنك المني[99]، أو أن يكون لهما جنين مجمد كذلك [100] ليتم غرس اللقيحة أو الجنين في رحمها ولقد ثار بشأن هذه المسألة خلاف فقهي بين قولين، أحدهما يرى بحرمة العملية وآخر يقر بجوازها مع عدم استحسانها.

القول الأول: وهو رأي أغلب الفقهاء المعاصرين، إذ لا يجوز للمرأة اللجوء إلى التلقيح بعد وفاة زوجها ولو بمنيه، لأنه عمل محرم شرعا، كون أن الحياة الزوجية تنتهي عند لحظة الوفاة[101] ولا يمكن النظر إلى أجل العدة.

القول الثاني: يجوز للزوجة المتوفى عنها زوجها للجوء إلى عملية التلقيح الإصطناعي بشرط أن يتم ذلك أثناء عدتها، نظرا لعدم ورود دليل على حرمة ذلك، إذ يبقى الحكم العام يسري على هذه الحالة وهو الإباحة، لكون أن آثار الزواج لازالت قائمة بعد الوفاة وأثناء العدة [102]، هذا وإن كان أنصار هذا القول يرون بجواز إجراء هذه الصورة إلا أنهم يقولون بعدم استحسانها.[103]

---

[99]–بنك المني :ويسمى كذلك ببنك النطف، فهو مكان مخصص لحفظ وتخزين الحيوانات المنوية للرجل ليتم اللجوء إليها عند الحاجة في عملية التلقيح الإصطناعي ، مع توفير ظروف فيزيائية وكيميائية معينة تمكن من بقاء تلك النطف لمدة قد تصل إلى ربع قرن، إذ يكون حفظها في ثلاجات ببرودة أقل من 196 درجة مئوية في مادة النيتروجين السائل داخل علبة مصنوعة من رصاص خاص لوقايتها من الأشعة حفاظا على سلامتها؛ عبد الرحمن محمد أمين طالب، البنوك الطبية واقعها وأحكامها، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي قضايا طبية معاصرة، مج 02 ،جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية–المملكة العربية السعودية، 1431هـ، ص.1311، حسن السيد حامد خطاب، بنوك الحيامن وضوابطها في الفقه الإسلامي، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي قضايا طبية معاصرة، مج 02، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية–المملكة العربية السعودية، 1431هـ،ص.1506.

[100]–محمد خالد منصور، المرجع السابق، ص.109.

[101]–وقد قال مصطفى الزرقاء في بحثه حول التلقيح الإصطناعي أن هذه الصورة محتملة الوقوع ومن الواضح أن اللجوء إليها أمر غير جائز شرعا لأن الزوجية تنتهي بالوفاة وحينئذ يكون التلقيح قد تم بنطفة من غير زوج وهي نطفة محرمة ؛ زياد أحمد سلامة، المرجع السابق، ص. 81؛ بكر بن عبد الله أبو زيد، المرجع السابق، ص.269.

[102]–أحمد محمد لطفي أحمد، المرجع السابق، ص. 103؛ عامر قاسم أحمد القيسي، مشكلات المسؤولية الطبية المترتبة على التلقيح الإصطناعي– دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، ط01، الدار العلمية الدولية ، عمان، 2001، ص.59.

[103]–ذهب إلى هذا القول عبد العزيز الخياط بقوله « ...وإن العملية وإن كانت غير مستحسنة فهي جائزة شرعا،...وإنما من غبر المستحسن في هذه الحالة أن تلجأ المرأة إلى الإنجاب بهذه الطريقة » ؛ زياد أحمد سلامة، المرجع نفسه، ص.82.

الحالة الثالثة:

إذا كنا قد تناولنا في الحالة الأولى والحالة الثانية مسألة التلقيح الإصطناعي الخارجي الواقع بين الزوجين أثناء حياتهما أو بعد وفاة الزوج، فإننا فضلنا في هذه الحالة إجمال الحكم الشرعي لباقي الصور والأساليب التي يمكن أن تتم بها هذه العملية وذلك من زاوية تدخل طرف ثالث فيها سواء كان نطفة أو بويضة أو رحم أجنبي[104].

1-وجود حيوان منوي أو بويضة أجنبية أو كلاهما معا، فقد يكون الزوج عاجزا عن الإخصاب لسبب معين، مما يدفع الزوجين إلى البحث عن متبرع يمنحهما منيه أو جلبه من بنوك المني أو الخلايا الذكرية المجمدة. ونفس الشيء في حال كون الزوجة غير قادرة على إفراز بويضات قابلة للتلقيح بسبب مرض يحول دون ذلك، فيحتم على طرفي العلاقة الزوجية الإستنجاد بامرأة تمنحها بويضة بديلة بمقابل مالي أو على وجه التبرع [105]، حيث يتم التلقيح وتعاد اللقيحة إلى رحم الزوجة.

وعليه فإن فقهاء الشريعة الإسلامية قالوا بحرمة هذا الأسلوب، لأن الزوجة إذا حملت من ماء أجنبي غير ماء زوجها فهو حمل به معنى الزنا ونتائجه. ومعلوم أن الزنا محرم قطعا بنصوص القرآن [106]والسنة والولد الذي يتخلق ويولد من هذا الصنيع حرام بيقين، لالتقائه مع الزنا المباشر في اتجاه واحد وهو يؤدي إلى اختلاط الأنساب[107].

---

[104]-الرحم الأجنبي: ويطلق عليه الرحم الظئر أو الرحم المستأجرة أو الأم البديلة أو الحاضنة أو المضيفة أو شتل الجنين ويلجأ إلى هذه الطريقة عند إصابة رحم الزوجة بمرض يمنعها من الحمل أو يكون رحمها مستأصلا؛ أحمد محمد كنعان، الموسوعة الطبية الفقهية-موسوعة جامعة للأحكام الفقهية في الصحة والمرض والممارسات الطبية؛ تقد، محمد هيثم الخياط، ط 01، دار النفائس، بيروت، 2000، ص.381؛ كريمة عبود جبر، إستئجار الأرحام والآثار المترتبة عليه، مجلة أبحاث كلية التربية الأساسية، جامعة الموصل، العراق، 2010، ع03، مج09، ص.241-242؛ بكر بن عبد الله أبو زيد، المرجع السابق، ص.258.

[105]-المتبرعة :هي المرأة التي تتبرع ببويضتها لامرأة أخرى ذات زوج أو غيره و تسمى كذلك بالمانحة؛ بكر بن عبد الله أبو زيد، المرجع نفسه،ص.258

[106]-قول الله عز وجل:"وَلَا تَقْرَبُواْ ٱلزِّنَىٰٓ إِنَّهُۥ كَانَ فَٰحِشَةً وَسَآءَ سَبِيلًا "؛ سورة الإسراء، الآية 32.

[107]-الفتاوى الإسلامية لمجموعة من أعلام المفتين، مج9، ط02، دار الإفتاء المصرية، القاهرة، 1997، ص.3220.

-يقول أحمد حماني الجزائري:« لا يجوز لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تقدم على عملية الأنبوب وهي تعلم أن المني لغير زوجها، لأنها أتت ببهتان عظيم وألحقت الولد بغير أبيه و عرضته للمهانة في حياته إذ يعيش بينهم بغير أب معروف ولا يجوز لزوج هذه المرأة أن يقرها على ذلك وأن يرضى بولد من غير نطفته تحمل به امرأته إذ يعيش بينهم بغير أب معروف » ؛ إقروفة زبيدة، المرجع السابق، هامش01، ص.69.

ولقد صدرت العديد من القرارات والفتاوى بخصوص تحريم هذه الصورة ومن أبرزها الفتوى رقم 02 للجنة الإفتاء الكويتية، وما جاء في توصيات ندوة الإنجاب في ضوء الإسلام المنعقدة بالكويت بتاريخ 11 شعبان 1403هـ الموافق 24 ماي 1983، والقرار الثاني لمجلس المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي في دورته الثامنة لعام 1405هـ ، وقراره الثاني في دورته الثانية عشر لعام 1410هـ، وقرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الثالث بعمان عاصمة المملكة الأردنية الهاشمية من 08 إلى 13 صفر 1407هـ الموافق 11 إلى 16 أكتوبر 1986، وقرار اللجنة الفقهية الطبية لجمعية العلوم الطبية الإسلامية الأردنية لعام 1413هـ الموافق 22 أكتوبر 1992، وقرار الأكاديمية الملكية المغربية في الدورة الثانية لعام 1986 تحت عنوان "القضايا الخلقية الناجمة عن التحكم في تقنيات الإنجاب"[108].

2-وجود الرحم الأجنبي: وتشمل هذه الصورة مسألتين، أولاهما أن يكون الرحم لامرأة أجنبية عن الزوجين تماما وثانيهما كون صاحبة الرحم البديل هي زوجة ثانية للزوج صاحب المني، أي ضرة للزوجة وهو ما يستوجب التفصيل فيه تبعا لما يلي:

أ-صاحبة الرحم امرأة أجنبية:

في هذه الحالة وبعد الإنتهاء من مراحل تلقيح البويضة، يتم غرسها في رحم امرأة أجنبية وبغض النظر عن صاحب المني أو البويضة فحكمها الشرعي هو التحريم المطلق وبهذا قال فقهاء الشريعة الإسلامية استنادا لقوله تعالى:« وَٱلَّذِينَ هُمۡ لِفُرُوجِهِمۡ حَٰفِظُونَ ۝٥ إِلَّا عَلَىٰٓ أَزۡوَٰجِهِمۡ أَوۡ مَا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُهُمۡ فَإِنَّهُمۡ غَيۡرُ مَلُومِينَ ۝٦ فَمَنِ ٱبۡتَغَىٰ وَرَآءَ ذَٰلِكَ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلۡعَادُونَ ۝٧ »[109] والعلة في تحريم ذلك هو الوقوع في اختلاط الأنساب وإفساد لمعنى الأمومة، فلا يمكن التعرف على الأم الحقيقية للجنين، هل هي صاحبة البويضة أم المرأة التي نمى الجنين في أحشائها وتغذى من دمها؟ بل ذهبت دار الإفتاء المصرية إلى القول بأن كل طفل ناشئ بالطرق المحرمة قطعا من التلقيح يعد لقيطا وينسب لمن حملت به و وضعته، باعتباره حالة ولادة طبيعية كولد الزنا الفعلي تماما، إذ ينسب لأمه فقط[110].

[108]- مرحبا إسماعيل، المرجع السابق، ص.418-428.

[109]-سورة المؤمنون، الآيات من 05 إلى 07.

[110]-الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية، المرجع السابق، ص.3225.

وذلك بدليل قوله صلى الله عليه وسلم في الحديث الذي رواه أبو هريرة رضي الله عنه أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول حين نزلت آية المتلاعنين :" أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء، ولم يدخلها الله جنته، وأيما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه، احتجب الله عنه وفضحه على رؤوس الأولين والآخرين"[111].

وعليه فلا يمكن البتة العمل في هذا الصدد بقاعدة التعاون والتكافل الإجتماعي الذي فرضه الله عز وجل على المسلمين، فتعين المرأة الولود المرأة العاقر بغية الإنجاب بتمكينها من رحمها، فذلك يعد خروجا عن فطرة الله التي فطر الناس عليها، وتبقى هذه الوسيلة التي أفرزتها الإكتشافات الطبية الحديثة مؤدية وبدون ريب إلى عدم إقامة حدود الله[112].

وما يجدر التنويه إليه هو أن صاحبة الرحم سواء كانت متزوجة أو غير متزوجة فالحكم الشرعي الذي يسري عليها هو التحريم، على عكس ما ذهب إليه يوسف القرضاوي في مقالته التي أصدرتها مجلة العربي بالكويت في عددها 232 ربيع الأول عام 1398 الموافق شهر مارس 1978، حيث أجاز ذلك بشرط أن تكون صاحبة الرحم ذات زوج وأن تتم عملية شتل الجنين برضاه وأن تستبرئ حالة التلقيح، أي تعتد عن زوجها للعلم ببراءة رحمها و وجوب النفقة والرعاية الصحية للحاضنة، مع ترتيب كل أحكام الرضاعة، دون أن يكون لزوج الحاملة أي علاقة بالجنين. وهذا القول قوبل بالرفض والتعقيب حفظا للأنساب من الإختلاط، لأنه شبيه بفاحشة الزنا في حقيقته مادام أن هناك اتصال مني رجل غريب إلى امرأة ذات زوج[113].

ب-صاحبة الرحم زوجة ثانية للزوج:

تكمن هذه الحالة في وجود زوجتين تحت عصمة زوج واحد تكون إحداهما غير قادرة على الحمل بأن يكون رحمها معطلا أو منزوعا ولكن بإمكانها إفراز بويضات أما الثانية فبإمكانها الحمل، فتقبل هذه الأخيرة الحمل مكان ضرتها المحرومة من الأولاد مادام أن تلقيح بويضة الزوجة الأولى يتم بمني زوجهما.

---

[111]-أخرجه أبو داود والنسائي وابن ماجة وصححه ابن حبان، الحافظ ابن حجر العسقلاني، بلوغ المرام من أدلة الأحكام، دار الفكر،بيروت، 2002، ص.304.

[112]-تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص.120.

[113]-عبد الله بن زيد آل محمود، الحكم الإقناعي في إبطال التلقيح الصناعي، موقع الإنترنت http://ibn-mahmoud.com/books ،تاريخ الإطلاع 2016/02/01.

واشترط القائلون بجواز ذلك رضا الأطراف الثلاثة، مع عدم معاشرة الزوج لزوجته الحامل في الأيام الأولى للحمل تفاديا لاختلاط الأنساب من جهة الأم واستدلوا في رأيهم على أن العملية تتم في إطار العلاقة الزوجية، فماء الزوج خرج محترما وبقي كذلك عند حقنه أو غرس اللقيحة في رحم زوجته الثانية كما يبقى الحمل محفوظا[114].

ولقد أجاز المجمع الفقهي الإسلامي هذه الصورة في دورته السابعة [115]، إلا أنه بعد دراسته للمسألة ومناقشتها من جديد أثناء دورته الثامنة[116]، قرر ذات المجلس سحب ما أجازه في هذا الجانب وذلك خشية أن تحمل الزوجة التي زرعت فيها لقيحة الزوجة الثانية(ضرتها) قبل انسداد رحمها وبعد معاشرة زوجها لها، فيختلط الأمر ولا يمكن معرفة نسب الولد من جهة الأم أو أن تلد توأمين ولا يعلم ولد اللقيحة من ولد المعاشرة [117]، وعليه فالقول هو حرمة هذه الصورة من التلقيح وإن كان نسب الولد ثابت بلا شك من جانب الأب[118].

إنتهينا من تبيان رأي الفقه الإسلامي حول حكم أساليب التلقيح الإصطناعي في هذا البند وما بقي لنا إلا أن نبين الضوابط الشرعية لإجراء تلك العملية عند القائلين بجوازها في البند الموالي.

ثانيا: الضوابط الشرعية لإجراء عملية التلقيح الإصطناعي:

كما هو معلوم أن مسألة التلقيح الإصطناعي قد أجازها الكثير من الفقهاء المعاصرين إلا أنهم في مقابل ذلك وضعوا لها ضوابط وشروطا لابد من احترامها وعدم تجاوزها لكي تبقى عملية مباحة ويمكن تعداد هذه الضوابط فيما يلي:

---

[114]- إقروفة زبيدة ، المرجع السابق، ص.63.

[115]-القرار الخامس للمجمع الفقهي الإسلامي حول التلقيح الإصطناعي وأطفال الأنابيب في دورته السابعة، قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، الدورات من الأولى إلى السابعة عشر، القرارات من الأول إلى الثاني بعد المائة ، ط02، 1977-2004، ص.152.

[116]-القرار الثاني للمجمع الفقهي الإسلامي حول التلقيح الإصطناعي وأطفال الأنابيب في دورته الثامنة، المرجع نفسه، ص.161 وما بعدها.

[117]-عيسى أمعيزة، الحمل إرثه أحكامه وصوره المعاصرة بين الشريعة والقانون، مذكرة ماجستير في العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 2005-2006، ص.121؛ بوشي يوسف، الجسم البشري وأثر التطور الطبي على نطاق حمايته جنائيا –دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة تلمسان، كلية الحقوق،2012-2013، ص.204-205.

[118]-هند الخولي، تأجير الأرحام في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الإقتصادية والقانونية، 2011، ع03، مج27، ص293.

1-كشف العورة:[119]

إن نقل الحيوان المنوي من الزوج إلى زوجته سواء بالتلقيح الداخلي أو التلقيح الخارجي، لا محالة سينجر عنه كشف لعورة الزوجين أمام الأطباء القائمين على هذه العملية وهم من الأجانب في نظر الشريعة الإسلامية وذلك يعتبر في الأصل محرما، لذلك كان من الأجدر أن يتم التلقيح بحضور الزوج[120].

ولقد حرص فقهاؤها القدامى على هذه المسألة [121] وأكدوا على ضرورة مراعاتها عند الإقدام على أي عمل، درءا للإختلاط والوقوع في المفاسد وانتهاك الحرمات. كما اهتم بها كذلك الفقهاء المعاصرين وحاولوا ضبطها مع المستجدات الطبية، فقالوا بجواز مداواة الرجل للمرأة وللمرأة أن تداوي الرجل وذلك عند الضرورة والحاجة[122].

---

[119]- العورة هي كل أمر يستحيا منه وهي السوأة لقبح النظر إليها أو هي كل ما يستره الإنسان من جسمه أنفة وحياءً. وفي الإصطلاح هي ما يحرم كشفه من الجسم أو ما يجب ستره وعدم إظهاره للأجانب؛ أحمد محمد كنعان، المرجع السابق، ص.745.

[120]- شامي أحمد، التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري دراسة فقهية ونقدية مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة الإسكندرية، كلية الحقوق، 2008-2009، ص.111.

[121]-يرى الحنابلة: أنه يجوز للطبيب النظر إلى ما تدعوا الحاجة إلى نظره من بدنها حتى فرجها وباطنه لأن ذلك موضع حاجة وظاهره ولو كان الطبيب ذميا...وقالوا ليكن فحص الطبيب للمريضة مع حضور محرم منها أو زوج لأن الخلو بالأجنبية ممنوعة شرعا ولا يؤمن معها وقوع المحظور.

-أما الحنفية فقالوا: إذا كان في المرأة جرح أو قرح في موضع لا يحل للرجال النظر إليه، فلا باس أن تداويها امرأة إذا كانت تعرف المداواة، فإن لم تعرف المداواة تعلم ثم تداويها، فإن لم توجد امرأة تعرف المداواة ولا امرأة تستطيع أن تتعلم وخيف عليها الهلاك أو بلاء أو وجع لا تحتمله فيجوز أن يداويها الرجل ولكن لا يكشف منها إلا موضع الجرح ويغض بصره ما استطاع.

-وقال الشافعية: إن النظر و المس مباحان لفصد وحجامة وعلاج ولو في فرج المرأة للحاجة الملحة إلى ذلك، لأن في تحريم ذلك حرجا وعلى هذا فللرجل مداواة المرأة وعكسه ولكن بشرط حضور محرم أو زوج أو امرأة ثقة إن جوزنا خلوة الأجنبي بامرأتين وهو الراجح، إلا أنه يشترط لجواز معالجة الرجل للمرأة عدم وجود امرأة قادرة على معالجتها وأن لا يكون ذميا مع وجود طبيب مسلم ؛ زيدان عبد الكريم، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ط01، ج3، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1993، ص.213-215.

-وهذا كله يدخل في معنى الحديث الذي روي عن عمر وعن أبي معبد عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال:" لا يخلون رجل بامرأة ولا تسافر امرأة إلا ومعها ذو محرم"؛ أحمد بن حنبل، المسند، ج02، تح.محمد عبد القادر عطا، ط01، دار الكتب العلمية، بيروت،2008، ح.ر 1962، ص.45.

[122]-محمد علي البار، مداواة الرجل للمرأة ومداواة الكافر للمسلم، ط 01، دار المنار للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 1995، ص.07 وما بعدها؛ وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي، ط 04، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1985، ص.128 و 136؛ عبد الفتاح محمود إدريس، قضايا طبية من منظور إسلامي بحث فقهي مقارن، ط01، مكتبة ألكسندرينة، مصر، 1993، ص18 وما بعدها.

وحث الله سبحانه وتعالى على ذلك بقوله « قُل لِّلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّواْ مِنْ أَبْصَـٰرِهِمْ وَيَحْفَظُواْ فُرُوجَهُمْ ۚ ذَٰلِكَ أَزْكَىٰ لَهُمْ ۗ إِنَّ ٱللَّهَ خَبِيرٌۢ بِمَا يَصْنَعُونَ »[123] وتفسير ذلك ضرورة غض البصر وعدم النظر إلى ما هو محرم، فلا ينظر المسلم إلا ما أباح الله له النظر إليه[124].

كما أجاز محمد بن إبراهيم آل الشيخ كشف الأطباء على عورات النساء للعلاج وخلوتهم بهن في حالة عدم وجود الطبيبة المطلوبة، لأن ذلك أشبه بالضرورة غير أن هذه الضرورة تقدر بقدرها[125].

2-أن تكون العلاقة الزوجية قائمة:

وهو شرط أساسي، لأنه كما سبق وأن فصلنا [126] بأن التلقيح الإصطناعي لا يكون مباحا إلا إذا كان بين زوجين وأثناء علاقتهما الزوجية قبل انتهائها بوفاة أو بطلاق عند غالبية الفقهاء، مع وجوب رضا الزوجين عند اللجوء إلى هذه العملية.

3-أن تكون هناك حاجة الزوجين إلى الولد:

فالفقهاء الذين أجازوا عملية التلقيح الإصطناعي قد اعتبروا بأن الحاجة إلى الولد يمكن تنزيلها منزلة الضرورة، حيث يرى مصطفى أحمد الزرقاء أن الغرض المشروع في الحصول على الولد يمكن أن يبيح انكشاف الزوجة في سبيل معالجة العقم أو التلقيح الإصطناعي إن لم تكن طريقة التلقيح تنطوي على محظورات أخرى، سواء كان ذلك برغبة من الزوج أو الزوجة[127].

---

[123]-سورة النور الآية 30.

[124]- أبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، مج03،ط01، دار إبن حزم،بيروت،د.س.ن ، ص.2035.

[125]-فتوى رقم 2700 بتاريخ 21 رمضان 1385هـ؛ أبو محمد أشرف بن عبد المقصود، فتاوى المرأة المسلمة لمجموعة من العلماء، ج2، ط1، دار ابن حزم، بيروت، 2001، ص.559-560؛ خالد بن عبد الرحمن الجريسي، الفتاوى الشرعية في المسائل العصرية من فتاوى علماء البلدي الحرام- عبد العزيز بن عبد الله بن باز ومحمد بن صالح العثيمين وعبد الله بن عبد الرحمن الجبرين وصالح بن فوزان الفوزان واللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء-، ط01، مؤسسة الجريسي، الرياض، 1999، ص.1134.

[126]-أنظر، ص.32 من هذا البحث.

[127]- و من الأسباب التي جعلت مصطفى أحمد الزرقاء يستنبط حكم الضرورة لهذه النازلة ، على أساس أن تعدد الزوجات بالأمر السهل لكل رجل وقد يكون الأولاد الذين للرجل من امرأة أخرى لا يحققون أمله و مصلحته و ليس للمرأة طريق آخر مشروع للحصول على ولد، كما أن عقم المرأة يعتبر حالة مرضية و عقمها وحرمانها من الأمومة قد يجرها إلى أزمات و أمراض نفسية و إلى أمراض جسمانية ؛ زياد أحمد سلامة ، المرجع السابق، ص.51-52.

لقد أكد ذلك ما جاء في قرار مجلس المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي، حيث أجاز انكشاف المرأة المسلمة على غير زوجها ما دام أن هناك حاجة تدفعها، مع تقييد ذلك الإنكشاف بقدر الضرورة حسب ما قال به ذات المجلس في دورته الثامنة لعام 1405هـ في قراره الثاني.

هذا وإن كان في مقابل ذلك بعض الفقهاء يرون بأن عمل الإنجاب بهذه الطريقة لا يمكن اعتباره ضرورة تخول لصاحبها شرعية الإنكشاف والتعري[128] ويكون تركه أولى من فعله[129].

4-القائم على عملية التلقيح الإصطناعي:

على الطبيب القائم على عملية التلقيح الإصطناعي أن يتصف بجملة من المواصفات بدء بتقوى الله عز وجل والتوكل عليه لقوله تعالى ﷻ« ... وَلَقَدۡ وَصَّيۡنَا ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلۡكِتَٰبَ مِن قَبۡلِكُمۡ وَإِيَّاكُمۡ أَنِ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَۚ ...»[130] وأن يعمل على ستر عورات مرضاه وعدم النظر إلا بقدر ما يحتاج إليه، مع ضرورة التحلي بالإخلاص وعدم الإستثمار في أموال مرضاه بالتماطل عليهم لزيادة الربح. كما يطلب منه التحلي بالفقه والعلم الشرعي لتمييز الحلال من الحرام[131] وأن يجعل تدبيره وعلاجه مرتكزا على الأركان الشرعية الخمسة[132].

فإذا اتصف الطبيب الموكل إليه عملية التلقيح بهذه الصفات، تحقق الإطمئنان من عدم اختلاط الأنساب عند نقل المني والبويضات وعدم إدخال مني أجنبي عن العلاقة الزوجية. وهناك من طالب بضرورة إسناد هذه التقنية إلى هيئة طبية موثوقة علميا وشرعيا ذات طابع حكومي، تجنبا لظاهرة التنافس على الربح والإستثمار في أجساد المرضى، كما تقوم بتجميد البويضات وفقا لقانون يتضمن نصوصا رادعة لمن تسول له نفسه التلاعب بالحيوانات المنوية والبويضات[133].

---

[128]-يقول بكر بن عبد الله أبو زيد إن في طريق الإنجاب هذه أبشع صورة للتعري وفحص السوأة أو السوأتين من رجل أجنبي عنها، بل و ربما فريق عمل لها، وعمل الإنجاب لا يحتسب ضرورة يباح في سبيلها هذا التبذل و الهبوط؛ المرجع السابق، ص.275.

[129]-عبد العزيز بن عبد الله بن عبد الرحمن بن باز، مجموع فتاوى ومقالات متنوعة، ج 21، ط01، رئاسة إدارة البحوث العلمية والإفتاء، الرياض، 2004، ص.192.

[130]-سورة النساء الآية 131.

[131]-لبنى جبر وشعبان الصفدي، المرجع السابق، ص.96.

[132]-وهي: حفظ الصحة الموجودة ، إعادة الصحة المفقودة بقدر الإمكان، إزالة العلة أو تقليلها بقدر الإمكان، تحمل أدنى المفسدتين لإزالة أعظمهما وتقريب أدنى المصلحتين لتحصيل أعظمهما.

[133]-محمد خالد منصور، المرجع السابق، ص.99.

5-طريقة أخذ الحيوانات المنوية:

إن أخذ الحيوانات المنوية من الرجل تختلف عن نظيرتها لأخذ البويضة من المرأة، فبالنسبة للزوج لابد من اللجوء إلى إحدى الطرق التالية:

أ-الإستمناء: وهو طلب إخراج المني للحصول على نطفة الزوج عن طريق تهييج العضو التناسلي أمام الطبيب ولقد اختلف الفقهاء في حكمه[134].

ب-العزل: وهو أن يجامع الزوج زوجته فإذا أحس بقرب الإنزال نزع وقذف خارج الفرج وبهذا يتمكن الطبيب من أخذ نطفة الزوج ولقد اختلف الفقهاء كذلك في حكمه[135].

ج-إعطاء الزوج عقاقير تثير الشهوة وتحدث الإنزال بسهولة أو شفط الحيوانات المنوية بأجهزة خاصة.

أما بالنسبة للزوجة فيمكن أخذ بويضتها بالطرق التالية:[136]

أ-إستخراج البويضة من رحم المرأة.

ب-إدخال آلة لسحب البويضة للرحم.

إن الإشكال لا يثور بالنسبة لطرق الحصول على بويضة الزوجة ومدى تعارضها مع أحكام الشريعة الإسلامية مقارنة مع الطرق المتبعة لأخذ نطفة الزوج وبالأخص طريقة الإستمناء، حيث يفضل البعض تجنب هذه الطريقة لكونها تعد خروجا عن نطاق الإنسانية لتصل إلى حدود الحيوانية، إذ يمكن الإستغناء عنها بطريقة العزل، فيمكن للزوج أن يتصل بزوجته جنسيا وعند شعوره بقرب الإنزال يضعه في أنبوب معدة خصيصا لذلك أو أن يقوم الطبيب باستخراجه من داخل رحم الزوجة بوسيلة أخرى تكون مباحة شرعا[137].

---

[134]-ذهب الشافيعية والمالكية والزيدية إلى تحريم الإستنمناء ، أما الحنابلة والحنفية فقالوا بحرمته ما لم تكن هناك ضرورة وخشية من الوقوع في الزنا وبهذا قال إبن تيمية وأما الظاهرية فقالوا بأنه مكروه؛ زياد أحمد سلامة، المرجع السابق، ص. 257؛ أحمد محمد لطفي أحمد، المرجع السابق، ص.207-208؛ عامر قاسم أحمد القيسي، المرجع السابق، ص.42.

[135]-ذهب أغلب الفقهاء إلى اشتراط موافقة الزوجة ورضاها بالعزل واستثنى الأحناف حالات لم يشترطوا فيها إذن الزوجة كخوف الزوج من فساد الولد لسوء الزمان أو كانت الزوجة سيئة الأخلاق وأراد فراقها دون أن تحمل منه؛ أحمد محمد كنعان، المرجع السابق، ص.265.

[136]- أحمد محمد لطفي أحمد، المرجع نفسه، ص.219.

[137]- عامر قاسم أحمد القيسي ، المرجع نفسه ، ص.42.

كانت تلك هي أحكام عملية التلقيح الإصطناعي والقيود الشرعية التي أوجبها فقهاء الشريعة الإسلامية عند اللجوء إليها والتي أجملناها في هذا الفرع وسنتناول موقف القانون الجزائري لهذه التقنية العلمية في الفرع الموالي.

الفرع الثاني

موقف القانون الجزائري من التلقيح الإصطناعي

سنحاول في هذا الفرع إبراز موقف المشرع الجزائري من عملية التلقيح الإصطناعي من خلال تبيان الأساس القانوني لهذه العملية ضمن التشريع الجزائري (أولا)، ثم نعرج إلى ذكر الشروط التي أوردها المشرع الجزائري لإجراء عملية التلقيح الإصطناعي(ثانيا).

أولا: الأساس القانوني للتلقيح الإصطناعي.

بالرغم من الإكتشافات الطبية الحديثة قد مر عليها مدة معتبرة من الزمن، إلا أن المشرع الجزائري لم يضع له مدونة خاصة بها ترسم حدودها ومعالمها وتزيح كل لبس من شأنه خلق إشكالات قانونية وقضائية، وإن كان المشرع الجزائري قد اعتنى ببعض تلك المستجدات على غرار عمليات انتزاع أعضاء الإنسان و زرعها و هذا بموجب المادة 161 وما يليها من القانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها[138].

هذا وإننا لا نشك في أن المشرع الجزائري كان مسايرا لذهنية المجتمع الجزائري وعاداته وتقاليده المحافظة والدليل على ذلك هو أن تقنية التلقيح الإصطناعي لم يرخص باللجوء إليها بصفة صريحة باعتمادها كوسيلة بديلة للإنجاب إلا سنة 2005 إثر تعديله لقانون الأسرة بمقتضى الأمر رقم 05-02، والأدهى من ذلك هو أنه لم يخصص سوى مادة واحدة فقط بالرغم من أهمية الموضوع وما يترتب عليه من مسائل وهي المادة 45 مكرر التي نصت على ما يلي:« يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الإصطناعي.

[138]-قانون رقم 85-05 مؤرخ في 26 جمادى الأولى 1405هـ الموافق 16 فبراير 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها ، المعدل والمتمم، ج.ر، ع08.

يخضع التلقيح الإصطناعي للشروط التالية:

-أن يكون الزواج شرعيا.

-أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما.

-أن يتم بمني الزوج الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرها.

لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الإصطناعي باستعمال الأم البديلة » .

وبتأملنا لنص هذه المادة نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يعط لنا تعريفا للتلقيح الإصطناعي ولم يذكر صوره، بل أكد على ضرورة مراعاة الشروط التي أوردها والغاية من ذلك هو تجنب المخاطر والمحاذير التي قد تنجم عن استعمال هذه التقنية، لاسيما في مجال النسب وإن كان قبل صدور هذا التعديل لا يعترف بثبوت النسب إلا بالولد الناتج عن اتصال جنسي بين الزوجين[139].

وما يمكن التساؤل عنه هو من يحق له اللجوء إلى التلقيح الإصطناعي؟

إن العبارة التي وردت في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة " يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الإصطناعي" جاءت بصيغة الخطاب العام، كون أنها لم تحدد من الزوجين الذين يحق لهما الإستعانة بعملية التلقيح الإصطناعي؟ هل كل زوجين ؟أم أن الأمر يقتصر فقط على الأزواج الذين تأكد لديهم عدم القدرة على الإنجاب بالطريق الطبيعي بسبب مرض في الزوج أو الزوجة؟[140] وبالتالي عملا بما أوجبه فقهاء الشريعة الإسلامية عند اشتراطهم للحاجة الملحة في الحصول على الولد[141].

ولكي نتمكن تبيان موقف المشرع الجزائري من تقنية التلقيح الإصطناعي، لابد لنا من التفصيل أكثر في الشروط التي أوردها بنص المادة 45 مكرر وهذا في البند الموالي.

---

[139]-ولذلك فإننا ندهش هنا حقا أن التشريع الجزائري باعتباره تشريع حديث النشأة، لم يتعرض إلى ثبوت النسب الشرعي إلا بالنسبة للولد الذي اتصل والده جنسيا وترك كافة الحالات الأخرى مسكوت عنها؛ تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص.97.

[140]-بوشي يوسف، المرجع السابق، ص.194.

[141]-أنظر، ص.38و39 من هذا البحث.

ثانيا: الشروط المستحدثة للتلقيح الإصطناعي في قانون الأسرة الجزائري.

أجاز المشرع الجزائري للزوجين اللجوء إلى عملية التلقيح الإصطناعي ولكن مع وجوب إحترام الشروط المحددة في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة و هي كالتالي:

الشرط الأول: أن يكون الزواج شرعيا.

كما هو معلوم أن قانون الأسرة الجزائري شأنه شأن التشريعات العربية يستمد روحه من أحكام الشريعة الإسلامية وهو بذلك لا يعترف بأي علاقة بين رجل وامرأة إلا إذا كانت تقوم على عقد زواج شرعي.[142] وبهذا فلا يمكن لغير الأزواج المطالبة بإجراء التلقيح الإصطناعي مثلما هو عليه الأمر في جل الدول الغربية والتي ألقت عليها الإباحية بكل ظلالها نظرا للتفسير الخاطئ لمفهوم الحرية، حيث أعطتها مفاهيم بصور لا يمكن إستعابها، نتج عنها تشجيع للزواج الحر[143].

وما يفهم كذلك من هذا الشرط هو عدم تمكين المرأة غير المتزوجة من الإستفادة من وسيلة التلقيح الإصطناعي بحجة حقها في الإنجاب دون زواج شرعي[144].

أما بشأن الزوجين اللذين ارتبطا بعقد عرفي فلا يسمح لهما القانون باللجوء إلى هذه التقنية، لكون أن المراكز المخصصة لهذا الغرض لا يمكنها قبول طلبهما لانعدام وثيقة عقد الزواج، مما يحتم عليهما الأمر تثبيت زواجهما أمام القضاء تطبيقا للفقرة الأولى من نص المادة 22 من ق.أ.ج التي تنص على أنه:" يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي"[145].

---

[142]–وفي ذلك تأكيد على ما جاء في نص المادة 04 وكذلك المادة 40 و 41 ق.أج.

[143]–الصالح بوغرارة، أثر الإكتشافات الطبية على أحكام الزواج، أطروحة دكتوراه في العلوم القانونية، جامعة سيدي بلعباس، كلية الحقوق، 2013–2014، ص.276.

[144]–عبد الكريم مأمون، الإطار الشرعي والقانوني للإنجاب الصناعي، م.ع.ق.إ، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، 2006، ع04، ص.84.

[145]–تشوار حميدو زكية، شروط التلقيح الإصطناعي في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة الجزائري، م.ع.ق.إ، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، 2006، ع04، ص.91.

ولكي يكون الزواج شرعيا كذلك، لابد من استيفاء العقد لكافة الشروط المنصوص عليها قانونا وتوافر الأركان وذلك للحيلولة دون الحكم ببطلانه، فإذا تقرر بطلانه انعدم السند القانوني لإجراء عملية التقيح الإصطناعي.

ويبدو أيضا أن شرعية الزواج تتحقق أثنا قيام العلاقة الزوجية وفي حياة الزوجين وهو الشرط الذي أضافه المشرع الجزائري إلى جانب رضا الزوجين.

الشرط الثاني: أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما .

أما عنصر رضا الزوجين فقد آثرنا معالجته عند الحديث عن مدى تأثير التلقيح الإصطناعي على فك الرابطة الزوجية[146]، ليبقى لنا مناقشة شرط الحياة الذي خالف فيه المشرع جانب من فقهاء الشريعة الإسلامية المجيزين لعملية التلقيح الإصطناعي بعد وفاة الزوج، بعد قيامها بحفظ نطفة زوجها أثناء حياته في بنك حفظ النطف .

إن نص المادة 45 مكرر من ق.أ.ج كان واضحا وصريحا لاستعماله عبارة "أثناء حياتهما"، مما يعني معه عدم شرعية اللجوء إلى التلقيح الإصطناعي بعد وفاة الزوج لانقطاع العلاقة الزوجية وبهذا فإن المشرع يعتد بالرابطة الزوجية القائمة فعلا وحقيقة وليس حكما وأن زمن إجراء العملية من القيود الأساسية لمشروعيتها بين الزوجين[147]، وحتى فترة العدة بعد الوفاة لا تعتبر امتدادا للعلاقة الزوجية لأن هذه الأخيرة انتهت لحظة الوفاة وانعدم شرط الحياة[148].

ولو أن المشرع الجزائري أغفل شرط حياة الزوجين لكان ذلك تناقضا مع أحكام النسب والحمل التي نظمتها المادة 40 وما بعدها من ق.أ.ج، إذ الحمل الذي نفترض أن يحدث أثناء العدة عن طريق عملية التلقيح الإصطناعي لا مناص من أنه سيجاوز الحد الأقصى المقدر بعشرة أشهر، لأن العملية غالبا ما يتم إجراؤها أكثر مرة إلى غاية إلتصاق اللقيحة بجدار الرحم [149] وما يتبع ذلك هو عدم إمكانية نسب الولد لأبيه نظرا لانحلال الرابطة الزوجية بوفاة الزوج.

---

[146]–أنظر، ص.48 وما بعدها من هذا البحث.

[147]–إقروفة زبيدة، المرجع السابق، ص.116.

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

[149]–تشوار حميدو زكية، المرجع السابق، ص.12.

يضاف إلى ما ذكرناه التحايل الذي قد تعمد إليه الزوجة المتوفى عنها زوجها بشأن تركته، إذ قد تلجأ إلى وسيلة التلقيح الإصطناعي للرفع من حظوظها في نصيب الميراث كون أن المشرع الجزائري من خلال نص المادة 128 ق.أ.ج[150]، يعترف بحق الجنين في التركة إلا أنه قد احتاط لهذا الأمر و وفر حماية أكثر لبقية الورثة، بعدم إباحة طريقة التلقيح الإصطناعي بعد الوفاة، مما يجعلنا نقول بأن مثل هذا التصرف يعتبر محظورا بمقتضى أحكام التشريع الجزائري. والهدف من ذلك كله هو توفير الإستقرار للأسر وتجنب حدوث مشاكل إجتماعية بين الورثة وغيرهم[151].

ولعل الأهم من ذلك هو عدم اكتفاء المشرع بشرط إجراء التلقيح الإصطناعي أثناء حياة لزوجين وبرضاهما، بل لابد أن يتم تلقيح بويضة الزوجة بماء زوجها.

الشرط الثالث: أن يتم بمني الزوج و بويضة رحم الزوجة دون غيرهما.

لقد كان موقف المشرع الجزائري واضحا وصريحا بخصوص الصورة المباحة في عملية التلقيح الإصطناعي، إذ أوجب أن يتم التلقيح بمني الزوج وبويضة الزوجة دون تدخل طرف ثالث. وبهذا يتجلى لنا بأن غاية المشرع لا تكمن في تفريج كربة عدم الإنجاب على الزوجين وتمكينهما من الحصول على الأولاد، بل غايته أسمى من ذلك، فهو بهذا الشرط كرس حماية واسعة لمسألة النسب تماشيا مع ما أقره الفقه الإسلامي بشأن صور التلقيح الإصطناعي الجائزة شرعا .

في هذا الصدد يفهم من الفقرة الأخيرة للمادة 40 و نص المادة 45 من ق.أ.ج أن نسب الولد يثبت بالإتصال الطبيعي للزوجين أو عن طريق التلقيح الإصطناعي ما دام أن هناك التقاء بين مني الزوج وبويضة زوجته، لذلك كان من الواجب إسناد مهمة التلقيح الإصطناعي إلى هيئة علمي ذات ثقة تقوم باتخاذ ما يلزم لمنع اختلاط النطف والبويضات أو استبدالها[152]، مع اشتراط صفات محددة في الأطباء القائمين بعملية التلقيح وبالأخص معرفة الحلال من الحرام[153].

---

[150]-تنص المادة 128 ق.أ.ج على أنه:" يشترط لاستحقاق الإرث أن يكون الوارث حيا أو حملا وقت افتتاح التركة ، مع ثبوت سبب الإرث وعدم وجود مانع من الإرث".

[151]-تشوار حميدو زكية، المرجع السابق، ص.92؛ زلافي عبد الحميد، حماية الجنين في ظل السياسة الجنائية وفلسفة التشريع الإسلامي، م.ع.ق.إ.س، جامعة سيدي بلعباس، كلية الحقوق، 2011، ع08، ص.63.

[152]-تشوار حميدو زكية، المرجع نفسه، ص.95.

[153]-أنظر،ص.39 من هذا البحث.

ففي حالة ما إذا لجأ الطبيب إلى تلقيح بويضة الزوجة بغير نطفة زوجها، فإنه في نظر قانون العقوبات الجزائري يعد مرتكبا لجريمة الفعل المخل بالحياء المعاقب عليه بالمادة 335 فقرة أولى التي تنص على أنه:" يعاقب بالسجن المؤقت من خمس إلى عشر سنوات كل من ارتكب فعلا مخلا بالحياء ضد إنسان ذكرا كان أو أنثى بغير عنف أو شرع في ذلك"[154].

وإذا ما تقررت المسؤولية الجزائية للطبيب ترتب عنها قيام المسؤولية المدنية كذلك، فيمكن للمتضرر المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحقه أمام المحكمة الجزائية كدعوى فرعية عن الدعوى العمومية أو أمام المحكمة المدنية كدعوى مستقلة طبقا لأحكام قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

الشرط الرابع: لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الإصطناعي باستعمال الأم البديلة.

في ظل الإمتداد الواسع لظاهرة التلقيح الإصطناعي وما سايره من شغف الكثيرين من الأزواج في الحصول على الأولاد، طفح إلى الوجود الإستعانة بالأم البديلة في الإنجاب لاسيما في الدول الغربية، وذلك عن طريق إقدام الزوجين على إبرام عقد مع امرأة تلتزم بموجبه تسخير رحمها لحمل جنينهما بمقابل أو بدون مقابل، لتقوم بتسليمهما الطفل عند ولادته، أي أن الحمل والوضع كان لحساب الزوجين وليس لصالحها[155].

لقد قطع المشرع السبيل أمام من يحاول اللجوء إلى الإستعانة بالأم البديلة وذلك بالجزم على عدم جوازها، تأكيدا على عدم مشروعية التعامل في جسد الإنسان أو في جزء منه، إذ أن المتاجرة في الأشياء تكون أمرا مباحا، غير أن الأعضاء التناسلية للمرأة لا يمكن تكييفها من الناحية القانونية بالأشياء[156].

وبالرجوع إلى القواعد العامة المنظمة للعقود يكون العقد المبرم بين الزوجين والمرأة صاحبة الرحم عقدا باطلا بطلانا مطلقا، لكون أن محله وسببه غير مشروعين، ولا تترتب عليه أية آثار من الناحية القانونية، لاسيما وأنه يتعلق بمسألة النسب الشرعي وهو من النظام العام[157].

---

[154]–زلافي عبد الحميد، المرجع السابق، ص.61.

[155]–خدام هجيرة، التلقيح الإصطناعي دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والقانون الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة تلمسان، كلية الحقوق،2006-2007، ص.109.

[156]–تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص.113؛ تشوار حميدو زكية، المرجع السابق، ص.96.

[157]–بلحاج العربي أحمد، المبادئ الشرعية والقانونية والأخلاقية التي تحكم عملية التلقيح الإصطناعي في ضوء قانون الأسرة الجزائري الجديد والمقارن، م.ع.ق.إ.س، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، 2013، ع15، ص.24.

وما تقضي به القواعد العامة كذلك أنه لا يمكن لأي شخص التنازل عن حقه قبل وجوده وإنشائه وهو ما نلحظه في عملية التلقيح الإصطناعي بواسطة الأم البديلة، فتعهد هذه الأخيرة بتسليمها الطفل بعد أن تلده إلى الزوجين صاحبا البذرتين يعد تنازلا عن حقها في الأمومة والحضانة[158].

إن الإستعانة بالأم البديلة أي الرحم المؤجر في نظر قانون العقوبات الجزائري هو فعل يمكن أن يكون محل متابعة جزائية، لأنه يحظر على أي شخص التنازل عن طفل بطريقة مباشرة أو غير مباشرة واستعمال الرحم يمكن أن يشكل في حد ذاته وسيلة تؤدي لذات الغرض وهو فعل مجرم بمقتضى أحكام قانون العقوبات[159].

وما يتحتم علينا ذكره كتعليق علن نص المادة 45 مكرر من ق.أ.ج التي تناول من خلالها المشرع الجزائري عملية التلقيح الإصطناعي، وإن كان قد وافق الفقه الإسلامي في تنظيمه لهذه المسألة وفرض القيود الأساسية التي من شأنها الحفاظ على النسل وحفظ النسب بعدم جواز إجراء التلقيح بتدخل طرف ثالث أجنبي عن العلاقة الزوجية، هو أنه قد أغفل بعض الشروط التي قد تبدو في الظاهر غير جديرة بالإهتمام، غير أن إهمالها قد يترتب عليه آثارا سلبية إن لم نقل وخيمة هي:

-أن المادة 45 مكرر ق.أ.ج لم تتضمن شرط الحاجة الملحة للزوجين في اللجوء إلى عملية التلقيح الإصطناعي، ذلك أن الأمر قد يدفع ببعض الأزواج وإن كانوا قادرين على الإنجاب بالطريق الطبيعي إلى الإستعانة بهذه التقنية، فكان من الأجدر على المشرع إضافة شرط الضرورة القصوى وعدم تحقق الحمل بالإتصال الطبيعي بين الزوجين[160]،بعد انقضاء مدة معتبرة من بدء الحياة الزوجية أو بعد إقدام الزوجين على تجريب الوسائل العلاجية الأخرى[161].

[158]-تشوار حميدو زكية، المرجع السابق، ص.96؛ خدام هجيرة، المرجع السابق ، ص.124.

[159]-المادتين 230 و 321 ق.ع.ج.

[160]-تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص.98؛ تشوار حميدو زكية، المرجع نفسه، ص.93.

[161]-إقروفة زبيدة، المرجع السابق، ص.122.

وهذا ما أكده فقهاء الشريعة الإسلامية الذين أجازوا عملية التلقيح الإصطناعي، لما فيه من كشف للعورات وعلى أساس أن الضرورات تقدر بقدرها ويكون تأكيد ذلك بناء على تقديم تقرير طبي صادر عن طبيب أخصائي يثبت عدم القدرة على الإنجاب بالطريق الطبيعي. وفي هذا كذلك منع للجوء الأطباء إلى المتاجرة والربح[162].

– لم تنص المادة 45 المذكورة أعلاه بند الجزاء الذي يترتب في تخلف أحد الشروط الواجب احترامها في مسألة التلقيح الإصطناعي وهذا ما يستوجب معه اللجوء إلى القواعد العامة .

–لقد اكتفت المادة ذاتها بذكر الشروط الواجب توافرها من جانب الزوجين الراغبين في الإنجاب، دون الإشارة إلى ما يجب توفره في الجهة المشرفة على عملية التلقيح سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا وهو ما يبدوا لنا أمرا بالغ الأهمية، ذلك أن الحفاظ على الأنساب ومنع اختلاطها يرتكز بالأساس على درجة حرص الطبيب القائم على عملية التلقيح وتعظيمه لمسألة النسب، مع ضرورة اتصافه بالكفاءة العلمية ومستوى أخلاقي وديني يمنعه من التلاعب والعبث بالأنساب أو التفكير في المتاجرة بالنطف البشرية[163].

المطلب الثالث

مدى تأثير التلقيح الإصطناعي على فك الرابطة الزوجية

سبقت الإشارة إلى أن اللجوء إلى التلقيح الإصطناعي هو مطلب الزوجين اللذين تأكدت لديهما عدم القدرة على الإنجاب بالطريق الطبيعي وهذا ما يعني معه موافقتهما ورضاهما بضرورة تجريب هذه الوسيلة(الفرع الأول). غير أنه ليس في كل الحالات أن تتحقق تلك الموافقة بين الزوجين مبدئيا أو حتى بعد الشروع في إجراء عملية التلقيح، سواء كان ذلك لدى الزوج أو لدى الزوجة، مما ينجم عنه انحلال الرابطة الزوجية(الفرع الثاني).

---

[162]–العرابي خيرة، التلقيح الإصطناعي وأثره في إثبات النسب، دفاتر مخبر حقوق الطفل، جامعة وهران، 2011، ع02، ص.10–11.

[163]–زلافي عبد الحميد، المرجع السابق، ص.66.

–فعينة من الحيوانات المنوية للمتبرع الواحد يمكن أن تمنح لعدد لا يقل عن عشر نساء، كما أن التبرع بالبويضات يسبب العقم المبكر للمرأة المتبرعة، والمتبرع مهما يكن رجل أو امرأة ، هو مجهول الهوية ويبقى الأمر بالنسبة لهم مجرد كسب مادي، فيكون من الهين تزييف في التقارير الطبية، مما ينجم عنه انتقال الأمراض الوراثية أو المعدية؛ ندوة بعنوان تجارة الأجنة وعولمة الأنساب بتاريخ 29 أيلول 2001، Royal Academy Of science International Trust، بيروت، ص.08.

الفرع الأول

رضا الزوجين لإجراء التلقيح الإصطناعي

لا يمكن للطبيب كأصل عام تقديم العلاج للمريض دون حصوله على موافقته ورضاه، ما لم تكن هناك حالة تستوجب عليه وهو أمر متفق عليه بين فقهاء الشريعة الإسلامية وكذلك القانون الجزائري، ومعه فإن التلقيح الإصطناعي لا يمكن أن يشذ عن هذه القاعدة [164]، لذلك فإن إجراءه لا يتم إلا برضا الزوجين معا(أولا)، مع أن هناك أسبابا ودوافع لدى بعض الأزواج تحول دون حصول الرضا بخصوص هذه العملية(ثانيا).

أولا: شرط رضا الزوجين لإجراء عملية التلقيح الإصطناعي.

الأصل أن مباشرة الطبيب لأي عمل طبي على جسم الإنسان غير جائز إلا بإذنه، لأن جسده حق له بتمليك الله عز وجل، فحيث لم يأذن المريض تنتفي إباحة مساس الطبيب بجسم المريض وإلا كان ضامنا ومسؤولا. ولما كان التلقيح الإصطناعي لا يقتصر على المساس بجسد الزوج المصاب بالعقم بل يمتد إلى جسد الزوج الآخر ويستهدف مصلحة كل منهما، استلزم القول بمشروعيته توفر رضا الزوجين معا.

لقد أقر المشرع الجزائري بمقتضى المادة 45 مكرر من ق.أ.ج شرط رضا الزوجين لإجراء عملية التلقيح الإصطناعي وهو ما يعني معه أن يكون الزوجان بالغان 19 سنة كاملة، لكون أن هذه العملية تستلزم توافق إرادتي الزوجين مثلما هو عليه الأمر في باقي العقود وهو ما أوردته المادة 40 من ق.م.ج [165] والمادة 07 و86ق.أ.ج [166].

---

[164]–محمد المرسي زهرة، المرجع السابق، ص.39.

[165]–تنص المادة 40 ق.م.ج على أنه:" كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة "؛الأمر رقم 75–58 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني الجزائري، ج.ر، ع78، مؤرخة في 1975/09/30.

[166]–تنص المادة 07 ق.أ.ج على أنه :" تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج.

يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق وإلتزامات"؛

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

وقد كان من اللازم إيراد هذا الشرط، لكون أن الآثار الناجمة عن عملية التلقيح يتحملها الزوجان وبالذات نسب المولود، مما يجعل القرار المتخذ في هذا الجانب يتوقف على رغبة الزوجين دون سواهما، باعتباره قرارا شخصيا[167]. كما لا يمكن لأحد الزوجين إلزام الطرف الآخر على قبول اللجوء إلى هذه العملية، لكون هذا الرضا مجرد رخصة وليس واجبا أو حقا[168].

وبالرجوع إلى نص المادة 07 ق.أ.ج ، نجد أن عقد الزواج يمكن أن يكون بين رجل وامرأة دون بلوغ أحدهما أو كلاهما السن القانوني للزواج شريطة توافر الإذن القضائي بالزواج، وهذا ما يدفعنا إلى التساؤل حول مدى جواز إقدام الزوج الحاصل على الإذن القضائي على عملية التلقيح الإصطناعي والإعتداد برضاه؟

يمكن القول في هذا الجانب أن القاصر الذي أبرم عقد قرانه بناء على إذن قضائي لا يمكن إبداء موافقته على التلقيح الإصطناعي، إذ أن هذا الأخير يستفيد فقط من أهلية التقاضي بشأن آثار الزواج دون التصرفات القانونية[169]، وما يؤكد ذلك الفقرة الثانية من نص المادة 38 من ذات القانون والتي جاء فيها ما يلي:" للقاصر المرشد موطن خاص بالنسبة للتصرفات التي يعتبره القانون أهلا لمباشرتها"[170].

واستناد إلى أحكام الشريعة الإسلامية، فإن فقهاءها لا يشترطون سنا معينا لإجراء عملية التلقيح ما دام أن الزوج المقدم عليها أبرم عقد زواج صحيح ورضي بها، مدفوعا إليها بدافع الضرورة، إذ قال الأصوليون بأن:« الضروري هو ما كان لازما متمما لقيام مصالح الدين وانتظام الدنيا وبقائها، بحيث إذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة، بل على فساد وتهارج وفوت حياة، وفي الآخرة فوت النجاة والنعيم والرجوع بالخسران »[171].

---

[167]–محمود أحمد طه، المرجع السابق، ص.108.

[168]–العرابي خيرة، المرجع السابق، ص.07.

[169]–تشوار جيلالي، رضا الزوجين على التلقيح الإصطناعي، م.ع.ق.إ، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، 2006، ع04، ص.57.

[170]–عدلت بالقانون رقم 05–10 المؤرخ في 20/06/ 2005، المعدل و المتمم للأمر رقم 75–58 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني، ج.ر، ع44، ص.21.

[171]–عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان، فقه الضرورة وتطبيقاتها المعاصرة–آفاق وأبعاد، سلسلة محاضرات العلماء البارزين رقم 02 ، البنك الإسلامي للتنمية–المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، جدة، 1423هـ ، ص.45.

وعليه فالقول هو أن السن الدنيا للموافقة على حالة التلقيح في حالة الإذن القضائي بالزواج هي السن الدنيا لإمكانية إبرام عقد الزواج قانونا، لأن أهلية القاصر في الزواج تمكنه من أن يعبر عن إرادته بشأن التلقيح[172].

لا يكفي توافر شرط الرضا لإجراء عملية التلقيح الإصطناعي فحسب، بل لابد من تأكد صحته، إذ يجب أن يتمتع كلا الزوجين بقواهما العقلية ولم يحجر عليهما بسبب عوارض الأهلية المشار إليها في المادتين 42[173] و 43[174] من القانون المدني الجزائري، التي تقضي بعدم صحة تصرفات المجنون والمعتوه. وتطبيقا على مسألة التلقيح، فلا يمكن للمجنون والمعتوه طلب إجرائه درءا لإنجاب أطفال مصابين بعاهات عقلية بصفة وراثية[175]، أما إذا كان احد الزوجين سفيها فهل يمكن الإعتداد برضاه في مسألة التلقيح؟

استنادا إلى المادة 43 ق.م.ج فإن السفيه يعتبر ناقص الأهلية و كذا المادتين 101[176] و107[177] من قانون الأسرة التي لا تعتد بتصرفاته، إذ تكون باطلة بعد الحكم عليه بالحجر وقبله ما دامت أن أسبابه كانت ظاهرة وفاشية وقت صدور تلك التصرفات، غير أن مسألة التلقيح الإصطناعي تقتضي بذل الإنفاق في سبيله.

وباعتبار السفه مرتبط بتبذير المال وعدم ترشيده، فإن السفه إذا كان متحقق لدى الزوجة، فلا يمكن القول بتأثيره على صحة العقد بين الزوجين والجهة القائمة على التلقيح، أما إذا كان قد تحقق في جانب الزوج قلا يمكن الأخذ برضاه، إذ لابد أن يكون بالغا رشيدا لكونه هو الملزم بالإنفاق على زوجته من الوجهة الشرعية والقانونية[178].

---

[172]–تشوار جيلالي، رضا الزوجين ...، المرجع السابق، ص.57.

[173]–تنص المادة 42 ق.م.ج على أنه:" لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن ،أو عته أو جنون. يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاثة عشر سنة".

[174]–تنص المادة 43 ق.م.ج على أنه :" كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون".

[175]–تشوار جيلالي، رضا الزوجين ...، المرجع نفسه، ص.58.

[176]–تنص المادة 101 ق.أ.ج على أنه:" من بلغ سن الرشد وهو مجنون أو معتوه أو سفيه، أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه".

[177]–تنص المادة 107ق.أ.ج على أنه :"تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم عليه باطلة وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورها".

[178]–تشوار جيلالي، رضا الزوجين ...، المرجع نفسه ، ص.58.

وفضلا عن ذلك، فلابد أن يكون الرضا الصادر عن كلا الزوجين خاليا من عيوب الإرادة من غلط أو إكراه أو تدليس حتى ينتج أثره[179]، وهو ما تناوله المشرع الجزائري في نصوص القانون المدني[180].

ويمكن التماس عيب التدليس في عملية التلقيح الإصطناعي، لجوء الزوج إلى حيلة جلب المني من غيره وإغراء زوجته للحصول على موافقتها،كما يمكن أن يكون التدليس من طرف الزوجة التي تتحين الفرصة المناسبة عند إقدام زوجها إلى مركز تحليل الخلايا التناسلية بأي دافع كان، فتتفق مع من يقوم بالتحليل ليحتفظ لها ببعض تلك الخلايا وتقوم بعدها بطلب تلقيحها بخلاياها في جسمها دون علم زوجها، مما يعتبر ذلك غشا وخداع[181] ، يكون في آخر المطاف أساسا لنفي النسب من طرف الزوج[182].

أما عيب الإكراه قد يتحقق عند إقدام أحد الزوجين على تهديد الطرف الآخر وحمله على اللجوء إلى التلقيح الإصطناعي دون رضاه، بحيث أن التصرف الواقع تحت سلطان الرهبة يكون قابلا للإبطال كقاعدة عامة. وفي هذا الشأن يمكن إعمال ذلك قبل بدء عملية التلقيح الإصطناعي، ذلك أنه بعد إتمام العملية لا يمكن للزوج الذي شاب إرادته عيب الإكراه العدول عن التلقيح والحمل بحجة أنه كان مكرها ولا يمكنه اللجوء إلى وسيلة الإجهاض[183]، كونه عملا غير جائز شرعا وتشريعا.

ويقع على عاتق الطبيب القائم بعملية التلقيح تقديم النصيحة للمريض على الوجه الأكمل انقيادا للحديث الذي ورد عن أبي رقية تميم بن أوس الداري رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال:" الدين النصيحة، قلنا: لمن؟ قال: لله ولكتابه ولرسوله ولأئمة المسلمين وعامتهم"[184].

---

[179]–تشوار حميدو زكية،المرجع السابق، ص.93، أحمد محمد لطفي أحمد، المرجع السابق،ص.87.

[180]–المواد من 81إلى 91 ق.م.ج.

[181]–محمد المرسي زهرة، المرجع السابق، ص.44.

[182]– تشوار جيلالي، رضا الزوجين ...، المرجع السابق، ص.62؛ شامي أحمد ، المرجع السابق، ص.115.

[183]–تشوار جيلالي، المرجع نفسه، ص.62.

[184]–أبي زكريا يحي بن شرف النووي، رياض الصالحين من كلام سيد المرسلين، تعليق محمد ناصر الدين الألباني ومحمد بن صالح العثيمين، تح. محمود بن الجميل، ط02، دار الإمام مالك للكتاب، الجزائر،2004، ص.83.

ومن ثمة ينبغي على الطبيب قبل مباشرة إجراءات عملية التلقيح أن يحصل على رضا الزوجين، مع تزويدهما بكل المعلومات والبيانات الكافية التي تسمح لهما بالتعبير عن إرادتهما تعبيرا حرا وواعيا وتكفل لهما في نفس الوقت سلامة رضاهما[185].

وما نستشفه من نص المادة 45 مكرر ق.أ.ج، أنها لم تشترط شكلا معينا للتعبير عن الرضا، بل اكتفت باشتراطه لصحة جواز عملية التلقيح الإصطناعي. وإن كان من الأجدر النص على ضرورة أن يكون مكتوبا لما تنطوي عليه هذا العملية من مخاطر ومشاكل قانونية من جهة الزوجين ومن جهة الطبيب القائم بالعملية، إذ أن إفراغ رضا الزوجين في شكل كتابي لمن شأنه التأكيد على وعيهما التام حول ما يقدمان عليه وفيه حماية لهما وللطبيب المختص، مع إمهالهما مدة ثلاثون يوما لإعلان موافقتها الكتابية مرفقة بملف طلب المساعدة الطبية.[186] ولتوفير حماية أكثر من الأفضل إعادة تحريره عند كل محاولة للتيقن من أن الزوجين لا يزالان متمسكين بإجراء عملية التلقيح دون خيبة أمل بعد عدة محاولات سابقة[187].

ولعل الأهم في الإشارة إليه، هو عدم تعليق أحد الزوجين لرضاه بشرط يشترطه على الزوج الآخر ،لأن ذلك يجعل من رضائه غير سليم،كاشتراط أن يكون الحمل ذكرا لا أنثى أو العكس، لأن فرصة الإنجاب أمامهما محدودة[188]، أو اشتراط أن ينسب الطفل إلى أبيه إذا ولد مشوها، إذ أن مثل هذا الإتفاق تعتبر شروطه باطلة ويمتد البطلان حتى إلى عملية التلقيح في حد ذاتها[189].

---

[185]–أنظر في هذا المعنى، مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية–دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه دولة في القانون الطبي، جامعة تلمسان، كلية الحقوق ،2004–2005، ص70.

[186]–قاسم العيد عبد القادر،التلقيح الإصطناعي،تعريفه، نشأته وموقف المشرع الجزائري منه،م.ع.ق.إ،جامعة سيدي بلعباس،كلية الحقوق،2005، ع03، ص.211.

–يشترط المشرع الجزائري الموافقة الكتابية كذلك بمقتضى التعليمة الوزارية رقم 300 لسنة 2000؛ أحمد داود رقية، الحماية القانونية للجنين المخبري–دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، 2014–2015، ص.157.

[187]–خدام هجيرة، المرجع السابق، ص.24.

[188]–توصل العلماء عام 1984 إلى وسيلة طبية يستطيعون بها قبل إجراء عملية التلقيح الإصطناعي تفريق نواة الخلية المنوية المؤثرة في تحديد جنس المولود، بحيث لا يستخدم عند إجراء عملية التلقيح إلا الخلايا المحملة بالكروموزوم (y) إذا كانت الرغبة في ذكر والكروموزوم (x) إذا كانت الرغبة في أنثى ونسبة نجاح هذه العملية في أحسن الأحوال 93% ؛ محمود أحمد طه، المرجع السابق،ص. 235، هيلة بنت عبد الرحمن اليابس، تحديد جنس الجنين، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي قضايا طبية معاصرة، مج02،جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 1431هـ ، ص.1741.

[189]– تشوار جيلالي، رضا الزوجين ...، المرجع السابق، ص.65.

وما يمكن إضافته كذلك، هو حالة إجراء عملية التلقيح دون رضا الزوجة وما يترتب عليه من مسؤوليات، إذ بهذا الفعل يتجسد الركن المادي لجريمة هتك العرض وهو الكشف عن عورة الزوجة وملامستها ويتقرر ذلك بالخصوص في جانب الطبيب الذي عمد بالقوة إلى كشف عورتها وخدش حيائها. أما الزوج فيتابع كشريك في الجريمة حتى وإن جاز له الإطلاع على عورة زوجته فلا يسمح له أن يأذن لغيره بالكشف عن زوجته بدون رضاها حول حقيقة الفحص[190]، والمعاقب عليها بمقتضى أحكام قانون العقوبات[191].

كما يمكن أن يشكل إجراء عملية التلقيح دون رضا أحد الزوجين جريمة انتزاع ونقل خلايا وأنسجة أو مواد من جسم شخص على قيد الحياة والمنصوص عليها بموجب نص المادة 303 مكرر 19من ق.ع.ج[192].

إذا كانت تلك هي أحكام شرط رضا الزوجين لعملية التلقيح الإصطناعي، فبالمقابل هناك أسبابا تحول دون حصوله وهذا هو فحوى البند الموالي.

ثانيا:الأسباب التي تحول دون حصول رضا الزوجين لإجراء التلقيح الإصطناعي.

إذا ما تأكد لدى الزوجين استحالة الإنجاب بطريق الإتصال الطبيعي ازدادت الرغبة لديهما في إيجاد وسيلة بديلة لتحقيق هدفهما، فيكون بذلك التلقيح الإصطناعي هو الملجأ الوحيد لهما. وهو ما يدفعهما إلى الإستفسار عن كيفية إجرائه ونتائجه ومدى خطورته على صحة الشخص، بل أكثر من ذلك نظرة الدين إليه بصفة عامة أو المراحل المتبعة فيه بصفة خاصة، إذ بذلك يتكون لكل منهما اعتقاد خاص به حول اللجوء إليه من عدمه. وما دام أن الرضا شرط شرعي وتشريعي لإجازة عملية التلقيح، فقد لا يتحقق لدى الزوجين لسبب أو لعدة أسباب يتخذها كسند لرفض طلب الطرف الآخر في اللجوء إلى عملية التلقيح، ومن أهم تلك الأسباب ما سنوضحه في ما يلي:

---

[190]-أحمد محمد لطفي أحمد، المرجع السابق،ص.87؛ إقروفة زبيدة، المرجع السابق،ص.115.

[191]-المادتين 336و337 ق.ع.ج.

[192]-الأشهب العندليب فؤاد، الحماية الجنائية لحرمة جسم الإنسان عن الأعمال الطبية الحديثة-نقل وزرع الأعضاء والتلقيح الإصطناعي، مذكرة ماجستير، جامعة ورقلة، كلية الحقوق، 2010-2011، ص.74؛ المادة 303 مكرر 19، ق.ع.ج.

1-الإعتبارات الدينية والأخلاقية:

قد يشكل الطابع الديني والأخلاقي لشخصية أحد الزوجين العائق أمام تحقق رضاهما لإجراء عملية التلقيح الإصطناعي، ذلك أن الزوج الرافض لهذه العملية يتخذ موقف كراهية واشمئزاز حول كيفية إجرائها، إذ يفرض عليه اللجوء إلى طرق غير مقبولة أخلاقيا. كما قد تكون الزوجة لمرات عديدة محل تصرف الطبيب[193].

ذلك أن رضا الزوجة ذو شق واحد يكمن في تلقيح البويضة وغرسها داخل رحمها، في حين أن رضا الزوج يتصف بشقين أولهما أخذ النطفة منه وثانيهما طريق استعمال تلك النطفة [194]، وما دام أن حصول الطبيب على نطفة الزوج لا يتم إلا بواسطة قيام الزوج في غالب الأحوال بفعل الإستمناء وهو ما قد لا يرضى به الزوج انقيادا لأحكام الشريعة الإسلامية، لكون هذا الفعل يأخذ حكم التحريم شرعا عند غالبية الفقهاء[195].

أما الزوجة باعتبارها محل التخصيب، فقد ترفض بتاتا هذه الوسيلة تفاديا لكشف عورتها أمام الأجانب وفقدانها لمعنى الأنوثة التي تتطلب الستر والحياء، إذ في مجال التلقيح تكون عبارة عن حقل للتجارب، لاسيما في طريقة التلقيح الإصطناعي الخارجي[196].

بل يزداد التعصب الديني عند بعض الأزواج إلى درجة عدم التفكير في طريقة التلقيح الإصطناعي بحجة أن نعمة الأولاد هي قضاء وقدر [197] من الله عز وجل لقوله « قُل لَّن يُصِيبَنَآ إِلَّا مَا كَتَبَ ٱللَّهُ لَنَا هُوَ مَوۡلَىٰنَاۚ وَعَلَى ٱللَّهِ فَلۡيَتَوَكَّلِ ٱلۡمُؤۡمِنُونَ »[198]، وأن الإنجاب لا يكون إلا بطريق الإتصال الجنسي

---

[193]-تشوار جيلالي، رضا الزوجين...،المرجع السابق،ص.66.

[194]-هناك من يرى بأن رضا الزوجة لا يثير أية مشكلة لكونه ذو شق واحد وأما الزوج فلا يتصور فيه عدم الرضا بالنسبة لمسألة أخذ النطفة، إذ لا يتم ذلك بدون رضاه ولكن عدم الرضا في جانبه يتصور في طريقة استعمال نطفته؛ أحمد محمد لطفي أحمد، المرجع السابق،ص.85-86.

[195]-أنظر، ص.40 من هذا البحث.

[196]-بالنسبة للتلقيح الداخلي تجنبا لكشف العورات ظهر ما يعرف "بالتلقيح الذاتي أو التلقيح في البيت"، إذ بإمكان الزوجة بنفسها أو بمساعدة زوجها إجراء التلقيح دون تدخل الطبيب وعلى من يرغب في ذلك الإطلاع على مواقع الشبكة الإلكترونية.

[197]-محمد ناصر الدين الألباني، المسائل العلمية والفتاوى الشرعية في المدينة والإمارات،جمعها عمرو عبد المنعم سليم،ط 01، دار الكتب المصرية،2006، ص.267.

[198]-سورة التوبة، الآية 51.

الطبيعي دون اللجوء إلى وسيلة محفوفة بالشبهات التي قد توقعه في ارتكاب المحرمات، وبالرغم من أن الفقه الإسلامي قد بين حكمها الشرعي والضوابط الواجب إتباعها عند إجرائها.

والمتأمل في المجتمع الجزائري يجد أن فكرة رفض عملية التلقيح الإصطناعي لأسباب دينية وأخلاقية باتت أمرا غريبا، وإن كانت هناك بعض التحفظات والعوائق التي لا تزال قائمة[199].

2-الخشية من اختلاط الأنساب:

لا يمكن الجزم بأن عملية التلقيح الإصطناعي خالية من حدوث أخطاء عند مباشرة إجرائها، إذ يوجد هناك احتمال كبير في مسألة أخذ عينة من الحيوانات المنوية للزوج واستعمالها في تلقيح بويضة امرأة أجنبية عنه، مما يتحقق معه هدم مقصد المحافظة على النسب الذي هو من ضروريات الشريعة الإسلامية، لاسيما وأنه بعد مزاولة تلك العملية يكون الطبيب قد احتفظ في مختبره بمجموعة من البويضات الملقحة مجمدة، تحسبا لإعادة عملية التلقيح عند فشلها في المرة الأولى وهو ما يدفع بالزوجين أو أحدهما إلى التشكيك في مصير تلك الأجنة المجمدة وبالذات كم عدد احتفظ به الطبيب؟ في حالة نجاح التلقيح، خصوصا وأنها عملية صعبة المنال لدى الأطباء، مما يعني رجحان لجوء الطبيب إلى الإحتفاظ بها واستعمالها لفائدة أزواج آخرين، نظرا لما تدره من أرباح وإن كان ذلك محرما قطعا[200].

3-الخوف من إنجاب طفل مشوه:

تمكن الطب الحديث من الوقوف على النتائج السلبية لعملية التلقيح الإصطناعي، إذ تأكد لدى الأطباء أن حدوث تشوهات للأجنة في هذه العملية أمر وارد بنسبة كبيرة، ذلك أن وسيلة الإنجاب الطبيعية تخلق مقاومة للحيوانات المنوية المصابة بمرض في صبغيتها والتي تكون السبب في وقوع تلك التشوهات وهذا ما يحتاج إليه التلقيح الإصطناعي[201]، ففيه يتم حقن الحيوانات المنوية مباشرة دون تمييزها فقد تكون من بينها حيوانات منوية شاذة تصل إلى البويضة فتلقحها، أضف إلى أنها تتعرض لتغيرات كثيرة لأنها خرجت من بيئتها الطبيعية[202].

---

[199]- تشوار جيلالي، رضا الزوجين...، المرجع السابق ، ص.67.

[200]-محمد خالد منصور، المرجع السابق،ص.116.

[201]-تشوار جيلالي، رضا الزوجين...، المرجع نفسه ،ص.70؛ محمد خالد منصور، المرجع نفسه ، ص.116.

[202]-مرحبا إسماعيل، المرجع السابق،ص.457.

4-إنخفاض نسبة نجاح عملية التلقيح الإصطناعي:

توصل الأطباء إلى أن عملية التلقيح الإصطناعي في أغلب الأحوال لا يمكن نجاحها، بل لابد من إعادة المحاولة عدة مرات وهذا ما ينجم عنه حدوث خيبة أمل وانهيار نفسي لدى الزوجين، بل قد يصل إلى درجة النفور من هذه التقنية بعد قبولها في الوهلة الأولى، خاصة إذا علمنا أنه لا مسؤولية تقع على الطبيب في حالة ثبوت اتخاذه لجميع وسائل الحيطة والحذر، لكون أن التزامه هو بذل عناية وليس تحقيق نتيجة بحد ذاتها[203].

ومن الناحية العملية فإن نسبة نجاح حمل من إعادة لقيحتين أو ثلاث إلى الرحم لا يتجاوز-بأي حال من الأحوال-نسبة (30%) في أحسن المراكز العالمية المتخصصة، وغالبا ما يتم إجهاض عدد كبير منها أثناء الحمل ولا يصل إلى الولادة إلا ما يقارب (10-15%) من المحاولة الواحدة في أفضل تلك المراكز[204].

5-الخشية من ولادة التوأم:

إن حالة ولادة التوأم بصفة طبيعية تكون نتيجة إفراز المبيض في بعض الأحيان أكثر من بويضة، فيتم تلقيح كل منهما بحيوان منوي ويطلق على هذه التوأم "ثنائية البويضة"، بمعنى أن هناك بويضتين ملقحتين فيخلق الله من كل واحدة منهما ولدا[205].

وتعد عملية التلقيح الإصطناعي من الطرق المؤدية إلى إنجاب التوأم وفي ذلك خطر على المرأة الحامل، لاسيما وإن كانت تعاني من مشاكل صحية أو كانت تعاني من البدانة وهو ما يجعل الحمل عسيرا عليها، إذ أن الطبيب وتفاديا لفشل العملية وضمان نجاحها يقوم بإدخال أكثر من بويضة ملقحة داخل رحم الزوجة، مما ينتج عنها حدوث حمل توأم[206].

---

[203]-تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص.69؛ بدر محمد الزغيب، المسؤولية المدنية للطبيب عن الأخطاء الطبية في مجال التلقيح الإصطناعي، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق، 2011، ص.37.

[204]-ياسين بن ناصر الخطيب، بنوك الأجنة بنوك الحيامن المنوية بنوك البييضات والجينات، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني قضايا طبية معاصرة، مج02، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالمملكة العربية السعودية، 1431هـ ، ص1381.

[205]-محمد علي البار، خلق الإنسان ...، المرجع السابق ، ص.475.

[206]-مرحبا إسماعيل، المرجع السابق ،ص.464؛ محمد خالد منصور، المرجع السابق ،ص.115.

ولقد توصلت الأبحاث الطبية إلى أن نسبة ولادة التوأم تتأكد في حال زيادة عدد الأجنة المعادة إلى الرحم فوق ثلاثة أجنة مخصبة، مما يؤدي ذلك إلى احتمال تعرض المرأة إلى فقدان الحمل أو الولادة المبكرة. وبهذا يمكن القول أن حمل تعدد الأجنة يعتبر أحد عيوب تقنية التلقيح الإصطناعي وليس دليلا على نجاحها[207].

6-الخشية من حدوث مضاعفات صحية:

إن متلازمة الاستجابة المتزايدة هي أحد المخاطر التي يواجهها الأطباء في تحفيز الإباضة مع تقنية أطفال الأنابيب، حيث يزيد حجم المبيضين وتتجمع السوائل في البطن والرئة وما يتبعه من حدوث جفاف وتغير في نسبة الأملاح والتجلط، مع فشل كلوي حاد، وتحدث هذه المضاعفات بنسبة 0.6 إلى 1.9% وقد تؤدي إلى الوفاة، لذا وجب تفاديه بمراقبة المريضة أثناء العلاج بدقة لمنع حصول مثل هذا المضاعفات[208].

7-المساس بشرف الزوجين:

يعد حفظ العرض في الشريعة الإسلامية من الضروريات الستة التي جاءت لصونها، إذ أن الزوجين اللذين عرفا بعقمهما وعدم تمكنهما من إنجاب الأولاد داخل المحيط الإجتماعي الذي يعيشان فيه، قد يلحق بهما الأذى في عرضهما جراء الظن بصحة تمكنهما من الإتيان بولد عن طريق التلقيح الإصطناعي، سواء بالتصريح أو بالتعريض وهو ما لا يمكن أن يتحمله أحد الزوجين أو كلاهما [209]، خاصة وأن غالبية الأزواج يلجأون إلى هذه التقنية في سرية تامة.

[207]-جوهره عبد الله المطوع، لولو عبد الله النعيم، هنا في المملكة العربية السعودية؟ هل ممكن أن يسمح بتحديد نوع جنس الجنين؟ نظرة على القيم الأخلاقية لتحديد نوع جنس الجنين قبل الحمل لأسباب غير طبية، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني قضايا طبية معاصرة، مج03، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالمملكة العربية السعودية، 1431هـ، ص.2351.

[208]- جوهره عبد الله المطوع، لولو عبد الله النعيم، هنا في المملكة العربية السعودية؟ ...، المرجع نفسه، ص.2352.

[209]-تشوار جيلالي، رضا الزوجين...، المرجع السابق، ص.70؛ بكر بن عبد الله أبو زيد، المرجع السابق، ص.271.

8-تكاليف التلقيح الإصطناعي:

يمكن أن تكون تكاليف التلقيح الإصطناعي هي السبب في عدم حصول رضا الزوجين، خاصة وأن هذه العملية تتطلب بذل أموال ليست باليسيرة بالنسبة للأسر ذات الدخل الضعيف [210]. ولو جئنا لأحكام الشريعة الإسلامية حول وجوب النفقة على الزوجة من عدمه، لوجدنا أن جمهور الفقهاء قالوا بعدم وجوبها إذا ما تعلق الأمر بأجرة الطبيب والدواء.

قال إبن قدامة الحنبلي في المغني: « ولا يجب عليه شراء الأدوية ولا أجرة الطبيب لأنه يراد لإصلاح الجسم، فلا بد يلزمه، كما لا يلزم المستأجر بناء ما يقع من الدار وحفظ أصولها وكذلك أجرة الحجام والفاصد » [211].

ويرى الشافعية كذلك أنه لا يجب عليه (الزوج) أجرة الحجام والفصاد والختان ولا أجرة الطبيب، ولا ثمن الدواء، إذا مرضت، لأنها من مؤنات تسليم البدن، كما أن عمارة الدار المكراة تكون على المكري دون المكتري[212].

وهذا يصب في قول بعض فقهاء الحنفية أن الدواء والفاكهة لا تجبان عند التنازع ويرفع الأمر للقاضي، لأن ما يجب على الزوج هو الحاجيات التي تقوم عليها الحياة في الغالب، أما في حالة التراضي فالزوج مكلف بينه وبين الله عز وجل بمعاملة زوجته أحسن معاملة. كما أن قواعد الإسلام تلزم الزوج بمعالجتها لاسيما وإن كان غنيا وهي فقيرة أما في الحالة العكسية فيقع عليها إلزام معالجة نفسها[213].

---

[210]-بالنسبة لتكاليف عملية التلقيح الإصطناعي في الجزائر فثمنها يقدر بحوالي 120.000 دج ، يضاف إليها ثمن الأدوية والذي يصل إلى حوالي 100.000 دج ، مع أن ثمن العملية غير قابل للتعويض من طرف مصالح للضمان الإجتماعي بخلاف ثمن الأدوية، مع العلم أن العملية لا يتحقق نجاحها في المرات الأولى وهذا ما يزيد من تكاليفها؛ زهية بوغليط، التلقيح الإصطناعي في الجزائر...حل أخير، أمل كبير، ونجاح ضئيل، موقع الإنترنت http://www.eldjazaireldjadida.dz ، تاريخ الإطلاع 2016/04/19.

[211]-لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، ج 11، تح.عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب، الرياض، د.س.ن، ص.354.

[212]-إبن الفراء البغوي، المرجع السابق، ج06، ص.336.

-وجاء في فتاوى دار الإفتاء المصرية؛ لا يلزم الزوج بمداواة زوجته ولا دفع أجور تطببها وتمريضها ومن يقومون بخدمتها؛ الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية، مج01، ص.294؛ كشاف القناع، المرجع السابق،ص.2816؛ حاشية الدسوقي، المرجع السابق،ص.511.

[213]- الجزيري عبد الرحمن، الفقه على المذاهب الأربعة، ج04، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003 ، ص.488.

ويرى بعض المالكية أنه يفترض عليه أن يعالجها بقيمة النفقة التي تفترض لها وهي سليمة من المرض، ومثل الطبيب القابلة–الداية–فإن في وجوب أجرتها على الزوج خلاف والظاهر أن عليه أجرتها ولو مطلقته[214].

أما الزيدية فالراجح عندهم أن تكاليف العلاج يدخل في نفقة الزوجة وهي واجبة على الزوج.

وخلاصة القول أن الفقهاء الأربعة في اتفاقهم حول عدم وجوب نفقة العلاج على الزوج، كان مبنيا على أساس أن المداواة لم تكن حاجة أساسية، فهو اجتهاد على عرف وجد في عصرهم، لكن الآن الحاجة إلى العلاج كالحاجة إلى الطعام والغذاء. وهذا ما يبرر وجوب نفقة الدواء كغيرها من النفقات، فلا يعقل أن يستمتع الزوج بزوجته حالة الصحة ثم يردها إلى أهلها حال المرض للعلاج[215].

ترجيحا لما سبق يمكن القول أن نفقات عملية التلقيح الإصطناعي من الناحية الشرعية تكون واجبة على الزوج إذا علم بعقم زوجته قبل الزواج، فيكون قد رضي بذلك، أما إذا لم يكن يعلم بعقمها قبل الزواج، فهنا لا تجب عليه وتكون الزوجة هي متحملة الإنفاق من مالها الخاص وإذا لم يكن لها مال استدانت من زوجها وتكون ملزمة برده حالة يسرها. غير أنه يندب أن يتحمل الزوج نفقات العلاج لما يحققه ذلك من حسن المعاشرة بالمعروف[216]، وإن كان هناك من يقول بوجوب نفقة علاج العقم لأسباب يمكن علاجها دون كبير تكلفة وخاصة على الزوج الموسر، وإذا كان العلاج بكبير تكلفة كطفل الأنبوب، فمن غير المعقول تكليف المعسر بها وأما الزوج الموسر ففيه نظر[217].

أما ما جاء في قانون الأسرة فإن المشرع في المادة 78 نص على أنه:" تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة".

---

[214]–الجزيري عبد الرحمن، المرجع السابق، ص.489.

[215]–وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية وأهم النظريات الفقهية وتحقيق الأحاديث النبوية وتخريجها وفهرسة ألفبائية للموضوعات وأهم المسائل الفقهية، ج07، ط02، دار الفكر، دمشق،1985، ص.794-795.

[216]–أحمد محمد لطفي أحمد، المرجع السابق، ص.228-229.

[217]–فهد بن عبد الكريم السنيدي، نفقة علاج الزوجة–دراسة فقهية، مجلة الجمعية الفقهية السعودية، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، 2013، ع16، ص.354.

وعلى ضوء ذلك يمكن القول بأن المشرع الجزائري قد اعتبر أن ثمن الفحوصات الطبية والعلاج يقع على عاتق الزوج، لكون أن ضرورة العلاج أكثر من ضرورة الشراب والطعام والزينة وهذا تفسيرا لعبارة "...وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة". وبهذا يكون المشرع قد وافق رأي فقهاء الزيدية وخالف ما ذهب إليه فقهاء المذاهب الأربعة على العموم[218].

وأما في الساحة القضائية فقد أكدت المحكمة العليا أن نفقات العلاج تشمله النفقة طبقا لأحكام المادة 78 ق.أ.ج بمقتضى قرارها بتاريخ 2006/11/15 [219]، ولقد سبقه قرار آخر لذات المحكمة بتاريخ 1986/02/10[220].

لا مناص في حالة وجود سبب من تلك الأسباب التي تقدم ذكرها لدى أحد الزوجين، تأثير على استمرار الحياة الزوجية بينهما لتصل إلى حد الفرقة. وللوقوف على طبيعتها الفقهية والقانونية يتوجب علينا التفصيل في الفرع الموالي.

الفرع الثاني

التكييف الفقهي والقانوني لفك الرابطة الزوجية بسبب عدم رضا أحد زوجين على علمية التلقيح الإصطناعي

يترتب على عدم اقتناع أحد الزوجين بضرورة اللجوء إلى عملية التلقيح الإصطناعي حالة فشلهما في الإنجاب بالطريق الطبيعي وقوع شقاق بينهما، ففي إصرار أحدهما على الإستعانة بهذه التقنية يكون هناك الرفض المستمر للطرف الآخر وبالتالي التفكير في فك الرابطة الزوجية. ولمعرفة طبيعة حل هذه الرابطة لابد من التمييز بين حالة رفض الزوجة (أولا) وحالة رفض الزوج (ثانيا).

---

[218]-إلغات ربيحة، الحقوق الزوجية على ضوء الإجتهاد القضائي الجزائري،أطروحة دكتوراه في القانون الخاص،جامعة الجزائر 01سنة 2011،ص154-155.

[219]-المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 2006/11/15، ملف رقم 372292، م.م.ع، ع01، 2007،ص.493.

[220]-شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة-دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، 2013-2014، ص.273.

أولا: حالة عدم رضا الزوجة.

إذا رفضت الزوجة اللجوء إلى عملية التلقيح الإصطناعي فهل يكون ذلك مسوغا للزوج في فك الرابطة الزوجية؟ وما هو التكييف الفقهي والقانوني لذلك؟

قال جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية على أن العيوب التي يفسخ بها النكاح هي الجنون، الجذام والبرص وهي تثبت الخيار للزوجين في فسخ النكاح أو الإبقاء عليه، باستثناء الحنفية الذين قالوا بعدم إمكانية الفسخ ولو اشتد الجذام أو البرص ونحوهما [221]، واختلفوا في العيوب المتبقية باعتبارها مثبت للخيار وإن كانت هذه العيوب تعود إلى سبب واحد هو المنع من الوطء، أو حصول لذته فإنه ليس بالإمكان مقارنتها بالعقم إذ لا تشابه بينهما [222]، مما يدفعنا إلى القول بأنه لا يمكن للزوج في حالة تأكده من عقم زوجته فسخ عقد النكاح[223].

ويبقى للزوج في هذه الحالة إستعمال الرخصة الشرعية لفك الرابطة الزوجية والمتمثلة في الطلاق لقوله تعالى « ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ ۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ "[224] وقوله تعالى أيضا:" يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ » [225].

---

[221]–ماهر أحمد السوسي، حق الزوجة في فسخ النكاح بسبب عقم زوجها، مجلة الجامعة الإسلامية–سلسلة الدراسات الإسلامية، غزة، 2006، ع01، مج14، ص.12؛ الجزيري عبد الرحمن، المرجع السابق، ج04، ص.162.

[222]– ماهر أحمد السوسي، المرجع نفسه، ص.14.

[223]–الفسخ هو نقض العقد من أساسه وإزالة للحل الذي يترتب عليه ولا ينقص من عدد الطلقات أما الطلاق هو إنهاء للعقد ولا يزول الحل إلا بعد البينونة الكبرى(الطلاق الثلاث).

–أما من حيث التفريق بين الفسخ والطلاق بالعيب، فقد ذهب الحنفية والمالكية إلى القول بأن التفريق بالعيب يقع طلاقا بائنا لا فسخا، لأن الفرقة إما أن تكون من جانب الزوج أو بسبب منه، ولم يوجبها فساد عقد كانت طلاقا.

وذهب الشافعية والحنابلة إلى القول بأن هذه الفرقة هي فسخ لإيقاعها من طرف القاضي ولو تلفظ بالطلاق ظاهرا، لأنه ما فعل ذلك إلا بأمر القاضي وهو مما يخضع للإجتهاد فكان فسخا لا طلاقا؛ بلباقي عبد المؤمن، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي–دراسة مقارنة مدعمة بنصوص من قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2000، ص.96–97.

[224]–سورة البقرة، جزء من الآية 229.

[225]–سورة الطلاق، جزء من الآية 01.

وما شرع الطلاق إلا لضرورة حل مشاكل الأسر بسبب الإصابة بمرض لا يحتمل أو عقم لا علاج له، ينجم عنه زوال المحبة وتوليد الكراهية، فيكون الطلاق هو المنفذ للتخلص من كل الشرور [226]، غير أن استعمال تلك الرخصة لا يكون إلا للحاجة لقوله صلى الله عليه وسلم"أبغض الحلال إلى الله الطلاق" [227]، وإن كان يعتبر هذا الحديث ضعيفا عند بعض فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرين[228].

يعتبر النسل من الأهداف السامية لعقد الزواج في القانون الجزائري وما أكد ذلك هو نص المادة 04 ق.أ.ج، حيث أن اعتراض الزوجة على تحقيق هذا الهدف يشكل إهانة للزوج. ولكن المعلوم هو أن الزواج لا يتم إلا بين رجل وامرأة سليمين قادرين على الإنجاب، فبغياب هذه الصفة في الزوجة يمكن لنا أن نتمسك بتطبيق نظرية البطلان استنادا على وقوع الزوج في غلط يتمثل في العقم الناجم عن العجز الجنسي، إلا أنه يشترط لذلك أن يكون الغلط متعلقا بصفة جوهرية، فالقدرة الجنسية تعد كذلك إذا استعنا بالمعيار الذاتي والموضوعي. غير أن هذا لا ينطبق على مسألة الإنجاب، وهذا ما يدفعنا إلى البحث عما إذا كان بحق الزوج رفع دعوى الطلاق بسبب التلقيح الإصطناعي[229].

رغم عدم النص صراحة على هذه المسألة وعملا بعموم النصوص التي جاء بها قانون الأسرة في مواده 04، 36 الفقرتين الأولى والثانية يدعونا إلى القول بأن الزوجة الرافضة لعملية التلقيح الإصطناعي قد ارتكبت خطأ يتأسس معه حق الزوج في فك الرابطة الزوجية من خلال تمسكه بالطلاق بصفة مطلقة وفقا لما جاء في نص المادة 48 ق.أ.ج[230].

هذا وإن كان القضاء الجزائري لا يعتبر عقم الزوجة سببا يخول للزوج اللجوء إلى الطلاق بسبب عقم زوجته، ذلك أن العقم لا يعد من الأسباب الشرعية والقانونية المخولة للزوج حق الطلاق بتظليم الزوجة لأنه من المسائل الخارجة عن إرادتها[231].

---

[226]-وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي...، المرجع السابق، ج07،ص.358.

[227]-أبي الحسن الحنفي المعروف بالسندي، شرح سنن ابن ماجة القزويني، ج01، دار الجيل، بيروت، د.س.ن، ص.622.

[228]-محمد ناصر الدين الألباني، سلسلة الأحاديث الصحيحة وشيء من فقهها وفوائدها، مج 05،مكتبة المعارف، الرياض، د.س.ن، ص.18.

[229]-تشوار جيلالي، الزواج والطلاق ...، المرجع السابق، ص.153-154؛ المؤلف نفسه، رضا الزوجين ....، المرجع السابق، ص.65-66؛كريم زينب، المرجع السابق، ص.391-392.

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

[231]-المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 2006/11/15، ملف رقم 373707، م.ق،ع2007،01، ص.499؛ بلحاج العربي، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال أربع وأربعين 1966-2010، ط04، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2012، ص.243.

والجدير بتسليط الضوء عليه هو حالة تراجع الزوجة عن قرارها في إتمام عملية التلقيح الإصطناعي، فهل يمكن للزوج استعمال حقه في فك الرابطة الزوجية؟

في غياب نص خاص بهذه الحالة في القانون الجزائري، فهناك من يرى أنه لا مانع من اعتبار رفض الزوجة التلقيح بنطفة زوجها أن يجعلها المشرع الجزائري سببا لفك الرابطة الزوجية ما دامت أن الزوجة في حالة سليمة صحيا، في حين إذا كانت مصابة بمرض وراثي يحتمل نقله إلى الأولاد، فيمكن القول بأن رفض الزوجة لإتمام عملية التلقيح مؤسسا ومبررا قياسا على عملية الإجهاض العلاجي [232]، الذي أجازه القانون بموجب نص المادة 72 من قانون حماية الصحة وترقيتها، والمسموح به في نظر قانون العقوبات بالمادة 308.

ذلك وإن تعسف الزوج في استعمال حقه في طلب الطلاق من شأنه أن يسبب ضررا للزوجة، يكون مبررا لها في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحقه بها[233].

إذا كان بإمكان الزوج دفع الضرر عن نفسه حالة استمرار الزوجة في رفض اللجوء إلى التلقيح الإصطناعي باستعمال رخصة الطلاق لفك الرابطة الزوجية، فماذا لدى الزوجة من وسائل لدفع الضرر عن نفسها؟

ثانيا: حالة عدم رضا الزوج.

سنحاول في هذا الموضع إبراز التكييف الفقهي والقانوني لفك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة عند رفض زوجها اللجوء إلى عملية التلقيح الإصطناعي. فإذا كان أحد الزوجين مصابا بالعقم، أي عدم إمكانية الإنسال، فهل يكون ذلك مبررا للزوج الآخر طلب فك الرابطة الزوجية وفسخ الزواج لهذا العيب إذا أمكن تسميته كذلك؟[234].

---

[232]–كريم زينب، المرجع السابق،ص.396.

[233]–بن شويخ رشيد، وضعية حقوق المرأة المطلقة في الجزائر بين النصوص القانونية والواقع المعيشي، م.ع.ق.إ.س ، جامعة تلمسان ،كلية الحقوق ،2011 ، ع12، ص.88.

[234]–فالعيوب التي تجيز فسخ النكاح غير محصورة بعدد معين أو بنوع معيين أو بأنواع معينة من العيوب وما ذكره الفقهاء من عيوب تجيز الفسخ دون غيرها بالرد عليه أن قد توجد عيوب لم ينصوا عليها تساوي المنصوص عليه من العيوب في علة الحكم بجواز الفسخ بها. فينبغي أن تساويها في الحكم أيضا–أي بجواز الفسخ بها–يوضح ذلك أن القائلين بجواز التفريق بالعيوب التي نصوا عليها عللوا هذا الجواز بعلة دفع الضرر أو بعدم إمكان الجماع أو أن يكون العيب منفرا مما يفوت مقصود الزواج من قضاء الشهوة وتحصيل النسل أو بعلة العدوى أو بخشية الجناية من المصاب بالعيب على الطرف الآخر، كما في الجنون ومعنى ذلك أن كل عيب تحققت فيه علة التفريق التي ذكروها بصورها المتعددة ينبغي جواز التفريق بهذا العيب؛ زيدان عبد الكريم، المرجع السابق، ج09، ص.36.

ولقد جاء في أقوال الفقهاء بشأن هذه المسألة ما يلي:

-فالمالكية قالوا:« ...و لا يضر عدم النسل كالعقم.» [235].

-وأما الحنابلة« ولا نعلم في هذا بين أهل العلم خلافا، إلا أن الحسن قال: إذا وجد الآخر عقيما يخير، وأحب أن يتبين أمره وقال عسى امرأته تريد الولد وهو في ابتداء النكاح، فأما الفسخ فلا يثبت به، ولو ثبت بذلك لثبت في الآيسة، ولأن ذلك لا يعلم، فإن رجالا لا يولد لأحدهم وهو شاب، ثم يولد له وهو شيخ ولا يتحقق ذلك منهما... » [236].

ولقد أورد ابن القيم حديثا عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه في هذا فقال:" وذكر سعيد بن منصور:حدثنا هشيم، أنبأنا عبد الله بن عوف، عن ابن سيرين أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه بعث رجلا على بعض السقاية، فتزوج امرأة وكان عقيما، فقال له عمر: أَعْلَمْتَهَا أنك عقيم؟، قال: لا، قال:فانطلق فأعلمها ثم خيرها"[237].

وبين هذا وذاك فإنه يمكن القول أن ثبوت الخيار في فسخ عقد الزواج يكون للزوجة فقط دون زوجها، لأن في هذا دفعا للضرر الذي يلحق بها معنويا لا تقل جسامته عن الضرر المادي.

---

[235]-بن طاهر الحبيب، الفقه المالكي وأدلته، ج03، ط03، ، مؤسسة المعارف، بيروت،2005، ص.307.

[236]-لموفق الدين بن قدامة المقدسي، المرجع السابق، ج10، ص.59-60.

[237]-إبن القيم الجوزية، زاد المعاد ...، المرجع السابق، ج05، ص.165.

-في رواية عن عبد الرزاق عن معمر وابن جريج عن أيوب عن ابن سيرين قال: بعث عمر بن الخطاب رجلا على السعاية فأتاه فقال: تزوجت إمراة، فقال: أخبرتها أنك عقيم لا يولد لك؟ قال: لا، قال: فأخبرها وخيرها؛ أبي بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، المصنف، ج 06، تح، حبيب الرحمن الأعظمي، ط02 ، المكتب الإسلامي، بيروت، 1983ص.162.

-هناك من استند إلى هذا الحديث ورد على أقوال الحنابلة، أن العقيم هو مثل الآيسة لأن مثل هذا الإلحاق لا وجه له، فالأصل هو السلامة من العقم والقدرة على الإنجاب، وأما عدم قدرة الآيسة على الإنجاب فهو سبب جبلي، يحكمه التقدم في السن، إذ أن العيب المانع من الإنجاب لا يقبل به في العادة بخلاف بلوغ المرأة سن اليأس فهو أمر حتمي؛الشويرخ سعد بن عبد العزيز بن عبد الله،أحكام الهندسة الوراثية، دار كنوز إشبيليا،الرياض، 1428هـ ، ص.199.

والعقم يمكن اعتباره ضررا نفسيا يولد آلاما عميقة وسط الأسرة الخالي بيتها من الأطفال، وتجاه كل ألم تكمن الضرورة والحاجة. ومناط ذلك القاعدة الفقهية القائلة، إذ ضاق الأمر اتسع.[238] فالزوجة بطبيعتها تتطلع لأن تكون أما، فإذا فشلت في ذلك أصابتها خيبة أمل وضيق وألم ومن باب أولى تمكينها من وسيلة فسخ النكاح لعقم زوجها. غير أن تلك الوسيلة لابد أن تقيد بقيود نجملها فيما يلي:

-أن لا يكون للزوجة ولد منه قبل أن يطرأ عليه العقم أو من زوج آخر قبله، لأن وجود الولد ينفي تحقق الضرر بالأمومة.

-أن يثبت الفحص الطبي عقم الزوج وعدم احتمال زواله أو يغلب على الظن ذلك إذا لم يتحقق التيقن، إذ أن غلبة الظن تقوم مقام اليقين فيما لا سبيل للوقوف عليه.

-إنتظار مدة من الزمن بعد عقد الزواج وتحقق الدخول ما لا يقل عن أربع سنوات[239].

أما في الميدان القانوني إذا رفض الزوج اللجوء إلى عملية التلقيح الإصطناعي، فإنه يمكن للزوجة رفع دعوى التطليق بناءا على نص المادة 53 ق.أ.ج في فقرتها الثانية والتي تنص على أنه:"...العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج..". هذا وإن كان القانون الجزائري لم ينص صراحة على ذلك ولكن يمكن اعتبار أن عقم الزوج يشكل عيبا يحول دون تحقيق أهداف الزواج وهو النسل، وعلى القاضي أن يعرضه لفحص طبي للتأكد من حالته، فإذا ثبت عجزه قضى بالتطليق ، أما إذا اتضحت إمكانية العلاج أمهله سنة ميلادية لطلب العلاج ولكون التلقيح الإصطناعي من وسائل العلاج فإذا امتنع عن اللجوء إليه وافق على طلب الزوجة بالتطليق[240].

---

[238]-فتوى رقم 136 بتاريخ 2000/11/08، أبي عبد المعز محمد علي فركوس، في حكم التلقيح الإصطناعي،موقع الإنترنت www.ferkous.com، تاريخ الإطلاع 2015/09/20؛ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، محمد مصطفى الزرقا، ط02 ، دار القلم، دمشق، 1989، ص.163.

[239]- زيدان عبد الكريم، المرجع السابق، ج09، ص.40.

-كما يرى محمد الصالح العثيمين بأنه يحق للمرأة أن تطلب الطلاق من زوجها إذا تبين أن العقم منه وحده، فإن طلقها فذاك، وإن لم يطلقها فإن القاضي يفسخ نكاحها وذلك لأن المرأة لها الحق في الأولاد وكثير من النساء لا يتزوجن إلا من أجل الأولاد؛ أبو محمد أشرف بن عبد المقصود، المرجع السابق، ج02، ص.750-751؛أبي نصر محمد بن عبد الله الإمام، قطف الأزهار المتناثرة من فتاوى المرأة المسلمة لعلماء اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، ط01، ج02، دار المحسن، مصر، 2008، ص.646.

[240]-إقروفة زبيدة، المرجع السابق،ص.112-113؛ تشوار حميدو زكية، بعض حقوق المرأة المستحدثة بمقتضى الأمر رقم 05-02 المعدل لقانون الأسرة، م.ع.ق.إ.س، جامعة تلمسان،كلية الحقوق، 2011،ع12 ، هامش03، ص.70.

كما وسع المشرع الحماية للزوجة في مسألة طلب التطليق بإضافته للفقرة العاشرة من المادة 53ق.أ.ج بقولها:"كل ضرر معتبر شرعا" وهذا ما يخول للقاضي سلطة توسيع دائرة الضرر، إذ بإمكانه الاعتداد بحرمان الزوجة من تحقيق الشعور بالأمومة والولادة والحمل والإرضاع للحكم بالتطليق وكذا التعويض عن الضرر اللاحق بها [241]، عملا بنص المادة 53 مكرر ق.أ.ج[242].

غير أن العمل بأحكام الفقرة العاشرة من المادة 53 ق.أ.ج في مسألة رفض الزوج اللجوء إلى عملية التلقيح الإصطناعي يتوجب معه عدم علم الزوجة قبل العقد بصفات زوجها التي يغلب عليها الطابع الديني والروحي، أما إذا كانت تعلم بذلك فيعني أنها رضيت وهذا الرضا يسقط حقها في طلب التطليق[243].

وما نلفت إليه هو أن الأحكام القضائية في هذا النطاق منعدمة، يرجع ذلك إلى أسباب مختلفة نفسية، تربوية وإجتماعية، إذ يرى الأستاذ تشوار جيلالي « أن القاضي قد لا يعتبر بوجه الإحتمال، كل التماس ولو بإصرار، للتلقيح الصناعي تصرفا مهينا وعليه فإنه يمكن للظروف وحدها التي تم فيها الرد تجاه الرفض المستمر للزواج أن تهينه. وتفسيرا لذلك إذا كانت الطلبات والعتاب متجانسة بأقوال كيدية أو بإهانات علانية أو على الأقل موجهة على حدة، فإنها من المفروض أن تملك الزوج الرافض حق الطلاق، ولكن حتى في هذه الحالات، فإنه يجب أن نستثني الحالة التي ترفع كل طابع إرادي ومهين لفلتات اللسان هذه بسبب الإضطرابات العقلية الناتجة عن استحواذ حقيقي للأمومة » [244].

هذا وإن كان قضاة المحكمة العليا قبل صدور تعديل 05-02، قد اعتبروا أن عدم القدرة على الإنجاب تشكل ضررا للزوجة يستلزم معه الإستجابة لطلبها في التطليق، إذ جاء في أحد القرارات ما يلي: « من المقرر شرعا أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا،...وما تبين في قضية الحال أن المعاشرة الزوجية كانت طويلة بين الزوجين وأن الطاعن لم ينجب أطفالا طيلة هذه المدة الطويلة مما أدى بالزوجة إلى أن تطلب

[241]-إقروفة زبيدة، المرجع السابق ،ص.113؛ كريم زينب، المرجع السابق،ص.53.

[242]-تنص المادة 53 مكرر ق.أ.ج على أنه:"يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

[243]-تشوار جيلالي، رضا الزوجين...، المرجع السابق، ص.67.

[244]-تشوار جيلالي، رضا الزوجين...، المرجع نفسه ، ص.67.

التطليق لتضررها لعدم الإنجاب، وعليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتطليق الزوجة بسبب العيب الذي يحول دون تحقيق الهدف من الزواج طبقوا القانون تطبيقا سليما »[245].

وعملا بالقواعد العامة، فإنه يمكن كذلك للزوجة التمسك ببطلان العقد على أساس وقوعها في غلط يقوم على صفة من الصفات الجوهرية للزوج المنصوص عليه في المادة 82 ق.م.ج[246] والمتمثلة في القدرة على الإتصال الجنسي التي يترتب عليها الإنجاب والتناسل، ما لم يثبت علمها بذلك قبل العقد، على أساس أن القانون قد استحدث إجراء مسبقا للزواج من شأنه توفير الحماية لطرفي العلاقة الزوجية تكمن في الفحص الطبي الذي نصت عليه المادة 07 مكرر ق.أ.ج في فقرتها الأولى التي تنص على أنه: « يجب على طالبي الزواج أن يقدما وثيقة طبية لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج » .

ونختم هذا الفرع بالقول أن أغلب فقهاء الشريعة الإسلامية لم يعتبروا العقم عيب يوجب التفريق بين الزوجين، ذلك أن معرفة أي من الزوجين بأنه غير قادر على الإنجاب كان مستعصيا في عصرهم على عكس ما يشهده التطور الطبي في الوقت الراهن، إذ بات من السهل القول بعدم القدرة على الإنجاب وتحديد نسبتها مؤقتة كانت أو دائمة وبالخصوص في جانب الزوج، الذي كان يعتقد أنه فحل بطبعه لا يتصور منه عدم النسل وأن العقم مرض أنثوي[247].

وهو ما يفهم من عموم الفقرة العاشرة من المادة 53 ق.أ.ج التي اعتبرت بأن كل ضرر معتبر شرعا يمكن أن يكون أساسا لطلب الزوجة بالتطليق لتضررها من عقم زوجها.

---

[245]–المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 1999/02/16، ملف رقم 213571، م.ق، ع.خ، 2000، ص.119؛ المحكمة العليا، غ.ا.ش،قرار بتاريخ 1992/12/22، ملف رقم 87301، م.ق، ع02 ، سنة 1995، ص.92، إذ جاء فيه:" ولما أسس قضاة الموضوع قرارهم القاضي بالتطليق على سبب عدم إنجاب الأولاد استنادا لنتائج الخبرة الطبية التي خلصت إلى عقم الزوج فإنهم قد وفروا لقضائهم الأسباب الشرعية الكافية ما عدا ما يتعلق بإلزام الزوج بالتعويض".

[246]–يفهم من خلال نص المادة 82 ق.م.ج أن الغلط الذي أخذ به المشرع الجزائري يقوم على معيار ذاتي شخصي قوامه الصفة الجوهرية في نظر المتعاقدين؛ مهداوي حسين، دراسة نقدية للتعديلات الواردة على قانون الأسرة في مسائل الزواج وأثاره، مذكرة ماجستير في قانون الأسرة، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، 2009–2010، ص.33.

[247]–ماهر أحمد السوسي، المرجع السابق، ص.17.

إذا كنا قد خصصنا المبحث الأول من هذا الفصل لمسألة التلقيح الإصطناعي باعتباره وسيلة غير طبيعية ينجم عنها إنجاب الأولاد ومدى تأثيرها على فك الرابطة الزوجية، فقد آثرنا الحديث في المبحث الموالي عن تنظيم الإنجاب والقطع الإرادي للحمل وأثرهما على فك الرابطة الزوجية.

المبحث الثاني

تنظيم الإنجاب والقطع الإرادي للحمل وأثرهما على فك الرابطة الزوجية

إن النسل يضمن استمرار حياة الأمة بصفة عامة، كما أنه يعتبر امتداد لحياة الوالدين بصفة خاصة. غير أن عدم قدرة الزوجين على رعاية أولادهما وتربيتهم على الوجه المثالي قد يمكن اعتباره عذرا يسمح لهما العمل على إيجاد فترات متباعدة بين الحمل والآخر وهو ما يعرف بتنظيم الإنجاب، إلا أن بعض الأزواج قد يتوسعون في مفهوم هذه الرخصة، فتسوغ لهم أنفسهم حتى في التفكير إلى منع حدوث الولادة بقطع الحمل قبل اكتماله بطريقة إرادية وهو ما يعرف بالقطع الإرادي للحمل أو الإجهاض(المطلب الأول).

لا يخفى على أي عاقل السر الذي حدا بالشريعة الإسلامية منذ بروزها إلى الوجود إلى أن تتدخل تدخلا مباشرا لتنظيم الأسرة وإخراجها من دائرة الفوضى بواسطة كتاب الله عز وجل وسنة رسوله المصطفى الكريم بتوجيهاتها لتنظيم شؤون الأسرة، ولقد سايرها في ذلك التشريع من خلال نصوصه في إرساء قواعد قانونية من شأنها تمكين الأزواج من التخطيط العائلي السليم وكذا محاربة كل تصرف يشكل خطرا عليها وعلى المجتمع عامة(المطلب الثاني).

والزوجان وحدهما المؤهلان للتقرير في موضوع تنظيم النسل لرفع الحرج عنهما وتربية أولادهما في ظروف حسنة، فيقرران ترك فترات بين الحمل والآخر، غير أن هذا التوافق قد لا يقع مما ينتج عنه خلاف بين الزوجين، بل قد يمتد الأمر إلى أكثر من ذلك، فتحدث الفرقة بينهما(المطلب الثالث).

المطلب الأول

ماهية تنظيم الإنجاب والقطع الإرادي للحمل

يمكن للزوجين تنظيم نسليهما بخلق فترات متباعدة بين الحمل والآخر بواسطة ما أفرزه الطب الحديث من وسائل متعددة، لذلك سنعالج في هذا المطلب مسألة تنظيم الإنجاب بالتطرق إلى تعريفه والطرق الطبية التي يلجأ إليها مع التعريج إلى موضوع قطع الإنجاب وهذا في الفرع الأول، أما الفرع الثاني فنخصصه لمفهوم القطع الإرادي للحمل بذكر تعريفه والأسباب الدافعة إليه.

الفرع الأول

مفهوم تنظيم الإنجاب

يعد التخطيط العائلي في مجال الإنجاب من المسائل الهامة والأساسية عند الأزواج، كما أنه بات تحقيقه دون أدنى مشقة في ظل تنوع الوسائل الطبية المساعدة عليه، لذلك سوف نوضح مفهوم تنظيم الإنجاب من خلال تعريفه (أولا)، والطرق الطبية المتاحة للجوء إليه (ثانيا)، ثم نختم هذا الفرع بالتمييز بين تنظيم الإنجاب وقطعه (ثالثا).

أولا: تعريف تنظيم الإنجاب.

سنعرض تعريف تنظيم الإنجاب لغة(أ) واصطلاحا(ب).

أ–لغة: التنظيم: يأتي من النظم، أي التأليف، نظمه ينظمه نظما ونظاما ونظَّمه فانتظم وتنظَّم، ونظمت اللؤلؤ: أي جمعته في السلك والتنظيم مثله[248].

والنسل: في اللسان العربي هو الخلق والولد والذرية، وتناسلوا أنسل بعضهم بعضا، ونسل نسلا من باب ضرب كثر نسله ولعل المراد المطابق لكلمة النسل هي كلمة يحكم إفادة كل منهما لمعنى الخلق ومعنى الكثرة[249].

[248]–أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب،ج 16، ط.خ،لوزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد بالمملكة العربية السعودية، دار النوادر، الكويت،1431هـ–2010،ص.56.

[249]–مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، المرجع السابق، ج04، ص.181.

ب–إصطلاحا: تنظيم النسل وهو وضع منهج يكون الإنجاب بحسبه أو اتخاذ وسيلة مشروعة غير ضارة لإيجاد فترات متباعدة بين مرات الولادة، عن طريق تخفيض معدل المواليد عن النمو لأسباب جدية[250].

وهناك من يطلق عليه بالمنع المؤقت للحمل وذلك باللجوء إلى وسائل معينة تعمل على الحيلولة دون التقاء نطفة الرجل ببويضة المرأة ويكون ذلك بصفة مؤقتة، إذ يستطيع من يستعمل مانع الحمل أن يتخلى عنه دون أن يجد صعوبات تعيق قدرته على الإنجاب عند اتخاذ قراره هذا[251].

ثانيا: الطرق الطبية لتنظيم الإنجاب.

يعتبر تنظيم الأسرة إستراتجية فعالة للحفاظ على الطفل وحسن تربيته، إذ أن المباعدة المناسبة بين الولادات ووضع الحد بمحض الإرادة لعدة مرات تتيح الفرصة للوالدين لتحقيق هدفهما. وهناك طرقا عديدة لمنع الحمل قد جربها الإنسان منذ العصور السابقة، وإن كان من الممكن القول أن جل تلك الطرق والوسائل القديمة منها والحديثة، لها نسبة نجاح معينة، فرغم استعمالها فقد يحدث الحمل [252] ويمكن تقسيم هذه الوسائل إلى طرق سلوكية[253] وأخرى طبية، وإن كنا في هذا البحث سنتطرق إلى الطرق الطبية، لكون أن بحثنا يرتكز على مدى تأثيرها على استمرار الحياة الزوجية.

ونقصد بالطرق الطبية هي كل وسيلة اكتشفها الطب الحديث تستعمل لمنع الحمل بصفة مؤقتة، بحيث تمنع وصول الحيوان المنوي إلى النطفة ولا يحدث تلقيحها وهذه الطرق إما وسائل آلية أو أدوية وعقاقير وقد تصل إلى حد الجراحة وفيما يلي سنبين ولو بالإيجاز كل وسيلة على حدة.

---

[250]–صفاء خالد حامد زين، تنظيم النسل في الفقه الإسلامي، أطروحة للحصول على درجة الماجستير في الفقه و الشريعة، جامعة نابلس–فلسطين، 2005،ص.104.

[251]–محمود أحمد طه، المرجع السابق،ص.28.

[252]–يقول الله تعالى" إِنَّمَآ أَمۡرُهُۥٓ إِذَآ أَرَادَ شَيۡـًٔا أَن يَقُولَ لَهُۥ كُن فَيَكُونُ "، سورة يس، الآية 81.

[253]–تتمثل هذه الطرق في توقيت الجماع بين الزوجين في فترات محددة لتجنب الحمل وتسمى بأوقات الأمان، وطريقة العزل وهي أقدم طريقة عرفها الإنسان ورد خبرها في التوراة المحرفة"سفر التكوين" وكذلك فترة الإرضاع ، لأن المرضعة عادة ما يمتنع مبيضها عن التبويض كل شهر نتيجة الإرضاع؛ محمد علي البار، خلق الإنسان ...، المرجع السابق، 497-498.

1-الوسائل الآلية: وتتمثل فيما يلي:

-الواقي : منه الذكري هو عبارة عن كيس جلدي مصنوع من مادة رقيقة ملساء أو محببة في طرفه حلمة لاحتواء ما يقذفه الزوج عند الجماع، يقوم الزوج بإدخاله في ذكره قبل المواقع الجنسية. والأنثوي الذي هو أكبر حجما ويوجد به حلقة داخلية لتثبيته ويقوم بنفس الدور الذي يقوم به الواقي الذكري وهو منع حدوث التلقيح.

-اللولب: هو جهاز يزرع في الرحم بحيث يجعل الوسط الرحمي غير صالح للتلقيح بين نطفة الزوج وبويضة الزوجة. غير أن هذه الوسيلة قد تؤدي في بعض الحالات إلى إصابة الزوجة بنزيف.كما قد يحدث أحيانا الحمل خارج الرحم وبذلك يشكل خطرا على الحامل[254].

-القبعة العنقية: هي قبعة مخصصة لعنق الرحم بأشكال ومقاييس وتركيب مختلفة تتناسب مع عنق الرحم، إذ تقوم بإغلاق عنق الرحم فتمنع الحيوانات المنوية من تلقيح البويضة. كما يمنع على المرأة استعمالها إلا بعد إجراء فحوصات طبية للتأكد من عدم وجود أمراض تحول دون استعمالها بشكل صحيح[255].

2-الأدوية والعقاقير:

تكون عبارة عن مركبات هرمونية أو كيماوية تستعمل بطريق الفم أو الحقن أو على شكل دهانات موضعية وهي:

-الوسائل الكيماوية: تتمثل في إسفنجة مبللة بمادة حامضة كالخل تضعها الزوجة في فرجها قبل الجماع، تعمل على قتل الحيوانات المنوية أو تكون على شكل مستحضر طبي يستعمل على شكل غسول مهبلي.

---

[254]-محمود أحمد طه، المرجع السابق،ص.30.

-يصنع اللولب من مواد بلاستيكية وقد يضاف إليه سلك النحاس أو الفضة أو البلاتين أو هرمون البروجسترون للزيادة من فعاليته والتقليل من المضاعفات، وقد انتشر استعمال اللولب بأنواعه المختلفة، وإن كان تاريخه يعود إلى القدم، وكان يستعمل عند العرب، فكانوا يدخلون أنابيب بها أحجار صغيرة إلى رحم الناقة عندما يريدون السفر الطويل و يمنعونها بذلك من أن تحبل؛ محمد علي البار، خلق الإنسان...،المرجع السابق،ص.495.

[255]-عباسي مجدوب محمد، أحكام وسائل منع الحمل-دراسة طبية فقهية، مذكرة ماجستير في العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، كلية العلوم الإسلامية، 2008-2009، ص.49.

-حقن منع الحمل: عبارة عن مركب هرموني يؤدي إلى منع الإباضة ويكون استعمالها على حسب فعاليتها، فمنها ما يؤخذ كل شهر وهناك ما يؤخذ كل ثلاثة أشهر، و منها كبسولات تزرع تحت الجلد بمحقن خاص بعد تخدير موضعي، ومكانها هو أعلى الذراع من ناحية الجسم ويبقى مفعولها لمدة خمس سنوات[256].

-الدهانات الموضعية: عبارة عن كريمات و مراهم أو تحاميل مهبلية تقضي على الحيوانات المنوية تستعمل قبل الإتصال الجنسي بين الزوجين.

-الأقراص الدوائية: أو ما تسمى بحبوب منع الحمل وهي الأكثر استعمالا وانتشارا نظرا لفعاليتها وتستخدم لمدة 21 يوما، ثم يتم التوقف عن أخذها لمدة سبعة أيام ينزل خلالها الطمث. و وظيفتها تكمن في منع المبيض من تكوين البويضة أو خروجها منه[257]، والمعلوم أن هذه الأقراص لها آثار سلبية وبالخصوص على النساء المصابات بأمراض مزمنة.

3-الطرق الجراحية: ونقصد بها التعقيم الجراحي المؤقت الذي يعمل للرجل والمرأة.

-بالنسبة للرجل: تكون عملية التعقيم المؤقت للرجل بربط النهايتين ربطا جيدا، وبما أن مجرى الأسهر ضيق وجدرانه العضلية ثخينة نوعا ما، فإن سد المجرى يكون بشد الخيط بقوة، على أن يكون الخيط غير قابل الإمتصاص لربط كالقطن والنايلون والحرير[258].

---

[256]-محمود عبد الرحيم مهران، الأحكام الشرعية والقانونية للتدخل في عوامل الوراثة والتكاثر، ط01، د.د.ن، 2002، ص.410.

[257]-ظهرت لأول مرة سنة 1956 وهي تندرج تحت ثلاثة مجموعات هي:

*مشتقات البرجستيرون فقط.

*مشتقات البروجسترون مع الإستروجين أو مشتقاته.

*إستعمال الإستروجين إلى نصف الدورة ثم إستعمال الإستروجين والبروجستيرون في النصف الثاني؛ محمد علي البار، خلق الإنسان...،المرجع السابق،ص.507-508.

[258]-طارق عبد المنعم محمد خلف،المرجع السايق ،ص.240.

-بالنسبة للمرأة: وتكون بواسطة ربط البوقين لمنع نقل البويضات وذلك باستخدام منظار جوف البطن، الذي يمكن الطبيب من رؤية أنابيب الرحم ليتمكن من ربطهما بآلات متصلة بالجهاز. كما يمكن إغلاق البوق من الخارج باستعمال حلقات بلاستيكية أو ملقط ومن الأطباء من يركب على البوقين مثل مشبك الغسيل [259]، وعند رغبة الزوجين في الإنجاب مجددا يتم إرجاع القناة عند الرجل والمرأة إلى حالتها الطبية.

لمزيد من التوضيح حول تنظيم الإنجاب سوف نقارنه مع طريقة أخرى تشابهها في بعض الوسائل غير أنها تختلف عنها من حيث الأثر و ذلك في البند الموالي.

ثالثا: الفرق بين تنظيم الإنجاب وقطعه.

سنوضح الفرق بين تنظيم الإنجاب وقطعه من حيث الوسائل المستعملة(1)، ثم من حيث الأثر المترتب على كل منهما(2).

1-من حيث الوسائل: هناك وسائل خاصة بالرجل وأخرى خاصة بالمرأة.

***بالنسبة للرجل:** تتم عملية قطع الإنجاب عند الرجل بما يلي:

-الخصاء: ويتم عن طريق استئصال خصيتي الرجل ونزعهما من جسده وهي وسيلة قديمة وتطورت حاليا بتطور الوسائل الطبية وهذه العملية لا تؤدي إلى منع الإنجاب فحسب، بل تؤدي إلا نزع أسباب الشهوة وفقدان الرغبة في النساء.

-التعقيم الجراحي الدائم: يقوم الجراح بقطع أو ربط أو سد الأنبوب الناقل للنطف من الخصية إلى الحويصلة بمقدار(01سم)، حيث أنه بعد القطع يعقد كل طرف من أطرافه وحده بعيد عن الآخر، ثم يوضع الحبل المنوي مكانه داخل الصفن، وهذه العملية بسيطة وسريعة تستغرق أقل من 30 دقيقة وأضرارها قليلة الحدوث[260].

[259]-طارق عبد المنعم محمد خلف، المرجع السابق، ص.240-241.

[260]-طارق عبد المنعم محمد خلف، المرجع نفسه، ص.250-251.

***بالنسبة للمرأة:** تنوعت الطرق وتعددت، إلا أنها تؤدي كلها إلى إعاقة حركة وصول البويضة الناضجة إلى قناة فالوب دون التعرض إلى جهازها التناسلي، كاستخدام الكي بالكهرباء عن طريق ملقط أو الكي بالكهرباء أو استعمال الليزر أو إجراء قطع وربط قناتي فالوب. كما يتم عن طريق إدخال حلقة بواسطة منظار خاص إلى قناة الرحم تنطبق على العروة وتسد مجراها بإحكام[261].

2-من حيث الأثر:

إن قطع الحمل هو العمل على استئصال القدرة على الإنجاب بصفة دائمة سواء للرجل أو للمرأة، حيث عرفه أحدهم على أنه « منع الإنسان إما بالإخصاء وإما بتناول مادة طبية تعطل القدرة على الإنسال وإما بعملية جراحية خاصة للأنثى تمنع من القدرة على الإنجاب »[262]، في حين أن تنظيم الإنجاب يؤدي إلى خلق فترات متباعدة بين الولادة لمدة مؤقتة دون القطع النهائي للإنجاب.

وما يمكن الإشارة إليه كذلك هو أن تنظيم النسل قد يختلط مع فكرة أخرى تكمن في "تحديد النسل" ويقصد به التوقف بالنسل عند حد معين، كالإكتفاء بولد أو إثنين وهو في الغالب يكون كسياسة عامة تتبناها الدولة أو حركات شعبية وهيئات إجتماعية لمنع الحمل ويتخذ ذلك طابع الإلزام للأسر بغرض وضع حد لمشكلات إجتماعية وإقتصادية، وعليه فبينهما فرق من حيث المبدأ والأسلوب والنتائج وبالتالي الحكم[263].

الفرع الثاني

مفهوم القطع الإرادي للحمل(إجهاض الحمل)

كإشارة فإن مصطلح القطع الإرادي للحمل لا يستعمله أغلب فقهاء الشريعة الإسلامية، إن لم نقل جلهم، بل هو مصطلح يفضله بعض رجال القانون نظرا لدلالته كالأستاذ "تشوار جيلالي".[264] ذلك أن غالبيتهم يميل إلى توظيف مصطلح الإجهاض أو قتل الجنين، وللتوضيح أكثر لابد من الولوج إلى تعريف القطع الإرادي للحمل (أولا)، ثم الأسباب الدافعة إليه(ثانيا).

---

[261]-محمد خالد منصور، المرجع السابق، ص119. طارق عبد المنعم محمد خلف، المرجع السابق، ص.253.

[262]- محمد خالد منصور، المرجع نفسه، ص.118.

[263]-صفاء خالد حامد زين، المرجع السابق، ص.107.

[264]-تشوار جيلالي، الزواج والطلاق ...، المرجع السابق، ص.158.

أولا: تعريف القطع الإرادي للحمل.

لتبيان معنى القطع الإرادي للحمل يتوجب علينا توضيح معنى الحمل لغة(أ)، واصطلاحا(ب)، ثم القطع الإرادي للحمل(ج).

أ-الحمل لغة: الحمل ما يحمل في البطن من الولد، جمع حمال وأحمال وحملت المرأة تحمل: علقت، ولا يقال حَمِلَتْ به أو قليلٌ وهي حامل وحاملةٌ.[265] ويفهم بأن الحمل والحبل والعلوق مفردات مترادفة ذات معنى واحد، هو تلقيح الحيوان المنوي للبويضة[266].

ب-**الحمل إصطلاحا**: هو ما تحمله المرأة من ولد في بطنها بعد تلقيح نطفة الرجل بويضة المرأة، بدءا من العلوق إلى الولادة، وقال الإمام القرطبي في تفسيره معنى قول الله عز وجل « ... هُوَ أَعۡلَمُ بِكُمۡ إِذۡ أَنشَأَكُم مِّنَ ٱلۡأَرۡضِ وَإِذۡ أَنتُمۡ أَجِنَّةٞ فِي بُطُونِ أُمَّهَٰتِكُمۡۖ ... » [267]، هو الولد ما دام في البطن، سمي جنينا لاجتنابه واستتاره[268].

واختلف علماء الشريعة الإسلامية في مدة الحمل الأقصى، فمنهم من قال سنتين وهو قول سفيان الثوري، ومنهم من قال: ثلاث سنين وهو قول الليث بن سعد ومنهم من قال أقصى مدة الحمل أربع سنسن وهو قول الشافعي، أما الإمام أحمد فله روايتان إحداهما: أربع سنين وثانيها سنتان، وأما الزهري فقال تحمل المرأة ست سنين وسبع سنين. إلا أنهم أجمعوا على أن أدنى مدة الحمل هي ستة أشهر، فإذا جاءت المرأة بولد لأقل من ستة أشهر من يوم تزوج بها الرجل فالولد غير لاحق به[269].

---

[265]-مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، المرجع السابق، ص.987.

[266]-يقول إبن القيم الجوزية أنه إذا حصل مني الرجل داخل الرحم عند الجماع ولم يخرج ومكث في فم الرحم وانضم فيما علقت المرأة وإذا انضم فم الرحم اختلط المنيان في جوفه وتم الحبل؛ تحفة المودود...، المرجع السابق،ص.195.

[267]-سورة النجم، جزء من الآية 32.

[268]-أبي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، الجامع لأحكام القرآن والمبين لما تضمنه من السنة وآيِ الفرقان، ج 20، تح.عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط01، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2006، ص.48.

[269]-ابن القيم الجوزية، تحفة المودود...، المرجع نفسه، ص186-187.

أما الأطباء فيقدرون مدة الحمل وسطيا بأربعين أسبوعا (280 يوما)، أي أن مدة الحمل الحقيقية هي (280-14=266 يوما)، أي نحو(09 أشهر قمرية)، والمرأة قد تخطئ في حساب مدة حملها إن كانت عادتها الشهرية غير منتظمة، وعادة ما يكون بزيادة أسبوعين أو نقصانهما وقد تكون مدة الحمل الفعلية في بعض الحالات أقل من 266 يوما[270].

والحمل إما أن يكون نتيجة اتصال بين الزوجين في إطار عقد شرعي (عقد زواج صحيح)، وإما نتيجة اتصال طبيعي غير مشروع (ولد الزنا). وما يهمنا في هذا البحث هو الحمل الناتج عن علاقة شرعية، سواء تم بالإتصال الطبيعي أو عن طريق التلقيح الإصطناعي الذي فصلنا فيه سابقا.

ج-أما القطع الإرادي للحمل: فهو يتماشى ومعنى مصطلح الإجهاض الذي يقصد به « خروج محتويات الحمل قبل 28 أسبوعا تحسب من آخر حيضة للمرأة، وأغلب حالات الإجهاض تقطع في الأشهر الثلاثة الأولى للحمل عندما يقذف الرحم محتوياته بما في ذلك الجنين وأغشيته ويكون في أغلب حالاته محاطا بالدم، أما الإجهاض بعد الشهر الرابع فيشبه الولادة، إذ تنفجر الأغشية أولا وينزل منها الحمل ثم تتبعه المشيمة »[271].

ولاكتمال معنى القطع الإرادي للحمل، لابد أن يتم بعلم وإرادة القائم به، فيجب أن يكون على علم بحالة الحمل وأن تتجه إرادته إلى تنفيذ عملية إنهاء الحمل قبل أوانه، فإذا كانت نهاية الحمل بسبب قوة قاهرة أو حالة الضرورة أو بفعل الغير، فلا يمكن القول بأننا أمام حالة القطع الإرادي للحمل من طرف الزوجة أو بطلب الزوج. وبهذا فإن القطع الإرادي للحمل يختلف عن بقية الصور الأخرى لإنهاء حالة الحمل، فهو يتميز عنها من حيث توفر القصد العمدي ومن حيث الأسباب الدافعة إليه وهذا ما سنفصله في البند الموالي.

[270]-أحمد محمد كنعان، المرجع السابق، ص.374.

[271]-محمد علي البار، خلق الإنسان ...، المرجع السابق، ص.431.

ثانيا: الأسباب الدافعة إلى اللجوء إليه.

إن الأسباب الدافعة إلى قطع الحمل بطريقة إرادية واسعة ومتعددة وهي تختلف باختلاف الحالات واختلاف الأزمنة والأمكنة فقد تكون أسبابا إجتماعية أو إقتصادية أو صحية وسنذكر ذلك فيما يلي:

1-السبب الإجتماعي: قد تحمل الزوجة ولكنها بعد فترة وجيزة يتكون لديها دافع التخلص من الحمل بقصد المحافظة على المظهر الجمالي لها أو الرشاقة، خاصة إذا كانت من اللواتي يتأثرن بتقليد الثقافات الغربية أمام ما يروج عبر وسائل الإعلام والقنوات الفضائية، فمن هذا المنطلق قد تفكر في التنازل عن جنينها قبل ظهور الإنعكاسات السلبية-حسب نظرها-للحمل سواء أثناء فترة الحمل أو بعد وضع الجنين .[272] كما يمكن أن تتجسد الرغبة في حفظ جمال الزوجة من جهة الزوج كذلك[273].

2-السبب الإقتصادي: إن الوضع المالي والمعيشي قد يلعب الدور البارز في حمل أحد الزوجين على التخلص من الحمل وقطعه وعدم الرضا بمولود جديد، لما يترتب على حلوله بالأسرة متاعب إقتصادية واجتماعية، فيؤثر على مستواها المعيشي وتسوء حالتها ويستعصي عليها مواجهة أعباء الحياة في ظروف ملائمة[274].

3-سبب تشوه الجنين: إن الكشف الطبي المستمر لحالة الجنين على طول فترة الحمل، قد ينبئ الزوجة بأن الطفل سيولد مشوها أو مصابا بإعاقة خلقية أو مرض وراثي، وهذا ما يدفع بأحد الزوجين إلى التخلص من الحمل بناء على نظرة مستقبلية لكيفية التكفل به ماديا واجتماعيا ونفسيا وبيولوجيا، وتزداد نسبة ولادة الطفل المشوه في ظل التقنيات المستحدثة للإنجاب نتيجة للتدخل الطبي الواسع في علم الوراثة والتكاثر[275].

---

[272]- شحاتة عبد المطلب حسن أحمد،الإجهاض بين الحضر والإباحة في الفقه الإسلامي،دار الجامعة الجديدة،الإسكندرية، 2006، ص.14.

[273]-إبراهيم بن محمد قاسم بن محمد رحيم، أحكام الإجهاض في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ط 01، سلسلة إصدارات مجلة الحكمة، بريطانيا، 2002، ص. 222؛ مسعودة حسين بوعدلاوي، موقف الشريعة الإسلامية من الإجهاض وموانع الحمل-دراسة مقارنة، رسالة لنيل درجة الماجستير، جامعة أم القرى، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، السعودية،1988،ص.176 ومابعدها.

[274]- أميرة عدلي أمير عيسى خالد، جريمة إجهاض الحامل في التقنيات المستحدثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006، ص.273.المؤلف نفسه، الحماية الجنائية للجنين في ظل التقنيات المستحثة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، ص.283.

-إن رفع مستوى المعيشة للعامل، لا يمكن أن يكون بالتقليل من عدد الأولاد، لأن هذا كلام يبدو لمن لا يعلم صحيحا؛ كما أن هذا يعتبر محاربة للإسلام ؛ محمد أبو زهرة، تنظيم الأسرة وتنظيم النسل، ط 01،دار الفكر العربي، مصر، 1976، ص.111؛ محمد الغزالي،قذائف الحق، ط 03، دار القلم،دمشق، 1997، ص.266-272.

[275]-عبد الحليم بن مشري، إجهاض المرأة لنفسها بين التجريم والإباحة-دراسة مقارنة ، مجلة المنتدى القانوني ، جامعة بسكرة ، كلية الحقوق ، 2010، ع07 ص.63.

ويعتبر تشوه الجنين أحد الأسباب الهامة الدافع إلى الإجهاض ويمكن الوقوف على ذلك من خلال بزل عينة من السائل الأمينوسي الذي يحيط بالجنين أو تصوير الجنين بالموجات فوق الصوتية[276].

4-سبب إختيار جنس الجنين: لا يمكن الكشف الطبي المستمر للحمل من معرفة حالة الجنين فحسب، بل يتعدى حتى إلى معرفة جنسه. ولقد انتشرت في الآونة الأخيرة فكرة إسقاط الجنين بمجرد الوقوف على الجنس غير المرغوب فيه وغالبا ما يكون أنثى [277]، كما يحاول الزوجان إحداث التوازن الأسري من خلال الحصول على كلا الجنسين، أو تفضيل أحدهما على الآخر[278]، أو كما سماها البعض بطريقة الإجهاض المنتخب[279].

5-السبب الصحي: إن الدوافع الطبية التي يمكن أن تقف وراء القطع الإرادي للحمل خاصة من جانب الزوجة،كلها تدور حول الأمراض التي تصاب بها أو تكون قد أصيبت بها قبل الحمل وتزداد حدتها مع استمراره، ومن هذه الأمراض أمراض القلب والتي أثبت الطب الحديث أنها يمكن أن تتأثر بالحمل. غير أن خطورتها تتفاوت إلى حد القول بعدم وجود أي آثار سلبية جراء الحمل والشأن نفسه بالنسبة لمرض ارتفاع ضغط الدم وأمراض الجهاز التنفسي ومرض السكري، يضاف إلى جانب ذلك هناك الأمراض العقلية والنفسية التي تطرأ على الزوجة[280].

بعد أن اتضحت لنا ماهية تنظيم الإنجاب والقطع الإرادي للحمل يستوجب علينا الأمر تبيان مدى تقبل كل من الفقه الإسلامي والقانون الجزائري لهاتين المسألتين وهذا ضمن المطلب الموالي.

---

[276]-محمد علي البار، مشكلة الإجهاض، دراسة مقارنة طبية فقهية، ط01، الدار السعودية، 1985، ص.33.

[277]-محمد علي البار، إختيار جنس الجنين؛ وسائل التحكم في جنس الجنين ومدى نجاحها وحكمها الشرعي، الدورة الثامنة عشر للمجمع الفقهي الإسلامي خلال الفترة 10-1427/03/14هـ الموافق 08-2006/04/12، ص.10-11؛ محمد بن يحي بن حسن النجيمي، تحديد جنس الجنين، الدورة الثامنة عشر للمجمع الفقهي الإسلامي خلال الفترة 10-1427/03/14هـ الموافق 08-2006/04/12،ص.19.

[278]-عبد الناصر بن موسى أبو البصل، تحديد جنس الجنين، الدورة الثامنة عشر للمجمع الفقهي الإسلامي خلال الفترة 10-1427/03/14هـ الموافق 08-2006/04/12، ص.19.

[279]-ناصر عبد الله الميمان، حكم إختيار جنس الجنين في الشريعة الإسلامية، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي قضايا طبية معاصرة، مج 02، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 1431هـ ، ص.1619.

-لقد دفع هذا الأمر ببعض رجال القانون إلى المطالبة بسن قانون يجرم ويعاقب الكشف عن جنس الجنين؛ ناصر عبد الله الميمان، حكم إختيار جنس الجنين في الشريعة الإسلامية، الدورة الثامنة عشر للمجمع الفقهي الإسلامي خلال الفترة 10-1427/03/14هـ الموافق 08-2006/04/12، ص.37

[280]-محمد علي البار، مشكلة الإجهاض، المرجع السابق، ص. 30إلى 36.

المطلب الثاني

رأي الفقه الإسلامي وموقف القانون الجزائري

من تنظيم الإنجاب والقطع الإرادي للحمل

سنبرز رأي الفقه الإسلامي من تنظيم الإنجاب والقطع الإرادي للحمل من خلال الحكم الشرعي لهاتين المسألتين ضمن الفرع الأول، أما موقف القانون الجزائري فسنبرزه بالتطرق ل لأساس القانوني لتنظيم الإنجاب ثم التكييف القانوني للقطع الإرادي للحمل في الفرع الثاني.

الفرع الأول

رأي الفقه الإسلامي من تنظيم الإنجاب والقطع الإرادي الحمل

سنقف على رأي الفقه الإسلامي من خلال الحكم الشرعي لمسألة تنظيم الإنجاب وقطعه(أولا)، ثم الحكم الشرعي للقطع الإرادي للحمل(ثانيا).

أولا: الحكم الشرعي لتنظيم الإنجاب وقطعه.

كون أن تنظيم الإنجاب مسألة تهدف إلى التقليل من النسل فينبغي الوقوف على مدى تعارضها مع أحكام الشريعة الإسلامية التي تحث على الإكثار من الأولاد، لاسيما إذا تعدى الأمر إلى درجة التوقف النهائي عن الإنجاب بالرغم من توفر القدرة عليه وذلك ما سنوضحه من خلال ما يلي:

أ- الحكم الشرعي لتنظيم الإنجاب.

عرفنا بأن تنظيم الإنجاب يتم عن طريق لجوء الزوجين إلى وسائل سلوكية وبالخصوص مسألة العزل وإلى وسائل حديثة لمنع الحمل مؤقتا، لذلك سوف نبين حكم كل منها على حدة ولو بنوع من الإيجاز.

- العزل: سبق لنا تعريف العزل [281] وبقي لنا في هذا الموضع ذكر بعض النصوص الواردة في شأنه .

[281]-تقدم تعريفه؛ أنظر، ص.40 من هذا البحث.

-عن جذامة بنت وهب رضي الله عنها قالت : حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم في أناس وهو يقول :" لقد هممت أن أنهى عن الغيلة [282] فنظرت في الروم وفارس فإذا هم يغيلون أولادهم فلا يضر ذلك أولادهم شيئا"، ثم سألوه عن العزل، فقال: رسول الله صلى الله عليه وسلم"ذلك الوأد الخفي"[283].

-عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أن رجلا قال : يا رسول الله، إن لي جارية وأنا أعزل عنها، وأنا أكره أن تحمل وأنا أريد ما يريد الرجال وإن اليهود تَحَدثُ أن العزل المؤودة الصغرى، قال:" كذبت اليهود، لو أراد الله أن يخلقه ما استطعت أن تصرفه"[284].

-وفي رواية لمسلم"..فقال رسول اله صلى اله عليه و سلم: إن ذلك لن يمنع شيئا إذا أراده الله"، قال: فجاء الرجل، فقال: يا رسول الله، إن الجارية التي كنت ذكرتها لك حملت، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم:" أنا عبد الله ورسوله"[285].

-وعن جابر قال:" كنا نعزل على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم والقرآن ينزل ولو كان شيئا ينهى عنه لنهانا عنه القرآن" متفق عليه[286].

أقوال الفقهاء في العزل:

-الشافعية: يرى الإمام الغزالي وهو شافعي المذهب « العزل مباحا إلا أنه مكروه لأن فيه ترك لفضيلة، كما يقال: يكره للقاعد في المسجد أن يقعد فارغا لا يشتغل بذكر أو صلاة، ووجه الفضيلة المتروكة بالعزل أن يفوت احتمال حصول الولد وما يمكن أن يحصل منه من جهاد في سبيل الله ونفع المسلمين ».

---

[282]-الغيلة :يقال غالت المرأة ولدها، تغيله غيلا: أرضعته وهي حامل، وأغال فلان ولده إغالة ، إذا غشي أمه وهي ترضعه؛ جماعة من المختصين، معجم النفائس الكبير، مج 02، ط01، إش.أحمد أبوحاقة، 2007، ص.1424؛ محمود عبد الرحمن عبد المنعم، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، ج03، دار الفضيلة، القاهرة، د.س.ن، ص.27.

[283]-الحافظ ابن حجر العسقلاني، المرجع السابق، ص280-281.

[284]-الحافظ ابن حجر العسقلاني، المرجع نفسه، ص.281.

[285]-صحيح مسلم، المرجع السابق،كتاب النكاح، ح. ر.135، ص.657.

[286]-الحافظ ابن حجر العسقلاني، المرجع نفسه، ص281.

-وفي حديث عن أبي الزبير عن جابر قال" كنا نعزل على عهد رسول صلى الله عليه وسلم فبلغ ذلك نبي الله صلى الله عليه وسلم، فلم ينهنا"؛صحيح مسلم، المرجع نفسه ، ح.ر.138، ص.658.

ثم قال أيضا: « فإن قلت: فقد قال صلى الله عليه وسلم في العزل:"ذاك الوأد الخفي" وقرأ « وَإِذَا ٱلْمَوْءُۥدَةُ سُئِلَتْ »[287]، وهذا في الصحيح : قلنا وفي الصحيح أيضا أخبار صحيحة في الإباحة، وقوله" الوأد الخفي" كقوله "الشرك الخفي" وذلك يوجب كراهة لا تحريما »[288].

–الحنفية: يقول الإمام علاء الدين الكاساني « ويكره للزوج أن يعزل عن امرأته الحرة بغير رضاها، لأن الوطء عن إنزال سبب لحصول الود ولها في الولد حق وبالعزل يفوت الولد فكأنه سببا لفوات حقها وإن كان العزل برضاها لا يكره لأنها رضيت بفوات حقها »[289].

–الحنابلة: جاء في المغني لابن قدامى الحنبلي « والعزل مكروه ....إلا أن يكون لحاجة مثل أن يكون في دار الحرب فتدعوه حاجته إلى الوطء فيطأ ويعزل »، ثم قال:« ولا يعزل عن زوجته إلا بإذنها »[290].

–المالكية: جاء في الشرح الكبير للدردير « ولزوجها –أي زوج الأمة– العزل إذا أذنت وسيدها كالحرة لزوجها العزل إذا أذنت مجانا أو بعوض »[291].

–الزيدية: جاء في البحر الزخار « ويحرم عن الزوجة الحرة إلا برضاها لنهيه صلى الله عيه وسلم عنه، إلا بإذنها ولأن فيه إضرارا فاعتبر الرضا »[292].

–الجعفرية: قالوا « ويكون للرجل أن يعزل عن امرأته الحرة، وإن عزل لم يكن بذلك مأثوما غير أنه يكون تاركا فضلا، اللهم إلا أن يشرط عليها في حال العقد أو يستأذنها في حال الوطء ، فعنه لا بأس بالعزل عنها عند ذاك »[293].

---

[287]–سورة التكوير، الآية 08.

[288]–أبي حامد محمد بن محمد الغزالي، إحياء علوم الدين ومعه حمل الأسفار في الأسفار في تخريج ما في الإحياء من الأخبار للعلامة زين الدين أبي الفضل العراقي ، ط01، دار ابن حزم، بيروت، 2005، ص.492.

[289]–علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تح.علي محمد عوض وعادل أحمد عبد الموجود، ج 03، ط02، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003، ص.614.

[290]– لموفق الدين بن قدامة المقدسي ، المرجع السابق، ج10، ص.228-230.

[291]–الشرح الكبير للدردير، ج02، ص.266.مأخوذ عن، زيدان عبد الكريم، المرجع السابق، ج07، ص251.

[292]–البحر الزخار، ج 03،ص.81.مأخوذ عن، زيدان عبد الكريم،المرجع نفسه،ج 07،ص251؛ محمود عبد الرحيم مهران، المرجع السابق،ص.397.

[293]–النهاية للطوسي، ص.482-483. مأخوذ عن؛ زيدان عبد الكريم، المرجع نفسه، ج07، ص252.

–الظاهرية: فقد جاء في المحلى« ...ولا يحل العزل عن حرة ولا عن أمة ...قال تعالى« وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ ... » [294]، فصح أن خبر جذامة بالتحريم هو الناسخ لجميع الإباحات المتقدمة ...، فمن ادعى أن تلك الإباحة المنسوخة قد عادت وأن النسخ المتيقن قد بطل فقد ادعى الباطل وقفى ما لا علم له به و أتى بما لا دليل له عليه » [295].

بالتأمل في أقوال فقهاء المذاهب السالفة الذكر، نجد أن بعضهم يقول بالجواز المطلق للعزل ومنهم من يقول بالجواز المشروط، في حين قال بعضهم بالمنع المطلق وسبب اختلافهم يرجع إلى تعارض حديث جذامة السالف الذكر مع الأحاديث الصحيحة المبيحة للعزل.

وكتوفيق بين أقوالهم فإننا نذهب إلى ما قاله ابن القيم الجوزية « ولا ريب أن أحاديث جابر صريحة في جواز العزل، وقد قال الشافعي رحمه الله: ونحن نروي عن عدد من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم أنهم رخصوا في ذلك ولم يروا به باسا، قال البيهقي: وقد روينا الرخصة فيهن عن سعد بن أبي وقاص وأبي أيوب الأنصاري، وزيد بن ثابت، وابن عباس و غيرهم، وهو مذهب مالك والشافعي وأهل الكوفة وجمهور أهل العلم » [296].

ويسري ما تقرر بشأن العزل من أحكام على كل ما جرى مجراه أو كان في معناه من الوسائل السلوكية التي ذكرناها وإن كانت مسألة العزل قد نالت الحظ الوافر من أقوال الفقهاء، ذلك أنه لم تخرج بقية الوسائل التي فيها معنى العزل عندهم في مؤداها عن العزل فمن أباحه أباحها [297].

[294]–سورة الأنعام، جزء من الآية 119.

[295]–أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي الشهير بابن حزم الظاهري، المحلى في شرح المجلى بالحجج والآثار، اعتنى به حسان عبد المنان، بيت الأفكار الدولية، د.س.ن، ص1693.

[296]–ابن القيم الجوزية، زاد المعاد...، المرجع السابق، ج05، ص132.

[297]–محمود عبد الرحيم مهران، المرجع السابق ، ص.405.

-حكم الوسائل الحديثة لمنع الحمل:

ذكرنا آنفا مجموعة من الوسائل الحديثة التي يمكن أن يستعملها الزوجين لمنع الحمل مؤقتا، فالواقي الذكري والأنثوي والقبعة العنقية قد اعتبرها الفقهاء وسائل مباحة قياسا على حكم العزل.

أما اللولب لكون أن فكرة عمله تقوم على زيادة تقلصات الرحم وقنواته فتدفع البويضة بسرعة إلى الخارج قبل نضجها أو الإلتقاء مع الحيوان المنوي فهنا يكون وسيلة منع للحمل. غير أنه قد يكون لعمل اللولب وجه آخر في حالة عدم تمكن تقلصات الرحم من دفع البويضة إلا بعد الإلتقاء مع الحيوان المنوي وتخصيبها بالفعل، إذ بهذا الوضع يرى البعض أنه وسيلة إجهاض لا وسيلة منع مؤقت للحمل[298].

وأما حبوب منع الحمل فيرى الفقهاء المعاصرين، أنه ينبغي للمسلمين أن يكثروا من النسل ما استطاعوا ذلك سبيلا، فهو المراد الذي وجه إليه النبي صلى الله عليه وسلم في قوله "تزوجوا الودود الولود فإني مكاثر بكم"، إلا أنهم أجازوا استخدام حبوب منع الحمل بشرط، أن تكون حاجة تدعوا لذلك، مثل أن تكون الزوجة مريضة لا تتحمل الحمل كل سنة أو نحيفة الجسم أو بها موانع أخرى تضرها أن تحمل كل سنة، كما يشترط أن يأذن لها زوجها، لأن له حق في الأولاد والإنجاب ولابد كذلك من مشاورة الطبيب هل أخذها ضار أم ليس بضار[299].

وأما طريقة التعقيم الجراحي المؤقت فهناك من قال بجوازها، وهناك من قال بعدم جوازها، لكن المتبين رجحان قول المجيزين لقوة أدلتهم، فهذه الطريقة لا تؤدي إلى تغيير خلق الله وإنما هي شبيهة بالعزل لكونها وسيلة مؤقتة لا تقضي على المصنع الرئيسي للنطف والبويضات عند الزوجين[300].

---

[298]- محمود عبد الرحيم مهران، المرجع السابق، ص.406-408.

[299]-أبو محمد أشرف بن عبد المقصود، المرجع السابق، ج02، ص.657-658؛ ص.976-977؛ أحمد بن عبد الرزاق الدويش، فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، مج19، ط05، دار المؤيد، الرياض، 2003، ص.292 وما بعدها.

[300]-طارق عبد المنعم محمد خلف، المرجع السابق، ص. 242 إلى 249؛ عبد العزيز بن عبد الله بن عبد الرحمن بن باز، ، المرجع السابق، ج21،ص.198-199.

ولابد من الإشارة إلى أن تحديد النسل لأسباب اقتصادية معيشية بحتة يأخذ حكم التحريم القطعي لما فيه من سوء الظن بالله عز وجل، ما لم يكن بسبب ضرورة دفع الخطر على صحة الزوجة، لأن الإسلام بأحكامه ونصوصه يحث على إكثار النسل[301].

ولا شك أن أية وسيلة يثبت ضررها باليقين يستوجب القول بعدم جوازها، على أن تناط الأحكام في ذلك بالوصف الظاهر المنضبط، فالعبرة في ذلك كله بالغالب الأعم لا بالنادر الشاذ [302]، ذلك أن كل ما اتفق عليه الزوجان من تلك الوسائل ولم يستتبع ضررا بالجسم والنفس وتبعا لمشورة طبيب موثوق، يكون جائزا مع كراهة التنزيه[303].

ب–الحكم الشرعي لقطع الإنجاب:

لا خلاف بين العلماء في حرمة الخصاء وأما التعقيم وإن خالفه إلا أنه يتفق معه مآلا في قطع القدرة على الإنجاب وذلك هو مناط الحكم، حيث ذهب كثير من العلماء إلى حرمة كل ما في معنى التعقيم، بمنعهم ما يقطع الحبل من أصله أو يفسد القوة التي بها الحمل، لأن ذلك يندرج تحت قوله تعالى « وَإِذَا تَوَلَّىٰ سَعَىٰ فِي ٱلْأَرْضِ لِيُفْسِدَ فِيهَا وَيُهْلِكَ ٱلْحَرْثَ وَٱلنَّسْلَ ۗ وَٱللَّهُ لَا يُحِبُّ ٱلْفَسَادَ » [304].

ثانيا: الحكم الشرعي للقطع الإرادي للحمل.

الجدير بالتنبيه هو أن مسألة قطع الحمل(الإجهاض) قد تعرض إليها فقهاء الشريعة الإسلامية في مباحث الديات والجنايات، وبالضبط في غرة الجنين.وبالنظر إلى اتساع هذه القضية وضيق المقام فإننا سنحاول الوقوف على الحكم الشرعي لها وإن كان مقتضبا، بالإعتماد على الأساس الذي استند إليه الفقهاء لتبيان المحرم من المباح ألا وهو "نفخ الروح"، مع ذكر آراء الفقهاء المعاصرين وهذا تبعا لما يلي :

---

[301]–أحمد بن عبد الرزاق الدويش، فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، المرجع السابق، ص. 302؛ أبي نصر محمد بن عبد الله الإمام، المرجع السابق، ج02، ص.808-809.

[302]-محمود عبد الرحيم مهران، المرجع السابق، ص.412.

[303]–محمد سعيد رمضان البوطي، المرجع السابق، ص.32.

[304]–سورة البقرة، جزء من الآية 205.

أ- القطع الإرادي للحمل قبل نفخ الروح.

وفيما يأتي آراء فقهاء المذاهب الأربعة والتي يتضح بعد ذكرها انقسامهم بين مجيز ومانع ومبيح بشرط ومبيح على الإطلاق.

-فالمالكية والإمام الغزالي: قال الدسوقي:« ولا يجوز إخراج المني المتكون في الرحم ولو قبل الأربعين يوما وإذا نفخت فيه الروح حرم إجماعا »[305]، وبهذا فالمالكية قالوا بالتحريم المطلق ، ذلك أن إسقاط الجنين محرم في أية مرحلة كان عليها ولو قبل نفخ الروح فيه.

وذهب الإمام الغزالي إلى القول « وأول مراتب الوجود أن تقع النطفة في الرحم وتختلط بماء المرأة وتستعد لقبول الحياة وإفساد ذلك جناية، فإن صارت مضغة وعلقة كانت الجناية أفحش، وإن نفخ فيه الروح واستوت الخلقة إزدادت الجناية تفاحشا، ومنتهى التفاحش في الجناية بعد الإنفصال حيا »[306].

-و أما الحنابلة: قال ابن قدامى« وإن ألقت مضغة، فشهد ثِقاتٌ من القوابل أن فيه صورة خفية ففيه غرة، وإن شهدت أنه مبتدأ خلق آدمي لو بقي تصور، ففيه وجهان، أصحهما لا شيء فيه، لأنه لم يتصور، فلم يجب فيه كالعلقة ولأن الأصل براءة الذمة، فلا نشغلها بالشك والثاني، فيه غرة، لأنه مبتدأ خلق آدمي، أشبه ما لو تصور، وهذا يبطل بالنطفة والعلقة »[307].

فالحنابلة يجيزون إسقاط الجنين قبل أن يصير مضغة أي قبل تخلقه عملا بالمدة التي حددها رسول الله صلى الله عليه وسلم وهي ثنتان وأربعون يوما.

-وأما الشافعية: فجاء في التهذيب في فقه الإمام الشافعي « ..فإن ألقت مضغة ولم يظهر فيها تخطيط، فإن قالت أربع نسوة : قد ظهر فيها تخطيط باطن، لا يعرفه إلا القوابل، ففيه غرة وإن(قلن) لم يظهر، أو شككن، فلا تجب الغرة، وإن قلن: هذا مبتدأ خلق الآدمي، كما لو ألقت علقة »[308].

---

[305]-حاشية الدسوقي، المرجع السابق، ج02، ص.266-267.

[306]-أبي حامد محمد بن محمد الغزالي، المرجع السابق، ص.491.

[307]-لموفق الدين بن قدامة المقدسي ، المرجع السابق، ج12، ص.63-64.

[308]-ابن الفراء البغوي، المرجع السابق، ج07، ص.211.

وقال الإمام النووي« أن الغرة تجب إذا سقطت بالجناية ما ظهر فيه صورة آدمي، كعين أو أذن أو يد أو نحوها، ويكفي الظهور وفي طرف، ولا يشترط في كلها... » [309].

–وأما الحنفية: جاء في بدائع الصنائع « ...وسواء استبان خلقه أو بعض خلقه، لأنه عليه الصلاة والسلام قضى بالغرة فلم يستفسر، فدل أن الحكم لا يختلف وإن لم يستبن شيء من خلقه فلا شيء فيه، لأنه ليس بجنين إنما هو مضغة » [310].

والمستنتج من كل ما ذكرناه من أقوال الفقهاء هو اتفاق المذاهب الثلاثة(الشافعية، الحنابلة والحنفية) حول جواز إسقاط الجنين دون وجوب الغرة على الجاني في المرحلة الأولى إلى بداية التخلق وتشكل ملامح الجنين على عكس المالكية والإمام الغزالي الذين قالوا بحرمة الإسقاط مطلقا ابتداء من ولوج النطفة في رحم الزوجة.

ومن الفقهاء المعاصرين عبد الكريم زيدان إذ قال: « إسقاط الجنين قبل مضي أربعة أشهر على حمله – أي قبل نفخ الروح فيه– يباح للعذر المشروع وبدون العذر مكروه ...ومن الأعذار المبيحة للأم لإسقاط جنينها قبل نفخ الروح العلاج للمرض... » [311].

وسئل عبد الله بن عبد الرحمن الجبرين حول مسألة إسقاط الجنين من امرأة مريضة بضغط الدم ونصح الأطباء بعدم الحمل، لكن إرادة الله سبقت وحملت وهي في الأسابيع الأولى للحمل، فهل يجوز لها الإجهاض؟

فأجاب:« يجوز إسقاط النطفة قبل تمام الأربعين يوما بدواء مباح ويجوز بعد ذلك إذا كان الحمل يحقق خطرا على النفس أو ضررا على البدن بتقرير من الأطباء المعتبرين » [312].

---

[309]– أبي زكريا يحي بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج 09، إش.، زهير الشاويس، ط 03، المكتب الإسلامي،بيروت، 1991،ص.370.

[310]–أبي بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ج10، ص456.

[311]–زيدان عبد الكريم، المرجع السابق، ج05، ص407-408.

[312]–أبو محمد أشرف بن عبد المقصود، المرجع السابق، ج02، ص978-979.

ب–القطع الإرادي للحمل بعد نفخ الروح.

أجمع الفقهاء على أن قطع الحمل (الإجهاض) بعد نفخ الروح عمدا وبدون عذر مسوغ لذلك، يكون محرما شرعا واستدلوا في ذلك:

–بقول الله تعالى « ..وَلَا تَقْتُلُوٓاْ أَوْلَـٰدَكُم مِّنْ إِمْلَـٰقٍ ۖ نَّحْنُ نَرْزُقُكُمْ وَإِيَّاهُمْ ۖ »[313] ، وقول الله تعالى أيضا« وَلَا تَقْتُلُوٓاْ أَوْلَـٰدَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلَـٰقٍ ۖ نَّحْنُ نَرْزُقُهُمْ وَإِيَّاكُمْ ۚ إِنَّ قَتْلَهُمْ كَانَ خِطْـًٔا كَبِيرًا » [314].

–وبالحديث الذي رواه الأعمش عن زيد بن وهب عن عبد الله قال:حدثنا رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو الصادق المصدوق،" إن أحدكم يجمع خلقه في بطن أمه أربيعين يوما ، ثم يكون في ذلك علقة مثل ذلك، ثم يكون في ذلك مضغة، ثم يرسل الملك فينفخ فيه الروح و يؤمر بأربع كلمات، يكتب رزقه، وأجله، وعمله، وشقي أو سعيد.."[315].

–وكذا حديث حذيفة بن أسيد الغفاري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "إذا مر بالنطفة ثِنْتَانِ وأربعون ليلة، بعث الله إليها ملكا، فصورها وخلق سمعها وبصرها وجلدها ولحمها وعظامها، ثم قال: يا رب أذكر أم أنثى؟، فيقضي ربك ما شاء ويكتب الملك..."[316].

وهذا قول المالكية والإمام الغزالي بقوله« وإن نفخ فيه الروح واستوت الخلقة ازدادت الجناية تفاحشا » .

« وقد أجمع الفقهاء على أن قتل الجنين بعد نفخ الروح يحرم حرمة تامة مهما كان الجنين مشوها أو غير ذلك ولم يسمحوا بالإجهاض إلا إذا كانت حياة الآم في خطر، فقدموا حينئذ حياتها على حياته لأنها أصله»[317] .

---

[313]–سورة الأنعام، جزء من الآية 151.

[314]–سورة الإسراء، الآية 31.

[315]–صحيح مسلم، المرجع السابق، ح.ر.2643، كتاب القدر، ص.1220.

[316]–صحيح مسلم، المرجع نفسه ، ح.ر.2645، كتاب القدر، ص1221.

[317]–محمد علي البار، مشكلة الإجهاض، المرجع السابق، ص40.

إن مجلس المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي في دورته الثانية عشر المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة من يوم السبت 15 رجب 1410هـ الموافق 1990/02/10 إلى يوم السبت 22 رجب 1410هـ الموافق 1990/02/17 ، قد نظر في موضوع إسقاط الجنين المشوه خلقا وبعد مناقشته من قبل هيئة المجلس قرر أنه« إذا كان الحمل قد بلغ مائة وعشرين يوما فلا يجوز إسقاطه ولو كان التشخيص الطبي يفيد أنه مشوه الخلقة، إلا إذا أثبت بتقرير لجنة طبية من الأطباء... »[318].

وتشتد الحرمة إذا كان الدافع إلى قطع الحمل وإسقاط الجنين هو الخشية من الفقر وعدم تحقيق الإكتفاء المعيشي للأطفال أو كان بدافع إصابة الجنين بمرض معد[319].

إنتهينا من إبراز الحكم الشرعي لمسألة تنظيم الإنجاب والقطع الإرادي للحمل وبقي لنا إيضاح موقف القانون الجزائري من تلك المسألتين وذلك في الفرع الموالي.

الفرع الثاني

موقف القانون الجزائري من تنظيم الإنجاب والقطع الإرادي للحمل

يتجلى لنا موقف القانون الجزائري من مسألة تنظيم الإنجاب وقطع الحمل من خلال جملة القواعد القانونية التي أقرها لذلك، فهو يسمح للزوجين بخلق فترات متباعدة بين الولادات باللجوء إلى وسائل مشروعة(أولا). غير أنه في المقابل لا يسمح بالتخلص من الحمل عند حدوثه عن طريق عملية الإجهاض(ثانيا).

[318]-القرار الرابع للمجمع الفقهي الإسلامي بشأن موضوع إسقاط الجنين المشوه خلقيا في دورته الثانية عشر، قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، المرجع السابق، ص.277.

[319]-أحمد بن عبد الرزاق الدويش، فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، المرجع السابق، مج19، ص.332 و 335.

أولا: الأساس القانوني لتنظيم الإنجاب.

تناول المشرع تنظيم الإنجاب بموجب أحكام القانون رقم 85-05 المؤرخ في 1985/02/16 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها في الفصل الخامس [320]، تحت عنوان تدابير حماية الطفولة والأمومة، إذ جاء في الفقرة الأولى والثانية من المادة 68 ما يلي" تتمثل حماية الأمومة والطفولة في جميع التدابير الطبية والإجتماعية والإدارية التي تستهدف على الخصوص ما يلي:

- صحة الأم بتوفير أحسن الظروف الطبية والإجتماعية لها قبل الحمل و خلاله و بعده".

ولقد تناولت المادة 70 من نفس القانون بصريح العبارة مسألة تنظيم النسل بنصها على ما يلي:" يكون تباعد فترات الحمل موضوع برنامج وطني يرمي إلى ضمان توازن عائلي منسجم ويحفظ حياة الأم وطفلها وصحتها".

يفهم من تلك المادتين أن المشرع ركز على ضرورة توفير الحماية اللازمة للعائلة الجزائرية من خلال خلق الظروف الطبية والإجتماعية الملائمة، بدءا بالمحافظة على صحة الأم ووصولا إلى صحة الطفل ونموه الحركي والنفسي، حيث أقر أن تباعد فترات الحمل يكون موضوع برنامج وطني منسجم يساعد على تحقيق ذلك.

إن تنفيذ البرنامج الذي أشارت إليه المادة 70 السالفة الذكر، لم يكن قانونا عاما يلزم الأسر الجزائرية بوجوب تنظيم النسل أو تحديده وإنما يكون تنفيذه بطريقة ضمنية، من خلال غرس ثقافة تنظيم النسل في المجتمع الجزائري وذلك بتوفير الوسائل المساعدة على المنع المؤقت للحمل والترويج له، حيث نصت المادة 71 من ذات القانون بقولها " توضع وسائل ملائمة تحت تصرف السكان لتنفيذ البرنامج الوطني في مجال تباعد فترات الحمل".

[320]-قانون حماية الصحة وترقيتها ، الفصل الخامس في مواده من 67 إلى 75.

إن ما أوردته المادة 71 هو واقع ملموس في المجتمع الجزائري، إذ أن الوسائل الملائمة التي تضمنتها هذه المادة، هي كل الوسائل المساعدة على تباعد فترات الحمل ومنعه مؤقتا وهي موجودة بشكل واسع، منها ما يوجد على مستوى الصيدليات ومنها ما هو من صلاحيات المستشفيات والعيادات المتخصصة.

ويمكن القول أن هدف المشرع من هذه المواد هو هدف اجتماعي وليس هدفا اقتصاديا، تبناه لأجل حماية الأسرة الجزائرية، وما أكد ذلك هو تعديله لنص المادة 36 من قانون الأسرة في فقرتها الرابعة والتي جاء فيها"...التشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات".

فأصبح تسيير شؤون الأسرة بما فيها تباعد الولادات من حقوق وواجبات كلا الزوجين، فترك بذلك الحرية التامة لهما في تقرير ذلك. وبهذا يكون المشرع قد ساير مجمع الفقه الإسلامي الرامي إلى إباحة تنظيم النسل وعدم تحديده، بإصدار قانون عام يحد من حرية الزوجين في الإنجاب، لكونه مقصدا ضروريا من مقاصد الشريعة الإسلامية.

إذا كان هذا هو موقف القانون الجزائري من تنظيم الإنجاب فما هو موقفه من القطع الإرادي للحمل؟

ثانيا: التكييف القانوني للقطع الإرادي للحمل.

تطرق المشرع إلى موضوع القطع الإرادي للحمل في قانون العقوبات في الفصل الثاني بعنوان"الجنايات والجنح ضد الأسرة والآداب العامة"، في القسم الأول منه تحت عنوان "الإجهاض"بالمواد من 304 إلى 313.

وباستقراء المادة 304 يتضح لنا أن جريمة الإجهاض تقوم على أركان ثلاثة هي[321]:

1-الركن المفترض: وجود الحمل هو المحل الذي يرد عليه السلوك الإجرامي وهذا ما يسمى بالجانب المفترض، وهو عبارة عن مركز قانوني أو واقعي يسبق قيام الجريمة ولابد من هذا الوجود قبل الخوض في مدى توافر أركان الجريمة الأخرى[322].

[321]-المادة 304 ق.ع.ج.

[322]-أميرة عدلي أمير عيسى خالد، المرجع السابق، ص.308.

-يضيف المؤلف نفسه« ويرى بعض الفقهاء أنه إذا نظرنا إلى الحمل بوصفه محلا للحماية الجنائية، لأصبح من غير المنطقي أن نعتبر ما يحميه القانون ركنا فيما يجرمه، إلا أن عددا من الفقهاء يعتبرون –وجود الحمل- ركنا في الجريمة » .المرجع نفسه، ص.309.

ويستوي الأمر بالنسبة للحمل الناتج عن اتصال جنسي طبيعي أو بدونه كما في حالة التلقيح الإصطناعي، ذلك أن نص المادة 304 ق.ع.ج جاء عاما يشمل جميع حالات الحمل.

وكون أن حياة الجنين تبدأ منذ اللحظة التي تندمج فيها الخليتين المذكرة والمؤنثة إلى غاية أوان الولادة، فإن مجال إجهاض الحمل "قطع الحمل" يكون في الفترة ما بين الإخصاب وبداية الولادة، وقبل هذه الفترة أو بعدها فلا يتحقق الإجهاض، أضف إلى ذلك أن هذه الجريمة تتحقق بوقوعها على المرأة الحامل أو المفترض حملها، وحالة الإفتراض عند عدم ظهور الحمل وهو ما تكتشفه المرأة خلال الأيام الأولى من انقطاع الدورة الشهرية، باعتبارها إحدى الدلائل على وجود الحمل[323].

2-الركن المادي: ويتمثل في النشاط الذي يقوم به الجاني ويتكون هو الآخر من ثلاثة عناصر هي :

-الفعل المادي: المتمثل في كل فعل يؤدي إلى قطع الحمل قبل الموعد الطبيعي بفعل إيجابي، من خلال استعمال وسائل طبيعي(عقاقير ، أعشاب..) أو وسائل صناعية كالأدوية التي تحدث تقلصات في الرحم أو آلات ميكانيكية أو تدليك أو ضرب، أو بفعل سلبي كترك الحامل دون رعاية أو حبس الزوجة في غرفة دون علاج وغير ذلك مما يؤدي إلى إسقاط الحمل، والمشرع بدوره أورد بعض تلك الوسائل في المادة 304 ق.ع.ج على سبيل المثال لا على سبيل الحصر.

-النتيجة الإجرامية: تتمثل في الأثر الناتج عن السلوك الإجرامي، وهو خروج الجنين من الرحم قبل موعد الولادة، وما دام أن المشرع يعتد بأي مرحلة كان عليها الحمل، فهو بذلك لم يشترط خروج الجنين حيا أو ميتا، بل اكتفى بحالة إنهاء الحمل قبل الأوان.

[323]-الشيخ صالح بشير، الحماية الجنائية للجنين في ضوء الممارسات الطبية الحديثة-دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في القانون فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر 01، 2012-2013، ص. 78؛ فريحة حسين، شرح قانون العقوبات الجزائري-جرائم الأشخاص والأموال، د.م.ج، الجزائر، 2006، ص. 124؛ أنظر في هذا المعنى، جدوي محمد أمين، جريمة الإجهاض بين الشريعة والقانون، مذكرة ماجستير في العلوم الجنائية وعلم الإجرام، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، 2009-2010، ص66.

والجدير بالذكر هو أن تحقق النتيجة ليس شرطا في كل الأحوال، بل إن التحريض على الإجهاض يعد جريمة بحد ذاتها وكذلك الشروع فيها[324].

-العلاقة السببية: وهي الإتصال الواقع بين السلوك الإجرامي والنتيجة الإجرامية، ذلك أن قاضي الموضوع هو من يفصل في مدى توافر هذه العلاقة مستعينا بالخبرة الطبية.

3-الركن المعنوي: يقصد به إتجاه نية الفاعل إلى الفعل المفضي إلى إجهاض الحمل، إذ أن جريمة الإجهاض هي من الجرائم العمدية. وعليه فمرتكب الفعل لابد أن يعلم بأن فعله موجه إلى امرأة حامل وأن تتجه إرادته إلى إحداث النتيجة وهي طرد الجنين قبل الميعاد الطبيعي[325].

وبالمقارنة مع أحكام الفقه الإسلامي، نجد أن المشرع لم يفرق بين إسقاط الحمل قبل نفخ الروح أو بعده، وبهذا يكون قد خالف غالبية الفقهاء وساير قول المالكية والإمام الغزالي في ذلك، إضافة إلى أنه أفرد مادة خاصة بمعاقبة المرأة الحامل التي تقدم على إجهاض نفسها أو تمكين الغير من فعل ذلك أو استعمال الوسائل التي توصف لها لذات الغرض وهذا بموجب المادة 309 ق.ع.ج[326].

ومن زاوية أخرى فقد عمل المشرع بقاعدة الضرورة الموجبة لإسقاط الحمل وقطعه المعمول بها في الفقه الإسلامي وهذا بالمادة 308 ق.ع.ج التي نصت على أنه" لا عقوبة على الإجهاض إذا استوجبته ضرورة إنقاذ حياة الأم من الخطر متى أجراه طبيب أو جراح في غير خفاء و بعد إبلاغه السلطة الإدارية".

وأكد ذلك بالمادة 72 من القانون المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، إذا تم الإجهاض لغرض علاجي استوجبته ضرورة إنقاذ حياة الأم من الخطر، على أن يتم في هيكل متخصص[327].

كما نصت المادة 33 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب على أنه" لا يجوز للطبيب أن يجري عملية لقطع الحمل إلا حسب الشروط المنصوص عليها قانونا".

---

[324]-المادتين 304 و 310 ق.ع.ج.

[325]-أميرة عدلي أمير عيسى خالد، المرجع السابق، ص. 325؛ ربيع لعور، عقوبة الإجهاض دراسة مقارنة بين الفقه والقانون، م.إ.د.ق.إ، المركز الجامعي تامنغست، معهد الحقوق، 2012، ع02، ص.115.

[326]-المادة 309 ق.ع.ج.

[327]-تنص المادة 72 على أنه"يعد الإجهاض لغرض علاجي ضروريا لإنقاذ حياة الأم من الخطر أو الحفاظ على توازنها الفيزيولوجي والعقلي المهدد بخطر بالغ.

يتم الإجهاض في هيكل متخصص بعد فحص طبي يجرى بمعية طبيب اختصاصي".

المطلب الثالث

مدى تأثير تنظيم الإنجاب والقطع الإرادي للحمل على فك الرابطة الزوجية

يمكن لتنظيم الإنجاب داخل الأسرة أن يؤثر على استقرار الحياة الزوجية، فبالإمكان أن يصل عدم التفاهم بين الزوجين إلى حد فك الرابطة الزوجية بينهما، باعتبار أن ذلك حق يكفله القانون، فأي إخلال به سيؤدي إلى انحلال ميثاق الزواج(الفرع الأول). وغني عن التبيان أن القطع الإرادي للحمل بسبب أي من الزوجين سيدفع بالزوج المتضرر إلى استعمال الوسائل القانونية المتاحة له لفك الرابطة الزوجية(الفرع الثاني).

الفرع الأول

الإخلال بالحق في تباعد الولادات كسبب لفك الرابطة الزوجية

نص القرار رقم 01 في فقرته الأخيرة الصادر عن مجمع الفقه الإسلامي بشأن تنظيم النسل ما يلي: « ... يجوز التحكم المؤقت في الإنجاب بقصد المباعدة بين فترات الحمل، أو إيقافه لمدة معينة من الزمان، إذا دعت إليه حاجة معتبرة شرعا بحسب تقدير الزوجين، عن تشاور بينهما وتراض، بشرط أن لا يترتب على ذلك ضرر وأن تكون الوسيلة مشروعة، وأن لا يكون فيها عدوان على حمل قائم »[328].

حث الإسلام على التشاور بين الزوجين في حياتهما اليومية ضمانا لاستقرار وزيادة المودة والرحمة بينهما، مما يعني معه عدم إنفراد أحد الزوجين برأيه في أي أمر يتعلق بأسرتهما مصداقا لقول الله تعالى « وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ.. »[329] وقوله تعالى أيضا «...وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَٱللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ »[330].

[328]–عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان، المرجع السابق، ص.199.

[329]–سورة النساء، جزء من الآية 19.

[330]–سورة البقرة، جزء من الآية 228 .

ولعل مسألة الإنجاب من عدمه من أبرز شؤون الحياة الزوجية، فإنه حسب القرار الذي أوردناه، يندرج تحت إطار وجوب التشاور بين الزوجين وتراضيهما وهو ما قال به أغلب فقهاء الشريعة الإسلامية، فهل يستقيم القول إذا وقع شقاق بين الزوجين حول هذا الموضوع بجواز فك الرابطة الزوجية من الناحية الشرعية وذلك بتمسك أحد الزوجين بترك الإنجاب أو بضرورة مواصلته؟

أجاز الفقهاء القدامى العزل لما روي عن الصحابة رضوان الله عليهم وأقره الفقهاء المعاصرين بإجازتهم استعمال كل ما من شأنه منع حدوث الحمل دون أن يكون منطويا على ضرر، مع وجود حاجة معتبرة شرعا يراها الزوجان. وهذا ما يعني معه القول بأن الزوجة إذا رأت في التوقف عن الإنجاب لفترة معينة من الزمن لأسباب صحية، كتضررها من الحمل المتتالي وبعد إقرار الأطباء فلها أن تستشير زوجها في ذلك. غير أن إصرار هذا الأخير على مواصلة الإنجاب قد يمنعها من خلق فرصة لها في استرجاع صحتها وعافيتها، مما يتحقق لديها ضرر لا يمكن تحمله فلها عندئذ طلب التفريق بينهما لتحقق صورة من صور الضرر.

ومن زاوية أخرى إذا كان قرار توقيف الإنجاب من طرف الزوج لأسباب معيشية يقابله إصرار الزوجة على زيادة النسل والتكاثر، فلا يمكن للزوج إيقاع الطلاق لهذا السبب لما فيه من جحود لنعمة الله وسوء الظن برب العالمين، ذلك أن رزق المولود يولد معه وهو مقيد بحكمة الله عز وجل مصداقا لقوله تعالى « وَمَا مِن دَآبَّةٍ فِي ٱلۡأَرۡضِ إِلَّا عَلَى ٱللَّهِ رِزۡقُهَا وَيَعۡلَمُ مُسۡتَقَرَّهَا وَمُسۡتَوۡدَعَهَاۚ كُلّٞ فِي كِتَٰبٖ مُّبِينٖ »[331].

أما في ظل قانون الأسرة نجد أن نص المادة 36 منه، قد تضمنت الحقوق والواجبات المشتركة للزوجين، مع أن نص هذه المادة كان محل تعديل بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 2005/02/27 والتي جمع من خلالها المشرع كل الحقوق المالية وغير المالية للزوجين، بما فيها التشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات في الفقرة الرابعة منها، وذلك تماشيا مع الإتفاقيات الدولية وكذا التغيير الحاصل في المجتمع الجزائري [332]، وبهذا

[331]-سورة هود، الآية 06.

[332]-«وبهذا نستنتج بأن الغالبية العظمى من الأفراد المبحوثين يؤكدون بأن مسألة قرار الإنجاب خاص بالزوجين معا، خاصة بحكم الأوضاع الإقتصادية والإجتماعية السائدة التي ساعدت المرأة على الخروج إلى ميدان العمل وإعانة الزوج في مواجهة المتطلبات الأساسية للأسرة في ظل ارتفاع المستوى المعيشي وضعف القرة الشرائية للفرد...،وبهذا يمكن تفسير ذلك أن التخطيط العائلي هو مسألة تخص وتعني الزوجين لاشتراكهما في القرار الخاص به..» ؛ بن بعطوش أحمد عبد الحكيم، التخطيط العائلي في الأسرة الحضرية-دراسة ميدانية بمدينة باتنة، مذكرة ماجستير في علم الإجتماع العائلي، جامعة باتنة، كلية العلوم الإسلامية والعلوم الإجتماعية، 2007-2008، ص.182-183.

خلق المشرع للزوجين مركزا قانونيا متساويا في مسألة الإنجاب، ليقطع بذلك الطريق أمام إنفراد أي منهما بقرار تنظيم الإنجاب من عدمه[333].

يعتبر تنظيم الأسرة من المسائل التي تهم المرأة أكثر من الرجل في الوقت الحالي [334]، يقابله رغبة الزوج في زيادة الأولاد وضمان الإمتداد العائلي، مما يترتب عن كل ذلك ظهور علامات الشقاق بين الزوجين، فهل يمكن لكل منهما حسب رأي المشرع اللجوء إلى الوسائل المتاحة لفك الرابطة الزوجية؟

ما دام أن الفقرة الأولى من المادة 36 ق.أ.ج تنص على وجوب التشاور بين الزوجين فيما يتعلق بتباعد الولادات، وبالتنسيق مع الفقرة العاشرة للمادة 53 من نفس القانون، فإن الزوجة التي أضرها تتابع الولادات وأرغمها الزوج على عدم خلق فترات بين الحمل والآخر لأسباب شخصية كحب الحصول على مولود ذكر [335]، يمكنها طلب التطليق للضرر المعتبر شرعا، وللقاضي السلطة في تقدير ذلك بالنظر لكون أن المشرع ترك الحرية المطلقة للزوجين في تقدير المدة الزمنية المعتبرة في تنظيم الإنجاب.

ومن جهة أخرى فإن الزوجة التي لا ترغب في الإنجاب لأسباب غير جدية كالإكتفاء بولد أو ولدين فقط دون إعطاء أي اعتبار لرأي الزوج في ذلك، يكون أساسا لتمكين الزوج من فك الرابطة الزوجية وفقا لأحكام المادة 48 ق.أ.ج.

وما يتبادر إلى الأذهان هل أن التشاور بين الزوجين في تباعد الولادات المشار إليه في المادة 36 ق.أ.ج يرقى لاعتباره عقدا ملزما للجانبين وبالتالي إخضاعه للقواعد العامة للعقود، خاصة في حالة إتفاق الزوجين على خلق فترة معينة للحمل. غير أن الزوجة بدافع تعزيز بقائها في كنف الزوج بالإكثار من الأولاد، تتحايل على زوجها وتمتنع عن استعمال وسائل منع الحمل فيحدث الحمل ويكتشف الزوج تحايلها ذلك؟

---

[333]–هذا وإن كنا نعلم أن رئاسة الأسرة في الشريعة الإسلامية هي للزوج مع عدم الإستغلال والتسلط وما على الزوجة إلا الطاعة والخضوع ومناط ذلك هو القوامة وليس مبدأ المساواة بين الزوجين.

[334]–جدول سؤال يظهر مدى تشجيع الزوج من عدمه على تنظيم الأسرة؛ الأخضر زكور، دور التعليم العالي في تنظيم الأسرة الجزائرية–دراسة ميدانية بمدينة باتنة، مذكرة ماجستير في علم إجتماع التنمية، جامعة قسنطينة، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإجتماعية، 2007–2008،ص.163.

[335]–كتعارض فكرة تنظيم الأسرة مع العادات والقيم الأسرية، وجود الأطفال بشكل قوي يعد مصدر للرزق والإستقرار الإجتماعي وبالتالي الحفظ على ممتلكاتها وصيانتها من التفكك والإندثار عن طريق الجذور العائلية، بالإضافة إلى التأخر في الزواج الذي يكون الدافع إلى إنجاب أطفال بطريقة متتابعة وكذا الإقتناع بخطورة وسائل منع الحمل؛ بن بعطوش أحمد عبد الحكيم، المرجع السابق، ص184.

وما هو مؤكد أن الزوجين وإن اتفقا على ضرورة تنظيم الإنجاب إلا أنهما قد يختلفان في الوسيلة المستعملة، ذلك أن أحدهما قد يفضل وسيلة تكون في نظر الطرف الآخر منبوذة، فالزوج وبدوافع دينية أخلاقية قد يرفض بتاتا اللجوء إلى استعمال أية وسيلة من شأنها منع حدوث الحمل سواء كانت سلوكية أو طبية معاصرة، لكون ذلك يعد في نظره وأدا خفيا، أو أنه يحبب استعمال الطرق السلوكية دون الوسائل الطبية المعاصرة تجنبا للعبث في أعضائه التناسلية. غير أن الزوجة ترفض ذلك بحجة عدم نجاعة تلك الطرق السلوكية، ما دام أن هناك وسائل طبية ذات نتائج يقينية، باعتبارها هي الطرف المتضرر من تقارب فترات الحمل.

وليس الزوج هو الرافض في كل الأحوال [336]، بل إن الزوجة وإن كان يبدو لنا أنها تكون هي السباقة لاستعمال أية وسيلة من شأنها خلق فترات متباعدة بين الحمل والآخر، غير أن ما ذكرناه من أسباب في جانب الزوج، قد تستند إليه الزوجة هي الأخرى، أو أنها ترجح الحفاظ على صحتها بتجنب الآثار السلبية الناجمة عن استعمال الوسائل الطبية، خصوصا تلك المفضية إلى أمراض مزمنة، فتتحمل متاعب الحمل على تلك النتائج الوخيمة.

ختاما وحسب رأينا، فإن مسألة تنظيم الإنجاب بخلق فترات متباعدة بين الولادات في كل الأحوال حق يتقرر في جانب الزوجة عند وجود المانع الشرعي للحمل دون أن يتقرر في جانب الزوج بالتحجج بالوضع المعيشي، وبالتالي إذا لجأ للطلاق فيكون متعسفا وللزوجة طلب التعويض، هذا وإن كان المشرع قد تحدث عن التشاور في تباعد الولادات بصفة الجمع فلم يفرق بين رغبة الزوج أو الزوجة.

[336]–أكدت الإحصائيات التي أجريت على الأسر العربية أن أغلب حالات الفرقة الزوجية كان سببها الإصطدامات الشخصية بشأن تنظيم النسل أو تحديده وطريقة تربية الأولاد وإدارة البيت؛ العربي بختي، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي–دراسة مقارنة بقانون الأسرة الجزائري، ط01، كنوز الحكمة، الجزائر، 2013، ص.104.

الفرع الثاني

القطع الإرادي للحمل كسبب لفك الرابطة الزوجية

لم يتطرق فقهاء الشريعة الإسلامية إلى مسألة إحداث الفرقة بين الزوجين بسبب قطع الحمل بصفة إرادية من طرف الزوجة. غير أنهم تحدثوا عن إذن الزوج في الإجهاض باعتباره مانعا من إيجاب دية الجنين.[337]

وإذا كان إسقاط الجنين طريقا لنجاة الأم من موت محقق، فيمكن القول بأن الأمر جائز للضرورة، أما بدون ضرورة معتبرة شرعا فلا يجوز أن يأذن بالإسقاط وإذا أذن فلا يجوز للمرأة الحامل أن تأخذ به فتسقط جنينها وإن فعلت أثمت وضمنت دية الجنين[338].

وبالنظر إلى قول فقهاء المالكية في مسألة التفريق بين الزوجين للضرر، نجد أن بعضهم يرى أن ثبوت الضرر الواقع من الزوج على الزوج ولو للمرة الواحدة الأولى كاف لإعطاء المرأة حق الخيار بالتفريق بينهما، أو دفع الظلم عنها مع البقاء معه، مع أن المالكية قد توسعوا في تصنيف صور الضرر الموجبة للتفريق بين الزوجين عملا بقاعدة" لا ضرر و لا ضرار".

وعليه فإن الزوج إذا طلب من زوجته إسقاط حملها وأصر عليها، فيمكن اعتبار ذلك ضررا يخول لها طلب التفريق دفعا للضرر الواقع بها.

وفي مجال التشريع الجزائري فإن نصوصه واضحة، إذ تعتبر القطع الإرادي للحمل جريمة معاقب عليها حسب ما فصلناه سابقا، و وفقا لذلك فلا غرابة في اعتبار قطع الحمل سببا مقبولا لانحلال الرابطة الزوجية ما لم يكن محاطا بسبب من أسباب الإباحة والمتمثلة خصوصا في الضرورة الحتمية المنطوية على إنقاذ حياة الزوجة[339].

---

[337]–جاء في فقه الحنفية"..والمرأة إذا ضربت بطن نفسها أو شربت دواء لتطرح الولد متعمدة أو عالجت فرجها حتى سقط الولد ضمن عاقلتها الغرة إن فعلت بغير إذن الزوج وإن فعلت بإذنه لا يجب شيء.."؛ الشيخ نظام وجماعته من علماء الهند الأعلام، الفتاوى الهندية المعروفة بالفتاوى العالمكيريَّة في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، ط01، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000، ص.42-43.

[338]–زيدان عبد الكريم، المرجع السابق،ج05، ص406.

[339]–تشوار جيلالي، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.161.

والأمر نفسه فإن أحكام قانون الأسرة تحث الأزواج على المحافظة على مقومات الأسرة وهذا ما يجعل القطع الإرادي للحمل منافيا لذلك، مما يمكن القول معه أن قاعدة الطلاق واجبة الإعمال في هذه الحالة إذا توافرت شروطها، فلكي يتسنى للزوج مقاضاة زوجته على أساس نص المادة 48 ق.أ.ج، عليه أن يثبت أن قطع الحمل قد قامت به زوجته دون مبرر يسوغ لها ذلك ولم يكن يعلم به، بل تم بإرادتها المنفردة ولا يمكن عندئذ إلزامه بأحكام المادة 52 من نفس القانون[340].

إن الخبرة الطبية في هذا الجانب تلعب دورا بالغ الأهمية في إثبات حقيقة وقوع قطع الحمل، حيث أن الزوجة إذا أحدثت إجهاضا لنفسها وحاولت إخفاء ذلك، فالطبيب الشرعي هو الذي يقرر مدى صدق بلاغ الزوج في ذلك، أم أنه مجرد إدعاء كيدي ناتج عن الخلافات القائمة بينهما[341].

والأهم بالذكر أن دعوى الطلاق المرفوعة من الزوج ضد زوجته التي أسقطت حملها لضرورة حتمية تمثلت في إنقاذ حياتها ،وفي الإطار المنصوص عليه قانونا ، تكون غير مؤسسة ومسببة يكون مصيرها الرفض.

كانت تلك هي إشكالات الإنجاب والتي من شأنها أن تؤدي إلى فك الرابطة الزوجية تناولنا دراستها في الفصل الأول من هذا البحث وما بقي لنا إلا الانتقال إلى الاكتشافات البيولوجية والطبية الحديثة وكيفية تأثيرها على فك الرابطة الزوجية خصصنا دراستها ضمن الفصل الموالي.

[340]–تشوار جيلالي، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.161.

[341]–أسامة رمضان الغمري، الجرائم الجنسية والحمل والإجهاض من الوجهة الطبية الشرعية، دار الكتب القانونية، مصر، 2005، ص81.

الفصل الثاني

الإكتشافات البيولوجية والطبية الحديثة

ومدى تأثيرها على فك الرابطة الزوجية

يقول سبحانه وتعالى في كتابه الكريم :« وَمِنۡ ءَايَٰتِهِۦ خَلۡقُ ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلۡأَرۡضِ وَٱخۡتِلَٰفُ أَلۡسِنَتِكُمۡ وَأَلۡوَٰنِكُمۡۚ إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَأٓيَٰتٖ لِّلۡعَٰلِمِينَ »[342].

ورد في تفسير هذه الآية أن الله عز وجل بين قدرته ووضح إبداعه في اختلاف الناس من حيث لغتهم وبشرتهم وهيئتهم، إذ قيل أن أهل الدنيا منذ خلق الله عز وجل لآدم إلى قيام الساعة، ليس يشبه واحد منهم الآخر، بل لابد أن يفارقه بشيء من السمت أو الهيئة أو الكلام ظاهرا كان أو خفيا[343].

إن حاجة الإنسان إلى التعرف لذوي جنسه كانت في البداية تعتمد على الإختلافات الشكلية الظاهرية. غير أن ذلك لم يعد كافيا نظرا للتزايد المستمر لبني البشر وكثرة مسائل الحياة الإجتماعية، فكان لزاما البحث عن وسيلة جديدة بإمكانها الكشف حتى عن أدق التفاصيل، ونظرا للدراسات المستمرة على جسم الإنسان تمكن العلماء من اكتشاف ما يسمى بالبصمة الوراثية والعلوم الدموية[344].

[342]–سورة الروم، الآية 22.

[343]– أبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير، المرجع السابق، مج03، ص.2226–2227.

[344]–يعود اكتشاف الحامض النووي ADN عام 1944 من طرف العالم "إفري" وبين أنه المسؤول عن نقل الصفات الوراثية من الأصول إلى الفروع ، وفي عام 1985 اكتشف العالمان "ويستون وكريك" تركيبة ADN . كما أكد العالم "أليس جفري" أن ADN يختلف من شخص لآخر ولا يمكن أن يتطابق عند شخصين باستثناء حالة التوأم المتماثل؛ حسام الأحمد، البصمة الوراثية–حجيتها في الإثبات الجنائي والنسب، ط01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010، ص.26.

والحياة الزوجية قائمة على عدة عوامل أساسية، لعل أبرزها التفاعل الزواجي [345] والتوافق الزواجي[346]، إذ بهما بتحدد مصير العلاقة الزوجية بالنماء أو الإنحراف أو الإنحلال.

ويعتبر الإتصال الجنسي بين الزوجين من أهم جزئيات التوافق الزواجي واستقرار العلاقة الزوجية، إذ ليس بالإشباع الجنسي لذة جسدية عابرة بل هو متعة نفسية طويلة الأمد. غير أن عدم الإشباع الجنسي لأحد الزوجين سيؤدي به إلى الشعور بالإحباط والتوتر، بل أكثر من ذلك إلى تفكك الأسرة[347].

هذا وإن الأطباء في الوقت الحاضر قد تمكنوا من علاج مرض العجز الجنسي أو التقليل من حدته ولم يتوقف دورهم عند ذلك الحد، بل أسهم في اتجاه مغاير، فساعد على انتكاس الفطرة السليمة للأشخاص المصابين بمرض اضطراب الهوية الجنسية ودفع بهم إلى تغيير جنسهم.

ولا يقتصر استقرار الحياة الزوجية على الجانب الجنسي فحسب، بل يتعداه إلى الجانب الصحي لكلا الزوجين، فإصابة أحدهما بمرض لمن شأنه زيادة أعباء وواجبات الزوج الآخر، خاصة إذا كان ذلك المرض مزمنا لا يرجى شفاؤه أو كان معديا يجعل الزوج السليم يتفادى الإحتكاك بزوجه خشية إصابته بالعدوى، لاسيما في ظل ما أفرزته التطورات الطبية من اكتشافات لأمراض عديدة مزمنة معدية وغير معدية قد يكون لها الأثر البالغ على استمرار الحياة الزوجية.

على ضوء ما ذكرناه، فكيف للإكتشافات البيولوجية والطبية الحديثة أن تؤثر على فك الرابطة الزوجية؟ هذا ما سنحاول الإجابة عليه من خلال ثلاثة مباحث، فالمبحث الأول خصصناه للبصمة الوراثية والعلوم الدموية وأثرهما على فك الرابطة الزوجية، أما المبحث الثاني فسنعالج فيه الأمراض الماسة بجنس أحد الزوجين وأثرها على فك الرابطة الزوجية، والمبحث الثالث ندرس فيه الأمراض المزمنة وأثرها على فك الرابطة الزوجية.

---

[345]–التفاعل الزواجي: عملية مهمة في الحياة الزوجية تدفعه نحو تحقيق الأهداف منه أو تعوقه، كما أنها عملية مركبة من عدة عمليات حسية وعقلية ووجدانية يستحيل الفصل بينها واقعيا، كونها تشترك فيها حاسة أو أكثر من الحواس الخمس، مما يعني أن التفاعل الزواجي يعتمد على مدى سلامة حواس الزوجين وقدرتهما على الإنتباه للأقوال والأفعال والتعبيرات والإنفعالات التي تحدث بينهما؛ كمال إبراهيم مرسي، العلاقة الزوجية والصحة النفسية في الإسلام وعلم النفس، ط02، دار القلم، الكويت، 1995، ص85-86.

[346]–التوافق الزواجي: يعتبر الزوجان متوافقان عند تقبل كلا الزوجين لسلوكيات الزوج الآخر بالقيام بواجباته اتجاهه وإشباع حاجاته والإمتناع عن ما يؤذي ويفسد به علاقته به وبالأسرة وقد تتعرض الحياة الزوجية لصعوبات تحول دون تحقيق بعض أهداف الزواج أو تحرم أحد الزوجين من حقوقه أو إشباع بعض حاجاته فلا يتحقق التوافق الزواجي؛ كمال إبراهيم مرسي، المرجع نفسه، ص.194-195.

[347]–عثمان صالح بن عبد المحسن العامر، معوقات التوافق بين الزوجين في ظل التحديات الثقافية المعاصرة للأسرة المسلمة، مجلة كلية التربية جامعة الإمارات العربية المتحدة ، 2000، ع17، ص.26؛ كمال إبراهيم مرسي، المرجع نفسه، ص.124.

المبحث الأول

البصمة الوراثية والعلوم الدموية وأثرهما على فك الرابطة الزوجية

مما لا شك فيه أن الشريعة الإسلامية قد اشتملت على قواعد كلية وأحكاما استند عليها فقهاؤها لتكون كفيلة في تبيان حكم كل نازلة أو واقعة تنزل في هذا العصر، ونظرا لكون البصمة الوراثية والعلوم الدموية من المستجدات الحديثة أفرزتها ثورة العلوم الجينية، فقد بين فقهاء الشريعة الإسلامية حكم استخدامها في جميع المجالات ذات الصلة وخاصة مسألة النسب باعتباره من الضروريات التي اعتنى بها الفقه الإسلامي. كما أن التشريعات الوضعية هي الأخرى قد حاولت إبراز موقفها تجاه هذه التقنية الحديثة على غرار القانون الجزائري لاسيما في المواد الجزائية والأحوال الشخصية.

وفي نظر المختصين أنه يمكن الإستعانة بالبصمة الوراثية والعلوم الدموية في مجال النسب عند الحاجة إلى إثباته أو نفيه أو حالة اتهام الزوجة بالزنا، إلا أن هذه الوسيلة قد تتصادم مع الطرق الشرعية التي وردت بشأنها نصوص شرعية صريحة وقطعية، مما يثور معه إشكال أي الوسيلتين أحق بالرجحان، خصوصا إذا كان ينجم عن الأخذ بها فك الرابطة الزوجية.

لذلك فما هي حقيقة تقنية البصمة الوراثية والعلوم الدموية؟ وما هي الإشكالات التي تحد من استعمالها كوسائل نفي وإثبات للنسب في ظل تضارب أراء الفقه الإسلامي؟ وأي من الآراء ساير المشرع الجزائري؟ وهل يمكن فك الرابطة الزوجية بناء على نتائج البصمة الوراثية والعلوم الدموية بعيدا عن الطرق الشرعية الأخرى؟

للتفصيل في ذلك سنتعرض لماهية البصمة الوراثية والعلوم الدموية في المطلب الأول، ثم رأي الفقه الإسلامي وموقف القانون الجزائري من البصمة الوراثية والعلوم الدموية في المطلب الثاني، وأخيرا مدى تأثير البصمة الوراثية والعلوم الدموية على فك الرابطة الزوجية ضمن المطلب الثالث.

المطلب الأول

ماهية البصمة الوراثية والعلوم الدموية

إن ثورة الإكتشفات البيولوجية وبالأخص ما تعلق بعلم الجينات قد توصلت إلى أن تركيبة البصمة الوراثية والدم لدى البشر لا يمكن أن تتشابه، كونها تحتوي على صفات تختلف من شخص إلى آخر. كما أنها في الوقت ذاته يمكنها أن تشتمل على صفات أخرى تنتقل من الآباء إلى الأبناء، ولقد شاع استعمالها في الدول الغربية وصولا إلى الدول العربية كأدلة إثبات في المحاكم. الأمر الذي يحتم علينا تبيان حقيقة هذه الوسائل التقنية الحديثة، حيث سنخصص الفرع الأول لدراسة تقنية البصمة الوراثية بدراسة تعريفها وشروط العمل بها، أما الفرع الثاني فنتركه لتقنية العلوم الدموية بذكر تعريف الدم ومكوناته، ثم الطرق العلمية لتحليله.

الفرع الأول

البصمة الوراثية

ضمن هذا الفرع سنعالج تعريف البصمة الوراثية(أولا)، ثم شروط العمل بالبصمة الوراثية(ثانيا).

أولا: تعريف البصمة الوراثية:

يتجلى لنا تعريف البصمة الوراثية لغة(أ)، واصطلاحا(ب)، ثم المدلول العلمي لهذه التقنية(ج).

أ-التعريف اللغوي: مصطلح البصمة الوراثية يتركب من كلمتين البصمة و الوراثية.

1-البصمة: البُصْمُ هو فوت ما بين طرف الخنصر إلى طرف البنصر والفوت هو ما بين كل إصبعين طولا[348].

[348]-أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، ج 14، ص.317؛ مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي ، المرجع السابق،ص.1080.

والبصمة الوراثية عند الإطلاق ينصرف معناها إلى بصمات الأصابع التي تعني الإنطباعات التي تتركها عند ملامستها الأسطح المصقولة، فيكون ذلك الأثر طبق الأصل لأشكال الخطوط الحلبية [349] التي تكسو جلد الأصابع وهي لا تكون متشابهة حتى في أصابع اليد الواحد للشخص بعينه. ولا تقتصر البصمة على الخطوط التي توجد في الأنامل بل تشمل كذلك تلك الموجودة في راحتي الكف وباطن القدمين[350].

وقيل بأن البصمة تعرف بصفة عامة على أنها: « ذلك الخاتم الإلهي الذي ميز الله سبحانه وتعالى به كل إنسان عن غيره، بحيث أصبح لكل إنسان خاتمه(بصمته) المميزة له في الصوت والرائحة والعينين والأذنين» [351].

2-الوراثية: يقال ورث أباه ومنه بكسر الراء،يرثه ، كيعيده، ورثا ووراثة وإرثا، ورِثة بكسر الكل، وأورثه أبوه، وورثه: جعله من ورثته ،والوارث : الباقي بعد فناء الخلق[352].

وهو يعني بذلك علم يدرس انتقال صفات الكائنات الحية من جيل لآخر مع تفسير الظواهر بطريقة هذا الإنتقال.

على ضوء ما تقدم يمكن القول بأن البصمة الوراثية هي الأثر الذي ينتقل من الأصول إلى الفروع بواسطة المورثات الكامنة في الخلايا التناسلية للأب والأم.

ب-التعريف الإصطلاحي:

نظرا لكون البصمة الوراثية من المستجدات الحديثة، فإنه لا يوجد في الفقه الإسلامي تعريف لها، إلا أن بعض الفقهاء المعاصرين حاولوا إعطاءها تعريفا ولكنهم اختلفوا في ذلك تبعا لما يلي:

---

[349]-هناك من يسميها "بخطوط الكنتور" وهي عبارة عن خطوط تستخدم عند إعداد الخرائط الطبوغرافية في علم الجغرافيا، فهي تربط بين عدد من النقاط المتساوية في الإرتفاع عند مستوى ثابت؛ طه كاسب فلاح الدروبي، المدخل إلى علم البصمات، ط 01، دار الثقافة، عمان، 2006، هامش01، ص.37.

[350]-طه كاسب فلاح الدروبي، المرجع نفسه، ص.37.

[351]-كريم زينب، المرجع السابق، هامش1038، ص.405.

[352]-مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، المرجع السابق، ص.177.

لقد عرفتها ندوة الوراثة والهندسة الوراثية المنعقد بالكويت تحت رعاية المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية في الفترة ما بين 23 و 25 جمادى الثانية 1419هـ، الموافق 1998/10/15 على أنها:« البنية الجينية-نسبة إلى الجينات، أي المورثات-التي تدل على هوية كل فرد بعينه » [353].

وهناك من عرفها على أنها: « الصفات الوراثية التي تنتقل من الأصول إلى الفروع والتي من شأنها تحديد شخصية كل فرد عن طريق تحليل جزء من حامض الدنا الذي تحتوي عليه خلايا جسده » [354]، وإن كان هذا التعريف لم يشرح مصطلح الدنا.

وعرفها آخر على أنها: « التركيب الوراثي الناتج عن فحص الحمض النووي لعدد واحد أو أكثر من أنظمة الدلالات الوراثية » [355]، وإن كان هذا التعريف لم يوضح معنى الدلالات الوراثية.

ولقد آثر البعض العمل بالتعريف التالي وإن كان مشابها للتعريف الذي أورده المجمع الفقهي الإسلامي وهو:« البصمة الوراثية هي الناتج عن فحص البنية الجينية(أو الوراثية) التفصيلية التي تدل على هوية كل إنسان بعينه » ، ذلك أن جزيء ADN [356] لا يدل على شيء ما لم يتم فحصه [357].

ج-المدلول العلمي للبصمة الوراثية:

تمكن العلماء من اكتشاف أن جسم الإنسان يتألف من مئات البلايين من الخلايا ولكل منها وظيفتها الخاصة بها، كما تحتوي الخلية على نواة هي مركز السيطرة على الخلية وتحمل الصفات الوراثية لها وللجسم.

---

[353]-علي محي الدين القره داغي وعلي يوسف المحمدي، فقه القضايا الطبية المعاصرة-دراسة فقهية طبية مقارنة مزودة بقرارات المجامع الفقهية والندوات العلمية، ط02، دار البشائر الإسلامية، بيروت، 2006، ص.339.

[354]-إبراهيم أبو الوفا محمد، مدى حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي في القانون الوضعي والفقه الإسلامي،أبحاث مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات، بتاريخ 05-07 ماي 2002، ج02، ص.675.

[355]-خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، ط01، دار النفائس، الأردن، 2006، ص.45.

[356]-ADN : Acide Désoxyribo-Nucléique ;BERTHON- J.,Etude de la réplication de l'ADN chez les archaea,These présentée pour obtenir le grade de docteur en sciences, Université Paris sud 11, soutenue le 27/11/2008,p.19.

[357]-زيبري بن قويدر، النسب في ظل التطور العلمي والقانوني-دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة تلمسان ،كلية الحقوق ، 2011-2011، ص.237.

كما يوجد بها حسب ما دلت عليه الإكتشافات الطبية 46 من الصبغيات (الكروموسومات) وهي التي تتكون من المادة الوراثية–الحمض النووي الريبوزي اللاأكسجيني –، حيث يرث كل شخص تلك الصبغيات عن أبيه وأمه مناصفة ،أي 23 من الأب و 23 من الأم، عن طريق الحيوان المنوي والبويضة وباتحاد تلك الصبغيات الموروثة عن الوالدين يتشكل لديه كروموزومات خاصة به يجعله مستقلا عنهما. كما يوجد في كروموزوم واحد عدد كبير من الجينات الوراثية، يمكن أن يبلغ عددها في الخلية البشرية الواحدة مائة ألف (100.000) مورثة جينية تقريبا[358].

وجزء الحمض النووي ADN أو DNA يتكون من شريطين يلتف أحدهما على الآخر في شكل سلم حلزوني وفي هذا الجزء وحدات متكررة تدعي نيوكليوتيدات مرتبطة، يتكون النيوكليوتيد الواحد من سكر خماسي (ريبوزي) منزوع الأكسجين وحمض الفوسفوريك وأحد القواعد النيتروجينية إما: أدينين يرمز له(أ)، الجوانين يرمز له (ج)، السياتوسين يرمز له (س) والثيامين يرمز له (ث)[359].

ومن أهم ما يتميز به الحمض النووي بما يلي:

–إختلاف الحمض النووي من شخص لآخر ولا يمكن أن يكون هناك تشابه إلا في التوأم المتطابقة.

–تعتبر البصمة لوراثية من أدق الوسائل في تحديد هوية الإنسان، لأن نتائجها قطعية لا تقبل الشك.

[358]–عمر بن محمد السبيل ، البصمة الوراثية ومدى مشروعية استخدامها في النسب والجناية ، ط 01 ، دار الفضيلة،الرياض ، 2002،ص.10و11.

–إكتشف العلماء العلاقة بين عدد الأمراض الوراثية وبين إختلالات تصيب الكروموزومات وكان أول ما اكتشف بطبيعة الحال الإختلافات في العدد، فإذا زاد كروموزوم واحد على الكروموزومين اللذين يحملان رقما معينا في سلم الترتيب نتج عن ذلك مرض كذا من الأمراض الوراثية ومثاله:مرض الطفل المغولي، حيث أنسببه هو زيادة كروموزوم في الزوج الثاني والعشرين فنراه ثلاثة كروموزومات وليس إثنين، وإذا نقص كروموزوم واحد أصبح احد زوجي الكروموزومات فردا واحدا فهي أمارة مرض كذا ومثاله: مرض التيرنر، حيث يختفي أحد الكروموزومين المؤنثين؛ سعد الدين مسعد هلالي، البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية–دراسة فقهية مقارنة، ط02، مكتبة وهبة، القاهرة، 2010، ص.33.

[359]– حسام الأحمد،المرجع السابق،ص.22؛ خليفة الكعبي، المرجع السابق، ص.22؛ زبيري بن قويدر، المرجع السابق، ص238.

-HARUN Y., le miracle de la création dans L'ADN , 2003, librairie SANA, paris, p.28 ;C.GAILLARDIN,C.R.TINSLEY, génétique moléculaire, cursus ingénieur agronome, Agro Paris Tech, 2007, p.04.

-عمل البصمة الوراثية تقوم على وظيفتين لا ثالث لهما، وظيفة الإثبات ووظيفة النفي، تثبت النسب والجريمة وتنفي الجريمة والتهمة[360].

-تميزه بقوة التحمل والثبات أما أقسى الظروف الطبيعية(حرارة، رطوبة وجفاف) وهذا ما يكسبه المرونة للتعرف على أصحاب الأشلاء و الجثث[361].

-تمتع البصمة الوراثية بالقدرة على الإستنساخ، إذ تعمل على نقل صفات النوع من جيل لآخر[362].

ثانيا: شروط العمل بالبصمة الوراثية.

يمكن القول بوجود شروط إجرائية(أ) وأخرى تقنية(ب)[363].

أ-الشروط الإجرائية:

-كيفية جمع العينات وتوثيقها: يرتكز نجاح تحليل الحمض النووي على الكيفية التي تؤخذ بها العينة وطريقة حفظها، إذ تبين من الناحية العلمية أن العينات تفقد حيويتها وتفاعلها إذا لم يتم حفظها بطريقة جيدة سليمة، وهو ما يستلزم توثيق جمع العينات للرجوع إليها عند الحاجة.

---

[360]-محسن العبودي، القضاء وتقينية الحامض النووي،بحث مقدم خلال المؤتمر العربي الأول لعلوم الأدلة الجنائية والطب الشرعي خلال الفترة 02-1428/11/04هـ الموافق 12-2007/1411 ، جامعة نايف للعلوم الأمنية-الرياض، ص.05.

[361]-ما يؤكد ذلك هو تمكن العلماء من استخلاص الحمض النووي من جثث(مومياوات) قدماء الفراعنة المصريين.

[362]-عائشة إبراهيم أحمد المقادمة، إثبات النسب في ضوء علم الوراثة، الجامعة الإسلامية-غزة، 1433هـ-2012م، ص.55؛ محسن العبودي، المرجع نفسه ، ص.05؛ خليفة علي الكعبي، المرجع السابق ، ص.48.

-لا يمكن الاستهانة بالمعلومات المخزنة في DNA بأي حال من الأحوال فجزيء واحد من الحمض النووي البشري يحتوي على معلومات كافية لملء موسوعة من مليون صفحة أو لملء حوالي 1000 كتاب وهذه المعلومات مستخدمة للتحكم في وظائف الجسم البشري ؛
HARUN Y., op.cit,p.13

-جزيء ADN هي المادة الوحيدة التي لها القدرة على النسخ REPLICATION ، إذ ينسخ من نفسه نسخا لها نفس الخصائص وبالتالي يحدث التكاثر وهو الخاصية المميزة للحياة على سطح الأرض؛ طارق إبراهيم الدسوقي عطية، البصمات وأثرها في الإثبات الجنائي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2001، ص.267.

[363]-نزار كريمة ، نفي النسب بين اللعان واكتشاف التقنية العلمية للبصمة الوراثية ، م.ع.ق.إ، جامعة سيدي بلعباس،كلية الحقوق،2010، ع07،ص.205.

-إعتماد المعامل المناسبة: تنفيذا لما ورد في نص المبدأ السادس من التوصية رقم R 92-1 لسنة 1992 الصادرة عن المجلس الأوربي على أنه: « يجب إجراء هذه التحاليل في معامل طبية تابعة لوزارة العدل أو حاصلة على ترخيص بذلك »[364]. وهذا لمنع القطاع الخاص والشركات التجارية من المتاجرة في هذا الميدان، مع فرض عقوبات لمن يقوم بالتلاعب بالجينات البشرية، يضاف إلى ذلك ضرورة تزويد تلك المعامل بأحسن الأجهزة والتقنيات ذات المواصفات الفنية العالية والقابلة للتفاعل مع العينات والظروف المحيطة بها في الدولة[365].

-حماية نتائج التحاليل للحمض النووي: ولقد أقر ذلك نص المبدأ السادس من التوصية رقم R 92-1 لسنة 1992 الصادرة عن المجلس الأوربي على أنه: « يجب أن يتم تحليل الحامض النووي في نطاق احترام التوصيات والقواعد التي أقرها المجلس الأوربي والمتعلق باحترام وحماية المعلومات ذات الطبيعة الشخصية » [366]. كما أن بعض الدول تمارس الرقابة على نوعية التحاليل مرتين أو أكثر خلال السنة من طرف هيئة معتمدة.

ب-الشروط التقنية:

-طريقة تحليل الحمض النووي: يمكن تحليل الحمض النووي بأخذ جزء من جسم الإنسان لا يتعدى رأس دبوس من الدم، المني، العظم، جذور الشعر، خلايا الفم، خلايا الكلية، خلية من البويضات المخصبة، خلية من الجنين ويتم استخلاص ما تحمله من صفات موروثة وتتم العملية كما يلي:

-تحصيل ADN من العينات المأخوذة من الدليل أو الأب المفترض.

-تقطيع ADN من كلا العينتين إلى ملايين الشظايا باستخدام إنزيم خاص .

-تفرد الشظايا عن طريق التفريد الكهربائي بالجين، مما يجعلها تتحرك بسرعة تختلف باختلاف حجمها، فالشظايا الأصغر تتحرك بسرعة من الشظايا الأكبر[367].

---

[364]-نزار كريمة، المرجع السابق ، ص.206.

[365]-خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص.50؛ يوسفات علي هاشم، مدى إستخدام البصمة الوراثية في مجال النسب، م.إ.د.ق.إ، المركز الجامعي تامنغست، معهد الحقوق، 2012، ع02، ص.70.

[366]-نزار كريمة، المرجع نفسه، ص.206.

[367]-سعد الدين مسعد هلالي، المرجع السابق، ص.42، زبيري بن قويدر، المرجع السابق، ص.243.

-نقل شظايا ADN ووضعها على نوع من الورق يسمى "الغشاء" لعرضها لفيلم أشعة سينية، ينتج عن ذلك ظهور شرائط قاتمة اللون تسمى" الصورة الإشعاعية الذاتية "[368].

-تتم المقارنة بين عدد الشرائط وموافقتها وبين كرات الدم البيضاء المأخوذة من المتهم أو الشخص المشكوك فيه، فإذا كان هناك توافق عد الشخص واحدا وإذا وجد اختلاف اتضح بوجود شخصين مختلفين، سواء كان ذلك في مجال النسب أو المجال الجنائي.

-تحديد المواقع الوراثية: بعد إجراء تحاليل البصمة الوراثية يتحتم تحديد المواقع والعوامل الوراثية مع تحديد نسبة وجودها في المجتمع عن طريق إحصاءات تبين مدى اتساع هذه العوامل فيه، ويتطلب الأمر في ذلك وجود خبرة و تخصص رفيع المستوى وكفاءة عالية داخل المعامل المسند إليها عملية الفحص الجيني[369].

بهذا نكون قد أتممنا الفرع الأول لنتقل إلى الفرع الثاني وهو لا يقل أهمية في هذا المطلب باعتباره وسيلة علمية ثانية في مجال التأكد من صحة النسب.

الفرع الثاني

العلوم الدموية

للإحاطة بمفهوم العلوم الدموية يستلزم الأمر التطرق إلى تعريف الدم(أولا)، ثم ذكر مكوناته(ثانيا)، وأخيرا الطرق العلمية لتحليله(ثالثا).

أولا: تعريف الدم.

سنعرف الدم في اللغة(أ)، ثم في الإصطلاح(ب).

أ-التعريف اللغوي: الدم من الأخلاط وأدميته ودمَّيتُه تدميةً إذا ضربته حتى خرج منه دم[370].

---

[368]-يطلق على كل تلك العمليات. Auto Radiongram؛ أسامة الصغير، البصمات وسائل فحصها وحجيتها في الإثبات الجنائي، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2007، ص.73؛ سعد الدين مسعد هلالي، المرجع السابق ، ص.42؛ زيبري بن قويدر، المرجع السابق ، ص.243.

[369]-نزار كريمة، المرجع نفسه، ص.207.

[370]-أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، المرجع السابق، ج18، ص.293-294.

ب–التعريف الإصطلاحي العلمي:

الدم سائل أحمر اللون لزج يملأ القلب والأوعية الدموية المتصلة به من شرايين وأوردة وشعيرات والمصدر الأساسي له هو" نقي العظام" الذي ينتج أكثر من (ثمانية ملايين خلية/الثانية). كما تبلغ كميته في الجسم بمعدل 70 مللتر/كلغ، أي نسبة 13/1 من وزن الجسم[371].

ثانيا: مكونات الدم.

يتكون الدم من أربعة عناصر أساسية هي البلازما، كريات الدم الحمراء، كريات الدم البيضاء والصفائح الدموية.

أ–البلازما[372]: وتسمى بالمصورة، وهي سائل مائي لونه يميل إل الصفرة، يشكل حقلا تسبح فيه مكونات الدم الأخرى و تمثل نسبته حوالي 55% من حجم الدم كله. وتكمن وظيفة البلازما في تسهيل حركة الخلايا الدموية ونقل العناصر الغذائية من جهاز الهضم إلى جميع الخلايا، وتوصيل الفضلات الناتجة عن نشاط الجسم من عرق وبول إلى الأعضاء المختصة بطرحها خارجا. كما تنقل بعض المواد كالفيتامينات والهرمونات وبعض الأدوية وتمنح الدم مناعة خاصة به.

ب–كريات الدم الحمراء [373]: هي خلايا حية خالية من النواة تشكل نسبتها معدل خمسة(05) ملايين ملم/مكعب، غنية بمركب بروتيني يحتوي على الحديد يسمى بالهيموجلوبين يمتاز بسهولة إتحاده وانفصاله عن الأكسيجين، لذلك تكمن وظيفة هذه الكريات في نقل الأكسجين من الرئتين إلى كل خلايا الجسم مع العودة بغاز ثاني أكسيد الكربون الذي تطرحه الخلايا ليتم التخلص منه خارج الجسم.

[371]–أحمد محمد كنعان، المرجع السابق، ص.462.

[372]– أحمد محمد كنعان، المرجع نفسه، ص.462.

[373]– زهير الكرمي، محمد سعيد صباريني، سهام العقاد العارف، الأطلس فيزيولوجيا الإنسان، دار الكتاب اللبناني، بيروت، د.س.ن،ص.47.

ج-كريات الدم البيضاء: هي خلايا لها نواة وتختلف عن الكريات الحمراء من حيث أنها عديمة اللون وهي متغيرة الشكل. كما أنها تمتاز بوظيفة دفاعية، فهي تعمل على قتل العوامل الخارجية من جراثيم وغيرها وتبلغ نسبتها 07 آلاف /ملم مكعب [374]، ولها وظيفة أخرى تكمن في إفراز مادة الهيستامين التي تعمل على توسيع الأوعية الدموية إضافة إلى إفراز مادة الهيبارين التي تمنع تجلط الدم. كما تفرز الأجسام المضادة التي تقوم بترسيب الميكروبات أو تعديل سمومها[375].

د-الصفائح الدموية: تبلغ نسبتها وسطيا (300 ألف/ملم مكعب)، وتكمن وظيفتها بالأساس في وقف النزيف بواسطة عملية التخثر، ويشكل الدم 07% من وزن الإنسان[376].

ثالثا: الطرق العلمية لتحليل الدم.

توصل العلم إلى تحديد أربعة فصائل للدم هي(أ)، (ب)، (و) و(أ ب) وباللغة الأجنبية(A.B.O.AB). ويمكن التفريق بينها بواسطة بعض البروتينات التي تقع على سطح كريات الدم الحمراء والتي تتحدد عن المعلومات الوراثية المرسلة من قبل ثلاثة أشكال جينية هي (أ-ب-و)، فالجين (أ) مسؤول عن تكوين المادة (أ) التي يعتبر وجودها تحديدا للفصيلة (أ)، والجين(ب) معني بتكوين المادة (ب) التي يؤدي إنتاجها إلى تحديد الفصيلة (ب)، وأما الجين (و)فيحدد إنتاج المادة غير الفعالة (و) مؤديا بذلك الفصيلة (و) ، في حين أن الفصيلة (أب) تكون نتيجة وجود الجين (أ) و (ب) معا، إذ أنهما متساويان في إحداث بروتيناتهما ، بمعنى أنهما متساويان في التغلب، لكنهما يتغلبان كل على حدة على الجين (و) المتنحي.

وتوجد هذه الأشكال الجينية على نفس الموقع الكروموزومي، إذ من المستحيل أن توجد كلها في نفس الوقت، ذلك أن الجينات كما هو معلوم توجد بصورة أزواج على الكروموزومات المتماثلة، فالتراكيب التي تؤدي لها الجينات الثلاثة هي (أ أ) (أب)، (أ و)، (ب ب)،(ب و)، (و و)، حيث أن هذه التراكيب الستة لا تُظهر سوى أربعة فصائل نظرا للتكافؤ والتغلب الحاصل بين الجينات الثلاثة وتبسيط ذلك:[377]

[374]- زهير الكرمي، محمد سعيد صباريني، سهام العقاد العارف، المرجع السابق ،ص.47.

[375]-عائشة إبراهيم أحمد المقادمة، المرجع السابق، ص.40.

[376]-أحمد محمد كنعان، المرجع السابق ،ص.462

[377]-ناصف مصطفى، الوراثة والإنسان-أساسيات الوراثة البشرية والطبية، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت، 1986، ص66.

التركيب الجيني	الفصيلة الناتجة
أ أ ، أ و	فصيلة أ لكون أ متغلب على و
ب ب ، ب و	فصيلة ب لكون ب متغلب على و
أ ب	فصيلة أ ب لكون أ ، ب متكافئان
و و	فصيلة و

أما في مجال معرفة فصيلة دم الطفل المتنازع حول نسبه، فيمكن أن نبين في الجدول أدناه فصائل الدم المحتملة لأطفال من أزواج مختلفة[378]:

فصيلة الدم لأحد الزوجين	فصيلة الدم للزوج الآخر	فصيلة الدم المحتملة للطفل	فصيلة الدم المستحيل وجودها بين أطفال هذا الزوج
و	و	و	أ ، ب ، أ ب
و	أ	و ، أ	ب ، أب
و	ب	و ، ب	أ ، أب
و	أب	أ ، ب	و ، أب
أ	أ	و ، أ	ب ، أب
أ	ب	و ، أ ، ب ، أب	لا يوجد
أ	أب	أ ، ب ، أب	و
ب	ب	و ، ب	أ ، أب
ب	أب	أ ، ب ، أب	و
أب	أب	أ ، ب ، أب	و

ولقد أثبتت الدراسات العلمية بأن قرينة تحليل فصائل الدم لها دور واحد هو نفي النسب لا إثباته ولمزيد من التوضيح، فتبعا للجدول السابق:

[378]–ناصف مصطفى، المرجع السابق ، ص.69.

-فلو افترضنا أن فصيلة دم الأب "أب" وفصيلة دم الأم "أ" وأما فصيلة الطفل المتنازع فيه "و"، فالقول إذن أن هذا الطفل هو ليس إبنهما على الإطلاق.

-أما إذا كانت فصيلة دم ذلك المولود"أب" أو "أ" أو "ب"، فمن الممكن أن يكون الولد هو لنفس الزوج، دون الجزم بنسبه لهما على الوجه المطلق، ذلك أنه من الممكن وجود زوج آخر يحمل نفس الفصائل الدموية وبالتالي فتحليل الفصائل الدموية لا يستدل بها إلا في مجال نفي النسب وليس في إثباته[379].

بالإنتهاء من تحديد مفهوم البصمة الوراثية والعلوم الدموية في المطلب الأول باعتبارها وسائل علمية ذات نتائج قطعية، سوف نتعرض في المطلب الموالي لرأي الفقه الإسلامي والقانون الجزائري من هذه التقنيات في مجال الإستعانة بها لإثبات النسب أو نفيه.

المطلب الثاني

رأي الفقه الإسلامي وموقف القانون الجزائري في البصمة الوراثية والعلوم الدموية

يمكن إبراز رأي الفقه الإسلامي في تقنية البصمة الوراثية والعلوم الدموية من خلال معرفة الحكم الشرعي لاستخدامها في نفي النسب وإثباته، خصوصا ونحن نعلم أن هنالك وسائل شرعية لاستعمالها في نفيه وإثباته كطريق اللعان(أولا). أما موقف المشرع، فسيتبين لنا من خلال البحث في نصوصه التشريعية وأحكامه القضائية حول مدى الاعتداد بهذه التقنية عند التنازع في حقيقة النسب(ثانيا).

[379]-عائشة إبراهيم أحمد المقادمة، المرجع السابق،ص. 43-44؛ زبيري بن قويدر، المرجع السابق، ص. 245؛ ناصف مصطفى، المرجع السابق، ص.69؛ يوسفات علي هاشم، أحكام النسب في التشريع الجزائري، أطروحة دكتورا ه في القانون الخاص، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، 2014-2015، ص.252-253؛ محمد ولد عال ولد محمياي، أحكام النسب وطرق إثباته-دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقانون الموريتاني، مذكرة ماجستير، جامعة تلمسان، كلية الحقوق،2007-2008، ص.156-158.

الفرع الأول

رأي الفقه الإسلامي في استخدام البصمة الوراثية وتحليل الدم لنفي النسب وإثباته

سنعالج في هذا الفرع مسألة اللعان كطريق شرعي لنفي النسب(أولا)، ثم مشروعية استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب(ثانيا)، لنصل إلى استعمال البصمة الوراثية وتحليل الدم للتأكد من صحة النسب الثابت(ثالثا).

أولا: اللعان كطريق شرعي لنفي النسب.

إن رابطة النسب هي من أعظم الروابط الإنسانية، إذ اهتم الإسلام بها ونهى الآباء على أن ينسبوا لأنفسهم أبناء ليسوا لهم فقال الله عز وجل :« وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَآءَكُمْ أَبْنَآءَكُمْ ذَٰلِكُمْ قَوْلُكُم بِأَفْوَٰهِكُمْ وَٱللَّهُ يَقُولُ ٱلْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِى ٱلسَّبِيلَ »[380].

كما نهى الرسول صلى الله عليه و سلم عن الإنتساب لغير الآباء فقال عليه الصلاة والسلام" من ادعى إلى غير أبيه وهو يعلم فالجنة عليه حرام"[381].

لقد جاءت الشريعة الإسلامية بطرق عديدة في مسألة إثبات النسب [382]. غير أن نفيه لا يكون إلا بطريق واحد هو اللعان ولكونه وسيلة لنفي النسب ورد بشأنها نص شرعي قطعي، كان لزاما علينا تبيان أحكامه وذلك من خلال إبراز تعريفه(أ)، ومشروعيته(ب)، وأركانه وشروطه(ج) ثم الآثار المترتبة عليه(د).

أ-تعريف اللعان:

نتطرق إليه لغة(1) ثم اصطلاحا(2).

---

[380]- سورة الأحزاب، جزء من الآية 04.

[381]-صحيح البخاري، المرجع السابق، حديث رقم 4326، كتاب المغازي، ص.1058.

[382]-تتمثل هذه الطرق في الفراش، الإقرار، البينة وهي المتفق عليها عند الفقهاء وأما القيافة فقال بها الجمهور ، وأما القرينة فقال بها بعض من العلماء.

1-لغة: لعنه ،كمنعه: طرده وأبعده فهو لعين وملعون، ولاعن امرأته ملاعنة، ولعانا وتلاعنا، ولاعن الحاكم بينهما لعانا: حكم[383]، وسمي كذلك لقول الله تعالى « وَٱلۡخَٰمِسَةُ أَنَّ لَعۡنَتَ ٱللَّهِ عَلَيۡهِ إِن كَانَ مِنَ ٱلۡكَٰذِبِينَ »[384]، كما قيل بأنه الإبعاد، لم ينتج عنه من الإثم والإبعاد، بمعنى أن أحد الزوجين يكون كاذبا، فيكون ملعونا.

2-إصطلاحا: ذكر فقهاء المذاهب الأربعة تعريفات بخصوصه[385] وإن كانت كلها تعني أن اللعان هو أن يحلف الرجل إذا قذف امرأته بالزنا أربع مرات إنه لمن الصادقين والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين، وأن تحلف المرأة عند تكذيبه أربع مرات إنه لمن الكاذبين والخامسة أن لعنة الله عليها إن كان من الصادقين[386].

ب-مشروعيته: لقد ثبتت مشروعية اللعان بالقرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة.

يجب التذكير بأن اللعان قبل أن يقع لابد أن يسبقه قذف من الزوج زوجته بالزنا أو نفي حملها وولدها، ولقد نص القرآن الكريم على حد القذف بقوله تعالى: « وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ثُمَّ لَمۡ يَأۡتُواْ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجۡلِدُوهُمۡ ثَمَٰنِينَ جَلۡدَةٗ وَلَا تَقۡبَلُواْ لَهُمۡ شَهَٰدَةً أَبَدٗاۚ وَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلۡفَٰسِقُونَ »[387].

وقول الله عز وجل « وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ أَزۡوَٰجَهُمۡ وَلَمۡ يَكُن لَّهُمۡ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمۡ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمۡ أَرۡبَعُ شَهَٰدَٰتِۭ بِٱللَّهِ ۙ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ۝٦ وَٱلۡخَٰمِسَةُ أَنَّ لَعۡنَتَ ٱللَّهِ عَلَيۡهِ إِن كَانَ مِنَ ٱلۡكَٰذِبِينَ ۝٧

---

[383]-مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي ، المرجع السابق، ص.1231.

[384]-سورة النور، الآية 07.

[385]-عرفه الحنفية والحنابلة بأنه؛ شهادات مؤكدات بالأيمان مقرونة باللعن من جهة الزوج وبالغضب من جهة الزوجة، قائمة مقام حد القذف في حق الزوج ومقام حد الزنا في حق الزوجة، لكن يصح اللعان في النكاح الفاسد عند الحنابلة ولا يصح عند الحنفية؛ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج07، ص.556؛ إبن إدريس البهوتي، المرجع السابق، ج08، ص2743.

وعرفه المالكية بأنه حلف زوج مسلم مكلف على رؤية زنا زوجته أو على نفي حملها وحلف الزوجة على تكذيبه أربعا بصيغة أشهد بالله بحكم حاكم وإن فسد نكاحه؛ بن طاهر الحبيب، المرجع السابق، ج04، ص149.

وعرفه الشافعية بأنه كلمات معلومة ، جعلت حجة للمظطر إلى رمي شخص لطخ فراشه وألصق به العار ؛ إبن الفراء البغوي ، المرجع السابق ، ج06، ص.188.

[386]-السيد سابق، المرجع السابق، ج02، ص204.

[387]-سورة النور، الآية 04.

وَيَدۡرَؤُاْ عَنۡهَا ٱلۡعَذَابَ أَن تَشۡهَدَ أَرۡبَعَ شَهَٰدَٰتِۭ بِٱللَّهِ ۙ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلۡكَٰذِبِينَ ۝٨ وَٱلۡخَٰمِسَةَ أَنَّ غَضَبَ ٱللَّهِ عَلَيۡهَآ إِن كَانَ مِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ۝٩ »[388].

ومن السنة النبوية فبالحديث الذي رواه البخاري وغيره " أن هلال بن أمية قذف زوجته عند النبي صلى الله عليه و سلم بشريك بن سحماء، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: البينة أو حد في ظهرك، فقال: يا نبي الله إذا رأى أحدنا على امرأته رجلا ينطلق يلتمس البينة؟ فجعل النبي صلى الله عليه وسلم يكرر ذلك، فقال هلال: والذي بعثك بالحق نبيا إني لصادق ولينزلن الله ما يبرئ ظهري من الحد، فنزلت الآيات"[389].

ثم أضاف البخاري أن الله عز وجل أنزل على نبيه صلى الله عليه وسلم آيات اللعان، فانصرف النبي صلى الله عليه وسلم فأرسل إليها، فجاء هلال فشهد والنبي صلى الله عليه وسلم يقول: إن الله يعلم أن أحدكما كاذب فهل منكما تائب؟، ثم قامت فشهدت، فلما كانت عند الخامسة وقفوها وقالوا: إنها الموجبة، قال إبن عباس: فتلكأت ونكصت حتى ظننا أنها ترجع، ثم قالت: لا أفضح قومي سائر اليوم ، فمضت فقال النبي صلى الله عليه وسلم: أبصروها، فإن جاءت به أكحل العينين سابغ الأليتين خدلج الساقين فهو لشريك بن سحماء، فجاءت به كذلك، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: لولا ما مضى من كتاب الله لكان لي ولها شأن"[390].

والحكمة من مشروعية اللعان هو إيجاد سبيل للضيق والحرج الذي يشق على كثير من الناس في هذا الأمر، إذ أن الزوج الذي رأى زوجته تزني ولم يكن له بينة لا محالة سيصاب بالألم الشديد، فإذا نطق بذلك خاف على نفسه من عقوبة القذف لأنه ليس معه بينة، وإن سكت ألم به من الضيق ما لا يطاق، فكان اللعن هو الوسيلة المشروعة لرفع ذلك الحرج عنه[391].

ج-أركان وشروط اللعان:

1-أما أركانه، فقال الحنفية بركن واحد وهو اللفظ المتمثل في الشهادات المؤكدات باليمين واللعن من كلا الزوجين.

---

[388]-سورة النور، الآيات من 06 إلى 09.

[389]-صحيح البخاري، المرجع السابق، ح. ر.2671، كتاب الشهادات، ص.652.

[390]-صحيح البخاري، المرجع نفسه، ح. ر.4747، كتاب التفسير، ص.1186.

[391]-أبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير، المرجع السابق، ج03، ص2015.

وأما جمهور الفقهاء فقال بأنه أربعة أركان هي الملاعن، الملاعنة، سببه ولفظه[392].

2-وأما شروطه: فيشترط لصحة اللعان شروط عشرة هي:[393]

-استكمال لفظات اللعان الخمسة فإن نقص منها لفظة واحدة لم يصح.

-إتيان كل واحد من الزوجين باللعان بعد إلقائه عليه.

-إن قدم لفظ اللعنة على شيء من الألفاظ الأربعة أو قدمت المرأة لعانها على لعان الرجل لم يعتد به.

-قذف الرجل زوجته بالزنا أو نفي الولد.

-نفي الزوجة للقذف ولا يمكن للزوج من الإتيان بالبينة.

-إشارة كل واحد منهما إلى الآخر إن كان حاضرا أو بالتسمية أو نسبته إليه.

-أن يكون بمحضر الإمام أو نائبه.

-أن يؤتى بصورته المذكورة في الآيتين فإن تم إبدال لفظ لم يصح.

-أن يكون بين زوجين[394].

- أن تطالب به الزوجة، فإن لم تفعل فلا لعان لأن ذلك حق لها[395].

د-الآثار المترتبة على اللعان: إذا تم اللعان أمام القاضي وتوفرت جميع شروطه ترتبت الآثار التالية:

-سقوط حد القذف على الزوج الملاعن أما إذا لم يلاعن وجب عليه حد القذف.

-التفريق بين الزوجين لأن النبي صلى الله عليه وسلم فرق بين هلال وامرأته بعد تمام اللعان.

-التحريم المؤبد بين الزوجين وهو رأي أغلب الفقهاء.

-إنتفاء الولد عن الزوج فلا ينسب إليه وإنما ينسب لأمه.

---

[392]-وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي...، المرجع السابق، ج07، ص.572.

[393]-عبد العزيز بن عبد الله الخضيري، أحكام اللعان في ضوء القرآن، مجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة واللغة العربية وآدابها، 1428هـ، ع43، ج19،ص.142-145.

[394]-يرى الحنفية بوجوب كون النكاح صحيحا لا فاسدا وذلك خلافا لبقية الأئمة الذين أجازوا اللعان في النكاح الفاسد، كما اشترط المالكية الإسلام في الزوج دون الزوجة وذلك خلافا للشافعية والحنابلة الذين قالوا بأن اللعان يصح من كل زوج يصح طلاقه؛ وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ج07، ص562-563؛ بن طاهر الحبيب، المرجع السابق،ج04، ص149.

[395]-لموفق الدين بن قدامة المقدسي، المرجع السابق، ج11، ص138.

-لا يجوز رميها ولا رمي ولدها ومن فعل ذلك حد[396].

-لا تجب للملاعنة على الملاعن نفقة ولا سكن.

-سقوط حد الزنا على الملاعنة ولو جاءت على صفة من رميت به.

-لا يسقط صداقها بعد الدخول فلا يرجع به عليها، فإن كان صادقا استحل من فرجها عوض الصداق وإن كان كاذبا فأولى وأحرى[397].

وإذا كان اللعان وسيلة ثابتة بنصوص شرعية فما مدى مشروعية استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب؟، ذلك ما سبينه في البند الموالي.

ثانيا:مشروعية استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب:

لقد وجد بشأن حكم استخدام البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب قولين هما:

القول الأول: ذهب الفقهاء المعاصرون إلى القول بجواز إثبات النسب بالبصمة الوراثية قياسا على مذهب الفقهاء القائلين بجواز الإستعانة بالقيافة عند النزاع في النسب أو عند تعارض أو تساوي الأدلة[398].

ودليلهم ما أخرجه البخاري ومسلم ،عن أم سلمة قالت:" جاءت أم سليم إلى رسول الله صلى الله عليه و سلم فقالت: يا رسول الله إن الله لا يستحيي من الحق فهل على المرأة من غسل إذا احتلمت؟ قال النبي صلى الله عليه وسلم: إذا رأت الماء فغطت أم سلمة-تعني وجهها- وقالت: يا رسول الله: وتحتلم المرأة؟ قال: نعم، تربت يمينك[399]، فبم يشبهها ولدها"[400].

ويؤخذ من هذا الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم قد أخبر أن الشبه مناطه المني والشبه مناط شرعي لثبوت النسب، إذ أن الجنين يخلق من ماء الرجل وماء المرأة خلافا لمن يزعم أنه يخلق من ماء الرجل فقط[401].

---

[396]- عبد العزيز بن عبد الله الخضيري، المرجع السابق، ص.148.

[397]-عبد العزيز بن عبد الله الخضيري، المرجع نفسه، ص.149.

[398]-حسنى محمود عبد الدايم عبد الصمد، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات-دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ط02،دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011، ص.718.

[399]-و في رواية مسلم" تربت يداك"، صحيح مسلم، المرجع السابق، ح. ر؛313،كتاب الحيض، ص.153.

[400]-صحيح البخاري، المرجع السابق، ح.ر.130،كتاب العلم، ص.45.

[401]-ابن القيم الجوزية، تحفة المودود...، المرجع السابق، ص.191.

وقول الله عز وجل « سَنُرِيهِمْ ءَايَـٰتِنَا فِى ٱلْـَٔافَاقِ وَفِىٓ أَنفُسِهِمْ حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ لَهُمْ أَنَّهُ ٱلْحَقُّ ۗ أَوَلَمْ يَكْفِ بِرَبِّكَ أَنَّهُۥ عَلَىٰ كُلِّ شَىْءٍ شَهِيدٌ »[402]، وقوله تعالى أيضا« وَفِىٓ أَنفُسِكُمْ ۚ أَفَلَا تُبْصِرُونَ »[403].

ولهذا يمكن القول بأن البصمة الوراثية تدخل في حكم المنصوص على طلبها[404].

يمكن إثبات النسب بالبصمة الوراثية قياسا على القيافة، التي تعتمد على الصفات المتشابهة بين الآباء والأبناء وهو قياس جلي أو قياس أولي، إذ الحكم فيه يكون للفرع (البصمة الوراثية) أولى من الأصل (القيافة) ذلك أن القيافة ترتكز بالأساس على الشبه الظاهر في الأعضاء، كالأرجل، ويغلب عليها الظن. غير أن البصمة الوراثية ترتكز كلية على بنية الخلية الجسمية، وهذا ما يجعل نتائجها قطعية[405].

هناك حالات تكون البصمة الوراثية هي الحل في تحديد الأنساب، خصوصا عند وقوع كوارث طبيعية، وبذلك تهدف إلى المحافظة على الأنساب وهذا من الكليات التي أوجب الشرع الحفاظ عليها وهو يعد واجبا وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب.

وما هو معلوم أن الوسيلة إذا أفضت إلى مقصد مشروع عدت مشروعة، لذلك تكون البصمة الوراثية مشروعة وفق مبدأ إعطاء الوسيلة حكم ما تفضي إليه، لأنها تهدف إلى تحقيق مصالح العباد والملائمة لمقاصد الشرع[406].

كما استدل أصحاب هذا الرأي بدليل عقلي مفاده أن أصول الشرع وقواعده تقضي اعتبار الشبه في إلحاق النسب، والشرع يبتغي اتصال النسب وعدم انقطاعه، فلهذا اكتفى في ثبوته بأدنى الأسباب من شهادة المرأة الواحدة وظاهر الفراش، فلا يستبعد أن يكون الشبه الذي تقوم عليه البصمة الوراثية الخالي من سبب مقاوم له كافيا في ثبوته[407].

---

[402]-سورة فصلت، الآية 53.

[403]-سورة الذاريات، الآية 21.

[404]-سعد الدين مسعد هلالي، المرجع السابق، ص.110.

[405]- حسنى محمود عبد الدايم عبد الصمد، المرجع السابق، ص.720-721.

[406]- الصالح بوغرارة ، المرجع السابق، ص.353.

[407]-حسنى محمود عبد الدايم عبد الصمد، المرجع نفسه ، ص.723-724.

القول الثاني: ذهب بعض العلماء المعاصرين و وزارة الأوقاف الكويتية، إلى أنه لا يجوز إثبات النسب بالبصمة الوراثية، بناء على ما ذهب إليه فقهاء الحنفية والهادوية من الزيدية من أنه لا يجوز إثبات النسب بالقيافة، لأنه يشملها حكم الكهانة في الذم والحرمة، أو أن الشبه لا يثبت به. والشارع حصر دليل النسب في الفراش، وهدف القيافة إثبات المخلوقية من الماء لا إثبات الفراش، فلا يمكن اعتبارها حجة في إثبات النسب[408].

ودليلهم في ذلك قول الله عز وجل « ٱلَّذِى خَلَقَكَ فَسَوَّىٰكَ فَعَدَلَكَ ۝ فِىٓ أَىِّ صُورَةٍ مَّا شَآءَ رَكَّبَكَ »[409] ، ووجه الإستدلال أن الله عز وجل خلق الإنسان على الصورة التي يريدها لا على أساس قاعدة الشبه بين الولد وأصله ولو كان الأمر كذلك لكان الناس كلهم على صورة أبيه آدم عليه السلام[410].

كما استدلوا كذلك بالحديث الذي رواه البخاري عن أبي هريرة رضي الله عنه، أن أعرابيا أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال : يا رسول الله إن امرأتي ولدت غلاما أسود وإني أنكرته، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم: هل لك من إبل؟، قال: نعم، قال: ما ألوانها؟ قال: حمر، قال: فهل فيها من ورق؟ قال: نعم، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: فأنى هو؟ قال: لعله يا رسول الله يكون نزعة عرق له، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : وهذا لعله يكون نزعة عرقٌ له"[411].

ووجه الدلالة هو النبي صلى الله عليه وسلم، قد ألغى الشبه الذي تعتمد عليه البصمة الوراثية في إلحاق النسب، ولو كان الشبه مثبتا للنسب لما أثبته هنا مع انتفائه[412].

الإعتماد على القيافة يقوم على الشبه وهو أمر مدرك بالحس، فهذا حصل بالمشاهدة فلا حاجة للقائف وإن لم يحصل بذلك لم يقبل إثبات النسب بها وهذا ينطبق على البصمة الوراثية.

---

[408]-حسنى محمود عبد الدايم عبد الصمد، المرجع السابق، ص. 724.

[409]-سورة الإنفطار، الآيتان 07-08.

[410]-حسنى محمود عبد الدايم عبد الصمد، المرجع نفسه ، ص. 725.

[411]-صحيح مسلم، المرجع السابق، ج02، حديث رقم 1500، كتاب اللعان، ص.700.

[412]-حسنى محمود عبد الدايم عبد الصمد، المرجع نفسه، ص. 725.

كذلك ما لا يلزم فيه الإشتراك كرؤية الهلال ومعرفة كبر الحيوان وصغره وهذا مما يختص به أهل المعرفة فيقبل فيه قول القائف واحدا أو أكثر، والبصمة الوراثية تعد من قبيل هذا النوع الأخير، فلا يدرك ماهيتها إلا الأطباء البيولوجيين، ولو أثر الشبه الذي تقوم عليه القيافة(البصمة الوراثية) في نتاج الآدمي لأثر أيضا في إنتاج الحيوان والأمر ليس كذلك[413].

وبين هذا وذاك يمكن القول أن أدلة الرأي الأول هي الأكثر منطقية وتماشيا مع التقدم العلمي والبيولوجي على وجه الخصوص وهذا في مقابل ضعف أدلة الرأي الثاني، ذلك أن المقصود بالشبه ليس ذلك الذي يقع من بين الأجانب الذين لا تجمعهم صلة قرابة والذي قد لا يوجد بين الأقارب وإنما المقصود به هو الشبه القائم على القواعد النتروجينية والأحماض النووية التي يحملها الطفل من أبويه مناصفة عند الإخصاب، وأن احتمال تطابقهما من شخصين مختلفين لمن الأمر النادر، وأن الأحكام الشرعية تبنى على الغالب لا على القليل النادر[414].

ولقد توصلت الندوة الفقهية بالمنظمة الإسلامية للعوم الطبية في دورتها الحادية عشر المنعقدة بالكويت إلى القول أن البصمة الوراثية من الناحية العلمية وسيلة لا تكاد تخطأ في التحقق من الوالدية البيولوجية والتحقق من الشخصية ولاسيما في مجال الطب الشرعي وهي ترقى إلى مستوى القرائن القطعية التي يؤخذ بها جمهور الفقهاء في غير قضايا الحدود[415].

كما أقر المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي في دورته السادسة عشر ما ذهبت إليه المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية حيث توصلت اللجنة المنبثقة عنه إلى أن نتائج البصمة الوراثية تكاد تكون قطعية، ففي إثبات نسبة الأولاد إلى الوالدين أو نفيهم تصل نتائجها إلى 99.9999%[416].

---

[413]-حسنى محمود عبد الدايم عبد الصمد، المرجع السابق، ص. 729-730.

[414]-نزار كريمة، أبعاد ومخاطر مشكل الإثبات في مجال الزواج، أطروحة دكتورا هـ في القانون الخاص، جامعة سدي بلعباس ،كلية الحقوق، 2009-2010، ص.389.

[415]-إنعقدت في الفترة ما بين 23 إلى 25 جمادى الثانية 1419هـ الموافق 13 إلى 1998/10/15، تحت عنوان الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني، رؤية إسلامية وكذلك بالتعاون مع المنظمة الإسلامية للتربية والعلوم والثقافة " الإيسسكو" ومجمع الفقه الإسلامي بجدة ومنظمة الصحة العالمية.

[416]-حسنى محمود عبد الدايم عبد الصمد، المرجع نفسه ، هامش 1886، ص. 733.

كانت تلك هي آراء الفقهاء حول استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب ضمن هذا البند، فهل يجوز اللجوء إلى تقنية تحليل الدم والبصمة الوراثية للتأكد من صحة النسب الثابت، ذلك ما سنعالجه في البند الثالث.

ثالثا: البصمة الوراثية وتحليل الدم للتأكد من صحة النسب الثابت.

إن النسب المستقر هو ما ثبت بأحد الأدلة الشرعية وإذا استقر النسب التحق الولد بمن نسب إليه وتعلقت به الأحكام الشرعية المرتبطة به. والإسلام قد أحاط النسب الثابت بجملة من الأحكام ومنع العبث به، كما لم يجز للوالدين إبطال نسب ولدهما للحديث الذي أوردناه، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال:" أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء ولم يدخلها الله جنته،و أيما رجل جحد ولده –وهو ينظر إليه– احتجب الله عنه وفضحه على رؤوس الأولين والآخرين".

وكما لا يحل للوالدين أن ينفيا ولدهما إلا بالطريق الشرعي، فكذلك لا يجوز للولد أن ينفي نسبه عن أبيه للحديث الذي رواه أبو عثمان النهدي، قال: سمعت ابن مالك يقول: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم" من ادعى إلى غير أبيه وهو يعلم فالجنة عليه حرام"[417].

ويرى الجمهور من المالكية والشافعية في الأصح والحنابلة أنه لا يجوز الرجوع بالإقرار بالنسب، لأنه ثبت بحجة شرعية فلا يزول وفي وجه للشافعية يجوز الرجوع عن الإقرار بالبينة إذا وافقه المقر.

هذا وإن كان الإسلام قد أوجب تلك الحصانة المتينة خوفا من زعزعة الإستقرار في المعاملات بين الناس ولحرصه في إثبات النسب، فإنه من جهة أخرى يتعارض مع حقيقة دينية أخرى تكمن في التشوف في إثبات الحقيقة ووضع الحقائق مكانها ودليل ذلك قوله تعالى « يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا ضَرَبۡتُمۡ فِي سَبِيلِ ٱللَّهِ فَتَبَيَّنُواْ وَلَا تَقُولُواْ لِمَنۡ أَلۡقَىٰٓ إِلَيۡكُمُ ٱلسَّلَٰمَ لَسۡتَ مُؤۡمِنٗا تَبۡتَغُونَ عَرَضَ ٱلۡحَيَوٰةِ ٱلدُّنۡيَا فَعِندَ ٱللَّهِ مَغَانِمُ كَثِيرَةٞۚ كَذَٰلِكَ كُنتُم مِّن قَبۡلُ فَمَنَّ ٱللَّهُ عَلَيۡكُمۡ فَتَبَيَّنُوٓاْۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِمَا تَعۡمَلُونَ خَبِيرٗا ».[418] وقوله تعالى« أَفَمَن كَانَ عَلَىٰ بَيِّنَةٖ مِّن رَّبِّهِۦ وَيَتۡلُوهُ شَاهِدٞ مِّنۡهُ .... »[419].

---

[417]–أحمد بن حنبل، المرجع السابق، ج01، ح.ر1516، ص.478-79.

[418]–سورة النساء، الآية 94.

[419]–سورة هود، جزء من الآية 17.

إذا كانت هذه الآيات وأمثالها تأمر بالتبين والتبصر والتحقق، فهل معنى ذلك أنه من الجائز شرعا الإعتماد على البصمة الوراثية والعلوم الدموية للتحري حول النسب بعد ثبوته شرعا؟

للإحاطة بهذا التساؤل والرد عليه، يتحتم علينا الأمر التفريق بين حالتين هما حالة التحقق الفردي للنسب وحالة التحقق الجماعي للنسب عن طريق المسح الشامل.

-حالة التحقق الفردي للنسب:

تناول الفقهاء هذه المسألة بصفة عرضية في بابين من أبواب الفقه الإسلامي هما دعوى النسب عند الحنفية [420] والقيافة كطريق لإثبات النسب[421]، وتبسيط ذلك أن دعوى النسب لا ترفع إلا عند التنازع، كذلك بشرط عند من يقول بمشروعية القيافة و وجوب العمل بها قيام تنازع في الولد نفيا وإثباتا مع عدم وجود دليل يقطع ذلك التنازع. كما لو ادعى رجلان أو امرأتان أو إذا وطء رجلان امرأة شبهة وأمكن أن يكون الولد لأحدهما ولكن كلاهما ينفيه عن نفسه أو يثبته لنفسه فالترجيح يكون للقيافة[422].

إن الفضول الزائد أو الشك الغالب على نفسية البعض من الناس والذي قد يدفعهم إلى التحقق من صحة نسبهم عن طريق البصمة الوراثية وهو أمر غير جائز شرعا لما يترتب عليه من قطيعة صلة الرحم وعقوق الوالدين وسوء العشرة الزوجية وتفكك العلاقات الأسرية [423]، خاصة إذا فندت نتائج البصمة الوراثية النسب القائم، والأكثر من ذلك سيصبح الشخص مجهول النسب بعدما كان نسبه ثابتا.

« 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 شرعا من ثبوت النسب، فإنه لا يجوز الإلتفات إلى تلك النتائج، ولا بناء أي حكم شرعي عليها، لأن النسب إذا ثبت ثبوتا شرعيا لا يجوز إلغاءه وإبطاله إلا عن طريق واحد وهو اللعان » [424].

---

[420]-علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ج08، ص.492.

[421]-زيدان عبد الكريم، المرجع السابق، ج09، ص.410.

[422]-سعد الدين مسعد هلالي، المرجع السابق،ص.189.

[423]-بن صغير مراد، حجية البصمة الوراثية ودورها في إثبات النسب، دفاتر السياسة والقانون، جامعة ورقلة، 2013، ع09، ص.267.

[424]-عمر بن محمد السبيل، المرجع السابق، ص.64.

-حالة التحقق الجماعي للنسب:

وسواء كان التحقق من النسب بصفة فردية أو بصفة جماعية، فإنه يسري عليه حكم التحريم، لما في ذلك من الفتن والتشكيك في أعراض الناس ونقض ما أبرمه الإسلام من استقرار.

لقد منع ذلك المجمع الفقهي الإسلامي في دورته السادسة عشر المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة ما بين 21و1422/10/26هـ الموافق 05و2002/01/10م بقوله: « لا يجوز استخدام البصمة الوراثية بقصد التأكد من صحة الأنساب الثابتة شرعا ويجب على الجهات المختصة منعه وفرض العقوبات الزاجرة، لأن في ذلك المنع حماية لأعراض الناس وصونا لنسابهم » .

كما وافق مجموعة من الفقهاء رأي المجمع الفقهي بالقول بأن التأكد من صحة النسب الثابت بأية وسيلة هو أمر غير مقبول شرعا، لما ينجم عنه من مفاسد عظمى أمام ضعف النفوس البشرية أو من هؤلاء الذين يريدون أن تشيع البلوى في أوساط المجتمعات[425].

وختاما فإنه لا يصح الإستناد إلى قاعدة التثبيت والتبين، لأن محل هذه القاعدة عند مظنة عدمها وهي حال الفسق[426]، لقوله الله تعالى« يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِن جَآءَكُمۡ فَاسِقُۢ بِنَبَإٖ فَتَبَيَّنُوٓاْ أَن تُصِيبُواْ قَوۡمَۢا بِجَهَـٰلَةٖ فَتُصۡبِحُواْ عَلَىٰ مَا فَعَلۡتُمۡ نَـٰدِمِينَ »[427].

بالفراغ من إيضاح رأي الفقه الإسلامي من اللجوء إلى البصمة الوراثية والعلوم الدموية في مجال إثبات النسب ونفيه، نتوجه إلى إبراز موقف القانون الجزائري من استخدام تلك التقنيات الحديثة وذلك بذكر موقف التشريع ثم القضاء وهذا كله في الفرع الموالي.

---

[425]-من هؤلاء العلماء عبد الرحمن بن عبد الله المخضوب وسعد بن ناصر الشتري وسعد الدين مسعد هلالي وصالح الفوزان وصالح الزهراني،وسعد الحميد؛ محمد فنخور العبدلي، الحمض النووي أو البصمة الوراثية DNA هل يثبت به نسب ، موقع الإنترنت:www.alkutubcafe.com/book، ص.15-17، تاريخ الإطلاع 2015/05/07.

[426]- حسنى محمود عبد الدايم عبد الصمد، المرجع السابق، ص. 774.

[427]-سورة الحجرات، الآية 06.

الفرع الثاني

موقف القانون الجزائري من البصمة الوراثية والعلوم الدموية

يمكن لنا معرفة موقف القانون الجزائري من وسيلة البصمة الوراثية والعلوم الدموية في مجال النسب من خلال النصوص التشريعية التي أقرها المشرع في هذا الجانب(أولا)، وكذا نظرة القضاء لتلك الوسائل (ثانيا).

أولا: البصمة الوراثية والعلوم الدموية في ظل التشريع الجزائري.

بالتأمل في التشريع الجزائري نجد أن المشرع قد اعتنى بمقصد حفظ النسب من خلال نص المادة 40 من قانون الأسرة رقم 84-11 التي تنص على أنه:" يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33و 34 من هذا القانون".

وأكد ذلك بنص المادة 41 من نفس القانون التي نصت على أنه:" ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الإتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة". هذا وإن كان المشرع لم يصرح على جواز استعمال البصمة الوراثية والعلوم الدموية لنفي النسب. غير أنه يمكن أن يفهم من عموم عبارة " بالطرق المشروعية" الواردة في المادة 41 ق.أ.ج أن المشرع لم يعترض على تلك الوسائل الحديثة لنفي النسب، أي عدم اقتصاره على وسيلة اللعان فقط، بل أخذ بكل الوسائل الأخرى التي يراها القاضي أنها بالإمكان إبراز الحقيقة[428].

ولكن بمراجعة قانون الأسرة سنة 2005 بالأمر رقم 05-02 فقد تجلى بوضوح حول إمكانية اللجوء إلى الطرق العلمية في مجال إثبات النسب، من خلال الفقرة الثانية لنص المادة 40 ق.ا.ج على أنه:" يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب"، وهذا مسايرة للتطورات الطبية الحديثة، وإن كان المشرع لم يجعل لتلك الطرق العلمية تنظيما خاصا [429]، فما يعاب على هذه الفقرة أنها جاءت عامة، حيث لم تحدد الطرق العلمية هل هي التحاليل الدموية أم البصمة الوراثية؟ أم أنه ترك المجال مفتوحا لإمكانية الإستعانة بجميع الطرق العلمية التي لم تكتشف بعد؟

[428]-تشوار جيلالي، الزواج والطلاق ...، المرجع السابق، ص.167.

[429]-يوسفات علي هاشم، أثر تحاليل الدم في ضبط النسب، دفاتر السياسة والقانون، جامعة ورقلة، 2012، ع06، ص.283.

وقد قال بعض الفقه الجزائري بأن المشرع أجاز اللجوء إلى الوسائل العلمية في مجال إثبات النسب فقط، وكان أجدرا منه تطبيقها في كلتا الحالتين، سواء تعلق الأمر بإثبات النسب أو نفيه، ضمانا لتحقيق العدالة في نطاق واسع لكون أن نتائجها قطعية يقينية، إذ أنها لا تكاد تخطئ في التحقق من الوالدية البيولوجية[430].

ما يلاحظ أيضا على هذا النص استعمال المشرع لعبارة " يجوز للقاضي" ، مما يعني معه فتح المجال لسلطة القاضي في العمل بالدليل العلمي من تركه، خصوصا إذا كان ذلك في مواجهة الأدلة الشرعية التي أقرتها المادة 40 في فقرتها الأولى.

يبدوا أن المشرع بعدم إقدامه على شرح مؤدى نصه في اللجوء إلى الخبرة العلمية عند إثبات النسب، قد ترك المجال لرجال القانون لإيضاح التناقض الحاصل بين تطبيق نص المادة 40ق.أ.ج في فقرتها الأخيرة ومبادئ قانونية دستورية وغير دستورية[431].

لعل أهم تلك العراقيل التي قد تطرح نفسها حول تطبيق الطرق العلمية في إثبات النسب، هي أن هذه الوسائل تتطلب الحصول على معطيات جسدية، مما يجعلها تتعارض مع مبدأ عدم المساس بالسلامة الجسدية للشخص أو الحق في الكرامة الإنسانية [432]وهي سلامة مكفولة دستوريا، إذ نصت المادة 40 من دستور سنة 2016[433] على أنه:" تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان ويحظر أي عنف بدني أو معنوي أو أي مساس بالكرامة".

[430]-بلحاج العربي، الجوانب القانونية لإثبات النسب بالبصمة الوراثية في ضوء قانون الأسرة الجزائري الجديد، م.ع.ق.إ.س، جامعة تلمسان-كلية الحقوق، 2012، ع13، ص.18.

[431]-ذيابي باديس، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري-إقرار، بينة، تلقيح إصطناعي، البصمة الوراثية، نظام تحليل الدم- دراسة مقارنة مدعمة بالإجتهاد القضائي، دار الهدى، الجزائر، 2010، ص.110.

[432]-طباش عز الدين، الحماية الجزائية للحق في الكرامة الإنسانية لمرحلة ما قبل الميلاد في ظل تطور العلوم الطبية، ملتقى وطني حول تأثير التطور العلمي والتقني على حقوق الإنسان، يومي 28-29 أفريل 2013، جامعة بجاية، كلية الحقوق، ص.71.

[433]-القانون رقم 16-01 المؤرخ في 26 جمادى الأولى 1437هـ الموافق 06 مارس 2016 المعدل للمرسوم الرئاسي، رقم 96-438 المؤرخ في 26 رجب 1417 المتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 1996/11/28،ج.ر، ع14، المؤرخة في 2016/03/07.

وتعد حرمة الحياة الخاصة حقا يمكن أن يتأثر بإجراء فحص الحمض النووي، ذلك أنه يبحث عن الخصائص الوراثية وإذا تم التعرف عليها أمكن الكشف عن الإستعداد الوراثي له، مما يمد للغير معلومات خاصة بالزوجين تتسم بالطابع الخاص الشخصي وأن هذه الأفعال تمس بالحريات والحقوق المخالفة لنص المادة 35 من الدستور التي تنص على أنه:" يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات وعلى كل ما يمس سلامة الإنسان البدنية والمعنوية"[434].

إلى جانب المبدأ الذي ذكرناه هناك مبدأ عام آخر أقرته مختلف القوانين مفاده" أنه لا يجوز إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه"، بحيث أن أخذ عينات للحمض النووي ينطوي على إجبار الشخص للإشهاد على نفسه وفي ذلك خرق للمبدأ القانوني الراسخ[435].

إذا كان ذلك هو موقف المشرع من البصمة الوراثية وتحاليل الدم فما هي نظرة القضاء لتلك الوسائل، ذلك ما سنوضحه في البند الثاني.

ثانيا: البصمة الوراثية وتحاليل الدم في ظل القضاء الجزائري.

تعد تقنية البصمة الوراثية ADN وسيلة حديثة الإستعمال في القضاء الجزائري، لاسيما مع الغياب التام للنصوص القانونية التي تنظم مسألة إثبات النسب بالدليل العلمي، وللإيضاح أكثر فإننا سنبين موقف القضاء من ذلك على مرحلتين.

[434]-يوسفات علي هاشم، أحكام النسب...، المرجع السابق، ص. 297-298؛ أنظر في هذا المعنى، أحمد حسام طه أحمد، الحماية الجنائية لاستخدام الجينات الوراثية في الجنس البشري -دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، 2005، ص. 320؛ ذيابي باديس، المرجع نفسه، ص.111.

[435]-وفي المعنى نفسه، يقصد بمبدأ عدم جواز إلزام الشخص تقديم دليل ضد نفسه أنه لا يجوز لخصم أن يلزم خصمه بتقديم سند يملكه، لأن كل خصم له الحق في الإحتفاظ بأوراقه الشخصية؛ زروق يوسف، حجية وسائل الإثبات الحديثة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة تلمسان، كلية الحقوق،2012-2013،ص.27.

أ-المرحلة الأولى: قبل تعديل قانون الأسرة سنة 2005.

في ظل هذه المرحلة يمكن القول أنه مع عدم وجود نصوص قانونية صريحة لإعمال تحليل الدم والبصمة الوراثية كدليل لإثبات النسب، فقد تحتم على القضاء أن يتحمل العبء الأكبر في تبيان ما يجب الأخذ به وما لا يجب العمل به من خلال المبادئ القضائية الجديدة التي كان يرسيها[436].

وفي هذا الجانب تمكنا من الوقوف على قرار واحد صادر عن غرفة الأحوال الشخصية للمحكمة العليا والمتعلق بتعيين خبير من أجل تحليل دم التوأمين والأطراف المتنازعة لتحديد نسبها للطفلين، إذ جاء في القرار " حيث أن إثبات النسب قد حددته المادة 40 وما بعدها من قانون الأسرة الذي جعل له قواعد إثبات مسطرة وضوابط محددة تعنى بكل الحالات التي يمكن أن تحدث، ولم يكن من بين هذه القواعد تحليل الدم الذي ذهب إليه قضاة الموضوع، فدل ذلك على أنهم قد تجاوزا سلطتهم الحاكمية إلى التشريعية، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه وإحالته إلى نفس المجلس"[437].

وأضاف قضاة المحكمة كذلك" من المقرر قانونا أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار والبينة وبنكاح الشبهة وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 33،32و34 من قانون الأسرة".

41 فبعض الفقه قد ارتأى أن المسألة تتعلق بنفي النسب وكان من الأجدر العمل بأحكام المادة ق.ا.ج، التي تنص على إمكانية نفي النسب بالطرق المشروعة وبهذا فهو يوسع من مجال إعمال تلك الطرق[438].

إن المحكمة العليا بقرارها هذا لم تأخذ في الحسبان التطورات الحديثة في مجال علوم الطب والبيولوجيا، مع مراعاة الظروف الإجتماعية التي أضحت تحيط بالمجتمع المعاصر، كانخفاض الوازع الديني وانهيار القيم الأخلاقية والروحية في نفوس الأفراد إلى جانب آفات أخرى[439].

---

[436]-تشوار جيلالي، القضاء مصدر تفسيري تعسفي للقاعدة المنظمة للنسب، م.ع.ق.إ، ج41، 2003،ع01، ص.13.

[437]-المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 1999/06/15، ملف رقم.222674، م.ق، ع.خ، 2001، ص.88.

[438]-بن شويخ رشيد، الطرق الشرعية والقانونية لثبوت النسب أو نفيه، م.ع.ق.إ، 2005، ع03، ص.43.

[439]-تشوار جيلالي، المرجع نفسه، ص.14.

ب–المرحلة الثانية: ما بعد تعديل قانون الأسرة سنة 2005.

لقد فتح المشرع المجال للقضاة بإمكانية العمل بالدليل العلمي بمقتضى الفقرة الأخيرة من المادة 40ق.أ.ج التي نصت على أنه:" يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب"، واتضح ذلك جليا في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2006/03/05، حيث جاء فيه " المبدأ أنه يمكن طبقا للمادة 40 من قانون الأسرة إثبات النسب عن طريق الخبرة الطبية –الحمض النووي ADN – و لا ينبغي الخلط بين إثبات النسب في الزواج الشرعي–المادة 40 من نفس القانون– وبين إلحاق النسب في حالة العلاقة غير الشرعية"[440].

إذا كان اعتراف القضاء بالدليل العلمي بعد التعديل التشريعي واضحا، فإن ما يهمنا هو كيفية تطبيق هذا النص مع وجود نصوص قانونية أخرى ونخص بالذكر المادة 08 من القانون المدني [441]، التي تخضع الأدلة المعدة مسبقا للإثبات للنصوص المعمول بها وقت إعداد الدليل، بمعنى آخر هل يمكن إعمال المادة 40ق.أ.ج بأثر رجعي؟ أم أن الأمر يقتصر فقط حول اختلاف طبيعة الدليل العلمي تحليل الدم وتقنية الحمض النووي[442]؟

ما هو معلوم أن القاعدة القانونية تسري من تاريخ صدورها وبدون أثر رجعي، ذلك أن الوقائع يحكمها القانون القائم أثناء حدوثها. غير أن المشرع استثنى من تلك القاعدة بعض الأدلة المعدة للإثبات، فأخضعها للنصوص المعمول بها عند تقديم الدليل.

فلو فرضنا أن قضاة المحكمة العليا وضعوا البصمة الوراثية موضع الدليل المعد للإثبات، فيفهم أنهم سايروا التعديل التشريعي، لكن إذا كان لا يمكن اعتبار الطرق العلمية المشار إليها في المادة 40 الفقرة الثانية ق.أ.ج من الأدلة المعدة للإثبات مقدما، فالقول إذا أن المادة 40 قبل تعديلها لا تزال تفرض نفسها على القضاة وإن أصبحت بعد التعديل أكثر وضوحا، بمعنى آخر فالنص القديم بصياغته يكون دائما هو الصالح للتطبيق.

---

[440]–المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 2006/03/05، ملف رقم.355180، م.ق، 2006،ع01، ص.469 وما بعدها.

[441]–تنص المادة 08 ق.م.ج على أنه :" تخضع الأدلة المعدة مقدما للنصوص المعمول بها في الوقت الذي أعد فيه الدليل أو في الوقت الذي كان ينبغي فيه إعداده".

[442]–زيبري بن قويدر، القضاء بين التطور العلمي والتشريعي في مسألة إثبات النسب، م.ع.ق.إ.س،جامعة تلمسان،كلية الحقوق، 2009،ع08، ص.68–69؛ المؤلف نفسه، النسب في ظل التطور العلمي، المرجع السابق، ص.276.

أما إذا فرضنا أن قضاة ذات المحكمة قد تيقن لديهم ضعف الدليل العلمي المتمثل في تحليل الدم في القرار المؤرخ في 1999/06/15 مقارنة مع تقنية البصمة الوراثية وهو ما تم اعتماده في القرار المؤرخ في 2006/03/05، ففي هذا معنى للقول بأن البصمة الوراثية أقرب لليقين مقارنة مع اللعان. غير أن عمومية عبارة " الطرق العلمية لإثبات النسب" تفيد بعدم التمييز بين الدليل العلمي تحليل الدم والبصمة الوراثية[443].

هذا ما ذكرناه في رأي الفقه الإسلامي وموقف القانون الجزائري من البصمة الوراثية والعلوم الدموية، وما بقي لنا إلا التطرق لمدى تأثير الدليل العملي على فك الرابطة الزوجية في المطلب الموالي.

المطلب الثالث

مدى تأثير البصمة الوراثية والعلوم الدموية على فك الرابطة الزوجية

الثابت أن النسب الشرعي يثبت شرعا وقانونا بالفراش القائم في العلاقة الزوجية الشرعية(زواج صحيح أو فاسد) ويثبت بالإقرار والبينة، كما أن نفيه لا يكون إلا بالطرق الشرعية(اللعان)، لكن التساؤل يثور حول مكانة الدليل العلمي من كل ذلك(البصمة الوراثية وتحاليل الدم)؟ وما هي حجيته في مسألة إثبات النسب ونفيه؟ وما هي حدود سلطة القاضي في الأخذ به وترجيحه على الطرق الشرعية؟(الفرع الأول)، والأهم من ذلك ما هو التكييف الفقهي والقانوني لفك الرابطة الزوجية بعد نتائج الدليل العلمي؟(الفرع الثاني).

الفرع الأول

حجية البصمة الوراثية وتحليل الدم في إثبات النسب ونفيه

لمعالجة ذلك لابد من الحديث عن حجية الدليل العلمي في مسألة النسب نفيا وإثباتا(أولا)، ومدى سلطة القاضي في ترجيح الطرق العلمية على الطرق الشرعية(ثانيا).

أولا: مدى حجية الدليل العلمي في مسألة إثبات النسب ونفيه.

مسألة إثبات النسب هي الحالة العكسية لمسألة نفيه ولذلك يتحتم علينا التفصيل تبعا لما يلي:

[443]- زبيري بن قويدر، القضاء بين ...، المرجع السابق، ص.69-70.

أ- حجية الدليل العلمي في مسألة إثبات النسب:

إختلف الفقهاء المعاصرين في تحديد مرتبة الدليل العلمي من بين طرق إثبات النسب الأخرى بين فريق، أحدهما يجعلها في مرتبة بعد الإقرار وثانيهما يعتبرها وسيلة مكملة للطرق المثبتة للنسب.

الفريق الأول[444]: يرى أنصاره بأنه لا يمكن للدليل العلمي أن يقدم على الأدلة الشرعية وأن مرتبته تصل إلى درجة القيافة، فالإستعانة بالدليل العلمي لا تكون إلا إذا انعدمت الأدلة الشرعية(الزوجية والبينة والإقرار) أو انعدم العمل بها لكون تلك الطرق هي الأقوى في نظر الشرع وعامل الوراثة ليس من الأصول القاطعة التي تثبت البنوة والأبوة والأمومة، بل تبقى مجرد قرينة للإستئناس، إذ يقول الرسول صلى الله عليه وسلم " الولد للفراش وللعاهر الحجر"[445].

وما أجمع عليه الفقهاء أن الفراش هو أقوى الأدلة أثناء قيام العلاقة الزوجية وفي الحد الأدنى للحمل مع إمكانية الإتصال بين الزوجين،يقول محي الدين القرداغي حول مكانة البصمة الوراثية والفراش « فالقاعدة هي أن لا يعلو على الفراش شيء من الأدلة سوى اللعان الذي حصر الله فيه جواز نفي النسب الثابت به» [446].

إن البصمة الوراثية أيضا لا يمكن أن تقدم على الشهادة (البينة) بل العكس تقدم الشهادة على البصمة عند التعارض وذلك لثبوت الشهادة بالكتاب والسنة والإجماع، فقوله تعالى «...وَٱسۡتَشۡهِدُواْ شَهِيدَيۡنِ مِن رِّجَالِكُمۡۖ ... »[447] وقوله تعالى «... وَأَقِيمُواْ ٱلشَّهَـٰدَةَ لِلَّهِۚ ...»[448]. كما لا يمكن تعطيل النصوص الشرعية الثابتة بالكتاب والسنة بمجرد دليل علمي، فقد ينطوي على خطأ أو تلاعب بأدنى الأسباب كعطس أو غبار، ويضاف إلى ذلك أن ترك الأدلة الشرعية والأخذ بالأدلة العلمية لهو جحود لشرع الله وسنة رسوله الكريم، وبالتالي سيقودنا ذلك إلى استتباع كل ما استجد من أدلة علمية في ظل التطور الذي يشهده العالم وفتح الأبواب لإحلال مكان الأدلة الشرعية كل ما تهواه النفس البشرية[449].

---

[444]-منهم: محمد سليمان الأشقر، وهبة الزحيلي، ناصر عبد الله الميمان، وكان ذلك نتاج حلقة المناقشة حول مدى حجية إستخدام البصمة الوراثية لإثبات البنوة والمنعقدة بالكويت ما بين 28 إلى 2000/01/29.

[445]-صحيح البخاري، المرجع السابق، ح.ر 2745، كتاب الوصايا، ص.678؛ أحمد بن حنبل، المرجع السابق، ج04، ح.ر 7464،ص.39.

[446]-خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص.217.

[447]-سورة البقرة، جزء من الآية 282.

[448]-سورة الطلاق، جزء من الآية 02.

[449]-خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص.312-313.

وأما الإقرار فقد اتفق أهل العلم على أنه يثبت به النسب كما قال ابن القيم الجوزية [450]، فإذا أقر رجل نسب ولد مجهول النسب مع توفر شروط الإقرار بالنسب فإنه يلتحق به، فلا يجوز عندئذ عرضه على القيافة، لعدم وجود حالة التنازع ويعمل بهذا الحكم في مجال البصمة الوراثية[451].

ويرى محمد سليمان الأشقر أن البصمة الوراثية لا يجوز أن تقدم عند التعارض على الفراش ولا على شهادة التسامح، ولا على الشاهدين ولكن يجب أن تقدم على القيافة، إذ القيافة طريقة بدائية بالنسبة لهذه الطريقة المتقنة التي يكاد يجزم بصدق نتائجها[452].

أما الفريق الثاني: فيرى أنصاره أن الدليل العلمي أولى بالتطبيق من أدلة الإثبات الأخرى، خصوصا إذا تعارضت نتائجها مع فراش الزوجية والشهادة، كون أن البصمة الوراثية تعتبر دليلا علميا حسيا وعلميا وقطعيا في تحديد هوية الشخص، فتدور بين السبب والشرط والمانع، فتعد سببا إذا رتب الشارع الحكم على دليل الحس، كثبوت النسب للمتنازعين في وطء الشبهة، إذ اعتبر الإسلام الشبه والحس السبب في الإلحاق، وتكون شرطا في كل ما وصفه الشارع لقبوله شرط موافقة الحس والعقل، كثبوت النسب بالفراش، وتكون مانعا من قبول كل ما وضع له شرط موافقة الحس في تحديد هوية الشخص عند تعارض البصمة الوراثية معه، وما يمكن قوله في هذا المقام أن البصمة الوراثية هي تفسير للفراش الحقيقي دون ما كشف للعورة أو هتك للعرض[453].

---

[450]–ابن القيم الجوزية، زاد المعاد...، المرجع السابق،ج05، ص.373.

[451]–يرى عمر بن محمد السبيل؛ أن العمل بالبصمة الوراثية في مجال إثبات النسب لا يعني معه بطلان العمل بالقيافة، لأنها طريق شرعي في إثبات النسب عند وقوع التنازع، ثابت بالنص فلا يجوز إلغاؤه وإبطاله، لكن يبقى الطريقان(القيافة والبصمة)، محلا للعمل بهما في مجال إثبات النسب في الأحوال المنصوص عليها، غير أن القيافة فبالنص وأما البصمة فقياسا على القيافة؛ المرجع السابق، ص.57-58.

[452]–سعد الدين مسعد هلالي، المرجع السابق، ص82.

[453]– سعد الدين مسعد هلالي، المرجع نفسه، ص.240.

–يقول عبد العزيز بن باز" إن الأساس في هذا كله مراعاة الشبه الذي يراه المختصون ، فإذا كان ولد تنازع فيه أبوان أو ثلاثة أو أُمَان، أو أكثر فهذا محل البحث...، فيمكن للثقات الذين يعرفون الشبه سواء بالبصمة أو غيرها أن يشهدوا أن هذا ولد فلانة وهذا ولد فلانة عند الإشتباه"، مناقشات جلسة المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي بشأن البصمة الوراثية في دورته الخامسة عشر،ص.13؛ عمر بن محمد السبيل، المرجع نفسه،ص.48.

–يقول ابن القيم الجوزية « أن أصول الشرع وقواعده والقياس الصحيح تقتضي اعتبار الشبه في لحوق النسب، لأن الشارع متشوف إلى اتصال الأنساب، وعدم انقطاعها ولهذا اكتفى في ثبوتها بأدنى الأسباب من شهادة المرأة الواحدة على الولادة والدعوى المجردة مع الإمكان وظاهر الفراش، فلا يستبعد أن يكون الشبه الخالي عن سبب مقاوم له كافيا في ثبوته »؛ الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ، إش.بكر بن عبد الله أبو زيد، دار عالم الفوائد، جدة،د.س.ن، ص.588.

وما يرد على أقوال الفريق الأول أنهم اعتمدوا على الأدلة المبنية على الظن الغالب وهذا ما يجعلها عرضة للخطأ والنسيان والتزوير، أما البصمة الوراثية فتقوم على اليقين إذا احترمت شروط العمل بها وضوابطها لضمان سلامة النتائج خاصة بعد تكرار محاولات الفحص وظهور نفس النتائج.

إن ما نرجحه بين القولين هو ما ذهب إليه المجمع الفقهي الإسلامي المنعقد في دورته السادسة عشر بمكة المكرمة بقوله « أن استعمال البصمة الوراثية في مجال النسب، لابد أن يحاط بمنتهى الحذر والحيطة والسرية ولذلك لا بد أن يتقدم النصوص والقواعد الشرعية على البصمة الوراثية...

يجوز الإعتماد على البصمة الوراثية في مجال النسب في الحالات الآتية:

-حالات التنازع على مجهول النسب بمختلف صور التنازع التي ذكرها الفقهاء، سواء كان التنازع على مجهول النسب بسبب انتفاء الأدلة أو تساويها أم كان بسبب الإشتراك في وطء الشبهة و نحوه.

-حالات الإشتباه في المواليد في المستشفيات ومراكز رعاية الأطفال ونحوها وكذا الإشتباه في أطفال الأنابيب.

-حالات ضياع الأطفال واختلاطهم بسبب الحوادث والكوارث أو الحروب وتعذر معرفة أهلهم أو وجود جثث لم يمكن التعرف على هويتها أو بقصد التحقق في هويات أسرى الحروب والمفقودين » .

ب-حجية الدليل العلمي في نفي النسب:

ورد في هذه المسألة خلاف بين الفقهاء المعاصرين، سنحاول فيما يلي إبراز رأي كل فريق ولو بنوع من الإيجاز.

الرأي الأول: يرى أنصاره أن اللعان هو الطريق الشرعي الوحيد لنفي النسب ولا يجوز تقديم الدليل العلمي عليه، وذلك لأن:

-أن آيات اللعان ذكرت أن الزوج إذا لم يكن له شهداء إلا نفسه فعليه باللعان لتجنب حد القذف وإعمال البصمة الوراثية هنا أمر مردود شرعا.

-أن الرسول صلى الله عليه وسلم أهدر الشبه البين، القائم على الصفات الوراثية وعمل بالحكم الأصلي في حديثه" الولد للفراش وللعاهر الحجر"، فالنسب لا ينفى إلا باللعان.

الرأي الثاني: قالوا بإمكانية الإستغناء عن اللعان والإكتفاء بالبصمة الوراثية، إذا تأكد لدى الزوج أن الحمل لم يكن منه وذهب إلى هذا محمد المختار السلامي مفتي تونس سابقا ويوسف القرضاوي وعبد الله محمد[454].

الرأي الثالث: لا ينفى نسب الطفل باللعان إذا أتت نتائج البصمة الوراثية تثبت صحة نسبه ولو لاعن الزوج، وينتفي نسبه بطريق اللعان وحده إذا جاءت نتائج البصمة الوراثية مؤكدة قول الزوج وتعد في هذا الصدد دليلا تكميليا.

الرأي الرابع: إذا ثبت يقينا بالبصمة الوراثية أن الحمل أو الولد ليس من الزوج فلا وجه لإجراء اللعان، غير أنه يبقى للزوجة الحق في المطالبة به لدفع حد الزنا عن نفسها لإحتمال أن الحمل نتج عن وطء شبهة، فإذا أثبتت البصمة الوراثية أن الولد من الزوج وجب عليه حد القذف، إلا على قول من يرى أن حد القذف حق للمرأة ولها أن تسقطه وهذا قول سعد الدين مسعد هلالي[455] ولجنة الفتوى بوزارة الأوقاف الكويتية[456].

-أدلة القائلين بأن نفي النسب لا يكون إلا باللعان:

طريق اللعان وارد بمقتضى آيات قرآنية صريحة، جاءت لتمكين الزوج الذي رمى زوجته من دفع حد القذف عن نفسه لعدم إتيانه بأربعة شهداء وإعمال البصمة الوراثية في هذا الموضع أمر مردود شرعا.

- أن الرسول صلى الله عليه وسلم أهدر الشبه البين، القائم على الصفات الوراثية وعمل بالحكم الأصلي في حديثه" الولد للفراش وللعاهر الحجر"، لأن النسب لا ينتفي إلا باللعان ولا يمكن إلغاء حكم شرعي على أقوال طبية ظنية[457].

---

[454]-حسنى محمود عبد الدايم عبد الصمد، المرجع السابق، ص. 798.

[455]-سعد الدين مسعد هلالي، المرجع السابق، ص358.

[456]-حسنى محمود عبد الدايم عبد الصمد، المرجع نفسه، ص.799.

[457]-يقول إبن القيم الجوزية" و أما تقديم اللعان على الشبه و إلغاء الشبه مع وجوده فكذلك أيضا هو من تقديم أقوى الدليلين على أضعفهما، وذلك لا يمنع العمل بالشبه مع عدم ما يعارضه، كالبينة تقدم على اليد و البراءة الأصلية و يعمل بهما عند عد تعارضهما"،زاد المعاد...،المرجع السابق،ج05، ص378.

-لا يمكن الإعتماد على البصمة الوراثية فحسب لإقامة حد الزنا على الزوجة، إذ لابد من بينة ومن باب أولى فلا يمكن تقديم الدليل العلمي على اللعان ولا على الحد[458].

-فيما رواه البخاري عن أنس بن مالك قال: إن هلال بن أمية قذف امرأته بشريك بن سحماء، قال: فلاعنها، فقال النبي صلى الله عليه وسلم:"أبصروها فإن جاءت به أبيض سبطا فهو لزوجها ، وإن جاءت به أكحل جعدا فهو للذي رماها به"، فجاءت به على النعت المكروه، فقال صلى اله عليه وسلم" لولا الأيمان لكان لي ولها شأن".

أي أن الزوج إذا لاعن زوجته فلا يلتفت بعدئذ إلى قول القائف أو الدليل العلمي، لأن ذلك يعارض حكما شرعيا مقررا.

-أما أدلة القائلين بأن النسب ينفى بالبصمة الوراثية:

-أن الآيات التي نصت على اللعان إنما أقرته في حالة انعدام الشهادة لدى الزوج، غير أنه إذا كانت معه بينة كالدليل العلمي يشهد لقوله فليس هناك مسوغ للعان لانعدام الشرط في الآية.

-قول الله تعالى« قَالَ هِيَ رَٰوَدَتۡنِي عَن نَّفۡسِيۚ وَشَهِدَ شَاهِدٞ مِّنۡ أَهۡلِهَآ إِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن قُبُلٖ فَصَدَقَتۡ وَهُوَ مِنَ ٱلۡكَٰذِبِينَ ٢٦ وَإِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن دُبُرٖ فَكَذَبَتۡ وَهُوَ مِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ٢٧ فَلَمَّا رَءَا قَمِيصَهُۥ قُدَّ مِن دُبُرٖ قَالَ إِنَّهُۥ مِن كَيۡدِكُنَّۖ إِنَّ كَيۡدَكُنَّ عَظِيمٞ ٢٨ »[459]، فوجه الدلالة هو أن شق القميص من جهة معينة يعتبر شهادة والدليل العلمي يقوم مقام الشهادة أيضا.

-قول الله تعالى « ...ٱدۡعُوهُمۡ لِأٓبَآئِهِمۡ هُوَ أَقۡسَطُ عِندَ ٱللَّهِۚ ...»[460]، ويستدل من هذه الآية أن نسب الطفل لأبيه من مقاصد الشريعة، فإذا أثبت الدليل العلمي نسب الولد وأراد أبوه نفيه لمجرد الشك أو التهرب من النفقة، خاصة مع ضعف الذمم في زماننا هذا، فالعدل يقتضي إلحاق الطفل بأبيه مع عدم تمكين الأب من اللعان تجنبا لضياع الطفل[461].

---

[458]- حسنى محمود عبد الدايم عبد الصمد، المرجع السابق، ص.805.

[459]-سورة يوسف،الآيات 26-27-28.

[460]-سورة الأحزاب، جزء من الآية 05.

[461]-سلطاني توفيق، حجية البصمة الوراثية في الإثبات، مذكرة ماجستير في العلوم القانونية تخصص علوم جنائية، جامعة باتنة، كلية الحقوق، 2010-2011،ص.96

والترجيح هو ما ذهب إليه المجمع الفقهي في دورته السادسة عشر في القول، بأنه لا يجوز شرعا الإعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب ولا يجوز تقديمها على اللعان، ذلك أن الحكم الشرعي لا يجوز إبطاله وترك العمل به إلا بدليل نصي وهو غير ممكن لانقطاع الوحي. غير أنه يمكن الإستعانة بهذه التقنية كقرينة من القرائن التي تعمل على التحقق من صحة دعوى الزوج أو عدمها للحيلولة دون وقوع اللعان، إذ أن الشرع متشوف لاتصال الأنساب وبقاء الحياة الزوجية[462].

ثانيا: سلطة القاضي في ترجيح الطرق العلمية على الطرق الشرعية.

في الساحة القضائية يواجه الدليل العلمي في مجال إثبات النسب عائقا كبيرا، قد أسست عليه الشريعة الإسلامية السمحاء أغلب أحكام النسب ولم تهدر من قيمته إلا بما هو أقوى منه (اللعان)، ذلك العائق هو الفراش، الذي هو ثابت بالكتاب والسنة والإجماع، إذن فالدليل العلمي عند وجود الفراش يكون لا أثر له كما هو حكم الشبه الذي ألغاه الرسول صلى الله عليه وسلم في الحديث الصحيح حين قال:" الولد للفراش وللعاهر الحجر"[463].

وعائق آخر يفرض نفسه حتى على العائق الأول وهو اللعان، الذي جعله الله عز وجل فرجا ومخرجا للزوجين، وإقامته هو من باب إقامة شرع الله لقوله عز وجل « وَأَنِ ٱحۡكُم بَيۡنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ وَلَا تَتَّبِعۡ أَهۡوَآءَهُمۡ ...» [464]، فكذلك لا يمكن للدليل العلمي أن يحل محله عند أغلب القضاة لمنافاته للنص الشرعي.

[462]-ذكر عبد العزيز القاسم وهو أحد القضاة بمحكمة الرياض الكبرى، أن زوجا أراد ملاعنة زوجته إثر ولادة بنت على فراشه، فأحال القاضي الزوجين والبنت إلى الجهة المشرفة على إجراء الفحوصات الوراثية، فجاءت النتائج تؤكد أبوة الزوج للبنت، فعدل هذا الأخير عن اللعان وزال عنه الشك ورفع الحرج عن الزوجة وأهلها جراء سوء الظن، فتحققت مصلحة عظمى نتيجة الفحص الجيني؛ عمر بن محمد السبيل، المرجع السابق،ص.45.

[463] -« le concept de filiation qu'il véhicule repose sur un principe cardinal : walad el frach ,- l'enfant est le fils du lit- ; entendons du lit conjugal ou plutôt marital »,SAADI- R., le nom, le sang ou la filiation exhortée par le sang, revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques N 1 et 2 1991, p.57.

[464]-سورة المائدة، جزء من الآية 49.

إن قيام القاضي بترجيح دليل على آخر، إنما يتوقف على تأثير كل منهما في نفسيته، ذلك أن الدليل العلمي يكون غير مؤثر نهائيا مما يجعله مترددا في الأخذ به كدليل قاطع وهذا بعكس الأدلة الشرعية كالإقرار والشهادة التي هي أدلة يقينية بذاتها [465]، وأنها تحاكي وجدان القاضي أثناء الجلسة، فتبعث في نفسه الطمأنينة وهذا ما يفتقر إليه الدليل العلمي، كون أن إجراءات التحاليل البيولوجية تكون في غياب القاضي على الوجه الدائم، وخارج نطاق المحكمة بخلاف الأدلة الشرعية التي تكون محسوسة ومسموعة لديه، يضاف إلى ذلك عدم وقوف القاضي على نوعية القائمين على إجراء التحاليل [466]، مما يدخل ذلك في نفسيته الشك وعدم الإرتياح، خصوصا إذا علمنا أن نتائج الدليل العلمي لا تأتيه إلا على مجرد ورقة ولقد أطلق عليها البعض باسم" الشاهد الصامت"[467].

وبالعودة إلى نصوص القانون نجد أن المشرع قد نص على مسألة إثبات النسب ونفيه في المادتين 40 و41 ق.أ.ج، مع العلم أنه أجاز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب، وإن كنا نلاحظ أن صياغة نص المادة 40 تظهر تسبيق الأدلة الشرعية على الطرق العلمية [468]، أما بشأن نفي النسب بالطرق العلمية، فإن المشرع قد سكت عن ذلك ونص على أن نفي النسب يكون بالطرق المشروعة وما هو معلوم عند فقهاء الشريعة الإسلامية أن الطريق الشرعي لنفي النسب هو اللعان فقط[469].

ومن أبرز ما شهده القضاء في هذا الصدد قضية الطفلة"صفية" التي كان نسبها يتأرجح في ظل زواج مختلط بين جزائرية افترض حملها مع رجل فرنسي الجنسية، ووقع التنازع حول نسبها بين الزوج الأول الجزائري وعائلته والزوج الفرنسي المسمى"جاك شاربوك".

---

[465]-بدليل أن الرسول صلى الله عليه وسلم أقام بها الحدود كقوله :"والذي نفسي بيده لأقضين بينكما بكتاب الله: الوليدة والغنم ردٌ وعلى ابنك جلد مئة وتغريب عام،أغد يا أُنيسُ إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها، قال:فغدا عليها فاعترفت،فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم فرجمت"؛صحيح البخاري، المرجع السابق،ح. ر.2724-2725، ص.667.

[466]-يوسفات علي هاشم، مدى استخدام ...، المرجع السابق، ص.71.

[467]-خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص.302.303؛ بلحاج العربي أحمد، الجوانب القانونية ...، المرجع السابق، ص14؛

[468]-المادة 40 ق.أ.ج.

[469]-ذيابي باديس، المرجع السابق، ص.124.

والواقع أن لب موضوع القضية دار حول المطالبة بنفي نسب الطفل من أبيها(ج.ش) باللجوء إلى تحليل الحمض النووي. غير أن اجتهاد المحكمة العليا كان صريحا بالنص على أنه لا يمكن إصدار حكم بإلغاء عقد بتراب دولة أجنبية، الأمر الذي يجعل الوجهين المثارين غير وجيهين مما يتعين رفضهما وتبعا لذلك رفض الطعن[470].

ومن زاوية أخرى نجد أن القضاء قد استند إلى الدليل العلمي في مسألة إلغاء النسب بعد نتائج تحليل الحمض النووي في إحدى القضايا المعروضة على مجلس قضاء معسكر، التي تدور وقائعها حول إقدام المدعون فرق (ب) برفع دعوى قضائية أمام محكمة تغنيف لإبطال شهادة ميلاد المدعى عليه(ب– ع)، باعتباره متبنى من طرف (ب–ق) و (و–ق) بتاريخ 2005/03/27 . وبعد رفض الدعوى من طرف المحكمة لعدم التأسيس، استأنف الفريق (ب) أمام مجلس القضاء الذي أرجأ الفصل في الدعوى إلى حين إجراء خبرة فنية للحمض النووي (ب– ع) ومقارنتها مع الحمض النووي لأبناء عمومته، حيث جاءت نتائج الخبرة تؤكد أن (ب– ع) ليس من الأقارب وبالتالي ليس إبنا شرعيا لـ(ب–ق)، فصدر قرار حضوري نهائي يقضي بتصحيح شهادة ميلاد (ب– ع) وأن هذا الأخير هو إبن (ن–م) و(ب–س)، مع أمر ضابط الحالة المدنية لبلدية وادي الأبطال بإجراء التصحيح المقرر[471].

وما نخلص إليه في هذه المسألة أنه لا يحق للمحكمة تأخير إجراء اللعان في التفريق بين الزوجين، ما دام أن الزوج مصر على اتهام زوجته ومستعد للإمتثال للأحكام الشرعية، فذلك يؤدي إلى إحداث بدعة في الدين وتعطيل أحكام الله عز وجل، وأحسن ما فعل المشرع إذ جعل التحليل البيولوجي في المرتبة الأخيرة وأنه يبقى أمر جوازي للقاضي[472].

---

[470]–المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 2007/12/13، ملف رقم.375053،م.ق،ع01، 2007،ص.521.

–هذا وإن كان جانب من الفقه يرى بأنه كان من الأجدر على القضاة التعامل بالمثل مع القضاء الفرنسي الذي أخضع الدبلوماسي الجزائري إلى تحاليل الحمض النووي ADN رغم رفضه ، بينما بقي الفرنسي(ج.ش) متمسكا بموقفه الرافض للخضوع لهذه التحاليل الطبية؛ بلحاج العربي أحمد، الجوانب القانونية ...، المرجع السابق،ص.17.

[471]–القرار الصادر عن، مجلس قضاء معسكر، غ.أ.ش بتاريخ 2009/04/01، قضية تحت رقم. 09/00051، الفهرس 09/00521، بين فريق(ب) ضد (ب– ع)، قرار غير منشور؛ الصالح بوغرارة ، المرجع السابق، هامش02، ص.392،.

[472]–الصالح بوغرارة ، المرجع نفسه، ص.392؛ كريم زينب، المرجع السابق، ص.460.

وعموما فإنه يمكن للقاضي أن يستعين بالقرائن الحديثة كتحليل الدم والصفات الوراثية وغير ذلك مما يستعان به للوصول إلى الحقيقة، لكن مع التحرز والتثبت من المشرفين على إيجاد هذه القرائن، فإنها بقدر ما تعد تقدما علميا مباركا بقدر ما يمكن التلاعب بها وتزويرها بطرق فنية وعلمية مبتكرة[473].

الفرع الثاني

التكييف الفقهي والقانوني لفك الرابطة الزوجية بعد نتائج البصمة الوراثية وتحليل الدم

سنقف على ذلك من خلال تبيان التكييف الفقهي لفك الرابطة الزوجية بعد نتائج البصمة الوراثية وتحليل الدم(أولا)، ثم التكييف القانوني لفك الرابطة الزوجية بعد نتائج البصمة الوراثية وتحليل الدم(ثانيا).

أولا: التكييف الفقهي لفك الرابطة الزوجية بعد نتائج البصمة الوراثية وتحليل الدم.

إن خصومة الزوجين حول نسب الولد لا تقوم إلا في حالة الشك الذي ينتاب الزوج تجاه حقيقة الحمل أو الطفل الذي ولد هو إبنه، وهو ما يدفعه إلى محاولة التحقق من ذلك برفع دعوى إنكار النسب. غير أن هذه الدعوى قد ينتهي الحكم فيها إما بصحة إدعائه وإما ثبوت النسب في جانبه وأن الولد هو له، وما نعلمه أنه من النادر أن يتنازع الزوجان حول نسب الولد ولا تحدث فرقة بينهما، إلا إذا عدل الزوج عن إدعائه، وإذا كان من الثابت أن الطرق الشرعية (اللعان) تؤدي إلى التفريق بين الزوجين، فهل يمكن للدليل العلمي المتمثل في البصمة الوراثية وتحليل فصائل الدم أن ينتج الأثر نفسه؟، وإذا كانت الإجابة بالإيجاب فما هو التكييف الفقهي والقانوني لفك الرابطة الزوجية مقارنة بالطرق الشرعية؟

[473]-محمود محمد ناصر بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، ط01، دار النفائس،الأردن، 2007، ص.301.302.

في ظل أحكام الشريعة الإسلامية فإنه بمجرد وقوع اللعان بين الزوجين [474]، فإن الفرقة تقع بالتحريم المؤبد على قول الشافعية والمالكية والحنابلة وأبو يوسف الثوري وهو قول علي وعمر وابن مسعود لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال للملاعن بعد اللعان" لا سبيل لك عليها "[475].

وأما تكييف فرقة اللعان فهي فسخ وليس طلاقا وهذا قول الشافعي وأحمد ومن قال بقولهما، واحتجوا بأنها فرقة توجب تحريما مؤبدا[476]، فكانت فسخا كفرقة الرضاع، واحتجوا بأن اللعان ليس صريحا في الطلاق ولا نوى الزوج به الطلاق، فلا يقع به الطلاق، قالوا ولو كان اللعان صريحا في الطلاق أو كناية فيه لوقع بمجرد لعان الزوج ولم يتوقف على لعان المرأة ولأن الطلاق بيد الزوج إن شاء طلق أو إن شاء أمسك وهذا الفسخ حاصل بالشرع وبغير اختياره[477].

أما بالنسبة للدليل العلمي (البصمة الوراثية و فصائل الدم)، فإن أثره يقتصر على إثبات النسب أو نفيه عند من يقول بذلك. غير أنه لا يمكن أن يوقع الفرقة بين الزوجين، بل يبقى مجرد قرينة يستند إليها القاضي، وبالذات نتائج البصمة الوراثية والتي يمكن أن تكون في صف الزوجة وتؤيد نسب الطفل إلى أبيه وبالتالي تمنع الزوج من الملاعنة، وقد تكون في صف الزوج، فيلجأ إلى اللعان عند أغلبية العلماء المعاصرين ومنهم من يرى بالاكتفاء بالبصمة الوراثية[478].

---

[474]-إختلف الفقهاء في وقت وقوع الفرقة، فقال الحنفية والحنابلة لا تقع بالفراغ من اللعان حتى يفرق الحاكم بينهما وبعد صدور الحكم، والشافعية قالوا إذا أكمل الزوج الشهادة و اللعان سواء التعنت الزوجة أو لم تلتعن، وأما المالكية والليث وزفر فقالوا إذا فرغا من اللعان سواء فرق بينهما الحاكم أو لم يفرق؛ الجزيري عبد الرحمن، المرجع السابق، ج05، ص.101-102.،

-ذلك أن المالكية يرون أنه لا حاجة إلى حكم الحاكم بالفرقة، لأن النسب لا يتعلق نفيه بلعانها لأنها تثبته باللعان وهو ينفيه فلا معنى لحكم الحاكم؛ القاضي عبد الوهاب البغدادي، ،المعونة على مذهب عالم المدينة الإمام مالك بن أنس ، ج 02 ، تح.حميش عبد الحق، دار الفكر، بيروت ، 1999، ص.908-909.

[475]-الجزيري عبد الرحمن، المرجع نفسه، ص.103.

[476]-قال مالك : قال ابن شهاب:" فكانت تلك بعد سنة المتلاعنين" ، فلا يجتمعان بعد الملاعنة أبدا فتحرم عليه بمجرد اللعان تحريما مؤبدا ظاهرا أو باطنا، سواء صدقت أو صدق؛ محمد بن عبد الباقي بن يوسف بن علوان الزرقاني، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك بن أنس المسمى"أنوار الكواكب أنهج المسالك شرح موطأ مالك"؛ ج03، ط01، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، 2003، ص.286.

[477]-ابن القيم الجوزية، زاد المعاد...، ج05،ص351.

[478]-خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص.437.

ثانيا: التكييف القانوني لفك الرابطة الزوجية بعد نتائج البصمة الوراثية وتحليل الدم.

وإذا جئنا إلى نصوص قانون الأسرة فإن المشرع لم يتطرق إلى حالة فك الرابطة الزوجية بناء على نتائج البصمة الوراثية والفصائل الدموية، وإنما اكتفى بها في مجال إثبات النسب دون نفيه، طبقا لعموم نص المادة 40ق.أ.ج وعملا بالمادة 41 من نفس القانون.

وعلى ضوء ذلك، فإنه يمكن للقاضي أن يطلب من الزوج ملاعنة زوجته إذا جاءت نتائج البصمة الوراثية وفصائل الدم نافية لنسب الطفل له مع احترام أجل رفع الدعوى القضائية، دون أن يكون ذلك ملزما له على اعتبار أن طلب إجراء اللعان هو رخصة شرعية مقررة للزوج دون غيره.

وبالبحث في التشريع نجد أن المشرع لم يحدد أجلا معينا لقبول دعوى الزوج التي يطلب من خلالها إنكار نسب الطفل إليه، لكن القضاء استقر على عدم قبولها إذا أخرت ولو ليوم واحد، مع أن الأحكام القضائية كانت متناقضة في هذه المدة ما بين يوم واحد وثمانية أيام واثني عشر يوما[479].

كما يرى جانب من الفقه أن الزوج إذا أثبت بواسطة الوسائل الحديثة أن الولد لا يمكن أن ينسب إليه لاختلاف البصمات محل الفحص، فبإمكانه أن يطلب الطلاق ويكون طلبه مؤسسا[480].

وفي المقابل إذا جاءت نتائج البصمة الوراثية تؤكد نسب الولد إلى أبيه، فإنها قد تدفع بالزوجة إلى طلب التطليق لتضررها من افتراء الزوج عليها ورميها في شرفها وللقاضي النظر في مدى إمكانية قبول دعواها والتفريق بينهما، عملا بأحكام الفقرة العاشرة من نص المادة 53 ق.أ.ج ، وتكييف ما لحقها ضررا معتبرا شرعا.

وما دام أن الإكتشافات البيولوجية في الطب الحديث قد تمكنت من الوقوف على مدى تطابق الصفات الوراثية بين الآباء والأبناء من خلال تحليلها للبصمات والسوائل الدموية، فإنه في ذات السياق قد استطاع الأطباء وأهل الإختصاص تشخيص تلك الأمراض التي تدفع بالمصاب بها إلى حدود رفض جنسه البيولوجي والرغبة في التحول إلى الجنس المغاير بإجراء عملية التغيير الجنسي، ذلك ما سنعالجه ضمن المبحث الموالي.

---

[479]-المجلس الأعلى، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 1985/02/25، ملف رقم.35934، م.ق، ع01، 1989، ص.83.
-المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 1998/10/20، ملف رقم.172379، م.ق، ع.خ، ص.70.

[480]-تشوار جيلالي، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.167.

المبحث الثاني

الأمراض الماسة بجنس أحد الزوجين
وأثرها على فك الرابطة الزوجية

في هذا العصر وجدت أمراض عديدة اختلفت قدر اختلاف مسبباتها أثرت بشكل مباشر على حياة الأفراد بصفة عامة وعلى حياة الأزواج بصفة خاصة سواء ما كان نفسيا أو بدنيا، فقد يعتري أحد الزوجين شذوذ جنسي يدفعه إلى البحث عن أية وسيلة تمكنه من مقاطعة جنسه الأصلي، فالزوج بدوره يرغب في أن يصبح أنثى، أما الزوجة هي الأخرى لا تريد أن تبقى امرأة بل تكون لديها حتمية الترجل تماشيا وعلتهما النفسية أو العضوية[481] ، والطب الحديث قد ساعد هذه الفئة بتحقيق ذلك عن طريق إجراء عملية جراحية سميت بعمليات التحول الجنسي أو التغيير الجنسي.

لذلك فما هي حقيقة عملية التغيير الجنسي؟ وهل يمكن لمرض اضطراب الهوية الجنسية أن يسوغ للمصاب به حق التحول إلى الجنس المضاد لجنسه الأصلي من الناحية الشرعية والقانونية؟ وإذا كان المريض متزوجا فما هو الأثر المترتب على الرابطة الزوجية من زاوية الإنحلال والإستمرار؟

سنعالج ماهية التغيير الجنسي في المطلب الأول، ثم رأي الفقه الإسلامي وموقف القانون الجزائري من هذه الجراحة في المطلب الثاني، وأخيرا مدى تأثير التغيير الجنسي لأحد الزوجين على فك الرابطة الزوجية ضمن المطلب الثالث.

[481]–فالعلة النفسية هي حب تشبه الرجل بالنساء في الكلام والحركات وما تختص بهن وتشبه المرأة بالرجل في الكلام واللباس وغيرهما من صفات الرجولة، أما العلة العضوية فتتمثل في وجود إبهام جنسي، فتكون للشخص أعضاء تناسلية غير واضحة تتأرجح بين الذكورة والأنوثة.

المطلب الأول

ماهية التغيير الجنسي

ما دام أن العمل الطبي قد بلغ مرتبة عالية من التقدم، فلم تعد الخنوثة أمرا مستعصيا، إذ بإمكان الشخص تغيير جنسه الطبيعي بجنس اصطناعي نقيض عن طريق إجراء عملية التغيير الجنسي، إلا أن هذه الظاهرة تمس بالكيان البشري برمته، وأن لها الأثر البين على العلاقة الزوجية جراء إقدام أحد الزوجين على تغيير جنسه. وتتجلى لنا ماهية التغيير الجنسي بذكر تعريفه (الفرع الأول) ، ثم الأسباب الدافعة لإجرائه(الفرع الثاني).

الفرع الأول

تعريف التغيير الجنسي

نعرفه لغة(أولا)، واصطلاحا(ثانيا).

أولا:التغيير الجنسي لغة: هي عبارة مؤلفة من كلمتين:

-كلمة تغيير، من غيرت الشيء تغييرا، أزلته عما كان عليه فتغير[482]، جعله غير ما كان وحوله وبدله بغيره[483] وقولنا هذا الشيء غير ذلك، أي هو سواه وخلافه[484].

-كلمة الجنس، قيل الجنس اسم دال على كثيرين مختلفين بأنواع وقيل الضرب من الشيء وهو أعم من النوع ومنه المجانسة والتجنيس[485].

[482]-محمد بن علي الفيومي المقرئ، المصباح المنير، ، مكتبة لبنان، 1987، ص.175.

[483]-أحمد أبو حاقة، معجم النفائس الكبير، مج02، ط01، دار النفائس، لبنان، 2007، ص.1422.

[484]-أحمد بن فارس بن زكريا ، مقاييس اللغة ، ج 04 ،كتاب العين-الغين-الفاء ، تح. عبد السلام محمد هارون ، 1979 ، دار الفكر،القاهرة،ص.404.

[485]-أبي نصر إسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح، دار الحديث، القاهرة، 2009، ص.205.

ثانيا:التغيير الجنسي إصطلاحا

نعني بالتغيير الجنسي، استبدال جنس الشخص بجنس آخر، أي تغيير الجنس الطبيعي للشخص بجنس اصطناعي مضاد لجنسه الأصلي[486].

وهناك من يعرفه على أنه« تحويل جنس الشخص من ذكر إلى أنثى، أو من أنثى إلى ذكر وذلك عن طريق المعالجات الهرمونية أو المداخلات الجراحية التي تهدف إلى إنماء الأعضاء التناسلية أو إلغائها » [487].

وثمة من عرفه على أنه « يقصد بالمصطلح الفرنسي Transsexualisme الحالة التي يوجد فيها شخص من جنس محدد مقتنعا اقتناعا مطلقا بانتمائه إلى الجنس الآخر، مما يثير بداخله تناقضا رهيبا. هذا التناقض يضفي عليه الشعور بأنه مجني عليه في غلط لا يحتمل من الطبيعة، إذ يشعر بأنه أنثى في جلد رجل أو العكس ويبغض جسده بغضا يدفعه إلى سلوك مسلك الجنس الآخر، إلى التخنث إلى الانحطاط إلى حتى قطع عضوه بنفسه أو الانتحار، إلا أنه على الرغم من ذلك لا يعد مجنونا. وبهذا يختلف هذا الشعور عن الشذوذ الجنسي Homosexualité والخنوثة Travestisme،ففيهما على الرغم من الشك والغموض في مسلك الشخص و هويته الجنسية ، إلا أنه لا يوجد لديه الشعور بالانتماء إلى الجنس الآخر » [488].

كما عالج بعض الفقهاء عملية تغيير الجنس عند الحديث عن الجراحة المحرمة، فعرفها بأنها « الجراحة التي يتم بها تحويل الذكر إلى أنثى-يجرى استئصال عضو الرجل-الذكر-وخصيتيه، ثم يقوم الأطباء ببناء مهبل وتكبير الثديين، وفي الحالة الثانية -أي تحويل الأنثى إلى ذكر-يجرى استئصال الثديين وإلغاء القناة التناسلية الأنثوية وبناء عضو الرجل-الذكر- وفي كلتا الحالتين يخضع الشخص الذي تجرى له الجراحة إلى علاج نفسي وهرموني معين » [489].

---

[486]-تشوار جيلالي،الأحكام الإسلامية في مسائل التغيير الجنسي والإستنساخ البشري،م.ج.ع.ق.إ.س،جامعة الجزائر،كلية الحقوق،1998، ع36،ص.29.

[487]-فواز صالح، جراحة الخنوثة وتغيير الجنس في القانون السوري، مجلة جامعة دمشق، 2003، ع02، مج19،ص.50.

[488]-الشهابي إبراهيم الشرقاوي، تثبيت الجنس وآثاره-دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الكتب القانونية، مصر، 2003،ص.256.

[489]-محمد المختار الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها، ط02، مكتبة الصحابة، جدة، 1994، ص.199.

ومن جانب آخر فقد آثر بعض الفقهاء مصطلح -تثبيت الجنس- على مصطلح —تغيير الجنس- نظرا لدلالته حسب رأيهم ، بالقول « جراحة تثبيت الجنس هي ذلك العمل الطبي الجراحي الذي يقصد به معالجة الخنثى أو من في حكمه من الخلل الذي أصاب هويته الجنسية أو خصائصه ومظاهره الجنسية الجسدية »[490].

غير أن الواقع يبرز خلاف ذلك نظرا لانتشار جراحة تغيير الجنس من بلدان الغرب إلى مختلف مجتمعات الدول الأخرى، فظهرت تلك الطائفة التي أصبحت تتطلع إلى استبدال جنسها بالجنس المضاد وإن كان لا يشوبهم أي خلل في معرفة جنسهم الحقيقي فيزيولوجيا، مثلما هو الأمر في الخنثى، بل إن المقاطع الجنسي يشعر بأنه ضحية الطبيعة وأن جنسه الفعلي ليس هو جنسه المرفولوجي، بل جنسه البسيكولوجي، لذلك نجده يلجأ إلى إجراء عملية تغيير الجنس وإن كانت في غالب الأحيان تكون صعبة ومتعددة، ليقوم بعدها بتعديل حالته المدنية[491].

ولعل الشخص العاقل لا يمكنه تقبل مثل هذه التصرفات التي وصلت إلى حد إنكار الخلقة التي وجد عليها، ذلك أن هذا التصرف لم يأت مصادفة، بل هناك أسبابا تدفع بالشخص إلى اللجوء إلى إجراء هذه العملية وهو ما سنعرج إليه في الفرع الموالي.

الفرع الثاني

أسباب التغيير الجنسي

يقول الله تعالى في محكم تنزيله « فَجَعَلَ مِنْهُ ٱلزَّوْجَيْنِ ٱلذَّكَرَ وَٱلْأُنثَىٰٓ »[492] وقوله تعالى أيضا«.وَلَيْسَ ٱلذَّكَرُ كَٱلْأُنثَىٰ »[493]، إلى غير ذلك من الآيات الدالة على حكمة الله عز وجل التي اقتضت أن يكون خلقه من الناس نوعين دون سواهما، إذ يتميز كل نوع بخصوصيات تختلف عن النوع الآخر، مع عدم إنكار وجود الخنثى[494].

---

[490]-الشهابي إبراهيم الشرقاوي، المرجع السابق ، ص.158-159.

[491]-تشوار جيلالي، الزواج والطلاق ...، المرجع السابق، ص.19.

[492]-سورة القيامة، الآية 39.

[493]-سورة آل عمران، جزء من الآية 36.

[494]-أحمد بن أبي بكر القرطبي، المرجع السابق، ج18،ص.506.

سواء كان الشخص محل عملية التغيير الجنسي ذكرا أم أنثى، فإنه يكون مدفوعا بدوافع تجعله يقدم عل مثل هذا العمل وهذه الأسباب والدوافع تتمثل في ما يلي:

أولا:الدافع النفسي

يتمثل هذا الدافع في شعور الشخص سواء كان رجلا أو امرأة بعدم تقبله الانتماء إلى الجنس البشري الذي هو عليه، مما يعني ميله إلى الجنس الآخر والتشبه به وهذه الظاهرة هي معروفة منذ القدم، وأطلق عليها بالتخنث.

والتخنث لغة يعني التثني والتكسر، وتخنث الرجل إذا فعل فِعْلَ المخنث، وخنث الرجل كلامه، إذا تشبه بكلام النساء لينا ورخامة[495].

وأما اصطلاحا فيعني التزي بزي النساء والتشبه بهن في تليين الكلام عن اختيار، أو الفعل المنكر[496].

والتخنث وإن كان في الغالب يطلق الرجال في تشبههم بالنساء، غير أن ذلك لا يمنع من إسقاطه على حال المرأة المتشبهة بالرجال[497]، أي امرأة رنثى[498].

إن أمر الرجل المخنث أو المرأة الرنثى، لا يتوقف عند مجرد حب التشبه بالجنس الآخر، بل يتأكد بالرغبة في التحول إليه، ذلك أن كلا منهما يشعر بأنه يعيش في جسد جنسه المضاد، فالرجل يشعر بأنه امرأة في جسم رجل والمرأة تشعر بأنها رجل في جسم أنثى [499]، وهذا ما يدفع بكلاهما من جعل حقيقته النفسية تتوافق مع مظهره الجسدي عن طريق إزالة أعضائه التناسلية واستبدالها بإجراء عملية التحول الجنسي.

---

[495]- محمد بن علي الفيومي المقرئ، المرجع السابق، ص.70.

[496]-الموسوعة الفقهية، ج11، ط02، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية لدولة الكويت، 1988، ص.62.

[497]-شوقي إبراهيم عبد الكريم علام ، تحديد الجنس وتغييره بين الحظر والمشروعية-دراسة مقارنة ، ط 01، مكتبة الوفاء ، الإسكندرية، 2014،ص.127.

-قال الزرقاني« وليس المخنث الذي يعرف فيه الفاحشة خاصة وإنما هو شدة التأنيث في الخلقة، حتى يشبه المرأة في اللين والكلام والنغمة والفعل والعقل، سواء فيه عاهة الفاحشة أم لا » ؛ محمد بن عبد الباقي بن يوسف بن علوان الزرقاني، المرجع السابق، ج04، 125.

[498]-الرنثى:هي المرأة المسترجلة ؛ طلال حرب،الفشل أسبابه ونتائجه من زاوية التحليل النفسي،ط 01،دار الآفاق الجديدة،بيروت، 1994،هامش01،ص.54.

[499]-تشوار جيلالي، الزواج والطلاق ...، المرجع السابق، ص.19؛ شوقي إبراهيم عبد الكريم علام، المرجع نفسه، ص.127.

إن الدافع النفسي لعملية التعيير الجنسي في حقيقة الأمر ما هو إلا إتباع الهوى ورغبة نفسية شاذة وهمية، تحتاج إلى علاج نفسي وإيماني يخلص صاحبها من تلك العقدة النفسية. كما لا يمكن اعتبار ذلك من قبيل الأمراض العقلية، فهو دافع وهمي يؤثر على القدرات العقلية للشخص[500].

هذه الحالة تتكون لدى الأشخاص في الغالب نتيجة التأثير السلوكي داخل الأسرة، وبالأخص كيفية معاملة وتربية الأولاد، فمعاملة البنت على أساس أنها ولد سواء بتذكير اسمها عند مناداتها أو إلباسها ملابس خاص بالذكور يجعلها تتصف بصفات ذكورية والشيء ذاته بالنسبة للولد، فتمكينه من ارتداء ملابس البنات واستطالة الشعر ووضع الحلي والمجوهرات والإفراط في التدليل لمن شأنه المساس برجولته. زد على ذلك التفرقة في المعاملة بين الولد وأخته، فجلب البنت من طرف الوالدين يولد لدى الولد بصفة لا شعورية حب التشبه بالبنات لكسب عطف وحنان أبويه[501].

لقد توصل المختصون إلى أن المولود حين ولادته لا يتطور لديه الإحساس بالتأنث أو التذكير إلا بعدما ينضج، لكن في الوقت نفسه فإنه يتلقى تلميحات من قبل أمه حول السلوك في الأشهر الأولى وأكد العلماء أن غالبية الأمهات يعاملن أطفالهن بشكل مغاير لجنسه وإن عدت تلك التجارب والخبرات غير مؤذية للصبي ومؤثرة فيه، كون أن الطفل صغيرا جدا، لكنها في الوقت ذاته تعد أساس ونواة الهوية الجنسية التي تمثل أول شعور بالإنتماء للجنس التشريحي، لذلك بات من اللازم معاملة الأطفال منذ الأيام الأولى تبعا للجنس الذي ولدوا عليه[502].

ثانيا:الدافع الوراثي.

قد يولد الولد ولا يمكن تمييزه إن كان ذكرا أو أنثى، ذلك أن معيار التمييز بينهما يرتكز على ما ظهر من الأعضاء التناسلية، فإذا كان له عضو الذكورة فهو ذكر وإن كان له عضو الأنوثة فهو أنثى، أما إذا لم يتبين جنسه بعد الولادة فهو خنثى[503].

---

[500]–بديعة علي أحمد، الجوانب الفقهية المتعلقة بتغيير الجنس، ط01، ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011، ص.15.

[501]– الشهابي إبراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص.121.

[502]–عبد الرحمن إبراهيم، تحول الجنس، مجلة شبكة العلوم النفسية العربية، 2008، ع20، ص.140.

[503]–الخنثى في الشريعة الإسلامية: شخص له آلتا الرجال والنساء أو ليس له شيء منهما أصلا؛ علي بن محمد السيد الشريف الجرجاني، معجم التعريفات، تح،محمد صديق المنشاوي، دار الفضيلة، القاهرة، د.س.ن، ص.89.

–والخنوثة هي اجتماع أعضاء الذكورة والأنوثة في شخص واحد؛ أحمد مختار عمر، المرجع السابق، ص.700.

ولقد اعتمد فقهاء مذاهب الشريعة الإسلامية على معيار علامات التأنيث والتذكير عند الولادة إلى أن تتبين باقي العلامات بمرور الزمن [504] ، والخنثى عندهم إما مشكل وإما غير مشكل، فالأول هو من لم تعرف ذكورته من أنوثته، أي أن تجتمع لديه أعضاء الذكور والإناث معا أو ليس له من أيهما شيء، وأما الثاني فهو الذي اتضحت ذكورته أو أنوثته.

يقول ابن قدامة« الخنثى هو الذي له ذكر وفرج امرأة أو ثقب في مكان الفرج يخرج منه البول، وينقسم إلى مشكل وغير مشكل، فالذي تتبين فيه علامات الذكورة أو الأنوثة فيعلم أنه رجل أو امرأة فليس بمشكل وإنما هو رجل فيه خلقة زائدة، أو امرأة فيها خلقة زائدة » [505].

ووجود الخنثى ثابت عند جمهور الفقهاء بدليل قول الله عز وجل « لِّلَّهِ مُلْكُ ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلْأَرْضِ ۚ يَخْلُقُ مَا يَشَآءُ » [506] ، أي أن الله تعالى بقدرته المطلقة كما خلق الزوجين الذكر والأنثى، فليس ببعيد عليه خلق الخنثى وغيره [507].

---

[504]–المذهب المالكي: محمد الأمير، الكبير، الإكليل شرح مختصر خليل، مكتبة القاهرة،د.س.ن،ص. 477؛ الحبيب بن طاهر، المرجع السابق،ج04، ص.365–366؛ جمال الدين بن عمر بن الحاجب المالكي، جامع الأمهات، ط 02، اليمامة، دمشق، 2000، ص.558–559؛ بهرام بن عبد الله بن عبد العزيز الدميري، الشامل في فقه الإمام مالك، ج02، ط01، مركز نجيبويْه، مصر، 2008، ص.997.

–المذهب الشافعي: أبي زكريا يحي بن شرف النووي، المرجع السابق، ج 01، ص.71؛ ج06، ص.41؛ محمد بن الفراء البغوي، المرجع السابق، ج01، ص.310 وما بعدها، ج05، ص.52 وما بعدها، محمد بن عمر البجيرمي، المرجع السابق، ج01، ص.332 وما بعدها.

–المذهب الحنفي: شمس الدين السرخسي، كتاب المبسوط، ج 30، دار المعرفة، بيروت، 1989، ص.91؛ ص.103 وما بعدها؛ كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي، شرح فتح القدير، ج 08، ط01، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1318هـ ص.504، إبراهيم بن محمد بن إبراهيم الحلبي، مَجْمَع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ج 04، ط 01، دار الكتب العلمية، بيروت، 1998،ص.467 وما بعدها، علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ج 10، ص.461 وما بعدها، أبي الحسن أحمد بن محمد البغدادي المعروف بالقدوري، مختصر القدوري، ط 01، مؤسسة الريان، بيروت، 2005، ص.313 وما بعدها؛ صدر الدين علي بن علي بن أبي العز الحنفي، التنبيه على مشكلات الهداية، مج05، ط01، مكتبة الرشد، الرياض، 2003، ص.961.

–المذهب الحنبلي: منصور بن يونس بن إدريس البهوتي،المرجع السابق،ج 07،ص.2253؛لموفق الدين بن قدامة المقدسي،المرجع السابق،ج 09، ص.109؛شرف الدين موسى بن أحمد بن موسى بن سالم أبي النجا الحجاوي المقدسي،الإقناع لطالب الإنتفاع، ج 03، ط.خ،دارة الملك عبد العزيز،الرياض، 2002، ص.223.

[505]–لموفق الدين بن قدامة المقدسي ،المرجع نفسه،ج09، ص.108–109.

[506]–سورة الشورى، جزء من الآية 49.

[507]–أحمد بن أبي بكر القرطبي، المرجع السابق، ج18، ص.503.

وأما في السنة النبوية، فقد أخرج البيهقي عن محمد بن السائب الكلبي، أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن مولود له قبل وذكر، من أين يورث؟ قال: « يورث من حيث يبول » [508].

أما الخنثى لدى الأطباء، فيعرف على أنه ذلك الشخص الذي تكون أعضاؤه الجنسية الظاهرة مبهمة، فيعمد الطبيب لأجل تحديد جنس الخنثى أن ينظر إلى الغدد التناسلية حسب فحصها النسيجي -الهستولجي-. فإذا كانت الغدة خصية وباقي الأعضاء التناسلية الظاهرة تشبه أعضاء الأنثى، فالشخص خنثى ذكر كاذب. وإن كانت الغدة مبيض والأعضاء التناسلية الظاهرة ذكرية، فهي خنثى أنثى كاذبة، وإن كانت للشخص مبيض وخصية أو هما معا ملتحمان، فالشخص إذن خنثى حقيقية ولا يلتفت حينئذ للأعضاء الظاهرة التي ربما تشبه الذكر أو الأنثى أو كليهما معا[509].

وللتوضيح أكثر في مسألة الخنثى يمكن الرجوع إلى علم الجنة لمعرفة كيفية تحديد جنس الجنين، إذ يوجد هنالك ثلاثة مستويات يتحدد فيها جنسه وهي:

أ-المستوى الصبغي: ويكون ذلك عند تلقيح نطفة الرجل الحامل للكروموسوم y ببويضة المرأة الحاملة دائما للكروموسوم x، فإذا كانت البويضة قد لقحت بنطفة الرجل الحاملة للكروموسوم x فتكون النطفة الأمشاج ذات الرمز xx والجنين يكون أنثى.

ب-المستوى الغددي: تظهر خلايا الغدد التناسلية في كيس المخ للجنين ابتداء من الأسبوع الثالث، ثم تنتقل إلى الحدبة التناسلية في الأسبوع الخامس ولا يمكن التمييز في جنس الجنين على أساس غدته التناسلية إلا بعد تمام الأسبوع السادس [510] ،وهذا مصداقا لما جاء في حديث حذيفة بن أسيد الغفاري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "إذا مر بالنطفة ثِنْتَانِ وأربعون ليلة، بعث الله إليها ملكا، فصورها وخلق سمعها وبصرها وجلدها ولحمها وعظامها، ثم قال: يا رب أذكر أم أنثى؟،.. " .

---

[508]- قيل بأنه حديث موضوع، و روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه أتي بخنثى من الأنصار فقال: « ورثوه من أول ما يبول منه » ؛ دون ذكر إسناد الحديث؛ محمد ناصر الدين الألباني، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، ج 06، ط 01، المكتب الإسلامي، بيروت، 1979،ص.152.

[509]-محمد علي البار، مشكلة الخنثى بين الطب والفقه، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي، ط 02، 2005، ع 06، ص.352.

[510]- محمد علي البار، المرجع نفسه، ص.357.

ج-مستوى الأعضاء التناسلية: معلوم أن الأعضاء التناسلية الظاهرة تختلف بين الذكر والأنثى، كما أن لكل منهما أعضاء باطنة. غير أن هذه الأعضاء تكون غير متمايزة إلى غاية الأسبوع التاسع ثم تبدأ في الوضوح وبشكل بطيء خلال الأسبوع التاسع، ولقد توصل الأطباء إلى إثبات أن هرمون الذكورة التستسترون Testesterone الذي تفرزه الخصية هو المتحكم في مسار الأعضاء التناسلية الظاهرة والباطنة، لذلك فإن إزالة خصية الجنين الذكر أو عدم تشكلها يؤدي إلى وجود أعضاء تناسلية أنثوية رغم أن جنس الجنين يكون ذكرا على مستوى الصبغيات[511].

ثالثا: دوافع اجتماعية.

يمكن أن يقدم الشخص على إجراء عملية التغيير الجنسي بدافع التنكر والتخفي عند ارتكابه لجريمة معاقب عليها قانونا كي يفلت من العقاب أو قد تكون الرغبة في التحول الجنسي بهدف الحصول على الكسب والمال كما هو الشأن في الفارق الموجود بين إرث الذكر وإرث الأنثى[512].

إذا كان ذلك هو المقصود بعملية التغيير الجنسي، فما هو رأي الفقه الإسلامي وموقف القانون الجزائري من تلك العملية، ذلك ما سنبينه في المطلب الموالي.

المطلب الثاني

رأي الفقه الإسلامي وموقف القانون الجزائري من التغيير الجنسي

يقول الله عزل وجل« يَٰٓأَيُّهَا ٱلۡإِنسَٰنُ مَا غَرَّكَ بِرَبِّكَ ٱلۡكَرِيمِ ۝٦ ٱلَّذِي خَلَقَكَ فَسَوَّىٰكَ فَعَدَلَكَ ۝٧ فِيٓ أَيِّ صُورَةٖ مَّا شَآءَ رَكَّبَكَ ۝٨ »[513]، هذه الآيات تدل على أن أمر تصوير الإنسان على أية صورة هي من مشيئة الله عز وجل، قبيحة كانت أو حسنة[514] والذكورة والأنوثة هي من تدبير الله عز وجل وحده كذلك.

---

[511]- محمد علي البار، مشكلة الخنثى ...، المرجع السابق، ص.358.

[512]- طارق حسن كسار، مشروعية التحول الجنسي في الفقه الإسلامي، مجلة كلية التربية للعلوم الإنسانية، جامعة ذي قار، العراق، 2015، ع01، مج05، ص.219.

[513]-سورة الإنفطار، الآية 06-07-08.

[514]-أبو جعفر الطبري، تفسير الطبري من كتابه جامع البيان عن تأويل آي القرآن، مج 07، الأحقاف-الناس، تح.بشار عواد معروف وعصام فارس الحرستاني، ط01، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1994، ص.474-475.

لذلك فإجراء عملية التغيير الجنسي هي تغيير لخلق الله عز وجل ورفض للفطرة التي فطر عليها الشخص مما يجعلها عملية جراحية محرمة شرعا خاصة إذا كانت بدوافع نفسية بحتة، ولكن يمكن أن يكون اللجوء إلى مثل هذه العمليات أمرا مباحا عند تحقق شرط الضرورة عملا بالقاعدة الفقهية القائلة الضرورات تبيح المحظورات.

أما من الناحية القانونية فهي عملية تتنافى ونصوص القانون لكونها تؤدي إلى إحداث تشوهات في جسم الشخص المريض، والطبيب القائم بها يعد مرتكبا لجريمة الخصاء المعاقب عليها قانونا.

ولعل هذا ما يدفعنا إلى التساؤل عن ما هو رأي الفقه الإسلامي وموقف القانون الجزائري من عملية التغيير الجنسي ؟

سنحاول الإجابة عن ذلك من خلال إبراز رأي الفقه الإسلامي في التغيير الجنسي(الفرع الأول) وموقف القانون الجزائري من هذه العملية(الفرع الثاني).

الفرع الأول

رأي الفقه الإسلامي في التغيير الجنسي

لقد تناول فقهاء الشريعة الإسلامية لجراحة التغيير الجنسي من حيث توفر عنصر الضرورة لإجراء هذه العملية، لذلك سنفصل آراءهم من خلال التطرق لتغيير الجنس لغير ضرورة(أولا)، ثم تغيير الجنس للضرورة(ثانيا).

أولا:جراحة تغيير الجنس لغير ضرورة.

في هذه الصورة لا يمكن القول بوجود تشوهات خلقية في الأعضاء التناسلية للشخص الراغب في تغيير جنسه، بل إن أعضاءه بينة لا شك فيها، وما الهدف من إجراء تلك الجراحة إلا الرغبة في التحول إلى الجنس الآخر، فالذكر يريد أن يصبح أنثى والأنثى تريد أن تصبح ذكرا.

ويبقى الدافع كما سبق لنا التفصيل هو الشعور بالكراهية والنفور للجنس الطبيعي الأصلي وذلك نتيجة لأسباب مختلفة كاختلال في التربية منذ الصغر واتباع الهوى والأفكار الدنيئة أو التشبه بالحضارات الغربية.

لقد قال فقهاء الشريعة الإسلامية بحرمة إجراء التغيير الجنسي في هذه الصورة تحريما قطعيا، لما فيه من تغيير لخلق الله عز وجل. كما أن الطبيب القائم بهذه العملية يعد آثما لأنه كذلك تعدى على خلق الله وهذا ما قال به مجلس المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة في دورته الحادية عشر، ومحمد علي البار وزهير أحمد السباعي، وصالح بن محمد الفوزان ومصلح بن عبد الحي النجار وآمال يس عبد المعطي بنداري، ومحمد بن محمد المختار الشنقيطي [515]، وكانت أدلتهم في ذلك من القرآن الكريم والسنة النبوية والمعقول.

فمن القرآن الكريم، قول الله عز وجل « وَلَأُضِلَّنَّهُمْ وَلَأُمَنِّيَنَّهُمْ وَلَآمُرَنَّهُمْ فَلَيُبَتِّكُنَّ ءَاذَانَ ٱلْأَنْعَٰمِ وَلَآمُرَنَّهُمْ فَلَيُغَيِّرُنَّ خَلْقَ ٱللَّهِ ۚ وَمَن يَتَّخِذِ ٱلشَّيْطَٰنَ وَلِيًّا مِّن دُونِ ٱللَّهِ فَقَدْ خَسِرَ خُسْرَانًا مُّبِينًا » [516].

أما من السنة النبوية فقد وردت أحاديث كثيرة في هذه المسألة منها، الحديث الذي رواه قتادة عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنه قال: « لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم المتشبهين من الرجال بالنساء والمتشبهات من النساء بالرجال » [517].

والحديث الذي رواه طيب بن محمد عن عطاء بن أبي رباح عن أبي هريرة قال: « لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم مخنثي الرجال الذين يتشبهون بالنساء والمترجلات من النساء المتشبهين بالرجال وراكب الفَلاَةِ وحده » [518].

---

[515]– القرار السادس بشأن تحويل الذكر إلى أنثى وبالعكس، الدورة الحادية عشر المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة من 13 إلى 20 رجب 1409هـ الموافق 19 إلى 26 فبراير 1989، قرارات المجمع الفقهي الإسلامي، المرجع السابق، ص. 262؛ محمد علي البار وزهير أحمد السباعي، الطبيب أدبه وفقهه، المرجع السابق، ص. 324-325؛ صالح بن محمد الفوزان، العمليات التجميلية، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي قضايا طبية معاصرة، مج03، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 1431هـ، ص.2396؛ أمال يس عبد المعطي بنداري، الضوابط الشرعية للعمليات التجميلية، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي قضايا طبية معاصرة، مج03، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 1431هـ ، ص.2617؛ محمد بن محمد المختار الشنقيطي، المرجع السابق، ص.119.

[516]–سورة النساء، الآية 119.

[517]–صحيح البخاري، المرجع السابق، كتاب اللباس، ح.ر.5885، ص1485.

[518]–أحمد بن حنبل، المسند، المرجع السابق، ج04، ح.ر 8074، ص.188.

ومن المعقول، أن هذا النوع من العملية يدخل ضمن الجراحة المحرمة، فهو لا ريب يؤدي إلى كشف العورات عند القيام بها وهو أمر منهي عنه عند غياب الحاجة والضرورة المبيحة لذلك.

وعملية تغيير الجنس لا محالة تؤدي إلى هدم مقصد النسل الذي حثت عليه الشريعة الإسلامية، فالله عز وجل ما خلق الذكر والأنثى إلا للتزاوج والتكاثر واستمرار البشرية. كما أن هذا العمل يفضي إلى انتشار فاحشتي السحاق واللواط وهي من الأفعال المنهية عنها شرعا.

والتغيير الجنس يؤدي إلى اضطراب في الأحكام الشرعية المبنية على الإستقرار، إذ التحول الجنسي سيحدث الفوضى ومنها اختلال العلاقات الأسرية، فعلاقة الأب المتحول مع أبنائه وزوجته والمحرمات بالمصاهرة والعديد من المسائل التي ستثار بعد تحوله[519].

كما أن التغيير الجنسي في حقيقة الأمر لا يؤدي إلى إعطاء المتحول جنسا جديدا قادرا على القيام بوظائفه البيولوجية كالإنجاب والمخالطة الجنسية، بل إنما هو إزالة الأعضاء الظاهرة وفقا للجنس المرغوب فيه واستبدالها بأعضاء الجنس المتحول إليه دون أن تكون فعالة، بالرغم من الأدوية والهرمونات التي تقدم للمتحول الجنسي فيبقى الرجل رجلا والمرأة امرأة[520].

ثانيا:جراحة تغيير الجنس للضرورة.

إذا كان فقهاء الشريعة الإسلامية قد اتفقوا قديما على أن الخنثى المشكل ينظر إلى حين تبين أمره عند البلوغ، فإن الفقهاء المعاصرين في الوقت الحاضر ونظرا للتطور الحاصل في المجال الطبي وبالأخص في مسائل الجراحة قد قالوا بجواز إجراء عملية تغيير الجنس، كونها تؤدي إلى تصحيح جنس الشخص وتثبيته، بحيث تجعل أعضاءه الظاهرة مطابقة لأعضائه الباطنة وهذا بتوافر ضرورة تبيح تلك العملية. وبهذا فهي تختلف تماما عن عملية التحويل الجنسي غير المشروعة.

[519]–عمر عبد الله حسن الشهابي، تبديل الجنس ضرورة طبية أم انتكاسة فطرية،www.almoslim.net ، تاريخ الإطلاع 2015/11/09؛ شوقي إبراهيم عبد الكريم علام، المرجع السابق، ص.164.

[520]–طارق حسن كسار، المرجع السابق، ص.211؛ بديعة علي أحمد، المرجع السابق، ص.44.

ومن أبرز من قال بذلك محمد خالد منصور ومحمد علي البار وزهير أحمد السباعي ومجلس المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة في دورته الحادية عشر واللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بالمملكة العربية السعودية[521]، وكانت أدلتهم في ذلك ما يلي:

فمن القرآن الكريم ، قول الله عز وجل « وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلۡبِرِّ وَٱلتَّقۡوَىٰۖ وَلَا تَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلۡإِثۡمِ وَٱلۡعُدۡوَٰنِۚ »[522]، ويستدل من هذه الآية على أن عملية تثبيت الجنس تدخل ضمن الأفعال الخيرية التي حثنا عليها الدين الإسلامي،إذ هو أمر موجه لجميع الخلق على التعاون على البر[523].

وقول الله عز وجل:« فَجَعَلَ مِنۡهُ ٱلزَّوۡجَيۡنِ ٱلذَّكَرَ وَٱلۡأُنثَىٰٓ »، ويستدل من هذه الآية أن الخنثى ليس بنوع لكن له حقيقة ترده إلى هذين النوعين وهي الآدمية، فيلحق بأحدهما من اعتبار نقص الأعضاء وزيادتها[524].

أما من السنة النبوية، فالحديث الذي رواه زياد بن علاقة عن أسامة بن شريك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: « تداووا عباد الله فإن الله لم ينزل داء إلا أنزل معه شفاء إلا الموت والهرم »[525]، ووجه الإستدلال من هذا الحديث أن الخنثى المشكل إنما هو حالة مرضية تستلزم العلاج بإزالة الإلتباس وإبراز الأعضاء الحقيقية المستورة ليصبح الشخص إما ذكرا أو أنثى[526].

ومن المعقول، فإنه يكون للشخص محل العملية أحكاما متوقفة على ظهور حقيقته كذكر أو كأنثى، فمن غير المنطقي تركه على حالته ما دام أن هناك وسائل علاجية ترفع عن حالته اللبس، لأن بقاءه كما خلق فيه ضرر ومشقة[527] والقواعد الفقهية تقضي بأن« الضرر يزال » و« المشقة تجلب التيسير »[528].

---

[521]–محمد خالد منصور، المرجع السابق، ص. 207؛ محمد علي البار وزهير أحمد السباعي، الطبيب أدبه...، المرجع السابق، ص. 324؛ القرار السادس بشأن تحويل الذكر إلى أنثى وبالعكس، المرجع السابق، ص.262؛ أحمد بن عبد الرزاق الدويش، المرجع السابق، ج01، ص28-29.

[522]–سورة المائدة، جزء من الآية 02.

[523]–أبي بكر القرطبي، المرجع السابق، ج01، ص.28-29.

[524]– أبي بكر القرطبي، المرجع نفسه، ج06، ص.07.

[525]–أحمد بن حنبل، المرجع السابق، ج07، ح.ر.18952، ص.512.

[526]–محمد خالد منصور، المرجع نفسه ، ص.207.

[527]–محمد خالد منصور، المرجع نفسه، ص.207؛ بديعة علي أحمد، المرجع السابق، ص.90.

[528]–جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، ط01، دار الكتب العلمية، بيروت، 1983، ص.83 إلى 85؛ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، المرجع السابق، ص.179 إلى 183.

إن مشروعية جراحة تثبيت الجنس في نظر الشريعة الإسلامية يحكمها مبدآن أساسيان، أولهما يقضي بأن معيار مشروعية هذه الجراحة لا يكمن في نقص الرجولة ولا في نقص الأنوثة، أي أن الرجل إذا كان مجبوبا أو عنينا ليس له مبرر لإجرائها، كما أن المرأة التي لا تشتهي الرجال ليس لها مبرر لتغيير جنسها، وثانيهما فيكمن في عدم الإعتداد بإرادة المريض الشخصية كمعيار لمشروعية العملية، لأن ذلك سيؤدي لا محالة إلى إجراء مسخ الهوية[529].

بالتأمل في الفتاوى الفقهية حول مشروعية تثبيت الجنس، يتضح أنه لابد من توافر شرطين مجتمعين دون الإكتفاء بأحدهما[530].

-أن يكون الشخص المراد تثبيت جنسه بعملية جراحية خنثى ومظاهر خنوثته عضوية لا نفسية، بحيث تتجه مظاهره الجنسية إلى ذكر أو أنثى، مما يستوجب التدخل الجراحي لتثبيت جنسه.

-وجود الضرورة الطبية الداعية للتدخل الجراحي، أي أن العملية تكون هي الحل المناسب للكشف عن حقيقة الشخص.

وفي هذا المقام، فإن على الطبيب أن يعالج بالأسهل فالأسهل، فلا ينتقل إلى العلاج بالجراحة إلا عند عدم نجاعة العلاج بالأدوية، وأن ينظر إلى العلة هل يمكن علاجها أو لا، فإن لم يمكن علاجها حفظ صناعته وحرمته ولا يحمله الطمع إلى علاج لا يغني شيئا[531].

كانت تلك هي آراء الفقه الإسلامي وسننتقل إلى إبراز موقف القانون الجزائري في الفرع الموالي.

[529]-الشهابي إبراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص.219.

[530]-الشهابي إبراهيم الشرقاوي، المرجع نفسه، ص.220-221.

[531]-ابن القيم الجوزية، الطب النبوي، دار الفكر، بيروت، د.س.ن، ص.114.

الفرع الثاني

موقف القانون الجزائري من التغيير الجنسي

بالبحث في نصوص القانون الجزائري نجد أن المشرع لم يفرد لعمليات التغيير الجنسي نصوصا خاصة، مما يقتضي الأمر العمل بالقواعد العامة المنصوص عليها في بعض التقنينات، مع العلم أن هذه الظاهرة يمكن أن يكون لها حكما جنائيا، مدنيا، كما أنها تمس حتى الأحوال الشخصية للمتغير جنسيا، لذلك سنعالج ذلك في البنود التالية، التغيير الجنسي والقانون الجنائي(أولا)، ثم التغيير الجنسي والقانون المدني(ثانيا)، والتغيير الجنسي وقانون الحالة المدنية(ثالثا).

أولا:التغيير الجنسي والقانون الجنائي.

تنص المادة 161 من قانون حماية الصحة وترقيتها على أنه « لا يجوز انتزاع أعضاء الإنسان ولا زرع الأنسجة أو الأجهزة البشرية إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية حسب الشروط المنصوص عليها.

ولا يجوز أن يكون انتزاع الأعضاء أو الأنسجة البشرية ولا زرعها موضوع معاملة مالية» .

حيث يستشف من نص هذه المادة أن أية عملية جراحية لابد أن يكون الهدف من إجرائها هو علاج الشخص محل العملية وهذا ما لا يمكن تحققه في عملية التغيير الجنسي. يضاف إلى ذلك فإن الطبيب القائم بهذه العملية يكون قد خرج عن قواعد مهنته لكون أن عملية البتر أو الإستئصال كانت دون سبب طبي.

فبموجب المادة 11 من مدونة أخلاقيات الطب يكون عمل الطبيب مقتصرا على ما هو ضروري في نطاق ما ينسجم مع نجاعة العلاج[532].

[532]–المادة 11 من مدونة أخلاقيات الطب.

وبالعودة إلى نصوص قانون العقوبات ، نجد أن هذه العملية تكيف على أنها جريمة معاقب عليها بموجب أحكام المادة 274 ق.ع.ج[533]، باعتبار أن عملية التغيير الجنسي كما بينا سابقا لا تتم إلا بانتزاع الأعضاء التناسلية الظاهرة للشخص محل التغيير، فيتم استئصال خصيتي الرجل وذكره، أما المرأة فينتزع ثدييها ورحمها، ذلك أن المشرع لم يفرق بين أن يكون الشخص رجلا أو امرأة، إذ الغاية من تجريم هذا الفعل هو حماية مقصد النسل، فالطبيب قد قام بسلب ضحيته بالعمد وسيلة التناسل وهذا ما يعرضه للمساءلة الجنائية[534].

فمن زاوية، فالطبيب القائم بهذه العملية لا يمكنه الإستناد إلى أحكام المادة 39 من ق.ع.ج لأجل الإستفادة من أسباب الإباحة لإعفائه من العقاب، كون أن المريض يعيش حياة نفسية جد صعبة ومعقدة تستلزم إحداث التوافق بين كيانه النفسي والفيزيولوجي، وهو ما لا يمكن تكييفه على أنه ضرورة تستوجب العلاج. ومن زاوية أخرى لا يمكن الإعتداد برضا الشخص المريض، كون أن هذا الرضا سيؤدي حتما إلى المساس بالتكامل الجسدي له وانتقاص من مقدرته الوظيفية[535].

كما يمكن مساءلة الطبيب الذي أجرى عملية التغيير الجنسي بمقتضى نص المادة 264 في فقرتها الرابعة[536]، بسبب إحداثه لعاهة مستديمة للشخص تؤدي إلى فقد الجسم لعضو فيه، أو إمكانية من الإمكانيات الطبيعية له وإن كانت العبارة التي استعملها المشرع عامة، مما يمكن معه القول أن فقد القدرة على الإنجاب والتناسل يدخل ضمن هذا الإطار[537].

---

[533]–تنص المادة 274 ق.ع.ج على أنه:« كل من ارتكب جناية الخصاء يعاقب بالسجن المؤبد.
ويعاقب الجاني بالإعدام إذا أدت إلى الوفاة » .

[534]–تشوار جيلالي، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.33.

[535]–كشيدة الطاهر، المسؤولية الجزائية للطبيب، مذكرة ماجستير في القانون الطبي،جامعة تلمسان،كلية الحقوق،2010–2011،ص.137.

[536]–تنص الفقرة 04 من المادة 264 ق.ع.ج على أنه:« وإذا ترتب على أعمال العنف الموضحة أعلاه، فقد أو بتر إحدى الأعضاء أو الحرمان من إستعماله أو فقد البصر أو فقد إبصار إحدى العينين أو أية عاهة مستديمة أخرى فيعاقب بالسجن المؤقت من خمس إلى عشر سنوات » .

[537]–باعزيز أحمد ، الطب الشرعي ودوره في الإثبات الجنائي، مذكرة ماجستير في القانون الطبي، جامعة تلمسان، كلية الحقوق ، 2010–2011،ص.62.

ثانيا:التغيير الجنسي والقانون المدني.

إذا كان من واجب الطبيب تخليص المريض من آلامه وأوجاعه وعلله والسهر على تحسين صحته البدنية والنفسية والعقلية، مع قيمة من الرحمة والشفقة [538]، فإن ذلك لا يبرر بتاتا شرعية أي اتفاق يبرم بين الطبيب والشخص الراغب في تغيير جنسه.

إن نصوص القانون المدني تقضي بأن كل اتفاق يكون محله مخالفا للنظام العام والآداب العامة هو عقد باطل بطلانا مطلقا[539]. وما دام أن جسد الشخص في هذه العملية هو محل الاتفاق، فإن ذلك يعد بمثابة تعد على تكاملية الجسد وهو ما لا يمكن الإعتراف به قانونا احتراما لمبدأ عدم جواز التصرف في حالة الأشخاص أو مبدأ عدم مساس الشخص بجنسه، بحيث يجب عليه أن يعيش كما خلقه الله عز وجل[540].

ومعلوم أن مسؤولية الطبيب لا تقوم إلا إذا توافرت أركانها، الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما، ومن بين الأخطاء التي قد يرتكبها الطبيب أثناء أدائه لمهامه عدم الحصول على رضا المريض [541].غير أن في عملية التغيير الجنسي، فرضا الشخص المريض نفسيا متوفر إلا أنه لا يعتد به ولا يمكن للطبيب الإحتجاج به، كونه يمس بحرمة الكائن البشري المتعلق بالنظام العام بل بالنظام الطبيعي[542].

---

[538]–عبد القادر الشيخلي، التنظيم الأخلاقي لعلاقة الطبيب بمريضه في الشريعة الإسلامية والمواثيق الدولية والنظم العربية المعاصرة، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي قضايا طبية معاصرة،مج04، ، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية،1431هـ ، ص.3527 .

[539]–تنص المادة 93 ق.م.ج على أنه: « إذا كان محل الإلتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا » .

[540]–تشوار جيلالي، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص. 34؛ المؤلف نفسه، حق الشخص في التصرف في جسمه، الرتق العذري والتغيير الجنسي نموذجا، م.ع.ق.إ.س، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، 2008، ع06، ص.72.

[541]–فريحة كمال، المسؤولية المدنية للطبيب، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2010،ص195.

[542]–تشوار جيلالي، الزواج والطلاق...، المرجع نفسه ، ص.35.

ومن زاوية الدفع بعدم المسؤولية من جانب الطبيب الذي أجرى عملية التغيير الجنسي، فإن هذا الأخير لا ينفعه الدفع بإثباته أنه لم يرتكب أي خطأ كان سببا في المساس بالسلامة البدنية للشخص محل التغيير حسب ما تقضي به المادة 239 من قانون حماية الصحة وترقيتها[543].

إن القاضي المدني في مجال عملية التغيير الجنسي لا يمكنه على الإطلاق تأسيس حكمه على مسألة رضا الشخص محل التغيير أو الإلتفات إلى دفع الطبيب بعدم ارتكابه لأي خطأ، كون أن هذه العملية من أساسها لا تتسق مع الأعمال الطبية والأصول الفنية للمهنة[544].

إن الشخص محل التغيير كونه لحق به ضررا جراء عملية التغيير يكون صاحب الحق في المطالبة بالتعويض ما دام أهلا لرفع الدعوى. غير أنه إذا توفي فالحق ينتقل إلى خلفه حسب ما تقضي به القواعد العامة[545].

ثالثا:التغيير الجنسي وقانون الحالة المدنية.

تعتبر حالة الشخص داخل المجتمع ذات أهمية قصوى، إذ على أساسها تبنى الإلتزامات والحقوق، لاسيما ما تعلق بجنس الشخص. ولقد عني المشرع من خلال إلزام ضابط الحالة المدنية على ضرورة تبيان جنس الطفل بعد ولادته إلى جانب اسمه ولقبه عند تحريره لعقد الميلاد، حسب ما نصت عليه المادة 63 من قانون الحالة المدنية[546].

---

[543]-تنص المادة 239 من قانون حماية الصحة وترقيتها على أنه: « يتابع طبقا لأحكام المادتين 288 و289 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 ويلحق ضررا بالسلامة البدنية لأحد الأشخاص أو بصحته أو يحدث له عجزا مستديما أو يعرض حياته للخطر أو تسبب في وفاته » .

[544]-أنظر في هذا المعنى، داودي صحراء، مسؤولية الطبيب في الجراحة التجميلية، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة ورقلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية،2005-2006، ص.67؛ تشوار جيلالي، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.35.

[545]-تشوار جيلالي، الزواج والطلاق...، المرجع نفسه، ص.36.

[546]-المادة 63 من الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 19 ذي الحجة 1389هـ الموافق 19 فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية، ج.ر، ع21، بتاريخ 1970/02/28.

وقد تكون عقود الميلاد أحيانا عرضة للتعديل تماشيا وحالة الشخص، وفي هذا الصدد نص المشرع بموجب المادة 29 ق.م على أنه« يسري على اكتساب الألقاب وتعديلها القانون المتعلق بالحالة المدنية ».

وفي هذا الشأن فإن الشخص الذي خضع لعملية تغيير الجنس قد تغيرت حالته. غير أن قانون الحالة المدنية لم يتضمن نصا قانونيا يسمح للمتغير الجنسي تصحيح عقود حالته المدنية، ذلك أن ما جاء في المواد من 49 إلى 57 لا يمكن تطبيقها على حالة هذا الأخير وإن أمكن القول أن هناك نقصا تشريعيا قد يفسر على أنه اعتراف ضمني بإمكانية تبديل الحالة المدنية للمتحول الجنسي. إلا أن التفسير الموسع للمصلحة المشروعة التي أوردها نص المادة 57 من نفس القانون كقيد على إجراء التعديلات على عقود الحالة المدنية يمكننا من القول أن عملية التغيير الجنسي ما دامت لا تنطوي على مثقال ذرة للمصلحة المشروعة، بل هي مفسدة عظمى تبقى في نظر ذات القانون غير مباحة[547].

غير أن ما نلحظه على المشرع أنه لم يتعرض لحالة الخنثى الحقيقي الذي خضع لعملية تثبيت الجنس، مما يفهم معه العمل بأحكام المادة 222 ق.أ.ج التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية وبالتالي يمكن للقاضي بعد رفع دعوى التصحيح أمامه إصدار حكمه بتعديل عقد الميلاد للشخص الذي تم تثبيت جنسه بعد التأكد من خضوع الشخص لفحص طبي دقيق وتوفر جميع الشروط التي أوجبها الفقه الإسلامي[548].

ولكن إذا تغير جنس أحد الزوجين فما هو موقف الزوج الآخر من هذا التصرف؟ وما هو مصير العلاقة الزوجية؟ ذلك هو فحوى المطلب الموالي.

[547]- تشوار جيلالي، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.36-37.

[548]-أنظر، ص.155 من هذا البحث.

المطلب الثالث

مدى تأثير التغيير الجنسي لأحد الزوجين على فك الرابطة الزوجية

إن من الآثار الناجمة عن واقعة الهروب من الجنس الطبيعي للشخص والإلتحاق بالجنس الآخر، المساس بوحدة الروابط الأسرية بمجملها، بما فيها العلاقة الزوجية حالة إذا كان المتحول جنسيا متزوجا رجلا أو امرأة، ذلك أن العلاقات الإجتماعية مبنية على إلتزامات وحقوق تترتب في ذمة كل فرد، فالمتصور أنه لا يمكن بتاتا للزوج الذي غير جنسه أن يمارس واجباته الزوجية تجاه زوجته أو سلطته الأبوية ناحية أبنائه، وفي المقابل لا يمكن للزوجة التي غيرت جنسها أن تلعب دورها الأنثوي إزاء زوجها ولا أن تكون قادرة على تربية وحضانة أولادها، مما يعني أن هناك هدرا للحقوق الزوجية وقلب للمراكز القانونية.

فكيف يمكن لعملية التغيير الجنسي لأحد الزوجين أن تؤثر على الحياة الزوجية؟ وهل بالإمكان أن يصل ذلك إلى حدود فك الرابطة الزوجية؟

لإيضاح ذلك سنتطرق للحقوق الزوجية المتأثرة بعملية التغيير الجنسي (الفرع الأول)، ثم التكييف الفقهي القانوني لفك الرابطة الزوجية بعد إقدام أحد الزوجين على تغيير جنسه(الفرع الثاني).

الفرع الأول

الحقوق الزوجية المتأثرة بعملية التغيير الجنسي

معلوم أن أساس الرابطة الزوجية هو الحقوق والواجبات المتبادلة بين طرفيها ولقد رسمت الشريعة الإسلامية حدودها لأجل بلوغ مقاصده وضمان استمراره، فيقع على عاتق كلا الزوجين القيام بما عليه وله الحق في تحصيل ما لديه من استمتاع وإعفاف وإنجاب. وبهذا يمكن لعملية التغيير الجنسي أن تؤثر على العلاقة الزوجية بالإنتقاص من بعض الحقوق أو إلغائها ولعل أهم تلك الحقوق ما يلي:

أولا:حق الإستمتاع[549]:

إن حق الإستمتاع هو من الحقوق المترتبة على عقد الزواج، إذ يجب على كل من الزوجين أن يعاشر زوجه بالمعروف وأن يمكن كل منهما نفسه للآخر لغرض الإستمتاع والتلذذ، لأن هذا الحق هو مشترك بين الزوجين، فالمرأة كما تحل لزوجها فزوجها يحل لها وللزوج مطالبة زوجته بالوطء وقت ما شاء إلا عند وجود سبب شرعي مانع وللزوجة هي الأخرى أن تطالب زوجها بالوطء وعلى الزوج الإستجابة، لأن ذلك يدخل في حسن المعاشرة واستمرارية النكاح ويندرج هذا في معنى قول الله عز وج« .. لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ » [550]

ثانيا:حق الإعفاف:

تتضح حقيقة الإعفاف من تعريفه اللغوي [551]، وهي حبس النفس عما هو قبيح وضبطها لئلا تنساق وراء الشهوة، إذ لا يعتبر الشخص عفيفا ولا متزنا إذا ساقته شهوة بطنه إلى الإكثار من الأطعمة حتى تفقده ثروته، ثم يبسط يده للإستدانة من الناس سواء أعطوه أو منعوه ولو أنه اعتدل في نفقته لكفاه ماله، فكذلك هو حال المتزوج والمتزوجة إذ على كل منهما الإبتعاد عن كل ما يدعوا إلى الريبة وصون شرف الطرف الآخر[552].

ثالثا:حق السلامة من العيوب:

إن حق سلامة الزوجين من أي عيب من أهم الحقوق التي تناولها الفقهاء في كتاب النكاح وما دام أن الهدف الأساسي من الزواج هو التناسل وحفظ النوع البشري، فإن وجود أي عيب مانع لا محالة سيؤثر على استمرار العلاقة الزوجية ولعل التغيير الجنسي له تأثير مباشر على ذلك لكون أن مثل هذه العملية تمس أعضاء الذكورة والأنوثة للزوجين، فبمقتضاها لا يصير بالزوج عيب الجب والعنة والخصاء فحسب بل يتعداه الأمر إلى إتحاد جنس الزوجين.

---

[549]–الإستمتاع، طلب التمتع، والتمتع : الإنتفاع، يقال إستمتعت بكذا وتمتعت به: إنتفعت، واصطلاحا، لا يخرج استعمال الفقهاء له عن المعنى اللغوي، محمود عبد الرحمن عبد المنعم، المرجع السابق، ج01، ص.160.

[550]–سورة الممتحنة، جزء من الآية 10.

[551]–العفة في اللغة، الكف عما لا يحل ولا يحمل، يقال عف الرجل وعفت المرأة عن المحارم، يعف عفة وعفا وعفافا، فهو عفيف، ولا يخرج المعنى الإصطلاحي عن المعنى اللغوي، الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج30، ص.162.163

[552]–إلغات ربيحة، المرجع السابق، ص.25.

رابعا:الحق في الإنجاب وتكوين أسرة

سبق لنا التفصيل في مسألة الإنجاب ضمن المبحث الثاني من الفصل الأول من هذا البحث، وما نشير إليه هو أن عملية التغيير الجنسي يترتب عنها حرمان أحد طرفي العلاقة الزوجية من حقه في الإنجاب وتكوين أسرة، ذلك أن الزوج محل عملية التغيير الجنسي قد أصبح مشابها لجنس زوجه الآخر مما يستحيل معه استمرار العلاقة الزوجية.

إن هذه الحقوق التي تعرضنا إليها قد أشار إليها المشرع بموجب المادة 04 و 36 من قانون الأسرة.

وإذا كانت تلك هي أهم الحقوق التي من شأنها أن تتأثر بعملية التغيير الجنسي، فما مصير الرابطة الزوجية بعد أن أصبح طرفيها من جنس واحد؟ ذلك ما نفصله في الفرع الموالي.

الفرع الثاني

التكييف الفقهي والقانوني لفك الرابطة الزوجية بسبب التغيير الجنسي

لقد رأينا بأن الزوج الذي يقدم على عملية تغيير جنسه يكون مدفوعا بأحد الأسباب، إما دافع نفسي- يضاف إليه الدوافع الإجتماعية- أو دافع وراثي، لذلك سنعالج فك الرابطة الزوجية بالنظر إلى الدافع الذي كان وراء تغيير الزوج لجنسه.

وقد تطرق فقهاء الشريعة الإسلامية إلى مسألة زواج الخنثى، فقال المالكية والشافعية والحنابلة بأن زواج الخنثى المشكل زواج باطل [553] ، وإن وجد قول للشافعي أن الخنثى المشكل ينكح بأيهما شاء، فإذا نكح بأحدهما لم يكن له أن ينكح بالآخر[554].

[553]-أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب الرعيني، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج 05، ط01، دار الكتب العلمية، بيروت، 1995، ص.148؛ جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، المرجع السابق، ص 245؛ الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج20، ص.27.

[554]-محمد بن إدريس الشافعي، الأم، تح. رفعت فوزي عبد المطلب، ج06، ط01، دار الوفاء، المنصورة، 2001، ص.112.

أما الحنفية في المقابل فقالوا بأن زواج الخنثى المشكل موقوف لا يحكم ببطلانه ولا بصحته إلى أن تتضح حقيقته بظهور علامات الذكورة أو الأنوثة[555].

هذا وإنه في الواقع الإجتماعي يمكن تصور إبرام الخنثى لعقد زواج حسب ظاهره، إلا أن حقيقته ستكتشف بمجرد وقوع الدخول ومحاولة الإتصال الجنسي بين طرفي العلاقة الزوجية إذ يتأكد بأن الزوج الخنثى الذي أبرم عقد الزواج على أنه رجل ما هو في حقيقة الأمر إلا أنثى أو أن الزوج الخنثى الذي أبرم العقد على أنه امرأة ما هو إلا رجل لعدم قدرتها على معاشرة الرجال.

وما دام الأمر كذلك، فإن عملية تثبيت الجنس على حسب هذه الحالة سيكون لها الأثر البين على العلاقة الزوجية ولا مفر من وجود حالتين بعد عملية التثبيت، فإما أن تؤدي العملية الجراحية إلى تثبيت جنس الزوج على ظاهره وإما أن تكشف عن الجنس الحقيقي للزوج والذي هو عكس ظاهره. ويترتب على ذلك إمكانية استمرار العلاقة الزوجية بين المثبت وزوجه في الحالة الأولى أو بطلان الزواج بين المثبت وزوجه في الحالة الثانية[556].

فبالنسبة للحالة الأولى، فالزوج الخنثى الذي أجرى عملية جراحية وثبت جنسه على ظاهره، فيمكن أن تستمر الحياة الزوجية معه. غير أن الزوج الآخر إذا طالب بفك الرابطة الزوجية قبل الجراحة لعيب الخنوثة فله ذلك لأنه عيب يثبت به الخيار وهو قول الحنفية والشافعية ووجه للحنابلة [557]، إلا أنه يشترط أن لا يكون عالما به وقت العقد أو رضي به بعده[558].

وحسب رأي البعض فإن رضا زوج المريض بإجراء زوجه عملية تثبيت الجنس، لا يمكن اعتباره تنازلا ضمنيا عن حقه في طلب فسخ النكاح لعيب الخنوثة، فربما يكون قبوله ذلك من باب الحفاظ على شعور زوجه المقدم على العملية الجراحية أو أملا في شفائه وإمكانية المعاشرة بصورة عادية بعد الجراحة ويبقى حقه في الفسخ قائما ما لم يصدر منه ما يدل على رضائه بالعيب[559].

---

[555]–شمس الدين السرخسي، المرجع السابق، ج30، ص.106، 110، 113، 114؛ الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ص.27.

[556]–الشهابي إبراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص.419–420؛ طارق حسن كسار، المرجع السابق، ص.230.

[557]–علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ج 03، ص.595؛ أبي زكريا يحي بن شرف النووي، المرجع السابق، ج 07، ص.178؛ لموفق الدين بن قدامة المقدسي، المرجع السابق، ج10، ص.59.

[558]– لموفق الدين بن قدامة المقدسي، المرجع نفسه ، ص.61.

[559]–الشهابي إبراهيم الشرقاوي، المرجع نفسه، ص. 420.

أما الحالة الثانية، فإذا أدت جراحة تثبيت الجنس إلى كشف عن حقيقة جنس الزوج بعكس ظاهره الذي أبرم على أساسه عقد زواجه، أي أن كان رجلا وأصبح امرأة أو كانت امرأة وأصبحت رجلا، فلا لبس في القول ببطلان الزواج بطلانا مطلقا لاتحاد جنس الزوجين. وما نعلمه أن من أهم أركان الزواج الصحيح أن يكون بين رجل وامرأة وهذا ما نص عليه المشرع صراحة في نص المادة 04 ق.أ.ج.

إن الحالة الثانية التي أوردناها تتوافق وعملية التغيير الجنسي بدافع نفسي، بل يتعدى حكمها إلى القول بانعدام الزواج بسبب إتحاد الجنس حسب نظرية الجنس البسيكولوجي، وهذه الحالة تكون مطابقة تماما لحالة وقوع الغلط أثناء الولادة[560].

والأهم هو معرفة كيفية إنهاء العلاقة الزوجية في ظل نصوص قانون الأسرة وبإسقاط القواعد العامة. فالقول أن زوج المقاطع الجنسي يمكنه التمسك بأنه وقع في غلط جوهري يكمن في عدم علمه بالحالة الجنسية الحقيقية لزوجه، بحيث لو علم به قبل العقد لما أقدم على الزواج به، وله الحق في إبطال العقد في ظل كل الضمانات اللازمة لحماية مصالح أفراد العائلة دون المساس بمصالح المجتمع[561].

إن فك الرابطة الزوجية في هذا المقام يمكن أن يكون بالطلاق أو التطليق فللرجل التمسك بالطلاق على الوجه المطلق وللمرأة التمسك بالتطليق بموجب أحكام المادة 53 في فقرتها الثانية والثالثة، كون أن زوجها به عيب من العيوب التي حالت دون تحقق الهدف من الزواج وأنه هجرها في المضجع أكثر من أربعة أشهر، ولعل ذلك يدخل كذلك ضمن الفقرة العاشرة من نفس المادة لأن الزوجة تضررت من حالة زوجها، على أن يبقى سبيل الطلاق بالتراضي بين الزوجين أفضل لفك الرابطة الزوجية في هذه المسألة[562].

[560]– تشوار جيلالي، الزواج والطلاق ...، المرجع السابق، ص.38-39.

[561]– تشوار جيلالي، الزواج والطلاق ...، المرجع نفسه، ص.40.

[562]– تشوار جيلالي، الزواج والطلاق ...، المرجع نفسه، ص.40.

وما نبدي به من رأي هنا، هو أن زوج المغير جنسه أو المثبت جنسه له الحق في حل الرابطة الزوجية في كل الأحوال، فبالنسبة لحالة المتغير جنسيا فالأمر ليس محل للجدل وواضح كل الوضوح، كون أن الزوج المقاطع لجنسه قد تنصل من خلقته وهذا فعل محرم شرعا وممنوع قانونا. أما بالنسبة لحالة تثبيت الزوج الخنثى لجنسه، فبالرغم من إمكانية استمرار الرابطة الزوجية إذا كانت نتائج الجراحة أدت إلى توافق الجنس الحقيقي مع الجنس الظاهر المبرم على أساسه عقد الزواج، فإنه يمكن للزوج الآخر حل الرابطة الزوجية بالطرق المتاحة له قانونا، بسبب استحالة عودة زوجه إلى جنسه الحقيقي بالصورة التامة.

هذا وإن كنا نسلم بالتطور الذي وصلت إليه الجراحة الطبية، ولعل موقفنا هذا يرتكز على اعتبار أن الخنوثة من العيوب التي توجب الخيار تماشيا ورأي الفقهاء القائلين بذلك، إذ أن الزوج المثبت لجنسه يكون قد اكتسب بعض صفات الجنس الذي أشكل عليه وإن رجع في مظهره إلى الجنس الحقيقي باستئصال ما كان زائدا في جسمه. كما يجد الزوج الآخر صعوبة في محو الصورة التي كان عليها، فتعافه نفسه ولا يمكنه الإستمتاع به وهذا هدر لمقصد الزواج ويتحقق الضرر والضرر لابد أن يزال، ولا حل غير فك الرابطة الزوجية وللزوج المثبت لجنسه المجال الواسع للزواج بطرف آخر لم يطلع على حالته التي كان عليها.

ولم يقتصر دور التطور الطبي على المساس بالمظهر الخارجي لجسم الإنسان وما ترتب عليه من آثار على الحياة الزوجية للفرد، بل تعداه حتى إلى الكشف عن كل ما يكتنف الجسم من آلام وأمراض بجميع أصنافها، ابتداء بوجود الفيروس المسبب للمرض إلى حين مرحلة الظهور البين له وبالأخص إذا كان المرض مزمنا ومعديا وكان المصاب به مرتبطا بعلاقة زوجية، فالمحتم هنا هو تأثر تلك العلاقة الزوجية إلى حد مطالبة الزوج السليم بالفرقة وفك الرابطة الزوجية ذلك هو محور المبحث الموالي.

المبحث الثالث

الأمراض المزمنة وأثرها على فك الرابطة الزوجية

عرف الإنسان منذ القدم أمراضا مزمنة معدية كانت تصيبه بشكل فردي أو جماعي مثل الطاعون والجدري وغيرها، أودت بحياة الملايين من البشر إلا أن مسبباتها كانت خفية. لكن مع بروز الإكتشافات الطبية وبالأخص في مجال الكائنات الحية الدقيقة تمكن من تأكيد دور هذه الأخيرة في الإصابة بالمرض، فقد تم اكتشاف ميكروب التدرن سنة 1882 ثم ميكروب الكوليرا سنة 1883[563] واستمرت الإكتشافات لأنواع كثيرة من الفيروسات الناقلة للمرض أبرزها فيروس مرض الإيدز ومرض الإلتهاب الكبدي الوبائي.

وفي الجانب الآخر اكتشفت أمراض مزمنة غير معدية كمرض السرطان، إلا أنها فتاكة تنهك جسد الشخص المصاب بها وأكثر من ذلك تفقده توازنه وتحد من قدراته الجسدية والعقلية.

إن هذه الأمراض كان لها التأثير في استمرارية الحياة الزوجية عند إصابة أحد الزوجين وصل إلى حدود طلب الإنفصال والفرقة من الزوج المصاب، لذلك فما هي حقيقة الأمراض المزمنة؟ وما مدى تأثيرها على الحياة الزوجية؟ وما هو رأي الفقه الإسلامي وموقف القانون الجزائري منهما؟

للإجابة على ذلك نتطرق للأمراض المزمنة المعدية في المطلب الأول، ثم الأمراض المزمنة غير المعدية ضمن المطلب الثاني.

المطلب الأول

الأمراض المزمنة المعدية وأثرها على فك الرابطة الزوجية

كما ذكرنا أن حلول المرض المزمن المعدي بالأسرة سيؤثر تأثيرا جليا على تكاملها ووحدتها، وإن كان في الوقت الحالي أصبح بالإمكان التقليل من آثارها السلبية نتيجة التطور الطبي في مجال الدواء والعلاج للكثير من أنواعها. غير أن الطب قد عجز عن التصدي لمسببات أنواع أخرى، كفيروس مرض الإيدز ومرض الإلتهاب الكبدي الوبائي.

[563]– عثمان الكاديكي، الأمراض المعدية، ط03، ، الدار الجماهرية، مصراتة، 1998، ص.06.

لذلك سيقتصر بحثنا في نطاق هذين النوعين دون سواهما بتبيان ماهية الأمراض المزمنة المعدية(الفرع الأول)، ثم مدى تأثير الأمراض المزمنة المعدية على الحياة الزوجية(الفرع الثاني) وأخيرا رأي الفقه الإسلامي وموقف القانون الجزائري من هذه الأمراض(الفرع الثالث).

الفرع الأول

ماهية الأمراض المزمنة المعدية

الأمراض المزمنة المعدية هي تلك الأمراض التي بإمكانها أن تنتقل من شخص مصاب إلى شخص سليم بسبب الجراثيم الممرضة pathogens أو الطفيليات parasites، وبصفة عامة فإن الأسباب التي تؤدي إلى الإصابة بها في الغالب تكمن في قدرة تلك الميكروبات على الإنتشار السريع وغزوها لجسم الشخص السليم وكذا مدى شراستها والعدد المتسرب منها إلى جسم المريض، إذ أنه كلما زادت كمية الميكروبات الداخلة إلى الجسم أخفقت وسائله الدفاعية في رد المرض[564].

سنفصل في هذا بالحديث عن مرض الإيدز(أولا)، ثم مرض الإلتهاب الكبدي الوبائي (ثانيا).

أولا: مرض الإيدز.

سندرس تعريف مرض الإيدز (أ)، ثم أسباب الإصابة به(ب)، وأخيرا طرق الوقاية منه(ج).

أ-تعريف مرض الإيدز.

الإيدز هو مرض عضوي يصيب جسم الإنسان وكلمة AIDS هي مختصر للإسم العلمي باللغة الإنجليزية لهذا المرض وتعني بالتفصيل مايلي[565]:

-حرف A: AQUIRED وتعني المكتسب.

-حرف I: IMMUNE وتعني المناعة، أي جهاز مناعة الإنسان.

-حرف D: DELICIENCY وتعني نقص أو فقدان أو اختفاء.

-حرف S: SYNDROME وتعني متلازمة، أي جملة من الأعراض المميزة لمرض معين.

---

[564]-منظمة الصحة العالمية، الكتاب الطبي الجامعي، تمريض صحة المجتمع، إع، نخبة من أساتذة الجامعات في العالم العربي، أكاديميا إنترناشيونال، بيروت، 2006، ص.359-360.

[565]-فاروق مصطفى خميس، قاموس الإيدز الطبي-مرض العصر،إع. محمد رفعت، ط01، دار مكتبة الهلال،بيروت، 1987، ص.07-08.

إن هذا المرض هو ظاهرة يصاب بها الشخص بالإكتساب، ينتج عنها هدم الجهاز المناعي للشخص والذي وهبه الله عز وجل لنا ومن مكونات هذا الجهاز كرات الدم البيضاء والجهاز اللمفاوي [566] ويمكن أن نسميه بمرض نقص المناعة المكتسبة أو الفشل المناعي[567].

يمكن أن يكون فقدان المناعة لدى الإنسان بصفة وراثية على هذا الأساس أضيفت كلمة –مكتسب– لإحداث الفرق بينهما، حيث أن مناعة الإنسان قد تنخفض عند الأشخاص الذين يصابون بأمراض مزمنة أخرى تحتاج إلى تعاطي بعض العقاقير كالأورام الخبيثة أو عند تلقي كمية عالية من مادة الكوريتيزون أو علاجا يؤدي إلى إنقاص المناعة لأجل نقل الأعضاء[568].

ب–أسباب الإصابة بمرض الإيدز.

لقد أثبتت الأبحاث العلمية أن مرض الإيدز يصنف ضمن خانة الأمراض المعدية، لذلك فإن احتمال الإصابة به ليس ببعيد كون أن انتقاله يكون بإحدى الأسباب التالية:

1–عن طريق تلقي السائل المنوي:

يعد السائل المنوي غنيا بالكريات البيضاء مما يجعله شديد العدوى، نظرا لتواجد أعدادا جد كبيرة لفيروس هذا المرض[569]. ومعلوم أن السائل المنوي لا ينتقل بين الأشخاص إلا بطريق الإتصال الجنسي الطبيعي، أي بالعلاقة الجنسية القائمة بين رجل وامرأة سواء في إطار علاقة زوجية شرعية أو في إطار علاقة غير شرعية أي الزنا، وإما شذوذ جنسي ويتمثل في تلك العلاقة الجنسية بصورة اللواط.

كما يمكن أن ينتقل بعملية التلقيح الإصطناعي وتتجسد العدوى حالة قيام الأطباء القائمين على تلك العملية مباشرة دون فحص الحيوانات المنوية.

---

[566]–الجهاز اللمفاوي عبارة عن سائل مائي يدخل في تركيب الدم يعمل كوسيط لنقل الأكسجين والمواد الغذائية من الدم إلى خلايا الجسم وفي الوقت ذاته يجمع المخلفات الذائبة من هذه الخلايا ويعود بها إلى الدم لتتم عملية الطرح عن طريق الشعيرات الرقيقة والمنتشرة في الأنسجة بين خلايا الجسم؛ زهير الكرمي، محمد سعيد صباريني، سهام العقاد العارف، المرجع السابق،ص.58.

[567]–فاروق مصطفى خميس، المرجع السابق، ص.10.

[568]–محمد علي البار، الأمراض الجنسية أسبابها وعلاجها، ط02، دار المنارة، جدة، 1986، ص.133.

[569]–محمد أحمد البديرات، مدى اعتبار الإيدز مرض موت وتأثيره في تصرفات المريض في القانون الأردني والفقه الإسلامي–دراسة مقارنة، مجلة جامعة دمشق للعلوم الإقتصادية والقانونية، مج22، 2006، ع01، ص.56.

2-عن طريق نقل الدم ومشتقاته:

يتجسد ذلك في حالة نقل الدم أو أحد مركباته وهو ملوثا بفيروس الإيدز من شخص لآخر، مما يعرض جسم الشخص المتلقي إلى الإصابة بالمرض، ومعلوم أن نقل الدم في المستشفيات يستخدم في حالات كثيرة، لاسيما عند إجراء العمليات الجراحية أو نقل الأعضاء أو حتى بالنسبة للشخص المصاب بالنزيف والذي يكون دمه مصابا بمرض سيولة الدم(الهيموفيليا) الناعورية، فلتجنب حدوث الوفاة لابد من إعطائه دما طازجا[570].

3-إستعمال الحقن والأدوات الملوثة بفيروس الإيدز:

يؤدي استخدام الحقن والآلات الملوثة بالفيروس إلى انتقال العدوى والصور الغالبة لانتقال هذا المرض بهذه الطرق تكمن فيما يلي:

أ-إستعمال أدوات الجراحة والحقن الطبية وبالأخص في مجال العمليات الجراحية دون استبدال الحقن أو تعقيم الأدوات الجراحية وكذلك في المختبرات ويرجع ذلك إلى الإهمال واللامبالاة[571].

ب-الحقن بالمخدرات: ينتقل فيروس هذا المرض بين فئة مدمنوا المخدرات نتيجة تداولهم على إبر الحقن في الوريد أو ما يسمى بالزرق[572].

ج-أجهزة تصفية الكلى: تكون فئة المرضى بعجز الكلى مهددة بإصابتهم بعدوى فيروس نقص المناعة المكتسبة، جراء خضوعهم للعلاج بواسطة أجهزة غسيل الكلى وبالإمكان أن تكون هذه الأجهزة غير معقمة بين الإستعمال والآخر، علما أن هذه الأجهزة ليست لمريض بذاته وإنما تستعمل لعلاج كل المرضى القاصدون لتلك العيادة المتخصصة[573].

---

[570]-إبراهيم بن سعد الهويمل، جريمة نقل مرض نقص المناعة المكتسبة، بحث مقدم لاستكمال الحصول على درجة الماجستير في العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، قسم العدالة الجنائية،2009،ص.38؛محمد علي البار،الأمراض الجنسية...، المرجع السابق، ص.141.

[571]-إبراهيم بن سعد الهويمل، المرجع نفسه، ص.39.

[572]-محمد علي البار، المرجع نفسه، ص.141.

[573]-أحمد حسني أحمد طه، المسؤولية الجنائية عن نقل عدوى الإيدز في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007،ص.11-12.

4-نقل وزرع الأعضاء البشرية:

معلوم أن انتزاع عضو من شخص مصاب بمرض نقص المناعة المكتسبة وزرعه في جسم مريض آخر سيؤدي حتما إلى انتقال المرض إلى جسم الشخص المستقبل، كما في حالة زرع الكلية والقلب أو القرنية.[574]

5-إنتقال المرض من الأم إلى جنينها:

يمكن أن ينتقل المرض من الأم إلى جنينها بإحدى الطرق التالية:

-بالدورة الدموية للأم إلى الجنين عبر المشيمة.

-لحظة الولادة وعند ابتلاع الجنين لدم الأم أو أحد سوائل الجسم الحاملة للمرض.

-بعد الولادة وأثناء الإرضاع فهو ينتقل عبر الحليب[575].

6-عن طريق اللعاب:

توصلت الدراسات الطبية إلى أن فيروس نقص المناعة المكتسبة يمكن أن ينتقل عبر اللعاب، خاصة عند حدوث خدوش على مستوى الشفتين والفم[576].

إذا كانت تلك هي الوسائل التي يمكن أن ينتقل بواسطتها فيروس نقص المناعة المكتسبة، فما هي الطرق التي من شأنها أن تساعد على توخي الإصابة بهذا الفيروس؟

ج-طرق الوقاية من مرض الإيدز.

من منطلق أن الوقاية خير من العلاج، ارتأينا الإشارة إلى بعض التدابير اللازمة للوقاية من هذا المرض وقد أجملنا ذلك في تدابير شرعية واجتماعية وأخرى صحية.

---

[574]-محمد أحمد البديرات، المرجع السابق، ص.09؛ إبراهيم بن سعد الهويمل، المرجع السابق، ص.40.

[575]-عبد الحليم محمد منصور علي، الجنس بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي المسموح والممنوع في فراش الزوجية-دراسة فقهية مقارنة، ط01، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2013، ص.309-310.

[576]-صالح حسين أبوزيد، الأمراض الحديثة وأثرها على استمرار الحياة الزوجية في الفقه الإسلامي-السرطان، الإيدز، الإلتهاب الكبدي الوبائي-،ط01، دار الثقافة، الأردن، 2012، ص.193؛ يوسف الحاج أحمد، موسوعة الإعجاز العلمي في القرآن والسنة المطهرة، ط 02، مكتبة دار ابن حجر، دمشق، 2003، ص.644.

1-التدابير الشرعية:

هناك مسائل هامة حثت عليها الشريعة الإسلامية إذا ما روعيت، فإنها بالتأكيد ستساعد بشكل فعال على تفادي انتقال مرض متلازمة نقص المناعة المكتسبة وهي تتمثل فيما يلي:

أ-التشجيع على الزواج وتسهيله: يعتبر الزواج المنفذ الوحيد والشرعي لتمكين الشباب من إشباع غرائزهم وتجنب الوقوع في المحرمات، مصداقا لما جاء في حديث عمر بن حفص عن الأعمش عن عمارة عن عبد الرحمن بن يزيد عن عبد الله أن النبي صلى الله عليه وسلم قال:" يا معشر الشباب من استطاع الباءة فليتزوج، فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء"[577].

ب-إجتناب الفواحش: لقد نهت الشريعة الإسلامية عن ارتكاب الفواحش وأمرت بالإبتعاد عن السبل المفضية إليها، بدء بتفادي الإختلاط بين الجنسين لعدم إثارة الشهوات والوقوع في الزنا كونه من الأسباب الرئيسية للإصابة بمرض الإيدز. يضاف إلى ذلك ضرورة تجنب كل فعل يعد من الشذوذ الجنسي كاللواط.

2-التدابير الإجتماعية: تكمن هذه التدابير فيما يلي:

أ-يتوجب على المصاب بفيروس الإيدز الإمتناع عن الزواج من شخص معافى لتجنب نقل العدوى إليه وإنجاب أطفال مصابين بنفس المرض.

ب-على المرأة المصابة بهذا المرض أن تمتنع عن الإنجاب والحمل لتفادي انتقال العدوى للجنين قصد المحافظة على النسل.

ج-تدريس موضوع فيروس نقص المناعة المكتسبة على مستوى المؤسسات التربوية، وفي هذا المجال وضع المكتب الدولي للتربية سنة 2001 برنامجا شاملا لذلك بغية التحسين الجذري للوقاية من هذا الفيروس[578].

[577]-صحيح البخاري، المرجع السابق، ح.ر 5066، كتاب النكاح، ص.1293.

[578]-دليل إدراج تدريس فيروس نقص المناعة البشرية الإيدز في المناهج الرسمية، المكتب الدولي للتربية، اليونسكو، جنيف، النسخة الثالثة، 2006،ص.01.

3-التدابير الصحية: تتمثل فيما يلي:

أ-التثقيف والتوعية الصحية حول انتقال العدوى نتيجة الإتصالات الجنسية، مع توضيح مخاطر هذا الفيروس[579].

ب-التحسيس على ضرورة إجراء الفحص الطبي قبل الزواج للتأكد من خلو الطرفين من فيروس هذا المرض.[580]

ج-إعطاء تعليمات صارمة للمؤسسات الصحية، بإجراء الفحص المسبق للراغب في التبرع بالدم أو أي عضو من أعضائه للتثبت من خلوه من الفيروس[581].

ثانيا: مرض الإلتهاب الكبدي الوبائي.

سنوضح تعريف مرض الإلتهاب الكبدي الوبائي (أ)، ثم أسباب الإصابة به(ب)، وأخيرا طرق الوقاية منه(ج).

أ-تعريف مرض الإلتهاب الكبدي الوبائي.

الإلتهاب الكبدي عبارة مركبة سنفصل فيها تبعا لما يلي:

-**إلتهاب:** مصدر إلتهب وهو جملة الإنفعالات التي تحصل في جزء من عضو بفعل عامل مرضي كالتهاب اللوزتين، الأذن الوسطى، الحنجرة والفم[582].

-**الكبد:** هو أكبر عضو في جسم الإنسان، إذ يزن حوالي 1200 إلى 1500 غ وشكله يشبه الهرم راقدا على جنبه ويتواجد في الربع العلوي الأيمن للبطن. كما ينقسم إلى فص أيمن كبير وفص أيسر صغير يفصلهما الرباط المنجلي، حيث يتكون كل فص من ملايين من الوحدات الكبدية تدعى فصيصات وكل واحدة منها تتألف من كثير من الخلايا المرتبة حول وريد مركزي[583].

---

[579]-مسودة الإستراتجية العالمية بشأن توقي ومكافحة الأمراض المنقولة جنسيا، منظمة الصحة العالمية، جمعية الصحة العالمية التاسعة والخمسون، البند11 من جدول الأعمال، 2006/05/18، ص.21.

[580]-مشروع مكافحة أمراض الدم الوراثية (فحص ما قبل الزواج قرار أجيال) ، الغرفة التجارية الصناعية بالإحساء ، العربية السعودية ،2015،ص.04.

[581]-عبد الحميد القضاة، الإيدز حصاد الشذوذ، ط02، ، دار ابن قدامة، بيروت، 1986، ص.103.

[582]-أحمد محمد المختار، المرجع السابق، مج03، ص.2039.

[583]-عبد الرحمن الزيادي، الكبد الدليل المتكامل للكبد الأمراض التشخيص العلاج، ط02، دار الشروق، القاهرة، 2009، ص.37.

إن إلتهاب الكبد الوبائي أو الفيروسي هو تغيرات تصيب الكبد بسبب وجود واحد من خمسة فيروسات يشار إليها (A,B,C,D,E) وهذه الفيروسات وإن كانت تسبب مرضا في الكبد إلا أنها تتفاوت في السمات الوبائية وفي التاريخ الطبيعي وفي الوقاية وفي التشخيص وفي المعالجة[584].

فالفيروس A هو الأكثر انتشارا إلا أنه لا يترك أثرا مزمنا على الكبد، أما الفيروس B فله مصادر متعددة غير أنه يترك أثرا مزمنا على كبد المصاب والفيروس D مرتبط بوجود الإصابة بالفيروس B، أما الفيروس C فهو خطير ومراوغ للجهاز المناعي للجسم وله أثر مزمن على الكبد والفيروس E يتواجد في الغالب حالة الكوارث والفيضانات ولا يترك أثرا مزمنا على الكبد، كما أن هناك فيروس G و TTV تم اكتشافهما حديثا ولم يتم التعرف عن خصائصهما[585].

كما أن هذه الفيروسات تتناسخ داخل خلايا الكبد ثم تسرب جزئيات من مركبات الفيروس إلى جدار الخلية الكبدية، فينتج عنه تحفيز الجهاز المناعي الخلوي لمهاجمة الخلية المصابة والقضاء عليها وبنشاط الخلايا المناعية(ب) وإفرازها لأجسام مناعية تتفاعل وتساعد على تحدد نشاط الفيروس في الدم، ومع تكرر العملية يتشكل تليف[586] وهنا تكمن خطورة هذا المرض[587].

وبالنسبة لمقاومة تلك الفيروسات فقد توصل الأطباء إلى إيجاد لقاحات للتصدي للنوعين A و B[588].

بعد أن وقفنا على تعريف مرض الإلتهاب الكبدي الوبائي سننتقل إلى تبيان الأسباب التي من شأنها أن تؤدي إلى الإصابة بهذا المرض في الفقرة الموالية.

---

[584]–الوقاية من العدوى بإلتهاب الكبد الفيروسي ومكافحتها، إطار العمل الدولي، منظمة الصحة العالمية، موقع الإنترنت www.who.int/topics/hepatitis، ص.05، تاريخ الإطلاع 2015/10/07.

[585]– عبد الرحمن الزيادي، المرجع السابق، ص.54-55.

[586]–التليف هو مرض تتحول به الأنسجة إلى مواد متليفة فاقدة لشكلها وعملها الأصليين ؛ أحمد محمد المختار، المرجع السابق،مج03،ص.2054.

[587]–عبد الرحمن الزيادي، المرجع نفسه ، ص.53-54.

[588]–صالح حسين أبو زيد، المرجع السابق، ص.220؛ منظمة الصحة العالمية، الوقاية من العدوى...، المرجع نفسه، ص.05.

ب–أسباب الإصابة بمرض الإلتهاب الكبدي الوبائي.

–الإلتهاب الكبدي الوبائي A: ينتقل هذا المرض عن طريق الطعام والتراب الملوث بالفيروس، كذلك أن عدم نظافة اليدين بعد الإستنجاء أو اختلاط قنوات الصرف الصحي بالمياه الصالحة للشرب لمن شأنه أن ينقل العدوى، لأن الكبد لدى الشخص المصاب يفرز الفيروس في السائل المراري فينتقل عن طريق البراز بعد اختلاطه بالماء والغذاء فينتج عنه نقل العدوى[589].

–الإلتهاب الكبدي الوبائي B: تكون الإصابة بهذا المرض في حالات نقل الدم الملوث ومشتقاته، أو مختلف إفرازات الجسم كالسائل المنوي وحليب الأم والدموع واللعاب،.كما اكتشف أن هذا الفيروس يمكنه العيش خارج الجسم وبالأخص على الإبر المستعملة في حقن الدم أو المشارط أو حتى بعد تجلط الدم ولمدة ستة أسابيع[590].

–الإلتهاب الكبدي الوبائي C: تحدث العدوى بهذا النوع من الفيروسات نتيجة نقل الدم الملوث ومشتقاته واستعمال المحاقن الملوثة والآلات الجراحية غير المعقمة وأدوات الحلاقة وفرش الأسنان وعند ثقب الأذن والختان.غير أنه لحد الآن لم يتم التأكيد على إمكانية انتقال هذا الفيروس بالعلاقات الجنسية أو من الأم إلى جنينها عند الولادة[591].

–الإلتهاب الكبدي الوبائي D: هذا الفيروس لا ينتقل إلا بين الأشخاص المصابين بالفيروس نوع B، لأن وجوده متوقف على وجود هذا الأخير سواء كان في وقت سابق له أو كانت الإصابة بهما متزامنة[592].

– الإلتهاب الكبدي الوبائي E: إن طرق الإصابة بهذا النوع من المرض مشابهة لما ذكرناه من أسباب انتقال الإلتهاب الكبدي نوع A، أي عن طريق الماء والغذاء، وتزداد العدوى به بازدياد معدلات المراضية والوفيات لدى الحوامل والمواليد. كما ينتقل عن طريق العلاقات الجنسية مع الشخص المصاب به [593].

---

[589]– عبد الرحمن الزيادي، المرجع السابق، ص.66؛ منظمة الصحة العالمية، الوقاية من العدوى...، المرجع السابق، ص.05.

[590]–عبد الرحمن الزيادي، المرجع نفسه، ص.74.

[591]– عبد الرحمن الزيادي، المرجع نفسه، ص.89–90.

[592]–موسوعة الملك عبد الله بن عبد العزيز، إلتهاب الكبد، موقع الإنترنت https://www.kaahe.org/health ، تاريخ الإطلاع 2016/02/09.

[593]–منظمة الصحة العالمية، الوقاية من العدوى...، المرجع السابق، ص.05.

ج–طرق الوقاية من مرض الإلتهاب الكبدي الوبائي.

بعدما فصلنا في أنواع الفيروسات المسببة لمرض الإلتهاب الكبدي الوبائي، فإن الوقاية من هذا الداء تختلف وتتعدد حسب ذلك التفصيل.

فللوقاية من الفيروس A و E لابد من إتباع ما يلي:

–الحرص على النظافة الشخصية الدائمة، يضاف إليها التوعية الجماعية للنظافة العامة.

–تجنب أكل الطعام دون غسل مع الطهي الجيد له وكذلك ضرورة إزالة القشرة الخارجية للفواكه والخضر قبل الأكل.

–الإبتعاد عن الأكل والشرب عند التجار المتجولين في الشوارع[594].

–على كل من يعمل في مجال الغذاء والصرف الصحي والفئات الأكثر عرضة للإصابة به استخدام الطعم الواقي من الفيروس A [595].

أما الفيروس B و C وD فلابد من إتباع ما يلي:

–تجنب الإستخدام المشترك للأدوات الطبية والآلات ذات الإستعمال اليومي كالحقن وفرش الأسنان والمقصات.

–التعقيم الحراري للآلات الطبية[596].

–منع كل مريض مصاب بهذا المرض من التبرع بدمه ويستحسن منحه بطاقة تدل على إصابته[597].

[594]– منظمة الصحة العالمية، الوقاية من العدوى...، المرجع السابق، ص.11.

[595]– عبد الرحمن الزيادي، المرجع السابق، ص.62.

[596]–صالح حسين أبو زيد، المرجع السابق، ص.226.

[597]–عثمان الكاديكي، المرجع السابق، ص.75.

الفرع الثاني

مدى تأثير الأمراض المزمنة المعدية على الحياة الزوجية

يعد المرض داخل الأسرة من أشد الأزمات، خاصة إذا كان من الأمراض التي يندر الإصابة بها وكان الشخص المصاب به هو الزوج أو الزوجة بالنظر إلى مركز كل منهما في العائلة، حيث أن بوادر الأثر المترتب عليه ما تلبث أن تنعكس سلبا على الحياة الأسرية بدء بالمعاشرة الزوجية(أولا)، لتتعدها إلى إحداث الإختلال في مسؤوليات كلا الزوجين(ثانيا).

أولا: تأثير الأمراض المزمنة المعدية على قدرة الزوج المصاب على المعاشرة الزوجية.

كون أننا قد اقتصرنا في بحثنا على نوعين من الأمراض المزمنة المعدية مرض الإيدز ومرض الإلتهاب الكبدي الوبائي، فسنبرز ضمن هذا الفرع كيفية تأثير كل منهما على قدرة الزوج المصاب على المعاشرة الجنسية في الفقرتين الآتيتين.

أ- تأثير مرض الإيدز على المعاشرة الزوجية.

يمكن التفصيل في هذه المسألة من خلال الحديث عن درجة الإصابة بمرض متلازمة نقص المناعة المكتسبة، إذ أن هذا المرض يبرز لدى المصابين بعد فترة تمتد من سنتين إلى ثماني سنوات من زمن انتقال العدوى كمعدل وسطي[598].

لقد حاول الأخصائيون في هذا المجال معرفة مراحل فيروس نقص المناعة المكتسبة، إلا أنهم صادفوا صعوبات عديدة، كون أن المصاب به قد تظهر لديه أعراض أو قد تنعدم مطلقا، إضافة إلى عدم إمكانية تحديد زمن الإصابة وفترة الحضانة عند كل شخص أو أن البعض الآخر لا تتطور حالتهم إلى حد الإصابة الحقيقية بالمرض[599].

[598]-حنان محمد فوزي عبد الرحمن إسماعيل، أحكام مرضى نقص المناعة المكتسبة-الإيدز-في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، جامعة النجاح، فلسطين، قسم الفقه والتشريع، 2001، ص.16.

[599]-حنان محمد فوزي عبد الرحمن إسماعيل، المرجع نفسه، ص.17.

إن المراحل التي يتطور خلالها هذا المرض تلعب الدور البارز في التأثير على قدرة الزوج المصاب على المعاشرة الزوجية، ففي البداية أي مرحلة الأعراض المستترة، فإن هذا الزوج يبدو سليما كون أن فيروس المرض يستتر وتظهر لدى المصاب أعراض بسيطة ومألوفة كتلك التي تكون مصاحبة لمرض الأنفلونزا، مثل ارتفاع درجة حرارة الجسم وألم في العضلات والرأس، ثم تختفي لفترة ويبقى الزوج المصاب سليما لسنوات عدة، مما يجعله قادرا على المعاشرة والإتصال الجنسي، إلا أنه يكون ناقلا للفيروس[600].

خلال هذه المرحلة، فإن علم الزوج السليم (الزوج أو الزوجة) بإصابة الطرف الآخر بالفيروس وإن كان يبدو بمظهر سليم ومخادع [601]، يؤدي به إلى رفض المعاشرة الزوجية خشية انتقال العدوى إليه لاستواء حالة الإصابة بالفيروس والموت المحقق.

أما مرحلة الظهور البين لأعراض المرض لدى الزوج المصاب والتي في الأساس تؤثر على سلامة الجسد، كونها تؤدي إلى انهيار تام نتيجة فقدان المواد المغذية الأساسية وعدم التمكن من المقاومة بسبب انعدام التغذية مع الإسهال الدائم ولمدة طويلة ينجم عنها هزال للجسم والإنهاك والتعب الذي يرافقه عدم القدرة على الحركة مصحوب ببروز بقع بيضاء في الفم، مع تضخم الغدد اللمفاوية أحيانا وكذا طفح جلدي إلى غيرها من الأعراض التي لا تطاق ولا تحتمل[602].

ولا يقف الأمر عند هذا الحد، بل إن الزوج المصاب بهذا المرض يفقد توازنه العقلي وينتابه الإحباط والكآبة أو حتى الجنون في المراحل المتأخرة والشلل نتيجة التهابات الدماغ والنخاع الشوكي والسحائي[603].

وعليه فإنه خلال هذه المرحلة لا وجود للمعاشرة الزوجية كون أن الزوج المريض غير قادر لا من الناحية العضوية أو النفسية أو حتى العقلية، وإن كانت الزوجة هي المصابة، فإن الزوج لا محالة سيمتنع عن الإقتراب منها بالنظر إلى الحالة التي آلت إليها[604].

---

[600]- صالح حسين أبو زيد، المرجع السابق، ص.208.

[601]-عاطف محمد أبو هربيد، أثر مرض الإيدز على الزوجية وما يتعلق به من أحكام، مؤتمر كلية الشريعة والقانون الدولي بعنوان-التشريع الإسلامي ومتطلبات الواقع، الجامعة الإسلامية، غزة خلال الفترة 13-13 صفر 1427هـ، الموافق 13-14 مارس 2006، ص.09.

[602]- حنان محمد فوزي عبد الرحمن إسماعيل، المرجع السابق، ص.17-18.

[603]-محمد علي البار، الأمراض ...، المرجع السابق، ص.202.

[604]-صالح حسين أبو زيد، المرجع نفسه، ص.209.

ب–تأثير مرض الإلتهاب الكبدي الوبائي على المعاشرة الزوجية.

إن أعراض مرض الإلتهاب الكبدي الوبائي في جميع أنواعه تتشابه، إذ يمكن أن يحدث للشخص المصاب به ارتفاع في درجة حرارة جسمه وآلام في العضلات والمفاصل مع فقدان الشهية والتعب والإعياء وأحيانا إسهال وألم في البطن وبالضبط في منطقة الكبد[605].

وما هو معلوم أن الطب الحديث قد توصل إلى إيجاد لقاحات واقية من الإصابة ببعض فيروسات هذا المرض، دون تمكنه من توفير الدواء الخاص للقضاء على تلك الفيروسات بصفة نهائية، إذ أن هذه اللقاحات من شأنها توليد مناعة للجسم ضد الفيروس قبل الإصابة به[606].

إن عضو الكبد يعد المسؤول عن إفراز الهرمونات الجنسية في جسم الإنسان وبذلك يمكنه الحفاظ على هرمونات الذكورة لدى الرجال، لذلك فهي تتأثر بوجود خلل في وظائف الكبد، فينجم عنه تذبذب في عملية البناء والتكسير في الهرمونات في الجسم مما ينتج عن ذلك الضعف الجنسي، بمعنى إرتفاع معدلات الأنوثة على حساب هرمونات الذكورة. كما يؤدي ذلك إلى زيادة حجم صدر الرجل وضعف الرغبة الجنسية[607].

غير أن البعض يرى بأنه لا توجد أبحاث تجريبية ضمن نطاق واسع تؤكد أن إلتهاب الكبد الفيروسي وبالخصوص نوع C يسبب العجز الجنسي، إلا أن الأزواج المصابون بهذا الفيروس يكون لديهم فشل في عمل الخصيتين وذهاب شعر الجسم مع إعادة نشر وتوزيع الدهون في الجسم ونقص الرغبة الجنسية[608].

---

[605]–عبد الرحمن الزيادي، المرجع السابق، ص.56.

–فالشخص المصاب بمرض إلتهاب الكبد الوبائي نوع C قد لا ينتبه إلى ضرورة الفحص المبكر بسبب أن مثل تلك الأعراض هي مألوفة لديه، مما ينجم عن التأخر في التشخيص تطور المرض فيصل إلى مرحلة التليف الكبدي ومضاعفاته؛ جريدة الخبر، إعلان تحسيسي، إلتهاب الكبد الوبائي نوع C غير مرئي وفتاك حسب رأي المختصين، ع7885، بتاريخ 2015/08/18، الجزائر، ص.04.

[606]–يوجد ثلاثة أنواع من اللقاحات ضد التهاب الكبد الوبائي A ولقاحين ضد التهاب الكبد B، مع توفر نوع آخر يحوي لقاحا لكلا النوعين معا متوفر تجاريا باسم TWINRIX؛عبد الكريم علي، أنواع لقاح إلتهاب الكبد ومدى فعاليته وأمانه، موقع الإنترنت www.altibbi.com ، تاريخ الإطلاع 2016/01/13.

[607]–أحمد أبو طالب، خلل وظائف الكبد يسبب الضعف الجنسي، موقع الإنترنت www.youm7.com، تاريخ الإطلاع 2016/01/13.

[608]–صالح حسين أبو زيد، المرجع السابق، ص.239.

إن المعاشرة الزوجية السليمة عند الزوج تتحقق بالموازاة مع مدى تمتعه بالصحة الجيدة والثقة التامة وعدم وجود أي توتر أو قلق. كما أن الإثارة لديه تزداد بازدياد الراحة الجسدية وهذا ما لا يلتمس لدى الزوج المصاب بهذا المرض، إذ أنه يؤدي إلى تعطيل المعاشرة الزوجية برمتها إن لم نقل يعدمها من أصلها[609].

ويستوي الأمر بالنسبة للزوجة إذا كانت هي المصابة، فيحدث لديها نقص الإهتمام بالجانب الجنسي بسبب ما يلحق جسدها من وهن وآثار بينة في جهازها التناسلي جراء تعاطيها لعقار الأنترفيون [610] والمتمثلة في حدوث حرقة وحكة ويزداد الألم بعد العلاقة الجنسية، مما يدفعها إلى الإمتناع عن الإتصال بزوجها[611].

ولا يقف تأثير تلك الأمراض المزمنة المعدية عند هذا الحد، بل يحدث اختلالا واضحا في التزامات الزوج والزوجة.

ثانيا: تأثير الأمراض المزمنة المعدية على مسؤوليات الزوجين.

تتمحور مسؤوليات الأسرة التي يتحملها طرفا العلاقة الزوجية حول أربعة مجالات هي:

-المحافظة على حقوق الزوج الآخر وإشباع حاجاته .

-القيام بأعمال وشؤون الأسرة.

-رعاية الأطفال وتربيتهم.

-كسب الرزق وتحسين مستوى معيشة الأسرة.

إن هذه المسؤوليات يسهم فيها كلا الزوجين بقدر ما يتناسب ومركزه وبدرجات متفاوتة، سعيا منهما لتحقيق التكامل بينهما في تحقيق أهداف الزواج. وعليه فإن حلول المرض داخل الأسرة سينجر عنه اختلال في القيام بتلك المسؤوليات على الوجه الأكمل، لذلك سنبرز كيفية تأثير المرض المزمن على مسؤولية الزوج (أ)، ثم تأثيره على مسؤولية الزوجة(ب).

---

[609]-صالح حسين أبو زيد، المرجع السابق، ص.240.

[610]-يرى المختصون أنه لا يوجد لقاح لالتهاب الكبد الوبائي نوع C ولكن في أكثر من 90% من الحالات تمكن العلاجات الجديدة المتوفرة دون عقار الإنترفيون من شفاء دائم؛ جريدة الخبر، المرجع السابق، ص.04.

[611]-صالح حسين أبو زيد، المرجع نفسه، ص.240.

أ-تأثير المرض المزمن على مسؤولية الزوج في كسب الرزق والإنفاق.

لا جدال من الوجهة الشرعية أن العمل على كسب الرزق يندرج تحت مسؤولية الزوج وليس داخلا في واجبات الزوجة، كونه هو المكلف بالإنفاق على أسرته ولقد وردت أدلة شرعية عديدة على وجوب ذلك كقول الله عز وجل « ... وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ.. »[612].

وفي الحديث الذي رواه أبو صالح عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم" أفضل الصدقة ما ترك غنى واليد العليا خير من اليد السفلى وابدأ بمن تعول، تقول المرأة: إما أن تطعمني وإما أن تطلقني..."[613].

وحتى من الناحية القانونية ، فإن المشرع قد نص على التزام الزوج بالنفقة على زوجته بمقتضى المادة 74 ق.أ.ج وعدد مشتملاتها بالمادة 78 من نفس القانون. غير أنه أورد استثناء بشأن النفقة على الأولاد إذ جعلها من التزامات الزوجة عند عجز الزوج على النفقة عليهم بموجب المادة 76 من ذات القانون وهذا يتجسد حالة المرض[614].

ولو أتينا إلى الواقع الاجتماعي لوجدنا أن عمل الزوج خارج البيت من المسائل الضرورية لأسرته، فهو غير مهيأ لأن تكون مسؤوليته منحصرة في أعمال البيت وتربية الأولاد، وبالتالي إذا لحق بالزوج أي عائق يجعله يقصر في أداء مسؤوليته نحو أسرته، كإصابته بمرض مزمن فتاك، فوضعية أسرته لا محالة ستتغير، فتسقط الأسرة في ضيق وحرج بسبب انقطاع الكسب وشح الإنفاق ولا تجد من يعيلها خصوصا أمام التغيرات الاجتماعية الحاصلة، حيث أصبحت المعيشة في الوقت الحالي صعبة حتى بالنسبة للأصحاء، فما بالك بشخص مريض لا يقوى حتى على إعالة نفسه.

---

[612]-سورة البقرة، جزء من الآية 233.

[613]-صحيح البخاري، المرجع السابق، ح.ر 5355، كتاب النفقات، ص.1363-1364.

[614]-المواد 74، 76، 78 ق.أ.ج.

ومعلوم أن إصابة أي شخص بمرض وبائي معد هي مسألة توجب عزله ووضعه بمصحات تحت الرقابة المشددة لمنع اختلاطه بالأصحاء والتمكن من احتواء المرض وهذا عملا بالقاعدة الفقهية التي تنص على أن « درء المفاسد مقدم على جلب المصالح » [615]. وينجم عن ذلك العزل توقف الزوج عن العمل وتوفير ما تشمله النفقة الأسرية، لاسيما إذا كانت الإصابة بمرض نقص المناعة المكتسبة وحتى بالنسبة لمرض الإلتهاب الكبدي الوبائي، فإنه على الزوج الذي يشتغل في مجالات تتطلب بذل جهد بدني كبير أن يتفادى تلك الأشغال خاصة في مرحلة الطور الحاد للمرض، بحيث يكون مطالبا بالراحة وملازمة السرير إذا كان يشكو من وهن شديد أو بوادر غيبوبة كبدية[616].

ب–تأثير المرض المزمن على مسؤولية الزوجة في القيام بواجباتها الأسرية.

تتصف مسؤولية الزوجة داخل بيتها الأسري بالتركيب، إذ أنها تصب في اتجاه زوجها من جهة، فيقع على عاتقها القيام بدورها الأنثوي، فتظهر له في صورة حسنة لكي يسكن إليها. ومن جهة أخرى يجب عليها أن تكون قادرة على إتمام واجباتها تجاه بيتها وأولادها من خلال القدرة على الإنجاب والأمومة وتربية الأولاد.

إن كفاءة الزوجة بهذه الصورة لا يمكن أن تتجسد عند إصابتها بمرض معد كمرض الإيدز والإلتهاب الكبدي الوبائي بدء بواجب الإرضاع والحضانة، فإذا كانت تلك الواجبات من الحقوق الثابتة شرعا للولد، فإنه يتعين عزل الطفل عن أمه في فترة الإرضاع، ذلك أن أهل الإختصاص قد أكدوا على أن فيروس الإيدز ومرض الإلتهاب الكبدي الوبائي–نوع B– يحصل انتقاله إلى الطفل عن طريق الرضاعة وهنا يمكن أن يستأجر له مرضعة أو توفر له أغذية اصطناعية[617].

[615]–صبري السعداوي مبارك، نقص المناعة المكتسبة(الإيدز) وأثره على العلاقة الزوجية في الفقه الإسلامي، مجلة الجمعية الفقهية السعودية، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، 2006، ع01، ص.105.

[616]–عبد الرحمن الزيادي، المرجع السابق، ص.58–59.

[617]–صبري السعداوي مبارك، المرجع نفسه، ص.128–129.

ولقد قال فقهاء الشريعة الإسلامية أنه إذا كان بالأم برص أو جذام سقط حقها من الحضانة لأنه يخشى على الولد من لبنها ومخالطتها [618]، وعلى هذا النحو أقر التشريع [619] والفقه القانوني [620] وجوب خلو الحاضن من أي مرض معد لتجنب انتقاله إلى الطفل المحضون عملا بالمعيار الصحي لأحقية الحضانة والذي يشترط بمقتضاه أن يكون الحاضن قادرا على القيام برعاية المحضون غير عاجز بسبب تقدم في السن أو إصابة بمرض معد، كون أن الزوجة المريضة هي بحاجة إلى الرعاية فلا يمكنها إعطاء ما لا تملك.

وفي المقابل نجد أن المجمع الفقهي الإسلامي في القرار رقم 90(9/7) في بنده الرابع قد أجاز حضانة الأم المصابة بعدوى الإيدز لوليدها وإرضاعه، كون أن ذلك شبيه بالمعايشة العادية ما لم يوجد تقرير طبي يمنعها من القيام بذلك[621].

وما نلفت إليه هو أنه بالنسبة لمرض الإيدز، فإن له التأثير البين على كفاءة الزوج المصاب به، لاسيما في مرحلته الثانية أي بعد استحكامه في جسم المريض وظهور الأعراض السريرية لدرجة أنه يمكن اعتباره مرض موت بحجة استحالة علاجه واستوائه بالموت المحتم[622].

وما هو مؤكد أن الشريعة الإسلامية قد عالجت مصير العلاقة الزوجية في ظل الحالة التي آلت إليها الحياة الأسرية، بسبب ما لحق بأحد الزوجين من مرض معد وما نجم عنه من ضرر للزوج السليم وسايرها بذلك القانون الجزائري، هو ما سنبسطه في الفرع التالي.

---

[618]–يونس بن إدريس البهوتي، المرجع السابق، ج08، ص.2851.

[619]–تنص المادة 67 من قانون حماية الصحة وترقيتها على أنه:"تستفيد الأسرة من الحماية الصحية قصد المحافظة على سلامة صحة أفرادها وتوازنهم النفسي العاطفي وترقية ذلك".

[620]–حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة–دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية،2004–2005، ص.115–116.

[621]–موقع الإنترنت لمجمع الفقه الإسلامي الدولي، http://www.fiqhacademy.org.sa ، تاريخ الإطلاع 2016/02/29.

[622]– صبري السعداوي مبارك، المرجع السابق، ص.149؛ عاطف محمد أبو هربيد، المرجع السابق، ص.11.

الفرع الثالث

رأي الفقه الإسلامي وموقف القانون الجزائري من الأمراض المزمنة المعدية

ورد في الشريعة الإسلامية أدلة ظاهرة تحث على عدم مخالطة الأصحاء للمرضى بمرض معد وعدم إلقاء النفس للتهلكة وفي الوقت ذات هناك أحكاما تقر بأن الإنسان لن يصيبه إلا ما قدره الله عز وجل عليه، فيطلب منه التوكل عليه في كل شيء، وبالتالي فإذا كان المصاب هو الزوج أو الزوجة، فهل يكون الزوج السليم ملزما بالبقاء مع زوجه المريض بمرض مزمن ومعد؟ أم له الحق في فك الرابطة الزوجية بسبب المرض بناء على آراء الفقه الإسلامي ونصوص القانون الجزائري؟

سنعالج ذلك من خلال إبراز رأي الفقه الإسلامي من الأمراض المزمنة المعدية(أولا)، ثم موقف القانون الجزائري من تلك الأمراض(ثانيا) .

أولا: رأي الفقه الإسلامي في الأمراض المزمنة المعدية.

أقر فقهاء الشريعة الإسلامية القدامى التفريق بين الزوجين بسبب المرض المعد، لئلا تنتقل العدوى إلى الزوج غير المريض وصونا للنسل والمجتمع من انتقال العدوى إليه، مع عزل المريض حتى يتلقى العلاج اللازم. وأمام ضعف الوازع الديني في الوقت الحاضر وانتشار مرض الإيدز ومرض الإلتهاب الكبدي الوبائي وخشية تعمد نقل العدوى في بعض الحالات، فيكون من اللازم الوقوف على مدى وجوب تجنب المصاب بهما وهل بالإمكان إعطاء الزوج السليم حق فك الرابطة الزوجية عند إصابة زوجه على ضوء آراء الفقه الإسلامي والقانون الجزائري؟

لتوضيح ذلك سنبين رأي فقهاء الشريعة الإسلامية القدامى في المرض كسبب للتفريق بين الزوجين(أ)، ثم رأي الفقه الإسلامي في مسألة الفرقة الزوجية عند وجود مرض الإيدز ومرض الإلتهاب الكبدي الوبائي(ب).

أ-المرض كسبب للتفريق بين الزوجين.

لقد تباينت أقوال فقهاء الشريعة الإسلامية القدامى في شأن مسألة التفريق بين الزوجين بسبب المرض وبالأخص الأمراض الناقلة للعدوى والمنفرة للزوج السليم وجاءت أقوالهم على ثلاثة:

فذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى القول بثبوت حق فسخ النكاح بسبب عيب المرض الذي وجد في الزوج الآخر، مع اختلافهم في تحديد هذا العيب[623]، وأدلتهم في ذلك:

-ما ورد عن عامر بن سعد بن أبي وقاص عن أسامة بن زيد أنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم"إذا سمعتم بالطاعون بأرض فلا تدخلوا عليه وإذا وقع وأنتم بأرض فلا تخرجوا فرارا منه"[624].

-ما روي عن سعيد بن ميناء أنه قال: سمعت أبا هريرة يقول: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم" لا عدوى ولا طيرة ولا هامة ولا صفر، وفر من المجذوم كما تفر من الأسد"[625].

-وعن الشعبي عن علي رضي الله عنه أنه قال:" أيما رجل نكح امرأة وبها برص أو جنون أو جذام أو قرن فزوجها بالخيار ما لم يمسها،إن شاء أمسك وإن شاء طلق وإن مسها فلها المهر بما استحل من فرجها "[626].

-عن يحي بن سعيد عن ابن المسيب أنه قال: قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه" أيما رجل تزوج امرأة وبها جنون أو جذام أو برص فمسها فلها صداقها وذلك لزوجها غرم على وليها"[627].

---

[623]-المالكية :أحمد ابن إدريس القرافي، المرجع السابق، ج 04، ص.419 وما بعدها؛محمد بن عبد الرحمن المغربي، المرجع السابق، مج 05، ص.146 وما بعدها.

-الشافعية:محمد بن حبيب الماوردي البصري،المرجع السابق،ج09، ص.106؛ أبي زكريا يحي بن شرف النووي،المرجع السابق، ج07، ص.176.

-الحنابلة: لموفق الدين بن قدامة المقدسي، المرجع السابق، ج 10، ص.57؛ علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام المبجل أحمد بن حنبل، تح، محمد حامد الفيقي، ج08، ط01، د.د.ن، 1956،ص.194.

[624]-أحمد بن حنبل، المرجع السابق، ج09، ح.ر.22438، ص.67.

[625]-صحيح البخاري، المرجع السابق، ح.ر.5707، ص.1447.

[626]-سبق تخريجه، ص.08 من هذا البحث، هامش25.

[627]-أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، المرجع السابق، ج14، ح.ر 14339، ص.419-420.

أما القول الثاني، فذهب فقهاء الحنفية إلى عدم ثبوت الخيار للزوج في فسخ النكاح بسبب المرض، حيث قالوا أن النكاح لا يفسخ بسائر العيوب وبالفسخ لا يظهر أن الملك لم يكن، فلا يرتفع ما يقابل وهو المهر فلا يجوز الفسخ، ولا شك أن هذه العيوب لا تمنع من الإستمتاع، أما الجنون والجذام والبرص فلا يشكل.

وتفسير الحنفية لقول الرسول صلى الله عليه وسلم في الفرار من المجذوم هو وجوب الإجتناب عنه وذلك ممكن بالطلاق لا بالفسخ، وكذا حديثه عليه الصلاة والسلام "إلحقي بأهلك" أن ذلك من كنايات الطلاق ولا يمكن الإحتجاج به لإيقاع الفسخ من جانب الزوج[628].

وبخصوص القول الثالث، فالظاهرية قالوا أنه لا يفسخ النكاح بعد صحته بجذام حادث ولا برص ولا بجنون كذلك، ولا بأن يجد بها شيئا من هذه العيوب ولا بأن تجد به شيئا هي كذلك[629].

وفي هذا الصدد، فالأسلم هو الأخذ برأي القول الأول لوجود الأدلة الكافية لثبوت الخيار في فسخ النكاح من طرف الزوج السليم، بسبب إصابة الزوج الأخر بمرض معد وخير دليل ما قاله الشافعي « الجذام والبرص فيما يزعم أهل العلم بالطب والتجارب تعدى الزوج كثيرا وهو داء مانع للجماع، لا تكاد نفس أحد أن تطيب بأن يجامع من هو به، ولا نفس امرأة أن يجامعها من هو به، فأما الولد فبين-والله تعالى أعلم-أنه إذا ولده أجذم أو أبرص أو جذماء أو برصاء قلما يَسْلَم وإذا سلم أدرك نسله »[630].

عرفنا أن حادث إصابة أحد الزوجين بمرض معد كمرض الجذام والبرص كان أمرا واردا، فهل يستوي الحكم نفسه مع الأمراض المزمنة المعدية المعروفة في عصرنا كمرض الإيدز والإلتهاب الكبدي الوبائي للقول بإمكانية فك الرابطة الزوجية بالفسخ أو الطلاق، هذا ما سنبينه في البند الآتي، بالحديث عن رأي فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرين في الأمراض المزمنة المعدية-الإيدز والإلتهاب الكبدي الوبائي-.

---

[628]-علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني ، المرجع السابق، ج03، ص.598-599.

[629]-ابن حزم الظاهري، المرجع السابق، ص.1718.

[630]-محمد بن إدريس الشافعي، المرجع السابق، ج06، ص.219.

ب–رأي الفقه الإسلامي في الأمراض المزمنة المعدية الحديثة كسبب لفك الرابطة الزوجية.

باستقراء أحكام الشريعة الإسلامية، نلحظ أنها جاءت لحماية مصالح العباد بدرء الأضرار عنهم وجلب منافعهم والعلاقة الزوجية قد نالت الحظ الأوفر من ذلك، كونها تصون الفرد خاصة والمجتمع عامة. فبالزواج يحصل قضاء الشهوة بطريق شرعي، فتعف النفس ويحفظ النسل والنسب ويحدث التوالد والتراحم بين طرفي العلاقة، مع شرط عدم الإضرار بكل منهما للآخر واستفاء كل ذي حق حقه.

غير أنه إذا طرأ على أي منهما مرض من شأنه الحيلولة دون تحقيق تلك الأهداف المرجوة من الزواج وبالأخص إذا كان من الأمراض المعدية المستعصية علاجها كمرض الإيدز، حيث جاء في القرار رقم 90 (7/9) الصادر عن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمره التاسع بأبو ظبي في الفترة ما بين 01-06 ذي القعدة 1415هـ الموافق 01-06 أفريل 1995« بأن العدوى بفيروس العوز المناعي البشري مرض نقص المناعة المكتسبة(الإيدز) لا تحدث عن طريق المعايشة أو الملامسة أو التنفس أو الحشرات أو الإشتراك في الأكل والشرب أو حمامات السباحة أو المقاعد أو أدوات الطعام ونحو ذلك من أوجه المعايشة في الحياة اليومية العادية وإنما تكون العدوى بصورة رئيسية بإحدى الطرق التالية:

-الإتصال الجنسي بأي شكل كان.

-نقل الدم الملوث أو مشتقاته.

-إستعمال الإبر الملوثة ولاسيما بين متعاطي المخدرات وكذلك أمواس الحلاقة.

-الإنتقال من الأم المصابة إلى طفلها في أثناء الحمل والولادة.

...حق السليم من الزوجين في طلب الفرقة من الزوج المصاب بعدوى مرض نقص المناعة المكتسب(الإيدز): للزوجة طلب الفرقة من الزوج المصاب باعتبار أن مرض نقص المناعة المكتسب (الإيدز) مرض معد تنتقل عدواه بصورة رئيسية بالاتصال الجنسي» [631].

[631]–موقع الإنترنت لمجمع الفقه الإسلامي الدولي، http://www.fiqhacademy.org.sa ، المرجع السابق.

ويمكن القول أن الأمراض المزمنة المعدية وفي مقدمتها مرض الإيدز هي أشد خطورة من الأمراض التي ذكرها الفقهاء كالجذام والبرص، وبذلك يتعين فسخ الزواج من زاوية أن الوقاية خير من العلاج وعملا بالقاعدة الفقهية "الضرر يزال". وبالتالي فإن هذا المرض يضاهي باقي الأمراض المعدية في أنه طريق للعدوى ولحد الآن لم يعثر له على علاج. كما يشتد انتقاله بالمعاشرة الجنسية، مما يتحتم معه القول أنه لا يجوز الجمع بين شخصين أحدهما مصاب والآخر سليم[632].

ذلك أن مرض الإيدز يمكن اعتباره من عيوب العصر الموجبة للتفريق بين الزوجين، ما دام أنه ثبت من الناحية العلمية وبصفة يقينية أنه معد عن طريق المعاشرة الجنسية وأن الطب الحديث قد عجز عن إيجاد علاج ناجع يقي الأصحاء، والمسلم مطالب بالإبتعاد عن كل وباء قاتل عملا بحديث الرسول صلى الله عليه وسلم عن مرض الطاعون وحديثه عن الفرار من المجذوم. كما أنه قياسا على ما كان معروفا من أمراض كالجذام والبرص وهما من الأمراض المنفرة وأن مرض الإيدز مؤدي للموت حتما، إضافة إلى أن إجبار الزوج السليم على العيش مع الزوج المصاب بالمرض المعدي ومعاشرته فيه دعوة إلى عدم الإستقرار، وقد يدفع بالزوج السليم إلى اللجوء إلى الحيلة للتخلص من زوجه المصاب وهذا ما سيترتب عليه من بعث للفوضى في أوساط المجتمع[633].

وهذا يصب في قول ابن القيم الجوزية حين قال: « كل عيب ينفر الزوج الآخر منه ولا يحصل به مقصود النكاح من الرحمة والمودة يوجب الخيار....وكيف يمكن أحد الزوجين من الفسخ بقدر العدسة من البرص ولا يمكن منه بالجرب المستحكم المتمكن وهو أشد إعداء من ذلك البرص اليسير وكذلك غيره من أنواع الداء العضال؟ »[634].

---

[632]-صبري السعداوي مبارك، المرجع السابق، ص.124-125.

[633]-عبد الحليم محمد منصور علي، المرجع السابق، ص.330-331؛ عاطف محمد أبو هربيد، المرجع السابق، ص.16.

[634]-إبن القيم الجوزية، زاد المعاد...، المرجع السابق، ج05، ص.168.

وعلى ضوء ما تقدم، فإنه بعد تقرير أهل الإختصاص من الأطباء على خطورة الأمراض المعدية وخاصة مرض الإيدز وما هو على شاكلته- ونحن نضيف إليه كمرض الإلتهاب الكبدي الوبائي-وبعد معرفة رأي الفقهاء بالقول بأن أي ضرر أو عيب أو مرض يضر بالزوجة فلها حق طلب فسخ النكاح، كما يجوز للزوج طلب الفرقة من زوجته المصابة. فالمرض المعدي-كالإيدز ومرض الإلتهاب الكبدي الوبائي-ليس له نظير من الأمراض، بل يعتبران من الكوارث فهما يدومان بدوام الخلق وينتقلان من الأقدم إلى الأحدث[635].

حيث أن في بقاء الزوج السليم مع الزوج المصاب بمرض معد فيه عسر وحرج ومشقة لا تحتمل، لذلك يكون إعطاء الزوج السليم حق الفرقة، والفرار من أوكد الواجبات لما فيه من حماية له وللأسرة والمجتمع ولا يعد ذلك عقوبة للمريض بل هو حصر للضرر ودرء للمفسدة[636].

وما دمنا قد تناولنا في بحثنا هذا مرض الإلتهاب الكبدي الوبائي إلى جانب مرض الإيدز، فالقول أن هذين النوعين من الأمراض يستويان في الخطورة وبالأخص الإلتهاب الكبدي الفيروسي نوع B بسبب عدم تكمن الأطباء من إيجاد علاج شاف له مع التيقن من انتقاله بين الأزواج والنسل، فيعطل المقصود من النكاح ويحصل نفرة الزوج السليم من المريض ويضاف إليه الإلتهاب الكبدي الفيروسي نوع C، لذلك يستقيم القول بجواز التفريق بين الزوجين إذا طلبه الزوج السليم[637].

إنتهينا من إبراز رأي الفقه الإسلامي من الأمراض المزمنة المعدية المكتشفة حديثا ودورها في فك الرابطة الزوجية وسننتقل إلى تبيان موقف القانون الجزائري من تلك الأمراض وهل يمكن الأخذ بها كسبب لفك الرابطة الزوجية وهذا ضمن البند الآتي.

---

[635]-عدنان علي النجار، المرجع السابق، ص.192.

[636]-حنان محمد فوزي عبد الرحمن إسماعيل، المرجع السابق، ص. 112؛ علي محي الدين القره داغي وعلي يوسف المحمدي، المرجع السابق،ص.258.

[637]-صالح حسين أبو زيد، المرجع السابق، ص.242.

ثانيا: موقف القانون الجزائري من الأمراض المزمنة المعدية.

يعد موضوع الصحة من المسائل الهامة في الحياة العصرية، فنجد أن جل التشريعات الوضعية قد أوجدت آليات قانونية للتكفل به، بل أدرجته ضمن الحقوق الفردية التي تتكفل الدولة برعايتها. والمشرع هو الآخر قد أقر نصوصا قانونيا لحماية مجتمعه من مختلف الأمراض المزمنة والمعدية، كما أنه حرص على ضرورة خضوع المقبلين على الزواج لفحص طبي مسبق لما في ذلك من حماية للأسرة عند بداية تكوينها.

من منطلق ذلك فما هو موقف القانون الجزائري من الأمراض المزمنة المعدية؟ وهل بالإمكان فك الرابطة الزوجية بسبب المرض المزمن المعدي؟

سنوضح ذلك بتبيان نظرة القانون الجزائري للأمراض المزمنة المعدية(أ)، ثم فك الرابطة الزوجية بسبب الأمراض المزمنة المعدية في ذات القانون(ب).

أ-نظرة القانون الجزائري للأمراض المزمنة المعدية.

أقر المشرع بموجب المادة 66 من التعديل الدستوري مبدأ الحق في الصحة بنصها: « الرعاية الصحية حق للمواطنين.

تتكفل الدولة بالوقاية من الأمراض الوبائية والمعدية وبمكافحتها.

تسهر الدولة على توفير شروط العلاج للأشخاص المعوزين ».

ولقد تطرق المشرع لمسألة الأمراض المعدية من خلال نصوص قانون حماية الصحة وترقيتها في الفصل الثالث تحت عنوان الوقاية من الأمراض المعدية ومكافحتها في المواد من 52 إلى 60[638]، حيث نص في المادة 53 على ضرورة تلقي الأشخاص المصابين بأمراض معدية بعلاج استشفائي أو حر، مع إخضاع كل شخص يصل بالمريض إلى مراقبة طبية وصحية أو تلقي علاج وقائي، ذلك أن المجتمع الجزائري معرض للإصابة بمثل هذه الأمراض في ظل انتشار العلاقات غير الشرعية والتصرفات الدخيلة المساعدة على انتقال العدوى[639].

[638]-المواد من 52 إلى 60 من قانون حماية الصحة وترقيتها.

[639]- شرطية تثير الاستنفار الصحي في تلمسان لإصابتها بمرض معد وخطير تمثل في فقدان المناعة المكتسبة، تم عزلها بمصلحة الأمراض المعدية بالمستشفى الجامعي لتلمسان، تبعه استدعاء ما لا يقل عن 60 شخصا خضعوا للتحاليل للتأكد من سلامتهم كان لهم احتكاك بالمصابة؛ ل-بوربيع، جريدة الخبر الجزائرية، بتاريخ 2016/03/31، ع8108، ص.24.

وأكد المشرع على ضرورة الإخطار الفوري عند تشخيص أي مرض معد وإلا تعرض الطبيب لعقوبات إدارية وجزائية بموجب المادة 54 من نفس القانون.

هذا وإن المشرع قد أوجب في الفقرة الأخيرة من نص المادة 60 فرض العزل الصحي للشخص المصاب بمرض معد أو محتمل إصابته به ويتعدى الأمر عند الضرورة إلى إمكانية إتلاف أي شيء قد لحقت به العدوى دون ترتيب أي تعويض.

ولو جئنا لنصوص قانون الأسرة لوجدنا أن المشرع قد أقر حماية مسبقة للأزواج بموجب أحكام المادة 07 مكرر، إذ ألزم الراغبين في الزواج بتقديم وثيقة طبية لا تزيد مدة صلاحيتها عن ثلاثة أشهر تثبت خلو طرفي العلاقة من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطرا يكون متعارضا مع الزواج. كما يتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية التأكد من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية مع علمهما بما قد تكشف عنه من أمراض أو عوامل قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج[640].

وغني عن البيان أن هذه المادة بإلزامها توافر الشهادة الطبية كإجراء شكلي لانعقاد عقد الزواج تهدف إلى خلو الزوجان من الأمراض المعدية ومن أي عامل يتعارض مع الأهداف الأساسية من الزواج كمرض السيدا(الإيدز) وغيره من الأمراض الفتاكة المزمنة والمعدية[641].

ومعلوم أن من إيجابيات الفحص الطبي وبالتحديد الجيني استقرار الأسر والعلاقات الإجتماعية، فيكون أساس اختيار الشريك هو السلامة من أي مرض أو الإرتباط بالزوج المصاب بكل حرية واقتناع دون تدليس، ذلك أن نسبة معتبرة من الفرقة الزوجية مردها إلى اكتشاف عيب في الزوج الآخر، بحيث لو كان عالما به لما أقدم على الإرتباط به. والفقه الإسلامي والقانون الجزائري متفقان على مبدأ حق فك الرابطة الزوجية بتوافر العلل المنفرة والمعدية والعيوب الخلقية التي تحول دون تحقق أهداف الزواج من المودة والرحمة والتآلف والإستقرار النفسي ورجاء النسل[642].

---

[640]-المادة 07 مكرر من ق.أ.ج؛ المرسوم التنفيذي رقم 06-154 المؤرخ في 2006/05/11 المحدد لشروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 07 مكرر من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 1984/07/09 المتضمن قانون الأسرة، ج.ر، ع31، بتاريخ 2006/05/14.

[641]-مهداوي حسين، المرجع السابق، ص.27-28.

[642]-إقروفة زبيدة، الفحص الطبي الجيني وتداعياته على حقوق الإنسان(قبل وبعد الزواج) مقارنة فقهية قانونية، ملتقى وطني حول تأثير التطور العلمي والتقني على حقوق الإنسان يومي 28 و29 أفريل 2013، جامعة بجاية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ص.105-106.

ما دام أن الأمراض المزمنة المعدية قد نالت حظا من قواعد القانون الجزائري فهل يمكن فك الرابطة الزوجية بتوافر المرض المزمن المعدي؟ ذلك ما سنبرزه في البند الموالي.

ب–فك الرابطة الزوجية في القانون الجزائري بسبب الأمراض المزمنة المعدية.

إن أسباب فك الرابطة الزوجية في المجتمع الجزائري تختلف باختلاف الفئة التي ينتمي إليها طرفا العلاقة الزوجية، فإلى جانب اختلاف الميول والأفكار وعدم التوافق الجنسي للزوجين، هناك أسبابا أخرى بلغت نسبتها 20% بعد الدراسات التي أجريت من بينها عامل المرض الذي يقعد الزوج عن العمل وعن أداء واجباته الأسرية.[643]

ولكن الباحث في طيات نصوص قانون الأسرة وفق ما أشرنا إليه في مواضع سابقة، يجد أن المشرع لم يفرد سوى نص المادة 53 من هذا القانون لتمكين الزوجة من طلب التطليق عند وجود العيب الذي يحول دون تحقيق الهدف من الزواج وبهذا يكون قد وافق الفقهاء القائلين بحق الزوج في فسخ النكاح بسبب العيب.

إن كلمة العيوب الواردة في الفقرة الثانية من نفس المادة يمكن أن تشمل العيوب الجنسية والجسدية وحتى النفسية، ما دام أن المشرع لم يحدد طبيعة تلك العيوب، وهنا يكون المشرع قد ساير الفقه الإسلامي القائل بعدم ورود العيوب الموجبة لخيار الفسخ على سبيل الحصر، ذلك أنه اكتفى بتحديد العلة التي توجب التطليق وهي عدم تحقيق الهدف من الزواج تنسيقا منع نص المادة 04 ق.أ.ج، وهذا ما قال به ابن تيمية وابن القيم الجوزية وبهذا يكون قد ترك المجال الواسع للسلطة التقديرية للقاضي في تحديد نوع وطبيعة العيب الذي لا يتحقق مع وجوده أهداف الزواج[644].

[643]–ناجي بلقاسم علالي، الطلاق في المجتمع الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2013، ص.166.

[644]–آيت شاوش دليلة، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة–دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية،أطروحة دكتوراه في القانون،جامعة تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تاريخ المناقشة 2014/06/26، ص.53–54.

وعليه فإن الأمراض المزمنة المعدية كالإيدز والإلتهاب الكبدي الوبائي غير القابل للشفاء أو الذي يتطلب علاجه مدة أطول، يمكن أن نجري عليهما أحكام الفقرة الثانية من المادة 53 ق.أ.ج كونها عيوبا منفرة تحول دون تحقيق الهدف من الزواج. وفي هذا المقام فالقول أن قضاة المحاكم الجزائرية قد تركت لهم السلطة التقديرية لفك الرابطة الزوجية بالإستناد على العيوب المنفرة، فإنه من جهة تحديد خطورتها يكون الأمر من اختصاص الأطباء والخبرات الطبية باعتبارها دليل الإثبات الأقوى في هذا المجال، حيث أن هناك أمراضا جديدة تختلف من حيث جسامتها ومدى علاجها في المدة المحددة شرعا وقانونا أو استحالة الشفاء منها وبالتالي الحكم بفك الرابطة الزوجية[645].

إن بعض العيوب التي اعتبرها فقهاء الشريعة الإسلامية موجبة لخيار فسخ النكاح قد أمكن علاجها، فمرض الجذام توصل الطب الحديث إلى علاجه وإن كان ذلك يدوم بين سنتين وعشر سنوات وكذلك البرص فهو مرض ثبت علاجه طبيا ولا خطورة فيه على الحياة ولكنه معد [646]. غير أنه بالرغم من ذلك لا يمكنا البتة القول بعدم الإبقاء عليهما كعيوب موجبة لفسخ النكاح، كونها عيوب أقرتها نصوص شرعية ثابتة، بل الأولى أن نضيف إلى جانبها الأمراض المزمنة المعدية وبالتحديد مرض الإيدز ومرض الإلتهاب الكبدي الوبائي بجميع أنواعه التي لم يعثر لها على علاج.

وعلى أساس ذلك، فإنه يحق للزوج الذي أصيبت زوجته بأي من المرضين إنهاء الرابطة الزوجية بالرخصة القانونية له المتمثلة في الطلاق عملا بأحكام المادة 48 ق.أ.ج وللزوجة هي الأخرى طلب فك الرابطة الزوجية بمقتضى أحكام المادة 53 من نفس القانون لوجود العيوب التي تحول دون تحقق الهدف من الزواج حسب الفقرة الثانية منها ووجود الضرر المعتبر شرعا وفقا للفقرة الأخيرة منها أيضا.

ولكن الضرر قد يتحقق كذلك عند وجود المرض المزمن وإن لم يكن معديا، فهل يحق لأي من الزوجين فك الرابطة الزوجية حين إصابة الزوج الآخر به؟، هذا ما سنبينه في المطلب الآتي.

---

[645]–سميرة معاشي، أحكام التطليق على ضوء التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري، مجلة المنتدى القانوني، جامعة بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ع06، 2009، ص.204.

[646]–محمد الحسن مصطفى البغا، الفسخ القضائي بعيوب الزوجين في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية السوري، مجلة جامعة دمشق للعلوم الإقتصادية والقانونية، 2008، ع01، مج24، ص.569.

المطلب الثاني

الأمراض المزمنة غير المعدية وأثرها على فك الرابطة الزوجية

الأمراض المزمنة غير المعدية أو كما تسمى أيضا بالأمراض غير السارية، هي أمراض لا ينتج عنها بعد الإصابة أية عدوى لأشخاص لهم إحتكاك بالشخص المريض، ومعلوم أن هذه الأمراض هي غير قابلة للشفاء في سائر الأحيان ويكون سبب الإصابة بها راجع إلى التعرض لفترة طويلة لعوامل مسببة للمرض مرتبطة بسلوكيات شخصية أو عوامل بيئية. [647] ويمكن تقسيم الأمراض المزمنة غير المعدية إلى أربعة مجموعات رئيسية هي: أمراض القلب، ومرض السرطان بجميع أنواعه، وأمراض الجهاز التنفسي، ومرض السكري[648].

في هذا المطلب سنقتصر على مجموعة واحدة فقط ومدى تأثيرها على فك الرابطة الزوجية ونخص مرض السرطان باعتباره من الأمراض المزمنة غير المعدية والمؤثرة على الحياة الزوجية، من خلال دراسة ماهية الأمراض المزمنة غير المعدية ضمن الفرع الأول، ثم مدى تأثير الأمراض المزمنة غير المعدية على الحياة الزوجية في الفرع الثاني، وأخيرا فك الرابطة الزوجية بسبب المرض المزمن غير المعدي في الفرع الثالث.

الفرع الأول

ماهية الأمراض المزمنة غير المعدية

يعد مرض السرطان من الأمراض المزمنة الأكثر شيوعا في الوقت الحالي، حيث سجلت إصابته لحوالي 12,08 مليون نسمة سنة 2008 عالميا، توفي منهم 07,09 ملايين شخص[649]، كما أن هذا المرض يصيب الجنسين على حد سواء والكشف عنه يعتبر موتا محققا، لذلك سنوضح مفهوم مرض السرطان كونه من الأمراض المزمنة غير المعدية(أولا)، ثم أنواع أمراض السرطان التي تصيب الزوجين والمؤثرة على الحياة الزوجية(ثانيا).

---

[647]-عائشة محمد صدوقي موسى، أثر الأمراض المزمنة على الحياة الزوجية في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير في الفقه والتشريع، جامعة النجاح الوطنية،كلية الدراسات العليا، فلسطين، 2014، ص.148.

[648]-هناء محمد، ما هي الأمراض المزمنة ولماذا سميت بهذا الإسم، موقع الإنترنت http://www.almrsal.com ، تاريخ الإطلاع 2016/01/19.

[649]-نيكولاس جيمس، السرطان مقدمة قصيرة جدا، تر.أسامة فاروق، ط01، مؤسسة هنداوي، القاهرة، 2013، ص.09.

أولا: مفهوم مرض السرطان.

ما دام أن مرض السرطان هو من الأمراض التي تترك آثارا سلبية على حياة المريض لكونها تتعدى الجانب الصحي الجسدي للمشخص المصاب لتصل إلى حالته النفسية والعقلية، لذلك فمن الأجدر أن نوضح مفهوم مرض السرطان بالحديث عن تعريفه(أ) وكذا ذكر أسباب الإصابة به(ب).

أ-تعريف مرض السرطان.

السرطان هو مرض يصيب خلايا الجسم باعتبارها الوحدة الأساسية لبنائه، حيث تتم عملية استخلاف خلايا جديدة بشكل مستمر، ينتج عنها نمو الجسم وذلك باستبدال الخلايا الميتة أو معالجة الخلايا التالفة بعد الإصابة بجروح وهذه العملية تتحكم فيها جينات معينة وعليه فإن مرض السرطان يحدث حين تلف تلك الجينات مما يؤدي إلى تصرف الخلايا بشكل غير طبيعي وقد تنمو الخلايا مكونة كتلة يطلق عليها ورم [650]. ويعرف كذلك على أنه: « ورم سوداوي يبتدئ مثل اللوزة أو أصغر فإذا كبر ظهر عليه عروق حمر وخضر شبيه بأرجل السرطان لا مطمع من برئه وإنما يعالج لئلا يزداد » [651].

إن لمرض السرطان سمات مميزة له تكمن فيما يلي[652]:

-إكتفاء ذاتي في إثارات النمو الإيجابية مع بخلق أوعية دموية جديدة.

-عدم الإستجابة للإثارات المثبطة.

-عدم الخضوع لعملية الموت الخلوي المبرمج الذي ينتج عنه طرح الخلايا المعيبة.

-عدم التأثر بعملية التدمير التي يقوم بها جهاز المناعة.

-التمكن من غزو أنسجة أخرى على طريق مدمر.

---

[650]-محمد عبد الرحمن العقيل،كل ما تريد أن تعرفه عن سرطان الدم،ط01،الجمعية السعودية الخيرية لمكافحة السرطان،2013،ص.05-06.

[651]-مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، المرجع السابق، ص.67.

[652]-نيكولاس جيمس، المرجع السابق، ص.43.

وعملية الموت الخلوي المبرمج من الوظائف الأساسية لخلية الجسم، إذ بموجبها يتم التخلص من الخلايا المصابة بخلل أو تلك التي قرب آجال نهايتها ويتحتم استبدالها، وكون أن الخلايا السرطانية هي شاذة، فإنها تفلت من عملية الموت الخلوي المنتظم مما يجعلها ذات قدرة تكاثرية. كما أن الأمر الذي عجز عنه الأطباء هو عدم إمكانية إتلاف تلك الخلايا بالعلاج الكيماوي أو الإشعاعي مقارنة مع الخلايا العادية الأخرى وإن كانت هذه الأخيرة لا تموت نهائيا بالعلاج الكيماوي وإنما تصاب بإصابة مميتة ليتم إتلافها عن طريق الموت الخلوي المبرمج. ولا يتوقف الأمر عند هذا الحد، بل إن الخلايا السرطانية لها الإمكانية على غزو أنسجة أخرى دون تمكن جهاز المناعة للجسم من تدميرها، بمعنى أن لها القدرة على النمو في الموضع الخطأ وهذا ما يتميز به الورم الخبيث عن الورم الحميد[653].

ولعل من السمات الأساسية لمرض السرطان كما ذكرنا هي قدرته على خلق مصدر دموي جديد له عن طريق تنشيط نمو الأوعية الدموية بالإستعانة بجينات لا تساهم في تكوين الأوعية الدموية الطبيعية، وهذا ما دفع بالأطباء إلى إيجاد أدوية تمكن من منع إمداد الورم السرطاني بالدم للحد من زيادة نموه[654].

ب–أسباب الإصابة بمرض السرطان:

يمكن القول بأن الإصابة بمرض السرطان تعود إلى أسباب وراثية وأخرى غير وراثية، فالسرطانات الموروثة تشكل جزء ضئيلا من النسبة الإجمالية لحالات السرطان، إلا أن الإصابة به من الآباء إلى نسلهم إحتمالي الوقوع كون أن السرطان يورث كأي صفة وراثية أخرى وفي أغلب الأحيان تؤدي القابلية الموروثة إلى الإصابة بنوع واحد ولا ينطبق على جميع أنواع السرطانات بشكل عام. وأفضل مثال على ذلك مرض البلاستوما الشبكي وهو سرطان يظهر عند الأطفال ويمكن علاجه بواسطة الجراحة أو بالأشعة إذا تم تشخيصه في مرحلة مبكرة[655]، أما السرطانات غير الوراثية فهي تلك التي تصيب جسم الإنسان بسبب عوامل خارجية وأهمها[656]:

---

[653]–نيكولاس جيمس، المرجع السابق ، ص.43–44.

[654]–نيكولاس جيمس، المرجع نفسه، ص.44.

[655]–هدية محمود، 97% نسبة نجاح عمليات أورام شبكية العين، موقع الإنترنت http://www.alyaum.com/article/1000473، تاريخ الإطلاع 2016/05/03.

[656]–منظمة الصحة العالمية، موقع الإنترنت .http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs297/ar/r ، تاريخ الإطلاع 2016/01/20.

-العوامل المادية المسرطنة كالأشعة فوق البنفسجية والأشعة المؤينة.

-العوامل الكيميائية المسرطنة كالإسبستوس ومكونات دخان التبغ والإفلاتوكسين(ملونات الغذاء) والإرسنيك(ملوثات مياه الشرب).

-العوامل البيولوجية، كالعدوى الناجمة عن بعض الفيروسات أو الجراثيم أو الطفيليات.

ثانيا: أنواع أمراض السرطان التي تصيب الزوجين.

إن مرض السرطان لا يمكن أن نجده محصورا في صورة واحدة أو اثنتين، بل إن هناك سرطانات شائعة في مختلف المجتمعات وهي تختلف إختلاف الأعضاء المكونة لجسم الإنسان وتكون السبب الرئيسي في إحداث الوفاة لدى المصاب.غير أننا في هذا البحث سنسلط الضوء على بعض أنواع تلك السرطانات والتي نراها مؤثرة على الحياة الزوجية سواء ما كان خاصا بالزوج أو الزوجة أو كان مشتركا بينهما وهذه الأنواع هي:

-سرطان البروستاتا.

-سرطان الخصية.

-سرطان الثدي.

-سرطان عنق الرحم.

-سرطان الدم.

1- سرطان البروستاتا:

هذا النوع من السرطان لا يصيب إلا الرجال وهو من أخبث السرطانات وتكون الإصابة به عادة بعد سن الستين وتزداد بصورة كبيرة بعد سن الثمانين، وتكمن مشاكله في صعوبة التبول أو وجود إلتهاب حاد أو مزمن مع تضخم عضو البروستاتا. كما يمكن أن يصاحب ذلك وجود دم في البول أو في السائل المنوي وعدم شعور بالراحة في الحوض وتورم الساقين[657].

[657]-محمد أبو فارة، من المهم متابعة حالات سرطان البروستات عن كثب نظرا لإمكانية حدوث انتكاسات؛ موقع الإنترنت www.aljazera.net/news/healthmedcine/2013 ، تاريخ الإطلاع 2016/01/21.

ومن الأسباب التي تساعد على الإصابة بهذا المرض إلى جانب عامل السن، فإن وجود إصابة لأحد أفراد العائلة كالأب أو الأخ تزيد من نسبة 05% إلى 10% في احتمالية الإصابة به، إضافة إلى تواجد هرمون التستسترون في الجسم يساعد على الإصابة بهذا النوع من السرطان، وبمفهوم المخالفة، فمن انعدم لديه هذا الهرمون لسبب كاستئصال الخصية التي تلعب الدور الهام في إفرازه لا يصاب بهذا المرض. كما أن نمط التغذية المعتمد لدى الشخص له الأثر البالغ في نشأته، إذ أن التغذية الخالية من الخضروات والألياف والغنية بالدهنيات يزيد من احتمال الإصابة به[658].

2-سرطان الخصية:

يعد هذا النوع من السرطان الورم الأكثر انتشارا بين الشباب في الفترة ما بين سن العشرين والأربعين سنة، وينقسم إلى صورتين إحداهما الورم المنوي seminoma وثانيتهما الأورام غير المنوية nonseminomatous، مع أن سبب الإصابة بهذا السرطان لم يتم تحديده وإن كان كل رجل معرض للإصابة به. غير أن الأبحاث الطبية ترجعه إلى بعض العوامل الإحتمالية، كولادة الطفل بخصية معلقة في بطنه وعدم إعادتها إلى مكانها الطبيعي في مرحلة مبكرة أو صغر حجمها أو وجود تشوهات خلقية أو الإصابة بمتلازمة كلاينفلتر، هذا وإن التقدم العلمي في هذا المجال قد أثبتت أن هذا النوع من الأورام ومن أكثرها تجاوبا للعلاج بنسبة جد عالية تصل إلى أكثر من 95%[659].

3-سرطان ثدي المرأة:

يتحقق هذا المرض نتيجة النمو غير المنضبط للخلايا الظاهرية للثدي، حيث يشير ذلك إلى وجود ورم خبيث تطور من تلك الخلايا، وعضو الثدي يتكون من نوعين من الأنسجة أحدهما تسمى الأنسجة الغددية والثانية تسمى الأنسجة الداعمة، فالأولى تحيط وتلف الغدد المنتجة للحليب وقنواته، أما الثانية فتتكون من أنسجة دهنية وأنسجة رابطة ليفية. كما أن الثدي يحتوي على جهاز مناعي يطرح النفايات والسوائل الخلوية[660].

---

[658]-محمد أبو فارة، المرجع السابق.

[659]-جريدة الرياض، سرطان الخصية...إمكانية الشفاء تتجاوز 95% ، بتاريخ 2011/10/08، ع15811، على موقع الإنترنت www.alriyadh.com ، تاريخ الإطلاع 2016/01/21.

[660]-فاطمة النبوية، سرطان الثدي، موقع الإنترنت www.deltauniv.edu.eg/Uploadfiles ،تاريخ الإطلاع 2016/01/24.

أما عن العوامل المؤدية للإصابة به فلم يتم تحديدها وضبطها لحد الآن [661]، وإن كان هناك من يرى أن مجموعة من العوامل قد تساعد على الإصابة به كالتقدم في السن، أو التعرض للعلاج الإشعاعي بمنطقة الثدي أو زيادة كثافة نسيج الثدي وتناول المشروبات الكحولية وأصحاب البشرة البيضاء وكذا تناول الهرمونات كالإستروجين والبروجيستترون[662].

4-سرطان عنق الرحم:

توصل الطب الحديث إلى أن السبب في حدوث هذا المرض هو فيروس الورم الحليمي البشري التناسلي(HPV) ويعد من أكثر الفيروسات المنتشرة عن طريق العلاقة الجنسية. غير أن الإصابة به لا تؤدي في معظم الحالات إلى ظهور أية أعراض مع أنه مرتبط بالعديد من أنواع السرطانات التي تصيب الأعضاء التناسلية للمرأة[663].

5-سرطان الدم:

هو مرض خبيث يصيب الخلايا المكونة للدم والتي تكون في النخاع العظمي [664]، وينقسم إلى أربعة أقسام رئيسية مختلفة هي[665]:

-سرطان الدم النخاعي الحاد.

- سرطان الدم الليمفاوي الحاد.

-سرطان الدم النخاعي المزمن.

-سرطان الدم الليمفاوي المزمن.

---

[661]-دليل المرأة العربية لسرطان الثدي، المركز العربي للخدمات الإقتصادية والإجتماعية، قسم الخدمات الصحية والبحوث، ص.01.

[662]-محمد عبد الله، معلومات عامة عن سرطان الثدي، موقع الإنترنت www.oncologyclinic.org ، تاريخ الإطلاع 2016/01/24.

[663]-معهد الصحة العمومية بالنرويج، معلومات للأطفال ولأولياء الأمر حول لقاح فيروس الورم الحليمي البشري HPV، موقع الإنترنت www.fhi.no/infoletters تاريخ الإطلاع 2016/01/24.

[664]-النخاع العظمي هو نسيج إسفنجي لين ويدعى النخاع الأحمر، يتواجد داخل جزء العظام ووظيفته إنتاج الدم ويتكون من شبكة من الأوعية الدموية والأنسجة المحاطة بالدهون وخلايا النشا التي تتحول إلى كريات الدم، جمعية آدم لسرطان الطفولة –إبيضاض الدم النخاعي الحاد، موقع الإنترنت www.adamcs.org ، تاريخ الإطلاع 2016/01/24.

[665]-دلال موسى قويدر،الخوف من سرطان الدم وعلاقته بالصدمة النفسية،دراسة ميدانية لنيل درجة الإجازة في الإرشاد النفسي،جامعة دمشق، 2008،ص.15.

هذا وإن النخاع العظمي لدى الشخص المصاب بسرطان الدم يقوم بإنتاج خلايا دم بيضاء غير طبيعية، حيث أنها لا تموت في الوقت المحدد لها عكس الخلايا الطبيعية. كما تعمل على الإحاطة بكريات الدم الحمراء والصفائح الدموية، فيصعب على كريات الدم البيضاء أداء عملها[666].

ولعل الأسباب المفضية إلى الإصابة بهذا المرض تختلف من مريض لآخر، حيث تم التوصل أن التعرض لنسب عالية من الإشعاعات كانفجار القنابل الذرية أو استخدام العلاج الإشعاعي من طرف الأطباء وبالأخص طبيب الأسنان عند التشخيص بالأشعة السينية XRAYS، يضاف إلى ذلك عوامل أخرى كالتدخين والعمل في مجال البنزين والعلاج الكيماوي عند المصابين بنوع آخر من السرطان جراء تعاطيهم لعقاقير معينة من أجل مقاومة السرطان، فينتج عندهم سرطان الدم[667].

بإصابة أحد الزوجين بالسرطان وبالأنواع التي وقفنا عندها، فالنتيجة حتمية بتجاوز آثار ذلك المرض لمعاناة الزوج المريض إلى حد إمكانية مفارقة زوجه السليم له.

الفرع الثاني

مدى تأثير مرض السرطان على الحياة الزوجية

إن إصابة أحد الزوجين بأي مرض مهما كان نوعه لمن شأنه أن يلحق ضررا بالمصاب به، مما ينتج عن ذلك إحداث خلل في أداء دوره داخل الأسرة على أكمل وجه، هذا ويزداد الأمر تعقيدا لاسيما إذا كان المرض ملازما للشخص طيلة حياته حتى وإن لم يكن ساريا.

ولعل أول مسألة تتأثر بذلك العلاقة الجنسية بين الزوجين(أولا)، ليصل الأمر إلى الحالة النفسية التي يكون عليها الزوج المصاب بهذا المرض(ثانيا).

---

[666]–محمد عبد الرحمن العقيل،المرجع السابق،ص.07-08.

[667]–محمد عبد الرحمن العقيل، المرجع نفسه، ص.12.

أولا: تأثير مرض السرطان على قدرة الزوج المصاب على المعاشرة الزوجية.

ما دام أن مرض السرطان يصيب أعضاء جسم أحد الزوجين، فلا محالة أن ذلك ينعكس سلبا على الأداء الجنسي لكليهما خصوصا تلك الأنواع التي تطرقنا إليها، كونها سرطانات تصيب جزء من الأعضاء التناسلية، هذا وإن كان البعض منها لم يتوصل الطب إلى إثبات قدرتها على سلب الشخص مقدرته الجنسية وإن كان بالإمكان معالجته.

فبالنسبة لسرطان البروستاتا، فقد أمكن التحكم فيه وعلاجه من خلال إعطاء الشخص المصاب أدوية كيماوية تمثلت في الهرمونات المخلقة وثبت أن أكثر من 90% من حالات هذا المرض تشفى إذا تم تعاطي جرعات بصفة مستمرة ومنتظمة من الهرمون الأنثوي المخلق œstrogène [668]، وإن كانت طريقة العلاج بالهرمونات لها تأثير سلبي، بحيث أنها تؤدي في الغالب إلى فقدان الغريزة الجنسية لدى بعض الرجال المصابين. في حين قد يصاب البعض الآخر بضعف في إفراز الحيوانات المنوية، ومع ذلك لم يجزم الطب لحد الآن على أن سرطان البروستاتا يعدم القدرة الجنسية للمصاب به ما لم يتم إزالة الشبكة العصبية الدموية بصفة كاملة. كما يمكن أن يتم العلاج باستئصال عضو البروستاتا جذريا مع المحافظة على الشبكة العصبية الدموية[669].

أما بالنسبة لسرطان الخصية، فقلنا بأن نسبة الشفاء منه تتجاوز 95% ويكون العلاج بالجراحة أو العلاج الكيماوي أو العلاج الإشعاعي وقد يجمع الطبيب بين أكثر من طريقة واحدة. غير أن الطبيب قبل مباشرة أي نوع من العلاج قد يحتاط لأمر مهم يكمن في إمكانية تأثر عمل الخصية السليمة عند علاج الخصية المصابة، فيلجأ إلى تجميد الحيوانات المنوية للمريض لاستعمالها في عملية التلقيح الإصطناعي عند الطلب وعلى المريض الإلتزام بإرشادات الطبيب المعالج والمتابعة الدورية لتفادي حصول انتكاسة للمرض[670].

---

[668]-محمود سامي أبو رية، المرجع السابق،ص.52.

[669]-صالح حسين أبو زيد، المرجع السابق، ص.176-177.

[670]-جريدة الرياض، موقع الإنترنت www.alriyadh.com ، المرجع السابق.

وكذلك فإن إستئصال خصية الزوج المصابة لا تفقده إطلاقا قدرته الجنسية أو القدرة على الإخصاب وهو أمر يتحقق بوجود خصية واحدة، مع إمكانية زرع خصية اصطناعية لتفادي شعوره بالنقص. وعليه فالطب قد توصل إلى القول بإمكانية حدوث ضعف جنسي لدى بعض المصابين دون البعض الآخر ويبقى من الضروري المتابعة بالأدوية والعقاقير حتى حالة نزع كلتا الخصيتين[671].

وأما سرطان الثدي الذي يصيب المرأة، فإن علاجه بات ممكنا بعدة طرق منها العلاج الكيماوي وإن كان له الأثر البين على جسم الزوجة من خلال ما يحدثه من تأثيرات جانبية كالهزال وتساقط الشعر وانخفاض الرغبة الجنسية وتغير في المزاج وكذلك ما ينجم عن العلاج بالأشعة من احمرار في الجلد. وتبقى أصعب طريقة للعلاج عند المرأة المصابة هي استئصال الثدي المصاب كلية ويزداد الأمر تعقيدا إذا شملت عملية الإستئصال كلا الثديين[672].

ومن زاوية تقبل الزوجة المصابة للمعاشرة الجنسية، فإن مرضها لا يمنعها من مباشرة حياتها بصفة معتادة باستثناء فترة العلاج الكيماوي نظرا للمضاعفات الناجمة عنه كالغثيان والدوار وخطر التعرض للعدوى بسبب تلف إنتاج كريات الدم البيضاء التي يستعملها الجسم كوسيلة دفاعية[673].

وعن إمكانية حمل الزوجة المصابة فهو أمر وارد بشرط توقفها عن تعاطي العلاج الكيماوي أو تأخيره، مع أنه لا يوجد دليل على أن سرطان الثدي يضر بالجنين، بل إن نوع العلاج هو الذي قد يضر به وغالبا ما يفضل الأطباء تأخير العلاج حتى نهاية الثلث الأول من الحمل إذا كان كيماويا. لكن في حال استئصال الثدي بالجراحة فيرجع تأخيره إلى الثلث الأخير من الحمل[674].

---

[671]–صالح حسين أبو زيد، المرجع السابق، ص.178-179.

[672]–صالح حسين أبو زيد، المرجع نفسه، ص.181.

[673]–صالح حسين أبو زيد، المرجع نفسه، ص.182؛ نيكولاس جيمس، المرجع السابق، ص.70.

[674]–شريهان إبراهيم، لا خطر على الجنين من سرطان الثدي، موقع الإنترنت http://www.rougemagz.com ، تاريخ الإطلاع 2016/05/03.

وبالنسبة لإصابة الزوجة بسرطان عنق الرحم، فالأمر نفسه يبقى متوقفا على نوع العلاج المتبع في مسألة تقبل المرأة للمعاشرة الجنسية والرغبة في ذلك، إذ أن الحل الأنسب للزوجة التي حظيت بعدد معتبر من الأطفال هو إجراء عملية استئصال الرحم للتخلص نهائيا من الورم السرطاني وأن هذه العملية لا تؤثر على الرغبة الجنسية، إذ لا ارتباط لها بالعلاقة الزوجية سواء بالنسبة للرغبة عند الزوج أو الإشباع لدى الزوجة[675].

ثانيا: تأثير مرض السرطان على نفسية الزوج المصاب.

يعد نبأ الإصابة بمرض السرطان من الأزمات الشديدة والذي يترك في نفسية المريض آثارا شبيهة بالصدمة النفسية التي تلم بالشخص [676]، كبتر أحد الأعضاء أو فقد أحد الحواس. غير أنها لا ترقى إلى درجة الإعلان عن الإصابة بمرض السرطان.

إن السرطان كما ذكرنا مرض مخادع، فهو قريب من أي شخص وفي أي وقت وكذا الإعلان عنه يكون أمرا مفاجئا، إذ الشخص يعيش شعورا بالخيانة والغدر من طرف جسده، فيصبح الجسم المتهم الأول بفقد كل قدرات المواجهة ومحاولة المحافظة على هويته[677].

لذلك فإن أثر مرض السرطان لا يقتصر فقط على الجانب العضوي الجنسي أو الجانب التوافقي للزوجين، بل سيؤدي إلى انخفاض في محدودية العلاقة الزوجية، فيمكنه أن يحصر ويضيق من امتداد العلاقة الزوجية أو حتى يفككها، إذ أن سعادة كلا الزوجين تنبع من سعادة الزوج الآخر ولذة أحدهما هي مطلب الطرف الآخر.

---

[675]–عوني عطا الله، استئصال الرحم لا يفقد المرأة رغبتها، موقع الإنترنت felesteen.ps/details/news، تاريخ الإطلاع 2016/01/25.

[676]–الصدمة النفسية : هي حدث في حياة الفرد يتحدد بشدته وبالعجز الذي يجد الشخص نفسه فيه والإستجابة المناسبة تجاهه، بما يثيره التنظيم النفسي من اضطراب وآثار دائمة مولدة للمرض. كما تؤدي الصدمة إلى تولد الخوف العميق والعجز أو الرعب، كورو غلي محمد لمين، مساهمة في دراسة محاولة الإنتحار عند المراهق بعد تعرضه لصدمة فشل–الأسباب وإستراتجيات التكفل النفسي، مذكرة ماجستير في علم النفس العيادي، جامعة قسنطينة، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإجتماعية،2009–2010، ص.41–42.

[677]–فاسي أمال، الإكتئاب الأساسي لدى مريض السرطان كنشاط عقلي مميز، مذكرة ماجستير في علم النفس العيادي، جامعة قسنطينة، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإجتماعية،2010–2011، ص.54.

وفي هذه الحالة تظهر الآثار على الزوجين من خلال استعمالهما لميكانيزمان دفاعيان هما الإنكار والحماية المفرطة ضد القلق، مما ينجم عن ذلك غلق باب الحوار رغم المعاناة وبذلك تكون هناك معاناة فردية لكليهما دون تقاسم الألم الحقيقي، فالزوج المريض يريد إكمال حياته كما كانت عليه في السابق[678].

ومن أهم الصفات التي تتسم بها شخصية المريض ما يلي[679]:

-التشاؤم وسيطرة الإحتمالات السلبية بالنسبة للحياة المستقبلية.

-الإصابة بالقلق وعدم الراحة والإستقرار.

-الصدمة وعدم التصديق بما لحقه من إصابة وخاصة لحظة تشخيص المرض.

-عدم القدرة على التفكير والتركيز مع الشعور بموجات من الغضب.

ولعل أبرز مثال على ذلك يتمثل في تأثير مرض سرطان الثدي على نفسية الزوجة، فهذه الأخيرة تخاف من فقدان وحدتها الجسدية، فتخشى التراجع وبتر أحد أعضائها، إذ أن جسدها المصاب بمرض مزمن يسبب ألما سيؤدي تدريجيا إلى التراجع. كما أنه في حالة استئصال ثديها حينها تستلزم إعادة بناء صورتها الجسمية وإيجاد معالم جديدة لهويتها وأنوثتها وهذه التغيرات المتميزة بالسرعة والعنف تتسبب من جهة في انقطاع علاقة الهوية مع الذات ومع الجسم فتكون السبب في الإحساس بالغرابة[680].

بفقدان الأسرة لتوازنها بسبب عدم تفاعل الزوج المريض بالسرطان مع الطرف الآخر بالنظر إلى الوضعية التي أصبح عليها من الناحية الجسدية والنفسية، فإن الزوج السليم لا يبقى له سوى التفكير في حل الرابطة الزوجية بواسطة الرخص الشرعية والقانونية المتاحة له.

---

[678]-فاسي أمال، المرجع السابق، ص.76.

[679]-دلال موسى قويدر، المرجع السابق، ص.72-73.

[680]- شدمي رشيدة، واقع الصحة النفسية لدى المرأة المصابة بسرطان الثدي، أطروحة دكتوراه في علم النفس العيادي، جامعة تلمسان، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإجتماعية،2014-2015، ص.131.

الفرع الثالث

فك الرابطة الزوجية بسبب المرض المزمن غير المعدي

لا اختلاف بين أحكام الشريعة الإسلامية والنصوص القانونية حول حل الرابطة الزوجية بسبب إصابة أحد الزوجين بمرض معد، ولكن هل بالإمكان أن نجري هذا الحكم حالة إصابة أحدهما بمرض مزمن غير معد كمرض السرطان؟، سنوضح ذلك ضمن هذا الفرع بإبراز رأي الفقه الإسلامي(أولا) ثم نظرة القانون الجزائري(ثانيا).

أولا: في الفقه الإسلامي.

تبين لنا أن السرطان مرض غير معد لكنه في أغلب صوره يكون مصاحبا للشخص طيلة حياته، إلا أنه لا يعتبر عائقا لمباشرة المصاب به لحياته العادية، إذ بإمكان الزوج المصاب أن يتصل بزوجه جنسيا وله أن يقوم بحضانة أولاده حتى وإن كان ذلك أثناء فترة العلاج الكيماوي أو الإشعاعي، فالعلاج بالأسلوب الأخير ينتهي تأثيره لحظة خروج المريض من غرفة العلاج[681].

وبالنظر إلى أقوال الفقهاء في مسألة التفريق بين الزوجين عند وجود العيب الموجب للخيار نجد أن آراءهم تختلف-حسب ما فصلناه سابقا-بالعلة التي استند إليها كل فريق منهم وإن كانت الصورة الغالبة لديهم هي علة عدم تحقيق مقاصد النكاح وحدوث النفرة للزوج السليم من الزوج المصاب واشمئزاز نفسيته وخشية انتقال العدوى إليه.

كما أن ابن القيم الجوزية قد وسع من نطاق العيوب الموجبة للتفريق بين الزوجين، إذ يعتبر أن كل مرض منفر يحول دون تحقيق أهداف الزواج يوجب الخيار للزوج الآخر. وعلى هذا الأساس، فإن مرض السرطان باعتباره مرضا مزمنا يتوافر على العلة الملزمة لفك الرابطة الزوجية، لاسيما إذا كان من الأنواع التي تمس بالدرجة الأولى المقاصد الرئيسية للزواج كالإنجاب والمعاشرة الزوجية[682].

[681]-عائشة محمد صدقي موسى، المرجع السابق، ص.169.

[682]- صالح حسين أبو زيد، المرجع السابق، ص.188.

غير أن أحكام الشريعة الإسلامية من زاوية أخرى قد حثت على التراحم والتواد بين الزوجين وبذل الجهد والصبر عند حدوث الأزمات وعلى كل منهما الوقوف إلى جانب الآخر عند إصابته بمرض لئلا يزداد توتره وقلقه وتضيق نفسه، وأبرز دليل ما رواه هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة رضي الله عنها قالت:" كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا مرض أحد من أهله، نفث عليه بالمعوذات، فلما مرض مرضه الذي مات فيه، جعلت أنفث عليه وأمسحه بيد نفسه لأنها كانت أعظم بركة من يدي"[683].

ويرى البعض أنه لا وجود لأي مانع طبي للإبقاء على العلاقة الزوجية عند إصابة أحدهما بالسرطان لكونه غير منفر، ما لم يكن محل الإصابة هو الجهاز التناسلي عند المرأة[684].

والإبقاء على حق الزوجين في فسخ عقد الزواج هو الأجدر نظرا لترجيح الرأي القائل بالتفريق بينهما بكل عيب منفر، خاصة إذا أدى هذا المرض إلى بتر أحد الأعضاء اللازمة في المعاشرة الزوجية كاستئصال خصيتي الزوج أو كلا الثديين للزوجة، فالأولى أن لا نلزم أي منهما على البقاء مع الزوج المصاب وله كامل الحرية في البقاء معه أو الفرقة منه.

وما نعلمه أن هذا المرض هو من جنس الأمراض التي يندر إصابة الإنسان بها، مما يكلف عمليات جراحية باهظة الأثمان مثلا، فهذه لا تدخل في النفقات الواجبة على الزوج ولا هي مما يلزمه إلا أن يطوع خيرا، لأن هذا النوع من الأمراض ليس كسابقه فهو عارض غير عادي معتاد متكرر، فلا يجوز بحال أن نلزم الزوج بما يثقل كاهله بشيء لم يلزمه به الشرع ولا دليل على إلزامه به في هذه الحال[685].

---

[683]-صحيح مسلم، المرجع السابق، ح.ر2192، كتاب السلام، ص.1046.

-يقول الله عز وجل واصفا صبر النبي أيوب عليه السلام في الآية 83 من سورة الأنبياء" وَأَيُّوبَ إِذْ نَادَىٰ رَبَّهُۥٓ أَنِّى مَسَّنِىَ ٱلضُّرُّ وَأَنتَ أَرْحَمُ ٱلرَّٰحِمِينَ "؛ حيث قيل في قصته أنه ابتلي بمرض شديد حتى أخرجه أهل قريته، إلا أن زوجته كانت تخدمه إلى أن شفي؛ أحمد بن أبي بكر القرطبي، المرجع السابق، ج14، ص.256-257.

[684]-عائشة محمد صدقي موسى، المرجع السابق، ص.175.

[685]-عز الدين عبد الدايم، حكم النفقة الشرعية للزوجة العاملة-دراسة فقهية تحليلية مقارنة، مذكرة ماجستير في العلوم الإسلامية تخصص أصول الفقه، جامعة الجزائر،2006-2007، ص.28.

ثانيا: في القانون الجزائري.

توصلت الدراسات مؤخرا إلى أن احتمال فك الرابطة الزوجية تزداد بوجود المرض الخطير بنسبة 06% والصورة الغالبة تكون من جانب الزوج بالطلاق، والسبب في ذلك هو عدم استطاعة الزوج على تحمل زوجته المريضة، إذ بفقدانها لصحتها تزداد مشاغله في البيت يضاف إلى ذلك العناية الواجب توفيرها لزوجته المريضة، مع العلم أن المجتمعات العربية تصنف بأنها مجتمعات ذكورية كون أن الأزواج غير معتادين على القيام بتلك المسؤوليات الإضافية، فيكون السبيل الوحيد لتجنب مثل تلك الإلتزامات هو حل الرابطة الزوجية[686].

والمجتمع الجزائري هو الآخر بات يشهد تفكك الأسر بسبب مرض السرطان وبالذات سرطان الثدي الذي يصيب الزوجات، حيث أن حوالي أربعة آلاف حالة طلاق تسجل سنويا بسبب هذا المرض والسبب هو أن الزوجة قد فقدت جزء من أنوثتها[687].

وفي رأي بعض القانونيين أن مرض السرطان بصفة عامة هو مرض غير معد وقد يمكن علاجه بالجراحة أو الأشعة أو الأدوية الكيماوية ولا خطر فيه لأنه لا يسبب أي ضرر مادي للزوج الآخر ولا يحدث له النفرة، لذلك من غير الأسلم أن نثبت للزوجة حق خيار الفرقة، لأن ذلك يزيد من ألم المصاب وهذا منافي لما جاء به الإسلام من مودة ورحمة بين الأزواج[688].

إذا كان بإمكان الزوج فك الرابطة الزوجية بالطلاق استنادا إلى نص المادة 48 من ق.أ.ج، فإن الزوجة هي الأخرى بإمكانها طلب التطليق بمقتضى أحكام المادة 53 ق.أ.ج في فقرتها الثانية شريطة أن يؤدي المرض إلى إعدام القدرة الجنسية للزوج مثلما هو الحال عند إجراء عملية جراحية لنزع كلتا خصيتي الزوج، فيصبح بذلك الزوج غير قادر على المعاشرة ولا على الإنجاب وهذا عيب يخول للزوجة فك الرابطة الزوجية وهو ما أكد عليه القضاء الجزائري.

---

[686]–خدمة الإذاعة العربية، أنا وأنت على الطريق مرض الزوجة يزيد من خطر الطلاق، موقع الإنترنت http://www.arabicbroadcasting.com ،تاريخ الإطلاع 2015/09/16.

[687]–إيمان خباد، 4 آلاف حالة طلاق سنويا في الجزائر بسبب سرطان الثدي–أغلب طلبات الإنفصال تصدر من الرجال، موقع الإنترنت، http://www.djazairess.com/alfadjr، تاريخ الإطلاع 2016/04/28.

[688]–آيت شاوش دليلة، المرجع السابق، ص.36.

وفي ذات السياق ما دام أن إحداث الفرقة بسبب المرض المزمن غير المعدي ليس منصوصا عليه في قانون الأسرة ، فإن مرض السرطان وإن كان ذكره يحدث الفزع في النفوس، فالأرجح وبصفة عامة أن لا يكون سببا للتفريق بين الزوجين. فليس للزوج أن يطلق زوجته لوجوده ولا للزوجة طلب التطليق بإدراجه ضمن العيوب التي تحول دون تحقيق أهداف الزواج، لاسيما ونحن نعلم أن التطور الطبي قد توصل إلى علاج أنواع عدة لهذا المرض، فسرطان البروستاتا والخصية قد تجاوزت نسبة علاجهما 95% وكذا سرطان الثدي وعنق الرحم إذ تم تشخيصهما في فترة مبكرة خاصة وإن كان للزوجين أولادا ولم يفقد الزوج المصاب قدرته على المعاشرة.

لذلك واستثناء على ما قلناه يتوجب على القضاة عند معالجة أي طلب لفك الرابطة الزوجية بسبب مرض السرطان دراسة كل حالة على حدة والنظر فيما إذا كان المرض سيؤدي إلى المساس بمقاصد الزواج وأهدافه بعد الأخذ برأي الأطباء والمختصين، ولعل هذا ما دفع بالمشرع الجزائري إلى عدم حصر العيوب الموجبة لطلب التطليق في المادة 53 ق.أ.ج.

خاتمـــــة:

وختاما لما تقدمنا به من دراسة، نخلص إلى أن التطورات الطبية قد يكون لها الأثر البين على فك الرابطة الزوجية، هذا وإن لم يكن هناك نص شرعي أو تشريعي صريح يقضي بذلك ولكن قد يفهم من تحليل وتنسيق النصوص الشرعية والتشريعية بمجملها.

فلو أتينا إلى التطورات الطبية المتمثلة في التلقيح الإصطناعي وطرق تنظيم النسل والقطع الإرادي للحمل نجد أن كلها تتعلق بمسألة الإنجاب وهو من أهم المقاصد التي أبرم لأجلها عقد الزواج.

على إثر ذلك، فإن وسيلة التلقيح الإصطناعي تهدف إلى تحقيق ذلك المقصد في إطار العلاقة الزوجية الشرعية الذي لم يتحقق لطرفيها، وهي وسيلة جائزة في نظر غالبية فقهاء الشريعة الإسلامية سواء بالأسلوب الداخلي أو الخارجي متى توافرت شروطها وضوابطها. ويستوي الأمر كذلك عند المشرع الجزائري بالمادة 45 مكرر ق.أ.ج، مع مراعاة ما تضمنته من شروط بما فيها رضا الزوجين باللجوء إلى هذه التقنية.

غير أنه في حالة عدم حصول رضا الزوجين، فإن الفرقة الزوجية قد تحدث، فإذا كان الطرف الرافض هو الزوجة فوفقا لأحكام الفقه الإسلامي أنه لا يمكن للزوج فك الرابطة الزوجية بفسخ النكاح وله ذلك برخصة الطلاق لوجود المبرر الشرعي وهو عدم قدرة الزوجة على الإنجاب بالطريق الطبيعي. وفي موقف قانون الأسرة، فللزوج التمسك بالطلاق لعقم زوجته عملا بالمادة 48 منه وإن كان القضاء الجزائري لا يعتد بذلك حسب ما بيناه سابقا.

أما بالنسبة للزوجة، فحالة ما إذا كان زوجها عقيما ورفض العلاج بتقنية التلقيح الإصطناعي، فلها فسخ النكاح لقيام الضرورة والحاجة إلى الأولاد والشعور بالأمومة حسب الشريعة الإسلامية، عملا بالحديث الذي أورده ابن القيم وقاعدة عدم حصر العيوب الموجبة للتفريق بين الزوجين. يضاف إلى ذلك أن الزوج بإمكانه تحقيق النسل بالزواج بامرأة أخرى على عكس الزوجة وهذا ما أقره القضاء بالقول بأن حرمان الزوجة من الأولاد يعتبر ضررا يستوجب إزالته تطبيقا لأحكام الفقرة العاشرة من المادة 53 ق.أ.ج.

كما يمكن إدراج العقم ضمن العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج المنصوص عليها في الفقرة الثانية من نفس المادة وهذا في غياب النص الصريح عن فك الرابطة الزوجية بهذا الطريق.

وأما بالنسبة لمسألة تنظيم الإنجاب بالوسائل الطبية الحديثة، فعلمنا أنها على العموم تأخذ حكم الجواز لدى فقهاء الشريعة الإسلامية قياسا على العزل، بشرط وجود الحاجة التي تدعو لاستعمالها وعدم إلحاقها ضررا بالجسم وبعد مشورة طبيب موثوق. ولا يمكن اللجوء إلى تنظيم الإنجاب إلا بتشاور الزوجين، فيمنع على أي منهما الإنفراد بذلك القرار وهو ما أقره المجمع الفقهي الإسلامي وسايره في ذلك المشرع بنص المادة 36 ق.أ.ج في فقرتها الرابعة، إذ جعل من مسألة تباعد الولادات حقا مشتركا للزوجين.

غير أنه في نطاق فك الرابطة الزوجية ونظرا لانعدام النص الصريح شرعا وتشريعا، فالقول أن الزوج بإمكانه فك الرابطة الزوجية بالطلاق حالة لجوء الزوجة إلى استعمال وسائل منع الحمل دون رضاه مع عدم وجود المبرر الشرعي المتمثل أساسا في تضررها من تقارب فترات الحمل أو حالة اكتفائها بولد أو ولدين.

هذا وللزوجة هي الأخرى طلب التفريق في الحالة العكسية إذا أرغمها زوجها على استعمال وسائل الحمل لأسباب معيشية ورضيت هي بالحمل ورأت نفسها قادرة عليه. ومن جهة أخرى إذا لم يوافقها في خلق فترات متباعدة بين الولادات مع وجود الحاجة وتقرير الأطباء بخطورة الحمل على صحتها ويمكن تكييف ذلك على أنه ضرر معتبر شرعا حسب الفقرة العاشرة من نص المادة 53 ق.أ.ج.

والشيء نفسه بالنسبة للقطع الإرادي للحمل، فإن الزوج إذا طلب من زوجته إسقاط حملها وأصر عليها، فيمكن اعتبار ذلك ضررا يخول لها طلب التفريق دفعا للضرر الواقع بها. وللزوج هو الآخر طلاق زوجته التي قامت بقطع الحمل دون مبرر يسوغ لها ذلك ولم يكن يعلم به، بل تم بإرادتها المنفردة. علما أن هذا الفعل هو منهي عنه في أحكام الشريعة الإسلامية ويعد جريمة يعاقب عليها القانون.

أما بالنسبة للإكتشافات البيولوجية والطبية الحديثة، فإن ما توصل إليه الطب قد مس بوحدة الأسرة واستقرارها نتيجة الآثار المترتبة على ذلك. فالبصمة الوراثية والعلوم الدموية، بالرغم من تأكيد أهل الإختصاص على نجاعة ودقة نتائج هذه التقنية في إثبات نسب الطفل لوالديه أو عدم نسبه إليهما، إلا أنها من الوجهة الشرعية لا تؤدي إلى فك الرابطة الزوجية حالة أن جاءت نتائجها تؤكد عدم نسب الطفل لوالده، ذلك أن نفي النسب كما هو معلوم لا يكون إلا بطريق اللعان والذي يترتب عليه التفريق الأبدي بين الزوجين وهو أمر ثابت بنص شرعي قطعي ولا يجوز إحلال البصمة الوراثية محله أو تقديمها عليه، وإنما يمكن الإستعانة بها كقرينة للإستئناس.

والأمر ذاته حسب موقف المشرع حيث أجاز اللجوء إلى إثبات النسب بالطرق العلمية بالمادة 40 ق.أ.ج في فقرتها الأخيرة مع ترك السلطة التقديرية للقاضي بالأخذ بها. أما في مجال نفي النسب فما توصلنا إليه من نص المادة 41 ق.أ.ج أنه لا يكون إلا بالطرق لمشروعة وهي اللعان. لذلك ففك الرابطة الزوجية بعد نتائج الدليل العلمي يبقى متوقف على إرادة الزوجين، فإذا أتت نتائج التحليل البيولوجي نافية لنسب الطفل لأبيه، فللزوج إحداث الفرقة بطلب إجراء اللعان وللزوجة حال أن جاءت النتائج مؤكدة لنسب الطفل لأبيه،فلها طلب التطليق للضرر الذي لحقها استنادا لأحكام الفقرة العاشرة من المادة 53 ق.أ.ج.

وأما الأمراض المكتشفة حديثا، فجراحة التغيير الجنسي التي يقدم عليها أحد طرفا العلاقة الزوجية الزوج أو الزوجة سواء كان الدافع نفسيا أو وراثيا، فإنه لا محالة ستؤدي إلى عكس المراكز القانونية في نطاق هذه العلاقة، بل أكثر من ذلك المساس بالطبيعة القانونية لها، فتتحول من زواج شرعي بين رجل وامرأة إلى زواج مثلي بين شخصين من جنس واحد في أغلب الأحوال ما عدا حالة جراحة تثبيت جنس أحد الزوجين التي ينتج عنها استقرار جنس الزوج الخاضع للجراحة على حسب الجنس الذي أبرم بمقتضاه عقد الزواج.

وأن عملية التحول الجنسي هي تصرف غير جائز في نظر أحكام الشريعة الإسلامية، بل هي عمليات مسخ محرمة وتغيير لخلق الله عز وجل. كما أنها في نظر المشرع تعد جريمة خصاء معاقب عليها بموجب نصوص قانون العقوبات وهي أفعال تتعارض وأحكام مدونة أخلاقيات الطب وقانون حماية الصحة وترقيتها لما فيها من تعريض صحة الأشخاص للخطر والمساس بالوحدة الجسدية.

وبصفة حتمية، فإن التغيير الجنسي لأحد الزوجين يترتب عليه فك الرابطة الزوجية لأنها عملية تؤدي بداية إلى إسقاط وهدر الحقوق الزوجية كحق الإستمتاع والإعفاف والسلامة من العيوب والحق في الإنجاب وتكوين أسرة، ولعل تلك الحقوق من أعظم مقاصد النكاح، لتصل إلى إخراج عقد الزواج من دائرة الصحة إلى دائرة البطلان لانعدام أهم أركانه وهو الركن البيولوجي، ذلك أن عقد الزواج لا يكون إلا بين رجل وامرأة وهو مسألة متفق عليها بين فقهاء الشريعة الإسلامية ونصوص قانون الأسرة.

وللزوج حق طلاق زوجته التي غيرت جنسها وللزوجة حق طلب التطليق للعيوب التي حالت دون تحقيق الهدف من الزواج أو الطلاق عن تراض منهما.

وبشأن التطور الطبي في مجال الكشف عن الأمراض الخطيرة، توجد هناك أمراضا مزمنة ومعدية كشف الطب عن كيفية سريانها وما تلحقه من أضرار بجسد المصاب تصل إلى حد اعتبارها مرض موت كمرض الإيدز، لذلك فإن الرابطة الزوجية لا محالة معرضة لعدم الإستقرار بسبب تأثير هذا المرض على إلتزامات كلا الزوجين. فالزوج لا يمكنه كسب الرزق والإنفاق، والزوجة لا يمكنها القيام بواجباتها الأسرية كالحضانة وتربية الأولاد وخدمة زوجها، بل أكثر من ذلك عدم استطاعة الزوج السليم من الإقتراب من زوجه المصاب لنفرته منه وخشية انتقال العدوى إليه، فيبقى وجوده شبه معدوم ويترتب على ذلك ضياع مقاصد النكاح.

وإلى جانب هذا المرض يوجد مرض الإلتهاب الكبدي الوبائي كونه من الأمراض المعدية عجز الطب عن علاج بعض أنواعه مما ينتج عنه نفس الأثر على فك الرابطة الزوجية.

وما دام أن فقهاء الشريعة الإسلامية قد مكنوا الزوج السليم من فسخ النكاح بوجود المرض المعدي أو بأي عيب يحول دون تحقيق مقاصده، فيستوي الأمر بوجود هذين المرضين داخل الأسرة، إذ بإمكان الزوج السليم فك الرابطة الزوجية حالة علمه بإصابة زوجه، وبهذا يمكننا العمل بأحكام المادة 48 ق.أ.ج عند إصابة الزوجة والمادة 53 من نفس القانون عند إصابة الزوج.

أما بالنسبة لمرض السرطان، فهو من الأمراض المزمنة غير المعدية الخطيرة والمؤثرة على صحة الشخص المصاب البدنية والنفسية يجعله غير قادر على التعايش، خاصة إذا نجم عنه حدوث تشوهات ظاهرة للعيان أو منفرة بسبب العلاج الكيماوي والإشعاعي الذي يتلقاه المريض. كما أنه يعد طريق للموت المحتم إذا كان من أنواع السرطانات غير القابلة للشفاء.

لذلك فمن المؤكد أن إصابة أحد الزوجين بهذا المرض يؤدي إلى عدم استطاعة الزوج الآخر على تحمل زوجه المريض، مع زيادة أعبائه الأسرية، فيكون الطريق المناسب لتجنب مثل تلك الإلتزامات هو فك الرابطة الزوجية إذا عملنا بالرأي الإسلامي القائل بعدم حصر العيوب الموجبة للتفريق بين الزوجين. غير أنه وإن كنا قد سلمنا بذلك إلا أنه بالنسبة لهذا المرض فالأرجح وبصفة عامة أن لا يكون سببا للتفريق بين الزوجين، فليس للزوج أن يطلق زوجته لوجوده ولا للزوجة طلب التطليق بإدراجه ضمن العيوب التي تحول دون تحقيق أهداف الزواج، لأن ذلك يعد من الأزمات الزوجية التي تتطلب التكافل والتراحم.

قائمة المراجع:

-القرآن الكريم برواية حفص عن عاصم.

أولا: المراجع العامة.

1-إبراهيم بن محمد بن إبراهيم الحلبي، مَجْمَع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ط 01، دار الكتب العلمية، بيروت، 1998.

2-أبو محمد أشرف بن عبد المقصود، فتاوى المرأة المسلمة لمجموعة من العلماء، ط 01،دار إبن حزم،بيروت،2001.

3-أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي الشهير بابن حزم الظاهري، المحلى في شرح المجلى بالحجج والآثار، إعتنى به حسان عبد المنان، بيت الأفكار الدولية، د.س.ن.

4-أبي البركات أحمد الدردير، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، تح، محمد عليش، دار إحياء الكتب العربية، د.س.ن.

5-أبي الحسن أحمد بن محمد البغدادي المعروف بالقدوري، مختصر القدوري، ط 01، مؤسسة الريان، بيروت، 2005

6-أبي الحسن الحنفي المعروف بالسندي، شرح سنن إبن ماجة القزويني، دار الجيل، بيروت،د.س.ن.

7-أبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، ط 01،دار إبن حزم-بيروت،د.س.ن.

8-أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبير، تح. مركز هجر للبحوث والدراسات العربية والإسلامية، ط01، دار هجر، الجيزة،2011.

9-أبي بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، المصنف، تح، حبيب الرحمن الأعظمي، ط 02، المكتب الإسلامي، بيروت،1983.

10-أبي حامد محمد بن محمد الغزالي، إحياء علوم الدين ومعه حمل الأسفار في الأسفار في تخريج ما في الإحياء من الأخبار للعلامة زين الدين أبي الفضل العراقي ، ط01،دار ابن حزم-بيروت، 2005.

11-أبي زكريا يحي بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، إش. زهير الشاويس، ط 03، المكتب الإسلامي،بيروت،1991

12-أبي زكريا يحي بن شرف النووي، رياض الصالحين من كلام سيد المرسلين، تعليق محمد ناصر الدين الألباني ومحمد بن صالح العثيمين، تح. محمود بن الجميل، ط02، دار الإمام مالك للكتاب، الجزائر،2004.

13-أبي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، الجامع لأحكام القرآن والمبين لما تضمنه من السنة وآيِ الفرقان، تح.عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط01، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2006.

14-أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، ط01،دار إبن كثير،دمشق، بيروت، 2006.

15-أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب الرعيني، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ط01، دار الكتب العلمية، بيروت،1995.

16-أبي محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، تح، عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد عوض، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت،1997.

17-أبي نصر محمد بن عبد الله الإمام، قطف الأزهار المتناثرة من فتاوى المرأة المسلمة لعلماء اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، ط01، دار المحسن، مصر، 2008.

18-أحمد ابن إسحاق الإصفهاني، موسوعة الطب النبوي، تح.مصطفى خضر دونمز، ط 01،دار ابن حزم، بيروت، 2006.

19-أحمد بن الشيخ محمد الزرقا،شرح القواعد الفقهية،محمد مصطفى الزرقا، ط02،دار القلم،دمشق،1989.

20-أحمد بن حنبل، المسند، تح.محمد عبد القادر عطا، ط01، دار الكتب العلمية، بيروت،2008.

21-أحمد بن عبد الرزاق الدويش، فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، ط 05، رئاسة إدارة البحوث العلمية والإفتاء، 2003.

22-بلباقي عبد المؤمن، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي-دراسة مقارنة مدعمة بنصوص من قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2000.

23-بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2013.

24-بلحاج العربي، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال أربع وأربعين سنة 1966-2010، ط04، ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2012.

25-بن طاهر الحبيب، الفقه المالكي وأدلته، ط03، مؤسسة المعارف، بيروت، 2005.

26-بهرام بن عبد الله بن عبد العزيز الدميري،الشامل في فقه الإمام مالك،ط 01، مركز نجيبوَيْه، مصر،2008.

27-الجزيري عبد الرحمن، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003.

28-جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، ط 01، دار الكتب العلمية، بيروت، 1983.

29-جمال الدين بن عمر بن الحاجب المالكي، جامع الأمهات، ط02، اليمامة، دمشق، 2000.

30-الحافظ ابن حجر العسقلاني، بلوغ المرام من أدلة الأحكام، دار الفكر،بيروت،2002.

31-حمادي العبيدي، الشاطبي ومقاصد الشريعة، ط01، دار قتيبة، بيروت، دمشق، 1416هـ-1996.

32-خالد بن عبد الرحمن الجريسي، الفتاوى الشرعية في المسائل العصرية من فتاوى علماء البلدي الحرام-عبد العزيز بن عبد الله بن باز ومحمد بن صالح العثيمين وعبد الله بن عبد الرحمن الجبرين وصالح بن فوزان الفوزان واللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء-، ط01، مؤسسة الجريسي، الرياض، 1999.

33-زيدان عبد الكريم، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ط 01، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1993.

34-سليمان محمد بن عمر البجيرمي علي الخطيب الشافعي، تحفة الحبيب على شرح الخطيب المعروف بالإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع محمد بن أحمد الشرجيني القاهري الشافعي المعروف بالخطيب الشرجيني، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1996.

35-السيد سابق، فقه السنة، دار مصر للطباعة، ط.خ، الفتح للإعلام العربي، القاهرة، د.س.ن.

36-شرف الدين موسى بن أحمد بن موسى بن سالم أبي النجا الحجاوي المقدسي،الإقناع لطالب الإنتفاع،ط.خ،دارة الملك عبد العزيز،الرياض، 2002.

37-شمس الدين السرخسي، كتاب المبسوط، دار المعرفة، بيروت، 1989.

38-شمس الدين محمد بن أبي بكر إبن القيم الجوزية ، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، دار عالم الفوائد، جدة، د.س.ن.

39-شمس الدين محمد بن أبي بكر إبن القيم الجوزية، تحفة المودود بأحكام المولود، تح، مكتب الدراسات والتوثيق، ط01، دار الفكر، بيروت، 2004.

40-شمس الدين محمد بن أبي بكر إبن القيم الجوزية ، زاد المعاد، زاد المعاد في هدي خير العباد، تح.شعيب الأرنؤوط وعبد القادر الأرنؤوط،ط03، مؤسسة الرسالة،بيروت، 1998.

41-الشيخ نظام وجماعته من علماء الهند الأعلام، الفتاوى الهندية المعروفة بالفتاوى العالمكيريَّة في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، ط01، دار الكتب العلمية، بيروت،2000.

42-صدر الدين علي بن علي بن أبي العز الحنفي، التنبيه على مشكلات الهداية، ط 01، مكتبة الرشد، الرياض، 2003.

43-طلال حرب،الفشل أسبابه ونتائجه من زاوية التحليل النفسي، ط 01، دار الآفاق الجديدة ، بيروت،1994.

44-عبد الحليم محمود، فتاوى ، ط05، دار المعارف، القاهرة، د.س.ن.

45-عبد العزيز بن عبد الله بن عبد الرحمن بن باز، مجموع فتاوى ومقالات متنوعة، ط 01، رئاسة إدارة البحوث العلمية والإفتاء، الرياض، 2004.

46-عبد الله ناصح علوان، تربية الأولاد في الإسلام، ط21، دار السلام، القاهرة، 1992.

47-عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان، فقه الضرورة وتطبيقاتها المعاصرة-آفاق وأبعاد، سلسلة محاضرات العلماء البارزين رقم 02، البنك الإسلامي للتنمية-المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، جدة، 1423هـ.

48-العربي بختي، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي-دراسة مقارنة بقانون الأسرة الجزائري، ط01، كنوز الحكمة، الجزائر،2013.

49-علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام المبجل أحمد بن حنبل، تح، محمد حامد الفيقي، ط01، د.د.ن، 1956.

50-الفتاوى الإسلامية لمجموعة من أعلام المفتين، ط02، دار الإفتاء المصرية، القاهرة، 1997.

51-القاضي عبد الوهاب البغدادي، المعونة على مذهب عالم المدينة، الإمام مالك بن أنس، تح. حميش عبد الحق دار الفكر،بيروت، 1999.

52-كمال إبراهيم مرسي، العلاقة الزوجية والصحة النفسية في الإسلام وعلم النفس، ط 02، 1995، دار القلم، الكويت.

53-كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي، شرح فتح القدير، ط01، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1318هـ.

54-لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، تح،عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب، الرياض، د.س.ن.

55-مجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد بن الجزري ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث والأثر، تق. علي بن حسن بن علي بن عبد الحميد الحلبي الأثري،ط 01،دار ابن الجوزي،المملكة العربية السعودية،1421هـ.

56-محمد الأمير الكبير، الإكليل شرح مختصر خليل، مكتبة القاهرة، د.س.ن.

57-محمد الغزالي،قذائف الحق، ط03، دار القلم،دمشق، 1997.

58-محمد بن إدريس الشافعي، الأم، تح. رفعت فوزي عبد المطلب، ط01،دار الوفاء، المنصورة، 2001.

59-محمد بن عبد الباقي بن يوسف بن علوان الزرقاني، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك بن أنس المسمى"أنوار الكواكب أنهج المسالك شرح موطأ مالك"، ط01، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة،2003.

60-محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لأبي البركات أحمد الدردير، تح، محمد عليش، دار إحياء الكتب العربية، د.س.ن.

61-محمد ناصر الدين الألباني، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، ط 01، المكتب الإسلامي، بيروت، 1979.

62-محمد ناصر الدين الألباني، المسائل العلمية والفتاوى الشرعية في المدينة والإمارات،جمعها عمرو عبد المنعم سليم،ط01، دار الكتب المصرية،2006.

63-محمد ناصر الدين الألباني، سلسلة الأحاديث الصحيحة وشيء من فقهها وفوائدها، مكتبة المعارف، الرياض، د.س.ن.

64-محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط03، دار الفكر، عمان،2010.

65-محمود محمد ناصر بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، ط 01، دار النفائس،الأردن،2007.

66-منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع، تح، إبراهيم أحمد عبد الحميد، ط.خ، دار عالم الكتب، الرياض، 2003.

67-ناجي بلقاسم علالي، الطلاق في المجتمع الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2013.

68-وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية وأهم النظريات الفقهية وتحقيق الأحاديث النبوية وتخريجها وفهرسة ألفبائية للموضوعات وأهم المسائل الفقهية، ط 02، دار الفكر، دمشق، 1985.

69-وهبة الزحيلي،نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي،ط04،مؤسسة الرسالة،بيروت،1985.

ثانيا: المراجع المتخصصة.

I-الكتب:

1-أحمد حسام طه أحمد، الحماية الجنائية لاستخدام الجينات الوراثية في الجنس البشري -دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، 2005.

2-أحمد حسني أحمد طه، المسؤولية الجنائية عن نقل عدوى الإيدز في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.

3-أحمد محمد لطفي أحمد، التلقيح الصناعي بين أقوال الأطباء وآراء الفقهاء، ط 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.

4-أسامة الصغير، البصمات وسائل فحصها وحجيتها في الإثبات الجنائي، دار الفكر والقانون، المنصورة،2007.

5-أسامة رمضان الغمري، الجرائم الجنسية والحمل والإجهاض من الوجهة الطبية الشرعية، دار الكتب القانونية-مصر، 2005.

6-إقروفة زبيدة، التلقيح الإصطناعي دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، دار الهدى، الجزائر، 2010.

7-أميرة عدلي أمير عيسى خالد، الحماية الجنائية للجنين في ظل التقنيات المستحثة،دار الفكر الجامعي،الإسكندرية، 2005.

8-أميرة عدلي أمير عيسى خالد، جريمة إجهاض الحامل في التقنيات المستحدثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006.

9-بديعة علي أحمد، الجوانب الفقهية المتعلقة بتغيير الجنس، ط01، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،2011.

10-بكر بن عبد الله أبو زيد، فقه النوازل؛ قضايا فقهية معاصرة، ط01، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1996.

11-تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الإكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.

12-حسام الأحمد، البصمة الوراثية-حجيتها في الإثبات الجنائي والنسب، ط 01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010.

13-حسنى محمود عبد الدايم عبد الصمد، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات-دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، ط02، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011.

14-خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، ط01، دار النفائس، الأردن،2006.

15-دليل إدراج تدريس فيروس نقص المناعة البشرية الإيدز في المناهج الرسمية، المكتب الدولي للتربية، اليونسكو، جنيف، النسخة الثالثة، 2006.

16-دليل المرأة العربية لسرطان الثدي، المركز العربي للخدمات الإقتصادية والإجتماعية، قسم الخدمات الصحية والبحوث.

17-ذيابي باديس، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري-إقرار، بينة، تلقيح إصطناعي، البصمة الوراثية، نظام تحليل الدم- دراسة مقارنة مدعمة بالإجتهاد القضائي، دار الهدى، الجزائر، 2010.

18-زهير الكرمي، محمد سعيد صباريني، سهام العقاد العارف، الأطلس فيزيولوجيا الإنسان، دار الكتاب اللبناني، بيروت، د.س.ن.

19-زياد أحمد سلامة،تقد.عبد العزيز الخياط، أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة، ط 1، الدار العربية للعلوم، الأردن، 1996.

20-سعد الدين مسعد هلالي، البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية-دراسة فقهية مقارنة، ط 02، مكتبة وهبة، القاهرة، 2010.

21-سعدى إسماعيل البرزنجي، المشاكل القانونية الناجمة عن تكنولوجيا الإنجاب الجديدة، أطفال الأنابيب I.V.F-تجميد الأحياء التناسلية وحفظها-عمليات الهندسة الوراثية والإستنساخ البشري دراسة مقارنة في ضوء القانون المقارن والأخلاق والشريعة، دار الكتب القانونية،مصر، 2009.

22-شحاتة عبد المطلب حسن أحمد، الإجهاض بين الحضر والإباحة في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006.

23-الشهابي إبراهيم الشرقاوي، تثبيت الجنس وآثاره-دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الكتب القانونية، مصر، 2003.

24-شوقي إبراهيم عبد الكريم علام، تحديد الجنس وتغييره بين الحظر والمشروعية-دراسة مقارنة، ط 01، ، مكتبة الوفاء، الإسكندرية، 2014.

25-الشويرخ سعد بن عبد العزيز بن عبد الله،أحكام الهندسة الوراثية،دار كنوز إشبيليا،الرياض، 1428هـ.

26-صالح حسين أبوزيد، الأمراض الحديثة وأثرها على استمرار الحياة الزوجية في الفقه الإسلامي-السرطان، الإيدز، الإلتهاب الكبدي الوبائي-،ط01، دار الثقافة، الأردن، 2012.

27-طارق إبراهيم الدسوقي عطية، البصمات وأثرها في الإثبات الجنائي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2001.

28-طارق عبد المنعم محمد خلف، تقد. محمد سليمان الأشقر، أحكام التدخل الطبي في النطف البشرية في الفقه الإسلامي، ط01، دار النفائس، الأردن، د.س.ن.

29-طه كاسب فلاح الدروبي، المدخل إلى علم البصمات، ط01، دار الثقافة، عمان، 2006.

30-عامر قاسم أحمد القيسي، مشكلات المسؤولية الطبية المترتبة على التلقيح الإصطناعي-دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، ط01، الدار العلمية الدولية ، عمان، 2001.

31-عبد الحليم محمد منصور علي، الجنس بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي المسموح والممنوع في فراش الزوجية-دراسة فقهية مقارنة، ط01، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية،2013.

32-عبد الحميد القضاة، الإيدز حصاد الشذوذ، ط02، دار ابن قدامة، بيروت، 1986.

33-عبد الرحمن الزيادي، الكبد الدليل المتكامل للكبد الأمراض التشخيص العلاج، ط 02، دار الشروق، القاهرة، 2009.

34-عبد الفتاح محمود إدريس، قضايا طبية من منظور إسلامي بحث فقهي مقارن، ط 01، مكتبة ألكسندرينة، مصر، 1993.

35-عثمان الكاديكي، الأمراض المعدية، ط03، الدار الجماهرية، مصراتة، 1998.

36-علي محي الدين القره داغي وعلي يوسف المحمدي، فقه القضايا الطبية المعاصرة-دراسة فقهية طبية مقارنة مزودة بقرارات المجامع الفقهية والندوات العلمية، ط02، دار البشائر الإسلامية، بيروت، 2006.

37-عمر بن محمد السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعية استخدامها في النسب والجناية، ط 01، دار الفضيلة، الرياض، 2002.

38-فاروق مصطفى خميس، قاموس الإيدز الطبي-مرض العصر، إع، محمد رفعت، ط 01، دار مكتبة الهلال، بيروت، 1987.

39-فريحة حسين، شرح قانون العقوبات الجزائري-جرائم الأشخاص والأموال، د.م.ج، الجزائر، 2006.

40-محمد أبو زهرة، تنظيم الأسرة وتنظيم النسل، ط01، دار الفكر العربي، مصر، 1976.

41-محمد المختار الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها، ط 02، مكتبة الصحابة، جدة،1994.

42-محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية-دراسة مقارنة، جامعة الكويت، 1992-1993.

43-محمد خالد منصور،الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي،ط2،دار النفائس،الأردن،1999.

44-محمد سعيد رمضان البوطي، مسألة تحديد النسل وقاية وعلاجا، مكتبة الفرابي، دمشق، د.س.ن.

45-محمد عبد الرحمن العقيل، كل ما تريد أن تعرفه عن سرطان الدم، ط 01، الجمعية السعودية الخيرية لمكافحة السرطان، 2013.

46-محمد علي البار، الأمراض الجنسية أسبابها وعلاجها، ط02، دار المنارة، جدة، 1986.

47-محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، ط04، الدار السعودية، 1983.

48-محمد علي البار، زهير أحمد السباعي، الطبيب أدبه وفقهه، ط01، دار القلم، دمشق، 1993

49-محمد علي البار، مداواة الرجل للمرأة ومداواة الكافر للمسلم، ط 01، دار المنار للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 1995.

50-محمد علي البار، مشكلة الإجهاض، دراسة مقارنة طبية فقهية، ط01، الدار السعودية، 1985.

51-محمود أحمد طه، الإنجاب بين التجريم والمشروعية، منشأة المعارف، 2008.

52-محمود عبد الرحيم مهران، الأحكام الشرعية والقانونية للتدخل في عوامل الوراثة والتكاثر ، ط 01، د. د.ن، 2002.

53-مرحبا إسماعيل، البنوك الطبية البشرية وأحكامها الفقهية، ط1، دار إبن الجوزي، الرياض، 1429هـ.

54-مشروع مكافحة أمراض الدم الوراثية(فحص ما قبل الزواج قرار أجيال)، الغرفة التجارية الصناعية بالإحساء، العربية السعودية، 2015.

55-منظمة الصحة العالمية، الكتاب الطبي الجامعي، تمريض صحة المجتمع، إع. نخبة من أساتذة الجامعات في العالم العربي، أكاديميا إنترناشيونال، بيروت، 2006.

56-ناصف مصطفى، الوراثة والإنسان-أساسيات الوراثة البشرية والطبية، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت، 1986.

57-نيكولاس جيمس، السرطان مقدمة قصيرة جدا، تر.أسامة فاروق، ط 01، مؤسسة هنداوي، القاهرة، 2013.

58-GAILLARDIN-C.,TINSLEY-C.R.,Génétique moléculaire , Agro Paris tech,2007.

59-HARUN Y., Le miracle de la creation dans L'ADN , laibrairie ,sana Paris,2003.

II-أطروحات الدكتوراه ومذكرات الماجستير.

1-أطروحات الدكتوراه.

1-أحمد داود رقية، الحماية القانونية للجنين المخبري-دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، 2014-2015.

2-أشرف يحي رشيد العمري، نظرية التفريق القضائي بين الزوجين، أطروحة دكتوراه في الفقه وأصوله، الجامعة الأردنية، كلية الدراسات العليا،2005.

3-إلغات ربيحة، الحقوق الزوجية على ضوء الإجتهاد القضائي الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة الجزائر01، 2011.

4-آيت شاوش دليلة، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة-دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية، أطروحة دكتوراه في القانون، جامعة تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تاريخ المناقشة 2014/06/26.

5-بن قويدر زبيري، النسب في ظل التطور العلمي والقانوني-دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة تلمسان، كلية الحقوق،2011-2011.

6-بوشي يوسف، الجسم البشري وأثر التطور الطبي على نطاق حمايته جنائيا —دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، 2012-2013.

7-بوغرارة الصالح، أثر الإكتشافات الطبية على أحكام الزواج، أطروحة دكتوراه في العلوم القانونية، جامعة سيدي بلعباس، كلية الحقوق،2013-2014.

8-حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة-دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية،2004-2005.

9-زروق يوسف، حجية وسائل الإثبات الحديثة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، 2012-2013.

10-شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة-دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، أطروحة دكتوراة في القانون الخاص، جامعة تلمسان، كلية الحقوق ،2013-2014.

11-شدمي رشيدة، واقع الصحة النفسية لدى المرأة المصابة بسرطان الثدي، أطروحة دكتوراه في علم النفس العيادي، جامعة تلمسان، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإجتماعية،2014-2015.

12-طفياني مختارية، التلقيح الإصطناعي-دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة تلمسان، كلية الحقوق،2013-2014.

13-مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية و الجراحية-دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه دولة في القانون الطبي، جامعة تلمسان، كلية الحقوق ،2004-2005.

14-نزار كريمة، أبعاد ومخاطر مشكل الإثبات في مجال الزواج، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص،جامعة سدي بلعباس، كلية الحقوق،2009-2010.

15-يوسفات علي هاشم، أحكام النسب في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة تلمسان، كلية الحقوق،2014-2015.

16-BERTHON- J.,Etude de la réplication de l'ADN chez les archaea,These présentée pour obtenir le grade de docteur en sciences,Université Paris sud 11, soutenue le 27/11/2008.

2-مذكرات الماجستير:

1-إبراهيم بن محمد قاسم بن محمد رحيم، أحكام الإجهاض في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ط01، سلسلة إصدارات مجلة الحكمة، بريطانيا، 2002.

2-الأخضر زكور، دور التعليم العالي في تنظيم الأسرة الجزائرية-دراسة ميدانية بمدينة باتنة، مذكرة ماجستير في علم إجتماع التنمية، جامعة قسنطينة، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإجتماعية، 2007-2008.

3-الأشهب العندليب فؤاد، الحماية الجنائية لحرمة جسم الإنسان عن الأعمال الطبية الحديثة-نقل وزرع الأعضاء والتلقيح الإصطناعي، مذكرة ماجستير، جامعة ورقلة، كلية الحقوق، 2010-2011.

4-أمعيزة عيسى، الحمل إرثه أحكامه وصوره المعاصرة بين الشريعة والقانون، مذكرة ماجستير في العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 2005-2006.

5-باعزيز أحمد ، الطب الشرعي و دوره في الإثبات الجنائي، مذكرة ماجستير في القانون الطبي ، جامعة تلمسان ،كلية الحقوق ، 2010-2011.

6-بدر محمد الزغيب، المسؤولية المدنية للطبيب عن الأخطاء الطبية في مجال التلقيح الإصطناعي، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق، 2011.

7-بن بعطوش أحمد عبد الحكيم، التخطيط العائلي في الأسرة الحضرية-دراسة ميدانية بمدينة باتنة، مذكرة ماجستير في علم الإجتماع العائلي،جامعة باتنة،كلية العلوم الإسلامية والعلوم الإجتماعية، 2007-2008

8-بن سعد الهويمل إبراهيم، جريمة نقل مرض نقص المناعة المكتسبة، بحث مقدم لاستكمال الحصول على درجة الماجستير في العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، قسم العدالة الجنائية، 2009.

9-جدوي محمد أمين، جريمة الإجهاض بين الشريعة و القانون، مذكرة ماجستير في العلوم الجنائية وعلم الإجرام، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، 2009-2010.

10-حنان محمد فوزي عبد الرحمن إسماعيل، أحكام مرضى نقص المناعة المكتسبة-الإيدز-في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، جامعة النجاح، فلسطين، قسم الفقه والتشريع، 2001.

11-خابر كمال، الإشكالية الأخلاقية للإستنساخ،مذكرة ماجستير،جامعة الجزائر 2011،2-2012.

12-خدام هجيرة، التلقيح الإصطناعي دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والقانون الجزائري، مذكرة ماجيستير في القانون الخاص، جامعة تلمسان، كلية الحقوق،2006-2007.

13-داودي صحراء، مسؤولية الطبيب في الجراحة التجميلية، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة ورقلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية،2005-2006.

14-سعدودي زينب، موقف الزوجين من استعمال وسائل تنظيم النسل-دراسة ميدانية ببلدية أولاد يعيش ولاية البليدة، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية العلوم الإنسانية والإجتماعية، 2007-2008.

15-سلطاني توفيق، حجية البصمة الوراثية في الإثبات، مذكرة ماجستير في العلوم القانونية تخصص علوم جنائية، جامعة باتنة، كلية الحقوق، 2010-2011.

16-شامي أحمد ، التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري دراسة فقهية ونقدية مقارنة، مذكرة ماجستير، جامعة الإسكندرية، كلية الحقوق،2008-2009.

17-الشيخ صالح بشير، الحماية الجنائية للجنين في ضوء الممارسات الطبية الحديثة-دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في القانون فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر01، 2012-2013.

18-صفاء خالد حامد زين، تنظيم النسل في الفقه الإسلامي، أطروحة للحصول على درجة الماجستير في الفقه و الشريعة، جامعة نابلس-فلسطين، 2005.

19-عائشة إبراهيم أحمد المقادمة، إثبات النسب في ضوء علم الوراثة، الجامعة الإسلامية، غزة ، 1433هـ-2012.

20-عائشة محمد صدوقي موسى، أثر الأمراض المزمنة على الحياة الزوجية في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير في الفقه والتشريع، جامعة النجاح الوطنية،كلية الدراسات العليا، فلسطين، 2014.

21-عباسي مجدوب محمد، أحكام وسائل منع الحمل-دراسة طبية فقهية، مذكرة ماجستير في العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، كلية العلوم الإسلامية، 2008-2009.

22-عبد الدايم عز الدين، حكم النفقة الشرعية للزوجة العاملة-دراسة فقهية تحليلية مقارنة، مذكرة ماجستير في العلوم الإسلامية تخصص أصول الفقه، جامعة الجزائر،2006-2007.

23-عدنان علي النجار، التفريق القضائي بين الزوجين-دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، رسالة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القضاء الشرعي، جامعة غزة، كلية الشريعة، 2004.

24-عيسى أمعيزة، الحمل إرثه أحكامه وصوره المعاصرة بين الشريعة والقانون، مذكرة ماجستير في العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر،2005-2006.

25-فاسي أمال، الإكتئاب الأساسي لدى مريض السرطان كنشاط عقلي مميز، مذكرة ماجستير في علم النفس العيادي، جامعة قسنطينة، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإجتماعية،2010-2011.

26-فريحة كمال، المسؤولية المدنية للطبيب، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2010.

27-كشيدة الطاهر، المسؤولية الجزائية للطبيب، مذكرة ماجستير في القانون الطبي،جامعة تلمسان،كلية الحقوق،2010-2011.

28-كورو غلي محمد لمين، مساهمة في دراسة محاولة الإنتحار عند المراهق بعد تعرضه لصدمة فشل-الأسباب وإستراتجيات التكفل النفسي، مذكرة ماجستير في علم النفس العيادي، جامعة قسنطينة، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإجتماعية،2009-2010.

29-لبنى محمد جبر وشعبان الصفدي، الأحكام الشرعية المتعلقة بالإخصاب خارج الجسم، بحث مقدم لإستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه المقارن، الجامعة الإسلامية، غزة، 2007.

30-محمد ولد عال ولد محمياي، أحكام النسب وطرق إثباته-دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقانون الموريتاني، مذكرة ماجستير، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، 2007-2008.

31-مسعودة حسين بوعدلاوي، موقف الشريعة الإسلامية من الإجهاض وموانع الحمل-دراسة مقارنة، رسالة لنيل درجة الماجستير، جامعة أم القرى، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، السعودية،1988.

32-مهداوي حسين، دراسة نقدية للتعديلات الواردة على قانون الأسرة في مسائل الزواج وأثاره، مذكرة ماجستير في قانون الأسرة، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، 2009-2010.

33-موسى قويدر دلال، الخوف من سرطان الدم وعلاقته بالصدمة النفسية،دراسة ميدانية لنيل درجة الإجازة في الإرشاد النفسي،جامعة دمشق، 2008.

34-هيفاء بنت منصور مزعل العنزي، دور الأسرة في الوقاية من إضطراب الهوية الجنسية لدى الفتاة في ضوء التربية الإسلامية-دراسة ميدانية على طالبات جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، بحث مقدم استكمالا لمتطلبات الماجستير في التربية الإسلامية، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، كلية العلوم الإجتماعية، تاريخ المناقشة 2014/11/25.

ثالثا: المقالات.

1-أبي عبد المعز محمد علي فركوس، في حكم التلقيح الإصطناعي،موقع الإنترنت www.ferkous.com، تاريخ الإطلاع 2015/09/20.

2-أحمد أبو طالب، خلل وظائف الكبد يسبب الضعف الجنسي، موقع الإنترنت www.youm7.com، تاريخ الإطلاع 2016/01/13.

3-أسماء فتحي عبد العزيز شحاتة، الحكم الشرعي في إسقاط العدد الزائد من الأجنة الملقحة صناعيا، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي قضايا طبية معاصرة، مج 02، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية،1431هـ.

4-أمال يس عبد المعطي بنداري، الضوابط الشرعية للعمليات التجميلية، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي قضايا طبية معاصرة، مج03، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 1431هـ.

5-إيمان خباد، 4 آلاف حالة طلاق سنويا في الجزائر بسبب سرطان الثدي-أغلب طلبات الإنفصال تصدر من الرجال، تاريخ النشر 2014/11/09، موقع الإنترنت، http://www.djazairess.com/alfadjr، تاريخ الإطلاع 2016/04/28.

6-بلحاج العربي أحمد، المبادئ الشرعية والقانونية والأخلاقية التي تحكم عملية التلقيح الإصطناعي في ضوء قانون الأسرة الجزائري الجديد والمقارن، م.ع.ق.إ.س، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، 2013، ع15.

7-بلحاج العربي، الجوانب القانونية لإثبات النسب بالبصمة الوراثية في ضوء قانون الأسرة الجزائري الجديد، م.ع.ق.إ.س، جامعة تلمسان-كلية الحقوق، 2012، ع13.

8-بن شويخ الرشيد، الطرق الشرعية والقانونية لثبوت النسب أو نفيه، م.ع.ق.إ، 2005، ع03.

9-بن شويخ رشيد، وضعية حقوق المرأة المطلقة في الجزائر بين النصوص القانونية والواقع المعيشي، م.ع.ق.إ.س، جامعة تلمسان ،كلية الحقوق ، 2011 ، ع12.

10-بن صغير مراد، حجية البصمة الوراثية ودورها في إثبات النسب، دفاتر السياسة والقانون، جامعة ورقلة، 2013، ع09.

11-تشوار جيلالي، القضاء مصدر تفسيري تعسفي للقاعدة المنظمة للنسب، م.ع.ق.إ، ج 41، 2003، ع01.

12-تشوار جيلالي، حق الشخص في التصرف في جسمه، الرتق العذري والتغيير الجنسي نموذجا، م.ع.ق.إ.س، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، 2008، ع06.

13-تشوار جيلالي، رضا الزوجين على التقيح الإصطناعي، م.ع.ق.إ، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، 2006، ع04.

14-تشوار جيلالي،الأحكام الإسلامية في مسائل التغيير الجنسي والإستنساخ البشري،م.ج.ع.ق.إ.س،جامعة الجزائر،كلية الحقوق،1998، ع36.

15-تشوار حميدو زكية، بعض حقوق المرأة المستحدثة بمقتضى الأمر رقم 05-02 المعدل لقانون الأسرة، م.ع.ق.إ.س، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، 2011، ع12.

16-تشوار حميدو زكية، شروط التلقيح الإصطناعي في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة الجزائري، م.ع.ق.إ، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، 2006، ع04.

17-جريدة الخبر، إعلان تحسيسي، إلتهاب الكبد الوبائي نوع C غير مرئي وفتاك حسب رأي المختصين، ع7885، بتاريخ 2015/08/18، الجزائر.

18-جريدة الرياض، سرطان الخصية...إمكانية الشفاء تتجاوز 95% ، بتاريخ 2011/10/08، ع15811، على موقع الإنترنت www.alriyadh.com ، تاريخ الإطلاع 2016/01/21.

19-جمعية آدم لسرطان الطفولة –إبيضاض الدم النخاعي الحاد، موقع الإنترنت www.adamcs.org ، تاريخ الإطلاع 2016/01/24.

20-جوهره عبد الله المطوع، لولو عبد الله النعيم، هنا في المملكة العربية السعودية؟ هل ممكن أن يسمح بتحديد نوع جنس الجنين؟ نظرة على القيم الأخلاقية لتحديد نوع جنس الجنين قبل الحمل لأسباب غير طبية، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني قضايا طبية معاصرة، مج 03، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالمملكة العربية السعودية، 1431.

21-حسن السيد حامد خطاب، بنوك الحيامن وضوابطها في الفقه الإسلامي، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي قضايا طبية معاصرة، مج 02، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية-المملكة العربية السعودية، 1431هـ.

22-خدمة الإذاعة العربية، أنا وأنت على الطريق مرض الزوجة يزيد من خطر الطلاق، موقع الإنترنت http://www.arabicbroadcasting.com ،تاريخ الإطلاع 2015/09/16.

23-ربيع لعور، عقوبة الإجهاض دراسة مقارنة بين الفقه والقانون، م.إ.د.ق.إ، المركز الجامعي تامنغست، معهد الحقوق، 2012، ع02.

24-زبيري بن قويدر، القضاء بين التطور العلمي والتشريعي في مسالة إثبات النسب، م.ع.ق.إ.س،جامعة تلمسان، كلية الحقوق، 2009، ع08.

25-زلافي عبد الحميد، حماية الجنين في ظل السياسة الجنائية وفلسفة التشريع الإسلامي، م.ع.ق.إ.س، جامعة سيدي بلعباس، كلية الحقوق، 2011، ع08.

26-زهية بوغليط، التلقيح الإصطناعي في الجزائر.....حل أخير، أمل كبير، ونجاح ضئيل، نشر بتاريخ 2012/10/22، موقع الإنترنت http://www.eldjazaireldjadida.dz ، تاريخ الإطلاع 2016/04/19.

27-سماح بن عبادة، التحول الجنسي في الدول العربية قضية مسكوت عنها- الضغوط النفسية والإجتماعية تدفع الفتيات العربيات للتخلص من أنوثتهن، جريدة العرب، لندن، ع10056، بتاريخ 2015/10/04.

28-سميرة معاشي، أحكام التطليق على ضوء التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري، مجلة المنتدى القانوني، جامعة بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2009، ع06.

29-سهام جبايلي، الوسط الحضري وتأثيره على التربية الأسرية-الأسرة الجزائرية نموذجا، مجلة العلوم الإنسانية والإجتماعية، جامعة ورقلة، 2014، ع16.

30-شادية الصادق الحسن، حكم الإسلام في التلقيح الإصطناعي، مجلة العلوم والبحوث الإسلامية، جامعة السودان، 2011، ع02.

31-شريهان إبراهيم، لا خطر على الجنين من سرطان الثدي، موقع الإنترنت http://www.rougemagz.com ، تاريخ الإطلاع 2016/05/03.

32-صالح بن محمد الفوزان، العمليات التجميلية، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي قضايا طبية معاصرة، مج03، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 1431هـ.

33-صبري السعداوي مبارك، نقص المناعة المكتسبة(الإيدز) وأثره على العلاقة الزوجية في الفقه الإسلامي، مجلة الجمعية الفقهية السعودية، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، 2006، ع01.

34-طارق حسن كسار، مشروعية التحول الجنسي في الفقه الإسلامي، مجلة كلية التربية للعلوم الإنسانية، جامعة ذي قار، العراق، 2015، ع01، مج05.

35-عبد الحفيظ أوسكين، أحمد عمراني، النظام القانوني للأجنة الزائدة، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي قضايا طبية معاصرة، مج03، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 1431هـ.

36-عبد الحليم بن مشري، إجهاض المرأة لنفسها بين التجريم والإباحة-دراسة مقارنة، مجلة المنتدى القانوني، جامعة بسكرة، كلية الحقوق،2009، ع07.

37-عبد الرحمن إبراهيم، تحول الجنس، مجلة شبكة العلوم النفسية العربية، 2008، ع20.

38-عبد الرحمن محمد أمين طالب، البنوك الطبية واقعها وأحكامها، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي قضايا طبية معاصرة، مج02،جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية-المملكة العربية السعودية، 1431هـ.

39-عبد العزيز بن عبد الله الخضيري، أحكام اللعان في ضوء القرآن، مجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة واللغة العربية وآدابها، 1428هـ، ع43، ج19.

40-عبد القادر الشيخلي، التنظيم الأخلاقي لعلاقة الطبيب بمريضه في الشريعة الإسلامية والمواثيق الدولية والنظم العربية المعاصرة، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي قضايا طبية معاصرة، مج 04، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية،1431هـ.

41-عبد الكريم علي، أنواع لقاح إلتهاب الكبد ومدى فعاليته وأمانه، موقع الإنترنت www.altibbi.com تاريخ الإطلاع 2016/01/13.

42-عبد الكريم مأمون، الإطار الشرعي والقانوني للإنجاب الصناعي، م.ع.ق.إ، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، 2006، ع04.

43-عبد الله بن زيد آل محمود، الحكم الإقناعي في إبطال التلقيح الصناعي، موقع الإنترنت http://ibn-mahmoud.com/books ،تاريخ الإطلاع 2016/02/01.

44-عثمان صالح بن عبد المحسن العامر، معوقات التوافق بين الزوجين في ظل التحديات الثقافية المعاصرة للأسرة المسلمة، مجلة كلية التربية، جامعة الإمارات العربية المتحدة. 2000، ع17.

45-العرابي خيرة، التلقيح الإصطناعي وأثره في إثبات النسب، دفاتر مخبر حقوق الطفل، جامعة وهران، 2011، ع02.

46-عمر عبد الله حسن الشهابي، تبديل الجنس ضرورة طبية أم انتكاسة فطرية، www.almoslim.net، تاريخ الإطلاع 2015/11/09.

47-عوني عطا الله، استئصال الرحم لا يفقد المرأة رغبتها، موقع الإنترنت felesteen.ps/details/news، تاريخ الإطلاع 2016/01/25.

48-فاطمة النبوية، سرطان الثدي، موقع الإنترنت www.deltauniv.edu.eg/Uploadfiles ،تاريخ الإطلاع 2016/01/24.

49-فهد بن عبد الكريم السنيدي، نفقة علاج الزوجة-دراسة فقهية، مجلة الجمعية الفقهية السعودية، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، 2013، ع16،.

50-فواز صالح، جراحة الخنوثة وتغيير الجنس في القانون السوري، مجلة جامعة دمشق، 2003، ع12،مج19.

51-قاسم العيد عبد القادر،التلقيح الإصطناعي،تعريفه، نشأته وموقف المشرع الجزائري منه،م.ع.ق.إ،جامعة سيدي بلعباس،كلية الحقوق،2005،ع03.

52-كريمة عبود جبر، إستئجار الأرحام والآثار المترتبة عليه، مجلة أبحاث كلية التربية الأساسية، جامعة الموصل، العراق، ع03، 2010، مج09.

53-ل-بوربيع، شرطية تثير الاستنفار الصحي في تلمسان لإصابتها بمرض معد وخطير ، جريدة الخبر الجزائرية، ع8108، بتاريخ 2016/03/31.

54-ماهر أحمد السوسي، حق الزوجة في فسخ النكاح بسبب عقم زوجها، مجلة الجامعة الإسلامية-سلسلة الدراسات الإسلامية، غزة، 2006، ع01، مج14.

55-محمد أبو فارة، من المهم متابعة حالات سرطان البروستات عن كثب نظرا لإمكانية حدوث انتكاسات؛ موقع الإنترنت www.aljazera.net/news/healthmedcine/2013 ، تاريخ الإطلاع 2016/01/21.

56-محمد أحمد البديرات، مدى اعتبار الإيدز مرض موت وتأثيره في تصرفات المريض في القانون الأردني والفقه الإسلامي-دراسة مقارنة، مجلة جامعة دمشق للعلوم الإقتصادية والقانونية، 2006، ع01،مج22

57-محمد الحسن مصطفى البغا، الفسخ القضائي بعيوب الزوجين في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية السوري، مجلة جامعة دمشق للعلوم الإقتصادية والقانونية، 2008، ع01، مج24.

58-محمد بن إبراهيم بن محمد الجاسر، أحكام التداوي بالمحرم، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي قضايا طبية معاصرة، مج01، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية. 1431هـ.

59-محمد عبد الحميد السيد متولي، التداوي بالوسائل الطبية المعاصرة، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي قضايا طبية معاصرة، مج01، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 1431هـ.

60-محمد عبد الله، معلومات عامة عن سرطان الثدي، موقع الإنترنت www.oncologyclinic.org ، تاريخ الإطلاع 2016/01/24.

61-محمد علي البار، مشكلة الخنثى بين الطب والفقه، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي، ط02، 2005، ع06.

62-محمد فنخور العبدلي، الحمض النووي أو البصمة الوراثية DNA هل يثبت به نسب ، موقع الإنترنت:www.alkutubcafe.com/book، تاريخ الإطلاع 2015/05/07.

63-محمد فوزي فيض الله، التلقيح الإصطناعي،مجلة الوعي الإسلامي،الكويت،السنة الثانية والعشرون، مارس-أفريل 1986، ع259.

64-محمد واصل، الإستنساخ البشري في الشريعة والقانون، مجلة كلية الحقوق بجامعة دمشق، 2002، ع02، مج18.

65-معهد الصحة العمومية بالنرويج، معلومات للأطفال ولأولياء الأمر حول لقاح فيروس الورم الحليمي البشري HPV، موقع الإنترنت www.fhi.no/infoletters تاريخ الإطلاع 2016/01/24.

66-منظمة الصحة العالمية، الوقاية من العدوى بإلتهاب الكبد الفيروسي ومكافحتها، إطار العمل الدولي، موقع الإنترنتwww.who.int/topics/hepatitis ، تاريخ الإطلاع 2015/10/07.

67-ناصر عبد الله الميمان، حكم إختيار جنس الجنين في الشريعة الإسلامية، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي قضايا طبية معاصرة، مج 02، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 1431هـ.

68-نجم عبد الله عبد الواحد، تقنيات الإستنساخ للخلايا والجينات الإنسانية لتشخيص وعلاج الأمراض؛ التعرف المبكر على جنس الجنين والتحكم في إختيار جنس الجنين قبل العلوق وقبل إرجاع البويضة المخصبة للرحم، مجلة المجمع الفقهي، السنة العاشرة، ع12.

69-نزار كريمة، نفي النسب بين اللعان وإكتشاف التقنية العلمية للبصمة الوراثية،م.ع.ق.إ، جامعة سيدي بلعباس،كلية الحقوق،2010، ع07.

70-هدية محمود، 97% نسبة نجاح عمليات أورام شبكية العين، موقع الإنترنت http://www.alyaum.com/article/1000473، تاريخ الإطلاع 2016/05/03.

71-هناء محمد، ما هي الأمراض المزمنة ولماذا سميت بهذا الإسم، موقع الإنترنت http://www.almrsal.com ، تاريخ الإطلاع 2016/01/19.

72-هند الخولي، تأجير الأرحام في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الإقتصادية والقانونية، 2011، ع03، مج27.

73-هيلة بنت عبد الرحمن اليابس، تحديد جنس الجنين، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي قضايا طبية معاصرة، مج02، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 1431هـ.

74-ياسين بن ناصر الخطيب، بنوك الأجنة بنوك الحيامن المنوية بنوك البييضات والجينات، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني قضايا طبية معاصرة، مج 02، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالمملكة العربية السعودية، 1431هـ.

75-يوسفات علي هاشم، أثر تحاليل الدم في ضبط النسب،دفاتر السياسة والقانون،جامعة ورقلة، 2012، ع06.

76-يوسفات علي هاشم، مدى إستخدام البصمة الوراثية في مجال النسب، م.إ.د.ق.إ، المركز الجامعي تامنغست، معهد الحقوق، 2012، ع02.

77-SAADI R., Le nom, le sang ou la filiation exhortée par le sang, revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques ,1991, N1 et 2.

رابعا: الندوات والمؤتمرات والملتقيات.

1-إبراهيم أبو الوفا محمد، مدى حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي في القانون الوضعي والفقه الإسلامي،أبحاث مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات، بتاريخ 05-07 ماي 2002.

2-إقروفة زبيدة، الفحص الطبي الجيني وتداعياته على حقوق الإنسان(قبل وبعد الزواج) مقارنة فقهية قانونية، ملتقى وطني حول تأثير التطور العلمي والتقني على حقوق الإنسان يومي 28 و29 أفريل 2013، جامعة بجاية، كلية الحقوق والعلوم السياسية.

3-الدورة السادسة عشر في الفترة من 21 إلى 1422/10/26هـ الموافق 05إلى2002/01/10 للمجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة.

4-طباش عز الدين، الحماية الجزائية للحق في الكرامة الإنسانية لمرحلة ما قبل الميلاد في ظل تطور العلوم الطبية، ملتقى وطني حول تأثير التطور العلمي والتقني على حقوق الإنسان، يومي 28-29 أفريل 2013،جامعة بجاية، كلية الحقوق.

5-عاطف محمد أبو هربيد، أثر مرض الإيدز على الزوجية وما يتعلق به من أحكام، مؤتمر كلية الشريعة والقانون الدولي بعنوان-التشريع الإسلامي ومتطلبات الواقع، الجامعة الإسلامية، غزة خلال الفترة 13-13 صفر 1427هـ، الموافق 13-14 مارس 2006.

6-عبد الناصر بن موسى أبو البصل، تحديد جنس الجنين، الدورة الثامنة عشر للمجمع الفقهي الإسلامي خلال الفترة 10-1427/03/14هـ الموافق 08-2006/04/12.

7-قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، الدورات من الأولى إلى السابعة عشر، القرارات من الأول إلى الثاني بعد المائة، 1977-2004، ط02.

8-محسن العبودي، القضاء وتقينية الحامض النووي،بحث مقدم خلال المؤتمر العربي الأول لعلوم الأدلة الجنائية والطب الشرعي خلال الفترة 02-1428/11/04هـ الموافق 12-2007/1411 ، جامعة نايف للعلوم الأمنية-الرياض.

9-محمد بن يحي بن حسن النجيمي، تحديد جنس الجنين، الدورة الثامنة عشر للمجمع الفقهي الإسلامي خلال الفترة 10-1427/03/14هـ الموافق 08-2006/04/12.

10-محمد علي البار، إختيار جنس الجنين؛ وسائل التحكم في جنس الجنين ومدى نجاحها وحكمها الشرعي، الدورة الثامنة عشر للمجمع الفقهي الإسلامي خلال الفترة 10-1427/03/14هـ الموافق 08-2006/04/12.

11-مدى حجية إستخدام البصمة الوراثية لإثبات البنوة والمنعقدة بالكويت ما بين 28 إلى 2000/01/29.

12-مركز إبن إدريس الحلي للدراسات الفقهية، التقرير الفقهي-الطلاق، دار المحجة البيضاء، بيروت، 2008، ع07 و 08.

13-مسودة الإستراتجية العالمية بشأن توقي ومكافحة الأمراض المنقولة جنسيا، منظمة الصحة العالمية، جمعية الصحة العالمية التاسعة والخمسون، البند11 من جدول الأعمال، 2006/05/18.

14-ناصر عبد الله الميمان، حكم إختيار جنس الجنين في الشريعة الإسلامية، الدورة الثامنة عشر للمجمع الفقهي الإسلامي خلال الفترة 10-1427/03/14هـ الموافق 08-2006/04/12م.

15-الندوة الفقهية بالمنظمة الإسلامية للعوم الطبية في دورتها الحادية عشر المنعقد بالكويت إنعقدت في الفترة ما بين 23 إلى 25 جمادى الثانية 1419هـ الموافق 13 إلى 1998/10/15، تحت عنوان الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني، رؤية إسلامية وكذلك بالتعاون مع المنظمة الإسلامية للتربية والعلوم والثقافة " الإيسسكو" ومجمع الفقه الإسلامي بجدة ومنظمة الصحة العالمية.

16-ندوة بعنوان تجارة الأجنة وعولمة الأنساب بتاريخ 29 أيلول 2001، Royal Academy Of science International Trust، بيروت.

17-يشار شريف داما أوغلو، حفظ النسل والنسب والأسرة، أبحاث ووقائع المؤتمر العام الثاني والعشرين، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، اليونان.

18-DRIS N.,Le clonage entre espoir d'ordre thérapeutique à l'espèce humaine et atteinte à l'identité de l'homme,forum national sur l'impact du progrès scientifique et technique sur les droits de l'homme, fac de droit ,Univ.Bejaia,28-29/04/2013.

خامسا: المعاجم والقواميس والموسوعات.

1-أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، ط.خ،لوزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد بالمملكة العربية السعودية، دار النوادر، الكويت،1431هـ-2010.

2-أبي نصر إسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح، دار الحديث، القاهرة، 2009.

3-أحمد أبو حاقة، معجم النفائس الكبير، ط01، دار النفائس، لبنان، 1428هـ-2007.

4-أحمد بن فارس بن زكريا، مقاييس اللغة، تح. عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، القاهرة، 1979.

5-أحمد محمد كنعان، الموسوعة الطبية الفقهية-موسوعة جامعة للأحكام الفقهية في الصحة والمرض والممارسات الطبية؛ تقد، محمد هيثم الخياط، ط01، دار النفائس، بيروت، 2000.

6-أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، ط01، عالم الكتب، القاهرة، 2008.

7-علي بن محمد السيد الشريف الجرجاني، معجم التعريفات، تح،محمد صديق المنشاوي، دار الفضيلة، القاهرة، د.س.ن.

8-مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، القاموس المحيط، تح.محمد نعيم العرقسوسي ، ط08، مؤسسة الرسالة،بيروت، 2005.

9-محمد بن علي الفيومي المقرئ، المصباح المنير، مكتبة لبنان، 1987.

10-محمود عبد الرحمن عبد المنعم، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، دار الفضيلة، القاهرة، د.س.ن.

11-الموسوعة الفقهية، ط02، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية لدولة الكويت، 1988.

12-موسوعة الملك عبد الله بن عبد العزيز، إلتهاب الكبد، موقع الإنترنت https://www.kaahe.org/health ، تاريخ الإطلاع 2016/02/09.

13-يوسف الحاج أحمد، موسوعة الإعجاز العلمي في القرآن والسنة المطهرة، ط 02، مكتبة دار ابن حجر، دمشق، 2003.

سادسا: النصوص القانونية:

1-المرسوم الرئاسي، رقم 96-438 المؤرخ في 26 رجب 1417 المتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 1996/11/28، المعدل بالقانون رقم 16-01 المؤرخ في 26 جمادى الأولى 1437هـ الموافق 06 مارس 2016 ،ج.ر، ع14، المؤرخة في 2016/03/07.

2-الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.

3-الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 06/20/ 2005، ج.ر، ع44.

4-القانون رقم 84-11 المؤرخ في09جوان 198، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 ، ج.ر،ع15.

5-القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16 فبراير 1985 يتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج.ر، ع 08، المعدل والمتمم بالقانون رقم 08-13 المؤرخ في 20 يوليو 2008، ج.ر، ع44.

6-المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 05 محرم 1413 الموافق 06 يوليو 1992 ، المتضمن مدونة أخلاقيات مهنة الطب، ج.ر، ع52.

07-المرسوم التنفيذي رقم 06-154 المؤرخ في 2006/05/11 المحدد لشروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 07 مكرر من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 1984/07/09 المتضمن قانون الأسرة، ج.ر،ع31.

الفهـــــرس

مقدمة.....1

الفصل الأول:إشكالات الإنجاب ومدى تأثيرها على فك الرابطة الزوجية.....13

المبحث الأول:التلقيح الإصطناعي وأثره على فك الرابطة الزوجية.....15

المطلب الأول:ماهية التلقيح الإصطناعي.....16

الفرع الأول:تعريف التلقيح الإصطناعي وأسباب اللجوء إليه.....16

أولا:تعريف التلقيح الإصطناعي.....16

ثانيا:الأسباب الدافعة إلى اللجوء إليه.....19

الفرع الثاني: صور التلقيح الإصطناعي.....20

أولا:التلقيح الإصطناعي الداخلي.....21

ثانيا:التلقيح الإصطناعي الخارجي.....21

المطلب الثاني:رأي الفقه الإسلامي وموقف القانون الجزائري من التلقيح الإصطناعي.....23

الفرع الأول:رأي الفقه الإسلامي من التلقيح الإصطناعي.....23

أولا:الحكم الشرعي للتلقيح الإصطناعي.....24

ثانيا:الضوابط الشرعية للتلقيح الإصطناعي.....36

الفرع الثاني:موقف القانون الجزائري من التلقيح الإصطناعي.....41

أولا:الأساس القانوني للتلقيح الإصطناعي.....41

ثانيا:الشروط المستحدثة للتلقيح الإصطناعي في قانون الأسرة الجزائري.....43

المطلب الثالث:مدى تأثير التلقيح الإصطناعي على فك الرابطة الزوجية.....48

الفرع الأول:رضا الزوجين لإجراء التلقيح الإصطناعي.....49

أولا:شرط رضا الزوجين لإجراء التلقيح الإصطناعي.....49

ثانيا:الأسباب التي تحول دون حصول رضا الزوجين لإجراء التلقيح الإصطناعي.....54

الفرع الثاني:التكييف الفقهي والقانوني لفك الرابطة الزوجية بسبب عدم رضا أحد الزوجين.....61

أولا:حالة عدم رضا الزوجة.....62

ثانيا:حالة عدم رضا الزوج.....64
المبحث الثاني:تنظيم الإنجاب والقطع الإرادي للحمل وأثرهما على فك الرابطة الزوجية.....69
المطلب الأول:ماهية تنظيم الإنجاب والقطع الإرادي للحمل.....70
الفرع الأول:مفهوم تنظيم الإنجاب.....70
أولا:تعريف تنظيم الإنجاب.....70
ثانيا:الطرق الطبية لتنظيم الإنجاب.....71
ثالثا:الفرق بين تنظيم الإنجاب وقطعه.....74
الفرع الثاني:مفهوم القطع الإرادي للحمل(إجهاض الزوجة للحمل).....75
أولا:تعريف القطع الإرادي للحمل.....76
ثانيا:الأسباب الدافعة إلى اللجوء إليه.....78
المطلب الثاني:رأي الفقه الإسلامي وموقف القانون الجزائري من تنظيم الإنجاب والقطع الإرادي للحمل....80
الفرع الأول:رأي الفقه الإسلامي من تنظيم الإنجاب والقطع الإرادي للحمل.....80
أولا :الحكم الشرعي لتنظيم الإنجاب وقطعه.....80
ثانيا:الحكم الشرعي للقطع الإرادي للحمل(الإجهاض).....85
الفرع الثاني:موقف القانون الجزائري من تنظيم الإنجاب والقطع الإرادي للحمل.....89
أولا:الأساس القانوني لتنظيم الإنجاب.....90
ثانيا:التكييف القانوني للقطع الإرادي للحمل.....91
المطلب الثالث:مدى تأثير تنظيم الإنجاب والقطع الإرادي للحمل على فك الرابطة الزوجية.....94
الفرع الأول:الإخلال بالحق في تباعد الولادات كسبب لفك الرابطة الزوجية.....94
الفرع الثاني:القطع الإرادي للحمل كسبب لفك الرابطة الزوجية.....98
الفصل الثاني:الإكتشافات البيولوجية والطبية الحديثة ومدى تأثيرها على فك الرابطة الزوجية.....100
المبحث الأول:البصمة الوراثية والعلوم الدموية وأثرهما على فك الرابطة الزوجية.....102
المطلب الأول:ماهية البصمة الوراثية والعلوم الدموية.....103
الفرع الأول:البصمة الوراثية.....103
أولا:تعريف البصمة الوراثية.....103

ثانيا:شروط العمل بالبصمة الوراثية.....107
الفرع الثاني:العلوم الدموية.....109
أولا:تعريف الدم.....109
ثانيا:مكونات الدم.....110
ثالثا:الطرق العلمية لتحليل الدم.....111
المطلب الثاني:رأي الفقه الإسلامي وموقف القانون الجزائري من البصمة الوراثية والعلوم الدموية.....113
الفرع الأول:رأي الفقه الإسلامي في استخدام البصمة الوراثية وتحليل الدم عند نفي النسب وإثباته.....114
أولا:اللعان كطريق شرعي لنفي النسب.....114
ثانيا:مشروعية استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب.....118
ثالثا:البصمة الوراثية وتحليل الدم للتأكد من صحة النسب الثابت.....122
الفرع الثاني:موقف القانون الجزائري من البصمة الوراثية والعلوم الدموية.....125
أولا:البصمة الوراثية والعلوم الدموية في ظل التشريع الجزائري.....125
ثانيا:البصمة الوراثية وتحاليل الدم في ظل القضاء الجزائري.....127
المطلب الثالث:مدى تأثير البصمة الوراثية والعلوم الدموية على فك الرابطة الزوجية.....130
الفرع الأول:حجية البصمة الوراثية وتحليل الدم في إثبات النسب ونفيه.....130
أولا:مدى حجية الدليل العلمي في مسألة إثبات النسب ونفيه.....130
ثانيا:سلطة القاضي في ترجيح الطرق العلمية على الطرق الشرعية.....136
الفرع الثاني:التكييف الفقهي والقانوني لفك الرابطة الزوجية بعد نتائج البصمة الوراثية وتحليل الدم.....139
أولا:التكييف الفقهي لفك الرابطة الزوجية بعد نتائج البصمة الوراثية وتحليل الدم.....139
ثانيا:التكييف القانوني لفك الرابطة الزوجية بعد نتائج البصمة الوراثية وتحليل الدم.....141
المبحث الثاني:الأمراض الماسة بجنس أحد الزوجين وأثرها على فك الرابطة الزوجية.....142
المطلب الأول: ماهية التغيير الجنسي.....143
الفرع الأول:تعريف التغيير الجنسي.....143
أولا:التغيير الجنسي لغة.....143
ثانيا:التغيير الجنسي إصطلاحا.....144

الفرع الثاني:أسباب التغيير الجنسي.....145
أولا:الدافع النفسي.....146
ثانيا:الدافع الوراثي.....147
ثالثا:دوافع إجتماعية.....150
المطلب الثاني:رأي الفقه الإسلامي وموقف القانون الجزائري من التغيير الجنسي.....150
الفرع الأول:رأي الفقه الإسلامي في التغيير الجنسي.....151
أولا:جراحة تغيير الجنس لغير ضرورة.....151
ثانيا:جراحة تغيير الجنس للضرورة.....153
الفرع الثاني:موقف القانون الجزائري من التغيير الجنسي.....156
أولا:التغيير الجنسي والقانون الجنائي.....156
ثانيا:التغيير الجنسي والقانون المدني.....158
ثالثا:التغيير الجنسي وقانون الحالة المدنية.....159
المطلب الثالث:مدى تأثير التغيير الجنسي لأحد الزوجين على فك الرابطة الزوجية.....161
الفرع الأول:الحقوق الزوجية المتأثرة بالتغيير الجنسي.....161
أولا:حق الإستمتاع.....162
ثانيا:حق الإعفاف.....162
ثالثا:حق السلامة من العيوب.....162
رابعا:الحق في الإنجاب وتكوين أسرة.....163
الفرع الثاني: التكييف الفقهي والقانوني لفك الرابطة الزوجية بسبب التغيير الجنسي.....163
المبحث الثالث:الأمراض المزمنة وأثرها على فك الرابطة الزوجية.....167
المطلب الأول: الأمراض المزمنة المعدية وأثرها على فك الرابطة الزوجية.....167
الفرع الأول:ماهية الأمراض المزمنة المعدية.....168
أولا:مرض الإيدز.....168
ثانيا:مرض الإلتهاب الكبدي الوبائي.....173
الفرع الثاني:مدى تأثير الأمراض المزمنة المعدية على الحياة الزوجية.....177

أولا:تأثير الأمراض المزمنة المعدية على قدرة الزوج المصاب على المعاشرة الزوجية.....177
ثانيا:تأثير الأمراض المزمنة المعدية على مسؤوليات الزوجين.....180
الفرع الثالث:رأي الفقه الإسلامي وموقف القانون الجزائري من الأمراض المزمنة المعدية.....184
أولا:رأي الفقه الإسلامي من الأمراض المزمنة المعدية.....184
ثانيا:موقف القانون الجزائري من الأمراض المزمنة المعدية.....190
المطلب الثاني:الأمراض المزمنة غير المعدية وأثرها على فك الرابطة الزوجية.....194
الفرع الأول:ماهية الأمراض المزمنة غير المعدية.....194
أولا:مفهوم مرض السرطان.....195
ثانيا:أنواع أمراض السرطان التي تصيب الزوجين.....197
الفرع الثاني:مدى تأثير الأمراض المزمنة غير المعدية على الحياة الزوجية.....200
أولا:تأثير مرض السرطان على قدرة الزوج المصاب على المعاشرة الزوجية.....201
ثانيا:تأثير مرض السرطان على نفسية الزوج المصاب.....203
الفرع الثالث:فك الرابطة الزوجية بسبب المرض المزمن غير المعدي.....205
أولا:في الفقه الإسلامي.....205
ثانيا:في القانون الجزائري.....207
خاتمة.....209
قائمة المراجع.....214
الفهرس.....240

التطورات الطبية وأثرها على فك الرابطة الزوجية في ضوء الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري

ملخص:

عرف العالم المعاصر تقدما هائلا في مجال التقنيات المرتبطة بالتطورات والاكتشافات البيولوجية والطبية مكنت الجنس البشري من معالجة أغلب مشكلاته اليومية والوقوف على أسرار وخبايا جسده. فبعدما كان إشكال العقم وعدم الإنجاب أمرا يلازم الزوجين طيلة حياتهما الزوجية تمكن الطب من إيجاد تقنية التلقيح الاصطناعي كبديل لطريق الحمل الطبيعي. وفي المقابل لما كان تتابع الولادات مرهقا للزوجين أوجدت العلوم الطبية وسائل متعددة لتنظيم الإنجاب وصلت إلى حدود قطع الحمل قبل موعده الطبيعي.

وامتدت التطورات الطبية إلى غاية تحديد الصفات الوراثية للطفل ومقارنة مدى تطابقها مع ما يحمله أبواه من صفات بواسطة تقنية البصمة الوراثية والعلوم الدموية، كما أسهمت تلك الاكتشافات الطبية في الكشف عن مختلف الأمراض التي تعتري جسم الإنسان سواء تلك الأمراض التي وجدت ضالتها في عملية التغيير الجنسي كوسيلة يرى مناصريها بأنها العلاج الأنسب أو تلك الأمراض التي عجز الطب عن إيجاد علاج لها، معدية كانت كمرض الإيدز ومرض الإلتهاب الكبدي الوبائي أو غير معدية كمرض السرطان.

إن هذه التطورات الطبية قد أثرت بشكل مباشر على فك الرابطة الزوجية، وهو ما عالجته أحكام الشريعة الإسلامية، كون أن تلك التطورات من النوازل الواجب إعطاءها التكييف الشرعي الخاص بها، وبالموازاة فنصوص القانون الجزائري قد تناولت بعض تلك التطورات بصفة صريحة دون تفصيل والبعض الآخر قد أبقاه المشرع الجزائري تحت نطاق القواعد العامة. لذلك فهذه الدراسة جاءت كمحاولة لتبيان أثر التطورات الطبية على فك الرابطة الزوجية في ضوء الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.

الكلمات المفتاحية: تلقيح إصطناعي، تنظيم الإنجاب، قطع الحمل، بصمة وراثية، علوم دموية، تغيير الجنس، أمراض.

Les progrès médicaux et leur impact sur la dissolution du lien conjugal à la lumière des droits musulman et algérien

Résumé :

Le monde moderne a connu un énorme progrès dans le domaine des technologies liées à l'évolution et aux découvertes biologiques et médicales, lesquelles ont permis à l'être humain de résoudre un certain nombre de ses problèmes tout en décelant les secrets et les mystères de son corps. Si l'infertilité et l'infécondité n'ont pas cessé d'agacer les conjoints tout au long de leur vie conjugale, lesdites découvertes étant à l'origine de la technique de l'insémination artificielle comme une alternative à la voie de la grossesse normale. Par contre, si les naissances successives étaient épuisantes pour le couple, il n'en demeure pas moins que le recours à la science médicale vient de réglementer la reproduction, voire même à l'interrompre, quelle que soit sa phase.

De surcroit, le progrès des dites découvertes nous permet actuellement non seulement d'identifier les caractéristiques génétiques d'un enfant, mais également de les comparaître avec ceux de ses parents par le biais des tests d'ADN. Notons également que ces découvertes ont contribué à la détection de diverses maladies qui affectent le corps humain, que ces maladies ayant trouvé leur tanière dans le processus de changement de sexe ou encore celles dont la médecine n'a pas réussi jusqu'alors à trouver un remède, telles que le sida, l'hépatite ou encore le cancer qui n'est point une maladie contagieuse.

Ces avancées scientifiques ont influencé directement sur les cas de dissolution du lien conjugal, cas que le droit musulman a régit avec prudence du fait que ces développements nécessitent d'être qualifiés sur le plan religieux. Parallèlement, les textes du droit algérien ont traité avec concision certains de ces développements, alors que d'autres sont passés sous silence, ce qui ouvre le champ à l'application des règles générales. Par conséquent, cette étude n'est qu'une esquisse de mettre en exergue l'impact de ces avancés sur la dissolution le lien conjugal à la lumière de la charia islamique et la loi algérienne.

Mots clés: Insémination artificielle, planification familiale, avortement, empreintes génétiques, hématologie, transsexualisme, maladies.

Medical progress and its impact on the dissolution of marriage in the light of the Islamic law and Algerian law

Abstract:

The modern world has known a tremendous progress in the field of technologies related to developments and biological and medical discoveries which enabled the human race to tackle most of the everyday problems and stand on the secrets and mysteries of his body. The infertility and childlessness problem was haunting the couple throughout their married life, Medicine was able to find the technique of artificial insemination as an alternative to the path of normal pregnancy, and in contrast, the successive births is exhausting for the couple, Medical Science has created a multiple ways to regulate reproduction, even reached the limits of the interruption of pregnancy before the normal schedule.

Medical developments extended until identify the genetic traits of a child and comparing their conformity with what holds his parents by DNA tests and blood science, also these medical discoveries contributed to the detection of various diseases plaguing the human body, whether those diseases which found its match in the process of sex change as a mean favored by its supporters who see it as the most appropriate or those diseases that medicine has failed to find a cure, contagious as AIDS, hepatitis or other non infectious ones such as cancer.

These medical advances have influenced directly on unfolding the marital bond, which is addressed by the provisions of the Islamic Sharia, the fact that those developments considered as novelty which needs to be given its sharia conditioning, and in parallel the texts of Algerian law has dealt with some of these developments directly without pertinent details, other matters have been kept by Algerian legislator under the scope of the general rules. Therefore This study was an attempt to show the impact of medical advances to unfold the marital bond in the light of Islamic Sharia and the Algerian Law.

Key words: artificial insemination, regulate reproductive , cut pregnancy, genetic imprint, bloody science, sex change, diseases.