جامعة أكلي محند أولحاج – البويرة-
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص

الطرق الشرعية والعلمية لإثبات النسب

مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في القانون الخاص

تخصص: قانون أسرة

إعداد الطالبتين
نزليوي نعيمة
جرلول حميدة

تحت إشراف الأستاذ
أ/ ظريفي صادق

لجنة المناقشة

الأستاذ: قاري كمال الدين.....رئيسًا
الأستاذ: ظريفي صادق.....مُشْرِفًا ومقرّرًا
الأستاذ: فاطمة عيساوي.....عُضْوًا

السنة الجامعية 2014/2013

وَقُل رَّبِّ زِدْنِي عِلْمًا

شكر و تقدير

بسم الله الرحمان الرحيم

الشكر الأول والأخير إلى الله عزوجل العلي القدير الذي ألهمنا بفضله، وأنجزنا هذه المذكرة على ألف خير، ولم تواجهنا أي صعوبات التي تعيق طريقنا.

وأن نشكر شكرا خاص إلى أستاذنا المحترم "ظريفي صادق"، الذي كان له الفضل الكبير في مساندته لنا في انجاز هذا العمل .

كما لا ننسى أن نشكر عامة الأساتذة داخل كلية الحقوق وحتى خارجها الذين قدموا لنا يد العون .

وفي الأخير نشكر كل من لو يبخل علينا بأي مساعدة كانت تفيدنا في عملنا هذا.

إهـــداء

بسم الله الرحمان الرحيم

أهدي ثمرة جهدي طوال فترة انجاز هذه المذكرة إلى:

*الوالدين الكريمين اللذين ربياني على حب الله ورسوله.

*وإلى عائلة زوجي الذين وقفوا معي طيلة أيام مذكرتي.

*وإلى زوجي.....رفيق دربي.

*وإلى أخوتي وأخواتي.....أحباء قلبي.

*وإلى صديقاتي.....مشوار دراستي.

*و إلى كل أخت أحبها في الله وتحبني.

*أهدي عملي هذا سائلة المولى عز وجل أن يكتبه في ميزان حسناتي وأن يتقبله شاهدا لي لا علي.

نعيمة

إهـــداء

بسم الله الرحمان الرحيم

أهدي هذا العمل المتواضع إلى من نهى الله تعالى عن عقوقهما إلى من

جعلاني أصل إلى هذه المراتب.

*إلى والدي العزيز ووالدتي الحنون أطال الله في عمرهما وأدامهما نورا

دربي.

*إلى أخي وأخواتي.

*إلى كل عائلتي الكبيرة.

*إلى صديقاتي وزميلاتي طوال مشوار دراستي.

حميدة

قائـمة المختصـرات

ح: حديث

ج: جزء

م: مادة

ط: طبعة

ع: عدد

ص: صفحة

ب ط: بدون طبعة

ب س ن: بدون سنة النشر

ب ب ن: بدون بلد النشر

ب د ن: بدون دار النشر

ق أ ج: قانون الأسرة الجزائري

ق ع ج: قانون العقوبات الجزائري

ق إ م إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية

م. ع. غ. أ. ش: المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية

مقدمة

تعتبر علاقة الزواج من أقدم وأقدس الروابط التي مجدتها الشريعة الإسلامية، وأحاطته بعناية بالغة، كونه الوسيلة الشرعية الوحيدة لتكوين الأسرة، التي أساسها المودة والرحمة، لقوله تعالى : ﴿ وَمِنْ ءَايَـٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓا۟ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ﴾[1].

جعل الله تعالى الأولاد ثمرة لهذا الزواج وزينة الحياة الدنيا، فكانت الشريعة الإسلامية تحمي حقوقهم، وتصونها قبل وضع القوانين الوضعية والبنود والمواثيق التي تحمي حقوق الأطفال.

ولأن النسب حقيقة كبرى في هذا الوجود اعتنى الإسلام بالمحافظة عليه، وجعله رابطة سامية وصلة عظيمة، فوضع له قواعد وروابط، حفاظا عليه من الفساد والاضطراب، فالنسب هو من أقوى الركائز التي تبنى عليه الأسر، ونعمة من الله تعالى على عباده لكل من الآباء والأولاد، فهو الذي فرق بين عالم الإنسان وعالم الحيوان برابطة وثيقة هي النسب، وجعل البشر ذوي أنساب وذوي مصاهرة لقوله تعالى: ﴿ وَهُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ مِنَ ٱلْمَآءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُۥ نَسَبًا وَصِهْرًا ۗ وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا ﴿٥٤﴾ ﴾[2].

فالنسب شرعا هو الذي يتبع فيه الولد أباه، في القانون والدين والحضارة، ويبني عليه الميراث و وينتج عنه موانع الزواج, و يرتب حقوقا وواجبات الأبوة والبنوة، أما النسب الغير شرعي، فلا يترتب عليه شيء من ذلك إطلاقا [3].

(1)– سورة الروم : الآية 21.

(2) – سورة الفرقان: الآية 54.

(3)– بلحاج العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مقدمة، الخطبة الزواج، الطلاق، الميراث، الوصية، ج1، الزواج والطلاق، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005. ص 188.

لقول الرسول ﷺ: « الولد للفراش والعاهر الحجر »[1].

والنسب في اللغة: له عدة معاني أهمها القرابة والإلتحاق فنقول مثلا إنتسب الولد إلى أبيه أي إلتحق به، وفلان يناسب فلانا، فهو نسيبه أي قريبه، وبينهما مناسبة ونسب، أي مشاركة وقرابة، وهذا يناسب هذا أي يقاربه شبها، والنسب يكون من قبل الأب ومن قبل الأم. ونسبت فلانا إلى أبيه أنسبه وأنسبْهَ نسبًا إذا رفعت في نسبه إلى جده الأكبر [2].

أما اصطلاحا : لم يهتم الفقهاء قديما بوضع تعريف للنسب، وإنما تحدثوا عن مسائله، وعالجوا قضاياه دون تحديد لمعناه، حيث نجد قد جمعوا فيه مسائل القرابة والمصاهرة.
أما من الفقهاء المحدثين فقد عرفه الدكتور أحمد حمد أنه علاقة الدم أو رباط السلالة أو النوع الذي يربط الإنسان بأصوله وفروعه وحواشيه ورباط السلالة هذا هو السبب في تكوين الأسرة.

وبالنسبة لتعريف النسب في القانون الجزائري، نجد أن المشرع لم يتعرض لتعريف النسب رغم تنظيمه لموضوع النسب، في ثماني مواد من قانون الأسرة الجزائري (وهي من 40 إلى 46 ق أ ج) أما شراح قانون الأسرة الجزائري، فقد عرفه الدكتور بلحاج العربي أنه هو الذي يتبع الولد أباه في القانون والدين والحضارة، ويبني عليه الميراث وينتج عنه موانع

(1)–أخرجه الإمام أبي عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري: صحيح البخاري، كتاب الحدود، باب للعاهر الحجر، بيت الأفكار الدولية للنشر والتوزيع، الرياض، السودية، 1998، رقم ح 6817، ص 1299. وكذلك أخرجه في كتاب الفرائض، باب الولد للفراش، حرة كانت أو أمة، رقم ح 6749، ص 1288.وكذلك أخرجه في كتاب الرضاع، باب العمل بإلحاق القائف الولد، رقم ح 675، 6818، ص 581.
الإمام أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري: صحيح مسلم، كتاب الرضاع، باب الولد للفراش و توقي الشبهات، بيت الأفكار الدولية للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية،1998 ، رقم ح 1457، ص580.
– محمد بن إسماعيل الأمير الصنعاني: سبل السلام، كتاب الرجعة، باب العدة والإحداد والإستبراء وغير ذلك، ط2، دار ابن جوزي، السعودية، 1421هـ، رقم ح 1057، ص 254.
(2)– جمال الدين محمد إبن منظور: لسان العرب، ط4، مجلد الرابع عشر، دار صادر للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 2005 ص242.

الزواج ويترتب عليه حقوق وواجبات أبوية وبنوية وهو نفس تعريف الشريعة الإسلامية للنسب. [1]

ولأن الشريعة الإسلامية قد أولت مسألة الأنساب عناية خاصة وأحاطته بسياج منيع من الأحكام البالغة الأهمية، لضمان إثباته وحفظه وجودا وعدما، إذا اعتبرته أحد الكليات الخمس وهي الدين، النفس، العقل، النسل والمال، كذلك نظمت العلاقة بين الرجل والمرأة ضمانا لسلامة الأنساب من الاختلاط فحرمت الشريعة الإسلامية كل إتصال جنسي لا يتم على أصول شرعية، وأبطلت جميع أنواع العلاقات التي تعارضت عليها الأمم والشعوب السابقة، التي إنحرفت على شرائع الله تعالى، ويولد الولد من سفاح فيدعيه رجل يقول أصبحت أبوه وهو يشبهني فيكون له وينسب إليه، وغير ذلك من صور وأوضاع توارثوها وأقاموا عليها، حتى جاء الإسلام وقضى على هذه الظاهرة، وجعل الولد للفراش، وأبطل بذلك أن يكون الزنا طريقا لثبوت النسب.

وأمام انتشار ظاهرة الأولاد المجهولي النسب نتيجة عدم التحلي بالمسؤولية من قبل الرجل و المرأة اتجاه أطفالهم الأمر الذي يرجع لقلة الوعي لديهم وهذا لما إنجر عليه من أثار سلبية خطيرة تعود على الأولاد بالدرجة الأولى وتجعلهم غير مرغوب فيهم في المجتمع رغم أنهم غير ملومين في ذلك وعلى هذا الأساس أعطت الشريعة الإسلامية هذا الطفل جميع الحقوق لأنه غير مسؤول على هذا الفعل المخل بالحياء .

إن تطور العلمي في الجسم بني البشر لم يعد حكرا على أهل الطب والبيولوجيا وحدهم بل تعدى ذلك إلى حل الكثير من المواضيع الشائكة المتعلقة بموضوع النسب الذي يعد مشكلة علمية أكثر منها قانونية والأمر الذي جعل المشرع الجزائري يحدث تعديلا في قانون الأسرة الجزائري حيث أجاز اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب للحد من ظاهرة إختلاط الأنساب وتصدع الحقوق.

---

(1) - بلخير سديد : الأسرة وحمايتها في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، دراسة مقارنة، ط 1، دار الخلدونية للنشر، الجزائر، 2009 ص 23.

والدافع لإختيارنا هذا الموضوع هو كونه القلب النابض للطفل لأن لولاه لكان الطفل يدور في متاهة مجهول النسب لا حل لها، وكذلك لإعتباراته الموضوعية لأنه بالغ الخطورة في أبعاده وأثاره النفسية على الولد بالدرجة الأولى وكذلك أبعاد الاجتماعية كون النسب يحقق مصلحة عامة في المجتمع وذلك بالحفاظ على حرمات الله تعالى بالدرجة الأولى والحفاظ على حقوق الأولاد بالدرجة الثانية.

النسب وإثباته وإن كان يظهر عند البعض بالموضوع البديهي كل طفل يولد عن زواج شرعي ينسب إلى والديه ولكن يجده أغلب الناس في العديد من المجتمعات باختلاف لغاتها وحضاراتها ودينها وقوانينها، موضوعا بالغا الأهمية يحافظ على حقوق الأولاد المجهولي النسب ويضمن لهم الحياة الكريمة والمعيشة الإنسانية التي ينعم بها كل ولد شرعي ثبت نسبه الطبيعي من تربية حسنة ونسب محترم وحق في الإسم والميراث والنفقة وغيرها من الحقوق .

إلا أن النسب فهو طريقة تبعد العار الذي هو شعور بذنب لم يرتكبه الطفل ولكن يدفع ثمنه وعليه فعلى الفرد أن يلجأ إلى مختلف الطرق التي حددها القانون لإثبات نسبه حيث وضع المشرع الجزائري طرقا مختلفة ولكن ترك الحرية للقاضي بالنسبة للطرق العلمية وباللجوء إليها يصل إلى هدف وإلى نتيجة واحدة حتى وإن إختلفت الطرق فهي إثبات النسب وفرض هوية الفرد ومكانته في المجتمع ولذلك كان من الضروري الوقوف عند إهتمام المشرع الجزائري بوضعية الطفل في إحدى جوانبها وحرصه على ألحاقه بنسبه الأصلي وعلى هذا الأساس نطرح الإشكالية التالية:

– كيف يتم إثبات النسب شرعا وقانونا؟

وللإجابة على هذه الإشكالية إعتمدنا في موضوعنا هذا على منهجين أساسيين وهما:

المنهج التحليلي: في معالجة بعض النصوص الفقهية والقانونية وبعض الأقوال والأدلة والأحكام والاجتهادات القضائية مع الوقوف على المسائل التي تخدم الموضوع.

المنهج الوصفي: في اعتمادنا على جمع المعلومات وتحصيل كل ماله صلة بموضوع إثبات النسب وكذا بعض أراء الفقهاء وأدلتهم.

حيث اعتمدنا على دراسات سابقة في بحثنا هذا، من رسالة جامعية تحت إعداد رابحي فاطمة الزهراء حول موضوع اثبات النسب .

وكذلك استعملنا مذكرات جامعية كل من الطالبات بومجان سولاف حول إثبات النسب ونفيه وفقا لتعديلات قانون الأسرة، و شرقي نصيرة حول إثبات النسب في القانون الجزائري، وطفياني مختارية حول إثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي ، والعوفي لامية حول التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة الجزائري.

وبما أن إثبات النسب يتم باللجوء إلى العديد من الطرق ارتأينا تقسيمها إلي فصلين، وعليه قسنا بحثنا إلى فصلين:

الفصل الأول نعالج فيه الطرق الشرعية لإثبات النسب حيث قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين: إثبات النسب بالزواج (المبحث الأول) ثم إثبات النسب بالإقرار والبينة (المبحث الثاني)

الفصل الثاني: يتضمن الطرق العلمية الحديثة لإثبات النسب حيث قسمنا هذا الفصل كذلك إلى مبحثين: إثبات النسب بالتلقيح الاصطناعي (المبحث الأول) ثم إثبات النسب بالبصمة الوراثية (المبحث الثاني).

الفصل الأول

الطرق الشرعية لإثبات النسب

يعتبر النسب من أهم الآثار التي تترتب على الزواج، منها نسب الأولاد الذين هم ثمرة هذا الزواج.

وقد أحاطت الشريعة الإسلامية النسب و أولته أهمية كبيرة لقوله تعال:﴿ وَٱللَّهُ جَعَلَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا وَجَعَلَ لَكُم مِّنْ أَزْوَٰجِكُم بَنِينَ وَحَفَدَةً ﴾[1] و قوله تعالى: ﴿وَهُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ مِنَ ٱلْمَآءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُۥ نَسَبًا وَصِهْرًا ۗ وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا ﴾ [2].

ونظرا لأهمية الموضوع، ومنعا لأي إختلاط في الأنساب لم يعترف الشرع الإسلامي في موضوع النسب سوى بما ينتج عن الزواج الصحيح ، إذ جعله طريقا أصليا في ثبوت النسب ومن ثبت نسبه من أبيه بواسطة الزواج الصحيح كان هذا الزواج صحيحا، ولا نحتاج إلى إثباته بطرق أخرى، ولهذا نجد الفقهاء يعبرون عن ثبوت النسب بالفراش، أي ما ينتج عن الزواج الصحيح[3] استنادا إلى الحديث الشريف "الولد للفراش وللعاهر الحجر"[4]ومعنى هذا الجزء من الحديث :أن الولد يلحق بالأب الذي له زوجية صحيحة، علما أن الفراش هو المرأة في رأي الأكثر، وقد يعبر به عن حالة الافتراش.والطرق الشرعية لإثبات النسب هي نفس الطرق التي وردت في المادة 01/40 ق أ ج[5] التي نصت على أنه" يثبت النسب بالزواج الصحيح أو

(1) - سورة النحل: الآية 72.

(2)- سورة الفرقان: الآية 54.

(3)- بن شويخ الرشيد: شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ط1، دار الخلدونية للنشر الجزائر،2008 ، ص227.

(4)- سبق تخريجه.

(5)-أمر رقم 05–02 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق 27 فبراير 2005 يعدل ويتمم القانون رقم 84–11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق 09 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة الجزائري، الصادر بالجريدة الرسمية ع15 المؤرخة في سنة 42.

بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32و33و34 من هذا القانون".

ومن المقرر شرعا أنه يمكن إثبات النسب بالزواج والإقرار والبينة وشهادة الشهود ونكاح الشبهة والأنكحة الفاسدة[1].

وبما أن نسب الولد لأمه يثبت بواقعة الولادة متى ولدته أمه، فإن لإثباته من جهة الأب فإن المادة 40 ق أ ج كانت واضحة و صريحة من حيث شرعية الطرق التي يتم توضيحها في المباحث التالية :

(1)– بلحاج العربي : الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري وفق آخر التعديلات ومدعم بالاجتهادات القضائية، ج1، أحكام الزواج، ط6، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص 371.

المبحث الأول

إثبات النسب بالزواج

يعتبر النسب أول ثمرة من ثمرات الزواج، لأن الحمل والولادة من النتائج الطبيعية والشرعية للعلاقة التي تربط كلا من زوج والزوجة برباط الألفة والمودة والرحمة، وتزداد هذه الرابطة قوة و متانة بالولد والذي يعتبره والأخير ثمرة هذا الزواج[1].

وفي البداية نود أن نشير إلى أن نسب الولد من الأم يثبت في جميع الحالات سواء من علاقة شرعية أو غير شرعية، فالأم هي التي حملت ووضعت وتسري سائر الحقوق من نسب ورضاع وميراث ونفقة وباقي الحقوق[2].

ذلك راجع للزواج المعتبر شرعا، أي الذي استوفى جميع أركانه وشروطه حسب المادة 9 و9 مكرر ق أ ج.

فلم يختلف الفقهاء بشأن ثبوت النسب بالنسبة للمرأة، إذ قالوا: متى جاءت المرأة بالولد ثبت نسبه منها دون أن تطالب بالإثبات، أما بالنسبة للرجل فهو يثبت في حقه بطرق مختلفة يلجأ إليها لإثباته، وتفصيلا لكل هذا سنتناول إثبات النسب بالزواج الصحيح في المطلب الأول من من تبيان إبرام عقد زواج صحيح وإمكانية المعاشرة بعد العقد وكذلك تحقق مدة الحمل المفروضة شرعا وقانونا وفي المطلب الثاني تناولنا إثبات النسب بالزواج الفاسد من تعريف وشروط أما في المطلب الثالث سنتناول إثبات النسب بوطء الشبهة من تعريف وشروط .

المطلب الأول

إثبات النسب بالزواج الصحيح

اتفق الفقهاء على أن الزواج الصحيح الذي ينتج عنه الولد والذي تأتي به المرأة المتزوجة زواجا صحيحا ينسب إلى زوجها (الولد للفراش)[3].

(1) - جميل فخري محمد حاتم: أثار عقد الزواج في الفقه والقانون، ط1، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص60.
(2)- بن شويح الرشيد: المرجع السابق، ص 231.
(3)- عبد القادر بن حرز الله: أحكام الزواج و الطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ، ب ط، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر،2007، ص 351.

فالفراش الصحيح هو الأصل لثبوت النسب الشرعي، فبالولادة تثبت بنوة الولد للمرأة التي ولدته، كما تثبت للرجل الذي اختص تلك الولادة بموجب عقد النكاح.

والمراد بالفراش الصحيح أي بناءا على عقد زواج صحيح و معاشرة بعد هذا العقد وكذا تحقق مدة الحمل المفروضة، وهذا ما استقرت عليه المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في: 1984/10/08 ملف رقم: 34137 بقولها "من المقرر شرعا أن الزواج الذي لا يتوفر على الأركان المقرّرة شرعا يكون باطلا، ومن ثمّة فلا تعتبر العلاقة الغير شرعية بين الرجل والمرأة زواجا. ولما كان كذلك، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية.

الفرع الأول

إبرام عقد زواج صحيح

وهو الزواج الشرعي الصحيح الذي استوفى جميع أركانه وشروط صحته (المواد من7 إلى 31 ق أ ج)، ما دامت أن العلاقة الزوجية قائمة ولم تنقطع بين الزوجين [1] ومن القرآن الكريم ما بينه الله تعالى في قوله﴿ ۞ 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 ﴾ [2].

الفرع الثاني

إمكانية المعاشرة بعد العقد

اشترط أحمد ابن حنبل في رواية عنه ومالك والشافعي إلى جانب العقد الصحيح إمكانية الدخول، أي إمكانية تلاقي الزوجين بعد إبرام العقد.

فالعقد وحده وأن كان هو السبب، إلا أنه لا يكفي، بل يجب أن يكون الدخول بناءا على هذا العقد المبرم ممكنا، فعند هؤلاء الفقهاء إذا عقد عليها وكان الدخول ممكنا، بأن كانا مثلا في بلد

(1)- بلحاج العربي: أحكام الزوجية و أثارها في قانون الأسرة الجزائري، ب ط، دارهومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،2013، ص 628،629.

(2)- سورة الأعراف: الآية 189.

واحد، أو في بلدين مختلفين، ويمكن الاتصال بينهما ويتصور تلاقيهما، إن هذه الزوجة تصبح فراشا ويثبت نسب من يأتي به بعد العقد في المدة المشروعة [1].

وضرورة التلاقي بين الزوجين بعد العقد بمعنى إمكانية الاتصال الجنسي، وعليه يجب أن يكون الزوج بالغا و فق المادة 7 ق أ ج [2].

وقال شيخ الإسلام إبن تيمية أنه لا يكفي الدخول، بل الشرط الدخول الفعلي وهو رأي الجعفرية وابن القيم، والإمام أحمد بن حنبل أشار إلى ذلك، فيمن طلق امرأته قبل الدخول بها، وأتت بولد، فأنكره المطلق لأن الإتيان بالولد قبل الدخول دليل الزنا، فشرط إمكان تلاقي الزوجين هو شرط متفق عليه، غير أنه هناك إختلاف في نوع الإمكان المطلوب فهو عند غير الحنفية إمكان التلاقي بالفعل أو الحس والعادة لأن أبو حنيفة يحتاط لإثبات النسب ورعاية حق الولد إذ أنه يثبت النسب عنده بالعقد الصحيح ولو لم يتفق الزوجان فعلا، فالإمكان العقلي عنده كاف وهذا تجاوز للمعقول لا يبرره مسعى أبو حنيفة لإثبات النسب بكل طريق[3].

لذلك لا يمكن تصور أن زوجين لم يلتقيا لسنوات، ويعيشان في أماكن متباعدة، أو في قارتين مختلفتين أن ينجبا أولادا ثم ينسبون للزوج، لأن الإنجاب العادي لا يتم إلا بالجماع الطبيعي الجنسي بين الرجل والمرأة، حتى لو اختلف بعض الفقهاء حول هذه النقطة فانه لا بد من الجماع ولا بد من إثبات التلاقي بين الزوجين من حين العقد[4].

(1)- لحسن بن الشيخ أث ملويا: المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، ج1، ب ط، دار هومة للطباعة والنشروالتوزيع، الجزائر، 2005، ص 94.

(2) - أحمد نصر الجندي: شرح قانون الأسرة الجزائري، ب ط، دار الكتب القانونية، دار شتان للطباعة والنشر، مصر، 2009، ص 83.

(3)- محمد أحمد سراج، محمد كمال إمام: أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، ب ط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر،1994 ، ص 165.

(4)- عربي بختي: أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بقانون الأسرة الجزائري، ب ط، دار الحكمة للنشر، الجزائر،2013 ، ص216.

الفرع الثالث

تحقق من مدة الحمل المفروضة قانونا

حتى في حال تحقق الزواج الصحيح وإمكان المعاشرة الزوجية يجب تحقق مدة الحمل المفروضة في القانون، بمعنى أن تأتي المرأة بالولد لستة أشهر فأكثر من وقت الزواج، وهذا ما أجمع عليه الفقهاء استنتاجا من الآيتين الكريمتين في قوله تعالى: ﴿وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا﴾[1] وقوله تعالى: ﴿ وَفِصَٰلُهُۥ فِي عَامَيْنِ ﴾[2] فكان الفارق بين الثلاثين والعامين هو ستة أشهر وهو أقل مدة الحمل[3]، وخلاف ذلك بين العلماء واستدلوا: بقوله تعالى: ﴿ وَوَصَّيْنَا ٱلْإِنسَٰنَ بِوَٰلِدَيْهِ إِحْسَٰنًا ۖ حَمَلَتْهُ أُمُّهُۥ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا ۖ وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا ۚ ﴾[4].

وما يؤيد هذا ما روى أن رجلا تزوج امرأة في زمن سيدنا عثمان رضي الله عنه فولدت لستة أشهر فهم عثمان برجمها، فقال له ابن عباس: أما أنه لو خاصمتكم بكتاب الله لخاصمتكم وذكر الآيتين السابقتين فدرء سيدنا عثمان عنها الحد[5]. وإذا كانت هذه المدة معتبرة في درء الحد لأن الحدود تدرأ بالشبهات فتغير في ثبوت النسب، لأنه في إثباته حفظ للنسل وصيانة للعرض. وعليه فإن الزوجة تأتي بالولد لستة أشهر على الأقل من تاريخ العقد عليها لأن أقل مدة للحمل شرعا هي ستة أشهر باتفاق الفقهاء، فإن ولدته بعد الزواج بمدة تقل عن ذلك فإن نسبه لا يثبت للزوج [6].

---

(1)– سورة الأحقاف: الآية 15.

(2) - سورة لقمان:الآية 14.

(3)- بن شويخ الرشيد: المرجع السابق، 231.

(4)- سورة الأحقاف: الآية 15.

(5)- رمضان علي السيد الشرنباصي: أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، ب ط، الدار الجامعية للطباعة، مصر والنشر، الإسكندرية، 2001، ص 156.

(6)- عبد الفتاح إبراهيم بهنس: أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية (فقها وقانونا)، ب ط، مكتبة الإشعاع الفنية، مصر، 1998، ص130.

وعن أقصى مدة للحمل، فقد أختلف الفقهاء في تحديدها اختلافا كبيرا حيث ذهب الظاهرية إلى أنها تسعة أشهر، كما استدل الحنيفة بحديث عائشة رضي الله عنها، إذ قالت لا يبقى الولد في بطن أمه أكثر من سنتين ولو بفلكة مغزل، أي لا يبقى الولد في بطن أمه أو بمقدار اللحظة القصيرة التي يدور فيها المغزل دورة واحدة، فدل ذلك حسب الحنفية أن رضي الله عنها عائشة قالت ذلك سماعا عن الرسولﷺ، ففي ذلك حجة منها. كما يحتمل أن يكون قول السيدة عائشة رضي الله عنها رأي لها أخذته من بعض الحوادث التي شاهدتها أو سمعت عنها .

وقد أقر الطب في العصر الحاضر لما وصل إليه من تطور، أن الجنين الآدمي لا يمكث في بطن أمه أكثر من تسعة أشهر إلا أسابيع قليلة، ما لم تقرر لجنة طبية غير ذلك، وهو ما قال به الفقيه الكبير ابن حزم الظاهري، أن أقصى مدة للحمل تسعة أشهر، ونقل عن محمد بن عبد الحكم أن أقصى مدة للحمل هي سنة قمرية.

غير أن المشرع الجزائري من خلال المادة 42 ق أ ج نص أن أقصى مدة الحمل هي عشرة أشهر، وهو الأقرب إلى المعتاد وهذا ما يقوم على أساس علمي، كون أن الجنين يمكث في بطن أمه أكثر من تسعة أشهر نادرا.

وعليه فلا يكفي أن يكون هناك عقد زواج صحيح بين الرجل وزوجته حتى يلحق النسب بالزوج حسب المادتين 40 و41 ق أ ج، بل لابد من تحقق مدة الحمل المفروضة شرعا وقانونا طبقا لأحكام المادة 42 من نفس القانون والتي تقضي بأن "أقل مدة الحمل هي ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر".

ومن هنا فان الولد للفراش مادامت العلاقة الزوجية قائمة، متى ولد لستة أشهر من عقد زواج صحيح أو فاسد، وهي أدنى مدة الحمل، وأقصى مدة الحمل هي عشرة أشهر، وتعتمد أقل مدة الحمل إبتداء من إبرام عقد الزواج، وأقصى مدة الحمل بعشرة أشهر من تاريخ انتهاء عقد الزواج، كيفما كان سبب الانتهاء من طلاق أو فسخ أم وفاة[1].

(1)- بلحاج العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 373.

المطلب الثاني

إثبات النسب بالزواج الفاسد

يستحسن في بادئ الأمر القول: أن فقهاء الشريعة الإسلامية إختلفوا في تحديد مفهوم الزواج الفاسد، ودوره في إثبات نسب الولد، حيث أنه لا فراش في الزواج الفاسد إلا بالدخول الحقيقي، فإذا ولدت المتزوجة زواجا فاسدا لأقل من مدة الحمل المفروضة قانونا، لم يثبت نسب هذا الولد [1].

ولذلك ومن مفهوم الزواج الفاسد نجد أنه لإثبات النسب من هذا الأخير يجب لذلك شروط حتى يثبت نسب الولد.

الفرع الأول

تعريف الزواج الفاسد

فالشارع الحكيم قد ألحق الزواج الفاسد بالزواج الصحيح في ثبوت النسب إحياء الولد، فإذا عقد الرجل على إمرأة عقدا فاسدا ثم دخل بها دخولا حقيقيا ثم أتت بولد ثبت نسبه منه ، وطالما أن المادة 40 ق أ ج تقضي بأنه النسب يثبت بكل نكاح تم فسخه بعد الدخول، فإن المشرع الجزائري لا يعترف بثبوت النسب قبل الدخول لقد أوردت المادة 40 ق أ ج أنه " يثبت النسب... بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و 34" من هذا القانون.

و من مراجعة أحكام هذه المواد يتضح لنا جليا، أن المادة 32 نصت على قبح النكاح أي فساده إذا ما اختل أحد أركانه، أو اشتمل على مانع، أو للشرط تنافى ومقتضيات العقد، أما المادة 33 قضت على أنه إذا تم الزواج بدون ولي أو صداق أو شاهدين يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت الزواج بعد الدخول بصداق المثل، وأما المادة 34 فوضحت أن الزواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده[2].

(1)- محمد أحمد سراج، محمد كمال إمام: المرجع السابق، ص168.

(2)- عبد العزيز سعد: الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط3، دارهومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1996، ص213.

ولإثبات النسب في الزواج الفاسد اشترط لذلك شروط يتم توضيحها في الفرع الثاني.

الفرع الثاني

شروط إثبات النسب من الزواج الفاسد

قال الحنفية : إن الزواج الفاسد في إثبات النسب كالزواج الصحيح، لأن النسب يحتاط في إثباته إحياء للولد و محافظة عليه، لكن وفق شروط يتم توضيحها كالآتي – أن يكون الرجل ممن يتصور منه الحمل، أي أن يكون بالغا حسب قول المالكية والشافعية، أو يكون بالغا أو مراهقا، حسب قول الحنفي والحنابلة فإذا كان الزوج صغيرا أو لا يتصور الحمل منه فلا يثبت النسب في مثل هذه الحالات[1].

– تحقق الدخول بالمرأة أو الخلو بها في رأي المالكية، فإن لم يحصل الدخول أو الخلوة بعد الزواج الفاسد، لأنه لا يحل فيها الوطء بين الرجل والمرأة، أي أن يثبت ثبوت إلتقاء الزوجين في حالة الإنكار فلا تسمع دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها[2].

– أن يمضي على الزواج الفاسد أقل مدة الحمل وهي بستة أشهر من تاريخ الدخول الحقيقي، أما أقصى فترة الحمل بالنسب للزواج الفاسد، فإنها تحسب من تاريخ التفريق بين الزوجين، فإن جاءت الزوجة بولد قبل مضي عشرة أشهر اعتبارا من يوم التفريق ثبت نسبه من أبويه.

وفي قرار عن المحكمة العليا الذي قضت فيه، بأنه يثبت النسب بكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و 34 ق أ ج[3]، وهذا الاجتهاد يتماشى مع أحكام الشريعة

(1)– أحمد فراج حسين: أحكام الطلاق في الإسلام، الطلاق–الخلع–حقوق الأولاد– نفقة الأقارب، وفقا لأحدث التشريعات القانونية، ب ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2004، ص 211.

(2)– عبد الحميد الجياش: الأحكام الشرعية للزواج والطلاق وأثارهما، دراسة فقهية مقارنة مكتبة الزهراء للنشر والتوزيع، ب ط، دار النهضة العربية للنشر، بيروت، لبنان، 2009، ص 275.

(3)– عبد القادر بن حرز الله: المرجع السابق، ص 353.

الإسلامية التي نصت على ثبوت النسب في الزواج الفاسد إذا تم الدخول الفعلي،احتياطا لإحياء الولد وعدم ضياعه [1].

فإنه على هذا لا فرق في قانون الأسرة بين الصحيح والفاسد في الزواج، من حيث ثبوت نسب الأولاد الذين حملت بهم من هذا الدخول(م 34 و 40 ق أ ج)، حيث أن كلاهما فيه إلحاق الولد بأبيه إذا جاءت به أمه لستة أشهر فأكثر من تاريخ الدخول، ولمدة أقصاها (10) أشهر من تاريخ التفريق بين الزوجين و إنفصالهما (م 43 و 42 ق أ ج).

المطلب الثالث

إثبات النسب بوطء الشبهة

يعتبر ثبوت النسب بنكاح الشبهة هو واحد من الطرق التي تضمنتها المادة 40 ق أ ج لإثبات النسب، وللفقهاء آراء كثيرة حول ثبوت النسب بالدخول بالشبـهة، ففي بعضها أثبتوا النسب، وفي بعضها الآخر لم يثبتوه، ومرد ذلك إلى الحكم على واقعة الدخول هل تعتبر كالزواج الفاسد أو كالباطل وما ينشأ عنه من آثار أخرى غير النسب، من حيث العقوبة أو من حيث الأحكام كالعدة والصداق وحرمة المصاهرة، هذا وقد إدعى المستشرف الفرنسي "بوكسي" أن نظام الشبهة وجد في الفقه الإسلامي كباب مفتوحة للخروج والهروب من العقاب وهذا الرأي بعيد كل البعد عن حقيقة التشريع الإسلامي الذي ينص أن الشبهة ثبت الخطأ الذي وقع فيه الشخص بحسن نية.

وما يعاب علي المادة40 ق أ ج أن المشرع أقر بثبوت النسب بنكاح الشبهة وبكل نكاح فاسد، وبالتالي المعنى الظاهر أن نكاح الشبهة شيء والنكاح الفاسد شيء أخر، وهذا المعنى فاسد وغير صحيح، لأن النكاح الفاسد ما هو إلا نوع من أنواع نكاح الشبهة[2].

(1)– م.ع.غ.أ.ش، ملف رقم 222675، الصادرة بتاريخ 1999/06/15، المجلة القضائية، ع 1، ص 126. وقد أشار إليه الأستاذ سايس جمال: في كتابه، الاجتهاد في مادة الأحوال الشخصية، قرارات المحكمة العليا، مسرد ألفبائي للكلمات الدالة، ج2، منشورات كليك، ط1، 2013، ص926.

(2)- بلحاج العربي: أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق،ص ص 644،648.

ولأن المشرع أقر بثبوت النسب بالنكاح الفاسد في النص ذاته وهذا هو المعمول به فقها وعليه فأنه لا مناص إذا من إعادة صياغة المادة 40 ق أ ج حيث تصبح المادة (يثبت النسب بالزواج الصحيح و بالزواج الفاسد و بالوطء بشبهة.....)

الفرع الأول

تعريف الوطء بالشبهة

والمقصود بالشبهة الأمر الذي يصحبه الثابت وهو ليس بثابت فيه، وأصل ذلك قوله ﷺ "ادرؤوا الحدود بالشبهات "[1]، والوطء بشبهة هو الإتصال الجنسي غير الزنا[2]. يقع خطأ بسبب غلط يقع فيه الشخص، و قيل هو وطء حرام لا حد فيه، أي ليس بناءا على عقد زواج صحيح أو فاسد، وحكمه أن يترك الرجل المرأة الموطوءة مع شبهة ثبوت النسب من الواطئ، وهذا النوع من النكاح وإن كان يحتمل وجوده قبل سنين من الزمن فاليوم هو نادر الوقوع إذ يعتبر في حكم الأحداث القليلة الوقوع.

الفرع الثاني

أنواع الوطء بالشبهة

يثبت نسب المولود من الوطء بشبهة إذ ولدته المرأة ما بين أقل مدة الحمل وأكثرها، لتأكد ولادته حينئذ من ذلك الوطء (المادة40 ق أ ج)، والشبهة قد تكون شبهة الفعل أو شبهة الملك أو شبهة العقد.

أولا: شبهة الفعل

وفيها يعتقد الشخص حل الفعل ويظنّ في نفسه أن الحرام حلال فالواطئ هنا ظنّ حل الوطء ولذلك كانت الشبهة في الفعل وليست في محل الوطء كأن يأتي الزوج زوجته التي طلّقها

(1)- محمد بن علي بن محمد الشوكاني: نيل الأوطار، شرح منتقى الأخبار، كتاب الحدود، باب أن الحد لا يجب بالتهم وأنه يسقط بالشبهات، ط 1، ج 7، بيت الأفكار الدولية، ب ب ن، 1993، رقم ح 3115، ص 126.

(2)- رمضان علي السيد الشرنباصي: المرجع السابق، ص 158.

ثلاثا في العدة وعلى ذلك فإن النسب لا يثبت سواء ظن الحل أو قال أنه علم بالحرمة لأن هذا الأمر متعلق بالفاعل نفسه، إذ الفعل في ذاته لا شبهة مطلقا في أنه زنا وكونه كذلك سيتبعه عدم ثبوت النسب لأن الزنا لا يثبت به النسب البتّة ولبعض الفقهاء اعتراض فيمن زفّت له غير إمرأته وقيل له هذه إمرأتك فوطئها ومع أن هذه عندهم شبهة في الفعل فإن النسب يثبت للواطئ.

ثانيا: شبهة الملك

وهي عكس شبهة الفعل لأن للواطئ في هذه الحالة ملكا وتنشأ هذه الشبهة عن دليل مثبت للحل في المحل وهذا الدليل ينفي الحرمة مع وجود دليل آخر يحرّم الفعل نفسه غير أن وجود الدليل الآخر يورث شبهة في حكم الشرع فيما يتعلق بهذا التحريم ويضرب الفقهاء مثلا بقولهم من وطئ أمة ولده لا يجب عليه الحد، ولقيام الشبهة في المحل وهو الأمة الموطوءة فقد قالﷺ : "أنت ومالك لأبيك"[1] فالفعل في حد ذاته ليس بالزنا لوجود الشبهة في المحل والحكم، ويثبت النسب للولد الحاصل في الوطء بشبهة بناءا عليها إن ادعاه الواطئ[2].

ثالثا: شبهة العقد

كالعقد على إمرأة وبعد الدخول تبيّن أنها من المحرمات وهو ما نصّ عليه المشرّع الجزائري في المادة 34 من قانون الأسرة، ومثال هذا النوع من الشبهات أن يتزوج شخص أمّه أو أخته ويدخل بها بناءا على ذلك أو خامسة على أربع في عصمته وفيها يسقط الحد عن الفاعل وإن قال علمت أنها عليّا حرام، فعند أبي يوسف ومحمد فإن الحد لازم ولا يثبت النسب إن كان يعلم بالحرمة لأن الفعل صار زنا[3].

(1)– أخرجه ابن ماجة أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني: كتاب الكفارات، باب ما للرجل من مال وَلده، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، 1417هـ، رقم ح 2291، 2292، ص 392،393.

(2)– عبد العزيز عامر: الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاءا، الرضاع ، الحضانة، نفقة الأقارب، ب ط، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ب س ن، ص 85 ،87.

(3)– بلحاج العربي : الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري – الجزء الأول – الزواج و الطلاق، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص197.

المبحث الثاني

إثبات النسب بالإقرار والبينة

كما يثبت النسب بالزواج الصحيح أو الفاسد أو الوطء بشبهة، بالشروط التي سبق أن ذكرناها. كذلك يثبت بالإقرار أو البينة[1]، والتي تعتبران من الوسائل الشرعية والقانونية لإثبات النسب ولكن في حدود الضوابط والمبادئ التي رسمها القانون، والتي تعرض لها المشرع الجزائري من خلال المواد 40 و44 و45 ق أ ج، وتفصيلا لكل هذا سنتناول الإقرار في المطلب الأول من خلال تعريفه وتبيين أنواعه، وشروطه وفي المطلب الثاني سنتناول البينة من خلال تعريفها وتبيين أنواعها وحجيتها.

المطلب الأول

إثبات النسب بالإقرار

يعتبر الإقرار من الطرق التي يثبت بها النسب بعد الزواج المبين أعلاه، وقد عرفته المادة 341 من ق م ج أنه" اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه..."[2]. ومنه قوله تعالى:﴿ وَءَاخَرُونَ ٱعْتَرَفُواْ بِذُنُوبِهِمْ ﴾[3] أي أقروا، وكذلك يتسم الإقرار بصفة إخبار حق "النسب" لمصلحة شخص ما وإخراجه من دائرة الغموض وكذلك يعتبر من أدلة إثبات النسب في الشريعة الإسلامية. فقد لا يثبت النسب بفراش الزوجية الصحيح أو الفاسد، وإنما يثبت بالإقرار دون أن يبين المقر سببه[4].

(1) – أحمد فراج حسين: المرجع السابق، ص217.

(2)- قانون رقم 05-0707–05 مؤرخ في 25 ربيع الثاني 1428 الموافق 13 مايو 2007 يعدل ويتمم الأمر رقم 75– 58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الصادر بالجريدة الرسمية ع 31 سنة44.

(3)- سورة التوبة: الآية 102.

(4)- عثمان التكروري: شرح قانون الأحوال الشخصية وفق لأحدث التعديلات، ب ط، دار الثقافة للنشر والتوزيع،عمان، الأردن، 2009، ص 244.

الفرع الأول

تعريف الإقرار بالنسب

قبل التطرق إلى أنواع الإقرار وشروط صحته نتطرق أولا إلى التعريف اللغوي والاصطلاحي للإقرار.

أولا: التعريف اللغوي

له عدة معاني منها: الاعتراف، والموافقة، والثبات، والاستقرار، فهذه التعاريف، أو المعاني متعددة تدل على عدم إتفاق الفقهاء على تعريف الإقرار[1].

ثانيا: التعريف اصطلاحي

قيل هو إخبار عن ثبوت حق للغير على نفس.وقيل أنه إخبار الشخص بحق عليه للغير. وقيل هو إخبار يوجب حكم صدقه على قائله فقط بلفظه أو لفظ نائبه. وقيل هو إعتراف بحق مالي أو غيره من الحقوق[2].

وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة44 من ق أ ج:" يثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة".

وكذلك في نص المادة 45 من ق أ ج: " الإقرار بالنسب في غير البنوة، والأبوة والأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه".

ثالثا: أدلة الفقهاء للإقرار:

- **من القرآن الكريم**

وذلك في قوله تعالى:﴿ ءَأَقْرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَىٰ ذَٰلِكُمْ إِصْرِى ۖ قَالُوٓاْ أَقْرَرْنَا ۚ ﴾[3].

(1)- أحمد بخيت الغزالي: أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2009/2008 ص432.

(2)– أحمد نصر الجندي: المرجع السابق، ص86.

(3) – سورة آل عمران: الآية، 81.

وقوله تعالى:﴿ ۞ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُونُواْ قَوَّٰمِينَ بِٱلْقِسْطِ شُهَدَآءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰٓ أَنفُسِكُمْ﴾(1).

وقوله تعالى:﴿ وَلْيُمْلِلِ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ وَلْيَتَّقِ ٱللَّهَ رَبَّهُۥ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْـًٔا ﴾(2).

وقوله تعالى:﴿ وَإِذْ أَخَذْنَا مِيثَـٰقَكُمْ لَا تَسْفِكُونَ دِمَآءَكُمْ وَلَا تُخْرِجُونَ أَنفُسَكُم مِّن دِيَـٰرِكُمْ ثُمَّ أَقْرَرْتُمْ وَأَنتُمْ تَشْهَدُونَ ﴾(3).

- **من السنة النبوية الشريفة**

- جاء ماعز بن مالك إلى النبيﷺ ، فقال: يا رسول الله! طهرني، فقال:« ويحك ارجع! فاستغفر الله وتب إليه»، قال: فرجع غير بعيد، ثم جاء فقال: يا رسول الله! طهرني، فقال رسول الله ﷺ :« ويحك ارجع! فاستغفر الله وتب إليه»، قال: فرجع غير بعيد، ثم جاء فقال: يا رسول الله! طهرني، فقال النبي صلى ﷺ مثل ذلك، حتى إذا كانت الرابعة قال له الرسول الله ﷺ :(فيم أطهرك؟)، فقال: من الزنى، فسأل رسول الله ﷺ :(أبه جنون؟)، فأخبر أنه ليس بمجنون، فقال: (أشرب خمرا؟)، فقام رجل فاستنكهه فلم يجد منه ريحَ خمر، قال: فقال رسول الله ﷺ: (أزنيت؟)، فقال نعم، فأمر به فرجم(4).

تبين أن هذا الحد لا يقام إلا بشهادة الشهود أو الإقرار، ولا يجوز إقامته بالقرينة أو بالبصمة الوراثية(5).

عن أبي سعد رضي الله عنه قال، سمعت النبيﷺ يقول: "من ادعى إلى غير أبيه، وهو يعلم أنه غير أبيه، فالجنة عليه حرام" (6).

---

(1) – سورة النساء: الآية، 135.

(2)– سورة البقرة: الآية، 282.

(3) – سورة البقرة: الآية، 84.

(4)–أخرجه البخاري: كتاب الطلاق، باب الطلاق في الإغلاق والكره، رقم ح 5270، ص 1043.وأخرجه مسلم: كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه، رقم ح 1695، ص 704.

(5) – حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد: البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2009، ص 584.

(6)– أخرجه البخاري: كتاب الفرائض، باب من إدعى إلى غير أبيه، رقم ح 6766، ص 1291.
وأخرجه مسلم: كتاب الإيمان، باب بيان قول النبي ص «سباب»، رقم ح 63، ص 57.

الفرع الثاني
أنواع الإقرار

هناك نوعان من الإقرار بالنسب، وهما الإقرار بالبنوة والأمومة، والإقرار في غير الأبوة والبنوة والأمومة.

أولا: بالنسبة للإقرار المتعلق بنفس المقر بالبنوة المباشرة[1]. وهو الإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة. كأن يقول هذا إبني، أو هذا أبي، أو هذه أمي، أي لا يكون فيها واسطة بين المقر والمقر به، وبعبارة أخرى: إقرار ليس فيه حمل النسب على الغير[2].لأنه حجة قاصرة على المقر لا تتعداه، وهو جائز في حالتي الصحة والمرض، ويثبت به النسب من غير الحاجة إلى بيان سبب النسب على الغير، وعلى هذا لو أقر شخص بأن هذا الولد إبنه ثبت نسبه منه وكان له جميع الحقوق التي تثبت للأبناء على آبائهم كالإرث والنفقة، متى توفرت الشروط المعتبرة لصحته[3].

ثانيا: بالنسبة للإقرار المتعلق بغير المقر: أي أن هذا الإقرار يكون في غير البنوة والأبوة والأمومة، وهو ما يعرف بالإقرار فيه حمل النسب على الغير، أي يكون فيه واسطة بين المقر والمقر له كالأخوة والعمومة[4]. كأن يقول شخص:«أخي » أو «فلان عمي» ففي هذه الحالة يثبت النسب المقر له ولا يثبت نسبه لأبي المقر إلا إذا صدق الإقرار[5].

لأن الإقرار –كما ذكرنا– هو حجة قاصرة على المقر لا تتعداه إلى غيره، فإن لم يصدقه الغير، أو لم يصدقه اثنان من الورثة، أو لم تقم البينة على صحة الإقرار، فإن المقر يعامل بمقتضى إقراره في حق نفسه، فتجب عليه نفقة المقر له إن كان عاجزا فقيرا، وكان المقر ميسور الحال وعليه يشارك المقر له المقر في حصته التي يرثها من تركة أبيه[6].

---

(1)– بلحاج العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة (وفق أخر التعديلات و مدعم بأحدث الاجتهادات المحكمة العليا)، المرجع السابق، ص 386.

(2)– أحمد فراج حسين: المرجع السابق، ص 213.

(3)– عثمان التكروري: المرجع السابق، ص244.

(4)– أحمد فراج حسين: المرجع السابق، ص213.

(5)– محمود علي السر طاوي: شرح قانون الأحوال الشخصية، ط 2، دار الفكر، الأردن، 2007 ص 303.

(6)– حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد: المرجع السابق، ص 705.

– وقال المالكي: يأخذ المقر له بالأخوة المقدار الذي نقص من حصة المقر بسبب إقراره فإذا أقر ولد بأخوه أخر، وأنكره الولد الأخر، أخذ المنكر نصف التركة، وشارك المقر له المقر في النصف الأخر عند الحنفية، وأما عند المالكية فيأخذ المنكر نصيبه كاملا، ويأخذ المقر له ما نقص من نصيب المقر على فرض أن التركة توزع على ثلاثة.

فلو كانت التركة 12 دينار مثلا، أخذا المقر له على رأي الحنفية 3 دنانير كنصيب المقر، وعلى رأي المالكية، أخذا المقر له دينارين ويكون للمنكر 6، وللمقر 4 لأن التركة توزع على ثلاثة، ففي حال عدم وجود المقر له يكون للمقر 6، وفي حال وجوده يكون لو 4، فما نقص من نصيبه وهو 2 يأخذه المقر له.

– ويقول أبي حنيفة ومحمد: في إثبات النسب على الغير بإقرار رجلين أو رجل وامرأتين، كالشهادة.

ويرى مالك: أنه لا يثبت النسب على الغير إلا بإقرار اثنين، لأنه يحمل النسب على غيره فاعتبر فيه العدد كالشهادة.

– وقال الشافعي وأحمد بن حنبل وأبو يوسف: إن أقر جميع الورثة بنسب من شاركهم في الإرث، ثبت نسبه، حتى ولو كان الوارث واحدا ذكرا أو أنثى، لأن النسب حق يثبت بالإقرار، وهذا الأخير لا تشترط فيه عدالة فلم يصح قياسه على الشهادة[1].

الفرع الثالث

شروط صحة الإقرار

يعتبر الإقرار وسيلة شرعية وقانونية لإثبات النسب، وقد وضع المشرع الجزائري مجموعة من الشروط لصحته وهي:

(1) - وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته،ج7 الأحوال الشخصية، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ط 2، دمشق، سوريا، 1985، ص ص 693،695.

أولا: الشروط الواجب توفرها في نفس المقر بالنسب.

كأن يقول هذا ابني أو هذا أبي أو هذه أمي، فإن المشرع الجزائري يشترط لصحة اعتباره شرطين هامين.

ـ أن يكون منصب على شخص مجهول النسب: بأن لا يكون معروف النسب من أب أخر فإن كان ثابت النسب من أب معروف غير المقر، كان هذا الإقرار باطلا، لأن الشرع قضى بثبوت النسب، من ذلك الأب، ومتى تأكد ثبوت النسب من شخص، لا يقبل الانتقال منه إلى غيره. فقد لعن النبي ﷺ:« من إنتسب إلى غير أبيه أو تولى غير مواليه»[1].

واستثنى العلماء من هذا الشرط ولد اللعان، فانه لا يصح ادعاؤه بالنسب والحاقة بغير الأب الملاعن، لاحتمال أن يرجع الملاعن ويكذب نفسه فيما ادعاه من أن الولد ليس منه[2].

ـ أن يكون من النوع الذي يصدقه العقل، أو تصدقه العادة: ونقصد بذلك أن الإقرار ببنوة شخص مثلا لا يمكن تصورها من شخص لم يتجاوز العاشرة من العمر لطفل لم يبلغ العام الأول من عمره، ولا يمكن تصورها من شخص يدعي ببنوة شخص أخر والفرق بين عمرهما لا يبلغ العشر سنوات وقت الولادة[3].
وهو ما تعرض إليه المشرع الجزائري في المادة 44 ق أ ج بقوله:" يثبت النسب بالإقرار بالبنوة، أو الأبوة، أو الأمومة لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة".

وعليه إذا توفرت هذه الشروط يصح الإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة، ويثبت النسب بهذا الإقرار لأن فيه تحميل النسب على النفس[4].

(1) – أخرجه ابن ماجة: كتاب اللُقطة، باب من ادعى إلى غير أبيه أو تولى غير مواليه، رقم ح 2609،2610، ص443، 444.

(2)– وهبة الزحيلي: موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، ج 8، ب ط، دار الفكر، دمشق، سوريا،2012، ص ص 652،653.

(3)– عبد العزيز سعد: المرجع السابق، ص215.

(4) – عثمان التكروري: المرجع السابق، ص ص 244 ،245.

ولكن في شرط أن يصدقه العقل قال المالكية: ليس تصديق المقر به شرطا لثبوت النسب من المقر لأن النسب حق للولد على الأب، فيثبت بإقراره بدون توقف على تصديق منه إذا لم يقم دليل على كذب المقر[1].

وهناك شرط ثالث يجب توفره لإثبات النسب، وهو شرط لم يرد النص عليه صراحة في المادتين 44 و 45 ق أج إلا أنه يمكن استنتاجه من قصد المشرع، ألا و هو أن يكون الطفل محل الإقرار ناتجا عن زواج شرعي صحيح بين رجل وامرأة، لأنه لا يجوز شرعا أن يولد طفل من الزنا، ثم يدعي و يقر الرجل أن هذا الطفل ابنه[2].

وعلى هذا السبيل لم يخالف المشرع الجزائري شروط التي وضعها جمهور الفقهاء لصحة الإقرار إذا كان يحمله المقر على نفسه من أهمها:

- أن يكون المقر بالنسب مكلفا.
- أن يكون المدعي به ممكن الثبوت من المدعي، ويعبر عن هذا الشرط بقبوله ألا يكذبه الحس أو أن يولد مثله لمثله.
- أن يكون للمدعي مصلحة في دعوى النسب.
- أن يكون للمدعي به نسبه مجهول النسب[3].

ثانيا: الشروط الواجب توفرها في المقر له بالنسب

إذا كان إقرار الإنسان لأخر بنسب محمول على غيره، فالشروط السابقة الذكر هي نفسها الشروط الواجب توفرها في المقر بالنسب، ويزيد عليها شرط أخر، وهو أن يوافق المقر له بالنسب " المحمول عليه بالنسب " على هذا الإقرار، ففي قوله: هذا أخي، يشترط لثبوت نسبه مع الشروط السابقة أن يصدقه أبوه في ذلك[4]. وإذا صدق من حمل عليه النسب، فإن صدقه

(1)- وهبة الزحيلي: موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة ، المرجع السابق، ص653.

(2) - عبد العزيز سعد: قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل ، ب ط ، دار هومة لطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007 ص 104.

(3)- فاطمة عيساوي: حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب، (وفق قانون الأسرة الجزائري)، مجلة معارف، السنة الخامسة، ع 8، المركز الجامعي العقيد أكلي محند أولحاج، البويرة، الجزائر، جوان 2010 ص 70.

(4) - مصطفى السباعي: شرح قانون الأحوال الشخصية، الجزء الأول، الزواج و انحلاله، ط9، دار الوراق للنشر والتوزيع، سوريا، 2001 ص 267.

الأب في الإقرار بالأخ، والجد في الإقرار بالعم. والابن في الإقرار بابن الابن، ثبت نسبه، وترتب عليه أثره[1]، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 45 ق أ ج بقوله "الإقرار بالنسب في غير البنوة الأبوة والأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه".

ثالثا: الشروط الواجب توفرها في النسب المقر به

هي تلك الشروط التي يقتضيها إلحاق النسب بشخص من يقر به وهذه الشروط هي:

– أن لا يكون النسب يكذبه الحس والشرع: بمعنى أن لا يكون المقر بالنسب في سن لا يتصور فيه أن يكون المقر له النسب من المقر.

– كما أنه يشترط أن لا يكون المقر له بالنسب معروف النسب من غير المقر لأن الشرع يحكم هنا بعدم إستلحاق المقر له بالمقر، وهذا ما ذهب إليه الأحناف والمالكية والشافعية والحنابلة والإمامية والزيدية.

– أن يوافق الإقرار بالنسب العقل والعادة: هذا الشرط أكد عليه المالكية حيث اعتبروا الإقرار الذي لا يصدقه العقل والعادة أنه غير صحيح مثل الصغير الذي يقر إستلحاق من هو أكبر منه، لا يصدقه العقل في ذلك[2].

أو كأن يكون المقر أكبر من المقر بنسبه اثني عشرة و نصف سنة على الأقل. لأن العادة جرت على ألا يولد الإنسان في أقل من هذه السن وعليه يمكننا القول أن إثبات النسب بالإقرار لا يجوز اعتماده أو الحكم به إلا مع توفر شروط التي سبق و أن ذكرناها[3].

لأن إذا توفرت هذه الشروط السابقة يصح الإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة، ويثبت النسب بهذا الإقرار لأن فيه تحميل النسب على النفس[4].

وهناك بعض القرارات القضائية تنص على إثبات النسب بالإقرار وهي:

(1)– أحمد فراج حسين، المرجع السابق ص 215.

(2)– أحمد ناصر الجندي: المرجع السابق، ص 94.

(3)– كمال صالح البنا: الزواج العرفي ومنازعات البنوة في الشريعة والقانون والقضاء، ب ط، دار الكتب القانونية، مصر، 2005 ص 36.

(4) – عثمان التكروري: المرجع السابق ص 245.

القرار الأول: فيه ما يلي:

– و متى تبين– في قضية الحال– أن المطعون ضده أقر بحمل الطاعنة بشهادة جماعة أمام الموثق بتاريخ 1997/04/06 فان هذه الشهادة لا تعتبر صلح بل هي توثيق لشهادة جماعة عن إقرار المطعون ضده بحمل الطاعنة كما أن المادتين 341 و461 من ق.م لا تنطبق على قضية الحال التي هي من قضايا الحالة التي يحكمها ق أج.

كما أنه لا يمكن الجمع بين الإقرار بالحمل وبالدفع بالمادة 41 من ق أج التي تحدد مدة الحمل لأن الإقرار في حالة ثبوته يغني عن أي دليل آخر ولا يحق للمقرر أن يثير أي دفع لإبطال مفعول هذا لإقرار. كما أنه لا يمكن الجمع بين لإقرار بالحمل وطلب الطلاق قبل الدخول قصد الوصول إلى استرداد نصف الصداق رغم أن الصداق المدفوع في قضية الحال يغلب عليه معنى التعويض أكثر منه مقابل الصداق. وعليه فإن القضاة لما لم ينتبهوا إلى وجوب سماع جماعة الشهود الذين حضروا إقرار المطعون ضده أمام الموثق فإنهم خالفوا المشرع والقانون وعرضوا قرارهم للقصور في التسبيب[1].

القرار الثاني: فيه ما يلي:

و متى تبين . من قضية الحال . أن مدة الحمل المحددة قانونا وشرعا غير متوفرة لأن الزواج تم بتاريخ 1994/05/02 والولد قد ولد بتاريخ 1994/05/07، كما أن إقرار المطعون ضده بأبوته للولد أمام مدير الصحة والحماية الاجتماعية لا يأخذ به لأن الإدارة غير مؤهلة قانونا لتلقي الإقرار وعليه فان قضاة الموضوع لما قضوا برفض دعوى إثبات النسب، لأن النسب لا يثبت بالعلاقة غير الشرعية طبقوا صحيح القانون [2].

وعلى سبيل المثال يمكننا التفريق بين الإقرار والتبني.

(1) – م.ع.غ.أ.ش، ملف رقم202430، الصادر بتاريخ 1998/12/15، المجلة القضائية، ع، ص122، وقد أشار إليه الأستاذ: سايس جمال ، في كتابه، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، قرارات المحكمة العليا، مسرد ألفبائي للكلمات الدالة، ج2، ط1، منشورات كليك، ب ب ن، 2013، ص921.

(2) – م.ع.غ.أ.ش، ملف رقم 210478، الصادربتاريخ1998/11/17، المجلة القضائية، ع خاص، ص85، سايس جمال، نفس المرجع ، ص1028.

الفرق بين الإقرار والتبني:

– ليس الإقرار بالنسب هو التبني المعروف، لأن الإقرار لا ينشئ النسب وإنما هو طريق لإثباته وظهوره، أما التبني فهو تصرف منشئ للنسب[1].

– يثبت النسب بالإقرار إذا توفرت الشروط، ويكون صحيحا حقيقيا كما عرفنا. أما التبني الذي يقره القانون الفرنسي مثلا فهو عقد ينشئ بين شخصين علاقات صوريا و مدنية محضة، لأبوة وبنوة مفترضة ولذلك يكون في من له أبوان معروفان فهو يماثل ما كان عند العرب في الجاهلية وقضى عليه الإسلام لقوله تعالى: ﴿ وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَآءَكُمْ أَبْنَآءَكُمْ ۚ ﴾ ﴿ٱدْعُوهُمْ لِأَبَآئِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ ٱللَّهِ ۚ ﴾[2].

وعليه فهذا التبني لا يعترف به الإسلام ولا يثبت أبوة و لا بنوة ولا أية علاقة شرعية أخرى بين الرجل المتبني والولد المتبنى، عكس الطفل اللقيط فإنه يكتسب النسب منه، لأن في ذلك مصلحته، وهذا لا يترك مجالا لثبوت النسب لكل من يدعي واحدا من هؤلاء اللقطاء بل لابد من توفر الشروط التي عرفنها فيما سبق[3]، غير أن شريعتنا السمحاء أولت الطفل الصغير الذي يعثر عليه في مكان خال ولم يعرف والداه بعناية ورعاية أو يتم تسليمه إلى الدولة هي التي تتولى رعايته إلى أن يظهر والداه الحقيقيان[4].

المطلب الثاني

إثبات النسب بالبينة

بعدما كان الإقرار طريق ثاني لثبوت النسب، إلا أنه يعتبر حجة قاصرة لا يسري إلا على المقر إذا تعلق الأمر بنفس المقر، أما الإقرار على الغير لا يسري إلا بتصديقه[5]، كون أن الإقرار حجة قاصرة على المقر، لأن الإنسان له السلطة والولاية على نفسه وهو مؤاخذ بإقراره، وليس في هذا الإقرار تحميل النسب على الغير، وعلى هذا لو أقر شخص بأن هذا الطفل هو

(1)– وهبة الزحيلي: المرجع السابق، ص 695.

(2)– سورة الأحزاب: الآيتان، 4،5.

(3) – أحمد فراج حسين: المرجع السابق ص ص 215، 216.

(4)– عبد العزيز سعد: الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص ص 220،221.

(5) – بن شويخ الرشيد: المرجع السابق، ص 234.

ابنه ثبت نسبه منه وكان له جميع الحقوق التي تثبت للأبناء على أبائهم كالإرث والنفقة ولكن كل هذا مع توفر الشروط المعتبرة لصحته، عكس البينة فهي حجة متعدية غير قاصر حكمها الثابت بها على المدعي عليه بل تتعداه إلى غيره من حيث الإثبات [1].

و قد نص **المشرع الجزائري** في المادة 40 ق أج على أن البينة وسيلة من وسائل إثبات النسب أي انه "يثبت النسب بالزواج وبالإقرار، وبالبينة....."

الفرع الأول

تعريف البينة

عرف الدكتور بلحاج العربي البينة بأنها: " الدلائل أو الحجج التي تؤكد وجود واقعة مادية وجودا حقيقيا بواسطة السمع أو البصر أو غيرهما من وسائل الإثبات[2] الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية المادة 150 إلى160"[3] ، وعرفها الدكتور أحمد فراج حسين أنها:" عبارة عن شهادة رجلين عدليين أو شهادة رجل وامرأتين عدول"[4].

وللبينة تعريفين:

أولا: التعريف اللغوي: بين، يبين، أبان، إستبان[5]، البيان مابين به الشيء من الدلالة

وغيرها وبان الشيء بيانا: اتضح، فهو بين. وأنكشف، والجمع بيانات وهي الحجة الواضحة، البرهان، الدليل، الشهادة[6]، أو كل ما يثبت الحق ويفصل به بين الخصوم.

(1)– عثمان التكروري: المرجع السابق، ص244.

(2)– بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 389.

(3)– قانون رقم 08–09 المؤرخ في 18 صفر 1429هـ الموافق لـ 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الصادر بالجريدة الرسمية، ع 21.

(4) – أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص216.

(5) – الخليل بن أحمد الفراهيدي: كتاب العين، المجلد الأول، بدون طبعة، دار الكتب العامية ،بيروت، لبنان، 2003، ص176.

(6)– إبن منظور: لسان العرب، ط4، مجلد2، دار صادر للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 2005، ص 198.

ثانيا: التعريف الاصطلاحي: هي البرهان على وقوع الواقعة أو حدوث العمل القانوني في الكيفية المأخوذ بها قانونا[1].

وهو الدليل أيا كان نوعه، كتابة، قرائن، اعتراف، شهود[2]

وتعتبر البينة طريقا من الطرق المرجحة على القرار، في حالة تعارض مع هذا الأخير، في دعوى النسب، حيث تواتر قضاء المحكمة العليا على أن إجراءات الإثبات في مسائل الأحوال الشخصية فإنها تخضع لقانون الإجراءات المدنية، أما القواعد المتعلقة بإثبات النسب المتصلة بذات الدليل تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية لا غير لأنها لم ترد نص في قانون الأسرة الجزائري (م222 ق أج)، التي تسمح بسماع الشهود إذا اقتضى الحال، في مواضيع النزاعات، فإنه يجوز شهادة الأقارب في قضايا الأحوال الشخصية أي أن شهادة الشهود حجة كافية في إثبات النسب وبيانه، وبالتالي البينة أقوى من الإقرار في الثبوت[3].

ولكن يقع القاضي في تردد وفي حيرة من أمره، ذلك أنه لا يعرف أشخاص الشهود ولا يعلم شيئا عن مقدار اتصافهم بالصدق والأمانة[4].

وبالرغم من ذلك لا يمكننا الاستغناء عن البينة ومزاياها وبتالي أحاطت التشريعات البينة بكثير من الضمانات، منها فرض عقوبات مشددة لجريمة شهادة الزور وفي الأخير السلطة التقديرية للقاضي بالأخذ بها من عدم[5].

---

(1) – شرقي نصيرة: إثبات النسب في القانون الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة أكلي محند أولحاج البويرة البويرة، الجزائر، 2013/2012، ص26.

(2)– طفياني مخطارية: إثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في القانون، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة أمحمد بوقرة بومرداس، بومرداس، الجزائر،2006/2005، ص71.

(3) – بلحاج العربي: المرجع السابق، ص ص 389،390.

(4) – طفياني مخطارية، المرجع السابق، ص71.

(5) – المادة 235 ق ع ج "كل من شهد زورا في المواد المدنية أو الإدارية يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات. وبغرامة مالية من500 إلى 2000 دج. من القانون رقم 66–156 المؤرخ في 18 صفر 1338هـ الموافق لـ 8 جوان 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، بأمر رقم 06–23 المؤرخ في 20 ديسمبر سنة 2006، الصادر بالجريدة الرسمية ع 84.

الفرع الثاني

أنواع البينة

البينة هنا لم تأتي قط في القرآن الكريم مراد بها الشهادة وإنما أتت المراد بها الحجة ومستندين بذلك لقوله تعالى ﴿ لَمۡ يَكُنِ ٱلَّذِينَ كَفَرُواْ مِنۡ أَهۡلِ ٱلۡكِتَٰبِ وَٱلۡمُشۡرِكِينَ مُنفَكِّينَ حَتَّىٰ تَأۡتِيَهُمُ ٱلۡبَيِّنَةُ ﴾[1]، والبينة في إثبات النسب هي الشهادة، وعليه نذكر للبينة ثلاثة أنواع، شهادة قابلة أو أي إمرأة مسلمة ذات عدالة، وشهادة الطبيب، والشهادة بالتسامع.

أولا: شهادة القابلة

– روينا عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه أجاز شهادة القابلة وحدها[2].

– قال أبو يوسف ومحمد، يثبت النسب بشهادة القابلة، وشهادة امرأة مسلمة عدلة، لأن أثار النكاح تبقى في عدة الطلاق والوفاة، ووقت الولادة لم تكن أجنبية فهي قد ولدته على فراش نكاح الصحيح، وبتالي يكتف فقط بشهادة القابلة كحال قيام الزوجية.

– ويقولان كذلك لا تثبت الولادة التي أنكرها الزوج أو الورثة ولو كان حملها ظاهرا إلا بشهادة القابلة لحصول الإنكار.

– كأن تدعي الزوجة الولادة وينكرها الزوج، وقد يصدقها في أنها ولدت لكنه يبقى على رأيه، وينكر ما ولدته بأنه ابنه وفي كلتا الحالتين يصبح إثبات ما ادعته الزوجة من ولادة أو تعيين الولد بشهادة النساء« بشهادة القابلة» فيما لا يطلع عليه الرجال وذلك أنه روى أن النبي ﷺ: أنه أجاز شهادة القابلة. من غير إشتراط العدد، ولأن الولادة حادثة لا يعاينها في غالب الأحوال إلا القابلات، ويتعذر أن يحضر رجال الولادة ويندر أن يحضرها نساء كثيرا [3].

(1)– سورة البينة: الآية 1.

(2)– علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري: المحلى، ج 9، إدارة للطباعة المنيرة، مصر، 1351هـ، ص 399.

(3)– محمد أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ط 3، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1957، ص ص395، 396.

وكذلك الأمور التي لا يطلع عليها عادة إلا النساء تقبل فيها شهادة امرأتين عدليتين وذلك كالشهادة على الولادة ولو لم يكن المولود موجودا، وعلى استهلال المولود وعدمه، وكونه ذكرا أو أنثى. وإذا رضيت المرأة على الكشف عليها تقبل فيها شهادة امرأتين[1].

– وأما الاختلاف بين الزوجين في تعيين المولود، فهو أن يعترف الزوج بالولادة، ولكنه ينكر الشخص المولود، بأن يقول: إنها ولدت بنتا، وهذا الولد غلام، فيتعين المولود بشهادة امرأة واحدة باتفاق الحنفية وهو رأي الحنابلة أيضا، لما رواه الدراقطني عن حنيفة « أن النبيﷺ أجاز شهادة القابلة»، ولما رواه ابن أبي شيبة وعبد الرزاق عن الزهري قال: «مضت السنة أن تجوز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن من ولادات النساء وعيوبهن»

وقال المالكية: تعيين المولود كالولادة لا يثبت إلا بشهادة امرأتين .

ورأي الشافعية: أن أمور النساء لا يكفي فيها أقل من أربع نسوة، لان الله عزوجل جعل مكان الرجل الواحد شهادة امرأتين.

وقال الصاحبان: يثبت النسب بشهادة امرأة واحدة[2]

وكذلك قوله تعالى: ﴿ لَمۡ يَكُنِ ٱلَّذِينَ كَفَرُواْ مِنۡ أَهۡلِ ٱلۡكِتَٰبِ وَٱلۡمُشۡرِكِينَ مُنفَكِّينَ حَتَّىٰ تَأۡتِيَهُمُ ٱلۡبَيِّنَةُ ﴾[3].

– وهذا ما لم يأخذ به الجعفرية أنه لا يثبت النسب عندهم إلا بشهادة رجلين عدليين، ولا تقبل فيه شهادة النساء لا منفردات ولا منضمات إلى الرجال[4].

– أما إذا كان بالمرأة حبل ظاهر واعترف الزوج أو الورثة به، فإن تعيين المولود يثبت بشهادة القابلة.

(1)–الصادق عبد الرحمن الغرياني: مدونة الفقه مالكي وأدلته، ج4، ط1، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان،2002، ص424.

(2) – وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق،ص 679.

(3)– سورة البقرة: الآية 282.

(4) – محمد كمال الدين إمام: مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه والقانون والقضاء، ب ط، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003، ص489

– أما معتدة الطلاق الرجعي فإنها إذا ادعت الولادة لأكثر من سنتين فإن النسب ثابت بالفراش القائم، والولادة أو التعيين يثبتان بشهادة القابلة[1].

– إذا كان الحمل غير ظاهر ولم يقر الزوج به، فإن أبا حنيفة رحمه الله يقول : لا يثبت الولادة حينئذ إلا بشهادة كاملة، وهي رجلان أو رجل وامرأتان، وذالك بسبب انقطاع الزوجية بين الرجل وامرأة، لأنها كانت معتده وانقضت هذه الأخيرة بالولادة وبتالي صارت أجنبية عليه، وثبوت النسب من الأجنبية لا بد من البينة الكاملة[2].

عن النبيﷺ أنه قال:« تحوز المرأة ثلاثة مواريث: عتيقها، ولقيطها، وولدها الذي لا عنت عليه». ورواه الإمام أحمد وذهب إليه. وروى أبو داود في «سنة» من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه. عن جده عن النبيﷺ : أنه جعل ميراث ابن الملاعنة لأمه ولوريثها من بعدها[3].

ثانيا: شهادة الطبيب

– تقبل شهادة الشاهد الواحد. فيما كان علما يؤديه كالطبيب لأن هذا يعد منزلة الحكم، والحكم لا يشترط فيه العدد[4].

– إذا ادعت امرأة أنها حامل من زوجها، وولدت في غيابه مثلا، أو في حضوره فأنكر الزوج واقعة الولادة في ذاتها أو اعترف بالولادة كواقعة مادية وأنكر أن يكون هذا الطفل الذي بين يديه هو نفسه الذي ولدته، فبإمكاننا شرعا وقانونا إثبات واقعة الولادة عن طريق شهادة الطبيب أو الطبيبات أو ممرضات المستشفى إذا وضعت حملها في المستشفى، وكذالك الحال بالنسبة إلى إثبات نفسه بشكله ولونه وجنسه، وإذا ثبت كل هذا أمكن حينئذ نسبه إلى الزوج وتسجيله في الحالة المدنية[5]، على لقب واسم أبيه ذلك استنادا إلى الحكم الذي يقضي بثبوت النسب، وما

(1) – كمال صالح البنا: المرجع السابق، ص39.

(2)– محمد محي الدين عبد الحميد: الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ، مع الإشارة إلى مقابلها في الشرائع الأخرى، ب ط، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، 2003، ص381.

(3) – محمد بن أبي بكر الزرعي ابن الجوزية: زاد الميعاد في هدي خير العباد، ج5، ط2، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1997، ص228.

(4)– الصادق عبد الرحمن الغرياني: المرجع السابق، ص 424.

(5) – قانون رقم 70–20 مؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1389 الموافق فبراير سنة 1970 يتعلق بالحالة المدنية

نلاحظه أن إثبات النسب بالبينة لا يمكن تصوره إلا في حالة علاقة شرعية وقانونية أي زواج صحيح، أو زواج فاسد، أو وطء بشبهة[1]، أما إذا كانت تربطهما علاقة غير شرعية وغير قانونية ونتج عن هذه العلاقة ولد ثم وقع نزاع بشأن ولادته أو بشأنه هو بذاته ففي هذه الحالة ينسب إلى أمه[2].

وعليه اتفق جمهور الفقهاء على أن ينسب الولد لأمه ثابت في كل حالات الولادة الشرعية أو غير الشرعية، عكس الأب فينسب الولد إليه في حالة علاقة شرعية وقانونية. كما للزوجة أن تثبت ما أنكره زوجها بشهادة الطبيب الذي باشر ولادتها أو بشهادة رجل شاهد ولادتها بدون قصد[3].

– وبتالي فإن شهادة الطبيب الذي باشر ولادتها، أن يكون ذو عدل، وإذا سبق إقرار بالحمل، سواء من الزوج أو من الورثة أو كان الحبل ظاهرا لا سبيل لإنكاره فعلى قول أبي حنيفة: تثبت الولادة بقولها مع يمينها من غير توقف على شهادة القابلة أوغيرها لأن الحمل ثابت بظهوره، أو بالاعتراف به، أو بالولادة[4].

ثالثا: الشهادة بالتسامع

ونعني هنا بالتسامع: استفاضة الخبر واشتهاره بين الناس، وقد اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على جواز إثبات النسب بشهادة التسامع، كما هو الشأن في الزواج أو الزفاف والدخول بالزوجة والرضاع والولادة والوفاة، وقولهم: أن هذه الأمور لا يطلع عليها إلا خواص الناس ذلك أنه إذا لم تجز فيها الشهادة بالسماع أدى ذالك إلى الحرج وتعطيل الأحكام المترتبة عليها كالإرث وحرمة الزواج.

(1)– نسرين شريقى وكمال بوفرورة: سلسلة مباحث في القانون، قانون الأسرة الجزائري، ط 1، دار بلقيس، دار البيضاء، الجزائر، 2013، ص 57

(2) – عبد العزيز سعد: المرجع السابق، ص ص 217، 218 .

(3)– رمضان علي السيد الشرنباصي: أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002، ص 386.

(4) – أحمد فراج حسين: المرجع السابق، ص 217.

ولكن اختلف جمهور الفقهاء في بيان المراد من التسامع :

1 – فقال أبو حنيفة: هو أن تتواتر به الأخبار ليحصل للسامع نوع من اليقين.

2 –وقال المالكية: أن يكون المنقول عنه غير معين ولا محصور بأن ينتشر المسموع به بين الناس العدول وغيرهم واشترطوا أن يقول الشهود سمعنا كذا ونحوه.

3 – وقال الشافعية في الأرجح والحنابلة في الأصح: مثل قول أبي حنيفة شرط التسامع سماع المشهود به من جمع كثير يؤمن تواطؤهم (أي توافقهم) على الكذب بحيث يحصل به اليقين أو الظن القوي بخبرهم.

4–وقال الصاحبان: هو أن يخبر الشاهد رجلان عدلان أو عدل وامرأتان وإختار قولهما بعض الفقهاء، بدليل أن القاضي لأن القاضي يحكم بشهادة شاهدين ولو لم ير المشهود به أو يسمعه بنفسه، ويكفي الشاهد أن يقول: أشهد بكذا، ولا يقول: سمعت.[1].

ودون الخوض في تفاصيل كثيرة فإنه احتياطا لثبوت النسب يتسامح كثير من الفقهاء في الاعتداد بأدلة لا يعتد بها في كثير من الحقوق الأخرى، كالحكم بناء على شهادة التسامع على قيام الفراش أو شبهته لإثبات النسب، ولا يشترط في الشهادة حضور مجلس العقد أو معاينة واقعة الولادة، بل يكفي علم الشاهد بذلك ولو من شاهدين عدليين، أما واقعة الولادة في فراش الزوجية أو في شبهة الفراش فيكفي أن يشهد بها الطبيب أو القابلة[2].

وكخلاصة لهذا الفرع: أن الأصل أن لا يجوز للشاهد أن يشهد بشيء لم يعاينه، والذي أخرجه البيهقي في سننه والحاكم في المستدرك في كتاب الأحكام، عن محمد ابن سليمان ابن مشمول ثنا أبي ثنا عبيد الله بن سلمة بن وهرام عن أبيه طاوس عن ابن عباس أن رجلا سأل النبيﷺ: عن الشهادة فقال: هل ترى الشمس؟ قال: نعم، فقال:« على مثلها فاشهد أو دع »[3]، فأمر الشهادة عند العلم يقينا، ولأن الشهادة مشتقة من المشاهدة، غير أن الفقهاء استثنوا من ذلك الشهادة بالنسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي، فيسمع الشاهد أن يشهد بهذه

(1)– وهبة الزحلي: المرجع السابق، ص696.

(2)– أحمد بخيت الغزالي: المرجع السابق، ص436.

(3)– جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف الزيلغي: نصب الراية لأحداث الهداية، ط1، مؤسسة الريان لطباعة والنشر ، بيروت، لبنان، دار القبلة للثقافة الإسلامية، جدة، السعودية، 1997، ص 82.

الأشياء إذا أخبره من يصدقه القول فلو لم تقبل فيها الشهادة بالتسامع لأدى ذلك إلى الحرج وتعطيل الأحكام والحرج مدفوع شرعا[1]، معنى هذا أن الشريعة الإسلامية جاءت لجلب مصلحة ودرء مفسدة ورفع الحرج وتعطيل كل شيء يقف هاجسا أمام الأحكام الشرعية.

الفرع الثالث

حجية البينة

نص المشرع الجزائري في نص المادة 40 ق أج بأنه:" يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار، وبالبينة".

حيث أن البينة هي الدليل الذي يقدمه الشخص لينتسب به النسب، وذالك بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين ويعتبر ثبوت النسب بالبينة أقوى من ثبوته بالإقرار، ولأن هذا الأخير يقوم بشهادة الواحد، فإذا تنازع النسب بين أكثر من شخص فإنه يقضي به لمن يقدم حجة كاملة على أنه هذا ابنه[2].

والشهادة تكون بمعاينة المشهود به أو سماعه فإذا رأى الشاهد أو سمعه بنفسه جاز له أن يشهد وإذا لم يره أو يسمعه بنفسه لا يحل له أن يشهد لقولهﷺ للشاهد« **ترى الشمس؟ قال: نعم، فقال على مثلها فاشهد أو دع** »[3].

إذا ادعى رجل أن هذا الغلام ابنه، فإن هذه الدعوى تسمع مجردة عن أي حق أخر، لن ثبوت النسب في حال حياة المدعي عليه مقصود لذاته، وإن كان المدعي عليه ميتا فإن إثبات النسب يكون غير مقصود لذاته وإنما تسمع ضمن حق أخرن بل لابد أن يدعي حقا، وتأتي دعوى النسب في ضمنه[4].

(1)– كمال صالح البنا: المرجع السابق، ص 40.

(2)– فاطمة عيساوي: المرجع السابق، ص 70.

(3) – جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف الزيلغي: المرجع السابق، 82.

(4)– محمد محي الدين عبد الحميد: المرجع السابق، ص 380.

كما أنه إذا إدعى شخص على أخر بنوة، أو أبوة، أو أخوة، أو عمومة، أو أي نوع من القرابة وأنكر الشخص أخر المدعي عليه دعواه، فللمدعي أن يثبت دعواه بالبينة، وحينئذ يثبت النسب ملزما لكل من الطرفين بما عليه من حقوق للطرف الأخر. ومتى كان المدعي عليه ميتا وجب سماع الدعوى مصحوبة بحق أخر كالميراث أو النفقة...(فهذه الحقوق هي التي تكون موضوع الخصومة الحقيقي) لأن الدعوى على الميت هي الدعوى على الغائب فلا تسمع[1].

وهذا ما قضت به المحكمة العليا التي ورد في إحدى قراراتها، أنه من المقرر شرعا أنه يمكن إثبات النسب بالزواج الصحيح والإقرار والبينة وشهادة الشهود ونكاح الشبهة والأنكحة الفاسدة والباطلة تطبيقا لقاعدة إحياء الولد لأن ثبوت النسب يعد إحياء له ونفيه قتلا له[2].

وفي الأخير نستخلص أن التشريع الوضعي والتشريع الإسلامي يسعيان إلى إثبات النسب، وذالك أن حجة الشيء المقضي فيه لا تطبق في قضايا الحالة كإثبات الزواج والنسب، وإنما يمكن إثبات هذان الأخيران بعدة طرق على غرار العقد الصحيح طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية[3].

(1)- بلحاج العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري مقدمة- الخطبة- الزواج- الطلاق، الميراث- الوصية، ج1، الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص 199.

(2) - طاهري حسين: الأوساط في شرح قانون الأسرة الجزائري، مدعما باجتهاد المحكمة العليا والمذاهب الفقهية، مع التعديلات المدخلة عليه بموجب الأمر 05،02 المؤرخ في 2005/02/27 ، مرفقا بنماذج قضائية لعرائض الأحوال الشخصية ، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2009 ، ص 78.

(3)- طاهري حسين: نفس المرجع ، ص 78.

الفصل الثاني

إثبات النسب بالطرق العلمية الحديثة

كانت مسألة إثبات النسب بالطرق العلمية في البداية محل جدل فقهي، وقف فيه بعض جمهور الفقه موقف المرتاب والرافض للطرق العلمية الحديثة كوسيلة لإثبات النسب فنظروا على أن اللعان مثلا يعتبر الوسيلة الوحيدة لنفي النسب اعتمادا على قوله تعالى: ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ أَزۡوَٰجَهُمۡ وَلَمۡ يَكُن لَّهُمۡ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمۡ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمۡ أَرۡبَعُ شَهَٰدَٰتِۭ بِٱللَّهِ ﴾[1]، فالآية الكريمة ذكرت أن الزوج يلجأ للعان لأنه لا يملك إلا شهادة نفسه، وأي اعتماد على الطرق العلمية دون ذلك فهي تزيد على كتاب الله وأن الرسول ﷺ قال: "الولد للفراش وللعاهر الحجر"، كما أن الأستاذ الفقيه الجزائري محمد شريف قاهر عضو المجلس الإسلامي الأعلى، ذكر أن العلم حقيقة نسبية بينما القرآن الكريم هو كلام الله خالق الكون والذي يعتبر حقيقة مطلقة صالحة لكل زمان ومكان، وهو الذي فصل في مسألة إثبات أو نفي النسب معللا رأيه أن النص القرآني صريح وواضح وبالتالي يقتضي العمل بالقاعدة الفقهية "لا اجتهاد مع وجود النص"[2].

وانطلاقا من كل ذلك تبنى المجمع الفقه الإسلامي موقفا صريحا في مسألة النسب بالطرق العلمية رغم عدم إصداره لأي فتوى توضيحية لذلك مستظهرا وضوح أحكام مباحة ومحظورة من هذه العملية وشروط ممارستها، لما في ذلك من عدم خروج عن القواعد الفقهية التي جاءت بها الشريعة الإسلامية بأغراضها الأساسية في حفظ الكليات الخمس من دين، ونفس، وعقل ونسل ومال.

ولقد كان المشرع الجزائري متأثرا بالشريعة الإسلامية أثناء سنه لقانون الأسرة في 1984، إذ لم يعتمد سوى بالطرق الشرعية لإثبات النسب الواردة في المادة 1/40 من نفس القانون

(1)– سورة النور :الآية 6.

(2) –الموقع الإلكتروني kenanaonline.com/users/ibrahimkhalil/posts/346504.
المطلع عليه بتاريخ:2014/12/21.

رافضا استعمال الطرق العلمية كوسيلة لذلك، وهو ما كان قد كرسه القضاء الجزائري فعلا مكتفيا بجمود النص القانوني الذي لا يقبل أي تأويل أو اجتهاد.

ثم اتضح تأثر المشرع الجزائري إثر التعديل الذي طرأ على قانون الأسرة بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 2005/02/07 بالثورة الهائلة التي كان سببها التطور البيولوجي مسايرا في ذلك التطور التكنولوجي الذي نتج عنه استحداث تقنيات في المعرفة العلمية في السنوات الأخيرة، حيث فتح المجال واسعا لقضايا لم تشهدها البشرية من قبل ذات صلة مباشرة بحياتنا اليومية والشخصية، ويتعلق الأمر بالطرق العلمية لإثبات النسب التي نصت عليها الفقرة الثانية من المادة 40ق أ ج (ويجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب).

ومن ذلك قرار المحكمة العليا الصادر في 15 جوان 1999 الذي جاء فيه "حيث أن إثبات النسب، قد حددته المادة 40 وما بعدها من قانون الأسرة الذي جعلت له قواعد إثبات مسطرة وضوابط محددة تفي بكل الحالات التي يمكن أن تحدث ولم يكن من بين هذه القواعد تحليل الدم كطريقة علمية التي ذهب إليها قضاة الموضوع، مما دل ذلك على أنهم قد تجاوزوا سلطتهم الحكمية إلى التشريعية ،الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه وإحالته لنفس المجلس"[1].

(1) –بومجان سولاف : مذكّرة التخرّج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء بعنوان إثبات النسب ونفيه وفقا لتعديلات قانون الأسرة، دفعة 2008/2005، ص36.

المبحث الأول

إثبات النسب للطفل المولود بالتلقيح الاصطناعي

قال الله تعالى: ﴿ ٱلۡمَالُ وَٱلۡبَنُونَ زِينَةُ ٱلۡحَيَوٰةِ ٱلدُّنۡيَاۖ ﴾[1]، بما أن الولد زينة الحياة الدنيا، فيعد تعطيل أحد الجهازين الأنثوي أو الذكري أو كلاهما معا لعلة أو مرض، فهذا يحول دون الإنجاب.

ومشكلة عدم الإنجاب، تعتبر من المشكلات التي واجهت الحياة الزوجية على مدى العصور، وهذا ما سبب في كثير من الأحيان مشكلات نفسية للأسر والعائلات، وجعلهم منعزلين عن الآخرين ومكتئبين دائما وهذا الأمر الذي انتهى غالبا بالانفصال بين الزوجين، مما جعل الأزواج المحرومين من هذه النعمة يلجؤون إلى كل السبل والوسائل للتغلب على هذه العقبة وتحقيق حلمهم أن يصيروا أباء[2].

وهذا ما إعتبرته أغلب التشريعات العربية أحد الأهداف العليا للوصول إلى عقد قران تام بين الزوجين، ومنها الجزائر التي أولت التناسل أهمية واضحة، وهذا ما وضح جليا في المادة 4 ق أ ج في نصها :" الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه، تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب".

وعلى هذا النحو يمكن القول أن اعتراض أحد الزوجين على تحقيق الهدف المنشود يعد في حد ذاته إهانة للطرف الأخر، ولكن إذا أمعنا النظر في هذا المجال بوجه عام لوجدنا أن الزواج لا يتم دائما إبرامه بين شخصين شابين، سليمين وقادرين على الإنجاب، وعليه يمكن أن يثير عقم الزوجين اختلافا بينهما و هذا ما يحول بهما إلى التلقيح الاصطناعي الذي أصبح في بعض الحالات الوسيلة الأخيرة للإنجاب[3].

---

(1)– سورة الكهف: الآية 46.

(2)–أحمد شامي: قانون الأسرة الجزائري، طبقا لإحدى التعديلات، دراسة فقهية و نقدية مقارنة، ب ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2010، ص 162.

(3)– تشوار جيلالي: الزواج و الطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ب ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2001، ص153.

فقد أثبتت التقنيات الحديث المتعلقة بالإنجاب أنها تساعد على تحقيق رغبة بعض الأزواج الكامنة والعارمة في إنجاب الأولاد، وهي حاجة مشروعة لا عيب فيها، لهذا رأى العلماء أنه يجوز اللجوء إلى الطرق العلمية لتحقيقها ولا يوجد ما يحول دون تحقيق هذه الأمنية عن طريق التلقيح الاصطناعي الذي لا يخلوا من مخاطر، وهذه الطريقة الأخيرة أجازها مجمع الفقه الإسلامي و العربي[1].

ومنه قانون الأسرة الجزائري في المادة 45 مكرر المضافة بالأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27، على أنه "يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي، بالشروط القانونية الآتية: أن يكون الزواج شرعيا،

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

لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة".

وتفصيلا لكل هذا سنتناول تعريف التلقيح الاصطناعي وأساليبه في المطلب الأول أما في المطلب الثاني والثالث نتناول شروط التلقيح الاصطناعي في الفقه الإسلامي والقانون وكذلك موقف الشريعة الإسلامية والمشرع الجزائري من عملية التلقيح الاصطناعي.

المطلب الأول

تعريف التلقيح الاصطناعي وأساليبه

كان أول ظهور للتلقيح الاصطناعي منصب في مجال الحيوان والأشجار، وأول تقرير سجل رسميا عن التلقيح الاصطناعي هو من طرف العالم الإيطالي اسبلانزاني ESPAllANZANI الأخصائي بعلم الغرائز، وهو أول من قام بحقن كلبة سنة 1780 بسائل منوي، وكللت هذه العملية بالنجاح.

(1)- عربي بختي: أحكام الطلاق و حقوق الأولاد في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بقانون الأسرة الجزائري، ب ط، دار الحكمة للنشر، الجزائر، 2013، ص225.

بينما يرى جانب من الفقه، أن أول تلقيح بشري كان سنة 1799 من طرف العالم هنتر HUNTER، وتعلق حينها بزوجين عقيمين لوجود عاهة وراثية بالزوج، و قد تمت هذه العملية بمنيه، وكللت هذه الأخيرة بالنجاح، أما عن أول عملية تلقيح بواسطة الغير، فكانت سنة 1884. فالتلقيح الاصطناعي عدة أساليب، وذلك لاختلاف الحالات المرضية المسبب للعقم من جهة وهدف الزوجين بالإنجاب من جهة أخرى[1].

الفرع الأول

تعريف التلقيح الاصطناعي

قبل التطرق إلى أساليب التلقيح الاصطناعي، فنتطرق أولا إلى التعريف اللغوي والاصطلاحي للتلقيح الاصطناعي.

أولا: التعريف اللغوي

يقال لقحت الناقة لقحا ولقاحا، وكذلك الشجرة، وألقح الفحل الناقة، ولقاحا، وقبلت اللقاح فهي لاقح، من لواقح، وإلقاح النخلة، تلقيحها لقحا، والريح السحاب[2]﴿ وَأَرۡسَلۡنَا ٱلرِّيَٰحَ لَوَٰقِحَ﴾[3].

ثانيا: التعريف الاصطلاحي

التلقيح الاصطناعي يعني التناسل بمساعدة التكنولوجيا الحديثة، التي يلجأ إليها الأطباء المختصون لمعالجة الأزواج الذين يعانون من مشكل هو العقم[4].

والمقصود بالتلقيح الاصطناعي l'insémination artificielle الإنجاب بغير تلاقي بين الزوجين إذ هو عبارة عن عملية أو وسيلة تقنية تساعد الزوجين على تحقيق الرغبة في

(1)- الموقع الالكتروني sciencesjuridiques.ahlamontada.net/t1935-topic. ، المطلع عليه بتاريخ:2014/10/21.

(2)- مجد الدين محمد بن يعقوب بن محمد بن إبراهيم الفيروز أبادي: القاموس المحيط، ج1، ط1, دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1995م، 1415هـ، ص 339.

(3)- سورة الحجر: الآية 22.

(4)- أحمد شامي: المرجع السابق، ص 164.

الإنجاب دون حصول أي إتصال جنسي بينهما، وذلك بنقل الحيوانات المنوية، من الزوج أومن غيره ووضعه في رحم الزوجة، كما يتحقق ذلك أيضا بزرع بويضة ملقحة في رحمها، وعملية التلقيح هذه تتم في حالة معاناة المرأة من العقم بسبب إنسداد قناة "فالوب" لديها، وهي القناة الموصلة بين مبيضها وبين رحمها، فيأخذ مني الزوج ويوضع في أنبوبة بها السائل اللازم للنمو والانقسام، وبعد أن تتكون النطفة الملقحة تزرع في رحم الزوجة لتواصل نموها الطبيعي إلى أن تتم الولادة.

وتعتبر مسألة أطفال الأنابيب مسألة حديثة ترجع إلى عام 1979، عندما نمت "لويزا براون" والتي تعتبر أول طفلة أنبوب في العالم، فجاءت هذه المولودة للوجود بفضل التلقيح الاصطناعي[1].

الفرع الثاني

أساليب التلقيح الاصطناعي

بما أن التلقيح الاصطناعي هو عملية تتم بين البويضات الأنثوية والحيوانات المنوية الذكرية، من دون إتصال جنسي بين الرجل والمرأة فهذه العملية يتم توضيحها كالأتي

أولا: التلقيح داخل الجسم أو الإستدخال : ويتضمن هذا النوع من التلقيح أسلوبين هما:

– **الأسلوب الأول** : هذا الأسلوب يكون بأخذ الحيوانات المنوية للزوج، وتحقن في الموضع المناسب من رحم الزوجة، ليتم بذلك التلقيح بينهما كما في حالة الاتصال الجنسي الطبيعي، وهذا الأسلوب يكون في حالات متعددة منها نذكر في حالة نقص عدد الحيوانات المنوية لدى الزوج وقلتها، فتجمع حصيلة عدة دفعات وتركز ثم تدخل في رحم الزوجة.

كذلك في حالة حموضة الجهاز التناسلي للمرأة تقتل الحيوانات المنوية بصورة إعتيادية وتضاد خلايا المهبل والحيوانات المنوية بصورة غير عادية كذلك في حالة إصابة الزوج بمرض

(1)- بلحاج العربي: أحكام الزوجية و أثارها في قانون الأسرة الجزائري، ب ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص 686.

أدى إلى عجز عضوي ينقص إيصال مائه عند الاتصال الجنسي مع زوجته إلى الموضع المناسب.

– **الأسلوب الثاني** : وهو إدخال ماء رجل غريب عن المرأة أي أن تأخذ نطفة للرجل وتحقن في رحم زوجة رجل آخر، وبعدها يتم التلقيح داخليا بصفة طبيعية كما في الأسلوب الأول[1].

ثانيا: التلقيح خارج الجسم لطفل الأنابيب: نكون هنا بصدد تلقيح خارج الجسم، عند كل تلقيح لا يكون بالأسلوبين المذكورين سابقا.

– **الأسلوب الأول:** وهذا الأسلوب هو كل تلقيح يتم بغير الأسلوبين السالفين الذكر ويتم هذا الأسلوب من التلقيح في طبق يسمى"PETRI DISH" وليس في أنبوب، ويكون في هذا الطبق سائل فيزيولوجي مناسب لبقاء البويضة ونموها، ثم يضاف طبيعيا، وتولد بولادة طبيعية أو قيصرية، إليها مني الرجل مع البويضة وتترك ليومين أو ثلاثة أيام، لتعاد إلى الرحم وتنمو.

– **الأسلوب الثاني:** يكون بتلقيح بين نطفة الزوج و بويضة الزوجة في طبق الاختبار السابق الذكر، ثم تزرع هذه اللقيحة في رحم زوجته الثانية، في حال ما إذا كانت الزوجة الأولى منزوعة الرحم، أو رحمها غير صالح للحمل.

– **الأسلوب الثالث:** يتم التلقيح بوضع نطفة مأخوذة من الزوج في طبق الإختبار، أو بويضة مأخوذة من إمرأة أجنبية عنه، تكون متبرعة لهما في حالة استئصال مبيض الزوجة أو تعطيله.

– **الأسلوب الرابع** :أن يكون كلا من الرجل والمرأة متبرعين وغير متزوجين وتزرع اللقيحة في رحم إمرأة أخرى متزوجة، فيكون في هذه الحالة كلا من الزوجة والزوج عقيمين عاجزين عن الإنجاب.

– **الأسلوب الخامس** : وهو ما يعرف بالأم البديلة، أي يجري التلقيح الخارجي في طبق اختبار بين ماء الزوج وبويضة الزوجة، وتزرع في رحم إمرأة متطوعة للحمل أي ما يعرف بالأم الحاملة La mère porteuse، أو البطن المستأجرة، وقليلا ما نجد هذا الأسلوب، مثلا في حالة

(1)- العوفي لامية: التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون، المدرسة العليا للقضاة، دفعة 16، الجزائر، 2008/2005، ص 9.

رفض الزوجة للحمل، لسبب الحفاظ على رشاقتها، أو رغبة الأم البديلة في كسب أي مقابل مادي متفق عليه [1].

المطلب الثاني

شروط التلقيح الاصطناعي في الفقه الإسلامي والقانون

وقد نجح علماء الأجنة والوراثة في العصر الحديث، في عملية الإخصاب الصناعي، كبديل للإخصاب الطبيعي، وذلك في حالة إصابة أحد الزوجين بالعقم أو الضعف[2]، الأمر الذي يحول دون إتمام الحمل بالاتصال الجنسي الطبيعي، أو وسائل الإخصاب الصناعي الذي لم تتناوله جميع الشرائع، ولم تتفق عليه كل القوانين، والتلقيح الاصطناعي من الاكتشافات العلمية التي أثارت إشكالات أخلاقية ودينية تصل إلى حد الجدل، وهنا يبرز دور الفقهاء سواء كانوا فقهاء القانون أو فقهاء الدين الإسلاميين أو غيرهم من أصحاب الديانات الأخرى، لا سيما أنه في البلدان الإسلامية ومنها الجزائر، فإن كل ما يتعلق بالأسرة وما يضبطها هو مستمد من الشريعة الإسلامية، كونها الضابط الأول والأخير لقواعد وقوانين الأسرة، لأن الله هو الذي وضع أحكام الزواج والطلاق وتبعيتها، وإذا جاء العلم بأي شيء جديد، فما هو إلا حكم موجود في الشريعة وهذا ما يقوم به الفقهاء قياسا واستنباطا وحتى إجتهادا.

فالتلقيح الاصطناعي يعد من الطرق التي أجازها الفقه والقانون لكن وفق شروط.

الفرع الأول

شروط التلقيح الاصطناعي في الديانة الغربية والفقه الإسلامي.

حسب ما تقتضيه الطبيعة والعقل فإنه لا يمكن للمرأة أن تحمل إلا بالوسيلة الطبيعية المتمثل في العلاقة الجنسية بين الزوجين، وحتى لا يولد إنشقاق وخصام بين الزوجين بسبب عدم الإنجاب، نجد أن الديانات الغربية أباحت التلقيح الاصطناعي ولكن بعضها قيدته بشروط

(1) –العوفي لامية: نفس المرجع، ص 11.

(2)– أحمد شامي: المرجع السابق، ص 166.

و أخرى لا[1] على غير الشريعة الإسلامية التي لم تتناول هذه الوسائل لا في القرآن ولا في السنة لأنها لم تكن معروفة من قبل، ولذلك لم يتعرض لها الفقهاء القدامى وهذا ما وضع إشكالات شرعية حول هذه الممارسات[2].

أولا : شروط التلقيح الاصطناعي في الديانة الغربية

نجد أحبار الديانة اليهودية يقولون أنه لا يمكن في هذا الإطار قبول إلا التلقيح بين شخصين رجل وامرأة يجمعهما زواج شرعي، وأنه حتى في هذه الحالة فإن أصحاب القرار لم يوافقوا على هذه التقنية إلا بتحفظ، إذ يجب التأكد أنها فعلا أخر وسيلة للعلاج ولحمل الزوجة، ومن هذا القول نستنتج أن الديانة اليهودية وضعت ثلاث شروط لإجراء التلقيح الاصطناعي وهي :

– أن يتم بين شخصين رجل وامرأة: لأنه لا يخفى علينا أنه في بعض الدول الغربية هناك زواج بين شخصين من جنس واحد، فالديانة اليهودية لا تجيز اللجوء إلى التلقيح للأزواج من نفس الجنس.

– أن يجمع بين الرجل والمرأة عقد شرعي: فتخرج بذلك من دائرته كل العلاقات الغير الشرعية والخارجة عن الزواج الصحيح، طبقا للديانة اليهودية فلا يكفي بذلك تعايش رجل وامرأة في مسكن واحد دون رابط شرعي فلا يمكنها إجراء التلقيح الاصطناعي في حال عجزهما عن الإنجاب.

أما الديانة المسيحية فقد تناولوا التلقيح الاصطناعي من زاوية مغايرة تماما، وهذا ما أثار جدلا بينهم حول شرعيته من الناحية الدينية، لأن منهم من يرى وجوب احترام الطبيعة على أساس التكاثر بوسيلة واحدة و هي الزواج.

ومن جهة أخرى الطبيعة تفرض أنه، لا يمكن أن ينجب كل الناس، فإذا لقحنا المرأة بماء زوجها فإننا لا نحترم الطبيعة بذلك، وجاني آخر يرى أن حجة عدم احترام الطبيعة هي غير مقنعة فالهدف هو مساعدة الطبيعة وليس القضاء عليها وعلى أحكامها.

(1)– تشوار جيلالي: المرجع السابق، ص 105.

(2)– أحمد شامي: المرجع السابق، ص 166.

ولكن المتفق عليه أن هذه التقنية ظهرت في الغرب، ثم انتشرت في كل مكان، وبغض النظر عن كل الاختلافات فإن كل من الديانات المسيحية واليهودية اتفقا وأقرا بمشروعية التلقيح الاصطناعي[1].

ثانيا : شروط التلقيح الاصطناعي في الفقه الإسلامي

أجاز مجمع الفقه الإسلامي التلقيح الاصطناعي وذلك لما توصل إليه علماء الأجنة والوراثة في العصر الحديث كبديل للإخصاب الطبيعي، في حالة إصابة أحد الزوجين بالعقم أو الضعف الذي يحول دون إتمام الحمل بالاتصال الجنسي الطبيعي.

فقد أورد الإمام أحمد بن حنبل والمقدسي وبزار عن أنس رضي الله عنه قال :" قال رسول الله:ﷺ" لو أن الماء الذي يكون منه الولد أرهقته على صخرة، لأخرج الله منها ولدا، وليخلقن الله تعالى نفسا هو خالقها" فبالنسبة للفقهاء منهم من سلكوا وتبنوا نفس موقف المجمع الفقهي الإسلامي بأن الأم هي صاحبة البويضة، ومنهم من قال أن الأم هي من تلك أن الأم في الإسلام ثلاثة أنواع هي: أمهات المؤمنين أي زوجات الرسولﷺ، والأم الحقيقية التي تضع مولودها، ونجد في الأخير الأم من الرضاع وهي مرضعة للطفل[2].

وبالتالي فالأم في التلقيح الاصطناعي هي التي ولدت استنادا إلى الحجج و الآيات الدالة على ذلك ومنها: قوله عز وجل:﴿ إِنۡ أُمَّهَٰتُهُمۡ إِلَّا ٱلَّٰٓـِٔي وَلَدۡنَهُمۡۚ ﴾[3]، وقوله تعالى أيضا:" ﴿لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةُۢ بِوَلَدِهَا ﴾[4]، وكذلك: ﴿ ۞ وَٱلۡوَٰلِدَٰتُ يُرۡضِعۡنَ أَوۡلَٰدَهُنَّ ﴾[5] وغيرها من الآيات القرآن الكريم فقد قال الشيخ بدر المتولي عبد الباسط :"ما لاشك فيه أن هذا الطفل ينسب إلى زوج صاحبة البويضة وضرتها التي حملت هذه البويضة الملقحة وهذا أمر واضح لقيام الفراش أي الزوجية وبالعودة إلي الآيات السابقة ،فهل صاحبة البويضة هي من حملت وَهْنًا على وَهْنْ،

(1) – العوفي لامية: المرجع السابق، ص16.

(2)- حسونة الدمشقي عرفان بن سليم العشا: التلقيح الاصطناعي و أطفال الأنابيب وغرس الأعضاء البشرية بين الطب والدين ، ط1، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2005، ص 54.

(3)- سورة المجادلة: الآية 2.

(4)- سورة البقرة: الآية 233.

(5)- سورة البقرة :الآية233.

كذلك فإن البويضة الملقحة هي التي نمت وتغذت بدم التي حملت وتحملت الأم حملها و ولادتها، فالأمومة أوسع علميا وشرعيا من العوامل الوراثية البحتة.

أما بالنسبة لتقنية الأم البديلة أو الرحم المستأجر قد قالوا بحرمتها باستثناء الزوجة الثانية[1].

وعلى هذا الأساس، تناول الفقهاء المعاصرون هذه المسألة على كل المستويات الجماعي والفردي وأوصى العلماء بألا تتم هذه العملية – التلقيح الاصطناعي – إلا في حالة الضرورة وعليه وضعوا شروط لقيام بها وهي :

– أن دين الإسلام هو دين يُسْرْ لا دين عُسْرْ، ولكن على ذلك هناك محرمات يجب عدم تجاوزها ولكن يمكن إباحتها في بعض الأحيان تطبيقا لمنطق "الضروريات تبيح المحظورات" واللجوء إلى التلقيح الاصطناعي لا يتم إلا إذا ادعت إليه الضرورة القصوى أي في حالة استحالة المرأة على الإنجاب من زوجها عن طريق الاتصال الجنسي، كذلك يجب أن تجري هذه العملية في المستشفيات العامة والمؤسسات الطبية المعتمدة الخاضعة لوزارة الصحة، مع الأخذ بكل الاحتياطات اللازمة من اختلاط النطف وكذلك للسلامة من الأمراض وانتقاء الخلوة الشرعية، وكذلك عدم كشف العورة والنظر إلى المرأة إلا لغرض مشروع، وأن تباشرها الطبيبة المؤهلة لذلك، وفي حالة اللزوم أو عدم وجود أي طبيبة يمكن اللجوء إلى طبيب مسلم بثقة لأن عملية التلقيح الاصطناعي تدخل في نطاق الإباحة الشرعية من باب تداوي المشروع بجميع الوسائل لعلاج أمراض العقم وعدم القدرة على الإنجاب الطبيعي، والإسلام في الأصل يحث على التداوي لقوله ﷺ :"ما أنزل الله داء إلا أنزل له شفاء"[2].

واستخدام الوسائل العلاجية الجديدة المسخرة للتداوي يأتي بعد محاولات العلاج بالطرق الطبيعية المعروفة التي لم تفلح في علاج المريض.

وفي هذا الشأن قال العلامة العز بن عبد السلام:"الطب كالشرع، وضع لجلب مصالح السلامة والعافية ودرء المعا طب والأسقام"

(1)- حسونة الدمشقي عرفان بن ساليم العشا: المرجع السابق ، ص 28.

(2)- أخرجه البخاري: كتاب الطب، باب من أنزل الله داء إلا أنزل له شفاء، رقم ح 5678، ص 1116.
وكذلك أخرجه مسلم: كتاب السلام، باب لكل داء دواء واستحباب التداوي، رقم ح 2204، ص 906.

وعليه فيجب أن تكون الرغبة جامعة بين رغبة الزوج ورغبة الزوجة معا لأنه في الحالة رفض أحد الطرفين لذلك فلا يمكن للطرف إجراء جزء من هذه العملية وإلا اعتبر ذلك تلاعب بالزوج الرافض.

– أن تجري عملية التلقيح الاصطناعي بين رجل وامرأة متزوجين بعقد الزواج شرعي فلا يجوز شرعا إجراء عملية التلقيح الاصطناعي بين رجل وامرأة لا يجمعهما عقد الزواج شرعي، ولا بين زوجين استعارا رحم امرأة أجنبية عن الزوج وتكون صفتها حاضنة لمائهما فقط، ولا لزوجة تكون ملقحة بماء غير زوجها[1].

فلا يجوز التلقيح بين شخصين أجنبين عن بعضهما البعض إذ لابد أن يكونا مرتبطين بعقد زواج ولجوئهما لهذه العملية من أجل توطيد هذه العلاقة الزوجية وإنجاب أطفال من أجل التناسل. وهذا ما يجعل كل عملية تلقيح اصطناعي تتم بعد فك الرابطة الزوجية، أو بعد الوفاة أحد الزوجين أو الفسخ للعلاقة الزوجية غير جائز.

ولأن الشريعة الإسلامية تحرم الزواج من نفس الجنسين (امرأتين أو رجلين) فلا مجال للحديث عن تحريم كل ما يتبع هذا الزواج.

وما يجعل عدم جواز عملية التلقيح الاصطناعي بعد وفاة الزوج هو أن العلم و توصل إليه بعد التطور والتقدم الكبير، فتجميد مني الزوج وتخزينه في بنوك المني، لتعود الزوجة وتطالب به بعد الوفاة زوجها للقيام بعملية التلقيح الاصطناعي أو بعد طلاقها منه يجعل هذه العملية غير شرعية وغير جائزة.

– أن تجري عملية التلقيح الاصطناعي للمرأة بماء زوجها.

القاعدة العامة :"**الولد للفراش و للعاهر الحجر**" أن النبي ﷺ أخرج الكلام مخرج القسمة، فجعل الولد لصاحب الفراش والحجر للزاني فانتفى ألا يكون الولد لمن لا فراش له، كما أن الحجر لا يكون لمن لا زنى منه، إذا القسمة تنفي الشركة[2].

وعلاقة غير شرعية يكون لهما الرجم كعقوبة على الجريمة، كون أن عقد الزواج الشرعي هو الذي يبيح العلاقة الجنسية بين الرجل والمرأة وهو الناتج لعدم اختلاط المني الزوج بغيره من

(1)- بلحاج العربي: المرجع السابق، ص689.

(2)- حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد: البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2009، ص727.

الرجال لذا تلقح الزوجة بذات مني زوجها أي لا يجوز استبداله أو خلطه ولا تعامل مع تجار النطف و اللقائح وباعته، كما أنه لا يجوز إنشاء مستودع تستجلب فيه نطف الرجال، لما في ذلك في اختلاط في الأنساب وعبث فيه، وهذا يؤدي كذلك إلى إخلال بنظام المجتمع ومنه الأسرة الشرعية كما أرادها الله تعالى[1].

ويقول أحد الفقهاء:"إذا كان تلقيح الزوجة من غير زوجها فهو محرم شرعا ويكون في المعنى زنا ونتائجه ولكل طفل ناشئ بالطرق المحرمة قطعا من التلقيح الاصطناعي لا ينسب إلا لمن حملت به ووضعته باعتباره حالة ولادة طبيعية كولد الزنا الفعلي تماما "

فالطبيب هو الخبير المختص في إجراء التلقيح الاصطناعي أيا كانت صورته، فإن كان عملية في صورة غير مشروعة، كأن يقوم بتلقيح الزوجة بماء رجل غير زوجها دون علم منها، كان إثما وكسبه حرام، ويدخل تحت طائلة المسؤولية الطبية المدنية والجنائية والتأديبية.

فإذا توفرت هذه الشروط يجب أن تتم عملية التلقيح الاصطناعي بحضور الزوج وهذا ما يعني عدم جواز الخلوة بين الزوجة والطبيب وأمام جهة علمية موثوق فيها، وهذا التلقيح ينتج عنه طفل شرعي ولاشك في نسبه إلى ولديه إذ قال أحد فقهاء الشريعة:"إذ لقحت بويضة الزوجة بماء زوجها في أنبوب ثم وضعت في رحم الزوجة بوجود عيب في جهازهم التناسلي فهذا حلال وينسب المولود للأب والأم "[2].

الفرع الثاني

شروط التلقيح الاصطناعي في القانون الجزائري والقوانين المقارنة

مع اختلاف المجتمعات من عربية وغربية تختلف قوانين كل دولة وكل مجتمع عن الدولة ومجتمع آخر. ولذلك حتى لو وجد هناك بعض التقارب بين الأنظمة القانونية، كون بعض الدول استمرت قوانينها من أنظمة قوانين دول أخرى.

ففي هذا الفرع ارتأينا الإشارة إلى شروط التلقيح الاصطناعي بالنسبة للقانون الجزائري قبل التعرض للقوانين المقارنة الأخرى.

(1) - بلحاج العربي: المرجع السابق، ص 690.

(2)- تشوار جيلالي: المرجع السابق، ص ص 104، 105

أولا : شروط التلقيح الاصطناعي في القانون الجزائري

حفظا على الأنساب وحماية الأسرة التي هي عماد المجتمع وضع المشرع الجزائري مجموعة من الشروط لإجراء عملية التلقيح الصناعي نصت عليها المادة 45 مكرر وهي نفسها التي وضحتها الشريعة الإسلامية، واشترطتها لجواز عملية التلقيح الاصطناعي، كون المشرع الجزائري يستمد نصوصه في قانون الأسرة خاصة، من الشريعة الإسلامية التي هي المصدر الأول لهذا القانون، ويمكن توضيحها أكثر فيما يلي:

- أن يكون الزواج شرعيا: فلا يجوز إجراء عملية التلقيح الاصطناعي بين الرجل و المرأة لا يربطهما عقد زواج شرعي، وبالتالي لا يجوز التلقيح الاصطناعي بين الزوجين بعد فك الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة، ولا يجوز إجراء هذه العملية لإمرأة غير متزوجة وهذا الشرط منطقي لأن عملية التلقيح له غاية واضحة وهي تحقيق المقصد من الزواج وهو إنجاب الأولاد و تكوين أسرة [1].

التلقيح الاصطناعي الشرعي والقانوني يكون بأخذ مني الزوج وبويضة صالحة لإخصاب من الزوجة الشرعية، ثم تنقل بعد ذلك إلى رحمها، مع وجوب تأكد الأطباء من وجود عقد زواج شرعي بين الرجل و المرأة، ووفقا لنص المادة 40 مكرر من ق أ ج ، فإن التلقيح الاصطناعي يقتصر على الزوجين، وعليه فخول الطرف الأجنبي بينهما كانت عدم المشروعية والحرمة.

فيفهم من النص المادة 45 مكرر ق أ ج الاعتراف بمشروعية هذه الوسيلة الطبية في المساعدة الزوجين للقضاء على أثار العقم ونص هذه المادة ما دل فهو يدل على سعي المشرع الجزائري لمواكبة التطور الطبي والعلمي الذي وصل إليه.

فالقصد من أن يكون الزواج بين الطرفين صحيحا وشرعا، أي أنه مستوف لركنه وهو الرضا، حسب المادة 9 من ق أ ج، مع استفاء جميع شروطه ليكون صحيحا وذلك، من ولي وصداق وشاهدين، مع إكتمال الأهلية وانعدام الموانع الشرعية عند الطرفين مادة 9 مكرر من ق أ ج وعلى كل هذا فإن كل تلقيح اصطناعي كان بزواج باطل أو بنكاح شبهة يعد مخالفا

(1)- فاطمة عيساوي: الإنجاب بالوسائل الحديثة، في قانون الأسرة الجزائري، مجلة معارف، ع6، المركز الجامعي أكلي محند أولحاج ، البويرة، الجزائر، 2009، ص228.

لقواعده في القانون الجزائري، وينفي نسب الحمل الناتج عن الزواج الصحيح رغم أن المادة 40 من ق أ ج تثبت النسب بالزواج الصحيح أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج ثم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد:32و33و34 من هنا القانون ومن جهة أخرى نجد المادة 34 مكرر من نفس القانون تنص على أنه كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء[1].

فإذ نظرنا للموضوع بنفس الاعتبار الذي روي في إثبات النسب في الزواج الباطل والنكاح الشبهة، وهو ترجيح مصلحة الحمل حتى لا يضيع نسب الولد من والديه المرتبطين بعقد زواج شكلي، ولو غير صحيح، فالمعنى نفسه متوفر في الحمل من التلقيح الاصطناعي ولكن إذا توقعنا وأمعنا جليا في النص المادة 45 من ق أ ج وفي عبارتها، فنجد أن الزواج الباطل ونكاح الشبهة لا يقرهما القانون، لتخلف العناصر الأساسية المكونة للعقد والمنصوص عليه في المادة 9،9مكرر من ق أ ج.

أو حسب نص المادة 32 من ق أ ج، فاستدلال العقد على مانع أو شرط يتنافى ومقتضياته فهذا القانون لا يقر بهذا الزواج وعليه فلا يقر بنسب الولد الناتج عنه، لأن الشريعة الإسلامية والقانون كونه النظام العام، فهو يفسخ كل زواج بعقد علاقات محرمة وجب إنهاؤها كعقد الباطل ونكاح الشبهة، فلا تثبت بهما الأبوة الشرعية لأنهما غير قانونين فإنما تثبت فقط الأمومة باعتبار الوضع والولادة (2).

فالمشرع الجزائري في المادة 45 مكرر لم يجدد طبيعة الزواج الشرعي هل هو زواج صحيح، الرسمي أو العرفي، وباستقراء نصوص القانون الجزائري للأسرة لا سيما المادة22 منه، فهو يعترف بالزواج العرفي في حالة إكتمال الأركان والشروط والذي لا يمكنه إثباته بحكم قضائي صادر عن قسم شؤون الأسرة بالمحكمة .

(1)- العوفي لامية: المرجع السابق، ص21.

(2)- إقروفة زبيدة : الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب (دراسة فقهية و قانونية)، الطبعة الأولى، الآمل للطباعة والنشر والتوزيع ، تيزي وزو، الجزائر ، 2012، ص 211.

وعليه فقد ترك المشرع الجزائري غموضا كبيرا حول إمكانية الزوجين المتزوجين عرفيا اللجوء للتلقيح الاصطناعي والاكتفاء فقط بحضور الأولياء الزوجين وكذا الشهود الذين حضروا الزواج، أم لابد من تقديم الحكم الذي يثبت زواجهما العرفي ؟ هذه التساؤلات التي لم يوضحها المشرع الجزائري و لم يجب عليها في النصوص مواد قانون الأسرة.

ولكن بالجمع بين المواد40و45 مكررو كذلك المادة 34 من ق أ ج يمكن الإجابة أو حتى القياس في إثبات النسب في النكاح الشبهة والنكاح الباطل، وهذا هو الذي جرى به القضاء كمبدأ عام، مع عدم تعين للنسب في المادة 34 ق أ ج، الناتج عن زواج بالمحرمات قبل وبعد الدخول أهو ناتج عن حمل طبيعي أم حمل اصطناعي، فهذه المادة مطلقة و غير مقيدة[1].

– أن يكون التلقيح برضا الزوجين و أثناء حياتهما: إن عملية إجراء التلقيح الاصطناعي على النحو السابق توجب بالضرورة رضا كل من الزوجين، ووجوب سلامة هذا الرضا سليما وخاليا من عيوب الإرادة لإحدى الطرق الاحتيالية، اتجاه الطرق الأخر[2].

ويشترط لرضا الزوجين أن يكون كلا منهما بالغا 19 سنة كاملة وهذا حسب المادة 40 من قانون المدني الجزائري، وأن يكون الرضا كتابيا وصريحا، وعليه فالقانون الجزائري يمنع التلاعب في قضايا النسب، وهذا ما يمنع أخذ النطاف من الزوج وتلقيح زوجته دون أن يكون بينهما عقد شرعي وكذلك توفر رضاهما الكامل [3].

وعليه فإن مشروعية التلقيح الاصطناعي الذي يكون بين الزوجين برضاهما الحر وبعد علمهم بكافة معطيات هذه العملية، فانعدام الرضا أو شابه العيب كالإكراه أو الغش أو التدليس فإجراء هذه العملية يقع تحت طائلة العقاب و يعاقب عليه.

ويرى أغلبية الفقهاء أنه في الحالة عدول أحد الطرفين قبل الشروع في إجراء المرحلة الأولى أو بعد إجرائها وقبل تلقيح البويضة، فلا يمكن إجبار الزوجين على إتمام العملية، أما إذ تم العدول بعد تلقيح البويضة في أنبوب إختبار وقبل وضعها في الرحم، فإنه يشرع في إتمام

(1)- إقروفة زبيدة: نفس المرجع ص 208.

(2)- أحمد شامي: المرجع السابق، ص179.

(3)- بلحاج العربي: المرجع السابق، ص 692.

العملية حتى ولو حدث الطلاق أو الوفاة وبعد ذلك تصبح الزوجة ملزمة بإيداع اللقيحة في رحمها وتجبر على ذلك عند الحاجة، كون أن الحمل يبدأ من وقت التلقيح[1].

وعن التلقيح الاصطناعي فيجب أن يكون في حياة الزوجين: لأن التلقيح الاصطناعي الذي يكون بمني الزوج بعد الوفاة، يتعارض مع أحكام الميراث، إلا في حالة قيام عملية التلقيح ثم مات الزوج بعدها، ففي هذه الحالة ينسب الولد لأبيه [2].

فبوفاة الزوج تنتهي الرابطة الزوجية، وبالتالي لا يمكن حصول تناسل بينهما، وعملية التلقيح بعد وفاة الزوج هي عملية غير شرعية.

والمشرع قد منع الزوجة من تلقيح نفسها بمني زوجها المتوفى والمجمد ببنك حفظ النطف، أو المطالبة بحفظ المني في أنبوب خارجيا في حياة الزوج بحجة حفظ ذكرى الزوج ولرضاه قبل وفاته، والقصر من ذلك إشتراط قيام الزوجية واستمرارها بينهما وقت إجراء عملية التلقيح من أجل مشروعيته وبالنسبة للزوج المحبوس والغائب فالإقدام على التلقيح الاصطناعي خاصة إذا كانت العقوبة السالبة للحرية يمتد أجالها إلى وقت تضعف فيه القدرة على الإنجاب، خاصة وإن المرأة تتوقف عن الإنجاب في سن معينة و هي سن اليأس، حتى وإن كانت القدرة مستمرة والأمل في العودة منعدم كالسجن المؤبد، وفي بعض الحالات نجد بعض المؤسسات العقابية حاضرا تتوجه نحو نظرة جديدة لمفهوم العقاب من خلال اعتماد أسلوب المؤسسات المفتوحة في حق بعض المساجين وهذا هو المطبق في السعودية التي تعترف بحق الشرعي للسجين في الإنجاب، والسماح له بمخالطة أهله داخل المؤسسة العقابية في ظروف مهيأة لذلك الغرض.

إلا أن القانون الجزائري في هذا المجال ما زال بعيدا كل البعد عن تجسيده هذه الفكرة رغم الإصلاحات التي دخلت على نظام السجون، ورغم كل المحاولات الساعية لتحسين ظروف المقيمين بالمؤسسات العقابية[3].

(1)- فاطمة عيساوي: المرجع السابق، ص 229.

(2)- أحمد شامي: المرجع السابق، ص179.

(3)- اقروفة زبيدة : المرجع السابق، ص215.

– أن يتم التلقيح بمني الزوج و بويضة رحم الزوجة دون غيرهما: على هذا النحو يكون عدم جواز إجراء عملية التلقيح الاصطناعي ذي العنصر الأجنبي، هذا ما سيراه المشرع الجزائري في القرار الذي أخذه وأصدره المجتمع الفقهي الإسلامي في دورته السابعة والثامنة، حيث أن المشرع الجزائري إشترط لمشروعية التلقيح الاصطناعي أن يتم بين خليتين تناسليتين للزوجين، ومنع كل استعانة بمفرزات جسم طرف أجنبي عن الزوجين مهما كان مصدرها، وهذا ما نصت عليه المادة 45 مكرر من ق أ ج التي نصت صراحة على منع المساهمة بماء غير الزوجين، ومنع الرحم البديل والمعروف بالأم البديلة، وهذا ما يعمل به في إثبات النسب الطفل من جهة الأب و من جهة الأم، فمن جهة الأب إذا كانت الخلية التناسلية للغير وحملتها زوجته ووقعت الولادة على فراشه في ظل زوجته قائمة حقيقية فالنسب له لإجماع الشروط التي أوجبها القانون من ثبوت الزوجية، وإمكان الإجماع لقوله ﷺ "الولد للفراش".

وإذا تمت الاستعانة برحم مستأجرة أو متبرع به فهذه الوسيلة في حد ذاتها غير قانونية مما يستلزم الحكم ببطلانها، ومتابعة فاعليها جزائيا، أي كل من الزوجين والمرأة المتبرعة أو المستأجرة لرحمها، وكل من كان وسيطا في هذه الحالة من طبيب ومساعد، وذلك حسب المادة 320من ق ع ج [1]، التي تنص أنه "يعاقب بالحبس من شهرين إلى ستة أشهر وغرامة من 500إلى 20.000دج:

1–كل من حرض أبوين أو أحدهما علي التخلي عن طفلهما المولود أو الذي سيولد وذلك بنية الحصول علي الفائدة .

2–كل من تحصل من أبوين أو من أحدهما على عقد يتعهدان بمقتضاه بالتخلي عن طفلهما الذي سيولد أو يشرع في ذلك، وكل من خان مثل هذا العقد أو استعماله أو شرع في استعماله.

3–كل من قدم وسيلة للحصول على طفل بنية التوصل إلى فائدة أو شرع في ذلك كذلك المادة 321 من نفس القانون والتي نصها :"يعاقب بالسجن من خمس سنوات إلى عشرة

(1)- قانون رقم 82–04 مؤرخ في 19 ربيع الثاني 1402 الموافق 13 فبراير 1982 يعدل ويتمم الأمر رقم 66–156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386هـ الموافق 8 يونيو 1966 والمتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم بقانون رقم 82–04 المؤرخ في 13 فيفري 1982 الصادر بالجريدة الرسمية ع07 سنة 19.

سنوات كل من نقل عمدا طفلا أو أخفاه أو استبدل طفلا أخر به، أو قدمه على أنه ولد لإمرأة لم تضع، وذلك في ظروف من شأنها أن يتغير التحقق من شخصيته.

وإذ لم يثبت أن الطفل قد ولد حيا فتكون العقوبة هي الحبس من شهر إلى شهرين غير أنه إذ قدم فعلا الولد على أنه ولد لإمرأة لم تضع حملا بعد تسليم اختياري أو إهمال من والديه فإن المجرم يتعرض لعقوبة السجن من شهرين إلى خمس سنوات " وعليه فكل من تواطئوا مع من ثمن الولادة على يده، أو موظف عمومي قام بتزوير في السجل المولود على اسم الزوجين صاحبي النطفة والبويضة كانوا جميعا تحت طائلة قانون العقوبات متهمون بتهمة تزوير المحررات العمومية أو الرسمية وفي الأخير وبعد عرض شروط التلقيح الاصطناعي التي تنص عليها القانون الجزائري نجد أن المادة 45 مكرر من ق أ ج لم يذكر فيها المشرع شرط تحقق الضرورة اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي الذي يعد هذا الشرط بمثابة عقد أساسي نص عليه الفقهاء المعاصرون الذي أجازوا ذلك .

كذلك نجد أن المشرع الجزائري اقتصر على عرض الشروط الخاص بالزوجين المستفيدين من هذه العملية دون الإشارة إلى شروط الممارسين لهذه العملية من أطباء المركز والعيادات التي تجري فيها العملية.

كما لم يتم التعرض في قانون الأسرة إلى الآثار المنجرة عن مخالفة هذه الشروط القانونية لإجازة عملية التلقيح الاصطناعي المذكورة في المادة 45 مكرر من ق أ ج من حيث الجزاء و تعيين الجهة المنتسب إليها الحمل[1].

وكذلك كان بإمكان المقنن الجزائري ترتيب المواد 45 مكرر المادة 40/ 1 من قانون الأسرة الجزائري، وإضافة بعض الشروط وتفصليها للقيام بعملية التلقيح الاصطناعي، كشرط بلوغ الأهلية عند الزوجين الواردة في المادة 45 مكرر من ق أ ج لم يوضح نوع عقد الزواج أهو مسجل أم لا .

ثانيا :شروط التلقيح الاصطناعي في القوانين المقارنة

– بالنسبة لأحكام القانون الفرنسي: نجد أن القانون الفرنسي نص صراحة على أن العقم يمكن معالجته عن طريق المساعدة الطبية بالحمل، لكن اشترط وجوب إثبات العقم طبيا حتى

(1)- إ قروفة زبيدة : المرجع السابق، ص ص217، 220.

يجوز إجراء عملية التلقيح اصطناعي، فعلى الزوجين الراغبين بإجراء هذه العملية إثبات أن أحدهما مصاب بالعقم طبيا، ثم بعد ذلك يقدم طلب المساعدة الطبية للحمل ويترك الطلب للإجابة عنه أو عدمها من طرف الأطباء المختصون بإجراء العملية، وغالبا ما يكون الرد على طلب بالإجابة بالقبول إلا في حالات ما إذا كانت الزوجة قادرة على الإنجاب بطريقة طبيعية فهذا ما يجعل الطلب مرفوضا.

أما بالنسبة للطرفين الغير متزوجين فإن القانون الفرنسي سمح لهم بإجراء هذه العملية ولكن وضع شرط أن يثبتا الطرفين أنهما يقيمان معا لمدة سنتين على الأقل حتى مع صعوبة إثبات ذلك، تدخل القانون الفرنسي فنص في المادة 1/372 من القانون المدني الفرنسي: "تثبت المعاشرة الحرة بواسطة عقد يمنحه قاضي الشؤون العائلية".

كما لم يختلف القانون الفرنسي عن القانون الجزائري شرط ألا يكون كلا الزوجين على قيد الحياة و هذا ما يجعل عدم جواز جراء عملية التلقيح الاصطناعي للمرأة التي تكون علاقتها بزوجها قد انعكست سواء بالطلاق أو بوفاة الزوج.

أما عن التلقيح الاصطناعي الذي يتم بين رجل وامرأة لا يجمعهما عقد الزواج فقد اشترط القانون الفرنسي أن يتم هذا التلقيح في سرية تامة مانعا بذلك معرفة أطراف التلقيح بعضهم بعضا حسب المادة 16 مكرر من قانون المدني الفرنسي وقد تم التأكيد عليها في المادة 152/ 5 من قانون الصحة الفرنسي[1].

– بالنسبة لأحكام بعض الدول الغربية الأخرى: اعترفت أغلب الدول الغربية، بالتلقيح الاصطناعي كتقنية حديثة لمساعدة على الإنجاب، ولكن كل دولة ضبطت هذه العملية حسب شروط وأحكام التي تتلاءم مع نظامها ومبادئها القانونية الخاصة بها. حتى القواعد الدينية لعبت دورا كبيرا في تنظيم أحكام التلقيح عند بعض الدول فنجد مثلا ليبيا وأستراليا، والسويد يجرمون تلقيح المرأة الغير متزوجة أما إيطاليا وسويسرا فقد قصرت التلقيح الاصطناعي على الزوجين ولم تصل إلى حد التجريم وفي بريطانيا جاء المشرع بنص يقضي على معاقبة الوسيطين والوكالات المختصة بالبحث والتفاوض وإبرام العقود الخاصة بالأمهات بالإنابة، وهو

(1)- العوفي لامية: المرجع السابق، ص34.

نفس الموقف الذي أخذه المشرع الألماني، على غير المشرع الإسباني الذي نص قانونه بصحة هذه الوسيلة للإنجاب[1].

المطلب الثالث

موقف الشريعة الإسلامية والمشرع الجزائري من عملية التلقيح الاصطناعي

لقد أثارت الاستخدامات المختلفة لأطفال الأنابيب الذين جاءوا إلى الوجود بفضل التلقيح الاصطناعي مشاكل دينية وقانونية وأخلاقية واجتماعية، جعل رجال الشرع والقانون الإجابة عليها، بالنظر لأهميتها الكبرى في معالجة مشاكل العقم لدى الرجال والنساء معا، وهذا ما جعل الشريعة الإسلامية تتخذ موقف اتجاه هذه العملية كونها لم تكن معروفة من قبل ولم يتعرض لها الفقهاء القدامى، ولأن المشرع الجزائري يستمد قانون الأسرة الجزائري من المصدر الأساسي وهو الشريعة الإسلامية فقد اتخذ موقفا موافق نوعا لمواقف الشريعة الإسلامية.

الفرع الأول

موقف الشريعة الإسلامية من التلقيح الاصطناعي

اعتبرت الشريعة الإسلامية أن إجراء هذه العملية يدخل إرادة أخرى غير إرادة الله تعالى وكذلك الآثار التي تترتب عن هذه العملية، فهي بإجرائها يتم الكشف عن عورة الرجل والمرأة للطبيبة أو الطبيب والنظر إليها وهم غرباء عنها.

وبناء على ذلك، فإنه نجد أن رجال الفقه الإسلامي اتخذوا موقفين الأول معارض والثاني مؤيد لهذه العملية:

أولا: فئة المعارضين

نجد من بين المعارضين لعملية التلقيح الاصطناعي داخل نطاق العلاقة الزوجية نجد الشيخ الألباني الذي سئل عن هذه المسألة: هل يجوز أن يسمح للطبيب بنقل ماء زوج إلى زوجته أو ما يعرف بأطفال الأنابيب؟ فكان جوابه :"لا يجوز، لأن هذا النقل يلزم على

(1) - العوفي لامية: نفس المرجع ، ص 35.

الأقل كشف الطبيب على الزوجة، والإطلاع على عورات النساء لا يجوز شرعا، والإخلاع على عورات الرجل كذلك لا يجوز شرعا وما لا يجوز شرعا لا يجوز ارتكابه إلا في حالة الضرورة ومن لم يرزقه الله تعالى بنعمة الولد بالطريقة الطبيعية ولجأ إلى هذه الطريقة فهو بذلك قلد الغرب وهو الذي لا يحبذه الله عزوجل، ولأن الرسول عليه الصلاة والسلام كان يحث على الحصول على الرزق الحلال بالطرق المشروعة وعليه فعلى الزوجين اللجوء إلى الطرق المشروعة التي بينها الله صبحانه وتعالى للحصول على الولد[1].

من جهته سئل عبد الله الجبرين :"لقد سمعنا بإجازة أهل العلم بعلاج العقم عن طريق الأنابيب والتلقيح الخارجي عن الجسم، ومدى جوازه شرعا؟

فأجاب: "لا يجوز ذلك لما فيه من العمليات الخارجة عن الحد الشرعي، ومن كشف للعورة ومباشرة الفرج والحمل في الأرحام بطرق غريبة، هذا ما ظهر لي و الله أعلم "

وعن أطفال الأنابيب أجابه فضيلته أن العلماء قد افترا في هذه المسألة، بمعنى لما فيه من كشف العورة ولمس الفرج والعبث بالرحم، ولو كان مني الرجل الذي هو زوج المرأة، فأرى أن الله تعالى: يجعل من يشاء عقيما .

وسأل الشيخ صالح بن عثيمان: "ما حكم التلقيح الاصطناعي؟ فأجاب: "التلقيح الاصطناعي، يقال أنه يأخذ ماء الرجل ويوضع في رحم المرأة عن طريق أنابيب وهذه المسألة خطيرة جدا، ورأى الشيخ صالح أن المسألة حساسة جدا لأنه لو حصل غش فيها لزم إدخال نسب في نسب وصارت هناك فوضي في الأنساب وهذا ما يحرمه الشرع، ولهذا قال الرسول ﷺ :"لا توطأ ذات حمل حتى تضع"[2]

وقد قدم الدكتور عبد الرحمن بن عبد الخالق مجموعة من الأسباب جعلت فقهاء المسلمين يعارضون عملية التلقيح الاصطناعي:

1- أن هذه العملية طريقة للحمل وهي غير الطريقة الفطرية التي هدى الله تعالى الرجل والمرأة عليها.

2- المخاطر التي تنجر عن هذه العملية من خطأ في الأنابيب، والتحاليل، والأخطاء التي تحتمل الوقوع وتحدث اختلاط في الأنساب.

(1)- أحمد شامي: المرجع السابق، ص 167.

(2)- أخرجه البخاري: كتاب البيوع، باب هل يسافر بالجارية قبل أن يستبرئها، ص416.

3- يمكن لمس بسوء نية الرجل أو المرأة في حالة استعارة الرجل لماء غيره دون علم زوجته مع العلم أن هذا المني هو حيوان منوي لا يمكن رؤيته بالعين المجردة، وفي البويضة التي هي أصغر من حبة الخردل.

4- ويفتح مراكز للتلقيح الاصطناعي يدم فتح باب للشراكة، وذلك إذا أصبح هذا عملا تجاريا مربحا، والغش فيه وارد ومحتمل .

5-يمكن أن يصبح أمر طفل الأنبوب موضع للسخرية في مجتمعاتنا ويفتح تساؤلات وشك كذلك[1].

وبهذا نجد أن المعارضين من جهتهم لم يبررون اعتراضهم على هذه العملية وهذا ما يشفع لهم، في تبني هذا الاعتراض على عملية الإخصاب خارج الرحم بسبب المخاطر التي تحفها، التي أشرنا إليها سابقا.

نجد من هذه الناحية أن الفقهاء المعارضين لعملية التلقيح الاصطناعي لهم وجهة نظر انطلقت أساسا من أن الله تعالى يرزق من يشاء و يجعل من يشاء عقيما.

ثانيا: فئة المؤيدين

لقد أيد العديد من الفقهاء فكرة التلقيح الاصطناعي في الكثير من المؤتمرات الإسلامية، من بينها مؤتمر المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي والذي انعقد في مكة المكرمة في دورته السابعة حول مشكلة التلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيب، حيث تم في هذا المؤتمر دراسة هذا الموضوع واتخاذ قرارات تخص هذه العملية منها:

- إباحة هذه العملية بالنظر إلى حاجة المرأة والرجل إلى الأولاد، وعليه جعلت عملية التلقيح الاصطناعي عرض مشروع في ضوء الضوابط الشرعية.

- الاتفاق على مبدأ الأساسي لإباحة عملية التلقيح الاصطناعي وهي حاجة المرأة إلى هذه العملية لأجل الحمل، بشرط أن تؤخذ النطفة من رجل متزوج زواج شرعي وتحقن في رحم زوجته وهذا الأسلوب صحيح وجائز وفق الشروط سالفة الذكر.

(1) - العوفي لامية: المرجع السابق، ص41.

– أما بالنسبة للأسلوب الذي تم فيه أخذ البذرتان الذكرية والأنثوية من رجل وامرأة متزوجين وتلقيحهما في أنبوب اختبار، ثم إعادة اللقيحة وزرعها في الرحم الزوجة نفسها، ولكن لا يلجأ إليه إلا في الحالات القصوى، كونه يثير الكثير من الشك وما يحيط به من ملابسات.

وهناك بعض مؤتمرات الإسلامية كمؤتمر المجمع الفقهي الإسلامي المنعقد في دورته الثالثة بالأردن، الذي تم خلاله عرض موضوع التلقيح الاصطناعي والذي تبين للمجلس أن طرق التلقيح الاصطناعي المعروفة هي سبعة طرق، رأى المجمع الفقهي أنه لا حرج في اللجوء إليها مع التأكيد على ضرورة أخذ كل الاحتياطات اللازمة[1].

وعليه فإن المؤيدين لعملية الإخصاب الصناعي في نطاق العلاقة بين الزوجين، فهم يؤيدون هذه الفكرة على ا طلاقها، ولكن بتوفر بعض الشروط لذلك وهي:

– أن يكون الإنجاب الطبي في خلال العلاقة الزوجية بين الرجل وامرأة، دون انفصال بالطلاق أو الوفاة، لأن ذلك يبطل أي تناسل أو إنجاب، لأنه يصبح غير شرعي.

– اشتراط وجود الراعي الأساسي للجوء إلى هذه العملية ألا وهو العقم لأنه يعد السبب الوحيد الذي يجمع الإنجاب الطبيعي.

– أن يكون الماء الملقح به هو ماء الزوج الشرعي والبويضة تكون بويضة الزوجة الشرعية يربطهم عقد الزواج الشرعي.

– وجوب التحقيق من رضا الطرفين بهذه العملية وعلمهما بها عند إجراء العملية.

– عدم خلوة الطبيب بالمرأة، ووجوب حضور الزوج.

– يجب توفير كامل الضمانات حتى لا يحدث أي خطأ يؤدي إلى الاختلاط والعبث بالأنساب، وذلك من أجل زوال المخاطر وإجراء العملية في الأمن الكامل.

(1)- أحمد شامى: المرجع السابق، ص 170.

وبتوفر هذه الشروط فقد أجاز الفقهاء في ثبوت النسب على رأيين:

- الرأي الأول

أجاز جمهور الفقهاء من الحنفية، المالكية، الشافعية، الحنابلة، إثبات النسب بواسطة الإستدخال الذي يقاس به التلقيح الاصطناعي، وحجتهم في ذلك أن العبرة في ثبوت النسب بوصول ماء الزوج إلى الزوجة، ثم يولد المولود على فراشه.

وعليه فقد تبنى الفقهاء نفس موقف المجمع الفقهي الإسلامي بأن قالوا أن الأم هي صاحبة البويضة، ومنهم من قال أن الأم هي من تلد لقوله تعالى: ﴿ وَٱللَّهُ أَخۡرَجَكُم مِّنۢ بُطُونِ أُمَّهَٰتِكُمۡ لَا تَعۡلَمُونَ شَيۡـٔٗا﴾[1]. وقوله تعالى: ﴿ حَمَلَتۡهُ أُمُّهُۥ كُرۡهٗا وَوَضَعَتۡهُ كُرۡهٗاۖ [2].

فبناء على ذلك فالبويضة نمت وتغذت بدم الذي حملتها وتحملت الأم الحمل تسعة أشهر وألم الولادة فبتالي هذا هو المفهوم للأمومة.

- الرأي الثاني

هناك بعض الحنابلة لا يجيزون ثبوت النسب بما يعرف بالإستدخال، وحجتهم في ذلك أن الولد مخلوق من مني الرجل والمرأة حتى تجامع زوجها الشرعي فإذا استدخلت المني بغير جماع لا يختلطان معا[3].

- الرأي الراجح

ومن عرض الرأيين، نجد أن الرأي الأرجح هو رأي الفقهاء أي الرأي الأول لأنه لو كان إنزال المرأة هو السبب في الحمل لما اختلف وطء عن الحمل، بينما المعروف عند الأطباء أن البيضة تنزل في أيام محدودة من الشهر بعد طهر المرأة من حيضها، ومتى قابلها الحيوان المنوي حصل التلقيح، وعليه يثبت نسب الطفل الذي ولد عن طريق التلقيح الاصطناعي قياسا

(1)- سورة النحل: الآية، ص 78.

(2)- سورة الأحقاف: الآية، ص 15.

(3) - أحمد شامى: المرجع السابق، ص 176.

على الإستدخال الذي هو يختلف عن الوطء في حال إستدخال مني الزوج الذي ينزله بطريقة محترمة، ثم يتم إستدخاله في رحم الزوجة، ويثبت فيه النسب[1].

الفرع الثاني

موقف المشرع الجزائري من التلقيح الاصطناعي

لقد أدرك المشرع الجزائري بأهمية تقنيات التلقيح الاصطناعي وضرورتها، وقدر في الوقت نفسه خطورة القضايا الأخلاقية، والدينية، والقانونية التي تثيرها هذه التقنيات، سواء بالنسبة للفرد أو للمجتمع ككل، وعليه تدخل عن طريق إصدار المادة 45 مكرر ق أ ج والذي أجاز بموجبها للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي[2].

ويفهم من نص المادة أن المشرع أجاز للزوجين اتخاذ هذه الوسيلة للقضاء على العقم بإذن الله، وهذه هي الشروط المتطابقة مع النتائج التي توصلت إليها المؤتمرات والندوات التي عقدها الأطباء والفقهاء المسلمون المعاصرون بخصوص هذا الموضوع[3].

وعليه تعتبر الجزائر نموذج الحسن عن سعيها لمواكبة التطور العلمي والطبي، فهو يعد في صدارة الدول العربية التي اعتنت بهذا الموضوع، والذي أباحها الشرع الجزائري صراحة في نص المادة 45 مكرر من ق أ ج، وفق ضوابط وشروط تتماشى مع أحكام الشريعة الإسلامية، فهو بتالي مباح وجائز وكذلك تضمنت شروط اللجوء إلى إجراء هذه العملية وفق الشروط التي جاءت في هذه المادة وذكر المشرع الجزائري شرط المنع من استعمال أم بديلة أي أن الأمومة ليست فقط علاقة بيولوجية، بل أن معناها يكمن في الحمل أساسا، وذلك لقوله تعالى: ﴿وَوَصَّيۡنَا ٱلۡإِنسَٰنَ بِوَٰلِدَيۡهِ حَمَلَتۡهُ أُمُّهُۥ وَهۡنًا عَلَىٰ وَهۡنٖ﴾[4]، وقوله أيضا: ﴿ حَمَلَتۡهُ أُمُّهُۥ

(1)– إقورفة زبيدة: المرجع السابق، ص213.

(2)- رابحي فاطمة الزهراء: إثبات النسب، أطروحة دكتوراه في الحقوق، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، الجزائر، 2012/2011، ص225.

(3)– رابحي فاطمة الزهراء: المرجع السابق، ص229.

(4)– سورة لقمان: الآية 14.

كُرۡهًا وَوَضَعَتۡهُ كُرۡهًاۖ وَحَمۡلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهۡرًاۚ ﴾[1]، فبتالي ربط القرآن الكريم بين الحمل والأمومة، فالتي تحمل هي الأم وليست التي تصنع البويضة لغيرها للقاء أجر مقابل استئجار رحمها، فتعين من باب سد الذرائع ودرء للمفاسد أي منع الأم البديلة مهما كانت صفتها لأن مفسدتها أكبر من المصالح التي تجلبها جراء هذا الحمل[2].

المبحث الثاني

ماهية البصمة الوراثية

لقد رأينا أن ق أج قد نص على طرق أو وسائل شرعية لإثبات النسب، والمتمثلة في الزواج بأنواعه والإقرار والبينة، وفي نفس الوقت أجاز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثباته، ومن بينها البصمة الوراثية، وقبل الفصل فيها نطرح التساؤل التالي هل تحل الطرق العلمية، محل الطرق الشرعية؟ وهل يمكننا أن نساوي بينهما ؟.

وقبل بيان دور البصمة الوراثية في إثبات النسب (المطلب الثالث)، وشروط العمل بها وضوابطها (المطلب الثاني)، ينبغي التطرق أولا إلى تعريف البصمة الوراثية وخصائصها في (المطلب الأول)، وفي الأخير نتطرق إلى الموقف الفقهي والقانوني منها في (المطلب الرابع).

المطلب الأول

تعريف البصمة الوراثية وخصائصها

بعد ما كان يلجأ القاضي الجزائري لإثبات النسب إلى الطرق الشرعية فقط. فإنه مع التحول والتطور التكنولوجي سار مع بقية الدول، نحو الطرق العلمية وأرغم المشرع الجزائري تعديل قانون11/84بقانون 02/05 وإضافة فقرة ثانية للمادة40 من ق.أ.ج[3]. والتي تخول للقاضي السلطة التقديرية بالأخذ بها، والتي تتناول الطرق العلمية لإثبات النسب إلا أنها لن تحدد هذه الطرق للقاضي ولن تبين ما هي شروطها ولا ضوابط استخدامها. عكس قانون

(1)– سورة الأحقاف: الآية 15.

(2)– أحمد شامي: المرجع السابق، 170.

(3)– المادة 40 ق.أ.ج« يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد32و33و34 من هذا القانون.

يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب.»

المغربي الذي لم يأخذ بالبصمة الوراثية ففي قرار حيث صدر عن المجلس الأعلى المغربي يستبعد فيه الاعتراف بدور هذه الخبرة، ويركن إلى الوسائل الشرعية متجاهلا تماما القوة الثبوتية لهذه الوسيلة[1].

وعليه قبل تطرقنا إلى خصائص البصمة الوراثية نتناول في الأول تعريف البصمة الوراثية.

الفرع الأول
تعريف البصمة الوراثية

البصمة الوراثية مصطلح له عدة تعاريف، نذكر بعضها وذلك بتبيان تعريفها اللغوي، والاصطلاحي، والعلمي، والقانوني.

أولا: التعريف اللغوي

لغة: البصمة الوراثية مركب وصفي من كلمتين (البصمة) و(الوراثية).

ومعنى البصمة: من بَصَم وهي كلمة عامية تعني العلامة.

وتأتي في اللغة بعدة معان منها،أثر الختم بالأصبع وفي لسان العرب: البُصْمُ بالضم وهو فوت مابين طرف الخنصر إلى طرف البنصر والفوت هو مابين كل إصبعين طولا، يقال ما فارقتك شبرا، ولا فترا، ولا عتبا ورتبا، ولا بصما، ورجل ذو بصم أي غليظ البصم وبَصَمَ بَصْمًا: إذا ختم بطرف بطرف إصبعه. والبصمة أثر الختم بالأصبع[2].

فالبصمة عند الإطلاق ينصرف مدلولها إلى بصمات الأصابع وهي: انطباعات التي تتركها الأصابع عند ملامستها سطحا مصقولا، وهي طبق الأصل لأشكال الخطوط الحلمية التي تكسو جلد الأصبع وهي لا تتشابه إطلاقا حتى في أصابع الشخص الواحد [3] .

الوراثية: فهي من الوراثة من مصدر ورث وهو الانتقال، (وعلم الوراثة) هو العلم الذي يبحث في انتقال صفات الكائن الحي من جيل لأخر، وتفسير الظواهر المتعلقة بطريقة هذا الانتقال.

---

(1)– حسام الأحمد: البصمة الوراثية وحجيتها في الإثبات الجنائي والنسب، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان،2010، ص101.

(2) - إبن منظور: لسان العرب، ط4، مجلد2، دار صادر للطباعة والنشر، لبنان، 2005 ، ص97.

(3)- حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد: المرجع السابق، ص78.

ومعنى الوراثية في اللغة كذالك الانتقال: تقول، وَرِثَ فلان أباه يرثه وميراثًا، أي صار إليه بعد موت مورثه[1].

وقال تعالى إخبارا عن زكريا عليه السلام ودعائه إياه: ﴿ وَإِنِّي خِفْتُ ٱلْمَوَٰلِيَ مِن وَرَآءِي وَكَانَتِ ٱمْرَأَتِي عَاقِرًا فَهَبْ لِي مِن لَّدُنكَ وَلِيًّا ۝ يَرِثُنِي وَيَرِثُ مِنْ ءَالِ يَعْقُوبَ ۖ وَٱجْعَلْهُ رَبِّ رَضِيًّا ﴾[2].

- أي يبقى بعدي فينتقل له ميراثي.*

ثانيا: التعريف الاصطلاحي

نظرا لحداثة هذا المصطلح اجتهد العلماء المعاصرون والمجامع الفقهية في وضع تعريف مناسب له، منها تعريف ندوة الوراثة والهندسة الوراثية، والجينوم البشري للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، حيث قال إن الشفرة الوراثية هي « البنية الجينية نسبة إلى الجينات المورثات

التفصيلية التي تدل على هوية كل فرد بعينه وهي وسيلة لا تكاد تخطئ في التحقق من الوالديه البيولوجية والتحقق من الشخصية».

– وقد أقر المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة التعريف السابق للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية وأضاف إليه أنها «تدل على هوية كل إنسان بعينه وأنها وسيلة تمتاز بالدقة » وعرفها الدكتور سعد الدين هلالي: بأنها« العلامة أو الأثر الذي ينتقل من الآباء إلى الأبناء أو من الأصول إلى الفروع » وعرفها كذالك بأنها : تعيين هوية الإنسان

(1) - مجمع اللغة العربية: المعجم الوجيز، ب ط، شركة الإعلانات الشرقية، مصر، 1980، ص664.

(2)- سورة مريم: الآيتان، 5،6.

*– قال ابن سيده: إنما أراد بقوله:(يرثني ويرث من أل يعقوب) النبوة، ولا يجوز أن يكون خاف أن يرثه أقرباؤه المال، لقوله النبي صلى الله عليه وسلم:" إنا معاشر الأنبياء لا نورث ما تركناه فهو صدقة".

*- نقل من معجم ابن منظور: لسان العرب، طبعة جديدة محققة، مجلد 15، دار صادر للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 2005، ص 189.

عن طريق تحليل جزء أو أجزاء من حامض الدنا المتمركز في نواة أي "خلية من خلايا جسمه"[1].

– وكذالك رأي المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية: جاء في مجلة المجمع الفقهي الإسلامي: تدارست الندوة موضوع البصمة الوراثية، وهي البنية الجينية التفصيلية التي تدل على هوية كل فرد بعينه[2].

ويتضح لنا من هذين التعريفين التركيز على معنيين هما:

1– الدلالة على هوية الشخص انطلاقا من عينة حمض نووي الموجود في خلايا جسمه وانتقالها من الأصول إلى الفروع.

2– دراسة التركيب الوراثي [3].

ثالثا: التعريف العلمي

الحامض النووي أو ما يعرف بـ (D.N.A) هي الحروف الأولى Deoxyribo Nucleic Acid وهو عبارة عن مركب كيميائي معقد ذو وزن جزئي لا يمكن للكائن الحي الاستغناء عنه يعرف (ADN)، وهي اختصار لكلمة الحامض النووي الديوكسي منزوع الأكسجين، وهو الذي يحمل كل الصفات والمعلومات الوراثية، ويوجد هذا الحمض في أنوية الخلايا للكائنات، الحية، لذا يطلق عليه " النووي" ويشكل هذا الأخير نظاما يحدد خصائص كل فرد باعتباره أنه يختلف من شخص إلى أخر [4].

(1) - طارق إبراهيم الدسوقي عطية: البصمات وأثارها في الإثبات الجنائي، ب ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر،2011، ص ص 255،256.

(2)– أشرف عبد الرزاق ويح: موقع البصمة الوراثية من وسائل النسب الشرعية، دار النهضة العربية القاهرة، مصر، 2006، ص101.

(3)- أحمد شامى: المرجع السابق، ص183.

(4) - شرقي نصيرة: إثبات النسب في القانون الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في القانون، تخصص، عقود ومسؤولية، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، الجزائر، 2013/2012 ، ص 42.

رابعا: التعريف القانوني

على الرغم من تنصيص عدد من التشريعات الوضعية على البصمة الوراثية في قوانينها الداخلية " تشريع الجزائري" وإقرار العمل بها في المحاكم كدليل إثبات ونفي في المجلات المدنية والجنائية، إلا إنها لم تتناول تعريفا خاصا بها ولا الخصائص أو الشروط تاركة الأمر إلى الفقه للقيام بتلك المهمة، حيث عرفها البعض بأنها: الهوية الوراثية الأصلية الثانية لكل إنسان التي تتعين بطريق التحليل الوراثي، وتسمح بالتعرف على الأفراد بيقين شبه تام[1].

الفرع الثاني
خصائص البصمة الوراثية

تعتبر البصمة الوراثية من أهم الطرق وأدقها في العصر الحالي على تحديد هوية الإنسان، وذالك بتطور العلوم بشأن الحمض النووي، تكاد تكون نتائجها قطعية لا تقبل الشك والظن وذالك نسبة 100%، غير أن الدكتور عمر قال "ولكن مثل أي طريقة بيولوجية لا يمكن اعتبار البصمة الوراثية 100% صحيحة وخالية من العيوب"[2].

– كما أنها تقوم بوظيفتين لا ثالث لها الأولى، وهي الإثبات والثانية هي النفي، فهي إما أن تثبت نسبا أو تهمة، أو جريمة أو أن تنفي نسبا أو تهمة أو جريمة عن شخص ما[3].

– وهذا ما توصل إليه الإنسان بقناعة تامة لا يخالطها ريب ولا شك نظرا لدقة نتائج هذه التقنية.[4]

– تتمتع البصمة الوراثية وجزيء الحامض النووي بمقدرته على الاستنساخ وبذالك يعمل على نقل صفات النوع من جيل إلى جيل.

---

(1) - حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد : المرجع السابق، ص ص 91،92.

(2)- خليفة علي الكعبي: البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية دراسة فقهية مقارنة، ب ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2004، ص ص31،32.

(3) - فاطمة عيساوي: حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب، (وفق قانون الأسرة الجزائري)، مجلة معارف، السنة الخامسة، ع8 ، المركز الجامعي العقيد أكلي محند أولحاج، البويرة، الجزائر، جوان،2010 ، ص71.

(4)- اقورفة زبيدة: المرجع السابق، ص308.

– إنفراد كل شخص ببصمة وراثية لا تتوافق ولا تتشابه مع أي شخص أخر في العالم إلا في حالة التوائم المماثلة.

– إمكانية الاحتفاظ بها في الكمبيوتر أو في وسائل الحفظ المختلفة واستحضارها كلما دعت الحاجة لذلك.

– قوة الحمض النووي وتحمله لأسوء الظروف كارتفاع الحرارة والرطوبة والتلوثات البيئية، وكذالك تحمله ضد التعفن، فلا يفتقد ماهيته ولو مضى عليه وقت طويل.

– وكذالك يمكن استخلاصها من بقع دموية جافة أو تلوثات منوية أو الإفرازات المهبلية، ويمكن عزل الـ (D.N.A) الناتج عن الذكر من الإفرازات المهبلية، مثل حالات أخذ عينات بعد عملية إختصاب.

– يمكن استخلاص البصمة الوراثية من الحامض النووي لأي خلية في جسم الإنسان ما عدا خلايا الدم الحمراء التي لا يوجد بها حامض نووي[1].

– إن هذه الوسيلة تعد أولى من بعض الوسائل التقليدية القديمة كالقيافة* لأنها تقوم على الاحتمال، وهذه تكاد تكون تفيد القطع [2].

– وكذلك فهي الوسيلة التي تحقق غرضا مشروعا وهو معرفة الأنساب[3].

إن الغاية مما أوردناه أعلاه هو الوصول إلى نتيجة ألا وهي:

أن كل إنسان ينفرد بنمط خاص به في التركيب الوراثي ضمن كل خلية من خلايا جسمه، ولا يشاركه فيه أي شخص من أنحاء العالم، ويطلق على هذا النمط اسم "البصمة الوراثية" وهذه الأخيرة من الناحية العلمية وسيلة لا تخطئ في التحقق من والديه البيولوجيان[4].

---

(1)- أحمد شامى: المرجع السابق، ص ص 174،175.

* قيافة هي تتبع الأثر وتعقبه أو دراسة الأثر لمعرفة صاحبه. نقل من معجم جبران مسعود: رائد الطلاب، دار المعلم للملايين، بيروت، لبنان، ص 652.

(2) - عبد القادر داودي: أحكام الأسرة من الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010 ، ص 201.

(3) - إقورفة زبيدة: المرجع السابق،ص284.

(4)- حسام الأحمد: المرجع السابق، ص ص25.

المطلب الثاني
شروط العمل بالبصمة الوراثية وضوابطها

بما أن البصمة الوراثية تعتبر حديثة عهد قريب ليس ببعيد، وتتصف ببعض الصفات منها خاصية الدقة والتعقيد، فكان لابد للفقهاء بوضع شروط عامة تساعد أهل الاختصاص في كشف الخبايا والوصول إلى نتيجة واحدة وحقيقة واحدة، وإيصال الحق إلى صاحبه، وهذا من أجل حماية حقوق الشخص مهما كانت صفته صغيرا أو كبيرا، وعدم ترك مجالا للتلاعب بنتائجها، وعلى هذا الأساس أقسم هذا المطلب إلى فرعين . الفرع الأول يتناول: شروط العمل بالبصمة الوراثية. والفرع الثاني: ضوابط البصمة الوراثية.

الفرع الأول
شروط العمل بالبصمة الوراثية

نقصد هنا بالشروط أي الخطوات التي يرى فيها مختصوا البصمة الجينية ضرورتها للوصول إلى نتيجة سليمة لا يشوبها أي عيب من العيوب العلمية وعلى هذا الأساس أقسم هذا الفرع إلى نوعين من الشروط، النوع الأول: شروط العمل بالبصمة الوراثية في الفقه الإسلامي. والنوع الثاني: شروط العمل بالبصمة الوراثية في القانون الوضعي.

أولا: شروط العمل بالبصمة الوراثية في الفقه الإسلامي

اشترط الفقهاء في البصمة الوراثية عدة شروط منها:

– أن لا تخالف نتائج البصمة الوراثية صدق النصوص الشرعية الثابتة من الكتاب والسنة الشريفة، وبتالي عدم استخدامها في التشكيك في الزيجات والأنساب المستقرة وزعزعة الثقة بين الزوجين[1].

– أن تقبل البصمة الوراثية من أهل الاختصاص (أي شيوعا وانتشار العمل بها)، ولذالك نص الفقهاء في كتبهم في غير موضع (أن الحكم للكثير الغالب لا بالقليل النادر) و(أن الحكم للمعتاد لا بالنادر).

(1)– حسام الأحمد: المرجع السابق، ص 118.

– الاستعانة بأكبر الخبراء في علم الوراثة والبيولوجية الجزئية وخبراء الطب الشرعي في هذا المجال [1].

– أن يكون من يعمل في المخابر المنوط بها إجراء تحاليل البصمة الوراثية ممن يوثق بهم خلقا وعلما.

– القبول العام لأهل الاختصاص وإجراء التجربة أكثر من مرة. [2].

– أن يجري اختبار البصمة الوراثية مسلم عدل.

– يلزم في الإثبات بالبصمة الوراثية أن تكون قطعية.

– أن لا تخالف حكما قطعيا مقررا في الشريعة الإسلامية.

– أن تكون ثابتة حتى تكون صالحة لاعتماد عليها والاستدلال بها [3].

– شرط التعدد بين المؤيدين والمعارضين: والمقصود بالتعدد هو تعدد الخبراء الفنيين القائمين على العمل في البصمة الوراثية قياسا على القيافة والشهادة وهذا رأي الأغلبية من فقهاء العصر [4]، كما قال تعالى ﴿ أَن تَضِلَّ إِحۡدَىٰهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحۡدَىٰهُمَا ٱلۡأُخۡرَىٰۚ ﴾[5].

– أن يكون اللجوء إلى قراءة البصمة الوراثية في أحوال محددة مثلا إذا اختلط المولود بغيره.

– وبتالي فإن هذه هي الشروط التي يجب أن تتوفر في خبراء البصمة الوراثية وفي المعامل ومختبرات تحاليل البصمة الوراثية، وبتالي إذا توفرت هذه الشروط فإنه لا مجال لتردد فيها يظهر في مشروعية العمل بالبصمة الوراثية[6].

– ينبغي ألا يقبل قول الخبير إذا كان لصالحه نفعا أو يدفع عنها ضررا، ولا يقبل حكمه لوالديه[7].

(1) - حسنى محمود عبد الدايم عبد الصمد: المرجع السابق، ص ص 477،478.

(2)– فاطمة عيساوي: المرجع السابق، ص75.

(3) - حسنى محمود عبد الدايم عبد الصمد: المرجع السابق ، ص ص 480 ،482.

(4)- سعد الدين مسعد هلالي: البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، دراسة فقهية مقارنة، ط2، مكتبة وهبة، دار الكتب المصرية، القاهرة، مصر،2010، ص241.

(5)- سورة البقرة: الآية، 282.

(6)– حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد: المرجع السابق، ص ص 484،485.

(7) - خليفة علي الكعبي: المرجع السابق، ص 34 .

وقد جاء في قرار للمجمع الفقهي الإسلامي ما يلي:

– أن تمنع الدولة إجراء الفحص الخاص بالبصمة الوراثية إلا بطلب من القضاء، وأن يكون في مختبرات للجهات المختصة، وأن تمنع القطاع الخاص الهدف للربح من مزاولة هذا الفحص، لما يترتب على ذالك من المخاطر الكبرى.

– أن توضع آلية دقيقة لمنع الانتحال والغش، ومنع التلوث وكل ما يتعلق بالجهد البشري في حقل مختبرات البصمة الوراثية، حتى تكون النتائج مطابقة للواقع، وأن يتم التأكد من دقة المختبرات، وأن يكون عدد المورثات (الجينات المستعملة للفحص) بالقدر الذي يراه المختصون ضروريا دفعا للشك[1].

يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب، ويمكن للنيابة العامة أيضا طلب اللجوء إلى تحاليل البصمة الوراثية في قضايا تنازع النسب م 3 مكرر ق أ ج.

لقد وضعوا فقهاء شروطا لتسهل هذه العملية بعد ما تلقوه بالقبول وسائل حديثة مشابهة للبصمة الوراثية كالصور الفوتوغرافية والتسجيلات الصوتية... الخ وكل هذا وضعت تحت تصرف الإنسانية لتقدم لهم خدمات في مجالات عدة دون أن يردها أحد بدعوى لم يعرفها سلفنا ولم ينص عليها الشرع وذالك أنها تجلب منفعة ودرء مفسدة وتقوم بتمييز الأشخاص شأنها شأن البصمة الوراثية[2].

ثانيا: شروط العمل بالبصمة الوراثية في القانون الوضعي

– القبول العام لأهل الاختصاص: بمعنى عدم الأخذ بالكشف العلمي في مرحلة التجريب إلى أن يعبر مرحلة الثبوت والتطبيق[3]، وعلى هذا الأساس فإن تحليل D.N.A مقبول على نطاق واسع في التطبيقات الطبية، والدنا D.N.A ثابت تماما لا يتغير في كل خلايا الجسم، وهو مغاير لدنا D.N.A خلايا الآخرين، والتطابق إيجابي مستحيل[4].

(1)- بلحاج العربي: المرجع السابق، ص 672.

(2) – إقورفة زبيدة: المرجع السابق، ص 285.

(3)– أشرف عبد الرزاق ويح: المرجع السابق، ص 164.

(4)– حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد: المرجع السابق، 487.

– اختيار الموضوعية: معناه إجراء التجربة أكثر من مرة للتيقن من نتائجه، وأن تضاعف عينة إيجابية للمقارنة، وهذا الشرط، أو هذه القاعدة ربما تبدو يسيرة من الناحية النظرية، إذ يتصور تحت الظروف المعملية المثلى أن العينات جديدة ونظيفة ومن شخص واحد، وهو أمر يرفع من معدل دقة الاختبارات.

أما في الواقع العملي، فإن بصمة D.N.A تكون حقا مشكلة، وتظهر مصاعبها في الطب الشرعي المختص بالجرائم، إذ ليس أمام البيولوجي إلا العمل على ما عثر عليه من عينات في موقع الجريمة، وربما تكون هذه العينات قد تتعرض إلى الاعتداءات بيئية ويؤدي ذالك إلى تحلل العينة وكذلك قد تكون مزيجا من عينات أفراد عدة، كما يحدث في حالة الاغتصاب المتعدد، وكثيرا ما لا يجد البيولوجي الشرعي إلا ميكرو جراما واحدا أو أقل من عينة D.N.A، أي ما يكفي لإجراء اختبار واحد لا أكثر، فإذا لم تكن نتيجة الاختبار حاسمة، فلن يسهل أن يكرر الاختبار[1].

– الوقوف على طبيعة عدة التقنية المستخدمة: أي يتطلب استخدام، D.N.A أيضا، معلومات غاية في الدقة عن طبيعة عدة التقنية، وذالك لتحديد نجاح أو فشل الوسيلة المستخدمة. والمراد بهذا هو التأكد من سلامة الأجهزة ودراية الفنيين في تشغيلها[2].

– الحذر من التكنولوجية المتطورة: أي عدم التسليم المطلق بنتائجها قبل اختبار الموضوعية والوقوف على طبيعة عدة التقنية[3].

هذه هي أهم الشروط التي ينبغي توافرها في خبراء البصمة الوراثية، وفي المعامل ومختبرات تحاليل البصمة الوراثية، فإذا توافرت هذه الشروط، فإنه لا مجال للتردد فيما يظهر في مشروعية العمل بالبصمة الوراثية واعتبارها طريقا من الطرق المعتبرة لإثبات النسب.

(1)– سعد الدين مسعد هلالي: المرجع السابق، ص ص 45،46.

(2)- حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد: المرجع السابق، ص ص 487، 489.

(3) - أشرف عبد الرزاق ويح: المرجع السابق، ص 164.

الفرع الثاني

ضوابط البصمة الوراثية

تعد الضوابط الشرعية والقانونية أحد الركائز التي يسير عليها الخبراء في تحليل البصمة الوراثية وذلك من أجل الوصول إلى نتائج مرضية وهي كالأتي:

– أن يكون إجراء تحليل البصمة الوراثية بأمر من القضاء.

– لا يجوز تقديم البصمة على اللعان، ذالك أن الطريق الشرعي والقانوني لنفي النسب الثابت هو اللعان وفقا لمادة41 ق أ ج.

– إن تقرير خبراء البصمة الوراثية بعد إجراء التحاليل، هو خبرة طبية فنية، أي تقرير علمي صامت، وعليه فان القاضي غير ملزم برأي الخبير، غير أنه ينبغي عليه تسبيب استبعاد نتائج م2/144 ق أ ج[1].

– يجوز الاعتماد على البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب في قضايا التنازع على النسب وهذا ما نص عليه م2/40 من ق أج ، وكمثال ذالك امرأة تريد أن تثبت نسب ابنها من الزوج وذلك أنه لا يجوز تضييع حقوق الطفل لمجرد إدعاء قد يكون كاذبا، وفي هذه الحالة يصبح اللجوء إلى الطرق العلمية أمر لابد منه لحسم موضوع النسب[2].

– أن تجري بعدد أكبر من الطرق، وبعدد أكبر من الأحماض الأمنية لضمان صحة النتائج قدر الإمكان.

– أن يكون جميع القائمين على العمل في المختبرات الخاصة بتحليل البصمة الوراثية، سواء كانوا من خبراء البصمة الوراثية أو من المساندين لهم في أعمالهم المخبرية، ممن تتوافر فيهم أهلية قبول الشهادة، إضافة إلى معرفته وخبرته في مجال تخصصه الدقيق في المختبر[3].

---

(1) - بلحاج العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة (وفق أخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكة العليا)، ج1 أحكام الزواج، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، 2010، ص ص398،399.

(2)- بن شويخ الرشيد: شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ط1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص 243.

(3)– فاطمة عيساوي: المرجع السابق، ص76.

– عدم استخدام البصمة الوراثية في نفي النسب، لأن الطريق الشرعي لنفي النسب ثابت شرعا وهو اللعان والبصمة الوراثية لا تساوي اللعان ولا تقدم عليه[1].

– لا يجوز أخذ الجينات لإجراء تحاليل البصمة الوراثية إلا بالقدر الذي يكفي للعملية المقصودة فلا يجوز التلاعب بالجينات و الجينيوم البشري بالبيع أو الغش أو التجارة أو غير ذالك.

– لا يجوز استخدام البصمة الوراثية لغرض التأكد من الأنساب الثابتة بالفراش الصحيح م1/40من ق أج، وقد تكلم على هذا الضابط في قرارات وتوصيات للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية ومجلس المجمع الفقهي في مجملها[2]، فالأولاد الذين يولدون على فراش الزوجية لهم الحق– ولأبيهم– في ثبوت نسبهم إليه إلا إذا قام دليل قطعي على عكس ذالك، وثبوت نسب الولد إلى والده لا شك يرفع من قدره ويجعل له مكانة في مجتمعه ويجعله نداً لغيره من الأولاد[3]، ويقول رسول الله ﷺ «الولد للفراش وللعاهر الحجر».

– فرض عقوبات صارمة على المخالفين لتحليلات البصمة الوراثية في مجال النسب ، « وكل هذا من أجل حماية الحقوق المختلفة من الضياع وإيصالها لأصحابها، فالشريعة لا ترد حقا ولا تكذب دليلا ولا تبطل أمارة صحيحة.....» [4].

– ألا تخالف نتائج البصمة الوراثية صدق النصوص الشرعية الثابتة من الكتاب والسنة الشريفة، حتى لا يؤدي ذالك إلى إهمال النصوص الشرعية وجلب المفاسد وزعزعة الثقة بين الزوجين.

– يجب ألا تخالف تحاليل البصمة الوراثية العقل والمنطق والحس والواقع، فلا يمكن تثبيت نسب طفل من لا يولد لمثله لصغر سنه وغيرها، فهنا اعتراها الخطأ والتلاعب وخالفت العقل والواقع وهو مرفوض.

(1) - بلحاج العربي: أحكام الزوجية وأثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص ص 674،675.

(2)- إقورفة زبيدة: المرجع السابق، ص280.

(3)- محمد عاطف عبد المقصورطي: الزواج والطلاق في الإسلام وحقوق الزوج والزوجة والأولاد، ط1، مؤسسة المختار للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2001، ص100.

(4)- فاطمة عيساوي: المرجع السابق، ص76.

– عدم استخدام البصمة بديلا عن الوسائل الشرعية لإثبات النسب،أي يجب أن لا تصادم الوسائل الشرعية لإثبات النسب، كالفراش، والإقرار، والبينة– توافر جميع الضمانات المعرفية والمخبرية حتى تكون النتائج يقينية– يفضل أن تكون المختبرات الخاصة بتحليلات البصمة الوراثية تابعة للدولة وذالك بتوفر الشروط والضوابط العلمية المعتبرة محليا وعالميا في هذا المجال[1].

– توثيق كل خطوة من خطوات تحليل البصمة الوراثية بدءا من نقل العينات إلى ظهور نتائج حرصا على سلامة تلك العينات وضمانا لصحة نتائجها، مع حفظ هذه الوثائق للرجوع إليها عند الحاجة.

– سرية المعلومات الوراثية أي كشف على الأمور الوراثية ويمكن أن تستفيد منها شركات التأمين على الحياة إذا عرفت أنه يملك ضمن جيناته على مورثة مسرطنة وبتالي لا يؤمن عليه[2].

المطلب الثالث

دور البصمة الوراثية في إثبات النسب

ذكرنا سابقا بأن النسب الشرعي يثبت، بالفراش الناتج عن عقد زواج صحيح أو زواج فاسد وكذا بالإقرار والبينة ونكاح الشبهة، وهذا وفقا للمواد 32، 33، 34، 40 من ق أ ج. كما أنه يجوز الاعتماد على البصمة الوراثية في إثبات النسب المادة 2/40 ق أ ج في حالة تعذر أو الوصول إلى حل بواسطة الطرق الشرعية، كخبرة طبية أو دليل علمي، لإثبات البنوة أو الأبوة أو الأمومة بيولوجيا، وذالك لحل النزاعات الشائكة المتعلقة بالنسب. وعليه لا يجوز لنا تجاهل الطرق الشرعية والقانونية لثبوت النسب حسب المادة 1/40 ق أج والذهاب مباشرة إلى الطرق العلمية منها البصمة الوراثية لإثبات النسب المادة 2/40 ق أ ج أو نفي نسب أبوة ثابتة

(1) - أشرف عبد الرزاق ويح: المرجع السابق، ص 171.

(2)– حسام الأحمد: المرجع السابق، ص119.

بهذه الطرق الشرعية أو التشكيك فيها، وبالإضافة إلى هذا فإن نفي النسب لا يكون إلا باللعان وفقا للمادة 41 ق أ ج أي نفي النسب لا يكون إلا بالطريق التي حددها الله عزوجل لعباده[1].

ولكن هذه الطرق العلمية لها محاسن فهي لا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية، بل هي تدعيم للقاعدة الأصلية « الولد للفراش»، أي أن الفقه الإسلامي قادر على مواكبة العصر ومستجداته العلمية. وكذالك الدور الذي تلعبه هو معرفة الشبه بين الولد ووالديه، ولكن عن طريق النمط التكنولوجي أو العلمي للحامض النوويD.N.A، فهي نوع من "القيافة" لبيان الشبه القائم على الحس والمشاهدة، فإنه من باب الأولى والأقوى جواز الأخذ بتحاليل البصمة الوراثية مع تحقيق سبب النسب بالزواج[2].

وأوصت ندوة الوراثية والهندسة الوراثية والجينيوم البشري بالكويت بخصوص البصمة الوراثية «بأنها لا ترى حرجا شرعيا في الاستفادة من هذه الوسيلة بوجه عام في إثبات النسب المجهول نسبه بناء على طلب الأطراف المعنية مباشرة بالأمر، أي أنها ترقى إلى مستوى القرائن القطعية التي يأخذ بها جمهور الفقهاء في غير قضايا الحدود الشرعية[3].

وكذلك كلف مجلس المجمع الفقهي في دورته الخامس عشر لسنة (1998) لجنة لإعداد تقرير حول البصمة استنادا إلى دراسة ميدانية.

وكذلك القرارات والتوصيات في مجملها تتكلم على البصمة الوراثية أي جلهم اعتمدوا على البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب وإسقاطه في حالة نسب ثابت شرعا.

يجوز الاعتماد على البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب في حالات التالية:

1- حالات اشتباه في المواليد في المستشفيات، ومراكز رعاية الأطفال ونحوها، وكذا اشتباه في أطفال الأنابيب.

(1)- بلحاج العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة، المرجع السابق، ص396.

(2) - بلحاج العربي: أحكام الزوجية وأثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص ص668،669.

(3)- أحمد شامى: المرجع السابق، ص190.

2- حالات ضياع الأطفال واختلاطهم في الحالات العادية أو الاستثنائية [1]. ونذكر على سبيل المثال قضية من أشهر القضايا التي استخدمت فيها تقنية الحامض النووي الـ (D.N.A) وهما زوجان سعوديان يخضعان للحمض النووي لحسم نسب طفل يطالب به تركيان[2].

3- التحقق من هوية المفقودين والغائبين وأسرى الحروب والجثث المجهولة[3].

4-حالات مجهول النسب واللقيط الذي يتنازع فيه أكثر من شخص للاستحقاق به، فهنا يمكن استعمال البصمة الوراثية لترجيح أحدهم على الأخر.

5- تستعمل البصمة الوراثية لإثبات والنفي في حالات إدعاء القرابة بغرض الإرث بعد وفاة شخص مورث[4].

6- الشك في النسب للوصول إلى حقيقة نسب الولد، أو إذا دعت الضرورة الشرعية لذلك.

7- حالات نسب الولد الناتج عن الوطء بشبهة، أو من زواج فاسد، كزواج المطلقة أو الأرملة قبل انقضاء عدتها.

8- الحالات التي يدعي فيها رجلان نسب الولد المتنازع عليه، لمعرفة الأب الحقيقي للطفل. وكمثال على ذالك قضية الطفلة الجزائرية"صفية"، المشهورة التي هزت القضاء الجزائري في السنوات الأخيرة، الناتجة بين زواج مختلط بين جزائرية كانت حاملا وفرنسي، والمتنازع حول نسبها مابين الأب الجزائري وعائلة والدتها، والأب الفرنسي المزعوم المسمى "جاك شاربوك".

9- الحالة التي تدعي فيها المرأة أن مولودها يخص رجلا معين.

10- الحالات التي يدعي فيها رجل، أنه فقد ابنه لفترة طويلة[5].

11- لمنع اللعان[6].

كملاحظة: أن المشرع الجزائري أجاز اللجوء إلى الطرق العلمية ومنها البصمة الوراثية، لإثبات النسب بشرط أن لا تحل محل الطرق الشرعية لإثبات النسب وتستخدم إلا في حالة عجز تبيان

(1)- عبد القادر إدريس: الإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي،ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ب ب ن، 2010، ص 127.

(2)- حسام الأحمد: المرجع السابق، ص ص 155،157.

(3)- اقورفة زبيدة: المرجع السابق، ص ص280،281.

(4) - أحمد شامى: المرجع السابق، ص190.

(5) - بلحاج العربي: المرجع السابق، ص670.

(6)- بلحاج العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة، المرجع السابق، ص398.

نسب الطفل من هذه الطرق الشرعية، عكس اتفاقية ستراسبورج الأوروبية والتي نصت في مادتها الخامسة على جواز الأخذ بالدليل العلمي دون تفرقة بين البصمة الوراثية وغيرها في الإثبات، وكذلك الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل: التي نصت في مادتها السابعة على أن (للطفل الحق في أن يعرف والديه، وأن يقوم هذان الوالدان بتنشئته)[1].

– ففي هذه مسألة الإثبات يجب علينا التحفظ أكثر، إذ لا يكفي إجراء تحاليل البصمة الوراثية لإثبات نسب الطفل بغض النظر إذا كان من الزنا. على حساب الطرق الشرعية التي بيناها في الفصل الأول من زواج صحيح أو شبهة والإقرار والبينة. والتي أشار إليها المشرع الجزائري في المادة 1/40 من ق أ ج».

ومنه فإن اللجنة العلمية لدراسة البصمة الوراثية بمجمع الفقه الإسلامي بدورته الخامسة عشر أكدت على أن : نصوص الشريعة ودلالتها هي الأساس، فلا تقدم شيء عليها.

أن الشريعة مقاصد خاصة في النسب وغيره، لذا يجب أن نلاحظ هذه المقاصد عند إقرار أي معناه عند إقرار نسب الولد يجب أن يراعي الشروط التي اشترطتها الشريعة لإثبات النسب منها وجود عقد صحيح وعدم ثبوت الزنا[2].

المطلب الرابع

الموقف الفقهي والقانوني من البصمة الوراثية

بعد أن تطورت العلوم أصبح إثبات النسب ممكنا يقينيا، وذالك عن طريق تحليل الجينات أو ما يسمى البصمة الوراثية، ولكن تستطيع هذه الأخيرة نفي ذالك النسب وهنا بين إثبات النسب ونفيه يقع اختلاف في مواقف ورأي من الفقه والقانون بين الأخذ بها كأداة إثبات أو نفي أو معا [3].وعليه أقسم هذا المطلب إلى فرعين أساسيين وهما، الفرع الأول يتناول موقف الفقهي من البصمة الوراثية، والفرع الثاني يتناول موقف المشرع الجزائري من البصمة الوراثية.

(1) – حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد: المرجع السابق، ص742.

(2)– أشرف عبد الرزاق ويح: المرجع السابق، ص ص 97،98.

(3)– عربي بختي: المرجع السابق، ص 76.

الفرع الأول
الموقف الفقهي من البصمة الوراثية

ذهب بعض الفقه الجزائري إلى القول، أن المشرع أباح اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب فقط. وذالك حسب المادة 2/40 ق أ ج المضافة عام 2005.

وقولهم كذالك أن المشرع الجزائري يستوجب عليه أن يطبق ذالك في كلتا الحالتين سواء تعلق الأمر بالإثبات أو النفي، وهذا رأي في محله، أنه طالما إقتنع المشرع بهذه الطرق العلمية الحديثة لإثبات النسب كان عليه كذالك أن يستعملها في النفي وذالك لتحقيق العدالة الحقيقية بصورة أوسع نطاق لأن نتائج البصمة قطعية يقينية، فإن أهم الحالات التي يلجأ إليها القاضي للبصمة الوراثية لإثبات نسب الطفل وهي في حالة نفيه وانكسار الأب أبوته وهنا يجري القاضي اختبارات البصمة الوراثية الجينية للوصول إلى حقيقة نسب الولد البيولوجي.

وكذالك يمكن للقاضي أن يستعمل اللعان وفق النصوص الشرعية والقانونية للتفريق بين الزوجين[1].

واللعان هنا يكون عند انعدام الشهود، وليس ثمة شاهد إلا هو أي الزوج فقط، لقوله تعالى "﴿وَلَمۡ يَكُن لَّهُمۡ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمۡ﴾ [2].فهنا يكون اللعان حسب الآية الكريمة الواضحة.

وكمثال: يمكن في بعض الحالات ينكر الرجل نسب ذلك الطفل، وهنا القاضي يقوم بنظر إذا كان هذا الطفل من علاقة شرعية أم لا أي ينظر إلى الأصل وهو الفراش إلا إذا لم ينفه بطرق الشرعية وهذا ما نصت عليه م41 ق أ ج، فهنا يقوم بإجراء تحاليل البصمة الوراثية DNA لإثبات نسب الطفل إلا في حالة اللعان م41 ق أ ج وهذه الأخيرة لها أجل 8أيام من يوم علم الزوج بهذا الطفل المنسوب إليه وخارج هذا النطاق فهو ابنه.

وإذا كان الطفل من علاقة غير شرعية فهنا القاضي يحكم بأنه ابن الزنا ولا يثبت نسبه إلى أبوه بل إلى أمه. وهذا كله حسب ما أشارت إليه المحكمة العليا في قرار حديث مؤرخ

(1)- بلحاج العربي: أحكام الزوجية وأثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص ص 678،679.

(2)- سورة النور: الآية، 4.

في2006/03/05 (ملف رقم 355180)، من إن قضاة الموضوع لم يستجيبوا لطلب الطاعنة الرامي إلى إلحاق نسب المولود (ص، م) للمطعون ضده برغم من استعمال الطرق العلمية الحديثة وعند اختلاط الأمور عليهم بين الزواج الشرعي الذي تناولته المادة41 ق أج.

وبين إلحاق النسب الذي جاء نتيجة علاقة غير شرعية، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه[1].

كثير من الباحثين والفقهاء المعاصرين يرون جواز اعتماد القضاء على البصمة الوراثية كدليل إثبات أو إدانة . ولذالك لا يمكننا الوقوف في وجه المعرفة العلمية خدمة للحكم الشرعي. وهناك من الدول العربية من تركت السلطة التقديرية للقاضي وحريته في الاقتناع أو عدمه في استعمال البصمة الوراثية ومنها الجزائر. وقد جاء في نص البيان الختامي للندوة الطبية الحادية عشر المنعقدة بالكويت سنة 1998 أن البصمة الوراثية ترقى إلى مستوى القرائن القطعية التي يأخذ بها الفقهاء في غير قضايا الحدود الشرعية.

أما اعتمادها على البصمة الوراثية باعتبارها وسيلة إثبات فتبقى في يد السلطة التشريعية التي تملك صوغ القوانين على ضوء اعتبارات المصلحة العامة[2].

بما أن البصمة الوراثية مفادها إظهار الحقيقة بصفة قطعية وجازمة، فانه يمكن القول أن هذه تقنية تعتبر بينة صالحة لإثبات النسب، ولو منعنا العمل بها فإننا نكون قد قصرنا أو حرمنا المكلفين من استخدام وسيلة علمية مضمونة النتائج في إثبات دعاواهم، وهو ما يتنافى مع مقصود الشرع الذي ربط إثبات النسب بأيسر الطرق.

(1)– بلحاج العربي: المرجع السابق، ص ص 679،680.

(2) – فؤاد عبد اللطيف أحمد: البصمة الوراثية (مالها وما عليها ومكانتها بين وسائل الإثبات)، مجلة معارف، السنة السابعة، العدد13، القسم الأول، العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، الجزائر،2012، ص ص53،54.

الفرع الثاني

موقف المشرع الجزائري من البصمة الوراثية

قانون الأسرة الجزائري رقم 84-11 لم يتضمن نصا خاصا بالبصمة الوراثية. ولكن اكتفى فقط بما هو متعارف عليه في الفقه الإسلامي كطرق أو كوسائل لإثبات النسب حسب م 4 من ق أ ج[1].

- وعليه فإن المشرع الجزائري أباح اللجوء إلى الطرق العلمية الحديثة لإثبات النسب، وفقا للمادة2/40 ق أ ج مضافة عام 2005، وأن يطبق هذه الوسيلة سواء بالإثبات أو النفي[2].

حيث أن نص المادة ورد بصيغة التخيير يجعل الأمر يخضع للسلطة التقديرية للقاضي وإحالة الخصوم إلى إجراء الاختبارات الجينية على عينات لهم أو الفصل في القضية عند ظهور النتائج ولكن تبقى السلطة التقديرية للقاضي بأخذ هذه النتائج أم لا [3].

لكن المشرع الجزائري بخصوص الفقرة الأخيرة من م 40 ق أ ج حصر الاستعانة بالأساليب العلمية ومنها البصمة الوراثية في إثبات النسب فقط دون حالات النفي. وهذا ما يستنتج بمفهوم المخالفة، أي يبقى الأسلوب القانوني المعهود لنفي النسب هو اللعان ولكن حسب ما جاء في نص المادة 41 ق أ ج، يفهم أن المشرع الجزائري فتح مجال للنفي النسب بلفظة« ولم ينفه بطرق مشروعة» أي أن المشرع الجزائري لم يحدد هذه الطرق المشروعة ولكن تركها مفتوحة وعامة مما يمكن دخول طرق أخرى غير اللعان في نفي النسب[4].

أما من الناحية العملية ونظرا لحداثة هذه التقنية "البصمة الوراثية" ولغياب نصوص قانونية تنظم هذه المسألة، فإننا ورغم بحثنا في الاجتهادات المحكمة العليا لم نجد أي قرار استعان به القضاء بالبصمة الوراثية في قضايا النسب، بل اكتفينا بقرار المحكمة العليا في قضية إثبات النسب عن طريق تحليل الدم، الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 1999/02/15[5].

---

(1) – أحمد شامى: المرجع السابق، ص ص187، 192.

(2)– بلحاج العربي: المرجع السابق، ص678.

(3) – اقورفة زبيدة : المرجع السابق، ص308.

(4)– اقورفة زبيدة : نفس المرجع ، ص309.

(5)– أحمد شامى: المرجع السابق، ص ص 193،194.

ويفهم من هذا أن القضاة تجاوزوا سلطتهم ويعرض قرارهم للنقد لأنهم لم يثبتوا النسب بطرق الشرعية وذهبوا مباشرة إلى تحليل الدم من أجل معرفة النسب.

ومنه نستخلص: أن جمهور الفقهاء المذاهب الأربعة والمشرع الجزائري، لا يزالون متوجسين من البصمة الوراثية ويرون أنها محل ظن وتخمين لا ترقى أبدا لمستوى الدلالة القطعية لأنها غير دقيقة وغير جازمة وهذا كله ليس في حد ذاتها ولكن الظروف المحيطة بها من تلوث وتلف العينة وتهاون الخبراء وخلط العينات وكل هذا دليل على لبس المعلومات

والنتائج المتحصل عليها من تحليل البصمة الوراثية عكس الطرق الشرعية التي يعود إلى الأصل ألا وهو «الولد للفراش وللعاهر الحجر »، أي أن إثبات النسب يكون بالفراش وهو الأصل[1].

وعلى سبيل الذكر نقوم بتفرقة بين البصمة الوراثية والقيافة.

الفرق بين البصمة الوراثية والقيافة

نستطيع أن نفرق بينهما من حيث العمل أو الإثبات، ومنه فان القيافة تتم بالحدس والتخمين لا بالمدارسة والتعليم، فهي طبيعة حاصلة في العرب دون غيرهم، وواقعة في بعض قبائلهم وليس في جميعها، فلو كانت علما لعلم بها جميع الناس، وعلى هذا الأساس إذا تدخل العلم القطعي، المأخوذ من خلق الله عزوجل، فانه لا يجوز أن يبقى للقيافة دور. حيث أنها مبنية على غلبة الظن، المحفوف بالاحتمالات الكثيرة، والقاعدة الأصولية تقول: إن الدليل إذا تطرق إليه الاحتمال بطل به الاستدلال، كما أن القيافة لا تستعان بها إلا في حالة إثبات النسب أو نفيه.

بينما البصمة الوراثية يؤخذ بها في مجالات أوسع كمثال على ذالك استخدامها في مجالات الطبية البحتة، وعمليات زرع الأنسجة والاستنساخ.. الخ، وتعتمد القيافة على الشبه الخارجي للأعضاء.

(1)– علي سنوسي: تحديد النسب بالبصمة الوراثية مجلة الثقافية الشهرية ، تحديد النسب بالبصمة الوراثية(مدى حجية البصمة في اثبات النسب: دراسة تأصيلية . قانونية، الجزائر،2013.نقل من الموقع الأنترنات ، يوم2014/09/05.
http://sciencesjuridiques.ahlamontada.net/montada-f13/topic-t485.htm

بينما تؤخذ البصمة الوراثية من نواة التي خلقها الله عزوجل في غاية من الإتقان والدقة، ومنه فإن القيافة تعد قرينة ضنية تؤيد الحكم بينما البصمة الوراثية قرينة قطعية، ومن هنا جاء قرار المجمع الفقهي ليؤكد أن البحوث والدراسات العلمية تفيد: بأن البصمة الوراثية من الناحية العلمية وسيلة تمتاز بالدقة... وهي أقوى بكثير من القيافة العادية، وأن الخطأ ليس واردا فيها من حيث هي، وإنما الخطأ في الجهد البشري أو عوامل التلوث وغير ذالك[1].

(1)– فؤاد عبد اللطيف أحمد: المرجع السابق، ص ص 51، 52.

خاتمة

من خلال دراستنا لموضوع إثبات النسب في القانون الجزائري، والذي يعتبر بدوره نسيج الأسرة، حاولنا بذلك معالجة هذا الموضوع بالاعتماد على الدراسة القانونية وشرعية للطرق الشرعية والعلمية لإثبات النسب، الذي تعرض لها المشرع الجزائري، ونص عليها في المادة 40 من قانون الأسرة المعدلة، والتي جاءت بصيغة العموم.

وعليه استنتجنا أن القانون أخذ أو اقتدى بما شرع الله في شريعته السمحاء المنزلة على سيدنا وحبيبنا محمد، التي اعتبرت الفراش أساس النسب، قبل أي طريقة شرعية أخرى، فإذا لم يثبت نسب الطفل عن طريق الزواج الصحيح أو ما يلحقه، فلا يمكن إثباته لا بالإقرار ولا بالبينة، ولا حتى بالطرق العلمية الحديثة.

وبالرغم من اعتماد المشرع الجزائري على الطرق العلمية الحديثة، فهذا ليس دليل خروجه على الشرع، إنما كل هذا من أجل الوصول إلى حقائق ووضعها في مكانها الصحيح، بشرط الالتزام بالشروط والضوابط العلمية، ورغم كون هذه الأخيرة قطعية الدلالة، إلا أنها خاضعة للسلطة التقديرية للقاضي.

وبالاعتماد على الطرق العلمية البحث واللجوء إليها لإثبات النسب، لا يدعو إلى التخلي على القاعدة الأصلية وهي: « الولد للفراش»، ذلك أن النسب لا يثبت بالزنا لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا ٱلزِّنَىٰٓ إِنَّهُۥ كَانَ فَٰحِشَةً وَسَآءَ سَبِيلًا ﴿٣٢﴾﴾[1]، وعلى الرغم إن استطاعت المرأة إثبات نسب ابنها بالبصمة الوراثية، أو غيرها من الوسائل أم لم تستطع إثبات ذلك، وكل هذا راجع لكي لا يختلط الأنساب وتنتشر الزنا والفاحشة في المجتمع، وانتشار جرائم جديدة راجعة لاستخدام العلم الحديث في غير موضعه.

كما أن للتلقيح الاصطناعي سلبيات وايجابيات، وهذه الأخيرة تكمن في مساعدة الزوجين على الإنجاب وتحقيق حلمهما، وإخراجهما من هاجس الوحدة والاكتئاب، ومنعهما من الخروج عن الطريق الشرعي الذي حدده الله في كتابه، وإنجاب أطفال غير شرعيين.

(1)- سورة الإسراء: الآية 32.

أما سلبياته، فتكمن في اختلاط النطفات في بنك الأجنة، وتلقح البويضة بغير نطفة الزوج ، مما يؤدي إلى إنجاب ولد غير شرعي، وهذا ما لا يحبذ شرعا.

وفي الأخير تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري بالرغم من تعديله لقانون الأسرة الجزائري في المادة 40، ظلت هناك ثغرات وفجوات غامضة ومبهمة دون توضيح منه، منها:

– جعل القاضي اللجوء إلى الطرق العلمية أمرا جوازيا، دون تقييد ولا توضيح لهذه الطرق.

– طرحت المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري عدة إشكاليات وصعوبات في مجال تطبيقه على الأرض الواقع، ويعود ذلك إلى وجود مخبر وحيد، والموجود في الجزائر العاصمة، وهذا ما جعل القاضي يعتمد في إثبات النسب على الطرق الشرعية.

– القانون لا يخضع الشخص إلى التحاليل البيولوجية لمعرفة نسب الطفل .

– ولحبذ على المشرع أن يصدر نص قانوني يخضع الأب لهذه التحاليل، وإذا رفض يعتبر رفضه دليلا على صحة نسب الابن له.

كل هذه المسائل وغيرها قد تقف عائقا أمام القاضي المكلف بشؤون الأسرة لإيجاد حل قانوني بالنسبة للطرق العلمية الحديثة المضافة بموجب أمر 02/05 السالف الذكر من إخراج الطفل البريء من متاهة لا حل لها مما يستوجب على المشرع الجزائري تدخل لأجل وضع إطار قانوني، لا يدع مجال للتأويل والتفسير أو أي إبهام يقع عائق أمام مهام القاضي في حل مثل هذه المسائل، ويعتبر هذا الموضوع كان ولا يزال يشكل اهتمام القضاء والخبراء في نفس الوقت.

قائمة المصادر والمراجع

أولا: المصادر

أ- **القرآن الكريم: بر**واية حفص عن عاصم.

ب- الحديث وعلومه

1- أبي عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري، صحيح البخاري، بيت الأفكار الدولية للنشر، الرياض السعودية، 1998.

2- أبي الحسن مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري : صحيح مسلم، بيت الأفكار الدولية للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، 1998.

3- ابن ماجة أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني: كتاب الكفارات، باب ما للرجل من مال وَلده، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، 1417هـ.

4- محمد بن علي بن محمد الشوكاني: نيل الأوطار، شرح منتقى الأخبار، كتاب الحدود، باب أن الحد لا يجب بالتهم وأنه يسقط بالشبهات، ط1،ج7، بيت الأفكار الدولية، ب ب ن ، 1993.

5- محمد بن أبي بكر الزركي ابن قيم الجوزية : زاد المعاد في هدى خير العباد، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 2012.

6- محمد بن إسماعيل الأمير الصنعاني: سبل السلام، كتاب الرجعة، باب العدة والإحداد والإستبراء وغير ذلك، ط2، دار ابن جوزي، السعودية، 1421هـ.

ثانيا: المراجع

أ- المعاجم

1- جمال الدين محمد ابن منظور: لسان العرب، دار صادر للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 2005.

2- جبران مسعود: رائد الطلاب، ب ط، دار المعلم للملايين، بيروت، لبنان، ب ب ن، ب س ن.
3- الخليل بن أحمد الفراهيدي: كتاب العين، ب ط، دار الكتب العامية، بيروت، لبنان، 2003.
4- مجد الدين محمد بن يعقوب بن محمد بن إبراهيم الفيروز أبادي: القاموس المحيط، ج1، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1995م، 1415هـ.
5- مجمع اللغة العربية: المعجم الوجيز، شركة الإعلانات الشرقية، ب ط، ب د ن، مصر، 1980.

ب- كتب الفقه

1- أحمد بخيت الغزالي: أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2008-2009.
2- علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري: المحلى، ج9، ب ط، إدارة الطباعة المنيرة، مصر 1351 هـ.
3- جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف الزيلغي: نصب الراية لأحداث الهداية، ط1، مؤسسة الريان لطباعة والنشر، بيروت، لبنان، دار القبلة للثقافة الإسلامية، جدة، السعودية، 1997.
4- الصادق عبد الرحمن الغرياني : مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج4، ط4، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2002.
5- وهبة الزحيلي: موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، ج8، ب ط، دار الفكر، دمشق، سوريا،2012.
6- وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، ط2، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1985.

ج- كتب عامة

1- أحمد فراج حسين: أحكام الأسرة في الإسلام، الطلاق الخلع وحقوق الأولاد، نفقة الأقارب، وفقا لأحدث التشريعات القانونية، ب ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2004.

2- أحمد شامى : قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، دراسة فقهية ونقدية مقارنة، ب ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2010.

3- أحمد نصر الجندي: شرح قانون الأسرة الجزائري، ب ط، دار الكتب القانونية، دار شتان للنشر والبرمجيات، مصر، 2009.

4- بلحاج العربي: أحكام الزوجية وأثارها في قانون الأسرة الجزائري، ب ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.

5- بلحاج العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة (وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، الجزء الأول، الزواج والطلاق، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010.

6- بلحاج العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مقدمة، الخطبة الزواج، الطلاق، الميراث، الوصية، ج1، الزواج والطلاق، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.

7- بن شويخ الرشيد: شرح قانون الأسرة الجزائري، المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ط1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.

8- بلخير سديد: الأسرة وحمايتها في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، دراسة مقارنة، ط1، دار الخلدونية للنشر، الجزائر، 2009.

9- تشوار جيلالي: الزواج والطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ب ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.

10- جميل فخري محمد حاتم: آثار عقد زواج في الفقه والقانون، ط1، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.

11- حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد: البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ب ط، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، مصر، 2009.
12- رمضان علي السيد الشرنباصي: أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، بدون طبعة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002.
13- رمضان علي السيد الشرنباصي: أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، ب ط، دار الجامعية للطباعة والنشر، مصر، 2001.
14- طارق إبراهيم الدسوقي عطية: البصمات وأثارها في الإثبات الجنائي، ب ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2011.
15- طاهري حسين: الأوساط في شرح قانون الأسرة الجزائري مدعما باجتهاد المحكمة العليا و المذاهب الفقهية مع التعديلات المدخلة عليه بموجب الأمر 05-02 مرفقا بنماذج قضائية لعرائض الأحوال الشخصية، ط1، دار الخلدونية للنشر، ب ب ن، 2009.
16- عبد الحميد الجياش: الأحكام الشرعية للزواج والطلاق وأثارها، دراسة فقهية مقارنة، ب ط، مكتبة الزهراء للنشر والتوزيع، دار النهضة العربية للنشر، لبنان، 2009.
17- عربي بختي : أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بقانون الأسرة الجزائري، ب ط، دار الحكمة للنشر، الجزائر، 2013.
18- عبد العزيز سعد: قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، ب ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
19- عبد العزيز سعد: الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط3، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1996.
20- عبد العزيز عامر: الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء، الرضاع، الحضانة، نفقة الأقارب، ب ط، ب د ن، ب ب ن، ب س ن .
21- عبد الفتاح إبراهيم بهنس: أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية،(فقها وقانونا)، ب ط، مكتبة الإشعاع الفنية، مصر، 1998.
22- عبد القادر بن حرز الله: أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ب ط، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.

23- عبد القادر إدريس: الإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ب ب ن، 2010.
24- عبد القادر داودي: أحكام الأسرة من الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ب ط، دار البصائر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.
25- عثمان التكروري: شرح قانون الأحوال الشخصية وفقا لأحدث التعديلات، ب ط، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ب ب ن، 2009.
26- كمال صالح البنا: الزواج العرفي ومنازعات البنوة في الشريعة والقانون والقضاء، ب ط، دار الكتب القانونية، مصر، 2005.
27- لحسن بن الشيخ أث ملويا: المنتقي في قضايا الأحوال الشخصية، الجزء الأول، ب ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.
28- محمد أبو زهرة: الأحوال الشخصية، الطبعة الثالثة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1957.
29- محمد أحمد سراج، محمد كمال إمام: أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، ب ط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1994.
30- محمد كمال الدين إمام: مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه والقانون والقضاء، ب ط، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003.
31- محمد محي الدين عبد الحميد: الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية مع الإشارة إلى مقابلها في الشرائع الأخرى، ب ط، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، 2003.
32- محمود علي السرطاوي: شرح قانون الأحوال الشخصية، ط2، دار الفكر للنشر، الأردن، 2007.
33- مصطفى السباعي: شرح قانون الأحوال الشخصية، ج1، الزواج وانحلاله، ط9، دار الوراق للنشر والتوزيع، سوري، 2001.
34- محمد عاطف عبد المقصورطي: الزواج والطلاق في الإسلام وحقوق الزوج والزوجة والأولاد، ط1، مؤسسة المختار للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2001.
35- نسرين شريقى وكمال بوفرورة: سلسلة مباحث في القانون، قانون الأسرة الجزائري، ط1، دار بلقيس، دار البيضاء، الجزائر، 2013.

د- كتب متخصصة

1- إقروفة زبيدة : الاكتشافات الطبية والبيولوجية وآثارها على النسب (دراسة فقهية مقارنة) ، ط1، الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.

2- حسام الأحمد: البصمة الوراثية وحجيتها في الإثبات الجنائي والنسب، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010.

3- حسونة الدمشقي عرفان بن سليم العشا: التلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيب، وغرس الأعضاء البشرية بين الطب والدين، ط1، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2005.

4- خليفة علي كعبي: البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، دراسة مقارنة، ب ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004.

5- سعد الدين مسعد هلالي: البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، دراسة فقهية مقارنة، ط2، مكتبة وهبة، دار الكتب المصرية، القاهرة، مصر ،2010.

ثالثا: الرسائل والمذكرات الجامعية

أ- الرسائل

1- رابحي فاطمة الزهراء: إثبات النسب، أطروحة دكتوراه في الحقوق، فرع قانون الخاص، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق، 2012/2011.

ب- المذكرات

1- بومجان سولاف: إثبات النسب ونفيه وفقا لتعديلات قانون الأسرة، مذكرة تخرج لنيل جائزة المدرسة العليا للقضاء، دفعة 2008/2005.

2- شرقي نصيرة: إثبات النسب في القانون الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في القانون، تخصص: عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة أكلي محند أولحاج البويرة، البويرة، الجزائر ،2013/2012.

3- طفياني مختارية: إثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي، مذكرة لنيل شهادة الماجيستار في القانون، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة محمد بوقرة بومرداس، بومرداس، الجزائر، 2006/2005.
4- العوفي لامية: التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجيستر في القانون، المدرسة العليا للقضاء، الجزائر،2008/2005.

رابعا: النصوص القانونية

5-قانون رقم07-05 مؤرخ في 25 ربيع الثاني 1428 الموافق 13 مايو 2007 يعدل ويتمم الأمر رقم 75- 58 المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق لـ 26 فبراير 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري، الصادر بالجريدة الرسمية، ع 31 سنة 44.
6-أمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426هـ الموافق 27 فبراير 2005 يعدل ويتمم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ الموافق لـ 09 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة، ، الصادر بالجريدة الرسمية، ع 15 سنة 42.
7-قانون رقم 70-20 المؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1389هـ الموافق لـ 19 فبراير 1970، المتعلق بالحالة المدنية.
8-قانون رقم 82-04 المؤرخ في 1319 ربيع الثاني 1402هـ الموافق 13 فبراير 1982يعدل ويتمم الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر الموافق 08 يونيو 1966 والمتضمن قانون العقوبات، الصادر بالجريدة الرسمية، ع 7 سنة 19.
9-قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429هـ الموافق لـ 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية ولإدارية، الصادر بالجريدة الرسمية، ع 21.

خامسا: المجلات

أ- المقالات

1- فؤاد عبد اللطيف أحمد: الصمة الوراثية (مالها وما عليها ومكانتها بين الوسائل الإثبات) ،مجلة معارف، العدد 13، القسم الأول، العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، الجزائر، 2012.

2- فاطمة عيساوي: حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب،(وفق قانون الأسرة الجزائري)، مجلة معارف، العدد8، المركز الجامعي العقيد محند أولحاج، البويرة ،الجزائر ،جوان 2010.

3- فاطمة عيساوي: الإنجاب بالوسائل الحديثة في قانون الأسرة الجزائري، مجلة معارف، العدد6، المركز الجامعي أكلي محند أولحاج، البويرة، الجزائر، 2009.

ب- المجلات القضائية

1- م. ع. غ. أ. ش، ملف رقم 202430، الصادر بتاريخ 1998/12/15، المجلة القضائية،ع1، 1999.

2- م. ع. غ. أ. ش، ملف رقم 210478، الصادر بتاريخ1998/11/17، المجلة القضائية، العدد الخاص، 2001.

سادسا: مواقع الأنترنات

1- sciencesjuridiques.ahlamontada.net/t1935-topic.

2- http://sciencesjuridiques.ahlamontada.net/montada- f13/topict485htm.

3- kenanaonline.com/users/ibrahimkhalil/posts/346504.

فهرس الموضوعات

مقدمة 01

الفصل الأول: الطرق الشرعية لإثبات النسب

المبحث الأول: إثبات النسب بالزواج 08

المطلب الأول: إثبات النسب بالزواج الصحيح 08

الفرع الأول: إبرام عقد زواج صحيح 09

الفرع الثاني: إمكانية المعاشرة بعد العقد 09

الفرع الثالث: تحقق من مدة الحمل المفروضة قانونا 11

المطلب الثاني: إثبات النسب بالزواج الفاسد 13

الفرع الأول: تعريف الزواج الفاسد 13

الفرع الثاني: شرط ثبوت النسب من الزواج الفاسد 14

المطلب الثالث: إثبات النسب بوطء الشبهة 15

الفرع الأول: تعريف الوطء بالشبهة 16

الفرع الثاني: شروط الوطء بالشبهة 16

أولا: شبهة الفعل 16

ثانيا: شبهة الملك 17

ثالثا: شبهة العقد 17

المبحث الثاني: إثبات النسب بالإقرار والبينة 18

المطلب الأول: إثبات النسب بالإقرار 18

الفرع الأول: تعريف الإقرار 19

أولا:التعريف اللغوي 19

ثانيا: التعريف الاصطلاحي 19
ثالثا: أدلة الفقهاء للإقرار 19

الفرع الثاني : أنواع الإقرار 21

أولا: بالنسبة للإقرار المتعلق بنفس المقر بالبنوة المباشرة..... 21
ثانيا: بالنسبة للإقرار المتعلق بغير المقر 21

الفرع الثالث: شروط صحة الإقرار 22

أولا: الشروط الواجب توفرها في نفس المقر بالنسب 23
ثانيا: : الشروط الواجب توفرها في المقر له بالنسب..... 24
ثالثا: الشروط الواجب توفرها في النسب المقر به 25

المطلب الثاني: إثبات النسب بالبينة 27

الفرع الأول: تعريف البينة..... 28

أولا: التعريف اللغوي 28
ثانيا: التعريف الاصطلاحي..... 29

الفرع الثاني: أنواع البينة 30

أولا: شهادة القابلة 30
ثانيا: شهادة الطبيب 32
ثالثا: شهادة بالتسامع 33

الفرع الثالث: حجية البينة 35

الفصل الثاني: الطرق العلمية الحديثة لإثبات النسب

المبحث الأول: إثبات النسب للطفل المولود بالتلقيح الاصطناعي..... 39

المطلب الأول: تعريف التلقيح الاصطناعي وأساليبه 40

الفرع الأول: تعريف التلقيح الاصطناعي..... 41
أولا:التعريف اللغوي..... 41
ثانيا: التعريف الاصطلاحي..... 41
الفرع الثاني: أساليب التلقيح الاصطناعي..... 42
أولا: التلقيح داخل الجسم أو الإستدخال..... 42
ثانيا: التلقيح خارج الجسم لطفل الأنابيب 43
المطلب الثاني: شروط التلقيح الاصطناعي في الفقه الإسلامي والقانون 44
الفرع الأول: شروط التلقيح الاصطناعي في الديانة الغربية والفقه الإسلامي..... 44
أولا: شروط التلقيح الاصطناعي في الديانة الغربية..... 45
ثانيا: شروط التلقيح الإسلامي في الفقه الإسلامي..... 46
الفرع الثاني: شروط التلقيح الاصطناعي في القانون الجزائري والقوانين المقارنة 49
أولا: شروط التلقيح الاصطناعي في القانون الجزائري 50
ثانيا: شروط التلقيح الاصطناعي في القوانين المقارنة..... 55
المطلب الثالث: موقف الشريعة الإسلامية والمشرع الجزائري من عملية التلقيح الاصطناعي57
الفرع الأول: موقف الشريعة الإسلامية من التلقيح الاصطناعي..... 57
أولا: فئة المعارضين 57
ثانيا: فئة المؤيدين 59
الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من التلقيح الاصطناعي 62
المبحث الثاني: ماهية البصمة الوراثية..... 63
المطلب الأول: تعريف البصمة الوراثية وخصائصها 63
الفرع الأول: تعريف البصمة الوراثية..... 64

أولا: التعريف اللغوي 64
ثانيا: التعريف الاصطلاحي 65
ثالثا: التعريف العلمي 66
رابعا: التعريف القانوني 67
الفرع الثاني: خصائص البصمة الوراثية 67
المطلب الثاني: شروط العمل بالبصمة الوراثية وضوابطها 69
الفرع الأول: شروط العمل بالبصمة الوراثية 69
أولا: شروط العمل بالبصمة الوراثية في الفقه الإسلامي 69
ثانيا: شروط العمل بالبصمة الوراثية في القانون الوضعي 71
الفرع الثاني: ضوابط البصمة الوراثية 73
المطلب الثالث: دور البصمة الوراثية في إثبات النسب 75
المطلب الرابع: الموقف الفقهي والقانوني من البصمة الوراثية 78
الفرع الأول: الموقف الفقهي من البصمة الوراثية 79
الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من البصمة الوراثية 81
خاتمة 84
قائمة المصادر والمراجع 86
الفهرس 94