وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الدكتور "مولاي الطاهر–سعيدة"
كلية الحقوق والعلوم السياسة

مذكرة تخرج لنيل شهادة ليسانس في الحقوق

الموضوع:

إثبات النسب
عن طريق التلقيح الإصطناعي

من إعداد الطالبتين:

- قادري ربيعة
- عاشم فتحية

تحت إشراف الأستاذة:

- عز الدين غالية

السنة الجامعية: 2011-2010

مقدمــة

لقد أطلق الإسلام على عقد الزواج صفة الميثاق الغليظ وهو اقتران الطرفين ببعضهما لقوله تعالى في محكم تنزيله ﴿هن لباس لكم وأنتم لباس لهن﴾ (البقرة: 187)، وجعله ركيزة أساسية لتسلسل الذرية بالبنين والأحفاد، ولقد خلق الله البشر في الحياة لتعمير الكون، فسخر لهم كل ما في الأرض لبقاء النوع البشري إلى الفترة التي حددها سبحانه وتعالى، ويتوقف ذلك على الزواج كونه سبيل الشرعي للتوالد والتناسل لقوله صلى الله عليه وسلم: "تزوجوا الولود والودود فإني مكاثر بكم الأمم ما دام أن الأولاد هم غاية الحياة الزوجية وثمرتها لذلك دعت الشريعة الغراء للمحافظة عليهم وقررت لهم حقوق لعل أهمها النسب الذي له صلة وطيدة مع الحقوق الأخرى وهي الرضاعة والميراث والحضانة، النفقة.

والنسب في اللغة هو الترابط والالتحاق أما في الشرع فالنسب هو علاقة الدم أو رباط السلالة أو النوع الذي يربط الإنسان بأصوله وفروعه وحواشيه، فهو يعتبر حقا للولد يدفع عن نفسه الدل والضياع، كما أنه حق لوالديه يحفظ به الأب لولده من أن ينسب إلى غيره وتدفع به الأم عن نفسها العار والتهم، ولقد أشار إليه المشرع في المادة 04 من قانون الأسرة باعتباره أثر من آثار الزواج كما نظم قواعده وأحكامه في المواد من 40 إلى 45 من قانون الأسرة الجزائري.

وقد حرمت الشريعة نظام التبني وأبطلته بعد أن كان سائدا في الجاهلية وفي صدر الإسلام، فالولد ينسب إلى أبيه الحقيقي وهذا أيضا بالنسبة للقيط أو مجهول النسب فيقع عليها حالات أخرى.

ويكون إثبات النسب بالفراش أي الاتصال بين الزوجين ولا يكون فقط بالعقد الصحيح بل بالدخول الحقيقي أي الاتصال بين الزوجين، ويثبت النسب بالطرق الشرعية غير الفراش إما البينة أو الإقرار أما نفي النسب يكون اللعان وهو ما أخذته أغلب

التشريعات الإسلامية في قوانينها ولاسيما المشرع الجزائري في المواد ما بين المادة 40 إلى 46 من قانون الأسرة الجزائري.

وقد يتنازع الزوجان في إثبات النسب المولود فيلجآن إلى اللعان أمام القاضي أو إلى طرق أخرى، ولكل عصر طريقته الخاصة به لمعرفة نسب المولود المتنازع عليه، شريطة أن تكون هذه الطريقة موافقة لأصول الشرع وتخدم مصالح الناس كافة وبالتالي من باب أولى اللجوء إلى طرق علمية ذات نتائج هامة وواضحة وقد لجأت أغلب التشريعات إلى تعديل القوانين التي تحكم شؤون الأسرة، وإضافة بعض المواد التي نقول بأنها تواكب العصر الحديث وقد ظهرت طرق علمية منها البصمة الوراثية ADN وتحاليل فصائل الدم التي قد تكون لها حجية مطلقة ونسبية.

وشكل العقم كغيره من ألمراض محل بحوث متواصلة لمعرفة أسابه وكذا علاجاته التي أصبحت فيما بعد من اكتشافات العصر الحديث فبعد أن كان يعالج العقاقير والأدوية مرورا بالتدخل الطبي عن طريق العمليات الجراحية في الحالات الممكنة لذلك، توصل العلماء إلى اكتشاف تقنية التلقيح الاصطناعي في حالات العقم غير القابلة للعلاج بالتدخل الطبي العادي أو الجراحي.

لكي يبقى التلقيح الاصطناعي كغيره من سائر الاكتشافات العلمية الأخرى التي يمكن أن تتضمن ما لا يتماشى والنظام القانوني وحتى الدينى، فغالبا ما نجدها سلاح ذو حدين، فمن جهة هي اكتشافات علمية رائدة ومن جهة أخرى قد تشكل منبعا لذرائع الانحراف والشذود لمساسها بحياة الإنسان أو تغيير جنسه أو حتى استنساخه.

وكما قلنا فإن لمسلم لا يمكن أن يبقى حائرا في مواجهة هذا التقدم العلمي وبينما يقتضيه الدين الإسلامي مؤكدين على أن ديننا الحنيف جاء ليتماشى مع كل تطورات العصور، ويتواصل مع مجريات الأمور ما دامت الحياة تتفاعل معها، فليس في

شريعتنا من سؤال إلا وله جواب يبين للمسلم طريق الخير والحلال ليسلكه ويوضح له طريق الشر والحرام ليتجنبه وهو المراد معرفته في التلقيح الاصطناعي.

وهذا الموضوع قد تناولته المادة 45 مكرر من قانون الأسرة الجزائري من الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 وما دفعنا لاختيار هذا الموضوع هو أنه لم يحصل على الأهمية التي يستحقها لحساسيته وعدم شيوعه في مجتمعنا الإسلامي المحافظ إلا في فئة المثقفين، فهو يتضمن حرمات وخصوصيات الإنسان في حياته الزوجية.

فيكون هذا البحث بمثابة مساعد للطلبة المقبلين على الدراسة في هذا المجال، وبمثابة أداة لتوعية الفئات الأخرى من المجتمع معرفة ومواكبة التطورات الحديثة في مجال النسب وكيفية إثباته أو نفيه.

ومن خلال ما سبق تثار التساؤلات التالية:

- ما هي الجوانب الجديدة والتي أثارها المشرع الجزائري في الأمر 02/05؟
- هل للطرق العلمية الحديثة في مجال النسب مصداقية؟
- ما موقف الطرق العلمية من الأدلة الشرعية في إثبات النسب؟
- هل يوجد تعارض ين الطرق العلمية واللعان؟
- ما المقصود بالتلقيح الاصطناعي؟ ومتى تلجأ إليه؟
- هل ألم المشرع الجزائري بكل الجوانب القانونية والأخلاقية بالتلقيح الاصطناعي؟

وللإجابة على هذه التساؤلات عالجنا هذا الموضوع من خلال فصلين الفصل الأول يتضمن إثبات النسب ويكون إما عن طريق الطرق العلمية ومن بعضها تحليل الدم والبصمة الوراثية وبالطرق الشرعية بالزواج الصحيح وغيره.

أما الفصل الثاني فيضم أصل موضوع مذكرتنا وهو التلقيح الاصطناعي وما ينجر عنه.

الفصل الأول: إثبات النسب

النسب من أقوى الدعائم التي تقوم عليها الأسرة، ويرتبط به أفرادها رباط دائم من الصلة، تقوم على أساس وحدة الدم، فالولد جزء من أبيه والأب بعض من ولده ورابطة النسب هي نسيج الأسرة التي لا نفصم عراه لذا امتن الله عز وجل على الإنسان بالنسب فقال: (هو الذي خلق من الماء بشرا وجعله نسبا وصهرا وكان ربك قديرا.) [1]

فأكد هذا القول قول الفقهاء بوجود طريقة لإثبات النسب وهي طريقة الزواج الصحيح وما يلحقه (زواج فاسد والوطء بشبهة أو الإقرار أو البينة) والذي سنتطرق في مبحثنا الأول الذي سيشمل إثبات النسب بالزواج الصحيح وما يلحقه أو الإقرار أو البينة أما المبحث الثاني فيضم إثبات النسب ببعض من الطرق العلمية الحديثة كنظام تحليل فصائل الدم، وبصمة الوراثية.

المبحث الأول: إثبات النسب بالطرق الشرعية

إن نسب الولد من أمه ثابت في كل حالات الولادة الشرعية كانت أو غير شرعية، ولكن بالنسبة لنسب الولد من أبيه، نظم المشرع ثبوته بناءا على وجود علاقة زوجية وهذا إجماع فقهاء الإسلام بأن إثبات النسب يتم بطريق الزواج الصحيح وما يلحقه من زواج فاسد ووطء شبهة أو الإقرار أو البينة وهذا ما جاء به المشرع الجزائري في المادة 40 من قانون الأسرة[2] سنعالجها في 03 مطالب:

المطلب الأول: إثبات النسب الزواج الصحيح وما يلحقه

إن المحافظة على الأنساب من مقاصد الزواج الصحيح، فقد أقرت به الشريعة السمحاء والتشريعات ومنها مشرعنا الجزائري لما له من أهمية في حماية المجتمع وتماسكه، فالولد ينسب لأبيه إن كان الزواج صحيحا متوافر على شروط المتعارف عليها ويثبت بما يلحق الزواج الصحيح من زواج فاسد ووطء شبهة.

الفرع الأول: إثبات النسب بالزواج الصحيح.

ينسب الولد إلى والداه متى كان الزواج صحيحا من الناحية القانونية ولكي ينشئ عقد الزواج صحيحا، وجب أن تتوفر فيه الأركان والشروط المتطلبة حتى تترتب عليه الآثار الشرعية والقانونية التي نص عليها المشرع الجزائري في المادتين 09 و10 مكرر من الأمر رقم 02/05 المعدل لقانون الأسرة.

وهذا الأساس فإن الزواج ما دام قائما فإن النسب يثبت به متى توافرت هذه الشروط، أما إذا وقعت الفرقة بين الزوجين لأي سبب كان بطلاق أو وفاة فإن النسب لا يثبت إلا إذا ولدت الأم في مدة مخصوصة تبعا لنوع الفرقة التي يترتب عليها الانفصال.

---

[1]- سورة الفرقان، الآية 54.

[2]- المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري: "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه قبل الدخول ..."

أولا: نسب المولود حال قيام الزوجية.

وهذا ما ثبت بقوله صلى الله عليه وسلم: «الولد للفراش وللعاهر الحجر»[3] وحسب هذا الحديث الشريف فإن صاحب الفراش هو الزوج والعاهر هو الزاني والرجم عقوبته على جريمته، قد يحدث الحمل الاختلاط الجنسي بين الزوجة وزوجها، وقد يحدث أيضا بغير الاتصال العضوي بينهما، فطبقا للمادة 41 من قانون الأسرة فإن الولد ينسب لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة، فيشترط لثبوت النسب الزواج الصحيح وجوب الزوجية القائمة بين الرجل والمرأة على أساس عقد الزواج الصحيح وعلى هذا الأساس فإن القانون لا يسمح بإقامة النسب الشرعي لولد شرعي ناتج عن علاقات ما قبل الزواج الشرعية، إلى جانب إمكانية الاتصال الجنسي بين الزوجين وذلك ما جاءت به المادة 41 من قانون الأسرة فإن من ضمن ما يشترط لإثبات نسب المولود من أبيه أن يكون التلاقي بين الزوجين ممكنا وهو رأي جمهور الفقهاء من الشافعية والمالكية والحنابلة الذين ذهبوا إلى أن الفراش في الزوجية إنما يثبت بالعقد بشرط إمكان الدخول بالزوجة فلو تزوج شخصين أحد في المشرق والمرأة في المغرب وثبت أنه لم يصل إليها لم يثبت النسب منه.

وقد ذهب شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم إلى اشتراط الدخول المحقق لإلحاق النسب إلى الزوج لأن المرأة عنده لا تصير فراشا، إلا إذا افترشها زوجها والافتراش لا يكون إلا بالدخول المحقق.

فالمشرع الجزائري سار على مسار ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من ثبوت فراش الزوجية بالعقد مع شرط إمكان الدخول بالزوجية يتفق مع قواعد التشريع الإسلامي والمنطق المعقول، أما إذا لم يكن هناك أو إستحال الاتصال ين الزوجين إن كانا بعيدين عن بعضهما حيث لا يمكن تلا قيهما، فإن نسب الولد لا يلحق بأبيه.

وأشارت إلى ذلك أغلب التشريعات العربية كالقانون المصري في المادة 15 من القانون الخاص بمسائل الأحوال الشخصية: "لا يسمح عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينهما وبين زوجها من حيث العقد..." والمادة 147 من قانون الأحوال الشخصية الأردني والمادة 164 من قانون الأحوال الشخصية للإمارات.

وقد تكون الولادة بين أقل مدة الحمل وأقصاها: فأقلها فما هو متفق عن الأمة الأربعة وغيرهم من الفقهاء بأن أقل مدة الحمل هي ستة أشهر أي 180 يوما وهذا ما جاء به المشرع الجزائري في المادة 42 قانون الأسرة وحكم هذه المادة يخص أقل مدة الحمل التي يتكون فيها الجنين ويولد بعدها حيا مستنبط من قوله تعالى: (ووصينا الإنسان بوالديه إحسانا، حملته أمه كرها ووضعته كرها وحمله وفصاله ثلاثون شهرا...) [4]، إضافة إلى الآية 14 من سورة لقمان في قوله جل شأنه: (ووصينا الإنسان بوالديه، حملته أمه وهنا على وهن وفصاله في عامين...) [5]

---

[3]- أحمد أبو زهرة- الأحوال الشخصية – الطبعة 2، دار الفكر العربي، مصر 2005، ص 238

[4]- سورة الأحقاف الآية 15

[5]- سورة لقمان الآية 14

الآية الأولى قدرت الحمل والفصال ثلاثين شهرا وقدرت الآية الثانية للفصال عامين وبإسقاط الثانية من الأولى يبقى للحمل ستة أشهر وهو تقدير العليم الخبير.

أما أقصى مدة للحمل فلم يرد في ذلك نص في القرآن الكريم ولا في السنة واختلف في ذلك ووجدت عدة أقوال: أنها سنتان وهو رأي الحنفية يستند في ذلك قول عائشة رضي الله عنها أنها قالت: "لا تزيد المرأة في الحمل على سنتين قدر ما يتحول ضل عمود المغزل." [6]

أما الشافعية والمالكية أقصى مدة الحمل أربع سنوات وفي قول آخر أنها خمس سنوات وهناك من يزيد على ذلك.

تسعة أشهر وهو رأي الظاهرية وحجتهم قول رضي الله عنه: «أيما رجل طلق امرأته فحاضت حيضة أو حيضتين ثم قعدت، فلتجلس تسعة أشهر حتى يستبين حملها.»

وهذا ما أوردته القوانين الوضعية منها المشرع المصري نص المادة 128 من قانون الأحوال الشخصية بأن أقل مدة الحمل مائة وثمانين يوما وأكثرها سنة شمسية، وهو ما ورد في القانون السوري في المادة 51 والقانون الأردني في المادة 148.

أما المشرع الجزائري فحددها بعشرة أشهر هذا ما جاءت به المادة 42 من قانون الأسرة، أما فيما يخص أصحاب الاختصاص أي الطب يقرر ما يقوله المشرع الجزائري في أقصى مدة الحمل بأن الجنين لا يمكنه البقاء في بطن أمه أكثر من تسعة أشهر إلا نادرا، أما عن حساب المدتين (أقل وأقصى مدتي الحمل) فتكون من تاريخ توافر شروط عقد الزواج وإمكانية الاتصال بين الزوجين معا.

أما فيما يتعلق بعدم نفي الولد الطرق المشروعة وهذا حسب نص المادة من قانون الأسرة الجزائري،ولكن لم يحدد الطرق المشروعة لنفي النسب وبالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية التي حددت الطريق الشرعي لنفي النسب المتمثل في اللعان وهو لغة من مصدر لاعن، يلاعن...

وهو من اللعن أي الطرد والإبعاد من رحمة الله.

وهو شرعا واصطلاحا شهادات تجري بين الزوجين مؤكدا بالأيمان من الجانبين.

ويكون اللعان إذا اتهم الزوج زوجته بالزنا أو نفي النسب ولدها إليه ومصدر اللعان في القرآن الكريم في سورة النور الآية الرابعة في قوله جل شأنه: (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون). [7]

وعندما يغلب للزوج احتمال خيانة زوجته له، ويريد أن ينفي المولود الذي أتت به، فليس له إلا أن يرفع دعوى اللعان أمام المحكمة فيأمر القاضي الزوج بالملاعنة في جلسة سرية بأن يحلف ويقول: "أشهد بالله أني لمن الصادقين فيما رم

يتها به..." ويكررها هذا أربع مرات وفي الخامسة يقول: "أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين" ثم يأمرها أن

---

[6]- WWW.islanonline.net

[7]- سورة النور الآية 4.

تحلف وتقول: "أشهد بالله أنه الكاذبين". وتكررها أربع مرات وفي الخامس" أن غضب الله عليها إن كانت من الصادقين." فإذا تم اللعان بهذه الطريقة يثبت القاضي ذلك في حكمه ويفرق بين الزوجين حالا بتطليقة بائنة وينفي نسب الولد من
الزوج.

ويشترط لصحة إجراءات الملاعنة بين الزوجين قيام الزوجية بين الزوجين المتلاعنين ووجب أيضا النطق بألفاظ اللعان إلى جانب حصول النفي دون أن يكون قد حصل من الزواج اعتراف بالولد صراحة أو ضمنا، وأن يكون نفي الولد باللعان عند ولادته أو وقت شراء ما يلزم للأم أو الولد أو في مدة التهنئة بالمولود.

ويوجد أيضا حالات ينتفي فيها النسب دون الملاعنة الشرعية وهي مجيء دون ستة أشهر من الزواج لأن أقل مدة الحمل هي ستة أشهر باتفاق الفقهاء، إلى جانب عدم التلاقي بين الزوجين بعد العقد فإذا ثبت أن الزوجين لم يلتقيا، فلا يثبت نسب الولد وهو موقف المشرع الجزائري الذي أخذ برأي مالك والشافعي واحمد.

ثانيا: نسب المولود بعد الفرقة بين الزوجين

تتعدد حالات الفرقة بين الزوجين إما بطلاق أو وفاة الزوج أو فقدانه فبالطلاق فله حالتان إما قبل الدخول أو بعده، المطلقة قبل الدخول لا عدة عليها لقوله تعالى: (يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن، فما لكم عليهن من عدة تعتدونها) [8]

ولأن إثبات النسب قائم على الفراش وهذا الأخير لا يتحقق في المطلقة قبل الدخول إلا إذا كان هناك تلاقي بينهما أو إمكانه، والنسب يثبت لاحتمال الوطء، بشرط أن يكون الولادة خلال ستة أشهر من وقت الطلاق ومن ثمة لا يثبت إلا إذا كان يقينا أن الحمل حصل بعد الفرقة، إذا جاءت به لتمام فأكثر فإنه لا يحصل اليقين بحدوث الحمل قبل الفرقة لأنه يحتمل أن تكون حملت بعد الفرقة لأن مدة 06 أشهر تصلح لتكوين جنين واحتمال حملها من مطلقها وإذا وجد الاحتمال فلا يثبت النسب إلا إذا ادعاه ولم يصرح بأنه من الزنا.

أما بالطلاق بعد الدخول فالطلاق لا يثبت إلا بحكم طبقا لنص المادة 49 من قانون الأسرة: " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي..."، فالمشرع لم يفرق بين المطلقة رجعيا والمطلقة طلاقا بائنا، أما الشريعة الإسلامية فرقت بينهما والقاعدة لموجودة في التشريع الجزائري تم استنباطها من المادة 43 من قانون الأسرة على أن الولد ينسب لأبيه إذا وضع الحمل خلال 10 أشهر من تاريخ الانفصال ويعني بهذه الكلمة الطلاق بالرجوع للمادة 60 من قانون الأسرة[9]

فالطلاق الرجعي لا يقطع علاقة الزوجية فور صدوره فيجوز للمطلق رجعيا أن يستمتع بمطلقته في عدتها ويعتبر رجعة لها وهناك حالتان:

---

[8]- سورة الأحزاب الآية 49.

[9]- المادة 60 من قانون الأسرة: "عدة الحامل وضع حملها وأقصى مدة الحمل 10 أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة."14

* في حالة عدم إقرار المطلقة رجعيا بعدتها من مطلقها، يثبت نسب الولد إذا ولدته قبل مضي مدة الحمل هنا لا يعتبر المطلق مراجعا ويحكم بانقضاء عدتها بوضع حملها، أما إذا جاءت بعد أقصى مدة الحمل فيثبت نسب المولود من المطلق لاحتمال أنها حملت أثناء العدة.

* إقرار المطلقة رجعيا بانقضاء عدتها وبعدها جاءت بمولود أقل من ستة أشهر من وقت إقرارها، فيثبت نسب الولد من أبيه المطلق بشرط أن تكون لفترة بين يوم الفرقة الفعلية للزوجين ووضع الحمل لا تتجاوز أقصى مدة الحمل، أما إذا جاءت الولد لستة أشهر فأكثر من وقت إقرارها بانقضاء عدتها فلا يثبت النسب من المطلق.

أما بخصوص الطلاق البائن فإن الزوجة فيه لا يمكن أن يمسها أي رجل سواء زوجها أو غيره خلال الفترة العدة لنص المادة 43 من قانون الأسرة يشترط أن تضع في مدة لا تتجاوز 10 أشهر من تاريخ الطلاق، فإذا تزوجت المعتدة الطلاق البائن فولدت لأقل من 10 أشهر منذ بانت ولأقل من 06 أشهر منذ تزوجت فإن الولد للمطلق لأنه لا يمكن أن يكون من الزوج الثاني.

أما المرأة التي توفي عنها زوجها حسب نص المادة 43 من قانون الأسرة أن الولد ينسب إلى أبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الوفاة وهذا لاحتمال أن الحمل كان قائما وقت الوفاة ويكون الفراش قائما وقت الوطء، فيثبت النسب احتياطيا لمصلحة الولد ولا يثبت نسبه لو جاءت به لأكثر من 10 أشهر لأنه أصبح متيقنا حصول الحمل بعد الوفاة.

أما فيما يخص التي غاب عنها زوجها لسبب من الأسباب كأداء الخدمة العسكرية أو دخوله السجن لارتكابه جريمة ما واستمر غيابه مدة تزيد عن 10 أشهر دون أن يثبت أنه وقع اتصال بين الزوجين وجاءت الزوجة بولد بعد انقضاء أقصى مدة الحمل منذ غيابه فإن المولود يسند إلى أبيه إلا إذا نفاه ولا عن أمه[10].

الفرع الثاني: إثبات النسب بالزواج الفاسد ونكاح الشبهة.

ألحق القانون الزواج الفاسد بالزواج الصحيح في ثبوت لنسب وهذا بموجب المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص: "يثبت النسب.... بكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون."

أولا: ثبوت النسب بالزواج الفاسد

الزواج الفاسد هو الذي فقد شرطا من شروط الصحة المنصوص عليها في المادة 09 مكرر المتمثلة في أهلية الزواج والصداق والولي في حالة وجوبه والشاهدين مع انعدام الموانع الشرعية للزواج وهي الحالات التي رتب المشرع عليها فساد النكاح بموجب الفقرة 02 من المادة 33 حيث يفسخ الزواج قبل الدخول ويثبت بعد الدخول بصداق المثل.

وفي المادة 34 من قانون الأسرة في حالة زواج بإحدى المحرمات وفقا للمواد من 23 إلى 30 من قانون الأسرة حيث يفسخ الزواج قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء.

---

[10]- بومجان سولاف، إثبات النسب ونفيه، مذكرة تخرج لنيل إجازة مدرسة القضاء، الجزائر، دفعة 2008/2005، ص 20

وهي ما اعتبرها المشرع من موانع الشرعية لعقد الزواج ورتب عليها بطلان الزواج بموجب المادة 32 من قانون الأسرة معناه أن المشرع أخلط مرة أخرى بين الزواج الباطل والفاسد ورتب على كليهما ثبوت النسب، في حين الزواج الباطل عدم والعدم لا يترتب أي أثر.

أما بالنسبة للزواج الباطل يكون إذا اشتمل عقد الزواج على مانع أو شرط يتنافى ومقتضياته أو إذا اختل ركن الرضا وهذا حسب المادة 32 فقرة 01 من قانون الأسرة[11]

يتحقق ثبوت النسب في فراش الزوجية في النكاح الفاسد بالدخول الحقيقي لذا تحسب مدة الحمل من تاريخ الدخول، لأنه لو حسبت من تاريخ العقد لكتان في هذا ترتيب على العقد الفاسد وهو قول جمهور لفقها والمشرع الجزائري في المادة 40 من قانون الأسرة[12]

إذا ولد المتزوجة زواجا فاسدا لأقل من 06 أشهر من حين الدخول الحقيقي هنا لا يثبت نسبه من الزوج لأنها ولدته بأقل من مدة الحمل، أما لو أتت به لستة أشهر فأكثر من تاريخ لدخول فإنه يثبت نسبه من الزوج، أما أقصى فترة الحمل بالنسبة للزواج الفاسد فإنها تحسب من تاريخ التفريق بين الزوجين، فإذا جاءت الزوجة بولد قبل مضي 10 أشهر اعتبارا من يوم التفريق ثبت نسبه من أبوه.

ويرى الحنفية أن الولد إذا ثبت نسبه بالزواج الفاسد فلا يمكن نفيه أصلا، لأن النفي يستدعي اللعان وهذا الأخير لا يكون إلا بين زوجين في عقد زواج صحيح.

ثانيا: ثبوت النسب عند الوطء بشبهة.

المقصود بالشبهة الأمر الذي يشبه الثابت وأصل ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم: «إدراءوا الحدود بالشبهات ما استطعتم.»

والوطء بشبهة هو الاتصال الجنسي غير الزنا يقع خطأ بسبب غلط يقع فيه لشخص وقيل أنه وطء حرام لا حد فيه.

والشبهة قد تكون شبهة الفعل وهي اعتقاد الشخص حل الفعل ويظن في نفسه أن الحرام حلال فالوطء هنا ظن حل الوطء، كأن يأتي الزوج زوجته التي طلقها ثلاثا في العدة، النسب هنا لا يثبت سواء ظن الحل أو قال أنه علم بالحرمة لأن هذا الأمر متعلق بالفاعل نفسه إذا الفعل في ذاته لا شبهة مطلقا في أنه زنا وكونه كذلك سيتتبع عدم ثبوت النسب لأن الزنا لا يثبت به النسب البتة.

وقد تكون شبهة المحل أو الملك وهي على عكس شبهة الفعل لأن الواطئ مثل من وطء أم ولده، فالفعل في حد ذاته ليس بالزنا لوجود الشبهة.

في المحل والحكم ويثبت النسب للولد الحاصل في الوطء بشبهة بناء عليها إن ادعاه الواطئ.

---

[11]- المادة 32 من قانون الأسرة: "يبطل الزواج، إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد."

[12]- المادة 40 من قانون الأسرة: "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو البينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول...."

وشبهة العقد كالعقد على امرأة وبعد الدخول يتبين أنها من المحرمات وهو ما نص عليه المشرع في المادة 34 من قانون الأسرة، وبالرجوع إلى القانون الجزائري فإن المشرع اعتبر النكاح بشبهة سبب من أسباب ثبوت النسب من غير أن يفرق بين شبهـة

وشبهة بقوله "يثبت النسب بالزواج الصحيح... وبنكاح الشبهة..." في نص المادة 40 من قانون الأسرة، وبالرجوع إلى نص لمواد 40، و42 من قانون الأسرة التي أوجبت مراعاة المدة القانونية في أقل وأقصى مدة الحمل حتى يكون النسب ثابت في نكاح الشبهة، وعليه إن خالط الرجل امرأة بشبهة كان الفراش ملحقا بالفراش الصحيح والذي يعتبر فراش قوي يثبت به النسب من غير توقف على دعوة من الرجل.

المطلب الثاني: إثبات النسب بالإقرار

الفراش يأتي في المرتبة الأولى لإثبات النسب ويأتي بعد الإقرار أي إقرار النسب إليه، وفقا لنص المادة 40 من قانون الأسرة التي تنص: "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار..." وهو أحد الطرق الغير مباشرة أو الكاشفة للنسب، ومعنى الإقرار بالنسب إخبار الشخص بوجود القرابة بينه وبين شخص آخر وتتنوع القرابة إلى قرابة مباشرة وهي صلة قائمة بين الأصول والفروع وقرابة غير مباشرة وهي قرابة الحواشي الذين يجمعهم أصل مشترك.

الفرع الأول: أنواع الإقرار المثبت للنسب

يتضح مما سبق أن الإقرار بالنسب نوعين هما: الأول إقرار الشخص بالنسب على نفسه هو الأصل في الإقرار بالنسب ولذلك يقول الفقهاء أنه: "الإقرار بأصل النسب."، ونص عليه المشرع بالمادة 44 من قانون الأسرة بقوله: "يثبت النسب بالإقرار بالبنوة، أو الأبوة أو الأمومة لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة." ويشترط لثبوت النسب في حالة الإقرار بالبنوة الشروط الآتية:

1- أن يكون المقر له بالبنوة مجهول النسب حتى يمكن إثبات بنوته للمقر فلو كان له نسب الإقرار ونسبه الثابت قبل الإقرار لا يقبل الفسخ.

2- ألا يذكر المقر أنه ولد من الزنا لأن الزنا جريمة لا تصلح أن تكون سببا للنسب الذي هو نعمة من نعم الله التي امتن على عبادة يقول جل شأنه(والله جعل لكم من أنفسكم أزواجا وجعل لكم من أزواجكم بنين وحفدة...) [13]

3- أن يكون لمقر له بالبنوة مما يولد لمثل المقر بأن تكون سنهما تحتمل ذلك. [14]

4- أن يصدق المقر له في هذا الإقرار أن تكون مميزا وأهلا للمصادقة لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر، فلا يتعدى إلى غيره إلا ببينة أو تصديق من الغير وهذا الإقرار يتضمن دعوى لبنوة على المقر له

---

[13]- سورة النحل الآية 72

[14]- الموقع www.islamonline.net

ويترتب على هذا لنسب حقوق لكل من المقر والمقر له على الآخر وإذا كان المقر له غير مميز ثبت النسب دون حاجة إلى تصديق لأنه منفعة أدبية لهذا الصغير.

أما إقرار الشخص بالنسب على الغير فيكون من القرابة ويسمى الإقرار بفرع النسب كالإقرار بالأخوة والعمومة وهذا الإقرار يتضمن أمرين:

1- تحميل النسب على الغير.

2- استحقاق المقر له في مال المقر عليه بعد وفاته.

وقد تطرق المشرع الجزائري إلى هذا النوع من الإقرار في المادة45 من قانون الأسرة التي تنص على"الإقرار بالنسب في غير البنوة والأبوة والأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه " أي أن الإقرار الذي فيه تحميل النسب على الغير فلا يصلح وحده لأنه يحتج به ولا يكون وحده كافيا لإثبات النسب بل إضافة للشروط السابقة تحقق أحد الأمرين:

أولهما: أن يصدقه المقر عليه بالنسب ولا يكون بالإقرار المقر هنا أثر في ثبوت بل يعتبر تصديق المقر عليه إقرارا مبتدءا بالنسب

ثانيهما: أن يقيم المقر بينه على دعواه أو أن يصدقه ورثة المقر عليه بعد وفاته لكن يرى بعض الفقهاء أن تصديق الورثة دعوة المقر بينة.[15]

وفي حالة وفاة من أقر بنسب فيه تحميل على الغير فإن الأمر لا يخلو من أحد الفرضين:

الأول: أن يكون من غير وارث، كأن يتفى من أقر بأخ من غير وارث أصلا في هذه الحالة يرثه المقر له بالأخوة نظرا لعدم وجود مزاحم له.

الثاني: أن يتوفى المقر بالأخوة عن وارث له في هذه الحالة يكون ميراث المقر لوارثه دون المقر له، لأن لوارث هنا وارث بيقين، فيكون حقه في الميراث ثابتا بيقين.

ويختلف الحال في دعاوى النسب بين أن تكون الدعوى فيها تحميل النسب على الغير بين أن تكون ليس فيها تحميل النسب على الغير.

الدعاوى التي لا يكون فيها تحميل النسب على النفس فهي تقبل مجردة إذا كان المدعى عليه على قيد الحياة، هي تقبل مباشرة من الأب لإثبات نبوة أو العكس، فإذا كان المدعى عليه ميتا فغن دعوى النسب لا تقبل إلا ضمن حق آخر كحق الميراث ويكون الخصم في ذلك من تحت يده التركة من وارث أو وصي.[16]

أما فيما يتعلق الدعوى التي فيها تحميل النسب على الغير فهي مجردة لا تقبل بما يتفرع عن أصل النسب كدعوى الأخوة، كمن يرفع الدعوى على شخص يدعى فيها أنه أخوه من النسب، ويقتصر في دعواه على هذا الطلب، فلا تقبل هذه لدعوى لأن فيها تحميل النسب على الغير وهو هنا الأب وهو غير ممثل في الدعوى، ولكي

---

[15]- سولاف بومجان، المرجع السابق، ص 26

[16]- سولاف بومجان، المرجع الأسبق، ص 26

تقبل منه لابد أن تكون ضمن دعوى حق آخر على شخص آخر غير المطلوب إلحاق النسب له، كأن يرفع الدعوى يطلب الميراث له.

الفرع الثاني: التبني واللقيط اتجاه الإقرار.

الإقرار بالبنوة هو اعتراف حقيقي مجهول النسب، فهو يعترف ببنوة ولد مخلوق من مائه فيكون ابنا له ثابت لنسب منه وليس له نسب آخر يتساوى مع ابنه الثابت نسبه بالفراش.

أولا: حكم التبني

التبني هو عقد ينشئ بين شخصين علاقات صورية ومدنية محصنة لأبوة وبنوة مفترضة، أي أنه استلحاق شخص ولدا معروف النسب لغيره أو مجهول النسب كاللقيط

ويصرح باتخاذه ولدا له مع كونه ليس ولدا له في الحقيقة، وهذا ما كان سائدا في الجاهلية إلى أن قضى الإسلام عليه بقوله تعالى: (وما جعل أدعيائهم أبنائكم لكم قولكم بأفواهكم والله يقول الحق وهو يهدي السبيل أدعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله...) [الأحزاب 4-5]. وقد أمر الرسول صلى الله عليه وسلم بالزواج من زينب بنت جحش وهي مطلقة زيد لذي تبناه الرسول عليه الصلاة والسلام، حيث قال تعالى: (فلما قضى زيد منها وطرا زوجناكما لكي لا يكون على المؤمنين حرج في أزواج أدعيائهم إن قضوا منها وطرا.) وقال الرسول (ص): "من ادعى إلى غير أبيه فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين، لا يقبل الله منه يوم القيامة صرفا ولا عدلا".[17]

واتفق أغلب القوانين العربية على تحريم التبني إلا أن المشرع التونسي حدا حدو القوانين الغربية مثل فرنسا، أما القانون الجزائري فهو يمنع التبني من خلال نص المادة 46 من قانون الأسرة: "يمنع التبني شرعا وقانونا". وإن كان المشرع قد حرم التبني فهو قد أقر نظاما بديلا للتبني يقوم على الكفالة القانونية فيلتزم الكافل بتقديم العناية والرعاية للقاصر مع توفير الشروط المادية والمعنوية التي تكون للولد الشرعي[18]، ونص عليها المشرع الجزائري في المواد 116إلى غاية 125 من قانون الأسرة.

والكفالة هي التزام على وجه التبرع بالعناية بولد قاصر من نفقة وتربية وعناية قييام الأب بابنه وهي تتم بعقد أمام المحكمة أو أمام لموثق مع احتفاظ الولد بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب أما إذا كان عكس ذلك تطبق عليه المادة 64 من قانون الحالة المدنية.

---

[17]- رواه البخاري.

[18]- ابن القيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، الدار الكتاب العلمية، ج4 لبنان، الطبعة الأولى 1985، ص 158.

ثانيا: حكم اللقيط

اللقيط هو مولود حديث العهد بالولادة لا يعرف له أب ولا أم، طرحه أهله خوفا من الفقر أو تهمة الزنا أو لغير ذلك من الأسباب وإذا أقر نسب اللقيط منه ثبت نسبه منه [19]،

أما لدى المالكية فإن اللقيط لا يثبت نسبه من المقر إلا إذا تبين المقر وجها شرعيا له وهو نفس ما أخذه المشرع الجزائري فهو أحاط فئة للقطاء بعناية وافرة حيث كلف كل من وجد لقيطا بأن يتم تسليمه إلى رجال الشرطة فهم يسلمونه إلى دور الرعاية الاجتماعية المعدة لاستقبال اللقطاء لصيانته وتربيته وطبقا للمادة 67 من الحالة لمدنية على كل من وجد مولودا حديثا أن يصرح به لضابط الحالة المدنية لمكان العثور عليه ويعاقب القانون على عدم القيام بذلك بموجب المادة 442 فقرة 03 من قانون العقوبات.

ومن ثمة فالإقرار باعتباره طريقا مثبتا للنسب يحقق مصلحة اجتماعية وهي إلحاق مجهول النسب بمن يدعيه، فهو لا يرقى إلى درجة الدليل الكامل.

المطلب الثالث: البينة وأثرها في إثبات النسب.

تعتبر البينة إحدى طرق إثبات النسب شرعا وقانونا باتفاق العلماء، لقوله ابن القيم حيث قال: "فأما ثبوت النسب فجهاته هي الفراش والاستلحاق والبينة والقافة فالثلاثة الأولى متفق عليها..."

والبينة لغة من التبين بمعنى الوضوح أي الدليل والحجة ومعناه الشرعي فقد عرفها علاء الدين طرابلسي بأنها: "اسم لكل ما يبين الحق ويظهره"، وسمي النبي صلى الله عليه وسلم: "الشهود بينة لوقوع البيان بقولهم وارتفاع الإشكال بشهادتهم."، وذهب الحنفية وجمهور الفقهاء إلى أن البينة هي الشهود لأن بهم يبين الحق.

الفرع الأول: البينة وأنواعها.

وللبينة معنيان:

أولا: البينة بمعنى الدلالة وهي الحجة أو البرهان، فهي ترشد إلى الصواب والإقناع، والدليل على قوله تعالى: (... لم يكن الذين كفروا من أهل الكتاب والمشركين منفكين حتى تأتيهم البينة...) [20] وقال ابن القيم: «إن البينة لم تأت قط في القرآن مرادا بها الشاهدان وإنما أتت مراد بها الحجة والدليل» وكذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم: "البينة على المدعي"، ولاشك أن بعض القرائن أقوى بكثير من الشهادة، لأن الشهادة يمكن أن يتطرق إليها الوهم والكذب..."

ثانيا: البينة بمفهوم الشهادة وهي قيام شخص من غير خصوم الدعوى بالإخبار أمام القضاء عما أدركه بحاسة من حواسه، كالسمع أو البصر بشأن الواقعة المتنازع عليها، وقد وردت في القرآن الكريم في قوله تعالى: (استشهدوا شهيدين من رجالكم، فإن لم يكونا رجلين، فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى...) [21]

---

[19]- إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة، الطبعة الأولى، الإصدار الأول، الأردن 1999، ص 324.

[20]- سورة البينة الآية 01

[21]- سورة البقرة الآية 282

وقد وردت البينة في المادة 40 من قانون الأسرة وتم اعتبارها إحدى طرق الإثبات ولكن بعد تعديل هذه المادة بموجب الأمر رقم 02/05 حيث استحدث طرق علمية واعتبرها طريقا مستقلا عن البينة في مجال النسب.

أما نصاب البينة اختلف الفقهاء على عدة أقوال إلا أن هناك رأي راجح هو قول أهل الحنفية الذين اشترطوا شهادة رجلين عدلين أو شهادة رجل وامرأتين لقوله تعالى: (...فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتين...)

إن الولادة الواقعة مادية لا يعانيها في غالب الأحوال إلا لقابلات وعلى هذا الأساس فإنه يكتفي بشهادة القابلة أو شهادة الطبيب الذي باشر ولادتها ونفس ما قال به الحنابلة والحنفية أما المالكية فاشترطوا شهادة أربع نساء ليكون نصاب الشهادة كاملا وهذا ما نصت عليه المادة 62 من قانون الحالة المدنية. [22]

وتتخذ الصور عدة صور، تكون مباشرة أو غير مباشرة كما يمكن لها أن تكون بالتسامع أو بالشهرة العامة.

الشهادة المباشرة هي التي يقر فيها الشاهد في مجلس لقضا ما وقع تحت سمعه وبصره مباشرة أي أن يكون ما أدركه الشاهد متعلقا بالواقعة قد تم مباشرة عن طريق حاسة من حواس الشاهد كالسمع، أما الشهادة الغير مباشرة وهي شهادة بالتسامع وهي عندما يشهد لشخص بما سمع محل الإثبات، فهو لم يرى الواقعة بنفسه، المشرع الجزائري لم يمنع الأخذ بها فهو يترك أمر الأخذ بها والتقدير يكون للقاضي.

الشهادة بالتسامع هي شهادة لا تنصب على الواقعة المراد إثباتها بالذات بل على الرأي الشائع عند جماهير الناس عن هذه الواقعة، فالشاهد لا يروي عن شخص معين ولا عن واقعة معينة بالذات، ويشهد بما تسامعه الناس عن هذه الواقعة.

الأصل في الشهادة أنه لا يجوز للشاهد أن يشهد بشيء لم يعاينه بالعين بنفسه أو بالسماع إلا أن الفقهاء استثنوا مسائل منها النسب فأجازوا فيه الشهادة بالتسامع من الناس وإن لم يعاين الشاهد بنفسه.

والشهادة بالشهرة العامة وهي عبارة عن ورقة مكتوبة تحرر أمام جهة رسمية كقاض أو موثق يشهد فيها شهود يعرفون وقائع معينة عن طريق الشهرة العامة شرط تكون لهم معرفة شخصية لهذه الوقائع وهي تجوز في إثبات النسب بإجماع لفقهاء.

الفرع الثاني: حجية البينة مقارنة بالإقرار.

تعتبر البينة أقوى من الإقرار لكونها لا تقتصر على المقر كما هو الحال في الإقرار بحيث لحكم الثابت بالبينة في حقه وفي حق غيره، فلو كان هنالك ولد ليس له نسب معروف فأخذه رجل وادعى نسبه وتوفرت شروط الإقرار ثبت نسبه بذلك الإقرار أما إذا جاء رجل آخر وادعى نسبه وأقام بينة صحيحة على أنه ابنه كان أحق به من المقر لأن لنسب وإن ثبت الظاهر بالإقرار إلا أنه غير مؤكد باعتبار أن كلاهما أي الإقرار والبينة

---

[22]- المادة 62 من قانون الحالة المدنية: "يصرح بولادة لطفل الأب والأم وإلا فالأطباء والقابلات أو أي شخص آخر حضر لولادة وعندما تكون الأم ولدت خارج مسكنها، فالشخص الذي ولدت الأم عنده"

نسب ظاهر يدل على وجود النسب الحقيقي أي وجود الفراش وما ألحق به، فظاهر الإقرار قد يحتمل البطلان، وظهور عدم صحة الإقرار بوجود البينة التي تعتبر أقوى منه.[23]

المبحث الثاني: إثبات النسب ببعض الطرق العلمية الحديثة.

لقد قام المشرع الجزائري من توسيع دائرة إثبات النسب بإضافة طريقة حديثة ألا وهي الخبرة الطبية كوسيلة شرعية للإثبات أو للنفي، وهذا حسب نص المادة 40 فقرة 02 من قانون الأسرة المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 02/05 [24]، فهو حل مشكلة عويصة حيث كان يرفض القضاء الإثبات عن طريق الخبرة العلمية فهي ليست من الوسائل المقررة شرعا للإثبات، فأكبر الأئمة عملوا بالقيافة التي هي تقوم على الحدس والفراسة وإمكانية التشبيه فما بالنا بالخبرة الطبية.

وهناك تنوع في هذه الطرق العلمية فكان يخضع لطريقة واحدة للدلالات لوراثية في مجال البحث الجنائي، وهي تعرف بخلايا الدم الحمراء(ABO)، وتلاه اكتشاف تحليل الحامض النووي أي ما يسمى بالبصمة الوراثية (ADN)وهذا ما عالجناه في ثلاث مطالب:

المطلب الأول: نظام تحليل فصائل الدم

يضم الدم العديد من الصفات الوراثية التي يمتلكها الطفل من أبيه وأمه فيأخذ نصف الصفات من أبيه الحقيقي عن طريق الحيوان المنوي ومن أمه النصف الآخر عن طريق البويضة.

الفرع الأول: النتائج العلمية لفحص الدم

ويضم نظام ABO فبفضل التجارب التي قام بها العالم الألماني كارل ستابير سنة 1905 الذي فصل خلايا الدم عن البلازما الدموية لأحد الأشخاص ثم قام بعد ذلك بمزج الخلايا بالبلازما مرة أخرى فلاحظ اتحادهما ببطء ويعود الدم إلى شكله الطبيعي كما كانت الخلايا والبلازما يتبعان لشخص واحد[25]، وأن الاتحاد لا يتم وينتج عن ذلك تجلط الدم وبناءا على ذلك وجد العالم لاند ستابير أنه يصنف دم الإنسان إلى أربعة فصائل

رئيسية يرمز لها كما يلي: O.AB.B.A وتشبه فصائل الدم بصمات الأصابع فهي غير قابلة للتغيير منذ الولادة حتى الموت.

إضافة إلى نظام RH فثبت علميا وجود مولدات الضد في خلايا الحمراء بنسبة 80% من البشر وهي ذات 06 نماذج e,d,c,e,D,C الثلاثة الأولى سائدة والثلاثة الأخيرة متنحية.

ويساعد عامل RH في النزاع حول الأبوة، فإذا كان الوالدين سلبيين فإن لطفل لا يكون إيجابيا أبدا.

أما نظام MN: إن مولدات B,A موجودة في كريات الدم الحمراء في الوقت نفسه فإن الأجسام المضادة ألفا وبيتا موجودة في المصل، إن مولدات الضد MN موجودة في كريات الدم الحمراء مع عدم وجود أجسام

---

[23]- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1 الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 2001، الجزائر، ص 299.

[24]- المادة 40 ف 02 من قانون الأسرة: "يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب."

[25]- جلال الجابري، الطب الشرعي والسموم، الطبعة الأولى/ الإصدار الأول 2002، الدار الدولية للنشر والتوزيع، عمان، ص 186.

مضادة مطابقة في المصل، وبالتالي فإن واحدا أو كل مولدات الضد يجب أن يكون موجودا في كريات الدم الحمراء، وهذا يساعد في التفريق بين شخصين من نفس مجموعة ABO

مثال: إذا كانت الأم (+m.+n)، الابن (+m.-n) والأب المفترض على N^+ من أمه وبالتالي M^- من أبيه.

ونظام HLA: علم المناعة له اهتمام بدراسة كل الآليات التي تمكن الجسم من تمييز كل ما هو ذاتي والحفاظ عليه، وغير ذاتي للتخلص منه كالجراثيم والأعضاء والأنسجة الأجنبية عن الجسم، والعامل المحدد لكل ما هو ذاتي هو الجينوم وهو يتكون من مورثات تتحكم في تركيب البروتينات[26]، والأبحاث أدت لاكتشاف بروتينات موجودة في غشاء السيتوبلازمي تتدخل في تحديد كل ما هو ذاتي وسميت بنظام HLA(Human Leulocyte antigeu) وكل إنسان يحصل على مركبين HLA مختلفين واحد من الأب والآخر من الأم، فهو يعطي له فعالية في مجال النسب إما نفيا أو إثباتا.

الفرع الثاني: هل فحص فصائل الدم دليل مؤكد للنفي أو للإثبات؟

يرث الإنسان صفاته من أبيه وأمه مناصفة سواء كان دم الأبوين من نفس الفصيلة أو من فصيلتين مختلفتين، أما عند توافق الفصائل بين الطفل ومدعيه، فهذا ليس قطعيا في إثبات نسبه لأن فصيلة واحدة قد يشترط فيها أناس كثيرون من المحتمل أن يكون واحد منهم أبو الطفل[27].

ما يمكن استخلاصه أن وراثة فصائل الدم لا تعطي أكثر من 40% في مجال إثبات النسب، وتصلح كدليل لنفي النسب بنسبة 100% لذلك تصنف ضمن الطرق العلمية ذات الحجية الظنية وقد أفرز التطور التكنولوجي أكثر من 20 نظام لفحص الدم تعد بمثابة قرينة قاطنة في نفي النسب دون إثباته، والفضل للتقدم البيولوجي في مجال الوارثة فلم يعد فحص الدم مقتصرا على دوره التقليدي وهو كونه دليلا مؤكدا على نفي البنوة فقد أصبح له دور حديث إذ صار دليلا على إثبات البنوة وبطريقة لا تقبل الشك.

المطلب الثالث: نظام البصمة الوراثية

لقد شاع استعمال البصمة الوراثية في الدول الغربية وقبلت بها عدد من المحاكم الأوربية، وبدأ الاعتماد عليها مؤخرا في البلاد الإسلامية لذلك يجدر بنا معرفة حقيقة البصمة الوراثية، وتبيان الشروط والضوابط الشرعية لتكون قرينة لإثبات النسب أنفيه.

الفرع الأول: العمل بالبصمة الوراثية وضوابطها

البصمة لغة هي لفظ عامي يعني العلامة مشتقة من البصم، وهو ما بين طرف الخنصر إلى طرف البنصر وهي أثر الختم بالأصبع.

الوراثة هي علم يبحث في انتقال صفات الكائن الحي من جيل أو الأثر الذي ينتقل من الأصول إلى الفروع، أي هي المادة لحاملة للعوامل لوراثية والجينات في الكائنات الحية.

---

[26]- جلال الجابري، نفس المرجع، ص 188، 189

[27]- سولاف بومجان، إثبات النسب ونفيه، مذكرة تخرج لنيل إدارة المدرسة القضاة، الجزائر، دفعة 2008/2005، ص 39.

وقد عرفه المجمع الفقهي: "بأن البصمة الوراثية هي النسبة الجينية نسبة إلى الجينات أي المورثات التي تدل على هوية كل إنسان بعينه.

وتم اكتشافها من طرف البروفيسور إليك جفري سنة 1985 وهي تعتبر نواة الموجودة في كل خلية في جسم الإنسان ما عدا كريات الدم الحمراء مستودع المادة الوراثية موجودة على الكروموزنات أو الصبغات، وهي مختلفة من كائن إلى آخر وعددها عند الإنسان 46كروموزوم." [28]

ومما تقدم يمكن أن نقول بأنه قد أصبح الاعتماد على الشفرة الوراثية في مجال إثبات النسب ونفيه، يعتمد على أساس متين لا يتطرق إليه الشك وحتى تكون كذلك فلابد أن تتوافر فيها الشروط والضوابط العلمية ومن هذه الشروط:

* منع الدولة إجراء الفحص بالبصمة لوراثية إلا بطلب من القضاء وأن تكون المختبرات والمعامل تابعة للدولة وتحت رقابتها حتى لا يكون تلاعب ولا يكون النسب عرضة لضياع.

* أن تكون هذه المختبرات مزودة بأحسن الأجهزة ذات تقنية عالمية وعالية.

* أن يكون العاملون في هذه المختبرات من خبراء وفنيين ممن يتصفون بصفات الأمانة والخلق والعدل.

* أن يكون العاملون من أصحاب الخبرة العالية والمستوى الرفيع.

* تكوين لجنة خاصة بالبصمة الوراثية في كل دولة يشترط فيها المتخصصون والأطباء مهمتهم الإشراف على نتائج لبصمة الوراثية.

* شرط التعدد بين المؤيدين والمعارضين أي تعدد الخبراء الفنيين.

وقد طرح إشكال حول احتياج البصمة لوراثية إلى خبرا أو إلى خبير واحد فقط[29]، فظهرت آراء عديدة منها:

-هناك اشترط أن يكون العاملون على البصمة لوراثية أكثر من خبير قياس على الشهادة.

- وهناك من يرى جواز عمل الخبير الواحد قياسا على لقيافة.

- وهناك من أرجع مسألة تعدد الخبراء إلى القاضي، وهو رأي لراجح باعتبار القاضي سيد القضية والخبير الأعلى ومن أهم ضوابط البصمة الوراثية ما يلي:

- ألا تخالف نتائج البصمة الوراثية صدق لنصوص الشرعية الثابتة من الكتاب والسنة.

- أن يستعمل التحاليل الفنية للبصمة الوراثية في الحالات التي يجوز فيها التأكد من إثبات النسب لعدم ضياعه والمحافظة عليه:

---

[28]- إبراهيم بن ناصر الحمود، مقال حول البصمة الوراثية على الموقع www.islamtoday.Net.

[29]- من توصيات الحلقة النقاشية لمجمع الفقه الاسلامي بموقع : www. islam.net .com .

أ)-حالات التنازع على مجهول النسب بمختلف هو التنازع.

ب)- حالات الاشتباه في المواليد في المستشفيات ومراكز رعاية لطفولة ونحوها والاشتباه في أطفال الأنابيب.

ج)- حالات ضياع الأطفال واختلاطهم بسبب الحوادث والكوارث أو الحروب. [30]

يجب أن لا تخالف تحاليل البصمة لوراثية لعقل والمنطق والحس والواقع الأسباب الآتية:

*ثبوت الشهادة في القرآن والسنة والإجماع بحجتها والعمل عليها في قوله تعالى: (واستشهدوا شهيدين من رجالكم...) «البقرة الآية 282»

* لا ينبغي تعطيل النصوص الشرعية الصحيحة بمجرد بعض من الحالات حديث قد يشوبه الخطأ والتلاعب.

إضافة إلى ذلك فقد حدد بعض لعلماء هذا العصر بعض من لحالات التي تدخل فيها البصمة الوراثية مع الشهادة وهي:

- الحالة الأولى: حال التنازع على النسب اللقيط وكان لكل واحد منهما بينة تعارض بينة الآخر أو حالة المستلحقين للولد الذين لا بينة لهم فإن الفاصل في هذه الحالة هو البصمة الوراثية.
- الحالة الثانية: إذا ادعى شخص عنده بينة "أي شهود" نسب طفل عند آخر قد نسب إليه بلا بينة.

ومن المقرر شرعا بأن الإقرار أحد الطرق الشرعية لإثبات النسب بالإجماع[31] وقد أجمع الفقهاء على تقديمه على البصمة الوراثية، ومن تمة فلا مجال لها في بعض الحالات المتعلقة بإثبات النسب بالإقرار ومنها:

- الحالة الأولى: عند إقرار الرجل بنسب مجهول النسب وتحقق شروط الإقرار فيلحق به بالإجماع بمجرد الاستلحاق مع الإمكان، وهناك من يجيز الاحتكام إلى البصمة الوراثية، إذا كذب المقر له المقر، باعتبار النسب حق للولد وعلى الأب أن يثبته بأي دليل.
- الحالة الثانية: إقرار بعض الإخوة بالنسب لا يكون حجة على باقي الإخوة ولا يثبت به نسب وتقتصر آثاره على المقر في حدود نصيبه من الإرث لأن من الشروط للإقرار هو اتفاق جميع الورثة على الإقرار بالنسب[32]
- منع القطاع الخاص والشركات التجارية ذات المصالح من المتاجرة فيها وفرض لعقوبات الزاجرة والرادفة لكل من تسول له نفسه التلاعب بالجينات البشرية. [33]

---

[30]- من قرار مجمع الفقه الإسلامي في دورته 16.

[31]- ابن القيم الجوزية، الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية، دار الجيل، الطبعة1998، ص159 .

[32]- وهبة الزحيلي، البصمة الوراثية ومجالات الإستفادة منها، ص 13

[33]- من قرار مجمع الفقه الإسلامي في دورته 16.

الفرع الثاني: موقف البصمة الوراثية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب أو نفيه.

وجب توضيح موقف البصمة الوراثية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب المتمثلة في الفراش، الإقرار، البينة، ومدى تعارضها مع إجراء اللعان في نفي نسب الولد.

أولا: موقف البصمة الوراثية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب ونفيه.

أول ما نتطرق له هو موقف البصمة الوراثية من الفراش كما نعلم بأن الفراش يعتبر أقوى الأدلة، ولا يعلو عليه سوى اللعان غلا يلجأ- إلى البصمة الوراثية إلا عقد التنازع، وقد وضع الفقهاء بعض الحالات التي يرون جواز استعمال البصمة الوراثية أثناء قيام الفراش وهي:

*الحالة1: شك الزوج عند وضع زوجته هل توافرت أقل مدة الحمل وهي ستة اشهر أو أكثر ولم يستطع الجزم.

*الحالة2: حالة نسب الولد الناتج عن الوطء بالشبهة أو من نكاح الفاسد أو أن تتزوج المطلقة أو الأرملة قبل انقضاء عدتها.

*الحتالة 3: تتبع الحالة السابقة، عند تساوي البينات أو تعارضت الأدلة كالشهود وغيرهم. [34]

ومن جهة أخرى فإن اتجاه آخر من الفقهاء يقول بعدم جواز استعمال البصمة في فراش الزوجية.

أما فيما يخص موقف البصمة الوراثية من البينة فالشهادة تقدم على البصمة الوراثية عند التعارض في رأي أغلب الفقهاء المسلمين .

ثانيا: موقف البصمة الوراثية من اللعان لنفي النسب

اللعان حكم شرعي ثابت من الكتاب والسنة لدرء الحد عن الزواج لدى قدفه زوجته ولم تكن له بينة ولحماية وصيانة عرض الزوجة ومعرفة الزوجة هي الكاذبة أم الزوج ومعرفة هذا الأخير إن كان الولد ابنه أم لا، وبعد ظهور البصمة الوراثية أمكن معها تحليل الدم ومعرفة نسب لولد إن كان من صلب هذا الرجل أم لا؟[35]

ومن ثمة نطرح السؤال الآتي: هل يمكن أن ينفي النسب بالبصمة الوراثية دون اللعان؟

هناك اختلاف لفقهاء هذا العصر في صحة نفي النسب بالبصمة دون اللعان، ويمكننا حصر آرائهم على النحو التالي:

الفريق الأول: لا يمكن نفي النسب الشرعي المثبت بالفراش إلا باللعان فقط، وعدم جواز تقديم البصمة الوراثية على اللعان فهو موقف عامة الفقهاء المسلمين وهذا استنادا إلى قوله تعالى: (والذين يرمون المحصنات ولم يكن لهم شهدا إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربعة شهادات بالله أنه لمن الصادقين...) (النور الآية 6-9)

---

[34]- وهبة الزحيلي، البصمة الوراثية ومجالات الإستفادة منها، ص 15

[35]- أنظر.عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق. دار الحلدونية، الطبعة الأولى، 2007 ، ص49.

الفريق الثاني: يمكن الاستغناء عن اللعان والاكتفاء بنتيجة البصمة الوراثية لأن نتائجها يقينية، فإن أثبتت أن الولد ليس من الزوج ينتفي النسب بالبصمة الوراثية دون اللعان[36].

ويقول الدكتور يوسف القرضاوي أن البصمة الوراثية من قبيل الشهادة.

فلا خلاف بين الفقهاء في المسائل الآتية:

إذا لا عن الزوج ونفى نسب الطفل وجاءت النتيجة تؤكد قوله فإن النسب ينتفي ويفرق بين الزوجين.

إذا رضي الزوجان بإجراء البصمة قبل اللعان للتأكد وإزالة الشبهة فإن ذلك يجوز في حقهما واستحسن الفقهاء عرض ذلك على الزوجين قبل اللعان.

أما الرأي الراجح يمكن استنباطه من قاعدة: قطع النسب ليس من لزوم اللعان ومعناه أن البصمة الوراثية إذا جاءت مخالفة لقول الزوج فلا يلتفت لدعواه بنفي النسب وإن لاعن أو طلب اللعان وأن نسب الطفل يثبت للزوج وتجري عليه أحكام الولد.

المطلب الثالث: الطرق العلمية وحجيتها والعقبات المواجهة لها.

إن لجوء القاضي للطرق العلمية في مجال إثبات النسب أو نفيه وبعد من قبيل الخبرة الطبية التي يستعين بها لحل المسائل العالقة في إلحاق الأبناء بآبائهم.

الفرع الأول: حجية الطرق العلمية.

الطرق العلمية من حيث حجيتها تتفرع إلى نوعين ذات حجية مطلقة وأخرى ذات حجية نسبية.

الطرق العلمية ذات حجية مطلقة مثل نظام البصمة الوراثية ADN ونظام HLA وهما يتصفان بأنهما ذو دلالة قطعية في مجال النسب لانفراد كل شخص بنمط وراثي مميز، فاADN لشخصين يتشابه إلا مرة واحد كل 86 بليون حالة، فالدول الأوربية والو.م.أ تأخذ بها بأنها دليل وما يدعمها إمكانية أخذها من مخلفات آدمية سائلة، كالدم، اللعاب المني، أو أنسجة كالعظم، الشعر فهي تقاوم عوامل التعفن وعوامل المناخية. [37]

أما ذات الحجية النسبية كفحص الدم فهو لا يمكنه إعطاؤنا نتائج متطابقة إلا عند نفي النسب، فهي لا ترقى إلى دليل إثبات قطعي وذلك لتشابه فصائل الدم لدى كثير من الناس فهو ظني الدلالة.

البصمة الوراثية اعتبرها عنصر من العناصر التي للقاضي أن يجدها في ملفه، فيجد القاضي نفسه بين الشك والقطع في صحتها خلافا للطرق الشرعية، فإجراء هذه التحاليل يكون خارج المحكمة وبعيدا عن نظر القاضي، فقد تكون هناك تلاعبات في العينات أو أخطاء بشرية ترجع إلى القصور في الجوانب العلمية والفنية والجوانب الإجرائية القانونية، فأخذ هذه العينات حسب الأطباء البيولوجيون تكون عملية دقيقة جدا تحتاج دقة تستغرق مدة من الزمن إلى جانب الحرص على سلامتها من الشوائب. [38]

---

[36]- فتاوى الدكتور يوسف القرضاوي، حول أحقية أحد الزوجين في اللجوء إلى إستخدام البصمة الوراثية ، المنشورة في جريدة الأهرام العربي بتاريخ : 28 .04. 2006.

[37]- دكتور عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق، دار الخلدونية، الطبعة الأولى، الجزائر 2007، ص 49.

[38]- أبو الوفاء محمد ، مدى حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، ص692.

وهناك تطور في هذا المجال ألا وهو الاستنساخ البشري الذي هو صناعة لألوف من النسخ المتشابهة لها نفس الصفات الوراثية ونفس الADN، وهو توليد كائن حي أو أكثر إما بنقل النواة من خلية جسدية إلى بويضة منزوعة النواة وغما بتشطير بويضة مخصبة في مرحلة تسبق تمايز الأنسجة والأعضاء. [39]

فهي تجعل القاضي أمام تحديات لمعرفة الحقيقة فهي جعلت من هذه التحاليل البيولوجية فالبصمة الوراثية قرينة قوية أقوى من تحاليل فصائل الدم.

الفرع الثاني: العقبات المواجهة لها.

إن للطرق العلمية دور مهم في مجال إثبات النسب ونفيه ومع الأهمية البالغة هناك صعوبات تعرقل العمل بها منها مادية وأخرى قانونية.

فالصعوبات المادية فهي توجب وجود مخابر خاصة مجهزة بأجهزة خبراء وأخصائيين، ففي الجزائر هناك مخبر وحيد لـ ADN فله دور في المجال الجنائي،وله دور أيضا في مسائل إثبات النسب أو نفيه وهو موجود في الجزائر لعاصمة، فهو لا يكفي لتغطية التحاليل الجينية على المستوى الوطني.

أما الصعوبات القانونية ومنها الاتفاق الأخذ بالطرق العلمية مع المبادئ الشريعة الإسلامية وهو الفراش الذي لا تستطيع البصمة الوراثية اقتلاعه فهو ثابت بالكتاب والسنة لقوله صلى الله عليه وسلم:« الولد للفراش» إضافة للعان الذي جعلته الشريعة الطريق الوحيد لنفي النسب. [40]

فتحاليل الدم ومنها البصمة الوراثية لم يرد بشأنها شيء في الشريعة الإسلامية وتجاهلهم لقوله تعالى: (سنريهم آياتنا في الآفاق وفي أنفسهم حتى يتبين أنه الحق...) (فصلت الآية 53).

وبالعمل بالقافة في إثبات النسب بعلامات ظاهرة يعرفها القائف في حديث عائشة رضي الله عنها قالت: «دخل علي رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم مسرورا تبرق أسارير وجهه فقال " ألم تري أن مجززا المدلجي نظرا آنفا إلى زيد تبن الحارث وأسامة بن زيد وعليها قطيفة قد غطيا رؤوسهما وبدت أقدامهما فقال: إن هذه الأقدام بعضها من بعض...» (رواه البخاري)فسرور النبي عليه السلام دال على إقراره بالقيافة وهي مقارنة بالوقت الحالي بالخبرة الطبية.لا يجوز إجبار الخصم على تقديم دليل ضد نفسه لأن الخصم المكلف بالإثبات وجب عليه تقديم المستندات تؤيد صحة إدعائه، وإذا كانت في تقديم عينة من دمه أو خصلة من شعره أو عينة من سائله المنوي لفحصه من أجل إثبات النسب أو نفيه فائدة في إظهار الحقيقة فيجوز إلزام الشخص بتقديمها وذلك حسب قانون الإجراءات الجزائية.وقد أقرت عدة هيئات أو منظمات دولية كالأمم المتحدة ومؤتمراتها باتخاذ تدابير فعالة منها التشريعية لكفالة استخدام لتقدم العلمي والتكنولوجي في تأكيد حقوق الإنسان وحرياته.

فإلزام شخص للخضوع لتحليل البيولوجي لإثبات لنسب ونفيه فهو يعد مساس بحق الإنسان ي الحفاظ على أسراره وخصوصياته وهو مساس أيضا بسلامته الجسدية فهي مبدأ مضمون دستوريا حسب نص المادة 35 من دستور 1996 والمادة 34. [41]

---

[39]- عرفان بن سليم العشا حسونة ، جامع المهلكات من الكبائر و المحرمات ، دار الكتاب العلمية ، الطبعة 02، بيروت، 2006، ص 252.

[40] ابن القيم الجوزية، الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية، ص 164.

الفصل الثاني: التلقيح الاصطناعي

إن المحافظة على النسل مقصد من مقاصد الإسلام الضرورية، لذا شرع الله النكاح حتى يكون الاختلاط بالمباشرة بين الزوجين عن طريق الإخصاب الطبيعي، إلا انه في حالة تعذر إنجاب الأولاد بصورة طبيعية بسبب ضعف الخصوبة لدى احد الزوجين أو عقمه مما يحول دون إتمام الحمل أو ضعفه، فقد كشف العلم حديثا إمكانية الحمل بواسطة التلقيح الاصطناعي، كما ثار في الوقت الحاضر في شأن إنجاب الأولاد ما يسمى بأطفال الأنابيب. وقد نظمت الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية حالات اللجوء إلى هذه الوسائل العلمية والشروط المتطلبة لذلك.[42]

المبحث الأول: أحكام التلقيح الاصطناعي

سنبرز في هذا المبحث أحكام التلقيح بتبيان شرعيته والشروط الواجب توافرها واحترامها عند اللجوء إليه وسيضم هذا المبحث أربع مطالب يتعلق الأول بمفهومه والثاني شرعيته وشروطه في الفقه والثالث في القانون المقارن والرابع لموقف المشرع الجزائري.

المطلب الأول: مفهوم التلقيح الاصطناعي

نتطرق لتعريفه في الفرع الأول ولأساليبه المختلفة في الفرع الثاني .

الفرع الأول: تعريف التلقيح الاصطناعي

التلقيح الاصطناعي مشكلة شائكة،وخطيرة في آن واحد تهم الأسرة والمجتمع ككل في الصميم، ففي الميدان العملي قضت الإرادة الالاهية بان يخلق الإنسان من ماء دافق يخرج من بين الصلب والترائب، وطبيعي أن الولد يخلق من ماء الرجل الذي يصب في رحم المرأة فيختلط به اختلاطا.[43]

(من نطفة أمشاج). لهذا وذاك أمر الشارع بربط العلاقة بين الرجل والمرأة برابطة مقدسة هي رابطة القران فان كان كذلك فالولد شرعي .أما أن يخلق من ماء أي رجل يصب في رحم المرأة فذاك لم يقل به القانون الجزائري كما لم تأمر به الشريعة الإسلامية الغراء[44].

وتاريخيا أول ما ظهر التلقيح الاصطناعي كان في مجال الأشجار والحيوان وهذا مذكور في الآية الكريمة قال تعالى: "وأرسلنا الرياح لواقح فأنزلنا من السماء فأسقيناكموه وما أنتم له بخازنين."[45]. وهذا يتم للضرورة الطبيعية فمن النباتات مايجري تلقيحها تلقائيا[46].

---

[41] المادة 35 من دستور 1996: "يعاقب القانون عن المخالفات المرتكبة ضد حقوق وحريات وكل ما يمس سلامة الإنسان".
المادة 34 من دستور 1996 : "تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان، يحضر أي عنف بدني أو معنوي أو مساس بالكرامة".

[42] سولاف بومجان، إثبات النسب ونفيه وفقا لتعديلات قانون الأسرة، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاة، الدفعة 16 دفعة 2008/2005 الجزائر، ص14.

[43] أنظر : تشوار الجيلالي، الزواج و الطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر 2001، ص 92.

[44] أنظر : تشوار الجيلالي، نفس المرجع، ص 92.

[45] سورة الحجر، الآية 22.

أول من سجل تقرير رسميا عن التلقيح الاصطناعي هو العالم الايطالي اسبلانزاني Espallanzani الاخصائي بعلم الغرائز اذ هو أول من قام بحقن سائل منوي في رحم كلبة سنة 1780 وقد كللت التجربة بالنجاح .

وفي سنة1871 تم اجراء أول عملية على امرأة ونجحت هي الأخرى بينما يرى جانب من الفقه أن أول تلقيح بشري كان سنة 1799 من طرف العالم هنتر Hunter وتعلق الأمر حينها بزوجين عقيمين لوجود عاهة وراثية بالزوج، وقد تمت بمني هذا الاخير، اما أول تلقيح بواسطة الغير فكان لأول مرة سنة1844[47].

التلقيح لغة من اللقح وهو يعني لغة الحبل وهو اسم ما أخذ من الفحل ليدس في الاخر، والملاقيح: الأمهات وما في بطونها من الأجنة فهو اذن من اللقاح وأصله للابل ثم استعير في النساء فيقول؛ لقحت اذا حملت وأما معناه اصطلاحا (فهو نقل المواد المنوية صناعيا من الذكر الى المهبل الأنثوي.

وتعني إصطلاحا عملية إتخاذ خلية الذكر المنوية ببويضة الأنثى[48] ويقصد بها أيضا الإنجاب بغير تلاقي بين الزوجين إذ هو عبارة عن عملية أو وسيلة أو تقنية تساعد الزوجين على تحقيق رغبتهما في الإنجاب دون حصول أي إتصال جنسي بينهما .

ويتحقق ذلك عن طريق نقل الحيوانات المنوية من الزوج إلى العضو التناسلي للزوجة أو رحمها، كما قد يتحقق ذلك أيضا بزرع بويضة ملقحة في رحمها .

ويجب أن نميز بين التلقيح الإصطناعي والإستنساخ فرغم كونهما طريقين للإنجاب دون أي علاقة جنسية إضافة إلى إمكانية دخول عنصر أجنبي فيهما أو الإقتصار على الزوجين وأيضا إشتراطهما وجود بويضة أنثى فإنهما يختلفان في كون التلقيح يتطلب وجود حيوان ذكري إلى جانب البويضة الأنثوية في حين الإستنساخ لا يحتاج إليه بل يمكن الإستغناء عن وجود العنصر الذكري كليا إذ تقوم الخلية المأخوذة من الأنثى بدلا منه، كما يختلفان في كون الإستنساخ محرما بصفة مطلقة عكس التلقيح الإصطناعي.[49]

الفرع الثاني: أساليب التلقيح الإصطناعي

عرفنا أن التلقيح الإصطناعي هو عملية يتم فيها تلقيح البويضات الأنثوية بالحيوانات المنوية الذكرية بغير الإتصال الجنسي بين الرجل والمرأة ،وفي هذاالصدد وبالنظر إلى أن الإنجاب هو هدف منوط بالمتزوجين من جهة، لإختلاف الحالات المرضية المسببة للعقم من جهة أخرى فإن أساليب التلقيح الإصطناعي كما يلي:

1ـ التلقيح داخل الجسم أو الإستدخال: ويتضمن هذا النوع من التلقيح أسلوبين أو حالتين هما :

---

[46] أنظر : عامر أحمد القيسي، مشكلات المسؤولية الطبية المترتبة على التلقيح الاصطناعي، الدار العلمية ودار الثقافة الطبعة الأولى، الإصدار الأول عام 2001 الأردن، ص 17.

[47] أنظر : تشوار الجيلالي، نفس المرجع، ص 92.

[48] عامر أحمد القيسي، مشكلات المسؤولية الطبية المترتبة على التلقيح الاصطناعي، الدار العلمية ودار الثقافة الطبعة الأولى، الإصدار الأول عام 2001 الأردن، ص 12.

[49] العقبي أحمد، التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاة، الدفعة 16 دفعة 2008/2005 الجزائر، ص01

أ- الأسلوب الأول: يتم فيه أخذ الحيوانات المنوية للزوج وتحقن في الموضع المناسب من مهبل زوجته أو رحمها حتى تلتقي بعدها النطاف إلتقاء طبيعيا بالبويضة التي تفرزها إحدى مبايض الزوجة ويتم التلقيح بينهما كما في حالة الإتصال الجنسي الطبيعي[50].

ويعتبر هذا الأسلوب هو الحل والعلاج لما يكون العقم ويراد بالعقم الطبي فقدان القدرة على إحداث الحمل عند أحد الزوجين وذلك بعد مرور سنة واحدة إعتبارا من تاريخ الزواج من غير إستخدام موانع للحمل سواء كانت هذه الموانع طبيعية أم صناعيا وهو نوعان عقم أولي وعقم ثانوي[51].

ومن أسبابه مايلي:

- ضعف في عدد الحيامن أو من نشاط الحيامن .
- التهابات في الجهاز التناسلي سواءالذكري منها أما الأنثوي .
- ضعف في الهرمونات التناسلية سواء الذكري منها أم الأنثوي.
- وجود الأجسام المانعة المضادة للحيامن سواء في الذكر منها أم في الأنثى .
- ضعف في مبايض الأنثى .
- عدم إنتظام الدورة الشهرية أو فقدانها في الأنثى .
- عدم إنتاج الأنزيمات التناسلية في الحيامن .
- وجود تشوهات غير طبيعية في تركيب الحيامن أو البيوض .
- وجود تشوهات غير طبيعية في الرحم أوفي عنق الرحم أو المبايض.
- عدم إستجابة المستقبلات الهرمونية في الرحم أو المبيض للهرمونات التناسلية .
- عدم إستجابة المستقبلات في الخصية أو البربخ أو الغدد المساعدة .
- عدم كفاءة عامل الاتصال الجنسي .
- إنسداد الأنابيب الرحمية (قناتي فالوب) مما يؤدي الى منع نزول البويضة الى موقع الإخصاب .
- إنسداد قناة المني الذكرية أو قنوات البربخ.
- العقم ذو المنشأ النفسي .
- خلل كيماوي في إفرازات المهبل أو الرحم (حامضية المهبل أو عنق الرحم).

- خلل كيماوي في إفرازات الغدد التناسلية الذكرية أي حصول تغيرات في السائل القاعدي للسائل المنوي أو الضغط الأزموزي .
- عدم نزول الخصية في موعدها الطبيعي في كيس الصفن .

---

[50] العقبي أحمد، التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاة، الدفعة 16 دفعة 2008/2005 الجزائر، ص02

[51] عامر أحمد القيسي، مشكلات المسؤولية الطبية المترتبة على التلقيح الاصطناعي، الدار العلمية ودار الثقافة الطبعة الأولى، الإصدار الأول عام 2001 الأردن، ص 15-16.

-الإصابة بالنكاف والامراض الفيروسية البكترولوجية وغيرها من التي تؤثر على عمل الخصية خلال مرحلة الطفولة.

-عدم إنسجام فصائل الدم بين الزوج وزوجته.

- العقم مجهول السبب[52].

2-الاسلوب الثاني : وهي ماء رجل غريب عن المرأة اي أن تأخذ نطفة من رجل وتحقن في الموضع المناسب لزوجة رجل آخر، وبعدها يتم التلقيح داخليا بصفة طبيعية كما في الأسلوب الأول، وهذه الطريقة استخدمت قديما في مصر تعرف باسم "الصدفة " حيث تقوم إحدى النسوة بإحضار صدفة فيها مني قريب لها وبعدها يتم ادخاله في الجهاز التناسلي للمرأة والتي تكون زوجة لرجل آخر فتحمل الزوجة من هذا الأجنبي . ويندرج ضمن هذا الأسلوب ادخال ماء الزوج في رحم زوجته بعد انفصام عقد الزوجين ،ويتم اللجوء الى هذا الأسلوب في حالة عقم الزوج واستحالة انجابه .

2- التلقيح خارج الجسم (الإخصاب في الزجاج، طفل الأنابيب): نكون بصدد تلقيح خارج الجسد عند كل تلقيح لا يتم بالاسلوبين المذكورين سابقا أي لما لا يقتصر التلقيح على وضع الحيوانات المنوية في فرج أو رحم الزوجة، ويحتوي هذا النوع على خمسة اساليب تعتمد كلها على أخذ البويضة من المرأة عند خروجها من المبيض ثم توضع في طبق زجاجي يعرف بطبق بتري وليس في أنبوب اختيار رغم أن المصطلح الشائع هو أطفال الأنابيب ويوجد في الطبق مع البويضة فاذا ما لقحت تركت لتنقسم انقساماتها المتتالية خلال يومين أو ثلاثة أيام، وبعدها تعاد الى الرحم لتنمو نموا طبيعيا، وتولد بولادة طبيعية أو قيصرية. وفيما يخص الأساليب الخمسة للتلقيح خارج الجسم في :

- الأسلوب الأول: وهوان تأخذ الحيوانات المنوية من الزوج، والبويضة من مبيض زوجته، ويتم التلقيح في طبق الاختبار كما وضحنا سابقا. وفي الوقت المناسب تنتقل البويضة، فتعلق في جدارة ليبدأ الحمل ويستمر الى حين الولادة، ويلجأ إلى هذا الاسلوب عندما تكون الزوجة عاقرا بسبب انسداد قناة فالوب التي تصل الى المبيض والرحم[53].

وقد أجريت أول عملية بهذه الطريقة في 1977 لما أخذ الدكتور البريطاني "باتريك استبتو "بويضة الام "ليزلي براون" في 10 /11 /1977 ووضعها في الطبق الذي حضر فيه الدكتور البريطاني "روبرت ادواردز" وبعد أن قاما بتلقيح البويضة أعادها الدكتور استبتو الى رحم الأم"ليزلي" في 12 /11 / 1977. وفي 25 /07 /1978 ،ولدت ليزلي براون أول طفلة أنبوب في العالم سميت ب "لويز" فاتحة بذلك بابا جديدا في التناسل البشري بعد معاناة مع العقم الناتج عن انسداد قناة فالوب غير قابل للاصلاح جراحيا[54].

---

[52] مرجع سابق، ص 16.

[53] أنظر : عامر أحمد القيسي، المرجع السابق، ص 21.

[54] حسونة الدمشقي عرفان بن سليم العشا، التلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيب وغرس البشرية بين الطب والدين، المكتبة العصرية، بيروت، الطبعة الأولى 2001، ص 13-14.

ـ الأسلوب الثاني : يجري التلقيح بين نطفة الزوج وبويضة زوجته في طبق الاختبار "طبق بتري" ثم تزرع اللقيحة في رحم زوجته الثانية . ونكون بصدد هذه الحالة لما تكون الزوجة الأولى صاحبة البويضة منزوعة الرحم أو رحمها غير صالح للحمل .

ـ الأسلوب الثالث : أن يجري التلقيح في طبق الاختبار بين نطفة مأخوذة من الزوج، وبويضة مأخوذة من مبيض امرأة غريبة عنه (متبرعة) وبعد أن تلقح البويضة تزرع في رحم الزوجة.

يستعمل لما يكون مبيض الزوجة مستأصلا أو معطلا ولكن رحمها سليما قابلا للحمل وتغذية الجنين .

ـالأسلوب الرابع: أن يجري التلقيح بين نطفة رجل وبويضة امرأة ليست بزوجته (متبرعين) ثم تزرع اللقيحة في رحم امرأة أخرى متزوجة .

ويستعمل هذا الأسلوب لما تكون الزوجة عاقرا بسبب تعطل أو استئصال مبايضها لكن رحمها سليم وزوجها أيضا عقيم[55].

ـ الأسلوب الخامس : أن يجري تلقيح خارجي في طبق الاختبار بين ماء الزوج وبويضة زوجته ثم تزرع اللقيحة في رحم امرأة متطوعة للحمل وتعرف بالأم البديلة أو الأم الحاملة **La mère porteuse**. كما يعرف أيضا بالرحم الظئر وبالبطن المستأجرة فكلما مصطلحات لمدلول واحد . ونكون بصدد هذا الأسلوب لما يكون رحم الزوجة غير صالح للحمل أن ترفض الحمل حفاظا على رشاقة جسمها، وبالمقابل تكون الأم البديلة ترغب في الكسب أي تقوم بحمل اللقيحة في مقابل مادي يتفق عليه . وبما سبق نكون قد حددنا السبل السبع لإجراء التلقيح الاصطناعي بحالاته الداخلية والخارجية .

1ـ أن يؤخذ ماء الزوج ويحقن في الموضع المناسب من فرج أو رحم زوجته.

2ـ أن يؤخذ ماء رجل أجنبي ويحقن في الموضع المناسب من فرج أو رحم زوجة رجل آخر.

3ـ أن يؤخذ ماء الزوج وبويضة من زوجته ويتم التلقيح خارجيا ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة .

4ـ أن يؤخذ ماء الزوج وبويضة من زوجته ويتم التلقيح خارجيا ثم تزرع اللقيحة في رحم امرأة أخرى وقد تكون هذه الأخيرة زوجته أيضا.

5ـ أن يؤخذ ماء الزوج وبويضة امرأة أخرى ويتم التلقيح خارجيا ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة .

6 ـ أن يؤخذ ماء رجل أجنبي وبويضة الزوجة ويتم التلقيح خارجيا ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة .

7 ـ أن يؤخذ ماء رجل أجنبي وبويضة امرأة أجنبية ويتم التلقيح خارجيا ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة[56].

---

[55] العقبي أحمد، التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاة، الدفعة 16 دفعة 2008/2005 الجزائر، ص04

[56] عرفان بن سليم العشا حسونة، كتاب جامع المهلكات من الكبائر والمحرمات، دار الكتب العلمية، الطبعة 02، لبنان 2006، ص 251-252.

المطلب الثاني : شرعيته وشروطه في الفقه

إن الاكتشافات العلمية ومن بينها التلقيح الاصطناعي تتوصل أحيانا إلى أمور تثير اشكالات أخلاقية ودينية تصل إلى حد الجدال، وهنا يبرز دور الفقهاء كانوا فقهاء دين أو قانون الاسلاميين أو غيرهم من الديانات الأخرى لاسيما أنه في البلدان الإسلامية ومنها الجزائر فان كل ما هو يرتبط بالأسرة ما يضبطها هو من الشريعة الإسلامية حتى نصوص القانون الوضعي . لأن الشارع الحكيم هو من وضع أحكام الزواج والطلاق وتبعيتها، فالاسلام هو دين صالح لكل عصر لأنه وضع المبادئ الكبرى في شتى المجالات، واذا جاء العلم بأي شئ جديد فلا بد أن يكون له حكم في الشريعة الغراء . وهذا ما يقوم به الفقهاء بالقياس، الاستنباط وحتى الاجتهاد وسنتطرق الى موقف الفقه الاسلامي ثم الى موقف الفقه الغربي .

الفرع الأول: في الفقه الاسلامي

أورد الامام أحمد والمقدسي وبزار عن أنس رضي الله عنه قال :"قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:"لو أن الماء الذي يكون منه الولد أهرقته على صخرة لأخرج منها ولدا، وليخلقن الله تعالى نفسا هو خالقها ".

ولما كان العقم حالة مرضية فانه يستوجب علاج هذه الحالة وهذا العلاج يبدأ أولا بالمستحضرات الطبية الحديثة لتنشيط الأجهزة في كلا الزوجين ولمحاولة اسعافها لاتمام الاخصاب وتسهيل عملية جراحية أو غيرها من الوسائل التي ليست فيها المحذور الشرعي. فهو يعد من قبيل التداوي بل أن التداوي بغير المحرم جائز شرعا بل قد يكون واجبا اذا ترتب عليه حفظ النفس لأنها من الضرورات الخمسة[57].

وقد قال الله سبحانه وتعالى :"الذي خلقني فهو يهدين. والذي هو يطعمني ويسقين. وإذا مرضت فهو يشفين"[58].

بل إن السنة المطهرة قد أمرت الإنسان بالتداوي عندما يمرض سعيا وراء الشفاء .فعن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال :"ما أنزل الله داء إلا أنزل له شفاء"[59]. وعن أسامة بن شريك رضي الله عنه قال:أتيت النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه كأنما على رؤوسهم الطير فسلمت ثم قعدت فجاء الأعراب من ههنا فقالوا يا رسول الله أنتداوى ؟ قال :"تداووا فان الله لم يضع داء إلا وضع له دواء غير داء واحد الهرم"[60].

ويقول ابن قيم الجوزية "وفي هذه الأحاديث الصحيحة الأمر بالتداوي وانه لا يتنافى في التوكل كما لا ينافيه دفع داء الجوع والعطش والحر والبرد بأضدادها بل لا يتم حقيقة التوحيد الا بمباشرة الأسباب التي نصبها الله مقتضيات لمسبباتها قدرا وشرعا وان تعطيلها يقدح في نفس المتوكل كما يقدح في الأمر والحكمة، وبضعفه من حيث يظن معطلها أن تركها أقوى في المتوكل فان تركها عجزا ينافي التوكل الذي حقيقته اعتماد القلب على الله

---

[57] عامر أحمد القيسي، مشكلات المسؤولية الطبية المترتبة على التلقيح الاصطناعي، الدار العلمية ودار الثقافة الطبعة الأولى، الإصدار الأول عام 2001 الأردن، ص 29.

[58] سورة الشعراء، الآيات : 78-79-80.

[59] رواه البخاري ومسلم.

[60] رواه أصحاب السنن بسند صحيح.

في حصول ينفع العبد في دينه ودنياه ودفع ما يضره، ولا بدمن هذا الاعتماد من مباشرة الأسباب وإلا كان معطلا للحكمة والشرع فلا يجعل العبد عجزه توكلا ولا توكله عجزا." [61]

لفهم وتبيان أساس موقف فقهاء الشريعة الإسلامية لا بد من عرض الأحكام والمبادئ العامة التي تقوم عليها مسألة علاج المرأة على أساس أن العقم مرض والتلقيح الاصطناعي هو أحد علاجاته وهي :

1. انكشاف المرأة على غير زوجها أي على غير من يحل لها الاتصال جنسيا معه لا يجوز الا لغرض مشروع يبيح هذا الانكشاف .

2. علاج المرأة من مرض يؤذيها يعتبر غرضا مشروعا يبيح لها الانكشاف على غير زوجها لهذا العلاج وعندها لا يكون الانكشاف الا بقدر الضرورة .

3. كلما كان الانكشاف للمرأة مباحا لغرض مشروع وهو العلاج ،فيجب أن يكون المعالج امرأة مسلمة وإلا فامرأة غير مسلمة ،فطبيب مسلم ثقة[62].

وإذا لم يوجد فطبيب غير مسلم، ويجب احترام هذا الترتيب .

وقد ذهب مجلس المجمع الفقهي الإسلامي الذي عقد تحت إشراف المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بمكة المكرمة سنة 1985 بعد جمع معلومات دقيقة موثوق منها وتطبيق قواعد وأحكام الشريعة الإسلامية ومقاصدها ، إلى تحديد مشروعية كل أسلوب من الأساليب السبعة الممكنة في التلقيح الاصطناعي فانه هناك من الفقهاء من اكتفى بوضع القواعد أو الشروط المتطلبة لاستعمال هذه التقنية دون التفصيل في كل أسلوب وعليه فان مجلس المجمع الفقهي الإسلامي قال أنه :

1 ـالأسلوب الأول من التلقيح الداخلي (لما نطفة الزوج تحقن في الموضع المناسب من فرج أو رحم زوجته) وهو أسلوب جائز شرعا مع احترام المبادئ العامة والأحكام المذكورة وذلك بعد أن تثبت حاجة المرأة لهذه العملية لأجل الحمل .

2 ـ أن الأسلوب الأول من التلقيح الخارجي (نطفة الزوج ،بويضة الزوجة يتم التلقيح خارجيا تزرع اللقيحة في رحم الزوجة نفسها صاحبة البويضة) هو أسلوب مقبول مبدئيا وجائز في ذاته من وجهة نظر الشرعية لكنه غير سليم تماما من موجبات الشك فيما يستلزمها ويحيط به من ملابسات فينبغي أن لا يلجأ إليه إلا في حالات الضرورة القصوى وبتوفر الأحكام والمبادئ العامة .

3 ـ أن الأسلوب الثاني في التلقيح الخارجي (نطفة الزوج، بويضة الزوجة يتم التلقيح خارجيا ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة الأخرى أي الزوجة الثانية التي تتطوع لحمل اللقيحة عن ضرتها) فهو جائز عند الحاجة

---

[61] عامر أحمد القيسي، المرجع السابق، ص 29-30.

[62] العقبي أحمد، التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاة، الدفعة 16 دفعة 2008/2005 الجزائر، ص09

وتحترم المبادئ العامة مع العلم أن هذا الأسلوب لا يجري في البلدان الأجنبية التي يمنع نظامها تعدد الزوجات[63].

ويوصي مجلس المجمع الفقهي الإسلامي في الحالتين الجائزتين شرعا بالاحتياط والحذر تجنبا لاختلاط النطف أو اللقائح في أنابيب الاختبار .

وبالنسبة لإعادة اللقيحة إلى الزوجة الثانية فرغم القول بجوازها الا أنه تثار تساؤلات: ماذا لو حملت الزوجة الثانية فأصبح هناك توأم فكيف نفرق بين اللقيحة وبويضتها؟. وماذا لو ماتت اللقيحة وحملت هي من زوجها ؟. وقد اختلف الفقهاء حول من تكون الأم في هذه الحالة هل هي صاحبة البويضة أم من ولدت الجنين ؟.

أجاب المجمع الفقهي هذه الإشكالية عندما قال بصفة عامة "في الحالات الثلاث الجائزة شرعا فان نسب المولود يثبت بين الزوجين مصدر البذرتين ويتبع الميراث والحقوق الأخرى بثبوت النسب وغيره بين الولد ومن التحق نسبه به .أما الزوجة المتطوعة فتكون في حكم أم المرضعة لأنه اكتسب من جسمها وعضويتها أكثر مما يكتسب الرضيع من مرضعته في نصاب الرضاع الذي يحرم به ما يحرم من النسب ولكن لا توارث بينهم"[64].

بالنسبة لبعض الفقهاء من سلكوا وتبنوا نفس الموقف المجمع بأن قالوا أن الأم هي صاحبة البويضة، ومنهم من قال ان الأم من تلد، ففي الاسلام الأمهات ثلاث أنواع وهي : أمهات المؤمنين وهن زوجات النبي صلى الله عليه وسلم، الأم الحقيقية وهي من تضع المولود، الأم من الرضاع وهي من تتولى إرضاع الطفل .

ان الأم في التلقيح الاصطناعي في الحالات الجائزة شرعا هي التي ولدت استنادا إلى الحجج والآيات التالية : قوله غز وجل :"ان أمهاتهم الا اللائى ولدنهم ."[65] وقال أيضا: "لا تضار والدة بولدها"[66]. وقوله :"والوالدات يرضعن أولادهن"[67]. وقوله جل شأنه : حملته أمه كرها ووضعته كرها"[68].

وقال الشيخ بدر الدين المتولي عبد الباسط :"بلا شك فيه أن هذا الطفل ينسب إلى زوج صاحبة البويضة وضرتها التي حملت هذه البويضة الملقحة وهذا أمر واضح لقيـام

الفراش الزوجية"[69]. قوله تعالى "والله اخرجكم من بطون أمهاتكم لا تعلمون شيئا"[70]. وإلى جانب كل ذلك فالبويضة الملقحة نمت وتغذت بالدم التي حملتها وتحملت آلام الحمل والولادة فالأمومة أوسع علميا وشرعيا من

---

[63] حسونة الدمشقي عرفان بن سليم العشا، التلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيب وغرس البشرية بين الطب والدين، المكتبة العصرية، بيروت، الطبعة الأولى 2001، ص 08.

[64] بمعنى ان تلده الأم البديلة ويكون في حكم إبنها ويحرم عليه ما يحرم على إبنها من زوجها لكن لا يتوارثان.

[65] سورة المجادلة، الآية 02.

[66] سورة البقرة، الآية 233.

[67] سورة البقرة، الآية 233.

[68] سورة الأحقاف، الآية 15.

[69] العقبي أحمد، التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاة، الدفعة 16 دفعة 2008/2005 الجزائر، ص12

العوامل الوراثية البحتة. وبالنسبة لتقنية الأم البديلة والرحم الظئر فقد قالوا بحرمتها باستثناء الزوجة الثانية[71].

ومن شروط التلقيح الاصطناعي بصفة عامة هي ثلاثة كما يلي :

الشرط الأول : ألا يتم التلقيح الاصطناعي إلا إذا دعت إليه داعية:

إن الإسلام دين يسر وليس دين عسر إذ أنه رغم وضع محرمات إلا أنه يبيحها أحيانا "فالضرورات تبيح المحظورات".

ولا ريب أن لهذا الشرط حكمته إذ يعتبر اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي أمرا في حد ذاته لا يتفق مع الأحكام الشرعية العامة، لذلك فالأمر مرهون هنا بالضرورة أي لا يلجأ إلى هذه الوسيلة إلا عند الضرورة القصوى، إلا إذا استحال على المرأة أن تحمل من المرافقة الطبيعية لأن الأمور تعلل بمصالحها .

وتفسيرا لذلك فقد أسس الفقه الإسلامي عله التحريم على قوله تعالى :"قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم ويحفظوا فروجهم، ذلك أزكى لهم، ان الله خبير بما يصنعون وقل للمؤمنات يغضن من أبصارهن ويحفظن فروجهن ولا يبدين زينتهن إلا ما ظهر منها[72]".

هل تحفظ المرأة فرجها كما نصت الآية ،عندما يقوم الطبيب المختص بإجراء هذه العملية من غير حاجة .فالإجابة التي لا يمكن أن تكون إلا بالنفي في هذه الحالة تقضي أساسا بأنه في غياب هده الحاجة فأي عمل يتنافى مع حفظ العضو فهو إعتداء وتجاوز على الحدود الشرعية.

وبذلك يمكن القول أن الفقه الإسلامي لم يفتح الباب على مصرعيه كما فعله المشرعون الغربيون، بل أنه أخرج من إختيار هده الوسيلة من بادئ الأمر من الأحكام التي أوردها في هدا الشأن وجعلهم بمثابة إستثناء يرد على القاعدة العامة.[73]

الشروط 2:ألا يخص لهده العملية إلا الزواجان

يشترط الفقه الإسلامي أن يكون كل من الرجل والمرأة،محل تلقيح مرتبطين برباط القران إذ لايجوز التلقيح بين شخصين أجنبيين بعضهما البعض، وهدا الشرط مفهوم بل يعتبر ضروريا إذ يدل على جدية الزوجين في الإنجاب والحصول على الدرية، وعلى أنهما لجأ إلى هذه الوسيلة إلا لمجرد أن يتحقق بها غرض من أغراض الزواج وهو التناسل، ألم يقل عليه السلام"تزوجوا الودود الولود فإني مكاثر بكم الأنبياء يوم القيامة"[74].

---

[70] سورة النحل، الآية 78.

[71] حسونة الدمشقي عرفان بن سليم العشا، التلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيب وغرس البشرية بين الطب والدين، المكتبة العصرية، بيروت، الطبعة الأولى 2001، ص 28.

[72] سورة النور، الآيتين 30-31.

[73] تشوار الجبلالي، الزواج والطلاق إتجاه الإكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2001 ص98-99

[74] رواه الإمام أحمد عن أنس.

الشروط 3: أن يتم التلقيح المرأة بماء زوجها

وتخص عملية التلقيح إلى القاعدة الشهيرة التي تحكم مسائل النسب على العموم والتي تقول بأن"الولد للفراش والعاهر الحجز" والمراد أن الولد لصاحب الفراش كما جاء في لفظ البخاري وهو الزواج وللعاهر وهو الزاني الرجم عقوبة على جريمته إذ كانت تستوجب الرجم.

والسبب في ثبوت النسب بالفراش هو أن عقد الزواج الصحيح يبيح العلاقة الجنسية بين الزوجين، ويجعل الزوجة مختصة بزوجها يتمتع بها وحده وليس لغيره أن يشاركه ذلك الإستمتاع، ولذلك لايجوز إجراء عملية التلقيح الصناعي لزوجة لقحت بماء رجل غيرزوجها، فمن اللازم دائما في مثل هذه الحالة أن تلقح الزوجة بذات مني زوجها دون شك في إستبداله أو إختلاطه بمني غيره.

وفي هذا يقول الشيخ جاد الحق"فإذا كان تلقيح الزوجة من رجل اخر غير زوجها فهو محرم شرعا، ويكون في معنى الزنا ونتائجه، وكل طفل ناشئ بالطرق العلمية

المحرمة قطعا من التلقيح الصناعي لاينسب إلى الأب جبرا وإنما ينسب لمن حملت به ووضعته بإعتباره حالة ولادة طبيعية كولد الزنا الفعلي تماما"

وكما قد قرر مجتمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورته الثالثة"المنعقدة في عمان بين 11و16 أكتوبر 1986 بأنه"لاحرج من اللجوء عند الحاجة مع التأكيد على ضرورة أخد كل الإحتياطات اللازمة عن التلقيح الزوجة بذات مني زوجها دون شك في إختلاطه أو إستبداله..."[75]

ملاحظة: بالنسبة لعدم إمكانية التلقيح بعد الوفاة فقد يظهر هدا الشرط لامعنى له لكن التقدم العلمي توصل إلى تجميد مني الأزواج وذلك بإيداعها في بنوك المني أين يمكن للزوجة المطالبة به وتحمل من زوجها رغم وفاته أو طلاقها فهذا لايمكن إطلاقا في الدول الإسلامية.

الفرع 2: في الفقه الغربي

حسب الطبيعة لا يمكن للمرأة أن تحمل إلا بوسيلة طبيعية المتمثلة في العلاقة الجنسية بين الزوجين ولكن عدم قدرتهما تحول دون هدا الإنجاب ولعدم توليد الإنشقاق والخصام، فنجد الديانات الأخرى تعتبر التلقيح الإصطناعي أمرا مباحا وهناك من قيدته بشروط أخرى فنجد أحد فقهاء الديانة اليهودية يقول"أنه لا يمكن في هذا الإطار قبول إلا التلقيح بين شخصين، رجل وإمرأة، يجمعهما عقد لإجراء التلقيح الإصطناعي وهي:

أ-أن يتم بين شخصين رجل وإمرأة لا يخفي على أنه في عدة دول غربية زواج شخصين من نفس الجنس هو الجنس هو أمر مباح وبالتالي فالشريعة اليهودية لاتجبز اللجوء إلى التلقيح الإصطناعي لإنجاب الأولاد في الزواج بين رجلين أو إمرأتين طالما هناك إستجابة للحمل والإنجاب بالطريق الطبيعي.

---

[75]- تشوار الجبلالي، المرجع السابق، ص 103-104.

ب-أن يجمعهما عقد زواج شرعي:فهي لاتكفي بشرط المعايشة والمساكنة معا دون أي رابط شرعي والتي نسبتها في الدول الغربية تفوق بكثير علاقات الزواج.

أما فقهاء الديانات المسيحية فقد ثار جدال أو شرعيته من الناحية الدينية فمنهم من قال بأن ليس هناك ما يبرر اللجوء إلى هذه الوسيلة بحجة أننا لانحترم بتاتا الطبيعة في حالة ما إذا لقحت المرأة بماء زوجها، ويرى الجانب الآخر من الفقه عدم إحترام الطبيعة هي غير مقنعة فالهدف من هذه التقنية هو مساعدة الطبيعة وليس القضاء على أحكامها[76] . لكن المتفق، عليه أن هذه التقنية ظهرت في الغرب، وعرفت وإنتشرت فيه أكثر من أي مكان أخر، وبغض النظر عن كل الإختلافات فإن كل من الديانة المسيحية واليهودية أقرتا بمشروعية التلقيح الإصطناعي، وضبطته بشروط لكن وجدت نقطة جدلية أخرى وليدة هذه التقنية إستولت على الحيز الأكبر من النقاشات والإنتقادات ومحاولات إيجاد التبريرات لإباحتها أكثر من التلقيح الإصطناعي في حد ذاته وتتمثل هده المسألة في اللجوء إلى الأم البديلة أو الحمالة.

فقد كانت في الجاهلية المرأة في منزلة منحطة إذ لم يكن هناك ما يحفظها وكرامتها وكأن المرأة ورحمها سلعة ينتفع بها حيث وجد أنذاك أنواع من النكاح الجماعي كنكاح الرهط[77] ونكاح القافة[78]، ونكاح الإستبضاع[79].

أضيفت إليها إكتشافات العصر تقنية الأم البديلة أو الحمالة كما يعبر عنها بالرحم الضئر أو إستئجار البطون فيتم الحمل الجنين من إمرأة أجنبية عن الزوجين لما يكون رحم المرأة مستأصل أوغير صالح للحمل، وفي بعض الحالات لما تفرض الزوجة الحمل حفاضا على رشاقتها.

ومن أهم المشاكل التي تواجه هذه التقنية هو لما تقرر مؤجرة البطن الإحتفاظ بالطفل أو أحيانا يكون الطفل هو إبن زوج مؤجرة البطن وفي حالة أخرى الأم البديلة والزوجين

يرفضون أخذ الطفل لأنه ولد مشوه إضافة إلى أن الكثير من الأمهات البديلات تلجأن لهذه التقنية ليس فضيلة منهن ورغبة في مساعدة العقيمات إنما لسبب الكسب والرزق أي يتاجرن بأجسادهن فهي ذات طابع تجاري كما في قضية بابي كوطو"balry cotton "التي وصلت إلى القضاء البريطاني نتيجة للمشاكل وقضي بوضع الطفل تحت الحراسة عدة أيام قبل أن يتسنى للزوجين أمريكيين طالبي الطفلة تسليمه وقد صرحت السيدة cotton أنها أرادت ترميم بيت عائلتها،وهذا ما حدث مع السيدة باميلا pamelaوهي أمريكية متزوجة وأم لطفل ،إضطرت لتأجير بطنها مقابل مبلغ معين قصد مزاولة دراستها الجامعية.

---

[76]تشوار الجيلالي، المرجع السابق،ص105.

[77]الرهط:يدخل فيه الرهط من الرجل وهم الدين تصل أعمارهم 10سنوات على المرأة ويجامعونها كلهم فإن حملت ووضعت أرسلت إليهم عندها و تلحق ولدها بمن شاء منهم دون أي إعتراض من أحد.

[78]يجتمع فيه عدة رجال ويدخلون على امراة واحدة وهي لاتمتنع عن أي شخص يأتيها هي من البغايا وكن ينصبن رايات على أبوابهن تكون علما فمن أرادهن دخل عليهن فإذا حملت ووضعت إجتمعوا عندها ودعوا القافة الذي هو خبير الوراثة عند العرب ثم ألحق ولدها بالذي يرون خالطته ودعى إبنه ولا يمتنع عن ذلك.

[79]يعتزل فيه الزوج زوجته حتى تطهر ثم يرسلها إلى رجل اخر لتجامعه إلى أن يتبين حملها منه، وهذا لصفة فيه كالرغبة في نجابة الولد أو شجاعته وبعدها تعود إلى زوجها وهو ما يعرف حاليا بشكل مغاير في بنوك المني التي تجمع مني العباقرة والأذكياء والأقوياء ويكتب على القارورة إسم مانحها لتوزع على النساء والأسر.

وفي فرنسا تم تأسيس جمعية الوطنية للتلقيح الإصطناعي قصد العمل على الاعتراف بالأمهات بالإنابة وهذا في جويلية 1983، وقد تأسست جمعية أخرى سنة 1984 سميت بجمعية القديسة سارة"saint sarab "غرضها جمع النساء العاقرات الراضيات بهذه التقنية للحصول على الطفل.

وفي سنة 1985 نشأت جمعية أمهات الإستقبال لكن أغلب السلطات الغربية دعت إلى الإعراض عن فكرة الأم البديلة كبريطانيا وألمانيا وإعتبرتها مخلة بالأخلاق، في حين وجد فقهاء فرنسيون من الأمر بإصدار قانون يمنع اللجوء إلى هذه الوسيلة، كما وجد من دافع عنها وقدم كلا منهم حججا عن وجهة نظرة.[80]

أ-حجج الرافضون للأم البديلة أوالحمالة:أغلبية الفقهاء يرفضون للأسباب التالية:

1-أن هذا العقد بسبب عدم مشروعيته محله وسببه يعد باطلا بطلانا مطلقا ولايترتب أية اثار.

2-طبقا للقواعد القانونية فإنه لايمكن لأي شخص أن يتنازل عن أي حق من حقوقه قبل إنشائه، بينما المرأة الحمالة تطبيقا لمكنيزمات هذا العقد تلتزم مسبقا بالتخلي عن أمومتها قبل وجود الطفل أي قبل بروز في الأمومة.

3-طبقا للمبادئ العامة تعتبر المتاجرة في الأشياء تصرف مباح، إلا أن الأعضاء التناسلية للمرأة الحمالة لايمكن في أي حال من الأحوال تكليفها بأشياء بل هي جزء لايتجزأ من جسم المرأة.

4-أن الفرق بينه وبين التبني هو أن اللجوء إلى الأم البديلة كأداة لإستلحاق الطفل محل العقد هنا ينسب الزوجين لاتتماشى قط مع الحكمة الدافعة إلى إنشاء نظام التبني.

جاء نظام الأمومة بالإنابة لحل مشكلة ناتجة عن إتفاق، فأساس ترك الطفل بعد الولادة هو الإتفاق، فهذا النظام يحل مشكلة لا وجود لها ثم حاول حلها. إن التبني يمنح للأم مهلة في التراجع عن قرارها استرجاع طفلها بكل حرية ودون متابعة أي إجراء من الإجراءات وينقضي حقها هذا بإنقضاء المدة لكن في حالة الأم البديلة فإن التبني يتم بدون ملاحظة أي مدة.

5-أن الزوجين لا يحترمان حقوق الطفل بمجرد منحه نسب كاذب من جهة الأم فالطفل يصبح كمجهول.[81]

ب- حجج المؤيدون للأم البديلة أو الحمالة: قلة من الفقهاء قالوا بها وقدما الجج التالية:

1- أن المبلغ المقدم من طرف الزوجين للأم بالإنابة ما هو إلا تعويضا مبعد تماما لفكرة المتاجرة الغير شرعية.

2- إن استئجار رحم المرأة الحمالة يجب تكييفه على أساس أنه التزام مماثل لذلك الالتزام الناتج عن الخطبة الذي ينتهي معه العنصر الجبري.

3- أن العقد لا يتم بين الزوجين والأم البديلة وإنما بين هذه الأخيرة والجمعية المختصة إذ أنه في كثير من الحالات لا يعرف بعضهما البعض وأنه ليس هناك في الميدان القانوني ما يمنع بأن يتم التلاقي الإرادتين بواسطة الغير لكن انتقد هذا الاتجاه كما يلي:

---

[80] العقبي أحمد، التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاة، الدفعة 16 دفعة 2008/2005 الجزائر، ص07

[81] بومجان سولاف، المرجع السابق ص31

أ)- محل العقد الخاص في هذه التقنية (تأجير البطون) محل غير مشروع فهي تحتوي في هذه العقود على شروط اعتدائية على الحرية الفردية مثل: التخلي عن الطفل بمجرد ولادته...

ب)- محل العقد هو غير مشروع لأن الطفل لا يمكن أن يكون محلا لعقد ما .

ج)- مخالفة الكثير من القواعد ة القانونية المتعلقة بالنظام العام الخاصة بحالة الأشخاص ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها كالالتزام أن تتم الولادة في السر.

د)- سبب العقد غير مشروع لأن الهدف هو الربح والكسب[82].

المطلب الثالث: شرعية وشروط التلقيح الاصطناعي في القانون الفرنسي والقانون الجزائري.

هناك تقارب بين كل من النظام القانوني الجزائري والنظام القانوني الفرنسي إضافة إلى كون هذا الأخير المنهل الذي استمد منه المشرع الجزائري معظم قوانينه وفي شتى المجالات فيمكننا تقسيم هذا المطلب إلى فرعين يضم موقف القانون الفرنسي والأخر موقف القانون الجزائري.

الفرع الأول: في القانون الفرنسي.

باستقرار القانون الفرنسي نجده ينص صراحة على أن العقم يمكن معالجته عن طريق المساعدة الطبية مع ترك أمر إجابة الطلب من عدمه إلى الأطباء الذين سيقومون بإجراء عملية التلقيح مع العلم أنه لا يجوز لهم الرفض إلا في الظروف الاستثنائية كقدرة الزوجة على الحمل بالطريقة الطبيعية.

وبالنسبة لغير المتزوجين فإن القانون الفرنسي قد ترك الباب مفتوحا أمامهم للجوء إلى المساعدة الطبية للحمل لكن ضبطها بشرط وهي أن يثبتا أنهما يقيمان معا مدة سنتين على الأقل، لكنه لم يحدد كيف يتم إثبات ذلك، فتدخل الفقه الفرنسي وقال أن الإثبات يتم على أساس المادة 372 من القانون المدني الفرنسي التي تنص " تثبت المعاشرة الحرة بواسطة عقد يمنحه قاضي الشؤون العائلية"[83]. كما اشترط المشرع الفرنسي أن يكون كلا الزوجين على قيد الحياة وهذا يستلزم عدم جواز إجراء التلقيح الاصطناعي للمرأة إذا كانت علاقتها قد انفكت.

وعلى أساسه أصدرت محكمة تولوز بتاريخ 1989/11/20 حكما يقضي أنه لا يمكن أن يسلم مني الزوج بعد وفاته لزوجته لتلقح به، ويفهم من كل ما سبق إن المشرع الفرنسي رفض تلقيح المرأة العزباء رغبة منه في رعاية مصلحة الأطفال وعدم استغلالهم، كما منع منعا باتا اجراء عملية التلقيح الاصطناعي على زوجين من نفس الجنسين (إمرأتين أو رجلين) بل حتى عل الأشخاص الذين يقومون بتغيير جنسهم ما دام لم يتعرف قضائيا بحالتهم ليكون بذلك وبطريق غير مباشرة ميز بين العلاقات الشرعية والغير شرعية.

وبصفة عامة فانه يختلف أحكام التشريعات الغربية في تنظيم التلقيح المرأة المتزوجة بغير ماء زوجها، فمنها تعمل بمبدأ وحدة النسب في العائلة على إطلاقه أي بدون التفرقة بين التلقيح التام بين الزوجين، وبين الذي تم إجراؤه بين أحد الزوجين والغير وعليه يثبت للطفل نسب والده بحكم القانون وبدون الحاجة إلى اتخاذ أي

---

[82] أنظر أسود محمد الأمين، إثبات النسب ونفيه، مذكرة تخرج لنيل شهادة ليسانس، سنة 2009/2008، الجزائر، ص 52.

[83] القانون المدني الفرنسي 2002، ص 397.

إجراء كان أي أنه يثبت نسب الطفل لأمه البيولوجية (التي ولدته) وزوجها مما يفهم إنه إذا لم يوافق الزوج فهناك إشكالات تطرح وقد تؤثر على إلحاق نسب الولد بالزوج.

وهناك من الدول من رفضت ترتيب هذا الأثر مباشرة بل استوجب توفر شروط كما هو الحال في القانون الفرنسي إذ يشترط في التلقيح الذي يتم بين رجل وامرأة لا يجمعهما عقد الزواج لا يتم في سرية تامة مانعا بذلك معرفة أطراف التلقيح بعضهم بعضا حسب المادة 16 مكرر 08 من القانون المدني الفرنسي[84]. وقد تم التأكيد عليها في نفس المادة 152 فقرة 05 من قانون الصحة الفرنسي.

وبالنسبة لتقنية استئجار البطون أو الأم البديلة فإنه قبل سنة 1994 لم يكن في القانون الفرنسي حكم خاص بها، أما بعدها فقد وضع نص أكد موقف محكمة النقض الفرنسية وهو نص المادة 7/16 من القانون المدني الفرنسي : "كل اتفاق يتعلق بالحمل والإنجاب لفائدة الغير يعد باطلا."

ونصت المادة 227 مكرر 12 من قانون العقوبات على أنه " يعاقب بالحبس لمدة سنة وبغرامة مالية مقدرة بـ 100.000.00 فرنك فرنسي وكل وساطة بين شخصين أو زوجين راغبين في استقبال طفل وامرأة توافق على الحمل هذا الطفل لتسليمه لهما عند الولادة..."[85]

<u>الفرع الثاني: في القانون الجزائري</u>

لقد اعترف المشرع الجزائري بالتلقيح الجزائري الاصطناعي كتقنية طبية حديثة للإنجاب بالتعديل الحاصل في 2005/02/27 بموجب الأمر رقم 02/05، والذي أحدث قفزة ونوعية في موقف المشرع الجزائري مقارنة بما كان عليه قبل هذا الأمر ولهذا سنتطرق لموقفه قبل التعديل وبعده.

<u>أولا: موقفه قبل الأمر02/05</u>

مسألة التلقيح الاصطناعي تخص إنجاب الأولاد وله صلة وثيقة بمسألة النسب، وبالعودة لنصوص القانون الستة المنظمة للنسب في قانون الأسرة الجزائري فالمادة 40 تنص فقرتها الأولى: " يثبت بالزواج الصحيح أو بالإقرار أوبالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32، 33، 34 من هذا القانون. "

و نص المادة 41 " ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق الشرعية. "

و نجد المشرع في نصي المادتين قد حصر ثبوت النسب في علاقة الزوجية ولم يكتفي بالعلاقة الزوجية التي تكون على أساس صحيح إنما يثبته على أساس نكاح الشبهة وكل زواج تم فسخه بعد الدخول لسبب من الأسباب المقررة شرعا وقانونا[86].

في حين خص ثبوت النسب من جهة بنص المادة 41 واضحا ثلاث شروط له كما يلي:

---

[84] المرجع السابق ص 60.

[85] أي أن القانون الفرنسي لم يكتف بجعل الاتفاق مع الأم البديلة باطلا بل جرم الوساطة بين كل من يرغب في الحصول على الطفل والمرأة أو البديلة وكان من باب أولى أن يجرم الاتفاق بين الطرفين المباشرين.

[86] أنظر اسود محمد الامين، مذكرة تخرج لنيل شهادة ليسانس سنة 2009/2008، الجزائري ص 53.

1- أن يكون الزواج شرعيا : أن يكون الزواج كامل الشروط والأركان.

حسب نص المادة 09 من قانون الأسرة[87] وعندها يعد الزواج صحيحا، فإذا جاءت الزوجة بولد في مدته لحق نسبه بزوجها تلقائيا من دون الحاجة إلى اعتراف أو بينة على هذا النسب وهذا للأخذ بالمبدأ الوارد في حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم: "الولد للفراش وللعاهر الحجر".

أما الزواج العرفي فالمشرع الجزائري يعترف بهذا الزواج كلما كان متوافر الأركان المنصوص عليها قانونا، فالمادة 22من قانون الأسرة تنص على أن الزواج يثبت بمستخرج من الحالة المدنية فجعل إمكانية لإثبات الزواج الغير مسجل بواسطة حكم صادر من الجهات القضائية المختصة فالزواج توافر على كامل الشروط والأركان فانه يترتب عليه كافة الآثار والحقوق ومنها إلحاق نسب الأولاد بأبيهم.

2- إمكانية الاتصال الجنسي بين الزوجين: لم يتعرض المشرع الجزائري إلى شرط وضعه الفقه قبل شرط إمكانية الاتصال ألا وهو شرط إمكان حمل الزوجة من زوجها ولا يقصدون العيوب بل يقصدون بلوغ الزوج فان كان الزوج صغيرا لا يتصور منه الحمل، فلا يثبت نسب الولد إن ولدت زوجته، فيرى الحنفية بالنسبة لسن المراهقة أنه هو بلوغ 12 سنة أما الحنابلة فوق 10 سنوات.

فالمشرع لم يتطرق لهذا الشرط لأنه حدد أهلية الزواج لكل من الرجل ب 21 سنة والمرأة ب 18 سنة، وفي حالة رغبتهم في الزواج بأقل من هذا السن فوجب استصدار إذن من رئيس المحكمة.

أما بالنسبة لشرط إمكانية الاتصال فلا يكفي وجود عقد زواج شرعي إذ لا بد من دخول واتصال جنسي، وعند استحالته فنسب الولد لا يلحق به[88].

وقد ظهر خلاف حول هذه الإمكانية هل الإمكانية العقلية كافية أم لا بد من وجود الإمكانية الفعلية ؟

انقسم الفقهاء فبالنسبة للإمام مالك والشافعي وابن حنبل فهم يشترطون الإمكان المادي لان الأحكام تبنى على الكثير الغالب وليس على القليل النادر فلو تزوج رجل امرأة وطلقها في مجلس العقد ثم أتت بولد بعد 06 أشهر أو أكثر فلا يثبت نسب المولود منه.

وإذا تم العقد بين زوجين غائبين بالوكالة فإذا ولدت الزوجة خلال الفترة المقررة قانونا فيثبت نسب المولود بالزواج وإن كان الاتصال بين الزوجين ممكنا بأن كانا يتلاقيان أما عند استحالة تلاقيهما كون كل واحد في بلد ولم يسافر أحدهما للأخر فإن نسب الولد لا يلحق بالزوج وهو ما تبناه المشرع الجزائري.

أما أنصار المذهب الحنفي فقالوا إن مجرد الفراش أي العقد كاف بإلحاق النسب لصاحب الفراش ولم يعقب الزواج دخول الزوجة وهذا حماية للولد من الضياع، وستر العرض ومنع مشكلة اللقطاء.

ونجد فقهاء آخرين ومن بينهم ابن تيمية ذهبوا إلى اشتراط الدخول المحقق فلا يثبت الفراش إلا بمعرفة الدخول الحقيقي على أساس ما قاله الإمام أحمد وحجته في ذلك أن العرف وأصل اللغة لا يعدون المرأة فراشا إلا بعد البناء بها.

---

[87] المادة 09 من قانون الاسرة: ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين.

[88] العقبي أحمد، التلقيح الاصطناعي في قانون الاسرة، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاة، المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 16، سنة 2006/2005، الجزائر ص 15-16.

ـ عدم نفي النسب بالطرق المشروعة:

إضافة لوجود زواج شرعي وإمكانية الاتصال الجنسي بين الزوجين فلا بد أن يكون الزوج قد لجأ لطرق المقررة شرعا وقانونا لنفي النسب.

وباستقرار قانون الأسرة في مجال نفي النسب، لا نجد نصا صريحا بالوسائل المستعملة فيه، إلا أن نص المادة 138 نصت على اللعان كسبب أو مانع من موانع الإرث ومنه يستنتج أن المشرع اعتد باللعان كطريق لنفي النسب، فالمحكمة العليا اعتبرته الوسيلة الوحيدة لنفي النسب وهو ما أنكره عليها رجال القانون على أساس المـادة 41.[89]

نصت على شروط ثبوت النسب من ضرورة وجود زواج شرعي إمكانية الاتصال بين الزوجين وعدم نفيه بالطرق الشرعية، وهي شروط مرتبطة ومكملة لبعضها وأي شرط يتخلف يترتب عليها عدم ثبوت النسب إعمالا بمفهوم المخالفة.

وبالنسبة للطرق العلمية الحديثة المعمول بها في هذا المجال، وهي فحص الدم وفحص الحمض النووي، فإن المشرع لم يتطرق لها وسكت عنها وقد اعتبرته المحكمة العليا سكوتا أي بمثابة رفض وهذا في قرارها الصادر في 1999/06/15 ملف رقم 222674 :..." ومتى تبين في قضية الحال أن قضاة المجلس لما قضوا بتأييد الحكم المستأنف القاضي بتعيين خبرة طبية قصد تحليل الدم للوصول إلى تحديد النسب خلافا لقواعد إثبات النسب المسطرة شرعا وقانونا طبقا لأحكام المادة 40 وما بعدها من قانون الأسرة فإنهم بقضائهم كما فعلوا تجاوزوا سلطتهم وعرضوا قرارهم بالنقض."

أما عند تطبيقنا لنص المادة 222 من قانون الأسرة[90] والتي تحيل إلى أحكام الشريعة الإسلامية في حالة عدم وجود نص فإن فقهاء الشريعة الإسلامية يجيزونها لإثبات النسب وليس لنفيه لأن النص القرآني فصل في ذلك باللعان.

ثانيا: موقفه بعد الأمر 05 – 02.

المشرع الجزائري أورد عبارة " أمكن الاتصال " في المادة 41 من قانون الأسرة وقد فسرها بعض رجال القانون على كون المشرع اشترط حدوث الاتصال الجنسي في حين أن المشرع أتى بها كطريقة من طرق استلحاق نسب الولد بأبيه، وهي لا تنفي وجود وسائل أخرى، فالوسائل الحديثة لحمل والفقه الإسلامي المعاصر لا يشترطان ضرورة الاتصال الجنسي حتى لا يستطيع الابن التمتع بنسب أبيه فالعبرة هي بحمل المرأة من مني زوجها بصرف النظر عن الطريقة التي تم بها الحمل والذي على أساسه أبيحت بعض أساليب التلقيح الاصطناعي الذي أجازه المشرع الجزائري صراحة بنص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة المستحدثة بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27.[91] ووضع لها إطار قانوني وضوابط تتماشى وأحكام الشريعة الإسلامية.

---

[89] المادة 41 من قانون الأسرة: " ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق رالمشروعة."

[90] المادة 222 من قانون الأسرة: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيها إلى أحكام الشريعة الإسلامية"

[91] قانون الأسرة الجزائري ص 17.

أ)- حكم اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي:

ورد في نص المادة 45 مكرر الفقرة الأولى لا يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي " ويمكن الفهم هو أن التلقيح الاصطناعي معترف به في القانون الجزائري المستمد لأحكامه من الشريعة الإسلامية وبالتالي فهو مباح، لكن بالاطلاع على سير هذه العملية في بعض الدول التي أخذت به فإن الفقرة تظهر قاصرة وتطرح عدة تساؤلات مثل: هل يمكن لأي زوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي دون إثبات الحالة المرضية ومحاولة العلاج أم فقط يجوز للأزواج الذين ثبت لديهم العقم نتيجة عيب سواء وجد عند الزوج أو الزوجة يمنع من تلاقي البويضات والحيوانات المنوية ؟ وهل يتم إجراؤه بمجرد تأمين المبلغ المطلوب والاتفاق مع الطبيب أو لا بد من إجراءات تتبع في ذلك كضرورة المرور على لجنة طبية الأمر الذي سيضمن حقوق المواطنين وتفادي التلاعب والنصب عليهم كما في حالة انعدام الحيوانات المنوية لدى الزوج تماما لا سيما أنهم ملزمون ببذل عناية لا بتحقيق نتائجه وهي الحصول على الحمل؟ هذا من جهة ومن جهة أخرى السهر على ضمان احترام الشروط الشرعية فلا تلقح المرأة بماء رجل أجنبي عنها.

ب)- شروط اللجوء إلى عملية التلقيح الاصطناعي: هي ثلاث حيث نصت المادة 45 مكرر كما يلي:

الشرط الأول: أن يكون الزواج شرعيا: أي أن يثبت الزواج الصحيح بين الزوجين ووجود عقد زواج يعطي العملية أساسها القانوني وهو ما يعرف بالزواج الشرعي لثبوت النسب[92].

وباستقرار نصوص قانون الأسرة الجزائري خاصة المادة 22 نجد أن الزواج الشرعي هو الزواج المسجل بالحالة المدنية ويثبت بمستخرج منها وإلى جانبه يعترف بالزواج العرفي لما كان يكون مكتمل الأركان والشروط والذي لا يمكن إثباته بحكم قضائي صادر من قسم شؤون الأسرة بالمحكمة.

وهل يمكن للزوجين والشهود الذين حضروا الزواج أم لا بد من تقديم الحكم لزواجهم العرفي؟ هي كلها تساؤلات لم يتطرق ولم يجب عنها المشرع الجزائري.

الشرط الثاني: أن يكون التلقيح برضا من الزوجين وأثناء حياتهما.

أ)- أن يكون التلقيح برضا الزوجين: يظهر هذا الشرط مبهما، لكن بوجود الشرط الثالث أي أن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما، فالمنطق يفرض اتفاق ورضا الزوجين على إجرائه لكن ما ذا لو حدثت حالة شاذة بحيث أنه تم تلقيح الزوجة غصبا عنها، وهنا نفرق بين حالتين: لو تم تلقيح الزوجة بماء زوجها دون رضاها والحالة التي لما تلقح بماء أجنبي عنها، ففي كلتا الحالتين المشرع لم يرتب صراحة الأثر على ذلك، كما أنه قد نكون أمام حالة تلقيح المرأة دون علم أو دون رضا زوجها وهنا يفترض أن يكون الماء من شخص أجنبي عنها لكن طالما أنه كما قلنا المشرع اشترط أن يكون التلقيح ببويضة الزوجة ومني الزوج دون غيرهما فماذا يقصد بشرط رضا الزوجين؟

---

[92] أسود محمد الأمين، إثبات النسب ونفيه، مذكرة تخرج لنيل شهادة ليسانس 2009/2008، الجزائر ص 51.

وأ حيانا رغم توفر رضا الزوجين بل وإصرارهما على ذلك فقد لا يسمح لهما بإجرائه وهو الأمر الذي ناقشه رجال القانون ويتعلق بإمكانية تلقيح في حالة الزوج المحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية لمدة طويلة، مدى الحياة أو أن يكون محكوم عليه بالإعدام ففي حين لا يمانع بعضهم من إجرائه في هذه الحالة على أساس[93] أن الأصل في العقوبة أنها لا تمتد إلى الحقوق الأخرى الخاصة بالمحكوم عليه ومنها حقه في الإنجاب وإلا فإن العقوبة تصبح تنطوي على سلب جديد للحرية والحقوق الفردية وهو ما يتعارض مع قاعدة شرعية الجرائم والعقوبات لا سيما أنه فعلا إذا طالت مدة العقوبة يتحمل معه فقدان المحكوم عليه هو أو زوجته القدرة الطبيعية على الإنجاب الذي هو من الحقوق الشخصية التي نصت عليه المواثيق الدولية بعد الدساتير والقوانين.

أما فئة أخرى من الفقهاء فيرون أن الحكم الجنائي الصادر في حق الزوج أو الزوجة يكون دليلا على فقد الأهلية لأداء دور الأب أو الأم حيث يعين قيما عليه لا سيما أن التلقيح الاصطناعي استثناء فلا يجدون التوسع فيه إلا بقدر ما ظهر مانع طبي[94].

ونجد فئة أخرى تستند إلى إمكانية التلقيح الاصطناعي في حالة الزوج أو الزوجة في السجن طالما أن هناك قوانين تسمح للسجين الاختلاء بزوجته منها: الأرجنتين والسعودية، فمن باب أولى السماح بإجراء التلقيح الاصطناعي خاصة لما تنفذ العقوبات في مؤسسات مغلقة يصعب على الزوجين المقابلة والخلوة.

ب)- أن يتم التلقيح أثناء حياتهما: هذا الشرط سابق لأوانه في الجزائر وكما يعرف في الدول المتقدمة ما يعرف ببنوك المني منها: الولايات المتحدة الأمريكية والتي يسمح بتلقيح الزوجة بمني زوجها بعد وفاته وقد ينجز عنها من فساد واختلاط في الأنساب وتحايل من جهة وهذا الأمر يثير إشكالات في النسب وحتى في الميراث.

وبما أن المشرع اشترط قيام الزوجة أثناء التلقيح من جهة ونص على الوفاة كطريقة انحلال الرابطة الزوجية من جهة أخرى فلا داعي لإعادة واشتراط أن يتم التلقيح أثناء حياتهما.

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

أجاز المشرع التلقيح الاصطناعي بالوسائل العلمية الحديثة باستعمال ماء الزوجين فقط حفاظا على حرمة النسب وشرعيته، والذي كان قد أفتى بجوازه الشيخ أحمد حماني عيه رحمة الله منذ 1973، ولم يكن منفردا برأيه ولا بفتواه إذا اعتمدت توصيات اللجنة الوطنية لمراجعة قانون اللجنة الوطنية لمراجعة قانون الأسرة على مبادئ الاجتهاد الجماعي لا سيما اجتهاد مجلس الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الثالث بعمان الأردن أيام: 11 – 16 أكتوبر 1986 بموجب قرار رقم 03/04/16 الذي قرر جواز التلقيح الاصطناعي شرعا نجد الأساليب المعترف بها من المشرع الجزائري وهي[95]:

- الصورة الأولى من التلقيح الداخلي : وهي أخذ مني الزوج وحقنه مباشرة في الموضع المناسب من فرج أو رحم الزوجة.

---

[93] العقبي أحمد، التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاة، المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 16، سنة 2006/2005، الجزائر ص 19- 20.

[94] العقبي أحمد، نفس المذكرة ص 20، 21.

[95] أسود محمد الأمين، إثبات النسب ونفيه، مذكرة تخرج لنيل شهادة ليسانس 2009/2008، الجزائر ص 52.

- الصورة الأولى من التلقيح الخارجي: وهي أخذ بويضة الزوجة وتلقيحها بمني زوجها في أنبوب اختبار(طبق بتري) وإعادة اللقيحة بعدها إلى رحم الزوجة صاحبة البويضة.

- الصورة الثانية من التلقيح الخارجي: وهي إجراء تلقيح خارجي بين بويضة الزوجة ومني زوجها ثم زرع اللقيحة في الرحم الزوجة الأخرى- ليس بصحابة البويضة – طالما أن هذه طريقة معترف بها شرعا من قبل الفقهاء.

ج)- الموانع عند اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي: تنص المادة 45 مكرر الفقرة الأخيرة من قانون الأسرة الجزائري على " لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة. "

هذا المنع هو في الحقيقة شرط آخر مكمل للشروط السابقة لأنه إذا اكتفينا بالشروط السابقة فيفهم ان المهم فقط هو أن يكون الزوجين هما مصدري البذرتين ولا يهم أين تزرع اللقيحة بعدها وهذا ما لا يتفق مع الأساليب الثلاثة التي أجازها فقهاء الشريعة الإسلامية هذا من جهة، و من جهة أخرى فهو منع صريح لبعض صور أو أساليب التلقيح الاصطناعي أي أن المشرع أعطى شروط عامة لإجراء التلقيح الاصطناعي وفي الفقرة الأخيرة أورد حكما لبعض أساليب التلقيح الذي هو في نفس الوقت شرطا مكملا للشروط الأخرى.

المشرع الجزائري منع اللجوء إلى الأم البديلة ولم يستثن الصورة الثانية من التلقيح الخارجي المذكورة – زرع اللقيحة في رحم الزوجة الثانية – رغم أن مجلس المجمع الفقهي الإسلامي وجل فقهاء الشريعة أجازوها شرعا، وحسب رأينا فإن المشرع الجزائري، وإدراكا لصعوبة تجسيد عملية التلقيح الاصطناعي في هذه الصورة، وللمخاطر والشكوك التي يكمن أن تشوب نسب الطفل من حيث أمه لم يقم بهذه الصورة واضعا إياها في حكم الأم البديلة[96].

[96] خلواتي صحراوي، طرق إثبات النسب بين الشريعة والقانون، مذكرة تخرج لنيل شهادة ليسانس، سنة 2007/2006، الجزائر ص 34- 35.

المبحث الثاني: التلقيح الاصطناعي وإشكالياته.

إن التلقيح الاصطناعي باعتباره طريق غير عادي للتناسل، وبروده في قانون الأسرة الجزائرية على الشكل الذي سبق ووضحناه فهو يثير عدة إشكالات وتساؤلات مختلفة من عدة جوانب مثلا قابليتها للخضوع للنصوص القانونية المختلفة سواء في قانون الأسرة في حد ذاته أو القوانين الأخرى لا سيما قانون العقوبات، وأحيانا يثير مسائل جديدة لم يسبق وأن نظمها لا القانون ولا التنظيم، ولا حتى الشريعة الإسلامية، وطالما أن قانون الأسرة الجزائري مستمد من الشريعة التي تعرف عدة آراء وفتاوى في مسألة معينة يستدعي أحيانا تدخل المشرع ليحدد موقفه منها[97].

وسنتطرق لمسألة النسب من حيث إثباته ونفيه (المطلب الأول) إمكانية التطليق لرفض إجراء هذا التلقيح (المطلب الثاني) قانون العقوبات في التلقيح الاصطناعي وما مصير الباقي من هذه العملية من بويضات ملقحة وأجنة مجمدة (في المطلب الثاني).

المطلب الأول: النسب في التلقيح الاصطناعي.

ونتناول فيه أولا طرق إثبات النسب (الفرع الأول) ثم ثانيا إلى الطرق المتاحة لنفيه شرعا وقانونا (الفرع الثاني).

الفرع الأول: إثبات نسب المولود من التلقيح الاصطناعي.

ينسب الجنين إلى أمه وأبيه بعد ولادته وهذا في إطار العلاقة الزوجية الصحيحة لمعاشرة الجنسية الطبيعية، لكن في التلقيح يمكن للزوجة أن تأتي بولد بغير هذه المعاشرة مما يثير الكثير من المشاكل في تحديد نسب المولود إلى والديه.

وبصفة عامة فإن المجتمع الفقهي الإسلامي قرر أن نسب المولود يثبت من الزوجين مصدري البذرتين ويتبع الميراث والحقوق الأخرى بثبوت النسب فحين نسب المولود من الرجل والمرأة يثبت الإرث وغيره من الأحكام ويحرم به ما يحرم.

أما الأساليب الأربعة الأخرى فجميعها محرمة في الشرع الإسلامي لا مجال لإباحة شيء منها لأن البذرتين الذكرية والأنثوية فيها ليستا من زوجين أو لأن المتطوعة بالحمل هي أجنبية عن الزوجين مصدر البذرتين في حين نجد مثلا القانون الانجليزي الصادر عام 1989 وكذا قانون الخصوبة البشرية والأجنة الصادر عام 1990 تحديد الأم بأنها هي التي تحمل الطفل كنتيجة زرع الجنين أو الحيوان المنوي أو البويضة فيها ومن ثم فإن صاحبة الرحم المؤجر هي الأم القانونية رغم عدم انتماء الطفل لها وراثيا، والأم الوراثية هي صاحبة البويضة لكن لا تعتبر قانونا الأم الحقيقية.

---

[97] العقبي أحمد، التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاة، المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 16، سنة 2008/2005، الجزائر ص23.

لكن هناك من الفقهاء من قال أنه حتى وإن لا يختلف اثنان في حرمة الأساليب الأربعة المتبقية إلا أنه إذا حدث ذلك فلا بد من تحديد نسب الجنين بعد ولادته[98].

وإعمال للقاعدة الأصلية فإن المولود هو لصاحب الفراش الصحيح إذ الفراش قرينة على أن الولد للزوجين وعليه فإن الزوج هو أب المولود قانونا باعتباره صاحب الفراش إذا أقره صراحة أو ضمنيا لمن سكت مع القول أن هذه القرينة ليست قطيعة كما اعتبر الفقهاء تلقيح امرأة غير متزوجة بنطفة متبرع بها هو بمثابة زنا لأنه لا يوجد أي رابط شرعي بين صاحبة البويضة وصاحب المني لذا فإن المولود ينسب للأم فقط، بالنسبة للتلقيح الاصطناعي بعد الوفاة فيرى الفقهاء أنه في حالة موافقة الزوج قبل وفاته بإجراء عملية التلقيح الاصطناعي لزوجته بعد وفاته ومات مصرا على ذلك فانه يكون للزوجة أن تستمر في إتمام إجراءات التلقيح الاصطناعي بمني زوجها دون الحاجة إلى رضا جديد من ورثة زوجها المتوفى فينسب المولود للزوج المتوفى ولا سبيل لاعتراض الورثة على ذلك،و إذا قام الزوج بإيداع مائه في أحد البنوك المخصصة لذلك قبل وفاته فذلك دليل قوي على اتجاه إرادته إلى الإنجاب من زوجته بعد وفاته ويعد هنا إقرار منه بنسب المولود إليه وذلك دون توقف على رضا الورثة[99].

إذا ما تمت مخالفة المنع الوارد في المادة 45 مكرر فقرة أخيرة بأن تم اللجوء إلى الأم البديلة فاختلفت الآراء فمنهم من قال بثبوت نسبه للأم الطبيعية أي التي حملته وولدته ذلك أن قبولها الحمل به هو إقرار ضمني بأمومتها له ويثبت له النسب بالولادة، وهناك من الفقهاء من قال أن النسب يثبت للأم صاحبة البويضة لأنه يأخذ جميع الصفات الوراثية منها والأم البديلة هي حاضنة تأخذ حكم من الرضاع، واتجاه أخير يرى أنه يثبت نسبه للأم التي حملت وولدت كونها هي المذكورة في القران الكريم وبتطبيق قاعدة الولد للفراش فإن النسب يثبت للأم بالولادة ولزوجها بالفراش[100].

<u>الفرع الثاني: نفي نسب المولود من التلقيح الاصطناعي</u>

تعتبر مسألة نفي النسب من المسائل الأكثر تعقيدا عند الممارسة القضائية حتى في ظل القانون الساري المفعول قبل تعديل 2005/02/27 لا سيما مع التناقض في قرارات المحكمة العليا حول نفي النسب ففي قرارات رفضت إثبات النسب لتخلف شرط من الشروط المذكورتين في المادتين 41 و42 من قانون الأسرة[101] لكنها بالمقابل ترفض نفي النسب على أساس تخلف أحدهما جاعلة من اللعان سبيل الوحيد لنفي النسب معتمدة بذلك رأي معظم الفقهاء في أن هذه المسألة قد فصل فيها القران الكريم ونص عن الملاعنة بين الزوجين.

---

[98] العقبي أحمد، نفس المذكرة ص24 .

[99] هذا ما أكدت عليه الندوة التحضيرية للمؤتمر الرابع عشر للجمعية الدولية لقانون العقوبات التي عقدت بألمانيا سنة 1987 على تحريم التلقيح بعد وفاة الزوج وفي حالة حدوث ذلك فلا يكون المولود ابنا شرعيا للمتوفى.

[100] أسود محمد الأمين، إثبات النسب ونفيه، مذكرة تخرج لنيل شهادة ليسانس 2009/2008، الجزائر ص 52.

[101] - المادة 41 من قانون الأسرة: "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق الشرعية".
- المادة 42 من قانون الأسرة: "أقل مدة الحمل ستة (6) أشهر وأقصاها عشرة (10) أشهر."

لكن هناك من الفقهاء من يرى أنه أثبت نسب المولود بالزواج مع توافر شروطه فلا يجوز نفي هذا النسب إلا عن طريق اللعان، أما إذا لم يستوف النسب بالزواج شروطه فحينئذ لا يعتبر النسب صحيحا كما لو ثبت عدم اللقاء بين الزوجين أو أثبت أحدهما استحالة إنجاب الآخر ولدا وحينئذ يجوز نفي نسبه لعدم تحقق شروط إثباته.

وفي جميع هذه الحالات لا يجوز أن يصدر عن الزوج دلالة على الاعتراف بالنسب لأنه يشترط لنفيه أن يكون عقب الولادة أو خلال فترة التهنئة أو حين العلم بها وألا يصدر

عنه أي شيء يدل على رضاه بالولد بل أن حتى سكوته خلال هذه الفترة يعتبر اعترافا بالولد، ومتى ثبت النسب فلا يجوز نفيه لأنه لا يقبل النفي بعد ثبوت النسب.

وتصبح المسألة أكثر تعقيدا مع التلقيح الإصطناعي إذ هي مسألة تقنية أكثر منها مادية فإذا كان بإمكان الزوج في حالة الطبيعية إثبات عدم المعاشرة مع الزوجة بسبب مرض عضوي مثبت طبيا أو لعدم وجودهما في نفس البلد وزواجهما تم بالوكالة فقط، وغيرها من الطرق كإنكار الولادة وعلمه بها ،فإنه لا يمكنه الإستناد إلى هذه الحجج المرتبطة إرتباطا وثيقا بالإتصال الجنسي الطبيعي على إعتبار أن التلقيح الإصطناعي هو إنجاب بغير تلاقي بين الزوجين، فهل يبقى السبيل الوحيد للزوج هو اللجوء إلى الوسائل العلمية الحديثة المتاحة لا سيما فحص الحمض النووي(adn) والذي له حجية مطلقة حسب العلماء؟. وهل أصلا يجوز له اللجوء إليه طالما أنه هناك من يرى أن صياغة المادة 40 من قانون الأسرة حسب التعديل الأخير[102]، يجوز اللجوء إلى الوسائل العلمية لإثبات النسب، تعني أننا نستعين بها النسب وليس لنفيه ،أم أنه يكفي للزوج أو ورثته أن ينفوا ويثبتوا عدم توفر شرط من الشروط المحددة في المادة 45 مكرر بأن يثبت الورثة أن زوجة المورث قد وضعت مولودها خارج المدة القانونية التي يستلحق فيها نسب المولود بعد وفات المورث إلى هذا الأخير. وهل نكتفي بهذا أم لا بد أن يثبتوا أن إجراءات التلقيح الإصطناعي قد بدأت قبل وفاته ؟.

إلى جانب الذين يرون طرق نفي النسب على اللعان، وجد من قال أن المشرع الجزائري فعلا لم ينص صراحة على الوسائل الحديثة المستعملة في نفي النسب كفحص الدم ، فحص الحمض النووي ADN أو ما يعرف بالبصمة الوراثية لكن يمكن أن يفهم من عموم عبارة بالطرق المشروعة .

الواردة في المادة 41 من قانون الأسرة أن المشرع لم يتعرض على هذه الوسائل الحديثة لنفي النسب إذ أن إستعمال الجمع ـالطرق ـ في هذه العبارة يقتضي أن المشرع

لم يقصر نفي نسب الطفل على اللعان فقط، بل بكل الوسائل الأخرى التي يمكن من خلالها للقاضي إبراز الحقيقة ولذلك إذ أثبت الزوج بمقتضى إحدى هذه الوسائل الحديثة أن الطفل لا يمكن أن ينسب إليه لإختلاف البصمات محل الفحص ويمثل هذا بعض الجوانب الإيجابية لإكتشافات الحديثة في العلوم البيولوجية التي تساعد على التفرقة بين الطفل الشرعي والطفل الغير الشرعي .

---

[102] - المادة 40 من قانون الأسرة: "يثبت النسب في الزواج الصحيح وبالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32-33-34 من هذا القانون" - وهذا التعديل كان بالأمر رقم 05-02 بتاريخ 18 محرم 1426 الموافق ل2005/02/27.

المطلب الثاني: إمكانية طلب التطليق لرفض إجراء التلقيح الإصطناعي

إذا كان للزوج حق إيقاع الطلاق في أي وقت شاء دون قيد أو شرط ،فإنه بالمقابل للزوجة حق طلب الخلع أو التطليق، وإذا أصبح الخلع بعد التعديل لا يخضع لشرط موافقة الزوج عليه فيكفي تحديد مقابل الخلع دون الحاجة إلى أي شرط اخر فإن التطليق قد قيده المشرع بضرورة إثبات حالة من الحالات المذكورة في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري في فقرتها الأخيرة[103] وهي محددة على سبيل المثال لا الحصر.

وسنتطرق لهذه الأسباب في الفرع الأول ،ثم الأسباب أو السبب الذي يمكن إدراج التلقيح الإصطناعي ضمنه في طلب التطليق في الفرع الثاني.

الفرع الأول : أسباب التطليق حسب نص المادة 53 من قانون الأسرة

جاء في نص المادة 53 من قانون الأسرة على الأسباب التي تجيز للزوجة طلب التطليق وذكرتها كما يلي:

1- عدم الانفاق بعد صدور الحكم بوجوبه مالم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78 و79 و80 من هذا القانون :

وهو شرط له صلة وثيقة بالجوانب المادية في علاقة الزواج، إذ أن من واجبات الزوج الإنفاق على زوجته التي تستحقها بالدخول بها وأحال المشرع إلى المواد 78، 79، 80 وتضمن ما يلي :

المادة 78 : وقد تولت تحديد النفقة وهي تشمل الغذاء والكسوة والعلاج، السكن وأجرته، وهو يعتبر من الضروريات وللقاضي السلطة التقديرية في تحديد ما يدخل في النفقة.

المادة 79 : وتنص على أنه يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروفغ المعيشة ولا يراج تقديره قبل مضي سنة من الحكم، وهو إعمال المبدأ الشرعي الوارد في القرآن الكريم: "لا يكلف الله نفسا إلا وسعها"[104].

المادة 80 : تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى وهذا تجنبا لتعسف الزوجة التي تتقاعس عن مطالبة بحقها في النفقة إلى غاية صيرورة المبالغ المطالب بها ضخمة يعجز الزوج عن تسديدها.

2- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج:

وتتمثل في الأمراض أو العلل الجنسية بالزوج التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج سواء كان هذا العيب به قبل العقد ولم تعلم به أم حدث بعد العقد والعيوب التي تصيب الرجال قد تكون جنسية تصيب الأعضاء التناسلية كالجب[105]، العنة[106]، والحضاء[107]، وقد تكون مرضية كالجنون، الجدام، والبرص، والأمراض المعدية الأخرى، والمشرع الجزائري لم يحصر هذه العيوب التي يمكن على إثرها للزوجة طلب التطليق لأن هذه الأمراض لا يمكن حصرها

---

[103] المادة 53 فقرة 10 : "كل ضرر معتبر شرعا".

[104] السورة البقرة الآية286.

[105]-الجب : هو استئصال عضو الذكورة أو عدم وجوده أصلا لدى الرجل .

[106]-العنة: هو ارتخاء عضو الذكورة وعدم القدرة على الاتصال الجنسي.

[107]الخصاء: هو نسبة إلى الخصيتين أي هو الإصابة أو إنعدام الخصيتين.

المشرع الجزائري لم يتطرق مطلقا أو يذهب إلى تحديد مهلة معينة تمنح للزوج المريض قصد العلاج، لذلك فإن المحكة العليا تنص في قراراتها على أنه لما تطلب الزوجة التطليق لوجود عيب بالزوج فإن على القاضي تأجيل الحكم بالتطليق إلى مدة معلومة –سنة كاملة-من أجل العلاج.

كما استقرت على أن تكون الزوجة أثناء تلك المدة بجانب زوجها وإذا لم تتحسن حالته المرضية بعد انتهاء المهلة يحكم بالتطليق.

3-الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر: وهو الامتناع عن قربان الزوجة عمدا، وترك فراش الزوجية دون أي سبب شرعي ولمدة تزيد عن 04 أشهر كاملة قصد الإضرار بها، وعندما يدخل الهجر في حقوق الزوج بأن يكون غرضه هو التأديب فلا يجوز طلب التطليق. ويثبت الهجر عمليا عن البينة أو باعتراف الزوج.

4-الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية:

المشروع الجزائري لم يحدد الجرائم الماسة بشرف الأسرة هل هي جرائم العرض بكل أنواعها فقط أم أي جريمة لاسيما أن مجرد ارتكاب الجريمة هو أمر يمس بسمعة وشرف الأسرة وهو لم يتبين معايير أو كيف يحدد القاضي استحالة المعاشرة والحياة الزوجية.

5- الحياة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة : وهي مستمدة من مذهب مالك واحمد دفعا للضرور عن المرأة والاستناد لهذا السبب للتطبيق لابد أن يطول غياب الزوج عنها لمدة سنة على الأقل وتحسب من تاريخ الغياب إلى يوم رفع الدعوى وان يكون هذا الغياب بدون عذر مقبول ودون أي سبب جدي أي يكون متعمدا ويقصد الإضرار بها إلى عدم ترك نفقة لها خلال مدة غيابه والغائب عرفه المشروع في المادة 110 من قانون الأسرة على أنه هو الذي منعته ظروف قاهرة من الجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير

6-مخالفة الأحكام الواردة في المادة08 من قانون الأسرة : وهي تتعلق بتعدد الزوجات حيث سمح المشرع بالزواج بأكثر من واحدة على أن يكون ذلك في حدود الشريعة الإسلامية مع توفر شروط ونية العدل مع إخبار الزوجة السابقة واللاحقة واستصدار ترخيص الزواج من رئيس محكمة مسكن الزوجية .

وقد خص المشروع هذا السبب بمادة مستقلة وهي المادة 08 مكرر وهي تنص:"في حالة التدريس يجوز لكل زوجية رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطبيق." [108]

[108] العقبي أحمد، التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاة، المدرسة العليا للقضاء الدفعة 16 سنة 2008/2005، الجزائر، ص 29.

7-ارتكاب فاحشة مبينة:

وهو أي خطأ مخل المخل بالأدب بصفة خطيرة وجسمية أو هي كل فعل تستنكره القيم الإسلامية وأخلاق المجتمع الإسلامي. فإذا ارتكب الزوج فاحشة مبينة كالزنا،الشرك بالله، الردة، الاعتداء على قاصرة وعلى الزوجة تقديم نسخة من الحكم الذي يدين به الزوج لارتكابه الفعل وبعده يحكم القاضي بالتطليق مباشرة.

8-الشقاق المستمر بين الزوجين:

أضاف المشرع الجزائري هذه الفقرة بموجب التعديل الخاص في 2005/2/27 والشقاق هو الخلافات والمنازعات التي تسود بين الزوجين وعدم التفاهم المستمر في حياتهم الزوجية والمشرع لم يبين إثبات هذا الشقاق وهل يتبع نفس الإجراءات المذكورة في المادة56 من قانون الأسرة[109] من تعيين حكمين للتوفيق بينهما وغيرها من الإجراءات أم بمجرد إثبات الشقاق بحكم التطليق.

9- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج:

وذلك إكمالا لمبدأ "العقد شريعة المتعاقدين فالمشرع أضافه نظرا لكثرة المشاكل في هذا المجال وذلك باتفاق الزوجين على نمط معين مكان الإقامة وبعد الزواج يتراجع الزوج ولهذا منحها المشرع حق طلب التطليق بالمقابل حق الطلق للزوج.

واشترط المشرع أن ما يتفق عليه يجب أن يكون مدونا في عقد الزواج حتى يمكن الإحتجاج به.

10- كل ضرر معتبر شرعا:

وهذه العبارة سمحت للفقهاء بأن يقولوا أسباب التطليق المذكورة في المادة 53 من قانون الأسرة ذكرت على سبيل المثال لا الحصر، فالزوجة طلب التطليق إذا لحقها ضرر

سببه لها زوجها سواء بإيذائه لها بالقول أو الفعل إيذاء بليغا يجعل الحياة الزوجية جحيما لا تطاق ولا يقطع هذه الحياة البغيضة وترك للقاضي تقدير الضرر وذلك حسب نوعية القضايا.

الفرع الثاني: أساس طلب التطليق في التلقيح الاصطناعي.

قد نص قانون الأسرة الجزائري صراحة على أهداف الزواج في المادة 04 من قانون الأسرة[110] ومن بينها نجد محافظة على الأنساب فإن اعتراض أحد الزوجين على الإنجاب هو منع لتحقيق هدف من أهدافه، وقد يحدث ذلك وهو خارج عن إرادتهما فيصابا بالعقم نتيجة لسبب معين وقد أوجد التلقيح الاصطناعي الحل المعتمد شرعا وقانونا.

وإذا كان هناك امتناع من أحد الزوجين عن هذه التقنية فهل يجوز رفع دعوى طلاق أو تطليق بسبب التلقيح الاصطناعي؟

لم يشمل قانون الأسرة على ما يتعلق بهذه المسألة وهذا مثير لإشكالات فإذا كانت الزوجة هي السبب في عدم الإنجاب فإن الزوج يملك حق طلاقها بغض النظر عن موافقتها أو رفضها لإجراء التلقيح الاصطناعي ولا

---

[109]-المادة 56 من قانون الأسرة: إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما.

[110] المادة 04 من قانون الأسرة: " الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه : تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب.

يمكن اعتباره حال من احوال طلاقا تعسفيا ولا يثور إشكال لما يكون العيب في الزوج لأنه عندها يمكن للزوجة طلب التطليق لوجود عيب من العيوب تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.

فماذا لو كانت الزوجة هي المتسببة في العقم أي لا يمكنها طلب التطليق على أساس المادة 53 من قانون الأسرة لاشتراطها وجود العيب لدى الزوج وزوجها يرفض أن يطلقها ويرفض أيضا إجراء التلقيح الاصطناعي الذي يمكنه حل مشكلة العقم. فهل بإمكانها طلب التطليق ؟. وكيف لها أن تؤسسه؟.

ورجال القانون يرون انه وبالعودة وبالتنسيق بين المواد 4، 37، 39 من نفس القانون يمكن القول أن الزوج الرافض لعملية التلقيح الاصطناعي يكون في غياب عذر معقول، مرتكبا لخطأ يبرر فك الرابطة الزوجية ويكون العذر مقبولا.

وطرح تساؤل آخر هل يمكن اعتبار الاعتراض الذي يكون جراء عوامل طبيعية ودينية حجة لرفض التلقيح الاصطناعي؟

إن الزوج الذي يكتفي بالتضحية لشهوة الجسد ويفوض أمره إلى الطبيعة أو الذي يعترض لأسباب دينية نظرا للأساليب المستعملة وانكشاف المرأة على الطبيب لعدة مرات، ولا يقوم بالتزامات الزواج كليا لاسيما وأن الفقه الإسلامي وبعده قانون الأسرة قد اعتبره أمرا مشروعا إذا تم بين بويضة الزوجة ومني زوجها، وبالتالي لا يمكن اعتبار الرفض للأسباب المذكورة عذر شرعي ومقبول ووجب على القاضي التمييز بين أحد الرافضين المستخلص من الخرق للمانع الديني للفرد وبين الرفض للتدين المفرط[111]. فإذا تأملنا الحياة الاجتماعية في الجزائر فانه أصبح الاعتراض التلقائي على عملية التلقيح الاصطناعي بين الزوجين أمرا غريبا رغم وجود بعض التحفظات، ويصعب على القاضي أن يبرز الضرر من موقف الشخص الذي يصر بشدة على استعمال هذه الفرصة الأخيرة للإنجاب أو من موقف الشخص الذي رفض وسيلة التلقيح الاصطناعي[112].

ويمكن استنتاج بأنه بإمكان الزوجة طلب التطليق إما لرفض زوجها إجراء التلقيح الاصطناعي أو إصراره رغم رفضها له، وفي كل الأحوال يؤسس هذا الطلب على نص المادة 10/53 من قانون الأسرة[113] طالما توصلت إلى إثبات الضرر اللاحق وإثبات عدم وجود المبرر الشرعي لهذا الضرر.

---

[111] انظر، تشوار الجيلالي، الزواج والطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر سنة 2001، ص 155/ 156.

[112] المادة 53 فقرة : "كل ضرر معتبر شرعا".

[113] انظر، تشوار الجيلالي، نفس المرجع ص 157.

المطلب الثالث: قانون العقوبات في التلقيح الاصطناعي وما مصير الباقي من هذه العملية.

في التلقيح الاصطناعي تكون المرأة الحاملة للقيحة هي محل الاعتبار والاهتمام أكثر من الرجل صاحب المني في حين أن الحصول عليها (أي البويضة) فهو بمنتهى الدقة والتقنية وكذا إعادة زرعها في الرحم بعد تلقيحها مع الفروج المحصنة، وسترى إمكانية تطبيق قانون العقوبات الجزائري بخصوص أحكام الاغتصاب والزنا والإجهاض.

وعملية التلقيح الاصطناعي لا تعطي ثمارها من أول محاولة فنسبة نجاحها من 10 إلى 15 بالمئة فهو يلقحون عدة بويضات، ثم يزرع عدد منها في رحم المرأة وتحسبا للفشل يحتفظ الطبيب بمجموعة من البويضات الملقحة مثلجة ومجمدة.

و سنتطرق في هذا المطلب لتطبيق أحكام الاغتصاب والزنا والإجهاض في الفرع الأول وأما الفرع الثاني فيضم مصير البويضات الملقحة الفائضة والأجنة المجمدة.

الفرع الأول: تطبيق أحكام الاغتصاب والزنا والإجهاض.

قد نص عليه المشرع أي الاغتصاب في المادة 336 من قانون العقوبات بنصه: " كل من ارتكب جناية هتك عرض يعاقب بالسجن المؤقت من خمس غلى عشر سنوات."[114]. ولم يقم المشرع بإعطاء تعريف لهتك العرض أو الاغتصاب الذي هو لغة غضب الر جل المرأة بمعنى زنى بها كرها فهو موافقة الأنثى دون رضاها بالقوة أو التهديد وبغير ذلك من وسائل الإكراه المادي والمعنوي.

أما الفقه الإسلامي وهو الوطء بالإكراه والمغتصبة لا يقام عليها حد ا لزنا وتكون بصدد الاغتصاب – الموافقة بالإكراه – عند تحقق الاتصال الجنسي التام الطبيعي بين الرجل والمرأة، وأن يكون الوقاع غير مشروع بمعنى لا يعاقب على الاغتصاب من الزوج على زوجته على عكس بعض البلدان الأوروبية التي تجرمه كفرنسا.

لا يمكن أن ينطبق على الحالة التي يتم فيها إجراء التلقيح الاصطناعي ضد رغبة الزوجة كأن يتم استدخال مني أجنبي فيها أو يتم إجراء تلقيح خارجي ثم تزرع اللقيحة غصبا عنها في رحمها ذلك أن الاغتصاب يقتضي الاتصال الجنسي التام الطبيعي بين الرجل والمرأة أي ايلاج عضو الذكورة في فرج المرأة وهو ما لا يتحقق في التلقيح الاصطناعي بكل صوره المشروعة وغير المشروعة ولكن يبقى فيه إدخال جسم غريب إلا جسم المرأة[115].

وهنا نطرح إشكال لمن ينسب الطفل؟. يرى بعض فقهاء الشريعة أنه يثبت نسب المولود إلى المغتصب إذا حملت المغتصبة وهنا يثار إشكال آخر لو اغتصبت من طرف عدة أشخاص، فالعلم أثبت أنه لا يمكن للبويضة أن

---

[114] العقبي أحمد، التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاة، المدرسة العليا للقضاء الدفعة 16 سنة 2008/2005، الجزائر، ص 32/ 33.

[115] العقبي أحمد، نفس المرجع ص33.

تلقح إلا بحيوان منوي واحد فقط- فالمولود نتيجة الاغتصاب يعد طفلا غير شرعي لأنه في إثبات النسب من جهة الأبوة يشترط وجود زواج شرعي وبتخلفه لا يثبت وهذا حسب قانون الأسرة الجزائري.

بالنسبة للتلقيح الاصطناعي فالمشرع قد اشترط أن يتم برضا الزوجين، لكنه لم يبين الأثر المترتب عن تخلف هذا الشرط.

كما رأينا أيضا أن فقهاء الشريعة قالوا أنه في حالة إجراء التلقيح الاصطناعي بالأساليب غير المشروعة والغير المعترف بها شرعا ومن ضمنها تلقيح الزوجة بدون علمها أو رضاها فإن النسب يثبت للزوج إعمالا لقاعدة الولد للفراش وحماية وإحياء لهذا الولد.

ونجد أنفسنا في عدم التناسق في نصوص قانون الأسرة، في المادة 45 مكرر[116] المتضمنة شروط التلقيح دون نص على مخالفتها ومن جهة نجد المادة 40 الخاصة بإثبات النسب للأب أي وجود زواج شرعي وهو نفسه شرط جاءت به المادة 45 مكرر ومن جهة أخرى نجد المادة 22 التي تحيل لأحكام الشريعة الإسلامية فيما لا نص أو حكم له في نص القانون.

أما الزنا فهو فعل مجرم شرعا وقانونا ولغة الزنا هو الفجور والانبعاث في المعاصي، وأما شرعا هو أن يأتي رجل وامرأة فعل الجماع بغير أن تكون بينهما علاقة الزوجية المشروعة.

أما المادة 339 من قانون العقوبات تنص على أنه: "يقضي بالحبس من سنة إلى سنتين على كل امرأة متزوجة ثبت ارتكابها جريمة الزنا، وتطبق العقوبة نفسها على كل من ارتكب جريمة الزنا مع امرأة يعلم أنها متزوجة ويعاقب الزوج الذي يرتكب جريمة الزنا بالحبس من سنة إلى سنتين وتطبق العقوبة ذاتها على شريكته.

مفهوم الزنا في الشريعة أوسع بكثير منه في قانون العقوبات الجزائري فالأولى تعتبر الزنا كل علاقة جنسية بين رجل وامرأة غير مرتبطين بعقد زواج شرعي، في حين حصر قانون العقوبات مفهومه في علاقة الزواج لكن بصورة عكسية أي يعد زان أو زانية الزوج أو الزوجة.

والزنا يعتبر من الكبائر يعد الشرك بالله وقتل النفس لقوله تعالى: "والذين يدعون مع الله الاها آخر ولا يقتلون النفس التي حرم الله إلا بالحق ولا يزنون."[117]. فالزنا يتسبب في انتشار الأمراض الخطيرة المدمرة للأجيال ويؤدي لضياع النسب وفساد العلاقة الزوجية، وإضافة إلى ظهور فئة من المجتمع وتعرف بأولاد الحرام أو غير الشرعيين – وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا تزال أمتي بخير ما لم يفشي فيهم الزنا ولد الزنا فيوشك أن يعمهم الله عز وجل بعقاب".

والمولود من الزنا نسبه بالولادة من أمه فقط، ولا يثبت نسبه من جهة أبيه ولو أقر به بل وحتى لو تزوج بالأم قبل وضع الحمل طالما أنها حملت في الحرام.

وبالنسبة للتلقيح الاصطناعي فإن الفقهاء يرون أن التلقيح من غير ماء الزوج بكافة صوره يأخذ حكم جريمة الزنا مستندين إلى التقاء الزنا والتلقيح بغير ماء الزوج فنتيجة واحدة وهي اختلاط الأنساب، فإذا حدث

---

[116] العقبي أحمد، نفس المذكرة ص 34/ 35.

[117] سورة الفرقان الآية 68.

الحمل في هذه الصورة فيكون الجنين الناتج قد نسب إلى أب لم يخلق من مائه رغم أن الزنا لم يتحقق بصورته التقليدية، ويرى الاتجـاه

الأخر من الفقهاء أن التلقيح الاصطناعي لا يأخذ حكم جريمة الزنا على أساس الزنا لا يتم إلا بالاتصال الجنسي المعروف كركن أساسي للجريمة، ومن ثم فلا توجد جريمة الزنا سواء وافقت الزوجة على التلقيح أو عارضت لأن الزنا معروف في القانون وأساسه الخيانة الزوجية.

والخلاصة أن التلقيح الاصطناعي من غير الزوج بكافة صوره، السالفة الذكر يطلق عليها حالات الزنا البيولوجي يؤدي إلى نسب غير مشروع وهذه الأفعال جميعهـا فيهـا

اعتداء فاضح على مبادئ الدين والأخلاق ونرى تدخل المشرع الجزائري لتحريم وتجريم هذه الحالات ورفضها لأثارهما السيئة بالنسبة للطفل والمجتمع[118].

والإجهاض لغة ه الإلقاء للولد قبل التمام أو الإسقاط أي إخراج الحمل من الرحم قبل الأوان وهو غير قابل للحياة، ويعرف أيضا بالطرح أو الإنزال ويعرفه فقهاء الإسلام أنه إسقاط المرأة جنينها بفعلها عن طريق دواء أو بغيره أو بفعل من غيرها، أو هو إنزال الحمل من أول العلوق بالرحم إلى ما قبل الولادة بساعة وتختلف أحكام الإجهاض في الفقه الإسلامي والتشريع الوضعي فبالنسبة لأساس التجريم، الفقه الإسلامي لا يوجد نص مباشرة على حكم الإجهاض في الكتاب إنما يستنبط من القواعد العامة المحرمة لقتل النفس بغير حق في حين أن قانون العقوبات يجرم الإجهاض بنصوص مباشرة في دلالتها على ذلك.

أما المشرع الجزائري فنص على تجريم الإجهاض في المواد من 304 إلى 309 من قانون العقوبات إذ يعاقب كل من أجهض امرأة حامل أو مفترض حملها بأي وسيلة أو حرض على ذلك، المشرع لم يشترط وجود حمل.

وبالنسبة لإجهاض الحمل الناتج عن التلقيح الاصطناعي فيرى رجال القانون أن النصوص التشريعية في جرائم الإجهاض يقصد به حماية الجنين في بطن أمه في أن ينمو النمو الطبيعي حتى ولادته إذ الحماية الجنائية هنا متجهة إلى الجنين، وكون هذا الحمـل

أتى بطريق طبيعي أو اصطناعي أصبح له الحق في الحماية ولا يحق لأحد أن يعتدي عليه بأي صورة كانت لأن الجنين أصبح له استقلاله قانونا.

---

[118] العقبي أحمد، التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاة، المدرسة العليا للقضاء الدفعة 16 سنة 2008/2005، الجزائر، ص36.

الفرع الثاني: مصير البويضات الملقحة الفائضة والأجنة المجمدة.

يثور إشكال البويضات الملقحة الفائضة بسبب تحريض الأطباء المبيض على إفراز أكبر عدد ممكن من البويضات بواسطة عقاقير دواء الكلوميد والبرجونال وبعدها يتم تلقيحها وقد نجد أنفسنا أمام وجود فائض في البويضات الملقحة، وقد اختلف الجميع في مصير البويضات الملقحة من رجال القانون، وفقهاء بمختلف دياناتهم، وبالنسبة للدول الإسلامية لاسيما العربية فقد تحدثوا فيها في الندوة الثالثة[119] . التي عقدتها المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية في الكويت في 1987/04/21 وقالوا أن الوضع الأمثل في موضوع مصير البويضات الملقحة هو ألا يكون هناك فائض منها وذلك بأن يستمر العلماء في أبحاثهم قصد الاحتفاظ بالبويضات غير ملقحة مع إيجاد الأسلوب الذي يحفظ لها القدرة على التلقيح السوي فيما بعد، وتوصي الندوة ألا يعرض العلماء للتلقيح إلا العدد الذي لا يسبب فائضا فإذا رعي ذلك لم يحتج بعدها إلى البحث في مصير البويضات الملقحة.

اتفق على تأكيد تحريم استخدام البويضة الملقحة في امرأة أخرى ولا بد من اتخاذ الاحتياطات الكفيلة بالحيلولة دون استعمال البويضة الملقحة في حمل غير مشروع مع العلم ان حفظ البويضات غير الملحقة أصبح ممكنا تقنيا ومعمول في الدول الأوربية كألمانيا الغربية[120].

وقرر مجمع الفقه الإسلامي في دورته السادسة أنه لا ينبغي الاحتفاظ بأية أجنحة فائضة من مشاريع أطفال الأنابيب وإنما ينبغي استخراج ثلاث بويضات فقط وتلقيحها وإعادتها إلى رحم المرأة صاحبة البويضة الملقحة بماء زوجها، باختصار ينبغي التأكد من عدم وجود طرف ثالث في عملية أي نطفة ذكرية وبويضة المرأة وبعدها تصبح اللقيحة جاهزة لزرعها في رحم الزوجة صاحبة البويضة[121].

فبالنسبة لما يعرف ببنوك الأجنة (البويضات الملقحة) وحتى بنوك النطف (الذكرية والأنثوية) فقيل أن القران الكريم والسنة النبوية قد وضعا الأساس لكيفية التناسل البشري على أن يكون بين الذكر وأنثى بطريق مشروع تحكمه قواعد وتترتب عليه حقوق وواجبات وبعدا عن اختلاط الأنساب فقال سبحانه وتعالى: " والله جعل لكم من أنفسكم أزواجا وجعل لكم من أزواجكم بنين وحفدة."[122] و قوله تعالى: " يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى"[123].

ويرى الفقهاء أن إنشاء مستودع لنطف رجال لهم صفات معينة لقحت بها بويضات نساء لهن صفات معينة هو أمر سيء على نظام الأسرة ونذير سوء بانتهاء الحياة الأسرية كما أرادها الله، ومن باب سد الذرائع وحفظا لروابط الأسرة وصونا للأنساب فإن هذا الأمر اعتبر غير مشروع في شريعة الإسلام لأنه يؤدي إلى إنجاب أطفال خارج نطاق المشروعية لذا يخطر إنشاء مثل هذه البنوك.

---

[119] العقبي أحمد، نفس المذكرة، التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة، ص 37.

[120] بعض فتوى محمد الحبيب خوجة، حول التلقيح الاصطناعي.

[121] حسونة الدمشقي عرفان بن سليم العشا، كتاب جامع المهلكات من الكبائر والمحرمات، دار الكتب العلمية، الطبعة 02 لبنان ص253.

[122] سورة النحل الآية 72.

[123] سورة الحجرات الآية 13.

أما عن استخدام الأجنة المجمدة في البحوث العلمية فالأجنة هي أجنة في مراحلها المبكرة الأولى يحتفظ بها في ثلاجات خاصة في درجة حرارة معينة، وفي سوائل خاصة تحفظ حياتها بحيث تبقى دون أن تنمو لحين الطلب فإذا جاء الطلب عليها أخرجت من الثلاجات الحافظة وسمح لها بالنمو[124].

وقد عرفنا كيفية الحصول عليها أما عن الأغراض التي تستخدم فيها الأجنة المجمدة فهي كما يلي:

- إذا فشلت عملية زرع اللقيحة في الرحم، تعطى المرأة لقيحة أخرى في موعد آخر مناسب هكذا تعاد العملية عدة مرات إلى غاية حصول الحمل المرغوب فيه.
- تنمى هذه الأجنة المبكرة وتدرس فيها عمليات الانقسام، التكاثر والوراثة، الأمراض الوراثية، الأمراض الكروموزومية أي الصبغية .

وقد جاء اقتراح من طرف لجنة وارك البريطانية المكونة من قانونين وأطباء ورجال دين بالسماح بتنمية هذه الأجنة إلى اليوم 14 وفيه يكون الجهاز العصبي لم يتكون بعد، وهذا ما أثبته الفقهاء الشريعة قبل العلماء الغربيين إذ قالوا أن علامة نفخ الروح في الجنين هو ظهور الإحساس والحركات العضلية الإرادية وهذا لا يتم إلا بتكوين الجهاز العصبي ولا تظهر إلا في اليوم الأربعين أو الثاني والأربعين من عمر الجنين.

وقد ثار خلاف حول المدة التي يمكن استنبات فيها هذه الأجنة بين من قال إلى غاية اليوم الرابع عشر ومن يرى ضرورة تمديد هذه المدة وفي ذلك معرفة للأمراض الوراثية المختلفة. وقد قال الدكتور إدواردز هو أول من قام بمشروع طفل الأنابيب مع الدكتور استبتو "إذا كانت القوانين في البلاد الغربية وغيرها تبيح الإجهاض حسب الطلب وبالتالي تقتل أجنة حية قد يكون عمرها بضعة أشهر فالأخرى بهذه القوانين أن تسمح بإجراء التجارب العلمية على هذه الأجنة المجمدة والتي ستعود بالفائدة على البشرية."[125]

لا يقتصر استخدام الأجنة الفائضة على إجراء التجارب أو استخدامها في زرع الأعضاء كأنسجة الجهاز العصبي وخلايا البنكرياس لمعالجة بعض الأمراض، إنما يمتد لأفاق أوسع لمعالجة أمراض العقم حيث يتناول الوالدين عن الجنين الفائض لمن تعاني من العقم.

ويمكن استخدامها في رحم مستأجرة وهي وسائل للإنجاب التي بحثها الفقهاء في مجلس المجمع الفقهي في دورته الثانية والثالثة وقد أوضحوا حرمة استخدامها لكونها تدخل طرفا ثالثا في عملية الإنجاب وأوصوا الأطباء في مراكز أطفال الأنابيب في البلاد الإسلامية عدم تلقيح أكثر من بويضتان أو ثلاث.

وقد تنمى هذه الأجنة المجمدة وتستعمل لزراعة الأعضاء كما هو الحال في الاستنساخ إذ الكثير طالبوا بإباحة الاستنساخ البشري لاستعماله كقطع غيار بشرية إن كان هذا الأخير محرم بصفة قطعية سواء في الشريعة الإسلامية إذ كان هذا الأخير محرم بصفة قطعية سواء في الشريعة الإسلامية ومما لا شك فيه القانون الجزائري لم ينص عليه وذلك إعمالا للمادة 222 من قانون الأسرة.[126] وأيضا بالنسبة للقوانين العضوية الغربية.

ومجلس المجمع الفقهي الإسلامي في دورته السادسة سنة 1990 تطرق إلى موضوع استخدام الأجنة لزراعة الأعضاء لكنه لم يتطرق إلى الأجنة المجمدة وأوصى بتلقيح العدد اللازم لإجراء التلقيح أما فائض تترك

---

[124] حسونة الدمشقي عرفان بن سليم العشا، جامع المهلكات من الكبائر والمحرمات، دار الكتب العلمية، الطبعة 02، لبنان، ص 705/704.

[125] الشيخ حسونة الدمشقي عرفان بن سليم، التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب وغرس الأعضاء البشرية بين الطب والدين، ص 200.

[126] مادة 222 من قانون الأسرة: " كل ما لم يرد في النص عليه هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية."

دون رعاية طبية، وبالنسبة للأجنة المجهضة سواء حدث الحمل طبيعيا أو اصطناعيا فقرر بأنه لا يجوز استخدام الأجنة مصدرا للأعضاء المطلوب زرعها في إنسان آخر إلا في حالات بضوابط لا بد من توافرها:

- لا يجوز إحداث إجهاض من أجل استخدام الجنين لزرع أعضائه في إنسان أخر، بل يقتصر الإجهاض الطبيعي غير المتعمد والإجهاض للعذر الشرعي، ولا يلجأ لإجراء العملية الجراحية لاستخراج الجنين إلا إذا كانت ضرورية لإنقاذ حياة الأم.
- إذا كان الجنين قابلا باستمرار الحياة فيجب أن يتجه العلاج الطبي إلى استبقاء حياته والمحافظة عليها لا إلى استثماره لزراعة الأعضاء، وإذا كان غير قابل لاستمرار الحياة فلا يجوز الاستفادة منه إلا بعد موته.
- لا يجوز أن تخضع عمليات زرع الأعضاء للأغراض التجارية على الإطلاق .
- لا بد أن يسند الإشراف على عمليات زراعة الأعضاء إلى هيئة متخصصة موثوقة.

المشرع الجزائري لم يتطرق لمسألة البويضات الملقحة الفائضة واستخدام الأجنة نظرا لمستوى التقدم في الجزائر، لأن ليس لدينا فكرة إنشاء بنوك الأجنة أو بنوك البويضات والمني تتطلب تكاليف باهظة مادية منها وعلمية وبشرية، فنجد مراكز التلقيح الاصطناعي المعروفة منها كعيادة الفرابي بعنابة، وعيادة أخرى في وهران وعيادة أخرى بالأبيار في الجزائر العاصمة[127] وقد أكد بعض المرضى أنه يتم دفع حوالي 100.000 دج للعيادة كمقابل للتلقيح.

إضافة لحوالي 140.000 دج ثمن الأدوية ويقترح عليهم إمكانية تجميد البويضات الملقحة إلى غاية تأمين المبلغ المطلوب لإعادة الكرة وفي هذه الحالة يتم دفع مصاريف إضافية تختلف قيمتها باختلاف مدة التجميد، وفيما يخص باستنبات الأجنة فهي فكرة مستبعدة تماما لأنها إن وجدت وجب وجود مراكز متخصصة لهذه العملية وهي تحصل على مساعدات كبيرة[128].

---

[127] العقبي أحمد، التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاة، المدرسة العليا للقضاء الدفعة 16 سنة 2008/2005، الجزائر، ص 38/ 39.

[128] العقبي أحمد، نفس المذكرة، التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة، ص 39/ 40/ 41.

خاتمـة

وخلاصة لما تقدم ومع غياب أو فقر النصوص التشريعية التي جاءت بالتلقيح كحل لمشكلة العقم، ولأن القانون الجزائري أورد مادة قانونية واحدة بموجب الأمر 02/05 ورغم زيادة عدد اللاجئين لاستعمال هذه التقنية بمن فيهم من يفضلون إجراءها خارج الوطن، فإن المشرع لم يدعمها بأية نصوص قانونية.

ونؤيد رأي الذين يرون بضرورة وضع مواد قانونية تتحدث عن إجراءات اللجوء إلى التلقيح الإصطناعي كما هو الحال في القانون الفرنسي كضرورة إثبات صفة العقم لدى أحد الزوجين، أن يكون التلقيح الإصطناعي الوسيلة الأخيرة لحمل الزوجة مع وجوب عرض طلب إجراءه على لجنة طبية مختصة في أمور الحمل والولادة، يكون بيدها هي الموافقة والسماع للزوجين بالخصوص لهذه العملية دون أن ننسى حماية حقوق الزوجة بإلزام اللجنة بتسبيب قرارها في حالة الرفض كما هو معمول به في النظام الفرنسي بل يجب أيضا وضع نصوص تنظيمية محكمة تنظم عمل عيادات والمستشفيات بهذه التقنية من كل الجوانب البشرية، المادية والمالية خصوصا من جانب التكاليف المتطلبة فأولا وأخيرا هو علاج لمرض كغيره من الأمراض وليس له هدف تجاري بالسعي وراء الربح.

وإلى جانب هذا تظهر ضرورة تدخل المشرع بنصوص صريحة فاصلة في المسائل والنزاعات التي قد تطرح على القاضي بأن يرتب مثلا الحكم عند تخلف أي أحد من الشروط المتطلبة وكذا تبيان مذهبه صراحة من الاتجاهات الفقهية لأنه حسب رأينا فإن أحكام التلقيح الإصطناعي هي من النظام العام إذ تمس مباشرة بسلامة المجتمع من الناحية الأخلاقية التي طالما سعى المشرع لتجريم و المعاقبة على كل الأفعال التي من شأنها المساس بها كالزنا، الاغتصاب والفعل المخل بالحياء إذ كم في حالة التلقيح الإصطناعي

أن يصبح مصدر الأولاد غير شرعيين ولانتشار الأمراض والعدوى كما في حالة تلقيح المرأة بماء أجنبي لا تعرف عن صاحبه أي شيء.

وقد لا يعجز شخص عادي عن الموازنة بين مساوئ وأضرار التلقيح الإصطناعي وبين منافعه ويمكن حصرها في تحقيق حلم الأمومة أو الأبوة إذ أراد الله نجاحها، ولا يمكن القول بأقل القول أنه يتم إختصار رحلة علاج عادة ما تكون طويلة،وهذا الأمر يزيد في نسبة ظهور وإنتشار الأضرار المترتبة عن التلقيح الإصطناعي إذ يصبح المصابين بمرض العقم هدف سهلا لعمليات النصب والإحتيال خاصة وإن كانوا لايهتمون بالجانب المادي، ففي غياب مراقبة عامة لاستعمال هذه التقنية ستعم الفوضى وعوض أن يجرب المريض أساليب العلاج التقليدية نسبيا فإنه يلجأ مباشرة لهذه العملية رغبة منه في عدم الإنتظار نظرا لثقافة المجتمع الجزائري والضغوطات الإجتماعية والنفسية التي تمارس على العاجز عن الإنجاب بصفة عامة وعلى المرأة بصفة خاصة بل قد يصل اليأس إلى درجة عدم إحترام الشروط المتفق عليها شرعا وقانونا بالتنسيق مع الطبيب لاسيما وأنه يجري في عيادات خاصة الأصل فيها أن لها إعتماد في مجال قطاع خاصة.

وعليه فإن التلقيح الإصطناعي منوط به إنجاب الأولاد وذلك يعني نسب الطفل إلى أبيه فلابد من ضمان أن يدعى الولد لأبيه فعلا كما هو الحال في المولودين من علاقة جنسية تطبيقا وإحتراما لقوله تعالى : "أدعوهم لأوليائهم...".

قائمة المصادر والمراجع

القران الكريم : - بعض الأحاديث من السنة الشريفة.
- الدكتور عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، دار الخلدونية، الطبعة الأولى، الجزائر 2007.
- دكتور تشوار الجيلالي، الزواج والطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر 2001.
- وهبة الزحيلي، ج 07 الأحوال الشخصية، كتاب الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، الطبعة 02، 1985.
- المستشار منير رياض حنا (رئيس المحكمة الاستئناف) المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء القضاء والفقه الفرنسي والمصري الطبعة الأولى 2008.
- المحامي الدكتور عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية مكتبة دار الثقافة الطبعة الأولى الإصدار الثاني، عمان 2004.
- الشيخ عرفان بن سليم العشا حسونة، كتاب جامع المهلكات من الكبائر والمحرمات، دار الكتب العلمية، الطبعة 02، لبنان 2006.
- دكتور محمد حسين منصور، النظام القانوني للأسرة في الشرائع غير الإسلامية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر 2003.
دكتور مصطفى عبد الغني شيبة، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية (الطلاق وأثاره) منشورات جامعة سبها، ليبيا 2006.
- الأستاذ بن داود عبد القادر، الوجيز في شرح الأسرة الجديد، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2000.
- الإمام أحمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي الطبعة 02، مصر 2005.
- ابن القيم الجوزية، زاد المعاد في هدى خير العباد، الدار الكتاب العلمية، ج 4، الطبعة الأولى 1985.

- دكتور إبراهيم عبد الرحمان إبراهيم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة، الطبعة الأولى، الإصدار الأول، الأردن 1999.
- دكتور عامر أحمد القيسي، مشكلات المسؤولية الطبية المترتبة على التلقيح الاصطناعي، الدار العلمية ودار الثقافة الطبعة الأولى، الإصدار الأول عام 2001 الأردن.
- الشيخ حسونة الدمشقي عرفان بن سليم العشا، التلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيب وغرس البشرية بين الطب والدين، المكتبة العصرية، بيروت، الطبعة الأولى 2001.
- دكتور أبو الوفاء محمد، مدى حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي في القانون الوضعي للفقه الإسلامي.
- وهبة الزحيلي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها.

- سولاف بومجان، إثبات النسب ونفيه وفقا لتعديلات قانون الأسرة، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاة، الدفعة 16 دفعة 2008/2005 الجزائر.
- العقبي أحمد ،التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاة، الدفعة 16 دفعة 2008/2005 الجزائر.
- خلواتي صحراوي، طرق إثبات النسب بين الشريعة والقانون، مذكرة تخرج لنيل شهادة ليسانس، سنة 2007/2006 الجزائر.
- أسود محمد الأمين، إثبات النسب ونفيه، مذكرة تخرج لنيل شهادة ليسانس، سنة 2009/2008 الجزائر.
- الدكتور بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ج1، الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 2001 الجزائر.
- الدكتور جلال الجابري، الطب الشرعي والسموم، الطبعة الأولى، الاصدار الأول 2002، الدار الدولية للنشر والتوزيع عمان.

الفهـرس

مقدمة	01
الفصل الأول: إثبات النسب	04
المبحث الأول: إثبات النسب بالطرق الشرعية	04
المطلب الأول: إثبات النسب الزواج الصحيح وما يلحقه	04
الفرع الأول: إثبات النسب بالزواج الصحيح	05
الفرع الثاني: إثبات النسب بالزواج الفاسد ونكاح الشبهة	11
المطلب الثاني: إثبات النسب بالإقرار	13
الفرع الأول: أنواع الإقرار المثبت للنسب	13
الفرع الثاني: التبني واللقيط اتجاه الإقرار	15
المطلب الثالث: البينة وأثرها في إثبات النسب	17
الفرع الأول : البينة وأنواعها	17
الفرع الثاني: حجية البينة مقارنة بالإقرار	19
المبحث الثاني: إثبات النسب ببعض الطرق العلمية الحديثة	20
المطلب الأول : نظام تحليل فصائل الدم	20
الفرع الأول : النتائج العلمية لفحص الدم	20
الفرع الثاني: هل فحص فصائل الدم دليل مؤكد للنفي أو للإثبات؟	22
المطلب الثاني: نظام البصمة الوراثية	22
الفرع الأول: العمل بالبصمة الوراثية وضوابطها	22
الفرع الثاني: موقف البصمة الوراثية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب أو نفيه ...	25
المطلب الثالث: الطرق العلمية وحجيتها والعقبات المواجهة لها	27
الفرع الأول : حجية الطرق العلمية	27
الفرع الثاني: العقبات المواجهة لها	29
الفصل الثاني: التلقيح الاصطناعي	31
المبحث الأول: أحكام التلقيح الاصطناعي	31
المطلب الأول: مفهوم التلقيح الاصطناعي	31

الفرع الأول: تعريف التلقيح الاصطناعي	31
الفرع الثاني: أساليب التلقيح الإصطناعي	33
المطلب الثاني : شرعيته وشروطه في الفقه	38
الفرع الأول: في الفقه الإسلامي	38
الفرع الثاني: في الفقه الغربي	44
المطلب الثالث: شرعية وشروط التلقيح الاصطناعي في القانون الفرنسي والقانون الجزائري	48
الفرع الأول: في القانون الفرنسي	48
الفرع الثاني: في القانون الجزائري	50
المبحث الثاني: التلقيح الاصطناعي وإشكالياته	58
المطلب الأول: النسب في التلقيح الاصطناعي	58
الفرع الأول: إثبات نسب المولود من التلقيح الاصطناعي	58
الفرع الثاني: نفي نسب المولود من التلقيح الاصطناعي	60
المطلب الثاني: إمكانية طلب التطليق لرفض إجراء التلقيح الإصطناعي	62
الفرع الأول : أسباب التطليق حسب نص المادة 53 من قانون الأسرة	62
الفرع الثاني: أساس طلب التطليق في التلقيح الاصطناعي	66
المطلب الثالث: قانون العقوبات في التلقيح الاصطناعي وما مصير الباقي من هذه العملية	68
الفرع الأول: تطبيق أحكام الاغتصاب والزنا والإجهاض	68
الفرع الثاني: مصير البويضات الملقحة الفائضة والأجنة المجمدة	72
خاتمة	76