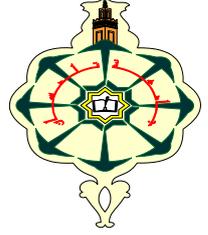


جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان
كلية الحقوق والعلوم السياسيّة
المخبر المتوسّطي للدراسات القانونيّة



أحكام الزواج في ظلّ التطوّر العلميّ

أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق
تخصص القانون الخاص

تحت إشراف:

أ.د. حميدو زكية

من إعداد الطالبة:

بلعباس أمال

أعضاء لجنة المناقشة

رئيساً	جامعة تلمسان	أستاذ التعليم العالي	أ.د. تشوار جيلالي
مشرفة ومقررة	جامعة تلمسان	أستاذة التعليم العالي	أ.د. حميدو زكية
مناقشة	جامعة سيدي بلعباس	أستاذة محاضرة قسم "أ"	د. نزار كريمة
مناقشة	جامعة سيدي بلعباس	أستاذة محاضرة قسم "أ"	د. كريم زينب

السنة الجامعية: 2018-2019

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ، وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا﴾

سُورَةُ النِّسَاءِ، الْآيَةُ رَقْم 1.

شكر وتقدير

الحمد لله دائم الفضل والإنعام، والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للأنام سيدنا محمد وآله الطيبين وأزواجه الطاهرات وصحابته الكرام ومن تبعهم بإحسان على الداوم المبتغين وجه الله ذو الجلال والإكرام وبعد.

مصداقا لقوله تعالى: ﴿وَإِذْ تَأَذَّنَ رَبُّكُمْ لَئِن شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ وَلَئِن كَفَرْتُمْ إِنَّ عَذَابِي لَشَدِيدٌ﴾ سورة إبراهيم، الآية رقم 7.

فالحمد لله رب العالمين أشكره وأحمده حمدا كثيرا على توفيقه في إنجاز هذا البحث العلمي المتواضع، كما أتقدم بالشكر الجزيل لصاحبة الفضل الأستاذة الدكتورة حميدو زكية التي شرفتني بقبولها الإشراف على هذه الرسالة، فكانت سندا قويا وعمادا راسخا لي، سخية وكريمة بتوجيهاتها ونصائحها في كل خطوة خطوتها في هذا البحث فلها مني كل التقدير والاحترام، اعترافا مني في بذل الجهد وتحمل عبء الإشراف، فبارك الله فيها وفي علمها وعملها. وأسأل الله أن يجزيها خير الجزاء وأن يرفع درجاتها في الدنيا والآخرة.

كما أتوجه بوافر الشكر والامتنان إلى رئيس لجنة المناقشة الأستاذ الدكتور تشوار جيلالي صاحب الفضل علينا، والذي رافقنا في مسارنا الدراسي، ولم ينخل علينا يوما بمساعداته وآرائه السديدة، دام فخرا لنا، وأدام الله عليه نعمة الصحة والعافية.

ولا يفوتني أن أتقدم بخالص الشكر والامتنان، وعظيم التقدير للدكتورة نزار كريمة والدكتورة كريم زينب على تفضلهما مناقشة هذه الرسالة وتحمل عناء قراءتها وتصويبها.

والشكر موصول لكل أفراد عائلتي، أساتذتي، زملائي، زميلاتي، وكل من ساعدني من قريب أو من بعيد.

بلعباس آمال

إهداء

إلى والديّ الكريمين أطال الله في عمرهما ورزقني برّهما وطاعتهما

إلى إخواني وكل عائلتي صغيرا وكبيرا

إلى أولادي حفظهم الله وجعلهم ذرية طيبة

إلى زميلاتي وزملائي

إلى كل من ساعدني من قريب أو من بعيد

أهدي هذا العمل

بلعباس أمال

قائمة أهم المختصرات

1- باللغة العربية

- ج: جزء.
- ج.ر.ج.ج: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية.
- د.س.ن: دون سنة نشر.
- د.م.ج: ديوان المطبوعات الجامعية.
- ص: صفحة.
- ط: طبعة.
- ع: عدد.
- غ.أ.ش: غرفة الأحوال الشخصية.
- ق.أ: قانون الأسرة
- ق.إ.م.إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- ق.ع: قانون العقوبات.
- ق.م: القانون المدني.
- م.ج.ع.ق.ا.س: المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية.
- م.ع.ق.إ.س: مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية.
- م.م.ع: مجلة المحكمة العليا.
- ه: هجري.

2- باللغة الفرنسية

- C.c.f: Code civil français.
- cham civ: chambre civile.
- D: Dalloz.
- JORF : Journal Officiel de la République Française.
- n: numéro.
- op.cit: ouvrage précédemment cité.
- p: page.

مقدمة

إنَّ القرن الذي ودعناه كان حافلا بالتطورات العلمية، وكان عصرا للتكنولوجيا بامتياز التي أعدت الطريق إلى عصر جديد سمي بعصر المعلومات. هذا العصر الذي بلغ فيه العقل البشري ذروة المعرفة والعلم، تم التوصل فيه إلى إيجاد وسائل تقنية دقيقة ذات جودة عالية، سارع الإنسان إلى استغلالها في خدمته وتطوير ذاته، فاستعملها في تشخيص الأمراض والعلاج، واعتمدها في مجال التعليم ومختلف نشاطات الحياة كالاتصال والتجارة والتنقل.

وامتد أثر التطور العلمي إلى العلاقات الاجتماعية، التي ازدهرت في ظل انتشار الأعمار الصناعية والفضائيات التي أدت إلى تقوية وتوسيع شبكات الاتصال، كما ازدهرت علوم البيولوجيا الجزيئية وبلغ الطب الحديث تطورا لم يسبق له من قبل في مجال الجراحة خاصة مع انبثاق هذا العصر. وألقى هذا التطور بظلاله على الأسرة، التي تحرص دائما على تماسك أفرادها ورعاية صحتهم وتعليمهم، وذلك بمسايرة التطورات الحاصلة على الساحة العلمية الطبية والتكنولوجية، فالأسرة هي اللبنة الأساسية لبناء المجتمع⁽¹⁾، التي تمدده بالسواعد القوية والعقول المفكرة المدبرة التي ترسي له دعائم الحضارة وتوفر له الأمن والطمأنينة⁽²⁾.

فكانت الأسرة أفضل وأرقى ما أنتجته الحضارة الاجتماعية والإسلامية، والعامل الأساسي لبناء مجتمع مزدهر، وذلك لا يتأتى إلا بالزواج⁽³⁾. وهذا الأخير هو الطريق الشريف الذي اختاره المولى عزّ وجل للحفاظ على النوع الإنساني، هذا النوع الذي أبحر العقول في تركيبه وتناسق وظائف جسمه، فهو أعجب المخلوقات خلقا⁽⁴⁾، ولأنه خليفة⁽⁵⁾ الله في أرضه فقد حظى بتكريم في خلقه⁽⁶⁾.

(1) تنص المادة 2 من القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة، مؤرخ في 09/06/1984، ج.ر.ج.، لسنة 1984، ع 24، ص.910، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05 - 02، المؤرخ في 27/02/2005، ج.ر.ج. لسنة 2005، ع15، ص.18، على أن: "الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع وتتكون من أشخاص تجمع بينهم صلة الزوجية وصلة القرابة".

(2) أنظر، أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004، ص.14.

(3) أنظر، تشوار جيلالي، عوامة القانون ومدى تأثيرها على أحكام الأسرة، م.ج.ع.ق.ا.س، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008، رقم 03، ص.92.

(4) مصداقا لقوله تعالى: ﴿الَّذِي أَحْسَنَ كُلَّ شَيْءٍ خَلَقَهُ وَبَدَأَ خَلْقَ الْإِنْسَانِ مِنْ طِينٍ ﴿١﴾ ثُمَّ جَعَلَ نَسْلَهُ مِنْ سُلَالَةٍ مِّنْ مَّاءٍ مَّهِينٍ ﴿٢﴾ ثُمَّ سَوَّاهُ وَنَفَخَ فِيهِ مِنْ رُّوحِهِ ﴿٣﴾ وَجَعَلَ لَكُمُ السَّمْعَ وَالْأَبْصَرَ وَالْأَفْئِدَةَ قَلِيلًا مَّا تَشْكُرُونَ ﴿٤﴾﴾ سورة السجدة، الآيات رقم 7 و8 و9؛ وقوله أيضا: ﴿لَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ فِي أَحْسَنِ تَقْوِيمٍ ﴿١﴾﴾ سورة التين، الآية رقم 4.

(5) يقول عز وجل: ﴿وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً...﴾ سورة البقرة، الآية رقم 30.

(6) يقول ذو الجلال والإكرام: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْوَجْدِ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا ﴿١٧٠﴾﴾ سورة الإسراء، الآية رقم 70.

لذلك، لم يشأ المولى عز وجل أن يدعه للتكاثر كباقي المخلوقات بل شرع له الزواج الذي رافق الإنسان منذ خلق آدم وحواء⁽¹⁾. وذلك في ظل نظام محكم بضوابط ثابتة، لأن ترك تكوين الأسرة بدون نظام يترتب عليه من المفاسد ما لا يحصى، ولو وجدت ذرية لا تعرف لها أصلا ونسبا ولتفكك أيضا المجتمع⁽²⁾.

كما أن البناء النفسي المحقق للنمو الجسدي والعاطفي للإنسان يكتمل بالزواج، الذي يشبع النزعات الفطرية، والميول الغريزية، ويلبي مطالبه النفسية والروحية والعاطفية، وحاجاته الجسدية⁽³⁾. ومن ثم، فإن بلوغ الغاية السامية من الزواج، وإقامة مجتمع سليم، يتوقف على العديد من الاعتبارات الدينية والأخلاقية، ويتوقف كذلك على الطريقة التي ينشأ بها عقد الزواج، والتي لها أثر مباشر على طبيعة الأسرة المكونة لها، وقدرتها على مواجهة المشكلات التي تعترضها والتي قد تتسبب في تصدعها.

وبهذا، يكون الزواج أهم عقد يبرمه الإنسان في حياته، وهو مثل أي مؤسسة بشرية يخضع للتغييرات الهامة في المجتمع⁽⁴⁾، وقد تم تعريفه عند أهل اللغة بأنه اقتران الرجل بالمرأة أو الذكر بالأنثى⁽⁵⁾، ويقال زوّج بالتشديد وتزوّج، أي اتخذ زوجة، وتزّوج، ازدوج واقترن⁽⁶⁾.

والزوج هو كل واحد معه آخر من جنسه⁽⁷⁾ لقوله تعالى: ﴿وَقُلْنَا يَا آدَمُ اسْكُنْ أَنْتَ وَزَوْجُكَ الْجَنَّةَ...﴾⁽⁸⁾.

والزواج بهذا المفهوم هو الاقتران بين شيئين من نفس الجنس، سواء كانا من الإنسان أو الحيوان أو من الجماد.

(1) يقول تعالى: ﴿وَقُلْنَا يَا آدَمُ اسْكُنْ أَنْتَ وَزَوْجُكَ الْجَنَّةَ﴾ سورة البقرة، الآية رقم 35.

(2) أنظر، محروق كريمة، عقد الزواج غير الموثق، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، ط1، عالم الكتب الحديث للنشر والتوزيع، الأردن، 2016، ص.22.

(3) أنظر، الزحيلي وهبة، الأسرة المسلمة في العالم المعاصر، ط1، دار الفكر المعاصر، دمشق، 2010، ص.21.

(4) Cf, Ghaouti BENMELHA, Le droit algérien de la famille, office des publications universitaires, Alger, 1993, p.35.

(5) أنظر، مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، باب الزاي، ط4، مكتبة الشروق الوطنية، مصر، 2004، ص.405.

(6) أنظر، رينهارت دوزي، ترجمة محمد سليم النعيمي، تكملة المعاجم العربية، ج5، حرف الزاي، منشورات وزارة الثقافة والإعلام، العراق، د.س.ن، ص.379.

(7) أنظر، مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، المرجع السابق، ص.405.

(8) سورة البقرة، الآية رقم 35.

وتجدر الملاحظة هنا، أن الفقهاء استعملوا لفظ الزواج والنكاح في الاصطلاح الفقهي بمدلول واحد، ويطلق مصطلح النكاح على الوطء، ويطلق أيضا على العقد دون الوطء، ويقال امرأة ناكح بمعنى ذات زوج⁽¹⁾.

وورد في القرآن الكريم لفظ النكاح في العديد من الآيات للدلالة على الزواج، منها قوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْرِمُوا عُقَدَةَ النَّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابَ أَجَلَهُ...﴾⁽²⁾، وقوله جل وعلا: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ...﴾⁽³⁾، وقوله تعالى أيضا: ﴿فَأَنكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ...﴾⁽⁴⁾.

والنكاح، اسم مصدره الفعل نَكَحَ، بمعنى تَزَوَّجَ، ويقال نكح فلان امرأة إذا تزوجها، وقال الأزهري بأن أصل النكاح في كلام العرب هو الوطء، وقيل للتزوج نكاح لأنه سبب للوطء المباح⁽⁵⁾.

وفي قانون الأسرة، عنون المشرع الباب الأول من الكتاب الأول من قانون الأسرة ب: الزواج، كما استخدم أيضا، ولكن بندرة لفظ النكاح، كالفصل لثالث من الباب الأول المعني بالنكاح الفاسد والباطل (المواد من 32 إلى 35)، وأيضا في المادة 10 مثلا، وبذلك يكون المدلول الفقهي والقانوني للزواج والنكاح واحد⁽⁶⁾.

والزواج عند الفقهاء يفيد ملك المتعة، أي حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر لم يمنع من نكاحهما مانع شرعي لطلب الإئتناس والنسل على الوجه المشروع⁽⁷⁾.

(1) أنظر، أحمد بن محمد بن علي الفيومي القرئ، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، مكتبة لبنان، 1987، ص.624؛ أنظر أيضا، التكروري

عثمان، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2007، ص.31.

(2) سورة البقرة، الآية رقم 235.

(3) سورة الأحزاب، الآية رقم 49.

(4) سورة البقرة، الآية رقم 7.

(5) أنظر، ابن منظور أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم الإفريقي المصري، لسان العرب، مجلد2، حرف الحاء، مادة نكح، دار صادر، بيروت،

د.س.ن، ص.625-626.

(6) أنظر، بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، ط2، دار هومة، الجزائر، 2015، ص.85.

(7) أنظر، طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2009، ص.21.

وتم تعريفه أيضا، بأنه عقد شرعي بين رجل وامرأة خاليتين من الموانع الشرعية، يحل بموجبه الاستمتاع بينهما، ويفيد تعاونهما، كما يترتب بموجبه على كليهما حقوق وواجبات متبادلة⁽¹⁾، بالإضافة إلى تحصيل النسل وحفظ النوع الإنساني بطريق مشروع. أو هو اقتران الرجل بالمرأة وارتباطه بها على سبيل الاستئناس والتناسل والدوام لتكوين أسرة⁽²⁾.

وعرفه قانون الأسرة الجزائري بذكر أهدافه، وذلك في المادة 04 التي جاء فيها: "الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه، تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب".

وهكذا، فإن أهداف الزواج متعددة، تحقق الحاجات الاجتماعية والغريزية والعاطفية لما له من مخرجات إيجابية تعود بالنفع على الفرد والأسرة والمجتمع بصفة عامة. لذلك، وعلى مدار الأزمنة، حظي عقد الزواج باهتمام الفقه والقانون معا، فخصوصيته جعلته يتفرد بأحكام خاصة، فهو ميثاق ترابط وتماسك شرعي، وهو ميثاق أقرب إلى فرائض العبادات منه إلى عقود المعاملات⁽³⁾. وعقد الزواج ليس تمليك لعين، أو منفعة كالبيع، والإجارة، بل هو أسمى من ذلك وأجل، إنه عهد ميثاق بين رجل وامرأة تربط بينهما المودة والرحمة⁽⁴⁾.

وكما وصفه الحق تعالى، هو الميثاق الغليظ⁽⁵⁾ الذي يُبنى بالألفة والمحبة والمودة والرحمة، وهو الذي يضمن للمرأة الحياة الكريمة مع الرجل، وبدونه نكون أمام علاقة غير شرعية يتحمل فيها الرجل والمرأة المهانة والذل من النفس والمجتمع.

(1) أنظر، سديد بلخير، الأسرة وحماتها في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، دراسة مقارنة، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2009، ص.16؛ أنظر أيضا، داودي عبد القادر، أحكام الأسرة بين الفقه وقانون الأسرة الجزائري، ط3، البصائر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2016، ص.25؛ أنظر أيضا، محمد كمال الدين إمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه والقانون والقضاء، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص.35.

(2) أنظر، زبير مصطفى حسين، الطبيعة القانونية لعقد الزواج، دراسة مقارنة في تكوين العقد بين قانون الأحوال الشخصية والقانون المدني، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2012، ص.40؛ طاهري حسين، المرجع السابق، ص.21.

(3) أنظر، أباش محمد، الأسرة بين الجمود والحداثة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2011، ص.12.

(4) أنظر، تقيّة عبد الفتاح، النصوص التشريعية في قضايا الأحوال الشخصية، قانون الأسرة مدعما بأحدث الاجتهادات القضائية والتشريعية، دراسة مقارنة، ط1، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2011، ص.29.

(5) وصفه الله سبحانه وتعالى بالميثاق في قوله: ﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا﴾، سورة النساء، الآية الآية رقم 21.

ولا ينكر الإسلام تمتع الإنسان بالجنس، ولا يتجاهل شعوره باللذة، ولكن الذي ينكره هو جعل هذه اللذة غاية بحد ذاتها، مع أنها تتأتى للإنسان سواء كانت غاية أم لا، لذلك أصبح الإسلام تلك اللذة بالصبغة الشرعية عن طريق الزواج لاستمرار النوع الإنساني⁽¹⁾.

وسماه تعالى بالميثاق الغليظ لقوته ومتانته. أما إطلاق المشرع الجزائري وصف العقد على الزواج فلا يقصد به العقد المنصوص عليه في المادة 54 من ق.م⁽²⁾، وإنما هو عقد له خصوصيات فصل فيها قانون الأسرة، ووصفه بالعقد هو الوصف الذي يسمح بوضعه في الإطار القانوني، لأن الميثاق في لغة القانون لا يتلاءم مع أي مركز قانوني⁽³⁾.

والأصل في عقد الزواج، أن يتم بحضور الزوج والزوجة والولي والشهود مع تسمية الصداق، فينعقد الزواج مرتبا لآثاره. وفي حقبة ما قبل التواجد الفرنسي بالجزائر كان مجلس عقد الزواج يتم طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية والأعراف المحلية، وكان القضاء يخضع في معظمه إلى قواعد الشريعة الإسلامية في أصوله وفي نظام إجراءاته⁽⁴⁾. لكن، بعد عام 1830 وباحتلال الأراضي الجزائرية، عمد المستعمر إلى إدخال بعض التعديلات على أحكام الفقه الإسلامي والأعراف المحلية وإحلال محلها أحكام القانون الفرنسي⁽⁵⁾.

فبعد صدور المرسوم المتعلق بالولاية في 1 أوت 1902، صدر القانون المؤرخ في 02 ماي 1930 والذي حدّد فيه سنّ الزواج. وأخيرا المرسوم الصادر في 19 ماي 1931 المتعلق بالطلاق والميراث، ورغم المحاولات من طرف المستعمر لتدنيس الأحوال الشخصية، إلا أن الشعب الجزائري، ظل يحافظ في معاملاته على أحكام الشريعة الإسلامية، لاسيما فيما يتعلق بالزواج وآثاره كالنسب،

(1) أنظر، سمارة محمد، أحكام وآثار الزوجية، شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2008، ص.18.

(2) تنص المادة 54 المعدلة من الأمر 58-75، مؤرخ في 1975/11/26، المتضمن القانون المدني، ج.ر.ج.ج، بتاريخ 1975/11/30، السنة 12، ع78، ص.990، المعدل والمتمم بالقانون رقم بالقانون 05-10، مؤرخ في 2005/06/20، ج.ر.ج.ج، 2005/06/26، ع44، ص.17، على أن: "العقد هو اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنع أو فعل أو عدم فعل شيء ما".

(3) آباش محمد، المرجع السابق، ص.12.

(4) أنظر، سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومة، الجزائر، 2007، ص.7.

(5) أنظر، حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان،

2004-2005، ص.14.

وفي هذا الشأن قام العميد "مارسال موران" سنة 1916 بوضع مشروع تمهيدي لقانون الأحوال الشخصية⁽¹⁾.

وهكذا، صدرت عدّة مراسيم، إلى غاية القانون رقم 57-778 بتاريخ 11 جويلية 1957 المتعلق بأحكام الولاية على القصر والحجر والغياب والفقدان⁽²⁾، وكذا الأمر رقم 59-274 الصادر في 4 فبراير 1959 يتعلق بالزواج وآثاره ويهتم بتنظيم الأسرة، وقد كان هذا الأخير أول قانون مكتوب بأسلوب عصري⁽³⁾.

وبعد استقلال الجزائر، استمر القضاء في العمل وفق قواعد النظام الفرنسي على أساس القانون رقم 62-157 المؤرخ في 1962/12/31 والرامي إلى التمديد حتى إشعار آخر. إلى غاية صدور القانون رقم 63-224⁽⁴⁾ المتعلق بتنظيم سنّ الزواج، ثم الأوامر الصادرة في 23 جوان 1966 و16 نوفمبر 1969 و2 نوفمبر 1971 والخاصة بإثبات الزواج⁽⁵⁾. إلى غاية صدور الأمر 73-29 الصادر في 05 جويلية 1975⁽⁶⁾ الذي ألغى بموجب المادة 4 منه جميع النصوص الموروثة عن المستعمر وذلك ابتداء من 1 جويلية 1975، وهذا بهدف القضاء على التبعية الأجنبية، لكن أوقع الجزائر في فراغ تشريعي كبير ناتج عن الاختلاف الإيديولوجي في مجال المسائل الأسرية⁽⁷⁾.

ورغم كل الصراعات بين القوانين الفرنسية والأعراف المحلية وأحكام الشريعة الإسلامية، فإن اجتهاد المحكمة العليا استقر منذ البداية على أنه: "من المقرر شرعا وقانونا أن مسائل الأحوال الشخصية تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية، ولا يصح تطبيق الأعراف المحلية إذا كانت مخالفة للشريعة الإسلامية"⁽⁸⁾. إلى غاية 09 جوان 1984، وبعد مخاض عسير، كان ميلاد أول قانون أسرة

(1) حميدو زكية، المرجع السابق، ص. 15.

(2) Loi n°57-778, du 11 juillet 1957, portant réforme pour l'Algérie du régime des tutelles et de l'absence en droit musulman, JORF du 13 juillet 1957, p. 6923.

(3) سعد عبد العزيز، المرجع السابق، ص. 8.

(4) القانون رقم 63-224، مؤرخ في 1963/06/29، يحدد سن الزواج الأدنى، ج.ر.ج.ج، لسنة 1963، ع44، ص.681.

(5) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص.27.

(6) الأمر رقم 73-29، مؤرخ في 1973/07/05، يتضمن إلغاء القانون رقم 62-157 المؤرخ في 1962/12/31 والرامي إلى التمديد حتى إشعار آخر، لمفعول التشريع النافذ إلى غاية 31 ديسمبر سنة 1962، ج.ر.ج.ج، لسنة 1973، ع62، ص.878.

(7) حميدو زكية، المرجع السابق، ص.18.

(8) المحكمة العليا، غرفة القانون الخاص (في المجلس الأعلى سابق)، 1968/05/12، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، 1968، ع2، ص.545؛ غرفة القانون الخاص، 1972/03/24، نشرة القضاء، 1972، ع2، ص72؛ مقتبس عن بلحاج العربي، المرجع السابق، ص.28.

في الجزائر، بموجب القانون رقم 84-11، فتم توحيد أحكام الأسرة في تقنين خاص، وتم النص في المادة 222 منه على أنه: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"، ونص في المادة 223: "تلغى جميع الأحكام المخالفة لهذا القانون".

وهكذا، تم اعتبار الشريعة الإسلامية مصدرا رسميا لأحكام الزواج في كل ما لم يتم النص عليه في قانون الأسرة، دون أن يقيّد القاضي بمذهب معين. وهذه ميزة تحسب لمشرعنا، إذ أخذ بالمنهجية اللامذهبية، وهو ما يحقق مرونة الشريعة الإسلامية الصالحة للتطبيق في كل زمان ومكان.

ورغم أن صدور قانون الأسرة في شكل نصوص مكتوبة قد سهل عمل القضاة وكل مهتم بالقانون، ووضح للمتقاضين وأفراد الأسرة ما لهم من حقوق وما عليهم من واجبات، إلا أن الممارسة القضائية وازدهار العلوم الطبية والتكنولوجية كشفت عن العديد من النقائص والتناقضات في هذا القانون وعدم الانسجام بين نصوصه. فحاول المشرع استدراك الوضع بتعديل قانون الأسرة بالأمر 05-02 الذي أحدث تغييرات كبيرة في أحكام الزواج، في انعقاده، وكذلك في الآثار المترتبة عنه، حاول فيها الاستجابة لمطالب المجتمع متأثرا بالعملة، وبالتزامات الجزائر الدولية بعد المصادقة على الاتفاقيات الدولية والتطور الحاصل على الساحة الطبية، فكان هناك نصيب مهم للتطورات العلمية في هذا التعديل.

وأهم التعديلات التي طرأت على عقد الزواج، كانت بداية في المادة 04 بالنص على طبيعته القانونية والتأكيد على رضائته⁽¹⁾، فينعقد الزواج بمجرد توفر ركن الرضا وشروط صحته من أهلية، وصدق، وولي، وشاهدان مع انعدام الموانع الشرعية، بعد أن كانت هذه الشروط أركاناً في القانون رقم 81-11.

(1) أضيفت كلمة رضائي بموجب تعديل المادة 04 من الأمر رقم 05-02 للدلالة على أن عقد الزواج يقوم أساساً على الرضا باعتباره العنصر الجوهري في العقد؛ أنظر، بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص.24.

ومن جوانب التطور العلمي، تم استحداث المادة 07 مكرر التي أضافت وجوب تقديم شهادة طبية للمقبلين على الزواج، واستتبع بالمرسوم التنفيذي رقم 06-154⁽¹⁾ الذي حدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام هذه المادة.

وفي آثار الزواج، وتحديدًا في الأحكام المتعلقة بالنسب والولادة، أضاف المشرع فقرة ثانية للمادة 40 نصت على أنه يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب. والمادة 45 مكرر المتعلقة بالتلقيح الاصطناعي.

لكن، التطبيق الفعلي لهذه النصوص المستحدثة على أرض الواقع صاحبه عدة إشكالات، وأدى بعضها إلى تضارب في أحكام القضاء، وبعضها الآخر ثارت بشأنه نقاشات حادة واختلاف في آراء الفقهاء.

هذا، بالإضافة إلى العديد من الإشكالات التي ارتبط ظهورها بالتقدم العلمي، كتلك المتعلقة بإنشاء الزواج والتي ظهرت مع بزوغ عصر الحاسوب والهواتف الذكية والأنترنت، مما أتاح التواصل بين الشعوب في مختلف أقطار العالم. هذا ما أثر تأثيرًا مباشرًا على مرحلة حساسة جدا تسبق الزواج وهي الخطبة، فأصبح بإمكان الرجل في مشارق الأرض أن يتعرف إلى امرأة في مغاربها، ويطلبها للزواج ويتم تبادل الصور فيما بينهما، بل يستخدمون تقنية مؤتمر الفيديو، وإن تم الأمر في خلوة، فهي خلوة معنوية تثير العديد من التساؤلات حول حكمها والآثار المترتبة عنها. مما يثير مسألة في غاية الأهمية وهي حماية صور الخاطبين عبر وسائل الاتصال الحديثة وغيرها من الاستفهامات. لذلك، نستبعد من دراستنا أحكام الخطبة المتعلقة بالهدايا وإشكالات الصداق وغيرها، ليرتبط موضوعنا بالتطور العلمي الذي يقتصر على حماية الخاطبين في مرحلة الخطبة من عالم رقمي مخوف بالمخاطر.

وأكثر من ذلك، نتج عن التطور العلمي إمكانية إبرام عقد الزواج عن بعد، سواء بالكتابة الإلكترونية أو باستعمال وسائل الاتصال السمعية أو السمعية المرئية، فركن الرضا الذي يعتبره الفقه أهم ركن في عقد الزواج، وأقره قانون الأسرة في آخر تعديل له ركنًا وحيدًا؛ أصبح محققًا في ظل تطور تكنولوجيات الاتصال الحديثة دون تواجد مادي لحل العقد (الزوج والزوجة)، وهو ما أوجد لنا

(1) مرسوم تنفيذي رقم 06-154، مؤرخ في 2006/05/11، يحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 07 مكرر من القانون رقم 84-11، مؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984، والمتضمن قانون الأسرة، ج.ر.ج.ج، مؤرخة في 2006/05/14، ع 31، ص. 4.

إشكالات ذات طابع جد خاص، تحتاج إلى حسم مشروعيتها وذلك بإسقاط الحكم الشرعي والقانوني عليها.

وفي سياق إبرام عقد الزواج، توصلت العلوم الطبية والتقنيات الحيوية بعد تطوير علوم البيولوجيا الجزيئية والهندسة الوراثية إلى تفكيك الحمض النووي ووظائف الجينات، وتم الكشف عن الخارطة الجينية للإنسان، وهو ما مكن من الكشف عن الأمراض الوراثية الكامنة فيها والتنبؤ بنسبة انتقالها إلى النسل. وكذلك إمكانية الكشف عن الأمراض المعدية والخطيرة التي تهدد استقرار العلاقة الزوجية بإجراء فحوصات طبية، أصبحت ملزمة للمقبلين على الزواج بموجب تعديل قانون الأسرة بالأمر رقم 02-05.

هذا، وأن اختلاف الجنس في محل عقد الزواج يعتبر ركنا لقيامه، ولم يكن هو الآخر في منأى عن التطورات العلمية، فبانتشار عمليات تغيير الجنس أصبح هناك جنس ظاهر وجنس باطن أصلي. وأكثر من ذلك، هناك من رد المثلية الجنسية إلى حقائق علمية، فانتشرت عملية تقنين زواجهم، وأقحمنها في هذه الدراسة لما راجع عن إبرام جزائريين في فرنسا لزواج مثلي مخالف للنظام الجزائري.

وبناء عليه، سوف نكتفي بدراسة مستجدات بناء الزواج التي طرأت على مرحلة الخطبة وركن الرضا وكذلك الركن البيولوجي والشهادة الطبية في عقد الزواج.

ولم يتوقف تأثير التطور العلمي على إنشاء الزواج، بل إن تسارع تطور العلوم الطبية أثر بصورة مباشرة أيضا على آثار الزواج خاصة تلك المتعلقة بالإنجاب والنسب، فبعد ظهور تقنيات التوالد الصناعي، أصبح الإنجاب عملية طبية تقوم على الوسائل الفنية وتتم بتقنياتها، ولم تعد الواقعة الجنسية المحاطة بالسرية والكتمان، السبيل الوحيد للحصول على الإنسان كما سبق⁽¹⁾.

فأسفرت هذه التطورات عن ظهور تقنيات جديدة للتوالد، منها التلقيح الاصطناعي، والحمل غير الطبيعي كاستخدام الأم البديلة، وما ذاع عن إمكانية حمل الرجل، والحمل خارج جسم

(1) أنظر، نزار كريمة، أبعاد ومخاطر مشكل الإثبات في مجال الزواج، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، 2009-2010، ص.254.

البشر أيضا أو ما يعرف بحمل الآلة. إضافة إلى محاولة علاج العقم بزراعة الأعضاء التناسلية، وكلها تثير إشكالات تتعلق أساسا بمشروعيتها وكذلك نسب الولد الناتج عنها.

ولم يقف التطور العلمي والبيوطي عند هذا الحد، فقد أصبحت علوم الهندسة الوراثية غير عاجزة على إتمام التوالد بواسطة عملية الاستنساخ⁽¹⁾، وما يستتبعها من تساؤلات عن مشروعية هذه التقنية وعن نسب هذا الكائن البشري.

وبالإطلاع على أحكام وقرارات القضاء، وبعد أن كان مستقرا على إثبات النسب بالطرق الشرعية، نجد بعد التعديل الأخير متجها إلى إعمال الطرق العلمية في مسائل النسب، هذه الطرق التي لم يحددها المشرع الجزائري، وثارَت بشأنها عدة إشكالات على الساحة القضائية تتعلق أساسا باعتمادها في النفي أم في الإثبات، أو في الإثبات والنفي معا، وطريقة تفسير القاضي للنص القانوني، وكذلك إعمال سلطته التي تحدد لنا ذلك. وعليه، سوف ينحصر موضوع إثبات النسب بالطرق العلمية في هذه الدراسة في البصمة الوراثية وفصائل الدم، وحجية كل منها في إثبات النسب والأهم من ذلك هو سلطة القاضي في اللجوء إلى هذه الطرق التي تحتاج إلى تحليل وتأصيل، وهذا بعد التوجه الجديد للقضاء الجزائري نحو إلحاق نسب ولد المغتصبة بمغتصبها.

ولا ننكر أن هذه الاكتشافات ساهمت في إشباع الحاجات الاجتماعية والشخصية، لكن ليس على إطلاقها، فمنها ما هي منبع لذرائع الانحراف والشذوذ التي تتنافى مع القانون والشريعة الإسلامية بل وحتى مع العقل البشري وأحكام الطبيعة، لما لها من انعكاسات سلبية على الأسرة وصحة أفرادها، حيث نصطدم في بعض الأحيان مع إشكالات لا نجد لها جوابا.

وبذات القدر الذي ساهمت فيه هذه الاكتشافات في إسعاد البشرية، ساهمت به أيضا في شن العديد من الاعتداءات على أهمية الزواج وكرامة الإنسان أيضا. وبعثت خوفا وقلقا في نفوس الأزواج والبشر بصفة عامة، وهذا بعد أن كانت بصيص أمل للشفاء من الأمراض المستعصية خاصة تلك التي تحول دون الإنجاب الطبيعي. فحاول المشرع في تعديله الأخير انتقاء بعض الأحكام التي لا تتنافى مع حرمة الجسم البشري وخصوصية الزواج. وبالتالي، فإن هذا البحث المتعلق بأحكام الزواج في ظل التطور العلمي سوف يكون تبعا لتعديل قانون الأسرة بالأمر رقم 05-02.

(1) أنظر، تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، د.م.ج، الجزائر، 2001، ص. 221.

ولهذا، فإن الوقوف على الحقائق العلمية الجديدة التي تتعلق بأحكام الزواج والاكتشافات الطبية الحديثة وقدرة القانون على احتوائها، ونظرا لتنوعها، فإنها تقتضي البحث عن شرعيتها في أحكام الشريعة الإسلامية ثم في مختلف القوانين كقانون الصحة والقانون المدني وقانون التوقيع والتصديق الإلكتروني وغيرها، لذلك سوف تنحصر هذه الدراسة في القانون الجزائري، وسوف نضطر أحيانا لإدخال بعض الأمثلة من تشريعات أجنبية وعربية وهذا على سبيل الاستئناس وليس المقارنة.

ومن هنا، فإن أهمية هذا الموضوع ترتبط بأهمية وضرورة البحث في الأحكام المستجدة في الزواج، بالتنقيب عن الحقيقة العلمية وحكم الشرع والقانون في كل مسألة منها. فهو موضوع غني بالجزئيات التي تحتاج إلى بيان أحكامها الشرعية والقانونية وزادنا لطفة عليها اتسامهما بالطابع العلمي. وأيضاً، كثرة قرارات المجمع الفقهي الإسلامي في هذه المسائل جعلها مجالاً خصباً للبحث.

كما أن الاختلاف في آراء الفقهاء حول حكم النوازل المستجدة بتطور العلوم، واختلاف الآثار المترتبة عنها، جديرة بأن تحظى بالعناية والدراسة والاهتمام، وذلك بالولوج في الحقائق العلمية، ومحاولة فهمها ودراسة علاقتها بعقد الزواج وآثاره.

ومن بواعث طرقنا لموضوع أحكام الزواج في ظل التطور العلمي، تأثير المستجدات العلمية تأثيراً مباشراً على تكوين الأسرة وصحة أفرادها، في مقابل جمود التشريعات الوطنية وتأخر صدور قانون الصحة رقم 18-11⁽¹⁾.

وبمفاعلة كل ما سبق من ظواهر اجتماعية وحقائق علمية، ونصوص قانونية، يثور التساؤل الآتي: كيف أثر التطور العلمي على أحكام إنشاء الزواج والآثار الناجمة عنه؟

(1) لقد عمّر القانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها ثلث قرن من الزمن (33 سنة) وهو ما أثار جدلاً طويلاً في قطاع الصحة، ومع التطور العلمي الذي يتصل بصفة مباشرة مع هذا القطاع، كان لقانون حماية الصحة القديم عدة نقائص وثغرات قانونية، إلى أن تم أخيراً إصدار قانون جديد يلغي كل أحكام القانون القديم، بعد مد وجزر ودراسات معمقة لمشروعه، هو القانون رقم 18-11، مؤرخ في 2018/07/02، يتعلق بالصحة، ج.ر.ج.ج، مؤرخة في 2018/07/29، ع 46، ص.3. بحيث تلغي المادة 449 منه على نصوص القانون رقم 85-05 وتحيل إلى التنظيم الساري المفعول في ظل القانون القديم بنصها "... غير أن النصوص المتخذة لتطبيقه تبقى سارية المفعول إلى غاية صدور النصوص التنظيمية المنصوص عليها في هذا القانون".

ويتفرع عن ذلك عدّة تساؤلات ثانوية، فهل النصوص القانونية المتوفرة قادرة على حماية الخاطبين في البيئة التقنية؟ وهل يعتبر التعبير عن الإرادة في الزواج صحيحا باستخدام وسائل الاتصال؟ وما أهمية الفحص الطبي قبل الزواج وهل وفق المشرع الجزائري في تنظيمه؟ وما مدى مشروعية تقنيات الهندسة الإنجابية والوراثية؟ وما هو أثرها على النسب؟ وكيف تعامل القضاء الجزائري مع الطرق العلمية في مسائل النسب إثباتا ونفيا؟

وللإجابة على كل هذه التساؤلات، فإنّ طبيعة البحث تستدعي اعتماد عدة مناهج، فتمت الاستعانة بالمنهج الاستقرائي والمنهج التحليلي الاستنباطي، الملائمين لاستقراء وتحليل وفهم النصوص القانونية، والقرارات والأحكام القضائية، وكذا آراء العلماء ومناقشتها وترجيح السديد منها وكذلك، الوصول إلى نية المشرع وقصده من كل جزئية في هذه المسائل المستجدة والمتشعبة.

وإلى جانب ذلك، اعتمدنا على المنهج التاريخي، فالبحث لا يخلو من بعض الإطلاقات التاريخية التي تلمنا في تتبع نشأة المسائل العلمية المستجدة وأسباب ولوجها إلى الأسرة وكيفية اتصالها بالزواج وآثاره.

كما شمل هذا البحث، الاستعانة بالمنهج الجدلي لأننا أمام عدة مسائل علمية مستجدة اتصلت مباشرة بالجسم البشري وأحكام الزواج، فكانت ولا زالت محل جدل بين الفقهاء المعاصرين.

غير أن الخوض في غمار هذا البحث لم يخل من الصعوبات والعقبات، أهمها صعوبة الحصول على أحكام وقرارات قضائية متعلقة بالموضوع بالرغم من تعدد جزئياته.

كذلك من الصعوبات التي واجهتنا هو تسارع التطور العلمي، وظهور الجديد كل يوم، فيستحيل الاطلاع على كل التطورات الحاصلة على الساحة العلمية.

وعليه، سيتم دراسة هذا الموضوع بتقسيمه إلى باين:

الباب الأول: إنشاء الزواج في ظل التطور العلمي

الباب الثاني: آثار الزواج المستحدثة بواسطة التطورات العلمية

الباب الأوّل

إنشاء الزواج في ظلّ التطور العلمي

تُحقق المقاصد الأساسية في استمرار البشر في أعقابها وصورورها إلى الرقي الحضاري بالزواج⁽¹⁾، لذلك اهتم الإسلام به، فضبطه بأسس وقواعد لا تتغير بتغير الأزمان، فلا اختلاف بين الفقهاء في ركنية الرضا، ووجوب توافر مجموعة من الشروط ليرتب العقد أثره.

وفي قانون الأسرة الجزائري، فإن الزواج ينشأ كأى تصرف قانوني، بتراضي طرفيه وشروط لصحته، فيُبنى أساسا بتبادل الإيجاب والقبول بين طرفيه بدون إكراه أو إحراج، لأن التراضي هو جسر الديمومة والاستمرار، وسبيل بناء أسرة متكافلة متعاونة، تقوم على العفة والستر والصون، وحسن العشرة⁽²⁾.

وقد فرغ الفقه الإسلامي والقانوني من البحث في موضوع التراضي في عقد الزواج بالاتصال المباشر للعاقدين إيجابا وقبولا، ليفتح التطور العلمي بابا جديدا للبحث عن أحكام الرضا الذي يتم باستخدام وسائل غير مباشرة ويأتي على رأسها وسائل الاتصال الحديثة.

ولم يقتصر تطوّر وسائل الاتصال على تبادل الإيجاب والقبول بين الزوجين، بل أصبح الشخص يستخدمها في مرحلة حساسة من حياته، هي فترة الخطبة التي تعتبر فيها المخطوبة أجنبية عن الخاطب، وعليه، سوف يقتصر البحث عن بناء الزواج في عصر تكنولوجيا الاتصال والمعلومات على الخطبة والتراضي.

ويضيف الفقه ركنا آخر هو في الحقيقة عنصر من عناصر الرضا في عقد الزواج، يطلق عليه الركن البيولوجي، فكان لغزارة البحوث والدراسات الطبية والبيولوجية الحديثة أثر كبير في إبراز أهمية هذا الركن، من خلال انتشار عمليات تغيير الجنس التي أنزلت المرأة والرجل إلى أدنى درجات الحيوانية، حيث أصبح الإنسان منبعاً لذرائع الانحراف والشذوذ⁽³⁾. وسوف نتناول بالدراسة أيضا زواج الخنثى وزواج المثليين الذي أحدث ضجة على مختلف الأصعدة. وبانتشار عملية تقنين الفحص الطبي قبل الزواج وذيوع فوائده، قام المشرع الجزائري باستحداثه بموجب الأمر 05-02 من ق.أ كشرط لإبرام عقد الزواج.

(1) أنظر، العربي بختي، نظام الأسرة في الإسلام والشرائع والنظم القانونية القديمة، ط1، مؤسسة كنوز الحكمة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص.182.

(2) الرحيلى وهبة، المرجع السابق، ص.39.

(3) تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص.3.

وعلى ضوء ما سبق، سنعمد إلى تقسيم هذا الباب إلى فصلين، نتناول في الفصل الأول مستجدات بناء الزواج في ظل تطور تكنولوجيا الاتصال والمعلومات، أما الفصل الثاني فسوف نخصه للتطورات الطبية والبيولوجية وأثرها على بناء عقد الزواج.

الفصل الأول

مستجدات بناء الزواج في ظلّ تطور تكنولوجيا الاتصال والمعلومات

اعتمدت المجتمعات القديمة على الاتصال المباشر بين الأفراد، من خلال مواجهة شخصية فعلية كاملة، وبعد اتساع الرقعة الجغرافية للشعوب، تعدّ إيجاد فرص اتصال مباشر بين الأفراد فاستعانت المجتمعات الكبيرة على وسائل ثانوية وغير مباشرة للتواصل الاجتماعي، فاعتمدت على المجالات والبرق الفضائي وغيرها من الوسائل⁽¹⁾. ونحن بصدد دراسة التطورات التكنولوجية التي شهدتها النصف الثاني من القرن العشرين وبداية القرن الواحد والعشرين، والتي أهم ما يميزها هو الاندماج الذي حدث بين ظاهرتي تفجير المعلومات وثورة الاتصال الخامسة⁽²⁾، ولعل أبرز مظاهر تفجير المعلومات هي استخدام الحاسب الآلي، أما ثورة المعلومات الخامسة فتتمثل في استخدام الأقمار الصناعية لنقل المعلومات بين القارات بطريقة فورية⁽³⁾. فتنوعت سبل الاتصال، وظهرت المجتمعات الافتراضية، وأصبح العالم كأنه قرية صغيرة.

وألقي هذا التطور في الاتصال بظلاله على الأسرة، فأصبح الراغب في الزواج يركن إلى بيئة تقنية متطورة لبحث عن زوجة بمواصفات معينة، بعد أن كان هذا البحث من مهام الأسرة قديماً أو من الشاب ذاته، ولكن في بيئته الواقعية سواء من أقاربه أو بين جيرانه أو زملائه في العمل، وسوف يتم التركيز على استخدام التقنيات الحديثة في تحقيق النظر إلى المخطوبة أو محادثتها بغرض التعرف إليها، وأهم الإشكالات التي تترتب على ذلك، وخاصة في حالة العدول عن الخطبة، وهو ما سيتم تناوله في مقدمات الزواج وعلاقتها بوسائل الاتصال الحديثة (المبحث الأول).

وبعد ازدهار العقود الإلكترونية المدنية والتجارية خاصة واختصارها للمسافات والوقت، انتقلت شيئاً فشيئاً إلى إبرام عقد الزواج، وعلى اعتبار ركن الرضا هو الركن الوحيد في عقد الزواج في

(1) أنظر، الغرابي فلاح جابر، وسائل الاتصال الحديثة ودورها في إحداث التغيير الاجتماعي، مجلة القادسية في الآداب والعلوم التربوية، جامعة القادسية، العراق، 2009، مجلد 8، ع2، ص.207.

(2) تطور الاتصال من خلال خمس ثورات أساسية، تمثلت الأولى في تطور اللّغة، والثانية في الكتابة، واقتربت الثورة الثالثة باختراع الطباعة في منتصف القرن الخامس عشر، أما ثورة الاتصال الرابعة فقد بدأت معالمها في القرن التاسع عشر بعد اكتشاف الكهرباء والموجات الكهرومغناطيسية والتليفون والهاتف والتصوير الضوئي والسينمائي إلى النصف الأول من القرن العشرين أين ظهر الراديو والتلفزيون. أما ثورة الاتصال الخامسة فقد شهدتها النصف الثاني من القرن العشرين من خلال دمج التكنولوجيا لظاهرتي تفجير المعلومات (Information Explosion)، وتطور وسائل الاتصال عن بعد (Télécommunication) وهو ما أضاف لها خاصية جديدة هي التفاعل (Interactivité)، الذي يقصد به قدرة وسيلة الاتصال على الجديدة على الاستجابة لحديث المستخدم تماماً كما يحدث في المحادثة المباشرة بين شخصين؛ أنظر، شيخاني سميرة، الإعلام الجديد في عصر المعلومات، مجلة جامعة دمشق، 2010، ع 2، 1، مجلد 26، ص.442؛ أنظر أيضاً، حسونة نسرين، مفهوم تكنولوجيا الاتصال ووسائله؛ 11:10، 2016/09/04، <http://www.alukah.net>

(3) شيخاني سميرة، المرجع السابق، ص.448.

قانون الأسرة الجزائري وهو الأكثر تأثراً بتطور علوم الاتصال والتكنولوجيا، فإنه سوف يتم التطرق إلى أثر تطور تكنولوجيا الاتصال والمعلومات على ركن الرضا في عقد الزواج (المبحث الثاني).

المبحث الأول

مقدمات الزواج وعلاقتها بوسائل الاتصال الحديثة

تحظى العقود الهامة بمقدمات من المتعاقدين، ليتبين لهما ما تحققه هذه العقود، فإذا اطمأن الطرفان من تحقيق الغرض المنشود، قاما بإبرام العقد النهائي. وشريعة الإسلام لم تنظم المرحلة السابقة للعقد بأحكام خاصة، إلا عقد الزواج، فقد جعلت لمقدمته أحكاماً خاصة بها⁽¹⁾، وهذا راجع للأهمية التي منحها الإسلام لعقد الزواج، والخصوصيات التي تميزه عن باقي العقود، والآثار الخاصة التي تنصرف إلى طرفيه، والعلاقات التي تنشأ بين أسرتيهما، ومعارفهما.

والخطبة موروث متجدد في المجتمع الجزائري، فقد اعتادت العائلات أن تمهد للزواج بفترة ولو قصرت للتعارف بين العائلتين والخطابين. وبما أن التقنية ووسائل الاتصال الحديثة تشغل حيزاً هاماً من حياة الإنسان في العصر الحديث، فقد كان لها الدور الكبير في استحداث نوازل في أحكام الخطبة أثارت العديد من المشاكل الشرعية والقانونية. لذلك، تستدعي هذه الدراسة التعرض لمفهوم الخطبة ووسائل الاتصال الحديثة (المطلب الأول)، وتسلط الضوء على تبادل الصور والمحادثات بين الخطابين عبر وسائل الاتصال الحديثة (المطلب الثاني). ولأن ما يجري بين الخطابين في عالم افتراضي من اتصالات وتبادل للصور قد يسبب أضراراً لهما، فإنه يتوجب علينا التعرض للمسؤولية عن الأضرار الناجمة عن استخدام وسائل الاتصال المصاحبة للعدول عن الخطبة (المطلب الثالث).

المطلب الأول

مفهوم الخطبة ووسائل الاتصال الحديثة

ساهمت وسائل الاتصال الحديثة في تقريب المسافات بين بني البشر، وتم بالفعل استخدامها في التعارف بين الخطابين، ولفهم العلاقة بين وسائل الاتصال والخطبة، يتعين علينا تبيان مفهوم الخطبة (الفرع الأول) ثم التعرّيج على مفهوم وسائل الاتصال الحديثة (الفرع الثاني).

(1) أنظر، محمد رأفت عثمان، فقه النساء في الخطبة والزواج، دار الاعتصام، القاهرة، د.س.ن، ص.14.

الفرع الأول

مفهوم الخطبة

بالنظر إلى الأهمية التي تتبوؤها مرحلة الخطبة، من خلال تمكين الخاطبين من التعرف على بعضهما وكذلك أسرتيهما، فلا يستوي الحديث عن أحكامها دون التطرق إلى تعريفها (أولاً) ومشروعيتها والحكمة منها (ثانياً) ثم طبيعتها القانونية (ثالثاً).

أولاً: تعريف الخطبة

الخطبة اسم مصدرها فعل ثلاثي خَطَبَ، وبكسر الخاء هي طلب الرجل التزوج من امرأة معينة خالية من الموانع الشرعية⁽¹⁾. ويقال خطب الخطيب خطبة حسنة، وخطب الخطيب خطبة جميلة⁽²⁾. والخطبُ الرجل الذي يخطب المرأة، ويقال أيضاً هي خطبه وخطبته التي يخطبها⁽³⁾، والخطبُ المرأة المخطوبة، وعند العرب كان يقول الخاطب: خطبُ، فيقول المخطوب إليهم: نكحُ وهي كلمة كانت العرب تتزوج بها⁽⁴⁾.

والخطبة هي أن يتقدم الرجل إلى المرأة أو إلى أهلها، فيعرب عن رغبته في الزواج منها، فيعرفها عن حاله وأوضاعه ويتعرف إلى حالها وأوضاعها⁽⁵⁾، وقد تعددت تعريفاتها بين الفقهاء قديماً وحديثاً. فعرفها ابن عابدين من الحنفية بقوله: "الخطبة بكسر الخاء هي طلب التزوج"⁽⁶⁾. وعرّفها المالكية بقول القرطبي: "الخطبة بكسر الخاء فعل الخاطب من كلام وقصد واستلطاف بفعل أو قول"⁽⁷⁾. وعرّفها

(1) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص. 113.

(2) أنظر، الزمخشري أبي القاسم جار الله محمود بن عمر بن أحمد، أساس البلاغة، تحقيق محمد باسل عيون السود، ج 1، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1998، ص. 255.

(3) أنظر، الجوهريّ أبي نصر إسماعيل بن حماد، الصحاح تاج اللّغة وصحاح العربية، تحقيق محمد تامر، دار الحديث، القاهرة، 2009، ص. 327.

(4) ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، مجلد 1، ص. 359.

(5) أنظر، الراجزي سالم بن عبد الغني، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب، ط 1، دار ابن حزم، بيروت، 2002، ص. 214.

(6) أنظر، ابن عابدين محمد أمين، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، تحقيق عادل أحمد عبد الوجود وعلي محمد معوض، ج 4، كتاب النكاح، دار عالم للكتب، الرياض، 2003، ص. 66.

(7) أنظر، الخطاب الرعينيّ أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، تحقيق زكريا عميرات، ج 5، كتاب النكاح، دار عالم للكتب، د.س.ن، ص. 25.

الشافعية بأنها: "التماس الخاطب النكاح من جهة المخطوبة"⁽¹⁾. أما الحنابلة فذهبوا إلى تعريف الخطبة بالكسر بأنها: "خطبة الرجل المرأة لينكحها"⁽²⁾.

وبالرجوع إلى الفقه الإسلامي الحديث، نجد تعريف الإمام محمد أبو زهرة: "الخطبة هي طلب الرجل يد امرأة معينة للتزوج بها، والتقدم إليها أو إلى ذويها، وبيان حاله ومفاوضتهم في أمر العقد ومطالبه ومطالبهم بشأنه"⁽³⁾. وعرفها وهبة الزحيلي بأنها إظهار الرغبة في الزواج بامرأة معينة، وإعلام المرأة أو وليها بذلك⁽⁴⁾.

مما سبق عرضه، من تعريف الفقهاء للخطبة، نلاحظ أن تعريف الحنفية والمالكية للخطبة هو تعريف شامل لخطبة الرجل وخطبة المرأة، وكذلك خطبة ولي المرأة وخطبة الوكيل أيضا⁽⁵⁾، لأنه يجوز شرعا للمرأة أن تكون هي الخاطبة للرجل⁽⁶⁾ دون أن يقلل ذلك من عزة المرأة وكرامتها كما أنه لا ينال من كرامة الرجل⁽⁷⁾. ولقد ثبت عن خديجة بنت خويلد (رضي الله عنها) أنها لما وجدت ضالتها المنشودة في محمد ﷺ حدثت بما في نفسها إلى صديقتها نفيسة بنت منية، فذهبت إلى محمد ﷺ وعرضت عليه أن يتزوج بخديجة فرضي ﷺ بذلك⁽⁸⁾.

وعليه، يمكننا تعريف الخطبة بأنها "التماس الزواج ممن يحل للخاطب شرعا"، وهذا التعريف جامع يشمل الخطبة المشروعة دون غيرها غير المشروعة، كخطبة المحرمات وخطبة المعتدة وكذلك الخطبة على الخطبة، ويشمل الخاطب رجلا كان أو امرأة.

(1) أنظر، الشريبي شمس الدين محمد بن الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، اعتنى به محمد خليل عيتاني، ج3، كتاب النكاح، ط1، دار المعرفة، بيروت، 1997، ص.183.

(2) أنظر، ابن قدامي موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد المقدسي الجماعليّ الدمشقيّ الصالحيّ الحنبليّ، المغني، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلوي، كتاب النكاح، ج9، ط3، دار عالم الكتب، الرياض، 1997، ص.567.

(3) أنظر، أبو زهرة محمد، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، د.س.ن، ص26.

(4) أنظر، الزحيلي وهبة، المرجع السابق، ص.50.

(5) أنظر، الرجوب نايف محمود، أحكام الخطبة في الفقه الإسلامي، ط1، دار الثقافة، الأردن، 2008، ص.53.

(6) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص.114؛ التكروري عثمان، المرجع السابق، ص.11.

(7) أنظر، محمد كمال الدين إمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص.47.

(8) أنظر، العازمي موسى بن راشد، اللؤلؤ المكنون في سيرة النبي المأمون، ج1، ط1، دار الصمعي للنشر والتوزيع، الرياض، 2014، ص.123؛ وفي القرآن الكريم ورد قول الشيخ الصالح لموسى عليه السلام قَالَ: ﴿إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أَنْصَحَكَ إِحْدَى أَبْنَتَيْ هَتَّتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرْنِي ثَمَنِي جَجَجٌ...﴾ سورة القصص، الآية رقم 27؛ كما وردت عدة روايات عن خطبة المرأة للرجل.

وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري فقد عرف الخطبة في الفقرة الأولى من المادة 5 بأن "الخطبة وعد بالزواج" وبذلك اكتفى المشرع الجزائري بتبيان الطبيعة القانونية للخطبة⁽¹⁾.

من تعريف الخطبة، لا حظنا اهتمام الفقه والقانون بهذه المرحلة، فكانت ولا زالت العائلات تمهد للزواج لما تحققه هذه المرحلة من مصالح للطرفين، فكان علينا تبين مشروعيتها والحكمة منها.

ثانيا: مشروعية الخطبة والحكمة منها

يمكن أن يتم الزواج بدون مقدمات، ولا علاقة للخطبة بصحة العقد، فلا هي ركن ولا شرط، وسوف نستعرض هنا، مشروعية الخطبة (أ) والحكمة منها (ب).

أ- مشروعية الخطبة

الناظر في الأدلة الشرعية يجد أن الخطبة ثبتت مشروعيتها في الكتاب والسنة والإجماع، ف جاء في كتاب الله عز وجل قوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ عِلْمَ اللَّهِ أَنْكُمْ سَتَذَكُرُونَهُنَّ وَلَكِنْ لَا تُؤَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابَ أَجَلَهُ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا فِي أَنْفُسِكُمْ فَاحْذَرُوهُ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ حَلِيمٌ﴾⁽²⁾. وجه الدلالة في الآية الكريمة أنها تفيد مشروعية التعريض بالخطبة للمعتدة من وفاة⁽³⁾، وإباحة خطبة غيرها من غير المحرمات⁽⁴⁾.

أما من السنة النبوية الشريفة، فنذكر ما رواه أبو داود عن جابر بن عبد الله قال: قال رسول الله ﷺ: "إذا خطب أحدكم المرأة فإن استطاع أن ينظر إلى ما يدعوه إلى نكاحها فليفعل"⁽⁵⁾.

(1) أنظر حول هذه المسألة، ص. 21 من هذه الأطروحة وما يليها.

(2) سورة البقرة، الآية رقم 235.

(3) قوله تعالى: "وَلَا جُنَاحَ" أي لا إثم، لأن الجناح هو الإثم، وهو الأصح في الشرع، وتفسير الآية الكريمة ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ﴾ هو لا وزر عليكم في التعريض بالخطبة في عدة الوفاة، أنظر، القرطبي أبي عبد الله محمد بن أحمد أبي بكر، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، ج4، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2006، ص. 144.

(4) أنظر، العطار عبد الناصر توفيق، خطبة النساء في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية للمسلمين وغير المسلمين، مطبعة السعادة، مصر، د.س.ن، ص. 13.

(5) أنظر، أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي، سنن أبي داود، إعداد وتعليق عزت عبيد الدعاس وعادل السيد، ج2، ط1، دار ابن حزم، بيروت، 1997، ص. 390.

وفي خطبة عائشة رضي الله عنها، روي عن عبد الله بن يوسف عن الليث بن يزيد عن عراك عن عروة: "أن النبي ﷺ خطب عائشة إلى أبي بكر، فقال له أبو بكر: إنما أنا أخوك، فقال له: "أنت أخي في دين الله وكتابه: وهي لي حلال"⁽¹⁾.

كما أن علماء الإسلام قد أجمعوا على مشروعية الخطبة، ولكن اختلفوا في حكمها، فذهب فريق إلى القول بأنها مستحبة⁽²⁾، أي هي أمر مندوب إليه لتكون فترة تعارف بين الخاطبين، باستثناء بعض الحالات التي تكون فيها مكروهة أو محرمة⁽³⁾. وذهب فريق ثان إلى القول بأن الخطبة مباحة⁽⁴⁾، وتحرم أو تكره في حالات معينة، ويرى هذا الفريق بأن الخطبة مباحة يمكن أن يتم الزواج من دونها. ويرى فريق آخر بأن الخطبة تأخذ حكم الزواج، فيرى باستحبابها لمن يستحب له النكاح، والكرهية لمن يكره له النكاح، وحيث كانت الخطبة وسيلة كان لها حكم مقصدها إن وجب وجبت، وإن حرم حرمت⁽⁵⁾.

والرّاجح هو أن الخطبة مستحبة لما تنطوي عليه من تعارف بين الخاطبين وعائلتيهما، الأمر الذي من شأنه تأكيد أهمية الزواج والآثار الناتجة عنه. والاستحباب يظهر في فعل الرسول ﷺ والسلف الصالح، فإنهم اعتادوا أن يمهدوا للزواج بمقدمات تتمثل في الخطبة.

ب- الحكمة من مشروعية الخطبة

الحكمة من مشروعية الخطبة هو إعطاء فرصة للخاطبين للتعرف على ما يهم كل واحد منهم للزواج من الآخر، ويكون ذلك بالتحري عن أسباب الزواج من هذا الشخص ودوام الألفة والمودة. وهي في نظر الشارع وسيلة لتحقيق مقاصد الزواج، حتى يكون الزواج مبني على علم ومعرفة، وهدى، وبصيرة ويكون الزوجان على بينة من إيمان الحياة المشتركة الدائمة المبنية على الرحمة والمودة⁽⁶⁾.

(1) أنظر، البخاري أبي عبد الله محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب تزويج الصغار من الكبار، حديث رقم 581، ط1، دار ابن كثير، دمشق، بيروت، 2002، ص.1296.

(2) أنظر، محمد زكريا الكاندهلوي المدني، أوجز المسالك إلى موطأ مالك، اعتنى به وعلق عليه تقي الدين التّدوي، ج10، كتاب النكاح، باب ما جاء في الخطبة، دار القلم، دمشق، 2003، ص.281.

(3) أنظر، كِتَابَة عبد الفتاح، الزواج المدني، دراسة مقارنة، دار الندوة الجديدة، بيروت، 1994، ص.228.

(4) وهو قول الشافعية إذ قال الإمام النووي (في الخطبة بكسر الحاء، قال الغزالي هي مستحبة ويمكن أن يحتج له بفعل النبي ﷺ، وما جرى عليه الناس، ولكن لا ذكر للاستحباب في كتب الأصحاب وإنما ذكروا الجواز)، أنظر، النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج7، كتاب النكاح، ط3، المكتب الإسلامي، بيروت، 1991، ص.30.

(5) أنظر، الأنصاري زكريا، حاشية سليمان الجمل على شرح المنهج، مجلد 4، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.س.ن، ص.128.

(6) أنظر، دريني فتحي، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، ط2، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2008، ص.461.

ذلك أن هذه المرحلة هي الطريقة الحسية المتعينة لتكوين الاقتناع الذاتي بالمخطوبة، بالوقوف على ما لا يمكن تمييزه إلا بالنظر إليها⁽¹⁾، أو بالتحري عن صفات الخاطب والمخطوبة من دين وسمعة وأخلاق.

وفي نطاق المفهوم، يعتبر تحديد الطبيعة القانونية للخطبة من واجب كل من يبحث في المرحلة التمهيدية لعقد الزواج، لأن الطبيعة القانونية هي التي تحدد لنا الحقوق والالتزامات لكل طرف في الخطبة، لاسيما مع ظهور آراء فقهية حديثة في هذا الشأن.

ثالثا: الطبيعة القانونية للخطبة

اتفق الفقهاء على اختلاف مذاهبهم على أن الخطبة ليست زواجا، ولكن اختلفوا في تكييفها فمنهم من اعتبرها مجرد وعد بالزواج وليست عقدا ولا ترتب التزامات على عاتق أطرافها، وهذا موقف فقهاء الشريعة الإسلامية، وقوانين الأحوال الشخصية العربية.

فقد أجمعت الأمة الإسلامية على أن الاتفاق بين الرجل والمرأة على الزواج لا يعتبر زواجا، ولا يجوز لهما الاختلاط ببعضهما البعض كاختلاط الأزواج. فالخطبة ليست عقدا، وإنما هي وعد غير ملزم، ولو اعتبرت عقدا ملزما بإجراء عقد الزواج مستقبلا، لفقدت وظيفتها والغاية من أجل مشروعيتها، لأنها ما شرعت إلا ضمانا كافيا لحرية الزواج لا للالتزام به، ولا للإكراه على الزواج. والخطبة ليست جزء من ماهية عقد الزواج، لأن عقد الزواج لو تم دون خطبة لكان صحيحا مرتبا لآثاره⁽²⁾.

فالخطبة مجرد وعد بالعقد⁽³⁾، وليس لهذا الأخير قوة إلزام لطرفيه عند جمهور الفقهاء⁽⁴⁾، إلا أنه ذهب اتجاه من المالكية إلى القول بأن الواعد يلزم بالوفاء بوعدده، إلا إذا وجد عذرا⁽⁵⁾. لأنه وإن كان

(1) دريني فتحي، المرجع السابق، ص. 461.

(2) أنظر، جاتم جميل فخري محمد، مقدمات عقد الزواج (الخطبة) في الفقه والقانون، ط1، دار حامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص. 224.

(3) يجدر بنا التفرقة بين الوعد بالعقد كمقدمة للزواج وبين الوعد بالعقد المنصوص عليه في المادة 71 من القانون المدني التي تنص على أن: "الاتفاق الذي يعد له كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له أثر إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه و المدة التي يجب إبرامه فيها"، طبقا لهذا النص القانوني لا يمكن أن يكون الوعد بالعقد في القانون المدني هو الوعد بالزواج لأن الوعد بالعقد هو اتفاق يتم بتحقيق الإيجاب والقبول على طبيعة العقد المراد إبرامه مستقبلا والعناصر الجوهرية، وكذلك المدة التي يلتزم الواعد بإبرام العقد خلالها، إضافة إلى وجوب استيفاء الوعد بالعقد الشكل الذي يفرضه القانون لصحة العقد المزمع إبرامه مستقبلا طبقا للمواد 71 و 72 من ق.م. في حين لا يتحقق الإيجاب والقبول في الوعد بالزواج.

(4) أبو زهرة محمد، المرجع السابق، ص. 34.

(5) أنظر، شتوان بلقاسم، الخطبة والزواج في لفقه المالكي، دار الفجر، قسنطينة، 2007، ص. 43.

العدول عن الخطبة جائز عند الفقهاء إلا أنه يكره إذا كان بغير مبرر⁽¹⁾ لقوله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنََّّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾⁽²⁾.

ويضيف هذا الجانب من الفقه، أن الأصل في العقد الإيجاب والقبول الدالين على الرضا، والخطبة ليست إلا مقدمة للزواج حتى ولو اقترنت بقراءة الفاتحة. كما أنه لا يمكن اعتبار التماس الزواج إيجاباً وقبول هذا التماس قبولا، لأنه يشترط في الصيغة الدالة على الرضا أن تكون منجزة⁽³⁾. وإذا رجعنا إلى النصوص القانونية نجد أن تشريعات الأحوال الشخصية في الدول العربية⁽⁴⁾ أخذت بهذا الرأي ونصت على أن الخطبة وعد بالزواج. ولم ينظم القانون المدني الفرنسي في أي مادة منه أحكام الخطبة، بالرغم من أنها مرحلة ضرورية تسبق عقد الزواج، واعتبرها القضاء التزاماً أدبيا ليس لها قوة العقد⁽⁵⁾، ولا يمكن لأحد الخاطبين إجبار الآخر على إتمام الزواج.

(1) كتابة عبد الفتاح، المرجع السابق، ص. 232.

(2) سورة الإسراء، الآية رقم 34.

(3) كتابة عبد الفتاح، المرجع السابق، ص. 230.

(4) تنص المادة 05 من ظهير شريف رقم 1.04.22 الصادر بتاريخ 2004/02/05، جريدة رسمية 5184، بتنفيذ القانون 03-70، 05 بمثابة مدونة الأسرة أن: "الخطبة تواعد رجل وامرأة على الزواج...". ونصت في المادة 06 على أنه: "يعتبر الطرفان في فترة خطبة إلى حين الإشهاد على الزواج، ولكل من الطرفين حق العدول عنها؛ كذلك نص الفصل الأول من الأمر مؤرخ في 63/08/13، الصادر بالرائد التونسي بتاريخ 1956/08/17، عدد 66، المنقح بالقانون عدد 32، لسنة 2007، مؤرخ في 2017/05/14 على أنه: "كل من الوعد بالزواج والمواعدة به لا يعتبر زواجا ولا يقضى به"؛ وجاء في المادة 2 من قانون الأحوال الشخصية الأردني الصادر بالقانون رقم 36 لعام 2010، جريدة رسمية رقم 5061، بتاريخ 2010/10/17، أن الخطبة هي طلب التزوج أو الوعد به" وأضافت المادة 3 من نفس القانون: "لا ينعقد الزواج بالخطبة ولا بقراءة الفاتحة ولا بقبض أي شيء على حساب المهر ولا بقبول الهدية"؛ ونصت المادة 3/3 من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 المعدل والمتمم على أن الوعد بالزواج وقراءة الفاتحة والخطبة لا تعتبر زواجا"؛ والمادة 2 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي المعدل بالقانون رقم 66 لسنة 2007: "الخطبة لا تلزم بالزواج، ومثلها الوعد به، وقبض المهر، وقبول أو تبادل الهدايا، ولكل من طرفي الخطبة أن يعدل عنها"؛ ونصت المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 59 بتاريخ 1953/9/7 المعدل والمتمم على أن: "الخطبة والوعد بالزواج وقراءة الفاتحة وقبض المهر وقبول الهدية لا تكون زواجا". هذه بعض النماذج عن قوانين الأحوال الشخصية العربية التي نصت صراحة على عدم اعتبار الخطبة وقراءة الفاتحة زواجا ولا حتى قبض المهر، لأن الركن الأساسي في الزواج وهو التراضي على الزواج (الصيغة) وهو غير متوفر في الخطبة.

(5) عدة قرارات لمحكمة النقض الفرنسية جاء فيها أن الوعد بالزواج لا يمكن أن يحد من الحرية التعاقدية في الزواج ولا يمكن للقضاء إجبار الخاطبين على

الزواج:

" toute promesse de mariage est nulle en soi, comme portant atteinte à la liberté illimitée qui doit exister dans le mariage "; cham.civ, arrêt bouvier 30 mai 1838, p. 492 ; toujours confirmé , 24 mars 1845, D 1845, 1, p. 177 ; 2^{ème} cham civ, 16 mars 1955, D 1955, p. 324; <https://www.courdecassation.fr>, 29/09/2016, 09:40.

ويرى فريق ثان بأن طلب الزواج من أحدهم وموافقة الآخر على الخطبة يعتبر عقدا، على اعتبار أن المراكنة بين الخاطبين وما يجري بينهما من إيجاب وقبول يعتبر من قبيل العقد⁽¹⁾. وبالتالي فهو ملزم لأطرافه التزاما بعمل وهو إبرام العقد الموعود له، فإذا نكل أحد الخاطبين اعتبر مخلا بالتزامه، ولما كان التنفيذ العيني مستحيلا لاصطدامه بالحرية الشخصية اقتصر الأمر على التعويض استنادا إلى نص المادة 1-1231 من القانون المدني الفرنسي⁽²⁾.

وقد أخذ اتجاه من القضاء المصري بهذا الرأي، فاعتبر أن الخطبة عقد يسبق الزواج لا يتم فسحه إلا بمبرر مقبول، وفي حالة انتفاء المبرر لا يمكن إلزام الخاطبين على إبرام عقد الزواج، وإنما إلزام الطرف العادل بتعويض الطرف الآخر عن الأضرار التي لحقت من هذا العدول⁽³⁾.

ومن أمثلة الأحكام القضائية، التي أخذت بنظرية عقدية الخطبة، ما قضت به المحكمة الابتدائية بالقاهرة في حكم بتاريخ 17 جوان 1952: "الخطبة تنشئ علاقات بين الطرفين لا يمكن تجاهلها كما لا يمكن إغفال اعتبارها ولا تجريدتها من أي اعتبار قانوني، ففيها يصدر إيجاب يقترن بقبول على الوعد بالزواج، فهي ارتباط قانوني وعقد قائم، وقد كان هذا الوعد ثابتا بين طرفي النزاع كتابة مما استلزم لفسخه إجراء خاصا بالالتجاء إلى المجلس الملي الفرعي بمصر، وفي هذا العقد يلتزم كل من الطرفين بإجراء التعاقد النهائي..."⁽⁴⁾. واعتبار الخطبة عقدا ملزما لأطرافه لا يزال لها أنصار من فقهاء العصر الحديث⁽⁵⁾.

وبين اعتبار الخطبة وعدا، وبين اعتبارها عقدا ملزما لطرفيه، ظهر اتجاه وسط بينهما، يرى بأن الخطبة عقدا تمهيديا⁽⁶⁾، على اعتبار أنها تتم باتفاق إرادتين ودون تحديد العناصر الجوهرية لعقد

⁽¹⁾ أنظر، بن عومر محمد الصالح، المساواة بين الجنسين في إبرام عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري والمواثيق الدولية، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2015-2016، ص.53.

⁽²⁾ نصت المادة 1231 من القانون الفرنسي على التعويض في حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو التأخر في التنفيذ بقولها:

"Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, s'il ne justifie pas que l'exécution a été empêchée par la force majeure"; Ordonnance n° 2016-131, du 10/02/2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n°0035 du 11 février 2016 .

⁽³⁾ مقتبس عن، إلياس مسعودة نعيمة، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2009، ص.30.

⁽⁴⁾ مقتبس عن، إلياس مسعودة نعيمة، المرجع نفسه، ص.30.

⁽⁵⁾ كبادرة عبد الفتاح، المرجع السابق، ص.101.

⁽⁶⁾ هذا رأي الشيخ عبد الرزاق نجيب الذي يرى بأن الخطبة تتفق مع العقد التمهيدي في الطبيعة القانونية والآثار القانونية المترتبة عليهما فالخطبة هي اتفاق رضائي ومستقل عن العقد النهائي وغير كامل لا يشترط فيه تحديد العناصر الرئيسية لإبرام العقد النهائي، أنظر، عبد الرزاق الشيخ نجيب، طبيعة الخطبة في رؤية فقهية جديدة، مجلة الحقوق، الكويت، 2001، ع1، ص.367.

الزواج، وتنشأ مستقلة عن العقد النهائي. والخطبة بهذا المفهوم لا تفرض التزاما على الخاطبين بإبرام عقد الزواج، وإنما يفرض عليهما الالتزام بحسن النية في التحضير للزواج، وأن الإخلال بهذا العقد التمهيدي يولد المسؤولية العقدية⁽¹⁾.

بعد استعراض هذه الآراء، نأتي الآن إلى مناقشتها، فالحقيقة، أن اعتبار الخطبة عقد أمر منتقد، لأنه وبالرجوع إلى تعريف الفقهاء للخطبة بأنها التماس النكاح، لا يمكن أن ترقى إلى درجة العقد. زيادة على ذلك، فعقدية الخطبة من شأنه أن يؤثر على حرية ورضائية الزواج اللذان أكدت عليهما الشريعة الإسلامية، فتطبيقا للنظرية العقدية، يكون إبرام عقد الزواج هو تنفيذ لاتفاق الخطبة، وبطبيعة الحال لا يمكن إلزام الخاطبان على إتمام إجراءات زواج غير راغبين فيه.

فرضائية وحرية الزواج نصت عليها الاتفاقيات الدولية، مثل المادة 16-2 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948⁽²⁾، والمادة 16(ب) من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة⁽³⁾، وغيرها. وكذا تشريعات الأحوال الشخصية، كالمادة 9 من ق.أ، والمادة 10 من مدونة الأسرة المغربية، والفصل 03 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

أما اعتبار الخطبة عقدا تمهيدا فإنه ينطوي على إلزام للخاطبين، لأنه نفسه العقد الأصلي ويستلزم توافر شروط العقد وأركانه، وفي حالة إخلال أحد الأطراف بالتزامه فإن القاضي يحكم بفسخ ونفاذ العقد الابتدائي⁽⁴⁾.

وتكثيف الخطبة بأنها وعد بالعقد فهو يختلف عن الوعد بالعقد المنصوص عليه في القانون المدني، إذ أن الخطبة لا تعدو أن تكون مجرد وعد بالزواج غير ملزم لأطرافه⁽⁵⁾ وطبقا للمادة 1 للفقرة 1 من المادة 05 من ق.أ فإن: "الخطبة وعد بالزواج"، ومن ثم، فإنه يجوز العدول عنها طبقا للفقرة 2 من نفس المادة التي جاء فيها: "يجوز للطرفين العدول عن الخطبة".

(1) عبد الرزاق الشيخ نجيب، المرجع السابق، ص.265.

(2) الإعلان العالمي لحقوق الإنسان المعتمد بموجب قرار الجمعية العامة 217 ألف، المؤرخ في 10/12/1948.

(3) المرسوم الرئاسي رقم 96-51، مؤرخ في 22/01/1996، يتضمن انضمام الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، مع التحفظ، إلى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979، ج.ر.ج. ج، مؤرخة في 24/01/1996، ع6، ص.4.

(4) أنظر، بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، دار وائل للنشر، الجزائر، 2010، ص.149-150.

(5) بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص.150.

هذا، وقد استقر القضاء الجزائري على أن الخطبة مجرد وعد بالزواج خالي من أي إلزام عقدي، ويمكن العدول عنها، وكان هذا في قرار صادر بتاريخ 17 مارس 1992⁽¹⁾، وفي قرار آخر صادر بتاريخ 25 ديسمبر 1986 جاء فيه: "من المقرر فقها وقضاء أن الخطبة في الشريعة الإسلامية هي وعد بالزواج وليست عقدا، ولا يترتب عليها شيء من الإلزام بتمام العقد انطلاقا من مبدأ الرضائية في العقد"⁽²⁾. مع العلم أن التعويض المنصوص عليه في الفقرة الثالثة من المادة 05 من ق.أ هو نتيجة إلحاق ضرر بالطرف الآخر، وليس بسبب فعل العدول عن الخطبة في حد ذاته.

ومن ثم، نرجح الرأي القائل بأن الخطبة وعد بالزواج خالية من أي إلزام عقدي، لأنه لو تم اعتبارها عقدا لفقدت الحكمة من تشريعها، على أن يكون العدول عنها دون الإضرار بالطرف الآخر.

وقد أخذ المشرع الجزائري بمبدأ التعويض عن الأضرار المعنوية والمادية، متبنيا في ذلك نظرية المسؤولية التقصيرية في التعويض عن الضرر الذي أصاب أحد الخاطبين، وهذا هو الرأي الأقرب إلى الصواب. لأن الخطبة من مقدمات الزواج ولا يمكن أن ترقى إلى مرتبة عقد الزواج، وشرعت لغرض التعارف بين الخاطبين، وحدث الائتلاف النفسي بينهما الذي يتحقق بأحكام الخطبة الشرعية، وهذا التكييف هو نفسه تكييف الفقه الإسلامي والقضاء والقانون الجزائري. بعد تحديد مفهوم الخطبة، نأتي إلى الآن إلى البحث عن مفهوم وسائل الاتصال الحديثة، وسوف تتسع دائرة الوسائل في الفرع الموالي، لتشمل الوسائل المستعملة في فترة الخطبة والأخرى المعتمدة في إبرام الزواج.

الفرع الثاني

مفهوم وسائل الاتصال الحديثة

نظرا لاقتران الموضوع على أحكام الخطبة التي تأثرت بظهور وانتشار وسائل الاتصال الحديثة، فإنه يتوجب علينا التعرض لتعريف وسائل الاتصال الحديثة (أولا) وأنواعها (ثانيا).

أولا: تعريف وسائل الاتصال الحديثة

يتكون مصطلح وسائل الاتصال من كلمتين وسائل واتصال، الوسائل (الوسيل) عند أهل اللغة هي جمع وسيلة، ويقال وسّل فلان إلى الله تعالى بوسيلة أي تقرب إليه بعمل، والوسيلة هي ما

(1) المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1992/03/17، ملف رقم 81129، المجلة القضائية، 1994، ع3، ص.62.

(2) المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1986/12/25، ملف رقم 34089، المجلة القضائية، 1993، ع4، ص.20.

يتقرب به إلى الشيء⁽¹⁾، وفي لسان العرب الوسيلة هي الوصلة والقربى⁽²⁾، وقال تعالى: ﴿أُولَئِكَ الَّذِينَ يَدْعُونَ يَبْتَغُونَ إِلَىٰ رَبِّهِمُ الْوَسِيلَةَ أَيُّهُمْ أَقْرَبُ وَيَرْجُونَ رَحْمَتَهُ وَيَخَافُونَ عَذَابَهُ إِنَّ عَذَابَ رَبِّكَ كَانَ مَحْذُورًا﴾⁽³⁾.

أما كلمة اتصال لغة فهي مشتقة من وصل، ويقال وصل الشيء بالشيء أي ضمه وجمعه ولأمه، وصلاً و صلةً بالكسر والضم والوصله بالضم الاتصال⁽⁴⁾.

وكلمة حديثة مؤنث حديث وهي نقيض القدم، والحديث الخبر يأتي على القليل والكثير، والحديث كون الشيء لم يكن وأحدثه الله فحدث⁽⁵⁾.

ولا يختلف المدلول الاصطلاحي عن المدلول اللغوي لوسائل الاتصال الحديثة، فالوسيلة اصطلاحاً هي الآلة الميكانيكية، والإلكترونية التي تساعد على الاتصال بين مستخدميها من كل أنحاء المعمورة⁽⁶⁾.

ويعرف الاتصال بأنه العملية التي يتم عن طريقها انتقال المعرفة من شخص إلى آخر، حتى يصبح مشاعاً بينهما⁽⁷⁾. وبمفهومه العام للعلم هو: "انتقال المعلومات والحقائق والأفكار والآراء والمشاعر أيضاً"، والاتصال نشاط إنساني حيوي والحاجة إليه في تزايد مستمر⁽⁸⁾. إذ له أهمية بالغة في حياة الإنسان المعاصر وضروري في أغلب معاملاته.

ووسائل الاتصال الحديثة هي تلك الوسائل التي عرفها الإنسان في عصر النهضة، والتي تعتبر إعجازاً من إعجازاته، تتميز بخاصية الآنية، بحيث تنقل المعلومات في وقت حدوثها بين أبعد نقطتين على الكرة الأرضية⁽⁹⁾.

(1) أنظر، أحمد بن محمد بن علي الفيومي القرني، المرجع السابق، ص.660؛ مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، المرجع السابق، ص.1032.

(2) ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، جزء 11، ص.724.

(3) سورة الإسراء، الآية رقم 57.

(4) أنظر، الفيروز آبادي مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، راجعه واعتنى به أنس محمد الشامي وركريا جابر أحمد، دار الحديث، القاهرة، 2008، ص.1758؛ مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، المرجع السابق، ص.1037.

(5) الجوهريّ أبي نصر إسماعيل بن حماد، المرجع السابق، ص.229-230.

(6) أنظر، عبد الناصر حمزة، عقد الزواج عبر وسائل الاتصال الحديثة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، 2013-2014، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2013-2014، ص.26.

(7) أنظر، حسين حمدي الطوجي، وسائل الاتصال والتكنولوجيا في التعليم، ط2، دار القلم، الكويت، 1987، ص.25.

(8) أنظر، طلعت محمود منال، مدخل إلى علم الاتصال، دون دار نشر، الإسكندرية، 2001-2002، ص.18.

(9) محمد محمد، ماهي وسائل الاتصال الحديثة؟ <http://mawdoo3.com>، 2016/08/30، 14:30.

كما تعرف أيضا بأنها: "مجموعة التقنيات التي خرقت خلال قرن شروط الاتصال المباشرة التقليدية، لتستبدله بحكم الاتصال عن بعد عبر الوسائل التقنية المعروفة، التلفزيون، الهاتف بأنواعه، المذياع، الحاسوب، شبكة الانترنت، والوسائل الرقمية..."⁽¹⁾.

وعرف قانون الاتحاد الأوروبي للمواصلات السلكية واللاسلكية الاتصالات بشكل عام في 1986 أنها: "نقل أو بث أو التقاط العلاقات، والإرشادات، والكتابات، والصور، والأصوات أو التخابر بأي شكل من الأشكال، سواء سلوكيا أو مرئيا أو بواسطة أي من الأنظمة المغناطيسية الكهربائية الأخرى"⁽²⁾.

وبالرجوع إلى المنظومة القانونية الجزائرية، يوجد تعريفان للاتصالات الإلكترونية، أولها في نص المادة 02 من القانون المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها⁽³⁾، والتي تعرف الاتصالات الإلكترونية بأنها: "أي تراسل أو إرسال أو استقبال علامات أو إشارات أو كتابات أو صور أو أصوات أو معلومات مختلفة بواسطة أي وسيلة إلكترونية".

والتعريف الثاني في الفقرة 11 من المادة 03 من القانون 07-18 المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال المعطيات ذات الطابع الشخصي التي جاء فيها: "الاتصال الإلكتروني هو كل إرسال أو تراسل أو استقبال علامات أو إشارات أو كتابات أو صور أو أصوات أو بيانات أو معلومات، مهما كانت طبيعتها، عبر الأسلاك أو الألياف البصرية أو بطريقة كهرومغناطيسية"⁽⁴⁾. وهذا التعريف الأخير هو الأكثر انسجاما مع حداثة وسائل الاتصال ورقمنتها وتنوع الأسلاك والألياف والمجال، لتشمل كل وسيلة اتصال حديثة تمكن من نقل الصور والمعلومات والأصوات والبيانات.

(1) عبد الناصر حمزة، المرجع السابق، ص.27.

(2) أنظر، لوريكات رامي صالح، التعاقد عبر الهاتف الخليوي، دراسة في التشريع الأردني، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2012-2013، ص.12.

(3) القانون رقم 09-04، مؤرخ في 2009/08/05، يتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال و مكافحتها، ج.ر.ج.ج، مؤرخة في 2009/08/16، ع47، ص.05.

(4) القانون رقم 18-07، مؤرخ في 2018/06/10، يتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، ج.ر.ج.ج، مؤرخة في 2018/06/10، ع34، ص.11.

ومن هذه التعريفات، يتبين لنا وجود عدة أنواع لوسائل الاتصال الحديثة، منها ما يستخدمه الأفراد في مرحلة الخطبة، ومنها ما يستعمل في إبرام العقود بصفة عامة وعقد الزواج بصفة خاصة.

ثانياً: أنواع وسائل الاتصال الحديثة

لا شك أن الأنترنت هي أكبر وسيلة اتصال تربط أنحاء المعمورة، وبظهورها ازدهرت العلاقات الاجتماعية عن بعد، وبزوغ عهد جديد للعقود الإلكترونية، وكان لتطوير الهاتف النقال دور كبير في انتشار هذه العلاقات والعقود، لذلك يستدعي الموضوع التعرّض للأنترنت والهاتف (أ) لأنهما محور أساسي في مسائل الزواج المعنية في هذا الموضوع، ثم نتقل إلى التلفزيون والراديو (ب) وبعد ذلك الفاكس والتلكس (ج).

أ- الأنترنت والهاتف

1- الأنترنت

الأنترنت ليست بجهاز مستقل وإنما هي شبكة عالمية تربط عدة آلاف من الشبكات، وملايين أجهزة الكمبيوتر المختلفة الأنواع والأحجام في العالم أجمع للتواصل وتبادل المعلومات⁽¹⁾. ويتم الحصول على المعلومات من الشبكة بواسطة الحاسب الآلي (الكمبيوتر) أو الهاتف، بحيث يمكن للفرد أن يغزو العالم في زمن قياسي بفضل سرعتها وكم تدفق المعلومات وإلغاء المسافات⁽²⁾. ويرجع تاريخ الأنترنت إلى 02 يناير 1969، نتيجة مشروع بحثي عن تشبيك الحاسبات قام به فريق من العلماء شكلته وزارة الدفاع الأمريكية⁽³⁾.

ثم تطورت الأنترنت وأصبحت تستعمل لأغراض علمية وتجارية، واكتسحت العالم بأسره بسهولة استخدامها وخصائصها المميزة، ومن أبرز الخدمات التي تقدمها الأنترنت والتي لها علاقة بهذه الدراسة نجد:

البريد الإلكتروني E-mail: يمتاز بالسرعة والأمان وسهولة الإرسال، وقلة التكلفة، ويمكن المستخدمين من تبادل المراسلات على شكل نص أو صوت أو ملف أو صورة⁽⁴⁾ أو حتى تبادلات مرئية.

(1) عبد الناصر حمزة، المرجع السابق، ص.30.

(2) لكوريات رامي صالح، المرجع السابق، ص.36.

(3) المنشاوي محمد عبد الله، جرائم الأنترنت من منظور شرعي وقانوني؛ www.khayma.com/education-technologie ، 2016/10/31 ، الساعة 13:00.

(4) أنظر، الخلايلة عايد رجا، المسؤولية التقصيرية الإلكترونية، المسؤولية الناشئة عن إساءة استخدام أجهزة الحاسوب والأنترنت، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص51-52.

خدمة غرف الدردشة chat room: ليست دردشة في كل الأحوال، بل غالباً ما يعتمد مستخدميها على الكتابة، بحيث يقوم المرسل بكتابة رسالة، يجري عرضها مباشرة أمام شخص أو مجموعة من الأشخاص، ليقوم هؤلاء بالرد المباشر على الرسالة⁽¹⁾. ويمكن استخدامها في المحادثات الصوتية والصوتية المرئية، وأبرز هذه الخدمات نجد الماسنجر، والسكايب، والواتسب، وتويتر وغيرها من الخدمات التي توفرها الأنترنت وتتفرد بعنصر التفاعلية، بحيث تسمح بحوار مباشر ومفتوح عبر الشبكة بل وحتى إبرام العقد عبرها، ويكون ذلك بتلاقي الأطراف بصورة مسموعة مرئية⁽²⁾.

الشبكة العنكبوتية العالمية (w.w.w)WEB⁽³⁾: تتيح الشبكة العالمية لأي شخص الاطلاع على المعلومات التي تخص جهات وأشخاص قاموا بوضعها في هذه الخدمة بواسطة أسلوب تكنولوجي يعرف بالنص المحوري⁽⁴⁾.

كانت هذه أهم الخدمات التي تقدمها الأنترنت، وتمكن الأشخاص من التواصل وحتى إبرام العقود سواء عن طريق الكتابة أو الصوت أو الصورة معا.

2- الهاتف

أو التلفون، هو جهاز يستخدم لنقل الصوت بشكل فوري بين مكانين متصلين بخط هاتف، ويوجد هاتف عند كل طرف منهما، وهو ثاني جهاز اتصال بعد التيلغراف، وأهم مميزات التعاقد عبر الهاتف أنه فوري لا يحتاج إلى مدة زمنية للوصول تعبير أحدهما إلى الآخر⁽⁵⁾.

ولم يبق الهاتف مجرد وسيلة لنقل الصوت، بل يمكن كتابة رسائل نصية (sms) ورسائل متعددة الوسائط (mms)، ولم يبق الاتصال مباشراً بين أطراف الهاتف بل أصبح الأمر يتعلق بإمكانية التسجيل الصوتي ليطلع عليها المرسل إليه في وقت لاحق⁽⁶⁾.

(1) أنظر، الشريفات محمود عبد الرحيم، التراضي في تكوين العقد عبر الأنترنت، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص.32.

(2) أنظر، بلقنشي حبيب، إثبات التعاقد عبر الأنترنت (البريد المرئي)، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2010-2011، ص.22.

(3) اختصاراً لكلمة World Wid Web والتي تعني الصفحة الإعلامية العالمية، تعتبر نظاماً فرعياً من الأنترنت، لكنها الأعظم من الأنظمة الأخرى، فهي النظام الشامل باستخدام الوسائط المتعددة، حمد عبد الله المنشاوي، المرجع السابق؛

www.khayma.com/education-technologie ، 2016/11/01، 14:00.

(4) أنظر، بني سلامة محمد خلف، مشروعية عقود الزواج بالكتابة عبر الأنترنت، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية، 2014، مجلد 22، ص.14.

(5) أنظر، زروق يوسف، حجية وسائل الإثبات الحديثة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2012-2013، ص.90.

(6) عبد الناصر حمزة، المرجع السابق، ص.30.

ولم يقف تطور الهاتف عند هذا الحد، بل تم دمج الشبكات الرقمية بالهواتف النقالة، بإطلاق النظام العالمي لاتصالات الجوال GSM⁽¹⁾ في عام 1982، وتم تطوير هذه الشبكة بظهور الجيل الثالث GSM3 الذي ضاعف معدل نقل البيانات إلى سرعة 13 ميجابت في الثانية، ولها قدرة على نقل مواد مرئية على درجة عالية من النقاوة⁽²⁾. وقامت شركة نوكيا بتصنيع أول جهاز داعم لخدمة الويب في عام 1999، يمكنه الوصول السهل إلى محتويات الأنترنت، ثم جهاز نوكيا 6200 عام 2002 له القدرة على الاتصال بالأنترنت بسرعة فائقة، وجهاز نوكيا 6630 عام 2005 الذي أطلق عليه الهاتف المصور الذكي⁽³⁾. لتزدهر بعد ذلك صناعة الهواتف الذكية وتنتشر عبر العالم في زمن قياسي.

ب- التلفزيون والراديو

التلفزيون هو وسيلة إرسال واستقبال للصوت والصورة، ويتم هذا الإرسال باستخدام الأقمار الصناعية، ويجلب التلفزيون انتباه الجمهور أكثر من الراديو، كونه يعتمد على حاستي السمع والبصر في نفس الوقت. ونظرا للخصائص التي يتميز بها التلفاز، فإنه من الممكن إجراء العقود عن طريقه لاسيما من خلال توجيه الإيجاب إلى الجمهور. ويمكن أيضا إجراء التعاقد الخاص عن طريق الراديو، بصدور الإيجاب وتلقي القبول المطابق له. أما بالنسبة للإيجاب الموجه إلى الجمهور كأن يعرض شخص يبيعا ويحدد شروط ومواصفات المبيع فإن إيجابه يبقى قائما إلى أن يصل إليه القبول فينقصد العقد⁽⁴⁾.

وبما أنه يمكن للإرادتين أن تلتقيان عبر أجهزة الراديو والتلفزيون، فقد أطل على المشاهدين ظاهرة جديدة عبر القنوات الفضائية، تتمثل في الزواج عبر شاشات التلفزيون، أو الخطبة الفضائية كما وصفها البعض، وقد استعملت هذه القنوات عدة أساليب منها تيسير التواصل بين الراغبين في الزواج عبر الرسائل النصية، أو استضافة مجموعة من الشباب من أجل تزويجهم⁽⁵⁾.

(1) مختصر ل Communication Global System For Mobil.

(2) أنظر، المغربي جعفر محمود وحسين شاكور عساف، المسؤولية المدنية عن الاعتداء على الحق في الصورة بواسطة الهاتف المحمول، ط1، دار الثقافة للنشر، الأردن، 2010، ص.21.

(3) المغربي جعفر محمود وحسين شاكور عساف، المرجع نفسه، ص.22.

(4) أنظر، فاطمة الزهراء لطوفة، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة وأثر القبض فيه؛ <http://fiqh.islammassage.com>، 2016/10/04، 18:40.

(5) ظهرت هذه القنوات خلال العشرة الأخيرة في محاولة لمد الجسور بين الجنسين، بحيث تعرض طلبات المشتركين على القناة فيأخذ كل منهم رقما كوديا سريريا للحفاظ على الخصوصيات، ويتم التواصل بين الأعضاء من خلال هذا الرقم الكودي إلى أن يتفق الطرفان على أهمها مناسبة لبعضهما؛ هريدي خالد، قنوات الزواج الخاطبة في ثوب جديد؛ منشور على موقع قناة بي بي سي <http://news.bbc.co.uk>، 2016/10/09، 18:00.

ت- الفاكس والتلكس

1- الفاكس

هو جهاز تصوير واستنساخ ملحق بخط الهاتف وليس مستقلا بذاته⁽¹⁾، ينقل الرسائل والمستندات المخطوطة باليد أو المطبوعة بكامل محتوياتها، ويتم تسليمها عن طريق شبكة الهاتف المركزية أو عن طريق الأقمار الصناعية. وتتميز عملية نقل الملفات عبر الفاكس بالأمان والثقة وتأكيد هوية الأطراف المتراسلة، وهذا لعدم عمل الجهاز الأول حتى يشتغل الجهاز الثاني. كما يقوم جهاز الفاكس الخاص بالمرسل إليه بطباعة رقم المرسل على الأوراق، وهو ما يمكن من التثبت من هوية الطرفين⁽²⁾. لكن سجل هذا الجهاز تراجعاً في استعماله لظهور وسائل بديلة ذات جودة عالية مثل الحاسوب.

2- التلكس

هو جهاز متصل بأحد فروع هيئة الاتصال السلكية واللاسلكية، يمكن شخصين في أي مكان في العالم ويملكان نفس الجهاز من إرسال أو استقبال الرسائل في ثوان معدودة، ويكون لطرفي الاتصال عبر التلكس رقم خاص بكل مشترك⁽³⁾. يعمل جهاز التلكس على تحويل الحروف المكتوبة إلى نبضات كهربائية، ليتحول الضغط على الحروف إلى إشارات كهربائية، لتتحول بعدها إلى إشارات كهرومغناطيسية⁽⁴⁾، وبذلك فالتلكس يترك أثراً مادياً يستعمل في الإثبات.

بعد أن تعرضنا للتعريفات المتعلقة بالموضوع، ننتقل الآن إلى الظاهرة الأكثر انتشاراً بين الخاطبين في عصر التكنولوجيا وهي تبادل الصور والمحادثات عبر وسائل الاتصال الحديثة.

(1) لوريكات رامي صالح، المرجع السابق، ص.32.

(2) عبد الناصر حمزة، المرجع السابق، ص.130.

(3) عبد الناصر حمزة، المرجع نفسه، ص.29.

(4) لوريكات صالح، المرجع السابق، ص.24.

المطلب الثاني

تبادل الصور والمحادثات بين الخاطبين عبر وسائل الاتصال الحديثة

قد تتم الخطبة على أرض الواقع بين عائلتين، ولوجود مانع بعد المسافة أو استحالة رؤية المخطوبة، نجد كل من الخاطبين يبحث عن أية وسيلة لرؤية شكل الطرف الآخر، لذلك يمكن أن يتم تبادل الصور الثابتة والمتحركة بين الخاطبين (الفرع الأول)، ولغرض تعرّف كل طرف على طريقة تفكير ونظرة الآخر للأمور نجده يلجأ إلى إجراء محادثات معه باستخدام وسائل الاتصال الحديثة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تبادل الصور الثابتة والمتحركة بين الخاطبين

إن تأثير التكنولوجيا على الأسرة ظهر بوضوح من خلال تطور وسائل الاتصال، وهو أمر لم يتناوله فقهاؤنا القدامى رحمهم الله، ولم يتفق الفقه الإسلامي الحديث والقانوني في حكم هذه الظواهر، ولا يخفى علينا سكوت قانون الأسرة عن أحكام النظر إلى المخطوبة، لذلك نجده لزاما علينا أن نبحث في مشروعية تبادل الصور بين الخاطبين (أولا) ثم حدود النظر الشرعي إلى المخطوبة (ثانيا).

أولا: مدى مشروعية تبادل الصور بين الخاطبين

إن الأصل في شريعتنا الإسلامية أنه لا يجوز للرجل والمرأة إن ينظر بعضهم إلى بعض إلا في حالات استثنائية⁽¹⁾، لكن الأمر يختلف بالنسبة للخطبة فمستحب النظر إلى المخطوبة شخصيا. ولظروف بعد المسافة أو العرف أو طريقة تفكير الأهل قد يطلب الخاطب صورة لخطيبته ليتبين شكلها، أو يلجأ إلى محادثات مؤتمر الفيديو. وإن الخوض في البحث عن مشروعية هذا النظر، يثير إشكال مشروعية التصوير بالآلة (أ) ومن بعده مشروعية نظر الخاطبين إلى بعضهما باستخدام الصور الثابتة والمتحركة (ب).

(1) لقوله تعالى: ﴿قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَعْضُوا مِنْ أَيْدِيهِمْ وَيَحْفَظُوا، فَرُوحَهُمْ ذَلِكَ أَزْكَى لَهُمْ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا يَصْنَعُونَ﴾، سورة النور، الآية رقم 30.

أ-مشروعية التصوير بالآلة وموقف المشرع الجزائري منه

1- مشروعية التصوير بالآلة

كما هو معلوم، فإن الآلات الحديثة للاتصال والتي توفر رؤية عن بعد وكذا آلات التصوير لم تكن موجودة في عهد نبينا ﷺ ولا عهد فقهاءنا الكرام. لذلك، أدّى استحداث هذه الآلات إلى جدل فقهي في العصر الحديث.

فيرى اتجاه أول بتحريم التصوير بكل أنواعه لأن إطلاق لفظ الصورة والمصور على ملتقطها، يكفي لإدخالها في عموم الأحاديث الدالة على تحريم التصوير والتشدد فيه⁽¹⁾. فالأحاديث النبوية الشريفة جاءت في معناها دلالة واضحة على تحريم تصوير لكل ذي روح، وأن ذلك من كبائر الذنوب. لأن النبي ﷺ أخبرنا بأن المصورين أشدّ الناس عذابا يوم القيامة، وأن كل مصور في النار، وأطلق ولم يستثن شيئا⁽²⁾. ويرى هذا الاتجاه بأن الرّاجح هو تحريمها سدّا لذرائع الانحراف كتصوير النساء والتصوير الإباحي وغيره.

ويرد على هذا القول، أن الصورة الفوتوغرافية هي عمل آلة، تأخذ حكم الآلات، تحرم متى استخدمت في الحرام وتحل متى كان استخدامها مشروعاً.

أما الاتجاه الثاني⁽³⁾ فيرى بأن التصوير الفوتوغرافي ليس هو التصوير الذي جاء النهي عنه والوعيد عليه⁽⁴⁾، كون الآلة هي التي تخرج الصورة فوراً وليس للإنسان في الصورة أي عمل، وهو ليس من باب التصوير وإنما هو من باب نقل صورة صورها الله تعالى، فهو لا يضاهي خلق الله تعالى⁽⁵⁾،

(1) القائلين بتحريم التصوير، هم الشيخ محمد بن إبراهيم آل الشيخ والشيخ عبد العزيز ابن باز والشيخ محمد ناصر الدين الألباني وغيرهم؛ أنظر، حذيفة أحمد عكاش، التصوير المعاصر أحكامه وضوابطه الشرعية، فقه الإعلام، ج2، ص.26، مكتبة صيد الفوائد على موقع <https://saaaid.net/book>، أطلع عليه بتاريخ 2016/10/12، الساعة 21:30؛ ومن الأحاديث الدالة على تحريم التصوير ما روي عن عبيد الله عن نافع ابن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أخبره أن رسول الله ﷺ قال: "إنّ اللّذين يصنعون هذه الصور يعدّون يوم القيامة، يقال لهم أحيوا ما خلقتم"؛ البخاري أبي عبد الله محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، المرجع السابق، كتاب اللباس، باب عذاب المصورين يوم القيامة، ص.1495.

(2) أنظر، ابن باز عبد العزيز، حكم التصوير، على الموقع الرسمي للإمام ابن باز؛ <http://www.binbaz.org>، 2016/10/27، 08:00.

(3) القائلين بإباحة التصوير الفوتوغرافي هم الشيخ محمد بن صالح العثيمين والشيخ يوسف القرضاوي والدكتور وهبة الزحيلي والشيخ محمد توفيق رمضان البوطي وغيرهم؛ حذيفة أحمد عكاش، المرجع السابق، ص.24.

(4) من هذه الأحاديث، ما رواه ابن عباس أن رسول الله ﷺ قال: "من صور صورة عذبه الله حتى ينفخ فيها، يعني الروح وليس ينفخ فيها"؛ أنظر، الترميذي الحافظ محمد بن عيسى بن سورة، سنن الترميذي، تعليق محمد ناصر الدين الألباني، باب ما جاء في المصورين، ط1، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، د.س.ن، ص.407.

(5) أنظر، محمد بن صالح العثيمين، مجموع فتاوى ورسائل الشيخ ابن عثيمين، المجلد الثاني، ط1، دار الوطن للنشر، الرياض، 1407هـ، ص.262.

وإذا كان التصوير لغرض محرّم، فإنه يكون محرماً تحريم الوسائل⁽¹⁾. أما التحريم الوارد في الأحاديث النبوية فهو منصب على إنسان يدعي المقدرة الفنية على التصوير كما يصور الله تعالى⁽²⁾.

ويبدو، من خلال استعراض الآراء الفقهية والحجج التي استند عليها كل اتجاه، أن الرأي القائل بجواز التصوير الفوتوغرافي متى استعمل لأغراض مشروعّة هو الغالب. لأنه يتم بواسطة آلة، فلا يمكن أن ينوي صاحبه مضاهاة خلق الله سبحانه وتعالى. وما يؤيد موقفنا، هو التطور التقني الذي أدخل على آلات التصوير، فأصبحت سهولة استخدامها في تناول الطفل الصغير، ويستطيع التقاط صورة فائقة الجودة دون نية أو قصد مضاهاة خلقه سبحانه وتعالى. وبل أصبحت الآلة تلتقط الصورة دون تدخل ليد الإنسان. كما أن التصوير الآلي له عدة مزايا، وأصبح ضرورة في هذا العصر يحقق العديد من الخدمات، وفي كل المجالات كالإثبات الجنائي والتحقيق من الهوية وغيرها.

إذن فالتصوير بالآلات الحديثة جائز ما لم يكن ينطوي على محذور شرعيّ، كأن يكون استخدامها للاطلاع على عورات الناس، أو استغلال الصورة لإلحاق الضرر بصاحبها. ومن أبرز صور الإضرار، استخدام صور المرأة كمنشورها مثلاً لإفساد العلاقة الزوجية، أو استخدام التصوير لإفساد المجتمع ونشر الفاحشة بين الناس أو التحسس على الناس لما فيه من انتهاك لخصوصياتهم⁽³⁾.

2- موقف المشرع الجزائري من التصوير الآلي

لا نجد في النصوص القانونية الجزائرية ما يمنع من استعمال الآلات الحديثة -الفوتوغرافية أو الكاميرا - في التقاط الصور، بل أصبحت مهنة التصوير منظمة في استوديوهات ومحلات خاصة، فهو في الأصل فن معترف به. ولكن حرية التصوير ليست على إطلاقها في القانون الجزائري، بل نجد لها قيوداً في عدة قوانين متى اصطدمت بالنظام العام والحياة الخاصة للإفراد، ويأتي على رأسها حماية الأفراد من التصوير الذي ينتهك الحياة الخاصة في القانون الأساسي، وهو ما جاء في الفقرة الأولى من المادة 46 من الدستور⁽⁴⁾ التي تنص على أنه: "لا يجوز انتهاك حرمة حياة المواطن الخاصة. سرية المراسلات والاتصالات الخاصة بكل أشكالها مضمونة". ثم نص المادة 303 مكرر من ق.ع، وعدة

(1) محمد ابن صالح العثيمين، المرجع السابق، ص.263.

(2) حذيفة أحمد عكاش، المرجع السابق، ص.25.

(3) المغربي جعفر محمود وحسين شاكر عساف، المرجع السابق، ص.55 وما بعدها.

(4) المرسوم الرئاسي رقم 96 - 438، المؤرخ في 1996/12/07، يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، المصادق عليه في استفتاء 1996/11/28، ج.ر.ج، مؤرخة في 1996/12/08، ع76، ص6، المعدل بالقانون رقم 16-01، مؤرخ في 2016/03/06، ج.ر.ج، مؤرخة في 2016/03/07، ع14، ص.03.

نصوص في القانون العضوي رقم 05-12 المتعلق بالإعلام⁽¹⁾، وكذلك في القانون المدني الجزائري وقانون حماية الطفل كما سوف نتعرض له لاحقا في هذه الرسالة⁽²⁾.

وبالرجوع إلى موضوعنا، وهو مشروعية رؤية الخاطبين لبعضهما عبر وسائل الاتصال، فإننا وجدنا عدة فتاوى في الموضوع.

ب- مدى مشروعية النظر إلى المخطوبة عبر الصورة الثابتة والمتحركة

توفر وسائل الاتصال نقلا سريعا، وبجودة عالية للصور الثابتة والمتحركة سواء عبر البث التلفزيوني أو الأنترنت بكل وسائلها، فهي توفر رؤية للشكل الخارجي، ومن خلالها يستطيع الخاطب التعرف على مقدار جمال مخطوبته، فالجمال مطلب مهم في الزواج لقوله ﷺ: "تنكح المرأة لما لها ولحسبها ولجمالها ولدينها فاظفر بذات الدين تربت يداك"⁽³⁾.

فإذا خطب رجل امرأة وكانت تفصل بينهما مسافات لا تسمح له بالانتقال لرؤيتها، وطلب صورة لها فقد وجدنا اتجاهين بشأن ذلك.

يقول الاتجاه الأول بعدم جواز النظر إلى المخطوبة باستخدام وسائل الاتصال الحديثة، لإمكانية احتفاظ الخاطب بالصورة واستنساخها ونشرها⁽⁴⁾، وهو ما يسبب ضررا للمرأة المخطوبة، كما يمكن للخاطب أن يعدل عن الخطبة، ويحتفظ بالصورة أو يشاركه غيره في النظر إلى الصورة، وهو ما يسبب ضررا للمرأة المخطوبة وهذا موقف الشيخ محمد بن صالح العثيمين⁽⁵⁾. ومن القائلين أيضا بهذا الرأي، الشيخ الألباني، والشيخ فركوس، والشيخ بدر المشاري والدكتور عبد الكريم بن عبد الله الخضير، والشيخ محمد المنجد، والشيخ سعود العنزي، والشيخ الجبرين، والإمام ابن باز⁽⁶⁾.

(1) القانون العضوي رقم 05-12، مؤرخ في 2012/01/12، يتعلق بالإعلام، ج.ر.ج.ج، مؤرخة في 2012/01/15، ع2، ص.21.

(2) جاء التفصيل في هذه القوانين في ص. 46 وما بعدها من هذه الأطروحة.

(3) البخاري أبي عبد الله محمد بن اسماعيل، المرجع السابق، كتاب النكاح، باب الأكفاء في الدين، ص.1298.

(4) أنظر، عبد المحسن بن حمد العباد، حكم النظر إلى المخطوبة عبر الصورة الفوتوغرافية؛ <http://ar.islamway.net>، 2016/10/12، 21:50.

(5) فتوى رقم 4027، منشور على موقع الاسلام سؤال وجواب، بتاريخ 1999/09/13؛ <https://islamqa.info/ar>، 2017/03/20، 23:45.

(6) لمزيد من التفصيل حول هذا الرأي، أنظر، بلعباس أمال، الحماية القانونية للمخطوبة من استخدام وسائل الاتصال الحديثة في النظر الشرعي، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة باتنة، 2018، ع13، ص.609.

وظهر رأي ثاني، هو لمجموعة من الفقهاء المعاصرين، كأمثال الشيخ العايبيكان⁽¹⁾، والأستاذ بلحاج العربي⁽²⁾، وعمر الأشقر⁽³⁾ الذين قالوا بأن رؤية المخطوبين لبعضهما عبر الصورة بشقيها الثابت والمتحرك أمر مشروع مادام الشارع قد أباح للخاطب رؤية المخطوبة. ولا تعتبر الوسيلة المستعملة في الرؤية مانعا، إذا تم التقيد بالضوابط الشرعية، وهذا القول ينطبق على الصور الفوتوغرافية والفيديو وعبر الأنترنت وأجهزة الهاتف الحديثة⁽⁴⁾ وغيرها من الوسائل العصرية المتاحة.

ويرى عمر الأشقر بجواز رؤية المخطوبة عبر الصور الفوتوغرافية أو عبر التلفزيون لأنها تدخل في حديث الرسول ﷺ: "إذا خطب أحدكم المرأة فإن استطاع أن ينظر إلى ما يدعوه إلى نكاحها فليفعل"، على أن يتم التأكد من بعد مسافة المرأة بحيث تتعذر رؤيتها بشكل واقعي وطبيعي⁽⁵⁾، غير أنه يجب التقيد بشروط رؤية المخطوبة التي جاءت بها السنة النبوية.

ردا على الرأي القائل بعدم الجواز، نقول بأن المنع بصفة قطعية قد يحرم عدة أشخاص من حق النظر، وذلك في حالة بعد المسافة بين الخاطبين أو غيرها من العوائق. والشريعة الإسلامية لم تضيق يوما على الناس في معاملاتهم أو عبادتهم، فديننا دين يسر، ومرونة أحكامها قادرة على احتواء ووضع الحلول لكل مستجد مهما بلغ من التعقيد. لأنه بأي حال من الأحوال فقد سخر لخدمة المجتمع، وما على الفقهاء إلا الاجتهاد ووضع الضوابط الشرعية. فانتشار وسائل الاتصال وسهولة استخدامها أقحمها في كل مجالات الحياة، وواقعا أصبحت تستعمل لغرض التعارف في فترة الخطبة.

أما الرأي الذي يقول بجوازها فلم يحدد الوسائل التي يمكن بها رؤية المخطوبة تحديدا دقيقا ومناسبا لشخصية الخطبة، فمثلا التلفاز أصبح وسيلة لعرض الصور والتعارف بين الخاطبين في برامج تسمى بالقنوات الخاطبة، وهذا أمر فيه تشهير وإساءة للمرأة.

ونظرا لانتشار الشخصيات المزيفة والتزوير عبر وسائل الاتصال، وإن كانت نسبة قليلة ممن يتعاملون في هذا المجال بجدية، والغالبية هدفهم العبث بأعراض الناس، والتلاعب بصورهم، فإنّ الرأي الذي نراه راجحا هو القائل بمنع هذه الوسائل في مرحلة الخطبة. وهذا لتفادي الأضرار التي ترتبط

⁽¹⁾ الشيخ عبد المحسن العايبيكان، رؤية الماسنجر جائزة وأفضل من غيرها، صدرت الفتوى بجريدة المدينة بتاريخ 2008/09/18، وقد تراجع الشيخ

عن فتواه في وقت لاحق لتلقيه العديد من الانتقادات؛ <http://www.al-afak.com>، 2017/03/21، الساعة 01:00.

⁽²⁾ بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 118-219.

⁽³⁾ أنظر، عمر الأشقر، أحكام الزواج في ضوء في ضوء الكتاب والسنة، ط1، دار النفائس، الأردن، 1997، ص. 61.

⁽⁴⁾ أنظر، نايف محمد الرجوب، المرجع السابق، ص. 140.

⁽⁵⁾ حديث سبق ذكره؛ عمر الأشقر، أحكام الزواج في ضوء في ضوء الكتاب والسنة، المرجع السابق، ص. 61.

بالتابع الشخصي للخطبة ويصعب بل ويستحيل جبرها فيما بعد، إضافة إلى أننا لم نصل بعد إلى مرحلة من الوعي والحذر من استخدام وسائل الاتصال في المسائل الشخصية.

ثانياً: حدود النظر الشرعي إلى المخطوبة

اتفق الفقهاء على جواز ومشروعية النظر إلى المخطوبة، لكن اختلفوا في مقدار ما يباح النظر إليه، فالأحاديث النبوية جاءت على ما يدل على مشروعية نظر الخاطب إلى مخطوبته لكن لم تحدد مقدار هذا النظر، فقد روى أبو داود في سننه عن جابر بن عبد الله قال: قال رسول الله ﷺ: "إذا خُطب أحدكم المرأة فإن استطاع أن ينظر إلى ما يدعوه إلى نكاحها فليفعل" فقال: فخطبت جارية فكنت أتخبأ لها، حتى رأيت ما دعاني إلى نكاحها (وتزوجتها) فتزوجتها⁽¹⁾. والحديث الشريف يدل على مشروعية نظر الخاطب أو الشخص الذي يعزم على الزواج وينوي الخطبة.

وفيما رواه الترمذي عن بكر بن عبد الله المنزلي عن المغيرة بن شعبه، أنه خطب امرأة فقال النبي ﷺ: "أنظر إليها فأنه أحرى أن يؤدم بينكما"⁽²⁾، ومعنى أن يؤدم بينكما أي أن يدوم بينكما⁽³⁾. وعن حدود النظر، قال المالكية بجواز رؤية الوجه والكفين، شرط أن يكون بإذنها، سدا لذريعة مخافة أن يتسبب أهل الفساد بالنظر ويقولوا كنا خطابا⁽⁴⁾. وهو نفسه رأي الشافعية في جواز رؤية الوجه والكفين، وقالوا بأولية النظر بإذنها، وله تكرير النظر إذا احتاج ليتبين هيئتها كي لا يندم بعد النكاح⁽⁵⁾.

وقال الأحناف بجواز النظر إلى القدمين مع الوجه والكفين⁽⁶⁾، لأن ما عدا ذلك عورة، ولأن رؤية الوجه واليدين والقدمين يتحقق بها المطلوب⁽⁷⁾. أما الحنابلة فقالوا بجواز النظر إلى وجه المخطوبة من غير خلوة بها، وقالوا أيضا بالنظر إلى ما يظهر منها غالبا كالوجه والرقبة واليدين والقدمين⁽⁸⁾.

(1) أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي، المرجع السابق، ص. 391.

(2) الترمذي الحافظ محمد بن عيسى بن سورة، المرجع السابق، ص. 257.

(3) الشريبي شمس الدين محمد بن الخطيب، المرجع السابق، ج 3، كتاب النكاح، ص. 172.

(4) أنظر، أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي (الخطاب الرعيي)، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، كتاب النكاح، دار عالم الكتب، د.س.ن، ص. 21؛ أنظر أيضا، الدسوقي شمس الدين الشيخ محمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج 5، باب في النكاح، دار إحياء الكتب العربية، د.س.ن، ص. 215.

(5) الشريبي شمس الدين محمد بن الخطيب، المرجع السابق، ص. 173.

(6) أنظر، بن رشد الحفيد أبي الوليد محمد بن احمد بن محمد، بداية المجهد ونهاية المقتصد، تعليق وتحقيق وتخرىج محمد صبحي حسن حلاق، ج 3، ط 1، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، 1415هـ، ص. 10.

(7) محمد كمال الدين إمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص. 52.

(8) أنظر، بن قدامة المقدسي موفق الدين عبد الله بن احمد، المقنع، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1979، ص. 206.

وكان لابن حزم الظاهري رأي خاص، فقد وسع من حدود النظر بقوله جواز نظر الخاطب إلى كامل بدن المخطوبة متغفلاً أو غير متغفل⁽¹⁾.

نلاحظ أن الاختلاف بين الفقهاء في حدود نظر الخاطب إلى مخطوبته راجع إلى أنه ورد الأمر بالنظر إليهن مطلقاً، فالأحاديث لم تعين مواضع النظر بل أطلقت ليحصل المقصود منه في قوله ﷺ "أنظر إليها". كما ورد بالمنع مطلقاً في قوله تعالى: ﴿قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ وَيَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ ذَلِكَ أَزْكَى لَهُمْ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا يَصْنَعُونَ﴾⁽²⁾، وورد أيضاً مقيداً بالوجه والكفين⁽³⁾ في قوله تعالى: ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾⁽⁴⁾.

وبالنسبة لقول الظاهرية بجواز النظر إلى كامل بدن المخطوبة، أمر مردود عليه، لأنهم استدلوا بعموم النصوص وهذا غير مسلم به عند الفقهاء⁽⁵⁾. ففي الحديث الشريف جاء لفظ النظر "أَنْظُرُ إِلَيْهَا" والناظر إلى وجه الإنسان سمي ناظراً إليه ومن رآه وعليه أثواب سمي رائياً له⁽⁶⁾، لقوله تعالى: ﴿وَإِذَا رَأَيْتَهُمْ تُعْجِبُكَ أَجْسَامُهُمْ﴾⁽⁷⁾. وعليه، لا يلزم النظر إلى كامل الجسم حتى يسمى الشخص ناظراً.

وتبعاً لذلك، فإن النظر إلى المخطوبة يكون إلى ما يظهر من المرأة أمام الناس في الحالة العادية، وأن رؤية وجه المرأة وكفيها يحقق الغرض من النظر، فالوجه موضع الجمال والكفان تظهران خصوبة البدن. لذلك، فالراجح هو رأي المالكية والشافعية.

(1) أنظر، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، المحلى بالآثار، كتاب النكاح، تحقيق عبد الغفار سليمان البنداري، ج9، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003، ص.161.

(2) سورة النور، الآية رقم 30.

(3) بن رشد الحفيد أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد، المرجع السابق، ص.10.

(4) سورة النور، الآية رقم 31.

(5) أنظر، هيلات سفيان محمود، الزيادة وأثرها في الأحوال الشخصية، مذكرة ماجستير، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، قسم الفقه وأصوله، جامعة اليرموك، الأردن، 2004، ص.31.

(6) أنظر، بن قدامي موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد المقدسي الجماعلي الدمشقي الصالح الحنبلي، المغني، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو، ج9، ط3، دار عالم الكتب، الرياض، 1997، ص.490.

(7) سورة المنافقون، الآية رقم 4.

والنظر ليس مقصوراً على الرجل، وإنما من حق المرأة كذلك النظر إلى مخاطبها فإنه يعجبها منه ما يعجبه منها⁽¹⁾، لقوله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾⁽²⁾، وعقد الزواج طرفاه المرأة والرجل والتوافق والانسجام يحصل من كليهما ليتم التراضي الصحيح، لذلك فإن الانتفاع بالنظر يكون للمخاطب والمخطوبة على حد سواء.

وكما هو معلوم، لم يعد نظر الخاطبين إلى بعضهما كافياً لتقريرها إبرام عقد الزواج، فتطور المجتمع وأفراده أصبح يفرض ضرورة الانسجام والتوافق بين الزوجين، لتكوين أسرة متينة مبنية على التقارب الفكري والتفاهم دون أن تقتصر على الشكل الخارجي. لذلك، اعتاد المقبولون على الزواج على تحري كل طرف عن الآخر، أو السعي للتعرف شخصياً إليه، وهذا لا يتأتى إلا بتبادل أطراف الحديث بطبيعة الحال في غير خلوة. هذه المحادثات ازدهرت في عصر التكنولوجيا، وأصبحت تتم عن بعد وبوسائل مختلفة.

الفرع الثاني

المحادثات بين الخاطبين

تعتبر الصفات الدينية والخلقية في الرجل والمرأة من أولى أمور الحياة الزوجية، والتي يسعى كل خاطب إلى معرفتها في الطرف الآخر، فيجتهد بنفسه لاكتشافها بالسؤال والتحري أو بالاعتماد على أحد الأقرباء للقيام بهذا الدور. وبجحة التعرف على المخطوبة، تم استحداث ظاهرة غريبة عن مجتمعنا، وتأبأها شريعتنا، وهي الخلوة بالمخطوبة بغرض التعرف إلى شخصيتها، وما يستتبعه من آثار وخيمة على سمعة المرأة⁽³⁾، وكذلك ما يمكن أن يحدث من لمس غير مشروع وربما نسب غير شرعي. وفي المقابل لذلك فإن وسائل الاتصال توفر الرؤية عن بعد وكذلك المحادثات سواء عبر الشات أو الهاتف أو حتى الكاميرا، دون إمكانية ملامسة الخاطبين لبعضهما، وما ينتج عنه، ولكنها تبقى خلوة معنوية ينتج عنها العديد من المشاكل منها الشرعية والقانونية والنفسية، وهذه المحادثات لا تخرج عن كونها مكتوبة (أولاً) أو سمعية وسمعية مرئية (ثانياً).

(1) أنظر، علي أحمد عبد العال الطهطاوي، شرح كتاب النكاح، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2005، ص.36؛ التكروري عثمان، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2004، ص.13.

(2) سورة البقرة، آية 228.

(3) أنظر، العازي أبو عبد الرحمن عادل بن يوسف، تمام المنة في فقه الكتاب وصحيح السنة، كتاب النكاح، ط1، مؤسسة قرطبة، مصر، 2004، ص.33.

أولاً: المحادثات المكتوبة

كما هو معلوم، فإنه لا يصح للمرأة محادثة الأجنبي، والخاطب يعتبر من هذا القبيل، والمنتشر حالياً هي المحادثات السرية سواء عبر البريد الإلكتروني أو الفاكس أو رسائل الهاتف النصية أو الأنترنت باستخدام مواقع التواصل الاجتماعي. وما هي إلا محادثات تسمح بتعلق الطرفين ببعضهما البعض ولا يؤمن معه تطور الحديث إلى أمور محرمة، وهو ما يزيد مقدار الضرر النفسي في حالة العدول عن الخطبة. وبطبيعة الحال لا يعتبر من قبيل الضرر المعنوي الموجب للتعويض الذي نصت عليه الفقرة 3 من المادة 5 من ق.أ.

ومع محاذير انتحال الشخصية وتزويرها فالمرأة والرجل كلاهما لا يؤمن صدق الطرف الآخر، فالتعرف إلى حقيقة الشخص في الواقع المادي صعب جداً إن لم نقل مستحيلاً بمقابلة أو مقابلتين، ولا يكون ذلك إلا بالاستعلام والسؤال من الأشخاص الذين يعرفونه أو عاشروه. وما يلجأ إليه الخاطبين من محادثات مكتوبة وفي سرية، هو أمر غير جائز شرعاً، لما تفتحه من أبواب للانحلال والفتنة. فكل محادثة بين رجل وامرأة أجنبيين عن بعضهما يولد دوافع غريزية، تجعلهما يبحثان عن سبل للاتصال واللقاء المباشر، وهو ما يتسبب في استباحة الأعراس. وبالتالي فدرء مفسدة الفتنة أولى من جلب مصلحة الرجل والمرأة في التعارف بغرض الزواج.

ويجدر بنا التنويه إلى المحادثات التي تحدث بين الجنسين، والتي لا يكون الهدف من ورائها الزواج، وإنما فقط التسلية فهي مفسدة ينبغي درؤها لما فيها من انحراف، وكسر لمبادئ المجتمع، وهي علاقات ممنوعة شرعاً وقانوناً.

ثانياً: المحادثات السمعية والسمعية المرئية بين الخاطبين

إن لوسائل التعارف الفوري مثل الهاتف، والماسنجر، والفايبر، والواتسب وغيرها دور أكبر من دور الصورة الثابتة والكتابة، فهي أجهزة تمكن المتصلين من محادثة سمعية ومرئية آنية. فمحادثة المخطوبة عبر هذه الوسائل إذا كان في سرية، فهو يعتبر من قبيل الخلوة المنهي عنها شرعاً، لذلك وجب التضييق من مجال المحادثة أو الرؤية عبر الكاميرات وتستعمل لحالات محصورة، وبشرط وجود الحرم وسماعه للمحادثة. كما ينبغي أن يتقيد الكلام بما إذا كان له سبب وحاجة، أما الكلام لمجرد

التسلية فيمنع سدا لذائع الانحراف⁽¹⁾. والحديث يجب أن يكون فقط من أجل سماع الصوت ومعرفة طريقة الحديث والتفكير بصفة عامة.

وعلى المحاذير التي قال بها الفقه الذي يرى بعدم جواز النظر إلى المخطوبة باستخدام وسائل الاتصال الحديثة، ومخاطر الخلوة بالمخطوبة في المحادثات المكتوبة والسمعية والمرئية، نقترح بعض الضوابط التي تبقي الخطبة في إطارها المشروع وكذلك تقلل من حدة الأضرار والآثار السلبية للاتصالات في هذه المرحلة.

الفرع الثالث

بعض الاقتراحات تجنب الخاطبين مخاطر وسائل الاتصال الحديثة

سبق وأن رجحنا الرأي القائل بعدم جواز استخدام وسائل الاتصال في النظر الشرعي، وهذا للأضرار التي يمكن أن تنتج عن ذلك، وإذا نظرنا بعين الواقع إلى المجتمع، فإننا نجد نسبة معتبرة من أفراده يستخدم هذه الوسائل في التعارف بين الخاطبين. لذلك، ولتجنب خروج أحكام النظر إلى المخطوبة ومحادثتها عبر وسائل الاتصال الحديثة عن الإطار الشرعي، وتفادي إحداث أضرار لا يمكن تداركها، نقترح بعض الضوابط التي يمكنها أن تساهم في تقليل مخاطر وسائل الاتصال في هذا الشأن، يأتي على رأسها وجود حاجة ملحة لاستعمال وسائل الاتصال في النظر إلى المخطوبة (أولاً)، وجدية الخاطبين والتحقق من شخصيتهما (ثانياً)، مع تجنب الاختلاء بالمخطوبة أثناء المحادثات المكتوبة أو السمعية أو المرئية (ثالثاً).

أولاً: الحاجة الملحة لاستعمال وسائل الاتصال الحديثة

لتجنب مخاطر وسائل الاتصال الحديثة، والأضرار الناجمة عن استخدامها، يُنصح بعدم استخدامها إلا في وجود الحاجة، وهذه الأخيرة وإن كانت حالة جهد ومشقة فهي أدنى مرتبة من الضرورة ولا يأتي بفقدان الهلاك كما في الضرورة⁽²⁾، فالنظر إلى المرأة المخطوبة تدعو إليه الحاجة العامة فتتزل منزلة الضرورة. ولكنها ليست ضرورة بمعناها الاصطلاحي الأصولي⁽³⁾. لذلك، فنظر الخاطب

(1) العزازي أبو عبد الرحمن عادل بن يوسف، المرجع السابق، ص.34.

(2) أنظر، تيجاني هارون عبد الكريم أحمد، أثر الضرورة والحاجة وعموم البلوى فيما يحل ويحرم من المهن والوظائف خارج ديار الإسلام، مجمع فقهاء الشريعة بأمريكا، المؤتمر السنوي الخامس، المنامة، البحرين، 2007، ص.7.

(3) أنظر، البشير حاج سالم محمد، مفهوم خلاف الأصل، دراسة تحليلية في ضوء الشريعة الإسلامية، ط1، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، الولايات المتحدة الأمريكية، 2008، ص.428.

إلى مخطوبته ومحادثتها عبر الوسائل الحديثة للاتصال هي حاجة ولا يمكن أن ترقى إلى الضرورة ويرجع تقدير الحاجة في هذه الحالة المستحدثة إلى المجتهدين في الدراسات الفقهية.

وإن مجامع الفقه الإسلامي في إطار الاجتهاد الجماعي التي عرضت فيها قضايا الطوارئ الاجتماعية المعاصرة؛ كان دليل الضرورة الأصولي حاضرا فيها كمسلك من مسالك الاستدلال التشريعي، ينير للفقهاء طريق التوصل إلى الأحكام⁽¹⁾. إلا أن هذه المجامع لم تتعرض لحكم النظر الشرعي، والمحادثات بين الخاطبين، ولا حتى للزواج الإلكتروني، بالرغم من إجازتها لعقود النكاح المستحدثة مهما اختلفت أسماؤها ومواصفاتها متى خضعت لقواعد الشريعة من أركان وشروط وانتفاء الموانع، ومن العقود المستحدثة التي أجازها المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة زواج الأصدقاء⁽²⁾. وسكوت كهذا لا يتناسب مع حجم الأثر الذي رتبته وسائل الاتصال الحديثة في العلاقات الأسرية وخاصة منها الخطبة والزواج.

ثانيا: جدية الخاطبان والتحقق من شخصيتهما

يشترط جدية الطرفان والتأكد من هويتهما والصورة المثالية لذلك، أن يكون الخاطب قد بعث بأهله من أجل خطبة المرأة، ويبقى استعمال الوسائل الحديثة من أجل الرؤية فقط، لاستحالة رؤيتها على أرض الواقع سواء لبعد المسافة أو غير ذلك، أو أن الخاطب عازم على النكاح ويغلب ظنه على إيجاب طلبه لو تقدم لخطبتها. ويدخل في إطار الجدية بين الخاطبين عدم تزوير الصور لأنه لو تم الزواج سوف ينكشف كل تدليس.

مع العلم أن الصورة سواء الثابتة أو المتحركة لا تعكس سوى المظهر الخارجي للمخطوبة والخطاب، ولا تحقق الغرض المطلوب من النظر. فيمكن أن تكون المرأة فائقة الجمال ولكن فاقدة لعقلها أو لبصرها وغيرها من العيوب التي لا يمكن تبيينها بالصورة الثابتة أو المتحركة. وعليه، يمكن للخطاب رؤية مخطوبته عبر الصور الملتقطة بالآلات الحديثة على سبيل الاستئناس فقط بعد أن قام بتوكيل شخص موثوق للنظر إلى المخطوبة فعليا على أرض الواقع والتحري على عن صفاتها الدينية والخلقية.

(1) البشير حاج سالم محمد، نفس المرجع، ص334.

(2) القرار الخامس للمجمع الفقهي الإسلامي بشأن عقود النكاح المستحدثة، دورة 18، من 8 إلى 12 أبريل 2006، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، برابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة، السنة 19، 2006، ع22، ص239.

وإذا استعملت الصورة الفوتوغرافية، فيجب أن يكون التقاطها حديثا يبين هيئة المرأة أو الرجل الحالية، ودون تزوير أو إضافات كل هذه الأمور تعكس جدية الطرفان في التعارف و إبرام عقد الزواج.

كما ينبغي على الخاطبين تجنب تزييف الشخصيات، والتلاعب والتزوير وغيرها من المواصفات التي تعبت بالأعراض كأن يقوم مثلا بنسخ الصور ونشرها، أو نشر المحادثات، أو الإساءة إلى المخطوبة عن طريق الكلام. فإذا حدث النظر عبر الصور الفوتوغرافية فعلى الخاطب أن يقوم بإعادتها فورا إلى أصحابها بعد حدوث النظر إليها. وإن كان النظر عبر وسائل الاتصال، فيجب إزالتها من المحادثة فورا، والجهاز أيضا تجنباً لمخاطر الفيروسات، بدون القيام بعمليات الحفظ والنسخ.

ثالثا: تجنب الاختلاء بالمخطوبة أثناء المحادثات المكتوبة أو السمعية أو السمعية المرئية

إذا كانت الرؤية تتم عن طريق الصور المتحركة باستعمال كاميرات وسائل الاتصال الحديثة، فالحذر مطلوب أكثر من الرؤية في العالم المادي، فينبغي ألا تكون في خلوة وإنما في حضور أحد محارم المخطوبة⁽¹⁾، وتمكينه من سماع الحديث الذي يدور بينها وبين الخاطب، لأن الإسلام ينهى عن الخلوة بالمرأة، لما روي عن جابر أن النبي ﷺ قال: "لا يخلون رجل بامرأة إلا مع ذي محرم"⁽²⁾. فلم يرد الشرع بغير النظر ولا يجوز له الخلوة لأنها محرمة عليه⁽³⁾.

كانت هذه بعض الأحكام النظر الشرعي إلى المخطوبة، والتي قد ينجم عنها أضرار من نوع خاص ترتبط بخصوصية وسائل الاتصال الحديثة، هذا ما يستدعي البحث في المسؤولية عنها في حالة العدول عن الخطبة.

المطلب الثالث

المسؤولية عن الأضرار الناجمة عن استخدام وسائل الاتصال المصاحبة للعدول عن الخطبة

وإن كان العدول عن الخطبة جائز عند الفقه الإسلامي وفي القوانين الوضعية، إلا أن آثار هذا العدول لا زالت تُثير العديد من الإشكالات القانونية والقضائية. فقد حازت آثار العدول عن الخطبة من استرداد المهر والهدايا على بحوث مستفيضة من طرف الفقه الإسلامي القديم والحديث، والفقه القانوني أيضا، لذلك نستبعدها من موضوعنا. في حين لا نجد للتعويض عن الخطبة مكان في كتب

⁽¹⁾ أنظر، بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، دراسة تحليلية مقارنة، ط2، مطبعة دار التأليف، مصر، 1961، ص.32.

⁽²⁾ البخاري أبي عبد الله محمد بن إسماعيل، المرجع السابق، كتاب النكاح، باب لا يخلون رجل بامرأة الا ذو محرم والدخول على المغيبة، ص.1333.

⁽³⁾ بن قدامى موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد المقدسي الجماعلي الدمشقي الصالحي الحنبلي، المرجع السابق، ج9، ص.490.

الفقه الإسلامي القديم، ولم يتفق الفقه المعاصر بشأنه⁽¹⁾، لكن الرأي الأقرب إلى الصواب هو القائل بوجود الحكم بالتعويض عن العدول إذا نشأ عنه ضرر مادي أو معنوي تسبب فيه الطرف العادل طبقاً لقاعدة لا ضرر ولا ضرار، والضرر يزال⁽²⁾.

وسوف نركز على المستجدات في مسائل التعويض عن العدول التي لها علاقة بوسائل الاتصال، لذلك، قبل كل شيء يتعين علينا البحث في إثبات الخطبة وما يثيره مشكل تنازع القوانين (الفرع الأول) ثم إمكانية التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية (الفرع الثاني) وأكثر ما يهدد الحياة الخاصة للخطابين أثناء الخطبة وبعد العدول عنها هو المساس بالحق في الصورة لذلك سوف نبحث عن الحماية القانونية لهذا الحق في (الفرع الثالث).

الفرع الأول

الوسائل الحديثة لإثبات الخطبة وإشكالية تنازع القوانين

من أهم الإشكالات التي استحدثت مؤخراً باستخدام وسائل الاتصال في مرحلة الخطبة وقضايا العدول عنها، هي استخدام وسائل حديثة في إثبات الخطبة (أولاً)، ثم إن تدخل العنصر الأجنبي بغزارة بعد تطور وسائل الاتصال يثير مسألة تنازع القوانين (ثانياً).

(1) في مسألة التعويض عن العدول عن الخطبة نجد، أربعة آراء في الفقه المعاصر على النحو الآتي:

- الرأي الأول: للشيخ محمد نجيت المطيعي مفتي الديار المصرية، يرى بأنه لا تعويض في حالة العدول عن الخطب لأن العدول حق مأذون للخطاب، ولأن الإذن الشرعي ينافي الضمان؛ أنظر، الحموي أسامة محمد منصور، آثار العدول عن الخطبة في الفقه والقانون، دراسة مقارنة، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، 2001، ع3، مجلد 27، ص.432.

- الرأي الثاني: للشيخ محمود شلتوت شيخ الأزهر سابقاً، العدول يوجب التعويض مطلقاً؛ الرجوع السابق، ص.239.

- الرأي الثالث: قال به الشيخ محمد أبو زهرة، وهو أن العدول يستوجب التعويض إذا ترتب عنه ضرر مادي، أما مجرد العدول أو الأضرار المعنوية فلا تعويض عنهما؛ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص.37.

- الرأي الرابع: وهو للأستاذ مصطفى السباعي، والسنهوري وأغلب الفقهاء المعاصرين الذين قالوا بوجود التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية إذا كان لأحد الطرفين دخل في الضرر الحاصل، لأنه لا ضرر ولا ضرار وأن الضرر يُزال. أما إذا لم يكن لمن عدل عن الخطبة سبب في الأضرار الناتجة فلا يلزمه التعويض عنها؛ بلحاج العربي، أحكام الزوجية...، المرجع السابق، ص.168؛ الحموي أسامة محمد منصور، ص.429 وما بعدها.

(2) وهذا ما أخذ به قانون الأسرة في المادة 3/5، واستقر القضاء الجزائري أيضاً على وجوب التعويض إذا صاحب العدول ضرر مادي أو معنوي؛ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1991/04/23، ملف رقم 73919، المجلة القضائية، 1993، ع1، ص.54؛ أنظر، شتوح الطيب، تعويض الضرر المترتب عن العدول عن الخطبة على ضوء الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، وجلة البحوث القانونية والاقتصادية، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي بأفلو، 2018، مجلد1، ع2، ص.343؛ الحموي أسامة محمد منصور، المرجع السابق، ص.432.

أولاً: الوسائل الحديثة لإثبات الخطبة

قبل أن يصدر القاضي حكمه بتعويض الطرف المتضرر من العدول عن الخطبة، عليه أن يتحرى عن وجود خطبة فعلا وتم العدول عنها، وعلى الشخص الذي يدعي وجود ضرر مادي أو معنوي نتيجة العدول إثبات وجود الخطبة، ولا يخفى على أحد صعوبة هذا الأمر في عالم افتراضي. ويثور موضوع الإثبات عموماً في المنازعات القضائية، والمنازعات في الخطبة تكون في حالة الوفاة أو العدول عنها. وقد جاء في نص الفقرة الأولى من المادة 426 من ق.إ.م.إ.⁽¹⁾ أن: "المحكمة المختصة إقليمياً بالنظر في موضوع العدول عن الخطبة هي مكان تواجد موطن المدعى عليه". والاختصاص الإقليمي ليس من النظام العام، فيجوز الاتفاق على مخالفته⁽²⁾. وبالتالي فإن المحكمة المختصة في رفع دعوى إثبات الخطبة والتعويض عن العدول عنها هي محكمة موطن المدعى عليه ويمكن الاتفاق بين الخاطبين على محكمة أخرى.

وفي الوسائل الحديثة لإثبات الخطبة، فإن القانون المدني وبالرغم من تعديله بالقانون 05-10 إلا أنه لم يُفصّل في موضوع المعاملات الإلكترونية المدنية، واقتصر على الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني بنص المادة 323 مكرر 1 منه، والتي لا يمكن الاعتماد عليها لإثبات الخطبة، لكون الخطبة مرحلة حساسة، تقوم على الثقة المتبادلة، والأمانة بين الخاطبين، ولأنه وببساطة لا الشرع، ولا القانون، ولا العرف يوجب إفراغ الخطبة في محرر مكتوب⁽³⁾. وهذا لا يمنع من إثبات الخطبة بكافة الوسائل بما فيها البيئة، والإقرار والقرائن والصور الفوتوغرافية والهاتف المحمول والأجهزة الرقمية⁽⁴⁾، وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 11 أكتوبر 2006⁽⁵⁾.

وفي الوسائل الحديثة لإثبات الخطبة دائماً، فإن الإشكالات التي يطرحها هذا الموضوع هي تحديد أطراف العلاقة القانونية، التي يمكن أن تخضع للتغيير من الطرفين. وكما سبق العرض، فإن

⁽¹⁾ القانون رقم 08-09، مؤرخ في 25/02/2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ج.ج، مؤرخة في 23/04/2008، ع21، ص.3.

⁽²⁾ أنظر، دلاندة يوسف، الوجيز في شرح الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، ط3، دار هومة، 2011، ص.40؛ أنظر أيضاً، سعد عبد العزيز، إجراءات ممارسة دعوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، ط2، دار هومة، الجزائر، 2014، ص.43؛ بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها...، المرجع السابق، ص.183.

⁽³⁾ الشيخ نجيب عبد الرزاق، المرجع السابق، ص.380؛ بلعباس أمال، المرجع السابق، ص.614.

⁽⁴⁾ بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.180.

⁽⁵⁾ المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 11/10/2006، ملف رقم 369494، م.م.ع، 2007، عدد2، ص454.

الخطبة لا تلزم طرفيها وهي شبيهة بمرحلة المفاوضات في العقود المالية، حيث تتم بإحدى وسائل الاتصال الفورية التي تترك أثرا ماديا من أجل الإثبات⁽¹⁾.

ومن ثم، يمكن تقديم المراسلات المكتوبة بين الخاطبين لإثبات الخطبة التي تعتبر إقرارا غير قضائي، أو تسجيل فيديو أو صور لحفل الخطوبة، أو أي وسيلة أخرى تخضع لتقدير القاضي.

ثانيا: إشكالية تنازع القوانين

تختلف الدول في التكييف القانوني للخطبة، فهناك دول تضيف عليها صبغة العقدية وبالتالي تجعلها ملزمة لأطرافها، مما يترتب على العدول عنها المسؤولية العقدية، والتعويض في هذه الحالة يكون عن عدم التنفيذ، ومن هذا الاتجاه القانون الألماني والقانون الإنجليزي، وبناء على ذلك فإن قواعد التنازع المطبقة في حالة العنصر الأجنبي هي قواعد الإسناد المتعلقة بالالتزامات التعاقدية⁽²⁾.

أما المشرع الجزائري فيكيف الخطبة بأنها مجرد وعد بالزواج غير ملزم ولا تترتب المسؤولية عن العدول إلا في حالة تضرر أحد الأطراف(المادة 5 من ق.أ). وبالرجوع إلى قواعد الإسناد في القانون المدني؛ لا نجد قاعدة إسناد خاصة بالخطبة، وقد نص على أن التكييف يخضع لقانون القاضي (المادة 9 من ق.م)⁽³⁾. وبذلك تسري على الخطبة المشتملة على عنصر أجنبي قواعد التنازع المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية فيطبق القاضي المادة 20 من ق.م المتعلقة بالالتزامات غير التعاقدية⁽⁴⁾.

ومن ثم، إذا صاحب العدول عن الخطبة ضرر، وكانت العلاقة مشتملة على عنصر أجنبي، فإنّ القاضي يطبق قانون مكان وقوع الفعل الضار طبقا للفقرة الأولى من المادة 20 من ق.م. فيقوم بالبحث عن مدى توفر شروط المسؤولية التقصيرية، وعن طبيعة الضرر معنوي أم مادي ليحكم بتعويض عادل.

(1) أنظر، درار نسيم، واقع المسؤولية المدنية في المعاملات الإلكترونية، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2011-2012، ص.23.

(2) أنظر، درة أمين، تنازع القوانين في مجال الزواج والحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة، دفا تر السياسة والقانون، كلية الحقوق، جامعة ورقلة، 2011، ع4، ص.238.

(3) تنص المادة 9 من ق.م على أنه: "يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه".

(4) جاء في نص المادة 20 من ق.م أنه: "يشري على الالتزامات غير التعاقدية، قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام".

غير أنه فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن الفعل الضار، لا تسري أحكام الفقرة السابقة على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في الجزائر وإن كانت تعد غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه".

بيد أنه، في الحالة التي يكون فيها الفعل الذي سبب ضررا لأحد الخطبة فعل غير مشروع في بلد وقوعه، وكان مشروعاً في الجزائر، فإنّ القاضي الجزائري لن يطبق قانون محل وقوع الفعل الضارّ، وهذا طبقاً للفقرة 2 من المادة 20 من ق.م. وبعد إثبات واقعة الخطبة، ينظر القاضي في حجم الأضرار ونوعها، ليتمكن من تقدير تعويض عادل للمضرور معنوياً أو مادياً.

الفرع الأول

إمكانية التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية

سبق وأن تعرضنا في المطلب الأول إلى التكييف الفقهي والقانوني للخطبة على أنها وعد خالي من الإلزام بإتمام الزواج. وعليه، فإن حق العدول بجائز لكلا الطرفين (المادة 2/5 من ق.أ). غير أنه إذا ترتب عن العدول ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض طبقاً للمادة (المادة 3/5 من ق.أ) ما يستفاد منه أن مجرد فعل العدول عن الخطبة لا يترتب عنه تعويض، أما إذا صاحب هذا العدول أفعال سببت ضرراً للطرف الآخر، فيجوز لهذا الأخير طلب التعويض.

والضرر بمعناه العام هو الأذى الذي يصيب الشخص نتيجة المساس بمصلحة مشروعة له، أو بحق من حقوقه⁽¹⁾، والتعويض عن الضرر المصاحب للعدول يكون على أساس المسؤولية التقصيرية لا العقدية، لأن الخطبة ليست عقداً⁽²⁾. هذا ولم يضع المشرع الأسري معايير للضرر المادي والمعنوي، وهو تعويض قضائي يخضع لتقدير قضاة الموضوع⁽³⁾، وفي التعويض عن الضرر المصاحب للعدول عن الخطبة نميز بين إمكانية التعويض عن الأضرار المادية (أولاً) والتعويض عن الأضرار المعنوية (ثانياً).

(1) أنظر، السعدي محمد صبري، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، المسؤولية التقصيرية، دار الهدى، الجزائر، 2011، ص.77.

(2) بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.169.

(3) المحكمة العليا، غ.أ.ش، 16/03/1999، ملف رقم 116865، المجلة القضائية، 2001، عدد خاص، ص.256.

أولاً: إمكانية التعويض عن الأضرار المادية

الضرر المادي هو الذي يمس بمصلحة مالية داخلية ضمن الذمة المالية للمتضرر، فينتقص منها أو يعدمها، كما يمس بالمتلكات فيعطبها أو ي تلفها، ويكفي الإثبات على تحقق الضرر، وعلاقته السببية بالخطأ حتى يُلزم من صدر منه بالتعويض وعلى القاضي أن يبين ذلك بوضوح في حكمه⁽¹⁾. وغالبا ما تكون الأضرار المادية التي تصيب الطرف المتضرر من فعل العدول عن الخطبة متعلقة بالتحضير للزواج، كإنفاق مبالغ كبيرة في إعداد الجهاز، أو إيجار الشقة وفرشها، أو كراء قاعة الحفلات. هنا يلجأ المتضرر إلى القضاء ويطلب بتعويضه عن الخسائر التي تكبدها. فبالرغم من تكريس حق العدول إلا أن الطرف الذي يسيء استعمال هذا الحق ويلحق أضرارا لا يمكن جبرها، يُلزم بتعويض عادل بحكم قضائي.

والقضاء الجزائري مستقر على تعويض المتضرر من فعل الخاطب الذي يعدل عن الخطبة، فجاء في عدة قرارات للمحكمة العليا: "من المقرر أنه إذا ترتب على العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون"⁽²⁾. والقاضي غالبا ما يحكم بتعويض بمقابل نقدي في دعاوى العدول عن الخطبة، بعد أن يقوم المتضرر بإثبات الضرر الذي أصابه وعلاقته المباشرة بالخطأ الذي ارتكبه الخاطب العادل عن الخطبة.

ثانياً: إمكانية التعويض عن الأضرار المعنوية

الضرر المعنوي هو الأذى الذي يلحق بغير ماديات الإنسان، فيمس بمشاعره أو أحاسيسه، وبعاطفته أو بنفسه أو بمكانته العائلية أو المهنية أو الاجتماعية، مُحدثا لديه آلاما نفسية أو شعورا بالانتقاص من قدره⁽³⁾. ومن أمثلة الأضرار المعنوية، أن يفوت الخاطب الذي عدل عن الخطبة فرصة زواج للمخطوبة من شخص آخر، بسبب طول فترة الخطبة، كذلك التشهير وكثرة الإشاعات التي

(1) أنظر، العوجي مصطفى، القانون المدني، المسؤولية المدنية، ج2، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004، ص.165؛ أنظر أيضا، محمد حسين منصور، النظام القانوني للأسرة في الشرائع غير الإسلامية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003، ص.171.

(2) المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1980/12/25، ملف رقم 56097، المجلة القضائية، 1991، ع4، ص.102؛ 1999/03/16، ملف رقم 116865، سبق ذكره.

(3) العوجي مصطفى، المرجع السابق، ص.168.

تؤدي في غالب الأحيان المخطوبة وتسيء إلى سمعتها⁽¹⁾، وغيرها من الأضرار التي تخدش الشعور والأحاسيس.

ولم يتعرض فقهاؤنا القدامى -رحمهم الله- لمسألة التعويض عن الأضرار المعنوية⁽²⁾، لأن المجتمع آنذاك كان متشعبا بأحكام الشريعة الإسلامية، لكن مع التطور الذي شهده المجتمع نتيجة الاحتكاك مع المجتمع الغربي وفعالية العولمة، ومساهمة وسائل الاتصال الحديثة في هذا التواصل، تم ظهور أضرار يصعب ربطها بالعالم المادي، وتسبب آلاما نفسية لأحد الخاطبين، وهي في غالب الأحيان تشكل اعتداء على الحياة الخاصة للمخطوبة أو الخاطب. وبما أنها آلام نفسية تنتج غالبا عن خدش الشعور والشرف فهي تدخل تحت نطاق الضرر المعنوي الذي نصت عليه المادة مكرر 182 من ق.م. المستحدثة بالقانون 05-10: "يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة".

وعلى ذلك، فإن كل مساس بالقيم الأدبية لأحد الخاطبين كالشرف والاعتبار الشخصي والسمعة والكرامة والعاطفة يعد ضررا أدبيا⁽³⁾. ويشترط في الضرر الأدبي، أن يكون الضرر محققا أي أن الضرر قد وقع فعلا، وبصورة أكيدة، وأصبح بمقدور القاضي أن يحدد معالمه، ويقدر التعويض الملائم له⁽⁴⁾، وأن يكون مباشرا وشخصيا لمن يطالب بالتعويض.

ومتى تمت الخطبة والنظر إلى المخطوبة باستخدام وسائل الاتصال الحديثة، فإن أكثر ما يهدد الحياة الخاصة للخاطبين، والأضرار التي تصيبهما بعد العدول عن الخطبة هي تلك التي لها علاقة بالصور، ولا يخفى على أحد سرعة انتشارها في الفضاء الرقمي، ونجده لزاما علينا تناول مسألة التعويض عن الأضرار الناجمة عن سوء استخدام أحد الخاطبين لصوره الآخر.

(1) بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص.38؛ الرجوب نايف محمود، المرجع السابق، ص.239؛ بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها، المرجع السابق، ص.171.

(2) إن التعويض عن الضرر المادي أو المعنوي، لم تقره الشريعة الإسلامية، فالمال لا يمكن أن يعوض السمعة السيئة، ولا أن يستر المحرمات المكشوفة، فهذا المنطق هو منطق الفكر الغربي الذي يقيم كل شيء بالمال، والتعويض عن الضرر المعنوي بقيمة مالية هو من آثار الفكر الرأسمالي الغربي الذي يجعل المال هو الهدف الأول والأخير؛ سمارة محمد، المرجع السابق، ص.42.

(3) المغربي جعفر محمود وعساف حسين شاكرا، المرجع السابق، ص.112.

(4) العوجي مصطفى، المرجع السابق، ص.197.

الفرع الثالث

التعويض عن الأضرار الناجمة عن سوء استخدام أحد الخاطبين لصورة الآخر

حظى التصوير الرقمي باهتمام الجميع خاصة مع مجانيته وسهولته، وتكمن خطورة استخدام الصورة لغرض النظر الشرعي في سهولة انتقال الصورة عبر الشبكة العالمية، لاسيما إذا لم يكتب للخطابين إتمام عقد الزواج فيحدث عدول من أحدهما. ولعل أبرز الأضرار والتي لها علاقة بوسائل الاتصال تلك التي تمس الحياة الخاصة للخطابين، وأخطرها ما يتعلق بالصورة، والدستور الجزائري يوفر حماية للأشخاص على حياتهم الخاصة في الفقرة الأولى من المادة 46 التي جاء فيها: " لا يجوز انتهاك حرمة حياة المواطن الخاصة، وحرمة شرفه، يحميها القانون"⁽¹⁾.

ولا يوجد في قانون الأسرة نص يحمي حق أفراد الأسرة على صورهم، وبالرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني، لا يوجد كذلك نص صريح يقضي بحق الشخص على صورته، وبما أن الحق في الصورة هو حق ملازم لشخصية الإنسان؛ فإنه يمكن تطبيق أحكام المادة 47 من ق.م التي تنص: " لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر". هذا النص يخول للشخص حق اللجوء إلى قضاء الاستعجال والمطالبة بوقف الاعتداء، أو قضاء الموضوع للمطالبة بالوقف والتعويض باعتبار قاضي الدعوى هو قاضي الاستعجال⁽²⁾. وعليه، يستلزم الموضوع تعريف الحق في الصورة وصور الاعتداء عليه (أولا) والإجراءات الوقائية لحماية الحق في الصورة (ثانيا) ثم تقدير التعويض عن الأضرار الناتجة عن سوء استخدام صور أحد الخاطبين للآخر (ثالثا).

أولا- تعريف الحق في الصورة وصور الاعتداء عليه

نتعرض لتعريف الحق في الصورة (أ) وبعض صور الاعتداء على هذا الحق (ب).

⁽¹⁾ المرسوم الرئاسي رقم 96 - 438، المؤرخ في 1996/12/07، المتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، المصادق عليه في استفتاء 1996/11/28، ج.ر.ج.ج، مؤرخة في 1996/12/08، ع76، ص.6، المعدل بالقانون رقم 01-16، مؤرخ في 2016/03/06، ج.ر.ج.ج، مؤرخة في 2016/03/07، ع14، ص.3.

⁽²⁾ أنظر، زاوي شنة، الحماية القانونية لحق الشخص على صورته، دفا تر السياسة والقانون، كلية الحقوق، بسكرة، 2015، ع13، ص.367؛ تنص المادة 917 من ق.إ.م.إ.م. على أنه: " يفصل في مادة الاستعجال بالتشكيلة الجماعية المنوط بها البت في دعوى الموضوع".

أ- تعريف الحق في الصورة

الحق في الصورة هو ذلك الاستئثار الذي يتيح للشخص منع غيره من أن يرسمه، أو يلتقط له صورة من غير إذن منه صريح أو ضمني، وما يستتبع ذلك من حقه في الاعتراض على نشر صورته على الجمهور⁽¹⁾. وهو من الحقوق الملازمة للشخصية كحقه في اسمه ولقبه، يشمل داخله الجانب المالي والمعنوي⁽²⁾.

وعليه، فإن مضمون حق الشخص على صورته يضم عدم مشروعية إنتاج الصورة لأنه يمس بالحق في الحياة الخاصة، أو أنه يمس بالحق في الطمأنينة، ويضم أيضا عدم مشروعية نشر الصورة الذي غالبا ما ينطوي على ضرر معين يصيب شخصية الإنسان، لأنه قد يتضمن تشويها لشخصيته ومساسا بسمعته واعتباره ووقاره، أو استغلالا لها بشكل غير مشروع كنشرها باستخدام وسائل الاتصال أو استخدامها في الدعاية وغير ذلك، لأن المبدأ هو ملكية الشخص لحق احتكاري على ملامحه الشخصية بصرف النظر عن هويته أو مهنته⁽³⁾. والحق في الصورة هو حق ملازم لشخصية الإنسان ينقضي بوفاته ولا ينتقل إلى الورثة⁽⁴⁾.

ب- بعض صور الاعتداء على حق أحد الخاطبين على صورته

1- عرض ونشر صور الخاطب أو المخطوبة باستخدام الهاتف والإنترنت

قد ترسل المخطوبة صورتها إلى خاطبها الذي يقيم بعيدا عنها، فبدل أن ينظر إليها ويزيلها من جهازه، يقوم بالاحتفاظ بها في ذاكرة الهاتف، لكن التطور الذي طال وسائل الاتصال أصبح يشكل خطرا على هذه الصورة، لاسيما مع توفر الهواتف النقالة على خدمة الإنترنت وتقنية البلوتوث، وإذا كان الخاطب سيء النية، فإنه يمكن أن يقوم بإرسال الصورة بأحد هذه التقنيات، لتصبح صورة المرأة في أيدي العديد من الأشخاص بل على الشبكة العالمية، ويمكن لأي شخص مشاهدتها، وهكذا تصبح صور المرأة مستباحة وهذا أكبر ما يهدد الأسرة والمجتمع في عصر التقنية.

(1) المغربي جعفر محمود وعساف حسين شاكور، المرجع السابق، ص.86.

(2) أنظر، إسلام سهل السيد، النظام القانوني للحق في الصورة، ط1، المصرية للنشر والتوزيع، القاهرة، 2018، ص.82.

(3) المغربي جعفر محمود وعساف حسين شاكور، المرجع السابق، ص88 وما بعدها.

(4) أنظر، يوسف خصاونة مها، المسؤولية المدنية للصحفي عن الاعتداء على الحق في الصورة في القانون المدني الأردني، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، جامعة الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، 2015، مجلد، ع2، ص.188.

وسواء تم التقاط الصورة بإذن المخطوبة أو بدون إذنها، فإن إرسالها إلى الغير يعتبر اعتداء غير مشروع على حياتها الخاصة، لما قد يسببه لها هذا الاعتداء من أضراراً معنوية وربما مادية.

2- إجراء تعديلات على الصورة الأصلية تسيء لأحد الخاطبين

أصبح بإمكان مستخدمي التكنولوجيات الحديثة تغيير صورة الإنسان بشكل كبير، كتغيير لون العيون أو نزع الحجاب عن امرأة محجبة وغيرها من الأعمال. ويسمى هذا العمل بالمونتاج، الذي يقصد به تحريف بالصورة ويؤدي إلى إظهار الشخص على نحو مخالف أو متعارض مع ما توجد عليه الصورة الأصلية⁽¹⁾. ولعل أخطر هذه التغييرات تلك التي تخرج لنا صوراً إباحية دون علم ومشاركة صاحب الصورة، ولا يخفى على أحد ما يسبب هذا النوع من التغيير من أضرار لصاحب الصورة. واستغلال صورة الشخص على الشبكة العالمية يشكل ضرراً كبيراً، ويحق للمتضرر المطالبة بتعويض مرتفع بقدر جسامة الضرر، لأن الضرر كبير ويوصف بأنه عالمي، حيث يؤخذ في الاعتبار اتساع دائرة النشر للصورة⁽²⁾. ودرجة الضرر التي أصابت صاحب الصورة.

ثانياً: الإجراءات الوقائية لحماية الحق في الصورة

لا يتخذ من الإجراءات الوقائية طريقاً من أجل الحصول على تعويض عن ضرر وقع بالفعل، وإنما يقصد منه منع وقوع الضرر كلية أو الحد من تفاقمه⁽³⁾. فيمكن للشخص المعتدى على صورته اللجوء إلى القضاء الاستعجالي وطلب وقف الاعتداء، وإذا اتخذ القاضي الإجراءات المناسبة لمنع أو وقف الاعتداء على الحياة الخاصة، فإنه يراعي الاحتفاظ للمضرور بحقه في رفع دعوى التعويض عن الضرر الذي أصابه، وللقاضي سلطة تقديرية في تقرير الإجراءات الكفيلة بتحقيق الحماية المطلوبة للحق المعتدى عليه⁽⁴⁾.

فدعاوى وقف الاعتداء وسيلة جعلها المشرع في يد من اعتدى على حق من حقوقه اللصيقة بشخصيته كالحق في الصورة، غايتها وضع نهاية للفعل الضار قبل أن يكون هناك انتهاك فعلي،

(1) يوسف خصاونة مها، المرجع السابق، ص. 181؛ إسلام سهل السيد، المرجع السابق، ص. 146.

(2) المغربي جعفر محمود وعساف حسين شاكر، المرجع السابق، ص. 111.

(3) المغربي جعفر محمود وعساف حسين شاكر، المرجع نفسه، ص. 160.

(4) أنظر، بشاتن صافية، الحماية القانونية للحياة الخاصة، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2012، ص. 352.

وبالتالي لا يشترط وقوع ضرر بالفعل، حيث أن مجرد احتمال الاعتداء يعتبر مبررا كافيا لتدخل القضاء لحمايته⁽¹⁾ لغاية منع وقوع الضرر أو للحد من جسامته.

وقد نص المشرع الجزائري على حماية الحياة الخاصة من الاعتداءات التي تتعرض لها سواء باستخدام الصورة أو غيرها في المادة 47 من ق.م. وعلى اعتبار حق المخطوبة على صورتها حق لصيق بشخصيتها، فإن أي اعتداء تتعرض له يمكنها من اللجوء فورا إلى القضاء الاستعجالي - وهي حالة استعجال قصوى - بموجب المادة 302 من ق.إ.م.إ التي تنص: " في حالة الاستعجال القصوى يجوز تقديم الطلب إلى قاضي الاستعجال خارج ساعات وأيام العمل، بمقر الجهة القضائية حتى قبل قيد العريضة في سجل أمانة الضبط.

يحدد القاضي تاريخ الجلسة ويسمح عند الضرورة، بتكليف الخصم بالحضور من ساعة إلى ساعة. ويمكنه الفصل خارج ساعات العمل وحتى خلال أيام العطل".

ويمكن اللجوء إلى التدابير التحفظية عن طريق القضاء الاستعجالي واتخاذ إجراءات الحجز طبقا لنص المادة 299 ق.إ.م.إ، كحجز مادة موضوع الاعتداء، سواء كانت آلة تصوير أو هاتف نقال أو حاسوب وغير ذلك، بشرط أن يكون الإجراء المتخذ بالقدر اللازم لوقف الاعتداء دون تجاوز ذلك.

بالإضافة إلى هذه النصوص الحمائية التقليدية وتماشيا مع التطورات التقنية التي شهدتها الجزائر، تم إصدار عدة قوانين ولعل أهمها القانون رقم 09-04 المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال، وهو عبارة عن نصوص عقابية خاصة بمجال المعلومات توفر حماية للحياة الخاصة للأفراد، ومنها حماية للحق في الصورة سواء منها الثابتة أو المتحركة المنقطة بتقنية الفيديو أو أية وسيلة أخرى. وفي حالة كان الخاطبان من دولتين مختلفتين وشكل الاعتداء على الحق في الصورة جريمة معاقب عليها؛ نص ذات القانون على المساعدة القضائية الدولية في المادة 16 منه، على أنه يمكن في حالة الاستعجال ومع مراعاة الاتفاقيات الدولية ومبدأ المعاملة بالمثل قبول طلبات المساعدة القضائية الدولية لجمع الأدلة الخاصة بالجريمة الإلكترونية إذا وردت عن طريق وسائل

⁽¹⁾ أنظر، سعيد صيرينة، حماية الحق في حرمة الحياة الخاصة في عهد التكنولوجيا "الإعلام والاتصال"، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة باتنة، 2014-2015، ص.293.

الاتصال السريعة، ويمكن للقاضي أن يلجأ إلى هذه المساعدة في حال كان الاعتداء على الحق في الصورة يشكل جريمة.

مما تقدم، نستنتج اهتمام المشرع بحق الشخص على صورته، وذلك بجواز اللجوء إلى القضاء بهدف الحيلولة دون وقوع الاعتداء أو استمراره. وحتى دون حاجة لإثبات الخطأ وقبل أن يحدث ضرر لصاحب الصورة من واقعة تصويره أو عرض صورته أو نشرها دون رضائه⁽¹⁾.

ثالثاً: تقدير التعويض عن الأضرار الناتجة عن سوء استخدام صور أحد الخاطبين

يمكن أن يكون الضرر الناتج عن العدول عن الخطبة أو الاعتداء على الحق في الصورة لأحد الخاطبين مادياً أو معنوياً، ويستحق المتضرر تعويضاً عادلاً عما لحقه من أذى، بشرط أن يكون الضرر على صلة مباشرة وحالة مع الخطأ الذي ارتكبه الخاطب. أما إذا كان الضرر نتيجة فعل المتضرر نفسه ففي هذه الحالة ينتفي التعويض كلياً، أو توزع المسؤولية بين المخطوبين⁽²⁾. وإذا تعذر على القاضي تقدير التعويض المناسب لجسامة الضرر، فله أن يستعين بأهل الخبرة، وله أن يؤسس حكمه على نتائجها أو يستبعدهما، مع تبرير سبب استبعاد نتائجها وهو ما نصت عليه المادة 144 من ق.إ.م.إ.⁽³⁾.

وقبل أن يقدر القاضي التعويض المناسب، عليه أن يفرق بين المحادثات وتبادل الصور بين الخاطبين التي تتم في حدود شرعية؛ أي بنظر شرعي وحضور أحد محارم المخطوبة، وبين تلك التي تتم دون مراعاة للأحكام الشرعية كاخلوة المعنوية التي تكون في المحادثات الصوتية أو الصوتية المرئية وحتى المكتوبة والتي تؤدي إلى تعلق الخاطبين عاطفياً ببعضهما، وهو ما يسبب أضراراً معنوية في حالة العدول عن الخطبة. وبما أنها خلوة غير شرعية فلا تعويض عنها في هذه الحالة، وقد أكدت المحكمة العليا (المجلس الأعلى سابقاً) في قرار لها بتاريخ 13 أكتوبر 1984 بأنه لا تعويض عن الأضرار التي تكون بمناسبة مخالفة الأحكام الشرعية في الخطبة، كاخلوة بالمخطوبة وما يترتب عنه⁽⁴⁾.

(1) المغربي جعفر محمود وعساف حسين شاكر، المرجع السابق، ص.160.

(2) أنظر، شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2013-2014، ص.13.

(3) جاء في نص المادة 144 من ق.إ.م.إ. أنه: "يمكن أن يؤسس القاضي حكمه على نتائج الخبرة.

القاضي غير ملازم برأي الخبير، غير أنه ينبغي عليه تسبب استبعاد نتائج الخبرة."

(4) المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 13/10/1984، ملف رقم 11236، المجلة القضائية، 1990، ع1، ص.23.

ويقدر القاضي التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية الناتجة عن اعتداء أحد الخاطبين على حق الآخر في صورته على أساس المادة 124 من ق.م، التي تنص على المسؤولية الخطئية بقاعدة كل من سبب بخطئه ضررا للغير يلتزم بالتعويض، والتي بدورها لم تعد تتماشى مع متطلبات العصر، وسرعة المعاملات الإلكترونية. وإذا ترتب عن العدول عن الخطبة والاعتداء على الحق في الصورة ضرر مادي ومعنوي في أن واحد - واجتماع الضررين متوقع في الاعتداء على الحق في الصورة وحده أيضا - يحكم القاضي بالتعويض عن الضررين لأن كلاهما مستقل عن الآخر وتعويض أحدهما لا يغني عن الآخر⁽¹⁾.

غير أن الجانب الأكبر في حالة الضرر المترتب عن الاعتداء على الصورة هو ضرر أدبي يتمثل في الاعتداء على الشرف والسمعة⁽²⁾. وهذا الضرر غالبا ما يصعب جبره بمبلغ مالي لأنه بالأساس غير قابل للإصلاح، فالشرف والسمعة لا يقدران بثمن، ويستعصي على القاضي أن يحلل نفسية المضرور لمعرفة درجة آلامه التي سببها المعتدي. والخسارة هنا لا تزول بالتعويض، وإنما المقصود أن يستحدث المضرور لنفسه بديلا عما أصابه من الضرر المعنوي⁽³⁾.

وللقاضي سلطة تقديرية واسعة في تقدير التعويض الذي يتلاءم مع جسامته الضرر، ولطريقة التعويض المناسبة لمن وقع اعتداء على حقه في صورته، فمثلا في حالة ما إذا كان الضرر ماديا، كتأثير نشر الصور غير اللائقة على عمل المخطوبة - أو الخاطب - الحساس ويتم إقالتها، فإن القاضي ينظر في الخسارة التي لحقتها ويقوم بتقدير التعويض المناسب. أما إذا كان الضرر معنويا كالإساءة لسمعتها فإن تقدير التعويض تظهر فيه عدة صعوبات كما رأينا سابقا.

وتعويض الضرر الأدبي في هذه الحالة يقوم على عدة اعتبارات شخصية يختلف مداه من شخص لآخر⁽⁴⁾، منها مثلا مدى شهرة الشخص صاحب الصورة، ومدى إدخال التعديلات وتحقير الصورة، ويراعي أيضا سلوك صاحب الصورة. فقد يكون هو من شجع بسلوكه على الاعتداء الذي

(1) أنظر، حنفوسي عبد العزيز، دور القواعد القانونية المدنية في حماية الحق في حرمة الحياة الخاصة، دراسة على ضوء التشريع الجزائري والمقارن؛ frssiwa.blogspot.com، 17-06-2017، 01:00.

(2) المغربي جعفر محمود وعساف حسين شاكر، ص.166.

(3) حنفوسي عبد العزيز، المرجع السابق؛ frssiwa.blogspot.com، 17-06-2017، 01:30.

(4) المغربي جعفر محمود وعساف حسين شاكر، المرجع السابق، ص.167.

وقع على حقه في صورته كالتقاط صور أثناء الرقص في الملاهي بمنظر مخل بالحياء⁽¹⁾، أو إرسال المخطوبة صورة لخطيبها وهي ترتدي ملابس غير لائقة، فيكون الضرر الذي يصيبها أقل من الضرر الذي يصيب شخصا آخر حريص على نقاء سلوكه وصورته.

كذلك، يراعي القاضي نطاق انتشار الصورة⁽²⁾ فكلما اتسع نطاق النشر ارتفع مقدار التعويض. وإذا استخدم الخاطب صورة خطيبته لأغراض ربحية، في إشهار مثلا، ويصل النشر إلى نطاق واسع ودون أخذ رأيها فإن نسبة التعويض ترتفع في هذه الحالة.

وبالرجوع إلى الاجتهاد القضائي فقد جاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 22 جويلية 2010 أن الإشهار بالصورة في غياب الموافقة الصريحة المكتوبة يعد مساسا بحق من الحقوق الملازمة للشخصية مستوجبا تعويض الضرر، وهذا في قضية رفعها المتضرر ضد شركة قامت باستعمال صورته بدون علمه على غلاف مجلة اشهارية، مما سبب له ضررا معنويا مس بكرامته يستوجب التعويض طبقا للمادة 124 من ق.م.⁽³⁾.

ويشترط لقيام مسؤولية الخاطب أن تتوفر علاقة السببية بين الخطأ والضرر الناتج، والمسؤول عن التعويض هو مرتكب الفعل الذي ألحق ضررا بالآخر. وتسقط دعوى التعويض عن الاعتداء على الحق في الصورة بانقضاء 15 سنة من يوم وقوع فعل الاعتداء طبقا لنص المادة 133 من ق.م. بالإضافة إلى الحماية المدنية، فإن فبركة الصور لأحد الخاطبين، كتلك التي تكون فيها المخطوبة بلباس شرعي ليتم تحويلها إلى صور إباحية، أو التقاط صور للمخطوبة دون إذنها وغير ذلك، فقد وقر لها القانون حماية جنائية وجرم الاعتداء على الحياة الخاصة بنص المادة 303 مكرر⁽⁴⁾ التي جاء فيها: "يعاقب بالحبس من ستة(6) أشهر إلى ثلاث(3) سنوات وبغرامة 50.000 دج إلى 300.000 دج، كل من تعمد المساس بجريمة الحياة الخاصة للأشخاص بأي تقنية كانت وذلك :

⁽¹⁾ انظر، فندوشي ربيعة، الصورة عبر الأنترنت التجاوزات والحماية، مجلة البحوث والدراسات العلمية، كلية الحقوق، جامعة المدية، 2011، ع5، ص.322.

⁽²⁾ المغربي جعفر محمود وعساف حسين شاكر، المرجع السابق، ص.168.

⁽³⁾ المحكمة العليا، الغرفة المدنية، 2010/07/22، ملف رقم 575980، م.م.ع، 2010، ع2، ص.160.

⁽⁴⁾ مستحدثة بالقانون 06-23، مؤرخ في 2006/12/20، المتضمن تعديل قانون العقوبات، ج.ج.ج، مؤرخة في 2006/12/24، ع84، ص.23.

- 1- بالتقاط أو تسجيل أو نقل مكالمات أو أحاديث خاصة أو سرية، بغير إذن صاحبها أو رضاه.
 - 2- بالتقاط أو تسجيل أو نقل صورة لشخص في مكان خاص، بغير إذن صاحبها أو رضاه.
- يعاقب على الشروع في ارتكاب الجنحة المنصوص عليها في هذه المادة بالعقوبات ذاتها المقررة للجريمة التامة.

ويضع صفح الضحية حدا للمتابعة".

من خلال إدراج المشرع لعبارة "بأي تقنية كانت" يتبين لنا سياسته في استيعاب كافة التطورات التي تطرأ على وسائل الاتصال، ولكن يعاب عليه أنه جرم فقط هذه الأفعال إذا كان الالتقاط أو التسجيل أو النقل في مكان خاص.

وما يلاحظ على هذه المادة هو جمع المشرع العقابي بين الالتقاط السمعي، والالتقاط البصري في مادة واحدة وبشروط عامة، باعتبار أن فعل الالتقاط ينصب على الأحاديث والصور، ولكنه يختلفان من حيث الطبيعة، فالتقاط الأقوال له طابعه السمعي والتقاط الصور له طابعه البصري فلا يتحقق إلا بمشاهدة الصور⁽¹⁾. وبالتالي فلكل التقاط حماية خاصة.

وفي الحالة التي يكون فيها أحد الخاطبين طفلاً لم يبلغ ثمانية عشر (18) سنة⁽²⁾، فقد قرر له القانون حماية جزائية خاصة بالقانون رقم 15-12 المتضمن قانون حماية الطفل في المواد 140 و141 منه، اللتان تنصان على التوالي: "يعاقب بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 150.000 دج إلى 300.000 دج، كل من ينال أو يحاول النيل من الحياة الخاصة للطفل بنشر أو يبث نصوص و/ أو صور بأية وسيلة يكون من شأنها الإضرار بالطفل"، "دون الإخلال بالعقوبات الأشد، يعاقب بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 150.000 دج إلى 300.000 دج، كل من يستغل الطفل عبر وسائل الاتصال مهما كان شكلها في مسائل منافية للآداب العامة والنظام العام".

والخلوة غير الأخلاقية ولو كانت عبر وسائل الاتصال، فإنها تعتبر مخالفة للنظام العام، باعتبار أن المسائل المنافية للنظام العام المنصوص عليها في المادة سالفة الذكر هي كل فعل يتضمن مخالفة القواعد الأخلاقية الأساسية في الدولة.

(1) بن سعيد صبرينة، المرجع السابق، ص. 197.

(2) وجاء القانون رقم 15-12، المؤرخ في 2015/07/15 المتعلق بحماية الطفل، ج.ر.ج.ج، مؤرخة في 2015/07/19، ع39، ص4، في المادة 2 منه "الطفل: كل شخص لم يبلغ 18 سنة كاملة".

من خلال ما سبق عرضه، تبين لنا أن النصوص القانونية المتوفرة غير كافية لحماية الحق في الصورة والحياة الخاصة بصفة عامة للخاطبين وكذلك لأفراد الأسرة، ونرجو أن يتوسع المشرع في أحكام التعويض في حالة العدول عن الخطبة. كما يتوجب تعديل نصوص القانون المدني لأن الخطأ صعب الإثبات في ظل المعاملات الإلكترونية. وكذلك قواعد الإسناد المطبقة على الخطبة فإنه ينبغي النص صراحة على القانون الواجب التطبيق، لأن العنصر الأجنبي محتمل جدا وجوده في قضايا الخطبة عبر وسائل الاتصال الحديثة.

رغم خطورة ما ينتج عن استخدام وسائل الاتصال الحديثة في الخطبة وصعوبة تقدير أضرارها، إلا أنه تم التوسع في استعمالها إلى أن تم اعتمادها في إبرام عقد الزواج، وكما هو معلوم، فركن الرضا هو أساس قيام العقد، وهو الركن الوحيد في عقد الزواج، والذي تأثر بوضوح بتطور تكنولوجيا المعلومات الاتصال.

المبحث الثاني

أثر تطور تكنولوجيا الاتصال والمعلومات على ركن الرضا في عقد الزواج

ركن الشيء هو جانبه الأقوى والجمع أركان وأركن، وركن الإنسان قوته وشدته⁽¹⁾، فأركان الشيء أجزاء ماهيته، والشروط ما توقف صحة الأركان عليها⁽²⁾. وتتفق الشريعة الإسلامية مع التشريعات الوضعية والاتفاقات الدولية في اعتبار رضا الزوجين هو أهم ركن لقيام عقد الزواج، فهناك من أطلق عليه ركن الرضا وآخرون قالوا بالصيغة، وجاء في الفقرة 2 من المادة 16 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان أنه: "لا يبرم عقد الزواج إلا برضا الطرفين الراغبين في الزواج رضا كاملا لا إكراه فيه"⁽³⁾.

وبتأثير عوامة القانون، تم تعديل المادة 09 من قانون الأسرة بالأمر 05-02 ليتم الاكتفاء بركن وحيد لانعقاد الزواج⁽⁴⁾ بنصها "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين" ليرتب المشرع على تخلف الرضا

(1) ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، مجلد 13، مادة ركن، ص. 185.

(2) أحمد بن محمد بن علي الفيومي القرني، المرجع السابق، ص. 237.

(3) الإعلان العالمي لحقوق الإنسان المعتمد بموجب القرار الجمعية العامة 217 ألف د-3 المؤرخ في 10/12/1948.

(4) بعد أن اعتمد المشرع الجزائري على المذهب المالكي في تعداد أركان الزواج في المادة 9 بالقانون 84-11، عدل عن هذا التوجه متأثرا بالاتفاقيات الدولية والمذهب الحنفي وما سار عليه بعض الحنابلة في اعتبار ركن الزواج هو الإيجاب والقبول المعبر عنهما بالصيغة، وهو المصطلح الأنسب لأن الرضا أمر معنوي ونفسي وتدور حوله كل الأركان. ومنه فإن ركن الزواج يتمثل في الإيجاب والقبول الدالين على الرضا بالزواج؛ أنظر، بن صغير محفوظ،

بطلان الزواج في الفقرة الأولى من المادة 33 من ق.أ. أما ولي الزوجة والشاهدان والصدّاق؛ فأصبحت شروط صحة إضافة إلى أهلية الزواج وانعدام الموانع الشرعية في المادة 9 مكرر. وفي هذا المبحث سوف يتم التركيز على ركن الرضا وتأثره بمستجدات علوم الاتصال، حيث بدأ واضحا هذا التأثير بعد انتقال الشعوب من الاتصال المباشر إلى الاتصال عبر بيئة تقنية. ولغاية اكتمال الفائدة، يجدر بنا التعرض للتعبير عن الإرادة في الزواج عبر وسائل الاتصال الحديثة (المطلب الأول) ثم اقتتران القبول مع الإيجاب في عقد الزواج عبر وسائل الاتصال الحديثة (المطلب الثاني) لنبحث بعد ذلك عن مسألة مهمة في عصر الإلكترونيات وهي إثبات التراضي الإلكتروني في عقد الزواج (المطلب الثالث).

المطلب الأول

التعبير عن الإرادة في الزواج عبر وسائل الاتصال الحديثة

يختلف التعبير عن الإرادة في العالم المادي عنه عبر وسائل إلكترونية، وقبل الخوض في الموضوع يتعين علينا تبيان مفهوم الإيجاب والقبول عبر وسائل الاتصال الحديثة (الفرع الأول) لتبين بعد ذلك الألفاظ واللغة التي تصح في الإيجاب والقبول (الفرع الثاني) ثم طرق التعبير عن الإرادة في عقد الزواج عبر وسائل الاتصال الحديثة (الفرع الثالث).

الفرع الأول

مفهوم الإيجاب والقبول عبر وسائل الاتصال الحديثة

يستلزم انعقاد الزواج صدور الإيجاب من أحد الأطراف وقبول من الآخر، والفقهاء الإسلامي لم يتفق على تعريف الإيجاب والقبول (أولا)، وباستخدام الوسائل الحديثة للاتصال في التعبير عن الإرادة نجده لزاما التعرض لمعنى الإيجاب والقبول الإلكترونيين (ثانيا)، ومن ثم خصائصهما في عقد الزواج عبر وسائل الاتصال الحديثة (ثالثا).

أولا: تعريف الإيجاب والقبول

أو ما يعبر عنه بالصيغة، وهي اللفظ الدالّ على حصول النكاح وتحققه إيجابا وقبولا⁽¹⁾، ولم يتفق العلماء على تحديد معنى الإيجاب والقبول، فقال الجمهور بأن الإيجاب هو الصيغة التي تدل

الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة باتنة، 2008-2009، ص.327.

⁽¹⁾ محمد رأفت عثمان، المرجع السابق، ص.106.

على التملك حتى ولو صدر ثانيا، والقبول ما دَلَّ على التملك حتى ولو صدر أولا، والإيجاب يكون من ولي الزوجة أما القبول فمن الزوج⁽¹⁾.

ويرى الحنفية بأن الإيجاب هو الكلام الصادر من أحد العاقدین أولا، أما القبول فهو الكلام الذي يصلح لإفادة العقد مع صدوره ثانيا بعد صدور الإيجاب⁽²⁾. ومثالها، أن يقول الزوج تزوجتك وتقول المرأة زوجتك نفسي فكلام الزوج هنا إيجابا وكلام المرأة يكون قبولا له.

بعد عرض الرأيين نميل إلى ترجيح قول الحنفية كون الإيجاب ما يصدر أولا، لأن إصدار القبول يستلزم أن يتقدم عليه عرض هو الإيجاب.

وبترجيح قول الحنفية في اعتبار الإيجاب ما صدر أولا من أحد العاقدین ننتقل الآن إلى خصوصية هذا الإيجاب والقبول عبر وسائل الاتصال الحديثة.

ثانيا: معنى الإيجاب والقبول عبر وسائل الاتصال الحديثة

الإيجاب هو التعبير البات والمنجز الصادر من شخص إلى شخص آخر بهدف إحداث أثر قانوني، وهو الخطوة الأولى في إبرام العقود، والقبول هو التعبير عن الإرادة الصادر ممن وجه إليه الإيجاب. ومن شروطه أن يصدر مطابقا للإيجاب. أما الإيجاب بالزواج عبر وسائل الاتصال، فهو العرض الصادر من الشخص الراغب في الزواج بغرض إنشاء الرابطة الزوجية، ويتم عن بعد، و عبر شبكة للاتصالات، محلية أو دولية، بوسيلة سمعية، أو سمعية مرئية أو مكتوبة. أما القبول عبر وسائل الاتصال فهو الموافقة على الإيجاب الذي لا يزال قائما بشرط أن يصدر بوسائل اتصال حديثة وأن يكون مطابقا للإيجاب.

ثالثا: خصائص الإيجاب والقبول عبر وسائل الاتصال الحديثة

إنّ الباحث في موضوع إبرام عقد الزواج عبر وسائل الاتصال الحديثة يلاحظ ما وصلت إليه شبكة الاتصالات والمعلومات من تطور وتغطيتها لكل أرجاء العالم، وكذلك تنوع طرق إبرام العقود عبرها، ولا يختلف جوهر الإيجاب والقبول عبر وسائل الاتصال عنه في الواقع المادي، إلا أنه يتميز بخصوصية تجعله أكثر تعقيدا من الإيجاب والقبول في عقد الزواج التقليدي ولعل أهمها:

(1) وهو قول الشافعية والحنابلة والمالكية؛ محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص.330.

(2) محمد رأفت عثمان، المرجع السابق، ص106.

أ- أنه يتم باستخدام عدد من وسائل الاتصال الحديثة

تعرف بوسائل التبادل الإلكتروني للبيانات، وأهم هذه الوسائل شبكة الأنترنت، والتلكس، والفاكس، وكل ما من شأنه إيجاد بدائل للأشكال الورقية للاتصال وحفظ البيانات⁽¹⁾، فيتم الإيجاب إما كتابة بالرسالة، أو شفاهة بالوسائل المسموعة بالصوت أو عن طريق الوسائل التي توفر نقلا للصورة والصوت بالمشاهدة.

ب- الإيجاب والقبول عبر وسائل الاتصال يتم دون التواجد الفعلي والحقيقي لأطراف العقد

لأنه عقد يتم عن بعد، لذلك يتوجب على الموجب قبل إصدار إيجابه أن يبدي للطرف الآخر كل المعلومات عن حالته الشخصية والمدنية وعنوانه الحالي، فالإيجاب عبر وسائل الاتصال لا يختلف في جوهره عن الإيجاب التقليدي، إلا أنه يتم في غياب جسدي لأطراف العقد، وحضور حقيقي للإرادة متى تم تجنب تزوير الشخصيات، لذلك يتوجب على أطراف العقد كل واحد منهم أن يتحرى عن صفات الآخر قبل إصدار الإيجاب والقبول المطابق له.

وفي حالة التأكد من هوية أطراف العقد وأهليتهم، فإن عقد الزواج عبر هذه الوسائل لا يختلف عن عقد الزواج في العالم الواقعي من حيث أطرافه، ومن حيث مفهومه فهو يبقى عقد زواج، إلا أن الفرق بينهما يكمن في أن عقد الزواج التقليدي يتم في حضور مادي لأطرافه، في حين عقد الزواج عبر وسائل الاتصال الحديثة يتم عن بعد.

ت- احتمال الطابع الدولي لعقد الزواج عبر وسائل الاتصال الحديثة

مثلا يمكن إبرام عقد زواج عبر وسائل الاتصال بين شخصين من نفس الدولة، فإنه من المحتمل جدا وجود العنصر الأجنبي في هذا النوع من العقود، فيصدر الإيجاب مثلا من الجزائر، والقبول المطابق له يصدر من دولة أخرى، وهذا ما يثير إشكالية تنازع القوانين والمحكمة المختصة في نظر النزاع في حالة ما إذا كان الزوجان من جنسيتين مختلفتين.

مما سبق، يبدو واضحا الطابع الدولي لعقد الزواج، مما يعني اختلاف وتنوع في الألفاظ واللغات التي قد ينعقد بها الزواج.

⁽¹⁾ أنظر، الصرايرة منصور، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر وسائل الاتصال الإلكترونية، مجلة جامعة دمشق للعلوم القانونية والاقتصادية، 2009، مجلد 25، ع2، ص.829.

الفرع الثاني

ألفاظ ولغة الإيجاب والقبول في الزواج

لم يحدد قانون الأسرة ألفاظا معينة ينعقد بها الزواج، فحاء في الفقرة الأولى من المادة 10 بأن: "الرضا يكون بإيجاب من أحد الطرفين، وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا" وهو ما يستلزم الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية بموجب نص المادة 222 من ق.أ، والبحث عن الألفاظ التي ينعقد بها الزواج (أولا) وكذلك اللغة المستعملة في الزواج (ثانيا).

أولا: الألفاظ التي تفيد معنى النكاح شرعا

اتفق الفقهاء على بعض الألفاظ في تأدية معنى النكاح (أ) واختلفوا في ألفاظ أخرى (ب)، كما وقف الفقهاء على صيغة الفعل في ألفاظ الزواج (ت).

أ- الألفاظ المتفق على تأديتها معنى النكاح شرعا

لا خلاف بين الفقهاء في انعقاد الزواج بلفظ النكاح أو التزويج⁽¹⁾، ذلك أنهما يدلان على الانضمام والازدواج دلالة واضحة وصريحة⁽²⁾، وفي هذا قال تعالى: ﴿فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَتُكْثُ وَرُبْعَ﴾⁽³⁾، وقال أيضا: ﴿فَلَمَّا قَضَى زَيْدٌ مِنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاكَهَا﴾⁽⁴⁾. والأحاديث النبوية الشريفة جاءت بلفظي الزواج والنكاح. واتفق الفقهاء على أن الزواج لا ينعقد بالألفاظ التالية: الإعارة، الإباحة، الإحلال، الإيداع، الرهن، الوصية، الإجارة، وتعليقهم في ذلك، أنها ألفاظ لا تؤدي معنى النكاح، ولا تعبر عن تأييد عقد الزواج⁽⁵⁾.

(1) أبو زهرة محمد، المرجع السابق، ص.42.

(2) بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص.43.

(3) سورة النساء، الآية رقم 3.

(4) سورة الأحزاب، الآية رقم 37.

(5) بن صغير محفوظ، المرجع السابق، ص.331.

ب- الألفاظ المختلف في تأديتها معنى النكاح شرعا

ينعقد الزواج أيضا بالألفاظ الدالة على تملك الأعيان في الحال بغير عوض، كلفظ الهبة الذي ورد ذكره في قوله تعالى: ﴿وَأَمْرًا مُمُومَةً إِنْ وَهَبْتَ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا خَالِصَةً لَكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ﴾⁽¹⁾. غير أن فقهاء الشريعة الإسلامية اختلفوا في هذا القول، فيرى الحنفية⁽²⁾ أن النكاح ينعقد بألفاظ الهبة والصدقة والتمليك والبيع، بشرط أن تدل على التأيد. أما الشافعية⁽³⁾ والحنابلة⁽⁴⁾ فيرون بعدم صحة الزواج بغير الألفاظ المشتقة من مادة النكاح والتزويج. وقول عند المالكية⁽⁵⁾ يرى بصحة الزواج إذا انعقد بلفظ الهبة متى أرادوا النكاح و تم فرض الصداق، وإن لم يسمى المهر لا ينعقد الزواج إلا بلفظ التزويج والإنكاح. واختلفت المالكية في صحة الإيجاب والقبول بألفاظ غير التزويج والإنكاح وتفيد البقاء مدى الحياة، مثلها بعت أو ملكت، فجعلها بعض المالكية مثل وهبت، أي ينعقد بها النكاح متى سمي معها المهر، والبعض الآخر لم يجعلها بمنزلة وهبت فلا ينعقد بها الزواج وإن سمي المهر، واتفق المالكية على أن الزواج لا ينعقد بألفاظ التأقيت كالإجارة والعارية، ويرى ابن تيمية بصحة الإيجاب والقبول في عقد الزواج بأي لفظ عده الناس إيجابا وقبولا في النكاح⁽⁶⁾.

وهذا الرأي الأخير هو الأقرب إلى الصواب، ذلك أن الزواج يمكن أن ينعقد إيجابا وقبولا بالألفاظ المعتادة بين الناس. لذلك يستحسن إعادة صياغة الفقرة الأولى من المادة 10 من ق.أ. واعتبار الإيجاب والقبول في الزواج صحيحين بكل الألفاظ التي تفيد معنى النكاح لغة، شرعا وعرفا.

(1) سورة الأحزاب، الآية رقم 50.

(2) أنظر، البخاري برهان الدين أبي المعالي محمود بن صدر الشريعة ابن مازة، المحيط البرهاني لمسائل المبسوط والجامعين والسير والزيادات والنوادر والفتاوى الواقعة مددلة بدلائل المتقدمين، اعتنى به نعيم أشرف نور أحمد، مجلد4، ط1، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، المجلس العلمي، باكستان، 2004، ص.06.

(3) الشريبي شمس الدين محمد بن الخطيب، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج3، كاب النكاح، ص.190.

(4) أنظر، ابن قدامة موفق الدين المقدسي شمس الدين وعلاء الدين المرادوي، المنقح والشرح الكبير والإنصاف، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، ج20، ط1، دار هجر، مصر، 1996، ص.93.

(5) أنظر، ابن عبد البر أبي عمر يوسف بن عبد الله ابن محمد النمري الأندلسي، الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ من معاني الرأي والآثار وشرح ذلك كله بالإيجاز والاختصار، تحقيق عبد المعطي أمين قلعي، كتاب النكاح، باب ما جاء في الصداق والحباء، مجلد16، ط1، دار الوعي، القاهرة، 1993، ص.68.

(6) أنظر، ابن تيمية أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام، الفتاوى الكبرى، تحقيق محمد عبد القادر عطا ومصطفى عبد القادر عطا، المجلد5، كتاب النكاح، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1987، ص.450.

ت- صيغة الفعل في ألفاظ الزواج

لم يحدد المشرع الجزائري صيغة معينة يصح بها الإيجاب والقبول في الزواج، وعليه، نرجع في هذه المسألة إلى أحكام الشريعة الإسلامية، فنجد أن الفقهاء اتفقوا على صحة صيغة الماضي لانعقاد الزواج، لأن صيغة الماضي تفيد بأن إرادة العاقد قد جاوزت مرحلة التفكير والتردد، إلى مرحلة الحسم والجزم، والصيغة إن كانت قد وضعت للماضي إلا أنها جعلت إيجاباً للحال في عرف أهل اللغة والشرع⁽¹⁾. وينعقد الزواج إذا كان الإيجاب أو القبول بصيغة المضارع كأن يقول الرجل للمرأة في مجلس العقد "أتزوجك على مهر كذا"، فتقول المرأة "قبلت"، وينعقد كذلك إذا كان أحد اللفظين بصيغة الماضي والآخر بصيغة الأمر، كأن يقول لها زوجيني نفسك على مهر كذا وتقول هي قبلت⁽²⁾. واتفق الفقهاء على عدم انعقاد العقد بصيغة الاستقبال، وهي صيغة المضارع المقرونة بالسين أو سوف، لأن ذكر السين يدل على إرادة العقد في المستقبل⁽³⁾، مثل سأتزوجك، وهو وعد بالزواج وليس زواجا.

ثانياً- لغة الإيجاب والقبول

يثير إبرام العقود عامة عبر وسائل الاتصال الحديثة، وخاصة الانترنت، مشكلة اللّغة؛ وهذا في حالة المتعاقدين من دولتين مختلفتين وبلغتين مختلفين. وعقد الزواج يتطلب من طرفيه، والولي، والشهود فهم اللّغة التي يصدر بها الإيجاب، والقبول، فهو عقد بناء مجتمع. ولم يتطرق المشرع الأسري إلى اللّغة التي يجب أن تصدر من العاقدين للتعبير عن إرادتهما في الزواج، وترك مجال اللّغة المستعملة لإبرام الزواج على الألفاظ التي تفيد معنى النكاح شرعاً. وعليه، ينعقد الزواج باللّغة التي يفهما كل من المتعاقدين، متى كان التعبير صادراً منهما دالاً على إرادة الزواج، دون لبس أو إبهام.

هذا، ولم يغفل الفقه الإسلامي لغة انعقاد الزواج، فكان اتفاهم على جواز إبرام عقد الزواج بغير اللّغة العربية، إذا كان العاقدان أو أحدهما لا يفهم العربية⁽⁴⁾. واختلفوا فيما إذا كان العاقدان يفهما العربية ويستطيعان التكلم بها، فقال الحنفية بأنه يصح الزواج وينعقد بغير العربية، لأن العبرة

(1) أنظر، قادر محمد حضر، دور الإرادة في أحكام الزواج والطلاق والوصية، دراسة فقهية مقارنة، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع، الأردن، 2010، ص. 57؛ التكروري عثمان، المرجع السابق، ص. 45.

(2) بن صغير محفوظ، المرجع السابق، ص. 334.

(3) قادر محمد حضر، المرجع السابق، ص. 58.

(4) أنظر، القرني عائض بن عبد الله، الفقه الميسر، ط 1، مكتبة العبيكان، الرياض، 2009، ص. 334.

في العقود بالمعاني وليس بالألفاظ والمباني⁽¹⁾. أما المذهب الحنبلي فقد جاء في المغني⁽²⁾ أنه من قدر على التلفظ بالنكاح والزواج بالعربية لم يصح بغير هذا، وخالفهم ابن تيمية الرأي وقال بأن النكاح كالتعق والصدقة لا يتعين له لفظ أعجمي ولا عربي، ثم إن الأعجمي إذا تعلم العربية في الحال ربما لا يفهم المقصود من ذلك اللفظ كما يفهم من اللغة التي اعتادها⁽³⁾. وقال الشافعية⁽⁴⁾ بعدم صحة النكاح بغير العربية إذا كان العاقد يفهمها وقادر على النطق بها.

والغالب أن الإيجاب والقبول في الزواج ينعقد بأي لغة كانت، لأن الواجب معرفة المعاني والمقصود من الألفاظ، إذ ما يهم هو صحة الزواج بتطابق الإيجاب والقبول بأي لغة كانت، بشرط أن تؤدي معنى الزواج وحل العشرة بين الرجل والمرأة. وكان هذا موقف قانون الأسرة الجزائري أيضا، لم يقيد صحة الزواج بلغة معينة (الفقرة الأولى من المادة 10)، لأن اللغة نظام للتواصل، ولتحويل الإرادة الباطنة إلى إرادة ظاهرة يفهما الطرف الآخر، وبذلك تصح كل اللغات لإبرام عقد الزواج متى فهمها أطراف العقد والحاضرين مجلس العقد.

والمعمول به في الجزائر هو الاستعانة بمترجم في حالة تعذر فهم لغة أحد أطراف عقد الزواج من طرف الموثق أو ضابط الحالة المدنية⁽⁵⁾. وبالتالي لا يحرم أي شخص من إبرام عقد الزواج بسبب اللغة، ويكفي أن يفهم بأن المقصود هو زواج. وكذلك الأمر بالنسبة للعقد عبر وسائل الاتصال الحديثة، فإنه يجوز إبرام عقد الزواج بأية لغة كانت، بشرط أن تكون الألفاظ معبرة قصد الزواج ومفهومة من الطرفين والشهود والولي، ولو تم ذلك عن طريق الترجمة.

الفرع الثالث

طرق التعبير عن الإرادة في عقد الزواج عبر وسائل الاتصال الحديثة

يظهر جليا تنوع طرق التعبير عن الإرادة في الزواج إذا تم ذلك باستخدام وسائل الاتصال، لذلك علينا أن نبدأ بالحالة العادية وهي حالة العاقدان حاضرين مجلس العقد (أولا) ثم تنتقل إلى حالة العاقدان غائبين عن مجلس العقد (ثانيا).

(1) أنظر، ابن الهمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي الاسكندري الحنفي، شرح فتح القدير، ج2، كتاب النكاح، ط1، وزارة الأوقاف السعودية، المملكة العربية السعودية، 1378هـ، ص.347.

(2) ابن قدامة المقدسي موفق الدين أبي محمد عبد الله بن احمد بن محمد، المرجع السابق، ج9، ص461.

(3) أنظر، ابن تيمية أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام، المرجع السابق، ص.450.

(4) شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ج3، كتاب النكاح، ص.190.

(5) مقتبس عن بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.239.

أولاً: العاقدان حاضران مجلس العقد

تختلف طرق التعبير عن الإرادة في حالة الحضور المادي لأطراف العقد، فالأصل أن تكون لفظاً (أ) وإلا فكتابة (ب) أو عن طريق الإشارة (ت).

أ- التلّفظ بالصيغة للعاقدين الحاضرين مجلس العقد

الأصل في صيغة عقد الزواج أن تكون باللفظ، وهذا للقادر على النطق وكان حاضراً مجلس العقد، وهذا باتفاق فقهاء الشريعة الإسلامية، وحيث اختلف وفصل الفقه الإسلامي في مسألة إبرام عقد الزواج كتابة أو عن طريق رسول، فإن قانون الأسرة الجزائري جعل استثناء وحيداً عن التلّفظ بالزواج في الفقرة 2 من المادة 10 وهو الشخص العاجز عن النطق، بقولها: "يصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح عرفاً كالكتابة والإشارة". وجاءت الكتابة والإشارة على سبيل المثال، ما يستنتج من المادة أن كل ما يفيد معنى النكاح في العرف ينعقد به الزواج. وهكذا، فإن المشرع الأسري سكت عن إمكانية تعبير غير العاجز عن إرادته في الزواج بطريق الكتابة كالزواج بالرسالة، مما يستوجب علينا الرجوع إلى قول الفقه الإسلامي في هذا المجال كما سوف نرى ذلك لاحقاً.

وبهذا الموقف أخذت قوانين الأحوال الشخصية العربية⁽¹⁾ وقانون الأسرة الجزائري بنصه في الفقرة الأولى من المادة 10 على أنه: "يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعاً" وقد أحسن المشرع الجزائري بنصه على انعقاد الزواج لفظاً للحاضرين مجلس العقد، لأن اللفظ هو أقوى دليل على الإرادة في الزواج.

ب- التعبير عن الإرادة كتابة من الزوجين الحاضرين مجلس العقد

تعتبر الكتابة طريقة اتصال واضحة بين أفكار بني البشر وتكون دائرتها أوسع من دائرة القول، تتميز بالثبات، والفهم من الحاضر والغائب ولها دور في انتقال حضارة الإنسان عبر العصور⁽²⁾.

⁽¹⁾ منها قانون رقم 36 لعام 2010 المتضمن قانون الأحوال الشخصية الأردني في مادته 6 على انعقاد الزواج لفظاً للحاضرين مجلس العقد وأضافت المادة 7: "يكون كل من الإيجاب والقبول بالألفاظ الصريحة كالإنكاح والتزويج"؛ والمادة 10 من مدونة الأسرة المغربية التي نصت على أنه: "ينعقد الزواج بإيجاب من أحد المتعاقدين وقبول من الآخر، بألفاظ تفيد معنى الزواج لغة أو عرفاً. يصح الإيجاب والقبول من العاجز عن النطق بالكتابة إن كان يكتب، وإلا فإشارته المفهومة من الطرف الآخر والشاهدين".

⁽²⁾ أنظر، بني سلامة محمد خلف محمد، مشروعية عقود الزواج بالكتابة عبر الأنترنت، دراسة فقهية مقارنة مع قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 36 لسنة 2010، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية، 2014، مجلد 22، ع 2، ص 412-513.

والتعبير عن الإرادة كتابة في العقود نمط قديم، فصل فيه واختلف في حكمه فقهاء الشريعة الإسلامية. والجديد في التعبير عن الإرادة كتابة عبر وسائل الاتصال الحديثة هو السرعة في وصول التعبير. وبالتالي، إذا كان الخاطبان قادرين على النطق، ويمكنهما حضور مجلس العقد، فلا يصح لهما التعبير عن إرادتهما في الزواج عن طريق الكتابة وهذا باتفاق الفقهاء⁽¹⁾. لأنّ اللفظ هو الأصل في الإفصاح عما في النفس من المعاني وأقوى طرق الدلالة على اتجاه الإرادة إلى إبرام العقد⁽²⁾. لأن الكتابة عند الفقهاء لا يلجأ إليها إلا عند الضرورة، والكتابة في غير معرضها كناية والكناية لا ينعقد بها الزواج إذا كان المتعاقدان حاضرين⁽³⁾.

وبهذا الموقف أخذ المشرع الجزائري في المادة 10 من ق.أ. إذ جعل الكتابة وسيلة للتعبير عن الإرادة للعاجز عن الكلام.

ت- التعبير عن الإرادة للعاقدين الحاضرين بالإشارة

إذا كان الشخص عاجزا عن الكلام والكتابة، وحاضرا مجلس عقد زواجه، حضورا حقيقيا، فيجوز عقده للقران بالإشارة إذا كانت معلومة مؤدية إلى فهم مقصوده⁽⁴⁾. على أن الشخص العاجز عن الكلام والقادر على الكتابة لا تصح تصرفاته لدى الفقهاء إلا بالكتابة، والإشارة دون الكتابة مرتبة، ولا تقبل مع إمكان الكتابة⁽⁵⁾. والكتابة أبعد عن الاحتمال والوقوع في الشك وهذا قول الشافعية⁽⁶⁾ والحنابلة⁽⁷⁾.

وبالرجوع إلى قانون الأسرة، نلاحظ أن المشرع الجزائري أعطى للكتابة والإشارة نفس المرتبة في حين كان عليه أن يقدم الكتابة على الإشارة، والنص على جواز التعبير عن الإرادة بالإشارة للشخص غير القادر عن النطق والكتابة، لأن الكتابة أبلغ في الدلالة على الإرادة.

(1) أنظر، الجزيري عبد الرحمن، الفقه على المذاهب الأربعة، كتاب النكاح، ج4، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003، ص.19.

(2) أنظر، الجزيري عبد الرحمن، المرجع نفسه، ص.19.

(3) بني سلامة محمد خلف محمد، المرجع السابق، ص.514.

(4) أنظر، الأيباني محمد زيد، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، تحقيق محمد خالد جمال رستم، ج1، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006، ص.48؛ أنظر أيضا، الشرنباوي رمضان علي السيد، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الإسكندرية، 2001، ص.50.

(5) أنظر، فركوس دليلة وجمال العياشي، محاضرات في قانون الأسرة، انعقاد الزواج، دار الخلدونية، الجزائر، 2016، ص.76؛ قادر محمد خضر، المرجع السابق، ص.62.

(6) شمس الدين محمد بن الخطيب الشرييني، المرجع السابق، كتاب النكاح، ص.190-191.

(7) أنظر، البهوتي منصور بن يونس بن إدريس، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج5، كتاب النكاح وخصائص النبي صلى الله عليه وسلم، عالم الكتب، بيروت، 1983، ص.39.

ثانيا: العاقدان غائبان عن مجلس العقد الحقيقي

الميزة الأساسية للتعاقد بين غائبين أن صدور القبول يتم في غياب الموجب، وصورته أن يكتب رجل إلى امرأة رسالة يعبر فيها عن إرادته في الزواج منها، فإذا وصلتها الرسالة قرأتها على مسمع الشهود، وأعلنت لفظا قبولها هذا الزواج. ولكن، اختلف الفقهاء في صحته. فقال جمهور الفقهاء من المالكية⁽¹⁾، والشافعية⁽²⁾، والحنابلة⁽³⁾، بعدم انعقاد الزواج لعاقدين غائبين عن مجلس العقد، وأقوال قليلة عندهم من تجيز النكاح كتابة في حالة الضرورة، وقصروا الضرورة على الأخرس⁽⁴⁾. واستدل جمهور الفقهاء القائلين بعدم جواز إبرام عقد الزواج كتابة بين غائبين على مجموعة من الأدلة:

- أن الأقوال التي تحدثت عن عقد النكاح بالكتابة بين غائبين، هي ضعيفة مردودة إل ضرورة خرس، ولا ينعقد النكاح كتابة في حق القادر على النطق⁽⁵⁾.
- يشترط لصحة عقد الزواج حضور الشاهدين وسماعهما للإيجاب والقبول، فإذا لم يسمعا كلام العاقدين فلا معنى لحضورهما مجلس العقد، والشهود تشهد على الألفاظ لا على الكتابة⁽⁶⁾.
- يشترط اجتماع إرادة العاقدين على إجراء العقد في وقت واحد، وهو ما يعبر عنه بالموالاة في الإيجاب والقبول⁽⁷⁾، وأن الكتابة لا تحقق الموالاة بين الإيجاب والقبول. بمعنى أن هذا الفريق يشترط اجتماع إرادة العاقدين، أو وكيليهما في وقت واحد، وهذا يدل على أهمية ومنزلة عقد الزواج في نظر الشارع.

(1) أنظر، الدردير أبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، تحقيق مصطفى كمال وصفي، ج2، باب النكاح، دار المعارف، القاهرة، د.س.ن، ص.350.

(2) أنظر، النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق زهير الشاوش، كتاب النكاح، 3، المكتب الإسلامي، بيروت، 1991، ص.37.

(3) أنظر، المرادوي علي بن سليمان علاء الدين أبو الحسن، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق محمد حامد الفقي، ط1، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، 1956، ص.50.

(4) الدردير أبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد، المرجع السابق، ج2، باب النكاح، ص.350.

(5) المرادوي علي بن سليمان علاء الدين أبو الحسن، المرجع السابق، ج8، ص.50.

(6) أنظر، مازن مصباح صباح، أحكام الشهادة على عقد الزواج في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة الأزهر، سلسلة العلوم الإنسانية جامعة الأزهر، غزة، 2009، ع1-11، ص.150؛ بني سلامة محمد خلف محمد، المرجع السابق، ص.517.

(7) أنظر، السنند عبد الرحمن بن عبد الله، الأحكام الفقهية للتعاملات الإلكترونية، ط1، دار الوراق، بيروت، 2004، ص.223.

-إمكانية التزوير، والخداع وكثرة الاحتيال، وفساد الذمم والأخلاق، فالاحتياط واجب في تنظيم هذا النوع من العقود، لأن القواعد الفقهية تقول بأن: "الشيء إذا عظم قدره شدد فيه وكثرت شروطه"، و"الأصل في الأموال الإباحة وفي الأبضاع التحريم"⁽¹⁾.

فلا خلاف بين الفقهاء في صحة إبرام العقود بالرسالة متى اشتملت على عبارات العقد وشروطه، إلا عقد الزواج فقال المالكية بعدم كفاية الكتابة إلا لضرر أو خرس⁽²⁾، وقال وجه عند الشافعية أنه لا يصح الكتابة بالنكاح إلى غائب⁽³⁾، وخالف هذا الوجه كثير من الشافعية وقالوا بصحة النكاح بالكتابة مع النية، وقال الحنابلة بأن الكتابة في حق القادر على النطق لا ينعقد بها النكاح⁽⁴⁾. وأجاز الحنفية إبرام عقد الزواج بالرسالة بشروط منها، أن يكون القبول لفظا بعد قراءة كتاب (رسالة) الموجب في حضور شاهدين، كأن يكتب في الكتاب تزوجتك، وتقول لفظا بعد تلاوة الكتاب اشهدوا أنني زوجت نفسي من فلان⁽⁵⁾، وقالت زوجت نفسي منه أو أمرت غيرها بقراءته، وبعدها قالت زوجت نفسي منه بحضور الشهود⁽⁶⁾. وأن تكون الكتابة مرسومة ومستبينة بحيث يمكن قراءتها وفهمها⁽⁷⁾.

ومعنى أن تكون الكتابة مستبينة، أن تكون مكتوبة على شيء تظهر وتثبت عليه⁽⁸⁾، أما مرسومة فهي أن تكون مكتوبة بالطريقة المعتادة بين الناس، وذلك بأن تكون مصدرية باسم المرسل والمرسل إليه وموقعة من المرسل⁽⁹⁾، ويقصد بالغائب هو الشخص الغائب عن مجلس العقد ولو كان حاضرا في البلد⁽¹⁰⁾.

(1) بني سلامة محمد خلف محمد، المرجع السابق، ص.518.

(2) الدردير أبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد، المرجع السابق، ج2، باب النكاح، ص.350.

(3) النووي، المرجع السابق، ص.37.

(4) المرادوي علي بن سليمان علاء الدين أبو الحسن، المرجع السابق، ص.50.

(5) ابن عابدين، المرجع السابق، ج4، ص.73.

(6) الأبياني محمد زيد، المرجع السابق، ص.47.

(7) بني سلامة محمد خلف محمد، المرجع السابق، ص.517.

(8) أنظر، الزرقا مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، ط2، دار القلم، دمشق، 2004، ص.411.

(9) الزرقا مصطفى، المرجع نفسه، ص.411.

(10) ابن عابدين، المرجع السابق، ج4، ص.73.

وحكم الكتابة لا يبدأ منذ كتابة العبارة، بل بعد وصول الكتاب وقراءته⁽¹⁾. والأصح هو تبليغ القبول إلى الموجب وعلمه به، ما يترتب عنه انعقاد الزواج في زمان ومكان علم الموجب بالقبول، رسالة أو مشافهة.

وإذا كان الإيجاب برسالة رسول، أو بكتاب مكتوب فالقبول مقيد بمجلس تبليغ الرسالة، أو وصول الكتاب إذا كان الشهود حاضرين وقت وصول الرسالة، فإذا انفصل عن المجلس من غير قبول، فلا يعتبر قبوله بعد ذلك⁽²⁾. وهذا مذهب الحنفية "كما ينعقد النكاح بالعبارة ينعقد بالإشارة من الأخرس إذا كانت إشارته معلومة وينعقد بالكتابة لأن الكتاب من الغائب خطابه"⁽³⁾.

وعلى غرار باقي المذاهب، اشترط الحنفية الإشهاد على الزواج، إلا أنهم جعلوا مجلس العقد هو ساعة وصول الخطاب الذي يحمل الإيجاب إلى الطرف الآخر، فإذا وصله ودعا الشهود وأطلعهم على الكتاب أو أخبرهم بمضمونه وأشهدهم على قبول النكاح، انعقد الزواج. فقد جعلوا مجلس العقد الذي يصل فيه الخطاب حكماً، وعليه تتم الموالاة بين الإيجاب والقبول عندهم ويتم الإشهاد. - أن تقتزن الشهادة على الكتابة بقبول الزوجة أو وليها لأن سماع الشطرين شرط لصحة الزواج. وبالتالي يصح الزواج بالمراسلة كتابة عند الحنفية بالشروط المذكورة أعلاه، أي بتلاوة الكتاب على الشهود وقبول من وجه إليه الكتاب⁽⁴⁾.

وقد استدل الفريق المحيز لإبرام عقد الزواج كتابة على مجموعة من الأدلة:

- أنه روي عن الرسول ﷺ أنه كتب إلى النجاشي يخطب أم حبيبة رضي الله عنها فزوجها النجاشي منه وكان وليها بالسلطة، وروي أنه زوجها من النبي ﷺ قبل أن يكتب إليه رسول الله ﷺ فأجاز الرسول ﷺ كتابه⁽⁵⁾، وكلاهما حجة على أن النكاح يصح بالكتاب⁽⁶⁾.

(1) الزرقا مصطفى، المرجع السابق، ص. 412.

(2) أنظر، السيد أبو عطية، الزواج والطلاق في زمن العولمة، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014، ص. 110؛ أبو زهرة محمد، المرجع السابق، ص. 41.

(3) أنظر، الكاساني علاء الدين أبي بكر بن مسعود الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق الشيخ علي محمد عوض وعادل أحمد عبد الموجود، ج3، كتاب النكاح، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003، ص. 322.

(4) أنظر، حسين زينة، مشروعية إبرام عقد الزواج عبر الأنترنت، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهدين، 2012، مجلد 14، ع3، ص. 226.

(5) الكاساني علاء الدين أبي بكر بن مسعود الحنفي، المرجع السابق، ج3، كتاب النكاح، ص. 322.

(6) أنظر، السرخسي شمس الدين، المبسوط، ج5، كتاب النكاح، ط1، دار المعرفة، بيروت، 1989، ص. 15.

- شرط الموالاة بين الإيجاب والقبول متحقق في هذا العقد، إذ أن مجلس العقد يتراخى إلى الوقت الذي يقبل فيه من وجه إليه الإيجاب كتابة⁽¹⁾، كما أن الإشهاد عليه ليس أمراً مستحيلاً⁽²⁾.

- قاعدة الكتاب من الغائب بمنزلة الخطاب من الحاضر⁽³⁾.

- قياس ما تحمله الرسالة كتابة على التوكيل⁽⁴⁾.

بعد عرض الحجج التي استند إليها كل فريق، نلاحظ أن أدلة الحنفية كانت أقوى من أدلة الجمهور وخاصة لما أورد زواج النبي ﷺ من أم حبيبة رضي الله عنها، بالإضافة إلى ما استند عليه الجمهور في عدم توفر الإشهاد على الزواج كتابة فهو أمر ميسور، ويمكن للطرف الذي يتلقى الإيجاب بالزواج تلاوة الخطاب على مسمع الشهود والموافقة على الزواج لفظاً، فينعقد الزواج كتابة بصورة شرعية.

وهذا ما لم ينص عليه المشرع الأسري في المادة 10، إذ قصر إمكانية إبرام عقد الزواج كتابة للعاجز الحاضر في مجلس العقد حقيقة وليس عن طريق المراسلة. وبما أن قانون الأسرة لم يحدد المذهب الفقهي الذي يمكن اللجوء إليه في حالة عدم النص الصريح، فإنه يمكن اعتماد المذهب الحنفي واعتبار عقد الزواج بالمراسلة كتابة صحيحاً متى توفرت شروط الكتابة وشروط مجلس العقد الحكمي كما رأينا أعلاه.

ولكنه يبقى عقد زواج عرقي، لأنه لم يتم أما ضابط الحالة المدنية أو الموثق، ولم ينص القانون على إمكانية إبرام عقد الزواج للغائب عن مجلس العقد بحضور الضابط المكلف بإبرام عقود الزواج، بل وألغى الوكالة في الزواج التي كانت تنص عليها المادة 20 الملغاة من ق.أ.

ويبقى هذا الأمر يتطلب تدخلاً من المشرع بنص صريح على التعاقد بين غائبين كتابة ولا يترك الأمر للاجتهاد لأنه يتعلق بصحة وكذلك إثبات عقد زواج وما يترتب عليه من آثار خطيرة. إذن، باختلاف طرق التعبير عن الإرادة تختلف طبيعة مجلس العقد، ويختلف أيضاً حكم الزواج، فما مدى صحة التعبير عن الإرادة في عقد الزواج بوسائل الاتصال الحديثة؟

(1) السرخسي شمس الدين، المرجع السابق، ص.15.

(2) بني سلامة محمد خلف محمد، المرجع السابق، ص.11.

(3) ابن عابدين، المرجع السابق، ج.4، كتاب النكاح، ص.73.

(4) السرخسي شمس الدين، المرجع السابق، ج.5، كتاب النكاح، ص.15.

الفرع الرابع

رأي الفقه الإسلامي والقانون من التعبير عن الإرادة في الزواج بوسائل الاتصال الحديثة

الغالب في وقتنا الراهن هو استخدام الشبكة العنكبوتية في التواصل والتعبير عن الإرادة، لذلك يعتبر عقد الزواج عبر وسائل الاتصال الحديثة عقدا إلكترونيا، بحيث يتم التعبير عن إرادة العاقدين باستخدام تقنيات تعتمد أساسا على دعائم إلكترونية، والعقد الإلكتروني اعترفت به التشريعات الحديثة في ظل ازدهار التجارة الإلكترونية، ولم يرد نص قانوني صريح في نصوص الأحوال الشخصية العربية يعترف بهذا العقد الإلكتروني. ولعل الإشكال الأكبر الذي يطرحه الزواج بالوسائل الحديثة هو مشروعيته، لذلك سوف نبحث عن رأي الفقه الإسلامي في التعبير عن الإرادة في الزواج عبر هذه الوسائل (أولا) ثم موقف المشرع الجزائري (ثانيا).

أولا: رأي الفقه الإسلامي في التعبير عن الإرادة في الزواج بوسائل الاتصال الحديثة

نميز هنا بين وسائل الاتصال الحديثة المكتوبة (أ) ووسائل الاتصال المسموعة والمسموعة المرئية (ب).

أ- بالنسبة لوسائل الاتصال الحديثة المكتوبة

سبق وأن فصلنا في هذا الموضوع في الفرع السابق، وعرضنا الآراء الفقهية حول هذا الموضوع، والاختلاف بسيط يتمثل في الدعامة التي يحمل عليها الإيجاب بالزواج، وما تحدثنا عنه كان بالكتابة على الورق. أما الأمر المستحدث فهو الكتابة الإلكترونية وما توفره من سرعة في الانتقال من المرسل إلى المرسل إليه، وما يمكن إضافته في هذا الشأن، أن الأدلة التي جاء بها جمهور الفقهاء صحيحة في وجوب الاحتياط للزواج أكثر من غيره من العقود، لكن الاحتياط لا يلزم منه المنع، بل اتخاذ الإجراءات الكفيلة بصيانة عقد الزواج من التغير، فالمتبع للتطور الذي وصلت إليه الكتابة الإلكترونية يجد إمكانية توثيقها إلكترونيا، وبذلك لم يعد مشكل الثقة يطرح هنا، لأنه يمكن التأكد من هوية العاقدين من خلال التوقيعات الإلكترونية.

وعن شرط المولاة بين الإيجاب والقبول فهو متحقق في هذا العقد، إذ أن مجلس عقد الزواج هو في الحقيقة مجلس تلاوة الرسالة، وبالتالي إرادة الموجب موجودة، وكذلك من وجه إليه الإيجاب والشهود والولي، وهو ما يحقق عنصر المولاة بين الإيجاب والقبول.

وعن اعتراض الجمهور على التعبير عن الإرادة بالكتابة لعدم وجود الإشهاد عليه، فإن الحنفية قالوا بالإشهاد على تلاوة الإيجاب وإعلان القبول. وعليه، فإن مجلس العقد هو لحظة تلاوة الإيجاب المكتوب إلكترونياً، وهو مجلس صحيح له نفس أحكام مجلس العقد الحكمي في الكتابة التقليدية، بشرط توفر شروط الصيغة والإشهاد والولي وتسمية الصداق.

وعليه، فإن أدلة الحنفية كانت أقوى من أدلة الجمهور في هذا الشأن، وأكثر تماشياً مع ما وصلت إليه الوسائل الحديثة للاتصالات المكتوبة، ولاسيما الإيميل وما توفره التوقيع الإلكترونية الرقمية من مصداقية للمحركات الإلكترونية. لذلك، فالغالب هو قول الحنفية، لأن كتاب الغائب خطابه، والكتابة إذا تم التأكد من هوية مصدرها أقوى في الدلالة على إرادة صاحبها من الوكالة في الزواج، وأقوى من حيث الإثبات.

ب- النسبة لوسائل الاتصال الحديثة المسموعة والمسموعة المرئية

لم يتعرض الفقهاء القدامى لحكم الزواج بالوسائل المسموعة كالهاتف وما يدخل في حكمه، لكونها وسائل حديثة النشأة لم تظهر نوازها في عصرهم، أما الفقه المعاصر فانقسم إلى فريقين. يرى بعض الفقه بجواز إبرام عقود الزواج مشافهة عبر وسائل الاتصال الحديثة، ومن القائلين بهذا الرأي، عمر سليمان الأشقر⁽¹⁾، محمد بن يحيى النجيمي⁽²⁾، ومحمد عقلة الإبراهيم⁽³⁾.

وفي نفس السياق، أفتى الشيخ ابن باز بجواز عقد الزواج عبر هذه الوسائل إذا أمن التلاعب⁽⁴⁾، وقال بهذا الرأي أيضاً عبد الرحمن عبد الله السند⁽⁵⁾، وبدران أبو العينين، ويقول هذا الأخير بجواز إبرام عقد الزواج بالهاتف، واعتبر المحادثة مجلس عقد الزواج⁽⁶⁾. ويرى محمد العقلة بأنه لصحة عقد الزواج عبر الهاتف يشترط سماع الشهود للإيجاب والقبول مباشرة، ومن الممكن أن يتحقق هذا الشرط بتوفر أكثر من هاتف فإذا استمع الشهود وشهدوا على العقد انعقد الزواج مباشرة لتوفر الشروط والأركان⁽⁷⁾.

(1) أنظر، أسامة عمر سليمان الأشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، ط1، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 2000، ص.111.

(2) أنظر، النجيمي محمد بن يحيى، حكم إبرام عقود الأحوال الشخصية والعقود غير التجارية عبر الانترنت، ورشة عمل في أحكام المعلوماتية، أحكام تقنية المعلومات، الرياض، 2002، ص.208.

(3) أنظر، عقلة الإبراهيم محمد، حكم إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة، ط1، دار الضياء للنشر والتوزيع، الأردن، 1986، ص.113.

(4) حكم إجراء عقد النكاح عن طريق الهاتف والانترنت، فتوى رقم ؛ <https://islamqa.info/ar/105531> 2017/04/20، 10:00.

(5) السند عبد الرحمن عبد الله، المرجع السابق، ص.230.

(6) أسامة عمر سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص.109.

(7) أفتى الأستاذ مصطفى الزرقا بهذا الرأي شفاهة، مقتبس عن محمد عقلة الإبراهيم، المرجع السابق، ص.113.

وجميع الفقهاء الذين أجازوا الزواج بوسائل الاتصال اشتروا سماع الشهود للإيجاب والقبول⁽¹⁾. كما أن رؤية العاقدان والشهود والحاضرين مجلس العقد بالوسائل متعددة الوسائط تقلل من إمكانية التزوير، وأضافوا أنه يمكن التأكد من هوية الأشخاص من خلال التوقيع الإلكتروني⁽²⁾. ومنع فريق آخر إبرام عقود الزواج بطريق وسائل الاتصال الحديثة الناقلة للكلام، وهو موقف أكثر الفقهاء المعاصرين، وأكثر فقهاء مجمع الفقه الإسلامي بجدّة، الذي أجاز إبرام العقود بالطرق الإلكترونية، واستثنى من القرار عقد الزواج كونه يفتقر إلى الإشهاد عبر هذه الوسائل⁽³⁾. وذلك كان أيضا موقف اللجنة الدائمة للإفتاء⁽⁴⁾ بالمملكة العربية السعودية، وعلّلت موقفها الراض لما كثر من الخداع والتغريب وتزوير الأصوات عبر وسائل الاتصال، ولم يقتصر المنع على الإيجاب والقبول عبر هذه الوسائل بل يمتد إلى التوكيل أيضا في الزواج⁽⁵⁾. وأضاف مجمع الفقه الإسلامي بالهند في دورته الثالثة عشر⁽⁶⁾، أن عقد النكاح لا يصح انعقاده على الأنترنت، ولكن يجوز استخدام هذه الوسائل في التوكيل لإبرام الزواج، وعلّلت موقفه بخطورة هذا العقد وما فيه من جانب تعدي واشتراط الإشهاد عليه.

(1) أسامة عمر سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص.109.

(2) السنن عبد الله عبد الرحمن، المرجع السابق، ص.230 وما بعدها.

(3) قرار رقم 52 بشأن حكم إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة، الدورة السادسة لمجمع الفقه الإسلامي بجدّة من 14 إلى 20 مارس 1990، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، رابطة العالم الإسلامي، ج2، ع6، ص.785، من موقع المجمع الفقه الإسلامي الدولي؛ www.iif-aiifi.org، 2017/04/17، 00:30.

(4) جاء في الفتوى: "نظرا إلى ما كثر هذه الأيام من التغريب والخداع، والمهارة في تقليد بعض الناس بعضا في الكلام، وأحكام محاكاة غيرهم في الأصوات حتى أن أحدهم يقوى على أن يمثل جماعة من الذكور والإناث صغارا وكبارا، ويحاكيهم في أصواتهم وفي لغاتهم المختلفة محاكاة تلقي في نفس السامع أن المتكلمين أشخاص، وما هو إلا شخص واحد، ونظرا إلى عناية الشريعة الإسلامية بحفظ الفروج والأعراض والاحتياط لذلك أكثر من الاحتياط لغيرها من عقود المعاملات، رأيت اللجنة انه ينبغي ألا يعتمد في عقود النكاح في الإيجاب والقبول والتوكيل على المحادثات التليفونية، تحقيقا لمقاصد الشريعة الإسلامية، ومزيد عناية في حفظ الفروج والأعراض حتى لا يعيث أهل الأهواء ومن تحدّثهم أنفسهم بالغش والخداع"، أنظر، فتوى رقم، 1216، عقد النكاح عن طريق الهاتف، اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، تحقيق أحمد بن عبد الرزاق الدويش، مجلد18، ط1، دار المؤيد للنشر والتوزيع، الرياض، 1424هـ، ص.90.

(5) اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، المرجع نفسه، ص.91.

(6) قرار ندوة مجمع الفقه الإسلامي بالهند، دورة 13، (4/2001) بشأن إجراء التعاقد بالآلات الحديثة؛ <http://alwaei.gov.kw>، 2017/04/21، 06:30.

وقال وهبة الزحيلي بعدم صحة هذا الزواج لعدم توافر الإشهاد على الصيغة، وأضاف الشيخ ابن عثيمين: "لا يجوز النكاح عبر الانترنت، وقد قيل بأنه يمكن أن يحصل فيه تدليس لإمكان تزوير الأصوات وترجمة الصور، وبناء عليه فالاحتياط للعقد مادام الاتهام قائماً"⁽¹⁾.

وجاء الشيخ ابن باز بفتوى وسط، بأنه يصح العقد عبر الهاتف إذا توفرت شروطه وأركانه، ولم يكن فيه تلاعب، لما عرضت عليه مسألة زواج شخص عبر الهاتف في حضور الولي والشاهدين ورضا الزوجة، بحجة أن الزوج لا يستطيع السفر من أجل إبرام عقد الزواج⁽²⁾.

ورداً على الفريق الأول، الذي شبه شهادة من يسمع الصوت عبر الهاتف بشهادة الأعمى، فهذا قول مردود عليه بالرغم من قبول شهادة الأعمى في النكاح عند الجمهور متى تمكن من التعرف على صاحب الصوت⁽³⁾. إلا أن الأصوات سهلة التقليد مع التطور الذي شهدته التقنيات الحديثة للاتصال. ويجب أن يحتاط في عقد الزواج أكثر مما يحتاط لغيره من العقود فالصوت يمكن أن يتغير بسبب المرض أو أي عارض. والأخطر من ذلك، هو تعمد التقليد والتدليس. غير أنه يمكن الإشهاد على الصيغة باستخدام مؤتمر الفيديو، ومشاهدة للعاقدين مهما بعدت المسافات وكل حاضرین مجلس العقد، وهي وسيلة تقلل من نسبة التزوير.

أما حجج القائلين بعدم صحة الزواج بالوسائل السمعية والسمعية المرئية المستندة على عدم اكتمال الأركان الشرعية للزواج وخاصة الإشهاد عليه، فنرد عليه بأن زوال العلة يقتضي زوال المعلول، والعلة من المنع عند المانع لعقد الزواج عبر هذه الوسائل إنما هو عدم قدرة الشاهدين على الرؤية والسمع في الزواج بوسائل الاتصال، والعلة تزول برؤية الشاهد للعاقدين، وسماعهما عبر الوسائل متعددة الوسائط⁽⁴⁾. وأن النقل التفاعلي للصوت والصورة التي توفرها الأنترنت تزيد من الثقة في

(1) محمد بن فنحور العبدلي، المرجع السابق، ص. 251-252.

(2) فتوى عبد العزيز بن باز، رقم 2201، حول إجراء عقد الزواج بالهاتف، فقه الأسرة، عقد النكاح، تم نشره بتاريخ 2001/01/28، على موقع الإسلام سؤال وجواب؛ <https://islamqa.info/ar/2201>، 2017/03/30، 23:00.

(3) يرى الإمام أحمد وابن حزم ووجه عند الشافعية بصحة عقد الزواج إذا حضره شاهد أعمى لأنها سماع لأقوال، واشتروا العدل في الشاهد وتيقنه من الأصوات، أما الصحيح في الشافعي والحنفية فيقولون بعدم صحة عقد الزواج بشهادة الأعمى لشبهة عدم تمييز الأصوات؛ أنظر، ابن الملقن عمر بن علي بن أحمد بن محمد المصري الشافعي، التذكرة في الفقه الشافعي، تحقيق محمد حسن محمد حسن إسماعيل، كتاب القضاء، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2006، ص. 150. أنظر أيضاً، مازن مصباح صباح، أحكام الشهادة في عقد النكاح في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة الأزهر، سلسلة العلوم الإنسانية، عدد1، 2009، مجلد A-11، عدد1، ص. 135 وما بعدها.

(4) حسنين زينة، المرجع السابق، ص. 10-11.

العقود. فالعاقدان غائبان بأجسادهما، ولكنهما يعقدان عقد الحاضرين، ويسمع كل واحد منهما الآخر ويراها مباشرة. بالإضافة إلى سماع الشهود للإيجاب والقبول لحظة صدورهما.

هذا، وإن المتبع للتطور الذي وصلت إليه خدمات الأنترنت يلاحظ بأن الإشهاد على الزواج أصبح ممكنا بالصوت والصورة، ومهما بعدت المسافات. مع العلم أن الإشهاد يكون بسماع الشهود للصيغة، هذا ردا على المجمع الفقهي الإسلامي بجدة. أما اللجنة الدائمة للإفتاء فلم يقتصر المنع على الإيجاب والقبول بل منعت أيضا التوكيل بالزواج بوسائل الاتصال، وهذا أمر مبالغ فيه، لأن وسائل الاتصال توفر آليات كالتوقيع الإلكتروني يمكنها إضفاء مصداقية على التوكيل، ولها حجية في الإثبات كذلك.

وبالنسبة لمجمع الفقه الإسلامي بالهند الذي منع تبادل صيغة الإيجاب والقبول عبر الأنترنت، وأجاز التوكيل بهذه الوسائل، فقد حاول رفع الحرج عن الأشخاص الذين يتعذر عليهم الرجوع إلى بلدهم من أجل إبرام عقود زواجهم، فقال بإمكانية التوكيل بالأنترنت ربحا للوقت، أما حجج منعه المتعلقة بالإشهاد فلم تعد تثير إشكالات مع الوسائل متعددة الوسائط.

وعلل الشيخ ابن عثيمين موقفه الرافض للزواج عبر وسائل الاتصال، بإمكانية تزوير الأصوات والتدليس وقال بالاحتياط مادام الاتهام قائما، وبمفهوم المخالفة، أنه إذا زال الاتهام عن هذه الوسائل صح عقد الزواج.

والواقع أن مخاطر التقنية تزداد يوما بعد يوم، وإمكانية التدليس والتزوير أمر متوقع، ولكن يمكن تجنب كل هذه السلبيات إذا تم تأمين إبرام الزواج بالأنترنت بإحداث مواقع خاصة رسمية تسمح بالتأكد من هوية الأطراف، ومعرفة شخصية الزوجين، وعائلاتهم في الواقع، ولا يكون إبرام الزواج إلا لتعذر حضور الزوج شخصيا لمجلس العقد، وهذا الاحتياط يتناسب وأهمية عقد الزواج.

وعليه، يبدو أن القول الأقرب إلى الصواب كان للرأي الثاني الذي اعتبر عقد الزواج صحيحا عبر وسائل الاتصال السمعية المرئية، مع استبعاد عقد الزواج بالوسائل المسموعة لتفادي احتمال تزوير الأصوات، وفي نفس الوقت يجب التحوط للفروج الذي ألح عليه الأول. فوسائل الاتصال متعددة الوسائط تمكن من سماع ورؤية العاقدين بعضهما البعض. بالإضافة إلى تمكين الشهود من مشاهدتهم وسماع الإيجاب والقبول فور صدورهما.

أما الحجج التي استند إليها المجمع الفقهي الإسلامي في استثناء عقد الزواج من العقود الإلكترونية والمتمثلة في عدم وجود الشهود إنما أصبح ممكننا في ظل ثورة تكنولوجية حولت العالم إلى قرية صغيرة، وبالتالي يمكن للشهود سماع الإيجاب والقبول ومشاهدة أطراف العقد وكذلك الولي.

وهكذا، وتطبيق أحكام الزواج على العقد المبرم بوسائل الاتصال يتبين بأنه عقد صحيح شرعي متى توفرت أركانه وشروط صحته، غير أنه يبقى مخفوفاً بالمخاطر وهي نفسها مخاطر الزواج العرفي، بل وأشدّ منها كونها نتجت في عالم غير ملموس.

إضافة إلى ذلك، يبقى حضور الزوجان والشهود والولي حضوراً افتراضياً غير حقيقي، مما ينتج عنه صعوبة في التحقق من الرضا الكامل الخالي من العيوب، بل وتزييف الشخصيات أمر رائج في عالم التقنية، هنا يأتي دور القانون في حماية أطراف العقد وتقرير حقوقهم.

ثانياً: موقف المشرع الجزائري من التعبير عن الإرادة في الزواج باستخدام وسائل الاتصال الحديثة

لصحة عقد الزواج، يستنتج من عدة مواد في قانون الأسرة الجزائري أنه يجب على الزوجين أن يحضرا شخصياً عقد قرائهما، وأكد قانون الأسرة الجزائري في عدة مواد من التعديل الصادر بالأمر رقم 02-05 على وجوب التعبير عن الإرادة في عقد الزواج من الزوجين شخصياً، حيث جاء في المادة 09 من ق.أ: " ينقد الزواج بتبادل رضا الزوجين". وبذلك أصبح الرضا هو الركن الوحيد في عقد الزواج، وجعل الولاية من شروط الصحة وبحضور الولي فقط، بل و من اختيار المرأة الراشدة في المادة 11، على أن يتم الرضا في حضور الشاهدين وولي الزوجة مع تسمية الصداق التي أصبحت شروط صحة طبقاً للمادة 09 مكرر منه كما سبق ذكره.

وتأكيداً من المشرع الأسري على وجوب حضور الزوجين شخصياً لإبرام الزواج قام بإلغاء الوكالة في الزواج، التي كانت تنص عليها المادة 20 الملغاة من ق.أ، ذلك أن الأصل في العقود أن يتم إنشاؤها من العاقدین شخصياً وشفوياً طبقاً للمادة 10 من ق.أ، بالإضافة إلى أن عقد الزواج من العقود التي تتعقد على نية التأييد. واتجاه المشرع إلى وجوب الحضور الشخصي لأطراف العقد إنما يتماشى مع فلسفته في استحداث الشهادة الطبية، لأن الضابط المكلف بإبرام عقود الزواج ملزم بإعلام الشخصين المعينين بنتائج الفحوص فكيف لشخص الوكيل أن يقبل بالمرض ويصدر قبوله بالزواج؟ فهل يمكن أن تحل شخصية محل شخصية الزوج في قبول أو رفض الارتباط بشخص مريض؟

فالإجابة هنا تكون بالنفي، لأن حجم المسؤولية الملقاة على عاتق الزوج الذي يرضى بزواج مصاب بمرض خطير تستدعي حضوره شخصيا والتعبير عن إرادته بصفة مباشرة أما الضابط المكلف بإبرام عقد الزواج.

لذلك لا نجد أنّ هذا التوجه من المشرّع ينطبق على عقود الزواج المبرمة عبر وسائل الاتصال الحديثة، فهي عقود تتم دون الحضور الشخصي لأطرافه، فكيف يمكن لضابط الحالة المدنية أو الموثق التأكد من رضاها على الزواج، وكيف يمكنهم تقديم فحوص طبية واطلاعمهم على نتائجها؟ ولكن الحكم على هذه العقود لن يتوقف هنا، فاعتراف المشرع بالزواج العرفي وإمكانية إثباته في المادة 22 من قانون الأسرة تلغي كل الشروط سالفة الذكر، فيمكن أن تدخل العقود المبرمة عبر وسائل الاتصال ضمن طائفة عقود الزواج العرفية. هذه العقود التي يشترط فيها توافر الأركان وشروط العقد هي نفسها المنصوص عليها في قانون الأسرة، فهل يمكن أن تتوفر في عقود الزواج عبر وسائل الاتصال الحديثة؟

بخصوص التعبير عن الإرادة بوسائل الاتصال المكتوبة فلم يرد في قانون الأسرة الجزائري نص حول إبرام عقد الزواج بالكتابة للقادر على النطق أو الغائب، فاكتفت الفقرة الأولى من المادة 10 منه بالنص على انعقاد الزواج بتطابق الإيجاب والقبول لفظا بكل ما يفيد معنى النكاح شرعا. أما الفقرة الثانية فنصت على صحة الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة كالكتابة والإشارة، وهو ما يستفاد منه أن معنى العجز عند المشرع هو الخرس أو المرض الذي يستحيل معه النطق، الذي قال به جمهور الفقهاء، عكس ما يراه البعض بأن الغائب أيضا عاجز عن حضور مجلس عقد زواجه، وما يؤكد موقفنا هو النص على جواز القبول أيضا بالكتابة وهو ما يدل على أن المشرع الأسري نص فقط في المادة 10 على مجلس العقد الحقيقي دون الحكمي، لأن القبول عند الحنفية لا يكون بالكتابة من الغائب وإنما يكون لفظا بعد تلاوة الإيجاب.

وعليه، فإن المشرع لم يعترف صراحة بإبرام عقد الزواج بالرسالة في قانون الأسرة، غير أن المادة 222 منه التي تحيل إلى أحكام الشريعة الإسلامية في الحالات التي لم يرد النص عليها، تجعل بإمكان القاضي الاستناد إلى موقف الحنفية في مشروعية التعبير عن الإرادة كتابة.

وبالتالي فإن هذا الزواج يعتبر صحيحا متى كان مستوفيا لركنه وأهلية أطرافه وتسمية الصداق وحضور الولي والشهود. ولكن يبقى غير موثق ويثير إشكالات في حجية.

وإن كان الزواج العرفي في العالم المادي محل نزاعات قضائية مستمرة، تتعلق بالحقوق والواجبات والنسب، فإنّ الزواج باستخدام وسائل الاتصال هو زواج عرفي إلكتروني ومن المتوقع أن يثير نزاعات أكثر حدة من نزاعات الزواج العرفي. لذلك وتفاديا للأضرار المترتبة عليه، يتوجب اتخاذ الإجراءات الكفيلة بحماية أطراف العلاقة العقدية، وذلك بتطوير المنظومة القانونية وعصرنة الإدارة، وتشجيعا لكتابة عقود الزواج رسميا أمام جهة إلكترونية موثقة.

فنظام توثيق عقود الزواج أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية أوجه قانون الأسرة حفاظا على الحقوق، وهو من مقتضيات المصالح الاجتماعية وهي تعلق كل وسائل الإثبات من حيث الحجية. وإن كان الزواج عبر وسائل الاتصال الحديثة صحيحا من الناحية القانونية، إلا أنه يهدد استقرار الأسر والمجتمع، فالوسائل المستخدمة سهلة أمام أصحاب النفوس الضعيفة، وبذلك تضيع الحقوق وخاصة في حالة العجز عن إثباته أو التلاعب بأدلة الإثبات. لذلك، نرى بأن حجية هذا الزواج مرتبط بمدى تسجيله أمام الجهات الرسمية، بعد التأكد من الرضا التام للزوجين، وكذلك شروط صحة الزواج من إشهاد وولاية مع ضرورة مراعاة الأشكال القانونية⁽¹⁾. والسؤال الذي يمكن طرحه الآن هو كيف يمكن توثيق الزواج وأطرافه غير حاضرين؟

إن نصوص قانون الأسرة لا توفر الحماية الكافية للزوجين، ويعتبر التسجيل أمام الجهات الرسمية هو الدليل الأقوى على قيام رابطة زوجية، وأكثر ضمانا لحقوق أفرادها. فوضع إطار قانوني محكم للحكومة الإلكترونية⁽²⁾ تمكن المستفيد من الخدمة من التحقق من شخصية الطرف الآخر بإدخال رقم الهوية، غير أن هذا النظام يمكن أطراف العقد من نفس الدولة ونفس الجنسية من هذه الخدمة، أما غير ذلك فهو غير ممكن حاليا⁽³⁾.

كما أن إنشاء جهة إلكترونية مختصة لتسجيل عقود الزواج مباشرة، يوفر الكثير من العناء على طالب الزواج، وحتى على الإدارة نفسها إضافة إلى أنها تمكن الزوجة من معرفة الظروف المادية

(1) بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 247.

(2) أطلقت وزارة الداخلية والجماعات المحلية مشروع المواطن الإلكتروني سنة 2013 الذي أهدى تعب الجزائريين واختصر الوقت بوضع رقم وطني لكل جزائري يحل محل الوثائق لرفع الغبن عن المواطن، لتليها بعد ذلك عدة قوانين تعتبر مشروعا للحكومة الإلكترونية الجزائرية، لتعميم فائدتها في ربح الوقت وتسهيل الخدمات، فأصبحت المحاكمة تجرى عن بعد صدور القانون 15-03 المتعلق بعصرنة العدالة، وزاد مصداقية التعاملات الإلكترونية صدور قانون التوقيع والتصديق الإلكترونيين، أنظر، بلقاسم حوام، انطلاق مشروع المواطن الإلكتروني في الجزائر، جريدة الشروق، 2013/11/07؛ <http://www.echoroukonline.com> ، 2017/04/18 ، 22.20.

(3) أنظر، بني سلامة محمد خلف، المرجع السابق، ص. 528.

لزوجها لتجنب المشاكل بعد الزواج في هذا الشأن. أيضا، وبمجرد إدخال بيانات الزوج تستطيع الزوجة أن تعرف إن كان الزوج متزوجا من قبل أم أنها الزوجة الأولى، وغير ذلك من الإيجابيات لهذه التقنية. وهو ما يضمن شفافية وصدقا ليتم حفظ حقوق الزوجين على أتم وجه.

وفي مبادرة تعتبر الأولى من نوعها في العالم العربي، أعلنت دولة الإمارات العربية المتحدة انطلاق تسجيل عقود الزواج إلكترونيا من أجل حفظ حقوق الزوجين، وفتحت وزارة العدل بوابة إلكترونية، يتقدم فيها الزوج ويدخل بياناته. والخطوات هي وضع اسم الزوج أولا، ورقم هويته الوطنية واسم الزوجة، ورقم هويتها الوطنية، ورقم تقرير الفحص الطبي، بالإضافة إلى بيانات اجتماعية أخرى تبين حالة الزوج المادية، وتحديد الشروط التي يطلبها كل طرف، وعند الانتهاء من إدخال البيانات يقوم النظام آليا- بالاستعانة بخرائط جوجل مآب- بإحالة البيانات إلى أقرب مأذون لمكان طالب الزواج، فيتم إرسال مأذون ليتحقق بشكل سريع جدا من البيانات المقدمة إلى الموقع، مع إمكانية تعديلها أو إضافة شروط من طرف المأذون⁽¹⁾.

ومع تطور الأمن المعلوماتي، وصدور قوانين تُعنى بالجرائم الإلكترونية، وقانون حماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، وازدهار العقود الإلكترونية، فإنه ليس بعيد أن تصل الجزائر إلى ما وصلت إليه الإمارات العربية وغيرها من الدول من تقدم في هذا المجال. وهكذا، بعد أن تم البحث في التعبير عن الإرادة، إيجابا وقبولا تأتي مرحلة غاية في الأهمية وهي التي تحقق ركن الرضا المطلوب في عقد الزواج، وهي اقتران القبول مع الإيجاب.

المطلب الثاني

اقتران القبول مع الإيجاب في عقد الزواج عبر وسائل الاتصال الحديثة

ينعقد الزواج في الزمان والمكان الذي يتحقق فيه ركن الرضا، باتصال القبول مع الإيجاب في مجلس العقد، ومجلس العقد عبر الأنترنت هو المجلس الذي يتم فيه إعلان الإيجاب والقبول⁽²⁾. وإن كان من السهل تبين زمان ومكان العقد في المجلس المادي، فإنه يصعب تبينه في العقد المبرم عبر وسائل الاتصال الحديثة، ولأهمية هذه اللحظة التي يترتب عليها آثار الزواج، يتعين علينا الرجوع إلى تعريف مجلس العقد وصوره(الفرع الأول)، ثم تكييف مجلس العقد عبر وسائل الاتصال (الفرع الثاني)،

⁽¹⁾ الإمارات اليوم، العدل تطلق الزواج الإلكتروني؛ <http://www.emaratalyoum.com> ، 2017/04/01 ، 22:00.

⁽²⁾ أنظر، علي المتولي أماني، الضوابط القانونية والشرعية والمشكلات العلمية لأنواع الحديثة للزواج والطلاق، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2010، ص.142.

وتحديد فترته الزمنية (الفرع الثالث)، ولخصوصية عقد الزواج نقترح دعائم يقوم عليها مجلس العقد عبر وسائل الاتصال (الفرع الرابع)، وأخيرا نتطرق لزمان ومكان انعقاد الزواج بوسائل الاتصال الحديثة (الفرع الخامس).

الفرع الأول

تعريف مجلس العقد وصوره

يقتضي هذا الموضوع الذي يثير العديد من الإشكالات القانونية حول مكان وزمان اتصال الإيجاب مع القبول في الزواج عبر وسائل الاتصال الحديثة، التعرض لتعريف مجلس العقد (أولا) ثم صورته (ثانيا).

أولا: تعريف مجلس العقد

مجلس العقد مصطلح مركب من كلمتين؛

مَجْلِسٌ لغة على وزن مَفْعَلٍ، وهو اسم مكان، واسم المكان اسم مشتق يدل على مكان وقوع الفعل ومعناه⁽¹⁾، والمجلس هو موضع الجلوس، ويتبدل المجلس بأحد الأمرين، إما بالقيام، أو بعمل لا يكون من جنس ما مضى⁽²⁾. أما العقد فهو نقيض الحلّ، ويقال عقدت البيع والحبل فانعقد والعقد هو العهد والجمع عقود⁽³⁾.

أما اصطلاحا، فقد تعددت المحاولات في تعريف مجلس العقد في الفقه القديم والحديث، اخترنا منها تعريفات شاملة للمكان والزمان. فيقول بعض الفقه بأن: "مجلس العقد هو مكان وزمان التعاقد والذي يبدأ بالانشغال البات بالصيغة وينفضّ بانتهاء الانشغال بالتعاقد"⁽⁴⁾. وبعبارة أخرى، مجلس العقد هو الحال الذي ينشغل فيه المتعاقدان بالكلام حقيقة أو حكما بشأن العقد والأصل أن يجتمع المتعاقدان بأبدانهما لغرض تحقيق تلاق وتطابق الإيجاب والقبول⁽⁵⁾. وقد صاغ الفقه الإسلامي نظرية مجلس العقد بطريقة دقيقة، فلا يطلب من المتعاقد إصدار القبول فورا، ولا يسمح له أيضا بأن يتراخى

(1) أنظر، إميل بديع يعقوب، موسوعة النحو والصرف والإعراب، ط1، دار العلم للملايين، بيروت، 1988، ص.76.

(2) أنظر، البركتي محمد عميم الإحسان المجددي، التعريفات الفقهية، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، 2003، ص.195.

(3) ابن منظور أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم، المرجع السابق، المجلد3، ص.293-297.

(4) أنظر، خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، ط2، الإسكندرية، 2011، ص.361.

(5) أنظر، عباس حسني محمد، العقد في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالقانون الوضعي، ج1، ط1، دون دار نشر، القاهرة، 1993، ص.135.

في إصداره إلى حد الإضرار بالموجب بإبقائه معلقاً مدة طويلة دون الردّ على إيجابه⁽¹⁾. وتكمن أهمية مجلس العقد في تحديد مكان انعقاد العقد وزمانه، وتحديد المحكمة المختصة في حالة النزاع.

ثانياً: صور مجلس العقد

الأصل في مجلس العقد أن يكون حقيقياً (أ) غير أن الفقه والقانون اعترفوا أيضاً بمجلس العقد الحكمي (ب).

أ- مجلس العقد الحقيقي

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في تحديد تعريف وتحديد طبيعة مجلس العقد الحقيقي، فمنهم من قال بأن مجلس العقد هو وحدة مكانية، ومنهم من قال بأنه وحدة زمانية، وقال آخرون بأنه هيئة معينة وغيرها، وسوف نكتفي في هذا المقام بعرض الآراء الفقهية التي اقتضت على الوحدة الزمنية والمكانية كونها تحدثت عن أركان مجلس العقد. فقال البعض بأنه: "المجلس الذي يجمع المتعاقدين في مكان واحد، فيكونان على اتصال مباشر بحيث يسمع أحدهما كلام الآخر مباشرة حال كونهما منصرفين إلى التعاقد، لا يشغلها عنه شاغل" هذا قول من يرون بأن مجلس العقد وحدة مكانية⁽²⁾. وقد غالى هذا الاتجاه في اعتبار المكان الركن الوحيد في مجلس العقد، وأهمل الزمن بالرغم من أنه ركن أساسي في مجلس العقد.

أما من يرون بأن مجلس العقد وحدة زمنية فيعرفونه بقولهم: "مجلس العقد هو الوحدة الزمنية التي تبدأ من وقت صدور الإيجاب، وتستمر طوال المدة التي يظل فيها العاقدان منصرفان إلى التعاقد دون ظهور إعراض من أحدهما عن التعاقد، وتنتهي بالانفراق، وهو مغادرة أحد العاقدين للمكان الذي حصل فيه العقد"⁽³⁾. حسب هذا الاتجاه، فإن العبرة بالوحدة الزمنية، بحيث لو اختلف مكان صدور الإيجاب عن مكان تلقي القبول انعقد العقد، ما لم ينصرف المتعاقدان إلى غير موضوع العقد والانشغال بموضوع آخر، ما لم يكن هذا الموضوع من لوازم عقد الزواج وآثاره كمناقشة الصداق أو الاشتراط وغيره⁽⁴⁾.

(1) أنظر، السنهوري عبد الرزاق أحمد، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء 2، طبعة 1، دار إحياء التراث، بيروت، دون سنة نشر، ص. 6.

(2) أنظر، أسامة عبد العليم الشيخ، مجلس العقد وأثره في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص. 23؛ حمزة عبد الناصر، المرجع السابق، ص. 36.

(3) أنظر، عبد الستار أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، ج 1، ط 2، مطبعة مقهوي، الكويت، 1985، ص. 118.

(4) عبد الستار أبو غدة، المرجع نفسه، ص. 118.

وظهر اتجاه آخر يحاول الجمع بين الاتجاهين السابقين (مجلس العقد وحدة مكانية، ومجلس العقد وحدة زمانية)⁽¹⁾، فذهب إلى تعريف مجلس العقد بأنه: "المكان والزمان الذي ينصرف فيه المتعاقدان للتعاقد والذي يبدأ بالإيجاب البات وينتهي بانتهاء الانشغال بالتعاقد"⁽²⁾. وبناء عليه فإن مجلس العقد يتكون من ركنين، أحدهما مادي وهو مكان اتصال الإيجاب بالقبول، والآخر معنوي وهو الفترة الزمنية التي تفصل بين الإيجاب والقبول.

والراجح بين هذه الآراء هو الرأي الأخير، الذي اعتبر مجلس العقد يتكون من ركنين، ركن مادي وآخر معنوي، ومتى حضر المتعاقدان في مكان واحد وجها لوجه في مجلس العقد ولم يوجد فاصل زمني بين إصدار التعبير عن الإرادة والعلم به، كان المجلس حقيقيا.

ب- مجلس العقد الحكمي

هو المجلس الذين يكون فيه الموجب في مكان يختلف عن المكان الذي يوجد فيه المتعاقد الآخر، ويقصد بالمجلس الحكمي لعقد الزواج المجلس الذي يكون فيه أحد المتعاقدان غير حاضر حضورا ماديا فيه، وهو ما اصطلاح الفقهاء على تسميته بالتعاقد بين غائبين، ويكون ذلك عن طريق الكتاب أو الرسول أو ما يشبهها⁽³⁾.

فمجلس العقد هو الذي تصدر فيه الصيغة بتطابق الإيجاب والقبول سواء كان المتعاقدان حاضرا أو غائبا، فاتحاد المجلس شرط في الانعقاد. ولا يقصد باتحاد المجلس وجود المتعاقدان في مكان واحد، وإنما يراد به اتحاد الزمن أو الوقت الذي يكون فيه المتعاقدان مشتغلا فيه بالتعاقد⁽⁴⁾. وبالرجوع إلى القانون المدني الجزائري نجد اعتراف بمجلس العقد الحقيقي في المادة 64 ومجلس العقد الحكمي في المادة 67 منه.

ومن خلال نص 64 من ق.م: "إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل للقبول فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فورا، وكذلك إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل. غير أن العقد يتم ولو لم يصدر القبول فورا، إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول، وكان

(1) محمد كمال الدين إمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص.76.

(2) أنظر، عقيل فاضل حمد الدهان، الطبيعة القانونية لمجلس العقد الإلكتروني، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، 2007، مجلد 10، ع18، ص.5.

(3) محمد كمال الدين إمام وجابر عبد الهادي الشافعي، المرجع السابق، ص.214.

(4) أنظر، بوعزة أمينة، مجلس عقد النكاح الإلكتروني، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الأغواط، 2018، مجلد2، ع3، ص.463.

القبول قد صدر قبل أن ينفذ مجلس العقد"، نجد أن المشرع اعتبر التعاقد بالوسائل الفورية كالهاتف وما يمثله، تعاقد بين حاضرين، وبذلك تبني وحدة الزمن كمعيار لمجلس العقد وأهمل الركن المادي لمجلس العقد وهو المكان.

الفرع الثاني

تكييف مجلس عقد الزواج عبر وسائل الاتصال الحديثة

اختلف الفقهاء حول تطبيق أحكام التعاقد بين غائبين أم أحكام التعاقد بين حاضرين في مجلس عقد الزواج عبر وسائل الاتصال الحديثة، فالعاقدان يتواجدان في مكانين مختلفين، ولكن قد ينعدم الفاصل الزمني بين إصدار التعبير عن الإرادة والعلم به، فأبي الأحكام نطبق على مجلس العقد عبر وسائل الاتصال؟ هل هي أحكام التعاقد بين حاضرين أم أنها بين غائبين؟ وفي هذه النقطة علينا أن نميز تكييف مجلس العقد بالوسائل المكتوبة (أولا) عنه في الوسائل المسموعة والمسموعة المرئية (ثانيا).

أولا: تكييف مجلس العقد بالوسائل المكتوبة

نبحث عن تكييف مجلس العقد بالكتابة غير الفورية (أ) ثم بالكتابة غير الفورية (ب).

أ- التعاقد بالكتابة غير الفورية

إن التعاقد بالرسالة التقليدية يعتبر تعاقدًا بين غائبين، تسري عليه أحكام مجلس العقد الحكمي، كون الرسالة تستغرق وقتًا لتصل إلى الشخص الموجهة إليه. لكن الوسيلة التي تنقل بها الرسالة تطوّرت، وأصبحت تتم بوسائط إلكترونية عالية الجودة، وفائقة السرعة. لذلك أجمع الفقه على اعتبار التعاقد عبر التقنيات غير الفورية كرسائل الهاتف القصيرة التي لا يتم الرد عليها مباشرة والفاكس من قبيل التعاقد بين غائبين، تطبق عليه أحكام مجلس العقد الحكمي⁽¹⁾.

ب- التعاقد بالكتابة الفورية

تنوع الوسائل المكتوبة التي يمكن التعبير فيها عن الإيجاب والقبول، ولكن يجدر بنا التحذير من إبرام عقد الزواج عبر غرف الدردشة لما تنطوي عليه من خطورة تزييف الشخصيات، وهي أكبر ما يهدد عقد الزواج بهذه الوسائل لذلك نستبعدها من بحثنا، وسوف نقصر على الوسائل التي يمكن بها انعقاد الزواج بحيث يمكن التأكد من أطرافه كالبريد الإلكتروني والتلكس. وقد اختلفت آراء

⁽¹⁾ عبد الناصر حمزة، المرجع السابق، ص. 139.

الفقهاء في تكييف مجلس العقد بالوسائل المكتوبة الفورية، فاعتبر الاتجاه الأول أن التعاقد بوسائل الاتصال المكتوبة الفورية هو تعاقد بين حاضرين، وهذا رأي مجموعة من الفقهاء المعاصرين. فلا يمكن أن يكون تعاقدًا بين غائبين لأن التفاوت الزمني غير موجود بالنسبة لهذه العقود حيث يكون أطراف العلاقة العقدية على اتصال آني ومباشر⁽¹⁾، وينطبق القول على التلكس والبريد الإلكتروني.

أما الاتجاه الثاني فقال بأن التعاقد بوسائل الاتصال المكتوبة الفورية هو تعاقد بين غائبين، لأن استخدام الكتابة في التعاقد بالوسائل الإلكترونية الفورية لا يختلف عن التعاقد بالكتابة عبر الوسائل التقليدية، كالرسالة وبالتالي فهو تعاقد بين غائبين أي كانت الوسيلة التي تنقل الإيجاب فورية أو غير فورية⁽²⁾. وهذا كان موقف المجمع الفقهي الإسلامي المنعقد بجدة في قراره رقم 52 في دورة مؤتمره السادسة⁽³⁾.

تعقيبًا على هذه الآراء، يمكن القول أن الكتابة الفورية تمكن من وصول التعبير فور صدوره إلى الطرف الآخر، وهو تعاقد بين حاضرين من حيث انعدام الفاصل الزمني. ومجلس عقد الزواج عن طريق الكتابة ولو فورية يبدأ لحظة وصول الكتابة إلى من وجهت إليه، بحيث يتم قراءتها شفاهة على مسمع شهود. والذي نراه راجحًا هو قول الرأي الثاني من اعتبار مجلس عقد الزواج بالكتابة هو مجلس حكمي، سواء كانت الكتابة بوسائل تقليدية أو إلكترونية، وسواء تمت بطريقة فورية أو غير فورية.

ثانياً: تكييف مجلس العقد بالوسائل المسموعة والمسموعة المرئية

الوسائل المسموعة هي الهاتف وما يدخل في حكمه، كأجهزة اللاسلكي، والتقنيات الموجودة على الهواتف النقالة المرتبطة بالإنترنت كغرف الدردشة، أما المسموعة المرئية فهي التي توفرها أساساً خدمة الإنترنت كالماسنجر والسكايب والواتسب وغير ذلك من التقنيات المزودة بالكاميرا، وهي وسائل تمتاز بصفة الفورية والتفاعلية. وبشأن مجلس العقد عبر هذه الوسائل، اختلف الفقه أيضاً في وضع التكييف المناسب له.

(1) أسامة عبد العليم الشيخ، المرجع السابق، ص. 29.

(2) عبد الناصر حمزة، المرجع السابق، ص. 140.

(3) قرار المجمع الفقهي الإسلامي رقم 52 بشأن إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة، سبق ذكره.

فقال رأي أول بأن عقد الزواج عبر وسائل الاتصال المسموعة والمسموعة المرئية هو عقد بين حاضرين من حيث الزمان والمكان، فليس هناك فاصل زمني بين صدور القبول وعلم الموجب به⁽¹⁾، وإرادة الموجب حاضرة في هذا المجلس ويمكنه الرد على المتعاقد الآخر فوراً وعلى كل أسئلته. فجوهر مجلس العقد هو سماع كل متعاقد للآخر، وانتباهه وتركيزه لكلام الآخر⁽²⁾، وهذا متوفر في وسائل الاتصال الحديثة التي تحتوي على عنصر التفاعل.

في حين قال رأي ثان بأن الزواج عبر الهاتف وما يشابهه من الوسائل الناقلة للصوت والصورة، لا يغدو أن يكون عقداً بين غائبين، بمعنى مجلس حكمي ولا يخرج عن أحد النوعين، إما تعاقد بالرسالة أو عن طريق الرسول. وأن الاختلاف يكمن في الوسيلة التي يتم بها نقل التعبير، وبالتالي فمجلس العقد حكمي وهو مجلس وصول وعلم الموجه إليه الإيجاب وقبوله⁽³⁾. وأضاف أنه من خصائص مجلس العقد عبر وسائل الاتصال الحديثة أنه يتم عن بعد، لذلك نستبعد عنه وصف مجلس العقد المادي، لوجود أطراف العقد في أماكن مختلفة. وهذه الخاصية جعلت بعض الفقه القانوني يطبق عليه أحكام التعاقد بين غائبين⁽⁴⁾. وأضاف فقه حديث بأن الزمن ليس هو العنصر الوحيد الذي يميز التعاقد بين غائبين عن التعاقد بين حاضرين، بل هناك ثلاثة عناصر وهي الزمان، والمكان، وعنصر الانشغال بظروف العقد⁽⁵⁾.

وقال رأي ثالث بأن عقد الزواج عبر الانترنت له عدة أحوال، فإن كانت الخدمة المتاحة توفر سماع العقادين لبعضهما، والتحاوور مباشرة وباستخدام الكاميرا وبدون وجود فاصل زمني بين إصدار التعبير والعلم به، فمجلس العقد هنا ليس تعاقدًا بين غائبين في شيء، وبالتالي تطبق عليهم قواعد مجلس العقد بين الحاضرين⁽⁶⁾. كما تتيح شبكة الانترنت عقد الاجتماعات عن بعد، بتقنية مؤتمر

(1) أسامة عبد العليم الشيخ، المرجع السابق، ص. 27.

(2) أنظر، صادق سلهب عبد الله لما، مجلس العقد الإلكتروني، مذكرة ماجستير في القانون، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، فلسطين، 2008، ص. 115.

(3) خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص. 366.

(4) أنظر، محمد بن جبر الألفي، التعاقد الإلكتروني في ميزان الشرع الإسلامي، أحكام تقنية المعلومات سجل وقائع ورشة عمل أحكام في المعلوماتية، جمعية الحاسبات السعودية، الرياض، 2002، ص. 168.

(5) أنظر، صادق سلهب لما عبد الله، المرجع السابق، ص. 113.

(6) عبد الناصر حمزة، المرجع السابق، ص. 153 وما بعدها.

الفيديو، ويصل التعبير عن الإرادة إلى من وجه إليه لحظة صدوره، وبذلك تلغي حقيقة وجود العاقدين في مكانين مختلفين⁽¹⁾.

في حين يرى اتجاه رابع أن التعاقد عبر الهاتف وما يمثله من الوسائل الإلكترونية هو تعاقد بين حاضرين من ناحية الركن الزماني، وتعاقد بين غائبين من حيث الركن المكاني فينقصد العقد فور صدور القبول لاتصاله مباشرة بعلم الموجب وفي مكان وجود الموجب لحظة علمه بالقبول⁽²⁾. وأضاف هذا الرأي بأن العقد الإلكتروني ينتمي إلى طائفة العقود عن بعد، أو العقود عبر المسافات، ومن ثم فإنه يتميز بطابع خاص، هو الطابع المكاني، ويضيف هذا الفقه بأن تعبير المسافة (distance) يفهم على مسارين، الأول هو مسار المكان؛ بحيث يوجد فاصل مكاني بين المتعاقدين، ومسار الزمان، هذا الأخير يتلشى في وسائل الاتصال الفورية⁽³⁾. إذا وحسب هذا الرأي فإن مجلس العقد مختلط، فهو تعاقد بين حاضرين من حيث ركن الزمن وتعاقد بين غائبين من حيث الركن المكاني⁽⁴⁾.

بعد عرض الآراء التي حاولت إعطاء تكييف لمجلس العقد بالوسائل المسموعة والمسموعة المرئية، نأتي الآن إلى مناقشتها، وبداية، نوجه انتقاداً إلى الرأي الأول الذي يرى بأن مجلس العقد عبر التقنيات المسموعة المرئية هو تعاقد بين حاضرين زماناً ومكاناً، لأنهم بالغوا في إعطاء التكييف الواقعي لعالم افتراضي.

وما ذهب إليه أنصار الاتجاه الثالث، من اعتبار مجلس عقد الزواج عبر وسائل الاتصال السمعية المرئية هو مجلس حقيقي، فقد اعتبروا مجلس العقد وحدة زمنية بغض النظر عن المكان الذي يتم فيه توافق الإرادتين، وهذا القول في الحقيقة يفترض أن مجلس العقد ركن واحد. وهذا قول غير دقيق، لأن مجلس العقد يقوم على ركنين هما، الركن المادي وهو الركن المكاني والركن المعنوي وهو الركن الزماني، ولكل من الركنين أحكام وشروط وآثار تتعلق بهما وأن قصر مجلس العقد أحدها يترتب عليه خلل في ضبط الكثير من الأمور⁽⁵⁾.

(1) خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص. 368.

(2) صادق سلهب عبد الله لما، المرجع السابق، ص. 116.

(3) خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص. 368-369.

(4) صادق سلهب عبد الله لما، المرجع السابق، ص. 117.

(5) أنظر، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون بالقاهرة، جامعة الأزهر، 1999، ص. 192.

وبالنسبة للرأي الأخير، فقد جزأ مجلس العقد، وسوف نلاقي صعوبة في دمج أحكام مجلس العقد الحقيقي مع مجلس العقد الحكمي، لأن المعروف أن للعقد مجلسا واحدا. والرأي الأقرب إلى الصواب هو الرأي الثاني الذي يرى بأن التعاقد بالوسائل المسموعة المرئية هو تعاقد بين غائبين، كونه العقد يتم عن بعد، لوجود أطراف العلاقة التعاقدية في مكانين مختلفين⁽¹⁾. وهنا لا يمكن إسقاط الركن المادي (المكان) لمجرد توقُّر عنصر التفاعل الذي تمتاز به وسائل الاتصال الناقلة للصوت والصورة، وما وصلت إليه من تطور.

وبذلك، يعتبر كلام الموجب في الهاتف وما يشبهه بمثابة التبليغ عن طريق الرسول، هذا الأخير يعدُّ وسيلة من وسائل نقل الإيجاب إلى مجلس العقد الحكمي، وأن الرسول سفير ومعبّر وناقل للإيجاب، وهو ينقل إرادة الموجب لا إرادة الرسول، لذلك لم يعتبر نائبا وإنما يعتبر آلة أو أداة أو وسيلة لنقل الإيجاب، وكذلك الشأن بالنسبة للتليفون وما يشبهه⁽²⁾.

وعليه يطبق على التعاقد بالوسائل المكتوبة والوسائل المسموعة والمسموعة البصرية أحكام التعاقد بين غائبين، لأنها تأخذ حكم الرسول في الفقه الإسلامي. ولا يمكن تطبيق المادة 64 من القانون المدني لأنها أهملت ركن المكان، ولأنها سوف توقعنا في التناقض بين أحكام مجلس العقد، لذلك رجعنا في هذا الشأن إلى قول الفقه الإسلامي بموجب المادة 222 من ق.أ. إضافة إلى تكييف مجلس العقد عبر وسائل الاتصال، يطرح تحديد الفترة الزمنية لمجلس عقد عبر هذه الوسائل عدة إشكالات قانونية، نتناولها في الفرع الموالي.

الفرع الثالث

تحديد الفترة الزمنية لمجلس عقد الزواج عبر وسائل الاتصال الحديثة

تختلف الفترة الزمنية لمجلس العقد بحسب الوسيلة المستخدمة في التعاقد، لذلك سوف نميز بين الفترة الزمنية لمجلس العقد بالمحادثة السمعية والسمعية المرئية (أولا)، وبين الفترة الزمنية لمجلس العقد بالوسائل المكتوبة (ثانيا).

(1) محمد بن جبر الألفي، المرجع السابق، ص.168.

(2) جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص.195.

أولاً: الفترة الزمنية لمجلس العقد بالمحادثة السمعية والسمعية المرئية

سبق وأن كَتَبْنَا مجلس العقد بهذه الوسائل أنه مجلس حكمي، فيبدأ مجلس العقد في اللحظة التي يصدر فيها الإيجاب شفاهة لتنتقل مباشرة عبر الوسائل المسموعة أو المسموعة المرئية. بمعنى يقوم مجلس عقد الزواج عبر هذه الوسائل لحظة إصدار الموجب بإيجابه بالزواج، ويبقى قائماً إلى حين إصدار القبول بالزواج بالشروط المطابقة للإيجاب. وعليه، يكون مجلس العقد في المكالمات الهاتفية أو أي محادثة بالوسائل متعددة الوسائط هو زمن الاتصال وإصدار الإيجاب والقبول المطابق له، فإن انتقل المتحدثان إلى حديث آخر، انفضّ مجلس العقد. ويستمرّ المجلس بعد صدور الإيجاب ولو انقطعت المكالمات، وينقضي بإصدار القبول المطابق للإيجاب في حضور الشهود والولي مع تسمية الصداق. وعلى القابل أن يُعلم الموجب بانعقاد العقد بأي وسيلة. وينطبق هذا القول على الهاتف، وكل الخدمات التي تقدمها الأنترنت بالصوت ومؤتمر الفيديو كالفايبر والواتسبب والمسنجر وغيرها. ونفس الحكم على الحالة التي يتم فيها التعبير عن الإرادة بمسجل صوتي أو صوتي بصري، فهو مجلس حكمي يبدأ لحظة سماع التسجيل وينتهي بصدور القبول المطابق له.

ثانياً: الفترة الزمنية لمجلس العقد بالوسائل المكتوبة

سواء كان العاقدان متصلان بالوسيلة الإلكترونية المكتوبة وتم قراءة الرسالة فور وصولها أو كانا في تواصل غير متزامن، وتأخر قراءتها، فإن هذا المجلس يبدأ في اللحظة التي يطلع فيها القابل على الإيجاب⁽¹⁾، وقراءته شفاهة، وينتهي بإصدار القبول المطابق له في مجلس عقد حكمي هو مجلس تلاوة الإيجاب المكتوب في حضور الولي والشاهدين. وينطبق هذا القول على التعاقد بالفاكس والتلكس ورسائل الهاتف.

الفرع الرابع

دعائم مجلس عقد الزواج عبر وسائل الاتصال الحديثة

لضمان اتصال الإيجاب والقبول عبر وسائل الاتصال الحديثة في إطار قانوني وشرعي وفقاً لمواصفات الميثاق الغليظ المزمع إبرامه، يجب أن يتوفر مجلس العقد على مجموعة من الضمانات تتناسب وخطورته، ولعلّ أهمّها، أن يتم التعبير عن الإرادة بواسطة وسائل اتصال حديثة من كتابة أو مكالمات أو مؤتمر فيديو (أولاً) و(ثانياً) وأن تكون الكتابة مستبينة وبلغت مفهومة أو أن يكون الصوت

⁽¹⁾ عبد الله صادق سلهب، لما، المرجع السابق، ص. 133.

واضحاً مع إمكانية سماعه أن يتم إصدار أو تلاوة الإيجاب والعلم به والرد عليه في مجلس واحد(ثالث).

أولاً: أن يتم التعبير عن الإرادة بواسطة وسائل اتصال حديثة من كتابة أو مكالمة أو مؤتمر فيديو

على اعتبار مجلس العقد عبر وسائل الاتصال هو مجلس حكمي، فإنه يفترض أن يتم التعبير عن الإرادة بإحدى الوسائل التي تنقل الصوت بصفة مباشرة كالهاتف والوسائل متعددة الوسائط التي تمتاز بالآنية والتفاعلية، أو غير مباشرة. سواء مكنت المتعاقدين من حوار فعلي ومباشر ومتزامن، أو حوار بوجود فاصل زمني بين إصدار التعبير والعلم به كالرسالة المكتوبة بالإيميل أو الفاكس أو التلكس، أو شفهيًا عن طريق تسجيل صوتي بطريق الكاسيت أو الفيديو، أو بأي وسيلة إلكترونية تفتقر إلى عنصر التفاعل.

ثانياً: أن تكون الكتابة مستبينة وبلغت مفهومة أو أن يكون الصوت واضحاً مع إمكانية سماعه وهذا شرط في غاية الأهمية تطرقنا له في لغة الإيجاب والقبول وطرق التعبير عن الإرادة، وسواء كان التعاقد بالهاتف أو بتلاوة الرسالة الإلكترونية فإنه يشترط أن يكون الكلام مفهوم من العاقدين والكتابة مستبينة وبلغت مفهومة.

وإذا كان أحد المتعاقدين أصم، أو لا يستطيع سماع الطرف الآخر بوضوح بسبب خلل في وسيلة الاتصال لا ينعقد الزواج، ولا ينعقد أيضاً إذا كان أحدهما لا يفهم عبارة الآخر، ولا يفهم المفردات والتراكيب إذ العبرة بالمعاني، وأن يفهم كل طرف بأن أحدهما يطلب الزواج والآخر يقبل بذلك⁽¹⁾. ولا ينعقد الزواج إذا كان أحدهما لا يفهم لغة الآخر، ولا يفهم بأنه يطلب منه الزواج.

ثالثاً: أن يتم إصدار أو تلاوة الإيجاب والردّ عليه في مجلس واحد

يجب أن يتحد مجلس تلاوة الإيجاب وإصدار القبول المطابق له إذا صدر الإيجاب كتابة، فإذا تم تلاوة الكتاب المتضمن الإيجاب في مجلس وصدور القبول في مجلس آخر فإن الزواج لا ينعقد في هذه الحالة⁽²⁾.

⁽¹⁾ أنظر، جاتم جميل فجري محمد، مقومات عقد الزواج في الفقه والقانون، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص.145.

⁽²⁾ حمزة عبد الناصر، المرجع السابق، ص.48.

وإذا تم التعبير عن الإرادة (الإيجاب) بالوسائل الآنية كالهاتف وما يدخل في حكمه فيشترط أن يصدر القبول المطابق له في نفس مجلس سماع الإيجاب بحضور الشهود والولي، وسواء بقي الاتصال أو انقطع.

بعد أن حاولنا التركيز على أهم خصوصيات مجلس العقد عبر وسائل الاتصال الحديثة، وحاولنا تصور هذا المجلس في عقد الزواج، ولاحظنا وجود الفارق الزمني أحيانا وغيابه أحيانا أخرى. هذا ما يطرح إشكالات أخرى تتعلق بزمان ومكان انعقاد الزواج بوسائل الاتصال الحديثة.

الفرع الخامس

زمان ومكان انعقاد الزواج بوسائل الاتصال الحديثة

يثور الإشكال حول تحديد مكان انعقاد الزواج إذا استخدمت وسائل الاتصال في التعاقد، حيث أن مكان تواجد العاقد الأول ليس نفسه مكان تواجد العاقد الثاني. ومسألة تحديد زمان انعقاد العقد لها أهمية بالغة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، على اعتبار قواعد الإسناد في القانون المدني تنص على أن قانون جنسية الزوج وقت إبرام الزواج هو النافذ على آثار الزواج⁽¹⁾. وأيضا تحديد لحظة انعقاد الزواج ينبي عليها معرفة أهلية المتعاقدين لحظة الانعقاد ويصبح العقد ملزما فلا يمكن للموجب سحب إيجابه. فإذا نظر القاضي في صحة هذا الزواج فإنه ينظر في لحظة انعقاده، ومدى توفر الركن وشروط الصحة، فضلا على أن آثار الزواج التي تبدأ في هذه اللحظة⁽²⁾.

وبالنسبة لمسألة تحديد مكان انعقاد العقد، فيترب عليه معرفة المحكمة المختصة إقليميا بنظر النزاع حول هذا العقد، ويفيد في تحديد القانون الواجب التطبيق في القوانين التي تأخذ بمكان الانعقاد كمؤشر لتحديد هذا القانون⁽³⁾. وعليه سوف نحاول تحديد زمان انعقاد الزواج (أولا) ثم مكانه (ثانيا).

أولا: تحديد زمان انعقاد الزواج

سبق وأن ذكرنا بأن وسائل الاتصال الحديثة المكتوبة أو السمعية أو السمعية البصرية، تعدّ آلات تأخذ حكم الرسول في التعاقد، وتجعل من مجلس العقد حكما يتم فيه التعاقد بين غائبين،

(1) المادة 12 من ق.م تنص: "يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج".

(2) الشريقات محمود عبد الرحيم، المرجع السابق، ص.161.

(3) الشريقات محمود عبد الرحيم، المرجع السابق، ص.161.

وبهذا التكييف، لا صعوبة في تحديد زمان ومكان انعقاد العقد، إذ هو نفسه مكان وزمان سماع وعلم الموجه له الإيجاب للإيجاب ويستمر مجلسه هذا إلى أن يقبله⁽¹⁾.

ولم يتفق الفقه القانوني على تحديد لحظة ومكان انعقاد العقد المدني بين غائبين، وتجادبت الموضوع أربعة نظريات، فذهب الرأي الأول إلى القول بأنها لحظة إعلان القبول من المتعاقد الآخر، وقال الثاني بنظرية تصدير القبول إلى الموجه، أما الرأي الثالث فقال بأن العبرة بوصول القبول إلى الموجه وذهب الرأي الرابع إلى أبعد من ذلك فقال بعلم الموجه بالقبول⁽²⁾. وبهذا الرأي الأخير أخذ المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من المادة 67 التي جاء فيها: "يعتبر التعاقد ما بين غائبين قد تم في المكان وفي الزمان الذين يعلم فيهما الموجه بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك".

وبالتالي ينعقد العقد في الزمان والمكان اللذان يعلم فيهما الموجه بالقبول، واعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يتم دليل على غير ذلك (المادة 2/67). وعليه، ترك المشرع الجزائري أمر التعاقد بيد الموجه وحده، فمتى أراد أن يطلع على الرسالة ويعلم بالقبول انعقد العقد، لذلك فالنظرية التي نراها عادلة هي نظرية تسليم القبول، فهي تعطي نفس القيمة للإرادتين، وهي الأكثر ملائمة في العقود الإلكترونية بين غائبين، ولكن هل ينطبق هذا القول على عقد الزواج بين غائبين؟ إذا كانت هذه القاعدة صالحة للتطبيق على العقود المدنية، فهي ليست كذلك بالنسبة لعقد الزواج، فنرجع هنا إلى الفقه الإسلامي بمقتضى نص المادة 222 من ق.أ. فلا يمكن أن نتصور صدور الإيجاب بالكتابة والقبول المطابق له بالكتابة كذلك، فالزواج ينعقد بالكتابة من الغائب، فيكون زمان ومكان العقد هو نفسه زمان ومكان إعلان القبول شفاهة في مجلس قراءة الرسالة الإلكترونية أو التقليدية أو مجلس سماع الإيجاب بالوسائل السمعية والبصرية بحضور الشهود والولي، ولا يشترط لانعقاد الزواج علم الموجه بالقبول⁽³⁾.

(1) جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص. 195.

(2) اختلفت التشريعات في الأخذ بهذه النظريات، فذهب المشرع الجزائري إلى تبني نظرية علم الموجه بالقبول وكذلك المشرع المصري والعراقي، أما المشرع الأردني فاعتبر العقد منبرما بمجرد الإعلان عن القبول، لمزيد من التفصيل حول هذه النظريات، انظر، الشريقات محمود عبد الرحيم، المرجع السابق، ص. 163 وما بعدها. ولا يوجد في الفقه الإسلامي القديم ما يدل على زمان ومكان انعقاد العقد بين غائبين، ولكن منطق القاعدة التي تقول بوجود سماع الموجه بالقبول في التعاقد بين حاضرين تقتضي القول بوجود علم الموجه بالقبول في التعاقد بين غائبين، والسماع في حالة حضور الموجه يقابله السماع في حالة غيابه، السنهوري عبد الرزاق، المرجع السابق، ج 2، ص. 42.

(3) فراس بحر محمود، المرجع السابق، ص. 208.

فلو كان الموجب مازال متصلًا في التعاقد بالوسائل الفورية، فإنّ سماعه للقبول يعتبر بمثابة إعلام له بنفس آلة الاتصال، وإن انقطع الخط فإن العقد ينعقد بمجرد القبول وعلى القابل أن يعلم الموجب بالعقد، إمّا عن طريق نفس الآلة أو بأي طريق آخر. فعلم الموجب بالقبول هو علم بواقعة العقد وليس علماً منشئاً للعقد⁽¹⁾.

وما ذهب إليه الفقه الإسلامي المعاصر من اعتبار لحظة انعقاد الزواج هي لحظة إعلان القبول في المجلس الحكمي بحضور الشهود، هو الذي يحقق موازنة بين قيمة الإيجاب وقيمة القبول.

ثانياً: تحديد مكان انعقاد الزواج

يترتب على عقد الزواج حقوق لأطرافه والتزامات عليهم، وقد ينشأ بين المتعاقدين خلاف حول مسألة معينة، وربما يتحول إلى نزاع يستلزم تدخل القانون للفصل فيه، وهذا الأمر يستوجب رفع دعوى قضائية أمام محكمة مختصة بنظر النزاع، وتحديد المحكمة المختصة يستلزم تحديد مكان إبرام العقد.

وتحديد مكان إبرام العقد بين غائبين تتجاذبه هو الآخر نظريتان، الأولى هي نظرية الوحدة أو التلازم بين الزمان والمكان التي تقول بأنه يوجد تلازم بين زمان العقد ومكانه، وبالتالي فإن مكان العقد يتحدد بزمان تطابق الإيجاب مع القبول. ونظرية الازدواجية التي تقول بعدم وجود تلازم بين زمان العقد ومكانه، حيث يكون هناك فصل بين تركيز العقد زمانياً وتركيزه مكانياً، فينعقد العقد في لحظة معينة، لكن مكانه آخر غير الذي انعقد فيه زمانياً⁽²⁾. وهذه النظرية يؤخذ بها في حالة عدم وجود نص صريح في القانون يحسم مسألة زمان ومكان انعقاد العقد.

وأخذ بنظرية الازدواج بعض الفقهاء في فرنسا حيث توصلوا فيما يخص مكان إبرام العقد إلى حجة مفادها عدم إجبار المتعاقدين الذي لم تصدر منه المبادرة التعاقدية على التعاقد بعيداً عن محل إقامته، وأن الموجب هو من عليه تحمل ذلك، وذهبوا إلى ترجيح زمن علم الموجب بالقبول كلحظة لانعقاد العقد⁽³⁾.

(1) جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص. 195.

(2) عبد الناصر حمزة، المرجع السابق، ص. 87.

(3) عبد الناصر حمزة، المرجع نفسه، ص. 87.

كما سبق وأن رأينا بأن المشرع الجزائري أخذ بنظرية العلم بالقبول في المادة 67 من ق.م، واعتبر مكان انعقاد العقد هو مكان علم الموجب بالقبول، وهذه قاعدة مكملة يجوز الاتفاق على مخالفتها، باتفاق المتعاقدين على تحديد مكان إبرام العقد.

وجاء في قرارا المجمع الفقهي الإسلامي أنه: "إذا تم التعاقد بين غائبين لا يجمعهما مكان واحد، ولا يرى أحدهما الآخر معاينة ولا يسمع كلامه وكانت وسيلة الاتصال بينهما الكتابة أو الرسالة أو السفارة-الرسول- وينطبق ذلك على البرق والتلكس والفاكس وشاشات الحاسب الآلي ففي هذه الحالة ينعقد العقد عند وصول الإيجاب إلى الموجه إليه الإيجاب وقبوله"⁽¹⁾. وهذا كان موقف الأحناف في مكان انعقاد العقد بالكتابة بين غائبين⁽²⁾. وعليه، فإن مكان انعقاد العقد بوسائل الاتصال الحديثة المكتوبة أو المسموعة أو المرئية هو مكان تسلم الإيجاب أو سماعه وإعلان القبول المطابق له.

إذن، مهما تنوعت وسائل الاتصال، ومهما بلغت من التطور، فإن استخدامها في إبرام عقد زواج يعتبر تعاقدًا بين غائبين، ويبقى زواجًا عرفيًا، لا يمكن الاحتجاج به إلا إذا تم إثباته أمام القضاء.

المطلب الثالث

إثبات التراضي الإلكتروني في عقد الزواج

يُثير التعاقد بالوسائل الإلكترونية إشكالية الإثبات أمام القضاء، لاسيما إذا تعلق الأمر بركن الزواج الوحيد، فلا يخرج عن كونه تمّ بوسائل مكتوبة أو وسائل سمعية أو سمعية مرئية. وطبقا لأحكام الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة، فإن هذا الزواج يعتبر صحيحا متى استوفى تراضي طرفيه والولي والشاهدين وتسمية الصداق وانعدام الموانع الشرعية، فهو عقد في الأصل لا يحتاج إلى توثيق لتثبت صحته. لذلك فتح المشرع باب توثيق الزواج غير المكتوب بصفة استثنائية أمام القضاء⁽³⁾. ونظرا لخصوصية عقد الزواج عبر وسائل الاتصال الحديثة فإننا لن نتوسع في طرق الإثبات التقليدية وسوف

(1) قرار سبق ذكره.

(2) أسامة عبد العليم الشيخ، المرجع السابق، ص.48.

(3) أنظر، بن شويخ صارة، نظام توثيق الزواج بين الثبات والتطور، دراسة مقارنة بين دول المغرب العربي، اطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية، جامعة محمد الأول بوجدة، المملكة المغربية، 2013-2014، ص.276؛ وطبقا لنص المادة 2/426 من ق.م.إ.م. تكون المحكمة مختصة إقليميا في موضوع إثبات الزواج بمكان وجود موطن المدعى عليه.

نركز على إثبات الرضا بالمحرر الإلكتروني (الفرع الأول)، وإثبات التراضي بالتسجيل الصوتي (الفرع الثاني) لنتقل بعد ذلك إلى إثبات التراضي بالبيّنة (الفرع الثالث) ثم الإقرار (الفرع الرابع).

الفرع الأول

إثبات الرضا بالمحرر الإلكتروني المكتوب

إن إثبات التراضي في عقد الزواج بالكتابة هو في الحقيقة إثبات للإيجاب فقط، لأن القبول يصدر لفظا ليصح عقد الزواج. أمّا إرسال القبول مكتوبا إلى الموجب فهو إعلامه بانعقاد العقد في مكان وزمان تلاوة الإيجاب المكتوب، وصدور القبول المطابق له في حضرة الولي والشاهدين. وبمناسبة إثبات الإيجاب أو الإقرار (نقصد به الرسالة التي يرسلها القابل إلى الموجب بقبوله هذا الزواج) بانعقاد الزواج بالكتابة الإلكترونية نجد نص المادة 323 مكرر من ق.م المستحدثة بالقانون 05-10 التي تعرف الإثبات بالكتابة بقولها: "ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم، مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها، وكذا طرق إرسالها". وبالتالي فالإثبات بالكتابة يشمل كل أنواع المحررات مهما كانت الدعامة التي تحملها ورقية كانت أم إلكترونية. كما وسع أيضا من طرق الإرسال ليشمل كل الوسائل التكنولوجية والتقنية، سواء التي توفرها خدمات الأنترنت أو الفاكس أو التلكس. وسوف نركز في هذا المقام على الوسائل الأكثر أهمية كالمحرر الإلكتروني العرفي (أولا) والمحرر الإلكتروني الرسمي (ثانيا).

أولا: المحرر الإلكتروني العرفي

اعترف المشرع الجزائري بالمحرر الإلكتروني العرفي في القانون المدني بشرط أن يكون قابلا للقراءة (أ) وجعل له قوة في الإثبات بشروط (ب).

أ- خصائص الكتابة في المحرر الإلكتروني

1- قابلية المحرر للقراءة

لكي تكون الوثيقة الإلكترونية حجة في إثبات الزواج، يجب أن تتضمن إيجابا صريحا بالزواج وبالألفاظ المعبرة عن الإرادة الجازمة في الزواج من الطرف المرسل. ولا بد من الإشارة هنا إلى وجوب أن تكون الكتابة المستخدمة في تحرير الوثيقة الإلكترونية قابلة للقراءة بطريقة مباشرة من القاضي متى كانت مفهومة وقابلة للإدراك، أو بطريقة غير مباشرة، كندب الخبر لغرض ترجمة مضمون

المحرر، في حالة استخدام لغة غير لغة القاضي⁽¹⁾. ولا يوجد في القانون الجزائري ما يمنع من استخدام الآليات المتوفرة في الحواسيب من أجل قراءة الكتابة المشفرة وتحويلها إلى كتابة مفهومة.

2- ثبات المحرر الإلكتروني

يرتبط هذا الشرط بالدعامة التي تحمل الكتابة، فكلما كان بإمكان الدعامة الاحتفاظ بالكتابة على أصلها، كلما كان لها حجية في إثبات التراضي، وأيُّ محرر معدّ للإثبات يجب أن يكون ثابتا على الحالة التي صدر فيها من أجل إحداث الأثر القانوني. وإن كان هذا أمر سهل تبينه في الوثيقة العادية، فإن ذلك من الصعوبة بمكان في حالة الوثيقة الإلكترونية، نظرا لسهولة المحو والتعديل دون أن تترك أثرا.

بالإضافة إلى أن التكوين الكيميائي والمادي للوسائط الإلكترونية ودعامات التخزين وأقراص التسجيل لا يؤمن معها التلف السريع، ومع ذلك فإنه أصبح حاليا بالإمكان تجاوز هذه العوائق الفنية والتغلب عليها باستخدام أجهزة ووسائط أكثر أمانا، كالبرامج التي تحول النص إلى صورة ثابتة، أو استخدام التوقيع الإلكتروني⁽²⁾. وبالتالي، يمكننا الاحتفاظ بالمحرر الإلكتروني لمدة ربما تفوق مدة الاحتفاظ بالمحرر على الورق، التي تتأثر هي الأخرى بعوامل الزمن كالرطوبة والحوادث وغيرها⁽³⁾.

3- عدم قابلية الكتابة للتغيير

المقصود من هذا الشرط هو عدم قابلية الكتابة الواردة في المحرر للتبديل والتغيير من قبل الزوجين أو الغير، وإن كان يسهل للقاضي وبالعين المجردة تبين هذا التغيير متى كانت الكتابة على دعامة ورقية، بسبب تفاعل الكتابة مع مكونات الورق، وأي أثر للمحو أو التغيير يترك أثرا واضحا، فإن الأمر يختلف تماما في الدعومات الإلكترونية التي يسهل فيها إحداث تغيير في الكتابة دون ترك أثر لذلك. ومع ذلك يمكن الاحتياط بالبرامج الإلكترونية، التي يمكنها حفظ المحرر في صورة ثابتة تمنع يد الأطراف أو الغير من التطاول عليها، بحيث تعتمد هذه البرامج أساسا على الدعومات المثبتة

⁽¹⁾ أنظر، أزرو محمد رضا، إشكالية إثبات العقود الإلكترونية، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، دراسة مقارنة، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2015-2016، ص.93.

⁽²⁾ عبد الناصر حمزة، المرجع السابق، ص.118.

⁽³⁾ أنظر، بلقنيشي حبيب، إثبات التعاقد عبر الأنترنت، البريد المرئي، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2010-2011، ص.47.

عليها الكتابة الإلكترونية، ويمكنها كشف أي تعديل يمس بالبيانات، وتحدد بدقة البيانات المعدلة وحتى وقت تعديلها⁽¹⁾.

وبذلك فقد أتاحت التطورات التقنية برامج تحافظ على الكتابة في شكلها الأصلي دون إمكانية العبث بمضمونها، مما يشجع على استخدامها كوسيلة لإثبات الإيجاب بالزواج أو الرسالة التي تحمل تصريحاً بانعقاد الزواج في مجلس العقد الحكمي.

ب- القوة الثبوتية للمحرر الإلكتروني

تنص المادة 123 مكرر1 من ق.م التي تنص أنه: "يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها". وبالتالي قررت هذه المادة قوة ثبوتية للمحرر الإلكتروني من خلال تكريس مبدأ في غاية الأهمية، وهو مبدأ التسوية بين المحرر الإلكتروني والمحرر العرفي الورقي.

1- مبدأ التسوية بين المحرر الإلكتروني والمحرر العرفي الورقي

بعد أن تم الاعتراف بالمحرر الإلكتروني لإثبات الالتزام بالكتابة، اعترف له المشرع بحجة في الإثبات، وقام بتقرير مبدأ عام في الإثبات، وهو المساواة في حجية الوثيقة العرفية مع الوثيقة الإلكترونية. ونلاحظ أن المهم لدى مشرعنا ليس هو الدعامة التي تفرغ فيها الحروف (شكل المحرر ورقياً أو إلكترونياً) بل أن المهم هو حفظ الوثيقة في ظروف تضمن سلامة محتواها من أي تحريف. وهكذا، لا يمكن النيل من المعلومات المدرجة في المحرر الإلكتروني أو إنكارها بسبب الطريقة المستخدمة في تحرير المعلومات أو الدعامة المحمولة عليها أو الوسيلة التي أرسلت بها⁽²⁾.

زيادة على هذا المبدأ المكرس من قبل المشرع المدني، أضاف شروطاً للمحرر الإلكتروني حتى يحقق حجته في الإثبات.

2- شروط إعمال مبدأ التسوية بين المحرر العرفي الإلكتروني والمحرر العرفي الورقي

لكي يكون للمحرر الإلكتروني حجة في الإثبات، اشترط القانون المدني مجموعة من الشروط بنص المادة 323 مكرر1: "...بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها".

(1) أزرو محمد رضا، المرجع السابق، ص.97.

(2) بلقنشي حبيب، المرجع السابق، ص.27.

الشرط الأول: إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدر المحرر الإلكتروني

نص المشرع على هذا الشرط في المادة 223 مكرر من ق.م، دون أن يبين لنا كيفية التأكد من هوية الشخص مصدر المحرر الإلكتروني، لكن الواقع يحيل إلى وجود طريقتين للتأكد من هوية المحرر، الأولى هي عنوان البريد الإلكتروني الشخصي، والثانية هي التوقيع غير الرقمي سواء كان خطياً وتم تصويره، أو استخدام رموز أو أرقام واتخاذها توقيعاً، وكلاهما محفوفة بمخاطر التزوير وانتحال الشخصيات. ونص المشرع على هذا التوقيع في الفقرة 2 من المادة 327 من ق.م التي جاء فيها: "ويعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1 أعلاه" التي تنص على شروط الكتابة. ويفهم مما سبق، أن التوقيع الإلكتروني له دور في التحقق من هوية الشخص الذي صدرت عنه الكتابة الإلكترونية.

أما الشرط الثاني: أن يكون المحرر الإلكتروني معداً ومحفوظاً في ظروف تضمن سلامته

إعداد المحرر في ظروف تضمن سلامته، إنما يقصد به عدم تغيير محتوى المحرر من لحظة إصداره حتى وصوله إلى من وجه إليه، أي من لحظة كتابة الإيجاب بالزواج إلى لحظة تسلم الموجه إليه الإيجاب، دون أن يشوبه تغيير أو تدمير للمعلومات بسبب التزوير والقرصنة وغيرها. أما المقصود بالحفظ، فهو إمكانية استرجاع الوثيقة الإلكترونية وقابليتها للقراءة يوم الاسترجاع، حتى يمكن الاحتجاج بمضمونها.

والحفظ خاصية مشتركة بين المحرر الإلكتروني والمحرر الورقي، ويقصد بالحفظ القدرة على الاحتفاظ بالمعلومات وثباتها على الدعامة مهما كان نوعها، بحيث يمكن الرجوع إليها وقت الحاجة. وإن توفرت الوثيقة الإلكترونية على الشروط المذكورة، فإنه تبقى لها حجية الوثيقة العرفية التي يمكن إنكارها، ولا يكون لها حجية على الغير إلا منذ أن يكون لها تاريخ ثابت حددت حالاته المادة 328 من ق.م⁽¹⁾.

(1) تنص المادة 328 من ق.م على انه: "لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت، ويكون تاريخ العقد ثابتاً ابتداءً:

- من يوم تسجيله،
- من يوم ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عام،
- من يوم التأشير عليه على يد ضابط عام مختص،
- من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط وامضاء.

غير أنه يجوز للقاضي تبعاً للظروف، رفض تطبيق هذه الأحكام فيما يتعلق بالمخالصة".

ونفس شروط الوثيقة الإلكترونية تشترط في مخرجات الفاكس والتلكس لكي تكون صالحة لنقل الإيجاب بالزواج إلى العاقد الآخر، والتمكن من قراءة المحرر، و لها حجية الورقة العرفية في إثبات التراضي في العقد. طبقا لما جاء في المادة 329 من ق.م (1) التي نصت على أن لرسائل الفاكس القوة الثبوتية للورقة العرفية المعدة للإثبات بشرط أن تكون موقعة ممن أرسلها، وفي حالة تلف أصل البرقية فلا يمكن استخدام نسختها إلا لغرض الاستئناس. أما التلكس فيعد وسيلة من وسائل الاتصال الفورية، وهو شكل متطور لنظام البرق، ويوفر ضمانات كبيرة من حيث التحقق من هوية الشخص المخاطب، بالإضافة إلى سرية المعلومات المرسله عن طريقه (2). وقد منح المشرع الجزائري لبرقيات التلكس أيضا القوة الثبوتية للورقة العرفية بالشروط المذكورة في نص المادة 329 من ق.م.

ثانيا: المحرر الإلكتروني الرسمي

شهدت عملية توثيق المحررات بعثا جديدا في زمن الإلكترونيات، لهدف واحد هو التأكد من الأشخاص، وإضفاء مصداقية على المعاملات الإلكترونية، وتبين أهلية الأطراف المتعاقدة إلكترونيا وإضفاء الثقة بينهم. فسعت التشريعات العالمية ومن بينها الجزائر إلى استحداث هيئة محايدة، معتمدة، وموثوقة للتأكد من نسبة التصرف إلى صاحبه وحسن نيته وانعدام التلاعب والتزوير، وكان ذلك بصدور القانون 04-15 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين (3)، توكل لها مهمة التحقق من البيانات سماها المشرع مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني التي تقوم بإصدار شهادات تصديق إلكتروني وكذلك التوقيع الإلكتروني والسؤال الذي يطرح الآن هو هل يمكن اعتبار عقد الزواج المبرم في شهادة تصديق إلكتروني عقدا رسميا له نفس حجية العقد المبرم أمام ضابط الحالة المدنية والموثق؟

(1) تنص المادة 329 من ق.م على أنه: "تكون للرسائل الموقع عليها قيمة الأوراق العرفية من حيث الإثبات.

وتكون للبرقيات هذه القيمة أيضا إذا كان أصلها المودع في مكتب التصدير موقعا عليه من مصدرها، وتعتبر البرقية مطابقة لأصلها حتى يقوم الدليل على عكس ذلك.

وإذا تلف أصل البرقية، فلا تعتبر نسختها إلا للمجرد الاستئناس".

(2) أنظر، العتيبي محمد زعار، النظام القانوني للعقد الإلكتروني، دراسة مقارنة بين التشريعين الأردني والكويتي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2012-2013، ص.43.

(3) قانون رقم 04-15، مؤرخ في 2015/02/01، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، ج.ر.ج.ج، مؤرخة في 2015/02/10، ع6، ص.6.

أ- مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني

جاءت في قانون الأنستراال النموذجي تحت اسم مقدم خدمات التصديق، وعرفها بأنها شخص يصدر شهادات، ويجوز أن يقدم خدمات أخرى ذات صلة بالتوقيعات الإلكترونية⁽¹⁾، وعرفها المشرع الجزائري في الفقرة 12 من المادة 2 من قانون التوقيع والتصديق الإلكترونيين رقم 15-04 بأنها: "شخص طبيعي أو معنوي يقوم بمنح شهادات تصديق إلكتروني موصوفة، وقد يقدم خدمات أخرى في مجال التصديق الإلكتروني"⁽²⁾.

وبناء على ما سبق، يمكن تعريف جهات التوثيق الإلكتروني بأنها: "شخص طبيعي أو معنوي، عام أو خاص، مرخص له أو متفق عليه، يخضع لإشراف الدولة ورقابتها، ويقوم بدور الوسيط الإلكتروني عن طريق إصدار شهادات توثيق إلكترونية تحدد هوية الشخص المرسل، بالإضافة إلى أي خدمات أخرى تتعلق بالتوقيع الإلكتروني"⁽³⁾.

ويحتوي التصديق الإلكتروني على أربعة جوانب أمنية لتبادل المعلومات على شبكة الأنترنت، هي السرية والتوثيق والنزاهة وعدم الاستنكار⁽⁴⁾. وبهذا، فهو يوفر ثقة بين أطراف العلاقة التعاقدية وصدق التعبير عن الإرادة، لما تقدمه جهات التصديق الإلكتروني من وظائف تقنية وحساسة، وأهم هذه الوظائف نذكر:

- تحديد هوية المتعاملين في التعاملات الإلكترونية وأهليتهم، وجدية التعامل وبعده عن الغش والاحتيال، والتحقق من صحة التوقيعات الإلكترونية ونسبتها إلى أصحابها⁽⁵⁾.

- إنشاء التوقيعات الرقمية عن طريق إصدار المفاتيح الإلكترونية، سواء مفتاح التشفير الخاص⁽⁶⁾ الذي يتم بمقتضاه تشفير الرسائل والتوقيعات الإلكتروني، وهذا المفتاح يبقى عند صاحبه لا يحق لأحد

(1) المادة 2/هـ من قانون الأنستراال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية، منشورات الأمم المتحدة، نيويورك، 2002.

(2) أعطى المشرع مهام منح شهادة التصديق الإلكتروني لجهتين محددتين، هما الطرف الثالث الموثوق، ومؤدي خدمات التصديق الإلكتروني. بالنسبة للطرف الثالث الموثوق الذي نص عليه المشرع في المادة 11/2 من قانون التوقيع الإلكترونيين، فيؤدي خدمات التصديق الإلكتروني لفائدة المتدخلين في الفرع الحكومي، وهم المؤسسات والإدارات العمومية والهيات العمومية، وهذا الطرف يشترط أن يكون شخصا معنويا، يقوم بمنح شهادة تصديق إلكتروني موصوفة. وما يهمنا في هذا الموضوع هو مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني.

(3) أنظر، حسان لينا إبراهيم يوسف، التوثيق الإلكتروني ومسؤولية الجهات المختصة به، دراسة مقارنة، ط1، دار الراجحة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص.45.

(4) التصديق الإلكتروني، على موقع سلطة ضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، <https://www.arpt.dz/ar/gd/ce>، 2017/04/18، 22:00.

(5) حسان لينا إبراهيم يوسف، المرجع السابق، 47.

(6) المادة 8/2 من القانون 15-04 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

الإطلاع عليه، وهو مرتبط بمفتاح التشفير العمومي⁽¹⁾ الذي يدرج في شهادة التصديق الإلكتروني، ويتكون من سلسلة أعداد توضع في متناول الجمهور بهدف التحقق من الإمضاء الإلكتروني. بالإضافة إلى أرشفة المعلومات المتعلقة بالشهادات عن طريق مسك سجلات خاصة بها، سواء الصالحة منها للاستعمال أو الملغاة أو الموقوف العمل بها⁽²⁾، وغيرها من الوظائف التي يقدمها التوثيق الإلكتروني والمتعلقة تقريبا بالتجارة الإلكترونية.

ب- شهادة التصديق الإلكتروني

عرفها الفقه بأنها شهادة يصدرها مزود الخدمات المرخص أو المعتمد، يبين فيها أن التوقيع الإلكتروني صحيح ومنسوب للموقع دون سواه، ومستوفي للشروط القانونية للاعتماد عليه في الإثبات⁽³⁾. وعرفها القانون الجزائري في الفقرة 7 من المادة 2 من القانون 04-15 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين بأنها: "وثيقة في شكل إلكتروني تُثبت الصلة بين بيانات التحقق من التوقيع الإلكتروني والموقع".

واعترف ذات القانون بشهادة التصديق الإلكتروني الأجنبية بشرط المعاملة بالمثل⁽⁴⁾، وهو أن يكون مقدم الخدمات الأجنبي قد تصرف في إطار اتفاقية الاعتراف المتبادل أبرمتها السلطة (المادة 34 من القانون 04-15).

وليتيم الغرض المتوخى من شهادة التصديق الإلكتروني، والمتمثل في التأكد من صدور الرسائل والتوقيعات الإلكترونية من أصحابها نصت المادة 15 من القانون رقم 04-15 على أنه يشترط أن تحتوي هذه الشهادة على:

- اسم الموقع الحقيقي أو المستعار الذي يسمح بتحديد هويته.

- هوية جهة التصديق الإلكتروني المصدرة للشهادة والدولة المقيمة بها أو التابعة لها، ويكون ذلك بوضع اسمها الحقيقي على الشهادة سواء كان شخصا طبيعيا أو اسم الممثل القانوني للشخص الاعتباري⁽⁵⁾.

(1) المادة 9/2 من القانون 04-15 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

(2) حسان لينا إبراهيم يوسف، المرجع السابق، 48.

(3) أزرو محمد رضا، المرجع السابق، ص.290.

(4) أنظر، رحمان يوسف، شهادة التصديق الإلكتروني في التشريع الجزائري طبقا للقانون 04-15، دراسة مقارنة، م.ع.ق.ا.س، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2016، ع21، ص.398.

(5) حسان لينا إبراهيم يوسف، المرجع السابق، ص.86.

- التوقيع الإلكتروني للجهة المصدرة للشهادة، وهو ما يضمن على الوثيقة المصادقية ويؤكد عدم تزويرها.

- الإشارة إلى مدة صلاحية الشهادة بتحديد تاريخ بدء سريانها وتاريخ انتهائها⁽¹⁾.

- المفتاح العام لصاحب التوقيع الذي يناظر المفتاح الخاص، وهو ما يمكن مستقبل الرسالة من التحقق من صحة التوقيع الإلكتروني للمرسل عن طريق مطابقة المفتاح العام للخاص، مما يؤكد صدور الرسالة من المرسل⁽²⁾.

ت- التوقيع الإلكتروني الرقمي⁽³⁾

هو أكثر صور التوقيع الإلكتروني شيوعاً وأهمية لما يتمتع به من مستوى عالٍ من الأمان، يقوم على وسائل التشفير الرقمي الذي يهدف إلى سلامة المعلومات وتأمين خصوصيتها⁽⁴⁾.

وقد وردت عدة تعريفات فقهية للتوقيع الإلكتروني، اخترنا منها: "التوقيع الإلكتروني هو مجموعة من الرموز أو الأرقام أو الحروف أو الإشارات أو الأصوات مؤلفة على شكل بيانات إلكترونية تتصل بمحور إلكتروني، تهدف إلى تحديد هوية الموقع، وإعطاء اليقين بموافقه على مضمون هذه الرسالة"⁽⁵⁾.

وعرفه القانون الجزائري في المادة 2 من القانون 15-04 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين: "التوقيع الإلكتروني هو بيانات في شكل إلكتروني، مرفقة أو مرتبطة منطقياً ببيانات إلكترونية أخرى، تستعمل كوسيلة توثيق". وما يمكن ملاحظته من التعريفات الفقهية والقانونية بأنها تركز على تحديد هوية الشخص والتعبير عن إرادته.

1- إجراءات تصديق التوقيع الإلكتروني

يقوم الشخص الراغب بتصديق توقيعه الإلكتروني بالتوجه إلى مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني المرخص له من السلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني (المادة 33 من القانون رقم 15-

(1) أزرو محمد رضا، المرجع السابق، ص. 297.

(2) حسان لينا إبراهيم يوسف، المرجع السابق، ص. 88.

(3) يجدر بنا الإشارة إلى وجود عدة أنواع من التوقيعات الإلكترونية، كالتوقيع اليدوي الذي يتم من قبل الموقع ذاته على ورقة تقليدية ثم يقوم بنقله إلى جهاز الكمبيوتر عن طريق تصويره بجهاز مسح scanner، وهي طريقة غير آمنة.

(4) الشريقات محمود عبد الرحيم، المرجع السابق، ص. 198.

(5) أنظر، بن غانم العبيدي أسامة، التوقيع الإلكتروني وجرائم الاعتداء عليه في النظام السعودي، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2016، ع66، ص. 335.

04)، ويقدم طلبا بتصديق توقيعه، ويرفق الطلب بالمستندات الثبوتية التي تعرف بهوية الشخص الموقع. ويمكن إرسال الطلب مرفقا بالأوراق عبر الفاكس أو البريد الإلكتروني إلى مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني، وتقوم هذه الأخيرة بمطابقة الأوراق وجواز السفر وبطاقة الهوية⁽¹⁾. ويجب عليها التأكد من صحة البيانات، وفي حالة إخلاله بهذا الالتزام تقوم مسؤوليته طبقا للمادة 53 من القانون رقم 04-15. وبعد التحري عن صحة المعلومات تقوم هذه الجهة بإصدار شهادة تصديق التوقيع الإلكتروني.

بعد هذا العرض، والذي حاولنا فيه إبراز كفية إنشاء التوقيع الإلكتروني، وقدرة شهادة التصديق الإلكتروني على تحقيق الأمان في التعبير عن الإرادة في الفضاء الرقمي، وقدرتها على تأكيد هوية المتعاقدين وحجيتها القطعية التي تضاهي حجية الوثيقة الرسمية، فإنه يتبين لنا مبدئيا بأنها صالحة لتوثيق عقد الزواج، والرضا المفرغ في وثيقة موقعة بتوقيع إلكتروني رقمي صادر بشهادة تصديق إلكتروني له نفس حجية الكتابة الرسمية أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق لكن سوف يتبين لنا لاحقا عكس هذا الكلام.

بناء على تعريف التوقيع الإلكتروني وإجراءات تصديقه الدقيقة نستنتج وظائفه التي تمنحه حجية قطعية في الإثبات وقدرته على إثبات التراضي في الزواج، وسوف نكتفي بذكر أهم هذه الوظائف التي لها أثر في التراضي.

2- وظائف التوقيع الإلكتروني

الوظيفة الأولى: تحديد هوية الموقع

يستعمل التوقيع الإلكتروني لتحديد هوية الموقع، وإثبات قبوله مضمون الكتابة في الشكل الإلكتروني (المادة 06 من القانون 04-15) بشرط أن ينشأ على أساس شهادة تصديق إلكتروني موصوفة (المادة 07 من القانون 04-15)، بمعنى أن شهادة التصديق الإلكتروني تعمل على تحديد هوية الموقع هذا من جهة، ومن جهة أخرى التأكد من أن التوقيع بالفعل يعود إلى صاحبه، وتقوم جهات التصديق الإلكتروني بالتأكد من هوية صاحب التوقيع بشكل روتيني وفي كل مرة يتم فيها استخدام المفتاح الخاص⁽²⁾.

⁽¹⁾ أنظر، الحسن هلا، تصديق التوقيع الإلكتروني، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، 2010، مجلد 26، ع1، ص.533.

⁽²⁾ زروق يوسف، المرجع السابق، ص.240.

الوظيفة الثانية: التعبير عن رضا الموقع بما تم التوقيع عليه

يعتبر التوقيع الإلكتروني الموثق، والموجود على محرر إلكتروني المتضمن تعبيراً عن إرادة الموقع دليلاً قطعياً على رضاه بما يحمله هذا المحرر، ذلك أن التوقيع الرقمي يتم بواسطة مفتاحين عام وخاص، ولكل منهما معادلة خاصة. ويمكن للمرسل إليه التأكد من نسبة التوقيع إلى صاحبه ورضاه بالمحرر الموقع عليه بالاتصال بجهة التصديق التي أصدرت زوج المفاتيح، والاطلاع على شهادة التصديق الخاصة بالموقع، ثم استخدام المفتاح العام لفك تشفير الرسالة⁽¹⁾.

وعليه، فإن إفراغ الإيجاب بالزواج في محرر إلكتروني مصحوب بتوقيع إلكتروني يكفل لنا التأكد من هوية المرسل، وعدم وقوع تلاعب في رسالة البيانات المذيلة بالتوقيع⁽²⁾.

بعد تبيان أهمية التصديق الإلكتروني، وموثوقيته في إثبات التراضي والتأكد من شخصيات الأطراف المتعاقدة، قد وصلنا إلى الحجية القطعية لشهادة التصديق الإلكتروني، وأنها الطريق الوحيد للتأكد من هوية الزوجين وتجنب التلاعب. ولكن، هل يمكن لشخصين غائبين توثيق زواجهما المبرم بطرق إلكترونية مكتوبة بشهادة تصديق إلكتروني؟

إن الإجابة على هذا السؤال تتطلب منا الرجوع إلى توثيق عقد الزواج في قانون الأسرة ومدى مطابقة شهادة التصديق الإلكتروني لشروط توثيق الزواج.

ث - حجية المحرر الرسمي الإلكتروني (شهادة التصديق الإلكتروني) في إثبات الزواج

إن نظام توثيق عقود الزواج إنما وجد للإثبات، والتصدي للادعاءات الكيدية التي تستهدف إنكار الزواج⁽³⁾، وللسند الرسمي حجية قطعية لا تقبل إثبات عكسها إلا بثبوت تزويرها طبقاً لنص المادة 324 مكرر 5 من ق.م. (4). وتنص المادة 324 من ق.م على أن: "العقد الرسمي هو عقد يثبت فيه موظف عام أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو تلقاه من ذوي الشأن طبقاً للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه". وطبقاً لهذا النص وما ورد في القانون 15-04 فإن جهات التصديق الإلكتروني هي شخص طبيعي أو معنوي مكلف بخدمة عامة والشهادة التي

(1) الشريقات محمود عبد الرحيم، المرجع السابق، ص. 204.

(2) بني سلامة محمد خلف، المرجع السابق، ص. 531.

(3) بن شويخ صارة، المرجع السابق، ص. 259.

(4) تنص المادة 324 مكرر 5 من ق.م على أنه: "يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره، ويعتبر نافذاً في كامل التراب الوطني".

تصدرها هي وثيقة رسمية، ونستنتج أيضا من نص المادة 324 من ق.م وجود نوعين من العقود الرسمية.

النوع الأول: عقود رسمية تعاقدية

وهي العقود التي تتم بتطابق الإيجاب والقبول أمام الموثق، مثل عقد البيع والزواج وجاءت بعبارة "ما تم لديه". ولا يطرح إشكالا التراضي في الزواج الذي يتم أمام الموظف العام أو الضابط العمومي طبقا لما جاء في المادة 18 من ق.أ التي نصت على جهتين رسميتين لإفراغ التراضي في الزواج في قالب رسمي وهما ضابط الحالة المدنية والموثق. وتطبق أحكام قانون الحالة المدنية في إجراءات تسجيل عقد الزواج (المادة 21 من ق.أ). وبالرجوع إلى الفقرة 2 من المادة 3 المعدلة بالقانون رقم 08-14 من قانون الحالة المدنية⁽¹⁾ تنص على أنه يكلف ضابط الحالة المدنية بتحرير عقود الزواج، والمادة 71: "يختص بتحرير عقد الزواج ضابط الحالة المدنية أو الموثق الذي يقع في دائرته محل إقامة طالبي الزواج أو أحدهما". والموثق هو الضابط العمومي المفوض من قبل السلطة العمومية يتولى تحرير العقود في شكل رسمي ومنها عقد الزواج وتسجيله في الآجال⁽²⁾.

إذن، من خلال هذه النصوص نجد أن القانون الجزائري حول الاختصاص للجهتين رسميتين لتحرير عقود الزواج دون غيرها هما ضابط الحالة المدنية والموثق.

وتنص المادة 22 من ق.أ: "يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية" وعلى الموثق إرسال العقد في ظرف ثلاثة أيام إلى مصالح الحالة المدنية لتسجيله أما إذا تم العقد أمام ضابط الحالة المدنية فيسجل تلقائيا وبالتالي فوسيلة إثبات الزواج هي التسجيل وليست التوثيق⁽³⁾.

وبإسقاط هذه الأحكام على عقد الزواج الإلكتروني بين شخصين متباعدين فإننا نلاحظ استحالة الحضور المادي لأطراف العقد والموثق أو ضابط الحالة المدنية، وبالتالي فهذه الأحكام غير صالحة لتوثيق الزواج بين غائبين.

⁽¹⁾ القانون رقم 08-14، مؤرخ في 2014/08/9، يعدل ويتمم الأمر رقم 70-20، مؤرخ في 1970/02/19، يتعلق بالحالة المدنية، ج.ر.ج.ج، مؤرخة في 2014/8/20، ع49، ص3 وما بعدها.

⁽²⁾ المادة 3 والمادة 10 من القانون رقم 02-06، مؤرخ في 2006/02/20، يتضمن تنظيم مهنة الموثق، ج.ر.ج.ج، مؤرخة في 2006/03/8، ع14، ص15.

⁽³⁾ بن شويخ صارة، المرجع السابق، ص274.

النوع الثاني: عقود رسمية تصريحيه

هي العقود التي يثبت فيها الموثق ما تلقاه من ذوي الشأن، بمعنى استقبال التصريح غير المخالف للقانون مثل تصريح شرطي، شهادة توثيقية، أو إقرار بالزواج من طرف واحد⁽¹⁾. وهذا النوع من العقود الرسمية⁽²⁾ يظهر لنا من الوهلة الأولى أنه هو الذي يتناسب مع طبيعة عقد الزواج الإلكتروني، وهو الأكثر ملائمة لمجلس العقد الحكمي، كون الكتابة في الإيجاب والموقعة إلكترونيا لا تكفي لإثبات الزواج، ولا تعتبر تصريحا بالزواج، لأن الزواج ينعقد في زمان ومكان تلاوة الإيجاب وصدور القبول لفظا، وإرسال رسالة مكتوبة وموقعة إلكترونيا إلى الموجب بانعقاد الزواج لا يعتبر قبولا وإنما تصريح بانعقاد الزواج، وتعتبر إقرارا في وثيقة رسمية. وإرسال نسخة من الإيجاب الموقع والإقرار الموقع إلى الموثق الإلكتروني، وقيام هذا الأخير بتدوينه في وثيقة رسمية إنما هو فقط تصريح بانعقاد الزواج الشرعي في تاريخ تقريبي.

غير أن إثبات الزواج بالإقرار (التصريح بالزواج من أحد الزوجين أو كلاهما) أو بشهادة الشهود أمام الموثق في العالم المادي، ظهرت فيه عدة إشكالات، ولعل أهمها عدم اعتراف القضاء بهذين العقدين، على أساس أن سماع الشهود هو من اختصاص القضاء، ولا يمكن للموثق القيام بذلك. كما لا يمكنهم اعتماد تقرير الموثق في هذا الشأن لغرض إثبات الزواج واعتبرت المحكمة العليا أن إسناد مهمة سماع الشهود للموثق يعد مخالفة صريحة للقانون⁽³⁾. وهو ما نصت عليه المادة 22 من ق.أ: "... وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي."

وقياسا على ذلك، فإنه لا يمكن الاعتداد بالمحرر الرسمي الإلكتروني الذي تم فيه إثبات زواج إلكتروني مكتوب ولو كان بإقرار من الزوجين وموقع إلكترونيا، أو بشهادة الشهود. وإنما يجب إثباته أمام القضاء طبقا للمادة 22 من ق.أ ويسجل في سجلات الحالة المدنية لكي يكتسب حجية الزواج الرسمي.

(1) بن شويخ صارة، المرجع نفسه، ص.215.

(2) في حالة واحدة نص المشرع على جواز التصريح بعقد الزواج غير المسجل وهي حالة إبرام عقد زواج في بلد أجنبي قانونه المحلي يقبل التصريحات المتأخرة، وبعد أن كانت ذات المادة الاختصاص لرئيس محكمة مدينة الجزائر، أصبح الاختصاص بعد التعديل لرئيس أي محكمة عبر التراب الوطني بإصدار حكم يقضي بتسجيله في السجلات القنصلية؛ المادة 99 من القانون 03-17 مؤرخ في 2017/01/10، يعدل ويتمم الأمر 20-70 المتعلق بالحالة المدنية، ج.ر.ج.ج، مؤرخة في 2017/01/11، ع 02، ص.9 وما بعدها.

(3) المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 90683، بتاريخ 1995/05/25، المجلة القضائية، 1994، ع1، ص.58.

كما رأينا، فإن الإجراءات معقدة، ونصوص قانون الأسرة الجزائري عاجزة عن احتواء التقنية، وحدد قانون الأسرة جهتين لا ثالث لهما هما الموثق وضابط الحالة المدنية لتحرير عقود الزواج، ولا يمكن اعتماد جهات التصديق الإلكتروني لإصدار عقد زواج رسمي. ولكن يمكن اعتماد المحررات الإلكترونية لإثبات الزواج أمام القضاء وتبقى لهذا الأخير سلطة تقديرية في اعتمادها. وإلى جانب الكتابة يمكن أن يسجل التراضي في الزواج بالصوت أو الصوت والصورة، فما مدى حجية هذه التسجيلات في إثبات الرضا في عقد الزواج؟

الفرع الثاني

حجية التسجيل الصوتي والصوتي المرئي في إثبات التراضي

تحتوي الهواتف وما يماثلها من أجهزة اتصال ناقلة للصوت أو الصوت والصورة على مسجلات تحفظ كل ما يدور من حوار بالصوت أو بالصوت والصورة، وتسجيل المكالمات من بدايتها إلى نهايتها لتكون دليلا يرجع إليه وقت الحاجة. وكما سبق أن عرضنا إمكانية تغير الأصوات وحتى تزويرها بالوسائل المسموعة، فإن وسائل الاتصال الحديثة توفر تقنيات تسجل بالصوت والصورة تمكنا من التأكد بأن صاحب الصوت هو الشخص المقصود وليس غيره. ويتم تسجيل الإيجاب والقبول شفاهة وصورة، مع تسجيل حضور الشهود والولي لكي لا يخرج الزواج عن نطاق الشرع. وبالرجوع إلى النظام القانوني الجزائري فإننا نجد أنه لا يعترف بالملفات الصوتية كدليل للإثبات، في حين اعترفت التشريعات الحديثة بالتسجيل الصوتي كطريق للإثبات ولكن اختلفت في حجيته. فمنهم من منحه حجية الإثبات بالكتابة رسمية أو عرفية، وهو ما جاء في قانون الإثبات السوداني لعام 1994⁽¹⁾ في الفقرة الأولى المادة 36 التي عرفت المستندات بأنها: "البيانات المسجلة بطريق الكتابة أو الصوت أو الصورة" وأضافت الفقرة الثانية من نفس المادة: "تكون السندات رسمية أو عادية" ما يفهم منه أن السند الرسمي يمكن أن يكون تسجيلا صوتيا في القانون السوداني.

وذهبت بعض التشريعات إلى منحه حجية الوثيقة العادية، وعلى سبيل المثال نذكر المادة 10 من قانون الإثبات الإنجليزي لعام 1998⁽²⁾، ومنهم من جعله بمثابة إقرار غير قضائي مستقل قاضي الموضوع بتقديره، ويمكن أن يكون هذا الإقرار دليلا كاملا أو ناقصا يعزز بالشهادة أو القرائن أو

⁽¹⁾ قانون الإثبات السوداني رقم 31 لسنة 1994، صادر بمرسوم مؤقت بتاريخ 1993/10/13، جريدة رسمية، ملحق التشريع الخاص رقم 1580، بتاريخ 1993/1/5.

⁽²⁾ عبد الناصر حمزة، المرجع السابق، ص. 129.

اليمن المتممة، بشرط أن يتم هذا التسجيل بعلم المقر حتى يكون له حجة على نفسه⁽¹⁾. ونصت على ذلك بعض التشريعات الحديثة كالفقرة لأولى من المادة 217 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني⁽²⁾ التي جاء فيها: "يجوز أن يستخلص الإقرار غير القضائي من تصريح الخصم المسجل بعلمه على شريط مغناطيسي" وفي حالة إنكار الخصم التصريح المسند إليه، فقد أضافت نفس المادة في فقرتها الثانية بأنه يجوز للقاضي أن يلجأ إلى تدقيق الصوت بواسطة خبير.

والراجح هو إعطاء التسجيل الصوتي أو الصوتي المرئي حجية الوثيقة العرفية كون التسجيل يكون للإيجاب والقبول ومعاصرا لإنشاء العقد، وفي حالة الإنكار فإنه يمكن اللجوء إلى الخبرة للتأكد من عدم وجود تزوير في الأصوات. وبعد التأكد من خلوه من الحيل والتزوير، فإنه يمكن للقاضي اعتماده كدليل لإثبات الصيغة اللفظية لعقد الزواج وتطابق الإيجاب مع القبول واكتمال مجلس العقد بشروط صحته.

ولكثرة استخدام التسجيل الصوتي والمرئي في عصر التقنية لغرض تسجيل التراضي في العقود، ليكون حجة في حالة النزاع، فإننا ندعو المشرع الجزائري إلى إعادة النظر في قواعد الإثبات، والنص على حجيته صراحة في القانون المدني، خاصة بعد الاعتراف بالمحاكمة الافتراضية بالقانون 03-15 وتسجيل المحاكمات وحفظها مسجلة بالصوت والصورة. والراجح هو حذو ما حذا إليه المشرع الإنجليزي من اعتبار حجيته هي حجية الوثيقة العادية.

الفرع الثالث

البينة

عن ابن عباس رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: "لَا نِكَاحَ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ"⁽³⁾ ويطلق اصطلاح البينة على شهادة الشهود، وهي وسيلة الإثبات الأكثر اعتمادا في إثبات الزواج. وكان مجموعة من الفقهاء المعاصرين قد عارضوا إبرام عقد الزواج بالوسائل الحديثة للاتصال لسبب عدم إمكان الإشهاد عليه، وتوصلنا إلى أن الإشهاد على الزواج أصبح ممكنا مع التطور التقني لوسائل الاتصال وخاصة السمعية المرئية. وبالنسبة لقانون الأسرة، فلا يكفي تطابق الإيجاب والقبول لصحة عقد الزواج، وإنما يجب توفر شروط صحته المنصوص عليها في المادة 9 من ق.أ، ومنها الإشهاد، وإذا تخلف هذا

(1) عبد الناصر حمزة، المرجع السابق، ص. 129.

(2) المرسوم الاشتراعي رقم 90-83، يتضمن قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني الصادر، مؤرخ في 16/09/1983، المعدل والمتمم.

(3) الترميذي محمد بن عيسى بن سورة، المرجع السابق، كتاب النكاح، باب ما جاء لا نكاح إلا ببينة، ص. 261.

الشرط كان الزواج فاسداً، ورتب المشرع فسخ هذا العقد قبل الدخول، وثبوته بعد الدخول بصدادق المثل في الفقرة 2 من المادة 33 من ق.أ. وهذه العناية من المشرع الأسري ترجع لشرف محل عقد الزواج، وخطورة آثاره المتعلقة بالأعراض، والأنساب، وثبوت النسب، والإرث⁽¹⁾ وغير ذلك.

ويشترط في الإشهاد على الزواج الذي يتم فيه التراضي بالوسائل المكتوبة، أن يكون في زمان ومكان مجلس عقد الزواج الحكمي، بمعنى مجلس تلاوة الإيجاب لفظاً وصدور القبول المطابق له، مع إطلاع الشهود على الرسالة التي تحمل الإيجاب، وتوقيع الموجب إن وجد، واسمه أو عنوان بريده الإلكتروني، هذه الشهادة يمكن الاعتماد عليها لإثبات الزواج أمام القضاء.

وينعقد الزواج بوسائل الاتصال السمعية كالهاتف وما يماثله بتطابق الإيجاب مع القبول لفظاً، وبسماع الطرفين لبعضهما. وباعتبار الزواج لا ينعقد صحيحاً إلا بحضور الشهود وسماعهم للصيغة؛ فقد وفر التطور العلمي هواتف ذات جودة عالية تمكن العاقدين وكل الحاضرين مجلس العقد من سماع الصيغة بفضل تقنية مكبر الصوت، بل ومشاهدة العاقدين والشهود باستخدام الكاميرا وكأنهم حاضرين مجلس العقد حقيقة، وهذه الحالة الأخيرة لا تثير إشكالات في الإشهاد عليها، فالشاهدين يمكنهم مشاهدة العاقدين، وسماع الصيغة فور صدورهما. وفي حال رفعت دعوى إثبات الزواج، فإن الشاهدان يقومان بالإدلاء بما سمعوا ورأوا. ولكن الحالة التي تثير إشكالات في إثبات الزواج، هي سماع الشاهدين للصيغة بالوسائل المسموعة دون إمكانية رؤية العاقدين.

وفي نفس السياق، وقياساً على شهادة الأعمى؛ ذهب الجمهور إلى صحة الزواج إذا كان شاهد أعمى، كون الشاهد يشهد على ما سمع واشتروطوا أن يتيقن من الأصوات. أما الحنفية والصحيح في الشافعي فقالوا بعدم جواز شهادة الأعمى في عقد الزواج لشبهة عدم تمييز الأصوات⁽²⁾.

ونرجح قول الحنفية وصحيح الشافعية، خاصة مع خطورة تقليد الأصوات وتزايدها في ظل التطورات العلمية والتقنية، ونرى باستبعاد الإشهاد على الزواج بالوسائل المسموعة كدليل إثبات أمام القضاء، أو تعزيزها بدليل إثبات آخر كتوجيه اليمين للمدعي. ويستحسن عدم اللجوء إلى إبرام عقود

(1) بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.426.

(2) "اتفق الشافعي والكوفي على أن شهادة الأعمى مردودة إذا كان يوم دخوله في الشهادة أعمى، فيما عدا الأنساب والترجمة للقاضي"؛ أنظر، ابن القاص أبو العباس أحمد بن أبي أحمد الطبري، أدب القاضي، تحقيق، حسين خلف الجبوري باب شهادة المملوك، ج1، ط1، مكتبة الصديق للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 1989، ص.304؛ ابن الملقن عمر بن علي بن أحمد بن محمد المصري الشافعي، المرجع السابق، ص.150؛ مازن مصباح صباح، المرجع السابق، ص.135.

الزواج بالوسائل المسموعة مادام يوجد البديل الأحسن، لأنّ الوسائل الحديثة توفر تقنيات أكثر أمانا مثل مؤتمر الفيديو، تمكن من سماع الشهود للصيغة، وفي نفس الوقت تأكدهم من شخصية العاقدين بالمشاهدة.

وبالرجوع إلى الاجتهاد القضائي، قرّرت المحكمة العليا بتاريخ 27 مارس 1989 أنه: "من المقرر شرعا أن الزواج لا يثبت إلا بشهادة العيان التي يشهد أصحابها أنهم حضروا قراءة الفاتحة أو حضروا زفاف الطرفين، أو بشهادة السماع التي يشهد أصحابها أنهم سمعوا من الشهود وغيرهم أن الطرفين كانا متزوجين..."⁽¹⁾

فالقضاء اشترط الشهود العيان الذي حضروا مجلس عقد الزواج حتى تقبل شهادتهم كدليل إثبات، وهذا الشرط توفره وسائل الاتصال السمعية المرئية دون السمعية منها.

أما قانون الأسرة فنجده قد نص في المادة 22 المعدلة منه "...وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي" دون النص على وسائل إثبات هذا الزواج أمام القضاء. والقضاء الجزائري مستقر على إثبات الزواج العرفي بشهادة الشهود⁽²⁾، وتقبل شهادة الأقارب⁽³⁾ أو شهادة رجل وامرأتان⁽⁴⁾.

مما تقدم، فإنّ الإشهاد على الزواج الذي يتم التراضي فيه باستخدام وسائل الاتصال الحديثة، يعتبر دليلا لإثبات الزواج متى تمكن الشهود من مشاهدة العاقدين، وسماعهم للصيغة مع تسمية الصداق وحضور الولي ويجوز أن يكون الشاهدان من أقارب الزوجين، كما يمكن أن يكونوا رجلا وامرأتين.

زيادة على ما سبق، قد يلجا الشخص إلى القضاء ويقرّ بأنه أبرم عقد زواج في عالم افتراضي غير واقعي، فهل يمكن للقاضي الحكم بإثبات الزواج بناء على ذلك؟

⁽¹⁾ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1989/03/12، قرار رقم 53272، المجلة القضائية، 1990، ع3، ص.82.

⁽²⁾ المبدأ: "يجوز إثبات الزواج العرفي بشهادة الشهود واليمين المتممة"؛ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2008/02/13، ملف رقم 424799، م.م.ع، 2008، ع2، ص.307.

⁽³⁾ نصت المادة 1/153 من ق.أ.م.أ: "لا يجوز سماع أي شخص كشاهد إذا كانت له قرابة أو مصاهرة مباشرة مع أحد الخصوم" وأضافت الفقرة 4 من نفس المادة: "غير أن الأشخاص المذكورين في هذه المادة، باستثناء الفروع، يجوز سماعهم في القضايا الخاصة بحالة الأشخاص والطلاق".

⁽⁴⁾ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2007/02/14، ملف رقم 381880، م.م.ع، 2007، ع2، ص.483؛ وجاء في قرار آخر: "من المستقر عليه أنه يجوز سماع شهادة الأقارب في قضايا الزواج والطلاق" المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1998/03/17، ملف رقم 188707، اجتهاد قضائي، عدد خاص، 2001، ص.50.

الفرع الرابع

الإقرار

الإقرار سيّد الأدلّة، وهو تصرف انفرادي ويثبت به الحق⁽¹⁾، وعرفته المادة 341 من ق.م.ب. بأنه: "اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه، وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة". والإقرار وسيلة إثبات قاطعة قاصرة على المقرّ طبقاً للفقرة الأولى من المادة 342 من ق.م.ب. انطلاقاً من هذه النصوص القانونية، فإنه يمكن أن ينصب الإقرار على عقد الزواج بأن يعترف أحد الزوجين بأنه زوج للآخر فيعد دليلاً كافياً لإثبات الزواج على أن لا يعتبر منشئاً له بل كاشفاً عنه⁽²⁾.

وطبقاً للقواعد العامة، إذا ادعى شخص على آخر شيئاً، فالمدعى عليه إما أن يقر أو ينكر، فإن أقر لزمته دعوى صاحبه وإن أنكر يطالب المدعي بإثبات دعواه، فإن أثبتتها لزم المدعي عليه، وإن عجز وطلب تحليف المدعي فله ذلك طبقاً للمادة 348 من ق.م.ب.⁽³⁾ والمدعي إما أن يحلف أو يمتنع عن اليمين. فإن حلف سقطت الدعوى وإن امتنع لزم المدعي، وتدخل دعوى إثبات الزواج تحت هذا السير⁽⁴⁾.

فإذا ادعى رجل على امرأة أنها زوجته، فإما أن تُقرّ، أي تصدقه في دعواه أو تنكر أي تكذبه، فإن صدقته لزمها الزواج، وإن كذبت يطالب بإثبات دعواه، فإن أثبتتها بأن أقام بيّنة تشهد له كما يدعي تثبت دعواه ولزمها الزواج أيضاً، وإن عجز عن إقامة البيّنة، وطلب يمينها على نفي دعواه، فله ذلك، فإن حلفت سقطت الدعوى وإن نكلت عن اليمين لزمها ما يدعي به⁽⁵⁾.

وهكذا، فإن الإقرار من طرق الإثبات في الزواج، وعلى من يقر بأنه أبرم عقد زواج عبر وسائل الاتصال السمعية أو السمعية المرئية كالمسجّر وغيره من الوسائل المكتوبة، أن يقر أيضاً بأنه لم ينتحل أحد شخصيتهما، وأن الزواج نشأ صحيحاً، وبذلك لا يحتاج القاضي إلى التثبت من

(1) أنظر، زيد حنش عبد الله، وسائل الإثبات، مجلة البحوث القضائية، المحكمة العليا، صنعاء، جوان 2007، ع7، ص.145.

(2) بن شويخ صارة، المرجع السابق، ص.331.

(3) جاء في قرار للمحكمة العليا أنه: "يجوز إثبات الزواج العرفي بشهادة الشهود واليمين المتممة"، المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2008/02/13، قرار رقم 424799، م.م.ع، 2008، ع2، ص.307.

(4) أنظر، الأبياني محمد زيد، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، تحقيق محمد خالد جمال رستم، ج1، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006، ص.225.

(5) الأبياني محمد زيد، المرجع السابق، ص.225.

الوسيلة الإلكترونية فيكتفي بالإقرار⁽¹⁾. وتبقى للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تقدير أدلة إثبات الزواج.

يتضح مما سبق، أنه وبالرغم من إمكانية إثبات عقد الزواج المبرم بوسائل الاتصال الحديثة، إلا أنه لا يخلو من الجحود والغش والتزوير، والحل في نظرنا هو الإسراع إلى عصرنة الإدارة والتشريع تماشياً، مع روح الشريعة الإسلامية في تحقيق مصالح الإنسان، ورغبة المواطن وراحته، والحصول على وثيقة تثبت عقد الزواج بصفة قطعية، وخاصة الأشخاص الذين تحول بينهم وبين إبرام عقود زواجهم ظروف قاهرة تمنعهم من الرجوع إلى محل إقامتهم، وهو ما يتماشى مع فلسفة المشرع في إلغاء الوكالة في الزواج بالقانون 05-02.

وقد وضعت الجزائر الأسس الأولى للحكومة الإلكترونية، بمبادرة وزارة الداخلية والجماعات المحلية التي أطلقت ورشة كبرى لعصرنة الإدارة المركزية والجماعات المحلية، وكانت البداية بإطلاق جواز السفر الإلكتروني والبيومتري، وإطلاق بطاقة التعريف الإلكترونية والبيومترية. ولكن تبقى بحاجة إلى تفعيل يتماشى مع خصوصية عقود الأحوال الشخصية، وذلك بوضع إطار قانوني وتنظيمي وتوفير وسائل تقنية وتأهيل أيادي عاملة للحكومة الإلكترونية. حيث ترتبط جميع مؤسسات الدولة الحكومية مع بعضها البعض، وتكون قادرة على توفير مصداقية لعقد الزواج عبر هذه الوسائل، وهذا ممكن في إبرام عقود الزواج للأشخاص المقيمين في نفس الدولة⁽²⁾. أما بالنسبة للأشخاص المقيمين خارج حدود الدولة فالأمر يحتاج إلى مزيد من الدراسات والاتفاقيات التي تعكس جهود الدول في التخفيف من عناء المواطن.

والحقيقة، أن الإنسان المعاصر الذي أقحم التكنولوجيا في مجالات حياته كان بغرض تطوير ذاته، وتطوير المجتمع، فكان لها دور كبير في اختصار المسافات والزمن، لكن خصوصية عقد الزواج تدفع إلى التريث قبل إصدار الأحكام، هذا لخطورة هذا العقد وخطورة الآثار الناجمة عنه. وأكثر من ذلك، لم يكف إقحام الوسائل التكنولوجية في العلاقات الخاصة، ومحاولة تطبيق الأحكام العامة عليها، لانعدام النصوص الخاصة طبعاً، بل إن الإنسان تأثر بالتطورات الطبية والبيولوجية، فمنها ما كان له دور إيجابي ومنها ما انعكس سلباً على حرمة الجسم البشري، وهي الأخرى، برز بوضوح تأثيرها على بناء الزواج، وهو ما سوف نتناوله في الفصل الموالي.

(1) أنظر، عبد العزيز بن إبراهيم الشبل، الإثبات الإلكتروني في النكاح والطلاق، مجلة قضاء، المملكة العربية السعودية، 2012، ع1، ص.293.

(2) محمد بني سلامة، المرجع السابق، ص.528.

الفصل الثاني

التطورات الطبية والبيولوجية وأثرها على بناء عقد الزواج

تسهر الدولة بسلطانها على حماية الحق في الصحة، من خلال تفعيل المبادئ الواردة في الدستور وفي النصوص القانونية، ونشر الوعي بأهمية الوقاية من الأمراض لبناء جيل يتمتع بصحة جيدة. لذلك، فهي تسخر قوى مادية وبشرية تعمل دائما على تحسين جودة الخدمات المقدمة إلى الشعب، وهذا لن يتأتى إلاّ بمسايرة التطورات الطبية والبيولوجية.

كما تساهم الأسرة بقدر كبير في تكوين مجتمع سليم من النواحي الصحية والنفسية والدينية، ويبدأ هذا المخطط ببناء الزواج بين شخصين سليمين، رجل وامرأة، واستنكار ممارسات الشذوذ الجنسي، التي تنقل الأمراض الخبيثة والمستعصية. وكانت لحالات الشذوذ القدرة على زعزعة بعض الأنظمة القانونية بأن أضفت عليها شرعية ومنحتها حقا في تكوين أسرة، وهو ما يجعلنا نطرح العديد من الأسئلة، هل نجد للمثلية الجنسية تفسيراً عند أهل الطب؟ وهل يمكن للجزائري إبرام عقد زواج مع مثلي في دولة تسمح بهذا الزواج بالرغم من مخالفته للنظام العام الجزائري ولأحكام الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري؟ وغيرها من التساؤلات التي تطرح باستمرار بشأن هذا الزواج.

كما حظيت حالة الخنثى ببحوث مستفيضة فقهية وطبية تناولت تكوينه البيولوجي والفيزيولوجي وأثره على الزواج، وساهمت عمليات التصحيح الجنسي للخنثى في ظهور وتطور عمليات التغيير الجنسي التي وإن كنا نراها خارجة عن الطبيعة، إلا أنّ الأشخاص الذين يجرؤون أصبحوا يتمتعون بمركز قانوني يسمح لهم بالزواج في بعض الدول. ولكن، هل يتزوج على أساس جنسه الأصلي؟ أم على أساس جنسه الجديد الذي سائر جنسه البسيكولوجي؟ كل هذه الحالات سوف نتناولها في الركن البيولوجي لعقد الزواج في ظل المستجدات الطبية في المبحث الأول.

ودائما في إطار الحرص على الصحة العامة، وفي محاولة لتجنب ما قد ينتج عن الزواج من أمراض معدية ووراثية تنتقل إلى الزوجين والأولاد، استحدث المشرع الجزائري الشهادة الطبية في عقد الزواج، التي لم يتفق الفقه على جواز الإلزام بها بالرغم من ثبوت فوائدها على صحة أفراد الأسرة، ولغاية اكتمال الفائدة نخصص للفحص الطبي للمقبلين على الزواج المبحث الثاني.

المبحث الأول

الركن البيولوجي في عقد الزواج في ظل المستجدات الطبية

قضت حكمة الله تعالى أن يتميز الرجل عن المرأة في الطباع والخلقة، وجعل فيهما غرائز تجذبهما إلى بعضهما، لذلك ومنذ الأزل تعتبر المرأة زوجا للرجل والرجل زوجا لها، فاعتبر هذا الاختلاف في الجنس لأطراف عقد الزواج أساس هذه العلاقة (المطلب الأول). غير أنه قد يولد شخص بغموض في أعضائه الجنسية وبعد بلوغه يرغب في الزواج، والحقيقة أن هذا الموضوع لم يعد يثير إشكالا مع تطور الجراحات الطبية التي تساعد الشخص في تثبيت جنسه وسوف نتناول هذا الموضوع تحت عنوان دور الحقائق العلمية في تحديد جنس الخنثى وحكم تزويجه (المطلب الثاني). ولم يقتصر تدخل العلم في تثبيت جنس الشخص المختلط الجنس، وإنما سايرت الحالات الشاذة المصابة باضطراب في الهوية الجنسية، وتدخل العلوم الطبية زعزع استقرار إنشاء الزواج على الرجل والمرأة لتتوجه التقنيات الحديثة نحو الاعتراف بزواج المغير الجنسي والزواج المثلي (المطلب الثالث).

المطلب الأول

الاختلاف الجنسي لأطراف عقد الزواج

يبدو واضحا اشتراط الشريعة الإسلامية والقوانين العربية أن يكون أطراف عقد الزواج من جنس مختلف، وهذا الأمر من المسلمات، فحكمة الله في جعل الرجل زوجا للمرأة، وكل واحد منهما مكملا للآخر قد أثبتتها العلوم الحديثة من خلال اكتشاف الفروق البيولوجية بينهما. ولغرض التمييز بين المصطلحات، يتعين علينا تعريف الجنس والرجل والمرأة (الفرع الأول) ثم نورد بعض الأدلة التي تعتبر الرجل زوجا للمرأة (الفرع الثاني)، لنبحث بعد ذلك عن الفروق البيولوجية بين الرجل والمرأة (الفرع الثالث)، لنبين أخيرا الأدلة القانونية لاعتبار الرجل والمرأة أطرافا لعقد الزواج (الفرع الرابع).

الفرع الأول

تعريف الجنس، الرجل والمرأة

هذه المصطلحات وان كانت تبدو بديهية إلا أن الموضوع يستدعي تعريف الجنس (أولا)، وتعريف الرجل (ثانيا) والمرأة (ثالثا).

أولاً: تعريف الجنس

الجنس، اسم مذكر، وهو جميع المواصفات التي تميز الذكر عن الأنثى⁽¹⁾، والجنس هو الضرب من الشيء وهو أعظم من النوع⁽²⁾.

ولقد ارتبط معنى الجنس بالمعطيات البيولوجية الفطرية الثابتة للفرد، وبناء عليها يتم التمييز بين الذكر والأنثى. وإلى جانب ذلك، ظهر ما يعرف بالنوع الاجتماعي (GENDER) الذي يرتبط بالتطور الحضاري والثقافي والدور الاجتماعي. ومصطلح الجندر يدل على وصف الخصائص التي يحملها الرجل والمرأة كصفات مركبة اجتماعيا، وهو ليس بنية طبيعية، ولا حتمية بيولوجية أو مشيئة إلهية، بل هو تركيبة اجتماعية وتوجه ثقافي لا علاقة له بالتكوين الجنسي البشري⁽³⁾،

ومن جانب القانون، لا يوجد تعريف شامل للجنس، لأنه فكرة غير ثابتة، غير أكيدة، معقدة، يتكون من عناصر وراثية، تشريحية أو تشكيلية، هرمونية غددية، بالإضافة إلى عناصر نفسية، ونفسية اجتماعية⁽⁴⁾.

ثانياً: تعريف الرجل

الرجل هو الذكر من الإنسان ساعة يولد إلى ما بعد ذلك، أو هو رجل إذا احتلم وشبَّ وهذا الأعراف والأشهر⁽⁵⁾. والرجل خلاف المرأة والجمع رجال ورجالات⁽⁶⁾.

والذكر الكامل الذكورة هو الشخص الذي تحمل صبغيات خلاياه الصفة الذكورية (xy)، ووجدت له خصيتان وأعضاء داخلية ذكورية، وأعضاء خارجية ذكورية كاملة النمو أو ناقصة قابلة للتحفيز بفعل هرمون ذكري، بالإضافة إلى شعوره بالانتماء إلى صنف الرجال وتعامله اجتماعيا بذلك⁽⁷⁾.

(1) Cf, Jacques QUEVAUVILLIERS, Dictionnaire médical de poche, 2^e édition, Masson, Paris, 2007, p. 434.

(2) الجوهري أبي نصر إسماعيل بن حماد، المرجع السابق، ص. 205؛ ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، مجلد 6، ص. 43.

(3) أنظر، بوجعدار هاني، زواج المثليين في الشرائع السماوية والمواثيق الدولية، مجلة الشهاب، معهد العلوم الإسلامية، جامعة الوادي، 2017، ع 6، ص. 150.

(4) أنظر، مكروloff وهيبية، الأحكام القانونية لنظام تغيير الجنس، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2015-2016، ص. 10.

(5) أنظر، أحمد رضا، معجم متن اللّغة، المجلد 02، دار مكتبة الحياة، بيروت، 1958، ص. 556.

(6) الجوهري أبي نصر إسماعيل بن حماد الجوهري، المرجع السابق، ص. 430.

(7) مكروloff وهيبية، المرجع السابق، ص. 21.

ثالثا: تعريف المرأة

أما امرأة فهي تأنيث امرئ، وللعرب في المرأة ثلاث لغات، يقال: هي امرأته، ومراثة، وهي مرته، وفي حديث علي كرم الله وجهه لما تزوج فاطمة رضوان الله عليهما: قال له يهودي أراد أن يبتاع منه ثيابا، لقد تزوجت امرأة، يريد امرأة كاملة، كما يقال فلان رجل، أي كامل في الرجال بين الرجولية⁽¹⁾. والأنثى الكاملة الأنوثة: هي من كانت تحمل كروموسومات خلايا جسدها الصفة الأنثوية (XX) ولديها مبيضان، والأعضاء الداخلية أنثوية، والأعضاء الخارجية كاملة النمو أو ناقصة يمكن تحريضها بهرمون أنثوي، وتشعر بأنها أنثى وتتعامل مع الغير كذلك⁽²⁾.

الفرع الثاني

الأدلة الشرعية لاعتبار الرجل والمرأة أطرافا لعقد الزواج

إنّ النظام الطبيعي للتكاثر يستلزم وجود الذكر والأنثى، وهو ما جاء به القرآن الكريم في عدة آيات، فيقول تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى...﴾⁽³⁾. وركز القرآن الكريم في كثير من الآيات على بيولوجية العملية الجنسية بين الرجل والمرأة من حيث أنها أحد معجزات خلق الإنسان الدالة على عظمة الخالق في قوله تعالى: "الْمَ يَكُ نُطْفَةً مِنْ مَنِيٍّ يُمْنَى ﴿٣٣﴾ ثُمَّ كَانَ عَلَقَةً فَخَلَقَ فَسَوَّى ﴿٣٤﴾ فَجَعَلَ مِنْهُ الزَّوْجَيْنِ الذَّكَرَ وَالْأُنْثَى ﴿٣٥﴾".⁽⁴⁾ ويبيّن في عدة آيات أن الذكر هو زوج الأنثى مثل قوله تعالى: ﴿وَأَنَّهُ خَلَقَ الزَّوْجَيْنِ الذَّكَرَ وَالْأُنْثَى ﴿٥١﴾﴾⁽⁵⁾. أي ابتدع سبحانه وتعالى إنشاء الزوجين الذكر الذكر والأنثى، وجعلهما زوجين، لأن الذكر زوج الأنثى والأنثى له زوج، ويكون كل واحد منهما زوجا للآخر⁽⁶⁾.

وذمّ القرآن الكريم اللواط واعتبره فاحشة وعدوانا على الفطرة وحدود الله ونظامه في الكون في قوله تعالى: ﴿وَلَوْطًا إِذْ قَالَ لِقَوْمِهِ إِنِّي أَنذَرْتُكُمْ الْفَلْحِشَةَ مَا سَبَقَكُمْ بِهَا مِنْ أَحَدٍ مِنَ الْعَالَمِينَ ﴿٨١﴾ إِنكُمْ لَتَأْتُونَ الرِّجَالَ شَهْوَةً مِنْ دُونِ النِّسَاءِ بَلْ أَنْتُمْ قَوْمٌ مُّسْرِفُونَ ﴿٨٢﴾ وَمَا كَانَ جَوَابَ قَوْمِهِ إِلَّا أَنْ قَالُوا هَذَا جُوهٌ مِنْ

(1) ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، مجلد1، ص.156؛ الزمخشري، المرجع السابق، باب الرء، ص.340.

(2) مكروloff وهيبه، المرجع السابق، ص.21.

(3) سورة الحجرات، الآية رقم 13.

(4) سورة القيامة، الآيات من رقم 36 إلى 39.

(5) سورة النجم، الآية رقم 45.

(6) الطبري، المرجع السابق، ص.155.

قَرَيْتِكُمْ إِنَّهُمْ أَنَاسٌ يَتَطَهَّرُونَ ﴿٨٢﴾ فَأَنْجَيْنَاهُ وَأَهْلَهُ إِلَّا أُمَّرَأَةً رَكَتْ مِنَ الْغَدِيرِينَ ﴿٨٣﴾ وَأَمْطَرْنَا عَلَيْهِمْ مَطَرًا فَأَنْظُرْ كَيْفَ كَانَ عَاقِبَةُ الْمُجْرِمِينَ ﴿٨٤﴾ (1).

وتعرض القرآن الكريم إلى أهداف وفوائد العلاقة الزوجية مؤكدا على أنهما رجل وامرأة في قوله تعالى: ﴿... هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ...﴾ (2). وقوله أيضا: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً...﴾ (3) فخلق سبحانه وتعالى حواء من ضلع آدم عليه السلام، وسائر الناس من نطف الرجال والنساء، فبدأ أولا بخلق النفس، ثم بخلق الزوج، لأنه لا يتم التناسل إلا بالزواج (4). وقوله تعالى أيضا: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ...﴾ (5). وكلها آيات تؤكد بأن الزواج لا يكون إلا بين ذكر وأنثى.

وكما هو معلوم، تمثل سنة المصطفى النبوية الشريفة المصدر الثاني من مصادر التشريع بعد القرآن الكريم فيقول تعالى: ﴿لَقَدْ كَانَ لَكُمْ فِي رَسُولِ اللَّهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ لِمَنْ كَانَ يَرْجُوا اللَّهَ وَالْيَوْمَ الْآخِرَ وَذَكَرَ اللَّهَ كَثِيرًا﴾ (6)، فزواج الرجل بالمرأة حاجة فطرية سار عليها الرسل والأنبياء لقوله تعالى: "وَلَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلًا مِنْ قَبْلِكَ وَجَعَلْنَا لَهُمْ أَزْوَاجًا وَذُرِّيَّةً وَمَا كَانَ لِرَسُولٍ أَنْ يَأْتِيَ بِبَيِّنَةٍ إِلَّا بِإِذْنِ اللَّهِ لِكُلِّ أَجَلٍ كِتَابٍ" (7).

وزوجات محمد ﷺ هن نساء، وهن أمهات المؤمنين، فكانت أولى زوجاته خديجة بنت خويلد رضي الله عنها، وبعد وفاتها بأيام تزوج من سويدة بنت زمعة القرشية، ثم تزوج عائشة بنت أبي بكر الصديق، ثم حفصة بنت عمر بن الخطاب رضي الله عنه، ثم تزوج زينب بنت خزيمة بن الحارث القيسية، ثم تزوج أم سلمة، وغيرهن من أمهات المؤمنين ولا خلاف أنه توفي عن تسع زوجات (8).

(1) سورة الأعراف، الآيات من رقم 80 إلى 84.

(2) سورة البقرة، الآية رقم 187.

(3) سورة الروم، الآية رقم 21.

(4) أنظر، محمد بن صالح العثيمين، تفسير القرآن الكريم، سورة الروم، ط1، مؤسسة محمد صالح ابن العثيمين الخيرية، المملكة العربية السعودية، 1436هـ، ص. 107.

(5) سورة الأحزاب، الآية رقم 49.

(6) سورة الأحزاب، الآية رقم 21.

(7) سورة الرعد، الآية رقم 38.

(8) لمزيد من التفصيل حول زوجات النبي محمد ﷺ أنظر، ابن القيم الجوزية شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر الزرعي الدمشقي الحنبلي، زاد المعاد في هدي خير العباد، تحقيق شعيب الأرنؤوط وعبد القادر الأرنؤوط، ج1، فصل في أزواجه ﷺ، ط3، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1998، ص. 102.

وكانت حواء زوجة أول خلق الله أبونا آدم عليه السلام، وكان زواج الأنبياء عليهم السلام من نساء كزواج إبراهيم عليه السلام من سارة وهاجر. وهذه سنة الله في خلقه أن الذكر زوج الأنثى. كما وردت عدة أحاديث نبوية نستوحي منها أن العلاقة الزوجية تكون بين رجل وامرأة، منها ما روي عن أنس أن نفر من أصحاب النبي ﷺ سألوا أزواج النبي ﷺ عن عمله في السر؟ فقال بعضهم: لا أتزوج النساء، وقال بعضهم لا آكل اللحم، وقال بعضهم: لا أنام على فراش، فحمد الله وأثنى عليه وقال: "ما بال أقوام قالوا كذا وكذا؟ لكني أصلي وأنام، وأصوم وأفطر، وأتزوج النساء، فمن رغب عن سنتي فليس مني" (1).

وروي عن جابر ابن عبد الله أن رسول الله ﷺ قال في خطبة حجة الوداع: "...فاتقوا الله في النساء فإنكم أخذتموهن بأمان الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله، ولكم عليهن ألا يوطئن فرشكم أحد تكرهونه فإن فعلن ذلك فاضربوهن ضربا غير مبرح، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف" (2). فأحل الله تعالى فروج النساء للرجال بالزواج، وهذه الأحاديث الشريفة كلُّها دلائل على اعتبار الاختلاف في الجنس هو أساس بناء الأسرة وتحقيق مقاصد الزواج.

كما اتفقت أمة محمد ﷺ على أن عقد الزواج لا يتم إلا إذا كان أطرافه رجل وامرأة تحل له شرعا بمعنى خالية من الموانع الشرعية. أما العلاقة بين شخصين من نفس الجنس فهي شذوذ ولا يمكن أن ترقى إلى زواج، لأنه لا العقل ولا المنطق يصدق بهذا الزواج.

الفرع الثالث

الفروق البيولوجية بين الرجل والمرأة

اعتمد فقهاء الشريعة الإسلامية على الملاحظة المجردة للتمييز بين الرجل والمرأة وخاصة في مرحلة البلوغ (أولا)، أما العلوم الطبية فتثبت لنا وجود اختلافات بيولوجية بين جسم الرجل وجسم المرأة، سواء في المظهر الخارجي أو في التكوين الداخلي الذي بينه علم التشريح (ثانيا).

أولا- معايير تمييز الفقه الإسلامي بين الرجل والمرأة

إن التصميم الذي خص به سبحانه وتعالى الرجل غير ذلك الذي خص به المرأة، فبالرغم من أنهما متساويان من حيث التشريف والتكليف، إلا أن بينهما فروقا شاسعة في الخصائص الفيزيائية

(1) أنظر، أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، كتاب النكاح، باب استحباب النكاح لمن تاقت نفسه إليه ووجد مؤنة واشتغال من عجز عن المؤمن بالصوم، المجلد الأول، حديث رقم 1401، ط1، دار طيبة، الرياض، 2006، ص.631.

(2) أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، المرجع نفسه، المجلد الأول، كتاب الحج، حديث 1218، ص.558.

والنفسية والاجتماعية وكذا الإدراكية⁽¹⁾. فبالرغم من اختلافهما إلا أنهما يكملان بعضهما البعض كما يكمل الليل النهار وفي ذلك قوله تعالى: ﴿وَاللَّيْلِ إِذَا يَغْشَىٰ وَالنَّهَارِ إِذَا تَجَلَّىٰ ۖ وَمَا خَلَقَ الذَّكَرَ وَالْأُنثَىٰ ۖ إِنَّ سَعْيَكُمْ لَشَتَّىٰ﴾⁽²⁾. أقسم سبحانه وتعالى بصفة الخلق، وخص الذكر والأنثى لما فيهما من بديع صنع الله، وأن أصل التذكير والتأنيث هو أمر فوق إدراك وقوى البشر⁽³⁾.

وتظهر الفروق البيولوجية بجلاء بين الجنسين في مرحلة حساسة تبدأ فيها تغيرات جسدية وإفرازات داخلية تنعكس بآمرات طبيعية تسهل التمييز بين الذكر والأنثى، وهذه المرحلة هي ما اصطلاح عليه بالبلوغ عند فقهاءنا رحمهم الله، فاعتبروه مرحلة لانتهاء الصغر.

والبلوغ لغة هو الوصول، والبالغ والبالغة هو المدرك من الغلام والجارية. أما اصطلاحاً فهو علامة انتهاء الصغر للإنسان ليحكم عليه الشارع بالتكاليف الشرعية وارتفاع حجره عن التصرفات⁽⁴⁾. وقد ذكر فقهاء الشريعة الإسلامية علامات للبلوغ مشتركة بين الإناث والذكور (أ) وعلامات أخرى خاصة بالأنثى (ب).

أ- علامات البلوغ المشتركة بين الإناث والذكور

1- الإنزال والاحتلام

هو علامة من علامات البلوغ المشتركة بين الإناث والذكور، وهو خروج المني، أي الماء الدافق الذي يخلق منه الولد، سواء في يقظة أو في منام، بجماع أو احتلام أو غير ذلك⁽⁵⁾، وظهور الماء في اليقظة الذي يكون به الحمل فيصير الذكر به أباً والأنثى أما، وهو بلوغ لا خلاف فيه من أحد⁽⁶⁾ ويقول تعالى: ﴿وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمْ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَعْدُوا...﴾⁽⁷⁾.

(1) أنظر، محمد راتب النابلسي، الفرق بين الذكر والأنثى؛ <http://www.nabulsi.com> 2017/02/09، 23:00.

(2) سورة الليل، الآيات من رقم 1 إلى 4.

(3) أنظر، محمد الأمين بن محمد المختار الجكني الشنقيطي، أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن ومعه التمه، ج9، ط2، المؤسسة السعودية (مطبوعة المدني)، 1980، ص.254-255.

(4) أنظر، محمد عميم الإحسان المجددي البركتي، التعريفات الفقهية، دار الكتب العلمية، بيروت، 2002، ص.42-46.

(5) بن قدامة موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد المقدسي الجماعلي الدمشقي الصالحي الحنبلي، المرجع السابق، ج6، كتاب الحجر، ص.597.

(6) بن قدامة موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد المقدسي الجماعلي الدمشقي الصالحي الحنبلي، المرجع نفسه، ج6، كتاب الحجر، ص.597.

(7) سورة النور، الآية رقم 59.

وأما استكمال الشخص تسعة عشر 19 عاما ودخوله في العشرين فهذا دليل على مفارقتة الصبا ولا يختلف اثنان على هذا إلا إذا كانت فيه آفة أو عله تمنع أعراض البلوغ من الظهور⁽¹⁾.
واعتبر قانون حماية الطفل رقم 15-12 بلوغ الشخص 18 عشر سنة دليل على مفارقتة الطفولة وذلك بموجب المادة 2 منه.

2- الإنبات

والمقصود بالإنبات الذي يحصل به البلوغ هو إنبات الشعر الخشن، أما الشعر الرقيق (الزغب) فإنه ليس بعلامة⁽²⁾.

وقد اختلف العلماء حول اعتبار الإنبات دليل على بلوغ الذكر والأنثى؛ فذهب الحنفية والرواية للحنابلة إلى أن إنبات شعر العانة لا يحصل به البلوغ مادام لم يحتلم⁽³⁾. وذهب المالكية في المشهور، والشافعية في قول والمشهور عند الحنابلة، والزيدية، والامامية إلى أن الإنبات يحصل به البلوغ⁽⁴⁾. ويظهر أن الرأي الثاني الذي يقول بأن إنبات الشعر الخشن دليل على البلوغ هو الرَّاجح، لأن البلوغ قد يحصل دون احتلام الذي ربطه به الفريق الأول، كما أن الأعمّ الأغلب من البشر لا يتأخر إنبات شعر العانة عن سن البلوغ⁽⁵⁾.

ب- علامات البلوغ الخاصة بالأنثى

1- الحيض

في عرف الشرع هو اسم لدم خارج من الرحم لا يعقب الولادة، مقدر بقدر معلوم وفي وقت معلوم⁽⁶⁾. ولا خلاف أن الحيض دليل على بلوغ الأنثى⁽⁷⁾. وقد استدل الفقهاء على بلوغ الأنثى

(1) أنظر، بن حزم أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد، المحلى، تحقيق محمد منير الدمشقي، ج1، مطبعة النهضة، مصر، د.س.ن، ص.90.

(2) الجزيري عبد الرحمن، المرجع السابق، ج2، ص314.

(3) أسامة عبد العليم الشيخ، البلوغ واثره في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2008، ص.12، واستدل هذا الفريق بقوله تعالى تعالى في الآية 58 من سورة النور: ﴿وَالَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ مِنْكُمْ...﴾ التي اعتبرت الحلم علامة للبلوغ.

(4) استند هذا الفريق على أدلة من السنة النبوية الشريفة ومن آثار الصحابة رضوان الله عليهم، لمزيد من التفصيل حول أدلة كل فريق، أنظر، أسامة عبد العليم الشيخ، المرجع السابق، ص.12.

(5) أنظر، هشام آل الشيخ، أثر القرائن الطبية في إثبات البلوغ، دراسة فقهية مقارنة، مجلة الدراسات الطبية الفقهية المعاصرة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 2015، ع1، ص.509.

(6) الكسائي علاء الدين أبي بكر بن مسعود الحنفي، المرجع السابق، ج1، كتاب الصلاة، فصل في أحكام الحيض والنفاس، ص.285.

(7) بن قدامة موفق الدين أبي محمد عبد الله بن احمد بن محمد المقدسي الجماعلي الدمشقي الصالحي الحنبلي، المرجع السابق، ج6، كتاب الحجر، ص.599.

بالحيض بما روي عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ قال: " لا يقبل الله صلاة حائض إلا بخمار"⁽¹⁾، والحائض هي التي بلغت سن الحيض ولا يقصد من الحديث المرأة التي في أيام حيضها لأنها لا تصلي⁽²⁾. وأقل سن تحيض له المرأة هو تسع (9) سنين⁽³⁾.

2- الحمل

لا يكون الحمل إلا مع الإنزال⁽⁴⁾، لذلك فهو دليل على البلوغ لقوله تعالى: ﴿فَلْيَنْظُرِ الْإِنْسَانُ إِلَى الْإِنْسَانِ مِمَّ خُلِقَ ﴿٦﴾ خُلِقَ مِنْ مَّاءٍ دَافِقٍ ﴿٧﴾ يَخْرُجُ مِنْ بَيْنِ الصُّلْبِ وَالتَّرَائِبِ ﴿٨﴾﴾⁽⁵⁾. كما أخبرنا النبي ﷺ بذلك في الأحاديث، فمتى حملت حكم ببلوغها، في الوقت الذي حملت فيه⁽⁶⁾.

زيادة على العلامات السابقة، اختلف الفقهاء في تقدير سن البلوغ لدى الأنثى، فذهب الإمام أبو حنيفة والمالكية في رواية إلى تقديره بسبع عشرة سنة، أما أبو يوسف ومحمد من الحنفية والمالكية في رواية والشافعية والحنابلة فقالوا بخمس عشرة سنة، واعتبره المالكية في المشهور ثمان عشرة سنة، وقال الظاهرية أنه يتم ببلوغ الفتى بتسع عشرة سنة. أما سن البلوغ لدى الذكر فاختلف الفقهاء في تحديده، بين ثمان عشرة في قول الحنفية، أما الشافعية والمالكية في رواية والزيدية والامامية، فقالوا بأنه خمس عشرة سنة، وقال أبو حنيفة وبعض المالكية في رواية والظاهرية بأنه تسع عشرة سنة⁽⁷⁾. فالسن علامة من علامات البلوغ بقول جمهور أهل العلم، وبالرغم من اختلافهم في تقديره، إلا أن الأقرب إلى الواقع والعقل هو بلوغ الذكر والأنثى خمس عشرة سنة، وأغلب الناس الطبيعيين في تكوينهم لا تتأخر عندهم مرحلة البلوغ عن هذه السن.

(1) أبي داود سليمان الأشعث السجستاني الأزدي، المرجع السابق، ج1، كتاب الصلاة، باب المرأة تصلي بغير خمار، حديث رقم 64، ص.298.

(2) أبي داود سليمان الأشعث السجستاني الأزدي، المرجع نفسه، ص.298.

(3) بن قدامة موفق الدين عبد الله بن أحمد بالمقدسي، المرجع السابق، باب الحيض، ص.20؛ وقال الحنفية أيضا بأن أوان الحيض بعد التسع، أنظر، محمد بن علي بن محمد بن علي بن عبد الرحمن الحنفي الحنفكي، الدر المختار في شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، تحقيق عبد المنعم خليل إبراهيم، كتاب الطهارة، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2002، ص.43؛ وعند المالكية يمكن أن تحيض بنت تسع؛ أنظر، أبي سليمان المختار بن العربي مؤمن الجزائري ثم الشنقيطي أبو سليمان، المناهل الزلالية في شرح وادلة الرسالة، مجلد2، ط1، دار ابن حزم، بيروت، 2013، ص.422؛ أما البلوغ عند الشافعية أقل سنة تسع سنين، شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مرجع سابق، كتاب الطهارة، ج1، ص.278.

(4) أسامة عبد العليم الشيخ، المرجع السابق، ص.25.

(5) سورة الطارق، الآية من رقم 5 إلى 7.

(6) بن قدامة موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد المقدسي الجماعلي الدمشقي الصالح الحنبلي، المقنع، المرجع السابق، ج6، كتاب الحجر، ص.600.

(7) أسامة عبد العليم الشيخ، المرجع السابق، ص.19-28.

بالإضافة إلى علامات أخرى اختلف فيها الفقهاء، كبروز الثديين لدى الأنثى وغلظ الصوت لدى الذكر و غير ذلك من الفوارق.

ثانيا: التمييز بين الذكر والأنثى بالقرائن الطبية

بالقرائن الطبية يتم التمييز بين الذكر والأنثى من خلال الخلايا الجنسية(أ) والأعضاء التناسلية(ب) وكذلك جنس المخ(ت) إضافة إلى معيار الغدد التناسلية والهرمونات الجنسية(ث).

أ- في الخلايا الجنسية

تتواصل الأبحاث الطبية يوما بعد يوم من أجل كشف الاختلاف بين الذكر والأنثى، فتوصلت إلى أن الاختلاف بين الجنسين يكمن في سائر أعضاء الجسم بداية من الخلايا الجنسية.

فجسم الإنسان يتكون من مئات البلايين من الخلايا الحية، وكل خلية تحتوي على 46 كروموسوما تصطف في شكل أزواج وتشكل 23 زوجا صبغيا، وواحد من هذه الأزواج لتحديد الجنس⁽¹⁾. وتوضع الخلايا الجنسية إلى انقسام عادي وآخر اختزالي، وتتواجد عند الأنثى في المبيض الذي يفرز بويضات تحمل خلايا جنسية(x)، لأن الزوج الصبغي الذي يحمل المعلومات الجنسية عند الأنثى هو (xx). أما عند الذكر فيحدث نفس الانقسام في الخصية مع وجود نوعين من الخلايا الجنسية، نوع يحمل صفة الأنوثة(x) ونوع آخر يحمل صفة الذكورة (y) لأن الزوج المتعلق بالصفة الجنسية يوجد بشكل زوج (xy)⁽²⁾.

ويتقرر جنس الجنين إن كان ذكرا أم أنثى في اللحظة التي يتم فيها تخصيب البويضة بالنطفة⁽³⁾، فإذا كان الحيوان المنوي يحمل إشارة (y) فالجنين ذكر (xy)، أما إن كان الحيوان المنوي (x) فإن الجنين أنثى(xx)⁽⁴⁾، لأن البويضة تحمل الرمز(x). هذا إن تم الإخصاب بطريق طبيعي.

(1) أنظر، ناصر عبد الله الميمان، اختيار جنس الجنين من المنظور الشرعي، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، رابطة العالم الإسلامي مكة المكرمة، 2006، ع22، ص.47.

(2) أنظر، البار محمد علي، خلق الانسان بين الطب والقرآن، ط1، الدار السعودية للنشر والتوزيع، الرياض، 1983، ص.133 إلى 137.

(3) أنظر، شوقي ابراهيم عبد الكريم علام، تحديد الجنس وتغييره بين الحظر والاباحة، دراسة مقارنة، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، 2011، ص.18.

(4) كل إنسان عادي يحمل في نواة خلاياه 46 كروموسوما، وكل كروموسوم أو صبغي يحتوي على آلاف المورثات المسؤولة عن نقل الصفات الوراثية من من الآباء الى الأولاد، وهي عبارة عن شريط من ADN، وتترتب الكروموسومات في شكل أزواج أي 23 زوجا، بحيث يكون الزوج الأخير من الصبغيات(xx) بالنسبة للمرأة و(xy) بالنسبة للرجل. إذن، فالخلية الجنسية للأنثى أي البويضة تحتوي على(x) في كل الحالات، أما انشطار خلية الأب

أما في الحالة التي يكون فيها الإخصاب بطريق التلقيح الاصطناعي، فقد أصبح بالإمكان التحكم في جنس الجنين بطريقتين، إما بطريق التلقيح الصناعي الداخلي، أو التلقيح الصناعي الخارجي، أو حتى باستخدام وسائل طبيعية⁽¹⁾.

مع الإشارة، إلى أن مساهمة البشر هذه في تحديد جنس المولود يؤدي إلى اختلال التوازن الطبيعي بين عدد الإناث وعدد الذكور. بالإضافة إلى ما يطرحه الموضوع من إشكالات حول مشروعيتها، لاسيما مع صعوبة الترحيح بين المصلحة والمفسدة في هذه العملية.

ب- الأعضاء التناسلية للذكر والأنثى

في الحالة العادية، يمكن تمييز الذكر عن الأنثى عند الولادة بمجرد ملاحظة بسيطة وبالعين المجردة لأعضائه التناسلية فيمكن ملاحظة عدّة فوارق بينهما.

يتكون أساسا الجهاز التناسلي للذكر من القضيب الذي تتوسطه قناة بولية تنقل البول والوسائل المنوي، والخصيتين، وهما غدتان جنسيتان مكان تكون النطف يحيط بهما كيس الصفن. أما الجهاز التناسلي للأنثى فهو أكثر تعقيدا من الجهاز التناسلي للذكر، ويرجع ذلك إلى الوظائف التي يؤديها من حمل وولادة وحتى إرضاع، ويتكون هذا الجهاز من الفرج والمهبل والرحم الذي يعتبر المكان الذي يتكون فيه الجنين وينمو فيه حتى الولادة. ويصل الرحم بالمبيضين قناتا فالوب وظيفتهما توصيل البويضة من المبيض حال إنتاجها إلى الرحم ليتم إلقاها.

ت- اختلاف جنس المخ

جاء في بيان المؤتمر السنوي 51 للأكاديمية الأمريكية لعلوم الأعصاب الذي عقد في تورونتو بكندا من 17 إلى 24 أبريل 1999، أن قشرة الدماغ هي المسؤولة عن الحركات الطوعية الإرادية للإنسان⁽²⁾. وهناك فوارق بين خلايا المخ الأنثوي والمخ الذكري، فقد وجد بأن القشرة المخية للذكور تحتوي على عدد من الخلايا العصبية أكبر منه عند الإناث بحوالي أربعة بلايين خلية، أما المخ الأنثوي فيحتوي على المزيد من الزوائد الشجرية والوصلات⁽³⁾ التي تكفل المزيد من التواصل بين هذه الخلايا،

فيكون لنا نوعين من الخلايا خلايا جنسية، إحداها تحمل صفة الأنوثة وهي التي تحتوي على الصبغي (X) وخلايا جنسية تحتوي على صفة الذكورة وهي التي تحمل الصبغي (Y).

⁽¹⁾ جاء التفصيل في هذه الحالات من اختيار جنس الجنين في ص. 274 وما بعدها من هذه الأطروحة.

⁽²⁾ Gender-Specific differences found in human brain, <https://www.sciencedaily.com>, 01/03/2017, 23:30.

⁽³⁾ أنظر، عمرو شريف، ونبيل كامل، المخ ذكر أم أنثى، ط2، مكتبة الشروق الدولية، مصر الجديدة، 2011، ص.353.

وهذه الفوارق البيولوجية في المخ هي ما يفسر لنا الاختلاف في طريقة التفكير وفي سلوك الجنسين. وهو ما ينعكس على السلوك الفني للرجل والمرأة الذي يظهر جليا في سلوك أسلافنا. فالتاريخ يروي أن مهام الرجال كانت موجهة للصيد وتكوين مجموعات ضد الحيوانات المفترسة مثلا والأعداد واستخدام الأسلحة، في حين أن النساء كانت تميل إلى المنزل والعمل بقربه بل وإعداد الطعام وتربية الأطفال وهذه الفروق في الميول كلها من إشارة الدماغ⁽¹⁾.

وقد أثبتت الدراسات بأن تصميم دماغ الرجل ودماغ المرأة جاء كل منهما متناغما مع الوظيفة التي سيؤديها كل جسد، فتصميم دماغ المرأة جاء لتحمل الألم والإجهاد مثل آلام الولادة وهذه الميزة غير متوفرة في دماغ الرجل⁽²⁾. وأن اهتمام النساء بتحقيق النفوذ على المستوى المهني أقل بكثير منه عند الرجال. وأرجع العلماء سبب ذلك إلى أن المرأة لديها اهتمام أعمق من النفوذ يتمثل في الأمومة وتربية الأطفال، والمرأة تحقق ذاتها في مجال الأمومة أكبر بكثير مما يحققه الرجل في مجالاته التنافسية والسيادية⁽³⁾.

ث- معيار الغدد التناسلية والهرمونات الجنسية للفرقة بين الذكر والأنثى

أهم غدة جنسية في جسم الرجل هي الخصية، لأنها تفرز الأندروجينات، وأهمها التستسترون الذي يساعد على نمو الأعضاء التناسلية وظهور الصفات الذكورية في مرحلة البلوغ، كنمو الشعر في الوجه وخشونة الصوت ونمو العضلات وغير ذلك⁽⁴⁾. بالإضافة إلى غدة البروستات الواقعة في الجزء السفلي من المثانة عند الرجل، والتي تعمل على إفراز السائل المنوي⁽⁵⁾.

أما بالنسبة للأنثى فأهم غدة جنسية تتمثل في المبيضين المفرزين لهرمونات الأستروجينات التي تعمل على زيادة سمك غشاء بطانة الرحم، وإبراز الصفات الأنثوية كبروز الثديين⁽⁶⁾.

⁽¹⁾ Cf, Doreen KIMURA, Sex Differences in the Brain, Men and women display patterns of behavioral and cognitive differences that reflect varying hormonal influences on brain development, review Scientific American, Defining Men, 1999, p.31.

⁽²⁾ أنظر، عبد الدائم الكحيل، وليس الذكر كالأنثى، رؤية علمية جديدة؛ <http://kaheel7.com/pdetails>، 2017/03/01، 00:00.

⁽³⁾ عمرو شريف، ونيل كامل، المرجع السابق، ص.82.

⁽⁴⁾ الغدد الصماء ووظائفها والهرمونات التي تفرزها في جسم الانسان؛ <http://www.ibtesamh.com>، 2017/02/22، 23:40.

⁽⁵⁾ عرين طبيشات، أنواع الغدد في جسم الانسان؛ <http://mawdoo3.com>، 2017/02/22، 23:40.

⁽⁶⁾ الغدد الصماء ووظائفها والهرمونات التي تفرزها في جسم الانسان، المرجع السابق؛ <http://www.ibtesamh.com>، 2017/02/22، 00:30.

مع ملاحظة أن إفراز الهرمونات الجنسية يكون بنسبة قليلة في مرحلة الصغر، ويرتفع هذا الإفراز في مرحلة البلوغ وهذا هو التفسير الطبي.

والبلوغ في لغة الطب هو الفترة الزمنية التي تفصل بين الطفولة ومرحلة الشباب، تتميز بنمو متسارع وبداية إفرازات الغدد الجنسية للهرمونات الجنسية، وبالتالي إنتاج النطف عند الذكور والبويضات عند الإناث، وهو ما ينتج عنه الاحتلام عند الذكر ونزول الحيض عند الأنثى، ويكون للذكر والأنثى بعد هذه المرحلة القدرة على الإنجاب بعد الزواج⁽¹⁾.

وفي تقدير الطب فإن سن البلوغ لدى الأنثى يكون بين 8 سنوات إلى 13 سنة، أما الذكر فيكون بلوغه بين سن 9 سنوات و14 سنة، واختلف في البلوغ بين أدنى وأقصى حد وضعه الطب يرجع إلى عدة عوامل منها العامل النفسي، والوراثي، والغذائي، والعائلي⁽²⁾.

كما يمكن معرفة حصول البلوغ بإجراء تحاليل دم بسيطة للكشف عن وجود هرمونات التستسترون عند الذكر والاستروجين عند الفتاة، فإذا وجدت فهذا دليل على البلوغ⁽³⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن الغدد الجنسية تظهر عند الجنين في كيس المخ في الأسبوع الثالث من التلقيح، وتتمايز في نهاية الأسبوع السادس أي 42 يوماً من لحظة التلقيح⁽⁴⁾. إلا أن إفرازها يكون بنسبة ضئيلة لتبلغ ذروتها في مرحلة البلوغ وهو النشاط الطبيعي لهذه الغدد، ويرجع الأطباء السبب إلى هرمون النمو ودور الليبيدات في إفراز الهرمونات الجنسية.

الفرع الرابع

بعض الأدلة القانونية على اعتبار الرجل زوج للمرأة

لم ينص المشرع الأسري على وجوب الاختلاف في الجنس بين الزوجين في المادة 9 منه التي تنص على أنه "ينعد الزواج بتبادل رضا الزوجين"، ولا في شروط الصحة المذكورة في المادة 9 مكرر. غير أنه وبالرجوع إلى المادة 4 من نفس القانون نجد أنها تنص على تعريف عقد الزواج على أنه "عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي...". وكما هو معلوم لدى دارس القانون فإن التعريفات ليس ملزمة للقانون بل هي من اختصاص القضاء وشرح القانون أي الفقهاء، وأتى المشرع

(1) البلوغ الطبيعي وغير الطبيعي لدى الأطفال، <http://blog.kau.edu.sa/medical>، 2017/02/20، 17:11.

(2) هشام آل الشيخ، المرجع السابق، ص.515.

(3) هشام آل الشيخ، المرجع نفسه، ص.520.

(4) أنظر، زهير أحمد السباعي ومحمد علي البار، الطبيب أدبه وفقهه، ط1، دار القلم، دمشق، 1993، ص.318.

الجزائري بتعريف يضع فيه قاعدة قانونية مفادها أن الزواج يجب أن يكون طرفاه رجل وامرأة، وسكت عن وضع جزاء في حال مخالفة هذه القاعدة القانونية. وفي مقابل ذلك، نجد قانون العقوبات ينص في مادته 338 في فقرتها الأولى على أن: "كل من ارتكب فعلا من أفعال الشذوذ الجنسي على شخص من نفس جنسه يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنتين و بغرامة من 20.000 إلى 100.000 ديناراً" وهو بذلك يجرم فعل الواقعة الجنسية لنفس الجنس ولا نجد أي نص عقابي يجرم إبرام العقد بين المثليين.

ويثبت الاختلاف في الجنس بين الزوجين من خلال الوثائق التي نص عليها قانون الحالة المدنية، ويلتزم المقبل على الزواج بتقديمها أمام الموظف المختص. وقد جاء في نص المادة 74 المعدلة من قانون الحالة المدنية المعدلة بالقانون رقم 08-14 على أنه: "يجب على كل واحد من طالبي الزواج أن يثبت حالته المدنية بتقديم إحدى الوثائق الآتية:

-مستخرج مؤرخ بأقل من ثلاثة (03) أشهر إما لشهادة الميلاد وإما لتسجيل الحكم الفردي أو الجماعي المثبت للولادة...". وطبقا للمادة 63 المعدلة من نفس القانون: " تبين في عقد الميلاد السنة والشهر واليوم والساعة والمكان و جنس الطفل والأسماء التي أعطيت له...".

وفي الحالة التي يكون فيها خطأ في ذكر جنس أو اسم المولود فيجب تصحيحها بدعوى تصحيح الحالة المدنية⁽¹⁾ طبقا لنص المادة 51 من قانون الحالة المدنية المعدلة بالقانون رقم 03-17 التي تنص على أنه: " يجوز لوكلاء الجمهورية لدى جميع المحاكم القيام بالتصحيح الإداري للأخطاء أو الإغفالات المادية الصرفة بعقود الحالة المدنية، بقطع النظر عن مكان تحريرها أو تسجيلها".

هذا عن الحالات العادية، وهناك حالات غير عادية بالولادة، أين يولد الطفل بغموض في أعضائه التناسلية وتسمى الحالة بالخنثى، فكان للتطور العلمي وجراحة الأعضاء التناسلية دور كبير في علاجها وبالتالي إمكانية تزويجها.

المطلب الثاني

دور الحقائق العلمية في تحديد جنس الخنثى وحكم تزويجه

من أكثر ما يقلق الأبوين ولادة طفل جنسه غير محدد، فضلا عن القلق والاضطراب النفسي الذي يعاني منه هذا الطفل. ولكن، بتطور العلوم الطبية أصبح بالإمكان معالجة هذه الحالات في

⁽¹⁾ تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، المرجع السابق، ص.10.

وقت مبكر وقبل سن البلوغ وكذلك الزواج بشكل طبيعي. لذلك سوف نفرّد هذا المطلب لهذه الحالة المعقدة التي أطلق عليها الفقه اسم الخنثى بالبحث عن مفهومها (الفرع الأول) ثم جنسه في الوثائق الرسمية (الفرع الثاني) لتتطرق بعد ذلك للوسائل العلمية لمعرفة جنس الخنثى وعمليات تصحيح جنسه (الفرع الثالث) وأخيراً حكم زواجه (الفرع الرابع).

الفرع الأول

مفهوم الخنثى

يضمّ مفهوم الخنثى تعريفه لغة (أولاً) وتعريفه عند فقهاء الشريعة الإسلامية (ثانياً) وكذلك تعريف الطب له (ثالثاً) ثم أنواعه (رابعاً).

أولاً: تعريف الخنثى

الخنثى لغة اسم على وزن فعلى، وهي مفرد خِناث وخنائى، وهي مشتقة من التخنث، الذي يقصد به اللين والتكسّر⁽¹⁾. وسمي الخنثى بذلك لأنه تنقص حاله عن حال الرجل، ويفوق عن حال النساء لما يمكنه من آلة النساء وآلة الرجال⁽²⁾. والخنثى هو الشخص الذي له ما للذكر وما للأنثى، ويقال أيضاً لمن عَدَمها⁽³⁾.

وعرّف الحنفية الخنثى بأنه الأدمي الذي له آلة النساء وآلة الرجال، فإذا ظهرت عليه أمارات الرجال عند البلوغ كان رجلاً، وإن ظهرت أمرات النساء فهو أنثى، وإن لم تظهر الأمارتان أو تعارضتا فهو خنثى مشكل⁽⁴⁾. ويقصد بالآلة، الجهاز التناسلي الخارجي للذكر والأنثى. وعرفها الشافعية⁽⁵⁾ والمالكية⁽⁶⁾ بنفس تعريف الحنفية وأضافوا بأنه يوجد نوع ليس له أي آلة خاصة بالنساء أو بالرجال ويعرف بالخنثى المشكل.

(1) أنظر، محمود عبد الرحمن عبد المنعم، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، ج2، دار الفضيلة للنشر والتوزيع والتصدير، القاهرة، د.س.ن، ص.59.

(2) محمود عبد الرحمن عبد المنعم، المرجع نفسه، ص.59.

(3) أنظر، أحمد رضا، معجم متن اللغة، موسوعة لغوية حديثة، مجلد2، دار مكتبة الحياة، بيروت، 1958، ص.340.

(4) أنظر، عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، تعليق محمود أبو دقيقة، ج3، كتاب الخنثى، در الفكر العربي، القاهرة، د.س.ن، ص.39.

(5) أنظر، الشيرازي أبي اسحاق، المهذب في فقه الإمام الشافعي، تحقيق محمد الزحيلي، كتاب الفرائض، ج4، ط1، دار القلم، دمشق، 1996، ص.100.

(6) أنظر، الخرشى محمد أبو عبد الله، علي العدوي، الخرشى على مختصر سيدي الخليل وبهامشه حاشية العدوي، ج8، باب الفرائض، ط2، مطبعة الأميرية الكبرى، مصر، 1317هـ، ص.226.

أما الحنابلة فيعرفون الخنثى بأنه الشخص الذي له ذكر وفرج امرأة أو ثقب في مكان الفرج يخرج منه البول، والخنثى الذي يتبين فيه علامات الذكورة أو الأنوثة فيعلم أنه رجل فأحكامه أحكام الرجال أو امرأة فأحكامها أحكام النساء، وهذه الحالة ليست بمشكل وجنسه محدد ولكن فيه خلقة زائدة يتحدد جنسه من مكان خروج البول⁽¹⁾.

من خلال التعريفات السابقة، يتبين لنا بأن فقهاء الشريعة الإسلامية اعتمدوا في تعريفهم للخنثى على الملاحظة بالعين المجردة لأعضائه التناسلية، فمتى كانت للشخص آلتين إحداهما خاصة بالأنثى والأخرى بالذكر كان خنثى، على أنه يمكن أن يتحدد جنسه عند البلوغ ما لم يكن مشكلاً. أما الفقه الحديث فيعرف الخنثى أو الشخص المختلط الجنس بأنه من تبرز فيه ظاهرة الأنوثة والذكورة في آن واحد أو ليس له منها شيء أصلاً⁽²⁾، أو هو الشخص الذي تكون أعضاؤه الجنسية غامضة⁽³⁾.

في حين يعرفُ الأطباء الخنثى بأنه الشخص الذي تكون أعضاؤه الجنسية الظاهرة غامضة، ولتحديد جنس الخنثى ينظر الطبيب إلى الغدة التناسلية حسب فحصها النسيجي (المستولوجي)⁽⁴⁾. وحيث ينظر الفقه إلى الأعضاء التناسلية الخارجية لتطبيق الأحكام الشرعية على الخنثى كتحديد جنسه للزواج ونصيبه في الميراث، يذهب الطب الحديث إلى أبعد من ذلك، فتميز جنس الخنثى عند الأطباء يعتمد على تحديد الأساس البيولوجي للذكر أو الأنثى السائد في هذا الشخص⁽⁵⁾. لذلك يعرف الأطباء الخنثى بأنه الشخص الذي له مبيض وخصية أو هما ملتحمان فهو فهو حقيقية، ولا عبرة بالأعضاء الظاهرة التي قد تشبه الأنثى أو الذكر أو كليهما. إذ أن الغموض المذكور يكتنف الأعضاء الداخلية والخارجية، ولتحديد جنس الخنثى يلجأ الطبيب إلى فحص الغدد التناسلية.

(1) أنظر، محمد نعيم محمد هاني ساعي، موسوعة مسائل الجمهور في الفقه الإسلامي، مجلد2، ط2، دار السلام للنشر والتوزيع والترجمة، القاهرة، 2007، ص.636؛ بن قدامى موفق الدين أبي محمد عبد الله بن احمد بن محمد المقدسي الجماعلي الدمشقي الصالحي الخنبلي، المرجع السابق، ج9، كتاب الفرائض، ص.109.

(2) تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، المرجع السابق، ص.16.

(3) أنظر، البار محمد علي، مشكلة الخنثى بين الطب والفقه، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، ط2، رابطة العالم الإسلامي، السنة الرابعة، 2005، ع6، ص.352.

(4) زهير أحمد السباعي ومحمد علي البار، المرجع السابق، ص.315.

(5) Cf, Gabrielle HOUBRE, Dans l'ombre de l'hermaphrodite : hommes et femmes en famille dans la France du XIXe siècle, Éditeur Belin, France, 2011, p.85.

ثانياً: أنواع الخنثى

المعروف عند الفقهاء وجود نوعين من الخنثى وأكد ذلك الطب الحديث استناداً إلى معطيات علمية تحدد ما إذا كانت الخنثى كاذبة (أ) أم مشكلاً (ب).

أ- الخنثى الكاذبة (غير المشكل)

الخنثى الكاذبة هو شخص غلبت فيه صفة الذكورة أو الأنوثة، ويتضح جنسه بالبلوغ، ويمكن أن يتحدد جنسه في مرحلة مبكرة قبل البلوغ بإجراء عملية جراحية، ونميز في الخنثى غير المشكل بين الخنثى التي أصلها ذكر وظاهرها أنثى وخنثى أصلها أنثى وظاهرها ذكر.

فالحالة الأولى، هي الخنثى التي أصلها ذكر وظاهرها أنثى، وهي حالة تتشكل في المرحلة الجنينية بعدم توافق بين الجينات والجهاز التناسلي الخارجي. وهذه الحالة هي التي تحمل فيها الصبغيات جينات ذكورية، وكذلك الغدد التناسلية تكون ذكورية. وعند الولادة يظهر المولود بأعضاء جنسية ظاهرية أنثوية. ويرجع سبب هذه الحالة إلى خلل في الكروموسومات، أو عدم تأثر الأعضاء بالهرمونات الذكورية، أو نشاط هرموني غير عادي في الغدة الكظرية (إفراز الاستروجين)، أو أخذ الأم لهرمونات الأنوثة كالأستروجين في المرحلة الأولى من الحمل مما يؤدي إلى عدم نزول الخصيتين وضمور في القضيب فيبدو وكأنه بظر متضخم⁽¹⁾.

ولا تعرف الحالة إلا بعد الولادة بفترة من الزمن وبإجراء فحوصات دقيقة⁽²⁾، ويمكن للطبيب علاج هذه الحالة بتدخل جراحي وإرجاع الأعضاء التناسلية الخارجية إلى جنس أعضائها التناسلية الداخلية أي أنثى.

وفي الحالة الثانية تكون الخنثى أصلها أنثى وظاهرها ذكر، وهي حالة يحمل فيها الشخص كروموسومات جنسية أنثوية (XX)، وغدد أنثوية يعني وجود مبيضين، ولكن بفعل تأثير إفراز هرمون الذكورة من الغدة الكظرية أو أخذ هرمونات الذكورة فإن النتيجة تكون باتجاه الأعضاء الذكورية

⁽¹⁾ أنظر، جهاد حمد حمد، الأحكام الشرعية في ضوء المستجدات الطبية والبيولوجية العصرية، دار المعرفة، بيروت، ط2، 2017، ص.159 وما بعدها.

⁽²⁾ محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، المرجع السابق، ص.308.

الخارجية. وبعد سن البلوغ تظهر على الشخص آثار الأنوثة، من نمو الثديين ونعومة الصوت وتوزيع الدهن في الجسم للأنثى⁽¹⁾.

وعليه، فإن الخنثى الكاذبة هي التي تحمل تناقضا بين أعضائها التناسلية الداخلية والخارجية وهي حالة يمكن علاجها هرمونيا أو بتدخل طبي بسيط، بتدخل جراحي من طبيب مختص بأن يزيل الخصية جراحيا إن وجدت والتي إن بقيت سوف تتحول إلى ورم خبيث⁽²⁾. ولا يقوم الطبيب بإخبار الشخص بأن جنسه الحقيقي هو ذكر، وعليه أن يخبرها بعدم توقع مجيء الحيض، ويمكن أن تعيش حياتها كامرأة مع وصف بعض الهرمونات الأنثوية⁽³⁾، وقال أحد الأطباء بأن حالة مماثلة مرت عليه وطلب من أهلها إحضارها إلى المستشفى لزرع فرج اصطناعي إذا أرادت الزواج⁽⁴⁾.

ب- الخنثى المشكل (الحقيقية)

أكثر ما يثير قلق المجتمع والأسرة هو وجود شخص يحمل في صبغياته الجنسية صفات الأنوثة والذكورة وهي الخنثى المشكل، الذي يجتمع فيه غدتين تناسليتين للذكر وأنثى، أي خصية ومبيض، وتكون أعضاؤه الجنسية الخارجية غير واضحة، ولا تتضح ذكورته من أنوثته بعد البلوغ، وهي حالة نادرة جدا. وقد ذكرت مجلة ميديسن دايجست في 1980 عن هذه الحالة: "بحيث أن لهذا الشخص مبيضا وخصية ورحما وبظرا كبيرا استعملته كقضيبي في علاقاتها الجنسية مع النساء فترة من الزمن، وفي سن 32 كفت عن تمثيل دور الذكر وتحولت إلى تمثيل دور الأنثى وعندما بلغت 34 عاما حملت ووضعت طفلا ميتا وقد رفضت هذه الحالة أي تدخل جراحي وقالت أنها سعيدة بكونها خنثى"⁽⁵⁾.

وقد تجمع الخنثى المشكل بين صفتي الذكورة والأنوثة في صبغياتها الجنسية (XX) و (XY) وكذلك في غددها الجنسية بوجود مبيض وخصية. أو خلل في الكروموسومات التي ينتج عنها خلل في الغدد الجنسية والأعضاء التناسلية الظاهرة، وهذه الحالات هي حالة ترنر (XO) وهي أنثى غير مكتملة تفتقد إلى الصبغي (X)، وحالة كلاينفلتر (XXY) وهو ذكر غير كامل الذكورة لأن فيه عامل وراثي أنثوي (X) زائد.

(1) جهاد حمد حمد، المرجع السابق، ص.163.

(2) جهاد حمد حمد، المرجع نفسه، ص.163.

(3) محمد علي البار، مشكلة الخنثى بين الطب والفقهاء، المرجع السابق، ص.360.

(4) جهاد حمد حمد، المرجع السابق، ص.164.

(5) محمد علي البار، مشكلة الخنثى بين الطب والفقهاء، المرجع السابق، ص.353.

ورغم صعوبة تحديد جنس الخنثى في مرحلة ما قبل البلوغ، إلا أنه قد أصبح بالإمكان الكشف عن جنس الخنثى بفحوصات مبكرة في مرحلة الطفولة، وهذا بالاستعانة بأهل الاختصاص طبقاً لقوله تعالى: ﴿فَسْأَلُوا أَهْلَ الدِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾⁽¹⁾ وبعد ذلك يبيّن الفقهاء أحكامهم وفق ما يقرره هؤلاء⁽²⁾.

ومهما كان جنس الشخص ذكر أم أنثى، فإنه يتم تحديده في وثائقه الرسمية، ليتم تقديمها في كافة التصرفات القانونية التي يقوم بها الشخص ومنها عقود الأحوال الشخصية، والخنثى كما رأينا قبل إجراء العمليات الجراحية جنسه غير محدد، والإشكال المطروح هل يتم تسجيله على أنه ذكر أم أنثى أم أنه توجد خانة خاصة بالخنثى في الوثائق الرسمية؟ وهذا السؤال سوف نجيب عنه في الفرع الموالي.

الفرع الثاني

جنس الخنثى في الأوراق الرسمية

بمجرد ولادة الطفل، يتم التصريح به من قبل الأم أو الأب، وإلا من قبل الأطباء أو القابلات أو أي شخص آخر حضر الولادة (المادة 62 من ق.ح.م) خلال خمسة أيام من الولادة إلى ضابط الحالة المدنية (الفقرة الأولى من المادة 61 المعدلة من ق.ح.م) ويبين في عقد الميلاد يوم الولادة والساعة والمكان وجنس الطفل والأسماء التي أعطيت له وغيرها من البيانات (المادة 63 المعدلة من ق.ح.م).

وجنس المولود من أهم البيانات الواجب توافرها في وثائق الشخص، والقانون لا يعترف إلا بالذكر والأنثى في وثائق الحالة المدنية، وعلى أساس ملاحظة الأعضاء الخارجية للمولود بالعين المجردة يسجل المولود ذكر أو أنثى في الحالة المدنية. وأغلب حالات الخنثى تسجل على أنها أنثى لعدم وضوح الأعضاء التناسلية أو لضمور العضو الذكري. فلا يمكن إعطاء المولود جنس خنثى في وثائقه، وهذا الذي تنادي به بعض المنظمات، بإضافة جنس ثالث في الوثائق الرسمية، ولكنها لم تلقى صدى من الجهات الرسمية.

(1) سورة النحل، الآية رقم 43.

(2) أنظر، علاء محمد عمر الجاف، أحكام ميراث الخنثى، دراسة فقهية قانونية مقارنة، مجلة جامعة ذي قار، 2008، مجلد 2، ع4، ص.146.

والقرآن الكريم خاطب النساء والرجال، فمثلا قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا﴾⁽¹⁾، هذه الآية الكريمة تخاطب آدم وحواء وذريتهما التي حصرها في النساء والرجال، وقد حصر ذريتهما إلى نوعين، فاقترضى أن الخنثى ليست بنوع، لكن له حقيقة تردده إلى هذين النوعين، وهي الآدمية، فيلحق بأحدهما⁽²⁾.

وبهذا التفسير أخذ القانون الجزائري، فوثائق الهوية تحتوي على خانتين فقط، ذكر وأنثى، ولا وجود لجنس ثالث. فإذا لم تتضح المعالم الجنسية للطفل عند ولادته أو كان يعاني من عيوب خلقية تحول دون التعرف على جنسه، فإن القائم بتسجيل الطفل عليه أن يخبر ضابط الحالة المدنية بأن جنس الطفل غير محدد، وعلى الموظف أن يتحقق من الحالة وانتداب طبيب مختص من أجل تحديد جنس الطفل⁽³⁾. وإن أمكن إخطار النيابة العامة لاتخاذ الاجراءات المناسبة ومتى اتضحت المعالم الجنسية للشخص يجوز لها مباشرة إجراءات دعوى التصحيح⁽⁴⁾.

وبالرجوع إلى القضاء الفرنسي، فقد وقع تعارض بين أحكامه في شأن تسجيل جنس الخنثى، وهذا لصعوبة القضية وصعوبة تطبيق الآثار المترتبة عن الفصل فيها. فأمرت محكمة الاستئناف الفرنسية (Indre-et-Loire) بتاريخ 20 أوت 2015 بتغيير جنس رجل يبلغ من العمر 64 عاما ليس رجلا ولا امرأة في وثائق هويته، وذلك بإضافة خانة ثالثة من الجنس في الوثائق الرسمية، واستندت المحكمة إلى المادة 8 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية. وكان هذا القرار الأول من نوعه في شأن إضافة جنس ثالث محايد (sexe neutre) في الوثائق الرسمية. وأثار هذا القرار جدلا في فرنسا، واستأنفت النيابة العامة الحكم خوفا من الجدل الذي سوف يحدثه هذا الحكم في فرنسا⁽⁵⁾. إلى أن صدر مؤخرا قرار محكمة النقض الفرنسية في 04 ماي 2017⁽⁶⁾ الذي حسم

⁽¹⁾ سورة النساء، الآية رقم 1.

⁽²⁾ القرطبي، المرجع السابق، ج6، ص.07.

⁽³⁾ مكروloff وهيبية، المرجع السابق، ص.245.

⁽⁴⁾ مكروloff وهيبية، المرجع نفسه، ص.245.

⁽⁵⁾ Cf, Marine LAMOUREUX, Le sexe neutre reconnu à l'état civil ; <http://www.la-croix.com>, 26/07/2017, 06:30.

⁽⁶⁾ "Attendu, selon l'arrêt attaqué (Orléans, 22 mars 2016), que D..., né le ..., a été inscrit à l'état civil comme étant de sexe masculin ; que, par requête du 12 janvier 2015, il a saisi le président du tribunal de grande instance d'une demande de rectification de son acte de naissance, afin que soit substituée, à l'indication "sexe masculin", celle de "sexe neutre" ou, à défaut, "intersexe"... Mais attendu que la loi française ne permet pas de faire figurer, dans les actes de l'état civil, l'indication d'un sexe autre que masculin ou féminin ;

الموضوع، فرفضت إضافة خانة ثالثة في وثائق الحالة المدنية، وعدم السماح بتسجيل صفة جنس محايد في وثائق الحالة المدنية لشخص ليس رجلا ولا امرأة أيضا.

وبهذا القرار الذي أصبح سابقة قضائية في فرنسا، لا تسمح هذه الأخيرة بتسجيل غير الجنسين ذكر أو أنثى في الوثائق الرسمية، وجاء هذا القرار خوفا من زعزعة أصول القواعد القانونية الفرنسية الخاصة بالجنسين. وحسن ما فعل القضاء الفرنسي بعدم مسايرة هذه الحالات النادرة والتي تعتبر حالة مرضية يمكن علاجها في الوقت الحالي، وأيضا حكمة الله تعالى في جعل الجنسين رجلا وامرأة لا ثالث لهما لتوازن الكون.

وتبقى الخنثى حالة طبيعية تحتاج إلى علاج وتحديد لجنسه، وبداية تكون بمعرفة جنسه الغالب بوسائل علمية دقيقة، وبعد تطور الجراحة والعلوم الطبية بصفة عامة نجح الأطباء في إجراء عمليات تصحيح الجنس.

الفرع الثالث

الوسائل العلمية لمعرفة جنس الخنثى وعمليات تصحيح جنسه

تتنوع الوسائل العلمية التي تمكن من معرفة جنس الخنثى (أولا)، وبعد تشخيص الحالة يمكن اللجوء إلى عمليات التصحيح الجنسي (ثانيا).

أولا: الوسائل العلمية لمعرفة جنس الخنثى

لتحديد جنس الخنثى، يعتمد الفقيه على المبال، فإن بال من موضع الذكر فهو ذكر، وإن بال من الفرج أو أسفل البظر فهو أنثى⁽¹⁾، وهذا التشخيص يبقى قاصرا غير شامل للتكوين البيولوجي الداخلي للإنسان، وهو من اختصاص أهل الذكر الذي أمرنا الله سبحانه وتعالى بسؤالهم في الآية الكريمة، ولكي يتعرف الطبيب على جنس الخنثى، يحتاج إلى:

–أخذ عينة من أنسجة الغدة الجنسية وفحصها للتعرف على نوعها ذكورية أم أنثوية.

Et attendu que, si l'identité sexuelle relève de la sphère protégée par l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la dualité des énonciations relatives au sexe dans les actes de l'état civil poursuit un but légitime en ce qu'elle est nécessaire à l'organisation sociale et juridique, dont elle constitue un élément fondateur ; que la reconnaissance par le juge d'un "sexe neutre" aurait des répercussions profondes sur les règles du droit français construites à partir de la binarité des sexes et impliquerait de nombreuses modifications législatives de coordination..."; Arrêt n° 531 du 4 mai 2017 (16-17.189) - Cour de cassation - Première cham civ ; <https://www.courdecassation.fr/jurisprudence>, 26/07/2017, 07:00.

(1) محمد علي البار، مشكلة الخنثى بين الطب والفقه، المرجع السابق، ص.354.

- فحص البصمة الوراثية للخنثى وخاصة منها الصبغيات الجنسية، ويمكن الحصول عليها من الخلايا النووية، ككريات الدم البيضاء أو خلايا بطانة الفم⁽¹⁾.

-فحص شامل لكل الجسم لكشف وجود الأورام كتلك الموجودة في الغدة الكظرية أو الغدة التناسلية⁽²⁾.

ثانيا: عمليات التصحيح الجنسي

يجب أن نفرق بين عمليات تغيير الجنس التي يجرمها الإسلام وهي تغيير لخلق الله، وبين التصحيح الجنسي الذي يعتبر علاجاً لحالات مرضية، وانتشار هذه العمليات في الآونة الأخيرة راجع إلى التطور في تقنيات ووسائل التشخيص المبكر للحالة، ووعي الآباء بضرورة العلاج المبكر بعد أن كانت هذه الحالات يتم التستر عليها من طرف العائلات.

فتصحيح الجنس كما سماه الفقه المصري، هو ذلك العمل الطبي الجراحي الذي يقصد منه معالجة الخنثى أو من في حكمه من الخلل الذي أصاب هويته الجنسية أو خصائصه ومظاهره الجنسية الجسدية⁽³⁾.

والتسميات المتداولة مثل الجنس الثالث، الخنثى، اللأمصنفون جنسيا، هي تعاريف لم تعد مقبولة في ظل تطور الجراحة الطبية، لأن الخنثى إنسان له جنس محدد، إما ذكر وإما أنثى، فالعلم حل مشكلة هؤلاء (ممن يسمون بالجنس الثالث)⁽⁴⁾.

وأجاز المجمع الفقهي الإسلامي عمليات تصحيح جنس الخنثى في قرار له بقوله: "...أما من اجتمع في أعضائه علامات النساء والرجال فينظر فيه إلى الغالب من حاله، فإذا غلبت عليه الذكورة جاز علاجه طبيًا بما يزيل الاشتباه في ذكورته، ومن غلبت عليه علامات الأنوثة جاز علاجه طبيًا بما يزيل الاشتباه في أنوثته، سواء أكان العلاج بالجراحة أم بالهرمونات، لأن هذا مرض والعلاج يقصد به الشفاء منه، وليس تغييراً لخلق عز وجل"⁽⁵⁾.

(1) محمد علي البار، المرجع السابق، ص.354.

(2) جهاد حمد حمد، المرجع السابق، ص.163.

(3) مكروولوف وهيبية، المرجع السابق، ص.29.

(4) أنظر، بديعة علي أحمد، الجوانب الفقهية المتعلقة بتغيير الجنس، دراسة فقهية مقارنة، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011، ص.103.

(5) القرار السادس الصادر عن الدورة الحادية عشرة بشأن تحويل الذكر إلى أنثى والعكس، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، ط2، رابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة، 2006، ع12، ص.159.

وتتم إجراءات وعمليات تصحيح الجنس برفع دعوى قضائية أمام المحكمة، هذه الأخيرة تدرس الملف من الناحية الدينية والعلمية والقانونية، ولأنها حالة مرضية يختص بها الطبيب أولاً، فإن القاضي يقوم بتعيين خبير طبي لتتبع الفحوصات الجينية والهرمونية، وعندما يتم التأكد بأن الشخص له جنس معاكس لما هو عليه مثلاً يكون ظاهره أنثى والتحليل الكروموسومية تشير إلى أنه ذكر، فيعطي القاضي أمراً بإجراء العملية الجراحية للتصحيح الجنسي وإعادة الحالة إلى طبيعتها بإزالة الخلل في الأعضاء الخارجية ووصف الهرمونات المناسبة للمريض. وبعد نجاح عملية التصحيح يعطي القاضي أمراً للجهات الإدارية بتصحيح اسم وجنس المريض في وثائقه الرسمية.

وحالات الخنثى الكاذبة تطرح باستمرار وتجري عمليات تصحيح الجنس في مرحلة الطفولة بعد وعي المجتمع والآباء بضرورة العلاج المبكر، أما الخنثى المشكل فهي نادرة الطرح ويرجع ذلك إلى ندرة وقوعه، وأصبح الأمر أقل تعقيداً مع تطور تشخيص هذه الحالات، وإجراء العمليات الجراحية لكشف حقيقة هذا الجنس.

فالخنثى حالة مرضية معقدة، وارتفعت نسبة احتمال شفائها في ظل تطور الجراحة الطبية، وبعد تحديد جنسه، كأى شخص قد يبرم عقد زواج مع شخص آخر فما حكم هذا الزواج؟

الفرع الرابع

حكم زواج الخنثى

خَصَّتْ بعض القوانين الخنثى بنصوص قانونية في أحكام الميراث وسكنت جميعها عن حكم زواجه، وكالعادة وضعت الشريعة الإسلامية بمرونة أحكامها حلولاً لكل الحالات وأحكاماً خاصة وواضحة، وترك لنا رسولنا ﷺ شريعة كاملة صالحة لكل زمان ومكان، وبمقتضى المادة 222 من ق.أ. نبحث عن حكم زواج الخنثى الكاذبة والخنثى المشكل.

فلا الشريعة الإسلامية ولا القانون يمنعان الخنثى الكاذبة من ممارسة حقه في الزواج، فيتم التحري عن حاله من الذكورة أو الأنوثة، فإن أمكن ترجيح جانب الأنوثة أُعتبر أنثى ويحق له الزواج برجل أما إن تم ترجيح جانب الذكورة فهو ذكر ويمكنه الزواج من امرأة⁽¹⁾. وبالتالي، يتم تصحيح أعضائه التناسلية وكذلك الأوراق الرسمية الخاصة به⁽²⁾ ليتمكن من إبرام عقد زواج رسمي أمام ضابط

(1) تشوار جيلالي الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، المرجع السابق، ص.17.

(2) تشوار جيلالي، المرجع نفسه، ص.17.

الحالة المدنية أو الموثق وتسجيل زواجه في الحالة المدنية ويعتبر زواجا قانونيا متى توفر فيه أركان وشروط الصحة.

ولا يثير هذا الزواج أي إشكال قانوني، لأن الخنثى الكاذبة تحتاج إلى عملية جراحية بسيطة تحدد جنسها وتحتفظ بكل خصائص جنسها الأصلي فإن كانت امرأة فهي قادرة على الحمل والإنجاب، ولا يوجد أي عيوب يتذرع بها الزوج لطلاقها. وكذلك الزوج الخنثى الكاذبة بعد إجرائه عملية تصحيح الجنس وأخذ الأدوية الملائمة لحالته، يصبح رجلا مكتمل التكوين الفيزيولوجي والمهرموني، ولا إشكال يثور في زواج هذه الحالات.

والحالة التي تثير إشكالات في زواجها هي الخنثى المشكل، ومادام لم يتبين أمره فلا يجوز تزويجه، فلا يتزوج أنثى لاحتمال أن يكون أنثى، ولا يتزوج ذكرا لاحتمال أن يكون ذكر، ولا يجوز للشخص أن يتزوج من نفس جنسه⁽¹⁾ حتى يتبين أمره بإجراء عملية جراحية وتصحيح جنسه. وتحديد جنسه في هذه الحالة يجب أن يقر به طبيب مختص في علم الهندسة الوراثية.

ولم يشترط الفقه الإسلامي بأن يكون أطراف عقد الزواج خاليين من العيوب الجنسية لتمام عقد الزواج وصحته، ولكن أجاز للزوجة أن تطلب التطلق للعيوب، وللزوج حق إيقاع الطلاق لنفس السبب، فيقول الخنثى بحق الزوجة في طلب التطلق إذا ما وجدت زوجها مصابا بأحد الأمراض التناسلية التي تحول دون الاتصال كالعنة الجنسي والخصاء والجب والخنوثة، فلها حق طلب التفريق من القاضي دون الرجل. وإذا فرق بينهما القاضي كانت هذه تطلقه بئنة. وبالنسبة للمالكية والشافعية والحنابلة⁽²⁾ فاعتبروا حق التفريق للعيوب حقا مشتركا بين الزوج والزوجة واختلفوا في تعداد هذه العيوب.

ولم يشترط القانون الجزائري السلامة الجنسية في الزوجين المقبلين على إبرام عقد الزواج أو القدرة على الاتصال الجنسي أو التناسل⁽³⁾. لذلك ولو أبرم خنثى عقد زواجه، وهو بالتأكيد إما ذكر أو أنثى في وثائقه، وزواجه بالجنس المقابل يعتبر زواجا صحيحا، وذلك لن يكون سببا لرفع دعوى بطلان الزواج أو لطلب الطلاق. وإنما عدم العلم بالعجز وكتمانه عن الطرف الآخر يعطي للزوج

(1) محمد بن صالح العثيمين، الشرح الممتع على زاد المستقنع، المرجع السابق، ص.160.

(2) كجارة عبد الفتاح، المرجع السابق، ص.224-225.

(3) على نقيض القانون الكنسي الذي يشترط لقيام عقد الزواج القدرة على الاتصال الجنسي أو بتوافر لدى الشخص كل المقومات اللازمة للتناسل؛ تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، المرجع السابق، ص.12.

المضروب حق طلب الطلاق⁽¹⁾ (المادة 48 ق.أ) أو التطليق، حيث يكون للزوجة الحق في طلبه إذا كان في الزوج عيب يحول دون تحقيق الهدف من الزواج، مع عدم حصر أو تحديد هذه العيوب (الفقرة 2 من المادة 53 من ق.أ) مما يدخل حالة الخنثى المشكل في هذا الإطار.

وعلى سبيل المثال لا المقارنة، نجد للقانون الفرنسي موقفاً آخر؛ إذ أن إصابة أحد الزوجين بعيوب جنسية يجعل عقد الزواج قابلاً للإبطال لإصابة الزوج الآخر بعيوب جنسية، وهو الغلط في صفة جوهرية من صفات الزوج طبقاً للفقرة 2 من 180 من القانون المدني الفرنسي⁽²⁾. وهو ما أكدته قرار محكمة استئناف باريس بتاريخ 26 مارس 1982 الذي جاء فيه "إن القدرة على الاتصال الجنسي تشكل إحدى الصفات الجوهرية للشخص، وأن الغلط كان جوهرياً ومعيباً لرضا الزوجة التي كانت ترغب في الحصول على علاقات عادية مع زوجها"⁽³⁾. ويرى أغلب الفقهاء الفرنسيين بأن العيوب الجنسية كالعنة لا تؤدي إلى انحلال الزواج إلا إذا لم يكن الزوج عالماً بما نتجته تدليس، وبالتالي يشكل غلطاً في صفة جوهرية للشخص تؤدي إلى إبطال الزواج⁽⁴⁾.

وفي القضاء الجزائري، ذهبت المحكمة العليا في عدة قرارات إلى حق الزوج المضروب في طلب الطلاق لوجود عيب جنسي في زوجه لم يكن يعلمه قبل إبرام العقد بشرط أن يقوم الزوج المضروب بإثبات العيب⁽⁵⁾.

وعليه يمكن لمن تزوج خنثى دون علمه بحقيقتها وحالتها التي تمنعه من ممارسة الحياة الزوجية بصفة طبيعية، أن يطلب الطلاق إذا كان زوجاً مضروباً أو التطليق إذا كانت زوجة مضروبة. وكان الأحرى بالمشروع أن ينص على بطلان الزواج للعيوب الجنسية.

وكما ذكرنا، لا يد للخنثى وإرادته في اختلاط حالته، فهي حالة طبيعية، يمكن أن تخضع لعلاج ناجع، يحدد جنسه وبالتالي تحدد جنس الشخص الذي يقبل على الزواج به، لكن الحالات التي سوف نتناولها في المطلب الموالي هي في الحقيقة ليست ضحية للطبيعة، وإنما أملتها أفعال الشذوذ.

(1) تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص.12.

(2) article 180/2 du C.c.f : "S'il y a eu erreur dans la personne, ou sur des qualités essentielles de la personne, l'autre époux peut demander la nullité du mariage".

(3) مقتبس عن، تشوار جيلالي، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.13.

(4) كيارة عبد الفتاح، المرجع السابق، ص.224-225.

(5) المحكمة العليا، غ.أ.ش، 14/05/1984، ملف رقم 33275، المجلة القضائية، لسنة 1990، ع2، ص.75.

المطلب الثالث

زواج المثليين والمغير الجنسي

أوردنا هاتين الحالتين تحت نفس العنوان لما لهما من علاقة ببعضهما، وغرابتهما عن المجتمع الجزائري والإسلامي، ورغم ذلك نجد بعض الحالات الشاذة داخل الجزائر وخارجها وفي الدول العربية تطالب بتقنين أفعال الشذوذ، والسماح للمثليين بإبرام عقد زواج مع العلم أن الزواج في الدول العربية هو عقد شرعي. هذا ما يدفعنا إلى تناول الزواج المثلي المستحدث في بعض التشريعات في الفرع الأول، إضافة إلى حالات أخرى تطرح إشكالات في إبرام عقد الزواج لدى المجتمع الإسلامي وهي التغيير الجنسي التي استحدثتها تطور العلوم الطبية وبالذات جراحة الخنثة، لذلك سوف نتناول التغيير الجنسي وأثره على إبرام عقد الزواج في الفرع الثاني.

الفرع الأول

زواج المثليين المستحدث في بعض التشريعات

حتى وقت قريب، كانت المثلية الجنسية جريمة معاقب عليها في بعض الدول، وسلوكا مشينا في دول أخرى، وبدأت بوادر تغيير تصنيف المثليين والمثليات على أنهم مصابون بأمراض عقلية سنة 1975 بتدخل منظمة الصحة النفسية الأمريكية، التي اعتبرتها وصمة عار ارتبطت بالمثليين والمخنثين فحاولوا رفع التمييز والظلم عنهم، فأطلقوا على سلوكات الميول الجنسية مصطلح التوجه الجنسي⁽¹⁾، الذي يقصد به التوجه العاطفي والرومانسي أو الانجذاب للرجال أو كلا الجنسين. وينتج عن هذا المفهوم ثلاثة تصنيفات؛ الشخص السوي الذي يطلق عليه بالمغاير بحيث يكون له انجذاب لأفراد الجنس الآخر (Hétérosexuel)، والمثلية الجنسية الذين ينجذبون لنفس جنسهم (Homosexuel)، والتصنيف الثالث هو ثنائي الجنس له انجذاب جنسي لكلا الجنسين (Bisexual)⁽²⁾.

ولم تبق مطالب المثليين مجرد الاعتراف بحريتهم وتقبلهم في المجتمع بكرامة، بل كانت لهم مطالب بالحق في تأسيس أسرة، واستجابت بعض التشريعات لمطالبهم بأن اعترفت لهم بالحق في الزواج مع أنّ نهاية هذا الزواج واضحة وبسرعة كبيرة، وسوف نحاول تسليط الضوء عليه بالتعرض لمفهومه (أولا)، والبحث عن تفسير الطب الحديث للميول الجنسية المثلية بالتعرض لها من وجهة نظر

⁽¹⁾ Cf, American Psychological Association, Answers to Your Questions For a Better Understanding of Sexual Orientation and Homosexuality, Washington, 2008, p.01.

⁽²⁾ American Psychological Association, op.cit, p.01.

العلوم الطبية(ثانياً)، وسوف نتناول أيضاً نظرة الشريعة الإسلامية إلى الزواج المثلي(ثالثاً) ثم الزواج المثلي في القوانين الوضعية(رابعاً).

أولاً: تعريف زواج المثليين، أسباب انتشاره وتمييزه عما يشته به

هذا الزواج المستحدث في بعض التشريعات، يحمل العديد من الإهانات لذلك يتوجب تعريفه(أ) والبحث عن الأسباب التي أدت إلى انتشاره(ب) إضافة إلى تمييزه عما يشته به(ت).

أ- تعريف الزواج المثلي

مثل هي كلمة تسوية، فيقال هذا مثله ومثله كما يقال شبهه وشبهه⁽¹⁾، وقال ابن بري: الفرق بين المماثلة والمساواة أن المساواة تكون بين المختلفين في الجنس والمتفقين، لأن التساوي هو التكافؤ في المقدار لا يزيد ولا ينقص، أما المماثلة فتكون بين المتفقين، مثل قول فقهه كفهه ولونه كلونه وطعم كطعمه⁽²⁾.

أما زواج فهي اسم لكلمة زوج، وزوج المرأة هو بعلمها وزوج الرجل هي امرأته⁽³⁾.

وفي الاصطلاح، يقصد بالزواج المثلي هو الزواج الذي يكون طرفاه من نفس الجنس، بدلا من أن يكونا من جنسين مختلفين، وأثارت مشروعية هذا الزواج من عدمه جدلا بين علماء الدين وعلماء النفس والاجتماع والفلاسفة والمشرعين في العالم⁽⁴⁾.

والزواج المثلي ما هو إلا نتيجة لانجذاب الشخص لمثيله، ووجود ميول عاطفية وجنسية تجاه نفس جنسه، وهو ما أضح عليه بالمثلية الجنسية، والتي بعد أن كانت تصنف على أنها سلوك شاذ ويخجل أصحابه من الإفصاح عن حالتهم غير المألوفة؛ أصبحوا يرفعون شعارات صريحة وعلمية بحقهم في الزواج من نفس جنسهم.

والجنسية المثلية (Homosexualité) مصطلح استعمله علماء النفس بديلا لعبارة الشذوذ الجنسي، ليتم حذفه مرة أخرى من دليل الأمراض العقلية ليستبدل باضطراب في التوجه الجنسي

(1) الجوهري أبي نصر إسماعيل بن حماد، المرجع السابق، ص.1062.

(2) ابن منظور، لسان العرب، مجلد 11، ص.610.

(3) الجوهري أبي نصر إسماعيل بن حماد، المرجع السابق، ص.504.

(4) أنظر، مجيد الصائغ، الزواج المثلي مفسدة إنسانية وأخلاقية، ط1، مؤسسة البلاغ للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 2010، ص.14.

(disturbancesexual orientation)⁽¹⁾. وتتجسد المثلية الجنسية في الممارسات الجنسية بين شخصين من نفس الجنس، فيكون لواطاً إذا تم بين رجل ورجل، وسحاقاً إذا كان بين امرأتين.

ب- أسباب انتشار الزواج المثلي

المثلية الجنسية ليست وليدة العصر الحديث، وإنما يرجع تاريخها إلى فعل قوم لوط، لكن الجديد في هذا الموضوع هو تقنين هذه العلاقات وإدخالها إلى الشرعية القانونية تحت اسم الزواج المثلي. وكان للاتفاقيات الدولية دور مهم في تمهيد الطريق نحو الاعتراف بحقوق المثليين، أهمها اتفاقية سيداو (CEDAW) التي كرست مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، فنصت في المادة 5 على تعديل الأنماط الاجتماعية والثقافية لسلوك الرجل والمرأة بهدف تحقيق القضاء على التحيزات والعادات العرفية وكل الممارسات الأخرى القائمة على فكرة دنيوية أو على أدوار نمطية للرجل أو المرأة. فنصوص هذه الاتفاقية تعصف بالفروقات الفطرية وبالقيم الاجتماعية وبأحكام الشريعة الإسلامية⁽²⁾.

وأكثر من ذلك، فقد تم تشجيع بناء أسر لوطية وسحاقية في المؤتمر العالمي للسكان والتنمية الذي انعقد بالقاهرة سنة 1994، حيث نصت الوثيقة المقدمة من الأمم المتحدة كبرنامج عمل للمؤتمر على ضرورة اتخاذ الدول الإجراءات الكفيلة لتقنين زواج المثليين، ونفس الفكرة تبناها مؤتمر بكين العالمي الخاص بالمرأة بالصين سنة 1995⁽³⁾.

ومن أهم أسباب ظهور حركة تقنين زواج المثليين في دول العالم هو التوجه الجديد للقضاء، سواء في الولايات المتحدة الأمريكية أو في أوروبا رغم معارضة رجال الدين، وكان أيضاً توجه التشريعات الحديثة انطلاقاً من مبادئ المساواة وحظر التمييز على أساس الجنس⁽⁴⁾. كما كان للمنظمات والجمعيات دور في الاعتراف بالزواج المثلي استناداً على قاعدتي حقوق الإنسان وعدم التمييز. فكان لعملة حقوق الإنسان ودعمها لزواج المثليين دور أساسي في اعتراف القانون بهم، فقد

⁽¹⁾ أنظر، هند عقيل الميزر، الجنسية المثلية العوامل والآثار، مجلة دراسات في الخدمة الاجتماعية والعلوم الإنسانية، جامعة حلوان، مصر، 2012، ع34، ص.2449.

⁽²⁾ أنظر، بوجعدار هاني، المرجع السابق، ص.158.

⁽³⁾ أنظر، خدام هجيرة، حرية المرأة في القوانين المغاربية للأسرة، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2017-2018، ص.131.

⁽⁴⁾ هند عقيل الميزر، المرجع السابق، ص.2444.

جعلت لجان الأمم المتحدة من العلاقات الجنسية الرضائية بين بالغين من نفس الجنس من مقتضيات حقوق الإنسان⁽¹⁾.

هذا، وقد لاقى سلوك المثليين دعماً كبيراً من جانب المؤسسات الدولية، وأبرز مثال على ذلك، هو الاعتراض الذي تقدمت به 117 منظمة تعمل في مجال الصحة وحقوق الإنسان سنة 2008 على حكم محكمة جنح قصر النيل، التي قضت بالحكم خمس 5 سنوات على خمسة مصريين بتهمة الشذوذ⁽²⁾. وهذا الدعم يشجع على انتشار هذا السلوك في العالم العربي، وبالتالي المطالبة بتقنين زواجهم يوماً ما.

وأصبحت تمارس على الدول ضغوطات وإجراءات سياسية واقتصادية من أجل إلغاء كل ما فيه تمييز ضد المثليين، ومثال ذلك ما فعله البنك الدولي مع دولة أوغندا سنة 2014، حين أُجِّل منحها قرضاً مالياً بسبب قانون يشدد العقوبة على المثليين، رغم أن تلك الأموال كانت ستوجه لدعم مشروع اجتماعي لحماية الأمهات ورعاية الأطفال حديثي العهد بالولادة⁽³⁾.

وبالرغم من عدم اعتراف الدول العربية بالزواج المثلي إلا أن المثلية الجنسية منتشرة بشكل خفيف، وخاصة مع ظهورهم العلني في بعض الأماكن المحددة، وتصريحاتهم المعلن عنها تشير إلى سعيهم من أجل تقبلهم من طرف الجميع.

وأكثر العوامل مساهمة في انتشار المثلية في العالم العربي هي الفضائيات الإباحية، والأنترنيت التي لها دور كبير في تجمع الشواذ، واتفقهم على المطالبة بحقوقهم عن بعد في دول المشرق العربي كلبنان وسوريا وخاصة العراق، حيث يجد الشواذ أماكن للقاءاتهم الخاصة. على عكس دول المغرب العربي التي تشدد سلطاتها الأمنية الحصار على هؤلاء الشواذ، إلا أن سعيهم إلى الانتشار وإثبات وجودهم جعلهم يسعون إلى كل الوسائل من أجل ذلك، بما فيها الشبكة العنكبوتية. فقاموا بتأسيس صفحات على الأنترنت يتلاقى فيها شواذ المغرب العربي بشواذ شرقه، وأشهر هذه الصفحات، صفحة سعودية اسمها شواذ جدة تضم أكثر من 500 عضو⁽⁴⁾. أما في الجزائر فيحاول الشواذ إيجاد تجمعات لهم عبر مواقع التواصل الاجتماعي بل ومواقع لطلبات زواج مثليين مع وضع الشروط،

(1) بوجعدار هاني، المرجع السابق، ص. 155.

(2) هند عقيل الميزر، المرجع السابق، ص. 2444.

(3) بوجعدار هاني، المرجع السابق، ص. 170.

(4) هند عقيل الميزر، المرجع السابق، ص. 2446.

بالإضافة إلى إعلانهم ليوم 10 أكتوبر (تان تان) أي (ten ten) ذكرى تأسيس جمعية ألوان سنة 2011، التي تعمل على توعية المثليين، وتمثيلهم ولكن تبقى تجمعا غير قانوني⁽¹⁾. وهكذا، فإن أسباب انتشار المثلية في تزايد لما تلقته هذه الفئة من دعم وعلى الدولة المسلمة أن تسن قوانين رادعة مانعة للزواج المثلي، وعقوبات زجرية لكل من يعمل على وضع أسباب ووسائل لانتشار المثلية ولو كانت افتراضية.

ت- تمييز الزواج المثلي عما يشته به

1- الزواج المثلي والتشبه بالجنس الآخر

الزواج المثلي هو نظام قانوني قائم في العديد من الدول كفرنسا والسويد والولايات المتحدة الأمريكية، تم الاعتراف به بعد الضغوط الممارسة من طرف الجمعيات الداعمة للمثلية الجنسية التي تختص بالانجذاب العاطفي والجنسي للشخص لأفراد من نفس جنسه، وهو شخص منحرف جنسيا⁽²⁾.

أما المتشبه بالجنس الآخر أو المخنث (Travestisme) فهو نزعة بعض الذكور إلى التخنث والتشبه بالإناث واسترجال المرأة بحيث تفقد أنوثتها وما ينبغي أن تكون عليه من رقة وحياء⁽³⁾. فيتجه سلوك المرأة إلى التشبه بالرجال في ملابسهم، وتقليدهم في الصوت والتصرفات. أما سلوك الرجل فيتجه إلى التخنث، ولبس ما يتعلق بالنساء، وعذوبة الصوت، ووضع مساحيق التجميل وغير ذلك. كذلك يجد المتشبه بالجنس الآخر لذة من ارتداء ملابس الجنس الآخر، ولذته هي البحث عن الجمال والتشبه بالفنانات.

2- الزواج المثلي وتغيير الجنس

المغير لجنسه (Transsexuel) يكون في بعض الأحيان شخص مثلي (L'homosexuel) لشعوره بأنه ينتمي إلى الجنس المقابل، وفي كلا الحالتين المثلي أو المغير لجنسه فإن العلاقة تتم غالبا بين شخصين من نفس الجنس إما بين رجلين أو بين امرأتين.

(1) هيفاء زعيتر، كيف تتعامل قوانين الدول العربية مع المثلية الجنسية؟ <http://raseef22.com/life/2016/04/04>، 2017/07/31، 23:15.

(2) مكرولف وهيبه، المرجع السابق، ص.41.

(3) أنظر، محمد سعد خلف الله الشحيمي، التشبه بين الجنسين مفهومه أحكامه ومظاهره وأسبابه، ط1، دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري بدبي، إدارة البحوث، الإمارات العربية المتحدة، 2009، ص.08.

ويبقى الاختلاف بينهما في عدة نقاط جوهرية، فالتقنيات التي اعترفت بالزواج المثلي أرادت إضفاء المشروعية على المثلية الجنسية، وتخليص هؤلاء الشواذ من متابعة القانون والمجتمع. كما يتمتع المثلي بأعضائه التناسلية الأصلية ويحقق إشباعا جنسيا بها، ولا يعترض إلا على جنسه الاجتماعي والدور الوظيفي المخصص لجنسه، على العكس من حالة المغير الجنسي الذي يكره أعضائه التناسلية ويحس بأنه ضحية لخطأ الطبيعة⁽¹⁾.

والزواج لا يغير من انتماء الشخص لجنس معين فإن كانت امرأة تبقى كذلك، وإن كان رجلا فيبقى كذلك أيضا. أما المغير لجنسه فبمجرد تغيير جنسه سوف يتحول إلى الجنس المقابل؛ فإن كان رجلا يتحول إلى امرأة والعكس صحيح، وهو ما يطال مباشرة هويته وحالته المدنية، إذ عليه مباشرة الإجراءات القانونية لتغيير مركزه القانوني، وهذا طبعا في الأنظمة التي تسمح بتغيير الجنس. هذه أهم النقاط التي تميز الزواج المثلي عن غيره من الأنظمة في التشريعات التي تعترف بها، أما الشريعة الإسلامية فموقفها واضح في الكتاب والسنة الشريفة.

ثانيا: المثلية الجنسية من وجهة نظر العلوم الطبية

نشر باحثون أمريكيون دراسات حديثة ترد المثلية الجنسية إلى سلوك طبيعي، مستبعدة اعتباره سلوكا أو مرضا نفسيا، حيث نشر العميد "Hamer" عالم الوراثة الأمريكي سنة 1993 وجود جين المثلية، فتوصل إلى أن المثلية الجنسية ليست اختيارا للشخص أو نمط حياة، وإنما مردها جين مسؤول عن المثلية يوجد في نهاية الكروموسوم (x)، وقد أجرى هامر هذه الدراسة على 40 زوجا من الأخوة مثليي الجنس وأجريت لهم اختبارات الدم، ف لوحظ من خلال النتائج بأن معظمهم لديهم خمسة علامات مشتركة على جزء من كروموسوم (x) في المنطقة 28 XQ⁽²⁾.

وفي دراسة أخرى اتضح بأن التوائم المتماثل يتشابهان في التوجه الجنسي، بمعنى أنه إذا كان أحد التوائم مثليا فحتما يكون أخوه التوأم مثلي بنسبة 52%، أما في التوائم غير الحقيقية فإن نسبة الاشتباه في التوجه الجنسي تكون بنسبة 22%⁽³⁾.

⁽¹⁾ مكروولف وهيبية، المرجع السابق، ص.41.

⁽²⁾ Cf, Fabien Moll-Fançois, Pourquoi chercher le gène de l'homosexualité? interview, OPINION , p.72 ; <https://www.technologyreview.com> ,30/07/2017,18:00.

⁽³⁾ Cf, T. J. TALOR, Twi Studies Of Homosexuality ;

http://www.timtaylor.com/papers/twin_studies/studies.htm ; 30/07/2017,22:00.

وهناك من يرجع أسباب المثلية إلى المرحلة الجنينية بحيث يؤثر التفاوت في نسب الهرمونات (البروجسترون والاستروجين والتستسترون) على تكوين الجنين الدماغي والعضوي وكذلك التوجه الجنسي، فمثلا إذا ارتفعت نسبة التستسترون عند جنين أنثى تنتج أنثى مثلية، وإذا انخفض نفس الهرمون عند الذكر يكون ذكرا مثليا، بحيث أن احتمال وجود ذكر مغاير يجب أن يحتوي جسمه على نسبة مرتفعة من التستسترون⁽¹⁾.

غير أن هذه الدراسات بأكملها لم تلق مصداقية، فدراسة العميد (Hamer) تعرضت للتفنيد عام 1999 من قبل فريق من الباحثين الكنديين الذي أراد أن يختبر رسميا النتائج التي توصل إليها العميد هامر، فأثبتت التجارب أخيرا أنه لا يوجد فرق في تكوين الكروموزوم (X) بين المثليين والغيريين⁽²⁾.

أما الدراسات التي تكلمت عن احتمال اشتباه التوأم الحقيقي في الميل الجنسي المثلي، فهي دراسات اقتصرت على عينة، ولا يمكن تعميمها لأنها لم تثبت بعد في دراسات متتالية.

وبالنسبة للهرمونات، فإن الذكر يولد ذكر والأنثى تولد أنثى، واختلال إنتاج الهرمونات الجنسية يكون فقط في حالة الخنثى، والمثلية الجنسية كما نلاحظ هي نمط لرجل كامل الذكورة أو أنثى كاملة الأنوثة، فالأول يولد بخصية وهي التي تفرز هرمون التستسترون، والثانية تولد بمبيض يفرز الاستروجين ولا مجال لردّ المثلية إلى اختلال هرموني.

وعليه، يعجز من جديد علم الأحياء عن ردّ المثلية الجنسية إلى التكوين البيولوجي، ولا يوجد تفسير علمي في الطب الحديث للمثلية الجنسية، ولا يمكن نسبتها إلى أي عامل وراثي أو خلل في تكوين الجسم، لأن المثلية الجنسية سلوك تلعب فيه الإرادة دورا كبيرا، ويمكن تجاوزه بالإرادة والعلاج النفسي.

وبعد أن اتجهت الدول الغربية نحو إضفاء المشروعية على الزواج المثلي، تبقى شريعة المسلمين ثابتة لا تتغير ونظرتها راسخة لا تتبدل بشأن المثليين.

(1) مصطفى عابدين، حقائق عن المثلية الجنسية، <http://myscience.space/articles>؛ 2017/07/29، 01:30.

(2) Fabien Moll-François, op.cit, p.73; <https://www.technologyreview.com>, 30/07/2017, 22:40.

ثالثا: نظرة الشريعة الإسلامية إلى الزواج المثلي

إن موقف الشريعة الإسلامية واضح وثابت من المثلية الجنسية، وهي فاحشة ابتدعها قوم لوط وتعتبر عدوانا وتجاوزا لحدود الله. لذلك عاقبهم الله بأشد العذاب فقال تعالى: ﴿أَتَأْتُونَ الذُّكْرَانَ مِنَ الْعَالَمِينَ ﴿١٦٥﴾ وَتَذَرُونَ مَا خَلَقَ لَكُمْ رَبُّكُمْ مِنْ أَرْوَاحِكُمْ بَلْ أَنْتُمْ قَوْمٌ عَادُونَ ﴿١٦٦﴾﴾⁽¹⁾. ونهانا تعالى عن القربى من الفواحش في قوله: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَّنَ...﴾⁽²⁾.

وروي عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ قال: "من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول به"⁽³⁾. وروي عن جابر بن عبد الله أن رسول الله ﷺ قال: "إن أخوف ما أخاف على أمتي عمل قوم لوط"⁽⁴⁾. وهذا القول يعتبر تحذيرا للأمة الإسلامية من المثلية الجنسية ونتائجها الكارثية على الدين والأخلاق والمجتمع وتدمير صحة الإنسان. وهو ما أثبتته التجارب فعلا أن الشاذين جنسيا هم الأكثر إصابة بالأمراض الخطيرة كالسيديا وغيره. وقال محمد بن سيرين: ليس شيء من الدواب يعمل عمل قوم لوط إلا الخنزير والحمار⁽⁵⁾.

فالمثلية الجنسية جريمة وفاحشة تمتنع عنها حتى الحيوانات ما عدا الخنزير والحمار. فما شأنها مع الزواج، الميثاق الغليظ، ونصف الدين، وعقد شرعي للتآلف الزوجي بين الرجل والمرأة، وعمران الأرض فما دخل اللواط وأفعال الشذوذ في الزواج؟ وما الهدف من تقنين زواج المثليين؟ إن هذا بعيد كل البعد عن الشريعة الإسلامية وعن العقل. لذلك عاقب سبحانه وتعالى قوم لوط فحسب بهم الأرض، والحسب من أشد أنواع العذاب الذي يدل على عظم الذنب وقبحه وهو تحذير من هذا العمل للأمة من بعد.

(1) سورة الشعراء، الآيات رقم 165-166.

(2) سورة الأنعام، الآية رقم 151.

(3) واختلف أهل العلم في حد اللواط فرأى بعضهم بأن عليه الترجم أحسن أم لم يُحصن، وهذا قول مالك، والشافعي، وأحمد، وإسحاق، وقال بعض أهل العلم من فقهاء التابعين، أن حد اللواط هو حد الزاني، وهو قول حسن البصري، وإبراهيم النخعي، والثوري، وغيرهم؛ الترميذي، سنن الترميذي، المرجع سابق، كتاب الحدود، باب ما جاء في حد اللواط، حديث رقم 1456، ص.345؛ الدارقطني علي بن عمر، وبذيله التعليق المغني على الدارقطني، لأبي الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي، كتاب الحدود، ط1، دار ابن حزم، بيروت، 2011، ص.698.

(4) أنظر، ابن ماجه الحافظ أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، ج1، كتاب الحدود، حديث رقم 2563، دار احياء الكتب العربية، القاهرة، د.س.ن، ص.856.

(5) القرطبي، المرجع السابق، ج9، ص.278.

والزواج المثلي يعتبر كذلك اعوجاج للفطرة وانحطاط للأخلاق ولكرامة الإنسان، وتقنين هذا الزواج هو في الحقيقة تشجيع للزديلة، وطريق لانتشار الأمراض الجنسية، وأكبر دليل للانحلال الخلقي، هو ظهور الأمراض الخبيثة ونشأتها في المجتمعات الغربية، وانحلال هذا الزواج بسرعة كبيرة إضافة إلى الخيانة بين الأزواج.

رابعاً: الزواج المثلي في بعض القوانين الوضعية

عرفت بعض الدول حركة واسعة في تعديل قوانينها بإجازة زواج المثليين (أ) في حين تبقى الدول العربية والمسلمة على موقفها الوارد في شريعتنا الغراء، وسوف نكتفي بموقف التشريع الجزائري من الزواج المثلي (ب).

أ- بعض القوانين التي تجيز زواج المثليين

تعترف بعض القوانين الوضعية بزواج المثليين، فمثلاً النظام القانوني السويدي ينص على أنه يجوز للأشخاص من ذات الجنس تسجيل عقد المعاشة بينهما بالإضافة إلى حقهم في تبني الأطفال متى توفرت الشروط اللازمة، وفي 2009 أقرت السويد زواج المثليين صراحة⁽¹⁾. وتجدر الإشارة إلى أن القانون السويدي منذ 1994 يعتبر الزواج المثلي نمط لتكوين الأسرة في السويد فيمكن لشخصين من نفس الجنس التعايش المشترك وتسجيل عقد المعاشة بينهما طبقاً للمادة 1 من الفصل 1 من القانون رقم 1117 لسنة 1994 بشرط بلوغهما سن الرشد⁽²⁾.

وكانت هولندا أول بلد يقر زواج المثليين عام 2001، بحيث يكتسب الأزواج المثليين نفس الحقوق للأزواج العاديين إلا الحق في الإنجاب. أما الدنمارك فكانت أول دولة سمحت للمثليين بالارتباط المدني سنة 1989، وفي 2012 سمح لهم بالزواج في كنيسة الدولة اللوثرية. ثم بلجيكا عام 2003 سمحت للمثليين بالزواج ومنحتهم الدولة الحق في التبني عام 2006. وانتشرت عملية تقنين زواج المثليين في كثير من الدول الأمريكية أيضاً، أما أفريقيا فكانت أول دولة تسمح بالزواج المثلي وكذلك المشاركة المدنية للمثليين هي جنوب أفريقيا عام 2006 مع إمكانية تبني الأطفال⁽³⁾.

(1) أنظر، منذر الفضل، نظام الأسرة في القانون السويدي، مجلة الحقوق، الكويت، السنة 25، 2001، ع1، ص.316.

(2) وتضيف ذات المادة شرطاً آخر هو ألا يكون الشخصان إخواناً أو أشقاء وأجاز لإخوانهم غير الأشقاء التعايش في وضع المشترك، منذر الفضل، نفس المرجع، ص.317.

(3) بن عومر محمد الصالح، المرجع السابق، ص. 108-109.

وأقرت فرنسا زواج المثليين في 18 ماي 2013⁽¹⁾ في إطار مبدأ الزواج للجميع، وفي 29 ماي 2013 صدرت مذكرة موقعة من وزيرة العدل توضح أن مواطني 11 دولة لا يحق لهم الزواج المثلي منهم الجزائر، المغرب وتونس⁽²⁾.

وتزداد خطورة الزواج المثلي أمام الانفتاح الذي شهده العالم سواء بالتعارف والزواج عبر وسائل الاتصال الحديثة، أو بالهجرة التي تتيح الاختلاط المباشر بين مواطنين الدول العربية والإسلامية وبين الأجنبي الذي تحكمه قوانين بلده والتي تجيز الزواج المثلي في أحكامها. فمثلا نذكر القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية، والذي قضى بصحة الزواج المثلي بين المغربي والفرنسي ضاربا بعرض الحائط الاتفاقية الثنائية المغربية الفرنسية⁽³⁾، والتي تنص في الفصل 05 المتعلق بالزواج على أنه: "يطبق على كل من الزوجين قانون إحدى الدولتين التي ينتمي لها فيما يخص الشروط الجوهرية للزواج من سن أهلية النكاح، وإيجاب وقبول، وموانع، خاصة ما ينتج منها عن القرابة أو المصاهرة أو الرضاع". وتتلخص وقائع الدعوى في أن مثليا مغربيا حاول الاقتتان بمثلي فرنسي، أقر بأنه تجمعهما علاقة منذ 10 سنوات وأبرما عقد باكس "pacs" بتاريخ 11 مارس 2013، وبعدها اعترف القانون الفرنسي بالزواج المثلي في 17 ماي 2013 قاما بوضع طلب للزواج بمقر البلدية بتاريخ 13 يوليو 2013 وتم الإعلان عنه بتاريخ 14 نوفمبر 2013، وقاما بحجز قاعة للحفلات، إلا انه أبلغ برفض النيابة العامة قبل يومين من اليوم المحدد⁽⁴⁾. وبعد أن رفضت النيابة العامة تسجيل هذا الزواج، رفعا أمرهما إلى القضاء، فكان قرار محكمة النقض الفرنسية أن سمحت للمغربي بإبرام زواج مثلي مع فرنسي

⁽¹⁾ Loi n° 2013-404, du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, JORF n°0114 du 18 mai 2013.

⁽²⁾ بن عومر محمد الصالح، المرجع السابق، ص.111.

⁽³⁾ ظهير شريف رقم 1.83.197، صادر في 14/11/1986، المتضمن نشر الاتفاقية المتعلقة بحالة الأشخاص والأسرة والتعاون القضائي بين المملكة المغربية والجمهورية الفرنسية الموقعة بالرباط في 10/08/1981، ج.ر، ع 3910، صادرة بتاريخ 07/10/1987، ص.931؛ صادقت عليها فرنسا وترجمت الى قانون بموجب المرسوم رقم 83435، الصادر في 27 مايو 1983، ونشر في الجريدة الرسمية يوم 1 يونيو عام 1983.

⁽⁴⁾ أنظر، خالد ملوك، الزواج المثلي يدخل العلاقات المغربية الفرنسية في متاهات جديدة، <http://www.hespress.com> 2017/03/15، 00:00.

واستندت المحكمة على المادة 4 من الاتفاقية المغربية الفرنسية التي تحول للقاضي استبعاد قانون إحدى الدولتين في حالة مخالفته للنظام العام⁽¹⁾.

وقد لاقى هذا القرار استنكارا لدى المغاربة والجالية المسلمة في فرنسا، وحقيقة هو إخلال باتفاقية بين الدوليتين، ومحاولة جديدة من فرنسا فرض سلطان القانون الفرنسي على المغتربين في إقليمها دون مراعاة للاتفاقيات الثنائية.

ومن جديد، تخل فرنسا بالتزاماتها مع الجزائر، وخطورة الموضوع تكمن في استهداف الهوية الجزائرية الإسلامية وتصدير الانحلال الخلقي إلى الجزائر، فقد اسقطت وزارة العدل الفرنسية اتفاقيتها الثنائية أيضا مع الجزائر في شأن الزواج المختلط بالرجوع إلى القانون الشخصي للزوجين. فبعد أن استنتجت الجزائر وعشر دول أخرى من تطبيق قانون الزواج المثلي، ردت وزارة العدل الفرنسية على سيناتور "Yung Richard" بتاريخ 18 نوفمبر 2016 على تساؤل أثاره بتاريخ 9 جوان 2016 في مجلس الشيوخ، وقد جاء في الردّ بأنه على المحاكم وضباط الحالة المدنية عدم الاعتراض على زواج المثليين من الدول المذكورة والتي من ضمنها الجزائر والمغرب، متى توفرت الشروط المطلوبة⁽²⁾، وبالتالي تستفز فرنسا الدول المسلمة وتخرق اتفاقاتها، وتقوم بإضفاء مشروعية على حالات شذوذ جنسي تعتبر مجرمة ومستنكرة في الدول الإسلامية.

فالزواج هو شكل من أشكال الحياة المشتركة، ولم يكن يوما اعترافا علنيا عن المشاعر والعواطف، وليس هناك أي فائدة من اعتراف السلطات بالزواج المثلي، لأن الأصل أن الزواج مؤسسة مستقرة ينشأ فيها النسب، ويترتب عليه حقوق للزوجين الرجل والمرأة والأولاد⁽³⁾. ولا توجد أي فائدة من إطلاق نظام الزواج على علاقة رجل برجل أو امرأة بامرأة، لأنه حتى ولو قاما بتبني أطفال أو أنجبا

(1) Arrêt 28 janvier 2015, mariage franco-marocain entre personnes de même sexe: "L'article 4 de la convention franco-marocaine prévoit que la loi de l'un des deux pays peut être écartée lorsque celle-ci est manifestement incompatible avec l'ordre public.

Or, on ne peut priver une personne de la liberté fondamentale de se marier, mariage qui, depuis la loi du 17 mai 2013, est ouvert, en France, aux couples de même sexe..." <https://www.courdecassation.fr>, 02/08/2017, 01.00.

(2) Cf, Richard YUNG, Papiers et citoyenneté, Mariage des étrangers dont le pays d'origine prohibe le mariage homosexuel: ma question au Gouvernement et sa réponse, <https://www.richardyung.fr>, 1/08/2017, 09:00.

(3) voir, père Matthieu ROUGE, 10 bonnes raisons de ne légaliser ni le mariage entre même sexe ni l'adoption par des partenaires de même sexe, L'église catholique à paris, <http://www.paris.catholique.fr>, 12/03/2017, 13:00.

بأي طريقة، فأخلاق الطفل حتما تتأثر بسلوك والديه المزعومين، وسوف ينتج طفل شاذ جنسياً، وهكذا فإن تقنين هذا الزواج هو طريق لانتشار المثلية الجنسية جيل بعد جيل، وفي نفس الوقت طريق لزوال الأسر والأمم.

ب- موقف التشريع الجزائري من الزواج المثلي

على الرغم من مساعي الدول الغربية في محو الفطرة التي فطر الله سبحانه وتعالى عباده عليها باسم الحرية وحقوق الإنسان، يبقى المثليون أشخاص غير مرغوب فيهم في المجتمع الإسلامي ويتعرضون لنبد من أفراد المجتمع وحتى أفراد أسرهم، وإلى اضطهاد ومداهمات من قوات الأمن والسجن طبقاً للقانون الجزائري. وتبقى الجزائر تجرم المثلية الجنسية بنص المادة 338 من ق.ع التي تنص على أن: "كل من ارتكب فعلاً من أفعال الشذوذ الجنسي على شخص من نفس جنسه، يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 د.ج."

وتطبيقاً لأحكام قانون الأسرة الجزائري، فإنه لا يمكن إبرام عقد زواج بين شخصين من نفس الجنس لانتفاء ركن الاختلاف في الجنس بين الزوجين الذي نستشفه من نص المادة 4 من ق.أ. "الزواج عقد بين رجل وامرأة". بالإضافة إلى هذا الركن فإن نفس المادة نصت على أهداف الزواج والتي لا يمكن تحقيقها بزواج مثلي، بل لا يمكن أن يطلق كلمة زواج على علاقة بين شواذ لأن الزواج كلمة لها وزن شرعي وقانوني، والزواج وجد لبناء الأسرة، وإحصان النفس الذي لا يمكن أن يتحقق في التعايش بين المثليين.

وبناء على ما سبق، فإن إبرام عقد زواج بين شخصين من نفس الجنس يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً ولكل من له مصلحة طلب إبطال هذا الزواج، وللنيابة العامة من تلقاء نفسها طلب إبطاله أيضاً طبقاً للمادة 3 مكرر من ق.أ.

ولكن، هذه النصوص تبقى غير كافية لحماية الأسرة والزواج، لأن تفسير القاضي للمواد القانونية يختلف من قاضي إلى آخر، فنصوص قانون العقوبات تجرم العلاقات من نفس الجنس فماذا عن الزواج من نفس الجنس؟ إن قيم المجتمع الجزائري الإسلامي مستهدفة من خلال الإجراءات الاستفزازية التي تقوم بها الحكومة الفرنسية ضاربة بعرض الحائط الاتفاقيات الثنائية بينها وبين الجزائر. لذلك، يحتاج الوضع تدخلاً تشريعياً واضحاً بالمنع صراحة للزواج المثلي، وترتيب عقوبة زجرية وأشدّ

من تلك المذكورة في المادة 338 من ق.ع لكل شخص يؤسس أسرة مع شخص آخر من نفس جنسه.

وإن كان الزواج المثلي هدفه إشباع جنسي مع الجنس المماثل، ولا يحتاج الشخص لإجراء عمليات جراحية لذلك، فإن الفئة المستهدفة بالدراسة في الفرع الموالي هي فئة جديدة، ظهرت حديثا بتطور الجراحات الطبية، بحيث يغير الشخص جنسه فينتج شخص آخر بوضع قانوني جديد. وسوف نبحث عن إمكانية زواج هذا الشخص، وهل يمكنه الزواج من جنسه المغاير لجنسه الأصلي أم لجنسه الجديد؟

الفرع الثاني

عمليات التغيير الجنسي وأثرها على عقد الزواج

التغيير الجنسي؛ ظاهرة حديثة نشأت عن انتشار عمليات جراحة الخنثة، وكانت أوروبا مهدا لهذه العمليات وتعتبر السويد أول دولة صوت برلمانها على قانون خاص يشرع مسألة تغيير الجنس، وتلتها عدة دول تنظم تغيير الجنس بأحكام خاصة منها ألمانيا في 1980، ثم تلتها إيطاليا في 1982، ثم هولندا في 1985، وأخيرا تركيا في 1988⁽¹⁾. ولفهم هذه الظاهرة المستحدثة يتوجب علينا تعريف التغيير الجنسي (أولا) ثم دوافع تغيير الجنس (ثانيا) والمشكل الذي يطرح باستمرار هو مشروعية عمليات تغيير الجنس (ثالثا) لنصل إلى لبّ موضوعنا وهو مدى صحة زواج المغير الجنسي (رابعا).

أولا: تعريف التغيير الجنسي "Transsexualisme"

يتكون مصطلح تغيير جنسي من كلمتين، تغيير وجنسي، أما تغيير فهو اسم مصدره فعل غيّر، ويقال غيرت الشيء تغييرا، أي أزلته عما كان عليه فتغير⁽²⁾، وسبق أن عرفنا الجنس بأنه الضرب من الشيء. ويطلق الجنس على شطري الأحياء مميزا بالذكورة والأنوثة⁽³⁾. وعليه يطلق تغيير الجنس على حالة التحول من الذكورة الكاملة إلى الأنوثة أو من الأنوثة الكاملة إلى الذكورة.

(1) أنظر، فواز صالح، جراحة الخنثة وتغيير الجنس في القانون السوري، مجلة جامعة دمشق، جامعة دمشق، 2003، ع2، مجلد19، ص.49.

(2) أحمد بن محمد بن علي الفيومي القرني، المرجع السابق، كتاب الغين، ص.459.

(3) مكرولف وهيبه، المرجع السابق، ص.23.

واستحدث مصطلح تغيير الجنس "Transsexualisme" لأول مرة في فرنسا من قبل "Jean- Marc Alby" في أطروحته الطبية سنة 1956⁽¹⁾. وتغيير الجنس هو تغيير الجنس الطبيعي والأصلي للشخص بجنس اصطناعي مضاد لجنسه الطبيعي⁽²⁾. ووفقا للتقرير الذي قدمه الدكتور "Kuss" إلى أكاديمية الطب في فرنسا عام 1982 عرف المغير الجنسي بأنه: "الإحساس العميق والراسخ بالانتماء إلى الجنس الآخر، بالرغم من أن جنسه مطابق لتكوينه الكروموسومي بشكل لا لبس فيه، وهو بحاجة مستمرة لتغيير جنسه وحالته المدنية"⁽³⁾.

ومن رؤية أهل الطب، تغيير الجنس هو العمل الذي يتم بتدخل طبي من أجل تحويل الذكر إلى أنثى، أو العكس، الأنثى إلى ذكر، ويكون ذلك عن طريق المعالجات الهرمونية أو التدخل الطبي الجراحي، الذي يهدف إلى إلغاء بعض الأعضاء الجنسية أو إنماء أعضاء أخرى⁽⁴⁾. وليكتمل البحث عن معنى التغيير الجنسي، يتوجب علينا التعرض إلى جراحة تغيير الجنس، مع الإشارة إلى أن ذلك سوف يتم بصورة سطحية، فقط بالقدر الذي يمكننا من معرفة قدرة المغير لجنسه على الزواج وحكم هذا الزواج.

ثانيا: عمليات تغيير الجنس

ظهرت عمليات تغيير الجنس بعد ظهور فئة من البشر التي تعاني من اضطراب في الهوية الجنسية(الجنسية)(النفسية)، دفعتها إلى إجراء عمليات جراحية تجعلها تندمج اجتماعيا، مع مطالبتها بالعيش الكريم والاحترام من الغير، بالإضافة إلى ترتيب جميع آثار هذا التغيير. ويرجع المختصون اضطراب الهوية الجنسية إلى عدة دوافع (أ) تؤدي بهم أخيرا إلى إجراء عمليات تغيير جنسي تتم على عدة مراحل(ب).

⁽¹⁾ Cf, Lucile GIRARD , La demande de soins des personnes transsexuelles en France, prise en charge médicale et respect de la dignité, thèse doctorat, Université paris Descartes, Paris 5, 2013 , p.19.

⁽²⁾ أنظر، تشوار جيلالي، الأحكام الإسلامية في مسائل تغيير الجنس والاستنساخ البشري، م.ج.ع.ق.ا.س، معهد الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 1998، جزء36، ع4، ص.29.

⁽³⁾ Cf , Sophie PARICARD, Transsexualisme, maintenir ou assouplir les conditions de changement de sexe ?, La Revue des droits de l'homme, Éditeur Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux, 2015, n° 8, p.1.

⁽⁴⁾ فواز صالح، المرجع السابق، ص.50.

أ- دوافع تغيير الجنس

المغير الجنسي هو شخص سويّ من الناحية الطبيعية، بمعنى ذكر كامل الذكورة أو أنثى كاملة الأنوثة، ولكن لديهم رغبة في تغيير جنسهم لعدة أسباب نفسية منها الشعور بكرهية الجنس الذي ولدوا عليه⁽¹⁾، أو لمجرد المغامرة أو بحثاً عن الشهرة.

ومن الأسباب النفسية التي قد تدفع الشخص إلى إجراء عملية تغيير الجنس، شعوره بأنه ضحية للطبيعة، وأن جنسه الحقيقي الذي ينتمي إليه ليس هو جنسه المرفولوجي وإنما جنسه البسيكولوجي⁽²⁾. بمعنى أن الحالة النفسية للشخص غير متوافقة مع جنس جسده، والدور الاجتماعي الذي يقوم به الناس من نفس جنسه⁽³⁾.

بالإضافة إلى اضطراب الهوية الجنسية، قد يكون سبب إجراء تغيير الجنس هو التشبه بالجنس الآخر (التخنث) المنهي عنه شرعاً، والذي يعتبر من أهم أسبابه التربية الخاطئة في مرحلة الطفولة، والنفس الأمانة بالسوء.

وتلعب وسائل الاتصال الحديثة أيضاً دوراً هاماً في الانحراف الجنسي، وتبرز الظاهرة مع توفر الأنترنت التي تجعل العالم قرية صغيرة دون حواجز جغرافية أو سياسية، بحيث تم، وبجانا استيراد كل أنواع الثقافات والعادات والشذوذ الجنسي المنتشرة في المجتمعات الغربية بما فيها ثقافة تغيير الجنس. وقد يلجأ الشخص إلى تغيير جنسه لغرض طمس الملامح والتنكر سواء لأغراض سياسية أو للهروب من عقوبة جنائية وغيرها من الأسباب.

ب- جراحة تغيير الجنس

تقوم الهوية الجنسية على خمسة عناصر هي الجنس الوراثي، والجنس التشريحي، والجنس الهرموني، والجنس الاجتماعي، والجنس النفسي، ويتحدد الجنس البيولوجي للشخص بناء على جنسه الجيني والتشريحي والهرموني، أما الدور الاجتماعي للشخص فهو ينعكس من تكوينه النفسي والاجتماعي حيث يشعر الشخص بالانتماء إلى جنس الذكور أو الإناث⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ أنظر، كسار طارق حسن، مشروعية التحول الجنسي في الفقه الإسلامي، مجلة كلية التربية للعلوم الإسلامية، جامعة ذي قار، العراق، 2015، ع1، مجلد15، ص.214.

⁽²⁾ تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، المرجع السابق، ص.19.

⁽³⁾ Lucile GIRARD, op.cit, p.33.

⁽⁴⁾ Lucile GIRARD, op.cit, p.11.

وعليه، تظهر اضطرابات الهوية الجنسية عندما يشعر الشخص بأنه لا ينتمي إلى جنسه المرفولوجي، وأن هناك خلل في وظائف جسمه تجعله يشعر بالانتماء إلى الجنس المغاير. لذلك، يجب أن تسبق مرحلة الجراحة مرحلة في غاية الأهمية وهي مرحلة العلاج النفسي على الأقل لمدة 3 أشهر قبل العلاج، والهرموني 6 أشهر قبل جراحة تغيير الجنس⁽¹⁾.

وتتطلب هذه الحالات علاجا نفسيا جسديا "Traitement Psychosomatique"، الذي يركز على وحدة الجسد والنفوس والتأثيرات المتبادلة بينهما، ويتطلب علاج هذه الحالات تنويما مغناطيسيا يعزل الشخص عن المؤثرات الخارجية لمحاولة إقناعه بجنسه الفعلي⁽²⁾، ثم يقوم الطبيب بإجراء عملية تغيير الجنس.

وتتم العملية الجراحية للذكر بتحويله إلى أنثى ظاهريا فقط، بمعنى أن الرجل يبقى رجلا لا يملك مبيضا، ولا رحما، ولا يحيض. فالعملية تنصب على الأعضاء الخارجية، فإن كان ذكرا، فإنه يتم استئصال العضو الذكري والخصيتين ثم زراعة مهبل اصطناعي وزراعة ثديين، وإعطاء المريض هرمونات أنثوية لتغيير نبرة الصوت وتوزيع الدهون في الجسم بطريقة خاصة بالأنثى.

أما في عملية تغيير جنس المرأة إلى رجل، فيتم استئصال الثديين والقناة التناسلية الأنثوية وزراعة عضو ذكري⁽³⁾، وإعطاء المريض هرمونات ذكورية تساعد على نمو شعر الجسم وخشونة الصوت حتى يصبح شبيها بصوت الرجل.

ما يمكن أن نلاحظه على هذه العمليات، هو أنها عبارة عن تخنث اصطناعي، حيث أن الآلة الخارجية للشخص تتناقض مع غدده الجنسية، وبالرغم من أن الشخص ظاهريا يبدو أنه ذكر أو أنثى، إلا أنه داخليا يبقى على جنسه الأصلي، أما الخنثى فهو حالة مرضية طبيعة تحمل تعارضا في المعطيات الجنسية للشخص.

والخنثى، إن كانت حالة مرضية تحتاج إلى العلاج النفسي والجراحي، فلا يمكن اعتبار تغيير الجنس أيضا علاج لشخص كان في الأصل كامل الذكورة أو كامل الأنوثة، فتغيير الجنس هو عبث بالجسم البشري وتمريض لحالة معاقة، وهي عمليات مضادة للفطرة، ولا يمكن اعتبارها حلا لهذه الاضطرابات النفسية. والدول التي تسمح بالتغيير الجنسي هي في الأصل تضع حالات الشذوذ

⁽¹⁾ Lucile GIRARD, op.cit, p.34.

⁽²⁾ الأمراض النفسية الجسدية، <https://www.webteb.com>، 2017/07/25، 11:30.

⁽³⁾ كسار طارق حسن، المرجع السابق، ص.215.

الجنسي موضع الشرعية القانونية كي لا يتعرض المغير لجنسه للاضطهاد من المجتمع تحت غطاء حقوق الإنسان.

ثالثاً: مدى مشروعية عمليات التغيير الجنسي

بداية يتعين علينا البحث عن رؤية الفقه الإسلامي للتغيير الجنسي (أ) ثم موقف القانون والقضاء من العملية (ب).

أ- رؤية الفقه الإسلامي للتغيير الجنسي

كما سبق وأن ذكرنا، فإن هذه العمليات مستحدثة في مجال الطب وهي من مستخلصات عصارة العقل البشري في مجال تطور العلوم، ولم تكن موجودة في عصر رسولنا الكريم ﷺ ولا في عهد الفقهاء رحمهم الله. وكونها مستجد يتعلق بالجسم البشري وممارسة العبادات والحقوق والواجبات فإنها حظت باهتمام الفقه الإسلامي، الذي لم يتفق بشأن مشروعيتها.

فثار جدل فقهي كبير بشأنها، فأباحها البعض، بحجة أنّ التحوّل الجنسي هو انفصام حاد بين النفس والجسد، وهو مرض كما يصرح به الأطباء المختصون، مما يحقق شرط الضرورة الشرعية التي تبيح المحظور، وهو إجراء عملية تحول جنسي⁽¹⁾.

وتجري العملية بعد فشل العلاج الهرموني والكيميائي والنفسي، مما يرفع الحرج في التسليم بضرورة إجراء العملية لإحداث التوافق بين الجنس النفسي والجنس التشريحي والتي قد تجنب المريض محاولات الانتحار⁽²⁾.

لكن، عواقب التغيير الجنسي لا تقتصر عليه لوحده، بل تتعداه إلى أفراد أسرته، فتغير مركزه القانوني من رجل إلى امرأة أو العكس سوف يهدم العديد من العلاقات الأسرية.

لذلك ردّ عليه فقه آخر بإثارة مجموعة من التساؤلات، منها:

هل مشروعية التداوي ولو لحالة الضرورة تقتضي التداوي بمحرّم، لاسيما مع وجود طرق أخرى مشروعّة للتداوي؟ وهل حقوق الشخص على جسده يقتصر على حق العبد أم هو أيضا من حقوق الله عز وجل؟ وهل الأعضاء التناسلية تعتبر زائدة حتى يرفض الشخص لأسباب نفسية⁽³⁾؟

(1) خدام هجيرة، المرجع السابق، ص.143.

(2) أنظر، العرابي محمد الأمين، أثر التطورات الطبية على إبرام عقد الزواج، مذكرة ماجستير في القانون الطبي، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2018-2019، ص.74.

(3) خدام هجيرة، المرجع السابق، ص.143.

لذلك قال أغلب الفقهاء بحرمة عمليات التغيير الجنسي، لأنها تعتبر اعتداء على الفطرة التي فطر الله الناس عليها⁽¹⁾، وكان هذا موقف المجمع الفقهي الإسلامي في القرار السادس الصادر عن الدورة الحادية عشر المنعقدة بمكة المكرمة الممتدة من 19 فبراير 1989 إلى 26 فبراير 1989 الذي نظر في موضوع تحويل الذكر إلى الأنثى وبالعكس، حيث جاء في القرار: "الذكر الذي كملت أعضائه ذكورته والأنثى التي كملت أعضاؤها أنوثتها، لا يجوز تحويل أحدهما إلى النوع الآخر، ومحاولة التحويل جريمة يستحق فاعلها العقوبة لأنه تغيير لخلق الله .."⁽²⁾. واستدل المجمع الفقهي الإسلامي بإخباره تعالى عن قول الشيطان: ﴿وَلَا مَرَّتَهُمْ فَلَيُعَيِّرُنَّ خَلْقَ اللَّهِ...﴾⁽³⁾.

وبالتالي، فالرأي الغالب هو القائل بحرمة عمليات التغيير الجنسي، فكل شخص ليس لديه إشكال في تكوينه الفيزيولوجي - كحالة الخنثى - لا يجوز له إجراء عمليات تغيير جنس وهو أمر محرم، لما فيه من اتباع للشيطان في تغيير خلق الله، وانحراف خطير عن الفطرة.

ب- تغيير الجنس في القانون والقضاء

اعترفت أغلب الدول الغربية بحق الشخص في تغيير جنسه بشروط معينة، منها القانون السويدي الصادر في 21 أبريل 1972، والهولندي الصادر في 24 أبريل 1985، والدنماركي الصادر في 7 جوان 1989⁽⁴⁾، وفي ألمانيا صدر قانون 10 سبتمبر 1980، الذي بدأ سريانه ابتداء من 1 يناير 1981 يسمح بالتغيير القضائي لحالة الشخص الذي يغير جنسه متى استوفى شروطا معينة⁽⁵⁾. أما القانون الفرنسي، فلم ينظم عمليات التغيير الجنسي، وقد مرّ فيها القضاء بمرحلتين؛ اتخذ في الأولى موقفا سلبيا من تغيير الجنس (من 19 ديسمبر 1975 إلى 21 ماي 1990)⁽⁶⁾، فلم يعترف

(1) بدیعة علي أحمد، المرجع السابق، ص. 20 مما بعدها.

(2) قرار رقم 6، دورة 11، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، ط2، رابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة، 2006، ع12، ص. 159.

(3) سورة النساء، الآية رقم 119.

(4) أنظر، تشوار جيلالي، حق الشخص في التصرف في جسمه الرقيق العذري والتغيير الجنسي نموذجاً، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2008، ع6، ص. 69.

(5) وهذه الشروط هي:

1- أن يكون بالغا 25 سنة؛

2- أن يمون مستكراً لجنسه الطبيعي لمدة ثلاث(03) سنوات، وذلك بعد الحصول على آراء طبيين اختصاصيين؛

3- أن يكون محلاً لعملية جراحية لاقترابه بالجنس الآخر. فضلا عن ذلك فإن هذا الاعتراف يسمح لصاحبه أن يطلب بطلان زواجه الأول،

منقول عن تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، المرجع السابق، ص. 27.

(6) Droit des personnes, Point sur le transsexualisme, <http://actu.dalloz-etudiant.fr>, 24/07/2017, 10:15.

آنذاك إلا بالجنس الطبيعي للشخص الذي ولد عليه، باستثناء جراحات تثبيت الجنس وكشف اللبس فيه كحالة الخنثى. واستمر الوضع إلى غاية 1989، حيث أدانت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان حكم محكمة النقض الفرنسية القاضي بعدم جواز إجراء تغيير الجنس، استنادا إلى نص المادة 8 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان وأجازت تغيير الجنس بشرط الحصول على خبرة قضائية، والخضوع للعلاج الطبي والجراحي وإعادة تعيين الجنس وبناء الأجهزة⁽¹⁾.

وكان لهذه القضية أثر على تغير اتجاه القضاء في فرنسا، حيث قبل القضاء أول دعوى تغيير جنس مرتكزا على حرية الشخص في تغيير جنسه واحترام القضاء لإرادة الشخص، وكان ذلك في القرار الصادر عن محكمة النقض بدوائرها مجتمعة بتاريخ 11 فبراير 1992⁽²⁾.

وبتاريخ 11 جويلية 2002 صدر قرار آخر للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان تقضي فيه بمعاقبة بريطانيا بسبب رفضها تصحيح عقود الحالة المدنية في حالة التغيير الجنسي، واستندت المحكمة على المادة 08 من الاتفاقية الأوروبية التي تنص على حق احترام الحياة الخاصة والعائلية لكل إنسان⁽³⁾. نلاحظ أن تدخل القانون والقضاء في الاعتراف بالشخصية القانونية، وحق تغيير الجنس والاسم للشخص الذي يعاني من اضطراب في هويته الجنسية، كان بعد إجراء عملية التغيير الجنسي والمعالجة الهرمونية. لكن، بعد الإعلان عن مبادئ يوغياكارتا في مارس 2007⁽⁴⁾، أصبح من حق الشخص أن يحدد بإرادته هويته الجنسية دون أن يكون ملزما بإجراء عملية تغيير جنسي. بمعنى أنه لا يجوز للقانون اشتراط أية تدابير طبية بما فيها تغيير الجنس أو التعقيم أو العلاج الهرموني حتى يتم الاعتراف بهوية النوع⁽⁵⁾.

(1) Sophie PARICARD, op.cit, p.2.

(2) العرابي محمد الأمين، المرجع السابق، ص.79.

(3) أنظر، تشوار جيلالي، حق الشخص في التصرف في جسمه الرق العذري والتغيير الجنسي نموذجاً، المرجع السابق، ص.70.

(4) وهي خلاصة اجتماع مجموعة من الخبراء في يوغياكارتا بأندونيسيا من 6 إلى 9 نوفمبر 2006 وتم الإعلان عنها في مارس 2007، في محاولة لتطبيق مبادئ المساواة وعدم التمييز على الأشخاص الذين يعانون اضطراباً في هويتهم الجنسية، وهي مبادئ حول تطبيق القانون الدولي لحقوق الإنسان، فيما يتعلق بالتوجه الجنسي وهوية النوع. وقد نص المبدأ الأول على الحق في التمتع الشامل بحقوق الإنسان، وأكد هذا المبدأ على أنه يحق لجميع البشر من مختلف التوجهات الجنسية والهويات النوع التمتع الكامل بجميع حقوق الإنسان.

(5) هذا ما جاء في المبدأ الثالث من مبادئ يوغياكارتا المعنون بالحق في الاعتراف بالشخصية القانونية: "لكل إنسان أينما وجد الحق في أن يعترف بشخصيته القانونية، ويتمتع الأشخاص من مختلف التوجهات الجنسية والهويات النوع بالأهلية القانونية في جميع ميادين الحياة. وكل توجه جنسي أو هو هوية جنسانية يحددها المرء بنفسه يكونان جزءاً لا يتجزأ من شخصيته؛ وهذا من أهم مظاهر تقرير المصير والكرامة والحرية. ولا يجوز إجبار أحد على الخضوع لأية تدابير طبية، بما فيها جراحة تغيير الجنس أو التعقيم أو العلاج الهرموني، كشرط قانوني للاعتراف بهويته النوع. وليس لأي وضع، كالزواج أو

وفي سنة 2009 أوصى السيد "Thomas Hammarberg" مفوض المجلس الأوروبي لحقوق الإنسان بإدخال إجراءات سريعة وشفافة لتغيير الجنس والاسم في شهادة الميلاد، وكذلك بطاقة الهوية وجوازات السفر وغيرها من الوثائق للمغير الجنسي⁽¹⁾.

بعد صدور هذه القرارات والمبادئ، كرست العديد من الدول الهوية الجندرية واعترفت بحق الشخص في تغيير جنسه واسمه، وفق شروط محددة واستنادا إلى الحق في احترام الحياة الخاصة للأفراد. مما أدى إلى ارتفاع في حالات عدم الانسجام مع النوع الجنسي، وارتفاع عدد الأطفال في مرحلة الدراسة الذين يضعون هويتهم الجنسية موضع تساؤل، فضلا عن ارتفاع الوعي بخطورة المغيرين لجنسهم لما تعرضوا له من اعتداءات جنسية ومحاولات الانتحار⁽²⁾.

وبإلقاء نظرة على القضاء العربي، فإننا وجدنا اختلافا في الأحكام والقرارات على هذا الصعيد بالرغم من وحدة الأمة العربية الإسلامية. فرفضت الكويت ولبنان السماح بعمليات التغيير الجنسي والاعتراف بآثاره القانونية بحجة مخالفته للشريعة الإسلامية والنظام العام. بينما ذهب القضاء في مصر إلى الاعتراف بهذه العمليات في قرار بتاريخ 2 جويلية 1991 في قضية طالب الطب في جامعة الأزهر سيد محمد عبد الله مرسي (ذكر)، الذي تحول إلى سالي (أنثى) بعد إجراء عمليات جراحية لجهازه التناسلي، حيث صدر عن المحكمة الإدارية حكم باعتبار الشخص المذكور أنثى له كامل الحقوق، وصدر بيان تصحيح الاسم والوثائق الإدارية⁽³⁾. وقد علق القضاء في مصر الاعتراف بالتغيير الجنسي في قضية سالي على عدة شروط، هي بلوغه سن الرشد، ولم يسبق له الزواج، وأن يكون عقيما وأن يتم إدخال المعني بالتغيير الجنسي في مركز خاص بالأمراض العصبية⁽⁴⁾.

ويرجع تذبذب القضاء الغربي والعربي في شأن قضايا تغيير الجنس إلى عدم وضوح معالم هذا المرض وعدم وصول الأطباء إلى إمكانية ربط المرض بالمكونات العضوية للجسم البشري، فهو إلى حد الساعة يبقى حالة ناشئة عن صراعات داخلية لا تأويل لها من الناحية الطبية والبيولوجية.

الأبوة أو الأمومة أن يتم استخدامه سببا، بصفته هذه، للحيلولة دون الاعتراف القانوني بهوية الشخص النوع، ولا يجوز إخضاع أحد إلى الضغط حتى يخفي أو ينكر توجهه الجنسي أو هويته النوع".

⁽¹⁾ Droit des personnes, op.cit, <http://actu.dalloz-etudiant.fr>, 24/07/2017,10:30.

⁽²⁾ أنظر، روبين مارانترهينغ، الهوية الجندرية من منظور جديد، <http://www.ngalarabiya.com/cover-story>, 2017/08/9، 09:40.

⁽³⁾ مكروولف وهيبية، المرجع السابق، ص.143. وما بعدها.

⁽⁴⁾ تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، المرجع السابق، ص.30-31.

أما القضاء التونسي فظلما رفض هذا النوع من الدعاوى، باستثناء عمليات التصحيح الجنسي للحنثى، إلى غاية 2018 وفي سابقة قضائية هي الأولى من نوعها في تونس أقرتها المحكمة الابتدائية في تونس العاصمة، حيث سمحت لفتاة تدعى (لينا) بتغيير وثائق حالتها المدنية وتغيير اسمها إلى (ريان) وقبول التدخل الجراحي لتغيير جنسها، وكانت الفتاة (لينا) تعاني من مشاكل في الهوية الجنسية، وحاولت الانتحار أكثر من مرة، وهذا ما أخذته المحكمة بعين الاعتبار واستندت المحكمة على فحوص طبية ونفسية للفتاة⁽¹⁾.

وبتأمل نصوص القانون الجزائري، لم نجد نصا خاصا يتحدث عن التغيير الجنسي، لا بالإباحة، ولا بالمنع، ولا بالتجريم والعقاب. لكن، يمكن للقاضي تجريم العمل الطبي الذي يستهدف تغيير جنس الرجل أو المرأة بالرجوع إلى القواعد العامة، وذلك بالاستناد إلى المادة 274 من ق.ع⁽²⁾ التي تنص على أنه: "كل من ارتكب جناية الخضاء يعاقب بالسجن المؤبد. ويعاقب الجاني بالإعدام إذا أدت إلى الوفاة."

كما يمكن للقاضي أن يعاقب الطبيب على البتر الناتج عن الجرح العمدي طبقا للفقرة الثالثة من المادة 264 المعدلة⁽³⁾ من ق.ع التي تنص: "وإذا ترتب على أعمال العنف الموضحة أعلاه - الضرب والجرح - فقد أو بتر أحد الأعضاء أو الحرمان من استعماله ... يعاقب الجاني بالسجن المؤقت من خمس إلى عشر سنوات".

وحماية للجسم البشري، نصت الفقرة 4 من المادة 21 من القانون 18-11 المتعلق بالصحة: "...ولا يمكن أن تتعرض السلامة الجسدية للشخص لأي مساس إلا في حالة الضرورة الطبية المثبتة قانونا وحسب الأحكام المنصوص عليها في هذا القانون".

وأضافت المادة 355 من نفس القانون: "لا يجوز نزع الأعضاء والأنسجة وزرعها إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية وضمن الشروط المنصوص عليها في هذا القانون".

ونصت المادة 413 منه: "باستثناء الضرورة الطبية المبررة، يعاقب طبقا لأحكام المواد 288 و 289 و الفقرة 2 من 442 من قانون العقوبات، كل مهني الصحة، عن كل تقصير أو خطأ مهني تم

(1) عيسى زيايدة وبيجي مروان، لأول مرة في تاريخه...قضاء تونس يقبل تغيير الجنس من ذكر إلى أنثى، إرم نيوز على موقع <https://www.aremnews.com/news/maghreb-news/1482927> ، 2019/01/16 ، 22:00.

(2) الأمر 66-156، مؤرخ في 08/06/1966، المتضمن قانون العقوبات، ج.ر.ج.ج، مؤرخة في 11/06/1966، ع49، ص702.

(3) المعدلة بالقانون رقم 06-23، مؤرخ في 20/12/2006، المتضمن تعديل قانون العقوبات، ج.ر.ج.ج لسنة 2006، ع84، ص22.

إثباته، يرتكبه خلال ممارسته مهامه أو بمناسبة القيام بها ويلحق ضررا بالسلامة البدنية لأحد الأشخاص أو بصحته أو يحدث له عجزا مستديما أو يعرض حياته للخطر أو يتسبب في وفاته".
وإذا أسقطنا هذه النصوص على عمليات التغيير الجنسي نخلص إلى أنه لا ضرورة طبية ولا غرض علاجي أو تشخيصي يجيز اقتطاع الأعضاء التناسلية. كما لا يمكن للطبيب التذرع بوجود حالة ضرورة طبعا لنص المادة 39 من ق.ع، كأن يتذرع بالحالة النفسية للمريض الخطيرة هي التي دفعته لإجراء العملية، وأن العملية تمت برضاء المريض البالغ لأنه لا يسمح بالاتفاق على مخالفة قواعد قانون العقوبات لأن هذا الفعل لا يأذن ولا يسمح به القانون⁽¹⁾. فالنصوص القانونية كانت حريصة على سلامة الجسم البشري وحمايته من كل فعل أو تدخل طبي لا تستدعيه ضرورة علاجية كجراحة تغيير الجنس التي تستلزم نزع أعضاء وزراعة أخرى.

بالإضافة إلى اعتبار اقتطاع الأعضاء الجنسية جريمة معاقب عليها في قانون العقوبات، فإننا نجد قانون الحالة المدنية الجزائري بنص المادة 57 المعدلة بالقانون 17-03 قد علقت جواز تعديل الأسماء الواردة في عقد الولادة للحالة المدنية على وجود مصلحة مشروعة، ولا يوجد مع تغيير الجنس أي مصلحة مشروعة، بل على العكس من ذلك، فهو مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية وفطرة الله التي فطر الناس عليها، ومخالفة للنظام العام والآداب العامة في الجزائر، ولا يمكن تغيير خانة الجنس في وثائق الحالة المدنية من ذكر إلى أنثى أو العكس، ولا حتى تغيير الاسم بناء على عمليات تغيير الجنس.

أما عن القضاء الجزائري فإنه لم يسجل قضايا من هذا النوع، باستثناء عمليات تصحيح جنس الخنثى، وموقف الفقه الجزائري كان واضحا وموافقا لأحكام الشريعة الإسلامية التي تحرم هذه الممارسات على الجسم البشري لأنها تقضي على حرمة وتماسكه. وفي هذا الشأن يقول الأستاذ الدكتور تشوار جيلالي: "أنه أسلم وأحرى باقتراب هذا العيب المتمثل في الضغط النفسي بتناذر شذوذ عقلي... فإنه يستحسن البحث على معالجة نفسية إذ أن التبرير العلاجي الكامن في التغيير هو ليس بتاتا مقحما بحيث فالعملية أجدر ما تكون دواء مسكنا في غياب علاج نفسي ناجع، وهذا ما استقرت عليه الشريعة الإسلامية"⁽²⁾.

(1) تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، المرجع السابق، ص.33.

(2) تشوار جيلالي، الأحكام الإسلامية في مسائل تغيير الجنس والاستساخ البشري، المرجع السابق ص.34.

وبالرغم من وجود حاجز منيع في القواعد العامة للقانون الجزائري تقف في وجه الممارسات الطبية التي تستهدف تغيير الجنس، إلا أنه تم تسجيل حالات جزائرية سافرت إلى الخارج من أجل إجراء هذه العمليات، وتعتبر فرنسا وجهة هؤلاء نظرا للارتباط التاريخي بهذا البلد.

وقد رفض القضاء الفرنسي جزائري يعاني من اضطراب في الهوية الجنسية من الاستفادة من علاج تغيير الجنس في فرنسا فصدر قرار بعدم تجديد الإقامة لإكمال العلاج في الأراضي الفرنسية، بحجة أن هذا العلاج ممكن أن يستفيد منه المواطن الجزائري في بلده الأصلي⁽¹⁾. وبذلك، اعتبر قرار 30 جانفي 2006، وقرار 31 ماي 2013 سابقتين قضائيتين تمنعان علاج تغيير الجنس لغير الفرنسيين على الأراضي الفرنسية⁽²⁾.

والبحث عن تاريخ و أسباب التغيير الجنسي لا ينسبنا التنبؤ بالمستقبل والآثار الوخيمة التي تنعكس على المجتمع والمغير لجنسه ذاته.

رابعا: زواج المغير الجنسي

إن التغيير الصناعي لجنس الشخص يؤدي حتما إلى المساس بوضعه الجسدي وبمركزه القانوني فيتم تغيير حالته بداية من الاسم، وهو الأمر الذي ينعكس على حقوقه وواجباته، لاسيما تلك المتعلقة بأحكام الزواج⁽³⁾، وسوف نركز في هذا المقام على المغير الجنسي غير المتزوج، وعدة أسئلة تطرح في هذا الشأن، أهمها، هل يمكن للمغير الجنسي إبرام عقد زواج طبقا للقانون الجزائري؟ إجابة على ذلك، ومن خلال استقراء نصوص القانون الجزائري، نجد الفقرة الأولى من المادة 74 المعدلة⁽⁴⁾ من ق.ح.م تنص على أنه: "يجب على كل واحد من طالبي الزواج أن يثبت حالته المدنية بتقديم مستخرج مؤرخ بأقل من ثلاثة أشهر، إما لشهادة الميلاد أو لتسجيل الحكم الفردي أو الجماعي المثبت للولادة..." وعليه نميز بين حالتين:

(1) مكروloff وهيبية، المرجع السابق، ص. 219-220.

(2) مكروloff وهيبية، المرجع نفسه، ص. 221.

(3) يترتب عن التغيير الجنسي آثار وخيمة على الأسرة، سواء قام الشخص بالعملية أثناء الحياة الزوجية أو قبل إبرام عقد الزواج، ويكون خطر هذه العمليات أكثر جسامة على الأسرة إذا تم أثناء الحياة الزوجية ومع وجود الأولاد. فمثلا، بعد أن كان الشخص له مركز الأب في أسرته يصبح امرأة، ومتزوج من امرأة، والعكس صحيح. فتصبح العلاقة غير قانونية. وعليه، بعد هذا التغيير، فإن الزوج الآخر الذي يفترض أن يكون طبيعيا ومتوازنا من الناحية النفسية، فبالأكيد لن يتمكن من معايشة المغير الجنسي، فيحق له طلب إبطال الزواج أو الطلاق طبقا لنص المادة 48 من ق.أ أو التخليق طبقا لنص المادة 53 فقرتين 2 و3 من ق.أ.

(4) معدلة بالقانون رقم 08-14 المتعلق بالحالة المدنية.

أ- حالة تغيير الجنس وعدم تصحيح وثائق الحالة المدنية

طبقا لنص المادة 04 من ق.أ لا ينعقد الزواج صحيحا إلا إذا كان طرفاه رجل وامرأة، وإذا تقدم المغير الجنسي أمام ضابط الحالة المدنية للزواج مقدما وثائقه القديمة، فهو بالتأكيد سوف يتزوج من نفس جنسه الأصلي إذا كان ذكرا وتحول إلى أنثى، فالتطرف الآخر سوف يكون ذكرا والعكس صحيح، ووثائق الحالة المدنية بقيت على أصلها. لأنه لم يتمكن من تغيير الجنس والاسم بالرغم من إمكانية تغيير شكله وأعضائه التناسلية. في هذه الحالة سوف يلاحظ الموثق أو ضابط الحالة المدنية أن الحالة المطروحة أمامه تبدو ظاهريا - من حيث الشكل الخارجي للزوجين- زواج رجل وامرأة أما الوثائق فتقول عكس ذلك؛ أن المائلين أمامه هما من نفس الجنس، فيكون حينئذ زواج مثلي مخالف للشريعة الإسلامية والقانون، فيمتنع عن إبرام هذا الزواج.

ب- حالة تغيير الجنس مع تغيير وثائق الحالة المدنية

مع عدم مشروعية التغيير الجنسي، فإن مخالفة القوانين والتزوير أمر متوقع، فيمكن للشخص تغيير جنسه وطلب تصحيح جنسه واسمه بتواطؤ مع الطبيب المعالج فيدعي بأن الحالة كانت تصحيحا جنسيا لخنثى وليس تغييرا جنسيا لشخص سليم من الناحية البيولوجية. أو يكون المقاطع الجنسي أجنبي قام بإجراء عملية تغيير جنسي خارج الجزائر ويأتي بوثائق حالة مدنية لجنسه الجديد، غير مشار فيها إلى إجراء صاحبها لعملية تغيير جنسي. بحيث تظهر الوثائق أن جنسه الجديد هو جنسه الأصلي وكان هذا مطلب المتحولين جنسيا في فرنسا واعتراضهم على الإشارة إلى واقعة التغيير في أوراق حالتهم المدنية واعتبروا ذلك تشهير بهم وإساءة إليهم، وقد تعاطف بعض الفقه في فرنسا مع المتحولين وأكد حقهم في عدم الكشف عن أمور خاصة بهم⁽¹⁾.

في حين قال اتجاه فقهي في فرنسا بضرورة الإشارة إلى تغيير جنس صاحب الشأن في شهادة ميلاده وأوراقه في الحالة المدنية، حماية للغير الذي يتعامل مع المغير الجنسي، وتفادي وقوعه في العديد من المشاكل القانونية⁽²⁾.

⁽¹⁾ أنظر، أنس محمد إبراهيم بشار، تغيير الجنس وأثره في القانون المدني والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في الحقوق، قسم القانون المدني، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، 2003، ص. 400.

⁽²⁾ يدعم هذا الاتجاه موقف القضاء الفرنسي فمثلا قضت محكمة المرافعة الكبرى لباريس (TGI Paris) في العديد من أحكامها(24 نوفمبر 1981 و16 نوفمبر 1982) بأمر موظف الحالة المدنية بالإشارة في شهادات الحالة المدنية، وعلى رأسها شهادة الميلاد أو الصور الرسمية منها إلى تغيير جنس صاحب الشأن، مقتبس عم أنس محمد إبراهيم بشار، المرجع نفسه، ص399.

والذي يبدو راجحا، هو الرأي الثاني، القائل بضرورة الإشارة إلى واقعة التغيير الجنسي في أوراق الحالة المدنية وهذا لتفادي وقوع الغير الذي يتعامل مع المتغير الجنسي في الغلط أو التدليس. ولا إشكال يثور في الحالة التي يحضر فيها المتغير الجنسي وثائقه الرسمية مشارا فيها إلى واقعة التغيير الجنسي، فهنا حتما سوف يرفض الضابط المكلف بإبرام عقود الزواج إتمام هذا الزواج لأنه مخالف للنظام العام الجزائري.

والحالة التي تثير إشكالات قانونية عويصة هي إحضار المتغير الجنسي لوثائق حالته المدنية غير مشار فيها إلى واقعة التغيير الجنسي من أجل إبرام عقد زواج مع جزائري أو جزائرية، وهنا نتميز أيضا بين حالتين تختلفان بحسب نباهة وفطنة ضابط الحالة المدنية أو الموثق.

الحالة الأولى: أن ينظر ضابط الحالة المدنية أو الموثق إلى الوثائق الرسمية وهي تبدو (ظاهريا) زواجا شرعيا وقانونيا بين رجل وامرأة، وإذا تم الزواج، كان زوج المقاطع الجنسي من نفس الجنس الأصلي لزوجته، فإنه يمكنه اللجوء إلى القضاء وطلب إبطال الزواج للغلط أو التدليس إذا تعمد إخفاء عملياته الجراحية، وإذا تم إخطار النيابة العامة فيمكنها هي الأخرى المطالبة بإبطال هذا الزواج من تلقاء نفسها طبقا لنص المادة 03 مكرر من ق.أ.

الحالة الثانية: أن يكون ضابط الحالة المدنية أو الموثق على قدر من الفطنة، ويجتهد في التعرف على حالة الشخص، بعد ملاحظته للمظهر الخارجي المشبوه لطالبي الزواج بالرغم من أن الوثائق الثبوتية تفيد بأتهما رجل وامرأة. فلا يمكن له حينئذ رفض إبرام الزواج لأنه قانونا يعتبر بين رجل وامرأة من حيث الوثائق، ولكن يمكنه إخطار النيابة العامة لاتخاذ الإجراءات القضائية، فيتم الحكم ببطلان الزواج بناء على نتائج خبرة طبية.

لذلك، يجب الاحتياط لهذه الانحرافات لاسيما مع نزوح الثقافات الغربية الشاذة إلى مجتمعنا الإسلامي، والتي ساهمت فيها بنسبة كبيرة وسائل الاتصال، لذلك نناشد المشرع الجزائري بوضع نصوص قانونية ردعية واعتبار هذه العمليات شذوذا خارجا عن الشرع والقانون مع عدم الاعتراف بآثاره على الحالة المدنية والزواج.

كانت هذه أهم التحديات البيولوجية التي تواجه عقد الزواج في ظل التطورات العلمية والتي تمس بركنه الوحيد الذي يصح به الزواج ويظل لتخلفه، تنتقل الآن إلى خاصية بيولوجية أخرى، تتمثل في الفحص الطبي للمقبلين على الزواج وذلك في المبحث الموالي.

المبحث الثاني

الفحص الطبي للمقبلين على الزواج المستحدث بتطور العلوم

مباشرة بعد الاستقلال، وضعت الجزائر سياسة وطنية صحية هي جزء من السياسة العامة للدولة، تهدف إلى القضاء على الأمراض الوبائية، ومكافحة ظاهرة وفيات الأطفال، وتعميم العلاج الوقائي كالتلقيح وحماية الأمومة وطب العمل⁽¹⁾ وغير ذلك. وكانت الأسرة مستهدفة بكثرة في هذه السياسة، لأنها اللبنة الأولى لبناء المجتمع والتي تنشأ بالزواج، لأنّ تمتع أفرادها بالصحة الجيدة ينعكس على المجتمع ونشاطاته إيجاباً وفي مختلف القطاعات.

وبالتالي، فإنّ حماية الأسرة من الأمراض المعدية والتي تنتقل بالوراثة عبر الأجيال يتوقف على نشأة الزواج، فمتى تم بين زوجين يتمتعان بصحة جيدة وبنية جسدية قوية، كانت الأسرة أكثر سعادة وفاعلية في بناء المجتمع، وخاصة بإنجاب أطفال يتمتعون بصحة جيدة. وإذا كان الزوجان مريضان بمرض معدي أو وراثي فإن هذا الزواج سوف يرهق الأسرة والمجتمع، ويحدث معاناة في أفرادها، وكلنا ندرك معاناة الأسرة مع الطفل المعاق أو المصاب بالأمراض المزمنة.

وفي إطار تحسين المستوى الصحي لأفراد الأسرة استحدثت المشرع الأسري المادة 7 مكرر في تعديل قانون الأسرة بالأمر 05-02 التي تنص على الفحص الطبي للمقبلين على الزواج. لذلك، سوف نعالج في هذا المبحث ماهية الفحص الطبي قبل الزواج (المطلب الأول) ثم نفصل في تنظيمه القانوني والشرعي (المطلب الثاني)، وسوف ندرس مسألة في غاية الأهمية وهي علاقة الفحص الطبي بزواج (المطلب الثالث).

المطلب الأول

ماهية الفحص الطبي للمقبلين على الزواج

تقتضي ضرورة البحث عن ماهية الفحص الطبي للمقبلين على الزواج التطرق إلى تعريفه (الفرع الأول)، وذكر بعض أنواعه التي نراها مهمة وضرورية للمقبلين على الزواج (الفرع الثاني) ثم إيجابيات ومحاذير الفحص الطبي قبل الزواج (ثالثاً).

⁽¹⁾ أنظر، حاروش نور الدين، السياسة الصحية في الجزائر بين الرهانات والواقع، مجلة دراسات استراتيجية، تصدر عن مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ع7، ص.44.

الفرع الأول

تعريف الفحص الطبي قبل الزواج

يشمل تعريف الفحص الطبي للمقبلين على الزواج تعريف الفحص الطبي بصفة عامة، لغة (أولاً) واصطلاحاً (ثانياً)، لنصل إلى معنى الفحص الطبي قبل الزواج (ثالثاً).

أولاً: تعريف الفحص الطبي لغة

الفحص الطبي مركب من لفظين، فحص وطبي، والفحص لغة هو البحث، ويقال فحص المطر التراب بمعنى قَلَبَهُ⁽¹⁾. ومن المجاز يقال عليك بالفحص عن سرّ هذا الحديث، وفلان ببحث عنها بمعنى فحاص عنها⁽²⁾، وبالتالي يقصد بالفحص البحث والتنقيب والتقليب.

أما لفظ طبيّ فهو مشتق من الطب وهو الحذق والمهارة، والطب علاج النفس والجسم، ومنه علم الطب الذي عرفه ابن سينا بأنه "العلم الذي يتعرف منه أحوال بدن الإنسان من جهة ما يصح ويحول عن الصحة، ليحفظ الصحة حاصلة، ويستردها زائلة"، والطبيب هو الذي يعالج المرضى ونحوهم⁽³⁾. وجمع كلمة فحص مع طبي، نحصل على (فحص طبي) الذي يقصد به لغة البحث والتنقيب والتقليب عن الأمراض بالوسائل الطبية والتي تكون لغرض العلاج.

ثانياً: تعريف الفحص الطبي اصطلاحاً

الفحص الطبي في اصطلاح أهل الطب هو المقدمة التي يقوم بها الطبيب أو المعالج ليصل إلى تشخيص المرض، ووصف العلاج المناسب، سواء أكان العلاج بالأدوية أم بالجراحة الطبية⁽⁴⁾. وهذا تعريف جامع شامل لكل الأشخاص الذين يقومون بالفحص، ويعملون في القطاع الطبي من طبيب عام ومختصين وممرض وأخصائي أشعة وتحذير وتحليل وغيرهم.

(1) أبي نصر إسماعيل بن حماد الجوهري، المرجع السابق، باب الفاء، ص. 874.

(2) الرمخشري محمود بن عمر جار الله ابو القاسم، المرجع السابق، ج2، باب الفاء، ص. 9.

(3) أنظر، أبي علي بن الحسين بن علي بن سينا، القانون في الطب، وضع حواشيه محمد أمين الضناوي، ج1، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت،

1999، ص. 13؛ مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، المرجع السابق، باب الطاء، ص. 549.

(4) أنظر، صفوان محمد عضيبات، الفحص الطبي قبل الزواج، دراسة شرعية قانونية تطبيقية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009،

ص. 56.

ثالثا: معنى الفحص الطبي قبل الزواج

هو عبارة عن مجموعة من الفحوصات المخبرية والسريية، التي يقترح عملها كل شخص قبل إبرامه عقد الزواج، وذلك لتقديم النصح لهما بهدف الوصول إلى حياة زوجية سعيدة وأطفال أصحاء، وبالتالي أسرة سليمة ومجتمع سليم⁽¹⁾.

الفرع الثاني

أنواع الفحوصات الطبية قبل الزواج

يصعب حصر الأمراض الأكثر انتشارا وخاصة تلك التي تنتقل بالزواج، لذلك سوف نحاول تناول الأمراض التي يشملها الفحص الطبي قبل الزواج والتي ثبت طبيا انتقالها إلى الزوج الآخر والأولاد، وتتنوع هذه الفحوص إلى فحوص خاصة بالأمراض الوراثية (أولا) وفحوص خاصة بالأمراض المعدية (ثانيا) وفحوص كاشفة عن الأمراض المقلقة للسكينة بين الزوجين (ثالثا) وفحص سريري عام (رابعا) بالإضافة إلى تحاليل الدم والتصوير بالأشعة (خامسا).

أولا: الفحص الطبي الخاص بالأمراض الوراثية (التشخيص الوراثي)

تتحقق المعاشرة الشرعية بين الرجل والمرأة بالزواج، وتعتبر مخالطتهم لبعضهم إحدى مسببات انتقال الأمراض المعدية والوراثية إلى الزوجين والأولاد، فبرزت على الساحة مسألة التشخيص الوراثي قبل الزواج كضرورة لتلافي انتقال الأمراض الوراثية والمعدية أيضا⁽²⁾. والتشخيص الوراثي ينقسم إلى تشخيص كروموسومي (أ) وتشخيص جيني (ب).

أ- التشخيص الكروموسومي

تسبح في نواة خلايا الشخص الطبيعي 23 زوجا من الكروموسومات (الصبغيات) كل زوج يتكون من كروموسوم الأب وكروموسوم الأم، لتشكل في مجموعها 46 كروموسوما. ويتكون الكروموسوم من سلسلي ADN تلتفان حول بعضهما بشكل حلزوني، وترتبط في شكل أزواج نيكليوتيدات، (A-T) (C-G).

ويكشف لنا التشخيص الكروموسومي عن الخلل في عدد الكروموسومات(1)، والخلل في تركيب الكروموسوم بزيادة طوله أو نقصها(2).

(1) أنظر، القضاة عبد الحميد، رسالة الى الشباب الفحص الطبي قبل الزواج ضرورة أم ترف؟ ط1، جمعية العفاف الخيرية، الأردن، 2003، ص.9.

(2) أنظر، محتال آمنة، التأطير القانوني للعمل الطبي على الجينوم البشري، رسالة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2016-2017، ص.138.

1- الخلل في عدد الكروموسومات

وهي حالات نادرة تحدث بنسبة أقل من 1%، كما أن 50% من حالات الإجهاض تكون بسبب اختلال الكروموسومات⁽¹⁾. وهناك العديد من الأعراض التي تدل على خلل في عدد الكروموسومات منها انخفاض وزن المولود عن المعدل الطبيعي وتأخر النمو الحركي للطفل، ووجود تشوهات خلقية مثل تشوه الشفة الأرنبية⁽²⁾ وزيادة عدد أصابع اليد أو القدم⁽³⁾.

الحالة الأولى: اختلال عدد الصبغيات بالزيادة (تثلث الصبغي)

وهذه الحالة هي المعروفة بتثلث الصبغي، وهي حالة تنتج عن فك الارتباط لحظة الانقسام الاختزالي في المبيض أو الخصية، لينتج عنه بويضة أو حيوان منوي يحتوي على 24 كروموسوم، ويمكن أن تكون هذه الزيادة في الكروموسومات الجسدية كما يمكن أن تكون في الكروموسومات الجنسية⁽⁴⁾. ففي الكروموسومات الجسدية من الزوج الصبغي رقم 1 إلى 22، فإن الزيادة تكون في زيادة صبغي في هذه الأزواج لينتج ثلاثة صبغيات بدلا من صبيين، وهذا الخلل ينتج عنه ولادة أطفال مصابين بأمراض بحسب نوع ورقم الصبغي.

وأهم هذه الزيادات في الصبغيات وأشهرها تثلث الصبغي رقم 21 والتي تسبب مرض متلازمة داون (المغولي) وأعراضه تخلف عقلي قصر القامة والسمنة وكبر حجم الرأس، بالإضافة إلى ما يحملونه من أمراض. وهي حالة تحدث مرة لكل 800 ولادة، ولها علاقة مع تقدم الأم في العمر حيث ترتفع النسبة بشكل كبير بعد عمر الأربعين⁽⁵⁾.

هذا، وتشير الدراسات إلى وجود حالات مرضية تنتج عن زيادة عدد الكروموسومات وهي أكثر ندرة من الحالة الأولى، وهي الناتجة عن تثلث الصبغي رقم 13، وحالات أخرى بتثلث الصبغي

⁽¹⁾ أنظر، عبد الحفيظ يحيى خوجة، أمراض الكروموسومات ومتلازمة داون، على موقع جريدة الشرق الأوسط؛

<https://aawsat.com/home/article/644241>، 2017/08/18، 09:30.

⁽²⁾ تشوه الشفة الأرنبية هو انشقاق في الشفة وقد يمتد إلى انشقاق العضلات الداخلية للغم مما ينتج عنه تشوه الأسنان ومشاكل في وظائف الفم.

⁽³⁾ أنظر، عبد الحفيظ يحيى خوجة، المرجع السابق؛ <https://aawsat.com/home/article/644241>، 2017/08/18، 10:30.

⁽⁴⁾ أنظر، عبد الفتاح أحمد أبو كيلة، الفحص الطبي قبل الزواج والأحكام الفقهية المتعلقة به في منظور الفقه الإسلامي، دراسة فقهية طبية قانونية معاصرة، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2012، ص.153-154.

⁽⁵⁾ تختلف نسبة ولادة هؤلاء الأطفال حسب سن المرأة، فإذا كان سنها أقل من 25 سنة، فإن احتمال ولادة طفل بمتلازمة داون لا يتجاوز واحد من ألفي ولادة، أما إن بلغت الحامل أو تجاوزت سن الأربعين فإن هذا الاحتمال يرتفع إلى واحد من كل مائة ولادة؛ عبد الفتاح أحمد أبو كيلة، المرجع السابق، ص.154-155.

رقم 18، وكذلك تثلث الصبغي رقم 22، وكلها تسبب تخلفا عقليا تختلف نسبته من حالة إلى أخرى.

أما إذا كانت الزيادة في الصبغيات الجنسية أي الزوج رقم 23 ليكون (xxy) فإنه يسبب مرض كلينفلتر، وفي حالة زيادة صبغي الذكورة (y) عن حده الطبيعي فإنه يؤدي إلى زيادة في العنف والطول والجرأة⁽¹⁾.

الحالة الثانية: اختلال عدد الصبغيات بالنقصان (أحادي الصبغي)

في هذه الحالة يكون عدد الكروموسومات 45 بدلا من 46 في نواة كل خلية، وأثبتت الدراسات أن هذه الأجنة تجهض تلقائيا إذا كان النقص في كروموسوم جسمي، أما إن كان في كروموسوم جنسي فإن 97% من هذه الأجنة مصيرها الوفاة. ومع هذا توجد بعض الحالات النادرة تعرف بمتلازمة ترنر، حيث يوجد لدى المريض 45 كروموسوما والخلل يكون في الكروموسوم الجنسي فلا يوجد إلا كروموسوم واحد (x) بدلا من زوج (xx) أو (xy)، ويرمز لهذه الحالة ب (xo) ويولد المولود بشكل أنثى ولها رحم ولكن لا تحيض، ولها عيوب خلقية في المفاصل والعظام، والرقبة قصيرة، وعيوب خلقية في القلب وأوعية دموية كبيرة⁽²⁾.

2- الخلل في تركيب الكروموسوم

تتعدد الأسباب لحدوث الاختلالات في تركيب الكروموسومات وتتعدد الأمراض الناتجة عن ذلك، فقد ينتقل جزء من صبغي إلى صبغي آخر في نفس الزوج، وهذا الانتقال لا يؤثر في عدد الصبغيات، ولكنه يحدث تشوهات خلقية أو ظهور المغولية في الطفل. كما قد يحذف جزء مكسور من طرف الصبغي وهذا الحذف يؤدي إلى تشوهات خلقية وعقلية وجسمية⁽³⁾.

بالإضافة إلى حالات انقلاب جزء من الصبغي وانتقاله إلى صبغي آخر فيحدث تبادل في المادة الوراثية، والانقسام الصبغي المماثل والمضاعفة المزدوجة⁽⁴⁾، وكلها تنتج أمراضا تختلف خطورتها من حالة إلى أخرى.

(1) وقد ثبت بأن عدّة مجرمين يحملون هذا الكروموسوم؛ عبد الفتاح أحمد أبو كيلة، المرجع السابق، ص 156.

(2) عبد الفتاح أحمد أبو كيلة، المرجع نفسه، ص 156.

(3) عبد الفتاح أحمد أبو كيلة، المرجع السابق، ص 156.

(4) لمزيد من التفصيل حول حالات خلل الكروموسوم التركيبي، عبد الفتاح أحمد أبو كيلة، المرجع السابق، ص 157.

ب- التشخيص الجيني

التشخيص الوراثي الجيني هو الكشف عن المورثات التي تحمل الأمراض الوراثية الضارة في الأسرة التي يوجد بها مرض وراثي⁽¹⁾، والفحوصات الأكثر شيوعاً في هذا المجال هي تلك التي تكشف وجود جينات حاملة لأمراض وراثية في المقبلين على الزواج وتبين نسبة انتقال هذه الأمراض إلى الأولاد⁽²⁾.

فالجين أو المورثة هو قطعة من الحمض النووي ADN يختص بحمل المعلومات الوراثية، ويتكون الجين من مجموعة كبيرة من النيكليوتيدات مرتبة ترتيباً خاصاً من سلسلة الحمض النووي⁽³⁾. وأي خلل يحدث في ترتيب النيكليوتيدات يؤدي إلى خلل في ترجمته بالإنزيمات الخاصة، وبالتالي يحدث طفرة وراثية قابلة للتوارث عبر الأجيال. وتتحكم الجينات في صفات الشخص من طول ولون، وشكل الجسم والعيون ولونها وغير ذلك، ويبلغ عددها عند كل شخص من 50.000 إلى 100.000 جين بشري⁽⁴⁾.

وتسارعت وتيرة اكتشاف الأسباب الوراثية للكثير من الأمراض المتوارثة وغير المتوارثة بعد الانتهاء من مشروع الجينوم البشري عام 2003، وكذلك التطور التقني في الوسائل الطبية ساهم في تشخيص هذه الأمراض والطفرة الوراثية في زمن وجيز⁽⁵⁾.

وحسب قانون مندل، فإنه إذا كان المرض الوراثي في أحد الآباء فإن نسبة انتقاله إلى الأبناء تكون بنسبة 50% إذا كانت الصفة سائدة، أما إذا كانت متنحية فإن هذه الصفة يمكن أن تنتقل إلى الأولاد بنسبة 25%. وأشهر الأمراض الوراثية السائدة التي تنتقل عبر الأجيال بنسب كبيرة نجد مرض هنتنغتون، وتقع المورثة التي تحمل المرض على الصبغي رقم 4 في الطرف النهائي من الذراع

(1) Cf, Howard CANN, Diagnostics génétiques par la technique de l'ADN recombinant, Les Cahiers du MURS n°4, Hiver 1985/86, p.39.

(2) محتمل آمنة، المرجع السابق، ص.141.

(3) أنظر، ناصر بن عبد الله الميمان، نظرة فقهية للإرشاد الجيني، مجلة جامعة أم القرى، جامعة أم القرى، ج12، 1421هـ، ع20، ص.6.

(4) Howard CANN, op.cit, p.44.

(5) أنظر، الحصان زهير، إثبات الأمراض الوراثية بالفحوصات الطبية، مجلة الدراسات الطبية الفقهية، 1436هـ، ع1، ص.420.

القصير⁽¹⁾، ومرض التصلب الدرني⁽²⁾. وغيرها من الأمراض التي تظهر في الجيل الأول وقد تظهر في نصف عدد الأولاد وعند الذكور أو الإناث.

بالإضافة إلى ذلك، هناك أمراض متنحية يحملها الشخص وتظهر في الأولاد إذا كان الأبوان كلاهما حامل لهذه الصفة المتنحية مع أنهما لا يعانيان من أعراض المرض، وذلك لوجود نسخة سليمة في الصبغي المقابل على نفس الزوج. فإذا تزوج شخص يحمل مورثة معطوبة بصفة مرضية متنحية مع شخص آخر يحمل نفس الصفة المتنحية فإن من المحتمل بنسبة 25% أن تلتقي الصفتان المتنحيتان⁽³⁾، وبالتالي ولادة أطفال مصابين بهذا المرض مع ظهور أعراضه. أما إذا كان أحد الآباء يحمل المورثة المريضة والآخر لا يملكها فإن الصفة لا تظهر في الجيل الأول لأنها متنحية والأطفال لا يعانون من المرض ولكن حاملين للمرض.

وأشهر الأمراض المتنحية والخطيرة والتي يحتمل ظهورها في الذرية في حالة زواج رجل وامرأة يحملان نفس الجين، نجد فقر الدم المنجلي الذي ينتج عن خلل في ترتيب إحدى سلاسل الهيموغلوبين، وينتشر في إفريقيا واليونان والهند واليمن والمملكة العربية السعودية. وكذلك من الأمراض الوراثية المتنحية التي تنتقل إلى الأولاد من الآباء مرض الثلاسيميا (أنيميا البحر الأبيض المتوسط)، ينتشر في الدول المحاذية للبحر الأبيض المتوسط كالإيونان وقبرص ومعظم البلاد العربية وإيران، وتتراوح نسبة حاملي الجين في هذه المنطقة بين 2% إلى 16% من مجموع السكان⁽⁴⁾.

ويعتبر الثلاسيميا من أشهر أمراض الدم والتي تسعى بعض الدول إلى الوقاية منه عن طريق إلزام المقبلين على الزواج بإجراء فحوصات للكشف عن وجود الجين الحامل للصفة المرضية المتنحية. ويسبب هذا المرض تكسرا في كريات الدم الحمراء، مع عدم قدرة الجسم على تكوينها للخلل في تكوين الهيموغلوبين، ما ينتج عنه عدم وصول الأكسجين إلى أعضاء الجسم لأن كريات الدم

⁽¹⁾ مرض هنتجتون أو رقص هنتجتون، وهو نوع من الشلل الرقاص وإصابة عقلية تزداد باضطراب في الأربعينيات من العمر وتقضي على المريض خلال عشرة أعوام تقريبا من بداية الأعراض، وهو مرض يورث بصفة سائدة إلى الأبناء، ذكورا وإناثا؛ أنظر، عبد الفتاح أحمد أبو كيلة، المرجع السابق، ص.159.

⁽²⁾ تبدأ أعراضه في الظهور في العقد الأول من الحياة، وهي حالات صرع متكررة، وتخلف عقلي، ثم ظهور شامة كبيرة على الوجه وتزداد اتساعا بمرور الوقت وتبدأ على الأنف والوجنتين أصلها عقد في نهايات الأعصاب تحت الجلد، قبيحة المظهر ويقضي على المريض خلال بضع سنوات ونادرا ما يعيش الطفل إلى ما بعد خمس عشرة سنة؛ عبد الفتاح أحمد أبو كيلة، المرجع السابق، ص.161.

⁽³⁾ صفوان محمد عصبيات، المرجع السابق، ص.70.

⁽⁴⁾ أنظر، مصلح عبد الحي النجار، الفحص قبل الزواج في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة الملك سعود، العلوم التربوية والدراسات الإسلامية، 2005، مجلد 17، ع2، ص.1136.

الحمراء هي من يقوم بهذا الدور، وبهذا لا يتم نضح كريات الدم الحمراء وتحلل بعد فترة قصيرة من إنتاجها. لذلك يحتاج المريض إلى نقل دم بشكل دوري كل 3 أو 4 أسابيع حسب عمره ودرجة نقص الهيموغلوبين التي يعانيتها⁽¹⁾.

هذا، وقد ثبت انتقال أمراض وراثية أخرى من الآباء إلى الأبناء لا يمكن حصرها، لأنه كل يوم يتم اكتشاف أمراض وراثية جديدة، زيادة إلى حدوث الطفرات الوراثية في مورثات الحيوان المنوي أو البويضة مما ينتج صفة مرضية وراثية جديدة، تصبح متوارثة عبر الأجيال ولو كانت متنحية.

ثانياً: الفحص الخاص بالأمراض المعدية

يهدف أيضا الفحص الطبي قبل الزواج إلى الكشف عن الأمراض المعدية التي تنتقل خاصة بالاتصال الجنسي إلى الطرف الآخر والأولاد أيضا، وتنتقل كذلك بالملازمة والتنفس، وهذه الأمراض لا يمكن التعرض لها بأكملها، وسوف نكتفي ببعض منها ونصنفها إلى معدية وقاتلة (أ) وأمراض أخرى تنتقل بالجنس (ب).

أ- الأمراض المعدية والقاتلة

وتشمل أساسا مرض السيدا (الإيدز) الذي يسببه فيروس فقدان المناعة المكتسبة (HIV)، يصنف ضمن الأمراض القاتلة، وينتقل هذا المرض بالدرجة الأولى عن طريق الجنس. فانتشر بشكل مخيف في السنوات الأخيرة بسبب الزنا والعلاقات الجنسية الشاذة وخاصة اللواط، كما ينتقل أيضا عن طريق الدم باستخدام حقن ملوثة أو استخدام أدوات جراحة الأسنان أو الحلاقة لشخص مصاب وغيرها من الوسائل التي تلامس الدم مباشرة وتستخدم دون تعقيم. كما ينتقل هذا الفيروس بالحمل والولادة. لأن فيروس (HIV) يتواجد في أنسجة جسم المريض والسوائل كالدّم والمني والافرازات المهبلية.

⁽¹⁾ صفوان محمد عضيبات، المرجع السابق، ص.72.

وقد بلغت عدد حالات الإيدز في العالم 53.1 مليون حالة عام 1999، ويصيب الإيدز سنويا أكثر من ستة (6) ملايين شخص في العالم⁽¹⁾، ليصبح الإيدز من أهم العيوب الموجبة للتفريق بين الزوجين في هذا العصر⁽²⁾.

ب- أمراض أخرى تنتقل بالجنس

1- الهربس

مرض معدي ينتقل عن طريق الجنس، وهو من نتائج الشذوذ الجنسي، تسببه جراثيم فيروسية تسمى (هربس هومنس) تسبب تقرحات شديدة حمراء اللون تتكاثر بسرعة، وأول أعراضه حكة شديدة وألم في الأعضاء التناسلية، وله ارتباط بسرطان عنق الرحم⁽³⁾.

2- السيلان والزهري

السيلان مرض معدي تسببه جرثومة (نايسيريا قنوريا) تسببه العلاقات الجنسية الشاذة و تبادل الملابس الداخلية والحمامات، من أعراضه حرقة عند التبول وآلام أسفل الظهر وإفرازات ثخينة وكريهة، وينتقل المرض إلى الجنين، وإذا لم يعالج يمكن أن يسبب العقم ويعالج بجرعات عالية من البنيسيلين⁽⁴⁾.

أما الزهري فهو من الأخماج الخطيرة والمعدية، من مسبباته الشذوذ الجنسي وينتقل بالاتصال الجنسي وإلى الجنين بطريق الوراثة، ويولد الطفل المصاب بالزهري بشكل عادي ولكن سرعان ما يظهر عليه طفح جلدي يغطي جسمه، وتسقط أظافره، ويتضخم كبده ويزداد حجم الرأس، ويفقد البصر وتلتهب الأذن مما يسبب له الصمم⁽⁵⁾.

تبقى هذه مجرد أمثلة عن أمراض شائعة ومعدية تنتقل إلى الذرية، ونلاحظ بأن كل هذه الأمراض كانت نتيجة العلاقات الجنسية غير الشرعية كالزنا والعلاقات الجنسية الشاذة كاللواط والسحاق، وأمراض أخرى لا يسعنا المقام للتطرق إليها.

(1) صفوان محمد عضيبات، المرجع السابق، ص.80.

(2) وهذا ما اوصت به الندوة الطبية الفقهية السادسة المنعقدة بالكويت بدعوة من المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية وبالتعاون مع وزارة الصحة ومجمع الفقه الإسلامي بمجلة والمكتب الإقليمي لمنظمة الصحة العالمية في الفترة من 6 الى 8 ديسمبر 1993؛ عبد الفتاح أحمد أبو كيلة، المرجع السابق، ص.182.

(3) صفوان محمد عضيبات، المرجع السابق، ص.77.

(4) صفوان محمد عضيبات، المرجع نفسه، ص.78.

(5) عبد الفتاح أحمد أبو كيلة، المرجع السابق، ص.184.

ثالثا: الفحص الكاشف عن الأمراض المقلقة للسكينة بين الزوجين

يكشف أيضا الفحص الطبي للمقبلين على الزواج عن عدة أمراض قد تقلق راحتهم وسكنتهم، وتجعل حياتهم غير مستقرة، بل وقد تمنعهم من الإنجاب وهذه الأمراض منها ما يصيب العقل كالجنون ومنها ما يصيب الجسم، هذه الأخيرة منها ما يظهر في الكشف الخاص بالرجل، الجب⁽¹⁾ والعنة⁽²⁾ والخصاء⁽³⁾، ومنها ما يظهر في المرأة كالقرن⁽⁴⁾ والرتق⁽⁵⁾. إضافة إلى عيوب قد تظهر في الرجل والمرأة كالبرص⁽⁶⁾ والجذام⁽⁷⁾ والخنوثة. وهي على سبيل المثال لأنه لا يمكن حصر الأمراض التي تقلق راحة الزوجين والسكن بينهما.

رابعا: فحص سريري

هو فحص يقوم به غالبا طبيب عام، بحيث يستلقي المريض على السرير ويقوم الطبيب بمعاينته باستخدام وسائل بسيطة كجهاز ضغط الدم، والسماعة الطبية، كما يعتمد الطبيب على حواسه من لمس ونظر وسمع، فيسمع دقات قلب المريض ويلاحظ لون عيونه وجلده وغيرها من العلامات التي يدرك بها الطبيب نوع المرض. وهو فحص عيادي شامل أيضا للحالة النفسية والعقلية

(1) الجب بفتح الجيم هو القطع، والمجبوب هو الشخص الذي أستؤصل منه عضو التناسل؛ أنظر، عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط2، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت، 1990، ص.162.

(2) العنة بكسر العين، والعينين هو الشخص الذي لا يأتي النساء ولا يريدهن، وامرأة عنينة، لا تشتهي الرجال، وهو عيب محل بمقاصد النكاح، وهو عند الحنفية والشافعية والحنابلة عدم القدرة على الوطء لعدم انتشار الذكر، وعند المالكية هو صغر الذكر بحيث لا يسمح بالإيلاج؛ أنظر، أبي البركات عبد الله بن أحمد بن محمود المعروف بحافظ الدين النسفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، في فروع الحنفية، ج4، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997، ص.205. أنظر أيضا، السرطاوي محمود علي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط3، دار الفكر، الأردن، 2010، ص.308.

(3) هو الشخص الذي استأصلت خصيتاه؛ عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية...، المرجع السابق، ص.162.

(4) القرن بفتح القاف وسكون الراء هو شيء يبرز في فرج المرأة وهذا الشيء إما غدة غليظة أو لحمة مرتفعة أو عظم، وعند أهل الطب لا يكون عظما، وإنما نوع من أنواع الرتق الطارئ الذي ينتج عن سقوط المهبل أو الرحم فيبرز إلى الخارج على شكل غدة؛ عبد الفتاح أبو كيلة، المرجع السابق، ص.473.

(5) الرتق هو ضد الفتق، ويقال امرأة رتقاء بمعنى لا يستطيع جماعها وهو انسداد مدخل الذكر من فرج المرأة؛ أبي البركات عبد الله بن أحمد بن محمود المعروف بحافظ الدين النسفي، المرجع السابق، ص.213.

(6) البرص هو بياض شديد يقع الجلد ويذهب دمويته؛ عبد الفتاح أحمد أبو كيلة، المرجع السابق، ص.481.

(7) الجذم مرض يحمر به العضو ثم يتقطع ويسقط ويتناثر، ويمكن ان يصيب كل عضو، ويتصور في الوجه أغلب وينتقل الجذام على الزوج السليم إذا كان معديا؛ السرطاوي محمود علي، المرجع السابق، ص.310؛ أبي البركات عبد الله بن أحمد بن محمود المعروف بحافظ الدين النسفي، المرجع السابق، ص.213.

للشخص، وطرح بعض الأسئلة على المقبل على الزواج كالتاريخ المرضي الشخصي والعائلي، ومدى وجود إصابات سابقة ببعض الأمراض في العائلة، وصلة القرابة بينه وبين خطيبته⁽¹⁾.

وتبرز أهمية الفحص السريري العام في إعلام المريض بحالته الصحية، وقد جعلت المادة 23 من القانون 11-18 المتعلق بالصحة إعلام المريض بحالته الصحية والعلاج الذي تتطلبه والأخطار التي يتعرض لها أمرا وجوبيا. وإذا كان المريض مقبلا على الزواج فإن الطبيب الذي قام بالفحص يركز على الأمراض التي تتعارض مع الزواج كالأضرار الوراثية والمعدية فيقوم بتوجيه المقبل على الزواج إلى طبيب مختص لإجراء فحوص تكميلية أو وصف الدواء المناسب.

فمثلا لو لاحظ الطبيب وجود مرض وراثي في العائلة من خلال الأسئلة المطروحة، فعليه في هذه الحالة إحاطة المقبل على الزواج بخطورة المرض، ويقوم بتوجيه المريض إلى استشاري أمراض وراثية لينظر في حالته ونسبة انتقال المرض إلى الأولاد.

خامسا: تحاليل الدم والفحص بالأشعة

ومن الفحوص الطبية التي يتعين على طالبي الزواج تقديمها، تحليل الدم (أ) والفحص بالأشعة (ب).

أ- تحاليل الدم

1- تحليل زمرة الدم وعامل الريسوس (Le groupage sanguin ABO et rhésus)

يأتي تحليل زمرة الدم وعامل الريسوس على رأس قائمة الفحوص التي يجب على المقبل على الزواج تقديمها للحصول على شهادة طبية، إضافة إلى صورة شمسية وصورة طبق الأصل لبطاقة التعريف الوطنية.

ويكتسي هذا التحليل أهمية بالغة عند الإنجاب، فإذا كانت زمرة المخطوبة سالبة وزمرة الخاطب موجبة، وتم الزواج وقاما بالإنجاب فإن الولد حتما سوف يحمل زمرة موجبة كونها صفة سائدة. ونظرا تعارض الزمرتين فإن جسم الأم يُكون أجساما مضادة للزمرة الموجبة ويولد الطفل الأول دون خطورة. أما الأطفال الذين يولدون بعده فإنهم قد يتعرضون لمضاعفات بسبب تراس الدم بفعل الأجسام المضادة، بالرغم من أنها نادرة الحدوث و فقط في الحالات التي يتم فيها اختلاط دم الأم بدم

⁽¹⁾ أنظر، علاق عبد القادر، الفحص الطبي للمقبلين على الزواج، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2012-2013، ص.37.

الجنين أثناء الولادة⁽¹⁾. فتتعرض الأم لمشاكل صحية ولإجهاض المتكرر بسبب تكسر كريات الدم الحمراء المؤدية إلى تلف مخ الجنين. لذلك، يجب حقن الأم الحاملة للريوسوس السالب خلال اثنان وسبعون ساعة (72) من وقت وضع الحمل الأول وبعد كل ولادة أخرى بحقنة (Anyti- D). لأجل ذلك، يعتبر تحليل الريوسوس من أهم الفحوص التي يجب على المقبلين على الزواج إجراؤها لأنها تؤثر بصفة مباشرة على الحمل والإنجاب⁽²⁾.

2- تحاليل الدم الأخرى

أهمها فحص الرحلان الكهربائي للهيموغلوبين (L Électrophorèse de l'hémoglobine) الذي يمكن من الكشف عن وجود اختلال في سلاسل الهيموغلوبين (خضاب الدم)، وهو تحليل مهم للكشف عن أمراض الدم الوراثية⁽³⁾. إضافة إلى تحليل الدم العام (FNS) (sanguine) (Formule numérique) وهو تحليل كامل يشمل كل مكونات الدم من صفائح دموية وكريات الدم الحمراء والبيضاء وخضاب الدم. ويكشف هذا التحليل عن وجود عدة أمراض كسرطان الدم أو وجود عدوى في الجسم وغيرها، وعلى أساس هذا التحليل يقوم الطبيب بإرشاد المريض إلى المزيد من التحاليل والفحوص.

وتلعب تحاليل الهرمونات وخاصة الجنسية للرجل والمرأة دورا كبيرا في العلاقة الزوجية والإنجاب، لذلك يستحسن القيام بها قبل الزواج، بالإضافة إلى تحاليل سكر الدم وبعض الإنزيمات.

ب- الفحص بالأشعة

1- فحص الصدر بالأشعة

يعتبر من أهم الفحوص التي تجسد الحالة الصحية للقفص الصدري والقلب والجهاز التنفسي، ويكشف عن العديد من الأمراض خاصة المعدية منها والتي تنتقل بالزواج، ومن الأمراض الخطيرة التي تشكل خطورة على الزواج مرض السل⁽⁴⁾ الذي يصيب الرئتين ويسهل انتقالها بالهواء من المريض إلى الأشخاص القريبين منه، وذلك بطرح الجرثومة إلى الهواء سواء بالسعال أو العطس أو غيره.

(1) لأنه من حكمة الله تعالى أن دم الأم لا يختلط بدم الجنين إلا في بعض الحالات واحتمال حدوث هذه المضاعفات لا يزيد عن نسبة 5%؛ أنظر، محمد المختار شبرو، الفحص الطبي قبل الزواج، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في الأحوال الشخصية، كلية الحقوق، جامعة الوادي، 2014-2015، ص.24.

(2) علاق عبد القادر، المرجع السابق، ص.38-39.

(3) محمد المختار شبرو، المرجع السابق، ص.23؛ علاق عبد القادر، المرجع السابق، ص.40.

(4) علاق عبد القادر، المرجع السابق، ص.40.

2- فحص الجهاز التناسلي الداخلي بالموجات فوق صوتية (Échographe)

وهذا الفحص أصبح ضروريا في عصر التغيير الجنسي، لسيما إذا كان الخاطب من دولة تسمح له بالتغيير الجنسي، فهناك من يثبت هويته بأنه رجل بوثائق رسمية، وأعضاؤه الجنسية الخارجية ذكر ولكن له أجهزة داخلية أنثوية أصلية. لذلك، فإن اللجوء إلى الفحص بالموجات فوق الصوتية يكشف لنا حقيقة المغير الجنسي، بالإضافة إلى فوائد أخرى لهذا الفحص كالتأكد من سلامة الرحم والمبيض وقياس حجم البويضات وقدرتها على الإخصاب وغير ذلك. كانت هذه أهم الفحوص الطبية التي من شأنها الكشف عن الأمراض التي تؤثر على العلاقة الزوجية، نأتي الآن إلى ذكر أهم إيجابياتها ومحاذيرها.

الفرع الثالث

إيجابيات ومحاذير الفحص الطبي قبل الزواج

في ضوء النتائج المسجلة عبر سنوات من تطبيق إلزام المقبلين على الزواج بالشهادة الطبية تبين أن لها إيجابيات (أولا) ومحاذير (ثانيا) يجب أن تؤخذ بعين الاعتبار من طرف المشرع والأطباء وكذلك المقبلين على الزواج لانعكاسها مباشرة على الأسرة والمجتمع.

أولا: إيجابيات الفحص الطبي قبل الزواج

إنَّ وعي المقبلين على الزواج بضرورة إجراء فحوص طبية له عدة فوائد وإيجابيات على الأسرة مستقبلا، تكريسا لمبدأ الوقاية خير من العلاج، وذلك بتقليل عدد المصابين بالأمراض الوراثية الشائعة، إما بامتناع حاملتي الجين عن إتمام الزواج أو الحيطرة في حالة الزواج، وذلك بإجراء الفحوصات الطبية عند الرغبة في الإنجاب، وكلفتها محدودة يمكن للزوجين القيام بها دون حرج⁽¹⁾.

ومن أهداف نظام الفحص الطبي قبل الزواج المحافظة على التماسك الأسري وتماسك المجتمع، بالحد من انتقال الأمراض المعدية ومعالجتها في أوانها، وكذلك التشوهات الخلقية التي ترهق الأسرة والمجتمع كونها تحتاج إلى مزيد من الجهد والعناية في علاجها، لأن انتشار هذه الأمراض في الدولة يؤثر سلبا على صحة مواطنيها، مما يشكل عبئا ماليا إضافيا وكبيرا للقطاع الصحي⁽²⁾.

(1) ناصر بن عبد الله الميمان، المرجع السابق، ص. 9.

(2) علاق عبد القادر، المرجع السابق، ص. 40.

وعن فوائد التشخيص الوراثي والجيني قبل الزواج، فإنه يمكن المريض من معرفة طبيعة المرض وأعراضه، التي قد تكون خافية، وكذلك أساليب العلاج والوقاية من مضاعفاته المستقبلية التي قد يمكن تفاديها والتخفيف من شدتها⁽¹⁾ على الشخص ونسله، وذلك بإجراء التحاليل الأزمية والتدخل الطبي اللازم وأخذ العلاج عند محاولة الإنجاب.

كذلك، من إيجابيات الفحص الطبي قبل الزواج، الكشف عن الحالة النفسية والعقلية للمقبل على الزواج، وهو ما يظهر من خلال المحادثات التي يجريها الطبيب مع الخاطب أو المخطوبة، والتي قد تتعارض مع الزواج وتؤدي إلى عدم استقراره، لاسيما إذا كان الطرف الآخر يجهل هذه الحقيقة.

كما أن الفحص الطبي قبل الزواج يؤكد مقصود النكاح في الإسلام ألا وهو التأيد، لأنه يحق لكل زوج طلب الطلاق أو التطلق إذا كان في الزوج الآخر عيب كالمرض الذي لا يرجى شفاؤه⁽²⁾ أو العقم الذي يحول دون إنجاب الأولاد⁽³⁾. ولما كان الفحص الطبي قبل الزواج كاشفا لهذه الأمراض، ومتى رضي الطرف الآخر بالزواج بالرغم من هذه العيوب فلا يحق له بعد ذلك طلب التفريق للعبء لأنه كان يعلمه قبل العقد⁽⁴⁾.

كما يضمن الفحص الطبي عدم تضرر الزوجين نتيجة معاشرة الآخر جنسيا بالتأكد من عدم وجود عيوب عضوية أو تشريحية تقف دون حق الاستمتاع للزوجين، مع ضمان عدم تضرر المرأة من الحمل بإجراء الفحوصات المناعية للإيدز والزهري والسيلان وغيرها من التحاليل⁽⁵⁾.

ومع كلّ الفوائد الصحية التي يحققها الفحص الطبي قبل الزواج والإجراءات الوقائية التي يمكن اتخاذها، ووصف العلاج المناسب قبل الزواج وبعده، والتي في مجملها تعود بالنفع على الزوجين والمجتمع، إلا أن إلزام المقبلين على الزواج بهذه الفحوص لا يخلو من سلبيات ومحاذير ينبغي أخذها بعين الاعتبار.

(1) الحصنان زهير، المرجع السابق، ص.420.

(2) ويدخل في نطاق الأمراض التي لا يرجى شفاؤها العجز الجنسي، فالمبدأ أنه إذا كان الزوج عاجزا عن مباشرة زوجته يضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج، تبقى خلالها الزوجة بجانب زوجها وبعد انتهائها فإن لم تتحسن حالة مرضه حكم للزوجة بالتطلق. وكذلك بالنسبة لعقم الزوجة فهو من المسائل الخارجة عن إرادتها ولا يعد سببا لطلب الزوج الطلاق؛ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1984/11/19، ملف رقم 34784، المجلة القضائية، 1989، ع3، ص.73؛ 2006/11/15، ملف رقم 373707، م.م.ع، 2007، ع1، ص.499.

(3) المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2011/01/13، ملف رقم 596191، م.م.ع، 2011، ع2، ص.270؛ 1992/12/22، ملف رقم 8730، المجلة القضائية، 1995، ع2، ص.92.

(4) ناصر بن عبد الله الميمان، المرجع السابق، ص.09.

(5) صفوان محمد عضيبات، المرجع السابق، ص.90-91.

ثانياً: محاذير الفحص الطبي قبل الزواج

إنّ قيام المقبلين على الزواج بإجراء فحوص طبية للأمراض الظاهرة والكامنة قد يعرضهم لمشاكل نفسية واجتماعية وهي من أهم سلبيات الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج. فلا يمكن التكهن بإنجاب ذرية سليمة بصفة مطلقة بمجرد قيام المقبلين على الزواج ببعض الفحوصات، لأن الفحوصات المطلوبة لا تبحث في كل الأمراض الوراثية، فيكتفي الفحص الجيني بالبحث عن مرض أو اثنين منتشرين في بلد ما⁽¹⁾.

ويؤدي الفحص الطبي قبل الزواج إلى التعدي على الحرية الشخصية، كما يسبب مشاكل مالية ونفسية، والتمييز العنصري حتى في مجال الزواج، لأن كشف صفة وراثية مرضية لدى أحد الخاطبين قد يجعله يتراجع عن قرار الزواج كما أنه قد ينتشر بين الناس مما يسبب له إحباطاً نفسياً ومشاكل اجتماعية لا يحمد عقباها⁽²⁾.

كما قد يؤثر هذا الفحص سلبياً في الحالة النفسية للمقبلين على الزواج، فيصيبهم القلق والاكتئاب إذا ما تم الكشف بأنهم معرضون بأمراض خطيرة، وتم إخبارهم بأنهم سوف يصابون بها مستقبلاً، فتتحول حياتهم إلى خوف وإحباط خاصة إذا كان المرض لا يرجى شفاؤه⁽³⁾.

ويؤدي أيضاً الفحص الطبي إلى المساس بالخصوصية، بعدم التحكم في سرية نتائج الفحوص وتسريبها إلى الغير وبالتالي يحدث أضراراً بأصحابها بعد قيام شركات التأمين بمضاعفة مبالغ التأمين على الجينات المصابة، وفي ذلك ظلم لأنه ليس لديهم يد في تكوينهم الوراثي وحملهم لهذه الصفات⁽⁴⁾.

كما قد يحدث خطأ في نتائج الفحوص الطبية بسبب تقني راجع إلى عدم كفاءة الأجهزة، لاسيما إذا تعلق الأمر بالاستشارة الطبية الوراثية وهو ما نشهده في الدول المتخلفة⁽⁵⁾.

(1) عبد الفتاح أبو كييلة، المرجع السابق، ص. 290.

(2) ناصر بن عبد الله الميمان، المرجع السابق، ص. 10.

(3) عبد الفتاح أبو كييلة، المرجع السابق، ص. 290.

(4) ناصر بن عبد الله الميمان، المرجع السابق، ص. 09.

(5) أنظر، زردومي فلة، الفحص الطبي قبل الزواج والإلزام به، دراسة فقهية مقاصدية، كلية العلوم الإسلامية، جامعة باتنة، مجلة الإحياء، 2016، ع19، ص. 283.

إضافة إلى أن نتائج التحاليل الطبية تبقى احتمالية في العديد من الأمراض وهي ليست دليلاً صادقاً لاكتشاف الأمراض المستقبلية⁽¹⁾.

بعد عرض إيجابيات ومحاذير الفحص الطبي قبل الزواج والموازنة بينهما، تبين أن الجانب الإيجابي كان أكثر أهمية من خلال كشف الأمراض وعلاجها قبل الزواج، والتفطن لضرورة القيام بالفحوصات والعلاج المناسب قبل الحمل في حالة وجود أمراض تتعارض معه، وهو ما يحقق مصالح اجتماعية ويدراً مفاسد الأمراض المعدية والمستعصية. أما الجانب السلبي فيمكن تجنبه بالمحافظة على سرية نتائج الفحوصات الطبية، وتوعية المقبلين على الزواج بأن الفحص الطبي لا يشكل عائقاً أمام الزواج لأن الطب دائماً في تطور واكتشاف لعلاج الأمراض. وأن وجود المرض في المورثات لا يعني بالضرورة ظهور المرض، أو انتقالها إلى ذريته في كل الحالات.

كما لا يمكن التنبؤ بجيل خالي من الأمراض بالرغم من تطور بحوث الجينوم البشري وإلزام المقبلين على الزواج بالفحوصات الوراثية، لأن الطفرات الوراثية يمكن حدوثها في أيّ جيل جديد، وتتعدد أسبابها. لذلك يقع على عاتق الطبيب توجيه المقبل على الزواج وشرح المشاكل الصحية التي تتعارض مع أهداف الزواج.

بعد التعرف على أهم الفحوصات الطبية قبل الزواج وأنواع الأمراض التي تهدد الزوجين ونسلهما، ومحاولة الموازنة بين إيجابيات وسلبيات الفحص الطبي قبل الزواج؛ نأتي الآن إلى معالجة التنظيم القانوني للفحص الطبي قبل الزواج.

المطلب الثاني

التنظيم القانوني والشرعي للفحص الطبي قبل الزواج

كرّس المؤسس الدستوري مبدأ الحق في الرعاية الصحية من خلال نص المادة 54 من الدستور التي تنص على أن: "الرعاية الصحية حق للمواطنين.

تتكفل الدولة بالوقاية من الأمراض الوبائية والمعدية وبمكافحتها"، والفحص الطبي قبل الزواج هو جزء من السياسة العامة للدولة في إطار ما يعرف بالطب الوقائي، أحاطته السلطة بسياج قانوني يتمثل في إضافة المادة 7 مكرر بالأمر 05-02 المتضمن تعديل قانون الأسرة وإصدار مرسوم تنفيذي يبين كيفية تطبيقها، وكذلك المادة 72 من قانون الصحة رقم 18-11.

⁽¹⁾ عبد الفتاح أبو كيلة، المرجع السابق، ص. 290.

هذا الشرط المستحدث بتطور العلوم الطبية، أثار تقنيته العديد من الاستفسارات، والتضارب في آراء الفقهاء، هذا ما يدفعنا للبحث عن الفحص الطبي للمقبلين على في القانون المقارن(الفرع الأول)، ثم نتعرض لتنظيم الشهادة الطبية في القانون الجزائري(الفرع الثاني)، ثم نحاول تبين النقص التشريعي في تنظيم الشهادة الطبية قبل الزواج(الفرع الثالث).

الفرع الاول

الفحص الطبي للمقبلين على الزواج في القانون المقارن

بعد انتشار الأمراض المعدية والجنسية التي تنتقل عبر الأجيال وظهور أمراض خطيرة ومستعصية تهدد النظام العام للدول، سارعت هذه الأخيرة إلى فرض إجراء فحوص طبية للمقبلين على الزواج، وكانت الدول الإسكندنافية أول من أصدرت قوانين تفرض على الراغبين في الزواج إجراء الفحص الطبي وتبادل نتائجه فيما بينهم، كالقانون النرويجي الصادر بتاريخ 31 ماي 1918، والقانون السويدي 11 جوان 1920، والقانون الدنماركي 30 جوان 1922⁽¹⁾. ولتحسين النسل في ألمانيا فرض القانون النازي الألماني الصادر في 18 أكتوبر 1935 تقديم شهادة طبية قبل الزواج، ولأسباب عنصرية تم منع المصابين بالأمراض المعدية والعقلية من الزواج⁽²⁾.

وانتشرت بعد ذلك عمليات تقنين الفحص الطبي كشرط لإبرام عقد الزواج في العديد من الدول، ليصدر رسميا في فرنسا قانون الفحص الطبي قبل الزواج في 16 ديسمبر 1942 المتعلق بحماية الطفولة والأمومة. ثم أضاف المشرع الفرنسي فقرة ثانية للمادة 63 من القانون المدني الفرنسي بموجب الأمر رقم 45-2720 المؤرخ في 2 نوفمبر 1945 مفادها أن ضابط الحالة المدنية لا يمكنه نشر مشروع الزواج إلا بعد تقديم الزوجين شهادة طبية تثبت أنهما قاما بفحص طبي قبل الزواج، وألا يزيد تاريخ هذه الشهادة عن الشهرين⁽³⁾. وهو ما نصت عليه المادة 2121 من قانون صحة العمومية، من إخضاع الزوجين للفحص السريري لكشف الأمراض الوراثية والأمراض المعدية الخطيرة بما فيها السيدا⁽⁴⁾.

(1) أسامة عمر سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص.86.

(2) بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.215.

(3) أنظر، بلحاج العربي، الشهادة الطبية قبل الزواج على ضوء قانون الأسرة الجديد، م.م.ع، 2007، ع1، ص.104.

(4) بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص.104.

ويبقى الزواج صحيحا في القانون الفرنسي وتقدم الشهادة يبقى من أجل نشر الزواج فقط، غير أنه تم تراجع قيمة الشهادة الطبية قبل الزواج في فرنسا بتراجع الإقبال على الزواج تقريبا من الفحوص الطبية، وتشير بعض إحصائيات 2007 إلى أن حوالي 47 من نسبة الولادات في فرنسا ناتجة عن علاقات خارج الزواج⁽¹⁾.

فصدر القانون رقم 2007-1787 المؤرخ في 20 ديسمبر 2007 المتعلق بتبسيط القانون لفائدة الأفراد⁽²⁾، وبموجب المادة 8 منه تم تعديل المادة 63 من القانون المدني وإلغاء الشهادة الطبية كشرط لإعلان الزواج، وبموجب نفس المادة تم تعديل الفقرتين الأولى والثانية من 2121 القانون الصحة العامة الفرنسي بالقانون 2007-1787⁽³⁾.

وبدأ سريان القانون 2007-1787 ابتداء من 2008/01/01 وأصبحت الشهادة الطبية في فرنسا غير إجبارية لإعلان الزواج⁽⁴⁾.

وبعد هذه الخطوات في تقنين الفحص الطبي قبل الزواج في دول العالم، تناول العلماء المسلمون هذه المسألة بين مؤيد ومعارض، إلا أن أكثرهم نادى بالأخذ بفكرة الفحص الطبي مادامت تحقق مصلحة المجتمع. وسارت تقنيات الدول العربية باتجاه إلزام المقبلين على الزواج بتقديم شهادة طبية. وكانت تونس سباقة في تقنين الشهادة الطبية سنة 1964 بإصدارها لقانون الشهادة الطبية⁽⁵⁾، فنص الفصل الأول منه على أنه: "لا يمكن لضابط الحالة المدنية أو العدول الذين وقع اختيارهم لتحرير عقود الزواج أن يقوموا بإبرام الزواج إلا بعد أن يتسلموا من كلا الشخصين العازمين على الزواج شهادة طبية لا يزيد تاريخها على الشهرين، تثبت أن المعني بالأمر قد وقع فحصه قصد الزواج بدون أن تذكر بها إشارة أخرى.

⁽¹⁾ ألغى المشرع الفرنسي الشهادة الطبية من ملفات مراسيم إعلان الزواج، لأن المجتمع الفرنسي يتميز بخصوصية نابعة من مرجعيته القائمة على مبدأ حرية الفرد، ولا مجال عندهم للمساس بأي حق من حقوقه المنصوص عليها قانونا، كالحق في الحياة الخاصة والحق في الزواج. وأن الفحوصات قبل الزواج تمس بمبدأ الرضا في إبرام العقود، لا سيما في عقد الزواج الذي يكتسي طابع السرية والخصوصية. وأصبح المجتمع الفرنسي يتهرب من إجراءات الزواج المعقدة، وحتى من الزواج في حد ذاته، مادام مبدأ الحرية عندهم يسمح لهم بعلاقات مشبوهة دون الزواج، لمزيد من التفصيل حول هذا الموضوع؛ علاق عبد القادر، المرجع السابق، ص. 224-225.

⁽²⁾ Loi n° 2007-1787, du 20 décembre 2007, relative à la simplification du droit, JORF n°0296, du 21/12/2007, p.20639, Article 8: " Le deuxième alinéa du 1° de l'article 63 du code civil est supprimé"

⁽³⁾ Article 8 de la loi n° 2007-1787.

⁽⁴⁾ علاق عبد القادر، المرجع السابق، ص. 225.

⁽⁵⁾ قانون رقم 46 لسنة 1964 مؤرخ في 29 جمادى الثانية 1384 (3 نوفمبر 1964) يتعلق بالشهادة الطبية السابقة للزواج، الرئد الرسمي للجمهورية التونسية، الصادر في 1964/11/3، ع53، ص.1483.

تسليم الشهادة الطبية المنصوص عليها أعلاه إجباريا في الحالات التي سيقع ضبطها بقرار مشترك من كاتبى الدولة للدخالية وللصحة العمومية والشؤون الاجتماعية حال ما تتوفر الشروط الفنية لذلك".

وحدد في الفصل الثاني الأمراض التي يجب أن يركز عليها الطبيب في فحصه للحاطين وهي الإصابات المعدية والاضطرابات العصبية ونتائج الإدمان على المشروبات الكحولية وغيرها من الأمراض الخطرة وخاصة مرض السل ومرض الزهري بالنسبة للقرين وللذرية. وجاء في نص المادة 10 من قانون الأحوال الشخصية العراقي: "يشترط في المتقدم للزواج أن يبرز تقريرا طبيا يؤكد سلامته من الأمراض". وحددت وزارة العدل والصحة في اجتماع إحدى لجائها الموانع الصحية بالأمراض التناسلية السارية، الجذام، التدرن الرئوي في حالته الفعالة، الأمراض والعاهات العقلية⁽¹⁾.

وفي 2002 صدر قرار عن مجلس الوزراء رقم (5) بتاريخ 14 محرم 1423هـ بدراسة مستفيضة من قبل لجان فنية متخصصة بشأن تطبيق الضوابط الصحية قبل الزواج، والذي ينص على توفير الاعتمادات المالية لوزارة الصحة للقيام بتنظيم حملات توعية صحية، وتجهيز المختبرات وتأهيلها، وأن إجراء الفحص الطبي قبل الزواج يكون لمن يرغب في ذلك، وتوصي بالسرية التامة في توثيق هذه المعلومات وحفظها وتداولها⁽²⁾. وبذلك فإن الفحص الطبي غير إجباري في المملكة العربية السعودية، ولكنه مستحب قبل إبرام عقد الزواج وسخرت الدولة كل الامكانيات البشرية والتقنية لذلك.

ونصت الفقرة 2 من المادة 27 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم 28 لسنة 2005 على إلزام الراغبين في الزواج بالفحص الطبي بنصها: "يشترط لإجراء عقد الزواج تقديم تقرير من لجنة طبية مختصة يشكلها وزير الصحة يفيد الخلو من الأمراض التي نص هذا القانون على طلب التفريق بسببها". ومن ذات القانون، كان المشرع الإماراتي أكثر وضوحا ورغبة في وقاية الزوجين وذريتهما حين حصر الأمراض التي يجب أن يثبت الفحص الطبي خلو الزوجين منهما، وهذه الأمراض هي نفسها الأضرار التي يحق لأحد الزوجين طلب التفريق بوجودها وهي المذكورة في نص المادة 112 من نفس القانون: "إذا وجد أحد الزوجين في الآخر علة مستحكمة من العلل المنفرة أو المضرة كالجنون

(1) أسامة عمر سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص.99.

(2) صفوان محمد عضيبات، المرجع السابق، ص.193.

والبرص والجذام، أو التي تمنع حصول المتعة الجنسية كالعثة والقرن ونحوهما، جاز له أن يطلب فسخ الزواج سواء أكانت تلك العلة موجودة قبل العقد أم حدثت بعده. يسقط حقه في الفسخ إذا علم بالعلة قبل العقد أو رضي بها بعده صراحة أو دلالة. على أن حق الزوجة في طلب الفسخ للعلة المانعة من المتعة الجنسية لا يسقط بحال. تنظر المحكمة دعوى فسخ الزواج للعلل الجنسية في جلسة سرية".

وجاء في القسم السادس من مدونة الأسرة المغربية المعنون بالإجراءات الإدارية والشكلية لإبرام عقد الزواج في المادة 65/أولا/4: "...شهادة طبية لكل واحد من الخطيين يحدد مضمونها وطريقة إصدارها بقرار مشترك لوزير العدل والصحة"⁽¹⁾. هذا، إضافة إلى نص المادة 23 من مدونة الأسرة التي اقتصر في مضمونها على زواج المصاب بإعاقة ذهنية بإذن من القاضي بعد تقديم تقرير حول حالة الإعاقة مع التأكيد على إعلام الطرف الآخر على هذا التقرير ورضائه صراحة في تعهد رسمي بعقد الزواج مع المصاب بالإعاقة⁽²⁾.

ولا شك أن مسارعة الدول إلى تقنين الشهادة الطبية واعتبارها شرطا لإبرام عقد الزواج كان بناء على المصالح التي تحققها والتي تعود بالإيجاب على الزوجين والأولاد، ومع ذلك، لم يتفق الفقه على رأي واحد بشأن إلزام المقبلين على الزواج بإجراء فحوص طبية.

الفرع الثاني

آراء الفقهاء حول إلزام المقبلين على الزواج بإجراء فحوص طبية

إنّ تقدم الأمم أصبح يقاس بما تقدمه من رعاية صحية ورفاه لشعوبها، لذلك سعت التشريعات الحديثة إلى فرض الشهادة الطبية على المقبلين على الزواج لغرض تفادي الأمراض المعدية وانتقالها إلى الأولاد كإحدى السبل التي تؤدي إلى حياة زوجية هادئة وسعيدة. لكن هذا الإجراء والإلزام به أثار جدلا بين فقهاء الشريعة الإسلامية (أولا)، وكذلك على الصعيد القانوني، لم يتفق الفقه على جواز إلزام المقبلين على الزواج بها، واستندوا إلى عدة حجج مصدرها المبادئ العامة للقانون، وهو ما سوف نتناوله في موقف الفقه القانوني من إلزام المقبلين على الزواج بالشهادة الطبية (ثانيا).

⁽¹⁾ وصدر قرار مشترك لوزير الصحة والعدل (المغربيين) رقم 04-347، مؤرخ في 2004/3/2، يتضمن تحديد مضمون وطريقة إصدار الشهادة الطبية الخاصة بإبرام عقد الزواج، جريدة رسمية مؤرخة في 2004/3/4، ع5192، ص.975.

⁽²⁾ راجع نص المادة 23 من مدونة الأسرة المغربية.

أولاً: موقف الفقه الإسلامي من إلزام المقبلين على الزواج بالفحص الطبي

لم يتعرض الفقه الإسلامي القديم لمسألة الفحوص الطبية قبل الزواج، وذلك لانعدام الوسائل الطبية التي تكشف عن الأمراض التي تهدد الزوجين والأولاد، وكان يُعتمد آنذاك على التصريح بالعيوب بين العائلتين؛ فمتى علم بها الخاطب ورضي بها تم الزواج، وهذا لتحلي المسلمين بصفات الصدق والأمانة في الإخبار عن العيوب⁽¹⁾. أما الفقهاء المعاصرون فقد اختلفوا في مشروعية إلزام الخاطبين بتقديم شهادة طبية لإبرام الزواج، فذهب اتجاه أول إلى القول بعدم مشروعية إلزام المقبلين على الزواج بإجراء فحوص طبية، وأنه لا يجوز لولي الأمر إصدار تشريع يلزم فيه المقبلين على الزواج بتقديم شهادة طبية، ومن العلماء الذين قالوا بهذا الرأي، عبد العزيز بن باز، وعبد الكريم زيدان، ومحمد رأفت عثمان⁽²⁾ وآخرون.

واستدل هذا الفريق على عدة نصوص من السنة النبوية، منها قوله ﷺ: " ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل"⁽³⁾، وهو ما يستفاد منه أن اشتراط الشهادة الطبية لانعقاد الزواج هو شرط مستحدث، لم يأت به الكتاب ولا السنة وبالتالي فهو باطل.

واستدلوا أيضاً بما رواه أبو هريرة عن النبي ﷺ أنه قال: " إذا أتاكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد عريض"⁽⁴⁾. وهذا دليل على أهمية الدين في الخاطب لا صحته البدنية.

وأضاف هذا الفريق أن المتقدم للزواج عليه أن يحسن الظن بالله، ويتوكل على الله ويتزوج، زيادة على ذلك فإن نتائج الفحوص الطبية هي غير صحيحة في بعض الأحيان⁽⁵⁾. كما أن تقييد الزواج بشرط الفحص الطبي إنما يشكل حاجزا أمام الحق في الزواج، مما ينتج عنه عزوف عن الزواج

(1) أسامة سليمان عمر الأشقر، المرجع السابق، ص.91.

(2) عبد الفتاح أحمد أبو كييلة، المرجع السابق، ص.276.

(3) حديث متفق عليه، أبي عبد الله محمد ابن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب إذا اشترط شروطاً في البيع لا تحل رقم 2168، ط1، دار ابن كثير، دمشق، 2002، ص.519؛ أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري، النيسابوري، صحيح مسلم، المرجع السابق، المجلد2، كتاب العتق، باب إنما الولاء لمن اعتق، حديث رقم 1503، ص.702.

(4) الترميذي محمد بن عيسى بن سورة، المرجع السابق، كتاب النكاح، باب ما جاء إذا جاءكم من ترضون دينه فزوجوه، حديث رقم 1084، ص.256.

(5) عبد الفتاح أحمد أبو كييلة، المرجع السابق، ص.279.

وبالتالي انتشار الآفات الاجتماعية. لذلك، يستحسن أن يترك أمر الفحص الطبي للمقبلين على الزواج وحدهما بدون تدخل من القانون أو الإدارة أو غيرها.

كما استند هذا الرأي على قرار للمجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة في توصيات بشأن مرض الإيدز في دورته 17 بتاريخ 13 إلى 17 ديسمبر 2003 قرار رقم 5 الذي جاء فيه: "إن عقد النكاح من العقود التي تولى الشارع الحكيم وضع شروطها، ورتب عليها آثارها الشرعية وفتح باب للزيادة على ما جاء به الشرع كالإلزام بالفحوص الطبية قبل الزواج أمر غير جائز، كما يوصي المجلس الحكومات والمؤسسات الإسلامية بنشر الوعي بأهمية الفحوص الطبية قبل الزواج والتشجيع على إجرائها، وتيسير تلك الفحوصات للراغبين فيها، وجعلها سرية لا تفتشى إلا لأصحابها المباشرين"⁽¹⁾.

وبالرغم من قوة الأدلة المقدمة من طرف أنصار هذا الرأي، إلا أنه ظهر رأي آخر يبرر فيه علماء من الشريعة الإسلامية وعلم الوراثة ضرورة الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج.

فأتجهت أغلب آراء العلماء إلى ضرورة إلزام المقبلين على الزواج بإجراء فحوص طبية، وأنه يجوز لولي الأمر إصدار قانون بذلك، بحيث لا يتم إبرام الزواج إلا بعد تقديم شهادة طبية تثبت خلوها من الأمراض التي تتعارض مع الزواج، ومن العلماء الذين يرون بجواز إلزام الخاطبين على إجراء الفحوص الطبية قبل إبرام عقد الزواج، نذكر محمد القضاة، محمد الزحيلي، حمداتي ماء العينين، محمد عثمان شبير، وحمد رأفت عثمان، عبد الله إبراهيم موسى، محمد بن يحيى بن حسن النجيم⁽²⁾ وآخرون، ولدينا بعض أقوال العلماء في هذا الشأن:

أكد الشيخ عبد السلامة البسيوني إباحة الفحص الطبي قبل الزواج في الشريعة الإسلامية، خاصة إذا كان يغلب الظن بوقوع مرض معين نتيجة هذا الزواج، وحذر الشيخ من التوسع في إجراءات ونوعية الفحوصات الطبية لغير دواع طبية وهدف السيطرة على انتشار بعض الأمراض، لأنه سوف يحرم فئة معينة من الزواج مادام الخيار يقع على الأفضل صحياً⁽³⁾.

⁽¹⁾ عبد الفتاح أحمد أبو كيلة، المرجع السابق، ص. 281.

⁽²⁾ زردومي فلة، المرجع السابق، ص. 285.

⁽³⁾ صفوان محمد عضيبات، المرجع السابق، ص. 101.

وبَيَّنَّ الدكتور محمد عثمان شبير في بحثه "موقف الإسلام من الأمراض الوراثية" أن إجراء الفحص الطبي قبل الزواج لمعرفة إصابة أحد الزوجين بمرض معين لا يتعارض مع الشريعة الإسلامية ولا يتعارض مع مقاصد الزواج، بل إن الزواج الذي يدوم هو زواج الاصحاء⁽¹⁾.

وقال الدكتور ناصر عبد الله الميمان في شأن الإرشاد الجيني للمقبلين على الزواج: "استنادا للفوائد المترتبة على هذه الوسيلة، وبناء على ما فيها من دفع للضرر قبل وقوعه، ولتحقيقها للمقاصد الشرعية في الأحكام من صيانة النفس والنسل، فإن عمل هذا الفحص جائز..."⁽²⁾.

وقال محمد الزحيلي في بحثه الإرشاد الجيني: "إن إجراء الفحص الطبي قبل عقد الزواج لا بأس به شرعا، وإذا كان إلزاميا من أجل تحقيق مصلحة أصبح واجبا"⁽³⁾. وقال أيضا: "إن الفحوصات المخبرية والكشف الطبي قبل الزواج، حتى في البلاد التي لا تطلبه، ولا تشترطه في عقد الزواج، فإنه لا بأس به شرعا، ولا غضاضة في ممارسته، فإن أمر به الحاكم للمصلحة أصبح واجبا"⁽⁴⁾. وأضاف قائلا: "وأن يكون الفحص الطبي قبل الزواج والمتعلق بالأمراض الوراثية، واجبا وإلزاميا، ولا يعد ذلك افتئاتا على الحرية الشخصية، لأن فيه مصلحة عامة تعود على الفرد أولا، وعلى المجتمع والدولة والأمة ثانيا..."⁽⁵⁾.

وقال حمداتي ماء العينين أنه: "...يجب تطبيقا لقاعدة دفع الضرر والحفاظ على المسلمات الخمس، وقياسا على الأمر الوارد في الفرار من المجذوم، وتطبيقا لما سبق في أقوال العلماء، نرى وجوب إجراء الكشف الطبي قبل العقد للتأكد من سلامة كل واحد من الزوجين من المرض المزمن، والذي ينتقل بالوراثة حسب مفهوم الوراثة الطبية"⁽⁶⁾.

كما دعم القائلون بوجوب إجراء فحوصات طبية للمقبلين على الزواج رأيهم بمجموعة من الآيات القرآنية منها قوله تعالى: ﴿وَأَنْفِقُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ وَأَحْسِنُوا إِنَّ اللَّهَ

(1) أنظر، العياصرة صفاء محمد محمود، المستجدات العلمية وأثرها على الفتوى في الأحوال الشخصية، دار عماد للنشر وتوزيع، الأردن، 2009، ص.90.

(2) صفوان محمد عضيبات، المرجع السابق، ص 100.

(3) العياصرة صفاء محمد محمود، المرجع السابق، ص 89.

(4) صفوان محمد عضيبات، المرجع السابق، ص. 99.

(5) عبد الفتاح أحمد أبو كييلة، المرجع السابق، ص.275.

(6) صفوان محمد عضيبات، المرجع السابق، ص.99-100.

يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ ﴿١٥﴾⁽¹⁾. وجه الدلالة في الآية الكريمة أن الله سبحانه وتعالى ينهى أن يلقي المرء بنفسه إلى الهلاك، مع أن الآية الكريمة نزلت في النفقات في سبيل الله⁽²⁾، والله سبحانه وتعالى يمنعنا من اتخاذ الأسباب التي تهلك وتدمر النفس والتي من بينها عدم الإنفاق، ويمكن الاستدلال بها في الزواج من شخص مريض بمرض معدٍ يؤدي إلى الهلاك.

كما استدل هذا الفريق على قوله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴿٦١﴾⁽³⁾. وجه الدلالة في هذه الآية الكريمة أن قيام الزوجين بالفحوص الطبية، واطمئنان كل واحد منهما من خلو الآخر من الأمراض خاصة المنفرة والمعدية يساهم في الائتلاف الزوجي وبعث السكينة والمودة والرحمة بين الزوجين.

ودائماً في جواز إلزام القانون للمقبلين على الزواج بتقديم شهادة طبية، استدل هذا الفريق أيضاً بعموم النصوص التي تدل على وجوب طاعة ولي الأمر، في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَزَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا ﴿٥٩﴾⁽⁴⁾. يأمرنا الله تعالى في هذه الآية بطاعة ولي الأمر مادام في طاعته مصلحة للأفراد والأمة.

كما أن الفحص الجيني للزوجين يمكن أن يكشف لنا أمراضاً كامنة فيهما تنتقل بالوراثة إلى الأجيال القادمة، لأن الرغبة في إنجاب أولاد أصحاء هو رجاء كل إنسان لقوله تعالى: ﴿هُنَالِكَ دَعَا زَكَرِيَّا رَبَّهُ قَالَ رَبِّ هَبْ لِي مِنْ لَدُنْكَ ذُرِّيَّةً طَيِّبَةً إِنَّكَ سَمِيعُ الدُّعَاءِ ﴿٣٨﴾⁽⁵⁾، وقوله أيضاً: ﴿وَالَّذِينَ يَقُولُونَ يَا رَبَّنَا هَبْ لَنَا مِنْ أَزْوَاجِنَا وَذُرِّيَّاتِنَا قُرَّةَ أَعْيُنٍ وَاجْعَلْنَا لِلْمُتَّقِينَ إِمَامًا ﴿٧٦﴾⁽⁶⁾. وبالتالي فالفحص الطبي قبل الزواج يؤمن لنا ولو بنسبة معينة جيلاً سليماً قوياً خالياً من الأمراض، وهذا مطلب مشروع للناس والأنبياء عليهم السلام.

(1) سورة البقرة، الآية رقم 195.

(2) أنظر، السيوطي جلال لدين، الدر المنثور في التفسير بالمأثور، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي ج2، ط1، القاهرة، 2003، ص. 322.

(3) سورة الروم، الآية رقم 21.

(4) سورة النساء، الآية رقم 59.

(5) سورة آل عمران، الآية رقم 38.

(6) سورة الفرقان، الآية رقم 74.

ما يمكن ملاحظته من هذه الآيات الكريمة، أنها تبين ضرورة حفظ النفس والنسل، وبما أنه للفحص الطبي فوائد وإيجابيات في حفظهما فهو أمر مشروع وإلزام ولي الأمر به يحقق مصالح اجتماعية متعددة.

ومن السنة النبوية الشريفة استدل المجيزون للفحص الطبي قبل الزواج بجملة من الأحاديث النبوية الشريفة التي تحث على حفظ النفس وتجنب الضرر بصفة عامة، مثلاً، في رواية عن البخاري أن رسول الله ﷺ قال: " لا عدوى ولا طيرة ولا صفر وفرّ من الجذوم كما تفرّ من الأسد"⁽¹⁾، وهذا نهي صريح عن الابتعاد عن الأمراض المعدية، كالجذام وغيره. وبما أن الفحص الطبي يكشف ويشخص هذه الأمراض فإنه يجب الاستعانة بها في كل الميادين بما فيها الزواج حرصاً على سلامة المجتمع.

وروي عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: "لا توردوا الممرض على المصح"⁽²⁾، وهذا نهي عن اختلاط الأصحاء بالمرضى خيفة العدوى وحفاظاً على النفس. وفي الفحص الطبي قبل الزواج حماية للرجل والمرأة من الأمراض المعدية لشدة الاقتراب والاختلاط فيما بينهم، وبالتالي سرعة انتشار المرض المعدى.

ومن الأحاديث النبوية الشريفة أيضاً ما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت أن رسول الله ﷺ قال: "تخيروا لنطفكم وانكحوا الأكفاء"⁽³⁾. هذا الحديث يثبت لنا ما توصل إليه علم الوراثة من ظهور الصفات الوراثية البدنية والعقلية للأبناء في الأولاد، إضافة إلى الكفاءة في الدين والخلق التي تظهر في الأولاد متى تحلت بها الأم.

ومن أقوال الفقهاء تعليل الشافعي بجواز فسخ الزواج بسبب الجذام والبرص بقوله: "إن الولد الذي يأتي من مريض بأحد هذين الداءين قلما يسلم، وإن سلم أدرك نسله"⁽⁴⁾.

كما نجد للفحص الطبي علاقة بالقواعد الفقهية كقاعدة "لا ضرر ولا ضرار" وقاعدة "الأحكام تتغير بحسب الأزمان"⁽⁵⁾. وهو ما يُبرِّرُ تغير الفتوى من زمن إلى آخر بحسب الأحوال

(1) البخاري، صحيح البخاري، المرجع السابق، كتاب الطب، باب الجذام حديث رقم 5707، ص. 1447.

(2) البخاري، نفس المرجع، كتاب الطب، باب لا عدوى، حديث رقم 5774، ص. 1461.

(3) أنظر، ابن ماجة إبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني، السنن، تحقيق شعيب الأرنؤوط وآخرون، ج3، كتاب النكاح، باب الأكفاء، حديث رقم 1968، ط1، دار الرسالة العالمية، 2009، ص. 142.

(4) محمد الحبيب بن الخزرجة، عصمة دم الجنين المشوه، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، السنة الثانية، 1998، ع4، المرجع السابق، ص. 280.

(5) الزرقا مصطفى، شرح القواعد الفقهية، المرجع السابق، ص. 227.

والمكان والزمان، والتطور العلمي والتنبؤ بالأمراض الوراثية والمعدية إحدى أهم أسباب تغير الفتوى، وبالتالي يجوز تقنين الفحص الطبي وجعله شرطاً لإبرام عقد الزواج.

تعقيماً على هذه الآراء، نردّ على استدلال الفريق الأول بقوله ﷺ: "ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل". بأن أركان الزواج وشروطه واضحة وراسخة وعقد الزواج يقع صحيحاً وشرعياً بتوافر أركانه، وأن إلزام الخاطبين بتقديم شهادة طبية، إنما هو لتبصير كل طرف بالحالة الصحية للطرف الآخر، لكي يقدم على إبرام العقد أو يتراجع عن ذلك، لأن الزواج يبرم على نية التأيد، ورغبة كبيرة في إنجاب ذرية طيبة.

والقول بأن المقبل على الزواج عليه أن يحسن الظن بالله ويتوكل على الله، لأن الفحوصات الطبية قد تكذب نتائجها فهذا قول مردود عليه، لأن إجراء الفحص الطبي فيه حسن ظن بالله لأن المؤمن كيس فطن وخاصة في عصر تنوعت فيه الأمراض الفتاكة التي تنتقل بالزواج.

وعن الاستدلال باكتفاء النبي ﷺ بدين الخاطب وخلقه كي يُقبل تزويجه، وأنه لم يذكر حالته الصحية، فنرد عليه بأنها صفات ذكرت على سبيل المثال وأن الصحة الجيدة مفترضة، لتعدد الأحاديث النبوية التي تؤكد على ضرورة النظر إلى المخطوبة، وحسن اختيار الزوجة، مع وجوب الإشارة إلى أن الأمراض والعيوب الموجودة في أحد الخاطبين كانت تذكر قبل العقد وبجس نية آنذاك، لكي يكون كل زوج على دراية بحالة الآخر الصحية.

أما أدلة الفريق الثاني الذي يرى بجواز إجبار الخاطبين القيام بفحص طبي، فقد كانت أقوى من أدلة الفريق الأول، وأغلبها كانت تركز على كشف الأمراض الوراثية بالفحص الطبي من أجل زواج يدوم طويلاً، ونسل سليم، واستدلوا بعدة آيات قرآنية. وفي الإرشاد النبوي أيضاً أمر بإبعاد الأصحاء عن المرضى حفاظاً على صحتهم، والسنة النبوية في مجملها تدل على ضرورة الابتعاد عن كل ما يؤدي إلى الأمراض، وعلى حسن الانتقاء والاختيار عند الخطبة بالفحص والنظر⁽¹⁾. وقال فقهاء الشريعة الإسلامية القدامى من مالكية وشافعية وحنابلة أن عقد الزواج يدخله خيار العيب مع الاختلاف في تحديد العيوب التي يفسخ بها العقد، وهذا دليل على أنه يجب على كل خاطب معرفة العيوب الجسدية للآخر⁽²⁾، والفحص الطبي يوضح هذه العيوب قبل العقد.

(1) العياصرة صفاء محمد محمود، المرجع السابق، ص. 93.

(2) العياصرة صفاء محمد محمود، المرجع نفسه، ص. 53.

وبتأمل أدلة الفريقين، فإنه لا مانع عندهم من إجراء فحوص طبية اختيارية قبل الزواج، لأنه وبالرغم من درجة التطور التي بلغها العلم إلا أنه لم يثبت أي تناقض بينه وبينه ما ورد في كتاب الله وسنة رسوله ﷺ. ونقطة الخلاف بينهم هي مشروعية الإلزام بإجرائها، لذلك نرى بأن الفريق الثاني الذي يرى بإلزام الخاطبين بالفحص الطبي هو الأقرب إلى الصواب والغالب، لأن هدفه الوقاية من الأمراض، كما أنه لا يؤثر على الحرية في الاختيار والزواج، فمتى رضي الطرفان بنتائج الفحوص اعتبر زواجهما صحيحا شرعا وقانونا.

وبغض النظر عن جواز إلزام القانون المقبلين على الزواج بإجراء فحوص طبية من عدمه، فإنه يحق لأحد الخاطبين اشتراط هذا الفحص ما دام لا يتعارض مع الشرع، وهو يصب في مصلحتهما المشتركة ومصلحة نسلهما⁽¹⁾. فطبيعة الإلزام بالفحص الطبي لا تعدو كونه شرطا إجرائيا لإبرام العقد، وأن الإلزام به لا يعني بطلان العقد عند عدمه⁽²⁾.

وإلزام المقبلين على الزواج بتقديم شهادة طبية هو جزء من السياسة العامة للدولة في مكافحة الأمراض المنتقلة عبر الزواج، خاصة بتطور وسائل الاتصال والتعارف بين الشباب من مختلف مناطق العالم والذي فتح بابا واسعا للزواج المختلط، والخوف يزداد من الأمراض المستعصية كالسيدا والأمراض التي تنتقل بالشذوذ الجنسي إذا كان الخاطب من دولة ينتشر فيها الانحلال الخلقي.

ثانيا: موقف الفقه القانوني من إلزام المقبلين على الزواج بالفحص الطبي

استحوذ تقنين الشهادة الطبية على اهتمام الباحثين والفقهاء القانونيين بين رافض لإلزام المقبلين على الزواج بإجرائه، وبين مؤيد لفكرة الإلزام به.

فالاتجاه الرافض لإلزام المقبلين على الزواج بإجراء فحوص طبية، هو لبعض نواب الشعب في فرنسا الذين اقترحوا إلغاء الشهادة الطبية قبل الزواج وتبسيط إجراءات الزواج، وحججهم في ذلك أن إلزام المقبلين على الزواج بهذه الفحوص من شأنه أن يخنق حرية الأفراد، بحرمانهم من حقهم وحرمتهم في الزواج، كما أنها افتراء على الحرية الشخصية وأن الإلزام بالفحص الطبي يعتبر شكلية إضافية مزعجة، ومحرجة للمقبلين على الزواج، وبالتالي تشجع على تفضيل الارتباط الحر⁽³⁾.

(1) علاق عيد القادر، المرجع السابق، ص.308.

(2) أنظر، البوعيشي الكيلاني فاتن، الفحوصات الطبية للزوجين قبل إبرام عقد الزواج، أسانيد ومقاصدها، دراسة مقارنة، ط1، درا النفائس، الأردن، 2011، ص.157.

(3) علاق عبد القادر، المرجع السابق، ص.327.

ويضيف الرافضون للشهادة الطبية قبل الزواج أنها مجرد إجراء يُعقد الزواج كنظام اجتماعي، إذ نتج عن إلزام الأشخاص بها عزوف عن الزواج، وحرية العلاقات والمعايشة الجنسية قبل الزواج قد ينتج عنها إنجاب أولاد قبل ترسيم وإعلان الزواج، فيكون فرض الفحوص الطبية قبل الزواج جد متأخر ولا فائدة منه، لذلك انعكس إلزام المقبلين على الزواج بالفحص طبي سلبا على المجتمع، بانخفاض نسبة المقبلين على الزواج والنفور منه وارتفاع نسبة الطلاق، وارتفاع نسبة الأطفال غير الشرعيين من سنة لأخرى⁽¹⁾.

كما أن العائلة الطبيعية غير المبنية على الزواج أصبحت قائمة بذاتها في القانون الفرنسي ومعترف بها في التشريعات المدنية والاجتماعية والضريرية⁽²⁾.

وعلى العكس من ذلك، يرى بعض الفقه بضرورة إلزام المقبلين على الزواج بتقديم شهادة طبية، لما في هذا الإجراء من مصلحة لا يمكن إهمالها، لأن استكمال القيام بهذا الإجراء يدل على التراخي الصحيح ويسمح بتأكيد حرية المقبلين على الزواج، ولا يحدها أبدا⁽³⁾.

واستند هذا الرأي إلى عدة نظريات تبرر هذا الإلزام، ويأتي على رأسها النظرية العنصرية، التي يرى أنصارها بضرورة المحافظة على نقاء عرقهم، وعدم الاختلاط بغيرهم لاعتقادهم بسمو جنسهم على باقي المجموعات البشرية. وكوّست هذه النظرية كل من القانون الألماني النازي لسنة 1938، والقانون العنصري لجنوب إفريقيا، وقد بالغوا في منع الأشخاص من الزواج في حالة وجود أمراض وراثية ومعديّة، لأن أساس هذه النظرية قائم على تحسين النسل والمحافظة على صفات النوع البشري وتفادي ذرية مشوهة⁽⁴⁾، زيادة على أن التقدم العلمي في ميدان الطب وعلم الأحياء أصبح يعكس في هذا العصر صورة سياسة تحسين النسل⁽⁵⁾.

(1) في إحصائيات صادرة عن المعهد الوطني للدراسات الديموغرافية تبين أن نسبة الأطفال غير الشرعيين قفزت من 7% سنة 1970 إلى 30% سنة 1990، وهي نسبة في ارتفاع متزايد يدل على عزوف الشباب الفرنسي عن الزواج وتوجهه نحو العلاقات الحرة، أنظر، الشافعي محمد، الشهادة الطبية قبل الزواج في القانون المقارن؛ <http://modawanat-elosra.blogspot.com> 2017/09/10، 16:45؛ علاق عبد القادر، المرجع السابق، ص.329.

(2) الشافعي محمد، المرجع السابق؛ <http://modawanat-elosra.blogspot.com> 2019/09/10، 16:50.

(3) علاق عبد القادر، المرجع السابق، ص.335.

(4) علاق عبد القادر، المرجع السابق، ص.329.

(5) الشافعي محمد، المرجع السابق؛ <http://modawanat-elosra.blogspot.com> 2019/09/10، 17:30.

وارتكن هذا الاتجاه أيضا على نظرية في غاية الأهمية وهي النظرية المثالية؛ التي تستند على حرية الفرد في اختيار زوجه، وتبنت حلا قانونيا مفاده تصريح المقبلين على الزواج بخلوهم من الأمراض الخطيرة والتأشير بذلك في عقد الزواج، غير أن هذا التصريح والقسم أمام ضابط الحالة المدنية استبدل حديثا بإلزام الخاطبين إجراء فحوص طبية خاصة بالزواج بتدخل صريح من القانون⁽¹⁾. أما النظرية الواقعية فتقوم على أساس التوجه إلى ضمير الطبيب، وذلك بمنح أو عدم منح شهادة طبية للمقبل على الزواج، أو تأجيل منحها في حالة ثبوت وجود مانع صحي، وهي نظرية منتقدة لأنها حولت دور الطبيب من تقني وفني في ميدان تخصصه إلى مقرر نيابة عن المعنيين⁽²⁾. وقد توجهت التشريعات الحديثة إلى تبني النظرية المثالية لأنها أكثر تحقيقا لمصلحة الفرد والمجتمع، ولا تؤثر على تراضي المقبلين على الزواج. أما النظريتين الواقعية والعنصرية ففيهما مبالغة لا تتفق مع الهدف من تقنين الفحص الطبي قبل الزواج، ولا مع رضائية عقد الزواج. فتدخل السلطة في اشتراط الشهادة الطبية هو من باب الوقاية العامة لا غير، لأنّ الزواج قبل كل شيء حق يحميه القانون وعنصر من عناصر الحرية الشخصية⁽³⁾. لذلك، لا يمكن أن تقف الشهادة الطبية عائقا أمام إبرام عقود الزواج.

وأمام هذه الآراء المتعارضة، فإن ما اتجه إليه الفريق الأول من ضرورة إلغاء الشهادة الطبية، فقد حاولوا تبرير موقفهم بكل الآفات الموجودة في المجتمع الفرنسي، ونسبتها إلى آثار الشهادة الطبية. فمن غير المعقول التذرع بارتفاع نسبة الطلاق والعائلات الطبيعية لإلغاء الفحوص الطبية قبل الزواج، ولا تصلح هذه الأخيرة كتبرير للعلاقات الحرة، فالمنطق السليم يقضي بأنه لا يصح أن يتزوج شخص مصاب بمرض خطير ومعدّي كالسيّدا من امرأة عفيفة وهي جاهلة حقيقة زوجها. فهذا الجانب من الفقه الذي كان وراء إلغاء الشهادة الطبية من القانون الفرنسي، قد وجد حججا له في الانحلال الخلقي الذي يتغلغل يوما بعد يوم في المجتمع الفرنسي. لكن، هذا القول لا ينطبق على المجتمع الإسلامي المتشعب بروح الشريعة الإسلامية والذي ينبذ العلاقات الحرة ويعتبر الزنا جريمة معاقبا عليها، وأكبر أهدافه المحافظة على التماسك الأسري. لذلك، تعتبر الشهادة الطبية إحدى الأسباب المحققة للسعادة والراحة في الأسرة ودوام الزواج.

(1) علاق عبد القادر، المرجع السابق، ص.329.

(2) علاق عبد القادر، المرجع نفسه، ص.329.

(3) بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.221.

وبالنسبة للفريق الثاني الذي يرى بضرورة إلزام المقبلين على الزواج بإجراء فحوص طبية قبل الزواج، فقد بالغوا في تبني النظرية العنصرية، لأنها تحرم الأشخاص المصابين ببعض الأمراض من الزواج الذي يعتبر حقا للجميع، وهي تتعارض المبادئ العالمية لحقوق الانسان. أما النظرية الواقعية فتمنح سلطة واسعة للطبيب بمنع الزواج أو تأجيله لوجود أمراض معينة، وبالتالي تقف هذه النظرية عائقا أمام ركن الرضا وإتمام الزواج، فلا يمكن الاعتماد عليها هي الأخرى. وأخيرا النظرية المثالية التي نراها حلا وسطا بعد تطورها، فهي تركز على تبصير المقبل على الزواج بالوضع الصحي لشريكه مع حقه في إتمام الزواج متى رضي بالمرض. و هكذا، تم تكريس حق الفرد في الزواج بإرادته الحرة في العيش مع شخص مريض أو سليم وهو بذلك يضع المقبل على الزواج أمام مسؤوليته الكاملة.

ومن خلال استقراء المادة 7 مكرر من ق.أ ومواد المرسوم التنفيذي 06-154 يتبين لنا بأن المشرع الجزائري يميل إلى تبني النظرية المثالية وتركه للنظرية الواقعية، فلا يمكن للطبيب أن يقرر مكان المقبل على الزواج، لأن دوره يقتصر على إجراء الفحوص وإعلامه بخطورة الأمراض المعدية والوراثية على الزواج والنسل (المواد 3 و 4 من نفس المرسوم التنفيذي) كما أنه استبعد النظرية العنصرية بعدم منع المقبلين على الزواج المصابين بأمراض مستعصية من إتمام العقد خلافا لإرادة المعنيين (المادة 2/7). وعليه، لا تشكل الشهادة الطبية عائقا أمام الزواج بدليل عدم ترتيب بطلان الزواج في حالة تخلفها وتبقى وثيقة إدارية غرضها تبصير المقبلين على الزواج بحالتهم الصحية، وخطورة الزواج عليهما وعلى الأولاد في حالة ثبوت وجود أمراض وراثية ومعدية.

والذي نراه، أنه لا مانع شرعي أو قانوني أو اجتماعي أو طبي من إلزام الفحص الطبي للمقبلين على الزواج متى رأت الدولة تحقق المصلحة في ذلك. وفي إحصائيات كشف عنها الديوان الوطني للإحصائيات (O.N.S) بعد دراسة مسحت مدة ما بين 1990 إلى 2014 دلت على ارتفاع نسب عقود الزواج، من مرحلة ما قبل تقنينه إلى ما بعده، ولا أثر سلبي للفحص الطبي، فسجل 149345 عقدا سنة 1990 و 177548 سنة 2000، ثم ارتفع إلى 331190 سنة 2008 و ليزيد في الارتفاع إلى 386422 سنة 2014⁽¹⁾.

وعلى ضوء إيجابيات الفحص الطبي للمقبلين على الزواج، وكذلك تجربة الدول التي سبقتنا في تقنينها، قام المشرع الجزائري باشتراطها لإبرام عقد الزواج، وذلك بتنظيمها في عدة نصوص قانونية.

⁽¹⁾ أنظر، الملحق رقم 01، إحصائيات عقود الزواج في الجزائر.

الفرع الثالث

اشتراط الشهادة الطبية في القانون الجزائري

قيد المشرع الجزائري كل راغب في ممارسة حقه في الزواج بالزامية تقديم شهادة طبية أمام الضابط المكلف بإبرام عقود الزواج، هذا ما يستوجب دراسة تنظيمها التشريعي(أولاً) والنقص المسجل في ذلك(ثانياً)، ثم تحديد مسؤولية الضابط المكلف بإبرام عقد الزواج عن تخلف شرط الشهادة الطبية(ثالثاً) وبعد ذلك، أثر الشهادة الطبية على عقد الزواج(رابعاً).

أولاً: التنظيم التشريعي للشهادة الطبية

رغبة من الدولة الجزائرية في حماية الأسرة من الأمراض المعدية والمؤثرة على صحة أفرادها نصت ولأول مرة على الفحص الطبي للمقبلين على الزواج في المادة 115 من قانون الصحة العمومية لسنة 1976⁽¹⁾ على أنه: "تحدد بموجب مرسوم كفايات الفحص الطبي قبل الزواج وذلك لأجل حماية العائلة". وقد وردت هذه المادة في الفصل الأول المعنون بحماية الأمومة والطفولة من الباب الثالث تحت عنوان الوقاية. وجاءت هذه المادة بهدف الوقاية من الأمراض خاصة التي تنتقل إلى الأطفال والآباء، ولم يصدر أي مرسوم يحدد كفايات إجراء الفحوص الطبية للمقبلين على الزواج في تلك السنوات. وظلت عقود الزواج تبرم أمام الموثق وضابط الحالة المدنية بتوافر الأركان الموضوعية وشروط الصحة الواردة في الشريعة الإسلامية. وبإلغاء الأمر 76-79 وصدور القانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها⁽²⁾، تم إلغاء المادة سالفه الذكر، وبقيت المنظومة القانونية خالية من أي نص عن الفحص الطبي قبل الزواج. إلى غاية سنة 2005 وبتعديل قانون الأسرة، تم النص صراحة على الشهادة طبية واعتبارها شرطاً لإبرام عقد الزواج أمام الموثق وضابط الحالة المدنية.

وبصدور المرسوم التنفيذي 06-154، تم تحديد شروط وكفايات تطبيق هذه المادة، بحيث منع الموثق وضابط الحالة المدنية من إبرام عقد الزواج دون تقديم شهادة طبية للزوجين.

وجاء القانون 18-11 المتضمن قانون الصحة ليؤكد على إلزامية الفحص الطبي في الفقرة الأولى من المادة 72 بنصها: "الفحص الطبي السابق للزواج إجباري". وجاءت الفقرة الثانية من ذات

(1) الأمر رقم 76-79، مؤرخ في 23/10/1976، يتضمن قانون الصحة العمومية، ج.ر.ج.ج، مؤرخة في 19/12/1976، سنة 13، ع101 ص.1392.

(2) القانون رقم 85-05، المؤرخ في 16/02/1985، يتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المعدل والمتمم، ج.ر.ج.ج، مؤرخة في 17/02/1985، ع8، ص.176.

المادة تنص على أنه: "تحدد قائمة الفحوص والتحليل عن طريق التنظيم". وقد وردت هذه المادة ضمن القسم الأول المعنون بحماية صحة الأم والطفل من الفصل الثالث البرامج الصحية النوعية من الباب الثاني الحماية والوقاية في الصحة. وهكذا، تدخل إجبارية الفحص الطبي قبل الزواج في سياق الحماية والوقاية بالحد من انتشار الأمراض الخطيرة.

وتجدر الملاحظة، بأن الأهلية البدنية ليست شرطا لصحة عقد الزواج في القانون الجزائري، وإنما يكفي توفر ركن الرضا (المادة 9) وشروط الصحة المذكورة في المادة 9 مكرر لينعقد الزواج صحيحا. والمشرع الأسري لم يرتب أثر البطلان أو الفسخ على الزواج الذي تخلف فيه شرط الشهادة الطبية⁽¹⁾.

وقد جاء في نص المادة 7 مكرر من قانون الأسرة المستحدثة بالأمر 05-02 على أنه: "يجب على طالبي الزواج أن يقدموا وثيقة طبية لا تزيد عن ثلاثة (3) أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج.

يتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية ومن علمهما بما قد تكشف عنه من أمراض أو عوامل قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج، ويؤشر بذلك في عقد الزواج.

تحدد شروط وكيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم".

من خلال استقراء المادة أعلاه، يبدو واضحا أن المشرع الجزائري يهدف من وراء اشتراط الشهادة الطبية إلى التأكد من خلو الزوجين من الأمراض المعدية، ومن العوامل التي يمكن أن تشكل خطرا يتعارض مع الأغراض الأساسية للزواج، وأمر الضابط المختص بإبرام العقد بالتأشير بذلك في عقد الزواج⁽²⁾، كالأضرار الخطيرة التي تهدد حياة الزوجين والأولاد، وأبرز مثال مرض فقدان المناعة المكتسبة، الذي أصبح يشكل خطرا على الأسرة في العالم.

وأوجب المشرع على الضابط المكلف بتحرير عقد الزواج التأكد من خضوع الطرفين للفحوص الطبية، وعلمهما بما يمكن أن يرد فيها من أمراض، وكأن المشرع أراد أن يحمل أحد الزوجين مسؤولية رضاه بعقد قران مع شخص مريض ومسؤولية الآثار المترتبة عن هذا الزواج. وقد حدد المشرع

⁽¹⁾ نصت المادة 33 من ق.أ على البطلان كجزء تخلف ركن الرضا والفسخ قبل الدخول إذا تخلف شرط من شروط صحة عقد الزواج المتمثلة في الولي، والصداق، والشهود، أما إذا تم الدخول فيثبت الزواج بصداق المثل.

⁽²⁾ سعد عبد العزيز، المرجع السابق، ص.52.

الجزائري زمان إجراء الفحص الطبي بثلاثة أشهر قبل إبرام العقد الرسمي. وغالبا ما تتم هذه الفحوصات في مرحلة الخطوبة وفي فترة قريبة من إبرام العقد الموثق.

وعن كفاءات تطبيق المادة 7 مكرر من ق.أ، صدر فعلا التنظيم الموعود به في الفقرة الأخيرة، وهو المرسوم التنفيذي رقم 06-154 الذي يحدد شروط وكفاءات تطبيق المادة 7 مكرر من قانون الأسرة، فجاء في نص المادة 2 من هذا المرسوم على أنه: "يجب على كل طالب من طالبي الزواج أن يقدم شهادة طبية لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر، تثبت خضوعه للفحوصات الطبية المنصوص عليها في هذا المرسوم.

يسلم الشهادة المنصوص عليها في هذه المادة، حسب النموذج المرفق في هذا المرسوم"⁽¹⁾. وجاء في نفس التنظيم في المادة 3 منه بأنه: "لا يجوز للطبيب أن يسلم الشهادة الطبية المنصوص عليها في المادة 2 اعلاه إلا بناء على نتائج:
-فحص عيادي شامل.

-تحليل فصيلة الدم(A B O+Rhésus).

وأضافت المادة 4 من نفس المرسوم التنفيذي، بأنه يمكن للطبيب أن يجري فحوصات تنصب على السوابق الوراثية والعائلية، للكشف عن بعض العيوب أو القابلية للإصابة ببعض الأمراض، ويمكنه أن يقترح إجراء فحوصات للكشف عن الأمراض التي تشكل خطر الانتقال إلى الزوج الآخر والأولاد.

من خلال النصوص القانونية أعلاه، نلاحظ بأن المشرع الجزائري ألزم الطبيب بنتائج الفحص العيادي الشامل وتحليل فصيلة الدم والريزوس في الشهادة الطبية، بحيث لا يمكن تسليم شهادة طبية تفتقر لأحد هذين الفحصين أو كلاهما. بالإضافة إلى فحوص أخرى يمكن للطبيب أن يقترحها متى لاحظ وجود مرض يؤثر في العلاقة الزوجية. ومن بين الفحوص التي يمكن اقتراحها، الكشف عن الجينات الحاملة للأمراض الوراثية، الأمراض المعدية والأمراض الخطيرة التي يحتمل انتقالها إلى الأولاد، وإخضاع النساء اللواتي في سن الإنجاب للفحوص الخاصة بمرض الحميراء (الحصبة الألمانية)، لأن عدم وجود مناعة ضد الحميراء في الأم يعرض جنينها إلى تشوهات خلقية⁽²⁾.

⁽¹⁾ أنظر الملاحق رقم 2 و3، نموذج شهادة طبية باللغة العربية واللغة الفرنسية.

⁽²⁾ جاء في نموذج الشهادة الطبية المرفق بالمرسوم التنفيذي رقم 06-154 مساحة خاصة لنتائج فحوص داء الحميراء الذي ثبت تأثيره السلبي في الحمل؛ بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.229.

وعلى الطبيب إبلاغ الشخص الذي خضع للفحوص الطبية بنتائجها وملاحظاته، وتسلم له شهادة طبية بذلك⁽¹⁾ ليقدمها كل واحد منهما إلى الموثق أو ضابط الحالة المدنية المكلفين والمؤهلين بتحرير عقود الزواج. وتقدم الشهادة قبل الشروع في تحرير عقد الزواج⁽²⁾. وتؤكد المادة 7 من نفس المرسوم على وجوب تأكد الضابط المكلف بتحرير عقد الزواج من علم طرفيه وفي آن واحد -بأن يجتمع بهما- بنتائج الفحوصات التي خضع لها كل واحد منهما، وبالأعراض التي يمكن أن تشكل خطرا يتعارض مع الزواج ويؤثر عليه، وكان على المشرع أن ينص على سرية ذلك. وأكد المشرع على وجوب احترام إرادة العاقدان في إبرام العقد؛ حيث أنه لا يجوز للضابط رفض إبرام العقد لأسباب طبية متى رضي بها العاقدان، لأن مهمة الموثق وضابط الحالة المدنية هي إبلاغ المقبلين على الزواج بنتائج الفحوص والأمراض التي تهدد زواجهما وبذلك فهو يقلل من حالات الغلط والتدليس. ورغم ذلك فالزواج يبقى صحيحا بدون شهادة طبية ولا يؤثر المرض في صحة عقد الزواج.

وعليه، فشرط تقديم شهادة طبية للمقبلين على الزواج هو شرط إجرائي، ولا يمكن أن يمنع أي مرض مهما بلغت خطورته من إتمام الزواج متى رضي به طرفيه.

ثانيا: النقص التشريعي في تنظيم شرط الشهادة الطبية

بالرغم من النص صراحة على شرط تقديم شهادة طبية للمقبلين على الزواج في قانون الأسرة واستتباعه بمرسوم يحدد شروط وكيفيات تطبيق هذا الشرط، إلا أن تنظيم هذا الموضوع جاء ناقصا ومناقضا للعديد من أحكام الزواج في قانون الأسرة.

ففي الوقت الذي لا يزال المشرع الأسري يعترف فيه بالزواج العرفي في نص المادة 22 من ق.أ. واعتبر الفاتحة التي تتم في مجلس الخطبة الذي توافرت فيه شروط وركن العقد زواجا في المادة 6 من ق.أ. المعدلة، يأتي ليقيد من يبرم زواجه أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية بشهادة طبية. هذه الإجراءات الشكلية تبقى ناقصة التنظيم، وتحمل العديد من التناقضات، مادام الزواج ينعقد صحيحا ومرتباً لآثاره إذا أبرم دون حضور ضابط الحالة المدنية أو الموثق ودون حاجة لشهادة طبية.

(1) المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 06-154.

(2) المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 06-154؛ سعد عبد العزيز، المرجع السابق، ص.52.

ومن ثم، فإنه من الممكن للمصاب بأمراض خطيرة كالسيديا مثلا أن يبرم زواجا عرفيا مع امرأة سليمة وهي جاهلة لوضعه الصحي، ليقوم بعد ذلك بتثيته أمام المحكمة، ويبقى المرض في انتشار إلى الزوجة والأولاد أيضا، الذين حرموا من حقهم في صحة جيدة بسبب تحايل والدهم على القانون. لذلك، يحتاج قانون الأسرة إلى مراجعة للتنسيق بين النصوص القانونية، لاسيما في ظل ضعف الوازع الأخلاقي والديني من نقص الأمانة والصدق، وكذا ما يشهده العصر من انتشار للأمراض المعدية والخطيرة والتي تكون سببا في تعطيل مقاصد الزواج وإلحاق الضرر بأحد طرفيه⁽¹⁾ وأطفاله كذلك.

وكان على المشرع أيضا أن يحدد قائمة الأمراض الخطيرة والمعدية التي يجب أن يخضع لها الزوجان كالسيديا والسل والتهاب الكبد الفيروسي بأنواعه، وكذلك كان عليه أن يلزم الأزواج الذين تربطهم قرابة بالفحوصات الجينية للكشف عن الجين المعطوب المتنحي الذي يظهر المرض في الأجيال القادمة إذا كان الزوجان يحملان نفس الجين بالرغم من أن حامله بصحة جيدة. ونأمل بأن يصدر التنظيم المنصوص عليه في الفقرة الثانية من المادة 72 من القانون 18-11 المتضمن قانون الصحة في أقرب وقت ممكن، متضمنا قائمة مهمّة من التحاليل والفحوص التي تكشف عن الأمراض الخطيرة المعدية والوراثية.

كما أغفل المشرع في مواد المرسوم التنفيذي رقم 06-154 النص على التزام الطبيب بالسّر المهني، فكان يفترض أن يفرضه بنص خاص لخطورة إفشاء السّر على مستقبل المقبل على الزواج وعائلته. وبالرجوع إلى المادة 36 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب⁽²⁾، نجد أنها تنص على أنه: "يشترط في كل طبيب أو جراح أسنان أن يحتفظ بالسّر المهني المفروض لصالح المريض والمجموعة إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك". مما يعني أن الطبيب ملزم بعدم إخبار الغير بالنتائج التي أسفرت عنها الفحوص الطبية التي قام بها المعني بالأمر قصد الزواج⁽³⁾. وبصدور قانون الصحة رقم 18-11، الذي تضمن أحكاما بشأن السّر المهني، فإنه أكد على حق الشخص في احترام حياته الخاصة وسّر المعلومات الطبية المتعلقة به باستثناء الحالات

(1) بن صغير محفوظ، المرجع السابق، ص.432.

(2) المرسوم التنفيذي رقم 92-276، مؤرخ في 6 يوليو 1992، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج.ر.ج. ، لسنة 1992، ع52، ص.1419.

(3) بلحاج العربي، الشهادة الطبية قبل الزواج، المرجع السابق، ص.120.

المنصوص عليها صراحة في القانون وهذا في الفقرة الأولى من المادة 24، وفي الفقرة الثانية من نفس المادة ذكر بأن السرّ الطبي يشمل جميع المعلومات التي علم بها مهنيو الصحة⁽¹⁾. أما الفقرة الثالثة فقد نصت على إمكانية رفع السرّ الطبي من طرف الجهة القضائية المختصة.

وتجدر الملاحظة إلى أن السرّ المهني كان يلزم فقط الأطباء وجراحو الأسنان والصيدالة في قانون حماية الصحة وترقيتها⁽²⁾ أما بعد إلغاءه بالقانون 18-11 المتعلق بالصحة فقد وسع المشرع من نطاق الإلزام بالسرّ المهني ليشمل كل مهنيو الصحة.

إذن، فالأصل هو التزام الطبيب بالسرّ وعدم إفشائه، ويدخل في هذا الإطار نتائج الفحوص الطبية للمقبل على الزواج. وجاء في النصوص القانونية أعلاه بعض الاستثناءات التي يجوز فيها إفشاء السرّ الطبي، كتبليغ السلطات عن مرض معد أو بأمر من جهة قضائية⁽³⁾، وتطبق العقوبات المنصوص عليها في المادة 301 من ق.ع⁽⁴⁾ في حالة الإخلال بأحكام السرّ المهني.

كما جاءت النصوص الناظمة للفحص الطبي قبل الزواج خالية من أي عقوبة في حال إخلال الطبيب بالتزاماته، فتبقى مسألة متعلقة بضميره. غير أنه إذا تهاون الطبيب في طلب الفحص السريري وتحليل فصائل الدم؛ فإنه يكون قد ارتكب خطأ مهنياً، وكذلك الأمر إذا كشفت الفحوص عن وجود أمراض خطيرة وامتنع عن إخبار المريض، فقد نص القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة في المادة 23 على وجوب إعلام كل شخص بحالته الصحية والعلاج الذي تتطلبه وكذلك الأخطار التي يتعرض لها. فمثلاً إذا كشفت الفحوص عن إصابة المريض بمرض الحميراء الذي ينتقل إلى الأولاد

(1) خصص قانون الصحة الصادر بالقانون 18-11 باباً كاملاً لمهنيو الصحة، وعرفهم في المادة 165: "يقصد بمهني الصحة، في مفهوم هذا القانون، كل شخص ممارس وتابع لهيكل أو مؤسسة للصحة يقدم في نشاطه المهني خدمة صحية أو يساعد فيها أو يساهم في إنجازها. ويعتبر كذلك مهني الصحة المستخدمون التابعون للمصالح الخارجية الذين يقومون بمهام تقنية وتحقيقات وبائية ومهام المراقبة والتفتيش. تحدد مدونة مهن الصحة عن طريق التنظيم."

(2) نص القانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها (الملغى بالقانون 18-11 المتعلق بالصحة)، في مادته 206: "يجب على الأطباء وجراحو الأسنان والصيدالة أن يلتزموا بالسرّ المهني، إلا إذا حررتهم من ذلك صراحة الأحكام القانونية."

(3) بلحاج العربي، أحكام الزوجية...، المرجع السابق، ص. 232.

(4) وبالرجوع إلى المادة 301 المعدلة من ق.ع نجدتها تنص على أنه: "يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج الأطباء والجراحون والصيدالة والقابلات وجميع الأشخاص المؤقتين بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار أدلى بها إليهم وأفشوها في غير الحالات التي يوجب عليهم فيها القانون إفشاءه أو بصرح لهم بذلك.

ومع ذلك فلا يعاقب الأشخاص المبيّنون أعلاه رغم التزامهم بالإبلاغ عن حالات الإجهاض التي تصل إلى علمهم بمناسبة ممارسة مهنتهم بالعقوبات المنصوص عليها في الفقرة السابقة إذا أبلغوا بها. فإذا دعوا للمثول أمام القضاء في قضية إجهاض يجب عليهما الإدلاء بشهادتهما دون التقيّد بالسرّ المهني."

وامتنع عن إخبار المريض، في هذه الحالة يكون الطبيب مسؤولاً عن جميع الأضرار التي أصيبت بها الأم منذ بداية الحمل⁽¹⁾.

إلى جانب الثغرات السابقة، جاء تنظيم الفحص الطبي قبل الزواج خالياً من تحديد الطبيب المختص بإصدار شهادة طبية للمقبلين على الزواج، وترك الحرية للرجل والمرأة في اختيار الطبيب الذي يقوم بالفحوص سواء طبيب واحد أو طبيين، المهم أن يكون ممارساً لمهنته بصفة قانونية⁽²⁾.

وأهمل المشرع الآثار النفسية والاجتماعية التي تترتب عن كشف الفحوص الطبية للأمراض الكامنة في الرجل أو المرأة، لاسيما إذا كان الفحص جينياً أو كشف عن عقم أحدهم، فالإفصاح عن هذه الأمراض يضر بالحالة النفسية للمريض بل ويؤثر على سمعته لاسيما إذا كانت امرأة، فلن يُقبل أحد على طلبها للزواج، بل أنه يسيء إلى سمعة العائلة بأكملها إذا كان المرض وراثياً فيحرم مجموعة من الأفراد من الزواج بدل الفرد.

وأخيراً، كان على المشرع أن يضيف نصاً حول عدم إمكانية طلب فسخ العقد للعب في الإرادة أو الطلاق للضرر بالنسبة للزوج أو الزوجة الذي يعلم بالحالة الصحية لشريكه ويرضى بها قبل العقد وتم تدوين ذلك في عقد الزواج. لأن رضاه بالمرض يحمله مسؤوليته بعد الزواج، وإذا طلق، فإن طلاقه يكون تعسفاً في حق الزوج المريض، وبالتالي يحق لهذا الأخير طلب التعويض عن الأضرار التي لحقت به.

مع الإشارة إلى أن نشر الوعي الصحي يلعب دوراً كبيراً في تحقيق المقصود من اشتراط الشهادة الطبية، وخاصة الأمراض الكامنة في الجينات الوراثية التي يحتمل ظهورها في الذرية. والتوعية أصبحت ممكنة في ظل تطور وسائل الاتصال، ويتحقق ذلك بالتعاون بين وزارة الصحة والاتصالات وكذلك المجتمع المدني.

ثالثاً: مسؤولية الضابط المكلف بإبرام عقد الزواج عن تخلف شرط الشهادة الطبية

اشتراط المشرع الأسري تقديم الشهادة الطبية للمقبلين على الزواج كإجراء إداري لإبرام عقد الزواج أمام الموثق وضابط الحالة المدنية، وبالتالي إذا ما تم إبرام عقد زواج بدون توفر شرط الشهادة الطبية، فإن هذا يعتبر إخلالاً بالتزام قانوني.

⁽¹⁾ بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها...، المرجع السابق، ص.233.

⁽²⁾ بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص.231.

ومنذ تعديل قانون الأسرة بالأمر 02-05 وصدور المرسوم التنفيذي 06-154 أصبحت الشهادة الطبية شرطا أساسيا يلزم الضابط المكلف بعقد الزواج بمعاينتها، وإطلاع الرجل والمرأة على محتواها قبل إبرام العقد. وبالتالي إذا تقدم رجل وامرأة لإبرام عقد الزواج أمام الضابط المختص ولم يقدموا شهادة طبية لكل واحد منهما، فإن الجزاء هو امتناع ضابط الحالة المدنية أو الموثق عن تحرير العقد ويجيط الزوجين علما بأنه لا يجوز له تحرير عقد زواج مع تخلف شرط اشترطه القانون وهو شرط الشهادة الطبية⁽¹⁾.

وإذا تجاهل الضابط الشرط وقام بتحرير العقد فإنه سوف يتحمل مسؤولية مخالفة القانون ويمكن أن يعرض نفسه للعقاب الإداري والعقاب الجزائي⁽²⁾، طبقا لنص الفقرة 2 من المادة 77 من ق.ح.م المعدلة⁽³⁾ التي تنص على أنه: "دون الإخلال بالمتابعات الجزائية، يتعرض ضابط الحالة المدنية أو الموثق الذي لم يطبق الإجراءات المنصوص عليها في هذا الفصل إلى العقوبات التأديبية المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما". والفصل الذي جاء فيه هذا النص معنون بـ " عقود الزواج".

ودائما في قانون الحالة المدنية، فقد جاء في نص المادة 26 من الأمر 70-20 أنه: "يمارس ضباط الحالة المدنية مهامهم تحت مسؤولياتهم المدنية والجنائية ومراقبة النائب العام". وأضافت المادة 29 عقوبات مالية لا تزيد عن 200 دج تقررها المحكمة التي تبت في المسائل المدنية بناء على طلب النيابة العامة. ما يمكن ملاحظته هو أنه رغم تعديل قانون الحالة المدنية بالقانون رقم 14-08 والقانون رقم 17-03 إلا أن التعديل لم يمس المادة 29، وقيمة الغرامة بقيت ثابتة، وهو مبلغ زهيد لا يمكنه أن يشكل كبحا للمخالفات التي يرتكبها ضابط الحالة المدنية والمتعلقة بإجراءات تحرير عقود الزواج، فالغرامة تحتاج إلى تعديل برفع قيمتها من أجل تحقيق الردع.

وقد ورد في القانون رقم 06-02 المتضمن تنظيم مهنة الموثق، عقوبات تأديبية مفروضة على الموثق في حالة إخلاله بالتزاماته المهنية أو بمناسبة تأديتها، تتمثل في الإنذار، التوبيخ، التوقيف عن ممارسة المهنة لمدة أقصاها ستة (6) أشهر والعزل من الوظيفة(المواد 53 و54 من نفس القانون).

(1) سعد عبد العزيز، المرجع السابق، ص.53.

(2) سعد عبد العزيز، المرجع نفسه، ص.53.

(3) عدلت الفقرة الثانية من المادة 77 من قانون الحالة المدنية بالقانون رقم 14-08.

بناء على النصوص أعلاه، فإنه وفي حالة مخالفة ضابط الحالة المدنية والموثق لنص المادة 7 مكرر من ق.أ. فإن النيابة العامة وبصفتها طرف أصلي في قضايا الأسرة (المادة 03 مكرر من ق.أ.) لها أن ترفع دعوى قضائية مطالبة بتطبيق القانون وتوقيع الجزاءات المنصوص عليها قانوناً.

رابعاً: أثر الشهادة الطبية على عقد الزواج

كما رأينا سابقاً، فإن الشهادة الطبية شرط إجرائي يلتزم به الموثق لصحة عمله في توثيق الزواج وتسجيله، ويرتب مسؤولية على عاتقه في حالة إبرام زواج بدون شهادة طبية، وفي نفس الوقت لا يمكنه منع المقبلين على الزواج من إبرام العقد متى رضيا بنتائج الفحوص ولو كانت سلبية، لذلك نميز بين عدة حالات:

الحالة الأولى: أن يقوم طالبي الزواج بتقديم شهادة طبية تثبت أنما خالين من الأمراض، هذه الحالة هي التي تحقق المقصود من اشتراط الشهادة الطبية في الزواج، وهي المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 7 مكرر. إذ أن الهدف هو تقديم الزوجين لشهادتين طبيتين تثبتان خلوهما من الأمراض التي تتعارض مع الزواج، وما على الموثق إلا التأكد من رضا الزوجين وتوفير شروط صحة العقد ليتم صحيحاً وطبقاً للأشكال القانونية.

أما الحالة الثانية: فتتمثل في رضا المقبلين على الزواج بنتائج الفحوص الطبية السلبية، حيث يقوم الموثق أو ضابط الحالة المدنية بإعلام كل طرف بنتائج الفحوص التي تدل على وجود مرض معين، ويؤصّرهما إلى خطورته. ومتى تأكد من إصرار الخاطبين على الزواج مع علمهما بالمرض، وتوفرت الأركان والشروط الموضوعية للزواج، قام الضابط المختص بتحرير عقد الزواج وتسجيله ويعتبر زواجا صحيحاً شرعاً وقانوناً. لأن مرض أحد الزوجين لا يعتبر عيباً في إبرام عقد الزواج⁽¹⁾. ولا يحق للزوج السليم طلب الطلاق أو التطلق للضرر لأنه رضي بالحالة الصحية لزوجته صراحة وتم التأشير بذلك في عقد الزواج، ولا يمكنه طلب فسخ العقد لأنه لم يقع في غلط ولم يدلّس عليه، وإن طلق فيعتبر متعسفاً ويلزم بالتعويض. لذلك كان يستحسن لو أدرج المشرع نصاً يتضمن توضيحاً للزوجين بأنه لا يمكنهما التذرع بالمرض الذي رضيا به أثناء العقد لطلب فسخ العقد أو الطلاق مستقبلاً.

وهناك حالة ثالثة، وهي عدم تقديم الراغبين في الزواج شهادة طبية ضمن الوثائق المطلوبة أمام الضابط المكلف بإبرام عقود الزواج، في هذه الحالة يمتنع الموثق أو ضابط الحالة المدنية عن إبرام

(1) المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1993/02/23، قرار رقم، 88856، المجلة القضائية، 1996، ع2، ص.69.

الزواج وتسجيله، وفي حالة إتمام الزواج دون شهادة طبية فإننا نكون أمام مخالفة إجراء قانوني جوهري لإبرام عقد الزواج، ورغم ذلك يبقى العقد صحيحا لأن القانون لا ينص على بطلان العقد في حالة تخلف شرط الشهادة الطبية⁽¹⁾. ويبقى المسؤول عن تخلف شرط الشهادة الطبية هو الضابط المكلف بتحرير عقود الزواج وليس الزوجين طبقا للقانون الجزائري.

زيادة على ما سبق، هناك أمراض خطيرة تهدد النسل دون القرين، وتزداد خطورتها إذا كانت تربط المقبلين على الزواج علاقة قرابة وهي الأمراض الوراثية في العائلة، لذلك تبين أن للفحص الطبي قبل الزواج علاقة مع زواج الأقارب.

المطلب الثالث

علاقة الفحص الطبي بزواج الأقارب

تفرض بعض المجتمعات عادات على أفرادها كإجبار شبابها على الزواج من بنات الجماعة دون سواهن، ويحدث هذا الإجبار أحيانا بين العائلات. وغالبا ما يكون الهدف من حصر هذا الزواج، هو الاحتفاظ بخصائص معينة تتميز بها هذه العائلة، كالحفاظ على السلالة النقية التي تنتج أولادا أصحاء وأقوياء وأذكياء ويتمتعون بقدر من الجمال وغير ذلك، وقد يكون الغرض هو حصر الثروة المالية في عائلة معينة تفاديا لخروجها إلى الأعراب.

ولم يسلم هذا الزواج من الانتقاد، فشن عليه بعض العلماء حربا، واعتبروه السبب الأول في ظهور الأمراض الوراثية والمستعصية والتشوهات الخلقية لدى الأطفال⁽²⁾. لذلك، كل الدراسات التي تناولت الموضوع أكدت على ضرورة خضوع المقبلين على الزواج إلى فحوص طبية خاصة إذا كانت تربطهما صلة قرابة تبين لهما خطورة هذا الارتباط على الذرية متى كشفت الفحوص عن وجود أمراض وراثية.

وزواج الأقارب⁽³⁾ هو نظام للزواج تتخذه عائلة معينة، يكون فيه أطراف العلاقة الزوجية أقارب لبعضهما تربط بينهما رابطة الدم.

(1) علاق عبد القادر، المرجع السابق، ص. 277.

(2) أنظر ص. 166 وما بعدها من هذه الأطروحة.

(3) المقصود من زواج الأقارب هنا، زواج رجل من امرأة تحل له من أقاربه بالنسب كابنة عمه أو ابنة خاله وغيرهن، لذلك نستبعد الحديث عن المحرمات من النساء، والتي جاء ذكرها عموما في الآية 23 من سورة النساء: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَدَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأَخْتِ...﴾، وأدرجها المشرع الجزائري في موانع الزواج في الفقرة الأخيرة من المادة 9 مكرر من ق.أ. وفي المواد 23 و24 ونصت

والأقارب هم الأشخاص الذين يشتركون في الجد القريب أو البعيد، والجد المشترك بينهما من ناحية الأب أو من ناحية الأم⁽¹⁾.

وينتشر زواج الأقارب في الدول العربية بنسب مختلفة، فقد بينت دراسة قام بها مجموعة من الأطباء المتخصصون في الجينوم البشري، من دول أوروبا والصين وأمريكا واليابان، نشرتها المجلة الطبية العربية أن نسبة زواج الأقارب عام 2008 بلغت 23% في الجزائر، و33% في سورية وفي الكويت والسعودية 54% وفي الأردن 50% وفي مصر 28% في حين بلغت في لبنان 25%⁽²⁾. نلاحظ بأن النسبة مرتفعة بالرغم من تحذيرات بعض العلماء من نتائج المرضية على الأولاد، مستدلين على أحاديث نبوية ونتائج أبحاث طبية. لكن، فند علماء آخرون مسؤولية زواج الأقارب في انتقال الأمراض الوراثية ولهم أدلة على ذلك، وهو ما سوف يتم تناوله تحت عنوان آراء الفقهاء في مسألة زواج الأقارب (الفرع الأول) ثم بعد ذلك، أهمية الفحص الطبي للمقبلين على الزواج من الأقارب (الفرع الثاني).

الفرع الأول

آراء الفقهاء في مسألة زواج الأقارب

اختلف الفقهاء في شأن استحباب وكرهية زواج الأقارب، فذهب رأي أول إلى القول بكرهية زواج الأقارب واستدل على حديث للرسول ﷺ: "اغتربوا لا تزوجوا"⁽³⁾. بمعنى أن الزواج من القربة ينتج عنه نسل ضعيف وهش، وهذا حديث ورد في كتب اللغة وليس له أصل معتمد في كتب الحديث الصحاح والسنن وكتب الأحاديث الموضوعة أو المشتهرة أو الضعيفة⁽⁴⁾. وهو أثر ثبت معناه عن الفاروق عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- برواية أخرى: "قد أضويتم فانكحوا في النوابع"⁽⁵⁾، يعني

المادة 25 على أن: "المحرمات بالقربة هن: الأمهات، والبنات، والأخوات، والعمات، والحالات، وبنات الأخ، وبنات الأخت" ويقع الزواج باطلا في حالة الزواج بالمحرمات.

(1) صفوان محمد عضيبيات، المرجع السابق، ص.119.

(2) أنظر، معطي أمل، زواج الأقارب والإعاقات السمعية والنطقية في معهد التربية الخاصة بدمشق، دراسة ميدانية، مجلة جامعة دمشق، 2013، ع3-4، مجلد 29، ص.313.

(3) أنظر، بن حجر العسقلاني أبي الفضل شهاب الدين أحمد بن علي بن محمد، تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، علق عليه واعتنى به

أبو عاصم حسن بن عباس بن قطب، ج3، ط1، مؤسسة قرطبة، مصر، 1995، ص.304.

(4) علاق عبد القادر، المرجع السابق، ص.163.

(5) بن حجر العسقلاني، المرجع السابق، ج3، ص.304.

تزوجوا الغرائب. وعن الإمام الشافعي رضي الله عنه قال: "أيما أهل بيت لم يخرج نسأؤهم إلى رجال غيرهم، كان في أولادهم حقم" (1).

ومن المعقول استحباب زواج البعيدة لأجل التعارف بين الشعوب والقبائل، وأضافوا بأن زواج القرية إذا نشأ عنه خلاف بين الزوجين فإن الخلاف يمتد إلى العائلة، وإن تم طلاق أدى إلى قطيعة رحم المأمور بصلتها (2).

وأكثر متأخري الشافعية والحنابلة يضعون المرأة الأجنبية ضمن الصفات المستحبة في الزوجة (3)، وقد وردت عدة تحذيرات في مؤلفاتهم من زواج القرية. ولا يوجد نظير لهذا الخوف من زواج الأقارب في كتب الحنفية ومتقدمي المالكية والإباضية والشيعة. ويرى الظاهرية بأن زواج الأقارب سنة مستحبة لأن رسول الله ﷺ لم ينكح بناته إلا من بني هاشم (4). وتناقش أيضا هذه الأدلة بزواج النبي ﷺ من بنت عمته زينب بنت جحش. وكذلك تزويجه لابنته فاطمة من علي كرم الله وجهه و تزويجه زينب ابنته لأبي العاص مع أنها بنت خالته (5).

من هذه الأدلة التي برزت واضحة في الشريعة الإسلامية وفي الفقه الإسلامي بناء على التسليم والقطع بأن الأمراض المغروسة في ركن الأسرة، المرأة والرجل، بدون شك هي قابلة للانتقال منهما إلى نسلهما القريب أو البعيد (6).

هذا وقد سار الفقه المعاصر إلى التحذير من زواج الأقارب، بعد ما شاع عنه من إنجاب ذرية مريضة بالوراثة، وعلى العكس من ذلك ظهرت آراء حديثة تدافع عن زواج الأقارب، وترفع الاتهامات الموجه إليه بأنه سبب ظهور الأمراض العقلية والخلقية.

وقال الرأي الثاني وهو لبعض الشافعية، يجوز زواج الأقارب وعدم وجود كراهة فيه، واستدلوا بزواج النبي ﷺ من بنت عمه وكذلك تزويج ابنته فاطمة من علي رضي الله عنه (7).

(1) بن حجر العسقلاني، المرجع نفسه، ج3، ص.304.

(2) عبد الفتاح أبو كيلة، المرجع السابق، ص.309.

(3) صفوان محمد عضيات، المرجع السابق، ص.120.

(4) صفوان محمد عضيات، المرجع السابق، ص.121-122.

(5) أنظر، الرملي شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في فقه الامام الشافعي رضي الله عنه، ج6، كتاب النكاح، دار الفكر، بيروت، 1984، ص.184.

(6) أنظر، محمد الحبيب بن الخزجة، المرجع السابق، ص.280.

(7) عبد الفتاح احمد أبو كيلة، المرجع السابق، ص.309.

ونناقش هذا الرأي بأن علي بن أبي طالب كرم الله وجهه هو قريب بعيد لفاطمة رضي الله عنها (ابن عم والدها).

بعد عرض الرأيين وأدلتهم ومناقشتها، نلاحظ بأن الرأي الأول اعتمد في أدلته على الآثار التي تنصح بزواج البعيدة دون القريبة وأحاديث لم تثبت عن النبي ﷺ. أما الرأي الثاني، فاستند على السنة الفعلية التي ثبتت عن الرسول ﷺ. لذلك فالذي يبدو راجحاً هو الرأي الثاني، مع عدم إهمال تحذيرات الرأي الأول التي أثبتت العلوم الحديثة إمكانية تحققها. فالرسول ﷺ حثنا على الزواج بذات الدين، لذلك يبحث الرجل عن الزوجة الصالحة ذات الخلق والخلقة الحسنة.

وانطلاقاً من هذه الآراء المتعارضة، اخترنا الرأي الوسط، وهو عدم تقييد حرية الشخص بالزواج من الغربية أو القريبة متى لم يظهر في هذا الاقتراح ما يتعارض مع الزواج وأهدافه، والفحص الطبي قبل الزواج يكرّس الحرية في الزواج من القريبة، بحيث يحتاط القريبين، ويقومان بإجراء فحوص دقيقة قبل الزواج في حالة ثبوت وجود أمراض وراثية في العائلة. وهو ما سيتم معالجته في أهمية الفحص الطبي للمقبلين على الزواج من الأقارب.

الفرع الثاني

أهمية الفحص الطبي للمقبلين على الزواج من الأقارب

نظراً لتقدم علوم الوراثة والكشف عن الحقائق العلمية التي كانت غامضة في الماضي، والدراسات المستفيضة حول التشوهات الخلقية للجنين، والأمراض التي تنتقل بالوراثة، توجه أصابع إتهام بعض الأطباء إلى زواج الأقارب، ويعتبرونه السبب الرئيسي لعدة تشوهات خلقية في الذرية، ويبررون رأيهم بحجج علمية. في حين لا يرى أطباء آخرون تحميل زواج الأقارب مسؤولية ولادة أطفال مشوهين، لأن نفس الأمراض قد تظهر في ذرية زوجين لا تربطهما صلة قرابة. وقد ثبت علمياً أن نسبة ظهور الأمراض الوراثية النادرة ترتفع كلما زادت صلة القرابة بين الزوجين، وكلما تكررت عبر أجيال متتالية في الأسرة.

والحقيقة العلمية للأمراض الوراثية تفيد بأن كل زواج معرض لإنجاب تخلفات غير طبيعية أو أمراض وراثية، وهذه الاحتمالية تكون بنسبة 2% في زواج الأعراب و4% في زواج الأقارب من أبناء العمومة الأولى⁽¹⁾. ويظهر المرض في حالة ما إذا كان الزوجان يحملان جينات متنحية معطوبة تحمل

⁽¹⁾ عبد الحميد القضاة، المرجع السابق، ص.26.

نفس المرض، وكلما ازدادت درجة القرابة زاد احتمال إنجاب أولاد مصابون بالمرض، كزواج أبناء العم وأبناء العممة أو الخال أو الخالة.

أما العامل الوراثي السائد فلا حديث عنه في هذا المقام، لأنه يظهر في الذرية حتى دون وجود زواج بين الأقارب، وله قدرة على الظهور والتعبير عن نفسه في أي جيل وبقوة طبقاً لقواعد مندل للوراثة.

وكلما ازدادت درجة القرابة ترتفع نسبة ظهور المرض، فالإخوة يتشاركون في نصف (2/1) عدد المورثات التي يحملها كل شخص، ويشارك أعمامه وأخواله في ربع (4/1) عدد المورثات، ويشارك أبناء وبنات عمه أو خاله في الثمن (8/1)⁽¹⁾، وتنخفض النسبة كلما بعدت درجة القرابة. وتناولت عدة دراسات سلبيات زواج الأقارب وأكدت بأنه يؤثر ويزيد من انتشار الإعاقات العقلية بين أطفاله⁽²⁾.

وعلى العكس من ذلك، قد يكون لزواج الأقارب فائدة كبيرة؛ حين تحمل العائلة صفات وراثية مستحبة وجيدة، كالصحة الجيدة والذكاء وغيرها من الصفات المرغوب فيها، فتصبح متوارثة عبر الأجيال. وهناك نظرية أخرى تقول بأن نظام التزاوج بين الأقارب يساعد على الاختيار ضد المرض، فزواج قريبين يحملان نفس الجين المتنحي الحامل للمرض يحتمل معه إنجاب طفل مريض يتوفى أو يحمل إعاقة تمنعه من الزواج والتناسل، وعندما يتوفى طفل مصاب فإن المجتمع يتخلص من اثنين من حاملي الجينات المعطوبة⁽³⁾، فينقرض المرض هنا عند هذين الزوجين. أما إذا تزوج حامل الجين المتنحي المعطوب بشخص بعيد فإنه يظل حاملاً للمرض ونسله أيضاً يحمل المرض وينقله إلى أجيال متتالية ويظهر في عدة أجيال متى وجد جينا متنحياً يناظره في الزوج الآخر.

(1) صفوان محمد عضيبيات، المرجع السابق، ص. 127.

(2) من بين هذه الدراسات "زواج الأقارب سبب رئيسي لحالات التخلف العقلي والإعاقة الذهنية" قام بها الدكتور عادل عاشور سنة 2001، استندت دراسته على 100 حالة إعاقة ذهنية تبين أن 76% منها ترجع إلى زواج الأقارب، وباقي الحالات ترجع لأسباب مختلفة منها ارتفاع سن الإنجاب لدى المرأة. وأكدت الدراسة على ضرورة التركيز على التوعية الصحية وإجراء فحوصات قبل الزواج والفحوص الوراثية أثناء الحمل. وفي دراسة أخرى تناولت زواج الأقارب وعلاقته بانتشار الإعاقات العقلية بين الأبناء والآباء ووجهة نظر الإسلام في ذلك (دراسة ميدانية) أجريت الدراسة سنة 2005، توصل فيها الباحث إلى أن نسبة الإعاقة الشديدة تتناقص كلما ابتعدت درجة القرابة بين الأبوين، وأوصت الدراسة بضرورة اتخاذ الإجراءات الوقائية المخبرية قبل الزواج وأثناء الحمل، لمزيد من التفاصيل حول هذه الدراسة والنسب المتوصل إليها وكذلك بعض الدراسات الأخرى التي تناولت زواج الأقارب؛ أنظر معطي أمل، المرجع السابق، ص 305-306.

(3) الوراثة وزواج الأقارب؛ <http://lutoss-g.ibda3.org> ، 2017/09/05 ، 22:30.

وفعلا، أثبت العلوم الطبية أن نسبة التشوهات الخلقية والأمراض العقلية والوراثية تظهر بنسب أكبر عند نسل الزوجين من الأقارب عنهم من الأبعاد. لذلك، يلعب الفحص الطبي قبل الزواج دورا مهما وفعالا في هذه الحالات، وله علاقة قوية بزواج الأقارب لاتخاذ الاحتياطات الصحية في حالة الرغبة في الإنجاب والحمل.

لذلك، ومتى كانت تربط الخاطبين صلة قرابة؛ فالأولى توعيتهما بإجراء فحوص طبية أكثر دقة، وعدم الاكتفاء بزمر الدم والفحص العيادي الشامل، بل عليهما الرجوع إلى الفحوص الوراثية، وتقصي تاريخ الأمراض الوراثية في العائلة والتشوهات الخلقية الموجودة في العائلة، وإبلاغ الخاطبين بخطورة المرض على الذرية، وتنبههما بضرورة إجراء فحوصات دقيقة مستقبلا إذا ما رغبا في الحمل والإنجاب.

وتبرز أيضا أهمية الفحص الطبي للأقارب المقبلين على الزواج في توعيتهم بخطورة الأمراض الوراثية، خاصة المتنحية إن وجدت، وليس في كل الحالات يشكل زواج الأقارب خطورة على النسل لأنه قد يحمل القريبان جينات سليمة من سلالة نقية ينتج عنها ذرية طيبة.

من خلال البحث في موضوع الفحوص الطبية للمقبلين على الزواج وجدنا أن الهدف من إضافة المادة 7 مكرر بالأمر 02-05 هو تبصير المقبلين على الزواج بالحالة الصحية لكل واحد منهما وتحميلهما مسؤولية ما تتضمنه الشهادة الطبية من أمراض معدية بعد رضاهم بالنتائج.

هذا، وتجدر الإشارة إلى خطورة الكشف عن الخريطة الوراثية للشخص والمورثات الحاملة للأمراض الوراثية، لما يحدثه من كشف لخصوصيات الأشخاص وتشويه سمعة العائلات والعزوف عن الزواج. وإن لاحظ الطبيب وجود مرض متنحي في الطرفين، عليه أن يخبر المقبلين على الزواج إذا كان هناك احتمال إنجاب ذرية مريضة لكي يتخذا الفحوص اللازمة حين الرغبة في الحمل. مع وضع جزاء صريح لكل شخص يكشف سرّ المرض الذي تتضمنه الشهادة الطبية سواء كان طبيبا أو غيره.

كانت هذه أهم المسائل المستحدثة بالتطور العلمي والتي كان لها أثر مباشر على مرحلة إنشاء الزواج، نأتي الآن إلى البحث في كيفية امتداد آثار التطور العلمي إلى آثار الزواج في الباب الثاني.

الباب الثاني

آثار الزواج المستحدثة بواسطة التطورات العلمية

من أبرز وأهم آثار الزواج التي تأثرت بوضوح بالتطورات العلمية والتجارب البيولوجية والطبية تلك المتعلقة بالأولاد والحق في الإنجاب. فقد ساهم تطوّر العلوم الطبية والجراحية وعلم الأجنة في علاج العديد من حالات العقم، فكانت في بعض الأحيان حلاً للمشاكل الزوجية التي قد تؤدي إلى الطلاق.

فالرغبة في الإنجاب مترسّخة في الإنسان، وهي من أعظم غرائز الدنيا، لقوله تعالى: ﴿رُزِيَ لِلنَّاسِ حُبُّ الشَّهَوَاتِ مِنَ النِّسَاءِ وَالْبَنِينَ وَالْقَنَاطِيرِ الْمُقَنْطَرَةِ مِنَ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ وَالْخَيْلِ الْمُسَوَّمَةِ وَالْأَنْعَامِ وَالْخَرْبِ ذَلِكَ مَتَعُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَاللَّهُ عِنْدَهُ حُسْنُ الْمَتَابِ ﴿١٦﴾⁽¹⁾.

والإنجاب حق وحرية، مضمونة قانوناً، معترف بها عالمياً⁽²⁾. إلا أنه لم يسبق للقانون أن نظم طرق الإنجاب وطرق تحديد النسل بالطرق الطبيعية. وإن كانت بعض الدول تشجع على الإنجاب ودول أخرى تعمل على تحديد النسل، فإنها في ظل سياستها هاته لا يمكن لها إصدار قوانين تفرضها على الأسر بزيادة الإنجاب أو بالامتناع عنه، ولكنها تكتفي باتخاذ تدابير تساعد على تحقيق سياستها⁽³⁾.

ودائماً في حالة الإنجاب الطبيعي، فإنّ القانون قام بتنظيم قواعد النسب وهي قواعد لاحقة على تكوين الجنين، ونظم كذلك مدد الحمل التي ينسب فيها الطفل لأبويه، وكذلك ميراث الحمل والإجهاض وغيرها من الأحكام، وكلها أحكام لاحقة لتلقيح البويضة بالنطفة وبداية تخلق الجنين في الرحم.

وبعد ظهور الإنجاب بطرق غير طبيعية، تدخل المشرع بفرض قواعد قانونية لأول مرة لمراقبة تكوين الجنين، وضبط العملية قبل تكوينه بداية بالنطفة والبويضة. وهذا المسار المستحدث من المشرع إنما فرضته التطوّرات العلمية التي وضعت الخلايا التناسلية تحت المجهر، وكذلك تطبيق التجارب

(1) سورة آل عمران، الآية رقم 14.

(2) جاء في نص المادة 1/16 هـ من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة: "...نفس الحقوق في أن تقرر بحرية وبشعور من المسؤولية عدد أطفالها والفترة بين إنجاب طفل وآخر، وفي الحصول على المعلومات والتثقيف والوسائل الكفيلة بتمكينها من ممارسة هذه الحقوق".

(3) حاولت بعض الدول فرض عدة تدابير على الأسر، واتجهت بداية سياسة الطفل الواحد لكل أسرة أو طفلين في حالات استثنائية، أو منح مكافأة لمن ينجب عدداً معيناً من الأولاد، أو حرمان الولد الثالث من المزايا الاجتماعية وغيرها. إلا أنها سياسة نتج عنها مشاكل اجتماعية حادة كارتفاع حالات الإجهاض وتقلص نسبة الشباب مقارنة بكبار السن وغيرها. مع ملاحظة أنّ تدابير الحث على الإنجاب أو تحديد النسل لا تخلق التزاماً إيجابياً مباشراً على أفراد المجتمع، لذلك من المستحيل أن يفرض القانون على أفراد المجتمع التزاماً بالإنجاب (التزام بعمل) أو التزاماً بعدم الإنجاب (التزام بامتناع عن عمل)، أنظر، المرسي زهرة محمد الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية، دراسة مقارنة، جامعة الكويت، الكويت، 1993، ص. 192.

الناجحة في مجال الأحياء على الإنسان. وفعلا، مكنت الأزواج الذين يعانون من ضعف في الخصوبة أو العقم من تحصيل الولد وتحقيق حلم الإنجاب وإشباع غريزة الأمومة.

ولكن، لم تَحُلْ هذه العمليات من الإشكالات المتعلقة بالدين والأخلاق والقانون سواء من حيث مشروعية العملية من أساسها وشروط صحتها، أو من حيث نتائج العملية والتزامات أطرافها. وأكثر من ذلك، لم يبق البحث في الإنجاب الصناعي مقتصرًا على الخلايا التناسلية، بل تعداه إلى استخدام أعضاء وأنسجة وخلايا جسدية من جسم الإنسان. فالمساس المباشر لهذه العمليات والتجارب بالجسم البشري، جعلها تطرح بإلحاح في الندوات العلمية. ثم بعد ذلك، صاغ القانون بعض أحكامها، وسكت عن البعض الآخر. هذا القانون الذي وضع إلا لحماية المجتمع وتنظيمه. فحرمة الجسم البشري، وحرمة معصوميته، وسلامته النفسية والجسدية وكرامته الآدمية، هي من أهم الحقوق التي يتمتع بها الفرد (الحق الخاص)، والمجتمع (الحق العام)⁽¹⁾. لذلك تستلزم تنظيم التدخلات الطبية بعناية فائقة في نصوص قانونية لحماية مصلحة المجتمع ككل.

فمن حق كل زوج وزوجة التمتع بنعمة الأبوة والأمومة، لكن هذا لا يبرّر الوسيلة المستعملة في ذلك، فمتى مست الوسيلة بالنظام العام ومصلحة المجتمع أصبحت لاغية. وكل هذه المسائل سوف يتم تناولها في الفصل الأول تحت عنوان: الإنجاب الصناعي وأثره على حق الزوجين في التنازل. وفي مرحلة ما بعد الولادة، فإنّ حماية هذا الطفل تدخل ضمن المصالح الاجتماعية، وتقرير أحكام متماشية ومصلحته⁽²⁾ هو ما يوفر له سبل حياة طبيعية في المجتمع، ويعتبر النسب أكبر مصلحة للطفل، على اعتباره أول وأهمّ حق يثبت له.

وقواعد النسب، تأثرت هي الأخرى بوسائل الإنجاب الصناعية، ولو وُلد الطفل في إطار علاقة زوجية شرعية، فمسألة ثبوت النسب لأبويه أصبحت تتجاوزها وسائل شرعية وأخرى علمية. فظهرت بشأنه طرق علمية لإثباته أكثر دقة أصبحت تفرض نفسها أمام المحاكم ويطلبها الخصوم أو يلجأ إليها القاضي من تلقاء نفسه. كل هذه المسائل سيتم معالجتها في الفصل الثاني تحت عنوان: ثبوت النسب في ظل التطور العلمي.

(1) أنظر، بلحاج العربي، أحكام التجارب الطبية على الإنسان في ضوء الشريعة الإسلامية والقوانين الطبية المعاصرة، دراسة مقارنة، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2012، ص.37.

(2) أنظر، تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2008، ص.8.

الفصل الأول

الإنجاب الصناعي وأثره على حق الزوجين في التناسل

الإنجاب من الحقوق المقررة شرعا وقانونا للزوجين، وقد دعا غير واحد من الأنبياء أن يرزقهم الله بالذرية الصالحة، فالولد زينة الحياة الدنيا، وقرّة عين والديه وعضدهم في الحياة الدنيا بما يترتب على رابطة الأبوة والبنوة من حقوق وواجبات.

ولطالما كان الإنجاب يتم بطريق الاتصال الطبيعي بين الزوجين، إلى أن كشف العلماء المختصون في العلوم البيو تكنولوجية ومجال الكيمياء الحيوية عن العديد من الاكتشافات التي تغير بشكل ملحوظ إدراك الإنسان لذاته وتزيد من قدرته على تطوير سلالاته. وقد نتج عن هذا التطور استحداث عدة وسائل للتحكم في الجهاز الوراثي للأحياء وابتداع برامج وراثية في المخبر، وبعد أن نجح الإنسان في استثمار علوم الوراثة في تشكيل صفات الحيوان وتطوير أصناف النبات لجعلها أكثر نفعاً؛ اتجهت تجاربه نحو تطوير ذاته، وتطوير تجارب الإنجاب⁽¹⁾. وهذه التجارب كان لها دور محوري في استحداث النوازل المتعلقة بالإنجاب وما استتبعها من إشكاليات وضع الأحكام الشرعية والقانونية لها.

هذا، وإنّ بزوغ هذا العهد الجديد للتوالد غير الطبيعي دون اتصال جنسي قد أحدث زعزعة في القاعد المنظمة للبنوة، وهو ما جعلنا في أمس الحاجة إلى اجتهاد فردي وجماعي لإبقاء هذه التجارب في الإطار المشروع. ورغم كل المشاكل الناجمة عنها إلا أن الهدف من أساسه كان حل مشكلة العقم، لذلك كانت بصيص أمل يتطلع إليه الأزواج الذين يعانون من العقم أو ضعف في الخصوبة، وتتشفون إلى الذرية الصالحة التي تملأ حياتهم بهجة وسعادة، مما يوطد العلاقة الزوجية، ويولد الاستقرار والسكينة في الأسرة⁽²⁾.

غير أنّ هذه الاكتشافات حذت مسارا مغايرا للمقصد منها، وإن كان هذا الانحراف لا يتعارض مع مبادئ المجتمعات الغربية التي تعترف بالبنوة الطبيعية إلى جانب البنوة الشرعية، وكذلك العلاقات الحرة وزواج المثليين وحق الشخص في تغيير جنسه والتبني وغير ذلك، كل هذه الانحرافات لا يشكل تزييف الأبوة تعارضا معها، ولا يشكل أيضا انحرافا للتطور العلمي. لكن الأمر غير ذلك في الدول المسلمة، فإن التوالد بالوسائل العلمية الحديثة سواء بالهندسة التناسلية أو الهندسة الوراثية

(1) أنظر، أحمد شرف الدين، هندسة الإنجاب والوراثة في ضوء الأخلاق والشرائع، ط1، المكتبة الأكاديمية، القاهرة، 2001، ص.09.

(2) أنظر، فتحي عبد العزيز شحاتة أسماء، الحكم الشرعي في إسقاط العدد الزائد من الأجنة الملقحة صناعية، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الاسلامي الثاني قضايا طبية معاصرة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 1431هـ، المجلد3، ص.2087.

يدعوننا إلى تأمل العديد من الإبهامات، ومحاولة إزالة اللبس عنها، بدراسة المشروع منها وتطبيقها في حقوق الزوجين في الإنجاب وتبيان مخاطر واستبعاد ما يتعارض مع الأخلاق والشرع والقانون. لذلك، سوف يتم دراسة موضوع الإنجاب بالوسائل العلمية الحديثة في مبحثين، يُخصص الأول للإنجاب الصناعي بوسائل الهندسة التناسلية (الإنجابية) أما المبحث الثاني فسوف يكون للتناسل باستخدام وسائل الهندسة الوراثية.

المبحث الأول

الإنجاب الصناعي بوسائل الهندسة التناسلية

توصل علماء البيولوجيا إلى العديد من الوسائل المساعدة على الإنجاب سماها العلماء بالهندسة الإنجابية أو التناسلية، وهي وسائل تتم دون المساس بالتركيب الوراثي للشخص. بمعنى آخر، هي هندسة عضوية بحتة، تعتمد على الأعضاء والخلايا كاملة. و أهم هذه الوسائل والتي تعتمد على الخلايا التناسلية في علاج ضعف الخصوبة لدى الزوجين أو أحدهما هي التلقيح الاصطناعي (المطلب الأول)، ولعلاج مشاكل العقم لدى المرأة وخاصة تلك التي يعود سببها إلى عيوب في الرحم أو عدم القدرة على الحمل، ففكر، ثم طبق العلماء تقنيات للحمل غير الطبيعي الذي يتم خارج رحم صاحبة البويضة (المطلب الثاني) وأكثر، من ذلك توصل العلماء إلى وسائل أخرى تحقق الإنجاب تعتمد أساسا على زرع الأعضاء التناسلية (المطلب الثالث).

المطلب الأول

الإنجاب بالتلقيح الاصطناعي

التلقيح الاصطناعي (L'insémination artificielle) هو أول وسيلة تم اعتمادها للتوالد دون اتصال جنسي بين الزوجين، وهو الوسيلة التي أثبتت نجاعتها في تحقيق حلم الإنجاب دون الخروج عن الأحكام الشرعية. لذلك أولاهها المشرع عناية خاصة في المادة 45 مكرر المستحدثة بالأمر 02-05. وللخوض في هذا الموضوع يتعين البحث عن مفهوم التلقيح الاصطناعي (الفرع الأول) ثم مشروعية صور التلقيح الاصطناعي (الفرع الثاني) ثم الإطار القانوني للإنجاب بطريق التلقيح الاصطناعي (الفرع الثالث).

الفرع الأول

مفهوم التلقيح الاصطناعي

لكي يتسنى لنا الوصول إلى مفهوم التلقيح الاصطناعي ينبغي التطرق إلى تعريفه (أولاً) ثم لمحة تاريخية عنه (ثانياً) وعرض أنواعه (ثالثاً).

أولاً: تعريف التلقيح الاصطناعي

يتكون هذا المصطلح من كلمتين: تلقيح واصطناعي، والتلقيح لغة اسم مصدره الفعل لَقَّح، اللام والقاف والحاء أصل صحيح يدل على إقبال ذكر لأنثى، ثم يقاس عليه ما يشبهه، منه لقاح النعم والشجر⁽¹⁾. ويقال ألقح الفحل الناقة، وهي لقاحاً، ولقحاً، ولقحاً أي قبلته، والتلقيح، واللِّقاح اسم ماء الفحل، من الإبل والخيل، وأصل اللِّقاح في الإبل ثم أستعير في النساء⁽²⁾. والملاقيح الأمهات وما في بطونها من الأجنة، أو ما في ظهور الجمال الفحول، وقال تعالى: ﴿وَأَرْسَلْنَا الرِّيحَ لَوَاقِحَ﴾⁽³⁾، وألقحت الرياح الشجر فهي لواقح وملاقح⁽⁴⁾.

أما اصطناعي فمشتقة من مادة صنع، ويقال صنع الشيء صنعا، أي عمله، والصناعي هو ما ليس بطبيعي⁽⁵⁾ وقال تعالى في مخاطبة سيدنا موسى: ﴿وَأَصْطَنَعْتُكَ لِنَفْسِي﴾⁽⁶⁾.

في حين يعرف التلقيح الاصطناعي اصطلاحاً، بأنه عمليات مختلفة يتم بموجبها إخصاب البويضة بحيوان منوي بغير طريق الاتصال الجنسي الطبيعي⁽⁷⁾. أو هو عملية إدخال مني الرجل في رحم المرأة بطريقة آلية⁽⁸⁾.

إذن، فالمقصود بالتلقيح الاصطناعي هو وضع الحيوانات المنوية للرجل في الجهاز التناسلي للمرأة، أو إخصاب بويضة بغير الطريق الطبيعي، وهو تقنية تستعمل لغرض إنجاب الأولاد في حالة

(1) أنظر، أحمد بن فارس بن زكريا أبو الحسين، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام محمد هارون، كتاب اللام، ج5، دار الفكر، دمشق، 1979، ص.261.

(2) ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، مجلد2، حرف الحاء، مادة لقح، ص.579.

(3) سورة الحجر، الآية رقم 22.

(4) الفيروز آبدي مجد الدين محمد بن يعقوب، المرجع السابق، حرف اللام، ص.1481.

(5) مجمع اللّغة العربية، المعجم الوسيط، المرجع السابق، ص.525.

(6) سورة طه، الآية رقم 41.

(7) أنظر، إقروفة زبيدة، التلقيح الاصطناعي، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون والوضعي، دار الهدى، الجزائر، 2010، ص.15.

(8) أنظر، بوشي يوسف، الجسم البشري وأثر التطور الطبي على نطاق حمايته جنائياً، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2012-2013، ص.180.

عجز الزوجين عن الإنجاب بالطريق الطبيعي الفطري، على أن يتم هذا التلقيح بمساعدة طبيب مختص وبشروط محددة قانوناً.

واستخدم المشرع في قانون الأسرة في مادته 45 مكرر مصطلح التلقيح الاصطناعي، ووضع شروطه ليشمل التلقيح الاصطناعي الداخلي والخارجي. في حين أنّ قانون الصحة 18-11 استخدم مصطلح الإخصاب الصناعي حصراً على التلقيح الاصطناعي الداخلي، ليكون تقنية من تقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب. أما التلقيح الاصطناعي الخارجي فاصطلح عليه قانون الصحة بالتلقيح بواسطة الأنابيب.

ثانياً: لمحة تاريخية عن التلقيح الاصطناعي

إن استخدام تقنية التلقيح بطريقة اصطناعية ليست بالجديدة على بني البشر، فقد عرفها العرب في القرن الرابع عشر (14) ميلادي حيث كانت بعض القبائل تلقح خيولها من نطف جنسية تحصل عليها من حصان أصيل له صفات ممتازة ليست في الذكور الأخرى، فكان لهذه العمليات دور كبير في تحسين الإنتاج الحيواني والنباتي⁽¹⁾. ووردت في كتب الفقه الإسلامي تحت اسم استدخال المني أو إدخاله من غير إيلاج⁽²⁾ الذي يترتب عليه وجوب العدة ولحوق النسب متى استدخلت الزوجة ماء زوجها في فرجها لأنها فراشه ويحل له وطؤها، بشرط أن يكون محترماً وحال حياة الزوج ويستحسن أن يتم الإدخال بإذن الزوج⁽³⁾.

كما استخدمت هذه التقنية للتغلب على المشاكل التناسلية المعيقة للحمل، وكانت أول عملية في تاريخ البشر سنة 1781، ويقول فقه آخر بأن أول عملية تلقيح صناعي أجريت على البشر كانت في 1799 قام بها (Hunter)، وتعلق الأمر بزوجين كانا يعانيان مشكلة في الإنجاب لسبب يعود إلى وجود عاهة وراثية في الزوج، وأن العملية تمت بمني هذا الأخير، وأول عملية تلقيح بتدخل متبرع تمت عام 1884⁽⁴⁾.

(1) أنظر، زياد أحمد سلامة، أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة، ط1، الدار العربية للعلوم، الأردن، 1996، ص.55؛ أنظر أيضاً، طفياني مخطارية، إثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2013، ص.77؛ أنظر أيضاً، شامي أحمد، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات، دراسة فقهية ونقدية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص.163.

(2) أنظر، ابن حجر الهيتمي الشافعي وعبد الحميد الشرواني وابن قاسم العبادي، حواشي تحفة المحتاج بشرح المنهاج، ج8، كتاب العدد، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، 1938، ص.231.

(3) أنظر، علي بن محمد بن رمضان، أحكام الجنين من النطفة إلى الاستهلال، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2012، ص.113.

(4) تشوار جيلالي، الزواج والطلاق والاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، المرجع السابق، ص.93.

ولم يتوقف علم الإنسان عند تقريب السائل المنوي من موقع البويضة ليتم الإخصاب داخليا، بل تعداه إلى إجراء الإخصاب خارج الرحم، وطبقت أولى هذه التجارب على الحيوان فتمت أول محاولة تنمية وإنتاج أجنة حيوانية عن طريق أنابيب الاختبار وتثبيتها في رحم الحيوان في 1944⁽¹⁾. ثم حاول العلماء تطبيق التقنية على البشر، وأول من قام بهذه المحاولة هو الدكتور "روبرت ادوارد" في عام 1965، لكن الطريقة لم تنجح حتى سنة 1976 حيث تم الحمل في قناة الرحم، مما أدى إلى إجراء عملية جراحية لإخراج الجنين واستئصال قناة الرحم⁽²⁾. وفي عام 1971 تمكن العالمان "ستيتو" و"ادواردز" من إبقاء لقيحه حية لثلاثة أو أربعة أيام. وبعد سبعة سنوات من الجهود المتواصلة والتجارب المطبقة مباشرة على الإنسان، تمكن العالمان من تلقيح بويضة امرأة بنطفة زوجها في أنبوب وإعادتها إلى الرحم لتكمل أطوارها، وتم بذلك ولادة أول طفل أنبوب لويضة براون في 25 جويلية 1978 بجهود "ستيتو" و"ادواردز"⁽³⁾.

ومنذ هذا التاريخ، ارتفع عدد أطفال الأنابيب في العالم، وكذا عدد المراكز التي تقوم بالعمليات، ووصلت إلى العالم العربي وتم فتح مراكز للتلقيح الصناعي، فكانت المملكة العربية السعودية أول دولة قامت بتلقيح صناعي خارجي بنجاح في 28 أبريل 1986 بالرياض، ثم تلتها مصر بإنشاء أول مركز لأطفال الأنابيب سنة 1986، وأول ولادة بهذا المركز كانت سنة 1987⁽⁴⁾.

وبعد هذه التواريخ المهمة انتشرت مراكز أطفال الأنابيب في باقي الدول العربية وتم إنجاب أطفال أنابيب بنجاح. ووصلت التقنية إلى الجزائر في بداية التسعينات⁽⁵⁾ فتم إنجاب توأم بأربعة أطفال بمستشفى نفيسة حمود (بارني سابقا) في 1991⁽⁶⁾، وانتشرت العيادات الخاصة بالتلقيح الاصطناعي في عدة ولايات من الجزائر منها العاصمة، وهران، قسنطينة، عنابة.

(1) أنظر، إسماعيل السحماوي هيام، إيجار الرحم، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013، ص.53.

(2) أنظر، فرج محمد محمد سالم، وسائل الإخصاب الطبي المساعد وضوابطه، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2012، ص.476.

(3) أنظر، زياد أحمد سلامة، المرجع السابق، ص.54 إلى 59.

(4) فرج محمد محمد سالم، المرجع السابق، ص.482-483.

(5) قبل أن ينظم القانون عمليات التلقيح الاصطناعي دلت الإحصائيات على ولادة 500 طفل بطريق التلقيح الاصطناعي حتى عام 1999، وهذا حسب ما جاء في جريدة الشروق اليومي بمناسبة اليوم الدراسي الوطني الأول حول "العقم والتلقيح الاصطناعي" المنعقد بالبويرة والذي حضره 200 طبيب مختص؛ شامي أحمد، المرجع السابق، ص.162.

(6) أنظر، نادية شنيوي، نحن بحاجة إلى فتح مراكز للتلقيح الاصطناعي لتلبية الطلبات، حوار مع رئيس مصلحة طب النساء والتوليد لمستشفى نفيسة حمود، جريدة المساء؛ <https://www.el-massa.com>، 2018/01/14، 16.30.

وقد أكدت معطيات الصحة أن 15% من الأزواج في الجزائر يعانون من مشاكل في الإنجاب لعدة أسباب، منها تأخر سنّ الزواج لدى المرأة، أو معاناة أحد الزوجين وكلاهما من أعراض مرضية كسرطان لعنق الرحم والعقم، هذا الأخير يعتبره المختصون مشكل صحة عمومية، فكان على الدولة التدخل من أجل حل معضلة الإنجاب التي تحولت إلى مشكلة اجتماعية وصحية، فتم تعزيز بعض المراكز الاستشفائية العمومية بتقنية التلقيح الاصطناعي ليصبح في متناول المواطن البسيط ابتداء من 2013⁽¹⁾.

ومن خلال تتبع التطور الذي رافق عملية الإنجاب الصناعي تبين أنه يوجد أنواع لهذه التقنية.

ثالثا: أنواع التلقيح الاصطناعي

بحسب الأسباب التي تحول دون تمكن الأزواج من الإنجاب بطريق طبيعي، فإن التلقيح الصناعي قد يكون إما داخليا (أ) أو خارجيا (ب).

أ- التلقيح الصناعي الداخلي

ليس هناك تعريف متفق عليه للتلقيح الصناعي الداخلي، ولكن التعريف الأكثر تداولاً هو الذي تناول طريقة إجرائه والغرض منه، ومن هذه التعريفات، التلقيح الصناعي الداخلي هو عملية الإدخال الطبيعي لماء الرجل في الموضع المعد له في المرأة لضرورة علاجية⁽²⁾. وعرف أيضا بأنه عملية طبية تتمثل في إخصاب المرأة الراغبة في الحمل عن طريق حقن السائل المنوي لزوجها أو للغير في المكان المناسب من المهبل، فتلتقي النطفة التقاء طبيعيا بالبويضة التي يفرزها مبيض المرأة لتعلق البويضة الملقحة في جدار الرحم بعد سبعة أيام من تلقيحها وتكمل أطوار حياتها إلى غاية الوضع⁽³⁾. من التعريفات السابقة، نخلص إلى تعريف التلقيح الصناعي الداخلي بأنه عملية إدخال حيوانات منوية للرجل في الجهاز التناسلي للمرأة بواسطة محقن طبي خاص لغرض الإنجاب. ويمكن أن تنجح هذه العملية، كما يمكن أن تفشل لأسباب ترجع غالبا إلى رفض الرحم للسائل المنوي أو

(1) أنظر، بلحاج العربي، المبادئ القانونية التي تحكم عملية التلقيح الاصطناعي في ضوء قانون الأسرة الجزائري الجديد (بحث منشور في المجلة القضائية، الرياض، السعودية، 2014، ع6)، بحوث قانونية في قانون الأسرة الجزائري الجديد، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2014، ص.276؛ نادية شنيوي، المرجع السابق، <https://www.el-massa.com>، 2018/01/14، 18.00.

(2) أنظر، مامون عبد الكريم، الإطار الشرعي والتشريعي للإنجاب الصناعي، م.ع.ق.إ، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2006، ع4، ص.73.

(3) أنظر، علي بن محمد بن رمضان، أحكام الجنين من النطفة إلى الاستهلال، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2012، ص.110؛ المرسى زهرة محمد، المرجع السابق، ص.22.

ضعف نسبي في السائل المنوي، كذلك عدم اختيار الوقت الصحيح للحقن، وترجع كذلك إلى عوامل نفسية⁽¹⁾.

ويعتبر التلقيح الاصطناعي الداخلي من طرق الإنجاب الناجعة التي تسمح بتلقيح البويضة طبيعيا في مكانها دون إخراجها إلى وسط آخر، ونفرق في هذا النوع من العمليات بين الإخصاب بماء الزوج والإخصاب بماء غير الزوج.

فيتم الإخصاب بماء الزوج بنقل السائل المنوي للزوج إلى رحم زوجته، باستعمال وسائل طبية ليلتقي طبيعيا بالبويضة⁽²⁾، وهذا الأسلوب صالح لمواجهة عجز الزوج فقط، كالعجز الجنسي أو كان عينيا أو نقص في حجم السائل المنوي وغير ذلك. وهي تمثل حوالي 40% من حالات العقم بصفة عامة والنسبة الباقية ترجع إلى أسباب في المرأة⁽³⁾. ويصلح كذلك للتغلب على عوامل عنق الرحم والمناعة المسببة للعقم. وتبلغ نسبة نجاح التلقيح الصناعي الداخلي حوالي 30%⁽⁴⁾. إلا أنه في أسلوب التلقيح بماء الزوج نفرق بين ثلاث حالات:

في الحالة الأولى، يجري التلقيح الاصطناعي الداخلي أثناء حياة الزوج، وهذه الحالة لا تثير أي مشكلة أخلاقية أو دينية ولا حتى قانونية إذا توفرت شروط القيام بعملية التلقيح الاصطناعي. ويستوي الأمر أن تتم في مؤسسات استشفائية عمومية أو عيادات خاصة ومتخصصة، متحصلة على رخصة إدارية مسبقة لممارسة نشاطها، وقبل تنفيذ هذه العملية يجب أن يخضع الزوجان لفحوصات طبية للتأكد من خلوهما من أي مرض خطير⁽⁵⁾. فيتم نقل السائل المنوي للزوج المرأة إلى رحمها، ويساعد هذا النوع على الاتحاد الطبيعي بين البويضة والسائل المنوي، ويمكن تشبيه هذا النوع بالتلقيح الناتج عن الجماع الطبيعي بين الزوجين⁽⁶⁾.

وفي الحالة الثانية، يتم التلقيح الاصطناعي الداخلي بين الزوجين بعد وفاة الزوج وظهرت هذه الحالة بعد التطور الذي توصل إليه الطب الحديث من إمكانية حفظ النطف مجمدة لمدة أطول دون

(1) أنظر، أمير فرج يوسف، أطفال الأنابيب طبقا للحقائق العلمية والأحكام الشرعية والقانونية، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2013، ص.13.

(2) طفياني مختارية، المرجع السابق، ص.83.

(3) المرسي زهرة محمد، المرجع السابق، ص.24.

(4) أمير فرج يوسف، المرجع السابق، ص.12.

(5) أنظر، خدام هجيرة، التلقيح الاصطناعي، دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والقانون الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2006 – 2007، ص. 11.

(6) بوشي يوسف، المرجع السابق، ص. 184.

إتلاف، مما فتح آفاقا جديدة في تقنيات الإنجاب، وقد تبع ذلك مراكز حفظ ودراسة السائل المنوي، وهو ما فتح الأبواب لإمكانية إجراء التلقيح الاصطناعي بعد وفاة الزوج⁽¹⁾.

هذا النوع من التلقيح الاصطناعي أثار جدلا فقهيًا حول مشروعيته، فدعا جانب من الفقه إلى تجريمه نظرا لتعارضه مع القيم الإنسانية. في حين أن هناك من أجاز هذا النوع من التلقيح على شرط أن يكون الزوج قد رضي بإجراء هذه العملية بعد وفاته كتابيا حال حياته، هذا بالنسبة للفقه الغربي.

أما الفقه الإسلامي الحديث فقد اتجه أغلبه⁽²⁾ إلى تحريم هذا النوع من التلقيح، وهو نفسه موقف المشرع الجزائري الذي نص في المادة 45 مكرر من ق.أ.على وجوب إجراء التلقيح الاصطناعي أثناء حياة الزوجين مع توافر رضاها معا. وبهذا المفهوم فإنه لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي بعد وفاة الزوج، حتى ولو عبّر عن رضاه قبل وفاته، فالعبرة برضا الزوجين وقت إجراء العملية⁽³⁾، والإسلام لا يعرف نسبا إلا بناء على عقد زواج⁽⁴⁾، والزواج ينحل بالوفاة طبقا لنص المادة 47 من ق.أ.⁽⁵⁾.

أما الحالة الثالثة، فتخص الزوج المحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية، فهل يحق له الإنجاب بطريق التلقيح الاصطناعي؟

(1) وبدعوى الحق في الإنجاب، حاولت سيدة فرنسية استخدام حيوانات منوية لزوجها المتوفي والجمدة في مختبرات التخصيب الصناعي، للقيام بعملية تلقيح صناعي، وقالت بأن إنجاب طفل كان مشروعا مشتركا بينها وبين زوجها، وعند اصابتها بمرض السرطان، استودع نطفه لدى بنك الحيوانات المنوية لعرض الإنجاب، وتوفي الزوج بعد ثلاثة أشهر من حفل الزواج. فرفضت المحاكم الفرنسية السماح لها باستخدام النطف المجمدة على أساس أن القانون الفرنسي لا يسمح لها بهذه العملية من الناحية الأخلاقية والقانونية؛ مامون عبد الكريم، المرجع السابق، ص.74؛ بلحاج العربي، المبادئ القانونية التي تحكم عملية التلقيح الاصطناعي...، المرجع السابق، ص.238.

(2) انقسم الفقه الإسلامي الحديث إلى قسمين، مجيز للتلقيح بعد الوفاة ومانع لذلك، فالرأي الأول اشترط أن يتم الاستدخال أثناء فترة العدة والتأكد بأنه ماء الزوج ولم يستبدل أو يخلط بغيره، مستندا على جواز تغسيل احد الزوجين للآخر بعد الوفاة، فلو انتهت الحياة الزوجية لما جاز للمتوفى عنها زوجها لمس أو غسله، وهذا رأي أحمد سلامة وجاد الحق. إلا أن الرأي الغالب قال بعدم مشروعيته وهم الشيخ مصطفى الزرقا والدكتور محمود أحمد طه والدكتورة سعاد صالح، وكذلك قول رئيس لجنة البحوث الفقهية في مجمع البحوث الإسلامية بمصر وغالبية الأعضاء، وكذلك اللجنة الطبية الفقهية في الأردن؛ أنظر، أحمد داود رقية، الحماية القانونية للجنين المحبري، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2014-2015، ص.113-115.

(3) خدام هجيرة، التلقيح الاصطناعي، المرجع السابق، ص.37.

(4) أنظر، يوسفات علي هاشم، أحكام النسب في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2014-2015، ص.162.

(5) تنص المادة 47 من ق.أ.على أنه "تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو بالوفاة".

يشير هذا الطرح حق السجين في الخلوة الشرعية بزوجه، الذي بدأت تطالب به أصوات جزائرية، لحماية الأزواج والزوجات من الانحراف⁽¹⁾، وهذا بعد نجاح التجربة في العديد من الدول العربية وأولها المملكة العربية السعودية منذ سنة 1978، لتطبيقه بعد ذلك الكويت واليمن وليبيا وتونس والمغرب وقطر ودبي، وتبقى الجزائر البلد العربي الوحيد الذي لا يطبق الخلوة الشرعية في المؤسسة العقابية. وبالرجوع إلى قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج للمحبوسين رقم 05-04⁽²⁾ لا نجد ما ينص على هذا الحق، وفي نفس الوقت لا نجد نصا يمنع السجين من ممارسته هذا الحق.

هذا عن إمكانية إنجاب السجين بطريق طبيعي، لكن الأمر يختلف بالنسبة للتلقيح الاصطناعي، إذ لم يتفق الفقه بشأنه؛ فقال الرأي الأول، أن الزوج إذا كان محكوما عليه بعقوبة سالبة للحرية طويلة المدى يحتل معها أن يفقد المحكوم عليه أو زوجته القدرة على الإنجاب، فإنه يجوز لهما اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي متى كانا يعانين من مشاكل في الخصوبة. لأن الإنجاب من الحقوق الشخصية التي نصت عليها المواثيق الدولية، وبعض الدساتير والقوانين الحديثة، وأن العقوبة قد تطول مما يحتمل معها أن يفقد المحكوم عليه أو زوجته القدرة على الإنجاب⁽³⁾. فحسب هذا الرأي لا يجوز حرمان المحكوم عليه من حقه هذا، لأن ذلك يؤدي إلى الزيادة في جسامته هذه العقوبة، وهو ما يتعارض مع قاعدة شرعية الجرائم والعقوبات⁽⁴⁾، ويتعارض أيضا مع مبدأ شخصية العقوبة الذي يقضي بأن ينفرد السجين بأداء العقوبة دون أن تمتد إلى زوجه، لاسيما إذا رغبت الزوجة في استمرار العلاقة الزوجية والحفاظ على أسرتهما⁽⁵⁾.

(1) يؤكد مختصون بأن الخلوة الشرعية للسجين غير مطبقة في الجزائر بالرغم من مزاياه العديدة، والتي يأتي على رأسها محاربة الظواهر الأخلاقية كأفعال الشذوذ التي انتشرت في السجون، وكذلك يقلص من نسبة طلاق المسجونين بأزواجهم، وفي ظل السياسة الجديدة، سوف يتم تخصيص مساحة لكل سجين للاختلاء بزوجه، وهذا بعد فتح 99 مؤسسة عقابية جديدة، أنظر، بلقاسم حوام وآخرون، السجناء يطالبون بحقهم في الخلوة الشرعية بزواجهم؛ منشور على موقع الشروق أونلاين <https://jawahir.echoroukonline.com/articles/1445.html>، 2017/05/05، 06:30.

(2) قانون رقم 05-04، مؤرخ في 2005/02/06، يتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج للمحبوسين، ج.ر.ج.ج، مؤرخة في 2005/02/13، ع12، ص.10.

(3) أنظر، كريم زينب، التلقيح الاصطناعي وتأثيره على الرابطة الزوجية ورابطة البنوة، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، 2009، ع6، ص.115.

(4) بوشي يوسف، المرجع السابق، ص. 184؛ المادة الأولى من ق.ع؛ المادة 58 من الدستور الجزائري.

(5) أنظر، بلعباس أمال، ضوابط التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الفقه والقانون، 2016، ع49، www.majalah.new.ma، ص.89.

غير أن الرأي الثاني قال بمنع التلقيح الاصطناعي للزوج السجين، واستدل بكون التلقيح الاصطناعي استثناء لا يجوز التوسع فيه، وأن الحكم على الزوج أو الزوجة بعقوبة سالبة للحرية، دليل على فقدان السلطة الأبوية، ومن ثم مكنة أداء دور الأب أو الأم⁽¹⁾.

تعقيباً على ذلك، وللوهلة الأولى، يتبين لنا ملائمة شروط التلقيح الاصطناعي القانونية لحالة السجين، فلا مانع قانوني من إجراء العملية، مادام على قيد الحياة ومرتبطة بعقد زواج شرعي، فالحكم على أحد الزوجين بعقوبة سالبة للحرية لا تنتهي معه العلاقة الزوجية.

وشروط التلقيح الاصطناعي التي جاء بها قانون الأسرة وقانون الصحة لا تمنع السجين من إجراء عملية التلقيح الاصطناعي طالما بإمكان الزوجان التعبير عن رضاهما صراحة وكتابة، ويبقى العائق الوحيد أمام إجراء هذه العملية هي إدارة السجن.

هذا عن النصوص القانونية، أما إذا نظرنا إلى الموضوع من جهة اجتماعية ونفسية، فإننا نجد لها عدة آثار سلبية على الطفل المزمع إنجابها. فالطفل سوف ينشأ في كنف أحد أبويه وغياب لدور الأب الآخر في التربية والإنفاق. وبالتالي فنشأته تكون غير سليمة مما يؤثر سلباً على تكوين شخصيته في المستقبل. كما أن هذا الموضوع فيه عناء كبير للأم، ونستطيع تشبيه هذه الحالة بالطفل اليتيم أو الطفل الذي انفصل أبواه.

وبتاريخ 18 أبريل 2006 علّلت المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان رفضها لطلب استرجاع النطف المحفوظة بهدف التلقيح لزوج محكوم عليه بالمؤبد بأنه من مصلحة المولود ألا يتم إنجابها في مثل هذه الظروف⁽²⁾.

وبالفعل، فمن مصلحة الطفل ومن حقه أن ينشأ في أسرة طبيعية تتكون من أب وأم ليشتركا في تنشئته نشأة حسنة، فوضع الطفل مؤلم بالنسبة له ولحاضنه إذا تم الانفصال بعد ولادته أو كان جنينا في بطن أمه، والوضع أصعب إذا كان تكوين الطفل منذ أن كان نطفة وأحد أبويه في السجن. وتبقى هذه المسألة بحاجة إلى تدخل المشرع بنص قانوني صريح.

هذا عن الأسلوب الأول، وفي الأسلوب الثاني يتم الإخصاب فيها بماء غير الزوج، أي أن تُلقح الزوجة بماء رجل غريب عنها لا يربط بينهما عقد زواج شرعي⁽³⁾. وسبب اللجوء إلى هذه

(1) أحمد داود رقية، المرجع السابق، ص. 159.

(2) أحمد داود رقية، المرجع نفسه، ص. 160.

(3) المرسي زهرة محمد، المرجع السابق، ص. 56.

العملية هو عقم الرجل الناتج عن قلة عدد الحيوانات المنوية أو انعدامها أو وجود تشوهات بها⁽¹⁾ أو خلل يمنع وقوع الحمل. والملاحظ أنه في هذه العملية يرتبط الطفل بيولوجيا بالأسرة بنسبة 50% بحكم أن البويضة هي من الأم⁽²⁾. وهي صورة لا اختلاف في تحريمها ولها حكم تلقيح الاستبضاع الذي عرف في الجاهلية؛ وهو الذي يرسل فيه الرجل زوجته إلى رجل آخر له صفات مميزة كالشجاعة والإقدام لتحمل منه وتنجب طفلا بتلك المواصفات. فيعتزلها زوجها حتى إذا تبين حملها من ذلك الرجل، رجع زوجها إلى وطئها⁽³⁾. ولا نجد خلافا بين فقهاء الشريعة الإسلامية في تحريم الإخصاب بغير بنطفة الزوج لأنه شبيهه بوطء الاستبضاع من حيث الآثار الناتجة عنه.

ولم تقف محاولات علاج العقم عند هذا الحد، بل توصل العلماء إلى إمكانية تلقيح البويضة بالنطفة خارج الجسم وهو ما يعرف بالتلقيح الاصطناعي الخارجي.

ب- التلقيح الاصطناعي الخارجي (أطفال الأنابيب)

ويعرف أيضا بالإخصاب في الأنبوب، وقد عرّفه البعض بأنه مجموعة من الأعمال الطبية التي تهدف إلى التقاء الحيوان المنوي بالبويضة خارج الرحم لتلقيحها في أنبوب بشروط فيزيائية معينة حتى تتلقح البويضة، وبعد أن تبدأ اللقيحة في الانقسام والتكاثر تُعاد إلى الرحم في الوقت المناسب لتعلق في جداره وتنمو وتتخلق جنينا⁽⁴⁾، ليولد بولادة طبيعية أو قيصرية. وكان ميلاد الطفلة البريطانية لوزا براون بداية نجاح تطبيق هذه العملية على الإنسان سنة 1978.

ويلجأ الأزواج إلى محاولة الإنجاب بطريق التلقيح الصناعي الخارجي في حالة قفل أو انسداد الأنابيب الموصلة المبيض بالرحم وفشل عمليات فتحها. وكذلك في حالة النقص الكبير في عدد الحيوانات المنوية أو انعدامها لدى الزوج. فيلجأ الطبيب إلى جمع أكبر قدر ممكن من النطف لأجل زيادة فرص الإخصاب⁽⁵⁾. بالإضافة إلى حالات إتلاف النطف بسبب إفرازات عنق الرحم.

⁽¹⁾ أنظر، زيري بن قويدر، النسب في ظل التطور العلمي والقانوني، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2011-2012. ص. 23.

⁽²⁾ مامون عبد الكريم، المرجع السابق، ص. 65.

⁽³⁾ أنظر، الصادق الحسن شادية، حكم الإسلام في التلقيح الاصطناعي، مجلة العلوم والبحوث الإسلامية، معهد العلوم والبحوث الإسلامية، جامعة السودان للعلوم والتكنولوجيا، فبراير 2011، ع2، ص. 09.

⁽⁴⁾ طفياي مختارية، المرجع السابق، ص. 84-85.

⁽⁵⁾ أنظر، البار محمد علي، طفل الأنبوب والتلقيح الصناعي، الدار السعودية للنشر والتوزيع، جدة، 1990، ص. 42.

وتجدر الإشارة هنا إلى أنه لا يجب اللجوء إلى تقنية التلقيح الاصطناعي الخارجي إلا بعد فشل الاتصال الجنسي المباشر ومن بعده التلقيح الاصطناعي الداخلي بعدة محاولات. والتلقيح الصناعي الخارجي هو الآخر تختلف أساليبه بحسب ما إذا كان يتم بين الزوجين أو بتدخل طرف أجنبي.

ففي الأسلوب الأول، يتم التلقيح الصناعي بين الزوجين، وتعتمد هذه التقنية على استخراج بويضة الزوجة لحظة خروجها من المبيض ثم وضعها في أنبوب خاص⁽¹⁾، يحتوي على سائل فيزيولوجي ويضاف إليه عيّنة من نطف الزوج ليتم الإخصاب خارج الجسم البشري ثم تزرع البويضة المخصبة داخل رحم الزوجة نفسها لتعلق في جداره وتنمو⁽²⁾، ليتشكل الجنين ويستكمل نموه. أما الأسلوب الثاني، فيتم فيه التلقيح الاصطناعي الخارجي بتدخل طرف أجنبي وهذا الأسلوب تعدد صوره كآتي:

في الصورة الأولى، يجري تلقيح خارجي بين بويضة الزوجة ونطفة رجل أجنبي متبرع، وهذه الحالة يلجأ إليها في حالة انعدام النطف عند الزوج أو وجودها مع عدم قدرتها على إخصاب البويضة لأسباب مرضية.

وفي الصورة الثانية، يجري التلقيح في أنبوب اختبار بين نطفة الزوج وبويضة امرأة متبرعة وتزرع اللقيحة في رحم الزوجة⁽³⁾. ويُلجأ إلى هذه الصورة في حالة إصابة مبيض الزوجة بمرض يمنع من إفراز البويضات أو في حالة استئصال المبيضين للزوجة.

أما في الصورة الثالثة، فتؤخذ نطفة من الزوج وبويضة من زوجته الأولى ليتم التلقيح في أنبوب اختبار، وعند بداية الانقسام تزرع اللقيحة في رحم زوجة ثانية لنفس الزوج صاحب النطفة-ضرة صاحبة البويضة- لتكون متبرعة برحمها خلال مدة الحمل⁽⁴⁾.

وفي الصورة الرابعة: يتم تخصيب بويضة الزوجة بنطفة زوجها في أنبوب اختبار ثم تزرع اللقيحة في رحم امرأة أجنبية.

(1) مامون عبد الكريم، المرجع السابق، ص. 76.

(2) زيري بن قويدر، المرجع السابق، ص. 49.

(3) طفياني مخطارية، المرجع السابق، ص. 85.

(4) فرج محمد محمد سالم، المرجع السابق، ص. 504.

وأخيرا في الصورة الخامسة، يجري التلقيح بين بويضة ونطفة من متبرعين، في هذه الحالة يكون الزوجان قد اشتريا جنينا مجمدا من بنك حفظ النطف، وهو غريب عنهما ليس له صلة بأحدهما. كانت هذه باختصار أهم الصور التي تمكن من الإنجاب الصناعي الداخلي والخارجي، نأتي الآن إلى دراسة آراء فقهاء الشريعة الإسلامية حول مشروعيتها.

الفرع الثاني

الإطار الشرعي للإنجاب بطريق التلقيح الاصطناعي

إن استدخال الزوجة لمني زوجها لغرض الإنجاب لا يثير اشكالا من الناحية الشرعية والقانونية والأخلاقية، لأن البويضة تُلقح داخليا ولا تطلها يد الإنسان ولا يمكنه العبث بها. أما اللقيحة التي تنشأ في أنبوب اختبار فهي التي تثير إشكالات حول مشروعيتها، لاسيما وأن الأمر تحول في بعض الدول من مجرد عملية تهدف إلى تلبية رغبة الزوجين في الإنجاب إلى مخابر تمارس فيها كل العمليات المنافية للأخلاق.

فكان تدخل الجهات الإسلامية أمرا إلزاميا لوضع الحدود الشرعية للتلقيح الاصطناعي والبحث عن حكمها الشرعي من أجل حماية الأسرة والمجتمع من الانحراف. وكذا وضع الأسس السليمة التي يجب أن تستقى منها أحكام وقوانين الأسرة إذا ما فرض التطور العلمي هذه الوسائل والطرق على الأسرة المسلمة كوسيلة من وسائل علاج العقم⁽¹⁾، فجاءت فتاواهم بين مؤيد ومعارض لهذه العملية.

فقال اتجاه أول بعدم جواز إجراء التلقيح الصناعي بكل صورته وحتى ولو كانت بمني الزوج وبويضة الزوجة، بحجة أن إجازة التلقيح الاصطناعي لا يستند إلى أي نص شرعي، وإنما استند إلى عاطفة الأمومة والأبوة التي لا تصلح أساسا للحكم الشرعي⁽²⁾.

وأضاف أن الناس لا يؤمنون بأن العقم هبة وقضاء من الله تعالى، والتلقيح الاصطناعي يعتبر خرقا لقواعد الطبيعة وقدرة الله ومشيتته، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿لَلَّهِ مُلْكُ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ يَهَبُ لِمَن يَشَاءُ إِنثَاءً وَيَهَبُ لِمَن يَشَاءُ الذُّكُورَ ۚ أَوْ يُزَوِّجُهُمْ ذُكْرَانًا وَإِنثَاءً وَيَجْعَلُ مَن يَشَاءُ عَقِيمًا ۗ إِنَّهُ عَلِيمٌ قَدِيرٌ﴾⁽³⁾. وجه الدلالة في الآية الكريمة أن العقم هبة من الله حتى لا تكون الحياة آلية،

(1) مامون عبد الكريم، المرجع السابق، ص.78.

(2) فرج محمد محمد سالم، المرجع السابق، ص.500.

(3) سورة الشورى، الآيتين رقم 49 و50.

يرزق من يشاء الأولاد، ويجعل من يشاء عقيماً. ويرد على هذا الاعتراض، أن العقم⁽¹⁾ لا يعدو أن يكون مرضاً يجوز التداوي منه ويدخل تحت قول رسول الله ﷺ فيما رواه أبو هريرة عنه: "ما أنزل الله داءً إلا وأنزل الله له شفاءً"⁽²⁾.

والاعتراض الآخر هو أن العقم يقلل عدد المسلمين، والإسلام حثنا على التكاثر فيما رواه أنس رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: "تزوجوا الولود الودود فإني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة"⁽³⁾. وطلب الولد غريزة فطرية والإسلام بأحكامه جاء مطابقاً لحاجات الإنسان العضوية والغريزية، فلم يقف أمامها أو كبحها أو عطلها، بل نظمها بصورة تحفظ الدين والنفس والنسل والمال والعقل، فحثنا على التزاوج والتكاثر، فالإنجاب أمر حث عليه الشرع الحكيم⁽⁴⁾.

كما احتج هذا الرأي أيضاً بأن أسلوب التلقيح بتدخل الطبيب يفترض كشف المرأة لعورتها، حيث أن الإخصاب الطبي المساعد لا يرقى إلى مرتبة الضرورات التي تبيح كشف العورة أمام الرجل الأجنبي⁽⁵⁾.

ويرد عليه بأنه يمكن مباشرة العملية بانتفاء الخلوة بين المعالج والمرأة وهذا بحضور زوجها، وعدم كشف العورة إلا لغرض مشروع يقدر بقدره، أو أن مباشرة العلاج لا يكون إلا أمام طبيبة مسلمة مؤهلة أو طبيب مسلم⁽⁶⁾.

(1) ورد في القرآن الكريم العديد من الآيات عن العقم، كقوله عز وجل: "أيضاً في الآيتين رقم 29 و50 من سورة الذاريات: ﴿فَأَقْبَلَتِ امْرَأَتُهُ فِي صَرَِّ فَصَكَّتْ وَجْهَهَا وَقَالَتْ عَجُوزٌ عَقِيمٌ﴾ قَالُوا كَذَلِكَ قَالَ رَبُّكَ إِنَّهُ هُوَ الْحَكِيمُ الْعَلِيمُ ﴿﴾ كما ورد أيضاً ذكر العقر للدلالة على عدم القدرة على الإنجاب كقوله جل وعلا في الآية رقم 40 من سورة آل عمران: ﴿قَالَ رَبِّ أُنَّى يَكُونُ لِي غُلَامٌ وَقَدْ بَلَغَنِي الْكِبَرُ وَامْرَأَتِي عَاقِرٌ قَالَ كَذَلِكَ اللَّهُ يَفْعَلُ مَا يَشَاءُ﴾. وفي الآية رقم 5 من سورة مريم: ﴿وَإِنِّي خِفْتُ الْمَوَالِيَ مِنْ وَرَائِي وَكَانَتِ امْرَأَتِي عَاقِرًا فَهَبْ لِي مِنْ لَدُنْكَ وَلِيًّا﴾. نلاحظ أن الآيات الكريمة جاءت على ذكر العقم والعقر للدلالة على حالات عدم الإنجاب. وفي اللغة، يقال ربح عقيم أي غير لاقح. وعقر: عقره أي جرحه، ويقال لفتح الناقة عن عقر، ويقال أيضاً قد عقرت المرأة، أي صارت عاقراً. ونقول رجل عقيم وامرأة عقيم. والمتفحص في معنى المصطلحين الواردين في القرآن الكريم يجد أن كلمة عقم ذات مدلول أوسع من العقر، فالعقم هو عدم الإنجاب ومرض يقع على الجنسين، الرجال والنساء، أما العقر، فاستعمل للدلالة على التوقف عن الإنجاب، ولفظ عاقر خاص بالمرأة وهي اليائس من الحيض؛ الفيروآبادي، القاموس المحيط، المرجع السابق، حرف العين، ص1124؛ الجوهري، الصحاح، المرجع السابق، حرف العين، ص792؛ حواش عبد الرحمن، الفرق بين العاقر والعقيم؛ <http://www.ahl-alquran.com/arabic>، 2019/03/10.

(2) البخاري، صحيح البخاري، المرجع السابق، كتاب الطب، باب ما أنزل الله داء إلا أنزل له شفاءً، حديث رقم 5678، ص1441.

(3) أنظر، البيهقي أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي، السنن الصغير، توثيق وتخريج عبد المعطي أمين قلعجي، ج3، كتاب النكاح، باب النظر إلى امرأة يريد نكاحها، حديث رقم 2351، ط1، دار الوفاء، المنصورة، 1989، ص10.

(4) زياد أحمد سلامة، المرجع السابق، ص24-25.

(5) فرج محمد محمد سالم، المرجع السابق، ص125.

(6) بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص688.

وبعض العلماء وافقوا في البداية على التلقيح الاصطناعي إلا أنهم تراجعوا عن ذلك، وعارضوا هذه التقنية استناداً إلى القاعدة الفقهية "سدّ الذرائع"⁽¹⁾، بمعنى أن التلقيح الاصطناعي سوف يكون ذريعة في فساد الأمة الإسلامية وفي اختلاط أنسابها، وذلك باختلاط النطف واللقاحات في مراكز التلقيح الاصطناعي.

غير أنه رُد على من استندوا على قاعدة سدّ الذرائع في معارضتهم للتلقيح الاصطناعي بكل أشكاله، بأن استعمال هذه القاعدة قد تتخذ مشجبا سهلا لإصدار التحريم لكثير من الأحكام، وقالوا بأن هذه القاعدة لا يعمل بها في هذا المجال مستندين في ذلك على مدى اعتماد الفقهاء على هذه القاعدة في آرائهم وفتاواهم في المسائل المختلفة⁽²⁾.

ويرى اتجاه آخر بجواز لجوء الزوجين إلى التلقيح الاصطناعي، وكان هذا رأي أغلب أعضاء المجمع الفقهي الإسلامي، منهم مصطفى الزرقا، صالح الفوزان، عبد الله البسام، محمد صالح العثيمين، وشيخ الأزهر محمد شلتوت وعبد الكريم زيدان⁽³⁾، فاعتبر هذا الأسلوب شرعياً ما دام في إطار العلاقة الزوجية.

وأهم أسانيدهم، أن من أهداف الزواج تحصيل النسل والمحافظة عليه، وطالما أن التلقيح الاصطناعي يقضي على مشكلة العقم، فلا بد من اعتباره صورة من صور التداوي الذي يعد أمراً شرعياً⁽⁴⁾. كما استند هذا الفريق على اعتبار تلقيح بويضة الزوجة بماء زوجها هو عمل مشروع كونها تساعد الزوجين على الإنجاب وتحقيق غرض نبيل ورغبة طبيعية ومشروعة للزوجين⁽⁵⁾.

وأضافوا بأن هذه التقنية لا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية وهو ما جاء في قرار المجمع الفقهي الإسلامي رقم 02 بشأن أطفال الأنابيب أن الأسلوب الأول الذي يؤخذ فيه السائل المنوي للزوج ثم يحقن في مهبل زوجته بطريق التلقيح الداخلي في حياة الزوجين هو صورة جائزة شرعاً بشرط ثبوت حاجة المرأة إلى إجراء هذه العملية لغرض الحمل⁽⁶⁾.

(1) طفياني مختارية، المرجع السابق، ص. 81.

(2) طفياني مختارية، المرجع نفسه، ص. 82.

(3) الصادق الحسن شادية، المرجع السابق، ص. 12.

(4) خدام هجيرة، التلقيح الاصطناعي، المرجع السابق، ص. 71.

(5) الصادق الحسن شادية، المرجع السابق، ص. 12.

(6) قرار رقم 02 بشأن التلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيب، مجلس مجمع الفقه الإسلامي، دورة 08، 1405هـ، 1985، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ط2، رابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة، 2005، ع10، ص. 336.

كما أجاز المجمع الفقهي الإسلامي صورة واحدة للتلقيح الصناعي الخارجي، وهي التي تتم بنطفة الزوج وبويضة الزوجة خارجا ليتم زرع اللقيحة في رحم الزوجة نفسها، وعلق المجمع جواز هذه الحالة على شرط أن لا يلجأ إليها إلا في حالة الضرورة القصوى⁽¹⁾ بين زوجين مرتبطين بعقد زواج شرعي، أثناء حياتهما، وحال قيام الرابطة الزوجية بينما. بمعنى ألا يكون التلقيح الصناعي بماء محفوظ بعد انحلال الزواج بوفاة أو طلاق أو غيرهما، وفي الإطار الذي رسمه الشرع والحدود التي تقتضيها حفظ الأنساب.

كما أنه لا يجوز إنشاء بنوك الأجنة المجمدة، ولا التعامل مع تجار النطف واللقائح، ولا استبدال أو خلط مني الإنسان بغيره، ولا إنشاء مستودع تستحلب فيه نطف أو بويضات تحمل صفات معينة⁽²⁾.

وبذلك فإن الرأي الغالب في آراء الفقهاء المعاصرين هو ما ذهب إليه مجمع الفقه الإسلامي من إجازة صورتين للتلقيح الصناعي الأول للتلقيح الداخلي بين الزوجين، والثانية للتلقيح الصناعي الخارجي بنطفة الزوج وبويضة الزوجة وإعادة زرع اللقيحة في رحم هذه الأخيرة، وتحريم كل الصور المتبقية. على أن لا يتم اللجوء إلى الصورتين الجائزتين إلا في حالة الضرورة القصوى كالعجز عن الإنجاب بالطريق الطبيعي لمدة قد تطول.

وفعلا، بعد فتاوى الفقه الإسلامي حول عمليات التلقيح الاصطناعي، استقى المشرع الجزائري أحكام التلقيح الاصطناعي من هذه الفتاوى والقرارات في تعديل قانون الأسرة بالأمر رقم 02-05، وفي قانون الصحة رقم 18-11. والسؤال الذي يمكن طرحه الآن هو كيف عالج المشرع الجزائري عملية التلقيح الاصطناعي لإبقائها في الإطار المشروع؟ وهو ما سيتم معالجته في الفرع الموالي.

الفرع الثالث

الإطار التشريعي لعمليات التلقيح الاصطناعي

إنّ المتتبع لعمليات التلقيح الاصطناعي في الجزائر سوف يجد أنها أجريت لأول مرة سنة 1991، أي قبل أن ينص القانون على جوازها صراحة، ويرجع تأخر تنظيم هذه العمليات لاعتبارات دينية وأخلاقية. وبعد صدور عدة قرارات عن الجهات الدينية فردية وجماعية عن إجازة التلقيح

⁽¹⁾ قرار رقم 02 بشأن التلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيب، سبق ذكره، ص.336.

⁽²⁾ بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.688 إلى 690.

الاصطناعي وتقييده بشروط، استحدثت المشرع الأسري في تعديل قانون الأسرة بالأمر رقم 05-02 المادة 45 مكرر نص فيها على جواز إجراء العملية ولم يتركها على إطلاقها لتمارس بكل الأشكال، بل أحاطها بسياج من الشروط التي يجب أن تتوفر في الزوجين كونهما المستفيدين من العملية. وبعد مدة طويلة دامت ثلاث عشرة (13) من تقنين عملية التلقيح الاصطناعي نظم المشرع في القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة أحكام المساعدة الطبية على الإنجاب في القسم الثالث من الفصل الرابع المعنون بالبيو-أخلاقيات⁽¹⁾. وعليه، سيتم تناول الإطار القانوني لعمليات التلقيح الاصطناعي في جزئيتين أساسيتين، وهما شروط التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة (أولا) والأحكام المتعلقة بالمساعدة الطبية على الإنجاب (ثانيا).

أولا: شروط التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة

وهي وجوب قيام علاقة زوجية شرعية(أ) وأن يكون التلقيح الاصطناعي برضا الزوجين وأثناء حياتهما (ب) وأن يتم التلقيح بمبي الزوج وبويضة رحم الزوجة (ت).

أ- وجوب قيام علاقة زوجية شرعية

اعتبرت الشريعة الإسلامية الزواج هو الطريق الوحيد لإيجاد الولد وبقاء النسل، بحيث تحرم كل العلاقات بين الرجل والمرأة بغير زواج، وهو الإطار الشرعي الذي ابتغاه الخالق لإشباع الغريزة الجنسية لدى لإنسان⁽²⁾، فكانت العلاقة الزوجية الشرعية أولى الشروط التي يجب أن تتوفر في المستفيدين من التلقيح الاصطناعي. والسؤال الذي يمكن إثارته الآن هو لماذا نص المشرع الأسري صراحة على الزواج الشرعي لماذا لم يستعمل مصطلح الزواج الصحيح ولماذا لم يشترط أن يكون الزواج رسميا؟

سبق وأن تحدثنا عن إنشاء الزواج في قانون الأسرة الجزائري ونص المشرع في المادة 4 من ق.أ. على رضائية عقد الزواج، ليعترف بعد ذلك بعقود الزواج العرفية غير المسجلة في المادة 22 من ق.أ. وليكون الزواج شرعيا وصحيحا يجب أن ينشأ بتراضي طرفيه(المادة 9 من ق.أ) ويستوفي شروط صحته المنصوص عليها في المادة 9 مكرر من ق.أ مع انتفاء الموانع الشرعية⁽³⁾.

⁽¹⁾ تنص المادة 354 من القانون 18-11 التضمن قانون الصحة على أن: "البيو-أخلاقيات هي كل التدابير المرتبطة بالنشاطات المتعلقة بنزع الأعضاء وزرعها والأنسجة والخلايا والتبرع بالدم البشري ومشتقاته واستعمالها والمساعدة الطبية على الإنجاب والبحث البيو-طبي".

⁽²⁾ مامون عبد الكريم، المرجع السابق، 84.

⁽³⁾ المادة 23 وما بعدها من ق.أ.

غير أن الزواج الشرعي غير الموثق يثير إشكالات في الإجراءات الإدارية أمام المؤسسات الاستشفائية العامة أو الخاصة، فالراغبين في الإنجاب بطريق التلقيح الاصطناعي عليهما أن يستعرضا وثيقة رسمية تثبت قيام الزواج بينهما، لذلك يجب على الزوجين المرتبطين بعقد زواج عربي أن يقوما بتثبيت زواجهما قضائيا من أجل استظهاره وإثبات حالتهما أمام المركز أو المؤسسة المعالجة⁽¹⁾.
ويثير أيضا شرط وجود عقد زواج شرعي بين المستفيدين من التلقيح الاصطناعي إشكالا في حالة انتهاء هذا الزواج بالطلاق وبعد الشروع في العملية والحصول على ماء الزوج وبويضة الزوجة، فنفرق بين حالتين:

الحالة الأولى هي الطلاق، فبمجرد صدور حكم الطلاق قبل الشروع في تلقيح البويضة، يجب التوقف عند هذا الحد، لأنه لم تعد هناك علاقة زوجية تبرر ذلك. أما الحالة الثانية، فإذا ووقع الطلاق بعد تخصيب البويضة وقبل زرعها في رحم الزوجة، فقد ثار جدال فقهي بشأن هذه الحالة، لكن الراجح هو عدم زرع البويضة الملقحة لأنه لم يعد هناك حياة زوجية تبرر ذلك⁽²⁾، وحدوث هذا الحمل بعد فرقة الزوجين بالطلاق ينفي كل حقوق الجنين قبل وبعد ولادته حتى النسب الشرعي (المواد من 40 إلى 43 من ق.أ) لأن التخصيب كان خارجيا، وتم زرع اللقيحة بعد انحلال الزواج. فإذا انتهى عقد الزواج بالطلاق أو الوفاة فإن التناسل بين الزوجين يعتبر لاغيا أو باطلا⁽³⁾.

ب- أن يكون التلقيح الاصطناعي برضا الزوجين وأثناء حياتهما

يتضمن الشرط الثاني من شروط التلقيح الاصطناعي الواردة في المادة 45 مكرر من ق.أ. شرطين أساسيين لمشروعية العملية، هما رضا الزوجين على التلقيح الاصطناعي⁽¹⁾ وأن يتم التلقيح الاصطناعي أثناء حياتهما⁽²⁾.

1- رضا الزوجين على التلقيح الاصطناعي

الرضا هو الركن الذي تركز عليه كل التصرفات القانونية، والتلقيح الاصطناعي كعمل طبي يقتضي موافقة الزوجين عليه، لذلك نص المشرع الأسري على ضرورة توافر رضا الزوجين معا على عملية التلقيح لأن الأمر يتعلق بالمساس بالجسم البشري، ويتعلق بإنجاب طفل تقتضي مصلحته أن

⁽¹⁾ أنظر، حميدو زكية، شروط التلقيح الاصطناعي في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة الجزائري، م.ع.ق.إ، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2006، ع04، ص 89.

⁽²⁾ بلعباس أمال، ضوابط التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 89.

⁽³⁾ بلحاج العربي، المبادئ القانونية التي تحكم عملية التلقيح الاصطناعي في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 281.

يكون مرغوبا فيه من أبيه وأمه معا. وهذا الرضا يجب أن يفرغ في شكل معين ليفقه الأطراف لخطورة العملية والاطلاع على محتواها وإدراك نتائجها⁽¹⁾. وإذا رفض أحد الزوجين أو كلاهما إجراء العملية فإنه يستحيل مباشرتها من طرف الطبيب⁽²⁾، كما يجوز أيضا العدول عن العملية بموافقة الطرفين قبل البدء فيها⁽³⁾.

ولا يكون الرضا معتبرا إلا إذا كانا الزوجان كاملي الأهلية، والأهلية المطلوبة هي نفسها أهلية مباشرة التصرفات القانونية المنصوص عليها في المادة 40 من ق.م، وأهلية إبرام عقد الزواج المنصوص عليها في المادة 7 من ق.أ. أما الزوج القاصر الذي حصل على ترخيص قضائي لإبرام عقد الزواج فإن المشرع الأسري لم ينص على إمكانية القاصر في التعبير عن رضاه في إجراء عملية التلقيح الصناعي، لأن المشرع نص في الفقرة الثانية من المادة 7 من ق.أ على أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار الزواج من حقوق والتزامات. وعليه، لا يمكن للقاصر التعبير عن رضاه في التلقيح الاصطناعي إلا ببلوغه سن الرشد القانوني وهي 19، لأنه وبمراعاة شرط وجود ضرورة قصوى للجوء إلى التلقيح الصناعي وهو حاجة الزوجين إلى الولد وعدم إمكانية الإنجاب بالطريق الطبيعي لمدة معينة، فإنّ القاصر من لحظة إبرامه عقد الزواج إلى رغبته في التلقيح الصناعي يكون قد بلغ سن الرشد المنصوص عليه قانونا⁽⁴⁾.

كما يجب أن يكون الرضا صريحا غير ضمني، خاليا من العيوب كالغلط، الإكراه أو التدليس، فإذا كان رضا أحد الزوجين مشوبا بعيب من عيوب الإرادة، فله حق العدول عن عملية التلقيح الاصطناعي إذا لم يحصل التلقيح والنقل إلى الرحم بعد، فإن حدث وحصل هذا الأخير فلا خيار له في العدول، لأن الأمر حينئذ سيتحول إلى جريمة الإجهاض⁽⁵⁾ المعاقب عليها بمقتضى المادة 304 وما بعدها من ق.ع.

ويجب أن يكون رضا الزوجين مستنيرا، متبصرا بالمخاطر المترتبة على العملية، كالمخاطر الصحية التي تهدد الزوجة جراء تعدد الأجنة وصحة الطفل ونسبة النجاح المتوقعة وكل المعلومات المتعلقة بالعملية. ويقع واجب الإعلام على الطبيب وإذا تعمد هذا الأخير عدم تبصير الزوجين

(1) أنظر، تشوار جيلالي، رضا الزوجين على التلقيح الاصطناعي، م.ع.ق.إ، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2006، ع04، ص 56.

(2) مرسي زهرة، المرجع السابق، ص.40.

(3) تشوار جيلالي، رضا الزوجين على التلقيح الاصطناعي، المرجع السابق، ص 56.

(4) تشوار جيلالي، رضا الزوجين على التلقيح الاصطناعي، المرجع نفسه، ص 56.

(5) تشوار حميدو زكية، شروط التلقيح الاصطناعي في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 93.

لمصلحة خاصة، فيكون رضاها معييا يوجب مسؤولية الطبيب وللزوجين التراجع قبل إجراء التلقيح ولا يمكن إجبارهما على إتمامها⁽¹⁾. كما أن عدم استعداد المرأة للحمل لسبب مرضي كالحالة التي يشكل فيها الحمل خطورة على حياتها، فإنه يقع على الطبيب مسؤولية تبصير الزوجان بذلك، بل والامتناع عن إجراء التلقيح الصناعي، لأن الزوجان مجبران على تقديم ملف طبي لحالتهم الصحية قبل الشروع في العملية.

2- أن يتم التلقيح الاصطناعي أثناء حياة الزوجين

لم يكتف المشرع الأسري باشتراط وجود عقد زواج شرعي بين محلي عملية التلقيح وتراضيهما عليها، بل أضاف شرطا في غاية الأهمية وهو وجوب القيام بعملية التلقيح أثناء حياة الزوجين، وهو شرط سبق وأن نص عليه ضمنا حين اشترط وجود عقد زواج شرعي، لأن هذا الزواج ينتهي بالطلاق أو الوفاة⁽²⁾. وبمجرد انحلال الرابطة الزوجية تعتبر الزوجة أجنبية عن الزوج، وبالتالي يحرم تلقيحها بنطفته⁽³⁾.

وتبرز أهمية هذا الشرط بعد انتشار بنوك الحيوانات المنوية والنطف، وظهور مختبرات للأبحاث العلمية والطبية حول الأجنة الآدمية⁽⁴⁾.

فإذا سحب الطبيب البويضة والنطفة من الزوجان، وتوفي أحدهما قبل البدء في عملية الإخصاب فلا إشكال يثار في هذه الحالة فيتوقف الطبيب عن مباشرة عملية التلقيح الاصطناعي⁽⁵⁾. وتثير إشكالا الحالة التي يحتفظ فيها الزوجان ببويضة مخصبة مجمدة، وهي مسألة جد معقدة فنحن

(1) تشوار جيلالي، رضا الزوجين على التلقيح الاصطناعي، المرجع السابق، ص. 63.

(2) المادة 47 من ق. أ.

(3) كريم زينب، المرجع السابق، ص. 112.

(4) بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 692.

(5) اختلفت التشريعات حول مشروعية الاستمرار في التلقيح الصناعي بعد الشروع فيها ووفاة أحد الزوجين، فمثلا يجيز القانون الإسباني للأرملة طلب التلقيح بنطفة زوجها المتوفي خلال ستة أشهر من وفاته، شريطة أن يكون الزوج وافق صراحة على التلقيح قبل وفاته، وعلى العكس من ذلك تمنع صراحة تشريعات الدول العربية إجراء عمليات التلقيح بعد وفاة أحد الزوجين. وكذلك لا يسمح القانون الفرنسي بهذه العمليات بعد الوفاة، وأكد القضاء الفرنسي هذا الموقف عندما رفعت أرملة فرنسية دعوى إلى القضاء على أساس حقها في الإنجاب باستخدام نطف زوجها التي أودعها في مركز لحفظ النطف بعد أن أصيب بالسرطان، وتوفي بعد ثلاثة أشهر من حفل الزفاف، وقالت بأن الإنجاب طفل كان مشروعاً مشتركاً بينها وبين زوجها قبل وفاته، فرفضت المحاكم الفرنسية الاستجابة لطلبها باستخدام النطف المجمدة بعد الوفاة، أنظر، المصاروة سيف إبراهيم، التكييف الجرمي للتلقيح الصناعي دون رضا أحد الزوجين، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، كلية الحقوق، الجامعة الأردنية، 2015، ع2، مجلد42، ص. 506؛ بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 692.

نتكلم عن بداية إنسان محمد لم يبقى إلا زرعه في رحم امرأة ليستكمل أطوار حياته⁽¹⁾. والسؤال الذي يطرح هو هل إتلاف هذه البويضة الملقحة يعاقب عليه القانون؟ وهل يعتبر إجهاضا ولو لم يتم زرعها في الرحم؟

بين اعتبار البويضة الملقحة حملا وبين اعتبارها غير ذلك ما دامت لم تزرع في رحم المرأة، اختلف الفقهاء في التكييف الجرمي لإتلاف البويضات الملقحة، فبالرجوع إلى المادة 304 من ق.ع نجدتها تنص على أنه: "كل من أجهض امرأة حاملا أو مفترض حملها، بإعطائها مأكولات أو مشروبات أو أدوية أو استعمال طرق أو اعمال عنف أو أية وسيلة أخرى سواء وافقت على ذلك أو لم توافق أو شرع أو شرع في ذلك يعاقب بالحبس من سنة(01) إلى خمس(05) سنوات وبغرامة من 500 إلى 10.000 د.ج".

ومن النص القانوني أعلاه، يشترط أن تكون هناك امرأة حاملا حتى نكيّف العملية بأنها إجهاض، ووفقا للرأي الغالب فإن الحمل يبدأ من يوم تلقيح البويضة. ويقول رأي آخر بأن الإجهاض لا يثور من وقت التلقيح لأن الحمل يبدأ لحظة علوق البويضة الملقحة بجدار الرحم، والإجهاض يكون قائما سواء تم ارتكاب الجريمة في بداية أو في نهاية الحمل، بغض النظر عما إذا كان الحمل طبيعيا أم صناعيا⁽²⁾.

كما أن النص العقابي لم يميز بين كون الحمل صناعيا أو طبيعيا، بل جاء عاما، ولكن طبقا لقاعدة التفسير الضيق للنص الجنائي، فالتطبيق الحرفي لا يسمح بتكييف إتلاف البويضة الملقحة على أنها جريمة إجهاض، لأن هذه الجريمة تتطلب وجود امرأة حامل.

لذلك، يبقى نص المادة 304 من ق.ع غير ملائم للتطبيق على عمليات التلقيح الاصطناعي، وإنما تحتاج هذه المسألة إلى سن نصوص قانونية خاصة بالتلقيح الاصطناعي والعمل على الخلايا التناسلية في المختبرات وإحاطتها بمزيد من الحماية القانونية.

ت- أن يتم التلقيح الاصطناعي بمني الزوج وبويضة الزوجة دون غيرهما

تكملة لشروط الإنجاب بالطرق الصناعية، أوجب المشرع الأسري إتمام التلقيح الصناعي بالخلايا الجنسية للزوجين دون غيرهما، ويكون ذلك بتوجه الزوجين إلى جهة علمية موثوقة، وأن تتم العملية فورا وبحضور الزوج، إذ لا يجوز الخلوة بالزوجة، ففي التلقيح الاصطناعي يتم التعامل مع

(1) مامون عبد الكريم، المرجع السابق، ص77.

(2) أنظر، مسعودي يوسف، التلقيح الاصطناعي في قانون الاسرة الجزائري، مجلة دراسات وأبحاث، جامعة الحلفة، السنة8، 2016، ع24، ص.67.

الفروج المحصنة، وينتج عنه طفل شرعي، كما يجب إهدار ما تبقى من الحيوانات المنوية بعد إتمام عملية التلقيح⁽¹⁾.

أما تلقيح الزوجة بماء غير زوجها وبرضاها ودون رضا زوجها، فيرى بعض الفقه بأنها تأخذ حكم جريمة الزنا لالتقائهما في نتيجة واحدة وهي ضياع الأنساب، وقال رأي آخر بأنها لا تأخذ حكم جريمة الزنا، لأن هذه الأخيرة لا تتحقق إلا بالاتصال الجنسي وهو العنصر المنتفي في التلقيح الصناعي بماء الغير⁽²⁾، والرّاجح هو ما ذهب إليه الرأي الثاني لأن الركن المادي للجريمة غير متوفر طبقاً لنص المادة 339 من ق.ع.

وشرط تلقيح بويضة الزوجة إلا بماء زوجها يساهم في المحافظة على المبادئ القانونية الأساسية كقواعد الميراث والنسب والزواج وغيرها، لأنه كلما زاد عدد النساء الذين يلقحون بماء رجل واحد كلما زاد معه احتمال تلقيح أمه أو أخته أو ابنته بمائه⁽³⁾، بمعنى تلقيح المحارم المحرم شرعاً والممنوع قانوناً.

لذلك، يجب على الزوجين الاحتياط، وألاً يقوموا بعملية التلقيح إلا أمام مؤسسة استشفائية معتمدة وأطباء يدينون بالإسلام، وبشرط حضور الزوج أثناء العملية دون الاحتفاظ بالحيوانات المنوية والبويضات لاستعمال لاحق، مع إعادة استخراج الخلايا الجنسية عند كل عملية.

هذه هي شروط التلقيح الاصطناعي التي جاء بها المشرع الأسري، وما نلاحظه هو عدم ذكر شرط وجود الضرورة القصوى للجوء إلى التلقيح الاصطناعي، وهو شرط مهم وأساسي في العملية. واستكمالاً للشروط سالفة الذكر، جاء قانون الصحة بأحكام جديدة وخاصة بالعمل الطبي الذي يستهدف التلقيح الاصطناعي للنطف الآدمية.

ثانياً: أحكام المساعدة الطبية على الإنجاب بطريق التلقيح الاصطناعي

جاء القانون رقم 18-11 المتضمن قانون الصحة بتعريف شامل ودقيق للمساعدة الطبية على الإنجاب في المادة 370 بنصها: "المساعدة الطبية على الإنجاب هي نشاط طبي يسمح بالإنجاب خارج المسار الطبيعي، في حالة العقم المؤكد طبيًا.

(1) حميدو زكية، شروط التلقيح الاصطناعي في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 95.

(2) المصاروة سيف ابراهيم، المرجع السابق، ص. 510.

(3) حميدو زكية، شروط التلقيح الاصطناعي في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 95.

وتتمثل في ممارسات عياديه وبيولوجية وعلاجية تسمح بتنشيط عملية الإباضة والتلقيح بواسطة الأنابيب ونقل الأجنة والتخصيب الصناعي".

ومن خلال نصوص قانون الصحة رقم 18-11 نستنتج أخلاقيات التلقيح الاصطناعي التي يجب أن تتقيد بها الجهات المخول لها قانونا إجراء العمليات. ومن النصوص أعلاه، يتبين وجود أسس أو أركان لمزاولة المساعدة الطبية على الإنجاب (أ) وشروط كذلك (ب)

أ- أسس مزاولة المساعدة الطبية على الإنجاب

1- ألا تتم عملية الإنجاب الصناعي إلا في حالة العقم المؤكد طبيا (الضرورة العلاجية)

لمباشرة عمليات المساعدة الطبية على الإنجاب يجب على المؤسسة المعالجة أن تتقيد بهذا الأساس قبل أن تنظر في توفر الشروط المقترنة بالزوجين.

وقد ربط مشرع قانون الصحة في الفقرة الأولى من المادة 370 إمكانية لجوء الأزواج إلى التلقيح الاصطناعي بمساعدة طبية بشرط وجود عقم⁽¹⁾ مؤكد طبيا، وأكد على هذا الأساس في المادة 371 أيضا، وهذا ما يستخلص منه أن الزوجين القادرين على الإنجاب بطريق طبيعي لا يمكنهما الإنجاب بطريق صناعي.

ويؤكد العقم طبيا بشهادات طبية تثبت عدم إمكانية الزوجان الإنجاب بالاتصال العادي، وهذه الشهادة يصدرها الطبيب بعد تشخيصه للحالة المرضية، بإجراء تحاليل الدم والهرمونات الجنسية، وفحص الأعضاء التناسلية الداخلية والخارجية، وفحص للغدة الدرقية أيضا وغيرها من الفحوص.

ويذكرنا شرط العقم المؤكد طبيا بشرط الضرورة القصوى الذي جاء به المجمع الفقهي الإسلامي في قراره بشأن التلقيح الاصطناعي والمتمثل في الضرورة العلاجية.

2- التقيد بتقنيات الإنجاب الصناعي المسموح بها قانونا

فصل أخيرا قانون الصحة في الفقرة الثانية من المادة 270 منه في الحالات المشروعة التي يتم الاستعانة بها في الإنجاب بطريق صناعي وهي:

⁽¹⁾ يعرف العقم طبيا بأنه العجز عن الحمل أو الإخصاب خلال فترة الفاعلية الجنسية السليمة، ولا يعتبر عادة الزوج عقيما ما لم تمر سنة على عملية الجماع دون استعمال وسائل منع الحمل؛ أنظر، بدوي عبد الباقي، التفريق القضائي بين الزوجين بسبب العيوب في الفقه وبعض قوانين الأحوال الشخصية العقم نموذجاً، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، جامعة قسنطينة، 2016، مجلد 30، ع3، ص.114؛ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1992/12/22، ملف رقم 87301، المجلة القضائية، 1995، ع2، ص.92.

-تنشيط الإباضة عند الزوجة: بمعنى تحفيز إنتاج البويضات بهدف الحصول على بويضة أو بويضات قابلة للإخصاب، ويتم ذلك باستخدام الهرمونات.

التلقيح بواسطة الأنابيب: بحيث يتم تلقيح بويضة الزوجة بنطفة الزوج خارج الجسم، وهو الذي اصطالحنا عليه في هذه الدراسة بالتلقيح الاصطناعي الخارجي وسبق وأن فصلنا فيه وفي صورته.

-نقل الأجنة: ويقصد به نقل البويضة الملقحة إلى رحم الأم صاحبة البويضة زوجة الرجل صاحب النطفة، لتتم أطوار حياتها إلى غاية الولادة.

-التخصيب الصناعي: يقصد به المشرع التلقيح الاصطناعي الداخلي.

كانت هذه التقنيات المسموح بها في مجال الإنجاب الصناعي، تنتقل الآن إلى الشروط الواجب توفرها لممارسة المساعدة الطبية على الإنجاب.

ب- شروط ممارسة المساعدة الطبية على الإنجاب

1- شروط تتعلق بالأزواج الخاضعين لعملية الإنجاب الصناعي

جاءت المادة 371 من قانون الصحة بشروط خاصة للمساعدة الطبية على الإنجاب بحيث لا يمكن للطبيب إجراء العملية إذا تخلف شرط واحد، وهذا ما يستفاد من إضافة كلمة "حصريا" في النص القانوني، وهذه الشروط منها ما سبق ذكرها في المادة 45 مكرر من ق.أ ومنها ماهي جديدة وهي:

-طلب مكتوب مشترك من زوجين على قيد الحياة

يقدم طلب المساعدة الطبية على الإنجاب كتابيا من طرف الزوج والزوجة، يتضمن الموافقة على النقل أو التخصيب الصناعي، وفي غياب الموافقة الشائئة بأن قدم الطلب من أحد الزوجين لن يرتب الطلب أي أثر ولن يؤخذ بعين الاعتبار من طرف المؤسسة المعالجة، لأن المشروع الإنجابي أسري متعدد الأطراف⁽¹⁾.

واشترطت المادة 372 من قانون الصحة في فقرتها الثانية أن يقدم الطلب المكتوب حال حياة الزوجين، وهذا رفض صريح للتلقيح الاصطناعي بعد الوفاة لطلب تم كتابته أثناء حياة أحد الزوجين. وأكثر من ذلك، يجب على الزوجين أن يقوموا بتأكيد طلبهما المتضمن الرغبة في الإنجاب صناعيا بعد شهر واحد من تاريخ استلامه من الهيكل أو المؤسسة المعنية. وهذا الإجراء يعكس أهمية العملية

(1) أحمد داود رقية، المرجع السابق، ص.156.

وأهمية إرادة الزوجان في إجرائها، ويعكس كذلك اهتمام المشرع بالعملية، وذلك بعدم إسراع المؤسسة إلى التلقيح، وإنما عليها التريث قبل مباشرتها لأنه من الممكن أن يتراجع الزوجان أو أحدهما عن العملية.

ويبقى شرط أهلية الزوجين ضمنيا، لأن الطلب المكتوب لعملية خطيرة كالتلقيح الاصطناعي لن يكون صحيحا مرتبا لآثاره إلا إذا كان من زوجين بالغين سن الرشد القانوني، مع سلامة إرادتهما من العيوب.

- أن يكون الرجل والمرأة في سن الإنجاب ومرتبطان قانونا بعقد زواج

سبق وأن فصلنا في شرط ارتباط الزوجان بعقد زواج، والمشرع استخدم في المادة 45 مكرر من ق.أ مصطلح العقد الشرعي، أما قانون الصحة فاستخدم العقد القانوني، وكلاهما يصب في معنى واحد فعقد الزواج القانوني هو عقد شرعي في القانون الجزائري.

وبالنسبة لشرط أن يكون الزوجان في سن الإنجاب، فيقصد منه سن ما بعد البلوغ لدى الجنسين، وما قبل اليأس، أي إمكانية إفراز البويضات عند المرأة والنطف عند الرجل. فلا يمكن أن يتم تلقيح بويضة الزوجة التي احتفظت بها مجمدة لتعيد تلقيحها بنطفة زوجها وزرعها في رحمها بعد بلوغها سن اليأس.

- استبعاد الطرف الأجنبي في العملية

أكد من جديد قانون الصحة على إجراء التلقيح الاصطناعي فقط ببويضة الزوجة ونطفة الزوج واستبعاد كل شخص أجنبي في العملية بعد اشتراط ذلك في قانون الأسرة (المادة 45 مكرر). وبذلك قيد قانون الصحة إمكانية القيام بالمساعدة الطبية على الإنجاب بشروط أكثر دقة من تلك الواردة في قانون الأسرة.

وأكثر من ذلك، جرّم كل من يخالف هذه الشروط بمقتضى المادة 434 التي جاء فيها: "يعاقب كل من يخالف أحكام المادة 371 من هذا القانون، المتعلقة بالمساعدة الطبية على الإنجاب، بالحبس من خمس (5) سنوات إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 500.000 دج إلى 1000.000 دج". وبهذا النص تعتبر جناية كل ممارسة للمساعدة الطبية على الإنجاب دون عقم وكل إنجاب خارج الحالات المحددة في المادة 371.

2- شروط تتعلق بممارسي المساعدة الطبية على الإنجاب

ألزم القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة ممارسي المساعدة الطبية على الإنجاب التقيد بأخلاقيات العمل الطبي، التي تحمل جميع معاني الإنسانية وهي كالاتي:

- منع استخدام الخلايا الجنسية ومكوناتها في البحث العلمي

منع قانون الصحة في المادة 374 أن تكون الخلايا الجنسية محل بحث علمي سواء كانت بويضة أو نطفة أو أجنة، وحتى سيتوبلازم.

- إخراج الخلايا الجنسية والأجنة من دائرة المعاملات

في نص المادة 374 من قانون الصحة منع المشرع صراحة كل تداول أو بيع أو تبرع أو أي شكل من المعاملات التي تكون محلها الخلايا الجنسية أو الأجنة.

وهذا المنع يطال الحيوانات المنوية، البويضات والسيتوبلازم، والأجنة الزائدة عن العدد المقرر أو لا، لأم بديلة أو أي امرأة أخرى، ولو كانت أختاً أو أمماً أو بنتاً.

وفي حالة تعدد الزوجات وحمل الضرة لقيحة ضررتها من نفس الزوج، فإن المجمع الفقهي الإسلامي قد أجازها ثم منعها في دورة أخرى، ومسألة خطيرة كهذه كانت تستلزم منعا قانونيا صريحا وفعلا جاء قانون الصحة بمنع لكل تداول للبويضات حتى بين الزوجات الضرات.

- أن تتم المساعدة الطبية على الإنجاب من قبل ممارسين معتمدين لهذا الغرض في مؤسسة مرخص لها من طرف الوزير المكلف بالصحة

نصت المادة 372 من قانون الصحة على أن الأعمال العيادة والبيولوجية العلاجية المتصلة بالمساعدة الطبية على الإنجاب من قبل ممارسين معتمدين لهذا الغرض، على أن تتم في مؤسسات أو مراكز أو مخابر يرخص لها الوزير المكلف بالصحة بممارسة ذلك.

إن حصر المساعدة الطبية على الإنجاب في جهات معتمدة إنما غرضه الاحتياط لعمليات الإنجاب الصناعي، وهذا لأنها تنصب على نطف آدمية تستدعي أيدي أمينة تصونها من العبث والتلاعب، وكذلك للمحافظة على الأنساب من الاختلاط.

ويعاقب كل من يقوم بممارسة نشاطات المساعدة الطبية على الإنجاب في مؤسسة غير مرخص لها بالحبس من سنتين(2) إلى خمس (5) سنوات وبغرامة من 500.000 دج إلى 1000.000 دج وهذا بمقتضى المادة 433 من قانون الصحة.

وهذا في انتظار صدور التنظيم الذي يحدد الأعمال العيادية والبيولوجية العلاجية المتصلة بالمساعدة الطبية على الإنجاب وكيفيات الترخيص للمؤسسات والمراكز والمخابر المعنية بالإنجاب الصناعي (الفقرة 2 من المادة 372 من قانون الصحة).

وعناية بالإنجاب الصناعي، أوجبت المادة 373 في فقرتها الأولى تنفيذ المساعدة الطبية على الإنجاب بمراعاة قواعد الممارسات الحسنة والأمن الصحي في هذا المجال، والمحددة عن طريق التنظيم. كما نصت ذات المادة في فقرتها الثانية على خضوع المؤسسات التي تمارس المساعدة الطبية على الإنجاب لمراقبة المصالح الصحية المختصة، ويتعين عليها إرسال تقرير سنوي عن نشاطها إلى السلطة الصحية المعنية.

وعن حفظ وإتلاف الأمشاج أحالت المادة 376 من قانون الصحة شروطها إلى تنظيم لاحق. كان هذا التأطير القانوني لعملية التلقيح الاصطناعي، ليتم الانتقال الآن إلى وسائل أخرى للإنجاب غير الطبيعي أثارت العديد من الاستفهامات الشرعية والقانونية.

المطلب الثالث

وسائل أخرى للحمل غير الطبيعي

بعد تطور تقنيات التلقيح الصناعي وإمكانية تدخل طرف ثالث أجنبي عن العلاقة الزوجية في العملية، ظهر من التقنيات المستحدثة في مجال التوالد الصناعي ما اصطلح عليه بالحمل عن طريق اللأم البديلة (الفرع الأول). والأمر من ذلك، ذاع في وسائل الإعلام ما يسمى بالرجل الحامل، سوف يتم البحث في حقيقة ذلك ومدى شرعية هذه العملية، ثم مسألة قيد التجارب، بيد أنها مفترضة إلا أنه يجب تسليط الضوء عليها وهي الحمل في الرحم الصناعية، وعليه يُخصص الفرع الثاني لحقيقة حمل الرجل والحمل بواسطة الرحم الصناعية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الحمل باللجوء إلى الأم البديلة (تأجير الرحم)

من القضايا العالقة التي تم ثبوت أضرارها على الطفل والأسرة والمجتمع قضية الأم البديلة وحتى استخدام مصطلح الأم البديلة يوحي قطعاً بأن المرأة التي تؤجر رحمها هي أم الجنين ولا يمكن الجزم بذلك أبداً، لأن المسألة لا زالت محل خلاف بالرغم من تأييدنا لهذا الطرح، والتسمية التي نراها مناسبة للعملية هو الحمل لحساب الغير، وتم اعتماد مصطلح الأم البديلة في هذه الدراسة لأنه الشائع

بين الفقهاء، وهو المستخدم كذلك في قانون الأسرة. وبداية سوف يتم التصدي لمفهوم الأم البديلة (أولاً) ثم مشروعيتها صورها (ثانياً) ليأتي بعد ذلك موقف المشرع الجزائري من العملية (ثالثاً).

أولاً: مفهوم الأم البديلة

الأم البديلة من المسائل التي نتجت عنها مفاصد كثيرة ومشاكل قانونية متنوعة لذلك يتوجب تعريفها (أ) واستعراض نبذة تاريخية مختصرة عن ظهورها (ب) ثم طبيعتها القانونية (ت).

أ- تعريف الأم البديلة

أو الرحم المستأجر⁽¹⁾، هو استخدام رحم امرأة أخرى لحمل لقيحة مكونة من نطفة رجل وبويضة امرأة، غالباً ما يكونا زوجين، وتحمل الجنين وتضعه⁽²⁾، ليتم تسليمه إلى الزوجين ويقوما برعايته. وهي تقنية حديثة تتم حتماً بوجود تدخل طرف ثالث أجنبي عن العلاقة الزوجية.

وغالباً ما يلجأ الأزواج إلى هذه الطريقة في حالة عقم الزوجة بسبب مرض في رحمها أو عدم وجود رحم لديها، كأن يكون قد أستأصل بسبب مرض ما مع إمكانية التبييض لديها. أو حالة الخنثى التي لم يخلق لها رحم أو لها رحم ولكن به عيوب تمنع حدوث الحمل.

ويُلجأ أيضاً إلى الحمل بالرحم البديل لدواعي جمالية تتعلق بالشهرة والمحافظة على جمال الوجه وشبابه ورشاقة الجسم، أو تجنباً لمتاعب الحمل والولادة والنفاس. وقد تكون دواعي استئجار الرحم أيضاً اقتصادية، تعود إلى تولي المرأة صاحبة البويضة لمنصب راقية تحشى خسارته بسبب الحمل ومتاعبه⁽³⁾.

ب- نبذة تاريخية

في سنة 1978 أسس الدكتور "Richard Levin" مركزاً لعلاج العقم في مدينة "Louisville" بولاية "Kentucky" الأمريكية، فكانت أول محاولة له لتأجير الرحم بعد أن طلب

(1) ولها عدة تسميات؛ فنسمى الأم الحاملة *mère porteuse*، أو الأم المستعارة *mère d'emprunte*، أو الام بالحلول *mère de substitution*، أو الأم بالتفويض *mère par procuration*، وتسمى أيضاً العملية بأبومومة الاستبدال *maternité par substitution*، أو إيجار الرحم *location d'utérus*، أو إعاره الرحم *prêt d'utérus*؛ تشوار جيلالي، الزواج والطلاق... المرجع السابق، ص. 110 وما بعدها؛ المرسي زهرة محمد، المرجع السابق، ص. 157.

(2) أنظر، السبحي محمد عبد ربه محمد، حكم استئجار الأرحام دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص. 28.

(3) أنظر، ضريفي الصادق، الحمل لحساب الغير في الفقه الإسلامي والقانون المقارن بين الحظر والإباحة، مجلة معارف، قسم العلوم القانونية، جامعة البويرة، 2015، السنة 15، غ. 18، ص. 03.

منه زوجان العثور عن أم بديلة لحمل طفل لهما⁽¹⁾. وبعد سلسلة محاولات، في سابقة خطيرة في تاريخ التكاثر والاستنسال؛ تم إجراء عملية تلقيح لبويضة امرأة بنطفة زوجها، وتم زراعة البويضة المخصبة في رحم امرأة أخرى لأن صاحبة البويضة كانت تعاني من مرض في رحمها لا يسمح لها بالحمل. وكان هذا في الولايات المتحدة الأمريكية سنة 1986، وتم الاتفاق مع الأم الحاملة على تسليم الجنين بعد ولادته، لكن السيدة رفضت تسليم الطفل لتعلقها به فرفعت أمرها إلى القضاء لترفض المحكمة القضية وتحكم بتسليم الطفل للأبوين صاحبي البذرتين الجنسيين⁽²⁾.

وفي فرنسا ولدت (Isabelle) أول طفلة من أم بديلة هي (Patricia) وكان ذلك في أبريل 1985⁽³⁾. وقد أثارت عملية تأجير الرحم في الغرب العديد من المشاكل الأخلاقية والاجتماعية والنفسية، منها حالة تعلق الأم الحاملة نفسيا بالجنين فترفض تسليمه لأصحاب البذرتين الجنسيين، وفي حالة أخرى يرفض الأبوين البيولوجيين تسلم الطفل وترفضه أيضا الأم الحاملة لأسباب تعود غالبا إلى ولادة الطفل بتشوهات خلقية⁽⁴⁾.

وسرعان ما وصلت الفكرة إلى أوروبا، ولندن وبعد 1983 تم إنشاء عدة وكالات خاصة للبحث عن الأمهات الحاملات وبمقابل مالي محدد، فيتصل الأزواج المصابون بالعقم بهذه الوكالة لتوقيع عقد مع الأم الحاملة⁽⁵⁾.

وهكذا، اصطبغت الأمومة بالصبغة التجارية، بخضوعها للسمسة والاستثمار، بعد أن كانت محاطة بالتبجيل والاحترام في جميع الأديان والأعراف الأخلاقية، ليصبح الطفل سلعة يباع ويشترى تحت شعار تحقيق أمنية الأسر في الإنجاب⁽⁶⁾.

ت - الطبيعة القانونية لعملية تأجير الرحم

في عملية تأجير الرحم تضع المرأة الحاملة رحمها تحت تصرف الزوجة وهو استغلال واستثمار لجسم المرأة الحاملة التي تقبل بحمل ورعاية الجنين في أحشائها لمدة معينة ليتم تسليمه إلى الأبوين

(1) François GERAUD, Mère porteuse et droit de l'enfant, 2016, p.06 ; <https://hal.archives-ouvertes.fr>, 19/10/2017,20:40.

(2) اسماعيل السمحاوي هيام، المرجع السابق، ص.57.

(3) François GERAUD, op.cit, p.11.

(4) تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، المرجع السابق، ص.110.

(5) François GERAUD, op.cit, p.06.

(6) السبهي محمد عبد ربه محمد، المرجع السابق، ص.36.

البيولوجيين. فإذا كان الاتفاق بدون مقابل فإن العملية شبيهة بالإعارة، أما إذا كان بمقابل نقدي فإن العملية تتشابه بعدة عقود مسماة كعقود الإيجار والعمل والوديعة والمقاوله. وسواء تمت العملية بمقابل أو بدون مقابل فإنها تمس بمبدأ عدم جواز التصرف في جسم الإنسان. وبالنظر إلى مشروعية محل وسبب العملية، لم يتفق الفقه على التوصيف القانوني لها.

فذهب اتجاه أول إلى القول بوجود فكرة العقد في عملية الحمل لحساب الغير، بحيث يرى إعطاء وصف العقد على العلاقة التي تربط الأم الحاملة بالزوجين أصحاب البذرتين الجنسيتين. وبررؤوا موقفهم بما اتجهت إليه بعض التشريعات الحديثة كتشريعات بعض الولايات الأمريكية⁽¹⁾ التي تنظم بنوده وأحكامه⁽²⁾. وقال هذا الرأي بأنه عقد ملزم لجانبين، ومن عقود المعاوضات وعقود المدة، أطلق عليه البعض اسم عقد الاجتنان، ويعرف على أنه "اتفاق تتعهد بمقتضاه الأم البديلة بشغل رحمها بحمل جنين مخلق من النطفة الأمشاج للمستجن لهما، وهما الزوجان اللذان استحال عليهما الإنجاب بسبب إصابة رحم الزوجة، ويترتب عليه التزام كل من الطرفين بما أوجب عليه الآخر"⁽³⁾. ويرى هذا الاتجاه بإمكانية إسقاط أحكام العقد على العملية فجعلوا له أركاناً يقوم عليها وآثار تنتج عنه.

فيتم الرضا بتطابق الإيجاب الصادر من الزوجين أصحاب البذرتين الجنسيتين وقبول امرأة بشغل رحمها بحمل اللقيحة إلى غاية الولادة.

ومحل العقد هو الالتزامات الملقاة على عاتق أطراف العقد باعتبارها دائن ومدين في نفس الوقت، فمحل التزام الزوجان أصحاب النطفة الأمشاج هو دفع المبلغ المتفق عليه، أما محل التزام الأم الحاملة فهو تقديم رحمها حالياً من أي مؤثر على الحمل سواء كان مرضاً أو حملاً آخر⁽⁴⁾.

(1) ولاية نيويورك، كنتاكي، أركونسيس، ونيفادا، تعتبر هذه الولايات أنه يحق للأزواج الذين يسعون إلى الإنجاب اللجوء إلى تأجير الأرحام، في حين تمنع ولايات أخرى في أمريكا هذه الوسيلة للإنجاب وتمنع أيضاً مكاتب الوساطة، كولورادو، فلوريدا، ولويزيان وغيرها التي ترى بأنه يجب احترام شخصية المرأة ومعاملتها كإنسانة لا كوعاء للإنجاب، إبراهيم عطية صالح حسن، عقد إحارة الرحم بين الاباحة والبطلان، المؤتمر الأول لكلية القانون والعلوم السياسية، جامعة ديالي، ص.12، <http://www.law.uodiyala.edu.iq>، 2017/10/21، 00:30.

(2) أنظر، الكعبي هادي حسين والفتلاوي سلام عبد الزهرة، مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية، جامعة بابل، العراق، السنة 7، 2015، ع1، ص.117.

(3) خدام هجيرة، التلقيح الاصطناعي، المرجع السابق، ص.109.

(4) إبراهيم صالح عطية حسن، المرجع السابق، ص.12، <http://www.law.uodiyala.edu.iq>، 2017/10/21، 17:30.

أما ركن السبب، فمن المعلوم أن سبب العقد هو الباعث الدافع إلى التعاقد إذ لولاه لما أقدم المتعاقدان على إبرام العقد، أو هو الغرض المباشر الذي اتجهت إليه إرادة المتعاقدين⁽¹⁾. وسبب عقد تأجير الرحم بالنسبة للمستجّنّ لهما هو الحصول على مولود بواسطة الأم البديلة ونسبته إليهما. أما سبب تعاقد الأم البديلة فهو غالباً الحصول على مبلغ مالي إذا كان بمقابل أو بذل رحمها لمجرد مساعدة الزوجان في الحصول على الولد إذا كانت العملية تبرعاً منها⁽²⁾.

وبالنسبة لالتزامات أطراف عقد تأجير الرحم، فيرى أنصار هذا النهج-تأجير الرحم عقد- أنه عقد ملزم لجانبين يفرض التزامات متقابلة على طرفيه نلخصها كالآتي:

تتمثل التزامات الأم البديلة في تقديم رحمها خالياً من حقوق الغير عليه، وذلك بأن لا يكون مشغولاً بحمل آخر، وأن تكون سليمة من الأمراض المعدية والخبثية، وعدم تعريض الجنين للمخاطر كالرياضة العنيفة أو الإجهاض المتعمد⁽³⁾. والتزام الأم البديلة بالمحافظة على الجنين هو التزام يقع عليها من وقت إبرام العقد لا من وقت زرع اللقيحة في رحمها⁽⁴⁾. وتتمثل أيضاً في الالتزام بالمحافظة على الجنين، وبذل العناية اللازمة من أجل سلامة الحمل، وإتباع كافة التعليمات الطبية وإجراء التحاليل بصفة منتظمة، قبل عملية التلقيح إلى الوضع⁽⁵⁾.

وتلتزم أيضاً الأم البديلة بتسليم المولود إلى أصحاب النطف⁽⁶⁾، وفي المكان المتفق عليه، ولا يجوز لها المطالبة بأي حقوق على الطفل، ويقع عليها واجب المحافظة على سرية العملية متى طُلب منها ذلك. وفي حالة وفاة أحد الزوجين تلتزم الأم الحاملة بتسليم المولود إلى الحي من الأبوين

(1) أنظر، السنهوري أحمد عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ج1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د.س.ن، ص. 414.

(2) اسماعيل السمحاوي هيام، المرجع السابق، ص. 445.

(3) إخلالاً بالتزام تقديم الرحم خالياً من حمل آخر حدثت حالة غريبة لاستئجار الرحم قامت بها سيدة إيطالية تدعى انجيلينا في سبتمبر 1996 التي وافقت على تحويل رحمها إلى حمل جماعي، فحملت بجنينين في وقت واحد، ومن أبوين مختلفين، وتمت العملية في أحد مستشفيات سويسرا على يد الدكتور "بيلوتا" وأعلن هذا الأخير أن الولادة ستكون طبيعية في جوان 1997 وأن تمييز اللجنة سوف يكون بطريق فصائل الدم؛ اسماعيل السمحاوي هيام، المرجع السابق، ص. 58؛ الكعبي هادي حسين والفتلاوي سلام عبد الزهرة، المرجع السابق، ص. 124.

(4) خدام هجيرة، التلقيح الاصطناعي، المرجع السابق، ص. 119.

(5) زيري بن قويدر، المرجع السابق، ص. 78.

(6) حكمت عدة محاكم أمريكية وفرنسية بتسليم المولود إلى أبويه البيولوجيين، منها محكمة Orang بكاليفورنيا التي أصدرت حكماً بتاريخ 1990/10/22 يقضي بمصلحة الطفل في تسليمه لأبويه البيولوجيين، وكذلك حكم محكمة نيوجرسي بأمريكا، وأصدرت محكمة استئناف باريس بتاريخ 1990/06/15 حكماً بالتبني لصالح زوجة الأب صاحب الطفلة، وكلها أحكام تنتزع الطفل من أمه التي حملته وولدت له لتسلمه للأبوين البيولوجيين، الكعبي هادي حسين والفتلاوي سلام عبد الزهرة، المرجع السابق، ص. 126.

البيولوجيين، وفي حالة وفاتهما معا فيسلم للوصي له بذلك، وإن لم يوجد فيسلم لمن هو أقرب إليه درجة من الأحياء على أن يتم تسليم المولود إلى ذويه في نفس يوم ولادته أو في أقرب وقت منه⁽¹⁾. كما أن اتفاق الحمل لحساب الغير قد يكون بصفة مباشرة بين الأم البديلة والمستفيدين أو غير مباشرة بتدخل مكاتب وساطة، وهذه الأخيرة قد تكون ذات طابع تجاري أو ذات طابع خيري تضامني⁽²⁾.

ويلتزم الزوجان "المستجّرّ لهما" يتحمل كافة النفقات للأم الحاملة من بداية الفحص والتحليل ما قبل إجراء العملية وأثناء مراحل الحمل، وتوفير كل نفقات الغذاء والمسكن إلى غاية الولادة، مع التكفل بكل ما يلزم الأم الحاملة حتى ما بعد الولادة خلال مدة ثمانية (8) أسابيع، والوفاء بالأجر المتفق عليه⁽³⁾.

كما يلتزمان بتسلم المولود بعد الولادة، والمحافظة على سرية العملية إذا طلبت الأم البديلة ذلك، بالإضافة إلى التعويض عن الأضرار الناتجة عن الإجهاض غير الإرادي⁽⁴⁾. في حين يرى أنصار الاتجاه القائل بعدم وجود فكرة العقد في الحمل لحساب الغير، أن الاتفاق بين الزوجين والأم الحاملة لا يمكن أن يشكل عقدا، وأن الأمر لا يعدو أن يكون مجرد تفاهم على وضع معين، ولا يمكن أن يرتب التزامات في ذمة الطرفين، لأن رحم المرأة غير قابل للبذل والإباحة وبهذا الوصف لا يجوز أن يكون محلا للترع أو التصرف بمعاوضة⁽⁵⁾.

(1) أنظر. مروك نصر الدين، الأم البديلة بين القانون المقارن والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، م.ج.ع.ق.ا.س، 1999، ج37، ع4، ص.55.

(2) لمزيد من التفاصيل حول هذه المكاتب، راجع خدام هجيرة، التلقيح الاصطناعي...، المرجع السابق، ص. 111 وما بعدها.

(3) أنظر، مروك نصر الدين، الأم البديلة بحين القانون والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص.55؛ خدام هجيرة، التلقيح الاصطناعي...، المرجع السابق، ص.120.

(4) خدام هجيرة، نفس المرجع، ص. 120.

(5) أنظر، بلعباس أمال وبن عزيزة حنان، التكييف القانوني لعملية تأجير الرحم، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، جامعة مسيلة، كلية الحقوق، 2017، ع4، ص.193.

وأضاف هذا الفريق، أن العقد باطل من أساسه لبطلان محله وهو الجسد الإنساني الآدمي الذي يخرج من دائرة التعامل، وهو رأي الدكتورة حميدو زكية⁽¹⁾ والدكتور تشوار جيلالي⁽²⁾ والدكتور أحمد الغندور⁽³⁾، والدكتور المرسي زهرة محمد⁽⁴⁾، والدكتور بلحاج العربي⁽⁵⁾ وغيرهم. والعملية تعتبر باطلة ومخالفة للنظام العام الجزائري لانطوائها على سبب ومحل غير مشروعين يجعلان القعد باطلا بطلانا مطلقا.

وحتى في الأنظمة القانونية التي تنظم عقد تأجير الرحم فإن الحلل متوقع في الوفاء بالالتزامات لاسيما تلك التي تتحملها الأم البديلة. فغالبا ما نجد مشاكل في الإخلال بتسليم المولود وغير ذلك، لأن التنازل عن وليدها منافي لغريزة الأمومة وبالترامها الطبيعي الذي يتمثل في احتضان وتربية ولدها، وبالتالي لو تمعنا في هذه الالتزامات نجد أنها لا تستند إلى أي قاعدة قانونية ولا حتى مبادئ العدالة، لذلك لا يمكن أن تكون ملزمة لأطرافها.

ثانيا: مشروعية صور الحمل لحساب الغير

وضع العلماء الحكم الشرعي لكل صورة من صور تأجير الأرحام، وقد اتفقوا على تحريم بعض الصور واختلفت فتواهم في البعض الآخر، وتتعدد صور هذه العملية بتعدد أسباب العقم لدى الزوجة، فوجدت لها عدة فروض، يتم تقسيمها بأبسط صورها وبحسب ما إذا كانت الأم البديلة أجنبية عن الزوجين (أ) أو أنها زوجة ثانية للزوج (ب).

أ- الصورة الأولى: حالة الأم البديلة أجنبية عن الزوجين

وتندرج تحت هذه الصورة ثلاثة صور فرعية:

1- تلقيح بويضة الزوجة بماء زوجها وزرع اللقيحة في رحم امرأة أجنبية

ويلجأ الزوجان إلى هذه الصورة في حالة استئصال رحم الزوجة أو أنه موجود ولكن مصاب بمرض يمنع أو يعيق الحمل، وفي المقابل يكون الزوج سليما بيولوجيا وقادر على الإنجاب. وهي صور محرمة بلا خلاف، لعدم وجود عقد زواج بين الأم الحاملة وزوج صاحبة البويضة⁽⁶⁾، وقد حرمها مجمع

(1) حميدو زكية، شروط التلقيح الاصطناعي...، المرجع السابق، ص.96.

(2) تشوار جيلالي، الزواج والطلاق...، ص.115-116.

(3) الكعبي هادي حسين والفتلاوي سلام عبد الزهرة، الرجع السابق، ص.115.

(4) المرسي زهرة محمد، المرجع السابق، ص.181.

(5) بلحاج العربي، أحكام الزوجية...، المرجع السابق، ص.695.

(6) السبحي محمد عبد ربه محمد، المرجع السابق، ص.40.

الفقهي الإسلامي في دورته الثامنة بمكة المكرمة عام 1985⁽¹⁾، وهو رأي جمهور العلماء المسلمين المعاصرين نذكر منهم جاد الحق علي جاد الحق، ومحمد سيد الطنطاوي، ومصطفى الزرقا، وغيرهم⁽²⁾.

2- تلقيح بويضة امرأة أجنبية عن الزوج بمائه، ثم إيداع اللقيحة في رحم صاحبة البويضة أو رحم امرأة أخرى

وترجع أسباب اللجوء إلى هذه الصورة إلى انعدام المبايض عند الزوجة أو أنها موجودة مع خلل في وظيفتها أو أن الزوجة بلغت سن اليأس، إضافة إلى أنها مصابة في رحمها أو مستأصل كلية، ولا يمكنها أن تحمل⁽³⁾.

وهي صورة محرمة بلا شك لأن ماء الرجل أجنبي عن صاحبة البويضة، وهي طريقة محرمة ولو زرعت اللقيحة في رحم صاحبة البويضة لأنها شبيهة بالفاحشة ولها نفس آثار الزنا شرعا، وقد حرمها المجمع الفقهي الإسلامي في دورته الثامنة بمكة المكرمة عام 1985.

3- أن يقوم الزوجان بشراء بويضة ملقحة مجمدة وزرعها في رحم امرأة أجنبية

وهي حالة يشبهها البعض بالتبني، إلا أنه ليس تبني بالمعنى الدقيق فالزوجان يشتريان جنينا مجمدا بهدف تبنيه بعد ولادته وهي أسوأ من التبني من حيث النشأة والآثار، وهي طريقة محرمة بلا شك لأن النطف غريبة عن الزوجين وعن الأم الحاملة أيضا.

ب- الصورة الثانية: حالة الأم البديلة زوجة ثانية للزوج

بمعنى أنه يتم تلقيح بويضة الزوجة بماء زوجها، ثم إيداع اللقيحة في رحم زوجة ثانية لنفس الزوج، فهو تطوع من ضررتها بالحمل إذا كانت الزوجة الأولى غير قادرة على الحمل والولادة بسبب استئصال رحمها، وهذه الصورة تفترض تعدد الزوجات لرجل واحد⁽⁴⁾. وهي طريقة كان قد أجازها المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة في قراره الخامس المتعلق بالتلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب الصادر في الدورة السابعة عام 1404هـ عام 1985⁽⁵⁾، ليتراجع عن هذا القرار في دورته اللاحقة في قراره الثاني لدورته الثامنة عام 1405، معللا موقفه بحجج نلخصها في:

(1) قرار 02 بشأن التلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيب، الدورة 08، سبق ذكره.

(2) أنظر، الخولي هند، تأجير الأرحام في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، 2011، مجلد 27، ع3، ص.283.

(3) زيري بن قويدر، المرجع السابق، ص. 76.

(4) مامون عبد الكريم، المرجع السابق، ص. 80.

(5) قرار رقم 02، الدورة 8 من مجمع الفقهي الإسلامي، سبق ذكره.

أن الزوجة-مثلا- الثانية التي زرعت في رحمها لقيحة زوجها وزوجته الأولى، قد تحمل ثانية قبل انسداد رحمها على حمل اللقيحة من معاشرة الزوج لها في فترة متقاربة مع زرع اللقيحة، ثم تلد توأما ولا يعلم ولد اللقيحة من ولد معاشرة الزوج لها.

ولكن، احتمال حمل الأم البديلة-الزوجة الثانية-من زوجها هي الأخرى وإن كان واردا من الناحية النظرية فإنه مستبعد من الناحية العملية، لأن عملية زرع اللقيحة تحتاج إلى تحضيرات تمنع اتصال الزوج بزوجه ولا تخرج من المستشفى إلا بعد أن يكون المبيض قد أغلق بعد العلوق، لذلك فإن الحمل الثاني مستبعد عمليا. كما يمكن للأطباء الإيضاء باعتزال الزوجة في الأيام الأولى لزرع اللقيحة⁽¹⁾.

لذلك، فإن حرمة العملية لا تكمن في اختلاط الأنساب من جهة الأم لأن ذلك أصبح من الممكن تجاوزه بتحليل البصمة الوراثية، وإنما تكمن في أن الزوجتان غريبتان عن بعضهما ولا يجوز زرع بويضة إحداهما في رحم الأخرى ولو كانتا في عصمة نفس الزوج ولو كانت العملية تبرعا.

كما أن المرأة لا تملك تأجير أو إعارة رحمها، لا تباح بالإباحة، لأن الرحم يدخل في موضوع الفروج، والأصل في الفروج الحرمة⁽²⁾، لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ ۗ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ ۗ فَمَنْ أَبْتَغَىٰ وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ ۗ﴾⁽³⁾.

وعليه، فإن المفاصد المترتبة عن تأجير الرحم كثيرة، لذلك يكاد يجمع الفقهاء على تحريمها، لأنها تؤدي بالمرأة التي تحتاج إلى المال إلى توظيف رحمها باستمرار وشغله بالحمل، ولا يخفى علينا مخاطر الحمل المتتالي على صحة المرأة، وهو ما يتعارض مع مصلحة حفظ النفس. كما أنها تؤدي إلى تجزئة الأمومة، لأن الطفل ينشأ بيولوجيا من زوجين وينمو في رحم امرأة غريبة تقوم بعملية الولادة، ناهيك عن اختلاط الأنساب من جهة الأم والأب.

(1) السبحي محمد عبد ربه محمد، المرجع السابق، ص.48.

(2) السبحي محمد عبد ربه محمد، المرجع السابق، ص.43.

(3) سورة المؤمنون، الآيات من رقم 05 إلى 07.

ثالثا: موقف القانون الجزائري من الحمل لحساب للغير

تكملة لشروط التلقيح الاصطناعي، ورد في الفقرة الأخيرة من المادة 45 مكرر من ق.أ. منع صريح من استخدام رحم امرأة غير رحم الزوجة للحمل بنصها: "لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة". وبالتالي تعتبر عملية تأجير الرحم بكل صورها غير جائزة في القانون الجزائري.

كما حصر قانون الصحة عمليات التوالد الصناعي بين الزوجين دون غيرهما في المادة 371، والمادة 374 التي نصت على أنه يمنع البيع والتبرع وتداول البويضات لأم بديلة أو امرأة أخرى كانت أختا أو أما أو بنتا.

وعن حمل الضرة لقيحة ضررتها فكان موقف قانون الصحة صريحا في المادة 374 يمنع تداول البويضات حتى بين الزوجات الضرات.

وقد استعمل المشرع الأسري مصطلح الأم البديلة وهو مصطلح دقيق يتماشى مع نصوص قانون الأسرة التي تنص على أن الأم هي التي تلد وليست الأم البيولوجية صاحبة البويضة (المواد 41، 42، 43 من ق.أ.).

وأن منع الزوجين من اللجوء إلى الأم البديلة إنما هو مستمد من موقف الشريعة الإسلامية التي حرمت هذه الوسيلة في الإنجاب بكل الطرق، ويعتبر حمل الزوجة لقيحة لضررتها أيضا غير جائز. فالمشرع منع الوسيلة بكل أنواعها ولم يستثني صورة معينة، لأن وسيلة تأجير الرحم توقعنا في مشاكل قانونية لا حدود لها ومشاكل أخلاقية واجتماعية خطيرة تهدم نظام الأسرة واستقرارها الاجتماعي⁽¹⁾.

ولا يمكن أن يكون الاتفاق بين الأم البديلة والزوجان أصحاب البذتين الجنسيين عقدا لأنه ينشأ باطلا من أساسه، فمحلله (المواد 93 و 94 من ق.م) وسببه (المادة 97 ق.م) غير مشروعين، لأن محله متعلق بالجسم البشري وسببه مخالف للنظام العام.

ويقول بعض العلماء بأن الحمض النووي الموجود في نواة الخلية هو أيضا موجود في السيتوبلازم، وهذا الجزء من الحمض النووي شديد التأثير بالمحيط وهو الرحم، وينتج عن ذلك، أنه

⁽¹⁾ بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 697.

بإمكان المرأة الحَمَّالة أن تنقل بعضاً من صفاتها الوراثية إلى الجنين المخلوق من غير بويضتها⁽¹⁾. ومنع أيضاً قانون الصحة في المادة 374 تداول السيتوبلازم.

والعملية مهما أطلقت عليها من تسميات، فهي باطلة في النظام القانوني الجزائري وإن كانت عقداً طبقاً لآراء البعض فهو ينشأ باطلاً، كما أنها تتعارض مع أحكام الزواج الذي يتم بين رجل وامرأة ولا يمكن لطرف ثالث أن يتدخل في الحمل والتناسل (المادة 04 من ق.أ.) وهذا حفاظاً على كيان الأسرة وإبقائه في الإطار الشرعي.

وغير بعيد عن الأم البديلة، توصل التطور العلمي إلى إمكانية أن يكون وعاء حمل الجنين ليست رحماً لامرأة، وإنما لرجل أو آلة فما مدى صحّة ذلك؟ وما حكم الشرع والقانون في هذه العمليات؟

الفرع الثاني

حقيقة حمل الرجل والحمل بواسطة الرحم الصناعية

حضيت الأمم بالتهجيل في كل الأديان السماوية، ثم رفع، وعظّم الإسلام مكانتها، وقد اختص الله سبحانه وتعالى الأنثى بشرفها، وفعلاً أثبتت صبرها وتحملها وقدرتها على القيام بأدوارها. غير أن الإعلام روج لما يخالف هذه الفطرة، فانتشرت صور لرجل حامل ثم ولد طفلاً أولاً وثاناً وثالثاً. وأكثر من ذلك يتحدث مختصون عن إمكانية نمو الجنين خارج الجسم البشري. هذا ما شدنا إلى البحث عن حقيقة حمل الرجل (أولاً)، والحمل بواسطة الرحم الصناعية (ثانياً)

أولاً: حقيقة حمل الرجل

من عبث العلم بالجسم البشري، أنه تم التوصل إلى إمكانية حمل الرجل للجنين بدلاً عن المرأة، وتتم بأخذ بويضة من الزوجة أو من الغير، وتؤخذ الحيوانات المنوية من الرجل الذي سوف يقوم بعملية الحمل أو من رجل غيره، وترزع اللقيحة في أي رجل يتعاطى هرمونات الأستروجين والبروجسترون التي تحدث تغيرات في المرحلة الأولى من الحمل. ومثل هذا العلاج تتلقاه المرأة التي ليس لديها مبيض يؤدي وظائفه، ليولد الطفل بعملية قيصرية بشق جدار بطن الرجل ويقول الخبراء بأنها عملية لا تحتاج مخاطرة أكثر من أي عملية قيصرية تجري في حالة الحمل خارج الرحم⁽²⁾.

⁽¹⁾ وهذا قول العديد من الأطباء كالدكتورة إكرام عبد السلام والدكتور محمد الفياض والدكتور إبراهيم بدران والدكتور جمال أبو السرور وغيرهم؛ الخولي هند، المرجع السابق، ص. 292.

⁽²⁾ زياد أحمد سلامة، المرجع السابق، ص. 117.

والأشخاص الذين ينادون لحمل الرجل، إنما هدفهم هو التوصل إلى إمكانية الإنجاب للشواذ بعد تصريح القوانين لهم بالزواج والسماح لهم بتكوين أسرة، كحالة زواج المثليين وزواج المغير الجنسي، وكذلك بعض الحالات النادرة للخنثى المشكل أين لا يوجد رحم للقيام بعملية الحمل. ويدعي الأطباء بأن الرجل بإمكانه أن يحمل، وذلك بزرع جنين في أطواره الأولى من الحياة ومعه مشيمة في جدار البطن أو الأمعاء للرجل، وهو ما يشكل خطرا إلى حد الوفاة للرجل الحامل لأن البطن ليست مصممة للانفصال عن المشيمة أثناء الولادة⁽¹⁾.

وهذه الأبحاث كانت نتيجة تساهل قوانين الدول الغربية في عمليات تغيير الجنس مما نتج عنه خروج عن الفطرة، فانخرقت محاولات البحث عن الحمل خارج الرحم للمرأة وإيجاد حلول علمية وطبية للعقم، وتحقيق حلم الأمومة إلى تحقيق هذا الحلم لرجل تحول إلى أنثى بعملية تغيير جنسه. لكن، هذه الفرضيات ليست هي الحقيقة العلمية، فإمكانية الحمل خارج الرحم في الأصل هي للأنثى، وما تم تداوله من طرف وسائل الإعلام هو حمل رجل كان أصله أنثى فأجرى عملية تغيير جنسه ليتحول إلى رجل في مظهره الخارجي مع تعاطيه لهرمونات الذكورة، ويحتفظ بالرحم. وبمجرد التوقف عن تعاطي الهرمونات يرجع الرحم إلى نشاطه الطبيعي. لذلك يستطيع هذا الرجل المتحول أن يحمل بصفة طبيعية لتتم الولادة بعملية قيصرية ليعود بعد ذلك لتعاطي التستسترون ليحافظ على رجولته المصطنعة، وكانت هذه حالة "توماس بيتي" الذي يبلغ 38 عاما متحول جنسيا، وزوجته عقيمة فحمل بدلا عنها لعدة مرات⁽²⁾. وأول ولادة كانت سنة 2008 أنجب من خلالها طفلة سماها سوزان⁽³⁾.

وكما هو معلوم، وبديهي، فإن الحمل يكون في الرحم، والتكوين الفيزيولوجي للرجل لا يسمح له بالحمل لأنه لا يملك رحما، وقال تعالى: ﴿اللَّهُ يَعْلَمُ مَا تَحْمِلُ كُلُّ أُنْثَىٰ وَمَا تَغِيضُ الْأَرْحَامُ وَمَا تَزْدَادُ وَكُلُّ شَيْءٍ عِنْدَهُ بِمِقْدَارٍ﴾⁽⁴⁾. بمعنى أن الحمل تختص به الأنثى والرحم وتغيض بالوضع لأقل من تسعة أشهر أو تزيد عن ذلك. والادعاء بأن الرجل يحمل هو افتراء على خلق الله تعالى وهو

⁽¹⁾ الرجل الحامل بين الكذب والحقيقة؛ <http://www.mashahed.info/8201> ، 2017/10/17 ، 17.00.

⁽²⁾ Pregnant man vows to continue fighting for divorce with new girlfriend by his side so he can prove to his three children that his transgender marriage was legitimate ; <http://www.dailymail.co.uk/news/article-2303138> ، 17/10/2017 ، 19.00.

⁽³⁾ الرجل الحامل بين الكذب والحقيقة؛ <http://www.mashahed.info/8201> ، 2017/10/17 ، 19.30.

⁽⁴⁾ سورة الرعد، الآية رقم 08.

خرافة لا غير. لأن الرجل الذي له هيئة رجل وظهر حاملا ونشر صور الولادة هو في الأصل أنثى له كروموزومات أنثوية وله رحم ومبيضين وحول شكله الخارجي، وطبيعي جدا أن يحمل ويلد بمجرد تعاطي بعض الأدوية.

هذا من الناحية الشرعية، أما من الناحية القانونية فإن الرجل الحامل لا نجد له مركزا في النظام القانوني الجزائري، والنصوص القانونية في قانون الأسرة الجزائري تتحدث عن الأمومة الفطرية والشرعية أين تقوم الزوجة بالحمل والوضع لينسب للزوج بالشروط القانونية وهذا في المواد من (40 إلى 45 من ق.أ).

وحتى لفظ الأم الوارد في قانون العقوبات يطلق على المرأة دون الرجل، وذلك مثلا في المادة 261 منه التي تنص على جريمة قتل الأم لابنها حديث العهد بالولادة، وكذلك المادة 304 التي تنص على جريمة إجهاض المرأة وليس الرجل.

ولئن كان حمل الرجل يتم داخل الجسم البشري، بحيث يتغذى الجنين منه وينمو فيه، فإن العلم يتحدث عن إمكانية الاستغناء عن جسم الإنسان لحمل اللقيحة وتعويضه بالآلة.

ثانيا: الحمل بواسطة الرحم الصناعية (الآلة)

في تطور خطير للتوالد الصناعي، واكتمال للخيال العلمي، أن يتم الحمل والإنجاب دون رحم المرأة، فجهود العلماء تتوجه لمحاولة التوصل إلى اختراع رحم صناعي يقوم بالحمل، وهو ما يزيد في غموض معنى الأمومة فيصبح طفل الإنسان كصوص الطيور⁽¹⁾. وتلك كانت من نتائج تقدم بحوث دور الحاضنات الاصطناعية في اكتمال نمو الرضيع الخديج أي الذي ولد قبل أوانه، فتوفر له الحاضنة جوا مماثلا لرحم أمه من حرارة وتغذية وتنفس ومد بالأوكسجين وطرح لغاز الكربون. وقد تمكن علماء من تطبيق التقنية على حملان خدج غير مكتملة النمو حملتهم أمهاتهم لمدة 23 أسبوعا فقط ووضعت في رحم صناعي وتتغذى بحبل وهذا تم في مستشفى "فيلاديفا" الأمريكية⁽²⁾.

والدراسات مستمرة في تطبيق التقنية على بني البشر، وأبحاث العملية الإنجابية تجري نحو سيطرة الإنسان سيطرة كاملة على عملية التكاثر، ولحد الساعة تبقى الرحم الصناعية صورة افتراضية يمكن تحقيقها بعد تأكيد العلماء على تجاربهم، خاصة تلك التي قام بها الدكتور "دانييل بروتشي" عام

⁽¹⁾ السبحي محمد عبد ربه محمد، المرجع السابق، ص.38.

⁽²⁾ Marie -Céline JACKIER, Un utérus artificiel pour grands prématurés réussit son premier test; <http://www.futura-sciences.com>, 27/10/2017/22:00.

1960 بحيث حصل على أجنة وجعلها تنمو في رحم صناعي من الزجاج وقال "بتروتشي" بأن أحد الأجنة عاش تسعة وخمسين 59 يوماً⁽¹⁾.

والحمل بالآلة يتم بتلقيح بويضة الزوجة بنطفة زوجها خارجياً، تماماً كعمليات التلقيح الاصطناعي الخارجي وتوضع اللقيحة في رحم صناعي يوفر له كل معطيات الحياة ومشيمة صناعية، لينمو الجنين ويولد من الرحم الصناعي⁽²⁾.

ولم يتعرض أحد من الفقهاء لهذه المسألة كونها تبقى افتراضية لم تحصل على أرض الواقع، ويرى الأستاذ زياد أحمد سلامة بأن العملية مباحة شرعاً فإذا جاز التقاء بويضة الزوجة ونطفة الرجل خارج رحم الزوجة لأيام فما المانع من إبقاء هذه اللقيحة خارج الرحم طيلة مدة الحمل؟

وقد نجح العلم الحديث في صنع رحم صناعي لاكتمال نمو الجنين، ولكنه لم يسجل نمو جنين من لحظة التلقيح إلى الولادة، لأن الثدييات التي منها الإنسان لها ميزة أساسية هي أن نمو البويضة الملقحة لا يتم إلا داخل رحم المرأة إلى غاية الولادة⁽³⁾، لقوله تعالى: ﴿ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَّكِينٍ﴾⁽⁴⁾.

ولنفترض نجاح العملية بعد جهود العلماء فإن مخاطرها وسلبياتها تفوق كثيراً ميزتها في تحقيق حلم الأمومة، فابن من هذا هل نقول بأنه ابن صاحبة البويضة أم أنه ابن الآلة؟ في الحقيقة، وبالنظر إلى شروط التلقيح الاصطناعي التي وضعها مجمع الفقه الإسلامي فإنه لا مانع من تخصيص البويضة خارج الرحم بنطفة الزوج متى وجدت حاجة ملحة، وحاجة الزوجة إلى الإنجاب هي حاجة شرعية وملحة، والرحم الآلة إذا اتخذت الاحتياطات اللازمة لن يكون هناك اختلاط في الأنساب. بل أن الأمر المحرم هو تدخل أجنبية عن العلاقة الزوجية لحمل اللقيحة في رحمها.

وبالرجوع إلى الشروط القانونية الواردة في المادة 45 مكرّر من ق.أ فإن شرعية العملية متعلقة بوجود عقد زواج شرعي بين صاحبة البويضة والرجل صاحب النطفة وأن يكونا على قيد الحياة وقت

(1) زياد أحمد سلامة، المرجع السابق، ص. 109-110.

(2) فرج محمد محمد سالم، المرجع السابق، ص. 511.

(3) فرج محمد محمد المرجع نفسه، ص. 512.

(4) سورة المؤمنون، الآية رقم 13.

التلقيح، ولحد تلقيح البويضة تعتبر العملية مشروعة، ولكن زرع البويضة في آلة هو الذي يثير الاشكال.

وأضاف المشرع في الفقرة الأخيرة من المادة 45 مكرّر من ق.أ، أنه لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة، والسؤال المطروح هنا هو: هل الآلة أو الرحم الصناعية أم بديلة؟ وما علاقة الرحم الصناعي بالولد؟

في الحقيقة، لا يمكن اطلاق لفظ أم على آلة، ولن تكون أبداً أما بديلة، فهي رحم صناعية توفر تغذية للجنين مشابهة للرحم الطبيعية ولكن غير مرتبط بجسم الإنسان، ولا تقوم بعملية الولادة كما تقوم به المرأة.

فالعملية جد معقدة من الناحية المادية وكذلك حكمها الشرعي والقانوني، وفي انتظار نتائج الأبحاث في هذا الشأن، على الفقه الإسلامي والقانوني الاجتهاد لوضع الأحكام المناسبة لإبقائها في الإطار المشروع أو تحريمها ومنعها بل وتجرئها متى تم التنبؤ بمفاسدها على الطفل والأسرة والمجتمع. ويتعدد أسباب العقم تعددت الأبحاث التي تستهدف علاجه، فبعد التلقيح الاصطناعي، والبحث عن رحم بديل، توصل الأطباء إلى إمكانية زرع الأعضاء التناسلية لتحقيق حلم الإنجاب وهو ما سوف يتم دراسته في المطلب الموالي.

المطلب الثالث

الإنجاب باللجوء إلى زرع الأعضاء التناسلية البشرية

من المسلم به، أن فقدان الأعضاء التناسلية أو إصابتها بمرض خطير عند الرجل أو المرأة على حد سواء يشكل عائقاً أمام إمكانية الإنجاب والتناسل الطبيعي، إلا أن هذا العجز أمكن تجاوزه بتطور العلوم الطبية فقد تمكن الطب من إمكانية استقطاع الأعضاء وإعادة زراعتها. وإن كانت مسألة زراعة الأعضاء البشرية لا تشكل تعارضاً مع الشرع والقانون متى روعيت الشروط المنصوص عليها، إلا أن تطبيقها في علاج العقم بزراعة الأعضاء التناسلية يشكل عدة مخاطر، ومشاكل أخلاقية ودينية وقانونية. فهل يمكن الإنجاب بزرع غدد تناسلية كالمبيض والخصية أو بزرع الرحم؟ وهل يجوز للزوج المحبوب زراعة عضو ذكري مقتطع من ميت أو من متبرع حي؟ هذا ما سيتم التقصي عنه من خلال البحث عن المقصود بزرع الأعضاء التناسلية ودوافع العملية(الفرع الأول)، وتحديد الأعضاء

التناسلية القابلة للزرع (الفرع الثاني) ثم حكم الشريعة الإسلامية في زرع الأعضاء التناسلية (الفرع الثالث) وأخيراً موقف القانون من زراعة الأعضاء التناسلية (الفرع الرابع).

الفرع الأول

المقصود بزرع الأعضاء التناسلية البشرية ودوافع العملية

بداية، يتم البحث عن المقصود بزرع الأعضاء التناسلية (أولاً) ثم دوافع عمليات زرع الأعضاء التناسلية (ثانياً).

أولاً: المقصود بزرع الأعضاء التناسلية

استعملت بعض التشريعات مصطلح نقل العضو لتشمل النزع والزرع، ومثال ذلك الفقرة 7 من المادة الأولى من القانون القطري رقم 15 لسنة 2015 بشأن تنظيم ونقل وزراعة الأعضاء البشرية⁽¹⁾، وقانون الانتفاع بأعضاء جسم الإنسان رقم 23 لسنة 2000 الأردني⁽²⁾. واستعمل قانون الصحة الجزائري مصطلحي النزع والزرع بالتلازم، وتُعنون الأبحاث غالباً بزراعة الأعضاء البشرية ليكون مضمونها النزع والزرع معاً. ويستعمل القانون أيضاً مصطلح اقتطاع، واستئصال، وإزالة العضو بدل نزع العضو. كما قد يستعمل الغرس بدل الزرع كما في الفقرة 6 من المادة 2 قانون الانتفاع بأعضاء جسم الإنسان الأردني التي جاء فيها: "نقل العضو هو نزعه أو إزالته من جسم الإنسان حي أو ميت حسب مقتضى الحال وتصنيعه أو غرسه في جسم إنسان حي آخر".

ويؤيد بعض الفقه استعمال المشرع الأردني لمصطلح الغرس بدل الزرع، ذلك أن الغرس في اللغة العربية هو إثبات الشيء المغروس في مكان الغرس، أما الزرع فيفيد طرح البذرة⁽³⁾.

ويقصد بنقل الأعضاء، عملية استئصال عضو سليم أو أنسجة قابلة للنقل من جسد المتبرع ليتم زرعها في جسد المستقبل ليقوم هذا العضو المزروع بمهام العضو التالف⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ القانون رقم 2015/15، مؤرخ في 2015/08/19، بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية يعدل ويتمم القانون رقم 1997/21، الجريدة الرسمية لدولة قطر، مؤرخة في 2015/09/30، ع16، ص15 وما بعدها.

⁽²⁾ القانون رقم 23-1977، يتعلق بالانتفاع بأعضاء جسم الإنسان، المعدل بالقانون رقم 23-2000، مؤرخ في 2000.

⁽³⁾ أنظر، صافي محمد أمين، انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حياً أو ميتاً، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، رابطة العالم الإسلامي، 1988، ج1، ع4، ص125.

⁽⁴⁾ أنظر، بوشي يوسف، المرجع السابق، ص126.

وقد تم تعريف العضو بأنه: "جزء متميز من مجموع الجسد سواء كان لإنسان أو لحيوان كاليد والرجل والأذن والأنف واللسان..."⁽¹⁾. نلاحظ أن هذا التعريف جمع بين عضو الإنسان وعضو الحيوان.

وعرف المجمع الفقهي الإسلامي العضو البشري بأنه: "أي جزء من الإنسان، من أنسجة وخلايا ودماء ونحوها كقرينة العين، سواء أكان متصلاً به أو منفصلاً عنه"⁽²⁾. نلاحظ أن تعريف المجمع الفقهي الإسلامي للعضو جاء واسعاً، ليشمل بذلك كل مكونات الجسم البشري من خلايا وأنسجة، الظاهرة والباطنة، السائلة والصلبة.

الملاحظ إذن، أن التعاريف ركزت على العضو كجزء من الجسد، لكن البحث عن تعريف العضو في مجال زراعة الأعضاء البشرية يجب أن يركز على وظيفة العضو العلاجية بالنسبة للمستقبل، وفي نفس الوقت عدم الإضرار بوظائف الجسد المتبرع بالعضو. لذلك، عرّف أهل الطب العضو بأنه: "مجموعة من الأنسجة تعمل مع بعضها البعض لتؤدي وظيفة معينة، مثل المعدة تحوي الطعام وتضممه، ومثل الكبد والكلية والدماغ والأعضاء التناسلية والقلب... وإذا كان العضو البشري عبارة عن مجموعة من الأنسجة، فإنها تعرف هي الأخرى: مجموعة الخلايا التي عندما تعمل مع بعضها البعض تؤدي وظيفة معينة. أما الخلية فهي: أصغر وحدة في المواد الحية"⁽³⁾.

وسواء نص القانون على تعريف العضو أم لم ينص عليه، فإن المعمول به هو التعريف الطبي لأنه يتضمن ضوابط نزع وزرع العضو التي تقوم أساساً على عدم الإضرار بالجسم المنزوع منه وعلاج الجسم المزروع فيه.

ولم يرد في القانون 18-11 المتعلق بالصحة نص يعرف العضو، لكن من خلال النصوص الناظمة لعملية زراعة الأعضاء، نجد بداية أطلقت على القسم الأول من الفصل الرابع أحكام تتعلق بنزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية. وجاء في المادة 355 منه: "لا يجوز نزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية وزرعها إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية وضمن الشروط المنصوص عليها

⁽¹⁾ أنظر، هامل فوزية، الحماية الجنائية للأعضاء البشرية في ظل القانون 09-01 المؤرخ في 25 فيفري 2009 المتعلق بالإتجار بالأعضاء البشرية، مذكرة ماجستير في علم الإجرام وعلم العقاب، جامعة باتنة، كلية الحقوق، جامعة باتنة، 2011-2012، ص.32.

⁽²⁾ قرار رقم 26 بشأن انتفاع الإنسان بأعضاء إنسان آخر حياً كان أو ميتاً، المجمع الفقهي الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ج1، رابطة العالم الإسلامي، جدة، 1988، ع4، ص.89.

⁽³⁾ أنظر، المهداوي أحمد ويوسف محمد عبيدات، نقل وزراعة الأعضاء البشرية في القانون الإماراتي، دراسة مقارنة بالقانون القطري والمصري، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2016، ع1، ص.326.

في هذا القانون". نلاحظ أن المشرع ذكر الأعضاء والخلايا والأنسجة البشرية وكلها قابلة للزرع والزرع بشروط.

هذه التعاريف تجرنا إلى البحث عن الفرق بين العضو والنسيج والخلية. فالنسيج في علم الأحياء مرحلة مهمة قبل الوصول إلى العضو، وهو عبارة عن خليط محدد من المركبات العضوية كالخلايا والألياف، والتي تعطي في مجموعها ذاتية تشريحية تتفق وعمله⁽¹⁾.

فالنسيج عبارة عن مجموعة أو كتلة من الخلايا المتشابهة، بينما العضو يتكون من مجموعة أنسجة متشابهة تؤدي نفس الوظيفة، والنسيج بدوره يتكون من خلايا، والخلية هي الوحدة التركيبية والوظيفية في الكائن الحي وبنيتة الأساسية.

ويقصد بالأعضاء التناسلية، الأجزاء من جسم الإنسان التي تساهم في عملية الإنجاب كالمبيض والرحم عند المرأة والخصية والقضيب عند الذكر⁽²⁾.

وسيتم الاختصار في هذا المطلب على عمليات زرع الأعضاء التناسلية التي تساعد على تحقيق إنجاب الأولاد.

ثانيا: دوافع زرع الأعضاء التناسلية

تتنوع دواعي زرع الأعضاء التناسلية بحسب الغرض والهدف منها، فقد يكون الدافع هو تحصيل النسل لتحقيق هدف البقاء للنوع الإنساني فالرغبة في الإنجاب أمر فطري عند الإنسان لإشباع غريزة قوية هي الأمومة، كأن تصاب المرأة بمرض أو حادث يؤدي إلى استئصال رحمها ومبويضها أو إلى انسداد قناتي فالوب يحول دون الإنجاب الطبيعي⁽³⁾. وكذلك الأمر بالنسبة للرجل، قد يكون غير منجذب لعدة أسباب كإصابته بمرض يؤدي إلى عجز الخصيتين عن إنتاج النطف أو يتعرض لحادث تزول معه أعضاؤه الجنسية، أو انسداد القناة التي تنقل المني إلى خارج الجسم⁽⁴⁾.

وقد يكون أيضا الدافع هو البحث عن الجمال، فمعروف أن الغدد التناسلية هي التي تفرز هرمونات الأنوثة والذكورة التي تعطي الرجل والمرأة الصفات الخاصة بجنسهما. وكذلك إذا كان الزوج

(1) هامل فوزية، المرجع السابق، ص.33.

(2) أنظر، السيد السيد محمد عبد الجواد، حماية الجنين في ظل المستجدات المعاصرة في التلقيح في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية، مذكرة ماجستير،

كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2014، ص.93.

(3) فرج محمد محمد سالم، المرجع السابق، ص.714.

(4) زيري بن قويدر، المرجع السابق، ص.100.

مقطع العضو التناسلي أو يعاني من ضمور شديد، أو أن فرج الزوجة ليس على الصورة المعهودة في سائر النساء⁽¹⁾ مما يحول دون استمتاع أحد الزوجين بالآخر.

وكما هو معلوم عند أهل الطب، هناك أعضاء غير قابلة للزرع والزرع بحكم ضرورتها واستحالة الاستغناء عنها، لأنّ زرعها يؤدي تعطيل عام بوظائف الجسم، مما ينتج عنه عجز كلي أو حتى جزئي، أو قد يفضي إلى الوفاة، كنزاع قلب إنسان حي وإعادة زرعه في جسم شخص آخر، أو نقل كبد كامل. وهناك أعضاء قابلة للزرع، لا يسبب اقتطاعها ضرر بجسم المتبرع وفي النفس الوقت يحقق مصلحة علاجية لجسم المتلقي كالكلى مثلاً. والحقيقة أن الحكم على الأعضاء التناسلية أنّها قابلة للزرع أم لا، يتوقف على وظائفها في جسم الإنسان، وعلى النتائج التي تسفر عنها هذه العمليات، والتي لم تكن ناجحة في مجملها، وإن كان بعضها لا يزال قيد التجارب. ومع ذلك، يتعين تحديد الأعضاء التناسلية القابلة للزرع.

الفرع الثاني

تحديد الأعضاء التناسلية القابلة للزرع

الأعضاء التناسلية المقصودة هنا هي الأعضاء التي لها علاقة مباشرة بالإنجاب، وسيتم تقسيمها إلى أعضاء وغدد تناسلية حاملة للصفات الوراثية (أولاً) وأعضاء وغدد تناسلية غير حاملة للصفات الوراثية (ثانياً).

أولاً: الأعضاء والغدد التناسلية الحاملة للصفات الوراثية (الشفرة الوراثية)

تحمل البويضة الشفرة الوراثية للمرأة وسبق لنا القول بأن منشأها المبيض، وتحمل النطفة الشفرة الوراثية للرجل ومنشؤها الخصية، ورغم هذه الخصائص التي لا يستهان بها، حاول الأطباء باستمرار نقل الخصية من جسم معين وزرعها في جسم آخر ولم يؤكد أحد نجاح العملية، لذلك سوف يتم البحث عن زراعة الخصية (أ) وزراعة المبيض (ب).

أ- زراعة الخصية

لا تشير عملية زراعة خصية اصطناعية لاستعادة المظهر الطبيعي لكيس الصفن أي اشكالات قانونية أو شرعية، لأنها مصنوعة من السيليكون ومملوءة بماء ملحي، وتتم بعملية جراحية بسيطة وهي ناجحة لأنها لا تتفاعل مع أنسجة الجسم ولا تسبب أي مضاعفات⁽²⁾. أما الخصية الطبيعية المقطعة

(1) فرج محمد محمد سالم، المرجع السابق، ص. 716.

(2) أدهم زرع، جراحة زراعة الخصية الصناعية؛ <http://adhamzaazaa.com>، 2017/11/01، 22.30.

من إنسان آخر فلا زالت قيد التجارب. وقد أجرى "سيلبر" "Silber" سنة 1971 بنجاح عملية الزرع حيث قام هذا العالم بزرع خصية لشخص مقتطعة من أخيه التوأم، وقد تمكنت الخصية المزروعة من إفراز الهرمونات الذكرية وحيوانات منوية سليمة، لأن الجزء المزروع ليس غريبا عن الجسم، فالتوأم ناتج عن بويضة ملقحة واحدة ولم يحتج المريض إلى أخذ عقاقير لتخفيض المناعة⁽¹⁾.

كما نشر أطباء صينيون أنهم قاموا بزرع أربع عشرة (14) مرة لأربعة عشر رجلا في فترة ما بين جانفي 1948 وماي 1986، نجحت منها ثلاث عشرة عملية في سبع حالات منها كان الأب هو المتبرع بالخصية، وفي حالتين كان الأخ متبرعا، وفي خمس حالات من متوفي⁽²⁾. وفي جميع الحالات كان إفراز هرمونات الذكورة بغزارة، لكن إفراز الحيوانات المنوية سجل في ثلاث حالات فقط، منها حالة شاب تمكن من الزواج والإنجاب بعد العملية وكان هذا الشاب قد تعرض لحادث أدى إلى جب قضيبه وقطع خصيته، وتبرع له والده بخصيته، وأجرى له الأطباء جراحة تجميلية نتج عنها وجود قضيب⁽³⁾. هذا من جهة، ومن جهة أخرى يصرح أخصائون في أمراض المسالك البولية باستبعاد إمكانية إنتاج النطف من الخصية المزروعة⁽⁴⁾.

مما تقدم عرضه، نلاحظ أن نجاح عملية زراعة الخصية وتأديتها لوظائفها، من إفراز هرمونات الذكورة والنطف مرهون بقرب المتبرع من المريض فتؤدي وظيفتها كاملة إذا كان المتبرع توأمه الحقيقي وتؤدي بعض وظائفها إذا كان المتبرع أبا أو أخا للمريض. وهذا ما بدا في التجارب سالف الذكر. وفي النهاية، لا يمكن أن نهمّل درجة التطور التي يبلغها العلم يوما بعد يوم، فليس ببعيد إمكانية زرع خصية من أجنبي ويتقبلها جسم المريض مع محافظتها على خصائصها من إفرازها للهرمونات والنطف. ولا يخفى على أحد المخاطر والجرائم التي يمكن أن تحدث في المجتمع إذا نجحت فعلا هذه العمليات.

ب- زراعة المبيض كعضو تناسلي ناقل للشفرة الوراثية

بحثا عن علاج للعقم لدى المرأة بسبب تلف مبايضها أو عجزها عن الإباضة، توصل الطب الحديث إلى طرق جراحية جديدة للمساعدة على الإنجاب، ولا يخفى أهمية المبيض لدى المرأة فهو

(1) فرج محمد محمد سالم، المرجع السابق، ص.722.

(2) أنظر، محمد رأفت عثمان، نقل وزرع الأعضاء، بحث مقدم الى مؤتمر مجمع البحوث الإسلامية الثالث عشر، مجمع البحوث الإسلامية، الأزهر الشريف، 2009/03/10، ص.22.

(3) محمد رأفت عثمان، نقل وزرع الأعضاء، نفس المرجع، ص.23.

(4) زيري بن قويدر، المرجع السابق، ص.102.

الذي يفرز هرمون الأنوثة البروجسترون الذي يلعب دورا كبيرا في عملية التبويض ودورة الهرمونات والحمل عند المرأة. مما يعني أن نقل المبيض من امرأة متبرعة إلى امرأة أخرى، نقل أيضا ما يحتويه من بويضات تحمل الشفرة الوراثية للمرأة المتبرعة لتصبح متوارثة لدى أجيال امرأة أخرى هي المستقبلية. وبعد نجاح عملية نقل المبيض على الحيوان، قام "بلانكو" بتطبيق العملية على الإنسان سنة 1974، حيث تمكن من نقل مبيض من امرأة إلى أخرى وتمت العملية بنجاح إلا أن المرأة لم تحمل⁽¹⁾.

وفي سنة 1985 تمكن البروفسور "شرمان سيلبر" من مستشفى سانت لوك في مدينة سانت لوي بالولايات المتحدة الأمريكية ولأول مرة في التاريخ من زرع مبيض مع أنبوب قناة فالوب في امرأة مأخوذ من أختها التوأم، وأكد البروفيسور بأن العملية سوف تبقى محصورة في الإخوة التوائم لتفادي رفض الجسم للأنسجة⁽²⁾.

علما أن عملية زرع الأنبوب بالرحم عملية دقيقة وبالغة الخطورة وتحتاج إلى زرع ونقل بعض الشرايين لتغذية الأنبوب والمبيض المزروعين. ورغم ذلك فقد اعتُبرت العملية ناجحة، ولكن نادرة جدا، مقصورة على الأشقاء التوائم لتفادي رفض الجسم للأنسجة. وكذلك يمكن نقل المبيض من الأم إلى ابنتها والعكس صحيح، وتبقى عملية خطيرة لها مضاعفات كالتعرض للنزيف والالتهابات ورفض الجسم للمبيض المزروع⁽³⁾. ولا زالت التجارب مستمرة للوصول إلى النتيجة التي يبحث عنها الأطباء وهي الإنجاب بعد زرع المبيض.

وازدهرت حديثا عمليات تجميد مبيض أو أنسجة وحفظها بعد استئصالها وهذا إذا كانت المرأة تتلقى علاجا كيميائيا أو اشعاعيا وكلاهما يضر بالخصوبة. وسجل العالم عدة عمليات لإعادة زرع مبيض مجمد مع إمكانية الولادة⁽⁴⁾. وهي حالة شبيهة في أحكامها بالبويضات المجمدة ولا تثير

⁽¹⁾ أنظر، بغدالي جيلالي، الوسائل الحديثة المساعدة على الإنجاب في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2013-2014، ص.103.

⁽²⁾ زيري بن قويدر، المرجع السابق، ص.103.

⁽³⁾ بغدالي الجليلي، المرجع السابق، ص.103-104.

⁽⁴⁾ تمكنت سيدة إمراتية في 2016 من الإنجاب بعد أن تم إزالة مبيضها الأيمن وتجميده في سن التاسعة من عمرها وكانت قد ولدت بمرض ثلاثي بيتا وبحاجة إلى علاج كيميائي الذي يضر المبايض، لكنها خضعت لعملية زرع نخاع العظم، وكانت فكرة والدتها في حفظ مبيض ابنتها الطفلة. وهي أول حالة تجميد مبيض قبل البلوغ، وتم إعادة زرعها في سن العشرين ليؤدي وظيفته بصورة عادية بعد ثلاثة أشهر من الزرع واستعادت دورتها الشهرية بعد أن كانت تعاني من انقطاع الطمث وأنجبت طفلها الأول في سن 24 عاما. وتجدد الإشارة إلى أن العملية من بدايتها إلى نهايتها تمت في

إشكالات في نسب المولود متى كان الحفظ دون اختلاط. وإعادة الربط عملية قديمة عرفها الأطباء وكانت عمليات الربط تتم بعملية جراحية مباشرة بعد انفصال العضو بجاذث ما.

والحالة التي نتحدث عنها والمهمة في هذا البحث هي حالة زرع مبيض غريب عن جسم الإنسان، وتتم الولادة بعدها، سواء كان المتبرع أما أو أختاً توأم أو شخص آخر، لأنها تثير العديد من المشاكل في العلاقة بين الأم والطفل وكذلك الأب والطفل المولود وبين الطفل والمرأة المقتطع منها المبيض.

ثانياً: الأعضاء التناسلية غير الناقلة للشفرة الوراثية

أهمها الرَّحْم عند المرأة (أ) والقضيب عند الذكر(ب) ونقل المهبل(ت).

أ- نقل الرَّحْم

زراعة الرَّحْم من الوسائل الحديثة التي قد يلجأ إليها الأزواج لتخطي مشكلة العقم، ويمكن أن يستعاض بها للإنجاب بدلا من استئجار الرحم. ويقول الأطباء بأن عملية التبرع بالرحم وزراعته سيعطي مزايا أكثر من إيجار الرحم الذي يحظره القانون في كثير من الدول لاعتباره مسألة مخالفة للأخلاق وبالتالي للنظام العام⁽¹⁾.

وهذه العمليات حديثة حداثة وسائل الاستيلاء الصناعي، ففي سنة 1972 تمكن "بابانكولي" من نقل رحم وملحقاته من أم إلى ابنتها دون أن يتم رفضه من أنسجة جسم هذه الأخيرة⁽²⁾. ويتحدث الإعلام بأن أول عملية زراعة رحم في العالم أجريت بجدة بالمملكة العربية السعودية سنة 2000 وهذا بتصريح فريق أطباء سعودي لسيدة تبلغ من العمر 26 سنة وهو رحم استأصل من امرأة تكبرها ب 20 سنة بسبب نزيف حاد إثر جراحة قيصرية. وفي حين أشاد أطباء بهذا التطور في مجال الجراحة وتحقيق الأمل في الإنجاب، يرى آخرون بأنها عملية فاشلة تعرض حياة النساء للخطر، وأضافوا بأن تجلط الدم هو ما يتوقع حدوثه لأنه حدث فعلا في كل التجارب التي أجريت على الحيوان⁽³⁾.

مستشفيات لندن؛ لتفصيل أكثر حول العملية، أنظر، فرغاس والش(Fergus Walsh)، سيدة إماراتية تنجب طفلة باستخدام مبيض محمد منذ أن كانت طفلة؛ <http://www.bbc.com/arabic/science-and-tech-38325160>، 2017/11/03، 05:00.

⁽¹⁾ إسماعيل السمحاوي هيام، المرجع السابق، ص.363.

⁽²⁾ زيري بن قويدر، المرجع السابق، ص. 104.

⁽³⁾ أول عملية زرع رحم في العالم أجريت بالسعودية؛ <http://www.aljazeera.net/news/healthmedicine>، 2017/11/01، 22:45.

والاستعانة بالتبرع بالرحم وزرعه للحمل يغنيانا عن الخلاف حول التعرف على الأم الحقيقية في حالة تأجير الرحم، لأنها في النهاية لن تكون أم الوليد المرأة المتبرعة برحمها فلا علاقة لها به، بل إن أمه هي المرأة المتبرع لها كونها من حملت وولدت⁽¹⁾.

وفي إطار علاقة الجنين بالرحم ومدى تأثيره به تثار العديد من الأسئلة، وأهمها هل دور الرحم هو مجرد وعاء لحمل الجنين ومدته بالغذاء أم أنه يمد الجنين أيضا ببعض الصفات الوراثية؟

ب- نقل العضو الذكري

لا نتحدث عن القضيب الصناعي أو أحد أجزائه التي تعتبر عمليات تجميلية وتحسينية، كزرع شرائح في داخل القضيب الأصلي للمريض لدواعي علاجية تتعلق أساسا بالعلاقة الجنسية، بل إن المقصود هو زرع قضيب مستقطع من شخص وإعادة زرعه في شخص آخر بغرض الإنجاب. فقد تم الإعلان عن نجاح أول عملية زراعة قضيب لمتبرع في الولايات المتحدة الأمريكية عام 2016 لمريض يبلغ من العمر 64 سنة فقد جزء كبيرا من عضوه بسبب إصابته بنوع نادر من السرطان. وهذه العملية هي ثالث جراحة زرع عضو ذكري في العالم بعد تلك التي تمت في الصين سنة 2006 إلا أنه تم إزالة العضو من جديد، أما ثاني هذه العمليات فتمت في جنوب إفريقيا عام 2015 وتمت بنجاح لرجل يبلغ من العمر 21 سنة فقد عضوه الذكري خلال عملية ختان فاشلة⁽²⁾.

ت- نقل المهبل

المهبل عضو تناسلي عند الأنثى وهو عبارة عن قناة ينزل منها الطمث ومفرزات الرحم، والمولود في حالة الولادة الطبيعية، ويمكن أن يصاب المهبل بأمراض خطيرة كالأورام الخبيثة تستدعي جراحات تزيل الأضرار الناتجة عن الأمراض، أو زراعته من امرأة متبرعة. كما يمكن القيام بعملية جراحية لزرع مهبل صناعي لمن يطلبه من المختنثين الذين يُجْبُ مذاكيرهم⁽³⁾.
وتعتبر كذلك قناة فالوب عند المرأة من الأعضاء غير الناقلة للشفرة الوراثية، وكذلك الفرج، وأيضا القناة الناقلة للمني عند الرجل.

(1) إسماعيل السمحاوي هيام، المرجع السابق، ص.364.

(2) فرانس 24 (France 24) أول عملية زراعة عضو ذكري في الولايات المتحدة تبشر بالنجاح؛ <http://www.france24.com> ، 09:30، 2018/02/01

(3) زيري بن قويدر، المرجع السابق، ص.105.

بعد هذه النظرة على عالم الجراحة الطبية وتطورها في مجال زراعة الأعضاء التناسلية، يتوجب البحث عن حكمها الشرعي والتشريعي.

الفرع الثالث

حكم نقل الأعضاء التناسلية

تعتبر عمليات نقل وزرع الأعضاء التناسلية من المسائل التي لم يفرغ الأطباء من البحث فيها، لأنها لم تتوقف على زرع الأعضاء البارزة والمهمّة، وإنما تطورت هذه العمليات إلى نقل وزرع أدق جزئيات الجسم البشري. ولم يتفق الفقه المعاصر على مشروعية زرع الأعضاء الآدمية بصفة عامة⁽¹⁾، كونها ترتبط ببحث الأموات وأجساد الأحياء.

وقد صدرت عدّة فتاوى فردية وجماعية في هذه المسألة، وانعقدت عدة مؤتمرات للبحث في مشروعيتها، وكانت لجنة الافتاء للمجلس الأعلى في الجزائر سباقة في إصدار فتوى بجواز نقل الأعضاء البشرية بشرط رضا المتبرع، ولولي الأمر أن يأذن بنقل العضو إذا كان المنقول منه العضو ميتا إلى إنسان حي، ومن الحي إلى الحي بشرط رضا الأول، وكان ذلك بتاريخ 20 أبريل 1972⁽²⁾.

والأصل هو أن التصرف في جسم الإنسان كآلة مجزأة إلى قطع غيار هو أمر محرم، لأنه اعتداء على كرامة الإنسان وتماسك جسده، غير أنه يجوز اقتطاع أعضاء الإنسان وإعادة زرعها في إنسان آخر متى دعت إلى ذلك ضرورة أو حاجة، وبشرط أن لا يترتب عن نقلها ضرر بالمنقول منه إذا كان حيا. وفي الحالة التي يكون المنقول منه ميتا فإنّ نقل العضو يتم بناء على وصية المتوفي أو بإذن أوليائه

⁽¹⁾ ذهب اتجاه معاصر إلى منع التبرع بالأعضاء، وقالوا بأن الأصل في التبرع بالأعضاء الآدمية هو التحريم، فلا يجوز إتلاف النفس المعصومة إلا بحق، وفي اقتطاع جزء من جسد الإنسان لا يوجد حق يبيح إتلافه، ونفس الإنسان ليست ملكا له، إنما هي أمانة عنده من الله سبحانه وتعالى الذي خلقها وأوجدتها وأمدّها بما تتمكن به من إعمار الكون وخلافة الأرض. وأنّ إتلاف النفس البشرية بغير حق يتعلق بثلاثة حقوق: حق الله تعالى وحق المقتول وحق لورثة المقتول. واستدل هذا الفريق بحجج من الكتاب والسنة النبوية الشريفة. وعليه لا يباح للإنسان أن يتصرف في أعضائه أو يلقبها فيما يهلكها أو يتلفها. أما الاتجاه القائل بإباحة نقل وزرع الأعضاء الآدمية فاستند في حججه على الإيثار المدوح في كتاب الله عز وجل، وفي سنة رسوله ﷺ وكلها حجج تدل على جواز الإيثار بأجزاء البدن عند الضرورة وتحقق المصلحة، ومتى أخذت من الإنسان برضاه وموافقته، لمزيد من التفصيل حول هذه الأدلة؛ أنظر، البسام عبد الله عبد الرحمن، زراعة الأعضاء الإنسانية في جسم الإنسان، مجلة مجمع الفقهي الإسلامي ط5، رابطة العالم الإسلامي، السنة الأولى، 2003، ع1، ص36 وما بعدها؛ أنظر أيضا، يوسف فاطمة، المسؤولية الجنائية للأطباء في عمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2014-2015، ص71 وما بعدها.

⁽²⁾ أنظر، علي محي الدين القرّة داغي وعلي يوسف المحمدي، القضايا الطبية المعاصرة، دراسة طبية فقهية معاصرة، ط2، دار البشائر الاسلامية، بيروت، 2006، ص490.

بعد وفاته، على أن يتم نقل الأعضاء على سبيل التبرع وليس البيع، باستثناء الأعضاء التناسلية والعورات المغلظة⁽¹⁾ فلا يجوز نقلها إلى إنسان آخر.

ومن ثم، وإن كان هذا هو المبدأ في شأن زراعة الأعضاء الآدمية، فإنه بالتأكيد لن ينطبق على اقتطاع وإعادة زرع الأعضاء التناسلية لعلاج العقم أو غيره، فالفقه الإسلامي الحديث فرّق في الحكم بين زرع الأعضاء التناسلية غير الناقلة للشفرة الوراثية (أولاً) وبين زرع الأعضاء التناسلية الناقلة للشفرة الوراثية (ثانياً).

أولاً: حكم زرع الأعضاء التناسلية غير الناقلة للشفرة الوراثية

بقليل من التأمل في عمليات زرع الأعضاء غير الناقلة للشفرة الوراثية، يتم التوصل إلى أن وظيفة العضو المزروع سوف تتوقف على نشاط الجسم متلقي هذا العضو، مع عدم وجود ذاكرة وراثية للجسم المقتطع منه. وبالتالي متى تم زرع عضو لا يحمل شفرة وراثية فإنه لن ينقل أي خصائص للجسم المقتطع منه وسوف يتوقف نشاطه على نشاط الجسم المستقبل للعضو. فمثلاً لو تم اقتطاع رحم لامرأة متبرعة وتم زرعه في امرأة أخرى، سوف يصبح هذا الرحم جزءاً من جسم هذه الأخيرة مرتبط بدورتها الدموية، يأتمر لأوامر دماغها، وجهازها العصبي بصفة عامة، وإذا حملت جنيناً فسوف يكون ابنها لأنه وعاء خالي من المؤثرات الوراثية، ولا علاقة له في وظائف جسم المتبرع به.

ومن ثم، فإن العضو المزروع يرتبط بجسم متلقيه، يأتمر بأوامره وينتهي عن نواهيه، يتألم بألمه ويتلذذ بلذته، يصح ويمرض تبعاً لحالة جسم المتلقي⁽²⁾، وهذا ما لا يحدث في جسم المتبرع المستقطع منه العضو المزروع، فلا إحساس به من يوم استقطاعه. ومع ذلك، لم يتفق الفقه الإسلامي على إجازة نقل وزرع الأعضاء التناسلية البشرية غير الناقلة للشفرة الوراثية، فقال رأي أول بجرمة نقل وغرس الأعضاء البشرية غير الناقلة للشفرة الوراثية عموماً، مستنداً على حرمة الوطاء اللاحق لعملية زرع الفرج أو الذكر، فشبهه بالزنا، كما أنه قد يسبب أمراضاً نفسية أو شقاقاً بين الزوجين، كما شبه نقل الرحم بالرحم المؤجر⁽³⁾.

(1) أنظر، أبو سنة أحمد فهمي، حكم العلاج بنقل دم للإنسان أو نقل أعضاء أو أجزاء منها، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ط5، رابطة العالم الإسلامي، السنة الأولى، 2003، ع1، ص. 32 وما بعدها؛ علي محي الدين القرة داغي وعلي يوسف المحمدي، المرجع السابق، ص. 495.

(2) زيري بن قويدر، المرجع السابق، ص. 109.

(3) السيد السيد محمد عبد الجواد، المرجع السابق، ص. 100.

وقال رأي ثانٍ بجواز نقل الأعضاء التناسلية غير الناقلة للشفرة الوراثية عموماً، واستدلّ بانتفاء علّة اختلاط الأنساب، كما لو تم زراعة عضو ذكري بنجاح، فلا يصح أن يقال بأن المتلقي يطاء زوجته بذكر غيره، أو يقال بأن الرجل يطاء من زوجته فرج امرأة أخرى هي المتبرعة⁽¹⁾. فالجسم يصبح واحداً وتتناسق الوظائف، وتطبق الأحكام الشرعية بصفة عادية على العضو تبعاً للجسم المزروع فيه. وقال رأي ثالثٌ بجواز نقل الأعضاء التناسلية التي لا تنقل الصفات الوراثية عدا العورات المغلظة لضرورة مشروعة وفق الضوابط والمعايير الشرعية⁽²⁾.

ومع ذلك فالقول بحرمة ومنع العورات المغلظة كأعضاء تناسلية غير الناقلة للشفرة الوراثية هو الغالب.

وكان لمسألة زرع الأعضاء التناسلية غير الناقلة للصفات الوراثية حظاً وافراً من قرارات المجمع الفقهي الإسلامي. وبداية في التوصيات الصادرة عن الندوة الفقهية الطبية السادسة المنعقدة بالكويت بين 23 و26 أكتوبر 1989: "رأت الندوة بالأكثرية أن زرع بعض أعضاء الجهاز التناسلي - ماعدا العورات المغلظة - التي لا تنقل الصفات الوراثية جازراً استجابة لضرورة مشروعة ووفق الضوابط والمعايير الشرعية..."⁽³⁾. هذا القرار استثنى عملية نقل العورات المغلظة لما يلحق بها من حرمة الوطاء بعد العملية.

وهو نفس ما جاء في قرار المجمع الفقهي الإسلامي في دورته السادسة عام 1990⁽⁴⁾، أي جازر زرع الأعضاء التناسلية غير الناقلة للصفات الوراثية بضوابط ومعايير واردة في القرار رقم 1 للدورة الرابعة للمجمع⁽⁵⁾. وبالتالي فزراعة هذه الأعضاء لا يؤثر على النسل، والولد الناتج هو ولد الشخص المستقبل للعضو وليس ولد المتبرع الذي استقطع منه.

(1) زيري بن قويدر، المرجع السابق، ص.110.

(2) السيد السيد محمد عبد الجواد، المرجع السابق، ص.100.

(3) الندوة الطبية الفقهية، عقدت بين المجمع والمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت، عقدت بتاريخ 10-13 أكتوبر 1989؛ <http://www.iifa-aifi.org/110.html> ، 2017/12/15 ، 22:30.

(4) القرار رقم 57 بشأن موضوع زراعة الأعضاء التناسلية الصادر عن الدورة 06 لمجلس المجمع الفقهي المنعقدة في مارس 1990، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي ط1، رابطة العالم الإسلامي، 1992، ج3، ع6، ص.1975.

(5) القرار الأول، بشأن موضوع زراعة الأعضاء، الصادر عن الدورة الثامنة لمجلس المجمع الفقهي المنعقدة عام 1405 هـ الموافق ل 1988، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، ط2، رابطة العالم الإسلامي، السنة الثامنة، 2005، ع10، ص.329.

ثانيا: حكم زرع الأعضاء التناسلية الناقلة للشفرة الوراثية

سارع الفقه الإسلامي إلى وضع الأحكام الشرعية لها، وقد تصدت المجامع الفقهية لهذه المسألة بإصدار الفتاوى وبيان حكم الشريعة الإسلامية في هذه العمليات، غير أنه ظهر في حكم هذه العمليات اتجاهان؛ اتجاه يرى بجواز نقل الأعضاء التناسلية الناقلة للشفرة الوراثية، وهو رأي الشيخ سيد سابق، ومحمد سليمان الأشقر-قبل تراجعهم-وقالوا بأنه في حالة زرع الخصية مثلا فإن الحيوانات المنوية هي للرجل المستقبل، خارجة منه والخصية مجرد آلة لتنظيم النطف، ولا وجه للشبهة في عملية نقلها، وأن المتلقي قد ملك الخصية ولا ينبغي الالتفات للمالك الثاني، سواء أدت عملية الزرع إلى انتقال الصفات الوراثية أم لم تؤد⁽¹⁾.

وقد تم مناقشة هذا الاستدلال، بأنه يجب التوقف عن الحكم بجواز نقل الخصية، لأن الخصية ليست مجرد آلة لتنظيم النطف، وإنما تحتوي على خلايا أولية تكون موجودة في المرحلة الجنينية، وهي المصنع الذي يقوم بإنتاج الحيوان المنوي الناضج فيما بعد البلوغ. وإذا قمنا بنقل الخصية من شخص إلى آخر فكأننا نقلنا المصنع بمعداته وآلاته إلى الشخص الثاني، وهذا ما أثبتته العلوم الطبية والتشريحية، لذلك يحرم نقل الأعضاء التناسلية الناقلة للشفرة الوراثية⁽²⁾.

وقال أغلب الفقهاء المعاصرون بعدم جواز نقل الأعضاء التناسلية البشرية الناقلة للشفرة الوراثية، منهم الشيخ يوسف القرضاوي، والدكتور محمد سيد طنطاوي، والدكتور طلعت أحمد القصبي⁽³⁾ وغيرهم، وكان أيضا موقف المجمع الفقهي الإسلامي بجدّة والندوة الفقهية الطبية السادسة المنعقدة في الكويت.

وحججهم، أن المبيض هو منشأ البويضات الحاملة للصبيغيات في أنوثتها، وكذلك الخصية هي المخزن الذي ينقل الخصائص الوراثية للرجل ولأسرته وفصيلته وذريته⁽⁴⁾، لذلك لا يجوز زرعها مهما كانت المصلحة المرجوة من العملية.

وعلى هذا الأساس، قال هذا الفريق بأن نقل الخصيتين و المبيضين يؤدي إلى انتقال الصفات الوراثية وهي شبهة موجبة للتحريم، مما يعني أن ذرية الشخص المستقبل للغدة التناسلية ستحمل

⁽¹⁾ زكري بن قويدر، المرجع السابق، ص.112.

⁽²⁾ أنظر، إسماعيل مرجبا، البنوك الطبية البشرية وأحكامها الفقهية، ط1، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 1429هـ، ص.106.

⁽³⁾ بغدالي جيلالي، المرجع السابق، ص.107.

⁽⁴⁾ أنظر، قاشي عمال، التصرفات الواردة على جسم الإنسان ومدى مشروعيتها، م.ع.ق.ا، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2008، ع6، ص.91.

صفات الشخص المتبرع، الجسمية والعقلية وحتى النفسية، وهذا يعد لونا من ألوان اختلاط الأنساب⁽¹⁾.

وقد تم مناقشة هذا الدليل، بأن نقل الأعضاء المتفق على جوازها كالعين والكلية، إنما تكون للمتلقي وخاصة به، ولا تنسب إلى الشخص المقتطع منه العضو، ونفس القول ينطبق على نقل الأعضاء التناسلية فتصبح الأعضاء المزروعة كالعضو الأصيل للمتلقي، ولا تؤدي إلى اختلاط الأنساب، وهذا لانقطاع علاقة العضو بمصدره⁽²⁾.

وقد تم الردّ على، بأن الخصية والمبيض يحتويان على المواد الأولية التي ينتج منها الحيوان المنوي، وأن نقل هذه الأعضاء إنما هو شكل من أشكال الإحصاب بماء غير الزوجين⁽³⁾، وهو أمر محرم. وفي السياق ذاته، لا يمكن القول بأن الخصية المنقولة أصبحت جزء من المتلقي، لأن هذا الأخير لا دخل له في إنتاج النطفة، وإنما يقتصر دوره على إرسال غدته النخامية رُسلها الكيميائية إلى الخصية الغريبة المزروعة ثم تقوم هذه الأخيرة بإنتاج النطف ذاتيا طوال فترة العمر الجنسي، وهو ما يجعلنا نقول بأن النطفة من الخصية والخصية من المتبرع⁽⁴⁾.

واستنادا إلى ذلك، وبخصوص الأعضاء التناسلية الحاملة للشفرة الوراثية كالمبيض، وبحكم ما تحمله من خصائص وراثية قابلة للتوارث عبر الأجيال، والتي تنتقل مع العضو عند زرعها في شخص آخر، فإنه لا يجوز نقلها مهما كانت الضرورة العلاجية، وهو ما أكدته التوصيات الصادرة عن الندوة الفقهية الطبية السادسة المنعقدة بالكويت 1988⁽⁵⁾ فانتهت الندوة بخصوص الغدد التناسلية إلى أن: "الخصية والمبيض بحكم أنهما يستمران في حمل وإفراز الشفرة الوراثية للمنقول منه حتى بعد زرعها في متلق جديد، فإن زرعها محرم مطلقا نظرا لأنه يُفرضي إلى اختلاط الأنساب". وهو نفس ما جاء في قرار الجمع الفقهي الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة، عام 1990 في قراره رقم 57 بشأن زراعة الأعضاء التناسلية.

بعد هذا العرض، يظهر أنّ الرأي الثاني القائل بتحريم نقل الأعضاء التناسلية وإعادة زرعها من الأموات أو من الأحياء هو الأقوى، حتى ولو تم إثبات الضرورة العلاجية. ومتى كانت الضرورة هي

(1) اسماعيل مرجبا، المرجع السابق، ص. 103.

(2) بغدالي جيلالي، المرجع السابق، ص. 110.

(3) زبيدي بن قويدر، المرجع السابق، ص. 114.

(4) بغدالي جيلالي، المرجع السابق، ص. 113.

(5) الندوة الطبية الفقهية بالكويت 1989، سبق الإشارة إليه.

علاج العقم مثلا؛ فإن العقيم سوف يبقى عقيما، والولد الناتج لن يحمل صفاته الوراثية، وإنما سوف يشبه المتبرع بالعضو التناسلي خصية كانت أم مبيضا، بمعنى أن الابن الناتج عن زرع خصية لن يكون شبيها بالشخص مستقبل العضو، بل سوف يحمل الصفات البيولوجية (23 كروموسوم) للشخص الذي استقطع منه العضو أي المتبرع، وهو ما سوف يحدث خلطا في الأنساب وزعزعة في قواعد الزواج والبنوة، ولن نميز المحرمات في الزواج، ولا المستحقون للميراث وغير ذلك من الإشكالات.

أما في الحالة التي تكون فيها الضرورة العلاجية هي حصول الإنسان على الهرمونات الجنسية، فهذا مردود عليه، لأنه بإمكان المخابر تصنيع الهرمونات الجنسية، ويمكن وصفها للمريض كعقاقير أو حقن لتدعيم صفاته الذكورية أو الأنثوية دون حاجة إلى العمليات الجراحية التي تستهدف زراعة الأعضاء والغدد التناسلية.

الفرع الرابع

موقف القانون من زراعة الأعضاء التناسلية

بعد أن ساهم تطور الجراحة الطبية في مجال عمليات زراعة الأعضاء البشرية في التخفيف من آلام العديد من المرضى وحتى إنقاذ حياتهم من الموت؛ سارعت الدول إلى وضع قوانين خاصة تؤطر فيها هذه العمليات، وأول ما نظم المشرع الجزائري هذه العمليات كان سنة 1985 في نص المواد من 161 إلى 168 من قانون حماية الصحة وترقيتها، وذلك في الفصل الثالث من الباب الرابع المعنون بـ "انتزاع أعضاء الإنسان وزرعها". ولم تحظ مسألة زراعة الأعضاء البشرية باهتمام المشرع في المراسيم التي تلت هذا القانون كالمرسوم التنفيذي رقم 92-276 المتضمن مدونة أخلاقيات مهنة الطب.

وتجدر الإشارة إلى أنه قبل صدور قانون حماية الصحة رقم 85-05 كان الأطباء في الجزائر يستندون في مشروعية عمليات زرع الأعضاء على الفتوى الصادرة عن المجلس الإسلامي الأعلى سنة 1972. وبعد صدور القانون المذكور اعتُبر هو الأساس الوحيد في شرعية الأعمال الطبية التي تستهدف اقتطاع الأعضاء الآدمية ونقلها وزرعها بالرغم من قصوره في هذا المجال.

غير أن قانون حماية الصحة 85-05 تم إلغاؤه بمقتضى المادة 449 من القانون رقم 18-11 المتضمن قانون الصحة مع بقاء النصوص التنظيمية سارية المفعول إلى غاية صدور النصوص التنظيمية الجديدة التي فيها في قانون الصحة الجديد.

ونظم قانون الصحة من جديد عمليات نقل وزراعة الأعضاء بنصوص أكثر دقة من تلك الملغاة، جاءت في القسم الأول تحت عنوان أحكام تتعلق بنزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية، التي وردت ضمن الفصل الرابع المعنون بالبيو-أخلاقيات.

فنصت المادة 355 من قانون الصحة رقم 18-11 على عدم جواز نزع وزرع الأعضاء إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية وضمن الشروط المنصوص عليها قانونا. ويمنع نزع الأعضاء والأنسجة والخلايا لغرض الزرع إذا عرض حياة المتبرع للخطر طبقا للفقرة الأولى من المادة 360 من نفس القانون.

ويشترط أيضا الأهلية القانونية⁽¹⁾ والموافقة المستنيرة للمتبرع (المادة 4/360 من قانون الصحة) على أن يتم التعبير عن الموافقة أمام رئيس المحكمة المختصة إقليميا، الذي يتأكد مسبقا، من أن الموافقة حرّة ومستنيرة، وأن التبرع مطابق للشروط المنصوص عليها في قانون الصحة (المادة 5/360). أما بالنسبة للشخص المتلقي للعضو أو النسيج أو الخلايا، فيشترط أن يعبر عن رضاه بحضور الطبيب رئيس المصلحة التي تم قبوله فيها أمام شاهدين اثنين⁽²⁾، على أن لا يتم ذلك إلا إذا كان الزرع يمثل الوسيلة الوحيدة للمحافظة على حياة المتلقي أو سلامته الجسدية وهو ما يدخل في إطار الأغراض العلاجية⁽²⁾ (المادة 1/364 من قانون الصحة).

وفي حالة تعذر تعبير المتلقي عن موافقته بسبب حالته، فإنه يمكن لأحد أفراد أسرته البالغين إعطاء الموافقة على الزرع بشرط أن تكون موافقة كتابية المادة 2/364). وبالنسبة للقصر يعطى الموافقة على الزرع للأب أو الأم وعند غيابهما للممثل الشرعي (4/364)، أما حالة عديمي الأهلية فيمكن أن يعطى الموافقة للأب أو الأم أو الممثل الشرعي حسب الحالة (3/364).

وحسن ما فعل مشرّع قانون الصحة بأن جعل موافقة المتبرع تتم أما القضاء، وهذا للتأكد من سلامة الإرادة وكذلك من توفر الشروط القانونية للتبرع بالأعضاء. وحصر إمكانية نزع الأعضاء على البالغ سن الرشد، مع إمكانية الزرع للبالغ والقاصر وعديم الأهلية.

⁽¹⁾ وهو ما يستفاد من نص المادة 361 من القانون 18-11 المتضمن قانون الصحة والتي جاء فيها: "يمنع نزع أعضاء وأنسجة وخلايا بشرية من أشخاص قصر أو عديمي الأهلية أحياء...".

⁽²⁾ أنظر، موج انتصار، الضوابط القانونية لنقل وزراعة الأعضاء البشرية من الأموات إلى الأحياء في التشريع الجزائري، دفا تر السياسة والقانون، كلية الحقوق، جامعة ورقلة، 2018، ع18، ص.138.

وجعل قانون الصحة سحب موافقة المتبرع ممكنة في أي وقت وبدون أي إجراء(6/360)، وهذا حماية للمتبرع من فقدان أعضائه التي وافق بأن تنتزع ربما في ظروف قاهرة فأعطى له القانون حق التراجع في أي وقت ولو كان لحظة بداية العملية.

مع وجوب أن يكون منح العضو أو النسيج تبرعا، بحيث منعت المادة 358 من قانون الصحة أن يكون نزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية وزرعها محل صفقة مالية، كما أن المشرع العقابي جرّم وضع الأنسجة والأعضاء البشرية محلاً للمعاملات المالية وذلك في تعديل قانون العقوبات بالقانون 09-01⁽¹⁾.

فإذا كانت هذه شروط زرع الأعضاء والأنسجة بصفة عامة، ومع عدم إفراد قانون الصحة لزراعة الأعضاء التناسلية بنص خاص لا بالإجازة ولا بالمنع، بالرغم من أنه صدر حديثا، وسكوت كهذا لا نستحسنه في عصر تطور الجراحة. فهل يمكن أن نطبق على زراعة الأعضاء التناسلية شروط زرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية الواردة في القانون؟

فالإجابة هنا تكون بالنفي، لأن الأعضاء التناسلية لها تركيب بيولوجي يختلف عن باقي أعضاء الجسم ولها أحكام خاصة بها، بحيث يتوجب التمييز بين الأعضاء الناقلة للشفرة الوراثية والأعضاء غير الناقلة لها، لاسيما أن الأعضاء التناسلية لها دور مهم هو التوالد. ومادام القانون لم ينص عليها فإنه لا يمكن تطبيق قواعد نزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا الواردة في قانون الصحة. ومتى قام أحد الزوجين بزرع العورات المغلظة وأخفى ذلك عن زوجه فإن ذلك يعتبر تدليسا، وللطرف المتضرر الحق في طلب الطلاق طبقا للمواد 48 و53 من ق.أ.

بالإضافة إلى تأثير هذه الغدد كالمبيض والخصية على النسل، فهي سوف تنقل الخصائص الوراثية للمتبرع وسوف ينتمون بيولوجيا له وهو ما يشكل تعارضا مع قواعد النسب، هذا من جهة. ومن جهة أخرى، فإن زراعة الأعضاء التناسلية ولو توفر رضا المتنازل عن العضو ومستقبله وكانت هذا التنازل تبرعا، لا يمكن أن تكون عمليات مشروعة في النظام القانوني الجزائري، ذلك أن مصلحة المحافظة على حياة المريض المستقبل للعضو أو سلامته الجسدية(المادة 364 من قانون الصحة) غير

⁽¹⁾ أضاف المشرع في تعديل قانون العقوبات بالقانون 09-01 جريمة الإنجار بالأعضاء في القسم الخامس مكرر1 من الفصل الأول من الباب الثاني، المؤرخ في 2009/02/25، ج.ر.ج. لسنة 2009، ع15، ص.06. فحرم بنصوص عقابية عمليات بيع الأعضاء البشرية في المواد من 303 مكرر 16 إلى 303 مكرر29 من قانون العقوبات؛ كما أخرج المشرع الجزائري أعضاء الإنسان من دائرة التعاملات المالية في المادة 1/161 من قانون حماية الصحة بقولها: "لا يجوز أن يكون انتزاع الأعضاء أو الأنسجة البشرية وزرعها موضوع معاملة مالية".

متوفرة في زرع الأعضاء التناسلية. لأن زرع هذه الأعضاء يكون لغرض علاج العقم أو لغرض تحميلي بإفراز المبيض المزروع مثلا لهرمونات أنوثة، أو إفراز الخصية لهرمونات الذكورة المسؤولة عن صفات معينة في الجسم، وليس لها علاقة بالمحافظة على الحياة، فقد أثبتت التجارب إمكانية عيش المرأة بدون رحم أو بدون مبيض، وكذلك الرجل بإمكانه العيش بدون خصية.

علاوة على ذلك، فإن اقتطاع العضو التناسلي يعتبر جريمة في قانون العقوبات، بموجب نص المادة 274 منه: " كل من اتركب جناية الخصاء يعاقب بالسجن المؤبد ويعاقب الجاني بالإعدام إذا أدت إلى الوفاة". فالمادة المذكورة شددت في العقوبة لخطورة العملية، والملاحظ أيضا أن هذه المادة أطلقت ولم تعتبر الجاني طبييا، فيمكن أن يكون أي شخص يقوم باقتطاع الأعضاء التناسلية للرجل، ولا يمكن التذرع برضا المجني عليه لأنها لا تدخل في حالة الضرورة لاقتطاع العضو.

وأضافت المادة 340 من ق.ع بأنه يعاقب كل من يخالف أحكام قانون الصحة المتعلقة بنزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية طبقا لأحكام المواد من 303 مكرر 16 إلى 303 مكرر 20 من ق.ع).

هذا فيما يخص الاقتطاع من الأحياء، ويطرح السؤال، ماذا لو تم اقتطاع أعضاء تناسلية من جثة إنسان ميت؟

للإجابة على هذا السؤال، يتم الرجوع أولا إلى تنظيم المشرع لمسألة اقتطاع الأعضاء عامة من الأموات، فقد جاء تنظيم هذه المسألة في قانون الصحة، من خلال نص المادة 362 التي علقته جواز اقتطاع الأعضاء من الأموات بعد معاينة طبية وشرعية للوفاة وحسب المعايير العلمية التي يحددها الوزير المكلف بالصحة، بشرط ألا يكون الشخص المتوفي قد عبر عن رفضه النزع وبأي وسيلة كانت أثناء حياته. ويمكن التعبير عن الرفض بكل الوسائل من خلال التسجيل في سجل الرفض الذي تمسكه الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء.

وفي حالة غياب التسجيل في سجل الرفض، تتم استشارة أفراد أسرة المتوفي البالغين حسب ترتيب الأولوية الآتي: الأب أو الأم أو الأبناء أو الإخوة أو الأخوات وإن لم يوجد للمتوفي أسرة فإذن الولي الشرعي هو المعتبر في هذه الحالة. (3/362 من قانون الصحة).

ومن نصوص قانون الصحة المنظمة لزرع واقتطاع الأعضاء للمتوفي، يلاحظ أنه لا يوجد استثناء يتضمن عدم جواز اقتطاع الأعضاء التناسلية للميت. ورغم غياب النصوص القانونية المانعة لذلك وتحقق الوفاة، والموافقة القبلية للمتوفي أو موافقة أقارب أو الممثل الشرعي للمتوفي، فإن الغدد

التناسلية تظل حاملة للشفرة الوراثية للمتبرع، ولا يمكن إسقاط أحكام اقتطاع أعضاء المتوفي سائلة الذكر على الأعضاء التناسلية لأن مخاطر نقلها متساوية بالنسبة للأموات والأحياء، وهي انتقال الصفات الوراثية وتوارثها عبر الأجيال، واختلاط الأنساب مؤكداً في كلتا الحالتين.

وعليه، سكوت المشرع في هذه المسألة لا يتماشى مع التطور الطبي والاجتماعي، لذلك، يجب أن تدرج مسألة اقتطاع الأعضاء التناسلية وزرعها في قانون الصحة والنص صراحة على منع ذلك بالنسبة للأحياء والأموات مع وضع جزاء صريح وزجري على مخالف تلك القاعدة القانونية طبيياً كان أم غيره.

علاوة على ذلك، فإن عملية زرع الأعضاء التناسلية مخالفة للنظام العام والآداب العامة لأنها تمثل المصالح العليا للمجتمع الجزائري، فتحرم اختلاط الأنساب وتسبب أضرار القرابة. كما أن عمليات زراعة الأعضاء التناسلية لها آثار وخيمة على المجتمع والأسرة والمتبرع له ونسله. لذلك، حبذا لو حذا المشرع الجزائري حذو المشرع القطري الذي أعطى لمسألة نقل وزراعة الأعضاء أهمية كبيرة بإصداره للقانون رقم 15 من قانون تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية القطري⁽¹⁾ لسنة 2015 الذي نص في مادته 3 على أنه: "يحظر نقل الأعضاء التناسلية أو أجزائها أو الأنسجة أو الخلايا التناسلية من شخص حي أو جثة متوفي، وزرعها في شخص آخر، مما يؤدي إلى اختلاط الأنساب". ما يمكن ملاحظته على هذا النص أنه منع نقل وزرع كل عضو أو غدة تناسلية أو نسيج أو خلية تناسلية، ولم يفرق بين تلك الحاملة للشفرة الوراثية وغير الحاملة لها، وهذا احتياط لحفظ النسب، وهو نص دقيق من حيث الصياغة اللفظية، وقد تراجع المشرع القطري في مسألة زراعة الأعضاء التناسلية بعد أن كان المنع ينصب على أعضاء الإنجاب الحاملة للشفرة الوراثية في قانون 1997. وكان ذلك نفس اتجاه المشرع المصري الذي منع نقل الأعضاء التناسلية سواء الناقل للشفرة الوراثية أو غير الناقل لها.

أما القانون التونسي فقد حصر منع زرع الأعضاء التناسلية في الأعضاء الناقلة للشفرة الوراثية من الأموات والأحياء، وذلك في الفصل الخامس من القانون المتعلق بأخذ الأعضاء البشرية وزرعها لسنة 1991⁽²⁾.

⁽¹⁾ القانون رقم 15 لسنة 2015 بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية بتاريخ 2015/08/19، الذي ألغى القانون رقم 21 لسنة 1997.

⁽²⁾ القانون عدد 22، لسنة 1991، مؤرخ في 1991/03/25، يتعلق بأخذ الأعضاء البشرية وزرعها.

فكانت هذه أمثلة عن الدول العربية التي أحاطت مسألة زراعة الأعضاء التناسلية بعناية توازي حجم الخطر الذي يترتب عن هذه العمليات، وكان المنع هو الحل الوحيد الذي يضمن حق الطفل في نقاء نسبه وانتمائه البيولوجي.

وفي فرنسا كان زرع المبيض والخصية ممنوعاً إلى غاية صدور القانون رقم 94-653 بتاريخ 1994/07/29، الذي جعل زراعة الأعضاء التناسلية أمراً مباحاً ويخضع للشروط العامة لنقل وزراعة الأعضاء البشرية⁽¹⁾.

هذا كل ما يمكن أن نقوله عن تقنيات هندسة الاستيلاد، لنتقل الآن إلى مسألة غاية في الأهمية والدقة والحدثة، تتعلق أساساً باستخدام علوم الهندسة الوراثية في الإنجاب.

المبحث الثاني

الإنجاب باستخدام الهندسة الوراثية

الهندسة الوراثية هي فرع من فروع البيولوجيا (علم الأحياء) ويقصد بها مجموعة التجارب العلمية الكيميائية فكاً (قطع الجينات عن بعضها البعض)، ووصولاً (وصل المادة الوراثية المضافة بالجينات المتبرع بها) باستخدام الطرق المعملية أو هي مجموعة التجارب العلمية على مورثات الكائن الحي، مثل تجارب التحكم في المورثات وإعادة تركيب الحمض النووي، مما يؤثر في الصفات الوراثية للجنين⁽²⁾. وقد تم استخدام هذه التقنيات في عمليات التناسل، فنتج عنها إمكانية التحكم في جنس الجنين (المطلب الأول) وتحسين النسل البشري بالمعالجة الجينية (المطلب الثاني) وكذلك التناسل باستخدام تقنيات الاستنساخ البشري (المطلب الثالث).

المطلب الأول

التحكم في اختيار جنس الجنين بالوسائل العلمية

من النقاشات الساخنة التي تنعقد بشأنها لجينات البحوث العلمية؛ موضوع التحكم في جنس الجنين، وكلها تصب في هدف واحد هو إعطاء الحكم الشرعي لها. وسبق وأن تعرضنا لموضوع جنس الجنين في المطلب الأول من المبحث الثاني من الباب الأول، وتحدثنا هناك عن اختلاف الجنس في

⁽¹⁾ Loi n° 94-653, du 29 juillet 1994, relative au respect du corps humain, JORF n°175 du 30 juillet 1994, p. 11056.

⁽²⁾ إسماعيل مرجبا، المرجع السابق، ص. 688؛ أنظر أيضاً، فريدة صادق زوزو، وسائل الإنجاب الصناعية نحو توجيه البحث العلمي بالنظر المقصدي، <http://fiqh.islammesage.com/NewsDetails.aspx?id=4899>، 20017/12/24، 19:00.

إبرام عقد الزواج. لكن، وبعد قيام هذا الزواج، وتحديدًا عند الرغبة في الإنجاب، قد يفضل أحد الزوجين أو كلاهما جنسا معينًا للمولود فيرغبان في إنجاب الذكر مثلاً أو الأنثى، فيلجآن إلى وسائل علمية دقيقة تدخل هي أيضاً في نطاق علوم الهندسة الوراثية، وهي من الوسائل المستحدثة في طب الرفاه، لذلك سوف نقوم بالبحث عن المقصود باختيار جنس الجنين (الفرع الأول) ثم التعرف على طرق تحديد جنس الجنين (الفرع الثاني) ثم حكم العملية (الفرع الثالث) وفي الأخير نحاول البحث عن مدى مشروعيتها في القانون الجزائري (الفرع الرابع).

الفرع الأول

المقصود باختيار جنس الجنين

ويتضمن، تحديد معنى الجنين (أولاً) والتكييف القانوني للجنين المخبري (ثانياً) للتمكن من التوصل إلى معنى اختيار جنس الجنين (ثالثاً).

أولاً: تحديد معنى الجنين

جاء في المعجم الوسيط أن الجنين هو القبر والمستور، والولد مادام في الرحم، ويقال اجتنَّ أي استتر⁽¹⁾، واستجن الولد في البطن، وأجنته الحامل⁽²⁾، وعند الأطباء الجنين هو ثمرة الحمل في الرحم حتى نهاية الأسبوع الثامن، وبعده يدعى بالحمل⁽³⁾.

والجنين اصطلاحاً يطلق على المادة التي تتكون من التقاء الحيوان المنوي للرجل بالبويضة داخل رحم المرأة. ويعرف أيضاً بأنه البويضة الملقحة التي تنتج عن التقاء بويضة المرأة بنطفة الرجل. ويطلق عليه اسم الجنين مادام في بطن أمه لتحقق استتاره فيه، فيشمل جميع مراحل من لحظة تكونه إلى وقت ولادته⁽⁴⁾.

وبعد تطور تقنيات التوالد الصناعي، أصبح لدينا ما يعرف بالجنين المخبري، وسوف نبث الآن عن تكييفه القانوني، فهل هو جنين ويتمتع بالحماية القانونية التي يتمتع بها الجنين في بطن أمه؟

(1) مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، المرجع السابق، حرف الجيم، مادة جننه، ص. 141.

(2) الزمخشري أبي القاسم جار الله محمود بن عمر بن أحمد، الرجح السابق، حرف الجيم، ص. 152.

(3) مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، المرجع السابق، حرف الجيم، مادة جننه، ص. 141.

(4) حاتم أمين محمد عبادة، المرجع السابق، ص. 91.

ثانيا: التكييف القانوني للجنين المخبري

في البداية كان النقاش يدور حول ما إذا كان الجنين في بطن أمه يتمتع بالشخصية القانونية، وقد ظهر في الموضوع اتجاهان متباينان:

الاتجاه الأول قال بتمتع الجنين بالشخصية القانونية وبالتالي يحمي القانون حقه في الحياة كاملا و كأى شخص، ومن تطبيقات هذا الرأي التوصية التي أصدرتها الجمعية البرلمانية لمجلس أوروبا والتي تعترف بالحق في الحياة لكل طفل منذ لحظة الحمل⁽¹⁾، لأنه سوف يصبح إنسانا كاملا بعد الولادة.

وذهب اتجاه آخر إلى إنكار تمتع الجنين بحقوق الإنسان الكامل التكوين ولم يصل هذا الرأي في إنكار تمتع الجنين بالشخصية القانونية إلى حد التخلي عن حرمة⁽²⁾.

ولم يجد الرأي الأول صدق في القوانين المحلية، في حين أخذت القوانين الحديثة بالرأي الثاني، منها القانون الجزائري الذي نص المادة 25 من ق.م. المعدلة على أنه: "تبدأ شخصية الإنسان بولادته حيا وتنتهي بموته".

وصاحب الحق في الحياة هو الشخص الحي الذي يتمتع بشخصية قانونية، هذا وأن جريمة القتل تقع على الشخص الحي، في حين إيقاف حياة الجنين يخضع لتوصيف آخر، هو الاجهاض الذي يختلف عن القتل من حيث أركان الجريمة والعقوبة المقررة فيهما (المادة 304 من ق.ع). بالإضافة إلى أن الحقوق المقررة للجنين كالميراث والوصية والهبة هي حقوق احتمالية متوقفة على تمام ولادته حيا.

بعد هذا التحليل يثور سؤال آخر هو: إذا كان الجنين في بطن أمه لا يتمتع بالشخصية القانونية وحقوقه غير كاملة، فما موقف الفقه من البويضات الملقحة خارج الرحم؟

اختلف الفقه حول اعتبار البيضة الملقحة خارج الرحم جنينا من عدمه، وتباينت مواقفهم حول لحظة بداية الحياة الإنسانية لديه، فقال فريق أول بأن لحظة الإخصاب هي التي تشكل بداية الحياة الإنسانية للجنين، بغض النظر عن المكان الذي تم فيه التلقيح، خارج الرحم أو داخله، واستدل

⁽¹⁾ توصية رقم 1979/874 فيما يتعلق بالميثاق الأوروبي لحقوق الطفل، مقتبس عن، أحمد شرف الدين، هندسة الإنجاب والوراثة في ضوء الأخلاق والشرائع، ط1، المكتبة الأكاديمية، القاهرة، 2001، ص.81.

⁽²⁾ أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص.81.

بقوله تعالى: ﴿إِنَّا خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ نُطْفَةٍ أَمْشَاجٍ نَبْتَلِيهِ فَجَعَلْنَاهُ سَمِيعًا بَصِيرًا﴾⁽¹⁾. والإجماع الفقهي الإسلامي يكاد يكون منعقدا على أن بداية الحياة الإنسانية تكون منذ لحظة تلقيح البويضة بالحيوان المنوي، مما يستتبع تمتع الجنين المخبري أو البويضة الملقحة بالصفة الآدمية⁽²⁾.

وكان هذا موقف بعض الفقه القانوني، الذي يرى بداية الحياة للإنسان تبدأ من لحظة تلقيح البويضة لا من لحظة زرعها في جدار الرحم، لاسيما مع تحقق إمكانية نمو الأجنة البشرية خارج الرحم لمدة محددة، والتي لم تصل إلى حد الوضع لحد الآن، وهو ما عاجلناه في الحمل بالرحم الصناعي. وأيد هذا الرأي موقفه بما ذهب إليه المشرع الفرنسي في المادة 16 من القانون المدني، التي جاء فيها بأن القانون يحظر أي اعتداء على كرامة الإنسان⁽³⁾. ويضمن حماية الإنسان منذ بداية حياته، مما يعني أن الحياة تبدأ بالإخصاب وليس بالميلاد أو غيره، وكون الجنين صاحب حق يجعله يتمتع بالشخصية القانونية طبقا لهذا الرأي⁽⁴⁾.

وقال فريق آخر بأن الحياة الإنسانية تبدأ منذ لحظة غرس اللقحة في الرحم، لقوله تعالى: ﴿...يَخْلُقُكُمْ فِي بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ خَلْقًا مِّنْ بَعْدِ خَلْقٍ...﴾⁽⁵⁾. وهو الرأي الذي تبنته الندوة الثالثة للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية حول مصير البويضات الملقحة الزائدة عن الحاجة المنعقدة في أبريل 1987 بالكويت، حيث رأت الأغلبية أن البويضة الملقحة ليس لها حرمة شرعية، من أي نوع، ولا احترام، قبل أن تنغرس في جدار الرحم⁽⁶⁾.

ويرى الفريق الأقوى، أن الخلايا التناسلية هي منبت الحياة وأنها ليست من الأموال ولا من المنقولات التي يصح أن تكون محلا للتعامل فيها، وهذا راجع لتكوينها العضوي الذي يشكل أصل تكوين الإنسان بمعنى أنها مصدر روحه وجسده.

(1) سورة الإنسان، الآية رقم 02.

(2) تم عقد عدة ندوات علمية فقهية لها علاقة مباشرة بهذا الموضوع تناولته بالدراسة الدقيقة، منها "ندوة الإنجاب في ضوء الإسلام" سنة 1983 من تنظيم المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، وندوة ثانية "الإسلام والمشكلات الطبية المعاصرة" وندوة ثالثة لنفس المنظمة "مصير البويضات الملقحة"، حيث توصل الفقهاء وبعد بحوث مستفيضة إلى أن بداية الحياة الإنسانية تكون من لحظة التحام الحيوان المنوي بالبويضة ليتشكل الجنين الذي يحتوي على الحقبة الوراثية الكاملة للجنس البشري عامة.. ، أحمد داود رقية، المرجع السابق، ص.22.

(3) Article 16 du C.c.f: "La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie."

(4) أحمد داود رقية، المرجع السابق، ص.24.

(5) سورة الزمر، الآية رقم 06.

(6) أحمد داود رقية، المرجع السابق، ص.26.

والغالب أيضا، هو اعتبار البويضة الملقحة خارج الجسم البشري جنينا يتمتع بحقه في النمو حتى الولادة، وهذا مادامت قابلة للنمو وموجودة في وسط يساعدها على البقاء لأنها تمثل منشأ الإنسان⁽¹⁾. ولا ينبغي الخلط بين وصف الكائن البشري التي يتمتع بها الجنين والبويضة الملقحة وحقهما في النمو، وبين تمتع البويضة الملقحة والجنين بالشخصية القانونية، فهذه الأخيرة لا تثبت إلا بتمام ولادة الطفل حيا طبقا للمادة 25 ق.م.

والسؤال الذي يثور الآن هو: هل يمكن أن نعتبر إعدام البويضات المخصبة خارج الرحم إجهاضا؟

طبقا لنص المادة 304 من ق.ع لا يمكن اعتبار البويضات الملقحة خارج الرحم إجهاضا لأنها ليس حملا مستقرا في رحم امرأة، وبالتالي لا يمكن تطبيق نصوص الإجهاض عليها. وهذا يبقى قصورا في تنظيم الأعمال الواردة على البويضات الملقحة لأنها تحتاج إلى حماية قانونية خاصة بحسب طبيعتها البيولوجية ومآلها إلى تكوين انسان.

وخلال هذه المرحلة التي لم تضع لها القوانين مركزا قانونيا محددًا، قد ينصاع الأطباء لأهواء وطلبات الزوجين في تحديد جنس جنينهما المخبري قبل زرعها في الرحم، نحدد الآن معنى تحديد أو التحكم في جنس الجنين.

ثالثا: معنى التحكم في جنس الجنين

وهو ما يقوم به الإنسان من الأعمال والإجراءات التي يهدف بواسطتها اختيار ذكورة الجنين أو أنوثته. أو هو كل طريقة طبيعية أو بتدخل طبي قد تمكن من تلقيح البويضة بالحيوان المنوي الذي يحمل صفة الذكورة تحقيقا لرغبة الآباء أو أحدهما في إنجاب الذكر، أو تلقيح البويضة بالحيوان المنوي الذي يحمل صفة الأنوثة تحقيقا للرغبة في جنين أنثى.

والبحث في وسائل التحكم في جنس الجنين قديمة، وقد تناولها علماء الطبيعة كأرسطو في القرن الثاني ميلادي الذي ناقش النظرية التي تقول أن جنس الجنين تعينه حرارة الرحم أو تَعْلُب أحد عنصري التكاثر على العنصر الآخر، وقدم نظرية أخرى في تفسير ذلك⁽²⁾.

(1) أنظر، حسن حماد حميد، الحماية الجنائية لأجنة الأنابيب، مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية، كلية القانون، جامعة ذي قار، العراق، 2012، ع6، ص.16.

(2) أنظر، خالد بن عبد الله المصلح، رؤية شرعية في تحديد جنس الجديد، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، رابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة، سنة 23، 2010، ع25، ص.83.

هذا، وأن تحديد جنس الجنين عملية قديمة وحديثة في نفس الوقت وذلك بحسب الطريقة المعتمدة للوصول إلى الجنس المرغوب.

الفرع الثاني

طرق تحديد جنس الجنين

بما أن جنس الجنين يتحدد لحظة تخصيب البويضة بالحيوان المنوي، الذي قرّر الأطباء بأنه من يحمل صفة الذكورة والأنوثة، فإنّ محاولات التحكم في هذه اللحظة (لحظة الإخصاب) كانت محل اهتمام العلماء والأطباء على مدار الأزمنة، فتنوعت طرق ومحاولات تحديد جنس الجنين، فكانت بداية بوسائل طبيعية (أولاً)، ثم تطورت بتطور العلوم الطبية والبيولوجية وتحديدًا تقنيات التوالد الصناعي وعلم الجنين، إلى أن تم التوصل إلى وسائل أكثر دقة في تحديد جنس الجنين مخبرياً (ثانياً).

أولاً: تحديد جنس الجنين بوسائل طبيعية

الطريقة الأولى: استهلاك أنواع معينة من الأغذية

إنّ مسألة تحديد جنس الجنين تضرب بجذورها إلى عصور مضت، ففي سنة خمسمائة (500) قبل الميلاد توصلت مدارس الطب الهندية إلى عدة طرق يمكن بواسطتها التأثير على جنس الجنين باستخدام العقاقير ونظام طعام معين⁽¹⁾.

وفي السنوات الأخيرة أجريت دراسات على تأثير النظام الغذائي في تحديد جنس الجنين، خلصت إلى أن نوع الطعام يمكن أن يؤثر على غشاء البويضة الحقيقي، وتحديدًا على مواضع الاستقبال في الغشاء، فتقبل نوعاً واحداً من النطف سواء الذكورية أو الأنثوية⁽²⁾، مفادها أن زيادة نسبة البوتاسيوم والصوديوم في الغذاء، وانخفاض نسبة الكالسيوم والمغنيزيوم يحدث تغيرات في جدار البويضة تؤدّي إلى جذب الحيوان المنوي الذكري واستبعاد الأنثوي، لتكون نتيجة التلقيح هي ذكر⁽³⁾. وإذا كانت الرغبة في إنجاب أنثى، فإن المرأة تتناول الأطعمة التي تحتوي على تركيز عالي من

(1) خالد بن عبد الله المصلح، المرجع السابق، ص. 83.

(2) أنظر، شوقي إبراهيم عبد الكريم علام، تحديد الجنس وتغييره بين الحظر والمشروعية، دراسة مقارنة، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2011، ص. 28.

(3) أنظر، مكملوف وهيبه، مدى مشروعية التحكم في جنس الجنين، م.ع.ق.إ.س، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2016، ع21، ص. 175؛ ناصر عبد الله الميمان، المرجع السابق، ص. 51.

المغنيسيوم والكالسيوم، حينها تفتح البويضة الباب لاستقبال الحيوان المنوي المؤنث لعلمية التخصيب⁽¹⁾.

الطريقة الثانية: التحكم في الحالة الكيميائية للمهبل

توجد طريقة أخرى تزيد من احتمال إنجاب الجنس الرجوب فيه بطريق الاتصال الطبيعي للزوجين، وهي تهيئة الحالة الحامضية للمهبل استعدادا لاستقبال الحيوانات المنوية، فقد أكدت عدة دراسات بأن الوسط الحامضي يساعد على إنجاب الإناث، والوسط القاعدي مثلا المعالج بيكربونات الصوديوم يساعد على إنجاب الذكور⁽²⁾. فاستعمال الغسل المهبلي بالمواد القلوية أو الحامضية يقوم بتهيئة المهبل بالوسط الكيميائي المناسب لكل نوع من النطف الذكرية، وبالتالي يمكن تحقيق الجنس المرغوب فيه، بنسبة ما يقارب 15% مع أنه لا يمكن تجاهلها⁽³⁾.

الطريقة الثالثة: توقيت الجماع حسب وقت الإباضة

أثبتت الدراسات أنّ الحيوان المنوي الذكري أسرع من الحيوان المنوي الأنثوي في الوصول إلى البويضة⁽⁴⁾. وعليه، إذا حصل الجماع قبل وقت التبويض فإن الخلية المنوية التي تحمل الكروموزوم (Y) تكون الأسرع فتصل ولا تجد البويضة في حين تبقى الخلية التي يتحمل كروموزوم (X) وهي الأقوى والأطول عمرا يمكن لها أن تبقى لمدة 4 أيام وإذا صادفت البويضة لقحتها فيكون الجنين أنثى⁽⁵⁾. بعد تخصيب البويضة بالحيوان المنوي فإنّ جنس الجنين يصبح محددًا فيكمل مراحل الجنينية بصفة طبيعية. ويمكن معرفة جنسه ذكر أم أنثى بعد 4 أشهر من الإخصاب عن طريق الأشعة فوق الصوتية أو بإجراء فحوصات نسيجية بغرز إبرة لسحب نقطة من السائل الأمنيوسي⁽⁶⁾.

ثانيا: تحديد جنس الجنين مخبريا

بعد ازدهار عمليات التلقيح الاصطناعي الخارجي والتطور الذي شهده علم الأجنة، أصبح بإمكان الآباء اختيار جنس جنينهما، وسبق لنا أن عرفنا بأن الخلايا الجنسية الذكرية هي المسؤولة عن تحديد جنس الجنين، فالخلايا الجنسية الذكرية التي تحتوي على الصبغي (X) التي تنتج أنثى إذا

(1) عبد الفتاح أبو كيلة، المرجع السابق، ص. 114.

(2) شوقي إبراهيم عبد الكريم علام، المرجع السابق، ص. 40.

(3) مكرولف وهيبية، مدى مشروعية التحكم في جنس الجنين، المرجع السابق، ص. 176.

(4) عبد الفتاح أبو كيلة، المرجع السابق، ص. 415.

(5) شوقي إبراهيم عبد الكريم علام، المرجع السابق، ص. 28.

(6) شوقي إبراهيم عبد الكريم علام، المرجع نفسه، ص. 53.

لقتحت خلية أنثوية، لأن هذه الأخير دائما وفي كل الأحوال كروموسومها الجنسي (x) فينتج جنين بتكوين خلايا جنسية (xx) وبالتالي فالجنين أنثى. أما إذا كانت الخلية الجنسية الذكرية من نوع (y) فإن التكوين الكروموسومي للخلايا الجنسية للجنين يكون (xy) وهو ذكر. وعليه، يمكن تحديد جنس الجنين في عمليات التلقيح الصناعي بطريقتين:

الطريقة الأولى: وهي القيام بالاختبارات الوراثية، وتكون هذه العملية لاحقة لتلقيح البويضات خارج الرحم، وتفترض هذه العملية وجود عدة أجنة، وقبل زرعها في الرحم يقوم الأطباء بإجراء بعض الاختبارات عليها للتمكن من معرفة الأجنة الذكرية والأنثوية، ليقوموا بعد ذلك بزرع الأجنة بحسب الجنس الذي يرغب فيه الزوجان⁽¹⁾.

الطريقة الثانية: وتكون سابقة للتلقيح الصناعي، وتتم عن طريق فصل الحيوانات المنوية الأنثوية عن الذكرية، وتلقيح بويضة الزوجة بالنطفة المختارة⁽²⁾. وقد أمكن الفصل بينهما فصلا غير تام، وذلك بناء على معرفة خصائص الحيوان المنوي الذكر التي تختلف عن الحيوان المنوي المؤنث في الكتلة والقدرة على اختراق المخاط اللزج في قناة الرحم، والقدرة على البقاء في سائل قاعدي، وقد بلغ نجاح رفع نسبة الذكور إلى 55% في أحسن المعامل، بمعنى أنهم لم يبلغوا مرحلة النجاح التام. وقد ثبت أن هذا الموضوع ليس مجرد اختبار وتجارب معملية بحتة، فقد أثبتت تجارب فصل الحيوانات المنوية الأنثوية عن الذكرية وإعدام الأولى والإبقاء على الثانية واستخدامها في عملية التلقيح أنه أحدث مفاجأة وهو عدم حصول إخصاب. وفي تجربة أخرى قاموا بعكس التجربة الأولى حيث أعدموا الحيوانات المنوية المذكورة وأبقوا على المؤنثة واستعملوها في عملية الإخصاب وكذلك لم يتم اتحاده مع البويضة مرة أخرى، فتبين من هذه التجارب بأنه يجب أن تلحق البويضة بالحيوانات المنوية جميعها لتتم عملية الإخصاب، لأن الاختبار أوضح أن الإخصاب راجع إلى جين (مورثة) في تركيب (ADN) البويضة وهذا الجين هو الذي يجتذب النوع المتناسق معه من الخلايا الجنسية للرجل⁽³⁾.

(1) اسماعيل مرجبا، المرجع السابق، ص. 447.

(2) وتقدر الإشارة، إلى أنه يمكن القيام بتحديد جنس الجنين بطريق التلقيح الاصطناعي الداخلي، الذي يتم فيه حقن النطف الذكرية التي تحمل مثلا الصبغي (x) إلى الموضع المناسب من رحم المرأة فيتم اتحادها مع البويضة فتعطي النتيجة بويضة مخصصة تحمل جنس أنثى، وإن أردنا ذكرا فإننا نقوم بحقن حيوان منوي يحمل صبغي (y)؛ شوقي ابراهيم عبد الكريم علام، المرجع السابق، ص. 38.

(3) فريدة صادق زوزو، المرجع السابق؛ <http://fiqh.islammessage.com/NewsDetails.aspx?id=4899>

وحتى سنة 1990 نجح العلماء في معرفة جنس الجنين في خلية واحدة من خلايا الانقسام الثمانية، وبهذا النجاح تم إقصاء الذكور وذلك بإرجاع الإناث عند وجود أمراض وراثية تظهر عند الذكور فقط. وفي سنة 1996 تم بنجاح تشخيص جنس الحيوان المنوي بطريقة حديثة لا تضر الحيوان المنوي⁽¹⁾.

وقد أعلن معهد طبي في الولايات المتحدة الأمريكية أنه تم إنتاج مائتي (200) طفل بالجنس الذي حدده الوالدان، وهذا النوع من الاكتشافات يؤدي إلى إخلال في التنوع الحيوي البشري، إضافة إلى إمكانية إصابة الجنين أحيانا بأمراض وتشوهات خلقية قد تؤدي إلى إجهاضه. وأعلن تمكنه من تطوير هذه التقنية لاستعمالها ضد انتقال الأمراض الوراثية إلى أحد الجنسين⁽²⁾.

الفرع الثالث

حكم عمليات التحكم في اختيار جنس الجنين

نمّيز بين حكم استخدام الوسائل الطبيعية في اختيار جنس الجنين (أولا) ثم حكم اختيار جنس الجنين مخبريا (ثانيا).

أولا: حكم اختيار جنس الجنين بالوسائل الطبيعية

إنّ تناول نوع معين من الأطعمة، ومحاولة التحكم في الحالة الكيميائية للمهبل وكذا اختيار توقيت الجماع، هي طرق تتم دون عبث الإنسان بالأمشاج البشرية، فلا يمانع الفقه الإسلامي على الأخذ بها كسبل للوصول إلى جنس معين، لأنها أمور مباحة طالما كان ذلك منضبطا بضوابط شرعية⁽³⁾.

واستدل الفقهاء، بكون الأطعمة والأشربة والجماع هي أمور مباحة على أن تتم في الحدود الشرعية. كما أن الإنسان غير ممنوع من تعاطي الوسائل التي تؤدي إلى غاية مشروعة مادامت الوسيلة ذاتها مشروعة، فالرغبة في جنس معين أمر مشروع⁽⁴⁾.

(1) نجم عبد الله عبد الواحد، المرجع السابق، ص.153.

(2) أنظر، راحلي سعاد، النظام القانوني للتجارب الطبية على الأجنة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2014-2015، ص.114.

(3) شوقي إبراهيم عبد الكريم غلام، المرجع السابق، ص.29.

(4) مكروloff وهيبية، مدى مشروعية التحكم في جنس الجنين، المرجع السابق، ص.183-184.

ثانيا: حكم اختيار جنس الجنين مخبريا

نفرّق بين حكمه في حالة التحديد الطبي لجنس الجنين (أ) وحالة التحديد الاجتماعي (ب).

أ- حالة التحديد الطبي لجنس المولود

لقد ثبت أن هناك بعض الأمراض الوراثية تنتقل إلى الجنين مرتبطة بجنسه مما يعرض هذا الأخير لتشوهات خلقية أو أمراض مستعصية وحتى إلى الإجهاض في بعض الحالات. فمثلا هناك بعض الأمراض تنتقل عن طريق الصبغي الجنسي (X) فيظهر المرض عند الإناث دون الذكور، فهذا النوع من تحديد الجنس اتفق الفقهاء على جوازه، وجوازه هو مقتضى قول جمهور الفقهاء المعاصرون الذي أجازوا التلقيح الاصطناعي لوجود ضرورة، وهذا النوع من التلقيح الاصطناعي قد توفرت فيه الضرورة الداعية إليه، وهو نوع من أنواع التداوي المأمور به، لذلك يجوز اختيار جنس الجنين إذا كان الاختيار تبعيا⁽¹⁾.

ب- حالة التحديد الاجتماعي

أين يتم اختيار جنس الجنين مسابرة للأهواء والرغبات، ودون وجود ضرورة تدعو إلى ذلك، فلم يتفق الفقهاء على مشروعية العملية، فقال اتجاه أول بجواز اختيار جنس الجنين مطلقا لحاجة أو لغير حاجة، وهذا موقف قلة من الفقهاء المعاصرين، ومن أبرز الفقهاء القائلين بهذا الرأي الشيخ عبد الله البسام، مصطفى الزرقا، ويوسف القرضاوي، عبد الله بن بية، نصر الدين فريد واصل، علي جمعة، وغيرهم، وقال بجواز العملية أيضا مجلس الإفتاء بالأردن، ولجنة الفتوى بوزارة الأوقاف الكويتية⁽²⁾.

وحججهم في ذلك من الكتاب بقوله تعالى: ﴿إِنِّي خِفْتُ الْمَوَالِيَ مِنْ وَرَائِي وَكَانَتِ امْرَأَتِي عَاقِرًا فَهَبْ لِي مِنْ لَدُنْكَ وَلِيًّا ۗ يَرِثُنِي وَيَرِثُ مِنْ عَالِي يَعْقُوبُ ۗ وَأَجْعَلُهُ رَبِّ رَضِيًّا ۗ﴾⁽³⁾. وقوله جلّ وعلا أيضا: ﴿فَلَمَّا وَضَعَتْهَا قَالَتْ رَبِّ إِنِّي وَضَعْتُهَا أُنْثَىٰ وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِمَا وَضَعْتَ وَلَيْسَ الذَّكَرُ كَالْأُنْثَىٰ ۗ﴾⁽⁴⁾. ومنه فإن السؤال والدعاء بالولد ذكر أو أنثى أمر مشروع وهذا مبين في إجابته تعالى لدعاء أنبيائه.

(1) أنظر، صالحى سمية، حكم اختيار جنس الجنين في عمليات التلقيح الاصطناعي، دراسة مقارنة بين أحكام الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، دفاتر السياسة والقانون، جامعة ورقلة، جوان 2016، ع15، ص.454؛ إسماعيل مرجبا، المرجع السابق، ص.448.

(2) خالد بن عبد الله المصلح، المرجع السابق، ص.84

(3) سورة مريم، الآياتان رقم 5 و6.

(4) سورة آل عمران، الآية رقم 36.

ومن السنة النبوية الشريفة، استدل هؤلاء بأن النبي ﷺ بيّن السبب الطبيعي الذي يوجب الأذكار أو الإناث بإذن الله تعالى⁽¹⁾، فيما رواه مسلم من حديث ثوبان أن النبي ﷺ أجاب اليهودي الذي سأله عن الولد فقال ﷺ: "ماء الرجل أبيض، وماء المرأة أصفر، فإذا اجتمعا، فعلا مني الرجل مني المرأة أذكرا بإذن الله، وإذا علا مني المرأة مني الرجل آثا بإذن الله" قال اليهودي: "لقد صدقت وإنك لنبي"⁽²⁾.

واستندوا أيضا على القواعد الفقهية، بأن الأصل في الأشياء الإباحة والحلّ حتى يقوم دليل على المنع والحظر، في قول جمهور أهل العلم، وليس لمن قالوا بمنع عمليات تحديد جنس الجنين دليل يستند إليه.

وقد قام هذا الفريق أيضا بقياس السعي في تحديد جنس الجنين على السعي في معالجة العقم، فلا خلاف في جواز السعي لمعالجة العقم مع كونها سعيًا لإيجاد الحمل وأخذًا لأسباب حصوله⁽³⁾، وليس فيه معارضة لقوله تعالى: ﴿...وَيَجْعَلُ مَنْ يَشَاءُ عَقِيمًا إِنَّهُ عَلِيمٌ قَدِيرٌ﴾⁽⁴⁾.

وقال اتجاه آخر وهم أكثر الفقهاء المعاصرون بعدم جواز العمل على تحديد جنس الجنين، وهو ما يفهم من فتوى اللجنة الدائمة للإفتاء بالمملكة العربية السعودية التي جاء فيها: "شأن الأجنة من حيث إيجادهم في الأرحام وذكورهم وأنوثتهم هو من علم الغيب الذي لا يعلمه إلا الله سبحانه وتعالى"، وقال بعدم الجواز أيضا كل من الشيخ فيصل مولوي، محمد الشنتة، عبد الناصر أبو البصل⁽⁵⁾. وقد استدل هذا الفريق بمجموعة من الأدلة منها:

أنّ إجازة عمليات التلقيح الاصطناعي خارج الرحم معلقة على شرط وجود ضرورة أو حاجة، تدعو إلى العملية، ولا ضرورة موجودة في اختيار جنس الجنين بالوسائل العلمية⁽⁶⁾.

وأضاف أن العمل على تحديد جنس الجنين يتضمن منازعة الله تعالى في خلقه ومشيئته وما اختص به من علم ما في الأرحام، واستدل بقوله تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي يُصَوِّرُكُمْ فِي الْأَرْحَامِ كَيْفَ يَشَاءُ لَا

(1) خالد عبد الله المصلح، المرجع السابق، ص.85.

(2) مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، المرجع السابق، المجلد الأول، كتاب الحيض، باب بيان صفة مني الرجل ومني المرأة وأن الولد مخلوق من مائهما حديث رقم 315، ص.155.

(3) خالد بن عبد الله المصلح، المرجع السابق، ص.88.

(4) سورة الشورى، الآية رقم 50.

(5) خالد بن عبد الله المصلح، المرجع السابق، ص.84.

(6) إسماعيل مرجبا، المرجع السابق، ص.449.

إِلَهَ إِلَّا هُوَ الْعَزِيزُ الْحَكِيمُ ﴿٦﴾⁽¹⁾. وقوله أيضا: ﴿اللَّهُ يَعْلَمُ مَا تَحْمِلُ كُلُّ أُنْثَىٰ وَمَا تَغِيضُ الْأَرْحَامُ وَمَا تَزْدَادُ وَكُلُّ شَيْءٍ عِنْدَهُ بِمِقْدَارٍ ﴿٨﴾﴾⁽²⁾. وهذا دليل على أن ذكورة الجنين أو أنوثته في الأرحام من اختصاصه تعالى ولا يجوز للبشر التدخل في مشيئته.

وقد تم مناقشة أدلة الرأي الأول بعدم صحة حديث ثوبان، وهذا الحديث تفرد به مسلم في صحيحه، وأجيب عليه بأن الحديث صحيح لا مطعن في سنده⁽³⁾.

وأن الأذكاء والإناث ليس له سبب طبيعي وإنما هو مستند إلى مشيئة الله تعالى، وقد ردَّ تعالى ذلك إلى محض مشيئته⁽⁴⁾ فقال: ﴿أَوْ يَزْوِجَهُمْ ذُكْرَانًا وَإِنثَاءً وَيَجْعَلُ مَنْ يَشَاءُ عَقِيمًا إِنَّهُ عَلِيمٌ قَدِيرٌ ﴿٥﴾﴾⁽⁵⁾. وأجيب عليه بأن الأخذ بالأسباب لا يتنافى مع مشيئته تعالى خلقه للذكور أو الإناث.

أما الرأي الثاني فتم الردّ عليه بأن الأخذ بالأسباب لإنجاب الذكور أو الإناث لا يتنافى مع مشيئته تعالى ولا ينافيه في خلقه، وذلك أن كل ما يكون من العبد لا يخرج عن تقدير الله ومشيئته وخلقته⁽⁶⁾ كما قال تعالى: ﴿وَمَا تَشَاءُونَ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ اللَّهُ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا ﴿٧﴾﴾⁽⁷⁾. والإيمان بهذا لا يلغي مشيئة العبد وعمله، وتدخل الإنسان في تحديد جنس الجنين لا يتضمن منازعة لله تعالى في مشيئته وتصويره وخلقته، ويوضحه هذا ويجليه لأن الأسباب لا تستقل بالتأثير بل هي مفتقرة لأمر الله تعالى فتأثيره يكون بتقدير الله تعالى فلو شاء لسلبها قواها ولم تؤثر شيئاً⁽⁸⁾.

ويبدو أنّ الاتجاه الثاني الذي يرى بعدم جواز تحديد جنس الجنين بالوسائل العلمية هو الأقرب إلى الصواب، لأن حالة الضرورة غير متوفرة، مادام حصول الولد ممكن بالوسائل الطبيعية أو الصناعية، ولا داعي للعبث بالنطف البشرية، لاسيما أن التجارب أثبتت وجود عيوب في الأجنة التي تنشأ باختيار الجنس. باستثناء حالة اختيار جنس الجنين لتجنب الأمراض الخطيرة التي لها علاقة بالجنس وتنتقل لسبب محاذاتها للجين الحامل لصفة الذكورة أو الأنوثة والمحمولة على نفس الصبغي، وهذا متى ثبت عدم وجود خطورة على الجنين.

(1) سورة آل عمران، الآية رقم 6.

(2) سورة الرعد، الآية رقم 8.

(3) خالد بن عبد الله المصلح، المرجع السابق، ص. 86.

(4) خالد بن عبد المصلح، المرجع نفسه، ص. 87.

(5) سورة الشورى، الآية رقم 50.

(6) خالد بن عبد الله المصلح، المرجع السابق، ص. 90.

(7) سورة الإنسان، الآية رقم 30.

(8) خالد بن عبد الله المصلح، المرجع السابق، ص. 90.

الفرع الثالث

مدى مشروعية تجارب تحديد جنس الجنين في القانون الجزائري

إن التجارب التي تجري على الخلايا التناسلية هي في الحقيقة ذات طابع علمي محض، لا يكون الغرض منها علاجي، ولا تحقيق مصلحة، وغالبا ما يقوم بها الأطباء استجابة لرغبة الآباء في الحصول على جنس محدد، أو لبلوغ هوى علمي.

وبالرجوع إلى شروط التلقيح الصناعي الواردة في المادة 45 مكرر من ق.أ.نجدها تنص على شروط التلقيح الصناعي التي جاء بها الفقه الإسلامي الحديث، وإذا أسقطنا هذه الشروط على عمليات تحديد جنس الجنين، قد يبدو أنّ العملية تستمد مشروعيتها من تلك الضوابط، فمتى تمت بالخلايا التناسلية للزوجين وأثناء حياتهما مع قيام رابطة زوجية شرعية، يتبين ظاهريا بأنه لا إشكال أمام هذه التجارب التي تهدف إلى تحديد جنس الجنين. ولكن، المشرع أحال إلى أحكام الشريعة الإسلامية في حالة غياب النص القانوني، وقرارات الفقهاء قيدت التلقيح الصناعي بشرط الضرورة القصوى، وتجارب تحديد جنس الجنين لا تقتضيه ضرورة قصوى متى لم يثبت وجود خطر على الجنين مصاحب لجنس محدد، وعليه لا يجوز تحديد جنس الجنين.

هذا عن قانون الأسرة، أما قانون الصحة رقم 18-11 وفي إطار تنظيمه للمساعدة الطبية على الإنجاب، فقد منع كل انتقاء للجنس في نص المادة 375، وفي حالة مخالفة هذا منع، فقد رتب ذات القانون عقوبات جزائية على ذلك، بنصه في المادة 436 بأنه يعاقب كل من يخالف منع انتقاء الجنس المنصوص عليه في المادة 375 بالحبس من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة وبغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج.

وعليه، فقد منع المشرع الجزائري كل اختيار لجنس الجنين مهما كان نوعه؛ طبي لتفادي الأمراض التي تنتقل مع جنس محدد، واجتماعي مساندة لرغبة الآباء في جنس معين، واعتبره جنائية بتشديد عقوبة انتقاء الجنس.

وقد استتبع أبحاث التلقيح الاصطناعي وتحديد جنس الجنين عدة محاولات وبشتى الوسائل لتفادي ظهور الأمراض الوراثية في الأجنة المخبرية، وهكذا وصلت الأبحاث إلى تحسين النسل البشري بطرق علمية.

المطلب الثاني

الإنجاب باستخدام وسائل تحسين النسل البشري (العلاج الجيني)

أدى اكتشاف الكروموسومات وتعرف العلماء على تركيبها إلى الوصول لتكوين الجينات الكيميائية الذي يمكنها من نقل الصفات وتوارثها عبر الأجيال، ومكّن التطور العلمي كذلك من التعرف على العديد من المورثات وموقعها الطبيعي وحتى وظائفها وكذلك آثار تعطيل وظائفها. ونجاح التلاعب بالجينات الحيوانية كحالة نقل جينات جناح نسر إلى دجاجة نتج عنه مخلوق جديد عبارة عن جسم دجاجة وجناح نسر⁽¹⁾. وبناء على هذه التجارب فتحت الهندسة الوراثية آفاقا جديدة في مجال تحسين النسل البشري، وبدأ علماء الهندسة الوراثية في المطالبة بإلحاح للسماح لهم بإجراء اختبارات وراثية على الأجنة في العائلات التي تنتشر عندها أمراض وراثية، وذلك لملاحظة مواقع الشذوذ في الحمض النووي وبالتالي تعديله على نحو صحيح، ويكون ذلك بتصحيح العيب الحادث في تطور المورثة وبالتالي تخليص النسل من التشوهات المستقبلية⁽²⁾.

ويرتبط كثيرا موضوع تحسين النسل البشري بالفحص الطبي قبل الزواج الذي تم تناوله في الباب الأول من هذه الرسالة، وكذلك يرتبط بعمليات التلقيح الاصطناعي الخارجي، وهو مستجد في عالم الإنجاب. لذلك، يستدعي هذا الموضوع البحث عن تعريف تحسين النسل البشري بالعلاج الجيني وجذوره التاريخية (الفرع الأول) وعناية خاصة بأراء الفقهاء في صور تحسين النسل بالعلاج الجيني للخلايا التناسلية (الفرع الثاني) ومن ثم البحث عن العلاج الجيني للخلايا التناسلية من وجهة نظر القانون (الفرع الثالث).

الفرع الأول

تعريف تحسين النسل البشري بالعلاج الجيني وجذوره التاريخية

بداية، نلفت الانتباه إلى أن تحسين النسل ليس بالمصطلح الجديد، والمبتكر في هذا الموضوع هو استعمال المعالجة الجينية لهذا الغرض، لذلك نجد لزاما علينا البحث عن عدّة تعريفات خاصة بهذه التقنية للوصول إلى مفهومها الحديث، وبداية يتوجب علينا تعريفه (أولا) ولأهمية آثاره التاريخية، سوف نبحث عن جذوره التاريخية (ثانيا) لنصل أخيرا إلى تحسين النسل بالعلاج الجيني (ثالثا).

⁽¹⁾ أنظر، نجم عبد الله عبد الواحد، تقنيات الاستنساخ للخلايا والجينات الإنسانية لتشخيص وعلاج الأمراض، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، ط2، رابطة العالم الإسلامي، 2006، ع12، ص146.

⁽²⁾ زيري بن قويدر، المرجع السابق، ص147.

أولاً: تعريف تحسين النسل

تحسين اسم مصدره فعل حَسَّنَ، والحسن ضد القبح ونقيضه، ويقال إني لأحسن بك الناس، أي أباهيهم بحسبك، وحسنت الشيء تحسينا، زينت وأحسنت إليه وبه⁽¹⁾. والحاسن هو القمر، والحسن من كل شيء: كل مبهج يروق ويسر، والحاسن تجمع كل حسن، وهي ضد المساوي، وهي المواقع الحسنة في البدن⁽²⁾.

وقال جل وعلا: ﴿...وَصَوَّرَكُمْ فَأَحْسَنَ صُوَرَكُمْ...﴾⁽³⁾، وقال أيضا: ﴿لِلَّذِينَ أَحْسَنُوا الْحُسْنَىٰ وَزِيَادَةٌ...﴾⁽⁴⁾ أي الجنة وهي ضد السوءى⁽⁵⁾.

أما نَسَلٌ فهو اسم مصدره الفعل نَسَلَ، والنسل هو الولد والذرية وجمعها أنسال⁽⁶⁾. وتناسلوا أي ولد بعضهم من بعض⁽⁷⁾.

وفي التنزيل الحكيم: ﴿ثُمَّ جَعَلَ نَسْلَهُ مِنْ سُلَالَةٍ مِّن مَّاءٍ مَّهِينٍ﴾⁽⁸⁾ والنسل في الآية الكريمة هو الولد من الإنسان وكذلك الخلق والذرية⁽⁹⁾.

وبتركيب الكلمتين "تحسين النسل" يصبح معناها اللُّغوي تزيين الولد والذرية وتحسينها.

أما مصطلح "Eugénique"⁽¹⁰⁾، فهو الآخر مركب من كلمتين، (Eu) تعني طيب أو حسن أو حقيقي، وكلمة (génique) يقصد بها وراثي أو مكون أو مولد أو منشئ⁽¹¹⁾.

(1) ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، ج13، (ن-هـ)، ص.114-115؛ الزنجشيري، المرجع السابق، ج1، باب الحاء، ص.190.

(2) أحمد رضا، معجم متن اللغة، المرجع السابق، مجلد 2، حرف الحاء، ص.91.

(3) سورة غافر، الآية رقم 64؛ سورة التغابن، الآية رقم 04.

(4) سورة يونس، الآية رقم 26.

(5) أنظر، الفراهيدي الخليل بن أحمد، كتاب العين مرتب على حروف المعجم، ج1، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003، ص.318.

(6) مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، المرجع السابق، ص.919.

(7) الجوهري أبي نصر اسماعيل بن حماد، المرجع السابق، ص.1135؛ أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام محمد هارون، ج5، كتاب النون، دار الفكر، سوريا، 1979، ص.420.

(8) سورة السجدة، الآية رقم 08.

(9) ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، مجلد 11، حرف اللام، مادة نَسَلَ، ص.660؛ الفيروز آبادي، القاموس المحيط، المرجع السابق، حرف النون، ص.1607.

(10) Eugénique, non féminin, Eugénisme, non masculin: Théorie cherchant à opérer une sélection sur les collectivités humaines à partir des lois de la génétique, <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/15/03/2019,09:00>.

(11) أنظر، اسماعيل غازي مرجبا، تحسين النسل، دراسة طبية فقهية، مجلة كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، 2012، مجلد 65، ص.254.

وعند الاصطلاحيين، يقصد بتحسين النسل مجموعة من الأساليب التي تهدف إلى تحسين المكتسبات الوراثية للأسر أو السكان أو الإنسانية، عن طريق إعاقة الجينات غير ملائمة أو تشجيع تكاثر الجينات المفيدة⁽¹⁾.

وعرّف أيضا بأنه هو دراسة جميع قوانين الوراثة التي يمكنها تحسين العرق الإنساني⁽²⁾. ويؤخذ على هذا التعريف أنه اقتصر على اعتماد قوانين وراثية دون غيرها لتحسين النسل.

وعرفه آخرون بأنه علم تطوير العرق الإنساني، ويكون ذلك بتحسين الظروف المعيشية والبيئة العقلية والنفسية والأدبية لمصلحة الأجيال القادمة، ويشمل الانتقاء الجنسي وتطوير التعاون والعلاقات الاجتماعية بين الجنسين⁽³⁾. ما نلاحظه أيضا على هذا التعريف أنه اعتبر تحسين النسل علما وهو ليس كذلك فهو لا يرقى إلى درجة العلم بل أنه تقنية تعتمد على علوم أخرى كالطب والوراثة كما توسع في طرق تحسين النسل لتشمل الأسباب الاجتماعية أيضا.

وعرفه آخرون بأنه حركة أو اتجاه أو مذهب يضم أفكارا أو أنشطة تهدف إلى تحسين نوعية البشر عن طريق معالجة العيوب الوراثية للمرضى وهذه هي اليوجينيا الإيجابية، أو التخلص من هؤلاء المرضى وهي اليوجينيا السلبية⁽⁴⁾. بالرغم من أن هذا التعريف ميز بين اليوجينيا الإيجابية واليوجينيا السلبية إلا أنه يبقى قاصرا، حيث يرى بأنه مذهب أو حركة تسعى إلى نشر أفكار اليوجينيا، ونحن نبحث عن طرق تحسين النسل وعلى رأسها المعالجة الجينية.

وبناء على هذه الانتقادات الموجهة إلى تعريفات تحسين النسل يمكن أن نعرفه بأنه كل وسيلة تهدف إلى تحسين النسل، بتعطيل الصفات المرضية أو غير المرغوب فيها، وتشجيع ظهور الصفات المستحبة وتوفير العوامل المساعدة على ذلك.

ومصطلح: "Eugénisme" نظرية تسعى إلى إجراء الاختيار على الجماعات الإنسانية باستخدام قوانين علم الوراثة.

⁽¹⁾ Cf , Antoine SPIRE , La France est-elle un pays eugénique ?Séminaire "Bioéthique, Université populaire de Caen", 13/03/2012 , p.1.

⁽²⁾ أنظر، حاتم أمين محمد عبادة، وسائل تحسين النسل البشري بين التحريب الطبي والتشريع الإسلامي، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2012، ص18.

⁽³⁾ إسماعيل غازي مرجبا، المرجع السابق، ص.255.

⁽⁴⁾ إسماعيل غازي مرجبا، المرجع نفسه، ص.256.

ثانيا: الجذور التاريخية لتحسين النسل البشري

تحسين النسل أو "اليوجينيا" "Eugénique" مصطلح إغريقي، يرجع الباحثون أصل هذه الأبحاث إلى أفلاطون وأفكاره حول تربية وإيجاد نسل أفضل (في تصوره للجمهورية الفاضلة)، ويرجع آخرون تاريخه إلى اكتشاف مندل لقانون الوراثة، ويقول آخرون أن الصيغة الحديثة لمصطلح اليوجينيا ابتدعه الإنجليزي "Francis Galton" ابن خالة تشارلز داروين صاحب (نظرية التطور)، وقد تأثر بأفكاره⁽¹⁾. فكانت له عدة مؤلفات في هذا الموضوع، فطبع مقالا مطولا عام 1864 عن الموهبة الوراثية، ثم العبقرية الوراثية 1869⁽²⁾. ثم رجال العلم الإنكليز بين الطبيعة والتغذية (بين الطبع والتطبع) عام 1874، وبالاستعانة على الإحصاء اجتهد في إثبات فرضية مفادها أن الأفراد الأكثر موهبة هم في الغالب أقارب حميمون لأفراد هم أيضا شديدا موهبة، وكتب عام 1873 مقالا حول "التحسين الوراثي" جاء فيه أن من أولويات ما يتوجب على الإنسانية هو أن تساهم طوعا بالعملية العامة للانتقاء الطبيعي، وأوجد عام 1908 التربية الاجتماعية ذات العلاقة بتحسين النسل⁽³⁾.

لكن التأصيل الحقيقي لفكرة تحسين النسل يرجع إلى آلاف السنين قبل هؤلاء العلماء، ذلك أنه يوجد في المتحف المصري رسومات وتمثال أسرة القزم "سب" وهو ما يؤكد ملاحظة توارث صفة الطول، كما لوحظ انتقال بعض الصفات الواضحة وراثيا مثل زيادة أصابع اليد⁽⁴⁾، فتتوارث عند بعض العائلات صفة الإصبع الزائد لتصبح ستة أصابع بدلا من خمسة. كما عرف العرب في الجاهلية طريقا لإنجاب الولد بصفات مستحبة وهو نكاح الاستبضاع، فقد روي عن عروة بين الزبير أن عائشة زوج النبي ﷺ أخبرته: "أنَّ النكاح في الجاهلية كان على أربعة أنحاء: فنكاحُ منها نكاح الناس اليوم يخطب الرجل إلى الرجل وليته أو ابنته فيُصدّقها ثم ينكحها. ونكاح آخر كان الرجل يقول لامرأته إذا طهرت من طمثها: أرسلني إلى فلان فاستبضعي منه ويعتزلها زوجها ولا يمسه أبدا حتى يتبين حملها من ذلك الرجل الذي تستبضع منه، فإذا تبين حملها من ذلك الرجل أصابها زوجها إذا أحب، وإنما

(1) أنظر، عوادي زبير، الهندسة الوراثية الشرعية بين الرؤية الشرعية والقانونية، مجلة البحوث العلمية والدراسات الإسلامية، مخبر الشريعة، جامعة الجزائر 1، 2015، مجلد 6، ع2، ص.148.

(2) إسماعيل غازي مرجبا، المرجع السابق، ص.259.

(3) إسماعيل غازي مرجبا، المرجع نفسه، ص.259.

(4) حاتم أمين محمد عبادة، المرجع السابق، ص.18.

يفعل ذلك رغبة في نجابة الولد، فكان هذا النكاح نكاح الاستبضاع... فلما بعث محمد ﷺ بالحق هدم نكاح الجاهلية كله، إلا نكاح الناس اليوم⁽¹⁾.

والأخطر من ذلك، أن مفهوم تحسين النسل ارتبط في العقود الأولى من القرن العشرين بالسياسة العنصرية التي قامت بها ألمانيا في إبادة جماعية للأفراد، واتباع سياسة التعقيم، وكانت الفترة ما بين 1907-1963 أهم حقبة في تحسين النسل والتعقيم فتم تعقيم جماعي لـ 450 ألف شخص في ألمانيا النازية لوحدها، وتم تعقيم أكثر من 64 ألف شخص قسرا بموجب تشريعات تحسين النسل في الولايات المتحدة الأمريكية⁽²⁾. وهذه السياسة شوهدت العلم وفكرة التحسين تشويها كبيرا بل وأصبحت مرعبة في زمانها.

أما الآن، وبعد تطور تقنيات التوالد الصناعي فنجد على الساحة الطبية عدة طرق لتحسين النسل، منها الفحص الطبي الوراثي قبل الزواج، وإعلام أحد الخاطبين بأن الخاطب الآخر يحمل مرضا قابلا للانتقال إلى نسله، قد يصاحبه عدول عن الزواج أو التحوط وإجراء الفحوص الطبية عند الرغبة في الإنجاب لتجنب ظهور المرض في الأولاد.

كما نلمس تحسين النسل في بنوك النطف الذي يشبه في بعض أهدافه نكاح الاستبضاع في الجاهلية، وذلك بشراء نطفة لأشخاص يمتازون بصفات معينة ومستحبة كالجمل والذكاء والطول لتظهر هذه الصفات على الطفل ويتم توارثها عبر الأجيال.

ويظهر أيضا تحسين الجنس البشري في تطور تقنيات الاستنساخ، وأخذ الخلايا من الأشخاص الذين يحملون صفات معينة.

وأخيرا نلاحظ بأن تقنية المعالجة الجينية أو التعديل الوراثي قد بدأت أولا ببحوث استهدفت تفادي الأمراض الوراثية المتنقلة بالجينات البشرية، لتتخذ مسارا جديدا محايدا وخطيرا تمثل في العبث بالجين البشري للحصول على أجنة تحمل صفات معينة ومستحبة من الأبوين، تتمثل أساسا في صفات الجمال والذكاء والقوة والطول.

ثالثا: تحسين النسل بالعلاج الجيني

العلاج الجيني يقوم على تغيير في المادة الوراثية، وهذا بنقل قطعة من الحمض النووي (الجين) من نواة الخلية الجسدية أو الجنسية لتفعيل وظيفة هذا الجين في الخلية المنقول إليها، بعد التخلص من

(1) البخاري، صحيح البخاري، المرجع السابق، كتاب النكاح، باب من قال لا نكاح الا بولي، حديث رقم 5128، ص. 1307.

(2) إسماعيل غازي مرجبا، المرجع السابق، ص. 221.

الجين الحامل للمرض وإحلال محله جين آخر سليم يقوم بوظيفته، ويتطلع الباحثون إلى علاج أكثر من أربعة آلاف مرض يصيب الإنسان بسبب الخلل في الجينات⁽¹⁾. وهذا بعد أن حقق مشروع الجينوم البشري تقدما كبيرا في مجال الهندسة الوراثية، ولاسيما في آفاق العلاج الجيني، فأمكن أخيرا تحديد موقع كل جين على أي صبغي وبدقة عالية، ومن ثم تم التنبؤ بالمرض قبل ظهور أعراضه، وهذا ما فتح آفاقا جديدة للعلاج من الأمراض الوراثية والمستعصية⁽²⁾.

وقد يكون الغرض من نقل الجين إلى خلية جنسية إما علاجيا أو تحسينيا، فالأول يكون بقصد معالجة الأمراض الوراثية بالتخلص من المورثات التي تحمل المرض واستبدالها بجين سليم يحل محل الجين المستأصل في الوظيفة، وهذا لولادة طفل سليم من الأمراض الوراثية. أما الغرض التحسيني، فيكون بالتخلص من جين سليم لا يحمل أي مرض ويتم استبداله بجين يحمل صفات جمالية مستحبة كصفات لون البشرة والعيون والقامة والذكاء وغيرها.

ويمكن أن تتم المعالجة الجينية للخلية التناسلية قبل الإخصاب وبعده، فتم قبل الإخصاب بمعالجة البويضة أو النطفة بقطع الجزء من الحمض النووي الذي يحمل الجين المسؤول عن الصفة المراد التخلص منها واستبداله بالجين الذي يحمل الصفة المرغوب فيه، وبعد ذلك تتم عملية تلقيح الخليتين الجنسيين وتزرع اللقيحة في الرحم لتكمل أطوار حياتها تماما كمرحلة التلقيح الاصطناعي. كما قد تتم المعالجة الجينية بعد الإخصاب، ولكن قبل تمايز خلاياها وتخصصها، ونقل الجين في هذين المرحلتين يؤدي إلى انتقال الجين إلى كامل الخلايا ويدخل في تركيب كل أعضاء الجنين، وإلى ذريته أيضا. وعليه، ينعلم ظهور المرض الوراثي المستأصل مع الجين الأصلي في الأجيال القادمة للجنين، وفي نفس الوقت تظهر الصفات العلاجية أو التحسينية المحمولة على الجين الجديد في الأجيال القادمة أيضا. لذلك يمنع العديد من الأطباء وكذلك القوانين الطبية الدولية اللجوء إلى هذا النوع من المعالجة لإمكانه حدوث خطأ في عملية نقل الجين وتسوء عواقبه بانتقاله إلى النسل، وإمكانية تأثير عملية النقل على الجينات الأخرى على نحو ضار، والأمر الخطير هو انتقاله إلى النسل على وجه لا يمكن علاجه أو الحد من انتقاله⁽³⁾.

وتحسين النسل من النوازل المستحدثة في مجال الانجاب، ولم يتفق الفقه المعاصر على حكمه.

(1) زيري بن قويدر، المرجع السابق، ص.140.

(2) أنظر، سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويخ، أحكام الهندسة الوراثية، ط1، كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض، 2008، ص.288-289.

(3) سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويخ، المرجع نفسه، ص.298.

الفرع الثاني

رأي الفقه الإسلامي في صور تحسين النسل بالعلاج الجيني للخلايا التناسلية

إن نقل الجين للخلية التناسلية بويضة كانت أم نطفة أو حتى لقيحة، لا يخرج عن كونه يتم بصورتين؛ إما فيما بين الزوجين (أولا) أو بتدخل طرف أجنبي عن العلاقة الزوجية (ثانيا). .

أولا: المعالجة الجينية بين الزوجين لتحسين النسل

في هذه الحالة يتم معالجة الخلية التناسلية بجين مأخوذ من أحد الزوجين حال قيام الرابطة الزوجية، وتميز أيضا في هذه الصورة بين أسلوبين:

الأسلوب الأول يتم بأخذ الجين السليم من الزوج نفسه الذي لقحت البويضة بنطفته، ويتم الأسلوب الثاني بأخذ الجين السليم من الزوجة نفسها صاحبة البويضة، بحيث يكون الهدف من المعالجة الجينية إحداث تعديلات في الصفات الوراثية.

ولا اختلاف بين الفقهاء المعاصرين في حرمة عمليات المعالجة الجينية إذا كان الغرض من نقل الجين غير علاجي، فقد اتفق أهل العلم على حرمة العملية سواء كان الجين مأخوذا من الزوجين أو من أجنبي عنهما متى كان الغرض هو تعديل صفات المولود⁽¹⁾.

أما في شأن المعالجة الجينية للتخلص من الأمراض الوراثية فقد ظهر اتجاهان في الفقه الإسلامي بشأن مشروعية المعالجة الجينية بين الزوجين لتحسين النسل، قال اتجاه أول بحرمة هذه العمليات ولو كانت مقصورة بين الزوجين، وهذا الاتجاه أخذت به المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية وكان هذا رأي جمهور الباحثين والفقهاء المعاصرين كأمثال عبد الناصر أبو البصل، أحمد شوقي إباد أحمد إبراهيم، السيد مهران، و عبد الرحمن عبد الخالق⁽²⁾.

وأدلتهم في ذلك من الكتاب قوله تعالى: ﴿...وَلَا مَرْثَهُمْ فَلْيُبَيِّتْكُنَّ ءَاذَانَ الْأَنْعَمِ وَلَا مَرْثَهُمْ فَلْيُغَيِّرَنَّ خَلْقَ اللَّهِ وَمَنْ يَتَّخِذِ الشَّيْطَانَ وَلِيًّا مِّنْ دُونِ اللَّهِ فَقَدْ خَسِرَ خُسْرَانًا مُّبِينًا﴾⁽³⁾. فتحريم تحسين النسل بالمعالجة الجينية واضح في الآية الكريمة لأنها عمليات تؤدي إلى تغيير خلق الله والعبث فيه حسب الأهواء والشهوات، لذلك يعتبر عملا محرما من أمر الشيطان⁽⁴⁾. واستند هذا الفريق أيضا إلى

(1) سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويرخ، المرجع السابق، ص.310.

(2) حاتم أمين محمد عبادة، المرجع السابق، ص.86.

(3) سورة النساء، الآية رقم 119.

(4) سعد بن عبد العزيز بن عبد الله شويرخ، المرجع السابق، ص.213.

قوله تعالى: ﴿الَّذِي أَحْسَنَ كُلَّ شَيْءٍ خَلَقَهُ وَبَدَأَ خَلْقَ الْإِنْسَانِ مِنْ طِينٍ﴾⁽¹⁾، ويفهم من الآية الكريمة أنّ الله سبحانه وتعالى عرف كل شيء خلقه، وأحسنه من غير تعلم، فأخبرنا بإحسان خلقه للبشر ولا مجال للإنسان أن يستدرك، وأي تدخل للإنسان في هذا الشأن يعبر إفسادا للخلق⁽²⁾.

ومن السنة النبوية الشريفة استدلال هذا الفريق بما روي عن علقمة عن عبد الله قال أن رسول الله ﷺ: "لَعَنَ اللَّهُ الْوَاشِمَاتِ وَالْمَسْتَوِشِمَاتِ وَالْمُتَمَصِّمَاتِ وَالْمُتَفَلِّجَاتِ لِلْحُسْنِ الْمَغْيِرَاتِ خَلَقَ اللَّهُ.." ⁽³⁾. وهذا الحديث الشريف يبين تحريم كل فعل يؤدي إلى تغيير خلق الله سبحانه وتعالى، والعلاج الجيني فيه تغيير كبير للخلقة وأكبر أثرا من الوشم والنمص والتفلج وبالتالي فهو أولى بالحرمة منهم.

والأمر من ذلك، فإن عمليات نقل الجين فيها الكثير من الغموض، فمن الممكن أن يحدث إدخال الجين الجديد إلى الخلية اضطرابا كبيرا في وظائف الجينات الأخرى مما يؤدي إلى نمو الخلية السليمة بطريقة مرضية مسببة نوعا من السرطان. إضافة إلى أنه قد يؤدي إلى أمراض أكثر سوء من المرض المراد علاجه، هذا ولا يمكن إهمال إمكانية التلاعب بالخريطة الجينية للإنسان، مما يؤدي إلى نشوء نسل يحمل أمراضا وراثية خطيرة⁽⁴⁾.

وقد أصدرت جهات علمية وندوات فقهية عدّة توصيات بتحريم نقل الجين من أحد الزوجين ولو كان لغرض علاجي، كالمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية وندوة الانعكاسات الأخلاقية للعلاج الجيني وندوة الانعكاسات الأخلاقية للأبحاث المتقدمة في علم الوراثة⁽⁵⁾.

وعلى نقيض ذلك، يرى الاتجاه الثاني بجواز التدخل العلاجي الجيني لتحسين النسل بين الزوجين، وهو رأي بعض الباحثين المعاصرين منهم محمد رأفت عثمان ومحمد رواس قلعه جي⁽⁶⁾، وكذلك صدر به قرار جمعية العلوم الطبية الإسلامية الأردنية، بشرط توفر خمسة شروط هي:

1- أن يكون النقل الجيني حال قيام الرابطة الزوجية.

2- أن يكون بموافقة الزوجين.

(1) سورة السجدة، الآية رقم 7.

(2) حاتم أمين محمد عبادة، المرجع السابق، ص. 79.

(3) مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، المرجع السابق، كتاب اللباس والزينة، باب تحريم فعل الواصلة والمستوصلة والواشمة والمستوشمة والنامصة والمتنمصة والمغيرات خلق الله، حديث رقم 2125، ص. 1121.

(4) سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويخ، المرجع السابق، ص. 306.

(5) سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويخ، المرجع نفسه، ص. 302.

(6) حاتم أمين محمد عبادة، المرجع السابق، ص. 86.

- 3- أن تتخذ الإجراءات الكافية التي تمنع اختلاط الخلايا التناسلية للزوجين بغيرها من الخلايا.
- 4- أن تدعو الضرورة أو الحاجة لذلك.
- 5- أن لا يكون ضرره أعظم من نفعه⁽¹⁾.

وقد استدل هذا الفريق بمجموعة من الحجج منها ما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: "مَا أَنْزَلَ اللَّهُ دَاءً إِلَّا أَنْزَلَ لَهُ دَوَاءً"⁽²⁾. ووجه الدلالة في الحديث أن النقل الجيني فيه علاج للأمراض الوراثية، فيدخل هذا في عموم الحديث الدالّ على طلب العلاج والتداوي. واستدلوا من المعقول بالقياس على جواز عمليات التلقيح الصناعي الخارجي فيما بين الزوجين، وأن جميع صفات الطفل الوراثية تنتقل إليه من أبويه، فكذلك يجوز من باب أولى نقل الجين من أحد الزوجين إلى الخلية التناسلية، لأن غايته هي انتقال بعض صفات أحد الأبوين المنقول منه الجين إلى المولود. كما استدل هذا الفريق أيضا بالقياس على جواز عمليات نقل الأعضاء وزراعتها في الإنسان، فقالوا بجواز نقل الجين إلى الخلايا التناسلية لغرض علاج الأمراض الوراثية وأن كلاهما غرضهما العلاج⁽³⁾.

ويمكن مناقشة الرأي الأول، بأن التغيير المنهي عنه في الآية الكريمة إنما هو التغيير الذي يكون نحو الأسوأ ولغرض غير علاجي، ومادام العلاج الجيني لغرض الوصول إلى الشفاء من الأمراض الوراثية فهذا يبدو مبدئيا أمر مشروع. ولكن، لم يثبت بعد أن نقل الجين من مكانه الأصلي قد يؤدي إلى علاج مؤكد من الأمراض ومازالت المخاوف كثيرة من هذه العمليات.

أما الرأي الثاني فيناقش بأن المعالجة الجينية لم يثبت بعد إمكانية علاجها للأمراض الوراثية وتحقق الشفاء منها، بل إن مخاطر تطبيقها على البشر كبيرة. ويمكن أن تؤدي إلى تعطيل عمل جينات أخرى أساسية. ولأن العملية تقع على خلية جنسية فإن الخطورة أكبر، لأنها قابلة للتوارث عبر الأجيال، كونها تصبح جزء من تكوين الحامض النووي للخلية القابل للتضاعف والانقسام والاختزال في عدة مراحل.

أما قياسه بعمليات التلقيح الصناعي فهذا أمر غير مستصاغ، فعمليات التلقيح الاصطناعي أثبتت التطبيقات العلمية عدم وجود مخاطر على الجنين وعلى نسله أيضا، والصفات الموروثة (تركيب

(1) سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويرخ، المرجع السابق، ص.303.

(2) البخاري، صحيح البخاري، المرجع السابق، كتاب الطب، باب ما أنزل الله داء إلا أنزل له شفاء، حديث رقم 5678، ص.1441.

(3) سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويرخ، المرجع السابق، ص.304-305.

الحامض النووي) تبقى نفسها كما لو كان الحمل طبيعياً. في حين أن العلاج الجيني لم يثبت انتفاء الأضرار فيه على الجنين، وأي خطأ يحدث في عملية نقل الجين قد يحدث عيوباً لا يمكن تداركها وتصبح قابلة للانتقال إلى النسل.

زيادة على ذلك، لا يمكن قياسه على عمليات زرع الأعضاء لأنه سبق وأن تحدثنا عن حرمة زرع الأعضاء التناسلية الحاملة للصفات الوراثية.

وبعد عرض آراء العلماء وحججهم وكذلك مناقشتها، فالرأي الذي يبدو راجحاً هو القائل بجرمة العملية وعدم جوازها. وهذا لقوة أدلته، وكان هذا أيضاً موقف أغلب علماء وفقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرين كذلك الجامع الفقهي الحديث، ومنها المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة الذي أصدر قراراً في دورته الحادية والعشرون (21) لسنة 2013 جاء فيه أنه: "لا يجوز استخدام الهندسة الوراثية بقصد تبديل البنية الجينية فيما يسمى بتحسين السلالة البشرية، وإن أي محاولة للعبث الجيني بشخصية الإنسان أو التدخل في أهليته للمسؤولية الفردية أمر محظور شرعاً"⁽¹⁾.

ثانياً: المعالجة الجينية بتدخل أجنبي لتحسين النسل

نميز أيضاً في هذه الصورة بين ثلاث حالات، أن يكون الجين المنقول مأخوذاً من رجل أجنبي عن العلاقة الزوجية، أو أن يكون منقولاً من امرأة أجنبية، والحالة الأخيرة هي أن يكون الجين مأخوذاً من زوجة ثانية لنفس الزوج صاحب النطفة⁽²⁾.

وتختصر أحكام هذه الصورة في أن تدخل طرف أجنبي في عملية العلاج الجيني أبلغ خطورة منه إذا كان فيما بين الزوجين، وقد قال العلماء الذين ذهبوا إلى تحريم المعالجة الجينية لخلية تناسلية من أحد الزوجين ولو كان لغرض علاجي بأن تحريم أخذ الجين من طرف أجنبي أولى بالتحريم، وهذا راجع إلى كثرة المفسدات الناجمة عن هذا النقل⁽³⁾. بالإضافة إلى تأثيره على النسب، وكان هذا رأي أغلب الفقهاء المعاصرين وكذلك المجمع الفقهي الإسلامي بمكة كما ذكرنا سابقاً.

⁽¹⁾ قرار رقم 203(9/21) بشأن الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري (الجين)، دورة 21، 1435 الموافق ل 2013، المجمع الفقهي الإسلامي <http://www.iifa-aifi.org/2416.html>، 2018/03/06، 19:30.

⁽²⁾ زيري بن قويدر، المرجع السابق، ص. 147.

⁽³⁾ حاتم أمين محمد عبادة، المرجع السابق، ص. 88.

الفرع الثالث

العلاج الجيني للخلايا التناسلية من وجهة نظر القانون

من الأهداف الأساسية لكل دولة متقدمة تكوين مجتمع بنيانه قوي، بطاقة بشرية تتمتع بصحة عقلية وبدنية جيّدة، لذلك تم اعتماد عدة طرق وسياسات لهذا الغرض، منها تحسين النسل بالوراثة، وهذا بتشجيع الأشخاص الذين يحملون صفات مستحبة على الزواج والإنجاب، والقيام بالفحص الطبي الجيني للمقبلين على الزواج لمعرفة ما يحمله هؤلاء من صفات مرضية متنحية ونسبة ظهورها في الأجيال القادمة، إلى أن وصل التقدم العلمي إلى تحسين النسل بتقنيات الهندسة الوراثية، وما استتبعه من إشكالات قانونية على جميع الأصعدة.

هذه النوازل الأخلاقية الناتجة عن الثورة البيولوجية سوف تؤثر بشكل سلبي ومباشر على الزواج والأسرة، وعلى المجتمع ككل. فكانت من نتائج الاستخدام الكثيف للطاقة وتأثير الإشعاع الذري على البشر؛ أن بادرت وزارة الطاقة الأمريكية بدراسات معمقة لبحث الأخطار المحتملة على صحة الإنسان ونتائج التغيير في الحمض النووي للإنسان فعقدت اجتماعا مع اللجنة الدولية للوقاية من المطفرات والمسرطنات البيئية. وتم الاتفاق على إنشاء منظمة الجينوم البشري سنة 1988 بهدف فك شفرة كامل الجينوم البشري، وبدأ تنفيذ مشروع الجينوم البشري عام 1990 بتجنيد إمكانيات علمية ومادية ضخمة من أجل الإسراع في فك رموز المورثات⁽¹⁾.

فصدرت عدة توصيات من جهات مختلفة طبية وإسلامية وقانونية كلها تدعو إلى احترام الحياة الإنسانية، وحق الفرد في الاحتفاظ بصفاته وخصائصه الوراثية وتجرّيم بحوث وتجارب تحسين السلالات البشرية منها المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت 1419هـ. واتفاقية مجلس أوروبا حول حقوق الإنسان والطب الحيوي 1996 وغيرها من الجمعيات والمنظمات، والإعلان العالمي للجينوم البشري الذي اعتمده اليونسكو وأيدته الجمعية العامة مؤرخ في 11 نوفمبر 1997 خلفية أساسية للمناقشات بشأن تكنولوجيا الأحياء وحقوق الإنسان، الذي أكد على الاعتراف بالتنوع الوراثي للبشرية يجب ألا يفسح المجال لأي تفسير ذي طابع اجتماعي أو سياسي من شأنه الطعن في ما لجميع أعضاء الأسرة البشرية من كرامة أصيلة فيهم وحقوق ثابتة ومتساوية، وذلك بالنص في المادة

⁽¹⁾ أنظر، محمد جبر الألفي، الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري من منظور إسلامي، منظمة الفقه، المؤتمر الإسلامي، الدورة 20، مجمع الفقه الاسلامي بجدّة، الرياض، 2012، ص.7.

الثانية في فقرتها الأولى على أنه: "لكل إنسان الحق في أن تحترم كرامته وحقوقه أيا كانت سماته الوراثية".

كما جاء أيضا في المادة 6 من نفس الإعلان أنه: "لا يجوز أن يعرض أي شخص لأي شكل من أشكال التمييز القائم على صفاته الوراثية، والذي يكون غرضه أو نتيجته المساس بحقوقه، وحياته الأساسية والمساس بكرامته"⁽¹⁾.

وتلت هذا الإعلان عدة نصوص تُجرّم كل الإجراءات أو البحوث التي تسعى إلى الحصول على الإنسان الأفضل أو الأقوى، أو المختلط بنوع آخر عن طريق المساس بالخلايا الجنسية لأغراض غير علاجية.

وقد نص المشرع الفرنسي على تحسين النسل في الفقرة 4 من المادة 16 من القانون المدني الفرنسي التي جاء فيها أنه: "لا يحق لأي شخص الاعتداء على الجسم البشري. وتحظر كل الممارسات الهادفة لتحسين النسل والتنظيم الاختياري للأشخاص. ويحظر القيام بتغييرات على الخصائص الجينية بهدف تحسين النسل مادام ذلك لا يلحق ضررا بالأبحاث العلمية الساعية إلى وقاية وعلاج الأمراض الوراثية"⁽²⁾.

فالنص جاء مانعا للممارسات التي تؤدي إلى العبث بتكوين الشخص الوراثي، وتجزير المعالجة الجينية التي تستهدف الوصول إلى العلاج من الأمراض الوراثية.

كما نص المشرع العقابي الفرنسي في الفقرة الأولى من المادة 214⁽³⁾ على أن: "كلّ فعل وتطبيق لتقنية تحسين النسل يهدف إلى انتقاء جنس الأشخاص يعاقب بالسجن لمدة ثلاثين (30) سنة وبغرامة 7.500.000 أورو".

⁽¹⁾ محتمل آمنة، المرجع السابق، ص. 278.

⁽²⁾ art 16/4 du c.c.f, Créé par Loi n°2004-800, du 6 août 2004, relative à la bioéthique , JORF 7 août 2004 :

"Nul ne peut porter atteinte à l'intégrité de l'espèce humaine.

Toute pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes est interdite.

Est interdite toute intervention ayant pour but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne vivante ou décédée.

Sans préjudice des recherches tendant à la prévention et au traitement des maladies génétiques, aucune transformation ne peut être apportée aux caractères génétiques dans le but de modifier la descendance de la personne".

⁽³⁾ Art 214/1 du code pénale français, Créé par Loi n°2004-800, du 6 août 2004, relative à la bioéthique : " Le fait de mettre en œuvre une pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes est puni de trente ans de réclusion criminelle et de 7 500 000 euros d'amende".

ومع عدم وضوح نتائج المعالجة الجينية، ظهرت دعوات لبعض الأطباء إلى عدم إباحة الاستشارة الوراثية لما لها من أضرار على الجنين بسبب الاختبار قد تظهر عليه تشوهات خلقية، ويؤكد فريق آخر بأن الجنين إذا كان به شذوذ كروموسومي فإنه سيسقط من تلقاء نفسه، أي إجهاض تلقائي، لذلك ليس هناك أي فائدة من هذه الاختبارات⁽¹⁾.

أما النظام القانوني الجزائري، فلم يرد نص بشأن المعالجة الجينية سواء لغرض تحسين النسل للعلاج من الأمراض الوراثية أو لغرض غير علاجي، ولا عن حالة نقل الجين من أحد الزوجين أو غيرهم. لذلك، يستلزم الموضوع الاستعانة بالأحكام العامة، وابتداء بالنصوص الدستورية، فقد جاءت المادة 32 صريحة بمنع التمييز بين السلالات البشرية بنصها: "كل المواطنين سواسية أمام القانون، ولا يمكن أن يتذرع بأي تمييز يعود إلى المولد، أو العرق، أو الجنس..." وبالتالي فإن النصوص القانونية في النظام الجزائري تطبق على جميع المواطنين ومتى صدر نص قانوني فلا يمكن استبعاد تطبيقه على فئة معينة لحسن تكوينها البيولوجي.

وعليه، لا يمكن تشجيع توالد سلالة معينة وتعقيم سلالة أخرى، ولا يمكن استخدام المعالجة الجينية للحصول على جيل بصفات معينة، لأنه لو تم ذلك فسوف نكون أمام تمييز عنصري بأتم معنى الكلمة.

وفي سياق حماية الإنسان من الأمراض والأخطار المترتبة عن عمليات زرع الجين لغرض تحسيني تعود بالسلب على صحته كالتشوهات الخلقية والأمراض الخطيرة، جاء نص المادة الأولى من قانون الصحة رقم 18-11 في فقرتها الثانية على أن هذا القانون: "يرمي إلى ضمان الوقاية وحماية صحة الأشخاص والحفاظ عليها واستعادتها وترقيتها ضمن احترام الكرامة والحرية والسلامة والحياة الخاصة"

ومنع أيضا قانون الصحة تداول الخلايا الجنسية والأجنة لغاية البحث العلمي في نص المادة 374 منه. وفي القسم الرابع المتضمن أحكام البحث في مجال طب الأحياء، نص في المادة 378 على أنه: "يجب أن تراعى الدراسات العيادية، وجوبا المبادئ الأخلاقية والعلمية والأخلاقيات والأدبيات التي تحكم الممارسة الطبية"⁽²⁾.

⁽¹⁾ فريدة صادق زوزو، المرجع السابق، <http://fiqh.islammessage.com/NewsDetails.aspx?id=4899>، 2017/12/24، 22:00.

⁽²⁾ الدراسات العيادية هي كل بحث في مجال طب الأحياء المتمثل في إجراء دراسات على الكائن البشري بغرض تطوير المعارف الويائية والتشخيصية والبيولوجية والعلاجية وتحسين الممارسات الطبية (المادة 377 من قانون الصحة رقم 18-11).

زيادة على ذلك، تخضع الدراسات العيادية لترخيص الوزير المكلف بالصحة، ولرأي لجنة الأخلاقيات الطبية للدراسات العيادية التي تنشأ على مستوى المصالح المختصة للوزارة المكلفة بالصحة (المواد 381 و382 و383 من قانون الصحة). مع ترتيب عقوبات جزائية على كل من يجري دراسات عيادية دون الحصول على ترخيص الوزير المكلف بالصحة بالحسب من سنتين إلى خمس سنوات وبغرامة من 5.000.000 دج إلى 10.000.000 دج، وهذا بموجب نص المادة 438 من قانون الصحة.

من خلال هذه النصوص، نلاحظ أن مشرّع قانون الصحة أعطى أهمية كبيرة للدراسات على الكائن البشري، وأخضعها لإجراءات طويلة ومهمة، وبالتالي فإن الأبحاث التي تستهدف تعديل ونقل الجين للحصول على صفات وراثية معينة لن تلقى الترخيص من الوزير المكلف بالصحة ولا موافقة لجنة الأخلاقيات الطبية.

وبالرجوع إلى المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المتضمن مدونة أخلاقيات مهنة الطب فنجد نص في المادة 07 على رسالة الطبيب في الدفاع عن صحة الإنسان العقلية والبدنية بنصها: "تتمثل رسالة الطبيب وجراح الأسنان في الدفاع عن صحة الإنسان البدنية والعقلية، وفي التخفيف من المعاناة، ضمن احترام حياة الفرد وكرامته الإنسانية دون تمييز من حيث الجنس والسن والعرق والدين والجنسية والوضع الاجتماعي والعقيدة السياسية أو أي سبب آخر في السلم أو الحرب". وتحسين النسل يهدم الصحة العقلية والبدنية للإنسان ويدعم التمييز بين البشر، وفيه اعتداء على كرامة الإنسان وحياته.

أما قانون الأسرة الجزائري فهو الآخر جاء خاليا من تأطير تقنيات التناسل باستخدام المعالجة الجينية، ولا يمكن التدرع بشروط التلقيح الاصطناعي المنصوص عليها في نص المادة 45 مكرر من ذات القانون في استخدام المعالجة الجينية لتحسين النسل فيما بين الزوجين، لأن المشرع الأسري أطرّ التلقيح الاصطناعي الخارجي كتقنية توالد تساعد على التقاء بويضة الزوجة بنطفة الزوج كاملتين دون السماح بالعبث بالخصائص الوراثية.

وهذا الفراغ أيضا في تنظيم هذه التقنية، سدته أحكام الشريعة الإسلامية التي أحالنا إليها المشرع بموجب نص المادة 222 من ق.أ، وجهود الفقه الإسلامي المعاصر متواصلة في هذا الشأن، نستأنس بها في حالة عدم وجود النص القانوني.

وفي إطار الاجتهاد الجماعي، جاء في القرار الأول للمجمع الفقهي الإسلامي في دورته الخامسة في شأن استفادة المسلمين من علم الهندسة الوراثية: "...وقد تبين للمجلس أن محور علم الهندسة الوراثية هو التعرف على الجينات (المورثات) وعلى تركيبها، والتحكم فيها أثناء حذف بعضها-لمرض أو غيره- أو إضافتها أو دمجها بعضها مع بعض لتغيير الصفات الوراثية الخلقية. وبعد النظر والتدارس والمناقشة فيما كتب عنها، وفي بعض القرارات والتوصيات التي تمخضت عنها المؤتمرات والندوات العلمية، يقر المجلس ما يلي:

الاستفادة من علم الهندسة الوراثية في الوقاية من المرض أو علاجه أو تخفيف ضرره بشرط أن لا يترتب على ذلك ضرر أكبر.

لا يجوز استخدام أي من أدوات الهندسة الوراثية ووسائله في الأغراض الشريرة والعدوانية وفي كل ما يحرم شرعا.

لا يجوز استخدام أي من أدوات علم الهندسة الوراثية ووسائله للعبث بشخصية الإنسان ومسؤوليته الفردية أو التدخل في بنية المورثات بدعوى تحسين السلالة البشرية.

لا يجوز إجراء أي بحث أو القيام بأية معالجة أو تشخيص يتعلق بمورثات إنسان ما إلا بعد إجراء تقييم دقيق وسابق للأخطار والفوائد المحتملة المرتبطة بهذه الأنشطة وبعد الحصول على الموافقة المقبولة شرعا مع الحفاظ على السرية الكاملة للنتائج ورعاية أحكام الشريعة الإسلامية الغراء القاضية باحترام حقوق الإنسان وكرامته"⁽¹⁾.

ودائما في سياق البحث في علم الخلية الحية، فقد تم التوصل إلى إمكانية التناسل باستخدام تقنيات الاستنساخ، وهو ما سوف يتم التعرض له في المطلب الموالي.

المطلب الثالث

التناسل باستخدام تقنيات الاستنساخ البشري

يصنف الاستنساخ ضمن فروع الهندسة الوراثية، لأنه لا يكتفي بتكوين نسخ وراثية طبقا للأصل بل يستهدف إضافة جينات جديدة أو حذف أخرى، والأصل في الاستنساخ أن يتم النقل النووي للطاقت الوراثي لخلية جسمية إلى التجويف النووي الفارغ لخلية البويضة، وهذا ما يطلق عليه

⁽¹⁾ القرار رقم 1 الصادر عن الدورة 15 المنعقدة في 1419هـ، بشأن استفادة المسلمين من علم الهندسة الوراثية، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، ط2، رابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة، 2006، ع12، ص.157.

بالهندسة الإنجابية، وهذا ما حدث في استنساخ النعجة دولي. ولكن، غالباً ما يكون هدف الاستنساخ هو إحداث عدة نسخ من الأصل المستنسخ منه مع القيام في نفس الوقت بتحسينات وراثية بحقن جينات مرغوب فيها أو حذف أخرى غير مرغوبة⁽¹⁾.

لذلك، يعتبر الاستنساخ البشري من طرق التكاثر المستحدثة بالتطور العلمي والتي تستدعي مساندة ومتابعة شرعية وقانونية، ولكي نتعرف على هذه التقنية في التناسل علينا التعرض لمفهومه وأنواعه في (الفرع الأول)، لتبين بعد ذلك الحكم الشرعي للتناسل بالاستنساخ البشري (الفرع الثاني)، وفي الجانب القانوني سوف نبحث عن الطبيعة القانونية لعمليات الاستنساخ البشري (الفرع الثالث) ليتم استجلاء تعارض الاستنساخ مع المبادئ العامة لحماية جسم الإنسان ونصوص قانون الأسرة (الفرع الرابع).

الفرع الأول

مفهوم الاستنساخ وأنواعه

نتعرض لمفهوم الاستنساخ (أولاً) ثم نأتي إلى بيان أنواعه في تقسيم بسيط بين الاستنساخ الجنسي والجسدي (ثانياً).

أولاً: مفهوم الاستنساخ

بداية، سوف يتم البحث عن تعريف الاستنساخ (أ) ثم إعطاء لمحة تاريخية عن ظهوره (ب).

أ- تعريف الاستنساخ

الاستنساخ من فعل نسخ، ويقصد به النقل والإزالة والإلغاء، ويقال نسخت الكتاب نسخاً إذا نقلته، ونسخ الشيء، أزاله وأبطله، والنسخة بالضم اسم المستنسخ منه⁽²⁾. والنسخ إبطل الشيء، وإقامة آخر مقامه، أو استبداله بآخر، ومنه قوله سبحانه وتعالى: ﴿مَا نَنْسَخُ مِنْ آيَةٍ أَوْ نُنسِهَا نَأْتِ بِخَيْرٍ مِّمَّهَا أَوْ مِثْلَهَا أَلَمْ تَعْلَمْ أَنَّ اللَّهَ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ﴾⁽³⁾.

(1) أنظر، أحمد سالم أحمد عائشة، الأحكام المتصلة بالحمل في الفقه الإسلامي، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2008، ص.238.

(2) أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ، المرجع السابق، ص.603؛ الجوهري أبي نصر اسماعيل بن حماد، المرجع السابق، ص.1133.

(3) سورة البقرة، الآية رقم 106.

والاستنساخ هي الكلمة العربية التي وضعت لتقابل الكلمة الإنجليزية "Cloning" والفرنسية "Clone" والتي تعني الواحد من مجموعة الأحياء التي أنتجت من غير تلقيح جنسي، وأصل الكلمة من "Klon" اليونانية التي تعني البرعم الوليد⁽¹⁾.

أما اصطلاحاً، فالاستنساخ هو الحصول على كائن جديد من كائن قديم دون التزاوج، كما يعرف على أنه: "توليد كائن حي أو أكثر إما بنقل النواة من خلية جسدية إلى بويضة منزوعة النواة، وإما بتشجير بويضة مخضبة في مرحلة تسبق تمايز الأنسجة والأعضاء، أو تحويل خلية جسدية غير تناسلية إلى خلية تناسلية"⁽²⁾.

ويعرف أيضاً بأنه: "تكوين كائن حي كنسخة مطابقة تماماً من حيث الخصائص الوراثية، والفيزيولوجية، والشكلية لكائن حي آخر كفرادي توأم البيضة الواحدة مثلاً"⁽³⁾.

كما عرف الاستنساخ بأنه: "الحصول على كائن حي سواء كان نباتاً أو حيواناً أو إنساناً مطابقاً للأصل من الأصل نفسه"⁽⁴⁾. وعرف أيضاً بأنه: "محاولة توليد الكائنات الحية، وإيجاد نسخ نباتية أو حيوانية أو بشرية تتطابق مع الأصل"⁽⁵⁾.

ويبدو أن هذا التعريف الأخير هو الذي كان أقرب في تعريف الاستنساخ، لأن الأمر يبقى مجرد محاولة لتوليد الكائنات الحية، فنسبة نجاح العملية ضئيلة جداً، وقد تكون مستحيلة في بعض التجارب كتلك التي يكون محلها الإنسان و هذا راجع إلى تعقيد تكوينه الفيزيولوجي.

ب- لمحة تاريخية عن ظهور الاستنساخ

ظهر استنساخ الكائنات الحية بعد نجاح علم الاستنساخ في إعادة صناعة الأحماض البروتينية بدقة متناهية، وذلك عن طريق استنساخ الشفرة السرية الموجودة في هذه الأحماض البروتينية، بهذه الوسيلة أمكن الحصول على نفس المادة مكررة وبعدها كبير، مما سهل الحصول على جينات مستنسخة، وأولى التجارب كانت على الجراثيم البسيطة التكوين الصبغي مثل (E-Coli)⁽⁶⁾.

(1) بوشي يوسف، المرجع السابق، ص. 265.

(2) يوسفات علي هاشم، المرجع السابق، ص. 137.

(3) زيري بن قويدر، المرجع السابق، ص. 124.

(4) فرج محمد محمد سالم، المرجع السابق، ص. 541.

(5) زيري بن قويدر، المرجع السابق، ص. 123.

(6) نجم عبد الله عبد الواحد، المرجع السابق، ص. 133.

وأول ما طبق الاستنساخ كان في مجال النبات والحيوان، من أجل الحصول على أجيال أفضل وتحسين النسل، وأول تجربة كانت سنة 1952، قام بها العالمان البيولوجيان "thomas king" و"Rober briggs" تكلفت بنجاح استنساخ ضفدع باستخدام خلايا جنينية، وقد تمت باستبدال البويضات قبل نضجها بنواة الخلايا الجينية⁽¹⁾.

وفي سنة 1962 تم استبدال الخلايا الجينية بنواة الخلايا المعوية، وتوالت التجارب مع ازدهار تقنيات التلقيح الاصطناعي الخارجي، وحتى عام 1987 نجح العلماء في أنحاء متفرقة من العالم من استنساخ الخراف والأبقار والقرود والخلايا الجينية بتقنية انشطار الأجنة⁽²⁾.

وفي 24 فبراير 1997 تم الإعلان عن استنساخ النعجة دولي "Dolly"، وهي نسخة متطابقة من الشاة التي أخذت منها الخلية الثديية، وهي أول حيوان ثدي يولد في التاريخ البيولوجي بطريق التكاثر اللاجنسي بدون تلقيح ودون حاجة إلى أمشاج⁽³⁾.

ونجاح هذه التجارب جعل علماء الوراثة يثقون بإمكانية التوصل في مدى قصير إلى استنساخ البشر من خلايا جنينية، وأيضاً من خلايا جسدية. وقد قدر البعض المدة اللازمة لذلك بعشر سنوات، وقدرها آخرون بسبع، لكن تأخر الأمر، لأن طبيعة الانقسام في الخلايا الجينية للإنسان، تختلف نوعاً ما عن طبيعة انقسام الخلايا الجينية للغنم وسائر الحيوانات⁽⁴⁾.

وأساس ظهور فكرة استنساخ الكائنات، هو اكتشاف علم الوراثة بأن كل خلية مميزة تماماً تحتفظ في نواتها بكافة الطبايع الوراثة لتكوين كائن كامل⁽⁵⁾.
بعد هذه النبذة التاريخية المختصرة عن الاستنساخ ننتقل إلى التعرف على أنواعه.

ثانياً: أنواع الاستنساخ

بعد نجاح استنساخ بعض الكائنات الحية وخاصة الحيوانات الثديية، لم يعد استنساخ الإنسان بالخيال البعيد، بل انتشرت بعض الأخبار عن نجاح العملية على الإنسان. لذلك، وليتين لنا مدى تطبيق التقنية على الإنسان وكذلك استخلاص الأحكام الشرعية والقانونية للعملية، علينا أن

⁽¹⁾ تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية و البيولوجية، المرجع السابق، ص. 122.

⁽²⁾ فرج محمد محمد سالم، المرجع السابق، ص. 551.

⁽³⁾ أحمد سالم أحمد عائشة، المرجع السابق، ص. 237.

⁽⁴⁾ بوشي يوسف، المرجع السابق، ص. 274.

⁽⁵⁾ تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية و البيولوجية، المرجع السابق، ص. 122.

نستعرض أنواع الاستنساخ، وسوف نعتمد أبسط التقسيمات والتي من الممكن أن ترد على الإنسان وهي الاستنساخ الجنسي (أ) والاستنساخ الجسدي (ب).

أ- الاستنساخ الجنسي (الجنيني)

ويعبر عنه أيضا باستنساخ الأجنة أو تجزئتها أو توأمة الأجنة، والتدخل الطبي في هذه العملية لا يصنف ضمن الاستنساخ الجسدي لأن البويضة مخصبة بنطفة وتحمل صبغيات من شخصين، إلا أنه يتم تشطيرها إلى أعداد لا متناهية بحيث ينتج عن كل خلية جنين مستقل. إذا فالعملية شبيهة بالانشطار النووي الفطري حيث تنقسم البويضة المخصبة، ويتم فصل هذه الخلايا لتقوم كل خلية بتكوين خلايا جديدة من نوع الخلية المنشطرة، فتلد المرأة بذلك عدة توائم متشابهة⁽¹⁾.

وتتم العملية بتلقيح البويضة بالنطفة ليصبح لدينا 46 كروموسوما وتبدأ الخلية في الانقسام إلى خليتين، ويحيط بها غشاء زونا بليو سيدا، فيذاب هذا الغشاء مخبريا بواسطة إنزيمات خاصة، فيتم فصل الخليتين المتطابقتين للحصول على توأم، يحملان نفس الصفات الوراثية، ثم تضاف من جديد مادة تشبه الغشاء "زونا بليو سيدا" يحيط بكل خلية، ليتكون جنينان ينقسم كل منهما بعد ذلك، ليشكل جنينا كاملا، وإذا ترك الانقسام الأولي يمكننا أن نستنسخ أي عدد من الأجنة حسب الرغبة والحاجة⁽²⁾.

ومن أهم النتائج المعلنة في هذا الصدد، تلك التي خرجت من جامعة "جورج واشنطن" في الولايات المتحدة الأمريكية في نوفمبر 1993، حين أعلن الطبيبان "روبرت ستيلمان" و"جيرري هول" اللذان يعملان في مجال أطفال الأنابيب نجاحهما في استنساخ الأجنة وإبقائها حية لمدة ستة (6) أيام، وهي توائم متماثلة في الجنس والشكل⁽³⁾، أي صورة طبقا للأصل للقيحة.

ب- الاستنساخ الجسدي (النووي)

ويطلق عليه كذلك اسم "الاستنساخ اللاجنسي" أو الاستنساخ الحيوي، وهو إيجاد النسل من دون حاجة لوجود الحيوان المنوي أو بويضة الأنثى عند التلقيح، بمعنى أن يتم الإنجاب عن طريق ما يعرف عند بعض الكائنات بالتكاثر العذري حيث يتم إلغاء دور الخلايا الجنسية⁽⁴⁾. فيتم إنتاج مواليد

(1) فرج محمد محمد سالم، المرجع السابق، ص. 607.

(2) بوشي يوسف، المرجع السابق، ص. 140.

(3) بوشي يوسف، نفس المرجع، ص. 141.

(4) فريدة صادق زوزو، المرجع السابق، <http://fiqh.islammesage.com/NewsDetails.aspx?id=4899>، 2018/01/02، 22.45.

من خلايا جسدية مأخوذة من أفراد بالغة يافعة بزرع طاقمها النووي في بويضة مفرغة من النواة ويولد المولود حاملا لجميع صفات الفرد المانح للخلية الجسدية وحده⁽¹⁾.

ويمكن أن تستعمل هذه الوسيلة في حالة الزوج العقيم الذي يريد هو وزوجته الحصول على الذرية، فتأخذ خلية من جسد الزوجة وتزرع في ويضتها المنزوعة النواة لكي تنجب أنثى مشابهة لها تماما، وإذا كانت تريد ذكرا تأخذ خلية من جسد زوجها وتزرع نواتها في بويضة الزوجة المنزوعة النواة فيأتي الجنين ذكر نسخة من الزوج أي مشابه له تماما⁽²⁾.

وبالاستنساخ الجسدي تمكن العالم جوردن سنة 1975 من تحقيق النجاح ولأول مرة في الحصول على العديد من الضفادع. وهي ذات طريقة نسخ النعجة دولي عام 1997، وموجز إجراءات ومراحل استنساخ دوللي، بأنه تم أخذ خلية جسدية من ضرع نعجة، ولمدة أسبوع كامل قام العلماء بتجويج هذه الخلية وذلك لمنع انقسامها، فأصبحت الخلية في حالة خمول، فأخذت منها النواة التي تحتوي على الكروموسومات الكاملة (46) ثم تم زرع هذه النواة الساكنة في تجويج بويضة غير مخضبة مستأصلة النواة، وباستعمال ذبذبات كهربائية مخفضة تم تحفيز البويضة لتقبل النواة الجديدة، مع أنها لم تكن نواتها الأصلية، وباشرت البويضة نشاطها العادي وبدأ الجنين بالنمو وأتى مطابقا للنعجة التي أخذت الخلية الجسدية من ضرعها⁽³⁾.

ومع أن المحاولات كانت عديدة في استنساخ النبات والحيوان إلا أن استنساخ دوللي كان مختلفا جدا، لأن جديد هذه التجربة هو رجوع نواة خلية الضرع إلى مرحلتها الجنينية وبدئها في الانقسام بكامل مورثاتها وكأنها لم تكن خلية متخصصة. فأصبحت تتصرف كخلية أولية، وهذه العملية جد معقدة وقد كلفت الفريق الاسكتلندي 92 مليون دولار، بمحاولات عديدة بلغت (277) محاولة زرع للأجنة عاش منها (29) جنينا لمدة ستة (6) أيام فقط، ولم يكتمل منها حتى الولادة سوى "دوللي"⁽⁴⁾.

(1) أحمد سالم أحمد عائشة، المرجع السابق، ص.239.

(2) بوشي يوسف، المرجع السابق، ص.275؛ تتكون البصمة الوراثية من 23 زوج من الصبغيات، ويحمل الزوج الأخير الصفات الجنسية، فإذا كان ذكر يكون (xy) وإذا كانت أنثى يكون (xx)، وإذا تم أخذ الخلية من الزوجة مثلا فإن النسيخ يكون أنثى؛ أنظر أيضا، خريطة صبغية للذكر والأنثى، الملحق رقم 4.

(3) فريدة صادق زوزو، المرجع السابق، <http://fiqh.islammmessage.com/NewsDetails.aspx?id=4899> ، 2018/01/03 ، 17:15.

(4) فريدة صادق زوزو، المرجع نفسه؛ <http://fiqh.islammmessage.com/NewsDetails.aspx?id=4899> ، 2018/01/03 ،

أما التجارب التي أجريت على النوع البشري فكانت أولها تلك التي أعلن عنها الفريق الكوري بقيادة البروفيسور "كيم بوسنج" سنة 1998، أنه قام بتنمية جنين بشري مستنسخ في أطباق زجاجية عن طريق الخلايا الجسدية، ثم قاموا بإتلافه في طور الأربع خلايا⁽¹⁾. وفي عام 1999 تم إنتاج أول جنين بشري مكون من حوالي 400 خلية ثم أحرق بعد ذلك، وفي نفس السنة أيضا تم استخدام خلايا جذعية جنينية لإصلاح خلل في الدماغ والنخاع الشوكي⁽²⁾. ثم في سنة 1999 قامت مجموعتان من العلماء الأمريكيين بنفس العملية وأيضا في الفيليبين، ثم ما أعلنت عنه الشركة الأمريكية في 25 نوفمبر 2000 عن تمكنها من التوصل إلى إنتاج جنين بشري مستنسخ، ولكنها لم تسمح له بالنمو والتطور⁽³⁾. إضافة إلى بعض الإعلانات عن نجاح عملية استنساخ البشر، لكن لم تثبت هذه الأقوال لحد الساعة.

الفرع الثاني

حكم الشرع في التناسل بالاستنساخ

أسفرت الدراسات والتجارب الناجحة في استنساخ الثدييات عن بداية عهد جديد للتناسل الصناعي بطريق الاستنساخ البشري، واتجهت اهتمامات الأطباء نحو إنجاز العملية، فأعلنت شركة "كلونيد" في الولايات المتحدة الأمريكية عن استنساخ أول طفلة هي (ايف حواء) ولحد الآن لم يثبت صحة هذا الخبر، فكان الفقه الإسلامي سابقا في دراسة مشروعية العملية وآثارها، وكذلك الدول والمؤسسات والهيئات الدولية الحريضة على صيانة الإنسان وحماية حقوقه⁽⁴⁾. ولم يتفق الفقهاء على حكم الاستنساخ البشري فتباينت آراؤهم بين مانع ومجيز ومتحفظ إلى أن يتم تطبيق التقنية فعلا على الإنسان.

فقال رأي أول بمنع وتحريم الاستنساخ البشري بطريقته، الجنيني والجسدي، وهو رأي الأغلبية الساحقة لعلماء السنة ولبعض المرجعيات الشيعية، وقال بعض الفقهاء بجرمة التناسل بالاستنساخ مع

(1) زيري بن قويدر، المرجع السابق، ص. 135.

(2) فرج محمد محمد سالم، المرجع السابق، ص. 553.

(3) زيري بن قويدر، المرجع السابق، ص. 135.

(4) أحمد سالم حسن عائشة، المرجع السابق، ص. 298.

إباحة استنساخ الأعضاء منفصلة عن بعضها البعض مثل القلب، الكبد والكلى من أجل علاج الأمراض المستعصية، وهو قول كل من الدكتور محمد سيد الطنطاوي، والدكتور يوسف القرضاوي⁽¹⁾.
وقال ابن باز بأن الاستنساخ باطل ولا أساس له، ولا يجوز استعماله، وقال عبد الرحمن عبد الخالق بأن الاستنساخ تدخل في شؤون الخالق وهو عمل محرم⁽²⁾.
وكذلك كان موقف المجمع الفقهي الإسلامي سنة 1997 في قرار له بشأن الاستنساخ⁽³⁾
البشري جاء فيه:

- تحريم الاستنساخ البشري بطريقته الجنسي واللاجنسي أو بأي طريقة أخرى تؤدي إلى التكاثر البشري.

- إذا حصل تجاوز للحكم الشرعي المبين في الفقرة الأولى فإن آثار تلك الحالات تعرض لبيان أحكامها الشرعية.

- يجوز شرعاً الأخذ بتقنيات الاستنساخ والهندسة الوراثية في مجالات الجراثيم وسائر الأحياء الدقيقة والنبات والحيوان في حدود الضوابط الشرعية والقانونية بما يحقق المصالح ويدرك المفسد.

و في بيان أصدره الأمين العام لرابطة العالم الإسلامي عبد الله بن عبد المحسن التركي أكد أيضاً تحريم الاستنساخ البشري، ووجه رسالة إلى حكومات العالم ومؤسساته ومراجعته الدينية والجامع الثقافية العالمية حذرهم من مخاطر الاستنساخ، ودعاهم إلى الإعلان عن حرمة، لأنه من الفتن الكبرى التي ينبغي على المؤمنين التصدي لها لتعارضها مع الأسس التي جاءت بها الرسالات الإلهية⁽⁴⁾.

واستدل هذا الفريق بقوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ...﴾⁽⁵⁾ والاستنساخ البشري إعلان للخصومة ﴿خَلَقَ الْإِنْسَانَ مِنْ نُطْفَةٍ فَإِذَا هُوَ خَصِيمٌ مُبِينٌ﴾⁽⁶⁾. واستدلوا أيضاً بقوله تعالى: ﴿وَمِنْ

(1) أنظر، شعبان الكومي أحمد فايد، أحكام الاستنساخ في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص.67؛ طفياي مخطارية، المرجع السابق، ص. 95.

(2) فريدة صادق زوزو، المرجع السابق؛ <http://fiqh.islammessage.com/NewsDetails.aspx?id=4899>، 2018/01/04، 17:30.
(3) قرار رقم 100 بشأن الاستنساخ البشري، دورة 10، 1418هـ الموافق ل 1997، مجلة المجمع الفقهي الاسلامي، ج3، ع10؛ <http://www.iifa-aifi.org/2013.html>، 2017/01/06، 22:00.

(4) أنظر، خالد محمد صالح، أحكام الحمل في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة مع قانون الأحوال الشخصية، دار الكتب القانونية، مصر، 2011، ص.510.

(5) سورة الإسراء، الآية رقم 70.

(6) سورة النحل، الآية رقم 04.

عَائِيَّتِهِ ۚ خَلَقَ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ وَأَخْتَلَفَ أَلْسِنَتِكُمْ وَأَلْوَانَكُمْ إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِّلْعَالَمِينَ ﴿٢٣﴾⁽¹⁾. ذلك أن الاستنساخ يقضي على التنوع البشري والحكمة من التمايز بين البشر، لأن اختلاف الألوان والألسنة سنة الله في خلقه. وكذلك قوله تعالى: ﴿أَلَمْ يَكُ نُطْفَةً مِّن مَّيِّ يُمْنَىٰ﴾⁽²⁾. فنشأة الإنسان تكون بتلقيح البويضة بالنطفة، والاستنساخ مخالف لهذه السنة، لأن الولد من خلية جسدية دون اختلاط لنطفتي الزوجين⁽³⁾.

واستند هذا الفريق أيضا على قاعدة: "درء المفسد أولى من جلب المصالح"⁽⁴⁾، معنى ذلك أن الأصل في الشريعة الإسلامية أنها جاءت لجلب المنافع ودرء المفسد، فإذا تعارضت مصلحة مع مفسدة قدم دفع المفسدة غالبا، لأن الشرع يعتني بالمنهيات أكثر من اعتناؤه بالمأمورات⁽⁵⁾. ومفاسد الاستنساخ طغت على المصلحة المرجوة منه في علاج العقم، فالنسيخ مهدد بتشوّهات كبيرة أو تخلف عقلي، ناهيك عن انتشار الجرائم والافلات من المسؤولية نتيجة عدم القدرة على التمييز بين النسخ في إبرام العقود، وكذلك في الجرائم وما يترتب عنهم من حقوق وواجبات⁽⁶⁾ وعقوبات أيضا، ومشاكل اجتماعية متعلقة بالقرابة والحقوق الأسرية.

مما سبق عرضه، يتضح بأن هذا الرأي يحرم ويستنكر عملية استنساخ البشر بصورتيه. في حين قال رأي ثان بجواز التناسل بالاستنساخ مادام يتم في نطاق العلاقة الزوجية، وبنفس شروط التلقيح الاصطناعي، ومن القائلين بهذا القاضي برئاسة محاكم الاحساء بالسعودية ناصر بن زيد داود، وقال هذا الفريق بأن الاستنساخ شبيهه بانشطارات اللقيحة في حالة التوأم الحقيقي، واشتروا لذلك:

- 1 - أن تكون البويضة من الزوجة.
- 2- أن تكون الخلية مأخوذة من الزوج، فلا يجوز التلقيح بخلية من غيره، ولو من الزوجة نفسها.
- 3- أن يكون التلقيح حال بقاء الزوجة في عصمة زوجها.
- 4- أن يكون التلقيح والحقن في رحم الزوجة حال حياة الزوج.

(1) سورة الروم، الآية رقم 22.

(2) سورة القيامة، الآية رقم 37.

(3) بوشي يوسف، المرجع السابق، ص. 286.

(4) أنظر، أبو الحارث الغزي محمد صدقي بن أحمد بن محمد البورنو، الوجيز في إيضاح القواعد الفقهية الكلية، ط4، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1996، ص. 265.

(5) أنظر، الزحيلي محمد مصطفى، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، ج1، دار الفكر، دمشق، 2006، ص. 238.

(6) أنظر، أمير فرج يوسف، الموت الإكلينيكي زرع ونقل الأعضاء والدم والعلاج بالخلايا الجذعية، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 2011، ص. 296؛ بوشي يوسف، المرجع السابق، ص. 288.

5- أن يكون الاستنساخ علاجاً لا يمكن للزوجين الإنجاب بغير طريقه⁽¹⁾.

وتحفظ رأي ثالث عن الحكم إلى أن يتم تطبيق التقنية على الإنسان، بحجة أنّ الاستنساخ البشري من الناحية العملية لم يظهر إلى حيز الوجود فكان مقتضى الحال أن لا نبحت عن حكمه، لأن الحكم على الشيء فرع من تصوره، ومن هنا علينا أن ننتظر حتى تخرج التجربة إلى حيز الوجود ونتأكد من نجاحها، وهذا قول نصر الدين فريد واصل، وأضاف أنه من الناحية الشرعية لا يصح أن يكون الإنسان محلاً للتجارب⁽²⁾.

من خلال عرض هذه الآراء، يتبين أنّ أدلة المانع للاستنساخ البشري كانت أقوى من حجج الرأيين الآخرين، حيث استدلوا بحجج من القرآن الكريم ومن القواعد الفقهية، واستدلوا بالأعراض المرضية التي ظهرت على النعجة دوللي، والمشاكل الاجتماعية والقانونية التي تثيرها النسخ البشرية. وبالتالي فالعملية تعتبر مسخاً لكرامة الإنسان، ونتائجها كارثية على الأسرة والمجتمع، ناهيك عن الأمراض المستعصية التي تهدم الجسم البشري للنسخ. أما المميزون فقاموا بقياس هذه الحالة على أطفال الأنابيب، واشترطوا توافر نفس ضوابط التلقيح الاصطناعي التي جاء بها قرار المجمع الفقهي الإسلامي، من وجود ضرورة، وخلايا تناسلية للزوجين دون غيرهما، وأثناء حياتهما، مع إمكانية زرع نواة خلية جسدية للزوج فقط في بويضة زوجته المفرغة من نواتها. وكذلك قياسها على ما يحصل في أرحام النساء في التوائم المتشابهة، غير أن المتفق عليه هو تحريم خروج إنسان من غير امتزاج السائل المنوي للذكر مع بويضة الأنثى. إذن فحجج هذا الفريق غير كافية، والمقارنة بشروط التلقيح الاصطناعي لإبقائه مشروعاً غير مناسب لطبيعة إنجاب الولد وطلبه.

فالولد تخليق من العدم واتحاد نطفة ببويضة، والطفل بالتلقيح الطبيعي أو الصناعي سوف يكون تكونه الوراثي مناصفة بين أبيه وأمه. أما الاستنساخ البشري فلن يجل أبداً مشكلة العقم لأن عملية الاستنساخ لا تشبه الإنجاب من أساسها، فالنسخ ينشأ من نواة خلية واحدة ويحمل كل خصائصها الوراثية ولا يحتاج إلى نطفة ولا إلى صبغيات بويضة بل فقط إلى البلازما وغشاء البويضة الخارجي.

⁽¹⁾ فريدة صادق زوزو، المرجع السابق؛ <http://fiqh.islammmessage.com/NewsDetails.aspx?id=4899>، 2018/01/04، 18:00.

⁽²⁾ فريدة صادق زوزو، المرجع نفسه؛ <http://fiqh.islammmessage.com/NewsDetails.aspx?id=4899>، 2018/01/04، 17:30.

زيادة على ذلك، فإن أضرار وأخطار الاستنساخ كانت بادية في التجارب على الحيوان ولن يكون الإنسان أقل تعقيدا، بل إن الأخطار تتضاعف إذا ما تم تطبيق العملية على البشر وهذا راجع لتعقيد تكوينه البيولوجي.

كما لا يمكن أن يكون الاستنساخ خلقا، لأن الخالق هو الله تعالى وما الاستنساخ البشري إلا إيجاد شيء من شيء موجود أصلا، فهو يحتاج إلى بويضة أودعها الله في رحم المرأة، وإلى كروموزومات أوجدها الله وخص بها كل شخص لذاته، وفي هذا يقول سبحانه وتعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا النَّاسُ ضَرْبَ مَثَلٍ فَاسْتَمِعُوا لَهُ إِنَّ الَّذِينَ تَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ لَنْ يَخْلُقُوا ذُبَابًا وَلَوْ اجْتَمَعُوا لَهُ وَإِنْ يَسْلُبْهُمُ الذُّبَابُ شَيْئًا لَا يَسْتَنْقِذُوهُ مِنْهُ ضَعُفَ الطَّالِبُ وَالْمَطْلُوبُ﴾⁽¹⁾.

ونرد على الرأي الثالث بأنه لا يمكن الانتظار إلى حين بداية استنساخ بشر لنصدر الفتاوى بالمنع أو بالجواز بل يجب الجزم بمنعها وتحريمها وتجرمها قبل وقوعها، لأن الخطر ثابت والعملية برمتها منافية لكرامة الإنسان كإنسان، ولا يوجد أي مبرر أو ضرورة طبية تدعو لذلك لأن العقيم يستنسخ منه نسخ عقيمة ومصابة بشيخوخة فحكم القضاء على البشرية صادر مع إيجاد هذه النسخ التي لا يمكن اعتبارها نسلا حقيقيا.

لذلك، كان الرأي الأول هو الأقرب إلى الصواب، وموافق لآراء أغلب الفقهاء في تحريم خروج إنسان من غير امتزاج السائل المنوي للذكر مع بويضة الأنثى، واستند إلى حجج قوية. فإذا كان لتقنية الاستنساخ منافع وفوائد في المجال النباتي وتحسين المردود الحيواني وصناعة الأدوية وغير ذلك، فإن استخدامه في استنساخ الإنسان كاملا يهدد بعدة مخاطر تعود على الأسرة والبشرية جمعاء، نذكر منها:

أول خطر يهدد قيام الأسرة، هي أن الاستنساخ البشري يؤدي لا محالة إلى اضطراب في قواعد القرابة والنسب، فهل النسيخ ابن أم أخ توأم؟ وما يستتبعه من اضطراب في المجتمع وتمييع الذاتية فمن بين النسخ لن يكون هناك مفهوم للفرد بذاته⁽²⁾. كما ينتج عدم احترام التمايز بين الناس، الذي خص به سبحانه تعالى كل كائن بشري، والذي على أساسه يكون لكل فرد شخصية

⁽¹⁾ سورة الحج، الآية رقم 73.

⁽²⁾ أنظر، محمد الهواري، المرجع السابق، ص. 23.

مستقلة على أساسها يخاطب ويحاسب ويثاب ويعاقب ويتحمل المسؤولية في الدنيا والآخرة⁽¹⁾. كما أن إنتاج الإنسان بهذه التقنية مخالف للفطرة الإلهية لقوله تعالى: ﴿فَأَقِمْ وَجْهَكَ لِلدِّينِ حَنِيفًا فِطْرَتَ اللَّهِ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا لَا تَبْدِيلَ لِخَلْقِ اللَّهِ ذَلِكَ الدِّينُ الْقَيِّمُ وَلَكِنَّ أَكْثَرَ النَّاسِ لَا يَعْلَمُونَ﴾⁽²⁾.

بل وقد تحذو التجارب إلى أخطر من ذلك، فقد تتحول هذه العمليات إلى سلوكيات إجرامية، كاستنساخ بشر بدون عضو كالأذن⁽³⁾، بالإضافة إلى أن الأنوية المنقولة تخضع لعملية مسخ كروموسومي تؤدي إلى أنواع بشرية غير متوقعة تختلف تماما عن الشخص المأخوذة منه الخلية⁽⁴⁾. ويساهم كذلك في انتشار اليوجينيا بتشجيع استنساخ سلالة معينة على حساب باقي السلالات. إضافة إلى التعارض الوارد بين الاستنساخ البشري والقواعد الدينية والأخلاقي، كما أن هذه التقنية سوف تفسح المجال للإتجار بالبشر.

كما أن الاستنساخ البشري يخرق مبدأ الزوجية في الكون وفي الحياة ومع الحكمة من الزواج التي تتجلى في السكن النفسي وسبيل المودة والرحمة بين الرجل والمرأة، وتتجلى كذلك في كون الزواج أحسن وسيلة للإنجاب وتكثير النسل، واستمرار الحياة والمحافظة على الأنساب⁽⁵⁾.

كما يلغي الاستنساخ التنوع البشري البيولوجي، لأن تطبيقه على الإنسان يؤدي إلى إنتاج نسخ متشابهة من البشر مما يؤدي إلى اختفاء سمة ضرورية هي التنوع الإحيائي وهو ما يعرف باستقلالية الإنسان⁽⁶⁾.

وقد ثبت أن استعمال الخلايا الجسدية الحاملة للجينات الوراثية إذا كانت معينة يمكن أن يؤدي عند الاستنساخ إلى نسخة مشوهة أو غير مألوفة، وهو ما يطرح تساؤلات حول كيفية بدء حياة كائن منسوخ من خلية فقدت الكثير من مقومات حياتها، أيضا مدة حياته، خاصة مع احتمال معاناة الكائنات المستنسخة من مشاكل عديدة منها زيادة الوزن وأعراض الشيخوخة المبكرة⁽¹⁾.

(1) أنظر، تشوار جيلالي، الأحكام الإسلامية في مسائل تغيير الجنس والاستنساخ البشري، م.ج.ع.ق.ا.س، جامعة الجزائر، 1998، ج36، ع4، ص.41.

(2) سورة الروم، الآية رقم 30.

(3) أنظر، عباس حسين مغير الربيعي، مدخل إلى علم الوراثة، ص.208؛ <https://www.researchgate.net>، 2018/01/01، 13:30.

(4) الهواري محمد، الاستنساخ البشري بين الثورة العلمية والضوابط الأخلاقية والفقهية، المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث، ص.21؛ <https://www.e-cfr.org>، 2017/12/29، 08:30.

(5) تشوار جيلالي، الأحكام الإسلامية في مسائل تغيير الجنس والاستنساخ البشري، المرجع السابق، ص.42.

(6) فرج محمد محمد سالم، المرجع السابق، ص.643.

(1) بوشي يوسف، المرجع السابق، ص.276.

وبالتالي نشأة مرحلة جديدة للأمراض المبتكرة والخطيرة، وقد ثبت هذا في النعجة دولي التي أصيبت بالتهاب الرئة، ودلت الدراسات على أن عمرها الخلوي أكبر بكثير من عمرها الولادي، وظهرت عليها علامات الشيخوخة المبكرة بوضوح، أي أن الاستنساخ لم ولن ينتج لنا كائنات فتية لأن النواة تحتفظ بذاكرتها العمرية، وحافظت على عمر الخلية التي انتزعت من النعجة الأم، لذلك تم القضاء على النعجة دولي بإعطائها حقنة قاتلة⁽¹⁾.

وبالاستنساخ وتظهر أيضا أمراض أخرى نتيجة تحطيم المادة الوراثية وتكرار الإجهاد، كما أن الاستنساخ لن يحل مشكلة العقم لسبب واحد؛ وهو أن الزوج العقيم سينتج نسحا عقيمة أيضا لأن النسخة تنتمي وراثيا إلى المستنسخ منه، وهكذا يرتفع عدد العقماء في المجتمع⁽²⁾.

كما أن الاستنساخ البشري يهدم أربع كليات أساسية إذ أنه يتعلق بكلية النفس، ووجود الإنسان، ويتبع ذلك العقل ثم النسل ثم الدين، لأن الدين لا يعرف إلا من خلال عقل الإنسان⁽³⁾.

والأخطر على نظام الزواج، لأن الاستنساخ البشري يشجع الشواذ على الارتباط والإنجاب لأنهم لن يحتاجوا إلى خلايا جنسية مختلفة من أجل الإنجاب، فمثلا في حالة زواج المثليين، لاسيما إذا كانتا امرأتين فسيطلب الإنجاب مجرد أخذ نواة خلية جسمية من أحدهما وزرعها في بويضة مفرغة من النواة، ويتم الحمل بصفة عادية إلى غاية الولادة لتنجب أنثى مشابهة تماما لإحدهما.

وأخيرا، إن تقنيات الاستنساخ البشري تهدم القواعد والضوابط الأخلاقية والقيم السامية التي بنيت عليها الأبوة والأمومة، مما يوقع في إشكالات واضطراب في القواعد المنظمة للقرابة، وتصبح القوانين كلها غير مناسبة لقضايا النفقة والميراث والزواج بل وكل المعاملات أيضا.

الفرع الثالث

الطبيعة القانونية لعمليات الاستنساخ البشري

إن عمليات الاستنساخ تدخل في إطار التجارب العلمية على الكائنات الحية، وإذا تعلق الأمر بالإنسان، فإننا نكون أمام التجارب الطبية أو الدراسات على الكائن البشري التي اصطلح عليها قانون الصحة رقم 18-11 بالدراسات العيادية في المادة 377 و ما بعدها، وهي تختلف تماما عن المعاينات والتحليل التي يقوم بها الطبيب من أجل تشخيص الحالة المرضية ووصف الدواء

⁽¹⁾ الهواري محمد، المرجع السابق، ص. 12-23؛ <https://www.e-cfr.org>، 01/ 01/ 2018، 20.45.

⁽²⁾ أحمد سالم حسن عائشة، المرجع السابق، ص. 243.

⁽³⁾ تشوار جيلالي، الأحكام الإسلامية في مسائل تغيير الجنس والاستنساخ البشري، المرجع السابق، ص. 43-44.

المناسب. كما أن التجارب الطبية تختلف أيضا عن تجريب علاج جديد لبعض أنواع الأمراض المستعصية. وعليه، يمكن تعريف التجارب الطبية في استنساخ البشر بأنها تلك الأعمال التطبيقية التي يقوم بها الأطباء دون ضرورة تملئها حالة الإنسان المرضية، بل تتم من أجل تطوير البحوث وتجارب تخدم العلم⁽¹⁾.

هذا، ويجب أن نفرق بين التجارب الطبية العلاجية والتجارب الطبية غير العلاجية، فالأولى تتم على إنسان مريض بهدف شفاؤه وإنقاذ حياته من مرض يعاني منه، أو التخفيف من آلامه ويدخل هذا في باب التداوي الذي حثنا عليه الله سبحانه وتعالى ورسوله الكريم ﷺ، وفي باب الواجب المهني لكل طبيب. أما التجارب الطبية غير العلاجية أو البحثية المحضة والتي سماها قانون الصحة بالدراسات العيادية، فإن أهم شروطها عدم استخدام وسيلة طبية جديدة غير متعارف عليها طبيا، وبعد دراسة بيولوجية ملائمة، وبشرط الموافقة المستنيرة والمكتوبة للخاضع لها، وترخيص لوزير المكلف بالصحة. كما تخضع لرأي لجنة الأخلاقيات الطبية للدراسات العيادية، والحرص على حياة وصحة الخاضع لها مع وجوب احترام الكيان الجسدي وتوافر الشروط الأمنية للسلامة الجسدية والعقلية والنفسية⁽²⁾.

ويمكن أن تكون الدراسات العيادية ملاحظة أو تدخلية وتتعلق خصوصا بالدراسات العلاجية والتشخيصية والوقائية، دراسات التكافؤ الحيوي والتوفر الحيوي، الدراسات الوبائية والصيدلانية الوبائية(المادة 2/377 من قانون الصحة).

وبالإطلاع على المواد 378 و379 و380 وما بعدها من قانون الصحة نجدها تحمي الكائن البشري من العبث العلمي، فتجارب الاستنساخ تجري على جسم إنسان سليم يتمتع بصحة جيدة عن طريق تطبيق أفكار التهجين المطبقة على النباتات والحيوانات والمتعلقة بالوقاية أو العلاج أو إنتاج سلالات جديدة من البشر⁽¹⁾، وهذا منافي لنصوص قانون الصحة ومدونة أخلاقيات الطب التي جاء فيها.

(1) أنظر، واصل محمد، الاستنساخ البشري في الشريعة والقانون، مجلة جامعة دمشق، كلية القانون، جامعة دمشق، 2002، مجلد8، ع2، ص.35.

(2) كل الأحكام الخاصة بالبحث في مجال طب الأحياء وردت في المواد من 377 إلى 399 من القانون رقم 18-11 المتضمن قانون الصحة، أنظر أيضا، بوشي يوسف، المرجع السابق، ص.295.

(1) واصل محمد، المرجع السابق، ص.35.

لذلك، لا يدخل الاستنساخ في نطاق التجارب الطبية غير العلاجية التي تتعارض نتائجها مع نصوص قانون الصحة، ومدونة أخلاقيات الطب أيضا، وجاءت هذه الأخيرة في الفقرة 2 من المادة 6 بالنص على أن الطبيب يمارس مهامه ضمن احترام حياة الفرد الخاصة وشخصه البشري. وكذلك في المادة 7 من نفس المدونة بالنص على رسالة الطبيب التي تتمثل في الدفاع عن صحة الإنسان البدنية والعقلية وفي التخفيف من المعاناة، ضمن احترام حياة الفرد وكرامته الإنسانية دون تمييز. وأكدت المادة 31 من نفس المدونة على أنه لا يجوز للطبيب أن يقترح على المريض أو المقرب منه علاجا أو طريقة وهمية أو غير مؤكدة، والاستنساخ البشري غير مؤكدة نتائجه الإيجابية بل والمؤكد هو الأمراض الناتجة عنه وزعزعة النظام القانوني ككل.

كما أن تجارب الاستنساخ تعد اعتداء على حرمة جسم الإنسان وحقه في التكامل الجسدي، وهو ما يترتب عنه إمكانية رفض الشخص الخاضع للتجارب الطبية التي تخضع كقاعدة عامة لرضا المريض، وبالنظر أيضا إلى طبيعة تكوين المواطن العربي والمسلم فلا يمكن أن يصدر رضاه للتناسل بهذه الطريقة المهينة لكرامة الإنسان كإنسان متخلق من نطفة وبويضة يحمل التراث الوراثي لأبيه وأمه في نفس الوقت.

وفي قسم المساعدة الطبية على الإنجاب من قانون الصحة الجديد تم النص في المادة 375 على أنه: "يمنع كل استنساخ للأجسام الحية المتماثلة جينيا فيما يخص الكائن البشري...". وجرم نفس القانون كل من يخالف هذا المنع في المادة 436 بالحبس من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة وبغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج.

وعليه لا تعتبر الأعمال التي تستهدف استنساخ الإنسان عملا طبيا، ولا يصنف الاستنساخ البشري ضمن التجارب الطبية العلاجية ولا ضمن التجارب الطبية غير العلاجية في النظام الجزائري، بل وجريمة معاقب عليها في قانون الصحة.

غير أن النص القانوني 375 الوارد بمنع عمليات الاستنساخ قد أورده قانون الصحة ضمن أحكام المساعدة الطبية على الإنجاب، والتكاثر بالاستنساخ ليس توالدا. لذلك، كان على المشرع أن ينقل موقع المادة إلى قسم البحث في مجال طب الأحياء لأن الاستنساخ قد يستهدف إنتاج أعضاء دون إنسان كامل.

الفرع الخامس

تعارض الاستنساخ مع المبادئ العامة لحماية جسم الإنسان ونصوص قانون الأسرة

بداية، نبحث عن التعارض بين الاستنساخ والمبادئ القانونية لحماية جسم الإنسان (أولاً) ثم نبين هذا التعارض مع نصوص قانون الأسرة الجزائري (ثانياً).

أولاً: تعارض الاستنساخ مع المبادئ القانونية لحماية جسم الإنسان

يتعارض الاستنساخ مع مبدأ عدم جواز المساس بجسم الإنسان، وهو مبدأ نصت عليه الاتفاقات والمواثيق الدولية؛ فجاء في المادة 3 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان أن: "لكل فرد الحق في الحياة والحرية وسلامة شخصيته"، والحق في الحياة والسلامة الجسدية يدخلان في طائفة الحقوق التي يجتمع فيها حق الله تعالى وحق العبد، وهو ما يترتب عليه أنه لا يحق للشخص إسقاط حقه إذا أدى ذلك إلى إسقاط حق الله تعالى⁽¹⁾.

لذلك، تستوجب معصومية جسم الإنسان تحريم كل عمل من شأنه أن يشكل مساساً بهذا الجسم، وكل مساس بجسم الإنسان يدخل في دائرة التعدي غير المشروع والموجب للمسؤولية القانونية، فلكل فرد الحق في الدفاع عن نفسه وعن تكامل جسمه ضد أي اعتداء من الغير⁽²⁾.

ويقر الدستور الجزائري بحق الفرد في حماية حياته الخاصة، وذلك في الفقرة الأولى من المادة 39 منه التي تنص على أنه: "لا يجوز انتهاك حياة المواطن الخاصة، وحرمة شرفه، ويحميها القانون". كما يقر بحق أفراد الأسرة في الحماية وذلك في نص في المادة 58 التي جاء فيها: "تحتل الأسرة بحماية الدولة والمجتمع". وبهذا المنطق فإن المشرع الجزائري يدعو إلى رفض كل الوسائل خارج العلاقة الزوجية الشرعية للإنجاب، وحماية الأسرة، وحق الأزواج في الإنجاب وحماية الذرية من الممارسات غير الأخلاقية والخطيرة تبقى من مسؤولية الدولة.

ثانياً: تعارض الاستنساخ البشري مع قانون الأسرة

يعد الاستنساخ البشري انتهاكاً للنصوص المنظمة لقانون الأسرة وأعضائها ووحدتها، ولا يمكن أن يكون الاستنساخ وسيلة لتحقيق حلم الإنجاب لدى الأزواج، لأن طرق الإنجاب الصناعي الوحيدة المنصوص عليها هي التوالد الصناعي وليس التناسل بالاستنساخ، ذلك أن المشرع نص في المادة 45

(1) أحمد سالم حسن عائشة، المرجع السابق، ص. 304.

(2) أحمد سالم حسن عائشة، المرجع نفسه، ص. 302.

مكرر من ق.أ على ضوابط التلقيح الاصطناعي، وأكد على أن يكون الإنجاب الصناعي بنطفة الزوج وبويضة الزوجة. والاستنساخ الجسدي يؤخذ من خلية أحد الزوجين كاملة التركيب الكروموزومي. وقانون الأسرة لا يعترف إلا بنوع واحد من الأبوة هي الأبوة الشرعية، أي تلك التي تكون في إطار علاقة زوجية شرعية⁽¹⁾. هذا وقد يؤدي الاستنساخ إلى صعوبة في تحديد من هم إخوة النسيخ من أبيه، ومن أخوته الأشقاء، ومن أولاده وإخوته، ومن هم أعمامه، ومن هم المحارم من غيرهم...؟ وهو ما يحدث انشقاقا في شجرة العائلة وفي تطبيق القواعد المنظمة للزواج كالقواعد المنظمة للموانع الشرعية. فعقد الزواج الشرعي سيصبح في ظل الاستنساخ غير ضروري، إذ أصبح بمقدور أي شخص من الشواذ الذين لا يرغبون في الزواج الحصول على صورة له بواسطة الخلايا الجسدية⁽²⁾.

وفي التناسل بالاستنساخ أيضا إخلال بقواعد الميراث⁽³⁾ لما فيه من زعزعة في روابط القرابة، فإن كان ابن الزنا واللقيط يعلمان بأن لهما آباء وإن كانوا مجهولين، فالنسيخ أسوأ من ذلك، فليس له أصل ثابت بل مجرد خلية جسدية. والإشكالات التي يثيرها الاستنساخ البشري تؤول إلى ما لا نهائية، والإجابة عن كل إشكالية تحمل أكثر من إجابة، وأكثر من سؤال.

وتكملة للبحث في طرق التوالد الصناعي، يتم الانتقال الآن إلى مسائل جديدة بالاهتمام تتعلق بأكبر آثار هذه العمليات، وهي النسب الذي سوف يتم تناول أحكامه في ظل المستجدات العلمية.

⁽¹⁾ وسوف ندرس نسب النسيخ في الفصل الثاني من هذا الباب.

⁽²⁾ زيري بن قويدر، المرجع السابق، ص. 156.

⁽³⁾ تنص المادة 126 من ق.أ على أن: "أسباب الإرث القرابة والزوجية".

الفصل الثاني

ثبوت النسب في ظلّ التطورات العلمية

النسب هو إحدى الضرورات التي حظيت باهتمام الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، وهو ثمرة العلاقة الزوجية، ويعتبر الرابطة القوية التي تؤسس المجتمع وتحدد معالم تطوره وتربطه، وهو أول سبب لاكتساب الحقوق كالحق في الاسم وباقي الحقوق الأسرية. وحفظ النسب وحمايته هو حفظ لضرورات الحياة التي لا تستمر الإنسانية بدونها. لذلك، أحاطه المشرع بعناية خاصة واعتبره من أهم الآثار المترتبة عن الزواج.

والنسب لغة هو القرابة، وقيل: هو في الآباء خاصة⁽¹⁾. وانتسب إلى أبيه، أي: اعتزى وتنسب، أي ادعى أنه نسيبك، وفي المثل: (القريب من تقرب لا من تنسب)⁽²⁾.

أما اصطلاحاً فلا يختلف عن المعنى اللغوي، إذ يقصد به إلحاق الولد بوالديه أو بأحدهما قرابة، بمعنى أن يسمى الولد ابناً لوالديه، ومعنى قرابة أي بصلة الدم لا بالتبني أو الادعاء أو الولاء⁽³⁾. والحق في النسب هو أول حق يثبت للمولود بمجرد انفصاله عن أمه، لذلك اهتمت به الشريعة الإسلامية والقوانين حماية للحقوق المترتبة عنه، ومحافظة عليه من الذل، وحصناً له من الضياع، وإبعاده عن العار، وذلك بثبوت نسبه إلى والديه⁽⁴⁾.

وكما يثبت النسب بالزواج، يثبت أيضاً بالإقرار والبيّنة، وتطور العلوم الدموية، واكتشاف البصمة الوراثية، اعترف المشرع الأسري بالطرق العلمية كوسيلة لإثبات النسب. وبالرغم من تنوع هذه الطرق، إلا أن الفقه أقر بالحجية القطعية لبعضها، والعلوم كذلك أثبتت أن البعض منها له حجية ظنية في مجال إثبات النسب. فالمهم، إيجاد النسب الحقيقي بالطرق القطعية أو غيرها، لهذا السبب وسّع المشرع الأسري من دائرة وسائل إثبات النسب، من أجل القضاء أو على الأقل التخفيف من نسبة الأطفال مجهولي النسب. فهل قصد المشرع الإثبات دون النفي، وهل يمكن لكل شخص يشك في نسب ولده إليه أن يرفع دعوى قضائية للتأكد من تطابق الصفات الوراثية؟

(1) ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، ج1، حرب الباء، مادة نسب، ص.755.

(2) أبي نصر إسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، المرجع السابق، حرف النون، ص.1133.

(3) زياد أحمد سلامة، المرجع السابق، ص.130.

(4) المرسي محمد زهرة، المرجع السابق، ص.315.

إن فتح هذا الملف بلاء عظيم، وباب فتن خطيرة لا يحمد عقباهما، لما فيه من كشف للمستور، والتشكيك في ذمم وأعراض الناس بغير مبرر، ودمار لأواصر التراحم بين ذوي القرى ونقض لما أقره الإسلام من استقرار⁽¹⁾.

وعليه، ونظرا لتنوع طرق التوالد وطرق ثبوت وإثبات النسب، فإن موضوع مستجدات النسب في ظل التطور العلمي، يستدعي بداية دراسة ثبوت نسب الولد الناشئ بوسائل التوالد والتناسل العلمية (المبحث الأول) لنتقل إلى إثبات النسب ونفيه بالطرق العلمية الحديثة (المبحث الثاني).

المبحث الأول

ثبوت نسب الولد الناشئ بوسائل التوالد والتناسل العلمية

الإنجاب كواقعة طبيعية، سواء تم بالطريق الطبيعي أو بطريق المساعدة الطبية، فإنه لا يكفي وحده لتقرير نسب المولود، فقد اشترط المشرع لثبوت النسب الشرعي أن يربط بين أم وأب المولود عقد زواج، وقيد ثبوت النسب بالزواج بشروط يجب توافرها (المطلب التمهيدي)، وفي البحث عن توافر هذه الشروط في تقنيات التوالد الصناعي وإمكانيات ثبوت النسب من عدمه، سوف نبحث عن ثبوت نسب الولد ثمرة الهندسة الإنجابية (المطلب الثاني) لتتحرى بعد ذلك آثار الهندسة الوراثية على النسب (المطلب الثالث).

المطلب التمهيدي

شروط ثبوت النسب بالزواج

كما يثبت النسب بالزواج الصحيح يثبت بالزواج الفاسد ونكاح الشبهة، ويثبت بشروط بعد الانفصال، وبما أن الموضوع ينحصر في تتبع أحكام النسب كأثر من آثار الزواج في ظل التطورات العلمية، فإنّ بحثنا سوف يقتصر على ثبوت النسب بالزواج الشرعي الذي اشترطه المشرع الجزائري في ضبطه للتوالد الصناعي في المادة 45 مكرّر من ق.أ.

⁽¹⁾ أنظر، نزار كريمة، نفي النسب بين اللعان واكتشاف التقنية الحديثة للبصمة الوراثية، م.ع.ق.إ، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، 2010، ع7، ص. 187.

ومن شروط ثبوت النسب وجود عقد زواج (الفرع الأول) وبما أن الزواج ينعقد عن بعد مع إمكانية تحقق ركن الرضا عبر وسائل الاتصال الحديثة مثلا، فهذا لن يكفي لثبوت النسب ما لم تتحقق شروط الفراش (الفرع الثاني).

الفرع الأول

وجود عقد زواج

من المتفق عليه، أن نسب الولد من أمه ثابت بالولادة وفي كل الحالات، سواء كانت هذه الولادة في إطار علاقة شرعية أو غير شرعية، أما ثبوت النسب من جهة الأب وهو النسب الشرعي الذي نبحت عنه فلا يتحقق إلا إذا كان ناتجا عن زواج صحيح (أولا) أو كان ثمرة زواج فاسد أو باطل (ثانيا) أو حتى وطء بشبهة (ثالثا).

أولا: الزواج الصحيح

جاء في الفقرة الأولى من نص المادة 40 من ق.أ أنه: "يثبت النسب بالزواج الصحيح...". والزواج الصحيح طبقا للقانون الجزائري هو الزواج الشرعي (المادة 4 من ق.أ) الذي اجتمع فيه ركن الرضا (المادة 9 من ق.أ) وشروط صحته (المادة 9 مكرر الى المادة 31 من ق.أ) فيرتب كل آثاره الشرعية والقانونية، وعلى رأسها ثبوت نسب الولد بشروط الفراش.

وعليه، يثبت النسب بالزواج العرفي أيضا وكل زواج شرعي مهما اختلفت الأسماء (زواج الاصدقاء، زواج المسيار...) (1). غير أن الزواج الرسمي (2) هو المعترف أمام المؤسسات الاستشفائية لاستعراضه إثباتا للعلاقة الزوجية، سواء أثناء الولادة أو حتى قبل الشروع في عمليات التلقيح الاصطناعي.

(1) ظهرت عدة تسميات للزواج في عالمنا المعاصر، الذي من أبرز سماته اللهث وراء المستجدات، إشباعا للميول الغريزية وهي عقود تحتاج للمزيد من البحث لبيان حكمها الشرعي دون لبس، وقد كان لها نصيب من قرارات المجمع الفقهي الإسلامي، الذي جاء فيه: "... يؤكد المجمع أن عقود الزواج المستحدثة وإن اختلفت أسماؤها، وأوصافها، وصورها، لا بد أن تخضع لقواعد الشريعة المقررة وضوابطها، من توافر الأركان، والشروط، وانتفاء الموانع..." وحرّم نفس المجمع الزواج المؤقت بالإنجاب والذي اعتبره نكاح متعة، ومنع الزواج بنية الطلاق لانطوائه على مفاصد عظيمة تسيء إلى سمعة المسلمين، القرار رقم 106 (5/18) بشأن عقود النكاح المستحدثة، دورته الثامنة عشرة المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة من 10-14/3/1427 هـ الذي يوافق 8-12/4/2006، <http://www.themwl.org>، 2017/12/19، 01:00.

(2) المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2002/07/03، ملف رقم 261925، المجلة القضائية، 2003، ع2، ص.271.

ولا يحتاج إنشاء النسب بالزواج إلى إقرار من الزوج أو بيّنة تقيمها الزوجة⁽¹⁾ أو حتى طرق علمية، فهو مؤكد بمجرد تحقق واقعة الولادة. ولا تأثير لغياب الأب على نسب ابنه مادامت الزوجية قائمة، ولم ينف الولد بالطرق المشروعية، ولو كان الزواج غير مسجل. والقضاء بتصحيح الزواج العرفي وتسجيله في الحالة المدنية، وإلحاق الولد بأبيه يكون موافقا للشرع والقانون، ولا يمكن للرجل إنكار النسب بالادعاء غير المؤسس⁽²⁾.

ثانيا: الزواج الباطل والزواج الفاسد

جاء في نص المادة 40 من ق.أ. أنه: "يثبت النسب بكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و33 و34 من ق.أ. يشترط إذن من نص المادة تحقق الدخول في الزواج الفاسد والباطل حتى يثبت النسب بعد فسخ الزواج.

ويطّل الزواج باختلال ركن الرضا(المواد 9 و1/33 من ق.أ.)، أو بالزواج بإحدى المحرمات (المواد 9 و23 و30 و34) أو باشمال العقد على شرط ينافي مقتضياته(المادة 31 من ق.أ.). واعتبر المشرع الأسري هذا الزواج منعدم الآثار قبل الدخول وبعده، باستثناء ثبوت النسب وهذا للاهتمام البالغ بمصالح الطفل المادة (41 من ق.أ.).

ويكون الزواج فاسدا إذا اختل شرط أو عدة شروط من شروط الصحة المنصوص عليها في المادة 9 مكرر من ق.أ، كانهام الولي أو الشهود.

وقد سكت المشرع عن جزاء عدم توفر الأهلية لدي طرفا العقد، ما يستنتج من ملامح النص أن زواج القاصر صحيح دون استصدار ترخيص من القاضي. غير أن الدكتور تشوار جيلالي يرى بأن الأهلية عنصر من عناصر الرضا⁽³⁾، مما يترتب عن انعدامها بطلان الزواج، وهو نفس الجزاء المقرر لتخلف ركن الرضا في الزواج. وهذا الرأي يتماشى مع فلسفة المشرع الجزائري في تبني رضائية الزواج، واعتباره الركن الوحيد في العقد، لأن الرضا لا يكون معتبرا إلا اذا صدر عن شخص ذو أهلية.

(1) أنظر، تشوار جيلالي، الحماية الإرتيازية للطفل في مسألة النسب في قانون الأسرة الجزائري، المجلة القانونية التونسية، مركز النشر الجامعي، 2002، ع1، ص.33.

(2) بلحاج العربي، أحكام الزوجية...، المرجع السابق، ص.629؛ المحكمة العليا، غ.ا.ش، 1986/02/09، ملف رقم 44521، المجلة القضائية، 1986، ع44، ص.161.

(3) إن الزواج الذي تتخلف فيه أهلية أطرافه وعدم تقديم ترخيص قضائي طبقا لنص المادة 07 من ق.أ يعتبر زواجا باطلا؛ أنظر، تشوار جيلالي، سن الزواج بين الإذن والجزاء، م.ج.ع.ق.ا.س، جامعة الجزائر، 1999، ع04، ص.75.

والزواج الفاسد طبقا للقانون الجزائري يفسخ قبل الدخول ويصحح بعد الدخول بصداد المثل لذلك لا إشكال يثار هنا ما دام العقد انقلب صحيحا فإنّ نسب الولد يثبت للزوج. أما إذا حدث دخول مع اختلال شرط من شروط الصحة ولم يصحح بصداد المثل فإنّ الزواج يبقى فاسدا ويفسخ حتى بعد الدخول، وفي هذه الحالة يثبت نسب الولد من الزواج الفاسد بشرط أن يولد بعد ستة أشهر من تاريخ الدخول الحقيقي⁽¹⁾ وحتى بعد فسخه، وهذا حماية لحقوق الطفل وللأنساب من الضياع والاختلاط⁽²⁾. ونسب الولد هنا ثابت بقوة القانون ولا يحتاج إلى دليل علمي لإثباته، ولا ينتفي إلا باللعان، وهو ما جاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 15 جوان 1999⁽³⁾.

وقد وقع المشرع الأسري في خلط بين ترتيب البطلان على العقد الذي اعتراه مانع من موانع الزواج في المادة 32 وبين ترتيبه للفسخ لنفس السبب وهذا في المادة 34 من قانون الأسرة والراجح هو بطلان الزواج لأن الفسخ هو جزاء للزواج الفاسد الذي لم يستكمل شروط صحته.

ثالثا: نكاح الشبهة

هو نكاح يقع فيه خطأ بسبب غلط يقع في الشخص⁽⁴⁾، ويقصد أيضا بشبهة الزواج كل معاشرة بين رجل وامرأة ليست زواجا شرعيا صحيحا وليست زنا حتى توجب الحد، فالشبهة إذن هي ما لم يُتيقن كونه حراما أو حلالا. أو ما جهل تحليله على الحقيقة وتجرمه على الحقيقة، وهي بشكل أعم ما يشبه الثابت وليس بثابت⁽⁵⁾. والشبهة قد تكون شبهة ملك(أ) أو شبهة عقد(ب) أو شبهة فعل(ت).

(1) أنظر، العوئي بن ملحمة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص.147.

(2) المحكمة العليا، غ.أ.ش، 15/06/1999، ملف رقم 222675، المجلة القضائية، 1999، ع1، ص.126.

(3) المحكمة العليا، غ.أ.ش، 23/01/2001، ملف رقم 253366، المجلة القضائية، 2002، ع2، ص.440.

(4) بلحاج العربي، أحكام الزوجية...، المرجع السابق، ص.646.

(5) زبيري بن قويدر، المرجع السابق، ص.195.

أ- شبهة الملك أو شبهة المحل

وتسمى أيضا شبهة الحكم، وهي باختصار أن يشتهب الدليل الشرعي على الرجل، فيفهم منه إباحة وقاع المرأة في حين أنه غير مباح له، ومثاله أن يواقع الرجل امرأته التي طلقها طلاقا بائنا وهي في عدتها منه، ظنا منه أن وقاعها يكون مراجعة لها كما في الطلاق الرجعي⁽¹⁾.

ب- شبهة العقد

كالعقد على امرأة وبعد الدخول تبين أنها من المحرمات كأن تكون أخته من الرضاع⁽²⁾، وهو ما نصت عليه المادة 34 من ق.أ. وبهذا شبهة العقد تشبه الزواج الفاسد من حيث أحكامه وآثاره فيفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء(المادة 34 من ق.أ).

ت- شبهة الفعل أو الاشتباه

وهي أن يقارب الرجل امرأة من غير أن يكون بينهما عقد زواج صحيح أو فاسد، أو اعتقد بأنها تحل له ثم تبين العكس⁽³⁾. أو هي الحالة التي يعتقد الشخص حل الفعل أو الوطاء له، كما لو دخل رجل على امرأة ظنا منه أنها زوجته، ثم تبين له أنها غير ذلك⁽⁴⁾.

وطبقا لنص المادة 40 من ق.أ يثبت النسب بنكاح الشبهة بصفة عامة دون أن يفرق النص بين شبهة الحكم وشبهة العقد وشبهة الفعل، بشرط أن تكون الولادة بين أدنى وأقصى مدة للحمل⁽⁵⁾.

وتثير الشبهة الكثير من المشاكل القانونية تتعلق أساسا بإثبات حسن النية، فمتى انعدمت كان الوطاء زنا ولا يثبت به النسب، ويختلف الوطاء بشبهة عن الزنا من حيث الأحكام والآثار، فنكاح الشبهة ينشأ أساسا عن غلط، ويشترط حسن النية، ومتى علم الرجل أن الوطاء غير شرعي يتحول إلى زنا، ولا يثبت به النسب. أما إذا كان هذا الوطاء عن حسن نية فيثبت النسب بقوة القانون، وإذا أنكر ذلك الواطئ يمكن اللجوء إلى كافة الطرق لإثبات النسب.

(1) طفياني مخطارية، المرجع السابق، ص.47.

(2) بلحاج العربي، أحكام الزوجية...، المرجع السابق، ص.646.

(3) يوسفات علي هاشم، المرجع السابق، ص.62.

(4) أنظر، دبابش عبد الرؤوف، ثبوت النسب في الأنكحة الفاسدة والباطلة في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الاجتهاد القضائي، كلية الحقوق، جامعة بسكرة، ع07، ص.72.

(5) المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1991/05/21، ملف رقم 74712، المجلة القضائية، 1994، ع2، ص.56.

وكما يشترط وجود زواج بين المرأة والرجل لثبوت النسب يشترط أيضا أن تتوفر شروط الفراش.

الفرع الثاني

توافر شروط الفراش

ويستوي الفراش أن يكون قائما على زواج صحيح أو فاسد أو وطء بشبهة، بمعنى أنه في كل أوصاف الزواج سالفة الذكر، لا يثبت النسب للزوج ما لم يثبت أن هناك إمكانية للاتصال بين الزوجين (أولا) وأن الطفل ولد بين أقل وأقصى مدة للحمل (ثانيا) مع عدم نفيه بالطرق المشروعة (ثالثا).

أولا: إمكانية الاتصال بين الزوجين

أو إمكانية التلاقي بين الزوجين، بحيث تنص المادة 41 من ق.أ على أنه: "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال...". وعقد الزواج الشرعي هنا يقصد به عقد الزواج الصحيح المستكمل لركنه وشروط صحته، ولا يشترط أن يكون قد استوفى الشروط الشكلية من شهادة طبية وكتابة أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية. وفي ظلّ إمكانيات الإنجاب والتوالد الصناعي الذي يتم دون الاتصال الجنسي لطربي عقد الزواج نميز بين إمكانية الاتصال الطبيعي (أولا) والتلاقي الاصطناعي (ثانيا).

أ- إمكانية الاتصال الطبيعي

يرى جمهور الفقهاء من غير الأحناف بأن النسب يثبت بعقد الزواج مع إمكان وطء الزوجة، لأن عقد الزواج عندهم لا يقوم مقام الوطاء إلا حيث يكون مظنة له، وبمجرد عدم الإمكان يقطع بأنه ليس مظنة له. وهذا رأي المالكية والشافعية واستدلوا بما رواه أبو هريرة عن النبي ﷺ: "الولد لصاحب الفراش"⁽¹⁾ الذي يدل على ثبوت النسب بالعقد مع إمكانية الدخول⁽²⁾.

(1) البخاري أبي عبد الله محمد بن اسماعيل، صحيح البخاري، المرجع السابق، كتاب الفرائض، باب الولد للفراش حرة كانت أو أمة، حديث رقم 6750، ص.1672.

(2) أنظر، محمد ولد عال ولد محمياي، أحكام النسب وطرق إثباته، دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقانون الموريتاني، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2007-2008، ص.15.

وجاء رأي ثاني بما هو أبعد من ذلك؛ حيث اشترط الدخول المحقق لثبوت النسب لا إمكان الدخول المشكوك فيه بتمام العقد، وهو قول ابن تيمية وابن القيم والجعفرية، وعلّلوا موقفهم بأن الدخول الحقيقي وحده يجعل من المرأة فراشا يثبت به النسب⁽¹⁾.

أما الحنفية فيرون بالاكْتفاء بعقد الزواج الصحيح لثبوت النسب، دون حاجة إلى البحث عن حدوث التلاقي المباشر بين الزوجين أم لا، لأن مجرد العقد يجعل المرأة فراشا، والإمكان العقلي كاف لثبوت النسب عندهم محافظة على الولد من الضياع⁽²⁾.

وتناقش هذه الآراء، بأن الجمهور (من الشافعية والمالكية) القائلون بوجوب الاحتياط للنسب بمجرد الفراش المحقق بالعقد مع إمكانية الدخول، هو الذي كان أكثر مرونة، وفي نفس الوقت لم يهدر حقوق الزوجين والأولاد.

ونرد على الرأي الثاني الذي شدّد في اشتراط الدخول المحقق بعد العقد، بأن ذلك مناف للاحتياط في الأنساب، وثبوتها بأدنى الأسباب، وسوف يجعلنا هذا الرأي في منازعات قضائية تتمحور أساسا حول إثبات تحقق الدخول وهو ما يعد اعتداء على خصوصية العلاقة الزوجية.

أما بالنسبة للرأي الأخير الذي يرى بكفاية العقد لثبوت النسب فقد بالغ في ذلك، ومناف للعقل والمنطق ثبوت النسب للزوج الذي يعقد على امرأة زواجا صحيحا دون أن يتمكن من الالتقاء بها كما يحدث حاليا في إبرام عقود الزواج عن بعد. ولا يمكن في عصرنا أن نعتمد هذا الرأي في ثبوت النسب، لاسيما مع إمكانية قيام مجلس عقد زواج حكومي باستخدام وسائل الاتصال السمعية المرئية.

فمثلا لو تم عقد زواج بين رجل وامرأة عن بعد باستخدام وسائل الاتصال الحديثة ومع أن العقد استوفى ركنه وشروط صحته ولم تسافر الزوجة إلى زوجها ولم يحدث بينهما دخول، وأنت بولد في مدة أكثر من 6 أشهر بعد العقد، فإنه لا يثبت النسب في هذه الحالة لعدم تحقق شروط الفراش. أو أن الزوج طلق زوجته بعد العقد مباشرة وقبل الدخول سواء كان الزوجان حاضرين مجلس العقد أو كانا غائبين أو حاضرين حضورا حكيميا عبر وسائل الاتصال السمعية المرئية، فلا يثبت النسب أيضا للزوج في هذه الحالة.

(1) زبيدي بن قويدر، المرجع السابق، ص.192.

(2) طفياي مخطارية، المرجع السابق، ص.16.

وطبقا للمادة 41 من ق.أ فقد اكتفى المشرع الأسري بإمكانية الاتصال لثبوت النسب، وهو رأي الجمهور ما عدا الحنفية، غير مكثف بمجرد العقد وغير مشدد بتحقيق الدخول الفعلي. ولا يكفي العقد وحده لثبوت النسب وإنما يجب تحقق إمكانية الدخول، فإن لم يتم الاتصال بين الزوجين لا يثبت النسب للزوج كما لو كان أحد الزوجين سجيناً أو غائبا امتدت غيبته إلى أكثر من المدة القصوى للحمل⁽¹⁾ (10 أشهر).

وقد سار القضاء الجزائري على هذا المنوال، آخذا برأي الشافعية والمالكية حيث جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 20 أكتوبر 1998 أن: "العارض لم يقدم الدليل لإثبات غيابه الدائم عن بيت الزوجية وتذكرة الطائفة لا تثبت ذلك... وطبقا للمادتين 40 و 41 من ق.أ يثبت النسب بالزواج الصحيح وينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً ولم ينفه بالطرق المشروعة"⁽²⁾.

وفي قرار آخر عن نفس المحكمة بتاريخ 24 فيري 1986 جاء فيه أن: "الولد للفراش مادامت العلاقة الزوجية لم تنقطع بين الزوجين، والدليل على ذلك أن الزوج كان يزور من حين لآخر زوجته وهي في بيت خالها بوهران، بعد سماع ثلاثة شهود ومن ثم فإن الولد المتنازع من أجله هو من صلب الطاعن"⁽³⁾.

وعن إمكانية التلاقي التي يثبت بها النسب، يضيف الفقه شرطاً آخر لثبوت النسب من الزوج وهو أن يكون هذا الأخير بالغاً ممن يتصور منه الحمل عادة، فلا يثبت النسب من الصغير الذي لا يمكنه مباشرة زوجته⁽⁴⁾.

وطبقا للمادة 7 المعدلة من قانون الأسرة فإن أهلية الزواج هي بلوغ الرجل والمرأة 19 سنة كاملة، وجعل المشرع استثناء على هذه القاعدة القانونية، وهي استصدار ترخيص قضائي للزوج القاصر يسمح له بإبرام عقد الزواج قبل بلوغ 19 سنة، وذلك متى كان في هذا الزواج مصلحة أو

(1) بلحاج العربي، أحكام الزوجية...، المرجع السابق، ص.630.

(2) المحكمة العليا، غ.أش، 1998/10/20، ملف رقم 204821، مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص.83-84، مقتبس عن زيري بن قويدر، المرجع السابق، ص.193.

(3) المحكمة العليا، غ.أش، 1986/02/24، ملف رقم 39473، غير منشور، مقتبس عن بلحاج العربي، أحكام الزوجية...، المرجع السابق، ص.631.

(4) أنظر، أحمد نصر الجندي، النسب في الإسلام والأرحام البديلة، دار الكتب القانونية، مصر، 2003، ص.32 وما بعدها.

ضرورة. وأضاف المشرع شرطا أساسيا وهو وجوب تأكيد القاضي من قدرة الطرفين على الزواج، وهذا الشرط يحمل ضمنا التأكد من البلوغ الطبيعي الذي يمكن الزوجين من مباشرة الحياة الزوجين. وفعلا، سار القضاء الجزائري نحو منح الترخيص القضائي لطالبي الزواج الذين لا تقل أعمارهم عن 15 سنة، وهي سن تقديرية يغلب فيها بلوغ الذكر والأنثى وهي الأقرب إلى الواقع والعقل، وهذا بالنسبة للأفراد الطبيعيين الذين لا يعانون من اختلال هرموني أو عضوي كحالة الخنثى. وفي السياق ذاته، لا يثبت النسب بإمكانية الاتصال الطبيعي إذا كان أحد الزوجين مريضا لا يمكنه الإنجاب، كأن يكون الزوج مجبوبا أو أن تكون الزوجة مستأصلة المبيضين أو إصابة الزوج بعجز جنسي.

وتُشير إمكانية الاتصال المنصوص عليها قانونا إشكالية حول نسب ولد التلقيح الاصطناعي الذي ولد دون تحقق هذا الشرط.

ب- التلاقي الاصطناعي بين الخلايا التناسلية

إن التطور المتسارع للعلوم الطبية والبيولوجية قد مكّن الأزواج الذين يعانون من ضعف في الخصوبة من تحصيل الولد، وهذا عن طريق عمليات التلقيح الاصطناعي المنصوص عليها في المادة 45 مكرر من ق.أ. وإشكال إمكانية الاتصال تظهر بوضوح في نسب الولد الذي يتأتى من اتصال صناعي بين الخلايا التناسلية، فالمشرع الأسري لم يكتف بعقد الزواج لثبوت النسب وإنما أضاف شروطا أخرى منها إمكانية الاتصال بين الزوجين، وهذا الشرط إذا نظرنا إليه بسطحية نرى بأنه لا يتماشى مع تقنية التلقيح الاصطناعي ولن يحدث اتصال طبيعي بين الزوجين لثبوت النسب. ولكن إذا أمعنا النظر، سوف نجد بأن هذا الشرط منطقي، فالأزواج لن يلجؤوا إلى التلقيح إلا بعد فشل الاتصال الطبيعي في تحصيل الولد.

زيادة على ذلك، يذهب الأزواج بعد مرور مدة معينة -غالبا ما تطول- إلى الطبيب ويقومان معا بالكشوف والتحليل الطبية السابقة للتلقيح الاصطناعي ل يتم بعد ذلك استخراج النطفة والبويضة وتلقيحهما صناعيا.

هذا، وإنّ اشتراط العقم المؤكد طبيا لتقديم المساعدة الطبية على الإنجاب في المادة 371 والمادة 371 من القانون رقم 18-11 المتضمن قانون الصحة يعتبر قرينة على عجز الأزواج عن الإنجاب بالاتصال الطبيعي.

والنتيجة، أن الولد ثمرة التلقيح الاصطناعي ينسب للزوج صاحب الفراش وصاحب النطفة بتوفر شروط التلقيح الاصطناعي الواردة في المادة 45 مكرر من ق.أ.

ثانيا: ولادة الطفل بين أقل وأقصى مدة للحمل

لثبوت نسب الولد للزوج لا يكفي وجود عقد زواج وإمكانية الاتصال، وإنما يشترط أيضا أن تأتي الزوجة بالولد بين أقل مدة للحمل (06 أشهر) وبين أقصاها (10 أشهر) من تاريخ الانفصال أو الوفاة وهو ما نصت عليه المواد 42 و43 من ق.أ.

أ- أقل مدة الحمل

وقد أخذ المشرع عند تقنينه هذه المدة بما ذهب إليه جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية، مستدلين بقوله تعالى: ﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا وَحَمَلُهُ وَفِصْلُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا...﴾⁽¹⁾، وضمها مع الآية: ﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَى وَهْنٍ وَفِصْلُهُ فِي عَامَيْنِ أَنْ أَشْكُرَ لِي وَلِوَالِدَيْكَ إِلَى الْمَصِيرِ﴾⁽²⁾.

فالآية الأولى ذكرت الحمل والفصال (الفطام) بتمام ثلاثون شهرا، وقصرت الثانية الفصال على عامين، وإذا أسقطنا مدة الفصال (أربعة وعشرون في الآية الثانية) من مدة الحمل والفصال (ثلاثون شهرا في الآية الأولى) نحصل على مدة ستة (06) أشهر أي 180 يوما، وهي أقل مدة للحمل⁽³⁾. هذا وقد أثبتت الدراسات والأبحاث الطبية أن الجنين الذي استكمل ستة (06) أشهر في بطن أمه قابل للحياة شأنه شأن أي مولود آخر يولد بعد حمل ستة أشهر، أما إذا تمت الولادة قبل ستة أشهر فالجنين لا يكون قابلا للحياة، ذلك أن جهازه العصبي المركزي والجهاز التنفسي لم يتطورا بعد بشكل ملائم.

ويقّر الأطباء بأن الجنين الذي أكمل ستة أشهر في بطن أمه يتميز بصفة مهمة هي قدرته على التنفس بانتظام لعدة أيام إذا ولد وهو في هذا العمر، بل وتكون لديه فرصة للعيش إذا وضع

(1) سورة الأحقاف، الآية رقم 15.

(2) سورة لقمان، الآية رقم 14.

(3) أحمد نصر الجندي، النسب في الإسلام والأرحام البديلة؛ بلحاج العربي، أحكام الزوجية ...، المرجع السابق، ص.633.

داخل حاضنة مناسبة، بالإضافة إلى أن مدة ستة أشهر هي أدنى مدة للحمل يمكن أن يولد فيها المولود تام الخلقة⁽¹⁾.

واستنادا إلى النتائج التي توصل إليها تنظير الفقه وتطبيق وتجربة الطب، أخذ المشرع الجزائري بمدة ستة (06) أشهر كأدنى حد للحمل، تحتسب من تاريخ إبرام عقد الزواج مع إمكانية الاتصال لثبوت النسب، وهي أقل مدة لتكوين الجنين، ليتمكن من العيش في العالم الخارجي، وهذا ما استقرت عليه المحكمة العليا في عدة قرارات لها⁽²⁾.

فمتى جاءت المرأة بولد بعد ستة أشهر من الزواج أو أكثر، مع إمكانية الاتصال، ثبت نسبه للزوج بقوة القانون ودون حاجة إلى دليل آخر تقليدي أو علمي، وهذا ما لم ينفه بالطرق المشروعة. أما إذا جاءت به في مدة أقل من ستة أشهر فلا يثبت الولد للزوج لأن شرط أدنى مدة للحمل غير متوفرة لثبوت النسب بفراش الزوجية.

وقد سكت المشرع في المادة 42 من ق.أ عن بداية احتساب أقل مدة للحمل، وسدت هذا الفراغ عدة قرارات للمحكمة العليا، التي جاء فيها أن بداية سريان مدة ستة (06) أشهر تبدأ من تاريخ إبرام عقد الزواج⁽³⁾ مع إمكانية اتصال الزوج بزوجه⁽⁴⁾.

ب- أقصى مدة للحمل

على عكس الإجماع الحاصل في أدنى مدة للحمل، لم يتفق الفقه الإسلامي على أقصى مدة للحمل وهذا لاختلاف استدلالاتهم المنبثقة عن بعض التجارب المسموعة، و يرجع ذلك إلى عدم وجود دليل في الكتاب ولا في السنة النبوية الشريفة.

⁽¹⁾ أنظر، غلال بيزوق أمال، أحكام النسب بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2014-2015، ص.27.

⁽²⁾ المحكمة العليا، غ.أش، 1984/12/17، ملف رقم 35087، المجلة القضائية، 1990، ع1، ص.86؛ 1990/1/22، ملف رقم 57756، المجلة القضائية، 1992، ع2، ص.71؛ 1993/11/23، ملف رقم 99000، المجلة القضائية، 2001، عدد خاص، ص.65.

⁽³⁾ المحكمة العليا، غ.أش، 1998/11/17، ملف رقم 210478، مقتبس عن بلحاج العربي، أحكام الزوجية...، المرجع السابق، ص.634.

⁽⁴⁾ المحكمة العليا، غ.أش، 1999/06/29، ملف رقم 235095، غير منشور، مقتبس عن بلحاج العربي، المرجع السابق، ص.634.

فيرى الحنفية بأن أكثر مدة للحمل هي سنتان⁽¹⁾، وعند الشافعية والحنبلة الزيدية أربع سنين، والمالكية قدروها ما بين أربع إلى خمس سنين، وعند محمد بن الحكم سنة قمرية، وعند الامامية والاثني عشر وابن حزم تسعة أشهر وما قاربها⁽²⁾.

ويرجع اختلاف الفقهاء في تحديد أقصى مدة للحمل إلى عدم وجود دليل في الكتاب أو في السنة، فأراؤهم اجتهادية وفقا لطرق استنباطهم، وفقا لما شاهدوه في زمانهم⁽³⁾، واختلاف تصريح النساء بهذه المدة، وتبقى مدد ظنية لا ترقى إلى درجة اليقين.

وأعلم الناس بأمور الحمل والولادة هم الأطباء والنساء الحوامل، وغالبا مدة الحمل عند الأطباء هي 280 يوما وهي الأقرب إلى تسعة أشهر، وذكروا أن غالب مدة الحمل مدة تقريبية، قد تنقص أو تزيد بأسبوع أو بأسبوعين⁽⁴⁾، وهذا ما لم تقرر لجنة طبية مختصة خلاف ذلك⁽⁵⁾. وتحتسب هذه المدة من بدء آخر حيضة حاضتها المرأة، وبما أن البويضة تكون في الحجم القابل للإخصاب بعد مدة 14 يوما فإن هذا التاريخ هو المعتمد تقريبا. وعليه، فإن المدة الحقيقية للحمل هي 280-266 = 14 يوما⁽⁶⁾.

وما أخذ به المشرع الجزائري في المادة 42 يستند إلى أسس علمية دقيقة، أثبتتها التجارب والدراسات الطبية، فالجنين لا يمكنه في بطن أمه أكثر من تسعة أشهر إلا في حالات نادرة، وتقرير مدة 10 أشهر في القانون كان طبقا للقاعدة الفقهية الحكم يجب أن يكون بالمعتاد لا بالنادر، ولعله أن يكون مستحيلا الحمل لأكثر من ذلك⁽⁷⁾.

ويثير الحمل بعد تسعة أو عشرة أشهر مسألة في غاية الأهمية، هي ما يعرف بالجنين المستكن أو الرائد في بطن أمه، فلم يثبت علميا صحة هذه الظاهرة، وليس للأقوال الشائعة في هذا الشأن أي أساس علمي، فقد تم ردها إلى قوى سحر أو حالات نفسية، كحالة حزن الزوجة على غياب زوجها،

(1) أنظر، الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، ط3، دار الفكر، دمشق، 1989، ص.677.

(2) زيري بن قويدر، المرجع السابق، ص.184.

(3) أبي البركات عبد الله بن أحمد بن محمود المعروف بحافظ الدين النسفي، المرجع السابق، ص.266.

(4) علال برزوق أمال، المرجع السابق، ص.32.

(5) بلحاج العربي، أحكام الزوجية...، المرجع السابق، ص.632.

(6) البار محمد علي، خلق الانسان...، المرجع السابق، ص.451.

(7) أنظر، مناصرية مصطفى، مبدأ الاحتياط في ثبوت النسب في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في الاجتهاد القضائي الجزائري، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة البليدة، ص.190.

وقد ترسخ الاعتقاد في المجتمعات المغربية خاصة، وترسخ الاعتقاد لدى الأجيال عن الجنين الراكد، وهناك من يقول بأنها حيلة لنسب الطفل للزوج الغائب⁽¹⁾. لكن نجد أن هذا الاعتقاد بدأ يزول من الأذهنة وهذا راجع لانتشار وسائل منع الحمل وبالتالي قلة الظاهرة في عصر تطور العلوم الطبية.

ويرى أهل الطب باستحالة مكوث الجنين في بطن أمه بعد عشرة أشهر، وإذا تجاوز الحمل هذه المدة مات الجنين، ويعتبر الأطباء أن زيادة الحمل عن هذه المدة هو خطأ في الحساب⁽²⁾. وإن تأخر الميلاد عن تسعة أشهر؛ ففي المشيمة بقية رصيد يخدم الجنين بكفاءة لمدة أسبوعين آخرين، ثم يعاني الجنين المجاعة بعد ذلك لدرجة ترفع نسبة وفاة الجنين في الأسبوع الثالث والأربعين والرابع والأربعين، ومن النادر أن ينجوا من الموت جنين مكث في الرحم خمسة وأربعين أسبوعاً⁽³⁾.

وبالتالي، فإن مدة الحمل طويلة الأمد التي تحدث عنها الفقهاء قديماً يسميها الطب حالياً بالحمل الكاذب، وهي حالة تصيب النساء، بحيث يمتلئ البطن بالغازات ويصاحبه توقف في العادة الشهرية فتعتقد المرأة بأنها حامل⁽⁴⁾.

والحقيقة أن هذه الحالة تحتاج إلى المزيد من الدراسات العلمية، ذلك أن الله سبحانه وتعالى لم يحدد أجلاً أقصى لمكوث الجنين في بطن أمه على عكس ما فعل مع أدنى مدة. ولم يرتب القانون الجزائري أحكام عن الحمل الراكد، فجعل نسبه ينتفي إذا ولد بعد 10 أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة(المادة 43 من ق.أ).

وجاء في قرارات المحكمة العليا أنه: "ينسب الولد لأبيه، إذا ولد خلال المدة المحددة قانوناً، المحسوبة من تاريخ صدور الحكم الناطق بالطلاق"⁽⁵⁾. ويثبت الطلاق بحكم قضائي، مما يعني بداية احتساب مدة عشرة (10) أشهر تكون من تاريخ الحكم وليس من تاريخ تلفظ الزوج بالطلاق. وفي سياق ثبوت النسب يضيف القانون شرطاً آخر لا يقل أهمية عن الشروط سالفة الذكر، وهو عدم نفي الولد بالطرق المشروعة.

(1) نور الهدى المغربية، ماذا تعرفون عن الجنين المستكن أو الراكد؟ <https://safeena.org> ، 2018/02/18، 08.30.

(2) البار محمد علي، خلق الانسان بين الطب والقران، المرجع السابق، ص.453.

(3) نور الهدى المغربية، المرجع السابق، <https://safeena.org> ، 21/02/2180، 17:30.

(4) مناصرة مصطفى، المرجع السابق، ص.190.

(5) المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2005/03/23، ملف رقم 330464، م.م.ع، 2005، ع1، ص.293.

الفرع الثالث

عدم نفي الولد بالطرق المشروعة

ومن شروط ثبوت النسب للزوج صاحب الفراش أضاف المشرع الأسري شرطا آخر في نص المادة 41 من ق.أ بقوله: "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة" وهذه العبارة تكتسي عدّة معاني، مما يدفعنا للبحث عن قصد المشرع إذا كان اللّعان أم أن هناك طرقا أخرى لم يفصح عنها تاركا بذلك المهمة للمحكمة⁽¹⁾. والسؤال المطروح هنا: ماهي الطرق المشروعة لنفي النسب؟

بمجرد قراءة النص القانوني يتبادر إلى أذهننا أن الطريق الوحيد المشروع لنفي النسب هو اللّعان، ولكن المشرع لم يصرح بذلك، مع تصريحه باللّعان في المادة 138 من ق.أ بقوله: "يمنع من الإرث اللّعان والردّة".

واستخدام المشرع لمصطلح الطرق المشروعة لنفي النسب يجعلنا نتساءل إن كانت الوسائل العلمية الحديثة تعتبر هي الأخرى طرقا مشروعة لنفي النسب؟

والإجابة على ذلك، تكون بالفقرة 2 من المادة 40 التي نصّت على أن هذه الوسائل للإثبات دون النفي، وهو ما جاءت به قرارات المحكمة العليا التي اعتبرت اللّعان هو الطريق الوحيد لنفي النسب كما سوف نرى لاحقا في المبحث الثاني من هذا الفصل. لذلك، وغموض النص يجعلنا نستأنس بالمادة 222 من ق.أ التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية، هذه الأخيرة تعتبر الطريق الوحيد المشروع لنفي النسب القائم بشروط الفراش هو اللّعان، لذلك كان على المشرع أن يكون أكثر دقة في استخدام مصطلح اللّعان ووضع شروطه، إذا كان ذلك هو قصده فعلا.

واللّعان لغة هو الطرد والإبعاد من رحمة الله تعالى⁽²⁾، وفي الشرع اسم لما يجري بين الزوجين من الشهادات بالألفاظ المعروفة، وسمي بذلك لوجود اللّعن في الخامسة، وقيل سمي بذلك لأن الزوجان لا يخلو أن يكون أحدهما كاذبا، فتحق عليه اللّعة وهي الطرد⁽³⁾.

(1) تشوار جيلالي، الحماية الإرثية للطفل...، المرجع السابق، ص.38.

(2) وهبة الزحيلي، الأسرة المسلمة...، المرجع السابق، ص.342.

(3) بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص.278.

وقد دلَّ القرآن الكريم على مشروعية اللعان: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ ⑥ وَالْخَمِيسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ ⑦ وَيَدْرُؤُا عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ ⑧ وَالْخَمِيسَةُ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ ⑨﴾⁽¹⁾.

فاللعان شهادات مؤكدة يؤديها الزوجان، تقوم مقام حد القذف في حق الرجل ومقام حد الزنا في حق المرأة، ولا يتم اللعان إلا بحكم قضائي صادر عن القضاء، وبناء على طلب من الزوج وذلك في حالتين:

إما بدعوى رؤية الزنا شريطة أن لا يظن الزوج زوجته بعد الرؤية. وإما بدعوى نفي الحمل عندما يتأكد الزوج بأن الحمل الذي في بطن زوجته أو الولد الذي وضعته ليس من صلبه⁽²⁾.

إذن، فاللعان هو الطريق الوحيد لنفي نسب الولد أو الحمل، عندما يتهم الزوج زوجته بالزنا وليس له دليل آخر، أثناء قيام الرابطة الزوجية وجاءت به الزوجة بين أدنى وأقصى مدة للحمل.

وترفع دعوى اللعان طبقاً للفقرة 2 من المادة 40 من ق.أ والفقرة 3 من المادة 426 من ق.إ.م.إ أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مسكن الزوجية، وفقاً لإجراءات رفع الدعوى المدنية بموجب عريضة مستوفية الشروط المنصوص عليها في المادتين 14 و15 من ق.إ.م.إ، وتكون الملاعنة أمام القاضي في جلسة سرية⁽³⁾.

وتتطلب الملاعنة أن يقسم الزوج بالله أربع مرات أنه لصادق في اتهامه لزوجته من أن الولد ليس منه، ويقول في الخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين، ثم تحلف الزوجة أربع مرات بالله أنه من الكاذبين فيما رماها به، وتقول في الخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين، ثم يحكم القاضي بالتفريق بينما فوراً وينتفي نسب الولد من الزوج ويثبت نسب الولد من أمه⁽⁴⁾.

ومن شروط اللعان، ثبوت الزوجية بين المتلاعنين، بغض النظر عما إذا كان زواجا صحيحا أو مفسوخا أو نكاح شبهة كما يجب أن تنكر الزوجة فعل الزنا، مع انتفاء اقرار الزوج صراحة أو ضمناً

(1) سورة النور، الآيات من رقم 6 إلى 9.

(2) بلحاج العربي، أحكام الزوجية ... المرجع السابق، ص.637.

(3) سعد عبد العزيز، إجراءات ممارسة دعوى شؤون الأسرة ... المرجع السابق، ص.151.

(4) أنظر، عبد الكريم بن محمد الاحم، المطلاع على دقائق زاد المستنقع(فقه الأسرة)، مجلد 4، ط1، دار كنوز إشبيلية للنشر والتوزيع، الرياض، 2010، ص.271 وما بعدها؛ بلحاج العربي، أحكام الزوجية ... المرجع السابق، ص.638.

بانتساب الولد إليه⁽¹⁾. وهذا، إضافة إلى شرط في غاية الأهمية هو التعجيل في إجراء اللعان⁽²⁾ وهو ما اتجه إليه القضاء الجزائري بتقييد دعوى اللعان بـ 08 أيام من يوم رؤية الزنا أو العلم بالحمل، ومن ذلك قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 25 ديسمبر 2002 الذي جاء فيه: "... حيث أن الحكم المستأنف والقرار المنتقد قد أجابا الطاعن بأن دعوى الملائنة قد جاءت متأخرة جدا أو غير مقبولة لأنها محددة بوقت قصير، والقرار المنتقد قد تبنى أسباب الحكم المستأنف إضافة إلى أن المدة المحددة للملائنة التي أشار إليها قضاة الموضوع قد استقر بشأنها اجتهاد المحكمة العليا على أن لا تتجاوز فترة أسبوع فقط من يوم رؤية الزنا أو من يوم العلم بالحمل..."⁽³⁾.

وأثناء قيام العلاقة الزوجية، قد يفشل الأزواج في تحصيل الولد بالاتصال الطبيعي، وكما رأينا في هذه الرسالة فإن طرق الإنجاب الصناعي متنوعة، لنا وقفة الآن مع إشكالاتها العميقة والمتشعبة وهي ثبوت نسب الولد ثمرة الهندسة الإنجابية.

المطلب الأول

ثبوت نسب الولد ثمرة الهندسة الإنجابية

لم تتوقف إشكالات الهندسة الإنجابية حول مشروعيتها، بل امتدت إلى إشكالات أخرى تتعلق أساسا بنسب المولود الناتج باستخدامها. وسوف نقتصر هنا على البحث عن نسب الولد ثمرة التلقيح الاصطناعي (الفرع الأول)، ثم إشكالية نسب الولد الناتج بزرع الأعضاء التناسلية (الفرع الثاني) وأخيرا إشكاليات النسب ثمرة الحمل غير الطبيعي (الفرع الثالث).

(1) أنظر، نزار كريمة، نفي النسب بين اللعان واكتشاف التقنية الحديثة للبصمة الوراثية، م.ع.ق.ا، جامعة سيدي بلعباس، 2010، ع7، ص.195 وما بعدها.

(2) المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1985/05/25، ملف رقم 35934، المجلة القضائية، 1989، ع1، ص.83؛ 1999/7/16، ملف رقم 76343، المجلة القضائية، 2001، عدد خاص، ص.86.

(3) المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2002/12/25، ملف رقم 296020، المجلة القضائية، 2004، ع1، ص.282.

الفرع الأول

نسب الولد ثمرة التلقيح الاصطناعي

ينسب الولد إلى أمه وأبيه إذا ولد في إطار علاقة زوجية شرعية، نتيجة المعاشرة الجنسية الطبيعية، أو بالتلقيح الاصطناعي، ونظرا لتشعب صور التلقيح الاصطناعي، علينا أن نميز بين نسب الولد ثمرة التلقيح الاصطناعي من جهة الأم (أولا) ثم نسبه من جهة الأب (ثانيا).

أولا: نسب الولد ثمرة التلقيح الاصطناعي من جهة الأم

بالاتصال الطبيعي بين الزوجين يكون نسب الولد ثابتا لأمه، ما دامت هي التي حملته ووضعته، وسواء كان ابنا شرعيا أو ناتجا عن علاقة غير شرعية. ولا إشكال يثار في هذه الحالة، ولا إشكال أيضا في نسبة طفل الأنبوب لأمه إذا كانت هي صاحبة البويضة ولقحت بماء زوجها وتم إعادتها إلى رحمها لتتم أطوار حياتها. لكن، مع ازدهار عمليات التلقيح الاصطناعي وتعدد صورها، تثور العديد من الأسئلة، وعلى رأسها من هي أم الولد في حالة التبرع بالبويضة؟ هل هي صاحبة البويضة أم الأم الحماله؟

إجابة على ذلك، انقسم الفقهاء المحدثون حول هذه المسألة إلى فريقين، فيرى فريق أول بأن أم الولد هي صاحبة البويضة، ولو لم تحمل وتلد، لأن الولد يأخذ خصائصها الوراثية كاملة. في حين ذهب رأي ثان إلى القول بأن النسب يثبت من جانب النساء بالولادة، وبالتالي يربط الأمومة بالحمل والوضع⁽¹⁾.

وبالرجوع إلى نصوص قانون الأسرة الجزائري، نجد أن المشرع الجزائري قد حسم الأمر، وقيد جواز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال بويضة الزوجة ونطفة الزوج، بل منع اللجوء إلى الأم البديلة، وانطلاقا من هذا المنع نفسر النصوص السابقة (المادة 43 من ق.أ) بأنها ربطت الأمومة بالوضع، فالقضاء والفقهاء مستقران على أن الأمومة تثبت بالولادة، فيثبت نسب الولد من أبيه بمجرد الولادة، فلا يمكن نفيه بعد ذلك⁽²⁾.

(1) زياد أحمد سلامة، المرجع السابق، ص. 134-136.

(2) طفياني مخطارية، المرجع السابق، ص. 89.

بل أكثر من ذلك، فقد نصت المادة 321 من ق.ع على أنه: "يعاقب بالسجن من خمس (5) سنوات إلى عشرة (10) سنوات كل من نقل عمدا طفلا أو أخفاه أو استبدل طفلا آخر أو قدمه على أنه ولد لامرأة لم تضع وذلك في ظروف من شأنها أن يتعذر التحقق من شخصيته". وانطلاقا من هذا النص كل من حاول إبعاد طفل عن أمه التي ولدتها، وتقديمه لامرأة أخرى ولو كانت صاحبة البويضة، فإنه لا يمكنه نسبه إليها، إضافة إلى أنه يعتبر جريمة معاقبا عليها.

ثانيا: نسب الولد ثمرة التلقيح الاصطناعي من جهة الأب

من نكح امرأة وجاءت بولد فإنه ينسب إليه دونما حاجة إلى اعتراف منه أو بيّنة لما رواه أبو هريرة عن النبي ﷺ أنه قال: "الْوَلَدُ لِصَاحِبِ الْفِرَاشِ"⁽¹⁾. أي أن الولد الذي جاءت به المرأة ينسب لزوجها وهو صاحب الفراش الذي يجلس له معاشرتها معاشرة الأزواج شرعا⁽²⁾. فهل ينطبق نفس الكلام على الولد نتيجة التلقيح الاصطناعي؟

للإجابة على السؤال نميز بين حالة تلقيح بويضة الزوجة بنطفة زوجها (أ) وحالة تلقيح بويضة الزوجة بنطفة غير زوجها (ب) وحالة التلقيح الاصطناعي بعد انفصال الزوجان.

أ- حالة تلقيح بويضة الزوجة بنطفة زوجها

في حالة التلقيح الصناعي الداخلي، وقياسا على الاستدخال، أجاز جمهور الفقهاء (الحنفية، المالكية، الحنابلة والشافعية) إثبات النسب بالاستدخال، واستدلوا بأن العبرة في ثبوت النسب بوصول ماء الزوج إلى بويضة الزوجة، ثم ولادة الطفل على فراشه، بشرط قيام الزوجية⁽³⁾. وقال بعض الحنابلة ووجه عند الشافعية بعدم ثبوت النسب بالاستدخال وحججهم أن الولد يخلق من ماء الرجل والمرأة جميعا، وإذا استدخلت الزوجة ماء زوجها بغير جماع لم تحدث لها لذة، تمني بها، فلا يختلط منها⁽⁴⁾.

(1) البخاري، صحيح البخاري، المرجع السابق، كتاب الفرائض، باب الولد للفراش حرة كانت أو أمة، حديث رقم 6750، ص.1672؛ قرار م.ع، غ.أ.ش.م، 1998/10/20، ملف رقم 204821، المجلة القضائية، 2001، عدد خاص، ص.10.

(2) أنظر، عبد القادر داودي، داودي عبد القادر، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص.190.

(3) شامي أحمد، قانون الأسرة الجزائري...، المرجع السابق، ص.176.

(4) شامي أحمد، المرجع نفسه، ص.176.

أما في حالة أطفال الأنابيب، فيرى الفقه الحديث بثبوت النسب متى كان بنطفة الزوج وبويضة الزوج على أن يتم غرس اللقيحة في رحم الزوجة مع مراعاة مدد الحمل الشرعية. ومتى توفرت هذه الشروط فإن المولود يستفيد من قرينة الأبوة دون حاجة إلى أي إجراء آخر⁽¹⁾.

ويثبت الولد للزوج في قانون الأسرة متى تم التلقيح بين نطفته وبويضة رحم زوجته، فالمسألة مشروعة طبقا لنص المادة 45 مكرر من ق.أ. مع توافر عقد زواج شرعي، ورضا الزوجين على العملية، إضافة إلى أنه يجب أن يتم هذا التلقيح حال الحياة الزوجية، أي عدم انحلالها بوفاة أو طلاق. فإذا توفرت كل هذه الشروط، فإن أبوة الزوج تثبت كاملة للولد الناتج عن التلقيح الاصطناعي (الداخلي والخارجي)، وكذلك بقية العلاقات التي تربطه بهذا الطفل من إرث ونفقة، ورعاية وغيرها، فهو ابنه تماما وإن اختلفت طريقة التلقيح من الطبيعي إلى الاصطناعي⁽²⁾. مع مراعاة قواعد النسب الواردة في المواد 40، 41، 42 و 43 من ق.أ.

ب- حالة تلقيح بويضة الزوجة بنطفة غير زوجها

إن إجراء عملية التلقيح الاصطناعي بنطفة غير الزوج يعتبر إخلالا بقواعد النسب الشرعي، بل وتناقض في الأحكام المطبقة، فالطفل ينتمي بيولوجيا للرجل صاحب النطفة، فهو جزء منه، وإذا طبقنا قاعدة الفراش فإن أب الطفل هو زوج صاحبة البويضة. فهل يمكن القول بأنّ للطفل أبوين، أحدهما بيولوجي والآخر قانوني؟

لذلك، ومتى لقحت الزوجة بمني غير زوجها، فلن يثبت نسب الطفل إلى الزوج، وإن حصل ذلك فحتما سوف يرفع الزوج دعوى إنكار النسب إن تمت العملية بغير علمه. ولا يمكن القول بأن رضا الزوج السابق على ممارسة عملية التلقيح يؤدي إلى تقرير مشروعية العملية، لأن ذلك من شأنه أن يمس بالنظام العام والآداب العامة⁽³⁾، وكذلك بالحكم المنصوص عليه في المادة 41 من ق.أ.⁽⁴⁾.

ويمنع القانون في الفقرة 3 من المادة 45 مكرر من ق.أ. تخصيص بويضة الزوجة بماء غير زوجها أو العكس لأسباب تتعلق أساسا بالنسب، لأن التلقيح باستخدام نطفة الغير أو باستخدام ماء

(1) المرسي زهرة، المرجع السابق، ص.335.

(2) أنظر، أحمد محمد لطفي أحمد، التلقيح الصناعي بين أقوال الأطباء وآراء الفقهاء، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص.197؛ طفياني مخطارية، المرجع السابق، ص. 91.

(3) يوسفات علي هاشم المرجع الساب ، ص. 133.

(4) تنص المادة 41 من ق.أ على أنه "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة".

مشارك من مني الزوج ومنى الغير تعدان طريقا لاختلاط الأنساب، فالولد سوف ينسب إما لأبيه البيولوجي الطبيعي صاحب النطفة، وإما لأبيه صاحب الفراش ولكن بمشاركة الغير في الحمل⁽¹⁾ وهو مخالف لقوله تعالى: ﴿أَدْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ...﴾⁽²⁾.

ولا خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية في تحريم هذه العملية، لأن النطفة لشخص أجنبي غير الزوج، وبالتالي فنسب هذا الطفل يلحق بأمه كولد الزنا، وإن كان ليس زنا بالمعنى المحدد شرعا⁽³⁾، فإنه يلتقي معه في إطار واحد من حيث الجوهر والنتيجة⁽⁴⁾. ويمكن إثبات ذلك بإجراء تحاليل البصمة الوراثية التي سوف تؤكد عدم تطابق بصمة الأب مع بصمة الطفل.

ت- حالة التلقيح الاصطناعي بعد الانفصال

لا يثبت النسب للزوج في حالة ما إذا تم التلقيح بعد الطلاق أو وفاة الزوج ولو كان ذلك في فترة العدة، لأن النصوص الناظمة للإنجاب الصناعي اشترطت أن يتم التلقيح الاصطناعي أثناء حياة الزوجين وان تتم الموافقة من الزوجين.

إضافة إلى ذلك، فإن الحمل بطريق التلقيح الاصطناعي بعد الوفاة أو الطلاق من شأنه أن يتجاوز المدة القانونية القصوى للحمل⁽⁵⁾.

كما أنّ أسباب الميراث في المادة 128 من ق.أ تشترط أن يكون الوارث حيا أو حملا أثناء افتتاح التركة، لذلك يحق للورثة الاعتراض على انتساب الطفل الذي يأتي نتيجة التلقيح بعد الوفاة. فالمشرع وسع من وسائل حماية الأسرة وقيد إرادة الزوجة في الإنجاب، إذ أن النص يتحدث عن وجود حمل وقت الوفاة لا بعدها مما يعني عدم اعتراف المشرع بالنسب الذي يأتي بهذه الطريقة⁽⁶⁾.

(1) حميدو زكية، شروط التلقيح الاصطناعي...، المرجع السابق، ص.94.

(2) سورة الأحزاب، الآية رقم 05.

(3) والزنا بالمعنى الشرعي تقتضي وطء الرجل لامرأة لا تحل له شرعا. أمّا المعنى القانوني فهي فعل جنسي غير شرعي، يقع بين رجل وامرأة كلاهما أو أحدهما متزوج، شرعيا وقانونيا، وبناء على رغبتهما المشتركة، ورضائهما المتبادل دون إكراه أو غش، وهي جريمة معاقب عليه بموجب نص المادة 339 من ق.ع؛ أنظر، سعد عبد العزيز، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، ط2، دار هومة، الجزائر، 2014، ص.94.

(4) طفياني مخطارية، المرجع السابق، ص.90.

(5) كريم زينب، المرجع السابق، ص.116.

(6) أنظر، تشوار حميدو زكية، حكم وسائل الحمل المعاصرة في ضوء الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري، م.ج.ع.ق.إ.س، 2003، ج.41، ع.1، ص.50.

الفرع الثاني

إشكالية النسب ثمرة زرع الأعضاء التناسلية

سبق وأن فرقنا بين الأعضاء التناسلية الناقلة للشفرة الوراثية وتلك غير الناقلة للشفرة الوراثية، فبالنسبة لهذه الأخيرة ليس لها أثر في التكوين البيولوجي للطفل ولا تثير إشكالات حول نسبه، وتطبق قواعد النسب القانونية بصفة عادية.

أما الأعضاء الناقلة للشفرة الوراثية فهي التي تثير إشكالات حول نسب الطفل الناتج، وقد ثبت بأن الخصية ناقلة للشفرة الوراثية وإنجاب الشخص المتلقي للخصية، إنما هو في الحقيقة أنجب طفلا يحمل مواصفات الشخص المتبرع لذلك كان تحريم نقلها هو التراجع.

وينطبق على النسب الناتج بنطفة من زوج تم زراعة خصية له نفس الحكم بالنسبة للتلقيح الصناعي بماء غير الزوج، فالطفل ينتمي بيولوجيا للشخص المتبرع بالخصية، وهذه العملية منبع لاختلاط الأنساب والوقوع في الحرمات.

وعملية الإنجاب لم تتم بواسطة تلقيح صناعي وإنما تمت بصفة طبيعية، لذلك لا يمكن أن نطبق عليها شروط التلقيح الاصطناعي الواردة في المادة 45 مكرر، ولا يمكن أيضا تطبيق نصوص ثبوت النسب الشرعي بالفراش لأن تكوين الولد الوراثي لغير أبيه بل هو للشخص المتبرع. وتبقى الإشكالات بهذا الشأن تحتاج إلى اجتهاد أكثر.

أما بالنسبة لزرع المبيض، فإن نسب الولد الناتج يكون له نفس حكم الولد الناتج ببويضة متبرع بها، إلا أنها تختلف عنها في أن عملية التلقيح تمت طبيعيا، والحمل أيضا طبيعي.

ومع ذلك، فإن نسب الطفل لن تنتمي صفاته البيولوجية إلى أمه التي ولدته، وينتمي بيولوجيا إلى الأب، فلن تتمكن من تطبيق قواعد النسب الشرعية والقانونية على هذه الحالات، فزرع المبيض أيضا يؤدي إلى اختلاط الأنساب لا محالة، لأن الطفل ينتمي قانونا إلى أسرة ما وبيولوجيا إلى أسرة أخرى.

الفرع الثالث

إشكالية النسب ثمرة الحمل غير الطبيعي

أو نسب الولد الناشئ في غير إطاره الطبيعي، وعلينا أن نميز هنا بين الحكم الشرعي لنسب الولد الناتج عن تأجير الرحم (أولاً) وإشكالية الولد الناتج عن حمل الرجل (ثانياً). ثم إشكالية نسب طفل الرحم الصناعية (ثالثاً).

أولاً: إشكالية نسب الولد الناتج عن تأجير الرحم

اختلف الفقه الإسلامي الحديث حول نسب الطفل الذي يولد من الأم البديلة، فذهب الفريق الأول إلى أن الأم هي صاحبة البويضة والأب هو الزوج صاحب النطفة، فقال بأن نسب الولد ثابت من أبيه صاحب النطفة وهو الزوج، وأن الأم هي صاحبة البويضة، أما صاحبة الرحم فهي مجرد حاضنة للجنين، أو في أحسن الفروض تعامل على أنها مرضعة، والنسب لا يثبت بالتغذية والحضانة⁽¹⁾. وحججهم في ذلك أن الجنين نتج عن بويضة ونطفة زوجين مرتبطين بعقد زواج شرعي، وما تغذية الجنين بالرحم إلا مثل تغذيته من أمه من الرضاع إذا عجزت أمه عن ذلك⁽²⁾.

ثم إن النسب يقوم على الحقيقة البيولوجية، فالنطفة الأمشاج هي بداية خلق الإنسان، وقد ورد ذكرها في القرآن الكريم اثني عشرة (12) مرة، منها قوله تعالى: ﴿إِنَّا خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ نُطْفَةٍ أَمْشَاجٍ نَبْتَلِيهِ فَجَعَلْنَاهُ سَمِيعًا بَصِيرًا﴾⁽³⁾. وقوله أيضاً: ﴿وَأَنَّهُ خَلَقَ الذَّكَرَ وَالْأُنثَىٰ﴾⁽⁴⁾ مِنْ نُطْفَةٍ إِذَا تُمْنَىٰ⁽⁴⁾.

وعليه، فإذا كان الولد ينسب للأب صاحب النطفة فإنه ينسب لجهة الأم صاحبة البويضة أيضاً، وما الأم البديلة إلا مجرد وعاء لتغذية الجنين ونموه، فهي لا تعطيه أي صفة وراثية⁽⁵⁾.

وعلى نقيض هذا الرأي، قال فريق آخر أن الأم هي التي حملت ووضعت والأب هو زوجها، وحججهم أن جوهر الأمومة بذل ومعاناة، وأما صاحبة البويضة فهي بمثابة الأم من الرضاع، وليس

(1) زياد أحمد سلامة، المرجع السابق، ص. 135-136.

(2) زيري بن قويدر، المرجع السابق، ص. 86.

(3) سورة الإنسان، الآية رقم 2.

(4) سورة النجم، الآيتين رقم 45 و46.

(5) طفياني مخطارية، المرجع السابق، ص. 87.

زوج صاحبة البويضة أب للولد. وأن كل طفل ناشئ بالطرق المحرمة قطعاً من التلقيح الاصطناعي لا ينسب إلى أب جبراً، وإنما ينسب لمن حملت به، ووضعته باعتباره حالة ولادة طبيعية كولد الزنا الفعلي تماماً⁽¹⁾،

ونسبه من أبيه يكون لزوج صاحبة الرحم المؤجر⁽²⁾، وحجتهم في ذلك أن الولد للفراس للنسب من جهة الرجال، أما من جهة النساء فالأمومة تثبت بالولادة⁽³⁾.

وقد أشارت بعض النصوص القرآنية إلى أن الأم هي التي حملت وولدت، منها قوله تعالى: ﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا وَحَمَلُهُ وَفَصْلُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا...﴾⁽⁴⁾.

هذه الآيات الكريمة تبين لنا أن الأم هي التي حملت وولدت، وعندما يتم إخراج البويضة من المرأة، لا تشكل كائناً يوصف أنه يعلم أو لا يعلم شيئاً، ويقول الله عز وجل: ﴿وَاللَّهُ أَخْرَجَكُمْ مِنْ بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ لَا تَعْلَمُونَ شَيْئًا وَجَعَلَ لَكُمُ السَّمْعَ وَالْأَبْصَرَ وَالْأَفْئِدَةَ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ﴾⁽⁵⁾. والآية الكريمة تقول أن البطون هي الأمهات.

وقد ردّ هذا الفريق على الفريق الأول الذي ينسب الولد إلى صاحبة البويضة وزوجها بما يلي: إن إثبات النسب للأمّ على أساس الحقيقة العلمية التي تقول أن الصفات الوراثية تنقل بواسطة البويضة لا بدّ له من الدليل الشرعي، لأن الحقيقة العلمية لا تكفي وحدها لاعتمداها دليلاً شرعياً، وإلا لكان إثبات النسب للزاني جائزاً أيضاً، لأن حيواناته المنوية شاركت في تخليق الجنين، ولكن ما دام الشرع ينفي إلحاق ابن الزنا للزاني، فإن نسب الولد لصاحبة البويضة يفتقر أيضاً على دليل⁽⁶⁾.

بالرغم من الحجج القوية التي استند إليها كل فريق، إلا أن نشأة الجنين في غير رحم صاحبة البويضة هو أمر محرم، لما ينطوي عليه من اضطراب وفوضى وتزوير في النسب. فالحجج الشرعية لا

(1) زياد أحمد سلامة، المرجع السابق، ص. 136.

(2) زيري بن قويدر، المرجع السابق، ص. 86.

(3) طفياني مخطارية، المرجع السابق، ص. 87.

(4) سورة الأحقاف، الآية رقم 15.

(5) سورة النحل، الآية رقم 78.

(6) طفياني مخطارية، المرجع السابق، ص. 89.

يمكن زرععتها بالحجج البيولوجية التي جاء بها الفريق الأول، ذلك أن الزاني فعلا لا يثبت له نسب بالرغم من أن الولد مخلق من مائه.

وتبقى هذه الحالة ضمن الإشكالات في النسب التي لا تجد لها جوابا نظرا لعدم اكتمال عناصر الأمومة فتوفر الحمل والوضع ينقصه عنصر جوهري هو البويضة.

وفي حالة خاصّة، قد تكون الأم الحاملة زوجة ثانية للزوج تتطوع بالحمل لصالح الزوجة الأولى كما سبق بيانه، فما هو حكم النسب في هذه الحالة؟

إذا كان الرّحم المستعار هو لزوجة ثانية للزوج فالأمر لم يخلُ من اختلاف الفقه، فمالت الأغلبية في بداية الأمر إلى حلها وجوازها، ما دامت النطفة هي للزوج، وهي خاصة بالمرأتين⁽¹⁾؛ صاحبة البويضة وصاحبة الرّحم، فنسب الولد في هذه الحالة ثابت من أبيه. لكن اختلف الفقه حول نسبه من أمه، فهناك من قال أنها صاحبة البويضة، وفريق آخر قال بأنها الأم التي حملت.

بالإضافة إلى أن الزوجة المتطوعة بالحمل يمكن أن تحمل مرة ثانية من معاشرة الزوج لها في فترة قريبة مع زرع اللقيحة في رحمها، ثم تلد توأما ولا يعرف ولد اللقيحة من ولد معاشرة الزوج لها. كما يمكن أن تموت مضغة أو علقة أحد الحملين ولا تسقط إلا مع ولادة الحمل الآخر فلا يعلم عندئذ نسب الولد من أمه⁽²⁾.

من خلال العرض السابق، يتبين أن تحريم الحمل بالإناثة بكل صورته، هو الذي يتماشى مع فطرة الحمل والولادة والأمومة، وبهذا يتعين من باب سد الذرائع ودرأ المفاسد، منع اللجوء إلى الأم البديلة مهما كان في هذه الطريقة من مصلحة آتية، لأن المفسدة فيها أكبر من جلب المصلحة⁽³⁾.

ومن زاوية نصوص قانون الأسرة، تنص المادة 43 منه على أنه "ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة (10) أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة"، فالمرجع الأسري ربط الأمومة بالوضع والقضاء الجزائري مستقر على أن نسب الولد من أمّه يثبت بمجرد الولادة.

وحماية للأمومة أكد المشرع الجزائري بعد تعديل قانون الأسرة بالأمر رقم 05-02 على موقفه بأن الأم هي صاحبة البويضة وهي التي تحمل وتضع المولود. أما الأب فهو صاحب الفراش أي

(1) مامون عبد الكريم، المرجع السابق، ص. 80.

(2) أنظر، العرابي خيرة، التلقيح الاصطناعي وأثره في إثبات النسب، دفا تر مخبر حقوق الطفل، جامعة وهران، 2011، ع 2، ص. 11.

(3) أنظر، بن داود عبد القادر، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، دار هومة، الجزائر، سنة 2008، ص. 109.

الزواج، وذلك بالنص في المادة 45 مكرر من ق.أ على شروط التلقيح الاصطناعي وهي: أن يكون الزواج شرعياً، وأن يتم بنطفة الزوج وبويضة رحم الزوجة، ولا يعترف المشرع الجزائري إلا بالأمومة الكاملة ويمنع تجزئتها.

والأساس القانوني الذي نستند إليه أولاً هو نص الفقرة الأخيرة من المادة 45 مكرر من ق.أ التي تمنع اللجوء إلى الأم البديلة. وثانياً من نص 04 من ق.أ التي اعتبرت الزواج هو الوسيلة الطبيعية والشرعية للتناسل، وعقد الزواج يتم بين رجل وامرأة ولا يمكن أن يتدخل طرف ثالث في هذه العلاقة من أجل الإنجاب وكذلك الفقرة 3 من المادة 374 من القانون 18-11 المتعلق بالصحة.

ثانياً: إشكالية نسب الولد الناتج عن حمل الرجل

لا ينسب الولد للمرأة صاحبة البويضة حتى ولو كانت زوجة للرجل الذي حمل بها، لأن عملية الحمل والولادة لم يتما من طرفها، ولا يمكن أن نقول لرجل بأنه أم لأن الأمومة مرتبطة بالأنوثة وهذا بالفطرة وأمر بديهي لا يحتاج إلى برهان وبالتالي فهو مقطوع النسب من جهة الأم⁽¹⁾.

أما من جهة الأب فإن القاعدة الفقهية تقول بأن النسب يثبت بالفراش طبقاً للقاعدة "الولد للفراش" ولا فراش في هذه الحالة لأن المقصود بالفراش هو الزوجة⁽²⁾.

لأنه، وكما رأينا في نسب ولد التلقيح الاصطناعي، فإن منح البويضة لا يكفي لنسب الولد لأمه، لأن هذا الحق يجب أن تشترك فيه البويضة والحمل والوضع وغير متوفر بالنسبة لحمل الرجل.

وفي حالة ما إذا كانت البويضة لزوج الرجل الذي حمل الجنين والنطفة لهذا الأخير فإن الجنين لا ينسب من جهة الأم لصاحبة البويضة لأنها لم تحمل ولم تلد. وعليه، فإن الولد نسبه مقطوع من جهة أمه والعملية برمتها محرمة ومن عمل أولياء الشيطان. ولا يمكن التذرع بإشباع غريزة الأمومة بحمل الرجل لأن العملية ذاتها يمكن أن تجري على امرأة منعدمة الرحم وتكون أما بالمعنى القانوني والشرعي، أما نسبه من جهة الأب فيثبت في حالة واحدة إذا كانت نطفته وبويضة زوجته وزرع وحمله الزوج وكان هذا رأي الأستاذ أحمد سلامة⁽³⁾.

(1) زياد أحمد سلامة، المرجع السابق، ص.119.

(2) خلاف عبد الوهاب، المرجع السابق، ص.177.

(3) زياد أحمد سلامة، المرجع السابق، ص.120.

ونجد أنّ نسب هذا الطفل حالة خاصة لا يأخذ حتى نسب ابن الزنا، فلا هو نسب إلى أمه صاحبة البويضة ولا إلى أبيه صاحب النطفة الذي لم تحمل به زوجته.

ثالثاً: إشكالية نسب طفل الرحم الصناعية

لم تتوصل التجارب إلى حد الآن إلى إيجاد طفل أنبوب بمعنى الكلمة، أي وجود طفل من لحظة تلقيح البويضة إلى غاية ولادته، لذلك لم يتعرض الفقهاء لنسب هذا الطفل لأنها تبقى مجرد خيال علمي.

وقال الخميني-إمام الشيعة في إيران- عن نسب هذا الطفل الذي يمكن توقعه في المستقبل، بأنه يلحق بالرجل صاحب الماء المخلوق منه الجنين، أما من جهة الأم فلا ينسب لامرأة⁽¹⁾. لأن النسب من جهة الأمهات يثبت بالولادة، وصاحبة البويضة لم تحمل بالجنين ولم تلد فلا ينسب لها ولد. ولأن الخلايا الجنسية وإن كانت بداية خلق الإنسان وأصله فإنها لا تكفي وحدها لتقرير النسب، وإنما يجب أمر الله سبحانه وتعالى أن توضع، أي يجب أن توضع النطفة الأمشاج في حث بينه وبين صاحب النطفة عقد زواج شرعي⁽²⁾.

وهناك من يرى بأن الطفل ينسب من جهة الأم لصاحبة البويضة ومن جهة الأب لصاحب الحيوان المنوي وهو طفل شرعي مادام الأبوان مرتبطان بعقد زواج شرعي وتمت العملية في حياتهما، وهي صورة مشروعة يثبت بها النسب مادام الفقهاء قد أجازوا تلقيح بويضة الزوجة بماء الزوج وإبقائها لعدة أيام داخل الأنبوب قبل أن يتم زرعها في الرحم، فما المانع من إبقاء اللقيحة خارج الرحم إلى غاية الولادة⁽³⁾. كما أنه قد يولد الطفل قبل ميعاد الولادة وهو لم يكمل نموه، ويتم وضعه في الحاضنة لإتمام نموه، وقد يستمر هناك لأيام وربما لشهور، ولا يؤثر هذا على نسبه لأمه وأبيه، فما المانع من وضع الجنين في الحاضنة من بداية التلقيح إلى غاية الولادة⁽⁴⁾.

وبالرغم من أن هذه الصورة لم تتحقق بعد إلا أن آثارها أقل خطورة من الأم البديلة وحمل الرجل، فالآلة ليست شخصاً ثالثاً يتدخل في عملية الإنجاب.

(1) زياد أحمد سلامة، المرجع السابق، ص.111.

(2) المرسي محمد زهرة، المرجع السابق، ص.390.

(3) فرج محمد محمد سالم، المرجع السابق، ص.514.

(4) فرج محمد محمد سالم، المرجع نفسه، ص.514.

ومع أن الآلة ليست أما بديلة، ولا يمكن تطبيق الفقرة الأخيرة من المادة 45 مكرر من ق.أ، إلا أنه وبتطبيق النصوص المتوفرة لا يمكن أن تكون صاحبة البويضة هي الأم وصاحب النطفة هو الأب لأن المشرع في نصوص قانون الأسرة ربط عملية الولادة والحمل والبويضة بشخص واحد هو زوجة صاحب النطفة.

هذا عن نسب الولد ثمرة الهندسة الإنجابية، نأتي الآن إلى حالات أكثر تعقيدا نتناولها في آثار الهندسة التناسلية على النسب.

المطلب الثالث

آثار الهندسة التناسلية على النسب

بعد تدخل تقنيات الهندسة الوراثية في العملية الإنجابية أصبحت هي الأخرى لها آثار على نسب الولد الناتج، وسوف نبدأ بأثر اختيار جنس الجنين على النسب (الفرع الأول) ثم أثر تحسين النسل على النسب (الفرع الثاني) وأخيرا أثر الاستنساخ البشري على النسب (الفرع الثالث).

الفرع الأول

أثر اختيار جنس الجنين على النسب

إن التدخل الطبي لاختيار جنس الجنين قد يكون ذريعة لاختلاط الأنساب وذلك باختلاط الحيوانات المنوية والبويضات بغيرها في المختبر، إما على سبيل الخطأ أو العمد، فمحيرو التلقيح الاصطناعي في المختبرات إنما أجازوه من أجل حاجة، ولا حاجة لمجرد اختيار جنس الجنين⁽¹⁾. وقد رأينا بأن ظهور بعض الأمراض في الأجيال قد يكون مقرونا بجنس محدد، ومتى كان الدافع إلى اختيار جنس معين للجنين علاجيا وليس مجرد رغبة في الحصول على ذكر أو أنثى فإن العملية قال بمشروعيتها بعض الفقه. أما نسب الولد من الناحية الشرعية فهو للزوجة صاحبة البويضة والتي تقوم بالحمل ومن جهة الأب للزوج صاحب البويضة طبقا لقاعدة الولد للفراش. أما قانونا فقد تم منع كل انتقاء للجنس بنص صريح هو المادة 375 من جاء قانون الصحة رقم 18-11.

(1) صالحى سمية، المرجع السابق، ص.455.

ويمكن أن نقول بأن عمليات انتقاء الجنس لا يحدث معها عبث بالتراث الوراثي للأشخاص، وإنما يحتفظ الجنين بالخصائص الوراثية لأبويه، ومتى تم إجراء تحاليل مطابقة البصمات الوراثية، فإنها سوف تكون مطابقة للأم والأب أصحاب الخلايا الجنسية.

الفرع الثاني

أثر تحسين النسل على النسب

إنّ لعمليات الهندسة الوراثية وزرع الجينات البشرية لأغراض تحسينية كثيرا ما يكون فيه عبث بشخصية الإنسان، وإذا لم يكن الغرض علاجيا فإن العملية برمتها غير مشروعية. وعليه، متى كان يبحث الأبوان عن صفات تحسينية في نسلهم بزرع جين غريب للحصول على ولد بصفة معينة فهذا الولد لن يكون امتدادا له طبقا لقواعد الأبوة والبنوة. لأنه لن يحمل صفاته البيولوجية التي يحملها كل ولد عن أبيه. وبالتالي فالخلايا التناسلية للزوجين سوف يدخل معها جينات غريبة فتكون جينات للزوجين مضافا إليها جينات أجنبية وهو ما يحدث خلطا في الأنساب.

ومتى كان الغرض علاجيا فإنه يجب أن يؤخذ الجين الذي تتم به المعالجة الجينية من أحد الزوجين وهذا للمحافظة على قواعد النسب، فينسب الولد في هذه الحالة للأم صاحبة البويضة من جهة الأم، وللزوج صاحب النطفة من جهة الأب، هذا إذا نظرنا للعملية على كونها تمت في إطار علاقة زوجية.

لكن، عمليات تحسن النسل مخالفة للنظام العام الجزائري وغير معترف بها، إضافة إلى أن كشف تحليل البصمة الوراثية للأب والابن لن يكونا متطابقين، وهذا لإجراء تغيير في الجينات الوراثية، وبالتالي ينتفي علميا نسب الولد من جهة أبيه. وهذا الأمر جد معقد وتبقى دراسة افتراضية لأننا لم نسمع عن تحسن نسل في الجزائر، وفي المقابل لا يسمح القضاء الجزائري باستعمال الدليل العلمي لنفي النسب.

الفرع الثالث

أثر الاستنساخ البشري على النسب

بعد التقدّم الذي شهدته العلوم الطبية والبيولوجية في مجال التناسل، لم يعد استنساخ البشر بالأمر الصعب، بل إنه انتشرت بعض الدعايات عن نجاح ذلك كما رأينا سابقا، وهذا ما سوف

يحدث خلافا كبيرا في القواعد القانونية المنظمة للزواج والقرابة والميراث وخاصة قواعد النسب، لعظيم مكانتها وتعلق باقي الأحكام بها.

وقد ثار جدل فقهي حول نسب الطفل المستنسخ فيما إذا كان سُنسب إلى صاحب الخلية الجسدية التي أخذت منها النواة، أم أنه سينسب إلى والدي هذا الشخص؟ وما هي علاقة النسخ بصاحب الخلية الجسدية؟ وما هي علاقته بصاحبة البويضة المفرغة من النواة؟ وما علاقته بالمرأة صاحبة الرحم التي قامت بعملية الحمل والولادة؟ وهي في الحقيقة أسئلة غير متناهية وهذا راجع لتشعب العلاقات القانونية مع النسخ.

وكما عرفنا سابقا، فإن الطفل المستنسخ لا ينتج عن التقاء خلايا جنسية، ولا تتدخل في العملية نواة خلية جنسية ولن نحتاج إلا لبويضة مفرغة من نواتها بمعنى غياب تام للنطفة الذكرية. وفي علاقة النسخ بصاحب الخلية الجسدية وصاحبة البويضة المفرغة من نواتها ظهر فريقان:

يرى فريق أول أن علاقة المستنسخ بالمستنسخ منه (صاحب الخلية الجسدية) هي علاقة الابن بأبيه، أي أن المستنسخ منه هو أب المستنسخ. وهذا قول بعض العلماء الشرعيين والبيولوجيين، نذكر منهم الشيخ عبد المجيد الزنداني، والدكتور محمد عبد الرحمن غنيم، والدكتور عبد الجليل غريواني وغيرهم⁽¹⁾. وقد اعتبر هذا الفريق عملية الاستنساخ البشري شبيهة بالتناسل الطبيعي، وما حدث هو فقط تغليب الصفات الوراثية للزوج صاحب الخلية الجسدية واقتصار بويضة الزوجة على احتواء المادة الوراثية للزوج. وعليه ينسب الولد للزوج المستنسخ منه من جهة الأب ولصاحبة البويضة التي حملت ووضعت من جهة الأم.

أما الفريق الثاني فيرى بأن علاقة النسخ بالشخص المستنسخ منه من جهة النسب هي الأخوة، ويتزعم هذا الاتجاه بعض العلماء في مجال البيولوجيا وبعض علماء الفقه الشرعي، منهم إيان ويلموت-قائد فريق استنساخ النعجة دوللي- والدكتورة سامية التمامي، والدكتور عارف الحمادي والدكتور توفيق علوان وغيرهم⁽²⁾.

حيث أنّ النسخ صورة طبقا للأصل للمستنسخ منه يحمل نفس كروموسوماته، ومنشؤها خلايا جنسية ذاتها هي الخلايا منشأ صاحب الخلية الجسدية وبالتالي فهو شقيقه التوأم بيولوجيا.

(1) فرج محمد محمد سالم، المرجع السابق، ص. 679-680.

(2) فرج محمد محمد سالم، المرجع نفسه، ص. 181-683.

لذلك يرى هذا الفريق أنّ النسيخ هو أخ للمستنسخ منه، ونسبه من جهة الأب يكون لأب الشخص صاحب الخلية الجسدية. ويترتب على ذلك:

إذا أخذت الخلية من الزوجة فإن النسيخ يعتبر أخا لها وابنا لوالدها، وتكون بنتا مطابقة لها كأنها أختها التوأم، هذا عن الصورة الأولى.

وفي الصورة الثانية عندما تكون البويضة من الزوجة، والخلية الجسدية من امرأة أخرى فإن الطفل يكون أخا لهذه الأخيرة وينسب لوالدة المرأة صاحبة الخلية، ولا علاقة تربطه بصاحبة البويضة. وفي الصورة الثالثة التي تكون فيها الخلية الجسدية من شخص أجنبي غير الزوج والبويضة هي للزوجة، فالطفل ينسب إلى والد صاحب الخلية وهو أخ لصاحب الخلية⁽¹⁾.

أما في الصورة الرابعة التي تكون فيها الخلية الجسدية من الزوج والبويضة من الزوجة فالطفل يكون أخا للزوج وابنا لوالد الزوج. ويرى فريق آخر أنه في صورتين الأولى والثانية، ينعلم نسب النسيخ من جهة الأب لانعدام الخلية الجنسية الذكرية، بمعنى أنه ليس هناك أب في الأصل. أما في الصورة الثالثة، أين تكون الخلية من شخص آخر غير الزوج، فإن الطفل يكون أخا لهذا الشخص ولا علاقة له بالزوج.

وفي الصورة الرابعة التي تكون فيها الخلية الجسدية للزوج، والبويضة للزوجة، فإنه لا يثبت النسب للزوج العقيم. والنسيخ هنا هو أخ للزوج وينسب لوالد هذا الأخير. أما نسب النسيخ من جهة الأم، فإنه ينسب للمرأة التي ولدته، ولا يمكن نفيه إلا بإثبات أن المرأة لم تلد فعلا، أو أن الولد ليس هو ذاته الذي ولدته.

وقد نوقش الرأي الثاني، باعتبار النسيخ ابن لزوج المرأة التي حملت به، سواء كان الأب هو صاحب الخلية أو لا، فإن النسب يلحق به، والقول بأن النسيخ توأم لأبيه وأخ له، يقتضي الاتحاد في الأم، وهما مختلفان في الأم، فأم الأب هي جدة الطفل وأم الطفل هي الزوجة⁽²⁾ التي حملت وولدت النسيخ، لقوله تعالى: ﴿... إِنَّ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ...﴾⁽³⁾.

(1) يوسفات علي هاشم، المرجع السابق، ص. 144.

(2) يوسفات علي هاشم، المرجع نفسه، ص. 146.

(3) سورة المجادلة، الآية رقم 2.

فالنصوص قاطعة في ثبوت نسب الطفل إلى المرأة التي ولدته، ولا اجتهاد مع النص الواضح، من ذلك قوله تعالى: "...حَمَلَتْهُ أُمُّهُ، وَهَنَا عَلَى وَهْنٍ..."⁽¹⁾. وهناك آيات قرآنية كثيرة تبين بأن الأمومة تثبت بالولادة ولا تحتاج إلى دليل آخر⁽²⁾.

والحق، أن هذه الافتراضات تجعلنا ندور في حلقة مفرغة، فتشعب علاقات النسيخ، وعدم وضوحها يزعزع كل القواعد القانونية الخاصة بالنسب. وأدلة الفريقين لم تكن كافية ولم تصل إلى درجة الإقناع.

لذلك يتبين أن النسيخ لا محلّ له من قواعد ثبوت النسب، ذلك أن منشأه خلية جسدية، وبويضة مفرغة من نواتها، فليس له أمّ ولا أب، فانعدام الخلايا الجنسية في عملية تشكيل النسيخ تجعله حالة خاصة، فلا هو ابن ولا هو أخ لصاحب الخلية الجسدية لأنه لم يخلق من ماء والده.

ثانيا: حكم النسب ثمرة الاستنساخ البشري قانونا

لا يوجد قانون يعالج مسألة نسب النسيخ، ولم تعترف أي دولة بشخصية الشخص المستنسخ، باستثناء حصوله على الجنسية الأمريكية، وهذا في تصريح صحفي لمساعد المتحدث باسم الوزارة الخارجية الأمريكية "Philippe Ricker". وقال أيضا بأنه ملف يتعين على رجال القانون الانكباب على معالجته، مما يعني أن عمليات الاستنساخ البشري لم تلق الأساس القانوني لها من أصلها لدرجة أن القواعد القانونية الحالية غير صالحة التطبيق على الاستنساخ والنسيخ⁽³⁾.

والاستنساخ البشري انتهاك لقانون الأسرة وأعضائها ووحدها، فإذا كانت الخلة الجسدية مأخوذة من الزوج فالإشكال يثور حول نسب المستنسخ، فهل هو ابن الزوج، أم أخوه التوأم؟ وباستقراء نصوص قانون الأسرة نجد أنه لا يعترف إلا بنوع واحد من الأبوة هي الأبوة الشرعية (المادة 40 من ق.أ)، دون اعتبار للأبوة البيولوجية، فالنسيخ لن ينسب إلى أبيه البيولوجي.

ولا يمكن أيضا تطبيق شروط التلقيح الاصطناعي لثبوت النسب، ذلك أنّ هذه النصوص اشترطت أن يكون الانجاب بخلايا جنسية للزوجين والنسيخ ينتج من خلية جسدية.

(1) سورة لقمان، الآية رقم 14.

(2) يوسفات علي هاشم، المرجع السابق، ص. 147.

(3) طفياني مخطارية، المرجع السابق، ص. 102.

والحقيقة أن الاستنساخ البشري لا يوقعنا في إشكالات حول النسب فقط، بل إنه سوف يؤدي إلى صعوبة في تحديد من هم إخوة النسيخ من أبيه، ومن أخوته الأشقاء، ومن أولاده وإخوته، ومن هم أعمامه، ومن هم المحارم من غيرهم...؟ وهو ما يحدث انشقاقا في شجرة العائلة.

وفي ذلك أيضا إخلال بقواعد الميراث (المادة 126 من ق.أ) لما فيه من زعزعة لروابط القرابة. فإن كانا ابن الزنا واللقيط يعلمان بأن لهما آباء وإن كانوا مجهولين، فالنسيخ أسوأ من ذلك، فليس له أصل ثابت بل مجرد خلية جسدية. والإشكالات التي يثيرها الاستنساخ البشري تؤول إلى ما لا نهائية، والإجابة عن كل إشكالية تحمل أكثر من سؤال، وهو ما يترتب عنه هدم لقواعد النسب والأسرة وقانونها. فعقد الزواج الشرعي سيصبح في ظل الاستنساخ غير ضروري.

والاستنساخ ممنوع بنوعيه الجسدي والجنيني بموجب المادة 375 من قانون الصحة رقم 18-11، بل وجريمة معاقب عليها بمقتضى المادة 436 من نفس القانون.

فالمحصلة إذن، أنه لا مكان للاستنساخ في منظومتنا القانونية لما له من آثار في هدم الأسرة والمجتمع، فالوضع الطبيعي للولد الشرعي أن ينسب إلى رجل وامرأة يرتبطان بعقد نكاح شرعي، أما ماعدا ذلك فهو ظلم وعدوان على النسل⁽¹⁾.

ولئن أثر التطور العلمي الإيجابي على إنشاء النسب الشرعي، فالأمر يتعداه إلى إثبات النسب في التشريع الجزائري، وهو ما سيتم معالجته في المبحث الثاني.

المبحث الثاني

إثبات النسب ونفيه بالطرق العلمية الحديثة

الإثبات هو إقامة الدليل أمام القضاء على وجود أو صحة واقعة قانونية متنازع فيها، وإثبات النسب هو إقامة الدليل فيما يدعي المدعي على صحة ادعائه حول نسب الشخص. ولا يمكن الحديث عن النسب ولا عن طرق إثباته إلا إذا كان نتاج زواج صحيح أو فاسد أو نكاح شبهة. فنسب الولد من أمه ثابت في كل الحالات سواء من نكاح أو من سفاح، أما نسبه من الأب فهو الأمر المتنازع فيه والذي يتم إثباته بالطرق القانونية والمشروع.

(1) تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية و البيولوجية، المرجع السابق، ص. 135.

لذلك، فإن انتهاج المشرع الجزائري لطريقي الإقرار⁽¹⁾ والبينة⁽²⁾ لإثبات النسب يعتبر من قبيل الإثبات اللائق لما ينتج عن معايشة شرعية بين رجل وامرأة⁽³⁾.

وقد استقر قانون الأسرة والقضاء الجزائري على إثبات النسب بهذه الوسائل ردحا من الزمن، إلا أنها لم تكن كافية وحدها لحل كل النزاعات المطروحة أمام القضاء، لاسيما وأن ظاهرة الأطفال مجهولي النسب تزداد يوما بعد يوم. ومراعاة للوضع الاجتماعي، ومسايرة للتطور العلمي أضف المشرع الجزائري فقرة ثانية للمادة 40 من ق.أ بمقتضى تعديل قانون الأسرة بالأمر رقم 02-05 التي نص فيها على أنه: "يجوز للقاضي اللجوء للطرق العلمية لإثبات النسب".

فجاء هذا النص عاما في مدلوله وفي كل كلمة منه، فالطرق العلمية تتنوع في هذا المجال، لاسيما بعد اكتشاف تقنية البصمة الوراثية التي تكشف عن كل خصائص الإنسان، فهل المشرع الأسري يقصد بكلمة الطرق العلمية البصمة الوراثية دون غيرها؟ أما كلمة "يجوز" الواردة في أول الفقرة ففيها ما يقال في مجال السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في اللجوء إلى الخبرة القضائية.

لذلك، سوف يُخصّص هذا المبحث لإثبات النسب بالطرق العلمية، وهو ما يتطلب قبل كل شيء التعرض لصور الطرق العلمية المعتمدة في قضايا النسب (المطلب الأول) وبعد ذلك حجية هذه الطرق في إثبات النسب (المطلب الثاني) ليتم الانتقال بعد ذلك إلى موضوع مهم يتمثل في سلطة القاضي في اللجوء إلى الطرق العلمية في مسائل النسب (المطلب الثالث).

(1) الإقرار من الطرق الكاشفة للنسب بمعنى أنه لا ينشؤه، وقد عرفت المادة 341 من ق.م الإقرار بأنه: "اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة" والإقرار يجد موقعه في قانون الأسرة بصفة عامة في المادة 1/40، وبصفة خاصة في المادتين 44 و 45 منه. والإقرار نوعان إقرار بأصل النسب، أي إقرار بالأبوة أو الامومة أو البنوة، وهذا النوع ليس فيه تحميل النسب على الغير، ويجب توفر شرطين أساسيين هما ان يكون الولد المعترف ببنوته مجهول النسب وأن يكون الإقرار بهذه البنوة يصدقه العقل والعادة. أما النوع الثاني فهو وإقرار بغير الأبوة أو البنوة أو الأمومة؛ سعد عبد العزيز، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة... المرجع السابق، ص.146.

(2) تعرف البينة بأنها الدلائل أو الحجج التي تؤكد وجود واقعة مادية وجودا حقيقيا بواسطة السمع أو البصر أو غيرها من وسائل الإثبات، والبينة هي أقوى من الإقرار من حيث الإثبات. ولكلمة البينة معنيان، معنى عام، وهو الدليل أيا كان نوعه، ومعنى خاص وهو شهادة الشهود دون غيرها؛ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 199. طفياني مخطارية، المرجع السابق، ص. 72 والبينة المقصودة في المادة 1/40 من ق.أ هي شهادة الشهود دون غيرها، وفي النص الفرنسي استعمل المشرع مصطلح "Preuve" ويقصد به الدليل مهما كان نوعه أي المعنى العام للبينة وبإضافة الفقرة 02 للمادة 40 من ق.أ فإن المشرع أزال كل لبس حول مفهوم البينة الواردة في هذه المادة إذ المقصود بها المعنى الخاص.

(3) طفياني مخطارية، المرجع السابق، ص. 72.

المطلب الأول

صور الطرق العلمية المعتمدة في قضايا النسب

أثبتت الدراسات البيولوجية وعلوم الوراثة أن الولد يأخذ نصف رصيده الوراثي من أبيه والنصف الآخر من أمه، ومن خلال هذا الرصيد يمكن الوصول إلى الأبوة الحقيقية. وتنوعت الطرق العلمية التي يتم بها التوصل إلى الحقيقة البيولوجية، وسوف يقتصر بحثنا على تحاليل الدم ودلالاتها في إثبات النسب ونفيه (الفرع الأول) ثم نظام البصمة الوراثية وأثرها في إثبات النسب ونفيه (الفرع الثاني).

الفرع الأول

التحاليل الدموية ودلالاتها في إثبات النسب ونفيه

تحتل خلايا الدم المواصفات الوراثية للأبوين، وقد تساعد في الوصول إلى نسب الطفل في بعض حالات منازعات الأبوة، وتتعدد أنظمة الفحوص الخاصة بالدم، لذلك سوف يتم حصرها في نظام الزمرة الدموية (ABO)، وللتعرف على هذا النظام ينبغي إيجاد مفهوم الدم (أولا) ثم أثره على إثبات ونفي النسب (ثانيا).

أولاً: مفهوم الدم

الدم: أصله دَمِيٌّ على فَعْلٍ بالتسكين، والجمع دماء، وتصغير الدم دُمِيٌّ، ويقال دَمِي الشيء يَدْمِي دَمِيً ودُمِيًا فهو دم، ويقال دمي الجرح أي خرج منه الدم⁽¹⁾.
والدم اصطلاحاً، نسيج سائل أحمر يجري في العروق الدموية من شرايين وأوردة، وشعيرات دموية، ويقوم بإمداد الخلايا في الجسم بالأكسجين والغذاء، والمصنع الأساسي للدم هو نقي العظام الذي ينتج (ثمانية ملايين خلية / ثانية)، وتبلغ درجة حرارته الطبيعية 37 درجة مئوية⁽²⁾.
أما التحاليل الدموية فهي الفحوص الطبية التي تشمل ثلاثة أطراف، الأب، الأم والطفل، وذلك من أجل التأكد من فصائل الدم الرئيسية والفرعية واختبارات مصلية تتعلق بمستحضرات جينات خلايا الدم⁽³⁾. ويتكون الدم من:

(1) الجوهري، الصحاح، المرجع السابق، حرف الدال، ص.383؛ الفيومي، المصباح المنير...، المرجع السابق، كتاب الدال، ص.200.

(2) أنظر، أمير فرج يوسف، المرجع السابق، ص.93؛ زيزي بن قويدر، المرجع السابق، ص.243.

(3) أنظر، يوسفات علي هاشم، أثر تحاليل الدم في ضبط النسب، دفاثر السياسة والقانون، كلية الحقوق، جامعة ورقلة، 2012، ع06، ص.280.

بلازما الدم، هي الجزء السائل في الدم، وتشكل أكثر من نصف حجم الدم، مهمتها الرئيسية تسهيل حركة مرور الخلايا الدموية، وحمل العناصر الغذائية والماء والأملاح المعدنية إلى كافة خلايا الجسم، وتوصيل الفضلات إلى الأجهزة المختصة في الجسم ثم طرحها إلى خارج البدن⁽¹⁾. ويتكون الدم أيضا من أقراص مقعرة من الوجهين هي كريات الدم الحمراء، لا تحتوي على نواة، وتتكون من مادة الهيموغلوبين التي تكسب الدم اللون الأحمر. وتقوم كريات الدم الحمراء بنقل الأكسجين إلى خلايا الجسم.

ومن المكونات المهمة للدم، الكريات البيضاء، وهي أكبر حجما من كريات الدم الحمراء، عديمة اللون لعدم وجود الهيموغلوبين، ذات نواة كبيرة، تتواجد بأشكال مختلفة، وهي دائمة الحركة في الدم، تظهر تحت المجهر باللون الأبيض نتيجة لانعكاس الضوء، وتترصد ضد أماكن الجراثيم والمكروبات. وتوجد في الدم بنسبة أقل من نسبة كريات الدم الحمراء فيبلغ عددها من 4000 إلى 10.000 في المليمتر مكعب من الدم⁽²⁾.

إضافة إلى أجسام صغيرة جدا بيضاوية وليس لديها نواة⁽³⁾، هي الصفائح الدموية، لها دور في تخثر الدم، ووقف النزيف مباشرة عند ملامستها لهواء.

ب- مجموعات الدم

نتيجة للتجارب التي قام بها الطبيب النمساوي "لاندستير" عام 1900 تم وضع الأساس الكيميائي الذي على أساسه صنف الدم البشري إلى الفصائل الأربعة A و B و AB و O⁽⁴⁾. كما توجد مولدات ضد (Antigens) على أسطح كريات الدم الحمراء وفي المقابل لها توجد في البلازما أجسام مضادة (Anticorps). ومن خلال الجدول الآتي نوضح فصائل الدم وما يقابلها من مولدات الضد، والأجسام المضادة، مع تبيان التراكيب الوراثية لكل فصيلة⁽⁵⁾.

(1) زيري بن قويدر، المرجع السابق، ص. 243.

(2) أنظر، القواسمي محمد بسام، أثر الدم والبصمة الوراثية في الإثبات، في الفقه الإسلامي والقانون، ط1، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 201، ص. 49.

(3) يوسفات علي هاشم، أحكام النسب في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص. 243.

(4) أنظر، سلطان إبراهيم المرزوقي عائشة، إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة، اطروحة دكتوراه، كلية العلوم، قسم الشريعة الإسلامية، جامعة القاهرة، مصر، 2000، ص. 278.

(5) سلطان إبراهيم المرزوقي عائشة، المرجع نفسه، ص. 278.

فصيلة الدم	مولدات الضد الموجودة على سطح الكريات الحمراء	الأجسام المضادة الموجودة في البلازما	التركيب الجيني (الوراثي)
A	A	B	A A نقي AO هجين
B	B	A	BB نقي BO هجين
AB	A و B	-	AB نقي
O	-	A و B	OO نقي

مع ملاحظة أنه لا يمكن اجتماع مولدات الضد، والأجسام المضادة من نفس النوع في دم شخص واحد، لأن هذه الفرضية تؤدي إلى تراصّ الكريات الدموية الحمراء مع بعضها وبالتالي تحتر الدم مما يسبب انسداد الأوعية الدموية.

وتتعدد الأنظمة الدموية التي تميز كل شخص، كنظام MN وهي عبارة عن مولدات ضد موجودة على سطح كريات الدم الحمراء تمتاز بعدم وجود أجسام مضادة مطابقة لها في المصل، وهذا النظام يساعد في التفريق بين شخصين من نفس مجموعة ABO. وهو الآخر نظام يصعب معه إثبات النسب ولكن قد ينفي النسب بطريقة علمية⁽¹⁾.

أما نظام HLA أو مستضدات توافق الأنسجة فتتواجد على سطح خلايا الدم الحمراء وجميع خلايا الجسم ذات النواة، وهي بروتينات تتدخل في تحديد كل ما هو ذاتي وكل شخص يحمل مركبين HLA مختلفين واحد من الأب وآخر من الأم، مما يعطي نتائج أكثر دقة من فصائل الدم العادية لذلك تصنف ضمن الطرق العلمية القطعية، إلا أن ذلك لا يجدي نفعا في حالة زواج الأقارب⁽²⁾.

(1) علال برزوق أمال، المرجع السابق، ص.304.

(2) أنظر، عيمور راضية، الطرق العلمية الحديثة وثبوت النسب، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة الجلفة، 2017، ع2، ص242؛ علال برزوق أمال، المرجع السابق، ص.305 وما بعدها.

ثانيا: أثر تحاليل الدم على إثبات النسب ونفيه

لنتبين هذا الأثر، يتعين علينا معرفة طرق تحليل فصائل الدم لإثبات النسب ونفيه (أ) ثم موقف قانون الأسرة الجزائري من استخدام تحاليل الدم في مسائل النسب (ب) لنبحث بعد ذلك عن موقف القضاء الجزائري من إثبات النسب بواسطة تحليل مجموعات الدم (ب).

أ- طرق تحليل فصائل الدم لإثبات النسب ونفيه

يولد الطفل بزمرة دموية وعامل ريزوس موروث عن أبويه، ويبقى محافظا على هذا التركيب حتى وفاته، لذلك يمكن استخدامها في تحديد نسب الطفل، وذلك باتباع الخطوات الآتية:

1- تحدد فصائل الدم لكل من الطفل والرجل (الأب المزعوم)، والأم أيضا، والتراكيب الوراثية المحتملة لكل منهما.

2- يقارن التركيب الوراثي لفصيلة الطفل مع فصيلة الرجل.

3- إذا كان هناك احتمال مشاركة أحد مورثي فصيلة الرجل في التركيب الجيني لفصيلة الطفل، في هذه الحالة تحتل البنوة.

أما إذا كان هناك استحالة مشاركة التركيب الجيني للرجل في التركيب الجيني لفصيلة الطفل، في هذه الحالة تنفى البنوة تماما⁽¹⁾.

مثلا إذا كان الطفل من فصيلة (O)، وكانت أمه من فصيلة (A)، فإن التركيب الجيني لها يكون إما (AA) نقي، أو (AO) هجين، وإذا كان الرجل (الأب المزعوم) من فصيلة (AB)، فتحاليل الدم في هذه الحالة دليل قطعي لنفي بنوة هذا الطفل، لأن الفصيلة (AB) نقية ولا يمكن أن يكون بها المورثة (O) ولكن يحتمل أن يكون أبوه من الفصيلة (A) أو (B) فيأخذ المورثة (O) من الأم الهجينة (AO) والأب الهجين (AO) أو (BO) ليكون تركيبه الجيني (OO).

والجدول الآتي يبين فصائل دم الآباء، وفصائل دم الأولاد الممكنة وغير الممكنة⁽²⁾.

(1) زيري بن قويدر، المرجع السابق، ص. 246.

(2) يوسفات علي هاشم، المرجع السابق، ص. 247.

فصيلة دم الابن		فصائل دم الأبوين
غير ممكن	ممكن	
AB , B, A	O	O x O
AB , B	O , A	A x A
AB , B	O , A	O x A
AB , A	O , B	B x B
-	O , AB , B, A	B x A
O	AB , B , A	AB x AB
AB , O	B , A	O x AB

من خلال هذا الجدول نلاحظ أنه إذا كان أحد الزوجين من فصيلة (A) والآخر من فصيلة (B) فإن الأبناء الناتجين يمكن أن يكونوا من جميع الفصائل الأربعة، لذلك فاستعمال نظام تحليل فصائل الدم في إثبات النسب له حجية نسبية كما سوف نرى لاحقا.

ب- موقف قانون الأسرة الجزائري من استخدام تحاليل الدم في مسائل النسب

نصّ قانون الأسرة رقم 84-11 على أن النسب يثبت بالطرق الشرعية دون غيرها وهذا في المواد من (40 إلى 45)، وبالتالي لم يكن هناك نص يسمح باللجوء إلى تحليل الدم في مسائل النسب إثباتا أو نفيا. أما بعد تعديل قانون الأسرة فقد أضاف المشرع فقرة ثانية للمادة 40 جاء فيها أنه: "يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب". وهذا النص جاء عاما في ذكره للطرق العلمية مما يمكن أن يشمل نطاقها تحاليل الدم بالرغم من حجيتها النسبية في مجال الإثبات.

ت- القضاء الجزائري وإثبات النسب بتحاليل الدم

انطلاقا من نص المادة 40 من ق.أ لسنة 1984 التي تنص على الطرق التقليدية والشرعية لإثبات النسب، ظل القضاء الجزائري متمسكا بهذه الأدلة. ومن خلال قرارات المحكمة العليا قبل تعديل قانون الأسرة لا يوجد أي قرار يتضمن إثبات النسب باستعمال تحاليل الدم. بل أكثر من ذلك يوجد قرار ينقض قرارا صادرا عن مجلس قضاء وهران لأنه اعتمد تحاليل الدم من أجل إثبات نسب توأم قد رفع أبوهما دعوى نفي نسب أمام محكمة وهران. وقد اعتبرت المحكمة العليا لجوء قضاة الموضوع إلى تحاليل الدم تجاوزا لسلطتهم، وجاء في القرار: "من المقرر قانونا أنه ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا.

ومن المقرر أيضا أنه ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة، وأن عدة الحامل وضع حملها وأقصى مدة للحمل عشرة أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة. ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون ليس في محله ومتى تبين من قضية الحال، أن ولادة التوأمين موضوع النزاع وقعت في ظل قيام الحياة الزوجية بين الطرفين وأن الانفصال الواقع كان أثر خلاف بينهما ولم يكن لا في حالة الطلاق ولا في حالة الوفاة حتى يخضع لأحكام المادتين 43 و 60 من ق.أ. ومن ثم فإن العصمة بينهما قائمة والزواج شرعي.

وثبت نسب التوأمين لأن الطاعن لم ينفه باللّعان، وعليه فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا طبقوا صحيح القانون، مما يستوجب رفض الوجه الأول لعدم التأسيس.

ومن المقرر قانونا أيضا أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار وبنكاح الشبهة، وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32، 33، 34 من هذا القانون، ومن ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد مخالفة للقانون.

ومتى تبين من قضية الحال، أن قضاة المجلس لما قضاوا بتأييد الحكم المستأنف القاضي بتعيين خيرة طبية قصد تحليل الدم للوصول إلى تحديد النسب خلافا لقواعد إثبات النسب المسطرة شرعا وقانونا طبقا لأحكام المادة 40 وما بعدها من ق.أ، فإنه بقضائهم كما فعلوا تجاوزوا سلطتهم وعرضوا قرارهم للنقض⁽¹⁾.

من خلال هذا القرار، يبدو واضحا تمسك القضاء الجزائري بالطرق الشرعية لإثبات النسب، واستبعاده لتحليل فصائل الدم من أجل إثبات النسب، بل وقد اعتبر أن قضاة الموضوع تجاوزوا سلطتهم من سلطة القضاء إلى سلطة التشريع وهو ما لا يدخل في اختصاصهم.

فالمشرع الجزائري لم يكن ينص آنذاك على الطرق العلمية مع أنها كانت موجودة في الواقع فكان على القضاء سدّ هذا الفراغ التشريعي، لذلك، قضاه الموضوع في القضية ربما توسعوا في تفسير البينة الواردة في المادة 40 ق.أ وليس تجاوز للسلطة.

(1) المحكمة العليا، غ.أ.ش، 15/06/1999، ملف رقم 222674، المجلة القضائية، سنة 2002، عدد خاص، ص. 88.

وفي مرحلة ما بعد تعديل قانون الأسرة، فإن المشرع الجزائري جعل الأمر بيد القاضي، فله السلطة التقديرية في الأخذ بالطرق العلمية من أجل إثبات النسب وله نفس السلطة في تحديد هذه الطرق.

وكان ظاهر رفض القضاء الجزائري لنظام تحاليل الدم من أجل إثبات البنوة وتمسكه بالطرق التقليدية لإثبات النسب، فتحاليل فصائل الدم تفتقر إلى دقة نتائجها، إلا أنها لا تفتقر هذه الدقة في حالة نفي النسب كما رأينا سابقا.

فرغم التعديل، إلا أن استخدام هذه الوسيلة لا زال غامضا، لأنّ المشرع وإن كان قد أشار إليها في عمومية النص، إلا أنه حملّ القضاء عبء تحديد مضمونه، وهذا الأخير لازال متحفظا اتجاه تجسيد سلطته في تطبيق هذه التقنية⁽¹⁾. لاسيما وأن الاجتهاد القضائي يتجه إلى اعتماد تقنية البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب.

فنظام البصمة الوراثية يتسم بالدقة، وتصنف ضمن الوسائل القطعية، لذلك لاقت اهتماما كبيرا من طرف الفقه والقضاء، ولنا وقفة الآن مع هذا الدليل العلمي في إثبات النسب ونفيه.

الفرع الثاني

نظام البصمة الوراثية في إثبات النسب ونفيه

تذكر الأبحاث العلمية، أن علماء الهندسة الوراثية قد تمكنوا في العقدين الأخيرين من هذا القرن الميلادي من التوصل إلى التعرف على محتويات نواة الخلية. ونواة خلية الإنسان تتكون من 46 كروموزوما، وكل كروموزوم يحتوي على مورثات (جينات) تتكون من تتابع نيكليوتيدات، وهي لا تتشابه من شخص لآخر، ويطلق على جميع هذه المعطيات الوراثية اسم البصمة الوراثية⁽²⁾. ولأهميتها سوف يتم تعريفها (أولا) ثم استعراض خصائصها وضوابط العمل بها (ثانيا) وبعد ذلك أثرها على النسب (ثالثا).

(1) محمد ولد عال ولد محمياي، المرجع السابق، ص. 164.

(2) أنظر، مندوه عبد العزيز أبو خزيمه أسماء، وسائل إثبات النسب بين القدم والحديث، في الفقه المقارن، جامعة الأزهر، دار الفكر الجامعي، مصر، 2010، ص. 302.

أولاً: تعريف البصمة الوراثية

البصمة الوراثية مصطلح مركب من كلمتين (البصمة) و(الوراثية)، والبصمة عند أهل اللّغة كلمة تعني العلامة، والبصم، هو فوت ما بين طرف الخنصر إلى طرف البنصر، وهو أيضا الفوت ما بين إصبعين طولاً⁽¹⁾. وجاء في المعجم الوسيط أن البصمة هي أثر الختم بالإصبع⁽²⁾.

أما الوراثة، من ورث أباه، بكسر الرّاء، يرثه ورثا ووراثه، وإرثا، أي: جعله من ورثته بعد موته⁽³⁾. والوراثة هي الأثر الذي ينتقل من الآباء إلى الأبناء.

وليس المقصود بالبصمة الوراثية هو الختم بالإصبع كما يدل عليه اللفظ، وإنما يقصد به بصمة الحمض النووي (ADN)، ويطلق عليه هذا الاسم (البصمة الوراثية) من باب المجاز، لعلاقة المشابهة بين بصمة الإصبع والبصمة الوراثية، وهو أن كلاهما يطلق على أثر خاص ينفرد به الشخص عن غيره لا يشاركه فيه أحد إلا نسبة مشاركة من والديه⁽⁴⁾.

وفي الاصطلاح العلمي، يقصد بالبصمة الوراثية ما يتوارثه الأبناء عن آبائهم من صفات تحدد هويتهم بدقة وتميزهم عن غيرهم، وهي الجينات الوراثية التفصيلية التي تدل على هوية كل إنسان بعينه والتي تتحكم في صفات الشخص التي يختص بها دون سواه⁽⁵⁾.

وعرفت المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية البصمة الوراثية بأنها: "انفراد كل إنسان بنمط خاص في التركيب الوراثي ضمن كل خلية من خلايا جسده لا يشاركه فيه أي شخص في العالم"⁽⁶⁾.

ومن بين التعاريف التي قدمها فقهاء العصر الحديث للبصمة الوراثية نجد تعريف للدكتور سعد الدين مسعد هلالى: "البصمة الوراثية هي تعيين هوية الإنسان عن طريق تحليل جزء أو أجزاء من حمض الدنا المتمركز في نواة أي خلية من خلايا جسمه، ويظهر هذا التحليل في صورة شريط من سلسلتين، كل سلسلة بها تدرج على شكل خطوط عريضة مسلسلة وفقا لتسلسل القواعد الأمينية على حمض الدنا، وهي خاصة لكل إنسان تميزه عن الآخر في الترتيب والمسافة ما بين الخطوط

(1) ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، ج12، حرف الميم، مادة بصم، ص.51.

(2) مجمع اللّغة العربية، المعجم الوسيط، المرجع السابق، حرب الباء، ص.60.

(3) مندوه عبد العزيز أبو خزيمة أسماء، المرجع السابق، ص. 299.

(4) الفيروز أبادي مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، المرجع السابق، حرف الواو، ص.1744.

(5) بلحاج العربي، أحكام الزوجية...، المرجع السابق، ص.662.

(6) نزار كريمة، نفي النسب بين اللعان...، المرجع السابق، ص. 200.

العريضة، تمثل إحدى السلسلتين الصفات الوراثية من الأب (صاحب الماء) وتمثل السلسلة الأخرى الصفات الوراثية من الأم (صاحبة البويضة)⁽¹⁾ وهذا التعريف جاء دقيقاً للبصمة الوراثية.

أما التعريف القانوني للبصمة الوراثية، فقد تضمنته الفقرة الأولى من المادة 2 من القانون رقم 03-16 المتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص⁽²⁾ التي جاء فيها: " يقصد في مفهوم هذا القانون بما يأتي:

1-البصمة الوراثية: التسلسل من المنطقة غير المشفرة من الحمض النووي".

ووضحت ذات المادة في فقراتها الموالية كل المصطلحات الخاصة بالبصمة الوراثية، فالمناطق غير المشفرة هي مناطق من الحمض النووي لا تشفر لبروتين معين. في حين يقصد بالحمض النووي(الريبي منقوص الأكسجين) تسلسل مجموعة من النكليوتيدات تتكون كل واحدة منها من قاعدة آزوتية الأدينين(A) والغوانين(G) والسيتوزين(C) والثيمين(T) ومن سكر(ريبوز منقوص الأكسجين) ومجموعة فوسفات. وتتكون المعلومات الوراثية لأي خلية من تتابع الشفرة الوراثية، أي تتابع القواعد النيتروجينية الأربع⁽³⁾ التي وهبها الله سبحانه وتعالى الحياة، والتي تكون المادة الوراثية في صورة كلمات وجمل تقوم بتخزين المعلومات الوراثية⁽⁴⁾.

فالبصمة الوراثية تمتاز بالدقة في التحقق من النسب البيولوجي والتحقق من الشخصية⁽⁵⁾، فهي الأساس المادي لكل الصفات الوراثية.

وتترتب الجينات التي تحمل صفات الآباء في خلايا الإنسان على 23 زوجاً من الكروموزومات مركبة من الحمض النووي وبروتينات، وهذه البروتينات تلعب دوراً مهماً في المحافظة على هيكل المادة الوراثية، كما توجد بعض الجينات في الميتوكوندريا⁽⁶⁾.

(1) أنظر ، سعد الدين مسعد الهلالي، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية ، ط1، دراسة فقهية، مقارنة، مكتبة الكويت الوطنية، الكويت، 2001، ص.35.

(2) القانون 03-16، المؤرخ في 2016/06/19، يتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص، ج.ر.ج.ج، مؤرخة في 2016/06/22، ع37، ص.05.

(3) القاعدة النيتروجينية A تقابلها القاعدة T، والقاعدة C تقابلها G، وبهذا الترتيب حتى يكتمل شريط الـ ADN مكون من عدة شفرات وراثية.

(4) سلطان إبراهيم المرزوقي عائشة، المرجع السابق، ص. 301.

(5) أنظر، بن صغير مراد، حجية البصمة الوراثية ودورها في إثبات النسب، دفا تر السياسة والقانون، كلية الحقوق، جامعة ورقلة، 2013، ع9، ص. 79.

(6) الميتوكوندري هي مركز توليد الطاقة في الخلية، والتي تمكن مختلف أنسجة الجسم القيام بنشاطها.

ويقصد بالتحليل الوراثي، مجموعة الخطوات التي تجري على العينات البيولوجية، بهدف الحصول على بصمة وراثية.

ثانياً: خصائص البصمة الوراثية وشروط العمل بها

للبصمة الوراثية خصائص تنفرد بها ما جعلها محل اهتمام الباحثين (أ)، ولكن استخدامها في المخابر ليس على إطلاقه، وإنما قيدها الفقه بشروط للعمل بها (ب)، وجاء القانون بشروط أخرى (ت).

أ- خصائص البصمة الوراثية

أظهرت البحوث الطبية والبيولوجية أن البصمة الوراثية تتمتع بمجموعة من الخصائص والمزايا جعلها تحظى باهتمام الفقه الإسلامي والقانوني في قضايا النسب، نذكر أهم هذه الخصائص:

1- اختلاف البصمة الوراثية من شخص لآخر، ولا يتشابه شخصان في البصمة الوراثية، إلا في حالة التوائم المتطابقة أي التي أصلها بويضة واحدة وحيوان منوي واحد.

2- يمكن الحصول عليها من جميع خلايا الجسم البشري ماعدا كريات الدم الحمراء، لأن البصمة الوراثية واحدة في جسم الإنسان مهما كان نوع النسيج، فتستخلص من الدم والعظم والشعر واللّعاب والأسنان والأظافر، وكذلك من خلية البيضة المخصبة وغيرها⁽¹⁾. كما يوجد الحمض النووي بنسب قليلة في بعض الإفرازات كالبول والعرق، ذلك أن مكونات الخارطة الوراثية المخزنة في كل خلية هي نفسها تتكرر في كل خلايا الجسم.

3- نتيجة البصمة الوراثية شبه قطعية في حالة الإثبات تصل إلى 99% تقريباً، أما في حالة النفي فتصل إلى حد القطع بنسبة 100%⁽²⁾.

4- يختص الحمض النووي بمقاومة كبيرة لعوامل التعفن والتحلل، والعوامل المناخية الأخرى من حرارة، برودة، رطوبة، وجفاف لفترات طويلة، حتى أنه يمكن الحصول على البصمة الوراثية من الآثار القديمة والحديثة⁽³⁾.

(1) أنظر، حسام الأحمد، البصمة الوراثية حجيتها في الإثبات الجنائي والنسب، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010، ص.26.

(2) بن صغير مراد، المرجع السابق، ص. 253.

(3) نزار كريمة، نفي النسب بين اللعان واكتشاف التقنية العلمية... المرجع السابق، ص. 204.

هذه أهم خصائص البصمة الوراثية التي تفيدها في مسائل النسب، مع العلم أن هناك خصائص أخرى لها دور وأهمية كبرى في مجال الجريمة والكشف عن هوية المجرمين لسنا بحاجة إليها في هذا البحث.

ب- شروط العمل بالبصمة الوراثية التي وضعها الفقه

إنَّ استخدام البصمة الوراثية لا يخل من مخاوف اختلاط الأنساب أو تزويرها، لذلك أوجد الفقه ضوابط للقيام بها، ولعل أهمها:

- 1- أن تمنع الدولة إجراء الفحص الخاص بالبصمة الوراثية إلا بطلب من القضاء، وأن تكون المختبرات تابعة للدولة وتحت رقابتها، وأن تمنع القطاع الخاص الهادف للربح من مزاوله هذا الفحص، لما يترتب عليه من ضياع للأنساب لمجرد الرغبة في الربح أو تحقيق مصالح شخصية⁽¹⁾.
- 2- أن تكون هذه المختبرات والمعامل الفنية مزودة بأحسن الوسائل والأجهزة ذات التقنيات العالمية، والمواصفات الفنية القابلة للاستمرارية والتفاعل مع العينات⁽²⁾.
- 3- أن يجرى هذا التحليل في مختبرين على الأقل، ومعترف بهما، على أن تؤخذ الاحتياطات اللازمة لضمان عدم معرفة أحد المختبرات التي تقوم بإجراء الاختبار بنتيجة المختبر الآخر، مع تكوين لجنة خاصة بالبصمة الوراثية في كل دولة يشترك فيها المتخصصون الشرعيون والأطباء والإداريون، وتكون مهمتها الإشراف على نتائج البصمة الوراثية واعتماد نتائجها⁽³⁾.
- 4- أن يكون جميع القائمين على العمل في المختبرات الخاصة بتحليل البصمة الوراثية سواء كانوا خبراء البصمة الوراثية أو مساعدين لهم، ممن تتوفر فيهم أهلية قبول الشهادة⁽⁴⁾.
- 5- كما يشترط أن يكون القائمون على العمل في المختبرات المنوطة بإجراء تحاليل البصمة الوراثية ممن يوثق بهم علما وخلقا، وألا يكون أي منهم ذا صلة قرابة أو صداقة أو عداوة أو منفعة بأحد المتداعين، أو سبق وأن حكم عليه بحكم مخل بالشرف والأمانة⁽⁵⁾.

(1) مندوه عبد العزيز أبو خزيمة أسماء، المرجع السابق، ص. 318.

(2) يوسفات علي هاشم، أحكام نسب...، المرجع السابق، ص. 291.

(3) أنظر، أنس حسن محمد ناجي، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في إثبات ونفي النسب، دراسة مقارنة في ضوء القانون الوضعي والشرعية الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص. 39.

(4) بن صغير مراد، المرجع السابق، ص. 263.

(5) مندوه عبد العزيز أو خزيمة أسماء، المرجع السابق، ص. 319؛ القواسمي محمد بسام، المرجع السابق، ص. 76.

6- أن يكون الخبير القائم على تحليل البصمة الوراثية مسلماً لأن قوله يتضمن خبراً ورواية، وأن يكون عدلاً لأن الهوى في هذا الشأن قد يحمل الشخص على قول غير الحق⁽¹⁾.

7- لا يجوز أخذ العينات لإجراء تحليل البصمة الوراثية إلا بالقدر الذي يكفي للعملية المقصودة، إذ لا يجوز التلاعب بالجينات والجينوم البشري بالبيع أو الغش أو التجارة أو غيرها⁽²⁾. كانت هذه ضوابط العمل بالبصمة الوراثية لتفادي التلاعب بإجراءات ونتائجها، لاسيما بعد ثبوت أثرها في إثبات النسب ونفيه.

ت- الشروط القانونية للعمل بالبصمة الوراثية في مجال النسب

نصت المادة 3 من القانون 03-16 المتعلق بالبصمة الوراثية على وجوب احترام كرامة الأشخاص وحرمة حياتهم الخاصة وحماية معيقاتهم الشخصية أثناء مختلف مراحل أخذ العينات البيولوجية⁽³⁾ واستعمال البصمة الوراثية. وبذلك استطاع المشرع إجراء موازنة بين حق الإنسان في سلامة جسده، وحرمة حياته الخاصة، وبين حق الشخص في تقديم دليل ضد نفسه، وحق المجتمع في الكشف عن الحقيقة القضائية باستعمال الأدلة العلمية⁽⁴⁾.

كما جعل ذات القانون الأمر بأخذ العينات البيولوجية وإجراء التحاليل الوراثية من صلاحية وكلاء الجمهورية وقضاة الحكم وقضاة التحقيق.

وبالنسبة لأخذ العينات البيولوجية من الطفل فقد قيدها القانون 03-16 بحضور أحد أبوي الطفل، أو ووصيه أو الشخص الذي يتولى حضانه أو من ينوب عنهم قانوناً، وفي حالة عدم إمكان ذلك، بحضور ممثل النيابة العامة وهذا ما نصت عليه الفقرة 8 من المادة 5 من القانون 03-16.

على أن تؤخذ العينات البيولوجية وفقاً للمقاييس العلمية المتعارف عليها، ومن طرف الأشخاص المسخرين من طرف السلطة القضائية (الفقرة 3 من المادة 6)، وهذا في مسائل النسب.

(1) أنظر، الكعبي خليفة علي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، دراسة فقهية مقارنة، ط1، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 2006، ص.51.

(2) بن صغير مراد، نفس المرجع السابق، ص.265.

(3) جاء في نص المادة 6/2 بأن: "العينات البيولوجية هي أنسجة أو سوائل بيولوجية تسمح بالحصول على البصمة الوراثية".

(4) أنظر، زاندة عبد الرحمان، قراءة في القانون المتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، كلية الحقوق، جامعة الشلف، 2016، ع3، ص.38.

مع وجوب إجراء التحاليل الوراثية على العينات البيولوجية من قبل مخابر وخبراء معتمدين. على أن لا يجرى التحليل الوراثي إلا على المناطق الوراثية غير المشفرة من الحمض النووي، دون المنطقة المسؤولة عن تحديد الجنس.

ولغرض تسهيل التعرف على هوية الأشخاص، تم إنشاء المصلحة المركزية للبصمة الوراثية بموجب المادة 9 من القانون 03-16 والتي حدد شروط وكييفيات تنظيمها وسيورها المرسوم التنفيذي رقم 17-277⁽¹⁾. لأن هذه المصلحة تقوم بتشكيل وإدارة وحفظ القاعدة الوطنية للبصمات الوراثية. وحسن ما فعل المشرع الجزائري بأن جعل هذه المصلحة لدى وزير العدل وتابعة لمديرية عصرنة العدالة ووزارة العدل.

وتتولى مصلحة التنسيق الخارجي⁽²⁾ التعاون مع الجهات القضائية ومخابر تحليل العينات البيولوجية ومع أي هيئة معنية في جميع المسائل المرتبطة بالمصلحة المركزية. ولتسهيل الخدمة والتواصل، يتم ربط الجهات القضائية والشرطة إلكترونياً بالقاعدة الوطنية للبصمات الوراثية (المواد 7 و 14 من المرسوم التنفيذي رقم 17-277).

هذه أغلب شروط العمل بالبصمة التي تخدم قضايا النسب، وقد لا حظنا أن القانون رقم 03-16 والرسوم التنفيذية 17-277 يركزان في معظم نصوصهما على الإثبات الجنائي، حاولنا انتقاء ما يتعلق بموضوع النسب.

ثالثاً: أثر نظام البصمة الوراثية على النسب

لا خلاف في أن النسب الشرعي يثبت بالفراش، ومتى نشأ النسب شرعياً فلا يمكن نفيه إلا باللعان، وهنا سوف يتم البحث فقط عن مجالات استخدام البصمة الوراثية المتعلقة بالنسب (أ) وتبيان الحالات التي لا يجوز فيها إثبات النسب بالبصمة الوراثية (ب) ثم اتجاه القضاء الجزائري إلى تبني البصمة الوراثية كدليل لإثبات النسب (ت).

⁽¹⁾ المرسوم التنفيذي رقم 17-277، المؤرخ في 2017/10/9، يحدد شروط وكييفيات تنظيم المصلحة المركزية للبصمات الوراثية وسيورها، ج.ر.ج.ج، مؤرخة في 2017/10/19، ع60، ص.14.

⁽²⁾ تشكل المصلحة المركزية للبصمة الوراثية من وحدة استقبال البصمات الوراثية، وحدة تسجيل وحفظ البصمات الوراثية ووحدة التنسيق الخارجي ولزيد من التفصيل حول مهام كل وحدة اجمع المادة 04 وما بعدها من المرسوم التنفيذي 17-277.

أ- مجالات استخدام البصمة الوراثية المتعلقة بالنسب

يجوز للقاضي الاعتماد على البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب في الحالات الآتية:

- 1- حالات التنازع على مجهول النسب بمختلف صور التنازع، سواء كان هذا التنازع بسبب انتفاء الأدلة أو تساويها، أو كان بسبب الاشتراك في وطء الشبهة ونحوه، والحالات التي يدعي فيها رجلان نسب الولد مجهول النسب⁽¹⁾. وكذلك يمكن الاستفادة من البصمة الوراثية في حالة الزنا والاعتصاب بالإكراه لمعرفة الزاني واستلحاق ولده من الزنا⁽²⁾.
- 2- حالات الاشتباه في المواليد داخل المستشفيات ومراكز رعاية الأطفال ونحوها، وكذا الاشتباه في أطفال الأنايب.
- 3- حالات اختطاف الأطفال أو ضياعهم واختلاطهم بسبب الحوادث أو الكوارث أو الحروب، وتعذر معرفة أهلهم، أو وجود جثث لم يمكن التعرف على هويتها، أو بقصد التحقق من هويات أسرى الحرب والمفقودين⁽³⁾.

ب- حالات لا يجوز فيها إثبات النسب بالبصمة الوراثية

- على اعتبار البصمة الوراثية قیافة العصر الحديث كما سماها بعض الفقه، فقد نص بعض الفقهاء على مسائل لا يجوز استعمال القیافة فيها لإثبات النسب، وقياسا على ذلك فإنه لا يجوز إثبات النسب بالبصمة الوراثية في هذه المسائل، ويمكن تلخيص هذه الحالات فيما يلي:
- 1- إذا أقر رجل بنسب مجهول النسب، وتوفرت شروط الإقرار بالنسب⁽⁴⁾ فإنه يلتحق به، للإجماع على ثبوت النسب بمجرد الاستلحاق مع الإمكان، فلا يجوز عندئذ عرضه على القائف لعدم المنازع، ونفس القول ينطبق على البصمة الوراثية⁽¹⁾.

(1) إذا أقر رجلان فأكثر أو امرأتين فأكثر بنسب شخص مجهول النسب، وتنازعا فيه وتساوت الأدلة، ولم يكن لأي منهم بينة، يمكن اللجوء إلى تقنية البصمة الوراثية لمعرفة النسب الحقيقي للولد؛ أنظر، أنس حسن محمد ناجي، المرجع السابق، ص. 34؛ حسام الأحمد، المرجع السابق، ص. 32.

(2) بلحاج العربي، أحكام الزوجية...، المرجع السابق، ص. 670.

(3) بن صغير مراد، المرجع السابق، ص. 266.

(4) شروط الإقرار في القانون هي:

1- أن يكون المقر له مجهول النسب فإذا كان معلوم النسب إلى أب معين لم يصح الإقرار.

2- أن يصدقه العقل والعادة، فإذا كان عمر المقر 30 سنة، وعمر المقر له 28 سنة، فكذب هذا الإقرار ظاهر ولا يمكن أن يصدقه العقل والعادة.

2- إذا ثبت نسب شخص بالفراش فلا يجوز إجراء البصمة الوراثية لنفي ذلك النسب، لأنه شرعا وقانونا لا ينتفي إلا باللعان.

3- لا يجوز استعمال البصمة الوراثية لإثبات نسب ولد الزنا، لأن الزنا لا يثبت بها النسب إلى الأب.

4- إقرار بعض الإخوة بأخوة النسب (نسب فرعي)، لا يكون حجة على باقي الإخوة، ولا يثبت به نسب، وإنما تقتصر آثاره على المقرّ في خصوص نصيبه من الميراث، ولا يعتد بالبصمة الوراثية في هذه الحالة.

5- لا يجوز استخدام البصمة الوراثية لغرض التأكد من الأنساب الثابتة بالطرق الشرعية طبقا للفقرة الأولى من المادة 40 من ق.أ، لما يترتب عليه من ضياع في الأنساب، وفتح باب بلاء لا يحمد عقباه، وتكسر في الأسرة التي أمر الإسلام بصيانتها.

ت- اتجاه القضاء الجزائري إلى تبني البصمة الوراثية كدليل لإثبات النسب

قبل تعديل قانون الأسرة كان موقف القضاء الجزائري مستقرا على استبعاد الدليل العلمي في مجال إثبات النسب، لكن بعد التعديل حدث تغير في مسار القضاء، وهو ما تبين في عدة قرارات للمحكمة العليا.

وأولها، كان القرار الصادر بتاريخ 5 مارس 2006 لينقض قرارا صادرا عن مجلس قضاء مسيلة بسبب عدم استجابته لطلب الطاعنة اعتماد البصمة الوراثية ADN من أجل إلحاق نسب الطفل لأبيه. فأقرت المحكمة العليا بإلحاق الولد لأبيه استنادا إلى نتيجة الخبرة العلمية، فجاء في القرار "... حيث بالاطلاع على القرار المطعون فيه الذي تبني الحكم المستأنف تبين منه أن قضاة الموضوع لم يستجيبوا لطلب الطاعنة الرامي إلى إلحاق النسب معتمدين في ذلك على المادة 40 من ق.أ رغم أن هذه الأخيرة تفيد وأنه يثبت النسب بعدة طرق ومنها البينة، ولما كانت الخبرة العلمية ADN أثبتت أن هذا الطفل هو ابن للمطعون ضده، ومن صلبه بناء على العلاقة التي كانت تربطه بالطاعنة فكان

3- أن لا يكون المقر له ابن زنا لأنه شرعا لا يمكن أن ينسب طفل الزنا للأب، وهذا الشرط لم يرد النص عليه صراحة في المادتين 44 و 45 من ق.أ إلا أنه يمكن استنتاجه من قصد المشرع؛ أنظر، عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومة، الجزائر، 2007، ص.104.

(1) بن صغير مراد، المرجع السابق، ص. 267.

عليهم إلحاق هذا الولد بأبيه وهو الطاعن، ولا تختلط عليهم الأمور بين الزواج الشرعي الذي تناولته المادة 41 وبين إلحاق النسب الذي جاء نتيجة علاقة غير شرعية وخاصة وأنّ كلاهما يختلف عن الآخر ولكل واحد منهما آثار شرعية كذلك... " (1).

إذن، فاتجاه القضاء بعد تعديل قانون الأسرة واضح نحو استعمال الدليل العلمي في مجال النسب، وربما تعود أسباب استبعاد الدليل العلمي قبل التعديل، هو عدم توفر البناء القانوني والإمكانات المادية التي يستند إليها القاضي، وبعد إدراج الفقرة الثانية في المادة 40 من أ.ق، أصبح للقاضي سند قانوني يسير عليه، وللقاضي دور في تفعيل النصوص القانونية، وذلك بالتطبيق السليم لها.

وظهر جليا موقف القضاء الجزائري من خلال صدور عدّة قرارات عن المحكمة العليا بعد القرار سالف الذكر، وكذلك عن المجالس القضائية وأحكام عن المحاكم الابتدائية باستخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب ولنا تفصيل عن ذلك في المطلب الأخير من هذه الرسالة. وفي تطبيق الطرق العلمية لإثبات النسب أو نفيه، فإنه لن يكون بالأمر السهل وإنما يجب مراعاة حجية كل وسيلة وكذلك منزلتها من الطرق الشرعية.

المطلب الثاني

حجية الطرق العلمية ومنزلتها من الأدلة الشرعية لإثبات النسب ونفيه

لا شك أن اتجاه القضاء إلى اعتماد دليل علمي معين دون آخر، إنما يرجع إلى قوته، وحجيته في إثبات النسب، وهذا ما سيتم البحث عنه من خلال حجية الطرق العلمية في إثبات النسب (الفرع الأول) ثم منزلتها من الأدلة الشرعية لإثبات النسب ونفيه (الفرع الثاني).

الفرع الأول

حجية الطرق العلمية في إثبات النسب

إنّ إقرار العمل بالطرق العلمية إلى جانب الطرق التقليدية لإثبات النسب، وتكريسها في تعديل قانون الأسرة بالأمر رقم 05-02 إنما جاء به المشرع الأسري لغرض حماية الأنساب، غير أن

(1) المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2006/03/05، ملف رقم 355180، م.م.ع، 2007، ع1، ص. 469.

هناك طرقا اعترف لها الخبراء ورجال القانون بالحجية القطعية (أولا)، وطرق أخرى وإن حققت نجاعة في مجال نفي النسب إلا أنها تعتبر ظنية في مجال إثبات النسب (ثانيا).

أولا: طرق علمية ذات حجية قطعية في اثبات النسب

اتفق أغلب الفقهاء المحدثين على قطعية بعض الطرق في مجال إثبات النسب، ولعل من أهمها نظام البصمة الوراثية ADN، لذلك نقترح تحديد الطرق العلمية في الفقرة الثانية من المادة 40 من ق.أ بالطرق القطعية تمييزا لها عن الطرق العلمية الظنية، لاسيما بعد صدور القانون 16-03 المتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص.

فيتم المقارنة بين البصمتين الوراثيتين⁽¹⁾ في مخابر معتمدة، ودقة ثبوت النسب بهذه الوسيلة تصل حسب خبراء البيولوجيا والأطباء إلى نسبة 99.99% وفي حالة النفي 100%. وقال آخرون إن احتمال تطابق القواعد النيتروجينية في الحمض النووي في شخصين غير وارد مما يجعلها قرينة إثبات ونفي غير قابلة للشك⁽²⁾.

ويمكن القول أن العلوم بشأن الحمض النووي كفيلة بالوصول به في زمن قريب إلى نسبة 100% ولا مانع شرعي من اعتماد هذا الحل العلمي في قضايا مجهول النسب.

ولكن، بالرغم مما حققته البصمة الوراثية، وثبوت قطعيتها في عدة مجالات ومنها النسب، إلا أنها تعتبر من القضايا الجديدة على الفقه الإسلامي التي تم الخلاف بشأنها، فهناك اتجاه أجاز إثبات النسب بالبصمة الوراثية تخريجا على مذهب جمهور العلماء من الشافعية والحنابلة والظاهرية والمالكية⁽³⁾، القائلين بجواز اللجوء إلى القيافة⁽⁴⁾ في حالات معينة منها مثلا عند النزاع على النسب أو عند تعارض البيانات أو تساوي الأدلة في ذلك⁽¹⁾.

(1) المادة 7/2 من القانون 16-03 المتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص.

(2) الكعبي خليفة علي، المرجع السابق، ص.46.

(3) بن صغير مراد، المرجع السابق، ص.259.

(4) القيافة هي تتبع الآثار لمعرفة أصحابها، والقائف هو الذي يعرف النسب بفراسته ونظره إلى أعضاء المولود، فيتبع الآثار ويعرفها، فيدرك شبه الشخص بأبيه أو أخيه، والقيافة شرعا تطلق على إحقاق الولد بمن يشبهه عند الاشتباه، وذلك بما منح الله للقائف من علم وخبرة، غير أن الفقهاء اشتروا في القائف عدة شروط لا بد من تحققها كي يقبل قوله. ويحكم بثبوت النسب بناء عليه، لأن قول القائف إما خبر أو شهادة، وكلهما تتطلب الأهلية. فيشترط في القائف أن يكون مسلما، عدلا، ذكرا، حرا، مكلفا، سميعا، بصيرا، ناطقا، معروفا بالقيافة، مجريا في الإصابة، وأن لا يجر لنفسه بذلك نفعاً، أو يدفع ضررا فلا يقبل قوله لأصوله وفروعه. ولا يقبل على من بينه وبينه عداوة، لئلا يحمله الهوى نحو أي منهما فيجر له نفعاً أو يوقع به

واستدل أصحاب هذا الرأي بأن البصمة الوراثية تفوق جميع الطرق الظنية في إثبات النسب المتعارف عليها كالقيافة والشهادة، من حيث درجة الوصول إلى الحقيقة وذلك لاستنادها على ضوابط علمية دقيقة.

وبما أن البصمة الوراثية تكشف عن النسب الحقيقي للطفل بصفة قطعية، فإن منع العمل بها يكون فيه إهدار لحقوق العباد وهو ما يتنافى مع مقصود الشرع الذي ربط إثبات النسب بأيسر الطرق.

وقد اعتمد أصحاب هذا الرأي في تدعيمه على قوله تعالى: ﴿أَدْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَا كُنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا﴾⁽²⁾. فقد أمر الله سبحانه وتعالى بأن ينسب كل ولد لأبيه الحقيقي، فإن لم يعلم فيبحث عنه ويتحرى عنه بمختلف الوسائل والقرائن، وقد فتح الله علينا باكتشاف سرّ البصمة الوراثية، التي يمكن التعرف بها بما لا يدع مجالاً للشك على الأب الحقيقي، والتزام ما أمر الله به "أدعوهم لأبائهم"، كيف وقد أمرنا تعالى بعدم كتمان ما أظهره الله من الحق⁽³⁾.

وعن أم سلمة رضي الله عنها قالت: "جاءت أم سليم إلى رسول الله ﷺ فقالت: يا رسول الله إن الله لا يستحيي من الحق، فهل على المرأة من غسل إذا احتلمت؟ قال النبي صلى الله ﷺ: "إذا رأت الماء"، فغطت أم سلمة وقالت: يا رسول الله، وتحتلم المرأة؟ قال: نعم، تربت يمينك فِيمَ يُشْبِهُهَا وَلَدُهَا"⁽⁴⁾.

ووجه الدلالة هنا أن النبي ﷺ قال بأن المنى يوجب الشبه، يلزم فيه أن الشبه مناط شرعي في إثبات النسب، وماء الأبوين اللذين يتكون منهما الجنين هو السبب في إظهار شبهه بهما، فوجب أن يكون الشبهة دليلاً لإثبات نسبه منهما، وهذا ما هو ناتج عن اعتماد البصمة الوراثية⁽⁵⁾.

ضرا، وأن يشهد في إثبات النسب قائف فأكثر للمزيد من التفاصيل حول شروط القيافة، ومجال العمل بها، أنظر، أنس حسن محمد ناجي، ص. 214 وما بعدها؛ يوسفات علي هاشم، أحكام النسب... المرجع السابق، ص. 313 وما بعدها.

ما يمكن ملاحظته هو تشابه شروط القائف مع شروط القائم بالبصمة الوراثية، لذلك سماها بعض الفقه "قيافة العصر الحديث".

(1) شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، المرجع السابق، ص. 379.

(2) سورة الأحزاب، الآية 05.

(3) شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، المرجع السابق، ص. 380.

(4) البخاري، صحيح البخاري، المرجع السابق، كتاب العلم، باب الحياء في العلم، حديث رقم 130، ص. 45.

(5) شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، المرجع السابق، ص. 380.

وقياسا على جواز إثبات النسب بالقيافة عند جمهور الفقهاء في حالة النزاع، فإنه يجوز إثباته بالبصمة الوراثية، وأن معتمد قول القائف هو الشبه ظاهرا كان أو خفيا، والشبه إنما هو ضمن الصفات الوراثية التي يكتسبها الشخص من والديه لتخلقه من منيهما⁽¹⁾. ويرى الدكتور محمد سليمان الأشقر، أن البصمة الوراثية قياس القيافة فيقول: "وقياس تقنية الهندسة الوراثية على القيافة قياس صحيح في هذا الباب، وليس هو عندي من القياس المساوي بل تقنية البصمة الوراثية أولى بالصحة والصدق. فينبغي أن تكون أرجح من القيافة، والتي فيها أنّ القائف يتكلم عن فراسة وحس وتخمين، بل قد يقول الشيء ثم يرجع عنه إذا رأى الشبه منه"⁽²⁾.

وكذلك يجوز إثبات النسب بالبصمة الوراثية قياسا على الخبرة التي أجاز الفقهاء العمل بها في العبادات والمعاملات والنكاح بجامع الاعتماد على رأي أهل الخبرة والمعرفة. وقد اتفق الفقهاء على جواز إثبات الشخصية بوسائل مستحدثة كبصمة الأصابع وتوقيع الخطوط والصور الشمسية، ولم ينكر ذلك أحد من أهل العلم والفقهاء، فصارت بذلك نوعا من الإجماع العملي الذي تثبت به الأحكام الشرعية⁽³⁾. وقياسا عليها يجوز إثبات النسب بالبصمة الوراثية مع امتيازها الخاص بالدقة والمحافظة على خصائصها وعدم التأثير بعوامل الزمن ودرجات الحرارة، كما أنها غير قابلة للتزوير.

وأضاف هذا الرأي أنّ أصول الشرع وقواعده تقتضي اعتبار الشبه في إلحاق النسب، والشارع متشوف إلى اتصال الأنساب وحفظها، ولهذا اكتفى في ثبوتها بأدنى الأسباب، كالفراش وشهادة المرأة الواحدة على الولادة والدعوى المجردة على الإمكان، وظاهر الفراش⁽⁴⁾، فلا يستبعد أن تكون البصمة الوراثية وسيلة معتمدة في إثبات النسب ما دامت دقة نتائجها تكاد تكون يقينية.

إذن، فالبصمة الوراثية هي ذات دلالة علمية قطعية لإثبات هوية الإنسان، وتعد سببا شرعيا لحسم نزاع النسب، وقد تصل نتائجها في مجال إثبات النسب أو نفيه إلى ما يقارب 100%. هذا عن الرأي القائل بالجواز، وعلى العكس من ذلك، يقول رأي ثان بعدم جواز إثبات النسب بالبصمة الوراثية، لأنها وإن كانت قطعية الدلالة على مضمونها، فإنه يجوز الحكم بها لنفي

(1) مندوه عبد العزيز ابو خزيمه أسماء، المرجع السابق، ص. 326.

(2) الكعبي خليفة علي، المرجع السابق، ص. 258.

(3) شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، المرجع السابق، ص. 382.

(4) القواسمي محمد بسام، المرجع السابق، ص. 91.

النسب دون إثباته من الأب، لأن تطابق الجينات الوراثية بين الابن وأبيه قد ينتج عن علاقة غير شرعية، وبالتالي لا يمكن اعتمادها كدليل لإثبات النسب. أما إذا لم تكن قطعية الدلالة، فلا يمكن الأخذ بها في إثبات النسب ولا حتى في نفيه، وهذا رأي بعض العلماء المعاصرين، ووزارة الأوقاف الكويتية وهو نفسه موقف الفقهاء الحنفية من عدم جواز إثبات النسب بالقيافة⁽¹⁾.

وحججهم أن الشرع حصر دليل النسب في الفراش، وغاية القيافة إثبات الشبه والنسب من الماء لا من الفراش، فلا تكون لها حجية في إثبات النسب، ودليلهم في ذلك قوله ذو الجلال والإكرام: ﴿الَّذِي خَلَقَكَ فَسَوَّنَكَ فَعَدَلَكَ ﴿٧﴾ فِي أَيِّ صُورَةٍ مَّا شَاءَ رَكَّبَكَ ﴿٨﴾﴾⁽²⁾. وجه الدلالة أن الله سبحانه وتعالى خلق الإنسان وركب شكله على الصورة التي يريد لها، وليست على قاعدة التشابه بين الولد وأصوله، ولو كان الإنسان يشبه أباه باضطراب، لكان الناس كلهم على شبه صورة أبيهم آدم عليه السلام⁽³⁾.

كما استدل هذا الرأي من السنة بما رواه أبو هريرة رضي الله: "أن رجلا أتى النبي ﷺ فقال: يا رسول الله وُلد لي غلام أسود، فقال: هل لك من إبل؟ قال: نعم، قال: ما ألوانها؟ قال: حُمْرٌ، قال: هل فيها من أوزق؟ قال: نعم، قال: فأنتي ذلك؟ قال: لعل نزع عرق، قال: "فلعل ابنك هذا نزعهُ"⁽⁴⁾.

فلو كان الشبه دليل إثبات للنسب لما أثبتته الرسول ﷺ مع انتفائه، فلا يجوز نفي النسب بعد ثبوته مهما ظهر من أمارات تدل عليه⁽⁵⁾.

ومن أدلة هذا الرأي أيضا، أن البصمة الوراثية ليست دليلا شرعيا، وقد صرح أهل الطب بأنها مثل أي طريقة بيولوجية لا يمكن أن تخلو من العيوب والنقائص، لأنها تحتاج إلى معايير للتأكد من صحتها، كالمؤهلات العلمية والخبرة المتميزة وسلامة الطرق والإجراءات التي توظف لتحليل الحمض النووي⁽⁶⁾.

(1) شامي أحمد، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، المرجع السابق، ص. 382.

(2) سورة الانفطار، الآيتان رقم 07 و08.

(3) شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، المرجع السابق، ص. 383.

(4) البخاري، صحيح البخاري، المرجع السابق، كتاب الطلاق، باب إذا عَرَّضَ بنفي الولد، حديث رقم 5305، ص. 1352.

(5) بن صغير مراد، المرجع السابق، ص. 267.

(6) الكعبي خليفة علي، المرجع السابق، ص. 47.

واعترض هذا الرأي بأن البحث عن الوالدية الحقيقية ينبغي أن يكون وفقا لطرق شرعية متفق عليها، وأن قبول كل اكتشاف حديث كدليل قطعي في ثبوت النسب فيه فتح باب شرّ على مصراعيه قد يؤدي إلى أضرار خطيرة تعود على الأسرة والمجتمع⁽¹⁾.

كما أن النظريات العلمية الحديثة من طبيّة وغيرها مهما بلغت من الدقة والقطع بالصحة في نظر المختصين، إلا أنها تظلّ محل شكّ ونظر، وهذا لما علم بالاستقراء للواقع أن بعض النظريات العلمية التي كان يجزم بقطعيّتها، يظهر مع التقدم العلمي أنها أصبحت ضربا من الخيال⁽²⁾.

ورغم الحجج التي استند إليها الفريق الثاني، وخاصة أن الشبه ليس معيارا لإثبات البنوة والنسب، فالولد يشبه أمه خارجيا إذا كانت صفاتها الوراثية سائدة وصفات زوجها متنحية. إلا أنّ حجج الفريق الأول كانت أقوى من حجج الفريق الثاني، ذلك أن حجية البصمة الوراثية القطعية هي التي تجعلها معتمدة في قضايا النسب، بالإضافة إلى أن اتجاه جمهور الفقهاء إلى اعتبار القياس طريقا شرعيا في إثبات النسب هو ما ثبت في السنّة المطهرة. وثبوت العمل بها عند عدد من الصحابة رضي الله عنهم لاعتمادها على الشبه الظاهر.

ولا شكّ أن تحاليل البصمة الوراثية تقوم أساسا على معرفة الشبه بين الولد وأبيه، ولكن عن طريق النمط الوراثي العلمي للحامض النووي (ADN)⁽³⁾. فهي نوع من القياس⁽⁴⁾، لكن تفوقها من حيث درجة الدقة والوصول إلى الحقيقة. فالتطورات المحققة في مجال البيولوجيا وعلم الوراثة أصبحت تفتح اليوم آفاقا جديدة فيما يتعلق بتحديد أبوة الطفل باحتمال قد يصل إلى 99,99%⁽⁵⁾. فالحجية المطلقة للبصمة الوراثية في مجال إثبات النسب جعلتها تحظى باهتمام الفقه والقضاء، بل وأنّ أغلب التشريعات ذهبت إلى تنظيمها في نصوص خاصة.

(1) أنظر، حجري محمد، نظام الإثبات في أحكام الأسرة، دراسة فقهية قانونية مقارنة في الفقه الإسلامي والقانونين المصري والجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2007، ص.550.

(2) أنظر، السبيل عمر بن محمد، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في النسب والجنابة مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، السنة 13، 1423هـ - 2002، ع15، ص.55.

(3) بن صغير مراد، المرجع السابق، ص.260.

(4) قرر الفقهاء ضمن قواعد العمل بالقياس أنه إذا ألحقه أحد القائلين بشبه ظاهر والآخر بشبه خفي قدم الشبه الخفي على الشبه الظاهر لأنه يدل على زيادة حدق وخبرة، أنظر، مندوه عبد العزيز ابو خزيمه أسماء، المرجع السابق، ص.325.

(5) تشورا جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية و البيولوجية، المرجع السابق، ص.165.

أما المشرع الجزائري فقد نص عليها ضمنيا في الفقرة 2 من المادة 40 من ق.أ، ف جاء بعبارة عامة، مما يجعل البصمة الوراثية داخلية في محتواها بل على رأسها. لأنها أشهر الطرق العلمية وأوثقها في الكشف عن النسب الحقيقي، والتي تساعد مستخدميها في الوصول تقريبا إلى درجة القناعة التامة التي لا يخالفها ريب ولا شك⁽¹⁾.

وبصدور القانون 16-03 المتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص، تأكد استخدامها قانونا في مسائل النسب وبالتحديد في نص المادة الأولى منه التي جاء فيها: "يهدف هذا القانون إلى تحديد قواعد استعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية وإجراءات التعرف على الأشخاص المفقودين أو مجهولي الهوية".

ويبقى دور القضاء كبير في تفعيل النصوص القانونية وتفسيرها، واتجاهه إلى اعتماد البصمة الوراثية في قضايا النسب، إنما كان هدفه صيانة الحقوق من الضياع، ومنعا لاختلاط الأنساب خصوصا بعد ما أثبت العلم مصداقية هذه الوسيلة ودقة نتائجها في مجال النسب.

ثانيا: الحجية الظنية للطرق العلمية

نهي الشارع الحكيم عن الظنّ، فيقول سبحانه وتعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ وَلَا تَجَسَّسُوا وَلَا يَغْتَبَ بَعْضُكُم بَعْضًا أَيُحِبُّ أَحَدُكُمْ أَن يَأْكُلَ لَحْمَ أَخِيهِ مَيْتًا فَكَرِهْتُمُوهُ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ بَرُّءٌ لِّلظَّالِمِينَ﴾⁽²⁾. فالآية الكريمة لم تنه عن كل ظن وإنما نهت عن بعضه، وهو أن تبني على ما لا يجوز بناؤه عليه⁽³⁾.

وقد اتفق الفقه على أن هناك طرقا علمية ظنية من حيث حجيتها على الرغم من أنها مبنية على أسس علمية وتقنية سليمة، وكانت من بين هذه الطرق نظام فصائل الدم، التي تعتبر وسيلة إثبات نسبية لا يرقى الشك فيها إلى درجة اليقين، لأنّ نتائجها تبقى محتملة التحقق، فهي لا ترقى إلى أن تكون دليل إثبات حتمي⁽⁴⁾.

(1) إقروفة زبيدة، المرجع السابق، ص. 308.

(2) سورة الحجرات، الآية رقم 12.

(3) مندوه عبد العزيز بو خزيمه أسماء، المرجع السابق، ص. 311.

(4) سلطان إبراهيم المرزوقي عائشة، المرجع السابق، ص. 277.

لكن، يبقى الأخذ بتحليل الدم في إثبات النسب أولى من القيافة التي تقوم على الشبه، لأن قرينة التحليل أقوى وأثبت من قرينة الشبه مع أن كليهما قرينة قوية⁽¹⁾. مع أنه، وبمقارنتها مع نظام البصمة الوراثية تعتبر أقل وأضعف حجية منها، لأنها تعطي عدة احتمالات لا تفيدنا في الحصول على دليل إثبات مؤكد للنسب. إلا أنها قد تفيد في التحقق من انتفاء النسب، فمثلا في حالة توافق فصيلة الطفل مع فصائل أبويه، فإنّ هذا ليس قطعيا في إثبات النسب، لأنّ الفصيلة الواحدة قد يشترك فيها أناس كثيرون يحتمل أن يكون أبو الطفل واحد منهم، في هذه الحالة وراثته فصائل الدم لا تعطي أكثر من 40% في مجال إثبات النسب، أما في حالة استحالة مشاركة التركيب الجيني للرجل للتركيب الجيني لفصيلة الولد، في هذه الحالة تنتفي البتة تماما أي بنسبة 100%⁽²⁾.

بعد مناقشة حجية الطرق العلمية في إثبات النسب، تظهر إشكالية في غاية الأهمية وهي في حالة اجتماع الطرق الشرعية لإثبات أو نفي النسب مع الطرق العلمية فالترجيح يكون لمن فيهما؟

الفرع الثاني

مرتبة الطرق العلمية من أدلة النسب الشرعية

تعدد طرق إثبات النسب، بين الطرق الشرعية التقليدية والطرق العلمية وخاصة منها البصمة الوراثية، وكلها طرق تهدف إلى إظهار النسب الحقيقي للولد الذي تُبنى عليه الحقوق والواجبات. ولا تطرح إشكالات الحالات التي تساوى الأدلة فيما بينها، لكن تعارضها في مسائل النسب إثباتا ونفيا هو الذي يثير إشكالات حول الوسيلة الأولى في التقدّم على الأخرى. لذلك، سوف يتم البحث عن مرتبة الطرق العلمية من أدلة النسب الشرعية (أولا) ثم منزلة الطرق العلمية من أدلة نفي النسب الشرعية (ثانيا).

أولا: مرتبة الطرق العلمية من أدلة إثبات النسب الشرعية

اختلف الفقه الحديث حول مرتبة الدليل العلمي لإثبات النسب من الطرق التقليدية الأخرى وهي الفراش، الإقرار والبيّنة.

(1) يوسفات علي هاشم، أحكام النسب في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص. 258.

(2) محمد ولد عال ولد محمياي، المرجع السابق، ص. 157.

فيرى بعض فقهاء العصر، أن الطرق العلمية وعلى رأسها البصمة الوراثية أولى بالإعمال من الأدلة التقليدية إذا تعارضت نتائجها مع الإقرار أو البيّنة إذا وجد عقد زواج⁽¹⁾. فيكون هذا التعارض مانعا من الأخذ بهذه الطرق، ويقول الدكتور سعد الدين مسعد هلالي في هذا الشأن أن: "البصمة الوراثية تعد في نظري حكما حسيا، لكونها مشاهد حقيقية يجب ألا يعارضها سائر الأدلة، فهي في حكم الشرط للأخذ بالأدلة المعروفة كالفراش والبيّنة والإقرار إذا كان الأمر يتعلق بتحديد الهوية"⁽²⁾.

فالبصمة الوراثية عنده تدور بين أن تكون سببا وشرطا ومانعا، وأن أدلة إثبات النسب ظنية، وقد اشترطت الشريعة لقبولها ألا يعارضها الحس والعقل. وأن البصمة الوراثية بمثابة شرط حسي لصحة الأخذ بالأدلة الشرعية، فمثلا قال الفقه بقبول الإقرار بنسب مجهول النسب بشرط أن يصدقه العقل، فلا يقبل إقرار بنسب ولد مثله في السن⁽³⁾.

ومن هنا، فإنّ البصمة الوراثية تمثل شرطا لقبول الفرّاش والبيّنة والإقرار، كالدليل الحسي، وتكون مانعا شرعيا من قبول كل ما وضع له شرط موافقة الحسّ في تحديد الهوية الشخصية إذا تعارضت البصمة الوراثية معه⁽⁴⁾.

وقد أوصت ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري بالكويت بخصوص البصمة الوراثية بأنها لا ترى حرجا شرعيا في الاستفادة من هذه الوسيلة بوجه عام في إثبات النسب لمجهول النسب، بناء على طلب الأطراف المعنية مباشرة بالأمر، فهي ترقى إلى مستوى القرائن القطعية التي يأخذ بها جمهور الفقهاء في غير قضايا الحدود الشرعية⁽⁵⁾.

وقال هذا الفريق أيضا، أن الأدلة التقليدية مبنية على الظن، فهي في الواقع أدلة يتسرب إليها النسيان، والخطأ والتزوير، فإذا تعارضت البيّنة مثلا مع نتائج إحدى الفحوص العلمية، فبناء الحكم يكون على نتائج هذه الأخيرة التي لا تقبل الكذب، على عكس أقوال الشهود الذين قد يشهدون بما لا يعلمون، وقد يكون علمهم بالشيء غير صحيح، فالإنسان معرّض للنسيان والخطأ، أما احتمال

(1) إقورفة زبيدة، المرجع السابق، ص. 326.

(2) سعد الدين مسعد هلالي، المرجع السابق، ص. 239.

(3) شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، المرجع السابق، ص. 386.

(4) سعد الدين مسعد هلالي، المرجع السابق، ص. 334.

(5) شامي أحمد، قانون الأسرة الجزائري...، المرجع السابق، ص. 190.

الخطأ والتزوير فغير وارد في الطرق العلمية القطعية، وإن وجد فيكون ضئيل جداً يكاد يكون منعدم الوقوع إذا كانت الظروف العملية التي تجري فيها الفحوصات مناسبة⁽¹⁾.

كما أن ادعاء النسب بالفراش مردود عليه إذا لم يصدقه الحس، فمثلاً لو أن امرأة أتت بالولد في مدة أقل من ستة أشهر من يوم الزواج، أو أتت به والزوج صغير غير بالغ فإنّ الولد لا ينسب إلى الزوج بدليل الفراش⁽²⁾، فيمكن اللجوء إلى البصمة الوراثية في هذه الحالة للفصل في مسألة النسب. وبالنسبة للإقرار، سواء بأصل النسب، أو بما يتفرع على أصل النسب، فإنّ للطرق العلمية دور في حسم النزاع، فإذا كانت نتائج التحاليل متطابقة الخصائص بين المقرّ والمقر له، دلّ ذلك على صحة الإقرار، فتقوم الطرق العلمية مقام الإقرار⁽³⁾.

ومع ذلك، قال رأي آخر، لجمهور فقهاء العصر الحديث، أنه لا يمكن للدليل العلمي قد يشوبه خطأ أو تزوير أن يعطل النصوص الشرعية الصحيحة، ولا يمكن تقديم الدليل العلمي على أدلة الإثبات الشرعية التي لا يعهد إلى غيرها (سواء البصمة الوراثية أو تحليل فصائل الدم) إلا إذا انعدمت أو وقع تعارض فيما بينها، أما إذا وجدت الطرق الشرعية بشروطها، فلا تقوى الطرق العلمية، وحتى القطعية منها على إسقاطها، لأن هذه الطرق أقوى في تقدير الشرع لها⁽⁴⁾.

ويرى هذا الرأي بأن التكييف السليم للدليل العلمي سواء البصمة الوراثية أو تحاليل الدم هو قياسها على القيافة، أي لا يمكن أن تتقدم الطرق المشروعة المتفق عليها في إثبات النسب وهي الفراش، الإقرار والبينة.

فالقول بتقديم الأدلة العلمية فيه إبطال للنصوص التي جاء فيها إثبات النسب بالطرق الشرعية، وفيه أيضاً مخالفة لإجماع الفقهاء، ويقول الدكتور وهبة الزحيلي: "وذلك لأنّ هذه الطرق أقوى في تقدير الشرع فلا يلجأ إلى غيرها إلا عند التنازع في الإثبات، وعدم الدليل الأقوى..."⁽⁵⁾.

(1) إقروفة زبيدة، المرجع السابق، ص.327.

(2) سعد الدين مسعد هلالي، المرجع السابق، ص.229.

(3) إقروفة زبيدة، المرجع السابق، ص.324.

(4) علال بزروق أمال، المرجع السابق، ص.343؛ شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، المرجع السابق، ص.387؛ أنس حسن محمد ناجي، المرجع السابق، ص.194.

(5) إقروفة زبيدة، المرجع السابق، ص.325.

وتأخذ البصمة الوراثية مستوى القيافة وتقدم عليها أدلة إثبات النسب المعروفة في الشريعة الإسلامية، فتثبت الأبوة بالفراش، كما تثبت الأمومة بالولادة المشهوددة أو المقرّ بها، وتثبت أيضا بالإقرار والبيّنة، وهذه هي الأدلة الرائدة على بقية الأدلة الأخرى، فإذا وجدت كلّها أو بعضها كانت مقدمة على الطرق العلمية، ولا يلجأ إليها إلا عند التنازع لأن لها حكم القيافة⁽¹⁾. وأن تقدم الطرق العلمية على الطرق الشرعية لإثبات النسب يؤدي إلى تعطيل العمل بهذه الأخيرة وهدم أمر مجمع عليه منذ عهد رسولنا الكريم إلى يومنا هذا. وتقدم البصمة الوراثية على الطرق التقليدية وجعلها مانعة من قبولها هو رأي يخالف ما استنبطه العلماء من أصول الشرع فلا يلتفت إليه⁽²⁾.

كما أنه لا يمكن أن تقوى البصمة الوراثية على الفراش، ولا يجوز أن تتقدم عليه في إثبات النسب، فمتى كان الفراش ثابتا شرعا كان الولد لاحقا قطعاً⁽³⁾.

ثم، إن الأخذ بالدليل العلمي في إثبات النسب أمر مخالف لبعض مقاصد الشرع، منها التستر على المذنبين، لأنه سيقودنا إلى ضياع وإبطال العديد من الأنساب، بحيث سيؤدي إلى الجرأة في ارتكاب الفاحشة مادامت الطرق العلمية تعطيمهم الدليل على تأكيد الأبوة⁽⁴⁾.

وعليه، ومن خلال عرض حجج كل رأي، نلاحظ أن كل واحد منهم حاول تبرير موقفه، رغم أن الفريق الثاني غلب تقدم الطرق الشرعية من زواج وإقرار وبيّنة على البصمة الوراثية في إثبات النسب، لأنها وسائل جاء النص عليها في الكتاب والسنة والإجماع، وهو الرأي الأقرب إلى الصواب، إلا أننا لا ننكر الحجية القطعية للبصمة الوراثية وهي أولى بالتطبيق من القيافة المبنية على الشبه الظاهر والفراسة، وبالتالي للبصمة الوراثية دور كبير في إثبات النسب، لذلك يمكن للقضاء اللجوء إليها في حالات معينة مثل:

عجز الأدلة الشرعية عن إثبات النسب، كحالة اغتصاب المرأة المتزوجة، وتأتي بولد فلا يعلم إن كان ولد الزوج أم ولد المغتصب، فيلجأ في هذه الحالة إلى البصمة الوراثية لتحديد انتماء الطفل الوراثي، فلا يعقل ثبوت نسبه إلى الزوج بناء على دليل الفراش إذا كان ابنا للمغتصب.

(1) شامي أحمد، السلطة التقديرية... المرجع السابق، ص.387.

(2) الكعبي خليفة علي، المرجع السابق، ص.375.

(3) أنظر، الشوكاني محمد بن علي، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، ط1، دار ابن حزم، بيروت، 2004، ص.435.

(4) إقروفة زبيدة، المرجع السابق، ص.62.

وحالات الوطاء بشبهة، يمكن إجراء فحوص البصمة الوراثية للتعرف على الأب الشرعي للولد.

كما يمكن أن تكون الفيصل في حالة شك الزوج في زوجته التي تلجا إلى التلقيح الاصطناعي باستخدام نطفة الغير، أو تلقيح بويضة الزوجة بالخطأ بنطفة غير زوجها، فيمكن اللجوء إلى البصمة الوراثية لتحديد نسب الطفل الحقيقي.

ويمكن اعتماد البصمة الوراثية أيضا في حالة اختلاط الأجنة في مراكز التلقيح الاصطناعي، أو اختلاط الخلايا الجنسية.

إضافة إلى أنه يمكن تقديم البصمة الوراثية أيضا على الدليل التقليدية في حالة إثبات المرأة بالولد خارج المدة المعتبرة قانونا، فتأخذ عينة من دم الجنين ويتم مطابقتها مع البصمة الوراثية للأم والأب⁽¹⁾.

وكما يمكن اللجوء إلى تحليل البصمة الوراثية في حالة التنازع على مجهول النسب، و هذا فقط للتقليل من معاناة مجهول النسب، على ألا يكون استعمالها لغرض التأكد من الأنساب الثابتة.

ثانيا: منزلة الطرق العلمية من اللعان

من عناية الإسلام بأمر النسب أنه احتاط لإثباته بأدنى الأدلة، وجعله لا ينتفي إلا بأقوى الأدلة⁽²⁾، وقد حصر الشارع الحكيم نفي النسب في سبيل شرعي وحيد وهو اللعان بدليل قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَدُوا أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ ٦ وَالْخَمِيسَةَ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ ٧ وَيَدْرُؤُا عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ ٨ وَالْخَمِيسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ ٩﴾⁽³⁾.

ومع دراستنا لنظام تحاليل الدم والبصمة الوراثية والحجية القطعية لهما في مجال نفي النسب، هل يمكن الاعتماد عليهما للتأكد من نسب طفل بريء ولد في بيئة الشك؟ وإن تم إدماج هذه الطرق، فما هي منزلتها من اللعان؟

(1) علال بزروق أمال، المرجع السابق، ص.342.

(2) نزا كريمة، نفي النسب...، المرجع السابق، ص. 190.

(3) سورة النور، الآيات من رقم 6 إلى 9.

هذه الأسئلة لم تجد الإجابة عنها في قانون الأسرة الجزائري، لكن استنادا إلى المادة 222 منه تم الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية. فوجد أن الفقه انقسم إلى اتجاهين، فذهب الرأي الأول إلى القول بأن الطرق العلمية يمكن أن تكون بديلا للعان فتقدم عليه، لأن انتفاء النسب ليس من لزوم اللعان، فإذا ثبت نسب الولد من الزوج، فلن تكون هناك ضرورة لنفيه باللعان⁽¹⁾. بل إنه يمكن الاستغناء عن اللعان والاكْتفاء بنتيجة البصمة الوراثية متى تيقن الزوج أن الحمل ليس منه، وهذا هو رأي بعض الفقهاء المعاصرين أمثال الدكتور يوسف القرضاوي والدكتور عبد الله محمد ومحمد المختار السلامي المفتي الأسبق لتونس⁽²⁾.

غير أن الدكتور سعد الدين مسعد هلالي يرى بأن من حق الزوجة المطالبة باللعان لنفي الحد عنها، لاحتمال أن يكون حملها بسبب وطء بشبهة⁽³⁾.

ودليل هؤلاء قوله تعالى: ﴿...وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ ﴿٦٦﴾﴾⁽⁴⁾. فالآية الكريمة اشترطت انعدام الشهود لدى الزوج حتى يمكنه اللعان، مما يدل على أن الزوج إذا كان له دليل قاطع يشهد على أن الولد ليس منه فلا يلاعن.

وقد أعترض على هذا القول بأن لفظ الآية الكريمة فيه ما يضعف هذا الاستدلال، ولا يمكن اعتبار البصمة الوراثية من الشهداء⁽⁵⁾. ويرد أصحاب هذا الرأي أن ما يبلغه اختبار البصمة الوراثية، ووجود علاقة نسبة بين الابن وأبيه، كما يقرر أهل الاختصاص يقيني وقطعي، وهو أقوى من الشهادة التي لا تبلغ أن تتجاوز الظن بالصدق⁽⁶⁾.

إلا أن أغلب الفقهاء المعاصرين، ذهبوا إلى القول أنه لا يجوز أن ينتفي النسب الشرعي الثابت بالفراش إلا باللعان، ولا يجوز الاعتماد على البصمة الوراثية ولا غيرها من الطرق العلمية في نفي النسب، ولا يجوز تقديمها على اللعان، من بين الفقهاء الذين تبنا هذا الموقف، محيي الدين القرة

(1) سلطان إبراهيم المرزوقي عائشة، المرجع السابق، ص. 289.

(2) أنظر، بوهنتالة براهيم، نفي النسب بين اللعان والخبرة العلمية، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة باتنة، 2018، ع13، ص. 373.

(3) سعد الدين مسعد هلالي، المرجع السابق، ص. 353.

(4) سورة النور، الآية رقم 6.

(5) شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة...، المرجع السابق، ص. 389.

(6) شامي أحمد، المرجع نفسه، ص. 390.

داغي، ومحمد الأشقر، والشيخ عبد الله منيع، وعبد الستار فتح الله سعيد، والدكتور وهبة الزحيلي، والدكتور سعد العنزي ومجمع الفقه الإسلامي⁽¹⁾، وحججهم في ذلك:

أن آيات اللعان ذكرت أن الزوج إذا لم يملك الشهادة إلا نفسه فيلجأ إلى اللعان، وإحداث البصمة الوراثية بعد الآية زيادة على كتاب الله⁽²⁾.

ومن أدلة هذا الرأي أيضاً، أن البصمة الوراثية مقيسه على القيافة، فتأخذ حكمها، والقيافة تعتمد على مجرد الشبه، وقد أهدر النبي ﷺ الشبه مقابل اللعان وقال: "لولا ما مضى من كتاب الله لكان لي ولها شأن"⁽³⁾ فاللعان سبب أقوى من الشبه قاطع للنسب.

ثم إن إجراء يمين اللعان لها صفة تعبدية بخلاف الطرق العلمية التي تقوم على معرفة الحقيقة العلمية المجردة التي قد يشوبها الخطأ كونها من عمل البشر⁽⁴⁾. فلا يجوز إثبات الأنساب بالطرق العلمية بعد نفيها باللعان، ويجب على الجهات المختصة منع ذلك، بل وفرض عقوبات زاجرة، لأن في ذلك المنع حماية لأعراض الناس وصوناً لأنسابهم⁽⁵⁾.

لذلك شددت الشريعة الإسلامية في اللعان ووضعت له شروطاً وضوابط، فلا يلجأ إليه إلا عند الضرورة، وهذا شكل من أشكال العدالة والحماية وصيانة الأعراض.

إضافة إلى هذه الآراء، ظهر رأي وسط يجيز الاعتماد على البصمة الوراثية - الدليل العلمي القطعي - في تقليل نسبة اللعان، بأن أثبتت هذه الوسيلة أن الولد هو من صلب الزوج فيعدل هذا الأخير عن اللعان، وهذه مصلحة مشروعة يتشوف إليها الشارع، لما فيها من درء مفسد اللعان⁽⁶⁾.

والظاهر بعد عرض الآراء والحجج التي استندوا إليها، أن الرأي الثاني القائل بعدم انتفاء النسب الثابت بالفراش إلا باللعان هو الأقرب إلى الصواب، وقد أيّد هذا الرأي مجمع الفقه الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة في دورة له سنة 2000 جاء فيها: "لا يجوز شرعاً اعتماد البصمة

(1) بوهنتالة براهيم، المرجع السابق، ص.373.

(2) نزار كريمة، المرجع السابق، ص.208.

(3) البخاري، صحيح البخاري، المرجع السابق، حديث رقم 4747، كتاب التفسير، ص.1186.

(4) إقروفة زبيدة، المرجع السابق، ص.331.

(5) مندوه عبد العزيز أبو خزيمه أسماء، المرجع السابق، ص.324.

(6) شامي أحمد، السلطة التقديرية، المرجع السابق، ص.391.

الوراثية في نفي النسب ولا يجوز تقديمها على اللعان⁽¹⁾. فحكم اللعان ثابت بالكتاب والسنة، ولا يجوز إلغاؤه إلا بنص شرعي.

ثالثا: مرتبة الدليل العلمي من الأدلة الشرعية نفيًا وإثباتًا في النصوص القانونية

قبل كل شيء، كان موقف المشرع الجزائري صريحًا منذ أن أضاف الفقرة 2 من المادة 40 بمقتضى تعديل قانون الأسرة رقم 05-02 وأكده القضاء أيضا، وهو اعتماد الطرق العلمية في إثبات النسب دون نفيه.

فبالنسبة لإثبات النسب، نص المشرع الجزائري على أدلة إثبات النسب وهي الزواج الصحيح والفساد ووطء الشبهة والإقرار والبيّنة في الفقرة الأولى وجعلها مستقلة عن الفقرة الثانية. واستخدم كلمة (يثبت النسب) وفي النص الفرنسي (La filiation est établie) بمعنى بمجرد توفر أحد الأدلة المذكورة فإنّ الولد ينشأ نسبه لأبيه بقوة القانون.

وفي فقرة ثانية ومستقلة عن الفقرة الأولى نص على الطرق العلمية لإثبات النسب، وهذا دليل على أنه جعل الأدلة الشرعية متقدمة على أدلة إثبات النسب العلمية وأقوى منها، لأنه لو قصد مساواتها بالدليل الشرعي كان نص عليها في الفقرة الأولى من نفس المادة. وأكثر من ذلك، قد جعل اللجوء إلى هذه الطرق خاضعا للسلطة التقديرية للقاضي.

وإن كانت الطرق العلمية لا تثير إشكالات كبيرة في مجال الإثبات، فإنها في مجال النفي أحدثت اختلافا فقهيا في تفسير الفقرة الثانية من المادة 40 من ق.أ. بالرغم من صراحتها ونصها على جواز استخدام الدليل العلمي في الإثبات فقط.

أما القضاء فكان تفسيره في حدود النص، فاللعان مقدم على الدليل العلمي بالنسبة للقضاء الجزائري.

ويدعم مسار القضاء صدور القانون رقم 16-03 سالف الذكر، الذي حدّد حالات اللجوء إلى البصمة الوراثية في مسائل النسب وذلك في المادة الأولى منه التي جاء فيها: "يهدف هذا القانون إلى تحديد قواعد استعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية وإجراءات التعرف على الأشخاص المفقودين أو مجهولي الهوية". وهم ما نستنتج منه أن قواعد البصمة الوراثية لا يمكن تطبيقها على

(1) بوهنتالة براهيم، المرجع السابق، ص.373.

النسب الثابت قانونا. وبتعبير أدق، لا يمكن استخدامها للتأكد من الأنساب الثابتة شرعا وقانونا، ولا لنفي النسب الثابت قانونا، وحصر القانون 16-03 استخدامها في إثبات مجهولي النسب. وهذا لتوسيع دائرة الإثبات لما فيها من مصلحة آتية للأشخاص.

وكان لمدونة الأسرة المغربية موقف آخر غير موقف المشرع الجزائري، فتم اعتماد الدليل العلمي في مسائل النسب إثباتا ونفيا، في المواد 158⁽¹⁾ و153⁽²⁾ من مدونة الأسرة المغربية. فالمشرع المغربي ساوى بين اللعان والدليل العلمي في نفي النسب، وحرصا منه على حسن إعمال الدليل العلمي في مسائل نفي النسب وحتى تكون معتبرة في مسألة خطيرة كنفي النسب قام بتقييدها بشروط في المادة 153 هي:

الشرط الأول: إدلاء الزوج المعني بدلائل قوية على ادعائه.

الشرط الثاني: صدور أمر قضائي بإجراء خبرة، بمعنى أنه جعل الطرق العلمية برمتها تحت رقابة القضاء.

فما المقصود بإدلاء الزوج المعني بدلائل قوية على ادعائه؟

إنه شرط في غاية الأهمية، ويمثل الحالات التي لا تتعارض مع اللعان، وهذا الشرط وفقا لتفسير الفقه والقضاء المغربيان هو الإدلاء بوثائق طبية تثبت عقم الزوج مثلا. فإذا قدم الزوج للقضاء شهادات طبية تثبت عقمه، أو أنه محبوب مثلا، فلا يثبت له نسب ولا حاجة للعان، بل إن الفيصل والأصح في هذه الحالات هو الأمر بإجراء خبرة طبية، فلا تعارض بين اللعان والخبرة الطبية في هذه المسألة، لأن النسب غير ثابت للعقيم.

لكن، لا بد أن يثبت العقم عن طريق الأطباء، وأن يكون ثابتا قبل الحمل، لأنه باستطاعة الرجل أن يعقم نفسه بحقنة ثم يقدم دليلا بعقمه لنفي نسب الولد عنه. وإذا أتاح لنا العلم الحديث ما

(1) تنص المادة 158 من مدونة الأسرة المغربية على أنه: " يثبت النسب بالفراش أو بالإقرار الأب أو بشهادة عدلين، أو ببينة السماع، وبكل الوسائل الأخرى المقررة شرعا بما في ذلك الخبرة القضائية". نلاحظ ان المشرع المغربي جعل الدليل العلمي في فقرة واحدة مع بقية ادلة النسب الشرعي مما يعني مساواتها في الدرجة للأدلة التقليدية الشرعية.

(2) تنص المادة 153 من مدونة الأسرة المغربية على أنه: " يثبت الفراش بما تثبت به الزوجية، يعتبر الفراش بشروطه حجة قاطعة على ثبوت النسب، ولا يمكن الطعن فيه الا من الزوج عن طريق اللعان أو بواسطة خبرة تفيد القطع بشرطين: ادلاء الزوج المعني بدلائل قوية على ادعائه، وصدور أمر قضائي بهذه الخبرة".

يرفع الحرج ويضع حدا للتلاعب بالأنساب وللذين فسدت ذمهم، واستخدام الخبرة في هذه الحالة ما هو إلا مزيد استيشاق ومن باب الحرص على حماية النسب⁽¹⁾.

كذلك لا يتعارض الدليل العلمي مع اللعان حين يدعي الزوج عدم إمكانية اتصاله بزوجته وليس للزوجة دليل كاف لإثبات اتصالها بزوجها، فيمكن أن يأمر القاضي بخبرة طبية للتأكد من تطابق الحمض النووي للابن والأب من عدمه، ويثبت على أساسه النسب أو ينتفي.

كانت هذه بعض الحالات التي لا يشكل فيها الدليل العلمي تعارضاً مع اللعان، لكن المشرع الجزائري قيد السلطة التقديرية للقاضي في اللجوء إلى الخبرة العلمية بمجال الإثبات فقط، دون النفي ولو كانت لا تتعارض مع اللعان، وقيدها أيضاً بحالة الأشخاص مجهولي النسب في القانون رقم 16-03.

وعليه، ومتى ادعى الزوج بأنّ الولد ليس من صلبه، كأن يكون عقيماً أو أنه لم تكن هناك إمكانية لاتصاله بزوجته كالزواج المسحون مثلاً، أو أن زوجته جاءت بالحمل خارج المدة القانونية، فإنه في هذه الحالات، وتفسيرا للفقرة 2 من المادة 40 لا يمكن للقاضي من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الزوجة الأمر بإجراء خبرة البصمة الوراثية من أجل نفي النسب.

وينادي الفقه بتطبيق البصمة الوراثية في دعوى النسب، لأنه إذا كان المشرع الجزائري قد أباح اللجوء إلى الطرق العلمية فمن الأحرى أن تطبق في نفي النسب أو إثباته⁽²⁾. فالقضاء كونه مصدر تفسيري للقاعدة القانونية، عليه أن يبحث عن مصلحة الطفل وتفعيل الطرق العلمية على الساحة القضائية، وسدّ الفراغ التشريعي، فيستحسن الاستعانة بها على اعتبار أنها قرينة قد تؤدي إلى عدم نفي نسب الولد في الحالات التي لا تتعارض فيها الطرق العلمية مع اللعان.

فمثلاً، يصعب نفي الولد الناتج بتقنية التلقيح الاصطناعي باللعان، فشروط الفراش⁽³⁾ غير متوفرة خاصة منها إمكانية الاتصال بين الزوجين، وأمام النقص التشريعي لا يبقى أمام القاضي سوى اللجوء إلى الطرق العلمية لنفي الولد الناتج عن التلقيح الاصطناعي.

(1) أنظر، إبراهيم التحاني إبراهيم حامد، الخبرة الطبية ومدى تعارضها مع آية اللعان، مجلة الفقه والقانون، ماي 2015، ع 31، ص. 57.

(2) أنظر، تشوار جيلالي، نسب الطفل في القوانين المغاربية بين النقص التشريعي والتنقيحات المستحدثة، م.ع.ق.إ، جامعة تلمسان، 2005، ع 3، ص. 16.

(3) المواد 41، 32، 43 من ق.أ؛ أنظر أيضاً، بن حرز الله عبد القادر، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه وفي قانون الأسرة الجزائري، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص. 351 - 352.

ومن تطبيقات المحاكم الجزائرية، ذهبت محكمة شلف بتاريخ 12 نوفمبر 2014 إلى رفض دعوى نفي النسب واللجوء إلى الطرق العلمية بطلب من الأب رغم إثبات هذا الأخير عقمه بشهادات طبية وقد علّلت المحكمة رفضها "...إن التحليل البيولوجي ليس هو الدليل الأقوى الذي يهدر قيمة الفراش، إذ أن الفراش لا يهدر إلا بدليل أقوى منه... وأن المستقر عليه قضاء وفق اجتهادات المحكمة العليا... أن مدة اللعان هي أسبوع من يوم رؤية الزنا أو العلم بالحمل"⁽¹⁾. ورفضت المحكمة الطلب الرامي إلى نفي النسب لعدم التأسيس.

تعقبا على ذلك، إنّ تأسيس الحكم على عدم احترام المدة القانونية لطلب اللعان هو أمر صائغ، لأن تضيق المدة سار عليه القضاء الجزائري حماية للطفل وللأسرة. وكذلك تأسيس الحكم على اعتبار الفراش أقوى من التحليل البيولوجي، أما إهمال عقم الزوج المؤكد بشهادات طبية فهذا غير مستصاغ.

فالحكم الشرعي يتحد مع العلم الذي حث الله سبحانه وتعالى ورسوله الكريم عليه الصلاة والسلام على طلبه، من أجل المحافظة على النسب، في الحالات التي لا يتعارض فيها اللعان مع الدليل العلمي، لحماية نسب الطفل من الشكوك والعلاقة الزوجية متى أمكن ذلك. فالخبرة العلمية وتحديد البصمة الوراثية لها مكانة مهمة في أروقة القضاء الجزائري، والتحري لتقصّي آثار الجريمة، لكن تطبيقها في مجال النسب يخضع للنصوص القانونية وسلطة تقدير القاضي.

المطلب الثالث

سلطة القاضي في الأخذ بالطرق العلمية وتطبيقاتها في مسائل النسب

إنّ النظر في قضايا النسب يعتبر من الأعمال القضائية التي يصدر بشأنها القاضي أحكاما قضائية قابلة للطعن فيها، وإذا تعلق الأمر بإثبات النسب وتعد ذلك باستعمال الطرق الشرعية التقليدية، فله أعمال سلطته التقديرية في الأخذ بالطرق العلمية في مسائل النسب (الفرع الأول) وفق إجراءات محددة قانونا (الفرع الثاني)، ولنا وقفة مع تطبيقات السلطة التقديرية للقاضي في اللجوء إلى الطرق العلمية في مسائل النسب (الفرع الثالث).

⁽¹⁾ محكمة شلف، مجلس قضاء شلف، قسم شؤون الأسرة، 2014/11/12، قضية رقم 14/2955، الملحق رقم: 5.

الفرع الأول

السلطة التقديرية للقاضي في الأخذ بالطرق العلمية في مسائل النسب

تحتل السلطة التقديرية للقاضي بأهمية بالغة في قانون الأسرة وخاصة النصوص المتعلقة بالنسب، ولكي نخطط بالموضوع يتعين علينا تعريفها (أولاً) ثم تحديد نطاقها في دعاوى النسب (ثانياً).

أولاً: تعريف السلطة التقديرية للقاضي

إن لمصطلح السلطة التقديرية أهمية كبيرة واستخدام واسع في كافة أقسام القانون، وتعتمد أساساً على المهارات الذهنية للقاضي، وتعرف بأنها صلاحية يتمتع بها القاضي للقيام بعمله بالتفكير والتدبير.

والسلطة التقديرية تدلّ على القوة والصلاحية التي تمنح للقاضي للقيام بتقدير أمر ما، ويكون ذلك بالتفكير فيه وهيئته والتدبير فيه بحسب نظر العقل ومقايسته على أمور أخرى، وأساس السلطة التقديرية هو العمل العقلي والنشاط الذهني بمختلف وجوهه⁽¹⁾.

وقانوناً تعرف السلطة التقديرية بأنها النشاط الذهني الذي يقوم به القاضي في فهم الواقع المطروحة عليه، واستنباط العناصر التي تدخل هذا الواقع في نطاق قاعدة قانونية معينة يُقدّر أنها هي التي تحكم النزاع المطروح أمامه⁽²⁾.

والسلطة التقديرية عملية عقلية تستمد وجودها من نص القانون، وتشمل القوانين الإجرائية والموضوعية على حد سواء، والسلطة التقديرية ملزمة للقاضي لا يمكنه التحلل منها. ولا يمكن للقاضي الامتناع عن الفصل في النزاع بالتحجج بعدم وجود نص أو غموضه، وهي تختلف عن التكيف الذي يقصد به إعطاء الوصف القانوني للواقعة⁽³⁾.

والسلطة التقديرية مُنحت للقاضي من أجل تجاوز الثغرات القانونية الموجودة في قانون الأسرة، فهو لا يخلو من الغموض والفراغ والتعارض بين أحكامه.

(1) أنظر، محمود محمد ناصر بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، ط 1، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 2007، ص. 80-81.

(2) شامي أحمد، المرجع السابق، ص. 03.

(3) عباس علي محمد الحسيني، السلطة التقديرية للقاضي، كلية القانون، جامعة كربلاء، <http://law.uokerbala.edu.iq>، 2017/11/02، 17:00.

إذن فالسلطة التقديرية للقاضي مناطها العمل العقلي أو النشاط الذهني للقاضي الذي يستخدمه في فهم وتأويل وتفسير النصوص القانونية لتحقيق ملائمة تطبيقها على الوقائع المعروضة أمامه.

ثانيا: تحديد نطاق السلطة التقديرية للقاضي في دعوى النسب

إنّ تقدير القاضي في دعاوى النسب يكون في جميع مراحل الدعوى، ابتداء من قبول سماعها إلى تهيئتها لإثبات صحتها من عدمها، إلى النطق بالحكم في النزاع المعروض عليه، واختيار الطريقة المناسبة لتنفيذ الحكم، مع مراعاة أحوال المتقاضين في جميع مراحل الدعوى لأهميته وأثره في الحكم القضائي⁽¹⁾.

وقد منح المشرع الجزائري للقاضي سلطة تقديرية في استنباط القاعدة القانونية بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في حالة عدم وجود النص القانوني طبقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة، ودون تقييد القاضي بمذهب فقهي محدد، أو رأي معين، لأن أمور الأسرة مرتبطة بالنواحي النفسية والاجتماعية والدينية، ويعمل القاضي على إصلاح الأسرة، ما ينتج عنه صلاح المجتمع⁽²⁾. وإن كان ما يهمننا في مجال السلطة التقديرية لقاضي الأسرة، هو الدور الإيجابي للقاضي في مجال إثبات النسب. وبالرجوع إلى القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإنّ إجراءات دعاوى النسب التي تناولها هذا القانون في القسم الخامس من الفصل الأول المتعلق بقسم شؤون الأسرة، نجد مادتين فقط هما المادة 490⁽³⁾ والمادة 491⁽⁴⁾. وفي نص هاتين المادتين لم يبين المشرع الجزائري دور القاضي في إثبات النسب، وإنما بين الاختصاص الإقليمي في الأولى، وهو محكمة موطن المدعى عليه، وفي الثانية نص على وجوب حضور النيابة العامة.

إذن، لم يبين قانون الإجراءات المدنية السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، فنلمس هذه السلطة في صياغة نصوص قانون الأسرة. ففي مجال النسب، يستمدّ القاضي سلطته التقديرية من

(1) محمود محمد ناصر بركات، المرجع السابق، ص. 81.

(2) شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، المرجع السابق، ص. 05.

(3) تنص المادة 490 من ق.إ.م.إ على أنه: "ترفع دعوى الاعتراف بالنسب، بالبنوة والأبوة أو بالأوممة لشخص مجهول النسب أو إنكار الأبوة، أمام محكمة موطن المدعى عليه".

(4) جاء في نص المادة 491 من ق.إ.م.إ "ينظر في الدعاوى المتعلقة بالمنازعات المنصوص عليها في المادة 490 أعلاه، بحضور ممثل النيابة العامة وفي جلسة سرية".

المواد 40 إلى 45. فمن خلال استقراء هذه المواد نستنتج أنه لقاضي شؤون الأسرة السلطة التقديرية في الأخذ بالطرق القانونية والشرعية الواردة في الفقرة الأولى المادة 40 من ق.أ، من أجل إثبات النسب باللجوء إلى التحقيق كسماع الشهود، وكذا مدى الأخذ بالإقرار، وما يهمننا في هذا المقام هو إمكانية لجوء القاضي إلى الطرق العلمية لإثبات النسب.

فالنص جاء جوازي في توجيه القاضي لإثبات النسب بالوسائل العلمية، كما أن إبقاء المشرع للطرق التقليدية في الفقرة الأولى المادة 40 من ق.أ في فقرة مستقلة، وعدم إدراجه للطرق العلمية معها، يعني أن هذه الأخيرة ليست دليلاً شرعياً قائماً بذاته، ما يعني أن المشرع اعتبرها دليلاً مساعداً أو احتياطياً، يستعين به القاضي في إطار سلطته التقديرية في حال فقدان الطرق الشرعية كما هو الحال في مجهول النسب أو تعارض الأدلة الشرعية⁽¹⁾.

وبناء على السلطة التقديرية، يصدر القاضي حكماً تمهيدياً بإجراء خبرة علمية للتأكد من مطابقة الخريطة الوراثية للأب والابن محل النزاع، ويجب أن تتم التحاليل البيولوجية بإشراف القاضي وتوجيهه، أما في حالة طلب الخصوم إجراء تحاليل البصمة الوراثية من أجل إثبات النسب، فللقاضي سلطة تقديرية في قبول أو رفض الطلب. وفي هذه الحالة الأخيرة يجب عليه تسبب رفضه بأسباب سائغة. وقد بدت هذه السلطة التقديرية في اللجوء إلى الطرق العلمية في مسائل النسب في عدة قرارات للمحكمة العليا، منها القرار الصادر بتاريخ 05 مارس 2006⁽²⁾ الذي تم فيه إلحاق النسب بناء على نتائج تحليل البصمة الوراثية. وكذلك بدت السلطة التقديرية للقاضي في استبعاد الاعتماد على الطرق العلمية بالرغم من طلبها من طرف الخصوم في قرار صادر بتاريخ 12 ماي 2011⁽³⁾، وإنما اعتمدوا على الشبهة والإقرار، وهو ما يؤكد أن قضاة الموضوع وقضاة المحكمة العليا استعملوا سلطتهم التقديرية في عدم اللجوء إلى الطرق العلمية من أجل إثبات نسب البنت.

وبعد إعمال القاضي لسلطته التقديرية في اللجوء إلى الخبرة العلمية التي تبلغ درجة عالية من الكفاءة والدقة، يجب أن تتم هذه الخبرة وفقاً للمبادئ العلمية والإجراءات القانونية.

(1) شامي أحمد، السلطة التقديرية...، المرجع السابق، ص. 392.

(2) المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2006/03/05، ملف رقم 355180، سبق ذكره.

(3) المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2011/05/12، ملف رقم 617374، م.م.ع، 2012، ع1، ص.294.

الفرع الثاني

إجراءات الخبرة القضائية في إثبات النسب

تعتبر الطرق العلمية من الوسائل التقنية التي لا يمكن للقاضي الفصل فيها إلا بالاستعانة بأهل الخبرة للتوصل إلى نتائج علمية دقيقة، فيقوم القاضي بتعيين الخبير (أولاً) وبعد قيام الخبير بمهامه يقوم بإيداع الخبرة ويبقى للقاضي سلطة في تقدير نتائجها (ثانياً).

أولاً: تعيين الخبير

بما أن الاستعانة بالخبرة أمر متروك للمحكمة التي تنظر موضوع النزاع، فإنه يجوز للقاضي أن يلجأ إلى ندب الخبير من تلقاء نفسه أو بناء على طلب أحد الخصوم (المادة 126 من ق.إ.م.إ) وقد نصت المادة 125 من ق.إ.م.إ على أنه: "تهدف الخبرة إلى توضيح واقعة مادية تقنية أو علمية محضة للقاضي".

وبما أنه لا يوجد نص خاص في قانون الأسرة في هذا الشأن، فإن القاضي يلجأ إلى القواعد العامة للبحث في إثبات النسب بالدليل العلمي، فيصدر حكماً بتعيين الخبير، قابلاً للطعن فيه، فيقوم الخبير بإنجاز المهام التي انتدب لأجلها، لينتهي إلى إيداع خبرته.

1- الحكم القاضي بتعيين الخبير

إن القاضي هو صاحب قرار تعيين خبير منتدب في اختصاصه الإقليمي لأخذ العينات البيولوجية من الطفل والأب المزعوم، والخبراء هم أشخاص مسخرون من طرف السلطة القضائية طبقاً للفقرة 3 من المادة 6 من القانون 03-16 المتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص. ويمكن أن يتم اختيار الخبير أو الخبراء من بين المقيدين في الجدول المعتمدين، أو بصفة استثنائية، وبأمر مسبب تعيين خبراء غير مقيدين في الجدول يؤدون اليمين أثناء سير الدعوى فقط⁽¹⁾. ويجب أن يتضمن الحكم القاضي بتعيين الخبير على البيانات الأساسية التي نصت عليها المادة 128 من ق.إ.ج.م.إ وهي:

- عرض الأسباب التي بررت اللجوء إلى الخبرة، وعند الاقتضاء تبرير تعيين عدة خبراء.
- بيان اسم ولقب وعنوان الخبير أو الخبراء المعينين مع تحديد التخصص.

(1) أنظر، بوسقيعة أحسن، قانون الإجراءات الجزائية في ضوء الممارسة القضائية، ط2، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2004، ص. 115.

- تحديد مهمّة الخبير تحديدا دقيقا.

- تحديد أجل إيداع تقرير الخبرة بأمانة الضبط.

وقد يلاحظ الخصوم ما يدفعهم إلى عدم الاطمئنان إلى حياد الخبير في مهامه التي كلفه القاضي بها، في هذه الحالة يحق لهم رفضه أو استبداله بناء على القرابة أو لمصلحة شخصية أو لسبب جدي. وهو جاء في نص المادة 133 من ق.إ.م.إ. "إذا أراد أحد الخصوم رد الخبير المعين يقدم عريضة تتضمن أسباب الردّ، توجه إلى القاضي الذي أمر بالخبرة خلال ثمانية أيام من تاريخ تبليغه لهذا التعيين، ويفصل دون تأخير في طلب الرد بأمر غير قابل لأي طعن. لا يقبل الرد إلا بسبب القرابة المباشرة أو القرابة غير المباشرة لغاية الدرجة الرابعة أو لوجود مصلحة شخصية أو لأي سبب جدي آخر".

إنّ ردّ الخبير هو إجراء خوله المشرع لأطراف الخصومة للوقوف في وجه الخبير الذي عينته المحكمة إذا كان يُخشى منه تحيزا لأحد الخصوم، ويعود للمحكمة تقدير الأسباب إذا كانت مؤسسة ولها ما يبرّرها، ولها كذلك رفض طلب الردّ إذا كان غير مؤسس.

2- الطعن في الحكم القاضي بالخبرة

تجدر الإشارة إلى أن أمر تعيين الخبير أو طلبه من أحد الخصوم أو بعضهم؛ يمكن ويجوز ممارسته خلال أي مرحلة من مراحل إجراءات الدعوى، حتى ولو أمام جهة الاستئناف. وإذا كان طلب تعيين الخبير مقدما من بعض أو أحد الخصوم، فإن قاضي شؤون الأسرة غير ملزم بالاستجابة لهذا الطلب، خاصة إذا رأى أنه بالإمكان أن يصل إلى الحقيقة بنفسه اعتمادا على الأدلة المعروضة أمامه⁽¹⁾.

وكما سبق الإشارة إليه، فإن الحكم بتعيين الخبير هو حكم تحضيري غير فاصل في الموضوع وبالرجوع إلى الفقرة الأولى من المادة 145 من ق.إ.م.إ. نجد أنها تنص على أنه: "لا يجوز استئناف الحكم الأمر بالخبرة، أو الطعن فيه بالنقض، إلا مع الحكم الفاصل في موضوع النزاع" وعليه أصبح الحكم الأمر بالخبرة (الحكم قبل الفصل في الموضوع) غير قابل للاستئناف، إلا إذا كان مرفقا بالحكم الفاصل في الموضوع⁽²⁾. فمثلا إذا ادعى شخص أبوة مجهول النسب، وأمر القاضي بإجراء خبرة من

(1) شامي أحمد، السلطة التقديرية... المرجع السابق، ص. 194.

(2) المحكمة العليا، غ.أ.ش. 2009/10/15، ملف رقم 605592، م.م.ع، 2010، ع1، ص. 245.

أجل مقارنة البصمتين الوراثيتين للأب والابن، فلا يمكن الطعن في الحكم القاضي بتعيين الخبير إلا مرفقا بالحكم القاضي بإثبات النسب أو عدمه.

3- إنجاز الخبير للمهام التي أنتدب من أجلها

بمجرد إعلام الخبير بالمهمة المسندة إليه وتلقيه للحكم القاضي بتعيينه، يعمد إلى استدعاء الأطراف من أجل أخذ العينات البيولوجية.

وجاء في المادة 135 من ق.إ.م.إ على أنه: "فيما عدا الحالات التي يستحيل فيها حضور الخصوم بسبب طبيعة الخبرة، يجب على الخبير إخطار الخصوم بيوم وساعة ومكان إجرائها عن طريق محضر قضائي". من خلال هذا النص يتبين لنا أنه يستوجب على الخبير إشعار الأطراف باليوم والساعة التي تجرى فيها الخبرة، ويدعوهم للحضور عن طريق محضر استدعاء رسمي يتولى المحضر القضائي إنجازها⁽¹⁾.

وتعتبر مسألة استدعاء الأطراف، مسألة قانون تخضع لرقابة المحكمة العليا⁽²⁾. والمقصود بالاستدعاء الحضور الخبرة في إثبات النسب هو فقط من أجل أخذ العينات البيولوجية التي يمكن الحصول منها على البصمة الوراثية مثل خلايا الدم أو أي نسيج جسمي آخر يمكن الحصول منه على البصمة الوراثية، ويتم ذلك في المخبر، ليقوم المختصون بالتحليل الوراثي⁽³⁾، والحصول على البصمة الوراثية للطفل و الأب المزعوم.

ويشترط أن تؤخذ الجينات لإجراء تحاليل البصمة الوراثية بالقدر الذي يكفي للعملية المقصودة، لأنه لا يجوز التلاعب بالجينات والجينوم البشري بالبيع أو التجارة أو الغش أو غيرها⁽⁴⁾. ويعاقب بالحبس من سنة(1) إلى ثلاث(3) سنوات وبغرامة من 100.000 دج إلى 300.000 دج كل من يستعمل العينات البيولوجية أو البصمات الوراثية المتحصل لغير الأغراض المنصوص عليها قانونا(المادة 17 من القانون 16-03 سالف الذكر).

(1) أنظر، راييس محمد و محمد أمين محاسني، الخبرة القضائية الطبية، مجلة الحجة، منظمة المحامين، تلمسان، 2011، ع2، ص. 90.

(2) راييس محمد ومحمد امين محاسني، نفس المرجع، ص. 91.

(3) التحليل الوراثي هو مجموعة الخطوات التي تجري على العينات البيولوجية، بهدف الحصول على بصمة وراثية(المادة 5/2 من القانون 03/16 المتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص).

(4) بلحاج العربي، أحكام الزوجية... المرجع السابق، ص.674.

ويتم التحليل الوراثي للعينات البيولوجية من قبل خبراء ومخبر معتمدين، في المخبر المركزي للشرطة العلمية⁽¹⁾، أو في المخبران الجهويان المتفرعان عنه أحدهما بوهران والآخر بقسنطينة، وكلها مصالح ملحقة بناية مديرية الشرطة العلمية والتقنية التابعة لمديرية الشرطة القضائية. وتتمثل مهمة هذه المختبرات في تقديم المعلومات التي تحتاج إليها مصالح الأمن والعدالة، ويتشكل مستخدموها من موظفي الشرطة والأعوان المدنيين من مختلف التخصصات⁽²⁾. وهذا بالتعاون مع المصلحة المركزية للبصمات الوراثية.

على أن تتلف العينات البيولوجية في كل الأحوال عند صدور حكم نهائي في الدعوى (المادة 06 من القانون 03-16 المتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص).

وللخبير استقلاله الفني، فهو سيد تنظيم سير عملياته الفنية، ولا يمكن أن يخضع في النتائج التي يصل إليها إلا لضميره المهني ومعلوماته الفنية، ولكن الخبير رغم ذلك يقع تحت تبعية القضاء وتحت إشراف القاضي طيلة مدة تنفيذه لمهامه. كما يلتزم الخبير بالمحافظة على السر المهني، ويجب عليه أن يقوم بمهامه بنفسه، وإن تعدد الخبراء عليهم أن يقوموا بالعمل مجتمعين وتضمنينه في تقرير موحد⁽³⁾.

ويجب على الخبير أن يلتزم حدود المهمة الموكلة له، وإبداء رأيه في المسائل الفنية المتعلقة بمطابقة التحاليل بين الأب والابن من عدمها، دون المسائل القانونية لأنها من اختصاص القاضي. كما يتمتع الخبير بحرية واسعة في مباشرة مهامه من الناحية العملية أو الفنية، إلا أنها حرة تقتصر على استعمال الوسائل العلمية المعترف بها في المجال الذي يزاوله. وهي البصمة الوراثية التي صدر بشأنها القانون 03-16، وكذلك أثبتت نجاعتها في مجال إثبات النسب.

4-إيداع الخبرة

لأنّ الخبير هو من مساعدي القضاء فعليه إيداع تقريره بعد تحريره بكتابة ضبط المحكمة، وجميع الوثائق والمستندات وعلى كتابة ضبط الجهة القضائية التي أمرت بإجراء الخبرة تلقي التقرير

(1) هو المخبر المرخص له للقيام بالفحوصات الطبية في الجزائر، مقره بن عكنون، الجزائر العاصمة، أنشئ سنة 2004، وباشر مهامه في 2006.

(2) إقورفة زبيدة، المرجع السابق، ص. 263.

(3) رايس محمد ومحمد محاسني، المرجع السابق، ص 92-94.

وإعطاء إسهاد عليه للخبير. ويكون لتقرير الخبرة المنجز من طرف الخبير المعين من طرف المحكمة والمودع لدى أمانة الضبط، كقاعدة عامة، قوة الإثبات التي تكون عادة الأوراق الرسمية⁽¹⁾.

ثانيا: تقدير القاضي لنتائج الخبرة

بالرجوع إلى المادة 144⁽²⁾ من ق.إ.م.إ و الفقرة 2 المادة 40 من ق.أ، يتضح بأن سلطة القاضي التقديرية في هذا الشأن واسعة بل مطلقة في الأخذ بنتيجة الفحص بالطرق العلمية، واعتماد الخبرة كليا أو جزئيا في تكوين قناعته، وبالتالي تأسيس حكمه. وقد سار القضاء الجزائري على وجوب احترام رأي الخبير، وعدم جواز مخالفة ما جاء في تقريره إلا بتقديم الدليل المخالف والتسبب الكافي الذي يغني عن الأخذ بهذه الخبرة⁽³⁾.

ورغم التأثير الكبير لتقارير الخبراء في أحكام وقرارات القضاة، إلا أنها لا تفرض عليهم شيئا، لأن هؤلاء ما هم إلا مستشارون تعيّنهم العدالة لتسليط الضوء على بعض الجوانب من النزاعات، فيجوز للقاضي الاستناد إليهم أو الاستغناء عنهم⁽⁴⁾.

وللقاضي حق تقدير نتائج الخبرة، فيأخذ ما يراه صائبا ويخدم القضية، ويترك ما يعارض الصواب، فالقاضي غير ملزم برأي الخبير⁽⁵⁾. وهذا الطرح صعب التطبيق من الناحية العملية، لأن دقة نتائج البصمة الوراثية تستعصي على فهم القاضي، فيمتنع عن مناقشتها في الغالب. ومن ثم فإن جهل القاضي بهذه الطرق العلمية ومحتواها قد يشكل عقبة في الأخذ بها أو تركها، لذلك لا يمكن للقاضي المصادقة على التقرير الطبي إجمالا ودون مناقشة، وإذا فعل فإنه يمكن القول أن القاضي يكون قد تنازل عن صلاحياته إلى الخبير الذي يكون هو نفسه من عينه⁽⁶⁾. ويبقى تقدير مدى

(1) ريس محمد ومحمد أمين المحاسني، المرجع السابق، ص. 94.

(2) تنص المادة 144 من ق.إ.م.إ على أنه: "يمكن للقاضي أن يؤسس حكمه على نتائج الخبرة.

القاضي غير ملزم برأي الخبير، غير أنه ينبغي عليه تسبب استبعاد نتائج الخبرة".

(3) ريس محمد ومحمد أمين المحاسني، المرجع السابق، ص. 102.

(4) أنظر، سعد عبد العزيز، أبحاث تحليلية في قانون الإجراءات المدنية، دار هومة، الجزائر، 2008، ص. 35.

(5) أنظر، بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري وفقا لأخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، أحكام الزواج والطلاق، ج1، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص. 399 - 400.

(6) عبد العزيز سعد، أبحاث تحليلية في قانون الإجراءات المدنية...، المرجع السابق، ص. 35؛ بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها...، المرجع السابق، ص. 675.

ملاءمة الخبرة من عدمها خاضعا للسلطة التقديرية للقاضي، يأخذ بها أو يستبعدا بشرط تسبيب ذلك.

وبعد إعمال القاضي لسلطته التقديرية في اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب، بنذب خبير وفق الإجراءات المنصوص عليها في المواد من 125 إلى 145 من ق.إ.م.إ، وفور انتهاء الخبير من المهمة الموكلة إليه، يقوم بإيداع تقرير خبرة البصمة الوراثية لدى أمانة ضبط المحكمة، وهو تقرير علمي صامت، يرجع للقاضي حق تقدير نتاج الخبرة ومحتواها، فيأخذ بها ويعتمدها كلياً أو جزئياً في تكوين قناعته، والقاضي غير ملزم برأي الخبير غير أنه يجب عليه تسبيب استبعاد نتائج فحوص الطرق العلمية⁽¹⁾، وهو ما تم النص عليه في المواد 144 من ق.إ.م.إ.⁽²⁾

بعد أن عرفنا سلطة القاضي في اللجوء إلى الطرق العلمية ومناقشة تقرير الخبرة، فإن السؤال الذي يتبادر إلى الذهن هو: هل تم تكريس القضاء للطرق العلمية في إثبات النسب أم أنها بقيت رهينة النصوص القانونية؟ وما نصيب مسائل نفي النسب منها؟ وهو ما سوف نحاول الإجابة عنه في الفرع الموالي.

الفرع الثالث

تطبيقات السلطة التقديرية للقاضي في اللجوء إلى الطرق العلمية في مسائل النسب

الحفاظ على النسل وحفظ الأنساب من الاختلاط من الضروريات التي تقوم عليها الأسرة المسلمة والمجتمع الإسلامي، والقضاء الجزائي وفي إطار السلطة التقديرية تمسك بأحكام الشريعة الإسلامية واعتمد على القواعد التقليدية في إثبات ونفي النسب، غير أن منحاه هذا تغير بعد آخر تعديل لقانون الأسرة. فإن استحداث الطرق العلمية جعل القضاء يأخذ بها تارة ويتركها تارة أخرى، ويختلف ذلك في إثبات النسب عنه في نفيه، لذلك سوف نتناول تطبيقات السلطة التقديرية للقاضي في اللجوء إلى الطرق العلمية في مسائل إثبات النسب (أولاً) لنتقل بعد ذلك إلى تطبيقات السلطة التقديرية في اللجوء إلى الطرق العلمية في مسائل نفي النسب(ثانياً).

(1) بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها...، المرجع السابق، ص.675.

(2) تنص المادة 144 من ق.إ.م.إ على أنه "يمكن للقاضي أن يؤسس حكمه على نتائج الخبرة.

القاضي غير ملزم برأي الخبير، غير أنه ينبغي عليه تسبيب استبعاد نتائج الخبرة".

أولاً: تطبيقات السلطة التقديرية للقاضي في اللجوء إلى الطرق العلمية في مسائل إثبات النسب

إن دعوى إثبات النسب هي دعوى إثبات صفة، وهي من الدعاوى الهامة وذات آثار بعيدة في الميراث والحرمة والنفقة وغيرها⁽¹⁾. وقد استقرت المحكمة العليا ردحا من الزمن على الاعتراف بالنسب الشرعي في عدّة قرارات لها⁽²⁾ دون أن يكون هناك نصيب من هذه القرارات للنسب غير الشرعي.

وبخصوص إعمال القاضي لسلطته التقديرية في اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب، فلم نجد أي قرار بهذا الشأن، إذا أن المقصود بإثبات النسب هو النسب الشرعي كحالة اختلاط المواليد بالمستشفيات أو اختلاط النطف في مراكز التلقيح الاصطناعي أو التنازع حول مجهول النسب وغيرها.

ولكن، أصبح القضاء مؤخراً يتحدث عن إلحاق النسب باستخدام البصمة الوراثية أو بدليل آخر، فوجدنا عدة قرارات للمحكمة العليا تقضي بإلحاق نسب ابن المغتصبة بمغتصبها. وأول هذه القرارات صدر بتاريخ 05 مارس 2006 الذي تم فيه إلحاق النسب بالأب البيولوجي بناء على الخبرة الطبية بالرغم من أن العلاقة غير شرعية وجاء في حيثيات القرار انه: "لما كانت الخبرة العلمية ADN أثبتت أن هذا الطفل هو ابن المطعون ضده ومن صلبه بناء على العلاقة التي كانت تربطه بالطاعنة فكان عليهم إلحاق هذا الولد بأبيه وهو الطاعن ولا أن تختلط عليهم الأمور بين الزواج الشرعي الذي تناولته المادة 41 وبين إلحاق النسب الذي جاء نتيجة علاقة غير شرعية وخاصة، وأن كلاهما يختلف عن الآخر ولكل واحد منهما آثار شرعية كذلك، ولما تبين في قضية الحال أن الولد هو من صلب المطعون ضده نتيجة هذه العلاقة مع الطاعنة فإنه يلحق به"⁽³⁾.

(1) أنظر، كمال صالح البناء، الزواج العربي ومنازعات البنوة في الشريعة والقانون والقضاء، دار الكتب القانونية، مصر، 2005، ص.31.

(2) المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1984/11/19، ملف رقم 34046، المجلة القضائية، 1990، ع1، ص.67؛ 1984/10/8، ملف رقم 34137، المجلة القضائية، 1989، ع4، ص.79؛ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1989/12/25، ملف رقم 58224، المجلة القضائية، 1991، عدد4، ص.110.

(3) المبدأ: "يمكن طبقاً للمادة 40 من قانون الأسرة إثبات النسب عن طريق الخبرة الطبية (الحمض النووي ADN) ولا ينبغي الخلط بين إثبات النسب في الزواج الشرعي المادة 41 وبين إلحاق النسب في حالة العلاقة غير الشرعية"، المحكمة العليا، غ.أ.ش، بتاريخ 2006/03/05، ملف رقم 355180، سبق ذكره.

وفي قرار آخر، تم إلحاق نسب ابن غير شرعي بناء على الشبهة وإقرار أبيه البيولوجي، فالقضاء في هذه القضية لم يستجب لطلب الخصوم بإجراء خبرة طبية، وكان هذا القرار صادرا بتاريخ 12 ماي 2011 فجاء فيه أن: "... وإثر استئناف المدعى عليها وتأكيدها على تعرضها للاغتصاب من المستأنف عليه، الذي حاول التهرب من المتابعة الجزائية بإبرامه لعقد الزواج وإقراره بالحمل، ومطالبه المستأنف عليه بتأييد الحكم المستأنف، أصدر مجلس قضاء معسكر القرار المؤرخ في 28 مارس 2007 القاضي بتأييد الحكم وهو القرار المطعون فيه بالنقض. حيث أن قضاة الموضوع اکتفوا بالقول أن مدة الحمل المنصوص عليها قانونا غير متوفرة دون مراعاة للزواج العرفي الجاري في المجتمع، وأن قضاة الموضوع لم يكلفوا أنفسهم عناء البحث والتحري عن ظروف ومعطيات هذا الزواج والوصول إلى الحقيقة... بينما أن قضاة الموضوع أسقطوا نسب البنت عن المطعون ضده اعتمادا على أن البنت ولدت بعد شهر وثلاثة أيام من انعقاد الزواج، واستنتجوا من ذلك أنه نتيجة علاقة غير شرعية"⁽¹⁾.

وفي قرار آخر صادر بتاريخ 15 مارس 2012 أكدت المحكمة العليا موقفها من نسب ولد المغتصبة إلى المغتصب⁽²⁾، بعد ثبوت هتك عرض قاصرة وحملها من المغتصب وإنجاب بنت فإن نسبها يلحق بالمغتصب.

إذن، كان أول هذه القرارات، هو القرار الصادر بتاريخ 5 مارس 2006، الذي كان جريئا في استخدام الخبرة الطبية لإلحاق نسب ابن غير شرعي، بالرغم من أن الفقرة 2 من المادة 40 تعطي السلطة التقديرية للقاضي في إثبات النسب الشرعي بالخبرة الطبية، وما ذهبت إليه المحكمة العليا لا يوجد بشأنه نص قانوني. فقانون الأسرة أهمل تنظيم مسألة نسب الطفل غير الشرعي، فيستعمل القاضي سلطته التقديرية بالبحث عن الحل في أحكام الشريعة الإسلامية.

وإعمالا للسلطة التقديرية في الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، سوف نبحت عن المذهب والرأي الذي استند إليه القضاء في إلحاق ابن المغتصبة بمغتصبها وطريقة هذا الاستلحاق.

⁽¹⁾ المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 2011/05/12، ملف رقم 617374، سبق ذكره؛ كما وجاء في قرار آخر لنفس المحكمة أنه: "لا يشترط ثبوت الزوجية في ثبوت النسب بالإقرار"؛ 2015/03/12، ملف رقم 0860240، م.م.ع، 2015، ع1، ص.239.

⁽²⁾ المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 2012/03/15، ملف رقم 734072، مقتبس عن، تبوب فاطمة الزهراء، نسب ابن المغتصبة تعليق على قرار المحكمة العليا رقم 734072، المؤرخ في 15-03-2012 الصادر عن غرفة شؤون الأسرة والموارث، مجلة المحكمة العليا، ع1، 2013، ص.124.

فمرجعنا إذن هو الأحكام التي جاء بها الكتاب والسنة وفهم الفقهاء لهما، ففي مسألة إثبات النسب للأب قد جاء في كتاب الله: ﴿ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَاِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ﴾⁽¹⁾. وفي الحديث الشريف قوله ﷺ: "الولد للفراش وللعاهر الحجر"⁽²⁾. وفي فهم العلماء لمسألة نسب ابن الزنا لأبيه وجدنا قولين:

فالرأي الأول هو قول الجمهور، لا ينسب للزاني ابنه من الزنا، وقد ورد في المغني لابن قدامة الحنبلي أن ابن الملاعن يلحق به إذا استلحقه، وأن ابن الزنا لا يلحق الزاني في قول الجمهور⁽³⁾، وهذا استنادا إلى الحديث الشريف "الولد للفراش وللعاهر الحجر" ولا فراش للزاني ولا للمغتصب.

أما الرأي الثاني فيقول بأن الزاني إذا استلحق ولده من الزنا يلحق به إذا أقيم عليه الحد، وهو قول ابن سيرين والحسن البصري وعروة بن الزبير وسليمان بن يسار وإبراهيم النخعي وإسحاق⁽⁴⁾. وكذلك قول أبو حنيفة أنه لا باس أن يتزوجها مع حملها ويستتر عليها والولد ولد له⁽⁵⁾، أما ثبوت نسبه من أمه فهو ثابت بالولادة.

وقال ابن عثيمين: "أن قول النبي ﷺ الولد للفراش وللعاهر الحجر عام، سواء ادعاه صاحب الفرash أم لم يدعه، أو خاص فيما إذا ادعاه صاحب الفرash. وقال الجمهور أنه عام، وأنه لا يلحق الزاني في الولد الذي ولد من مائه. وذهب بعض العلماء إلى أن هذا خاص في المخاصمة، يعني إذا تخاصم الزاني وصاحب الفرash قضينا به لصاحب الفرash. أما إذا كان لا منازع للزاني واستلحقه فإنه يلحق به.

والرّاجح أن ولد الزنا لا يلحق به إلا إذا ادعاه، أي أقر بأنه ولده ولم يصرح بأنه جاء به من زنا، فله ذلك، ويلحق به، وهذا القول هو الراجح والمناسب للعقل وكذلك الشرع عند التأمل"⁽⁶⁾.

(1) سورة الأحزاب، الآية 5.

(2) أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، المرجع السابق، حديث رقم 253، باب تفسير الشبهات، ص. 491.

(3) بن قدامة الحنبلي، المغني، المرجع السابق، ج 9، ط 3، ص. 123.

(4) بن قدامة الحنبلي، المرجع نفسه، ص. 123.

(5) بن قدامة الحنبلي، المرجع نفسه، ص. 123.

(6) أنظر، محمد بن صالح العثيمين، الشرح الممتع على زاد المستقنع، مجلد 12، طبعة 1، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، 1427هـ، ص. 127.

وقال إسحاق بن راهوية أن المولود من الزنا إذا لم يكن مولودا على فراش يدعيه صاحبه وادعاه الزاني يلحق به، وأن قوله ﷺ الولد للفراش على أنه حكم بذلك عند تنازع الزاني وصاحب الفراش على الولد⁽¹⁾.

إذن، فمنحى القضاء في نسب ابن المغتصبة إلى المغتصب جاء موافقا للاتجاه الثاني، وموافق أيضا لبعض آراء الفقه المعاصر الذي استند على عدة قواعد فقهية لرفع الضرر الذي يصيب الصغير جراء ضياع حقوقه. ومنها الفتوى الصادرة عن دار الإفتاء المصرية سنة 1980 من طرف الشيخ جاد الحق علي جاد الحق-مفتي مصر سابق- الذي استند على القواعد الفقهية "الضرر يزال" و"الضرورات تبيح المحظورات". وفي عدم ثبوت نسب الحمل للمتهم المغتصب ضرر كبير على الجنين، بل وفيه تشجيع على العلاقات الجنسية غير المشروعة، بما تستتبعه من أبناء غير شرعيين، والانحراف عن الشرعية قضاء على مستقبل الإنسان الإنساني، وهذا فوق الأضرار الاجتماعية والنفسية التي لا يمكن حصرها⁽²⁾.

وبتطبيق قواعد العدالة، لا يمكن أن نساوي بين الزانية والمغتصبة، وبين نسب الطفل في الحالتين، لأنهما مختلفتين من الأساس، فالزانية تمارس الرذيلة بمشيئتها، أما المغتصبة فلم تتعمد الزنا ويفترض بأنها ليست عاهرا، لأن الزاني استخدم معها الإكراه، والإكراه مخرج لإسقاط العقوبة عنها فيرتفع الإثم عنها، لأن الإكراه يعتبر شبهة والحدود تدرأ بالشبهات⁽³⁾، وبالتالي فلا حد على المستكرهة على الزنا-باتفاق الفقهاء-⁽⁴⁾، ويقول الشافعية بثبوت النسب منه إذا حملت ولها مهر مثلها وعليها العدة⁽⁵⁾.

إذن، قضاة المحكمة العليا استعملوا سلطة تقديرية واسعة في الرجوع إلى آراء العلماء في الموضوع وأخذوا بالرأي القائل بإلحاق ولد المغتصبة لمغتصبها، واعتبروا الإكراه على الزنا شبهة، لكن

(1) أنظر، ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، جزء5، طبعة3، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1998، ص.381.

(2) وأضاف، أنه يجب دفع الضرر عن الطفل والمغتصبة بالمعايير الواردة في الشريعة الإسلامية، ولما كان زواج المتهم من المحني عليها يقبل منه شرعا يقبل منها شرعا أيضا هذا الإقرار بنسب هذا الحمل إليه واكتساب أبوته، دار الإفتاء المصرية، الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية، المجلد8، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، 1993، ص.2941 وما بعدها.

(3) أنظر، الزجيلي محمد، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، جزء1، طبعة1، دار الفكر، دمشق، 2006، ص.660.

(4) عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ج5، ص.88.

(5) عبد الرحمن الجزيري، المرجع نفسه، ص.88.

أهملوا شروط هذا الاستلحاق. ففي القرار الأول والثالث لم يدعي المغتصب أن المولود ابنه، وبالتالي فقضاة المحكمة العليا قد خالفوا أحكام الشريعة الإسلامية في شروط إلحاق الولد للمغتصب، واستعملوا سلطة تقديرية في اللجوء إلى الطرق العلمية دون أن يمنحهم إياها القانون.

وما نلاحظه على القرار الثاني، هو أن قضاة الموضوع لم يستجيبوا لطلب الطاعنة بإجراء التحاليل، وكذلك قضاة المحكمة العليا لم يستندوا على الخبرة العلمية من أجل نسب البنت، وإنما اعتمدوا على الشبهة والإقرار. وهنا تبرز جيدا السلطة التقديرية للقاضي في عدم الأخذ بالفحوص الطبية لإلحاق النسب.

وما يمكن أن نقوله هو أن أعمال السلطة التقديرية في اللجوء إلى الطرق العلمية إنما منحه المشرع للقاضي في مسائل إثبات النسب وليس إلحاقه، وأن إلحاق ولد المغتصبة بالمغتصب يجب أن يكون بشرط استلحاق هذا الأخير للطفل، وهو ما لا نلمسه في القرار الأول والثالث.

لذلك، وفي ظل عدم وجود نص يقضي بنسب ولد المغتصبة إلى مغتصبها ولا نص يسمح للقاضي بإعمال سلطته التقديرية في اللجوء إلى الخبرة الطبية للتحقق من تطابق الحمض النووي بين الطفل والأب البيولوجي (المغتصب)، فالقضاء ملزم بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في هذا الشأن دون سواها.

ونسب الطفل غير الشرعي يجب أن يحاط باهتمام من مشرعنا، لأن سكوتنا كهذا لا يتناسب مع حجم الجريمة وآثارها، والأضرار التي تلحق الطفل الناتج.

ثانيا: تطبيقات السلطة التقديرية للقاضي في اللجوء إلى الطرق العلمية لنفي النسب

نفي النسب هو إنكاره، وشرعا يتم نفي النسب باللعان، كما سبق وان فصلنا في الموضوع، فيلجأ إليه الزوج لتعذر إثبات زنا الزوجة بالشهود، وشرع حفاظا للنسب، وصونا للسمعة⁽¹⁾. وإلى جانب اللعان، ظهرت البصمة الوراثية التي تؤكد أو تنفي تطابق الخصائص الوراثية للأب وابنه، وقال بعض العلماء، أن احتمال تطابق القواعد النيروجينية في الحمض النووي في شخصين غير وارد، وهو ما يجعلنا قرينة إثبات ونفي النسب لا تقبل الشك⁽²⁾.

(1) الزحيلي وهبة، الأسرة المسلمة...، المرجع السابق، ص.342.

(2) الكعبي خليف علي، المرجع السابق، ص.46.

فلو أعمل القاضي سلطته التقديرية واختار اللجوء إلى الطرق العلمية في قضية إثبات نسب، فإنه سوف يتم مخبريا مقارنة الخريطة الوراثية للأب مع الخريطة الوراثية للابن، فإذا تطابقتا يحكم القاضي بأبوته وإذا اختلفتا يكون الحكم بنفيها.

ورغم قطعية نتائج البصمة الوراثية، لم يتفق الفقه الإسلامي على أولويتها أو اللعان في مسائل نفي النسب. وبالرجوع إلى النظام الجزائري، فإن نص المادة 41 من قانون الأسرة نصت على: "... ولم ينهه بالطرق المشروعة"، مصطلح الطرق المشروعة جاء واسعا تبرز فيه جيدا سلطة القاضي التقديرية، ولكن، هل اعتبر القضاء الجزائري الدليل العلمي طريقا مشروعاً لنفي النسب إلى جانب اللعان؟ وما موقف الطرق العلمية من اللعان؟

بملاحظة قرارات المحكمة العليا في هذا الشأن، نجد أن القضاء الجزائري اتخذ موقفا ثابتا وصارما بشأن نفي النسب، ولم يعمل سلطته التقديرية في البحث عن الطرق المشروعة لنفي النسب، فاعتبر اللعان هو الطريق الوحيد لذلك، ولم يقبل بالدليل العلمي أبدا.

ومن هذه القرارات، نجد القرار الصادر بتاريخ 15 أكتوبر 2009 الذي جاء فيه "...يجوز رفع دعوى اللعان دون التذرع بالطرق العلمية لإثبات النسب"⁽¹⁾. بمعنى أنه، إذا تمت المبادرة برفع دعوى لعان فإنه لا يقبل طلب إثبات النسب بالطرق العلمية. وأكد موقفه هذا في قرار آخر صادر بتاريخ 15 مارس 2012، والذي جاء فيه أن عدم قيام الزوج بنفي نسب ابنته أثناء قيام العلاقة الزوجية بالطرق المشروعة والتي يقصد بها اللعان، يجوز اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب⁽²⁾، وأضاف أن طلب الزوج إثبات نسب ابنته بالطرق العلمية هو طلب غير مؤسس ولا يجدي نفعا بعد ثبوت نسبها بالفراش وعدم نفيه بالطرق المشروعة وفي الآجال المحددة⁽³⁾.

وأكدت المحكمة العليا موقفها باستبعاد الدليل العلمي في مجال نفي النسب في قرار آخر بتاريخ 10 سبتمبر 2015 حيث قدم الطاعن تحاليل أجراها في فرنسا تؤكد نفي الطاعن للأبوة وجاء في القرار: "... ولكن حيث أنه بالرجوع إلى وقائع وحيثيات القرار المطعون فيه، يتبين أن الطاعن

(1) المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2009/10/15، ملف رقم 605592، م.م.ع، 2010، ع1، ص.247.

(2) المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2012/03/15، ملف رقم 704222، م.م.ع، 2013، ع1، ص.262.

(3) وهي مدة استقر بشأنها اجتهاد المحكمة العليا وهي عدم تجاوز فترة أسبوع فقط من يوم رؤية الزنا أو من يوم العلم بالحمل؛ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2002/12/25، ملف رقم 296020، المجلة القضائية، 2004، عدد1، ص.282.

تزوج والدة المطعون ضدها خلال شهر جوان 1974 وتم تسجيل هذا الزواج بحكم قضائي صادر بتاريخ 1998/02/23، ليصدر حكم الطلاق بتاريخ 1998/10/12 وتم إلحاق نسب المطعون ضدها بوالدها الطاعن بتاريخ 1998/10/19، وبالتالي فإن نسب المطعون ضدها ثابت في هذه الحالة بالزواج الصحيح وبالإقرار وبحكم قضائي نهائي وهو بعد ثبوته بهذه الطرق لا يقبل النفي بأي طريق وتحت أي ادعاء ولو ثبت بالتحاليل خلاف ذلك لأن ثبوت النسب بالفراش أو الإقرار مقدم على الوسائل العلمية، ولا تقوى هذه الوسائل على معارضة النسب الثابت بهما فضلا عن الاستعانة بها لتأكيد أو نفيه لما في ذلك من أضرار نفسية واجتماعية بالأفراد والأسرة والمجتمع...⁽¹⁾.

وهذا اجتهاد صائب، فالنسب ثابت بطرق شرعية، ولا ينتفي إلا باللعان، ولأن هذا الأخير يقتضي التعجيل فيه، فإن فوات الآجال تجعل النسب ثابتا لا يمكن نفيه حتى بالطرق العلمية، وأن إجراء التحاليل خارج الجزائر يجعل النسب في مفترق الطرق فكيف يثبت النسب بالطرق المشروعة وينتفي بالطرق العلمية؟

لذلك يجب أن تبقى تحاليل البصمة الوراثية تحت رقابة القاضي، حفظا على حقوق الطفل والأسرة وتماسك المجتمع. وحسن ما فعل القضاء بعدم النظر إلى التحاليل المرفقة بملف الدعوى، لأنه إن فعل كان سوف يفتح باب فتن كبيرة، وكل من يشكك في نسب ابنه يسافر إلى خارج الجزائر أين يتم بسهولة إجراء فحوص مطابقة البصمة الوراثية، ويقدمها كدليلي لنفي نسب ابنه.

ومن القرارات سالف الذكر، نلاحظ أن قضاة المحكمة العليا يرفضون بصفة قطعية استخدام الدليل العلمي لنفي النسب، أو للتأكد من النسب الثابت بالطرق الشرعية، وكان تفسيرهم للطرق المشروعة بأنها اللعان دون غيره⁽²⁾.

وبعد هذه القرارات، استقر قضاة الموضوع أيضا على استبعاد الخبرة الطبية في قضايا نفي النسب، فمثلا، جاء في حكم لمحكمة الشلف في دعوى نفي نسب (سالف الذكر)، أن الأب قام برفع دعوى ملتمسا نفي النسب واحتياطيا الحكم بإجراء خبرة بيولوجية للحمض النووي. وقدم شهادات طبية تثبت ان العارض ليس له القدرة على الانجاب، وهذه الشهادات صادرة قبل الحمل

(1) المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2015/09/10، ملف رقم 0944691، م.م.ع، 2015، ع2، ص.166.

(2) "المبدأ: النسب الثابت بالفراش لا ينتفي إلا باللعان، المقصود في المادة 41 من قانون الأسرة؛ المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 828820، 2012/13/13، سبق ذكره.

وبعد. وأجابت المدعى عليها بأن الولد من صلب المدعي وأنها انجبتة خلال علاج طبي. فجاء في الحكم: "إن النسب المتنازع عليه هو نسب معلوم وقائم وأن التحليل البيولوجي ليس هو الدليل الأقوى الذي يهدر قيمة الفراش، إذ الفراش لا يهدر إلا بدليل أقوى منه وهو اللعان... وأن المستقر عليه قضاء وفق اجتهادات المحكمة العليا أن مدة اللعان هي أسبوع من يوم رؤية الزنا أو العلم بالحمل"⁽¹⁾.

هذه الحالة التي يدعي فيها الزوج العقم قبل الإنجاب وبعده، لاسيما بإثبات ذلك بشهادات طبية، وتحكيما للعقل فإنه لا ينسب ولد لعقيم مطلقا، فيمكن أن نقول بأن الحلّ في هذه القضية هو إجراء البصمة الوراثية لحجيتها القطعية وهذا لا يشكل تعارضا مع اللعان، ولا يهدر أبدا قيمة الفراش، بل يؤكد ويقويه إذا تطابقت بصمة الطفل مع بصمة الأب.

ولكن، إذا افترضنا أن هذا المبدأ هو الساري المفعول فسوف نفتح باب شر وشك في الأنساب، وكل من وسوست له نفسه اتجاه ابنه سوف يرفع دعوى قضائية ويطلب إجراء تحاليل طبية للتأكد من نسبه، وهو ما سوف يزعزع استقرار الأسرة والمجتمع. لذلك منع المجمع الفقهي الإسلامي التأكد من الأنساب الثابتة بالبصمة الوراثية، وقال أيضا بأنه لا يجوز شرعا الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب ولا يجوز تقديمها على اللعان⁽²⁾.

إذن، فموقف القضاء جاء موافقا لما ذهب إليه أعضاء مجمع الفقه الإسلامي بمكة المكرمة، وتشوفا لحفظ الأنساب، كان عليه التوسع في أدلة الإثبات، والتضييق قدر الإمكان من طرق نفيه، ولكنه حصرها في اللعان دون غيره.

وحقيقة الفراش لا يقوى عليه إلا اللعان، ولكن هناك حالات لا يتعارض فيها الدليل العلمي مع اللعان، كحالة العقم مثلا، فكان على القضاء مراعاة موقف الأب الذي قد ينسب إليه طفل ليس من صلبه، ويجبر بالإنفاق عليه، خاصة إذا كان يعلم هذا الزوج بأن عقمه مؤكد ولا علاج له، وقدم شهادات طبية تثبت أقواله، فكان على القضاء الاستجابة لطلبه وإجراء تحليل البصمة الوراثية. فإذا كانت نتيجة الخبرة هي من مطابقة خريطة الأب لخريطة الابن، فلن ينتفي النسب، وفي الحالة

(1) حكم قضائي عن محكمة شلف، مجلس قضاء شلف، قسم شؤون الأسرة بتاريخ 2014/11/12، قضية رقم 14/2955، سبق ذكره.

(2) قرار رقم 7 بشأن البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، دورة 16 من 5 إلى 10 /01/2002، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، رابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة، عدد 16، السنة 14، 2003، ص. 64.

العكسية أي عدم مطابقة الخريطين ينتفي النسب. فاللّعان في هذه الحالة لا ينتج عنه اليقين بل كان الباعث عليه هو الاحتياط في ثبوت النسب وعدم إهداره، وأنه من باب الاستحسان في هذه المسألة أن يرجع إلى الخبرة العلمية، متى كان استخدامها سيمنع اختلاط الأنساب وضياع الأولاد وصون الأعراض⁽¹⁾.

ولأن دعاوى نفي النسب ليست في مأمّن من دعاوى كيدية من الزوج ضد زوجته، وقد يكون الدافع عبارة عن نزوات وشكوك وأحقاد، كما قد يكون الدافع هو قصد التخلص من الولد والانفاق عليه، فكان يجب إحاطة دعاوى نفي النسب بكل ما يمكن أن يبعث الرهبة والخوف في نفس الملاحن⁽²⁾، وهذا كله يصبّ في مصلحة الولد في نسبه تطبيقاً لقاعدة إحياء الولد لأن إثبات نسب الولد إحياء له ونفيه قتله⁽³⁾.

وأخيراً، يجب التنويه، إلى أن هناك قضايا معقدة من حالات نفي النسب، وهي حالات يمكن فيها اللّجوء إلى الخبرة الطبية دون أن تتعارض مع اللّعان، كاختلال شروط الفراش القانونية بعدم إمكانية الاتصال بين الزوجين، أو حالة عقم الزوج، أو اختلال مدة الحمل القانونية. وهي حالات لا يثبت بها النسب أصلاً بالفراش.

لذلك، كان على القضاء الجزائري تفعيل النصوص القانونية لاسيما المواد 41 و42 و43 في النفي إلى جانب الإثبات. لأن القانون لا يسمح له باستخدام الدليل العلمي في نفي النسب وهو ما جاء في الفقرة 2 من المادة 40 والمادة الأولى من القانون 16-03 الذي حصر استخدام قواعد البصمة الوراثية في حالات مجهولي النسب.

ومسائل النسب إثباتاً ونفياً تحتاج إلى نصوص قانونية أكثر دقة، وحبذا لو حذا المشرع الجزائري حذو المشرع الكويتي في هذا الشأن الذي نص في المادة 168 منه: "لا يثبت النسب من

(1) تشوار جيلالي، القضاء مصدر تفسيري تعسفي للقاعدة المنظمة للنسب، المرجع السابق، ص.19.

(2) طفياني مخطارية، المرجع السابق، ص.40.

(3) المحكمة العليا، غ.أش، بتاريخ 1997/10/28، ملف رقم 172333، المجلة القضائية، 1997، عدد1، ص.42.

الرجل إذا أثبت أنه غير مخضب أو لا يمكن أن يأتي منه الولد لمانع خلقي أو مرضي، وللمحكمة عند التنازع في ذلك أن تستعين بأهل الخبرة من المسلمين".

وفيما عدا ذلك، يبقى اللعان هو الطريق الوحيد لدفع العار، كحالة رؤية الزوج لزنا زوجته وليس له شهود، ولا يمكن بحال من الأحوال تأخيره بدليل علمي، ولا يجوز للقاضي بعد توجيه اللعان إلى الزوجين أن يأمر بخبرة علمية.

خاتمة

في نهاية هذه الدراسة -أحكام الزواج في ظلّ التطور العلمي- أمكن التوصل إلى النتائج الآتية:

مهما اختلف الفقه في تكييف مرحلة الخطبة، وإن كان بمحاولات ونظرة جديدة، يبقى الرّاجح هو اعتبارها وعد بالزواج لا توجب على الخاطبين أي التزام قانوني، ومتى ترتب عن عدول أحد الخاطبين ضرر للآخر، فإنه يلتزم بتعويض الطرف المضرور بناء على قواعد المسؤولية التقصيرية.

لم يتفق الفقهاء على مشروعية النظر إلى المخطوبة باستخدام وسائل الاتصال الحديثة، ولأنها قد تكون ضرورة تقترب بعد المسافة فهناك من أجازها بشروط. وتتنوع طرق النظر إلى المخطوبة في هذه الدراسة بتنوع وسائل الاتصال، فقد تكون بالصورة الفتوغرافية أو بتقنية مؤتمر الفيديو، غير أن هذه الوسائل يحتمل معها حصول أضرار يصعب إثباتها أمام القضاء، لاسيما مع صعوبة التحقق من شخصية الطرفين في البيئة التقنية.

هذا، وأن المحادثات بين الخاطبين نتصورها بالوسائل المكتوبة والهاتف أو بالوسائل الأخرى السمعية المرئية، وهو ما يضعنا أمام خلوة معنوية، لها آثار تختلف عن الخلوة الواقعية. وأكثر المشاكل القانونية التي تثيرها الخطبة عبر هذه الوسائل هي صعوبة التحقق من أطراف العلاقة القانونية، وهو ما يعرقل سير العدالة في الحكم بالتعويض للطرف المضرور. مع أنه يمكن إثبات الخطبة بكافة الوسائل الحديثة، وذلك لأن هذه الأخيرة تترك أثرا ماديا يمكن الاستعانة به.

ويعتبر الاعتداء على الحياة الخاصة والحق في الصورة من أكثر الأخطار التي تهدد الخاطبان من استخدام الوسائل الحديثة للاتصال في ظل قصور الحماية القانونية، وبالرغم من استحداث حماية جزائية إلا أنها لازالت تتسم بالقصور.

يمكن إبرام عقد الزواج باستخدام وسائل الاتصال الحديثة في التعبير عن الإرادة، سواء المكتوبة أو المسموعة أو المسموعة المرئية، فنكون أمام مجلس عقد زواج حكمي ولو انعدم الفاصل الزمني بين صدور التعبير عن الإرادة والعلم به.

إن عقد الزواج في البيئة الإلكترونية يأخذ حكم الزواج العرفي، وآثاره تفوق خطورة الزواج العرفي، كونه يتم في عالم افتراضي مخوف بخطورة تزييف الشخصيات. ويمكن إثباته أمام القضاء بالإقرار أو

بالكتابة أو بالتسجيل الصوتي أو الفيديو أو بالبيّنة. كما أن إثبات الزواج بالوسائل الحديثة يتوقف على إثبات صحة الزواج، وأنه في إثبات الإقرار اللاحق أقل صعوبة من إثبات أصل الزواج.

وبدا واضحا تأثر بناء الزواج بالتطورات الطبية والبيولوجية، فاختلاف الجنس في أطراف عقد الزواج هو أساس بناء الزواج الشرعي والقانوني في النظام الجزائري.

للعلم والطب دور مهم في تحديد جنس الخنثى، و تشخيص الحالة، وكذا التصحيح الجنسي في سن مبكر، مما أمكن تصنيفه في جنس معين، وبالتالي يمكنه الزواج من الجنس المخالف له، وزواجه صحيح مرتب لآثاره القانونية.

لا يمكن أن يكون للمثلية الجنسية سبب وراثي أو خلل في التكوين البيولوجي، بل هي إرادة يمكن تغيير منحائها. والزواج المثلي يقع باطلا في القانون الجزائري.

ساهمت التطورات العلمية في تطور جراحة تغيير الجنس والتي تعتبر جريمة تحتاج إلى نص خاص، والذكورة والأنوثة لا تعتمد على الشكل الخارجي فقط وبالتالي فزواجه سوف يكون مع نفس جنسه وهو باطل بطلانا مطلقا.

إن شرط الشهادة الطبية ينطوي على حماية للأسرة ولأفرادها من الأمراض الخطيرة والمتنقلة إلى النسل، لذلك تحتاج إلى تأطير قانوني ونصوص أكثر دقة من النصوص المتاحة.

تتعدد طرق التوالد والتناسل الصناعي، اختار المشرع الجزائري منها التلقيح الصناعي ونظمه في قانون الأسرة وقانون الصحة، ويبقى تنظيمه هذا يتسم بالقصور ويحتاج إلى مراجعة.

لا يجوز اقتطاع الأعضاء التناسلية من الحي أو الميت وإعادة زرعها في شخص آخر، مهما كان الغرض من ذلك.

إن حق الأزواج في الإنجاب يسمح لهم باتخاذ الوسائل المشروعة للتوالد بشرط العقم المؤكد طبيًا، وفي حدود العلاقة الزوجية، دون الوسائل التي يتم فيها العبث بالجينوم البشري لأغراض تحسينية.

منع قانون الصحة كل انتقاء لجنس الجنين بوسائل التوالد الصناعي ومنع كذلك كل استنساخ للأجسام المتماثلة جينيا.

إن أكبر مشكل تطرحه عمليات التوالد بالتقنيات الحديثة هي مسألة ثبوت نسب الولد من جهة الأم أو الأب، فالمرشح أباح التلقيح الاصطناعي بين الزوجين فقط، ومنع طرق التوالد الأخرى كالحمل بالأم البديلة والحمل بتدخل طرف أجنبي عن العلاقة الزوجية.

وقواعد النسب تظل راسخة وثابتة، وتبقى قاعدة الفراش هي سبب ثبوت النسب الشرعي، ولا ينتفي بعد ثبوته إلا باللعان، وهذا متى توفرت شروط الفراش المنصوص عليها قانونا.

وإدماج الطرق العلمية في وسائل إثبات النسب يتسم بالقصور وعدم الدقة، واقتصرها على الإثبات دون النفي، لاسيما بعد اتجاه القضاء إلى إلحاق ابن المغتصبة بمغتصبها بناء على نتائج الخبرة الطبية، وهو ما لم يأت به القانون ولا الفقه الإسلامي، فالإلحاق له شروطه وإثبات النسب كذلك شروطه ويختلفان جذريا عن بعضهما.

إن امتناع القضاء عن استخدام الخبرة العلمية في مسائل نفي النسب هو في الحقيقة تطبيق للقانون وحماية للنسب، مع أنّ هناك حالات لا تشكل فيها الخبرة تعارضا مع اللعان، كاختلال شروط الفراش التي لا يثبت معها النسب أصلا، كان يجدر بالقضاء تفعيل النصوص القانونية التي تضمنتها في إطار السلطة التقديرية.

إضافة إلى النتائج المتقدمة؛ وصلنا إلى اقتراحات نلخصها في الآتي:

إن قانون الأسرة بحاجة إلى تعديل وفقا لحاجة المجتمع والأفراد على أن يكون هذا التعديل استنادا إلى الأحكام الشرعية، وذلك بالاهتداء بالنصوص الشرعية في كل مستجد، خاصة وإعادة النظر في النصوص النازمة لعقد الزواج.

ما يعيشه المجتمع في ظل ثورة المعلومات يحتاج إلى سن قواعد دقيقة تتلاءم مع مستجدات عصر التكنولوجيا، لأن خطورة ملامسة عقد الزواج للعلوم الحديثة هي أجدر بالتنظيم لا أن تترك لآراء الناس والاجتهاد بحسب أهوائهم. مما يتطلب استحداث هيئة إلكترونية رسمية يوكل لها مهمة إبرام عقود الزواج، بحيث يراعى فيها خصوصية وأهمية الزواج، وبالتالي تفادي إبرام عقد الزواج العرفي الإلكتروني.

ولكنثرة استخدام التسجيل الصوتي والمرئي في عصر التقنية لغرض تسجيل التراضي في العقود، وليكون حجة في حالة النزاع، فإننا ندعو المشرع الجزائري إلى إعادة النظر في قواعد الإثبات، والنص على حجيته صراحة في القانون المدني، على أن يمنحه حجية الوثيقة العرفية في الإثبات.

إن انتشار الزواج المثلي في العالم يشكل تهديدا آخر للأسرة، فالنصوص المتوفرة في تجريم العلاقات من نفس الجنس غير كافية، لذلك يتطلب الأمر سن نصوص ردعية تجرم الزواج المثلي صراحة.

إن قانون الصحة رقم 18-11 وفي إطار تنظيمه لعمليات زراعة الأعضاء قد أهمل النص على استقطاع وزراعة الأعضاء التناسلية لعلاج العقم، فكان عليه استحداث نص يمنعها ويجرمها.

وأخيرا، ومن خلال الخوض في غمار هذا البحث وجدنا أنه من أصعب الأمور الخوض في أحكام الزواج المستجدة بتطور العلوم، فهي أمور متعلقة بالشرع والقانون معا. لذلك، يبقى هذا البحث ناقصا بالرغم من بذلنا كل الجهد في إنجازه، وصعوبته تكمن في سكوت القانون عن تنظيم أغلبية أحكامه، وبالتالي الرجوع إلى الآراء الفقهية بمقتضى المادة 222 التي لم تحدد مذهبنا معيننا نقتدي به. وهي أمور فيها من الصعوبة والتعقيد والتشعب ما يستدي التريث والتأمل وعدم التسرع في إصدار الأحكام.

ويبقى من واجبنا أن نعمل على توطيد العلاقات الأسرية والبحث باستمرار في مستجدات العلوم حتى نستفيد من إيجابياتها ونتفادى سلبياتها، والعلم لا يشكل خطرا على الأسرة والأزواج والنسل إذا ما تم التمسك بالثوابت الشرعية واحترام كرامة الإنسان وحرمة الأسرة.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

قائمة الملاحق

- 1- ملحق رقم 1: إحصائيات عقود الزواج في الجزائر.
- 2- ملحق رقم 2: نموذج شهادة طبية ما قبل الزواج باللغة العربية.
- 3- ملحق رقم 3: نموذج شهادة طبية ما قبل الزواج باللغة الفرنسية.
- 4- ملحق رقم 4: خريطة صبغية للرجل والمرأة.
- 5- ملحق رقم 5: حكم قضائي في دعوى نفي نسب.

ملحق رقم: 01

Années	1990	2000	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
Nombre de Mariages	149 345	177 548	331 190	341 321	344 819	369 031	371 280	387 947	386 422
Taux Brut de Nuptialité (en ‰)	5,97	5,84	9,58	9,68	9,58	10,05	9,9	10,13	9,88

Taux de fécondité générale par âge des femmes en 2015 (pour 1000 femmes)

Age des femmes (années)	15-19 ans	20-24 ans	25-29 ans	30-34 ans	35-39 ans	40-44 ans	45-49 ans
Taux de fécondité générale	9,7	87	156,8	167,4	126,3	62	8,9

Evolution de l'indice conjoncturel de fécondité et de l'âge moyen à l'accouchement (AMA)

Années	1990	2000	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
Indice Conjoncturel de Fécondité (enfants/femme)	4,5	2,4	2,8	2,8	2,9	2,9	3	2,9	3	3,1
Âge Moyen à la Maternité (en années)	29,5	32	31,9	31,8	32	32,2	31,8	31,7	31,8	31,8

Évolution des naissances vivantes et du taux brut de natalité

Année	1990	2000	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
Nombre de Naissances (en milliers)	775	589	817	849	888	910	978	963	1014	1040
Taux Brut de Natalité (en ‰)	30,94	19,36	23,62	24,07	24,68	24,78	26,08	25,14	25,93	26,03

Évolution de la population résidente totale et de l'accroissement naturel

Années	1990	2000	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
Population au milieu de l'année (en milliers)	25 022	30 416	34 591	35 268	35 978	36 717	37 495	38 297	39 114	39 963
Accroissement naturel (en milliers)	624	449	663	690	731	748	808	795	840	858
Taux d'Accroissement Naturel (en ‰)	2,49	1,48	1,92	1,96	2,03	2,04	2,16	2,07	2,15	2,15

Evolution de l'indice conjoncturel de fécondité et de l'âge moyen à l'accouchement (AMA)

Années	1990	2000	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
Indice Conjoncturel de Fécondité (enfants/femme)	4,5	2,4	2,8	2,8	2,9	2,9	3	2,9	3	3,1
Âge Moyen à la Maternité (en années)	29,5	32	31,9	31,8	32	32,2	31,8	31,7	31,8	31,8

ملحق رقم: 02

نموذج

شهادة طبية ما قبل الزواج

(معدة تطبيقاً لأحكام المادة 7 مكرر من القانون رقم 84 - 11

المؤرخ في 9 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة)

أنا الممضي أسفله الدكتور :

الاسم واللقب :

دكتور في الطب :

الممارس في :

العنوان :

أشهد أنني فحصت لغرض الزواج :

المولودة في :

السكن (ة) بـ :

بطاقة التعريف الوطنية رقم الصادرة في : بـ

أعددت هذه الشهادة بعد فحص عيادي شامل وبعد الإطلاع على نتائج الفحوص الآتية:

فصيلة الدم (ABO+ rhesus)

أصرح كذلك أنني

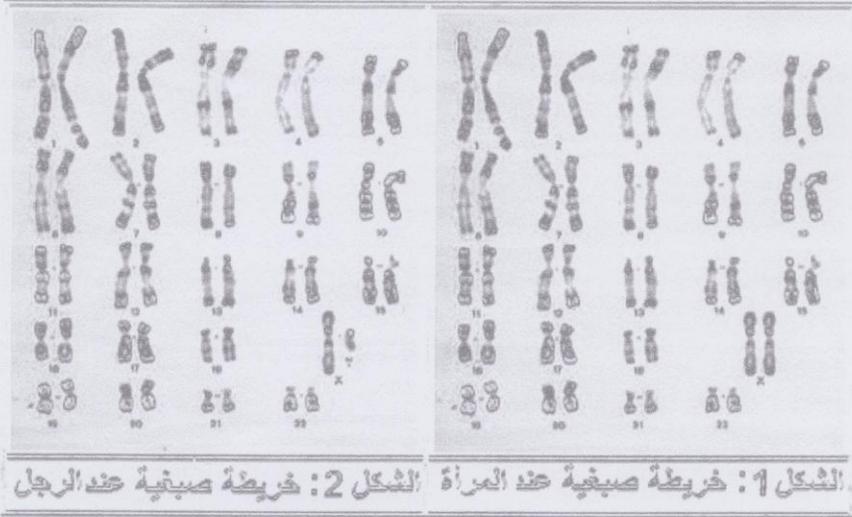
- أعلمت المعني(ة) بنتائج الفحوصات الطبية التي خضع(ت) لها وبكل ما من شأنه ان يقي أو يقلل الخطر الذي قد يلحق به أو بزوجه أو بذريته.
- لفت انتباه طالبة الزواج مخاطر مرض الحمى الذي يمكن أن يتعرض له أثناء فترة الحمل.
- أكدت على عوامل الخطر بالنسبة لبعض الأمراض.
- سلمت هذه الشهادة للمعني(ة) شخصياً لاستعمالها والإدلاء بها في حدود ما يسمح به القانون.

حرر بـ في

ملحق رقم: 03

4	JOURNAL OFFICIEL DE LA REPUBLIQUE ALGERIENNE N° 31	16 Rabie Ethani 1427 14 mai 2006
FORMULAIRE		
CERTIFICAT MEDICAL PRENUPTIAL		
(Etabli en application des dispositions de l'article 7 bis de la loi n° 84-11 du 9 juin 1984 portant code de la famille)		
Je soussigné, Docteur :		
Nom et prénom :		
Docteur en médecine :		
Exerçant à :		
Adresse :		
Certifie avoir examiné en vue du mariage :		
Né(e) le :		
Demeurant à :		
C.I.N. n° délivrée à : le :		
Etablis le présent certificat après avoir procédé à un examen clinique complet et pris connaissance des résultats des examens suivants :		
— Groupe sanguin ABO + Rhésus.....		
Déclare en outre, avoir :		
— informé l'intéressé(e) des résultats des examens cliniques et des actions de nature à prévenir ou à réduire le risque pour lui(elle), son conjoint ou sa descendance ;		
— attiré l'attention de la future épouse des risques d'une éventuelle rubéole qui peut être contractée au cours de la grossesse ;		
— insisté sur les facteurs de risques pour certaines maladies.		
Ce certificat est délivré à l'intéressé(e), en mains propres, pour servir et valoir ce que de droit.		
Fait à : le :		

ملحق رقم: 04



ملحق رقم: 05

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
باسم الشعب الجزائري
حكم في دعوى نفى نسب صادر عن محكمة شلف

مجلس قضاء: شلف

محكمة: شلف

قسم: شؤون الأسرة

رقم الجدول: بالجلسة العتبية المنعقدة بمقر محكمة شلف

رقم الفهرس: بتاريخ الثاني عشر من شهر نوفمبر سنة الفين و أربعة عشر

تاريخ الحكم: برئاسة السيد(ة).....قاضي

و بمساعدة السيد(ة)..... أمين ضبط

مبلغ الرسم/ 300دج و بحضور السيد(ة).....وكيل الجمهورية

صدر الحكم الاتي بيانه

بين السيد(ة):

بين/ (1) ب.ع مدعي

العنوان: الشلف

المباشر للخصام بواسطة الأستاذ(ة):.....

ضد/ (1) ن.ز مدعى عليه

المباشر للخصام بواسطة الأستاذ(ة).....

عنوان: الشلف

نيابة وكيل الجمهورية

حاضر

بيان وقائع الدعوى*

بموجب عريضة افتتاحية مودعة و موقعة لدى كتابة ضبط محكمة شلف قسم شؤون الأسرة بتاريخ 2014/07/02 و المسجلة تحت رقم 14/2955 ، أقم المدعي (ب.ع) المباشر للخصام بواسطة الأستاذ (ح.ع) دعوى ضد (ن.ز) بحضور النيابة العامة ، ملتصقا بحكم بنفي الولد (ب.ع) المولود بتاريخ 2014/03/27 ابن المدعى عليها و احتياطيا الحكم باجراء خيرة بيولوجية للحمض النووي وأخذا عينات للعارض و المدعى عليها والولد (ب.ع) ، وشرحا لدعواه : ان العارض اقترن بالمدعى عليها بموجب عقد زواج رسمي في 2010/04/21 تحت رقم 527 غير أنه تم فك الرابطة الزوجية بالطلاق بموجب حكم قضائي صادر عن محكمة الشلف رقم الفهرس بتاريخ 2014/02/27 وبتاريخ 2014/03/27 ولدت المدعى عليها مولودا (ب.ع) وسجلته بالدفتر العائلي ناسبة اياه للعارض في حين أنه ليس له القدرة على الانجاب و هذا ما تثبتته الشهادات الطبية الصادرة قبل الحمل و بعده .

وبمذكرة جوابية أجابت المدعى عليها بواسطة محاميتها الأستاذة... ملتصقة رفض طلب العارض لعدم التأسيس، وأهم ما جاء فيها : أن الطفل من صلب المدعي وأنها أنجبتة من خلال علاج طبي وأن طلبه العارض منه التهرب من تحمل مسؤولية نفقة الاهمل و النفقة الغذائية.

وقد رد المدعي انه فعلا كان يقوم بمعوية المدعى عليها بالتحاليل الطبية وذلك تحضيرا لاجراء عملية التلقيح الاصطناعي ولم يتم ذلك لأنه عاقر، متعما شهادة طبية تفيدان العقم وقصد اللطاف متمسكا بسابق طلباته.

عن طلب إجراء الخبرة البيولوجية

حيث أن المادة 40 من قانون الأسرة أجازت للقاضي اللجوء الى الطرق العلمية لاثبات النسب وليس لنفيه، وبما أن المدعي طالب بإجراء الخبرة الفنية من أجل نفي النسب ،فان ذلك يتعارض مع نص المادة،مما يجعل طلبه غير مؤسس قانونا ، مما يتعين معه رفضه لعدم التأسيس.
حيث أن المصاريف القضائية يتحملها خاسر دعواه طبقا للمادة 419 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية.

لهذه الأسباب

حكمت المحكمة حال فصلها في قضايا شؤون الأسرة علنيا حضوريا ابتدائيا

في الشكل: قبول الدعوى

في الموضوع: رفض الدعوى لعدم التأسيس

تحميل المدعي المصاريف القضائية و المقدرة ب: 300 دج .

قائمة المراجع

القرآن الكريم، برواية حفص، خط النسخ الحاسوبي، النسخة رقم 08، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف.

أولاً: المراجع العامة

أ- باللغة العربية

- 1- آباش محمد، الأسرة بين الجمود والحداثة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2011.
- 2- ابن القاص أبو العباس أحمد بن أبي أحمد الطبري، أدب القاضي، تحقيق، حسين خلف الجبوري، ج1، ط1، مكتبة الصديق للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 1989.
- 3- ابن القيم الجوزية شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر الزرعي دمشقي الحنبلي، زاد المعاد في هدي خير العباد، تحقيق شعيب الأرنؤوط وعبد القادر الأرنؤوط، ج1، ط3، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1998.
- 4- ابن الملقن عمر بن علي بن أحمد بن محمد المصري الشافعي، التذكرة في الفقه الشافعي، تحقيق محمد حسن محمد حسن إسماعيل، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2006.
- 5- ابن الهمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي الاسكندري الحنفي، شرح فتح القدير، كتاب النكاح، ج2، ط1، وزارة الاوقاف السعودية، المملكة العربية السعودية، 1378هـ.
- 6- ابن تيمية أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام، الفتاوى الكبرى، المجلد5، تحقيق محمد عبد القادر عطا ومصطفى عبد القادر عطا، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1987.
- 7- ابن حجر الهيتمي الشافعي وعبد الحميد الشرواني وابن قاسم العبادي، حواشي تحفة المحتاج بشرح المنهاج، ج8، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، 1938.
- 8- ابن عابدين محمد أمين، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، تحقيق عادل أحمد عبد الوجود وعلي محمد معوض، ج4، دار عالم للكتب، الرياض، 2003.
- 9- ابن عبد البر أبي عمر يوسف بن عبد الله ابن محمد النمري الأندلسي، الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ من معاني الرأي والآثار وشرح ذلك كله بالإيجاز والاختصار، تحقيق عبد المعطي أمين قلعجي، مجلد16، ط1، دار الوعي، القاهرة، 1993.

- 10- ابن قدامى موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد المقدسيّ الجَمَاعليّ الدمشقيّ الصالحيّ الحنبليّ، المغني، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو، ج9، ط3، دار عالم الكتب، الرياض، 1997.
- 11- ابن قدامة موفق الدين عبد الله بن أحمد المقدسي، المقنع، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1979.
- 12- ابن قدامة موفق الدين المقدسي وابن قدامة شمس الدين المقدسي وعلاء الدين المرادوي، المقنع والشرح الكبير والإنصاف، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، ج20، ط1، دار هجر، مصر، 1996.
- 13- ابن ماجة أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني، السنن، تحقيق شعيب الأرنؤوط وآخرون، ج3، ط1، دار الرسالة العالمية، دون بلد النشر، 2009.
- 14- ابن ماجة أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجة، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، ج1، دار احياء الكتب العربية، القاهرة، د.س.ن.
- 15- أبو الحارث الغزي محمد صدقي بن أحمد بن محمد البورنو، الوجيز في إيضاح القواعد الفقهية الكلية، ط4، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1996.
- 16- أبو زهرة محمد، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، د.س.ن.
- 17- أبو عبد الرحمن عادل بن يوسف العزازي، تمام المنة في فقه الكتاب وصحيح السنة، ط1، مؤسسة قرطبة، مصر، 2004.
- 18- أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، المحلى بالآثار، تحقيق عبد الغفار سليمان البنداري، ج9، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003.
- 19- أبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، تحقيق مصطفى كمال وصفي، ج2، دار المعارف، القاهرة، د.س.ن.
- 20- أبي البركات عبد الله بن أحمد بن محمود المعروف بحافظ الدين النسفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، في فروع الحنفية، ج4، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997.
- 21- أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي، سنن أبي داود، إعداد وتعليق عزت عبيد الدعاس وعادل السيد، ج2، ط1، دار ابن حزم، بيروت، 1997.

- 22- أبي سليمان المختار بن العربي مؤمن الجزائري ثم الشنقيطي أبو سليمان، المناهل الزلالية في شرح وأدلة الرسالة، مجلد2، ط1، دار ابن حزم، بيروت، 2013.
- 23- أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، دار ابن كثير، دمشق، ط1، 2002.
- 24- أبي علي بن الحسين بن علي بن سينا، القانون في الطب، وضع حواشيه محمد أمين الضناوي، ج1، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1999.
- 25- أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، 2009.
- 26- أسامة عبد العليم الشيخ، مجلس العقد وأثره في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الخاص، دار الجامعة الجديدة، د.س.ن.
- 27- الأبياني محمد زيد، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، تحقيق محمد خالد جمال رستم، ج1، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006.
- 28- الأنصاري زكريا، حاشية سليمان الجمل على شرح المنهج، مجلد4، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.س.ن.
- 29- البار محمد علي، خلق الانسان بين الطب والقرآن، الدار السعودية للنشر والتوزيع، ط4، الرياض، 1983.
- 30- البخاري برهان الدين أبي المعالي محمود بن صدر الشريعة ابن مازة، المحيط البرهاني لمسائل المبسوط والجامعين والسير والزيادات والنوادر والفتاوى الواقعات مدللة بدلائل المتقدمين، اعتنى به نعيم أشرف نور أحمد، مجلد4، ط1، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، المجلس العلمي، باكستان، 2004.
- 31- البهوتي منصور بن يونس بن إدريس، كشف القناع عن متن الإقناع، ج5، عالم الكتب، بيروت، 1983.
- 32- البهيتي أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي، السنن الصغير، توثيق وتخرىج عبد المعطي أمين قلججي، ج3، ط1، دار الوفاء، المنصورة، 1989.
- 33- الترميذي الحافظ محمد بن عيسى بن سورة، سنن الترميذي، تعليق محمد ناصر الدين الألباني، باب ما جاء في المصورين، ط1، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، د.س.ن.
- 34- التكروري عثمان، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2004.

- 35- الجزيري عبد الرحمن، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية، ج4، ط2، بيروت، 2003.
- 36- الخطاب الرعيني أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، تحقيق زكريا عميرات، ج5، دار عالم الكتب، د.س.ن.
- 37- الخرشبي محمد أبو عبد الله، علي العدوي، الخرشبي علي مختصر سيدي الخليل وبهامشه حاشية العدوي، ج8، ط2، مطبعة الأميرية الكبرى، مصر، 1317هـ.
- 38- الدارقطني علي بن عمر، وبذيله التعليق المغني علي الدارقطني، لأبي الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي، ط1، دار ابن حزم، بيروت، 2011.
- 39- الدسوقي شمس الدين الشيخ محمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج5، دار إحياء الكتب العربية، د.س.ن.
- 40- الرافعي سالم بن عبد الغني، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب، ط1، دار ابن حزم، بيروت، 2002.
- 41- الرملي شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في فقه الإمام الشافعي رضي الله عنه، ج6، دار الفكر، بيروت، 1984.
- 42- الزحيلي محمد مصطفى، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، ج1، دار الفكر، دمشق، 2006.
- 43- الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، ط3، دار الفكر، دمشق، 1989.
- 44- الزحيلي وهبة، الأسرة المسلمة في العالم المعاصر، دار الفكر، دمشق، 2000.
- 45- السرخسي شمس الدين، المبسوط، ج5، ط1، دار المعرفة، بيروت، 1989.
- 46- السرطاوي محمود علي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط3، دار الفكر، الأردن، 2010.
- 47- السعدي محمد صبري، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، المسؤولية التقصيرية، دار الهدى، الجزائر، 2011.
- 48- السنهوري أحمد عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ج1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د.س.ن.
- 49- السنهوري عبد الرزاق، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج2، طبعة 1، دار إحياء التراث، بيروت، د.س.ن.

- 50- السيوطي جلال الدين، الدر المنثور في التفسير بالمأثور، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي ج2، ط1، القاهرة، 2003.
- 51- الشربيني شمس الدين محمد بن الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، اعتنى به محمد خليل عيتاني، ج3، ط1، دار المعرفة، بيروت، 1997.
- 52- الشرنباصي رمضان علي السيد، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الإسكندرية، 2001.
- 53- الشوكاني محمد بن علي، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، ط1، دار ابن حزم، بيروت، 2004.
- 54- الشيرازي أبي اسحاق، المهذب في فقه الغمام الشافعي، تحقيق محمد الزحيلي، ج4، ط1، دار القلم، دمشق، 1996.
- 55- العازمي موسى بن راشد، اللؤلؤ المكنون في سيرة النبي المأمون، ج1، ط1، دار الصمعي للنشر والتوزيع، الرياض، 2014.
- 56- العربي بختي، نظام الأسرة في الإسلام والشرائع والنظم القانونية القديمة، ط1، مؤسسة كنوز الحكمة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.
- 57- العوجي مصطفى، القانون المدني، المسؤولية المدنية، ج2، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004.
- 58- الغوثي بن ملحمة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.
- 59- القرطبي أبي عبد الله محمد بن أحمد أبي بكر، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، ج4، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2006.
- 60- القرني عائض بن عبد الله، الفقه الميسر، ط1، مكتبة العبيكان، الرياض، 2009.
- 61- الكساني علاء الدين أبي بكر بن مسعود الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق الشيخ علي محمد عوض وعادل أحمد عبد الموجود، ج3، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003.
- 62- اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، تحقيق أحمد بن عبد الرزاق الدويش، مجلد18، ط1، دار المؤيد للنشر والتوزيع، الرياض، 1424هـ.

- 63- المرادوي علي بن سليمان علاء الدين أبو الحسن، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق محمد حامد الفقي، ط1، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، 1956.
- 64- النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج7، ط3، المكتب الإسلامي، بيروت، 1991.
- 65- بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، دار وائل للنشر، الجزائر، 2010.
- 66- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري وفقا لآخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، أحكام الزواج والطلاق، ج1، ط1، د.م.ج، الجزائر، 2010.
- 67- بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، ط2، دار هومة، الجزائر، 2015.
- 68- بن حجر العسقلاني أبي الفضل شهاب الدين أحمد بن علي بن محمد، تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، علق عليه واعتنى به أبو عاصم حسن بن عباس بن قطب، ج3، ط1، مؤسسة قرطبة، مصر، 1995.
- 69- بن حرز الله عبد القادر، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه وفي قانون الأسرة الجزائري، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2007.
- 70- بن حزم أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد، المحلى، تحقيق محمد منير الدمشقي، ج1، مطبعة النهضة، مصر، د.س.ن.
- 71- بن داود عبد القادر، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، دار هومة، الجزائر، 2008.
- 72- بن رشد الحفيد أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تعليق وتحقيق وتخرير محمد صبحي حسن حلاق، ج3، ط1، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، 1415هـ.
- 73- بوسقيعة أحسن، قانون الإجراءات الجزائية في ضوء الممارسة القضائية، ط2، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2004.
- 74- تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2008.
- 75- تقية عبد الفتاح، النصوص التشريعية في قضايا الأحوال الشخصية، قانون الأسرة مدعما بأحدث الاجتهادات القضائية والتشريعية، دراسة مقارنة، ط1، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2011.

- 76- خلاف عبد الوهاب، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط2، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت، 1990.
- 77- دار الإفتاء المصرية، الفتاوى الإسلامية من دار الافتاء المصرية، المجلد8، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، 1993.
- 78- داودي عبد القادر، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.
- 79- داودي عبد القادر، أحكام الأسرة بين الفقه وقانون الأسرة الجزائري، ط3، البصائر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2016.
- 80- دريني فتحي، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، ط2، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2008.
- 81- دلاندة يوسف، الوجيز في شرح الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، ط3، دار هومة، 2011.
- 82- زهير أحمد السباعي، ومحمد علي البار، الطيب أدبه وفقهه، ط1، دار القلم، دمشق، 1993.
- 83- سديد بلخير، الأسرة وحماتها في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، دراسة مقارنة، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2009.
- 84- سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومة، الجزائر، 2007.
- 85- سعد عبد العزيز، أبحاث تحليلية في قانون الإجراءات المدنية، دار هومة، الجزائر، 2008.
- 86- سعد عبد العزيز، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، ط2، دار هومة، الجزائر، 2014.
- 87- سعد عبد العزيز، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، ط2، دار هومة، الجزائر، 2014.
- 88- طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2009.
- 89- عباس حسني محمد، العقد في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالقانون الوضعي، ج1، ط1، دون دار نشر، القاهرة، 1993.
- 90- عبد الستار أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، ج1، ط2، مطبعة مقهوي، الكويت، 1985.
- 91- عبد الكريم بن محمد اللاحم، المطلع على دقائق زاد المستنقع (فقه الأسرة)، مجلد 4، ط1، دار كنوز إشبيلية للنشر والتوزيع، الرياض، 2010.

- 92- عبد الله بن محمود بن مودود الموصلبي الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، تعليق محمود أبو دقيقة، ج3، در الفكر العربي، القاهرة، د.س.ن.
- 93- فركوس دليلة وجمال العياشي، محاضرات في قانون الأسرة، انعقاد الزواج، دار الخلدونية، الجزائر، 2016.
- 94- كمال صالح البناء، الزواج العربي ومنازعات البنوة في الشريعة والقانون والقضاء، دار الكتب القانونية، مصر، 2005.
- 95- محروق كريمة، عقد الزواج غير الموثق، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، ط1، عالم الكتب الحديث للنشر والتوزيع، الأردن، 2016.
- 96- محمد الأمين بن محمد المختار الجكني الشنقيطي، أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن ومعه التمه، ج9، ط2، المؤسسة السعودية (مطبعة المدني)، دون بلد النشر، 1980.
- 97- محمد البشير حاج سالم، مفهوم خلاف الأصل، دراسة تحليلية في ضوء الشريعة الإسلامية، ط1، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، الولايات المتحدة الأمريكية، 2008.
- 98- محمد بن صالح العثيمين، الشرح الممتع على زاد المستقنع، مجلد 12، طبعة 1، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، 1427هـ.
- 99- محمد بن صالح العثيمين، تفسير القرآن الكريم، سورة الروم، ط1، مؤسسة محمد صالح ابن العثيمين الخيرية، المملكة العربية السعودية، 1436هـ.
- 100- محمد بن صالح العثيمين، مجموع فتاوى ورسائل الشيخ ابن عثيمين، المجلد الثاني، ط1، دار الوطن للنشر، الرياض، 1407هـ.
- 101- محمد بن علي بن محمد بن علي بن عبد الرحمن الحنفي الحصفكي، الدر المختار في شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، تحقيق عبد المنعم خليل ابراهيم، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2002.
- 102- محمد حسين منصور، النظام القانوني للأسرة في الشرائع غير الإسلامية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003.
- 103- محمد زكريا الكاندهلوي المدني، أوجز المسالك إلى موطأ مالك، اعتنى به وعلق عليه تقي الدين الندوي، ج10، دار القلم، دمشق، 2003.

104- محمد كمال الدين إمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه والقانون والقضاء، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003.

105- محمد نعيم محمد هاني ساعي، موسوعة مسائل الجمهور في الفقه الإسلامي، مجلد2، ط2، دار السلام للنشر والتوزيع والترجمة، القاهرة، 2007.

ب- باللغة الأجنبية

1- Ghaouti BENMELHA, Le droit algérien de la famille, office des publications universitaires, Alger, 1993.

2- Jacques QUEVAUVILLIERS, Dictionnaire médical de poche, 2^e édition, Masson, Paris, 2007.

ثانيا: المراجع المتخصصة

أ- باللغة العربية

1- أحمد سالم أحمد عائشة، الأحكام المتصلة بالحمل في الفقه الإسلامي، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات للنشر والتوزيع، بيروت، 2008.

2- أحمد شرف الدين، هندسة الإنجاب والوراثة في ضوء الأخلاق والشرائع، ط1، المكتبة الأكاديمية، القاهرة، 2001.

3- أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004.

4- أحمد محمد لطفى أحمد، التلقيح الصناعي بين أقوال الأطباء وآراء الفقهاء، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.

5- أحمد نصر الجندي، النسب في الإسلام والأرحام البديلة، دار الكتب القانونية، مصر، 2003.

6- أسامة عبد العليم الشيخ، البلوغ وأثره في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2008.

7- أسامة عبد العليم الشيخ، مجلس العقد وأثره في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008.

8- إسلام سهل السيد، النظام القانوني للحق في الصورة، ط1، المصرية للنشر والتوزيع، القاهرة، 2018.

- 9- أسامة عمر سليمان الأشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، ط1، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 2000.
- 10- أسماء مندوه عبد العزيز أبو خزيمة، وسائل إثبات النسب بين القديم والحديث، في الفقه المقارن، جامعة الأزهر، دار الفكر الجامعي، مصر، 2010.
- 11- إسماعيل السحماوي هيام، إيجار الرحم، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013.
- 12- إسماعيل مرحبا، البنوك الطبية البشرية وأحكامها الفقهية، ط1، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 1429.
- 13- إقروفة زبيدة، التلقيح الاصطناعي، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون والوضعي، دار الهدى، الجزائر، 2010.
- 14- البار محمد علي، طفل الأنبوب والتلقيح الصناعي، الدار السعودية للنشر والتوزيع، جدة، 1990.
- 15- البوعيشي الكيلاني فاتن، الفحوصات الطبية للزوجين قبل إبرام عقد الزواج، أسانيدها ومقاصدها، دراسة مقارنة، ط1، دار النفائس، الأردن، 2011.
- 16- الخاليلة عايد رجا، المسؤولية التقصيرية الإلكترونية، المسؤولية الناشئة عن إساءة استخدام أجهزة الحاسوب والأنترنت، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.
- 17- السبحي محمد عبد ربه محمد، حكم استئجار الأرحام دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008.
- 18- السند عبد الرحمن بن عبد الله، الأحكام الفقهية للتعاملات الإلكترونية، ط1، دار الوراق، بيروت، 2004.
- 19- السيد أبو عطية، الزواج والطلاق في زمن العولمة، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014.
- 20- العطار عبد الناصر توفيق، خطبة النساء في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية للمسلمين وغير المسلمين، مطبعة السعادة، مصر، د.س.ن.
- 21- القضاة عبد الحميد، رسالة إلى الشباب الفحص الطبي قبل الزواج ضرورة أم ترف؟ ط1، جمعية العفاف الخيرية، الأردن، 2003.

- 22- القواسمي محمد بسام، أثر الدم والبصمة الوراثية في الإثبات، في الفقه الإسلامي والقانون، ط1، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 2010.
- 23- الكعبي خليف علي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، دراسة فقهية مقارنة، طبعة1، دار النفائس، الأردن، 2006.
- 24- المرسي زهرة محمد، الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية، دراسة مقارنة، جامعة الكويت، الكويت، 1993.
- 25- المغربي جعفر محمود وحسين شاكر عساف، المسؤولية المدنية عن الاعتداء على الحق في الصورة بواسطة الهاتف المحمول، ط1، دار الثقافة للنشر، الأردن، 2010.
- 26- أمير فرج يوسف، الموت الإكلينيكي زرع ونقل الأعضاء والدم والعلاج بالخلايا الجذعية، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 2011.
- 27- أمير فرج يوسف، أطفال الأنابيب طبقاً للحقائق العلمية والأحكام الشرعية والقانونية، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2013.
- 28- أنس حسن محمد ناجي، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في إثبات ونفي النسب، دراسة مقارنة في ضوء القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010.
- 29- أوان عبد الله الفيضي، الخبرة الطبية في الدعوى المدنية، دراسة تحليلية مقارنة في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء معززة بالتطبيقات القضائية للمحاكم العربية والعالمية، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2015.
- 30- بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، دراسة تحليلية مقارنة، ط2، مطبعة دار التأليف، مصر، 1961.
- 31- بديعة علي أحمد، الجوانب الفقهية المتعلقة بتغيير الجنس، دراسة فقهية مقارنة، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011.
- 32- بلحاج العربي، أحكام التجارب الطبية على الإنسان في ضوء الشريعة الإسلامية والقوانين الطبية المعاصرة، دراسة مقارنة، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2012.
- 33- تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، د.م.ج، الجزائر، 2001.

- 34- جانم جميل فخري محمد، مقدمات عقد الزواج (الخطبة)، في الفقه والقانون، دار حامد للنشر والتوزيع، ط1، الأردن، 2009.
- 35- جانم جميل فخري محمد، مقومات عقد الزواج في الفقه والقانون، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.
- 36- حاتم أمين محمد عبادة، وسائل تحسين النسل البشري، بين التجريب الطبي والتشريع الإسلامي، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2012.
- 37- حسام الأحمد، البصمة الوراثية حجيتها في الإثبات الجنائي والنسب، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010.
- 38- حسان لينا إبراهيم يوسف، التوثيق الإلكتروني ومسؤولية الجهات المختصة به، دراسة مقارنة، ط1، دار الراية للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.
- 39- حسين حمدي الطوبجي، وسائل الاتصال والتكنولوجيا في التعليم، ط2، دار القلم، الكويت، 1987.
- 40- خالد محمد صالح، أحكام الحمل في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة مع قانون الأحوال الشخصية، دار الكتب القانونية، مصر، 2011.
- 41- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، ط2، الإسكندرية، 2011.
- 42- زبير مصطفى حسين، الطبيعة القانونية لعقد الزواج، دراسة مقارنة في تكوين العقد بين قانون الأحوال الشخصية والقانون المدني، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2012.
- 43- زياد أحمد سلامة، أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة، ط1، الدار العربية للعلوم، الأردن، 1996.
- 44- سعد الدين مسعد الهلالي، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، ط1، دراسة فقهية، مقارنة، مكتبة الكويت الوطنية، الكويت، 2001.
- 45- سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويخ، أحكام الهندسة الوراثية، ط1، كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض، 2008.
- 46- سمارة محمد، أحكام وآثار الزوجية، شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008.

- 47- شتوان بلقاسم، الخطبة والزواج في الفقه المالكي، دار الفجر، قسنطينة، 2007.
- 48- شعبان الكومي أحمد فايد، أحكام الاستنساخ في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006.
- 49- شوقي إبراهيم عبد الكريم علام، تحديد الجنس وتغييره بين الحظر والإباحة، دراسة مقارنة، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2011.
- 50- صفوان محمد عضيات، الفحص الطبي قبل الزواج، دراسة شرعية قانونية تطبيقية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.
- 51- طفياني مخطارية، إثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2013.
- 52- طلعت محمود منال، مدخل إلى علم الاتصال، دون دار نشر، الإسكندرية، 2001-2002.
- 53- عبد الفتاح أحمد أبو كيلا، الفحص الطبي قبل الزواج والأحكام الفقهية المتعلقة به في منظور الفقه الإسلامي، دراسة فقهية طبية قانونية معاصرة، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2012.
- 54- علي أحمد عبد العال الطهطاوي، شرح كتاب النكاح، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2005.
- 55- علي المتولي أماني، الضوابط القانونية والشرعية والمشكلات العلمية للأنواع الحديثة للزواج والطلاق، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2010.
- 56- علي بن محمد بن رمضان، أحكام الجنين من النطفة إلى الاستهلال، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2012.
- 57- علي محي الدين القرّة داغي وعلي يوسف المحمدي، القضايا الطبية المعاصرة، دراسة طبية فقهية معاصرة، ط2، دار البشائر الإسلامية، بيروت، 2006.
- 58- عمر الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، ط1، دار النفائس، الأردن، 1997.
- 59- عمرو شريف، ونبيل كامل، المخ ذكر أم أنثى، ط2، مكتبة الشروق الدولية، مصر الجديدة، 2011.
- 60- فرج محمد محمد سالم، وسائل الإخصاب الطبي المساعد وضوابطه، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2012.

- 61- قادر محمد خضر، دور الإرادة في أحكام الزواج والطلاق والوصية، دراسة فقهية مقارنة، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع، الأردن، 2010.
- 62- كبتارة عبد الفتاح، الزواج المدني، دراسة مقارنة، دار الندوة الجديدة، بيروت، 1994.
- 63- مجيد الصائغ، الزواج المثلي مفسدة إنسانية وأخلاقية، ط1، مؤسسة البلاغ للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 2010.
- 64- محمد بن جبر الألفي، التعاقد الإلكتروني في ميزان الشرع الإسلامي، أحكام تقنية المعلومات سجل وقائع ورشة عمل أحكام في المعلوماتية، جمعية الحاسبات السعودية، الرياض، 2002.
- 65- محمد بن يحيى النجيمي، حكم إبرام عقود الأحوال الشخصية والعقود غير التجارية عبر الأنترنت، ورشة عمل في أحكام المعلوماتية، أحكام تقنية المعلومات، الرياض، 2002.
- 66- محمد رأفت عثمان، فقه النساء في الخطبة والزواج، دار الاعتصام، القاهرة، د.س.ن.
- 67- محمد سعد خلف الله الشحيمي، التشبه بين الجنسين مفهومه أحكامه ومظاهره وأسبابه، ط1، دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري بدبي، إدارة البحوث، الإمارات العربية المتحدة، 2009.
- 68- محمد عقلة الإبراهيم، حكم إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة، ط1، دار الضياء للنشر والتوزيع، الأردن، 1986.
- 69- محمود محمد ناصر بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، ط1، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 2007.
- 70- معتصم خالد محمود حيف، الخبرة القضائية في القضايا الحقوقية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2014.
- 71- نايف محمود الرجوب، أحكام الخطبة في الفقه الإسلامي، ط1، دار الثقافة، الأردن، 2008.
- ب- باللغة الأجنبية

- 1- Gabrielle HOUBRE, Dans l'ombre de l'hermaphrodite : hommes et femmes en famille dans la France du XIXe siècle, Éditeur Belin, France, 2011.
- 2- Howard CANN, Diagnostics génétiques par la technique de l'ADN recombinant, Les Cahiers du MURS n°4 , Hiver 1985/86.

ثالثا- أطروحات دكتوراه ومذكرات ماجستير

أ- أطروحات الدكتوراه

✓ باللغة العربية

- 1- أحمد داود رقية، الحماية القانونية للجنين المخبري، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2014-2015.
- 2- أزرو محمد رضا، إشكالية إثبات العقود الإلكترونية، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، دراسة مقارنة، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2015-2016.
- 3- إلياس مسعودة نعيمة، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2009-2010.
- 4- أنس محمد إبراهيم بشار، تغيير الجنس وأثره في القانون المدني والفقہ الإسلامي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، 2003.
- 5- بشاتن صفية، الحماية القانونية للحياة الخاصة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2012.
- 6- بلقنيشي حبيب، إثبات التعاقد عبر الأنترنت (البريد المرئي)، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2010-2011.
- 7- بن سعيد صبرينة، حماية الحق في حرمة الحياة الخاصة في عهد التكنولوجيا "الإعلام والاتصال"، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة باتنة، 2014-2015.
- 8- بن شويخ صارة، نظام توثيق الزواج بين الثبات والتطور، دراسة مقارنة بين دول المغرب العربي، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية، جامعة محمد الأول بوجدة، المملكة المغربية، 2013-2014.
- 9- بن صغير محفوظ، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة باتنة، 2008-2009.
- 10- بن عومر محمد الصالح، المساواة بين الجنسين في إبرام عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري والمواثيق الدولية، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2015-2016.

- 11- بوشي يوسف، الجسم البشري وأثر التطور الطبي على نطاق حمايته جنائياً، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2012-2013.
- 12- جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون بالقاهرة، جامعة الأزهر، 1999.
- 13- حجاري محمد، نظام الإثبات في أحكام الأسرة، دراسة فقهية قانونية مقارنة في الفقه الإسلامي والقانونين المصري والجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2007.
- 14- حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، تلمسان، 2004-2005.
- 15- خدام هجيرة، حرية المرأة في القوانين المغاربية للأسرة، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2017-2018.
- 16- راحلي سعاد، النظام القانوني للتجارب الطبية على الأجنة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2014-2015.
- 17- زيري بن قويدر، النسب في ظل التطور العلمي والقانوني، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2011-2012.
- 18- زروق يوسف، حجية وسائل الإثبات الحديثة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2012-2013.
- 19- سلطان إبراهيم المرزوقي عائشة، إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم، قسم الشريعة الإسلامية، جامعة القاهرة، 2000.
- 20- شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، تلمسان، 2013-2014.
- 21- علاق عبد القادر، الفحص الطبي للمقبلين على الزواج، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2012-2013.
- 22- علال بزروق أمال، أحكام النسب بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2014-2015.
- 23- محتال آمنة، التأطير القانوني للعمل الطبي على الجينوم البشري، أطروحة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2016-2017.

- 24- مكرولوف وهيبة، الأحكام القانونية لنظام تغيير الجنس، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2015-2016.
- 25- يوسفات علي هاشم، أحكام النسب في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2014-2015.
- 26- يوسفواوي فاطمة، المسؤولية الجنائية للأطباء في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2014-2015.

✓ باللغة الأجنبية

- 1- Lucile GIRARD, La demande de soins des personnes transsexuelles en France, Prise en charge médicale et respect de la dignité, Thèse doctorat, Université paris Descartes, Paris 5, 2013.

ب- مذكرات الماجستير

- 1- السيد السيد محمد عبد الجواد، حماية الجنين في ظل المستجدات المعاصرة في التلقيح في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2014.
- 2- العتيبي محمد ذعار، النظام القانوني للعقد الإلكتروني، دراسة مقارنة بين التشريعين الأردني والكويتي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2012-2013.
- 3- العراقي محمد الأمين، أثر التطورات الطبية على إبرام عقد الزواج، مذكرة ماجستير في القانون الطبي، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2018-2019.
- 4- بغدالي جيلالي، الوسائل الحديثة المساعدة على الإنجاب في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2013-2014.
- 5- خدام هجيرة، التلقيح الاصطناعي، دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والقانون الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2006 - 2007.
- 6- درار نسيم، واقع المسؤولية المدنية في المعاملات الإلكترونية، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2011-2012.
- 7- صادق سلهب لما عبد الله، مجلس العقد الإلكتروني، مذكرة ماجستير في القانون، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، فلسطين، 2008.

- 8- عبد الناصر حمزة، عقد الزواج عبر وسائل الاتصال الحديثة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2013-2014.
- 9- لوريكات رامي صالح، التعاقد عبر الهاتف الخليوي، دراسة في التشريع الأردني، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2012-2013.
- 10- محمد المختار شبرو، الفحص الطبي قبل الزواج، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في الأحوال الشخصية، كلية الحقوق، جامعة الوادي، 2014-2015.
- 11- محمد ولد عال ولد محمياي، أحكام النسب وطرق إثباته، دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقانون الموريتاني، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2007-2008.
- 12- هامل فوزية، الحماية الجنائية للأعضاء البشرية في ظل القانون 09-01 المؤرخ في 25 فيفري 2009 المتعلق بالإتجار بالأعضاء البشرية، مذكرة ماجستير في علم الإجرام وعلم العقاب، كلية الحقوق، جامعة باتنة، 2011-2012.
- 13- هيلات سفيان محمود، الزيادة وأثرها في الأحوال الشخصية، مذكرة ماجستير، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، قسم الفقه وأصوله، جامعة اليرموك، الأردن، 2004.

رابعاً: المقالات

أ- باللغة العربية

- 1- إبراهيم التحجاني إبراهيم حامد، الخبرة الطبية ومدى تعارضها مع آية اللعان، مجلة الفقه والقانون، ماي 2015، ع 31. <https://sites.google.com/site/marocsitta>
- 2- إبراهيم عطية صالح حسن، عقد إجارة الرحم بين الإباحة والبطلان، المؤتمر الأول لكلية القانون والعلوم السياسية، جامعة ديالي، ص.12، <http://www.law.uodiyala.edu.iq>
- 3- أبو سنة أحمد فهمي، حكم العلاج بنقل دم للإنسان أو نقل أعضاء أو أجزاء منها، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ط5، رابطة العالم الإسلامي، السنة الأولى، 2003، ع1.
- 4- اسماعيل غازي مرجبا، تحسين النسل، دراسة طبية فقهية، مجلة كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، 2012، مجلد 65.

- 5- البار محمد علي، مشكلة الخنثى بين الطب والفقہ، مجلة مجمع الفقہ الإسلامي، ط2، رابطة العالم الإسلامي، السنة الرابعة، 2005، ع6.
- 6- البسام عبد الله عبد الرحمن، زراعة الأعضاء الإنسانية في جسم الإنسان، مجلة مجمع الفقہ الإسلامي ط5، رابطة العالم الإسلامي، 2003، ع1.
- 7- الحسن هلا، تصديق التوقيع الإلكتروني، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، 2010، مجلد 26، ع1.
- 8- الحصان زهير، إثبات الأمراض الوراثية بالقرائن الطبية، مجلة الدراسات الطبية الفقهية، 1436هـ، ع1.
- 9- الحموي أسامة محمد منصور، آثار العدول عن الخطبة في الفقہ والقانون، دراسة مقارنة، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، 2001، مجلد 27، ع3.
- 10- الخولي هند، تأجير الأرحام في الفقہ الإسلامي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، 2011، مجلد 27، ع3.
- 11- السبيل عمر بن محمد، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في النسب والجنابة، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، رابطة العالم الإسلامي، جدة، 2002، ع15.
- 12- الشيخ نجيب عبد الرزاق، طبيعة الخطبة في رؤية فقهية جديدة، مجلة الحقوق، الكويت، 2001، ع1.
- 13- الصادق الحسن شادية، حكم الإسلام في التلقيح الاصطناعي، مجلة العلوم والبحوث الإسلامية، معهد العلوم والبحوث الإسلامية، جامعة السودان للعلوم والتكنولوجيا، فبراير 2011، ع2.
- 14- الصرايرة منصور، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر وسائل الاتصال الإلكترونية، مجلة جامعة دمشق للعلوم القانونية والاقتصادية، 2009، مجلد 25، ع2.
- 15- العرابي خيرة، التلقيح الاصطناعي وأثره في إثبات النسب، دفا تر مخبر حقوق الطفل، جامعة وهران، 2011، ع2.

- 16- الغرابي فلاح جابر، وسائل الاتصال الحديثة ودورها في إحداث التغير الاجتماعي، مجلة القادسية في الآداب والعلوم التربوية، جامعة القادسية، العراق، 2009، مجلد 8، ع2.
- 17- الكعبي هادي حسين والفتلاوي سلام عبد الزهرة، عقد إجارة الأرحام، دراسة مقارنة، مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية، جامعة بابل، العراق، 2015، ع1.
- 18- المصاروة سيف إبراهيم، التكييف الجرمي للتلقيح الصناعي دون رضا أحد الزوجين، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، كلية الحقوق، الجامعة الأردنية، 2015، مجلد 42، ع2.
- 19- المهداوي أحمد ويوسف محمد عبيدات، نقل وزراعة الأعضاء البشرية في القانون الإماراتي، دراسة مقارنة بالقانون القطري والمصري، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2016، ع1.
- 20- بدوي عبد الباقي، التفريق القضائي بين الزوجين بسبب العيوب في الفقه وبعض قوانين الأحوال الشخصية العقم نموذجاً، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، جامعة قسنطينة، 2016، مجلد 30، ع3.
- 21- بلحاج العربي، الشهادة الطبية قبل الزواج على ضوء قانون الأسرة الجديد، م.م.ع، 2007، ع1.
- 22- بلحاج العربي، المبادئ القانونية التي تحكم عملية التلقيح الاصطناعي في ضوء قانون الأسرة الجزائري الجديد، بحوث قانونية في قانون الأسرة الجزائري الجديد، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2014.
- 23- بلعباس أمال، ضوابط التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الفقه والقانون، 2016، ع49، <https://sites.google.com/site/marocsitta>
- 24- بلعباس أمال وبن عزيزة حنان، التكييف القانوني لعملية تأجير الرحم، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، جامعة مسيلة، كلية الحقوق، 2017، ع4.

- 25- بلعباس أمل، الحماية القانونية للمخطوبة من استخدام وسائل الاتصال الحديثة في النظر الشرعي، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة باتنة، 2018، ع13.
- 26- بن صغير مراد، حجية البصمة الوراثية ودورها في إثبات النسب، دفا تر السياسة والقانون، كلية الحقوق، جامعة ورقلة، 2013، ع9.
- 27- بن غانم العبيدي أسامة، التوقيع الإلكتروني وجرائم الاعتداء عليه في النظام السعودي، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2016، ع66.
- 28- بني سلامة محمد خلف محمد، مشروعية عقود الزواج بالكتابة عبر الأنترنت، دراسة فقهية مقارنة مع قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 36 لسنة 2010، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية، 2014، مجلد 22، عدد 2.
- 29- بوجعدار هاني، زواج المثليين في الشرائع السماوية والمواثيق الدولية، مجلة الشهاب، معهد العلوم الإسلامية، جامعة الوادي، 2017، ع6.
- 30- بوعزة أمينة، مجلس عقد النكاح الإلكتروني، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الأغواط، 2018، مجلد 2، ع3.
- 31- بوهنتالة براهيم، نفي النسب بين اللعان والخبرة العلمية، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة باتنة، 2018، ع13.
- 32- تشوار جيلالي، الأحكام الإسلامية في مسائل تغيير الجنس والاستنساخ البشري، م.ج.ع.ق.إ.س، معهد الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 1998، ج36، ع4.
- 33- تشوار جيلالي، سن الزواج بين الإذن والجزاء، م.ج.ع.ق.إ.س، جامعة الجزائر، 1999، ع4.
- 34- تشوار جيلالي، الحماية الارتياحية للطفل في مسألة النسب في قانون الأسرة الجزائري، المجلة القانونية التونسية، مركز النشر الجامعي، 2002، ع1.
- 35- تشوار جيلالي، نسب الطفل في القوانين المغربية بين النقص التشريعي والتنقيحات المستحدثة، م.ج.ع.ق.إ.س، جامعة تلمسان، 2005، ع3.

- 36- تشوار جيلالي، رضا الزوجين على التلقيح الاصطناعي، م.ع.ق.إ.س، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2006، ع4.
- 37- تشوار جيلالي، حق الشخص في التصرف في جسمه الرتق العذري والتغيير الجنسي نموذجاً، م.ع.ق.إ.س، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2008، ع6.
- 38- تشوار جيلالي، عوامة القانون ومدى تأثيرها على أحكام الأسرة، م.ج.ع.ق.إ.س، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008، ع3.
- 39- تيجاني هارون عبد الكريم أحمد، أثر الضرورة والحاجة وعموم البلوى فيما يحل ويجرم من المهن والوظائف خارج ديار الإسلام، مجمع فقهاء الشريعة بأمريكا، المؤتمر السنوي الخامس، المنامة البحرين، 2007.
- 40- حاروش نور الدين، السياسة الصحية في الجزائر بين الرهانات والواقع، مجلة دراسات استراتيجية، تصدر عن مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ع7.
- 41- حسن حماد حميد، الحماية الجنائية لأجنة الأنابيب، مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية، كلية القانون، جامعة ذي قار، العراق، 2012، ع6.
- 42- حميدو زكية، حكم وسائل الحمل المعاصرة في ضوء الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري، م.ج.ع.ق.إ.س، جامعة الجزائر، 2003، ج41، ع1.
- 43- حميدو زكية، شروط التلقيح الاصطناعي في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة الجزائري، م.ع.ق.إ.س، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2006، ع4.
- 44- دربة أمين، تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة، دفاتر السياسة والقانون، كلية الحقوق، جامعة ورقلة، 2011، ع4.
- 45- راييس محمد و محمد أمين محاسني، الخبرة القضائية الطبية، مجلة الحجة، منظمة المحامين، تلمسان، 2011، عدد2.

- 46- رحمان يوسف، شهادة التصديق الإلكتروني في التشريع الجزائري طبقا للقانون 15-04 دراسة مقارنة، م.ع.ق.ا.س، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2016، ع21.
- 47- زردومي فلة، الفحص الطبي قبل الزواج والإلزام به، دراسة فقهية مقاصدية، مجلة الإحياء كلية العلوم الإسلامية، جامعة باتنة، 2016، ع19.
- 48- زناندة عبد الرحمان، قراءة في القانون المتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، كلية الحقوق، جامعة الشلف، 2016، ع3.
- 49- زاوي شنة، الحماية القانونية لحق الشخص على صورته، دفا تر السياسة والقانون، كلية الحقوق، بسكرة، 2015، ع13.
- 50- زيد حنش عبد الله، وسائل الإثبات، مجلة البحوث القضائية، المحكمة العليا، صنعاء، جوان 2007، ع7.
- 51- شتوح الطيب، تعويض الضرر المترتب عن العدول عن الخطبة على ضوء الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي بأفلو، 2018، مجلد1، ع2.
- 52- شيخاني سميرة، الإعلام الجديد في عصر المعلومات، مجلة جامعة دمشق، دمشق، 2010، مجلد 26، ع 1 و2.
- 53- صافي محمد أيمن، انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حيا أو ميتا، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، رابطة العالم الإسلامي، 1988، ج1، ع4.
- 54- صالح سمية، حكم اختيار جنس الجنين في عمليات التلقيح الاصطناعي، دراسة مقارنة بين أحكام الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، دفا تر السياسة والقانون، جامعة ورقلة، جوان 2016، ع15.

- 55- ضريفي الصادق، الحمل لحساب الغير في الفقه الإسلامي والقانون المقارن بين الحظر والإباحة، مجلة معارف، قسم العلوم القانونية، جامعة البويرة، 2015، ع18.
- 56- عبد الرزاق الشيخ نجيب، طبيعة الخطبة في رؤية فقهية جديدة، مجلة الحقوق، الكويت، 2001، ع1.
- 57- عبد العزيز بن إبراهيم الشبل، الإثبات الإلكتروني في النكاح والطلاق، مجلة قضاء، المملكة العربية السعودية، 2012، ع1.
- 58- عقيل فاضل حمد الدهان، الطبيعة القانونية لمجلس العقد الإلكتروني، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، 2007، مجلد 10، ع18.
- 59- علاء محمد عمر الجاف، أحكام ميراث الخنثى، دراسة فقهية قانونية مقارنة، مجلة جامعة ذي قار، 2008، مجلد 2، ع4.
- 60- عوادي زبير، الهندسة الوراثية الشرعية بين الرؤية الشرعية والقانونية، مجلة البحوث العلمية والدراسات الإسلامية، مخبر الشريعة، جامعة الجزائر1، 2015، مجلد 6، ع2.
- 61- عيمور راضية، الطرق العلمية الحديثة وثبوت النسب، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة الجلفة، 2017، مجلد 10، ع2.
- 62- فتحي عبد العزيز شحاتة أسماء، الحكم الشرعي في إسقاط العدد الزائد من الأجنة الملقحة صناعياً، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني قضايا طبية معاصرة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 1431هـ، المجلد 3.
- 63- فندوشي ربيعة، الصورة عبر الأنترنت التجاوزات والحماية، مجلة البحوث والدراسات العلمية، كلية الحقوق، جامعة المدية، 2011، ع5.
- 64- فواز صالح، جراحة الخنوثة وتغيير الجنس في القانون السوري، مجلة جامعة دمشق، جامعة دمشق، 2003، مجلد 19، ع2.

- 65- قاشي علال، التصرفات الواردة على جسم الانسان ومدى مشروعيتها، م.ع.ق.ا، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2008، ع6.
- 66- كريم زينب، التلقيح الاصطناعي وتأثيره على الرابطة الزوجية ورابطة البنوة، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، 2009، ع6.
- 67- مازن مصباح صباح، أحكام الشهادة على عقد الزواج في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة الأزهر، سلسلة العلوم الإنسانية جامعة الأزهر، غزة، 2011، مجلد 11، ع1-A.
- 68- مامون عبد الكريم، الإطار الشرعي والتشريعي للإنبجاب الصناعي، م.ع.ق.إ، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2006، ع4.
- 69- مجوج انتصار، الضوابط القانونية لنقل وزراعة الأعضاء البشرية من الأموات إلى الأحياء في التشريع الجزائري، دفاثر السياسة والقانون، كلية الحقوق، جامعة ورقلة، 2018، ع18.
- 70- محمد الحبيب بن الخزجة، عصمة دم الجنين المشوه، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، رابطة العالم الإسلامي، 1989، ع4.
- 71- محمد جبر الألفي، الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري من منظور إسلامي، منظمة الفقه المؤتمر الإسلامي، الدورة 20، مجمع الفقه الإسلامي بجددة، الرياض، 2012.
- 72- محمد رأفت عثمان، نقل وزرع الأعضاء، بحث مقدم إلى مؤتمر مجمع البحوث الإسلامية الثالث عشر، مجمع البحوث الإسلامية، الأزهر الشريف، 2009/03/10.
- 73- مروك نصر الدين، الأم البديلة بين القانون المقارن والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، م.ج.ع.ق.ا.س، 1999، ج37، ع4.
- 74- مسعودي يوسف، التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة الجزائري، مجلة دراسات وأبحاث، جامعة الخلفة، 2016، ع24.
- 75- مصلح عبد الحي النجار، الفحص قبل الزواج في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة الملك سعود، العلوم التربوية والدراسات الإسلامية، 2005، مجلد 17، ع2.

- 76- معطي أمل، زواج الأقارب والإعاقات السمعية والنطقية في معهد التربية الخاصة بدمشق، دراسة ميدانية، مجلة جامعة دمشق، 2013، مجلد 29، ع3-4.
- 77- مكرلوف وهيبة، مدى مشروعية التحكم في جنس الجنين، م.ع.ق.إ.س، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2016، ع21.
- 78- مناصرية مصطفى، مبدأ الاحتياط في ثبوت النسب في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في الاجتهاد القضائي الجزائري، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة البليدة، <https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/272>
- 79- منذر الفضل، نظام الأسرة في القانون السويدي، مجلة الحقوق، الكويت، 2001، ع1.
- 80- ناصر عبد الله الميمان، اختيار جنس الجنين من المنظور الشرعي، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، رابطة العالم الإسلامي، 2006، ع 22.
- 81- نجم عبد الله عبد الواحد، تقنيات الاستنساخ للخلايا والجينات الإنسانية لتشخيص وعلاج الأمراض، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، ط2، رابطة العالم الإسلامي، 2006، ع12.
- 82- نزار كريمة، نفي النسب بين اللعان واكتشاف التقنية الحديثة للبصمة الوراثية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة سيدي بلعباس، 2010، ع7.
- 83- هشام آل الشيخ، أثر القرائن الطبية في إثبات البلوغ، دراسة فقهية مقارنة، مجلة الدراسات الطبية الفقهية المعاصرة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 2015، ع1.
- 84- هند عقيل الميزر، الجنسية المثلية العوامل والآثار، مجلة دراسات في الخدمة الاجتماعية والعلوم الإنسانية، جامعة حلوان، مصر، 2012، ع34.
- 85- واصل محمد، الاستنساخ البشري في الشريعة والقانون، مجلة جامعة دمشق، كلية القانون، جامعة دمشق، 2002، مجلد8، ع2.

86- يوسف خصاونة مها، المسؤولية المدنية للصحفي عن الاعتداء على الحق في الصورة في القانون المدني الأردني، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، جامعة الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، 2015، مجلد 12، ع2.

ب- باللغة الأجنبية

✓ باللغة الفرنسية

1- Sophie PARICARD, Transsexualisme, maintenir ou assouplir les conditions de changement de sexe ? La Revue des droits de l'homme, Éditeur Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux, 2015, no 8.

✓ باللغة الانجليزية

- 1- American Psychological Association, Answers to Your Questions For a Better Understanding of Sexual Orientation and Homosexuality, Washington, 2008.
- 2- Doreen KIMURA, Sex Differences in the Brain, Men and women display patterns of behavioral and cognitive differences that reflect varying hormonal influences on brain development, review Scientific American, DEFINING MEN, 1999, p.31.

خامسا: المعاجم والقواميس

- 1- ابن منظور أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم الإفريقي المصري، لسان العرب، المجلد الأول، و2 و3، و11 و13، دار صادر، بيروت، د.س.ن.
- 2- أحمد بن فارس بن زكريا أبو الحسين، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام محمد هارون، ج5، دار الفكر، دمشق، 1979.
- 3- أحمد بن محمد بن علي الفيومي القرئ، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، مكتبة لبنان، دون بلد نشر، 1987.
- 4- أحمد رضا، معجم متن اللغة، موسوعة لغوية حديثة، مجلد2، دار مكتبة الحياة، بيروت، 1958.
- 5- الجوهريّ أبي نصر إسماعيل بن حماد، الصّحاح تاج اللّغة وصّحاح العربية، تحقيق محمد محمد تامر، دار الحديث، القاهرة، 2009.
- 6- الزمخشري أبي القاسم جار الله محمود بن عمر بن أحمد، أساس البلاغة، تحقيق محمد باسل عيون السود، ج1، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1998.

- 7- الفراهيدي الخليل بن أحمد، كتاب العين مرتب على حروف المعجم، ج1، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003.
- 8- الفيروز آبادي مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، راجعه واعتنى به أنس محمد الشامي وزكريا جابر أحمد، دار الحديث، القاهرة، 2008.
- 9- ايميل بديع يعقوب، موسوعة النحو والصرف والإعراب، ط1، دار العلم للملايين، بيروت، 1988.
- 10- رينهارت دوزي، ترجمة محمد سليم النعيمي، تكملة المعاجم العربية، ج5، منشورات وزارة الثقافة والإعلام، العراق، د.س.ن.
- 11- مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ط4، مكتبة الشروق الوطنية، مصر، 2004.
- 12- محمد عميم الإحسان المجددي البركتي، التعريفات الفقهية، دار الكتب العلمية، بيروت، 2002.
- 13- محمود عبد الرحمن عبد المنعم، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، ج2، دار الفضيلة للنشر والتوزيع والتصدير، القاهرة، د.س.ن.

سادسا: النصوص القانونية

أ- النصوص القانونية الوطنية

- 1- المرسوم الرئاسي رقم 96 - 438، المؤرخ في 07/12/1996، المتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، المصادق عليه في استفتاء 28/11/1996، ج.ر.ج.ج، مؤرخة في 08/12/1996، ع76، ص.6، المعدل بالقانون رقم 16-01، مؤرخ في 06/03/2016، ج.ر.ج.ج، مؤرخة في 07/03/2016، ع14، ص.3.
- 2- المرسوم الرئاسي رقم 96-51، المؤرخ في 22 يناير 1996، يتضمن انضمام الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، مع التحفظ، إلى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979، ج.ر.ج.ج، مؤرخة في 24/01/1996، ع6، ص.4.
- 3- القانون العضوي رقم 12-05، مؤرخ في 12/01/2012، يتعلق بالإعلام، ج.ر.ج.ج، مؤرخة في 15/01/2012، ع2، ص.21.
- 4- القانون رقم 63-221، مؤرخ في 29/06/1963، يحدد سن الزواج الأدنى، ج.ر.ج.ج، لسنة 1963، ع44، ص.681.

- 5- الأمر رقم 66-156، مؤرخ في 08/06/1966، المتضمن قانون العقوبات، ج.ر.ج.ج، مؤرخة في 11/06/1966، ع49، المعدل والمتمم .
- 6- الأمر رقم 70-20، مؤرخ في 19/02/1970، يتعلق بالحالة المدنية، ج.ر.ج.ج، 27/02/1970، مؤرخة في ص.274. المعدل بالقانون رقم 14-08، مؤرخ في 09/08/2014، ج.ر.ر صادرة في 20/08/2014، ع49، ص.3، المعدل والمتمم بالقانون 17-03 مؤرخ في 10/01/2017، ج.ر.ج.ج، مؤرخة في 11/01/2017، ع 2، ص.9.
- 7- الأمر رقم 73-29، مؤرخ في 05/07/1973، يتضمن إلغاء القانون رقم 62-157 المؤرخ في 31/12/1962 والرامي إلى التمديد حتى إشعار آخر، لمفعول التشريع النافذ إلى غاية 31 ديسمبر سنة 1962، ج.ر.ج.ج، لسنة 1973، ع62، ص.878.
- 8- الأمر رقم 75-58، مؤرخ في 26/09/1975، المتضمن القانون المدني، ج.ر.ج.ج، مؤرخة في 30/11/1975، السنة 12، ع78، ص.990، المعدل والمتمم بالقانون 05-10، مؤرخ في 20/06/2005، ج.ر.ج.ج، مؤرخة في 26/06/2005، ع44، ص.21.
- 9- الأمر رقم 76-79، مؤرخ في 23/10/1976، يتضمن قانون الصحة العمومية، ج.ر.ج.ج، مؤرخة في ديسمبر 1976، سنة 13، ع101، ص.1392.
- 10- القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة، مؤرخ في 09/06/1984، ج.ر.ج.ج، لسنة 1984، ع24، ص.910، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02، المؤرخ في 27/02/2005، ج.ر.ج.ج لسنة 2005، عدد 15، ص.18.
- 11- القانون رقم 85-05، المؤرخ في 16/02/1985، يتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج.ر.ج.ج، مؤرخة في 17/02/1985، ع8، ص.176 (تم إلغاؤه بموجب المادة 449 من قانون الصحة رقم 18-11).
- 12- القانون رقم 05-04، مؤرخ في 06/02/2005، المتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج للمحبوسين، ج.ر.ج.ج، مؤرخة في 13/02/2005، ع12، ص.10.
- 13- القانون رقم 06-02، مؤرخ في 20/02/2006، يتضمن تنظيم مهنة الموثق، ج.ر.ج.ج، مؤرخة في 08/03/2006، ع14، ص.15.
- 14- القانون رقم 08-09، مؤرخ في 25/02/2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ج.ج، مؤرخة في 23/04/2008، ع21، ص.3.

- 15- القانون رقم 09-04، مؤرخ في 05/08/2009، المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال ومكافحتها، ج.ر.ج.ج، مؤرخة في 16/08/2009، ع47، ص. 5.
- 16- القانون رقم 15-03، مؤرخ في 01/02/2005، يتعلق بعصنة الدالة، ج.ر.ج.ج، مؤرخة في 10/02/2015، ع6، ص.4.
- 17- القانون رقم 15-04، مؤرخ في 01/02/2015، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، ج.ر.ج.ج، مؤرخة في 10/02/2015، ع6، ص.6.
- 18- القانون رقم 15-12، مؤرخ في 15/07/2015، متعلق بحماية الطفل، ج.ر.ج.ج، مؤرخة في 19/07/2015، ع39، ص.4.
- 19- القانون رقم 16-03، المؤرخ في 19/06/2016، يتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص، ج.ر.ج.ج، مؤرخة في 22/06/2016، ع37، ص. 5.
- 20- القانون رقم 18-07، مؤرخ في 10/06/2018، يتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، ج.ر.ج.ج، مؤرخة في 10/06/2018، ع34، ص.11.
- 21- القانون رقم 18-11، مؤرخ في 02/07/2018، يتعلق بالصحة، ج.ر.ج.ج، مؤرخة في 29/07/2018، ع46، ص.3.
- 22- مرسوم التنفيذي رقم 92-276، مؤرخ في 6 يوليو 1992، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج.ر.ج.ج، لسنة 1992، ع52، ص.1419.
- 23- مرسوم تنفيذي رقم 06-154، مؤرخ في 11/05/2006، يحدد شروط وكيفية تطبيق أحكام المادة 7 مكرر من القانون رقم 84-11، مؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984، والمتضمن قانون الأسرة، ج.ر.ج.ج، مؤرخة في 14/05/2006، ع31، ص.4.
- ب- النصوص القانونية الأجنبية**
- 1- ظهير شريف رقم 1.83.197، صادر في 14/11/1986، المتضمن نشر الاتفاقية المتعلقة بحالة الأشخاص والأسرة والتعاون القضائي بين المملكة المغربية والجمهورية الفرنسية الموقعة بالرباط في 10/08/1981، جريدة رسمية صادرة بتاريخ 07/10/1987، ع3910، ص.931، صادقت عليها

- فرنسا وترجمت إلى قانون بموجب المرسوم رقم 83435، الصادر في 27 مايو 1983، ونشر في الجريدة الرسمية يوم 1 يونيو عام 1983.
- 2- قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 59 بتاريخ 07/09/1953 المعدل والمتمم.
- 3- الأمر المؤرخ في 13/08/1956، الصادر بالرائد التونسي، بتاريخ 17/08/1956، ع66، المنقح بالقانون ع32، لسنة 2007، مؤرخ في 14/05/2007.
- 4- قانون رقم 46 لسنة 1964 مؤرخ في 29 جمادى الثانية 1384 (3 نوفمبر 1964) يتعلق بالشهادة الطبية السابقة للزواج، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، الصادر في 03/11/1964، ع53، ص.1483.
- 5- قانون أصول المحاكمات اللبناني الصادر بالمرسوم الاشتراعي رقم 90-83، بتاريخ 16/09/1983، المعدل والمتمم.
- 6- قانون الإثبات السوداني رقم 31 لسنة 1994، صادر بمرسوم مؤقت بتاريخ 13/10/1993، جريدة رسمية، ملحق التشريع الخاص رقم 1580، بتاريخ 05/01/1993.
- 7- ظهير شريف رقم 1.04.22 الصادر بتاريخ 05/02/2004، جريدة رسمية رقم 5184، بتنفيذ القانون 03-70، 05 بمثابة مدونة الأسرة المغربية.
- 8- قانون رقم 51-1984، يتضمن الأحوال الشخصية الكويتي المعدل بالقانون رقم 66 لسنة 2007.
- 9- قانون رقم 36-2010، لسنة 2010 المتضمن قانون الأحوال الشخصية الأردني، جريدة رسمية رقم 5061، بتاريخ 17/10/2010.
- 10- القانون رقم 15-2015، مؤرخ في 19/08/2015، بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية يعدل ويتمم القانون رقم 21/1997، الجريدة الرسمية لدولة قطر، مؤرخة في 30/09/2015، ع16، ص.15 وما بعدها.
- 11- قرار مشترك لوزير الصحة والعدل (المغربيين) رقم 04-347، مؤرخ في 02/03/2004، يتضمن تحديد مضمون وطريقة إصدار الشهادة الطبية الخاصة بإبرام عقد الزواج، جريدة رسمية مؤرخة في 04/03/2004، ع5192، ص.975.
- 12- Loi n°57-778, du 11 juillet 1957, portant réforme pour l'Algérie du régime des tutelles et de l'absence en droit musulman, JORF du 13 juillet 1957, p.6923.

- 13- Loi n° 94-653, du 29 juillet 1994, relative au respect du corps humain, JORF n°175 du 30 juillet 1994 page 11056.
- 14- Loi n°2004-800, du 6 août 2004, relative à la bioéthique , JORF 7 août 2004.
- 15- Loi n° 2007-1787, du 20 décembre 2007, relative à la simplification du droit, JORF n°0296, du 21/12/2007, p. 20639, Article 8
- 16- Loi n° 2013-404, du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, JORF n°0114 du 18 mai 2013.
- 17- Ordonnance n° 2016-131, du 10/02/2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n°0035 du 11 février 2016 .

الفهرس

- الفهرس -

أية قرآنية.....	أ.....
شكر وتقدير.....	ب.....
إهداء.....	ت.....
قائمة المختصرات.....	ث.....
مقدمة	1.....
الباب الأول: إنشاء الزواج في ظلّ التطور العلميّ.....	13.....
الفصل الأول: مستجدّات بناء الزواج في ظل تطوّر تكنولوجيا الاتصال والمعلومات.....	15.....
المبحث الأول: مقدمات الزواج وعلاقتها بوسائل الاتصال الحديثة.....	16.....
المطلب الأول: مفهوم الخطبة ووسائل الاتصال الحديثة.....	16.....
الفرع الأول: مفهوم الخطبة.....	17.....
أولاً: تعريف الخطبة.....	17.....
ثانياً: مشروعية الخطبة والحكمة منها.....	19.....
أ- مشروعية الخطبة.....	19.....
ب- الحكمة من الخطبة.....	20.....
ثالثاً: الطبيعة القانونية للخطبة.....	21.....
الفرع الثاني: مفهوم وسائل الاتصال الحديثة.....	25.....
أولاً: تعريف وسائل الاتصال الحديثة.....	25.....
ثانياً: أنواع وسائل الاتصال الحديثة.....	28.....
أ- الأنترنت والهاتف.....	28.....
ب- التلفزيون والراديو.....	30.....
ت- الفاكس والتلكس.....	31.....

- المطلب الثاني: تبادل الصور والمحادثات بين الخاطبين عبر وسائل الاتصال الحديثة.....32
- الفرع الأول: تبادل الصور الثابتة والمتحركة بين الخاطبين.....32
- أولاً: مدى مشروعية تبادل الصور بين الخاطبين.....32
- أ- مشروعية التصوير بالآلة وموقف المشرع الجزائري منه.....33
- ب- مدى مشروعية النظر إلى المخطوبة عبر الصورة الثابتة والمتحركة.....35
- ثانياً: حدود النظر إلى الشرعي المخطوبة.....37
- الفرع الثاني: المحادثات بين الخاطبين.....39
- أولاً: المحادثات المكتوبة.....40
- ثانياً: المحادثات السمعية والسمعية المرئية بين الخاطبين.....40
- الفرع الثالث: بعض الاقتراحات تجنب الخاطبين مخاطر وسائل الاتصال الحديثة.....41
- أولاً: الحاجة الملحة لاستعمال وسائل الاتصال الحديثة.....41
- ثانياً: جدية الخاطبان والتحقق من شخصيتهما.....42
- ثالثاً: تجنب الاختلاء بالمخطوبة أثناء المحادثات المكتوبة أو السمعية أو السمعية المرئية.....43
- المطلب الثالث: المسؤولية عن الأضرار الناجمة عن استخدام وسائل الاتصال المصاحبة للعدول عن الخطبة.....43
- الفرع الأول: الوسائل الحديثة لإثبات الخطبة وإشكالية تنازع القوانين.....44
- أولاً: الوسائل الحديثة لإثبات الخطبة.....45
- ثانياً: إشكالية تنازع القوانين.....46
- الفرع الثاني: إمكانية التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية.....47
- أولاً: إمكانية التعويض عن الأضرار المادية.....48
- ثانياً: إمكانية التعويض عن الأضرار المعنوية.....48
- الفرع الثالث: التعويض عن الأضرار الناجمة عن سوء استخدام أحد الخاطبين لصورة الآخر.....50

- أولاً: تعريف الحق في الصورة وبعض صور الاعتداء عليه.....50
- ثانياً: الإجراءات الوقائية لحماية الحق في الصورة.....52
- ثالثاً: تقدير التعويض عن الأضرار الناتجة عن سوء استخدام صور أحد الخاطبين.....55
- المبحث الثاني: أثر تطور تكنولوجيا الاتصال والمعلومات على ركن الرضا في عقد الزواج.58
- المطلب الأول: التعبير عن الإرادة في الزواج عبر وسائل الاتصال الحديثة.....59
- الفرع الأول: مفهوم الإيجاب والقبول عبر وسائل الاتصال الحديثة.....59
- أولاً: تعريف الإيجاب والقبول.....59
- ثانياً: معنى الإيجاب والقبول الإلكترونيين.....60
- ثالثاً: خصائص الإيجاب عبر وسائل الإتصال الحديثة.....60
- أ- أنه يتم باستخدام عدد من وسائل الاتصال الحديثة.....61
- ب- الإيجاب والقبول عبر وسائل الاتصال يتم دون التواجد الفعلي والحقيقي لأطراف العقد.....61
- ت- احتمال الطابع الدولي لعقد الزواج عبر وسائل الاتصال الحديثة.....61
- الفرع الثاني: ألفاظ ولغة الإيجاب والقبول في الزواج.....62
- أولاً: الألفاظ التي تفيد معنى النكاح شرعاً.....62
- ثانياً: لغة الإيجاب والقبول.....64
- الفرع الثالث: طرق التعبير عن الإرادة في عقد الزواج عبر وسائل الاتصال الحديثة.....65
- أولاً: العاقدان حاضراً مجلس العقد.....66
- ثانياً: العاقدان غائبان عن مجلس العقد الحقيقي.....68
- الفرع الرابع: رأي الفقه الإسلامي والقانون من التعبير عن الإرادة في الزواج بوسائل الاتصال الحديثة.....72
- أولاً: رأي الفقه الإسلامي في التعبير عن الإرادة في الزواج عبر وسائل الاتصال الحديثة.....72
- ثانياً: موقف المشرع الجزائري من التعبير عن الإرادة في الزواج باستخدام وسائل الاتصال الحديثة..77

- المطلب الثاني: اقتران القبول مع الإيجاب في عقد الزواج عبر وسائل الاتصال الحديثة... 80
- الفرع الأول: تعريف مجلس العقد وصوره..... 81
- أولاً: تعريف مجلس العقد..... 81
- ثانياً: صور مجلس العقد..... 82
- أ- مجلس العقد الحقيقي..... 82
- ب- مجلس العقد الحكمي..... 83
- الفرع الثاني: تكييف مجلس عقد الزواج عبر وسائل الاتصال الحديثة..... 84
- أولاً: تكييف مجلس العقد بالوسائل المكتوبة..... 84
- ثانياً: تكييف مجلس العقد بالوسائل المسموعة والمسموعة المرئية..... 85
- الفرع الثالث: تحديد الفترة الزمنية لمجلس عقد الزواج عبر وسائل الاتصال الحديثة..... 88
- أولاً: الفترة الزمنية لمجلس العقد بالمحادثة السمعية والسمعية المرئية..... 89
- ثانياً: الفترة الزمنية لمجلس العقد بالوسائل المكتوبة..... 89
- الفرع الرابع: دعائم مجلس عقد الزواج عبر وسائل الاتصال الحديثة..... 89
- أولاً: أن يتم التعبير عن الإرادة بواسطة وسائل اتصال حديثة من كتابة أو مكالمة أو مؤتمر فيديو..... 90
- ثانياً: أن تكون الكتابة مستبينة وبلغت مفهومة أو أن يكون الصوت واضحاً مع إمكانية سماعه..... 90
- ثالثاً: أن يتم إصدار أو تلاوة الإيجاب والردّ عليه في مجلس واحد..... 90
- الفرع الخامس: زمان ومكان انعقاد الزواج بوسائل الاتصال الحديثة..... 91
- أولاً: تحديد زمان انعقاد الزواج..... 91
- ثانياً: تحديد مكان انعقاد الزواج..... 93
- المطلب الثالث: إثبات التراضي الإلكتروني في عقد الزواج..... 94

95.....	الفرع الاول:إثبات الرضا بالمحرر الالكتروني المكتوب
95.....	أولا:المحرر الإلكتروني العرفي
95.....	أ- خصائص الكتابة في المحرر الإلكتروني
97.....	ب- القوة الثبوتية للمحرر الإلكتروني
99.....	ثانيا: المحرر الإلكتروني الرسمي
100.....	أ- مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني
101.....	ب- شهادة التصديق الإلكتروني
102.....	ت-التوقيع الإلكتروني الرقمي
104.....	ث- حجية المحرر الرسمي الإلكتروني (شهادة التصديق الإلكتروني) في إثبات الزواج
107..	الفرع الثاني:حجية التسجيل الصوتي والصوتي المرئي في إثبات التراضي
108.....	الفرع الثالث: البينة
111.....	الفرع الرابع: الإقرار
113.....	الفصل الثاني: التطورات الطبية والبيولوجية وأثرها على بناء عقد الزواج
114.....	المبحث الأول:الرّكن البيولوجي في عقد الزواج في ظل المستجدّات الطبية
114.....	المطلب الأول: الاختلاف الجنسي لأطراف عقد الزواج
114.....	الفرع الأول: تعريف الجنس، الرجل والمرأة
116.....	الفرع الثاني: الأدلة الشرعية لاعتبار الرجل والمرأة أطرافا لعقد الزواج
118.....	الفرع الثالث: الفروق البيولوجية بين الرجل والمرأة
118.....	أولا: معايير تمييز الفقه الإسلامي بين الرجل والمرأة
122.....	ثانيا:التمييز بين الذكر والأنثى بالقرائن الطبية
125.....	الفرع الرابع: بعض الأدلة القانونية على اعتبار الرجل زوج للمرأة
126.....	المطلب الثاني: دور الحقائق العلمية في تحديد جنس الخنثى وحكم تزويجه

127.....	الفرع الأول: مفهوم الخنثى
127.....	أولاً: تعريف الخنثى
129.....	ثانياً: أنواع الخنثى
131.....	الفرع الثاني: جنس الخنثى في الأوراق الرسمية
133.....	الفرع الثالث: الوسائل العلمية لمعرفة جنس الخنثى وعمليات تصحيح جنسه
133.....	أولاً: الوسائل العلمية لمعرفة جنس الخنثى
134.....	ثانياً: عمليات التصحيح الجنسي
135.....	الفرع الرابع: حكم زواج الخنثى
138.....	المطلب الثالث: زواج المثليين والمغير الجنسي
138.....	الفرع الأول: زواج المثليين المستحدث في بعض التشريعات
913.....	أولاً: تعريف زواج المثليين، أسباب انتشاره وتمييزه عما يشته به
139.....	أ- تعريف الزواج المثلي
140.....	ب- أسباب انتشار الزواج المثلي
142.....	ت- تمييز الزواج المثلي عما يشته به
143.....	ثانياً: المثلية الجنسية من وجهة نظر العلوم الطبية
145.....	ثالثاً: نظرة الشريعة الإسلامية إلى الزواج المثلي
146.....	رابعاً: الزواج المثلي في بعض القوانين الوضعية
146.....	أ- بعض القوانين التي تحيز الزواج المثلي
149.....	ب- موقف القانون الجزائري من الزواج المثلي
150.....	الفرع الثاني: عمليات التغيير الجنسي وأثرها على عقد الزواج
150.....	أولاً: تعريف التغيير الجنسي
151.....	ثانياً: عمليات تغيير الجنس

أ- دوافع تغيير الجنس.....	152
ب- جراحة تغيير الجنس.....	152
ثالثا: مدى مشروعية عمليات التغيير الجنسي.....	154
أ- رؤية الفقه الإسلامي للتغيير الجنسي.....	154
ب- تغيير الجنس في القانون والقضاء.....	155
رابعا: زواج المغير الجنسي.....	160
أ- حالة تغيير الجنس وعدم تصحيح وثائق الحالة المدنية.....	161
ب- حالة تغيير الجنس مع التمكن من تغيير وثائق الحالة المدنية.....	161
المبحث الثاني: الفحص الطبي للمقبلين على الزواج المستحدث بتطور العلوم.....	163
المطلب الأول: ماهية الفحص الطبي للمقبلين على الزواج.....	163
الفرع الأول: تعريف الفحص الطبي قبل الزواج.....	164
الفرع الثاني: أنواع الفحوصات الطبية قبل الزواج.....	165
أولا: الفحص الطبي الخاص بالأمراض الوراثية(التشخيص الوراثي).....	165
ثانيا: الفحص الخاص بالأمراض المعدية.....	170
ثالثا: الفحص الكاشف عن الأمراض المقلقة للسكينة بين الزوجين.....	172
رابعا: فحص سريري.....	172
خامسا: تحاليل الدم والفحص بالأشعة.....	173
الفرع الثالث: إيجابيات ومحاذير الفحص الطبي قبل الزواج.....	175
أولا: إيجابيات الفحص الطبي قبل الزواج.....	175
ثانيا: محاذير الفحص الطبي قبل الزواج.....	177
المطلب الثاني: التنظيم القانوني والشرعي للفحص الطبي قبل الزواج.....	178
الفرع الأول: الفحص الطبي للمقبلين على الزواج في القانون المقارن.....	179

182.....	الفرع الثاني: آراء الفقهاء حول إلزام المقبلين على الزواج بإجراء فحوص طبية
183.....	أولاً: موقف الفقه الاسلامي من إلزام المقبلين على الزواج بالفحص الطبي
189.....	ثانياً: موقف الفقه القانوني من إلزام المقبلين على الزواج بالفحص الطبي
193.....	الفرع الثالث: اشتراط الشهادة الطبية في القانون الجزائري
193.....	أولاً: التنظيم التشريعي للشهادة الطبية
196.....	ثانياً: النقص التشريعي في تنظيم شرط الشهادة الطبية لإبرام عقد الزواج
199.....	ثالثاً: مسؤولية الضابط المكلف بإبرام عقد الزواج عن تخلف شرط الشهادة الطبية
201.....	رابعاً: أثر الشهادة الطبية على عقد الزواج
202.....	المطلب الثالث: علاقة الفحص الطبي بزواج الأقارب
203.....	الفرع الأول: آراء الفقهاء في مسألة زواج الأقارب
205.....	الفرع الثاني: أهمية الفحص الطبي للمقبلين على الزواج من الأقارب
208.....	الباب الثاني: آثار الزواج المستحدثة بواسطة التطورات العلمية
210.....	الفصل الأول: الإنجاب الصناعي وأثره على حق الزوجين في التناسل
211.....	المبحث الأول: الإنجاب الصناعي بوسائل الهندسة التناسلية
211.....	المطلب الأول: الإنجاب بالتلقيح الاصطناعي
112.....	الفرع الأول: مفهوم التلقيح الاصطناعي
212.....	أولاً: تعريف التلقيح الاصطناعي
213.....	ثانياً: لمحة تاريخية عن التلقيح الاصطناعي
215.....	ثالثاً: أنواع التلقيح الاصطناعي
222.....	الفرع الثاني: الإطار الشرعي للإنجاب بطريق التلقيح الاصطناعي
225.....	الفرع الثالث: الإطار التشريعي لعمليات التلقيح الاصطناعي
226.....	أولاً: شروط التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة الجزائري

- أ- وجوب قيام علاقة زوجية شرعية..... 226
- ب- أن يكون التلقيح الاصطناعي برضا الزوجين وأثناء حياتهما..... 227
- ت- أن يتم التلقيح الاصطناعي بمبي الزوج وبويضة الزوجة دون غيرها..... 230
- ثانيا: أحكام المساعدة الطبية على الإنجاب بطريق التلقيح الاصطناعي..... 231
- أ- أسس مزاوله المساعدة الطبية على الإنجاب..... 232
- ب- شروط ممارسة المساعدة الطبية على الإنجاب..... 233
- المطلب الثالث: وسائل أخرى للحمل غير الطبيعي..... 236**
- الفرع الأول: الحمل باللجوء إلى الأم البديلة..... 236
- أولا: مفهوم الأم البديلة..... 237
- ثانيا: مشروعية صور الحمل لحساب الغير..... 242
- ثالثا: موقف المشرع الجزائري من الحمل لحساب الغير..... 245
- الفرع الثاني: حقيقة حمل الرجل والحمل بواسطة الرحم الصناعية (الآلة)..... 246
- أولا: حقيقة حمل الرجل..... 246
- ثانيا: الحمل بواسطة الرحم الصناعية(الآلة)..... 248
- المطلب الثالث: الإنجاب باللجوء إلى زرع الأعضاء التناسلية البشرية..... 250**
- الفرع الأول: المقصود بزرع الأعضاء التناسلية ودوافع العملية..... 251
- أولا: المقصود بزرع الأعضاء التناسلية..... 251
- ثانيا: دوافع زرع الأعضاء التناسلية..... 253
- الفرع الثاني: تحديد الأعضاء التناسلية القابلة للزرع..... 254
- أولا: الأعضاء والغدد التناسلية الحاملة للصفات الوراثية(الشفرة الوراثية)..... 254
- أ- زراعة الخصية الخصية..... 254
- ب- زراعة المبيض كعضو تناسلي ناقل للشفرة الوراثية..... 255

- 257.....ثانيا: الأعضاء التناسلية غير الناقلة للشفرة الوراثية.
- 257.....أ- نقل الرحم.
- 258.....ب- نقل العضو الذكري.
- 258.....ت- نقل المهبل.
- 259.....الفرع الثالث: حكم نقل الأعضاء التناسلية البشرية.
- 260.....أولا: حكم زرع الأعضاء التناسلية غير الناقلة للشفرة الوراثية.
- 262.....ثانيا: حكم زرع الأعضاء التناسلية الناقلة للشفرة الوراثية.
- 264.....الفرع الرابع: موقف القانون من زراعة الأعضاء التناسلية.
- 269.....المبحث الثاني: الإنجاب باستخدام الهندسة التناسلية.
- 269.....المطلب الأول: التحكم في اختيار جنس الجنين بالوسائل العلمية.
- 270.....الفرع الأول: المقصود باختيار جنس الجنين.
- 270.....أولا: تحديد معنى الجنين.
- 271.....ثانيا: التكييف القانوني للجنين المخبري.
- 273.....ثالثا: معنى التحكم في جنس الجنين.
- 274.....الفرع الثاني: طرق تحديد جنس الجنين.
- 274.....أولا: تحديد جنس الجنين بوسائل طبيعية.
- 275.....ثانيا: تحديد جنس الجنين مخبريا.
- 277.....الفرع الثالث: حكم عمليات التحكم في اختيار جنس الجنين.
- 277.....أولا: حكم اختبار جنس الجنين بالوسائل الطبيعية.
- 278.....ثانيا: حكم اختيار جنس الجنين مخبريا.
- 281.....الفرع الثالث: مدى مشروعية تجارب تحديد جنس الجنين في القانون الجزائري.
- 282.....المطلب الثاني: الإنجاب باستخدام وسائل تحسين النسل البشري (العلاج الجيني).

282.....	الفرع الأول: تعريف تحسين النسل البشري بالعلاج الجيني وجذوره التاريخية.....
283.....	أولاً: تعريف تحسين النسل.....
285.....	ثانياً: الجذور التاريخية لتحسين النسل.....
286.....	ثالثاً: تحسين النسل بالعلاج الجيني.....
288.....	الفرع الثاني: رأي الفقه الإسلامي في صور تحسين النسل بالعلاج الجيني للخلايا التناسلية.....
288.....	أولاً: المعالجة الجينية بين الزوجين لتحسين النسل.....
291.....	ثانياً: المعالجة الجينية بتدخل أجنبي لتحسين النسل.....
292	الفرع الثالث: العلاج الجيني للخلايا التناسلية من وجهة نظر القانون.....
296.....	المطلب الثالث: التناسل باستخدام تقنيات الاستنساخ البشري.....
297.....	الفرع الأول: مفهوم الاستنساخ وأنواعه.....
297.....	أولاً: مفهوم الاستنساخ.....
299.....	ثانياً: أنواع الاستنساخ.....
302.....	الفرع الثاني: حكم الشرع في التناسل بالاستنساخ.....
308.....	الفرع الثالث: الطبيعة القانونية لعمليات الاستنساخ البشري.....
	الفرع الرابع: تعارض الاستنساخ مع المبادئ العامة لحماية جسم الإنسان ونصوص قانون الأسرة
311.....
313.....	الفصل الثاني: ثبوت النسب في ظل التطورات العلمية.....
314	المبحث الأول: ثبوت نسب الولد الناشئ بوسائل التوالد والتناسل العلمية.....
314.....	المطلب التمهيدي: شروط ثبوت النسب بالزواج.....
315.....	الفرع الأول: وجود عقد زواج.....
319.....	الفرع الثاني: توافر شروط الفراش.....
327.....	الفرع الثالث: عدم نفي الولد بالطرق المشروعة.....

- 329.....المطلب الأول: ثبوت نسب الولد ثمرة الهندسة الإنجابية.....
- 330.....الفرع الأول: نسب الولد ثمرة التلقيح الاصطناعي.....
- 334.....الفرع الثاني: إشكالية النسب ثمرة زرع الأعضاء التناسلية.....
- 335.....الفرع الثالث: إشكالية النسب ثمرة الحمل في غير إطاره الطبيعي.....
- 335.....أولاً: إشكالية نسب الولد الناتج عن تأجير الرحم.....
- 338.....ثانياً: إشكالية نسب الولد الناتج عن حمل الرجل.....
- 339.....ثالثاً: إشكالية نسب طفل الرحم الصناعية.....
- 340.....المطلب الثالث: آثار الهندسة التناسلية على النسب.....
- 340.....الفرع الأول: أثر اختيار جنس الجنين على النسب.....
- 341.....الفرع الثاني: أثر تحسين النسل على النسب.....
- 341.....الفرع الثالث: أثر الاستنساخ البشري على النسب.....
- 345.....المبحث الثاني: إثبات النسب ونفيه بالطرق العلمية الحديثة.....
- 347.....المطلب الأول: صور الطرق العلمية المعتمدة في إثبات ونفي النسب.....
- 347.....الفرع الأول: التحاليل الدموية ودلالاتها في إثبات النسب ونفيه.....
- 353.....الفرع الثاني: نظام البصمة الوراثية في إثبات النسب ونفيه.....
- 362.....المطلب الثاني: حجية الطرق العلمية ومنزلتها من الأدلة الشرعية لإثبات النسب ونفيه...362
- 362.....الفرع الأول: حجية الطرق العلمية لإثبات النسب.....
- 369.....الفرع الثاني: مرتبة الطرق العلمية من أدلة النسب الشرعية.....
- 379.....المطلب الثالث: سلطة القاضي في الأخذ بالطرق العلمية وتطبيقاتها في مسائل النسب..379
- 380.....الفرع الأول: سلطة القاضي في الأخذ بالطرق العلمية وتطبيقاتها في مسائل النسب.....
- 383.....الفرع الثاني: إجراءات الخبرة القضائية في إثبات النسب.....

الفرع الثالث: تطبيقات السلطة التقديرية للقاضي في اللجوء إلى الطرق العلمية في مسائل النسب.....	388
أولاً: تطبيقات السلطة التقديرية للقاضي في اللجوء إلى الطرق العلمية في مسائل إثبات النسب.....	389
ثانياً: تطبيقات السلطة التقديرية للقاضي في اللجوء إلى الطرق العلمية لنفي النسب	393
خاتمة.....	399
قائمة الملاحق.....	403
قائمة المراجع.....	410
الفهرس.....	442

أحكام الزواج في ظلّ التطوّر العلمي

Les dispositions du mariage dans le cadre du progrès scientifique

ملخص

تتناول هذه الأطروحة عدّة مسائل مستجدة في إنشاء الزواج، بداية من الخطبة إلى ركن الرضا والركن البيولوجي، كلّها كانت حصيلة التطور الذي شهدته العلوم الطبية والبيولوجية والاندماج الذي حصل بين ثورة المعلومات وتكنولوجيا الاتصال. هذا، وأنّ بزوغ عصر جديد للتوالد والتناسل غير الطبيعي أثار بصفة مباشرة على حق الزوجين في الإنجاب، وحق المولود في النسب، وما يستتبعه من مشاكل شرعية وقانونية تتعدد وتتعدد وسائل التناسل الحالية. لذلك، أضحت هذه المستجدات بحاجة إلى سن نصوص قانونية لتنظيمها وضبطها، واستبعاد وتجريم كل ما يمس بخصوصية الزواج وحرمة النطف الآدمية.

الكلمات المفتاحية: زواج، خطبة، تراضي إلكتروني، ركن بيولوجي، شهادة طبية، إنجاب صناعي، نسب.

Résumé:

Cette thèse porte sur plusieurs questions émergentes dans la formation du mariage, et ce, d'abord par les fiançailles, ensuite l'élément du consentement et enfin, l'élément biologique. Ceux-ci ont tous été le résultat du développement qu'ont connu les sciences médicales et biologiques par le biais du concours entre la révolution de l'information et de la technologie de communication.

Ceci dit, l'émergence d'une nouvelle ère de la reproduction et de la gestation d'une manière autre que naturelle a produit directement ses effets sur le droit des couples de procréer, sur le droit de l'enfant à la filiation, et ce, avec tous les problèmes d'ordre légal et juridique qui vont suivre du fait de l'actuelle multiplicité des moyens de procréation. Ces découvertes doivent se conformer à la loi, laquelle nécessite la promulgation de plusieurs préceptes de régulation, et, par conséquent, d'écarter et d'incriminer tout ce qui touche à la particularité du mariage et à l'inviolabilité du sperme humain.

Mot clés: Mariage, fiançailles, consentement électronique, élément biologique, certificat médical, procréation artificielle, filiation.

Abstract:

This thesis addresses several emerging issues in the formation of marriage, first through engagement, then the consent element, and finally, the biological element. These have all been the result of the development of the medical and biological sciences through the competition between the information revolution and communication technology.

That said, the emergence of a new era of reproduction and pregnancy in a way other than natural has had a direct impact on the right of couples to procreate, on the right of the child to parentage, and this, with all the legal and legal problems that will follow as a result of the current multiplicity of the means of procreation. These discoveries must comply with the law, which requires the promulgation of several precepts of regulation, and, consequently, to rule out and incriminate all matters concerning the particularity of marriage and the inviolability of human semen.

Keywords: Marriage, engagement, electronic consent, biological element, medical certificate, artificial procreation, filiation.