

جامعة أبوبكر بلقايد - تلمسان -
كلية الحقوق والعلوم السياسية



أثر المستجدات الطبية على النظام العام الأسري

رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم
تخصص القانون الخاص

تحت إشراف:
أ.د. مراد بسعيد

من إعداد الطالب:
فؤاد سيدي محمد صديق بلماحي

لجنة المناقشة:

رئيساً	جامعة تلمسان	أستاذ	أ.د. يزيد دلال
مشرفاً ومقرراً	جامعة تلمسان	أستاذ	أ.د. مراد بسعيد
ممتحناً	المركز الجامعي النعامة	أستاذ	أ.د. مفتاح العيد
ممتحناً	جامعة عين تموشنت	أستاذة محاضرة "أ"	د. خديجة عبد اللاوي

السنة الجامعية 2022-2023

شكر وتقدير

الشكر الجزيل لأستاذي الفاضل الدكتور مراد بسعيد، على كرم تفضله وجزيل عطائه في مرافقتي لإنجاز هذه الرسالة،

فلكم مني سيدي الكريم كل التقدير والإحترام والعرفان وجزاك الله خيراً وافراً دائماً وأدامكم منارة للعلم.

كما لا تفوتني فرصة التقدم بالشكر الجزيل إلى الأساتذة أعضاء لجنة المناقشة على تكريمهم بتقييم هذا العمل.

إهداء

إلى والديا الكريمين أطل الله بقائهما.

إلى زوجتي الكريمة، وأبنائي،

إلى إخوتي الأعزاء،

إلى أخي وزميلي في مهنة المتاعب،

إلى من ساعدني وساهم من قريب أو بعيد في إنجاز هذا البحث،

إلى أساتذتي الكرام،

إلى كل من أخذ بيدي في سبيل العلم والتعلم،

إلى كل هؤلاء أهدي هذا العمل المتواضع.

قائمة أهم المختصرات

- إ.خ: إلى آخره.
- ت.ح: تصحيح وتحقيق.
- ج.ر: جريدة رسمية.
- ج: الجزء.
- د.س.ن: دون سنة النشر.
- د.س: بدون سنة.
- د.ص: دون صفحة.
- د.ط: دون طبعة.
- ص.ص: عدة صفحات.
- ص: صفحة.
- ط: الطبعة.
- غ.ش.أ: غرفة شؤون الأسرة
- غ.م: الغرفة المدنية
- ف: فقرة.
- ق.إ.ج.ج: قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.
- ق.أ.ج: قانون الأسرة الجزائري.
- ق.م: قبل الميلاد.
- م.ع.ق: مجلة العلوم القانونية.
- م.ع.غ.أ.ش: المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية.
- م.ق: المجلة القضائية.

Listes des principales abréviations

- Al : Aliéna.
- Art : Article.
- Bull : Bulletin des arrêt des chambers civil de la Cour de cassation.
- C.Cass : Cour de Cassation.

- **C.Civ : Code Civil.**
- **Civ : Civil.**
- **Fr : France.**
- **Ibid : Ibidem (même auteur et même titre.)**
- **In: dans.**
- **J.O.R.F : Journal officiel de la République Française.**
- **Jurs : Jurisprudence.**
- **N° : Numéro.**
- **O.P.U : Office des Publications Universitaires.**
- **Obs : Observation.**
- **Op.Cit : Opus citatum (œuvre cité)**
- **p : page**
- **pp : pages**
- **Somm : Sommaire.**
- **T : Tome.**
- **V : Voir.**
- **Vol : Volume.**

مقدمة

مقدمة

إن تطبيق قانون معين سواء على الصعيد الداخلي أو خارجي لدولة ما، قد تعترضه حالات يصعب اللجوء إليه بسبب تدخل النظام العام في بعض المواضيع العلمية المساعدة لحل مسائل متعلقة بالنظام الأسري. ومن أسباب النزاع في وقتنا المعاصر التطور السريع للمستجدات الطبية المطبقة على الأحوال الشخصية، الأمر الذي أدى إلى وقوع تعارض بين القوانين.

ومن أجل معرفة هذا النزاع والقانون الواجب تطبيقه من الضروري، إعطاء نظرة تاريخية وجيزة لتطور نظريات النظام العام وموقف المشرع الجزائري من هذه المستجدات الطبية المتعلقة بالنظام الأسري.

ومن بين هذه المواضيع المختلف فيها في عصرنا الحالي، هي القضايا التي مواضعها مرتبطة بعضها البعض أي التي تتطلب تدخل معطيات علمية بالقانون، والتي زادت تعقدا في عصرنا الحالي وخاصة للدول الإسلامية.

هذه المستجدات الطبية التي تطورت بسرعة في الربع الأخير من القرن العشرين وبداية القرن الحادي والعشرين، أذهلت المكتشفين قبل فقهاء الشريعة و القانون.

وموضوع دراستنا، يتناول أحد هذه المواضيع الحساسة والذي شهد منذ ظهوره جدالا فقهيا ألا وهو المستجدات الطبية لإثبات النسب أو المساعدة للإنجاب.

فشهد العالم منذ بدايته إلى يومنا هذا، تغيرات واسعة ومستجدات في جميع الميادين، و حياة البشر بدورها، لم تنجو من هذه الظاهرة التي مست مكونات الأسرة والمجتمع، الأمر الذي أدى إلى فقدان مفهومها المتعلق بالعلاقة الطبيعية أو التقليدية ليحل محله في كثير من الحالات مفهوم آخر يخالف أو يصطدم النظام العام أو المعتقدات والمميزات لكل دولة.

ففي عهد الإغريق، سنة 500 ق.م أوجد الفلاسفة فكرة هامة، تتمثل في أن الجنس البشري المقسم إلى مدن وشعوب ما هو إلا شعب واحد يحيا حياة واحدة ويجب أن يخضع بالتالي لقانون واحد.

وفي سنة 347 ق.م، أخذت هذه النظرية مفهوماً آخر¹، مفادها أن حل النزاعات في قضايا الحرب والسلام يتم عن طريق التشاور بين الأقاليم المتنازعة².

أما عند الرومان، ويتأسس المدنية عام 753 ق.م، ساهم هذا التأسيس في سنة 510 ق.م، إلى إنشاء الجمهورية والإطاحة بالملوك. وفي عام 494 ق.م، انشق عليهم عدد كبير من العامة، فالخطوة الأولى التي خطاها العامة في سبيل نيل حقوقهم أن طالبوا بأن تكون القوانين المدنية واضحة محددة مدونة. ذلك أن الكهنة والأشراف قد ظلوا حتى ذلك الوقت هم القائمين بتدوين القوانين المكتوبة وتفسيرها³.

أما فيما يتعلق بظهور مصطلح الأحوال الشخصية في إيطاليا في القرنين الثاني عشر (12) والثالث عشر (13)، كان سببه وجود تنازع داخلي آنذاك بين القانون الروماني على اعتباره قانون عام يسري على كافة إقليم إيطاليا والقانون الثاني القانون المحلي مطبق في مدينة من مدن إيطاليا.

أما فيما يتعلق بمصطلح الأحوال الشخصية ليس من مصطلحات الفقه الإسلامي، وإنما هو حديث الاستعمال في الفقه الإسلامي، فالباحث في مدونات الفقه الإسلامي بمذاهبه المختلفة لا يجد لهذا المصطلح ذكراً فيها، وإنما يجد فيها كتاب النكاح وكتاب الطلاق وكتاب المواريث

1 - هذا المفهوم جاء به الفيلسوف أفلاطون، أنظر كتاب أفلاطون، جمهورية أفلاطون، ترجمة حنا خبار، ط1، مؤسسة همداني للتعليم والثقافة، مصر، 2017م.

2 - فضيل عبد الله طلافحة، وملاك تامر ميخائيل، إجراءات القبض والتقديم أمام المحكمة الجنائية الدولية (دراسة تحليلية مقارنة)، مركز المتاب الأكاديمي، 2016، ص.23.

3 - محمد علي، حضارة الرومان، مكتبة جزيرة الورد، ط1، مصر، 2016، د.ص.

وكتاب الفقه وكتاب الوصايا وكتاب النفقات إلى آخر هذه المصطلحات الفقهية الإسلامية الأصلية¹.

وفي سنة 1917، أصدرت الدولة العثمانية أول قانون الأسرة أطلق عليه اسم قانون حقوق العائلة العثمانية، ويرى بعض المعاصرين أن أول من أطلق هذا المصطلح على الأحكام المتعلقة بنظام الأسرة هو العالم الإسلامي ورجل القانون قدري باشا² في مصر³.

وتعود تسمية قانون الأسرة في الجزائر للقانون العثماني الذي أقر الدور الأساسي الذي يلعبه النظام العام في تطوير الأسرة ودور النيابة العامة في الحفاظ على استقرارها.

أما فيما يتعلق بالنظام العام في الإسلام، هذا الأخير وضع نصوص تدخل ضمن القاعدة الفقهية القائلة بـ: " لا اجتهاد مع النص"، لكنه وضع استثناءات في بعض المسائل المتعلقة بالأسرة. والتي اختلف بدورهم ففهاء الشريعة الإسلامية في مسألة النظام العام مستعملين مصطلحات أخرى غير عبارة النظام العام، والتي استنبطوها من القرآن وأحاديث رسول الله صلى الله عليه وسلم والتي تحتوي على مقاصد كبرى من أهدافها بسط العدالة على الأرض لقوله سبحانه وتعالى: { وَتَمَّتْ كَلِمَةُ رَبِّكَ صِدْقًا وَعَدْلًا لَا مُبَدِّلَ لِكَلِمَاتِهِ وَهُوَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ }⁴ ولقوله سبحانه وتعالى: { وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا }⁵، وإزالة الظلم الذي منعه الله سبحانه وتعالى على نفسه، إذ قال عز وجل: { وَأَنَّ اللَّهَ لَيْسَ بِظَلَّامٍ لِلْعَبِيدِ }⁶.

1 - هاني الصعيمات، فقه الأحوال الشخصية في الميراث والوصية، دار الشروق للنشر والتوزيع، الأردن، 2006، ص.13.
2 - محمد قدري باشا (1227-1304هـ/1821-1886م) من أهم رجال القضاء في مصر، أنظر محمد زيد الأبياني بك، مختصر شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان لمحمد قدري باشا، دار الكتب العلمية، لبنان، 2013.

3 - هاني الصعيمات، نفس المرجع، ص.14.

4 - سورة الأنعام، الآية رقم 115.

5 - سورة النساء، الآية رقم 58.

6 - سورة آل عمران، الآية رقم 182.

ومن بين هذه المصطلحات التي أطلقت على عبارة "النظام العام"، عبارات "الصلاح العام" و"الآداب العامة... الخ.

وابتداء من نهاية القرن الثالث عشر (13) الميلادي، ظهرت فكرة جديدة في الحياة الاجتماعية والسياسية بأوروبا، وحلت محل القانون الروماني¹. كما قامت بالتدمير التدريجي للوحدة السياسية التي كانت تربط الإمبراطور بالبابا و ذلك بالتخلص من النظام الكنسي الذي كان سائداً في تلك الحقبة.

ويعتبر الفقيه الإيطالي "بارتول *Bartole*"²، زعيماً لهذه الفكرة (النظام العام) والتي من خلالها فرق بين نوعين من الأحوال: الأحوال المفيدة أو الملائمة والأحوال البغيضة أو المستهجنة³.

كما حظي النظام العام في القرن الرابع عشر بأهمية خاصة بالنسبة لتاريخ القانون الدولي. في هذا الوقت، بدأ التنظيم الدولي لأوروبا الغربية في الانهيار والتدمير تدريجياً، بعد أن حافظت خلال العصور الوسطى على نوع من الوحدة السياسية بين الإمبراطور والبابا.

ولم يبرز دور النظام العام وفقاً للمفهوم الحالي أو الحديث إلا في القرن التاسع عشر على يد الفقيه الألماني كارل فون سافيني (Friedrich Carl von Savigny)⁴، الذي نادى بفكرة الاشتراك القانوني بين الدول الأوروبية التي تستمد أحكامها القانونية من القانون الروماني ومن

1 - Vladimir HRABAR, L'époque de Bartile (1314-1358) dans l'histoire du droit international, traduit du Russe par Jules Preux, Extrait de la Revue Générale de Droit International public, Edition A. PEDONE, France, 1900, p.4.

2 - بارتول (Bartole) ولد في أومبريا سنة 1313م، كان أستاذاً في جامعة بيزا ثم في جامعة بيروز في إيطاليا، ويعد القانوني الأول في روما، توفي سنة 1375م.

3 - فؤاد عبد المؤمن رياض، الوجيز في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، 1981، ص.133.

4 - فريدريك كارل فون سافيني (Friedrich Carl von Savigny)، ولد بتاريخ 1779/02/21 وتوفي بتاريخ 25 أكتوبر 1861. هو فقيه ومؤرخ قانوني ألماني، أستاذ للقانون الروماني.

القانون الكنسي، فكانت الكنيسة مثلاً بفرنسا قبل قيام الثورة الفرنسية تنظم كل ما يتعلق بالزواج وبطلانه ومسائل النسب، فكانت الكنيسة هي المشرع والقاضي¹، وبالتالي إمكانية تطبيق قوانين بعضها البعض².

كما أن محاولة استبعاد النظام العام، قد تم تحديده، ومن رواد هذا التحديد الفقيه الألماني "فريدريك كارل فون سافيني" سالف الذكر، الذي ذهب للقول أن الأصل هو القانون الوطني، والاستثناء هو القانون الأجنبي، وبغياب هذا الأخير الرجوع إلى الأصل ضروري، إذ هذه القاعدة لم تتغير الهدف منها هو تثبيت اختصاص قانون دولة القاضي.

أما بالنسبة لتطور المستجدات الطبية، عرفت الخلافة الإسلامية عدة عمليات وتجارب، ففي عهد عمر بن الخطاب رضي الله عنه، قام نزاع بين امرأة وشاب، فكلف علي كرم الله وجهه في النظر في هذه القضية، فتم حلها بالطرق العلمية، والأمثلة عديدة في هذا المجال. ففي فرنسا، عرفت الأحكام القضائية تطوراً ملحوظاً في فرنسا بخصوص الحجية القانونية لفحص الدم في الإثبات أو نفي النسب، ومدى سلطة القاضي في قبول طلب هذا الفحص أو عدم الاستجابة له.

إن لمعرفة فصائل الدم أهمية بالغة للمساعدة على حل مشاكل القضايا المتعلقة بنظام الأسرة كتنازع البنوة، أو الشك فيما إذا كان المولود من صلب هذا الشخص أو غيره أو في حالة حدوث خطأ اختلاط المواليد في مصحات الولادة، أو حالات ضياع الأطفال لوقوع كوارث طبيعية أو حوادث واستحالة التعرف الأسر على مواليدهم.

1 - الجبالي تشوار، النظام العام في مجال شؤون الأسرة، محاضرات أقيمت على طلبة الدكتوراه (مطبوعة)، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2018-2019، ص 8.
2- حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب 1: تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002، ص 260؛ أنظر أيضاً، أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 775.

وفي سنة 1901م، ساهمت تحاليل الدم في الكشف على كثير من الحقائق المتعلقة بنظام الأسرة، لاسيما معرفة نسب الأطفال، وفي هذا الصدد توصل العالم النمساوي "كارل لاندستاينر"¹ (Karl Landsteiner) "أن دم الإنسان يصنف إلى أربعة (04) فصائل.

أما فيما يتعلق بالاستنساخ فهي فكرة قديمة، طبقت على النبات والحيوان، وفي سنة 1952م، تمكن العالمان "روبرت بريجز"² (Robert Briggs) و"توماس جوزيف كينج"³ (Thomas Joseph King) من استنساخ ضفدع من خلية جينية⁴. وفي عام 1979م، لتتوسع التجربة باستنساخ الأغنام لأول مرة بطريقة الاستنساخ الجنسي⁵.

وفي عام 1993م، تمت أول محاولة للاستنساخ البشري في الولايات المتحدة على الطريقة التوأمية، وفي عام 1997م، تم في الولايات المتحدة الأمريكية استنساخ توأم القرد بطريقة نسخ الأجنة أو الاستنساخ الجنسي⁶.

وفي 17 يناير 1998، أدانت مجلة لانسات (The Lancet) الأسبوعية الطبية بلندن، مبادرات الاتحاد الأوروبي والولايات المتحدة الهادفة لتطبيق هذا الاستنساخ على البشر⁷.

وفي سنة 1992، أصدرت الجزائر قانون تمنع من خلاله هذه التقنية الحديثة للإنجاب و هو ما تم النص عليه في مدونة أخلاقيات الطب.

1 - كارل لاندستاينر ولد في 14 يونيو 1868 وتوفي في 26 يونيو 1943، وهو عالم أحياء وطبيب نمساوي حاصل على جائزة نوبل سنة 1930، حيث وضع نظاما حديثا لتقسيم الدم، أنظر:

Jean-Pierre Aymand, Karl Landsteiner, L'homme des groupes sanguins, Editions L'Harmattan, France, 2014, France, p.17.

2 - روبرت بريجز (Robert Briggs) (1911م-1983م)، عالما بيولوجي في الولايات المتحدة الأمريكية، وأستاذا في جامعة هارفارد بوسطن، الولايات المتحدة الأمريكية،

3 - "توماس جوزيف كينج" (Thomas Joseph King) (1921م-2000م)، عالم الأحياء الأمريكي.

4 - Ghislaine Claret De Langavant, Bioéthique : Méthode et complexité, Presses de l'Université du Québec, Canada, 2001, p.153.

5 - Ghislaine Claret De Langavant, Ibid, p.151.

6 - Anne MaLaren, Le clonage, Editions du Conseil de l'Europe, France, 2002, p.49.

7 - Laurence Simonneux, Le clonage animal : approche à l'usage de l'enseignement, Editions EDCAGRI, France, 1998, p.68.

وبظهور مستجدات علمية في مجال الطب، لجأ المشرع الجزائري بمسايرتها ابتداء من سنة 2005، وخاصة في مسألة إثبات النسب، وفي سنة 2018، تدارك المشرع الجزائري النقص الموجود في التشريع الجزائري فتطرق إلى مسألة الإنجاب عن طريق المساعدة الطبية.

وفي نفس السنة 2018، تطرق المشرع الجزائري إلى مسألة غرس الأعضاء التتاسلية، في قانون الصحة.

وفي سنة 2020، تضمن دستور الدولة الجزائرية نص يقضي بعدم انتهاك حرمة الإنسان يحظر أي عنف بدني أو معنوي أو أي مساس بالكرامة.

أما فيما يتعلق بتحديد موضوع دراستنا، فكما هو معروف أن لكل دول نظام داخلي ينظم العلاقات الأسرية، باستثناء بعض الدول العلمانية، مما أدى في عديد من القضايا إلى صعوبة إيجاد الحل المناسب للقضايا المتعلقة بالعلاقات الأسرية، بسبب وجود مسألة النظام العام.

هذا الأخير أي النظام العام يعد فكرة نسبية ترتبط بالأسس الفكرية والسياسية والعادات والتقاليد السائدة في مجتمع ما، وتختلف باختلاف الزمان والمكان، قد يصادف قانون داخلي كقانون الأسرة الذي يعد من الركائز الجوهرية للمجتمع الجزائري أو قانون أجنبي.

فمحاولة تحديد الإطار المفاهيمي للنظام العام، يظهر من خلال تعريفه وبيان مقوماته، والمرجعيات المحددة للنظام العام الأسري في القانون الجزائري، وذلك في الشريعة الإسلامية وفي الدولة كمحدد للنظام العام الأسري.

فطبيق النظام العام وفقا للنظام الداخلي للدولة المنظمة للعلاقات الأسرية يحتوي على مفاهيم عديدة صعب على الفقهاء وضع مفهوم واضح لها.

فذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن النظام العام يستهدف إلى تحقيق مصلحة عامة، والبعض الآخر يرى أنه يهدف إلى تحقيق الحد الأدنى من الأهداف المسطرة. فهذا الأخير (الحد الأدنى) يتغير حسب الاتجاه الإيديولوجي المتبع من طرف كل الدولة التي تسلط عليه

قيود تنقص أو تزيد من نطاق تطبيقه. فينتسح في الدول المتبعة للنهج الاشتراكي، ويضيق عند الدول المتبعة للنهج الليبرالي فيقلص تدخل الدولة ويطلق عليه بالحرية الفردية.

أما عند فقهاء الشريعة الإسلامية وخاصة في الجزائر التي تدين بدين الإسلام، كان ولا بد عليها أن تستقي النصوص التشريعية المنظمة للروابط الأسرية من مبادئ الشريعة الإسلامية السمحة، مع الانفتاح على المنظومة الأممية لحقوق الإنسان والقوانين الأوربية لكونها تعرف تواجد مجموعة من المهاجرين الجزائريين الذين يطبق عليهم قانون الأسرة الجزائري رغم تواجدهم بأوروبا وذلك بوجود اتفاقيات ثنائية بين الجزائر ودول الاتحاد الأوروبي¹.

ذلك أنه وباستطلاع للتشريع الجزائري نجده كسائر التشريعات الأخرى هو الآخر لم يقدم تعريفا دقيقا ومحددا للنظام العام، بل اكتفى بالتصيص إليه في القانون المدني². وفي حالة تطبيق قانون أجنبي في الجزائري مخالفا للمبادئ أو الأسس الجوهرية الجزائرية فلا ينفذ، متى ثبت الاختصاص القضائي للمحاكم الجزائرية.

أضف إلى ذلك، أن أغلب القواعد المطبقة مثلا في قانون الأسرة هي قواعد آمرة مستمدة من الشريعة الإسلامية باعتبارها الركيزة الأساسية التي يقوم عليها النظام العام ويتمسك بها القاضي.

هذا ويشمل النظام العام الأسري التشريعي أيضا القواعد التي تتعلق بالشق الإجرائي سواء ما تضمنه قانون الأسرة أو قانون الإجراءات المدنية والإدارية³.

1 - Assemblée Parlementaire, Conseil de l'Europe, documents de séance, session ordinaire de 2002 (troisième partie), 24-28 juin 2002, Volume VI, documents 9471-9500, Editions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, France, 2002, p.164.

2 - القانون رقم 05-10 المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426 الموافق 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني. ج.ر. رقم 2005/44.

3 - أنظر المواد 423-499 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر. العدد 21، الصادرة في 23 أبريل 2008.

أما فيما تعلق بالتكريس القضائي لمبدأ النظام العام في القضايا الأسرية في الجزائر، فالمرجع الجزائري كرس ذلك دستورياً.

وبالرجوع إلى الشريعة الإسلامية والتي لا تتناقض مع الأسس العلمية والمستجدات الطبية السليمة، إذ اعترف الأطباء المسلمون بالنتائج المتعلقة بتحليل تحديد فصائل الدم.

كما أن فقهاء الدين الإسلامي، أجازوا بالأخذ بالوسائل العلمية واستدلوا بالقضايا التي وقعت سابقاً.

ومن جانبه، ساير المشرع الجزائري المستجدات الطبية خاصة في مسألة إثبات النسب، والإنجاب عن طريق المساعدة الطبية، فأصدر نصوص قانونية تجيز اللجوء للتلقيح الاصطناعي وحدد له شروطاً.

أضف إلى ذلك، أن المشرع الجزائري لم يحدد القوة القانونية للطرق العلمية كحجية في مسائل إثبات النسب. إذ، أن الطرق العلمية حجيتها تكون إما ذات حجية نسبية أو مطلقة.

وتتمثل المستجدات العلمية الطبية في مجال إثبات النسب أو نفيه، في الخبرة الطبية التي يستأنس بها القاضي المختص لفض نزاع قضائي معروض عليه متعلق بإلحاق نسب، والجدير بالذكر أن اللجوء للخبرة قد تصادفها عقبات مادية وشخصية، مما أوجد عوائق في الحكم بها وتطبيقها، فالقاضي في بعض الحالات يتردد بين أن يأخذ بنتائج هذه الطرق العلمية كما جاء أم يشكك فيها.

وبخصوص غرس الأعضاء التناسلية، تطرق إليه المشرع الجزائري، دون تحديد مسألة نقل وزرع الخصية والمبيض، وبالتالي لم يجيز ذلك. أضف إلى ذلك، فعملية الاستنساخ البشري وكيفية إثبات النسب، فالاستنساخ من المستجدات الطبية التي تؤثر على نظام الأسرة بل وتهدد استقراره واستقرار المجتمعات، فلا علاقة له بالإنجاب الطبيعي.

مما سبق ذكره في التحديد الخاص بموضوع المستجدات الطبية، سواء تعلق الأمر بإثبات النسب وفقاً للطرق العلمية بتحليل البصمة الوراثية وفقاً للطرق العلمية الحديثة أو المساعدة الطبية على الإنجاب، فالسلطة التقديرية في الجزائر، ترجع للقاضي في تقدير قيمتها القانونية.

فالمشرع الجزائري تدارك النقص الذي كان حاصلاً في التشريع بإدراجه جوازية اللجوء إلى المستجدات الطبية العلمية في مسائل النسب، كونها قرينة علمية قوية ونتائج دقيقة وقد أفتى بجوازها فقهاء الشريعة، فيمكن الأخذ بنتائجها لمعرفة هوية الأطفال الضائعين، أو في حالة اختلاطهم في مستشفيات التوليد أو الرعاية، كما تمكن نتائج تحاليل البصمة الوراثية من التعرف على الجثث المجهولة الهوية أو المشوهة بسبب الحوادث والحروب والكوارث.

تكمُن أهمية هذا البحث وأهدافه في التالي:

- تحديد مفهوم الأسرة في قانون الأسرة الجزائري إلى جانب محاولة فهم طبيعة التغيرات التي طرأت على الأسرة وموقعها في المجتمع الحديث والمعاصر في ظل المستجدات الطبية.
- توضيح دور المرجعية الإسلامية في تحديد النظام العام الأسري الجزائري ومدى تأثير المرجعية الدولية والقضاء الأوربي على النظام العام الجزائري.
- تكريس مبدأ النظام العام في المجال الأسري والقضايا الموجودة في قانون الأسرة الجزائري.

وعلى هذا النحو تتبلور أهمية هذا الموضوع والتي تكمن في تدخل النظام العام في مواضيع الأحوال الشخصية على تلك العلاقات الأسرية التي تصل فيها الاختلافات بين التشريعات إلى حد التنافر مما يؤدي إلى كثرة الأعمال بالنظام العام.

ذلك أنه كثيراً من الأحكام القانونية الأجنبية تصطدم بشكل تام ومنافي للمبادئ المطبقة في الدول العربية مما يسفر عن استبعادها وتطبيق القوانين الوطنية لتعارضها مع النظام العام لهذه الدول، إضافة إلى أن أغلب القواعد المطبقة في قانون الأسرة هي قواعد آمرة مستمدة من الشريعة الإسلامية باعتبارها الركيزة الأساسية التي يقوم عليها النظام العام ويتمسك بها القاضي.

- الوقوف على الحقائق الطبية الحديثة التي تتعلق بالأحكام المنصوص عليها في قانون الأسرة الجزائري.

- جمع المسائل الفقهية المعاصرة التي لها متعلقات طبية.

- تسليط الضوء على المسائل الفقهية.

ونظرا لأهمية المستجدات الطبية وآثارها على النظام العام الأسري، يمكن حصر إشكالية هذه الدراسة في سؤال رئيسي يتجلى في البحث عن ما مدى توفيق المشرع الجزائري في مواكبة التطورات و المستجدات الطبية المتصلة بنظام الأسرة؟.

ويتفرع عن هذا السؤال مجموعة من الأسئلة الفرعية، وهي:

- ما هي العلاقة التي تربط النظام العام بقانون الأسرة الجزائري؟

- ما هي هذه المستجدات الطبية؟ وما هو أثرها على نظام الأسرة في إثبات النسب

ونفيه؟ وما موقف كل من الشريعة الإسلامية والقانون والقضاء الجزائري والفرنسي منها؟

- كيف عالج المشرع الجزائري مسألة التلقيح الاصطناعي في ظل قانوني الأسرة

والصحة؟ وما هو موقف القضاء من هذه التقنية الطبية المستحدثة؟ وما هي ضوابط وحدود

اللجوء للتلقيح الاصطناعي فقها وقانونا؟

فما هي الملامح التي تشكل مفهوم الأسرة وواقعها في المجتمع الإنساني المعاصر بصورة

عامة؟ وما مدى تأثير المجتمعات بهذه التغيرات في مفهوم الأسرة وبناءها؟

فما هو موقف الشريعة والقانون الجزائري من التلقيح الاصطناعي بواسطة الأم البديلة

وتقنية نقل وزرع الأعضاء التناسلية كحل للمساعدة الطبية على الإنجاب، والاستنساخ البشري.

وعلى الرغم من كل هذا، إلا أن هناك مجموعة من الصعوبات لا تختلف عن صعوبات

جل الباحثين والطلاب، وهي:

- قلة المؤلفات وندرتها في هذه المسائل.

- أكثر هذه الموضوعات لم يتطرق لها الفقهاء الأقدمون كموضوع واحد بل هي أبحاث

طارئة مستجدة.

- أغلب هذه المسائل متناثرة في مقالات وفتاوى للعلماء المعاصرين، وكذلك في المجالات

العلمية والأبحاث المنشورة.

أما بالنسبة للمنهجية، سنعتمد في هذه الدراسة على المنهج التحليلي المقارن، وذلك من خلال:

أولاً: الاعتماد على بعض المجالات العلمية المتعلقة بالمتغيرات الطبية في مسائل الإثبات والمساعدة الطبية للإنجاب.

ثانياً: الاعتماد على كتب فقهاء السلف التي تناولت مواضيع إثبات النسب أو نفيه.

ثالثاً: الاعتماد على آراء الفقهاء المعاصرين التي لم يتعرض لها الفقهاء القدامى.

رابعاً: توضيح موقف القانون الوضعي لبعض الدول حول مسألة المستجدات الطبية المطبقة على النظام الأسري.

خامساً: التطرق لموقف القضاء الجزائري و القضاء الفرنسي.

سادساً: التركيز على موقف المشرع الجزائري طبقاً للقوانين سارة المفعول كالدستور الجزائري الجديد، وقانون الأسرة الجزائري، والقانون المدني الجزائري، وقانون الإجراءات الجزائية... الخ.

وأخيراً وبناء على الإشكاليات المطروحة في هذه الدراسة، صممت خطة البحث، فكانت موزعة على بابين:

الباب الأول: النظام العام وتطبيقاته على نظام الأسرة.

الباب الثاني: المستجدات الطبية وأثرها على نظام الأسرة.

الباب الأول

النظام العام وتطبيقاته على نظام الأسرة

الباب الأول

النظام العام وتطبيقاته على نظام الأسرة

قد يصادف القانون حالات تجعله مستبعدا عن التطبيق كونه يتعارض والركائز الجوهرية التي بني عليها المجتمع الجزائري، باعتبار أن القاضي لا يمكنه أن يطبق قانونا أجنبيا عشوائيا بل لابد من فحصه أولا وكل ذلك بالارتكاز إلى مقتضيات ما يسمى بالنظام العام.

والواقع أن هذه الفكرة لم تلقى تعريفا جامعاً مانعاً لاختلاف الفقه في تعريفه وتحديد مضمونه ونطاق تطبيقه باعتباره يدافع ويحمي المصلحة العامة، بغية تحقيق التعايش بين الأنظمة القانونية والمعاملات الدولية و بين أفراد المجتمع الدولي، فالنظام العام لم يأت وليد ساعته باعتباره فكرة قديمة تبنتها العديد من التشريعات حتى في الوقت الحالي فبدأت كأداة لتثبيت اختصاص قانون القاضي، ثم كان للفقيه الألماني "سافيني"¹ الفضل الكبير في تحديد الدور الاستيعادي للنظام العام، على أساس أن القانون الوطني هو الأصل والاستثناء هو القانون الأجنبي، فإذا غاب الثاني كان لزاما العودة إلى الأول (الأصل)، وحتى حاليا لم يتغير هذا المعنى التقليدي له وهو تثبيت اختصاص دولة القاضي.

والنظام العام من حيث نطاقه فإنه يضيق في حقل العلاقات الدولية الخاصة بالنظر إلى العلاقات الداخلية، فالأولى وظيفة النظام العام فيها استبعاد القانون الأجنبي المختص بحكم العلاقة، والثانية حماية الركائز الأساسية في القانون الوطني.

ذلك أنه وباستطلاع للمشرع الجزائري نجده كسائر التشريعات الأخرى هو الآخر لم يقدم تعريفا دقيقا ومحددا للنظام العام، بل اكتفى بالتنصيص إليه في القانون المدني² بحسبان أنه الشريعة العامة، بالمادة 24 منه، فهذه الأخيرة قد بينت أنه كلما عينت وأسندت قاعدة

1 - فريدريك كارل فون سافيني (Friedrich Carl von Savigny)، ولد بتاريخ 1779/02/21 وتوفي بتاريخ 25 أكتوبر 1861. هو فقيه ومؤرخ قانوني ألماني، أستاذ للقانون الروماني.

2 - القانون رقم 05-10 المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426 الموافق 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني. ج.ر. رقم 2005/44.

التنازع وفقا للقانون الجزائري قانونا أجنبيا وكان مخالفا للمبادئ أو الأسس الجوهرية في الجزائر فإنه يستبعد ولا ينفذ في الجزائر، متى ثبت الاختصاص القضائي للمحاكم الجزائرية.

وعليه وعطفا على هذا يتجلى بأن النظام العام هو ضمانه في يد القاضي لاستبعاد القانون الأجنبي الذي أشارت قاعدة التنازع بتطبيقه لعدم ملائمة المبادئ والمثل العليا في بلد قانون القاضي.

فما دام معتبرا أن للنظام العام وظيفة معيارية، مسايرة لتطورات وطنية الطابع مختلفة في الزمان والمكان، فالقاضي يعمل بهذا الدفع ليس لأن ذلك القانون الأجنبي المستبعد مغاير فقط للقانون الوطني، بل لا بد ألا يمس النظام العام للدولة، وكل ذلك يمتد إلى عدم إهمار هذه الأحكام الأجنبية بالصيغة التنفيذية.

والحقيقة أن النظام العام يتدخل بصفة واسعة في مجال الأحوال الشخصية، فالتشريعات الأخرى تفيد النظام العام بالحالة والأهلية فقط على عكس الجزائر ومعظم التشريعات العربية فهي توسع من نطاقه التي تضيف الميراث والهبة والوصية كونه يقوم على المفاهيم الإسلامية لحماية الطرف المسلم ولو كان هذا الطرف أجنبيا، وهذا نتيجة لتواجد هذا العنصر على أرض الدولة والاعتراف له بجملة من الحقوق وإبرامه ما يعرف بالزواج المختلط الذي يثير مسألة تنازع القوانين، باعتباره حقا مكتسبا ينتج في الخارج ويعترف به في الجزائر ومادام يتواجد عنصرا أجنبيا فكل ذلك يتوقف على مدى توافق النظام العام أو تعارضه مع الدولة المحتج فيه بها.

بحسبان أن هذا الحق من أهم الحقوق التي أقرها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان من خلال نص مادته السادسة عشر، إذ بمقتضاها يعد عقدا رضائيا، مبرم بين رجل وامرأة لتكوين أسرة أساسها المودة والرحمة، وهذا الحق يريد أساسا إلى الشريعة الإسلامية.

وعلى هذا النحو تتبلور أهمية هذا الموضوع والتي تكمن في تدخل النظام العام في مواضيع الأحوال الشخصية على تلك العلاقات الأسرية التي تصل فيها الاختلافات بين التشريعات إلى حد التناظر مما يؤدي إلى كثرة الأعمال بالنظام العام.

ذلك أنه كثيرا من الأحكام القانونية الغربية تصطم بشكل تام ومنافي للمبادئ المطبقة في الدول العربية مما يسفر عن استبعادها وتطبيق القوانين الوطنية لتعارضها مع النظام العام

لهذه الدول، إضافة إلى أن أغلب القواعد المطبقة في قانون الأسرة هي قواعد آمرة مستمدة من الشريعة الإسلامية باعتبارها الركيزة الأساسية التي يقوم عليها النظام العام ويتمسك بها القاضي.

تم تقسيم الباب الأول إلى ثنائية قوامها فصلين، حيث تناول الأول حقيقة ضابط النظام العام في المجال الأسري، والتي لا يمكن أن تتبلور إلا من خلال رصد ماهيته (المبحث الأول)، وكذا معاينة المرجعية المحددة للنظام العام الأسري في القانون الجزائري (المبحث الثاني)، في حين ينصرف الفصل الثاني إلى رصد مسألة تكريس مبدأ النظام العام في المجال الأسري، وذلك من خلال مظاهر حماية النظام العام للحقوق الأسرية (المبحث الأول)، والتكريس القضائي لمبدأ النظام العام في القضايا الأسرية (المبحث الثاني).

الفصل الأول

ضابط النظام العام في المجال الأسري

الفصل الأول

ضابط النظام العام في المجال الأسري

برزت فكرة النظام العام أولاً من الفقه الإيطالي في القرن الثالث عشر الميلادي من نظرية الأحوال الإيطالية، بفضل الفقيه "بارتول *Bartole*"¹ بين الأحوال البغيضة (المستهجنة) والأحوال الملائمة (المستحسنة)، فالأحوال الملائمة هي القوانين التي تصاحب الشخص أينما ذهب فتطبق عليه حتى ولو غادر الإقليم، أما الأحوال البغيضة فهي القواعد التي لا تتعدى أثارها حدود إقليم البلد الذي أصدرها².

ولم يبرز دور النظام العام وفقاً للمفهوم الحالي أو الحديث إلا في القرن التاسع عشر على يد الفقيه الألماني "*Savigny*" الذي نادى بفكرة الاشتراك القانوني بين الدول الأوروبية التي تستمد أحكامها القانونية من القانون الروماني ومن القانون الكنسي، فكانت الكنيسة مثلاً بفرنسا قبل قيام الثورة الفرنسية تنظم كل ما يتعلق الزواج وبطلانه ومسائل النسب، فكانت الكنيسة هي المشرع والقاضي³، وبالتالي إمكانية تطبيق قوانين بعضها البعض⁴.

أما في الإسلام فقد عرف النظام العام بحماية المصالح العامة، وعهدت تلك الحماية لهيئة أطلق عليها الحسبة التي كانت مهمتها القيام برقابة، يمكن القول أنها رقابة إدارية بواسطة أشخاص مؤهلين لممارسة تلك الوظيفة على نشاط الأفراد في شتى الميادين داخل المجتمع ومهمتها الأساسية تمثيل المجتمع في الحفاظ على النظام العام داخله وكذا الآداب العامة، وهي تتشابه إلى حد قريب مع ما يعرف حالياً بالنيابة العامة كون أنهما إشتراكاً في مهمة

1 - بارتول (*Bartole*) (1313م/1356م)، فقيه إيطالي، أستاذ في القانون الروماني.

2 - عكاشة محمد عبدالعال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، طبعة 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004، ص 530.

3 - الجبالي تشوار، النظام العام في مجال شؤون الأسرة، محاضرات أقيمت على طلبة الدكتوراه (مطبوعة)، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2018-2019، ص 8.

4 - حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب 1: تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002، ص 260؛ أنظر أيضاً، أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 775.

الحفاظ على النظام العام داخل المجتمع، فالنيابة العامة لها دور كبير في حفظ النظام العام باعتبارها ممثلة للدولة في التطبيق السليم والصارم للقانون¹.

إضافةً للاختصاص الأساسي في الجانب الجزائي من تحريك الدعوى العمومية ومباشرتها والإشراف على وظائف الضبط القضائي وغيرها من الاختصاصات. قام المشرع الجزائري بإسناد بعض المهام المتعلقة في قضايا الأسرة، وذلك بنص المادة 3 مكرر قانون أسرة بقوله: "تعد النيابة العامة طرفاً أصلياً في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون"².

وبالتالي تفعيل دور النيابة العامة في قضايا الأحوال الشخصية يجعل تدخلها بقوة القانون طالما كانت قضايا الأحوال الشخصية مرتبطة بالنظام العام. ومن بين القضايا المتعلقة بالأحوال الشخصية أو الأسرة، حالة الأشخاص وأهليتهم الخطبة والزواج، حقوق الزوجين وواجباتهم المتبادلة، فك الرابطة الزوجية، البنوة والنسب، الولاية، الحجر، الميراث ... الخ. فنجد بأن هناك علاقة ثلاثية تربط بين النظام العام والقضايا المتعلقة بالأسرة ودور النيابة العامة في السهر على حفظ النظام في الدولة.

وللنظام العام في قضايا الأسرة أهمية بالغة باعتبارها مجال تطبيق فيه قواعده. وذلك لارتباط الأحوال الشخصية بقيم المجتمع أخلاقياً واجتماعياً وحتى دينياً بما أن الشريعة الإسلامية هي المصدر الأساسي في قانون الأسرة. ودور النيابة العامة يكمن في المحافظة على هذا النظام عن طريق تطبيق القواعد القانونية للدولة.

1- بلحاج العربي، دور النيابة العامة في الخصومة القضائية المدنية في القانون القضائي الخاص الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، العدد الأول، 1993، ص 166.

2- القانون 84-11 المؤرخ في 9 جوان 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، ج ر العدد 24 الصادرة في 12 جوان 1984، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02، المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج.ر العدد 15، الصادرة في 27 فبراير 2005.

وعليه سيتم التطرق في هذا الفصل إلى محاولة تحديد الإطار المفاهيمي للنظام العام، من خلال تعريفه وبيان مقوماته في المبحث الأول، فيما يتم تخصيص المبحث الثاني لدراسة المرجعيات المحددة للنظام العام الأسري في القانون الجزائري، وذلك في الشريعة الإسلامية وفي الدولة كمحدد للنظام العام الأسري.

المبحث الأول

الإطار المفاهيمي للنظام العام

يختلف مفهوم النظام العام ومجالات تطبيقاته حسب النظام الداخلي للدولة الذي ينظم العلاقات الأسرية في مختلف المواضيع، فهو يحتوي على مفاهيم اجتماعية وأخلاقية ودينية مشمولة بتنظيم القواعد الأمرة، بخلاف الدول العلمانية الأمر الذي جعل كل محاولات الفقه تقش في وضع إطار واضح لمضمونه.

سيتم التطرق إلى مفهوم النظام العام وتبيان طبيعته ومجالاته في المطلب الأول؛ ثم مقوماته من خلال دراسة خصائصه والعناصر المكونة له في المطلب الثاني.

المطلب الأول

مفهوم النظام العام

من الصعب تحديد مفهوم النظام العام أو وضع تعريف جامع مانع له، لأنه مفهوم متطور ونسبي، يتغير بتغير الزمان والمكان تبعاً لاختلاف الأفكار السائدة في المجتمع، كما أنه يتأثر بالظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية التي يتعايش معها.

فمصطلح النظام العام يذكر كثيراً في الدراسات القانونية، وإن اختلف الفقه حول تعريفه ومضمونه ونطاقه جعل من الصعب تحديده فكرته على درجة دقيقة¹.

1 - حلو أبو الحلو، مداخلة بعنوان "النظام العام في مجال المنافسة والاستهلاك"، دراسات قانونية، مجلة سداسية، جامعة أوبكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق، العدد 08\05، ص 20.

فيمكن القول أن النظام العام قد تبنته كل التشريعات القديمة والحديثة مع تطور مفهومه ومجاله، وكرسته في نصوص مختلفة ضمن قوانينها¹، كالقانون الدستوري والإداري وقانون الأسرة وغيرها من القوانين.

ومفهوم النظام العام يرجع إلى نظرية الدولة المنبثقة عن ثلاث نظريات وهي النظرية الفردية التي تهدف إلى المحافظة على الأمن الداخلي وإقتصار عمل الدولة على رد الاعتداء الخارجي عن الأفراد، أما الثانية فهي النظرية الاشتراكية والتي ترمي إلى تدخل الدولة في جميع الأعمال توصلًا إلى هناء الفرد ورفاهيته، أما النظرية الثالثة فهي مزيج بينهما، فهي ليست بالفردية ولا بالاشتراكية.

الفرع الأول

تعريف النظام العام وصوره

بُذلت محاولات عديدة فردية وجماعية في سبيل الوصول إلى تبني تعريف مشترك للنظام العام، إلا أنّ كل تلك الجهود المبذولة في هذا الصدد لم تصل للهدف المنشود، فجاءت التعاريف غامضة ومبهمّة ولم تحدّده بشكل دقيق، ويرجع ذلك لسعة نطاق الأخير من جهة، وكذا لكون فكرة النظام العام فكرة نسبية متغيرة ومتطورة تختلف من مكان إلى مكان ومن زمان لآخر من جهة أخرى، ممّا يحول دون تحديدها وتعيينها بشكل ثابت ودقيق.

أولاً: تعريف النظام العام

وفيما يلي عرض ذلك.

1- تعريف النظام العام قانوناً

عرف جانب من الفقهاء النظام العام بأنه يتمثل في مجموعة القواعد التي تستهدف تحقيق مصلحة عامة، سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية، تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على

1- بليغقوبي بلخير، مداخلة بعنوان "تقدير فكرة النظام العام في العقود الخاصة الدولية في مجال الأحوال الشخصية"، دراسات قانونية، مجلة سداسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2007-2008، ص 197.

مصلحة الأفراد، فيجب على جميع الأفراد مراعاة هذه المصلحة وتحقيقها، ولا يجوز لهم أن يناهضوها باتفاقيات فيما بينهم، حتى لو حققت هذه الاتفاقات لهم مصالح فردية فإن "المصالح الفردية لا تقوم أمام المصلحة العامة". وعليه فإن فكرة الآداب والتمثلة في مجموعة الأسس الخلفية للجماعة تحتويها فكرة النظام العام¹.

فالنظام العام ليست تلك القواعد التي يقصد بها تحقيق النظام في المجتمع فحسب، أو تحقيق المصلحة العامة، لأن كل قواعد القانون في مجموعها تهدف إلى تحقيق الأغراض السابقة، وأن القواعد المتعلقة بالنظام العام هي التي تهدف إلى تحقيق الحد الأدنى الذي لا يمكن الاستغناء عنه من هذه الأهداف.

وهذا الحد يزيد أو ينقص بحسب ما إذا كان الاتجاه الفلسفي السائد في الدولة هو الاتجاه الليبرالي أو الاتجاه الاشتراكي، فدائرة ما يعتبر من النظام العام تتسع كل ما تعلق الأمر بالمنهج الاشتراكي، وتضيق وتتحسر عند تعلقها بالمنهج الليبرالي، لأن المنهج الأخير يطلق الحرية الفردية ويحد من تدخل الدولة.

يستفاد مما سبق أن النظام العام والآداب العامة يشملان الأسس السياسية والاقتصادية والاجتماعية والخلفية التي يرتكز عليها كيان المجتمع كما تحدده القوانين الداخلية، وهو يتسع ويضيق حسب النظام السياسي السائد في الدولة.

حاول الأستاذ "Malaurie" أن يجمع طائفة من التعريفات الفقهية للنظام العام فذكر في كتابه "النظام العام والآداب العامة والعقد" بأنه النظام في الدولة هو تنظيم المؤسسات والقواعد التي لا غنى عنها في ممارسة الدولة لوظائفها والأعمال التي تقوم بها².

1 - عيسى طعيبة، الجليلي تشوار، النظام العام ومنح الحكم الأجنبي الأسري الصيغة التنفيذية، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، المجلد 4، العدد 2019، ص 1012-1014.

2- أشار إلى هذا الشرح، عيسى طعيبة، الجليلي تشوار، المرجع السابق، ص 1013.

ويمكن تلخيص المفهوم الفرنسي للنظام العام وفقا لما جاء في مؤلفات الفقهاء الفرنسيين بأنه مجموع ما يعتبر مهما في مجتمع وزمن معينين أي بنصف الإلزامية ولو حصل ذلك خلافا لإرادة الأفراد.

2- تعريف النظام العام في الشريعة

لم يستعمل فقهاء الشريعة الإسلامية الأوائل مصطلح النظام العام في مؤلفاتهم وفتوهم إلا أنهم استعملوا ألفاظا مرتبطة ارتباطا وثيقا بهذا المعنى مثل: الصلاح العام، النفع العام، حدود الله، وكذا المصلحة الشرعية المعتبرة، فالشريعة الإسلامية جاءت لحماية مقاصد كبرى منها الضرورية، ومنها الحاجية، ومنها التحسينية، وذلك في كل عصر ومكان، ومبناها وأساسها على الحُكم ومصالح العباد¹. وفيما يلي عرض بعض آراء الأئمة الأجلاء.

أ- النظام العام والآداب العامة عند ابن أبي الربيع

يذهب ابن أبي الربيع إلى أن نشأة المجتمع السياسي وتكوينه ضرورة تقتضيها حاجة الناس بعضهم إلى بعض لسد ما يحتاجون إليه القيام حياتهم من ضرورات الغذاء واللباس والمسكن والجماع والعلاج وأنها أساس قيام الكيان الاجتماعي الذي بقيامه تبرز حاجة الناس إلى النظام العام والآداب العامة الذي يصبح ضرورة لإستقرار حياة الناس وتدبير أمورهم².

هذا وبين ابن أبي الربيع أن مقاومات النظام العام والآداب العامة هي: الملك، والرعية، والعدل، والتدبير، وعلى هذه الأركان الأربعة تقوم المملكة وحراستها ودوامها. كما أوضح القواعد اللازمة لحفظ تلك الأركان وصلاحتها، ومنها عمارة البلدان، سواء بالمزارع أو الأمصار، وحراسة الرعية، وتدبير الجند، وتقدير الأموال.

ب- النظام العام والآداب العامة لدى الإمام الماوردي

1- صالح جزول، حدود النظام العام في مواد الأسرة، المجلة المتوسطة للقانون والاقتصاد، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، المجلد5، العدد الأول، 2020، ص 179.

2- شهاب الدين أحمد بن محمد بن أبي الربيع، سلوك الممالك في تدبير الممالك لابن أبي الربيع، دار العاذرية للنشر والتوزيع، الرياض، 2004، ص 403-404.

أطلق الماوردي لفظ "الصلاح العام" على النظام العام والآداب العامة، وجاءت مجمل عباراته في هذا الجانب، مع أنه أورد مصطلح النظام أكثر من مرة وقدم رؤية شاملة ومتكاملة لمقومات الصلاح العام وأهميته، بل يجعل علاقة تكامل بينه وبين الصلاح على المستوى الجزئي فيقول: "صلاح الدنيا معتبر من وجهين: أولهما ما تنتظم به الأمور جملتها والثاني ما يصلح به حال كل واحد من أهلها، فهما شيئان لا صلاح لأحدهما إلا بصاحبه، لأن من صلحت حاله مع فساد الدنيا واختلال أمورها لا بعد أن يتعدى إليه فسادها، ويقدر فيه اختلالها، لأنه منها ولها يستعد، ومن فسدت حاله مع صلاح الدنيا والنظام فلن يجد لصلاحها لذة ولا لاستقامتها أثرا، ومع هذا فصلاح الدنيا يصلح لسائر أهلها، لقلّة أماناتهم، وظهور دياناتهم، وفسادها مفسد لسائر أهلها لقلّة أماناتهم وضعف دياناتهم¹.

ويري الماوردي أن مقومات الصلاح العام أو النظام العام والآداب العامة تتمثل في قواعد فقال: "أعلم أن ما به تصلح الدنيا حتى تصير أحوالها منتظمة وأمورها ملتئمة ستة أشياء في قواعدها وإن تفرعت، وهي: دين مُتَّبَعٌ، وسلطان قاهر، وعدل شامل، وأمن عام، وخصب دائم، وأمل فسيح"².

ج- النظام العام والآداب العامة عند الإمام الغزالي

يرى الإمام الغزالي أن "السلطان ضروري في نظام الدنيا، ونظام الدين ضروري في الفوز بسعادة الآخرة وهو مقصود الأنبياء قطعا، فكان وجوب تنصب الإمام من ضروريات الشرع لا سبيل إلى تركه.

د - النظام العام والآداب العامة لدى الإمام القرافي

يقول في معرض حديثه أن المحكوم عليه يجب عليه التسليم بحكم الحاكم، وإن خالف ما علمه "إن المحكوم عليه إنما حرمت عليه المخالفة لما فيها من مفسدة مشاققة الحكم

1- علي بن محمد بن حبيب الماوردي أبو الحسن، أدب الدنيا والدين للماوردي، دار إقراء، 1985، ص 134.

2- علي بن محمد بن حبيب الماوردي أبو الحسن، المرجع السابق، ص 135.

وانحراف النظام وتشويش نفوذ المصالح وأما مخالفته بحيث لا يطلع عليه حاكم ولا غيره فجائزة".

هـ- النظام العام والآداب العامة لدى الإمام الشاطبي

أكثر الإمام الشاطبي من استخدام هذا المصطلح حيث يقول: " إذا ثبت أن الشارع قد قصد بالتشريع إقامة المصالح الأخروية والدنيوية، وذلك على وجه لا يختل به نظام لا بحسب الكل ولا بحسب الجزء، وسواء في ذلك ما كان من قبيل الضروريات أو الحاجيات أو التحسينات، فإنها لو كانت موضوعة بحيث يمكن أن يختل نظامها، أو تختل أحكامها لم يكن التشريع موضوعا لها"¹.

من خلال القراءة المتأملة للنصوص السابقة نلاحظ بشكل جلي أن عبارات الفقهاء السابقين للنظام العام وسياقاتهم له وتناولاتهم بشأنه لا تخرج عن إطار ثلاثة أفكار، تعد مداخل حقيقية وثابتة لتأسيس فكرة النظام العام لديهم وهي فكرة حق الله أو الحق العام؛ فكرة الحكم الشرعي أو الحلال والحرام لتضمنه معني الالتزام فكرة المصلحة وهذا ما ألمح إليه بعض الباحثين².

3- التعريف الفقهي القانوني للنظام العام

تنوعت التعاريف الفقهية للنظام العام تنوعا كبيرا وهذا راجع إلى اتساع مضمون النظام العام وشمول نطاقه من جهة وإلى اختلاف مفهوم النظام العام من حيث الزمان والمكان من جهة أخرى.

1- أشار إلى هذا القول، عيسى طعيبة، الجليلي تشوار، المرجع السابق، ص 1015.

2- فتحي الدريني، خصائص التشريع الإسلامي، ط 2، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2013، ص 272-283.

فقد عرفه *Guédon leroy* بأنه: "مجموعة الشروط اللازمة للأمن والآداب العامة التي لا غنى عنها لقيام علاقات سليمة بين المواطنين بما يناسب علاقاتهم الاقتصادية¹، يلاحظ على هذا التعريف بأنه يوسع كثيرا من مفهوم النظام العام.

وقد قال القضاة الإنجليز عنه: "إنك إذا حاولت تعريف النظام العام فإنما تركب حصانا جامحا لا تدري على أي أرض سيلقي بك"².

ويقول *Gabio* في هذا الصدد: "أن النظام العام يستمد عظمته من ذلك الغموض الذي يحيط به فمن مظاهر سموه أنه ظل متعاليا على كل الجهود التي بذلها الفقهاء لتعريفه"³.

وقد عرفته حليلة آيت حمودي: "قواعد النظام العام هي تلك التي يقصد بها إلى تحقيق مصلحة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع وتعلو على مصلحة الفرد"⁴.

وقد عرفه عبد الحي حجازي بأنه: "مجموعة النظم والقواعد التي يقصد بها المحافظة على حسن سير المصالح العامة في الدولة وإلى ضمان الأمن والأخلاق في المعاملات بين الأفراد بحيث لا يجوز للأفراد أن يستبعدوها في اتفقاتهم."⁵

1 - فيصل نسيغة، رياض دنش، النظام العام، مجلة المنتدى القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد 5، 2002، ص 166.

2 - محمد معروف، عربي محمد، نظرية محل العقد بين الشريعة والقانون، دبلوم الدراسات العليا بجامعة الجزائر 1974، ص 97.

3 محمد معروف، عربي محمد، نفس المرجع، ص 97.

4 - حليلة آيت حمودي، نظرية الباعث في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دبلوم الدراسات العليا، جامعة الجزائر، 1977، ص 31.

5 - فيصل نسيغة، رياض دنش، المرجع السابق، ص 167.

ويقول محمد صبري السعدي: "أساس فكرة النظام العام المصلحة العامة وهي تتضمن المصلحة الاجتماعية والسياسية والأدبية والاقتصادية، وقد أخذ أنور سلطان بنفس التعريف¹. وعرفه محمود حسن حسين المستشار بإدارة التشريع النظام العام بأنه: "مجموع المصالح الأساسية للجماعة"²؛ أي مجموع الأسس والدعامات التي يقوم عليها بناء الجماعة وكيانها، بحيث لا يتصور بقاء هذا الكيان سليماً دون استقراره عليها.

هذا وقد ذهب بعض الفقهاء إلى إضفاء الطابع السلبي على مفهوم النظام العام، حيث عرفه الفقيه هوريو بأنه: "حالة واقعية تعارض حالة واقعية أخرى هي الفوضى"³، فقد أشار إلى أن النظام العام حالة فعلية معارضة للفوضى وترتبط وتنقيد مع الظروف.

وخلاصة القول أن النظام العام يعتبر مجموعة من القواعد الجوهرية التي يبنى عليها كيان الجماعة سواء أكانت سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية أو ثقافية أم خلقية"⁴، وهو تقريبا نفس تعريف المحامي محمود السليمان⁵.

1- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، د.ط، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، العقد والإدارة المنفردة، دار الهدى، 1993، ص 66.

2- أنور سلطان، مصادر الالتزام، الموجز في النظرية العامة للالتزام، د.ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 1983، ص 99.

3 - محمود حسن حسين، نشرة القضاة، مقال العدد 1968، 63، ص 25.

4 - René CHAPUS, droit administratif général, tome 1, 14eme édition, paris, 2001, p688.

5- محمود السليمان، النظام العام والآداب العامة، مقال سنة 2008، ص 53.

• التعريف القضائي للنظام العام:

هذه بعض التعريفات الفقهية، أما التعريفات القضائية للنظام العام فبالنسبة للقضاء اللبناني فقد جاء مفهوم أو تعريف النظام العام على أنه: "مجموعة القوانين التي تتعلق بالركائز الأساسية لكيان البلاد الاجتماعي أو السياسي أو الاقتصادي والتي يحدث خرقها خلافاً في هذه الركائز"¹.

ونجد بأن بعض الدول عرفت النظام العام صراحة في قوانينها تحت تسميات متعددة فالمرجع التونسي استعمل مصطلح "الاختبارات الأساسية للنظام العام القانوني التونسي".

وعبر عنه المرجع النمساوي: "بالقيم الأساسية" وتشريعات أخرى أضافت إلى النظام العام الآداب العامة، كالقانون الجزائري في مادته 24 من القانون المدني والقانون الإيطالي في المادة 31 منه وأيضاً المادة 73 من القانون الكويتي. والقانون العراقي في مادته 132 والقانون الأردني في المادة 163، والمادة 28 من القانون المدني المصري².

واشتركت جميعها في اعتبار النظام العام يتعلق أساساً بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث والأحكام المتعلقة بانتقال الملكية والإجراءات اللازمة للتصرف في الأوقاف والعقارات على سبيل المثال لا الحصر.

ثانياً: صور النظام العام الأسري

النظام العام في مواد الأسرة صورتان وهما:

1- فاطمة الزهراء زاير، النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية، مذكرة ماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2010-2011، ص 15.

2 - فاطمة الزهراء زاير، نفس المرجع، ص 14.

1- النظام العام الأسري التشريعي

ونقصد به ما تضمنته القواعد القانونية التي جاء بها المشرع في قانون الأسرة، وتشمل القواعد القانونية الموضوعية، وسلطة المشرع في تشريع تلك المواد المقيدة بضرورة الالتزام بالمبادئ الدستورية المرتبطة بين المجتمع وثقافته أي بمصدرية الأحكام المتعلقة بالأسرة و كذا بأحكام الشريعة الإسلامية. ومن قبيل النظام العام الأسري في قانون الأسرة الجزائري جميع الأحكام التي يتضمنها سواء ما ثبت منها بدليل قطعي الثبوت قطعي الدلالة، أو ما ثبت منها بدليل ظني الثبوت وظني الدلالة أو بأحدها، أو بعبارة أدق سواء ما كان مجمع عليه من قبل فقهاء الشريعة الإسلامية ولم يخالف فيه أحد، أو ما هو مختلف فيه بين الفقهاء وتبناه المشرع بنص.

أما الأحكام الثابتة بدليل قطعي الثبوت قطعي الدلالة الذي لا يحتمل إلا معنى واحدا¹ فإنه لا يجوز أن تكون محلا للاجتهاد أو التغيير والتبديل، مهما تغيرت الأزمنة والأمكنة، ومهما تغيرت العصور وهذا باتفاق الفقهاء، وإقرار القضاء، ومن قبيل ذلك عقد الزواج الذي يتعين أن يكون بين رجل وامرأة خاليين من الموانع الشرعية، الرضا بين الزوجين، المهر في عقد الزواج، الولي بالنسبة للقاصر، العدة بأنواعها، أنصبة المواريث، شرعية الطلاق، المحرمات من النساء، الحضانة، التعدد في حدود ما تسمح به الشريعة الإسلامية، حرمة التبني، وغيرها كثير بحيث أغلب الأحكام الموضوعية الأسرية هي من قبيل النظام العام الأسري الأبدي الذي لا يجوز لأي سلطة كانت تغييره أو تكييفه بحسب الظروف وتطور العصر، لأن الشارع الحكيم قد أحاط الأسرة بالكثير من الأحكام التفصيلية التي من شأنها أن تسد الباب أمام أي اجتهاد بشري فيها، وقطعية النصوص لا تمنع من مرونة الجانب الإجرائي الذي يتسع لتنزيل النص المجرد على الواقعة المعينة عند التطابق، وهي عملية لا ينبغي الخلط

1- وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ج1، دار الفكر دمشق، ط1، 1986، ص 441.

فيها بين يقين القاضي الذي هو بالضرورة نسبي، وبين قطعية النص الدائم الذي هو بطبيعته مطلق وهو اجتهاد في فهم النص¹.

أما الأحكام الثابتة بدليل ظني الثبوت ظني الدلالة، أو بأحدهما والتي كانت محل اجتهاد فقهاء الشريعة الإسلامية و اختلاف آرائهم، وتبنى المشرع أحدها بنص فقد تعتبر هي الأخرى من قبيل النظام العام التشريعي، ومن تطبيقات ذلك النص على أن أقصى مدة الحمل عشرة (10) أشهر² من تاريخ فراق المرأة لزوجها أو موته أخذا بقول محمد بن عبد الحكم من المذهب المالكي الذي قال سنة واحدة، وخلافا لجمهور المذهب المالكي وجمهور المذاهب الأخرى³.

وأیضا ما كان يعتبره المشرع الجزائري قبل تعديل قانون الأسرة بأن الخلع لا يقع إلا بموافقة الزوج، وكذا ركنية الولي في عقد زواج المرأة مطلقا راشدة كانت أو قاصرة، في حين أصبح يتبنى المشرع الجزائري أحكاما مخالفة بعد التعديل، فأصبح الخلع يقع ولو دون موافقة الزوج ويتعين على القاضي الحكم به إذا طلبته الزوجة وليس له الحكم بخلافه وهذا عملا بقول ابن رشد المالكي، خلافا لجمهور الفقهاء.

وجواز عقد نكاح المرأة البالغة بكرة كانت أو ثيبا بدون وليها خلافا لجمهور الفقهاء بما فيهم أبي حنيفة وعملا برأي مستوحى من الفقه الحنفي⁴.

1- عليان بوزيان، مباحث في قانون الأسرة الجزائري، مطبوعة بيداغوجية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيارت، السنة الجامعية 2013-2014، ص 31.

2 - أنظر المادة 42 من قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق ل 09 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير 2005، ج.ر 15 مؤرخة في 27 فبراير 2005) والموافق بقانون رقم 05-09 المؤرخ في 25 ربيع الأول عام 1426 الموافق ل 04 مايو 2005 (ج.ر 43 المؤرخة في 22 يونيو 2005).

3- بن عبد الله بن عبد البر، الاستتكار، ط1، ج7، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000، ص 170.

4- ابن عابد، حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، فقه أبو حنيفة، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، 2000، ص 84.

هذا ويشمل النظام العام الأسري التشريعي أيضا القواعد التي تتعلق بالشق الإجرائي سواء ما تضمنه قانون الأسرة أو قانون الإجراءات المدنية والإدارية¹.

ومن الأمثلة على ذلك عدم ثبوت الطلاق إلا بحكم، وإجبارية إجراء محاولات الصلح قبل الحكم بها، عدم قابلية الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع للاستئناف عدا في جوانبها المادية².

وما تعلق بالاختصاص النوعي والإقليمي، والآجال وغيرها من الأحكام المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهذه الأحكام الإجرائية قد يخضع بعضها للتغيير بحسب مقتضيات الحال والزمان، طالما أنها لا تمس مقومات النظام العام الشرعي الأبدي، ومن أمثلة ذلك عدم جواز الطعن بالاستئناف في دعاوى التطليق والخلع فإنه من الجائز تغيير ذلك وجعله جائزا باعتبار أن الحكم بالتطليق يكون السبب من الأسباب المنصوص عليها في المادة 53 ق.أ.ج³.

ويمكن أن يشمل على أخطاء مادية وموضوعية ويحتاج إصلاحها إلى إعادة النظر فيها من جهة قضائية أعلى⁴، وهو يختلف عن الطلاق باعتبار أن هذا الأخير يكون فيه الحكم بالطلاق بناء على إرادة الزوج المنفردة والذي هو غير ملزم بتسبب طلب الحكم لأن العصمة بيده وما يقال على التطليق يقال أيضا على الخلع.

هذا وإن كانت القاعدة القانونية سواء كانت آمرة أو مكملة من خصائصها أنها ملزمة لا يعني أنها كلها سواء في درجة الإلزام كما لا يعني كلها تعتبر من النظام العام، وإنما كل ما

1 - أنظر المواد 423-499 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر العدد 21، الصادرة في 23 أبريل 2008.

2 - أنظر المادة 53 من ق.أ.ج.

3- أنظر المادة 57 من ق.أ.ج.

4- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومه، الجزائر، سنة 2007م، ص 130.

كان منها لا يجوز للأفراد أن يخالفوا أحكامها فإنها تعتبر قاعدة أمرية وهي من النظام العام، وما كان منها يجوز للأفراد مخالفتها والتعديل فيها فهي لا تتصل بالنظام العام وتعتبر قاعدة ملزمة لهم إذا هم اتبعوها ولم يخالفوها وهي مكملة لإرادة الأطراف. وهذا ما ذهب إليه اغلب فقهاء القانون الخاص والقانون العام من أن النظام العام هو معيار التفرقة بين القاعدة الأمرية والقاعدة المكملة¹.

2- النظام العام الأسري القضائي

إذا كان القانون لا يمكنه تحديد الحالات التي تعتبر من النظام العام لتغيير هذا الأخير بتغيير الزمان والمكان وتطور الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية والخلقية فإن تقدير المصلحة العامة المرتبطة بهذه التطورات ترجع إلى القاضي بإعطائه سلطة واسعة حتى يفسر القانون التفسير الملائم لروح عصره.

غير أن إسناد تحديد حالات النظام العام في مواد الأسرة إلى القاضي قد تنطوي عليه عدة صعوبات وذلك لارتباط مواد الأسرة بأحكام الشريعة الإسلامية، التي تتطلب من القاضي أن تكون لديه ملكة فقهية، ومكنة اجتهادية تؤهله لتقدير ما يعتبر من النظام العام الشرعي الذي لا يجوز مخالفته بأي حال من الأحوال وما ليس كذلك ولاسيما وأن المشرع الجزائري أحال القاضي بناء على نص المادة 222 من قانون الأسرة على أحكام الشريعة الإسلامية في حالة عدم وجود نص في القانون وأحكام الشريعة الإسلامية واسعة تشمل ما هو مجمع عليه وما هو مختلف فيه، لهذا يتعين على القاضي أن يكون ملما بذلك.

وهذا قد يكون من الصعوبة بمكان، وخاصة إذا كان تكوين القاضي لا يرقى إلى درجة التمييز بين الثابت والمتغير، وما هو ثابت بدليل قطعي الثبوت والدلالة وما هو مختلف فيه، لأنه ليست العبرة في الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بتحديد نظامها الشرعي العام بموضوع

1- عدة عليان، فكرة النظام العام وحرية التعاقد، في ضوء القانون الجزائري والفقهاء الإسلامي، أطروحة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2015-2016، ص 62.

الحكم، بل بالحكم نفسه، من حيث كونه مفسراً قاطعاً للدلالة على معناه، أو بمصلحة أو معنى عام نهضت الأدلة القاطعة على ثبوته قطعاً¹ ولهذا فإن تقرير القاضي ما إذا كانت القاعدة القانونية المتعلقة بمواد الأسرة هي من النظام العام أم ليس كذلك تعتبر مسألة قانونية تخضع لرقابة المحكمة العليا².

ومن التطبيقات القضائية على حالات النظام العام الأسري القضائي ما يلي:

الالتزام بالتخلي عن الطفل تصرف مخالف للنظام العام، المبدأ من المقرر قانوناً أنه إذا كان محل أو سبب الالتزام مخالفين للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير وجيه، ولما كان الثابت في قضية الحال أن أساس دعوى الطاعنة يتعلق بعقد التخلي لها نهائياً عن البنت دون أن توجد أية قرابة سواء منا النسبية أو المصاهرة تربطها بابوي البنت فإن قضاة الموضوع بقضائهم بإرجاع البنت إلى والديها طبقوا صحيح القانون³.

فمن المقرر شرعاً أن الحكم بالطلاق الواقع برضا الزوج، والذي استغرق ميعاد العدة لا يجوز استئنافه بغرض التراجع عن الطلاق الذي تم قبوله أمام القاضي ولما كان من الثابت في قضية الحال أن المجلس القضائي لما قضى برجوع الزوجة من جديد رغم أن الحكم بالطلاق الرضائي استغرق ميعاد العدة ومرت ثلاثة أعوام فإن القرار المنتقد قد خرق أحكام الشريعة الإسلامية مما يستوجب نقضه⁴. ومتى كان من المقرر شرعاً وقانوناً أن إسناد الحضانة يجب أن تراعى فيها مصلحة المحضون والقيام بتربيته على دين أبيه ومن ثم فإن القضاء بإسناد

1- فتحي الدريني، المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الكتاب الحديث، سوريا، 1975، ص 246.

2- عدة عليان، المرجع السابق، ص 67.

3- قرار المحكمة العليا بتاريخ 26 جانفي 1987، ملف رقم 44571، المجلة القضائية، العدد 4، 1992، ص 49.

4- قرار المحكمة العليا بتاريخ 21 أفريل 1986، ملف رقم 41100، المجلة القضائية، العدد 4، 1993، ص 65.

حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيد عن رقابة الأب كما هو حاصل في قضية الحال بعد قضاء مخالفا للشرع والقانون¹.

من الثابت شرعا أنه يفسخ الزواج بسبب الرضاع وإن القرار المطعون فيه لما قضى بتأييد الحكم المستأنف القاضي بفسخ الزواج المبرم بين الطرفين بسبب الرضاع طبق صحيح القانون². والمبدأ أن النسب الثابت بالفراش لا ينتقي إلا باللعان المقصود في المادة 41 من قانون الأسرة لا يجوز تقديم البصمة الوراثية على اللعان بطلب من الزوج³.

الفرع الثاني

طبيعة النظام العام

اختلف الفقهاء في تحديد طبيعة النظام العام وذلك كل بحسب اتجاهاته، فمنهم من يرى أن النظام العام يرتكز على دعامتين هما صفة العموم والطبيعة المادية له؛ كما برز في هذا الشأن اتجاهين، الاتجاه الأول تبناه الفقه التقليدي الذي يعتبر فكرة النظام العام تطبيق لمبدأ أصلي ولقاعدة عامة، واتجاه آخر يرى بأن فكرة النظام العام ما هي إلا استثناء عن القاعدة العامة، ويتبنى ذلك الفقه المعاصر، وفيما يلي عرض ذلك.

أولا: صفة العموم للنظام العام

تعتبر صفة العمومية ذات أهمية في تشكيل النظام العام ذلك أن تقييد الحريات عن طريق الضبط الإداري لا يمكن تحقيقه قولا بأن هذا التقييد تفرضه ضرورة حفظ الجماعة من التهديد في أمنها وصحتها وسكينتها سواء بصورة مباشرة أو غير مباشرة⁴.

1 قرار المحكمة العليا بتاريخ 19 فبراير 1990، ملف رقم 59013 المجلة القضائية، العدد 4، 1991، ص 117.

2 قرار المحكمة العليا بتاريخ 18 جانفي 2001، ملف رقم 232324، المجلة القضائية، العدد 1، 2001، ص 261.

3 قرار المحكمة العليا بتاريخ 13 ديسمبر 2012، ملف رقم 828828، المجلة القضائية، العدد 1، 2014، ص 323.

4- ليليا عبد السلام، النظام العام وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر، تخصص الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، السنة الجامعية 2015-2016، ص 15-17.

ومن هنا فإن النيات والمعتقدات التي لا تبرح في دخيلة الفرد وكذلك التصرفات التي يمارسها الفرد في نطاق ملكه الخاص، حين لا يكون لها مظهر خارجي مهدد للعناصر التي يتألف منها النظام العام، فإنه تخرج على أن تكون نظاما عاما. وهكذا يكون تدخل الضبط الإداري حول ما يدور في المحل العام ضرورة لتعلق ذلك بأمن من تدعوهم الضرورة إلى خشيان هذا المحل. وبهذا يتبين أن صفة العموم تمثل ركن هذا النظام.

ثانيا: الطبيعة المادية للنظام العام

حينما يكون توجه لحماية النظام العام، إنما يكون بإنقاذ مظهره المادي، وذلك بحماية الجمهور من الاضطراب عن طريق استئصال أسبابه وهو تخليص الأفراد منه صوتا لصحتهم وتيسر ممارسة حرياتهم المكفولة قانونا.

ومن هنا يحق لهيئات الضبط الإداري تحويل الباعة المتجولين، وكذا المتسولين ولقد أشار الفقيه *Léon Duguit* بأنه إذا أريد للحرية، أن تمارس في الطريق وهو مخصص بطبيعته لمزاولة بعض مظاهرها، أو في المحافل التي يرتادها الجمهور، فإنه من الضروري أن تخضع هذه الحرية لنظام ضابط محكم، لا يقصد منه أن المشرع ينبغي كبت هذه الحرية ومن ثم يعتبر كل تدبير تشريعي ضابط متجها إلى كفالة النظام والسكينة والأمن في الطريق العام مشروعا.

إن النظام العام الذي يقوم عليه كيان الجماعة هو نظام عام يتلاءم مع طبيعة وخصوصية المجتمع لأن قواعده مستوحاة من حياة الأفراد ومعاملاتهم وتصرفاتهم اليومية¹.

هذا وقد تؤثر في النظام العام بعض المؤثرات منها: من الجانب السياسي بحيث أن المجتمعات تختلف باختلاف أنظمتها السياسية التي تحكمها، فمنها ذات النظام الديمقراطي

1 - علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، دط، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2001، ص 214.

الذي يقوم على انتخاب الشعب لممثليه ومنها من أخذت بالنظام الملكي القائم على الوراثة. ومنها من انتهجت النظام الديكتاتوري الذي يقوم أساسا على من يملك القوة يملك السلطة والحكم. أما من الجانب الاقتصادي فتختلف المجتمعات أيضا باختلاف رصيدها الثقافي. ولهذا الأخير الدور الهام والفعال في تقدم المجتمعات ورفيها والمحافظة على استقرار كيانها.

ومن الجانب الثقافي والأخلاقي، فالجانب الثقافي تختلف أيضا المجتمعات باختلاف رصيدها الثقافي. وهذا الأخير لها الدور الهام والفعال في تقدم المجتمعات ورفيها والمحافظة على استقرار كيانها أما الجانب الأخلاقي له دور كبير في استقرار المجتمعات وتقدمها فكل مجتمع أخلاقه وعاداته وتقاليده التي تميزه عن غيره والمستمد من تجارب هو خصوصياته وعند محافظته على العادات والأعراف عبر تاريخ مجتمع الطويل وإتباع الأفراد لسلوك معين في حياتهم حتى تصبح تلك العادة ملزمة لهم ويجب عدم مخالفتها¹.

وللعرف قسمان: قسم مادي وهو إجبار الأفراد على إتباع سلوك معين أما الجانب أو القسم المعنوي فهو إحساس الأفراد بالزامية إتباع هذا السلوك وعدم مخالفته.

ثالثا: النظام العام تطبيق لمبدأ أصلي

لقد اختلف الفقه عند تحديد طبيعة النظام العام، حيث ذهب الفقه التقليدي إلى اعتباره تطبيق القاعدة عامة حيث تقوم قواعد النظام العام حسب هذا الاتجاه، على إقليمية بعض القوانين، كتلك المتعلقة بالأموال أو الجرائم.

وحسب هذا الرأي، تصبح القاعدة هي الدفع بالنظام العام، أي عدم جواز تطبيق القانون الأجنبي المختص بموجب قواعد التنازع، كلما خالف النظام العام الدولة القاضي وهذا سيؤدي إلى التضيق من حالات تطبيق القوانين الأجنبية وفي هذا تعطيل وإنكار لدور قواعد الإسناد،

1 - محفوظ لعشب، المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري، دط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، ص24.

لأنه في معظم الأحوال سوف يطبق القاضي على النزاعات الدولية الخاصة قانونه وهذا يسبب ضررا بمصالح الأفراد، ويقلص من مجال التعاون الدولي في مختلف المجالات¹.

رابعاً: النظام العام استثناء عن المبدأ الأصلي

تغيرت النظرة إلى طبيعة النظام العام، حيث يرى الفقه المعاصر أن النظام العام ما هو إلا وسيلة استثنائية في يد القاضي، لا يدفع به إلا إذا كان في تطبيق القانون الأجنبي، انتهاك للقيم والمبادئ الجوهرية التي يقوم عليها المجتمع. وعلى هذا الأساس، فيتعين على القاضي عند النظر في النزاعات الدولية الخاصة، أن يحترم قواعد الإسناد، ويطبق القانون الذي تشير إليه، وإذا لاحظ القاضي أن هذا القانون يتضمن أحكاماً غير مقبولة في بلده، فيستبعده بصفة استثنائية من أجل المحافظة على المفاهيم الأساسية التي تقوم عليها الدولة، وتجنب النتائج غير المقبولة التي يمكن أن تترتب عند تطبيق القانون الأجنبي².

يجمع الفقه والقضاء وجل التشريعات المعاصرة ومن بينها التشريع الجزائري على اعتبار الدفع النظام العام في العلاقات الدولية الخاصة هو دفع استثنائي وليس تطبيق القاعدة عامة، لأن الأصل هو تطبيق القانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد الوطنية وإن كان أجنبي، لكن في الحالة التي يتبين فيها للقاضي أن هذا الأخير يصطدم مع الأسس التي يقوم عليها مجتمعه، يأتي النظام العام كصمام أمان يمنع تسلل القوانين الأجنبية التي فيها مساس بتلك الأسس³.

1- فاطمة الزهراء زاير، المرجع السابق، ص 24-25.

2- فاطمة الزهراء، المرجع نفسه، ص 24-25.

3- رحمة العوادي، دور النظام العام في حماية الرابطة الزوجية وانحلالها في إطار القانون الدولي الخاص الجزائري، مذكرة ماستر، تخصص قانون دولي خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، السنة الجامعية 2017-2018، ص.ص 30-31.

ويترتب على الطابع الاستثنائي لفكرة النظام العام في مجال تنازع القوانين نتيجة هامة مفادها انكماش مقتضيات النظام العام في حد ذاتها، بحيث لا يلجا القاضي لاستبعاد القانون الأجنبي في ظل هذه الخاصية كل ما خالف النظام العام القواعد الآمرة في القانون الداخلي في دولة القاضي، لأنه لو فعل ذلك لانتهى به الأمر إلى عدم إعمال قواعد الإسناد الوطنية في معظم الأحوال، وبالتالي يجب ألا يخرج الدفع بالنظام العام عن كونه رخصة خاصة لا يلجأ إليها القاضي إلا عند الضرورة.

وهذه النتيجة بالذات هي التي توضح بجلاء الفرق بين النظام العام في مجال القانون الداخلي والنظام العام في مجال تنازع القوانين، بالرغم من أنهما يشتركان في هدف حماية المصالح الجوهرية للمجتمع، لكن مع ذلك ففكرة النظام العام في مجال القانون الداخلي تستعمل كوسيلة لمنع الأفراد من الاتفاق بما يخالف القواعد الآمرة، بينما تستعمل هذه الفكرة في مجال تنازع القوانين كوسيلة لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي دلت عليه قاعدة الإسناد الوطنية، عندما يؤدي تطبيقه فقط إلى الاعتداء على الأركان الأساسية أو المبادئ الجوهرية التي يقوم عليها مجتمع دولة القاضي¹.

1- رحمة العوادي، المرجع نفسه، ص 31.

الفرع الثالث

مجالات النظام العام

إن فكرة المصلحة العامة التي يقوم عليها قواعد النظام العام¹ لم تعد تقتصر على المسائل المتعلقة بتنظيم الدولة والمصالح العمومية أو بما يعرف بالنظام العام التقليدي، بل أصبحت الدولة تلتزم أيضا بترقية الحياة الاقتصادية والاجتماعية للمواطن وتتكفل بحماية الفئات الضعيفة، وقد اتخذت هذه الحماية شكلا جديدا يتمثل في تحديد مضمون بعض العقود من قبل القانون وتعديلها عند الحاجة من قبل القاضي عوض إبطالها²، وهذا ما يبرر امتداد المصلحة العامة إلى المجال الاقتصادي والاجتماعي.

فبالإضافة إلى صعوبة تحديد تعريف شامل للنظام العام، يعرف هذا الأخير باتساع مجالاته، حيث عرف هو الآخر تطورات عديدة فأصبح هناك إلى جانب النظام العام السياسي(التقليدي)، نظام عام اقتصادي متميز من حيث مجال تطبيقه من جهة والجزاء المترتب على مخالفته من جهة أخرى، وفيما يلي تفصيل ذلك.

أولاً: النظام العام السياسي

يجسد النظام العام السياسي المجال التقليدي للنظام العام الذي يهتم بثلاثة مسائل رئيسية وهي الدولة، العائلة والآداب³.

1 - حماية الدولة

تتولى قواعد النظام العام حماية الدولة من حيث تنظيمها وتسيير المرافق العمومية وبعبارة أخرى تعد من النظام العام القوانين التي تنظم الهيئات العمومية وتحدد الروابط بين

1- ليليا عبد السلام، المرجع السابق، ص 27.

2- علي فيلاي، المرجع السابق، ص 65.

3- خليل أحمد حسن قادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، دط، الجزء الأول، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص 80.

بعضها البعض من جهة وبين الأفراد من جهة أخرى تتناولها القوانين المختلفة نذكر منها على وجه الخصوص: القانون الدستوري، قانون العقوبات، قانون الضرائب، قانون الولاية، قانون الصحة العمومية... إلخ.

فالدولة المتمثلة في مؤسساتها المختلفة وفي رئيسها وحكامها هي الأداة التنفيذية الفاعلة للتطبيق النظام العام نفسه وتحقيق أدوات الصالح العام في المجتمع¹.

ولقد وضع الدستور بخصوص السلطة القضائية بعض المبادئ العامة التي يقوم عليها تسيير هذا المرفق العام، منها أن أساس القضاء مبادئ الشرعية والشخصية، وأن يختص القضاء بإصدار الأحكام. ويجب الإشارة إلى نقطة مهمة تناولها الدستور في فصل الرابع من الباب الأول وهي الحريات العامة ومنها حرمة الإنسان ومنه حرية العقيدة وحرية الرأي... إلخ من الحقوق.

2- حماية العائلة

ورد في المادة 02 من ق.أ.ج: " الأسرة هي الخلية الأساسية" نظراً لهذا الدور الذي تلعبها العائلة في القيام بالمجتمع الجزائري، فقد حظيت بحماية خاصة كما ورد في الدستور على أن تحظى الأسرة بحماية الدولة والمجتمع، ولهذه الحماية شقان: يتعلق الأول بالأحوال الشخصية ويتعلق الثاني ببعض الحقوق المالية.

الأحوال الشخصية تحتوي على ثلاثة أمور رئيسية وهي الحالة المدنية والأهلية وعلاقة الشخص بأسرته². فالحالة المدنية للأشخاص تعتبر من الأمور التي تهم المصلحة العليا للبلاد لأنها تحدد هوية الأفراد فهي التي تعين كيفية اكتساب اللقب والاسم والجنسية كما تدير حالة

1- عبد الله بن سهل بن ماضي العتي، النظام العام للدولة المسلمة، دراسة تأصيلية ومقارنة، الطبعة الأولى، دار الكنوز إشبيلية للنشر والتوزيع، المملكة السعودية، سنة 2009، ص 73.

2- علي فيلالي، المرجع السابق، ص 216.

الحياة والوفاء وتعد الأحكام التي تهتم بهذه المسائل من النظام العام، فلا يمكن مخالفتها، كأن يتنازل الشخص عن اسمه أو لقبه، وقد تناول المشرع كل هذه الأحكام في المادة 25 وما بعدها من القانون المدني¹ وفي حالة قانون الحالة المدنية².

أما فيما يتعلق بالأهلية فهي أيضا من بين الأمور التي تهتم النظام العام، إذ هي التي تحدد صلاحية الفرد لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات، وقد تم التطرق لكل ما يتعلق بالأهلية في المادة 40 وما يليها من القانون المدني والمادة 81 وما يليها من قانون الأسرة.

ثم تحولت النصوص الأخيرة لتنظيم النيابة الشرعية من ولاية ووصاية وتقديم وحجر وحالة المفقود والغائب والكفالة... إلخ وتعتبر كل هذه القواعد من النظام العام يترتب على مخالفتها بطلان العقد.

وفي الأخير علاقة الشخص بأسرته ونعني بذلك علاقته بالأمور المتعلقة بالزواج والطلاق والنسب وكل الحقوق والواجبات المترتبة على هذه الأوضاع القانونية، وقد تولى قانون الأسرة معالجة هذه المسائل المتعلقة بالنظام العام.

أما جانب المعاملات المالية والذي يتعلق ببعض العلاقات المالية بين أفراد الأسرة الواحدة والمتمثلة في النفقة، والميراث، والهبة، الوقف والوصية هذه الأحكام الواردة في قانون الأسرة هي كذلك من النظام العام ولا يمكن الاتفاق على ما يخالفها وإلا وقعت تحت طائلة البطلان، وهذا جزء من حماية العائلة الذي يتعلق بالأحوال الشخصية للصيقة بالشخص أو بمعاملاته

1- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، ج.ر العدد 78، الصادرة في 30 سبتمبر 1975.

2- الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 19 فبراير 1970، المتعلق بالحالة المدنية، المعدل والمتمم، ج.ر العدد 21، الصادرة في 27 فبراير 1970.

المالية سوف نتطرق إليها في الفصل الثاني من هذا البحث، لأنها تخص تطبيقات النظام العام في قانون الأسرة الجزائرية¹.

فيعد النظام العام مجموعة الأسس والدعامات التي يقوم عليها بناء الجماعة وكيانها بحيث لا يتصور بقاء هذا الكيان سليما دون استقراره عليه أو يمكن تصنيف النظام العام من حيث مجاله إلى نظام عام سياسي ونظام عام اقتصادي. فيهدف النظام العام السياسي والمسمى بالتقليدي إلى حماية الدولة وحماية العائلة وحماية الآداب إذا تنحصر أحكام النظام السياسي العام على ممنوعات يجب احترامها، وهذا ما ينسجم مع الدولة الحارسة، وتشمل حماية الدولة كل المسائل المتعلقة بتنظيم الهيئات المختلفة للدولة والمرافق العامة والعلاقات فيما بينها وكذلك علاقتها بالمواطنين وتتمحور حماية العائلة حول المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية كما يحتوي مجال الآداب العامة مسألتين أساسيتين هما العلاقات الجنسية الغير المشروعة والأفعال المخلة بالحياء والكسب الغير مشروع².

ثانيا: النظام العام الاقتصادي

وهو النظام العام الحديث وقد يهدف إلى حماية الطرف الضعيف اقتصاديا في بعض العقود³، كالتواعد التي تهدف إلى حماية العامل في عقد العمل، وقد يهدف أيضا إلى توجيهها لاقتصاد الوطني إلى اتجاه محدد ومثال ذلك النظام العام النقدي الذي يحظر التعامل بالذهب في النقود الداخلية.

1- علي فيلالي، المرجع السابق، ص 216.

2- علي فيلالي، نفس المرجع، ص 216.

3- علي فيلالي، مقدمة في القانون، ط1، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، سنة 2010، ص 146.

ويشمل النظام العام الاقتصادي، فكرتين أساسيتين تعكسان العوامل التي تتأرجح بين الحياة الاقتصادية والاجتماعية، فأحيانا يكون المجتمع في حاجة إلى توجيه وتسيير الفرد، فيجبره على المساهمة في غايات اقتصادية واجتماعية لا يرغب فيها، وأحيانا أخرى يكون الفرد في حاجة إلى الحماية من اضطهاد الأقوياء، فتوفر له الدولة تلك الحماية، وهذا يكون هذان الاهتمامان وجهي النظام العام الاقتصادي الذي يتفرغ إلى النظام عام اقتصادي توجيهي أو موجه، ونظام عام اقتصادي حمائي أو اجتماعي. يتعلق النظام العام التوجيهي بكل القواعد التي تنظم وتدير الاقتصاد الوطني، فهي القواعد التي تحمي المبادئ الأساسية والمصالح العليا للدولة في الميدان الاقتصادي والاجتماعي¹.

كما تهدف أحكام النظام العام الاجتماعي أو النظام العام الحمائي إلى حماية بعض الفئات الاجتماعية الضعيفة اقتصاديا أو اجتماعيا، فتحت ضغط بعض الفئات بشتى الطرق التي تتكفل الدولة بحماية بعض المصالح الجماعات محددة منها مصالح العمال والفلاحين والمستأجرين والمستهلكين وتتم حماية إما بتنظيم العلاقة العقدية وإما بفرض الواجبات أو بعض الأحكام على المعتقدين وقد ظهر هذا النظام مع بداية الدولة المتدخلة.

لقد ازداد تدخل الدولة في مختلف الأنشطة وعلى وجه الخصوص مجال النشاط الاقتصادي الذي يعكس مدى استقرار الأوضاع السياسية والاجتماعية داخل الدولة. فلقد كان لهذا التدخل أثر في ظهور نظام اقتصادي يمنع المجتمع والاقتصاد من الوقوع في مخاطر كبيرة. فهو يهدف إلى حماية المنافسة الحرة والنظام في الإنتاج وفي التوزيع وكذلك الأسعار إن هذا التدخل ليكون من الإدارة من أجل العمل على تطبيق القانون.

1- عبد الله بن سهل ماضي العتبي، المرجع السابق، ص 204.

ومن ثم تتسع فكرة النظام العام لتشمل عنصرا جديدا هو النظام العام الاقتصادي الذي يستهدف إشباع حاجات ضرورية أو ملحة ينتج عن عدم إشباعها حدوث اضطرابات معينة¹ ويتصل هذا التوسع في مدلول النظام العام بمجموعة من الأهداف الضرورية التي تتعلق بتطوير المواد الغذائية الضرورية وتنظيم عملية الاستيراد والتصدير، وكذا التعامل بالعملات الحرة والاتجار فيها.

فهذا الازدياد الواضح في تدخل سلطات الضبط الإداري في النواحي الاقتصادية يقلل من خطورة الفوضى العارمة إذا تركنا الأفراد يمارسون حرياتهم الاقتصادية دون رقيب ذلك، إن هذه الحالة تترك تداعيات خطيرة تزعزع الأمن وكيان الدولة ونظامه العام، مما ينعكس سلبا على النظام الاجتماعي بمجمله، وهذا ما دفع أغلب الدول في العصر الحديث إلى توجيه الاقتصاد الوطني بغية السيطرة عليه من أجل فرض قيود على تصرفات الأفراد والنهوض بمؤسسات الدولة²، ويترتب على مخالفة أحكام النظام العام التوجيهي بطلان العقد بطلانا مطلقا، كما هو الحال بالنسبة لمخالفة قواعد النظام العام السياسي، أما بالنسبة لمخالفة النظام العام الاجتماعي (الحمائي)، فإن بطلان التصرف القانوني يخدم مصالح المتعاقد القوي وبالتالي تنفيذ الغاية من وجود هذا النظام، لذلك فإن حماية المتعاقد الضعيف تقتضي إبقاء العقد مع إبطال الشرط التعسفي أو إعفاء المتعاقد الضعيف من تنفيذه، أو استبدال الشرط المخالف للنظام العام بحكم القانون كما أن مخالفة أحكام النظام العام الحمائي إذا كانت بزيادة فهي جائزة لتحقيق مصلحة الطرف الضعيف.

1 عبد الله بن سهل ماضي العنبي، نفس المرجع، ص 75.

2 حياة غلاي، تحديد فكرة النظام العام، مجلة القانون والأعمال الدولية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الأول، سطات، المغرب، إصدار 5 نوفمبر 2015، ص 6.

المطلب الثاني

مقومات النظام العام

تتواجد فكرة النظام العام في مختلف فروع القانون، وهي تختلف حسب الزمان والمكان بإعتبارها ظاهرة قانونية اجتماعية تعبر عن روح النظام القانوني والأسس التي يقوم عليها المجتمع. ويمثل النظام العام الهدف الأساسي لسلطة الضبط، و يفرض مجموعة من القواعد الآمرة يتوجب احترامها رغم فرضها قيوداً على حريات الأفراد، سواء كانت اجتماعية أو اقتصادية أو سياسية، مما تجعله يتميز بمقومات تضمن وجوده واختلافه. وسيتم التطرق في الفرع الأول إلى خصائص النظام العام، أما الفرع الثاني فسيتم تخصيصه لدراسة العناصر المكونة للنظام العام، وذلك على الشكل التالي.

الفرع الأول

خصائص النظام العام

المتعمن جيداً في جوهر فكرة النظام العام سيتجلى له حتماً بتغلب جملة من الخصائص أو المميزات عليها، نختصرها فيما يأتي:

أولاً: التكليف الإقتضائي

الإقتضاء لغةً تعني قضي أي حكم وفصل واقتضى أمراً بمعنى استلزامه فيقال: افعل ما يقتضيه كرمك أي ما يطالبك به، والأمر إنما هو للدلالة على الوجوب¹ والاقْتِضَاء اصطلاحاً هو الطلب فيكون بطلب فعل أو طلب ترك.

ومنه التكليف الإقتضائي هو الإلزام بفعل حتماً على سبيل الوجوب للأمر أو الإلزام بترك حتماً على سبيل التحريم للنهي لنتهاء أوضاع فكرة مفهوم النظام العام والآداب العامة على شكل خطاب إلزامي بفعل لإقتضائه وجوداً أو بترك لإقتضائه عدماً، وباعتباره في الحالتين

1 إبراهيم أنيس، المعجم الوسيط، الجزء الثاني، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، مصر، 2011، ص. 749.

خطابا جازما موجها إلى أفراد المخاطبين بأحكام القانون ممن لهم أهلية التصرف قانونا صادرا من قبل الدولة بمؤسساتها المختصة أو من قبل الجماعة.

وبعد هذا العرض لما نعنيه "بالإقتضاء" ومقصودنا "التكليف الإقتضائي" وعناصره، نستشعر أهمية استظهار حدود علاقة التكليف الإقتضائي بالقواعد القانونية التي تتوافر فيها عناصر المركب مجتمعة، وذلك توطئة لربطه بفكرة النظام العام والآداب العامة، وهو ما يستلزم التمييز داخل القواعد القانونية بين الأمرة منها والمكاملة، والتمييز داخل القواعد الأمرة ذاتها بين ما يعد نظاما عاما وما لا يعد كذلك¹.

ثانيا: الحد من سلطان الإرادة

متى كان مفهوم النظام العام، في حده الأساسي، وضع تكليف إقتضائي، صادر عن الدولة أو الجماعة، بطلب فعل حتمي على سبيل وجوب الأمر أو طلب كفعل حتمي على سبيل التحريم الناهي، فإن وضع النظام العام يستقيم في هيئة خطاب جازم يوجه إلى الأفراد المخاطبين بأحكامه، ممن لهم أهلية التصرف قانونا حسبما سلف بيانه. وهذا الخطاب ينشئ إطارا تتضغط داخله إرادات هؤلاء الأفراد جميعا، حيث تفقد من سلطاتها بقدر ما تستوجبها اعتبارات الانضباط بحدود هذا الإطار، وفقدان الإرادة لسلطاتها عندئذ لا يكون تخليا طوعيا وإنما نزولا جبريا وعليه فالنظام العام هو حد على سلطان الإرادة²، وهي بصدد تصرف قانوني باعتباره فرضا لإرادة المشرع والدولة أو الجماعة حسب الحال. على إرادة الأفراد أي هو التضحية بسلطان الإرادة الفردية لصالح إرادة المجموعة، فحسب النظام العام والآداب العامة يتجه إلى ضبط نشاط الأشخاص وتصرفاتهم الاجتماعية³ لا حتى يضع حدا على سلطان إرادتهم، على نحو ما ينحسم معه أي نزاع قد يثور بين القانون والإرادة الفردية، وذلك في صالح

1- حسن كيره، المدخل إلى القانون، دط، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1974، ص 95.

2- محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج1، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، 1978، ص 173.

3- أحمد سلامة، الأحوال الشخصية للمواطنين غير المسلمين وللاجناب، ط3، دار الفكر العربي، 1963، ص 341.

الأول، إلى حد تضحى معه هذه الإرادة الفردية فاقدة لكل سلطان تقديري بخصوص التصرف المراد إتيانه، لتغدو غير مستطاعة حيال مقتضيات أحكام النظام العام سوى الانصياع¹.

ثالثاً: ذو وظيفة اجتماعية

يتبين من ذلك أن لفكرة النظام العام اتصالاً مباشراً بالمجتمع، فهي مستمدة من مجموع القواعد المعبرة عن القيم والأسس الكامنة بالضمير الجماعي للمجتمع، انطلاقاً من وضعه الفلسفي والأيدولوجي والديني الذي يدين به. والفكرة في ذلك تقوم بدور مزدوج، فتقوم فكرة النظام العام بترجمة هذه الأسس والأصول، سواء الدينية أم السياسية أم الاقتصادية... إلخ، في صورة قواعد قانونية ذات طبيعة مخصوصة من حيث إلزامها، أي أن لها قوة إلزام تفوق قوة إلزام القواعد القانونية العادية، من ناحية. ومن ناحية أخرى تقوم بحماية تلك الأسس مما قد ينالها من تهديد سواء أكان داخلها على يد السلطة أو الأفراد أم خارجياً في صورة اعتداء من قانون أجنبي آخر عليها. وعلى هذا فسوف تظل هذه الفكرة أبداً "منفذاً رئيسياً تجد منه التيارات الاجتماعية والأخلاقية سبلها إلى النظام القانوني لتثبت فيه ما يعوزه من عناصر الجودة والحياة"².

رابعاً: أداة قانونية للدولة

ولعل أول هذه الغايات التي أفصح عنها العرض السابق لمفهوم فكرة النظام العام، أنه أحد أهم أدوات الدولة القانونية لتحقيق أهدافها المخصوصة المتميزة عن أهداف الجماعة ومصالحها، وذلك إما حسب تصورهما الخاص لواقع المصلحة العامة المنفصل عن التطور

1- محمد عصفور، وقاية النظام الاجتماعي باعتبارها قيماً على الحريات العامة، أطروحة دكتوراه، تخصص حقوق، جامعة القاهرة، 1961، ص 126.

2- محمد محمد بدران، مضمون فكرة النظام العام والآداب العامة ودورها في مجال الضبط الإداري - دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، دط، دار النهضة العربية، 1992 ص. 34.

الجمعي لهذه المصلحة، وإما استهدافا لمصلحة سياسية أو اقتصادية خاصة بالسلطة الحاكمة على حساب الصالح العام للجماعة بأسرها، وهو ما عبر عنه الدكتور محمد عصفور بكون "النظام العام بطبيعته فكرة سياسية واجتماعية لأنه يعبر عن الخطة السياسية التي ينتهجها نظام الحكم في تنظيمه للروابط الاجتماعية في وقت معين، ولذلك يكون النظام العام فرديا أو جماعيا تبعا للخطة السياسية التي يسخر المشرع نظامه القانوني لحمايتها"، وفي هذا يشير الدكتور محمد بدران إلى أنه ثمة اتجاهها فقهي يرى أن "السلطة الحاكمة تفرض النظام الذي يحقق لها البقاء مدة كبيرة في الحكم، والنظام العام ما هو إلا انعكاس لأرائها وفلسفتها. وبالتالي فالضبط عندما يقوم بحماية النظام العام، فهو يحقق مصالح الطبقة الحاكمة، ومن ثم فإن القول بأن الضبط وظيفته حماية الأوضاع الرتيبة في المجتمع، قول يجافي الواقع والحقيقة، ويتناقض مع معطيات التاريخ"¹.

وبذلك يكون لفكرة النظام العام والآداب العامة غاية قصدية يضحى عسيرا تجاهلها أو الغفلة عنها، ألا وهي تسخيرها لتحقيق غايات مخصوصة بسلطة الحكم تتعلق بالمصلحة العامة أو بتحقيق أهداف خاصة بالسلطة ذاتها (سياسية أو اقتصادية) منبئة الاتصال بالصالح الجمعي العام، وهو ما يتحقق في حاله الأول عن طريق تسخير الدولة أو القائمين عليها فكرة النظام العام والآداب العامة لفرض عقائد فلسفية أو فيما سياسية أو أسسا اقتصادية، تختلف عما هو معتق جمعها، باعتبار هذا المفروض هو ما فيه الصالح العام، وذلك في شكل قواعد قانونية قسرية أمرة أو ناهية مصحوبة دوما بجزاء على المخالفة، فضلا عما تمنحه السلطات الدولة من سلطان جبر الأفراد على اعتناق هذه الأفكار قسرا والتزامها عملا وسلوكا².

1- عادل السعيد محمد أبو الخير، الضبط الإداري وحدوده، ط1، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، 1955، ص.158.

2 - عادل السعيد محمد أبو الخير، المرجع نفسه، ص 160.

الفرع الثاني

عناصر النظام العام

اتجه الفقه التقليدي بخصوص مضمون النظام العام إلى قصره على العناصر الثلاث التقليدية، والمتمثلة في، الأمن العام، السكينة العامة والصحة العامة، أما الفقه الحديث فقد وسع مجاله ليشمل النظام العام الأخلاقي أو الأدبي والنظام العام الجمالي "جمال الرونق والرواء" والعنصر الأخير للكرامة الإنسانية، وفيما يلي تفصيل ذلك.

أولاً: العناصر التقليدية للنظام العام

وتشمل في العناصر التالية:

1- الأمن العام

ويقصد به مجموعة القواعد القانونية التي من شأنها أن تحافظ على السلامة العامة للأفراد كمنع المخاطر التي تهددهم في أرواحهم وأموالهم وممتلكاتهم ومصدر هذه المخاطر قد يكون من صنع الطبيعة كالزلازل والفيضانات وغيرها، وقد يكون منفعل الإنسان مثل الإجرام كالسرقات والقتل والاعتداء وقد يكون مصدره الحيوان، كما قد تكون المظاهرات والتجمعات مصدراً للإخلال بالنظام العام¹.

ويعرف أيضاً على أنه: "كلما يطمئن الإنسان على نفسه وماله من خطر الاعتداء، ويكون ذلك باختفاء الحوادث التي من شأنها إحداث النتائج المتعلقة بالأمن والسلامة العامة مثل المظاهرات في الطريق العام ودرء المؤامرات والفتن الداخلية واتخاذ الاحتياطات اللازمة ضد المخاطر الطبيعية"².

1- خالد روشو، التوازن بين ممارسة الحريات العامة ومقاربة حفظ النظام العام (الدستور الجزائري 2016 نموذجاً)، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، المجلد 4، العدد الأول، السنة 2019، ص. 321 وما يليها.

2- فيصل نسيغة ورياض دنش، المرجع السابق، ص 171.

فالأمن العام يعد الشرط الأساسي لأي حياة جماعية لذا كان وما يزال من أول وألح مهام الدولة قديما وحديثا ومستقبلا، فالأمن العام باعتباره عنصرا ماديا من عناصر النظام العام، ولكي تكون الطمأنينة في المجتمع يجب اتخاذ ما يلزم من الحيطة لمنع وقوع الحوادث أو احتمال وقوعها على الأشخاص كحجز المصابين بأمراض عقلية واتخاذ الإجراءات اللازمة لمواجهة الاضطرابات والتجمعات، واتخاذ ما يلزم للوقاية من خطر الأشياء كانهيار المباني أو الحرائق، أو ما ينشأ عن مخاطر الطبيعة كالفيضانات.

وهناك من عرفه على أنه: "الحالة التي تتوفر حين لا يقع في البلاد إخلال بالنظام، إما في صورة جرائم يعاقب عليها، وإما في صورة نشاط خطر يدعو إلى اتخاذ تدابير الوقاية حتى يمنع النشاط الخطر من أن يترجم نفسه إلى جريمة من الجرائم"¹.

وعلى هذا الأساس فإن التعديل الدستوري² لسنة 2020، نص في مادته 28 على أنه: "الدولة مسؤولة عن أمن الأشخاص والممتلكات"؛ وتجسيدا لذلك فإن المؤسس الدستوري الجزائري كلف البلدية وذلك من خلال المواد 88، 89 و94 من القانون رقم 10-11 المتعلق بقانون البلدية³ باتخاذ كافة التدابير الوقائية والإجراءات اللازمة لإقرار الأمن العام وسلامة الأشخاص والأموال على مستوى البلدي بالقضاء على كل ما من شأنه الإخلال بهما كان منبته.

1- أشار إلى هذا التعريف، ليليا عبد السلام، المرجع السابق، ص. 19.

2- التعديل الدستوري للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، المنشور بموجب المرسوم الرئاسي رقم 20-442 المؤرخ في 30 ديسمبر 2020، يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، المصادق عليه في استفتاء الأول نوفمبر سنة 2020، ج.ر، العدد 82، الصادرة في 30 ديسمبر 2020.

3- القانون رقم 10-11 المؤرخ في 22 جوان 2011، المتعلق بالبلدية، ج.ر العدد 37، الصادرة في 3 جويلية 2011 المعدل والمتمم بالأمر رقم 21-13 المؤرخ في 31 أوت، ج.ر، العدد 67، الصادرة في 30 أوت 2021.

كما أكد المشرع الجزائري على التزام البلدية بحماية سلامة الأشخاص وهذا من خلال المادة 06 من المرسوم رقم 81-267 المتعلق بصلاحيات رئيس المجلس الشعبي البلدي في ما يخص الطرق والنقاوة والطمأنينة العمومية¹.

ويضطلع الوالي بمهمة حماية الأمن العام باعتباره المسؤول عن الإدارة للولاية، استنادا إلى المادة 114 من قانون رقم 12-07 المتعلق بالولاية²، وأكثر من ذلك فإن المشرع الجزائري عمد إلى تحديد سلطات الوالي في ميدان الأمن والمحافظة على النظام العام ولحماية سلامة الأشخاص من خطر المصابين بالأمراض العقلية، فيمكن للوالي بناء على التماس مسبب من الطبيب المختص في الأمراض العقلية أن يتخذ قرار بالاستشفاء الإجباري عندما يرى في خروج المريض خطرا على حياته أو على النظام العام أو على أمن الأشخاص.

2- السكنية العامة

تعد هذه الكلمة مرادفة لمصطلح الراحة أو الطمأنينة العامة، ويقصد بها مجموعة القواعد التي تحمي الإنسان في حياته اليومية بحيث توفر له الاستقرار، وسبل الراحة والهدوء لذا فمن واجب السلطات أن تقضي على الأسباب التي من شأنها أن تزعج المواطن وتقلقه كمكافحة الضوضاء في الطرقات العامة³.

والسكنية العامة هي المظهر الثاني من مظاهر النظام العام ويقصد بها أيضا السلطات المختصة في الضبط الإداري للمحافظة على الهدوء والسكون في الطرق والأماكن العامة في الليل والنهار، وهذا باتخاذ جميع الإجراءات اللازمة لذلك، بما فيها ضمان عدم تعرض الغير

1- المرسوم رقم 81-267 المؤرخ في 10 أكتوبر 1981، يتعلق بصلاحيات رئيس المجلس الشعبي البلدي فيما يخص النقاوة والطمأنينة العمومية، ج.ر. العدد 41، الصادرة في 13 أكتوبر 1981.

2- القانون رقم 12-07 مؤرخ في 21 فبراير 2012، يتعلق بالولاية، ج.ر. العدد 12، صادرة في 07 فبراير 2012.

3- ليليا عبد السلام، المرجع السابق، ص. 20.

لمضايقات في أوقات الراحة وأي أمر قد يزعجهم، كوقاية الأفراد من الضوضاء وعدم التعرض لمضايقات الغير كالمسولين أو من يستعملون مكبرات الصوت وتوقيف الآليات والمركبات التي لا تستجيب للشروط التقنية فيخفض معدلات الأصوات والضجيج الصادر عنها، أو كمنع استعمال المنبهات الصوتية للسيارات قرب الأماكن التي تتطلب هدوء خاص كالمستشفيات والمدارس أو خلال أوقات محددة كمنع استعمالها خلال الليل، أو منع أنشطة مزعجة قرب التجمعات السكنية أو المهنية أو غيرها مما يخل بالهدوء اللازم للراحة المعتادة للجمهور سواء في الشوارع أو المساكن أو أماكن العمل¹.

ولتحقيق ذلك فإن المشرع الجزائري ألزم السلطات البلدية بضرورة حماية السكنية العامة وهذا من خلال المادة 3/49 من القانون رقم 10-11 المتعلق بالبلدية²، نفس المهمة والالتزام يقع على عاتق الوالي باعتباره سلطة ضبط إداري على مستوى الولاية، بحيث يجب أن يتخذ كافة التدابير الوقائية من أجل راحة المواطنين استنادا إلى المادة 114 من القانون رقم 12-07 المتعلق بالولاية³.

والملاحظ في القانون المقارن أن المشرع الفرنسي لم يدرج السكنية العامة ضمن عناصر النظام العام، غير أن الفقه والقضاء الفرنسي أكد على أنها تدخل ضمن عناصر النظام العام وعبر عنها بأنها منع مظاهر الإزعاج والمضايقات التي تتجاوز المضايقات العادية للحياة في جماعة. وتبني حماية القانون لسكنية المواطنين على عدة اعتبارات من أهمها أن حق الإنسان في حياة خالية من الضوضاء والإزعاج واعتبر أن الضوضاء نوع من أنواع تلوث البيئة.

1- ليليا عبد السلام، المرجع نفسه، ص.ص 20-21.

2 - أنظر المادة 3/49 من القانون رقم 10-11 المتعلق بالبلدية، سالف الذكر.

3- أنظر المادة 114 من القانون رقم 12-07 المتعلق بالولاية، سالف الذكر.

3- الصحة العامة

يعتبر الحق في الصحة والرعاية الصحية من الحقوق الأساسية للمواطن، ويعتبر التزام على عاتق الدولة تسهر على ضمانه لكل الأفراد دون تمييز، وهناك من يطلق عليه تسمية النظام العام الصحي.

وهناك من عرفها بأنها: "وقاية صحة الجمهور من الأمراض ومقاومة جميع الآفات وكل الأسباب التي تمس بالصحة العمومية والحيلولة دون انتشارها والاحتياط من كل ما قد يسبب الإخلال بالصحة العامة وذلك بالنسبة للإنسان والحيوان والأممكة"¹. فالسلطة الإدارية اتخاذ كافة الإجراءات اللازمة لمراقبة الأغذية وعدم التلويث للمياه، وأن تشترط شروطا معينة للمحلات لاسيما الخطرة منها والمضرة بالصحة.

كما تعرّف أنها مجموعة القواعد التي تقي الأفراد وتحميهم من المخاطر الصحية ووقايتهم من كل ما من شأنه أن يلحق الأذى مثل الأمراض والأوبئة الخطيرة، التي قد تنتشر في المجتمع لذا فمن واجب السلطات الإدارية المعنية أن تتخذ الإجراءات والوسائل المقاومة الأمراض والحد منها وبالتالي القضاء عليها قبل استفحالها، وذلك ببناء المستشفيات وتوفير الأدوية كالتلقيح والنظافة ومراقبة المواد الغذائية والمياه؛ ولقد جسدت المادة 63 من التعديل الدستوري لسنة 2020 هذا الالتزام حيث نصت على: "تسهر الدولة على تمكين المواطن من: الحصول على ماء الشرب، وتعمل على المحافظة عليه للأجيال القادمة، الرعاية الصحية، لاسيما للأشخاص المعوزين والوقاية من الأمراض المعدية والوبائية ومكافحتها، الحصول على سكن، لاسيما للفئات المحرومة".

1- فيصل نسيغة، رياض دنش، المرجع السابق، ص. 174.

ونشير إلى أن حماية الصحة العامة لا تخص فقط سلطات الضبط الإداري العام، بل تخص أيضا سلطات الإداري الخاص، حيث يتمتع كل من وزير الصحة والسكان وإصلاح المستشفيات ووزير البيئة وتهيئة العمران بسلطات واسعة في مجال حماية الصحة العمومية، فطبقا للمرسوم التنفيذي رقم 96-66 المتعلق بصلاحيات وزير الصحة والسكان¹، فإنه يحدد وزير الصحة والسكان إستراتيجية لتطوير أعمال القطاع ويثبت أهدافه لاسيما فيما يتعلق بوقاية السكان وحمايتهم، والحماية الصحية في الوسط التربوي، والعائلي والخاص، وفي وسط العمل، كما يبادر بالتدابير التشريعية والتنظيمية التي تسري على الأعمال الصحية في ميدان اختصاصه ويعدها وينفذها ويسهر على تطبيقها.

ثانيا: العناصر الحديثة للنظام العام

توسعت العناصر الحديثة للنظام العام لتشمل النظام العام الأخلاقي أو الأدبي والنظام العام الجمالي "جمال الرونق والرواء" والعنصر الأخير للكرامة الإنسانية.

فالنظام العام يتدخل لحماية كل ما يمس بالآداب والأخلاق العامة والذي من شأنه أن يعكس النظام العام المادي للمجتمع. وذلك بهدف كفالة الحياة المادية والمعنوية على حد السواء.

وبالنسبة للنظام العام الجمالي فالقضاء الإداري الجزائري أكد على حق الإدارة في حماية النظام العام الجمالي. أما العنصر الأخير المتمثل في الكرامة الإنسانية: فنجد الدستور الجزائري عبر مراحل تعديله نص صراحة على ضرورة حماية الإنسان ويحظر أي عنف بدني أو معنوي أو أي مساس بالكرامة.

1- المرسوم التنفيذي رقم 96-66 المؤرخ في 27 يناير 1996، يحدد صلاحيات وزير الصحة والسكان، ج.ر العدد 8، الصادرة في 31 يناير 1996، الملغى بالمرسوم التنفيذي رقم 11-379 المؤرخ في 21 نوفمبر 2011، المحدد لصلاحيات وزير الصحة والسكان وإصلاح المستشفيات، ج.ر العدد 63، الصادرة في 23 نوفمبر 2011.

المبحث الثاني

المرجعية المحددة للنظام العام الأسري في القانون الجزائري

كما سبق الإشارة إليه، فإنه من الصعب وضع فكرة النظام العام في قالب علمي واضح، وإعطاء تعريف لها يكون جامعا مانعا لما يعد وما لا يعد من النظام العام، ويرجع ذلك إلى تأثر هذه الفكرة بالأفكار السياسية والاجتماعية والقيم الدينية السائدة في كل مجتمع.

وتظهر فكرة النظام العام بشكل واضح في الروابط الأسرية نظرا لارتباطها الشديد بالحقل الديني والمبادئ التي يقوم عليها المجتمع، وخاصة عندما يتعلق الأمر بالدول الإسلامية التي يعرف فيها النظام العام نوعا من الاستقرار على مستوى مفهومه وأهدافه فيما يخص النصوص القطعية التي لا خلاف فيها، وأخرى كالدول الأوروبية التي يعرف فيها النظام العام تطورا كبيرا ، لكونه يجد أساسه في المواثيق الدولية لحقوق الإنسان.

والجزائر باعتبارها تدين بدين الإسلام، كان ولا بد عليها أن تستقي النصوص التشريعية المنظمة للروابط الأسرية من مبادئ الشريعة الإسلامية السمحة، مع الانفتاح على المنظومة الأممية لحقوق الإنسان خاصة الأوروبية لكونها تعرف تواجد مجموعة من المهاجرين الجزائريين، والتي تعاني من مشاكل فيما يخص روابطها الشخصية لتعارض قانونها الأسري مع النظام العام الأوروبي.

وانطلاقا مما سبق، سيتم توضيح دور المرجعية الإسلامية في تحديد النظام العام الأسري الجزائري ومدى تأثير المرجعية الدولية والقضاء الأوربي على النظام العام الجزائري، وذلك من خلال المطالبين الآتين.

المطلب الأول

المرجعية الإسلامية

الجزائر دولة إسلامية، وهي حريصة على تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية السمحة في جميع ما يتطلب الأمر في السلوكيات، والمعاملات، في كل زمان ومكان، ويظهر ذلك بوضوح في مجال الأحوال الشخصية التي تعتبر الشريعة الإسلامية واجتهادات الفقه الإسلامي موردها الأساسي.

ولما كانت الأحوال الشخصية هي المجال الخصب للنظام العام باعتبارها ملجأ للهوية، فإنه من المنطقي أن يتأثر النظام العام ثباتاً بمرجعياته والمتمثلة في الشريعة الإسلامية التي تتضمن مجموعة من المبادئ والأسس القيمية المتسمة بالثبات والاستقرار، بالإضافة إلى قواعد الفقه الإسلامي المستنبطة عن طريق الاجتهاد.

الفرع الأول

ضابط النظام العام في الشريعة الإسلامية

إن أحكام الشريعة الإسلامية كانت مؤطرا مرجعيا لمجموعة من القوانين أبرزها مجال الأحوال الشخصية، وباعتبار هذا الأخير الميدان الخصب للنظام العام، فإنه من الطبيعي أن تؤثر أحكام الشريعة الإسلامية في تحديده، خاصة كلما تعلق الأمر بأدلة قطعية ثابتة في الكتاب والسنة.

إن فكرة النظام العام والآداب يوجد نظيرها في الفقه الإسلامي بما يعرف بـ: "حق الله" أو "حق الشرع"، وحق الله أو حق الشرع في الفقه الإسلامي لا يقل مداه عن دائرة النظام العام والآداب في الفقه الغربي، بل لعله يزيد¹.

1- عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، المجلد الأول، ج 3، 1954، ص 99.

تعتبر الشريعة الإسلامية هي أصل الأسرة عند المسلمين، منها تؤخذ القواعد وتستنبط الأحكام وتعرف بأنها مجموع الأحكام المأخوذة من القرآن الكريم وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم وما استقر في كتب الفقه الإسلامي منذ تأسيس المذاهب الفقهية المختلفة وما تفرع عن أحكام القرآن والسنة ومن اجتهادات فقهية¹، كما عرفها أحد الفقهاء بأنها ما شرعه الله لعباده من العقائد والعبادات والأخلاق والمعاملات ونظم الحياة المختلفة².

ويقصد بالنظام العام في الشريعة الإسلامية الأحكام الشرعية الآمرة والناهية التي ليس للأفراد أن يخالفوها، لوجود الجزاء المترتب على هذه المخالفة³، وعليه وجب احترام هذه النصوص الشرعية الآمرة، والعمل على التقيد بها وتنفيذها دون أن تترك لهم حرية الاختيار في مخالفتها، فحق الله أو حق الشرع هو ما يتعلق به النفع العام، من غير أن يختص به أحد، وقد نسب هذا الحق إلى الله تعالى لعظيم شأنه، وعموم نفعه وشمول إفادته، أما حق العبد، فهو ما تعلق بمصلحة خاصة، أي مصلحة فردية، ويتميز هذا الحق بخصائص عدة، بحيث أنه لا يقبل العفو والإبراء أو الصلح ولا يجوز الاتفاق على مخالفة الأحكام التي تقره، وهو أمر نسبي تتعكس فيه حضارة البيئة، لأن مصدره الشريعة الإسلامية وهي صالحة عند تطبيقها في كل زمان ومكان⁴.

1- عماد طارق البشير، فكرة النظام العام النظرية والتطبيق دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والفقه الإسلامي، ط1، مطبعة الفكر المعاصر، بيروت، 2005، ص. 224.

2- عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، د.ط، مؤسسة الرسالة، القاهرة، 1986، ص. 38.

3- رشيد بن شويخ، الأحكام الثابتة والمتغيرة في قانون الأسرة الجزائرية، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البلية، السنة الجامعية 2001-2002، ص. 11.

4- أبو جعفر عمر المنصوري، فكرة النظام العام والآداب العامة في القانون والفقه مع التطبيقات القضائية، أطروحة دكتوراه في الحقوق، تخصص القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني عين الشق، الدار البيضاء، السنة الجامعية 2002-2003، ص. 174.

الفرع الثاني

دور الشريعة الإسلامية في ثبات النظام العام الأسري

إذا كان ضروريا الاحتفاظ بمصطلح النظام العام كوعاء لغوي لدلالته في الشريعة الإسلامية، فإنه يجب أن لا يفصل عن أصله الإيديولوجي وغموض ونسبية مفهومه في الفكر القانوني الجزائري، ولا يمكن أن نبحت عن النسخة الإسلامية لهذه الفكرة إلا في النصوص الشرعية القطعية الثبوت والدلالة¹ المتضمنة لحكم شرعي بالواجب أو الحرام، فيكون كل حكم قضائي أجنبي أدخل في محتوياته بواجب أو ارتكب حراما ماسا بالنظام العام بالمعنى الإسلامي دون إغفال التوفيق بين ضرورات التعاون القضائي الدولي وقواعد الشريعة الإسلامية.

فالأحكام القطعية الدلالة أو الثابتة لا تتغير مهما تغيرت الظروف والأحوال كالتعدد والمحرمات من النساء وأنصبة الموارث وغيرها من المواضيع الأخرى.

وهكذا قد يترتب عن تطبيق هذا المفهوم استبعاد القانون الأجنبي الذي يمنع الزوج المسلم من الحق في تعدد الزوجات. فالقانون الجزائري يطبق بصورة كلية على العلاقة التي يكون أحد أطرافها مسلما سواء كان جزائريا أو أجنبيا، وما دام زواج جزائري بطرف أجنبي يتعين إبرامها في الشكل الجزائري، فإن العمل يكون حريصا على حماية القانون الجزائري، فقانون الأحوال الشخصية الجزائري يرجح دوما بالنسبة للشكل والموضوع ما على حساب مقتضيات

1- يقول الأستاذ عبد الوهاب خلاق: "إن قوام فكرة النظام العام في الإسلام هو الدليل الذي يدل عليه الحكم في كل نص صريح قطعي الثبوت والدلالة أو نص مفسر ببيان من الشارع هو من النظام العام، ولا يجوز مخالفته ولا يباح للأفراد والجماعات الخروج عليه، أي أنه لا يسوغ الاجتهاد فيه"، أشار له، محمد عبد الجواد محمد، بحوث في الشريعة الإسلامية والقانون، أصول القانون مقارنة بأصول الفقه، د.ط، منشئة المعارف، الإسكندرية، 1991، ص. 103.

قانون الزوج الأجنبي، وذلك لأن الإسلام لا يقبل بأي امتياز لفائدة أي قانون أجنبي عندما يكون أحد معتقيه طرفا في النزاع، لذلك إذا تم عقد الزواج أمام ضابط الحالة المدنية وترتب على هذا تزويج امرأة أجنبية لا يسمح قانونها بتعدد الزوجات من مسلم متزوج، فإن هذه المرأة لا يمكنها الحصول على بطلان عقد الزواج بالجزائر في مواجهة الزوج المسلم باعتبار أن هذا الأخير له الحق وفقا للقانون الإسلامي الذي يخضع له في الجزائر في الزواج بأكثر من واحدة متى توفرت الشروط المتطلبة قانونا¹.

ويرجع ذلك القانون الجزائري على القانون الأجنبي الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة الإسناد في مستل موانع الزواج كلما كان هناك طرف يعتنق الديانة الإسلامية مهما كانت جنسيته، ومن شروط صحة الزواج عدم وجود سبب من أسباب التحريم والمحرمات من النساء نوعان: محرمات على سبيل التأييد وأخرى على سبيل التأييد². قال الله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِّن نِّسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَحِيمًا﴾³.

فمن خلال هذه الآية الكريمة يتضح أن هذا التحريم لا يتبدل مها تغير الزمان والمكان، إذ لا يخفى على أي لبيب حكمة هذا التحريم، فالنساء اللواتي يشملهن التحريم أقرب القربيات إلى الشخص والولد جزء من أمه يتكون في رحمها وبنات الشخص قطعة منه لأنها من صلبه

1- نورية شيبورو، الزواج المختلط وتأثيره على حالة الزوجين، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2016-2017، ص. 331.

2- أنظر المواد 23-31 من قانون الأسرة، سالف الذكر.

3- سورة النساء الآية 23.

والأخ والأخت أهلها واحدة وإذا خالف الشخص هذا التحريم الإلهي يكون قد خالف نصا قطعيا ثابتا في كتاب الله، ويكون بذلك قد خالف النظام العام، فكل الدول الإسلامية تعتبره كذلك وتتص عليه قوانين أحوالها الشخصية ولا يلحقها التغيير مهما تم تعديل هذه القوانين¹.

ولنفس العلة في تحريم زواج الأخت على أختها وهي قطع الأرحام حرمت السنة كذلك الجمع بين المرأة وعمتها والمرأة وخالتها، وما دامت الرضاعة تحرم ما يحرم النسب حرم أيضا الجمع بين المرأة وعمتها من الرضاعة وبين المرأة وخالتها من الرضاعة، كل ذلك حفاظا على استقرار العائلة وسيادة الرحمة وعدم قطع أصول القرابة والدليل على ذلك قوله صلى الله عليه وسلم: "لا يُجْمَعُ بَيْنَ الْمَرْأَةِ وَعَمَّتِهَا، وَلَا بَيْنَ الْمَرْأَةِ وَخَالَتِهَا"².

وهكذا متى تبين ثبوت هذه الأحكام في الكتاب والسنة والإجماع دون خلاف حول دلالتها الكلية أو الجزئية فإنه لا مجال للانفلات فيها أو الانفكاك عنها، وبذلك يمكن الحديث عن قواعد نظام عام تقرر المحارم من النساء، وهي قواعد وضعية ذات مرجعية شرعية إسلامية مخالفتها تقضي إلى انفساخ عقد الزواج ووجوب التفريق بين الزوجين أي بطلان التصرفات، وهو الأمر الذي كرسه العليا في قراراتها: "المبدأ يحق للزوجة المسلمة طلب التطليق، في حالة ارتداد الزوج عن دين الإسلام يحكم القاضي، فورا، بين الطرفين، مراعاة للنظام العام"³.

1- تتص 25 من قانون الأسرة، سالف الذكر، على الآتي: "المحرمات بالقرابة هي: الأمهات، والبنات، والأخوات، والعمات، والخالات، وبنات الأخ، وبنات الأخت".

2- حديث 5108، فتح الباري شرح صحيح البخاري، الجزء التاسع، بدون طبعة، دار الفكر، بيروت، ص. 160.

3- قرار المحكمة العليا بتاريخ 14 نوفمبر 2007، ملف رقم 398948، غ.أ.ش، المجلة القضائية، العدد 1، 2011، ص.

وفي قضايا الميراث قد يستبعد باسم النظام العام المغربي القانون الأجنبي الذي يجيز التوارث بين المسلم وغير المسلم أو يجيز الكوارث بين القاتل والمقتول أو يسوي بين الذكر والأنثى في نصيب الإرث أو الزيادة أو النقص في حصص الورثة، فكل ذلك يعد من النظام العام وكل تحايل على مخالفته يعتبر باطلا بطلانا مطلقا، لا تلحقه الإجازة يحكم القاضي به من تلقاء نفسه في أية حالة كانت عليها الدعوى لأن أحكام الإرث منظمة من الشارع الحكيم بتفصيل، وفي هذا الإطار ذهبت محكمة النقض المصرية في قرار لها إلى أنه: " إذا كان تطبيق القانون الفرنسي على واقع الدعوى من شأنه حرمان كل من الزوج والأخ من الإرث بينما تعتبرهم الشريعة الإسلامية وأحكام قانون الموارث رقم 77 السنة 1943 من أصحاب الفروض والعصابات وكانت أحكام الموارث الأساسية التي تسند إلى نصوص قاطعة في الشريعة الإسلامية، تعتبر حق المسلمين من النظام العام في مصر.."¹.

وفي أحكام التبني فإن القاضي الجزائري يستبعد القانون الأجنبي الذي يجيز تبني طفل مسلم في الجزائر من قبل أي شخص ولو كانوا لا ينتسبون إلى الديانة الإسلامية، فالمشرع الجزائري ثابر على محاربة فكرة تحريف وتزييف الأنساب، إذ انه لا يمكن إلحاق أي طفل، سواء كان معلوم الأب أو مجهول النسب، وكان ابن زنا إلى نسب الغير ولو ابدى رضاه بذلك ، لان في ذلك يعتبر تعديا على ألقاب الغير وأكد القضاء الجزائري في عدة مناسبات متعلقة بحالات التبني، إذا أصرت المحكمة العليا في العديد من قراراتها على إلغاء التبني وإبطال أية وثيقة تتضمن هذه الحالة، سواء كانت صادرة عن جهات رسمية وطنية أو عن جهات رسمية أجنبية وذلك بسبب مخالفاتها لنظام العام الجزائري.

1- نقلا عن، إبراهيم بوريش، محددات النظام العام في العلاقات الأسرية بين الثبات والتطور، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، المملكة المغربية، السنة الجامعية 2008-2009، ص. 16.

وعلى هذا الأساس صدر قرار عن المحكمة العليا أين أكدت على أبطال التبني وفي نفس الوقت إبطال عقد الميلاد، باعتباره عقد مزور طبقاً للمادة 47 من الأمر 70-20 المتعلق بالحالة المدنية، وجاء نص القرار كالتالي: "حيث انه من المقرر قانوناً إن إبطال العقود الخاطئة (شهادة الحالة المدنية) عندما تكون البيانات الأساسية الواردة فيها مزورة أو في غير محلها يقدم الطلب أما بصفة أصلية أمام محكمة المكان الذي حرر أو سجل في العقد وإما بصفة فرعية أمام المحكمة التي رفع إليها النزاع الذي تناول العقد المشوب بالبطلان ومتى تبين في قضية الحال الطاعن قدم إمام قضاء الموضوع شاهدين ذاكرة بان المطعون ضدها قد تبنتها أخته المتوفاة سنة 1997 وبذلك فان قضاة الموضوع لما قضاوا بتأييد الحكم المستأنف وبرفض الدعوى على أساس عدم جواز الاعتماد على الشهود في إبطال عقد الميلاد باعتباره عقداً رسمياً اخطئوا في تطبيق القانون وعرضوا قرارهم للقصور في التسبب"¹.

1- قرار المحكمة العليا بتاريخ 18 يناير 2000، ملف رقم 234949، غ.أ.ش، المجلة القضائية، العدد 1، 2001، ص.

المطلب الثاني

المرجعية الدولية كمحدد للنظام العام الأسري

من المسلم به أن فكرة النظام العام متغيرة بحسب الزمان والمكان، لكونها تقوم على اعتبار مصالح الجماعة الأساسية، سياسية كانت هذه المصالح أو اجتماعية أو اقتصادية أو أخلاقية.

ولما كانت التصورات والمفاهيم والمبادئ السائدة في المجتمع هي التي تساهم في خلق وتشكيل النظام العام الأسري، فإنه من الطبيعي أن يشهد تطورا في الدول الأوروبية بعد انضمامها للاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان، وصياغة تصور أوروبي لمفهوم النظام العام يجد أساسه في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، كما أن القضاء الأوروبي كان له دور في صياغة معالم جديدة للنظام العام. وفيما يلي تفصيل ذلك.

الفرع الأول

دور المرجعية الأممية في تحديد النظام العام

نتيجة لمصادقة معظم الدول الأوروبية المستقبلية للجالية الجزائرية على مختلف الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان واضطرابها تحت ضغط سلطة المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان إلى ملائمة قوانينها الداخلية، بما فيها تلك المنظمة للروابط الأسرية مع مقتضيات وأهداف هاته الاتفاقيات، عرف النظام العام تطورا مهما في اتجاه تكريس مبادئ الحرية والمساواة، الأمر الذي كان له انعكاس على مجموعة من المؤسسات الأسرية.

الفرع الثاني

مفهوم النظام العام المستمد من حقوق الإنسان

لقد أصبحت المعاهدات والاتفاقات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان المبرمة في إطار منظمة الأمم المتحدة، ومنها اتفاقية الرضا بالزواج وتحديد سن الزواج¹ لسنة 1962، وكذا اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة² لسنة 1979 واتفاقية حقوق الطفل³، إضافة إلى الإعلان العالمي لحقوق الإنسان⁴ والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية⁵ والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية⁶ لسنة 1966، والاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان⁷، تشكل نظاما عاما دوليا في مجال الروابط الأسرية إذ لا يمكن للدول الأطراف تجاهلها، إذ أصبحنا أمام ما يمكن تسميته بتدويل وعولمة حقوق الإنسان بالشكل الذي يصعب على أي دولة التذرع بخصوصياتها الوطنية في الدفع بعدم احترامها.

-
- 1- اتفاقية الرضا بالزواج والحد الأدنى لسن الزواج المؤرخة في 7 نوفمبر 1963 والتي دخلت حيز التنفيذ في ديسمبر 1964.
 - 2- اعتمدها الجمعية العامة للأمم المتحدة وعرضتها للتوقيع والتصديق والانضمام بقرارها 180-34 المؤرخ في 18 ديسمبر 1979 وبدا نفاذها بتاريخ 3 سبتمبر 1981 طبقا لأحكام المادة 27 منها.
 - 3- صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 92-461، المؤرخ في 19 ديسمبر 1992، المتضمن مصادقة الجزائر مع التصريحات التفسيرية على إتفاقية حقوق الطفل، ج.ر. العدد 91، الصادرة في 23 ديسمبر 1992.
 - 4- اعتمد ونُشر بقرار الجمعية العامة رقم 217 المؤرخ في 10 ديسمبر 1948.
 - 5- اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة المؤرخ في 16 ديسمبر 1966، وقد صادقت عليه الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 89-67 المؤرخ في 16 ماي 1989، ج.ر. العدد 20، الصادرة في 17 ماي 1989.
 - 6- اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة المؤرخ في 16 ديسمبر 1966، وقد صادقت عليه الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 89-67 المؤرخ في 16 ماي 1989، ج.ر. العدد 20، الصادرة في 17 ماي 1989.
 - 7- أبرمت هذه الاتفاقية بروما بتاريخ 4 نوفمبر 1950 ودخلت حيز التنفيذ في 3 سبتمبر 1953.

ولعل السبب في ذلك راجع إلى توحيد دول الغرب حول قضاء أوروبي تمثله المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان التي تلزم الدول الأطراف على ملائمة تشريعاتها الداخلية وفق منطق الانضمام لهذه المعاهدات¹، الأمر الذي كان له انعكاس على المفهوم القانوني والاجتماعي للأسرة، حيث توالى التعديلات المنظمة للأسرة، بمعظم الدول الغربية في اتجاه مساهمة الاتفاقيات الدولية الأوروبية والتي لا تؤمن إلا باحترام الحرية والحياة الخاصة وتحقيق المساواة المطلقة بين الجنسين بدءاً من إبرام عقد الزواج ومروراً بتدبير الشؤون المادية والمعنوية للأسرة وتربية الأطفال، حيث ألغى مفهوم السلطة الأبوية وتم تعويضه بمصطلح القرابة إذ أصبح الرجل والمرأة متساويان في جميع الحقوق والالتزامات الأسرية وانتهاءً بانحلال العلاقة الزوجية حيث تم إلغاء كل القيود المفروضة على الطلاق وأصبح من حق أي من الزوجين الذي لا يرغب في الاستمرار داخل إطار العلاقة الزوجية أن يطالب بإنهائها².

ومفهوم النظام العام في أوروبا لم يقف عند هذا الحد بل تعداه إلى أبعد من ذلك انطلاقاً من التطور الذي بدأت تتحام الحياة داخل المجتمع الأوروبي، من قبيل التبني المطلق للمبادئ اللائكية من جهة وطغيان النزعة المادية ومبادئ الحرية الفردية غير المحدودة من جهة أخرى، وذلك حسب المفاهيم التي أعطيت لها في إطار الأوقاف الدولية لحقوق الإنسان³، خاصة التفسير الذي تقدمه الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان حيث تؤكد أن الحق في احترام الحياة الخاصة لا يعني فقط عدم تدخل الدولة في الحياة الخاصة للأفراد وإنما يشمل أيضاً الحق في إقامة علاقات مع أشخاص آخرين سيما فيما يتعلق بالمجال العاطفي⁴.

1- إبراهيم بوريش، المرجع السابق، ص 24.

2- جعفر الفصلي، انقضاء الزواج في القانون الدولي الخاص، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد4، 1988، ص. 229.

3- محمد اليوبي، طلاق المغاربة بأوروبا وإشكالاتها الفقهية والقانونية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المسبقة في الشريعة، وحدة التكوين والبحث في الشريعة والقانون، كلية الشريعة جامعة القرويين، فاس، السنة الجامعية 2004-2015 ص. 86.

4- محمد البعدوي، وضعية الزوجة في الأسرة والمجتمع في أوروبا نموذجاً، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة محمد الخامس الرباط 2000-2002 ص. 73.

كل هذه الأمور كان لا بد أن تنعكس سلبا على مؤسسة الأسرة في المجتمع الأوروبي حيث أدى تشبعها بالمفهوم المطلق لمبدأ الحرية والمساواة إلى تبني العديد من المؤسسات التي كانت محرمة كما هو الشأن بالنسبة للمعاشرة الحرة والزواج المثلي¹، وفي هذا الإطار أصدر البرلمان الأوروبي في اجتماع له بتاريخ 08 فبراير 1994 توصية طالب فيها الدول الأعضاء بضمان حقوق المتعاشرين مثليا في الضمان الاجتماعي والسكن وخاصة ما يتعلق بالحق في التبني وهو الأمر الذي عملت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان على مناصرته وتكريسه في العديد من قراراتها كما هو الشأن بالنسبة للقرار الصادر عن هذه المحكمة والذي نقض حكما صادرا عن محكمة القضاء الفرنسي يرفض فيه حق تبني طفل للمتزوجين مثليا بناء على مخالفة العلاقات الجنسية الشاذة للمصلحة الفضلى للطفل².

وهكذا يتضح أن مبدأ المساواة المطلقة الذي يجد أساسه في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان و البروتوكول رقم 07 هو المؤطر الأساسي للنظام العام في الدول الأوروبية مما يعني أن أي مؤسسة قانونية أجنبية سيتم استبعادها لمخالفتها مبدأ المساواة المكرس بمقتضى البروتوكول رقم 07 لكونها مخالفة للنظام العام الأوروبي³.

1- محمد الشافعي، الأسرة في فرنسا دراسات قانونية وحالات شاذة سلسلة البحوث القانونية، ط1، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، 2001، ص. 139.

2- جاء نص القرار (دون ذكر الرقم والعدد) كالتالي: "إن التصريح بالتوجهات الجنسية الشاذة من طرف الطاعن لا يحول دون تمسكه بحقه في عدم التمييز الذي تنص عليه المادة 14 من المعاهدة الأوروبية لحقوق الإنسان والذي تدعمه المادة 8 من نفس المعاهدة بضرورة احترام الحرية الخاصة والأسرية للأفراد وبالتالي منحهم الحق في التبني؛" القرار أشار إليه منور الشعبي، مدونة الأسرة أمام القضاء الأوروبي أية إمكانية التطبيق؟، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المسبقة في الفنون الخاص، وحدة التكوين والبحث قانون الأسرة والطفولة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة سيدي محمد بن عبدش، السنة الجامعية 2005-2006، ص 85.

3- تنص المادة 5 من البروتوكول رقم 7 الصادر بتاريخ 22 نوفمبر 1985، على أنه: "يتمتع الزوجان بالمساواة في الحقوق والمسؤوليات ذات الطابع المدني، وذلك فيما بينهما وفي علاقتها بابنتهما سواء عقد الزواج أو عند انحلاله".

انطلاقاً مما سبق ونتيجة لكل المتغيرات التي تأثر بها النظام العام في الدول الأوروبية، كان من الطبيعي أن تتأثر العديد من المؤسسات الأسرية التي لها علاقة بالروابط الأسرية الجزائرية القاطنة بأوروبا، خاصة وأن هذه المؤسسات تتميز بمرجعيتها الإسلامية، أو تركز انعدام المساواة بين أطراف الكيان الأسري على الأقل من وجهة النظر الأوروبية، لذلك فإنه يتعين صياغة مفهوم واضح ومعتدل للنظام العام يسمح بتطبيق القوانين الشخصية بشكل مرضي ومتكامل ومتكافئ بين المغاربة والأجانب، كما يتعين على القضاء الأوربي أن يأخذ بعين الاعتبار اختلاف مفهوم المساواة بين الثقافة المغربية ذات المرجعية الإسلامية والثقافة الغربية ذات المرجعية العلمانية وأن استعمال النظام العام كما هو مستمد من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان قد تترتب عليه نتائج بالغة الخطورة تتمثل في ازدواجية المراكز القانونية.

برزت فكرة النظام العام أولاً من الفقه الإيطالي في القرن الثالث عشر الميلادي من نظرية الأحوال الإيطالية، بفضل الفقيه "بارتول Bartole" بين الأحوال البغيضة (المستهجنة) والأحوال الملائمة (المستحسنة)، فالأحوال الملائمة هي القوانين التي تصاحب الشخص أينما ذهب فتطبق عليه حتى ولو غادر الإقليم، أما الأحوال البغيضة فهي القواعد التي لا تتعدى أثارها حدود إقليم البلد الذي أصدرها¹.

ولم يبرز دور النظام العام وفقاً للمفهوم الحالي أو الحديث إلا في القرن التاسع عشر على يد الفقيه الألماني Savigny الذي نادى بفكرة الاشتراك القانوني بين الدول الأوروبية التي تستمد أحكامها القانونية من القانون الروماني ومن القانون الكنسي، فكانت الكنيسة مثلاً بفرنسا

1- عكاشة محمد عبدالعال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، طبعة 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004 ص. 530.

قبل قيام الثورة الفرنسية تنظم كل ما يتعلق الزواج وبطلانه ومسائل النسب، فكانت الكنيسة هي المشرع والقاضي¹، وبالتالي إمكانية تطبيق قوانين بعضها البعض².

أما في الإسلام فقد عرف النظام العام بحماية المصالح العامة، وعهدت تلك الحماية لهيئة أطلق عليها الحسبة التي كانت مهمتها القيام برقابة يمكن القول أنها رقابة إدارية بواسطة أشخاص مؤهلين لممارسة تلك الوظيفة على نشاط الأفراد في شتى الميادين داخل المجتمع ومهمتها الأساسية تمثيل المجتمع في الحفاظ على النظام العام داخله وكذا الآداب العامة، وهي تتشابه إلى حد قريب مع ما يعرف حالياً بالنيابة العامة كون أنهما إشتراكاً في مهمة الحفاظ على النظام العام داخل المجتمع، فالنيابة العامة لها دور كبير في حفظ النظام العام باعتبارها ممثلة للدولة في التطبيق السليم والصارم للقانون³.

إضافةً للاختصاص الأساسي في الجانب الجزائي من تحريك الدعوى العمومية ومباشرتها والإشراف على وظائف الضبط القضائي وغيرها من الاختصاصات. قام المشرع الجزائري بإسناد بعض المهام المتعلقة بقضايا الأسرة، وذلك بنص المادة 3 مكرر قانون أسرة بقوله: "تعد النيابة العامة طرفاً أصلياً في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون"⁴.

1- الجيلالي تشوار، النظام العام في مجال شؤون الأسرة، محاضرات أقيمت على طلبه الدكتوراه (مطبوعة)، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2018-2019، ص. 8.

2- حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب 1: تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002، ص. 260؛ أنظر أيضاً، احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص. 775.

3- بلحاج العربي، دور النيابة العامة في الخصومة القضائية المدنية في القانون القضائي الخاص الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، العدد الأول، 1993، ص. 166.

4- القانون 84-11 المؤرخ في 9 جوان 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، ج ر العدد 24 الصادرة في 12 جوان 1984، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02، المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج.ر العدد 15، الصادرة في 27 فبراير 2005.

وبالتالي تفعيل دور النيابة العامة في قضايا الأحوال الشخصية بجعل تدخلها بقوة القانون طالما كانت قضايا الأحوال الشخصية مرتبطة بالنظام العام. ومن بين القضايا المتعلقة بالأحوال الشخصية أو الأسرة، حالة الأشخاص وأهليتهم الخطبة والزواج، حقوق الزوجين وواجباتهم المتبادلة، فك الرابطة الزوجية، البنوة والنسب، الولاية، الحجر، الميراث ... الخ. فنجد بأن هناك علاقة ثلاثية تربط بين النظام العام والقضايا المتعلقة بالأسرة ودور النيابة العامة في السهر على حفظ النظام في الدولة.

وللنظام العام في قضايا الأسرة لأهمية بالغة باعتبارها مجال يطبق فيه قواعده. وذلك لارتباط الأحوال الشخصية بقيم المجتمع أخلاقيا واجتماعيا وحتى دينيا بما أن الشريعة الإسلامية هي المصدر الأساسي في قانون الأسرة. ودور النيابة العامة في المحافظة على هذا النظام عن طريق تطبيق القواعد القانونية للدولة.

وعليه سيتم التطرق في هذا الفصل إلى محاولة تحديد الإطار المفاهيمي للنظام العام، من خلال تعريفه وبيان مقوماته في المبحث الأول، فيما يتم تخصيص المبحث الثاني لدراسة المرجعيات المحددة للنظام العام الأسري في القانون الجزائري، وذلك في الشريعة الإسلامية وفي الدولة كمحدد للنظام العام الأسري.

الفصل الثاني

تكريس مبدأ النظام العام في المجال الأسري

الفصل الثاني

تكريس مبدأ النظام العام في المجال الأسري

بعد دراسة النظام العام من حيث تعريفه وخصائصه ومجالاته، في الفصل الأول، نتطرق في الفصل الثاني إلى تكريس مبدأ النظام العام في المجال الأسري والقضايا الموجودة في قانون الأسرة أو ما يسمى بالأحوال الشخصية.

ظهر مصطلح الأحوال الشخصية في دولة إيطاليا، حيث قام بابتداعه الفقه الإيطالي في القرنين الثاني عشر والثالث عشر، وذلك لوجود آنذاك تنازع داخلي بين القانون الروماني على اعتباره قانون عام يسري على كافة إقليم إيطاليا والقانون الثاني هو قانون محلي مطبق في مدينة من مدن إيطاليا.

ولهذا يتواجد اختلاف ما بين الدول فيما يندرج تحت مصطلح الأحوال الشخصية، مع العلم أن مصطلح الأحوال الشخصية أوسع من مصطلح شؤون الأسرة، فهو يشمل إضافة إلى النظام الأسري عنصر الأهلية، ونظم حماية غير كامل الأهلية كما تضم مصطلح الشخصية في بعض الدول كإيطاليا والجزائر المواريث والوصايا وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت¹.

وبالنسبة للجزائر تعتبر جميع المسائل المنصوص عليها في قانون الأسرة والمتمثلة في الحالة والأهلية وحماية ناقصي الأهلية، الزواج، فك الرابطة الزوجية، إثبات النسب الوصاية، الميراث، الوصية، الوقف ... إلخ من الأحوال الشخصية.

وتختلف القوانين الدولية في تسمية قانونها الخاص بقضايا الأسرة²، فهناك من تسميه بالمدونة في المغرب، أو الأحوال الشخصية وفي الجزائر بقانون الأسرة، أما من حيث نشأة

1- جابر جاد عبد الرحمان، القانون الدولي الخاص العربي، الجزء 3، تنازع القوانين، معهد الدراسات العربية العالية، القاهرة، 1960، ص. 131.

2- معوض عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية، ط1، ج1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 1990، ص. 21.

قانون الأسرة والمقصود به "مجموعة ما يتميز بها الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو القانونية التي رتب عليها القانون أطراف حياتها الاجتماعية".

وقد كان أول قانون صدر في الأحوال الشخصية هو قانون الأسرة العثماني، فقد كان قبل ذلك الفقهاء يعودون إلى كتب الفقه الإسلامي، وكان أول من أدخل هذا المصطلح إلى العالم العربي والإسلامي رجل القانون المصري "قديري باشا" في مؤلفاته المنشورة نهاية القرن التاسع عشر. ولعل تسمية قانون الأسرة في الجزائر يكون بذلك أقر الدور الأساسي الذي يلعبه النظام العام في تطوير الأسرة ودور النيابة العامة في الحفاظ على استقرارها.

وعليه، سيتم التعرض من خلال فصل الحال إلى مظاهر حماية النظام العام للحقوق الأسرية في المبحث الأول، أما المبحث الثاني فسيتم تخصيصه لدراسة التكريس القضائي لمبدأ النظام العام في القضايا الأسرية.

المبحث الأول

مظاهر حماية النظام العام للحقوق الأسرية

يقصد بمظاهر حماية النظام العام للحقوق الأسرية، المسائل المتعلقة بالأسرة عن طريق القواعد القانونية المنصوص عليها في قانون الأسرة والذي تناول فيها المشرع الزواج وانحلاله في الكتاب الأول، أما الكتاب الثاني النيابة الشرعية، فالكتاب الثالث المواريث وأخيرا الكتاب الرابع الذي ينص على التبرعات من الهبة والوصية إلى الوقف¹.

الملاحظ أن المشرع تناول أحكام الزواج وما يتعلق به من نسب، وأحكام الطلاق وما يتعلق به من عدة ونفقة وأحكام النيابة الشرعية والولاية والوصاية والتقديم والحجر إلى غير ذلك وأحكام الميراث وأحكام التركات من وقف ووصايا وهبة²، فنجد أن قانون الأسرة على قدر من الأهمية لشموله لكافة الموضوعات التي تهتم حياة الأسرة إلا أنه يجب الرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية لتطبيقه، ذلك أنه باعتباره قانونا خاصا كان من الأفضل أن يتضمن قواعد إجرائية خاصة تنظم كيفية اللجوء إلى القضاء وكيفية التقاضي التي يجب مراعاتها والتي تضمن للأطراف المتخاصمة حماية مصالحهم القانونية.

جاء قانون الأسرة لينظم حياة الأسرة والعلاقات العامة للحياة الزوجية وبناء الأسرة وسن القواعد المبنية لحقوق وواجبات كل من الزوجين تجاه الآخر واتجاه الأبناء والأقارب كما أن نصوصه تضمنت قوانين لحماية الأسرة ورعاية الأطفال وضمان مصلحة المحضون بعد الطلاق وحقوق المرأة، فنعتبر كل من هذه القوانين من النظام العام ويجب احترامها.

1- أنظر المواد من 126 إلى 183 من القانون 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، ج.ر العدد 15، الصادرة في 27 فيفري 2005، يعدل ويتم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 جوان 1984، المتضمن قانون الأسرة، سالف الذكر.

2- أنظر المواد من 184 إلى 220 من القانون 05-02، سالف الذكر.

بالإضافة إلى ذلك تشمل القضايا المتعلقة بالأسرة، المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم والمتعلقة بنظام الأسرة كالخطبة والزواج وحقوق الزوجين وواجباتهم والطلاق والتطليق ندرسه في المطلب الأول (النظام العام والمسائل المتعلقة بحالة الشخص)، والجانب المالي من الوصايا والهبة، والنفقة، نظام الأموال بين الزوجين في المطلب الثاني: النظام العام والمسائل المتعلقة بالمعاملات المالية.

المطلب الأول

حماية النظام العام لحقوق الأفراد الأسرية

تتجلى حقوق الأفراد الأسرية في تحمل الواجبات واكتساب الحقوق، من حيث تحديد سن الزواج وإمكانية التصرف بأمواله إلخ، ونجد النظام العام يتدخل لحماية هذه الحقوق قانوناً ونلاحظ بأن دور النظام العام في مسائل الأحوال الشخصية يبرز في ميدان القانون الدولي الخاص، حيث تختلف فيها قوانين الدول فيها بين الدول الإسلامية والغربية¹.

سيتم تناول الحالة المدنية وأهلية الأشخاص والحق في النسب في الفرع الأول، أما الفرع الثاني فيحجز لدراسة الرابطة الزوجية وانحلالها والآثار المترتبة عن ذلك، وذلك على النحو الآتي.

الفرع الأول

الحالة المدنية وأهلية الأشخاص والحق في النسب

نتناول في هذا الفرع الحالة المدنية وأهلية الأشخاص، وكذا علاقة الشخص بأسرته، وفيما يلي تفصيل ذلك.

أولاً: الحالة المدنية وأهلية الأشخاص

إن نظام الحالة المدنية، يكتسي أهمية بالغة الأثر في حياة الفرد اليومية لأنها تنظم التواجد القانوني للشخص داخل الأسرة والمجتمع، وتعتمد على أهم الأحداث المميزة لحياته

1- فاطمة الزهراء زهير، المرجع السابق، ص 69.

ومنها الولادة والزواج والوفاة، ويبقى الإنسان في حاجة لخدمات مصلحة الحالة المدنية طيلة حياته القانونية، ونجد بأن هناك علاقة وطيدة بين قانون الأسرة وقانون الحالة المدنية، حيث تطبق قواعده من حيث إثبات أهلية الأشخاص، وكذا إثبات عقود الزواج وإثبات النسب فمركز الفرد القانوني يتغير حسب حالته المدنية، ذكر كان أم أنثى، قاصرا أو راشدا، متزوجا أو عازبا، وارثا أو مورثا، حيث جاء في مواد القانون في هذا الخصوص مثلا نصت المادة 7 على الأهلية في الزواج ومحددة بـ 19 سنة لكل من الزوجين، المواد 18 إلى 22 على إبرام عقود الزواج، المادة 47 وما بعدها انحلال الرابطة الزوجية، المواد 40 إلى 46 إثبات النسب، والمواد من 126 إلى 183 تنص على الميراث.

للحالة المدنية علاقة بقانون الجنسية الذي يحدد انتماء الفرد لدولته، وحق الجنسية هو الوسيلة التي نميز فيها بين الوطني والأجنبي، ولتحديد الوطني من الأجنبي يعتمد أساسا على وثائق الحالة المدنية وسجلاتها. ولأن الحالة المدنية والمتمثلة بالوثائق الخاصة بصورة الأشخاص القانونية التي تثبت وضعياتهم القانونية من تاريخ ميلاده إلى غاية وفاتهم، ونظرا لأهمية هذه الوثائق بالنسبة للأشخاص كحجية ثبوتية حماها المشرع بقواعد قانون العقوبات، فباعتبار قانون الحالة المدنية هو المرآة العاكسة لهذه الوضعيات القانونية للأفراد، كالأسماء ونسب الأعمار وحالة الزواج والطلاق إلى غير ذلك من المواضيع، فكل مساس بهذه الوثائق قد يترتب عنها ضرارا بالأفراد ومساسا باستقرار المعاملات مما يمس بالنظام العام. فالحالة المدنية هي التي تثبت أهلية الشخص إن كان قادرا على اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، والأهلية لا تثبت بكل أجزاءها الشخص دفعة واحدة، بل تتدرج معه، فعندما يكون الفرد تحت سن معينة تسمى بمرحلة سن الرشد، تكون أهليته ناقصة وتبدأ بالتدرج إلى بلوغه سن الرشد فتكتمل بذلك ولهذا فإن أول مراحل الأهلية هو ثبوت الحقوق للشخص ثم وجوب الالتزامات عليه، فتصح تصرفاته تدريجيا إلى أن تصير كاملة¹.

1- أنور محمد دبور، النظريات العامة في الفقه الإسلامي، ط1، دار الثقافة العربية، مصر، 2001، ص 132.

فسن الرشد في القانون الجزائري محددة بثمانية عشر (18) سنة في المواد الجزائئية وتسعة عشر (19) سنة بالنسبة للقانون المدني وقانون الأسرة، وبالتالي فإن الشخص الذي لم يبلغ 19 سنة، لا يمكنه أن يقوم بتصرفات كالزواج إلا بأذن القاضي. فالمشرع الجزائري عند تحديده لسن 19 سنة كحد أدنى لأهلية الزواج لا يعتبر قد مس بحرية المواطنين، وإنما قد راعى الجوانب الاقتصادية والاجتماعية والنفسية للأفراد. واعتبار أن الأشخاص دون هذا السن لا يكونون قادرين على أعباء الحياة الزوجية ولا يكونون قادرين على الوفاء بالالتزامات الأدبية والاجتماعية وما ينتج عن ذلك من علاقات أبوية وعائلية ولكن منح القانون للقاضي سلطة الإعفاء من السن المحددة الأهلية الزواج إذا رأى أو تبين له أن الزواج التي يراد إبرامه بين شخصين، احدهما أو كلاهما لم يبلغ السن القانونية (19 سنة)، فيه مصلحة لهما، وهذا ما نصت عليه المادة 7/2 ق.أ.ج، وقد نصت نفس المادة وبنفس الفقرة على أن الزوج القاصر يكتسب أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات وتلك التي تتعلق بالطلاق. والأهلية تلعب دورا هاما في حياة الشخص من حيث تصرفاته فهناك أشخاص لم تصل سنهم إلى 18 سنة وبالتالي فهم غير راشدين ولا يمكنهما التصرف بمالهم فيتم تعيين لهم مقدم أو وصي لتسيير أموالهم وشؤونهم، أو من كان بالغ سن الرشد وكان فاقدا للأهلية أو ناقصهما بسبب الجنون أو عته أو سفه¹ فيتم إنابة ولي أو مقدم أو وصي حسب المواد 81 إلى 100 ق.أ.ج.

فقد نصت المادة 83 ق.أ.ج، أن من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد (ناقص الأهلية) تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له وباطلة إذا كانت ضارة به وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء. وتعتبر المادة 85 أن تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه. فنجد بأن النظام العام قد حمى هذه الفئة من أن تستغل ويضيع

1- علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990، ص. 55.

حقها، فوضع قواعد التنظيم كيفية التعامل مع كل حالة من الحالات السابقة الذكر، سواء عن طريق تعيين ولي، أو وصي أو مقدم أو حتى بالحجر على فاقد الأهلية.

ويمكن أيضا رفع الحجر إذا زالت أسبابه بناء على طلب المحجور عليه و يقوم بتصرفاته من بيع وشراء بدون الرجوع إلى الولي أو الوصي¹.

ثانيا: علاقة الشخص بأسرته

تتمثل علاقة الشخص بأسرته من زواج وطلاق وحضانة، نسب وكل الآثار المترتبة على هذه الأوضاع القانونية، وهي مسائل متعلقة بالنظام العام ومنصوص عليها في قانون الأسرة، حيث لا يجوز مخالفتها. يعتبر الزواج من أهم مواضيع الأحوال الشخصية التي يبرز فيها النظام العام، فهو من بين المواضيع الشائكة، التي لا يمكن تجاوزها أو مخالفتها، كزواج المسلمة بغير مسلم، أو زواج المسلم بغير كتابية².

ورد زواج مسلمة من غير مسلم في المادة 31 من الأمر 05-02، سالف الذكر، التي تحرم زواج المسلمة بغير مسلم متعلقة بالنظام العام. أما سن الزواج فيجب أن يكون من 19 سنة فما فوق، إلا إذا أجازته القاضي لمصلحة أو ضرورة وهذا ما نصت عليه المادة 7 من ق.أ.ج، إذ لوحظ ما لعقد الزواج من أهمية في الحالة الاجتماعية من جهة سعادة البيت أو شقائه والقدرة على إنجاب نسل قوي والعناية به. كما أن تطور الوقت والحياة المعاصرة أوجب استعداد كبير لحسن القيام بشؤون الأسرة وهذه المصلحة الواضحة تتحقق بالسن التي ألفها أكثر الناس، واطمأنوا إليها، أما تخفيض سن الزواج أقل من 19 سنة فلوحظ أن نسبة الطلاق مرتفعة في تلك السن ويمكن إرجاع إلى عدم نضج الأزواج في تلك السن. وبالتالي إذا لم يجز

1- أنظر المواد 99، 100، 102، ق.أ.ج.

2- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط2، دار الفكر العربي، مصر، سنة 1950، ص.151.

القاضي الزواج بأذن منه لأقل من 19 سنة يكون هذا الزوج مخالفا للنظام العام، ويفرض حتى ضابط الحالة المدنية أو الموثق تحرير وثيقة الزواج في هذه الحالة¹.

ومن بين مواضيع الزواج التي تدخل ضمن النظام العام ركن الرضا الذي يعتبر ركنا أساسيا إذا اختل بطل الزواج وهو من الأركان الأساسية للشروط الموضوعية حسب المادة 9 من قانون الأسرة، ويعني ذلك إذا أجبرت المرأة على الزواج دون رضاها عن طريق الإكراه أو التدليس، فهذا يكون مخالفا للنظام العام. وللزواج موانع منها المؤقتة ومنها المؤبدة وكلها تدخل في إطار النظام العام، فقد نصت المادة 30 ق أعلى المحرمات مؤقتا وهن المحصنة المعتدة من طلاق أو وفاة، جمع الأختين، أو بين المرأة وعمتها أو خالتها. وبالتالي يمنع على المرأة المطلقة أو المتوفى عنها زوجها الزواج حتى تكتمل العدة وعلى الأجنبية التي ترغب في إبرام زواجها من جزائري في الجزائر أن تحترم هذه الأحكام حتى ولو كان قانونها الوطني يسمح بزواجها فورا لأن الأحكام المتعلقة بالموانع تطبق تطبيقا جامعا، كما تنص المادة 24 ق.أ.ج، على الموانع المؤبدة والتي جاء فيها الموانع المؤبدة هي القرابة، المصاهرة، الرضاع)، ونصت المادة 25 منه، على المحرمات بالقرابة وهي الأمهات والبنات والأخوات والعمات والخالات وبنات الأخ وبنات الأخت. والمادة 26 التي تقضي المحرمات بالمصاهرة وهي أصول الزوجة بمجرد العقد عليها، فروعها إن حصل الدخول بها، أرامل أو مطلقات أصول الزوج وإن علو، أرامل ومطلقات فروع الزوج وإن نزلوا والمادة 27 نصت على المحرمات من الرضاع أنهن نفسهن المحرمات من النسب وبالتالي الزواج بواحدة من كل ذكر يعد باطلا².

1- تنص المادة 7 من ق.أ.ج: "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك للمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج".

2- محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص.ص. 63-71.

كما يدخل في إطار العام المّادة 7 مكرر ق.أ.ج، وهي تخص الشهادة الطبية لطالبي الزواج¹ التي يجب تقديمها وتثبت خلوها من مرض يشكل خطرا على صحة الزوج الآخر والأبناء مستقبلا. للإشارة فقط بأنه يعد من النظام العام الزواج بين شخصين مختلفين لأنه بالنسبة للقانون الجزائري هو عقد بين رجل وامرأة²، وبالتالي إبرام عقد الزواج من طرف شخصين من نفس الجنس يعد مخالفا للنظام العام عكس بعض القوانين المقارنة كقانون فرنسا الذي يسمح بزواج شخصين من نفس الجنس، كما يمكن للزوج أن يتزوج بأكثر من واحدة حسب المّادة 8 ق.أ.ج، لكن بإخبار الزوجة السابقة والمرأة المقبل الزواج بها ويقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة.

قد ينتهي الزواج بطرق طبيعية كالوفاة أو بطريقة إرادية يترتب عليها انحلال الرابطة، حيث حددت المّادة 48 ق.أ.ج، الطرق التي يتم بواسطتها حل الرابطة الزوجية ويكون ذلك إما بإرادة الزوج المنفردة أو بتراضي بين الزوجين، أو بطلب من الزوجين أو بطلب من الزوجة عن طريق التطلاق إذا ماتت وفرت أحد البنود المنصوص عليها في نص المّادة 53 ق.أ.ج³، أو عن طريق الخلع حسب المّادة 54 ق.أ.ج، مقابل مبلغ مالي تقدمه الزوجة مقابل فراقها، ونجد أن المشرع الجزائري لم يفرق بين الطلاق الذي تم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بين التطلاق الذي يكون بناء على طلب الزوجة، إذ في جميع الحالات يتوجب إثبات الطلاق بحكم طبقا للمادة 49 ق.أ.ج، وإذا لا يكون إلا بناء على دعوى قضائية ترفع أمام هيئة المحكمة وتقيد بأمانة الضبط وتبلغ بدفعها أحد الزوجين والتي يصدر شأنها حكم يقضي بفك الرابطة الزوجية إما بإرادة المنفردة للزوج أو بتراضي أو بطلب من الزوجة بتطلاق أو خلع.

1- محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في القانون الأسرة الجزائري، بأطروحة دكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص فقه وأصوله، جامعة الحاج لخضر، باتنة، السنة الجامعية 2008-2009، ص. 430.

2- تنص المّادة 4 من ق.أ.ج: "الزواج هو عقد رضائي يتم بين الرجل والمرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب".

3- أنظر المّادة 53 ق.أ.ج.

ومن آثار الطلاق والتي يقصد بها تلك التي يخلفها الطلاق في علاقة الوالدين بأبنائهما والتي تعتبر أهم المسائل التي يجب أن ينظر إليها القاضي، خلال النطق بالحكم بالطلاق ويتمثل في النفقة والحضانة والنسب¹. حسب ما تضمنه قانون الأسرة حول النفقة في نص المادة 75 أنه تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب لهذا فإن سبب نفقة الزوجة على زوجها هو عقد الزواج الذي جعلها محتسبة لحقوق زوجها أي مقصورة عليه كما أن واجب الإنفاق على الأولاد واجب شرعي على أبيهم. فالقاضي مطالب بالفصل بالحكم بالطلاق في الحالات التالية:

السكن لممارسة الحضانة أو بدل إيجاره²، والتعويضات المالية والحضانة والعدة ومتاع البيت والنفقة وهذا ليست النفقة الزوجية طبقا للمادة 71/ق.أ.ج، التي تنص على: "تجنب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها" وإنما النفقة التابعة للطلاق وتخص الزوجة والأبناء وهي تخضع المادة 78 ق.أ.ج، التي تنص: "تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في الفرق والعادة. والمادة 75 ق.أ.ج، تجب نفقة الولد على أبيه ما لم يكن له مال فبالنسبة للذكور الراشدين والإناث إلى الدخول ويستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لإعاقة عقلية أو بدنية أو مزاولا لدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب.

أما العنصر الثاني فهو الحضانة حسب ما تضمنه المادة 62 ق.أ.ج، في تعريفها للحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك. أما عن ترتيب الحضانة لقد أخصته المادة 64 ق.أ.ج، التي تنص على ما يلي: "الأم أولى بالحضانة ثم الأب ثم الجدة

1- صالح بوغرارة، حقوق الأولاد في النسب والحضانة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر السنة الجامعية 2006-2007، ص. 12.

2- عيسى طعيبة، سكن المحضون في تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، مذكرة ماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2006-2007، ص.ص. 6-7.

الأم ثم الجدة الأب ثم الخالة ثم العمّة ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما ما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة¹. وأن المضمون يجب أن يتربي على دين أبيه فلا يجوز مخالفة ذلك، وألا يكون مخالفا للنظام العام. أما العنصر الثالث وهو النسب الذي يعتبر من أهم المواضيع الذي يبرز فيها النظام العام، فالنسب يعتبر جزء من الحالة الشخصية للوالدين والأولاد معا، كما أن هناك نوعان من البنوة فهناك بنوة شرعية والتي ينسب فيها الولد لأبيه نتيجة لعقد زواج صحيح، وهناك بنوة طبيعية أو الغير الشرعية ويقصد بها ثمرة علاقة غير مشروعة بين الوالدين²، وبالتالي فإن البنوة الطبيعية تختلف عن البنوة الشرعية في الأولى تكون قاصرة على الانتماء إلى أحد الوالدين دون الآخر في حين أن البنوة الشرعية ينتمي فيها الابن إلى الأب والأم معا والاشترك في الحسب والنسب³ إن المشرع الجزائري لا يعترف سوى بالبنوة الشرعية، وبالتالي تعطي النصوص المخصصة لهذا الموضوع الأولوية للبنوة الأبوية تطبيق النص المادة 41 من ق أو التي تنص على: ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينته بالطرق المشروعة".

أما إلحاق النسب للبنوة الطبيعية فهو مخالف للنظام العام في الجزائر. فإن دور النظام العام سواء في النسب أو إثبات النسب له مجال خصب لأن إثبات النسب خضع لقانون الأسرة المستمد من الشريعة الإسلامية التي لا تعترف بابن الزنا الذي لا ينسب شرعا لأبيه وينسب لأمه⁴ وناجم عن العلاقات الغير الشرعية الخارجة عن إطار الزواج المقدس وقد نصت المواد من 40 إلى 46 عن النسب وكيفية إثباته. فقد نصت المادة 44 ق.أ.ج، على أنه يثبت النسب بالإقرار بالبنوة، أو الأبوة أو الأمومة المجهول النسب أما المادة 43 ق.أ.ج، نصت على حالة ثبوت النسب من الأب بعد فرقة من طلاق أو وفاة: "ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل

1 - صالح بوغرارة، المرجع السابق ص.ص. 82-83.

2 - المرجع نفسه، ص.ص 12-13.

3- كمال صلاح البناء، موسوعة الأحوال الشخصية، د.ط، دار الكتب القانونية، الإسكندرية، 1997، ص. 418.

4 مصطفى الجمال، الأحوال الشخصية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002، ص. 423.

خلال 10 أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة". أما فيما يخص ثبوت النسب بواسطة التلقيح الاصطناعي فقد حددت المادة 45 مكرر الشروط التي يجب توافرها لما كي لا نكون بصدد مخالفة الشريعة الإسلامية وبالتالي النظام العام فيجب أن يكون الزواج شرعياً وأن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما. أن يتم بمنى الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما. ويمنع من اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة¹ فلا يمكن مخالفة هذه الشروط لأنها تتجر عنها اختلاط في الأنساب وتحايل من جهة ونظراً لكون العلاقة الزوجية تنقضي بالوفاة من جهة أخرى وبالتالي لا يجوز أن تلقح المرأة بنطاف زوجها تلقيحاً اصطناعياً بعد وفاته.

هذا وقد نصت المادة 46 ق.أ.ج: "يمنع التبني شرعاً وقانوناً" وبالتالي لا يمكن تحت أي ظرف تبني أي طفل سواء أكان لقيطاً أم يتيم، لكنه بالمقابل حاول تعويض ذلك بما هو حلال بنظام الكفالة التي حلها الشارع والتي اتبعها المشرع الجزائري وذلك بالنص عليها في المواد من 116 إلى 125 ق.أ.ج، وذلك للعناية كأصل عام باللقطاء واليتامى الذين هم موجودون في الواقع². ويقصد بالكفالة التزام على وجه التبرع والقيام بولد قاصر من نفقة وتربيته ورعايته وقيام الأب بابنه، وتتم بعقد شرعي. وقد حددت المادة 118 ق.أ.ج، شروط للكافل بأن يكون مسلماً وعاقلاً أهلاً للقيام بشؤون المكفول وقادراً على رعايته.

ونصت المادة 119 ق.أ.ج، على أنه يمكن أن يكفل الولد سواء كان مجهول النسب أو معلوم النسب ويمكن للكافل أن يوصي أو يتبرع بما له في حدود الثلث من ماله للمكفول، وإذا ما زاد على الثلث يبطل إلا إذا أجازته الورثة³ حسب المادة 123 ق.أ.ج، فنجد في الأخير أن النظام العام يلعب دوراً هاماً في الأحوال الشخصية وقد أحاطها بحماية خاصة تلك المتعلقة

1- عبد القادر بن داود، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، د.ط، د.د.ن، الجزائر، د.س.ن، ص. 113.
2- عقيلة بوعشة، الكفالة في القانون الأسرة والشريعة الإسلامية، مذكرة نهاية التكوين المدرسة العليا للفضاء، الجزائر، 2004، ص. 4.
3- آمال علال، التبني والكفالة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مذكرة ماجستير في الحقوق، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2008-2009، ص.ص 30-31.

بحالة الشخص مع أسرته، لأنها رابطة قوية. ومهمة أكثر من المعاملات المالية، إذا بتماسك المجتمع وتمسكه بالقواعد القانونية التي تنظم الدولة، تبقى هذه الأخيرة مستقرة.

الفرع الثاني

الرابطة الزوجية وانحلالها والآثار المترتبة عن ذلك

تنشأ أهم علاقة للإنسان في حياته وهي الزواج، لكن قد تحدث خلافات زوجية تمنع من إبقاء الرابطة الزوجية، وإن كان القانون قد منح الزوج الحق في طلاق زوجته بإرادته المنفردة باعتبار العصمة في يده، فإن من حق الزوجة أيضاً فك الرابطة الزوجية بإرادتها المنفردة ولكن مقيد بحالات معينة ورد النص عليها في المادة 53 من قانون الأسرة وهو ما يسمى بالتطليق، وذلك راجع إلى عدة أسباب حددتها المادة السابقة الذكر.

أولاً: عقد الرابطة الزوجية

نتطرق إلى تعريف الزواج وأركانه، على النحو الآتي:

1- تعريف الزواج

الزواج هو عقد يفيد حل (حلال) العشرة بين الرجل والمرأة، وتعاونهما مدى الحياة بما يحقق ما يقتضيه الطبع الإنساني، ويحدد ما لكليهما من حقوق وما عليهما من واجبات، وهو من العقود الحساسة وأهمها وأخطرها في حياة الإنسان والمجتمع بصفة عامة لكونه يتعلق بأعراض الناس، مصداقاً لقوله تعالى: ﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا﴾¹

هذا ويمكن القول أن الزواج سنة أرادها الله سبحانه وتعالى لعباده لسير سفينة الحياة وهو سنة من سنن الله في الخلق والتكوين فهي الأسلوب الذي اختاره الرحمن للتوالد والتكاثر، قال رسول الله (ﷺ): "تناكحوا، تكاثروا، تناسلوا، فإني مباهٍ بكم الأمم يوم القيامة".

1- سورة النساء، الآية 21.

ومن هنا فالزواج في الإسلام دين وشرع يقرر تبعة المؤمن في أسرته وواجبه وبيته، وبيت المسلم هو نواة المجتمع المسلم، وهو الخلية التي يتألف منها.

2- الحكم الشرعي للزواج

يكون الزواج فرضاً إذا كان الشخص المكلف (الأهل بالزواج) يتأكد من الوقوع في المعصية لو لن يتزوج، وكان قادراً على تكاليف الزواج مادياً ومعنوياً ووثاقاً من إقامة العدل على من يتزوجها.

3- أركان وشروط عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

وتتمثل فيما يأتي:

أ- ركن الرضا في عقد الزواج

يُعتبر الرضا في قانون الأسرة الجزائري هو الركن الأساسي لإنعقاد الزواج، ولا يتم إلا بتطابق الإيجاب (العرض) والقَبُول من طرفي عقد الزواج.

• طرق التعبير عن الإرادة

لكي ينعقد الزواج يجب توافر إرادتين متطابقتين تتجهان إلى إبرام عقد الزواج، ويجب أن تكون إرادة كل من الطرفين واضحة الدلالة والقصد، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 10 ق.أ.ج، والذي جاء فيها ما يلي: " يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد المعنى النكاح شرعاً. ويصبح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغةً أو عرفاً كالكتابة والإشارة".

ويلاحظ في النص القانوني المذكور أعلاه أن المشرع الجزائري قد جعل كل من الكتابة والإشارة في نفس المرتبة، فكان من المستحسن لو أعطى المشرع الجزائري الأولوية للكتابة ثم الإشارة، فالكتابة أقوى من حيث الفهم والدلالة من الإشارة.

• الشروط الخاصة بالتعبير عن الإرادة

من الشروط التي اشترطها المشرع المتعلقة بالتعبير عن الإرادة، نجد أنه ينبغي أن يكون الرضا حالاً ومن ثم لا يجوز أن يكون تراضٍ على عقد الزواج بين الطرفين في المستقبل، وهنا لا ينعقد العقد وهذا يعتبر وعدا بالزواج وليس زواجا، فتكون خطبة لا ترتقي إلى مرتبة العقد.

كما يُشترط أن يصدر الرضا من الزوجين خاليا مما يعيبه وتتمثل عيوب الإرادة لعقد الزواج في: الغلط، الإكراه والتدليس.

ب- شروط عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

لقد نص المشرع الجزائري على الشروط المتعلقة بصحة الزواج في المادة 9 مكرر المعدلة ق.أ.ج، التي نصت على ما يلي: "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:

- أهلية الزواج؛
- الصداق؛
- الولي؛
- شاهدان؛
- انعدام الموانع الشرعية للزواج".

• أهلية الزواج

يرى الفقه الإسلامي بأن أهلية الزواج كمبدأ عام لا تتعلق بتحديد سن معينة، بل ينبغي الاعتماد على الأمارات الطبيعية التي تختلف من شخص إلى آخر وتختلف بين الذكور والإناث وهذا الاتجاه أخذ بالبلوغ الطبيعي، ولا يمكن تحديده بسن معينة، ولكن إذا تأخرت هذه الأمارات بالظهور، فيمكن عندئذ اللجوء إلى تحديد أهلية الزواج بالسن. غير أن تحديد سن الزواج اختلف الفقهاء بشأنه، بحيث حددها الإمام أبو حنيفة بثمانية عشر (18) سنة للفتى وسبعة

عشر (17) سنة للفتاة، بينما حددها المذهب الشافعي والحنبلي بخمسة عشر (15) سنة للفتى والفتاة معاً، أما المالكية فقد حددوها بثمانية عشر (18) سنة لكل من الجنسين معاً (الذكر والأنثى).

أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري، فقد حدد في المادة 7 المعدلة ق.أ.ج، أهلية الزواج بتمام تسعة عشر (19) سنة لكل من الرجل والمرأة، حيث جاء فيها ما يلي: "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى أكدت قدرة الطرفين على الزواج...".

وعليه فإن المشرع الجزائري، لم يعامل كل الأشخاص نفس المعاملة، فوضع استثناءاً على هذا المبدأ، بحيث منح للقاضي سلطة تقديرية في منح الإذن في حالة المصلحة أو الضرورة.

والهدف من هذا الاستثناء، هو أنه إذا طبقنا قاعدة الزواج بتمام تسعة عشر (19) سنة بحذافيرها، سوف يلجأ الناس إلى إبرام عقد الزواج عرفياً، والمشرع الجزائري مازال يعترف بالزواج العرفي في المادة 22 ق.أ.ج، وعليه وحفاظاً على رسمية عقد الزواج، منح السلطة التقديرية للقاضي الذي يمكن له أن يعطي الرخصة للشخص الذي هو دون سن تسعة عشر (19) سنة بأن يُبرم عقد الزواج إذا توفرت المصلحة أو الضرورة.

• الولاية في عقد الزواج

إن الولاية هي سلطة شرعية يملك بها القادر على التصرف رعاية شؤون غيره، فيدخل في هذا التعريف ولاية السلطات على الأمة، وولاية الرجل على أولاده بتربيتهم وتزويجهم وحفظ أموالهم، وقد قسم الفقهاء الولاية إلى نوعين:

- الولاية على النفس؛
- الولاية على المال.

- ويضيف بعض الفقهاء الولاية على النفس والمال معا .
- بالنسبة لمسألة الزواج فإنها تدخل في إطار الولاية على النفس .

تعتبر الولاية من بين أهم المسائل التي حضت بنقاش حاد، ولا يُثار الجدل على الساحة الاجتماعية والقانونية بخصوص قانون الأسرة الجزائري بقدر ما ثار حول إشكالية حضور الولي في العقد بالنسبة للمرأة الراشدة، مما أدى إلى ضجة كبيرة حول هذه المسألة، بين مؤيد ومعارض لها، ولقد نص المشرع الجزائري في المادة 11 المعدلة ق.أ.ج، كما يلي: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها، أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره ...".

وبالتالي أعطت هذه المادة للمرأة الراشدة الحق في مباشرة عقدها بنفسها ولكن بحضور وليها الذي هو الأب أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره هي.

هذا الموقف يجعلنا نطرح العديد من التساؤلات:

- هل هذا الولي غير مُعتبر قانونًا؟
- وأنه إذا غاب لا يُشترط حضوره؟
- وإذا حضر لا يُستشار؟
- ولا فضل لحضوره على غيابه عند عقد زواج ابنته؟
- فما معنى أن تنص المادة 11 المعدلة ق.أ.ج، على أن المرأة الراشدة تعقد زواجها؟
- ثم نقول المادة: "بحضور"، ثم تضيف "أو أي شخص آخر تختاره"، فما الفائدة من حضور وليها في مجلس عقد الزواج، إذا لم يكن له تأثير في إبرام العقد؟
- فهل يحضر ليكون شاهدا على عقد زواج ابنته فقط؟ ولو مع شخص لا يُرضيه؟
- ثم ما معنى عبارة "أو أي شخص آخر تختاره"؟
- وهل يجوز للمرأة (لو اتبعنا النص حرفيا) أن تختار صديقا أو أب خطيبها ليمثل دور وليها في عقد زواجها؟

- وهل تشمل عبارة "أو أي شخص آخر تختاره" الذكر والأنثى، وبالتالي وقد يُساء تطبيقها لعمومها؟

إن هذه المادة وإن كانت من الممكن أن تتسجم مع التشريعات الفرنسية في مجال عقد الزواج، فإنها لا تتسجم مع واقع وتقاليد وموروثات شعبنا الجزائري كشعب مسلم متمسك بعقيدته الإسلامية.

قد يقول البعض أن المشرع الجزائري ذهب إلى ما ذهبت إليه الحنفية فيما يخص ترك حرية تزويج المرأة الراشدة بنفسها، باعتبارها أصبحت عاقلة قادرة على مباشرة عقد الزواج بنفسها، ولها حرية تفويض هذا الأمر لأبائها وأقربائها.

فالمشرع الجزائري لم يأخذ بمبدأ الحنفية على إطلاقه لأنه تغاض عن حق الولي في التدخل لإبطال الزواج إذا لم يكون المتعاقد معها كفؤاً، أو أن المهر ليس بمهر المثل (كمثيلاتها)، فالحنفية يجيزون للولي حق الاعتراض في هذه الحالة.

وهذا ما تبناه قانون الأحوال الشخصية السوري، الذي أجاز للولي في المادة 27 منه ما يلي: "إذا زوجت الكبيرة نفسها من غير موافقة الولي، فإن كان الزوج كفؤاً لزم العقد وإلا فللولي طلب فسخ النكاح". وحبذا لو أن المشرعين الجزائريين الذين لا يعجبهم تزويج الولي لمن هي في وليته، أن منحوا على الأقل هذا الولي حق الاعتراض على تزويج البنت لنفسها كلما ظهر أنها خرجت عن الطاعة وأبرمت عقد الزواج مع غير كفؤ، فأمر الزواج لا يهم المرأة وحدها في أمر الواقع بقدر ما يهم أسرتها وأقاربها كذلك، وأن ما قد ما يصبها من ضرر يمكن أن يصيبهم أكثر.

ثانياً: انحلال الرابطة الزوجية

إن فك الرابطة الزوجية وانحلال عقد الزواج، وإن كان من أصعب قرارات الحياة، إلا أنه قد يكون شراً لا بد منه يتقي به المرء شراً أكبر، خاصة في حالة استحالة العشرة بين الزوجين. وتختلف صور فك الرابطة الزوجية باختلاف أسباب ذلك وباختلاف دور إرادة طرفي عقد الزواج في ذلك، فقد تتم الفرقة بإرادة الزوج، ويكون ذلك بإرادة الزوج المنفردة أو بتراضي الطرفين معاً، وقد لا يكون للزوج إرادة في الفرقة، حيث تطلب الزوجة من القاضي تطبيقها من زوجها أو أن تفرض مخالعبته مقابل مال تدفعه، وقد تكون الفرقة لغير إرادة الزوجين، إما بالوفاة أو بالغياب والفقدان.

1- انحلال الرابطة الزوجية بإرادة الزوجين

اعتبرت الحياة الزوجية ذات قدسية عظيمة كون القرآن الكريم وصفها بالميثاق الغليظ وأن هدمها له من الآثار الوخيمة ما يهدد المجتمع برمته، وفوق كل ذلك فهو يهز عرش الرحمان كما أخبر بذلك الرسول صلى الله عليه وسلم في حديث ذكره الكاساني في بدائع الصنائع حيث قال: "تزوجوا ولا تطلقوا فإن الطلاق يهتز له عرش الرحمان"¹.

أ- الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج

نص المشرع الجزائري على الطلاق التعسفي في المادة 52 ق.أ.ج²، غير أنه لم يعرفه وجاءت صياغة المادة عامة لكن الفقهاء تكروا صور عدة للطلاق التعسفي ومن بين هذه

1- علاء الدين أبي مسعود الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، كتاب الطلاق، دار الكتاب العربي، بيروت، ج3، دط، دس ن، ص. 94.

2- تنص المادة 52 من ق.أ.ج: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطالبة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

الصور وأهمها التي أسهبوا في ذكر أحكامها نجد الطلاق بقصد الحرمان من الميراث وطلاق الثلاث بلفظ واحد¹.

حل الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوج هو الأصل إذ أن العصمة التي وضعت في يد الزوج تمنح له الحق في حل عقد النكاح متى شاء وهذا ما بينته المادة 48 ق.أ.ج، فالطلاق حل عقد الزواج ويتم بإرادة الزوج بعدما يستنفذ صبر الزوج على زوجته في الاستقامة فيستعمل حقه في فك الرابطة الزوجية وهذا حق مشروع باعتبار الطلاق صفة حكومية ترفع حلية متعة الزوج بزوجه وحل الزواج وإنهاء العلاقة الزوجية وإيقاف استمرارية الزواج.

• حالة الطلاق التعسفي من طرف الزوج

يحق للزوج شرعا وقانونا إيقاع الطلاق²، ولكن لا يجوز له التعسف في استعمال هذا الحق ويوجد من يسيء استعمال حق الطلاق المعطى له ولا يطبقه ضمن أصله، ويقصد بالطلاق التعسفي هو كل طلاق تم بالإرادة المنفردة للزوج وتأذت منه الزوجة، ويعرف أيضا بأنه طلاق الزوج لزوجته دون مسوغ شرعي أو من غير حاجة تقتضي ذلك³. وهو يعني كذلك إساءة استعمال حق لتحقيق مصلحة غير مقصودة شرعا أو للإضرار بالغير⁴.

1- آمال علال، المرجع السابق، ص 34.

2- شمس الدين محمد الشربيني بن الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دط، دار الطباعة للنشر والتوزيع، لبنان، ج3، 1997، ص 368.

3- إسمهان عفيف، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر، مذكرة ماجستير، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، السنة الجامعية 2010-2011، ص. 91.

4- محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة، أطروحة دكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص فقه وأصوله، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لضر، باتنة، السنة الجامعية 2008-2009، ص. 556.

• إجراءات طلاق الزوج

تقوم الدعوى عن طريق تقديم عريضة مكتوبة، فعندئذ يقوم كاتب الضبط بتسجيلها في السجل الخاص، ويعين تاريخ الجلسة التي تعرض فيها الدعوى والتي يجب أن يحضرها المتخاصمين في اليوم المحدد، بأنفسهما أو بواسطة وكيليهما ويكون ذلك بعد تبليغهما¹، وتتص المادة 49 المعدلة من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته 3 أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى" والقاضي في أي دعوى طلاق معروضة أمامه لا يستطيع الفصل فيها إلا بعد استدعاء الأطراف في جلسة سرية لإجراء محاولات الصلح بينهما والجديد في المادة 49 المعدلة منق.أ.ج أنها نصت على تكون عدة محاولات صلح، وأكدت ذلك المادة 439 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقولها: "محاولات الصلح وجوبية ويتم في جلسة سرية".

ب - الطلاق بالتراضي

تعرض المشرع الجزائري إلى نوع الطلاق بالتراضي كصورة من صور الطلاق واكتفى بذكره في نص المادة 48 من ق.أ.ج.

• حالة الطلاق بالتراضي

يقصد بهذه الصورة أن كلا من الزوجين يريد فك الرابطة الزوجية بقناعة كاملة على أن استمراريتها أضحت ضربا من المحال لأي سبب من الأسباب أو ظرف من الظروف تجعل

1- الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط2، د.د.ن، الجزائر، 2008، ص. 99.

أحدهما أو كلاهما غير قادر على الاستمرار في هذه العلاقة فتكون بذلك إرادة الطرفين متحدة من أجل إحداث الأثر القانوني المتمثل في الطلاق¹.

تطرق المشرع الجزائري إلى تعريف الطلاق بالتراضي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المادة 427 بقوله: "الطلاق بالتراضي هو إجراء يرمي إلى حل الرابطة الزوجية بإرادة الزوجين المشتركة" إضافة إلى المادة 48 من ق.أ.ج والتي تنص على أنه: "يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون".

من خلال ما سبق ذكره نستشف من نص المادة 429 أن الطلاق بالتراضي هو عبارة عن اتفاق إرادتي الزوجين على فك الرابطة الزوجية بواسطة القضاء، وذلك باتفاقهما على جميع الأمور من نفقة وحضانة وكذلك كيفية زيارة الأولاد ونلاحظ أن المشرع الجزائري أولى اهتمام كبير لهذا النوع من فك الرابطة الزوجية وذلك يظهر من خلال تقديم تعريف له بالإضافة إلى تنظيم القواعد الإجرائية لهذه الصورة من الطلاق في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ويأخذ الطلاق مبرره الأصلي وسببه القانوني من منطلق اجتماع الإرادة المشتركة للزوجين² حيث لا يجوز للقاضي مراقبة سبب طلاقهما الحقيقي الذي يستطيعان الحفاظ به سرياً، طبقاً للمبادئ التي تنظم حقوق وحرّيات الحياة الخاصة، ورغم هذا فإن اتفاقهما يجب أن بشهر ويعلن للمحكمة وتحت إشراف القضاء طبقاً للمادة 49 ق.أ.ج.

1- باديس دبابي، صور وأثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دط، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2012، ص. 28.

2 - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، دط، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2005، ص. 259.

هذا وفي إطار تبرير الطلاق بالتراضي قضاءا نستدل بقرار مجلس قضاء تلمسان¹ في حكمه الصادر بتاريخ 06 جويلية 19672 م بأنه: "لا يمكن معارضة اتفاق الزوجين لوضع حد للرابطة الزوجية القائمة بينهما أن يتطالقا بتراضيهما، وفقا لإرادتهما المشتركة، وأن الطلاق بالتراضي غير محرم شرعا، بل يجد جوهره وأصله في الآيات 127 و129 من سورة النساء².

نستخلص مما سبق ذكره أن المشرع الجزائري ومن خلال نص المادة 48 من ق.أ.ج قد منح المجال للطلاق بالتراضي مع أنه تعرض له بإسهاب من خلال نصوص ق.أ الصادر في 2005 إلا أنه وبحلول 2008 ها هو المشرع ينفذ الغبار حول هذا النوع من الطلاق في قادم.. ونظرا لأهميته ولكثرة القضايا فيه وبعدها كان مهما لعدة سنوات فلقد خصص المشرع الجزائري 9 مواد في قانون الإجراءات المدنية والإدارية. ولقد كان التعريف الذي أورده المشرع في المادة 427 منها كافيا لإبرازه عن باقي أنواع الطلاق الأخرى.

● إجراءات الطلاق بالتراضي

حل الرابطة الزوجية المشتركة بين الزوجين هو إجراء لتحقيق الطلاق بالتراضي وذلك من خلال تقديم طلب مشترك في شكل عريضة موقعة من طرف الزوجين وهذا ما نصت عليه

1- قرار مجلس قضاء تلمسان، بتاريخ 06 جويلية 1967، رقم 274، فك الرابطة الزوجية بالطلاق بالتراضي، قسم شؤون الأسرة، تلمسان.

2- راجع سورة النساء آية 129.

المادة 428 من ق.إ.م.إ، حيث أن هذه العريضة تتضمن بيانات شكلية محددة على سبيل
الحرص:

1- بيان الجهة المختصة المرفوع أمامها الطلب 2- اسم ولقب وجنسية كلا الزوجين
وموطن وتاريخ ومكان ميلادهما 3- تاريخ ومكان زواجهما، وعند الاقتضاء عدد الأولاد القصر
3- عرض موجز يتضمن جميع شروط الاتفاق الحاصل بينهما حول توابع الطلاق يجب أن
يرفق مع العريضة شهادة عائلية ومستخرج من عقد زواج المعنيين وهذا حسب نص المادة
429 من نفس القانون. وبعدها يتم استدعاء الزوجين للحضور في تاريخ محدد، وبعد قبول
العريضة يستمع القاضي إلى الطرفين منفردين ثم مجتمعين ويحاول الصلح بينهما مع دراسته
للشروط التي يجب أن لا تتعارض مع مصلحة الأولاد أو مع النظام العام، مثل سلامة القدرة
العقلية للطرفين حتى يصدر القاضي حكم بالمصادقة على الاتفاق النهائي ويصرح بالطلاق
علما أن هذا الحكم غير قابل للاستئناف لكنه قابل للطعن بالنقض من تاريخ النطق بالحكم.

ج - التطبيق بطلب من الزوجة

إذا كان القانون قد منح الزوج فك الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة باعتبار العصمة بيده،
إلا أنه قد منح للزوجة هي الأخرى حقها في إنهاء الرابطة الزوجية سواء رضي الزوج أو لم
يرضى وذلك عن طريق القضاء والمتمثل في طلب الزوجة للتطبيق من زوجها وعدد لها
الأسباب التي تخول لها طلب التفريق من خلال المادة 53 ق.أ.ج، على أن يكون طلبها وجيها
وله ما يبرره قانونا.

• الأسباب المتعلقة بالزوجة

من الأسباب المنصوص عليها سابقا نجد هناك أسباب رغم أنها تخول فعلا للزوجة طلب التطلاق إلا أنها تتعلق بها وحدها دون أي مساس بالأسرة ككل وهي:

- التطلاق للعيوب

يعرف العيب على أنه نقص بدني أو عقلي في أحد الزوجين يمنع من تحصيل مقاصد الزواج، وبعبارة أخرى هو نقصان بدني أو عقلي في أحد الزوجين يجعل الحياة غير مثمرة أو قلقة الاستقرار فيها رجوعا إلى نص المادة 53 في فقرتها الثانية من ق.أ.ج، نجد أنها تنص على أنه: يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق للعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج وبما أن هذا النص جاء عام وهو قابل لإستعاب كل العيوب مثلا الجنسية مثل الخنث الإفضاء، العقم وهذه العيوب من حيث الإثبات تخضع للسلطة التقديرية للقاضي¹.

اختلف الفقه حول موضوع التعريف للعيب اختلافا كبيرا فهناك من يجعل التفريق للعيب حق للمرأة فحسب إذا وجدت هنالك عيوب في الرجل، وفريق آخر يعطي كلاهما حق طلب التفريق متى توافرت عيوب خاصة ويشوب في ذلك الزوج والزوجة، وحتى يقضي التطلاق للعيب يجب توافر شروط منها: أن يكون العيب موجودا عند العقد أو حدث بعده قبل الدخول، فإذا حدث العيب بعد الدخول فلا يثبت لها الحق في التطلاق لأن الزوج بالدخول على المرأة قد أوفاهما حقها قضاء.

- الهجر في المضجع

1- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام (دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والتتوي)، ط4، الدار الجامعية، الإسكندرية، 1983، ص. 590.

الهجر في المضجع هو وسيلة من الوسائل التأديبية التي يملكها الزوج في مواجهة زوجته بهدف تهذيبها وإرجاعها إلى طاعته وبمقابل هذا نجد أن المادة 53 سالفه الذكر الفقرة الثالثة منها أجازت للزوجة أن تطلب التخليق للهجر في المضجع والذي تقصد إهمال الزوجة من طرف الزوج والنوم بعيدا عنها خلال مدة تتجاوز أربعة شهور متتالية لغير عذر ويجب أن تكون هناك نية عمدية للرجل، وبمعنى آخر لا يكون له أي مبرر شرعي وقانوني ليهجر زوجته، وهذا ما نجده في قول الله عز وجل: ﴿الَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾¹.

- التخليق لمخالفة أحكام المادة الثامنة المتعلقة بالتعدد

لقد أباح وأجاز الإسلام تعدد الزوجات، والدليل قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَمِينِ فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَّةً وَرُبْعًا...﴾². ولكن قيدت الشريعة الإسلامية هذا التعدد على أنه في حالة الزواج بأكثر من واحدة يستلزم وجود نية العدل، فمن خاف على أن لا يعدل فيكتفي بواحدة لقوله تعالى: ﴿...فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا﴾³. والفقرة السادسة من المادة 53 من ق.أ.ج أعطت للزوجة الحق في طلب التخليق في حالة مخالفة الأحكام الواردة في المادة الثامنة من نفس القانون.

1 - سورة البقرة الآية 226.

2- سورة النساء، الآية 3.

3- سورة النساء، الآية 3.

نجد المشرع نص في المادة 08 من ق.أ.ج وذلك في فقرتها الأولى على أنه يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل، نلاحظ أن المشرع الجزائري يتوافق تماما مع الشريعة الإسلامية أما عن الفقرة الثانية والثالثة من المادة الثامنة نجد المشرع الجزائري يرى أن موافقة الزوجة الأولى من الأمور الضرورية والإلزامية لأنه يحرص على المحافظة عليها وصيانتها، لأنه كثيرا ما يحدث وتكتشف الزوجة أن زوجها يريد الزواج بأخرى فتطلب منه الطلاق وهذا ما يؤدي إلى تشتت الأسرة وضياع الأولاد وإذا خالف الزوج الشروط الواردة عليه في حالة تزوجه بأخرى، ففي هذه الحالة يكون للزوجة حق طلب التطلاق منه وتطلب التعويض عن الضرر الذي قد يلحق بها سواء كان ماديا أو معنويا.

كما نجد المشرع أضاف في قانون الأسرة الجزائري وتحديدا في المادة الثامنة مكرر ونص على أنه: "في حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطلاق".

د - التطلاق للشقاق المستمر بين الزوجين

استحدثت هذه الفقرة بموجب التعديل الأخير واعتبر المشرع الجزائري أن الخصام والشقاق المستمر بين الزوجين يعد سببا من الأسباب التي تجيز للزوجة طلب التطلاق من القاضي، فإذا تأكد القاضي من وجود الشقاق المستمر بين الزوجين حكم بتفريقهما ويتأكد القاضي بكل طرق الإثبات سواء عن طريق سماع الجيران للصراخ، أو كثرة الدعاوى وعلى هذا الأساس يمكن لنا تعريف الشقاق على أنه: الشقاق هو المجادلة، والمخالفة وأصله من الشق، فكان كل

واحد من الزوجين في شق غير شق صاحبه، فكل شق يبعد بين الاثنين يكون شقاقاً¹. أو هو إستحكام العداة والخلاف والخصام الذي يعرض الحياة الزوجية للانهايار والضياع² ومصدر مصطلح الشقاق مستمد من قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَبِيرًا﴾³.

2- فك الرابطة الزوجية بغير إرادة الزوجين

إن الطلاق أثر سلبي من آثار الزواج بحيث ينهي العلاقة الزوجية بسبب ضرر لاحق يمس أحد الزوجين قد يكون إرادي أو قد يكون لا إرادي مثل هذا الأخير الذي لا يكون الإرادة أحد الزوجين محل في تكوين الطلاق ولا يحاسب عليه لأنه خارج عن إرادتهما معا لقوله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾⁴، أي لا يستطيع الزوج المتضرر من الزوج الآخر الصبر على استمرار الحياة الزوجية ومن أسباب ذلك نذكر الغياب والفقد والوفاة والتي سنتناولها تباعا.

أ- فك الرابطة الزوجية بالوفاة

سنتناول حالتين لفك الرابطة الزوجية عند وفاة الزوج وعند وفاة الزوجة.

● عند وفاة الزوج

1- أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب، دط، دار الجامعية الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1998، ص 141.

2- باديس ديابي، المرجع السابق، ص 54.

3 - سورة النساء، الآية 35.

4 سورة البقرة، الآية 285.

تصبح الزوجة أرملة وتكون في عدتها فهنا تلتزم الزوجة المتوفى عنها زوجها بالعدة حتى تتقضي لقوله تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا... ﴾¹، لكن إذا كانت الزوجة حاملا فتستمر عدتها إلى حين وضعها لحملها لقوله تعالى: ﴿... وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ... ﴾².

حيث أورده المشرع الجزائري في المادة 60 من ق.أ.ج: "عدة الحامل وضع حملها وأقصى مدة الحمل عشرة (10) أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة أي بمجرد وضع الحمل تنتهي عدة المتوفى عنها زوجها وأقصى مدة الحمل هي 10 أشهر من يوم الوفاة". كما يمكن للزوجة أن تستفيد من حقها في السكن والميراث والنفقة أثناء عدتها وهو ما أكدته المادة 61 ق.أ.ج: "لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق".

● عند وفاة الزوجة

في حالة وفاة الزوجة تنحل الرابطة الزوجية ويصبح الزوج أرمل حيث تكون تكاليف الجنازة من مال الزوجة إن كان لها مال وإن لم يكن لها مال فتكالف الجنازة يتكفل بها الزوج من ماله الخاص. كما له نصيب في الميراث إن كان لها تركة.

ب - فك الرابطة الزوجية بالغياب والفقدان

1 - سورة البقرة ، الآية 232.

2 - سورة الطلاق، الآية 4.

فك الرابطة الزوجية يكون أيضا بالغياب والفقدان وهذا ما سنتناوله.

● الغياب

قبل الخوض في أحوال الغياب، يمكننا تعريف الغائب في اللغة وفي الاصطلاح وإن كان المشرع الجزائري قد تطرق إليه أم لا؟

الغائب في اللغة: الغيبة: بالفتح مصدر غاب وهي البعد يقال غاب الشيء يغيب غيبا وغيبة وغياب أي بعدا، وأيضا غاب الرجل غيبا ومغيبا، وتغيب: سافر، والغائب هو من لا يمكن وصول الرسائل إليه، بأن يكون غير معلوم محل الإقامة أو معلوما، لكن لا سبيل إلى مراسلته ومخاطبته، ويخرج مفهوم الغيبة من إقامته في بلده مع تركه لمنزل الزوجية وتدخل في مفهوم الهجر الذي يمكن على أساسه طلب التفريق للإيذاء¹.

لا يعتبر الشخص غائبا إلا إذا غادر موطنه إلى موطن آخر ومنعته ظروف طارئة أو قاهرة من الرجوع إليه فتعطلت مصلحة وتسبب غيابه في ضرر الغير ذلك لمدة سنة أو أكثر حسب المادة 110 ق.أ.ج هذا وإن ثبتت وفاة الغائب بالبينة فإن حكم القاضي يستند إلى التاريخ الذي حددت البينة وفاته، وهنا تكون وفاة الغائب حقيقة².

وعليه فإن المشرع الجزائري ذهب إلى اعتبار الغائب هو الشخص الذي تجاوز غيابه مدة سنة نظرا لظروف قاهرة منعه من الرجوع إلى محل إقامته أو ممارسة شؤونه وبالتالي بفهم من نص المادة أنه يعتبر غائبا كل من كان باستطاعته العودة إلى بلاده إلا تمنعه أي ظروف من ذلك وبالتالي جعل من الظروف القاهرة شرط لاعتبار الشخص غائبا هذا بالإضافة إلى مدة الغياب التي قدرها بسنة فأكثر والضرر الذي يسببه إلى الغير بغيبته. إضافة إلى

1 - أحمد فراج حسن، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، ط1، الدار الجامعية الجديدة للنشر، القاهرة، 2003، ص.265.

2 - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص. 425.

المادة 112 من ق.أ.ج التي جاءت بنص: "لزوجة المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق بناء على الفقرة الخامسة 53 من هذا القانون".

●الفقدان

المفقود في اللغة: فقد الشيء يفقده فقداً وفقدانا وفقودا، فهو مفقود يقول الرجل فقدت الشيء: أي أضلته، وفقدته، أي طلبته وكلا المعنيين يتحقق في المفقود. وجاء في المعجم الوسيط. فقد الشيء فقدا وفقدانا: ضاع منه، قال الإمام القرطبي: والتفقد: تطلب ما غاب عنك من شيء¹.

أما اصطلاحاً، فقد ذهب صاحب كتاب الاختيار إلى تعريف جامع للمفقود حيث قال: المفقود: هو الذي غاب عن أهله وبلده أو أسرته العدو ولم يدر أحي هو أم ميت، فلا يعلم مكانه، ومضى على ذلك زمان فهو معدوم بهذا الاعتبار².

ولقد أشار قانون الأسرة الجزائري إلى تعريف المفقود في مادته 109 على أنه: "هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقوداً إلا بحكم أي أنه إذا كانت شخصية الإنسان تبدأ بولادته حياً وتنتهي بموته فإن هناك حالة بين الحياة والموت وهي الحالة التي يعتبر فيها الشخص لا هو حي على الإطلاق ولا هو ميت من جميع الوجوه وتلك الحالة هي حالة المفقود؟

لقد جاء هذا التعريف مشابهاً إلى حد ما إلى ما جاءت به الشريعة الإسلامية من تعريفات مختلفة فقد اتفق الفقهاء على أن المفقود هو الغائب لكن غيبته منقطعة أي أنها مستمرة حيث

1- أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، ج 3، ص 337.

2- عبد الله بن محمود بن مودود الموصلية الحنفي، الاختيار التحليل المختار، ج 3، ص 37.

ينقطع خبره فلا تعرف حياته من مماته، ولا عبرة بمعرفة المكان أو الجهل به إذا كان مجهول الحياة أو الممات ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم قضائي وهذه الإضافة تبررها الطبيعة القانونية لهذا التعريف ويكون هذا الحكم القضائي بناء على طلب من الورثة أو ذوي المصلحة أو النيابة العامة وهو ما بينته المادة 114 من ق.أ.ج على أنه: يصدر الحكم بفقدان أو موت المفقود بناء على طلب أحد الورثة أو من له مصلحة أو النيابة العامة حق الزوجة في طلب التطلاق بناء على المادة 112 من ق.أ.ج التي تنص على أنه: "الزوجة المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق بناء على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون".

ما نستشفه من نص المادة أنها أحالت بدورها على المادة 53/5⁵ "الغيبه بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة"، ولكن الظاهر أن المفقود غائب معذور حتى يثبت العكس فلا تطبق عليه إحدى شروط التطلاق للغيبة.

حق التطلاق للغيبة وعدم الإنفاق إذا لم ترضى الزوجة بالوضع طبقا للفقرتين الأولى والخامسة من نص المادة 53 أو بناء على الفقرة العاشرة "كل ضرر معتبر شرعا" كالخوف على نفسها من الوقوع في الفاحشة أو عجزها عن تحمل المسؤوليات والالتزامات الأسرية بمفردها إذ الزواج أنس وإعفاف ومشاركة وتعاون في بناء الأسرة وليس مجرد ماديات اكتفي المفتن بالإحالة على الفقرة الخامسة فقط التي يصعب توفر شروطها من الغيبة بلا عذر ولا نفقة في الفقرتين الأولى والعاشرة يصح إسقاطها على هذا الوضع¹.

بالإضافة إلى المادة السالفة الذكر التي أحالت إلى الفقرة الخامسة من المادة 53 بمعنى الغياب بمدة سنة بدون عذر ولا نفقة، وهذا الأمر لا يستقيم في حالة المفقود لأن المفقود في

1- زبيدة بروفة، الإنابة في أحكام النيابة، ط1، دار الأمل، الجزائر، 2014، ص. 95.

الغالب قد يكون معذورا فربما قد يفقد في حرب أو زلزال أو فقد عقله أو ذاكرته فلم يتمكن من العودة إلى أهله¹.

ومن الناحية القانونية لا يعتبر الزوج مفقودا إلا بعد صدور الحكم بالفقدان، ولا يصدر الحكم إلا بعد مرور سنة على الأقل على فقده بعد التحري عنه بكافة الوسائل. ولذلك كان على المشرع ألا يحيل إلى المادة 53/5⁵ سالفه الذكر بل كان عليه تمديد مدة أطول لسنتين على الأقل، لكون المفقود لا تعلم حياته من موته وذلك زيادة في التحري والبحث عن الزواج، علما أن لا يحكم بموته إلا بعد مرور أربع سنوات من تاريخ الفقدان².

المطلب الثاني

حماية النظام العام لحقوق الأفراد المتعلقة بالمعاملات المالية

للنظام العام دور جد هام في المحافظة على حقوق الأشخاص المتعلقة بالمعاملات المالية، و هذا ما سنتناول في الفرع الأول بالتطرق للميراث وعقود التبرعات، أما الفرع الثاني فسيتم تخصيصه لدراسة النفقة والذمة المالية للزوجين، وذلك على النحو الآتي.

الفرع الأول

الميراث وعقود التبرعات

نتطرق هذا الفرع إلى النفقة والذمة المالية للزوجين وهي معاملات ما قبل الموت، وكذا الميراث وعقود التبرعات، وهي تصرفات لما بعد الموت، وذلك على النحو التالي.

أولا: الميراث

1 - رشيد بن الشويخ، المرجع السابق، ص. 201.

2- مريم أزرو وزينة عتيق، أحكام المفقود في قانون الأسرة الجزائري وقانون المصالحة الوطنية، مذكرة ماستر، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، السنة الجامعية 2015-2016، ص. 44.

عرف الميراث أنه انتقال الشيء من قوم إلى آخرين كانتقال المال ومعناه لغة الاتصال والبقية. أما شرعا فمعناه حقا قابل للتجزئة يثبت لمستحقه بعد الموت من كان له، ذلك لقربة أو زوجية أو ولاء، وكلمة "حق" لفظ يشمل الأموال كحق الشفقة وكلمة "تجزئة" تعني أنه يصلح لأن يثبت للبعض النصف ولللبعض الآخر السدس.

وللميراث أحكام وشروط يجب إتباعها وهي مستمدة من الشريعة الإسلامية، وهو منصوص عليه في قانون الأسرة الجزائري في المواد من 126 إلى 183 لا يجب مخالفته لأنه من النظام العام.

فلا يمكن للشخص أن يمنع أقاربه وزوجه من الميراث¹ كأن يقوم بالتصدق بماله أكثر من ثلثه إلى إذا أجازته الورثة، أو أن يحرم زوجته من نصيبها فيطلقها عند دون أجله ويسمى بالطلاق الفار، إلا أنه يجازي بأن ترثه زوجته ويتم الطلاق بينهما فإن توريث الزوجة المطلقة في الطلاق الفار مبني على قاعدة المقاصد "القصد السيء يرد على صاحبه". فالطلاق الفار هو مناف للشريعة الإسلامية وبالتالي مناف للنظام العام كون قانون الأسرة الجزائري مستمد منها.

فالميراث له خصائص في الشريعة الإسلامية لا نجد لها نظير في غيرها، هي تحصين حقوق الورثة² وذلك بأمرين: إجبارية انتقال الميراث وتقيد الوصية بالثلث، ومراعاة قوة القرابة في التشريع الإسلامي وإعطاء كل ذي حق حقه، فلا يحرم وارث لضعفه وقلة حيلته كما يحفظ للجنين في الميراث النصيب الأوفر عند القسمة.

1- ربيعة إلغات، المرجع السابق، ص. 80.

2- فقد نصت نصوص قرآنية على نصيب محدد لكل وارث، الآية 7 من سورة النساء.

وللميراث شروط يجب توافرها وهي تحقيق موت المورث وتحقيق حياة الوارث (المادة 127 و128 ق.أ.ج)¹، إلا أن يمكن للوارث أن يمنع من الإرث حسب القانون الجزائري بثلاثة عناصر هي : قتل المورث عمدا وعدوانا، اللعان، الردة، واختلاف الدين لم يذكر في القانون لكن يمكن الرجوع إلى المادة 222 ق.أ.ج، التي تحيلنا إلى الشريعة الإسلامية. فلا يمكن تحت أي ظرف مخالفة هذه المواد لأنها من النظام العام، فلا يمكن لقاتل مورثه أن يرثه، ولا يمكن أن تنقص من قيمة أي وارث المحددة في الشريعة الإسلامية ولا في القانون فالزوج له نصيبه المحدد بالربع أن وجد الأولاد، وينصف عند انعدامهم، والزوجة الثمن بوجود الأولاد والربع بانعدامهم وهكذا.

مع العلم أن هناك من نادي بالمساواة بين الرجل والمرأة في الميراث، إلا أننا نخالفه الرأي لأنه منصوص عليه في القرآن الكريم وهو كلام الله سبحانه وتعالى فقد شرع لكل مكان وزمان ولأن الرجل هو من يقوم بالإنفاق على أسرته فيكون نصيب ضعف نصيب المرأة لأنها في اغلب الأحيان تحتفظ بالميراث لنفسها أو لتساهم في مساعدة أسرتها.

ثانيا: عقود التبرعات

عقود التبرعات هي عقود تنظم كل أنواع المعاملات المالية الاحسانية غير العوضية التي يجريها المتبرع بإرادته الحرة تقربا إلى الله وطبعاً في مرضاته وأجره وهي ملزمة للمتبرع بعد انعقادها وأنواعها هي الوصية، الهبة والوقف.

فالوصية عرفتها المادة 184 ق.أ.ج، على أنها تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع ويجب أن لا تفوق ثلث التركة وما زاد عن ذلك تتوقف على إجازة الورثة². ويشترط

1- تنص المادة 127 ق.أ.ج، على: "يستحق الإرث بموت المورث حقيقته أو باعتباره ميتا بحكم القاضي. وتنص المادة 128 على: "يشترط الاستحقاق الإرث أن يكون الوارث حيا أو حملا وقت افتتاح التركة مع ثبوت الإرث وعدم وجود مانع من الإرث".

2- تنص المادة 185 ق.أ.ج، على ما يلي: "تكون الوصية في حدود تلك التركة وما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة".

للموصى له أن يكون حيا ولو كان حملا بشرط أن يولد حيا، وإذا ولد توائم يستحقونها بالتساوي ولو اختلف الجنس، ويجب أن تثبت الوصية بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك، وعند وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم ويؤشر به على هامش أصل الملكية.

ولا يمكن لقاتل الموصي أن يستحق الوصية حسب النص المادة 188 ق.أ.ج، فالعبرة هنا بالحرمان من الإيذاء بالقتل العمد وبالنتيجة يستبعد القتل الخطأ والشخص الذي يكون في حالة دفاع شرعية¹. فنجد بأن من بين الأمور التي تعارض النظام العام في الوصية إذا فاقت المقدار المحدد بالثلث أو إذا قام قاتل الموصي بأخذ نصيبه من الوصية.

أما بالنسبة للهبة والوقف فإن الأولى هي تملك بلا عوض² وتأخذ الهبة صفة الوصية في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة، وتصح الهبة للحمل إذا ولد حيا وقد نصت عليها المواد من 202 إلى 212 ق.أ.ج.

ونجد بأن المادة 206 ق.أ.ج، تنص على: "تتعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم الحياة ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات. وإذا اختلف أحد القيود السابقة بطلت الهبة".

نستشف من هذه المادة أن طريقة تسليم الهبة تكون بوضع الموهوب تحت تصرف الموهوب له بحيث يتمكن من حيازته. أما في الرجوع عن الهبة فقد حددت المادة 211 ق.أ.ج أموانع الرجوع في التشريع حيث لا يمكن للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدها إذا كانت هناك حالة من ثلاث حالات التالية وهي: إذا كانت الهبة من أجل زواج الموهوب له أو لضمان قرض أو دين أو إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب ببيع أو تبرع أو وضع منه أو

1- حكيم دربالي، الوصية في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، السنة الجامعية 2014 - 2015، ص. 15.

2- تنص المادة 202 ق.أ.ج، على ما يلي: "الهبة تملك بلا عوض، ويجوز للواهب أن يشترط على الموهوب لها القيام بالالتزام يتوقف تماما على إنجاز الشرط".

أدخل ما غير طبيعية أو أيضا المّادة 212 ق.أ.ج، التي نصت على أن الهبة لا رجوع فيها إذا كانت بقصد المنفعة العامة. وبالتالي إذا خولفت هذه المّادة نكون بصدد مخالفة النظام العام.

الفرع الثاني

النفقة والذمة المالية للزوجين

النفقة الزوجية¹ هي التي تجب بمقتضى عقد الزواج الصحيح، خصوصا بالتزام الزوج بالإنفاق على زوجته أثناء قيام الرابطة الزوجية مقابل رعايتها شؤون البيت والتي تدخل ضمن الالتزامات المتبادلة بين الزوجين؛ وتتمثل هذه النفقة في السكن والمأكل والملبس سواء كانت الزوجة غنية أو فقيرة وسواء كانت عاملة أو مأكثة في بيتها، لأن النفقة ثابتة على الزوج شرعا وقانونا².

ويجب على الزوج أن ينفق على زوجته وأولاده بقدر ما يستطيع، فقد نصت المّادة 75 ق.أ.ج، أن ينفق الأب على الأولاد ما لم يكن لهم مال، وحدد للذكر إلى بلوغه سن الرشد والإناث إلى الدخول، وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة وتسقط الاستغناء عنها بالكسب. وتنص المّادة 76 ق.أ.ج: "في حالة عجز الأب توجب النفقة على الأم متى كانت قادرة على ذلك أما في حالة الطلاق في حكم القاضي للمطلقة نفقة العدة والمتمثلة بثلاثة (03) أشهر ويراعي في ذلك ظروف المعاش ونفقة الإهمال ويبدأ سريانها من يوم رفع الدعوى إلى غاية الحكم بالطلاق".

وهذا وقد نصت المّادة 37 ق.أ.ج: "لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر. غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا فيعقد الزواج أوفي عقد رسمي لاحق حول الأموال

1- تنص المّادة 74 من ق.أ.ج، على ما يلي: "تجب النفقة للزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة مع مراعاة أحكام المواد 78 و79 و80 من هذا القانون".

2- ربيعة إلمات، الحقوق الزوجية على ضوء الاجتهاد القضائي الجزائري، أطروحة دكتوراه في الحقوق، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، الجزائر، السنة الجامعية 2010-2011، ص.43.

المشتركة بينهما التي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما".

نجد أن المشرع الجزائري قد نص على هذا النظام المالي الجديد في القانون 05-02 وهذا لا يتعارض مع الشرع ولا مع النظام العام، فقد كانت هناك استقلالية الذمة المالية للزوجين في الشريعة الإسلامية فقد أقرت بأن للزوجة الحرية في التصرف في مالها.

والذمة المالية هي نظام قانوني التي تخضع لها لعلاقات المالية بين الزوجين من حقوق وواجبات كل منهما من حيث ملكية الأموال وإدارتها والانتفاع بها أثناء الحياة الزوجية فلهذا فإن الزواج كما يترتب آثار شخصية، قد يترتب آثار مالية ذات طابع مالي وقد تكون هذه الأموال قبل الزواج أو بعدها¹.

وهذا النظام قد يكون نظاما اتفاقيا جوهره اتفاق الزوجان على القواعد التي تحكم أموالها من حيث ملكيتهما والانتفاع بتلك الأموال وقد يكون نظاما قانونيا منتظم بنصوص قانونية محددة². فالشريعة الإسلامية لا ترتب على الزواج أي أثر مالي بل يحتفظ كل من الزوجين الحرية المطلقة في التصرف في أمواله الخاصة.

أما في النظام الجزائري يقوم على الانفصال المالي كأصل عام في المادة 37 ق.أ.ج، أو استثناء حسب نفس المادة في فقرتها الثانية يرجع حسب الاتفاق بين الزوجين بإيجاب قبول كل منهما في نصها التالي: "غير أنه يرجع حسب يتفقا في عقد الزواج أوفي عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما، التي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي ستؤول إلى كل واحد منهما"³.

1- أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص. 350.

2- المادة 37 قانون الأسرة، السالفة الذكر.

3- تشوار جيلالي، محاضرات في القانون الأسرة الجزائري، جامعة تلمسان. ص. 44.

وبالتالي أقر المشرع الجزائري للزوجة الحق في حرية التصرف في مالها وإمكانية المشاركة مع زوجها في أموال وتحديد النسب التي تؤول إليهما متروك لاتفاقهما بعقد رسمي والذي غالبا ما سيكون بشأن ملكية أموالهما وإيراداتهما والانتفاع بها وإدارتها وتحمل الديون الخاصة بهما وتسوية حقوقهما وواجباتهما قبل الزواج وفي أثناءه وبعد انتهائه على أن يتم تحرير كل ذلك في وثيقة رسمية على يد الموثق بصفته ضابط عموميا محلفا، وبهذا تدرأ المشاكل التي تفسد العلاقات الزوجية ولا يقع الخلاف بشأنهما. وعند الانفصال يجد كل من الطرفين الإثباتات اللازمة عند مطالبتهم بها في القضاء ولا يستولي أحد الطرفين على أموال الطرف الآخر.

المبحث الثاني

التكريس القضائي لمبدأ النظام العام في القضايا الأسرية

حرص المشرع الجزائري مثل باقي التشريعات المقارنة على حماية الأسرة وكيانها وقد تم تكريس ذلك دستوريا بنص المادة 71 من التعديل الدستوري لسنة 2020، سالف الذكر، التي جاء نصها كالاتي: "تحظى الأسرة بحماية الدولة" وجاء قانون الأسرة لينظم المسائل الموضوعية فنظم الزواج والطلاق والنسب والحضانة والنفقة والحجر والغيبية... إلخ.

وتتجسد هذه الحماية أكثر أمام القضاء أي إجرائيا بأن نظم القانون الإجرائي سبل اللجوء إلى القضاء والمطالبة بالحقوق وحمايتها. وتظهر مظاهر هذه الحماية بتفعيل دور النيابة العامة في القضايا المتعلقة بشؤون الأسرة، فأعطى لها المشرع الجزائري إضافة إلى دورها الأصلي في الجانب الجزائي باعتبارها ممثلة للمجتمع ومدعية للحق العام مركز خاص يتمثل في الطرف الأصلي في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام قانون الأسرة وذلك صراحة بنص المادة 3 مكرر من قانون الأسرة والتي أثارت إشكالات في الميدان القضائي أمام غياب تأصيل وشرح روح نص هذه المادة، إلى حين صدور قانون 08-09 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية، والذي اهتم بهذه المسألة جاهاذا إزالة الغموض والنقائص التي كانت قائمة

في ظل قانون الإجراءات المدنية السابق، وذلك بأن تضمن أحكام مستحدثة في شأن تدخل النيابة العامة في القضايا المدنية عامة وفي قضايا شؤون الأسرة خاصة وهذا ما أشارت إليه المادة 256 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي مكنت ممثل النيابة من الإدعاء كطرف أصلي أو التدخل كطرف منظم ناهيك عن المادة 260 من نفس القانون التي أوجبت تبليغ النيابة العامة بقضايا المتعلقة بالحالة المدنية وكذا حماية ناقصي الأهلية.

وعليه، سيتم التعرض من خلال هذا المبحث بدايةً إلى دراسة النيابة العامة كجهة معززة لضابط النظام العام في المجال الأسري، ثم التعرض إلى تليين مبدأ النظام العام في تنفيذ الأحكام الأسرية الأجنبية، وذلك على النحو الآتي.

المطلب الأول

النيابة العامة كجهة معززة لضابط النظام العام في المجال الأسري

إن إعطاء النيابة العامة مركزاً قانونياً باعتبارها طرفاً أصلياً في كل القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام المادة 3 مكرر من القانون 84-11، هو استثناء من القاعدة العامة التي تقضي بعدم تدخل النيابة العامة في القضايا المدنية، ومنها قضاء الأحوال الشخصية إلا بموجب نص صريح دال على ذلك، كما يعني بالأساس بطلان كل الإجراءات القضائية المتخذة بمخالفة هذا الإجراء الجوهري، وهو ما يؤدي إلى تمتع النيابة بكل الحقوق التي يتمتع بها أحد طرفي الخصومة من الاطلاع على وثائق القضية وإعلام الطرف الخصم بها، واعتماد كل طرق الإثبات الممكنة في قضايا الأسرة، وتقديم الطلبات والدفع وغيرها.

كما أنه ليس بالإمكان إعمال قواعد رد أعضاء النيابة باعتبارها خصم، مع عدم حملها للمصاريف القضائية في حالة رفض طلباتها. وفي الأخير يحق لها الطعن بكل طرق الطعن العادية وغير العادية في الأحكام الصادرة في هذه القضايا، ما عدا الطعن بالمعارضة لأنها إما حاضرة أو ممثلة في تلك الجلسات.

وفيما يأتي، سنتطرق إلى مفهوم النيابة العامة، ثم الأساس القانوني لاعتبار النيابة العامة طرف أصيل في دعاوى شؤون الأسرة ومبرراته، تباعا.

الفرع الأول

مفهوم النيابة العامة

النيابة العامة جهاز ذو مهام مختلفة تنفيذية وقضائية، له علاقة قانونية بقضايا شؤون الأسرة مستمدة من نص المادة الثالثة من قانون الأسرة الجزائري.

قسم المشرع الجزائري مرفق العدالة إلى أجهزة مستقلة عن بعضها البعض، فنظمها على شكل سلطات، تمثل النيابة العامة فيها الاتهام، ونظرا لأهمية هذا الجهاز سنتطرق إلى تعريف النيابة العامة وبيان خصائصها، ثم التطرق إلى تشكيلتها واختصاصاتها.

أولا: تعريف النيابة العامة وخصائصها

وفيما يلي تفصيل ذلك.

1- تعريف النيابة العامة

تُعرف النيابة العامة على أنها ذلك الجهاز المنوط به تحريك الدعوى العمومية ومباشرتها أمام القضاء الجنائي¹، وهي مستقلة عن جهة الحكم وحررة في ممارسة مهامها. أو هي هيئة

1- ويرجع أصل النيابة العالمية إلى القرون الوسطى وبالضبط إلى بداية القرن الرابع عشر أين برزت في أول مرة في النصوص في ظل برلمان باريس في عهد الإمبراطورية الفرنسية الأولى وسمي أعضاؤها آنذاك محامو الملك ثم نواب الملك

دائمة مكونة من قضاة مختصين مكلفون باسم الأمة التي يمثلونها، بالعمل لدى محاكم النظام القضائي، وفي المجتمع المدني لضمان احترام القانون والدفاع عن المصلحة العامة وحماية الحريات الفردية، إنها هيئة موحدة تقوم على التدريجية في بنائها ومرتبطة بوزير العدل فهي أساسية في العدالة والوحيدة التي تضم إلى كل الجهات التي تدخل في الإجراءات القضائية بهدف السماح لها بضبط القضايا بكل مظاهرها القانونية والسياسية والاجتماعية والإنسانية ووضعتها في سياقها الطبيعي¹.

وهي كما يرى البعض مجرد طرف في الدعوى الجنائية وليست خصما فيها، لأنها ليست لديها مصلحة خاصة تهدف إلى تحقيقها من وراء طلباتها².

لكنها في الحقيقة حارس المصالح العامة، والضامن للتطبيق السليم للقوانين، ومهمتها ليس البحث عن تحقيق الإدانة وإنما الوصول إلى الحقيقة وحسن تطبيق العدالة، فهي محامي المجتمع والطرف العام في الخصومة الجنائية، وهي سيدة الدعوى العمومية³.

ثم النيابة العامة التي تبلورت فعلا عام 1808 مع صدور قانون التحقيق الجنائي الفرنسي وأهم ما يلاحظ من خلال تطور نظام النيابة العامة أنه إنحدر من قضاة الإقطاع والموظفين الملكيين أصحاب الاختصاصات المتعددة لينفصل عن كل هذا ويندمج كليا في الجهاز القضائي. لمزيد من الإيضاح، راجع، جباري عبد المجيد، دراسات قانونية في المادة الجزائية على ضوء أهم التعديلات الجديدة، ط 2، دار هومو للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص. 209. وأيضا، نصيرة بوحجة، سلطات النيابة العامة في تحريك الدعوى العمومية، مذكرة ماجستير في القانون الجنائي العلوم الجنائية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، بن عكنون، السنة الجامعية 2001-2002، ص. 16.

1- جان فولف، النيابة العامة، ترجمة نصر هائل، د.ط، دار القصبية للنشر، الجزائر، 2006، ص. 6.
2- جابر بن ناصر، دور الهيئة العامة في قضية شؤون الأسرة، مذكرة ماستر أكاديمي، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، السنة الجامعية 2016-2017، ص. 6.
3- زكرياء عباسي، بوعي محمد طيب، دور النيابة العامة في إطار الدعوى المدنية، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، السنة الجامعية 2014-2015، ص. 7.

فالنّياية العامة هيئة إجرائية تنوب عن الدولة، مهمتها مباشرة الدعوى العمومية باسم المجتمع والمطالبة بإنزال حكم القانون فيها¹، يبرز هذا من خلال ما جاء في المّادة 29 من ق.إ.ج.ج.²: "تباشر النّياية العامة الدعوى العمومية باسم المجتمع وتطالب بتطبيق القانون، وهي تمثل أمام كل جهة قضائية ويحضر ممثلها المرافعات أمام الجهات القضائية المختصة بالحكم...".

ولقد شاع في التشريع والممارسة القضائية تسمية أعضاء النّياية العامة بالقضاة، تماشياً مع ما جرى عليه الفقه منذ زمن بعيد، من إطلاق تعبير القضاء الواقف عليهم، باعتبار أن هؤلاء يقفون أثناء إبدائهم الطلبات أو تقديم المرافعات، أي أنهم يؤدون مهامهم وهم واقفون³.

وتظل النّياية العامة هي الخصم لأن هذه الصفة لا تتحدد بالاختصاص بتحريك الدعوى أو رفعها، وإنما تتحدد بما ينشأ عنها من مراكز قانونية في ظل الرابطة الإجرائية التي تنشأ من اتخاذ إجراء تحريكها، والتي تكون فيها النّياية العامة صاحبة الاختصاص في مباشرة ما بقي من إجراءات لحسن استصدار حكم بات في الدعوى⁴.

2- خصائص النّياية العامة

تمثل النّياية العامة المجتمع في رفع الدعوى العمومية ولكنها بعد ذلك مباشرة تحتل مركزها في الدعوى فتكون خصماً للمتهم، إلا أنه لا صالح لديها في إقامة أدلة الاتهام ضد شخص بريء وهذا ما جعل الفقه يميل إلى تسميتها ب الخصم الشريف" فكما يعينها إدانة المتهم يعينها كذلك عدم متابعة شخص بريء.

1- جمال نجيمي، جمال نجيمي، قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي، ط2، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2017، ص. 73.

2- الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 08 جوان 1966، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، المعدل والمتمم، ج.ر. العدد 48، الصادرة في 10 جوان 1966.

3- محمد الراب، سلطات النّياية العامة في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، شعبة الحقوق، قانون جنائي وعلوم جنائية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولاي الطاهر، سعيدة، السنة الجامعية 2015-2016، ص. 10.

4- عبد الله أوهابيه، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، ط5، دار هومه للنشر، الجزائر، 2013، ص. 59.

لكن موقعها في الدعوى كخضم لا يفيد بالضرورة أنها طرف عادي فيها، بل لها من السلطات ما يجعلها تتميز عن باقي الأطراف، وهذا ما يجعلها كذلك خصما ممتازا" كما أنها غير مسؤولة عن الإجراءات التي تتخذها إلا في حدود معينة، وأن الرابطة بين أعضائها تجعلها وحدة واحدة، كأنها صادرة عن فرد واحد ولكن هذا لا يمنع من وجود سلطة رئاسية تشرف عليها.

ومنه نجد النيابة العامة تتميز بعدة خصائص نجملها على النحو التالي¹:

أ- وحدة النيابة العامة

إذا كانت القاعدة العامة بالنسبة لقضاة الحكم أنه لا يجوز أن يشارك في المداولة والنطق بالحكم غير القضاة الذين حضروا الجلسة وسمعوا المرافعات وإلا كان الحكم باطلا وذلك بسبب أن القضاة الذين حضروا إجراءات المحاكمة تكونت لديهم قناعة من خلال ما سمعوه وشاهدوه من أدلة ومرافعات داخل الجلسة، فوصلوا إلى حكمهم الذي سيصدرونه سواء بالإدانة أو البراءة.

فالوضع بالنسبة للنيابة العامة مختلف تماما، ذلك أن أعضاؤها جميعهم متضامنون في أداء وظيفتهم، فهم سلطة واحدة يشكلون النيابة العامة وجميعهم يمثلون النائب العام في تحريك الدعوى العمومية ومباشرتها باسم المجتمع² حسب المادتين 33 و35 من ق.إ.ج.ج.

فقضاة النيابة العامة جميعهم يعتبرون هيئة واحدة غير قابلة للتجزئة، بمعنى أن كل عضو فيها يمكنه أن ينوب عن زميله الآخر في نفس الدعوى وفي نفس الجلسة لدى كل مجلس قضائي وأن يكمل الإجراءات التي سبق وإن سار عليها زميله، فالنيابة العامة تمثل شخصا

1- عبد الرحمن خلفي، محاضرات في الإجراءات الجزائية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية 2017، ص. 130.

2- علي شملال، الدعاوى الناشئة عن الجريمة، ط1، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص. 23.

معنويا واحدا هو الدولة تحت رئاسة وزير العدل، على خلاف قضاة الحكم الذين لا يستطيعون أن يحلوا محل بعضهم البعض أثناء جلسة المحاكمة في دعوى جزائية واحدة تحت طائلة بطلان إجراءات المحاكمة¹.

ب - استقلالية النيابة العامة

من أجل بلوغ الغاية المرجوة من النيابة العامة في حماية المجتمع والحفاظ على النظام العام ومعاينة مرتكبي الجرائم، كان لابد من منحها قدرا من الاستقلالية ولذلك حرصت مختلف النصوص القانونية على تكريس هذه الاستقلالية، واستقلال النيابة العامة يتجسد في مظهرين أساسيين: في مواجهة السلطة الإدارية وفي مواجهة السلطة القضائية.

فهي لا تخضع للسلطة الإدارية إلا في حدود ما يقرره القانون من سلطة لوزير العدل على جهاز النيابة العامة، فهذه السلطة تبقى مجرد سلطة إشراف إداري ولا تمس بما تقوم به النيابة العامة من أعمال قضائية، ابتداء من تحريك الدعوى العمومية ومباشرتها إلى غاية صدور حكم نهائي بشأنها، ولذلك يمكن القول أن النيابة العامة تابعة إداريا لوزير العدل ومستقلة قضائيا عنه.

وهي كذلك يستقل قضاتها عن قضاء الحكم الذين تعمل معهم إذ لا يستطيع قضاة الحكم أن يوجهوا إلى قضاة النيابة العامة لوما أو ملاحظات بأي صورة كانت، أو يراقبوا أعمالهم ولا أن يأمرهم برفع دعوى على شخص ما أو تكليفها باتخاذ إجراء معين، وإذا ما

لاحظت جهة الحكم سوء تصرف ممثلي النيابة العامة، فليس لها سبيل سوى إخطار النائب العام الذي يجوز له وحده مسالة عضو النيابة العامة.

1 - محمد حزيب، مذكرات في قانون الإجراءات الجزائية، ط10، دار هومو للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2015، ص.

ج - عدم قابلية رد أعضاء النيابة العامة

لقد بينت المادة 554 ق.إ.ج.ج، الحالات التي يجوز فيها تقديم طلب رد أي قاضي من قضاة الحكم، غير أن قاعدة الرد لا تسري على أعضاء النيابة العامة طبقاً أحكام المادة 555 من نفس القانون، التي لا تجيز رد ممثل النيابة العامة.

وسبب عدم رد عضو النيابة العامة أنه ليس قاضي مكلف بالفصل في الدعوى العمومية من جهة، وأنه خصم أصلي من جهة ثانية، وليس للخصم أن يرد خصمه، فضلاً عن ذلك أن ما يقدمه عضو النيابة العامة في الدعوى هي طلبات تخضع لمحض تقدير القضاء¹.

د - عدم مسؤولية قضاة النيابة العامة

إن أعضاء النيابة العامة لا يسألون مدنياً ولا جزائياً عن تحريكهم الدعوى العمومية ومباشرتها ضد كل شخص تقوم الأدلة ضده على ارتكاب جريمة ما، لكونهم مكلفين قانوناً بحماية المجتمع من الجريمة وملاحقة مرتكبها لينال المجرم جزاءه.

إن قاضي النيابة العامة على خلاف الطرف المدني الذي فشل في ادعائه وشكواه فائه يحكم عليه بالمصاريف وحتى بالتعويض طبقاً لما نصت عليه المادة 78 ق.إ.ج.ج، دون الإخلال بحق المتهم الذي صدر في لفائده أمر بأن لا وجه للمتابعة في اتخاذ إجراءات دعوى البلاغ الكاذب فإنه لا يمكن مطالبة عضو النيابة العامة بأي تعويض أو مصاريف بفعل ما قد يسببه أي إجراء والذي قد يصل إلى المساس بحرية الشخص².

هـ - التبعية التدريجية

1- علي شمال، المرجع السابق، ص. 19.

2- محمد حزيط، المرجع السابق، ص. 37.

يقصد بذلك أن يكون للرئيس سلطة الإشراف والرقابة إداريا وتقنيا على مرؤوسيه، فأعضاء النيابة العامة يتبعون رؤساءهم فيتلقون أوامر من النائب العام بتنفيذ تعليماته وهذا ما نصت عليه المادّة 33 ق.إ.ج.ج: "ويباشر أعضاء النيابة العامة الدعوى العمومية تحت إشراف النائب العام أو عليه فالنائب العام يعتبر رئيسا للنيابة العامة على مستوى المجلس القضائي وهذا ما يسمى بالطريق التدريجي بنص المادّة 1/31 ق.إ.ج.ج: "يلتزم ممثلو النيابة العامة بتقديم طلبات مكتوبة طبقا للتعليمات التي ترد إليهم عن طريق التدريجي.

كما أن النواب العامون على مستوى المجلس القضائي يتلقون كذلك تعليماتهم مباشرة من وزير العدل، ويوجهونها إلى المساعدين ووكلاء الجمهورية على مستوى المحاكم، وهذا ما يميزهم من قضاة الحكم الذين لا يخضعون للسلطة التدريجية¹.

الفرع الثاني

تشكيلة النيابة العامة واختصاصاتها

المقصود بتشكيل النيابة العامة هو معرفة الجهاز التنظيمي لهذه الهيئة، بالإضافة إلى معرفة تكوينها من الناحية الهيكلية، وبيان صلة أعضائها ببعضهم البعض، فهي موزعة في النظام القضائي الجزائري على ثلاث مستويات هي المحكمة، المجلس القضائي، المحكمة العليا.

1 - تشكيلة النيابة العامة

وذلك على النحو الآتي:

أ - مستوى المحكمة

يقوم بتمثيل النيابة العامة على مستوى المحكمة وكيل الجمهورية، ويساعده في ذلك وكيل جمهورية مساعد أو أكثر، بحيث يساعدونه في أداء مهام وظيفته وهم يمثلون النائب العام

1- علي شلال، المرجع السابق، ص. 26.

ويباشرون الدعوى العمومية على مستوى المحكمة تحت إشرافه¹، وهو ما نصت عليه المادّة 35 ق.إ.ج.

ب - على مستوى المجلس القضائي

يمثل النيابة العامة لدى المجلس القضائي النائب العام، ويساعده نائب عام مساعد أول وعدة نواب عامين مساعدين، وهو ما نصت عليه المادّة 34 ق.إ.ج.ج: "النيابة العامة لدى المجلس القضائي يمثلها النائب العام، يساعد النائب العام نائب عام مساعد أول وعدة نواب عامين مساعدين"، بحيث يقوم النواب العامون المساعدون بمعاونة النائب العام في أداء وظيفته، فهم ليس لهم اختصاصات مستقلة، إنما النائب العام الذي يحدد ما يمارسه كل مساعد من مهام².

ج - على مستوى المحكمة العليا

بالرجوع إلى نص المادّة 8 من القانون العضوي المتعلق بتنظيم المحكمة العليا وعملها واختصاصاتها³، يمثل النيابة العامة أمام المحكمة العليا نائب عام يساعده نائب عام مساعد أول وعدة نواب عامين مساعدين.

هذا وتجدر الإشارة إلى أنه لا توجد علاقة تبعية بين النيابة العامة على مستوى المجلس القضائي والنيابة العامة على مستوى المحكمة العليا، فليس لهذه الأخيرة أية سلطة رئاسية على الأولى، ذلك أن السلطة الرئاسية للنيابة العامة تبدأ من المحاكم ثم المجالس القضائية تحت رئاسة وزير العدل الذي يسوغ له طبقاً للمادّة 30 ق.إ.ج.ج، أن يخطر النواب

1- جمال نجيمي، المرجع السابق، ص.35.

2- عباسي زكرياء، المرجع السابق، ص.11.

3- القانون العضوي رقم 11-12 المؤرخ في 26 جويلية 2011، يحدد تنظيم المحكمة العليا وعملها واختصاصاتها، ج.ر. العدد 42، الصادرة في 31 جويلية 2011.

العامون على مستوى المجالس القضائية بالجرائم المتعلقة بقانون العقوبات، ويكلفهم بمباشرة المتابعات الجزائية¹.

2- اختصاصات النيابة العامة

تختلف اختصاصات النيابة العامة بين كونها إما كسلطة اتهام أو كسلطة تحقيق، والتي سنوردها فيما يلي:

أ- اختصاصات النيابة العامة كسلطة اتهام

إن النيابة العامة هي سلطة الاتهام الأصلية، فقد خول لها المشرع الجزائري اختصاص تحريك الدعوى العمومية، وهي وسيلة لتقرير دولة العقاب²، كما أن تحريكها لهذه الدعوى يكون باتخاذها إجراءات متتالية من عرض القضية وتوجيه الاتهام وتحديد الجلسة إلى إرسال ملف الدعوى للمحكمة وتبليغ ذلك للمتهم والخصوم والشهود لتكليفهم بالحضور أمام المحكمة للنظر في الدعوى³.

تلقي بلاغات المواطنين وإحالتها إلى الضبطية القضائية والإشراف الإداري على هذه الأخيرة كما تباشر النيابة العامة التحقيق بنفسها كسماع أقوال المتهمين والتحري عنهم أو باتخاذ الإجراءات اللازمة عند قيام الجريمة⁴ طبقا للمادة 36 ق.إ.ج.ج.

1- علي شلال، المرجع السابق، ص.14.

2 المرجع نفسه، ص.27.

3- لامية جعفري، حفيظة جعلالي، دور النيابة العامة في مسائل الأسرة، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص قانون خاص وعلوم جنائية، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، السنة الجامعية 2017-2018، ص.23.

4- حسين طاهري، الوجيز في شرح قانون الإجراءات الجزائية، ط 4، دار الخلدونية للنشر، الجزائر، 2014، ص.34.

إصدار أوامر حفظ محاضر جمع الاستدلالات من طرف النيابة بوصفها سلطة اتهام وهذه السلطة تبدأ من وقت قيامها في التصرف في التحقيقات وأمر الحفظ يمكن العدول عنه في أي وقت ولا يقيد النيابة العامة نظرا للطبيعة الإدارية وهو يصدر منها دون غيرها¹.

ب - اختصاصات النيابة العامة كسلطة تحقيق

إن النيابة العامة رغم أنها سلطة اتهام أصلية إلا أن المشرع الجزائري خولها بعض إجراءات التحقيق على سبيل الاستثناء، لمعالجة بعض الحالات التي تتطلب سرعة التصرف فيها، مثل حالة التلبس بالجريمة، فعلى وكيل الجمهورية الانتقال فورا إلى مكان الحادث للقيام بالمعاينات الأولية والإشراف عليها، وهو ما نصت عليه المادة 36 ق.إ.ج.ج.

كما نصت المادة 58 من نفس القانون على جواز إصدار أمر من وكيل الجمهورية بإحضار المشتبه في الجريمة في حالة الجنائية إذا لم يبلغ بها قاضي التحقيق.

كما يجوز لوكيل الجمهورية إضافة إلى إحضار المشتبه في الجريمة إصدار أمر بحبس المتهم بعد استجوابه إذا كان الفعل معاقبا عليه بعقوبة الحبس م 1/59 ق.إ.ج.

ومن هنا يجب عدم التوسع في تفسير النصوص الخاصة باختصاصات النيابة العامة كسلطة تحقيق، لأنها تحتوي على إجراءات استثنائية تطبق في نطاق استثنائي ضيق².

المطلب الثاني

الأساس القانوني لاعتبار النيابة العامة طرف أصيل

1- جابر بن ناصر، المرجع السابق، ص.10.

2- لامية جعفري، حفيظة جعلالي، المرجع السابق، ص. 25.

في دعاوى شؤون الأسرة ومبرراته

الطرف الأصلي في الدعوى هو الطرف الذي لا يصح أن تتعقد الخصومة من دونه من جهة، ويحق له تقديم الدفوع والطلبات واستعمال طرق الطعن من جهة أخرى¹، ومعنى هذا أن النيابة العامة لها أن تبدي طلباتها وحججها ولها جميع الحقوق ورفع الدعوى والدفاع فيها والتمسك بجميع الدفوع والطعون في الأحكام، وتتقاضى تلقائياً مدعية أو مدعى عليها².

كما أنه لها تبعاً لذلك حق استئناف الأحكام الصادرة فيها حتى لو استأنفها الطرفان أو واحد منهم، وعلى ممثل النيابة العامة تقديم طلباته كتابياً، وهذا ما نصت عليه المادة 258 ق.إ.م.إ: "يجب على ممثل النيابة العامة تقديم طلباته كتابياً وحضور الجلسة للقضايا التي يكون طرفاً أصلياً فيها".

إن المسائل المتعلقة بالأسرة تضمنها قانون الأسرة الجزائري الصادر بموجب قانون رقم 11-84 المعدل والمتمم، وجوهر التعديل الوارد ينصب على مركز النيابة إذ تنص المادة 3 مكرر منه على أنه تعد النيابة العامة طرفاً أصلياً في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون.

إن الوظيفة الأساسية للنيابة العامة هي تمثيل المجتمع والدفاع عن مصالحه العليا، إذ تعد طرفاً أصلياً ومتأسلاً فيه، وهو دورها الأساسي، لكن استثناءً، امتد هذا الدور إلى قضايا شؤون الأسرة، التي أصبحت فيها النيابة طرفاً أصلياً وفقاً لنص المادة 3 مكرر سالف الذكر.

1- جمال نجيمي، المرجع السابق، ص. 22.

2 العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، ط، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2015، ص. 52.

تعتبر الدعوى حق لكل من المدعي والمدعى عليه، وتعني بالنسبة للمدعي حق عرض ادعاء قانوني على القضاء، وتعني بالنسبة للمدعى عليه، حق مناقشة ادعاءات المدعي. وترقب التزاما على المحكمة إصدار حكم في موضوع الادعاء، بقبوله أو رفضه¹.

يتم الادعاء من طرف أحد الخصوم، عن طريق إيداع عريضة مكتوبة لدى كتابة الضبط، مستوفاة لجميع الشروط المنصوص عليها قانونا، وفقا للمادتين 13 و 14 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. ويشترط لصحة قبول الدعوى، الصفة، المصلحة، والأهلية، طبقا للمادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية².

كما يترتب على الطرف الأصلي، احترام المواعيد الإجرائية التي تهدف إلى تحديد النشاط القضائي، مثل مواعيد التبليغ، والطعن بالأحكام. ويتمتع الطرف الأصلي بحق الطعن في الأحكام القضائية، وذلك عن طريق: طرق طعن عادية (المعارضة والاستئناف)، طرق طعن غير عادية (الطعن بالنقض، التماس إعادة النظر)، عدم قابلية الطرف الأصلي للرد، الحكم بالمصاريف القضائية على من خسر الدعوى.

النيابة العامة باعتبارها طرفا أصليا، قد تكون مدعي أو مدعى عليه، إذ يمكنها رفع دعوى على كل من اعتدى على المركز القانوني الذي تهدف إلى حمايته، كما ترفع عليها دعوى فتقف موقف المدعى عليه بحسب الأحوال، ومن ثم تملك ما يسمى حق الادعاء وحق الدفاع بوجود نص صريح يمنحها هذا الحق، باعتبارها الممثلة الرسمية للنظام العام، إذ منحت سلطات تقديرية واسعة، بمقتضاها تتحكم في شؤون الأفراد، وتتدخل بمبرر فكرة النظام العام³.

1- عمار زودة، الإجراءات المدنية على ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء، د.ط، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2021، ص. 30.

2- أنظر المادتين 13 و 14 من القانون الإجراءات المدنية والإدارية، سالف الذكر.

3- إسماعيل الشيخ، دور النيابة العامة في المسائل المتعلقة بالأسرة، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، السنة الدراسية 2005-2006، ص.ص. 14-15.

وعليه، فالنيابة سواء قامت بدور الادعاء أو الدفاع، فإنها في الحالتين تأخذ مركز الطرف في الخصومة، وتكون لها ما للخصوم من حقوق، وعليها ما يكون على الخصوم من واجبات وأعباء، فيمكنها توجيه سير الخصومة، وإبداء الطلبات والد فوع، وتقديم الحجج وأدلة الإثبات، والحضور، وكل الإجراءات تحرر باسمها¹.

إن اتصال النيابة العامة بالدعوى باعتبارها طرفاً أصلياً في قضايا شؤون الأسرة، لا يهدف إلى حماية بعض الحقوق أو الدفاع على المصالح الفردية، بل لكونها هيئة عمومية تعمل على حماية المصالح العامة، وحماية الشرعية في المجتمع، إذ أن النيابة العامة عندما تتدخل في الدعوى، فإنها لا تقوم بالدفاع عن مصالح أحد الخصوم، إنما تهدف إلى تطبيق القانون تطبيقاً سليماً، لتحقيق السير الحسن للعدالة واتصالها بالدعوى يختلف من حالة إلى أخرى، وفي بعض الحالات تتدخل باستعمال حق الالتجاء إلى القضاء، أو ما يسمى بالادعاء، إذ تلجأ إلى رفع الدعوى لحماية مصلحة عليا للمجتمع في حالة الاعتداء على هذه المصلحة، وهنا تعمل كخصم حقيقي، وهذا الخصم خوله القانون عدة سلطات، تتمثل فيما يلي:

الفرع الأول

سلطة النيابة في رفع الدعوى

إن النيابة العامة باعتبارها خصماً، قد تكون مدعياً أو مدعى عليه، فالدعوى المرفوعة من النيابة في رفع الادعاء إلى القضاء للحصول على حكم. ويتم ذلك من خلال إيداع عريضة لدى كتابة الضبط، ويشترط لصحتها توفر الصفة والمصلحة؛ فالنيابة العامة لها مصلحة في قضايا شؤون الأسرة، وهي الحفاظ على النظام العام، مدعية باسم الحق العام، ولها صفة باعتبارها ممثلة للمجتمع كما هو منصوص عليه في المادة 182 من قانون الأسرة الجزائري، ولها كامل الأهلية في مباشرة الإجراءات، ممثلة في وكيل الجمهورية.

1- العربي بلحاج، دور النيابة في الخصومة القضائية المدنية في القانون القضائي الخاص، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، العدد 2، 1993، ص. 36.

ومادامت طرفا أصليا، فتطبق عليها القواعد العامة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية باحترام المواعيد الإجرائية، خاصة عند رفع الدعوى، وسيرها، بما في ذلك التبليغ، والطعن، التقادم¹.

إذا أخذنا بعين الاعتبار، دور النيابة في القضايا المتعلقة بالأسرة كمدعية بموجب نصوص صريحة، فقد تهدف إلى مجرد تقرير حق أو مركز قانوني، أو إنكاره، مثل طلب تثبيت عقد الزواج، أو إثبات نسب، ومادامت الخصومة ملكا للمتخاصمين فقط، فإن النيابة لها أن تدعي باسم النظام العام، وترد في نفس الوقت على الخصوم².

مثما ذكرنا سابقا، أن النيابة العامة تقوم برفع الدعوى على كل من اعتدى على حق محمي قانونا، الذي تهدف إلى حمايته بصفتها مدعية، فإنه بالمقابل ترفع عليها دعاوى، فتصبح في موقع المدعى عليه، وتجدر الملاحظة أن ادعاء النيابة العامة يكون بموجب نصوص صريحة.

أن النص الوارد في المادة 3 مكرر جاء صريحا، إذ اعتبرها طرفا أصليا في قضايا الأسرة، ومثال ذلك في المواد 99، 102 و 114 من قانون الأسرة الجزائري. والنيابة في هذه الحالات تتصل بالدعوى كطرف أصلي؛ فهي خصم حقيقي، إذ أنها تعمل بطريق الادعاء، أما إذا رفعت الدعوى من الغير، فتعمل بطريق الدفاع؛ ذلك أن المشرع اعتبر أن مركز النيابة كطرف أصلي قائم على اعتبارات تتعلق بالنظام العام.

يحق للنيابة أن ترفع دعوى أمام المحكمة، طبقا للمادة 99 من نفس القانون من أجل تعيين المقدم على من كان فاقدا للأهلية: "المقدم هو من تعينه المحكمة في حالة عدم وجود

1- محند أمقران بوشير، قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نظرية الدعوى، نظرية الخصومة، الإجراءات الاستثنائية، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1981، ص. 27.

2- عمر زودة، المرجع السابق، ص. 276.

ولي أو وصي على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها بناء على طلب أحد أقاربه، أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة".

في هذه الحالة أي حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقدا للأهلية أو ناقصها. يجوز للنيابة العامة أن ترفع دعوى أمام المحكمة للمطالبة بتعيين مقدم لفقد الأهلية، أو ناقصها، كما يجوز للغير أن يرفع الدعوى عليها.

انطلاقاً مما سبق، تقوم النيابة العامة بالادعاء باعتبارها هيئة عمومية ممثلة للمجتمع، تعمل على حماية المصالح العامة، وحماية الشرعية في المجتمع؛ فهي لا تقوم بالدفاع عن مصالح أحد الخصوم، وإنما تهدف بادعائها إلى رعاية المصلحة العامة، وتطبيق القانون تطبيقاً سليماً، لتحقيق السير الحسن للعدالة، وعندما تستعمل حقها بالالتجاء أمام القضاء، فهي تلجأ إلى رفع دعوى في المسائل المتعلقة بالأسرة للمطالبة بحماية مصلحة عليا للمجتمع في حالة الاعتداء عليها¹.

وعندما تلجأ النيابة إلى رفع دعوى في المسائل المتعلقة بالأسرة، ففي هذه الحالة كما سبق الذكر، تعمل كخصم حقيقي أصلي، أما إذا افترضنا قيام خصومة بين أطرافها، فالنيابة طرف أصلي في الخصومة. لذا فمهمة النيابة هي ضمان حسن سير العدالة والقانون.

كما أن النيابة ليست لها مصلحة شخصية، فهي تقف في الدعوى موقف المحايد، فعضو النيابة لا يتصرف باعتباره طرفاً في الخصومة الموضوعية، وإنما يتصرف وفق مقتضيات الصالح العام².

الفرع الثاني

بعض الصور عن الدعاوى التي ترفع ضد النيابة العامة أو من قبلها

1- إسماعيل الشيخ، المرجع السابق، ص.20.

2- محند أمقران بوبشير، المرجع السابق، ص.31.

من بين القضايا التي ترفع ضد النيابة العامة، نجد قضايا إثبات زواج عرفي. وقضايا تصحيح الأخطاء المادية.

ناهيك عن قضايا المفقود، حيث نص المشرع في المادة 144 ق.أ. على ما يلي " يصدر الحكم بالغيبة أو بحدوث المفقود بناء على طلبه أحد الورثة أو أي شخص له مصلحة أو النيابة العامة " ويقصد بالمفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته، ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم. وهذا حسب ما جاء في المادة 109 ق.أ، أما الغائب فقد نصت المادة 114 من نفس القانون على أنه هو الذي منعه الظروف القاهرة من الرجوع إلى محل إقامته وسبب غيابه ضرر للغير، وبناء على المادة 144 المذكورة أعلاه، فإن الحكم بالغيبة أو بموت المفقود، يصدر بناء على طلب أحد الورثة كالأصول أو الفروع أو أي شخص له المصلحة في ذلك أو بناء على طلب النيابة العامة، خاصة أن هذه المسألة تتعلق بحالة الأشخاص وأهليتهم، وهي من النظام العام المتعلق بالنظام الأسري، وهذا المقتضى جاء لحماية مصالح المفقود في حالة وجوده في ظروف يتعذر معها القيام بشؤونه .

وقد تتولى النيابة العامة في حد ذاتها رفع الدعوى لحماية القصر وعديمي الأهلية، إذ الأصل في الأهلية أن تكون كاملة، إلا أنه في بعض الحالات تكون منعدمة وفي حالات أخرى تكون ناقصة، فنظم المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة أحكامها في الباب المتعلق بالنيابة الشرعية من المواد 81-125، ونجد المادة 82 مثلا تقضي ببطلان جميع تصرفات الصبي غير المميز دون تفرقة بين التصرفات النافعة أو الضارة أو الدائرة بين النفع والضرر (عديم الأهلية)، ويطبق نفس الحكم على المجنون والمعته والسفيه. في حين فرقت المادة 83 ق. أ بين تصرفات المميز الذي لم يبلغ سن الرشد (ناقص الأهلية) فتكون هذه التصرفات نافذة إذا كانت نافعة له وباطلة إذا كانت ضارة له، وأما إذا كانت دائرة بين النفع والضرر فتتوقف على إجازة الوصي. ولما كانت تصرفات هؤلاء الأشخاص تحدث آثار قانونية كلف المشرع قاضي شؤون الأسرة بالسهر على حماية مصالحهم، إذ يجوز للنيابة العامة أن ترفع دعوى أمام المحكمة لتعيين مقدم لفاقد الأهلية أو ناقصها، والمقدم حسب المادة 99 ق.أ هو

من تعيينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقدا لأهلية أو ناقصها،
للقيام بشؤونه بناء على طلب أحد أقاربه أو من له مصلحة أو من النيابة ذاتها.

الباب الثاني
المستجدات الطبية وأثارها على النظام
العام الأسري

الباب الثاني

المستجدات الطبية وآثارها على النظام العام الأسري

أظهرت المستجدات العلمية في مجال الطب، وعلوم البيولوجيا والوراثة، تأثيرها على نظام الأسرة ويبرز ذلك جلياً في مسألة الإنجاب سواءاً بالمساعدة على ذلك طبياً، أو في منازعات إثبات النسب، وهذه المستجدات يصطلح عليها بالطرق العلمية الحديثة سواءاً في إثبات النسب أو في المساعدة الطبية على الإنجاب.

فكان على المشرع الجزائري مسايرة تلك المستجدات، سواءاً من خلال قانون الأسرة الجزائري المعدل بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 2005/02/27، المعدل والمتمم لقانون الأسرة¹، وكذا القانون 18-11 المؤرخ في 2018/07/02 المتعلق بقانون الصحة².

فالمادة 40 من قانون الأسرة الجزائري في فقرتها الأخيرة تجيز اللجوء للطرق العلمية لإثبات النسب و هي مسألة جوازية في يد القاضي، و هنا نشير أن مسألة إثبات النسب بالطرق العلمية لا يمكن اللجوء إليها في نفي النسب ذلك أن نص المادة لم يتضمن ذلك بالإضافة إلى أن المحكمة العليا في أكثر من قرار ذهبت إلى تبني مبدأ مفاده " نفي النسب لا يكون إلا بدعوى اللعان و ليس بالبصمة الوراثية"³.

و في مسألة المساعدة الطبية على الإنجاب جاءت المشرع الجزائري بالمادة 45 مكرر من قانون الأسرة تجيز اللجوء للتلقيح الاصطناعي وحددت شروط ذلك⁴، والجدير بالذكر أن التلقيح الاصطناعي لم يتطرق له المشرع الجزائري سوى في تلك المادة إلى غاية صدور القانون 18-11 المتعلق بالصحة أن عرفته المادة 370 منه بقولها:

" المساعدة الطبية على الإنجاب هي نشاط طبي يسمح بالإنجاب خارج المسار الطبيعي، في حالة العقم المؤكد طبياً.

1 - قانون رقم 84-11، المرجع السابق.

2 - قانون رقم 18-11 مؤرخ في 02 يوليو سنة 2018 يتعلق بالصحة، ج.ر عدد 46 مؤرخة في 29 جويلية 2018.

3 - قرار رقم 1269341 غ.ش.أ لدى المحكمة العليا، بتاريخ 2019/01/09 غ.م.

4 - المادة 45 مكرر من قانون الأسرة الجزائري.

و تتمثل في ممارسات عيادية و بيولوجية و علاجية تسمح بتنشيط عملية الإباضة والتلقيح بواسطة الأنابيب و نقل الأجنة و التخصيب الاصطناعي".

كما أن المشرع الجزائري تدارك بموجب القانون 18-11 النقص الذي كان حاصلًا في التشريع المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب و الشروط المتعلقة به بالنص صراحةً على كيفية اللجوء لهذه التقنية و الأحكام التي تضبطها، كما رتب جزاءً على مخالفة تلك الأحكام.

فما هي هذه المستجدات الطبية؟ وما هو أثرها على نظام الأسرة في إثبات النسب ونفيه؟ وما موقف كل من الشريعة الإسلامية والقانون والقضاء الجزائري والفرنسي منها؟

لتوضيح ذلك سيتم التطرق للمستجدات الطبية و أثرها على نظام الأسرة في إثبات ونفي النسب (الفصل الأول)، وإلى المستجدات الطبية المساعدة على الإنجاب وأثرها على النسب (الفصل الثاني).

الفصل الأول

**المستجدات الطبية وأثرها على نظام الأسرة
في إثبات ونفي النسب**

الفصل الأول

المستجدات الطبية وأثرها على نظام الأسرة في إثبات و نفي النسب

أجاز المشرع الجزائري بموجب المادة 40 فقرة 02 من قانون الأسرة الاستعانة بالطرق العلمية الحديثة لإثبات النسب، غير أنه لم يحددها تحديدا دقيقا، ولم يفرق بين الطرق العلمية ذات الحجية النسبية، والطرق العلمية ذات الحجية المطلقة في إثبات النسب¹.

غير أن المستجدات الطبية الشائعة التي لها تأثير مباشر على نظام الأسرة تظهر جليا في مسائل إثبات ونفي النسب وتتخلص في طريقتين طبييتين إحداها لها حجية نسبية و الأخرى مطلقة تتمثلان على التوالي في طريقة تحاليل الدم و تحاليل البصمة الوراثية.

فالبصمة لطريقة تحاليل الدم للكشف عن نسب الطفل تعتبر من الطرق العلمية التي لها حجية نسبية ذلك أن نتائجها لا تكون قطعية بل قريبة من الحقيقة في النفي فقط، بخلاف إثباته بواسطها، كون أن السواد الأعظم من البشر يشتركون في زمر دم متشابهة.

أما الطريقة الأخرى هي تحاليل البصمة الوراثية وهي من المستجدات الطبية، ذات النتائج الدقيقة وحجيتها تكون مطلقة، ذلك أن كل شخص ينفرد بحمض نووي خاص به، فتمنحه بصمته الوراثية هوية مميزة له عن غيره²، وأن تكرارها بين شخصين مختلفين، في غير التوائم المتطابقة، ضرب من المستحيل، وأن احتمال تشابه بصمتين لا يرد إلا بنسبة واحد في التريليون³.

هذا ما سيتم التطرق إليه من خلال بحثين نتناول فيهما، تحليل فصائل الدم والبصمة الوراثية في مسائل النسب (المبحث الأول)، ثم القيمة القانونية للطرق العلمية في مسائل النسب و موقف القضاء منها (المبحث الثاني).

1 - أمال علال برزوق، أحكام النسب بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان -، ص.294.

2 - فاطمة الزهراء رابحي زوجة تبوب، إثبات النسب، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة الجزائر 1، 2011، ص.151.

3 - وهبة مصطفى الزحيلي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفاد منها، أعمال وبحوث الدورة السادسة عشر، المجمع الفقهي الإسلامي، مكة المكرمة، ص.16.

المبحث الأول

تحليل فصائل الدم والبصمة الوراثية في مسائل النسب

الدم أساس حياة الإنسان¹، فمن خلاله تتم كل العمليات الحيوية التي يحتاجها. ودوره لا ينحصر في هذه الناحية فقط، بل له أهميته بالغة، تؤثر على نظام الأسرة وتحديد المراكز القانونية في القضايا المتعلقة بها، فالأبحاث العلمية في مجال الدم تطورت تطوراً مذهلاً، فأصبح لفحصه و تحليله أثر قانوني متميز باعتباره دليل علمي من الأدلة المهمة في قضايا تنازع البنوة و تتصل اتصال وثيق بنظام الأسرة.

وبالرغم أن حجية نتائج تحليله ليست مطلقة إلا في حالة النفي فقط استناداً لما جاء به قانون الأسرة الجزائري و ما ذهبت إليه المحكمة العليا في شأن نفي النسب بالطرق العلمية الحديثة كما سبق ذكره، إلا أن مبدأ تساند الأدلة الذي يجعل القرائن مجتمعة و مترابطة أدلة مقنعة للقاضي، تجعل من الضروري عدم إهمال هذه الوسيلة العلمية، حتى ولو كانت نتائجها مجرد قرينة بسيطة في مجال إثبات أو نفي النسب.

1 - الدم هو سائل في جسم الإنسان وسائر الحيوانات ينقل المواد الضرورية مثل المغذيات والأكسجين إلى الخلايا وينقل الفضلات الأيضية مثل ثاني أكسيد الكربون بعيداً عن تلك الخلايا نفسها، يتكون من خلايا الدم الحمراء وخلايا الدم البيضاء والبلازما والصفائح الدموية، وهو عبارة عن نسيج ضام، ودرجة حرارته الطبيعية هي 37 درجة مئوية، يشكل الدم 8% من كتلة الجسم، يتكون أغلب الدم من البلازما والتي تشكل 55% من سوائل الدم، تتكون البلازما في الغالب من الماء والذي يشكل 90% من حجمها، كما تحتوي على البروتينات والجلوكوز والأيونات المعدنية والهرمونات وثاني أكسيد الكربون والبلازما هي الوسيلة الرئيسية لنقل منتجات الإخراج، الألبومين هو البروتين الرئيسي في البلازما، ويعمل على تنظيم ضغط الدم الأسموزي الغرواني، تتكون خلايا الدم بشكل أساسي من خلايا الدم الحمراء، وخلايا الدم البيضاء أو الكريات البيض والصفائح الدموية، تحتوي خلايا الدم على الهيموغلوبين، وهو بروتين يحتوي على الحديد، مما يسهل نقل الأكسجين عن طريق الارتباط العكسي بالغازات من خلال عملية تنفس الكائنات وزيادة قابليته للذوبان في الدم بشكل كبير. في المقابل، يتم نقل ثاني أكسيد الكربون في الغالب خارج الخلية مثل البيكربونات المنقولة في البلازما، يدور الدم في جميع أنحاء الجسم عبر الأوعية الدموية عن طريق ضخ القلب. في الكائنات ذات الرئتين، يحمل الدم الشرياني الأكسجين من الهواء المستنشق إلى أنسجة الجسم، وينقل الدم الوريدي ثاني أكسيد الكربون، وهو فضلات ناتجة عن العملية الأيضية الذي تنتجه الخلايا، من الأنسجة إلى الرئتين لتتم عملية الزفير، أنظر موقع <https://ar.wikipedia.org>، تاريخ الزيارة 2022/05/14.

كما أن المشرع الجزائري لم يحدد القوة القانونية للطرق العلمية كحجية في مسائل إثبات النسب، فاعتمادها كدليل علمي يستأنس به القاضي يختلف باختلاف نوع الخبرة المنجزة. فمثلا الخبرة المنجزة على البصمة الوراثية لها حجية مطلقة، و تعتبر طريقة علمية هامش الخطأ فيها ضئيل جداً، وهي ترقى إلى مستوى القرائن القطعية¹، بخلاف كتحاليل فصائل الدم، وبالتالي فالطرق العلمية، من حيث الحجية، تنفرد إلى نوعين: إما أن تكون ذات حجية نسبية تتمثل في تحاليل فصائل الدم أو ذات حجية مطلقة متجسدة في تحاليل البصمة الوراثية، و هذا ما سيتم التطرق إليه من خلال الحديث عن فصائل الدم و حجيتها مع إبراز موقف كل من الشريعة قانون و القضاء من ذلك (المطلب الأول)، ونظام البصمة الوراثية و دورها في مسائل النسب (المطلب الثاني).

المطلب الأول

فصائل الدم وحجيتها

إن لمعرفة فصائل الدم أهمية بالغة للمساعدة على حل مشاكل القضايا المتعلقة بنظام الأسرة كتنازع البنوة، أو الشك فيما إذا كان المولود من صلب هذا الشخص أو غيره أو في حالة حدوث خطأ اختلاط المواليد في مصحات الولادة، أو حالات ضياع الأطفال لوقوع كوارث طبيعية أو حوادث واستحالة التعرف الأسر على مواليدهم.

فساهمت تحاليل الدم في الكشف على كثير من الحقائق المتعلقة بنظام الأسرة، لاسيما معرفة نسب الأطفال، فالعالم النمساوي لاندستاينر سنة 1901م عند فصل خلايا الدم عن البلازما الدموية لأحد الأشخاص مزجها مرة أخرى، لاحظ اتحادهما ببطء وعودة الدم إلى الشكل الطبيعي، وخلص من تجاربه أن دم الإنسان يصنف إلى أربعة (04) فصائل² أساسية،

1 - قرارات الندوة الثانية عشر، الوراثة والهندسة الوراثية والجنوم البشري والعلاج الجيني، 1998، ص. 198.

2 - فصيلة الدم (A): يتميز هذا النوع بوجود الجسم المستضد من نوع A على سطح خلية الدم الحمراء، ووجود الجسم المضاد من نوع B في البلازما. وهذه الفصيلة تستقبل من O و A وتعطي ل AB و A. فصيلة الدم (B): يتميز هذا النوع بوجود الجسم المستضد من نوع B على سطح خلية الدم الحمراء، ووجود الجسم المضاد من نوعه في البلازما. وهذه الفصيلة تستقبل من B و O وتعطي ل AB و B. فصيلة الدم (AB): يتميز هذا النوع بوجود الجسم المستضد من نوع A و B على سطح خلية الدم الحمراء، وعدم وجود جسم ضاد لهما في البلازما. وهذه الفصيلة تستقبل من جميع الفصائل لأنها لا تحتوي على أي أجسام مضادة، ولكنها لا تعطي إلا ل AB، ولذلك تسمى بالفصيلة البخيلة أو المستقبل العام فصيلة الدم (O): يتميز هذا النوع بعدم وجود جسم مستضد على سطح خلية الدم الحمراء، ووجود كلا من الجسم المضاد من نوع A و B في البلازما.

يرمز لها بالرموز التالية A-B-O-AB، وذلك تبعا لتواجدها وانتشارها في النسيج الدموي، وهي غير قابلة للتغيير منذ ولادة الشخص حتى وفاته فهي تتشابه في ذلك مع بصمات الأصابع.

ويستند هذا التقسيم على وجود مولد الضد أو انعدامه في كريات الدم الحمراء، ويطلق على مولد الضد¹ أو الجسم المستضدّ بالعوامل الأجلوتينوجين "أ". وكذلك يستند هذا التقسيم على احتواء مصل الدم للبلازما² وأجسام ضدية أو انعدام وجودها، ويطلق عليها الأجسام المقابلة للمواد المولدة أو أجلوتينين "ب"، وهي الأجسام المضادة³ في بلازما الدم، ويولد الطفل بمولدات الضد في خلاياه لكن الأجسام المضادة تتطور خلال الشهور القليلة بعد الولادة.

وتتميز فصائل الدم بخصائص أهمها، أنه لا يمكن اجتماع المولدات والأجسام المضادة لها من نفس النوع في دم شخص واحد لأن من شأن اجتماعها أن يتسبب في التصاق (تراص) خلايا الدم الأحمر مع بعضها، وبالتالي انسداد الأوعية الدموية، مما يؤدي حتما إلى الموت⁴. ولتفادي انسداد الأوعية الدموية عند نقل الدم يتعين أن يكون دم المتبرع مطابق تماما لدم المستلم.

كما أن 85% من البشر يحملون العامل الموجب (RH+)، والنسبة الباقية 15% يحملون العامل السالب (RH-). فيمكن نقل دم (RH+) إلى دم (RH+)، ونقل دم (RH-) إلى دم (RH-)، ونقل دم (RH-) إلى دم (RH) دون أن يحدث أي تلاصق الدم المعطي

وهذه الفصيلة تستقبل فقط من 0 ولكنها تعطي لجميع الفصائل، ولذلك تسمى بالفصيلة الكريمة أو المعطي العام. مقتبس عن بسام محمد القواسمي، أثر الدم والبصمة الوراثية في الإثبات، في الفقه الإسلامي والقانون، دار النفائس للنشر والتوزيع، ط1، 1430هـ/2010م، ص. 51.

1 - الجسم المستضد أو مولد الضد (Antigène): هو جسم قادر على استثارة الجهاز المناعي لصناعة الجسم المضاد. يوجد مثلا على سطح خلايا جسم الإنسان وعلى سطح كريات الدم الحمراء وعلى سطح البكتيريا. فعندما يهاجم الجسم المضاد الجسم المستضد يحدث تفاعل ينتهي بالتمير.

2- البلازما: لو سحبنا كمية من الدم من الجسم ثم تركناها لبعض الوقت فإن خلايا الدم الحمراء سوف تترسب في الأسفل، وما يبقى في الأعلى هو ما يسمى بالبلازما.

3 - الجسم المضاد Anticorps: هو جسم ينتجه الجهاز المناعي لمهاجمة الجسم المستضد والقضاء عليه.

4 - سفيان بن عمر بورقعة، النسب و مدى تأثير المستجدات العلمية في إثباته، دار كنوز إشبيلية للنشر و التوزيع، المملكة العربية السعودية، ط1، 1428هـ/2007م، ص. 512.

والمستقبل، غير أنه إذا تم نقل دم (RH+) إلى شخص دمه (RH) لأول مرة، فإن دم المستقبل يقوم بتكوين أجسام مضادة (Anti-D) ولا تحدث أي مضاعفات، وإذا تم نقله مرة أخرى، فإن مسبب التلاصق D يتفاعل مع الأجسام المضادة (Anti-D) التي تكونت في دم المستقبل سابقا مسببة تلاصق كريات الدم الحمراء، وغالبا ما تؤدي إلى الوفاة¹.

ولمعرفة نوع فصيلة الدم يعتمد على إحدى هاتين الطريقتين² وهي:

أ/ الشريحة الزجاجية.

1- بوضع ثلاث نقط على شريحة زجاجية، واحدة من محلول (Anti-A) في طرف الشريحة، ونقطة من محلول (Anti-B) ونقطة من محلول (Anti-D).

2- نضع نقطة من دم الشخص المراد الكشف عن فصيلته على كل محلول، وننتظر.

3- ننظر إلى الاحتمالات التالية:

▪ إذا أعطت تجمعات مع محلول (Anti-A)، وأعطت تجمعات -أيضا- مع محلول (Anti-B)، فتكون الفصيلة: AB.

▪ إذا أعطت تجمعات مع محلول (Anti-A)، ولم تعط أي تجمعات مع محلول (Anti-B)، فتكون الفصيلة: A.

▪ إذا لم تعط أي تجمعات مع محلول (Anti-A)، ولكنها أعطت تجمعات مع محلول (Anti-B)، فتكون الفصيلة: B.

▪ إذا لم تعط أي تجمعات مع محلول (Anti-A)، ولم تعط -أيضا- أي تجمعات مع محلول (Anti-B)، فتكون الفصيلة إذا : 0.

▪ إذا أعطت تجمعات مع محلول (Anti-D)، فيكون عامل الريزس موجبا: (RH+).

▪ إذا لم تعط أي تجمعات مع محلول (Anti-D)، فيكون الريزس سالبا: (RH-).

1 - P.KAMOUN et J.P.FREJAVILLE, Guide des examens de laboratoire, Flammarion Médecine-sciences, Paris, p. 802.

2 - P.KAMOUN et J.P.FREJAVILLE, op.cit., Paris, p.804. 803.

ب/ طريقة أنابيب الاختبار.

- 1- نأخذ ثلاثة أنابيب، وتسميها: A-B-D
 - 2- نأخذ عينة الدم، ونعمل لها غسيل ثلاث مرات بواسطة محلول ملحي فيسيولوجي (Normal Saline)، بجهاز خاص بذلك.
 - 3- نقوم بإضافة نقطتين من الدم في كل أنبوبة.
 - 4- نضيف نقطتين من محلول (Anti-A)، في الأنبوبة A. وبنفس المقدار نضع من المحلول (Anti-B) في الأنبوبة B. وأيضا نضع من المحلول (Anti-D) في الأنبوبة D.
 - 5- نقوم بوضع الأنابيب الثلاثة في جهاز الطرد المركزي لمدة 15 ثانية بسرعة 200 لفة في الدقيقة.
 - 6- نقوم بإخراج الأنابيب ونشاهد حدوث التجلط من عدمه لننظر إلى الاحتمالات كما في طريقة الشريحة الزجاجية¹.
- وقد اهتم علم المناعة بدراسة كل الآليات التي تمكن الجسم من تمييز كل ما هو ذاتي والحفاظ عليه، وغير الذاتي للتخلص منه كالجراثيم والأعضاء والأنسجة الأجنبية عن الجسم، والعامل المحدد لكل ما هو ذاتي هو الجينوم والذي يتكون من مورثات تتحكم في تركيب البروتينات. وقد أدت الأبحاث إلى اكتشاف بروتينات توجد على الغشاء السيتوبلازمي، تتدخل في تحديد كل ما هو ذاتي وأطلق عليها اسم نظام (Human Leukocyte Antigen - HLA)، وكل إنسان يحصل على مركبين (HLA) مختلفين، واحد من الأب والآخر من الأم، مما يعطي له الفعالية في مجال النسب، نفيًا أو إثباتًا، إلا أن ذلك لا يجدي نفعا في حالة الزواج العائلي².
- فنظام (HLA) متغير ومتعدد المظهر البيولوجي من شخص إلى آخر، مما يعطيه خاصية تتمثل في قدرته العليا في تصنيف وتعريف التشخيص البيولوجي للأشخاص³.

1 - P.KAMOUN et J.P.FREJAVILLE, op.cit., Paris, p.805.

2 - أنظر، أمال علال برزوق، أحكام النسب بين، المرجع السابق، ص.305.

3 - Dominique Angèle VUITTON, Immunologie, MEDSI/Mc GRAW-HILL, Paris, p.72

كما أن ما تجدر الإشارة إلى أن ما تم ذكره في مجال الطرق العلمية ذات الحجية النسبية كان على سبيل المثال لا الحصر، ويلجأ إليها في مجال نفي النسب وتعطينا مجرد احتمالات في الإثبات، كون يوجد إلى جانبها عدة طرق علمية تستعمل في هذا المجال، نتيجة للتطورات البيولوجية الحديثة، ومنها:

1. نظام المفرزات اللعابية (le système de sécrétion salivaire).

2. نظام (Duffy): ما يمكن ملاحظته في هذا النظام هو أن بعض الناس ذوي البشرة السوداء (Populations noires) ليس لديهم مستضد (Duffy) لأنهم لا ينتجون بروتين قاعدي يدعى AGFYA، طبيعته استقبال البيبتيدات¹ الكيميائية، ومن خصائصه أنه يعتبر "الباب الأمامي" في خلايا الدم الحمراء.

3. نظام (Kidd): إن الأبيات (JKa) و (JKb) موجودة في حوالي 75% من السكان. من خصائصه مضاد الأجسام (Anti-JKa)، الذي يسمى "الغادر والخطير"، لأنه انحلاي ومن الصعب جداً تجسيده².

وقد أثبت العلماء بأن الفصيلة الدموية لكل شخص تبقى ثابتة طيلة حياته فلا تتغير مع الوقت أو بسبب المرض، وأنها تنتقل من الأصول إلى الفروع تبعاً لقانون ماندل³ الوراثة، ويكون تطبيق قوانين الوراثة على فصائل الدم حسب النظام الآتي:

1. لا يمكن انتقال مولدة التراص ووجودها في كريات دم الأولاد ما لم تكن موجودة عند أحد الأبوين على الأقل.

2. عند عدم وجود إحدهما عند الأبوين لا نجد لها أثراً عند الأولاد.

3. عند وجود إحدهما عند الأبوين معاً، فإنها توجد عادة عند أغلب الأولاد.

1- البيبتيد هو سلسلة أحماض أمينية، تنشأ بين الأحماض الأمينية لتكوين البروتينات المختلفة وهي من الروابط القوية في البناء البروتيني أنظر موقع <https://ar.wikipedia.org>، تاريخ الزيارة 2022/05/14.

2 - www.snv.jussieu.fr ; P.KAMOUN et J.P.FREJAVILLE, op.cit., Paris, p.805.

3 - غريغور يوهان مندل وعالم نمساوي، ومؤسس علم الوراثة الحديث، وضعت تجارب مندل على نبات البازلاء التي أجريت بين عامي 1856 و 1863 العديد من قواعد الوراثة ويشار إليها الآن باسم قوانين علم الوراثة المنديلية، أنظر موقع ar.wikipedia.org، تاريخ الزيارة 2022/08/05.

4. يعتبر وجود إحداهما صفة سائدة وتظهر وحدها عند الأفراد المنحدرين من الطبقة الأولى.

5. يعتبر عدم وجود إحداهما صفة متنحية، فلا تظهر عند أفراد الطبقة الأولى وإنما تظهر في ذرية الطبقات المتعاقبة¹.

وعلى هذا يمكن تطبيق هذه القواعد في مختلف حالات وجود فصائل الدم. فإذا عُلمت فصيلة دم الوالدين يمكن معرفة فصيلة دم الأبناء، وإذا وجدت فصيلة دم الابن وفصيلة دم الأم فيمكن معرفة فصيلة دم الأب².

الفرع الأول

حجية تحليل الدم في إثبات أو نفي النسب

بالرغم من أهمية النتائج العملية وتأثيرها على فحص فصيلة الدم، إلا أن تأثير هذه الأخيرة في نظام الأسرة اقتصر على نفي العلاقة البيولوجية بين الآباء والأبناء فقط، دون القدرة على إثباتها، ذلك أن السواد الأعظم من بني البشر يحملون فصائل دم متقاربة، وقد وزعها المتخصصين في مجال العلوم الدموية، وفقاً لنسب تتمثل في:

تضم فئة أو فصيلة (O) 45% من دم البشر، ويتقاسم 42% من الأفراد فئة دم (A)، وتمثل نسبة 10% فصيلة (B)، بينما لا تتجاوز فئة (AB) نسبة 3% من دم البشر.

و عند القول أن 45% من سكان المعمورة يحملون فصيلة (O) و 42% منهم في فئة (A)... الخ، نخلص إلى أن اتفاق الفئة أو الفصيلة لا يجزم بأن هذه العينة من الدم تخص إنساناً محدداً و معين بذاته، في حين أنه إذا وجد اختلاف بين الفئات فإننا نجزم قطعاً يقينياً بأن هذه العينة من الدم ليست خاصة بشخص معين. ولهذا نجد قانون مندل للوراثة، ينص على أن رجلاً بذاته لا يعني بالضرورة أن يكون والداً للطفل ذاته، كما لا يمكن إثبات أن هذا الرجل هو والد ذلك الطفل، ومعنى هذا أن اختلاف فصائل الدم أو عدم اختلافها يترك أثراً

1 - عدنان حسن عزازية، حجية القرائن في الشريعة الإسلامية، (البصمات، القيافة، دلالة الأثر، تحليل الدم)، مذكرة ماجستير، كلية الشريعة، جامعة الأردن، 1986-1987 ص. 197.

2 - فاطمة الزهراء رابحي زوجة تبوب، المرجع السابق، ص. 134.

من الناحية السلبية لا من الناحية الإيجابية، إذ يمكن الاعتماد عليه في نفي البنوة لا في إثباتها، لأنه من الجائز أن الأم حملت به من شخص آخر تتفق فصيلة دمه مع فصيلة دم زوجها¹.

المجموعة الدموية لكل شخص لا تتغير طيلة حياته ويتوارثها الأبناء عن الوالدين. وبالتالي فإن فحص فصيلة دم الزوجة والزوج والولد يوصلنا إلى أحد الفرضيتين:

- **الفرضية الأولى:** ظهور فصيلة دم الطفل مخالفة لمقتضيات تناسل فصيلتي الزوجين، وهذا يعني أن الزوج ليس هو الأب الحقيقي للطفل على وجه التأكيد.

- **الفرضية الثانية:** تظهر فيه فصيلة دم الطفل متوافقة مع مقتضيات تناسل فصيلتي دم الزوجين، وهذا معناه أن الزوج قد يكون الأب الحقيقي للطفل وقد لا يكون، ذلك أن الفصيلة الواحدة قد يشترك فيها أناس كثيرون².

فالمعطيات العلمية المتاحة في ذلك الوقت، تبين أن تحليل فئة الدم تفيد دليل نفي قاطع للنسب، ولكنها لا تفيد في الحصول على دليل إثبات مؤكد، بل هي قرينة يعوزها البرهان³. ويكون نفي النسب عن طريق تحليل الدم، بإتباع الطرق التالية:

أولاً: تحدد فصيلة دم كل من الطفل والرجل والأم والتراكيب الوراثية (الجينية) المحتملة لكل من هذه الفصائل.

ثانياً: يُقارن التركيب الوراثي لفصيلة الطفل مع فصيلة الرجل.

ثالثاً: إذا كان هناك احتمال مشاركة أحد مورثتي (جيني) فصيلة الرجل في التركيب الجيني لفصيلة الطفل فإنه في هذه الحالة تحتمل البنوة، وذلك لوجود أكثر من رجل يحمل هذه الفصيلة⁴.

1 - محمد علي الهادي زبيدة، النسب والحقوق المتعلقة عليه وتطبيقاته المعاصرة، رسالة دكتوراه في الشريعة الإسلامية، جامعة القاهرة، مصر، 2004، ص.95.

2 - عائشة سلطان ابراهيم المرزوقي، إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة، رسالة دكتوراه، كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، 2000، ص.279.

3 - عائشة سلطان ابراهيم المرزوقي، المرجع نفسه، ص.ص.279-280.

4 - بسام محمد القواسمي، المرجع السابق، ص.55.

أما إذا كان هناك استحالة مشاركة التركيب الجيني للرجل في التركيب الجيني لفصيلة الطفل، ففي هذه الحالة تنفي البنوة تماما¹.

بعد الحديث عن فصائل الدم وكيفية استخلاص دليل النسب من التجارب التي تجري عليها، سيتم التطرق لموقف كل من الشريعة الإسلامية والقضاء من إثبات النسب أو نفيه.

الفرع الثاني

موقف الشريعة و القضاء من إثبات و نفي النسب عن طريق تحاليل الدم.

الشريعة الإسلامية لا تتناقض مع الأسس العلمية والمستجدات الطبية السليمة، وفحص فصائل الدم يعد من بين هذه الأسس العلمية، ما جعل الأطباء المسلمين يقرون بالنتائج التي توصلت إليها تحاليل تحديد فصائل الدم. وبهذا يمكن القول أن الأخذ بالمستجدات الطبية أمر تجيزه الشريعة الإسلامية².

فتاريخ الفقه الإسلامي مليء بسوابق علمية و تجارب وأقوال لبعض أهل العلم. فقد جاء في كتاب الطرق الحكمية³ أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه جاءته امرأة قد تعلقته بشباب من الأنصار وكانت تهواه، فلما لم يساعدها احتالت عليه، فأخذت بيضة، وألقت منها صفرتها، وصبت البياض على ثوبها وبين فخذها، ثم جاءت إلى عمر رضي الله عنه صارخة، فقالت له: هذا الرجل غلبنى على نفسي، وفضحني في أهلي، وهذا أثر فعله، فسأل عمر رضي الله عنه النساء، فقلن له إن بيدنها وثوبها أثر المنى، فهم بعقوبة الشاب، فجعل يستغيث ويقول: يا أمير المؤمنين تثبت في أمري فوالله ما أتيت فاحشة، ولا هممت بها، فلقد راودتني عن نفسي فاستعصمت، فقال عمر: يا أبا الحسن ما ترى في أمرها؟ فنظر علي كرم الله وجهه إلى ما على الثوب، ثم دعا بماء حار شديد الغليان، فصبه على الثوب، فجمد ذلك البياض، ثم أخذه واشتمه وذاقه، فعرف طعم البيض، وزجر المرأة فاعترفت⁴.

1 سفيان بن عمر بورقة، المرجع السابق، ص. 515.

2 - عبد الله علي الركبان، النظرية العامة لإثبات موجبات الحدود، جامعة الأزهر، كلية الشريعة والقانون، 1974، ص. 593.

3 - كتاب يعتني بالسياسة الشرعية العامة، لمؤلفه الإمام أبي عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب ابن قيم الجوزية.

4 - ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، القاهرة، 1953، ص. 56.

وجاء في المغني¹ أن المرأة إذا ادعت أن زوجها عنين وأنكر ذلك وهي ثيب، فإنه يدخل معها في بيت ويقال له: أخرج ماءك على شيء فإن ادعت أنه ليس بمنى، اختبر بجعله على النار، فإذا ذاب فهو منى، لأن المنى يذوب إذا وضع على النار وحينئذ يبطل قولها².

ويقول الإمام مالك في ثبوت النسب إلى الزوج الذي يكون مقطوع العضو التناسلي أو فاقد الأنثيين أو إحدهما: "أرى أن يسأل أهل المعرفة بذلك، فإن كان يولد لمثله لزمه الولد وإلا لم يلزمه. فمن يكون أهل المعرفة في وقتنا الحاضر غير الأطباء؟ وإذا قيل هذا عن أطباء الماضي بما كان لديهم من وسائل محدودة يكون من غير المقبول القول بأن التحليلات الطبية اليوم ليست من وسائل الإثبات الشرعية رغم ما توفر لديها من المعرفة الواسعة والوسائل العلمية الدقيقة³.

إن فالأخذ بالوسائل العلمية والمستحدثات الطبية له أصل عند فقهاء الشريعة الإسلامية ولا يتعارض معها، بالرغم من بدائية الوسائل التي كان يُعتمد عليها الفقهاء وأهل العلم، وبالتالي الأسلوب العلمي يعد من الوسائل التي يعتمد عليها. وعلى ذلك فإن الأخذ بها له أصل ثابت من خلال قضايا وقعت سابقاً في عهد فقهاء الشريعة الإسلامية فلا يعد خروجاً على المنهاج الشرعي الأخذ به، بل إنه من المقرر شرعاً اللجوء لأهل العلم والدراسة لمعرفة المسائل وحلولها.

غير أنه، لو أن زوجين شرعيين ولد لهما ولد ثم تبين بعد تحليل دمه ودمهما أنهما مختلفان، كما لو كان دم الزوجين من فصيلة (0⁺ أو 0⁻) وظهر أن دم هذا الولد من فصيلة (B)، فما هو رأي الشريعة من هذه المسألة؟ هل نحكم باتصال نسب الولد لهما بحسب القرينة الظاهرة وهي أن الولد للفراش؟ أم نحكم بقرينة تحليل الدم ونقول أن الولد ليس لهما؟ وفي حالة النفي، هل يكون بلعان أم بدون لعان؟

1 - موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني ويليهِ الشرح الكبير، ج5، دار الحديث، القاهرة، 2004، ص.ص. 770-771.

2 - محمد علي الهادي زبيدة، المرجع السابق، ص.99.

3 - مالك بن أنس الأصبجي، المدونة الكبرى، تحقيق عامر الجزار وعبد الله المنشاوي، دار الحديث، القاهرة، 2005، ص.445.

قال الدكتور عدنان حسن عزايذة في هذا الشأن أن الشريعة، تهتم بالأنساب وعدم انقطاعها، وكذا ستر الناس ونشر الفضيلة بينهم للحفاظ على تماسك الأسرة وترابطها، فلذلك يحكم باتصال نسب هذا الولد بأبويه اللذين ولد لهما، ترجيحاً لقرينة "الولد للفراش"، وتكون قرينة تحليل الدم مع قرينة الفراش الظاهرة بمنزلة أضعف الدليل مع أقواه. ولهذا تعمل قرينة تحليل الدم في مجالها إذا لم يعارضها دليل قوي، فإذا عارضها حُكم بموجبه وأُغفل تحليل الدم¹.

هذا وقد أشار بعض الباحثين إلى أنه إذا عُلِمَ يَقِيناً أن الولد ليس من الزوج، فالاستناد إلى دليل الفراش لإثبات النسب إنما هو تقرير الأمر باطل قطعاً وظلم على الزوج².

أما فيما يخص مسألة نفي الولد بلعان أو بدون لعان فيرى الدكتور محمد علي الهادي زبيدة أن الشريعة الإسلامية أشارت إلى أن هناك حالات ينتفي فيها الولد من غير اللعان، إذا كان من ينسب إليه الولد لا تتصور نسبته إليه كالصبي. وعللوا ذلك بأن اللعان يمين واليمين إنما وضعت لتحقيق ما يحتمل الوقوع وعدمه، وفي مثل هذه الحالة، أي حالة نفي النسب عن طريق تحليل الدم لا يحتمل، كون الولد من الزوج، فلا يحتاج نفيه باللعان. وقد جاء في حاشية الباجوري: "وإنما يحتاج أي الملاعن لنفيه، أي الولد، إن لم يكن معلوماً عند الناس أنه ليس منه، فإن كان معلوماً عندهم أنه ليس منه كالزوج الممسوخ أو الصغير فلا حاجة لنفيه، لأنه منفي عنه شرعاً، وكذلك لو طلقها في مجلس العقد"³.

1 - عدنان حسن عزايذة، المرجع السابق، ص.201.

2 - سفيان بن عمر بورقعة، المرجع السابق، ص.523.

3 - ابن محمد بن أحمد الباجوري، حاشية الباجوري، ذكره محمد علي الهادي زبيدة، المرجع السابق، ص.79؛ فاطمة الزهراء رابحي زوجة تبوب، المرجع السابق، ص.150.

وجاء في الفقه الحنبلي: "وإن أتت امرأته، أي الصبي، بولد، نظرنا، فإن كان دون عشر سنين لم يلحقه الولد، ويكون منتفيا عنه لأن العلم يحيط بأنه ليس منه، فإن الله عزوجل لم يجر العادة لأن يولد لمثله، فينتفي عنه، كما لو أتت به المرأة دون ستة أشهر منذ تزوجها¹. وإذا كان فقهاء الشريعة الإسلامية لم ينسبوا الولد للصبي، واعتبروا ذلك قرينة قاطعة على نفي الولد عن الزوج بدون لعان، فيرى الدكتور محمد علي الهادي زبيدة أن هذا ينطبق على فحص فصائل الدم في حالة النفي، الذي لا يمكن معه إثبات النسب، فإنه يحصل النفي بدون لعان².

فمسألة نفي النسب في بعض الحالات لا تحتاج إلى لعان ولا إلى تحاليل الدم، مثل حالة الانتساب إلى صبي أو زوج عقيم، فالنفي هنا قطعي لا يحتاج إلى دليل. أما بخصوص موقف القضاء فبالرجوع لقانون الأسرة الجزائري لم يأتي بنص صريح عن فحص فصائل الدم في قضايا النسب، بل ترك المجال مفتوحا بذكره في المادة 02/40: "...بالطرق العلمية الحديثة..."، فالمرجع الجزائري ترك المجال للقضاء ليبدلي برأيه من خلال الاجتهاد القضائي.

فصدر عن المحكمة العليا في الجزائر قرار بتاريخ 15/09/1999م قضت فيه بنقض و إبطال قرار مجلس قضاء وهران الصادر بتاريخ 05/10/1998م المؤيد لحكم محكمة قديل الصادر بتاريخ 18/01/1998م بشأن إثبات نسب توأمين³ الذي أمر قبل الفصل في الموضوع، بإجراء خبرة لتحليل دم الأطراف والتوأمين وإجراء المقارنة، واعتبرت أن قضاة الموضوع قد تجاوزوا بذلك سلطتهم عندما قضاوا بإجراء خبرة طبية لأنهم بذلك انتقلوا من سلطة الفصل في القضايا إلى سلطة التشريع، وهذا خرق لنص المادة 40 من قانون الأسرة التي حصرت طرق إثبات النسب بالزواج الصحيح، والإقرار، والبينة، ونكاح الشبهة.

1 - جبر محمود الفضيلات، أحكام اللعان، سلسلة بحوث فقهية مقارنة، شركة الشهاب للنشر والتوزيع، الجزائر، د. س. ن، ص.64.

2 - محمد علي الهادي زبيدة، المرجع السابق، ص.97.

3 - انظر، م.ع.، غ. ش.أ، 15/06/1999، ملف رقم 222674، م.ق، سنة 1999، عدد 01، ص.126.

فالمستخلص من قرار المحكمة العليا المذكور أعلاه أن القضاء الجزائري، قبل تعديل قانون الأسرة سنة 2005م، لم يكن يأخذ بالخبرة العلمية كدليل لإثبات النسب وفضل متمسكا بالطرق المقررة في أحكام الشريعة الإسلامية، مما جعل الباحثين و شُراح القانون ينظرون له بنظرة إنتقادية بناءة، من بينهم الدكتور تشوار جيلالي الذي يرى "أن قضاة المحكمة العليا قد تعسفوا في تفسير القاعدة القانونية المنظمة للنسب عندما اعتبروا تحليل الدم في مجال النسب ليس وسيلة شرعية مفضية إلى تحديد النسب، في حين يفهم من عموم عبارة بالطرق المشروعة التي جاءت بها المادة 41 من قانون الأسرة أن المشرع الجزائري لم يعترض على هذه الوسائل الحديثة في مجال النسب التي يمكن للقاضي من خلالها إبراز الحقيقة"¹.

غير أن المشرع الجزائري واكب تلك التطورات الحديثة، في تعديل قانون الأسرة الصادر بمقتضى الأمر رقم 09-2005، الذي نتج عنه استحداث طرق ووسائل علمية حديثة لإثبات النسب². و مع ذلك، صار مقيدا أكثر من السابق للالتزام بتلك الأحكام.

فقد جاءت قرارات المحكمة العليا رافضة لأي خبرة علمية بشأن إثبات النسب ونفيه. إذ لم يتم اعتماد نظام تحليل الدم والبصمة الوراثية في هذا الشأن، ولمدة طويلة، وذلك لغياب نص صريح يتيح ذلك. فالمحكمة العليا تأخذ فقط باللعان في قضايا نفي النسب³.

خلافا للمشرع الجزائري عرفت الأحكام القضائية تطورا ملحوظا في فرنسا بخصوص الحجية القانونية لفحص الدم في الإثبات أو نفي النسب، ومدى سلطة القاضي في قبول طلب هذا الفحص أو عدم الاستجابة له⁴.

1 - جيلالي تشوار، القضاء مصدر تفسيري تعسفي للقاعدة القانونية المنظمة للنسب، م.ج.ع.ق. إ.س.، كلية الحقوق جامعة الجزائر، ج 4، 2003، عدد 01، ص.19.

2 - المادة 40 (الأمر رقم 05-09 المؤرخ في 04 مايو سنة 2005): يثبت النسب بالزواج الصحيح أو الإقرار... ويجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية للإثبات النسب".

3 - قرار م.ع، غ.ش.أ، 2018/10/03، ملف رقم 1221131، غ.م تضمن مبدأ " إذا ثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بحكم قضائي فإنه لا يقبل النفي بالوسائل العلمية".

4 - Cf. A.PASCAL et M. TRAPERO, Vérité biologique et filiation dans la jurisprudence récente de la cour de cassation, Rapport annuel de la cour de cassation, 2004, p.101.

فاتجهت قرارات المحاكم في بداية الأمر إلى أن الأخذ بالنتيجة المستخلصة من فحص الدم تعد قرينة بسيطة، للقاضي سلطة تقديرية واسعة في الأخذ بها أو تركها جانبا، وبالتالي فإن من حق الخصم الآخر أن يطلب من المحكمة رفض طلب فحص الدم. فكانت هناك قضية طلبت فيها الأم إجراء فحص الدم لإثبات النسب، لكن الطرف الآخر نفى نسب الطفل ورفض طلب إجراء هذا الفحص. وعليه قضت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 28/03/2000م¹ باعتبار الخبرة البيولوجية في إثبات النسب حق إلا في حالات محددة استنادا على المادتين 12/311، 339 من القانون المدني الفرنسي والمادة 146 من قانون الإجراءات المدنية على أنه:

« L'expertise biologique est de droit en matière de filiation, sauf ; S'il existe un motif légitime de ne pas y procéder ».

غير أنه سرعان ما أصبح القضاء الفرنسي يسلك اتجاها آخر، فأصبح طلب فحص الدم أمر ملزما للقاضي، وفي أية مرحلة كانت عليها الدعوى، وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 13/01/1959م الذي أقر حلا يتضمن إعطاء فحص الدم قيمة تامة في الإثبات، فأصبح من غير الجائز للقاضي أن يرفض طلب فحص الدم بحجة أن العلم لا يمكننا من التوصل إلى نتائج مؤكدة في هذا المجال، غير أن له سلطة تقديرية في عدم اللجوء إليه، إذا اتضح له بأن هذا الفحص عديم الجدوى، والغرض منه المماثلة للفصل في الدعوى، غير أن المحكمة ملزمة بتسبب قرارها برفض طلب فحص الدم². كما قضت في قرار آخر لها صادر في 17/03/2010م، بإجراء فحص الدم لإثبات النسب، بعدما أقر الأب بنسب الطفل عند ولادته ثم قام بنفيه³.

ويشير الأستاذ "جورج هوليا" إلى أن الأخذ بفحص الدم يحقق مصلحة الخصوم، ولا يجوز لهم أن يمتنعوا عن إعطاء الدم بحجة أن ذلك يمس أجسامهم، لأن هذه الحجة غير

1 - Pourvoi n°98-12.806, Bull., I, N°103. 830.

2 - عباسي العبودي، الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات المدني، ط1، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2002، ص.ص. 24-25.

3 - C. Cass., 1ere Chambre civ., 17/03/2010, N°08-14619, Publié au Bulletin.

مقنعة، وأن تعرض الجسم في هذه الحالة للخطر يكون بسيطاً، فإذا امتنع ذو العلاقة عن إعطاء الدم، فإن للقاضي سلطة تقدير النتائج المترتبة على هذا الامتناع المتعمد¹.

هذا الاتجاه الذي استقرت عليه قرارات المحاكم الفرنسية يرجع إلى النتائج الدقيقة والحاسمة التي توصل إليها التقدم العلمي في مجال فحص الدم وكذلك إلى التعديل الذي أدخله المشرع الفرنسي على القانون الصادر في 15/07/1955م والذي أعتبر فيه فحص الدم سبباً كافياً من أسباب الدفاع التي يجوز فيها للأب المزعوم (المدعى عليه) أن يدفع به، بوصفه وسيلة لمنع قبول دعوى الإقرار بالبنوة. ومنذ صدور القانون الفرنسي بتاريخ 09/07/1970م، أصبح فحص الدم أمراً إلزامياً، وللمحكمة أن تأمر بإجرائه إذا تعلق الأمر بقضايا إثبات البنوة، وأن للمدعي عليه الحق في رفض الامتثال لمثل هذا الإجراء؛ غير أن رفضه يمكن أن تعده المحكمة قرينة في غير صالحه².

المطلب الثاني

نظام البصمة الوراثية و دوره في إثبات النسب أو نفيه

برزت منذ عدة سنوات مسألة البصمة الوراثية أو محتوى الحمض النووي كمستجدة طبية علمية، والتي تعني أن لكل إنسان بصمة خاصة به لا تتكرر، يتحصل على شطر منه عن أبيه والآخر عن أمه. وتعتبر هذه المسألة من المستجدات التي أثارت اختلاف فقهي لدى الفقهاء المعاصرين وتنازعوا بينهم في المجالات التي يستفاد منها، وهل تعتبر حجة يعتمد عليها كلياً أو جزئياً؟ فقد شاع استعمال هذه المستحدثة الطبية كدليل علمي قطعي تأخذ بها العديد من المحاكم الأوروبية للفصل في القضايا المتعلقة بنظام الأسرة، وبدأ الاعتماد عليها مؤخراً في الدول العربية والإسلامية.

فقد أحدثت البصمة الوراثية ثورة في مجال الإثبات الجنائي والانتماء الأسري أو الانتساب العائلي و أثرت إيجاباً و سلباً على النظام الأسري، لذا من الواجب، التعرف على البصمة الوراثية وما مدى حجيتها في إثبات النسب، وما هو موقف الشريعة الإسلامية، والتشريع والقضاء من إثبات النسب أو نفيه بهذه الطريقة العلمية المستحدثة؟

1 - عباس العبودي، المرجع السابق، ص. 24.

2 عباس العبودي، المرجع نفسه، ص. 25.

وسيمت التطرق إلى ماهية البصمة الوراثية و مكانتها بين أدلة الإثبات التقليدية في مسائل النسب (الفرع الأول)، ثم موقف الشريعة الإسلامية، والتشريع والقضاء منها (الفرع الثاني).

الفرع الأول

ماهية البصمة الوراثية و مكانتها بين الأدلة التقليدية في إثبات أو نفي النسب

تحليل البصمة الوراثية من المستجدات الطبية، إذ تعود تسميتها إلى سنة 1985م، حينما توصل العالم الإنجليزي "أليك جيفري"، ومعهم العالمان "جان بروكفيلد" و "راي وايت"، إلى أن هناك تتابعات تتكرر بطريقة محددة ومنظمة داخل أجزاء من القواعد النيكلوتيدية في الحمض النووي (ADN)، وهي شديدة التباين والاختلاف بين الأفراد في الطول والحجم والموقع، واكتشفوا أن كل شخص ينفرد بتتابعات خاصة، تمنحه هوية مميزة له عن غيره¹، وأن تكرارها بين شخصين مختلفين، في غير التوائم المتطابقة، ضرب من المستحيل. وأطلق على هذا الاكتشاف اسم "البصمة الوراثية" (L'empreinte génétique) أو الصبغة الوراثية، أما "إريك لاندر" محقق الهوية الأخير²، فسماه (ADN typing)، واقتبس هذا الاسم من بصمات الأصابع (Empreinte digitale) من خلال ما ينطبق منها على الأجسام المصقولة، علما بأن بصمات الأصابع تختلف من شخص لآخر، حتى أصابع الشخص الواحد.

كذلك دلت الاكتشافات أن النواة في خلية الإنسان، يختلف بها المحتوى الوراثي، وأن احتمال تشابه بصمتين لا يرد إلا بنسبة واحد في التريلون³.

فالبصمة لغة مشتقة من البصم، وهي كلمة عربية أصلية تعني الفارق بين الأصبعين الخنصر والبنصر⁴، وقد تولد منها معنى جديد أقره مجمع اللغة العربية، وهو أثر الختم بطرف الإصبع بعد ذهنه بمادة ذهنية⁵.

1 - فاطمة الزهراء رابحي زوجة تبوب، المرجع السابق، ص. 151.

2 - سعد الدين مسعد الهاللي، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، أعمال وبحوث الدورة السادسة عشر، المجمع الفقهي الإسلامي، مكة المكرمة، ص. 260.

3 - وهبة مصطفى الزحيلي، البصمة الوراثية...، المرجع السابق، ص. 16.

4 - ابن منظور، لسان العرب، ط2، ج12، دار صادر، بيروت، 1999، ص. 50.

5 - إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، ط1، إعداد مجمع اللغة العربية، القاهرة، 1985، ص. 60.

أما علم الوراثة يبحث في انتقال صفات الكائن من جيل لآخر، وتفسير الظواهر المتعلقة بهذا الانتقال¹.

أما المفهوم الاصطلاحي للبصمة الوراثية فقد وجدت محاولات عديدة لوضع تعريف جامع لها، منها ما صدر في مؤتمر المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية المنعقد بعنوان "الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني - رؤية إسلامية -"، بالقول أن البصمة الوراثية هي: "البنية الجينية نسبة إلى الجينات أي المورثات التفصيلية التي تدل على هوية كل شخص بعينه، وهي وسيلة لا تكاد تخطئ في التحقق من الوالدية البيولوجية والتحقق من الشخصية وإثباتها، ولا سمياً في مجال الطب الشرعي"².

وأخذ المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة³، التعريف السابق للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية وأضاف: "بأن البحوث والدراسات تفيد أن البصمة الوراثية، من الناحية العلمية، وسيلة تمتاز بالدقة لتسهيل مهمة الطب الشرعي والتحقق من الشخصية

1 - بسام محمد القواسمي، المرجع السابق، ص.63، مقتبس عن العوضي صديقة، دور البصمة الوراثية في اختيار الأبوة، المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، الكويت، 1421هـ/2000م، ص.ص.243-244.

2 - ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني، المنعقدة في الكويت في الفترة ما بين 23-25 جمادى الثانية 1419هـ الموافق ل 13-15 أكتوبر 1998م، مقتبس عن خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص.28.

3 - قرارات المجمع الفقهي الإسلامي، الدورة السادسة عشر، تقرير اللجنة العلمية عن البصمة الوراثية، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، 1422هـ/2002م، مكة المكرمة، ص. 343، مقتبس عن خليفة علي كعبي، المرجع السابق، ص.29.

ومعرفة الصفات الوراثية المميزة للشخص، ويمكن أخذها من أي خلية: من الدم¹، أو اللعاب²، أو المنى³، أو البول¹ وغيره".

1 - الدم: مصدر جيد للحصول على الحامض النووي ولكن ليس كل مكونات الدم نستخدمها للحصول على الحامض النووي (DNA)، فكريات الدم الحمراء في الحالة الناضجة لا تحتوي على نواة، ومن ثم لا يمكن الحصول على عينة من الحامض النووي منها ولذلك يتم التخلص من كل مكونات الدم وإزالتها، ثم يتم تفجير كرة الدم البيضاء والتخلص من البروتينات والكربوهيدرات والمكونات الأخرى الخلوية، ما عدا الحامض النووي (DNA)، حيث ينقى ويرسب، ويحفظ في ثلاجة على درجة حرارة عشرين درجة تحت الصفر في أنبوبة صغيرة تعرف بإندروب Ependrop tube، انظر، عبد الباسط محمد الجمل ومروان عادل عبده، موسوعة تكنولوجيا الحامض النووي في مجال الجريمة، ج1، ط1، دار العلم للجميع، القاهرة، 2006، ص.94.

2 اللعاب: يوجد اللعاب بصفة دائمة في فم الإنسان، ورغم أن الأساس في اللعاب عدم احتوائه على خلايا بشرية، إلا أن هناك نوعا من الخلايا الموجودة بالجدار الخلفي للفم بها اللعاب والبصاق، ويتوقف ذلك على حالة العينة التي قد تتواجد بها خلايا من الفم أو بسبب الإصابة البسيطة والتي لا ترى بالعين المجردة وحيث يصل مقدارها إلى واحد (01) ميكرو لتر أو ما يعادل (1 من 100000 مليلتر)، وذلك بإجراء تفاعل تضاعفي يعمل على إكثار الجزء المراد عقد المضاهاة عليه إلى بلايين المرات من خلال ما يعرف بتقنية البوليميريز، المعروفة اختصارا بال PCR ، حيث يمكن مضاعفة موقع أو حزمة واحدة من جزيء أي خلية إلى مائة (100) بليون طبق الأصل من العينة المأخوذة خلال ست ساعات. انظر، عبد الرحمان أحمد الرفاعي، البصمة الوراثية وأحكامها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة، جامعة الأزهر، 2005، ص.135.

3 - المنى: المقصود بالسائل المنوي هو الإفراز المقذوف من العضو الذكري نتيجة حدوث إثارة ما، ويحتوي هذا السائل على الحيوانات المنوية التي تمثل الأمشاج الذكرية، ولها عدد كروموزومات يساوي نصف العدد الكروموزومي الموجود في الخلية الجسمية، ولذلك فالتقاء الحيوان المنوي بالبويضة يعني عودة الزوجية الكروموزومية يتكون الحيوان المنوي من رأس تحتوي على النواة والتي يوجد بها الحامض النووي (DNA)، وفي مقدمة الرأس يوجد جسم قمي (Acrosome) يفرز إنزيمات يعرف بالهياالورواتيك، يعمل على إذابة جدار البويضة عند الإخصاب، ثم قطعة وسطى تحتوي على الميتوكوندريا، والتي تمثل مصنع الطاقة الذي يمد الحيوان المنوي بالطاقة، ثم الذيل الذي يتحرك من خلاله الحيوان المنوي. يقذف الإنسان في القذف الواحدة أثناء الممارسة الجنسية عددا من الحيوانات المنوية تتراوح بين 05 و30 مليون حيوان منوي، ولا يصل إلى البويضة إلا حيوان منوي هو أقوى الحيوانات المنوية. وعند وصول الحيوان المنوي إلى البويضة الساكنة أعلى قناة المبيض، فإنه يذيب جدار البويضة بواسطة أنزيم "الهياالورواتيك" ثم يدخل الرأس فقط للداخل حيث يحدث الإخصاب بين نواة الحيوان المنوي ونواة البويضة لتكوين الخلية الجينية الأولية أحيانا، بعد حدوث الإخصاب بواسطة حيوان منوي واحد تنقسم نواة البويضة المخصبة لنصفين متماثلين، ثم تنقسم الخلية الجينية الحاوية للنواة لتعطي خليتين، وتعتبر كل منهما صورة من الأخرى، ويطلق على هذه العملية التوائم المتماثلة، وتسلسلات الحامض النووي في التوائم المتماثلة تكاد تكون واحدة تقريبا، ومن ثم لا تصلح البصمة الوراثية في هذه الحالة للترقية بين التوائم المتماثلة. أما في الحالة الثانية، وهي بعد دخول رأس حيوان منوي وقبل أن تكون البويضة غلاف الإخصاب، يدخل رأس حيوان منوي ثان ثم تنقسم نواة البويضة إلى شقين، حيث تخصب كل نواة حيوان منوي شقا من الشقين وتتكون خليتان جينيتان، تختلف فيها تسلسلات الحامض النووي لكل من

أما في التشريع الجزائري لم يتم تعريف البصمة الوراثية، سوى ما جاء في قانون الأسرة في المادة 02/40، ، في حين كان الكثير ينتظر إدراجها في القانون 18-11 المتضمن قانون الصحة مادام أنه تطرق الباب السابع منه للأخلاقيات والأدبيات والبيو-أخلاقيات الطبية، فالاعتماد على نص المادة 02/40 من قانون الأسرة غير كاف، خاصة و أن الطرق العلمية متعددة و متشعبة، والتعريف يجب أن يكون دقيقا.

ففي ظل غياب تعريف تشريعي للبصمة الوراثية، اجتهد بعض الفقه الحديث في وضع تعريف لها، غير أنه لا يوجد تعريف متفق عليه حتى بين فقهاء القانون الفرنسيين أنفسهم². فقام بعض الفقهاء بتعريفها على أنها: "... الهوية الوراثية الأصلية الثابتة لكل إنسان التي تتعين بطريق التحليل الوراثي وتسمح بالتعرف على الأفراد بيقين شبه تام"³. كما عرفها بعض الفقه الحديث بأنها: "الصفات الوراثية التي تنتقل من الأصول إلى الفروع، والتي من شأنها تحديد شخصية كل فرد عن طريق تحليل جزء من حامض (DNA)، الذي تحتوي عليه خلايا جسده"⁴.

الخليتين لاختلاف أحد المصدرين الممثل في نواة الحيوان المنوي، ومن ثم تستخدم البصمة الوراثية في التفرقة بين التوائم غير المتماثلة عبد الباسط محمد الجمل ومروان عادل عبده، المرجع السابق، ص.110.

1 - البول: يعتبر البول من الوسائل الإخراجية التي يتخلص جسم الإنسان عن طريقه من المواد الضارة أو غير المرغوب فيها، وأكدت الأبحاث العلمية أن البول يحتوي على خلايا إيثليلية (Epithelial) التي تعتبر من المصادر الهامة للحمض النووي (DNA). وتمكن العالمان الأستراليان "رولاند فان وماكسويل جونز" سنة 1997 من عزل المادة الوراثية من على الأشياء التي تم لمسها، مثل المفاتيح والهاتف والأكواب... الخ. عبد الرحمان أحمد الرفاعي، المرجع السابق، ص.136.

2 - حسني محمود عبد الدائم، البصمة الوراثية و مدى حجيتها في الإثبات، ط1، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008، ص.ص. 92-93.

3 - Cf. Jean Christophe GALLOUX, L'empreinte génétique, La preuve parfaite, J.C.P., 1991, I., 3497, 852p.13.

4 - إبراهيم محمد أبو الوفاء، مدى حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، أبحاث مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، ج2، بتاريخ 05-07 ماي 2002م، ص.675.

فلا يوجد في القانون تعريف دقيق و واضح للبصمة الوراثية، بحيث يحددها تحديدا علميا دقيقا يشمل أجزاءها ويمنعها من الاختلاط بغيرها¹.

فالبصمة الوراثية من ناحية علوم الطب والبيولوجيا تتعلق بالتشخيصات الوراثية وبإجراء الموروثات، ومجالات استخدامها محصور في الطب الشرعي، كما هو الحال في إثبات الهوية وإثبات النسب وإثبات الجريمة. ولهذا يرى الفقيه الفرنسي "ماير": " أنه لكي نصف مصطلحا في القانون لأبد أن نبحت عن الطبيعة الخاصة به أو بجوهره، وهذا ما يسميه الفقهاء الدوليون، التعرف على المصطلحات بشمولية أكثر، والبصمة الوراثية لا تستثنى من هذه القاعدة"². وهذا ما أغفلته معظم التعريفات السابقة، حيث اهتمت بذكر بعض مجالات استخدام البصمة الوراثية وأهملت البعض الآخر، الأمر الذي جعل من تلك تعريفات ناقصة و مبهمة لعدم شملها كل مجالات استخدامها.

ولعل أحسن تعريف للبصمة الوراثية هو تعريف الدكتور عبد الرحمن أحمد الرفاعي لما عرفها بقوله: "هي البنية الجينية التفصيلية التي تدل على هوية كل فرد بعينه، وتحدد طبيعته

1 - تتميز البصمة الوراثية عن بصمات الجسم الظاهرة (بصمات الأصابع، بصمات الأقدام، بصمات الأسنان، والأذن، والشفتين، والعيون، والصوت وغيرها) بما يلي:

أولاً: الاختلاف في الوظيفة. رغم اتفاق البصمة الوراثية مع البصمات الجسمية الظاهرة في مجال تحقيق شخصية الأفراد إلا أنها تختلف عنهم في عدة وظائف هامة، وذلك كاستخدامها في مسائل إثبات النسب ونفيه، وفي مجال الهجرة والتعرف على المفقودين، وضحايا الحروب، كما أنها تستخدم في العلاج وتشخيص الأمراض الوراثية. أما البصمات غير الوراثية فليس لها دور في تلك المجالات.

ثانياً: الاختلاف في الطبيعة. إن البصمة الوراثية هي من طبيعة بيولوجية وإن بناءها يقوم على أساس وراثي يستمدده الشخص من أبويه، بينما بصمات الجسم الظاهرة ليست من تلك الطبيعة، وهذا ما أكدته الدراسات والبحوث العلمية التي أقرت أنه بعد دراسة عميقة لخمس أجيال من عائلة واحدة اتضح أنه لا أثر للوراثة في بصمات أصابع أفرادها.

ثالثاً: الاختلاف في طريقة الإثبات. تختلف كذلك البصمة الوراثية عن البصمات الجسدية الظاهرة من حيث المنهج والطريق المتبع في الإثبات، فالبصمات الجسدية تعتمد في إثبات الشخصية على دراسة الأشكال الخارجية لها ومعرفة الفروق فيما بينها، أما البصمات الوراثية فإنها تعتمد على تحليل جزء أو أكثر من الحمض النووي (DNA). أنظر، حسني محمود عبد الدائم، المرجع السابق، ص.ص. 153-154.

2 - Cf. C.MAYER, Droit international privé, Edition Montchrestien, 4 ème éd., Paris, 1991, p.151.

الصحية بالتحليل الوراثي لجزء أو أكثر من الحمض النووي (DNA) بطريقة شبه يقينية¹، ويرى بعض الدارسين لهذا المجال أن الدكتور عبد الرحمن أحمد الرفاعي قد وفق إلى حد بعيد من خلال هذا التعريف الذي جاء شاملاً كونه:

1. بين الطبيعة البيولوجية الخاصة بالبصمة الوراثية حيث يبرز وظيفتها في التمييز

بين الأفراد والتعرف عليهم،

2. بين دور البصمة الوراثية في تشخيص الحالة الصحية للأشخاص وكشفها

لأسباب المؤدية لظهور الأمراض الوراثية،

3. أشار إلى مصداقية نتائجها التي تقترب من اليقين.

كمل لا يفوتنا الذكر أن اللجنة العلمية الخاصة بدراسة البصمة الوراثية، بناء على قرار مجلس المجمع الفقهي الإسلامي في دورته الخامسة عشر، خلصت إلى ما يلي: "أن البصمة الوراثية إذا استوفت الشروط العلمية الكاملة، واجتبت الأخطاء البشرية، فإن نتائجها تكاد تكون قطعية في إثبات نسب الأولاد إلى الوالدين أو نفيهم عنهما.

كما أن الخطأ في البصمة الوراثية ليس منشؤه طبيعة البصمة وإنما الخطأ في النتائج، وهذا راجع إلى الجهد البشري أو عوامل التلوث أو غير ذلك².

أما مكونات البصمة الوراثية تبدأ من أصغر وحدة في تركيب الكائن الحي وهي الخلية. التي يحيط بها غشاء سيتوبلازمي يعطي لها شكل مميز ويحفظ المكونات الداخلية لها الدائمة الحركة، ويفصلها عن الخلايا المجاورة، ويتكفل بالتبادل مع الوسط الخارجي، وتحتوي الخلية في الداخل على سائل هلامي شفاف هو السيتوبلازم الذي تسبح فيه مئات الجزيئات العضوية التي تؤمن استمرار نشاط الخلية الحيوي، فجزئته الميتاكوندريا تضمن للخلية الطاقة، وجهاز كولجي الذي له دور في إنتاج الأغشية وتعديل الدهون، والريبوزومات تقوم بترجمة الرسائل التي يحملها، وتحولها إلى جزيئات البروتينات، وقطرات الدهون، وحوصلات الريبوزومات التي

1 - عبد الرحمن أحمد الرفاعي، المرجع السابق، ص.37.

2 - مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، 2003، عدد 16، ص.292.

تهضم مخلفات الخلية، وفجوات متعددة تحتوي على مواد التغذية اللازمة أو المواد التي تفرزها الخلية أو التي تخزنها كالدون.

كما تحتوي على النواة، وهي جزيئة صغيرة دائرية تتوسط الخلية، يخزن فيها المحتوى الوراثي على شكل كروموزومات مكونة من خيوط كيميائية طويلة مجدولة، تتألف من الحمض النووي. والنواة قادرة على حفظ هذا المخزون الوراثي، رغم الانقسام الخلوي، بفضل عملية التضاعف الذاتي للصبغيات، كما أنها المسؤولة عن تحليل (ARN) الرّسول وتوجيهه نحو السيتوبلازم التصنيع البروتينات وغيرها¹.

كانت تلك مكونات البصمة الوراثية، أما بالنسبة لخصائصها فقد أثبتت الأبحاث الطبية المستجدة، أن الصبغة الوراثية للإنسان يمكن الاعتماد عليه كدليل، كونها تتميز بخصائص تجعلها يقينية بنسب تتجاوز الأدلة الأخرى، ومن أهم هذه الخصائص:

1. النتائج الدقيقة غير القابلة للاحتمال عند مراعاة الشروط اللازمة في عمليات الخبرة، والتي تصل إلى نسبة 100% في مسألة نفي النسب، وإلى 99,99% في مسألة إثباته وهذا بالمقارنة مع طريقة تحليل زمر الدم في مسائل النسب، مما يجعلها تتزعم الأدلة العلمية الطبية المستحدثة بلا منازع².

2. تتعدد مصادر الحمض النووي، فهو في جميع خلايا الجسم البشري، ما عدا خلايا كريات الدم الحمراء لأنها ليس لها نواة، وهي ستخرج من المواد والأجزاء التالية³. الدم، المنى، جذور الشعر، اللعاب، العظم، البول، السائل الأمينوزي، خلية من البويضة المخصبة،

1 - في الخلية ومكوناتها: انظر، العريض شيخة سالم، الوراثة، ما لها وما عليها، ط1، دار الحرف العربي، 2003، ص.ص.10-11؛ انظر، قاعود حسين عبد الحى، الإنسان وخريطة الجينات، دار المعارف، القاهرة، د.س. ن.، ص.24؛ انظر، مدحت حسين خليل محمد، أسس الوراثة الفيزيولوجية، ط1، دار الكتاب الجامعي، الإمارات العربية، 2004، ص.ص.14-20؛ انظر، زبيدة إقروفة، الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص أصول الفقه، جامعة الجزائر، كلية العلوم الإسلامية، 1429/1430هـ/2008-2009م، ص.188.

2- انظر، زبيدة إقروفة، الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.189.

3 - Jean Christophe GALLOUX, op.cit., p. 108

خلية من الجنين. والكمية الكافية تقدر برأس الإبرة لمعرفة البصمة الوراثية¹، وتتميز بعدم التغير بمرور السن، فهي ثابتة ومتطابقة في جميع خلايا الجسم.

3. من خصائص الحمض النووي أيضاً أنه مقاوم يتحمل العوامل الطبيعية والجوية كالحرارة والبرودة، وعوامل التعفن، حيث يمكن معرفة البصمة الوراثية من بقع الدم الجافة التي مضى عليها وقت طويل، ويمكن معرفتها من بقايا العظام، وخصوصاً عظام الإنسان، هذا بجانب التلوث البيولوجي المرفوعة من مكان الحادث² فخصائص الحمض النووي البقاء محفوظة لمدة طويلة، في أشد الظروف الطبيعية أو البيئية المحيطة به من تلوث و تعفن.

4. تظهر بصمة الحمض النووي بشكل واضح على هيئة خطوط عريضة تختلف في السمك والمسافة بين الأفراد ويمكن تخزين تلك الصورة في الكمبيوتر³ وتحفظ في بنك مخصص لذلك يطلق عليه قاعدة حفظ البيانات الجينية، قصد الرجوع إليها للمطابقة مع بيانات جينية أخرى عند الحاجة، ويمكن تبادل تلك البيانات مع مختلف المصالح المعنية للمقارنة، إذا تعلق الأمر بتحديد هوية أشخاص سواءً متوفين أو المتابعين بجرائم و عثر على حمض نووي مجهول في مكان وقوع الجرم أو على جسد المجني عليه.

5. يتكون (DNA) الخاص بكل إنسان بنصف يرثه من والده، والنصف الآخر من

أمه⁴.

6. لكل شخص ببصمة وراثية تميزه عن الآخرين و توجد استحالة مطلقة في تطابقها مع شخص آخر، والاستثناء الوحيد هو في حالة التوائم الناتجة عن انقسام بويضة واحدة، وهذا ما يجعل البصمة الوراثية كحجية نفي أو إثبات قوية لا تقبل الشك⁵.

1 - نجم عبد الله عبد الواحد، البصمة الوراثية وتأثيرها على النسب، الدورة السادسة عشر، المجمع الفقهي الإسلامي، مكة المكرمة، 2002، ص.231.

2 - عبد الرحمان أحمد الرفاعي، المرجع السابق، ص.111.

3 - المعاينة منصور عمر، الأدلة الجنائية والتحقيق الجنائي، د.د.ن.، عمان، 2000، ص.81؛ انظر، ناصر عبد الله الميمان، البصمة الوراثية وحكم استخدامها في مجال الطب الشرعي والنسب، مجلة الشريعة والقانون، عدد 18، 2003، ص. 182.

4 - سفيان بن عمر بورقعة، المرجع السابق، ص.327.

5 - حسني محمود عبد الدائم، المرجع السابق، ص.97.

فهامش الخطأ في الكشف عن البصمة الوراثية منعدم في حالات إثبات أو نفي النسب، وهذا ما خلصت إليه بعض الدراسات التي جعلت من إمكانية الخطأ أمراً غير وارد. فقد قام بعض العلماء المختصين في إنجلترا المهتمين بهذا الجانب من المستجدات الطبية، حساب احتمال تشابه شخصين لا تجمعهما صلة القرابة، فوجدوا أن الاحتمال يكاد يكون العدم، وهو نفس الحال بين الإخوة، وهذا ما يؤكد علمياً أن اشتراك شخصين فأكثر في نفس البصمة الوراثية تقدر باحتمال واحد في المليون. ويقول آخر: إن نسبة التشابه تكاد تبلغ فرصة واحدة لكل 30 مليار من الحالات¹.

وبالتالي فدور البصمة الوراثية كمستجد علمي طبي دقيق يؤثر على نظام الأسرة في مجال النسب إما إثباتاً أو نفيًا.

7. الاعتماد على تحاليل البصمة الوراثية في الطب الشرعي المكلف قضائياً لإثبات جرائم الزنا والاعتداء وهتك العرض²، ويصنفها الأطباء الشرعيون كوسيلة علمية تعطي نتائج دقيقة جداً، كون أنه تعريف الشخص حتى بعد وفاته عن طريق إجراء تحاليل على بصمته الوراثية.

وبالتالي فاعتماد نظام الأسرة على البصمة الوراثية يظهر في مجال النسب في الحالات التالية:

- النزاع حول نسب طفل مجهول بسبب انعدام الأدلة أو بسبب وطء بشبهة.
- التفارقة بين المواليد في مصحات التوليد ومراكز إسعاف الطفولة.

1 - عمر بن محمد السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعية استخدامها في النسب والجنائية، الدورة السادسة عشر، المجمع الفقهي الإسلامي، مكة المكرمة، 2002، ص.ص. 12-13.

2 - ومن أشهر القضايا التي استعملت فيها هذه التقنية فضيحة بيل كلنتون الرئيس الأمريكي في قضيته المشهورة مع ليونيسكي، فإنه لم يعترف ويعتذر للجمهور الأمريكي إلا بعد أن أظهرت الأدلة الجنائية وجود بصمته الوراثية المأخوذة من المنى الموجود على فستان ليونيسكي. عبد الرشيد محمد أمين بن قاسم، مجلة العدل، وزارة العدل، المملكة العربية السعودية، عدد 33، رجب 1325هـ، ص. 56.

■ في حالة ضياع أو اختلاط أو اشتباه في المواليد بسبب الحوادث والحروب، خصوصاً في حالات الجثث المشوهة.

■ الأخذ بالبصمة الوراثية انعدام الدليل في حالة إدعاء شخصين فأكثر أبوة الطفل.

و الجدير بالقول، أن اللجوء لتقنية تحاليل الشفرة الوراثية في مجال النسب سوءاً للإثبات أو النفي، لا يعترىها أي شك في النتائج اليقينية المستخلصة منها، غير أن تلك النتائج اليقينية و الاعتماد عليها كدليل مؤثر على نظام الأسرة خاصة مسائل النسب، يتعين معه الحال مراعاة شروط علمية و ضوابط.

إن اللجوء لهذه التقنية العلمية لا يتنافى مع الشريعة الإسلامية لما فيها من إحقاق للحق وإقامة للعدل، غير أنه من أجل الأخذ بها كدليل إثبات شرعي و قانوني لا بد من مراعاة شروط تتمثل في:

1. أن يقتصر اللجوء لتحاليل البصمة الوراثية على طلب العدالة، وفي مختبرات خاضعة لرقابة الدولة، لمنع النزعات الشخصية، التالي تؤثر في نظام الأسرة فيما يخص النسب عن طريق التلاعب بالنتائج المتوصل إليها.

2. تزويد المختبرات المتخصصة في مجال البصمة الوراثية بالتجهيزات الحديثة ذات المواصفات العالمية و الجودة الفعالة، و لضمان نتائج سليمة و متطابقة لا بد من منع جميع ما من شأنه أن يلوث المختبرات.

3. أن يكون الخبراء والفنيين القائمين على تلك المختبرات ممن يتصفون بالأمانة وحسن الخلق و الإتيان في العمل، وكل ما تتطلبه الشريعة الإسلامية لجلب المنافع ودرء المفسد، وألا يكون لأي منهم صلة أو قرابة أو عداوة أو منفعة أو على علاقة بالأطراف المعنية بنتائج تحليل البصمة الوراثية، أو من الأشخاص المحكوم عليه لارتكابهم جرائم مخلة بالشرف أو الأمانة، حسب توصيات مجمع الفقه الإسلامي في دورته السادسة عشر.

4. أن يكون العاملون على البصمة الوراثية من أصحاب الخبرة العالية والمستوى الرفيع، وممن يشهد لهم بالتقدم العلمي والتقني، حتى لا يؤدي عدم توفر ذلك إلى تدهور النتائج الفتية، وبالتالي ضياع الحقوق من أصحابها.

5. إنشاء لجنة خاصة بالبصمة الوراثية في جميع الدول، تتكون من الأخصائيين في المجال من أطباء شرعيين و باحثين في هذا المجال، مهمتها الإشراف والمصادقة على النتائج المتوصل إليها من تحاليل البصمة الوراثية.

6. الحرص الشديد على سلامة العينات، في كل عملية تحليل للبصمة الوراثية انطلاقاً من أخذها إلى غاية ظهور النتائج و المصادقة عليها و حفظها، عن طريق توثيق كل تلك المراحل.

7. تعدد الخبراء العاملين في مجال البصمة الوراثية في المختبر الواحد، وهذا باقتراح من العلماء و فقهاء الشريعة الإسلامية الذين انقسموا لعدة آراء:

■ قياساً على الشهادة، هناك من رأى بضرورة أن يكون الخبراء العاملين في مجال البصمة الوراثية أكثر من خبير.

■ قياساً على القيافة، منهم من قال الخبير الواحد فقط و استدلوا بقول الفقهاء القدامى الذين أجازوا الاعتماد على قول القائف المسلم العدل، فمن باب أولى أن يكون العمل بالبصمة الوراثية بخبير واحد فقط لأنها أوثق من القيافة، فأين هي معرفة القيافة أمام دقة ما يصل إليه التحليل الجيني¹.

غير أن السواد الأعظم من الفقهاء ترك المسألة للسلطة التقديرية للقاضي، ورأيهم سليم في ذلك، كون أن القاضي صاحب الكلمة الأخيرة للفصل في الدعوى أما الخبير المختص في مجال البصمة الوراثية ينجز خبرته بناءً على المهام الموكلة إليه من طرف المحكمة و لا يحق له إبداء الرأي في القضية إلا في حدود ما أوكل إليه من مهام، فإذا كانت النتائج المقدمة للمحكمة فيها ما لا يريبها تبنتها المحكمة. وإذا ما ظهر ما يريب و يبعث الشك في النتائج، فنكون أمام استبعاد تلك الخبرة و ندب خبير آخر يعيد العمل على البصمة الوراثية مرة أخرى، وهذا ما جاءت به إحدى توصيات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية في ندوتها الحادية عشر التي عقدت في دولة الكويت يومي 28/29 محرم 1421هـ الموافق لـ 03/04 ماي 2000م.

1 - عبد الهادي الحسين، استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب (نظرة شرعية)، المجلة العربية للدراسة الأمنية، 2006، عدد 35، ص. 34.

أمام بخصوص الضوابط الشرعية للأخذ بتحاليل البصمة الوراثية و الاعتماد عليها في مسائل الأسرة خصوصاً مسألة النسب فقد تضمنت توصيات مجلس المجمع الفقهي الإسلامي في دورته السادسة عشر، المنعقدة بمكة المكرمة سنة 2002م ضوابط شرعية لا بد من التحلي بها عند إجراء تحاليل البصمة الوراثية، أهمها¹:

1. ألا تخالف نتائج البصمة الوراثية صدق النصوص الشرعية الثابتة من الكتاب والسنة، حتى لا يؤدي ذلك إلى إهمال النصوص الشرعية المقطوع بصحتها، ومن ثمة لا يجوز استخدامها بقصد التأكد من صحة الأنساب الثابتة شرعاً وزعزعة الثقة بين الزوجين، ويجب على الجهات المختصة منعه وفرض العقوبات الزاجرة لأن في ذلك المنع حماية لأعراض الناس وصوناً لأنسابهم.

2. أن تستعمل التحاليل الفنية للبصمة الوراثية في الحالات التي يجوز فيها التأكد من إثبات النسب لعدم ضياعه والمحافظة عليه، كلما دعت الضرورة إلى ذلك، وتتمثل هذه الحالات في:

(أ) حالات التنازع على مجهول السب بمختلف صور التنازع التي ذكرها الفقهاء، سواء كان التنازع على مجهول السب بسبب انتقاء الأدلة أو تساويها أم كان بسبب الاشتراك في وطء الشبهة ونحوه.

(ب) حالات الاشتباه في المواليد في المستشفيات ومراكز رعاية الطفولة ونحوها، وكذا الاشتباه في أطفال الأنابيب.

(ج) حالات ضياع الأطفال واختلاطهم بسبب الحوادث أو الكوارث أو الحروب، وتعذر معرفة أهلهم أو وجود جنث لم يمكن التعرف على هويتها أو بقصد التحقق من هوية أسرى الحروب والمفقودين².

3. لا بد أن تتطابق النتائج المتحصل عليها من تحاليل البصمة الوراثية مع ما يتقبله العقل والمنطق والحسن والواقع، فمن غير الممكن أن تثبت البصمة الوراثية نسب من لا يولد

1 - توصيات مجلس المجمع الفقهي الإسلامي، في دورته السادسة عشر، المنعقدة بمكة المكرمة، 2002؛ عمر بن محمد السبيل، المرجع السابق، ص.10 وما يليها.

2 - من قرارات مجمع الفقه الإسلامي في دورته السادسة عشر.

لمثله لصغر سنه أو لكونه جهازه التناسلي مبتور كله أو جزء منه، إذ من لا يولد لمثله لا يمكنه الإنجاب، وبالتالي حجية البصمة الوراثية قد مسها التلاعب وخالفت العقل والواقع.

4. منع التلاعب بالجينات البشرية سواءً كان في القطاع الخاص أو العام بفرض عقوبة ردعية حفاظاً على نظام الأسرة.

و نشير أنه لا وجود لاختلاف فقهاء الشريعة الإسلامية حول جواز اللجوء لتقنية تحاليل البصمة الوراثية في مجال النسب متى توفرت الضوابط والشروط السابقة.

غير أنه ثار خلاف فقهي بشأن جواز إلحاق نسب ولد الزنا من المرأة غير المتزوجة إلى الزاني، فقال عدد من علماء الأزهر بجواز ذلك كونه يساعد في تقليل جرائم الفاحشة، غير أن الدكتور علي جمعة - مفتي مصر للفترة 2003-2013 - قال بعدم جواز الاستعانة بتحليل البصمة الوراثية لإثبات نسب ولد الزنا. و ساندته في ذلك الرأي الدكتور يوسف القرضاوي، بقوله: "إن علماء الفقه الإسلامي اتفقوا على إثبات النسب للأُم بالميلاد، أما الأب فلا بد أن يتم ذلك عن طريق الوسائل الشرعية، واعتبار إثبات ولد الزنا، من خلال الاستعانة بتحليل البصمة الوراثية، مردوداً عليه لأنه فعل مجرم"¹.

و بناءً على ما تقدم يتحتم علينا معرفة مكانة البصمة الوراثية بين الأدلة الشرعية في مسائل إثبات و نفي النسب.

(أ) مكانة البصمة الوراثية من الفراش.

العلاقة الزوجية الشرعية أهم طريقة في إثبات النسب الشرعي، وأقواها بالضوابط والشروط التي أوردها الفقهاء، والعلاقة الشرعية بين الزوجين تؤكد المعاشرة الجنسية بين الرجل وزوجته، ولو لم يوقعها، غير أنه فليس كل مولود نتج عن الفراش ينسب لصاحب الفراش وجوباً، فبعض الحالات يتحقق فراش الزوجية بضوابطه، وعلى الرغم من ذلك لا يتحقق أثره بإلحاق النسب إلى صاحب الفراش، ويكون ذلك عند تعارض الحقيقة المنطقية الجلية مع ظاهرة الحقيقة الشرعية بأن يطرأ مانع عقلي وحسي يُصادم الحقيقة الشرعية، فلا يحتاج الزوج حينئذ لدفع هذا الحمل الغريب عن صلبه إلاّ الملاءمة، بل الحقيقة الظاهرة تعد برهاناً قاطعاً، كافية

بذاتها على إسقاط النسب والتبرؤ من الحمل، وأمثلة ذلك الحالات التي ساقها الفقهاء في مدوناتهم وجعلوها استثناء من القاعدة العامة "الولد للفراش" منها¹:

- الحمل الذي تضعه زوجة الصغير الذي لا يتصور الحمل من مثله لعدم البلوغ.
- الزوج المصاب بعاهة خلقية كالخصاء، ويلحق به كل مرض يعجز عن النسل قطعاً.

- المولود الذي يوضع لأقل من ستة أشهر من الدخول بالزوجة.
- الغائب عن أهله مدة يستحيل أن يكون قد اجتمع بهم كإقامته في بلد نائي، أو كونه محبوساً أو أسيراً، ولو في موطنه.

فلو عرضت الحالات المذكورة أعلاه على أهل الاختصاص من أطباء الولادة ومعالجة العقم سيؤكدون عدم قدرة أن يولد لمثل هؤلاء، وأن الحمل الذي يوضع لأقل من ستة أشهر لا يمكنه العيش، فالعلوم الطبية باكتشافاتها الحديثة في هذا الشأن قطعت أشواطاً معتبرة، بتوفر الأجهزة التي تصور أحشاء الإنسان، وتعدد طرق التحاليل الطبية، وتحديد عدد أسابيع الجنين، ومعرفة مصدر الأمراض، ومنها العقم.

فقد حدد فقهاء الشريعة الحالات التي يجوز فيها اللجوء للبصمة الوراثية أثناء قيام الفراش، وذلك في حالة التنازع في إثبات النسب، وفي هذا الشأن يقول الدكتور نصر فريد واصل: "وعلى ذلك فإن أدلة ثبوت النسب من الفراش والبينة والشهادة والإقرار، إذا وجدت كلها أو بعضها، فإنها تقدم على البصمة الوراثية"².

وكذلك الحال عند الاشتباه في نسب الحمل إلى صاحب الفراش في ظل علاقة زوجية قائمة، سواء كانت صحيحة أو فاسدة، وذلك لتعيين الأب الحقيقي للمولود بدلاً من الاعتماد فقط على الزوجية، نذكر منها:

- تعرض المرأة المحصنة للاغتصاب فتحمل ولا يعلم إن كان حملها من الزوج أو من المغتصب، خاصة إذا كان زوجها قد جامعها في نفس فترة الاغتصاب.

1 - زبيدة إقروفة، الاكتشافات الطبية، المرجع السابق، ص. 256.

2 - نصر فريد واصل، البصمة الوراثية، المرجع السابق، ص. 26.

- دخول الرجل على أجنبية معتقداً أنها حليلته.
- خضوع الزوجة لعملية التلقيح الاصطناعي ويقع خطأ بأن تلقح بخلايا رجل أجنبي، أو تخصب خلايا زوجها مع بويضة امرأة أجنبية، وتغرس في رحمها.
- وقوع خلط في مستشفيات التوليد بين الأطفال الحديثي الولادة، أو في حالة الحرب والكوارث، أو في حالة أطفال الأنابيب، واشتبه الأمر، فيمكن أن تستخدم البصمة الوراثية لمعرفة نسب كل طفل من والده الحقيقي.
- أن يلحق شخص نسب طفل لقيط له، ويظهر بعد ذلك أهل الطفل ومعهم الأدلة أو يدعي ولد نسبه لرجل فقد ابنه منذ مدة طمعا في المال، أو بالعكس، يدعي رجل أبوته لولد غني ليس له أب.
- الشك في المدة المعتبرة شرعا، هل توافرت أقل مدة الحمل، وهي ستة أشهر أو أكثر ولم يستطع الجزم، وبالتالي فإن له اللجوء إلى البصمة الوراثية بأن تؤخذ عينة دم من الجنين ويتم مطابقتها مع الصفات الوراثية بالنسبة للأم والأب¹.
- كما أن لتحاليل البصمة الوراثية دور هام في حسم النزاع الدائر بين الزوج والزوجة إذا ادعت المرأة أن الولد على فراش وكان زوجها قد سافر وحضر بعد زمن طويل فوجدها ولدت، وأنكر هذا الولد.
- غير أن هناك اتجاها من الفقهاء يرى أن البصمة الوراثية لا يجوز استعمالها في فراش الزوجية، ويقول الشوكاني في هذا الصدد في كتابه السيل الجرار: "متى كان الفراش ثابتا شرعا، كان الولد لاحقا قطعا"².
- غير أنه، و بالنظر لقاعدة "إحياء الولد وعدم تضييعه"، فإن النسب يلحق بالفراش، صحيحا أو فاسدا أو وطء شبهة، ولا داعي لإدخال البصمة الوراثية فيه إلا عند الضرورة القصوى لأن ذلك يزعزع الثقة بين الزوجين و يهدم نظام الأسرة.

1 - وهبة مصطفى الزحيلي، البصمة الوراثية...، المرجع السابق، ص.06.

2 - انظر، محمد الشوكاني، السيل الجرار، دار ابن حزم، الأوسط، 1425هـ، ص.26، مقتبس عن خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص.148.

و حتى المشرع الجزائري لم يوضح الطرق المشروعة لنفي النسب ما عدى ما نص عليه بموجب المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري التي تحيلنا للشريعة الإسلامية التي تعترف بطريقة وحيدة لنفي النسب وهي اللعان، والذي هو أقوى من الفراش¹.

ب) مكانة البصمة الوراثية من البينة.

قال معظم فقهاء الشريعة الإسلامية أن الشهادة (البينة) تقدم على البصمة الوراثية عند التعارض، واستندوا للأسباب الآتية:

ثبوت الشهادة في القرآن والسنة والإجماع بحجتها والعمل عليها في قوله جل جلاله: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكَّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى﴾².

وبالتالي، لا يجوز تعطيل نص شرعي صحيح بسبب دليل علمي مستحدث قد يكون عرضة للخطأ. فكما أن الشهادة قد تكون مهزوزة في حالات شهادة الزور، فإن تقارير البصمة الوراثية قد تكون مزورة أيضا إذا كانت لمصالح شخصية لأنها شهادة من غير يمين، بخلاف الشهادة الشرعية التي تقام بعد القسم على القرآن الكريم.

وفي الأخير ترجع السلطة التقديرية للقاضي، فقد يستنبط من البصمة الوراثية قرينة تظمن لها قناعته وتدعم الشهادة، كما قد تكون عكس ذلك، ومن جهة أخرى فقد وضح بعض العلماء المعاصرين بعض الحالات التي تدخل فيها البصمة الوراثية مع الشهادة، وهي:

الحالة الأولى: تنازع شخصين على نسب اللقيط. ولكل واحد منهما بينة تعارض بينة الآخر، أو حالة الملحقين للولد الذين لا بينة لهم، فكلما الفصل في هذه الحالة هي تحاليل البصمة الوراثية. فعند التعارض في البيّنات ولم يمكن الترجيح بينهما تستخدم القيافة كدليل ترجيح، وتبقى تحاليل البصمة الوراثية كمستجد طبي علمي لا يتعارض مع ما أقرته الشريعة الإسلامية متى استخدمت بشكل سليم، فيما يخدم مصالح البشرية.

1 ابن القيم الجوزية، المرجع السابق، ص.164.

2 - سورة البقرة، الآية 282.

الحالة الثانية: ادعاء شخص لديه بينة "شهود"، نسب مولود عند شخص آخر قد نسب إليه بلا بينة. في هذا الصدد يقول الدكتور محمد رأفت عثمان: "إذا تعارضت شهادة الشهود مع ما أسفرت عنه الاختبارات الوراثية، كما لو كان هناك تنازع بين اثنين على طفل، كل منهما يدعي أنه ابنه وشهد شاهدان أو أكثر بأن هذا الطفل ابن لأحد المتنازعين، ولكن البصمة الوراثية أثبتت أنه ليس ابنه وإنما هو ابن الآخر، أو ليس ابنا لأي منهما، فهل نعمل بما أفصحت عنه البصمة الوراثية ونرد شهادة الشهود، أو يجب الأخذ بما شهدوا به ونرد ما أفادته البصمة الوراثية؟ أرى أنه يجب الأخذ حينئذ بما أفادته البصمة الوراثية بعد الاحتياط الشديد في إجراء الاختبار الوراثي"¹.

وعليه إذا ما تعارضت نتائج تحاليل البصمة الوراثية مع البينة، فإنه يجب الحكم بناءً على نتائجها القطعية اليقينية، ذلك أن الميزة الجينية للشخص لا تتغير من الولادة إلى الوفاة، بدلا من بنائه على أقوال الشهود الذين يشهدون بما يعلمون، وقد يكون علمهم بالشيء غير صحيح، فهي بذلك أقوى من الشهود العدول، لأنها تؤدي نفس الغرض وإثبات صدق المدعي أو كذبه بصورة أوثق من الشهود².

فاحتمالات الخطأ في نتائج تحاليل البصمة الوراثية ضئيل جدا، يكاد يكون منعدم الوقوع، نظرا للظروف المخبرية المشددة عند أخذ العينات قصد تحليلها لمقارنتها، ونظرا أيضا للضوابط التي يفرضها القائلون بحجيتها على من يمارس هذه المهنة وعلى المخابر التي تتم فيها الخبرة.

فيقتصر دور الخبير على سحب العينات وإخضاعها لسلسلة من العمليات الكيميائية، ولا يكون للبشر فيها إلا دور المراقبة، وحتى قراءة النتائج التي كانت تتم على يد الخبير أضحت الآن تقرأ تلقائيا بواسطة نظام آلي معد خصيصا لذلك، ويمكن للقاضي أن يأمر بإعادة تحاليل الخبرة مرة أخرى إذا انتابه شك في الخبرة الأولى، فعملية الخبرة و تحليل العينات،

1 - محمد رأفت عثمان، إثبات أو نفي النسب بالبصمة الوراثية، ج1، منشور في كتاب: قضايا فقهية معاصرة، تأليف لجنة من الأساتذة، جامعة الأزهر، القاهرة، دس. ن.، ص.128.

2 - الجندي إبراهيم صادق والحسيني حسين حسن، الفحص الجيني ودوره في قضايا التنازع على النسب وتحديد الجنس، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية، ج2، جامعة الإمارات، 2002، ص.644.

أصبحت ممكنة بعد أن استطاع العلماء مضاعفة جُزَيء صغير من الحمض النووي وحفظه وتخزينه للاستعمال مرة أخرى¹.

ويمكن الاستعانة بالبصمة في حالة الشاهد الواحد، سواء كان رجلاً أو امرأة، لإثبات صحة انتساب طفل إلى رجل معين أو امرأة معينة، أو نفيه عنهما، خروجاً من الخلاف الفقهي بين من يشترط شاهداً واحداً ومن يشترط شاهدين أو أكثر كبينة لإثبات النسب².

ج) مكانة البصمة الوراثية من الإقرار.

المقرر شرعاً اعتبار الإقرار أحد الطرق الشرعية لإثبات النسب بالإجماع³، وقد أجمع العلماء على تقديم الإقرار على البصمة الوراثية وذلك بتوافر الشروط المعتمدة شرعاً وبذلك فإن البصمة الوراثية لا مجال لها في بعض الحالات المتعلقة بإثبات النسب بالإقرار.

الحالة الأولى: إقرار رجل بنسب مجهول مع توفر شروط الإقرار، فإنه يلحق به بالإجماع، و هنا لا يجوز الاحتكام إلى البصمة الوراثية إذا أقر الشخص. غير أن هناك من يجيز اللجوء لتحاليل البصمة الوراثية في حالة تكذيب الولد للوالد، كون أن النسب من الحقوق اللصيقة بالولد، فهنا على الذي يدعي الأبوة أن يثبته بأي دليل كان صحة إقراره، و لا يمكنه ذلك إلا باللجوء إلى تحاليل البصمة الوراثية في ظل غياب أي دليل آخر، بشرط رضا المقرر له بالنسب بإجراء تحاليل البصمة الوراثية⁴.

الحالة الثانية: إقرار بعض الإخوة بالنسب لا يكون حجة على باقي الإخوة ولا يثبت به نسب، وتقتصر آثاره على المقرر في حدود نصيبه من الإرث⁵، لأن من الشروط المعتمدة

1 - المرجان إبراهيم حسين، الوسائل الحديثة للتعرف على الشخصية وحجيتها في الشريعة الإسلامية وتطبيقاتها بالمملكة العربية السعودية، مذكرة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، 2004، ص.167.

2 - الجندي إبراهيم صادق و الحصري حسين حسن، المرجع السابق، ص.643.

3 - ابن القيم الجوزية، المرجع السابق، ص.158.

4 - وهبة مصطفى الزحيلي، البصمة الوراثية...، المرجع السابق، ص.15.

5 - عمر عبد الله، أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية، دار المعارف، القاهرة، مصر، ط4، 1963، ص.ص.103-104.

للإقرار المحمول على الغير هو اتفاق جميع الورثة على الإقرار بالنسب، وفي حالة عدم تحقق ذلك فلا مجال للبصمة الوراثية في هذه الحالة.

فقهاء الشريعة السابقين أخذوا بالطرق المعروفة آنذاك في تحديد النسب في حالة التعارض ولم يمكن من الممكن الأخذ و الجزم بإحدهما على الأخرى، لدرء الشبهات وللحفاظ على حقوق أصحابها. فلكل عصر طريقته الخاصة للتحقق من نسب المولود المتنازع عليه، بشرط أن تكون الطرق الحديثة موافقة لأصول الشريعة الإسلامية وتخدم مصالح كل الناس، ومنه فمن باب أولى اللجوء إلى تحاليل البصمة الوراثية و اعتماد نتائجها كدليل مادي لكشف النسب.

د) مكانة البصمة الوراثية من الدليل الشرعي لنفي النسب "اللعان".

يعتبر اللعان حكم شرعي من القرآن والسنة النبوية الشريفة لدرء حد القذف عن الزوج إذا قذف زوجته دون بينة، ويعتبر حماية لعرض الزوجة ودفعاً لحد الزنا عنها فيفرق بين الزوجان وينسب الولد إلى أمه، ويعتبر سترًا للمرأة فلا يعرف إن كانت هي الكاذبة أم أن زوجها هو الكاذب، ولا يعرف إن كان الولد ابنه حقيقة أم لا؟، غير أنه بعد ظهور تحاليل البصمة الوراثية أصبح ممكناً معها تحليل العينات الجينية ومعرفة حقيقة نسب الولد، إن كان من هذا الرجل أم لا؟، فهل يمكن نفي النسب باللجوء لإجراء تحاليل البصمة الوراثية، أم لا بد من اللعان أيضاً؟

وهل يمكن للقاضي الذي حكم بالملاعنة بين الرجل و زوجته أن يوقف أثر اللعان في نفي النسب ويأمر بإجراء تحاليل البصمة الوراثية، إما من تلقاء نفسه أو بناء على طلب أحد الطرفين الدعوى؟.

أولاً: نفي النسب بالبصمة الوراثية دون اللعان.

لم يتفق فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرين حول نفي النسب بالبصمة الوراثية فقط دون اللعان وتتلخص آرائهم فيما يلي:

الفريق الأول: قال بأن النسب الشرعي الثابت بالفراش لا ينفى إلا باللعان فقط، ولا يجوز تقديم البصمة الوراثية على اللعان¹، وهو موقف عامة الفقهاء المسلمين، والذي استقر عليه قرار المجتمع الإسلامي بالرباط الذي جاء فيه: "لا يجوز شرعا الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب ولا يجوز تقديمها على اللعان"، وهذا استنادا لقوله جل جلاله:

(وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ ﴿٦﴾ وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ ﴿٧﴾ وَيَذَرُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ ﴿٨﴾ وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ ﴿٩﴾)².

فالآية الكريمة جاء فيها أن الزوج إذا لم يملك الشهادة إلا نفسه فعليه بطريقة اللعان واللجوء لتحاليل البصمة الوراثية بعد الآية يعتبر تزيدا على كتاب الله جل جلاله، وبالتالي فلا يكفي الاستناد لتحاليل البصمة الوراثية لإقامة حد الزنا، فلا بد من البينة، فكيف تقدم البصمة على اللعان ولا تقدم على الحد، وكيف يجوز إلغاء حكم شرعي بناء على نظريات طبية غير مضمونة النتائج؟³.

الفريق الثاني: قال أصحاب هذا الرأي بالاستغناء عن اللعان والاكتفاء بنتيجة تحاليل البصمة الوراثية كون نتائجها يقينية، فإن ثبت من التحاليل أن المولود ليس من الزوج ينتفي النسب بالبصمة الوراثية دون اللعان⁴. وقد استندوا، ومن بينهم الدكتور يوسف القرضاوي، إلى

1 - سعد الدين مسعد الهاللي، المرجع السابق، ص. 351.

2 - سورة النور، الآيات 06-09.

3 - محمد سليمان الأشقر، أبحاث اجتهادية في الفقه الطبي، ط 1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2001، ص. 455.

4 - خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص. 301.

أن البصمة الوراثية من قبيل الشهادة، وليس هناك موجب لللعان أصلاً لاختلال الشرط الوارد في الآية، وهو انعدام الشهود لقوله جل جلاله:

(وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ...) فالآية الكريمة جاءت لدرء العذاب وليس لنفي النسب، فيمكن أن يُلاعن الزوج زوجته ليتقى حد القذف دون أن يمنع نسب المولود إليه إذا ثبت ذلك بالبصمة الوراثية.

وبالمقابل فنسب المولود لا يُنفي باللعان، إذا أكدت تحاليل البصمة الوراثية نسبه للزوج ولو تم ملاعنة الزوجة، ويُنفي النسب باللعان إذا أظهرت نتائج تحليل البصمة الوراثية صحة قول الزوج وتعتبر حجة و دليل كون نتائجها مؤكدة، فلو أثبتت تحليل البصمة الوراثية أن المولود من الزوج وأراد نفي ذلك، فكيف ننفي النسب ونكذب الدليل العلمي ونخالف العقل؟، فالشرع لا يتعارض مع العقل، وبالتالي فإن إنكار الزوج وطلبه لللعان بعد ظهور نتائج التحاليل يعتبر تعسفاً من طرفه.

كما أن الشرع يولي مسائل النسب اهتماماً بالغاً، رعايةً لحق الولد، ومخالفة البصمة لقول الزوج في النفي يتنافى مع أصول الشريعة في حفظ الأنساب، ونفاذ اللعان مع مخالفة البصمة لقول الزوج يعد باعث كيد للزوجة يوجب عدم نفي نسب الطفل¹.

ويجب الإشارة أنه في مسألة حجية تحاليل البصمة الوراثية كمستحدثة طبية في مجال إثبات أو نفي النسب و مكانتها من اللعان، فبالرغم من بروز رأيين مخلفين غير أن فقهاء الشريعة الإسلامية اتفقوا في المسائل الآتية:

■ إذا لاعن الزوج ونفي نسب الطفل وجاءت النتيجة تؤكد قوله، فإن النسب ينتفي ويفرق بين الزوجين، لكن الزوجة لا تحد لوجود شبهة اللعان، طبقاً للمبدأ الذي مفاده أن "الحدود تدرأ بالشبهات".

■ إذا رضي الزوجان بإجراء البصمة قبل اللعان للتأكد وإزالة الشبهة، فإن ذلك يجوز في حقهما، وقد استحسنت الفقهاء عرض ذلك على الزوجين قبل اللعان².

1 - نصر فريد واصل، المرجع السابق، ص.30

ثانيا: انتفاء النسب ليس من لزوم اللعان.

مدلول هذه القاعدة أن تحاليل البصمة الوراثية إذا جاءت عكس ما جاء به الزوج فلا يُنظر في دعواه الرامية لنفي النسب وإن لاعن أو طلب اللعان، وأن نسب المولد يلحق به وتجري عليه أحكام الولد من نفقة و مشتملاتها، ولا يعد ذلك تناقضا مع أحكام الشرع، ذلك أن الشريعة الإسلامية لا تتخالف أحكامها مع المنطق و العقل.

والآية الكريمة التي جاء فيها أحكام اللعان حصرت إمكانية اللجوء إليه بعدم إمكانية إحضار الزوج أي شاهد سوى شهادته، فإذا كان هناك شهود، لا يلجأ للعان، بل القول قول الزوج في ما رمى به زوجته. وبالتالي في حالة وجود بينة غير الشهادة، فلا وجه لإجراء اللعان بإقرار الزوجة بما رُميت به. فإذا منعنا إجراء اللعان بسبب مانع له، فما وجه إجرائه مع وجود بينة تحاليل البصمة الوراثية، وحتى لو أصر الزوج عليه، في هذه الحالة، فإن الولد يثبت نسبه إليه دون أن يتعارض ذلك مع بقاء اللعان كسبب للفرقة بين الزوجين¹، وما يؤكد ذلك أيضا أن الزوج إذا كذب نفسه بعد الملاعة فإنه يترتب على ذلك ثبوت النسب له ويزول أثر اللعان في نفي النسب، ويعود للولد نسبه من المُلَاعِن، مع استمرار اللعان كسبب للفرقة بين الزوجين أيضا².

الظاهر مما سبق سرده أن نفي النسب كأثر للعان يقوم على الشك لا على اليقين، ذلك أن قول الزوج في اللعان يتراوح بين الصدق و الكذب، أي بنسبة 50%، لأنه إما أن يكون صادقا أو تكون الزوجة صادقة، فهل من الصدق أن ندع بينة قطعية تصل إلى 99,9% تؤكد عدم صدق الزوج ونأخذ بما هو محتمل الصدق بنسبة 50% وننسب ذلك للشريعة؟ وعلى قول الإمام ابن القيم: "فأي طريق أستخرج بها العدل والقسط فهي من الدين، ليست مخالفة له..."³

1 - محمد محمد أبو زيد، دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب، مجلة الحقوق، السنة 20، الكويت، 1997، عدد 01، المرجع السابق، ص.287.

2 - محمد محمد أبو زيد، المرجع السابق، ص.232.

3 - ابن القيم الجوزية، الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية، دار الجيل، بيروت، 1998، ص.19.

وفي هذا الصدد أفتى الدكتور يوسف القرضاوي¹ قائلاً "أنه من العدل أن يستجاب للزوجة إذا طلبت الاحتكام إلى البصمة الوراثية على أساس أنها لا تفعل ذلك إلا إذا كانت مستيقنة من براءتها، وتطلب اللجوء إلى وسيلة علمية مقطوع بها، فهي تطلب الاحتكام إلى البصمة الوراثية لإثبات أمور ثلاثة في غاية الأهمية شرعا:

أولها: براءة نفسها من التهمة المنسوبة إليها، وهذا أمر يحرص عليه الشارع بألا يُتهم بريء بما ليس فيه.

ثانيها: إثبات نسب الولد من أبيه، وهذا حق للولد باعتبار أن حفظ الأنساب من الضرورات الشرعية الخمس.

ثالثها: إزاحة الشك من قلب الزوج بعد أن يثبت له بالدليل العلمي القطعي بأن الولد الذي اتهمها بنفيه منه، هو ابنه حقا، وبذلك يحل اليقين في نفسه محل الشك".

كما يرى الدكتور يوسف القرضاوي أن: "الزوج لا يستجاب لطلبه الاحتكام للبصمة الوراثية إلا إذا وافقت الزوجة لأن ذلك يضيع حقاها في الستر وفقا للعان".

ومما سبق ذكر يمكن للقاضي إجراء الملائعة دون أن يمنعه ذلك من الاستجابة لطلب إجراء خبرة علمية بتحليل البصمة الوراثية، فإذا جاءت التحاليل بإثبات نسب المولود، سواء قبل اللعان أو بعده، يحكم بلزوم النسب، دون أن يتعارض ذلك مع بقاء اللعان كسبب للفرقة بين الزوجين. ومن المستحسن للقاضي أن يعرض التحليل البيولوجي، سواء من تلقاء نفسه²، أو بناء على طلب أحد طرفي الدعوى، مع تأخير إجراء اللعان إلى ظهور نتائج تحليل البصمة الوراثية للتحقق من إثبات أو نفي النسب.

1 - من فتوى الدكتور يوسف القرضاوي حول أحقية أحد الزوجين في اللجوء إلى استخدام البصمة الوراثية، المنشورة في جريدة الأهرام العربي بتاريخ 28/04/2006.

2 - كما حدث في قضية الرياض حيث تقدم شخص إلى قاضي محكمة الرياض بطلب اللعان من زوجته لنفي نسب بنت ولدت على فراشه فأحال القاضي الزوجين مع البنت إلى الجهة المختصة لإجراء اختبارات الفحص الوراثي، فجاءت نتائج الفحص بإثبات أبوة هذا الزوج للبنت إثباتا قطعيا، فكان ذلك مدعاة لعدول الزوج عن اللعان وزوال شكوكه. من البحث الذي قدمه د. عمر السبيل إلى المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة في دورته السادسة عشر.

إن الأخذ بهذه التقنية يحقق مقاصد الشريعة الإسلامية في حفظ الأنساب من الضياع و ضمان عدم اختلاطها، و تقوي النظام الأسري كما تُدعم قاعدة الولد للفرش.

فمسألة البصمة الوراثية واللعان يعتبران من المسائل الصعبة سواءً في الإفتاء الشرعي أو في الفصل في الدعوى القضائية، ذلك أن تحاليل الفحص الجيني عن طريق البصمة الوراثية تكون نتائجها دقيقة جداً و هي حقائق علمية يقينية لا يمكن الاعتراض عليها، واللعان حكم شرعي بنص قرآني لا يختلف عاقلان على مخالفته. غير أن الجدير بالقول أن البصمة الوراثية كتقنية علمية مستحدثة، يمكن الاستفادة منها في موضوع اللعان، كما يلي بيانه:

رغبة الزوج نفي الحمل أو نسب المولود من صلبه، دون اتهام الزوجة بالزنا، كحالة تعرضها للاغتصاب، أو خطأ غير المتعمد في حالة المساعدة الطبية على الإنجاب، أو إحدى صور نكاح الشبهة، ففي مثل هذه الحالات يمكن لتحاليل البصمة الوراثية أن تحسم الأمر بإثبات أو نفي نسب الطفل دون الرجوع للملاعنة والتفرقة بين الرجل و زوجته، حيث ينتسب الحمل أو المولود إلى الزوج إذا تطابقت عينات الحمض النووي معه، وينتفي نسب المولود له إذا تغيرت أشكال العينات دون أن يؤثر ذلك على استمرار الرابطة الزوجية.

أما إذا كان اللعان مرده اتهام الرجل لزوجته بارتكاب الفاحشة دون أن يقع حمل، فهنا يكون اللعان دون الحاجة للقيام بخبرة طبية لتحليل البصمة الوراثية قصد التحقق من وقوع الزنا كون أنه لا جدوى من ذلك ما دام لم يقع حمل، فالحد لا يقام اعتماداً على نتائج الخبرة الطبية، وهنا الرابطة الزوجية لا يرجى توصلها حتى و إن كانت الزوجة بريئة مما نسب إليها من فعل، ما دام تم الطعن في شرفها، بالإضافة إلى أن نتائج تحليل البصمة الوراثية في هذه الحالة يفضح المرأة و يزول عنها الستر الذي هو مقصد من مقاصد الشريعة الإسلامية في مسألة اللعان.

فإذا طالب الزوج باللعان لنفي الحمل معتقداً أن زوجته أتت الفاحشة، فللقاضي، بموجب سلطته التقديرية، قبل إجراء الملاعنة أن يأمر بإحالة الزوج المدعي والمولود المتنازع في شرعية نسبه على المخابر المختصة في إجراء تحاليل البصمة الوراثية لإجراء اختبارات الفحص الوراثي لتأكيد أو نفي إدعاءات الزوج، كما يمكن اللجوء لهذا الإجراء بناءً على طلب أحد

طرفي الدعوى، و يلجأ لإجراء الخبرة كتدبير احتياطي لعل الأمور تتضح للزوج في حالة ما إذا كانت نتائج الخبرة الطبية تخالف شكوكه، فتعود بذلك العلاقة الزوجية لمجراها الطبيعي.

فالمشرع الجزائري بموجب المادة 40 فقرة أخيرة من قانون الأسرة تبني الطرح السابق كون أن تلك المادة نصت على جوازية استعانة القاضي بكل وسيلة علمية من شأنها أن تثبت النسب، فلو أثبتت نتائج تحليل البصمة الوراثية أن صاحب الفراش المُنكر للبنوة عنده أكثر من تسعة وتسعين بالمائة من الحظوظ ليكون هو الوالد، كان ذلك دليلاً علمياً يقينياً فلا يمنحه القاضي حق نفي النسب باللعان، بل يثبت النسب له.

ويقول الدكتور علي محي الدين القرداغي والدكتور علي يوسف المحمدي، في هذا الشأن: "... في هذه الحالة يمكن للقاضي إذا التجأ إليه الزوج العازم على اللعان أن يجبره على إجراء اختبار البصمة الوراثية بحيث إذا ظهرت النتيجة أنه منه لا ينبغي له اللعان، وإذا ظهر عكس ذلك فليعلن¹، وذلك للأسباب الآتية:

▪ لا يتم اللعان إلا بحضور وحكم ولي الأمر على مذهب (الحنفية، والمالكية والحنابلة)، وفي حالة عدم منح القاضي للزوج المدعي حق اللعان بموجب حكم، يبقى إصرار الزوج على نفي النسب مجرد إدعاء، فقانون الأسرة الجزائري لا يعترف بنفي النسب إلا بموجب حكم قضائي نهائي².

▪ الحفاظ على المولود و حقوقه لتقادي إلحاق العار به و ما يترتب عنه من تشرد و جنوح بإلزام الوالد المدعي بأنه ليس من صلبه بالإتفاق عليه ورعايته وحفظه في صحته ودينه وخلقه، وهذه مسألة بالغة الأهمية وأولى بالعناية من مصلحة الزوج المدعي في دفع العار عنه لمجرد شك ثبت علمياً بطلانه.

▪ يسعى الشرع إلى إثبات الأنساب واتصالها، ولو على سبيل الظن، والحال هنا على سبيل الجزم بنسبة تفوق تسعة و تسعين من المائة، بالإضافة إلى قيام فراش الزوجية ووضع

1 - علي محي الدين القرداغي وعلي يوسف المحمدي، فقه القضايا الطبية المعاصرة، ط1، دار البشائر الإسلامية، بيروت، 2005، ص. 355.

2 - المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري.

الحمل في المدة المعتبرة شرعا، فاليقين لا يزول بالشك¹، والشريعة أعظم من أن تبني أحكامها على مخالفة الحس والواقع، فإن الشرع أرفع قدرا من ذلك والميزان الذي أنزله الله للحكم بين الناس بالحق يأبى كل الإياء ذلك².

■ تمكين المرأة من تبرئة نفسها من تهمة الزنا التي تمت عرضها وعرض عائلتها، وهي جازمة من براعتها وإلا لما عدلت عن اللعان، وهو أرحم وأستر لها إن كانت كاذبة، والشارع يحرص ألا يهمل بريء بما ليس فيه³.

غير أن ما سبق ذكره لا يعني إرغام الرجل على العيش مع زوجة ينتابه الشك في سيرتها يجعله ينفر منها، ويهدد استقرار النظام الأسري، فلا يملك سوى طريقتين لفك الرابطة الزوجية من هذا الشك تتمثلان في:

أولهما: استعمال حقه في توقيع الطلاق بإرادته المنفردة طبقاً لما نصت عليه المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري، ويتعين عليه في تلك الحالة الإتيان بالدليل و أن يبرز أمام قاضي شؤون الأسرة الأسباب الجدية التي دفعت به لرفع دعوى الطلاق و إلا اعتبر متعسفاً في ذلك و يلزمه التعويض، على ما هو ثابت من اجتهادات المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية⁴. وحينئذ الجزاء الوحيد على الزوج هو فرض مبالغ مالية كتعويض مادي للزوجة بسبب الطلاق التعسفي⁵. فما على القاضي سوى الاستجابة لطلب الزوج لأن العصمة بيد هذا الأخير، وما حكم القاضي إلا كاشف عن إرادة الزوج في فك الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق بالإرادة المنفردة.

1 - جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر في القواعد الفقهية، تحقيق عزت زينهم عبد الواحد، مكتبة الإيمان، مصر، د.س. ن، ص.76.

2 - محمد فريد الشافعي، البصمة الوراثية ودورها في الإثبات، دار البيان، القاهرة، 2006، ص.141.

3 - يوسف القرضاوي، فتاوى معاصرة، طه، ج4، دار القلم، الكويت، 2003، ص. 901.

4 - م.ع.، غ.أ.ش.، قرار رقم 223019 بتاريخ 15/06/1999 مق.، عدد خاص، 2001، ص.104.

5 - تنص المادة 52 من ق.أ. ج. على أنه: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطالبة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

ثانيهما: تمسك الزوج بأن زوجته أتت الفاحشة وعدم الاعتراف بنتائج تحاليل البصمة الوراثية، فحينئذ يحكم القاضي باللعان ويقضي بالفرقة الأبدية بينهما، دون أن يمس ذلك بشيء من حقوق المولود، معنوية كانت أو مادية.

غير أنه في حالة أن تكون نتائج تحاليل البصمة الوراثية مغايرة للحقيقة البيولوجية بثبوت أن الزوج المنكر للنسب ليس هو الوالد، تكون نتائج التحاليل بمثابة دليل تكميلي تؤكد صدق الزوج و تؤسس دعواه قانوناً. و في هذه الحالة ستكمل إجراءات الملاعنة لنفي النسب و ما يترتب عنها من تفرقة أبدية بين الزوجين.

و في الحالة التي ترفض فيها الزوجة الخضوع للتحاليل يعتبر ذلك اعتراف ضمني من طرفها بما جاء به الزوج، و القاضي حينئذ أن يفسره ذلك الامتناع لفائدة الزوج، وعليه يقضي في حكمه باللعان لنفي الحمل.

الفرع الثاني

موقف النظام العام الأسري من البصمة الوراثية

فقهاء الشريعة الإسلامية تدارسوا البصمة الوراثية كدليل طبي علمي مستحدث لجعلها حجة يعتمد عليها بين أدلة الإثبات الشرعية، أما التشريعات وبالخصوص الغربية، اعتبرتها كدليل إثبات مع تحديد قوتها الثبوتية.

أ) موقف الشريعة الإسلامية من البصمة الوراثية

البصمة الوراثية من التقنيات الطبية المستحدثة، لم يكن لها وجود في التشريع الإسلامي، لذلك فمواقف فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرين مختلفة فيما يتعلق بالأدلة البيولوجية ومدى اعتبارها دليل إثبات أو نفي في قضايا الأبوة والبنوة.

فمنهم من اعتبر أن حكم الشريعة في مسألة الأدلة البيولوجية يجب أن يكون المنع ما دام أنه لم يرد فيها نص من القرآن أو السنة. والبعض الآخر رأوا أن الأصل فيها هو الإباحة وليس التحريم، بدليل أن البصمة الوراثية وغيرها من المستحدثات الطبية لم تكن موجودة سابقاً، و بالتالي لم يرد في شأنها نهي خاص، وهي تقنية علمية حديثة تكشف عن هوية الشخص الحقيقية، وبالتالي لا تتعارض مع قواعد الشريعة الإسلامية لقوله جل

جلاله: "سَنُرِيهِمْ آيَاتِنَا فِي الْأَفَاقِ وَفِي أَنْفُسِهِمْ حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ لَهُمْ أَنَّهُ الْحَقُّ أَوَلَمْ يَكْفِ بِرَبِّكَ أَنَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ شَهِيدٌ ﴿٥٣﴾" ¹.

وقد أوصت المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، في ختام المؤتمر الذي عقدته بتاريخ 03 و04 ماي 2004م الموسوم بـ: "مدى حجية استخدام البصمة الوراثية لإثبات البنوة"²، باعتماد أسلوب البصمة الوراثية في مجال الطب الشرعي وإثبات البنوة والنسب، باعتبار أن هذه البصمة تتضمن البيئة التفصيلية التي تدل على كل شخص بعينه، ولا تكاد تخطئ في التحقيق من الناحية البيولوجية والتحقق من الشخصية.

وأكد المؤتمر الذي شارك فيه عدد من أبرز العلماء والأطباء المتخصصين من داخل دولة الكويت وخارجها، أن كل إنسان ينفرد بنمط خاص في ترتيب جيناته ضمن كل خلية من خلايا جسمه، ولا يشاركه فيها أي إنسان آخر في العالم، وأن البصمة الوراثية ترقى إلى مستوى القرائن القوية التي يأخذ بها أكثر الفقهاء في غير قضايا الحدود الشرعية، وتمثل تطورا عصريا عظيما في مجال القيافة الذي تعدد به جمهرة المذاهب في إثبات النسب المتنازع فيه، ومن هنا يرى المؤتمر أن يؤخذ بالبصمة الوراثية في كل ما يؤخذ فيه بالقيافة من باب أولى.

وفي ختام أعمال المؤتمر أكد المؤتمر على ضرورة الأخذ بتحاليل بالبصمة الوراثية عند تنازع واحد أو أكثر في أبوة مجهول النسب في حالة تساوي الأدلة.

وأردف الفقهاء والمتخصصون على أن الدليل الوحيد لإثبات أمومة المرأة للمولود، هو ثبوت ولادتها له، ومن ثم لم يروا فائدة من الاحتكام إلى البصمة الوراثية. كما أشاروا إلى أن البصمة الوراثية لا تعتبر دليلا كافيا على فراش الزوجية، إذ قد يكون الولد ولد زنا، فالزوجية تثبت بالطرق الشرعية، وليس من بينها القيافة، كما أن المشاركين في المؤتمر رأوا ضرورة توافر ضوابط عند إجراء تحاليل البصمة الوراثية، ومنها³:

▪ أن لا يتم إجراء الاختبار إلا بإذن من القاضي المختص.

1 - سورة فصلت، الآية 53

2 - انظر، قرارات المجمع الفقهي الإسلامي، مكة المكرمة، 1408هـ/1988م، ص.141 وما بعدها.

3 - صالح بوغرارة، حقوق الأولاد في النسب والحضانة، على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة، مذكرة ماجستير، القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة ابن عكنون، الجزائر، 2006/2007، ص.32.

- أن يجري الاختبار أكثر من مرة أو في أكثر من مخبر معترف به.
- أن يكون هذا المخبر معتمدة لدى المحاكم.
- أن تؤخذ الاحتياطات اللازمة لضمان عدم معرفة أحد المخابر الذي يقوم بإجراء الاختبار بنتيجة المخبر الأول.

ب) موقف التشريع والقضاء من استخدام البصمة الوراثية في قضايا النسب

بعد الاطمئنان للنتائج العلمية الدقيقة لتحاليل البصمة الوراثية تبنتها أغلب التشريعات و اعتمدت عليها كوسيلة طبية مستحدثة في مجال النسب سوءاً في إثباته أو نفيه، سنخرج على موقف التشريع الجزائري من البصمة الوراثية مع مقارنة بسيطة مع التشريع الفرنسي.

1- موقف التشريع من البصمة الوراثية.

تنص المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري على: "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقاً للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون. يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب". كما أن المادة 41 من نفس القانون تنص على: "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً وأمكن الاتصال ولم ينغه بالطرق المشروعة".

المستخلص من المادتين أن النسب في القانون الجزائري يثبت: بالزواج الصحيح، أو الإقرار، أو البينة، أو بنكاح بشبهة، وبكل زواج تم فسخه بعد الدخول. كما يثبت النسب متى كان الزواج شرعياً وأمكن الاتصال ولم ينغه الوالد بالطرق المشروعة.

فالمشرع الجزائري تدارك النقص الذي كان حاصلاً في قانون الأسرة الجزائري بموجب تعديل سنة 2005 بإضافته فقرة ثانية جديدة إلى أحكام المادة 40 تمنح للقاضي في مسائل النسب سلطة جوازية باللجوء إلى المستجدات الطبية لإثبات النسب، هذا التدارك إقراراً من المشرع الجزائري بإمكانية اللجوء إلى المستجدات العلمية الطبية للفصل في قضايا النسب، لمواكبة التطورات العلمية الطبية الحديثة والاستفادة منها لحل النزاعات المعروضة على أروقة المحاكم و المتصلة أساساً بقضايا النسب.

فالفقرة الثانية من المادة 40 من قانون الأسرة، قصد المشرع الجزائري بعبارة الطرق العلمية الحديثة فحص الحمض النووي (DNA)، لأنها طريقة علمية قاطعة في إثبات النسب أو نفيه، تتميز عن تحليل الدم الذي يعد طريقاً لنفي النسب، لا لإثباته¹ بدليل مضمون عرض أسباب التعديل، حيث جاء في المشروع التمهيدي بأنه: "مواكبة النتائج المتطورة التي حققها البحث الطبي في علم الجينات، والذي تمكن من وضع تحليلات علمية دقيقة ثبتت بصفة جلية العلاقة البيولوجية بين المولود وأبيه وأمه، أصبح مفيداً وضرورياً إدراج هذه المفاهيم الحديثة في القانون لمد القضاة، وهم يطبقون قواعد وعناصر البيئة في حالة إثبات النسب، بوسائل علمية تمتاز بالدقة والمصداقية"².

فمصطلح "يُثبت" الذي أدرجه المشرع في المادة 02/40 من قانون الأسرة يعني به أن النسب يثبت بالزواج الصحيح... أو الإقرار... أو البيئة، بمعنى متى توفر طريق من تلك الطرق فالنسب يثبت وليس للقاضي سلطة تقديرية في أن يقضي بخلاف ذلك، وعلى العكس، فإنه في الفقرة الموالية من ذات المادة، يستنتج من استخدام المشرع عبارة "يجوز للقاضي" اللجوء إلى المستجدات العلمية لإثبات النسب، أن الأمر جوازي متروك في يد القاضي، يمكن القضاء به كما يمكن عدم الأخذ به. فيظهر من هذه المادة أن المشرع منح الأسبقية للطرق الشرعية عن الطرق العلمية الحديثة، وجعل من اللجوء إلى البصمة الوراثية لإثبات النسب، مسألة جوازية، فإذا رأى القاضي أن الدعوى تحتاج لذلك قضى بها أو العكس.

و هنا نشير أن إضافة المشرع الجزائري البصمة الوراثية كوسيلة علمية يلجأ إليها القاضي بالإضافة إلى الوسائل الأخرى المشروعة في مسائل إثبات النسب، لم يكن القصد منه استبعاد الوسائل الشرعية التقليدية، وإنما كإجراء مكمل لها لمواكبة المستجدات الطبية العلمية، غير أن المشرع لم يحصر الحالات التي يجوز للقاضي الحكم بإجراء تحاليل البصمة الوراثية في مسائل النسب، ما دامت السلطة التقديرية للقضاة مطلقة و لا رقابة لأي جهة عليها.

1 - عبد القادر بن داود، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، دار الهلال للخدمات الإعلامية، الجزائر، ص. 109.

2 - جيلالي تشوار، الزواج و الطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص. 19.

فالمقصود بالطرق الشرعية لنفي النسب حسب نص المادة 41 من قانون الأسرة و إن لم يتم النص عليها صراحة و لا على كيفية إجرائه، هو اللعان الذي يعتبر الوسيلة الشرعية والقانونية الوحيدة لنفي النسب، فهل نأخذ بنتائج تحاليل العلمية لنفي النسب؟ بالرغم من أن المشرع الجزائري أشار لإثباته فقط بهذه الوسيلة المتمثلة في تحاليل البصمة الوراثية، غير أن الدكتور تشوار جيلالي يرى أنه: "يمكن أن يفهم من عموم عبارة (بالطرق المشروعة) التي جاءت بها المادة 41 من قانون الأسرة أن المشرع لا يعترض على هذه الوسائل الحديثة في مجال النسب، حيث أن استعمال الجمع -الطرق- في هذه العبارة يقتضي أن المشرع لم يقصر نفي نسب الطفل على اللعان فقط، بل قد أخذ أيضا بكل الوسائل الأخرى التي يمكن من خلالها للقاضي إبراز الحقيقة"¹.

كما أن بعض تشريعات الدول غير الإسلامية، ومنها التشريع الفرنسي، تأخذ بنظام تحاليل البصمة الوراثية باعتبارها من الأدلة البيولوجية ذات الحجية المطلقة في مجال إثبات النسب، بشرط أن تتم هذه التحاليل بأمر من القضاء، حتى يتم اعتمادها والمصادقة عليها قضائياً، و هذا هو ما جاء به المشرع الفرنسي بموجب المادة 11/16 من القانون المدني²، التي تجيز اللجوء لتحاليل البصمة الوراثية في نطاق الدعوى المرفوعة أمام القضاء، و بمفهوم آخر لا يسمح القانون الفرنسي بإجراء الخبرة البيولوجية إلا في حالة نظره في دعوى متعلقة بالنسب³.

فالمادة 02/11 من القانون المدني الفرنسي تنص على أنه: "لا يجوز اللجوء إلى تحاليل البصمات الوراثية في القضايا المدنية إلا في نطاق دعوى تهدف إلى إثبات علاقة النسب أو نفيه، أو تهدف إلى إلزام الأب بالإنفاق على الطفل أو إلغاء هذه النفقة، ويجب أن يكون الهدف من هذه الدعاوى هو البحث عن الحقيقة البيولوجية".

1 - جيلالي تشوار، الزواج و الطلاق تجاه الاكتشافات.....، المرجع السابق، ص.232.

2 - Article 16-11 (Code civil): «En matière civile, cette identification ne peut-être recherchée qu'en exécution d'une mesure d'instruction ordonnée par le juge saisi d'une action tendant soit à l'établissement ou la contestation d'un lien de filiation, soit à l'obtention ou la suppression des subsides». (Loi n°94-653 du 29 juillet 1994, art. I, II, art. 5, Journal officiel du 30 juillet 1994)..

3 - Cf. art. 310-3, al. 02 du C.Civ. Fr.

فالمشرع الفرنسي حدد نطاق اللجوء لتحاليل البصمة الوراثية و جعلها محصورة في دعوى مرفوعة أمام القضاء، متعلقة بإثبات نسب أو نفيه، كما يلجأ إليها في حالة دعوى نفقة للطفل، أو طلب الإعفاء منها أو لأهداف البحوث العلمية والعلاجية¹.

فحسب نص المادة 11/16 من القانون المدني الفرنسي، لا يستطيع أي شخص أن يطلب إجراء تحليل البصمة الوراثية، دون أن تكون هناك دعوى أو أمر من القضاء يسمح بهذا الإجراء.

ولعل الأسباب التي جعلت أغلب التشريعات الغربية تحصر نطاق اللجوء لتحاليل البصمة الوراثية لإثبات نسب الطفل الطبيعي بيد القضاء، هو انتشار العلاقات الجنسية خارج مؤسسة الزواج، و تخوف تلك الدول من إعلان الحقيقة البيولوجية في مسألة النسب كون في أغلب الحالات لا تتفق مع الحقيقة الاجتماعية، وهذا ينعكس سلباً على الطفل المعني بالنسب كما يهدد استقرار النظام العام الأسري والمجتمع.

و الجدير بالذكر أن المشرع الفرنسي حرص على أن تتوفر شروط قانونية للعمل و الأخذ بتحاليل البصمة الوراثية في مسائل الإثبات، من أهمها:

الشرط الأول: الموافقة الصريحة للشخص المعني بإجراء التحاليل كتابياً، و هذا ما نصت عليه المادة 10/16 من القانون المدني الفرنسي، التي نصت: "أن يكون الدافع والغاية من دراسة الصفات الوراثية لأي شخص هو تحقيق غاية طبية أو أبحاث علمية"، مع شرط "حصول رضا المعني بهذه العملية لدى إجراء الدراسة، قبلياً وكتابة، بعد إعلامه بطبيعتها والغاية منها، وينبغي أن يشمل الرضا تلك الغاية تحت طائلة الإبطال"².

1 - Art. 342 (Code civil): «Tout enfant dont la filiation paternelle n'est pas légalement établie, peut réclamer des subsides à celui qui a eu des relations avec sa mère pendant la période légale de la conception». (Loi n°72-3 du 03 janvier 1972, art. I, Journal officiel du 05 janvier 1972, date d'entrée en vigueur le 1er août 1972). (Loi n°77-145 du 29 décembre 1977, art. I, Journal officiel du 30 décembre 1977, Ordonnance n°2005-759 du 04 juillet 2005, portant réforme de la filiation, art. 3, art. 161, Journal officiel du 06 juillet 2005, date d'entrée en vigueur le 1er juillet 2006).

2 - Article 16-10 (Code civil): «L'examen des caractéristiques génétiques d'une personne ne peut-être entrepris qu'à des fins médicales ou de recherche scientifique. Le consentement auprès de la personne doit-être recueilli par écrit préalablement à la réalisation de l'examen...» Art. 16-10, al. 01 et 02 du C. Civ. Fr.

فحسب الشرطين السابقين لا بد من رضا المعني قبل اللجوء لإجراء تحاليل البصمة الوراثية مع التشديد على منع القيام بها لأسباب تجارية ربحية.

فالرضا يكون كتابيا ومسبقا، وإلا فلا ينتج أثره ولا يعتد به تحت طائلة بطلان الإجراء، كما يجب يتمتع الشخص بالأهلية، ببلوغ سن الرشد، و في حالة عديم الأهلية ينوب عنه ممثله القانوني، مع مراعاة مصلحة الشخص نفسه. وهذا الشرط يعد تطبيقا لمبدأ احترام السلامة المادية لجسم الإنسان¹، و القبول الكتابي المسبق لإجراء تحاليل البصمة الوراثية يكون فقط في الدعاوى المدنية فقط مثل النسب، وليس شرط في القضايا الجنائية.

كما أضافت المادة 11/16 من القانون المدني الفرنسي شروط قبول الدليل العلمي بقولها "أن تستعمل البصمة الوراثية قصد التعرف على هوية الشخص، شريطة أن يكون ذلك بمناسبة دعوى قضائية، محاكمة أو إجراء تحقيق جنائي، أو غرض طبي أو بحث علمي، أو تحديد هوية جندي توقي أثناء عمليات عسكرية لقوات الجيش.

كما أن القانون المتعلق بأخلاقيات علم الأحياء الفرنسي في مادته 05/01 نصت على " في المواد المدنية... لا يمكن تحديد الهوية بالبصمة الوراثية بعد الوفاة إلا إذا تم الحصول على رضا المعني بها قبل وفاته"².

و نشير أن المادة 12/16³ حصرت الأشخاص المؤهلين للقيام بتحاليل البصمة الوراثية في: "المختصون المسجلون في قائمة الخبراء القضائيين الذين تتوفر فيهم شروط يحددها مرسوم صادر عن مجلس الدولة، وفي إطار إجراء قضائي، كما يجب أن تسجل أسماء هؤلاء الأشخاص كخبراء قضائيين"⁴.

1 - حسني محمود عبد الدائم، المرجع السابق، ص. 496.

2 - Loi n°2004-800 du 06 aout 2004 relative a la bioéthique, Art. 5-1, J.O.R.F. n°182 du 07 aout 2004

3 - Art. 16-12 du C. Civ. Fr.

4 - Sont seules habilitées à procéder à des identifications par empreintes génétiques les personnes ayant fait l'objet d'un agrément dans des conditions fixées par décret en conseil d'état, dans le cadre d'une procédure judiciaire, ces personnes doivent en outre, être inscrites sur une liste d'experts judiciaires. (Loi n°994-653 du 29 juillet 1994, art. I, II, art. 5, Journal officiel du 30 juillet 1994). (Loi n°2004-800 du 06 août 2004, Art. 4, op.cit.).

وقد جاء في نص المادة 06 فقرة "ب" من التوصية الأوروبية رقم R-92-1 على أن: "كل نظام وراثي يدخل حيز التطبيق في قضية ما يجب أن يكون منجزا على الأقل في معملين مختلفين للحصول على الرأي الثاني لإمكانية المقارنة والتّيقن من دقة النتائج"¹.

الشرط الثاني: أن يكون اللجوء لإجراء تحاليل البصمة الوراثية متعلقا بإحدى الحالات التي نص القانون على جواز الفصل فيها بالبصمات الوراثية، وقد تضمنتها المادة 11/16 من القانون المدني الفرنسي وحددتها بدعاوى النسب، والنفقة، ولأهداف البحوث العلمية، وأخيرا العلاج، على أن يتم اللجوء لإجرائها بناء على أمر القضاء.

الشرط الثالث: أن يكون المعهود إليهم القيام بتلك التحليل من أصحاب الخبرة ومختصين في المجال، وأن يكونوا خبراء قضائيين مسجلين في جدول الخبراء ومعتمدين من طرف القضاء، وهو ما نصت عليه المادة 12/16 من القانون المدني، فحصرتهم في "المختصين المسجلين في قائمة الخبراء القضائيين، الذين تتوافر فيهم شروط يحددها مرسوم صادر عن مجلس الأمة، وفي إطار إجراء قضائي، كما يجب أن تسجل أسماء هؤلاء الأشخاص كخبراء قضائيين".

فبالتالي المشرع الفرنسي، وضع ضوابط قانونية و فنية لأخذ بهذه المستحدثة الطبية في مجال إثبات النسب أو نفيه، ويعتبر موقفه راسخ في هذا الصدد الذي تولد عن الممارسة القضائية واجتهادات القضاء الفرنسي في القضايا المتعلقة بالنسب التي رأى أنه من الضروري اللجوء للطرق العلمية لفض النزاع.

(2): موقف القضاء من استخدام البصمة الوراثية في مجال النسب.

أثبتت البصمة الوراثية جدارتها في ميدان الطب الشرعي لخصائصها المتميزة، ما جعلها تلقى قبولا في ساحة القضاء باعتمادها كوسيلة لإثبات ونفي في الدعوى المتصلة بالنسب، ولم يتردد البعض في وصفها بملكة الإثبات².

1 - عبد الرحمان أحمد الرفاعي، المرجع السابق، ص.288.

2 - L'empreinte génétique devient en matière de filiation la reine des preuves. Cf. Bottiou Annie, Empreinte génétique et droit de la filiation, 1989, T.I, p.273

والمنتبع للقضاء الفرنسي¹ يلاحظ مدى الترحاب الذي قوبلت به النتائج الطبية الحديثة في مجال نظام الأسرة، حيث أصدرت محكمة استئناف بورجو بتاريخ 1997/02/01م، قرارا أيدت فيه حكم محكمة أول درجة الذي قضى بنسب طفل للمدعى عليه استنادا إلى نتائج تحليل البصمة الوراثية² كما دعت محكمة النقض الفرنسية محاكم الموضوع إلى الأخذ بالوسائل العلمية الحديثة لإثبات التسبب، وذلك في تقريرها السنوي لعام 1987³.

وعلى صعيد القضاء العربي اتجه العديد من القضاة إلى اعتبار تحاليل البصمة الوراثية دليل يساعد القاضي في تكوين قناعته الشخصية.

ففي الجزائر نجد أن القضاء ألحق نسب الأبناء الطبيعيين (البنوة غير الشرعية) لأبائهم البيولوجيين، اعتمادا على تحاليل البصمة الوراثية، الناتجين من جرائم اغتصاب⁴، حيث صدر قرار من المحكمة العليا بتاريخ 2006/03/05م جاء فيه: "لما كانت الخبرة العلمية (DNA)، أثبتت أن هذا الطفل هو ابن المطعون ضده ومن صلبه، بناء على العلاقة التي كانت تربطه بالطاعنة، فكان على القضاة إلحاق نسب هذا الولد بأبيه، لا أن تختلط عليهم الأمور بين الزواج الشرعي الذي تناولته المادة 41 من قانون الأسرة وبين إلحاق النسب الذي جاء نتيجة علاقة غير شرعية، وخاصة أن كليهما يختلف عن الآخر ولكل واحد منهما آثار شرعية، ولما تبين في قضية الحال أن الولد هو من صلب المطعون ضده نتيجة هذه العلاقة مع الطاعنة فإنه يلحق به، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه".

فمن خلال هذا القرار، نستخلص أن البيئة لم تأت محصورة في الشهادة، كما كان الأمر قبل تعديل سنة 2005م، وإنما قصد بها في هذا القرار الحجة والدليل والبرهان. وعليه فالمحكمة العليا اعتبرت الخبرة الطبية المتمثلة في تحاليل البصمة الوراثية، بمثابة البيئة في إثبات النسب بغض النظر عن وجود علاقة زوجية شرعية أو علاقة غير شرعية، كما أن

1 - Expertise biologique et droit en matière de filiation, sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y 93 procéder (Cas., 1er Civ., 28 mars 2000, K.cp. 2000, II, 10409; concl. Petit et note Monsallier-Saint Mieux : Bull, I, n, 103, p.69 : Dr famille 2000, 72, note Murat : D. 2000, 731, note caré : D. 2001, Somm. 976, 12 esp. Obs. cranette : De prenois 200, 769, Obs. Massip, Cass., 1 civ., 30 mai 2000, J.C.P., 2000, II, 10410, note caré : Dr famille 2000, 108, note Murat : D. 2001, Somm. 976, 2eme esp. Obs. Cranet.Code civil, Edition 2002, p.219.

2 - Cf. Christian DEUTREMPEUCH et Françoise DEUTREMPEUCH, Les empreintes génétiques, Edition John LIBBEY Eurotext, Paris, 1998, p.14.

3 - Annie BOTTIOU, Empreinte génétique et droit de la filiation, 1989, T.I., p.271.

4 - م.ع.، غ.أ.ش.، 05/03/2006 ملف رقم 355180، م.ق.، 2006، عدد 01، ص.01.

القضاة لم يستندوا على أساس قانوني للتمييز بين الآثار القانونية المترتبة في حالة إثبات النسب وإحاقه. فألحقوا نسب طفل غير شرعي، في حين أكدوا عدة مرات، في قرارات سابقة، أن النسب لا يثبت بالعلاقات غير الشرعية.

المبحث الثاني

القيمة القانونية للطرق العلمية وموقف القضاء منها

المستجدات العلمية الطبية في مجال إثبات النسب أو نفيه تتمثل في الخبرة الطبية التي يستأنس بها القاضي المختص لفض نزاع قضائي معروض عليه متعلق بإحاق نسب، غير أن المشرع الجزائري لم يوضح القيمة القانونية لتلك الطرق في إثبات النسب، مما أوجد عوائق في الحكم بها وتطبيقها، فالقاضي في بعض الحالات يتردد بين أن يأخذ بنتائج هذه الطرق العلمية كما جاء أم يشكك فيها، كما أن حجيتها و تقديرها يكون في يد قاضي شؤون الأسرة، وهذا ما سيتم الطرق إليه في هذا المبحث من خلال: عوائق تطبيق الطرق العلمية وحجيتها في إثبات النسب (المطلب الأول)، ثم سلطة قاضي شؤون الأسرة في تقدير الطرق العلمية لإثبات النسب (المطلب الثاني).

المطلب الأول

عوائق تطبيق المستجدات الطبية و حجيتها في إثبات النسب

للطرق العلمية في مجال النسب دور بالغ الأهمية، وأن اللجوء إليها كتقنية طبية مستحدثة للفصل في النزاع لا تسلم من عراقيل تجعل العمل بها صعباً، سواء كانت مادية وقانونية أو تهزّب الخصم من الخضوع لها، الأمر الذي يحتم ضرورة التغلب على هذه الصعوبات حتى لا يضيع النسب، وهذا ما سنتحدث عليه من خلال التطرق للعوائق القانونية و المادية (الفرع الأول)، ثم حجية المستجدات الطبية في مسائل النسب (الفرع الثاني).

الفرع الأول

العوائق القانونية و المادية

قد يستغل الخصم بعض الثغرات و النقص الحاصل في التشريع قصد الإفلات من إجراء تحاليل البصمة الوراثية كأن يتمسك بكونها تتعارض مع حرمة الحياة الخاصة (أ)، أو أن فيها انتهاك للسلامة الجسدية (ب)، أو تمسكه بمبدأ عدم إجبار الخصم على تقديم دليل ضد نفسه (ج).

(أ) حرمة الحياة الخاصة.

نصت المادة 39 من دستور 2020م¹على أنه: "تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان يحظر أي عنف بدني أو معنوي أو أي مساس بالكرامة".

يمكن أن تكون إحدى أهم العقبات أمام تطبيق الطرق العلمية الحديثة في مجال النسب، وخصوصاً فحص الحمض النووي الذي يشكل تدخلاً في الحياة الخاصة للفرد، لأنها تفتح المجال للبحث عن الخصائص الوراثية من خلال الاستعداد الوراثي للشخص، مما قد يمد الغير بمعلومات خاصة بالزوج والزوجة، وتكون ذات طابع شخصي خاص. أما في القانون الفرنسي، يمنع إجراء فحص الـ "ADN" على الأشخاص دون أمر من القضاء، و يجب أن يتم في مخابر خاصة، لضمان عدم انتهاك حرمة الحياة الخاصة للشخص.

(ب) انتهاك السلامة الجسدية.

بالرجوع للفقرة الثانية للمادة 39 من دستور 2020 نجد أنها تنص على: "يحظر أي عنف بدني أو معنوي أو أي مساس بالكرامة". ويعتبر الحق في السلامة الجسدية حقاً مطلقاً، محمي قانوناً سواءً في قانون الإجراءات الجزائية أو قانون العقوبات، الذي رتب جزاءات على كل خرق لمبدأ السلامة الجسدية للفرد، والطرق العلمية الحديثة قد تمس بالسلامة الجسدية،

1 - انظر، دستور 2020، ج.ر.، عدد 82، 2020/12/30.

كونها تعتمد على العينات الخلوية المأخوذ من جسم الإنسان بطريق الإكراه، بالرغم من أن المستحدثات الطبية الحالية لا تتجاوز إجراء الفحص على الدم والسائل المنوي والشعر... الخ. ففي التشريع الفرنسي، نجد لقانون متعلق باحترام الجسم الإنساني الصادر في 1994/07/29م، يجيز عملية التعرف على الشخص بفضل البصمات الوراثية، فقط من أجل التأكد من إن كان هذا الشخص مبحوث عنه أم لا وذلك في إطار إجراءات البحث أو التحقيق شرع فيها أثناء إجراء قضائي أو لغايات طبية أو بحث علمي، طبقاً لنص المادة 11/16 من القانون المدني الفرنسي¹.

ج) عدم جواز إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه.

من المبادئ القانونية المكرسة قضاءً هو عدم جواز إجبار شخص على تقديم دليل ضد نفسه، وهو ما سيتم انتهاكه إذا تم الأخذ بالطرق العلمية، تماشياً مع المادة 04-03/04 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948م، إذ تعتبر أن أخذ العينات من أجل فحص الحمض النووي، يتم فيه إجبار الشخص المعني على تقديم دليل ضد نفسه. وفي هذا الصدد نصت التوصية الخامسة من الدستور الأمريكي على عدم إكراه الشخص لأنه يعد خرقاً لمبادئ الإثبات².

غير أن مبدأ عدم جواز إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه لا ينطبق سوى على التصريحات الشفوية.

وفي التشريع الجزائري، تنص المادة 213 من قانون الإجراءات الجزائية على أن: "الاعتراف شأنه كشأن جميع عناصر الإثبات يترك لحرية تقدير القاضي"³، وبالتالي يبقى الشخص بريئاً إلى أن تثبت إدانته نهائياً من طرف القضاء الجزائري.

1 - L'art. 16-11 du C.civ.Fr. dispose que : «L'identification d'une personne par ses empreintes génétiques ne peut-être recherchée que : 1- Dans le cadre de mesures d'enquête ou d'instruction diligentées lors d'une procédure judiciaire ;

2- A des fins médicales ou de recherche scientifique ; 3- Aux fins d'établir, lorsqu'elle est inconnue, l'identification de personnes décédées ».

2 - نويري عبد العزيز، البصمة الجينية ودورها في الإثبات في المادة الجزائية، مجلة الشرطة، 2004/02/02، عدد 65، ص.ص. 45-46.

3 - الأمر 66-155، المؤرخ في 18 صفر عام 1386هـ الموافق 8 يونيو سنة 1966 الذي يتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل و المتمم.

و في هذا الصدد نشير أن القاضي ليس من صلاحياته إلزام الأطراف الماثلين أمامه على تقديم الدليل على ما يدعون به، فعبء الإثبات في المسائل الجزائية يقع على عاتق النيابة العامة، والقاضي يتلقى الأدلة كما يعرضها أصحابها، ووفقا للإجراءات التي يفرضها القانون، دون تدخل منه. وإذ يحكم بناء عليها فإنه يلتزم بقوة كل دليل، كما حددها القانون، وهكذا ينتهي الأمر إلى تحميل أحد الخصوم عبء الدعوى بناءً على الدليل المحتج به.

أما بخصوص استجواب الأطراف، فللقاضي سلطة تمنحه طلب إحضار الخصم لاستجوابه، سواء من تلقاء نفسه أو بناء على طلب أطراف الدعوى، بهدف الحصول على توضيحات في المسألة المتعلقة بالنزاع، ويستفيد منها الخصم قصد الوصول للحقيقة في الوقائع المعروضة على القاضي، وهكذا يمكن أن يستفيد الخصم الذي لا دليل له على ما يصرح به خصمه في أثناء الاستجواب، كما يمكن للطرف الذي يعوزه الدليل إلى طلب تقديم شهود مع توجيه اليمين لهم إن كانوا من الأشخاص غير ذوي علاقة أو قربي من طالب إحضارهم، فيلزمهم القاضي بقول الحقيقة، ومن الممكن أن يحلف من وجهت إليه اليمين كذبا ولا يقول الحقيقة، ويعتبر الحلف كذبا معصية دينية، وكذلك يعد جريمة يعاقب عليها القانون. غير أنها تعتبر مظهر من مظاهر البحث عن الحقيقة.

وخلافاً للمشرع الجزائري، اتخذ المشرع الفرنسي موقف أكثر صرامة وجرأة بنصه في المادة 10 من القانون المدني¹، على التزام كل فرد بأن يقدم مساعدته إلى العدالة بهدف إظهار الحقيقة، ويجوز إجباره على التنفيذ عن طريق فرض غرامة، وهنا يكون المشرع الفرنسي قد منح للخصم الحق في إجبار خصمه بتقديم ما تحت يده من أدلة لإظهار الحقيقة، فهذا يعني أن نطاق الأدلة التي يجوز للخصم إجبار خصمه على تقديمها يمتد ليشمل المساس بجسم الإنسان، كما هو الشأن في الحصول على عينة من الدم لفحصها².

أما فيما يتعلق بالعوائق المادية، فأهم عائق في طريق اللجوء للتحاليل البصمة الوراثية، هو العائق المادي، إذ يتطلب الأمر تجهيزات لمخابر خاصة بتجهيزات حديثة، هذا يحتاج إلى

1 - L'art. 10 du C.Civ.Fr. dispose que : « Chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité. Celui qui, sans motif légitime, se soustrait à cette obligation lorsqu'il en a été légalement requis, peut-être contraint d'y satisfaire, au besoin à peine d'astreinte ou d'amande civile, sans préjudice de dommages et intérêts ».

2 - أنظر أمال علال برزوق ، المرجع السابق، ص. 371.

إعتمادات مالية ضخمة للوصول لمخابر عالية الجودة، وكذا لخبراء وأخصائيين متمكنين في المجال، وهذا النوع من العوائق غير موجود بفرنسا، لأن المخابر المختصة في هذا المجال عديدة، وذات تقنيات عالية و بمواصفات عالمية، ولهم من الخبراء والأخصائيين المحترفين من له باع طويل في مجال التجارب والاكتشافات، و بذلك فالعوائق المادية توجد خصوصاً في الدول السائرة في طريق النمو كالجزائر وسنتطرق لها في نقطتين.

أولاً: وجود مخبرين علميين فقط.

لا تتوفر الجزائر حالياً سوى على مخبرين متخصصين أحدهما تحت وصاية الأمن الوطني و الآخر يشرف عليه الدرك الوطني، و بالرغم من أنه يضم متخصصين في هذا المجال من ذوي الكفاءات العالية في تخصصاتهم إلا أنه تواجههم صعوبات في أداء مهامهم تتمثل في:

(أ) اللجوء إلى المستجدات الطبية يتطلب توفر مخابر ذات جودة عالية و يد عاملة متخصصة.

(ب) الإلمام الشامل والمعرفة الدقيقة بعلم الجينات وكل الأنظمة المستعملة في هذا المجال، الذي يرتكز على الفرضيات والحالات النادرة، واستعمال بعض التركيبات الصعبة والمعقدة، و التي يجب مراقبتها بصورة دقيقة، فمثلا أثبت الخبراء بأنه يتطلب استعمال، على الأقل 20 نظاما في هذا المجال للوصول إلى النتيجة الحتمية في الإثبات أو النفي.

(ت) اعتماد نظام (HLA) يتطلب، إمكانيات ضخمة، سواء بالاعتماد على مخبر عالي الجودة وعلى خبراء تقنيين أخصائيين رفيعي المستوى، من بينهم أخصائيون في الإحصائيات والاحتمالات، نظرا لأنه يشكل إحدى الأنظمة المعقدة والشائكة.

ثانياً: مسألة مصاريف الخبرة.

اللجوء إلى الخبرة العلمية المتمثلة في المستجدات الطبية يرتكز في الأساس على ضرورة توافر هياكل مادية ضخمة للوصول إلى نتائج فعالة، فيتطلب ذلك بالمقابل مصاريف باهظة يتحملها أطراف الدعوى، عن طريق دفع تسبيق مالي لدى أمانة ضبط المحكمة بعد تحديده من طرف القاضي الأمر بتلك الخبرة الطبية على أن تستكمل المصاريف بعد تحديدها من طرف المخبر القائم بها بصفة نهائية ولا تكون نافذة إلا بعد مصادقة القاضي عليها، و

مهما كان المبلغ المحدد سيكون معتبر بالنظر للأوضاع المعيشية والاقتصادية للمواطن الجزائري، و هنا نجد عزوف المتقاضين عن اللجوء لهذه التقنية.

ورغم كل هذه الصعوبات والعوائق التي تقف أمام التحاليل البيولوجية إلا أنه لا يمكن استبعاد اللجوء إلى الخبرة الطبية، خصوصا بعد أن نص المشرع عليها صراحة في قانون الأسرة، وبالتالي فمتى رأت المحكمة أن هناك ضرورة ما لخدمة العدالة بإجراء هذه التحاليل فلن تتأخر في الاستعانة بالخبرة الجينية.

كما أن التشريعات المقارنة التي تسمح بجمع بيانات البصمة الوراثية، رغم أنها تشكل ضررا بالحياة الخاصة، قد سمحت بذلك في نطاق محدود جدا، مع ضرورة إحاطة المعلومات الناتجة من فحص البصمة الوراثية بقدر كبير من السرية، حيث يعاقب كل من يفشي أسرار البصمة الوراثية، وفقا للنصوص العقابية¹.

الفرع الثاني

الحجية المطلقة و النسبية للطرق العلمية في إثبات النسب

اتفق معظم الفقهاء وعلماء الطب على أن نظام البصمة الوراثية (DNA) ونظام (HLA) له دلالة قطعية في مجال النسب لانفراد كل شخص بنمط وراثي مميز لا يوجد عند أي كائن آخر في العالم، إذ لا يمكن أن يتشابه ال (DNA) لشخصين إلا مرة واحدة كل 86 بليون حالة، ومقارنة مع عدد سكان الكرة الأرضية الذي لا يتجاوز 08 مليارات نسمة، فإنه يمكن القول أن نسبة التشابه منعدمة تماما².

فالمحاكم الأوروبية والأمريكية تأخذ بالبصمة الوراثية باعتبارها قرينة نفي وإثبات³، وما يدعم حجيتها أيضا هو إمكانية أخذها من مخلفات آدمية سائلة كالدم، اللعاب والمني، أو أنسجة كالعظم، الجلد والشعر. كما أنها تقاوم عوامل التعفن والعوامل المناخية المختلفة من

1 - تعاقب المادة 226 من قانون العقوبات الفرنسي على إفشاء أسرار معلومات البصمة الوراثية بالحبس لمدة سنة وغرامة مقدارها 100000 فرنك.

2 - نبيل سليم، البصمة الوراثية وتحديد الهوية، مجلة حماية الوطن، عدد 265، الكويت، 2004، ص.136.

3 سعد الدين الهلالي، المرجع السابق، ص.273.

حرارة وبرودة، حتى أنه يمكن الحصول على البصمة من الآثار القديمة والحديثة¹. وبالتالي فإن نتيجة (DNA) في إثبات النسب تكون بنسبة 99,99%، وفي حالة نفي النسب تكون النسبة 100%، شريطة أن تتم عملية التحاليل بطريقة سليمة ووفقاً للمعايير المعمول به، وللبصمة الوراثية قوة ثبوتية مبنية على الدليل العلمي الذي لا يقبل الشك، فهل يعني هذا أن الإثبات بواسطتها يشكل قرينة أقوى من القوة الثبوتية التي تتمتع بها سائر وسائل الإثبات الأخرى؟

وعلى سبيل المثال لقضايا أثارت ضجة إعلامية عالمية كبيرة، وكان حلها بواسطة تحاليل البصمة الوراثية للحمض النووي، نذكر قضية "صدام حسين"، وقضية "بيل كلينتون"، الرئيس الأمريكي السابق مع كاتبته "مونيكا ليوينسكي".

تتلخص وقائع القضية المتعلقة بالرئيس العراقي السابق "صدام حسين" في وجود شبيه له، وهو ما دفع القوات الأمريكية التكتم على أسرته إلى غاية القيام بتحليل ADN بقصد التحقق من هويته.

وقد استعانت في تحاليل الخبرة بعينات "ADN" لصدام حسين، كانت قد احتفظت بها سابقاً عندما كان حليفاً لها، وقامت بمقارنة تلك العينات مع العينات المأخوذة من شعره ولعابه، بعد أسره، و في فيديو موثق للأحداث شوهد طبيب القوات العسكرية الأمريكي وهو يقوم بأخذ العينات من "صدام حسين"، وللتأكد أكثر قورنت بعينات أخرى أخذت مباشرة بعد سقوط بغداد العاصمة، وفرار صدام حسين، من فرشة أسنانه ومن عقب السيارة الكوبي الذي كان يتعاطاه، ولحسم المسألة أكثر فأكثر تم أخذ عينات من الحمض النووي للأخ غير الشقيق لصدام المدعو "برزان التكريتي" الذي يحمل نصف الجينات التي يحملها "صدام حسين"، وأهم ما في الأمر هو دراسة مصدر الطاقة في الخلية، والتي تسمى الميتوكوندريال، والتي تُورث من خلال الأم فقط، ومقارنتها بتلك التي يحملها "صدام حسين"².

1 - مقال بجريدة الوطن السعودية الصادرة يوم السبت 01/05/2004، عدد 1380.

2 - مقال بجريدة الوفد المصرية الصادرة يوم 20/10/2004 www.elwafd.org.

فبعد كل هذه الخبرات والمقارنات العلمية تم التأكد، وبصفة قطعية، بأن الشخص الموقوف هو فعلاً الرئيس العراقي السابق "صدام حسين"، وأن الأمر لا يتعلق بشبيه له، وبذلك كان للـ ADN في هذه القضية حجية مطلقة قطعت الشك باليقين.

كما برزت بشكل لافت للانتباه، قضية الرئيس الأمريكي السابق "بيل كلينتون" والآنسة "مونيكا ليوينسكي" المتربصة بالبيت الأبيض، التي ادعت بوجود علاقة مع الرئيس "كلينتون"، غير أن هذا الأخير نفى الواقعة، وادعى بأنها من قبيل التشهير بشخصيته، قصد التشويش على عزمه الترشح للانتخابات الرئاسية، غير أن "مونكا" كان لها دليل قاطع، تتمثل في ملابسها الداخلية، و قد تم إجراء تحاليل ADN على السائل المنوي المرفوع من ملابسها الداخلية، و لحظات قبل الكشف عن النتائج التحاليل، فضل "بيل كلينتون" أن يفضح نفسه بدلاً من أن يدان من طرف المحكمة¹.

كما يمكن الحصول على الحجية المطلقة، حتى من الآثار القديمة ، كما حدث في قضية الفنان "إيف مونتان" المتوفي، و التي نظر فيها القضاء الفرنسي و تتلخص وقائع الدعوى في ادعاء سيدة أن لها ابنة منه تدعى "أنياس"، وما أضفى على الأمر نوعاً من المصادقية أن تلك البنت كانت تشبه الفنان في سُخْتِهِ، ومن أجل الوصول للحقيقة أمر القاضي الناظر في الدعوى بإجراء خبرة طبية، فتم استخراج جثة الفنان وأخذ عينة من جسمه، من أجل فحص عينات من حمضه النووي ومقارنتها بالحمض النووي للبنت التي تدعي أنه أبوها، غير أن نتائج الخبرة من تحاليل البصمة الوراثية، أثبتت أنه لا يربط الفنان والسيدة التي تدعي أنه والدها أي علاقة أبوة أو بنوة، وأكبر مثال على فعالية فحص الحمض النووي كوسيلة من وسائل إثبات النسب ما ذكرته إحدى الصحف السعودية بخصوص إنسان (النايدات) الذي وجدت جثته محفوظة في الثلج منذ حوالي 9000 سنة، وتم معرفة ذلك عن طريق تحليل البصمة الوراثية، فكيف لا يكون لتحاليل البصمة الوراثية تلك الحجية المطلقة في إثبات أو نفي النسب².

1 - Marie-Hélène SWAYH, L'analyse (ADN)... une technique infaillible, Revue de justice, 2004.

2 - مقال بجريدة الوطن السعودية الصادرة يوم السبت 01/05/2004، عدد 1380.

فلطرق العلمية المستحدثة قوة إثبات لا تدع مجالاً للشك، كون أن نتائجها دقيقة في مجال إثبات النسب أو نفيه، و بالتالي يمكن للقاضي دائماً الاستعانة بها لحل المسائل المتعلقة بإلحاق نسب الأبناء لأبائهم.

غير أن المستجدات العلمية الطبية في مسائل إثبات أو نفي النسب متنوعة، فمنها ذات الحجية المطلقة كنظام (DNA) ونظام (HLA)، ومنها ذات الحجية النسبية كفحص فصائل الدم ونظام (ABO) اللذان لا يمكنهما مدنا بنتائج متطابقة إلا عندما يتعلق الأمر بنفي النسب، وبالتالي فلا يرقيان إلى مستوى الحجية المطلقة، بسبب تشابه فصائل الدم عند الكثير من الناس، وهو ما يجعله ظني الدلالة.

كذلك الشأن بالنسبة للطرق العلمية القطعية كتحاليل البصمة الوراثية، يمكن اعتبارها وسيلة يعتمد عليها القاضي عند نظره في الدعوى، غير أنها تفتقر لقوة التأثير على القاضي، الذي يجد نفسه بين اليقين والشك في صحتها، مقارنةً بالطرق الشرعية الأخرى كالإقرار والشهادة كون أن هذه الأخيرة تكون أمام القاضي في معرض الجلسة، فتطمئن لها سريرته و يقطع بذلك الشك باليقين من حيث أسانيدهما الشرعية، في حين أن إجراء التحاليل البيولوجية يكون دائماً في غياب القاضي، أي خارج نطاق المحكمة. فلا يعلم القاضي ظروف إجراء الخبرة من بدايتها إلى غاية الحصول على نتائجها، الأمر الذي يجعل قناعته غير مستقرة.

ومن الأسباب التي تجعل من الخبرة المجرات على البصمة الوراثية ناقصة الحجية وتضعها في محل شك لدى القاضي، الأخطاء البشرية، فالتحاليل المنجزة على البصمة الوراثية، تخضع أساساً للعامل البشري وبالتالي يمكن أن يقع فيها أخطاء ما كان يجب أن تقع، ومن ذلك الأخطاء البشرية التي تنسب للخبراء و المتخصصين وليس للبصمة الوراثية ذاتها، وقد جاء في مقدمة القرار السابع للمجمع الفقهي الإسلامي ما نصه: " أن الخطأ في البصمة الوراثية ليس وارداً من حيث هي، وإنما الخطأ في الجهد البشري أو عوامل التلوث أو نحو ذلك¹، وترجع هذه الأخطاء إلى القصور في الجوانب العلمية والفنية والجوانب الإجرائية القانونية²،

1 - المجمع الفقهي الإسلامي، الدورة 16، القرار السابع بشأن البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، المرجع السابق، ص.02.

2 - إبراهيم محمد أبو الوفاء، المرجع السابق، ص. 692.

ويقول الأطباء البيولوجيون أن طريقة استخلاص الحمض النووي عملية دقيقة جداً، تحتاج إلى سوائل مثل الكلوروفورم والإيثانول، ويستخدم له جهاز يسمى "إلكتروفوريسد"، ويستخرج بعدة طرق مثل: طريقة (RELP) لاستخراج عينة (DNA) من نسيج الجسم أو سوائله وتتجسد أهم خطوات هذه الطريقة في ما يلي:

- تقطع العينة بواسطة أنزيم معين يُمكنه قطع شريطي ال (DNA) طولياً، فيفصل قواعد الأدينين A والجوانين G من ناحية والتايمين T والسيتوزين C من ناحية أخرى، ويسمى هذا الأنزيم بالآلة الجينية أو المقص الجيني.
- ترتب هذه المقاطع باستخدام طريقة تسمى بالتفريغ الكهربائي.

- تعرض المقاطع إلى فيلم الأشعة السينية (X-ray film) وتطبع عليه فتظهر على شكل خطوط داكنة اللون ومتوازية، وقد تستغرق هذه الطريقة من 8 إلى 10 أيام، ورغم أن جزيء ال (DNA) صغير إلى درجة فائقة (حتى أنه لو جمع كل (DNA) الذي تحتوي عليه أجساد سكان الأرض لما زاد وزنه عن 36 ملجم) فإن البصمة الوراثية تعتبر كبيرة نسبياً وواضحة¹.

وهناك تقنية أخرى تعرف بتقنية التفاعل النووي المتسلسل، أي تكبير الحمض النووي، وتدعى بطريقة (PCR) بحيث يستخرج (DNA) ويضم إلى عدة ملايين من النماذج بواسطة أنزيم مكثف، وتبعات الخطأ بهذه الطريقة تكون أكثر ارتفاعاً من تبعات الخطأ عند استعمال تقنية (RELP)². وقد اشترط العلماء في كل هذه الطرق أن تكون العينات طازجة ونظيفة وأن لا تكون قد تعرضت إلى اعتداءات بيئية، فكل هذه الخطوات العملية والتقنية لا يدركها القاضي.

هذه أهم الأسباب التي جعلت من التحاليل البيولوجية ذات حجية نسبية، وعلى الرغم من ذلك تبقى التحاليل البصمة الوراثية، أقوى قرينة، تفوق قرينة تحاليل فصائل الدم التي تنفي النسب فقط ولا يمكن الاعتماد عليها في إثباته.

1 - تاريخ الزيارة 2022/05/24 www.islamonline.net

2 - وسام أحمد السمروط، القرينة وأثرها في إثبات الجريمة، دراسة فقهية مقارنة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، 2007، ص.300.

وعلى الرغم من ذلك تبقى التحاليل الجينية قرينة ظنية لا تؤخذ على الإطلاق ما دامت تخضع للسلطة التقديرية للقاضي في استخلاص الوقائع وتقدير الأدلة المدعمة للدعوى المعروضة أمامه، وبذلك تكون الكلمة الأخيرة للقضاة.

المطلب الثاني

سلطة القاضي في تقدير المستجدات الطبية في مسائل النسب

إن اللجوء للخبرة الطبية من المسائل المتعلقة بالسلطة التقديرية للقاضي وهي تندرج ضمن إجراءات التحقيق، فللقاضي أن يصادق على تقرير الخبرة و يعتمد نتائجها كما يمكنه استبعادها والقضاء إما بخبرة مضادة إذا رأى أن الخبرة الأولى مجانية للصواب أو أن الخبير لم يتقيد بالمهام الموكلة له أو الحكم من دونها سواءً كانت نتائجها إيجابية أم سلبية، والتساؤل الذي يثار هل أن تقدير الخبرة المتعلقة بقضايا النسب تخضع للقواعد العامة المتعلقة بالخبرات المأمور بها من طرف القضاء؟ وما مدى تقدير القاضي لقيمتها القانونية في مسائل نفي النسب عن طريق اللعان كما هو جار العمل به شرعاً، وعليه سوف يتم التطرق إلى سلطة القاضي في اللجوء إلى الخبرة العلمية لإثبات النسب (فرع أول)، ثم إلى سلطة القاضي في تقدير الخبرة العلمية (فرع ثاني).

الفرع الأول

سلطة القاضي في اللجوء إلى الخبرة العلمية لإثبات النسب

إن استعانة قاضي شؤون الأسرة للفصل في قضايا النسب بالطرق العلمية الحديثة المتمثلة في الخبرة القضائية مسألة ضرورية، باعتبارها من المسائل التقنية التي لا يمكن للقاضي الفصل في نزاع معروض أمامه إلا بالاستعانة بها وبالتقارير التي يعدها الخبراء في هذا المجال والاسترشاد بأرائهم¹. فالقاضي أن يلجأ للقواعد العامة للفصل في مثل هذه المسائل التقنية إلى الخبرة القضائية، التي سيصدر من خلالها حكماً قبل الفصل في الموضوع، بنسب خبير مختص توكل له مهام تحاليل البصمة الوراثية وفقاً للطرق العلمية الحديثة لإثبات النسب

1 - محمود توفيق إسكندر، الخبرة القضائية، دار هومة، 2002، ص. 37 وما يليها.

أو نفيه، و يجب في منطوق الحكم تحديد المهام المسندة للخبير بدقة، والمقصود بعبارة حكم قبل الفصل في الموضوع، أن القاضي لا يمكنه الفصل في دعوى النسب إلا بمساعدة الفنيين و أهل الاختصاص، كما أن الحكم قبل الفصل في الموضوع بندب خبير مختص لا يعني تخلص القاضي من الدعوى بل يبقى مرتبط بها إلى غاية القيام بالخبرة و الرجوع بها أمامه من أجل سواء المصادقة عليها واعتمادها في تسبيب الحكم الذي سيصدر أو استبعادها مع تقرير ما هو مناسب بشأن القضية¹.

و هنا للقاضي سلطة تقديرية في اعتماد الخبرة و اعتبارها حجة علمية أنجزت بناءً على طلب القضاء و على يد خبراء مختصين في مجال البيولوجيا ، بالنظر للقيمة العلمية للطرق الحديثة، القطعية منها خاصة، كالبصمة الوراثية، ونظام الـ(HLA)، هذه الطرق لا يمكن للقاضي فهم كيفية التوصل إلى نتائجها، وبالتالي لا يكلف نفسه عناء مناقشتها باعتبارها مسألة تقنية وعلمية دقيقة، لا تتدرج ضمن تكوينه القانوني المحض، ومن ثم فإن عدم إمام القاضي بهذه الطرق والعبارات والتقنيات المستعملة فيها، يكون عائقاً أمامه لمناقشته، فيلجأ إلى المصادقة عليها واعتمادها كحجية مطلقة، للفصل في ثبوت للنسب من عدمه.

وعلى سبيل المثال نظر القضاء الفرنسي في دعوى من هذا القبيل، حيث تزوج السيد (Michel) من السيدة (Francoise) في نوفمبر 1980م، وبعد أربع سنوات تقريباً، طلبت الزوجة الطلاق بتاريخ أوت 1984م، وتم النطق بالانفصال الجسدي بينهما في 19 سبتمبر 1984م، وفي شهر مارس عام 1985م وضعت السيدة (Francoise) مولودتها، فرفع الزوج (السابق) دعوى إثبات نسب المولودة له.

فأمرت محكمة أول درجة بإجراء فحوصات تحليل الدم بين الطفلة وأبيها لمعرفة ما إذا كانت توجد رابطة النسب بينهما أم لا، فجاءت نتائج تحاليل الدم مشككة في هذه الرابطة، لم يقتنع المدعي (الزوج) بهذه النتائج فطلب إجراء فحوصات أخرى عن طريق تحليل الجينات الوراثية لإثبات أو نفي رابطة النسب، و هنا رفضت المحكمة هذا الطلب الجديد وقضت بنسب الطفلة له وتأييد الحكم في الاستئناف، فطعن السيد (Michel) في القرار لإهمال كلا الجهتين القضائيتين الفصل في طلبه الخاص بإجراء الفحص عن طريق الجينات الوراثية لتحديد صلته

1 أنظر الملحق العاشر المرفق مع المذكرة الحالية.

بالطفلة، رغم أنه كان على القاضي أن يتحرى الحقيقة بكافة الوسائل، مما يبرر طلبه في إجراء فحص آخر، خاصة إذا علمنا أن نتيجة الفحص الأول (تحليل الدم) لم تثبت البنوة بكل تأكيد، في حين أن نتيجة الفحص الثاني (البصمة الوراثية) تمكنه من إثبات النسب أو نفيه بصفة يقينية¹.

ردت عليه محكمة النقض الفرنسية بقولها: "إن وسائل الفحص الطبي لإثبات النسب أو نفيه، خاصة المسماة التحليل الجيني، ليست ملزمة للقاضي (Elle n'est pas obligatoire pour le juge) بحيث يحق لمحكمة الاستئناف أن تُقدر، بناء على أسباب سائغة، جدية قبول إجراء الخبرة الطبية الحديثة المطلوبة من عدم جديتها"².

فبناءً على ذلك، يفهم أن للقاضي سلطة تقديرية مطلقة في رفض طلب اللجوء للخبرة الطبية إذا كان الظاهر من ملاسبات الدعوى القضائية عدم جود أي شك بأبوة الشخص الذي يطالب بهذا الإجراء، أما -على سبيل الذكر- في القضاء الإنجليزي يقبل القاضي طلب إجراء خبرة طبية لإجراء تحاليل البصمة الوراثية، المقدم من الزوج في حين يرفض الطلب المقدم من شخص يدعي أنه الأب البيولوجي لطفل يتمتع بنسب قانوني، فإذا تبين للقاضي أن طلب الخبرة المقدم من قبل شخص ثالث سوف يززع الوضع العائلي الذي عاش فيه الطفل، و يهدد نظام الأسرة، فإنه يرفض الطلب لأنه قد لا تتفق الحقيقة البيولوجية مع الحقيقة الاجتماعية، وهي حالات عديدة في الدول الأوروبية حيث تنتشر العلاقات الحرة خارج الزواج، وبذلك قد تتعارض الحقيقة البيولوجية لنسب الطفل مع مصلحته في رأيهم³.

1 - أمال علال برزوق ، المرجع السابق، ص 382 .

2 - Jean Christophe Galloux, op.cit., p.91.900 La méthode médicale dite des empreintes génétiques constitue non pas une fin de non recevoir, mais un moyen de défense au fond, et n'est donc pas obligatoire pour le juge (Cass. 1^{er} Civ., 12 janvier 1994 : Bull, I, n°14, p.11 : D.1994, 449, note massip : de frénois 1994, 778, Obs., massip. Voir aussi : Cass. 1^{er} Civ., 11 mars 1997 : Dr famille 1997, 69 note Murat rejet d'une demande d'expertise complémentaire sur le principe que le juge peut ordonner d'office toute mesure d'instruction. Voir : Cass. 1^{er} Civ., 10 mai 1995, Bull, I, n°199, p.143 :D.1996, Somm. 149, Obs. Cranet. Lambrechts : Défrenois, 1996, 326, Obs.,Massip.

3 - رضا عبد الحليم عبد المجيد، النظام القانوني للإنجاب الصناعي، دار النهضة العربية، 1996، ص.108.

الفرع الثاني

سلطة القاضي في تقدير الخبرة العلمية

للقاضي السلطة المطلقة في تقدير الخبرة العلمية، سواءً في الأخذ بها في منازعات إثبات النسب أو استبعادها، وهذا ما سوف يتم الحديث عنه في هذا الفرع.

أولاً: استقرار القاضي على استبعاد الخبرة العلمية لإثبات النسب.

لم يمنح القضاء الجزائري للخبرة العلمية المثبتة للنسب أهمية، فقبل صدور أول قانون للأسرة الجزائري سنة 1984م، كان قاضي شؤون الأسرة يعتمد على الشريعة الإسلامية لفض النزاعات المتعلقة بالأحوال الشخصية، غير أنه ومع صدور قانون الأسرة سنة 1984، تم تقييد القاضي بالالتزام بالأحكام الواردة فيه.

ونشير أنه كان من الممكن لو اضعي قانون الأسرة مسايرة بعض المستجدات في تلك المرحلة وتجنيب القاضي التردد بشأنها، وعلى رأسها مسايرة ما تعلق بالعلوم البيو-طبية من مستجدات، وما يثير الدهشة حقا هو أن هذا القانون حديث نسبيا قياسا بتشريعات الأحوال الشخصية المقارنة¹.

فقد كانت المحكمة العليا رافضة لأي خبرة علمية حديثة بشأن إثبات النسب ونفيه، إذ لم يتم اعتماد لا نظام تحليل الدم ولا تحكيم البصمة الوراثية في هذا الشأن، وذلك لغياب نص صريح يتيح ذلك، وتطبيقا لذلك رفضت محكمة وهران الاستجابة لطلب إجراء خبرة تحليل الحمض النووي (DNA) في قضية نسب الطفلة صفية إلى الجزائري (ي.م) أو إلى الفرنسي جورج شربوك، التي كان يدعي كل واحد منهما نسبها إليه، وقد سببت المحكمة رفضها بأن المدعي الجزائري لم يثبت أنه كان زوجا لأم البنت صفية وقت الحمل بها، وأن نسب البنت من الفرنسي ثابت بشهادة الميلاد المسجلة لدى مصالح الحالة المدنية ببلدية فار بفرنسا².

1 - جيلالي تشوار، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.96.

2 - محكمة وهران، قسم شؤون الأسرة، بتاريخ 13/12/2005، ملف رقم 3460/50، فهرس رقم 5285/05، مقتبس عن باديس نياي، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010، ص.ص.126-127.

ما يعاب على المشرع الجزائري بشأن بعض نصوص قانون الأسرة، في مسألة الحمل أنه لم يحدد للقاضي المدة التي يبدأ فيها حساب أدنى مدة للحمل، المحددة بـ 06 أشهر، وأقصاها، بـ 10 أشهر، فهل يكون الحساب ابتداء من العقد أم من الدخول؟ فضلا عن الفرق بين لحظة الطلاق الفعلي والحكم به، وهذا الأخير هو المعتبر نصا¹ وقضاء، ويقول به جانب من الفقه²، رغم أنه باعتماد الدليل العلمي يتجنب المتقاضين الكثير من المتاعب والتناقضات ويسهل على القاضي الفصل في النزاع.

فبعد صمت طويل من المحكمة العليا فيما يتعلق بالخبرة العلمية لإثبات النسب، جاء التصريح باستبعاد تحليل الخبرة العلمية بشأن النسب في قرارها الصادر بتاريخ 1999/12/15م، وفي الحقيقة كان من نتيجة افتقار القانون الجزائري إلى تنظيم قانوني دقيق لهذه الوسائل الجديدة في مجال النسب، فتَحَمَّل القضاء عبء تحديد ما يجب الأخذ به وما لا يجب، وذلك عن طريق ما كان يرسيه من مبادئ قضائية جديدة³.

ففي القرار السالف الذكر الصادر عن المحكمة العليا، يظهر أن قضاتها آنذاك جنبوا التطور والتجديد في الوقت الذي كان بوسعهم إرساء اجتهاد قضائي لسد النقص الحاصل في التشريع خاصة مع غموض صياغة المواد القانونية، فكانت المحكمة العليا في القضايا التي ترفع أمامها المتعلقة باعتماد الخبرة العلمية قصد تحديد النسب ينقضون تلك القرارات بحجة خرق قضاة الموضوع لأحكام المادة 40 لاعتمادهم الخبرة العلمية قصد تحليل الدم للوصول إلى نفي النسب.

و هذا القرار، حسبما يرى البعض⁴، ضعيف من الناحية القانونية لأنه يحيلنا إلى تحليل قانوني قديم إن صح التعبير، فهو من جانب آخر، يكشف عن طريقة غريبة في تعامل قضاة المحكمة العليا مع القانون وشرحه.

1 - تنص المادة 49 من قانون الأسرة: "لا طلاق إلا بحكم..."، والمادة 60: "أقصى مدة الحمل 10 أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة".

2- Gh. BENMELHA, Le droit Algérien de la famille, O.P.U., 1993, p.144

3 - جيلالي تشوار، القضاء مصدر...، المرجع السابق، ص.14.

4 - Cf. Ghanima LAHLOU-KHIAR, La filiation des enfants nés pendant la séparation de fait des époux La preuve de la filiation, Revue «El Mouhamat», L'ordre des avocats d'Alger, N°01, p.53.

فإذا كان البعض¹ لا ينتقد القرار فقط من جهة أن المسألة تتعلق بنفي النسب، وأنه يستوجب إعمال أحكام المادة 41 من قانون أسرة التي تنص على أن نفي النسب يكون بالطرق المشروعة، موسعا مجال هذه الطرق، إلا أن الظاهر من موقف المحكمة العليا يشير إلى تخلفها عن مواكبة التطور والتجديد في مسألة يتعلق بها حقوق شرعية في الميدان الأسري، وذلك بسبب إغفالها المستجدات في العلوم الطبية والبيولوجية وكذا الظروف الاجتماعية التي أصبحت تحيط بالمجتمع المعاصر كانهخفاض الوازع الديني وتدهور القيم الأخلاقية والروحية في نفوس البشر وغيرها من الآفات الأخرى².

فإذا علمنا أن اللعان لا ينتج عنه اليقين، بل الدافع إليه هو الاحتياط في ثبوت النسب وعدم إهداره، فإنه من باب الاستحسان حسب البعض³، أن يرجع في هذه المسألة إلى أهل الخبرة، وعموماً، موضوع الخبرة العلمية التي استبعتها آنذاك القضاء الجزائري في قضية إثبات النسب، يتطلب مناقشة حججه وقيمه الثبوتية، فما كان عليه تعميم موقفه الرفض للخبرة العلمية، كون أنه يمكن الاعتماد على نتائج تحاليل البصمة الوراثية في العديد من القضايا المتعلقة بالنظام الأسري، وأمام التفسير الضيق لأحكام المادة 40 من قانون الأسرة فقد يفهم كذلك الاقتصار في كل الحالات على ما تضمنته من أدلة تقليدية بشأن إثبات النسب.

ثانياً: التفسير القضائي الضيق للنصوص المتعلقة بأدلة إثبات النسب.

تفسير النصوص القانونية، يعتمد أساساً في البحث عن المعنى الدقيق المقصود من النص، بما في ذلك مسألة الخبرة العلمية، سواء داخل النص أو خارجه.

فالمصدر الداخلي للتفسير الضيق للنص القانوني الذي أشار لمسألة النسب، ما جاءت به المادة 40 من قانون الأسرة قبل مراجعة قانون الأسرة الجزائري في سنة 2005م⁴، وبالتالي

1 - رشيد بن شويخ، الطرق الشرعية والقانونية لثبوت النسب أو نفيه، دراسة أحكام الفقه والقانون و القضاء، م.ع.ق.إ.، كلية الحقوق، جامعة أوبكر بلقايد، تلمسان، 2005، عدد 03، ص.43.

2 - جيلالي تشوار، عولمة القانون ومدى تأثيرها على أحكام الأسرة، م.ج.ع.ق.إ.س.، جامعة الجزائر، 2008، عدد 03، ص.126.

3 - جيلالي تشوار، المرجع نفسه، ص.127.

4 - لم يكن القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 هـ الموافق 09 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري في المادة 40 منه يتضمن اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب.

فأحكام القضاء قبل تعديل قانون الأسرة لم تقضي باعتماد الخبرة العلمية لإثبات النسب، وقد كرس هذا النهج بشكل أكثر صراحة من خلال موقف صريح للمحكمة العليا في قرارها الصادر في 15/06/1999م، إذ جاء في إحدى حيثياته: "...متى يتبين في قضية الحال أن قضاة المجلس لما قضوا بتأييد الحكم المستأنف القاضي بتعيين خبرة قصد تحليل الدم للوصول إلى تحديد النسب، خلافا للقواعد إثبات النسب المسطرة شرعا وقانونا طبقا لأحكام المادة 40 وما بعدها من قانون الأسرة...، ولم يكن من بين هذه القواعد تحليل الدم الذي ذهب إليه قضاة الموضوع، فدل ذلك على أنهم قد تجاوزوا سلطتهم التقديرية إلى التشريعية، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه وإحالة نفسه للمجلس...".

إن المحكمة العليا بقرار المذكور أعلاه، تكون قد جانبت التطورات العلمية الطبية بتقليلها من أهمية الخبرة العلمية المتمثلة في تحليل الدم، وذلك بتضييقها لنص المادة 40 التي تعتبر البيئة بمفهومها العام -الخبرة العلمية تعتبر من قبيل البيئة-، تصلح كدليل للإثبات، غير أنها أخذت بالمفهوم الضيق للنص التشريعي.

فكما أسلفنا الذكر فالخبرة المنجزة عن طريق تحاليل الدم، لا تمنحنا دليل في إثبات النسب، غير أنها تمنحنا نتيجة دقيقة يقينية إذا تعلق الأمر بنفي النسب، وعلى العموم، فاستبعاد القاضي للدليل العلمي يجعله محل انتقاد، كون أن تحاليل فواصل الدم، رغم أن لها حجية لا يعتمد عليها سوى في حالة نفي النسب، غير أن هناك دليل علمي مستحدث أكثر حجية منه، المتمثل في تحاليل البصمة الوراثية، التي لا تتعارض مع القواعد الشرعية في مسائل إثبات النسب.

فكان على قضاة المحكمة العليا أن لا يكتفوا عند تفسير النصوص القانونية المتعلقة بالنسب بالمفهوم الضيق للمادة، بل أن يراعوا المعنى الحقيقي وروح القانون لتكون قراراتهم الصادرة في هذا الشأن غير متنازع حولها، وذلك تحقيقا للعدالة¹، ففي القرار محل الإنتقاد أعلاه، ترفع ملاحظة مهمة وهي بالرغم من عدم تحديد وسائل الإثبات العلمية الحديثة التي يمكن الاعتماد عليها، غير أنه تم استبعاد تحاليل الدم بالرغم من أنها من شأنها تتدرج ضمن الطرق العلمية في إثبات النسب كما نصت عليها الفقرة الثانية من المادة 40 من قانون الأسرة،

1 - G. LAHLOU-KHIAR, op.cit., p.53

وسبب قضاة المحكمة العليا استبعادهم لتلك المستحدثة العلمية أنه لم يتم النص صراحةً بجواز الأخذ بها.

فبدلاً من أن يستعمل قضاة المحكمة العليا سلطتهم التقديرية المطلقة باعتبارهم يمثلون محكمة قانون والنظر في روح النص القانوني، قصد الوصول لتجسيد العدالة ولإرساء اجتهاد قضائي يُرجع إليه كمصدر من مصادر القانون، قاموا بتفسير إغفال المشرع الجزائري في تحديد الطرق العلمية الحديثة لإثبات النسب بشكل سلبي، و هذا ما يجعل قرارهم المذكور على سبيل المثال أعلاه محل انتقاد في ما مدى تأسيسه.

و بالنظر للقضاء الفرنسي، نجد أنه لا يقضي بإجراء خبرة علمية في مسائل إثبات النسب إذا كان الظاهر أن العلاقة الزوجية لا يشوبها غموض «La possession d'état»، ومقيدة بسجلات الحالة المدنية المعدة لذلك أو في حالة الإقرار بالولد قبل الولادة¹.

ثالثاً: سلطة القاضي في إجبار الشخص للخضوع للخبرة العلمية في قضايا النسب.

القاضي المعروض عليه النزاع في مسألة النسب، هو الوحيد الذي له صلاحية تعيين خبير مختص للقيام بمهمة إجراء التحاليل اللازمة، بموجب حكم قبل الفصل في الموضوع، ويكون هذا الخبير المختص من بين خبراء مخبر الشرطة العلمية لتحليل الحمض النووي (DNA) لإثبات أو نفي نسب الولد لوالده، سواء كان طلب نذب الخبير بناءً على طلب أحد طرفي الدعوى، أو بناءً على طلب النيابة العامة، باعتبارها طرف أصلي في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام قانون الأسرة الجزائري²، و كذا كونها حافظة للنظام العام داخل المجتمع و ضمن النظام الأسري.

والمشكل قد يكمن في، ما مدى إمكانية المستفيد من الحكم القاضي بتعيين خبير مختص من بين خبراء مخبر الشرطة العلمية لتحليل الحمض النووي (DNA)، أن يلزم المعنيين بهذا الحكم سواءً آباء أو أمهات بالتوجه نحو المخبر العلمي لإجراء تحاليل الخبرة، مع الإشارة إلى أن تطبيق هذا المستحدثة الطبية العلمية قد يخرق مبدأ احترام حرمة الحياة الخاصة التي

1 - «L'expertise biologique est de droit en matière de filiation sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder», (Civ. 18, 28/05/2000, Bull., Civ. I, N°103, D. 2000, Jur. 713).

2 - المادة 03 مكرر من قانون الأسرة الجزائري "تعد النيابة العامة طرفاً أصلياً في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون".

أقرها الدستور الجزائري، و كذلك يصطدم بقاعدة قانونية في الإثبات مفادها عدم جواز إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه.

في غير القضايا الجنائية، تمنع أغلبية التشريعات، إرغام الأشخاص للخضوع لاختبارات تحاليل الدم أو أية اختبارات علمية أخرى، تطبيقاً لمبدأ حرمة الجسد البشري. وبالتالي لا يمكن للقاضي فرض ذلك على الأشخاص.

ففي التشريع الفرنسي نصت المادة 11/16 من القانون المدني، على وجوب الحصول على الموافقة المسبقة للشخص محل المطالبة القضائية قبل اللجوء إلى إجراء تحاليل البصمة الوراثية. و كذلك الشأن بالنسبة للتشريع الإنجليزي.

غير بعض التشريعات الأخرى، تقول أن حق الطفل في معرفة أصوله يسموا على حق الشخص في السلامة الجسدية، وعلى سبيل المثال التشريع الألماني الذي يلزم كل شخص، وليس فقط أطراف الدعوى، بقبول الخضوع للتحاليل البيولوجية.

وفي حالة الرفض غير المبرر للخضوع للتحاليل الطبية البيولوجية من طرف الشخص المعني يجعل من ذلك الرفض قرينة ضده، فتعتمد عليها المحكمة في إصدار حكمها، وفقاً لما تقدم به خصمه في الدعوى، ويكون ذلك الحكم مسبباً ومبرراً¹.

ما سبق يخص رفض تحليل الدم الذي يتطلب أخذ عينة من دم المعني مباشرة باستخدام الوسائل المخبرية اللازمة لاستخراج الدم من جسده، أما تحليل الجينات الوراثية فلا يتطلب التدخل على جسد المدعي أو المدعى عليه، فيكفي أخذ عينة من اللعاب، أو شعرة من الرأس أو الجسد، أو جزء من بعض بقايا الأظافر. ومن ثم يتضح أن التقنية الخاصة بتحليل الحمض النووي (DNA) أبطلت الحجة التي كانت سارية في الماضي، وهي عدم جواز المساس بحرمة الجسد الإنساني، فكل هذا أمر غير مثار في هذه الحالة، مما يبرر استنتاج حقائق قد تكون في غير صالح الشخص الراض لهذا الإجراء، وإن كانت قرينة رفض الخضوع للخبرة الطبية

1 - L'arrêt de la cour de cassation Française en date du 06 mars 1996, Dalloz, 1996, 2, p.529 ; C. Cass. 98 Civ., 18 mai 1989, Dalloz, 1989, p.362.

تحتاج إلى قرائن أخرى لاتخاذ القرار النهائي في الموضوع، وبصفة عامة، للقاضي أن يستنتج من الرفض دليلاً على الخوف والخشية من الوصول لحقيقة يحاول الرفض إخفائها¹.

الواقع المعاش يبين وجود تعارض بين المصلحة العامة للمجتمع و المصلحة الشخصية، فالمصلحة الشخصية تتعلق بمبدأ معصومية الجسد، غير أن غالبية الفقه القانوني يرجح المصلحة العامة على حساب المصلحة الشخصية ومبدأ معصومية الجسد، و هذا التفضيل أشارت إليها محكمة (Lille) الفرنسية في حكمها الصادر سنة 1947م بخصوص منازعة بين زوجين حول بنوة ابن لهما، مرجحة المصلحة العامة، وأجبرت الزوج على الخضوع للفحص الطبي، تمهيدا لأخذ عينة من دمه لمضاهاته بدم الطفل، ومن بين الاعتبارات التي ذكرتها المحكمة ما يلي²:

- فعالية إجراء تلك الفحوص العلمية على دم الإنسان، ومن غير المعقول استبعاد تحليل الدم.
- عدم إمكانية التذرع بمسألة مبدأ معصومية الجسد للحيلولة دون إجراء تلك الفحوص.
- اعتبار أخذ عينة من الدم من العمليات البسيطة التي لا خطورة فيها إذا قورنت بعمليات أخرى تمت بإذن القضاء.
- للقضاء أن يستخدم الوسائل التي يعتقد أنها مناسبة لإظهار الحقيقة، ومنها وسيلة الفحص العلمي.

أما في التشريع الجزائري لا نجد أن القاضي بإمكانه، في دعوى النسب، إلزام أي شخص بالخضوع للخبرة المتعلقة بتحليل الحمض النووي (DNA)، وهنا كان يجب على المشرع سن نصوص تسمح بالحكم قضائياً وفرض غرامات تهديدية عن كل يوم تأخير على الأشخاص الراضين لهذا الإجراء، بالخصوص إذا كانت الخبرة تحليل البصمة الوراثية هي الوسيلة الوحيدة

1 - أمال علال برزوق ، المرجع السابق، ص.ص.390- 391.

2 - سلطان الجمال، معصومية الجسد في ضوء المفردات الطبية الحديثة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2000، ص.ص.170-171.

للفصل في دعوى النسب، وهذا الإلزام سيكون من أجل حماية حق الطفل في معرفة نسبه كما تنص عليه الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل¹.

رابعاً: تقدير القاضي لنفي النسب بين اللعان والطرق العلمية.

اللعان هو الوسيلة الوحيدة لنفي النسب، و على الرغم من أن المادة 41 من قانون الأسرة، لم تشر إليه صراحةً غير أنه و بالرجوع لنص المادة 222 من نفس القانون التي تحيلنا على الشريعة الإسلامية، نجد أن اللعان هو الوسيلة الشرعية الوحيدة لنفي النسب، وهنا نكون أمام إشكالية تقدير الطرق المشروعة من طرف القضاء، بالنظر للمستجدات الطبية في مجال النسب، فهل ينفي النسب بالطرق العلمية أمام وجود نصوص الشرعية؟

أثار هذا التساؤل جدال فقهي، فقال البعض بعدم جواز تقديم المستجدات الطبية في نفي النسب على اللعان، حسب ما جاء في قرار المجمع الفقهي الإسلامي المنعقد بالرباط بالقول: "لا يجوز شرعا الاعتماد على البصمة الوراثية في إثبات النسب ولا يجوز تقديمها على اللعان".²

غير أن بعض فقهاء الشريعة الإسلامية قال بترجيح الطرق العلمية في نفي النسب ما دامت نتيجتها قطعية على عكس دعوى اللعان التي تركز على أسس وشروط تعجيزية أحياناً، كالمدة التي يتطلبها اللعان (08 أيام) أو عدم حصول الزوج على شهود في ذلك.

والمعمول به قضاءً في القضايا المتعلقة بنفي النسب في الجزائر، الاعتماد على إجراء اللعان دون الخبرة العلمية، و هذا سواءً قبل صدور قانون الأسرة أو بعده، واستمر ذلك إلى غاية سنة 2006م³، فالمحكمة العليا تعتمد على اللعان فقط في مسائل نفي النسب⁴، ونشير

1 - تنص المادة السابعة (07) من الاتفاقية الدولية لحقوق الإنسان على حق الطفل في معرفة والديه قدر الإمكان، كما جاءت المادة الثامنة (08) من نفس الاتفاقية بالقول على وجوب احترام حق الطفل في معرفة نسبه و تقديم كل المساعدات الضرورية لتحقيق ذلك.

2 - انظر، الفقرة الثالثة من قرار المجمع الفقهي الإسلامي، بشأن البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها. الفترة من 21 إلى 1422/10/26 هـ الموافق ل 05 إلى 2003/01/10م؛ مقتبس عن أشرف عبد الرازق ويح، المرجع السابق، ص.ص. 185-186.

3 - اعترف القاضي الجزائري بال (ADN) كوسيلة إثبات النسب، وذلك بقرار المحكمة العليا بتاريخ 05/03/2006.

4 - أنظر، م. ع. غ.أ.ش، 15/06/1999، ملف رقم 222674، الاجتهاد القضائي، 2001، عدد خاص، ص.88.

أن الأحكام القضائية فيما تعلق باللعان عرفت و تعرف عدم استقرار من ناحية الآجال، من خلال تردد القضاء بين الإشارة إلى مدة أسماها المهلة القريبة المقررة شرعاً¹، وبين اعتماد مدة 08 أيام من يوم العلم بالحمل أو رؤية الزنا²، أم تحسب من الولادة³، فعدم توحيد القضاء الجزائري بدء سريان حساب مهلة 08 أيام يعود لانعدام نص قانوني صريح يحدد أجل بداية حساب المهلة التي ينبغي فيها التمسك بإجراء اللعان.

و مع ذلك يبقى اللبس قائم في مدى تطابق الآثار المترتبة على نفي النسب عن طريق اللعان، من تفريق للزوجين وغيرها، مع المستجدات الطبية، خاصة أمام سكوت المشرع الجزائري في هذا الشأن.

غير أنه في الخلاصة، فالمشرع الجزائري تدارك النقص الذي كان حاصلًا في التشريع بإدراجه جوازية اللجوء إلى المستجدات الطبية العلمية في مسائل النسب، كونها قرينة علمية قوية و نتائج دقيقة و قد أفتى بجوازها فقهاء الشريعة، فيمكن الأخذ بنتائجها لمعرفة هوية الأطفال الضائعين، أو في حالة اختلاطهم في مستشفيات التوليد أو الرعاية، كما تمكن نتائج تحاليل البصمة الوراثية من التعرف على الجثث المجهولة الهوية أو المشوهة بسبب الحوادث والحروب والكوارث.

تطرقنا في هذا الفصل إلى تقنيتين مستجديتين في مجال العلوم الطبية البيولوجية ومدى تأثيرها على نظام الأسرة في إثبات النسب، وهناك مستجدات طبية أخرى حديثة لها علاقة وطيدة بالنظام العام الأسري تتمثل في المساعدة الطبية على الإنجاب و كذا ظاهرة الاستنساخ البشري، والتي بدورها ترتب آثارا على نظام الأسرة، وهذا ما سيتم التطرق إليه من خلال الفصل الموالي.

1 - أنظر، م.أ.، غ.أ.ش، 19/11/1984، ملف رقم 34046، م.ق.، 1990، ص.67.

2 - أنظر، م.ع.، غ.أ.ش، 19/10/1998، ملف رقم 204821، الاجتهاد القضائي، 2001، عدد خاص، ص.70-72؛ وكذا القرارات الصادرة عن المحكمة العليا على التوالي: تاريخ 23/11/1993، ملف رقم 90000 و 08/07/1997، ملف رقم 165408، ص.ص.64-69.

3 - أنظر، م.ع.، غ.أ.ش، 28/11/1997، ن.ق.، عدد 54، ص.103.

الفصل الثاني

المستجدات الطبية المساعدة على الإنجاب وآثارها على النسب

الفصل الثاني

المستجدات الطبية في نظام الأسرة المساعدة على الإنجاب وأثرها على النسب

تطرقنا في الفصل الأول لهذا الباب إلى المستجدات الطبية في مجال إثبات النسب و ما مدى تأثيرها على نظام الأسرة و ما مدى تقيد القاضي في مسائل إثبات النسب أو نفيه بالطرق العلمية الحديثة، غير أنه و كما أشرنا في مقدمة رسالتنا حصرنا دراستنا على تقنيتين طبييتين حديثتين كونهما الطريقتين الوحيدتين اللتان يمكن مصادفتها في مجال نظام الأسرة فبعد دراستنا للمستحدثات العلمية الطبية في مجال التحقق من النسب، نعرض في هذا الفصل على طرق العلمية الحديثة المساعدة على الإنجاب أو ما يصطلح عليه فقهاً وقانوناً بالتلقيح الاصطناعي، الذي تضبطه أحكام قانونية و فقهية، بالإضافة لظاهرة الاستنساخ البشري التي تستدعي التطرق إليها.

قد أولى المشرع الجزائري أهمية بالغة للنسب، الذي يعتبر مقصد من مقاصد الشريعة الإسلامية، فنص في المادة 04 من قانون الأسرة على أن: "الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه، تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب".

فالمحافظة على الأنساب تكون بالإنجاب، الذي يعتبر هدف منشود من العلاقة الزوجية، ففي الحالات التي لا يحصل فيها إنجاب، نجد شقاق مستمر بين الزوجين مما يؤدي إلى انحلال وتفكك الرابطة الزوجية مما يؤثر سلباً على نظام الأسرة، وفي الوقت الراهن نجد أن المستجدات الطبية أفضت تجاربها الدقيقة لعلاج العديد من الأمراض بما فيها إعادة وصل الأطراف التي تبتتر من جسم الإنسان، فإنها قد توصلت أيضاً إلى علاج العقم بوسائل مختلفة، منها ما يسمى بالتلقيح الاصطناعي¹، الذي ينجم عنه الإنجاب الاصطناعي، وكذا الاستنساخ البشري.

1 - محمد عبد الجواد محمد، الطبيب المسلم بين أحكام القانون الوضعي وأحكام الشريعة الإسلامية، قتل الرحمة وأطفال الأنابيب، بحوث في الشريعة الإسلامية والقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، د.س. ن.، ص. 114.

فبظهوره تقنيتي التلقيح الاصطناعي والاستنساخ البشري، لم يعد تكاثر مقتصرًا على الاتصال الجنسي بين الزوجين فقط، فأصبح بإمكان الزوجة الحمل والولادة، عن طريق تقنيات طبية مساعدة على ذلك، كما أصبح من الممكن الاستعانة بنطفة شخص أجنبي عن العلاقة الزوجية وهو التلقيح الاصطناعي بواسطة الغير، ويكون التلقيح هنا داخلياً، كما يوجد نوع آخر وهو التلقيح الاصطناعي الخارجي، بمعنى التخصيب خارجياً، بواسطة تقنيتين، وهما التلقيح الاصطناعي داخل الأنبوب والتلقيح الاصطناعي بواسطة الأم البديلة.

كما يجب التنويه لظهور ما يسمى بنوك لحفظ النطف والبويضات قصد استخدامها عند الحاجة إليها، فالتطور العلمي للمساعدة الطبية على الإنجاب لم يعد مقتصرًا فقط على الحمل والإنجاب فقط، بل تعداه إلى إمكانية الحصول على مولود من طرف واحد فقط، أي الرجل أو المرأة، على أن يكون هذا المولود نسخة طبق الأصل له، وهو ما يعرف بالاستنساخ البشري. كل هذه المستجدات الطبية في مجال الإنجاب الاصطناعي، أثارت تساؤلات بشأن تأثيرها على نظام الأسرة خاصة النسب، إثباتا ونفياً، فالمرجع الجزائري وضع أحكام تنظم اللجوء إلى تقنية التلقيح الاصطناعي بصورة لا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية، كما تدارك نقص التشريع بخصوص زراعة الأعضاء خاصة التناسلية منها، كما جرم عملية الاستنساخ البشري.

هذا ما سيتم التطرق إليه خلال هذا الفصل، ففي المبحث الأول سوف نتحدث عن الاتصال غير الطبيعي بين الزوجين، المتمثل في التلقيح الاصطناعي كبديل لعملية الاتصال الجنسي. أما المبحث الثاني سنتطرق فيه للأجنة وطريقة إنشائها وظاهرة الاستنساخ البشري وأثرها على النسب.

المبحث الأول

التلقيح الاصطناعي كبديل لعملية الاتصال الجنسي.

من مقاصد الشريعة الإسلامية المحافظة على النسل، لذا شرع الله جل جلاله النكاح فيكون الاتصال الجنسي الطبيعي بين الزوجين فيحدث الإخصاب الطبيعي و الحمل ومنه المولود، و الإنجاب فطرة إنسانية و غاية منشودة في نفس الإنسان منذ بدء البشرية، وقد حثت عليها شريعتنا الغراء، فيقول جل جلاله: " يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا ۗ إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتَقَاكُمْ ۗ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ" ¹.

فعملية الاتصال الجنسي بين الزوجين، تعتبر الوسيلة الطبيعية الوحيدة للإنجاب، التي أقرتها الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، غير أن هذه الطريقة قد تعترضها عوائق مرضية تمنع من تحقيق ذلك، فقد يكون هناك ضعف الخصوبة لدى الزوجين أو أحدهما، بسبب خلل بيولوجي أو عقم، يحول دون الحمل ².

غير أن علماء الأجنة والوراثة في العصر الحديث تصدوا لهذه العوائق، بنجاحهم في عملية التلقيح الاصطناعي كبديل للإخصاب الطبيعي، فأصبح شائعاً في الوقت الحالي ما يسمى بأطفال الأنابيب، وذلك عن طريق أخذ البويضة من مبيض المرأة بعملية جراحية دقيقة، ثم رعاية تلك البويضة المخصبة بعد اكتمال مراحل نموها الأولى في رحم الأم بواسطة إدخال هذا الأنبوب من خلال فتحة المهبل إلى الرحم وقذف البويضة فيه بعد تلقيحها في الرحم ليبدأ الحمل مساره الطبيعي، وسميت هذه الطريقة في الإنجاب "بأطفال تحت الطلب"، ثم ظهر أخيراً في شأن الإنجاب ما يسمى "استئجار الرحم" بمعنى الحمل في رحم الغير ³.

1 - سورة الحجرات، الآية 13.

2 - حسيني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الاصطناعي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، 2007، ص.105.

3 - أحمد نصر الجندي، النسب في الإسلام و الأرحام البديلة، دار الكتب القانونية، مصر، 2003، ص.199.

فلم يعد الإنجاب كما كان من قبل، علاقة جنسية بين الزوجين، بل أصبح من الممكن أن يتدخل طرف ثالث لحدوث الحمل، وهذا الغير قد يكون رجلاً متبرعاً بنطفة، أو بمنح البويضة من امرأة إلى أخرى، إذ أصبح الولد مشترك المنشأ بين المرأة صاحبة البويضة والأم الملقحة بها التي حملت به ووضعتة¹.

هذه المستجدات الطبية في مجال الأجنة وتأثيرها على نظام الأسرة، ولدت عدة تساؤلات قانونية حول موقف كل من الشريعة الإسلامية والقانونين الجزائري والفرنسي من تقنية المساعدة الطبية على الإنجاب بواسطة التلقيح الاصطناعي، خاصة في حالة تدخل طرف ثالث أجنبي عن العلاقة الزوجية، طبيياً كان أو وسيطاً يساهم في العملية، بمقابل أو عن طريق التبرع، مما يجعل استخدام هذه الطريقة في غير إطارها الديني والقانوني والأخلاقي.

فكيف عالج المشرع الجزائري مسألة التلقيح الاصطناعي في ظل قانوني الأسرة والصحة؟ وما هو موقف القضاء من هذه التقنية الطبية المستحدثة؟ وما هي ضوابط وحدود اللجوء للتلقيح الاصطناعي فقها وقانوناً؟

سيتم التطرق في المطلب الأول لمفهوم التلقيح الاصطناعي وشروط اللجوء إليه، أما في المطلب الثاني سنتطرق لأنواع التلقيح الاصطناعي مع ذكر موقف الشريعة الإسلامية والقانونين الجزائري والفرنسي من النسب الناتج عنها.

1 - أحمد عمرانى، التلقيح الاصطناعي بعد الوفاة في ميزان المشروعية، مخبر القانون والتكنولوجيا الحديثة، كلية الحقوق جامعة وهران، 2007، ص.55.

المطلب الأول

مفهوم التلقيح الاصطناعي وشروط اللجوء إليه.

يعتبر التلقيح الاصطناعي نوعاً من نقل وزراعة خلايا المنى والبويضة لأسباب تتعلق بمرض الأعضاء التناسلية لأحد الزوجين، مثل مرض خصية أو خصيتي الزوج، أو مرض مبيض الزوجة أو رحمها، وهي أعضاء لها دور أساسي ومباشر في عملية التنازل، وإصابتها بمرض يؤدي إلى الحرمان من الإنجاب.

ولتجاوز مشكلة العقم التي تحرم الزوجين من الإنجاب، تمكن الأطباء والعلماء المعاصرين المتخصصين في طب النساء والولادة من إيجاد تقنيات طبية حديثة تساعد على الإنجاب تمثلت في التلقيح الاصطناعي وزراعة الأعضاء التناسلية.

ولإدراك المشرع الجزائري أهمية تلك المستحدثات الطبية وحاجة المحرومين من الإنجاب لها، رأى أن اللجوء لهذه التقنيات دون ضوابط قانونية وأخلاقية، قد ينجر عنه كوارث أخلاقية لا قبل للمجتمع بدرئها متى لم تضبط بأحكام حازمة، كما أنه قد تؤثر سلباً على النظام العام الأسري إذا ما تمت خارج الإطار الشرعي والقانوني والأخلاقي لمؤسسة الزواج، مما جعله يتدخل في بادئ الأمر بموجب قانون الأسرة ثم قانون الصحة، فأجاز بموجبها إمكانية اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي للزوجين.

سيتم التطرق لتعريف التلقيح الاصطناعي وتطوره الزمني (الفرع الأول)، ثم الأسباب الدافعة للتلقيح الاصطناعي و شروط اللجوء إليه (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تعريف التلقيح الاصطناعي و تطوره الزمني

التلقيح لغة من اللُّحح، ويعني لغة: اللُّحح واللقاح محرّكة الحبل، وهو اسم أخذ من الفحل ليست في الآخر، فيقال لَقِحَتِ الناقة ونحوها لُقِّحاً ولُقِّحاً قبلت ماء الفحل¹، فهي لاقح، والإلقاح مصدر، والاسم اللقاح بالفتح والكسر، والملاقيح الأمهات وما في بطونها من الأجنة. يقال لقحت إذا حملت، وألقحت النحل إلقاحا بمعنى أبرت².

أما اصطلاحاً فتُعرف عملية التلقيح الصناعي بأنها وسيلة لعلاج الخصوبة عن طريق إدخال الحيوانات المنوية مباشرة إلى الرحم أو عنق الرحم عن طريق المنظار، قصد تحقيق الإخصاب وحدوث الحمل، كما قد تلجأ بعض النساء لتناول أدوية لتحفيز نمو جريب المبيض³، لزيادة فرص الحمل، فمن الطبيعي أن يحدث الحمل نتيجة وجود الحيوانات المنوية للرجل المنتقلة من المهبل عبر عنق الرحم إلى الرحم، ويتم تخصيب البويضة في قناة فالوب⁴، وفي بعض الأحيان قد يكون الحيوان المنوي غير قادر على الحركة للقيام بهذه الرحلة، أو قد لا يسمح عنق الرحم للحيوانات المنوية بالدخول إلى الرحم، لذلك قد يساعد التلقيح الصناعي المرأة على الحمل.

1 - ابن منظور، لسان العرب، ج15، ط1، المرجع السابق، ص.219.

2 - مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ط4، مطبعة الشروق الدولية، 1425هـ/2004م، ص.833-834.

3 - جُريب المبيض: هو تَجْمَع كروي خَلوي خَشَن في المبيض مسؤول عن إفراز الهرمونات المستخدمة في الدورة الشهرية، وفي بداية بلوغ المرأة يكون عدد جريبات المبيض حوالي 400000 جُريب، لكلٍ منها القُدرة على إطلاق خلية بيضية (بويضة) أثناء عملية التبويض، وذلك ليتم استخدامها في عملية الإخصاب، ولكن بويضة واحدة فقط تَخْرُج من هذه الجُريبات كُل دورة شهرية (بويضة لكل دورة فقط)، أنظر موقع <https://ar.wikipedia.org> /زيارة يوم 2022/04/28.

4 - قناة فالوب: عبارة عن أنبوب يصل بين المبيض والرحم، يبدأ طرفه الواسع من جهة المبيض، حيث يحتوي هذا الطرف على أهداب تساعد على حركة البويضات إلى داخل القناة، بينما يفتح طرفه الضيق في الرحم من جهته العليا. يبلغ طول قناة فالوب حوالي 12سم، ووظيفتها نقل البويضات من المبيض إلى الرحم. ويتم إخصاب البويضات من قِبَل الحيوانات المنوية في هذه القناة، أنظر موقع <https://ar.wikipedia.org> /زيارة يوم 2022/04/28.

إن تعدد التعاريف الفقهية لعملية التلقيح الاصطناعي، لا يعني أنها متناقضة، بل كلها تصب في خانة إتحاد الأمشاج لتكوين النطفة، فهناك من عرفه بأنه " وضع الحيوانات المنوية في الجهاز التناسلي للمرأة أو إخصاب بويضة المرأة بغير الطريق الطبيعي وذلك عن طريق استخراج البويضة وتلقيحها بالخلية الذكرية و إعادة زرعها في المرأة"¹.

وهناك من قال أنه: " إجراء عملية التلقيح بين حيوان الرجل المنوي وبويضة المرأة عن غير الطريق المعهود"²، و قد لاقى هذا التعريف تأييداً من بعض رجال القانون كونه يقتصر على إدخال المني داخل الرحم ، عن طريق العمل الطبي دون الإدخال اليدوي الذي تقوم به المرأة بنفسها، إذ لا يعتبر هذا الأخير تلقيحاً اصطناعياً³.

و عرفه آخرون على أنه: " الجمع بين خلية جنسية مذكرة و خلية جنسية أنثوية بغير الطريق الطبيعي، برعاية طبيب مختص قصد الإنجاب"⁴.

ومن خلال المفاهيم السابقة نخلص إلى أن التلقيح الاصطناعي عملية طبية مستحدثة تخضع لمعايير تقنية تتم بدمج خليتين ذكورية وأنثوية، وهذه التقنية تختلف اختلاف تام عن الاستنساخ الذي يسعى من خلاله إيجاد نسخة طبق الأصل لكائنات حية نباتاً أو حيواناً أو إنساناً، باستخدام الصبغات المورثة للجنس أو الحمض النووي⁵.

1 - أحمد محمد لطفي أحمد، التلقيح الصناعي بين أقوال الأطباء و آراء الفقهاء، ط 01، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص. 58.

2 - زياد أحمد سلامة، المرجع السابق، ص. 53.

3 - محمود أحمد طه، الإنجاب بين التجريم و المشروعية، منشأة المعارف، 2008، ص. 89.

4 - أقروفة زوييدة، التلقيح الإصطناعي دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، دار الهدى الجزائر، 2010، ص. 15.

5 - كمال خابر، الإشكالية الأخلاقية للاستنساخ، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر 2، 2011-2012، ص. 51.

فمن خلال الجمع بين خليتين يكون التلقيح الاصطناعي بالاستغناء عن أسلوب الاتصال الطبيعي بين الزوجين، إذ يتم أخذمني الرجل وحقنه في الجهاز التناسلي للمرأة، أو عن طريق تلقيح الخليتين مخبرياً في أنابيب معدة خصيصاً لذلك، و بإشراف طبيب مختص وسط وظروف علمية معينة في المراكز المتخصصة لذلك، بغرض الحصول على الولد وعلاج مرض العقم وليس لأغراض أخرى كإجراء التجارب العلمية¹.

فالتلقيح الاصطناعي يقوم أساساً على أخذ البويضة من المبيض ووضعها في أنبوب خاص به سوائل فيزيولوجية، ثم يؤتى بمني الرجل فيلقح أحد الحيوانات المنوية البويضة، وبمجرد تلقيحها تنتبع البويضة مراحلها في الانقسامات الخلوية لتبلغ مرحلة التوتة في اليوم الرابع من التلقيح، ويكون خلال تلك الفترة الرحم مستعد لاستقبال البويضة الملقحة، كما تكون النطفة قد تهيأت للتعلق بجدار الرحم، فإذا ما نجحت العملية، تكون مهمة الطبيب قد انتهت، وتترك النطفة تعلق بجدار الرحم وتصبح علقة، فتتمو بعد ذلك نموا طبيعياً إلى مضغة، والمضغة إلى عظم يكسوه اللحم، وبهذا يكون الجنين قد استكمل حياته الرحمية، ويخرج إنساناً سويًا مكتمل الخلق².

ولعل التعريف الأنسب لعملية التلقيح الاصطناعي هو: "دمج خليتين جنسيتين إحداها ذكرية والأخرى أنثوية عن طريق المستحدثات الطبية، برعاية مختص قصد الإنجاب".

وليس المقصود بالتلقيح الاصطناعي أن المادة التي تستعمل في تخصيب البويضة ليست سائل منوي، بل المقصود أن العملية لا تتم بالطريق الطبيعي للحمل وإنما باستعمال أداة اصطناعية ووسائل طبية تسمح بنقل الحيامن الذكرية أو الجنين المخصب خارجياً إلى موضع شتل الجنين³.

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

2 - مخطارية طفياني، إثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2013، ص.ص. 74-75.

3 - ناهدة البقصي، الهندسة الوراثية والأخلاق، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت، 1993، ص. 84.

و تحليلاً لتعريف المذكور أعلاه، نجد أن المقصود من عبارة "دمج خليتين جنسيتين، إحداهما ذكورية والأخرى أنثوية"، تجعل من التلقيح الاصطناعي مختلف عن بقية الأساليب المبتكرة الأخرى المتعلقة بالإنجاب كالاستساخ الذي يعتمد على الجمع بين خلية جسدية وخلية تناسلية.

وعبارة "عن طريق المستجدات الطبية" تشير للتقنيات الطبية المستجدة في عملية المساعدة الطبية على الإنجاب من سحب للمني، وحقنه المباشر في الجهاز التناسلي للمرأة أو وضعه في أنابيب الاختبار الموضوع فيها البويضة المهيأة مسبقاً لهذا الغرض.

أما عبارة "برعاية مختص قصد الإنجاب" كان قديماً يُلجأ للإدخال الذاتي (اليدوي)، في حين أن أسلوب التخصيب الاصطناعي الحديث يتم في ظروف وشروط علمية ومعملية تحت المراقبة الطبية لمختصين في هذا المجال داخل مراكز معدة خصيصاً لذلك.

أما عبارة "قصد الإنجاب" تؤكد أن استعمال هذه التقنية لا يكون إلا لغرض علاج العقم، باعتباره مرض كسائر الأمراض التي تستدعي العلاج، فيقتصر اللجوء إلى هذه الوسيلة على ضرورة العلاج دون تلاعب أو رغبات مترفة، كالتحكم في صفات وجنس المولود، أو إجراء التجارب عليه، إذ لا يمكن للكائن الآدمي، ولو كان جنينا، أن يكون حقلًا للتجارب ومحلا لفرز النظريات العلمية الصحيحة من الباطلة، وهو ما اجتمعت عليه كل التشريعات، السماوية منها والوضعية¹.

أما عن تطوره الزمني، فأول من استعمل تقنية التلقيح الاصطناعي هم العرب، إذ استعملوها منذ القرن الرابع عشر ميلادي، في مجال الأشجار والحيوان²، فكانت بعض القبائل العربية تلقح خيولها من نطف جنسية تحصل عليها من خيول أصيلة، بهدف اصطفاء سلالات جيدة من الخيول³، ثم انتقلت إلى أوروبا واستعملها الأوروبيون على البشر.

1 - إقروفة زبيدة، الاكتشافات الطبية...، المرجع السابق، ص. 94.

2 - جيلالي تشوار، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص. 93.

3 - أحمد زياد سلامة، أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة، دار العزيمة للعلوم، القاهرة، ط، 1998. ص. 53.

ففي البدايات كان التلقيح الاصطناعي على سبيل التجربة، فبمجرد نجاح أول تجربة فَرِحَ الإباحيون¹ وأنزلوها من أنفسهم منزلة الرضا والاستحسان، وقالوا عنها تجربة علمية رائدة، باستطاعة العلم الآن، بعد نجاح عملية التلقيح الاصطناعي، أن يقضي على العقم الطبيعي². فأول عملية تلقيح كانت سنة 1780م، من قبل الكاهن الإيطالي "لزداد سبالا نزاللي" (Lizdad Sepala NEZALI)، الأخصائي بعلم الغرائز، إذ أجرى أول عملية على أنثى الكلب، فكللت التجربة بالنجاح. وفي سنة 1781م، أجريت أول عملية على المرأة وكانت هي الأخرى ناجحة.

غير أن بعض الدارسين في هذا المجال قالوا، أن أول تلقيح اصطناعي في التاريخ البشري قام به "هنتر" (Hunter) سنة 1799م، ففي هذه التجربة كان الأمر يتعلق بزوجين عقيمين بسبب وجود عاهة وراثية بالزوج، وأن العملية قد تمت بمني هذا الأخير، وأن أول تلقيح بواسطة الغير قد تم سنة 1884³.

وفي سنة 1950م، نجح العلماء في تجميد الحيوانات المنوية للثيران في درجة تسع وسبعين تحت الصفر لنقلها إلى الأبقار لاحقاً⁴.

1 - إباحي إباحي (مفرد): اسم منسوب إلى الإباحة، كلامٌ إباحيٌّ: فاحش، خارج عن حدود اللياقة والأدب. مَنْ لا يتورَّع عن فعل المحظورات، المنحلَّ أخلاقياً ويرى أن كل شيء مباحٌ له ولغيره "كاتب إباحي"، الإباحية: (الإباحيون) فرقة تبطل قدرة الإنسان على اجتناب المنهيات والإتيان بالمأمورات، وتنفي ملكية الفرد وتشرك الجميع في الأموال والأزواج، قاموس معاجم اللغة، أنظر الموقع www.maajim.com/dictionary، تاريخ الزيارة 2022/05/29.

2 - لقد عرف الطب العقم على أساس أنه العجز عن الإنجاب بعد مرور مدة معينة من الزمن، حيث يراه بعض الأطباء أنه فشل الحمل بعد مضي سنة كاملة على المعاشرة الزوجية، في حين يرى البعض الآخر أنه لا بد من التفرقة بين العقم الذي يعد مرضاً لا علاج له، كغياب الخصية و عدم وجود المبيض، وعدم الإنجاب بسبب وجود عيب. انظر، زكية حميدو تشوار، حكم وسائل الحمل المعاصرة في ضوء الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري، م.ع.ق...، كلية الحقوق جامعة الجزائر، ج1، 2003، عدد 01، ص.ص.25-26.

3 - جيلالي تشوار، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.93

4 - أيمن مصطفى الحمل، مدى مشروعية استخدام الأجنة البشرية في إجراءات تجارب البحث العلمي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص.241.

وفي سنة 1958م، بدأ الدكتور الإيطالي "دانيال بتروش" (Daniel Betroche)، أبحاثه بغية التغلب على مشاكل العقم، التي تكون نتيجة انسداد قناة فالوب، أي انسداد المسالك المبيضة عند المرأة¹.

كما قام الدكتور "شانج" (Change)، عام 1959م، في ولاية بوسطن الأمريكية، بتلقيح بويضة أرنب خارجيا ثم أعادها إلى رحم الأرنب، وفي سنة 1960م، حاول تجسيد ذلك عمليا في عيادته الخاصة ببولونيا وذلك بتخصيب جنين في رحم اصطناعي من الزجاج، لكن منع من طرف الكنيسة، ومع ذلك استمر في أبحاثه سرا إلى أن توصل، سنة 1966م، إلى إجراء عملية تلقيح البويضة بالسائل المنوي في وعاء خاص، هو بمثابة رحم صناعي لفترة قصيرة من الزمن²، وفي نفس السنة تمكن الدكتور (Edwardz) من ضبط وقت التلقيح.

في سنة 1969م، أجريت عملية تلقيح على عينة كبيرة، إذ وقعت على خمس وستين بويضة، نجحت ثمانية عشر، منها إحدى عشرة عاشت واحدا وثلاثين ساعة، في حين البقية امتدت ساعات قلائل.

وفي سنة 1971م، استطاع العالمان "ستبتو وادواردز" (Edwardz & Stebtoe)، من إبقاء البويضة الملقحة حية لأكثر من ثلاثة أيام، وتوالت التجارب إلى أن تم نجاحها بولادة أول طفلة "لويز براون" (Loius Braoun)، عن طريق الإخصاب الاصطناعي سنة 1978م في إنجلترا³.

و بعد مسار تاريخي طويل من البحوث و التجارب، انتشرت هذه العمليات في الكثير من الدول، وفي مستشفيات العالم، بما في ذلك مستشفيات بعض الدول الإسلامية⁴.

1 - زبيدة إقروفة، الاكتشافات الطبية...، المرجع السابق، ص.95.

2 - أحمد زياد سلامة، المرجع السابق، ص.60.

3 - أحمد محمد لطفي أحمد، التلقيح الصناعي بين أقوال الأطباء وآراء الفقهاء، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص.ص.43-44.

4 - لقد أسست الدكتورة "صديقة كمال"، التي توصف بأنها أم أطفال الأنابيب في العالم، أول مستشفى الأطفال الأنابيب في الشرق الأوسط ومقرها المملكة العربية السعودية. وقد تمت أول عملية تلقيح اصطناعي خارج الرحم في الجزائر بعيادة الغرابي بعنابة، في بداية شهر أوت 1999، وحاليا مازالت تقوم بهذه العمليات في إطار التشريع والقانون الساري المفعول،

فالتلقيح الاصطناعي كمستخدمة طبية مساعدة على الإنجاب، حسب التعريفات السابقة، هو عملية يتم فيها إخصاب البويضات من قبل خلايا الحيوانات المنوية خارج الرحم في المختبر¹.

الفرع الثاني

الأسباب الدافعة للتلقيح الاصطناعي و شروط اللجوء إليه

قد يلجأ الزوجان للمساعدة الطبية على الإنجاب عن طريق أسلوب التلقيح الاصطناعي لأسباب عدة، لعل أهمها يتمثل في:

1. نقص عدد الحيوانات المنوية لدى الزوج، أو ضعفها، مما يفقدها الحياة قبل التحامها بالبويضة، وقد اهتدى العلماء إلى تجميعه على فترات لغاية بلوغ النصاب، فتلقح به البويضة داخل رحم الزوجة اصطناعية².

2. الالتهابات المزمنة لقناتي فالوب (Trompes de Fallope) أو انسدادها يمنع البويضة من اللقاح³، لأن الانسداد معناه عدم قدرة التقاء الحيوان المنوي بالبويضة، وبالتالي لا يتم الإخصاب⁴. وهنا يقوم المختصين في عملية التلقيح الإصطناعي لسحب البويضة لإخصابها سواءً داخلياً أو خارجياً.

ويقدر عدد العمليات سنوياً بحوالي 700 عملية حسب التصريحات التي أدلى بها الدكتور عيساوي، المختص بأمراض النساء والتوليد بالعيادة.

1 - خارج الرحم في المختبر نعني به (In vitro)، أي داخل الزجاج، وهو إجراء بيولوجي يتم تنفيذه خارج الكائن الذي يحدث فيه عادة.

2 - محمد علي البار، التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، الدورة الثانية، ج1، 1986، عدد 02، ص. 287.

3 - أحمد محمد لطفى أحمد، المرجع السابق، ص. 47.

4 - فاطمة الزهراء رابحي زوجة تبوب، المرجع السابق، ص. 227.

3. إذا كان هناك تضاد بين خلايا المهبل والحيوانات المنوية¹، وتسمى بعدائية عنق الرحم، فتتعامل الأجسام المضادة في مخاط عنق الرحم مع الحيوانات المنوية كأنها أجسام معادية لتقضي عليها، ما يؤدي إلى موت الحيوانات المنوية قبل دخولها وتعلقها بجدار الرحم.
4. عجز أو ضيق رحم المرأة عن إمساك الجنين، رغم سلامة المبيض كإصابته ببعض الأورام البطانية، فتلقح بويضتها ثم تزرع في رحم امرأة أخرى.
5. انقباض بطانة الرحم، وهي حالة تنمو فيها الأنسجة الرحمية خارج الرحم فتسد الأنابيب وتعطل أجزاء أخرى في الجهاز التناسلي.
6. إذا كانت إفرازات المهبل عند المرأة شديدة الحموضة مما يتسبب في قتل الحيوانات المنوية بصورة غير اعتيادية، هنا لا بد من الحقن داخل الرحم².
7. الإصابة ببعض الأمراض المزمنة التي تتطلب تناول بعض الأدوية ذات المفعول السلبي على إنتاج الخلايا التناسلية.
8. وجود عيب خلقي في التركيب الفيزيولوجي للرجل يمنع من إيصال بذرات الإنجاب إلى الموضع الطبيعي للحمل.
9. وجود مشاكل بالرحم، كحالة إزالة الرحم بعملية جراحية، أو وجود تشوهات في مهبل المرأة أو استطالتها، أو وجود التهابات مستمرة بالمهبل أو عيوب خلقية بالرحم، بحيث لا يمكنه أن يستقبل اللقيحة لتنمو فيه³.
10. إصابة الرجل ببعض الأمراض، سرعة القذف، أو وجود خلل هرموني في تكوين الحيامن أو وجود أسباب وراثية أخرى⁴.

1 - محمد على البار، المرجع السابق، ص.287.

2 - عبد الكريم مامون، الإطار الشرعي والقانوني للإنجاب الاصطناعي، م.ع. ق. 7.، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2006، عدد 04، ص.76؛ زبيري بن قويدر، النسب في ظل التطور العلمي والقانوني، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011-2012، ص.20.

3 - حسيني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الاصطناعي بين القانون الوضعي و الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، 2007، ص.128.

4 - حسيني هيكل، المرجع السابق، ص.237.

11. وجود مشاكل في المبيض، كحالة انعدامه، أو إزالته بواسطة عملية جراحية، أو مرضه، بحيث لا يمكنه أن يفرز بويضات.

12. الخوف من انتقال الأمراض الوراثية إلى الجنين أو ولادته بعيوب خلقية.

كانت تلك بعض الأسباب الشائعة غير أنه توجد حالات أخرى، لم يجد لها الأطباء تفسير للعقم، بالرغم من تأكيد الفحوصات الطبية أن الزوجين لا يعانيان من أي مرض. بعد عرض لبعض الأسباب الشائعة التي تحتم على بعض الأسر اللجوء للتقنيات المساعدة على الإنجاب بطريقة التلقيح الاصطناعي، نخلص أن العقم أو عدم الإخصاب¹، لا يمكن حصر أسبابه، فمنها ما هو متعلق بالمرأة، ومنها ما هو متعلق بالرجل، كما قد يكون في الزوجين معاً، ورغم الاكتشافات الطبية الحديثة، تبقى حالات كثيرة من العقم و مسبباته غير معروفة.

فكان لتدخل المستجدات الطبية في مجال التلقيح الاصطناعي، أثر إيجابي على نظام الأسرة بتحقيق آمال المصابين بالعقم في الإنجاب، غير أنها أفضت إلى جدال مستمر على كافة المستويات، أخلاقياً و دينياً و قانونياً، هذا الجدل تعلق أساساً بمسألة النسب الناتج عن التلقيح الاصطناعي وما هي الشروط التي تجيز اللجوء لهذه التقنية المستحدثة؟

ساعدت المستجدات الطبية الأسر التي تعاني من مشكل الإنجاب في حل ذلك، عن طريق التلقيح الاصطناعي، فبعدما كان الإنجاب ينحصر في مفهومه الطبيعي فقط أصبح من الممكن الاستعانة بالعلوم الطبية لتحقيق ذلك وحصول الحمل و ثبوت النسب.

فجاء نص المادة 41 من قانون الأسرة كما يلي: ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً وأمكن الاتصال، ولم ينفه بالطرق المشروعة". فعبارة "وأمكن الاتصال" لا تنفي الاعتماد

1 - العقم (Stérilité) هو عدم الإنجاب الذي ليس له علاج ناجح، والذي ينتج عن جملة من الأمراض الخلقية والوراثية الشديدة التي تصيب الجهاز التناسلي. أما عدم الإخصاب (Infertilité) فهو تعبير يشمل كل حالات عدم الإنجاب القابلة للعلاج، ويعرف طبياً بأنه عدم الإنجاب لمدة سنة كاملة، رغم وجود علاقة زوجية سليمة، وبدون استخدام أي مانع من موانع الحمل. فاطمة الزهراء رابحي زوجة تبوب، المرجع السابق، ص.227.

على المستحدثات الطبية لإلحاق نسب المولود لأبيه، فالعبرة بحمل المرأة من مني الأب ذاته، بغض النظر عن الوسيلة التي أدت إلى ذلك¹.

فقد تطرق المشرع الجزائري في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة² و المادة 371 من قانون الصحة³، للشروط التي تجيز إجراء عملية التلقيح الاصطناعي بما يتوافق مع الشريعة الإسلامية، أما المشرع الفرنسي نص صراحة على إمكانية خضوع الرجل والمرأة لإجراء عملية التلقيح الاصطناعي، شريطة أن يتم ذلك أثناء حياتهما⁴.

وللقيام بعملية التلقيح الاصطناعي لا بد من توافر بعض الشروط، منها ما هو متعلقة بالعمل الطبي، ومنها ما يجب توافرها في المستقبلين على هذه التقنية (الزوجين).

أ) الشروط المتعلقة بالعمل الطبي.

هناك عدة شروط متعلقة بالعمل الطبي، نذكر منها ما يلي:

1. أن يكون المركز المشرف على إجراء عملية التخصيب بين الزوجين يحوز على ترخيص رسمي من الجهات المعنية للقيام بهذه العمليات⁵.
2. أن يتحلّى الفريق الطبي من أطباء وممرضين وتقني المخابر، بالأمانة العلمية والانضباط والضمير المهني، لسد باب الاحتيال و التلاعب بالأنساب.

1 - جيلالي تشوار، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.96.

2 - أنظر، المادة 45 مكرر من قانون رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426 هـ الموافق ل 27 فبراير 2005م، المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 هـ الموافق ل 09 جوان 1984م، والمتضمن قانون الأسرة.

3 - تنص المادة 317 من القانون رقم 11/18 المؤرخ في 02 جويلية 2018 المتعلق بالصحة على " تخصص المساعدة الطبية على الإنجاب حصريا، للاستجابة لطلب يعبر عنه رجل وامرأة في سن الإنجاب، على قيد الحياة، يشكّلان زوجاً مرتباً قانوناً يعانيان من عقم مؤكد طبيّاً و يوافقان على النقل أو التخصيب الاصطناعي و لا يمكن اللجوء فيه إلا للحيوانات المنوية للزوج و بويضة الزوجة، دون سواهما مع استبعاد كل شخص آخر .

يقدم الزوج و الزوجة كتابياً و هما على قد الحياة طلبهما المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب، و يجب عليهما تأكيده بعد شهر واحد (01) من تاريخ استلامه من الهيكل أو المؤسسة المعنية."

4 - L'art. 152-2 al. 03 du c.s.p. dispose que: «L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants».

5 - تنص المادة 01/372 من القانون رقم 18-11 المتعلق بقانون الصحة الجزائري على ما يلي: " تتم الأعمال العيادية و البيولوجية المتصلة بالمساعدة الطبية على الإنجاب من قبل ممارسين معتمدين لهذا الغرض، في مؤسسات أو مراكز أو مخابر يرخّص لها الوزير المكلف بالصحة بممارسة ذلك."

3. الحفاظ على ستر العورات إلا بالقدر الذي يكفي للعلاج وما تقتضيه الضرورة، وأن يكون المعالج للزوج طبيباً ذكراً مسلماً، فإن لم يتيسر فلا حرج، وبالنسبة للمرأة فتعالجها طبيبة مسلمة ما أمكن، وإلا فلا حرج، وإلا فطبيب مسلم ثقة، وإلا فغير مسلم، وفي الحالتين الأخيرتين لا تجوز الخلوة بين الطبيب المعالج والمرأة التي تخضع للعلاج إلا بحضور زوجها أو امرأة أخرى¹.

4. أن لا تكون لعملية التلقيح الاصطناعي انعكاسات سلبية على صحة الزوجة، خاصة الترتيبات التي تسبق عملية الزرع.

5. الاكتفاء باستخراج الحد الأدنى من البويضات المطلوبة لإتمام عملية الزرع حتى لا يكون هناك زائد يخشى من تجميده لاستعماله خارج الإطار المخصص له و يتم التلاعب به، و في حالة استخراج بويضات أكثر من القدر اللازم لنجاح عملية التلقيح، فإن حكمها الإعدام بتركها بدون عناية طبية حتى تفقد الحياة².

6. أن يثبت العجز عن الحمل الطبيعي بناء على تقرير طبي صادر من مختص معتمد بعد فحوصات متكررة أو بناء على اجتماع رأي خبيرين في الموضوع يؤكدان استنفاد كل السبل العلاجية المتاحة والمقدور عليها من أجل القضاء على العقم، سواء بمتابعة دوائية أو بعملية جراحية، لأنه إن أمكن الحمل بالصورة المعهودة فلا يعدل عنها لغيرها إلا لضرورة معتبرة شرعاً، مع ضرورة الأخذ في الاعتبار ثبوت رجحان نجاح العملية على الفشل³.

1 - توصيات ندوة الإنجاب في ضوء الإسلام المنعقدة بالكويت، 11 شعبان 1403 هـ/24 ماي 1983 م؛ قرار مجلس المجمع الفقهي المتعلق بالتلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيب في دورته السابعة المنعقدة بمكة بتاريخ 11 ربيع الثاني 1403 هـ/19 جانفي 1983. انظر، الملحق رقم 17، ص.536. - قرار مجلس المجمع الفقهي في دورته السابعة المنعقدة بمكة بتاريخ 11-16 ربيع الثاني 1404 هـ/1984 م. - قرار مجلس المجمع الفقهي في دورته الثامنة المنعقدة بمكة بتاريخ 28 ربيع الثاني إلى 07 جمادى الأولى 1405 هـ/19-28 جانفي 1985 م.

2 - من توصيات المجمع الفقهي لمنظمة المؤتمر الإسلامي بالكويت في 26 أكتوبر 1989، وبجدة في 20 مارس 1999، وهو أيضاً قرار مجلس المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي في دورته الثامنة لسنة 1985.

3 - محمود أحمد طه، الإنجاب...، المرجع السابق، ص.111؛ انظر، حسيني إبراهيم أحمد، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، القاهرة، د.س.ن.، ص.182.

علق الفقه المعاصر، هو الآخر، إجراء العملية على توافر شرط الضرورة القصوى، التي عبر عنها باستحالة حمل المرأة عن طريق المرافقة الطبية، وهكذا يمكنها أن تعرض نفسها على الطبيب المختص، وطالما أن الحاجة متوفرة فلا مجال للحديث عن الاعتداء أو تجاوز الحدود الشرعية¹.

و في هذا الصدد، جاء في قرار مجلس المجمع الفقهي في الدورة السابعة: "ونظرا لما في التلقيح الاصطناعي، بوجه عام، من ملابسات، حتى في الصور الجائزة شرعا، ومن احتمال اختلاط النطف أو اللقائح في أوعية الاختبار، ولاسيما إذا كثرت ممارسته وشاعت فإن مجلس المجمع ينصح الحريصين على دينهم أن لا يلجؤوا إلى ممارسته إلا في حالة الضرورة القصوى، وبمنتهى الاحتياط والحذر من اختلاط النطف أو اللقائح".

7. وضع سجلات خاصة معدة لهذا الغرض، دون فيها بيانات الأطراف المشاركة، ابتداء من الزوجين والطبيب والمساعدين حيث سجل فيها كل المعلومات الشخصية والعلاجية والتكاليف المالية وتثبت أيضا موافقتهم، ثم تحفظ في الأرشيف إلى أجل معين من أجل مراجعتها عند التنازع والاختلاف، والعملية كلها في غاية اليسر، خاصة مع تكنولوجيا الإعلام الآلي حيث التخزين والاسترجاع يتم في بضع دقائق، وفي النهاية تسلم نسخة للطرفين من عقد الاتفاق بعد تبصيرهما بالمخاطر والاحتمالات التي قد تطرأ من العملية².

ب) الشروط الواجب توفرها في الزوجين

للقيام بعملية التلقيح الاصطناعي لا بد من شرط موضوعي، وشروط متعلقة بالزوجين.

أولاً: الشرط الموضوعي.

تعتبر الضرورة العلاجية الشرط الموضوعي الواجب التحقق للإقدام على عملية التلقيح الاصطناعي، بمعنى تحقق المانع الذي يحول دون الإنجاب وليس فقط رغبة الزوجين في الإنجاب، كأن يكون أحدهما مصابا بعقم، وأن جميع محاولات العلاج لم تأتي بنتيجة، وبالتالي ليس لهم من حل لمسألة الإنجاب سوى اللجوء للتلقيح الاصطناعي.

1 - جيلالي تشوار، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.98.

2 - زبيدة إقروفة، الاكتشافات الطبية...، المرجع السابق، ص.120-121.

كما أن هناك حالة أخرى تدخل ضمن الضرورة، تتمثل في اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي لتفادي انتقال مرض خطير للمولود إذا تم الاتصال الجنسي بين الزوجين بالشكل الطبيعي¹.

غير أن المشرع الجزائري في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة² لم يأتي بكل الشروط الموضوعية، في صورة نقص واضح في التشريع فيما تعلق بهذه المستجدة الطبية، غير أنه تدارك بعض الشروط التي لم يرد عليها النص في قانون الأسرة بموجب المادة 371 من قانون الصحة الجزائري³.

كان ما سبق سرده الشرط الموضوعي، فما هي الشروط الخاصة بالزوجين؟

ثانياً: الشروط الواجب توافرها في الزوجين.

أجازت المادة 45 مكرر من قانون الأسرة الجزائري و المادة 371 من قانون الصحة الجزائري، للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي قصد الإنجاب مع قيد ذلك الجواز بجملة من الشروط و الضوابط، وهي الشروط التي توصلت إليها المؤتمرات والندوات الفكرية التي عقدها الأطباء والفقهاء المسلمون المعاصرون بخصوص هذا الموضوع وهي:

1 - Art L2141-2 c.s.p.f « L'assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à la demande parentale d'un couple.Elle a pour objet de remédier à l'infertilité dont le caractère pathologique a été médicalement diagnostiqué. Elle peut aussi avoir pour objet d'éviter la transmission à l'enfant d'une maladie d'une particulière gravité...» www.legifrance.gouv.fr2022/05/29 تاريخ الزيارة

2 - تنص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة على أنه: "يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي. يخضع التلقيح الاصطناعي للشروط الآتية - أن يكون الزواج شرعياً؛ - أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما؛ - أن يتم بمضي الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرها؛ | - لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة".

3 - تنص المادة 317 من القانون رقم 11/18 المؤرخ في 02 جويلية 2018 المتعلق بالصحة على " تخصص المساعدة الطبية على الإنجاب حصرياً، للاستجابة لطلب يعبر عنه رجل وامرأة في سن الإنجاب، على قيد الحياة، يشكلان زوجاً مرتبطاً قانوناً يعانيان من عقم مؤكد طبيياً و يوافقان على النقل أو التخصيب الاصطناعي و لا يمكن اللجوء فيه إلا للحيلونات المنوية للزوج و بويضة الزوجة، دون سواهما مع استبعاد كل شخص آخر .

يقدم الزوج و الزوجة كتابياً و هما على قد الحياة طلبهما المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب، و يجب عليهما تأكيده بعد شهر واحد (01) من تاريخ إستيلائه من الهيكل أو المؤسسة المعنية."

أ - أن يكون الزواج شرعياً:

من غير الممكن القيام بعملية التلقيح الاصطناعي لرجل وامرأة لا تربطهما علاقة ضمن الإطار الشرعي والقانوني المتمثلة في الزواج، ويقوم على ترجيح العلاقة الشرعية، والتي تكون بعقد زواج شرعي¹، على العلاقة غير الشرعية²، بمعنى أن يكون الزواج مقيد في السجلات المعدة لذلك لدى مصالح الحالة المدنية.

ومعنى ما سبق ذكره أن العلاقة الشرعية المتمثلة في الزواج العرفي، لا يمكن لطرفيها الاستفادة من التلقيح الاصطناعي، إلا بعد تثبيت الزواج العرفي قضائياً، وذلك من أجل إثبات حالتها أمام المركز أو المؤسسة المتخصصة³ التي ستقوم بعملية التلقيح الاصطناعي.

ونشير أن حالة مثليي ومغيري الجنس، مستبعدة في التشريع الجزائري، فكليهما لا يمكنهما إجراء عملية التلقيح الاصطناعي لعدم شرعية مثل هذه العلاقات، وعدم الاعتراف بها من قبل المشرع، غير أن المشرع الفرنسي سمح للراغبين في اللجوء إلى هذه التقنية الطبية المستحدثة ممن تربطهما علاقة حرة (نظام الخلية) أن يثبتا أن لهما حياة مشتركة على الأقل تفوق السنتين⁴، حسب المادة 1/372 من القانون المدني الفرنسي⁵.

وبالرغم من أن التشريع الفرنسي أجاز اللجوء لهذه التقنية المستحدثة بالنسبة لأصحاب العلاقات الحرة غير أنه أكد على الاختلاف الجنسي للراغبين في ذلك، بموجب المادتين

1 - تنص المادة 45 مكرر فقرة 03 من ق.أ.ج. على: "أن يكون الزواج شرعياً".

2 - جيلالي تشوار، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.100.

3 - زكية حميدو تشوار، شروط التلقيح الاصطناعي في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة الجزائري، م.ع.ق..، كلية الحقوق جامعة تلمسان، 2006، عدد 04، ص. 91.

4 - «.. L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer, mariés ou en mesure d'apporter la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans et consentants préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination. ».

5- L'art. 372-1 du C.Civ.F. proclame que: « Il est justifié de la communauté de vie entre le père et mère au moment de la reconnaissance de leur enfant par acte délivré par le juge aux affaires familiales établi au vu des éléments apportés par le demandeur ».

2/152 و 2/2141 من قانون الصحة العامة الفرنسي ، فيمنع إجراء هذه العملية على شخصين من نفس الجنس¹.

وإن كان المنع يمس مثليي الجنس من اللجوء لتقنية التلقيح الاصطناعي قصد الإنجاب، فهل يسري هذا المنع على مغير الجنس؟ وهل يسمح للشخص الذي قام بتغيير جنسه اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي؟².

المشرع الفرنسي لم يشر لهذه المسألة، غير أن متغير الجنس يمكنه الاستفادة من تقنية التلقيح الاصطناعي إذا ما اعترف له القضاء بجنسه الجديد، وهذا الموقف تبنته المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في 22 أبريل 1997م³.

والملاحظ أن التشريع الجزائري أكثر صرامة من نظيره الفرنسي، غير أنهما توافقا في أن يكون المقبلان على التلقيح الاصطناعي زوجان، رجل وامرأة، مرتبطين بعقد زواجي شرعي، مع اختلاف بسيط في ما يعرف بنظام العلاقة الحرة الموجود في المجتمع الفرنسي، و بالتالي فالمرأة البكر غير معنية بعملية التلقيح الاصطناعي، كون ذلك يتعارض مع النظام العام الأسري والآداب العامة ويشكل تهديداً للنظام الاجتماعي.

ب- أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما:

حق المرء في السلامة الجسدية من أهم الحقوق العامة المرتبطة بشخصه، فيثبت له بمجرد ولادته، ويترتب على المساس به إهدار لأدميته، وتعتبر التدخلات الطبية والجراحية عليه من الأعمال المشروعة رغم أنها تنصب على جسم الإنسان، مادامت تستند لإذن المشرع، فيسمح القانون للأطباء ممارستها ما دامت الغاية المنشودة تحقق مصلحة الشخص المعني ولا تمس بالنظام العام الأسري وغير منافية للأخلاق والآداب العامة.

1 - جيلالي تشوار، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.98.

2 - هجيرة خدام، التلقيح الاصطناعي، دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والقانون الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2006-2007، ص.17.

3 - Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, op.cit, p.482.

غير أن تلك الممارسات الطبية و الجراحية تلزم الطبيب بتبصير المريض أو من يمثله قانوناً، والحصول على رضائه بالعمل الطبي، لأن عدم تحقيق هذا الشرط يفقد صفة المشروعية، ويخرق مبدأ احترام إرادة المريض¹، وكذا مبدأ معصومية جسم الإنسان، فالطبيب ملزم بعدم المساس بجسم المريض إلا بعد الحصول على رضاه أو رضا من يمثله قانوناً قبل القيام بأي تدخل طبي².

ولهذا فالتشريعات العربية والغربية على حد سواء جعلت من رضا المريض شرط قانوني أساسي لإباحة التدخلات الطبية والجراحية، مع ضرورة إشراك المريض في اتخاذ قراره بشأن حالته الصحية³، فالتشريع الجزائري كغيره من التشريعات لم يخرج عن هذا الشرط القانوني، بنصه في المادة 343 من قانون الصحة على أنه " لا يمكن القيام بأي عمل طبي ولا بأي علاج دون الموافقة الحرة والمستنيرة للمريض.

ويجب على الطبيب احترام إرادة المريض، بعد إعلامه بالنتائج التي تنجر عن خياراته. وتخص هذه المعلومة مختلف الاستكشافات أو العلاجات أو الأعمال الوقائية المقترحة ومنفعتها وطابعها الاستعجالي المحتمل وعواقبها والأخطار الاعتيادية أو الخطيرة التي تتطوي عليها والتي يمكن عادة توقعها، وكذا الحلول الأخرى الممكنة والعواقب المتوقعة في حالة الرفض.

1 - حسام زيدان شكر محمود الفهاد، الالتزام بالتبصير في المجال الطبي، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر 2013، ص. ص 28- 29.

2 - جابر محجوب علي، دور الإرادة في العمل الطبي دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة ، مصر، 1996، ص. 16.

3 - مامون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية (دراسة مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر 2009، ص.09.

ويضمن تقديم المعلومة كل مهني الصحة، في إطار صلاحياته ضمن احترام القواعد الأدبية والمهنية المطبقة عليه.

تمارس حقوق الأشخاص القصر أو عديمي الأهلية، حسب الحالات، من قبل الأولياء أو الممثل الشرعي. "

كما يشترط أن يكون الرضا حرا خاليا من العيوب التي تشوب الإرادة، فإذا شابته إحدى هذه العيوب رضا أحد الزوجين، أو كليهما فإن لهما الحق في أن يعدل عن رضاهما إذا لم يحصل التلقيح بعد، فإذا حدث وأن حصل التلقيح فلا خيار لهما في العدول لأن الأمر يصبح متعلق بالإجهاض، وهو جريمة يعاقب عليها القانون¹.

فلجوء المريض إلى الطبيب بقصد فحصه لا يعني أن للطبيب حرية التصرف كما يشاء بخصوص الأعمال الطبية، بل لا بد من موافقة المريض على كل عمل طبي وفي كل الحالات، حتى ولو كان العلاج بسيطا لا يشكل أي خطر على المريض، فيجب أن تكون الموافقة حرة ومنتصرة، خاصة بالنسبة للأعمال الطبية التي يكون فيها خطر جدي على المريض²، وما دام التلقيح الاصطناعي من الأعمال الطبية التي تنطوي على جزء كبير من المخاطر لإجرائها، فالطبيب ملزم بتبصير الزوجين صراحة بحالتهم المرضية، فيعلمهما بطبيعة العلاج ومخاطره، ذلك أن تبصير الزوجين بحالتهم المرضية يعتبر وسيلة ضرورية ليكونا على بينة من وضعهما وليستطيع الزوجان الموازنة بين التدابير العلاجية التي يمكن أن يتبعها، استناداً لنص المادة 44 من المرسوم رقم 92-276³ التي تنص على أنه " يخضع كل عمل طبي،

1 - تشوار حميدو زكية، شروط التلقيح الاصطناعي في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة الجزائري، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، العدد 4، 2006، ص 93.

2 - علي فيلاي، رضا المريض بالعمل الطبي، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، العدد 03، الجزء 36، 1998، ص.44.

3 - المرسوم التنفيذي رقم: 92-276 المؤرخ في 5 محرم 1413 الموافق 6 يوليو 1992م المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج ر، السنة 29، العدد 52، بتاريخ 7 محرم 1413هـ الموافق 8 يوليو 1992م.

يكون فيه خطر جدي على المريض، لموافقة المريض موافقة حرة ومنتصرة أو لموافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون، وعلى الطبيب أو جراح الأسنان أن يقدم العلاج الضروري إذا كان المريض في خطر أو غير قادر على الإدلاء بموافقته.¹

ويقول أحد الفقهاء في هذا الصدد، إنه في الغالبية من الحالات يجب أن يكون التبصير ضروري قبل أي عمل طبي، حتى يسمح للمريض بالتفكير وبالشعور الصحيح تجاه العمل الطبي، وهذا كله من أجل أن يكون رضاء الزوجين صحيحا وسليما ومعتادا به قانونا¹، استنادا لنص المادة 371 من قانون الصحة².

أولاً: رضا الزوجين

الرضاء في مجال التلقيح الاصطناعي شرط ضروري، ليكون للعمل الطبي سند قانوني يعتمد عليه الطبيب في إجراء التلقيح الاصطناعي، ويكون هذا الرضاء مبني على إعلام وتبصير الخاضع للتلقيح الاصطناعي لتكون الموافقة الصادرة من الزوجين موافقة حرة ومنتصرة³، لأن تبصير المريض يعتبر مقدمة الرضاء، إذ الأول هو الذي يجعل الثاني مستتيراً ومنتصراً بعواقب العلاج أو العمليات الجراحية⁴، فالالتزام الطبي بتبصير المريض يعبر عن علاقة الثقة بين الطبيب والمريض وهذا ما يطلق عليه بالضمير المهني للطبيب⁵، حيث يتجلى

1 - بن صغير مراد، مدى التزام الطبيب بتبصير (إعلام) المريض دراسة علمية تأصيلية مقارنة، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، ص.266.

2 - المادة 371 " تخصص المساعدة الطبية على الإنجاب حصرياً، للاستجابة لطلب يعبر عنه رجل وامرأة في سن الإنجاب، على قيد الحياة، يشكلان زوجاً مرتبطاً قانوناً، يعانيان من عقم مؤكد طبيًا ويوافقان على النقل أو التخصيب الاصطناعي، ولا يمكن اللجوء فيها إلا للحيوانات المنوية للزوج وبويزة الزوجة، دون سواهما، مع استبعاد كل شخص آخر .

يقدم الزوج والزوجة كتابياً، وهما على قيد الحياة، طلبهما المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب، ويجب عليهما تأكيده بعد شهر (1) واحد من تاريخ استلامه من الهيكل أو المؤسسة المعنية."

3 خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني للإنجاب الاصطناعي والاستنساخ والحماية القانونية للجنين، المرجع السابق، ص. 38.

4 - بن صغير مراد، مدى التزام الطبيب بتبصير (إعلام) المريض دراسة علمية تأصيلية مقارنة، المرجع السابق، ص.269.
5 - Hannouz, Hakem, Précis de droit médical a l'usage des praticiens de la médecine et du droit, Office des publications universitaires, Alger, 1992, p 40.

التطبيق العملي لمبدأ احترام إرادة المريض من خلال التزامين رئيسيين، يتمثل الأول في التزام الطبيب بعدم القيام بأي عمل طبي، إلا بعد الحصول على الموافقة الصريحة للمريض، وأن رضا المريض لا يمكن أن يكون صحيحاً إلا إذا سبقه تنوير وتبصير من قبل الطبيب بحالته الصحية وطبيعة مرضه ودرجة خطورته، وما يقترحه له من علاج، وهو الأمر الذي لا يمكن أن يتحقق إلا إذا احترمت الطبيب الالتزام بالتبصير¹.

والأصل في الرضا أنه لا يأخذ شكلاً معيناً فقد يكون صريحاً أو ضمنياً، إلا أنه في مجال التلقيح الاصطناعي، يجب أن يكون الرضا مكتوباً في شكل طلب موافقة الزوجين بشأن إخضاعهما لعملية التلقيح الاصطناعي، حيث نصت المادة 2/371 من القانون 18-11 المتعلق بقانون الصحة على " يُقَدَّم الزوج والزوجة كتابياً، وهما على قيد الحياة، طلبهما المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب، ويجب عليهما تأكيده بعد شهر (1) واحد من تاريخ استلامه من الهيكل أو المؤسسة المعنية." مؤدى هذه المادة هو أن يكون رضا الزوجين بشأن التلقيح الاصطناعي كتابياً، و لعل اشتراط الكتابة والمهملة المحددة بشهر (01) واحد لتأكيد تَبَصُّر الأطراف المعنية بخطورة عملية التلقيح، وللإطلاع على محتواها وإدراك نتائجها².

ثانياً: أن يكون التلقيح أثناء حياتهما

أي أن يتم التلقيح أثناء الحياة الزوجية، وذلك نظراً لما قد يترتب عن التلقيح من مخاطر مستقبلية، إذا ما تم إجراءه خارج الحياة الزوجية التي قد تنقطع بالطلاق أو بالوفاة، كون أنه علمياً يمكن أن تلحق بويضة الزوجة بعد وفاة الزوج بعد أن كان قد احتفظ بحيواناته المنوية

1 - باركة إبراهيم، إرادة المريض في العقد الطبي طبقاً للتشريع الجزائري مقارناً، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية مستغانم، الجزائر، 2017، ص. 104.

2 - تشوار جيلالي، رضا الزوجين على التلقيح الاصطناعي، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، العدد 4 - 2006، ص. 56.

في بنوك المني فيتم زرعها في رحم الزوجة، بعد وفاة زوجها أما عن موقف الشريعة الإسلامية ، فقد ظهر حول هذه المسألة آرايان فقهيان¹.

1- حالة إجراء التلقيح الاصطناعي بعد الوفاة وأثناء العدة الشرعية

يرى هذا الجانب من الفقه جواز إجراء عملية التلقيح الاصطناعي بعد وفاة الزوج وأثناء العدة الشرعية المحددة بأربعة أشهر وعشرة أيام مصداقا لقوله جل جلاله: " وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ۖ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۗ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ " ²، على أن تتم عملية التلقيح بعد التأكد أن المني هو مني الزوج المتوفى، كما في حالة موت الزوج وفي نفسه رغبة في إجراء التلقيح الاصطناعي، وحتى لا توقع الزوجة نفسها في شكوك واتهامات الناس لها يستحسن أن تشهد على أخذ مني زوجها من البنك الذي أودع فيه مني الزوج وتكون هذه الشهادة عند إيداع المني وعند استخراجها، وفي هذا الصدد يقول الأستاذ عبد العزيز خياط، " وقد يلجأ الرجل إلى حفظ منيه في مصرف منوي لحسابه الخاص ثم يتوفى، وتأتي زوجته بعد الوفاة فتلقح داخلها بنطفة منه وتحمل، والحكم في هذا أن الولد ولده وأن هذه العملية وإن كانت غير مستحسنة فهي جائزة شرعا"، ويستشهد في ذلك بما قرره فقهاء الشريعة الإسلامية، من أن المرأة إذا حملت بعد وفاة زوجها، وكانت معتدة أو جاءت به لأقل من ستة أشهر، وشهد بولادته امرأة واحدة عند جمهور الفقهاء ورجل وإمرأتان عند أبي حنيفة فإن المولود يثبت نسبه، لأن الفراش قائم بقيام العدة، ولأن النسب ثابت قبل الولادة وثابت أن النطفة من الزوج، ولكن من غير المستحسن أن تلجأ المرأة إلى الإنجاب بهذه الطريقة³.

1 - تشوار حميدو زكية، شروط التلقيح الاصطناعي في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.91.

2 - سورة البقرة، الآية 234.

3 - زياد أحمد سلامة، أطفال الأنابيب بين العلم و الشريعة، الدار العربية للعلوم، دار البيارق، الطبعة الأولى سنة 1996، بيروت، لبنان، ص. 28.

كما يحتج الفريق المؤيد لعملية التلقيح بعد الوفاة بما ذهب إليه الإمام مالك بنصه على جواز تغسيل أحد الزوجين للأخر بعد الوفاة، فالإمام مالك يرى أن الرابطة الزوجية لو انتهت لما جاز لأحد الزوجين لمس الأخر بعد الوفاة¹.

2- حالة إجراء التلقيح الاصطناعي بعد الوفاة وبعد انقضاء فترة العدة

أجمع الفقهاء على تحريم هذا النوع من التلقيح، ذلك أنه بعد انتهاء العدة تنتهي الحياة الزوجية وتصبح المرأة في حكم الأجنبية عن زوجها المتوفى، حيث أنه يمكنها أن تتزوج من أي رجل تقدم إليها، وبالتالي فإن الولد يلحق بأمه، ولا يمكن إلحاق نسبه بالأب المتوفى لانعدام العلاقة الزوجية بينه وبين أمه²، وهو التوجه الذي سار عليه القضاء الفرنسي حيث فصلت محكمة Creteil في قضية تتعلق بالتلقيح الاصطناعي بعد الوفاة، لكن في هذه المرة كيفت المحكمة العقد بأنه عقد وديعة، وأن النطف البشرية المنفصلة عن الجسم عبارة عن شيء لكنها على النقيض، رفضت الحكم بإرجاع العينات البيولوجية إلى الزوجة على أساس المادة 02/152 من قانون الصحة العمومية المعدلة بموجب قانون 654/94 كون أن عملية التلقيح الاصطناعي يجب أن يكون الزوج على قيد الحياة، وفي وقت إجراء عملية الإخصاب الاصطناعي³، التي اشترطت بأن يكون المستفيدين زوجين رجل وامرأة، ولقد منع المشرع الجزائري صراحة عملية التلقيح بعد وفاة الزوج حيث تشترط المادة 45 مكرر من قانون الأسرة أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما، وهو ما يفهم منه أنه لا يجوز زرع البويضة

1 - محمد الطيب سكيريفة، التلقيح الاصطناعي بعد الوفاة وإشكالاته، المجلة المتوسطة للقانون والاقتصاد، المجلد 05، العدد 01، 2020، ص.ص 210-211.

2 - أحمد عمراني، المرجع السابق، ص 43.

3 - Il a été jugé que " la convention conclure entre un cecos et un particulier en vue d'assurer la conservation de son sperme est un contrat de dépôt " T.G.I créteil.4av1 1995, lpa24 déc.1997 note taglione. Le conseil d'état a pu affirmer que les centres de conservation des embryons congelés sont dépositaire de ces derniers v . conseil d'état rapport public, de l'éthique au droit.1998.doc.fe.p.65

ولو كانت مخصصة بعد وفاة الزوج، وذلك لسبب رئيسي وهو انتهاء العلاقة الزوجية باعتبارها أحد الشروط الأساسية للاستفادة من التلقيح الاصطناعي¹.

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

الأساس الشرعي والقانوني الذي يحكم مسائل النسب هو قاعدة " الولد للفراش وللعاهر الحجر"²، لذلك لا يجوز إجراء عملية التلقيح الاصطناعي لزوجة بمني رجل غير زوجها، وفي هذا الصدد يقول الشيخ جاد الحق " فإذا كان تلقيح الزوجة من رجل آخر غير زوجها فهو محرم شرعا، ويكون في معنى الزنا ونتائجه، وكل طفل ناشئ بالطرق المحرمة قطعا من التلقيح الصناعي لا ينسب إلى الأب جبرا، وإنما ينسب لمن حملت به ووضعته باعتباره حالة ولادة طبيعية كولد الزنا الفعلي تماما"، كما قد قرر مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورته الثالثة المنعقدة في عمان بين 11 و 16 أكتوبر 1986 بأنه " لا حرج من اللجوء عند الحاجة مع التأكد على ضرورة أخذ كل الاحتياطات اللازمة من تلقيح الزوجة بذات مني زوجها دون شك في إختلاطه أو استبداله..."³، فالتلقيح الاصطناعي بماء غير الزوجين هو شبيهة بالزنا⁴.

1 - مامون عبد الكريم، الإطار الشرعي والقانوني للإنجاب الصناعي، المرجع السابق، ص.86.

2 - المراد بها هنا أن الولد لصاحب الفراش كما جاء في لفظ البخاري وهو الزوج، وللعاهر وهو الزاني الرجم عقوبة على جريمته إذا كانت تستوجب الرجم.

3 - تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، المرجع السابق، ص.ص 103-104.

4 - العربي أحمد بلحاج، المبادئ الشرعية والقانونية والأخلاقية التي تحكم عملية التلقيح الاصطناعي في ضوء قانون الأسرة الجزائري الجديد والمقارن، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، العدد 15-2013 ص. 23.

الشرط الرابع: عدم جواز استعمال الأم البديلة

يمنع اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة وهي المرأة التي تقبل شغل رحمها بمقابل أو بدون مقابل بحمل ناشئ عن نطفة أمشاج مخصصة صناعيا لزوجين استحال عليهما الإنجاب لفساد رحم الزوجة¹، حيث أننا نجد أن المشرع الجزائري منع استعمال الأم البديلة بصريح العبارة في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة " لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة " ذلك أن الأمومة ليست مجرد علاقة بيولوجية وليست سلعة تستعمل على سبيل الإيجار، وإنما الأمومة علاقة وجدان ورابطة سامية فالرباط بين الحمل والأمومة وثيق لا يمكن الفصل بينهما، فالتى تحمل هي الأم وليست من تمنح البضة لغيرها لقاء أجر معين لذلك.²

وقد حاول المشرع الجزائري ضبط عملية التلقيح الاصطناعي بالقانون 18-11 المتعلق بالصحة، وحاول تنظيم العملية من خلال تخصيص قسم لذلك بعنوان أحكام خاصة بالمساعدة الطبية على الإنجاب، وحدد الشروط الواجب إتباعها لمن يريد اللجوء لعملية التلقيح الاصطناعي وهي كالتالي:

■ وجوب تقديم طلب كتابي مشترك بين زوج وزوجته في سن الإنجاب يعبران فيه عن رغبتهما في المساعدة الطبية على الإنجاب مع وجوب تأكيده بعد شهر من تاريخ استلامه من الهيكل أو المؤسسة المعنية.

■ أن يكون كلا الزوجان على قيد الحياة.

■ وجوب حيازة الزوجان على عقد زواج رسمي.

1 - مامون عبد الكريم، رأي الشريعة بشأن الأم البديلة وتأجير الأرحام، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، العدد رقم 2- 2004، ص. 25.

2 - باديس ذيابي، المرجع السابق، ص. 30.

■ توفر الضرورة الطبية المؤكدة التي تحتم اللجوء إلى عملية التلقيح الاصطناعي وهو شرط كان لابد من تداركه في قانون الصحة الجديد، كون أن المشرع أغفل ذكر ذلك في المادة 45 مكرر من ق.أ، وذلك بأن لا يتم اللجوء للتلقيح الاصطناعي إلا في حالة الضرورة القصوى، عند فشل الحمل بالطريقة الطبيعية، فالمادة 1/370 من ق.ص نصت على أن: " المساعدة الطبية على الإنجاب هي نشاط طبي يسمح بالإنجاب خارج المسار الطبيعي وذلك في حالة العقم المؤكد طبيًا."

■ رضاء الزوجين بالتخصيب الاصطناعي.

■ أن تكون المساعدة الطبية على الإنجاب مصدرها مني الزوج وبويضة الزوجة مع استبعاد كل شخص آخر.

■ أن تتم العملية في مراكز مرخصة، وأن تجرى هذه العملية في المستشفيات العامة أو المراكز الطبية المرخص لها من طرف وزارة الصحة، طبقا لنص المادة 1/372 من ق.ص التي تنص على أنه " تتم الأعمال العيادية والبيولوجية العلاجية المتصلة بالمساعدة الطبية على الإنجاب من قبل ممارسين معتمدين لهذا الغرض، في مؤسسات أو مراكز أو مخابر يرخص لها الوزير المكلف بالصحة بممارسة ذلك."

هذه هي الشروط التي أدرجها المشرع الجزائري من خلال تعديله لقانون الصحة والتي اعتبرها بمثابة أحكام قانونية لعملية المساعدة الطبية على الإنجاب يلزم كل من الطبيب والمريض الالتزام، بها كما رتب جزاءات في حالة الإخلال بها بتدراك المشرع الجزائري الفراغ القانوني الذي كان موجودا من قبل فيما يخص عملية التلقيح الاصطناعي، والدليل على ذلك لم تنص المادة 45 مكرر من الأمر 05-02 المتضمن قانون الأسرة سالف الذكر، على شرط الضرورة الذي أكد عليه فقهاء الشريعة الإسلامية، والذي يعد الضابط الأساسي للجوء لهذه التقنية، وعدم النص في قانون العقوبات على جرمتي سرقة وخطأ اللقائح بالرغم من خطورتها. ومن هنا، تدخل المشرع ونظم عمليات التلقيح الاصطناعي غير المشروعة من خلال قانون الصحة، حيث نص على ذلك في نص المادة 434 من قانون 18-11 المتعلق بالصحة سالف الذكر على أنه:

" يعاقب كل من يخالف أحكام المادة 371 من هذا القانون، المتعلقة بالمساعدة الطبية على الإنجاب، بالحبس من 5 سنوات إلى 10 سنوات وبغرامة من 500.000 دج إلى 1.000.000 دج ."

وباستقراء هذه المادة يلاحظ أن المشرع الجزائري استشعر الخطورة الكبيرة لعملية التلقيح الاصطناعي غير المشروعة، بالإضافة إلى انتشار المراكز المتخصصة التي تقوم بمثل هذه العمليات والتي أقر لها متابعة خاصة وجزاء خاص وهذا ما نصت عليه صراحة المادة 433 من قانون 18-11 المعدل والمتمم سالف الذكر.

المطلب الثاني

أنواع التلقيح الاصطناعي و موقف الشريعة و القانون منه

تعرف عملية التلقيح الاصطناعي بأنها عملية طبية معقدة يتم فيها تلقيح بويضة الزوجة بماء زوجها في ظل علاقة زوجية قائمة، سواء تم هذا الالتقاء داخل رحم الزوجة أم خارجها، ثم تعاد البويضة الأمشاج للرحم بعد تخصيبها بغرض إنجاب الولد الذي لم يتيسر لهما إنجابها بالطريق الطبيعي، ومن هذا التعريف نخلص إلى أن عملية التلقيح الاصطناعي تنقسم بحسب الموضع الذي يتم فيه التخصيب، فقد يكون إتحاد النطفة بالبويضة إما داخلي أي داخل الرحم أو خارجه.

الفرع الأول

التلقيح الاصطناعي الداخلي

يعد التلقيح الاصطناعي الداخلي أقدم طريق للإنجاب الاصطناعي، حيث يقصد به إدخال مني الزوج في المكان المناسب من مهبل الزوجة سواء كان طازجا أو مجمدا¹، وذلك بعد أن يركز وتزال عنه الشوائب عن طريق وضعه في إناء نظيف معقم غير مبلل بالماء.

1 - بغدادي الجيلالي، الوسائل العلمية الحديثة المساعدة على الانجاب في قانون الأسرة الجزائري - دراسة مقارنة-، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، بن عكنون جامعة الجزائر، 2014، ص.20.

كما تتم عملية التلقيح الاصطناعي الداخلي عن طريق الحصول على المنى من الرجل وحقنه في رحم الأنثى ليصل إلى البيضة في قناة فالوب وهو يعمل على تلقيحها، لتوضع بعد ذلك البيضة الملقحة في رحم الزوجة نفسها¹.

فهذا النوع من التلقيح يعتبر الأسلوب الأول ظهوراً في تقنية الإخصاب الصناعي، وفي الغالب يلجأ إليه في حالة كون سبب العقم مستحکم في الزوج دون الزوجة، إذ امتنع من إيصال مائه إلى الموضع الأصلي للإخصاب بالطريق الطبيعي للتكاثر².

الفرع الثاني

التلقيح الاصطناعي الخارجي

يعد التلقيح الخارجي أو ما يطلق عليه تسمية " أطفال الأنبوب " أحد أنواع التلقيح الاصطناعي، حيث تختلف طريقة هذا التلقيح عن الطريقة السابقة سواء من حيث تعريفها، أشكالها ومراحلها والصعوبات التي تواجهها.

وعليه، يقصد بالتلقيح الاصطناعي الخارجي مجموعة الأعمال الطبية الهادفة لتخصيب البويضة داخل الرحم في أنبوب اختبار أو وعاء مخبري³، أي جمع الحيوانات المنوية مع البويضات في أنبوب مخبري في وسط مهياً اصطناعياً.

وسمي هذا التلقيح بالتلقيح الخارجي لأنه يتم خارج الرحم وسميت هذه الحالة بطفل الأنبوب لأنه يتم في أنبوب اختبار، إذ يرى بعض الأطباء أن الأنبوب أصبح البديل المستعمل له الآن هو الطبق فكان الأولى أن يتحول إلى " طفل الطبق"⁴.

1 - عسال غالم قدور، مفتاح العيد، المرجع السابق، ص. 241.

2 - دلول الطاهر، ضيف نوال، أثر الوسائل الطبية الحديثة في عملية الانجاب على نسب المولود، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 05، العدد 1، المسيلة، 2020، ص. 568.

3 - زياد أحمد سلامة، أطفال الأنبوب بين العلم والشريعة، دار العربي للعلوم، الطبعة الثالثة، الأردن، 1994، ص. 61.

4 - من بين الأمثلة على أطفال الأنبوب الطفلة " لويس براون" والتي تعد أول مولودة عن طريق هذا النوع بواسطة العملية التي قام بها العالمان "سنتتو و إدوارد" سنة 1978.

وللتلقيح الخارجي خمس أساليب من الناحية الواقعية بغض النظر عن جوازها شرعا حيث تتمثل فيما يلي:

- تلقيح البويضة بمني الزوج، ثم نقلها إلى رحم الزوجة بعد الاختبار، فتعلق بجداره وتكمل نموها الطبيعي، تسمى هذه العملية بطفل الأنابيب، ويتم اللجوء لهذه العملية عندما تكون الزوجة تعاني من انسداد في القناة التي تصل المبيض بالرحم، وفشل عملية إصلاح قناة فالوب¹.

- تلقيح بويضة أجنبية بماء الزوج ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة، ويتم اللجوء لهذه الطريقة في حالة استئصال مبيض الزوجة أو تعطله مع سلامة رحمها.

- التلقيح بين مني رجل أجنبي وزوجة أجنبية ثم تزرع في رحم الزوجة، ويلجأ لهذه الطريقة في حالة ما إذا كان الزوج عقيما والزوجة مبيضا معطل ورحمها سليم ويريدان الإنجاب².

- التلقيح بين مني وبويضة شخصين متزوجين، أي إجراء التلقيح بين الخليتين الجنسيين للزوجة، وبعدها تزرع في رحم امرأة متطوعة، ويلجؤون إلى ذلك حين عدم قدرة الزوجة على الحمل لسبب في رحمها وهو ما يعرف بالأم البديلة، التي لا يكون لها علاقة وراثية بالطفل بل يقتصر دورها على الحمل، وبعد وضع الطفل تقوم بتسليم الولد لمن تم الحمل لمصلحته بناء على عقد محدد غالبا بين الطرفين³.

فالفقه الإسلامي يرفض بشدة التلقيح الاصطناعي الخارجي بتدخل الغير، حيث يعتبر تعديا على قدسية الحياة الزوجية، وبالرجوع للتشريع الجزائري نجد أن المشرع منع اللجوء للاستعانة بالحيوانات المنوية أو البويضات، أو لقيحة من أجنبي عن العلاقة الزوجية، لما فيها من

1 - اختلفت هذه المسألة بين فقهاء الشريعة الإسلامية فالبعض رأى أن هذه الوسيلة تؤدي إلى الفساد والشك في الأنساب، فقد يخطئ الطبيب ويغير الأنابيب، كما يمكن أن يتلاعب في ذلك، وهناك من أجاز عملية التلقيح الخارجي بين الزوجين وذلك متى احترمت الشروط والضوابط المنظمة للعملية.

2 - بغدالي الجيلالي، المرجع السابق، ص. 49.

3 - بلباهي سعيدة، إجازة الرحم وأثرها على النسب، مذكرة ماجستير، قانون خاص فرع قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر 1، 2014-2015، ص. 70.

اختلاط الأنساب، وتهديد للنظام العام الأسري والأسرة الجزائرية، التي تستمد مبادئها من روح الشريعة الإسلامية، والتي تأبى أن يولد أطفال مجهولي النسب في المجتمع المسلم الذي يفترض فيه الرفعة والانقياد للأخلاق السامية الذي جاء به الدين الحنيف¹، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة 45 من الأمر 02-05 المتضمن قانون الأسرة سالف الذكر، والمادة 371 فقرة 1 من قانون رقم 18-11 المؤرخ في 2 يوليو 2018 المتعلق بقانون الصحة.

و مما سبق سرده نستطيع القول أن المشرع الجزائري غلب مصلحة العلاقة الشرعية على مصلحة الزوجين في الحصول على مولود، وبهذا يكون قد تفادي المشاكل، سواء العملية أو النفسية وحتى الخلقية والدينية الناجمة عن هذا الأسلوب من التلقيح، حفاظاً على النظام العام الأسري.

المبحث الثاني

الأجنة وزراعة الأعضاء التناسلية و ظاهرة الاستنساخ البشري وأثرها على النسب

تم التطرق في المبحث الأول من هذا الفصل إلى التلقيح الاصطناعي بأنواعه، وسيتم التطرق في المبحث الثاني لمسألة نشأة الجنين في غير الرحم الطبيعي للزوجة، وهو ما يسمى باستئجار الأرحام أو التلقيح الاصطناعي بواسطة الأم البديلة بالإضافة إلى تقنية نقل وزرع الأعضاء التناسلية كحل للمساعدة الطبية على الإنجاب مع الإشارة إلى موقف كل من الشريعة والقانون من النسب الناتج عن ذلك (المطلب الأول). كما سيتم الحديث عن الاستنساخ البشري وموقف الشريعة والقانون منه (المطلب الثاني).

المطلب الأول

وسط نشأة الجنين و زراعة الأعضاء التناسلية

إصابة الزوجة بعقم أو مرض، يحول ذلك دون إمكانية حملها، فقد يكون مبيضها مصاباً بعقم أو يكون رحمها لا يسمح لها بالحمل، كما يمكن أن تكون الزوجة مصابة بمرض خطير يخشى منه نقله للمولود.

1 - بلماحي فؤاد سيدي محمد صديق، المساعدة الطبية على الإنجاب في التشريع الجزائري -التلقيح الاصطناعي نموذجاً- مقال منشور في مجلة البحوث القانونية و الاقتصادية، المجلد 05/العدد 01(2022)،ص 372.

فعدم الإنجاب يعد مشكل عويص يؤرق الأسرة و يعتبر في الوقت ذاته، مجال خصب للبحث العلمي، فالأطباء و الباحثين في علم الأحياء و الأجنة لم يقتصر بحثهم على تقنية التلقيح الاصطناعي كوسيلة من الوسائل المساعدة على الإنجاب، بل تقدمت البحوث من أجل القضاء على مشكل العقم، فلجأوا إلى استئجار الأرحام، وتعدت المستجدات العلمية الحديثة ذلك بفتح المجال لتقنية نقل وزرع الأعضاء التناسلية، وهذا يجرننا إلى الحديث على الأم البديلة أو ما يعرف باستئجار الأرحام (فرع أول) وزراعة الغدد والأعضاء التناسلية، كزرع الخصية والمبيض (فرع ثاني) مع التعرّيج على موقف الفقه و القانون من هذه التقنيتين.

الفرع الأول

الأم البديلة و مشروعيتها

الأم البديلة¹ هي المرأة التي تقبل منح رحمها بمقابل أو مجانا، من أجل غرس نطفة أمشاج مخصبة صناعيا لزوجين استحال عليهما الإنجاب لفساد رحم الزوجة². وتتعدد الأسباب التي تؤدي بالأزواج للاستعانة بتقنية تأجير الأرحام، و أهمها:

- 1- أن يكون للزوجة مبيض سليم، لكن رحمها قد أزيل بعملية جراحية لسبب من الأسباب، أو به عيوب خلقية بحيث لا يمكنها الحمل، وزوجها سليم.
- 2- أن يكون الزوجان سليمان، ولكن الحمل يسبب للزوجة أمراضا شديدة، مثل الإجهاض.

3- خوف الزوجين من انتقال بعض الأمراض الوراثية إلى المولود، إذا كانت هناك سوابق طبية خاصة بهذه الأمراض المزمنة التي لا يمكن شفاؤها، وانتقالها إلى الأبناء ثابت طبيًا³.

1 - تسمى كذلك الرحم المستعارة، الأم الحماله، الأم بالإنباء، والأم بالوكالة... جيلالي تشوار، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.110 وما بعدها.

2 - نصر الدين مروي، الأم البديلة بين القانون المقارن والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، م. ع. ق.إ.، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ج37، 1999، عدد 04، ص.ص.16-17.

3 - محمد مرسي زهرة، الإنجاب الصناعي، دراسة مقارنة، منشورات جامعة الكويت، الكويت، 1993، ص.73.

4- بلوغ الزوجة مرحلة عمرية لا تمكنها من الحمل¹.

5- تقادي الزوجة تحمل أعباء الحمل والولادة، أو رغبتها في التفرغ لعملها أو خشيتها من تعرض قوائمها للترهل أو التغيير بسبب الحمل أو بعده، وغير ذلك من الحالات.

و في المقابل هناك أسباب تدفع بالمرأة صاحبة الرحم البديل لقبول هذه العملية، فقد تكون الروابط العائلية أو الاجتماعية أهمها، كقبول الأم أو الأخت أو سواهما للحمل نيابة عن ابنتها أو أختها، أو قبول الصديقة الحمل نيابة عن صديقتها، وغير ذلك من المسائل الشائعة، كما قد يكون السبب المالي كامنا من وراء قبول المرأة البديلة الحمل²، وبالتالي تحقيق مصلحة مادية، وهذا ما حصل في قضية (Baby Cotton) سنة 1983م³.

إن استخدام تقنية الأم البديلة في الأحوال المذكورة أعلاه، تتضمن في جوهرها حمل الجنين في الرحم، وتسليمه بعد الولادة إلى والدته البيولوجية أو المتبرع لها. وتتخذ الأمهات بالإنابة الصور التالية:

1- تقوم الأم البديلة بإيجار رحمها لصالح المستفيدين الراغبين في الحصول على طفل، فيتم زرع اللقيحة المخصبة الناتجة عن تلقيح بويضة الزوجة بمني زوجها اصطناعيا في أنبوب الاختبار داخل رحم الأم البديلة، وبالتالي فليس هناك صلة تربط الحاملة بالطفل سوى الحمل، فهو ليس منها بيولوجيا. وباعتبار أن دورها يقتصر على الحمل فقد أطلق عليها اسم (La mère porteuse)⁴.

2- تبرع الأم البديلة ببويضتها ليتم تلقيحها صناعيا بمني زوج المرأة العقيمة داخل أنبوب الاختبار، بعدها تزرع اللقيحة المخصبة داخل رحمها، لينمو الجنين فيه بشكل طبيعي. في هذه الحالة تكون الأم البديلة هي الأم البيولوجية للطفل باعتبارها صاحبة البويضة والرحم

1 - تؤكد الدراسات أن نسبة نجاح المواليد عند النساء بعمر 40 سنة أو أكثر لا تتجاوز 6%، عكس النساء دون سن 30، أين تكون نسبة النجاح أكبر. مقتبس عن علي هادي عطية الهلالي، المركز القانوني للجنين في ظل الأبحاث الطبية والتقنيات المساعدة في الإنجاب، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2012، ص.276.

2 - علي هادي عطية الهلالي، المرجع السابق، ص.277.

3 - وافقت السيدة (Cotton) أن تكون أما بديلة بهدف الحصول على مبلغ من المال يمكنها من إتمام بناء منزلها. انظر في هذا الصدد، جيلالي تشوار، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.111؛ نصر الدين مروك، الأم البديلة...، المرجع السابق، ص.414.

معاً، ولا دور للزوجة سوى تسلمها للطفل بعد الولادة، وتدعى هذه الصورة بـ (La mère de substitution).

3- أن يتم الحضن في رحم اصطناعي، وهي صورة مستحدثة لطفل الأنبوب، وهي قيد التجربة، حيث يتم فيها الحمل داخل رحم اصطناعي¹.

لم يتطرق فقهاء الشريعة الإسلامية لهذا النوع من التلقيح، و هذا ما يجرنا للبحث في مدى مشروعية الأم البديلة، فإن كانت هذه التقنية قد ساعدت في القضاء على مشكلة العقم، إلا أنها بالمقابل ساهم في إثارة العديد من المشاكل الفقهية والقانونية، فلقد انقسم الفقه بشأن هذه المسألة إلى اتجاهين مختلفين، فالمؤيدين لهذه التقنية لا يرون مانعا من الاستفادة من عمليات التلقيح الاصطناعي بالاستعانة بأم بديلة، وسندهم في ذلك²:

* إن هذه العمليات تساعد الزوجين على الحصول على طفل، وتحميها من نظرة المجتمع السلبية والقاسية، باعتبارهما غير قادرين على الإنجاب.

* هذه العملية لا تتنافى مع الأحكام القانونية، خاصة إذا تمت عن طريق التبريع بهدف مساعدة الزوجين، فهي بذلك تكون شأنها شأن عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية التي تتم بصفة علنية.

* طالما أن دور الأم البديلة يقتصر على الحمل لمدة محددة، وتبقى الأم الحقيقية للمولود أمّاً بيولوجية لأنها صاحبة البويضة، وعليه ينسب الطفل لها، فتكون صاحبة الرحم بمثابة الأم من الرضاع، ولا يثبت لها النسب، وأما من جهة أبيه فينسب إلى زوج صاحبة البويضة الذي لقحت بمائه، وهذا القول أخذ به عدد من الفقهاء كالأستاذ محمد محمد عباسي³,

1 - محمد علي البار، المرجع السابق، ص.110.

2 - جيلالي تشوار، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.115؛ نصر الدين مروك، الأم البديلة...، المرجع السابق، ص.412 وما بعدها؛ عبد القادر العربي الشحط، الأحكام القانونية العامة لنظام الإنجاب الاصطناعي: دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه دولة، كلية الحقوق، جامعة وهران، 1999-2000، ص.89؛ مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، المرجع السابق، ص.262 وما بعدها.

3 - محمد محمد عباسي، طفل الأنابيب، مجلة الأزهر، السنة 57، ج1، صفر 1405هـ، ص.200.

كما رجحه أغلب حاضري المجمع الفقهي الإسلامي في دورته الثامنة سنة 1405هـ¹، فبذلك يجعل العملية شرعية.

* لابد من إباحة هذه الوسيلة من الإنجاب، لأن الأم البديلة تقبل وبارادتها القيام بدور الحامل، ولا يوجد ما يمنعها من استعمال حقها في التصرف في بدنها.

* المبلغ الذي تتقاضاه الأم البديلة من الزوجين يعتبر بمثابة تعويض عن حملها نيابة عن الزوجة العقيمة، وهذا ما يجعل العملية بعيدة كل البعد عن المتاجرة غير المشروعة.

* إن الهدف من إنشاء جمعيات الأمومة البديلة يكمن في مساعدة الزوجين، فغرضها التضامن معهما، لا تحقيق الربح، مما يجعل نشاطها شرعياً.

أما المعارضين لهذه التقنية فقالوا بعدم شرعية تأجير الرحم²، واستندوا على:

* هذا الأسلوب من التلقيح يتعارض مع مبدأ عدم جواز التصرف في حالة الأشخاص، وطالما أن حالة الشخص هي مركزه القانوني من حيث ثبوت النسب للوالدين أو نفيه، فإن الأم البديلة تتعارض مع هذا المبدأ لأنها تهدف إلى ولادة طفل تتعارض بنوته الحقيقية مع بنوته البيولوجية، فالأم البديلة تتنازل عن كل حقوقها لصالح الأم المتنازل لها.

* الأم البديلة تتعارض مع مبدأ حرمة الجسد البشري، فالعقد من جهة يجعل المرأة تعرض جسدها بطريقة تتنافى مع كرامة الإنسان، ومن جهة أخرى الأم البديلة لا تكتفي بالتصرف في نفسها، إنما تتصرف أيضاً في شخص من الغير، ألا وهو المولود الذي سيأتي مستقبلاً.

* إن استئجار الرحم يسد معنى الأمومة، فصاحبة الرحم تحمل وتلد لتترك المولود لصاحبة البويضة، بالرغم من أن رابطة المولود بأمه تكون من ناحيتين: الأولى: رابطة التكوين والوراثة ومنبعها البويضة، الثانية: رابطة الحمل والولادة ومنبعها الرحم.

1 - مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، الدورة الثانية، ج1، مطابع رابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة، 1407/1986م، عدد 02، ص.266.

2 - جيلالي تشوار، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.ص.113-114؛ عبد القادر العربي الشحط، المرجع السابق، ص.81 وما بعدها؛ نصر الدين مروك، الأم البديلة...، المرجع السابق، ص.27 وما بعدها.

* الطفل ينسب من جهة أمه إلى صاحبة الرحم التي حملته وولדתه، أما صاحبة البويضة فهي بمثابة الأم من الرضاع. أما من جهة الأب، فإنه ينسب إلى زوج صاحبة الرحم، ولا ينسب إلى زوج صاحبة البويضة¹.

* الأم البديلة حينما تضع جسدها في خدمة آخرين، وتتقاضى مقابلها مادياً عن المدة المحددة لإتمام العملية، تقترب من الدعارة كون أن هذه الأخيرة تعرض جسمها لفائدة من يدفع مقابلها مادياً.

* عملية التلقيح بواسطة الأم البديلة تفقد هذه الأخيرة دورها الطبيعي فتتحول إلى مجرد جهاز مهمته الحمل والولادة.

* هذه الوسيلة من الإنجاب تتضمن اعتداء على الحرية الفردية لاحتوائها على عدة شروط صارمة تتمثل في:

- الالتزام بإجراء الفحوص الطبية،

- الالتزام بالتخلي عن المولود بمجرد ولادته حياً.

* اللجوء إلى استئجار الرحم من شأنه أن يتعارض مع المصلحة التي وجد من أجلها وهي علاج عقم المرأة، فقد تلجأ لهذه العملية نساء سليمات قادرات على الإنجاب بسبب توليهن مناصب عليا أو أن طبيعة شغلهن لا تسمح لهن بالحمل والإنجاب، فيتجنبن ذلك حفاظاً على رشاقتهن.

* تفتح هذه التقنية للقادرين مالياً، باب استغلال غير القادرين، كما أنها تمكن الأم البديلة من الضغط على الزوجين للحصول على أكبر قدر ممكن من الأموال².

* لجوء الزوجين لهذه العملية فيه خرق لحقوق الطفل بمجرد منحه نسب كاذب من جهة الأم، كما قد يرتب آثاراً وخيمة تنعكس على نفسيته مستقبلاً، فالأم التي حملته ووضعتة تخلت عنه لصالح امرأة أجنبية عنه، التزمت بتربيته.

1 - محمد علي البار، المرجع السابق، ص.283.

2 - هجيرة خدام، المرجع السابق، ص.124.

مما سرده نجد أن المؤيدين لهذا النوع من التلقيح قدموا حججا جد ضعيفة وغير منطقية، بخلاف الاتجاه المعارض الذي دعم موقفه بأسانيد جد قوية وأبرز ما تمثله هذه العملية من تعد على كرامة الأم البديلة وانتهاكا صريحا لحقوق الطفل.

فالإتجاه المعارض أصاب في موقفه، فالإتفاق الرامي إلى الاستعانة بالأم البديلة يحمل في طياته عدة شروط تعدي على حرية الفرد، نذكر منها على سبيل المثال: منع الأم البديلة من ممارسة العلاقات الجنسية مع زوجها وقت التلقيح، وكذا التزامها بإجراء العديد من الفحوص الطبية وقد تضطر إلى الإجهاض في حالة إصابة المولود بالأمراض الخطيرة. والأبشع في هذا كله أنها تتخلى عن فلذة كبدها¹.

فبتأكيد على ضرورة عدم إضفاء الشرعية على أسلوب التلقيح الاصطناعي بواسطة الأم البديلة، بغض النظر على كون هذا الأسلوب يعتبر مساعداً للقضاء على مشكلة العقم، وحاجزا أمام فك الرابطة الزوجية، فإنه بالمقابل، يعد سبيلا لغير الزوجين وللمرأة الواحدة غير المتزوجة وللواطيين وللسحاقيين²، في الحصول على مولود.

أما بالنسبة إلى موقف المشرع الجزائري من عملية التلقيح الاصطناعي بواسطة الأم البديلة، أقر صراحة منع اللجوء لهذا لهذه التقنية³.

1 - جيلالي تشوار، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.116.

2 - المرجع نفسه، ص.120.

3 - المادة 45 مكرر، الفقرة الأخيرة من قانون الأسرة الجزائري التي نصت على أنه: "لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة"، و المادة 371 من قانون الصحة التي تنص ".....و لا يمكن اللجوء فيها إلا للحيوانات المنوية للزوج وبويضة الزوجة، دون سواهما، مع استبعاد كل شخص آخر.....".

الفرع الثاني

زراعة الأعضاء التناسلية (الخصية والمبيض)

عرف أحد الأطباء¹ هذه العملية على أنها: " غرس الأعضاء التي تنتج عناصر الإخصاب من بويضات ونطف"، وتنقسم إلى نوعين²: الأعضاء التي تنقل الخصائص الوراثية للإنسان، والأعضاء التي لا تنقل الخصائص الوراثية للإنسان.

فالأعضاء التي تنقل الخصائص الوراثية للإنسان، و التي يطلق عليها أيضاً "الغدد التناسلية"، هي التي يتم من خلالها إنتاج الخلايا التناسلية، فعند الرجل هناك الخصيتان، وتقوم بوظيفتين: إفراز الحيوانات المنوية، وإفراز الهرمونات، وهما المسؤولتين عن الصفات الثانوية للذكورة، مثل تغير الصوت من نعومة صوت الطفل إلى خشونة صوت الرجل، وبناء العظام وتوزيع الدهن في الجسم... الخ³، أما بالنسبة للمرأة فهناك المبيضان، فدورهما يقتصر على صناعة البويضة، وهي بذرة المرأة التي تنقل منها خصائصها وخصائص أصولها إلى ذريتها، ونجدهما على يمين ويسار قناة فالوب، ويتصل كلاهما بالرحم بواسطة وتر سميك على ناحية اليمين واليسار⁴. وهما عبارة عن أكياس تحوي عددا محددًا من البويضات عند الولادة، أي أن البويضات داخل المبيض تكون قد تم تكوينها قبل ولادة الأنثى من بطن أمها، إضافة إلى مسؤوليتهما عن إفراز هرمونات الأنوثة⁵.

أما الأعضاء التي لا تنقل الخصائص الوراثية للإنسان، و تسمى أيضاً "الأعضاء التناسلية". بالنسبة للرجل هناك القضيب، وهو مجرد أداة لنقل المنى، أما المرأة فلها قناة فالوب، والتي تعتبر مجرد طريق لنقل البويضات بعد تلقيحها، وكذلك الرحم أين يحضن الجنين.

1 - محمد كنعان، المرجع السابق، ص.489.

2 - محمد علي البار، زرع الغدد التناسلية والأعضاء التناسلية، أبحاث ندوة رؤية إسلامية لزراعة بعض الأعضاء البشرية، الكويت، 23 أكتوبر 1989، ص. 464 وما بعدها.

3 - نصر الدين مروك، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، ج1، دار هومة، الجزائر، 2003، ص.130.

4 - زبير بن قويدر، المرجع السابق، ص.97.

5 - سفيان بن عمر بورقعة، المرجع السابق، ص.493.

فعملية نقل الأعضاء التناسلية تمس نسب المولود بشكل خاص، ففي حال زرع الخصية أو المبيض، فإن الطفل الناتج ينسب إلى الشخص المنقول منه، أي أن المولود يكون ابناً للرجل المنقول منه الخصية، أو المرأة المنقول منها المبيض، وبذلك لا ينسب الطفل للمتلقي أو المتلقية للعضو التناسلي لأن هذين الأخيرين يعتبران حاضنين أو حاملين للجهاز الصانع للبذرة فقط، كما أنه ثبت علمياً بأن المميزات الوراثية للطفل تنتقل إليه من المصدر المتبرع بها، وليس من المتلقي، وإجازة نقل هذه الأعضاء تؤدي إلى اختلاط الأنساب¹.

وقد أجاز بعض الفقهاء المعاصرين² هذه العملية، بينما رفضها البعض الآخر³، فقد بحثوا مسألة نقل الخصية وتأثيرها على النسب، ضمن بعض الهيئات المختصة، ومنها مجمع الفقه الإسلامي، الذي أصدر بشأنها بعض الفتاوى والقرارات، ويمكن حصر وجهات نظر وآراء هؤلاء الفقهاء في قولين، حيث ذهب أنصار الرأي الأول إلى جواز زرع الخصية وعدم تأثيرها على النسب، وقال به الشيخ سيد سابق⁴، الذي أجاز نقل الخصيتين معاً، واستدل على ذلك بما يلي:

- "أن الخصية مجرد آلة منظمة لتلك الحيوانات المنوية، فلا وجه لشبهة التحريم في عملية نقلها (حسب تقديره).

- لا تأثير للجينات الوراثية لانعدام تطابقها، بدليل أن الأخوين من نفس الأصل، تنتقل إليهما صفات وراثية واحدة، فقد ينجب أحدهما ذكراً والآخر أنثى، ومع ذلك لم يحرم زواج ابن أحدهما بابنة الآخر، فدل هذا على عدم تأثير تطابق الصفات الوراثية".

أما أنصار الرأي الثاني، فلم يجيزوا زرع الخصية لتأثيرها على النسب، وهو الرأي الذي أخذ به معظم الفقهاء المعاصرين، من بينهم الدكتور يوسف القرضاوي، والذي تبناه مجمع الفقه الإسلامي بالإجماع⁵، حيث جاء فيه: "بعد الاطلاع على الأبحاث والتوصيات المتعلقة

1 - محمد سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص.133.

2 - محمد بن محمد المختار الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها، مكتبة الصحابة، جدة، 1994، ص.392.

3 - محمد سليمان الأشقر، المرجع نفسه، ص.ص.144-145.

4 - محمد بن محمد المختار الشنقيطي، المرجع السابق، ص.393.

5 - مجلة الفكر البرلماني، مجلة متخصصة في القضايا والوثائق البرلمانية، يصدرها مجلس الأمة الجزائري، عدد خاص، ديسمبر 2003، ص.148؛ انظر، قرار رقم 06/08/59، مقتبس عن المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت، أبحاث ندوة رؤية إسلامية لزراعة بعض الأعضاء البشرية، 1994، ص.660.

بموضوع زراعة الأعضاء التناسلية، الذي كان أحد موضوعات الندوة الفقهية الطبية السادسة المنعقدة في الكويت من 23 إلى 1990/10/26م، بالتعاون بين المجمع وبين المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، استنتجنا أن:

1- زرع الغدد التناسلية:

بما أن الخصية والمبيض يستمران في حمل وإفراز الصفات الوراثية للمنقول منه، حتى بعد زرعها في متلقٍ جديد، فإن زرعها محرم شرعا وفيه خلط للأنساب¹.

2- زرع أعضاء الجهاز التناسلي:

زرع بعض أعضاء الجهاز التناسلي التي لا تنتقل الصفات الوراثية ماعدا العورات المغلظة جائز لضرورة مشروعة ووفق الضوابط والمعايير الشرعية المبينة في القرار رقم 01 للدورة الرابعة لهذا المجمع، وهو "انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حيا أو ميتا".

واستدل العلماء المعاصرون على القول بعدم إجازة نقل الخصيتين بما يأتي:

- أن نقل الخصيتين معا يؤدي إلى حرمان المنقول منه من النسل، وهو أمر محرم شرعا، ويؤدي إلى ضياع الأنساب واختلاط المحارم².

- أن الخصية هي المعمل الذي تفرز فيه المادة المنوية ويتخلق الحيوان المنوي فيها، وبشهادة الأطباء المختصين أن نقل الخصيتين يوجب انتقال الصفات الوراثية الموجودة في الشخص المنقول منه إلى أبناء الشخص المنقول إليه الخصية من البياض أو السواد، والطول أو القصر، والذكاء أو الغباء، وغير ذلك من الأوصاف الجسمية، والعقلية والنفسية، وهذا يعد نوعا من اختلاط الأنساب الذي منعه الشريعة بكل الوسائل³.

وفي هذا الصدد يقول الدكتور محمد علي البار: "...وإذا تم زرع الخصية في شخص عقيم فإن حيوانات المنوية ستكون من رجل آخر... وهو نوع من النكاح فيه شبهة زنا... إذ تكون النطفة لرجل آخر في الحقيقة... وذلك يشبه التلقيح الاصطناعي بماء رجل آخر". ويزيد

1 - سفيان عمر بن بورقعة، المرجع السابق، ص.505-506.

2 - صديقة علي العوضي وكمال نجيب محمد، زراعة الأعضاء التناسلية والغدد التناسلية للمرأة والرجل، أبحاث ندوة رؤية إسلامية لزراعة بعض الأعضاء البشرية والتي عقدتها المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، الكويت، 23 أكتوبر 1983، ص.ص.450-451.

3 - فاطمة الزهراء رابحي زوجة تبوب، المرجع السابق، ص.249.

البيان في موضوع آخر فيقول: "إن نقل الخصية من شخص إلى آخر يعني انتقال الحيوانات المنوية من المتبرع إلى المتلقي، ومن المعلوم أن الصفات الوراثية الموجودة في الحيوانات المنوية الناتجة من الخصية المزروعة إنما تتبع الشخص المتبرع لا الشخص المتلقي، وبالتالي يشبه ذلك دخول طرف ثالث في موضوع الإنجاب... ولا تتغير الصفات الوراثية الموجودة في الخصية بعد زرعها، بل تبقى تلك الصفات الوراثية تعود إلى الشخص المتبرع، ذلك لأن المورثات (الجينات) تكون مبرمجة منذ البداية... ورغم أنها انتقلت إلى بيئة جديدة وتتغذى من مصادر تختلف عما كانت عليه، إلا أن برنامج المورثات يبقى على ما كان عليه".¹، وهذا يشبه التلقيح الاصطناعي بماء رجل آخر.

وذهبت الدكتورة صديقة العوضي إلى القول: "فإذا ما نقلنا الخصيتين من شخص إلى آخر فكأننا قد نقلنا المصنع بآلاته، ومعداته، والمواد الأولية التي يحتويها إلى الشخص الآخر، ولن يكون دور الشخص المنقولة له الخصية سوى تشغيل هذا المصنع فقط، أي أنه لن يكون له دور في نقل المورثات التي يحملها إلى أولاده، بل سوف يساعد على نقل الصبغيات الوراثية التي ورثها الشخص المنقولة منه هذه الخصية إلى ذرية الشخص المنقولة له الخصية... إذا نقل الخصية من شخص إلى آخر ما هو إلا شكل من أشكال إخصاب البويضة بحيوان منوي آخر غير الحيوان المنوي من الزوج (إخصاب من شخص غريب)."²، وبالتالي يعتبر خلطاً في الأنساب.

قد وفق أصحاب الرأي الثاني بقوله عدم جواز زرع الخصية لعدم اختلاط الأنساب، ذلك أن الأطباء المختصين أكدوا أن الغدد تحتوي على خلايا تناسلية، فالخصية تحتوي على المواد الأولية التي ينتج منها الحيوان المنوي، فنقلها من شخص إلى آخر، ما هو إلا شكل من أشكال إخصاب البويضة بحيوان منوي آخر من غير الزوج³، والمولود لا تكون له صلة بالزوج أو الزوجة، ويؤدي هذا إلى اختلاط الأنساب المحرم شرعاً.

1 - محمد على البار، المرجع السابق، ص.ص. 467-468.

2 - صديقة العوضي، نقل الأعضاء التناسلية، بحث مقدم إلى الندوة الطبية الفقهية الخامسة المنعقدة بتاريخ 23/10/1989 م، التي عقدها المجمع الفقهي الإسلامي بالاشتراك مع المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، ص. 450؛ مقتبس عن سفيان بن عمر بورقة، المرجع السابق، ص.ص. 502-503.

3 - سفيان بن عمر بورقة، المرجع السابق، ص.ص. 505-506.

بالإضافة لكون، عملية زرع المبيض من امرأة إلى أخرى يشبه تمام عملية نقل خصية الرجل، فبذلك تتجم عنه نفس الآثار ونفس الأحكام التي عرضناها سابقا. والمرأة التي تحمل طفلا، نتيجة هذا الزرع، ستجب مولودا غريبا عنها وراثيا، لكون البويضة ليست منها، بل من المرأة المتبرعة لها بالمبيض¹.

فجمهور الفقهاء حرموا نقل وزرع المبيضين لما يفضي إليه من اختلاط في الأنساب، ويقول في الصدد الدكتوران صديقة علي العوضي وكمال نجيب محمد: "... ومن هنا يتضح أن عدد البويضات التي قدرها الله في أن تكون داخل مبيض كل أنثى يكون قد تم تحديده قبل ولادة الأنثى من بطن أمها، فإذا قمنا بفحص هذه البويضات نجد أنها تحتوي على نواة، وهذه النواة تحتوي على 23 صبغا... هذه الصبغات تحمل العوامل الوراثية التي ترثها الطفلة من الأم والأب...، فإذا ما قمنا ونقلنا المبيض من أنثى إلى أخرى فإننا بهذا قد نقلناه بما يحويه من بويضات تحمل الصفات الوراثية التي ورثتها المنقول منها المبيض، من والديها، إلى أنثى أخرى، والتي تم نقل المبيض إليها. هذا النقل سيؤدي حتما إلى خلط الأنساب"²، المحرم شرعا.

أما المشرع الجزائري تطرق لموضوع زرع الأعضاء و الأنسجة والخلايا البشرية ضمن القسم الأول للفصل الرابع من القانون 18-11 المتعلق بقانون الصحة، دون تحديد مسألة نقل و زرع الخصية والمبيض، فالمستشف من أحكام المادة 364 من نفس القانون أن المشرع الجزائري لا يجيز ذلك كون أنه حصر عملية نقل الأعضاء البشرية والأنسجة في الحالات التي تكون فيها عملية النقل الوسيلة الوحيدة للحفاظ على حياة المتلقي أو سلامته الجسدية.

وبالتالي فإن العقم وعدم الإنجاب و إن كان يصنف من الحالات المرضية غير أنه لا يرقى إلى درجة تهديد حياة و سلامة المصابين به، و هذا ما يستنتج من نص المادة 01/364 من قانون الصحة³.

1 - فاطمة الزهراء رابح زوجة تبوب، المرجع السابق، ص.251.

2 - صديقة علي العوضي وكمال نجيب محمد، المرجع السابق، ص.446-447، مقتبس عن سفيان بن عمر بورقعة، المرجع السابق، ص.133.

3 - تنص المادة 364 فقرة 01 من القانون 18-11 المتضمن قانون الصحة على " لا يمكن القيام بزرع الأعضاء والأنسجة أو الخلايا البشرية إلا إذا كان ذلك يمثل الوسيلة الوحيدة للحفاظ على حياة المتلقي أو سلامته الجسدية...".

المطلب الثاني

ظاهرة الاستنساخ البشري وكيفية إثبات النسب فيها

الاستنساخ من المستجدات الطبية التي تؤثر على نظام الأسرة بل و تهدد استقراره واستقرار المجتمعات، فلا علاقة له بالإنجاب الطبيعي، الذي يتم عن طريق الاتصال الطبيعي بين زوجين ينتج من خلاله حمل و مولود ينسب إلى أبويه، فهذه التقنية الحديثة كانت تستعمل على النبات والحيوانات، ولقيت نجاحا كبيرا، وهذا ما حفز العلماء إلى السعي للوصول إلى الاستنساخ البشري، وقد أثارت هذه الظاهرة عدة تساؤلات حول مفهوم الاستنساخ و أنواعه (الفرع الأول)، وكذا موقف الشريعة والقانون من النسب الناتج عنها (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مفهوم الاستنساخ البشري و أنواعه

الاستنساخ لغة بمعنى إحلال الشيء مكان آخر، فنقول تتاسخت الأشياء أي كان بعضها مكان بعض¹، والاستنساخ كتب كتابا من كتاب نَسَخَهُ، ومنه قوله جل جلاله: " هَذَا كِتَابُنَا يُنطِقُ عَلَيْكُمْ بِالْحَقِّ إِنَّا كُنَّا نَسْتَنسِخُ مَا كُنْتُمْ تَعْمَلُونَ"²، أي نستنسخ ما تكتب الحفظة ونأمر بنسخه وإثباته، فيثبت عند الله عز وجل³.

1 - الشحات إبراهيم محمد منصور، نسب المولود الناتج عن التلقيح الصناعي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011، ص.102.

2 - سورة الجاثية الآية 29.

3 - أحمد فايد شعبان الكومي، أحكام الاستنساخ في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص.07؛ ابن منظور، لسان العرب، ج14، المرجع السابق، ص.243.

والستين والتاء للطلب والاستدعاء، فيكون الاستنساخ بمعنى النسخ، ومعناه تبديل الشيء بالشيء، ونقله من مكان إلى مكان، ومن حال إلى حال، كقولنا: مسخه الله قردا، ونسخه بمعنى واحد¹.

والاستنساخ كلمة عربية تقابل (Cloning) بالإنجليزية، والتي أصلها يوناني (Clone)، والتي تعني البرعم أو الوليد².

أما الاستنساخ اصطلاحا فعرف على أنه: "عملية يقصد منها استحداث كائن حي، بنقل النواة من خلية جسدية حية إلى بويضة منزوعة النواة، أو بتشجير بويضة مخصبة في مرحلة تسبق تمايز الأنسجة، كما يقصد منها استحداث نبات أو عضو أو جين معين أو خلية معينة، بطرق معملية لأهداف تنموية وعلاجية"³.

كما قيل أنه: "استغناء عن عملية التزاوج والتلقيح، ففيه يأخذ الباحث خلية عادية من أي مكان في جسم الإنسان ويزرعها في بويضة خالية من النواة برحم امرأة فتتكاثر الخلية وتتقسم إلى ملايين الخلايا، ثم تكون مخلوقا بشريا جديدا، وهنا يكون نسخة مطابقة للأصل المأخوذ منه الخلية، فلا أب ولا أم يشتركان هنا، بل هي خلية أم واحدة"⁴، فهو يعني "توليد كائنات حية تتطابق مع الأصل وراثيا".

وتعتبر فكرة الاستنساخ قديمة في أصلها، إذ أنها موجودة في الحياة منذ بدء الخليقة، وخاصة في النبات والحيوان، وهي تعتمد في تكاثرها وتوالدها على الاستنساخ الذاتي، دون حاجة لتدخل طرف ثان، ولا إلى خلايا جنسية، ويتم التكاثر بانشطار الخلايا الجسمية لتعطي كائنا جديدا مطابقا في التنوع والصفات الوراثية للكائن الأم⁵.

فأول تجربة في مجال الاستنساخ كانت سنة 1952م، حيث تمكن العالمان "روبرت بريجز" و"توماس كينج" من استنساخ ضفدع من خلية جنينية، وقد تمت هذه التقنية على أساس

1 - ابن منظور، لسان العرب، مادة نسخ، المرجع السابق، ص.121.

2 - محمد فريد الشافعي، الاستنساخ البشري، بين أوامم الغرب وحقائق الإسلام، دار البيان للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2003، ص.25

3 - أحمد فايد شعبان الكومي، المرجع السابق، ص. 12.

4 - الشحات إبراهيم محمد منصور، المرجع السابق، ص.103.

5 - زبيدة إقروفة، التلقيح الاصطناعي، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010، ص.27.

استبدال البويضات قبل تلقيحها بنوايا الخلايا الجينية¹، ثم تكررت التجارب وكانت ناجحة في هذا المجال، وفي عام 1979م، تم استنساخ الأغنام لأول مرة بطريقة الاستنساخ الجنسي². وتبين من التجارب السابقة أن كل خلية مميزة تماما، تحتفظ في نواتها بكافة الطبائع الوراثية الضرورية لتكوين كائن كامل³.

وفي عام 1993م، تمت أول محاولة للاستنساخ البشري في الولايات المتحدة على الطريقة التوأمية، وفي عام 1997م، تم في الولايات المتحدة الأمريكية استنساخ توأم القرد بطريقة نسخ الأجنة أو الاستنساخ الجنسي⁴.

وللاستنساخ أنواع، فهناك الاستنساخ الذي يقع في عالم النبات، والاستنساخ الواقع في عالم الحيوانات، والنوع الثالث هو الاستنساخ البشري الذي يتوقع إنجازها على البشر، وهو بدوره ثلاثة (03) أنواع: الاستنساخ الجسدي (أولا)، الاستنساخ الجنيني (ثانيا) والاستنساخ العضوي (ثالثا).

أولا: الاستنساخ الجسدي.

و يصطلح عليه بالاستنساخ التقليدي (لا جنسي)، من خلال نقل نواة خلية جسمية تحتوي على 46 صبغيا مكان نواة بويضة تحتوي 23 صبغيا فقط، ويتولى السيتوبلازم المحيط بالنواة الجديدة في البويضة حث النواة المزروعة وتنبئها على الانقسام، فتبدأ في الانقسام مكونة الخلايا الأولى للجنين الذي سيصبح بعد ذلك إنسانا، صورة طبق الأصل من صاحب النواة الجسدية التي رعت نواته في البويضة⁵.

ثانيا: الاستنساخ الجنيني (الجنسي).

1 - خالد بوزيد، النسب في تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الجزائر-1، 2010-2011، ص.151.

2 - زبيدة إقروفة، التلقيح الاصطناعي...، المرجع السابق، ص.28، مقتبس عن أيمن مصطفى الحمل، المرجع السابق، ص.241.

3- جيلالي تشوار، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.122.

4- زبيدة إقروفة، التلقيح الاصطناعي...، المرجع نفسه، ص.28.

5 - أحمد فايد شعبان الكومي، المرجع السابق، ص.32-33.

يطلق عليه أيضاً بالاستنساخ الجديد، ويقصد به تقنية شطر الأجنة¹، وهو تلقيح حيوان منوي يحتوي على 23 صبغا (خلية جنسية XY)، فتنج بويضة ملقحة ذات 46 صبغيا وتأخذ صفات الوالدين معا، ثم تنقسم الخلية إلى خليتين ثم أربع خلايا، وهنا يتدخل البيولوجيون، إذ فصلوا كل خلية عن أجنحتها بإذابة الغشاء البروتيني السكري المحيط بالخلايا المنشطرة فتنج توائم متطابقة تماما.

ثم أخذت كل خلية من هذه الخلايا، وتم استنساخ كل واحدة منها على حدة، لتنتج أربع خلايا مرة ثانية، وبذلك تكون هذه الخلايا صالحة لأن تكون جنينا إذا وضعت في رحم المرأة، أو حفظها لاستعمالها لاحقا².

ثالثا: الاستنساخ العضوي.

عرفه الدكتور أحمد رجائي الجندي بأنه: "استنساخ بعض الأعضاء التي يحتاجها الإنسان في حياته حال حدوث عطب في أحد هذه الأعضاء".³

هذا النوع من الاستنساخ لقي نجاحا في مجال زراعة الجلد البشري، وتوجد بنوك لحفظ الجلد في معظم دول العالم، وهو يتوقف على إنقاذ إنسان تعرض جسده، وخاصة وجهه، إلى حروق بنسبة كبيرة.

ولا يفوتنا في هذا الصدد أن نشير لوجود أوجه تشابه و اختلاف بين ظاهرة الاستنساخ وما يشابهها من التقنيات الحديثة في مجال المساعدة الطبية على الإنجاب، فبالنسبة للفرق بين الاستنساخ والتلقيح الاصطناعي، هناك العديد من نقاط التشابه والاختلاف بين المستحدثين الطبيتين، فأوجه التشابه بينهما تكمن في أن كلا منهما⁴:

- طريقة للإنجاب.

1 - معناها فصل الخليتين أو الخلايا التي انقسمت من الخلية الأصل (الزيجوت) ووضع كل خلية في بويضة منزوعة النواة لمواصلة النمو. مقتبس عن أحمد فايد شعبان الكومي، المرجع السابق، ص.34.

2- الشاذلي علي حسين، الاستنساخ: حقيقته، أنواعه، حكم كل نوع في الفقه الإسلامي، مؤتمر المجمع الفقهي الإسلامي، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، الدورة العاشرة، ج3، 1997، عدد 10، ص.167.

3 - أحمد رجائي الجندي، الاستنساخ البشري بين الإقدام والإحجام، مؤتمر المجمع الفقهي الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة العاشرة، ج3، 1997، عدد 10، ص.243-244.

4 - الشحات إبراهيم محمد منصور، المرجع السابق، ص.114-115؛ أحمد فايد شعبان الكومي، المرجع السابق، ص. 13 وما بعدها؛ زبيدة إقروفة، التلقيح الاصطناعي...، المرجع السابق، ص.30-31.

- من الأساليب العلمية الحديثة.
- جاء من أجل معالجة مشكل العقم.
- إخصاب بغير الطريق الطبيعي، أي ليس هناك اتصال بين الجنسين.
- يحتاج في حدوثه إلى بويضة أنثى، حيث يتم تلقيحها بالحيوان المنوي في التلقيح الاصطناعي، ويتم نزع نواتها في الاستنساخ.
- يدخل فيه عنصر أجنبي، وقد يتم بين الزوجين، حسب المواد اللازمة لعملية التلقيح الاصطناعي أو الاستنساخ، فقد تكون الخلية أو الحيوان المنوي من الزوج في رحم زوجته، وقد يكونا من أجنبي في رحم زوجته، أو من أجنبي في رحم أجنبية¹.
- من حيث المشروعية، كلاهما جائزان في الحيوانات والنباتات دون الإنسان.
- أما بالنسبة لأوجه الاختلاف، فنذكر البعض منها على النحو التالي:
- يتم الاستنساخ من خلال الحصول على خلية جسدية (الاستنساخ لا الجنسي). أما التلقيح الاصطناعي فيتم من خلال الحصول على خلية جنسية (حيوان منوي وبويضة).
- الخلية لا الجنسية في الاستنساخ تحمل 46 صبغا، بينما الخلية الجنسية في التلقيح الاصطناعي فيكون فيها الحيوان المنوي يحمل 23 صبغا والبويضة 23 صبغا، وذلك حال تلقيحها.
- إذا تم الاستنساخ البشري، يمكن من خلاله التحكم في جنس المولود، فإذا أخذت الخلية الجسدية من الرجل فالمولود يكون ذكرا مطابقا له، وإن كانت من المرأة فالمولود يكون أنثى مطابقة لأمها، أما في التلقيح الاصطناعي فلا يمكن التحكم في جنس المولود إلا إذا تدخل الطبيب في ذلك².
- في الاستنساخ، يمكن أن يجرى الإنجاب على طرف واحد، وهي المرأة، حيث تؤخذ منها الخلية المميزة ودمج مع البويضة ثم زرعها في رحمها، أما بالنسبة للإنجاب عن طريق التلقيح الاصطناعي فيتم بين طرفين فأكثر.

1 - الشحات إبراهيم محمد منصور، المرجع نفسه، ص.115.

2 - أحمد فايد شعبان الكومي، المرجع السابق، ص.15.

- في عملية الاستنساخ لا يعتبر الحيوان المنوي عنصراً ضرورياً، حيث تقوم الخلية المأخوذة من الذكر أو الأنثى بدلاً منه، بينما في عملية التلقيح الاصطناعي، لا بد من الحيوان المنوي للذكر، وبدونه لا يمكن إجراؤها.
- من حيث المشروعية، الاستنساخ ممنوع منعاً باتاً، بعكس التلقيح الاصطناعي، الذي إذا تم بالشروط المطلوبة فهو مباح.

الفرع الثاني

إثبات نسب الطفل المستنسخ و موقف الشريعة و القانون منه

أثار موضوع الاستنساخ البشري جدالاً ونقاشاً كبيراً في مجال الفقه الإسلامي، حيث كانت النتيجة المتوصل إليها أن هذه التقنية محرمة، والتحریم هنا يشمل جميع طرق الاستنساخ البشري المعروفة حالياً، ومستقبلياً، لأن الهدف منها مخالفة الطريقة الشرعية في الإنجاب، وبذلك يحطم أسس القرابة والأنساب والأرحام و يهدم النظام العام الأسري.

كما أن الاستنساخ البشري جاء على خلاف مصادر التشريع الإسلامي¹، فهو يخالف النصوص المتعلقة بالتكاثر البشري على الفطرة السليمة، ومن الأدلة على ذلك قوله جل جلاله: "إِنَّا خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ نُطْفَةٍ أَمْشَاجٍ نَبْتَلِيهِ فَجَعَلْنَاهُ سَمِيعًا بَصِيرًا"²، وقوله جل جلاله: "وَأَنَّهُ خَلَقَ الزَّوْجَيْنِ الذَّكَرَ وَالْأُنثَى"³. ويقول الرسول صلى الله عليه و سلم: "تزوجوا الودود الولود فإنني مكاثر بكم الأنبياء يوم القيامة".

هذه النصوص من الكتاب والسنة تدل على أن التناسل يقوم على أساس الاتصال الطبيعي بين الزوجين، بتلقيح بويضة الزوجة بمني الزوج، لتكون اللقيحة حاملة للصفات الوراثية الخاصة بالأب والأم معاً، ويكون الطفل الناتج معلوم الأصل والنسب.

1 - مصادر التشريع الإسلامي هي التي تعرف منها الأحكام الشرعية الفقهية، وهي تشمل القرآن الكريم، السنة، الإجماع، القياس، الاستحسان، المصلحة المرسلّة، العرف، الاستصحاب، وسد الذرائع. وهذه المصادر التشريعية يقسمها العلماء إلى مصادر متفق عليها ومختلف فيها، أو مصادر أصلية وأخرى تبعية. مقتبس عن بوزيد خالد، المرجع السابق، ص. 154.

2 - سورة الإنسان، الآية 02.

3 - سورة النجم، الآية 45.

وفي هذا الصدد عقدت منظمة المؤتمر الإسلامي عدة لقاءات بين العلماء والأطباء وفقهاء الدين¹، من أجل مناقشة مسألة الاستنساخ البشري ومخاطرها، من خلال الندوة الفقهية الطبية التاسعة المنعقدة بالدار البيضاء، والتي أصدرت جملة من التوصيات²، منها:

- 1- تحريم الاستنساخ البشري وأي طريقة أخرى تؤدي إلى التكاثر.
- 2- تحريم كل الحالات التي يقم فيها طرف ثالث (أجنبي) على العلاقة الزوجية، سواء كان رحماً أم بويضة أو حيواناً منوياً أو خلية جسدية للاستنساخ.
- 3- مباشرة الدول لسن التشريعات القانونية اللازمة لغلق الأبواب، المباشرة وغير المباشرة، أمام الجهات الأجنبية للحيلولة دون اتخاذ البلاد الإسلامية ميداناً للتجارب الاستنساخ البشري.

4- متابعة المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية لموضوع الاستنساخ ومستجداته العلمية، وعقد الندوات واللقاءات اللازمة لبيان الأحكام الشرعية المتعلقة به. وفي هذا السياق يقول الدكتور يوسف القرضاوي بـ: " ضرورة الوقوف ضد هذا الاكتشاف العلمي الهدام، إذ إن الاستفادة من التقدم العلمي في علاج بعض الأمراض المستعصية وبعض الأمراض الوراثية، وعلاج بعض أسباب العقم، لا مانع منه، ولكن بشرط ألا يكون ذلك فتحة لباب خطير، ونخاف أنه إذا فتح هذا الباب فلن يسد، فالأولى بنا أن نسده من أول الأمر، وحجته في ذلك أن في الشريعة السماح قاعدة "سد الذرائع"، وهي لو أن هناك أمراً مباحاً، ولكنه إذا فتح الباب له سيؤدي إلى أمور منكرة ومفاسد للناس، يمنع هذا الأمر المباح سداً للذريعة إلى الفساد"³.

كما يرى الدكتور سيد طنطاوي⁴: "أن الأمر غير طبيعي ويجب تشديد العقوبة على من يقوم بعملية الاستنساخ، لأن خروج الإنسان يتم نتيجة تلقيح بويضة بحيوان منوي، وباستنساخ

1 - من بينهم الدكتور يوسف القرضاوي، حوار مع مجلة المجتمع حول الاستنساخ، ص.30-31.

2 - توصيات الندوة الفقهية الطبية التاسعة، رؤية إسلامية لبعض المشكلات الطبية، المنعقدة بالدار البيضاء، 07-11 صفر 1418هـ الموافق ل 14-17 يونيو 1997م، قرار رقم 100-02، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، ج3، 1997، عدد 10، ص.432.

3 - جيلالي تشوار، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.129.

4 - المرجع نفسه، ص.129-130.

ماء الرجل بماء الأنثى، هذا هو شرع الله. أما خلافاً لذلك فهو ضد الأخلاقية والاجتماعية، لأن الإسلام مع العلم الذي يخدم البشرية، وأن العلم يجب أن يقوم على أمور ثلاثة هي: الإيمان والأخلاق وخدمة البشرية، كما أنه يجب أن يحافظ على مقاصد الشريعة، إلا أن هذا العلم يمكن أن يتوجه إلى استنساخ أحد أعضاء الجسم مثل الكبد والكلية لحاجة بعض الأفراد إليها إنقاذاً لحياتهم من الهلاك".

و بذلك فقد وقع إجماع من الفقهاء المسلمين المعاصرين، وعلماء المجامع العلمية والمؤتمرات الدولية والوطنية، على إقرار منع الاستنساخ البشري.

أما بالنسبة لموقف القانون من الاستنساخ البشري نشير أن المشرع الجزائري قبل صدور القانون 18-11 المتعلق بالصحة لم يوجد نصاً قانوني متعلق بالاستنساخ، غير أنه تدارك ذلك النقص الذي كان حاصلًا في التشريع بنصه الصريح في المادة 375 من القانون المتعلق بالصحة التي نصت على: "يمنع كل استنساخ للأجسام الحية المتماثلة جينياً فيما يخص الكائن البشري و كل انتقاء للجنس"¹.

هذا وخص كل من يخالف أحكام المادة السالفة الذكر بالعقوبات المقررة في نص المادة 436 من نفس القانون².

و قد كان سكوت المشرع الجزائري قبل صدور قانون الصحة عن هذه المسألة يرجع لحداتها، ولم يكن يعني مطلقاً إباحة الاستنساخ البشري، وذلك لما ينطوي عنه من مخاطر وآثار وخيمة، تعود على الشخص المستنسخ والمجتمع بأسره³.

وكان يستخلص قبل ذلك، المنع القطعي لهذه التقنية الحديثة للإنجاب من خلال الرجوع إلى المرسوم رقم 92-276 المؤرخ في 06 جويلية 1992م، المتضمن أخلاقيات الطب⁴، الذي ينص في مادته السادسة على: "يكون الطبيب وجراح الأسنان في خدمة الفرد والصحة

1 - المادة 375 من القانون 18-11 المتعلق بالصحة.

2 - تنص المادة 436 من القانون 18-11 المتعلق بالصحة على: " يعاقب كل من يخالف المنع المنصوص في أحكام المادة 375 من هذا القانون، المتعلقة باستنساخ أجسام حية مماثلة وراثياً و إنتقاء الجنس، بالحبس من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة و بغرامة من 1.000.000,00 دج إلى 2.000.000,00 دج".

3 - جيلالي تشوار، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.125.

4 - انظر، المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 05 محرم 1413هـ الموافق ل 06 جويلية 1992م، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج.ر.، رقم 52، الصادرة بتاريخ 08 جويلية 1992.

العمومية، يمارسان مهامهما ضمن احترام حياة الفرد و شخصه البشري". كما نصت المادة 35 من نفس المرسوم على أنه: "لا يمكن ممارسة عمليات أخذ الأعضاء إلا حسب الحالات والشروط المنصوص عليها في القانون".

أما في القانون المقارن، فإن هذه المشكلة تصدت لها عدة منظمات دولية، نذكر منها المنظمة العالمية للصحة التي جاء في قرارها الصادر بتاريخ 14 ماي 1997م أن الإنجاب بواسطة استنساخ الكائنات البشرية أمر غير مقبول أخلاقيا ويشكل انتهاكا لحرمة الحياة البشرية، كما أنه يشكل انتهاكا لبعض المبادئ التي تنظم مسائل التناسل¹.

كما أن البرلمان الأوروبي أدان بتاريخ 12 مارس 1997م تقنية الاستنساخ البشري وأيده في ذلك المجلس الأوروبي، بتبنيه بروتوكول تم إضافته إلى اتفاقية (OVIEDO)²، بمنع إجراء أي عملية يكون الهدف من ورائها خلق كائن بشري يحمل نفس الصفات الوراثية لكائن بشري آخر، سواء كان ميتا أو على قيد الحياة³.

ومما لاشك فيه أن الاستنساخ البشري يعتبر ظاهرة خطيرة، إذ يتضمن اعتداء على كرامة ونزاهة الكائن البشري و يهدم النظام العام الأسري، ومع ذلك النصوص المنظمة لهذه التقنية غير كافية ومبهمه خاصة و أنها تتعلق بنظام أسري، و خرقة يؤدي بالمساس لحقوق الأسرة، ولا يمكن أن ينتج من خلال هذه الظاهرة نسب قانوني⁴.

كما أن المشرع الفرنسي نص على عدم جواز الاستنساخ، حتى وإن كانت لأغراض طبية، وهو ما تضمنته المادة 4/2151 من قانون الصحة العمومية، ويعاقب على اللجوء إليه

1 - جيلالي تشوار، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.129؛ زكية حميدو تشوار، حكم وسائل...، المرجع السابق، ص.52.

2- Cf. Convention d'Oviedo, convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine, 04 avril 1997. En France, elle est entrée en vigueur le 1^{er} avril 2012 et opposable en droit interne le 08 juillet 2012, après sa publication au J.O.R.F. du 07 juillet 2012.

3- Cf. Protocole additionnel à la convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine, portant interdiction du clonage d'êtres humains, Paris, 12 janvier 1998.

4 - Amina MEHTAL, Les aspects juridiques du clonage humain, Mémoire de Magister en droit privé, Faculté de Droit, Tlemcen, 2006-2007, p.155.

بالسجن لمدة سبع سنوات وغرامة تقدر بمائة ألف يورو، استنادا لنص المادة 511/18-1 من قانون العقوبات.

ولحل الجدل القائم حول مسألة الاستنساخ البشري، عمدت القوانين العربية والغربية إلى حظر هذا الأسلوب، سواء كان نافعا أو ضارا، وسواء كانت الزوجية قائمة أو غير قائمة، وذلك لما ينجم عنه من أضرار، فهو من جهة يؤدي إلى اختلاط الأنساب، والنسب يجب المحافظة عليه حفاظا كلياً، مادام أنه منبع التفرقة بين الحلال والحرام، وبين الأمور الشرعية وغير الشرعية، وهو قبل كل شيء، أساس تكوين الأسرة النقية¹.

وقد جعل الإسلام مسألة النسل إحدى الكليات الخمس التي يجب الحفاظ عليها، حيث وضع لها سياجا يمنع أي عدوان عليها².

فظاهرة الاستنساخ البشري، تخرق القواعد والضوابط الأخلاقية والقيم السامية التي بنيت عليها الأبوة والأمومة، فهو قد يحرف مبدأ الزوجية في الكون والحياة، لقوله عز وجل: ﴿وَمِنْ كُلِّ شَيْءٍ خَلَقْنَا زَوْجَيْنِ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ﴾³.

فالزواج يعتبر أحسن وسيلة الإنجاب والتكاثر واستمرار الحياة، مع المحافظة على الأنساب، ولذلك فإن القضاء على الاستنساخ البشري يتماشى مع الحكمة التي من أجلها وضعت العلاقة الزوجية.

وكخاتمة لكل هذه المعطيات الخاصة بالطرق العلمية الحديثة وأثرها على نظام الأسرة، نجد أن المشرع الجزائري، جعل السلطة التقديرية في يد القاضي من أجل الاعتماد عليها في مسائل النسب، إذ يمكن له أن يطلب إجراءها، كما يمكنه أن يستبعداها ويكتفي بالطرق التقليدية، ومثال ذلك البصمة الوراثية التي لا يجوز استعمالها في فراش الزوجية، سواء كان صحيحا أو فاسدا، وذلك لأنه متى كان الفراش ثابتا شرعا، كان الولد لاحقا قطعاً ومادام أنه يمكن نفي الولد باللعان فلا داعي من جعل الزوجية والولد محطة تجارب.

1 - جيلالي تشوار، الأحكام الإسلامية في مسائل التغيير الجنسي والاستنساخ البشري، م.ع.ق.إ.، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 1998، عدد 04، ص.40.

2 - خالد بوزيد، المرجع السابق، ص.162.

3 - سورة الذاريات، الآية 49.

وإن كان سابقا يعتمد على اللعان فقط من أجل نفي النسب قبل بروز المستجدات الطبية، فهذا راجع لعدم وجود خيار آخر أو طريقة أخرى، أما الآن، وأمام الاكتشافات الحديثة، فهناك طرق مؤكدة لإثبات أو نفي النسب.

أما في التشريع الفرنسي لا يأخذ بالطرق التقليدية لإثبات النسب، بل يعتمد على الطرق العلمية، كما أنه يعترف بنسب الطفل الناجم عن العلاقة الشرعية وغير الشرعية، وأكثر من ذلك، فبتعديله الأخير لسنة 2013م، اعترف بزواج المثليين، لكن لم يسمح لهم بإجراء عملية التلقيح الاصطناعي (بالنسبة للنساء) ولا استئجار الأرحام (بالنسبة للرجال)، وعليه لا يمكنهم إنجاب الأطفال.

كما أنه كل من المشرعين الجزائري والفرنسي أجازا عملية التلقيح الاصطناعي لمن لا يستطيعون الإنجاب بالطريق الطبيعي بسبب عقم أو مرض، لكن بشروط، إذا استوفت، ينسب المولود الذي ينجم عن هذه الطريقة لأبيه.

كما تعتبر المستجدات الطبية أفضل وأنجع طرق، سواء لإثبات أو نفي النسب، لكن في حدود ما هو جائز قانونا وشرعا وأخلاقا.

أما فيما يخص ظاهرة الاستنساخ البشري فهو محرم شرعا ومجرم قانونا، ولا يعتد به أي تشريع قانوني، فإلى يومنا هذا، لم ينبج طفل عن طريق الاستنساخ البشري.

ومن هنا تأتي ضرورة تدخل القانون لرسم حدود لهذه المستجدات العلمية الحديثة وضبطها كونها تتصل مباشرة بالإنسان، وبصفة خاصة نسبه، الذي لا يجوز التلاعب به خاصة وأن نظام الأسرة يعتمد بدرجة كبيرة على الحفاظ على الأنساب.

الخاتمة

من خلال دراستنا لموضوع المستجدات الطبية وآثارها على النظام العام الأسري، لاحظنا أن الأسرة هي النظام الوحيد الموجود في جميع المجتمعات لتنظيم الرابطة بين الرجل والمرأة لتحقيق إنجاب الأطفال، وأن النظام العام تصادفه حالات تستبعده من التطبيق وهذا في حالة وجود قانونين وطني وأجنبي مختلفين من حيث المبادئ والأسس المعتمدة من طرف كل دولة أو في حالة انعدام اتفاقية تنص على القانون الواجب تطبيقه.

يحتل النظام العام مكانًا دائمًا ومهمًا في قانون الأسرة. ومع ذلك، نلاحظ أن هناك تغيير النظام العام الموجه نحو النظام العام للحماية، لاسيما في الروابط الزوجية. لطالما كان قانون الأسرة مجالًا مفضلًا للنظام العام. فأهمية الأسرة كوسيلة وكنعكاس لقيم المجتمع، أصبح تبرير لتدخل المشرع في هذا المجال من القانون من خلال إرساء قواعد النظام العام.

أضف إلى ذلك، فالمعنى الواسع للنظام العام، أدى ببعض الفقهاء إلى التمييز بين مفهوم النظام العام ومفهوم القواعد الإلزامية، يقصد بالمفهوم الأول هو تطبيق فقط على المسائل ذات الاهتمام العام. وبالتالي، فإن أي قاعدة للنظام العام هي قاعدة إلزامية، ولكن العكس غير صحيح.

إذا كان بعض جوانب قانون الأسرة، بدون شك، من النظام العام، مثل الحق في الزواج، وواجبات الزوجين، وفسخ الرابطة الزوجية، وما إلى ذلك.

وأكثر من ذلك، فالنظام العام كان دائمًا معنيًا بشؤون الأسرة، إذ يهدف النظام العام الكلاسيكي، والتوجيه السياسي للنظام العام إلى ضمان الدفاع عن الدولة والأسرة والأخلاق. وفي هذا الإطار، تدخل المشرع لمواجهة المبادرات الفردية التي يمكن أن تهز ركائز المجتمع، لذا برر تدخل النظام العام في الأسرة على أنها أساس المجتمع، لحماية المصالح العليا، وسيادة الدولة التي تتعامل مع مسائل المصلحة العامة وليس مع المصالح الخاصة.

وانطلاقًا من هذا الاتجاه، فإن المصلحة العامة تتعارض مع المصالح الخاصة.

أما إذا تعلق الأمر بمسألة النظام العام داخل نفس الدولة وبالأخص الدول التي تدين بدين الإسلام كالجائر، فإن المستجدات الطبية أدت إلى ظهور نزاع فقهي في قضايا إثبات النسب أو المساعدة الطبية للإنجاب.

فالمشرع الجزائري ساير هذه المستجدات الطبية، فأجاز البعض منها ومنع البعض الآخر، فمنع سنة 1992 التقنية الحديثة للإنجاب والمتمثلة في الاستساخ البشري، كما أصدر نصوص ابتداء من سنة 2005 ليتدارك النقص الملحوظ سنة 2018، ولكنه:

- لم يحدد تحديدا دقيقا مسألة الاستعانة بالطرق العلمية الحديثة لإثبات النسب؛
- لم يفرق بين الطرق العلمية ذات الحجية النسبية والطرق العلمية ذات الحجية المطلقة.

- لم يحدد القوة القانونية للطرق العلمية كحجية في مسائل إثبات النسب.
فانعدام التحديد وانعدام التفرقة سألقة الذكر، يرجع سببها إلى إتباع المشرع الجزائري النظام العام المتعلق بالمجال التقليدي كحماية الدولة وحماية العائلة من جهة، وإدخال المشرع الجزائري في قانون الأسرة النيابة العامة طرفا أصليا في قضايا الأسرة، أي تدخل النظام العام في الأحوال الشخصية، من جهة أخرى.

ثم تدارك النقص سنة 2020، في مسألة الإنجاب عن طريق المساعدة الطبية، إذ كرس المشرع الجزائري مبدأ النظام العام دستوريا.

أضف إلى ذلك، قد أجاز المشرع الجزائري اللجوء للتلقيح الاصطناعي وحدد له شروط، أما التلقيح الاصطناعي بواسطة الأم البديلة، منعه المشرع الجزائري.

أما فيما يخص غرس الأعضاء التناسلية، منعها المشرع الجزائري في قانون الصحة.

فالمعطيات الخاصة بالطرق العلمية الحديثة وأثرها على نظام الأسرة، والتي تطرقنا إليها في دراستنا، نجد أن المشرع الجزائري، جعل السلطة التقديرية في يد القاضي من أجل الاعتماد عليها في مسائل النسب، أو استبعادها مكتفيا بالطرق

التقليدية المعروفة والمنصوص عليها في القانون الجزائري كاللعان فقط من أجل نفي النسب.

وأخيرا، فمن الضروري وبعد الاطلاع على آراء علماء الشريعة الإسلامية ورجال القانون، أن الفصل في النزاع الخاص بإثبات النسب تعارضه عراقيل تجعل العمل به صعبا، مثل العراقيل المادية والقانونية أو تهرب الخصم من الخضوع لها.

لذا، فلا بد على المشرع الجزائري، أن يتخذ قرارا واضحا لجعل مسألة إثبات النسب بالطرق العلمية، قاعدة آمرة لا يجوز مناقشتها ولا التفاوض عليها.

الملاحق

الملحق الأول

قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم 4 (86/07/3)

بشأن :

أطفال الأنابيب

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الثالث بعمان، عاصمة المملكة الأردنية الهاشمية، من 8 إلى 13 صفر 1406 هـ الموافق ل 11 أكتوبر 1986م.

وبعد استعراضه لموضوع التلقيح الصناعي (أطفال الأنابيب)، وبع الإطلاع على البحوث المقدمة والإستماع لشرح الخبراء والأطباء، وبعد التداول تبين للمجلس أن طرق التلقيح الصناعي المعروفة هذه الأيام هي سبع :

الطريقة الأولى: أن يجرى التلقيح بين نطفة مأخوذة من زوج وبيضة مأخوذة من امرأة ليست زوجة، ثم تزرع اللقيحة غير رحم زوجته.

الطريقة الثانية: أن يجرى التلقيح بين نطفة رجل غير الزوج، وبيضة الزوجة، ثم تزرع تلك اللقيحة في رحم الزوجة.

الطريقة الثالثة: أن يجرى تلقيح خارجي بين بذرتي زوجين، ثم تزرع اللقيحة في امرأة متطوعة بحملها.

الطريقة الرابعة: أن يجرى تلقيح خارجي بين بذرتي رجل أجنبي وبيضة امرأة أجنبية، وتزرع اللقيحة في رحم الزوجة.

الطريقة الخامسة: أن يجرى تلقيح خارجي بين بذرتي زوجين، ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة الأخرى.

الطريقة السادسة: أن تؤخذ نطفة من زوج وبيضة من زوجته ويتم التلقيح خارجيا، ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة.

الطريقة السابعة: أن تؤخذ بذرة الزوج، وتحقن في الموضع المناسب من مهبل زوجته، أو رحمها تلقيحا داخليا.

وقرر المجلس ما يلي:

إن الطرق الخمسة الأولى كلها محرمة شرعا، وممنوعة منعا باتا لذاتها، أو لما يترتب عليها من اختلاط الأنساب وضياع الأمومة، وغير ذلك من المحاذير الشرعية.

أما الطريقتان السادسة والسابعة، فقد رأى مجلس المجمع أنه لا حرج من اللجوء إليهما، عند الحاجة مع التأكيد على ضرورة أخذ كل الإحتياطات اللازمة.

والله أعلم

الملحق الثاني

قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم: 56 (6/7)

بشأن

إستخدام الأجنة مصدرا لزراعة الأعضاء

إن مجلس الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة في المملكة العربية السعودية من 17 إلى 23 شعبان 1410 هـ الموافق ل 14 - 20 آذار (مارس) 1990 م . بعد إطلاع على الأبحاث والتوصيات المتعلقة بهذا الموضوع الذي كان أحد موضوعات الندوة الفقهية الطبية السادسة المنعقدة في الكويت من 23 - 26 ربيع الأول 1410 هـ الموافق ل 23 - 26/10/1990 م ، بالتعاون بين هذا المجمع وبين المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية.

قرر مايلي :

أولاً: لا يجوز إستخدام الأجنة مصدرا للأعضاء المطلوب زرعها في إنسان آخر إلا في حالات بضوابط لابد من توافرها :

- أ- لا يجوز إحداث إجهاض من أجل إستخدام الجنين لزرع أعضائه في إنسان آخر، بل يقتصر الإجهاض على الإجهاض الطبيعي غير المعتمد والإجهاض للعدر الشرعي ، ولا يلجأ لإجراء العملية الجراحية لإستخراج الجنين إلا إذا تعينت لإنقاذ حياة الأم .
- ب- إذا كان الجنين قابلاً لإستمرار الحياة فيجب أن يتجه العلاج الطبي إلى إستبقاء حياته والمحافظة عليها ، لا إلى إستثماره لزراعة الأعضاء ، وإذا كان غير قابل لإستمرار الحياة فلا يجوز الإستفادة منه إلا بعد موته بالشروط الواردة في القرار رقم 26 (4/1) لهذا المجمع .

- ثانياً: لا يجوز أن تخضع عمليات زرع الأعضاء للأغراض التجارية على الإطلاق.
- ثالثاً: لا بد أن يسند الإشراف على عمليات زراعة الأعضاء إلى هيئة متخصصة موثوقة .

و الله أعلم ،،

الملحق الثالث

قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم: 57 (6/8)

بشأن

زراعة الأعضاء التناسلية

إن مجلس الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة في المملكة العربية السعودية من 17 إلى 23 شعبان 1410 هـ الموافق ل 14 - 20 آذار (مارس) 1990 م. بعد إطلاع على الأبحاث والتوصيات المتعلقة بهذا الموضوع الذي كان أحد موضوعات الندوة الفقهية الطبية السادسة المنعقدة في الكويت من 23 - 26 ربيع الأول 1410 هـ الموافق ل 23 - 26/10/1990 م ، بالتعاون بين هذا المجمع وبين المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية.

قرر مايلي :

أولاً: زرع الغدد التناسلية: بما أن الخصية والمبيض يستمران في حمل وإفراز الصفات الوراثية (الشفرة الوراثية) للمنقول منه حتى بعد زرعهما في متلق جديد، فإن زرعهما محرم شرعا .

ثانياً: زرع أعضاء الجهاز التناسلي: زرع بعض أعضاء الجهاز التناسلي التي لا تنقل الصفات الوراثية - ماعدا العورات المغلظة - جائز لضرورة مشروعة ووفق الضوابط والمعايير الشرعية المبينة في القرار رقم 26 (4/1) لهذا المجمع .

الملحق الرابع

قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم: 55(6/6)

بشأن

البيضات الملقحة الزائدة عن الحاجة

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة في المملكة العربية السعودية من 17 - 23 شعبان 1410 الموافق 14 - 20 آذار (مارس) 1990م

بعد اطلاعه على الأبحاث والتوصيات المتعلقة بهذا الموضوع الذي كان أحد موضوعات الندوة الفقهية الطبية السادسة المنعقدة في الكويت من 23-26 ربيع الأول 1410هـ الموافق 23 - 26/10/1990م، بالتعاون بين هذا المجمع وبين المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية

وبعد الإطلاع على الوصيتين الثالثة عشرة والرابعة عشرة المتخذتين في الندوة الثالثة التي عقدتها المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية في الكويت 20-23 شعبان 1407هـ، الموافق 18-21/4/1987 بشأن مصير البيضات الملقحة، والتوصية الخامسة للندوة الأولى للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية المنعقدة في الكويت 11-14 شعبان 1403هـ الموافق 24-27/2/1985م في الموضوع نفسه،

قرر ما يلي:

أولاً: في ضوء ما تحقق علمياً من إمكان حفظ البيضات غير الملقحة للسحب منها، يجب عند تلقيح البيضات الإقتصار على العدد المطلوب للزرع في كل مرة، تقادياً لوجود فائض من البيضات الملقحة.

ثانياً: إذا حصل فائض من البيضات الملقحة بأي وجه من الوجوه تترك دون عناية طبية إلى أن تنتهي حياة ذلك الفائض على الوجه الطبيعي.

ثالثاً: يحرم استخدام البيضة الملقحة في امرأة أخرى، ويجب اتخاذ الاحتياطات الكفيلة بالحيلولة دون استعمال البيضة الملقحة في حمل غير مشروع.

والله أعلم

الملحق الخامس

قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم: 56 (6/7)

بشأن

إستخدام الأجنة مصدرا لزراعة الأعضاء

إن مجلس الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة في المملكة العربية السعودية من 17 إلى 23 شعبان 1410 هـ الموافق ل 14 - 20 آذار (مارس) 1990 م . بعد إطلاع على الأبحاث والتوصيات المتعلقة بهذا الموضوع الذي كان أحد موضوعات الندوة الفقهية الطبية السادسة المنعقدة في الكويت من 23 - 26 ربيع الأول 1410 هـ الموافق ل 23 - 26/10/1990 م ، بالتعاون بين هذا المجمع وبين المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية.

قرر مايلي :

أولاً: لا يجوز إستخدام الأجنة مصدرا للأعضاء المطلوب زرعها في إنسان آخر إلا في حالات بضوابط لابد من توافرها :

- أ- لا يجوز إحداث إجهاض من أجل إستخدام الجنين لزرع أعضائه في إنسان آخر، بل يقتصر الإجهاض على الإجهاض الطبيعي غير المعتمد والإجهاض للعدر الشرعي ، ولا يلجأ لإجراء العملية الجراحية لإستخراج الجنين إلا إذا تعينت لإنقاذ حياة الأم .
- ب- إذا كان الجنين قابلاً لإستمرار الحياة فيجب أن يتجه العلاج الطبي إلى إستبقاء حياته والمحافظة عليها ، لا إلى إستثماره لزراعة الأعضاء ، وإذا كان غير قابل لإستمرار الحياة فلا يجوز الإستفادة منه إلا بعد موته بالشروط الواردة في القرار رقم 26 (4/1) لهذا المجمع .

- ثانياً: لا يجوز أن تخضع عمليات زرع الأعضاء للأغراض التجارية على الإطلاق.
- ثالثاً: لا بد أن يسند الإشراف على عمليات زراعة الأعضاء إلى هيئة متخصصة موثوقة .

و الله أعلم ،،

الملحق السادس

قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم: 57 (6/8)

بشأن زراعة الأعضاء التناسلية

إن مجلس الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة في المملكة العربية السعودية من 17 إلى 23 شعبان 1410 هـ الموافق ل 14 - 20 آذار (مارس) 1990 م . بعد إطلاع على الأبحاث والتوصيات المتعلقة بهذا الموضوع الذي كان أحد موضوعات الندوة الفقهية الطبية السادسة المنعقدة في الكويت من 23 - 26 ربيع الأول 1410 هـ الموافق ل 23 - 26/10/1990 م ، بالتعاون بين هذا المجمع وبين المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية.

قرر مايلي :

أولاً: زرع الغدد التناسلية: بما أن الخصية والمبيض يستمران في حمل وإفراز الصفات الوراثية (الشفرة الوراثية) للمنقول منه حتى بعد زرعهما في متلق جديد، فإن زرعهما محرم شرعا .

ثانياً: زرع أعضاء الجهاز التناسلي: زرع بعض أعضاء الجهاز التناسلي التي لا تنقل الصفات الوراثية - ماعدا العورات المغلظة - جائز لضرورة مشروعة ووفق الضوابط والمعايير الشرعية المبينة في القرار رقم 26 (4/1) لهذا المجمع .

الملحق السابع

قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم: 26 (4/1)

بشأن

إنتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حيا كان أو ميتا

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمره الرابع بجدة في المملكة العربية السعودية من 18 إلى 23 جمادى الآخرة 1408 هـ الموافق ل 6 - 11 (فبراير) 1988 م .

بعد إطلاعنا على الأبحاث الفقهية والطبية الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع إنتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حيا كان أو ميتا ،

وفي ضوء المناقشات التي وجهت الأنظار إلى أن هذا الموضوع أمر واقع فرضه التقدم العلمي والطبي ، وظهرت نتائجه الإيجابية المفيدة ، والمشوبة في كثير من الأحيان بالأضرار النفسية والإجتماعية الناجمة عن ممارسته من دون الضوابط والقيود الشرعية التي تصان بها كرامة الإنسان مع إعمال مقاصد الشريعة الإسلامية الكفيلة بتحقيق كل ما هو خير ومصلحة غالبية للفرد والجماعة والداعية إلى التعاون والتراحم والإيثار، وبعد حصر هذا الموضوع في النقاط التي يتحرر فيها محل البحث وتتضبط تقسيماته وصوره وحالاته التي يختلف الحكم تبعاً لها ،

قرر مايلي :

من حيث التعرف والتقسيم:

أولاً: يقصد هنا بالعضو أي جزء من الإنسان، من أنسجة وخلايا ودماء ونحوها، كقرنية العين. سواء أكان متصلاً به، أم منفصل عنه.

ثانياً: الإنتفاع الذي هو محل البحث، هو استفادة دعت إليها ضرورة المستفيد لاستبقاء أصل الحياة، أو المحافظة على وظيفة أساسية من وظائف الجسم كالبصر ونحوه. على أن يكون المستفيد يتمتع بحياة محترمة شرعاً.

ثالثاً: تنقسم صورة الإنتفاع هذه إلى الأقسام التالية:

1. نقل العضو من حي.

2. نقل العضو من ميت.

3. النقل من الأجنة.

الصورة الأولى: وهي نقل العضو من حي، تشمل الحالات التالية:

أ- نقل العضو من مكان من الجسد إلى مكان آخر من الجسد نفسه، كنقل الجلد والغضاريف والعظام والأوردة والدم ونحوها.

ب- نقل العضو من جسم إنسان حي إلى جسم إنسان آخر. وينقسم العضو في هذه الحالة إلى ما تتوقف عليه الحياة وما لا تتوقف عليه.

أما ما تتوقف عليه الحياة، فقد يكون فردياً، وقد يكون غير فردي، فالأول كالقلب والكف والثاني كالكلية والرئتين، وأما ما لا تتوقف عليه الحياة، فممنه ما يقوم بوظيفة أساسية في الجسم وممنه ما لا يقوم بها. وممنه ما يتجدد تلقائياً كالدّم، وممنه ما لا يتجدد، وممنه ما له تأثير على الأنساب والمورثات، والشخصية العامة، كالخصية والمبيض وخلايا الجهاز العصبي، وممنه ما لا تأثير له على شيء من ذلك.

الصورة الثانية: وهي نقل العضو من ميت:

ويلاحظ أن الموت يشمل حالتين:

الحالة الأولى: موت الدماغ بتعطل جميع وظائفه تعطلاً نهائياً لا رجعة فيه طبياً.

الحالة الثانية: توقف القلب والتنفس توقفا تاما لا رجعة فيه طبيا. فقد روعي في كلتا الحالتين قرار المجمع في دورته الثالثة.

الصورة الثالثة: وهي النقل من الأجنة، وتتم الإستفادة منها في ثلاث حالات:
حالة الأجنة التي تسقط تلقائيا.

حالة الأجنة التي تسقط لعامل طبي أو جنائي.

حالة " اللقائح المستنبته خارج الرحم "

من حيث الأحكام الشرعية:

أولاً: يجوز نقل العضو من مكان من جسم الإنسان إلى مكان آخر من جسمه، مع مراعاة التأكد من أن النفع المتوقع من هذه العملية أرجح من الضرر المترتب عليها، وبشرط أن يكون ذلك لإيجاد عضو مفقود أو لإعادة شكله أو وظيفته المعهودة له، أو لإصلاح عيب أو إزالة دمامة تسبب للشخص أذى نفسيا أو عضويا.

ثانياً: يجوز نقل العضو من جسم إنسان إلى جسم إنسان آخر، إن كان هذا العضو يتجدد تلقائيا، كالدم والجلد، ويراعى في ذلك اشتراط كون البازل كامل الأهلية، وتحقق الشروط الشرعية المعتمدة.

ثالثاً: تجوز الإستفادة من جزء من العضو الذي استؤصل من الجسم لعلة مرضية لشخص آخر، كأخذ قرنية العين لإنسان ما عند استئصال العين لعلة مرضية.

رابعاً: يحرم نقل عضو تتوقف عليه الحياة كالقلب من إنسان حي إلى إنسان آخر.

خامسا: يحرم نقل عضو من إنسان حي يعطل زواله وظيفة أساسية في حياته وإن لم تتوقف سلامة أصل الحياة عليها كنقل قرنية العينين كلتيهما، أما إن كان النقل يعطل جزءا من وظيفة أساسية فهو محل بحث ونظر كما يأتي في الفقرة الثامنة.

سادسا: يجوز نقل عضو من ميت إلى حي تتوقف حياته على ذلك العضو، أو تتوقف سلامة وظيفة أساسية فيه على ذلك. بشرط أن يأذن الميت قبل موته أو ورثته بعد موته، أو بشرط موافقة ولي أمر المسلمين إن كان المتوفى مجهول الهوية أو لا ورثة له.

سابعا: وينبغي ملاحظة: أن الإتفاق على جواز نقل العضو في الحالات التي تم بيانها، مشروط بأن لا يتم ذلك بواسطة بيع العضو. إذ لا يجوز إخضاع أعضاء الإنسان للبيع بحال ما.

أما بذل المال من المستفيد، ابتغاء الحصول على العضو المطلوب عند الضرورة أو مكافأة وتكريما، فمحل اجتهاد ونظر.

ثامنا: كل ما عدا الحالات والصور المذكورة، مما يدخل في أصل الموضوع، فهو محل بحث ونظر، ويجب طرحه للدراسة والبحث في دورة قادمة على ضوء المعطيات الطبية والأحكام الشرعية.

الملحق الثامن

فتوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بالسعودية، تحت رقم 20913

والمعلقة بحكم العلاج

العلاج مشروع، ويجب على الطبيب الموظف لعلاج المرضى الذي عنده القدرة لمعالجة الناس، بذل ما في وسعه لعلاجهم رجاء شفائهم، أو التخفيف من ألامهم. ويدل على ذلك النصوص العامة في الشريعة التي تفيد التعاون، وإعانة المحتاج، وإغاثة الملهوف، إضافة إلى أن الطبيب في عمله الوظيفي يجب عليه أداء وظيفته على الوجه الأكمل. ومن ذلك معالجة المرضى الذين يلجئون إليه، فلا يجوز له ردهم، أو التساهل في علاجهم.

والله أعلم.

الملحق التاسع

توصيات الندوة الطبية الفقهية حول:

" الهندسة الوراثية " والعلاج الجيني من المنظور الإسلامي

عقدت بين المجمع والمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت بتاريخ 10 - 13 أكتوبر 1988م، بدولة الكويت وبحثت المحاور التالية:

- زراعة خلايا المخ والجهاز العصبي.
- زراعة الأعضاء التناسلية.
- استخدام الأجنة مصدرا لزراعة الأعضاء.
- البيضات الملقحة الزائدة عن الحاجة.
- عدد البحوث المقدمة: 10 أبحاث.

وقد توصلت الندوة إلى التوصيات الآتية:

1- زراعة خلايا المخ والجهاز العصبي:

المصدر الأول للحصول على الأنسجة هو الغدة الكظرية للمريض نفسه. وترى الندوة أنه ليس في ذلك من بأس شرعا، وفيه ميزة القبول المناعي. لأن الخلايا من الجسم نفسه والمصدر الثاني هو الحصول على الأنسجة من خلايا حية من مخ جنين باكر في الأسبوع العاشر أو الحادي عشر، وهناك طرق للحصول على هذه

الخلايا:

الطريقة الأولى:

أخذها من جنين حيواني، وقد نجحت هذه الطريقة بين فصائل مختلفة من الحيوان ومن المأمول نجاحها باتخاذ الإحتياطات الطبية اللازمة لتفادي الرفض المناعي، وترى الندوة أنه لا مانع شرعا من هذه الطريقة إن أمكن نجاحها.

الطريقة الثانية:

أخذها مباشرة من الجنين الإنساني في بطن أمه، بفتح الرحم جراحيا وتستتبع هذه الطريقة إماتة الجنين بمجرد أخذ الخلايا من مخه، وترى الندوة حرمة ذلك شرعا إلا إذا كان بعد إجهاض تلقائي أو إجهاض مشروع لإنقاذ حياة الأم، واتفق الرأي على تأكيد التوصية الخامسة في (ندوة الإنجاب في ضوء الإسلام من تحريم إستخدام البيضة الملقحة في امرأة أخرى، ترى الندوة أنه لا يجوز استخدام الأجنة مصدرا للأعضاء المطلوب زرعها في إنسان آخر إلا بضوابط لا بد من توافرها.

2- زرع الأعضاء التناسلية:

أولا: الغدد التناسلية: انتهت الندوة إلى أن الخصية والمبيض بحكم أنهما يستمران في حمل وإفراز الشفرة الوراثية للمنقول منه حتى بعد زرعهما في متلق جديد، فإن زرعهما محرم مطلقا نظرا لأنه يفضي إلى إختلاط الأنساب وتكون ثمرة الإنجاب غير متولدة من الزوجين الشرعيين المرتبطين بعقد الزواج.

ثانيا: الأعضاء التناسلية غير الناقلة للصفات الوراثية: رأت الندوة بالأكثرية أن زرع بعض أعضاء الجهاز التناسلي - ما عدا العورات المغلظة - التي لا تنتقل الصفات الوراثية، جائز استجابة لضرورة مشروعة ووفق الضوابط والمعايير الشرعية التي جاءت في القرار رقم (1) من قرارات الدورة الرابعة لمجمع الفقه الإسلامي الدولي المشار إليه سابقا.

ثالثا: تدعو الندوة جميع الحكومات الإسلامية إلى أن تسعى لوضع التشريعات اللازمة لضمان تنفيذ هذه التوصيات.

الملحق العاشر

حكم صادر عن قسم شؤون الأسرة لدى محكمة تلمسان

قضى في منازعة نسب بإجراء تحاليل الحمض النووي و الجينات الوراثية

مرفق مع الخبرة المنجزة و ترجمتها للغة الرسمية

نسخة عادية

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

باسم الشعب الجزائري

حكم

مجلس قضاء: تلمسان
محكمة: تلمسان
القسم: شؤون الأسرةبالجلسة العلنية المنعقدة بمقر محكمة تلمسان
بتاريخ: السادس من شهر جويلية سنة ألفين و واحد وعشرون
برئاسة السيد (ة): قاضي
و بمساعدة السيد (ة): أمين ضبط
وبحضور السيد(ة): وكيل الجمهورية

رقم الجدول: 21/02240

رقم الفهرس: 21/04267

تاريخ الحكم: 21/07/06

مبلغ الرسم/ 450 دج

صدر الحكم الأتالي بيانه

بين السيد (ة):

1 / بين
العنوان: تلمسان
المباشر للخصام بواسطة الأستاذ (ة):
مدعي حاضر

ضد /

1 (/ وبين
العنوان: تلمسان
المباشر للخصومة بواسطة الأستاذ (ة):
مدعي عليه حاضر

2 (/ وكيل الجمهورية حاضر

****بيان وقائع الدعوى****

بموجب عريضة افتتاحية مودعة لدى أمانة ضبط محكمة تلمسان قسم شؤون الأسرة والمسجلة بتاريخ 07/04/2021 تحت رقم 02240/21 اقام المدعي " المباشرة للخصام بواسطة محاميته الأستاذة، دعوى قضائية ضد المدعي عليها " في حقها الأستاذ وبحضور ممثل النيابة العامة، أهم ما جاء فيها:

انه بتاريخ 09/03/2021 صدر حكم عن محكمة تلمسان قسم شؤون الأسرة قضى بفك الرابطة الزوجية بين الطرفين، و بإرجاء الفصل في النسب الى حين ميلاد الجنين حيا، و التمس في الشكل قبول الدعوى و في الموضوع بصفة اصلية الامر بإجراء جلسة لعان بين الزوجين، بصفة احتياطية تعيين خبير من اجل القيام بفحص الخمض النووي للطفل من اجل اثبات النسب. اجابت المدعي عليها بواسطة محاميها الأستاذ بموجب مذكرة جوابية و التمست رفض الدعوى لعدم التأسيس القانوني.

- التمس ممثل النيابة العامة كتابيا بعد تبليغه بالملف طبقا لنص المادة 3 مكرر من قانون الأسرة تطبيق القانون، و عليه أدرجت القضية للنظر فيها وفقا للقانون بجلسة 06/07/2021.

****وعليه فإن المحكمة****

-بعد الاطلاع على العريضة الافتتاحية والمذكرات الجوابية والوثائق المرفقة بالملف.

- بعد الاطلاع على المواد 3-5-6-7-8-9-11-13-14-15-16-17-18-19-20-21-22-23-24-25-32-36-37-40-98-99-100-102-104-105-125-126-128-129-190-193-271-272-273-274-275-276-277-278-288-296-297-419-423 الى 499 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية
- بعد الاطلاع على أحكام قانون الأسرة لا سيما المواد 1-2-3-3-مكرر-18-22-40-41-222 منه.
- بعد تقديم ممثل النيابة العامة لالتماساته الكتابية عملاً بنص المادة 3 مكرر من قانون الأسرة والرامية إلى تطبيق القانون.
- بعد النظر وفقاً للقانون.
- من حيث القبول :
- حيث أن الدعوى جاءت مستوفية لشروط قبولها قانوناً والمقررة بنص المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مما يتعين على المحكمة قبولها.
- من حيث الشكل:
- حيث أن العريضة الافتتاحية استوفت الشروط والإجراءات الشكلية المقررة في المواد من 14 إلى 17 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مما يتعين على المحكمة قبولها شكلاً.
- من حيث الموضوع:
- حيث أن المدعية التمسّت أصلية الأمر بإجراء جلسة لعان بين الزوجين ، بصفة احتياطية تعيين خبير من أجل القيام بفحص الحمض النووي للطفل من أجل اثبات النسب.
- حيث ان المدعى عليها التمسّت رفض الدعوى لعدم التأسيس القانوني.
- حيث أن ممثل النيابة العامة حضر جلسات المحكمة وأبدى التماساته الكتابية الرامية إلى تطبيق القانون.
- حيث أن موضوع الطلب القضائي ينصب على القضاء بإثبات نسب الطفل.
- حيث أن طرفي الدعوى كانا متزوجان بتاريخ 03/03/2020 ببلدية تحت رقم العقد
- حيث ان الابن مولود بتاريخ 04/04/2021 بتلمسان شهادة ميلاد رقم
- حيث انه تم الطلاق بين الطرفين بموجب الحكم الصادر عن محكمة تلمسان قسم شؤون الاسرة بتاريخ 09/03/2021 جدول رقم 05516/20 فهرس رقم 01472/21 عن طريق الطلاق بالارادة المنفردة.
- حيث انه تم اجراء جلسة تحقيق بتاريخ 01/06/2021 اين حضر المدعي و صرح انه يريد تاجيل اداء اليمين بخصوص نسب الطفل الى حين التاكيد من النسب بتحليل الحمض النووي ، و حضرت المدعى عليها ووافقت على طلبات المدعي.
- 1- عن طلب تعيين خبير لإثبات نسب الطفل:
- حيث أنه ومن المقرر قانوناً وعملاً بنص المادة 40 فقرة 2 من قانون الأسرة أنه يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب، بعدما أن عدت المادة طرق إثبات النسب المعروفة شرعاً وفقها، وعليه فإن المادة جعلت من اللجوء إلى الطريق العلمي أمر جوازي وغير ملزم للقاضي.
- حيث أنه ومن المقرر قانوناً وعملاً بنص المادة 222 من قانون الأسرة التي تجيز الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية.
- حيث انه و طبقاً لنص المادة 424 من قانون الإجراءات المدنية و الادارية التي تنص على ان يتكفل قاضي شؤون الاسرة على الخصوص بالسهرة على حماية مصالح القصر.
- حيث أنه ومن المقرر قانوناً وعملاً بنص المادة 126 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنه يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب من أحد الخصوم تعيين خبير أو عدة خبراء من نفس التخصص أو من تخصصات مختلفة.

-حيث انه على الخبير المعين تحرير تقرير مفصل حول المهام المسندة اليه وإيداعه بأمانة ضبط محكمة الحال في أجل معقول يسري ابتداء من تاريخ توصله بنسخة عادية من هذا الحكم عملا بنص المادة 128/4 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
-حيث أنه من المقرر قانونا وعملا بنص المادة 129 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أنه على الطرف الذي يهيمه التعجيل إيداع تسبيق لمصاريف الخبرة المراد إجراءها.
-حيث أن المصاريف القضائية تبقى محفوظة إلى غاية الفصل في الموضوع عملا بنص المادة 419 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

****وللهذه الأسباب****

حكمت المحكمة حال فصلها في قضايا شؤون الأسرة علينا ابتدائيا حضوريا :
في الشكل: قبول الدعوى.
في الموضوع وقبل الفصل فيه :
-تعيين مدير المخبر المركزي للشرطة العلمية القسم الخاص بتحاليل الحمض النووي والجينات الوراثية و الكائن مقره بشاطوناف بين عكنون بالجزائر العاصمة للقيام بالمهام الآتية:
-بعد التأكد من هوية كل من المراد إجراء التحاليل الأحماض النووية لكل من الابن '،
"المولود بتاريخ 04/04/2021 بتلمسان ابن ، و المدعى عليه " ،
"المولود بتاريخ 03-25- بتلمسان ابن و المدعى عليه " ،
"المولودة بتاريخ 10-27- بتلمسان ابنة و المدعى عليه " ،
والاطلاع على وثائق هوياتهم، القيام بأخذ العينات اللازمة منهم للتحاليل المخبرية ومقارنة بعضها ببعض و تحديد نسبة الأبوة بين الابن "،
"و المدعى عليه " .

-على الخبير تحرير تقرير مفصل عن مهامه وإيداعه لدى أمانة ضبط محكمة الحال خلال أجل معقول يسري ابتداء من تاريخ توصله بنسخة عادية من هذا الحكم.
-على الطرف المستعجل إيداع تسبيق لمصاريف الخبرة بمبلغ 10000 دج (عشرة ألف دينار جزائري) لدى أمانة ضبط محكمة الحال في أجل أقصاه ثلاثة أشهر تسري ابتداء من تاريخ النطق بالحكم وإلا اعتبر تعيين الخبير لاغيا.
-إبقاء المصاريف القضائية محفوظة إلى غاية الفصل في الموضوع.
بذا صدر هذا الحكم وأفصح به جهارا في الجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه ولصحة ما جاء فيه أمضي أصله من طرفنا نحن الرئيس وأمين الضبط .

أمين الضبط

الرئيس (ة)

REPUBLIQUE ALGERIENNE DEMOCRATIQUE ET POPULAIRE

MINISTERE DE L'INTERIEUR, DES
COLLECTIVITES LOCALES ET DE
L'AMENAGEMENT DU TERRITOIREDIRECTION GENERALE DE LA SURETE
NATIONALE

N° 7781/BIO-0014335-21/SN/DPJ/SDPST/SLCPS

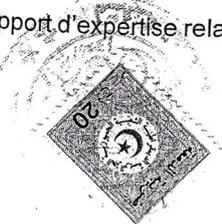
2022 جوان 26
Alger le 06 DEC 2021**RAPPORT D'EXPERTISE**

Nous **ZEKRI Mohamed**, Contrôleur de Police, Sous-Directeur de la Police Scientifique et Technique, Ben Aknoun / Alger.

Agissant en vertu du jugement délivré par Madame le Juge des affaires familiales, près le Tribunal de Tlemcen / Cour de Tlemcen, portant le numéro 04267/21, daté du 06/07/2021.

Donnons mission à **H. DJEBBAR** / Lieutenant de Police/ Master en criminalistique, Chargé d'affaires au sein du Département d'Identification Génétique/ SLCPS, personne qualifiée désignée au nom de la SDPST.

A l'effet de procéder à l'expertise de profils génétiques/ ADN, sur des prélèvements effectués le 12 Juillet 2021 dans le cadre d'une affaire de recherche de filiation entre les nommés _____ (père présumé),
(mère présumée) et _____ (enfant contesté) et d'établir un rapport d'expertise relatant la description des dites opérations ainsi que la conclusion.



SDPST / ALGER – 01 Khelalf Abdelaziz – Ben Aknoun /Alger- ☎ 023.25.30.12/13 - FAX : 023.25.30.06

SERVICE DU LABORATOIRE CENTRAL DE LA POLICE SCIENTIFIQUE / ALGER

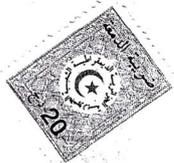
I- INVENTAIRE DES PIÈCES A CONVICTION

Dans le cadre de cette affaire de recherche de filiation, nous avons effectué au laboratoire de police scientifique et technique (SDPST) trois (03) prélèvements, décrits dans le tableau ci-dessous.

Exhibit Number	Exhibit Description	N° ADN	N° scellé/ Sous scellé
	Un prélèvement buccal sur trois (03) écouvillons effectué sur le nommé "I"		01
	Un prélèvement buccal sur un écouvillon effectué sur le nommé "I"	B5196	01/01
	Un prélèvement buccal sur trois (03) écouvillons effectué sur la nommée "I"		02
	Un prélèvement buccal sur un écouvillon effectué sur la nommée "I"	B5197	02/01
	Un prélèvement buccal sur trois (03) écouvillons effectué sur le nommé "I"		03
	Un prélèvement buccal sur un écouvillon effectué sur le nommé "I"	B5198	03/01

II- DETERMINATION DES PROFILS GENETIQUES.

Bar Code:	Exhibit Number:	N° Scellé :01/01	ID Plex plus.
B5196	100177-21-00001.1	Un prélèvement buccal sur un écouvillon effectué sur le nommé "I"	
D165539	D21S11	TPOX	D7S820
D19S433	D5S818	D2S1338	D16S539
CSF1PO	D13S317		
6, 8	16, 18	16, 18	27, 31.2
8	10, 13	12, 13	11, 12
17, 21	12, 13	11, 12	11, 12
21, 25	13, 16	11, 14	
B5197	100278-21-00001.1	Un prélèvement buccal sur un écouvillon effectué sur la nommée "I"	
D165539	D21S11	TPOX	D7S820
D19S433	D5S818	D2S1338	D16S539
CSF1PO	D13S317		
7, 9	15, 18	16, 18	28, 30
8	10	14, 15	12
19, 24	11	10	11, 13
23, 24	16, 18	11, 14	
B5198	100278-21-00002.1	Un prélèvement buccal sur un écouvillon effectué sur le nommé "I"	
D165539	D21S11	TPOX	D7S820
D19S433	D5S818	D2S1338	D16S539
CSF1PO	D13S317		
8, 9	15, 18	16, 18	27, 30
8	10	12, 14	11, 12
19, 21	11, 12	10, 12	12, 13
24, 25	16	11	



SERVICE DU LABORATOIRE CENTRAL DE LA POLICE SCIENTIFIQUE / ALGER

CONCLUSION

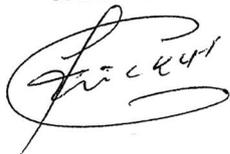
L'ensemble de nos analyses accomplies sur cette affaire de recherche de filiation, nous permet d'émettre la conclusion suivante :

- ✓ L'enfant contesté le nommé [redacted] la moitié de ses allèles avec celui de la nommée [redacted] (mère présumée) et l'autre moitié avec le nommé [redacted] (père présumé).

Ce résultat permet d'établir un lien de **filiation de type père - mère - enfant** entre les nommés : [redacted] (père présumé), [redacted] (mère présumée) et l'enfant contesté

Nous, Signataires, attestons avoir accompli personnellement les opérations qui nous ont été confiées et prêtons serment de bien et fidèlement remplir notre mission d'experts et de donner notre avis en toute impartialité et indépendance.

Chef de Département d'Identification
Génétique/ADN
Commissaire Principal de Police
S. BELKHIRAT



Chargé d'affaires/ Master en Criminalistique
Lieutenant de Police
H. DJEBBAR





الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة الداخلية، الجماعات المحلية و تهيئة الإقليم

المديرية العامة للأمن الوطني

30 جوان 2022

رمز شريطي:

رقم: 7781/BIO-0014335-21/SN/DPJ/SDPST/SLCPS

الجزائر العاصمة، 06 ديسمبر 2021

تقرير خبرة

الأستاذة هاني يوسف سهام
متجربة توجتة بسوية محلهة
معتمة لكون مجلس قضاء تلمسان
شارع كراس عواد اولاد ميمون تلمسان
الهاتف : 043 36 37 16
07 78 56 72 52

نحن، زكري محمد، مراقب شرطة ، نائب مدير الشرطة العلمية و التقنية، بن عنون/ الجزائر العاصمة...

تبعاً للحكم الصادر عن السيدة قاضية شؤون الأسرة، لدى محكمة تلمسان/ مجلس قضاء تلمسان، الحامل

للرقم : 21/04267، بتاريخ 2021/07/06.

كلفنا السيد: ملازم الشرطة هرجبار، صاحب ماستير في التحاليل الجنائية، المكلف بالقضايا داخل قسم

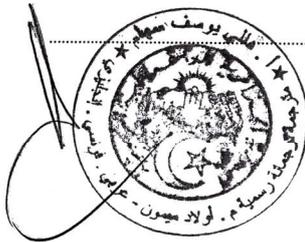
التعريف الوراثي/SLCPS شخص مؤهل معين باسم SDPST.

من أجل القيام بخبرة اللوحات الوراثية/ADN على أساس عينات مأخوذة بتاريخ 12 جويلية 2021 في

إطار قضية بحث عن نسب بين المسميان (الأب المفترض)، (الأم المفترضة)

و (الابن موضوع النزاع) مع انجاز تقرير خبرة يتضمن وصف هذه العمليات و

خلاصة تتضمن النتيجة.



تجربة طبق لأهل
لواء ميمون في، 03 أكتوبر 2022

SDPST / الجزائر العاصمة - 01 خلاف عبد العزيز - بن عنون / الجزائر العاصمة - : 023.25.30.12/13 - فاكس: 023.25.30.06

مصلحة المخبر المركزي للشرطة العلمية - الجزائر العاصمة

I - جرد مكونات الملف:

في إطار هذه القضية المتضمنة البحث عن النسب و بمخبر الشرطة العلمية و التقنية SDPST قمنا بأخذ
ثلاثة عينات (03) المعينة أدناه:

رقم الختم/تحت الختم	رقم ADN	الوصف المعروف	الرقم الظاهر
01	//	أخذ عينة فموية على 03 مسحات من السيد	//////////
01/01	B5196	أخذ عينة فموية على مسحة من السيد	//////////
02	//	أخذ عينة فموية على 03 مسحات من السيدة	//////////
02/01	B5197	أخذ عينة فموية على مسحة من السيدة	//////////
03	//	أخذ عينة فموية على 03 مسحات من السيد	//////////
03/01	B5198	أخذ عينة فموية على مسحة من السيد	//////////

II - تحديد اللوحات الوراثية:

الرمز الشريطي		الرقم الظاهري								رقم الختم: 01/01					ID plex plus	
B5196	//////////	100177-21-00001.1								أخذ عينة فموية على مسحة من السيد						
AMEL	TH01	D3S1358	vWA	D21S11	TPOX	D7S820	D19S433	D5S818	D2S1338	D16S539	CSF1PO	D13S317	FGA	D18S51	D8S1179	
X, Y	6, 8	16, 18	16, 18	27, 31.2	8	10, 13	12, 13	11, 12	17, 21	12, 13	11, 12	11, 12	21, 25	13, 16	11, 14	
الرمز الشريطي		الرقم الظاهري								رقم الختم: 02/01					ID plex plus	
B5197	//////////	100278-21-00001.1								أخذ عينة فموية على مسحة من السيدة						
AMEL	TH01	D3S1358	vWA	D21S11	TPOX	D7S820	D19S433	D5S818	D2S1338	D16S539	CSF1PO	D13S317	FGA	D18S51	D8S1179	
X	7, 9	15, 18	16, 18	28, 30	8	10	14, 15	12	19, 24	11	10	11, 13	23, 24	16, 18	11, 14	
الرمز الشريطي		الرقم الظاهري								رقم الختم: 03/01					ID plex plus	
B5198	//////////	100278-21-00002.1								أخذ عينة فموية على مسحة من السيد						
AMEL	TH01	D3S1358	vWA	D21S11	TPOX	D7S820	D19S433	D5S818	D2S1338	D16S539	CSF1PO	D13S317	FGA	D18S51	D8S1179	
X, Y	8, 9	15, 18	16, 18	27, 30	8	10	12, 14	11, 12	19, 21	11, 12	10, 12	12, 13	24, 25	16	11	



صفحة 2 من 3

الأستاذة دالي يوسف سهام
متقدمة توجمات وسمية محفلة
والمتقدمة ليلي مجلس الطهارة تلمسان
شارع كراس عواد اولاد ميهون تلمسان
الهاتف: 04 3 36 37 16
07 78 56 72 52

رقم: 7781/BIO-0014335-21/SN/DPJ/SDPST/SLCPS

تدجمة طبقة الأصل
03 أكتوبر 2022
الأمم المتحدة في

مصلحة المخبر المركزي للشرطة العلمية - الجزائر العاصمة

الخلاصة

نستنج من مجمل التحاليل التي قمنا بها في إطار هذه القضية و المتضمنة البحث عن النسب ما يلي:

إن الطفل المنازع فيه المسمى يتقاسم نصف أليآته مع المسم" (الأم

المفترضة) و يتقاسم النصف الآخر مع المسمى (الأب المفترض).

تسمح لنا هذه النتائج بتأكيد صلة نسب من نوع أب- أم - طفل بيت المسميان (الأب

المفترض)، (الأم المفترضة) و المسمى (الابن موضوع النزاع).

نحن الممضين أسفله، نصرح بقيامنا بصفة شخصية بالعمليات التي أسندت لنا و نقسم أننا قمنا بأداء

مهمتنا كخبراء و أدلينا بأرائنا بكل استقلالية و حياد.

المكلف بالقضايا / ماستير في التحاليل الجنائية
ملازم الشرطة
إمضاء السيد هـ. جبار

رئيس قسم التعريف الوراثي- ADN
المحافظ الرئيسي للشرطة
إمضاء السيد س. بلخيرات

ختم يحمل العبارات التالية:

الأمن الوطني - نيابة مديرية الشرطة العلمية و التقنية (02)

طابع جبايي بقيمة 20 دج على كل صفحة

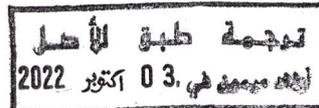


صفحة 3 من 3



رقم: 7781/BIO-0014335-21/SN/DPJ/SDPST/SLCPS

ملاحظة المترجم: تمت هذه الترجمة على أساس نسخة مصورة.



قائمة المراجع

- القرآن الكريم.
- أولاً: المراجع باللغة العربية.
- حسين طاهري، الوجيز في شرح قانون الإجراءات الجزائية، ط 4، دار الخلدونية للنشر، الجزائر، 2014.
- زبيدة بروفة، الإنابة في أحكام النيابة، ط1، دار الأمل، الجزائر، 2014.
- محمد حزيط، مذكرات في قانون الإجراءات الجزائية، ط10، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2015.
- إبراهيم أنيس، المعجم الوسيط، الجزء الثاني، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، مصر، 2011.
- ابن القيم الجوزية، الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية، دار الجيل، بيروت، 1998.
- ابن عابد، حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، فقه أبو حنيفة، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، 2000.
- ابن قيم الجوزية، الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية، القاهرة، مصر، 1953.
- أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ت. ح عبد العزيز بن عبد الله بن باز، الجزء التاسع، دار المعرفة، لبنان، د.س.
- أحمد زياد سلامة، أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة، دار العزيمة للعلوم، القاهرة، ط، 1998.
- أحمد سلامة، الأحوال الشخصية للمواطنين غير المسلمين وللاجناب، ط3، دار الفكر العربي، 1963.
- أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
- أحمد فايد شعبان الكومي، أحكام الاستتساخ في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006.
- أحمد فراج حسن، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، ط1، الدار الجامعية الجديدة للنشر، القاهرة، 2003.

- أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب، د.ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 1998.
- أحمد محمد لطفي أحمد، التلقيح الصناعي بين أقوال الأطباء وآراء الفقهاء، ط 01، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006.
- أحمد نصر الجندي، النسب في الإسلام والأرحام البديلة، دار الكتب القانونية، مصر، 2003.
- أفلاطون، جمهورية أفلاطون، ترجمة حنا خبار، ط1، مؤسسة همداني للتعليم والثقافة، مصر، 2017م.
- أقروفة زوبيدة، التلقيح الاصطناعي دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الهدى الجزائر، 2010.
- الجندي إبراهيم صادق والحسيني حسين حسن، الفحص الجيني ودوره في قضايا التنازع على النسب وتحديد الجنس، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية، ج2، جامعة الإمارات، 2002.
- الشحات إبراهيم محمد منصور، نسب المولود الناتج عن التلقيح الصناعي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011، ص.102.
- العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، ط، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2015.
- العريض شيخة سالم، الوراثة، ما لها وما عليها، ط1، دار الحرف العربي، 2003.
- الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط2، د.د.ن، الجزائر، 2008.
- المعاينة منصور عمر، الأدلة الجنائية والتحقيق الجنائي، د.د.ن، عمان، 2000.
- أنور سلطان، مصادر الالتزام، الموجز في النظرية العامة للالتزام، د.ط، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1983.
- أنور محمد دبور، النظريات العامة في الفقه الإسلامي، ط1، دار الثقافة العربية، مصر، 2001.

- أيمن مصطفى الحمل، مدى مشروعية استخدام الأجنة البشرية في إجراءات تجارب البحث العلمي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008.
- باديس نيايبي، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010.
- بسام محمد القواسمي، أثر الدم والبصمة الوراثية في الإثبات، في الفقه الإسلامي والقانون، دار النفائس للنشر والتوزيع، ط1، 1430هـ/2010م.
- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، دط، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2005.
- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، دط، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2005، ص. 259.
- بن عبد الله بن عبد البر، الاستتكار، ط1، ج7، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2000.
- جابر جاد عبد الرحمان، القانون الدولي الخاص العربي، الجزء 3، تنازع القوانين، معهد الدراسات العربية العالية، القاهرة، مصر، 1960.
- جابر محجوب علي، دور الإرادة في العمل الطبي دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1996.
- جان فولف، النيابة العامة، ترجمة نصر هائل، د.ط، دار القصة للنشر، الجزائر، 2006.
- جباري عبد المجيد، دراسات قانونية في المادة الجزائية على ضوء أهم التعديلات الجديدة، ط2، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.
- جبر محمود الفضيلات، أحكام اللعان، سلسلة بحوث فقهية مقارنة، شركة الشهاب للنشر والتوزيع، الجزائر، د. س. ن.
- جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر في القواعد الفقهية، تحقيق عزت زينهم عبد الواحد، مكتبة الإيمان، مصر، د.س. ن.
- جمال نجيمي، جمال نجيمي، قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي، ط2، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2017.

- جيلالي تشوار، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.
- حسام زيدان شكر محمود الفهاد، الالتزام بالتبصير في المجال الطبي، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر 2013.
- حسن كيره، المدخل إلى القانون، دط، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1974.
- حسني محمود عبد الدائم، البصمة الوراثية ومدى حجبتها في الإثبات، ط1، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008.
- حسين طاهري، الوجيز في شرح قانون الإجراءات الجزائية، ط 4، دار الخلدونية للنشر، الجزائر، 2014.
- حسيني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الاصطناعي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، 2007.
- حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب 1: تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002.
- خليل أحمد حسن قادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، دط، الجزء الأول، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.
- رضا عبد الحليم عبد المجيد، النظام القانوني للإنجاب الصناعي، دار النهضة العربية، 1996.
- زبيدة إقروفة، التلقيح الاصطناعي، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010.
- زياد أحمد سلامة، أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة، الدار العربية للعلوم، دار البيارق، الطبعة الأولى سنة 1996، بيروت، لبنان.
- سفيان بن عمر بورقعة، النسب ومدى تأثير المستجدات العلمية في إثباته، دار كنوز إشبيليا للنشر و التوزيع، المملكة العربية السعودية، ط1، 1428هـ/2007م.

- شمس الدين محمد الشربيني بن الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دط، دار الطباعة للنشر والتوزيع، لبنان، ج3، 1997.
- شهاب الدين أحمد بن محمد بن أبي الربيع، سلوك الممالك في تدبير الممالك لابن أبي الربيع، دار العاذرية للنشر والتوزيع، الرياض، 2004.
- عادل السعيد محمد أبو الخير، الضبط الإداري وحدوده، ط1، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، 1955.
- عباسي العبودي، الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات المدني، ط1، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2002.
- عبد الباسط محمد الجمل ومروان عادل عبده، موسوعة تكنولوجيا الحامض النووي في مجال الجريمة، ج1، ط1، دار العلم للجميع، القاهرة، 2006.
- عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، المجلد الأول، ج3، 1954.
- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومه، الجزائر، سنة 2007م.
- عبد القادر بن داود، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، د.ط، د.د.ن، الجزائر، د.س.ن.
- عبد القادر بن داود، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، دار الهلال للخدمات الإعلامية، الجزائر.
- عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، د.ط، مؤسسة الرسالة، القاهرة، 1986.
- عبد الله أوهابيه، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، ط5، دار هومه للنشر، الجزائر، 2013.
- عبد الله بن سهل بن ماضي العتبي، النظام العام للدولة المسلمة، دراسة تأصيلية ومقارنة، الطبعة الأولى، دار الكنوز إشبيلية للنشر والتوزيع، المملكة السعودية، سنة 2009.

- عبد الله علي الركبان، النظرية العامة لإثبات موجبات الحدود، جامعة الأزهر، كلية الشريعة والقانون، 1974.
- عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، طبعة 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004.
- علاء الدين أبي مسعود الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، كتاب الطلاق، دار الكتاب العربي، بيروت، ج3، دط، دس ن.
- علي بن محمد بن حبيب الماوردي أبو الحسن، أدب الدنيا والدين للماوردي، دار اقرأ، 1985.
- علي شمالل، الدعاوى الناشئة عن الجريمة، ط1، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.
- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990.
- علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، دط، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2001.
- علي فيلالي، مقدمة في القانون، ط1، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، سنة 2010.
- علي محي الدين القرداغي وعلي يوسف المحمدي، فقه القضايا الطبية المعاصرة، ط1، دار البشائر الإسلامية، بيروت، 2005.
- علي هادي عطية الهلالي، المركز القانوني للجنين في ظل الأبحاث الطبية والتقنيات المساعدة في الإنجاب، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2012.
- عماد طارق البشير، فكرة النظام العام النظرية والتطبيق دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والفقهاء الإسلامي، ط1، مطبعة الفكر المعاصر، بيروت، 2005.
- عمار زودة، الإجراءات المدنية على ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء، دط، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2021.

- عمر عبد الله، أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية، دار المعارف، القاهرة، مصر، ط4، 1963.
- فتحي الدريني، المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الكتاب الحديث، سوريا، 1975.
- فتحي الدريني، خصائص التشريع الإسلامي، ط 2، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2013.
- فضيل عبد الله طلافحة، وملاك تامر ميخائيل، إجراءات القبض والتقديم أمام المحكمة الجنائية الدولية (دراسة تحليلية مقارنة)، مركز المتاب الأكاديمي، 2016.
- فؤاد عبد المؤمن رياض، الوجيز في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، 1981.
- قاعدو حسين عبد الحى، الإنسان وخريطة الجينات، دار المعارف، القاهرة، د.س. ن.
- كمال صلاح البنا، موسوعة الأحوال الشخصية، د.ط، دار الكتب القانونية، الإسكندرية، 1997.
- مالك بن أنس الأصبغي، المدونة الكبرى، تحقيق عامر الجزار وعبد الله المنشاوي، دار الحديث، القاهرة، 2005.
- مامون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية (دراسة مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر 2009.
- محفوظ لعشب، المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري، دط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992.
- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط2، دار الفكر العربي، مصر، سنة 1950.
- محمد الشافعي، الأسرة في فرنسا دراسات قانونية وحالات شاذة سلسلة البحوث القانونية، ط1، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، 2001.
- محمد بن محمد المختار الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها، مكتبة الصحابة، جدة، 1994.

- محمد حزيط، مذكرات في قانون الإجراءات الجزائية، ط10، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2015.
- محمد زيد الأبياني بك، مختصر شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان لمحمد قدرى باشا، دار الكتب العلمية، لبنان، 2013.
- محمد سليمان الأشقر، أبحاث اجتهادية في الفقه الطبي، ط 1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2001.
- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، د.ط، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، العقد والإدارة المنفردة، دار الهدى، 1993.
- محمد عبد الجواد محمد، الطبيب المسلم بين أحكام القانون الوضعي وأحكام الشريعة الإسلامية، قتل الرحمة وأطفال الأنابيب، بحوث في الشريعة الإسلامية والقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، د.س. ن.
- محمد عبد الجواد محمد، بحوث في الشريعة الإسلامية والقانون، أصول القانون مقارنة بأصول الفقه، د.ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1991.
- محمد علي البار، التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، الدورة الثانية، ج1، 1986، عدد 02.
- محمد علي، حضارة الرومان، مكتبة جزيرة الورد، ط1، مصر، 2016.
- محمد فريد الشافعي، الاستنساخ البشري، بين أوهام الغرب وحقائق الإسلام، دار البيان للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2003.
- محمد فريد الشافعي، البصمة الوراثية ودورها في الإثبات، دار البيان، القاهرة، 2006.
- محمد محمد بدران، مضمون فكرة النظام العام والآداب العامة ودورها في مجال الضبط الإداري - دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، دط، دار النهضة العربية، 1992.
- محمد مرسي زهرة، الإنجاب الصناعي، دراسة مقارنة، منشورات جامعة الكويت، الكويت، 1993.

- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام (دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والتتوي)، ط4، الدار الجامعية، الإسكندرية، 1983.
- محمود أحمد طه، الإنجاب بين التجريم و المشروعية، منشأة المعارف، 2008.
- محمود جمال الدين زكي ، مشكلات المسؤولية المدنية، ج1، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، 1978.
- محند أمقران بوبشير، قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نظرية الدعوى، نظرية الخصومة، الإجراءات الاستثنائية، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1981.
- مخطارية طفياي، إثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2013.
- مدحت حسين خليل محمد، أسس الوراثة الفيزيولوجية، ط1، دار الكتاب الجامعي، الإمارات العربية، 2004.
- مصطفى الجمال، الأحوال الشخصية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002.
- معوض عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية، ط1، ج1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 1990.
- موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني ويليهِ الشرح الكبير، ج5، دار الحديث، القاهرة، 2004.
- ناهدة البقصي، الهندسة الوراثية والأخلاق، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت، 1993.
- نصر الدين مروك، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، ج1، دار هومة، الجزائر، 2003.
- هاني الصعيمات، فقه الأحوال الشخصية في الميراث والوصية، دار الشروق للنشر والتوزيع، الأردن، 2006.
- هاني الصعيمات، فقه الأحوال الشخصية في الميراث والوصية، دار الشروق للنشر والتوزيع، الأردن، 2006.

- وسام أحمد السمروط، القرينة وأثرها في إثبات الجريمة، دراسة فقهية مقارنة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، 2007.
- وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ج1، دار الفكر دمشق، ط1، 1986.
- يوسف القرضاوي، فتاوى معاصرة، طه، ج4، دار القلم، الكويت، 2003.

ثانيا: المراجع باللغة الأجنبية.

- Anne MaLaren, Le clonage, Editions du Conseil de l'Europe, France, 2002.
- Annie BOTTIOU, Empreinte génétique et droit de la filiation, 1989, T.I.
- Assemblée Parlementaire, Conseil de l'Europe , documents de séance, session ordinaire de 2002 (troisième partie), 24-28 juin 2002, Volume VI, documents 9471-9500, Editions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, France, 2002.
- C.MAYER, Droit international privé, Edition Montchrestien, 4 ème éd., Paris, 1991.
- Christian DEUTREMPEUCH et Françoise DEUTREMPEUCH, Les empreintes génétiques, Edition John LIBBEY Eurotext, Paris, 1998.
- Dominique Angèle VUITTON, Immunologie, MEDSI/Mc GRAW-HILL, Paris.
- Gh. BENMELHA, Le droit Algérien de la famille, O.P.U., 1993.
- Ghislaine Claret De Langavant, Bioéthique : Méthode et complexité, Presses de l'Université du Québec, Canada, 2001.
- HANNOUZ Hakem, Précis de droit médical a l'usage des praticiens de la médecine et du droit, Office des publications universitaires, Alger, 1992.
- Jean-Pierre Aymand, Karl Landsteinir, L'homme des groupes sanguins, Editions L'Harmattan, France, 2014, France.
- Jean Christophe GALLOUX, L'empreinte génétique, La preuve parfaite, J.C.P., 1991, I., 3497, 852.
- Laurence Simonneux, Le clonage animal : approche à l'usage de l'enseignement, Editions EDCAGRI, France, 1998.
- René CHAPUS, droit administratif général, tome1, 14eme édition, paris, 2001.
- P.KAMOUN et J.P.FREJAVILLE, Guide des examens de laboratoire, Flammarion Médecine-sciences, Paris.
- Vladimir HRABAR, L'époque de Bartile (1314-1358) dans l'histoire du droit international, traduit du Russe par Jules Preux, Extrait de la Revue Générale de Droit International public, Edition A.PEDONE, France, 1900.

ثالثا: المطبوعات البيداغوجية:

- عليان بوزيان، مباحث في قانون الأسرة الجزائري، مطبوعة بيداغوجية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيارت، السنة الجامعية 2013-2014.

رابعاً: رسائل الدكتوراه والمذكرات.

أ - رسائل الدكتوراه:

- أبو جعفر عمر المنصوري، فكرة النظام العام والآداب العامة في القانون والفقہ مع التطبيقات القضائية، أطروحة دكتوراه في الحقوق، تخصص القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني عين الشق، الدار البيضاء، السنة الجامعية 2002-2003.

- أمال علال برزوق، أحكام النسب بين القانون الجزائري و القانون الفرنسي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان.

- ربيعة إغات، الحقوق الزوجية على ضوء الاجتهاد القضائي الجزائري، أطروحة دكتوراه في الحقوق، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، الجزائر، السنة الجامعية 2010-2011.

- ربيعة إغات، الحقوق الزوجية على ضوء الاجتهاد القضائي الجزائري، أطروحة دكتوراه في الحقوق، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، الجزائر، السنة الجامعية 2010-2011.

- رشيد بن شويخ، الأحكام الثابتة والمتغيرة في قانون الأسرة الجزائرية، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليدة، السنة الجامعية 2001-2002.

- زبيدة إقروفة، الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص أصول الفقہ، جامعة الجزائر، كلية العلوم الإسلامية، 14291430هـ/2008-2009م.

- زبيري بن قويدر، النسب في ظل التطور العلمي والقانوني، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011-2012.
- عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي، إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة، رسالة دكتوراه، كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، 2000.
- عبد الرحمان أحمد الرفاعي، البصمة الوراثية وأحكامها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة، جامعة الأزهر، 2005.
- عبد القادر العربي الشحط، الأحكام القانونية العامة لنظام الإنجاب الاصطناعي: دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه دولة، كلية الحقوق، جامعة وهران، 1999-2000.
- عدة عليان، فكرة النظام العام وحرية التعاقد، في ضوء القانون الجزائري والفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2015-2016.
- فاطمة الزهراء رابحي زوجة تبوب، إثبات النسب، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة الجزائر 1، 2011.
- محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في القانون الأسرة الجزائري، بأطروحة دكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص فقه وأصوله، جامعة الحاج لخضر، باتنة، السنة الجامعية 2008-2009.
- محمد البعدوي، وضعية الزوجة في الأسرة والمجتمع في أوروبا نموذجاً، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة محمد الخامس الرباط 2000-2002.
- محمد عصفور، وقاية النظام الاجتماعي باعتبارها قيماً على الحريات العامة، أطروحة دكتوراه، تخصص حقوق، جامعة القاهرة، 1961.
- محمد علي الهادي زبيدة، النسب والحقوق المتعلقة عليه وتطبيقاته المعاصرة، رسالة دكتوراه في الشريعة الإسلامية، جامعة القاهرة، مصر، 2004.

- محمود أحمد طه، الإنجاب...، المرجع السابق، ص.111؛ انظر، حسيني إبراهيم أحمد، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، القاهرة، د.س.ن.
- نورية شبرو، الزواج المختلط وتأثيره على حالة الزوجين، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2016-2017.

ب - مذكرات الماجستير:

- إسمهان عفيف، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر، مذكرة ماجستير، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، السنة الجامعية 2010-2011.
- المرجان إبراهيم حسين، الوسائل الحديثة للتعرف على الشخصية وحجبتها في الشريعة الإسلامية وتطبيقاتها بالمملكة العربية السعودية، مذكرة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، 2004.
- آمال علال، التبني والكفالة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مذكرة ماجستير في الحقوق، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2008-2009.
- باركة إبراهيم، إرادة المريض في العقد الطبي طبقاً للتشريع الجزائري مقارناً، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية مستغانم، الجزائر، 2017.
- بغدادي الجيلالي، الوسائل العلمية الحديثة المساعدة على الإنجاب في قانون الأسرة الجزائري - دراسة مقارنة-، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، بن عكنون جامعة الجزائر، 2014.
- بلباهي سعيدة، إجارة الرحم وأثرها على النسب، مذكرة ماجستير، قانون خاص فرع قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر 1، 2014-2015.

- خالد بوزيد، النسب في تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الجزائر-1، 2010-2011.
- سلطان الجمال، معصومية الجسد في ضوء المفردات الطبية الحديثة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2000.
- صالح بوغرارة، حقوق الأولاد في النسب والحضانة، على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة، مذكرة ماجستير، القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة ابن عكنون، الجزائر، 2006/2007.
- عدنان حسن عزازية، حجية القرائن في الشريعة الإسلامية، (البصمات، القيافة، دلالة الأثر، تحليل الدم)، مذكرة ماجستير، كلية الشريعة، جامعة الأردن، 1986-1987.
- عيسى طعيبة، سكن المحضون في تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، مذكرة ماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2006-2007.
- فاطمة الزهراء زاير، النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية، مذكرة ماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2010-2011.
- كمال خابر، الإشكالية الأخلاقية للاستنساخ، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر2، 2011-2012.
- هجيرة خدام، التلقيح الاصطناعي، دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والقانون الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2006-2007.
- ج- رسائل الدراسات العليا:
- إبراهيم بوريش، محددات النظام العام في العلاقات الأسرية بين الثبات والتطور، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، المملكة المغربية، السنة الجامعية 2008-2009.
- حليلة آيت حمودي، نظرية الباعث في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دبلوم الدراسات العليا، جامعة الجزائر، 1977.

- محمد اليوبي، طلاق المغاربة بأوروبا وإشكالاتها الفقهية والقانونية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المسبقة في الشريعة، وحدة التكوين والبحث في الشريعة والقانون، كلية الشريعة جامعة القروين، فاس، السنة الجامعية 2004-2015.
- محمد معروف عريبي محمد، نظرية محل العقد بين الشريعة والقانون، دبلوم الدراسات العليا بجامعة الجزائر 1974.
- منور الشعيبي، مدونة الأسرة أمام القضاء الأوربي أية إمكانية التطبيق؟، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المسبقة في الفنون الخاص، وحدة التكوين والبحث قانون الأسرة والطفولة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة سيدي محمد بن عبدش، السنة الجامعية 2005-2006.

رابعاً: المقالات.

- مجلس الأمة الجزائري، مجلة الفكر البرلماني، مجلة متخصصة في القضايا والوثائق البرلمانية، ، عدد خاص، ديسمبر 2003.
- أحمد رجائي الجندي، الاستنساخ البشري بين الإقدام والإحجام، مؤتمر المجمع الفقهي الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة العاشرة، ج3، 1997، عدد 10.
- الشاذلي علي حسين، الاستنساخ: حقيقته، أنواعه، حكم كل نوع في الفقه الإسلامي، مؤتمر المجمع الفقهي الإسلامي، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، الدورة العاشرة، ج3، 1997، عدد 10، ص.167.
- العربي أحمد بلحاج، المبادئ الشرعية والقانونية والأخلاقية التي تحكم عملية التلقيح الاصطناعي في ضوء قانون الأسرة الجزائري الجديد والمقارن، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، العدد 15-2013.
- العربي بلحاج، دور النيابة في الخصومة القضائية المدنية في القانون القضائي الخاص، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، العدد 2، 1993.

- بلماحي فؤاد سيدي محمد صديق، المساعدة الطبية على الإنجاب في التشريع الجزائري -التلقيح الاصطناعي نموذجاً- مقال منشور في مجلة البحوث القانونية و الاقتصادية، المجلد 05/العدد 01(2022).
- بليعقوبي بلخير، مداخلة بعنوان "تقدير فكرة النظام العام في العقود الخاصة الدولية في مجال الأحوال الشخصية"، دراسات قانونية، مجلة سداسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2007-2008.
- بن صغير مراد، مدى التزام الطبيب بتبصير (إعلام) المريض دراسة علمية تأصيلية مقارنة، مجلة الحقوق، جامعة الكويت.
- تشوار جيلالي، رضا الزوجين على التلقيح الاصطناعي، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان ، الجزائر، العدد 4 - 2006.
- تشوار حميدو زكية، شروط التلقيح الاصطناعي في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة الجزائري، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، العدد 4، 2006.
- توصيات الندوة الفقهية الطبية التاسعة، رؤية إسلامية لبعض المشكلات الطبية، المنعقدة بالدار البيضاء، 07-11 صفر 1418هـ الموافق ل 14-17 يونيو 1997م، قرار رقم 100-02، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، ج3، 1997، عدد 10.
- جعفر الفصلي، انقضاء الزواج في القانون الدولي الخاص، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد4، 1988.
- جيلالي تشوار، الأحكام الإسلامية في مسائل التغيير الجنسي والاستتساخ البشري، م.ع.ق.إ.، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 1998.
- جيلالي تشوار، عولمة القانون ومدى تأثيرها على أحكام الأسرة، م.ج.ع.ق.إ.س.، جامعة الجزائر، 2008، عدد 03.
- حلو أبو الحلو، مداخلة بعنوان "النظام العام في مجال المنافسة والاستهلاك"، دراسات قانونية، مجلة سداسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق، العدد 05\08.

- حياة غلاي، تحديد فكرة النظام العام، مجلة القانون والأعمال الدولية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الأول، سطات، المغرب، إصدار 5 نوفمبر 2015.
- خالد روشو، التوازن بين ممارسة الحريات العامة ومقاربة حفظ النظام العام (الدستور الجزائري 2016 نموذجا)، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، المجلد 4، العدد الأول، السنة 2019.
- دلول الطاهر، ضيف نوال، أثر الوسائل الطبية الحديثة في عملية الإنجاب على نسب المولود، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 05، العدد 1، المسيلة، 2020.
- رشيد بن شويخ، الطرق الشرعية والقانونية لثبوت النسب أو نفيه، دراسة أحكام الفقه والقانون و القضاء، م.ع.ق.إ.، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2005، عدد 03.
- زكية حميدو تشوار، حكم وسائل الحمل المعاصرة في ضوء الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري، م.ع.ق.، كلية الحقوق جامعة الجزائر، ج1، 2003، عدد 01.
- زكية حميدو تشوار، شروط التلقيح الاصطناعي في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة الجزائري، م.ع.ق.، كلية الحقوق جامعة تلمسان، 2006، عدد 04.
- صالح جزول، حدود النظام العام في مواد الأسرة، المجلة المتوسطة للقانون والاقتصاد، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، المجلد 5، العدد الأول، 2020.
- عبد الرشيد محمد أمين بن قاسم، مجلة العدل، وزارة العدل، المملكة العربية السعودية، عدد 33، رجب 1325هـ.
- عبد الكريم مامون، الإطار الشرعي والقانوني للإنجاب الاصطناعي، م.ع.ق.إ.، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2006، عدد 04.
- عبد الهادي الحسين، استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب (نظرة شرعية)، المجلة العربية للدراسة الأمنية، 2006، عدد 35.

- علي فيلالي، رضا المريض بالعمل الطبي، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، العدد 03، الجزء 36، 1998.
- عيسى طعيبة، الجيالي تشوار، النظام العام ومنح الحكم الأجنبي الأسري الصيغة التنفيذية، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، المجلد 4، العدد 2019، 2.
- فيصل نسيغة، رياض دنش، النظام العام، مجلة المنتدى القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد 5، 2002.
- مامون عبد الكريم، رأي الشريعة بشأن الأم البديلة وتأجير الأرحام، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، العدد رقم 2 - 2004.
- مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، الدورة الثانية، ج1، مطابع رابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة، 1407هـ/1986م.
- محمد الطيب سكيريفة، التلقيح الاصطناعي بعد الوفاة وإشكالاته، المجلة المتوسطة للقانون والاقتصاد، المجلد 05، العدد 01، 2020، ص.ص 210-211.
- محمد محمد عباسي، طفل الأنابيب، مجلة الأزهر، السنة 57، ج1، صفر 1405هـ.
- محمود السليمان، النظام العام والآداب العامة، مقال سنة 2008.
- مقال بجريدة الوطن السعودية الصادرة يوم السبت 01/05/2004، عدد 1380.
- ناصر عبد الله الميمان، البصمة الوراثية وحكم استخدامها في مجال الطب الشرعي والنسب، مجلة الشريعة والقانون، عدد 18، 2003.
- نبيل سليم، البصمة الوراثية وتحديد الهوية، مجلة حماية الوطن، عدد 265، الكويت، 2004، ص.ص 136.
- نصر الدين مروك، الأم البديلة بين القانون المقارن والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، م.ع.ق.إ.، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ج37، 1999، عدد 04.
- نويري عبد العزيز، البصمة الجينية ودورها في الإثبات في المادة الجزائية، مجلة الشرطة، 2004/02/02، عدد 65.

- يوسف القرضاوي، حوار مع مجلة المجتمع حول الاستنساخ.
- يوسف القرضاوي، فتوى حول أحقية أحد الزوجين في اللجوء إلى استخدام البصمة الوراثية، المنشورة في جريدة الأهرام العربي بتاريخ 28/04/2006.

المجلات باللغة الأجنبية:

- Ghanima LAHLOU-KHIAR, La filiation des enfants nés pendant la séparation de fait des époux La preuve de la filiation, Revue «El Mouhamat», L'ordre des avocats d'Alger, N°01.
- Marie-Hélène SWAYH, L'analyse (ADN)... une technique infaillible, Revue de justice, 2004.

خامسا: الملتقيات والندوات.

- إبراهيم محمد أبو الوفاء، مدى حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي في القانون الوضعي والفقہ الإسلامي، أبحاث مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، ج2، بتاريخ 05-07 ماي 2002م.
- أحمد عمراني، التلقيح الاصطناعي بعد الوفاة في ميزان المشروعية، مخبر القانون والتكنولوجيا الحديثة، كلية الحقوق جامعة وهران، 2007.
- إسماعيل الشيخ، دور النيابة العامة في المسائل المتعلقة بالأسرة، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، السنة الدراسية 2005-2006.
- إسماعيل الشيخ، دور النيابة العامة في المسائل المتعلقة بالأسرة، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، السنة الدراسية 2005-2006.
- الجيلالي تشوار، النظام العام في مجال شؤون الأسرة، محاضرات أقيمت على طلبة الدكتوراه (مطبوعة)، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2018-2019.
- العوضي صديقة، دور البصمة الوراثية في اختيار الأبوة، المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، الكويت، 1421هـ/2000م.

- جيلالي تشوار، القضاء مصدر تفسيري تعسفي للقاعدة القانونية المنظمة للنسب، م.ج.ع.ق. إ.س.، كلية الحقوق جامعة الجزائر، ج 4، 2003.
- خليفة علي كعبي، قرارات المجمع الفقهي الإسلامي، الدورة السادسة عشر، تقرير اللجنة العلمية عن البصمة الوراثية، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، 1422هـ/2002م، مكة المكرمة.
- خليفة علي الكعبي، ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني، المنعقدة في الكويت في الفترة ما بين 23-25 جمادى الثانية 1419هـ الموافق ل 13-15 أكتوبر 1998م.
- سعد الدين مسعد الهاللي، البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية، أعمال وبحوث الدورة السادسة عشر، المجمع الفقهي الإسلامي، مكة المكرمة، ص.260.
- صديقة العوضي، نقل الأعضاء التناسلية، بحث مقدم إلى الندوة الطبية الفقهية الخامسة المنعقدة بتاريخ 23/10/1989 م، التي عقدها المجمع الفقهي الإسلامي بالاشتراك مع المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية.
- صديقة علي العوضي وكمال نجيب محمد، زراعة الأعضاء التناسلية والغدد التناسلية للمرأة والرجل، أبحاث ندوة رؤية إسلامية لزراعة بعض الأعضاء البشرية والتي عقدتها المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، الكويت، 23 أكتوبر 1983.
- عبد الحفيظ أوسكين، أحمد عمراني، النظام القانوني للأجنة الزائدة، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي، قضايا طبية معاصرة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 1431 هـ.
- عقيلة بوعشة، الكفالة في القانون الأسرة والشريعة الإسلامية، مذكرة نهاية التكوين المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2004.
- عقيلة بوعشة، الكفالة في القانون الأسرة والشريعة الإسلامية، مذكرة نهاية التكوين المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2004.
- عمر بن محمد السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها استخدامها في النسب والجنائية، الدورة السادسة عشر، المجمع الفقهي الإسلامي، مكة المكرمة، 2002.

- عمر بن محمد السبيل، توصيات مجلس المجمع الفقهي الإسلامي، في دورته السادسة عشر، المنعقدة بمكة المكرمة، 2002.
- محمد علي البار، زرع الغدد التناسلية والأعضاء التناسلية، أبحاث ندوة رؤية إسلامية لزراعة بعض الأعضاء البشرية، الكويت، 23 أكتوبر 1989.
- نجم عبد الله عبد الواحد، البصمة الوراثية وتأثيرها على النسب، الدورة السادسة عشر، المجمع الفقهي الإسلامي، مكة المكرمة، 2002.
- وهبة مصطفى الزحيلي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، أعمال وبحوث الدورة السادسة عشر، المجمع الفقهي الإسلامي، مكة المكرمة.

سادسا: النصوص القانونية.

❖ النصوص التشريعية الوطنية:

أ- الدساتير:

- المرسوم الرئاسي رقم 20-442 المؤرخ في 30 ديسمبر 2020، يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، المصادق عليه في استفتاء الأول نوفمبر سنة 2020، ج.ر، العدد 82، الصادرة في 30 ديسمبر 2020.

ب- الأوامر:

- الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 08 جوان 1966، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، المعدل والمتمم، ج.ر العدد 48، الصادرة في 10 جوان 1966.
- الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 19 فبراير 1970، المتعلق بالحالة المدنية، المعدل والمتمم، ج.ر العدد 21، الصادرة في 27 فبراير 1970.
- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، ج.ر العدد 78، الصادرة في 30 سبتمبر 1975.
- الأمر رقم 05-09 المؤرخ في 04 مايو سنة 2005

ب - القوانين

- القانون 84-11 المؤرخ في 9 جوان 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، ج ر العدد 24 الصادرة في 12 جوان 1984، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02، المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج.ر العدد 15، الصادرة في 27 فبراير 2005.
- القانون رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426 هـ الموافق ل 27 فبراير 2005م، المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 هـ الموافق ل 09 جوان 1984م، والمتضمن قانون الأسرة.
- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر العدد 21، الصادرة في 23 أبريل 2008.
- القانون رقم 12-07 مؤرخ في 21 فبراير 2012، يتعلق بالولاية، ج.ر، العدد 12، صادرة في 07 فبراير 2012.
- القانون رقم 05-10 المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426 الموافق 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني. ج.ر رقم 44/2005.
- قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق ل 09 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير 2005، ج.ر 15 مؤرخة في 27 فبراير 2005) والموافق بقانون رقم 05-09 المؤرخ في 25 ربيع الأول عام 1426 الموافق ل 04 مايو 2005 (ج.ر 43 المؤرخة في 22 يونيو 2005).
- قانون رقم 18-11 مؤرخ في 02 يوليو سنة 2018 يتعلق بالصحة، ج.ر عدد 46 مؤرخة في 29 جويلية 2018.

- القانون رقم 11-10 المؤرخ في 22 جوان 2011، المتعلق بالبلدية، ج.ر العدد 37، الصادرة في 3 جويلية 2011 المعدل والمتمم بالأمر رقم 21-13 المؤرخ في 31 أوت، ج.ر، العدد 67، الصادرة في 30 أوت 2021.

- القانون العضوي رقم 11-12 المؤرخ في 26 جويلية 2011، يحدد تنظيم المحكمة العليا وعملها واختصاصاتها، ج.ر العدد 42، الصادرة في 31 جويلية 2011.

ج - المراسيم:

- المرسوم الرئاسي رقم 89-67 المؤرخ في 16 ماي 1989، ج.ر العدد 20، الصادرة في 17 ماي 1989.

- المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 05 محرم 1413هـ الموافق ل 06 جويلية 1992م، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج.ر.، رقم 52، الصادرة بتاريخ 08 جويلية 1992.

- المرسوم رقم 81-267 المؤرخ في 10 أكتوبر 1981، يتعلق بصلاحيات رئيس المجلس الشعبي البلدي فيما يخص النقاوة والطمأنينة العمومية، ج.ر العدد 41، الصادرة في 13 أكتوبر 1981.

- المرسوم الرئاسي رقم 92-461، المؤرخ في 19 ديسمبر 1992، المتضمن مصادقة الجزائر مع التصريحات التفسيرية على إتفاقية حقوق الطفل، ج.ر العدد 91، الصادرة في 23 ديسمبر 1992.

- المرسوم التنفيذي رقم 96-66 المؤرخ في 27 يناير 1996، يحدد صلاحيات وزير الصحة والسكان، ج.ر العدد 8، الصادرة في 31 يناير 1996، الملغى بالمرسوم التنفيذي رقم 11-379 المؤرخ في 21 نوفمبر 2011، المحدد لصلاحيات وزير الصحة والسكان وإصلاح المستشفيات، ج.ر العدد 63، الصادرة في 23 نوفمبر 2011.

القوانين الأجنبية:

- Arrêt de la cour de cassation Française en date du 06 mars 1996, Dalloz, 1996, 2, p.529 ; C. Cass. 98 Civ., 18 mai 1989, Dalloz, 1989, .
- Code Civil Français

د - الأحكام والقرارات:

- القرارات الصادرة عن المحكمة العليا على التوالي: تاريخ 23/11/1993 ، ملف رقم 90000 و 08/07/1997، ملف رقم 165408.
- قرار المحكمة العليا بتاريخ 13 ديسمبر 2012، ملف رقم 828828، المجلة القضائية، العدد 1، 2014.
- قرار المحكمة العليا بتاريخ 14 نوفمبر 2007، ملف رقم 398948، غ.أ.ش، المجلة القضائية، العدد 1، 2011.
- قرار المحكمة العليا بتاريخ 18 جانفي 2001، ملف رقم 232324، المجلة القضائية، العدد 1، 2001.
- قرار المحكمة العليا بتاريخ 19 فبراير 1990، ملف رقم 59013 المجلة القضائية، العدد 4، 1991.
- قرار المحكمة العليا بتاريخ 05/03/2006.
- قرار المحكمة العليا بتاريخ 21 أبريل 1986، ملف رقم 41100، المجلة القضائية، العدد 4، 1993.
- قرار المحكمة العليا بتاريخ 26 جانفي 1987، ملف رقم 44571، المجلة القضائية، العدد 4، 1992.
- قرار رقم 1269341 غ.ش.أ لدى المحكمة العليا، بتاريخ 2019/01/09 غ.م.
- قرار م.ع، غ.ش.أ ، 2018/10/03، ملف رقم 1221131، غ.م تضمن مبدأ " إذا ثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بحكم قضائي فإنه لا يقبل النفي بالوسائل العلمية".
- قرار مجلس قضاء تلمسان، بتاريخ 06 جويلية 1967، رقم 274، فك الرابطة الزوجية بالطلاق بالتراضي، قسم شؤون الأسرة، تلمسان.
- م.ع، غ.أ.ش، 28/11/1997، ن.ق، عدد 54.

- م. ع.، غ.أ.ش، 15/06/1999، ملف رقم 222674، الاجتهاد القضائي، 2001، عدد خاص.
- م.أ.، غ.أ.ش، 19/11/1984، ملف رقم 34046، م.ق.، 1990.
- م.ع.، غ.ش.أ، 15/06/1999، ملف رقم 222674، م.ق، سنة 1999، عدد 01.
- م.ع.، غ.أ.ش، 19/10/1998، ملف رقم 204821، الاجتهاد القضائي، 2001، عدد خاص.
- محكمة وهران، قسم شؤون الأسرة، بتاريخ 13/12/2005، ملف رقم 3460/50، فهرس رقم 5285/05.

الأحكام والقرارات الأجنبية:

- قرار المجمع الفقهي الإسلامي، بشأن البصمة الوراثية ومجالات الاستفاد منها. الفترة من 21 إلى 1422/10/26 هـ الموافق ل 05 إلى 2003/01/10 م؛ مقتبس عن أشرف عبد الرازق ويح.
- قرار مجلس المجمع الفقهي في دورته الثامنة المنعقدة بمكة بتاريخ 28 ربيع الثاني إلى 07 جمادى الأولى 1405 هـ/19-28 جانفي 1985 م.
- قرار مجلس المجمع الفقهي في دورته السابعة المنعقدة بمكة بتاريخ 11-16 ربيع الثاني 1404 هـ/1984 م.

- A.PASCAL et M. TRAPERO, Vérité biologique et filiation dans la jurisprudence récente de la cour de cassation, Rapport annuel de la cour de cassation, 2004.
- Pourvoi n°98-12.806, Bull., I, N°103. 830.
- C. Cass., 1ere Chambre civ., 17/03/2010, N°08-14619, Publié au Bulletin.

❖ - المعاهدات والاتفاقيات.

- اتفاقية الرضا بالزواج والحد الأدنى لسن الزواج المؤرخة في 7 نوفمبر 1963 والتي دخلت حيز التنفيذ في ديسمبر 1964.

- اتفاقية روما بتاريخ 4 نوفمبر 1950 ودخلت حيز التنفيذ في 3 سبتمبر 1953.
- البروتوكول رقم 7 الصادر بتاريخ 22 نوفمبر 1985، على أنه: "يتمتع الزوجان بالمساواة في الحقوق والمسؤوليات ذات الطابع المدني، وذلك فيما بينهما وفي علاقتها بابنتهما سواء عقد الزواج أو عند انحلاله".
- الجمعية العامة للأمم المتحدة وعرضتها للتوقيع والتصديق والانضمام بقرارها 180-34 المؤرخ في 18 ديسمبر 1979 وبدا نفاذها بتاريخ 3 سبتمبر 1981 طبقا لأحكام المادة 27 منها.
- الجمعية العامة للأمم المتحدة وعرضتها للتوقيع والتصديق والانضمام بقرارها 180-34 المؤرخ في 18 ديسمبر 1979 وبدا نفاذها بتاريخ 3 سبتمبر 1981 طبقا لأحكام المادة 27 منها.
- قرار الجمعية العامة رقم 217 المؤرخ في 10 ديسمبر 1948.
- قرار الجمعية العامة رقم 217 المؤرخ في 10 ديسمبر 1948.
- قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة المؤرخ في 16 ديسمبر 1966، وقد صادقت عليه الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 89-67 المؤرخ في 16 ماي 1989، ج.ر العدد 20، الصادرة في 17 ماي 1989.
- قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة المؤرخ في 16 ديسمبر 1966، وقد صادقت عليه الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 89-67 المؤرخ في 16 ماي 1989، ج.ر العدد 20، الصادرة في 17 ماي 1989.

الاتفاقيات الأجنبية:

- الاتفاقية الدولية لحقوق الإنسان.
- Convention d'Oviedo, convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine, 04 avril 1997. En France, elle est entrée en vigueur le 1^{er} avril 2012 et opposable en droit interne le 08 juillet 2012, après sa publication au J.O.R.F. du 07 juillet 2012.

- Protocole additionnel à la convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine, portant interdiction du clonage d'êtres humains, Paris, 12 janvier 1998.

التوصيات:

- توصيات ندوة الإنجاب في ضوء الإسلام المنعقدة بالكويت، 11 شعبان 1403هـ/24 ماي 1983م؛ قرار مجلس المجمع الفقهي المتعلق بالتلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيب في دورته السابعة المنعقدة بمكة بتاريخ 11 ربيع الثاني 1403هـ/19 جانفي 1983. الملحق رقم 1.
- من توصيات المجمع الفقهي لمنظمة المؤتمر الإسلامي بالكويت في 26 أكتوبر 1989، وبجدة في 20 مارس 1999، وهو أيضا قرار مجلس المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي في دورته الثامنة لسنة 1985.

المعاجم:

- مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ط4، مطبعة الشروق الدولية، 1425هـ/2004م.

سابعا: مواقع الإنترنت.

- موقع www.islamtoday.net تاريخ الزيارة 2022/05/20
- موقع <https://ar.wikipedia.org>، تاريخ الزيارة 2022/05/14.
- www.snv.jussieu.fr ; P.KAMOUN et J.P.FREJAVILLE.
- موقع ar.wikipedia.org، تاريخ الزيارة 2022/08/05.
- موقع <https://ar.wikipedia.org>، تاريخ الزيارة 2022/05/14.
- قاموس معاجم اللغة، أنظر الموقع www.maajim.com/dictionary، تاريخ الزيارة 2022/05/29.
- تاريخ الزيارة www.legifrance.gouv.fr 2022/05/29.

- موقع <https://ar.wikipedia.org> تاريخ الزيارة 2022/04/28.
- www.islamonline.net تاريخ الزيارة 2022/05/24
- مقال بجريدة الوفد المصرية الصادرة يوم 20/10/2004 www.elwafd.org.

الفهرس

.....	قائمة أهم المختصرات
1	مقدمة
12.....	الباب الأول النظام العام وتطبيقاته على نظام الأسرة
16	الفصل الأول ضابط النظام العام في المجال الأسري
18	المبحث الأول الإطار المفاهيمي للنظام العام
18	المطلب الأول مفهوم النظام العام
19	الفرع الأول تعريف النظام العام ومصادره
32	الفرع الثاني طبيعة النظام العام
37	الفرع الثالث مجالات النظام العام
43	المطلب الثاني مقومات النظام العام
43	الفرع الأول خصائص النظام العام
47	الفرع الثاني عناصر النظام العام
43	المبحث الثاني المرجعية المحددة للنظام العام الأسري في القانون الجزائري
54	المطلب الأول المرجعية الإسلامية
54	الفرع الأول ضابط النظام العام في الشريعة الإسلامية
56	الفرع الثاني دور الشريعة الإسلامية في ثبات النظام العام الأسري
60	المطلب الثاني المرجعية الدولية كمحدد للنظام العام الأسري
60	الفرع الأول دور المرجعية الأممية في تحديد النظام العام
62	الفرع الثاني مفهوم النظام العام المستمد من حقوق الإنسان
67	الفصل الثاني تكريس مبدأ النظام العام في المجال الأسري
70	المبحث الأول مظاهر حماية النظام العام للحقوق الأسرية
71	المطلب الأول حماية النظام العام لحقوق الأفراد الأسرية

- 71 الفرع الأول الحالة المدنية وأهلية الأشخاص والحق في النسب
- 80 الفرع الثاني الرابطة الزوجية وانحلالها والآثار المترتبة عن ذلك
- 100..... المطلب الثاني حماية النظام العام لحقوق الأفراد المتعلقة بالمعاملات المالية
- 100..... الفرع الأول الميراث وعقود التبرعات
- 104..... الفرع الثاني النفقة والذمة المالية للزوجين
- 106..... المبحث الثاني التكريس القضائي لمبدأ النظام العام في القضايا الأسرية
- 107..... المطلب الأول النيابة العامة كجهة معززة لضابط النظام العام في المجال الأسري
- 108..... الفرع الأول مفهوم النيابة العامة
- 114..... الفرع الثاني تشكيلة النيابة العامة واختصاصاتها
- المطلب الثاني الأساس القانوني لاعتبار النيابة العامة طرف أصيل في دعاوى شؤون الأسرة ومبرراته
- 117.....
- 120..... الفرع الأول سلطة النيابة في رفع الدعوى
- 126.... الفرع الثاني بعض الصور عن الدعاوى التي ترفع ضد النيابة العامة أو من قبلها
- 127..... الباب الثاني المستجدات الطبية وآثارها على نظام الأسرة
- 128..... الفصل الأول المستجدات الطبية وأثرها على نظام الأسرة في إثبات و نفي النسب
- 129..... المبحث الأول تحليل فصائل الدم والبصمة الوراثية في مسائل النسب
- 130..... المطلب الأول فصائل الدم وحجيتها
- 135..... الفرع الأول حجية تحليل الدم في إثبات أو نفي النسب
- الفرع الثاني موقف الشريعة و القضاء من إثبات و نفي النسب عن طريق تحاليل الدم.
- 137.....
- 143..... المطلب الثاني نظام البصمة الوراثية و دوره في إثبات النسب أو نفيه

- الفرع الأول ماهية البصمة الوراثية و مكانتها بين الأدلة التقليدية في إثبات أو نفي النسب
145.....
- الفرع الثاني موقف الشريعة الإسلامية، والقانون والقضاء من البصمة الوراثية..... 171
- المبحث الثاني القيمة القانونية للطرق العلمية وموقف القضاء منها 180
- المطلب الأول عوائق تطبيق المستجدات الطبية و حجيتها في إثبات النسب 180
- الفرع الأول العوائق القانونية و المادية..... 181
- الفرع الثاني الحجية المطلقة و النسبية للطرق العلمية في إثبات النسب 185
- المطلب الثاني سلطة القاضي في تقدير المستجدات الطبية في مسائل النسب 190
- الفرع الأول سلطة القاضي في اللجوء إلى الخبرة العلمية لإثبات النسب..... 190
- الفرع الثاني سلطة القاضي في تقدير الخبرة العلمية 193
- الفصل الثاني المستجدات الطبية في نظام الأسرة المساعدة على الإنجاب وأثرها على النسب.. 203
- المبحث الأول التلقيح الاصطناعي كبديل لعملية الاتصال الجنسي..... 205
- المطلب الأول مفهوم التلقيح الاصطناعي وشروط اللجوء إليه..... 207
- الفرع الأول تعريف التلقيح الاصطناعي و تطوره الزمني 208
- الفرع الثاني الأسباب الدافعة للتلقيح الاصطناعي و شروط اللجوء إليه 214
- المطلب الثاني أنواع التلقيح الاصطناعي و موقف الشريعة و القانون منه 232
- الفرع الأول التلقيح الاصطناعي الداخلي 232
- الفرع الثاني التلقيح الاصطناعي الخارجي 233
- المبحث الثاني الأجنة وزراعة الأعضاء التناسلية و ظاهرة الاستنساخ البشري وأثرها على النسب
235.....
- المطلب الأول وسط نشأة الجنين و زراعة الأعضاء التناسلية 235
- الفرع الأول الأم البديلة و مشروعيتها 236

242.....	الفرع الثاني زراعة الأعضاء التناسلية (الخصية والمبيض)
247.....	المطلب الثاني ظاهرة الاستنساخ البشري وكيفية إثبات النسب فيها
247.....	الفرع الأول مفهوم الاستنساخ البشري و أنواعه
252.....	الفرع الثاني إثبات نسب الطفل المستنسخ و موقف الشريعة و القانون منه
254.....	الخاتمة
257.....	الملاحق
284.....	قائمة المراجع
316.....	الفهرس

ملخص:

كان النظام العام دائماً معنياً بشؤون الأسرة، إذ يهدف إلى ضمان الدفاع عن الأسرة. خاصة إذا تعلق بدولة مسلمة كالجزائر، فالمستجدات الطبية أدت إلى ظهور نزاع فقهي في القضايا المتعلقة بنظام الأسرة. وقد حاول المشرع الجزائري مسايرة هذه التقنيات الطبية، فأجاز البعض منها ومنع البعض الآخر، فممنع سنة 1992 التقنية الحديثة للإنجاب والتمثلة في الاستنساخ البشري، كما أصدر نصوص ابتداء من سنة 2005 ليتدارك النقص الملحوظ سواءً بإدراج مواد مكررة في قانون الأسرة أو في قانون الصحة، فأجاز اللجوء للتلقيح الاصطناعي وحدد له شروط، مع منع اللجوء للأُم البديلة، أما فيما يخص غرس الأعضاء التناسلية، فقد منعها المشرع الجزائري في قانون الصحة.

فالمعطيات الخاصة بالطرق العلمية الحديثة وأثرها على نظام الأسرة، والتي تطرقنا إليها في دراستنا، نجد أن المشرع الجزائري، جعل السلطة التقديرية في يد القاضي من أجل الاعتماد عليها في المسائل المتعلقة بنظام الأسرة.

الكلمات المفتاحية: النظام العام الأسري، البصمة الوراثية، التلقيح الإصطناعي، الاستنساخ البشري

Résumé :

L'ordre public s'est toujours préoccupé des affaires familiales, visant à assurer la défense de la famille. Surtout s'il s'agit d'un pays musulman comme l'Algérie, l'évolution médicale a fait émerger une querelle doctrinale sur les questions liées au système familial. Le législateur algérien a tenté de suivre le rythme de ces technologies médicales, en autorisant certaines et en interdisant d'autres. En 1992, la technologie moderne de procréation, représentée par le clonage humain, a été interdite. Il a également publié des textes à partir de 2005 pour remédier à la déficience notoire, que ce soit en inscrivant des articles biss dans le code de famille et le code la santé, Recourir à l'insémination artificielle et la conditionner, tout en interdisant le recours à une mère porteuse Quant à l'implantation d'organes génitaux, le législateur algérien l'a interdite dans la loi sur la santé.

Les données des méthodes scientifiques modernes et leur impact sur le système familial, dont nous avons discuté dans notre étude, nous constatons que le législateur algérien a mis le pouvoir discrétionnaire entre les mains du juge afin de s'appuyer sur lui dans les matières liées au système familial.

Mots clés : Ordre familial général, empreintes génétiques, insémination artificielle, clonage humain

Abstract:

Public order has always been concerned with family matters, aiming to ensure the defense of the family. Especially if it is a Muslim country like Algeria, medical developments have brought out a doctrinal quarrel on issues related to the family system. The Algerian legislator has tried to keep pace with these medical technologies, authorizing some and banning others. In 1992, modern reproductive technology, represented by human cloning, was banned. He also published texts from 2005 to remedy the notorious deficiency, whether by including biss articles in the family code and the health code, resorting to artificial insemination and conditioning it, while prohibiting the recourse to a surrogate mother As for the implantation of genital organs, the Algerian legislator has prohibited it in the law on health.

The data of modern scientific methods and their impact on the family system, which we have discussed in our study, we find that the Algerian legislator has put the discretionary power in the hands of the judge in order to rely on him in matters related to the family system.

Keywords: General family order, genetic fingerprinting, artificial insemination, human cloning .