

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

أحكام النسب بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي  
دراسة مقارنة

أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص

تحت إشراف:  
أ.د. تشوار جيلالي

من إعداد الطالبة:  
علاال برزوق أمال

أعضاء لجنة المناقشة

أ.د. حميدو تشوار زكية	أستاذة	جامعة تلمسان	رئيسا
أ.د. تشوار جيلالي	أستاذ	جامعة تلمسان	مشرفا ومقررا
أ.د. حمليل صالح	أستاذ	جامعة أدرار	مناقشا
د. يقاش فراس	أستاذ محاضر "أ"	جامعة وهران	مناقشا

السنة الجامعية: 2014-2015

# دُعَاءٌ

الحمد لله الذي علم الإنسان بعد جهل، وهداه بعد ضلال، وفقهه بعد غفلة .  
ونستغفره ونستعينه ونعوذ به من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا . من يهده الله  
فلا مضلّ له ومن يُضلل فلا هادي له . ونشهد أنّ محمداً ﷺ عبده ورسوله .  
اللهم أقسم لنا من خشيتك ما تحول به بيننا وبين معصيتك، ومن طاعتك  
ما تُبليغنا به جنّتك، ومن اليقين ما تُهَوِّنُ به علينا مصائب الدنيا .  
ومعنا اللهم بأسماعنا وأبصارنا وقواتنا أبدأ ما أحيينا، واجعل ثأرنا على من  
ظلمنا، وانصرنا على من عادانا، ولا تجعل مصيبتنا في ديننا، ولا تجعل الدنيا أكبر  
همّنا، ولا مبلغ علمنا، ولا إلى النار مصيرنا، واجعل الجنة هي دارنا، ولا تُسلط علينا  
بذنوبنا من لا يخافك فينا ولا يرحمنا .  
اللهم أنفعنا بما علمتنا، وعلمنا ما ينفعنا وزدنا علماً . اللهم جنبنا الظلم، ووفّقنا إلى  
خير القول والعمل، وحقّق آمياتنا، واختم بالصالحات أعمالنا، وأدخلنا برحمتك في عبادك  
الصالحين، وصلي على سيّدنا محمد ﷺ وعلى آله وصحبه  
أجمعين . . . . والله نعم المستعان، وعليه توكلنا .

# كلمة شكر وعرfan

قَالَ تَعَالَى: أَعُوذُ بِاللَّهِ مِنَ الشَّيْطَانِ الرَّجِيمِ ﴿ وَقُلِ أَعْمَلُوا فَسَيَرَى اللَّهُ عَمَلَكُمْ وَرَسُولُهُ وَالْمُؤْمِنُونَ <sup>ط</sup>

وَسَرُّدُونَ إِلَىٰ عِلْمِ الْغَيْبِ وَالشَّهَادَةِ فَيُنبِّئُكُمْ بِمَا كُنْتُمْ تَعْمَلُونَ ﴿١٠٥﴾ التوبة: ١٠٥

أتقدم بأسمى معاني الشكر والتقدير إلى أستاذي الفاضل الدكتور "تشوار جيلالي"، الذي لم يبخل عليّ بوقته الثمين، رغم انشغالاته الكثيرة، والعون والتوجيه والنصيحة. كان العمل تحت إشرافه متعة فكرية، وراحة نفسية. أطال الله <sup>ع</sup> في عمره. كما أتقدم بالشكر الجزيل إلى أعضاء لجنة المناقشة، الذين تحملوا مشقة قراءة هذه الرسالة، وتكرّموا بمناقشتها وتصحيحها.

كما أتقدم بالشكر والامتنان الخالصين إلى كل من ساعدني في إنجاز هذه الرسالة، من قريب أو بعيد، ولو بكلمة تشجيع، وإلى كلية الحقوق والعلوم السياسية، بمن فيها من أساتذة وإداريين وعمال.

فجازى الله <sup>س</sup> الجميع خيرا، والصلاة والسلام على سيدنا محمد <sup>ص</sup> وعلى آله وصحبه أجمعين.

وفي الأخير، أتمنى أن يلقى عملي المتواضع هذا، رضا وقبولا وافرا.

## إهداء

إلى أعزّ وأغلى ما لديّ في الوجود، عائلتي الكبيرة والصغيرة.

أهدي هذا العمل المتواضع إلى من قال في حقهما الله ﷻ:

قَالَ تَعَالَى: أَعُوذُ بِاللَّهِ مِنَ الشَّيْطَانِ الرَّجِيمِ ﴿ وَقَضَى رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا إِمَّا يَبُلُغَنَّ عِنْدَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ وَلَا نَهْرَهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا ﴿٢٣﴾ .

إلى ملاكبي في الحياة، وأعظم وأحبّ إنسانة في الوجود. إلى معنى الحبّ والحنان ومصدر العطاء والتضحية. إلى سمة الحياة وسرّ الوجود. إلى من كان دعاؤها سرّ نجاحي، ومن كانت سندا لي في كلّ مراحل حياتي:

أغلى الحبايب، أمي الحبيبة

إلى من علمني العطاء بدون انتظار، والمثابرة والثقة بالنفس، والصمود أمام كلّ عواقب الحياة. أحمل اسمه بكلّ افتخار، فهو الذي رافقني في أحلى وأسعد لحظات حياتي، وكان حلمه الوحيد نجاح أبنائه، إذ كان يُردّد لنا دائما جملة لن أنساها أبدا:

**« Mes enfants, c'est ma fierté ; votre réussite, c'est ma raison d'être ; vous voir autour de moi, c'est toute ma vie. Notre union familiale, c'est notre force. Il faut être toujours unis ».**

كان يُحفّزني لإتمام هذه الرسالة، كنت أتمنى لو كان معي في هذا اليوم الذي كان ينتظره بفارغ الصبر.

إلى أعظم وأعزّ وأحنّ والد في الدنّيا، أبي محمّد المدعو "حمّي"،  
رحمه الله وأسكنه فسيح جنانه

إلى من كانا سنداً وعوناً لي وسراجاً يُنير لي طريقي، دعاؤهما سرّ نجاحي .  
كانا يُضيّان لي الطريق ويُساعداني بجنانهم وآرائهم، واللذان وجدتهما في اللحظات  
الصعبة التي واجهتها، محبّتي لهما بمثابة محبة الوالدين الكريمين، أطال الله في عمرهما .  
إلى أحمائي « Mes beaux-parents »

إلى من به أكبر، وعليه أعتد، وفي غيابه أسعى . إلى صاحب القلب الطيب  
والتوايا الصّادقة . إلى شمعة موقدة تُنير ظلمة حياتي . إلى من بوجوده أكتسب قوّة ومحبة لا  
حدود لها . إلى من عرفتُ معه معنى الحياة والصّمود واجتياز الصّعاب، وامتزجت  
فرحتي بفرحه . أتمنى له النّجاح في حياته .

إلى زوجي الغالي

إلى لبّ حياتي ، ومنبع رزقي وأساس نجاحي . إلى منبع الحبّ  
والحنان . إلى أحلى هدايا رزقي إياها الله ﷻ . إلى بناتي الأعزّاء: رانيا،  
ريحان، رشا وريان أحمد .

إلى من شاركوني حنان الوالدين وبراءة الصّبا . إلى من حبّهم  
يجري في عروقي ، ويلهج بذكراهم فؤادي ، وأتمنى أن تبقى محبّتنا تتجاوز كلّ  
عواقب الحياة .

إلى اخوتي وأزواجهم وأبنائهم.

إلى الأوراق التي أحاطتني بظلال الحب، التفاهم، المودة والمساعدة.

إلى أحمائي وأبنائهم.

إلى كل من تصفح يوماً أوراق هذه الرسالة، أهديه تحياتي وتمنّياتي بالتوفيق.

## قائمة المختصرات

### باللغة العربية:

جريدة رسمية.	ج.ر.:
جزء.	ج:
دون بلد النشر.	د.ب.ن.:
دون دار النشر.	د.د.ن.:
دون سنة النشر.	د.س.ن.:
دينار جزائري.	دج:
صفحة.	ص:
طبعة.	ط:
عدد.	ع:
غرفة الأحوال الشخصية.	غ.أ.ش.:
فقرة.	ف:
قانون الإجراءات الجزائئية.	ق.إ.ج.:
قانون الأسرة الجزائري.	ق.أ.ج.:
قانون الإجراءات المدنية والإدارية.	ق.إ.م.إ.:
قانون الحالة المدنية الجزائري.	ق.ح.م.ج.:
قانون الصحة العامة الجزائري.	ق.ص.ع.ج.:
قانون الصحة العامة الفرنسي.	ق.ص.ع.ف.:
قانون العقوبات الجزائري.	ق.ع.ج.:
قانون مدني جزائري.	ق.م.ج.:
قانون مدني فرنسي.	ق.م.ف.:
كتاب.	ك:
مادة.	م.:
مجلد.	م:
ميلادية.	م:

م.أ.:	مجلس أعلى.
م.ج.ع.ق.إ.س.:	المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية.
م.ع.:	محكمة عليا.
م.ع.ق.إ.:	مجلة العلوم القانونية والإدارية.
م.ق.:	مجلة قضائية.
ن.ق.:	نشرة القضاء.
ه:	هجرية.

### باللغة الفرنسية:

A.R.N. :	Acid Ribo Nucléique.
Al. :	Alinéa.
C. pén. :	Code pénal.
C.A. :	Cour d'appel.
C.Cass. :	Cour de cassation.
C.civ. :	Code civil.
C.E.C.O.S. :	Centre d'étude et de conservation de l'ovule et sperme.
c.s.p. :	Code de la santé publique.
Ch. civ. :	Chambre civile.
Coll. :	Collection.
D :	Dalloz.
D.A.S. :	Direction de l'assistance sociale.
éd. :	Edition.
F.I.V.:	Fécondation In Vitro.
Gaz. Pal. :	Gazette du palais.
J.C.P. :	Juris classeur périodique.
J.O.R.F. :	Journal officiel de la république Française.
N° :	Numéro.
Obs. :	Observations.

O.P.U. : Office des publications universitaires.  
op.cit. : Option citée.  
p. : Page.  
pp. : Pages.  
P.U. : Presse universitaire.  
Rev. : Revue.  
R.A.S.J.E.P. : Revue Algérienne des sciences juridiques, économiques et  
. politiques.  
Rev.Int.Dr.Comp. : Revue internationale de droit comparé.  
R.S.J.A. : Revue des sciences juridiques et administratives.  
R.T.D.Civ. : Revue trimestrielle de droit civil.  
s. : Suite.  
T.G.I. : Tribunal de grande instance.  
V. : Voir.

المقابلة  
٤ ٥ ٦ ٧ ٨ ٩ ١٠ ١١ ١٢ ١٣ ١٤ ١٥ ١٦ ١٧ ١٨ ١٩ ٢٠ ٢١ ٢٢ ٢٣ ٢٤ ٢٥ ٢٦ ٢٧ ٢٨ ٢٩ ٣٠ ٣١ ٣٢ ٣٣ ٣٤ ٣٥ ٣٦ ٣٧ ٣٨ ٣٩ ٤٠ ٤١ ٤٢ ٤٣ ٤٤ ٤٥ ٤٦ ٤٧ ٤٨ ٤٩ ٥٠ ٥١ ٥٢ ٥٣ ٥٤ ٥٥ ٥٦ ٥٧ ٥٨ ٥٩ ٦٠ ٦١ ٦٢ ٦٣ ٦٤ ٦٥ ٦٦ ٦٧ ٦٨ ٦٩ ٧٠ ٧١ ٧٢ ٧٣ ٧٤ ٧٥ ٧٦ ٧٧ ٧٨ ٧٩ ٨٠ ٨١ ٨٢ ٨٣ ٨٤ ٨٥ ٨٦ ٨٧ ٨٨ ٨٩ ٩٠ ٩١ ٩٢ ٩٣ ٩٤ ٩٥ ٩٦ ٩٧ ٩٨ ٩٩ ١٠٠

إنّ الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع، ولكي نستطيع المحافظة على متانتها ووحدتها يجب أن تقوم على أسس راسخة تتمثل في الزواج، والذي عُرف منذ أن خلق الله ﷻ آدم وحواء ﷻ وأسكنهما الجنة، زوجين مكرّمان. ومنذ ذلك الحين ظلّ يساير مسيرة ذريتهما ويتطوّر بتطوّرهم إلى يومنا هذا<sup>1</sup>.

وإذا كان عقد الزواج يُعتبر في بعض التشريعات مجرد عقد رضائي بين طرفين، يهدف إلى إقامة نظام حياة مادية مشتركة بقصد تبادل المساعدة والرعاية وإشباع الرغبة الجنسية، فإنّ مفهومه يختلف في المجتمعات الإسلامية، التي تعتبره أقدس وأنبّل الروابط التي يُمكن أن تنشأ بين رجل وامرأة، وأحاطت هذه الرابطة بعناية بالغة وجعلتها ميثاقاً غليظاً بين الزوجين<sup>2</sup>، لقوله ﷻ: ﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذَتْ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا﴾<sup>3</sup>.

وأهم غاية مشروعة يهدف إليها هذا الأخير، وتتطلّع إليها النفس البشرية هي الأولاد، لقوله ﷻ: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَىٰكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ﴾<sup>4</sup>.

ويقول النبي ﷺ: ﴿تَزَوَّجُوا الْوُدود الْوُلود فَإِنِّي مَكَاثِرُ بِكُمْ الْاَنْبِيَاءِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ﴾<sup>5</sup>.

الأولاد ثمرة الحياة الزوجية وغايتها، وبهجة الدنيا وزينتها، لقوله ﷻ: ﴿الْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَالْبَاقِيَاتُ الصَّالِحَاتُ خَيْرٌ عِنْدَ رَبِّكَ ثَوَابًا وَخَيْرٌ أَمْلاً﴾<sup>6</sup>. ومن أجل ذلك أولتكم الشريعة الإسلامية، ومن بعدها القانون، عناية كبيرة واهتماماً عظيماً، فشرعت كثيراً من الأحكام المتعلقة بالطفل، من حين أن تدبّ فيه الحياة، وهو ما يزال جنيناً في

<sup>1</sup> انظر، عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط<sup>3</sup>، 1996، ص.81.

<sup>2</sup> انظر، جيلالي تشوار، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص.03.

<sup>3</sup> سورة النساء، الآية 21.

<sup>4</sup> سورة الحجرات، الآية 13.

<sup>5</sup> انظر، محمد عبد الرؤوف المناوي، فيض القدير، شرح الجامع الصغير، دار إحياء السنة النبوية، ج<sup>3</sup>، ط<sup>1</sup>، د.س.ن، ص.269.

<sup>6</sup> سورة الكهف؛ الآية 46.

بطن أمه، إلى أن يشبّ ويتزعرع. كلّ هذا، محافظة منها على قيام المجتمع على أتمّ وجه وأكمله، وصيانة أفراده، وحفظه من الانحلال والفساد.

يُعتبر النّسب أول حقّ يثبت للمولود بعد انفصاله عن أمه، إذ يُعدّ أحد أركان ومقاصد الشريعة الخمسة، وهي حفظ الدين والنفس والنسل "النّسب" والمال، والعقل، وذلك بهدف المحافظة على الأنساب ومنعها من الاختلاط، حتّى تقوم الأسرة على وحدة الدّم الذي يُعتبر أقوى الروابط بين أفرادها وإلا تفكّكت الأسرة. حيث كان الناس قديماً يتفاخرون بأنسابهم بسبب الشرف الذي تحوزه هذه القبيلة أو تلك، وكان يقوم على الفراش والولادة والادّعاء والتبني والزنا<sup>7</sup>.

فبذلك نظّمه الشرع الإسلامي وحكم بإثبات النّسب بالفراش والبيّنة والإقرار والقيافة.

يدور النّسب، باعتباره صلة الإنسان بمن ينتمي إليه من الآباء والأجداد، أي صلة القرابة<sup>8</sup>، حول محورين أساسيين، وهما: الإثبات، بمعنى تأكيد حقّ متنازع فيه، له أثر قانوني بالدليل الذي أباحه القانون لإثبات ذلك الحقّ، والنفي، وفق الشّروط والضوابط الشرعية والقانونية.

وإذا استقرّ النّسب، التحق المنسب بقرابته، وتعلّقت به سائر الأحكام الشرعية المرتبطة بهذا النّسب، من ميراث، ونفقة وموانع الزواج، وترتّبت عليه حقوق وواجبات. فكان استقرار النّسب استقراراً للمعاملات في المجتمع<sup>9</sup>.

ولقد أحاط المشرّع الجزائري موضوع النّسب باهتمام كبير ووضع له القواعد الأساسية، مستنبطاً إيها من الشريعة الإسلامية، التي تُعتبر المصدر الأصلي لقانون الأسرة، فنظّمه في الفصل الخامس من الباب الأوّل من الكتاب الأوّل، مخصّصاً له

<sup>7</sup> انظر، مصطفى معوان، أسباب تحريم التبني وإحلال الكفالة بين أحكام الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلة المعيار، كلية أصول الدين والشريعة، جامعة العلوم الإسلامية، قسنطينة، الجزائر، 2004، عدد 09، ص. 497 وما بعدها.

<sup>8</sup> انظر، جمال الدين محمد بن منظور، لسان العرب، نسقه وعلق عليه ووضع فهارسه علي شيري، م<sup>14</sup>، دار إحياء التراث العرب، ط<sup>1</sup>، 1408هـ/1988م، ص. 118-119.

<sup>9</sup> انظر، خالد بوزيد، النسب في تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الجزائر 1-، 2010-2011، ص. 04.

المواد من 40 إلى 46 من قانون الأسرة<sup>10</sup>، فحصر أسباب ثبوت النسب في المادة 40 من نفس القانون والتمثلة في الزواج الصحيح وما يلحقه من نكاح الشبهة أو كل زواج تمّ فسخه بعد الدخول أو الإقرار أو البيّنة، وباستبدال المشرّع حرف (و) بحرف (أ) أزال الغموض عن المادة 40 التي كان يُفهم منها قبل التعديل أنّ إثبات النسب يقتضي اجتماع الأدلة الشرعية السابقة.

ومحاولة من المشرّع الاستجابة لتطوّرات عصرنا الزاهن، لاسيما التطوّرات العلمية والبيولوجية الحديثة، أدرج الطّرق العلمية ضمن وسائل إثبات النسب في الفقرة الثّانية من المادة 40. لكن ما يُمكن ملاحظته أنّ المشرّع أشار إلى الطّرق العلمية دون أن يحصر صورها، وهذا ما فتح أبواب الاجتهاد القضائي، وذلك بالاستعانة بما توصلت إليه الدّراسات العلمية في هذا المجال.

كما أجاز المشرّع للزوج نفي النسب بالطّرق المشروعة إلّا أنّه لم يورد عبارة اللّعان صراحة في المادة 41 من قانون الأسرة. أمّا بالنسبة للمشرّع الفرنسي، فلم يأخذ بهذه الطّرق التقليديّة في إثبات النسب، بل حدّد طرقا كلاسيكية من أجل إثبات نسب الطّفل. فهو يعترف بالطّفل النّاجم عن العلاقة الشرعيّة، وكذلك الطّفل النّاجم عن العلاقة غير الشرعيّة أي العلاقة الحرّة التي تكون بين رجل وامرأة.

لكن ثمة تطوّرات هامّة استجدّت تتعلّق بعلم وراثّة الإنسان، تتمثّل في مجموعة الدّم (A, B, O). كما أنّ المعطيات العلمية الجديدة قلبت موازين الإثبات المنصوص عليها شرعا وتشريعا، بحيث أصبح من الممكن، عبر فحص الحمض النووي (A.D.N.)، التّحقّق من هويّة كلّ شخص ومعرفة إذا كان المولود المشكوك في بنوّته، يُنسب لأبيه أم هو ابن زنا. وتبقى البصمة الوراثية ملازمة للشخص مدى الحياة، دون أن تتشابه مع البصمة الوراثية لأيّ إنسان آخر.

<sup>10</sup> القانون رقم 02-05 المؤرخ في 18 محرم 1426 هـ الموافق لـ 27 فبراير 2005م، يعدل ويتم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 هـ الموافق لـ 09 جوان 1984م، المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

كما أنّ اختلاط الأبناء المولودين في المستشفيات أو الكوارث، هي دوافع إضافية لاستعمال الأدلة العلمية وغير العلمية المثبتة للنسب.

وإذا كان فراش الزوجية هو الأساس في ثبوت نسب الولد الناتج عن اتصال الزوجين بطريقة طبيعية، فإنّ التطور العلمي في ميدان تكوين الأجنة وإجراء التجارب والأبحاث العلمية، توصل إلى طرق حديثة تصدّت لمشكلة العقم، ويمكن إثبات النسب من خلالها، هذه الأخيرة تتمّ وفقا لطرق اصطناعية، إذ أصبح التلقيح يحدث بغير الوسيلة الطبيعية، ولهذا سمّيت هذه التقنية الحديثة للإنجاب بالتلقيح الاصطناعي، وهي من المستجدات التي أدرجها المشرّع ضمن المادة 45 مكرّر، التي وضعت الإطار القانوني لعملية التلقيح الاصطناعي. ولقد أباحه كلّ من المشرّعين، الجزائري والفرنسي، إلا أنّ المشرّع الجزائري كان أكثر صرامة، إذ يشترط أن يتمّ بين رجل وامرأة، على خلاف نظيره الفرنسي الذي وسّع دائرة الاستفادة للمعيار الجنسي<sup>11</sup>. يتمّ هذا الأخير إمّا بطريقة مباشرة، وهو ما يُعرف بالتلقيح الاصطناعي الداخلي أو بطريق غير مباشر، وهو التلقيح الاصطناعي الخارجي.

لم يبق الإنجاب كما كان وليد علاقة شخصية بين الزوجين، إذ أصبح بإمكان طرف ثالث التّدخل بمائه لحدوث الحمل، قد يكون رجلا متبرعا بنطفة أو امرأة متبرعة ببويضة، أو متبرعين بهما معا<sup>12</sup>.

من جهة أخرى، فقد أمكن حصنُ أجنة في غير المكان التقليدي (استئجار الأرحام).

أضف إلى ذلك أنّه قد عُلم، بما لا يدع مجالا للشكّ، أنّ هذه الثورة العلمية والبيولوجية كشفت عن ظهور محاولات لزرع الأعضاء التناسلية مثل المبيض والخصية، والاستئساخ البشري، غير أنّه سرعان ما ترتبت عن هذه التجارب العلمية والعلاجية، الكثير من التجاوزات المنافية للمبادئ القانونية والقيم الأخلاقية والدينية.

<sup>11</sup> تراجعت الحكومة الفرنسية عن تعديل قانون الأسرة في 2014، ولم تُجز للمثليين الاستعانة بالتلقيح الاصطناعي بالنسبة للنساء، أو تأجير الأرحام بالنسبة للرجال للحصول على الأطفال، بحجة أنها تُضرّ بالأسر التقليدية.

<sup>12</sup> محمد مرسي زهرة، الإنجاب الصناعي، دراسة مقارنة، منشورات جامعة الكويت، الكويت، 1993، ص.331.

وأكثر من ذلك، فهي تهزّ صلة المولود بنسبه وبروابط المجتمع من حوله، لأنها تؤدّي إلى فساد الأنساب والشكّ فيها.

وعليه، من دوافع اختيارنا لهذا الموضوع، ولو يبدو كلاسيكيًا وبسيطًا<sup>13</sup>، إلاّ أنّه يُعتبر من أهمّ المواضيع وأكثرها حساسية، بالنظر للآثار التي يُرتّبها على الأسرة، فضلا عن أهمّيته كأحد الكليات الخمس التي يتعيّن حفظها من الناحية الشرعية.

كما أنّه يرتبط بالواقع المعاش، لأنّ أصل الإنسان هو نسبه، وصونه من الاختلاط واجب يُمليه العقل قبل الشرع<sup>14</sup>. فبثبوت النسب، يثبت للولد حقّ اللقب، حقّ الميراث، حقّ النفقة والحضانة، بالإضافة إلى الجنسيّة<sup>15</sup> والحقوق الأخرى.

يُعتبر هذا الموضوع من بين المواضيع الأكثر جدلا في وقتنا الحالي، نظرا للمستجدّات العلمية التي لجأ إليها كلّ من المشرّعين الجزائري والفرنسي، حيث أجاز للقاضي اللجوء إلى وسائل إثبات النسب الظنيّة واليقينية التي وفّرها العلم الحديث، كتحليل فصائل الدّم وتقنية البصمة الوراثية، علما وأنّ هذه الأخيرة تُعتبر أحدث ما توصل إليه العلم الحديث، بالرغم من أنّها أثارت عدّة تساؤلات حول مدى الاعتماد على نتائجها في مجال النسب.

عدم تعمق المشرّعين في موضوع النسب، وخاصّة الطّرق العلمية الحديثة، ربّما لحدثتها، إذ تركا غموضات كثيرة، كان لا بدّ من استدراكها في آخر تعديل لقانون الأسرة الجزائري. وبالنسبة للمشرّع الفرنسي، التّعديل الأخير لسنة 2013م "الزّواج للجميع"، الذي كان محلّ نقاش، خاصّة ما يتعلّق منه بكيفية إنجاب الأطفال بالنسبة للمثليين.

<sup>13</sup> انظر، صالح حمليل، المركز القانوني للطفل المهمل في الموثيق الدولية والقانون الجزائري، رسالة دكتوراه، جامعة سيدي بلعباس، الجزائر، 2004-2005، ص.179.

<sup>14</sup> صارت الجنسية بعد التعديل الأخير لقانون الجنسية، تثبت للطفل المولود من أب جزائري أو أم جزائرية بشكل مطلق، إذ تنص المادة 06 من قانون الجنسية الجزائري على أنه: "يعتبر جزائريا الولد المولود من أب جزائري أو أم جزائرية..."; انظر الأمر رقم 70-86 المتضمن قانون الجنسية الجزائري المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 02-05، ج.ر.، رقم 15، الصادرة بتاريخ 27 فبراير 2005.

<sup>15</sup> انظر المادة رقم 222 من قانون الأسرة الجزائري إذ تنص على أنه: كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشرعية الإسلامية". وإن المشرع الجزائري أصاب في ذلك لأن الشرعية الإسلامية جاءت محفوظة من كل نقص أو نسيان.

تسخير الوسائل الطبّية في أغراض مختلفة، لم تقف عند حدود شرع أو أوامر قانون، بل تجاوزتها، ومن جملة ذلك التلقيح الاصطناعي (أطفال الأنابيب،...)، وبنوك المنى، وإجار الأرحام (الأمّ البديلة)، بيع الأجنّة،... وتعتبر هذه الطّرق محرّمة. ترك المشرّع في التّعديل الأخير لقانون الأسرة، وخاصّة المادّة 40 منه، السّلطة التقديرية للقاضي دون ضوابط دقيقة ومحدّدة، في حالة اللّجوء إلى الطّرق العلمية لإثبات النّسب. هذه السّلطة التقديرية المطلقة، من المحتمل أن تُحدث خلافا جسيما في العلاقة النّسبية داخل الأسرة، إضافة إلى ما ينجّر عنها من أضرار وخيمة، نفسية واجتماعية ومالية، على الفرد والأسرة، وبالتالي المجتمع بأكمله، حيث قد يرفض القاضي مثلا الاستجابة لطلب أحد أطراف الخصومة بإجراء خبرة تحاليل البصمة الوراثية، مسببا رفضه بتوقّر أدلّة إثبات قانونية أخرى بملف الدّعى، ويقضي بخلاف ما يدّعيه صاحب الطّلب. في حين أنّ هذا الأخير قد أسس طلبه على النّتائج العلمية للبصمة الوراثية أثبتت صحتّها بنسبة 99,99%، ولو استجاب القاضي لطلبه لمكّنه من إثبات صحّة دعواه.

وقد يأمر القاضي من تلقاء نفسه بإجراء خبرة تحاليل البصمة الوراثية وتثبت النّتائج أنّ الولد هو ابن الخصم، فيقضي القاضي بذلك، في حين قد تكون العلاقة بين الخصمين غير شرعية. هنا يُصبح الحكم متعارضا مع مقتضيات الفقرة 01 من ذات المادّة التي تقضي بأنّه: "يثبت النّسب بالزّواج الصّحيح أو الإقرار أو بالبيّنة أو بنكاح الشّبهة أو بكلّ زواج تمّ فسخه بعد الدّخول..."، من جهة، وحديث الرّسول ﷺ: "الولد للفرش وللعاهر الحجر"، من جهة أخرى.

وهذا ما يستدعي البحث في كيفية ضبط سلطة القاضي التقديرية في الأمر بإجراء تحاليل البصمة الوراثية لإثبات النّسب أو نفيه.

أمّا من حيث الصّعوبات التي واجهتنا أثناء الدّراسة أنّنا لم نتمكّن من الحصول على قرارات وأحكام قضائية نثري بها هذا الموضوع، وهذا راجع لعدم قبول المحاكم والمجالس تقديم معلومات أو قرارات تخصّ موضوعنا، ربّما لحساسيته وخطورته. كما أنّنا حاولنا، من خلال دراستنا، الإحاطة بكلّ التّقنيات المؤثّرة في النّسب وأحكامه.

ومن خلال ما سبق عرضه، لنا أن نُشير الإشكالية الأساسية التالية:

ما هي الأحكام التي وضعها المشرعان الجزائري والفرنسي لتنظيم مسائل النسب؟ وما مدى توافقها مع التطورات العلمية الحديثة؟ من خلال هذه الإشكالية تتفرع التساؤلات الفرعية التالية:

ما هي القواعد القانونية الشرعية والعلمية المحددة لإثبات النسب وضوابط نفيه؟ وهل يُمكن للأدلة العلمية، في مجال إثبات النسب ونفيه، أن تحل محل الأدلة التقليدية؟ وما هي منزلتها بين وسائل الإثبات الشرعية؟ وهل يُمكن تحديد تفسير لمعنى الطرق العلمية الحديثة من خلال الحجية وسلطات القاضي في تقديرها؟

كما أن هناك طرق مساعدة على الإنجاب، فما مدى مشروعيتها؟، وعند تدخل طرف ثالث غير الزوجين في عملية الإخصاب، سواء بالمنى أو بالبويضة أو الرحم، فكيف يكون إثبات النسب فيها؟

إجابة عن هذه التساؤلات وغيرها، سوف نستخدم المنهج التحليلي القانوني القائم على دراسة هذه المستجدات العلمية وأثرها على النسب، سواء ما كان منها مطبقاً فعلاً ومعمولاً به، أو ما كان منها مجرد فرضيات علمية. مع تبيان الموقف القانوني فيها والوقوف عند آراء الفقهاء، لكون الشريعة الإسلامية هي المصدر الأساسي والاحتياطي في نفس الوقت لقانون الأسرة الجزائري، واتباعنا كذلك المنهج المقارن بين كلا من القانون الجزائري والقانون الفرنسي، وأبرزنا بعض مواقف المحكمة العليا من المسائل المتعلقة بهذا الموضوع.

وبالإجماع، تقتضي الإجابة على هاته الإشكاليات تقسيم الدراسة إلى بابين، هما:

الباب الأول: المقررات الشرعية في إثبات النسب.

الباب الثاني: إثبات ونفي النسب بالأدلة العلمية الحديثة.

# الباب الأول

المقررات الشرعية في إثبات النسب

إنّ المشرّع كغيره من المشرّعين الآخرين، اهتمّ بموضوع النسب اهتماما كبيرا ووضع له القواعد الأساسية مستنبطا إياها من الشريعة الإسلامية، التي تُعتبر المصدر الأصلي لقانون الأسرة.

يُثبت النسب بالزواج، سواء كان رسميا أو عرفيا، وبالتالي يخضع الزواج العرفي لنفس قواعد الزواج الرسمي عند إثبات النسب، أي أنّ النسب يثبت بأربعة طرق هي: الفراه، الإقرار، البيّنة والطرق العلمية. ويجوز إثباته بكافة طرق الإثبات، دون اشتراط تواجد الوثيقة الرسمية. فالزواج العرفي إذا استوفى أركانه الشرعية ولا ينقصه إلاّ إثباته في وثيقة رسمية يثبت به النسب<sup>16</sup>. هذا يعني أنّ المشرّع الجزائري لا يزال يعترف بالزواج العرفي استنادا للمادة 22 من قانون الأسرة الجزائري التي تنصّ على أنّه: "يُثبت الزواج بمستخرج من سجّل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي".

يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة، فالإقرار بالزواج العرفي والحكم بثبوته يُعتبر كلّ منهما كاشفا للنسب لا مُنشئا له. ومن آثار الزواج العرفي ظهور الأطفال إلى الوجود بدون لقب أو نسب، وكان من الصّعب عليهم الحصول على الوثائق، إلاّ أنّ المشاكل قد تُحلّ بعد تثبيت العلاقة الزوجية المبرمة عرفيا، وتسجيل الحكم القاضي بالإثبات، وإلحاق نسب الأطفال بأبويه في سجّلات الحالة المدنية<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> انظر، هلال يوسف إبراهيم، أحكام الزواج العرفي للمسلمين وغير المسلمين من الناحية الشرعية والقانونية، د.د.ن، 1995، ص.82.

<sup>17</sup> انظر، كريم زينب، الزواج العرفي في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجيلالي الياصب، سيدي بلعباس، الجزائر، 2003-2004، ص.194. انظر، الملحق رقم 01، ص.452. (قرارات حول طلب تثبيت الزواج العرفي وإلحاق النسب).

فالزوجية إذا السبب الأساسي في ثبوت النسب من جهة الأبوة لقول رسول الله ﷺ: "الولد للفراش وللعاشر الحجر"<sup>18</sup>، ولا يُقصد بالفراش لدى البعض ما ذكره الفقهاء<sup>19</sup>، دليلا على حقيقته، وهو الجماع، وإنما يقصدون به مظنته، وهو قيام الزوجية.

وعليه يُعدّ ثبوت النسب من الآثار المهمة التي تترتب عن الزواج، لذلك من حقّ الأولاد أن يثبتوا نسبهم إلى والدهم، فالمولود يتمتع منذ ولادته بنسب أبيه، ولا يهمّ مطلقا إثبات هذا النسب وقت الميلاد أو بعده<sup>20</sup>.

إنّ نسب الولد إلى أبيه ليس دائما سهلا كسهولة نسبه إلى أمه، ذلك أنّ القانون، على منوال الشريعة الإسلامية، لم يجعل من طريقة إثبات نسب الولد لأبيه إلا ما نصّت عليه المادة 40 من قانون الأسرة بقولها: "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبيّنة أو بنكاح الشبهة أو بكلّ زواج تمّ فسخه بعد الدخول، طبقا للمواد 32، 33 و 34 من هذا القانون ويجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب".

كما تنصّ المادة 41 منه على أنّه: "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة"<sup>21</sup>.

<sup>18</sup> انظر، أبو الحسن مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، كتاب الرضاع، باب الولد للفراش وتوقّي الشبهات، حديث رقم 1457، ص.154؛ انظر، ابن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، كتاب الفرائض، باب الولد للفراش حرة كانت أو أمة، ج13، دار الفكر، بيروت، 1991، ص.520؛ انظر، محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار، ج7، دار المستقبل للطباعة والنشر والتوزيع، ط1، 2005، ص.279؛ أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، مختصر صحيح البخاري، كتاب الحدود، باب للعاشر الحجر، رقم الحديث 6818، دار ابن حزم، القاهرة، 2010، ص.812.

<sup>19</sup> انظر، محمد يوسف موسى، أحكام الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي، د.د.ن.، د.س.ن.، ص.361.

<sup>20</sup> انظر، الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 19 فبراير 1970، المتضمن قانون الحالة المدنية، ج.ر.، رقم 21، 1970، المعدل والمتمم بقانون رقم 14-08، المؤرخ في 09/08/2014، ج.ر.، رقم 49، 2014.

في حالة الزواج الرسمي، هناك المادة 61 من قانون الحالة المدنية التي تنص على أنه: "يصرح بالمواليد خلال 05 أيام من الولادة إلى ضابط الحالة المدنية للمكان...".

<sup>21</sup> انظر، الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426 هـ الموافق لـ 27 فبراير 2005م، المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 هـ الموافق لـ 09 جوان 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، ج.ر.، رقم 44، 2005.

ومن استقراء هذين النصين 40 و41 يتبين لنا أنّ المشرّع نظّم ثبوت النسب بناء على وجود الزوجية، سواء بالزواج الصحيح أو الفاسد أو بنكاح الشبهة وبالإقرار والبيّنة وبالطرق العلمية، متى التقت أسباب النشوء مع إمكانية الاتصال بين الزوجين وعدم نفي الولد بالطرق المشروعة.

أمّا المادّة 43 من نفس القانون نصّت على حالة ثبوت النسب من الأب بعد الفرقة من طلاق أو وفاة بقولها: "يُنسب الولد لأبيه إذا وُضع الحمل خلال 10 أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة".

ومن زاوية القانون المقارن، حدّد المشرّع الفرنسي طرقا كلاسيكية، يلجأ إليها من أجل إثبات نسب المولود. إذ أنّ هذا الأخير لا يعترف فقط بالطفل الناجم عن العلاقة الشرعية (الطفل الشرعي)، إنّما امتدّ هذا الاعتراف إلى الطفل الناتج عن العلاقة غير الشرعية (الطفل الطبيعي)<sup>22</sup>، على خلاف نظيره المشرّع الجزائري الذي نصّ على طرق لإثبات نسب الطفل الشرعي، دون الطفل الطبيعي. فهذا الأخير لا يعترف به إنّما يعتبره ابن زنا. ومنه ما هي طرق إثبات النسب بالفراش؟ وما هي الطرق الكاشفة عن النسب؟

إنّ المشرّع الفرنسي ميّز بين النسب الشرعي والنسب الطبيعي، فما هي طرق إثبات كلّ منهما؟ ويعتبر هذا التمييز الوحيد الذي يمكن الاعتماد عليه من خلال دراستنا المقارنة بين القانون الجزائري ونظيره القانون الفرنسي، فهذا الأخير لا يأخذ ولا يعتدّ بالطرق التقليدية في إثبات النسب. لذلك المقارنة بين التشريعين سوف تكون محدودة وشبه منعدمة، لأنّه لم يتعرّض إلى الكثير منها (كالقيافة، القرعة، ...).

وتفصيلا لكلّ هذا قسمنا هذا الباب إلى فصلين، نتعرّض إلى إثبات النسب بالفراش في الفصل الأوّل، أمّا الفصل الثّاني فتحدّث عن إثبات النسب بغير الفراش.

<sup>22</sup> الطفل الطبيعي المعترف به عند المشرّع الفرنسي يعتبر ابن زنا عند المشرّع الجزائري، لذلك سوف نقوم بدراسته في الفصل الثاني من الباب الأوّل تحت عنوان: "إثبات النسب بغير الفراش والاستثناءات الواردة عليه".

## الفصل الأول

### إثبات النسب بالفراش

إذا كانت مسألة إثبات نسب الولد من أمّه ليست محلّ خلاف بين فقهاء القانون وفقهاء الشريعة الإسلامية، ذلك أنّ واقعة الولادة هي سبب ثبوت نسب الولد من أمّه في كلّ الحالات، وسواء كانت الولادة شرعية أم غير شرعية، فمتى جاءت المرأة بولد ثبت نسبه منها. دون توقّف على شيء آخر، من فراش أو إقرار أو ادّعاء، فهي التي حملت وهي التي وضعت، وبالتالي تحمل صفة الأمّ وتسري بينهما سائر الحقوق من نسب ورضاع وميراث. وإذا ثبت النسب كان لازماً لا يُمكن نفيه<sup>23</sup>.

ومن المتفق عليه أنّ سبب ثبوت نسب الولد من أبيه هو الزّواج الصّحيح، وأيضاً الزّواج الفاسد، الذي يأخذ حكم الزّواج الصّحيح، في حقّ ثبوت النسب، لأنّ النسب يحتاط في إثباته كما لا يحتاط في غيره، إحياء للولد وحفاظاً عليه من الضياع. ونفس الحكم بالنسبة لمخالطة الرّجل للمرأة بناء على شبهة، ولا مجال للتّوازي بين الرّنا والفراش بشأن ثبوت النسب من الأب.

يظهر أنّ الشريعة الإسلامية اهتمّت بالنسب اهتماماً بالغاً، واحتاطت في إثباته، فوضعت من الأحكام ما يكفل صيانة الولد من الضياع، ويمنع اختلاط الأنساب ويصون الأعراض، ويُبعد العار، واجتمعت كلمة الفقهاء بشأن بعض الأحكام، وثار الخلاف بينهم بشأن بعضها الآخر<sup>24</sup>.

وواضح أنّ المشرّع اقتفى أثر الشريعة الإسلامية وحدا حدوها، فجميع هذه المبادئ والقواعد التي سطرها الفقه الإسلامي، قنّنها المشرّع في قانون الأسرة -وكلّ ذلك حرصاً على الولد وعدم تضييعه وإثبات نسبه، فهو أول حقّ يثبت له بعد انفصاله

<sup>23</sup> انظر، عبد الفتاح تقيّة، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي، ط<sup>3</sup>، الجزائر، 1999-2000، ص.283.

<sup>24</sup> انظر، محمد محمد أبو زيد، دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب، مجلة الحقوق، السنة 20، الكويت، 1997، عدد 01، ص.04.

عن أمه-، فاعتبر الزّواج الصّحيح سببا لثبوت نسب الولد من أبيه، والحقّ به الزّواج الفاسد ونكاح الشّبهة، ولم يجعل من الرّنا سببا لثبوت النسب.

وبذلك يكون المشرّع الجزائري قد دفع بالقاضي إلى البحث عن حكم نسب الطّفّل الشرعي من المنبع الأساسي لقانون الأسرة، المتمثّل في الشريعة الإسلامية، طبقا لنصّ المادّة 222: "كلّ ما لم يرد النصّ عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"<sup>25</sup>.

فما معنى ثبوت النسب بالزّواج الصّحيح؟ وما هي شروطه؟ وهل يثبت النسب بعد انحلال الرّابطة الزّوجية؟ وبزواج غير صحيح ونكاح شبهة؟

إجابة عن كل هذه الإشكاليات، سوف نتطرّق في هذا الفصل إلى ثبوت النسب بالزواج الصحيح (المبحث الأول)، ثم ثبوت النسب بعد انحلال الرابطة الزوجية (المبحث الثاني)، وأخيرا نتعرّض إلى ثبوت النسب بالزواج غير الصحيح وبنكاح الشبهة (المبحث الثالث).

## المبحث الأول

### ثبوت النسب بالزواج الصحيح وبعد انحلال الرابطة الزوجية

إنّ أهمّ مقاصد الزّواج الصّحيح المحافظة على الأنساب، فقد حرص الشّارع الحكيم والتشريعات الوضعية، ومنها التّشريع الجزائري على ذلك لئلا من أهميّة في حماية المجتمع وتماسكه. ولذا فإنّ الولد يُنسب إلى والده متى كان الزّواج صحيحا وما في معناه<sup>26</sup>، فإذا تزوّج رجل من امرأة زواجا صحيحا، مستوفيا أركانه وشرائطه، ثمّ

<sup>25</sup> انظر، الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 2005/02/27، المعدّل والمتمم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 1984/06/09، المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

<sup>26</sup> هذه الطرق لإثبات نسب المولود من الرجل. أما بالنسبة للمرأة فطريق إثبات النسب إليها واحد هو الولادة، فإذا ولدت ثبت نسب الولد منها، دون توقف هذا النسب على أمر آخر، من زوجية أو إقرار أو بيعة، وبغض النظر إن كان الزواج صحيحا أو فاسدا أو وطء شبهة أو حتى من زنا، فبذلك سبب النسب للأم هو الولادة فقط ولا يمكن نفيها له.

جاءت بولد ثبت نسب هذا الولد من الزوج، من غير حاجة إلى اعتراف صريح أو إقامة بيّنة على البنوة<sup>27</sup>. وما يؤكد هذه القاعدة في إثبات النسب في الزواج الصحيح ما رواه المحدثون<sup>28</sup> عن النبي ﷺ: "الولد للفراس وللعاهر الحجر"<sup>29</sup>.

ومن زاوية القانون يُعتبر النسب من أهمّ الحقوق التي تثبت للمولود<sup>30</sup> من الزواج الصحيح، إلا أنّ هذا الأخير قد يولد أثناء قيام الزوجية، وقد يولد بعد الفرقة بين الزوجين، لأيّ سبب من الأسباب، فما هو حكم النسب في كلّ هذه الحالات؟

سنحاول في هذا المبحث تناول نسب المولود عند قيام الزوجية (المطلب الأول)، كما أنّ هناك بعض الأدلة التي اختلفت في صلاحية إثباتها، لكن لا يعني هذا انعدام أهميتها من الناحية النظرية في ثبوت النسب بالقيافة (المطلب الثاني)، وثبوت النسب بالقرعة (المطلب الثالث).

## المطلب الأول

### ثبوت النسب عند قيام الزوجية

هناك علاقة وطيدة بين رابطة النسب ورابطة الزواج، بحيث تعتبر الثانية سببا لثبوت الأولى. فمتى نتج عن مخالطة الزوج لزوجته مولودا ينسب إليهما ويعدّ ابنهما الشرعي<sup>31</sup>.

<sup>27</sup> عبد الفتاح تقيّة، مباحث...، المرجع السابق، ص.283-284؛ انظر، رشيد بن شويخ، الطرق الشرعية والقانونية لثبوت النسب أو نفيه، دراسة أحكام الفقه والقانون والقضاء، م.ع.ق.إ.، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2005، عدد 03، ص.35.

<sup>28</sup> عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.209؛ انظر، عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له، دار الخلدونية، ط1، 1428هـ/2007م، ص.350.

<sup>29</sup> سبق تخريجه أنفاً.

<sup>30</sup> جيلالي تشوار، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.163.

<sup>31</sup> انظر، جيلالي تشوار، النقائص التشريعية لقوانين الأحوال الشخصية المغربية في مسألة النسب، م.ج.ع.ق.إ.س.، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002، عدد 01، ص.144-145.

إن ثبوت النسب بسبب فراش الزوجية الصحيح، ثابت بالكتاب والسنة والإجماع:

أما الكتاب: فقوله ﷺ: ﴿يُنزِلُ الْمَلَائِكَةُ بِالرُّوحِ مِنْ أَمْرِهِ عَلَى مَنْ يَشَاءُ مِنْ عِبَادِهِ أَنْ أَنْذِرُوا أَنَّهُ لَا إِلَهَ إِلَّا أَنَا فَاتَّقُونِ﴾<sup>32</sup>.

الرجل هو صاحب الحق في التمتع بالمرأة التي تفتش<sup>33</sup>، ويدل على ذلك قوله ﷺ: ﴿وَفُرْشِ مَرْفُوعَةٍ﴾ إِنَّا أَنشَأْنَهُنَّ إِنشَاءً ﴿فَجَعَلْنَهُنَّ أَبْكَارًا﴾<sup>34</sup>.

وأما في السنة: فقد قال ﷺ: "الولد للفراش وللعاهر الحجر"<sup>35</sup>.

وأما الإجماع: فقد أجمع العلماء على ثبوت النسب بفراش الزوجية الصحيح، وذلك على أساس أن الزواج الصحيح هو الذي يحل للرجل مخالطته المرأة ويقصرها عليه وحده<sup>36</sup>. فهو إذن الذي به تُعتبر المرأة فراشا<sup>37</sup>. ولذا يُسمى بالفراش الصحيح، ومن ثم فإن جاءت بولد فهو منه، وأما احتمال أنه من غيره فهو أمر مرفوض؛ لأن الأصل حمل أحوال الناس على الصلاح إلى أن يثبت العكس، وعليه يثبت نسب الولد من الزوج دون حاجة إلى إقراره، أو بينة تُقيمها الزوجة. ولا ينتفي إلا بتمام الملاعنة الشرعية<sup>38</sup>.

<sup>32</sup> سورة النحل، الآية 02.

<sup>33</sup> انظر، أحمد نصر الجندي، النسب في الإسلام والأرحام البديلة، دار الكتب القانونية، مصر، 2003، ص.24.

<sup>34</sup> سورة الواقعة، الآيات 34-36.

<sup>35</sup> سبق تخريجه أنفاً. ولفظ الحديث عن البخاري: عن عائشة ؓ قالت: "كان عتبة عهد إلى أخيه سعد بن أبي وقاص أن ابن وليدة زمعة مني فاقبضه إليك. قالت: فلما كان عام الفتح أخذه سعد بن أبي وقاص، فقال ابن أخي عهد إلي فيه، فقام عبد بن زمعة فقال: أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه، فتساوقا إلى النبي ﷺ، فقال سعد: يا رسول الله ابن أخي كان عهد إلي فيه، فقال عبد بن زمعة أخي وابن وليدة أبي، ولد على فراشه، فقال ﷺ: هو لك يا عبد بن زمعة، الولد للفراش وللعاهر الحجر، ثم قال لسودة بنت زمعة: احتجبي منه لما رأى من شبهه بعتبة، فما رآها حتى لقي الله".

<sup>36</sup> انظر، بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن لأحوال الشخصية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، لبنان، 1967، ص.516.

<sup>37</sup> انظر، جمال الدين محمد بن منظور، لسان العرب، ج 11، ط 4، دار صادر، بيروت، لبنان، 2005، ص.155.

<sup>38</sup> انظر، بدران أبو العينين بدران، حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية والقانون، مؤسسة شباب الجامعة للطباعة والنشر والتوزيع، الإسكندرية، مصر، 1981، ص.17.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد عرف الزواج في المادة 04 من قانون الأسرة بأنه "عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب". أما المادتين 09 و 09 مكرر منه فقد نصتا على التوالي: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"، "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:

- أهلية الزواج.

- الصداق.

- الولي.

- الشاهدان.

- انعدام الموانع الشرعية للزواج".

كما نصت المادة 40 من نفس القانون على أنه: "يثبت النسب بالزواج الصحيح..."، والزواج الصحيح هو الذي تتوفر فيه ركن الرضا وشروط الصحة.

إذن إنبات نسب الولد بالفراش لا يحتاج إلى إقرار أو بيّنة، لأنّ الزوج وهو مع زوجته بعقد صحيح، يملك وحده حق الاستمتاع بها، وحرام عليها أن تُمكن غيره من هذا الاستمتاع، والأصل في الإنسان الأمانة والاستقامة<sup>39</sup>.

ويُستخلص ذلك من المادة 36 من قانون الأسرة التي تنصّ على أنه: "يجب على الزوجين المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة...".

لكن في الميدان العملي، فإنّ الاستمتاع الذي شرع لأغراض معينة بينها الشرع والتشريع، قد يعترضه ما يحول دون تحقيق أهدافه الشرعية، فقد تكون الزوجة كرهة لزوجها، الأمر الذي يؤدي بها إلى إقامة علاقة غير شرعية.

<sup>39</sup> انظر، أحمد محمود الشافعي، الطلاق وحقوق الأولاد والأقارب، د.د.ن، 1987، ص.141.

تتمثل المشكلة الأساسية في ثبوت النسب عند حمل المرأة، هل هو من زوجها، أم أنه ابن زنا، أي من رجل آخر؟ خاصة وأنّ الاكتشافات الحديثة للعلوم الطّبية والبيولوجية أصبحت تلعب دوراً مهماً في تحديد نسب الطّفل<sup>40</sup>. الأمر الذي جعل المشرّع الجزائري يُدرج الطّرق العلمية الحديثة كوسيلة لإثبات النسب، متى كانت العلاقة شرعية، ضمن نصّ المادة 40 من قانون الأسرة المعدّلة، وهذا تماشياً مع التّطور العلمي لوسائل الإثبات.

فمن زاوية القانون، يُعتبر النسب من أهمّ الحقوق التي تثبت للمولود، لهذا حرّمت الشريعة الإسلامية<sup>41</sup>، وبعدها المشرّع الجزائري<sup>42</sup> الزّنا، وابن الزّنا يُعدّ ولداً غير شرعيّ لا يكتسب نسب والده. وحفاظاً على كرامة الطّفل، أكّد المشرّع إلحاق الولد بأبيه كلّ ما أمكن ذلك، لأنّ الأصل عنده نسبة الولد إلى فراش الزّوجية. وسار القضاء في نفس الاتجاه حيث جاء في قرار للمحكمة العليا أنّه: "من المقرّر قانوناً أن يثبت النسب بالزّواج الصّحيح ويُنسب الولد لأبيه متى كان الزّواج شرعيّاً وأمكنه الاتّصال..."<sup>43</sup>.

استنتجا لنصّ المادة 41 من قانون الأسرة، هناك عدّة شروط، منها ما يتعلّق بالزّوجين معا إذ يُشترط إمكانية الاتّصال بين الزّوجين بعد العقد الشرعي، ومنها ما يتعلّق بالزّوج إذ يجب أن يكون ممّن يُتصوّر الحمل منه، ومنها ما يتعلّق بالولد إذ يجب أن يولد بين أدنى وأقصى مدّة الحمل وألاً يقوم الزّوج بنفيه بالطّرق المشروعة. ومن هنا فإنّه يُشترط لثبوت النسب بالزّواج الصّحيح: الزّوجية القائمة بين الرّجل والمرأة على أساس عقد الزّواج الصّحيح، مع إمكانية الاتّصال بين الزّوجين (الفرع الأول)، ثمّ مدّة الحمل (الفرع الثّاني)، وفي الأخير عدم نفي الولد بالطّرق المشروعة (الفرع الثّالث).

<sup>40</sup> جيلالي تشوار، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.163.

<sup>41</sup> حرّمت الشريعة الإسلامية الزنا وعقوباتها أربعة وهي: الجلد، التّغريب، الرجم حتى الموت، الجلد والتّغريب معا.

<sup>42</sup> انظر، الأمر رقم 66-156، المتضمن قانون العقوبات المؤرخ في 08 جوان 1966، المعدل والمتمم. ج.ر.، رقم

49، الصادرة بتاريخ 11 جويلية 1966.

المادة 339 من قانون العقوبات التي تنصّ على أنّه: "يقضى بالحبس من سنة إلى سنتين على كل امرأة متزوجة ثبت ارتكابها جريمة الزنا...".

<sup>43</sup> انظر، م.ع.، غ.أ.ش.، 1998/10/20، ملف رقم 204821، م.ق.، عدد خاص، 2001، ص.82.

## الفرع الأول

## إمكانية الاتصال بين الزوجين

إنّ القانون لا يسمح بإقامة النسب الشرعي لولد غير شرعي ناتج عن علاقات ما قبل الزواج، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها التالي: "من المقرّر شرعا أنّه لا يُعتبر دخولا ما يقع بين الزوجين، قبل إبرام عقد الزواج من علاقة جنسية، بل هو مجرد عمل غير مشروع، لا يثبت عنه نسب الولد..."<sup>44</sup>.

لم يختلف فقهاء المسلمين على إمكان التلاقي بين الزوجين كأحد شروط ثبوت النسب بالفراش<sup>45</sup>، إلاّ أنّهم اختلفوا في اشتراط الدخول أو إمكان الدخول<sup>46</sup>، وبعبارة أخرى، ما تصير به الزوجة فراشا، وعلل كل موقفه بعدة أدلة:

ذهب جمهور الفقهاء<sup>47</sup> إلى أنّ الفرّاش يحدث بالعقد، فالعقد الصّحيح هو السّبب في ثبوت النسب، بشرط إمكان الدخول، فلو انتفى إمكان التلاقي لا يثبت النسب<sup>48</sup>. ونتيجة لذلك إذا تزوّج رجل من امرأة وأنت بولد لسنة أشهر فأكثر من وقت الزواج وكان الزوج ممّن يُتصوّر منه الحمل، ولكن ثبت أنّ الزوجين لم يلتقيا قطّ أو لم يكن في الإمكان تلاقيهما، فإنّه لا يثبت نسب هذا الولد<sup>49</sup>. مثلا إذا عقد رجل بالمشرق على امرأة بالمغرب<sup>50</sup>، ولم يكن قد حصل بين الزوجين تلاقٍ ظاهر، وأكّد الزوج أنّه لم يصل إليها، فلا نسب بين الزوج والولد الذي أنتت به الزوجة لكون الحمل ليس منه قطعاً. فهم

<sup>44</sup> انظر، م.ع، غ.أ.ش، 1984/11/19، ملف رقم 34046، م.ق، 1990، عدد 01، ص.67.

<sup>45</sup> انظر، 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.191.

<sup>46</sup> انظر، محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ك1، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ط<sup>3</sup>، 1957، ص.387.

<sup>47</sup> انظر، محمد بن إدريس أبو عبد الله الشافعي، الأم، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1393هـ، ص.220؛ انظر، أحمد الدردير أبو البركات، الشرح الكبير، ج3، تحقيق محمد عيش، دار الفكر، لبنان، د.س.ن، ص.216؛ انظر، وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الأحوال الشخصية، ج7، دار الفكر، الجزائر، 1413هـ/1998م، ص.684 وما يليها.

<sup>48</sup> عبد الفتاح تقيّة، مباحث...، المرجع السابق، ص.284-285.

<sup>49</sup> انظر، أحمد الغندور، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي مع بيان مشروع قانون الأحوال الشخصية الكويتي وما عليه العمل في محاكم الكويت، مكتبة الفلاح، الكويت، ط<sup>3</sup>، 1405هـ/1985م، ص.571.

<sup>50</sup> انظر، محمد سمارة، أحكام وأثار الزوجية، شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط<sup>1</sup>، 2008، ص.372.

يعتبرون في ذلك من وقت الدخول لا مجرد إمكانه<sup>51</sup>. وهذا الحكم يُوافق المالكية والشافعية ويُخالفهم في ذلك مذهب الحنفية<sup>52</sup>.

وذهب ابن تيمية<sup>53</sup> إلى أكثر من ذلك، إذ يرى ثبوت الفراش بعقد الزواج الصحيح مع اشتراط الدخول المحقق لا إمكانه المشكوك فيه<sup>54</sup>. وعلل ذلك بقوله كيف تصير المرأة فراشا ولم يدخل بها الزوج؟ وكيف تسمح الشريعة بإلحاق نسب من لم يدخل بامرأته ولا اجتمع بها لمجرد إمكان ذلك؟ وهذا الإمكان قد يُقطع بانتفائه عادة<sup>55</sup>، أي لا يثبت الفراش إلا بمعرفة الدخول الحقيقي، مستندا إلى ما قاله الإمام أحمد، وحجته في ذلك أن العرف وأهل اللغة لا يعدّون المرأة فراشا إلا بعد البناء بها<sup>56</sup>.

غير أن هذا الرأي لم يسلم من النقد، فاشتراط الدخول الحقيقي فيه عسر شديد، وهذا الأمر لا يطّلع عليه غير الزوجين، فالإكتفاء بإمكان الدخول هو المعقول<sup>57</sup>.

أما المذهب الحنفي فيرى أن العقد الصحيح فراش ولا حاجة لإمكان الاتصال -أي إمكان التلاقي بالفعل والحسّ والعادة وإمكان الوطء والدخول- وبذلك قد خالفوا الجمهور واكتفوا بالعقد الصحيح واعتبروه كافيا لثبوت النسب، فمتى جاءت المرأة بولد بعد العقد الصحيح لتمام سنة أشهر فأكثر يثبت النسب، سواء ثبت التلاقي أم لا<sup>58</sup>.

<sup>51</sup> انظر، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، ط1، دار العقيدة، الإسكندرية، 2004، ص.139.

<sup>52</sup> انظر، سعد فضيل، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، ج1، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص.213.

<sup>53</sup> انظر، أحمد بن تيمية، المحرر في الفقه، ج1، ط2، مكتبة المعارف، الرياض، 1404هـ؛ انظر، أحمد أحمد، موضوع النسب في الشريعة والقانون، دار القلم، بيروت، ط1، 1983، ص.111.

<sup>54</sup> انظر، أشرف عبد الرزاق ويح، موقع البصمة الوراثية من وسائل النسب الشرعية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص.61؛ محمد سمارة، المرجع السابق، ص.372.

<sup>55</sup> محمد محمد أبو زيد، المرجع السابق، ص.235.

<sup>56</sup> انظر، أحمد عمران، أحكام النسب بين الإنجاب الطبيعي والتلقيح الاصطناعي، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2000، ص.24.

<sup>57</sup> وفي هذا الصدد يقول الإمام الشوكاني: "إن معرفة الوطء المحقق متعسرة فاعتبارها يؤدي إلى بطلان كثير من الأنساب، وهي يحتاط فيها، واعتبار مجرد الإمكان يناسب ذلك الاحتياط". محمد بن علي الشوكاني، نيل الأوطار، المرجع السابق، ص.297.

<sup>58</sup> جاء في الفتوح: "قال بعض مشايخ الحنفية: إن قيام الفراش يعني الزواج الصحيح كاف لثبوت النسب ولا يعتبر إمكان الدخول، بل العقد قائم مقامه، كما في تزوج المشرقي بالمغربية...". انظر، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السواسي السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي، شرح فتح القدير، م4، دار الفكر، لبنان، د.س.ن، ص.350.

وقد قيل في تبرير هذا المذهب أنّ التّلاقي ممكن عقلا - المراد بالتّلاقي بين الرّوجين هو وجود مشاركة بين الرّوجين في إحداث هذا التّلاقي بالاتّصال، وهو تعبير مهذّب عن الاتّصال الجنسي، فمتى أمكن التّقاء الرّوجين عقلا ثبت نسب الولد إن ولدته لسنة أشهر من تاريخ العقد، حتّى ولو لم يثبت التّلاقي حسّا وفعلا-، والإمكان العقلي كاف لثبوت النسب محافظة على الولد من الضيّاع<sup>59</sup> وستر العرض ومنع مشكلة اللّقاء، فالولد يلحق بمن له زوجية صحيحة.

وقد فرعوا على ذلك أنّه لو تزوّج رجل بالمشرق من امرأة بالمغرب، بينهما مسافة سنة، فولدت لسنة أشهر من تاريخ العقد يثبت النسب، لاحتمال أنّ الرّوج من أصحاب الكرامات الذين تُطوى لهم المسافات<sup>60</sup>، ولأنّ الإمكان المطلوب عندهم هو الإمكان العقلي<sup>61</sup>.

إنّ المذهب الحنفي مذهب موسّع، إذ أنّه يقضي بثبوت نسب الولد من الرّوج، سواء ثبت التّلاقي أم لا، وعدم انتفائه إلّا باللّعان، ويلحق الولد لعموم الحديث: "الولد للفراش...". وفي ذلك احتياط للولد وعدم ضياعه والستّر على الأعراض ومنع وقوع مشكلة اللّقاء.

غير أنّ المذهب الحنفي لم يسلم من النّقد فقد قيل أنّ تطبيقه يؤدّي إلى ظهور حالات يُنسب فيها الأولاد لآبائهم غير الشّرعيّين، وخاصّة في زمان فسدت فيه الدّم، وساءت الأخلاق، ومقاله أن يتزوّج رجل ويعيش مع زوجته فترة من الزّمن، يُنجب فيها ولدا ثمّ يُسافر إلى بلد آخر ويطول غيابه عدّة سنوات ولم يرجع إلى مقرّ الزوجية، ولم ينتقل إليه ثمّ يعود فيجد المنسوب إليه ولدين أو ثلاث<sup>62</sup>.

<sup>59</sup> انظر، رمضان علي السيد الشرنباطي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 1426هـ/2006م، ص.569.

<sup>60</sup> "كرامات الأولياء حق، فتظهر الكرامة بقطع المسافة البعيدة في المدة القليلة، ويكون الزوج من أهل الخطوة الذين تطوى لهم المسافات البعيدة".

<sup>61</sup> انظر، عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء، دار الفكر العربي، القاهرة، 1976، ص.16.

<sup>62</sup> "غير أنّ هذا النقد مردود عليه بأن في اللعان طريق الخلاص من هذا النسب، فالزوج الذي يكون على يقين أن الولد ليس منه فله أن ينفيه باللّعان".

الذي يبدو لنا بعد مراجعة هذه الأقوال وأدلتها، أنّ مجرد العقد غير كافٍ لإلحاق النسب، كما يذهب إليه المذهب الحنفي. كما أنّه من الصّعب التّحقّق من حصول الوطاء فعلا، كما ذهب إليه ابن تيمية، ولو حصل لم نتمكّن من معرفة الإنزال، وهذا هو السّبب الحقيقي في الإنجاب. وإذا كان المذهبان قد استدلّا بحديث "الولد للفراش"، فقد حمّلا الحديث ما لا يحتمله، فالمذهب الحنفي الذي حمّل الفراش على العقد مجردا، فهذا بعيد عن المقصود، لأنّ الفراش مظنة الولد، وأدنى مراحل إمكان الوطاء، فلا يكفي مجرد العقد<sup>63</sup>.

وقد أخذ القانون الجزائري برأي الجمهور، وهو الصّحيح الذي يتّفق مع قواعد التّشريع الإسلامي والمنطق والمعقول، لأنّه يمنع المرأة من إلحاق نسب أولاد بأزواج لم يلتقوا بأمهاتهم أصلا، فالولد للفراش إن مضى على عقد الزّواج أقلّ مدّة الحمل وأمكن الاتّصال، وإلا فالولد المسند لهذا العقد غير لاحق.

وذكر المشرّع صراحة هذا الشرط في المادة 41 من قانون الأسرة إذ نصّت على أنّه: "ينسب الولد لأبيه متى كان الزّواج شرعيا وأمكن الاتّصال...".

واضح أنّ المشرّع الجزائري اكتفى بإمكانية الاتّصال بين الزوجين بعد العقد الشرعي<sup>64</sup>، مثلما ذهب إليه الجمهور، وهذا ما أكّدته المحكمة العليا في قراراتها، إذ جاء في قرار لها بأنه: "من المقرّر قانونا أنّه يُنسب الولد لأبيه متى كان الزّواج شرعيا وأمكن الاتّصال ولم ينفه بالطّرق المشروعة"<sup>65</sup>.

<sup>63</sup> انظر، شروقي محترف، إثبات النسب ونفيه وفقا لتعديلات قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 16، 2008/2005، ص.09.

<sup>64</sup> إذا كنا بصدد إثبات النسب الناشئ عن الزواج العرفي، فلا بد أولا أن تكون العلاقة الزوجية ثابتة قبل المطالبة بإثبات النسب، فتلجأ الزوجة لإثبات الزواج العرفي، ثم تلحقه بإثبات النسب، لأن المشرع الجزائري يعترف بالزواج العرفي ويعتبره زواجا صحيحا إذا توافرت أركانه وشروطه. وهذا ما أكّدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1982/11/12: "يعتبر كل زواج صحيحا إذا توافرت أركانه ولو كان غير مسجل بالحالة المدنية وتترتب عليه آثاره وكافة الحقوق". م.ع، غ.أ.ش، 1982/11/12، ملف رقم 28784، م.ق، 1986، عدد 02، ص.32. وجاء في قرار آخر: "متى كان الزواج العرفي متوافرا على أركانه التامة والصحيحة، فإن القضاء بتصحيح هذا الزواج وتسجيله في الحالة المدنية وإلحاق نسب الأولاد بأبيهم يكون موافقا للشرع والقانون. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن". م.ع، غ.أ.ش، 1989/12/25، ملف رقم 58224، م.ق، 1991، عدد 04، ص.114.

<sup>65</sup> انظر، م.ع، غ.أ.ش، 1993/11/23، ملف رقم 99000، م.ق، 2001، عدد خاص، ص.64.

وجاء في قرار آخر: "حيث أنّ الولد للفراش ما دامت العلاقة الزوجية لم تنقطع بين الزوجين، والدليل أنّ الزوج كان يزور من حين لآخر زوجته وهي في بيت خالها بوهران، حسبما أشار إليه الحكم الجزائي لمحكمة البيض، بعد سماع ثلاثة شهود"<sup>66</sup>.

على أنّه لا بدّ أن تُشير إلى مسألة هامّة، وهو أنّ العقد مع إمكانية الدخول على فرض حصوله، هل يكفي ذلك لثبوت النسب؟

قد يكون الزوج صغيراً مثلاً، لا يولد لمثله، وتمّ العقد صحيحاً، وجاءت زوجته بولد ضمن فترة الحمل المقررة شرعاً، فهذا لا يُثبت نسبه من أبيه، لأنّه لا يُتصوّر أن تحمل زوجته منه، ومن ثمّ لا يُثبت النسب مهما كانت المدّة بين العقد والوضع<sup>67</sup>.

على أنّ هذا الأمر، وإن كان نادر الحصول في عصرنا هذا بعد أن حدّد القانون سنّ الزواج، غير أنّه لا بدّ من بيان حكمه، لأنّ للقاضي أن يُسجّل عقداً تمّ دون السنّ القانوني للزواج إذا حصل حمل وجاءت الزوجة بولد، وذلك رعاية لحقّ الولد في النسب.

ولكنّ من الأمور التي يُمكن أن تُثار هنا، لو أنّ شخصاً كبير السنّ ولكنه عقيم أو مصاب بمرض جنسي يمنع من الاتّصال بزوجه خلال المدّة المقررة للحمل، فهذا لا يُثبت نسبه من أبيه كذلك.

ولهذا يُمكن القول بأنّه يشترط لثبوت النسب، فضلاً عن العقد وإمكانية الاتّصال، إمكانية حمل الزوجة من زوجها، أي أن يولد لمثل هذا الزوج ولد، والأمر في هذا للطبّ الذي يُقرّر قدرة الزوج على الإنجاب أو استحالة ذلك، لأنّه لا خلاف لدى الفقهاء على أنّ الشرط الأساسي لثبوت النسب هو أن يولد مثل الولد لمثل من يُنسب إليه عرفاً<sup>68</sup>.

<sup>66</sup> انظر، م.ع، غ.أ.ش، 1986/02/24، ملف رقم 39473؛ مقتبس عن العربي بلحاج، قانون الأسرة، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقاً لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص.48.

<sup>67</sup> عبد الفتاح تقيّة، مباحث...، المرجع السابق، ص.284.

<sup>68</sup> انظر، عبد الرحمان الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، ج2، الطلاق وآثاره، المطبعة الجديدة، دمشق، ط<sup>5</sup>، 1979، ص.167.

ولم يُشر المشرع إلى هذا الشرط صراحة في قانون الأسرة، وأحال ذلك على ما ورد في الشريعة الإسلامية بموجب المادة 222 من قانون الأسرة. كما أنّ هذا الشرط تقتضيه القواعد العامة.

وقد أكد قضاء المحكمة العليا شرط قيام الزوجية وإمكانية الاتصال بين الزوجين كدليل لإثبات النسب. ففي قرارها الصادر بتاريخ 1997/07/08م، قضت بما يلي:

"من المقرر شرعا أنّ الولد للفراش وللعاشر الحجر.

ومن المقرر عليه قضاء أنّ مدّة نفي النسب لا تتجاوز ثمانية أيام، ومتى تبين -في قضية الحال- أنّ ولادة الطفل قد تمتّ والزوجية قائمة بين الزوجين، وأنّ الطّاعن لم ينف نسب الولد بالطرق المشروعة، وألاّ لتأثير لغيبية الطّاعن ما دامت العلاقة الزوجية قائمة، وأنّ القضاة بقضائهم بإثبات نسب الولد طبقوا صحيح القانون"<sup>69</sup>.

وتأسيسا على هذا الوجه، اعتبر قضاء المحكمة العليا أنّ ولادة الطفل موضوع النزاع قد تمتّ والزوجية قائمة بين الزوجين، والطّاعن لم ينفه بالطرق المشروعة، وأنّ دعوى الغيبة لا معنى لها طبقا للمادة 41 من قانون الأسرة التي تمسكت بقاعدة "الولد للفراش وللعاشر الحجر".

وبما أنّ عملية الاتصال الجنسي بين الزوجين هي الوسيلة التي أقرها الشرع الإسلامي للإنجاب، إلاّ أنّه يُمكن أن تعترضها عوائق مرضية قد تحول دون تحقيق التنازل، كعقم أحد الزوجين أو كليهما، أو بسبب خلل بيولوجي نتيجة ضعف الخصوية لدى الزوج أو الزوجة. فقد توصل العلماء في مجال العلوم البيولوجية بصفة عامّة، وعلم الأجنة بصفة خاصّة، إلى أنّ عملية الإخصاب الاصطناعي كبديل للإخصاب الطبيعي في حالة إصابة أحد الزوجين بعقم أو ضعف يحول دون إتمام عملية الحمل بالاتصال الجنسي الطبيعي، ذلك أنّ التوليد الاصطناعي هدفه التوليد بغير الطّريق

<sup>69</sup> انظر، م.ع، غ.أ.ش، 1997/07/08، ملف رقم 165408، م.ق، 2001، عدد 01، ص.67.

الطبيعي<sup>70</sup>، لكن كيف تتم عملية التلقيح الاصطناعي كبديل لعملية الإنجاب الطبيعي؟ وكيف يُعتبر هذا الطريق<sup>71</sup>؟

إضافة إلى إمكانية الاتصال بين الزوجين، وأن يكون الزوج ممّن يُتصوّر منه الحمل، لا بدّ في ثبوت نسب الولد أن يكون في فترة واقعة بين أقلّ مدّة الحمل وأكثرها، وهذا ما سوف ندرسه في الفرع الموالي.

## الفرع الثاني

### مدة الحمل

"من المعلوم أنّ الولد قبل ولادته يكون جنينا في بطن أمّه، يحتاج تكوينه ونشأته ونموّ أعضائه وخروجه للدنيا إلى فترة زمنية محدّدة بأشهر معدودة. وغالبا ما تكون مدّة نشوء الجنين وتكوينه وخروجه من بطن أمّه مشتملة على تسعة أشهر، لكن هذه المدّة ليست على طلاقها، فقد تزيد وقد تنقص، حسب الحاجة البيولوجية والأسباب التي تختصّ بها كلّ حامل، وفي الغالب لا تخرج عن إطار الأسباب العلمية التي يُقرّها الطب الحديث"<sup>72</sup>.

وعليه، من القواعد الأساسية التي يبني عليها الأصل الشرعي "الولد للفرش"، ومن ثمّ يؤسّس عليها الحكم بثبوت النسب من عدمه، هي أن تضع الزوجة مولودها خلال مدّة معيّنة من الزواج. وفي هذا السياق، قد استقرّ المشرّع الجزائري على أنّ أدنى مدّة الحمل هي ستّة أشهر وأقصاها عشرة أشهر، حيث نصّت المادة 42 من قانون الأسرة على أنّ: "أقلّ مدّة الحمل ستّة (06) أشهر وأقصاها عشرة (10) أشهر".

<sup>70</sup> انظر، نصر الدين مروك، التلقيح الاصطناعي في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، 1419هـ/1999م، عدد 02، ص 168-169.

<sup>71</sup> سوف نُجيب عن هذه الأسئلة في الباب الثاني لهذا البحث، انظر، ص 339.

<sup>72</sup> انظر، باديس نياي، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري: إقرار، بيّنة، تلقيح اصطناعي، البصمة الوراثية، نظام تحليل الدم، دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010، ص 20.

وبذلك يكون قد تعرّض كلّ من الشرع والتّشريع إلى تحديد أدنى مدّة الحمل والحدّ الأقصى له، مع اختلاف الفقهاء<sup>73</sup> في أقصى مدّة الحمل، وبالتالي علينا تفصيل مسألتي أدنى مدّة الحمل (أولاً) وأقصاها (ثانياً) وكيفية استخدام مدّة الحمل في إثبات النسب (ثالثاً).

### أولاً: أدنى مدة الحمل.

لكي يثبت نسب الولد من الرّوج لابدّ أن تكون أمّه قد وضعت له لستّة أشهر على الأقلّ من يوم تلاقي الرّوجين، أي 180 يوماً، وهذا ما اتّفق عليه الأئمّة الأربعة وغيرهم من الفقهاء. وتعتبر هذه المدّة كافية لاحتياج الجنين كي يتكوّن ويولّد حيّاً، وخير دليل على ذلك الآيتين الكريمتين التاليتين، حيث قال الله ﷻ: ﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا وَحَمَلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا...﴾<sup>74</sup>. ويستدلّ بهذه الآية مع قوله ﷻ: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ...﴾<sup>75</sup>، أن مدّة الرضاع سنتان.

كما جاء في قوله ﷻ: ﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَى وَهْنٍ وَفِصَالُهُ...﴾

في عامين أن أشكر لي ولوالديك إلى المصير<sup>76</sup>. وتفسير "فصاله في عامين"، أي هو ملازم لحضانة أمّه وكفالتها ورضاعتها، أفما يحسن بمن تحمّل على ولده هذه الشدائد مع شدّة الحبّ أن يؤكّد على ولده ويوصي إليه بتمام الإحسان إليه<sup>77</sup>؟

<sup>73</sup> انظر، أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي، المجموع شرح المذهب، ج19، دار الفكر، لبنان، 2005، ص.47 وما بعدها.

<sup>74</sup> سورة الأحقاف، الآية 15.

<sup>75</sup> سورة البقرة، الآية 233.

<sup>76</sup> سورة لقمان، الآية 14.

<sup>77</sup> باديس ذيابي، المرجع السابق، ص.20 وما بعدها.

فيضمّ هاتين الآيتين الكريمتين إلى بعضهما البعض يثبت أنّ مدّة الحمل والرّضاع ثلاثون شهرا، فإذا أسقطنا منها مدّة الرّضاع عامين، أي أربعة وعشرون شهرا، بقيت مدّة سنّة أشهر، وهي أقلّ مدّة الحمل<sup>78</sup>.

وعليه فإذا جاءت المرأة بولد لتمام سنّة أشهر أو أكثر من الزّواج بها مع إمكانية الدّخول بها، ما طُلب منها بيّنة لإثبات نسب الولد المولود من أبيه، وليس لهذا الأخير إنكاره إلاّ بالطّرق المشروعة. وبهذا يكون موقف المشرّع الجزائري طبقا لنصّ المادّة 42 من قانون الأسرة متماشيا مع أحكام الشرع الإسلامي فيما يتعلّق بتحديد أقلّ مدّة الحمل بستّة أشهر.

وهي المدّة التي جاءت الأبحاث الطّبيّة الحديثة تؤيّدّها وتؤكد أنّ المولود الذي تضعه أمّه بعد حمل سنّة أشهر قابل للحياة، شأنه شأن أيّ مولود آخر يولد بعد حمل سنّة أشهر. والجنين الذي لا يكون قابلا للحياة، إذا وُلد قبل نهاية الشّهر السّادس وبداية الشّهر السّابع، لأنّ الجهاز العصبي المركزي والجهاز التنفّسي لم يتطوّرا بعد بشكل ملائم، ويُقرّر الأطباء أنّ الجنين الذي يبلغ عمره سنّة أشهر يتميّز بصفة مهمّة، وهي قدرته على التنفّس بانتظام لعدّة أيّام إذا وُلد وهو في هذا العمر، بل وتكون لديه فرصة للعيش إذا وُضع داخل حاضنة مناسبة. والسّنّة أشهر هي أدنى مدّة للحمل يُمكن أن يولد فيها المولود تامّ الخلقة<sup>79</sup>.

تنصّ المادّة 42 من القانون على أنّ: "أقلّ مدّة الحمل سنّة (06) أشهر"<sup>80</sup>. يتّضح من خلالها أنّ المشرّع حدّد أدنى مدّة للحمل بستّة أشهر.

<sup>78</sup> انظر، محمد محدة، سلسلة فقه الأسرة، ط<sup>2</sup>، أطلس للنشر، الجزائر، 1993، ص.419-420؛ انظر، أحمد محمود خليل، الوسيط في تشريعات محاكم الأسرة للمسلمين وغير المسلمين، معلقا عليها بأحكام النقض والدستورية العليا، المكتب الجامعي الحديث، 2008، ص.349؛ انظر، محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في التشريعات الإسلامية، دار الكتاب العربي، بيروت، ط<sup>1</sup>، 1987، ص.357.

<sup>79</sup> انظر، محمد سليمان النور، مدة الحمل بين الفقه والطب وقوانين الأحوال الشخصية المعاصرة، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، 2007، عدد 70، ص.288.

<sup>80</sup> انظر، الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 2005/02/27، المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 1984/06/09، المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

وعليه فإن جاءت المرأة بولد لتمام سنة أشهر أو أكثر من وقت الزواج بها، مع إمكانية الدخول، ما طلب منها بيّنة لإثبات نسب الولد لأبيه، وليس للأب إنكاره إلا بالطرق المشروعة.

أمّا إذا جاءت بالولد لأقلّ من سنة أشهر لم يلحق نسبه بالزوج، لأنّ الحمل سابق على الزواج، فلا يكون حاصلًا من هذا الزواج، إذ أنّ أقلّ مدّة الحمل سنة أشهر، فهذا دليل على أنّ الزوجة حملت به قبل زواجها، إلاّ إذا ادّعاها ولم يُصرّح بأنّه من الزنا، فيثبت بالدعوى لا بالفراش.

وهذا ما أكّده المحكمة العليا في العديد من قراراتها، إذ جاء في قرار لها: "من المقرّر شرعا أنّ الولد للفراش الصحيح، وأنّ أقلّ مدّة للحمل هي سنة أشهر، ومن ثمّ فإنّ الولد الذي وُلد بعد مضي 64 يوما لا يثبت نسبه لصاحب الفراش، ولما كان كذلك، فإنّ النّعي على قرار القاضي بنفي التّسب غير مؤسّس ويستوجب الرّفص"<sup>81</sup>.

وجاء في قرار آخر: "من المقرّر قانونا أنّ أقلّ مدّة الحمل سنة أشهر وأقصاها عشرة، ومن ثمّ فإنّ القضاء بما يخالف ذلك يُعدّ خرّقا للقانون.

ولما كان الثّابت في قضية الحال أنّ مدّة الحمل المطعون ضدها أقلّ من الحدّ الأدنى المقرّر قانونا، فإنّ قضاة المجلس بقضائهم بإلحاق نسب الطّفل لأبيه خرّقوا القانون، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"<sup>82</sup>.

إلاّ أنّ المشرّع لم يُحدّد التّقويم الواجب العمل به، ولذلك يحقّ لنا أن نتساءل هنا عمّا إذا كانت السّنة أشهر تُحسب على أساس التّقويم الهجري أم الميلادي، علما أنّ المادّة الثّالثة من القانون المدني تنصّ على أنّه: "تُحسب الأّجال بالتّقويم الميلادي ما لم ينصّ القانون على خلاف ذلك"<sup>83</sup>.

<sup>81</sup> انظر، م.ع.، غ.أ.ش.، 1984/12/17، ملف رقم 35087، م.ق.، 1990، عدد 01، ص.86.

<sup>82</sup> انظر، م.ع.، غ.أ.ش.، 1990/01/22، ملف رقم 57756، م.ق.، 1992، عدد 02، ص.71.

<sup>83</sup> انظر، قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني الجزائري، ج.ر.، رقم 44، 2005.

وسدًا لهذا الفراغ التشريعي جرى العمل في محاكنا بمختلف درجاتها بالتقويم الميلادي، وهذا ما يؤكده القرار الصادر عن المحكمة العليا، حيث قضت فيه: "بالفعل فإنّ قضاة الموضوع، قد قضوا بصحّة الزواج العرفي الواقع في شهر نوفمبر 1998م لتوافر أركانه... وتاريخ ولادة الولد يوم 1999/06/05م، بعد تاريخ الدّخول والبناء بأكثر من سنّة (06) أشهر. وأنّ المادّة 42 (ق.أ.) تنصّ على أنّ أقلّ مدّة للحمل سنّة أشهر<sup>84</sup>. وهذا ما لا يتماشى والنصوص الشرعية لأنّ أقلّ مدّة الحمل سنّة أشهر قمرية<sup>85</sup>.

ولكن إذا كان الإجماع حاصلًا بالنسبة للمدّة الدنيا للحمل، وهي سنّة أشهر، فإنّ الخلاف هو بخصوص الحدّ الأقصى لمدّة الحمل، وهذا ما سوف نبيّنه في الجزئية الموالية.

### ثانيا: أقصى مدّة الحمل.

لم يرد في القرآن الكريم ولا في السنّة النبوية الشريفة<sup>86</sup>، تحديد أقصى مدّة الحمل التي يُمكن أن يثبت بها النسب، ولهذا اختلف الفقهاء اختلافا كبيرا وتوسّعوا فيها<sup>87</sup>، واعتمدوا على أقوال من وثقوا بهم من الناس، وللفقهاء المسلمين آراء وأقوال متباينة ومتباعدة<sup>88</sup>.

ذهب أنصار الرأي الأول بأنه لا يوجد أكثر مدّة الحمل، وهو قول أبي عبيد وإحدى روايات ثلاث عن الإمام مالك، ورجّح هذا القول علماء معاصرون<sup>89</sup>، ودليله أنّ الشارح الحكيم لم يُحدّد مدّة لأقصى الحمل.

<sup>84</sup> انظر، م.ع، غ.أ.ش، 1993/11/23، ملف رقم 99000، م.ق، 2001، عدد خاص، ص.65.

<sup>85</sup> جيلالي تشوار، النقائص التشريعية...، المرجع السابق، ص.157.

<sup>86</sup> عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.210؛ أحمد محمود خليل، المرجع السابق، ص.349.

<sup>87</sup> أبو الوليد محمد بن احمد بن محمد بن رشد القرطبي، المرجع السابق، ص.352.

<sup>88</sup> محمد محمد أبو زيد، المرجع السابق، ص.21.

<sup>89</sup> انظر، محمد الأمين بن محمد بن المختار الجكني الشنقيطي، أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، ج2، دار

الفكر للطباعة والنشر، بيروت، 1415هـ/1995م، ص.228.

أما الرأي الثاني فأخذ بخمس سنين وهو المشهور في مذهب المالكية، وهو قول الليث بن سعد وعباد بن العوام<sup>90</sup>، ورواية عن مالك، ودليل هذا القول وجود نساء حملن لخمس سنين.

بالنسبة لأنصار الرأي الثالث فهو أربع سنين وهو رأي الشافعية وظاهر مذهب الحنابلة، ورجحه من العلماء المعاصرين صالح بن فوزان الفوزان، ودليل هذا القول أن ما لا نص فيه يرجع إلى الوجود. وقد وجد الحمل لأربع سنين، لأن نساء بني عجلان يحملن لأربع سنين. فقد روي عن مالك بن أنس أنه قال: "هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان، امرأة صدق، وزوجها رجل صدق، حملت ثلاثة أبطن في اثني عشر سنة، كل بطن في أربع سنين"<sup>91</sup>.

وقيل أن الضحّاك ولدته أمّه لأربع سنين وولدتها بعدما نبتت ثنياه وهو يضحك، فسُمّي ضحّاكا، وعبد العزيز الماجشوني ولدته أمّه لأربع سنين. وهذه عادة معروفة عند نساء ماجشون أنهنّ يلدن لأربع سنين<sup>92</sup>.

والرأي الرابع أخذ بثلاث سنوات وهو رأي آخر للمالكية. ودليل هذا القول ما رواه الواقدي في قوله: سمعتُ مالك بن أنس يقول: "قد كان الحمل ثلاث سنين وقد حمل ببعض الناس ثلاث سنوات". يعني نفسه، لأنّه كما يقول في كتاب المناقب والسير بأنّ أمّه حملت به ثلاث سنين<sup>93</sup>.

والرأي الخامس لأبي حنيفة<sup>94</sup>، أن أكثر مدة الحمل سنتان، ودليل هذا القول عن عبد الرحمن بن جريح عن جميلة بن سعد عن عائشة رضي الله عنها قالت: "وما تزيد المرأة في الحمل على سنتين ولا قدر ما يتحوّل ظلّ عمود المغزل"<sup>95</sup>. أي بقدر ظلّ المغزل

<sup>90</sup> وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.688.

<sup>91</sup> محمد محي الدين عبد الحميد، المرجع السابق، ص.358.

<sup>92</sup> محمد سليمان النور، المرجع السابق، ص.293.

<sup>93</sup> انظر، خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثارها على الأحكام الفقهية، دراسة فقهية مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2004، ص.118-119.

<sup>94</sup> انظر، محمد عاشق البرني، التسهيل الضروري لمسائل القدوري في فقه الإمام أبو حنيفة النعمان، باب دوى النسب فيمن ولدته الجارية بعد البيع، مكتبة الشيخ كراتشي، ج2، د.س.ن.، ص.191؛ انظر، محمد أمين الهدى المشهور بابن عابدين، مجموعة رسائل ابن العابدين، ج1، د.د.ن.، د.س.ن.، ص.56.

<sup>95</sup> محمد محدة، المرجع السابق، ص.424؛ أحمد الغندور، المرجع السابق، ص.575.

حال الدوران، والغرض منه تقليل المدّة، فإنّ ظلّ المغزل حالة الدوران أسرع زوالاً من سائر الظلال. ورواية المبسوط والإيضاح ولو بفلكة مغزل، أي ولو بدوران فلكة مغزل، والمعنى هو ما في الرواية الأخرى<sup>96</sup>.

ويقول الحنفية أنّ مثل هذا لا يُعرف بالرأي وليس مدخلاً للقياس في تعيين مدّة الحمل. فدلّ ذلك على أنّ السيّدة عائشة رضي الله عنها قالت ذلك سماعاً من صاحب الوحي صلى الله عليه وآله، فيكون منه حجة.

والملاحظ أنّ كلّ من الآراء الثّاني والثّالث والرّابع والخامس، يُمكن أن ندخلها ضمن نظرية الطّفّل النّائم (La théorie de l'enfant endormi)، وهو الذي يبقى في رحم أمّه لمدّة طويلة، وبعد مرور مدّة زمنية يبدأ في النّموّ، أي ما بين تشكيل وولادة الطّفّل هناك وقت طويل، قد يصل إلى بعض السّنوات أحياناً<sup>97</sup>.

أمّا أنصار الرّأي السادس اتّفقوا على سنة قمرية وهو رأي محمد بن عبد الحكم من المالكية<sup>98</sup>. ودليل هذا القول أنّه أقرب إلى المعتاد في الحمل<sup>99</sup>.

والرّأي السابع هو تسعة أشهر قمرية وهو رأي داود وابن حزم وأصحابهم من الظّاهرية، ونسبه ابن حزم في المحلّي إلى عمر بن الخطّاب رضي الله عنه إذ قال: قال عمر: "أيّما رجل طلق امرأته فحاضت حيضة أو حيضتين ثم قعدت، فلتجلس تسعة أشهر حتّى يُستبين حملها..."<sup>100</sup>.

<sup>96</sup> وجاء في الفتح: "والظاهر أنها قالتها سماعاً من صاحب الوحي". كمال الدين محمد بن عبد الواحد السواسي السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي، المرجع السابق، ص.224.

<sup>97</sup> Cf. Choukri KALFAT, Les aspirations conflictuelles du droit de l'adoption, R.A.S.J.E.P., O.P.U., Alger, 1994, N°01, p.21.

<sup>98</sup> انظر، محمد بن أحمد الصالح، فقه الأسرة عند الإمام ابن تيمية في الزواج وأثاره، م<sup>2</sup>، د.س.ن، ص.750.

<sup>99</sup> انظر، مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ج1، الزواج وانحلاله، المكتب الإسلامي، ط7، 1417هـ/1998م، ص.260؛ وهبة مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي...، المرجع السابق، ص.677.

<sup>100</sup> انظر، أبو محمد بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، المحلّي بالآثار، ج10، دار الفكر للطباعة والنشر، لبنان، 2001، ص.133.

أما الجعفرية فلهم أقوال مختلفة: فقل في تسعة أشهر، وقل عشرة، وقل سنة، ثم اختلفوا في تحديدها، وأن ذلك يرجع إلى اختلاف عادات النساء، فإن بعضهن تلد لتسعة أشهر، وبعضهن لعشرة، وقد يتفق نادرا بلوغ السنة<sup>101</sup>.

والواقع أن ما ذهب إليه الجعفرية والظاهرية ومحمد بن عبد الحكم أقرب إلى العقل، ومن النادر ما تعدو مدة الحمل هذا القدر.

بعد عرض أقوال الفقهاء وأدلتهم في أكثر مدة الحمل، تبين أنه لا يوجد نص من الكتاب أو السنة النبوية الشريفة، يُحدّد أكثر مدة الحمل، وإنما اعتمد تحديدهم على ما جرت به العادة في ولادة النساء.

وطالما الأمر كذلك، يكون المرجع الوحيد في تحديد أكثر مدة الحمل هو عادة النساء في ذلك، وقد صرح بعض الفقهاء بهذا<sup>102</sup>، وأعلم الناس بعادة النساء هم الأطباء. وغالبا مدة الحمل عندهم هي 280 يوما، تُساوي تسعة أشهر وثلاثا تقريبا. وذكروا أن غالب مدة الحمل مدة تقريبية، قد تنقص أو تزيد بأسبوع أو أسبوعين<sup>103</sup>. وقول الأطباء بشأن أقصى مدة الحمل لا يتعارض مع الشرع، ذلك لعدم ثبوت نص يقيني قاطع يُفيد مخالفة هذه الحقيقة العلمية الثابتة، ذلك لأن كل الذي ثبت من آراء الأئمة لا يرقى إلى مرتبة اليقين<sup>104</sup>.

وهذا ما قال به الإمام أبو زهرة مفندا تلك الأخبار والروايات لعدم صحتها، حيث يقول: "وإذا كان لمالك رأي فقهي، وهو جواز بقاء الحمل في بطن أمه ثلاثا، وأن ذلك الرأي استمدّه من أخبار بعض الأمّهات أو من أقوال نسبت إلى بعض نساء السلف الصالح، فلا نستطيع أن نأخذ به لأنّ الطبّ يُقرّ أنّ الحمل لا يُمكن أن يمكث في بطن أمه أكثر من سنة".

<sup>101</sup> انظر، محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنة والمذهب الجعفري والقانون، دار النهضة العربية، بيروت، ط<sup>2</sup>، 1397هـ/1977م، ص.679.

<sup>102</sup> قال ابن رشد: "وهذه المسألة مرجوع فيها إلى العادة والتجربة". ابن رشد، المرجع السابق، ص.352.

<sup>103</sup> محمد سليمان النور، المرجع السابق، ص.315.

<sup>104</sup> محمد محدة، المرجع السابق، ص.426-427.

ويقول أيضا: "والحقّ في هذه القضية أنّ التّقدّيرات لم تُثبّن على النّصوص بل على ادّعاء الوقوع في هذه المدد، وأنّ الاستقراء في عصرنا الحاضر لا يحدّد من الوقائع ما يؤكّد التّقادير بخمس ولا أربع ولا سنتين، وإنّما الوقائع تؤيّد التّقدير بتسعة أشهر، وقد يوجب الاحتياط التّقدير بسنة"<sup>105</sup>.

وبما أنّ رأي الجعفرية يتّفق مع الطّبّ الحديث<sup>106</sup>، فالواجب الأخذ به من طرف المشرّعين والفقهاء.

ويبدو أنّ القانون الجزائري جاء متأثراً بهذا الرّأي، حيث حدّد أقصى مدّة الحمل بعشرة (10) أشهر، طبقاً لما جاء في المادّة 43 من قانون الأسرة التي نصّت على أنّه: "ينسب الولد لأبيه إذا وُضع الحمل خلال عشرة (10) أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة". وكذلك ما نصّت عليه المادّة 42 المذكورة سابقاً والمادّة 60 من نفس القانون.

إلا أنّ الإشكال الذي يُمكن طرحه هنا، هو أنّ المشرّع وإن كان قد تأثّر بالمذهب الجعفري حين حدّد أقصى مدّة الحمل بعشرة أشهر، ما هي الشّهور المعتمدة في حساب المدّة، هل هي الشّهور القمرية جريا على ما قرره فقهاء الجعفرية، أم هي الشّهور الشمسية؟

لقد التزم المشرّع الجزائري الصّمّت في هذا الباب، وهو ما لم يسلكه القضاء بحيث نجده يعتدّ بالأشهر الشمسية، وهو ما أكّده المجلس الأعلى آنذاك في عدّة قراراته، منها ما قضى به: "من المقرّر شرعا أنّ الولد للفراش الصّحيح، وأنّ أقلّ مدّة للحمل هي سنّة أشهر، ومن ثمّ فإنّ الذي وُلد بعد مضي 64 يوماً لا يثبت نسبه لصاحب الفراش، ولما كان كذلك، فإنّ النّعي على القرار القاضي بنفي النّسب غير مؤسّس ويستوجب الرّفص، إذا كان الثّابت -في قضية الحال- أنّ قضاة الاستئناف طبقوا في قرارهم في نفي النّسب بعد أن تبيّن لديهم أنّ عقد الزّواج أبرم بين الطّرفين يوم 1981/11/02م وأنّ البنت ازدادت يوم 1982/01/06م (أربعة وستون يوماً من

<sup>105</sup> محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص. 385 وما بعدها.

<sup>106</sup> محمد محي الدين عبد الحميد، المرجع السابق، ص. 381 وما بعدها.

تاريخ الزواج)، أي بأقل من مدة الحمل ستة أشهر، وأن الاتصال الجنسي المزعوم قبل العقد يُعدّ زناً<sup>107</sup>.

كما قضى في قرار آخر بأنه: "من المقرّر قانوناً أنّ أقلّ مدّة الحمل ستة اشهر وأقصاها عشرة أشهر، ومن ثمّ فإنّ القضاء بما يخالف ذلك يُعدّ خرقاً للقانون، ولمّا كان ثابتاً في قضية الحال أنّ مدّة حمل المطعون ضدها أقلّ من الحدّ الأدنى المقرّر قانوناً، فإنّ قضاة المجلس بقضائهم إلحاق نسب الطّفّل لأبيه خرقوا القانون، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"<sup>108</sup>.

وأما بالنسبة لبداية حساب أقلّ وأقصى مدّتي الحمل تكون من تاريخ توافر عقد الزواج الصّحيح وإمكانية الاتّصال بين الزوجين، فلا يُمكن الاعتداد بتاريخ إبرام عقد الزواج فقط.

<sup>107</sup> انظر، م.ع، غ.أ.ش، 1984/12/17، ملف رقم 35087، م.ق، 1990، عدد 01، ص.86.

<sup>108</sup> انظر، م.ع، غ.أ.ش، 1985/02/25، ملف رقم 35934، م.ق، 1992، عدد 02، ص.71.

### ثالثاً: كيفية استخدام مدة الحمل في إثبات النسب.

الاستعانة بمدة الحمل، بحديها الأدنى والأقصى، أمر لا غنى عنه لتقرير ثبوت النسب أو نفيه، سواء جاءت الولادة أثناء قيام الفراش الصحيح، أو الفراش الفاسد أو شبهة الفراش، وسواء جاءت الولادة بعد الفرقة في الزواج الصحيح، أو المشاركة في الفراش الفاسد أو زوال شبهة الفراش.

كي يثبت نسب الطفل المولود أثناء قيام الفراش يلزم أن تأتي ولادته لسنة أشهر أو أكثر - وهذا مع افتراض توافر الشروط الأخرى -، فهذه المدة كافية لأن يعلق الحمل من الزوج صاحب الفراش، ويتكوّن الجنين وينزل حياً<sup>109</sup>.

أما عن تاريخ بدء حساب المدة، فالأمر يختلف بحسب ما إذا كنا بصدد فراش صحيح أم فاسد أم شبهة. ففي حالة الفراش الصحيح، تُحسب مدة السنة أشهر من وقت العقد الصحيح وحتى الولادة، وثبوت النسب في هذه الحالة لا يحتاج إلى إقرار الزوج، أو أن تُقيم الزوجة البيّنة.

وهكذا يتّضح أن نسب الولد يكون منتقياً إذا جاءت به الزوجة لأقل من سنة أشهر من وقت العقد، وعلة ذلك هو أنّ الإتيان بالولد حياً قبل المدة الكافية لذلك يدلّ على أنّ الحمل قد حدث قبل وجود الفراش. وهذا يُعدّ دليلاً على أنّ الحمل يُنسب لغير الزوج، ولكن ليس هذا باليقين، فقد يكون الحمل منه ولكنّه حدث قبل وجود الفراش. ولهذا فقد أجاز الفقهاء ثبوت النسب في هذه الحالة إذا ادّعاها الزوج ولم يقل إنّه من الزنا. وثبوت النسب هنا يكون بالإقرار لا بالفراش، وهذا الحكم لا خلاف عليه بين أئمة الدين<sup>110</sup>.

الطفل الشرعي في نظر المشرّع الجزائري هو نفسه بالنسبة للمشرّع الفرنسي، وهو ذلك الطفل الذي يُولد في كنف رجل وامرأة تربطهما علاقة زواج شرعي، ويُلقق

<sup>109</sup> انظر، عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي، إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة، رسالة دكتوراه، كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، 2000، ص. 40-41.

<sup>110</sup> انظر، أحمد إبراهيم بك وواصل علاء الدين، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون، مطبعة الحروبصلي، القاهرة، 1994، ص. 493 وما بعدها.

نسبه بوالدته التي وضعت وتطبق فوراً قرينة الأبوة، بمعنى أنّ الزوج هو الوالد الشرعي لهذا المولود<sup>111</sup>.

إذا كانت هذه هي الحالة العادية، فهناك بعض الحالات أين يقوم الزوج بإنكار أبوته للمولود مما يؤدي بالزوجة إلى البحث عن طرق لإثبات نسبه إليه، فعلى هذا المنوال قام المشرع بالنص على أدلة لثبوت النسب الشرعي وفقاً للمواد من 319 إلى 328 من القانون المدني الفرنسي.

بالرجوع إلى هذه الأخيرة يمكن تقسيم هذه الأدلة إلى قسمين: الأدلة غير القضائية (I)، والأدلة القضائية (II).

### 1- الأدلة غير القضائية لإثبات النسب الشرعي:

بالرجوع إلى النصوص القانونية نستخلص أنّ الأدلة غير القضائية تكمن في عقد الازدياد «Acte de naissance»، والحالة الظاهرة للطفل «Possession d'état de l'enfant».

#### أ) عقد الازدياد «Acte de naissance»:

"نسب الطفل الشرعي يثبت عن طريق عقد الازدياد المسجل في سجلات الحالة المدنية"<sup>112</sup>.

إذا اشتمل العقد على ذكر اسم الأم واسم زوجها على أنه الوالد، فإنّ هذا العقد تكون له قوة كبيرة في الإثبات، إذ يكفي أن تتمسك الأم بتطبيق نص المادة أعلاه لإثبات النسب في حالة إنكار من قبل زوجها. وهنا يكون موقف الزوج ضعيفاً، اللهم

<sup>111</sup> Cf. Catherine LABRUSSE-RIOU, Filiation, Panthéon-Sorbonne, Paris, 1996, p.05.

<sup>112</sup> استناداً لما نصت عليه المادة 319 من ق.م.ف.، حيث جاء فيها:

«La filiation des enfants légitimes se prouve par les actes de naissance inscrit sur les registres de l'état civil».

إلا إذا تمسك بنص المادة 315 من القانون المدني، وأثبت أن الطفل قد وُلد بعد المدّة المحدّدة، أي بعد مدّة تفوق 300 يوما من فكّ الرّابطة الزّوجية، أو من غياب الزّوج.

لكنّ العقد قد يشمل على ذكر الأمّ دون ذكر اسم زوجها، ففي هذه الحالة يُفترض أنّ الطّفل هو ابن شرعي شريطة أن يكون حائزاً على حالة ظاهرة تّجاه كلّ من الزّوج والزّوجة معاً<sup>113</sup>.

على العموم، لا يطرح عقد الازدياد مشاكل خاصّة، فمتى تمّ تسجيل الطّفل لدى سجّلات الحالة المدنية، يُعتبر ابناً شرعياً، ويصلح هذا العقد كدليل لإثبات شرعية هذا النّسب<sup>114</sup>.

### ب) الحالة الظاهرة للطفل «Possession d'état de l'enfant»:

يُقصد بها الحالة الاجتماعية للطفّل وذلك بأن يعيش تحت سقف الزّوجين ويُعامل كابن شرعي بيولوجي لهما. ويُمكن الاستدلال بهذه الحالة الظاهرة من أجل إثبات نسب المولود<sup>115</sup>.

ويُلجأ إلى هذا الدّليل في حالة عدم العثور على عقد الميلاد، أو ضياع سجّلات الحالة المدنية، وإنّه يُثبت الأمومة والأبوة في آن واحد، غير أنّه لا يُعتبر دليلاً قاطعاً، إنّما هو دليل بسيط يُمكن دحضه بإثبات العكس، كأن يتمّ إثبات أنّ الحجج المقدّمة غير كافية لإثبات الحالة الظاهرة والاعتراف بها، أو أنّ هذه الحالة لم ترق بعد إلى درجة إثبات النّسب. وأخيراً عن طريق بيان أنّ الحقيقة الاجتماعية الممثلة بالحالة الظاهرة للطفّل لا تُخفي الحقيقة البيولوجية<sup>116</sup>.

<sup>113</sup> وهذا استناداً للفقرة 02 من المادة 313 من ق.م.ف.، التي نصت على:

«La présomption de paternité retrouve, néanmoins, de plein droit, sa force si l'enfant, à l'égard des époux, a la présomption d'état de l'enfant légitime».

<sup>114</sup> انظر، هجيرة خدام، التلقيح الاصطناعي، دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والقانون الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2006-2007، ص.219-220.

<sup>115</sup> وهذا ما نصت عليه المادة 320 من القانون المدني بقولها:

«A défaut de ce titre la possession de l'état de l'enfant légitime suffit».

<sup>116</sup> Cf. Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, Droit de la famille, Dalloz, Paris, 2001-2002, p.512.

نشير في هذا الصدد، أنّ الطفل الذي سُجّل في سجّلات الحالة المدنية ومُنح اللقب العائلي، وتبيّن أنّ الحالة الظاهرة تتماشى مع اللقب الممنوح له، لا يُمكنه المطالبة بإلغاء نسبه هذا ومنحه نسبا آخر<sup>117</sup>.

كما أنّه لا يُمكن لأيّ كان أن يشكّ في نسب هذا المولود أو يُطالب بإنكار حالته<sup>118</sup>.

من هنا نستخلص أنّه كمبدأ عام، مطابقة اللقب مع الحالة الظاهرة تعكس روابط الدم، غير أنّه استثناء، هناك حالات قد تقع، تجعل المولود ابنا غير بيولوجي للزوج، ومع ذلك يُسجّل باسمه، ويتمّ الاعتراف له بالحالة الظاهرة، فيُعامل كما لو كان ابنه البيولوجي.

تتمثّل هذه الحالات في استبدال الطفل وفي التظاهر بالحمل، ومعنى ذلك أنّه قد يقع أن تلد امرأتان في نفس الوقت فيتمّ استبدال مولود بأخر. أمّا الحالة الثانية، فتدّعي فيها المرأة الحمل أمام زوجها، وعند موعد الولادة تأتي بطفل آخر، فتُسجّله لدى الحالة المدنية، كما لو كان ابنها البيولوجي<sup>119</sup>.

وأمام هذه الحالات، أعطى المشرّع للزوج إمكانية إنكار نسب الولد إذا أثبت أنّه نجم عن هاتين الحالتين، وله أن يستعمل جميع وسائل الإثبات ليتحلّل من التزام أبوته له، وهو ما نصّت عليه المادّة 01/322 من القانون المدني التي جاء فيها:

«Toutefois, s'il est allégué qu'il y a eu supposition d'enfant, ou substitution, même involontaire, soit avant, soit après la rédaction de l'acte de naissance, la preuve en sera recevable et pourra se faire par tous moyens».

<sup>117</sup> وهذا ما نصت عليه الفقرة 01 من المادّة 322 من القانون المدني، التي جاء فيها:

«Nul ne peut réclamer un état contraire à celui que lui donnent son titre de naissance et la possession d'état conforme à ce titre».

<sup>118</sup> طبقا لنص المادّة 322 الفقرة 02 من نفس القانون، حيث تنص على أنه:

«Et réciproquement, nul ne peut contester l'état de celui qui a une possession conforme à son titre de naissance».

<sup>119</sup> Cf. Patrick NICOLEAU, Droit de la famille, Ellipses, Paris, 1995, p.115.

**II- الأءلة القضاية لإنبات النسب الشرعي:**

نصّ المشرّع على أدلة أخرى تتمّ أمام القضاء، وهذه الأخيرة قد تقدّم من قبل الطفل الذي يرفع دعوى المطالبة بالحالة، كما أنها قد تقدّم من طرف الزوجين من أجل استرداد نسب الطفل الشرعي.

**أ) دعوى المطالبة بالحالة:**

تكون هذه الدعوى ممكنة عندما لا يكون للطفل لقب، لا حالة ظاهرة، وأيضا عندما يتم تسجيل الطفل تحت اسم خاطئ أو لا يصرح باسم أمه. هنا أجاز المشرع أن يستند على المادة 323 المعدلة بموجب قانون 08 جانفي 1993م التي تنص على أن:

« La preuve de l’afiliation ne peut être judiciairement rapportée que si’il existe des présomptions ou indices assez graves pour en déterminer l’admission ».

يمكن أن تكون هناك علامة وراثية لدى الطفل، أو تشابه فزيائي بينه وبين الأم، كذلك الزيارات المتكررة لهذه الأخيرة أو إرسال الهدايا إليه. كل هذه التصرفات من شأن القضاء أن يعتبرها قرائن لإثبات النسب<sup>120</sup>.

**ب) المطالبة باسترداد الطفل الشرعي:**

هذه الدعوى شبيهة بدعوى المطالبة بحالة النسب الشرعي، الفرق يكمن في أن الأولى تتخذ من قبل أحد الزوجين أو كلاهما معا، في حين الثانية يتخذها الطفل. إذا لم يتم الاعتراف بالطفل من قبل طرف أجنبي، وقامت الزوجة لوحدها برفع دعوى تطالب فيها اسرداد الطفل الشرعي، فإن الدعوى تكون موجهة ضد الزوج، أما إذا رفعت من قبل الزوجين معا، فإنها تكون موجهة ضد المكلف بالإشراف على الطفل أو الوصي<sup>121</sup>.

وإذا تم الاعتراف بالطفل من قبل رجل آخر، فإن الدعوى ترفع ضد الأب الطبيعي ويجب في هذه الحالة إلغاء الأبوة قبل أن يثبت النسب الشرعي المزعوم أنه حقيقي<sup>122</sup>.

<sup>120</sup> Patrick NICOLEAU, op.cit, p.116 ; Jacqueline RUBELIN-DEVICHI, op.cit, p.517.

<sup>121</sup> هجيرة خدام، المرجع السابق، ص.223.

<sup>122</sup> Jacqueline RUBELIN-DEVICHI, op.cit, p.520. Voir l’art 339 alinéa 03 du c.civ.

نستخلص ممّا تقدّم، أنّ الزوجين يحقّ لهما رفع دعوى من أجل المطالبة بإثبات نسب المولود الشرعي لهما، ويستندان في ذلك على الأدلّة المنصوص عليها في المادة 323 من ق.م.ف.<sup>123</sup>، وهذا ما نصّت عليه المادة 328 من نفس القانون<sup>124</sup>.

وفي ظل هذه المعطيات ما حكم إذا ولد الطفل بين أقصى وأدنى مدّة الحمل، ولكن الأب قام بنفيه بالطرق الشرعية؟

### الفرع الثالث

#### عدم نفي الولد بالطرق المشروعة

الأصل أنّه متى تمّ الزواج صحيحا وأمكن الاتّصال بين الزوجين، ومضت المدّة الكافية المطلوبة عند الشّرع والقانون في ولادة الولد، بين أدنى وأقصى مدّة الحمل، ثبت نسب المولود من الأبوين معا. ولا يجوز للزوج نفي المولود إلاّ بالطرق الشرعية أو المشروعة<sup>125</sup>، كما عبّر عنها في نصّ المادة 41 من قانون الأسرة: "...ولم ينفه بالطرق المشروعة"، لأنّ العلاقة الزوجية ليست في مأمن من سوء الظنّ من قبل الزوج في زوجته لدرجة نكران المولود الذي تلده.

وفي غياب الدليل المادّي، فإنّ استمرار العلاقة الزوجية، والحال كذلك، تُصبح غير ممكنة، لذا شرع اللّعان كوسيلة لنفي النّسب والتّفريق بين الزوجين<sup>126</sup>.

لكنّ المشرّع الجزائري لم يورد عبارة "اللّعان" صراحة في المادة 41 من قانون الأسرة، وإنّما استعمل عبارة "ولم ينفه بالطرق المشروعة"، والتي تحتل عدّة معانٍ، وتوحي بأنّ هناك عدّة طرق، لم يذكرها المشرّع على سبيل الحصر، وقد استدرك الأمر

<sup>123</sup> ما يمكن الإشارة إليه أن القاضي يمكنه طلب حضور الزوجين طالبي استرداد الطفل، ومن يتولى الوصاية على الطفل، من أجل إجراء مواجهة بينهما، وهذا الإجراء تسمح به المادة 198 من ق.إ.م.  
<sup>124</sup> انظر، نص المادة 328 من ق.م.ف. التي جاء فيها:

« Les époux séparément ou conjointement, peuvent en rapportant la preuve prévue par l'art 323 ci-dessus réclamer un enfant comme étant le leur, mais si celui-ci a déjà une autre filiation déjà établie, ils doivent préalablement en démontrer l'inexactitude, à supposer que l'on soit dans l'un des cas où la loi autorise cette démonstration ».

<sup>125</sup> انظر، رشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، ط1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1429هـ/2008م، ص.237.

<sup>126</sup> باديس ذيابي، المرجع السابق، ص.40.

في المادة 138 من نفس القانون حينما أورد عبارة "اللّعان" بقوله: "يُمنع من الإرث اللّعان والرّدة". وبتطبيق أحكام المادة 222 من قانون الأسرة التي تُحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية، نستنتج أنّ اللّعان، وبصفة ضمنية، هو الطّريق الشرعي لنفي النّسب.

ومؤدّى اللّعان أنّه حينما يظهر حمل الرّوجة وتبيّن للرّوج أنّ زوجته زنت يحقّ له أن يدّعي أنّ هذا الحمل ليس منه<sup>127</sup>. فحسب القاعدة العامّة، أنّ كلّ ما تأتي به الرّوجة من حمل أو ولد يُعتبر مبدئياً ولدا للفرّاش. وإذا لم يستطع الرّوج إثبات دعواه أمام القضاء، فإنّه يلجأ إلى اللّعان. أمّا إذا مضى وقت طويل نسبياً بعد الحمل أو الوضع فإنّه لا يُقبل منه نفي النّسب.

بالإضافة إلى اللّعان الذي يُعدّ وسيلة من وسائل نفي النّسب، فقد ظهرت في هذا القرن وسائل علمية لنفيه تُستعمل في بعض الدّول لتحديد علاقة المولود بوالده، أي علاقة الأبوة عندما تكون محلّ نزاع أمام القضاء، وكانت هذه الطّرق في البداية عن طريق تحليل الدّم، وبعد التّقدّم العلمي في هذا المجال استُحدثت طريقة أخرى تُعرف بالطّريقة الوراثية البيولوجية، أو ما يُعرف بـ (A.D.N.).

وحيث أنّ مشرّعنا لم يخصّ اللّعان بالذّكر منفرداً كوسيلة وحيدة من وسائل نفي النّسب، لذا فإنّنا نرى أنّ المشرّع ترك الباب مفتوحاً لاجتهاد القضاء في اختيار الوسيلة المناسبة التي يقتضيها الأمر لإثبات نفي النّسب.

وبناء على ما سبق، يُستفاد بأنّ نسب الولد من أمّه ثابت، مهما كان الحال. أمّا الرّوج فلا يثبت نسب المولود منه إلاّ بالزّواج الصّحيح، ولم يُحدّد النّص، المقصود بالطّرق المشروعة، فبذلك هي كلّ الطّرق المؤدّية شرعا وقانونا لنفي النّسب.

<sup>127</sup> انظر، العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص194.

سوف نتعرض إلى اللعان كوسيلة أساسية لنفي النسب في هذا الفرع، والوسائل الشرعية الأخرى، لكن بالنسبة للوسائل العلمية سوف نتعرض لها في الباب الثاني من هذه الرسالة.

يُمكن إجمال حالات نفي النَّسب فيما يلي<sup>128</sup>:

### أولاً: نفي النسب عن طريق إنكار الولادة.

يجوز للزَّوج أن يُنكر ولادة زوجته إذا كان يعلم أو لم يعلم في غيابه عنها بأنَّها حامل قبل ولادتها، أو يُقيم الدليل على عدم ولادتها. وإذا عجز الزَّوج عن إقامة الدليل فالقول قول الزَّوجة، لأنَّ الأصل هو صحَّة النَّسب بصحَّة الولادة في الزَّواج الصَّحيح<sup>129</sup>.

كما يجوز للزَّوجة إقامة الدليل على صحَّة الولادة بشهادة القابلة، أو شهادة المستشفى أو العيادة التي وضعت فيها الحمل، أو بشهادة الشَّهود إذا لزم الأمر على الحمل والوضع.

### ثانياً: نفي النسب لعدم إمكان الإنجاب<sup>130</sup>.

إذا تبيَّن للزَّوج عدم إمكان الإنجاب بأن ثبت عقمه، أو كان مصاباً بمرض جنسي لا يستطيع الإنجاب بسببه، أو صار شيخاً كبيراً لا يقوى على الإنجاب، جاز له نفي النَّسب<sup>131</sup>. فإذا وضعت الزَّوجة مولوداً كان للزَّوج نفي النَّسب لأسباب السَّابقة، لكن يُستحسن ألاَّ يُنفي النَّسب إلاَّ بتقرير خبرة احتياطياً، فربَّما قضى الله أمراً كان مفعولاً. وقد حدث هذا في القرآن الكريم لقوله **وَعَلَىٰ**: **﴿قَالَتْ يَوَيْلَٰتِي ۖ أَنَّىٰ لِي ۖ وَأَنَا ۖ عَجُوزٌ ۖ وَهَذَا**

<sup>128</sup> رشيد بن شويخ، شرح قانون...، المرجع السابق، ص.237.

<sup>129</sup> انظر، محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه مذاهب السنة والمذهب الجعفري والقانون، ط<sup>4</sup>، الدار الجامعية، بيروت، 1983، ص.700.

<sup>130</sup> العربي بلحاج، الوجيز...، المرجع السابق، ص.200.

<sup>131</sup> انظر، عبد الرحمان الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، ج2، الطلاق وآثاره، منشورات جامعة دمشق، ط<sup>8</sup>، 2000-2001، ص.183.

بَعْلِ شَيْخًا إِنَّ هَذَا لَشَيْءٌ عَجِيبٌ ﴿١٣٢﴾ قَالُوا أَنْعَجِبِينَ مِنْ أَمْرِ اللَّهِ رَحِمْتُ اللَّهَ وَبَرَكَتُهُ عَلَيْكُمْ أَهْلَ الْبَيْتِ إِنَّهُ حَمِيدٌ مَجِيدٌ ﴿١٣٢﴾ .

ولكن إذا اكتشف الزوج بعد مدة على زواجه، وبعد أن أنجبت الزوجة أكثر من مولود بأنه غير مؤهل للإنجاب بيقين علمي غير قابل للشك، فما مصير نسب الأولاد، وهل يُنفي النسب بأثر رجعي أم لا؟

يبدو بأن الإجابة بنعم، أو لا من الصعوبة بمكان، إلا أن نصّ المادة 41 سالف الذكر أشار إلى إمكانية النفي بالطرق المشروعة، وهو مصطلح واسع. وبالتالي يمكن إدخال الحالة السابقة ضمنه<sup>133</sup>، لأنّ التأكد من عدم الإنجاب مسألة في استطاعة الطب الحديث أن يُثبتها، وهي وسيلة مشروعة صالحة لنفي النسب، إلا إذا قرّر الزوج نفسه نفي نسب الحمل فقط دون الولادة السابقة. فنعتقد أنّه يسري النفي عليه فقط والله أعلم.

### ثالثاً: نفي النسب لعدم التلاقي بين الزوجين.

إذا أثبت الزوج بأنه لم يلتق ولم يدخل بزوجه منذ إنشاء العقد، فلا يثبت نسب المولود منه. وكذلك يسري نفس الحكم في حالة الطلاق قبل الدخول.

ويلاحظ أنّ قانون الأسرة في المادة 43 أقرّ النسب إذا وُضع الحمل خلال 10 أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة. ولم تتكلم عن الطلاق قبل الدخول. فقد تدعي الزوجة المطلقة الحمل بعد الطلاق، فالتصّ القانوني يقضي بنبوت النسب إذا كان الوضع خلال المدة المقررة قانوناً. فإذا تبين بأنّ الزوج طلقها قبل الدخول، فلا يثبت النسب لعدم التلاقي بينهما. كذلك إذا ثبت عدم التلاقي بين الزوجين بسبب العجز الجنسي كون الزوج لا يستطيع بيقين معاشرته الزوجة أو منعه منذ الزواج من الدخول

<sup>132</sup> سورة هود، الآيتان 72-73.

<sup>133</sup> استقر القضاء الجزائري على أن النفي يكون خلال ثمانية أيام من تاريخ العلم بالحمل.

بها، أو تزوّج بالوكالة وهو غائب في بلد آخر، وعند عودته وجدها حامل، وإن كانت هذه المسائل نادرة الحدوث<sup>134</sup>.

<sup>134</sup> رشيد بن شويخ، الطرق الشرعية...، المرجع السابق، ص.41.

### رابعاً: نفي النسب لعدم مرور أو تجاوز مدة الحمل.

سبق أن أشرنا بأن نصّ المادة 42 حدّد أقلّ مدّة الحمل بستّة أشهر وأقصى مدّة للحمل عشرة أشهر<sup>135</sup>. فإذا وضعت الزّوجة الحمل قبل ستّة أشهر من تاريخ الزواج الشرعي والدّخول -لأنّ العبرة بالدّخول كما قلنا- فلا يثبت نسب المولود منه. وكذلك الأمر لا يثبت النسب إذا وُضع الحمل لمدّة تزيد عن عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة.

ولم يُبيّن النصّ القانوني المقصود بالانفصال، هل هو الانفصال الجسماني أي تباعد الزّوجين عن بعضهما البعض بسبب الشّقاق أو الخصام. فكثيراً ما تذهب المرأة إلى بيت أهلها مدّة طويلة ولا تعود إلى الزّوج. وقد يكون عدم الرّجوع هو الذي أدّى إلى الطّلاق. فهنا نعتقد بأنّ حساب المدّة يكون من تاريخ الخروج من بيت الزّوجية.

إذا تبيّن أنّها خرجت لمدّة ستّة أشهر، ولم تعد لبيت الزّوجية وحدث الطّلاق بعد ذلك، ثمّ وضعت حملها بعد ثمانية أشهر من تاريخ الطّلاق. فهنا يثبت النسب بحسب النصّ القانوني لأنّ الوضع تمّ في المدّة المقرّرة قانوناً.

أمّا إذا تمعنا في هذه القضية نجد أنّ الزّوج لم يتّصل بزوجه مدّة ستّة أشهر قبل الطّلاق، لأنّها غائبة عنه. ومع ذلك وضعت حملها بعد ثمانية أشهر بعد الطّلاق، فيكون المجموع هو أربعة عشر شهراً، وهي مدّة لا يُمكن التّسليم بها. ففي هذه الحالة بإمكان الزّوج أن ينفي النسب، شريطة أن يُثبت عدم اتّصاله بالزّوجة قبل الوضع بمدّة كافية.

وقد يكون الانفصال هو تلفّظ الزّوج بالطّلاق بالإرادة المنفردة لمدّة معيّنة. وكثيراً ما تذهب الزّوجة إلى بيت أهلها فتكون بعيدة عن الزّوج. ولما كان الطّلاق لا يثبت إلاّ بحكم، فكان لا بدّ على الزّوج أن يلجأ إلى القضاء لاستصدار حكم بالطّلاق<sup>136</sup>.

<sup>135</sup> الملاحظ أن القانون الجزائري هو الوحيد الذي حدّد الحد الأقصى للحمل بعشرة أشهر وجلّ التشريعات العربية جعلته سنة كاملة إما شمسية أو قمرية.

<sup>136</sup> رشيد بن شويخ، شرح قانون...، المرجع السابق، ص.240.

وقد تكون المدّة الفاصلة بين الطّلاق بالإرادة المنفردة للزّوج وتاريخ الحكم بالطلاق طويلة، ثمّ بعد ذلك وضعت الزّوجة المطلّقة الحمل بعد تسعة أشهر من تاريخ الحكم بالطلاق. فهنا يثبت النسب بحسب النّص، ولا يُمكن التّسليم بهذا لأنّ الطّلاق بينهما قد حدث بالإرادة المنفردة للزّوج قبل ذلك بمدّة تجاوزت الحدّ الأقصى للحمل.

### خامسا: نفي النسب عن طريق اللعان.

سبقت الإشارة إلى أنّ اللعان يودّي إلى الفرقة بين الزّوجين، فإذا حدثت الملاعة بين الزّوجين، فرّق القاضي بينهما. والأصل أن تقتصر الفرقة على الزّوجين، غير أنّ الأمر قد يتعدّى إلى نفي النسب.

### 1- مفهوم اللعان:

فاللعان لغة هو مصدر لاعن، ملاعنة، وهو من اللعن أي الطرد والإبعاد<sup>137</sup> من رحمة الله جلّ جلاله.

وسمّي ما يحصل بين الزّوجين لعانا لأنّ أحدهما كاذب بيقين ويستحقّ الطرد والإبعاد من رحمة الله ﷻ<sup>138</sup>.

أمّا شرعا وقانونا، فهو شهادات تجري بين الزّوجين مؤكّدة بالأيمان من الجانبين، مقرونة باللّعن من جانب الزّوج، قائمة مقام حدّ القذف في حقّه، وبالغضب<sup>139</sup> من جانب الزّوجة، قائمة مقام حدّ الزّنا في حقّها<sup>140</sup>.

<sup>137</sup> انظر، ابن منظور، لسان العرب، ج12، ط2، دار صادر، بيروت، 1999، ص.120؛ انظر، عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص.363.

<sup>138</sup> انظر، كمال صالح البناء، المشكلات العملية في دعاوى النسب والإرث، ط1، علا الكتب، 1422هـ/2002م، ص.08.

<sup>139</sup> الغضب هو السخط وإنزال العذاب بالمغضوب عليه، وإنما خصت المرأة بالغضب لأن النساء كثيرات اللعن، فلا تقع المبالاة به وتخاف من الغضب، كما ورد في الحديث: "إنهن يكثرن اللعنة ويكفرن العشير". انظر، شمس الدين أحمد المعروف بقاضي زاده، تكملة شرح فتح القدير المسماة بنتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار، ج4، دار الفكر، بيروت، د.س.ن، ص.285.

وعرّفه بعض الفقهاء<sup>141</sup> بأنه الإجراء المشروع ذو الألفاظ المخصوصة التي يتلفظ بها الزوجان في أمر الزنا أو نفي الولد. ويتم إجراء الملاعنة في الشرع بين زوجين بشهادات مقرونة باللعن القائم مقام حدّ القذف بالنسبة للزوج، وبالغضب القائم مقام حدّ الزنا بالنسبة للزوجة<sup>142</sup>.

فحدّ قذف الرجل لزوجته بالزنا هو ثمانين جلدة<sup>143</sup>، وهو الحدّ نفسه الذي كان مطبقاً على قذف الأجنبية عنه، وهذا لعموم قوله ﷺ: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾<sup>144</sup>. والمحصنات، أي المتزوجات، تشمل الزوجة وغيرها، ثم لما نزلت آية اللعان خصّصت آية القذف، أي جعلت تطبيقه يشمل فقط قذف الأجنبية دون الزوجة، وهي قوله ﷺ: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَدُوا بِحُدُودِ اللَّهِ أَرْبَعًا شَهَادَةً بِأَلْفِ اللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ﴾<sup>145</sup> وَالْخَمْسَةَ أَنْ لَعَنَتِ اللَّهُ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ ﷺ وَيُرْوَأُ عَنْهَا الْعَذَابُ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعًا شَهَادَةً بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ ﷺ وَالْخَمْسَةَ أَنْ غَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ ﷺ<sup>145</sup>.

فأصل اللعان ومشروعيته ترجع إلى القرآن الكريم والسنة الشريفة وإجماع الأئمة، ويقع إذا رمى الرجل زوجته بالزنا ولم يكن له أربعة شهود يشهدون عليها بما رماها به، وقد يكون برميها بالزنا ونفي الولد، وتكون كيفية إجراء الملاعنة بين الزوجين، عندما يتبين للزوج احتمال خيانة زوجته له ويريد نفي المولود الذي أتت به بين أدنى وأقصى مدة الحمل أثناء قيام الزوجية، فليس له إلا أن يرفع دعوى اللعان أمام المحكمة، وبعد

<sup>140</sup> شروقي محترف، المرجع السابق، ص. 11؛ عبد القادر داودي، أحكام الأسرة...، المرجع السابق، ص. 363؛ عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص. 506.

<sup>141</sup> انظر، محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج 3، د. دن، بيروت، لبنان، 1374 هـ/1955 م، ص. 367. إذ يقول فيه: "بأنه كلمات معلومة جعلت حجة للمظهر إلى قذف من لطح فراشه، وألحق العار به أو بأهله، أو إلى نفي الولد"؛ انظر، موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، الكافي، الهجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، باب الخلع وكيفية الطلاق فيه، كتاب الخلع، ج 4، ط 1، 1998، ص. 120.

<sup>142</sup> عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص. 116.

<sup>143</sup> إذا امتنع الزوج عن اللعان يعرضه للمتابعة بتهمة القذف وفقاً لما نصت عليه المادة 296 من قانون العقوبات: "يعد قذفاً كل ادعاء بواقعة من شأنها المساس بشرف واعتبار الأشخاص أو الهيئة المدعى عليها به وإسنادها إليهم أو إلى تلك الهيئة، ويعاقب على نشرها هذا الادعاء...". أما المادة 298 من نفس القانون فتحدد العقوبة والمتمثلة في الحبس من شهرين إلى ستة أشهر وبغرامة من 250.000 دج إلى 500.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين.

<sup>144</sup> سورة النور، الآية 04.

<sup>145</sup> سورة النور، الآيات 06-09.

تعيين جلسة سرية يحضرها الزوج والزوجة ويعرض كل منهما حججه وادعاءاته، وإذا أصرّ الزوج على اتهام الزوجة بالزنا فإنّ القاضي يأمره بالملاعنة<sup>146</sup> ثمّ يأمر الزوجة بعد ذلك أن تحلف بدورها.

وإذا تمّ اللعان بالكيفية المذكورة آنفاً، يُثبت القاضي ذلك في حكمه ويُفترق بين الزوجين حالاً بتطبيقه بائنة وينفي نسب الولد من الزوج<sup>147</sup>.

وأما السنّة ما رواه البخاري<sup>148</sup>، عن ابن عباس رضي الله عنهما: "أنّ هلال بن أمية قذف زوجته عند النبي ﷺ بشريك بن سحماء، فقال له النبي ﷺ البيّنة أو حدّ في ظهرك. فقال: يا نبيّ الله، إذا رأى أحدنا على امرأته رجلاً ينطلق، يلتمس البيّنة. فجعل النبي ﷺ يُكرّر ذلك". فقال هلال: "والذي بعثك بالحقّ نبياً، إنّي لصادق، وليُنزلنّ الله ما يُبرئ ظهري من الحدّ"<sup>149</sup>. فنزلت الآيات، فكان هذا أول لعان في الإسلام.

وأجمع الأئمة على مشروعية اللعان بين الزوجين وأنه من شرعنا وخصائصه<sup>150</sup>، حيث قال الحافظ بن حجر العسقلاني<sup>151</sup>: "وأجمعوا على مشروعية اللعان وأنه لا يجوز مع عدم التحقّق".

لكن ما يؤخذ على المشرّع الجزائري في نصّ المادّة 41 من قانون الأسرة أنّه لم يُبيّن الإجراءات الواجب اتّباعها في طريقة نفي الولد باللّعان، كما أنّ المشرّع الجزائري سكت في قضية توضيح طبيعة الفرقة الحاصلة نتيجة اللعان، هل هي فسخ أم طلاق؟ كما أنّه لم يُحدّد المدّة التي يتمّ فيها اللعان.

غير أنّه يمكن القول أنّ الاتجاه يسير نحو اعتباره طلاقاً لا فسحاً، على اعتبار أنّ الفصل الثالث تحت عنوان النكاح الفاسد والباطل، وذلك من المادّة 32 إلى غاية

<sup>146</sup> باديس ذيابي، المرجع السابق، ص.41.

<sup>147</sup> عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.22؛ كمال صالح البنا، المرجع السابق، ص.08.

<sup>148</sup> رواه البخاري، باب ويدراً عنها العذاب، رقم الحديث 4747 و4749، المرجع السابق، ص.580.

<sup>149</sup> انظر، ابن ماجة، السنن، كتاب الطلاق، باب اللعان، ج1، رقم الحديث 1067، دار الحديث، د.س.ن، ص.668.

<sup>150</sup> عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص.307.

<sup>151</sup> انظر، ابن حجر العسقلاني، بلوغ المرام من أدلة الأحكام، تحقيق: إبراهيم إسماعيل، دار الجليل، بيروت، لبنان، د.س.ن، ص.180.

المادة 35 منه، إذ نصّ في المادة 32 من قانون الأسرة على أنّه: "يبطل الزّواج، إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد". إمّا الزّواج دون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يُفسخ قبل الدّخول ولا صداق فيه.

كما أنّ المادتين 34 و35 لم تتحدّثا عن أنّ اللّعان يستوجب الفسخ، ولذلك فإنّ المشرّع الجزائري تبني ضمنا رأي الحنفية<sup>152</sup> للقول بأنّ الفرقة الحاصلة بعد اللّعان تُعدّ طلاقا لا فسخا، ويُمكن إذا تراجع الزّوج عن ملاءنة زوجته، ردّها، لأنّ حكم اللّعان يُصبح باطلا.

فالكثير ممّن يرفع دعوى اللّعان لنفي نسب الأولاد دون أيّة حجة ودليل، وذلك للهروب من المسؤولية فقط. كما أنّ هناك شروط خاصّة باللّعان، فما هي الشروط الشرعية للّعان؟

## II- شروط اللّعان:

يشترط للجوء إلى اللّعان ما يلي:

(أ) قيام الزوجية الصحيحة بين المتلاعنين، سواء دخل بها أو لم يدخل بها، وعلى ذلك لا يقع اللّعان إذا كان الزواج فاسدا أو باطلا، ولا يقع اللّعان بقذف الأجنبية ولا التي طلقها زوجها طلاقا بائنا ولو في العدة.

(ب) أن يكون كلا الزوجين عاقلا، بالغا، وأن لا يكون هذا النّفي قد سبقه إقرار بهذا الولد سواء كان إقرارا صريحا أو ضمنيا، بالقول أو بالفعل، كأن يقرّ الزوج بنسبه ساعة ولادته أو قبل تهنئة الناس له، أو اشترى لوازم النفاس بعد ولادته، ثم

<sup>152</sup> انظر، علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط<sup>2</sup>، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1984، ص.238 وما يليها.

جاء بعد ذلك لنفيه، لا يقبل منه<sup>153</sup>، فالإقرار بالنسب لا يصح الرجوع فيه، ولا مطالبة الأمّ للملاعنة.

(ج) المدّة التي يتمّ فيها اللعان مهمّة جدّاً، رغم أنّ المشرّع لم ينصّ صراحة عليها، إلّا أنّ اجتهادات المحكمة العليا في الجزائر نجدها تحدّد مدّة اللعان في أجل ثمانية (08) أيّام من يوم العلم بالحمل الذي يُريد نفيه أو رؤية الزّنا. ففي قرار للمحكمة العليا جاء فيه ما يلي<sup>154</sup>: "مدّة اللعان حسب استقرار اجتهاد المحكمة العليا هي أسبوع من يوم رؤية الزّنا أو العلم بالحمل.

في تأسيسه جاء فيه أنّ دعوى الملاعنة قد جاءت متأخّرة جدّاً أو غير مقبولة لأنّها محدّدة بوقت قصير، والقرار المنتقد قد تبنّى أسباب الحكم المستأنف، إضافة إلى أنّ المدّة المحدّدة للملاعنة التي أشار إليها قضاة الموضوع قد استقرّ بشأنها اجتهاد المحكمة العليا على أن لا تتجاوز فترة أسبوع فقط من يوم رؤية الزّنا أو من يوم العلم بالحمل الذي استمرّ حوله النزاع ما يُقارب عشرين سنة، وعليه فالوجه غير مؤسّس".

وفي قرار آخر لنفس الجهة القضائية جاء ما يلي<sup>155</sup>: "من المقرّر قانوناً أنّ نفي النّسب يجب أن يكون عن طريق رفع دعوى اللعان التي حدّدت مدّتها في الشريعة الإسلامية والاجتهاد بثمانية أيّام من يوم العلم بالحمل أو برؤية الزّنا...".

كما قضت في قرار آخر بأنه<sup>156</sup>: "من المقرّر قانوناً أنّه يُنسب الولد لأبيه متى كان الزّواج شرعياً وأمكن الاتّصال ولم ينفه بالطّرق المشروعة.

ومن المستقرّ عليه قضاء أنّ مدّة نفي الحمل لا تتجاوز ثمانية أيّام.

ومتى تبين -في قضية الحال- أنّ المطعون ضده لم يُبادر بنفي الحمل من علمه به وخلال المدّة المحدّدة شرعاً، وتمسك بالشهادة الطّبيّة التي لا تُعتبر دليلاً قاطعاً، ولأنّ الولد وُلد بعد مرور أكثر من ستّة أشهر على البناء، فإنّ قضاة الموضوع

<sup>153</sup> محمد محي الدين عبد الحميد، المرجع السابق، ص.105.

<sup>154</sup> انظر، م.ع.، غ.أ.ش.، 2002/12/25، ملف رقم 296020، م.ق.، 2004، عدد 01، ص.282 وما بعدها.

<sup>155</sup> انظر، م.ع.، غ.أ.ش.، 1998/10/20، ملف رقم 204821، م.ق.، 2001، عدد خاص، ص.63.

<sup>156</sup> انظر، م.ع.، غ.أ.ش.، 1993/11/23، ملف رقم 99000، م.ق.، 2001، عدد خاص، ص.64.

بقضائهم بصحة الزواج العرفي مع رفض إلحاق نسب أبيه عرضوا قرارهم للتناقض مع أحكام المادة 41 من قانون الأسرة وأخطأوا في المادتين 41 و 42 من قانون الأسرة فيما يخص إلحاق النسب".

وكما قضت في قرار بأنه<sup>157</sup>: "من المبادئ الشرعية أنّ دعوى اللعان لا تُقبل إذا أُخرت ولو ليوم واحد بعد علم الزوج بالحمل أو الوضع أو رؤية الزنا.

يكون باطلا القرار الذي يقضي قبل البتّ في الدعوى الخاصة بنفي النسب بتوجيه اليمين لكل واحد من الطرفين إذا رفع الزوج دعواه بعد مضي 12 يوما من علمه بوضع زوجته لحملها".

وفي معرض تأسيسه أكد القرار أنّه من المبادئ المستفادة من الشريعة أنّ من جملة شروط نفي الحمل أو الولد عند المالكية هو التّعجيل باللّعان بعد علم الزوج بالحمل أو الولد، فإذا أحرّ لعانها، ولو يوما واحدا بعد علمه بالحمل أو الوضع أو رؤية الزنا، امتنع لعانه لها.

غير أنّ المحكمة العليا لم تجعل من مدّة ثمانية أيام كأجل لا بديل عنه إذ جعلت له استثناءات مؤجلة بفعل ظروف خاصة وهو ما نوّه عن ذلك قرار للمحكمة حينما قضت بموجبه بأنه<sup>158</sup>: "من المقرّر شرعا وفقها وجوب التّعجيل باللّعان، غير أنّ هذا لا يمنع من تأخيره لظروف خاصة.

ولمّا كان ثابتا -في قضية الحال- أنّ قضاة المجلس لمّا قضوا بنفي اللعان، دون مراعاة الظروف الخاصة للزوج، خرجوا عن القواعد الشرعية.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه. واعتبر القرار أنّ الطاعن علم بالحمل ورجله في بداية السفر، كونه موظّف مربوط بمواعيد عمله، واختيار الزوجة هذا الظرف لإخباره بحملها فيه رغبة، وعدوله عن السفر للقيام بإجراءات اللعان وقت

<sup>157</sup> انظر، م.ع، غ.أ.ش، 1985/02/25، ملف رقم 35934، م.ق، 1989، عدد 01، ص.83.  
<sup>158</sup> انظر، م.ع، غ.أ.ش، 1990/07/16، ملف رقم 76343، م.ق، 2001، عدد خاص، ص.86.

إخباره فيه إضرار به ويعمله كموظف في سفارة بالخارج. وكان على القضاة، سيما بالمجلس، مراعاة هذا الجانب واعتباره عذرا شرعيا ويُمكنه من اللعان".

### III - حكم الامتناع عن اللعان من الناحية القانونية:

لقد نصّ المشرّع الفرنسي في المادة 316 من ق.م.ف. على ما يلي:

«Le mari doit former l'action en désaveu dans les six mois de la naissance, lorsqu'il se trouve sur les lieux ; s'il n'était pas sur les lieux, dans les six mois de son retour, et dans les six mois qui suivent la découverte de la fraude, si la naissance de l'enfant lui avait été cachée»<sup>159</sup>.

والتي حدّد فيها مهلة رفع دعوى إنكار النسب بستّة أشهر من تاريخ الولادة، وفي حالة غياب الزوج ستّة أشهر من تاريخ عودته، وكذا نفس الآجال عند إخفاء الولادة وعدم إبلاغه بها في حينها.

ولم يرد في التشريع الجزائري تحديد مماثل، غير أنّ القضاء استقرّ على عدم قبول دعوى اللعان إذا أُخّرت، ولو ليوم واحد، بعد علم الزوج بالحمل أو الوضع أو رؤية الزّنا، وهو ما أكّده المحكمة العليا في قرارها الذي جاء فيه أنّه: "من المبادئ الشرعية أنّ دعوى اللعان لا تُقبل إذا أُخّرت ولو بيوم واحد بعد علم الزوج بالحمل أو الوضع أو رؤية الزّنا.

يكون باطلا القرار الذي يقضي قبل البتّ في الدّعى الخاصّة بنفي النسب بتوجيه اليمين لكلّ واحد من الطّرفين إذا رفع الزوج دعواه بعد مضي اثني عشرة يوما من علمه بوضع زوجته لحملها<sup>160</sup>".

فيأمر القاضي الزوج إذا أصرّ على اتّهام زوجته بالزّنا بالملاعنة بأن يحلف ويقول: "أشهد بالله إنّني لمن الصادقين فيما رميتها، ويكرّر قوله أربع مرّات وفي

<sup>159</sup> المادة 316 من الأمر 03-72 الصادر في 1972/01/03 الخاص بالنسب.  
<sup>160</sup> انظر، م.ع.، غ.أ.ش.، 1985/02/25، ملف رقم 35934، م.ق.، 1989، عدد 01، ص.83.

الخامسة يقول (أن لعنة الله عليّ إن كنت من الكاذبين). ثمّ تشهد هي أربع شهادات بنقيض ما شهد به، ثمّ تخمس بالغضب<sup>161</sup>.

أمّا عن مكان إجراء اللّعان فقال الفقهاء<sup>162</sup> أنّ لعان المسلم يتمّ في المسجد، لأنّه أشرف الأماكن، وأوجبه المالكية فيه، إذ جاء في بلغة السالك لأقرب المسالك: "والمسلم يُلعن وجوبا في المسجد لأنّه أشرف الأماكن فيغلظ فيه به"<sup>163</sup>.

ولم يُحدّد التشريع الجزائري مكان إجراء اللّعان، غير أنّ المحكمة العليا نصّت في قراراتها على أنّ اللّعان لا يتمّ أمام المحكمة بل في المسجد، إذ جاء في قرارها الصّادر في 1998/10/28م: "ومن الثّابت في قضية الحال أنّ الولد وُلد في مدّة حمل أكثر من سنّة أشهر وأنّ القضاة أخطئوا كثيرا عندما اعتمدوا على الخبرة ووزن الولد واللّعان الذي لم تتوفّر شروطه والذي لا يتمّ أمام المحكمة بل في المسجد العتيق"<sup>164</sup> وهذا ترهيبا للزوجين.

وصيغة اللّعان أن يأمر القاضي الزوج بملاعنة الزّوجة، وهي أن يحلف ويقول: "أشهد بالله أنّي لمن الصّادقين فيما رميتُ به فلانة هذه ويُشير إليها"، ويكرّر قوله هذا أربع مرّات، وفي المرّة الخامسة يقول: "لعنة الله عليّ إن كنتُ من الكاذبين" فيما رماها به من الزّنا ونفي الولد، حسب موضوع الدّعوى. فإذا انتهى الزوج من الملاعنة يأمر القاضي الزّوجة بأن تحلف وتقول: "أشهد بالله أنّه لمن الكاذبين" فيما رمانى به من الزّنا ونفي الولد، حسب الدّعوى، وتكرّر ذلك أربع مرّات، ثمّ تقول في الخامسة "غضب الله عليّ"<sup>165</sup> إن كان من الصّادقين" فيما رمانى به.

<sup>161</sup> وهذه الكيفية متفق عليها بين الفقهاء.

<sup>162</sup> وذكر ذلك وهبة الزحيلي في الفقه الإسلامي وأدلته، وموفق الدين بن قدامة في المغني والشرح الكبير، وابن القيم الجوزي في زاد المعاد، وأحمد بن محمد الصاوي في بلغة السالك لأقرب المسالك، وابن جزري في القوانين الفقهية، والسيد سابق في فقه السنة.

<sup>163</sup> انظر، أحمد بن محمد الصاوي المالكي، بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، ج1، دار المعرفة، بيروت، 1398هـ/1978م، ص.495.

<sup>164</sup> انظر، م.ع، غ.أ.ش، 1998/10/28، ملف رقم 172379، م.ق، 2001، عدد خاص، ص.70.

<sup>165</sup> يقول الرجل في الخامسة "أن لعنة الله عليه"، وتقول المرأة في الخامسة "أن غضب الله عليها"، وهذا كما ورد في آيات اللعان المذكورة سابقا؛ سورة النور، الآيات 06-08.

ويرى ابن جزى أن يكون اللعان أمام جمع من الرجال، أقلهم أربع، وهو النصاب المطلوب في شهادة الزنا، أي بيّنة الزنا<sup>166</sup>. ونظرا لخطورة ما يترتب على اللعان، ذهب بعض الفقهاء<sup>167</sup> إلى أنه يجوز للقاضي، قبل أن يشرع في اللعان، أن يعظ المتلاعنين ويخوفهم بعذاب الله.

الامتناع عن اللعان يكون إما من الزوج أو من الزوجة:

أ) فإن كان الامتناع عن اللعان من الزوج، فعليه حدّ القذف شرعا، كما هو محدّد في الشريعة الإسلامية، قوله ﷺ: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ...﴾، وهذا عامّ في الأجنبي والزوج، وقد جعل الالتعان للزوج مقام الشهود، فوجب إذا نكل أن يكون بمنزلة من قذف ولم يكون له شهود، أعني أنه يحدّ. وقد استدلّ على ذلك أيضا بقوله ﷺ: "المشار إليه سابقا، الذي رواه ابن عباس، لهلال بن أمية عندما رما زوجته بالزنا: "البيّنة أو حدّ ظهرك". أمّا الحنفية فقالوا يُحبس حتى يُلاعن أو يكذب نفسه، فيحدّ حدّ القذف<sup>168</sup>.

أمّا من زاوية القانون، فإن امتناع الزوج يُعرّضه للمتابعة بتهمة القذف، تطبيقا لأحكام المادة 296 من قانون العقوبات الجزائري<sup>169</sup>، أمّا المادة 298 من القانون ذاته نصّت على العقوبة المقرّرة: "يُعاقب على القذف الموجه إلى الأفراد بالحبس من شهرين إلى ستة أشهر وبغرامة من 250.000 دج إلى 500.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين...".

<sup>166</sup> انظر، ابن جزى، القوانين الفقهية، دار الكتاب، الجزائر، 1987، ص.211.

<sup>167</sup> وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.573.

<sup>168</sup> المرجع نفسه، ص.575.

<sup>169</sup> نصت المادة 296 من قانون العقوبات على أنه: "يعد قذفا كل ادعاء بواقعة من شأنها المساس بشرف واعتبار الأشخاص أو الهيئة المدعى عليها به أو إسنادها إليهم أو إلى تلك الهيئة. ويعاقب على نشرها هذا الادعاء أو ذلك الإسناد، مباشرة أو بطريقة إعادة النشر، حتى ولو تم ذلك على وجه التشكيك أو إذا قصد به شخص أو هيئة دون ذكر الاسم، ولكن كان من الممكن تحديدها من عبارات الحديث أو الصياح أو التهديد أو الكتابة أو المنشورات أو اللافتات أو الإعلانات موضوع الجريمة".

ب) أما إذا كان الامتناع عن اللعان من الزوجة، فيرى الجمهور، غير أبي حنيفة، بأن تُحدّد حدّ الزنا، ويقول الحنفية بأنها تُحبس ولا تُحدّد<sup>170</sup>.

ومن الناحية القانونية، فإنّ المادة 341 من قانون العقوبات نصّت على أنّ تهمة الزنا لا تثبت إلاّ بوسائل ثلاث، بموجب محضر يُحرّره أحد رجال الضبط القضائي في حالة تلبس، أو بإقرار وارد في رسائل أو مستندات صادرة عن المتهم أو بإقرار قضائي<sup>171</sup>. ومن ثمّ فإنّه يترتّب على عدم توقّف أحد هذه الأمور الثلاثة ألاّ يمكن متابعة الزوجة بتهمة الزنا أو تفسير نكولها عن اللعان بأنّه اعتراف ضمني منها بالزنا، وهذا تماشياً مع ما ذهب إليه الإمام أبو حنيفة. وهو الأرجح، لأنه إذا استطاع الزوج تقديم الدليل المذكور آنفاً، فلا لعان، حيث أنّ الزنا ثابت، أمّا إذا لم يستطع إثبات الخيانة بأحد هذه الأدلّة، فيمكنه اللجوء إلى القانون ورفع دعوى اللعان.

#### IV- دور القاضي عند إجراء اللعان:

1- أن يوعظ القاضي المتلاعنين عند إرادة الشروع في اللعان، ويذكرهما بأنّ عذاب الدنيا أهون من الآخرة... كما صحّ في السنّة النبوية الشريفة<sup>172</sup>.

2- يُستحبّ أن يكون اللعان بمحضر جماعة من المسلمين لا ينقصون عن أربعة، ويُستحبّ أن يكون بعد العصر<sup>173</sup>.

3- يُستحبّ أن يتلاعنا قياماً، فيبدأ الزوج فليلتعن وهو قائم، فإذا فرغ قامت المرأة فالتعنّت وهي قائمة، لما روي عن النبي ﷺ أنّه قال لهلال بن أمية: "قم فاشهد أربع شهادات"<sup>174</sup>.

<sup>170</sup> ابن جزى، المرجع السابق، ص.211.

<sup>171</sup> تنص المادة 341 من قانون العقوبات على أن: "الدليل الذي يقبل عن ارتكاب الجريمة المعاقب عليها بالمادة 339 يقوم إمام على محضر قضائي يحرره أحد رجال الضبط القضائي عن حالة تلبس، وإما بإقرار وارد في رسائل أو مستندات صادرة عن المتهم، وإما بإقرار قضائي".

<sup>172</sup> انظر، ابن القيم الجوزية، بدائع التفسير الجامع لما فسره الإمام ابن القيم، م<sup>3</sup>، دار ابن الجوزي، 1427هـ، ص.101.

<sup>173</sup> ابن جزى، المرجع السابق، ص.194؛ انظر، محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، ط<sup>1</sup>، 2006، ص.458.

---

<sup>174</sup> انظر، موفق الدين بن قدامة، المغني، ج9، دار الكتاب العربي، بيروت، طبعة جديدة بعناية جماعة من العلماء، 1403هـ/1983م، ص.46.

## ٧- الآثار المترتبة عن اللعان:

يترتب عن إجراء اللعان وفقاً للشروط والأوضاع المنصوص عليها سلفاً ما يلي:

### أ) سقوط عقوبة القذف أو التعزير عن الزوج وعقوبة الزنا عن الزوجة:

إن لم يُلاعن الرجل، وجب عليه حدّ القذف إن كانت الزوجة الملاعنة محصنة، والتعزير إن كانت غير محصنة، وإن لم تُلاعن المرأة وجب عليها عند المالكية والشافعية، حدّ الزنا من جلد البكر ورجم المحصنة (المتزوجة)<sup>175</sup>.

### ب) التفريق بين المتلاعنين:

إذا وقع اللعان فُرق بين الزوجين، لكن هناك عدّة تساؤلات: متى تقع الفرقة بين المتلاعنين؟ فهل تقع بمجرد أن يفرغ المتلاعنان من اللعان أم لا بدّ من حكم قضائي؟ يرى المالكية والحنابلة<sup>176</sup> أنّ الفرقة تتمّ بمجرد انتهاء المتلاعنين من اللعان، أمّا حكم القاضي فهو منفذ لها، لأنّ سبب الفرقة اللعان وقد وُجد، ولولاه ما وقع<sup>177</sup>.

ولقول عمر رضي الله عنه: "المتلاعنان يُفَرَّق بينهما، ولا يجتمعا أبداً. وتقع الفرقة عند الشافعية بلعان الزوج وحده. ولا تتمّ الفرقة عند الحنفية إلاّ بتفريق من القاضي، لقول ابن عباس في قصة هلال بن أمية المتقدّمة: "ففرّق النبي صلى الله عليه وسلم بينهما"<sup>178</sup>.

لكن اعتبر جمهور الفقهاء أنّ التفريق الحاصل باللعان فسخ، أمّا أبو حنيفة فيعتبره طلاقاً بائناً يُحتسب من عدد الطلقات لأنّ الفرقة جاءت من الرجل، وكلّ فرقة

<sup>175</sup> عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص. 313.

<sup>176</sup> انظر، مالك بن أنس الأصبهاني، المدونة الكبرى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ج2، ط1، 1994، ص. 364.

<sup>177</sup> ابن جزّي، المرجع السابق، ص. 211.

<sup>178</sup> عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص. 129.

كانت كذلك تُعتبر طلاقاً لا فسخاً<sup>179</sup>. كما أنه يعتبر أن الفرقة تكون بتفريق القاضي، فبذلك تكون طلاقاً بائناً.

وعن أثر اللعان في نفي النسب، فإن أخطر ما يترتب عنه هو نفي نسب الولد عن الملاحن، وإلحاقه بأمه فترثه ويرثها، ويُسجل في الحالة المدنية باسمها. فعند أبي حنيفة: "لا تقع الفرقة دون حكم حاكم"<sup>180</sup>، أي على القاضي أن يقول بعد الانتهاء من الملاحنة، قد فرقتُ بينكما وقطعت نسب هذا الولد عنك وألزمته أمه، وبهذا جرت أحكام القضاء. وقد جاء في أحد القرارات القضائية ما يلي: "حيث أنه والحالة هذه، استوجب على المحكمة أن تفكّ العصمة بينهما وأن تلحق البنت -هبة- بأمها لقضاء الرسول ﷺ: "ولد المتلاعنين يلحق بأمه، يرثها وترثه"<sup>181</sup>.

ويترتب عن نفي نسب الولد إلى الزوج ما يلي:

- معاملته من باب الاحتياط كأنه ابنه، فلا يُعدّ مجهول النسب ولا يصحّ أن يدّعيه غيره، لأنّه قد يُكذّب نفسه بعد اللعان، فيجب عليه القذف، ويثبت نسب الولد منه ويزول كلّ أثر للعان بالنسبة للولد، وهو رأي الحنفية<sup>182</sup>.

- عدم التوارث بينهما.

- ثبوت حرمة المصاهرة بينهما، فلا يحقّ للولد المنفي نسبه باللعان الزواج بابنة اللاعن أو إحدى محارمه، لاحتمال أن يكون هذا الولد ولده، كما لا يجوز له أن يتزوج امرأته، على غير ذلك من الأحكام المقررة في هذا الباب.

- عدم قبول شهادة أحدهما للآخر<sup>183</sup>.

<sup>179</sup> عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص.129.

<sup>180</sup> ابن جزي، المرجع السابق، ص.211.

<sup>181</sup> انظر، م.ع، غ.أ.ش، 1983/02/21، قرار رقم 80/20، م.ق، 1985، عدد 02، ص.113.

<sup>182</sup> وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.591.

<sup>183</sup> محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص.625.

وفي الأخر نُشير إلى ضرورة تدخل المشرع لوضع أحكام تخص نفي النسب، وهذا بالنظر إلى خطورتها، مسترشدا في ذلك بما ذكره فقهاء الشريعة الإسلامية الأجلاء.

يعتبر إنبات النسب عند قيام الزوجية من أهم أدلة الإنبات والمنصوص عليها في قانون الأسرة الجزائري، إلا أنه هناك بعض الأدلة لا يوجد ما يقابلها في القانون الجزائري وأكثر من ذلك لا يمكن أن نقوم بدراسة مقارنة مع نظيره القانون الفرنسي، لأنه لا يعتد بالطرق التقليدية في إنبات النسب. فسنتكفي بدراستها من الوجه الشرعية فقط. وهو ما سنتناوله في المطلبين المواليين.

## المطلب الثاني

### ثبوت النسب بالقيافة

المقرر عند الفقهاء أن النسب يثبت بالفراش وبالإقرار، وزاد الجمهور ثبوت النسب بقول القائف إذا لم يعارضه فراش، لأن الفراش أقوى ما يثبت به النسب شرعا<sup>184</sup>.

إذا تزوجت المعتدة بزواج آخر في أثناء عدتها من زوج سابق وأنت بولد يمكن أن يكون منهما، فمن الذي يلحق به؟ هل يمكن إنبات نسب الولد في هذه الحالة بالقيافة أو بالقيافة<sup>185</sup>؟

ففي الفرع الأول سوف نتعرض إلى تعريف القيافة ومدى مشروعيتها، أما الفرع الثاني ندرس من خلاله شروطها، وفي الفرع الثالث اختلاف القيافة.

## الفرع الأول

<sup>184</sup> أحمد نصر الجندي، النسب في الإسلام...، المرجع السابق، ص.155.

<sup>185</sup> رمضان علي السيد الشرنباطي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص.169.

## تعريف القيافة ومشروعيتها

هناك أسباب اختلف فيها بين الفقهاء، هل يُثبت النسب أو لا؟ ومنها القيافة أو القيافة، وهي وسيلة عُرف بها العرب وأقرها النبي ﷺ، وتعتمد على تتبع الشبه بين الولد وأبيه. لذا فمن الأهمية التطرق إلى تعريف القيافة (أولاً)، ثم مشروعيتها (ثانياً).

### أولاً: تعريف القيافة.

القيافة في اللغة هي مصدر قاف بمعنى تتبّع أثره ليعرفه. يُقال فلان يقوف الأثر، ويقتافه قيافة. وفي لسان العرب أنّ القائف هو الذي يتتبّع الآثار يعرفها، ويعرف شبه الرجل بأخيه وأبيه<sup>186</sup>.

ولا يخرج المعنى الاصطلاحي للقيافة ومشتقاتها عن المعنى اللغوي المتعلق بتتبّع الأثر ومعرفة الشبه. ففي التعريفات للجرجاني، وفي دستور العلماء أنّ القائف هو الذي يعرف النسب بفراسسته ونظره إلى أعضاء المولود<sup>187</sup>. كما تُطلق القيافة شرعا على إحقاق الولد بمن يُشبهه عند الاشتباه، وذلك بما منح الله القائف من علم وخبرة<sup>188</sup>. ويُعرفه ابن رشد بما لا يبعد عن ذلك<sup>189</sup>.

<sup>186</sup> انظر، ابن منظور، لسان العرب، دار إحياء التراث العربي، لبنان، ط<sup>3</sup>، 1999، ص.349؛ مجمع اللغة العربية، المعجم الوجيز، المطابع الأميرية، القاهرة، 2005، ص.520؛ رمضان علي السيد الشرنباطي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص.169.

<sup>187</sup> انظر، السيد علي بن محمد الشريف الجرجاني، التعريفات، مكتبة لبنان، بيروت، 1959، ص.171؛ انظر، عبد النبي بن عبد الرسول الأحمد نكري، موسوعة مصطلحات جامع العلوم (الملقب بدستور العلماء)، ج3، مكتبة لبنان، ط<sup>1</sup>، 1997، ص.52.

<sup>188</sup> كانت العرب في الجاهلية تحكم بالقيافة، وتفخر بها، وتعدها من أشرف علومها، فلما جاء الإسلام أقرها، على نحو ما سيأتي بيناه في مشروعيتها. وقد أكرم الله ﷺ العرب بمعرفة القيافة، لتكون سببا في ارتداع نساءهم عن ارتكاب ما يلوث نسبهم، ويدنس شرفهم، ويفسد بذورهم وزروعهم. ومن القبائل التي اشتهرت بمعرفة القيافة، بني مدلج، وبني لهب. انظر، أنور محمود دبور، إثبات النسب بطريق القيافة في الفقه الإسلامي، بحث مقارنة، دار الثقافة العربية، 1405هـ/1985م، ص.11-12.

<sup>189</sup> انظر، ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، دار الكتاب العربية، القاهرة، 1325هـ، ص.327.

والقافة من الشهود: الصّم، البكم، العمي، بيّنة من البيّنات، وهي على نوعين<sup>190</sup>. والقيافة نوعان، قيافة الأثر الذي يُطلق عليه العيافة<sup>191</sup>.

<sup>190</sup> القافة من الأدلة المحايدة التي تشهد بصدق وأمانة دون أن تسمع أو ترى. وقد مارسها العرب منذ عشرات القرون، إلا أنهم لم يضعوا لها القواعد الثابتة، لتستقر ويؤخذ بها، كما فعل المتأخرون من علماء الغرب، مثل الإيطالي "مارسيل ماليجي" (1686م)، والألماني "ألجرون بركنز" (1823م)، اللذين عكفا على دراسة البصمات دراسة علمية، وبذلا جهودا من أجل وضع القواعد العلمية لها للاستفادة منها علميا. ثم تلاهما "السير وليام هيرشل" الإنجليزي (1858م)، الذي يعتبر أول من استغل البصمات علميا في تحقيق شخصيات السجناء حينما كان يعمل في شبه القارة الهندية. انظر، عبد الله الهاشمي، التحقيق الإجرامي عند العرب، دار القلم، الكويت، ص.257. كما أن العرب في الجاهلية عرفت أنكحة عديدة، ومنها أنه يجتمع كثير من الناس، فيدخلون على المرأة، لا تمنع من جاءها، وهن البغايا، كن ينصبن على أبوابهن الرايات، تكون عليها، فمن أراد دخل عليهن، فإذا حملت ووضعت، جمعوا لها، ودعوا القافة، وهم الذين يعرفون التشابه بين الناس، فيلحقون الولد بمن يشبهه. أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، حديث رقم 5127، ج9، المرجع السابق، ص.88؛ أحمد الغندور، المرجع السابق، ص.31؛ أنور محمود دبور، المرجع السابق، ص.12-14.

<sup>191</sup> هناك عدة ألفاظ ذات الصلة بالقيافة منها:

(أ) **العيافة**: تأتي في اللغة ويُراد بها الكراهة، ومن ذلك قوله ﷺ في الضبّ المشوي الذي لم يأكله: "لم يكن بأرض قومي فأجندني أعافه"؛ انظر، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، كتاب الطلاق، ج9، دار الفكر، بيروت، 1991، ص.663.

كما يُراد بها التردد على الشيء والقرب منه والحوام عليه، فعافت الطير أي تحوم على الماء، وعافت على الجيف أي تطير حولها تُريد الوقوع عليها. وتُطلق على زجر الطيور والسوانح، والاعتبار بأسمانها ومساقطها وممرها وأصواتها. قال الأزهري: العيافة زجر الطير، وهو أن يرى طائرا أو غرابا فيطير، وإن لم ير شيئا فيقال بالحدس كان عيافة أيضا. وهذا هو الذي شهد به بنو لهب وبنو أسد. وكان العائف هو الكاهن الذي يعمد إلى التضليل، ويدعي الاتصال بعالم الغيب. وهناك شواهد عديدة على ارتباط العيافة بالكهانة، وهي بهذا تختلف عن القيافة التي لا تعلق لها بالكهانة، وتقوم على النظر المنطقي التجريبي حسبما يتضح من شروط العمل بها.

(ب) **الفراسة**: الفراسة اسم، فعله تفرس كتوسم وزنا. وأما الفراسة بفتح الفاء، فمصدر الفعل فرس فرس، ومعناها: العلم بركوب الخيل وركضها من الفروسية، والفارس: الحاذق بما يُمارس من الأشياء كلها، وبها سُمي الرجل فارساً عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي، المرجع السابق، ص.76.

وتُطلق الفراسة في الاصطلاح على معنيين:

**الأول**: نوع يتعلّم بالدلائل والتجارب والخلق والأخلاق فتعرف به أحوال الناس. ويُستفاد إطلاق الفراسة على هذا النوع من العلامات عند ابن العربي من تفسيره للتوسم بأنه العلامة التي يُستدل بها على مطلوب غيرها، وهي الفراسة... وذلك استدلال بالعلامة، ومن العلامات ما يبدو لكل أحد بأول نظر، ومنها ما هو خفي لا يبدو لكل أحد، ولا يُدرَك ببيد النظر.

**الثاني**: ما يُوقَّع الله ﷻ في قلوب أوليائه، فيعلمون أحوال بعض الناس بنوع من الكرامات وإصابة الظن والحدس، ولا يُكتسب هذا النوع من الفراسة، وإنما يكون طبقا لما ذكره القرطبي بجودة القرية وحدة خاطر وصفاء الفكر... وتفرغ القلب من حشو الدنيا، وتطهيره من أدناس المعاصي، وكثرة الأخلاق وفضول الدنيا.

وتتميز القيافة عن الفراسة من جهة أن القائف يقوم بجمع الأدلة ويكشف عنها، مع النظر فيها والموازنة بينها بنوع خبرة لا تُتاح إلا بالتعلم والتمرس ومداومة النظر والدراسة. أما التفرس فيختص بأعمال الذكاء الشخصي والقدرة الذهنية الخاصة لوزن الأدلة المتعارضة وتقديرها؛ أنور محمود دبور، المرجع السابق، ص.09-14.

ويُلحق جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة الفراسة بالإلهام والكرامة.

(ج) **القرينة**: القرينة في اللغة مأخوذة من المقارنة وهي المصاحبة. يُقال: فلان قرين لفلان أي صاحب له. وفي الاصطلاح: العلامة الدالة على شيء مطلوب، أو هي نتيجة يتحتم على القاضي أن يستخلصها من واقعة معينة.

كذلك، ويُعرف هذا النوع بأنه: علم باحث عن تتبّع آثار الأقدام والأخفاف والحوافر في الطّرق القابلة للأثر<sup>192</sup>. والنوع الثاني هو قيافة البشر الذي يُعرف بأنه، علم يبحث عن كيفية الاستدلال بهيئات أعضاء الشّخصين على المشاركة والاتّحاد في النّسب والولادة وسائر أحوالهما<sup>193</sup> وهو المعنى الأصحّ.

### ثانياً: مشروعيتها.

إذ تعتبر كدليل يقاس عليه الدليل العلمي، فبذلك سوف نتعرّض لمختلف آراء الفقهاء ثم أدلتهم وبعدها نقوم بمناقشتها وترجيح أحد منهم، حيث ذهب المالكية<sup>194</sup> والشافعية<sup>195</sup> والحنابلة<sup>196</sup> إلى إثبات النّسب بالقيافة، وأجازوا الاعتماد عليها في إثباته عند التّنازع، وعدم وجود الدليل الأقوى منها، أو عند تعارض الأدلّة ولا يتبيّن الأقوى منها. واستدلّوا بما رُوِيَ عن عائشة رضي الله عنها قالت: إنّ رسول الله صلى الله عليه وآله دخل عليّ مسروراً تَبْرُقُ أسارير وجهه، فقال: "ألم تري أنّ مجززا المدلحي دخل فرأى زيد بن حارثة وأسامة بن زيد وعليهما قطيفة قد غطّيا رؤوسهما وبدت أقدامهما، فقال: "إنّ هذه الأقدام من بعض"<sup>197</sup>.

وفي سنن أبي داود أنّهم كانوا في الجاهلية يقدحون في نسب أسامة لأنّه "كان أسود شديد السّواد مثل القار، وكان زيد أبيض مثل القطن"<sup>198</sup>. والحجّة فيه أنّ

والاستدلال بالقرائن هو استنتاج واقعة محصلة من واقعة معلومة، والصلة بين القيافة وبين القرينة أن القيافة نوع من القرائن.

<sup>192</sup> انظر، صديق بن حسن القنوجي، أبجد العلوم الوشي المرقوم في بيان أحوال العلوم، ج2، أعده للطبع عبد الجبار زكار، وزارة الثقافة، دمشق، 1978، ص.385.

<sup>193</sup> عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي، المرجع السابق، ص.75.

<sup>194</sup> ابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ص.427.

<sup>195</sup> محمد الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ج3، ص.479.

<sup>196</sup> انظر، ابن القيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ج2، دار الجيل، بيروت، 1998، ص.273.

<sup>197</sup> ابن حجر العسقلاني، المرجع السابق، باب القائف، ص.80؛ رمضان علي السيد الشرنباطي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص.180؛ أحمد نصر الجندي، النّسب في الإسلام...، المرجع السابق، ص.155؛ عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص.198-199.

<sup>198</sup> انظر، سليمان بن الأشعث أبو داود، سنن أبي داود، الدار المصرية اللبنانية، القاهرة، 1988، ص.700؛ أشرف عبد الرازق ويح، المرجع السابق، ص.79.

سروره عليه السلام بقول القائف، إقرار منه عليه السلام بجواز العمل به في إثبات النسب<sup>199</sup>. كما استدلوا بما روت عائشة رضي الله عنها أنّ أمّ سليم الأنصارية رضي الله عنها، وهي أمّ أنس بن مالك رضي الله عنه قالت: يا رسول الله، إنّ الله لا يستحي من الحقّ، فهل على المرأة من غسل إذا احتلمت؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: "نعم إذا رأته الماء". فقالت أمّ سلمة: وتحتلم المرأة؟ فقال: "تربت يداك، فبم يشبهها ولدها"<sup>200</sup>.

والاستدلال به أنّ إخباره عليه السلام بذلك يستلزم أنّه (أي الشبه) مناط شرعي، وإلاّ لما كان للإخبار فائدة يُعتدّ بها.

ومما استدلوا به أنّ عمر بن الخطّاب رضي الله عنه كان يلبط -أي يلحق- أولاد الجاهلية بمن ادّعاهم في الإسلام في حضور الصّحابة دون إنكار منهم، وكان يدعو القافة ويعمل بقولهم، فدلّ هذا على جواز العمل به.

وكذلك فإنّ أصول الشّرع وقواعده والقياس الصّحيح يقتضي اعتبار الشّبه في لحوق النسب، والشّارع متشوّف إلى اتّصال الأنساب وعدم انقطاعها، ولهذا اكتفى في ثبوتها بأدنى الأسباب من شهادة المرأة الواحدة على الولادة والدّعوى المجردة مع الإمكان وظاهر الفراش، فلا يستبعد أن يكون الشّبه الخالي عن سبب مقاوم لخره كافياً في ثبوته<sup>201</sup>.

بينما ذهب الشّافعية والحنابلة، وهو رواية ابن وهب عن مالك، إلى أنّ القيافة يثبت بها نسب الولد من الزّوجة أو الأمة.

والمشهور من مذهب مالك فيما نقله ابن رشد والقرافي والمواق أنّ القافة إنّما يُقضى بها في ملك اليمين فقط لا في النّكاح<sup>202</sup>.

<sup>199</sup> أحمد نصر الجندي، النسب في الإسلام...، المرجع السابق، ص.155.

<sup>200</sup> أخرجه الإمام البخاري في صحيحه. أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، ج1، المرجع السابق، ص.388، حديث رقم 282، كتاب الغسل، باب إذا احتلمت المرأة. وأخرجه الإمام مسلم في صحيحه، ج1، طبعة عيسى البابي الحلبي، ص.251، حديث رقم 314، كتاب الحيض، باب وجوب الغسل على المرأة بخروج المني منها.

<sup>201</sup> عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي، المرجع السابق، ص.81.

<sup>202</sup> ابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ص.328.

يقول القرافي: "وإنما يُجيزه مالك في ولد الأمة يطؤها رجلان في طهر واحد، وتأتي بولد يُشتبه أن يكون منهما، والمشهور عدم قبوله في ولد الزوجة. كما ذهب الحنابلة إلى أنه إذا وطئ رجلان امرأة بوطءٍ يثبت به النسب، كالموطوءة بشبهة، أو في زواج فاسد، وكالأمة المشتركة، فإنها إن أنت بولد، واحتمل أن يكون من أحدهما، كما لو تزوج معتدة وأنت بالولد بعد ستة أشهر من الزواج، وقبل انتهاء أقصى مدة الحمل، كان القائف هو الذي يُلحقه بأي من الرجلين"<sup>203</sup>.

كما ذهب المالكية<sup>204</sup> إلى أنه إذا تنازع شخصان أو أكثر في بنوة أحد، ولم يترجح قول أيٍّ منهما ببينة، فلو ادّعى جميعاً صبيّاً واحداً... يقول كلّ واحد منهما هذا ابني... الواجب في هذا عندي على أصولهم أن تُدعى له القافة أيضاً، ومن جنسه ما أورده المواق عن أشهب فيمن نزل على رجل له أمٌ ولد حامل، فولدت هي وولدت امرأة الضيف في ليلة صبيين، فلم تعرف كلّ منهما ولدها، دُعي لهما القافة، وكذا لو وُضع وليدها في مكان فاختلف بغيره إلا إذا كانت متعدية في تركها له، كأن قصدت نبذه والخلص منه، فلا يثبت فيها عند بعض المالكية ولا يُدعى لهما القافة.

ويُتصور الحكم بالقافة في اللقيط إذا تنازع بنوته رجلان أو أكثر.

أمّا الحنفية<sup>205</sup> ذهب إلى أنه لا يثبت النسب بقول القافة، لا لأنّ القافة كالكهانة في الذمّ والحرمة، أو أنّ الشبه لا يثبت بها، وإنّما لأنّ الشرع حصر دليل النسب في الفراش، وغاية القيافة إثبات المخلوقية من الماء لا إثبات الفراش، فلا تكون حجة لإثبات النسب. ويستدلون على مذهبهم بأنّ الله ﷻ شرع حكم اللعان بين الزوجين عند نفي النسب، ولم يأمر بالرجوع إلى قول القائف، فلو كان قوله حجة لأمر بالمصير إليه عند الاشتباه<sup>206</sup>.

<sup>203</sup> عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي، المرجع السابق، ص.82.

<sup>204</sup> ابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ص.327.

<sup>205</sup> انظر، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، ج17، دار المعرفة، بيروت، 1989، ص.70.

<sup>206</sup> عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي، المرجع السابق، ص.83.

ولأن مجرد الشبه غير معتبر، فقد يُشبه الولد أباه الأدنى، وقد يُشبه الأب الأعلى الذي باعتباره يصير منسوباً إلى الأجنبي في الحال، وإليه أشار رسول الله ﷺ حين أتاه رجل فقال: "إن امرأتي ولدت غلاماً أسود". فقال النبي ﷺ: "هل لك من إبل؟". قال: "نعم". قال: "ما ألوانها؟". قال: "حمر". قال: "فهل فيها من أورك؟". قال: "نعم". قال ﷺ: "فأنى هو؟". فقال: "لعله يا رسول الله يكون نزعة عرق له". فبيّن ﷺ أنه لا عبرة للشبه<sup>207</sup>.

وقوله ﷺ: "الولد للفراش وللعاهر والحجر"<sup>208</sup>. أي الولد لصاحب الفراش... والمراد من الفراش هو المرأة.

وفي تفسير قوله ﷺ: ﴿وَفُرْشٍ مَّرْفُوعَةٍ﴾<sup>209</sup>، أنها نساء أهل الجنة. ودلالة الحديث من وجوه ثلاثة:

أحدهما أن النبي ﷺ أخرج الكلام مخرج القسمة، فجعل الولد لصاحب الفراش والحجر للزاني، فاقتضى ألا يكون الولد لمن لا فراش له، كما لا يكون الحجر لمن لا زنا منه، إذ القسمة تنفي الشركة. والثاني أنه ﷺ جعل الولد لصاحب الفراش، ونفاه عن الزاني بقوله ﷺ: "وللعاهر الحجر"، لأن مثل هذا الكلام يُستعمل في النفي. والثالث أنه جعل كل جنس الولد لصاحب الفراش، فلو ثبت نسب ولد لمن ليس بصاحب الفراش لم يكن كل جنس الولد لصاحب الفراش، وهذا خلاف النص، فعلى هذا إذا زنا رجل بامرأة فأنت بولد فادّعاها الزاني لم يثبت نسبه منه لانعدام الفراش، وأمّا المرأة فيثبت نسبه منها لأن الحكم في جانبها يتبع الولادة.

ومفاد ذلك كله أن النسب يثبت للرجل عند الحنفية بثبوت سببه وهو النكاح أو ملك اليمين، ولا يرجع عمل القائف إلى شيء من ذلك، وإنما يرجع إلى معرفة التخلّق

<sup>207</sup> البخاري، المرجع السابق، ج9، ص442، حديث 5305.

<sup>208</sup> رمضان علي السيد الشرنباطي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص170؛ البخاري، المرجع السابق، ج9، حديث رقم 5315، ص460؛ ابن حجر العسقلاني، المرجع السابق، ص520.

<sup>209</sup> سورة الواقعة، الآية 34.

من الماء، وهو لا يثبت به النسب، حتى لو تيقنا من هذا التخلّق ولا فراش، فإنّ النسب لا يثبت<sup>210</sup>.

عند مناقشة كل هذا، نجد أنّ الاستدلال بحديث "الولد للفراش" إنما يكون حجة فيما إذا علم الفراش الذي هو أقوى من الشبه، ومع عدمه يؤخذ بالقيافة للاحتياط في الأنساب. وفي هذا يقول ابن حجر في فتح الباري بصدد شرح "الولد للفراش" أنه استدللّ به هنا على أنّ القائف إنّما يعتمد في الشبه إذا لم يعارضه ما هو أقوى منه، لأنّ الشارع لم يلتفت هنا إلى الشبه كما أنه لم يحكم به في قضية الملاعنة، لأنه عارضه حكم أقوى منه، وهو مشروعية اللعان وفيه تخصيص لعموم الولد للفراش<sup>211</sup>.

أمّا الحديث الذي احتجّ به الحنفية على نفي النسب، لا يدلّ على مدّعاهم فعادة الناس تأخذ بالشبه، فإن اختلف يثور الشكّ في القلوب. وهذا الحديث يدلّ على اعتبار الشبه لا نفيه. وقوله ﷺ: "لعله نزعة عرق" تأكيد للشبه واعتباره، لأنه قال بنزوع العرق الأول، ولهذا لا حجة للحنفية في هذا الحديث<sup>212</sup>.

والقول بأنّ تشريع اللعان نفي للقيافة يعتبر غير صحيح، لأنّ القيافة تكون عندما يستوي الفراشان، أمّا اللعان يكون لما يشاهده الزوج من زوجته، فهما بابان متباعدان. فبذلك نعتبر أنّ الأخذ بالقيافة كدليل في النسب جائز لأنّ رفضها يقوم على شيء من الحدس والتّخمين لا بالاستدلال واليقين. كما أنّ هذا الاعتبار قد يفقد الدافع إليه أمام الفتوحات العلمية الكبيرة التي نعيشها حالياً في مجال الوراثة، والتي تتميز بالدقّة في إيجاد أوجه الشبه، والاختلاف بين الأب وابنه.

## الفرع الثاني

### شروط القيافة

<sup>210</sup> عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي، المرجع السابق، ص.84.

<sup>211</sup> ابن حجر العسقلاني، باب الولد للفراش حرة كانت أو أمة، المرجع السابق، ص.524.

<sup>212</sup> أشرف عبد الرازق ويح، المرجع السابق، ص.85.

نتعرّض إلى شروط خاصّة بالقائف (أولاً) ثم إلى شروط العمل بالقيافة (ثانياً).

### أولاً: شروط القائف.

يُشترط في القائف عدّة شروط وهي:

#### 1- الخبرة والتجربة:

ذهب الشافعية إلى أنّه لا يوثق بقول القائف إلاّ بتجربته في معرفة النسب عملياً، وذلك بأن يُعرض على القائف ولد في نسوة ليس فيهنّ أمّه ثلاث مرّات، ثمّ في نسوة فيهنّ أمّه، فإن أصاب في المرّات جميعاً اعتُمد قوله... والأب من الرّجال كذلك على الأصحّ، فيُعرض عليه الولد في رجال كذلك.

وإذا حصلت التجربة وتولّدت النّقة بخبرته فلا حاجة لتكرار هذا الاختبار عند كلّ إلحاق<sup>213</sup>.

ونصّ الحنابلة بأنّه يُترك الصّبي مع عشرة من الرّجال غير من يدّعيه ويرى إيّاهم، فإن ألحقه بواحد منهم سقط قوله لأنّنا تبيننا خطأه، وإن لم يلحقه بواحد منهم أريناه إيّاه مع عشرين فيهم مدّعيه، فإن ألحقه به لحق، ولو اعتبر بأن يرى صبيّاً معروف النسب مع قوم فيهم أبوه أو أخوه، فإذا ألحقه بقريبه علّمت إصابته، وإن ألحقه بغيره سقط قوله، وهذه التجربة عند عرضه على القائف للاحتياط في معرفة إصابته، وإن لم يُجرّب في الحال بعد أن يكون مشهوراً بالإصابة وصحّة المعرفة في مرّات كثيرة جاز<sup>214</sup>.

<sup>213</sup> أنور محمود دبور، المرجع السابق، ص.68.

<sup>214</sup> انظر، موفق الدين بن قدامة، المغني، دار الكتب العلمية، بيروت، ج5، د.س.ن، ص.770.

## II - العدالة:

اختلفت الروايات عن مالك في اشتراط عدالة القائف للعمل بقوله، فرواية ابن حبيب عن مالك أنه يشترط العدالة في "القائف" الواحد. وروى ابن وهب عن مالك الاجتزاء بقول واحد كما ذكر ابن القاسم ولم يشترط العدالة. أما الشافعية والحنابلة فيشترطون العدالة للعمل بقول القائف، لأنه حكم فتشترط فيه<sup>215</sup>.

## III - التعدد:

الأصح عند الجمهور أنه لا يشترط التعدد لإثبات النسب بقول القائف، ويكتفى بقول قائف واحد كالقاضي والمخبر. لكن وجد في هذه المذاهب رأي آخر يقضي باشتراط التعدد، جاء في "التبصرة" حكاية الخلاف عن مالك في الاجتزاء بقائف واحد كالأخبار، وهو قول ابن القاسم أو لأبد من قائفين، وهو رواية عن أشهب عن مالك، وقاله ابن دينار، ورواه ابن نافع عن مالك، ووجهه أنه كالشهادة. قال بعض الشيوخ والقياس على أصولهم أن يحكم بقول القائف الواحد، وهو ظاهر كلام أحمد كما جاء في المغنى أنه لا يقبل إلا قول اثنين... فأشبهه الشهادة... وقال القاضي: يقبل قول الواحد لأنه حكم، ويقبل في الحكم قول واحد، وحمل كلام أحمد على ما إذا تعارض قول القائفين<sup>216</sup>.

والراجح في المذهب الاكتفاء بقول قائف واحد في إلحاق النسب، وهو كحاكم، فيكفي مجرد خبره، لأنه ينفذ ما يقوله بخلاف الشاهد، وهو الراجح عند الشافعية كذلك.

ومبنى الخلاف في اشتراط التعدد أو عدم اشتراطه هو التردد في اعتبار قول القائف من باب الشهادة أو الرواية. وقد رجح القرافي إلحاق قول القائف بالشهادة للقضاء به في حق المعين واحتمال وقوع العداوة أو التهمة لذلك، ولا يقدر انتصابه لهذا العمل على العموم، فإن هذا مما يشترط فيه مع الشاهد. أما السيوطي فيرجح

<sup>215</sup> المرجع نفسه، ص. 769-770.

<sup>216</sup> موفق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ص. 769-770.

إلحاق قول القائف بالرواية، يقول: والأصحّ الاكتفاء بالواحد تغليبا لشبه الرواية، لأنّه منتصب انتصابا عامّا لإلحاق النسب.

#### IV - الإسلام:

إنّ هذا الشرط يكون في حالة إثبات النسب لمسلم<sup>217</sup>، أمّا في حالة إثبات نسب كافر، فإنّ قول الكافر يقبل في حقّ كافر آخر عند بعض أهل العلم، كما في الشهادة<sup>218</sup>.

#### V - الذكورة والحرية:

الأصحّ في المذهب الشافعي اشتراط هذين الشرطين، وهو الرّاجح أيضا عند الحنابلة، والمرجوح في المذهبين المتبقين عدم اشتراط هذين الشرطين<sup>219</sup>.

#### VI - البصر والسمع:

وانتفاء مظنة التّهمة، بحيث لا يكون عدوّا لمن ينفي نسبه، ولا أصلا ولا فرعا لمن يثبت نسبه، نصّ على اشتراط ذلك الشافعية<sup>220</sup>.

ويتخرّج اعتبار هذه الشّروط كذلك عند من ألحقوا القائف بالشّاهد أو القاضي أو المفتي، فيشترط في القائف ما يشترط فيهم.

<sup>217</sup> انظر، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، منتهى الإرادات، عالم الكتب، ج2، ط1، بيروت، 1993، ص.479.

<sup>218</sup> وهو قول في مذهب الحنابلة اختاره شيخ الإسلام ابن تيمية وغيره.

<sup>219</sup> عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي، المرجع السابق، ص.87 وما بعدها.

<sup>220</sup> أنور محمود دبور، المرجع السابق، ص.68-69.

## ثانيا: شروط العمل بالقيافة.

يُشترط في القيافة لإلحاق النَّسب بها ما يلي<sup>221</sup>:

I - عدم قيام مانع شرعي من الإلحاق بالشبه:

فلو نفى نسب ولده من زوجته فإنه يُلاعنها ولا يلتفت إلى إثبات الشَّبه بقول القافة، لأنَّ الله ﷻ شرع إجراء اللعان بين الزوجين عند إرادة نفي النَّسب، وإلغاء الشَّبه باللعان من باب تقديم أقوى الدليلين على أضعفهما<sup>222</sup>.

ولا يُعتبر الشَّبه كذلك إذا تعارض مع الفراش، يدلّ عليه ويوضحه قضية سعد بن أبي وقاص، وعبد بن زمعة، فعن عائشة رضي الله عنها قالت: اختصم سعد بن أبي وقاص، وعبد بن زمعة إلى رسول الله ﷺ في ابن أمة زمعة، فقال سعد: "أوصاني أخي عتبة إذا قدمت مكة أن أنظر إلى ابن أمة زمعة فأقبضه فإنه ابنه"، وقال عبد بن زمعة: "أخي ابن أمة أبي، وُلد على فراش أبي". فرأى رسول الله ﷺ شيها بيِّنا بعتبة، فقال: "الولد للفراش... واحتجبي عنه يا سودة"<sup>223</sup>.

فقد ألغى النبي ﷺ الشَّبه وألحق النَّسب بزمنة صاحب الفراش.

II - وقوع التنازع في الولد نفيا أو إثباتا وعدم وجود دليل يقطع هذا التنازع:

كما إذا ادَّعاه رجلان أو امرأتان، وكما إذا وطئ رجلان امرأة بشبهة، وأمکن أن يكون الولد من أحدهما، وكلّ منهما ينفيه عن نفسه، فإنَّ التَّرجيح يكون بقول القافة. أمَّا إذا ادَّعاه واحد فإنه يكون له، ولا يقوم التنازع حقيقة فيما بينهما إذا تعيَّن الولد لأحدهما، فلو ادَّعى اللَّقِيط رجلان، وقال أحدهما: هو ابني، وقال الآخر: بنتي، فإن

<sup>221</sup> عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي، المرجع السابق، ص.90.

<sup>222</sup> ابن حجر العسقلاني، باب الولد للفراش حرة كانت أو أمة، المرجع السابق، ص.524.

<sup>223</sup> أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ج4، المرجع السابق، ص.292، حديث رقم 2053، كتاب البيوع، باب الحلال بين والحرام بين وبينهما مشتبهات.

كان اللقيط ابنا فهو لمدعيه، وإن كانت بنتا فهي لمدعيها، لأن كل واحد منهما لا يستحق غير ما ادعاه<sup>224</sup>.

### III - إضاء القاضي قول القائف عند التنازع فيما نص عليه الشافعية:

فلا يلزم قوله على هذا إلا بإمضاء القاضي له<sup>225</sup>. جاء في حاشية الجمل: ولا يصح إلحاق القائف حتى يأمر القاضي، وإذا ألحقه اشترط تنفيذ القاضي إن لم يكن قد حكم بأنه قائف.

ورأى الزركشي أن القائف إن ألحقه أحدهما فإن رضيا بذلك بعد الإلحاق ثبت نسبه، وإلا فإن كان القاضي استخلفه وجعله حاكما بينهما جاز، ونفذ حكمه بما رآه، وإلا فلا يثبت النسب بقوله وإلحاقه حتى يحكم الحاكم.

### IV - حياة من يراد إثبات نسبه بالقفاة:

وهو شرط عند المالكية، جاء في مواهب الجليل "أنها إن وضعت ميتا تماما فلا قافة في الأموات".

ونقل الصقلي عن سحنون: إن مات بعد وضعه حيا دعا له القافة".

ولم يشترط الشافعية حياة المقوف، فإذا كان ميتا جاز إثبات نسبه بالقافة ما لم يتغير أو يُدفن.

### V - حياة من لحق به النسب:

<sup>224</sup> موفق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ص. 776.

<sup>225</sup> الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ص. 479.

اشترط كثير من المالكية حياة الملحَق به، فعن سحنون وعبد الملك أنه لا تُلحق القافة الولد إلاّ بأب حيّ، فإن مات فلا قول للقافة في ذلك من جهة قرابته إذ لا تعتمد على شبه غير الأب، ويجوز عند كثير من المالكية عرض الأب على القافة إن مات ولم يُدفن. جاء في التّبصرة: ولا تُعتمد القافة إلاّ على أب موجود بالحياة.

### الفرع الثالث

#### اختلاف القافة

إذا اختلفت أقوال القافة جُمع بينها إن أمكن ذلك، كما لو ألحق أحد القائنين نسب اللّقيط برجل، وألحقه الآخر بامرأة فإنّه يُنسب إليهما، وإن لم يكن الجمع بينهما وترجح أحدهما، فإنّ الرّاجح هو الذي يؤخذ به.

وتفريعا عليه فإنّه يؤخذ بقول قائنين اثنين خالفهما قائف ثالث، كبيطارين خالفهما بيطار في عيب وكطبيبين خالفهما طبيب في عيب، وبثبت النسب، وذلك لأنّهما شاهدان، فقولهما مقدّم على قول شاهد واحد، لكن لا يترجّح قول ثلاثة قافة على قول قائنين بزيادة العدد فيما نصّ عليه ابن قدامة<sup>226</sup>.

أمّا إذا لم يُمكن الجمع ولا التّرجيح، كأن يُلحق القائف المقوف بأحد المتنازعين، ويُلحقه الآخر بغيره، ففيه خلاف بين الفقهاء:

ذهب المالكية والشافعية<sup>227</sup> إلى أنّه لا يُلحق الولد إلاّ برجل واحد، ويؤخّر الولد إذا قضى القافة باشتراك رجلين أو أكثر فيه إلى حين بلوغه، فيُخَيّر في الالتحاق بمن يشاء منهم، بناء على ما ينعقد من ميل فطري بين الولد وأصله، قد يُعينه على التّعرف عليه. جاء في بداية المجتهد: "الحكم عند مالك إذا قضى القافة بالاشتراك أن يؤخّر

<sup>226</sup> موفق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ص.770.

<sup>227</sup> انظر، أبو إسحاق إبراهيم بنعلي الفيروز آبادي، المهذب، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، د.س.ن، ص.444.

الصَّبِي حَتَّى يَبْلُغَ، وَيُقَالُ لَهُ: وَالِ أَيُّهُمَا شَتَّتَ، وَلَا يُلْحَقُ وَاحِدَ بَاتْنَيْنِ، وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ<sup>228</sup>.

وفي كتاب مغني المحتاج<sup>229</sup>: "لو عدم القائف بدون مسافة القصر، أو أشكل عليه الحال بأن تحيّر، أو ألحقه بهما، أو نفاه عنهما، وقف الأمر حتى يبلغ عاقلا ويختار الانتساب إلى أحدهما بحسب الميل الذي يجده، ويحبس ليختار إن امتنع من الانتساب، إلا إن لم يجد ميلا إلى أحدهما فيوقف الأمر.

ولا يُقْبَلُ رَجُوعُ قَائِفٍ إِلَّا قَبْلَ الْحُكْمِ بِقَوْلِهِ، ثُمَّ لَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي حَقِّهِ لِسُقُوطِ الثَّقَةِ بِقَوْلِهِ وَمَعْرِفَتِهِ، وَكَذَلِكَ لَا يُصَدَّقُ لِغَيْرِ الْآخِرِ إِلَّا بَعْدَ مَضِيِّ إِمْكَانِ تَعَلُّمِهِ مَعَ امْتِحَانٍ لَهُ بِذَلِكَ.

ولو استلحق مجهولا نسبه وله زوجة فأنكرته زوجته لحقه عملا بإقراره دونها، لجواز كونه من وطء شبهة أو زوجة أخرى، وإن ادّعتها، والحالة هذه، امرأة أخرى وأنكره زوجها، وأقام زوج المنكرة بينتين تعارضتا فيسقطان، ويُعرض على القائف، فإن ألحقه بها لحقها، وكذلك زوجها على المذهب المنسوب كما قاله الإسنوي، أو بالرجل لحقه وزوجته، فإن لم يقدّم واحد منها بيّنة، فالأصحّ كما قال الإسنوي أنه ليس ولدا لواحدة منهما.

ولا يسقط حكم قائف بقول قائف آخر، ولو ألحقه قائف بالأشباه الظاهرة وآخر بالأشباه الخفية كالخلق وتشاكل الأعضاء، فالثاني أولى من الأول، لأنّ فيها زيادة حذق وبصيرة، ولو ألحق القائف التوأمين باتنين، بأن ألحق أحدهما بأحدهما، والآخر بالآخر، بطل قوله حتى يمتحن ويغلب على الظنّ صدقه فيعمل بقوله، كما لو ألحق الواحد باتنين، ويبطل أيضا قول قائفين اختلفا في الإلحاق حتى يمتحنا ويغلب على الظنّ صدقهما<sup>230</sup>.

<sup>228</sup> ابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ص. 328.

<sup>229</sup> محمد الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ص. 480.

<sup>230</sup> عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي، المرجع السابق، ص. 95.

ويلغو انتساب بالغ أو توأمين إلى اثنين، فإن رجع، أحد التوأمين إلى الآخر قبل، ويؤمر البالغ بالانتساب إلى أحدهما، ومتى أمكن كونه منهما عرض على القائف وإن أنكره الآخر أو أنكره، لأنّ للولد حقاً في النسب فلا يثبت بالإنكار من غيره، ويُنفقان عليه إلى أن يُعرض على القائف أو ينتسب، ويقبلان له الوصية التي أوصى بها في مدة التوقف، لأنّ أحدهما أبوه، ونفقة الحامل على المطلق فيُعطيها لها ويرجع بها على الآخر إن ألحق الولد بالآخر، فإن مات الولد قبل العرض على القائف عرض عليه ميتاً، لا إن تغير أو دُفن، وإن مات مدّعيه عرض على القائف مع أبيه أو أخيه ونحوه من سائر العصبية.

ورجّح الحنابلة<sup>231</sup> إطلاق العمل بقول القافة، فإن ألحقه بواحد من المتنازعين لحق به، وإن ألحقه باثنين لحق بهما، وإن ألحقه بأكثر من اثنين ألحق بهم ولو كثروا، لأنّ المعنى الذي لأجله ألحق بالاثنتين موجود فيما زاد عليها فيُقاس عليه. ودليلهم ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه في رجلين ادّعى ولدا، كليهما يزعم أنّه ابنه، فدعا عمر رضي الله عنه لهما بالقافة فنظروا وقالوا نراه يُشبههما، فألحقه عمر رضي الله عنه بهما وجعله يرثهما ويرثانه.

وإن ادّعت امرأتان نسب ولد، ولم يُمكن ترجيح قول إحداها ببينة، ففيه الاختلاف السابق<sup>232</sup>.

وحكم القافة من الناحية القانونية، وإن كان معترف به شرعا في إثبات ونفي النسب. إلاّ أنّه من الناحية الواقعية، نادرا ما يتمّ اللجوء إليه كوسيلة من وسائل الإثبات، وذلك بسبب قلة عدد القافة في العصر الحالي، بل ونذرتهم في ظلّ ما طرأ على العالم من تقدّم علمي وتكنولوجي في عصر تحكّم الأدلّة المادّية في مجال الإثبات.

<sup>231</sup> انظر، أحمد بن حنبل، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، طبعة معادة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط<sup>1</sup>، 1958، ص.348.

<sup>232</sup> موفق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ص.775؛ ابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ص.328.

إنّ إلحاق الولد بشخصين أو أكثر، كما قال الحنابلة، فيه نظر، فليس من المعقول أن يكون لولد أبوين يرثهما ويرثانه، فيجب في هذه الحالة إذا تعذر الفصل في الدّعى، أو تساوت البيّنات أن يُقرع بين الخصوم، لأنّ القرعة تشكّل عامل التّرجيح بشأن إلحاق النسب، وبذلك تعتبر حلّ لطرفيّ النزاع، ومن ثمّ يُنسب الولد لأب واحد وهذا ما سوف نتطرّق إليه من خلال المطلب الموالي.

### المطلب الثالث

#### ثبوت النسب بالقرعة

تُعتبر القرعة طريقة من طرق إثبات النسب، كان معمولاً بها في العصور القديمة، وكانت تُعتبر وسيلةً يلجأ إليها عند تساوي البيّنات أو عدمها، ولكن كان هناك عدّة اختلافات، وهذا ما سوف نتطرّق إليه من خلال هذا المطلب، حيث نتعرّض إلى تعريفها و دليل مشروعيتها (الفرع الأول)، ثم التّرجيح بالقرعة (الفرع الثاني).

### الفرع الأول

#### تعريف القرعة ودليل مشروعيتها

القرعة لغة بضمّ القاف وسكون الرّاء من القرع وهو الضّرب، والقرعة السّهمة، والمقارعة هي المساهمة. يُقال: اقترع القوم وتقارعوا إذا حصل التّساهم والافتسام بطريقة القرعة فيما بينهم<sup>233</sup>.

أمّا اصطلاحاً هي طريقة تعمل لتعيين ذات أو نصيب من بين أمثاله إذا لم يُمكن تعيينه بحجّة، وسُمّيت السّهمة بالقرعة لأنهم كانوا يُجرون القرعة بالسّهام على عدد المتقارعين، وعليها علامات يصطلحون على المراد بها، ثمّ استعملوها أيضاً بقطع رقائق صغيرة مستوية يُكتب في كلّ رقعة لقب اصطلاحى للقطعة المنقسم عليها أو أسماء المقترعين، وتُطلى تلك الرّقائق بالطين في شكل بندقات متساوية، ويُجفّف طينها

<sup>233</sup> انظر، ابن منظور، لسان العرب، ج37، دار المعرفة، د.س.ن، ص.3597.

ثم توضع في وعاء يسترها، ثم يدخل كل واحد يده ويخرج نصيبه، فمن خرجت الرقعة المراد معه فقد أصابته القرعة<sup>234</sup>

والأصل في مشروعيتها الكتاب والسنة والإجماع:

**الكتاب:** فقله ﷺ: ﴿ذَلِكَ مِنْ أَنْبَاءِ الْغَيْبِ نُوحِيهِ إِلَيْكَ وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَمَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يَخْتَصِمُونَ﴾<sup>235</sup>. فالقرآن يحدثنا بأنهم اقتروا على مريم أيهم يكفلها فخرجت القرعة لذكريا ﷺ.

وقال ﷺ في قصة يونس ﷺ: ﴿إِذْ أَبَقَ إِلَى الْفُلْكِ الْمَشْحُونِ ﴿١٤٠﴾ فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ الْمُدْحَضِينَ﴾<sup>236</sup>، أي أن أصحاب السفينة استهموا، أي اقتروا فخرجت القرعة على يونس ﷺ فقفوه في الماء.

**السنة:** فقد بين لنا الرسول ﷺ أن ما ذكره القرآن هو الشرع لنا. أيضا فقد ورد في الصحاح أن النبي ﷺ كان إذا أراد سفرا أقرع بين نسائه فأيتهن خرج سهمها خرج بها<sup>237</sup>.

**الإجماع:** فقد أجمع العلماء على استعمالها في القسمة.

هذا وقد تبين أن القرعة قد عمل بها رسول الله ﷺ في مواطن كثيرة، وقد صح الدليل باعتبارها، فإذا أعوز الأمر، ولم يمكن التعيين بسبب من الأسباب الرجعة إلى ثبوت الفراش أو البينة أو نحوهما، فإنه يرجع إلى القرعة، إلا أن الفقهاء اختلفوا في جواز العمل بها في التسب.

## الفرع الثاني

<sup>234</sup> عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي، المرجع السابق، ص.98.

<sup>235</sup> سورة آل عمران، الآية 44.

<sup>236</sup> سورة الصافات، الآيتان 140-141.

<sup>237</sup> ابن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، المرجع السابق، كتاب النكاح، باب القرعة بين النساء إذا أراد سفرا، ص.310.

## الترجيح بالقرعة

إذا تعارض قول قائفين أو أكثر في إحاق نسب ولد، اختلف الفقهاء فيما يؤخذ به، هل يؤخذ بالقرعة أو بقول القائف الأول؟

اختلف الفقهاء<sup>238</sup> باللجوء إلى القرعة عند تساوي البيئات أو عدمها، وهم في ذلك على قولين. ذهب أنصار الرأي الأول إلى أنه يجوز العمل بالقرعة في النسب إذا تساوت البيئات أو تعارض قول القائفين، وقد ذهب إلى ذلك الرأي الشافعي<sup>239</sup>، والمالكي<sup>240</sup>، إذ استدلوا بالآيات والأحاديث السابقة، وقالوا أنه متى تساوت الحقوق والمصالح فهذا موضع القرعة عند التنازع، دفعا للضغائن والأحقاد، والرضا بما جرت به الأقدار.

أما الرأي الثاني يرى بأنه لا يجوز العمل بالقرعة في تعيين نسب الولد لأنها لا تعتمد على شيء وحجتهم في ذلك أن القرعة تستعمل في الأموال وليس في إنبات النسب، لوجود طرق أخرى يعتمد عليها. استدلل أصحاب القول الأول بحديث زيد بن أرقم رضي الله عنه الذي قال: "كنت جالسا عند النبي صلى الله عليه وسلم فجاء رجل من اليمن، فقال: إن ثلاثة نفر من أهل اليمن أتوا عليا رضي الله عنه يختصمون إليه في ولد قد وقعوا على امرأة في طهر واحد، فقال للاثنين طيبا بالولد لهذا فغليا، ثم قال للاثنين طيبا بالولد لهذا فغليا، ثم قال للاثنين طيبا بالولد لهذا فغليا. فقال: أنتم شركاء متشاكسون، إني مقرع بينكم، فمن قرع فله الولد وعليه لصاحبه ثلثا الدية، فأقرع بينهم فجعله لمن قرع. فضحك رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى بدت نواجده<sup>241</sup>.

<sup>238</sup> ابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ص.320.

<sup>239</sup> محمد بن إدريس الشافعي، الأم، المرجع السابق، ص.246.

<sup>240</sup> ابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ص.428.

<sup>241</sup> عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي، المرجع السابق، ص.100.

أصحاب الرأي الثاني<sup>242</sup> اعتبروا حديث زيد بن أرقم رضي الله عنه ضعيفا مرسلا، وفي رجاله من لا يُحتجّ به، والقرعة لا تنفي الاحتمال.

يمكن التوفيق بين الرأيين بأن لا يُلجأ للقرعة إلا إذا كان الولد صغيرا، فيُقرع بينهما للحضانة، فإذا بلغ أحسّ بالحنان والعطف تجاه أحدهما، وإلى أيهما شاء ذهب. كما أنّ الزمان كفيّل بإظهار الحقائق. وبأنّ القرعة تصلح في الصّغر ولكن عند البلوغ أو التّمييز، فالطفّل يستطيع أن يختار، فيترك الأمر إليه، أين وجد المحبّة والرّحمة والعطف استقرّ واستمرّ.

لكننا نرى أنّ الوسائل العلمية الحديثة تحسم هذا الأمر وتزيل الالتباس لأنّه من خلال التّحليل النّووي (A.D.N.) لسوائل جسم الطّفّل وأيّ من المتنازعين فيه، تظهر النّتيجة الحاسمة وبالأدلة المبرهنة على صحّتها، إثبات بنوّة الطّفّل وأبوّة أحد المتنازعين فيه. فيمكن أن يكون هذا التّحليل مغنيا عن القيافة والقرعة.

بعد تقدّم العلم الحديث أصبحت البشرية تمتلك من الأسباب التي تُعين على تحديد النّسب ما يُستغنى به عن "القيافة"، وهي ظنيّة، و"القرعة"، وهي قدرية، لأنّ بعض الطّرق المتعارف عليها قديما عند الفقهاء أصبحت غير مجدية في كثير من الحالات، وظهر فشلها، حيث أظهرت الدّراسات الحديثة أنّها غير دقيقة. ومع تطوّر العلم الحديث ظهرت وسائل حديثة، ومتطوّرة وسريعة، للتأكّد من نسب شخص ما أو إثبات نسبه، منها: تحليل الدّم والصفّات الوراثية. وبعد أن كان تحليل الدّم دليل نفي فقط، أصبح دليل نفي ودليل إثبات، حيث إنّ ثبت حديثا أنّ جميع السّوائل في جسم الإنسان لها بصمة وراثية معيّنة، وترجع إلى جين معيّن، يُحدّد الأصل الوراثي لأصحاب هذا السّائل، وخاصّة السّائل المنوي، حيث إنّّه لا يُمكن أن يكون لشخصين نفس السّائل، فهو بالذّات يحمل الجينات الوراثية لكلّ شخص ممّا يثبت حقيقة شخصيته أو هويته، خاصّة في حالات الاغتصاب.

<sup>242</sup> موفق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج6، ص125. وفيه يقول: "والقرعة لا يثبت بها نسب، فإن قيل فإن ثبوته هنا يكون بالبينة لا بالقرعة فيما إذا تساوت البيّنات وإنما القرعة مرجحة، قلنا فيلزم من هذا أنه إذا اشترك رجلان في وطئ امرأة فأنت بولد يقرع بينهما ويكون لحوقه بالوطء لا بالقرعة".

بعدما تمّ التعرّض لثبوت النسب عند قيام الزوجية، وفقا للشروط المنصوص عليها شرعا وقانونا، سيتمّ التعرّض إلى ثبوت النسب بعد انحلال الرابطة الزوجية إمّا بالطلاق أو الوفاة أو حالة غياب الزوج. كل هذا سوف نتطرّق إليه ضمن المبحث الموالي.

## المبحث الثاني

### ثبوت النسب بعد انحلال الرابطة الزوجية

إذا كانت ولادة المولود قد وقعت أثناء قيام الرابطة الزوجية بين أدنى وأقصى مدّة حمل، وبعد الدخول بالزوجة تبعا لعقد صحيح، تكونت قرينة شرعية وقانونية على أنّ الولد للفرّاش ويُنسب إلى الزوجين. لكن قد تكون ولادة الولد قد وقعت بعد انحلال الرابطة الزوجية، ففي قانون الأسرة الجزائري تكون بصورتين: إمّا بالطلاق مهما كانت صورته، وإمّا بالوفاة<sup>243</sup>. أمّا بالنسبة إلى القانون الفرنسي فهو لم يتعرّض إليها فبذلك المقارنة بين التشريعين في هذا المطلب غير موجودة فسوف نفتصر في دراستنا على الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري. ومن هنا نطرح الإشكالات التالية:

هل يُنسب المولود مباشرة إلى الزوج ويُسجّل على لقبه واسمه دون قيد أو شرط؟ أم أنّ هناك شروطا وقيودا لابدّ من توافرها لإمكانية نسب الولد إلى الزوج المطلق أو المتوفّي أو الغائب؟ وهل أنّ نسب الولد لأبيه من طلاق يخضع لنفس الشّروط لنسبه لأبيه من وفاة؟

لذلك سنعمد للحديث عن ثبوت نسب ولد المطلّقة (المطلب الأول)، وثبوت نسب ولد المتوفّي عنها زوجها (المطلب الثاني) وأخيرا ثبوت نسب ولد الغائب عنها زوجها (المطلب الثالث).

<sup>243</sup> تنص المادة 47 من ق.إ.ج. على أنه: "تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة".

## المطلب الأول

### ثبوت نسب ولد المطلقة

يختلف حكم ثبوت نسب المولود من المطلقة قبل الدخول (الفرع الأول) عن حكم ثبوت نسبه منها بعد الدخول<sup>244</sup> (الفرع الثاني)، كما يجب التمييز بين ثبوت نسب المولود بعد طلاق رجعي بحيث يجوز فيه للزوج أن يُراجع زوجته خلال فترة العدة، وبين ثبوت نسب المولود بعد طلاق بائن، غير أن المشرع والقضاء الجزائري لم يُميّزا بينهما، على عكس فقهاء الشريعة الإسلامية.

## الفرع الأول

### ثبوت نسب ولد المطلقة قبل الدخول

اختلف الفقهاء في من طُلقت بعد العقد عليها وقبل الدخول بها، حيث أنه إذا حدث أن جاءت المرأة بالولد بعد الطلاق وقبل الدخول بها أو الخلوة، فإن النسب يثبت من المطلق، متى كانت المدة المنقضية بين الولادة والطلاق أقل من ستة أشهر، وعلّة ذلك هو اليقين (أو التيقن) من أن الحمل قد حدث قبل الطلاق، فيكون الولد للفراش، ولا ينتفي النسب في هذا الفرض إلا باللعان.

أما إذا جاءت به بعد مضي ستة أشهر فأكثر من تاريخ الطلاق فلا يثبت نسب الولد من الزوج، وأساس عدم ثبوته في هذا الفرض هو أنه لا يصح ثبوت النسب إلا بعد التيقن من أن الحمل من هذا الزوج، وهذا التيقن منتفٍ لأن الفرض أن الولادة قد حدثت بعد مضي فترة من الطلاق دون دخول، بحيث تكفي هذه الفترة للظن بأن الحمل جاء من غير الزوج.

<sup>244</sup> أحمد إبراهيم بك وواصل علاء الدين، المرجع السابق، ص.98.

كما أنّ المطلقة قبل الدخول لا عدّة عليها لقوله ﷺ: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾<sup>245</sup>. بمعنى أنّ من عقد على امرأة ثم طلقها من قبل أن يدخل بها، فليس له عليها عدّة من هذا الطلاق، وهذا يدلّ على أنّ نكاحه لها زائل بيقين من كلّ وجه، وما زال بيقين لا يثبت إلاّ بيقين مثله. فإذا طلق الرجل امرأته قبل أن يدخل بها ثمّ جاءت بولد لأقلّ من ستّة أشهر من وقت الطلاق، فقد تيقنا أنّ العلق بهذا الولد وجد في حال الفراش<sup>246</sup>، أي في حال قيام الزوجية الصحيحة بينهما، وأنّ الزوج وطئ زوجته وهي في نكاحه، فهي إذن حامل منه، إذ لا يُحتمل أن يكون حملها بوطء بعد الطلاق، لأنّ المرأة لا تلد لأقلّ من ستّة أشهر، ولذلك حكمنا بأنّها حامل من زوجها بوطء على فراشه، والذي هو شرط في إثبات النسب<sup>247</sup>، وما دام الفراش فراشه في نكاح صحيح، فقد ثبت نسب الولد منه، وهذا ما ذهب إليه الجمهور ويُعتبر الرّأي الرّاجح.

مدّة الستّة أشهر التي يثبت نسب ولد من طلقت قبل الدخول تبدأ عند الأحناف من تاريخ عقد النكاح لأنّ ثبوت النسب عندهم سببه الظاهر هو عقد النكاح، وقالوا إنّه وإن كان ثبوت النسب حكم الدخول حقيقة إلاّ أنّ الدخول أمر باطني، ولذلك يُقام النكاح مقامه في إثبات النسب عملاً بقول رسول الله ﷺ: "الولد للفراش وللعاهر الحجر".

ومما تجدر ملاحظته أنّ الأصل في المرأة المسلمة الصّلاح، وصيانة ماء الزّوج من الاختلاط بغيره، ولذلك فهي تتعيّن للولادة من زوجها دون غيره لثبوت الفراش له وحده. وعلى هذا الأساس إذا طلق الرجل زوجته قبل الدخول بها، فولدت ولدا لأقلّ من ستّة أشهر من وقت الطلاق، ولستّة أشهر من وقت العقد عليها، فإنّ الولد الذي تلده يثبت نسبه من الزّوج المطلق لليقين بعلوقه من الزّوج حال قيام النكاح.

<sup>245</sup> سورة الأحزاب، الآية 49.

<sup>246</sup> أحمد نصر الجندي، النسب في الإسلام...، المرجع السابق، ص. 49-50.

<sup>247</sup> انظر، أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وآثارهما، د.د.ن، 2004، ص. 829.

أما إذا ولدت لستة أشهر فأكثر من تاريخ الطلاق لا يثبت نسب هذا المولود من المطلق لعدم التيقن بالعلوق به حال قيام النكاح بينهما، لاحتمال أن يكون العلق به بوطء بعد الطلاق، وقت أن كان الفراش قد زال بيقين، والنسب لا يثبت مع الشك، ولذلك لا يثبت نسب مولودها من مطلقها.

هذا ويلاحظ أن القاعدة السابقة عامة تسري على المطلقة قبل الدخول، سواء كانت من ذوات الحيض أو من اللاتي يئسن من الحيض<sup>248</sup>. لكن لأن الأمر ظن لا يقين، فقد أقر الفقهاء بأن نسب الولد يثبت إذا ادّعاها الزوج ويحمل على ذلك أنه اتصل بزوجه بناء على شبهة، فالتسبب أمر يُحتاط في إثباته بقدر المستطاع، صونا للعرض وحماية للولد من الضياع<sup>249</sup>.

إلا أن مذهب الجعفرية لا يُقرّ إثبات النسب إذا جاء الولد بعد الطلاق دون دخول، فالتسبب لا يثبت عندهم إلا بالدخول المحقق، ومضي المدة المحددة للحمل وهي ستة أشهر من حين الوطء. وإذا اختلف الزوجان في زمن المقاربة، وكانت هناك وقائع وقرائن تدلّ على قول الزوجة أو على قول الزوج، عمل بحسبها. أما إذا فقدت الأدلة واشتبّه الحال، أخذ القاضي بقول الزوجة بعد أن يُحلفها اليمين على أنه قاربها منذ ستة أشهر ويلحق الولد بالزوج<sup>250</sup>.

أما الشافعية و المالكية و الحنابلة فذهبوا إلى أن الرجل لو تزوج بامرأة ثم طلقها عقب العقد مباشرة من غير إمكانية وطئها، وأنت بولد لستة أشهر من العقد لم يلحق به، كما لو أنت به لأقل من ستة أشهر للتأكد من أنها حملت به قبل إجراء العقد<sup>251</sup>.

<sup>248</sup> أحمد نصر الجندي، النسب في الإسلام...، المرجع السابق، ص. 50-51.

<sup>249</sup> انظر، عبد المجيد مطلوب، الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية، دار الفلسفة العربية، 1994، ص. 369.

<sup>250</sup> حيث جاء فيه أنه "من المقرر في فقه الجعفرية المطبق في الدعوى المطروحة أنه يلحق ولد المرأة بزوجه بشروط وهي: الدخول، ومضي مدة سنة من حين الوطء ونحوه". انظر، السيد أبو الحسن، الوسيلة الكبرى باب الزواج-، فصل الأولاد طعن بالتمييز رقم 84/49، أحوال شخصية، 1985، ص. 205.

<sup>251</sup> انظر، 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. 50.

## الفرع الثاني

## ثبوت نسب ولد المطلقة بعد الدخول

المطلقة بعد الدخول لا تُعتبر مطلقة إلا إذا حكم القاضي بذلك، وهذا طبقاً لنصّ المادة 49 من قانون الأسرة المعدل، حيث تنصّ على أنه "لا يثبت الطلاق إلاّ بحكم بعد عدّة محاولات صلح يُجريها القاضي دون أن تتجاوز مدّة ثلاثة (03) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدّعى"<sup>252</sup>.

وهنا يُثار إشكال في أنّ القانون اعتبر مدّة العشرة أشهر تُحسب من تاريخ الانفصال بين الزوجين أو الوفاة"<sup>253</sup>.

فهنا نُشير إلى أنّ المشرّع الجزائري لم يكن دقيقاً في نصّ المادة 43 عندما حدّد حالتها انحلال الزواج، واستغنى عن مصطلح "الطلاق"، وفضّل مصطلح "الانفصال"، رغم أنّ المشرّع في المادة 47 من قانون الأسرة نصّ على أنه: "تتخلّ الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة". فبذلك أدخل بعض الغموض في المعنى حينما عبّر عنها بالانفصال والتي يُقابلها بالنصّ الفرنسي (La séparation).

في حين تنصّ المادة 60 من نفس القانون<sup>254</sup> على الطلاق الذي تُقابلها في النصّ الفرنسي كلمة (Le divorce).

فهل المشرّع قصد بالانفصال، الطلاق بمعنى الانفصال الجسدي (عدم الاتّصال الجسدي) بين الزوجين مع بقائهما متزوجين، أم يقصد به الطلاق بحكم من القاضي؟

<sup>252</sup> كانت تنص المادة 49 قبل التعديل على ما يلي: "لا يثبت الطلاق إلاّ بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي دون أن تتجاوز هذه المدة ثلاثة أشهر".

<sup>253</sup> تنص المادة 43 من قانون الأسرة على أن "ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة (10) أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة".

<sup>254</sup> المادة 60 من قانون الأسرة تنص على أن: "عدة الحامل وضع حملها، وأقصى مدة الحمل عشرة (10) أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة".

فالقول أنّ الانفصال هو الطلاق كما هو وارد في نصّ المادة 60 من قانون الأسرة، قد يضعنا أمام مشكل في الواقع العملي، فالطلاق في ظلّ القانون الجزائري لا يكون إلاّ بحكم، وفقا للمادة 49 من قانون الأسرة. لذلك فإننا نبدأ في حساب مدّة العشرة (10) أشهر من يوم صدور حكم الطلاق من القاضي، لكن هذه الوضعية تضعنا أمام صورة شاذة، وهي أنّه يُمكن للزوجة المطلقة أن تلد ولدا خلال مدّة عشرة أشهر من تاريخ صدور الحكم بالطلاق، وعلى هذا الأساس يثبت النسب للمطلق ويُسجّل في سجلات الحالة المدنية على اسمه، إلاّ أنّ واقع الأمر أنّ الطّفّل قد أنجب خلال مدّة أكبر من عشرة أشهر، وهذا ما يتناقض مع المبادئ الأساسية للنسب، سواء شرعا أم قانونا.

لذلك فالمعنى الأصحّ للانفصال والذي يتماشى مع أحكام النسب الشرعية هو الانفصال الفعلي بين الزوجين، بغضّ النظر عن الطلاق بحكم القاضي الذي قد يتأخّر صدره عن تاريخ الانفصال الحقيقي للزوجين، أي من يوم تلفّظ الزوج بالطلاق وفراقه لزوجته، وهذا هو الطلاق الحقيقي طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية<sup>255</sup>. وبالتالي تكون حالة ثبت فيها النسب من الزوج المطلق رغم أنّ الولادة قد حصلت في مدّة أطول من أقصى مدّة الحمل، وهذا فيه خروج عن القواعد الأساسية التي يبنّي عليها النسب الذي هو حقّ من حقوق الله ﷻ.

وعليه كان على المشرّع الجزائري أن يضبط المصطلحات لأنّه إذا فسّرنا مصطلح الانفصال بالطلاق، خاصّة وأنّ المادة 60 من قانون الأسرة تُشير إلى ذلك، فهذا يُعدّ خروجاً عن القواعد العامّة للنسب. أمّا إذا لم يكن يقصد ذلك، ومن دون الأخذ بما جاءت به المادة 60 من قانون الأسرة سالفه الذكر، أي أنّ مصطلح الانفصال لم يقصد به الطلاق وإنّما قصد به الفراق والانفصال الفعلي بين الزوجين قبل الحكم بالطلاق. فإذا تمّ الاعتماد على تاريخ الفراق أو الانفصال الفعلي بين الزوجين لحساب العشرة أشهر كحدّ أقصى لمدّة الحمل، فإنّه يكون فعلا الولد الذي وضعته الأمّ المطلقة خلال هذه المدّة منسوباً لأبيه شرعا وقانونا.

<sup>255</sup> محمد محمد أبو زيد، المرجع السابق، ص. 254 وما بعدها.

وقد اختلف الفقهاء حول تحديد بدء سريان مدّة ولادة الطّفل ومراد (أساس) الاختلاف هو التّمييز بين نوع الفرقة، فكان هناك اتّجاهين، الاتّجاه القائم على عدم التّمييز بين أنواع الفرقة (أولاً)، والاتّجاه القائم على التّمييز بين أنواع الفرقة (ثانياً).

### أولاً: الاتّجاه القائم على عدم التّمييز بين أنواع الفرقة.

وهو اتّجاه جمهور الفقهاء، ويرى أنّه لا فرق بين ولد المطلّقة أو المتوفّي عنها زوجها، ولا بين المطلّقة رجعيًا والمطلّقة بائناً، ولا بين أن تكون العدة واجبة أم غير واجبة. فمتى كانت المدّة المنقضية بين الطّلاق أو الوفاة وبين الولادة هي أقصى مدّة الحمل، فإنّ النسب يثبت من المطلّق أو من الزّوج المتوفّي، ولا ينتفي إلاّ باللّعان. فهذا هو الإجراء الشرعي لنفي النسب في هذه الأحوال.

أمّا إذا كانت المدّة المنقضية بين الطّلاق أو الوفاة وبين الولادة أكثر من الحدّ الأقصى لمدّة الحمل، فلا يثبت النسب، وينتفي تلقائياً دون حاجة لإجراء اللّعان<sup>256</sup>.

### ثانياً: الاتّجاه القائم على التّمييز بين أنواع الفرقة.

وهو اتّجاه الحنفية، ويرى أنّ ثبوت نسب الولد يتوقّف على ولادته خلال مدّة معيّنة، إلاّ أنّ هذه المدّة تختلف في قدرها وفي بدء سريانها باختلاف نوع الفرقة، وتبعا لوجوب العدة من عدمه. وعلى هذا يقول الكاساني من الأحناف: "وكلّ مطلّقة تجب عليها العدة فنسب ولدها يثبت من الزّوج المطلّق إلاّ إذا علّم يقينا أنّه ليس منه، وهو أن تجيئ به (أي تلده) لأكثر من سنتين"<sup>257</sup>.

<sup>256</sup> عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي، المرجع السابق، ص.43.

<sup>257</sup> علاء الدين الكاساني، المرجع السابق، ص.212 وما بعدها.

يتعين الإشارة إلى الفارق بين هذه القاعدة والقاعدة السابقة الخاصة بالمطلقة التي لم يدخل بها مطلقها:

(أ) في هذه القاعدة، المطلقة مدخول بها وتجب عليها العدة، أما في القاعدة السابقة فالمطلقة غير مدخول بها ولا تجب عليها العدة.

(ب) الأصل في القاعدة الحالية ثبوت نسب ولد المطلقة إلا إذا علم يقينا أن الولد ليس من المطلق، أما القاعدة السابقة فالأصل عدم ثبوت نسب ولد المطلقة إلا إذا علم يقينا أنه من المطلق<sup>258</sup>.

القاعدة التي نحن بصددنا وضعت حدًا لإثبات نسب ولد المطلقة بعد دخول مطلقها بها، وهذا الحد هو أن تأتي بالولد لسنتين من وقت الطلاق، ولأكثر من ستة أشهر من وقت النكاح، إذ بهذا التحديد نكون قد تيقنا بأن العلق كان من المطلق.

وعلى هذا فقد ميزوا بين نسب ولد المطلقة طلاقا رجعيا (أ)، وبين نسب ولد المطلقة طلاقا بائنا (ب)، كما أن هناك ثبوت نسب ولد المرأة الكبيرة المطلقة بعد الدخول بها (ج).

### أ- ثبوت نسب ولد المطلقة طلاقا رجعيا:

الأصل المقرر عند الأحناف أن الطلاق الرجعي لا يقطع علاقة الزوجية فور صدوره، وإنما تبقى الزوجية قائمة حكما طوال فترة عدّة المطلقة، فيجوز للمطلق رجعيا أن يستمتع بمطلقته في عدتها منه، ويعتبر ذلك منه رجعة لها.

يثبت نسب ولد المطلقة رجعيا من المطلق عند الأحناف في حالتين:

### الحالة الأولى: إذا لم تُقرّ المطلقة رجعيا بانقضاء عدتها من مطلقها

<sup>258</sup> أحمد نصر الجندي، النسب في الإسلام...، المرجع السابق، ص.51.

ثم أنت بالولد.

فإنه يُنسب الولد للزوج (المطلق)، إذا ولدته قبل مضي أقصى مدة الحمل من وقت الطلاق، ويحمل أمرها على أنها حملت بالولد في أول العدة، وفي هذه الحالة لا يكون المطلق مراجعاً، ويحكم بانقضاء عدة مطلقته بوضع حملها، لأنّ العلق بالولد يُسند إلى أبعد الأوقات، وهو ما قبل الطلاق، لأننا إذا أسندنا العلق إلى أقرب الأوقات صار المطلق رجعيًا مراجعاً لمطلقته بالشك، والرجعة لا تثبت مع الشك.

أما إذا جاءت المطلقة رجعيًا، التي لم تُقرّ بانقضاء عدتها بالمولود بعد أقصى مدة الحمل، فإن أمرها يُحمل على أنّ زوجها (المطلق رجعيًا) قد واقعها بعد الطلاق الرجعي وأثناء عدتها، وأنها ممتدة الطهر، وفي هذه الحالة يثبت نسب المولود منه، لاحتمال أنها حملت من مطلقها أثناء العدة لأنّ الطلاق الرجعي لا يُزيل حلّ المتعة ولا يُزيل الملك، ويكون في ثبوت النسب من حكم مراجعته لها<sup>259</sup>.

ومن هنا نستخلص أنّ المطلقة رجعيًا لا تحرم على زوجها شرعاً<sup>260</sup>، فيكون له أن يواقعها وتحصل الرجعة بذلك فيثبت النسب منه. وهذا يعني أنّ ولد المطلقة رجعيًا يثبت نسبه للمطلق في أيّ وقت تأتي به بعد الطلاق، طالما أنها لم تُقرّ بانتهاء العدة، ولا ينتفي النسب إلاّ باللعان. أما بالنسبة للمشرع الجزائري فإنه هو الآخر ميّز بين أنواع الطلاق، فبالنسبة للطلاق الرجعي، يُمكن استخلاصه من خلال نصّ المادة 132 من قانون الأسرة، إذ يُمكن الإرث في عدة الطلاق، وبالنسبة للطلاق البائن فيكون بمجرد النطق بالحكم. كما أنّ المشرع أحالنا في المادة 222 من ق.أ.ج.، إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

الحالة الثانية: إذا أقرت المرأة بانقضاء العدة<sup>261</sup>.

<sup>259</sup> أحمد نصر الجندي، النسب في الإسلام...، المرجع السابق، ص.52.

<sup>260</sup> محمد محمد أبو زيد، المرجع السابق، ص.257.

<sup>261</sup> مع وجوب ملاحظة أن تكون المدة محتملة بأن يكون قد انقضى ستون يوماً على رأي أبي حنيفة وتسعة وثلاثون يوماً عند صاحبيه، والراجح ما ذهب إليه أبو حنيفة؛ أبو بكر محمد بن أحمد السرحسي، المرجع السابق، ص.196.

الأصل أنّ المشرّع الإسلامي ائتمن المرأة على الإقرار بانقضاء عدّتها. قال الله ﷻ: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَرْبِضْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنَنَّ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ...﴾<sup>262</sup>. فهذه الآية نصّت صراحة على أنه لا يحلّ للمرأة المطلقة أن تكتُم ما خلق الله ﷻ في رحمها من جنين أو دم حيض إن كانت تؤمن بالله واليوم الآخر. من أجل ذلك اعتدّ الفقهاء بإقرار المطلقة رجعيًا بانقضاء عدّتها في شأن إثبات نسب ما تلده بعد الطلاق.

إذا قرّرت المرأة المطلقة رجعيًا بانقضاء عدّتها من مطلقها، وكانت المدّة التي انقضت بين الإقرار والولادة أقلّ من ستّة أشهر من وقت الإقرار بانتهاء عدّتها، سواء اعتدّت بالقروء أو بالأشهر، فإنّ النسب يُنسب للمطلق رغم إقرارها بانقضاء عدّتها. وأساس ذلك هو التيقّن من قيام الحمل وقت الإقرار، وهذه أمانة على أنّ الحمل حدث من المطلق.

أمّا عن إقرار الزوجة بانقضاء العدّة فإنّها تُعدّ مخطئة في التقدير أو كاذبة فيه، ومن ثمّ لا يُعمل به<sup>263</sup>.

فإذا حدثت وكانت المدّة المنقضية بين الإقرار والولادة ستّة أشهر أو أكثر، من وقت إقرارها بانقضاء عدّتها، فإنّه في هذه الحالة لا يثبت النسب من المطلق، بل ينتفي تلقائياً ودون الحاجة لإجراء اللعان. وأساس ذلك هو عدم التيقّن من أنّ الحمل كان قبل الإقرار، إذ يُحتمل أن يكون قد حدث بعد الإقرار، وهذا يعني أنّنا أمام احتمالين: الأول أن يكون الولد من المطلق. والثاني احتمال أن يكون الولد من غيره.

إن قرّرت المرأة بانقضاء عدّتها، يقوى احتمال أنّ الولد من غير مطلقها، بينما يضعف احتمال أنّه منه، ولهذا قرّر الفقهاء عدم ثبوت نسب الولد من المطلق.

<sup>262</sup> سورة البقرة، الآية 228.

<sup>263</sup> عبد الرحمان الصابوني، ط<sup>8</sup>، المرجع السابق، ص. 173 وما بعدها؛ عبد الفتاح تقيّة، مباحث في...، المرجع السابق، ص. 286.

ولكن لأن الأمر يتعلّق بالظنّ والاحتمال لا اليقين، فقد قرّر الفقهاء ثبوت النسب إذا ادّعا الزوج ولم يُصرّح أنّه من الرّنا<sup>264</sup>.

أمّا الإمام الشافعي فيرى أنّ المطلّقة رجعيًا إذا جاءت بالولد لتمام سنّة أشهر من تاريخ إقرارها بانقضاء عدّتها ثبت نسبه من الزوج المطلّق رجعيًا، ما لم تكن قد تزوّجت، وسند ذلك عنده أنّ لإقرارها هذا فيه إبطال لحقّ المولود في أن يثبت نسبه من أبيه، وهذا الإبطال صدر منها قبل ثبوت الحقّ، أي قبل ثبوت النسب للمولود، فلا يجوز.

وقد نصّ المشرّع الجزائري في المادّة 43 من قانون الأسرة على أنّ الولد يُنسب لأبيه إذا وُضع الحمل خلال عشرة أشهر من الانفصال أو الوفاة، وهكذا يكون المشرّع وضع شرطًا وحيدًا لإمكانية إلحاق الولد بالزوج المطلّق، وهو ولادة الولد قبل عشرة أشهر من يوم انحلال الزواج بين الزوجين. وتبعًا لذلك إذا وضعت المطلّقة المدخول بها مولودًا بعد يوم واحد فإنّ الولد لا يُنسب لأبيه. أمّا إذا جاءت بالولد خلال عشرة أشهر كاملة من تاريخ الفراق بين المطلّقين في الفراش، فإنّ الولد يلحق بأبيه ويُنسب إليه. بما أنّ المشرّع الجزائري لم يحدّد معنى الانفصال، فالأمر يعود إلى القاضي وتفسيره لكلمة الانفصال، أي مدى تفسيره قياسًا على القواعد العامّة للنسب. كما أنّ المشرّع الجزائري ميّز بين الطلاق الرجعي والبائن<sup>265</sup>، مثله مثل الشريعة الإسلامية.

## II - ثبوت نسب ولد المطلّقة طلاقًا بائنًا:

هذه الحالة ضمن حالات المرأة المدخول بها إذا طلّقها زوجها لكن بطلاق بائن.

يُشترط لثبوت النسب أن يوضع في مدّة عشرة أشهر من تاريخ الطلاق أو الانفصال الفعلي بين الزوجين، وهذا ما أكّدته المادّة 43 من قانون الأسرة. وتبعًا لذلك فلا يثبت نسب ولد المطلّقة إذا وُلد بعد مضيّ أقصى مدّة الحمل، اعتبارًا من تاريخ

<sup>264</sup> بدران أبو العينين بدران، حقوق الأولاد...، المرجع السابق، ص.58؛ محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص.690.

<sup>265</sup> العربي بلحاج، الوجيز...، المرجع السابق، ص.193.

الانفصال الفعلي، إلا إذا أقرّ به الزوج المطلق، وهي الحالة الوحيدة التي يثبت بها النسب.

والمرأة قد تُقرّ بانقضاء عدتها من مطلقها وقد لا تُقرّ بذلك، ثم تأتي بمولود بعد الطلاق البائن.

### الحالة الأولى: إذا أقرت المطلقة طلاقاً بائناً بعد الدخول بانقضاء عدتها.

هذه المرأة في شأن إثبات نسب ولدها من مطلقها، يُنظر إلى إقرارها وتوافر الشرطين الآتيين:

### الشرط الأول: أن تكون المدّة المنقضية بين وقت الإقرار ووقت الولادة

#### أقلّ من ستّة أشهر.

وعلة هذا الشرط هو التيقن من أنّ الحمل حدث قبل انقضاء العدة أو وقتها، إذ يُعدّ ذلك أمانة على أنّ الحمل حدث من الزوج<sup>266</sup>.

أمّا عن إقرارها بانقضاء عدتها (والذي يعني خلوها من الحمل)، فلا يُعتدّ به لأنّ ثبوت أنّها حامل وقت العدة أو قبل انقضائها قد تبين كذبها فيه، أو أنّها مخطئة في التقدير، وعليه يُعدّ الإقرار باطلاً ومن ثمّ لا يُعمل به.

### الشرط الثاني: أن تكون المدّة المنقضية من تاريخ الطلاق أو الوفاة

#### وحتى الولادة هي أقصى مدّة الحمل (وهي سنتان عند الحنفية).

<sup>266</sup> انظر، ممدوح عزمي، دعوى ثبوت النسب ودعاوى ثبوت الزوجية والتبني للمسلمين وغير المسلمين، دار الفكر الجامعية، الإسكندرية، د.س.ن، ص.62 وما بعدها.

وعلة هذا الشرط هو التيقن من أن الحمل قد حدث قبل الطلاق، وهذا يؤكد أن الحمل وقع في وقت تحل لزوجها أن يتصل بها. وهذا يعدّ أمانة على حدوث الحمل من الزوج. فيحكم بثبوت النسب احتياطياً، فإذا انتفى أحد هذين الشرطين فإن النسب ينتفي تلقائياً دون حاجة لإجراء اللعان.

### الحالة الثانية: إذا لم تقر المرأة بانقضاء العدة.

في هذه الحالة، يثبت نسب الولد من المطلق في حالة الطلاق، أو للزوج المتوفى بشرط واحد وهو أن تكون المدة المنقضية من وقت الطلاق أو الوفاة وحتى الولادة هي أقصر مدة للحمل.

وعلة ذلك هو التيقن من أن الحمل قد حدث قبل الطلاق أو الوفاة، وهذه أمانة على أن الحمل قد حدث من الزوج فيثبت النسب منه. فالمعتدة من طلاق بائن أو فسخ أو وفاة ولم تقر بانقضاء العدة يثبت منه ولدها، متى أتت به في أثناء هذه العدة، ولو ولدته بعدها لا يثبت نسبه للفرش، إلا إذا ادّعا الزوج أو ورثة المتوفى، وتوافرت شروط ثبوت النسب بالإقرار، فإنه يثبت النسب<sup>267</sup>.

إذا افترضنا أن المعتدة من طلاق بائن تزوجت وولدت لأقل من عشرة أشهر منذ بابت من طلاقها وأقل من ستة أشهر منذ تزوجت بغيره، فالولد في هذه الحالة ينسب للزوج المطلق<sup>268</sup>. وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1998/05/19م حيث جاء فيه: "من المقرر شرعاً أن الزواج في العدة باطل، ومن المقرر قانوناً أن أقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر، ومتى تبين في قضية الحال أن الزواج وقع على امرأة ما زالت في عدة الحمل وأن الحمل وُضع بعد أربعة أشهر من تاريخ الزواج الثاني، وأن قضاة الموضوع بقضائهم باعتبار الطاعنة

<sup>267</sup> عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي، المرجع السابق، ص. 05؛ مصطفى السباعي، المرجع السابق، ص. 264؛ محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص. 290-291.

<sup>268</sup> عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص. 57.

بنت الزوج الثاني اعتماداً على قاعدة "الولد للفراش"، مع أنّ الزواج الثاني باطل شرعاً، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخرقوا أحكام الشريعة الإسلامية<sup>269</sup>.

غير أنّه إذا أتى الولد لأكثر من أقصى مدّة الحمل من وقت البينونة ولستة أشهر منذ تزوّجت، فإنّ النسب يثبت لاحتمال علوق الحمل منه (الزوج الثاني).

أمّا إذا جاءت بالولد لأكثر من أقصى مدّة الحمل من تاريخ الانفصال الحقيقي من المطلق، ولأقلّ من ستة أشهر من تاريخ الزواج بالرجل الثاني، فإنّه لا يلزم أحدهما.

لكنّ الإشكال يظهر فيما لو وُلد المولود لأقلّ من أقصى مدّة الحمل من تاريخ الانفصال الحقيقي ولستة أشهر من تاريخ الزواج الثاني<sup>270</sup>، فيمكن أن يكون من الزوج الأول، كما يمكن أن يكون من الزوج الثاني، وفي هذه الحالة يمكن اللجوء إلى الطرق العلمية لكشف حقيقة النسب وإلى أيّ من الزوجين يُنسب هذا الولد.

### III - ثبوت نسب ولد المرأة الكبيرة المطلقة بعد الدخول بها:

المقصود بالمرأة الكبيرة هنا، المرأة التي بيّست من المحيض لكبرها، وهي المعنية بقول الله ﷻ: ﴿وَالَّتِي بَسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ أُرَبَّتُمْ فَعَدَّيْنِ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ وَالَّتِي لَمْ يَحْضَنْ...﴾<sup>271</sup>. هذه المرأة إذا طلقت بعد الدخول بها ثمّ جاءت بولد، فما هو الحكم بالنسبة لثبوت نسبه؟

يقول الأحناف أنّ هذه المرأة إذا جاءت بولد بعد طلاقها إلى سنتين من وقت الطلاق -رجعياً أو بائناً- ثبت نسبه من الزوج المطلق، وسندهم في ذلك أنّها لما ولدت في هذه المدّة علمنا أنّها لم تكن بأيسة من المحيض وإنّما كانت من ذوات الأقراء، ولذلك يثبت نسب ولدها من مطلقها.

<sup>269</sup> انظر، م.ع، غ.أ.ش، 19/05/1998، ملف رقم 193825، م.ق.، 2001، عدد خاص، ص.73.

<sup>270</sup> محمد محمد أبو زيد، المرجع السابق، ص.270 وما بعدها.

<sup>271</sup> سورة الطلاق، الآية 04.

أما إذا أقرت بانقضاء عدتها من مطلقها وكان أساس إقرارها أن عدتها تنقضي بثلاثة أشهر، فإنه بولادتها تبين أنها لم تكن آيسة من المحيض، ومن ثم لم تكن عدتها بالأشهر فبطل إقرارها، وصارت كأن لم تُقر أصلا، واعتُبرت ممتدة الطهر وثبت نسب ولدها من مطلقها.

أما إذا كانت قد أقرت بانقضاء عدتها ووقفت عند ذلك فلم يُقر بالانقضاء بالأشهر، ففي هذه الحالة إن ولدت لأقل من ستة أشهر من إقرارها بانقضاء عدتها ثبت نسب مولودها من مطلقها، وذلك لثبوت أنها لم تكن آيسة من المحيض، ولأن الشرع كذبها في إقرارها بولادتها لأقل من ستة أشهر من وقت إقرارها. أما إذا ولدت لستة أشهر فأكثر، لا يثبت نسب ولدها هذا من مطلقها<sup>272</sup>.

رأينا ثبوت نسب ولد المطلقة، وهناك أيضا حالة المتوفى عنها زوجها، كيف يمكن إثبات نسب الطفل في هذه الحالة؟

## المطلب الثاني

### ثبوت نسب ولد المتوفى عنها زوجها

قال الله ﷻ: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذُرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا<sup>ط</sup> فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ<sup>٢٧٣</sup>﴾. وفي نفس السياق، نصت المادة 43 من قانون الأسرة على أن الولد يُنسب إلى أبيه إذا وُضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة، وأكدت المادة 60 من نفس القانون على نفس المدة من تاريخ الوفاة بنصها على أن: "أقصى مدة الحمل عشرة أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة".

<sup>272</sup> أحمد نصر الجندي، النسب في الإسلام...، المرجع السابق، ص.56.

<sup>273</sup> سورة البقرة، الآية 234.

وعليه فإنَّ النَّسب يثبت للمتوفى إذا أتت أرملته بولد ما بين تاريخ الوفاة وبين أقصى مدّة الحمل، أي عشرة أشهر، لاحتمال أنّ الحمل كان قائماً وقت الوفاة. وتبعاً لذلك يكون الفراش قائماً وقت الوطء فيثبت النَّسب احتياطياً لمصلحة الولد، ولا يثبت نسبه لو جاءت به لأكثر من عشرة أشهر كاملة لأنّه أصبح متيقناً حصول الحمل بعد الوفاة<sup>274</sup>. وفي هذه الحالة إذا حصل وأن نسبه الزوجة إلى الزوج المتوفى دون علم الورثة، وسُجِّل على لقب الزوج خفية، فإنَّ من حقِّ أيِّ شخص له مصلحة في أن يطعن في هذا النَّسب، أن يرفع دعوى أمام القضاء يُطالب فيها إلغاء ما تمَّ تسجيله<sup>275</sup>. وفي هذه الحالة يُمكن اللجوء إلى الطُّرق العلمية إذا تعنتت الزوجة في أنّ الولد من الزوج المتوفى.

هذا عن رأي المشرِّع فيما يخصَّ ثبوت النَّسب بعد الوفاة. أمّا من الناحية الفقهية فنثبت نسب ولد المتوفى عنها زوجها يأخذ حكم المطلقة طلاقاً بائناً في حالة الإقرار وعدمه، كما تمَّ التطرُّق إليه سابقاً<sup>276</sup>، وبالتالي فإذا جاءت بالمولود لأقصى مدة حمل من يوم الوفاة نُبت نسبه، وإن جاءت به لأكثر من هذه المدّة، لا يثبت نسبه منه ولو ادّعه الورثة لا تقبل دعواهم<sup>277</sup>. ولقد سارت المحكمة العليا في نفس الاتجاه، فقد جاء في قرار لها ما يلي<sup>278</sup>:

"من المقرّر أيضاً أنه ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة، وأنّ عدّة الحامل وضع حملها وأقصى مدّة هي عشرة أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة".

وبتعرّضنا إلى نسب ولد المتوفى عنها زوجها، لا بد من معرفة أيضاً حالة ثبوت نسب ولد الغائب عنها زوجها.

<sup>274</sup> أحمد أحمد، المرجع السابق، ص.133.

<sup>275</sup> عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.219.

<sup>276</sup> أحمد محمود الشافعي، المرجع السابق، ص.149.

<sup>277</sup> انظر، محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دراسة قوانين الأحوال الشخصية، د.د.ن، د.س.ن، ص.144 وما يليها.

<sup>278</sup> انظر، م.ع.غ.أ.ش، 15/06/1999، ملف رقم 222674، م.ق، 1999، عدد 01، ص.126.



## المطلب الثالث

## ثبوت نسب ولد المرأة التي غاب عنها زوجها

إذا كانت المرأة قد تزوّجت مع رجل بعقد شرعي وقانوني، ودخل بها فعاشرها معاشرة الزوج لزوجته ثمّ غاب<sup>279</sup> لسبب شرعي، كأن يكون دخل السجن لاثّامه بجريمة معيّنة، أو يكون قد ترك محلّ الزوجية للعلم أو للعمل خارج الوطن، أو لأداء الخدمة الوطنية -عسكرية كانت أو مدنية-، ودام هذا الغياب مدّة طويلة تتجاوز سنة دون أن يثبت أنّه وقع تلاقٍ أو اتّصال بين الزوجين، وكانت الزّوجة قد أتت بولد بعد انقضاء أقصى مدّة الحمل، فإنّ هذا الولد يُعتبر ولدا للفرّاش ويُمكن إسناد نسبه إلى أبيه، إلّا إذا كان هذا الأخير قد نفاه باللعان، لأنّ سكوته وقبول التّهنة بولادته أو تقديم هدايا له أو لأمّه يُعتبر إقرارا بأنّ الولد ولده، ولا يُقبل بعد ذلك نفيه.

وهذا ما أكّده المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1997/07/08م حيث جاءت فيه: "من المقرّر شرعا أنّ (الولد للفرّاش وللعاشر الحجر). ومن المستقرّ عليه قضاء أنّ مدّة نفي النسب لا تتجاوز ثمانية أيّام، ومتى تبيّن -في قضية الحال- أنّ ولادة الطّفل قد تمّت والزّوجية قائمة بين الزوجين وأنّ الطّاعن لم ينف نسب الولد بالطّرق المشروعة، وأن لا تأثير لغيبه الطّاعن ما دامت العلاقة الزوجية قائمة"<sup>280</sup>.

إذا رفعت الزّوجة قضية بشأن زوجها الغائب أمام القضاء، وحُكم بموته يجب عليها أن تتعدّد من تاريخ الحكم بموت الزوج الغائب، وهنا يرد تساؤل: ما الحكم إذا تزوّجت هذه المرأة بغير زوجها الغائب زواجا صحيحا شرعيا، ثمّ جاءت بمولود، ثمّ ظهر الزوج الغائب، فبمن يلحق نسب هذا المولود؟ للإجابة على هذا السؤال، ورد عن أبي حنيفة<sup>281</sup> روايتان: الأولى أنّ الولد يلحق نسبه بالزوج الأوّل الذي عاد بعد الحكم

<sup>279</sup> المادة 110 من قانون الأسرة التي تنص على أن: "الغائب الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود". الغائب (Absent) ليس هو المفقود (Disparu) الذي تنص عليه المادة 109 من نفس القانون والذي يعتبر هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم.

<sup>280</sup> انظر، م.ع، غ.أ.ش، 1997/07/08، ملف رقم 165408، م.ق، 2001، عدد خاص، ص.67.

<sup>281</sup> محمد عاشق البريني، المرجع السابق، ص.192.

بموته، يستوي في ذلك أن تكون الولادة قبل -أو بعد- ستة أشهر من تاريخ الزواج الثاني، ففراشه فاسد، والولد للفراش الصحيح. و لكن يؤخذ على هذه الرواية أن المرأة تزوجت بعد الحكم بموت الزوج الغائب، فزواجها صحيح، والقول بفساده لا دليل عليه لأن قضاء القاضي صدر صحيحا مستوفيا شرائط صحته ونفاذه.

أما الثانية، تؤيد ما لاحظناه على الرواية السابقة، إذ تقول الرواية الثانية بثبوت نسب ما تأتي به امرأة الغائب -بعد زواجها من غيره- من أولاد يُنسب نسبهم إلى الزوج الثاني لأن هذه المرأة جاءت بالولد لستة أشهر فأكثر من زواجها الثاني، فيثبت نسبه من هذا الزوج لأن العلق هنا متصور من الزوج الثاني. أما إذا جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر فإن الولد لا يثبت نسبه للزوج الثاني، وإنما يُنسب للزوج الغائب الذي عاد بعد الحكم بموته، فهو صاحب الفراش، وعلى هذا أجمع جمهور الفقهاء.

تعرضنا في هذا المبحث، إلى ثبوت النسب بالزواج الصحيح وبعد انحلال الرابطة الزوجية، كما بينا موقف كل من المشرع الجزائري والقضاء. وفي حالة ما إذا كان الزواج غير صحيح، فما هو موقف القانون والقضاء منه؟ وهو موضوع دراستنا في المبحث الموالي.

### المبحث الثالث

#### ثبوت النسب بالزواج غير الصحيح وبنكاح الشبهة

عقد الزواج إما أن يكون صحيحا أو غير صحيح، فحسب قانون الأسرة، الزواج الصحيح هو الذي استوفى أركانه وشروطه المنصوص عليها في المادتين 09 و 09 مكرر<sup>282</sup>.

<sup>282</sup> تنص المادة 09 من قانون الأسرة على أن: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين". وتنص المادة 09 مكرر على أنه: "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج".

أما عقد الزواج غير الصحيح فقد اختلف الفقهاء في تقسيمه، فالبعض قسمه إلى باطل وفساد، خلافاً للبعض الذي لا يُقرّ بهذا التقسيم ويرى أنّ الزواج الباطل والفساد شيء واحد. بعكس المشرّع الجزائري الذي قسمه إلى باطل وفساد، وهو ما جاء في الفصل الثالث من الباب الأول، بموجب تعديل قانون الأسرة لأحكام المادتين 32 و33 بالأمر 05-02، وطبقاً لنصّ المادة 40 من قانون الأسرة: "أنّه يثبت النسب بنكاح الشبهة أو بكلّ زواج تمّ فسخه بعد الدخول طبقاً للمواد 32، 33 و34 من هذا القانون"، طرح الإشكاليات التالية: ما هو الزواج الباطل والفساد؟ هل هناك فرق بينهما؟ ما هي شروط ثبوت النسب في الزواج غير الصحيح؟ وما هو نكاح الشبهة؟ وكيف يكون ثبوت النسب بالوطء بشبهة؟

إجابة عن هذه الإشكاليات سوف نتعرض إلى مفهوم الزواج الباطل والفساد (المطلب الأول)، ثم إلى ثبوت النسب من الزواج الباطل والفساد (المطلب الثاني)، وأخيراً إلى ثبوت النسب بالوطء بشبهة (المطلب الثالث).

## المطلب الأول

### مفهوم الزواج الباطل والفساد

سنتناول في هذا المطلب مفهوم الزواج الباطل والفساد في الفقه والتشريع، حيث سوف نتعرض في الفرع الأول إلى تعريف الزواج الباطل والفساد، وفي الفرع الثاني إلى الحالات التي يكون فيها الزواج باطلاً وفساداً.

## الفرع الأول

### تعريف الزواج الباطل والفساد

البطلان في اللغة الضياع والخسران، "بَطَلَ الشَّيْءُ، بَيَّطَ بَطْلاً وَبُطُولاً وَبُطْلَانًا، ذَهَبَ ضَيَاعًا وَخُسْرَانًا، فَهُوَ بَاطِلٌ"<sup>283</sup>.

<sup>283</sup> ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، ص.432.

والباطل عند الجمهور مقابل الصحيح، فكُلّ ما ليس بصحيح فعندهم باطل. فبذلك: "يقابل الصّحة البطلان، فمن قال الصّحة وقوع الفعل كافياً في إسقاط القضاء، قال البطلان هو وقوعه غير كافٍ لإسقاط القضاء، ومن قال الصّحة موافقة الأمر، البطلان مخالفته"<sup>284</sup>.

كما يُعرّف بعض الفقه الإسلامي عقد الزّواج الباطل بأنّه العقد الذي فقد كلّ أركانه أو فقد ركنين على الأقلّ من الأركان، مثل العقد الذي يقع بين مسلمة وغير مسلم، وبين مسلم وغير ذات دين<sup>285</sup>.

والفساد في اللّغة فسَدَ يَفْسِدُ وَفَسَدَ فَسَادًا وَفُسُودًا، فهو فَاسِدٌ وَفَسِيدٌ فيهما. قال عَلِيٌّ: ﴿... وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا...﴾<sup>286</sup>. وهو نقيض الصّلاح. ويُقال: فَسَدَ اللَّحْمُ إِذَا أَنْثَنَ وَلَمْ يُنْتَفِعْ بِهِ"<sup>287</sup>.

عند الفقهاء، هو ما يُقابل الصّحيح، وهو ما فقد شرطاً أو أكثر من شروط صحّته، وهو إمّا فاسد من جهة الصّدق كأن يكون حراماً (كالخنزير والخمر)، أو في مقتضى العقد كأن يُذكر الأجل، أو يكون من جهة المحلّ كالمحرم بحجّ والعقد على المعتدّة، أو من لا تحلّ له بسبب المصاهرة أو النّسب أو الرّضاع، وهو ما اتّفق على فساده. لم يقل أحد بعدم منعه ابتداءً أو دواماً، كنكاح الخامسة أو المحرّمة بنسب أو مصاهرة أو رضاع، ونكاح المتعة الذي اتّفق أهل السنّة على تحريمه ومنعه<sup>288</sup>، أو مختلف على فساده كنكاح السّرّ، نكاح الشّغار، نكاح التّحليل، نكاح المريض ونكاح الرّانية قبل تويتها، وهذا ما اختلف الفقهاء في صحّته أو فساده، فمنعه بعضهم وأجازه آخرون على تفصيل في فسحه قبل الدّخول وبعده عن لم يطلّ، وما يُفسخ قبل الدّخول

<sup>284</sup> انظر، محمد سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، دار النفائس، الأردن، ط<sup>2</sup>، 1418هـ/1997م، ص.93.

<sup>285</sup> انظر، محمد كمال الدين إمام، الزواج في الفقه الإسلامي، دراسة تشريعية وفقهية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1998، ص.37؛ عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.185.

<sup>286</sup> سورة المائدة، الآية 33.

<sup>287</sup> ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، ص.261.

<sup>288</sup> انظر، عبد القادر داودي، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، ط<sup>1</sup>، دار البصائر، الجزائر، 2007، ص.171.

لا بعده، وما يُفسخ أبداً<sup>289</sup>. والقاعدة: "كلّ نكاح يدراً فيه الحدّ كالولد لاحق بالوطء وحيث وجب الحدّ لا يلحق النسب"<sup>290</sup>.

قال ابن رشد: "وأكثرها (الأنكحة الفاسدة) عند الإمام مالك تدرأ الحدّ إلا ما انعقد فيها على شخص واجب التّحريم بالقرباية، كالأمّ وما أشبه ذلك ممّا لا يُعذر فيه بالجهل"<sup>291</sup>.

فلا فرق عند جمهور الفقهاء بين الباطل والفاسد، فكلّ باطل عندهم فاسد، وكلّ فاسد عندهم باطل<sup>292</sup>.

غير أنّ الحنفية<sup>293</sup> يفرّقون بين الباطل والفاسد فيجعلونهما نوعين، لا نوعاً واحداً: الفاسد مشروع بأصله لا بوصفه والباطل غير مشروع لا بأصله ولا بوصفه. وضابط العقد الفاسد عندهم هو ما فاته شرط من شرائط الصّحة، ويمثّلون للفاسد في المعاملات بعقد الرّبا، فإنّه مشروع من حيث أنّه بيع، وممنوع من حيث أنّه عقد ربا. ومثال الباطل عندهم بيع الأحرار من الرّجال والنّساء، وبيع الخمر ونحو ذلك، والباطل عندهم وجوده كعدمه، ذلك أنّه لا اعتبار له شرعاً، فوجوده صورة فحسب، أمّا الفاسد عندهم فإنّه إذا اتّصل بالقبض يُفيد الملك الخبيث.

أمّا بالنّسبة لعقود النّكاح، فلا يُفرّق جمهور أهل العلم بين النّكاح الباطل والفاسد. فالنّكاح الباطل والفاسد بمعنى واحد، فالزّواج الباطل أو الفاسد هو ما حصل الخلل في أركانه أو شرط من شروط صحّته<sup>294</sup>.

<sup>289</sup> أحمد الدردير أبو البركات، الشرح الكبير...، ج2، المرجع السابق، ص.236.

<sup>290</sup> ابن جزّي، المرجع السابق، ص.183.

<sup>291</sup> ابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ص.383.

<sup>292</sup> محمد كمال الدين إمام، الزواج في الفقه...، المرجع السابق، ص.38؛ أحمد محمود الشافعي، المرجع السابق، ص.149؛ محمد سليمان الأشقر، أحكام الزواج...، المرجع السابق، ص.94 وما بعدها.

<sup>293</sup> وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.112.

<sup>294</sup> انظر، أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، 2009، ص.75؛ وهبة مصطفى الزحيلي، المرجع السابق، ص.112 وما بعدها.

ويقول الدكتور سليمان الأشقر: "يظنّ بعض الباحثين الذين كتبوا في الزواج والأحوال الشخصية أنّ مناط التفرقة هو ترتيب بعض الآثار على العقود دون البعض الآخر، وهذا أيضا غير صواب، فمناط التفرقة هو الإقرار على العقد وعدم فسخه"<sup>295</sup>.

إلا أنّ كثيرا من الفقهاء يذكرون أنّ الحنفية يُفرّقون بين النكاح الباطل والفساد، فالزواج الباطل هو ما حصل الخلل في أركانه، أو فقد شرطا من شروط انعقاده، كما إذا كان العاقد فاقد الأهلية، أو خالف القبول الإيجاب، والزواج بالمحارم على الرأى الرَّاجح، والمرأة المتزوجة برجل آخر مع العلم أنّها متزوجة، وزواج المسلمة بغير المسلم، وزواج المسلم بغير الكتابية كالمجوسية ونحوها"<sup>296</sup>.

وأما الزواج الفاسد فهو ما استوفى أركانه وشروط انعقاده، وفقد شرطا من شروط صحته، كما إذا عُقد الزواج من غير حضور الشاهدين، والزواج المؤقت، وزواج امرأة الغير بلا علم بأنّها متزوجة، ونكاح المحارم مع العلم بعدم الحلّ فاسد عند أبي حنيفة وباطل عند الصّاحبين"<sup>297</sup>.

قسّم المشرّع عقد الزواج غير الصّحيح إلى باطل وفساد، وهو ما جاء في عنوان الفصل الثالث من الباب الأوّل من الكتاب الأوّل من قانون الأسرة المعدّل والمتمّم بموجب الأمر رقم 05-02، متأثرا بالمذهب الحنفي الذي قسّم الزواج غير الصّحيح إلى باطل وفساد، خلافا لبقية المذاهب الذين يرون أنّ الزواج الباطل والفساد بمعنى واحد.

فلقد ذهب المشرّع إلى أنّ البطلان أقوى من الفساد، فكّلما كان الخلل قويا لا يُمكن تداركه، كان العقد باطلا"<sup>298</sup>، ومتى أمكن تدارك هذا الأخير، اعتُبر العقد فاسدا"<sup>299</sup>.

وعليه فيما تتمثل أسباب الزواج الباطل والزواج الفاسد؟

<sup>295</sup> محمد سليمان الأشقر، أحكام الزواج...، المرجع السابق، ص.95-96.

<sup>296</sup> بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن...، المرجع السابق، ص.176.

<sup>297</sup> أحمد نصر الجندي، شرح قانون...، المرجع السابق، ص.74.

<sup>298</sup> انظر المادتين 32 و33، الشطر الأوّل، من قانون الأسرة الجزائري.

<sup>299</sup> انظر المادتين 33 و35، الشطر الثاني، من قانون الأسرة الجزائري.

## الفرع الثاني

## أسباب أو حالات الزواج الباطل والفساد

من المفيد الإشارة إلى أنّ التّعديل الأخير لقانون الأسرة، قد سنّ عقد الزّواج الباطل والفساد أو عقد الزّواج بصفة عامّة، بل هو لبّ تعديل قانون الأسرة<sup>300</sup>.

لقد نصّ المشرّع على أحكام الزّواج الباطل والفساد في المواد 32، 33، 34 و35 من قانون الأسرة.

وعلى كلّ لم يرد في هذه المواد بالتّدقيق أحكام الزّواج الباطل والفساد، بل هناك غموض والتباس وتناقض بين المواد.

<sup>300</sup> انظر، فضيل العيش، شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد وفقا للتّعديلات الأخيرة، مطبعة طالب، طبعة جديدة، 2007-2008، ص.11.

## أولا: الزواج الباطل.

عقد الزواج الباطل لا وجود له في نظر القانون الذي قرر إبطاله ولو بعد الدّخول، وقد نصّ المشرّع بعد التّعديل الأخير لقانون الأسرة بموجب الأمر رقم 02-05 المعدّل والمتمّم لقانون الأسرة، على حالات الزواج الباطل في المواد 32، 33 و34. وعليه فعقد الزواج وفقا للتّعديل الأخير يكون باطلا في الحالات التّالية:

1- إذا اختلّ ركن التّراضي والذي اعتبره المشرّع الرّكن الوحيد في عقد الزواج، متمسكا بقواعد القانون المدني وأحكام الشريعة الإسلامية، وهذا ما نصّت عليه المادّة 33 من قانون الأسرة: "يبطل الزواج إذا اختلّ ركن الرضا"<sup>301</sup>.

2- اشتغال العقد على مانع شرعي من الموانع المؤبّدة أو المؤقتة التي نص عليها المشرّع من المادّة 23 إلى المادّة 30 من قانون الأسرة، وهذا ما نصّت عليه المادّة 32 المعدّلة: "يبطل الزواج إذا شمل على مانع..."<sup>302</sup>.

3- اشتغال العقد على شرط يتنافى ومقتضيات العقد، طبقا للمادّة 32 المعدّلة: "يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد".

فالقانون لا يمنع من اقتران عقد الزواج بالشرط إذا لم يكن يتنافى ومقتضيات العقد، وفي ذلك نصّ المادّة 19 المعدّلة من قانون الأسرة: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كلّ الشّروط التي يريانها ضرورية..."، وهذا ما أكده المجلس الأعلى آنذاك في قرار صادر في 03/03/1972م، إذ جاء فيه: "حيث أنّ المقرّر فقها وقضاء جواز اشتراط الزّوجة في عقد الزواج ما تشاء من الشّروط التي تكون لها فيها فائدة بشرط ألاّ تحلّل حراما أو تحرم حلالا وبشرط ألاّ تتناقض روح العقد".

<sup>301</sup> انظر، الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 20 جوان 2005، المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 09/06/1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري.  
<sup>302</sup> المرجع نفسه.

ومن المفيد الإشارة إلى أن المشرّع قبل التعديل الأخير لقانون الأسرة لم يبيّن ما هي الشّروط التي لا يجوز للزّوجين اشتراطها في عقد الزّواج، أو التي يجوز لهما اشتراطها.

أمّا بعد التعديل، فقد نصّ على بعض الشّروط الأساسية التي كثيرا ما تؤدّي إلى خلافات بين الزّوجين، وهي على سبيل التّمثيل لا على سبيل الحصر، وذلك في الشّطر الثاني من المادّة 19 من قانون الأسرة بقوله: "... ولاسيما شرط عدم تعدّد الزّوجات وعمل المرأة". ولم يفصّل المشرّع في هذه الشّروط تفصيل الفقهاء وأحال ذلك لمبادئ الشّريعة الإسلامية، تطبيقا للمادّة 222 من قانون الأسرة.

وهذا ما يتّضح من خلال القرار الصّادر عن مجلس الأعلى آنذاك بتاريخ 1988/06/20م الذي جاء فيه: "من المقرّر قانونا وشرعا أنّ الشّروط الوارد في عقد الزّواج الذي لا يقتضيه العقد ولا يُنافيه، والذي يدخل في باب الكراهة لما فيه من التّحجير لا يلزم الزّوج به ولا يؤثّر في عقد الزّواج، ومن ثمّ فإنّ القضاء بما يُخالف هذا المبدأ يعدّ مخالفا لأحكام الشّريعة"<sup>303</sup>.

### ثانيا: الزواج الفاسد.

غير أنّ المشرّع قد نصّ على الزواج الفاسد في الفقرة الثانية من المادة 33 من قانون الأسرة، وهو كلّ نكاح توافر فيه سبب من أسباب الفسخ وتبيّن أمره قبل الدّخول. ويُعتبر الفسخ هو الجزاء الذي رتبّه المشرّع على العقد الفاسد الذي لم يستوف الشّروط المنصوص عليها في هذا القانون.

<sup>303</sup> انظر، م.ع، غ.أ.ش، 1988/06/20، ملف رقم 49575، م.ق، 1991، عدد 02، ص.54.

وقد قضى المجلس الأعلى أنذاك في قرار صادر في 25/06/1984م على أنه:  
"من المقرّر شرعا أنه لا يُحكم بفسخ عقد النكاح إلا إذا كان هذا النكاح فاسدا  
شرعا"<sup>304</sup>.

فإذا ما تبين سبب من أسباب الفساد قبل الدخول يُفسخ الزّواج، أمّا إذا تبين بعد  
الدخول فيثبت الزّواج.

ونصّ المشرّع بعد التعديل الأخير لقانون الأسرة على حالات الزّواج الفاسد في  
المادة 33 المعدلة والمادة 08 مكرّر 01 المدرجة بالأمر رقم 05-02 المتضمّن التعديل  
الأخير. ومن خلال هاتين المادتين نجد أنّ المشرّع اعتبر عقد الزّواج فاسدا في  
الحالات التالية:

1- فقدان عقد الزّواج لأحد شروطه المنصوص عليها في المادة 09 مكرّر  
والمتمثلة في الشّاهدين والصدّاق والوليّ في حالة وجوبه، طبقا لنصّ المادة 33 المعدلة  
التي تنصّ على ما يلي:

"يبطل الزّواج إذا اختلّ ركن الرّضا".

إذا تمّ الزّواج بدون شاهدين أو صدّاق أو وليّ في حالة وجوبه، يُفسخ قبل  
الدخول ولا صدّاق فيه، ويثبت بعد الدخول بصدّاق المثل"<sup>305</sup>.

في هذه الحالة يُفسخ عقد الزّواج قبل الدخول، إذا تبين سبب الفساد قبل ذلك،  
وإذا تمّ اكتشافه بعد الدخول، فيثبت ويصحّ.

وبالرجوع إلى المادة 09 مكرّر نجد أنّها اعتبرت الأهلية وانعدام الموانع الشرعية  
شروطين للصّحة -بالإضافة إلى الشّروط الأخرى التي ذكرناها-، يترتب على تخلفها  
الفساد، إلا أنّ الأهلية تُعتبر جزءا من الرّضا، يترتب على تخلفها بطلان عقد الزّواج،

<sup>304</sup> انظر، م.ع.، غ.أ.ش.، 25/06/1984، ملف رقم 33715، م.ق.، 1989، عدد 04، ص.99.

<sup>305</sup> انظر، الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 20 جوان 2005، المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في  
06/09/1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

وهذا ما أكدّه المجلس الأعلى آنذاك في قرار صادر في 07/12/1966م: "من المقرّر شرعا وقانونا أنّ عدم توافر أهلية الرّواج ينتج عنها بطلان الرّواج"<sup>306</sup>.

وكما أنّ الموانع الشرعية ليست شرطا للصحة، لأنّ العقد الذي يشتمل على مانع شرعي باطل وليس فاسد، فيفسخ قبل الدّخول وبعده، طبقا للمادة 32 المعدلة والمادة 34 من قانون الأسرة<sup>307</sup>.

2- عدم حصول الرّوج الذي يرغب في التّعّدّد على ترخيص قضائي.

وهذه الحالة استحدثها المشرّع الجزائري بموجب الأمر رقم 05-02 المعدل والمتّم لقانون الأسرة، إذ رتب المشرّع فسخ الرّواج الجديد ولكن قبل الدّخول، إذا لم يحصل الرّوج الذي يرغب في التّعّدّد على ترخيص قضائي، وهذا ما نصّت عليه المادة 08 مكرّر 01، المدرجة بالأمر رقم 05-02، حيث نصّت على ما يلي:

"يفسخ الرّواج الجديد قبل الدّخول إذا لم يستصدر الرّوج ترخيصا من القاضي وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة 08 أعلاه"<sup>308</sup>.

وعلى غرار المشرّع الجزائري فإنّ المشرّع المصري وضع من بين شروط قبول طلب الرّوجة التّطليق، حصول الضّرر المادّي أو المعنوي الذي يقع عبء إثباته على طالبة الطّلاق، وذلك في نصّ المادة 11 مكرّر من القانون رقم 100 لسنة 1985م: "يجوز للرّوجة التي تزوّج عليها زوجها أن تطلب الطّلاق منه إذا لحقها ضرر مادّي أو معنويّ يتعدّد معه دوام العشرة بين أمثالها، ولم تكن قد اشترطت عليه في العقد ألاّ يتزوّج عليها".

<sup>306</sup> العربي بلحاج، قانون الأسرة...، المرجع السابق، ص.31.

<sup>307</sup> فضيل العيش، المرجع السابق، ص.15-16.

<sup>308</sup> انظر، الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 20 جوان 2005، المعدل والمتّم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 06/06/1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

كما أن المشرع الجزائري أغفل تحديد المدّة التي يُمكن للزوجة رفع فيها الدّعى للمطالبة بالطلاق، إذ حدّدها المشرع المصري بسنة تبدأ من تاريخ العلم بالزواج بأخرى، سواء كان الأمر بالنسبة للزوجة الجديدة أو الزوجة الأولى<sup>309</sup>.

أما إذا تمّ الدّخول دون الحصول على ترخيص قضائي، فما مصير عقد الزواج الجديد؟

سكت المشرع الجزائري في هذه الحالة، وقياسا على ما جاء في المادّة 33 من قانون الأسرة يُمكن القول بثبوت الزواج بعد الدّخول إذا لم يستصدر الزوج طلب الترخيص، مع حقّ كلّ زوجة في المطالبة بالتطّيق على أساس التّدليس<sup>310</sup>، طبقا للمادّة 08 مكرّر المدرجة بالأمر رقم 02-05 المعدّل والمتمّم لقانون الأسرة، إذ نصّت على ما يلي: "في حالة التّدليس يجوز لكلّ زوجة رفع دعوى قضائية ضدّ الزوج للمطالبة بالتطّيق"<sup>311</sup>. لكن ما يُمكن ملاحظته، أنّ الزوجة الأولى يُمكنها أن تطلب التّطّيق، لكن بالنسبة للزوجة الثانية، فزواجها غير صحيح.

## المطلب الثاني

### ثبوت النسب من الزواج الباطل والفاقد

ألق الشّارع الحكيم والقانون، الزّواج الباطل والفاقد بالزّواج الصّحيح في ثبوت النسب لأنّ القاعدة أنّ النسب يحتاج في إثباته إحياء للولد<sup>312</sup>، وهذا بموجب المادّة 40 من قانون الأسرة التي تنصّ على أنّه: "...يثبت النسب...وبكلّ نكاح تمّ فسخه بعد

<sup>309</sup> انظر، عماري نور الدين، فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في قانون الأسرة، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي، بشار، 2007-2008، ص.76.

<sup>310</sup> انظر، قبل التعديل الأخير لقانون الأسرة كان للزوجتين السابقتين واللاحقة، في حالة عدم علمهما بالزواج الجديد، طلب التّطّيق على أساس الغش أو عدم الرضا، طبقا لنص المادّة 08 السابقة: "...يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل، ويتم ذلك بعد علم كل من الزوجة السابقة واللاحقة، ولكل واحدة الحق في رفع دعوى قضائية ضد الزوج في حالة الغش والمطالبة بالتطّيق في حالة عدم الرضا".

<sup>311</sup> انظر، الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 20 جوان 2005، المعدّل والمتمّم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 09/06/1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

<sup>312</sup> أحمد نصر الجندي، النسب في الإسلام...، المرجع السابق، ص.81.

الدّخول، طبقاً للمواد 32، 33 و34 من هذا القانون". سوف نتعرّض في هذا المطلب إلى الآثار المترتبة على الزواج الباطل والزّواج الفاسد كفرع أوّل، أمّا الفرع الثّاني فسوف نتطرّق فيه إلى شروط ثبوت النّسب من الزّواج غير الصّحيح.

## الفرع الأول

### الآثار المترتبة عن الزواج الباطل والفاسد

نتعرّض إلى الآثار المترتبة عن الزواج الباطل (أولاً)، ثم الآثار المترتبة عن الزواج الفاسد (ثانياً).

#### أولاً: بالنسبة للزواج الباطل.

إنّ الزّواج الباطل لا يترتّب عليه أيّ أثر من الآثار التي يُرتّبها الزّواج الصّحيح، ولو حصل فيه دخول، وحكمه أنّه لا يترتّب عليه أثر ما قبل الدّخول، بل يُعتبر وجوده كعدمه، ويجب على كلّ من الزّوجين أن يتفرّقا في الحال، وإذا دخل الرّجل على من عقد عليها عقداً باطلاً، كان دخوله بمنزلة الزّنا إذا كان عالماً، لأنّ الشّرع يوجب عدم المضيّ في الزّواج الباطل، ولا تجب على المرأة العدة بعد التّفريق ولا تجب به النّفقة ولا طاعة ولا أيّ حقّ من حقوق الزّوجية وواجباتها، ولا يثبت به توارث ولا نسب للولد الذي يولد من هذا الدّخول.

ورتّب جمهور الفقهاء ثبوت النّسب<sup>313</sup> على الوطء في الزّواج الباطل إذا لم يكن الرّجل عالماً بالتّحريم ولا يُعتبر الوطء زناً، وإذا كان عالماً بالتّحريم وجب حدّ الزّنا على

<sup>313</sup> أخذ بهذا الرأي الصحابان أبو يوسف ومحمد بن الحسن من الحنفية.

الزّوجين ولا يثبت النسب<sup>314</sup>، مثل عقد زواج المسلمة بغير المسلم ومثل الزّواج بالمحارم.

فمن أتى امرأة محرّمة بصهر مؤبّد كابنة زوجته المدخول بها وأمّها المطلّقة، أو تزوّج أخته من الرّضاع، أو من النسب، أو شيئاً من ذات المحارم، عالماً بالتحريم، أقيم عليه الحدّ ولا يلحق به الولد<sup>315</sup>.

وفي هذا الصّدّد يقول أحد شرّاح القانون<sup>316</sup>: "إذا كان الزّوجان أو أحدهما يعلم أنّ زواجهما معاً زواج ممنوع قانوناً ومحرّم شرعاً، وتعمّداً هذا الزّواج، فإنّ زواجهما سيكون باطلاً لا فاسداً، ويُعتبر زناً، ولا يثبت به نسب ولا توارث ولا نفقة".

ما يُلاحظ على المشرّع الجزائري أنّه ربّ على عقد الزّواج الباطل ثبوت النسب، رعاية لحقوق الولد، وذلك ما نصّت عليه المادّة 34 من قانون الأسرة: "كلّ زواج بإحدى المحرّمات يُفسخ قبل الدّخول وبعده، ويترتّب عليه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء"<sup>317</sup>. والمادّة 222 من ذات القانون التي تحيل إلى تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية، وهذه الأخيرة لا تلحق النسب بالزواج الباطل إلاّ إذا كان الزوج جاهلاً بالحرمة.

هذا ويجب الإشارة إلى أنّ المشرّع استعمل مصطلح "يُفسخ"، فهذا لا يعني أنّ الزّواج من المحرّمات فاسد، باعتبار أنّ الفسخ هو الجزء المترتّب عن الزّواج الفاسد، كما ذهب بعض شرّاح القانون<sup>318</sup>.

فالزّواج الفاسد حقيقة يُفسخ قبل الدّخول، أمّا بعد الدّخول فيثبت ولا يُفسخ.

<sup>314</sup> انظر، محمد محمود حسن، النسب وأحكامه في الشريعة الإسلامية والقانون الكويتي، ط<sup>1</sup>، سنة 1999، ص.49؛ أحمد نصر الجندي، شرح قانون...، المرجع السابق، ص.76.

<sup>315</sup> عبد الرحمان الصابوني، ط<sup>8</sup>، المرجع السابق، ص.170.

<sup>316</sup> عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.213-214.

<sup>317</sup> انظر، قانون رقم 02-05 المؤرخ في 20 جوان 2005، المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 09/06/1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

<sup>318</sup> العربي بلحاج، قانون الأسرة...، المرجع السابق، ص.32؛ عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.214.

أما المادة 34 فنصت على أنّ الزواج من المحرّمات يُفسخ قبل الدخول وبعده، ممّا يُفهم منه أنّ الزواج من المحرّمات باطل في قانون الأسرة، ويجب على المرأة الاستبراء<sup>319</sup>، وهذا ما أكّده المجلس الأعلى آنذاك في قراره الصادر في 1986/02/24م:

"وحيث اعتمادا على أحكام الشريعة الإسلامية التي تنصّ على أنّ المحصنة تُحرّم على الزوج الثاني، وأنّ هذا الزواج يُفسخ قبل الدخول وبعده، ويترتّب عليه ثبوت النسب<sup>320</sup>. وكما أنّ الزواج من المحرّمات يُعتبر من الموانع الشرعية التي سبق وأن اعتبرها المشرّع سببا لبطلان عقد الزواج في المادة 32 السابقة.

وممّا تجدر الإشارة إليه، أنّه وبعد التدقيق في نصّ المادتين 34 و40 من قانون الأسرة، يتّضح لأوّل وهلة أنّ المشرّع الجزائري رتبّ على الزواج الباطل بعد الدخول ثبوت النسب، ولكنّه ساوى من حيث ثبوت النسب بين الزواج الباطل كزواج المرأة المتزوجة أو المعتدة، أو الأخت من الرضاع أو النسب، أو زواج المسلمة بغير المسلم، الذي كان فيه الرّجل عالما بالحرمة وبين الذي لم يكن عالما بها، كما قضت بذلك المادة 34 من قانون الأسرة.

غير أنّه ممّا لا ريب فيه أنّ جمهور الفقهاء -كما سبق وأن رأينا- رتبّ على الوطء في الزواج الباطل ثبوت النسب إذا لم يكن الرّجل عالما بالتحريم، وإذا كان عالما بالتحريم يثبت النسب ويُعتبر الوطء زنا. وعلى هذا الرأي سار قضاء المجلس الأعلى في قراراته، حيث جاءت في قراره الصادر في 1986/02/29م ما يلي: "حيث أنّ الطّاعن أثبت خلال مراحل النزاع أنّ زوجته كانت في عصمة زوج آخر بموجب عقد زواج مؤرّخ في 1981/11/02م، وكان جاهلا هذه الحالة. حيث اعتمادا على أحكام الشريعة الإسلامية التي تنصّ على أنّ المحصنة تُحرّم على الزوج الثاني، وأنّ هذا الزواج يُفسخ قبل الدخول وبعده، ويترتّب عليه ثبوت النسب. حيث أنّ قضاة

<sup>319</sup> الاستبراء: هو تريض المرأة بنفسها مدة يُعلم بها خلو رحمها من الولد. عبد الفتاح تقيّة، مباحث في...، المرجع السابق، ص.310.

<sup>320</sup> انظر، م.ع، غ.أ.ش، 1986/02/24، ملف رقم 39362، م.ق، 1989، عدد 04، ص.97.

الموضوع لما حكموا بالطلاق على مسؤولية الزوج، بدون مراعاة لأحكام الفقه، لم يبنوا حكمهم على أساس شرعي، الشيء الذي يجعل القرار واجب النقض في هذه المسألة...<sup>321</sup>.

وجاءت في قرار آخر صادر في 13/05/1986م بأنه "من المقرر قانوناً أنه يُعتبر زنا حالة الزوجة التي لم تنتظر الفصل في القضية المنشورة بينها وبين زوجها، والتي تزوجت مع شخص آخر بالفاتحة، رغم صدور الحكم بالطلاق"<sup>322</sup>.

يتضح من خلال هذه القرارات أنّ المحكمة العليا رتبت ثبوت النسب من الزواج الباطل في حالة جهل الزوج بالتحريم أخذاً برأي الجمهور.

فكيف يسوغ التوفيق إذن بين تلك النصوص وهذه القرارات وأحكام الشريعة الإسلامية؟

### ثانياً: بالنسبة للزواج الفاسد.

الزواج الفاسد في إثبات النسب كالزواج الصحيح، إذ حرصت الشريعة الإسلامية على ثبوت النسب في الزواج الفاسد، إعمالاً لمبدأ الاحتياط في إثباته، إحياء للولد ومحافظة عليه من الضياع<sup>323</sup>، إذا دخل الرجل بمن عقد عليها عقداً فاسداً، دخولاً حقيقياً<sup>324</sup>.

<sup>321</sup> انظر، م.ع، غ.أ.ش.، 1986/02/29، ملف رقم 39362، مقتبس عن العربي بلحاج، قانون الأسرة...، المرجع السابق، ص.40.

<sup>322</sup> انظر، م.ع، غ.أ.ش.، 1986/05/13، ملف رقم 271، مقتبس عن العربي بلحاج، المرجع نفسه، ص.41.

<sup>323</sup> وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.686.

<sup>324</sup> وفي هذا الصدد، يقول عبد الرحمان الصابوني: "الفرق بين الزواج الصحيح والزواج الفاسد من حيث ثبوت النسب أن الزواج الصحيح يثبت فيه النسب إذا جاءت الزوجة بولد بعد مضي ستة أشهر من تاريخ العقد، بينما في الزواج الفاسد لا يثبت النسب إلا بعد مضي ستة أشهر من تاريخ الدخول الحقيقي".

لكن إذا عقد الرجل على امرأة عقدا فاسدا ثم اكتشف ذلك قبل الدخول، فإنه يترتب عليه وجوب التفريق بينه وبينها، ويصبح العقد كأنه عقد باطل، ولا ينتج عنه أي أثر شرعي من الآثار المترتبة على العقد الصحيح<sup>325</sup>.

أما إذا اكتشف سبب الفساد بعد الدخول بها دخولا حقيقيا، ثم أتت بولد لأكثر من ستة أشهر من تاريخ الدخول الحقيقي، ثبت نسبه من أبيه<sup>326</sup>، ولا يستطيع الزوج أن ينفي نسب هذا الولد حتى باللعان، لأن هذا الأخير -أي اللعان- لا يكون إلا بين الزوجين في الزواج الصحيح، حيث يقول الفقهاء: "الفراش للزواج الفاسد أقوى من الفراش في الزواج الصحيح"، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى، يترتب على الزواج الفاسد وجوب التفريق بين الزوجين مع حرمة المصاهرة، ووجوب العدة واستحقاق المهر<sup>327</sup>.

وقانون الأسرة لا يختلف كثيرا عن الشريعة الإسلامية، إذ حدا حدوها، فاعتبر الزواج الفاسد سببا لثبوت النسب في نص المادة 40 من قانون الأسرة:

"يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبيّنة أو بنكاح الشبهة أو بكلّ زواج تمّ فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32، 33 و 34 من هذا القانون".

إذ أنّ المشرّع الجزائري اعتبر العقد فاسدا إذا اكتشف سبب الفساد فيه قبل الدخول بالزوجة، فالعقد الفاسد يُفسخ ولا تستحقّ الزوجة من الصّدق شيئا. ولكن الأمر يختلف في أنّ المشرّع اعتبر أنّ اكتشاف سبب الفساد بعد الدخول وزفاف الزوجة إلى منزل الزوجية، يقتضي الاستمرار في العقد رغم فسادها، ويثبت به النسب مع حرمة المصاهرة، ووجوب العدة، إعمالا لقاعدة إحياء الولد، لهذا يُقال أنّه لا فرق بين الزواج الفاسد والزواج الصحيح من حيث ثبوت النسب، فكلاهما فيه إلحاق الولد بأبيه متى تمّ

<sup>325</sup> عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.186؛ انظر، عبد التواب معوض، موسوعة الأحوال الشخصية حسب آخر التعديلات، ج1، ط4، دار الوفاء، 1988، ص.473.

<sup>326</sup> كمال صالح البناء، المرجع السابق، ص.09.

<sup>327</sup> عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.186.

وضعه بعد ستة أشهر فأكثر من تاريخ العقد<sup>328</sup>، مع إمكانية الاتصال بين الزوجين. فهل هناك شروط شرعية لثبوت النسب من الزواج غير الصحيح؟

## الفرع الثاني

### شروط ثبوت النسب من الزواج غير الصحيح

يُستخلص من نصّ المادة 40 من قانون الأسرة أنه حتّى يثبت النسب من الزواج غير الصحيح يجب توافر عدّة شروط، وهي الدخول الحقيقي (أولاً)، ولادة المولود في مدّة الخصومة (ثانياً).

#### أولاً: الدخول الحقيقي.

وهو شرط أساسي لثبوت النسب، وتترتب على الزواج الفاسد حالتان يختلف فيهما حكم النسب، إن كان ذلك قبل الدخول أو بعده.

#### 1- حكم النسب في الزواج الفاسد قبل الدخول:

لا يترتب على العقد الفاسد قبل الدخول أي أثر من آثار الزواج الصحيح، فلا تعتدّ المرأة ولا تجب لها نفقة ولا صداق، طبقاً لنصّ المادة 33 من قانون الأسرة، ولا توارث بين الزوجين، ويتعيّن عليهما أن يتفرّقا في الحال من تلقاء نفسيهما، بحيث أنّ الرابطة الزوجية أصبحت فاسدة، ويُعتبر الزواج غير موجود حكماً ولا يثبت النسب<sup>329</sup>. وهذا ما يُفهم من نصّ المادة 40: "يُثبت النسب بالزواج الصحيح... وبكلّ زواج تمّ فسحه بعد الدخول...".

<sup>328</sup> العربي بلحاج، الوجيز...، المرجع السابق، ص.196.

<sup>329</sup> انظر، الغوتي بن ملحّة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، ط1، 2005، ص.74-75.

فإذا عقد الرجل على امرأة عقدا فاسدا، ولم يدخل بها ثم أتت بولد، لا يثبت نسبه منه لأن عقد الزواج الفاسد قبل الدخول هو والباطل سواء، إلا إذا ادّعا ولم يُصرح بأنه من الزنا<sup>330</sup>.

## II - حكم النسب في الزواج الفاسد بعد الدخول:

في هذه الحالة، ونظرا لخطورة الوضع، رتب المشرع ثبوت نسب الولد من الرجل الذي دخل بمن عقد عليها عقدا فاسدا، وحصل حمل من هذا الدخول، وذلك مراعاة للولد وعدم تضييعه. وهذا الحكم تضمنته المادة 40 من قانون الأسرة التي تُعتبر المبدأ العام لثبوت النسب: "يثبت النسب... وبكلّ زواج تمّ فسخه بعد الدخول، طبقا للمواد 32، 33، و34 من هذا القانون".

والمادة 33 المعدلة من نفس القانون: "إذا تمّ الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يُفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل".

وبهذا يكون المشرع قد ربط ثبوت النسب في الزواج الفاسد بالدخول واعتبره لازما لذلك. وعليه فإذا عقد رجل على امرأة عقدا فاسدا، ثم اكتشف سبب الفساد قبل الدخول، لا يثبت النسب، بل لا يُنتج العقد أي أثر من آثار الزواج الصحيح.

أما إذا اكتشف سبب الفساد بعد الدخول، فإنّ هذا الزواج يثبت وبُصح ويترب عليه ثبوت النسب، وتجب العدة على المرأة، وتبدأ من يوم الفرقة بين الطرفين إذا كان ذلك من تلقاء أنفسهما أو بمقتضى حكم قضائي، وتثبت حرمة المصاهرة، فيُحرم على الرجل أن يتزوج بأصول المرأة وفروعها، كما يُحرم عليها أصوله وفروعه، وتستحقّ

<sup>330</sup> انظر، أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب، الدار الجامعية للنشر، الإسكندرية، 1418هـ/1998م، ص.206؛ عبد الرحمان الصابوني، ط<sup>8</sup>، المرجع السابق، ص.168.

الزوجة صدق المثل إن لم يتم تسمية الصّدق، طبقاً لنصّ المادة 33 المعدلة من قانون الأسرة<sup>331</sup>.

### ثانياً: ولادة المولود في مدة الخصومة.

لا يكفي الدّخول الحقيقي في الزّواج الفاسد لثبوت النّسب، فلا بدّ أن يولد المولود في مدّة محدّدة، وتختلف هذه المدّة بحسب ما إذا كانت المعاشرة قائمة بين الزوجين، أو يكون قد حصل تفريق بينهما.

#### 1- مدة ثبوت النسب أثناء قيام الزوجية من زواج فاسد:

اتفق الفقهاء على أنّ المدّة التي يجب أن يولد فيها الولد ليثبت نسبه من الزّواج الفاسد هي ستّة أشهر فأكثر إذا كانت المعاشرة قائمة بين الزوجين. أمّا إذا ولدته لأقلّ من ستّة أشهر لا يثبت النّسب، إلاّ أنّهم اختلفوا في الوقت الذي يبدأ منه حساب هذه المدّة، على رأيين، حيث ذهب الرأي الأول، وهو رأي الجمهور<sup>332</sup>، إلى أنّ النّسب يثبت إذا جاءت المرأة بولد لستّة أشهر فأكثر من تاريخ العقد، قياساً على الزّواج الصّحيح، لأنّ حكم النّكاح الفاسد يؤخذ من الصّحيح، وهو رأي أبو حنيفة وأبو يوسف أيضاً<sup>333</sup>.

وخلافاً لذلك، يرى الإمام محمد بن الحسن من الحنفية أنّ احتساب المدّة يبدأ من تاريخ الدّخول، وذهب إلى أنّ عقد الزّواج الفاسد لا أثر له قبل الدّخول، فكيف

<sup>331</sup> وفي هذا الصدد يقول عبد الرحمان الصابوني: "الزواج الفاسد قبل الدخول هو والباطل سواء، أما بعد الدخول، فيثبت له بعض الآثار ومنها ثبوت النسب"، عبد الرحمان الصابوني، ط<sup>8</sup>، المرجع السابق، ص.169.

<sup>332</sup> رأي الجمهور منهم، ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد...، المرجع السابق، ص.384 وما بعدها.

<sup>333</sup> وفي هذا الصدد يقول أبو حنيفة وأبو يوسف: "لا فرق بين الفاسد والصحيح من حيث ثبوت النسب، فكلاهما فيه إلحاق الولد بأبيه إذا جاءت به أمه لستة أشهر فأكثر من تاريخ العقد"، أحمد محمود الشافعي، المرجع السابق، ص.149.

نُرتب له حكم النسب اعتباراً من تاريخ العقد الذي لم يعترف به الشارع الحكيم إلا بعد الدخول. وهو الرأي المفتى به لدى الأحناف<sup>334</sup>.

فإذا عقد الرجل على امرأة عقداً فاسداً ودخل بها، ثم جاءت بولد بعد مضي ستة أشهر فأكثر، وكان الزوج ممن يُتصور منه الحمل، يثبت نسب الولد من الزوج، لأنه صاحب الفراش، وإن أتت به لأقل منها، لا يثبت النسب منه، لأنه على وجه اليقين أن الحمل حاصل قبل الدخول، إلا إذا ادّعاها ولم يُصرح بأنه من الزنا، فيثبت نسبه بالإقرار لا بالفراش. ويحمل إقراره على أن المرأة حملت به من دخول بعقد سابق أو بوطء بشبهة<sup>335</sup>.

ويذكر الدكتور عبد الفتاح تقيّة قولاً للفقهاء المتأخرين من الأحناف: "فلكلّ هذا لا يصحّ أن يُقاس الزواج الفاسد على الزواج الصحيح، ويكون من المعتبر في ثبوت النسب بالزواج الفاسد هو الدخول، فيتعيّن أن يكون احتساب المدّة التي يثبت فيها النسب من وقت الدخول، لا من وقت العقد كما قال أبو حنيفة وأبو يوسف"<sup>336</sup>.

<sup>334</sup> على أن الفقهاء المتأخرين من الأحناف قالوا أن: "رأي محمد بن الحسن، ولو كان الرأي المفتى به، ولكنه غير ملزم لأن الأحكام تتغير بتغير الأزمان، فما يُفتى به في عصر قد لا يُفتى به في عصر آخر".

<sup>335</sup> انظر، سعد أبو حبيب، المرشد في قانون الأحوال الشخصية، ج 1، آثار الزواج وانحلاله، دار الأنوار للطباعة، دمشق، ط<sup>2</sup>، 1989، ص. 504.

<sup>336</sup> عبد الفتاح تقيّة، مباحث في...، المرجع السابق، ص. 285.

## II - مدة ثبوت النسب بعد الفرقة من زواج فاسد<sup>337</sup>:

إذا حصلت الفرقة بالتراضي أو بتفريق من القاضي، بعد الدخول في عقد الزواج الفاسد، يثبت نسب المولود إذا جاءت به قبل مضي أقصى مدة الحمل من تاريخ الفرقة، وبشرط أن يكون لسنة أشهر على الأقل من تاريخ الدخول<sup>338</sup>.

ولا خلاف بين الفقهاء في أن أقصى مدة الحمل تُحسب من تاريخ التفريق بين الزوجين<sup>339</sup>، وإلى هذا ذهب المشرع الجزائري في المادة 43 من قانون الأسرة: "يثبت نسب الولد لأبيه إذا وُضع خلال 10 أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة".

وعليه يثبت نسب الولد لمن تأتي به لأقل من عشرة أشهر من تاريخ الانفصال، وسبب ثبوت النسب في هذه الحالة أنه لم يُتَيَقَّن من حصول العلق بعد الفرقة، إذ المدة تحتمل حصوله قبل الفرقة لأن أقصى مدة للحمل عشرة أشهر، فيثبت النسب احتياطاً للولد.

وإن أتت به لأكثر من عشرة أشهر من تاريخ الانفصال، لا يثبت النسب. وأساس عدم الثبوت في هذه الحالة أنه أصبح متيقناً أن العلق حصل بعد الفرقة، لأنه أتى لأكثر من أقصى مدة الحمل من تاريخ الانفصال، فلا يثبت نسب الولد من الزوج لاحتمال أن يكون الولد من غير زوج أمه الشرعي، إلا إذا ادّعا ولم يُصرَّح بأنه من الزنا.

وقد أكدت المحكمة العليا الجزائرية على أن الزواج الفاسد سبب لثبوت النسب في قراراتها، إذ جاء في قرار لها: "من المقرّر شرعاً أنه يمكن إثبات النسب بالزواج الصحيح والإقرار والبيّنة وشهادة الشهود ونكاح الشبهة والأنكحة الفاسدة والباطلة، تطبيقاً لقاعدة إحياء الولد لأنّ ثبوت النسب يُعدّ إحياء له ونفيه قتلاً له<sup>340</sup>".

<sup>337</sup> انظر، كمال لدرع، حماية حقوق الطفل، المعيار، دورية علمية محكمة تعنى بالدراسات الإسلامية والاجتماعية، تصدرها كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية بجامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، عدد 09، 1425 هـ/2004 م، ص. 545-546.

<sup>338</sup> الغوتي بن ملحّة، قانون الأسرة...، المرجع السابق، ص. 75.

<sup>339</sup> عبد الرحمان الصابوني، ط<sup>8</sup>، المرجع السابق، ص. 168.

<sup>340</sup> انظر، م.ع.، غ.أ.ش.، 1997/10/28، ملف رقم 172333، م.ق.، 1997، عدد 01، ص. 42.

وبعد معالجتنا لثبوت النسب من الزّواج غير الصّحيح، اتّضح وجود تناقض بين المواد المنظمة للنسب من الزّواج غير الصّحيح، ويتّضح ذلك من نصّ المادّة 41 من قانون الأسرة التي تقضي صراحة بثبوت نسب الطّفل لأبيه إذا كان الزّواج شرعيا، أي صحيحا، في حين تنصّ المادّة 40 من نفس القانون، على ثبوت النسب حتّى ولو كان الزّواج فاسدا أو جاء نتيجة لوطاء بشبهة، أي حتّى إذا كان غير صحيح أو غير قائم تماما.

وبتعبير آخر لقد ساوت المادّة 40 بين الزّواج الصّحيح والزّواج الفاسد والوطاء بشبهة بشأن نسب الطّفل فاعتبرته شرعيا في كلّ الحالات، في حين أنّ المادّة 41 تقضي بمفهوم المخالفة، أنّ الطّفل لا يُنسب لأبيه إذا كان الزّواج غير صحيح، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى، فإنّ هناك تناقض بين المادّة 32 والمادّة 35 من ذات القانون، إذ تنصّ الأولى على أنّه: "يبطل الزّواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد". في حين نصّت الثانية على أنّه: "إذا اقترن عقد الزّواج بشرط يُنافيه، كان الشرط باطلا والعقد صحيحا".

لقد قضت المادّة 32 ببطلان عقد الزّواج الذي يشتمل على شرط يتنافى ومقتضيات العقد، بينما المادّة 35 قضت ببطلان الشرط الذي يتنافى ومقتضيات العقد فقط، والإبقاء على العقد صحيحا.

فكان على المشرّع أثناء إثارته لقانون الأسرة سنة 2005م، أن ينتبه لهذا التناقض، وكان عليه أن يأخذ بالحكم الذي تضمّنته المادّة 35 لأنّه يتفق مع الرّأي الرّاجح في الفقه الإسلامي لقول النّبي ﷺ: "ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، ولو كان مائة شرط، كتاب الله أحقّ وشرط الله أوثق". وقوله ﷺ أيضا: "المسلمون على شروطهم إلاّ شرطا أحلّ حراما أو حرّم حلالا".

وخلاصة القول أنّه إذا كان العقد الفاسد يُعتبر كالصّحيح، فيما يخصّ إنبات النسب، فإنّ المنطق يقتضي أن يُعتبر كالعقد الصّحيح من حيث احتساب مدّة الحمل،

وهي من تاريخ إبرام العقد مع إمكان الدّخول أو الاآصال على حدّ تعبير المشرّع الجزائري، وما هو موقفه من مسألة ثبوت النسب بنكاح الشبهة؟

### المطلب الثالث

#### ثبوت النسب بالوطء بشبهة

إنّ ثبوت النسب بالوطء بشبهة هو إحدى الوسائل التي نصّت عليها المادّة 40 من قانون الأسرة، غير أنّ ما يؤخذ على هذه المادّة -رغم التعديل الأخير بموجب الأمر 05-02- أنّ المشرّع جانب الصّواب، إذ أقرّ بثبوت النسب بنكاح الشبهة وبكلّ نكاح فاسد، وكانّ نكاح الشبهة شيء والنكاح الفاسد شيء آخر، وهذا المعنى صحيح لأنّ النكاح الفاسد ما هو إلّا نوع من أنواع نكاح الشبهة، ومن هنا كان على المشرّع أن يتكلّم عن الوطء بشبهة بدلا من النكاح بشبهة<sup>341</sup>.

سوف نتعرّض في هذا المطلب إلى مفهوم الوطء بشبهة كفرع أوّل، وفي الفرع الثّاني نتطرّق إلى موقف كلّ من الفقه، والتّشريع والقضاء من الوطء بشبهة.

### الفرع الأوّل

#### مفهوم الوطء بشبهة

نكاح الشبهة أصله من الشريعة الإسلامية، وسيرد التّفصيل فيه ضمن عنصرين، تعريف الشبهة والوطء بالشبهة (أوّل)، ثم أقسام الشبهة (ثانيا).

#### أوّل: تعريف الشبهة والوطء بشبهة.

<sup>341</sup> جيلالي تشوار، النقائص التشريعية...، المرجع السابق، ص.147.

الشبهة هي ما لم يُتَيَقَّن من كونه حراماً أو حلالاً، أو ما جُهل تحليله وتحريمه على الحقيقة، أو ما يُشبهه النَّابِت وليس بثابت<sup>342</sup>، أي وجود المبيح صورة مع عدم حكمه أو حقيقته، وأصل ذلك قول الرسول ﷺ: "ادرعوا الحدود ما استطعتم"<sup>343</sup>.

<sup>342</sup> انظر، سمير عبد السميع الأودن، الزواج العرفي في ظل قانون الأحوال الشخصية الجديد، مكتبة ومطبعة الإشعاع، الإسكندرية، 2001، ص.75.

<sup>343</sup> انظر، محمد بن عيسى الترمذي، سنن الترمذي، كتاب الحدود، باب ما جاء في درء الحد مرفوعاً عن عائشة، ج4، ط1، المكتب الإسلامي، بيروت، 1408هـ، ص.33؛ ممدوح عزمي، المرجع السابق، ص.49؛ انظر، أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في القانون السوري، دار الكتب القانونية، 2009، ص.128.

لغة هو الالتباس والمثل<sup>344</sup>. أما الوطاء بشبهة فهو الاتصال الجنسي غير الزنا، وليس بناء على عقد زواج صحيح أو فاسد<sup>345</sup>، فيقع الخطأ بسبب غلط يقع فيه الشخص<sup>346</sup>، كوطء امرأة يجدها الرجل في فراشه فيظنّها زوجته، أو وطء المطلقة ثلاثاً أثناء العدة، على اعتقادها أنّها تحلّ له أو زوّت إليه المرأة خطأ.

ويختلف الوطاء بشبهة عن الزنا كون أنّ هذا الأخير لا يُثبت نسبا لأنّ الشريعة أهدرت الزنا وأبطلت ما كان عليه أهل الجاهلية من اعتباره سببا لثبوت النسب لقوله صلى الله عليه وسلم: "الولد للفراش وللعاهر الحجر"<sup>347</sup>.

وإذا أقرّ الرجل أنّ ابنه من الزنا فلا يثبت له النسب، ولأنّ النسب نعمة من الله ﷻ، والزنا محظور شرعا، فلا يُعقل أن تُنال النعم بارتكاب المحظور.

### ثانياً: أقسام الشبهة.

تنقسم الشبهة إلى شبهة الفعل وشبهة الملك وشبهة العقد.

#### 1- شبهة الفعل:

وتُسمّى شبهة اشتباه، وشبهة مشابهة، وفيها يعتقد الشخص حلّ الفعل ويظنّ في نفسه أنّ الحرام حلال، ولا دليل يُفيد الحد<sup>348</sup>، من غير دليل قويّ أو ضعيف، أي يظنّ الرجل ما ليس بدليل دليلاً مبيحاً لفعله، دون أن يكون كذلك في الواقع<sup>349</sup>، وهي أن

<sup>344</sup> انظر، محمد الفيروز أبادي، القاموس المحيط، تحقيق: محمد نعيم العرقسوسي، ج1، ط5، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1406هـ، ص.450.

<sup>345</sup> وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.688.

<sup>346</sup> العربي بلحاج، الوجيز...، المرجع السابق، ص.196.

<sup>347</sup> أبو الحسن مسلم بن الحجاج، المرجع السابق، ص.154؛ ابن حجر العسقلاني، المرجع السابق، ص.520؛ محمد بن علي محمد الشوكاني، المرجع السابق، ص.279.

<sup>348</sup> انظر، عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ط1، ج9، مؤسسة الرسالة، 1413هـ/1992م، ص.342.

<sup>349</sup> انظر، أحمد نصر الجندي، عدة النساء عقب الفراق أو الطلاق، دار الكتب القانونية، 2004، ص.115.

بطأ الرجل المرأة من غير أن يكون بينهما عقد صحيح ولا فاسد، معتقدا حليتها فيتبين أنها حرام<sup>350</sup>، كما كان العمل جاريا به في القديم، كمن اعتقد أنّ جارية زوجته تحلّ له لظنّه أنّ وطأها نوع من الاستخدام، ولا بدّ في ذلك من الظنّ بالحلّ وإلا فلا شبهة أصلا<sup>351</sup>.

وعلة تسمية هذه الشبهة بشبهة الفعل أنّها صحبت نفس الفعل، ولم تقم بالمحلّ الذي لا شبهة في تحريمه، ولكنّ الظنّ قائم بذهن الفاعل بسبب جهله الشرع<sup>352</sup>، كأن يأتي الزوج زوجته التي طلقها ثلاثا في العدة معتقدا أنّها تحلّ له ويدخل بها، فإنّه يُفرّق بينهما ولكن يُنسب الولد إليه إذا حملت منه من هذا الزواج الفاسد؛ أو التي خالعتها على مال، أو من دخل على امرأة ظناّ منه أنّها زوجته ثمّ تبين له أنّها ليست كذلك، فإذا جاءت بولد، فإنّ النسب لا يثبت له وإن ادّعى الزوج الولد، ذلك لأنّ النسب كي يثبت يجب أن يكون هناك ملك أو حقّ في المحلّ، والأمثلة السابقة لا تُثبت الفراش، وعلى ذلك فإنّ الفعل زنا ويجب الحدّ<sup>353</sup> على الفاعل إن لم يدّع ظنّ الفعل، ولا يثبت في هذه الحالة النسب.

أمّا إذا ادّعى ظنّ الحلّ فإنّ الحدّ يسقط للشبهة التي قامت في ذهن الفاعل مع أنّ الفعل في حقيقته زنا، وهو الأساس في عدم ثبوت النسب حتّى في هذه الحالة، وعلى ذلك فإنّ النسب لا يثبت، سواء ظنّ الحلّ أو أنّه عالم بالحرمة، لأنّ هذا الأمر متعلّق بالفعل نفسه، إذ الفعل في ذاته لا شبهة فيه أنّه زنا، والزنا لا يثبت به النسب<sup>354</sup>.

## II - شبهة الملك:

<sup>350</sup> عبد القادر داودي، الأحكام الشرعية...، المرجع السابق، ص.193.

<sup>351</sup> عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص.342.

<sup>352</sup> عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص.86.

<sup>353</sup> أحمد محمود خليل، المرجع السابق، ص.354؛ ممدوح عزمي، المرجع السابق، ص.45.

<sup>354</sup> عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص.85.

وتُسمى كذلك شبة المحلّ، أو شبة الحكم، وهي عكس شبة الفعل، بحيث لا يُشترط فيها ظنّ الحلّ، كما هو الشأن في شبة الفعل، لأنّ للواطئ في هذه الحالة ملكا.

وتتحقق شبة الملك إذا وُجد دليل شرعي يُثبت حلّ الفعل الذي ارتكب، وهذا الدليل ينفي الحرمة، مع وجود دليل آخر يُعارضه يُحرّم الفعل نفسه ويكون الفعل محرّم حقيقة. غير أنّ وجود الدليل الآخر يورث شبة في حكم الشرع فيما يتعلّق بهذا التّحريم، كما لو جهل الزوج حكما من أحكام الزواج ونشأ عن هذا الجهل دخول بالمرأة، ومثال ذلك رجل طلق زوجته بلفظ الكناية<sup>355</sup>، ويترتب عليه عدم جواز اتّصال الزوج بزوجه المطلقة أثناء العدة، كونه أصبح طلاقا بائنا، ولكنّ هذا الزوج ظنّ أنّه طلاق رجعي لا بائن، يجوز له الاتّصال بزوجه أثناء العدة الرجعية وحملت نتيجة ذلك<sup>356</sup>، فإنّ نسب الولد في هذه الحالة يلحق بأبيه<sup>357</sup>.

ويضرب الفقهاء مثلا بقولهم: من وطئ أمة ولده لا يجب عليه الحدّ لقيام الشبهة في المحلّ، وهو الأمة الموطوءة. فقد قال الرسول ﷺ: "أنت ومالك لأبيك"<sup>358</sup>. فالفعل في حدّ ذاته ليس بزنا لوجود شبة المحلّ والحكم<sup>359</sup>.

### III - شبة العقد:

حاصلها أن يعقد الرّجل على امرأة، وبعد الدّخول تبين أنّها من المحرّمات، ومثال هذا النوع من الشبهة أن يتزوج شخص أخته من الرّضاع، أو خامسة على أربع في عصمته، أو زواجه من غير ذات دين سماوي، أو كلّ من حدّتها الشريعة

<sup>355</sup> أساس هذه الشبهة قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه: "الكنائيات رواجع". محمد محي الدين عبد الحميد، المرجع السابق، ص.362.

<sup>356</sup> انظر، سميح عاطف الزين، العقود، مجمع البيان، موسوعة الأحكام الشرعية الميسرة في الكتاب والسنة، دار الكتب المصرية، ط<sup>1</sup>، 1991، ص.186.

<sup>357</sup> عبد الرحمان الصابوني، ط<sup>8</sup>، المرجع السابق، ص.169-170.

<sup>358</sup> انظر، محمد بن إدريس أبو عبد الله الشافعي، مسند الشافعي، كتاب جراح العمدة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1424هـ، ص.202.

<sup>359</sup> عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص.86.

الإسلامية من المحرّمات. وفيها يسقط الحدّ عن الفاعل -مطلقاً- ويُنسب إليه الولد<sup>360</sup>. وهذه الصّورة تُشبه النّكاح الفاسد لوجود العقد واشتباه الأمر عليه في الحلّ والحرمة. أمّا النّسب فيلحق عند وجود الشّبهة وعدم الحدّ وإن قال علمت أنّها عليّ حرام، وهو قول أبي حنيفة. وعند صاحبين فإنّ الحدّ لازم إن كان يعلم الحرمة، وهو قول الجمهور لأنّهم يعتبرون الفعل زناً، والزّنا يجب فيه الحدّ<sup>361</sup>. ولا يلحق النّسب عند وجود الحدّ، وجاءت عبارة الفقهاء: نكاح يدرأ فيه الحدّ، فالولد لاحق بالوطء، وحيث وجب الحدّ لا يلحق النّسب<sup>362</sup>. فيم يكمن موقف كل من الفقه والتّشريع والقضاء من الوطاء بشبهة؟

## الفرع الثاني

### موقف كل من الفقه والتّشريع والقضاء

#### من ثبوت النسب من الوطاء بشبهة

للفقهاء بشكل عام، آراء كثيرة من ثبوت النّسب في الوطاء بشبهة، ففي بعضها أثبتوا النّسب وفي بعضها الآخر لم يثبتوه، ومرّد ذلك إلى الحكم على واقعة الدّخول، هل تُعتبر كالزّواج الفاسد أو كالزّواج الباطل؟ فتعرّضنا إلى ثبوت النسب من شبهة الفعل (أولاً)، ثم ثبوت النسب في شبهة الملك (ثانياً)، وبعدها ثبوت النسب في شبهة العقد (ثالثاً).

#### أولاً: ثبوت النسب من شبهة الفعل.

<sup>360</sup> انظر، أحمد نصر الجندي، موسوعة الأحوال الشخصية، ج2، دار الكتب القانونية، مصر، 2006، ص.1176.  
<sup>361</sup> عبد الرحمان الصابوني، ط<sup>8</sup>، المرجع السابق، ص.170؛ بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن، المرجع السابق، ص.176؛ انظر، عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج4، النكاح والطلاق، المكتبة التوفيقية، دار القلم، بيروت، لبنان، د.س.ن، ص.124.  
<sup>362</sup> ابن جزي، المرجع السابق، ص.183.

اختلف الفقهاء<sup>363</sup> في ثبوت النسب في الوطء بشبهة من الفاعل، فذهب البعض إلى عدم ثبوت النسب في أي حالة من حالاتها، وإن ادعى الزوج الولد، لأن النسب لكي يثبت يجب أن يكون هناك ملك أو حق في المحل، إذ هو لا يثبت بالفراش، والفراش أو شبهة الفراش توجد بأحدهما ولم يتحقق واحد منهما في الوطء بشبهة الفعل، فإن النسب لا يثبت، سواء في ظن الحل أو قال أنه علم بالحرمة، لأن هذا الأمر متعلق بالفعل نفسه، إذ الفعل في ذاته لا شبهة مطلقاً في أنه زنا، وكونه كذلك يستتبع عدم ثبوت النسب، لأن الزنا لا يثبت به النسب البتة<sup>364</sup>. وقال أحد الفقهاء<sup>365</sup>: "إنه لا يلحق به، لأن النسب لا يلحق إلا في نكاح صحيح أو فاسد أو ملك أو شبهة ملك، ولم يوجد شيء من ذلك، ولأنه وطء لا يستند إلى عقد فلم يلحق الولد فيه كالزنا".

ولبعض الفقهاء اعتراض فيمن زُفت له امرأته وقيل له هذه امرأتك فوطئها، فهي ليست زوجته الحقيقية، بل أجنبية عنه، ومع أن هذه عندهم شبهة في الفعل، فإن النسب يثبت، ولا يكون الحد على الفاعل لأنه اعتمد دليلاً شرعياً، في موضع الاشتباه، وهذا الدليل الشرعي هو الإخبار.

ويذكر أحمد زياد سلامة عن الأستاذ مصطفى الزرقاء، قصة وقعت في عهد الإمام أبي حنيفة في أن أخوين عقدا عقد زواج وأقيم لهما عرس واحد، وزُفت إلى كل منهما عروس أخيه خطأ، وقد قرأ الفقهاء وجوب العدة على العروسين لوطنهما بالشبهة، وإذا ظهر حمل فنسبه لمن دخل بها، مع أن الفراش الشرعي للزوج الذي عقد عليها. ولما سئل الإمام أبو حنيفة عن المشكلة، قال: "هل يرضى كل من الأخوين بمن زُفت إليه خطأ؟ فلما قيل له نعم، كل منهما يرضى، أشار بأن يُطلق كل من الأخوين زوجته ويعقد له على من دخل بها"<sup>366</sup>.

<sup>363</sup> انظر، جمهور الفقهاء (مالك والشافعي وأحمد)؛ انظر، أبو الحسن أحمد بن محمد بن جعفر، مختصر القدوري في الفقه الحنفي، تحقيق وتعليق: الشيخ كامل محمد عويضة، كتاب النكاح، منشورات محمد علي بيوض، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1997، ص.145؛ محمد أمين أفندي الشهير بابن عابدين، المرجع السابق، ص.05.

<sup>364</sup> ممدوح عزمي، المرجع السابق، ص.45-46؛ عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص.85.

<sup>365</sup> انظر، القاضي أبو يعلى وعزاه إلى أبي بكر الصديق رضي الله عنه، مقتبس عن محمد محمود حسن، المرجع السابق، ص.50.

<sup>366</sup> انظر، أحمد زياد سلامة، أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة، دار العزيمة للعلوم، القاهرة، ط2، 1998، ص.142-143.

## ثانيا: ثبوت النسب في شبهة الملك.

وفيها يثبت النسب للواطئ إذا ادّعاه، وذلك لأنّ الفعل ليس بالزنا لوجود الشبهة في المحلّ والحكم، ويثبت النسب لأنّ النسب يحتاط في إثباته، فيكون مع هذه الشبهة التي لا تقوم على ظنّ الفاعل، بل على أنّ الفعل في ذاته حلال لدليل شرعي قد يُفيد الحلّ<sup>367</sup>.

تجدر الإشارة إلى أنّ فقهاء الشريعة الإسلامية أجمعوا على أنّ الاتصال الجنسي المبني على الشبهة يحو وصف الزنا والدليل على ذلك إثباتهم النسب في حال نكاح الشبهة، وفي هذا الموضوع يقول الإمام أبو زهرة: "إنّ الزنا لا يُثبت نسبا لقول النبي ﷺ: "الولد للفراش وللعاشر الحجر"، ولأنّ ثبوت النسب نعمة، والجريمة لا تُثبت النعمة، يستحقّ صاحبها النعمة، والزنا الذي لا يُثبت نسبا هو الفعل الخالي من أيّ شبهة مسقط للحدّ، فإذا كان ثمة شبهة تمحو وصف الجريمة أو تُسقط الحدّ فقط، فإنّ النسب يثبت على الرّاجح في الحال الثانية، وبالإجماع في الأولى"<sup>368</sup>.

والواقع أنّه مهما يكن، فإنّ أصول التشريع عند جميع الأئمة تستدعي عدم جواز الحكم على إنسان وُلد من ماء إنسان، أنّه ابن زنا، متى أمكن حمله على أنّه ابن شبهة، فإذا توفّر للقاضي تسعة وتسعون حيثية على أنّه ابن زنا، وتوفّرت له حيثية واحدة على أنّه ابن شبهة، وجب عليه الأخذ بهذه الحيثية، وطرح ما عداها ترجيحاً للحلال على الحرام وللصّحيح على الفاسد، لقوله ﷺ: ﴿...وَقُولُوا لِلنَّاسِ حُسْنًا﴾<sup>369</sup>.

وقد ثبت عن رسول الله ﷺ عند جميع الأئمة قوله: "الحدود تُدرأ بالشبهات"، ممّا يعني أنّ الأحاديث النبوية الشريفة والآية القرآنية الكريمة تُحتّم على كلّ إنسان أن لا

<sup>367</sup> انظر، أحمد حلمي مصطفى، أحكام النسب فقها وقضاء، ط2، د.د.ن، 2006، ص.129.

<sup>368</sup> محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص.388.

<sup>369</sup> سورة البقرة، الآية 83.

يشهد ولا يحكم على أحد أنه وُلد من حرام إلا بعد الجزم واليقين أنه ليس في واقع الأمر أي نوع من أنواع الشبهة<sup>370</sup>.

ثبوت النسب بنكاح الشبهة هو واحد من الطرق التي تضمنتها المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري في مجال إثبات النسب، وبالتالي فإنّ المشرع قد أقرّ ثبوت النسب في نكاح الشبهة إذا جاءت به المرأة ما بين أقلّ مدّة الحمل وأقصاها.

### ثالثا: ثبوت النسب في شبهة العقد.

يثبت النسب في شبهة العقد إذا حصل حمل أو ولادة قبل علم الواطئ بسبب التحريم، لأنّ الوطء تعلقت به شبهة، أمّا إذا كان يعلم بالتحريم، فإنّ العقد باطل ولا شبهة فيه قطّ، ولا يثبت به النسب عند جمهور الفقهاء<sup>371</sup>.

غير أنّ المشهور عن الإمام أحمد أنّه لا يُفرّق بين الشبهة والأخرى، فيثبت النسب بغضّ النظر عن الشبهة التي وقع فيها الشخص، فمتى وطئ الرجل امرأة لا زوج لها بشبهة فأنت بولد ألحق هذا الولد بالواطئ، فقال: "كلّ من درأت عنه الحدّ في وطء ألحقت الولد به، ولأنّه وطء اعتقد الواطئ حلّه فلحق به النسب"<sup>372</sup>.

ويقول الإمام محمد أبو زهرة: "أنّ الزنا الذي لا يُثبت نسبا هو الفعل الخالي من أيّ شبهة مسقط للحدّ، فإذا كان ثمة شبهة تمحو وصف الجريمة أو تُسقط الحدّ فقط، فإنّ النسب يثبت على الرّاجح في الحال الثّانية، وبالإجماع في الأولى"<sup>373</sup>.

ولقد صرّح الأستاذ الفرنسي "بوسكي" أنّ نظام الشبهة وُجد في الفقه الإسلامي كباب مفتوح للخروج والهروب من العقاب عن طريق محو وصف الجريمة وإسقاط الحدّ الشرعي، فهو يرى أنّ الجريمة يستحقّ صاحبها العقاب الشرعي بدون تردّد أو تهرّب،

<sup>370</sup> سميح عاطف الزين، المرجع السابق، ص. 186.

<sup>371</sup> عبد الرحمان الصابوني، طه، المرجع السابق، ص. 170-171.

<sup>372</sup> محمد محمود حسن، المرجع السابق، ص. 50.

<sup>373</sup> محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص. 389.

وردّ على ذلك الدكتور العربي بلحاج مبرزا حقيقة نظام الشبهة في التشريع الإسلامي، فقال: "إنّ هذا الرأى بعيد عن الفكر العلمي الصّارم، وعن حقيقة التشريع الإسلامي، الذي ينصّ بأنّ الشبهة لا تمحو وصف الجريمة، ولا تُسقط الحدّ إلاّ إذا ثبت الخطأ أو الغلط أو الجهل الذي وقع فيه الشّخص بحسن نيّة، والأمر متروك لتقدير القاضي"<sup>374</sup>.

أما بالنسبة للتشريع والقضاء الجزائريين، فتتصّ المادة 40 من قانون الأسرة على ما يلي: "يثبت النسب بالزّواج الصّحيح وبالإقرار أو بالبيّنة أو بنكاح الشبهة، أو بكلّ زواج تمّ فسخه بعد الدّخول...". وما يُلاحظ على نصّ المادة 40 أنّ المشرّع اعتبر الوطء بشبهة، سببا من أسباب ثبوت النسب من غير أن يُفرّق بين شبهة وأخرى، وكلّ ذلك مع مراعاة أدنى وأقصى مدّة الحمل المنصوص عليها في القانون، وبهذا يكون المشرّع قد أخذ بالمشهور عن الإمام أحمد.

وقد أكّدت المحكمة العليا أنّ الوطء بشبهة سبب من أسباب ثبوت النسب، إذ جاء في قرار لها: "من المقرّر قانونا أنّه يثبت النسب بالزّواج وبالإقرار وبالبيّنة وبنكاح الشبهة، ومن ثمّ فإنّ القضاء بهذا المبدأ يُعدّ تطبيقا سليما للقانون.

ولما كان الثّابت -في قضية الحال- أنّ الطّاعنة لم تُثبت أيّة حالة من الحالات التي نصّ عليها قانون الأسرة، فإنّ قضاة الموضوع برفضهم لطلبها الرّامي إلى تسجيل الزّواج وإثبات نسب البنات قد طبّقوا صحيح القانون. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطّعن"<sup>375</sup>.

وجاءت في قرار آخر "من المقرّر قانونا أنّه يثبت الولد لأبيه متى كان الزّواج شرعيا. ومن المقرّر قانونا أيضا أنّه يثبت النسب بالزّواج الصّحيح أو بالإقرار أو البيّنة أو بنكاح الشبهة أو بكلّ زواج تمّ فسخه بعد الدّخول، طبقا للمواد 32، 33 و34 من هذا القانون، ومن ثمّ فإنّ القضاء بخلاف ذلك يُعدّ مخالفا للقانون"<sup>376</sup>.

<sup>374</sup>انظر، بوسكى جورج، L'éthique sexuelle en Islam، مقتبس عن العربي بلحاج ، الوجيز...، المرجع السابق، ص.197.

<sup>375</sup> انظر، م.ع.، غ.أ.ش، 1991/05/21، ملف رقم 74712، م.ق.، 1994، عدد 02، ص.56.

<sup>376</sup> انظر، م.ع.، غ.أ.ش، 1999/06/15، ملف رقم 222674، م.ق.، 2001، عدد خاص، ص.88.

وعليه فإن أتت امرأة بولد بعد مضي ستّة أشهر أو أكثر من وقت الوطء، ثبت نسبه من الواطئ لتأكّد أنّ الحمل منه، وإن أتت به قبل مضي ستّة أشهر من وقت الوطء، لا يثبت النسب لتأكّد أنّ الحمل حدث قبل ذلك، إلّا إذا ادّعاه، إذ يكون قد وطئها بشبهة أخرى. وإذا ترك الرّجل الموطوءة بشبهة يثبت النسب من الواطئ كما يثبت بعد الفرقة من الرّواج الفاسد. وبهذا يكون المشرّع أخذ بالمشهور عن الإمام أحمد بن حنبل<sup>377</sup>.

وبعد دراستنا لثبوت النسب في الوطء بشبهة اتّضح أنّ نصّ المادّة 40 من قانون الأسرة -الذي يُعتبر المبدأ العام في ثبوت النسب- معيب شكلا، إذ كان على المشرّع الجزائري -أثناء تعديله لقانون الأسرة 2005م- أن يُعيد صياغة نصّ المادّة 40 من القانون.

وما يُعاب على هذا النصّ أنّه أقرّ بثبوت النسب بنكاح الشبهة، وبكلّ نكاح فاسد في آن واحد، ولسنا ندري كيف يفهم من هذا النصّ ما قصده المشرّع، لأنّ المعنى الظاهر في نصّ المادّة 40 هو أنّ نكاح الشبهة شيء والنكاح الفاسد شيء آخر، وهذا المعنى غير صحيح، لأنّ النكاح الفاسد ما هو إلّا نوع من أنواع الشبهة.

ومن هنا يبدو أنّ الأمور اختلطت على المشرّع ولم ينتبه لهذا الخلط أثناء تعديله الأخير لقانون الأسرة، إذ كان عليه أن يتكلّم عن الوطء بشبهة، ما دام أنّه أقرّ ثبوت النسب بالنكاح الفاسد في النصّ ذاته، وهذا هو المعمول به فقها، حيث يثبت النسب وفقا لمبادئ الرّواج الصّحيح وبالنكاح الفاسد وبالذّخول بشبهة. وهو نفس الخلط الذي وقعت فيه المحكمة العليا في قراراتها السابق ذكرها.

فلا مناصّ إذن من إعادة صياغة نصّ المادّة 40 من قانون الأسرة بحيث تُصبح صياغتها كالتالي: "يثبت النسب بالرّواج الصّحيح أو بالرّواج الفاسد، أو بالإقرار أو بالبينة أو بالوطء بشبهة. يجوز اللّجوء إلى الطّرق العلمية لإثبات النسب".

<sup>377</sup> لقد أخذت بعض الدول العربية والإسلامية بالمشهور عن الإمام أحمد لأنه أقرب إلى الواقع والمنطق وأقرب إلى المصلحة في ثبوت النسب، وينسجم مع فكرة الاحتيال لثبوت النسب.

ولا داعي لإعادة تفصيل النكاح الفاسد ما دامت المواد 32، 33 و34 قد تولت تفصيل البعض منه.

وبهذا التعديل يتسق نص المادة 40 مع النصوص الأخرى فيما يتعلق بالنكاح الفاسد وما يتعلق بالمصدر الذي استنبط منه قانون الأسرة أحكامه. ويكون بذلك المشرع قد حقق الهدف الذي سعى إلى تحقيقه الفقه الإسلامي من تيسير ثبوت النسب بالزواج الصحيح وما يلحق به، وهو المخالطة بناء على عقد فاسد، أو بالدعوى في وطء الشبهة<sup>378</sup>.

كذلك يُعاب على نص المادة 40 من قانون الأسرة من حيث الشكل، أنها لم تُوفّق في اختيار المصطلح الفرنسي المناسب للدلالة على نكاح الشبهة، فترجمة مصطلح «Apparent» سيؤدّي إلى الالتباس مع الزواج الظاهر، الذي يُعاشر فيه الرجل امرأة لا تربطه بها علاقة زوجية، إنّما تجمعهما رابطة حرّة، ومع ذلك يعتقد الغير أنّهما زوجان نظرا لمعاشرته لها معاشرة الأزواج.

ولتفادي هذا الخلط يتعيّن على المشرع الجزائري البحث عن مصطلح آخر للدلالة على نكاح الشبهة، علما أنّ البعض يُعبّر عن الشبهة بمصطلح «La vraisemblance»<sup>379</sup>.

فبعد التعرّض إلى إثبات النسب بالفراش والذي تضمّن الزواج الصحيح والزواج غير الصحيح ونكاح الشبهة، التي نصّ عليهم المشروع الجزائري في إثبات النسب، فمن الواجب التعرّض إلى إثبات النسب بغير الفراش وسرد الاستثناءات الواردة عليه، وسيتمّ دراستها ضمن الفصل الموالي.

## الفصل الثاني

### إثبات النسب بغير الفراش والاستثناءات الواردة عليه

<sup>378</sup> جيلالي تشوار، النقائص التشريعية...، المرجع السابق، ص. 147-148.

<sup>379</sup> المرجع نفسه، ص. 149.

بعد التطرق إلى وسائل ثبوت النسب التي تُعدّ بمثابة المنشئة له في الفصل السابق، سوف نتطرق في هذا الفصل إلى طرق كشفه وإثباته بعد إنشائه، حيث أجاز قانون الأسرة للشخص أن يُثبت نسب شخص آخر منه، كأمّ أو أب يدعي كلّ منهما بنوّة ولد معيّن أو يقوم الولد بادعاء أمومة امرأة معيّنة أو أبوّة رجل معيّن، وهذا يُسمّى إقرارا في القانون أو دعوى النسب في الفقه. كما أجاز قانون الأسرة لشخص أن يدعي أخوّة أو عمومة شخص آخر، ويُمكن أن يثبت النسب في كلّ الأحوال عن طريق البيّنة.

فهذه الطرق تجعل النسب يُكشف بعدما كان ناشئا ولكنه مجهول في نظر القانون، وتُسمّى بالطرق القانونية لإثبات النسب.

أما التّبني فلا يُعتبر طريقا لثبوت النسب، إذ أبطلت الشريعة الإسلامية، ومن بعدها التشريع الجزائري، إثبات النسب عن طريق التّبني الذي كان شائعا عند العرب، فمن تبني لقيطا أو ولدا مجهول النسب دون أن يدعي أنّه ولده لم يكن ولده حقيقة<sup>380</sup>.

وهذه الحالات تُعتبر بمثابة الاستثناءات الواردة على ثبوت النسب، فبذلك نتساءل: كيف يكون إثبات النسب بغير الفرائش؟ وما هي الاستثناءات الواردة عليه؟

وللإجابة عن هذه التساؤلات سوف نُقسّم فصلنا هذا إلى:

ثبوت النسب بالإقرار (مبحث أول)، ثبوت النسب بالبيّنة (مبحث ثانٍ)، والاستثناءات الواردة عليه (مبحث ثالث).

<sup>380</sup> خالد بوزيد، المرجع السابق، ص.85.

## المبحث الأول

### ثبوت النسب بالإقرار

إذا كان الفراه في المرتبة الأولى لإثبات النسب على نحو ما سبق بيانه، فيأتي بعد الفراه في المرتبة الثانية إقرار الشخص بثبوت النسب إليه، وفقا لنص المادة 40 من قانون الأسرة التي تنص على أنه: "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار...". فبذلك يُعدّ الإقرار أحد الطرق غير المباشرة أو الكاشفة للنسب لأنّ المقرّ يُخبر بالحقّ لغيره ولا يُنشئ ذلك الحقّ.

إذا ولدت الزوجة حال قيام الزوجية ولدا ولم يكن قد مضى عليها من حين العقد، مع إمكان الدخول، إلى حين الولادة ستة (06) أشهر، فتكون قد حملت قبل أن تكون زوجة لهذا الزوج، فلا يثبت نسب ولدها. ولكن إذا أقرّ الزوج بأنّ هذا الولد ابنه ولم يُصرّح بأنّه من الزنا، فإنّ نسبه يثبت بهذا الإقرار، ولا يصحّ ردّ إقراره، صيانة للولد من الضياع، فضلا عن أنّ الأخذ بهذا الإقرار يُطابق الأصل الذي هو حمل التأس على الصّلاح<sup>381</sup>.

فماذا نعني بالإقرار؟ وما هي أنواعه؟ وفيم تكمن شروط ودعاوى ثبوت النسب بالإقرار؟

إجابة عن هذه الأسئلة سنتعرّض على التوالي إلى مفهوم الإقرار (المطلب الأول)، ثم إلى شروط ثبوت النسب بالإقرار (المطلب الثاني)، وأخيرا إلى دعاوى النسب الثابتة بالإقرار (المطلب الثالث).

### المطلب الأول

#### مفهوم الإقرار

<sup>381</sup> كمال صلاح البناء، المرجع السابق، ص.10.

تعرض المشرع الجزائري للإقرار في نصّ المواد 40، 44 و 45 من قانون الأسرة، واعتبره طريقاً من طرق إثبات النسب، كما أنّه تعرّض إلى أنواعه من خلال هذه المواد، وهذا ما سوف نتناوله في فرعي هذا المطلب: تعريف الإقرار (الفرع الأول) ثم أنواعه (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### تعريف الإقرار

الإقرار لغة مصدر كلمة أقرّ، وأقرّ بالحقّ والاعتراف به وأثبتته. ويقال: قرّره عليه، وقرّره بالحقّ غيره حتى أقرّ<sup>382</sup>. ومنه قوله تعالى: ﴿وَأَخْرَجُوا بِدُئُوبِهِمْ خَاظُوا عَمَلًا صَالِحًا وَآخَرَ سَيِّئًا عَسَىٰ اللَّهُ أَن يَتُوبَ عَلَيْهِمْ إِنَّ اللَّهَ عَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾<sup>383</sup>، أي أقرّوا. أمّا اصطلاحاً فهو "إخبار عن ثبوت حقّ للغير على نفسه"<sup>384</sup>. وقيل "هو الاعتراف بما يوجب حقّاً على قائله بشرطه"<sup>385</sup>. كما عرفه المالكية أنّه: "خبر يوجب حكم صدقه على قائله فقط بلفظه لفظ نائبه"<sup>386</sup>.

وقد ثبتت حجّية الإقرار بالكتاب والسنة والإجماع والعقل.

حجّيته من الكتاب، قوله ﷺ: ﴿يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْب كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيَمْلِكِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسَ مِنْهُ شَيْئًا فَإِن كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيَمْلِكْ وَلِيَّهُ بِالْعَدْلِ ؕ وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِّن

<sup>382</sup> ابن منظور، المرجع السابق، ج12، ص.65.

<sup>383</sup> سورة التوبة، الآية 102.

<sup>384</sup> انظر، الموسوعة الفقهية الكويتية، إصدار وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ط1، 1421هـ/2001م، ص.234.

<sup>385</sup> انظر، أحمد الدردير أبو البركات، الشرح الصغير، مؤسسة العصر ووزارة الشؤون الدينية، الجزائر، 1992، ص.212.

<sup>386</sup> انظر، علي بن نصر المالكي، المعونة على مذهب عالم المدينة، بيروت، ج2، د.س.ن.، ص.210؛ مقتبس عن: علي خليفة الكعبي، المرجع السابق، ص.318.

رَجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَأَمْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَن تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَىٰ وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا وَلَا تَسْمَعُوا أَن تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ أَجَلِهِ ذَٰلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ وَإِن تَفَعَلُوا فَإِنَّهُ فُسُوقٌ بِكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَيُعَلِّمُكُمُ اللَّهُ وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ ﴿٣٨٧﴾ .

وقوله ﷺ: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُونُوا قَوْمِينَ بِالْأَقْسَطِ لِمَا شَهِدَ اللَّهُ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ إِن يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللَّهُ أَوْلَىٰ بِهِمَا فَلَا تَتَّبِعُوا الْهَوَىٰ أَن تَعْدِلُوا وَإِن تَلَوْا أَوْ نَعَرَضُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا﴾<sup>388</sup> .

وقوله ﷺ: ﴿وَإِذْ أَخَذَ اللَّهُ مِيثَاقَ النَّبِيِّينَ لَمَا ءَاتَيْتُكُمْ مِنْ كِتَابٍ وَحِكْمَةٍ ثُمَّ جَاءَكُمْ رَسُولٌ مُّصَدِّقٌ لِمَا مَعَكُمْ لَتُؤْمِنُنَّ بِهِءَ وَلَتَنْصُرُنَّهُ قَالَ ءَأَقْرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَىٰ ذَٰلِكُمْ ءِصْرِي قَالُوا ءَأَقْرَرْنَا قَالَ فَاشْهَدُوا وَأَنَا مَعَكُمْ مِنَ الشَّاهِدِينَ﴾<sup>389</sup> .

حجيته من السنة، ما ورد عن النبي ﷺ من أحاديث كثيرة تدلّ على أنّ الإقرار حجة، منها قوله ﷺ: "واعْدُ يَا أَنَيْسُ إِلَىٰ امْرَأَةٍ هَذَا فَإِن اعْتَرَفْتَ فَارْجَمَهَا"<sup>390</sup> .

387 سورة البقرة، الآية 282.

388 سورة النساء، الآية 135.

389 سورة آل عمران، الآية 81.

390 الحديث رواه مسلم عن أبي هريرة وزيد بن مخلد الجهني. وأوله: "أن رجلا من الأعراب أتى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله أنشدك الله إلا قضيت لي بكتاب الله، فقال الآخر وهو أقره منه: نعم فاقض بيننا بكتاب الله وأذن لي، فقال: قل. فقال: إن ابني كان عسيفا عند هذا فرني بامرأته، وإني أخبرت أن على ابني الرجم فافتديت منه بمائة شاه ووليدة، فسألت أهل العلم فأخبروني أن ما على ابني جلد مائة وتغريب عام، وأن على امرأة هذا الرجم. فقال رسول الله ﷺ: "والذي نفسي بيده لأقضين بينكما بكتاب الله: الوليدة والغنم ردّ عليك، وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام، واعْدُ يَا أَنَيْسُ إِلَىٰ امْرَأَةٍ هَذَا فَإِن اعْتَرَفْتَ فَارْجَمَهَا". انظر، مالك بن أنس الأصبهاني، الموطأ، 234هـ، تخريج وتعليق: محمد فؤاد عبد الباقي، المكتبة الثقافية، بيروت، 822/2، 1408هـ/1988م، مقتبس عن عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي، المرجع السابق، ص. 49.

وحجيته من الإجماع، اتفق السلف والخلف من لدن رسول الله ﷺ وصحابته من بعده، وسائر التابعين والفقهاء المجتهدين على أنّ الإقرار حجة<sup>391</sup> في حقّ نفسه، ولم يُعلم لهم فيه مخالف، فكان ذلك إجماعاً<sup>392</sup>.

أمّا حجّيته من المعقول، إنّ العاقل لا يُقرّ على نفسه كاذباً بما فيه ضرر على نفسه أو ماله، فترجّحت حجة الصقّ في حقّ نفسه، لعدم التهمة وكمال الولاية بخلاف إقراره في حقّ غيره<sup>393</sup>.

كما أنّ للإقرار أركان، منها ما هو متّفق عليه بين الفقهاء ومنها ما هو مختلف فيه. فأما أركانه المتّفق عليها فهي أربعة، وهي:

**الركن الأول: المقرّ.** ويُقصد به المخبر بالحقّ على نفسه للغير.

**الركن الثاني: المقرّ له.** وهو المستحقّ لما تضمّنه الإقرار من حقوق.

**الركن الثالث: المقرّ به.** وهو ما وقع عليه الاعتراف من الأشياء العينية، أو المنافع، أو الحقوق ممّا تجوز المطالبة به.

**الركن الرابع: الصيغة.** ويُرَاد بها اللَّفْظ الذي يصدر من المقرّ متضمّناً ما أقرّ

به.

أمّا المختلف فيه فهو الذي انفرد به البعض، فإنّه المقرّ عنده، ويُقصد به من يصير الحقّ عنده محفوظاً، لأنّ الإقرار إمّا أن يكون أمام شهود فهم يتحمّلون الشهادة، وإمّا أن يكون أمام حاكم يُلزمه بما أقرّ به. وإلى هذا ذهب بعض الشافعية<sup>394</sup>.

أمّا بالنسبة للمشرّع الجزائري، فإنّه لم يورد تعريفاً للإقرار في قانون الأسرة، غير أنّه أورده في المادّة 341 من القانون المدني، إذ نصّت على أنّ: "الإقرار هو اعتراف

<sup>391</sup> انظر، محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، مكتبة مصطفى بابي الحلبي وأولاده، القاهرة، 1377هـ/1958م، ص.238.

<sup>392</sup> انظر، عثمان بن علي الزيلعي، تبين الحقائق، ط<sup>2</sup>، بيروت، دار المعرفة، د.س.ن، ص.03.

<sup>393</sup> المرجع نفسه، ص.03.

<sup>394</sup> انظر، الماوردي، الحاوي، من الجزء الذي حققه إسماعيل البرزنجي، مذكرة ماجستير، كلية الشريعة، جامعة الأزهر، 1998، ص.169.

الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة<sup>395</sup>.

تناولت في الحقيقة الإقرار القضائي بصدد نزاع قائم، وقد انتقد هذا التعريف من جهة أن محل الإقرار ليس بالضرورة واقعة قانونية<sup>396</sup>.

لهذا السبب أورد الفقهاء تعريفا للإقرار، إذ تم تعريفه كما يلي: "الإقرار تصريح يُقر به شخص بثبوت واقعة في حقه من شأنها أن تُحدث ضده آثارا قانونية"<sup>397</sup>.

"الإقرار هو اعتراف شخصي بواقعة من شأنها أن تُنتج آثارا قانونية ضده مع قصده أن تُعتبر هذه الواقعة ثابتة في حقه"<sup>398</sup>.

من خلال هذه التعاريف فالإقرار بالنسب الذي يُسمى في الفقه الإسلامي بالدعوى<sup>399</sup>، وهو إخبار الشخص بوجود القرابة بينه وبين شخص آخر<sup>400</sup>. فالمخبر هو المقر بالنسب -الشخص-، والمخبر عنه هو المقر له بالنسب -شخص آخر-، أو هو الاعتراف بالقرار المحتضر الواعي بالنسب<sup>401</sup>.

وتتنوع القرابة إلى نوعين:

أ) **قرابة مباشرة:** وهي الصلة القائمة بين الأصول والفروع لدرجة واحدة كالبنوة والأبوة والعمومة.

<sup>395</sup> انظر، قانون رقم 10-05 المؤرخ في 20 يونيو 2005، المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني في الجزائر.

<sup>396</sup> زوييري بن قويدر، المرجع السابق، ص.209.

<sup>397</sup> انظر، الغوتي بن ملحمة، قواعد وطرق الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية، ط<sup>1</sup>، 2001، ص.74.

<sup>398</sup> انظر، محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، الإثبات في المواد المدنية والتجارية طبقا لأحدث التعديلات، طبعة مزيدة بأحكام القضاء، دار هومة، ط<sup>1</sup>، 2008-2009، ص.213.

<sup>399</sup> محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص.385.

<sup>400</sup> انظر، محمد نبيل سعد الشاذلي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989، ص.349.

<sup>401</sup> عبد الفتاح تقيية، مباحث...، المرجع السابق، ص.310.

ب) قراءة غير مباشرة: وهي قرابة الحواشي الذي يجمعهم أصل مشترك دون أن يكون أحدهما فرعا للآخر كالأخوة والعمومة. ومثالها قرابة الأصول والفروع بعد الدرجة الأولى كالأجداد والحفدة<sup>402</sup>.

واعتبر المشرع الجزائري الإقرار طريقة لثبوت النسب في المادة 40 من قانون الأسرة -والتي تُعتبر المبدأ العام لثبوت النسب-، وقد أكدت المحكمة العليا ذلك في قراراتها<sup>403</sup>، إذ جاءت في قرار لها: "من المقرر شرعا أنه يثبت النسب بالإقرار في باب بيان أحكام الإقرار: ولزم الإقرار لحمل في بطن المرأة. كما أنّ إثبات النسب يقع التسامح فيه ما أمكن، لأنّه من حقوق الله فيثبت حتى مع الشكّ وفي الأنكحة الفاسدة طبقا لقاعدة إحياء الولد"<sup>404</sup>.

وجاءت في قرار آخر: "من المقرر قانونا أنّه يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار والبيّنة وبنكاح الشبهة، ومن ثمّ فإنّ القضاء بهذا المبدأ يُعدّ تطبيقا سليما للقانون.

ولمّا كان من الثابت -في قضية الحال- أنّ الطّاعة لم تُثبت أيّة حالة من الحالات التي نصّ عليها قانون الأسرة، فإنّ قضاة الموضوع برفضهم لطلبها الرّامي إلى تسجيل الزّواج وإثبات نسب البنت قد طبقوا صحيح القانون. ومتى كان ذلك استوجب رفض الطّعن"<sup>405</sup>.

وجاءت في قرار آخر: "من المقرر شرعا أنّه يُمكن إثبات النسب بالزّواج الصحيح وبالإقرار والبيّنة وشهادة الشهود وبنكاح الشبهة والأنكحة الفاسدة والباطلة تطبيقا لقاعدة إحياء الولد، لأنّ ثبوت النسب يُعدّ إحياء له ونفيه قتلا له"<sup>406</sup>.

<sup>402</sup> المادة 33 من القانون المدني الجزائري.

<sup>403</sup> خالد بوزيد، المرجع السابق، ص.87.

<sup>404</sup> انظر، م.ع.، غ.أ.ش.، 1998/12/15، ملف رقم 202430، م.ق.، 2001، عدد خاص، ص.77.

<sup>405</sup> انظر، يوسف دلاندة، قانون الأسرة، منقح بالتعديلات التي أدخلت عليه بموجب الأمر رقم 02-05، دار هومة، ط<sup>2</sup>، 2007، ص.32.

<sup>406</sup> انظر، م.ع.، غ.أ.ش.، 1997/10/28، ملف رقم 72333، م.ق.، 1997، عدد 01، ص.42.

ما يُمكن ملاحظته أيضا أنّ هناك من يعتبر الإقرار شهادة رغم أنّ هناك اختلافا بينهما في أمور عدّة منها<sup>407</sup>:

- الإقرار حجة قاصرة على المقرّ وحده، والشهادة متعدّية، ثابتة في حقّ الجميع.

- حجّية الإقرار أقوى من حجّية الشهادة لأنّ هذه الأخيرة تستند إلى الظنّ والإقرار يستند إلى العلم وتُستبعد فيه التهمة، لذلك فهو سيّد الأدلّة.

- الإقرار إخبار بحقّ على المقرّ لصالح المقرّ له، والشهادة إخبار بحقّ على الغير لصالح الغير<sup>408</sup>.

كما أنّ للإقرار أنواع وهو ما سوف نتناوله من خلال الفرع الموالي.

## الفرع الثاني

### أنواع الإقرار

ثبوت النسب بالإقرار تضمّنته المادّتان 44 و45 من قانون الأسرة، فقد نصّت الأولى على أنّه: "يثبت النسب بالإقرار بالبنوة، أو الأبوة أو الأمومة، لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدّقه العقل أو العادة". ونصّت الثانية على أنّ: "الإقرار بالنسب في غير البنوة، والأبوة والأمومة لا يسري على غير المقرّ إلاّ بتصديقه".

ومن تحليل هذين النصّين نستخلص أنّه يوجد نوعين من الإقرار وهما: الإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة (أولا)، والإقرار في غير البنوة والأبوة والأمومة (ثانيا)، وبعد ذلك نبيّن الفرق بين نوعي الإقرار (ثالثا).

<sup>407</sup> انظر، السيد عطية السيد أبو حمزة، أحكام المتبنّي واللقيط، رسالة دكتوراه، قسم الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، 1999، ص.208.

<sup>408</sup> انظر، أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام: الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1988، ص.220.

### أولاً: الإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة.

وهو ما يُعرف عند الفقهاء بالإقرار بنسب محمول على المقر نفسه -الإقرار على النفس-، ويُسمى أيضا الإقرار بأصل النسب<sup>409</sup>. وهو "إقرار بنسب مباشر ليس فيه تحميل النسب على الغير"<sup>410</sup>. لأنَّ المقر إذا أقرَّ بالولد يكون قد حملَّ النسب على نفسه، وكذلك إذا أقرَّ أنَّ فلانا أبوه فإنَّه يكون قد حملَّ النسب على نفسه أيضا لأنَّ في هذين الإقرارين لا يُشترط أن يثبت النسب من الغير حتَّى ينسحب على المقر، ولذا يُسمى أيضا بالإقرار الذي ليس فيه تحميل النسب على الغير<sup>411</sup>. ونصَّ المشرع على هذا النوع من الإقرار في المادة 44 من قانون الأسرة بقوله: "يثبت النسب بالإقرار بالبنوة، أو الأبوة أو الأمومة...".

وفي هذا النوع، إذا توافرت شروط صحة الإقرار، ثبت النسب وأصبح المقر بالنسب ابنا أو بنتا أو أبا أو أمًا، ولا يجوز له الرجوع عن هذا الإقرار، وإنَّما كان هذا إقرارا بالنسب على نفس المقر، لأنَّ النسب فيه علاقة بينه وبين المقر له فقط، وليس فيه تحميل النسب على غيرهما، وإذا ثبتت هذه القرابة ترتبت عليها جميع الآثار، وتتعدَّى هذه الآثار إلى جميع الأقارب والأرحام دون استثناء<sup>412</sup>.

### ثانياً: الإقرار في غير البنوة والأبوة والأمومة.

وهو ما يُعرف بالإقرار بنسب محمول على الغير، يعرف بأنَّه "إقرار بنسب غير مباشر يتضمَّن تحميل النسب على الغير"<sup>413</sup>، ويُسمى أيضا الإقرار بفرع النسب، ويكون هذا الإقرار بالنوع الثاني من القرابة، كالإقرار بالأخوة والأعمام والأجداد وأولاد

<sup>409</sup> انظر، يوسف قاسم، حقوق الأسرة في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص.390.

<sup>410</sup> انظر، أحمد فراج حسين، أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004، ص.359.

<sup>411</sup> أحمد محمود خليل، المرجع السابق، ص.359.

<sup>412</sup> محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص.695.

<sup>413</sup> أحمد فراج حسين، أدلة الإثبات...، المرجع السابق، ص.359.

الأولاد، وواضح أنّ هذا الإقرار فيه تحميل النسب على غير المقرّ أولاً، ثمّ يسري منه تحميل النسب على المقرّ. فإذا قال هذا أخي كان إقراراً بالنسب على أبيه، أي على الغير، لأنّ معناه هذا ابن أبي، فاقترض ذلك الإقرار في أوّل مرّة أنّ المقرّ له ابن لأب المقرّ، واقترض ذلك أنّ المقرّ له أخ للمقرّ. وإذا قال هذا عمّي، كان إقراراً بالنسب على جدّه، لأنّه هو الأصل الذي ينحدر منه هذا العمّ، وهكذا بقيّة القرابات، وهذا الإقرار يتضمّن أمرين:

1- تحميل النسب على الغير.

2- استحقاق المقرّ له في مال المقرّ عليه بعد وفاته<sup>414</sup>.

### ثالثاً: الفرق بين نوعي الإقرار.

إنّ أهمّ الفروق بين الإقرار الذي فيه تحميل النسب على الغير والإقرار الذي ليس فيه تحميل النسب على الغير، ما يلي:

I- إنّ النسب يثبت مباشرة بالإقرار المجرد ما دامت شروط الإقرار الذي ليس فيه تحميل النسب على الغير قد توافرت. أمّا الإقرار الذي فيه تحميل النسب على الغير فلا يثبت به النسب مباشرة (أي مجرداً)، وإنّما يُمكن أن يثبت بالبينة، ومراد الإثبات في هذه الحالة ليس بالإقرار المجرد وإنّما هي البينة.

II- الإقرار الذي ليس فيه تحميل النسب على الغير، فإنّ النسب فيه يثبت أولاً من المقرّ ثمّ يسري إلى غيره. أمّا الإقرار الذي فيه تحميل النسب على الغير فإنّ النسب يثبت فيه من غير المقرّ ثمّ يسري منه إلى المقرّ.

<sup>414</sup> انظر، محمود حمودة ومحمد مطلق عساف، فقه الأحوال الشخصية، مؤسسة الوراق، عمان، الأردن، 1984، ص.105؛ عبد الفتاح تقيّة، مباحث...، المرجع السابق، ص.289؛ عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص.110-111.

إن هذين النوعين من الإقرار، لا يُعتدّ بهما إلاّ بتوافر عدد من الشّروط، وهو موضوع المطلب الموالي.

## المطلب الثاني

### شروط ودعاوى ثبوت النسب بالإقرار

كما سبقت الإشارة في الجزئية السابقة أنّ هناك صورتين لثبوت النسب بالإقرار تختلف حسب جهة المقر، وكلّ منهما لها شروط خاصّة بها، وهناك دعاوى للنسب ثابتة من الإقرار. ففيم تتمثل؟

سُعالج هذه الإشكالية في نقطتين أساسيتين: شروط النسب بالإقرار في الفرع الأول، وفي الفرع الثاني شكل الإقرار ودعاوى النسب الثابتة منه.

### الفرع الأول

#### شروط ثبوت النسب بالإقرار

نقصد من وراء ذلك بالنسبة للإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة (أولاً)، ثم بالنسبة للإقرار في غير البنوة والأبوة والأمومة (ثانياً).

#### أولاً: بالنسبة للإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة.

جاء في نصّ المادة 44 من قانون الأسرة أنّه: "يثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة، لمجهول النسب ولو في مرض الموت، متى صدقه العقل أو العادة". يثبت من خلال نصّ المادة أنّه لثبوت النسب يُشترط توافر شروط بالنسبة لكلّ نوع من الإقرار.

#### أ- الإقرار بالبنوة:

## 1- أن يكون الولد مجهول النسب:

ومجهول النسب شرعا هو الذي لا يُعرف له أب في البلد الذي وُلد فيه، أو البلد الذي هو فيه، فإذا كان ثابت النسب من أب معروف غير المقر، كان هذا الإقرار باطلا، لأنّ الشرع يقضي بثبوت النسب من ذلك الأب، ومتى تأكّد ثبوت النسب من شخص لا يُقبل منه الانتقال إلى غيره<sup>415</sup>، ولا يُقبل الفسخ<sup>416</sup>. فقد لعن رسول الله ﷺ من انتسب إلى غير أبيه أو تولى غير مواليه. عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: "من ادعى إلى غير أبيه أو ادعى إلى غير مواليه فقد كفر"<sup>417</sup>.

واستثنى العلماء<sup>418</sup> من هذا الشرط ولد اللعان فإنّه لا يصحّ ادّعاؤه بالنسب وإحاقه بغير الأب الملاعن، لاحتمال أن يرجع الملاعن ويكذب نفسه فيما ادّعاه، من أنّ الولد ليس منه<sup>419</sup>. كما يُشترط أيضا أن لا يكون هناك من يُنزع المقرّ بدعوى نسب هذا الولد. ونصّ المشرّع الجزائري على هذا الشرط صراحة في المادة 44 من قانون الأسرة.

ولم يُبين القضاء الجزائري من هو مجهول النسب خلافا للقضاء المصري الذي بيّن من هو مجهول النسب، إذ أقرت محكمة النقض المصرية: "...ولئن اختلفت الأقوال في مذهب الحنفية حول من يُعتبر مجهول النسب. فذهب البعض إلى أنّه من لا يُعلم له أب في البلد الذي وُلد فيه، وقرّر البعض الآخر أنّه الذي لا يُعلم له أب في البلد الذي يوجد فيه، إلّا أنّ القول على أنّه يُراعى في الحكم بجهالة النسب عدم معرفة الأب في البلدين معا دفعا للحرص وتحويطا في إثبات الأنساب"<sup>420</sup>.

## 2- أن يكون الإقرار من النوع الذي يصدّقه العقل أو تصدّقه العادة:

<sup>415</sup> انظر، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، الفتاوى الإسلامية، دار الإفتاء المصرية، م<sup>20</sup>، د.س.ن، ص.7663.  
<sup>416</sup> محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص.396.  
<sup>417</sup> انظر، أحمد بن حنبل، المسند، وبهامشيه منتخب كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال، م<sup>2</sup>، المكتب الإسلامي للطباعة والنشر، د.س.ن، ص.74.  
<sup>418</sup> اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أن ولد اللعان لا يصح ادّعاؤه بالنسب، ابن جزي، المرجع السابق، ص.212؛ عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص.130.  
<sup>419</sup> وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.690؛ أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص.208.  
<sup>420</sup> ممدوح عزمي، المرجع السابق، ص.74.

أي أن يكون المقر له بالبنوة مما يولد مثله لمثل من يثر بنسبه حتى يكون الإقرار معقولا ومقبولا<sup>421</sup>، وذلك في سنّ تسمح بأن يكون ابنا للمقر. فلو كان المقر له بالبنوة أكبر من المقر أو مساويا له في السنّ أو مقاربا، بحيث لا يُمكن أن يكون ابنا للمقر عادة لم يصحّ إقراره، ولأنّ العقل والعادة يكذبه في هذا الإقرار. فمن قال لغلام هذا ابني، وكان سنّ الغلام عشر سنوات، وسنّ المقرّ عشرين سنة، لم يُعتبر هذا الإقرار لأنّ العقل والعادة يكذب هذا الإقرار، وبالتالي لا يثبت النسب<sup>422</sup> بهذا الإقرار لأنّه كاذب<sup>423</sup>.

ويُمكن للقاضي الاستناد على قرينة الإنجاب بالسنّ القانوني للزواج<sup>424</sup> على بساطتها وقابلية إثبات عكسها، خاصّة مع الاعتراف بالزواج العرفي الجائر تثبيته بسجّلات الحالة المدنية عقب استصدار حكم بتثبيته<sup>425</sup>.

ولقد نصّ المشرّع الجزائري على هذين الشرطين في المادة 44 من قانون الأسرة إلا أنّ الفقهاء أضافوا شروطا أخرى، بعضها متفق عليه وبعضها مختلف فيه، وهي:

### 1- أن يصدقه المقر له في إقراره:

قال المالكية<sup>426</sup>: ليس تصديق المقرّ به شرطا لثبوت النسب من المقرّ، لأنّ النسب حقّ للولد على الأب، فيثبت بإقراره بدون توقّف على تصديق منه، إذا لم يقدّم دليل على كذب المقرّ<sup>427</sup>.

واشترط الجمهور تصديق المقرّ له إذا كان أهلا للتصديق، بأن يكون بالغاً عاقلاً، ومميّزا عند الحنفية، لأنّ الإقرار حجة قاصرة على المقرّ فلا تتعداه إلى غيره، إلاّ ببيّنة أو تصديق. فإذا كان المقرّ له طفلا غير مميّز ثبت نسبه بالإقرار من غير

<sup>421</sup> أشرف عبد الرزاق ويح، المرجع السابق، ص.66.

<sup>422</sup> أحمد محمد الشافعي، المرجع السابق، ص.155.

<sup>423</sup> رمضان علي السيد الشرنباطي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص.585؛ مصطفى السباعي،

المرجع السابق، ص.266؛ كمال لدرع، المرجع السابق، ص.93.

<sup>424</sup> المادة 07 من قانون الأسرة التي حددت سن الزواج بـ 19 سنة بالنسبة للرجل والمرأة.

<sup>425</sup> المادة 22 من قانون الأسرة الجزائري.

<sup>426</sup> ابن رشد، المرجع السابق، ص.120.

<sup>427</sup> وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي...، المرجع السابق، ص.691.

حاجة إلى تصديق، لأنه ليس أهلاً للتصديق، فلا عبارة له بل كلامه لغو لا يُتَلَفَت إليه، وفي ثبوت نسبه من المقرّ مصلحة له، فلا يتوقّف على التصديق<sup>428</sup>.

ولم تشترط المادّة 44 من قانون الأسرة تصديق المقرّ له بالبنوة، سواء كان مميّزاً أو غير مميّز. فإذا توافرت هذه الشّروط ثبت النّسب وصار المقرّ له ابناً للمقرّ، ومن ثمّة تكون له جميع ما للأبناء من حقوق على والديهم، ومنها النّفقة والميراث. وبذلك يكون المشرّع قد أخذ بالمذهب المالكي الذي لا يشترط تصديق المقرّ له لثبوت النّسب من المقرّ، كما بيّنت سابقاً.

## 2- ألا يصح المقر بأن الولد ابنه من الزنا:

فإن صرّح بذلك لا يثبت النّسب منه، لأنّ الزّنا لا يصلح سبباً للنّسب لقول النّبي ﷺ: "الولد للفراش وللعاهر الحجر"<sup>429</sup>، لأنّ النّسب نعمة<sup>430</sup> تثبت من الزّواج والزّنا جريمة، فلا تكون الجريمة سبباً في ثبوت النّعمة<sup>431</sup>.

ولم ينصّ المشرّع على هذا الشّروط في المادّة 44 إلّا أنّ المحكمة العليا استقرّت في قراراتها على أنّ ابن الزّنا لا يُنسب لأبيه إذ جاء في قرار لها: "من المقرّر شرعاً أنّ الزّواج الذي لا يتوافر على الأركان المقرّرة شرعاً يكون باطلاً، ومن ثمّ فلا تُعتبر العلاقة غير الشرعية بين الرّجل والمرأة زواجا.

ولمّا كان كذلك فإنّ القضاء بما يُخالف هذا المبدأ يُعدّ خرقاً لأحكام الشّريعة الإسلامية إذ كان من الثّابت -في قضية الحال- أنّ العلاقة التي كانت تربط بين

<sup>428</sup> عبد الفتاح تقيّة، مباحث...، المرجع السابق، ص.289؛ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص.398.

<sup>429</sup> رواه الجماعة إلا الترمذي والجماعة أحمد وأصحاب الكتب والسنة.

<sup>430</sup> محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص.396.

<sup>431</sup> لقد صدرت عدة فتاوى من دار الإفتاء المصرية، مفادها أنّ الإقرار بالبنوة لا يصح إذ صرح المقر بأن هذا الولد ابنه من الزّنا، سئل الشيخ عن بنت من الزّنا قيده شخص باسمه، فهل له أن يستلحق مثل هذه المولودة، فيثبت في دفتر المواليد أنّه والدها أم أنّ مثل هذه المولودة تعتبر مجهولة النّسب فلا تستلحق؟ وما قيمة الإقرار في دفتر المواليد شرعاً؟ فأجاب: "إنّ هذه المولودة لا يثبت نسبها، لأنّ وطأه لأمها محض زنا، كما روته النيابة على لسانها، وعن الثّاني أنّ استلحاق الشخص الذي قيد هذه المولودة لنفسه غير مقبول شرعاً ولا يثبت به نسب البنت منه، والجواب عن السؤال الثّالث، أنّه لا قيمة لإقراره بنسب البنت إليه وقيدها باسمه في دفتر المواليد... والله أعلم"؛ انظر، جاد الحق علي جاد الحق وجمال الدين محمد محمود، الفتاوى الإسلامية، م<sup>6</sup>، ط<sup>2</sup>، دار الإفتاء المصرية، د.س.ن، ص.2183-2184؛ خالد بوزيد، المرجع السابق، ص.94.

الطرفين علاقة غير شرعية إذ كلاهما اعترف بأنه كان يُعاشر صاحبه جنسياً، فإنّ قضاة الاستئناف بإعطائهم إسهادا للمستأنف على اعترافه بالزواج وتصحيحه وإلحاق نسب الولد لأبيه وتقرير حقوق المستأنفة خرقوا أحكام الشريعة الإسلامية.

ومتى كان كذلك استوجب الأمر نقض القرار المطعون فيه بدون إحالة<sup>432</sup>.

### 3- أن يكون الولد المقر له حياً:

وقد اشترط حياة الولد لصحة الإقرار بالنسب أيضاً الحنفية. فلو أقرّ شخص بأنّ فلانا ابنه، وكان المقرّ له بالبنوة ميتاً، لم يصحّ هذا الإقرار، ولا يثبت به النسب إذ لا حاجة بعد الوفاة لإثبات النسب، لأنّ الميت لا يحتاج إلى تكريم ولا تشريف. واستثنى ما إذا كان للابن المتوفى أولاد، فإنّ الإقرار بنسبه بعد وفاته يكون صحيحاً، رعاية لمصلحة هؤلاء الأولاد، لأنهم يحتاجون إلى ثبوت نسب أبيهم، وفي ثبوت نسبه شرف لهم وتكريم.

ولم يشترط المالكية حياة الولد المقرّ به، لأنّ النسب حقّ للولد على أبيه، فلا يتوقّف إثباته على حياة الولد، كما لا يتوقّف على تصديقه، إلا أنّ الأب لا يرث الابن الذي استلحقه إلا إذا كان له ولد، أو كان المال قليلاً، حتّى لا يُتّهم الأب بأنّ إقراره لأجل المال الكثير<sup>433</sup>.

ولم تشترط المادة 44 من قانون الأسرة حياة المقرّ له بالولد، وبذلك يكون المشرّع قد أخذ بالمذهب المالكي. وذهب المالكية<sup>434</sup> إلى أنّه إذا كان الظاهر يُكذّب إقرار الرجل فلا يثبت النسب.

ورجّح الدكتور عبد الرحمان الصّابوني قول المالكية إذ قال: "ليس من المنطق ولا من المعقول بشيء أن يدّعي شخص بنوة لقيط أو لاجئ لم يثبت أي لقاء بينه وبين أمّ هذا الولد بدعوى أنّه لم يذكر سبباً للصلة الزوجية فصحّ إقراره"<sup>435</sup>.

<sup>432</sup> انظر، م.ع، غ.أ.ش، 1984/10/08، ملف رقم 341137، م.ق، 1989، عدد 04، ص.79.

<sup>433</sup> كمال لدرع، المرجع السابق، ص.553؛ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.692.

<sup>434</sup> ابن رشد، المرجع السابق، ص.121.

**II- إقرار الولد بالأبوة:**

يقرّ الولد أنّ شخصا معينا هو أبوه، ويُشترط فيه أن تتوافر شروط ثلاثة للإقرار بالبنوة وهي:

- 1- أن يكون المقرّ مجهول الأب والأمّ -مجهول النسب-.
  - 2- أن يولد مثله لمثل المقرّ له منها.
  - 3- أن يُصدّقه المقرّ له مطلقا، لأنّه لا يكون إلاّ كبيرا أو كبيرة، ويزيد إقراره بالأبوة ألاّ يُصرّح بأنّه أبوه من الزّنا، وأن يُصدّقه المقرّ له في هذا الإقرار.
- أمّا إذا كذّب المقرّ له، فإنّ للمقرّ في هذه الحالة أن يُثبت إقراره بالبيّنة، فإذا عجز عن ذلك يحلف المقرّ له بأنّه ليس أبا للمقرّ، فإن حلف بطل إقرار المقرّ، وإن نكل تثبت دعوى المقرّ، فيثبت نسبه من المقرّ له<sup>436</sup>.
- وأما إذا صرّح في إقراره بالأمومة بأنّها أنتت به من سفّاح، وتوافرت الشّروط الثلاثة السّابقة، وأثبتت ولادته من الزّنا ثبت نسبه منها، وهذا كذلك إن صدّفته.
- وإن لم تُصدّقه في إقراره فإنّه يستطيع إثباته بالبيّنة، وإن عجز عن الإثبات بالبيّنة تحلف المرأة المقرّ لها بأنّ المقرّ ليس ابنها، فإن حلفت بطل الإقرار، ولم يثبت نسبه منها، وإن نكلت ثبت نسبه منها<sup>437</sup>.

**III- الإقرار بالأمومة (إقرار المرأة بالولد):**

<sup>435</sup> عبد الرحمان الصابوني، ط<sup>8</sup>، المرجع السابق، ص.176.  
<sup>436</sup> عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص.98-99؛ خالد بوزيد، المرجع السابق، ص.96.  
<sup>437</sup> محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص.699؛ أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص.209؛ عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص.98 وما يليها.

وفي هذا النوع تُقرّ المرأة بأنّ شخصا معينا ولدها، وكما يُقبل الإقرار من الرّجل بالبنوة يُقبل من المرأة الإقرار بالأمومة، بشرط ألا يكون للولد أمّ معروفة، وأن يولد مثله لمثلها، وأن يُصدّقها الولد في هذا الإقرار. وفي هذا النوع من الإقرار تُميّز بين حالتين:

**الحالة الأولى:** إذا كانت المرأة المقرّة غير متزوّجة وغير معتدّة من زواج، وتوافرت الشّروط سالفة الذكر (أن يولد مثل الولد لمثلها ويكون مجهول النّسب، وصدّقها في الإقرار)، فإنّ النّسب يثبت منها، من غير بيّنة أصلا، لأنّ فيه إلزام على نفسها دون غيرها، ولا يُعتدّ بشرط نفي الولد كونه من زنا، لأنّ ولد الزّنا يثبت نسبه من أمّه ولا يثبت من الذي زنا بها<sup>438</sup>.

**الحالة الثانية:** إذا كانت المرأة المقرّة متزوّجة أو معتدّة من زواج صحيح أو فاسد، فإنّما أن تُقرّ بأنّ هذا الولد ابنها من زوجها، فإن صدّقها هذا الأخير في الإقرار، يثبت نسبه منهما سويا. أمّا إذا كذّبها، ففي هذه الحالة تُثبت فيها الفراش بالبيّنة، ويثبت النّسب في هذه الحالة بالبيّنة بدل الإقرار.

أمّا أن تُقرّ بأنّه ابنها من غيره، وهنا لا يُعلّق إقرارها على تصديق الرّوج، وتثبت الأمومة بتوافر شروط الإقرار المذكورة سابقا<sup>439</sup>.

كما يصحّ إقرار الشّخص ولو في مرض الموت، وهذا ما نصّت عليه المادّة 44 من قانون الأسرة، فالمشرّع الجزائري رتبّ ثبوت النّسب في هذه الحالة إعمالا لقاعدة "إحياء الولد"، وذلك متى توافرت الشّروط المذكورة آنفا<sup>440</sup>.

<sup>438</sup> عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص.99؛ محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص.698-699؛ انظر، حسن حسن منصور، المحيط في شرح مسائل الأحوال الشخصية، المؤسسة الوطنية للطباعة والنشر والتوزيع، 1998، ص.294.

<sup>439</sup> عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص.101.

<sup>440</sup> العربي بلحاج، الوجيز...، المرجع السابق، ص.198.

#### IV- الفرق بين إقرار الرجل والمرأة بالبنوة:

يظهر الفرق بين إقرار المرأة ببنوة ولد من الزنا، وإقرار الرجل بذلك، في أنه يصح إقرار المرأة به إذا أثبتت ولادته له دون الرجل عند الحنفية بلا خلاف، وعند الجعفرية على الخلاف، لأن ولادته واقعة محسوسة لا يمكن إنكارها.

ولم يفصل المشرع الجزائري في هذه الحالات الخاصة بإقرار المرأة وأحال ذلك لما ورد في الفقه الإسلامي تطبيقاً للمادة 222 من قانون الأسرة.

وقد قضت المحكمة العليا بأنه: "من المقرر قانوناً أن النسب يثبت بالإقرار بالأمومة متى كان هذا الإقرار صحيحاً، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفته القانون غير سديد يستوجب الرفض.

لما كان من الثابت -في قضية الحال- أن أم المطعون ضده اعترفت بأنه ابنها وأن اعترافها كان صحيحاً، ومن ثم فإن قضاة المجلس بموافقته على الحكم المستأنف لديهم القاضي برفض الدعوى لعدم التأسيس فقد طبقوا صحيح القانون.

ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن" <sup>441</sup>.

وخلافاً للمشرع الجزائري، فإن المذكرة الإيضاحية للقانون الكويتي ذكرت الحالات الخاصة بإقرار المرأة، إذ جاء فيها: "وفي إقرار الأم بنسب الولد تُراعى شروط إقرار الرجل بالولد أيضاً، وألا تكون ذات زوج، ولا معتدة زقت أن ولد، فيثبت النسب منها حينئذ بإقرارها، لأن فيه إلزام على نفسها دون غيرها" <sup>442</sup>.

ولا يُشترط أن يكون المقر صحيحاً، فيصح الإقرار بالنسب ولو في مرض الموت، متى توافرت شروط الإقرار <sup>443</sup>. ونصت على ذلك صراحة المادة 44 من قانون الأسرة الجزائري بنصها: "...ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة".

<sup>441</sup> انظر، م.ع، غ.أ.ش، 1988/12/19، ملف رقم 51414، م.ق، 1991، عدد 03، ص.52.

<sup>442</sup> انظر، المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الأحوال الشخصية للقضاء في الكويت، 1408هـ/1988م، ص.803.

<sup>443</sup> مصطفى السباعي، المرجع السابق، ص.266.

إنّ أهمّ ما ينبغي ملاحظته أنّه إذا ثبت النسب لا يُمكن نفيه، لأنّ النسب إذا ثبت لا ينفكّ بأيّ حال<sup>444</sup>. وقد قضت المحكمة العليا في قرارها الصّادر في 1986/02/24م بأنّ: "الإقرار بالولد يجب أن يكون بدون تردّد ولا تراجع مع توافر شروط صحّة الزّواج"<sup>445</sup>.

وجاء في المذكرة الإيضاحية: "... وواضح أنّ النسب الثّابت بالإقرار على هذه الوجهة لا يقبل النّفي، ولا يتحوّل من شخص إلى غيره، كما هو مقرّر في كلّ نسب ثابت"<sup>446</sup>.

أمّا أهمّ ما يجب علينا أن نلاحظه بصدد الحديث عن ثبوت النسب بطريق الإقرار أو الاعتراف ببنوّة أو أبوّة أو أمومة الولد المجهول النسب، هو أن يكون المعترف أو المقرّ ببنوّته أو أبوّته أو أمومته، كان قد نتج عن زواج صحيح أو فاسد أو وطء بشبهة، لأنّه إذا أقرّ شخص بأنّه عاشر امرأة معاشرة غير شرعية فأنجبت الولد المعترف به فإنّ إقراره لا قيمة ولا شرعية به، وبالتالي لا يجوز إسناد نسبه إلى أيّ رجل، ولا تسجيله في سجّلات الحالة المدنية على لقب واسم أيّ شخص عدا اسم أمّه ولقبها.

ولهذا يُمكن القول بأنّه يتعيّن على القاضي المطروحة عليه دعوى إثبات النسب أن يبحث في شرعية وقانونية الزّواج قبل أن يبحث في إثبات النسب، ولا يجوز له أن يحكم بإسناد نسب أيّ مولود إلى المدّعي ببنوّته أو أبوّته استنادا إلى إقراره إلّا بعد أن يكون قد تحقّق له وثبت لديه قيام عقد زواج شرعي وقانوني قبل مدّة مناسبة من تسجيل دعوى النسب لدى كتابة الضّبط بالمحكمة، وأن يكون قد توافرت لديه شروط الزّواج، وشروط ولادة المولود خلال الأجل المحدّد قانونا لمدّة الحمل.

<sup>444</sup> "الإقرار بالبنوة يثبت به النسب شرعا متى تحققت شروطه الشرعية. النسب الصحيح لا يقبل التحويل". المجلس

الأعلى للشؤون الإسلامية، المرجع السابق، م<sup>6</sup>، ص.2099.

<sup>445</sup> العربي بلحاج، الوجيز...، المرجع السابق، ص.55.

<sup>446</sup> المذكرة الإيضاحية...، المرجع السابق، ص.803.

ولإثبات قيام مثل هذا الزواج يجب على مدعي الأبوة أو البنة أن يقدم رفة طلب إثبات النسب وثيقة عقد زواج مستخرجة من سجلات الحالة المدنية، تطبيقا لنص المادتين 21 و22 من قانون الأسرة<sup>447</sup>، المتعلقة بإثبات الزواج وتسجيله، لأنه لا يقبل القاضي، لا منطقيا ولا عقليا ولا شرعا، أن يحكم للمدعي بما يُعتبر أثرا من آثار الزواج دون أن يكون قد تأكد من قيام هذا الزواج وشرعيته.

وعليه لو قلنا أن القاضي الذي تُطرح عليه دعوى النسب لا يجب أن يبحث عن شرعية أو عدم شرعية الزواج، وأنه يكفي أن يقتنع بوجود علاقة أبوة بين المدعي والمدعي ببنة، استنادا فقط إلى شهادة شهود أو وثائق عرفية أو اعترافات أو إقرارات مشبوهة، فإننا نكون قد فتحنا مجالا واسعا للفسق واختلاط الأنساب، وقدمنا كل المساعدات والتسهيلات، بل وحفزنا كل زان وزانية على القيام بعلاقات غير شرعية، لأنهما يكونان مطمئنان أنه لما يولد لهما ولد، فيذهبان إلى المحكمة، ويُقرآن أن الولد ولدهما، وما على القاضي إلا أن يقول "آمين"، ثم يُقرر إسناد نسب الولد إلى والده الذي ادّعه، وأن تلك المرأة هي أمه. وبذلك يُسوى نسب الأولاد الشرعيين والأولاد غير الشرعيين بموجب أحكام قضائية، وهذا ما يتنافى وأحكام الشريعة الإسلامية<sup>448</sup>.

### ثانيا: بالنسبة للإقرار في غير البنة والأبوة والأمومة.

يُقصد به الإقرار بنسب محمول على الغير، وهو الإقرار بما يتفرع عن النسب، أي أن الإقرار يتعدى المقر إلى غيره، كأن يُقر شخص بأن هذا أبوه أو عمه. وعليه يتوقف ثبوت النسب من المقر على ثبوته من غيره.

<sup>447</sup> انظر، الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 2005/02/27م، المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 1984/06/09، المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

<sup>448</sup> عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص.216-217؛ خالد بوزيد، المرجع السابق، ص.99.

والإقرار حجة قاصرة لا تتعدى المقر إلى غيره، ولا يكون له أثر فيما يتعلّق بالغير. فيرد إقراره بالنسب، فلا يثبت به نسب المقر، لأنّه لا يملك أحد أن يلحق نسب شخص بآخر بمجرد دعواه<sup>449</sup>.

فذلك لا يصلح هذا الإقرار وحده لثبوت النسب، فبالإضافة إلى الشروط السابقة المنصوص عليها في المادة 44 من قانون الأسرة، أضاف المشرع شرطا آخر، وهو تصديق الغير. فإذا قال شخص هذا أخي، ففيه تحميل النسب على الغير وهو الأب، فيشترط لثبوت نسبه أن يُصدّقه أبوه فيه<sup>450</sup>. وإذا قال هذا عمي، ففيه تحميل النسب على الغير أيضا، لأنّ معناه هذا ابن جدّي، فيشترط أن يُصدّقه جدّه فيه.

ولقد تطرّق المشرع إلى هذا النوع من الإقرار في المادة 45 من قانون الأسرة التي تنصّ على أنّ: "الإقرار بالنسب في غير البنوة والأبوة والأمومة، لا يسري على غير المقرّ إلّا بتصديقه". فمن خلال هذه المادة يتّضح أنّ الإقرار الذي فيه تحميل النسب على الغير لا يكون وحده كافيا لثبوت النسب، فيشترط أن يُصدّقه المقرّ عليه.

إنّ ثبوت النسب بالإقرار في هذه الحالة معلق على تصديق المحمول عليه على هذا الإقرار، وإن لم يُصدّق المحمول عليه وأصرّ المقرّ على إقراره، فله أن يُقيم البيّنة على صحّة الإقرار<sup>451</sup>، أو أن يُصدّقه ورثة المقرّ عليه بعد وفاته، لأنّ تصديقهم يُعتبر بيّنة، فيثبت النسب بالبيّنة لا بالإقرار.

يُعتبر هذا النوع من الإقرار حجة قاصرة على غير المقرّ ولا يسري في حقّ الغير، ويترتّب على هذا الإقرار ما يأتي:

1- إن أقرّ ولد لشخص تُوفي وتوافرت شروط الإقرار التي سبق بيانها وكان المقرّ عاقلا بالغا، للآخر بأنّه أخوه، صحّ هذا الإقرار ولكنّه لا يسري على الورثة الذين لم يوافقوا المقرّ على إقراره، ويُشارك المقرّ له المقرّ في نصيبه من الميراث، ومعنى

<sup>449</sup> انظر، عقيلة حسين، الشبهات المسقطه للحدود: دراسة فقهية مقارنة على المذاهب السنية، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط<sup>1</sup>، 1424هـ/2003م، ص256؛ محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص700.

<sup>450</sup> وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص693.

<sup>451</sup> العربي بلحاج، الوجيز...، المرجع السابق، ص198-199.

ذلك أنّ الإقرار يُقبل في حقّ المال فقط، ولا يُقيد في إثبات نسب المقرّ له من والد المقرّ<sup>452</sup>.

2- يترتب على المقرّ بإقراره أنّه إذا كان موسراً والمقرّ له معدماً مستحقاً للإِنفاق، فإنّ النّفقة تجب على المقرّ للمقرّ له، وهذا يُعتبر من آثار الإقرار المعتبر في حقّ المقرّ.

3- الإقرار في غير البنوة والأبوة والأمومة ليس قاصراً على الإرث والنّفقة، بل يمتدّ ليشمل أحكام الحضانة التي تسري بين المقرّ والمقرّ له ما دام قد تصادقا على ذلك<sup>453</sup>.

ويُستخلص ممّا تقدّم أنّ المقرّ في هذا النوع من الإقرار لا يثبت بإقراره مجرد النسب، وإن كان يُعامل بإقراره من ناحية الميراث وغيره من الحقوق كالنّفقة وغيرها، كما سبق بيانه، ولكن إذا صدّق المقرّ من حمل عليه النسب، فإنّ النسب يثبت كما أنّه يُمكن أن يثبت هذا بالبيّنة.

وقال الحنفية<sup>454</sup> إن لم يُصدّقه الغير أو لم يُصدّقه اثنان من الورثة، أو لم تقم بيّنة على صحّة الإقرار، يُعامل المقرّ بمقتضى إقراره في حقّ نفسه، فتجب عليه نفقة المقرّ له إن كان عاجزاً فقيراً، والمقرّ هو موسراً، ويُشارك المقرّ له المقرّ في حصّته التي يرثها من تركة أبيه.

وقال المالكية<sup>455</sup> يأخذ المقرّ له بالأخوة المقدار الذي نقص من حصّة المقرّ بسبب إقراره. فإذا أقرّ ولد بأخوة آخر، وأنكر الولد الآخر، أخذ المنكر نصف التركة وشارك المقرّ له المقرّ في النّصف الآخر عند الحنفية. وعند المالكية يأخذ المنكر نصيبه كاملاً ويأخذ المقرّ له ما نقص من نصيب المقرّ على فرض أن التركة تُوزّع على ثلاثة.

<sup>452</sup> عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص. 103-104.

<sup>453</sup> عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص. 107-108.

<sup>454</sup> موفق الدين بن قدامة، الكافي، المرجع السابق، ص. 293-299.

<sup>455</sup> وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص. 693.

بعدما رأينا شروط ثبوت النسب بالإقرار، نتساءل عن شكل الإقرار، هل نصّ المشرّع الجزائري على شكل معين للإقرار.

## الفرع الثاني

### شكل الإقرار

أمّا عن شكل الإقرار، فلم ينصّ المشرّع الجزائري على شكل معين للإقرار وبالتالي يجوز الإقرار بالنسب في أيّ شكل كان شفويًا أو مكتوبًا، وهذا ما أكّدته المحكمة العليا في قرارها الذي جاء فيه: "... حيث أنّ المادتين 40 و 44 من قانون الأسرة يثبتان أنّ النسب بالإقرار دون تحديد لأيّ شكل يقع به هذا الإقرار لحمله في بطن أمّه...<sup>456</sup>. ولا الجهة التي يُدلى به أمامها.

لكن بالرجوع إلى اجتهادات المحكمة العليا نجد أنّه قد صدر قرارين، الأول بتاريخ 1998/11/17م والثاني بتاريخ 1998/12/15م.

جاء في الأول ما يلي: "من المقرر قانوناً أنّ أقلّ مدّة الحمل هي ستّة أشهر وأقصاها عشرة أشهر، ومتى تبين -في قضية الحال- أنّ مدّة الحمل المحددة قانوناً وشرعاً غير متوافرة لأنّ الزواج تمّ في 1994/05/02م والولد قد وُلد في 1994/05/07م، كما أنّ لإقرار المطعون ضده بأبوتّه للولد أمام مديرية الصّحة والحماية الاجتماعية لا يؤخذ به لأنّ الإدارة غير مؤهلة قانوناً لتلقّي الإقرار، وعليه فإنّ قضاة الموضوع لمّا قضوا برفض دعوى النسب لأنّ النسب لا يثبت بالعلاقة غير الشرعية، طبقوا صحيح القانون<sup>457</sup>.

وما يُمكن أن يُفهم من هذا القرار، أنّ هناك جهة مختصة لتلقّي الإقرار، وذلك بمفهوم المخالفة لمضمون القرار رغم عدم تحديد تلك الجهة، واكتفى القرار بإقضاء

<sup>456</sup> انظر، نبيل صقر، قانون الأسرة نصاً وفقها وتطبيقاً، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2006، ص.41.

<sup>457</sup> انظر، م.ع، غ.أ.ش، 1998/11/17، ملف رقم 210478، م.ق، عدد خاص، ص.85.

مديرية الحماية الاجتماعية، وبالتالي أبقى الإشكال قائما والأمر غامضا. فهل يتم الإقرار أمام المحكمة؟

وجاء في القرار الثاني ما يلي: "من المقرر شرعا أنه يثبت النسب بالإقرار لقول خليل في بيان أحكام الإقرار... ولزم الإقرار لحمل في بطن امرأة... الخ.

كما أن إثبات النسب يقع فيه التسامح ما أمكن لأنه من حقوق الله ﷻ فيثبت حتى مع الشك وفي الأнкحة الفاسدة طبقا لقاعدة إحياء الولد.

ومتى تبين -في قضية الحال- أن المطعون ضده أقر بحمل الطاعة بشهادة جماعية أمام الموثق بتاريخ 1997/04/06م فإن هذه الشهادة لا تُعتبر صلحا بل هي توثيق لشهادة جماعية عن إقرار المطعون ضده بحمل الطاعة، كما أن المادتين 341 و461 من القانون المدني لا تنطبق على قضية الحال التي هي من قضايا الحالة التي يحكمها قانون الأسرة.

كما أنه لا يمكن الجمع بين الإقرار بالحمل وطلب الطلاق قبل الدخول قصد الوصول إلى استرداد نصف الصداق، رغم أن الصداق المدفوع في قضية الحال يغلب عليه معنى التعويض أكثر منه مقابل الصداق، وعليه فإن القضاة لم ينتبهوا إلى وجوب سماع جماعة الشهود الذي حضروا إقرار المطعون ضده أما الموثق، فإنهم خالفوا الشرع والقانون، وعرضوا قرارهم للقصور في التسبيب، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه<sup>458</sup>.

يُستنتج من هذا القرار أن المحكمة العليا لم تشترط أن يتم الإقرار أمام جهاز القضاء، وأن الإقرار لا يخضع لأي شكل محدد، بهذا يبقى الإشكال قائما أمام القاضي والمتقاضي.

بعدم وجود نص قانوني صريح ينص على شكل الإقرار، ترك المشرع الجزائري السلطة التقديرية للقاضي، فبذلك نقترح أنه ما دام هناك إقرار بالنسب، فنعتبره صحيح

<sup>458</sup> انظر، م.ع، غ.أ.ش، 1998/12/15، ملف رقم 202430، م.ق، 2001، عدد خاص، ص.77.

سواء كان في مجلس القضاء أو في غيره. لكن لابد على المشرع الجزائري استدرک هذه التغيرات والغموض التي تفتح مجال التساؤل واللبس، خاصة في المسائل التي تخصّ الطفل ونسبه وفيما تكمن دعاوى النسب؟

### المطلب الثالث

#### دعاوى النسب الثابت بالإقرار

إنّ دعاوى النسب تختلف باختلاف نوع النسب، كما أنها لا تسمع في كل الأحوال، فما هي تقسيمات دعاوى النسب؟

سوف نتعرّض إلى نوعي دعاوى النسب، فهناك الدعاوى التي ليس لها فيها تحميل على الغير (الفرع الأول)، والدعاوى التي فيها تحميل على الغير (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### الدعاوى التي ليس فيها تحميل النسب على الغير

يقول الإمام محمد أبو زهرة: "إذا كانت الدعوى ليس فيها تحميل النسب على غيره وكان المدعى عليه حياً، فإن الدعوى تُسمع ولو كانت مجردة وليس في ضمن حق آخر، فيصح أن يدعى شخص على آخر أنه ابنه بدعوى مجردة من غير مصاحبة أي حق آخر، فإن أقر ثبت النسب وإن أنكر اتبعت طرائق الإنبات التي بينها، وهي تختلف في حال قيام الزوجية عنها في حال العدة، وإن لم تكن عدة زوجية فلا بد من حجة كاملة...، وإن كان المدعى عليه ميتاً فلا بد أن تكون الدعوى في ضمن حق آخر كحق الميراث، ويكون الخصم في ذلك من تحت يده التركة، من وارث أو وصي أو موصى له أو دائن قد وضع يده عليها، وإنما اشترط أن تكون في ضمن حق آخر لأنها دعوى على الميت وهو غائب، ولا تُسمع الدعوى على غائب إلا ضمن حق للحاضر"<sup>459</sup>.

وتبعاً لذلك فإن الدعوى تُقبل مجردة إذا كان كلا من المدعى والمدعى عليه على قيد الحياة، أي في حال البنوة أو الأخوة، فهي تُقبل مباشرة إذا رُفعت من الأب لإنبات بنوة الابن، أو العكس، دعوى الابن لإنبات أبوته، بأن يُقر الابن بأن فلانا أبوه لأنها تخصهم شخصياً. ولكن في حالة وفاة المدعى عليه، أي الابن أو الأب حسب الحالة، فإن الدعوى لا تُقبل إلا إذا اقترنت بحق آخر، كون المدعى منه النسب غائب، والدعوى على الغائب لا تُقبل إلا ضمن دعوى آخر على حاضر"<sup>460</sup>.

## الفرع الثاني

### الدعاوى التي فيها تحميل النسب على الغير

<sup>459</sup> محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص.399.

<sup>460</sup> عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص.108؛ سعد فضيل، المرجع السابق، ص.221-222.

يقول الإمام محمد أبو زهرة: "...وإن كانت دعوى النسب فيها تحميل النسب على الغير فلا تُسمع الدعوى إلا ضمن حقّ آخر لأنها تتضمن الدعوى على الغائب، وهو من حُمّل عليه النسب، ولا تُسمع الدعوى على غائب إلا إذا تضمّنت حقًا للحاضر، ومثال ذلك دعوى الأخوة ضمن دعوى النفقة، أو دعوى العمومة في ضمن دعوى الميراث، وهكذا..."<sup>461</sup>.

ومثالها أيضا أن يُدعى بالأخوة أو العمومة أو ببنوة العمومة أو ببنوة الابن وهكذا، فإنها لا تُقبل مجرّدة عن حقّ آخر، فإذا رفع شخص دعوى على آخر طالبا إثبات النسب، وقال أنّه أخوه، فهذه الدعوى لا تُقبل لأنها دعوى نسب مجرّدة، فيها تحميل النسب على الغير، وهو هنا الأب، وهذا الأخير ليس في الدعوى، فتكون الدعوى مرفوعة على غير من حُمّل عليه النسب، ولكنّ الدعوى التي من هذا القبيل تُقبل إذا كانت ضمن دعوى حقّ آخر على شخص آخر غير المطلوب إلحاق النسب له<sup>462</sup> على حاضر. وصورتها أن يرفع الدعوى بطلب النفقة لصلة القرابة مثلا، فيدفع المدعى عليه بنفي هذه الصلة وبأنّ المدعي ليس قريبا له، فيكون للمدعي هنا إثبات النسب لأنّه ضمن حقّ آخر على حاضر. ومثل ذلك يُقال في دعوى الضمّ من العاصب غير الأب إذا أنكر المدعى عليه صفة العاصب التي بها يُطلب الضمّ، فهنا يُمكن أن تُسمع البيّنة على النسب وإن كان فيه تحميل النسب على الغير لأنّ النسب هنا مدّعى ضمن دعوى بحقّ آخر على حاضر.

وكذلك الحال في دعوى الميراث، كأن يرفع الدعوى يطلب ميراثا له، فيُنكر المدعى عليه الصّفة التي يستند عليها في الميراث، فله هنا نسبه من المتوقّي الذي يُريد حصّة في تركته مثلا، فهذه دعوى الميراث تضمّنت نسبا<sup>463</sup>، ولو كان الخصم الحقيقي في النسب ليس ممثّلا لأنّ المقصود الأصلي هو الحقّ المترتب على ثبوت النسب، إذ أنّ الانتساب للميت ليس هو المقصود بذاته، بل هو وسيلة لإثبات الحقّ المتنازع فيه، والخصم في هذه الحالة ليس من حُمّل عليه النسب، بل هو كلّ من له أو

<sup>461</sup> محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص.399.

<sup>462</sup> أحمد نصر الجندي، النسب في الإسلام...، المرجع السابق، ص.128.

<sup>463</sup> عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص.108-109.

عليه حقّ في التركة كالورثة، وقد يكون الوصيّ أو الموصى له، وقد يكون الدائن أو المدين...<sup>464</sup>.

وبعد التعرّض إلى موضوع الإقرار، نلجأ إلى وسيلة أخرى من وسائل إثبات النسب، وهي البيّنة.

## المبحث الثاني

### ثبوت النسب بالبيّنة

تُعتبر البيّنة إحدى طرق إثبات النسب شرعا وقانونا بالاتفاق<sup>465</sup>، والتي نصّ عليها المشرّع الجزائري دون المشرّع الفرنسي، فبذلك لا يمكن إجراء دراسة مقارنة بينهما والفرق بينها وبين الفراش، أنّ هذا الأخير هو السبب المنشئ للنسب - كما قلنا آنفا-. أمّا البيّنة فهي أمر كاشف بالشهادة لهذا النسب، مثلها مثل الإقرار، وإن كانت البيّنة أيضا تختلف عن الإقرار حيث أنّها حجّة متعدّية لا يقتصر الحكم الثابت بها على المدّعى عليه فقط، بل يثبت عليه وعلى غيره. أمّا الإقرار فحجّة الحكم الصّادر بناء عليه قاصرة على المقرّ لا يتعدّاه إلى الغير<sup>466</sup>.

لقد ورد النصّ على إثبات النسب بالبيّنة في المادّة 40 من قانون الأسرة، حيث جاء فيها: "يثبت النسب بالزّواج الصّحيح أو بالإقرار أو بالبيّنة...". وثبوت النسب بالبيّنة أقوى من الإقرار، لأنّ النسب وإن ظهر بالإقرار لكنّه غير مؤكّد فاحتمل البطلان بالبيّنة.

وما يؤخذ على المشرّع أنّه لم يُبيّن ما يقصده بهذه البيّنة، فهل جميع ما يكون حجّة يُعتبر بيّنة؟ أم هي قاصرة على الشهادة، كما ذهب إليه جمهور الفقهاء؟ وكيف

<sup>464</sup> انظر، صالح حنفي، قضاء الأحوال الشخصية، دار الكتاب العربي، القاهرة، دس.ن.، ص.290.  
<sup>465</sup> قال ابن القيم الجوزية: "فأما ثبوت النسب بالفراش فأجمعت عليه الأمة، وجهات ثبوت النسب أربعة: الفراش والاستلحاق والبيّنة والقافة، فالثلاثة الأولى متفق عليها". انظر، ابن القيم الجوزية، زاد المعاد في خير هدى العباد، م<sup>2</sup>، ج<sup>4</sup>، دار الكتب العلمية، بيروت، 2001، ص.113.  
<sup>466</sup> عبد الفتاح تقيّة، مباحث...، المرجع السابق، ص.292.

يُثبت النسب بها؟ وإجابة عن هذه الأسئلة قسّمنا مبحثنا هذا إلى: مفهوم البيّنة (مطلب أول)، وكيفية ثبوت النسب بالبيّنة (مطلب ثانٍ)، وحجّية البيّنة مقارنة بالإقرار في إثبات النسب (مطلب ثالث).

## المطلب الأول

### مفهوم البيّنة في النسب

البيّنة لغة من التّبين، بمعنى الوضوح، أي الدّليل والحجّة، وهي الحجّة القويّة الواضحة<sup>467</sup>. وبمعنى الحلف والقسم<sup>468</sup>.

اصطلاحاً هي البرهان على وقوع الواقعة أو حدوث العمل القانوني في الكيفية المأخوذ بها قانوناً، وهي أيضاً الوسيلة المتّبعة لإقامة الحجّة<sup>469</sup>.

تُلاحظ أنّ المعنى الاصطلاحي مرتبط بالمدلول اللّغوي حيث أنّ البيّنة هي الحجّة التي يتوصّل بها لإظهار الحقّ وإيضاح الحقيقة.

فما معنى البيّنة؟ وما هي أنواعها.

نتعرّض في الفرع الأول إلى المعنيين للبيّنة، والفرع الثاني إلى أنواع البيّنة.

## الفرع الأول

### تعريف البيّنة

إنّ المشرّع في المادّة 40 من قانون الأسرة استعمل في النّصّ العربي مصطلح "البيّنة"، وفي النّصّ الفرنسي مصطلح «Preuve»، فهذا المصطلح بشموله يُفهم منه أنّ مقصود البيّنة له معنيان: معنى عامّ ومعنى خاصّ.

### أولاً: المعنى العام (بمعنى الدليل).

<sup>467</sup> انظر، الزبيدي محمد مرتضى، تاج العروس، ط<sup>1</sup>، دار صادر، بيروت، د.س.ن، ص.152؛ انظر، ابن علي الفيومي أحمد، المصباح المنير، تحقيق يحي مراد، ط<sup>1</sup>، مؤسسة المختار، مصر، 2008، ص.47.

<sup>468</sup> انظر، ابن منظور، لسان العرب، ج15، ط<sup>1</sup>، دار صادر، بيروت، 2000، ص.325.

<sup>469</sup> انظر، عبد الفتاح مراد، المعجم القانوني رباعي اللغة، د.د.ن، مصر، 1996، ص.378.

هي الحجّة أو البرهان، وهو تعريف نظري مناسب للبيّنة لأنها تُرشد إلى الصّواب والإقناع، والدليل على ذلك قوله ﷺ: ﴿لَمْ يَكُنِ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ وَالْمُشْرِكِينَ مُنْفِكِينَ حَتَّى تَأْتِيَهُمُ الْبَيِّنَةُ﴾<sup>470</sup>. وقوله ﷺ: ﴿لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ...﴾<sup>471</sup>. وقد قال ابن القيم: "إنّ البيّنة لم تأت قطّ في القرآن الكريم مراداً بها الشّاهدان وإنّما أتت مراداً بها الحجّة والدليل"<sup>472</sup>.

### ثانياً: المعنى الخاص (بمعنى الشهادة).

هي شهادة الشّهود دون غيرها من الأدلّة، ويقصد بها قيام شخص من غير خصوم في الدّعى بالإخبار أمام القضاء عمّا أدركه بحاسّة من حواسه، كالسمع أو البصر بشأن الواقعة المتنازع عليها، أي أنّ الشّاهد يُخبر بواقعة صدرت من غيره ويترتّب عنها حقّ لغيره<sup>473</sup>.

وقد وردت في قوله ﷺ: ﴿...وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى...﴾<sup>474</sup>.

وقد كانت الشّهادة في الماضي هي الدليل الغالب، وكانت الأدلّة الأخرى من النّدرّة إلى حدّ أنّها لا تُذكر إلى جانب الشّهادة، فانصرف لفظ البيّنة إلى الشّهادة دون غيرها<sup>475</sup>.

<sup>470</sup> سورة البيّنة، الآية 01.

<sup>471</sup> سورة الحديد، الآية 25.

<sup>472</sup> ابن القيم الجوزية، زاد المعاد، المرجع السابق، ص.158.

<sup>473</sup> أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص.211.

<sup>474</sup> سورة البقرة، الآية 282.

<sup>475</sup> انظر، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بالوجه العام، الإثبات وآثار

الالتزام، ج2، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1982، ص.311.

وقد أورد المشرع الجزائري البيّنة في المادّة 40 من قانون الأسرة واعتبرها إحدى طرق الإثبات التي يُمكن من خلالها للشخص أن يأتي بالدليل القاطع على أنّ المولود هو ابنه الصّلب. ولكن بالرجوع إلى التّعديل الأخير في نصّ المادّة 40 بموجب الأمر 02-05 حيث استحدث طريقا مستقلاّ عن البيّنة في مجال إثبات النسب ممّا يُفهم منه أنّ المشرع يقصد بالبيّنة المعنى الخاصّ، أي شهادة الشّهود.

وبالرجوع إلى الاجتهاد القضائي، خصوصا القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 15/06/1999م، الذي جاء فيه أنّه: "من المقرّر قانونا أيضا أنّه يثبت النسب بالزّواج الصّحيح وبالإقرار وبالبيّنة وبنكاح الشّبهة وبكلّ نكاح تمّ فسخه بعد الدّخول، طبقا لنصّ المواد 32، 33 و34 من هذا القانون، ومن ثمّ فإنّ القضاء بخلاف ذلك يُعدّ مخالفا للقانون. ومتى تبين -في قضية الحال- أنّ قضاة المجلس لمّا قضوا بتأييد الحكم المستأنف القاضي بتعيين خبرة طبيّة قصد تحليل الدّم للوصول إلى تحديد النسب، خلافا لقواعد إثبات النسب المسطرة شرعا وقانونا، طبقا لأحكام المادّة 40 وما بعدها من قانون الأسرة، فإنّهم بقضائهم كما فعلوا تجاوزوا سلطتهم وعرضوا قرارهم للنقض"<sup>476</sup>.

ويستخلص من هذا القرار الذي رفضت فيه المحكمة العليا إجراء فحص الدّم واعتماده كدليل لإثبات النسب واعتباره خرقا لأحكام المادّة 40 من قانون الأسرة، أنّها لم تأخذ بالمعنى العامّ للبيّنة كونه يشمل الكتابة والقرائن، وأخذت بالمعنى الخاصّ للبيّنة بمفهوم المخالفة لما جاء في القرار، وهي شهادة الشّهود.

وللبيّنة أنواع، فيم تتمثّل هذه الأخيرة؟

## الفرع الثاني

### أنواع البيّنة

<sup>476</sup> انظر، م.ع، غ.أ.ش، 15/06/1999، ملف رقم 222674، م.ق.، 2001، عدد خاص، ص.88.

تتخذ البيّنة عدّة صور، فقد تكون مباشرة أو غير مباشرة، كما يُمكن أن تكون شهادة بالتّسامع أو بالشّهرة العامّة.

#### أولاً: الشهادة المباشرة.

هي الشّهادة التي يُقرّ فيها الشّاهد في مجلس القضاء ما وقع تحت سمعه وبصره مباشرة، كالذي يشهد واقعة معيّنة فيسرد الواقعة كما شاهدها، بمعنى أن يكون ما أدركه الشّاهد متعلّقاً بالواقعة قد تمّ مباشرة عن طريق حاسة من حواس الشّاهد كالسمع أو البصر أو بهما معاً.

## ثانيا: الشهادة غير المباشرة.

تكون عندما يشهد الشخص بما سمع رواية عن الغير، فيشهد أنه سمع شخصا معينًا يروي هذه الواقعة محلّ الإثبات، فهنا الشاهد لم ير الواقعة بنفسه، بل سمع شخصا معينًا يرويها. وتبعًا لذلك تُعتبر الشهادة السماعية شهادة على الشهادة<sup>477</sup>، ولا يوجد نصّ في القانون الجزائري يمنع الأخذ بها، ولذلك يُترك أمر الأخذ بها وتقدير قيمتها لقاضي الموضوع.

## ثالثا: الشهادة بالتسامع.

هي شهادة لا تتصبّ على الواقعة المراد إثباتها بالذات، بل على الرّأي الشائع عند جماهير الناس عن هذه الواقعة، فالشاهد فيها لا يروي عن شخص معين ولا عن واقعة معيّنة بالذات، وإنما يشهد بما تسامعه الناس عن هذه الواقعة وما شاع بين الجماهير بشأنها.

ولمّا كان من الصّعب تحري وجه الحقيقة بالنسبة لهذا النوع من الشهادة، فإنّها لا تُقبل في المسائل المدنية مطلقًا، ويُمكن الاستئناس بها في المسائل التجارية على الرّأي الرَّاجح فقها. لكن هل يُمكن اعتمادها في مجال النّسب؟

إذا كان الأصل في الشهادة أنّه لا يجوز للشاهد أن يشهد بشيء لم يُعاينه بالعين أو بالسماع بنفسه إلاّ أنّ الفقهاء استثنوا من هذا الأصل مسائل منها النّسب، فأجازوا فيه الشهادة بالتّسامع من الناس<sup>478</sup>، وإن لم يُعاين الشاهد بنفسه، وهذا الاستثناء ضرورة دعت إليها رعاية المصالح والحاجة الشديدة لما في ذلك من رفع الضّرر وعدم تعطيل الأحكام. فإذا رأى شخص رجلا وامرأة يسكنان بيتا واحدا ويُعاشر كلّ منهما الآخر معاشرة الأزواج<sup>479</sup>، جاز له أن يشهد بأنّها امرأته<sup>480</sup>.

<sup>477</sup> عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص.313.

<sup>478</sup> محمد مصطفى شليبي، المرجع السابق، ص.705.

<sup>479</sup> نجد المعاشرة الحرة في المدن الكبرى.

## رابعاً: الشهادة بالشهرة العامة.

لا تُعتبر شهادة بالمعنى الصّحيح، وإنّما هي عبارة عن ورقة مكتوبة تُحرّر أمام جهة رسمية كقاضٍ أو موثّق، يشهد بها شهود يعرفون وقائع معيّنة عن طريق الشّهرة العامّة، بشرط أن تكون لهم معرفة شخصية لهذه الوقائع، وهي مقبولة في إثبات النسب<sup>481</sup>.

اعتبر المشرّع الجزائري البيّنة إحدى طرق الإثبات التي يُمكن من خلالها للشخص أن يأتي بالدليل القاطع على أنّ الولد هو ابنه الصّليبي، وذلك في نصّ المادّة 40 من قانون الأسرة، وأكّدت المحكمة العليا ذلك في قراراتها، إذ جاء في قرار لها ما يلي: "من المقرّر قانوناً أنّه يثبت النسب بالزّواج الصّحيح وبالإقرار وبالبيّنة ونكاح الشّبهة، ومن ثمّ فإنّ القضاء بهذا المبدأ يُعدّ تطبيقاً سليماً للقانون.

ولمّا كان الثّابت في قضية الحال أنّ الطّاعنة لم تُثبت أيّة حالة من الحالات التي نصّ عليها قانون الأسرة، فإنّ قضاة الموضوع برفضهم لطلبها الرّامي إلى تسجيل الزّواج وإثبات نسب البنت قد طبّقوا صحيح القانون. ومتى كان ذلك استوجب رفض الطّعن"<sup>482</sup>.

وجاء في قرار آخر: "من المقرّر شرعاً أنّه يُمكن إثبات النسب بالزّواج الصّحيح، والإقرار والبيّنة وشهادة الشّهود ونكاح الشّبهة، والأنكحة الفاسدة والباطلة تطبيقاً لقاعدة إحياء الولد، لأنّ ثبوت النسب يُعدّ إحياء له، ونفيه قتلا له.

ولمّا كان الثّابت أنّ قضاة المجلس لمّا قضاوا برفض سماع شهادة الأقارب في دعوى إثبات الزّواج والنسب بحجّة أنّ الحكم حاز قوّة الشّيء المقضي، فإنّهم بقضائهم كما فعلوا أخطئوا في تطبيق القانون، لأنّ حجّية الشّيء المقضي فيه لا تُطبّق في قضايا الحالة، كإثبات الزّواج والنسب، وأنّه يُمكن إثبات الزّواج والنسب بطرق عدّة

<sup>480</sup> عبد الرحمان الصابوني، ط<sup>8</sup>، المرجع السابق، ص.180.

<sup>481</sup> عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص.314.

<sup>482</sup> انظر، م.ع، غ.أ.ش، 1991/05/21، ملف رقم 74712، م.ق، عدد 02، 1994، ص.56.

على غرار العقد الصحيح طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية. مما استوجب نقض القرار المطعون فيه<sup>483</sup>.

يتضح من خلال هذه القرارات أنّ المحكمة العليا اعتبرت البيّنة طريقاً لإثبات النسب، ممّا يؤكّد أنّ المشرّع اعتمد البيّنة بمعنى الشهادة وليس بمعنى أيّ دليل يوصل إلى الحقيقة.

ومن جهة أخرى فإنّ المعنى الخاصّ للبيّنة هو المقصود في المادة 333 من القانون المدني الجزائري قبل تعديلها، والتي كانت تنصّ على أنّه: "في غير المواد التجارية إذا كان التصرف...، فلا يجوز الإثبات بالشهود... ما لم يوجد نصّ يقضي بغير ذلك". وكذلك المواد 334، 335 و336، فقد استُبدلت كلمة البيّنة بشهادة الشهود.

والأهمّ من كل هذا، نتساءل عن كيفية إثبات النسب بالبيّنة؟ وهذا ما سوف نبينه في المطلب الموالي.

## المطلب الثاني

### كيفية ثبوت النسب بالبيّنة

إذا كان إثبات النسب بالبيّنة متفق عليه بين الفقهاء، إلّا أنّهم اختلفوا في نصاب الشهادة. فما هو نصاب الشهادة في إثبات النسب؟ وفي إثبات الولادة؟ وفيه تكمن حجّية البيّنة مقارنة مع الإقرار في إثبات النسب؟

إجابة عن هذه التساؤلات قسّمنا هذا المطلب إلى فرعين يتمثلان في نصاب الشهادة في إثبات النسب والولادة (الفرع الأول)، واليمين (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

<sup>483</sup> انظر، م.ع، غ.أ.ش، 1999/10/28، ملف رقم 172333، م.ق، عدد 01، 1997، ص.42.

## نصاب الشهادة في إثبات النسب والولادة

هناك نوعان من نصاب الشهادة، نصاب الشهادة في إثبات النسب (أولاً)، ونصاب الشهادة في إثبات الولادة (ثانياً).

## أولاً: نصاب الشهادة في إثبات النسب.

لقد تضاربت آراء الفقهاء حول نصاب الشهادة في إثبات النسب، حيث ذهب الرأي الأول إلى اشتراط في نصاب الشهادة على النسب أن يشهد رجلان عدلان، قال به جمهور من المالكية<sup>484</sup> والشافعية<sup>485</sup> والحنابلة<sup>486</sup>، لقوله ﷺ: ﴿...وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ...﴾<sup>487</sup>، وقوله ﷺ: ﴿...وَأَشْهِدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِّنْكُمْ...﴾<sup>488</sup>.

ولم يعتبروا شهادة النساء فيما ليس بالمال ولا شبيهه بالمال، فلم يكن للنساء في شهادته مدخل كالحدود والقصاص<sup>489</sup>.

وعند أبي حنيفة أنها تُقبل شهادة النساء فيما عدا الحدود وفي أحكام الأبدان، مثل الطلاق والرجعة والنكاح والعنق وفيما لا يطلع عليه الرجال، أنه تُقبل شهادة المرأة الواحدة والثنتان أحوط<sup>490</sup>.

وعند الإمام مالك: لا تجوز في شيء من الشهادات أقل من شهادة امرأتين، ولا تجوز شهادة امرأة واحدة في شيء من الأشياء.

وعند الجمهور وفيما لا يطلع عليه الرجال، جازت شهادة النساء، واختلفوا في العدد لحديث المرأة التي شهدت بالرضاع في قول النبي ﷺ: "كيف وقد أرضعتكما"<sup>491</sup>.

<sup>484</sup> أحمد الدردير أبو البركات، الشرح الكبير...، المرجع السابق، ص.418.

<sup>485</sup> محمد بن إدريس الشافعي، مسند...، المرجع السابق، ص.249.

<sup>486</sup> انظر، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، تحقيق هلال مصيلحي، مصطفى هلال، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1402هـ، ص.312.

<sup>487</sup> سورة البقرة، الآية 282.

<sup>488</sup> سورة الطلاق، الآية 02.

<sup>489</sup> محمد محمود حسن، المرجع السابق، ص.90.

<sup>490</sup> علاء الدين الكاساني، المرجع السابق، ص.278.

قال القرطبي: "أما شهادة النساء في الحدود فغير جائزة في قول عامة الفقهاء، وكذلك في النكاح والطلاق في قول أكثر العلماء، وهو مذهب مالك والشافعي وغيرهما، وإنما يشهدن في الأموال، وكل ما لا يشهدن فيه فلا يشهدن على شهادة غيرهنّ فيه، كان معهنّ رجل أو لم يكن، ولا ينقلن شهادة إلاّ مع رجل، ينقلن عن رجل وامرأة، ويُقضى باثنتين منهنّ في كلّ ما لا يحضره غيرهنّ كالولادة والاستهلال ونحو ذلك. وهذا كلّ مذهب مالك" <sup>492</sup>.

أما الرّأي الثّاني فقال بإثبات النسب بشهادة رجلين، أو رجل وامرأتين، وهو مذهب الحنفية، واستدلوا بما استدلّ به الفريق الأوّل ولم يُفرّقوا بين الحقوق المالية وغير المالية كالنكاح والرجعة، ودليلهم في ذلك الآية الكريمة: ﴿... فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ...﴾ <sup>493</sup>. ولكنهم فرّقوا فيما لا يطّلع عليه الرجال كالولادة إذ جازت شهادة المرأة الواحدة، أمّا في الرّضاع والنسب فلا يكون بأقلّ من امرأتين لأنّ الشّهادة إنّما تُثبت الولادة وتُعيّن الولد <sup>494</sup>.

وبدليل قضاء عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنّه أجاز شهادة النساء مع الرجال في النكاح، لوم يُنقل عنه أنّه أنكر عليه أحد من الصّحابة، فكان هذا إجماعاً بجواز ذلك <sup>495</sup>.

غير أنّ أنصار الرّأي الثالث ذهبوا إلى القول أنّه يثبت النسب بشهادة رجلين مسلمين أو رجل وامرأتين كذلك، أو أربع نسوة عدلات أو رجل عدل وامرأتان عدلتان مع يمين المدّعي، وهو قول ابن حزم، واستدلّ بما روي عن النبي صلى الله عليه وآله أنّه قال: "فشهادة

<sup>491</sup> أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، كتاب الشهادات، باب شهادة المرضعة، ج5، المرجع السابق، ص.269.

<sup>492</sup> انظر، أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، دار إحياء التراث العربي، ج3، بيروت، لبنان، 1405هـ/1985م، ص.395.

<sup>493</sup> سورة البقرة، الآية 282.

<sup>494</sup> علاء الدين الكاساني، المرجع السابق، ص.217.

<sup>495</sup> انظر، سفيان بن عمر بورقة، النسب ومدى تأثير المستجدات العلمية في إثباته، دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، ط1، 1428هـ/2007م، ص.268.

امرأتين تعدل شهادة رجل" <sup>496</sup>. وحديث عن أبي سعد الخدري أن رسول الله ﷺ قال: "أليس شهادة المرأة مثل نصف شهادة الرجل؟ قلنا بلى يا رسول الله" <sup>497</sup>.

قال ابن حزم: "قطع عليه الصلّة والسلام بأنّ شهادة امرأتين تعدل شهادة رجل فوجب ضرورة أنّه لا يُقبل، حيث يُقبل رجل لو شهد، إلاّ امرأتان وهكذا ما زاد" <sup>498</sup>.

وبعد عرض هذه الآراء، فإنّه يظهر أنّ إثبات النسب بالبيّنة يكون بشهادة رجلين ذكّرين عدلين، فإنّ تعدّد ذلك فلا أقلّ من امرأتين فيما لا يحظره الرجال، وهو قول الجمهور، وذلك لقوّة الأدلّة التي ارتكز عليها، لقوله ﷺ: ﴿...وَأَشْهَدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِّنكُمْ...﴾ <sup>499</sup>.

والكلام هنا عن الرّجعة والطلاق يلحق به النسب لأنّه من حقوق الأبدان، أمّا الأموال فجاز فيها شهادة النساء لورود الدليل، وكذا قوله ﷺ: "لا نكاح إلاّ بوليّ وشاهدي عدل" <sup>500</sup>.

### ثانيا: نصاب الشهادة في إثبات الولادة.

اتفق الفقهاء على أنّ الولد يُنسب لأمه، سواء كان من سفاح أو نكاح، لأنّه ابنها انفصل منها.

قال ﷺ: ﴿إِنَّ أُمَّهَاتِهِمْ إِلَّا الَّتِي وَلَدْنَهُمْ﴾ <sup>501</sup>. أخبر بالحقيقة أنّ الأمّ هي الوالدة <sup>502</sup>. فكلّ امرأة وضعت مولودها فهو يُنسب إليها، فإذا لم يُعرف عين الولد أو

<sup>496</sup> انظر، النووي أبو زكرياء يحيى بن شرف الشافعي، شرح صحيح مسلم، كتاب الإيمان، باب نقص الإيمان، ج1، مكتبة الإيمان، المنصورة، د.س.ن.، ص.272.

<sup>497</sup> رواه البخاري، كتاب الحيض، باب ترك الحائض للصوم، ج1، المرجع السابق، ص.85.

<sup>498</sup> انظر، علي بن أحمد أبو محمد بن حزم، المحلى، إدارة الطباعة المنيرية لصاحبها محمد منير الدمشقي لأول مرة، دار الأفاق الجديدة، 1352هـ، ص.402-403.

<sup>499</sup> سورة الطلاق، الآية 02.

<sup>500</sup> انظر، عبد الله بن محمد بن أبي شيبة الكوفي العبسي، مصنف ابن أبي شيبة، تحقيق كمال يوسف الحوت، كتاب النكاح، باب من قال لا نكاح إلا بولي، ج3، ط1، مكتبة الرشد، الرياض، 1409هـ، ص.455. ورواه الشافعي موقوفا عن ابن عباس بلفظ لا نكاح إلا بشاهدي عدل وولي مرشد. محمد بن إدريس الشافعي، مسند الشافعي، كتاب عشرة النساء، المرجع السابق، ص.291.

وقع شكّ في كون الولد ذكراً أو أنثى، كان المصير في إثبات ذلك إلى شهادة النساء الذين شهدن الولادة.

واتّقت آراء الفقهاء حول جواز شهادة النساء منفردات دون الرجال فيما يطّلع عليه النساء مثل الولادة والاستهلال وعيوب النساء، ثمّ اختلفوا في نصاب الشهادة، فقال مالك يكفي في ذلك شهادة امرأتان، قيل مع انتشار الأمر وقيل إن لم ينتشر<sup>503</sup>. وعن الشافعي أنه لا أقلّ من أربع نسوة فيما يغيب عنه الرجال<sup>504</sup>.

قال صاحب المغنى: "ويقبل فيما لا يطّلع عليه الرجال، مثل الرضاع والولادة والحيض والعدّة وما أشبهها شهادة امرأة عدل، ورواية أخرى لأحمد لا تقبل فيها إلاّ امرأتان"<sup>505</sup>.

أمّا بالنسبة للفرع الثاني فسوف نتعرّض إلى اليمين مع سرد آراء الفقهاء.

## الفرع الثاني

### اليمين

اليمين وهو التّحليف أو الاستحلاف، وهو طلب اليمين في دعوى النّسب.

إذا لم توجد لدى المدّعي بيّنة لإثبات الأبوة أو البنوة فهل يُحال ذلك إلى القسم (الحلف) بناء على قاعدة: "البيّنة على من ادّعى واليمين على من أنكر".

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين، حيث ذهب أنصار القول الأول إلى أنه لا يُستحلف في النّسب ولا يُعتبر ثبوت النّسب بالحلف، وبه قال أبو حنيفة<sup>506</sup>، ورواية عن

<sup>501</sup> سورة المجادلة، الآية 02.

<sup>502</sup> انظر، عبد الرحمن بن محمد بن مخلوف أبي زيد المالكي الثعالبي، الجواهر الحسان في تفسير القرآن، حقق أصوله وعلق عليه وخرج أحاديثه الشيخ علي معوض والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، ج5، دار إحياء التراث العربي، مؤسسة التاريخ العربي، لبنان، ط<sup>1</sup>، 1418هـ/1997م، ص.398.

<sup>503</sup> مالك بن رشد، بداية المجتهد...، المرجع السابق، ج2، ص.465.

<sup>504</sup> محمد بن إدريس الشافعي، الأم، المرجع السابق، ج7، ص.131.

<sup>505</sup> موفق الدين بن قدامة، المغني، ج12، المرجع السابق، ص.15-16.

<sup>506</sup> علاء الدين الكاساني، المرجع السابق، ج6، ص.226.

الحنابلة<sup>507</sup>، وحثهم في ذلك أن فيه حقّ لله ﷻ، ولا يجوز القضاء فيه بالنكول<sup>508</sup>، لأنّه بذل، والنسب لا يدخله البذل، وكذا شرط العدالة فلا يثبت بالظنّ لأنّ الحلف ظنّ.

أمّا القول الثاني، قال أنه يكون الحلف في النسب، فإذا لم يُقم البيّنة على دعواه فإنّه يرجع على المدّعي عليه ليُحلّفه، وهو مذهب الشافعية<sup>509</sup> وأبو يوسف ومحمد من الحنفية<sup>510</sup>، دليلهم في ذلك حديث النبي ﷺ: "لو يُعطى النَّاسُ بدعواهم لادّعى ناسٌ دماء قوم وأموالهم، ولكن اليمين على المدّعي عليه"<sup>511</sup>. وأنّ اليمين تتوجّه على كلّ من ادّعى عليه حقّ، وهو أمر عامّ وقاعدة من قواعد الشّرع العامّة، وهي تندرج في جميع الأقضية والدّعوى، ولا مخصّصاً لهذا الحديث.

والحقيقة أنّ الحلف لا يدخل في النسب لأنّه بذل، فلا يستطيع أحد أن يبذله، أو يبيحه لأحد، ففيه حقّ الله ﷻ، وكيف يُعطي من لا يملك أو يبيح من لا يد له عليه، أو يمنع حقاً ليس له فيه ملك بحت، وفيه تجرؤ النَّاسِ على إبطال الأنساب، أو إثباتها بأيّ طريقة، ولنا مستجدّات علمية يُمكن الاستناد إليها في حالة عدم وجود الأدلّة الشرعية من التّحاليل الطّبيّة المتنوّعة. وعليه فإنّ وجّه اليمين على المدّعي عليه وامتنع عن اليمين سقطت الدّعوى، ولا تأثير للحلف من عدمه لأنّه لم يُجب للمدّعي شيء بنفس النكول<sup>512</sup>.

<sup>507</sup> انظر، علي بن سليمان المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تحقيق محمد حامد الفقي، ج2، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ديس.ن، ص.110-111.

<sup>508</sup> نكل عنه نكولا، نكص وجبن، وينكل نكولا ونكل نكص، يقال نكل عن العدو وعن اليمين ينكل بالضم أي جبن، ونكله عن الشيء صرفه عنه، انظر لسان العرب، ج4، ص.828.

<sup>509</sup> محمد بن إدريس الشافعي، الأم، المرجع السابق، ج6، ص.245.

<sup>510</sup> علاء الدين الكاساني، المرجع السابق، ص.226.

<sup>511</sup> النووي أبو زكرياء يحيى بن شرف الشافعي، شرح...، المرجع السابق، كتاب الأقضية، باب البيّنة على المدّعي، ج6، ص.202.

<sup>512</sup> ابن رشد، بداية المجتهد...، المرجع السابق، ص.469.

والمشروع قد اعتدّ بالبيّنة الكاملة كدليل لإثبات النسب، وهي شهادة رجلين أو شهادة رجل وامرأتين<sup>513</sup>، أخذاً بمذهب الأحناف لأنه هو الراجح لقوة حجّيته، وللاحتياط في ثبوت النسب.

إلا أنّ الإشكال الذي يُطرح في مجال الإثبات بالشهادة أنّ القاضي لا يعرف الشهود ولا يعلم شيئاً عن مقدرا اتصافهم بالصدق والعدالة والاستقامة، فقد تحتل الشهادة الكذب، خاصّة في زمان فسدت فيه الأخلاق وساءت الدّمم، لذا فقد اشترطت القوانين شروطاً يجب توافرها لقبول الشهادة، حدّدها قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وفرضت عقوبات مشدّدة لجريمة شهادة الزور، وخوّلت للقاضي السّلطة التقديرية في تقدير قيمة الشهادة والأخذ بها من عدمه<sup>514</sup>.

والإشكال الذي يطرح في مسألة البيّنة، مدى حجّيتها مقارنة مع الإقرار في مسائل إثبات النسب.

### المطلب الثالث

#### حجية البيّنة مقارنة بالإقرار في إثبات النسب

البيّنة حجة متعدّية لا يقتصر أثرها على المدّعى عليه، بل يثبت في حقّه وفي حقّ غيره، أمّا الإقرار فهو حجة قاصرة على المقرّ لا تتعداه إلى غيره، فلذلك فإنّ ثبوت النسب بالبيّنة أقوى من الإقرار<sup>515</sup>.

ولذلك لو تعارض إقرار وبيّنة في دعوى نسب رجع صاحب البيّنة، فلو كان ولد ليس له نسب معروف فأخذه رجل وادّعى نسبه، وتوافرت شروط الإقرار السابقة، ثبت

<sup>513</sup> انظر، منصورى مبروك، الإثبات بشهادة الشهود في مسائل الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في قانون الأسرة، المركز الجامعي، بشار، الجزائر، 2007-2008، ص.100؛ انظر، يقاش فراس، دعوى النسب بين الشريعة والقانون، مجلة القانون، 2010، عدد 02، ص.16.

<sup>514</sup> خالد بوزيد، المرجع السابق، ص.108.

<sup>515</sup> كمال لدرع، المرجع السابق، ص.554؛ وهبة مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي...، المرجع السابق، ص.690؛ العربي بلحاج، الوجيز...، المرجع السابق، ص.299.

نسبه بذلك الإقرار. ولكن إذا جاء رجل آخر وادّعى نسبه وأقام بيّنة على أنه ابنه، كان أحقّ به من المقرّ، لأنّ النسب وإن ثبت في الظاهر بالإقرار، إلاّ أنّه غير مؤكّد<sup>516</sup>، فاحتمل البطلان بالبيّنة، لأنّها أقوى منه<sup>517</sup>.

ومما يجب ملاحظته أنّ دعوى النسب تُقبل مجردة في بعض الحالات ولا تُقبل في بعضها الآخر.

- إذا كانت متّصلة بأصل النسب، وهو الأبوة والبنوة:

\* إن كانت حال حياة الأب أو الابن، سُمعت الدعوى، سواء كانت مجردة من أيّ حقّ آخر أم كانت ضمن حقّ آخر، كالنفقة أو الإرث.

\* إن كانت بعد وفاة الأب أو الابن، فإنّ الدعوى لا تُسمع إلاّ إذا كانت ضمن حقّ آخر، لأنّ المدّعى عليه إذا كان ميتا كان في حكم الغائب، والغائب لا يصحّ القضاء عليه قصداً ويصحّ تبعاً<sup>518</sup>.

- إذا كانت الدعوى بما يتفرّع على أصل النسب كالأخوة والعمومة مثلاً، فلا تُسمع الدعوى بالنسب على سبيل الاستقلال، حيّا كان المدّعى عليه أو ميتا، لأنّ هذه الدعوى فيها تحميل النسب على الغير، وهو الأب أو الجدّ، فلا يكون النسب هنا مقصوداً بالذات للمدّعي، بل المقصود ما يترتب عليه من الحقوق كالنفقة والإرث.

فإذا ادّعى النسب مجرداً عن أيّ حقّ آخر، كانت دعوى بحقّ غير مقصود له فلا تُقبل، وإن كانت ضمن دعوى حقّ آخر، لا تثبت إلاّ إذا ثبت النسب، كالنفقة أو الميراث، كانت دعوى مقبولة، سواء كان المدّعى عليه حيّا أو ميتا، لأنّ المقصود الأصلي هو الحقّ المترتب على ثبوت النسب، والخصم هنا من بيده التركة، فيُفضى له بالحقّ الذي يدّعيه ويثبت النسب ضمناً وتبعاً<sup>519</sup>.

<sup>516</sup> عبد الفتاح تقيّة، مباحث...، المرجع السابق، ص.68.

<sup>517</sup> محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص.705.

<sup>518</sup> عبد الفتاح تقيّة، مباحث...، المرجع السابق، ص.292.

<sup>519</sup> محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص.706-707.

وما نرى ضرورة ملاحظته أيضا هو أن إثبات النسب بالبيّنة لا يمكن تصوّره إلا في الحالة التي يكون فيها الزوج والزوجة قد جمع بينهما عقد زواج صحيح أو فاسد. أمّا إذا كانت قد جمعت بينهما علاقات غير شرعية ، ونتج عن هذه العلاقات ولد ثم وقع النزاع بشأن واقعة ولادته أو بشأنه هو ذاته، فلا يمكن إثبات نسبه إلى أي شخص بأية بيّنة كانت، ولا يمكن تسجيله على لقبه أو باسمه في سجّلات الحالة المدنية، باستثناء إسناد نسبه إلى والدته<sup>520</sup>.

إنّ ثبوت النسب يترتب عليه بعض الاستثناءات، كالطفل اللقيط ونظام التبني المحرّم شرعا وقانونا وأخيرا بديله نظام الكفالة. وهذا ما سوف نتعرّض له من خلال المبحث الموالي.

### المبحث الثالث

#### الاستثناءات الواردة على ثبوت النسب

إنّ الإقرار بالبنوة هو اعتراف حقيقي لشخص مجهول النسب، فهو يعترف ببنوة ولد مخلوق من مائه فيكون ابنا له ثابت النسب منه وليس له نسب آخر، يتساوى مع ابنه الثابت نسبه بالفراش، لا فرق بينهما إلا في طريق الإثبات، فتثبت له كافة الحقوق الثابتة للأبناء من نفقة وإرث وحرمة المصاهرة، واحتمال أنّه كاذب في الواقع لا يلتفت إليه لأنّه لا يوجد ما يثبت كذبه. فالظاهر يُصدّقه والله يتولّى سرائره.

ولقد أولت الشريعة الإسلامية الأطفال عناية بالغة، وتعرّض الفقهاء لنوع خاصّ منهم، هو الأجدر بالعناية، نظرا لفقده من يعوله ويتعهّده من أب أو قريب، وذلك النوع هو المعروف عند الناس باسم اللقيط. وقد أوضح القانون الجزائري الإجراءات المتّبعة في حكم تسلّم اللقيط دون أن يتناول تعريفه، تاركا ذلك لرجال الفقه.

<sup>520</sup> عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص.218.

كما أنّ من بين الاستثناءات الواردة على ثبوت النسب نظام التّبنيّ الذي كان معمولاً به في المجتمع الجاهلي وتعارف الناس على إثبات النسب به، حيث كان الرجل يتبني من يشاء ويلحقه به ويدعوه له فيكون كأنّه من صلبه، وإذا مات ورثه. كما أنّه مأخوذ به في البلدان الغربية، فبذلك تُطرح عدّة إشكاليات: هل يُمكن إثبات نسب اللّقيط؟ هل يثبت النسب بالتّبنيّ في كلّ من القانون الجزائري والقانون الفرنسي؟

وللإجابة عن هذه التساؤلات سنقسمّ مبحثنا هذا إلى ثلاثة مطالب، نتعرّض إلى اللّقيط وعلاقته بالنسب (المطلب الأوّل)، ثمّ نظام التّبنيّ (المطلب الثاني)، وأخيراً نظام الكفالة (المطلب الثالث).

## المطلب الأول

### اللّقيط وعلاقته بالنسب

إنّ اللّقيط صنف من الأطفال مجهولي النسب، ويُقصد بهم كلّ مولود لم يُعلم أبواه، سواء كان ثمرة علاقة شرعية أو غير شرعية. فمن هو اللّقيط؟ وهناك مصطلحات مشابهة لهذا الأخير، فما هي المصطلحات ذات الصلة باللّقيط؟ فمن خلال هذه الإشكالات، سوف نعرّف اللّقيط (الفرع الأوّل)، ثم نتعرّض إلى بعض المصطلحات ذات الصلة (الفرع الثاني)، وأخيراً نبين حكم اللّقيط وكيفية إثبات نسبه (الفرع الثالث).

## الفرع الأول

### تعريف اللّقيط

اللّقيط لغة فعيل بمعنى مفعول، أي ملقوطة. كجريح وأسير، اسم لما يُلقط، أي يُرفع ويؤخذ من الأرض، ومنه اللّقط، وهو أخذ الشّيء من الأرض، فيعُمّ كلّ شيء يُلتقط ويُرفع<sup>521</sup>. ولكن غلب في استعمال العرب اسم اللّقيط على الولد المنبوذ أو

<sup>521</sup> ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، ص.222.

المطروح، أي الملقى على الطريق. وتسميته كذلك "لقيطا"، باعتبار أن ماله وعاقبته الالتقاط، وتسمية الشيء باعتبار ماله أمر شائع في اللغة، كما في قوله ﷺ: ﴿...إِنِّي أَرْنِيَّ أَعَصِرُ خَمْرًا...﴾<sup>522</sup>. فسمي العنب خمرا لأنه يصير بعد العصر خمرا.

والالتقاط أن يعثر على الشيء من غير قصد ولا طلب<sup>523</sup>.

والملتقط: الذي بأخذ اللقيط أو الشيء الملقى.

واللُّقطة، بتسكين القاف، المنبوذ من الصبيان، وبتحريك القاف، اسم لما يؤخذ من المال والمتاع<sup>524</sup>، وإنما سُمي المال المطروح على الأرض لُقطة لكونه مرغوبا فيه، فجعلت أخذها مجازا لكونها سببا لأخذ من رآها ووجدتها<sup>525</sup>.

وهو المعنى نفسه الموجود في الصبي يُطرح ويُنبذ، فسُمي لأجل ذلك لقيطا رغبة في إحياء نفسه وإنقاذها.

أما اصطلاحا، اختلفت تعبيرات الفقهاء في تعريف اللقيط، وذلك تبعاً لاختلافهم في الملحظ الذي لاحظوه كل منهم عند تعريفه له، فمن لاحظ فيه جهالة النسب، عرفه بقوله: "اللقيط شرعا طفل نبذ أو مطروح بنحو شارع لا يُعرف له مدعي"<sup>526</sup>. ومن لاحظ فيه العجز عن تعاهد النفس وعدم القدرة على رعايتها، عرفه بقوله: "اللقيط صغير منبوذ في شارع أو مسجد أو نحو ذلك، لا كافل له معلوم ولو مميّزا لحاجته إلى التّعهّد"<sup>527</sup>.

<sup>522</sup> سورة يوسف، الآية 36.

<sup>523</sup> انظر، ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث، ط<sup>1</sup>، دار الفكر، بيروت، د.س.ن، ص.394.

<sup>524</sup> انظر، النووي أبو زكرياء يحيى بن شرف الشافعي، تحرير التنبيه، ط<sup>1</sup>، دار الفكر المعاصر، بيروت، دمشق، 1410هـ، ص.275.

<sup>525</sup> انظر، محمد عبد الرؤوف المناوي، التوقيف على مهمات التعاريف، ط<sup>1</sup>، دار الفكر المعاصر، بيروت، دمشق، 1410هـ، ص.625.

<sup>526</sup> انظر، محمد الرملي، نهاية المحتاج، د.د.ن، مصر، 1967، ص.444؛ مقتبس عن عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص.416.

<sup>527</sup> محمد الرملي، المرجع السابق، ص.444.

أما من لاحظ فيه سبب النّبذ والإطراح، عزّفه بقوله: "اللّقيط في الشريعة اسم لحَيّ مولود طرحه أهله خوفاً من العيلة أو فراراً من تهمة الزّنا"<sup>528</sup>. بينما من لاحظ فيه جهالة الحرّية مع جهالة النّسب، عزّفه بقوله: "اللّقيط طفل لا يُعرف نسبه ولا يُعرف رَقّه، نُبذ في شارع أو باب مسجد أو ضلّ الطّريق ما بين ولادته إلى سنّ التّمييز"<sup>529</sup>. ومثله تعريف ابن عرفة: "اللّقيط صغير آدمي لم يُعلم أبواه ولا رَقّه"<sup>530</sup>.

لكن يلاحظ على هذه التعريفات ما يلي:

1- اشتراكها في معنى جامع بينها، وهو النّبذ والطّرح دون الإشارة إلى معنى الالتقاط وهو أولى، باعتباره المعنى الحقيقي للّقيط الذي إليه يؤول أمره وعليه معقد جميع أحكامه.

2- لا يُمكن حصر أسباب النّبذ في ما ذُكر، الخوف من الفقر، والفرار من تهمة الزّنا، بل يُمكن أن يضيع من أهله إمّا بنفسه كأن يضلّ الطّريق أو بسبب غيره كأن يُختطف ويُبعد عن أهله ولا يُمكن الوصول إليه، أو بسبب الحروب والفتن، حيث يُفقد الكافل والمعين، وكلّ هذا ما يستوجب التقاطه.

3- اعتبار جهالة الحرّية قيدا في التّعريف مخالف للأصل الغالب الذي يُحكم به اللّقيط، وهو الحرّية حتّى يثبت العكس، وبالتالي فلا وجه لاعتبار هذا القيد. هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، عدم جدواه حاضرا لخو حياة النّاس من وصف الرّق والعبودية<sup>531</sup>.

4- الاتّفاق بين هذه التّعريفات على أنّ السنّ المعتبرة في اللّقيط هو من يوم ولادته حتّى بلوغه أو سنّ التّمييز مع اختلاف يسير.

<sup>528</sup> محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المرجع السابق، ص.309.

<sup>529</sup> منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، المرجع السابق، ص.431.

<sup>530</sup> أحمد الدردير أبو البركات، الشرح الصغير، المرجع السابق، ص.355.

<sup>531</sup> انظر، هذا من حيث الغالب، وإلا فإن هنالك دولا عربية وإسلامية لا يزال نظام الرّق معمولاً به عندهم، بل ونوقش على مستوى رسمي في منظومتهم التشريعية، كما هو الحال في دولة موريتانيا الشقيقة.

من خلال هذه التعريفات، نستنتج أن: "اللقيط صبيّ لم يبلغ، نبذه أهله أو ضاع منهم، التقط لحفظه ورعايته"<sup>532</sup>.

هناك بعض الأطفال لهم أوضاع مشابهة للقيط لكن تختلف عليه من حيث المصطلح، وسنتعرّف إليهم من خلال الفرع الموالي.

## الفرع الثاني

### بعض المصطلحات ذات الصلة

عندما نتعرّض إلى اللقيط لابدّ من الحديث، ولو بإيجاز، عن الأطفال الذين تكون لهم أوضاع خاصّة، مشابهة ومماثلة لوضعية اللقيط، حيث إنهم يُشاركون اللقيط في جلّ الأحكام، إن لم نقل جميعها. فمن المصطلحات ذات الصلة باللقيط نجد ولد الملاعنة، أيضا يوجد ولد الرّنا، الذي يُعتبر ولدا غير شرعي بالنسبة للقانون الجزائري، ولا يثبت النسب فيه، خلافا لنظيره الفرنسي الذي لا يعترف فقط بالطفل الناجم عن العلاقة الشرعية، إنّما يمتدّ هذا الاعتراف أيضا للطفل الناتج عن العلاقة غير الشرعية (أولا)، ثمّ نتعرّض إلى اليتيم (ثانيا).

<sup>532</sup> صبيّ: عام يشمل الذكر والأنثى.

صغير لم يبلغ: قيد يخرج به البالغ.

نبذه أهله أو ضاع منهم: ليشمل جميع أسباب التّبد والإطراح.

التقط لحفظه ورعايته: بيان لغرض الالتقاط وغايته، فيخرج به من لا يحتاج إلى حفظ ورعاية كالبالغ، كما يخرج به التقاطه إهماله وتضييعه باستغلاله.

## أولاً: ولد الزنا.

ولد الزنا هو الولد الذي يكون ثمرة علاقة جنسية غير شرعية بين الرجل والمرأة<sup>533</sup>. وولد الزنا كولد اللعان في جميع الأحكام، فلا يرث من الرجل الذي جاء من مائه ولا تثبت عليه ولايته، لأنّ نسبه لا يلحق به، وإنما يرث من أمّه وعصبتها ويرثونه لأنّه يُنسب إلى أمّه.

فمن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جدّه، أنّ النبي ﷺ قال: "أيما رجل عاهر بحرة أو أمة فالولد ولد زنا، لا يرث ولا يورث"<sup>534</sup>. وذكر الإمام الشوكاني أنّ هذا الأمر مجمع عليه<sup>535</sup>.

يقول ابن حزم: "وولد الزنا يرث من أمّه وترثه أمّه، ولها عليه حقّ الأبوة الأمومية من البرّ والنفقة والتّحريم، وسائر أحكام الأمّهات، ولا يرثه الذي تخلّق من نطفته، ولا يرثه هو ولا له عليه حقّ الأبوة لا براً ولا نفقة ولا تحريماً، ولا في غير ذلك... ولا نعلم في هذا خلافاً إلاّ في التّحريم فقط"<sup>536</sup>.

وما يجب ملاحظته أنّ ولد الزنا، وإن كان ناتجاً عن علاقة غير شرعية ممقوتة، وممقوت فاعلها، فإنّ هذا الذّنب من غيره لا يُحمّله شيئاً من المسؤولية والمعاتبة حتّى يُحرم من حقوقه أو يُنظر إليه نظر الرّيبة والمهانة، بل له الحقّ الكامل في الحياة الكريمة، ومن مسؤولية الأب الطبيعي ليس أن ينسب الولد إليه، بل أن يلبي احتياجاته<sup>537</sup>، وهو وغيره سواء في ميزان التّكريم القرآني، كما قال الله ﷻ: ﴿...إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَنْفُسُكُمْ...﴾<sup>538</sup>. ومن أبطأ به عمله لم يُسرعه به نسبه.

كما أنّ هناك قرار للمحكمة العليا حول مجهول النسب جاء فيه ما يلي:

<sup>533</sup> انظر، حنان قرقوتي، رعاية اليتيم في الإسلام، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1424هـ، ص.115.  
<sup>534</sup> قال الترمذي: والعمل على هذا عند أهل العلم أن ولد الزنا لا يرث من أبيه. والحديث صححه محمد ناصر الدين الألباني؛ محمد بن عيسى الترمذي، سنن الترمذي، المرجع السابق، ص.216.  
<sup>535</sup> محمد بن علي الشوكاني، المرجع السابق، ص.67.  
<sup>536</sup> علي بن أحمد بن سعد بن حزم، المرجع السابق، ص.302.  
<sup>537</sup> Cf. Djilali TCHOUAR, Droit Algérien de la famille, quels principes d'égalité? Etude de droit, mélanges en hommage à Abdellah BENHAMOU, Kounouz édition, 2013, p.212.  
<sup>538</sup> سورة الحجرات، الآية 13.

"من المقرر شرعا أن الولد للفراش الصحيح، وأن أقل مدة الحمل هي ستة أشهر، ومن ثم فإن الولد الذي وُلد بعد مضي 64 يوما لا يثبت نسبه لصاحب الفراش، ولما كان كذلك فإن النعي على القرار القاضي بنفي النسب غير مؤسس ويستوجب الرفض، إذ كان الثابت في قضية الحال أن قضاة الاستئناف طبقوا في قرارهم في نفي النسب بعد أن تبين لديهم أن عقد الزواج أبرم بين الطرفين يوم 1981/11/02م وأن البنت ازدادت يوم 1982/01/06م، أربعة وستون يوما من تاريخ الزواج، أي بأقل مدة الحمل، وأن الاتصال الجنسي المزعوم قبل العقد يُعدّ زنا، وأن الزنا لا يُنسب إلى أبيه، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"<sup>539</sup>.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فلم ينص صراحة على أدلة إثبات نسب الطفل الطبيعي غير أنه يمكن استخلاصها من النصوص القانونية المنظمة لكيفية اكتساب النسب الطبيعي، ويكون ذلك إما بطريق قضائي أو غير قضائي<sup>540</sup>.

### أ- اكتساب النسب بطريق غير قضائي:

يتم "اكتساب النسب الطبيعي دون اللجوء إلى القضاء بطريقتين: إما عن طريق الاعتراف الإداري أو عن طريق الحالة الظاهرة للطفل.

#### أ) الاعتراف الإداري:

يُقصد به التصريح الإرادي للأبوة أو الأمومة، ويُكف على أنه عقد القانون الخاص، يتم تحريره من قبل الأب أو الأم، ولا يمكن للورثة أو أي طرف أجنبي أن يتدخل ويعترف بالمولود، ما لم يكن هذا الغير حائزا على ترخيص خاص من الأم أو الأب البيولوجيين<sup>541</sup>.

<sup>539</sup> انظر، م.ع، غ.أ.ش، بتاريخ 1984/12/17، ملف رقم 35087، م.ق، عدد 01، 1990، ص.86.

<sup>540</sup> هجيرة خدام، المرجع السابق، ص.224.

<sup>541</sup> Patrick NICOLEAU, op.cit, 1995, p.125.

هذا ولم يشترط المشرع شرط الأهلية عند تحرير الاعتراف، إذ يُمكن للقاصر أن يعترف بابنه دون حاجة الحصول على إذن وليه أو وصيه، غير أنه اشترط أن يتم الإدلاء بالاعتراف إما أمام ضابط الحالة المدنية، طبقاً للمادة 335 من القانون المدني التي نصت على أن:

«La reconnaissance d'un enfant naturel peut être faite dans l'acte de naissance, par acte reçu par l'officier de l'état civil ou par tout autre acte authentique».

من خلال نص هذه المادة يتضح أن الاعتراف قد يُحرر إما داخل عقد الأزداد، وإما يتم في عقد خاص مستقل. كما قد يتم الاعتراف بالمولود أمام القاضي الذي يُصدر حكماً بذلك.

ويُمكن أن يتم أمام الموثق. في هذه الحالة الأخيرة يبقى العقد سرياً إذا طلب ذلك المعترف<sup>542</sup>. أمّا عن محتوى العقد، فهو لا يشترط شكلية خاصة إذ يكفي أن يُعلن عن هوية مقرة المولود المقر له بطريقة واضحة. وهذا الاعتراف لا يشترط ذكر اسم الأم، غير أنه يُفضل ذكرها، طبقاً لنصّ المادتين 336 و337 من القانون المدني<sup>543</sup>.

إنّ هذا الاعتراف يمنح المولود نسبا طبيعياً. وإذا لم يتم الاعتراض عليه أمام القضاء فلا يُسمح بمنح المولود نسبا طبيعياً آخر، طبقاً لنصّ المادة 338 من القانون المدني، علماً وأنّ الاعتراض على هذا الاعتراف يُمكن أن يتم من قبل أي شخص نكون له مصلحة في ذلك، حتّى وإن كان المعترف في حد ذاته، شريطة أن يُقدّم الدليل المعاكس للحقيقة البيولوجية.

ومن جهته، فالنائب العام يُمكنه تحريك الدعوى لإسقاط هذا النسب إذا تبين له من خلال العقود أنّ النسب المصرح به محتمل<sup>544</sup>. وعلى سبيل المثال، إذا تبين له أنّ فارق السن بين صاحب الاعتراف والابن صغير جداً.

<sup>542</sup> Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, op.cit., p.546-547.

<sup>543</sup> L'article 336 du code civil dispose que: «La reconnaissance du père, sans l'indication et l'aveu de la mère, n'a d'effet qu'à l'égard du père»; et l'article 337 du même code dispose que: «L'acte de naissance portant l'indication de la mère vaut reconnaissance, lorsqu'il est corroboré par la possession d'état».

<sup>544</sup> Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, op.cit., p.549.

إن الاعتراف، وإن كان سببا في منح النسب الطبيعي للابن، إلا أنه يمكن أن يُستعمل كدليل لإثبات النسب، ويبقى هذا الدليل ضعيفا طالما أنه قابل لإثبات العكس. وفيما يخص مسألة التلقيح الاصطناعي، فيمكن للأُم التي أنجبت طفلا عن طريق استعمال نطفة رفيقها أن تتمسك باعترافه بالمولود كدليل لإثبات نسبه الطبيعي. أما إذا كنا أمام أسلوب التلقيح الاصطناعي بنطفة الغير، فبالرغم من أن رفيقها لا يُعتبر الأب البيولوجي للطفل إلا أنه باعترافه له يمنحه النسب الطبيعي، ويحق للمرأة أن تتمسك بعقد الاعتراف، لا من أجل إثبات النسب لأن الحقيقة البيولوجية تتعارض مع الاعتراف، إنما من أجل طلب تعويض لها ولمولودها في حالة تراجع الخليل عن اعترافه.

### (ب) الحالة الظاهرة للطفل:

في البداية كان المشرع الفرنسي يعترف فقط بعقد الاعتراف كسبب لاكتساب النسب الطبيعي وإثباته، ولم يعترف بموجب قانون 1804م بالحالة الظاهرة للطفل. ومع صدور قانون 15 جويلية 1955م، نصّ المشرع بموجب المادة 341 الفقرة 03 منه على أنّ الحالة الظاهرة تُعدّ دليلا للهوية في حالة البحث عن الأمومة الطبيعية، وهو نفس الحكم المتبني بموجب قانون 03 جويلية 1972م، الذي علّق ذلك على شرط ذكر اسم الأب عند التصريح بالأبوة. وتمّ الانتظار لحين صدور قانون 25 جوان 1982م الذي جعل من الحالة الظاهرة للطفل دليلا لثبوت النسب الطبيعي، حيث نصّت المادة 08/334، الفقرة 02 منه على أن:

«La filiation naturelle peut aussi se trouver légalement établie par la possession d'état».

انطلاقا من هنا، إذا كان الطفل يُقيم مع والدته ورفيقها، ويُعامل على أنه ابن لهما، فيمكن للأُم أن تستند على هذه الحالة وتطلب إلحاق النسب الطبيعي بالطفل. وإذا أنكر الزوج ذلك، يُمكنها أن تتخذها كطريق لإثبات هذا النسب. وإنّ القول ينطبق

على الطّفل النّاجم عن الإنجاب الطّبيعي، وكذلك على الطّفل النّاجم عن الإنجاب الاصطناعي، حتّى وإن كان بنطفة الغير<sup>545</sup>.

## II - اكتساب النسب بطريق قضائي:

يُمكن القول أنّ النّسب الطّبيعي يُكتسب بطريق قضائي في حالتين: إمّا عند رفع دعوى للبحث عن الأمومة الطّبيعية أو عند رفع دعوى للبحث عن الأبوة الطّبيعية.

### (أ) البحث عن الأمومة الطّبيعية:

تمّ السّماح بإجراء البحث عن الأمومة الطّبيعية منذ قانون 1804م بمقتضى المادّة 341 الفقرة 01 من القانون المدني، إذ يُمكن إثبات الولادة عن طريق عقد الازدياد الذي يحمل اسم الأمّ. أمّا إذا لم يتضمّن العقد اسمها فيمكن إثبات الولادة بكلّ الوسائل الممكنة كالشّهود والقرائن.

للإشارة، الطّفل هو الذي يُمكنه اتّخاذ هذا الإجراء إذا كان راشداً. أمّا إذا كان قاصراً فإنّ الوصيّ هو الذي يتولّى اتّخاذ الإجراءات بعد الحصول على إذن من مجلس العائلة. وفي حالة وفاة هذا الابن، يُمكن للورثة أن يواصلوا في الإجراءات، طبقاً للمادّة 08/311 من القانون المدني، وتُرفع الدّعوى ضدّ الأمّ المزعومة، وإذا كانت متوفية تُرفع ضدّ ورثتها<sup>546</sup>.

ختاماً، يُمكن حتّى للطّفل الذي وُلد نتيجة للتلقیح الاصطناعي أن يُباشر مثل هذا الإجراء للحصول على نسبه الطّبيعي.

### (ب) البحث عن الأبوة الطّبيعية:

<sup>545</sup> هجيرة خدام، المرجع السابق، ص.226.

<sup>546</sup> Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, op.cit., p.555 et s.

سمح قانون 1912/11/16م باتخاذ إجراءات البحث عن الأبوة الطبيعية. وقد أكد قانون 08 جويلية 1993م على إمكانية هذا الإجراء، لكنه لا يُقبل إلا إذا اقترن بوجود قرائن تسمح بإثبات هذا النسب، نذكر منها<sup>547</sup>:

- في حالة إذا تمّ اختطاف واغتصاب الأمّ، فهذه الأخيرة يُمكنها رفع دعوى لتطالب بالنسب الطبيعي.
- إذا وعد الرّفيق رفيقته بالزّواج، ولكن عند حدوث الحمل عدل عن ذلك، هنا يُمكن للرّفيقة أن تستند على هذه القرينة من أجل إثبات نسب مولودها لرفيقها.
- إذا كانت بحوزة الأمّ رسائل يُظهر من خلالها الأب المزعوم أبوته للمولود بصفة قطعية.
- أن تُثبت الرّفيقة المعاشرة الحرّة لرفيقها أثناء فترة الحمل.
- الحالة التي يكون فيها الأب المزعوم قد شارك في رعاية وتربية الطّفل بصفته أبا له.

### ثانيا: اليتيم.

اليتيم لغة مأخوذ من اليتيم، وهو الانفراد. واليتيم: الفرد. وكلّ شيء يعزّ نظيره فهو يتيم<sup>548</sup>. وقيل إنّ أصل اليتيم الغفلة، ومنه سُمّي اليتيم يتيما لأنّه يُتغافل عن برّه. وقيل إنّ أصل اليتيم: الإبطاء، ومنه أخذ اليتيم، لأنّ البرّ يُبطئ عنه.

واليتيم: الذي مات أبوه حتّى يبلغ، فإذا بلغ زال عنه اسم اليتيم<sup>549</sup>.

<sup>547</sup> Patrick NICOLEAU, op.cit., pp.131-132.

<sup>548</sup> محمد الفيروز أبادي، المرجع السابق، ص.172.

<sup>549</sup> يسمى الذي مات أبواه اللطيم، والذي تموت أمه العجي، والذي يموت أبوه يتيما. ابن منظور، لسان العرب، ج15، ط1، المرجع السابق، ص.308.

أما اصطلاحاً، عرّفه ابن كثير بقوله: اليتامى هم الصغار الذين لا كاسب لهم من الآباء<sup>550</sup>. وفي تفسير الرازي: اليتيم هو الذي مات أبوه حتّى يبلغ الحلم<sup>551</sup>. وبعض العلماء عمّم اسم اليتيم على من فقد أبويه.

وعلى هذا يُمكن أن نضع التعريف التالي لليتيم وهو: من مات أبواه أو أحدهما في الصغر ما لم يبلغ.

أولت الشريعة الإسلامية اليتيم عناية خاصة، وحثّت على رعايته والمحافظة على أمواله، وأهابت بالمحسنين أن يقوموا بتهديبه وتربيته كما يرضى الوالد أولاده. وهكذا فإنّها شرعت له حقوقاً اجتماعية تكفل رعايته كفرد فقد كفيله، وتضمن له العطف والحنان والتربية الصالحة بما ينأى به عن سلوك الانحراف.

كما أحكمت الشريعة الإسلامية لليتيم حقوقاً مالية فرصدت له حقاً في الإنفاق وحقاً في رعاية ماله وتتميته والمحافظة عليه. والنّاظر في القرآن الكريم وسنة النبي ﷺ الصّحيحة عنه، يلمس هذه العناية بوضوح من حيث الحجم الذي أعطي لليتيم في الوصاية به والقيام بشؤونه، ومن حيث الجوانب المتعدّدة التي شملتها هذه الوصاية. فقد ذكّر اليتيم في القرآن الكريم أربعاً وعشرين مرّة في اثني وعشرين موضعاً.

وظهرت هذه العناية باليتيم في القرآن الكريم منذ الفترة الأولى، حين بدأ الوحي إلى الفترة الأخيرة، حيث قارب الوحي الكمال والتّمَام<sup>552</sup>. بدأها الله ﷻ بتذكير نبيه ﷺ بما كان عليه من حال اليتيم لما كان أحوج ما يكون إلى عطف غيره وإحسانه. يقول الله ﷻ: ﴿ أَلَمْ يَجِدْكَ يَتِيماً فَآوَىٰ ﴾<sup>553</sup>. وبعد هذا التذكير يأمره بشكر نعمته عليه لما رعاه يتيماً، بأن يعطف على اليتيم: ﴿ فَأَمَّا الْيَتِيمَ فَلَا تَقْهَرْ ﴾<sup>554</sup>.

<sup>550</sup> انظر، ابن كثير، تفسير القرآن الكريم، ج1، ط1، دار ومكتبة الهلال، بيروت، 1410هـ، ص.176.

<sup>551</sup> انظر، فخر الدين الرازي، التفسير الكبير، ج2، ط1، دار الفكر، 1401هـ، ص.178.

<sup>552</sup> انظر، محمود شلتوت، تفسير القرآن، ط7، دار الشروق، بيروت، لبنان، 1399هـ، ص.127.

<sup>553</sup> سورة الضحى، الآية 06.

<sup>554</sup> سورة الضحى، الآية 09.

تظهر هذه العناية في صورة أخرى من شأنها أن تجعل القلوب، مهما كانت قاسية، تتفجر بالرحمة والعطف على اليتيم، حيث يجعل قهر اليتيم آية واضحة من آيات التّكذيب بيوم الدين. قال ﷺ: ﴿أَرَأَيْتَ الَّذِي يُكَذِّبُ بِالْإِيمَانِ﴾ <sup>555</sup> فَذَلِكَ الَّذِي يَدْعُ الْيَتِيمَ

وبجعل الوصاية باليتيم إحدى الوصايا العشر المراعاة في كلّ ملة، لقوله ﷺ: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ...﴾ <sup>556</sup>.

وكما ظهرت هذه العناية في مكي القرآن الكريم، ظهرت في مدنيّه في صور شتى:

- المحافظة على إعزاز اليتيم وإكرامه، واستصلاح حاله وماله وعدم التّعدي عليه. يقول ﷺ: ﴿...وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَىٰ قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ وَإِنْ تُخَالِطُوهُمْ فَآخِزُواهُمْ بِاللَّهِ يُعَلِّمُوا الْفَسَادَ مِنَ الْمَصْلِحِ وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ لَأَعْنَتَكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾ <sup>557</sup>.

- وفي سورة النساء، وهي مدنية، تظهر العناية بمال اليتيم وممتلكاته، أبرزتها هذه السورة في ثلاث صور:

**الصورة الأولى:** تحريم أكل مال اليتيم وجعله من الموبقات وكبائر الذنوب. يقول ﷺ: ﴿وَأَتُوا الْيَتَامَىٰ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَتَبَدَّلُوا الْخَيْرَ بِالْظَلَمِ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَهُمْ إِلَىٰ أَمْوَالِكُمْ إِنَّهُ كَانَ حُوبًا كَبِيرًا﴾ <sup>558</sup>. وقوله ﷺ: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلُونَ سَعِيرًا﴾ <sup>559</sup>.

<sup>555</sup> سورة الماعون، الآيتان 01-02.

<sup>556</sup> سورة الأنعام، الآية 152.

<sup>557</sup> سورة البقرة، الآية 220.

<sup>558</sup> سورة النساء، الآية 02.

<sup>559</sup> سورة النساء، الآية 10.

**الصورة الثانية:** ابتلاء اليتامى قبل دفع الأموال إليهم. يقول ﷺ: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَن يَكْبُرُوا...﴾<sup>560</sup>.

**الصورة الثالثة:** تميمتها واستثمارها وعدم تعطيلها وتجميدها. يقول ﷺ: ﴿... وَأَرْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾<sup>561</sup>، حيث طلب الرزق على اليتامى ليس من الأموال بل في الأموال، كأن فيه إشارة إلى أن الرزق يكون من الأرباح بينما أصل المال فهو باق، وهذا لا يتأتى إلا بتحريك الأموال والاتجار فيها، وإلا فنيت هذه الأموال، ولذلك جاء في الحديث النبوي الشريف: "ألا من ولي يتيما له مال فليتجر فيه ولا يتركه حتى تأكله الصدقة"<sup>562</sup>.

ولم تقتصر هذه العناية على أموال اليتيم فحسب، بل امتدت إلى العناية بتقويم أخلاقهم وحسن تربيتهم بإرشادهم إلى ما هو خير ونافع، وتحذيرهم مما هو شرّ وفساد<sup>563</sup>. وهذا الذي نجده في قوله ﷺ: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ...﴾، حيث يأمرنا الله ﷻ باختبارهم وتدريبهم على التصرف والقيام بشؤونهم لينظر حالهم من الإحسان والإساءة، فإذا أحسنوا شجعوا وجعلت الأموال في أيديهم، وإذا أساءوا وجّهوا ونّبّهوا وربّوا على الإحسان والرشد.

ومن هنا، كيف يمكن إثبات نسب اللقيط، وما هو حكمه؟

<sup>560</sup> سورة النساء، الآية 06.

<sup>561</sup> سورة النساء، الآية 05.

<sup>562</sup> انظر، أحمد بن الحسين بن علي البيهقي أبو بكر، السنن الكبير، مكتبة دار الباز، مكة، 1414هـ، ص.107.

<sup>563</sup> محمود شلتوت، تفسير القرآن، المرجع السابق، ص.183.

## الفرع الثالث

## حكم اللقيط وكيفية إثبات نسبه

أحكام اللقيط في الشريعة الإسلامية مختلفة، نذكر منها<sup>564</sup>:

**فرض عين:** إذا وُجد في مكان يغلب على الظنّ هلاكه لو بقي فيه، كان التقاطه واجباً، ويحرّم على من وجده وتركه، وهو أحقّ بإمساكه وليس لأحد أن ينزعه منه إلاّ إذا كان غير أهل لحفظه ورعايته.

**مندوب:** إذا لم يغلب على الظنّ هلاكه، كأن يوجد أمام مصلحة أو مستشفى ويراه العامة من الناس.

**فرض كفاية:** أي أنّ قيام أحد من المسلمين بالتقاطه يُسقط الإثم على الباقيين.

إن وجد اللقيط شخصين، أحدهما مسلم والآخر غير مسلم، وتنازعا في أخذه، فالمسلم أولى به، وإن كانا مسلمين فالقاضي هو الحكم بينهما.

إن وُجد مع اللقيط مال فهو ملك له، فيُنفق عليه منه بعد أخذ إذن القاضي، لأنّه ليس له عليه إلاّ ولاية الحفظ، وإن أنفق الملتقط على اللقيط من ماله الخاص من غير إذن القاضي فهو متبرّع، وإن كان بإذن القاضي فإنّه يستطيع أن يرجع على اللقيط إذا أيسر، وللملتقط على اللقيط ولاية التربيّة، فيشتري له ما يلزمه ويُرسله إلى من يُعلّمه علماً أو حرفة، وينتقل معه حيث انتقل<sup>565</sup>.

كما أنّ ميراث اللقيط إن كان له مال ولم يُعلم له قريب يؤوّل إلى الخزينة العمومية اتفاقاً على أساس أنّه مال ضائع لا وارث له (المادة 773 من القانون المدني الجزائري)، حتّى ولو كان هذا الأخير تحت كفالة شخص، إذ الكفالة عقد تبرّع، لا تُحوّل للكافل الحقّ في حيازة ميراث المكفول، ولا يستطيع أيضاً أن يُورثه كابن شرعي، وإنّما يستطيع أن يترك له وصبة في حدود الثلث، كما هو محدد في المادتين 123

<sup>564</sup> العربي بلحاج، الوجيز...، المرجع السابق، ص.202.

<sup>565</sup> محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص.400.

و185 من قانون الأسرة الجزائري. أما معلوم النسب من جهة الأمومة، فميراثه لأمه وأخواله يرثهم ويرثونه.

والسؤال الذي يُطرح في هذا المقام هو: كيف يثبت نسب اللقيط؟

بما أنّ اللقيط مجهول النسب فمن مصلحته أن يثبت نسبه، فمن ادّعى نسب اللقيط ثبت نسبه منه بدون حاجة إلى بيّنة وكأنّه ولد حقيق، وله جميع الحقوق وعليه كلّ الواجبات<sup>566</sup>.

أما عند المالكية فإنّ اللقيط لا يثبت نسبه من المقرّ إلاّ إذا بين المقرّ وجهها شرعياً له. وعند الحنفية يثبت النسب من المقرّ متى توافرت شروط الإقرار<sup>567</sup>.

وإذا ادّعت المرأة بنوّة اللقيط، فإن كان لها زوج وصدقت أو شهدت القابلة بولادتها أو أقامت بيّنة على ذلك، صحّت دعواها وثبت نسب اللقيط منها، وإذا لم يكن لها زوج فلا يثبت نسبه منها إلاّ إذا أقامت بيّنة كاملة من رجلين أو رجل وامرأتان من الشّهداء عند الحنفية<sup>568</sup>.

لم يُنظّم المشرّع الجزائري حالة اللقيط في أيّ مادّة من مواد القانون، والنّظام المتّبع في الجزائر هو أنّه على من وجد لقيطاً يُسلّمه إلى رجال الشرطة الذين يُسلّمونه بدورهم إلى دور الرّعاية الاجتماعية المخصّصة لاستقبال اللّقطاء وتربيتهم وحمايتهم. وطبقاً للمادّة 67 من قانون الحالة المدنية فإنّه: "يتعيّن على كلّ شخص وجد مولوداً حديثاً أن يُصرّح به إلى ضابط الحالة المدنية التّابع لمكان العثور عليه"، هذا الأخير يقوم بتحرير محضر تُذكر فيه جُلّ المعلومات بالتّفصيل: تاريخ وساعة ومكان وظروف التقاطه وجنسه وسنّه الظّاهري، وأيّ علامة يحملها، ويُدوّن المحضر بذاك التّاريخ في سجّلات الحالة المدنية.

<sup>566</sup> عبد الرحمان الصابوني، ط<sup>8</sup>، المرجع السابق، ص.192.

<sup>567</sup> محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص.400.

<sup>568</sup> عبد الفتاح تقيّة، المرجع السابق، ص.294.

ويُعاقب قانون العقوبات الجزائري على عدم الإبلاغ عن الطفل حديث الولادة، وذلك ما نصّت عليه المادة 03/442 على أنه: "يُعاقب بالحبس من 10 أيام على الأقلّ إلى شهرين على الأكثر وبغرامة من 8000 إلى 16000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، كلّ من حظر ولادة طفل ولم يقدّم عنها الإقرار المنصوص عليه في القانون في المواعيد المحدّدة وكل من وجد طفلاً حديث العهد بالولادة ولم يُسلّمه إلى ضابط الحالة المدنية كما يوجب القانون...".

وضابط الحالة المدنية يتسلّم اللقّيط، وطبقاً لأحكام المادة 64 من قانون الحالة المدنية، يقوم بإعطاء الأسماء إلى الأطفال اللقّطاء أو الأطفال المولودين من أبوين مجهولين، والذين لم ينسب لهم المصحّح أيّة تسمية، ويُعيّن الطفل بمجموعة من الأسماء يتّخذ آخرها كلقب عائلي. وفي حال ظهور والديّ اللقّيط الحقيقيين أو أحدهما بعد ذلك، فمن حقّهما أخذه من دور الرّعاية الاجتماعية والحاقه بنسبهما.

كما تكون البلدية التي عُثر فيها محلاً لولادته. ومن جهة أخرى فإنّه من مهام عون الحالة المدنية تحرير عقود الميلاد للّقطاء ومجهولي الأبوين الذين تأويهم مصالح الإسعاف العمومي بناء على التّصريحات التي تُدلي بها هذه الأخيرة<sup>569</sup>.

هناك قرار للمحكمة العليا جاء فيه ما يلي: "قضية (ل.أ) ضدّ (د.أ):

نسب-إثباته-علاقة غير شرعية-عدم جواز ذلك (المادّة 42 من ق.أ.).

من المقرّر قانوناً أنّ أقلّ مدّة الحمل هي ستّة أشهر وأقصاها عشرة أشهر.

ومتى تبين من قضية الحال أنّ مدّة الحمل المحدّدة قانوناً وشرعاً غير متوفّرة لأنّ الزّواج تمّ في 1994/01/02، والولد قد وُلد في 1994/05/07، كما أنّ إقرار المطعون ضده بأبوّته للولد أمام مدير الصّحّة والحماية الاجتماعية لا يؤخذ به لأنّ

<sup>569</sup> المادة 67 من ق.ح.م.ج؛ كما تنص المادة 07 من قانون الجنسية على أنه يُعتبر من الجنسية بالولادة في الجزائر: الولد المولود في الجزائر من أبوين مجهولين. انظر، الأمر 70-86 المتضمن قانون الجنسية الجزائري المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-02، ج.ر.، رقم 15، الصادرة بتاريخ 27 فبراير 2005.

الإدارة غير مؤهلة قانوناً لتلقي الإقرار، وعليه فإنّ قضاة الموضوع لما قضاوا برفض دعوى إثبات النسب لأنّ النسب لا يثبت بالعلاقة غير الشرعية طبقوا صحيح القانون.

ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن<sup>570</sup>.

إنّ يعتبر اللقيط من الاستثناءات الواردة على ثبوت النسب، لكن هناك استثناءات أخرى من بينها نظام التبني ونظام الكفالة.

## المطلب الثاني

### نظام التبني

لقد عُرف التَّبني كنظام لدى الشعوب العابرة منذ القدم، وتبنته العديد من الدول المعاصرة ووضعت له آليات تُنظّمه. في حين نجد بعض الدول حرّمته ومنعته وأكدت على أنّه لا يُرتّب أيّ أثر<sup>571</sup> أو حكم، مستعينة بوسيلة قانونية تُمكن من إبطاله، وهي دعوى إبطال التَّبني. ومنه طرح التساؤل التالي: ما هي الطّبيعة القانونية للتَّبني؟

سوف نتعرّض إلى مفهوم التَّبني وحكمه (الفرع الأوّل)، ثم أنواع التَّبني، شروطه وإجراءاته (الفرع الثاني) وأخيراً كيفية إبطاله (الفرع الثالث).

## الفرع الأول

### مفهوم التبني وحكمه

كان هناك تعريفات عديدة للتبني، لذلك سوف نتطرّق إلى مفهوم التَّبني (أولاً)، ثم حكمه في الشريعة الإسلامية والقانون والقضاء (ثانياً).

<sup>570</sup> انظر، م.ع، غ.أ.ش، بتاريخ 1998/11/17، ملف رقم 210478، م.ق، عدد خاص، 2001، ص.85.

<sup>571</sup> انظر، عبد التّواب معوض، موسوعة الأحوال الشخصية، ج2، د.د.ن، 1997، ص.815.

## أولا: مفهوم التبني.

إنَّ للتَّبْنِيَّ معنيين: أحدهما لغوي والآخر اصطلاحي، ويتميز عن باقي الأنظمة المشابهة له في خصائصه، لهذا نستعرض تعريفه (I)، وأهم خصائصه (II)، وتمييزه عن بعض الأنظمة المشابهة له (III).

## I- تعريف التبني:

التَّبْنِيَّ لغة من تبني تبنيا، ويُقال تبني الصبي أي ادعى بنوته واتَّخذه ابنا.

أما اصطلاحا، لقد تعددت التعريفات، فمنهم من عرفه بحسب مضمونه ومنهم من عرفه بحسب غايته.

عرف قاموس الاصطلاحات القانونية التَّبْنِيَّ على أنه رابطة أبوية تقوم على الإرادة دون روابط الدم، تستهدف إيجاد روابط بين المتبني والمتبني، شبيهة بالبنوة الشرعية<sup>572</sup>.

وعرفه الدكتور محمد صبحي نجم: "هو أن يتَّخذ الرَّجل له ولدا ليس من صلبه، وعرفه أنه ليس ولده، فيُنْتسب هذا المتبني إلى من تبنَّاه.

ويكون له على هذا المتبني حقوق الولد. فالمتبني لا يقول أن هذا المتبني ابنه ومن صلبه، ولكنه أنزله منزلة ابنه والتزم له بحقوق وقطع نسبه إلى غيره"<sup>573</sup>. كما عرفه الدكتور عبد الرحمان الصابوني: هو أن يدعي شخص بنوة ولد معروف النسب من شخص معين أو مجهول النسب<sup>574</sup>.

<sup>572</sup> انظر، ابتسام القرام، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، قاموس باللغتين العربية والفرنسية، قصر الكتاب، البليلة، الجزائر، 1992، ص. 17.

<sup>573</sup> محمد صبحي نجم، المرجع السابق، ص. 55.

<sup>574</sup> عبد الرحمان الصابوني، ط<sup>8</sup>، المرجع السابق، ص. 192.

وكما عرّفه عبد العزيز سعد: "تزييف النسب (التبني) هو ادعاء بنوة طفل معلوم النسب عن طريق تجريده من نسبه إلى أبيه وإعطائه نسب شخص آخر"<sup>575</sup>. بينما عرّفه الدكتور بلحاج العربي: "هو أن يتخذ الإنسان ابن غيره المعروف نسبه، ابنا له"<sup>576</sup>.

غير أنّ الدكتور يوسف القرضاوي عرّفه في معنيين، الأول، وهو أن يضمّ الرجل طفلا إلى نفسه مع علمه أنّه ولد غيره، ومع هذا يلحقه بنسبه وأسرته، ويثبت له كلّ أحكام البنوة وآثارها، مع إباحة اختلاط الأنساب وحرمة الزواج واستحقاق الميراث<sup>577</sup>. أمّا الثاني، وهو أن يضمّ الرجل إليه طفلا يتيما أو لقيطا ويجعله كابنه في الحنان عليه والعناية به وتربيته، فيطعمه ويكسوه ويعامله كابن من صلبه، ومع هذا لم ينسبه لنفسه ولم يثبت له أحكام البنوة<sup>578</sup>.

وقد عرّفته الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب قرارها على إثر الإعلان المتعلق بالمبادئ الاجتماعية والقانونية المتصلة بحماية الأطفال ورعايتهم، مع الاهتمام الخاصّ بالحضانة والتبني على الصّعيدين الوطني والدولي، في المادة 13 من الفصل المتعلق بالتبني، الغرض الأساسي من التبني هو توفير أسرة دائمة للطفل الذي لم يتمكّن والداه الأصليان من توفير الرّعاية له.

ولمعنى التبني في الشريعة الإسلامية صورتان: الأولى تتمثل في التبني المشروع، وهي أن يضمّ الرجل الطفل الذي يعرف أنّه ابن غيره إلى نفسه، فيعامله معاملة الأبناء، دون أن يلحق به نسبه، فلا يكون ابنا شرعيا ولا يثبت له شيء من أحكام البنوة. والتبني بهذا المعنى يلجأ إليه بعض المحسنين وأرياب الخير، الذين يرون فيه قرينة إلى الله.

<sup>575</sup> انظر، عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على الأسرة، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 2002، ص. 151.

<sup>576</sup> العربي بلحاج، الوجيز...، المرجع السابق، ص. 200.

<sup>577</sup> انظر، يوسف القرضاوي، الحلال والحرام في الإسلام، ط20، دار البعث، قسنطينة، الجزائر، 1404هـ/1984م،

ص. 186.

<sup>578</sup> المرجع نفسه، ص. 188.

أما الثانية تتعلّق بالتبني المحظور، وهي المفهومة من كلمة تبني عند إطلاقها وفي عرف الشرائع وما هو متعارف بين الناس بأنّه أن ينسب الشّخص إلى نفسه طفلا يعرف أنّه ولد غيره وينسبه إلى نفسه نسبة الابن الصّحيح ويثبت له أحكام البنوة الصّحيحة والحقيقية<sup>579</sup>.

وعليه نستخلص أنّ التّبني هو اتّخاذ ابن الآخرين بمثابة الابن من النسب الصّحيح أو الأصيل، فهو أحد هذه العادات الشائعة، إمّا لتجاوب مع النزعة الفطرية في حبّ الأولاد حال العقم أو اليأس من الإنجاب، وإمّا لاستلطاف الولد أو لاستحسان ولد أو بنت الآخر، فيجعل الولد متبني مع العلم أنّه ولد الأب الآخر الحقيقي وليس ولد للمتبني في الحقيقة. وربما كان سبب التّبني أو الباعث هو رعاية ولد لقيط أو مفقود أو مجهول النسب أو لا عائلة له ولا مرّي له، فيقوم بتبنيه حفاظا عليه من الضياع أو الموت أو الهلاك.

## II - خصائص التّبني:

يتميّز نظام التّبني بعدة خصائص وهي:

- 1- التّبني نظام قديم عرفته المجتمعات العربية في العصور الجاهلية والمجتمعات الغربية عند الرومان واليونان.
- 2- التّبني مقنّن في ظلّ المجتمعات الحديثة في قوانين داخلية وبرتوكولات دولية.
- 3- ينصّ التّبني على القصر دون سواهم، ذكرا كان أم أنثى.
- 4- يتميّز التّبني بإلحاق نسب المتبني القاصر بنسب المتبني واعتباره ابنا شرعيا.

<sup>579</sup> انظر، محمود شلتوت، الفتاوى، الإسلام عقيدة وشريعة، ط<sup>1</sup>، دار البعث، قسنطينة، د.س.ن.، ص.213.

- 5- يغلب على التَّبني الطَّابع الشكلي<sup>580</sup>، والإجرائي، فهو بمثابة عقد بين المتبني والأشخاص والهيئات الرّاعية للطفل المرشح للتَّبني.
- 6- يميّز التَّبني بخصوصية أنّه يتمّ بموجب حكم قضائي<sup>581</sup>، بعد إجراءات تحقيق معمّقة، رعاية لمصلحة الطّفّل الفضلي.
- 7- التَّبني يُعطي للمتبني الحقّ في الإرث من المتبني، وفي نفس الوقت يُلقِي عليه واجبات مثل الابن الشرعي.
- 8- إنّ مضمون التَّبني يشمل الولاية التّامة على نفس ومال المتبني من رعاية وتربية وتمثيل قانوني في إدارة وتصرف في الأموال، وكلّ ذلك من قبل المتبني.
- وعليه يمتاز التَّبني بإلحاق نسب المتبني ومنح اللقب، الولاية على نفس ومال القاصر المتبني، تمكينه من الإرث، حقوق وواجبات متبادلة بين المتبني والمتبني، يثبت بموجب عقد أو حكم قضائي، إمكانية إسقاط التَّبني، المتبني شخص مجهول النسب أو معلوم أو لقيط، بغضّ النظر عن الجنسية.
- إذن التَّبني هو ارتباط الشّخص بأسرة غير أسرته، فبذلك يتّضح أنّه يختلف عن الإقرار بالبنوة، لأنّ هذا الأخير اعتراف بنسب حقيقي لشخص مجهول، من هنا نطرح التّساؤل التّالي: فيم يكمن الفرق بين التَّبني والأنظمة الأخرى؟

### III- تمييز التبني عن الأنظمة المشابهة له:

يتبادر إلى الذّهن منذ الوهلة الأولى أنّ التَّبني هو نفسه الإقرار بالنسب (أو البنوة) أو التقاط اللقيط، أو هو الحضانة بذاتها، أو هو التلقيح الاصطناعي أو التنزيل أو الانتساب، أو هو نظام الرّعاية الاجتماعية. لكن في الواقع هو خلاف ذلك، فكلّ

<sup>580</sup> انظر، قانون رقم 27-58 المؤرخ في 04 مارس 1958، المتعلق بقانون الأحوال الشخصية التونسي.

<sup>581</sup> انظر، الفصل 13 من قانون رقم 27-58 المؤرخ في 04 مارس 1958 المتعلق بقانون الأحوال الشخصية التونسي.

نظام مستقل بذاته وله شروطه، وعليه يُمكننا التّطرق إلى التّمييز بين هذه الأنظمة والتّنبّي فيما يلي:

**أ) التبني والإقرار بالنسب:**

إذا كان التَّبَنِيُّ هو أن يدَّعي شخص بنوَّة ولد معروف النَّسب أو مجهول النَّسب، مع علمه بأنَّه ليس بابنه من صلبه، فهذا أمر محرَّم ولا يصحَّ في الشَّريعة الإسلامية. في حين الإقرار بالنَّسب، أحكامه وشروطه معلومة ومحدَّدة في الشَّريعة الإسلامية وفي قانون الأسرة، إذ هو إقرار الشَّخص صراحة أنَّ شخصاً معيَّناً ابناً له، بنسب صحيح وحقيقي، ولكن ظروف معيَّنة أجلَّت هذا الإقرار، كعقد تمَّ دون تسجيله بين زوجين وأنجبا ولداً، أو أنكر الأب الولد فترة معيَّنة ثم عاد واعترف بأنَّ عقداً شرعياً تمَّ بينه وبين امرأة، نتج عنه ولد شرعي<sup>582</sup>.

ليس الإقرار بالنَّسب هو التَّبَنِيُّ المعروف، لأنَّ الإقرار لا يُنشئ النَّسب وإنَّما هو "اعتراف بنسب حقيقي لشخص مجهول النَّسب، فهو يعترف بنوَّة ولد مخلوق من مائه، فيكون ابناً له ثابت النَّسب منه، وليس له نسب آخر يتساوى مع ابنه الثَّابت نسبه بالفراش، لا فرق بينهما، إلَّا في طريق الإثبات، إذ تثبت له كافة الحقوق الثَّابتة للأبناء من النَّفقة والإرث وحرمة المصاهرة، واحتمال أنَّه كاذب في الواقع لا يُنقِص إليه، لأنَّه لا يوجد ما يُثبت كذبه، فالظاهر يُصدِّق، والله يتولَّى السرائر"<sup>583</sup>.

أمَّا التَّبَنِيُّ فهو استلحاق شخص ولداً معروف النَّسب لغيره أو مجهول النَّسب كاللقيط، ويُصرِّح أنَّه يتخذُه ولداً له، مع كونه ليس ولداً له في الحقيقة. ومثل هذا النوع كان معروفاً في الجاهلية، فكانوا يجعلونه كالابن الحقيقي، يأخذ أحكامه من النَّفقة والميراث وتحريم زوجته على متبنيِّه، فلمَّا جاء الإسلام أبطله<sup>584</sup>، وبينَّ أنه مجرد دعوى لا أساس لها بقول الله ﷻ: ﴿مَا جَعَلَ اللَّهُ لِرَجُلٍ مِّن قَلْبَيْنِ فِي جَوْفِهِ ۖ وَمَا جَعَلَ أَزْوَاجَكُمُ اللَّائِي تُظَاهِرُونَ مِنْهُنَّ أُمَّهَاتِكُمْ وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ۚ ذَٰلِكُمْ قَوْلِكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ﴾<sup>585</sup>.

<sup>582</sup> عبد الرحمان الصابوني، ط<sup>8</sup>، المرجع السابق، ص.193.

<sup>583</sup> محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص.723.

<sup>584</sup> انظر، العربي بلحاج، أبحاث ومذكرات في القانون والفقہ الإسلامي، ج2، ديوان المطبوعات الجامعية، 1996، ص.632.

<sup>585</sup> سورة الأحزاب، الآية 04.

كما أنّ هناك اختلاف بين نظامي الإقرار بالنسب والتبني، ويتجلى في عنصرين أساسيين هما:

### 1- الإقرار اعتراف بنسب حقيقي والتبني تصريح بنسب صوري:

الإقرار هو اعتراف الشخص وإعلانه أنّ فلان ابنه، وقد يكون المقرّ رجلاً أو امرأة، كما يكون المقرّ له ذكراً أو أنثى، وهذا يتوفّر على شرطين:

أ- أن يكون إقرار على شخص مجهول النسب.

ب- أن يكون إقرارهما يقبله العقل وتصدّقه العادة: هذا يعني أنّه من الممكن ولادة هذا الولد حيث يُمكن احتمال هذه الولادة. مثلاً: إقرار شخص عمره 20 سنة بنوّة طفل ذو 10 سنوات.

أمّا التبني فهو تصريح باتّخاذ شخص معلوم النسب أو مجهول النسب ولداً له، وليس بولده الحقيقي، "والتبني منشئ لنسب وليس مثبتاً لبنوّة حقيقية"<sup>586</sup>.

### 2- الإقرار يثبت التبني والتبني منشئ للنسب:

كما سبق الذكر أنّ الإقرار ليس منشئاً للنسب وإنّما هو طريق لإثباته وظهوره، وإذا توفّرت شروط الإقرار يترتب عليه ثبوت النسب من المقرّ، وله جميع الحقوق من نفقة وإرث...، "والبنوّة التي تثبت بالإقرار فلا تتحقّق إلاّ إذا لم يكن للولد أب معروف"<sup>587</sup>.

<sup>586</sup> عبد التواب معوض، المرجع السابق، ص. 159.

<sup>587</sup> وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص. 695.

أما التَّبني فهو تصرّف قانوني<sup>588</sup>، منشئ لنسب يختلف في أحكامه عن النسب الحقيقي، الذي يكون في التّسب بالإقرار، وإّما هو بنوّة ثابتة بحكم القانون، كما أنّ البنوّة التي تثبت بالتَّبني تتحقّق ولو كان له أب معلوم<sup>589</sup>.

<sup>588</sup> بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن...، الزواج والطلاق، ج1، المرجع السابق، ص.523.

<sup>589</sup> وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.695.

ولقد نظم قانون الأسرة الجزائري أحكام الإقرار بالنسب، إذ لثبوت النسب يجب أن يثبت بموجب حكم قضائي بعد إجراءات التحقيق، عكس التنبّي الذي منعه المشرّع<sup>590</sup>.

هناك الكثير ممن يعتقد أنّ نظامي الإقرار بالنسب والتنبّي متشابهان، لكنّ الاختلاف واضح بينهما، فالتنبّي لا يثبت به نسب المتنبّي، كما أنّه لا يترتب عنه أيّ حقّ من الحقوق الثابتة بين الآباء والأبناء، وهذا ما أخذ به المشرّع الجزائري في نصّ المادة 46 من ق.أ.ج، لكنّ الإقرار بالنسب هو إقرار الشّخص صراحة أنّ شخصا معينا ابن له بنسب صحيح وحقيقي.

### (ب) التنبّي والحضانة:

إذا كان التنبّي هو عقد يُنشئ بين شخصين علاقة صورية ومدنية محضة بالأبوة والبنوة المفترضة، كما يمكن أن يكون نتيجة نزع طفل من أبوين معلومين والحاق نسبه إلى المتنبّي. في حين الحضانة هي "رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه، والسهر على حمايته وحفظه، صحّة وخلقا"<sup>591</sup>، فهناك من يرى أنّ التنبّي يحمي مصالح الأطفال ويخدم مستقبلهم، فإذا كان الأمر كذلك، فإنّه لا شك أنّ التنبّي يتفق مع الحضانة<sup>592</sup>. أمّا الاختلافات الكائنة بينهما فهي كالآتي:

1- إنّ الحضانة تُمارس على طفل معلوم النسب، أمّا التنبّي فيكون إمّا على شخص معلوم النسب أو مجهوله.

2- إنّ المحضون يحتفظ بنسبه، على خلاف المتنبّي الذي يأخذ نسب العائلة المتنبّيّة<sup>593</sup>، ومن ثمّ فما التنبّي إلاّ تزييف للنسب<sup>594</sup>.

<sup>590</sup> تنص المادة 46 من ق.أ.ج على أنه: "يمنع التنبّي شرعا وقانونا".

<sup>591</sup> المادة 62 من ق.أ.ج.

<sup>592</sup> انظر، زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2004-2005، ص.101.

<sup>593</sup> انظر، الفصل 14 من قانون 1958/03/04 المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتنبّي.

<sup>594</sup> انظر، جيلالي تشوار، أحكام الأسرة بين الاجتهاد والتقنين، مجلة الأحياء، 2001، عدد 04، ص.235؛ عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة...، المرجع السابق، ص.185.

3- يسقط زواج الحاضنة، حقها في الحضانة، كقاعدة عامّة، على نقيض التبني الذي يشترط في المتبني أن يكون متزوجاً<sup>595</sup>.

4- يُرتّب التبني جميع آثار البنوة من حقوق وواجبات<sup>596</sup>، كحرمة الزواج<sup>597</sup>، واستحقاق الميراث والنفقة مثلاً. أمّا الحضانة، فلا تُرتّب شيئاً من ذلك إذا كانت بيد غير الأبوين.

كما أنّ المشرّع حدّد الأشخاص الذين لهم الحقّ في حضانة الولد، واستوجب أن يكون بموجب حكم قضائي، مع مراعاة مصلحة المحضون، فإنّ ذلك لا يفقده نسبه الأصلي من والديه الشرعيين، ولا يلحقه بنسب الحاضن، إذ العلاقة تبقى دائماً في إطار الحضانة لا غير، إذ يمكن إسقاط الحضانة وانقضاؤها وفقاً لما هو مقرّر في أحكام الحضانة<sup>598</sup>.

نظام التبني نظام قائم بذاته لدى المجتمعات التي أقرّته ونظّمته في قوانينها الداخلية مثل تونس التي تُعتبر من بين الدول الإسلامية<sup>599</sup>، وفرنسا<sup>600</sup>، وكذا الأمر بالنسبة لأحكام الحضانة، فهي قائمة بذاتها وتؤدّي غرضاً محدداً دون المساس بنسب القاصر.

### (ج) التبني والبنوة الناتجة عن التلقيح الاصطناعي:

<sup>595</sup> انظر، الفصل 09 من قانون 1958/03/04، وعلى سبيل المقارنة، يشترط القانون الفرنسي أيضاً الزواج في المتبني (المادتان 343 و01/343 من قانون رقم 96-406 المؤرخ في 05/07/1996 المتعلق بالتبني الكامل من القانون المدني الفرنسي).

<sup>596</sup> انظر، الفصل 1/15 من القانون التونسي 1958/03/04.

<sup>597</sup> انظر، الفصل 2/15 من القانون التونسي 1958/03/04، على أن موانع الزواج تبقى قائمة بين المتبني وأقاربه إذا كانوا معروفين.

<sup>598</sup> المواد 65، 66، 67، 68، و70 ق.أ.ج.

<sup>599</sup> انظر، الهادي سعيد، التشريع التونسي وحقوق الطفل، مجلة القضاء والتشريع، 1985، عدد 05، ص. 26.

<sup>600</sup> نظم القانون المدني الفرنسي نظام التبني من المادة 343-370-05 من:

Dalloz action, Droit de la famille, 2010-2011, n° 220.00s.

إذا كان التَّبني هو إلحاق شخص مجهول النسب أو معروف النسب، مع التصريح بأن يتَّخذه ولداً مع أنه ليس ولداً حقيقياً. في حين أن البنوّة الناتجة عن التلقيح الاصطناعي خاضعة إلى شروط محدّدة في قانون الأسرة الجزائري<sup>601</sup>.

وهو يُعتبر نسبا شرعياً وحقيقياً ويُنتج جميع آثاره المتعلقة بالبنوّة والأبوّة ولا يُعتبر تبناً.

وعليه، "إنّ التلقيح الاصطناعي بين الزوجين داخل الرّحم أو خارجه، إنّما شرع لتحقيق هدف واحد، وهو التّغلب على مشكلة العقم عند أحد الزوجين أو كليهما، حينما يُستعصى علاجه بالطّرق ووسائل العلاج الطّبية التّقليدية"<sup>602</sup>، ولهذا يُعتبر المولود الناتج عن التلقيح الاصطناعي ذا نسب شرعي وحقيقي، ولا يُعتبر تبناً، لأنّ الولد المتبنيّ، المعروف أنّه للغير، ينشأ عن ماء أبيه ويلحق بأسرة أخرى، علماً أنّه ليس عنصراً منها.

#### (د) المتبنيّ واللقيط:

"التبنيّ معروف عند العرب قبل الإسلام ولكنّ الإسلام أبطله وألغى آثاره، وعلى هذا لا يجوز ولا يصحّ تبنيّ المسلم لقيطاً أو غيره، بأن يجعله ابنه وهو يعلم أنّه ليس ابنه"<sup>603</sup>.

"وهذا بخلاف اللّقيط الذي يثبت نسبه ممّن ادّعاه، فيكون ابناً شرعياً لمن ادّعاه، ويكون لكلّ منهما على الآخر ما للأب على ابنه، وما على الابن لأبيه، وهذه الدّعوة إقرار نسبه"<sup>604</sup>.

601 المادة 45 مكرر من القانون رقم 09-05 المؤرخ في 04 مايو سنة 2005.

602 انظر، جيلالي تشوار، رضا الزوجين على التلقيح الاصطناعي، م.ع.ق.إ.، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2006، عدد 04، ص.56.

603 انظر، مريم أحمد الداغستاني، أحكام اللقيط في الإسلام، ط1، د.د.ن.، 1413 هـ/1992م، ص.122.

604 العربي بلحاج، الوجيز...، المرجع السابق، ص.201.

وهكذا، لا يثبت النسب بالتبني، ولو كان الولد المتبني مجهول النسب، بعكس ادعاء بنوة اللقيط، حيث يُصدق المدعى ويثبت نسبه منه على اعتبار أن اللقيط<sup>605</sup>، ابنه حقيقة، لا على أساس الاعتراف بنظام التبني الذي أبطله الإسلام<sup>606</sup>.

بعد عرض مفاهيم مختلفة للتبني وتمييزه عن الأنظمة المشابهة له، سوف نتعرض إلى حكم التبني في الشريعة الإسلامية وموقف كل من القانون والقضاء منه.

### ثانيا: حكم التبني في الشريعة الإسلامية، والقانون والقضاء.

سوف نتعرض إلى حكم التبني في الشريعة الإسلامية والحكمة من تحريمه (I)، ثم موقف المشرع والقضاء منه (II).

#### 1- حكم التبني في الشريعة الإسلامية والحكمة من تحريمه:

"كما هو معروف أنه كان للعرب في الجاهلية عادات وتقاليده حاول الإسلام تهذيب الصالح منها وإبطال الفاسد والمضّر، ومن أهم ما أبطله: "التبني"<sup>607</sup>.

عرف العرب قبل الإسلام نظام التبني، فكان الرجل إذا ما أعجبه فتى لوسامته أو حباً في الرفعة والانتساب إلى ولد شريف الأصل أو ذي عزة وجاه، تبناه وألحقه بنسبه وأعطاه كل الحقوق مثل الأولاد الصليبين، وله نصيب في الميراث، كما يُنسب إلى المتبني، لذلك يقال فلان بن فلان، ولا ينسب إلى غيره<sup>608</sup>.

وتماشياً مع هذه الظاهرة تبني محمد بن عبد الله قبل أن يصبح رسولا بالرسالة الإلهية شاباً من سبايا بلاد الشام، سباه رجل فاشتره حكيم بن حزام بن خويلد، ثم وهبه

<sup>605</sup> اللقيط هو المولود الذي لا يعرف له أب أو أم. واللقيط مجهول النسب، فمن ادعى نسب اللقيط ثبت نسبه بدون حاجة إلى بيعة، سواء كان المدعي الملتقط أو غيره.

<sup>606</sup> مريم أحمد الداغستاني، المرجع السابق، ص.122.

<sup>607</sup> انظر، دليلة فركوس، تاريخ النظم، ج1، مطبعة الأطلس للنشر، 1993، ص.214.

<sup>608</sup> محمد صبحي نجم، المرجع السابق، ص.59.

إلى عمته خديجة زوجة النبي ﷺ، فوهبته إلى النبي ﷺ بعد أن تزوجته. ولما عرف أبوه وعمه مكانه، وطلباه من النبي ﷺ، خيره النبي ﷺ، فما كان منه إلا أن اختار رسول الله ﷺ على أبيه وعمه، فأعتقه وتبناه، وأشهد على ذلك القوم، فقال: "يا معشر قريش. اشهدوا أنه ابني، أرثه ويرثني"<sup>609</sup>.

وهذا الوضع المتعلق بالتبني، كشأنه في كثير من الأوضاع والمسائل التي ظلت سائدة فترة زمنية بعد ظهور الإسلام مثل الخمر والربا وبعض عادات الجاهلية، وكان زيد هذا يُدعى (زيد بن محمد)<sup>610</sup>، ثم حرم الإسلام التبني تحريماً صريحاً لأن رسالة الإسلام والقرآن الإصلاحية كانت تُعالج أوضاع المجتمع العربي تدريجياً، فقال النبي ﷺ: "إِنَّمَا بُعِثْتُ لِأَتَمِّمَ مَكَارِمَ الْأَخْلَاقِ"<sup>611</sup>.

"وفي السنة الخامسة للهجرة أبطل الله جلّت حكمته التبني وحرمه"<sup>612</sup>، وأصبح حكم الشريعة في التبني، كغيره من الأحكام، مبنياً على حكم ومقصد شرعي، وهذا ما سنحاول توضيحه.

### أ) التحريم بالكتاب (التشريع القولي):

حرم القرآن الكريم التبني تحريماً باتاً، وذلك في قوله ﷻ: ﴿... وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَٰلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ...﴾<sup>613</sup>، فالكلام لا يُنشئ رابطة الدم، ولا علاقة الوراثة، للخصائص التي تحملها النطفة، ولا المشاعر الناشئة من كون الولد هو بضعة حيّة من جسم والده الحي، وإنما كلّ هذا لا يكون إلاّ بالدم والأبوة والبنوة الحقيقية<sup>614</sup>. وهي صريحة أيضاً في منع نسب الشخص إلى غير أبيه منعاً لا يدع مجالاً للشكّ،

<sup>609</sup> يوسف القرضاوي، المرجع السابق، ص.183.

<sup>610</sup> انظر، رمضان علي السيد الشرنباطي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية، 2001، ص.150.

<sup>611</sup> رواه الإمام مالك بن أنس بلاغا عن النبي صلى الله عليه وسلم، رقم الحديث 201.

<sup>612</sup> محمد صبحي نجم، المرجع السابق، ص.59.

<sup>613</sup> سورة الأحزاب، الآية 04.

<sup>614</sup> أحمد أحمد، المرجع السابق، ص.214.

وقال ﷺ: ﴿... وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ ﴾<sup>615</sup>، أي أن الحق هو العلاقات القائمة على أساس الرابطة المستمدة من الدم واللحم، لا من صنع أفواه البشر وكلامهم.

فقوله ﷺ: ﴿أَدْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَاخُونَكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوْلَاكُمْ... ﴾<sup>616</sup>. وقوله ﷺ: ﴿... وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ، وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ... ﴾<sup>617</sup>. حتّ الله ﷺ على ردّ الأنساب إلى حقائقها إلا في الحالات التي يعجزون عن ردّها، فقد رفع الله الحرج عنهم.

ولقد أكّد الله ﷺ بطلان تبني زيد لقوله ﷺ: ﴿... فَلَمَّا قَضَى زَيْدٌ مِّنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاكَهَا لِكَيْ لَا يَكُونَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ حَرَجٌ فِي أَزْوَاجِ أَدْعِيَائِهِمْ إِذَا قَضَوْا مِنْهُنَّ وَطَرًا وَكَانَ أَمْرُ اللَّهِ مَفْعُولًا ﴾<sup>618</sup>. وقال ﷺ: ﴿مَا كَانَ مُحَمَّدٌ أَبَا أَحَدٍ مِّن رِّجَالِكُمْ وَلَكِنْ رَسُولَ اللَّهِ وَخَاتَمَ النَّبِيِّينَ وَكَانَ اللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمًا ﴾<sup>619</sup>.

الآية جاءت لإباحة ما كان محرّمًا في الجاهلية، من تحريم زواج المتبنّي من زوجة متبنّيه، فجعله ﷺ حلالًا طيبًا، ورفع الحرج عن المتبنّي في الزّواج بها، واعتبارها من محارمه، مع أنّها أجنبيّة عنه في الأصل<sup>620</sup>.

### (ب) التحريم بالسنة النبوية الشريفة (التشريع العملي):

قال رسول الله ﷺ: "من ادّعى إلى غير أبيه وهو يعلم فالجنة عليه حرام"<sup>621</sup>. وقال ﷺ: "من ادّعى إلى غير أبيه أو انتمى إلى غير مواليه، فعليه لعنة الله المتتابعة إلى يوم القيامة"<sup>622</sup>.

<sup>615</sup> سورة الأحزاب، الآية 04.

<sup>616</sup> سورة الأحزاب، الآية 05.

<sup>617</sup> سورة الأحزاب، الآية 05.

<sup>618</sup> سورة الأحزاب، الآية 37.

<sup>619</sup> سورة الأحزاب، الآية 40.

<sup>620</sup> محمد محدة، المرجع السابق، ص. 416.

لقد أبطل التَّبني بالتَّشريع العملي بعد التَّشريع القولِي<sup>623</sup>، واختارت الحكمة الإلاهية لهذه المهمة رسول الله ﷺ نفسه، لكي يُزيل كلَّ شكٍّ ويدفع كلَّ حرج عن المؤمنين في إباحة زواج مطلقات أديائهم، لكي يوقنوا أنَّ الحلال ما أحلَّ الله والحرام ما حرم الله.

وبهذا انتهى أمر التَّبني في التَّشريع الإسلامي وأصبح رابطة غير معترف بها، لا يترتب عليه أي حكم، ومن أقدم عليه كان آثماً وكان عمله عملاً باطلاً.

### ج) الحكمة من تحريم التَّبني:

لعلَّ من الواجب أن يعرف المسلمون الحكمة من إبطال وهدم آثاره، وذلك لبيان مدى حرص الشريعة الإسلامية على حفظ الأنساب والحقوق الأسرية ومنع ضياعها، فبذلك نتساءل: ما هي الغاية من تحريم التَّبني في الشريعة الإسلامية؟

تتجلى الأهمية من تحريم التَّبني في النقاط التالية:

#### 1- التَّبني اعتداء على الأنساب:

"إنَّ النَّسب يثبت عادة من الآباء للأبناء نتيجة لرابطة شرعية قانونية ليس لأحد أن يتعدَّها، بحيث يتصرَّف فيها بكلِّ حرّية، فيُعطي لهذا اسمه أو نسبه بغير وجه حقّ، إذ أنّه يدمج شخصاً أجنبياً غريباً في الأسرة يُشاركهم في حياتهم، يسلبهم حقوقهم بغير حقّ، ويتعدّى على نسبهم، غير أنّ ذلك لا يُخوِّله أن يتمتّع بحقوق المودة والرَّحمة، وهي حقوق معنوية لا تتحقّق إلاّ في صلة الدّم واللحم، ولا يُمكن تجسيدها في نسب أو قرابة مصطنعة، بل بالعكس تؤدّي إلى توليد نوع من التَّنافر، وتؤثّر على هذا الطّفل نفسياً، ومن جهة أخرى فإنّ تجريد هذا الطّفل من نسبه الأصلي، إن كان معلوم

<sup>621</sup> انظر، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، دار الزيان للتراث، 1407هـ/1986م، ص.55.

<sup>622</sup> سليمان بن الأشعث أبو داود، المرجع السابق، ص.154.

<sup>623</sup> يوسف القرضاوي، المرجع السابق، ص.185.

النسب، دون رضاه أو بغير علمه، سيؤد له اعتقاداً بأنه ينتمي إلى تلك العائلة، لكن بعد أن يكتشف هذا التزوير يتحول حبه لوالديه الذين تبنياه كرها واحتقاراً لهما<sup>624</sup>.

وبالرجوع إلى قانون الأسرة في المادة 77 منه، والتي هي مستمدة من الشريعة الإسلامية وتنص على أنه: "تجب نفقة الأصول على الفروع والفروع على الأصول حسب القدرة والاحتياج ودرجة القرابة في الإرث".

فمن خلال نص المادة نجد بأن هناك حقوقاً وواجبات على أفراد العائلة فيما بينهم، فإذا أضيف فرد آخر يكون دخيلاً عليهم، يغتصب حقوقهم ويُنقص من أخرى كالإرث مثلاً. إنَّ تحريم التَّبني هو غاية في حدِّ ذاته، إذ يمنع توريث من ليس له حقَّ الإرث. لأنَّ الميراث له شروطه وأحكامه، ومنها القرابة مثلاً، وفي تحريمه عدم الاعتداء على حقوق الغير. لأنَّ إقرار التَّبني وثبوت التَّوريث يجعل منه تعدٍ على تركة الغير بغير وجه حقّ، وهذا من شأنه أن يُثير الحقد بين الأقارب الحقيقيين بسبب هذا الدَّخيل، وبالتالي قطع الأرحام. وباعتبار أنَّ الدين الإسلامي هو دين الحقِّ والعدل، وأيضاً دين رحمة وتكافل، لم يمنع تربية الطِّفل وتعليمه، ثمَّ تركه عند بلوغه سنَّ الاعتماد على نفسه وإدراك مسؤولياته تجاه المجتمع والأمة، وبالتالي إحياء لنفس كان هلاكها ممكناً<sup>625</sup>، لقوله ﷺ: «... وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا...»<sup>626</sup>.

## 2- التَّبني انتهاك للحرمان:

إنَّ المعاملة التي يتلقاها الابن المتبني على أنه أخ لبنات المتبني وابن لزوجته، تُعطيه مرتبة المحارم مع أنه يُعتبر أجنبياً عنهم، لا يباح له ما يباح للابن الصلبي. هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنَّ هذا الشَّخص يُحرم من حقِّه في الرِّوَّاج من هؤلاء الأجنبيَّات، التي تعتبر أنه أخ لهنّ، وهو يعتبرهنَّ أخواته، غير أنه قد يحدث ويتزوَّج

<sup>624</sup> محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص. 723.

<sup>625</sup> وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص. 657-674.

<sup>626</sup> سورة المائدة، الآية 32.

هذا الشخص المتبني بأخواته الصلبيات، وهو محرّم عليه. لذلك تختلط الأنساب، ويصبح المجتمع يقوم على نظام فاشل ضعيف الأسس، يُعاني خلخلة المجتمع الجاهلي.

ونختتم بقوله ﷺ: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تُحَرِّمُوا طَيِّبَاتِ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكُمْ وَلَا تَعْدُوا ءِتَاءَ اللَّهِ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ﴾<sup>627</sup>، أي حرمانه من الزواج من الأجنبية اللاتي يعتبرونه أبا ويعتبرهن أخواته، حتّى لا يحرم ما أحل الله.

مثلا رأينا موقف الشريعة الإسلامية من التبني، لابد التطرق إلى موقف المشرع الجزائري والقضاء منه.

## II - موقف المشرع الجزائري والقضاء من نظام التبني:

إنّ الجزائر، باعتبارها دولة مسلمة، وباعتبار الشريعة الإسلامية المصدر الثاني الذي يحكم المسائل المعروضة على القضاء، عملا بأحكام المادة من قانون الأسرة، فإنها سايرت معظم الدول العربية والإسلامية بتحريم التبني، ووجدت كبديل له نظام الكفالة، الذي اعتبره المشرع الجزائري التزاما إراديا شخصا، يصدر عن الكافل، سواء كان رجلا أو امرأة<sup>628</sup>.

فالإشكالية التي يُمكن طرحها: ما موقف القانون الجزائري من نظام التبني؟

بعد المرحلة الاستعمارية كان من المقرّر تمديد العمل بأحكام القانون المدني الفرنسي، في الجزائر، مع اختيار جزئي لهذا التشريع، حيث يتطلّب إلغاء الأحكام التي تتعار مع الشريعة الإسلامية.

<sup>627</sup> سورة المائدة، الآية 87.

<sup>628</sup> محمد أحمد الصالح، المرجع السابق، ص. 115-118.

والجدير بالذكر أن المشرع الجزائري ترك جانبا قضية التبني لتبقى مسألة بين المسلمين، إذ أنه لا يمكن تصور مخالفة مسلم للآيات القرآنية التي تحرم التبني قطعا، وأخذ الشريعة الإسلامية كمصدر احتياطي من مصادر التشريع.

وواجه المجتمع الجزائري مشكلة الأطفال المهملين المحرومين من دفء العائلة<sup>629</sup>، بعد الاستقلال، بروح الإحسان والتضامن، التي تدفع بكل جزائري إلى مساعدة هذه الفئة من الأطفال.

وفي سنة 1984م، صدر قانون الأسرة الذي منع التبني صراحة بموجب المادة 46 منه، والتي نصت على أنه: "يُمنع التبني شرعا وقانونا"<sup>630</sup>. ومعنى ذلك أنه لا يجوز لأي جزائري أن يتبنى طفلا أو أن ينسبه إلى نفسه، أو يسجله على اسمه في سجلات الحالة المدنية، وكل تصرف مخالف لذلك يُعرض فاعله لتهمة التزوير في الوثائق الرسمية، المعاقب عليها في قانون العقوبات<sup>631</sup>.

وعلى هذا الاتجاه سار القضاء الجزائري، فلم يجعل من التبني طريقا لإثبات النسب، وهذا ما يتبين من القرارات الصادرة عن المحكمة العليا، إذ جاء فيها:

- "من المقرر أنه يُمنع التبني شرعا وقانونا. ومتى تبين -في قضية الحال- أن المطعون ضده لم يكن ابنا شرعيا للمتبني فإن للمدعية الحق في إخراجها من الميراث لأن التبني ممنوع شرعا وقانونا. وعليه فإن قضاة الموضوع لما أيدوا الحكم المستأنف

<sup>629</sup> يمكن تقسيم مجموعة الأطفال المحرومين من دفء العائلة أو الذين تعجز عائلاتهم عن التكفل بهم، بعد الاستقلال، إلى فئتين:

1- فئة أبناء الشهداء: لم يكن تصور تبني أبناء الشهداء في ذهنية الجزائريين، فابن الشهيد أجدد له أن يحمل اسم والده ليخلده في ذاكرة المجتمع الجزائري، ووجد ما يسمى بواجب الدولة تجاه أبناء الشهداء.

2- فئة الأطفال الآخرين: تعامل المجتمع الجزائري مع هذه الفئة بروح العطف والإحسان وحاول بعض المسلمين الوصول إلى حل لهم، وذلك بإيجاد نظام بديل للتبني، وهو ما يُعرف بالكفالة التي أقرتها الشريعة الإسلامية، وأجازها المشرع الجزائري كما سنرى لاحقا.

<sup>630</sup> انظر، قانون رقم 02-05، المؤرخ في 2005/02/27، المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11، المؤرخ في 1984/06/09، المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

<sup>631</sup> المادة 223 من ق.ع.ج.

القاضي برفض دعوى إبطال التَّبَيِّ على أساس أنّ المتبَيِّ لم يُنكر الولد المتبَيِّ، قد أخطئوا في تطبيق القانون. ومتى كان ذلك، استوجب نقض القرار المطعون فيه<sup>632</sup>.

وفي قرار آخر، قضت بأنه "يُمنع التَّبَيِّ شرعا وقانونا، وأنّ تكيف القضية على أنّها تَبَيِّ، دون إبطال عقد ميلاد المتبَيِّ، هو مخالفة للقانون"<sup>633</sup>.

كما قضت بأنه "من المقرّر قانونا أنّ إبطال العقود الخاطئة (شهادات الحالة المدنية)، عندما تكون البيانات الأساسية الواردة فيها مزورة أو في غير محلّها، يُقدّم الطّلب إمّا بصيغة أصلية أمام محكمة المكان التي حرّر أو سُجّل فيها العقد، وإمّا بصفة فرعية أمام المحكمة التي رُفِع إليها النزاع الذي تناول العقد المشوب بالبطلان.

ومتى تبين -في قضية الحال- أنّ الطّاعن قدّم أمام قضاة الموضوع شاهدين، ذاكرا بأنّ المطعون ضدها قد تبنتها أخته المتوفاة سنة 1997م، وبذلك فإنّ قضاة الموضوع لمّا قضاوا بتأييد الحكم المستأنف، وبرفض الدّعى على أساس عدم جواز الاعتماد على الشّهود في إبطال عقد الميلاد، باعتباره عقدا رسميا، أخطئوا في تطبيق القانون وعرضوا قرارهم للقصور في التّسبيب. ومتى كان ذلك، استوجب نقض القرار المطعون فيه<sup>634</sup>.

يتّضح من خلال القرارات السابقة أنّ المحكمة العليا أبطلت التَّبَيِّ ولم تجعل منه طريقا لثبوت النسب، تماشيا مع مبادئ الشريعة الإسلامية.

## **1- مركز المادة 13 مكرر من القانون رقم 05-10 المعدل والمتمم للقانون**

### **المدني من مضمون المادة 46 من قانون الأسرة:**

لقد نصّت المادّة 46 من قانون الأسرة صراحة على تحريم التَّبَيِّ، إذ يفهم من هذه المادّة أنّه لا يُمكن للأفراد إبرام عقد التَّبَيِّ ولا يجوز للقاضي أو الموثّق إبرامه والإذن به، إذ أنّ هذه المادّة جاءت في الأصل على إطلاقها لكونها استثناء، حتّى أنّ

<sup>632</sup> انظر، م.ع، غ.أ.ش، 1994/06/28، ملف رقم 122761، م.ق، عدد خاص، 2001، ص.155.

<sup>633</sup> انظر، م.ع، غ.أ.ش، 2000/11/21، ملف رقم 246924، م.ق، عدد 02، 2001، ص.297.

<sup>634</sup> انظر، م.ع، غ.أ.ش، 2000/01/18، ملف رقم 234949، م.ق، عدد خاص، 2001، ص.158.

الأجانب المقيمين على الإقليم الجزائري، والذين يسمح لهم قانونهم الداخلي بالتبني، غير جائز لهم المطالبة بذلك أمام القاضي الجزائري.

لكن هذه القاعدة لم تبق على إطلاقها، بل أصبحت نسبية، وهذا على إثر تعديل القانون المدني بمقتضى القانون 05-10 المعدل والمتمم له. إذ أصبح القاضي الجزائري، يأذن بالتبني ويبرم عقد التبني، لكن بشروط، وإن هذه الشروط واردة ضمنيا في نص المادة 13 مكرر 01، لكونها وردت في الفصل الثاني المتعلق بتنازع القوانين من حيث المكان، فهي قواعد إسناد تبيّن القانون الواجب التطبيق من قبل القاضي الداخلي، عندما يكون أحد أطراف النزاع أو طرفي النزاع، أجنبي على الإقليم الجزائري، إذ أن مضمونها نص على أن صحة انعقاد التبني يخضع إلى قانون جنسية كل من طالب التبني والمتبني وقت إجرائه. فالقاضي الداخلي يأذن بالتبني، حسب ما يسمح به قانون جنسية الأطراف. فإذا كان قانون جنسية الأطراف لا يسمح بالتبني، فإن القاضي الداخلي يرفض طلب التبني، وعليه فإن هذه المادة تطرح عدة احتمالات أمام القاضي الداخلي الجزائري.

1- في حالة ما إذا كان قانون جنسية طالب التبني والمتبني لا يسمحان بالتبني، فإن القاضي الداخلي الجزائري يرفض الإذن بالتبني على أساس القانون الداخلي للأطراف الأجانب.

2- في حالة ما إذا كان قانون جنسية طالب التبني يسمح بالتبني، وقانون جنسية المتبني لا يسمح بذلك مثل: طالب التبني شخص تونسي والمتبني قاصر من جنسية جزائرية، فإن القاضي الجزائري يرجوعه إلى المادة 46 من قانون الأسرة يجد أنه "لا يؤذن بالتبني"، إذن لا بدّ من احترام مضمون المادة 46 من قبل القاضي الداخلي.

3- في حالة ما إذا كان قانون جنسية المتبني يسمح بالتبني، في حين قانون جنسية طالب التبني لا يسمح له بذلك، فإن القاضي الجزائري لا محال يرفض الإذن بالتبني.

4- في حالة كلا القانونين، أي قانون جنسية الأطراف يسمح بالتبني فإن القاضي الجزائري ملزم بإبرام والإذن بالتبني.

وعليه يُستنتج أنه "ما دامت المادة 13 مكرّر 01 تُعتبر من قواعد الإسناد التي تُلزم القاضي الداخلي، عندما تكون أطراف أجنبية، بالبحث عما إذا كانت القوانين الداخلية الأجنبية تسمح أو لا تسمح بالتبني، وأنه مادامت المادة 46 ق.أ. تمنع التبني فإن هذا المنع يُحترم من طرف القاضي الجزائري لكون المنع في هذه المادة منصب على الجزائريين ولا يمتد إلى غير الجزائريين، طبقاً لقواعد الإسناد سالف الذكر في المادة 13 مكرّر 01"<sup>635</sup>.

كما أن المشرع الجزائري صادق على اتفاقية خاصة بالطفل، والتي سوف ندرجها من خلال النقطة الموالية.

## 2- الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل لسنة 1989:

إن المشرع الجزائري أبطل هذا التبني إلا أنه صادق على العديد من الاتفاقيات، ومنها الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل لسنة 1989م<sup>636</sup>، وهي تُعد القانون الدولي لحقوق الطفل، لأنها تضمّت كافة الموانيق الدولية المعنية بهذه القضية، وأضافت إليها كذلك بعض الحقوق والحريات وآليات التنفيذ ووسائل الحماية الجديدة لكي تُشكّل مرجعاً هاماً قانونياً وملزماً في مجال حقوق الطفل في العالم<sup>637</sup>.

ولقد نصّت الاتفاقية في المادتين 20 و 21 منها على التبني وبديله الكفالة، حيث جاءت في الأولى منها على أن الطفل المحروم من بيئته العائلية، له الحق في التمتع بحماية ومساعدة الدولة، والمتمثلة خاصة في توفير له رعاية بديلة.

<sup>635</sup> انظر، أمال علال، التبني والكفالة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مذكرة ماجستير، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2008-2009، ص.47-48.

<sup>636</sup> الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل الصادرة بتاريخ 20 نوفمبر 1989، والمصادق عليها من طرف الجزائر بتاريخ 16/04/1993. انظر، المرسوم التنفيذي رقم 104 لسنة 1991. انظر، الملحق رقم 02، ص.464.

<sup>637</sup> انظر، منتصر سعيد حمودة، حماية حقوق الطفل في القانون الدولي العام والإسلامي، دار الجامعة الجديدة، 2007، ص.69.

كما نجد أنّ الفقرة الأولى من نفس المادة راعت أيضا حالة الطّف الذي يكون من مصلحته عدم تركه في أسرته، وخولت له أيضا هو الآخر حقّ الاستفادة من مساعدة وحماية الدولة.

أمّا الثّانية منها فتتصّ على أن: "تُلزم الدّول التي تُجيز نظام التّبني كوسط بديل أن تحترم وتُراعي، أولا وقبل كلّ شيء، مصلحة الطّف عند القيام بالإجراءات اللّازمة والخاصّة بالتّبني.

تضمن الدّول التي تُقرّ أو تُجيز نظام التّبني إيلاء مصالح الطّف الفضلى للاعتبار الأوّل والقيام بما يلي:

- تنصّ أنّه لا تُصرّح بتّبني الطّف إلاّ السّلطات المختصّة التي تُحدّد وفقا للقوانين والإجراءات المعمول بها وعلى أساس كلّ المعلومات ذات الصّلة الموثوق بها، أنّ التّبني الجائر نظرا لحالة الطّف فيما يتعلّق بالوالدين والأقارب والأوصياء القانونيين، وأنّ الأشخاص المعيّنين عند الاقتضاء قد أعطوا عن علم موافقتهم على التّبني على أساس حصولهم على ما قد يلزم من المشورة.

- تعترف بأنّ التّبني في بلد آخر، يُمكن اعتباره وسيلة بديلة لرعاية الطّف إذا تعذّرت إقامة الطّف لدى أسرة حاضنة أو متبنيّة، أو إذا تعذّرت العناية به بأيّ طريقة ملائمة في وطنه.

- تضمن بالنسبة للتّبني في بلد آخر، أن يستفيد الطّف من ضمانات ومعايير تُعادل تلك القائمة فيما يتعلّق بالتّبني الوطني.

- تتخذ جميع التّدابير المناسبة كي تضمن بالنسبة للتّبني في بلد آخر، أنّ عملية التّبني لا تعود إلى أولئك المشاركين في كسب مال غير مشروع.

- تُعزّز عند الاقتضاء أهداف هذه المادّة بعقد ترتيبات واتفاقيات ثنائية أو متعدّدة الأطراف، وتسعى في هذا الإطار إلى ضمان أن يكون تبني الطّفل في بلد آخر من خلال السّطات أو الهيئات المختصة<sup>638</sup>.

ونصّ المشرّع الجزائري في دستوره<sup>639</sup> على أنّ: "المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور، تسمو على القانون". لكنّ المعاهدة لم تأتي أمرة، وإنّما قالت التي تُقرّ أو تُجيز نظام التّبني، تخصّ الدّول التي تُجيز نظام التّبني، والجزائر أبطلته في المادّة 46 من ق.أ.ج.، وبالرّغم من ذلك فهي صادقت على هذه الاتفاقية ولم تُظهر أيّ تحفّظ بالنسبة لهذه المادّة. ونصّت المادّة 20 من هذه الاتفاقية أن تهتمّ بالطّفل المحروم، وذلك برعايته في مختلف أنظمتها، حتّى في الدّول التي تأخذ بنظام الكفالة الذي جعلته بديلا عن نظام التّبني.

فمن خلال كلّ هذا، ما يُمكن ملاحظته أنّ الاتفاقية الدّولية لحقوق الطّفل لسنة 1989م تبنت مبدأ "الطّفل أولا"، قبل مصلحة الدّولة أو والديه أو أوصيائه، وهو نقلة جديدة على الصّعيد الدّولي نحو حماية حقوق الطّفل، لأنّه ليس بالضرّورة أن تكون مصالح الطّفل مرتبطة مع مصالح والديه أو أوصيائه.

وقد تبنت الاتفاقية عدّة حقوق للطّفل<sup>640</sup>، إلّا أنّه ما يهمنّا وما يتماشى مع محور بحثنا هو حقّ الطّفل في أن تكون له أسرة، وحقّ الطّفل في الرّعاية البديلة، وهذا ما سنتطرّق إليه.

### أ) حقّ الطّفل في أن تكون له أسرة:

<sup>638</sup> انظر، الملحق رقم 02، ص. 464.

<sup>639</sup> المادّة 132 من دستور 1996، المعدل بموجب قانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008 المتضمن التعديل الدستوري.

<sup>640</sup> حقّ الطّفل في الرعاية الصحية، حقّ الطّفل في التعليم، حقّ الطّفل في أن يكون له اسم وجنسية، حقّ الطّفل في حرية العقيدة والدين، حقّ الطّفل في حرية التعبير عن رأيه، حقّ الطّفل في اللعب في أوقات الفراغ والراحة، حقّ الطّفل في الحصول على المعلومات المناسبة.

إن وجود الطّفل بين أبيه وأمه، في محيط أسرة تُحيطه بالرّعاية والاهتمام طيلة فترة الطّفولة، هو أبسط حقوق هذا الطّفل ومن أهمّها، فقد أشارت إلى هذا الحقّ العديد من مواثيق حقوق الإنسان الدّولية، كما أشارت إليه ديباجة اتّفاقية حقوق الطّفل لسنة 1989م حينما ذكرت أنّ الطّفل لكي تنمو شخصيته نموًا كاملاً ومتناسقاً، يجب أن ينشأ في بيئة عائلية، في جوّ من السّعادة والمحبة والتّفاهم.

ومن خلال المادّة 05 من اتّفاقية حقوق الطّفل التي نصّت على أن: "تحتزم الدّول الأطراف مسؤوليات وحقوق وواجبات الوالدين، أو عند الاقتضاء أعضاء الأسرة الموسّعة أو الجماعة، حسبما ينصّ عليه العرف المحليّ، أو الأوصياء أو غيرهم من الأشخاص المسؤولين قانوناً عن الطّفل..."، نلاحظ أنّها تبنت المفهوم الواسع للأسرة لتشمل أيضاً الأقارب والأهل جميعاً بجانب الأبوين.

ومن أجل حماية هذا الحقّ، فقد أقرّت الاتّفاقية مبدأين: الأول يتمثّل في عدم فصل الطّفل عن والديه إذ نصّت المادّة 09 الفقرة 01 من اتّفاقية حقوق الطّفل على عدم فصل الطّفل عن والديه، واعتبرت ذلك قاعدة عامّة لا يجوز الخروج عليها إلاّ في حالات الضّرورة.

كما يجب جمع شمل الأسرة، ولذا أوجبت المادّة 10 من هذه الاتّفاقية على الدّول الأطراف العمل على جمع شمل الأسرة، بالنّظر بشكل إيجابي وسريع وإنساني في الطّلبات التي يُقدّمها الطّفل أو والده لدخول أو مغادرة دولة، بهدف جمع شمل الأسرة.

أمّا الثاني، فهو رعاية حقوق الطّفل في حالة انفصال الوالدين، إذ عالجت المادّة 11 من اتّفاقية حقوق الطّفل حالة انفصال الوالدين وتأثيرها على حقوق الطّفل في أن تكون له أسرة، حيث نصّت على أن: "تتخذ الدّول الأطراف التّدابير اللاّزمة لمكافحة نقل الأطفال إلى الخارج وعدم عودتهم بصورة غير مشروعة، ولأجل تحقيق هذا الغرض تُشجّع الدّول الأطراف على عقد اتّفاقيات ثنائية ومتعدّدة الأطراف والانضمام إلى اتّفاقيات قائمة تُعالج هذا الموضوع". وهذا ما فعلت الجزائر وفرنسا بإبرامهما

اتفاقية خاصة في عام 1988م<sup>641</sup>، من أجل حلّ المشاكل الناجمة عن الزواج المختلط بين الجزائريين والفرنسيات، حيث كانت تقوم الزوجات الفرنسيات بأخذ الأطفال وعدم السماح لهم بعودتهم إلى آبائهم، والعكس صحيح. فهذه الاتفاقية أقرت حقّ الطّفل في الاتّصال بوالديه حتّى في حالة انتهاء العلاقة الزوجية بينهما.

زيادة على هذا فقد راعت الاتفاقية حالة الطّفل المحروم من الوسط العائلي بحيث أقرت له حقا آخر وهو الرعاية البديلة، وهذا ما سنتطرّق إليه في الجزء الثاني.

### (ب) حقّ الطّفل في الرعاية البديلة:

قد يولد الطّفل محروما من وسطه العائلي، وقد يكون وسطه العائلي غير ملائم لتنشئته نشأة صالحة<sup>642</sup>. فقد أكّدت اتفاقية حقوق الطّفل على ضرورة إيجاد وسط عائلي بديل للطّفل المحروم بصفة مؤقتة أو دائمة من هذه البيئية، ويتعيّن على الدّول الأطراف في الاتفاقية أن تُوجد مثل هذا الوسط وفقا لقوانينها وتشريعاتها الوطنية<sup>643</sup>.

فقد أخذت الاتفاقية بنظام التّبني باعتباره أحد وسائل الرّعاية البديلة في القوانين الوضعية، كما أنّها راعت موقف الدّول الإسلامية التي ترفض فكرة التّبني لمخالفته لأحكام الشّريعة الإسلامية، فأقرت لها نظام الحضانة ونظام الكفالة كوسائل للرّعاية البديلة، أو عند الضّرورة الإقامة في مؤسّسات مناسبة لرعاية الأطفال.

## الفرع الثاني

### أنواع التبني وشروطه

<sup>641</sup> انظر، الملحق رقم 3، ص 477.

<sup>642</sup> انظر، محمد السعيد الدقاق، الحماية القانونية للأطفال في إطار مشروع اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل في حقوق الإنسان، م<sup>2</sup>، دراسات حول الوثائق العلمية والإقليمية، دار الملايين للعلم، لبنان، 1989، ص 116.

<sup>643</sup> المادة 20 من الاتفاقية.

أوجب المشرّع الفرنسي على طالب التّبني، بموجب قانون 11 جويلية 1966م، عند تقديم طلبه، أن يبيّن فيه أي نوع من التّبني يُريد سلوكه، هل يرغب في التّبني الكامل (Adoption plénière) أو التّبني البسيط (Adoption simple)؟ كما اشترطت الدّول التي تأخذ بهذا النّظام توافر شروط معيّنة لقبول طلب التّبني.

### أولاً: أنواع التّبني.

يُميّز المشرّع الفرنسي بين نوعين من التّبني، هما: التّبني الكامل

(Adoption plénière) (I)، والتّبني البسيط (Adoption simple) (II).<sup>644</sup>

#### I – التّبني الكامل (L'adoption plénière):

طبقاً للمواد من 343 إلى 359 من القانون المدني الفرنسي<sup>645</sup>، فإنّ التّبني الكامل "يتعلّق إلاّ بالأطفال الذين لا يتجاوز سنّهم 15 سنة، والموجودين في مراكز التّبني منذ سنّة (06) أشهر على الأقل"<sup>646</sup>.

التّبني الكامل يُنشئ نسبا للطفّل الذي لا أصل له، ويحرمه من كلّ علاقة مع عائلته الأصلية، وللطفّل المتبني نفس حقوق وواجبات الطّفّل الشرعي (المادّة 356)، ويُمكن للطفّل المتبني الحصول على اسم (المادّة 357) وجنسية العائلة التي تبنته ويتحصّل على شهادة ميلاد جديدة بكلّ حقّ، كأبيّ طفّل شرعي أو طبيعي تحمل (اليوم والساعة ومكان الازدیاد، ذكرا أم أنثى).

أيضا بالنسبة للمتبنّي (اسم، لقب ومكان الازدیاد)، الصّورة طبق الأصل لهذه الشّهادة (شهادة الميلاد) تحمل خصائص الحكم (تعين المحكمة وتاريخ الحكم).

<sup>644</sup> La loi Française régleme deux catégories d'adoption: L'adoption plénière, qui rompe les liens effectifs ou potentiels avec la famille d'origine (Art. 343 et suivants du Code Civil) et l'adoption simple (Art. 360 et suivants du Code Civil) qui les maintient, conférant à l'enfant une double filiation. C.civ., droit de la famille, Dalloz, 2010-2011, édit 2013, pp 560-586.

<sup>645</sup> انظر، القانون المدني الفرنسي.  
<sup>646</sup> المادة 345 من القانون المدني الفرنسي.

كما يُسمح للطفّل المتبني أن يرى سجله أمام المحكمة العليا إذا كان يعلم نسبه الأصلي (إذا كان معلوماً).

## II - التّبني البسيط (L'adoption simple) <sup>647</sup>:

في هذا النوع من التّبني لا يُعتبر السنّ شرطاً أساسياً، إذ لا يؤخذ بعين الاعتبار، طبقاً للمادة 360 من القانون المدني الفرنسي. إنّ التّبني البسيط يُرجع إلى المتبني كلّ الحقوق الأبوية، والطفّل يبقى على اتّصال بعائلته البيولوجية (الأصلية)، وإنّه يحتفظ بحقوقه حتّى فيما يخصّ الإرث <sup>648</sup>.

الطفّل المتبني بالتّبني البسيط له حقوق وواجبات على كلتا العائلتين، لكن إذا كان يحمل اسم عائلته المتبنيّة (أو على علم باسمه)، لا يُمكن له أخذ جنسيتهم تلقائياً، ويُمكن لجديّه بالتّبني أن يحرمه من الميراث. لكن يُمكن له الحصول عليها علنياً حتّى بلوغه سنّ الرّشد، ولا يحصل على اسم المتبنيّ بكامل حقوقه <sup>649</sup>.

يُمكن سحب التّبني البسيط لأسباب خطيرة بطلب من المتبنيّ أو المتبني <sup>650</sup>.  
الطفّل المتبني بالتّبني البسيط من طرف شخص فرنسي الجنسية، يُمكن له حتّى بلوغه سنّ الرّشد أن يطلب الجنسية الفرنسية، إذا كان في تلك الفترة يقطن بفرنسا.

<sup>647</sup> انظر، القانون المدني الفرنسي.

<sup>648</sup> المادة 364 من ق.م.ف. لسنة 2013.

<sup>649</sup> المادة 363 من ق.م.ف.

<sup>650</sup> المادة 370 من ق.م.ف.

« L'enfant qui a fait l'objet d'une adoption simple par une personne de nationalité Française peut, jusqu'à sa majorité, déclarer, dans les conditions prévues aux articles 26 et suivants, qu'il réclame la qualité de Français, pourvu qu'à l'époque de sa déclaration il réside en France »<sup>651</sup>.

« Toutefois, l'obligation de résidence est supprimée lorsque l'enfant a été adopté par une personne de nationalité Française n'ayant pas sa résidence habituelle en France »<sup>652</sup>.

كما يُمكن للطفّل الحصول على الجنسية الفرنسية إذا:

احتُضن في فرنسا لمدة 05 سنوات، ومترّي عند شخص فرنسي الجنسية أو أُرسِل إلى المصالح الاجتماعية للطفولة.

احتُضن في فرنسا وتلقّى حينئذ تكويناً فرنسياً لمدة 05 سنوات على الأقلّ، إمّا عن طريق مصلحة عامّة أو مصلحة خاصّة تحمل الخصائص المحدّدة من طرف مجلس الدّولة<sup>653</sup>.

ومن زاوية أخرى، أجازت النصوص القانونية المنظّمة للتبني إمكانية تعديله والرجوع في الحكم القاضي بالتبني، وأعطت للأطراف الآتية الحقّ في طلب ذلك. وعليه فإنّه يحقّ للمتبني وللمتبنّي، أو نائبه القانوني إذا كان قاصراً، أن يُقدّم طلباً إلى المحكمة المختصة التي تبثّ في الطلب بعد تحقيق مطلوب في الحالة المطروحة، مع مراعاة المصلحة الفضلى للطفّل المتبني، ثمّ تُقرّر بموجب حكم قضائي ما تراه مناسباً، فإذا أصدرت المحكمة قراراً بحلّ رابطة التبني، فإنّ الطّفّل المتبني يعود إلى أسرته الحقيقية، كما كان في السابق<sup>654</sup>.

ومن هنا نستخلص أنّ نظام التبني نجده في القانون الفرنسي، عكس القانون الجزائري الذي يأخذ بنظام الكفالة كبديل له. ولكنّه لا بدّ من توافر شروط وإجراءات خاصّة به.

<sup>651</sup> Loi n° 198-170 du 16 mars 1998.

<sup>652</sup> Entrée en vigueur le 01 septembre 1998.

<sup>653</sup> قانون رقم 93-93 المؤرخ في 22 جويلية 1993.

<sup>654</sup> المادة 370 من ق.م.ف.

### ثانيا: شروط التبني وإجراءاته.

التبني محرم شرعا وقانونا بالنسبة للقانون الجزائري وبعض القوانين الأخرى، فبذلك لا تتوفر له شروط ولا إجراءات، لكنّ الدول الأجنبية التي أخذت به، مثلا فرنسا، لها شروط وإجراءات لا بدّ من توافرها في طالب التبني وفي الطّف المرغوب في تبنيّه، من أجل إصدار قرار التبني.

وتتلخص فيما يلي:

- ❖ "أن تكون هناك أسباب معقولة تدفع إلى التبني، وتقدير هذه الأسباب متروك للمحكمة.
- ❖ أوجب القانون الفرنسي شرط السنّ في طالب التبني كحدّ أدنى، إذ يجب أن لا يقلّ سنّه على 28 عاما.
- ❖ ضرورة وجود فارق في السنّ بين طالب التبني والمتبني، إذ يُشترط أن لا يقلّ عمره عن 15 سنة.
- ❖ ضرورة موافقة الزوج الآخر إذا كانت الرابطة الزوجية قائمة (بين رجل وامرأة)، وحتى بالنسبة للمتولين<sup>655</sup>. إذ القانون أجاز لهم التبني.
- ❖ ضرورة موافقة الوليّ الشرعي للمتبني.
- ❖ ضرورة وجود مصلحة وفائدة للمتبني.
- ❖ عدم وجود خلف شرعي للمتبني يوم التبني.
- ❖ ليس لطالب تبني طفل دون السادسة عشر من عمره أن يتبناه، إلّا إذا كفله مدّة ستّة أشهر على الأقلّ قبل بدء إجراءات التبني، ويقتضي إتمام التبني بعض الإجراءات الشكلية<sup>656</sup>.

أمّا بالنسبة لإجراءات التبني في القانون الفرنسي فتتمثل في:

<sup>655</sup> تمت المصادقة على قانون "الزواج للجميع" بعد نقاش حاد في شهر فبراير 2013.

<sup>656</sup> محمد صبحي نجم، المرجع السابق، ص. 61-62.

**أ) إجراءات تحرير عقد التبني في القانون الفرنسي:**

"بعد توفر الشروط سالفة الذكر يتم تحرير عقد التبني في وثيقة وهذا بعد إجراء التحقيق.

تقوم الجهات القضائية المختصة بتحرير حكم قضائي من خلاله تُقرر عقد التبني، وهذا الحكم يكون غير نهائي وقابل للطعن، إذ يجوز لكل ذي مصلحة أن يرفع طعنا ضدّ الحكم القاضي بالتبني ويجوز للنيابة العامة، مراعاة للمصلحة العامة، أن ترفع طعنا ضدّ الحكم القاضي بالتبني ويجوز للنيابة العامة، مراعاة للمصلحة العامة، أن ترفع طعنا ضدّ الحكم القاضي به، كما يجوز لكل من لحقه ضرر نتيجة الحكم القاضي بالتبني أن يطعن فيه<sup>657</sup>.

**ب) إجراءات إصدار الحكم القاضي بالتبني:**

تتمثل في تقديم طلب إلى القاضي المختص. وبحضور كل من طالب التبني وزوجه وكذلك حضور والد المتبني إن وجد أو ممثل السلطة الإدارية إلى مكتب القاضي ومن الضروري موافقة زوج طالب التبني وإجراء تحقيق، مع مراعاة مصلحة الطفل الفضلى. وعليه نستنتج أن القوانين الوضعية التي أخذت بنظام التبني، حددت له شروطا وإجراءات لا بدّ من توافرها، بعكس القانون الوضعي الجزائري الذي لم يأخذ بنظام التبني والذي لم يُحدّد له أيّ شروط ولا إجراءات، لكن وجد له بديلا، وهو نظام الكفالة الذي أخذ به ونظّم له شروطا وإجراءات، لا بدّ من توافرها<sup>658</sup>.

**الفرع الثالث****كيفية إبطال التبني والتكييف الجزائي له في ظل التشريع الجزائري**

بعد تفحص النصوص القانونية يتضح أنه لا توجد من الناحية النظرية دعوى تُسمى إبطال التبني، لكن يُستخلص عمليا أن المحاكم تُصدر أحكاما بإبطال التبني، وهو الشيء الذي يؤكد وجود دعوى إبطال التبني كمصطلح، إذ ورد في القرار الصادر

<sup>657</sup> محمد صبحي نجم، المرجع السابق، ص.62.

<sup>658</sup> أمال علال، المرجع السابق، ص.63.

بتاريخ 1994/06/28م، قضية (ف.ف) ضد (م.و)، "دعوى إبطال التّبني لإخراج المطعون ضده من الميراث -الحكم برفض الدعوى- خطأ في تطبيق القانون<sup>659</sup>.

ومتى تبين -في قضية الحال- أنّ المطعون ضده لم يكن ابنا شرعيا للمتبني فإنّ للمدعية الحقّ في إخراجها من الميراث، لأنّ التّبني ممنوع شرعا وقانونا، وعليه فإنّ قضاة الموضوع لما أيدوا الحكم المستأنف القاضي برفض دعوى إبطال التّبني على أساس أنّ المتبني لم يُنكر نسب الولد المتبني، لقد أخطئوا في تطبيق القانون، ذلك أنّ دعوى إبطال التّبني ليست كدعوى نفي النسب. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه<sup>660</sup>.

لهذا سنحاول أن نتطرق إلى هذه الدعوى في ظلّ القانون الجزائري لكونه يُحرّم التّبني بموجب قانون أحكام الأسرة. هذا من جهة، ومن جهة أخرى، نُحاول البحث عن التّكييف الجزائري لفعل التّبني، مع العلم أنّه لا يوجد نصّ عقابي محدد في قانون العقوبات الجزائري يُعاقب على مثل هذا الفعل.

### أولا: دعوى إبطال التّبني.

إنّه من المقرّر قانونا أنّ أيّ دعوى تُرفع أمام القضاء، تستوجب شروطا وإجراءات مقرّرة في القانون، وهو الشّيء الذي ينطبق على هذه الدعوى، باعتبارها كذلك دعوى قضائية. لهذا يُمكن أن نتطرق إلى إجراءات رفع دعوى التّبني، وتحديد المحكمة المختصة للنظر في النزاع، وتحديد أطراف النزاع، وسلطة القاضي في النظر في الدعوى.

### I- أطراف الدعوى:

<sup>659</sup> المادتان 46 من ق.أ.ج و47 من الأمر المؤرخ في 1970/02/19 من ق.ح.م، من المقرر أنه يمنع التّبني شرعا وقانونا.

<sup>660</sup> انظر، م.ع، غ.أ.ش، 1994/06/28، ملف رقم 122761، م.ق، عدد خاص، 2001، ص.155.

ونعني في قضية الحال المدعي والمدعى عليه. تنص المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية علي أنه: "لا يجوز لأي شخص، التقاضي ما لم تكن له صفة، و له مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون. يُثير القاضي تلقائيا انعدام الصفة في المدعي أو في المدعى عليها. إمّا يُثير تلقائيا انعدام الإذن إذا ما اشترطه القانون"<sup>661</sup>.

إن مناسبة رفع هذه الدعاوى، عادة ما تكون مقترنة بالنزاعات المتعلقة بالميراث، إذ ورثة المتبني يعملون جاهدين على إخراج هذا الدخيل لكونه ليس بابن شرعي حتى يُسد في وجهه باب الإرث، فلا تكون لهم أية وسيلة ماعدا دعوى التنبّي أو الدّفع بالتنبّي أثناء سير الدعوى الأصلية. وعليه نستخلص أنّ أطراف الدعوى هم النيابة العامة، طبقا للمادة 03 مكرّر من الأمر 02-05 المعدّل والمتّم من قانون الأسرة<sup>662</sup>، ومن جهة ثانية الشخص الذي يزعم أنّه المتبني، ومن جهة أخرى لكلّ صاحب مصلحة، لاسيما الورثة الشرعيين.

## II - المحكمة المختصة وسلطاتها في نظر الدعوى:

عملا بأحكام قانون الأسرة، لاسيما المادة 46 منه، فإنّ الاختصاص النوعي يؤول إلى جهات القضاء المدني، قسم شؤون الأسرة، أمّا الاختصاص المحلي فهو خاضع إلى القواعد العامة في الاختصاص، حيث أنّ رافع الدعوى يرفع عريضته محددا الوقائع والطلبات ومؤيدا ذلك بالحجج والأسانيد<sup>663</sup>.

أو الدّفع أثناء سير الدعوى، فالقاضي بعد عرض النزاع عليه والتأكد من صحّة الإجراءات، يُباشر إجراءات التحقيق، مستعينا بشهادة الشهود مثلا، أو يستعين

<sup>661</sup> قانون رقم 09-08 المؤرخ في 18 صفر 1429 هـ الموافق لـ 25 فبراير 2008م، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.، رقم 21، الصادرة بتاريخ 22 أبريل 2008.

<sup>662</sup> تنص المادة 03 مكرّر من الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 على أنه: "تعد النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون".

<sup>663</sup> قرار سالف الذكر المؤرخ في 1994/06/28.

بالتقارير الطيبة إذا كانت تُثبت عقم الزوجين، أو الاستعانة بالطرق العلمية كاللجوء إلى (A.D.N.) أو إقرار المتبني<sup>664</sup>.

أما سلطة القاضي في النزاع المعروف، فهي لا تقتصر على إبطال التّبيّني فحسب، بل إبطال حتّى عقد ميلاد المتبني، وهو الشيء الذي أكّده المحكمة العليا في اجتهادها القاضي على ضرورة إبطال عقود الميلاد الباطلة بعد إبطال التّبيّني<sup>665</sup>.

<sup>664</sup> جيلالي تشوار، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.166.

<sup>665</sup> انظر، م.ع، غ.أ.ش، 2000/01/18، ملف رقم 234949، م.ق، عدد خاص، 2001، ص.158.

**III- قابلية أحكام التبني للطعن:**

الأحكام الصادرة عن محكمة الدرجة الأولى في هذه المسألة هي ابتدائية وليست نهائية، وبالتالي يمكن الطعن فيها بالطرق العادية بالمعارضة والاستئناف، والطرق غير العادية كالطعن بالنقض والتماس إعادة النظر.

**ثانيا: التكيف الجزائي لفعل التبني والعقوبة المقررة له.**

سوف نتعرض إلى التكيف الجزائي (I)، ثم إلى العقوبة الجزائية المقررة لفاعل التبني (II).

**I- التكيف الجزائي:**

على الرغم من أن الفعل الذي يقوم به الشخص القائم بالتبني، يكون في حد ذاته، مساسا بالنظام العام، لأنه يحدث نزاعات عرقية وعائلية داخل المجتمع، لكون هذا الطفل المتبني يُعتبر دائما دخيلا على الأسرة الحاملة للقب العائلي الذي اعتدى عليه، والذي يُعتبر تعديا على حقوق الغير المتجسد في التعدي على لقب الغير، لكون اللقب مشترك في عدة عائلات.

إلا أن المشرع الجزائري لم يُجرّم هذا الفعل بحد ذاته، لكن بالرجوع إلى طبيعة هذا الفعل نجده يكون في عناصره نوعا من التّحايل على القانون، ويتمثل في ذلك الإقرار والإدلاء بالتّصريحات لدى ضابط الحالة المدنية غير مطابقة للحقيقة، بدليل أن الطفل ليس ابنه الشرعي. وعلى هذا الأساس فإنه يمكن تكيفه، بعد الرجوع إلى نصّ المادة 34 من قانون الحالة المدنية، التي تنصّ على أن كلّ شخص ورد ذكره في الوثيقة ولم تكن تصريحاته حقيقية يتعرّض للعقوبة المنصوص عليها في نصّ المادة 217 من قانون العقوبات<sup>666</sup>.

<sup>666</sup> تنص المادة 217 ق.ع.ج على أنه: "يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 10000 إلى 20000 دج كل شخص ليس طرفا في المحرر أدلى أمام الموظف بتقرير يعلم أنه غير مطابق للحقيقة...".



**II - العقوبة الجزائية المقررة لفاعل التبني:**

طبقاً لنص المادة 217 من قانون العقوبات، فإن العقوبة المقررة لمن صرح أمام ضابط الحالة المدنية بطفل (على أساس أنه ابن له)، قصد تسجيله بالحالة المدنية، وهو على علم بأن هذا التصريح مخالف للواقع والحقيقة (كون هذا الابن ليس من صلبه)، هي الحبس من سنة (الحد الأدنى) إلى خمس (05) سنوات (الحد الأقصى) وبغرامة من 10000 إلى 20000 دج. كل ذلك لأن الشخص أضفى نسبه على طفل معلوم النسب أو مجهول النسب أو ابن زنا، وهذا يُعتبر فعلاً مخالفاً للحقيقة وتعدياً على اللقب العائلي للغير.

وبهذا يُعدّ التبني باطلاً، ولا ينتج عنه أي أثر من آثار البنية الشرعية في القانون الوضعي الجزائري، لكنه يُرتب آثاراً في بعض الدول التي تأخذ به، مثلاً: مانع الزواج بين المتبني وأقاربه بالتبني.

كما أن هناك عملياً دعوى تُدعى بدعوى إبطال التبني، يقوم القاضي بإصدارها، كون أن التبني يمسّ بالنظام العام.

وعليه نستنتج أن القوانين التي أخذت بنظام التبني، حددت له شروطاً وإجراءات، على عكس القانون الجزائري الذي لم يأخذ به، لكن وجد له بديلاً وهو نظام الكفالة، الذي يتميز بالديمومة إلى أن يطرأ عليه شيء يؤدي إلى انقضائه، كما أن الشريعة الإسلامية هي الأخرى أغلقت باب التبني، لكنها فتحت أبواباً أخرى تضمن حماية للأطفال مجهولي النسب واللقطاء، وكذا بالنسبة لعدم قدرة الآباء في إحياء الأولاد، وذلك بما يُعرف بالكفالة والاحتضان والرعاية التي تضمن حماية الأنساب وعدم اختلاطها. وهذا ما سوف نتناوله من خلال المطلب الثالث.

## المطلب الثالث

### نظام الكفالة

حرمت الشريعة السّمحاء التّبني بعدما كان معمولا به في الجاهلية قبل الإسلام، إلا أنّ هذا التّحريم كان له بديل، وذلك لحماية شريحة في المجتمع، كانت ضحية تصرفات سلبية، نتج عنها أطفال مجهولي النسب ولقطاء<sup>667</sup>.

وهذا البديل يتمثل في نظام الكفالة الذي عملت به العديد من الدول الإسلامية، منها الدولة الجزائرية التي استبعت نظام التّبني، طبقا للمادة 46 من قانون الأسرة، وأعطت له البديل بمقتضى أحكام المواد من 116 إلى 125 من قانون الأسرة، مقتدية بذلك بأحكام الشريعة الإسلامية.

تُعتبر الكفالة أحد المواضيع الأكثر جدلا ونقاشا بين الأوساط العلمية القانونية والشريعة وفي الجمعيات الخيرية، خاصة تلك المكلفة برعاية الطفولة. وقد أخضعت هذه الأخيرة لشروط دقيقة ومحددة من قبل المشرع قصد تفريقها عن التّبني، وحتى يُتجنب كلّ خلط ودمج بينهما، ولمنع أية عملية احتيالية يكون من شأنها إدخال نظام التّبني في القانون الجزائري في صور مستترة.

ولمعرفة هذا النظام بوسعنا أن نتطرق لبعض الإشكاليات المتمثلة في: مفهوم الكفالة، وما حكمها في الشريعة الإسلامية والقانون؟ وما هي شروطها، حالاتها وآثارها؟ وفيم يكمن الفرق بين التّبني والكفالة في الشريعة الإسلامية والقانون؟

وللتوضيح أكثر، سوف نتعرض إلى مفهوم الكفالة وشروطها (الفرع الأول)، ثم إلى إجراءات الكفالة (الفرع الثاني)، وأخيرا الآثار القانونية للكفالة وانقضاؤها (الفرع الثالث).

<sup>667</sup> انظر، فريدة زاوي، مدى تعارض المرسوم التنفيذي 92-24 المتعلق بتغيير اللقب مع مبادئ الشريعة الإسلامية، م.ق، 2000، عدد 02، ص.69.



## الفرع الأول

## مفهوم الكفالة وشروطها

من أهم الأنظمة الاجتماعية، ضمّ الطّفل إلى من هو أقدر على الاهتمام به، والعناية بشؤونه، وإتمام تربيته وتوجيهه إلى الطّريق الصّحيح. والكفالة هي نوع من هذه الرّعاية بالطّفولة، بحيث تضمن للطّفل التّربية الصّحية والخُلُقِية السّليمة.

إذا ما المقصود بالكفالة؟ وما مميّزاتها؟ وما هي الشّروط الواجب توافرها في من تثبت له هذه الكفالة؟

## أولاً: تعريف الكفالة ومميّزاتها.

يُمكن تعريفها بحسب المعنى اللّغوي والمعنى الاصطلاحي.

تعني الكفالة في اللّغة<sup>668</sup>: الضّمّ، ومنه قول الله ﷻ: ﴿...وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا...﴾<sup>669</sup>.

فهي من: كَفَلَ، يَكْفُلُ، كَفْلاً وَكَفَالَةً، إذا فالكافل هو القائم بأمر اليتيم والمرّي له، ولذلك يقول الله ﷻ في كتابه الكريم: ﴿...وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾<sup>670</sup>، أي وأنا به كفيل.

وقوله ﷻ: "أنا وكافل اليتيم كهاتين في الجنة وأشار بالسبابة والوسطى وفرج بينهما"<sup>671</sup>، أي ضمّ اليتيم إلى نفسه.

أمّا اصطلاحاً، فالكفالة في القانون لها معنيين: معنى حسب القانون المدني ومعنى حسب قانون الأسرة.

تتطلب الكفالة في القانون المدني شروطاً محددة في القانون لانعقادها، وتعني الضّمان في القانون المدني (Le cautionnement)، وهو نوع من أنواع التّأمين، نظّمه

<sup>668</sup> انظر، سيد سابق، فقه السنة، ج3، دار الفكر العربي، لبنان، 1403هـ/1983م، ص.283.

<sup>669</sup> سورة آل عمران، الآية: 37.

<sup>670</sup> سورة يوسف، الآية: 72.

<sup>671</sup> فضيل سعد، المرجع السابق، ص.226 (رواه البخاري والترمذي وأبو داود).

المشرع الجزائري في القانون المدني<sup>672</sup>، حيث عرفه بأنه "عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه"<sup>673</sup>.

أما في قانون الأسرة، فالكفالة هي عبارة عن التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية، قيام الأب بابنه، وتتم بعقد شرعي<sup>674</sup>. وعلى هذا المنوال فالكفالة هي عبارة عن التزام تطوعي للتكفل برعاية طفل قاصر وتربيته وحمايته بنفس الطريقة التي يتعامل بها الأب مع ابنه.

وتُمنح الكفالة بناء على طلب المعني، وتكون سواء أمام القاضي المختص أو الموثق. والشيء الملاحظ أنّ الكفالة، عادة كما سبق وأن أشرنا، هي وسيلة لحلّ بعض المشاكل اليومية داخل المجتمع، لاسيما في مرحلة سنين الجمر التي مرّت بها الجزائر، بداية من التسعينات، التي ترتبت عنها ظاهرة ما يسمّى بالأمّهات العازبات واللواتي ليست لهن القدرة حتّى على إعالة أنفسهنّ، لكنّ أحكام الكفالة كان لها أثر إيجابي في تلك الحقبة، إذ فتحت الباب أمام عدّة عائلات بالتكفل بأبناء الأمّهات العازبات، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى، كذلك فتحت الباب للأسر التي ترغب في الإنجاب ولكن لسبب ما لم يرزقهم الله بذلك، فكانت أحكام الكفالة بمثابة المفتاح القانوني لحلّ مثل هذه المشاكل.

تعتبر الكفالة إحدى صور الرعاية البديلة التي تعترف بها الشريعة الإسلامية للطفل الذي فقد رعاية والديه، سواء كان معلوم أو مجهول النسب<sup>675</sup>.

<sup>672</sup> زكية حميدو، المرجع السابق، ص.97.

<sup>673</sup> المادة 644 من ق.م.ج.

<sup>674</sup> المادة 116 من ق.أ.ج.

<sup>675</sup> انظر، محمد عبد الجواد محمد، حماية الطفولة في الشريعة الإسلامية والقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، د.س.ن.، ص.67-68؛ انظر، عمر فروخ، الأسرة في الشرع الإسلامي، المكتبة العصرية، بيروت، لبنان، 1988، ص.125؛ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية...، المرجع السابق، ص.400؛ انظر، عبد الفتاح تقيه، قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي، د.د.ن.، 1999-2000، ص.293؛ أحمد إبراهيم بك وواصل علاء الدين، المرجع السابق، ص.563.

ونعني بها رعاية الطفل من قبل أسرة غير أسرته النووية، سواء كانت من أقاربه أو غريبة عنه<sup>676</sup>.

الكفالة تحمي الحقوق الميراثية وتمنع التعدي على حقوق التركة، إذ لا يحقّ للمكفول الميراث فيها، بل يُمكن الحصول على الهبة أو الوصية فقط<sup>677</sup>.

من هنا يُمكن أن نستخلص مميّزات الكفالة<sup>678</sup>، كما يلي:

1- أنّ موضوعها يكون القيام بولد قاصر، وذلك بالسهر على شؤونه من نفقة وتربية ورعاية، كما يقوم الأب بابنه من صلبه. والولد قد يكون يتيم الأب أو الأم، أو هما معاً، وقد يكونا على قيد الحياة أو أحدهما، كما قد يكون لقيطاً، كأن يكون أبوه غير معروف، أو أبويه غير معروفين.

2- الكفالة عقد تبرّع، أي تكون دائماً بدون مقابل، حيث لا يُقدّم الكفيل أيّ مقابل للجهة التي حصل منها على الولد الذي كفله، كالجمعيات والهيئات التي يكون غرضها إيجاد عائلة للأطفال المسعفين التي تُشرف عليهم، وبالتالي يُعتبر عمل العائلات التي تتكفل بالطفل إنسانياً محضاً، يهدف إلى توفير محيط عائلي يُساعد الولد القاصر على مواجهة الحياة، ولا يُمكن بأيّ حال من الأحوال أن تكون العملية معاملة تجارية.

3- يلتحق المكفول بمنزل الكافل ويعيش فيه بصفة طبيعية وكأنّه الابن الشرعي، ويكون موطن المكفول هو موطن الكافل قانوناً، باعتبار أنّ الكافل يكون نائباً عن الطفل المكفول بمقتضى عقد الكفالة في كلّ ما يتعلّق بالحقوق المالية التي يُمكن أن تكون في ذمّة المكفول، والتي يكون تحصل عليها من آباءه المتوفّين مثلاً، إذا كان يتيماً وكفله الكافل لهذا السبب (المادة 122 من قانون الأسرة).

<sup>676</sup> انظر، علي الهادي الحوات، رعاية الطفل المحروم (الأسس الاجتماعية والنفسية البديلة للطفولة)، مركز الإنماء العربي، ط<sup>1</sup>، 1989، ص. 27-32؛ انظر، محمد أحمد قاسم أنسي، أطفال بلا أسر، مركز الإسكندرية للكتاب، مصر، ط<sup>1</sup>، 1998، ص. 48.

<sup>677</sup> المادة 123 من ق.أ.ج.

<sup>678</sup> فاطمة الزهراء رابحي زوجة تبوب، المرجع السابق، ص. 107.

4- تتم الكفالة بعقد شرعي، أي أنها عقد منظم من قبل المشرع بصفة محددة ودقيقة، حيث أوجب المشرع توفر أطراف عقد الكفالة على شروط حتى يصبح العقد شرعياً، وبالنتيجة يُعطي حقوقاً قانونية، كما يُعطي الكفيل الكفاية اللازمة للاحتجاج تجاه الغير ويجعل منه المكلف بدون منازع برعاية الطفل وإدارة شؤونه.

### ثانياً: تمييز الكفالة عن التبني.

إنّ الشيء المتعارف عليه ظاهرياً في التفرقة بين التبني والكفالة هو أنّ التبني يؤثر في النسب، إذ يحدث نسباً جديداً اعتبارياً، وهو النسب بالتبني. هذا من جهة، ومن جهة أخرى، يؤثر في العلاقة الميراثية بسبب النسب الاعتباري، إذ يصبح وارثاً هو كذلك، متى توافرت شروط الميراث.

### I - في التشريعات الإسلامية:

من حيث المشروعية، تُعتبر الكفالة مشروعة بكتاب الله ﷺ وسنة رسوله ﷺ، وإجماع العلماء. فمن الكتاب قوله ﷺ: ﴿ قَالَ لَنْ أُرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّى تُؤْتُونِ مَوْثِقًا مِنْ اللَّهِ لَتَأْتُنِي بِهِ إِلَّا أَنْ يُحَاطَ بِكُمْ فَلَمَّا آتَوْهُ مَوْثِقَهُمْ قَالَ اللَّهُ عَلَى مَا نَقُولُ وَكِيلٌ ﴾<sup>679</sup>، وقال ﷺ: ﴿ قَالُوا نَفَقْدُ صُوعَ الْمَلِكِ وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾<sup>680</sup>، وجاء في السنة النبوية عن أبي إمامة أنّ الرسول ﷺ قال: "الزعيم غارم"، ومعنى الزعيم الكفيل، والغارم هو الضامن.

وقد أجمع العلماء<sup>681</sup> جوازها، ولا يزال المسلمون يكفل بعضهم بعضاً من عصر النبوة، دون تكفير من أحد العلماء. أمّا التبني، فكما سبق وأن رأينا، فهو محرّم تحريماً قطعياً بالكتاب والسنة، إذ يقول ﷺ: ﴿ مَا جَعَلَ اللَّهُ لِرَجُلٍ مِنْ قَلْبَيْنِ فِي جَوْفِهِ وَمَا جَعَلَ أَزْوَاجَكُمْ الَّتِي تَظَاهِرُونَ مِنْهُنَّ أُمَّهَاتِكُمْ وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكَ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ

<sup>679</sup> سورة يوسف، الآية 66.

<sup>680</sup> سورة يوسف، الآية 72.

<sup>681</sup> سليمان بن الأشعث أبو داود، المرجع السابق، ص. 230.

يَقُولُ الْحَقُّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ ﴿٦٨٢﴾ أَدْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَاِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوْلَاكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ، وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا ﴿٦٨٢﴾.

ومن السنة قوله ﷺ في حديث أخرجه البخاري ومسلم: "ليس من رجل ادعى إلى غير أبيه وهو يعلمه إلا كفر"، وقوله ﷺ أيضا: "من ادعى إلى غير أبيه وهو يعلم أنه غير أبيه فالجنة عليه حرام". إلا أنه في حالة النسب من التنبّي الخطأ، فلا إثم عليه لقوله ﷺ: ﴿وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ﴾، والدليل من السنة قوله ﷺ: "إن الله تعالى رفع عن أمّتي الخطأ والتسيان والأمر الذي يكرهون عليه".

وبهذا جعل الله ﷻ الإثم، تعمّد الباطل، لقوله ﷻ: ﴿أَدْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَاِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوْلَاكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ، وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا﴾<sup>683</sup>.

ومن ذلك نجد أنّ الشريعة الإسلامية لم تحلّ مشكل التنبّي، بل جاءت بنظام بديل لحفظ الأنساب وتطهير المجتمع من اختلاط الأنساب، يُعرف بنظام الكفالة.

من حيث الآثار، لا يُرتب التنبّي أي أثر بحكم تحريمه القاطع، فلا ميراث للمتنبّي ولا نسب له، إذ لا يمكن إلحاقه بالشخص الذي يُريد تنبّيه، ومن خالف هذه الأحكام يُعدّ آثما مشركا بالله، والإسلام بهذا جعل لكلّ نظام سببا أصليا، ففي الإرث مثلا، قال ﷺ: ﴿وَالَّذِينَ آمَنُوا مِنْ بَعْدِ وَهَاجَرُوا وَجَاهَدُوا مَعَكُمْ فَأُولَئِكَ مِنْكُمْ وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾<sup>684</sup>.

ربط القرآن الكريم سبب الإرث بصلة الدّم والقرباة الحقيقية، وهو ما لا يتوقّر عند المتنبّي والمكفول، أمّا في الزواج فيقول ﷻ: ﴿...وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ

682 سورة الأحزاب، الآيتان 04-05.

683 سورة الأحزاب، الآية 05.

684 سورة الأنفال، الآية 75.

أَصْلَيْكُمْ...<sup>685</sup>، حيث جعل القرآن الكريم من المحرمات حائل الأبناء الصليبين، لا الأدياء، لأنهم ليسوا من الصلب.

هذا وقررت الشريعة الإسلامية أن النسب لا يثبت إلا بولادة حقيقية وفعلية وناشئة عن علاقة شرعية. أما في حالة عدم الاهتمام إلى الآباء الحقيقيين، فإن الله جل جلاله جعل مكانة الأدياء في المجتمع على أساس الأخوة في الدين والموالة، كذلك لكي لا يبقوا في جماعتهم بغير رابطة، بعد إلغاء نظام التبني لقوله ﷺ: ﴿فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَاِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوْلَاكُمْ﴾، وهذه العلاقة شعورية وأدبية، لا تترتب عليها التزامات النسب بالدم، فيدعون باسم الأخوة إن كانت صلتهم واحدة، وباسم الولاية إن كانوا عتقاء".

وخلاصة القول أن الكفالة بحكم جوازها شرعا، تُرتب بعض الآثار العرفية التي يمكنها أن تمس بما يترتب من آثار عن وفاة الكافل، كما به خطر امتلاك المكفول لحق الزواج بإحدى بنات الشخص الكافل، كما أن بلوغ المكفول لسن الرشد يُعطيه حرية التصرف في نفسه وفي ماله، إن كان قد جمع مالا بنفسه.

## II - في القانون الوضعي الجزائري:

أيد المشرع الجزائري الشريعة الإسلامية بتحريم التبني إذ قال: "يُمنع التبني شرعا وقانونا"<sup>686</sup>.

معنى ذلك أنه لا يجوز لأي مسلم جزائري أن يدعي أن الولد الفلاني ابنه بالتبني، ولا يجوز أبدا أن يُنسب إليه ويُسجل على لقبه واسمه بسجلات الحالة المدنية، إلا أنه في مقابل هذا المنع، يقترح المشرع الجزائري نظام الكفالة (Recueil légal)، ويكون بذلك متأثرا بالشريعة الإسلامية، ونظمه في قانون الأسرة في المواد 116-125،

<sup>685</sup> سورة النساء، الآية 23.

<sup>686</sup> المادة 46 من ق.أ.ج.

وعرّف المشرّع الكفالة على النحو التالي: "الكفالة التزام على وجه التبّع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية، قيام الأب بابه، وتتمّ بعقد شرعي" <sup>687</sup>.

من المقرّر قانوناً أنّه إذا كان محلّ أو سبب الالتزام مخالفين للنظام العامّ والآداب العامة، كان العقد باطلاً، ومن ثمّ فإنّ النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير وجيه <sup>688</sup>.

وتنصّ المادة 117 على أنّه: "يجب أن تكون الكفالة أمام المحكمة، أو أمام الموثّق، وأن تتمّ برضا من له أبوان" <sup>689</sup>.

كما أنّه "يجب أن يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي، إن كان معلوم النسب، وإن كان مجهول النسب، تُطبّق عليه المادة 64 من قانون الحالة المدنية" <sup>690</sup>.

وتنصّ المادة 64 على أنّ ضابط الحالة المدنية نفسه هو الذي يُعطي الأسماء الشخصية للأطفال اللقطاء والأطفال المولودين من آباء مجهولين، كما ينصّ في نفس الوقت على أن يُسمّى الطّفّل في هذه الحالة بمجموعة من الأسماء ليتخذ آخرها كلقب له <sup>691</sup>.

"وتحوّل الكفالة الكافل، الولاية القانونية وجميع المنح العائلية والدراسة التي يتمتّع بها الولد الأصلي"، طبقاً للمادة 121 من قانون الأسرة، كما أنّه "يجوز للكافل أن يُوصي أو يتبرّع للمكفول بما له في حدود الثلث، وإن أوصى أو تبرّع بأكثر من ذلك، بطل ما زاد على الثلث، إلا إذا أجازته الورثة" <sup>692</sup>.

ما يُلاحظ في الكفالة في القانون الجزائري، أنّ مفهومها لا يُخالف مفهوم الكفالة في الشريعة الإسلامية، ولقد حدث في سنة 1992م أنّ رئيس الحكومة السيد أحمد غزالي أصدر مرسوماً تنفيذياً بترقيم 24/92، والذي يُحوّل للكافل منح المكفولين

<sup>687</sup> المادة 116 من ق.أ.ج.

<sup>688</sup> نبيل صقر، المرجع السابق، ص.313.

<sup>689</sup> المادة 117 من ق.أ.ج.

<sup>690</sup> المادة 120 من ق.أ.ج.

<sup>691</sup> المادة 64 من ق.ح.م.

<sup>692</sup> المادة 123 من ق.أ.ج.

مجهولي النسب، لقبه العائلي، طبقاً للمادة الأولى من المرسوم، حيث تنص: "كما يُمكن أن يتقدم الشخص إلى كفل، قانوناً في إطار الكفالة، ولد قاصر مجهول النسب من الأب، أن يتقدم بطلب تغيير اللقب، باسم هذا الولد وبهدف فائدته، وذلك قصد مطابقة لقب الولد المكفول بلقب الوصي، وعندما تكون أمّ الولد القاصر معلومة وعلى قيد الحياة، فينبغي أن تُرفق موافقتها في شكل عقد شرعي بالطلب، كذلك في شهادة ميلاد الطفل المكفول يُكتب اللقب العائلي لكافله، لكن بالنسبة للأم يُكتب اسمها ولقبها". مثلاً: وُلد بتلمسان، لقب الكافل واسم المكفول. ابن: ×××، اسم ولقب أمّه البيولوجية<sup>693</sup>.

وتُضيف كذلك المادة 05 مكرّر من المرسوم المتضمن تغيير اللقب، التسجيل على الهامش في سجلات عقود ومستخرجات عقد الحالة المدنية، ضمن الشروط والحالات التي ينص عليها القانون<sup>694</sup>.

وما يجدر التنبيه إليه أنّ المرسوم طُعن فيه وألصقت به تهم عديدة كونه "تبين" في صورة جديدة، واعتبر أصحاب هذا الرأي أنّ منح الأطفال مجهولي النسب لقب الغير فيه ضياع للنسب، ووصفوه بالنظام الفاشل (المرسوم)، في غياب رقابة دستورية على القوانين وفي غياب المؤسسات التشريعية.

والجدير بالذكر هنا أنّ القانون الجزائري لم يُنفذ وحده بالتأكيد والتأييد للشريعة الإسلامية، بل كذلك معظم المجتمعات الإسلامية، وخاصة بعدما أخذ المؤتمر القومي<sup>695</sup>، بالتحفظات على ما يُخالف الأحكام الشرعية.

إلا أنّ اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989م تنصّ في الفقرة 01 من المادة 20 على أنّ كلّ طفل محروم بصفة مؤقتة أو دائمة<sup>696</sup>، من بيئته العائلية أو الذي لا يُسمح له، حفاظاً على مصالحه الفضلى، بالبقاء في تلك البيئة، الحقّ في حماية ومساعدة

<sup>693</sup> معلومات مقتبسة من طرف المساعدة الاجتماعية لمديرية النشاط الاجتماعي لولاية تلمسان (D.A.S.) سنة 2012-2013.

<sup>694</sup> انظر، الملحق رقم 04، "الجريد الرسمية، عدد 05، الصادرة في 22 يناير 1992"، ص.485.

<sup>695</sup> المؤتمر القومي حول مشروع الأمم المتحدة لحقوق الطفل بالإسكندرية،<sup>1988</sup>

<sup>696</sup> انظر، محمد عبد الجواد محمد، حماية الأمومة والطفولة في المواثيق الدولية، منشأة المعارف، 1991، ص.65.

خاصتين تُوفرهما الدولة. وتُبين الفقرتان 02 و 03 من المادة، كيفية تحقيق هذا الهدف، وتضرب أمثلة لذلك بالحضانة أو الكفالة الواردة في القانون أو الإقامة في مؤسسات مناسبة لرعاية الأطفال<sup>697</sup>.

### ثالثا: شروط الكفالة وعوارضها.

إنّ شروط الكفالة تعتمد على عناصر أساسية مكونة لهذا العقد والتمثلة في شخص الكافل، الشخص المكفول، والجهة المكلفة بإنشاء هذا العقد، مع الإشارة إلى أنّ المشرع الجزائري، لأول مرة، ينص صراحة على إبرام عقد الكفالة، إذا كان أحد أطرافها أو طرفيها أجنبيا، من قبل القاضي الداخلي الجزائري، وهذا حسب التعديل الجديد الوارد في القانون المدني، بمقتضى المادة 13 مكرّر 01.

### I - الشروط الواجبة في الكافل:

بالرجوع إلى قانون الأسرة في مادتيه 117 و 118<sup>698</sup>، نجد أنها حدّدت شروطا عامة، يجب على الجهة المكلفة بإبرام عقد الكفالة أن تتحقّق من توافرها. فعلى قاضي الأحوال الشخصية أو رئيس المحكمة أو الموثق أن يقوم بإجراء تحقيق ويراقب ما إذا توفّرت هذه الشروط أم لا. فإذا اتّضح للقاضي أو الموثق عدم توافرها في الكافل، رُفض الطلب، أمّا إذا توفّرت هذه الشروط، حُرر العقد من قبل الجهات السالفة الذكر، وهذه الشروط المطلوبة في الكافل هي: شرط الإسلام، شرط أن يكون عاقلا، شرط القدرة، لكن عمليا القاضي يتحقّق من عدّة شروط أخرى ضرورية، لكن غير واردة في المادتين سالفتي الذكر<sup>699</sup>.

<sup>697</sup> محمد عبد الجواد محمد، المرجع السابق، ص. 66.

<sup>698</sup> تنص المادة 117 ق.أ.ج على أنه: "يجب أن تكون الكفالة أمام المحكمة، أو أمام الموثق وأن تتم برضا من له أبوان".

تنص المادة 118 ق.أ.ج على أنه: "يشترط أن يكون الكافل مسلما، عاقلا أهلا للقيام بشؤون المكفول وقادرا على رعايته".

<sup>699</sup> الغوثي بن ملحمة، قانون الأسرة...، المرجع السابق، ص. 169.

## أ) الشروط التي نص عليها المشرع الجزائري:

لقد نصّ المشرع الجزائري على عدة شروط تخصّ الكافل، تتمثل فيما يلي:

### 1- شرط الإسلام:

لقد أوجب قانون الأسرة شرط الإسلام في مادته 118، إذ نصّ على أنه: "يُشترط أن يكون الكافل مسلماً".

يدين بالإسلام حتى يُمكنه أن يتكفل بطفل، وأساس ذلك يرجع إلى أنّ الكافل سيُمارس الولاية على المكفول ويتولّى كلّ أموره، وعلى ذلك فيجب أن يكون مسلماً، وذلك لقوله ﷺ: ﴿بَشِّرِ الْمُنَافِقِينَ بِأَنَّ لَهُمْ عَذَابًا أَلِيمًا﴾ الَّذِينَ يَتَّخِذُونَ الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاءَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ أَيْبَنَعُونَ عِنْدَهُمُ الْعِزَّةَ فَإِنَّ الْعِزَّةَ لِلَّهِ جَمِيعًا <sup>700</sup>.

وقوله ﷺ: ﴿...وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ <sup>701</sup>.

ومادامت الكفالة تركز أساساً على رعاية المكفول فإنّ الإسلام هو الديانة الفضلى في تربية الفرد وفي تكوين أخلاقه، وذلك لقوله ﷺ: ﴿وَأِنَّكَ لَعَلَى خُلُقٍ عَظِيمٍ﴾ <sup>702</sup>. والأخلاق الإسلامية تتضمن الصدق والأمانة وروح المسؤولية، وهذه الصّفة الأخيرة هي التي تجعل المكفول عندما يكون لدى الكافل في مأمن من كلّ ما قد يتعرّض له من ضرر، نظراً لروح المسؤولية التي يتّصف بها المسلم الكافل.

ومادامت الجزائر، حسب الدستور، ديانتها الإسلام، فإذا وُجد أيّ طفل حديث الولادة فوق أرضها، فإنّه يكتسب الجنسية الجزائرية، باعتباره مجهول الأبوين أو مجهول الأب، ما لم يثبت خلاف ذلك <sup>703</sup>.

<sup>700</sup> سورة النساء، الآيتان 138-139.

<sup>701</sup> سورة النساء، الآية 141.

<sup>702</sup> سورة القلم، الآية 04.

<sup>703</sup> المادة 07 المعدلة بالأمر رقم 01-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

"فبذلك اعتبر المشرع الجزائري شرط الإسلام شرطاً ضرورياً، وبالتالي الغير مسلم، سواء مسيحي أو يهودي الديانة، عندما يُقدّم طلب كفالة طفل قاصر جزائري يُرفض طلبه، وهذا ما يجري عملياً في المحاكم، إذ أنه سبق وأن تقدّمت امرأة من جنسية فرنسية بطلب لكفالة طفل قاصر جزائري لكنّ طلبها رُفض على أساس أنّها من جنسية فرنسية، الشيء الذي استخلص معه أنّها غير مسلمة، لكن عملياً نجد عدّة أجانِب أعلنوا إسلامهم في الجزائر، ووافقت وزارة الشؤون الدينية على ذلك، كما أنّ شرط الإسلام يجزئنا إلى الحديث عن شرط الجنسية<sup>704</sup>، إذ هل اشترط المشرع الجزائري الجنسية في طالب الكفالة أم لا؟".

بالرجوع إلى قانون الأسرة نجد أنّ المشرع سكت على هذا الشرط، إذ كان من المفروض التّصّ عليه صراحة، مع العلم أنّ كلّ من وُلد بالجزائر هو جزائري الجنسية، ويُعتبر ثروة بشرية للبلاد، يجب أن لا نترك الغير يذهبها، وعليه يجب أن يكون الكافل جزائري الجنسية.

ولو فرضنا أنّ جزائري الجنسية طلب الكفالة، لكن ظاهرياً يعرفه العامّة بأنّه غير مسلم، وقدّم طالب الكفالة شهوداً أمام القاضي، وطلب القاضي شهوداً للتّحقّق من ذلك. هل القاضي بناء على شهادة الشهود، وبدون أيّ وثيقة تُثبت عدم إسلامه، يرفض الطلب؟

نُلاحظ أنّه، مراعاة لمصلحة الطّفل والتي يجب على القاضي التّحقّق منها جيداً، أن يرفض الطلب بناء على سلطته التقديرية في تقدير الوقائع، ورعاية لمصلحة الطّفل، وذلك في غياب شهادة إعلان الإسلام، لأنّه إذا رجعنا إلى أحكام الحضّانة لوجدناها تُلزم الحاضن أن يرعى الولد ويُربّيه على دين أبيه<sup>705</sup>، وتسقط إذ اختلّت إحدى شروط الحضّانة، ومن بينها حالة الرّدّة، أي الخروج عن الإسلام<sup>706</sup>، ولكون هذه المسألة تتعلّق بالنّظام العام، وعليه فإنّه ما ينطبق على الحضّانة ينطبق على الكفالة، إذ حتّى

<sup>704</sup> أمال علال، المرجع السابق، ص.65.

<sup>705</sup> المادة 62 ق.أ.ج.

<sup>706</sup> المادة 67 ق.أ.ج.

ولو كان الكافل جزائري الجنسية وثبتت رتبته أو اعتناقه ديناً آخر، فإن القاضي يرفض الطلب، وكذا الأمر بالنسبة للموثق.

ولكن، حسب نص المادة 13 مكرر 01 من القانون 10/05، أجاز المشرع للأطراف الأجانب التقدم أمام القاضي الجزائري بطلب الكفالة، وبغض النظر عن دينهم، فإن قواعد الإسناد المحددة في المادة سالف الذكر، تستوجب على القاضي فقط مراعاة قانوني مقدم طلب الكفالة والطفل المكفول عند إنشاء العقد. وعليه فإذا رأى القاضي الجزائري أن قانوني الأجانب يجيز الكفالة، مع العلم أن طالب الكفالة والمكفول ليسا من جنسية واحدة، فهنا القاضي بعد التحقيق الذي يجريه يقوم بتحرير عقد الكفالة.

أما في حالة ما إذا كانا من نفس الجنسية (الكافل والمكفول) وقانونهما يجيز الكفالة، هنا نفس الشيء، القاضي يُحرر عقد الكفالة.

لكن إذا كان أحد القوانين لا يجيزها، فإنه بالطبع لا يمكن تحرير عقد الكفالة لأن المادة 11 مكرر 01 تلزم القاضي أن يراعي القانونين معا يوم تحرير العقد، في حين آثار الكفالة يحكمها قانون الكافل فقط.

## 2- شرط العقل:

لابد أن يكون الكافل عاقلاً<sup>707</sup>، متمتعاً بالأهلية الكاملة، أي يجب أن يكون بالغاً، راشداً، غير محجور عليه لسبب الجنون أو العته، لأنّ المعدوم عقله لا يمكنه التّكفل بشخص، لأنّه في الأصل لا يمكنه التّكفل بشؤونه ويحتاج لمن يرعاه، فلا يمكن أن يرعى غيره، وهو ما نصّت عليه المادة 81 ق.أ.ج.<sup>708</sup>.

707 المادة 118 ق.أ.ج.

708 تنص المادة 81 ق.أ.ج. على أنه: "من كان فاقداً للأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو الجنون، أو عته، أو سفه، ينوب عنه قانوناً ولي، أو وصي أو مقدم، طبقاً لأحكام هذا القانون".

وهذه الحالة ظاهرة، إذ يُمكن التّعرف على الشّخص طالب الكفالة، إذا كان متمتعاً بقواه العقلية أم لا؟ ولمن تثبت سلطة تقدير ذلك؟

"فإن ثبت عدم تمتّعه بالأهلية، رُفض الطّلب لأنّ هذه المسألة من النّظام العامّ، إذ يجوز للنّيابة تقديم طلب الحجر إلى المحكمة، وبالتالي لا يُمكن له كفالة غيره بموجب الحكم القاضي بالحجر".

يرجع تقدير مسألة العقل لسلطة القاضي، حسب ظروف كلّ حالة، وما يتطلّبه القاصر من رعاية وعناية وتربية، فالطّفّل في سنّ 15 سنة يختلف عن القاصر حديث الولادة، الذي يختلف بدوره عن طفل ذو السنّ 04 سنوات أو 05 سنوات، وحاجته إلى الكافل في كلّ مرحلة من المراحل.

### 3 - شرط القدرة:

هذا الشرط مفاده أن يكون الكافل قادراً جسدياً ومادياً على التّكفّل بالقاصر.

نعني بالقدرة الجسدية عجز يكون الكافل مصاباً به يُمكن أن يقف حاجزاً، كمن له عاهتان، إذ يتعدّر عليه التّعبير عن إرادته بسبب هاتين العاهتين، بينه وبين تكفّله بالقاصر على أحسن وجه.

"وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا في هذا الصّدّد بقوله: "ولمّا كان من الثّابت في قضية الحال أنّ الحاضنة فاقدة البصر، وهي بذلك عاجزة على القيام بشؤون أبنائها، ومن ثمة فإنّ قضاة الاستئناف بإسنادهم حضانة الأولاد لها، وهي على هذا الحال قد حادوا على الصّواب وخالفوا القواعد الفقهيّة"<sup>709</sup>.

أمّا القدرة المادية فيقصد الشّرع بها الحالة المالية والاقتصادية لطالب الكفالة، إذ لا يُعقل لطالب الكفالة أن يكون بطّالاً وليس له مورد رزق، إذ أنّه عملياً يطلب القضاة

<sup>709</sup> انظر، م.ع.، غ.أ.ش.، 1984/07/09، ملف رقم 33921، م.ق.، 1989، عدد 04، ص.76.

من طالبي الكفالة تقديم كشف الراتب الشهري للتحقق من هذه القدرة، وإلا رُفض الطلب، مراعاة لمصلحة الطفل.

والشيء الملاحظ أنه من المفروض مثل هذه الشروط المتعلقة بالوضع المادية للكافل أن يُنظّمها بمقتضى التشريع ويُبيّن كيف تثبت هذه الوضعية، هل بشهادة العمل أم كشف الرواتب، أم السجل التجاري، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى، فهناك عدّة إشكالات عملية مطروحة في غياب النص التشريعي، مثلاً:

- هل يُشترط في الكافل أن يكون ذكراً فقط أم يجوز للمرأة كفالة الغير؟
  - هل يُمكن للهيئات والأشخاص غير الطبيعيين أن يطلبوا الكفالة؟
  - هل يُشترط الفارق في السنّ بين الكافل والمكفول؟ وكم هذا الفارق؟<sup>710</sup>.
  - هل يُشترط في الكافل أن يكون متزوجاً؟
  - هل يُشترط موافقة الزوج والزوجة إذا كانا على قيد الحياة؟
- هناك من يقول أنه "إذا أقبل أحد الزوجين على الكفالة، يتعيّن موافقة الزوج الآخر"<sup>711</sup>.

إنّ هذه الإشكاليات هي عملية يُواجهها المواطن والقاضي يومياً، إذ كان من المفروض النصّ عليها صراحة في قانون الأسرة حتى يزول الغموض ولا يكون تناقض في التأويلات بين جهات القضاء الجزائري، وكي تُوفّر أحسن رعاية للطفل القاصر.

كما أنه يُشترط في الكافل أن يكون أميناً على مصالح المكفول المادية إذا كان له أموال، ومعنوية في الرعاية الحسنة والمعاملة الطيبة.

كما أنه من الناحية العملية، يُشترط أن يكون الطفل في وسط عائلي متكوّن من أب وأمّ حتّى يشعر بدفء العائلة التي حُرّم منها، وحتّى ينشأ كطفل عاديّ في ظروف عادية.

<sup>710</sup> هناك من يضيف شرطاً للكافل وهو أنه يجب أن يكون أكبر سناً من الطفل المكفول، وهذا يعتبر معقولاً.  
<sup>711</sup> الغوثي بن ملحّة، قانون الأسرة...، المرجع السابق، ص.169.

**ب) الشروط التي لم يتعرض لها المشرع:**

ترك المشرع الجزائري عدّة غموضات منها:

**1- الشرط المتعلق بالكافل (رجل أو امرأة):**

إنّ المشرع الجزائري ترك عدّة غموضات، وبذلك هناك عدّة إشكاليات تُطرح ولا نجد لها أجوبة، رغم أنّها مهمة جدًا، ففي المادة 118 ق.أ.، نصّ على أنّه "يُشترط أن يكون الكافل مسلمًا...". هنا المصطلح يُؤكّد على "الكافل"، هل يعني به الرجل وليس المرأة لأنّها تُعتبر "كافلة"، أو يعني به رجلا أو امرأة.

فمن المفروض أن ينصّ المشرع على أنّ للمرأة الحقّ في طلب الكفالة لأنّها هي أولى من الرجل في رعاية الطّفل وتنشئته وتربيته وإعطائه الحنان، بحكم أنّ مرحلة الطّفولة تكون دائما بين أحضان المرأة، وليس بين أحضان الرجل، بحكم طبيعة كلّ منهما.

عملا بالشروط التي تطلبها المساعدة الاجتماعية في طالب الكفالة، أن يكونا زوجين (أي رجل وزوجته)، وحدّد الحدّ الأعلى لسنّ الرجل بـ60 سنة و55 سنة للمرأة، كما أنّه في حالة طلاقهما ترجع الكفالة للزوج وليس للزوجة<sup>712</sup>.

**2- جواز الشخص المعنوي طلب الكفالة:**

"لا يوجد نصّ قانوني يُجيز للأشخاص الاعتباريين الحقّ في الكفالة مثل: المؤسسات العمومية المكلفة برعاية الأطفال، والهيئات والمنظمات والجمعيات ذات الطابع الاجتماعي، مع العلم أنّ مثل هذه الأشخاص الاعتباريين، عادة لها مركز مالي وتسيير بشري لائق، يُمكنها من التّكفل بالأطفال اللّقطاء أو مجهولي النسب، وحتىّ"

<sup>712</sup> معلومات مقتبسة من المساعدة الاجتماعية لمديرية النشاط الاجتماعي لولاية تلمسان سنة 2012/2013.

الأطفال معلومي النسب، إذ أنه من الأحسن النصّ عليها في قانون الأسرة وإعطاؤها الحقّ في الكفالة، أحسن من أن تقوم عائلات ببيع أبنائهم لعدم توفرّ الوسائل المالية المعيشية أو قتلهم<sup>713</sup>.

<sup>713</sup> أمال علال، المرجع السابق، ص.70.

### 3- الفارق في السن بين الكافل والمكفول:

بالرجوع للأحكام المتعلقة بالكفالة في قانون الأسرة لا نجد نصًا قانونيًا يُنظّم هذه الوضعية، مع العلم أنه لو فرضنا أنّ طالب الكفالة متزوج، إذ رخص له القاضي قبل السنّ القانوني بالزواج، ويوم تقديم الطلب بلغ سنّ 19 سنة، والمكفول كان سنّه آنذاك 17 سنة، وعليه فالمنطق لا يقبل هذه المعادلة، فكيف إذا نتصور هذه الوضعية في غياب نصّ تنظيمي يُنظّم شرط الفارق في السنّ بين الكافل والمكفول كحدّ أدنى.

### 4- شرط الزواج:

بالرجوع إلى أحكام الكفالة لا نجد نصًا قانونيًا يُنظّم مثل هذا الشرط، لكن عملياً، على مستوى مديرية النشاط الاجتماعي، طالب الكفالة ملزم بإرفاق الملف بشهادة عقد الزواج، وهذا الذي يُثبت مراعاة مصلحة الطفل من طرف القاضي لكون الغاية من الكفالة نشأة الطفل في أسرة وعائلة، كان يفتقر إليها سابقاً.

لكنّ هذا الشرط حتّى ولو نُظّم في أحكام قانون الأسرة، فإنّه يستوجب مراعاة حالة المطلق والمطلّقة والأرمل والأرملة، الذين يعيشون برفقة أبناء أو انعدام أبناء، لأنّ مثل هذه الحالة ستطرح مستقبلاً على المحاكم، لذلك يستوجب على المشرّع مراعاة مثل هذه الحالات<sup>714</sup>.

### 5- شرط موافقة الزوجين طالبي الكفالة إن كانا معا على قيد الحياة:

إنّ مثل هذه الحالة غير منصوص عليها في قانون الأسرة، رغم أنّها ضرورية في تنشئة القاصر المكفول وتُحقّق الغرض المطلوب من الكفالة، مع العلم أنّ رضا طالب الكفالة، أي الزوج فقط، هذا لا يعني دائماً موافقة الزوجة. ومن أجل المصلحة الفضلى للطفل، فإنّه من المفروض أن تكون الموافقة صريحة وبحضور الزوجين أمام القاضي أثناء التحقيق، ويتمّ سماعهما على محضر لكي يعرفا قيمة هذه المسؤولية،

<sup>714</sup> أمال علال، المرجع السابق، ص.71.

وعليه فإنه كان على المشرع تدارك مثل هذا الشرط والتنصيص عليه في قانون الأسرة، لأننا وجدنا عمليا أنّ أغلب المحاكم لا تراعي تحرير محضر الموافقة للزوجين أمام القاضي إذ يكفي إحضار شاهدين وحضور الأطراف فقط.

إنّ كلّ هذه الشّروط سكت عليها المشرع الجزائري ولم ينصّ عليها في قانون الأسرة، وترك غموضات كبيرة في مجال الكفالة، خاصّة في الشّروط الواجبة في الكافل، فالمشرع نصّ في المادّة 118 على 03 شروط: شرط الإسلام، شرط العقل، وشرط القدرة، كما أنّه لم يتعمّق فيها. لكن على مستوى مديرية المساعدة الاجتماعية هناك شروط أخرى، زيادة على الشّروط التي نصّ عليها المشرع، وهي<sup>715</sup>:

- مسلما، عاقلا، قادرا على القيام بشؤون المكفول ورعايته.
- الحدّ الأعلى هو 60 سنة بالنسبة للرجل و55 سنة للمرأة (أي لا بدّ أن يكونا زوجين).
- دخل طالب الكفالة يتعدى الحدّ الأدنى للأجر، بعد طرح كلّ الأعباء الشهرية.
- يجب توفرّ سكن لائق وصحّي لطالبي الكفالة (إجراءات وكيفيات الوضع القانوني للكفالة).

## II - الشّروط الواجبة في المكفول:

لم يرد في قانون الأسرة أيّ شرط بالنسبة للمكفول، وعليه يُمكن استنتاج بعض الشّروط المطلوبة عمليا والمنوّه إليها بصورة غير مباشرة في قانون الأسرة، بالرجوع إلى نصّ المادّة 116 ق.أ. نستنتج أنّ المشرع اشترط في المكفول سنّا معيّنا، وهو أن يكون قاصرا، كذلك سردت المادّة 119 منه وضعية الطّفّل المكفول مجهول النسب أو معلوم النسب.

<sup>715</sup> انظر، الملحق رقم 05، ص.490.

**أ) أن يكون المكفول قاصرا:**

القاضي أو الموثق حتى يُبرم عقد الكفالة يجب أن يُجري تحقيقا في الملف، ومن بين الأمور التي يجب التأكد منها، شرط السن. فقانون الأسرة اشترط أن يكون ولدا قاصرا فقط، فبذلك هو بحاجة إلى رعاية وتكفل وعناية، وهي المرحلة التي يكون فيها المكفول غير قادر على تدبر أمره، خاصة وأنّ المشرع لم يُحدّد سنّا معيّنًا، أي حدّا أدنى وحدّا أقصى للشخص، ليكون في مركز المكفول، وتكلم فقط على وجوب أن يكون قاصرا.

هذا يُحيلنا إلى أحكام القانون المدني في مادّته 40 الفقرة 02<sup>716</sup>، التي عزّفت الولد القاصر بسنّه، ونصّت على أنّ القاصر هو الذي لم يبلغ سنّ الرشد، وهو 19 سنة كاملة، بمفهوم المخالفة أنّ المكفول يكون سنّه أقلّ من 19 سنة، وهذا ما أكّد عليه كل فقهاء الشريعة الإسلامية الذين تناولوا هذا الموضوع، في تعريف الكفالة والكافل ومن في حكمه<sup>717</sup>.

كما أنّه كان من المفروض على المشرع أن يُحدّد السنّ صراحة في أحكام الكفالة، مثلما فعل المشرع المغربي. هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإنّه استعمل مصطلح القاصر التي تعني الذكر دون الأنثى، بينما المشرع المغربي نصّ صراحة على الطفل القاصر، ذكرا أم أنثى، فمن الأحسن إيضاح التّصوص والدّقة في المصطلحات مثلما هو سائد في باقي التّشريعات المقارنة، لأنّها لا تُكلف شيئا، بل بالعكس، تُسهّل على الدّارس، وعلى كلّ شرائح المجتمع، دون تمييز بين الشريعة القضائية، التي تُعتبر مثل هذه الأمور مبادئ عامّة، في حين تُعتبر لدى الغير مجالا للبحث.

إنّ الحكمة من أن يكون المكفول صغير السنّ حتى يُمكن السيطرة عليه وتربيته ونشأته وإدماجه داخل الأسرة الكافلة، وإلا فلا فائدة من الكفالة إذا بلغ سنّ الرشد.

<sup>716</sup> تنص المادة 40 فقرة 02 ق.م. على: "وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة".

<sup>717</sup> بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص.68.

**ب) المكفول إما أن يكون معلوم النسب أو مجهول النسب:**

هو شرط ورد في المادة 119 من قانون الأسرة: "الولد المكفول إما أن يكون مجهول النسب أو معلوم النسب".

1- القاصر مجهول النسب<sup>718</sup>:

هؤلاء، كما سبق الذّكر، هم اللّقاء، فمدير الصّحة العمومية والنشاط الاجتماعي، هو الذي يوافق على الكفالة، كما أكدته المادّة 256 من الأمر 76-79 المؤرّخ في 1976/10/23م، والذي ألغي فيما بعد.

كما أنّ المشرّع اهتمّ بهم وأخضعهم إلى الدّولة التي تتكفّل بأعباء رعايتهم وتربيتهم داخل مراكز خاصّة، ورغم وجود هذه المراكز إلا أنّ الرّعاية والتّربية والعناية فيها بهم لا ترقى إلى مستوى أحسن للصّعوبات التي تُواجهها هذه المؤسّسات مادّياً وبشرياً.

ولذلك إذا أُتيحت فرصة للقيط لوضعه في أسرة تتكفّل به وترعاه، وتكوّن محيطاً له، تُعتبر أحسن من المراكز.

وإنّ هذا القاصر يكون بحاجة إلى أسرة تضمّه وتحرس على تربيته، وعلى القاضي هنا أن يبحث في حقيقة قدرة الكافل على العناية والرّعاية والتّربية لهذا الأخير، حتّى وإن كان ذلك مستحيلاً، عليه أن يعرف باعث الكافل للتكفّل بالقاصر، لكي لا يرمي هذا القاصر مرّة ثانية إلى محيط يُسيء أخلاقه ويُعيد كرة الفساد والتّكاثر اللّاشرعي، خاصّة إذا كانت أنثى.

- هل يُمكن للطفّل القاصر ذو جنسية أجنبية أن يكفله جزائري الجنسية<sup>719</sup>؟  
 - هل يُمكن للطفّل القاصر ذو جنسية جزائرية أن يكفله أجنبي؟  
 إنّ المشرّع الجزائري لم ينصّ صراحة ما إذا كان الطّفّل القاصر ذو الجنسية الأجنبية يُمكن كفالته من طرف الكفيل الجزائري (طالب الكفالة)، على الرّغم من أنّ المادّة 13 مكرّر 01 من القانون المدني<sup>720</sup>، المتعلّقة بقواعد الإسناد نصّت على أنّه: "يسري على صحّة الكفالة قانون جنسية كلّ من الكفيل والمكفول وقت إجرائها، ويسري على آثارها قانون جنسية الكفيل. وتُطبّق نفس الأحكام على التّبني". لكنّ المشرّع في

<sup>718</sup> انظر، الملحق رقم 06، ص. 493. (يتعلق بعقد كفالة مجهول النسب).

<sup>719</sup> الغوثي بن ملحّة، قانون الأسرة...، المرجع السابق، ص. 170.

<sup>720</sup> القانون رقم 05-10 المعدل والمتمم المتعلق بالقانون المدني.

قانون الأسرة لم ينصّ ولم يُنظّم هذه الحالة بالإجازة أو بالرفض، فيما يخص إمكانية كفالة قاصر أجنبي مقيم في الجزائر من طرف شخص جزائري الجنسية، فمبدئياً في حالة عدم وجود نصّ صريح يحكم هذه الوضعية فإنّه يتعيّن رفض الطلب. لكن عملياً، إذا وافق وكيل الجمهورية على طلب الكفالة فهنا تتمّ الكفالة.

ونفس الشيء في الحالة الثّانية، القاصر ذو جنسية جزائرية وطالب الكفالة أجنبي مقيم في الجزائر، فإنّه يستوجب رفض الطلب لعدم وجود نصّ يُجيز ذلك.

## 2- القاصر معلوم النسب<sup>721</sup>:

أي أنّه ولد لأبوين معروفين، ورغم ذلك يضعوه في كفالة شخص آخر ويُتّازل عليه للكافل، وهنا يُشترط عند إبرام الكفالة أمام الموثّق أو أمام القاضي أو أمام مسؤولي البعثات الدبلوماسية الجزائرية بالخارج، أن يحضرا ويبيّدا رضاهما صراحة، وفي حالة ما إذا تُوفّي أحدهما لسبب من الأسباب أو نُزعت منه السّلطة الأبوية أو الولاية على القاصر، فحضور وقبول الوالد الآخر يكفي، ولا بدّ أن يبدي رأيه ورضاه أمام الجهات المختصة بتحرير الكفالة.

أمّا في حالة وفاة الأبوين أو كانا فاقدا الأهلية لأيّ سبب من الأسباب، فإنّ الرضا يكون للمجلس العائلي، بعد موافقة من كان في حضنه الولد<sup>722</sup>.

وفي كلّ هذه الحالات يحتفظ القاصر المكفول بهويّته الأصليّة، وهذا ما تُقرّه أيضا المادّة 120 من قانون الأسرة<sup>723</sup>.

<sup>721</sup> انظر، الملحق رقم 07، ص.496. (يتعلق بعقد كفالة معلوم النسب).

<sup>722</sup> الغوثي بن ملحّة، قانون الأسرة...، المرجع السابق، ص.170.

<sup>723</sup> تنص المادة 120 ق.أ.ج. على أنه: "يجب أن يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب وإن كان مجهول النسب تطبق عليه المادة 64 من قانون الحالة المدنية".

### III- الشروط الواجبة في عقد الكفالة:

إنّ عقد الكفالة يقوم صحيحا بمجرد تطابق إرادتي الطرفين: الكافل ووليّ المكفول القاصر، ومتى كان خاليا من كلّ العيوب التي قد تؤدّي بالعقد إلى البطلان، سواء المطلق أو النسبي، فإنّ عقد الكفالة يكون عقدا سليما، إلا أنّ المشرّع لم يتركه إلى حرية المتعاقدين، وذلك بنصّه في المادة 116 من قانون الأسرة على أن يتم بعقد شرعي. وأكثر من ذلك، فقد جاء في نصّ المادة الموالية: "يجب أن تكون الكفالة أمام المحكمة، أو أمام الموثّق..."<sup>724</sup>.

فما هو دور القاضي الذي يُحرّر الكفالة أو الموثّق؟ ولماذا أخضع المشرّع هذا العقد بتحريره من قبل القاضي أو ضابط عمومي؟

لكن ما يُمكن ملاحظته أنّه يوجد ثلاث جهات متخصصة بتحرير عقد الكفالة، داخليا، نجد حسب نصّ المادة 117 من قانون الأسرة، القاضي والموثّق، وفي الخارج، نجد القنصليات الجزائرية التي لها الحقّ في تحرير عقد الكفالة<sup>725</sup>.

هذه الأمور تُعدّ الشّروط الأساسية في العقد ذاته للكفالة لإمكانية إثبات وجوده في حياة القانون.

#### أ) الكفالة أمام القاضي<sup>726</sup>:

نجد أنّ عقد الكفالة يتمّ أساسا خارج حرم المحكمة، وبين طرفيه، وهما الكافل ووليّ المكفول، سواء كان أبواه أو مؤسسة حماية الطّفولة، ويقومان بتصرف قانوني بكلّ حرية بتطابق إرادتهما، إلا أنّ هذا العقد لا يحدث آثاره ولا يُمكن وجوده في عالم القانون إلا باللّجوء إلى القاضي، عملا بأحكام المادة 117 من قانون الأسرة.

<sup>724</sup> المادة 117 من ق.أ.ج.

<sup>725</sup> الغوثي بن ملحّة، قانون الأسرة...، المرجع السابق، ص.171.

<sup>726</sup> انظر، الملحق رقم 08، ص.499. (عقد الكفالة أمام القضاء).

إنّ المحاكم هي المختصة في إبرام عقد الكفالة لأنّها صاحبة الولاية العامّة للنظر في جميع القضايا المدنية. فعلى طالب الكفالة أن يُقدّم طلبه إمّا إلى قاضي الأحوال الشخصية أو إلى رئيس المحكمة<sup>727</sup>، وفقا لسلطاته الولائية للنظر في حالة الأشخاص، وهذا الأخير يُصدر أمره بإفراغ إرادة الطرفين المتطابقة فيه، أي في شكل معين، وبعد اطلاع وكيل الجمهورية على أوراق الملف.

وهذا حفاظا على مصلحة المكفول حتّى لا تُهدر حقوقه، والنيابة العامّة تُمثّل المجتمع وتعمل على حماية الحقوق والحريّات فيه.

ومن جهة ثانية، فإنّ أمر رئيس المحكمة له قوّة قانونية تُمكن حامل هذا العقد، وهو الكافل، بتسجيله بمصالح الحالة المدنية حتّى يتسنى له الحصول على الوثائق الإدارية، سواء للكافل أو المكفول.

دور القاضي هامّ، ذلك أنّه المراقب على التّعاقّد المبرم بين الكافل والولي، والذي محلّه قاصر، أي العناية والتّربية المنصبّة على القاصر، فهذا الأخير جدير بحماية القاضي وبمراقبة مدى إمكانية تحسين معيشته بتغيير وليّه، سواء كان أبواه معلومين أو موضوعا بمؤسّسة حماية الطّفولة.

ونجد أنّ المشرّع أعطى للقاضي هذا التّصرّف بإضفاء الصّبغة القانونية على عقد الكفالة، حتّى يكون القاضي، باعتباره حامي الحقوق والحريّات، مراقبا دائما لمعيشة ووضع القاصر المكفول، وعليه أن يقوم بالتّحرّي الكامل على حياة الكافل الاجتماعية والماديّة والنفسية والعقلية، حتّى يُمكن له أن يقبل طلبه وإبرام عقد الكفالة.

لكن من حيث الواقع، ونظرا لكثرة المشاكل وازدياد انشغال رئيس المحكمة، وحجم المستجدات التي يُواجهها المجتمع الذي توسّعت رقعته الجغرافية والبشرية والماديّة، لم يعد رئيس المحكمة يقوم بعمله كاملا في مراقبة وتحقيق أوّلي على الكافل للقاصر، والمراقبة الدّورية بعد وضعه تحت ولايته.

<sup>727</sup> انظر، الملحق رقم 09، ص. 501. (طلب الحصول على عقد الكفالة).

**(ب) الكفالة أمام الموثق:**

رغم أنّ عقد الكفالة رضائي، وغاية الكافل وهدفه هو نيّة التبرّع والإحسان للقيام بشؤون قاصر ورعايته والعناية به وتربيته، كأنّه ابنه الشرعي، إلاّ أنّ المشرّع وجد أنّ إبرام العقد أمام المحكمة يُسبّب حرجا للكافل أو والي المكفول أو حتّى تأثيرا على نفسية المكفول، فقد أوجد طريقا آخر لإفراغ العقد في شكل معيّن ليوجد في حياة القانون، وذلك أمام ضابط عمومي وهو الموثق. وهذا ما تؤكّده المادة 117 من قانون الأسرة بنصّها: "...أمام المحكمة أو الموثق..."، وتركت للأطراف الخيار بين اللجوء للمحكمة أو أمام موثّق، خاصّة وأنّ هذا الأخير له صلاحيات تدوين العقود وإبرامها، وخاصّة منها المتعلقة بالحالة المدنية كإبرام عقد الزواج.

ويُعدّ عقد الكفالة من عقود الحالة المدنية، ذلك أنّه يضع المكفول القاصر في مركز قانوني جديد، فيُغيّر مركزه وحالته إلى مكفول تحت ولاية الكافل، وقد يكون شرط تحرير العقد لدى الموثق لمراقبة إجراءات صحّة العقد وإعطائه قوّة ثبوتية مطلقة باعتباره من العقود الرسمية والتي لا يُمكن الطعن فيها إلاّ بالتزوير، طبقا للمادة 324 قانون المدني<sup>728</sup> والمادة 115 قانون الإجراءات المدنية<sup>729</sup>.

حاليا، بالنسبة للأطفال الموجودين في مديرية النشاط الاجتماعي، لا تُجرى الكفالة عند الموثق بل على مستوى القضاء فقط.

**(ج) البعثات الدبلوماسية:**

<sup>728</sup> تنص المادة 324 ق.م. على أن: "العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تمّ لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه".  
<sup>729</sup> تنص المادة 115 ق.إ.م. على أن: "يسلم كاتب الضبط إيصالا بالاستئناف الذي يبلغه فوراً للمستأنف عليه، ويعمل على إحالة كامل ملف الدعوى إلى كتابة ضبط الجهة الاستئنافية خلال مدة شهر واحد تحت رقابة رئيس المحكمة وتحت طائلة العقوبات الجزائية".

فيما يتعلّق بالمقيمين بالخارج من الجالية الجزائرية، إذ أنّ تقديم الطّلب يكون من ذوي الشّأن إلى المصالح القنصلية في نسختين بالإضافة إلى الوثائق المطلوبة والمذكورة عند طالبي الكفالة القاطنين بالتّراب الوطني، ويتضمّن الملف ما يلي:

- تحقيق نفسي اجتماعي مملوء وموقّع قانوني من طرف مصالح القنصلية المختصة والمعنيّة.

- نسخة طبق الأصل من بطاقات ووثائق التعريف، أي البطاقة القنصلية<sup>730</sup>.

وهذه الأخيرة إمّا تقبل أو ترفض الطّلب، حسب توافر الشّروط المطلوبة.

"وفي حالة وفاة الكافل، تنتقل الكفالة إلى الورثة إن التزموا بذلك، وإلا فعلى القاضي أن يُسند أمر القاصر إلى الجهة المختصة بالرّعاية"<sup>731</sup>.

#### IV- عوارض الكفالة:

يكون طبقا للحالات التالية:

- إذا طلب الأبوان أو أحدهما، رجوع الولد المكفول إلى ولايتهما، يُخيّر الولد في الالتحاق بهما إذا بلغ سنّ التمييز، وإن لم يكن مميّزا، لا يُسلم إلاّ بإذن من القاضي، مع مراعاة مصلحة المكفول<sup>732</sup>.

- التخلّي عن الكفالة، يجب أن يتمّ أمام الجهة القضائية التي أقرّت الكفالة، ويكون بعلم النيابة العامّة.

إنّ المشرّع الجزائري نصّ على بعض الشّروط في قانون الأسرة وسكت عن أخرى، رغم أنّها تُعتبر مهمّة وتُساعد في عملية الكفالة. وفي الشّروط التي نصّ عليها

<sup>730</sup> انظر، الملحق رقم 05، ص.490. (الكفالة: إجراءات وكيفيات الوضع القانون).

<sup>731</sup> المادة 125 من ق.أ.ج.

<sup>732</sup> المادة 124 من ق.أ.ج.

ترك بعض الغموض، إذ كان عليه أن يُحدّد الفارق في السنّ، شرط الزواج لم يتحدث عنه المشرّع الجزائري، فبذلك هناك نقاط لا بدّ للمشرّع أن يتطرّق إليها.

كما أنّه بوجود شروط الكفالة، هناك إجراءات لا بدّ من اتّباعها، وهذا ما سوف نتناوله في الفرع الثّاني.

## الفرع الثّاني

### إجراءات الكفالة

إنّ عقد الكفالة ينشأ كأساس على مرحلتين: أولهما المرحلة التمهيدية، وهي التي تعتمد فقط على قيام عقد الكفالة وعلى رضا الطرفين، دون اللّجوء إلى الهيئات التي أقرّ لها القانون صراحة تحرير هذا العقد، سواء كان الطّفل القاصر معروف النسب، وبالتالي يكون اتّفاقا بين طرفي العقد، أبوا المكفول من جهة، والكافل من جهة ثانية. أمّا إذا كان مجهول النسب، فقد يكون معروف الأمّ أولاً، ومهما كان فإنّ مؤسّسة حماية الطّفولة تكون طرفاً في العقد، فيتّفقا على أن يتكفّل الكافل بالطّفل القاصر الذي تحت ولايتها، بالإضافة إلى المرحلة الثّانية، وهي القضائية، وهي الأهمّ، وهذا ما سوف نتطرّق له.

### أولاً: المرحلة التمهيدية.

"كما سلف الذّكر أعلاه، هي المرحلة التي يُظهر فيها طرفي العقد، سواء كان المكفول معلوم النسب أو مجهوله، تطابق إرادتهما، وقد أكّد القانون على وجوب أن يكون رضا أبوي المكفول معلوم النسب، صراحة بأنّهم يمنحون ابنهم القاصر للكافل للقيام به ورعايته وتربيته"<sup>733</sup>، وذلك طبقاً للمادّة 117 من قانون الأسرة بقولها: "...وأن تتمّ برضا من له أبوان..."، وهذا ما يفيد أن يكون الرّضا صريحاً.

733 العوئي بن ملحّة، قانون الأسرة...، المرجع السابق، ص 171.

لانعقاد عقد الكفالة لابدّ من التمييز بين القاصر المكفول مجهول النسب ومعلوم النسب.

بالنسبة للقاصر مجهول النسب، نُفرّق بين حالتين:

### 1- إذا كان القاصر معلوم الأم:

في هذه الحالة لابدّ من رضا الأمّ، وهذا بأن يتكفل الكافل بابنها القاصر، غير أنّ القانون لم يُشدّد في اشتراط رضا أمّ المكفول، ذلك أنّ القبول الضمني يكفي لاعتباره صحيحاً، فإذا ما قامت أمّ المكفول بتسليم الطفل القاصر للكافل لكي يرعاه ويُربّيه ويعتني به، دلّ على رضاها.

وذلك نظراً للظروف التي قد تعيشها الأمّ العزباء في المجتمع الجزائري والإسلامي، إذ لا ترغب هذه الأخيرة في أن تُعرف ولا أن تظهر في الواقع القانوني.

فهنا نصوص عقد الكفالة جاءت كأساس لحماية القاصر، وهو الأولى بالحماية، دون البحث في اشتراط رضا أمّه العزباء.

هذا الإجراء يكون على مستوى الموثق<sup>734</sup>، ولكن هناك إجراء آخر بالنسبة للطفل القاصر معلوم الأمّ التي تخلّت عنه عند ولادته، أي أنّ الأمّ البيولوجية تتنازل عن الطفل عند الولادة، وذلك بطلب منها لأسباب خاصّة. مثلاً: الأمّ العزباء، طفل نتج عن زواج غير شرعي...، فهنا تمرّ على عدّة مراحل:

<sup>734</sup> انظر، الملحق رقم 10، ص.503. (الأمّ تسند ابنها القاصر للكافل عند الموثق).

**أ) على مستوى المستشفى:**

المساعدة الاجتماعية الخاصة بالمستشفى (مصلحة الولادة) هي التي ترى الأم البيولوجية، وتقدم لها محضر التخلي لكي تملأه<sup>735</sup>، كذلك لابد من أن تقدم الأم البيولوجية نسخة من بطاقة التعريف الوطنية، وإذا لم تتوفر عندها تُعطي شهادة الميلاد زائد صورة شمسية.

ثم تسألها هل تتخلى عن الطفل بصفة مؤقتة<sup>736</sup>، أو بصفة نهائية<sup>737</sup>. وفي المحضر الموجود على مستوى المستشفى تكتب أمامه صفة التخلي، وفي الأخير هناك إمضاء الأم، بصمتها، وإمضاء المساعدة الاجتماعية. وبعدها تقوم المساعدة الاجتماعية بتسجيله في البلدية، مقدّمة الوثائق التالية<sup>738</sup>:

❖ صورة طبق الأصل لبطاقة التعريف الوطنية.

❖ شهادة طبية للولادة.

❖ جدول الإرسال (Bordereau d'envoi) من المستشفى.

**ب) على مستوى دار الحضانة:**

في المدّة التي تكون الأم تتخذ القرار النهائي في أن تبقى الطفل تحت حضانتها أو التخلي عنه، أي المدّة المخولة لها في محضر التخلي (شهر أو ثلاثة أشهر)، يوضع المحضون في دار الحضانة ليعيش فيها تلك المدّة المقررة. عندما يبلغ 03 أشهر، ولم تأتي الأم البيولوجية لاسترجاعه، يُحال إلى مديرية النشاط الاجتماعي لولاية تلمسان (D.A.S.)، ولا يجوز للأم بعد ذلك أن تطلب إعادة الطفل لحضانتها.

<sup>735</sup> انظر، الملحق رقم 11، ص. 506. (Procès verbal d'abondons).

<sup>736</sup> صفة مؤقتة "Manière provisoire": أي يعطى لها مهلة 03 أشهر لكي تتراجع عن قرارها، ويعطى في هذه الحالة للطفل في شهادة ميلاده اسم أمه. مثال: ابن: ××× وابن: اسم ولقب أمه البيولوجية. وعندما تنتهي هذه المهلة، إما ترجع الأم طفلها لحضانتها أو تأخذه (D.A.S.).

<sup>737</sup> صفة نهائية "Manière définitive": أي يعطى لها مهلة شهر واحد لكي تتراجع عن قرارها، وإذا لم ترد تربيته يؤخذ منها بصفة نهائية، وفي شهادة ميلاده نكتب: ابن: ××× وابن: ××× (أي الأم البيولوجية مجهولة).  
<sup>738</sup> معلومات مقتبسة من المساعدة الاجتماعية.

**ج) على مستوى (D.A.S).**

المساعدة الاجتماعية تأخذ ملف الطفل وتبحث في ملفاتها عن ملف العائلات التي تُريد التَّكفّل بطفل يتيم، لكنّها قبل إعطاء كفالة طفل لعائلة ما، تقوم بالكشف والتَّحرّي عن هذه الأسرة الكفيلة، فهذه الأخيرة تخرج مع أخصائي نفسي لإجراء التَّحريات (Enquête)، وبعدها تُعطي قرارها، وقد يكون إيجابيا أو سلبيا. كما أنّه هناك لجنة مكوّنة من 10 أعضاء، كلّهم يُصادقون على هذه الكفالة.

**II - إذا كان القاصر مجهول الأبوين:**

هذا القاصر يكون موجودا، وتحت ولاية مؤسّسة حماية الطفولة<sup>739</sup>، وهي التي تقوم برعايتهم والعناية بهم، فنجد أنّ القانون لم يشترط رضا المكلف بهذه المؤسّسة صراحة، وفيما يخص اسم القاصر مجهول النسب، عندما يدخل إلى المصلحة يحمل في البداية حرف X، وحاليا يُمنح للمجهول النسب اسمين متتاليين مثال: خالد عبد الكريم، وبالنسبة للفتاة يُعطي لها اسم ولد واسم بنت. مثلا: خالد جميلة. يُشترط أن يتقدّم الكافل بملف<sup>740</sup> لهذه المؤسّسة، التي تقوم بتكوين لجنة لدراسته<sup>741</sup>. ولهذه الأخيرة أن تقبل أو ترفض طلب الكفالة<sup>742</sup>.

739 إذا كان القاصر من 00 إلى 06 سنوات يكون في دار الحضانة، والذي سنه من 06 إلى 18 سنة يكون في مؤسسات رعاية الطفولة المسعفة «F.E.A.» (مرسى بن مهدي)، أكثر من 18 سنة، مؤسّسة في وهران (مسرغين).  
740 لا بد أن يحتوي ملف طلب الكفالة على الوثائق التالية:

- 1- طلب خطي، يُحدد فيه جنس الطفل، ممضى من طرف الزوجين. 2- شهادة ميلاد كل من الزوجين.
- 3- الشهادة العائلية للحالة المدنية. 4- كشف السوابق العدلية للزوجين. 5- شهادة الجنسية للزوجين.
- 6- شهادة عمل وكشف الرواتب لثلاثة أشهر الأخيرة 15000 دج. 7- صورتان شمسيّتان للزوجين.
- 8- عقد ملكية السكن أو الإيجار. 9- شهادة الإقامة. 10- شهادة طبية للحالة الصحية للزوجين.
- 11- شهادة السجل التجاري أو شهادة العمل. 12- عقد الزواج. 13- صورة طبق الأصل لبطاقة التعريف الوطنية.

ويتم طلب هذه الوثائق حتى يتم الاطمئنان على الحالة الاقتصادية والاجتماعية للكافل وضمان وسط معيشي حسن للمكفول.

741 تتكون هذه اللجنة من:

رئيس المصلحة. مدير المديرية الاجتماعية. رئيس جمعية الطفولة. مختص نفسي. مدير دار الحضانة.

مساعدة اجتماعية، والتي تقوم بنفسها من التَّحقيق من وضعية الأسرة التي ترغب في الكفالة، ومعها الطبيب النفسي.

742 انظر، الملحق رقم 12، ص. 511. (التحقيق النفسي الاجتماعي لغرض الكفالة داخل الوطن).

فإذا قبلت اللجنة الكفالة تقوم بإبلاغ الكافل، ويقوم هذا الأخير بإحضار الوثائق، تُسجّل حينئذ في محرّر رسمي عند رئيس المحكمة. أمّا فيما يخصّ حضور الوالدين، فتحضر مكانهما، باعتبارهما غير موجودين، المساعدة الاجتماعية التي تُمثّل الدولة بتفويض من الوالي.

بالنسبة للمكفول يجب أن تتوفر لديه:

- شهادة الميلاد.

- شهادة الوضع<sup>743</sup>، وهي شهادة يُقدّمها مدير المصلحة للكافل، بمعنى يُفوض له الولاية على المكفول، وهو ما نصّت عليه المادّتين 118 و119 ق.أ.ج.

- شهادة الأصل، يشهد فيها مدير المصلحة بأن ليس للطفّل أصل، ويُعطى له رقم بعد أن يتمّ تسجيله ضمن أيتام الدولة<sup>744</sup>.

تنصّ المادة 121 على أن: "تُحوّل الكفالة الكافل الولاية القانونية وجميع المنح العائلية والدراسية التي يتمتع بها الولد الأصلي"<sup>745</sup>.

كما يُشترط في المساعدة الاجتماعية أن تُقدّم:

- صورة مطابقة للأصل من بطاقة التعريف الوطنية.

- قرار ممضي من مدير المديرية الاجتماعية المخوّلة بالقيام بهذه المهمة.

فإذا توفّرت كلّ هذه الوثائق، يقوم هذا الأخير بإبرام عقد الكفالة بحضور الشّاهدين والكافل والمساعد. وبقرار من الوالي يتمّ منح الولاية القانونية للكافل على

<sup>743</sup> انظر، الملحق رقم 13، ص.516. (شهادة ومقرر الوضع).

<sup>744</sup> معلومات تم أخذها من مساعدة اجتماعية من المديرية الاجتماعية لإيواء الطفولة المسعفة لولاية تلمسان سنة 2013/2012.

<sup>745</sup> المادة 121 ق.أ.ج.

المكفول ويدخل تحت حماية الدولة، ويُمكن للكافل أن يمنح لقبه للمكفول، ولكن لا يثبت له حق في الميراث ولا تنشأ حرمة المصاهرة<sup>746</sup>.

أما إذا كان الكافل مقيما خارج البلاد الجزائرية ويرغب في التّكفل بطفل جزائري، فهنا لابدّ من توفّر شروط معيّنة يتحقّق الموثّق منها ويوثّق على أساسها، ثمّ تُقدّم إلى المحكمة لتختّم عليها، ثمّ يتقدّم بوثائق تطلبها القنصلية، والمتمثلة في تحقيق اجتماعي يكون موقعاً من طرف القنصلية، بالإضافة إلى نسخة من بطاقة القنصلية، وعقد الملكية، ويدخل ضمن فئة مجهولي النسب، وهم يُشكّلون نسبة كبيرة، وهم اللّقاء، وقد أدلى في هذه القضية ذوو الآراء باعتبارها مشكلة لا يكاد يخلو منها المجتمع.

تتمّ الإجراءات الخاصة بكفالة اللقيط على شكل صورتين:

**الرعاية مدفوعة الأجر:** وهي الطّرق<sup>747</sup> المتّبعة للتّكفل بالأطفال اللّاشرعيين عند مربّية مأجورة، وفي غالب الأحيان يكون هؤلاء الأطفال من فئة المعوقين حركياً، سمعياً، بصرياً، إمّا لأسباب أو لأخرى، كمحاولة رعايتهم ووضعهم في أسرة كفيلة، ويُحدّد الأجر المدفوع للمربّية وفقاً للعقد الذي يتمّ تحريره من مديرية المصلحة، وتبقى الرّعاية المدفوعة الأجر غير ناجحة في نتائجها، حيث يُصبح الطّفل مصدراً للرّزق لدى بعض العائلات.

**الرعاية المجانية:** التي يُقصد بها وضع الطّفل أو أكثر في وسط عائلي دون مقابل، وتتمّ بواسطة عقد شرعي يُحدّد أمام الجهات المختصّة، تحت رعاية وزارة العمل والشؤون الاجتماعية، وهذا النوع من الكفالة هو المقصود في دراستنا.

تجدر الإشارة إلى أنّ الجزائر، على غرار دول العالم، قد جاءت بطريقة ناجحة لرعاية الأطفال اللّاشرعيين، المحرومين من الجوّ العائلي، بإقامة دور الحضّانة التي تُوفّر للمولود بعض شروط الحياة الكريمة من رعاية وتربية وأكل، وليست هذه المؤسّسة

<sup>746</sup> المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 24/92 المؤرخ في 13 يناير 1992، ج.ر.، رقم 05، المعدل والمتمم بالمرسوم المتعلق بتغيير اللقب تحت رقم 157-71، المؤرخ في 03/06/1971، ج.ر.، رقم 47، الصادرة بتاريخ 11 جوان 1971.

<sup>747</sup> من القرار الوزاري لوزير الداخلية والجماعات المحلية ووزير العمل والحماية الاجتماعية الصادر بتاريخ 16 جانفي 1991.

كالضانة وإنما هي تابعة لمديرية النشاط الاجتماعي للولاية، والتي سيأتي الحديث عنها فيما بعد.

بعد وقوع اختيار الكافل على الطفل، يُشرع فيما يلي:

- تشكيل ملف الإيداع وتقديمه لمديرية النشاط الاجتماعي<sup>748</sup>، ولتوضيح ذلك لا بدّ أولاً وقبل كلّ شيء التعريف بها. فيما يخصّ كفالة معلوم النسب، يجب تقديم الوثائق التالية<sup>749</sup>:
  - طلب خطّي.
  - شهادة ميلاد القاصر المكفول.
  - شهادة ميلاد الكافل وشهادة عمل وكشف الراتب.
  - عقد زواج الكافل.
  - صورة لبطاقة التعريف الوطنية للكافل وأبوي المكفول والشاهدين.
  - الطابع الجبائي.
  - شهادة الوضعية العائلية، يتمّ تسليمها من طرف مصالح مديرية المساعدة الاجتماعية (D.A.S).
- كما أنّه يتعيّن الحصول على موافقة أبويه على الكفالة إذا كانا معلومين، أمّا إذا تخلّوا عنه عند ولادته<sup>750</sup>، وفي مدّة 03 أشهر، هنا لا نحتاج إلى موافقتهم لأنّهم لا علاقة لهم بهذا الطفل ويصبح مجهول الأبوين، أو مجهول الأب ومعلوم الأمّ، وحتى في هذه الحالة لا نحتاج إلى موافقة أمّه.<sup>751</sup>

<sup>748</sup> مديرية النشاط الاجتماعي هي: مؤسسة ذات طابع إداري اجتماعي تهدف إلى خدمة مصالح الأفراد المكونين للمجتمع بكل فئاته، لإعادة إدماج الفئة المهمشة كالمعوقين حركياً، بصرياً، عقلياً، وكذا الطفولة المحرومة، عن طريق عمليات اجتماعية تقوم بها هذه المديرية.

وتعتبر مديرية النشاط الاجتماعي هيئة تعمل تحت وصاية وزارة العمل والشؤون الاجتماعية والتكوين المهني، فمن بين المهام التي تطلع بها هذه المؤسسة إدماج فئة الطفولة المسعفة في أسر كفيلة ترعاها، وكذا متابعتهم إدارياً ومساعدتهم في الحصول على الوثائق الإدارية الخاصة.

<sup>749</sup> www.arabic.mjjustice.dz

<sup>750</sup> انظر، الملحق رقم 14، ص. 519. (محضر التخلّي).

<sup>751</sup> العربي بلحاج، الوجيز...، المرجع السابق، ص. 201.

يتم عقد الكفالة إذن بموجب تصريح من أبويّ الطّفل، حيث يكون ذلك أمام الموثّق أو أمام القاضي الموجود بموطن أو إقامة من يُوافق على التّكفل أو أمام مسؤولي البعثات الدبلوماسية الجزائرية في الخارج، وهذا طبقا للمادة 117 من قانون الأسرة الجزائري.

### ثانيا: المرحلة القضائية.

يُقدّم طلب الكفالة، طبقا لنص المادة 492 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أمام قاضي شؤون الأسرة بمحكمة مقرّ موطن طالب الكفالة، ويقوم القاضي بالفصل في طلب الكفالة بأمر ولأني<sup>752</sup>، بعد النّظر في الطّلب بحضور النّياية العامّة، وفي غرفة مشورة<sup>753</sup>، بعد أن يتأكّد القاضي من أنّ طالب الكفالة هو أهل للقيام بالكفالة، وذلك عن طريق إجراء تحقيق أو أيّ تدبير يراه مفيدا لمصلحة المكفول والإنفاق عليه وتربيته<sup>754</sup>.

في الجزائر، وبعد إصدار الأمر أو الحكم فإنّه لا يُنفذ إلاّ بعد أن يُصبح نهائيا، وعملية التّسليم تتمّ تلقائيا بين طالب الكفالة والشّخص الذي كان عنده المكفول، دون حضور النّياية أو تحرير محضر بالتّسليم.

يجب الإشارة إلى أنّ ما يفتقر إليه القضاء الجزائري هو عدم وجود أو عدم إسناد هذه المهمة إلى القاضي المختصّ بالأحداث، الذي يتتبع تنفيذ الكفالة والذي يقوم بمراقبة مدى تنفيذ الكافل التزامات الكفالة، لكون المشرّع اعتبرها مسألة مدنية، وكون قاضي الأحداث مختصّ بالجانب الجزائري فقط، كما أنّه من المفروض القيام بإجراء البحث في ذلك بواسطة النّياية العامّة أو السّلطة المختصّة أو المساعدة الاجتماعية المؤهّلة لذلك. ومن المفروض وجود قاضٍ مكلف بشؤون القصر، الذي يسهر على تسجيل الكفالة في سجلات الحالة المدنية لدى بلدية المكفول.

<sup>752</sup> المادة 493 من ق.إ.م.إ.

<sup>753</sup> المادة 494 من ق.إ.م.إ.

<sup>754</sup> المادة 495 من ق.إ.م.إ.

كما أنّ الاختصاص المحلي لعقد الكفالة في الجزائر محدد إمّا بموطن طالب الكفالة أو مكان تواجد المكفول.

وتكون المحكمة المختصة هي المحكمة الواقع في دائرتها موطن طالب الكفالة، أي الكافل، وإذا كان موطن هذا الأخير موجودا بالخارج فيكون الاختصاص للمحكمة الواقع في دائرتها موطن الطفل القاصر المرغوب في كفالته.

ويكون هذا الطلب الموجّه إلى رئيس المحكمة، دون وجود منازعة ولا خصومة، لأنها تُعتبر من الأعمال الولائية لرئيس المحكمة.

كما أنّها لا تُرفع ضدّ وكيل الجمهورية، وعلى القاضي المختصّ أن يتأكد من الشروط الواجبة في عقد الكفالة، والتي يشترطها القانون، تلقائيا يُصدر حكمه في شكل أمر، يمنح للكافل كفالة القاصر، وهذا الأمر نهائي.

ونسخة منه تُرسل إلى ضابط الحالة المدنية لمكان زيادة الطفل القاصر المكفول بغية تدوين أنّه طفل مكفول على هامش شهادة ميلاده<sup>755</sup>.

وبهذا تبقى الكفالة قائمة حتّى إذا ما أراد الكافل إلغائها، وذلك بنفس الإجراءات التي قامت بها، ويكون ذلك بإرادة الكافل أو ورثته بعد وفاته.

ومن هنا نستخلص أنّ عقد الكفالة يمرّ بمرحلتين: الأولى هي المرحلة التمهيدية، والتي تعتمد على رضا الطرفين، ولا بدّ أن يكون هذا الأخير صحيحا، وميّرنا في هذه المرحلة بين القاصر المكفول مجهول النسب ومعلوم النسب، وما هي الوثائق التي يجب أن يُوفّرهما الكافل لكي يستطيع أن يكفل طفلا قاصرا.

المرحلة الثانية هي المرحلة القضائية، وتُعتبر أهمّ مرحلة، لقد بيّنا فيها المراحل التي يمرّ عليها عقد الكفالة، وفيها يتمّ رفض أو قبول طلب الكفالة.

<sup>755</sup> الغوتي بن ملحمة، قانون الأسرة...، المرجع السابق، ص.277.

## الفرع الثالث

### الآثار القانونية للكفالة وانقضاؤها

إنّ عقد الكفالة لا ينعقد إلاّ بتوفّر الشّروط التي حدّدها القانون، وبموجبها تقوم الكفالة صحيحة، وتكون صالحة لأن تُنتج آثارها القانونية ككلّ العقود التي يجب رسميتها، وتتميّز هذه الأخيرة بالديمومة والاستمرارية إلى أن يطرأ عليها أيّ ظرف يؤدي إلى زوال آثارها في القانون أو انقضائها، وهذا ما سوف نتطرّق له بشيء من التفصيل.

#### أولاً: الآثار المترتبة على قيام عقد الكفالة.

بعد أن يتمّ إبرام عقد الكفالة، وذلك مراعاة للشّروط المطلوبة قانوناً، وتعهّد الكافل بالقيام بالتزامات تجاه الولد المكفول، بمثابة الأب الحريص على ابنه، تأتي مرحلة أخرى وهي مرحلة تنفيذ عقد الكفالة، إذا يُمكن طرح السّؤال التّالي: كيف يتمّ تنفيذ عقد الكفالة من النّاحية العملية، قصد نقل حضانة الطّفل إلى الكافل؟ وهل يترتّب على الكفالة حقّ الإرث للمكفول أم... توجد بدائل أخرى عن الإرث؟ وهل يفقد المكفول نسبه الأصلي؟ وما هي إجراءات الانتقال أو التّخلي عنها؟

**I - الإسناد الواقعي للمكفول:**

بعدما ينشأ عقد الكفالة، فلا يُمكن القول بقيامها ما لم يتمّ انتقال الولد المكفول من كنف الحاضنين له إلى كنف الكافل، إذ أنّ مجرد وثيقة محرّرة لا تكفي حتّى يتحقّق الغرض المطلوب من الكفالة.

ولكون عملية الإسناد تُعتبر أصعب عملية في تنفيذ عقد الكفالة، وأنّه من المفروض أن تتمّ بموجب إجراءات منصوص عليها في قانون الأسرة، ضمن أحكام الكفالة. حيث من المفروض كذلك أن يحضر في التسليم ممثّل الحقّ العامّ، والأطراف مانحة الكفالة، والأسرة المستفيدة من الكفالة، والولد المكفول الذي يُعتبر العنصر الأساسي في تنفيذ الكفالة، ولا يتمّ إلاّ بحضور الشهود الذين حضروا أثناء إبرام العقد، ويتمّ تحرير محضر بذلك وتوقيع الأطراف الحاضرة، وهو الشّيء المعمول به في المملكة المغربية إذ يُتطلّب عند الإسناد الواقعي حضور ممثّل وكيل الملك وممثّل السّلطة المحليّة وممثّل المساعدة الاجتماعية، زيادة على تحرير محضر يتضمن هويّة الكافل والمكفول، وهويّة الحاضرين، وساعة وتاريخ التسليم، وتوقيع العون المنقذ والكافل، ويُحرّر المحضر في ثلاث نسخ، يُوجّه أحدها إلى رئيس المحكمة أو قاضي الأحوال الشخصيّة، وتُسلم النسخة الثانية إلى الكافل، ويحتفظ بالنسخة الثالثة في الملف.

**II - عقد الكفالة يجيز للكافل أن يوصي للمكفول من أمواله أو يتبرع له****في حدود الثلث:**

إذا كانت الكفالة تُعطى للكافل الولاية القانونية على المكفول وتجعله بمثابة الأب له فإنّ هذا لا يعني أنّها تُرتّب نفس الآثار بين الأبناء الأصليين وآبائهم، إذ أنّ أحكامها<sup>756</sup> نصّت صراحة على أنّه يجوز للكافل فقط الهبة أو الوصيّة في حدود<sup>757</sup> الثلث، وبمعنى المخالفة أنّه لا يرث من المكفول لعدم ثبوت النسب، لأنّه يحتفظ بنسبه

<sup>756</sup> المادة 123 ق.أ.ج.<sup>757</sup> الغوثي بن ملحّة، قانون الأسرة...، المرجع السابق، ص.174.

الأصلي إذا كان معلوم النسب. بل أعطاه المشرع بديلا عن الإرث، وهو البديل سابق الذكر، وما زاد عن الثلث فهو باطل، إلا إذا أجازته الورثة. وعليه فإن للكافل إذن حق التبرع فقط للمكفول، لأنه لا تنشأ حقوق ميراثية بموجب عقد الكفالة، وهو الشيء الذي أقرته الشريعة الإسلامية، وهو ما يُفرق بين التبرع والكفالة.

"يجوز للكافل أن يوصي أو يتبرع للمكفول بماله في حدود الثلث وإن أوصى أو تبرع بأكثر من ذلك، بطل ما زاد على الثلث، إلا إذا أجازته الورثة"، وبُفهم من هذا النص أن الكافل يُمكنه أن يوصي للمكفول بماله، غير أنه يخضع هنا لأحكام الوصية، وذلك أن تكون في حدود الثلث، وإذا كان أكثر من ذلك، فيتوقف على إجازة ورثة الكافل المتوفى.

غير أن المشرع ضم في نصه أنه يُمكن للكافل أيضا أن يتبرع للمكفول بماله، وأخضع ذلك التبرع إلى حكم الوصية، مع أن عقد التبرع هو عقد من العقود المدنية التي تتضمن إلى جانبه عقد الوصية، الهبة والكفالة... الخ.

وهذا ما يدفعنا إلى التساؤل عن قصد المشرع في هذا النص بالتبرع مع ذكره للوصية، فهل تنسحب إلى الهبة، وبالتالي كان لابد على المشرع النص بدلا من كلمة التبرع، كلمة الهبة، لأن المعنى الأخير لعقد التبرع ينسحب إلى عقد الكفالة، وهو أساس وجودها، وأن معنى التبرع في الكفالة الوارد في القانون المدني يختلف عن معناه في قانون الأسرة، كون التبرع فيها يُفيد الهبة، وهذه الأخيرة والوصية يتضمنان التبرع ويشتركان في فكرة إخراج مال أو حق عيني أو منفعة من ذمة الكافل لتدخل في ذمة المكفول دون عوض، وأخضع هذه الهبة لأحكام الوصية في تحديد مقدارها، وذلك بأن لا تتجاوز الثلث، وإذا تجاوزته تتوقف على إجازة الورثة<sup>758</sup>.

ويُستخلص مما سبق بأن الكافل يُمكنه أن يوصي أو يهب للمكفول إلا أن هذين المفهومين يختلفان في فحواهم، فالوصية لا تدخل في ذمة الموصى له إلا بعد وفاة

758 المادة 185 ق.أ.ج.

الموصي<sup>759</sup>، وهذا حسب ما نصّ عليه قانون الأسرة في المواد من 184 إلى 201، أمّا الهبة فهو انتقال المال إلى الموهوب له بمجرد إتمام الحيازة أو التوثيق، وذلك حسب المواد من 202 إلى 212 من نفس القانون، فبذلك الهبة هي تملك بلا عوض<sup>760</sup> لمال عيني أو منفعة أو دين لدى الغير<sup>761</sup>.

### III- إمكانية عودة المكفول إلى والديه الأصليين.

طبقا لأحكام الكفالة، فإنّه يجوز لأبويّ المكفول، إذا كانا معلومين أو أحدهما معلوما، طلب عودة الولد المكفول وأخذه من الكافل، وبالتالي تعود ولايتهما القانونية عليه، وتنتهي ولاية الكافل من جديد، لكنّ المشرّع ميّز بين حالتين، عندما يطلب الوالدان عودة القاصر، وذلك حسب سنّ المكفول<sup>762</sup>:

#### (أ) في حالة عدم بلوغ المكفول سن التمييز:

حدّد سنّ التمييز في التشريع المدني الجزائري بـ 13 سنة<sup>763</sup>، واشترط المشرّع أن يتقدّم الأب أو الأبوين بطلب إلى رئيس المحكمة يبيّن فيه سبب عودة الابن المكفول، وهنا القاضي يقوم بإجراء تحقيق حول الأسباب، مراعيًا مصلحة الولد المكفول، وعليه في هذه الحالة يُمكن أن يُصدر أمرا بالرفّض أو بالقبول.

#### (ب) في حالة ما إذا كان الولد المكفول مميزا:

<sup>759</sup> انظر، العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج2، الميراث والوصية، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص.230.

<sup>760</sup> المادة 202 ق.أ.ج.

<sup>761</sup> انظر، محمد حسيني، عقد الهبة في التشريع الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، د.س.ن.، ص.86-87؛ انظر، محمد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، ط1، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2003، ص.18-21.

<sup>762</sup> المادة 124 ق.أ.ج.

<sup>763</sup> المادة 42 من القانون 05-10 المعدل والمتمم للأمر 75-58 المتضمن القانون المدني.

أي بالغا 13 سنة فما فوق، فإنه يُخَيَّر بين العودة إلى أبويه أو البقاء مع الكفيل، لكنّ الإشكال الذي يُطرح: هل إذا بلغ المكفول سنّ التمييز تتمّ عودته إذا اختار العودة إلى أبويه، خارج ساحة القضاء، ونفس الشيء في حالة الرّفص، فهل تتمّ أمام القضاء أم خارجه؟

من المفروض أن تتمّ أمام القضاء أو أمام المحضر القضائي الذي يقوم بتحرير محضر بذلك.

لعلّ هذه المسألة تتطلّب الدقّة في الإجراءات، وحتى تُراعى مصلحة المكفول، يجب أن تكون في ساحة القضاء أين يُسمع رأي المكفول بمناسبة طلب العودة، دون أيّ ضغط عليه من كلا الطّرفين (الأبوين أو الكافل)، ويُحرّر محضر بذلك أمام القاضي ويُوقّع عليه الأطراف، لأنّ العمل خارج القضاء يُمكن أن يتسبّب في هضم حقوق المكفول المنصوص عليها في مضمون الكفالة، لذلك يجب إثبات عودة المكفول بموجب أمر أو حكم قضائي وتحرير محضر بذلك.

ولقد صدر في هذا الصّد قرار عن المحكمة العليا، قضى بعودة الولد المكفول -لا يجوز الصّح في المسائل المتعلّقة بالحالة الشّخصية- سماع رأي الولد المميّز، إجراء جوهري يجب القيام به قبل الحكم<sup>764</sup>.

"من المقرّر قانوناً أنّ المسألة المتعلّقة بالحالة الشّخصية من النّظام العامّ، لا يجوز الصّح بشأنها إلاّ بنصّ خاصّ.

ومن ثمّ فإنّ قضاة الموضوع باعتمادهم على وثيقة الصّح في إسناد كفالة البنت من دون سماع رأيها، وتخييرها بين البقاء عند مربّيها أو الدّهاب لوالدها، رغم أنّها تجاوزت سنّ التمييز، فإنّهم بذلك خرّقوا القانون واستحقّ قرارهم النّقض"<sup>765</sup>.

فسماع رأي المكفول شرط ضروري عند طلب العودة إلى الوالدين وإثبات ذلك يكون بحكم أو أمر.

<sup>764</sup> نصر الدين مروك، المرجع السابق، ص.158.

<sup>765</sup> انظر، م.ع.، غ.أ.ش.، 1991/05/21، ملف رقم 71801، م.ق.، 1996، عدد 01، ص.115.

كما أنّه في حالة الاستجابة إلى طلب العودة وقبول عودة المكفول، فهذا يُعتبر بطريقة غير مباشرة، سقوطاً وتخلٍ عن الكفالة، وهذه الأخيرة لا يُمكن أن تتمّ إلاّ أمام الجهة التي أقرتها<sup>766</sup>، وبعلم النّياية العامّة، وبالتّالي يُستبعد انتقالها خارج ساحة القضاء لأنّ النّياية تبدي طلباتها أمام القضاء وليس الموثّق، لذلك من الأحسن أن يكون قانوني ينظّم هذه العملية.

---

<sup>766</sup> المادة 125 ق.أ.ج.

#### IV- إمكانية الكافل طلب تغيير لقب المكفول مجهول الأب بمنحه

##### لقبه العائلي:

إن إمكانية تغيير لقب المكفول بموجب عقد الكفالة القانونية والشرعية، المجهول النسب من الأب، تُعتبر من أهم الآثار القانونية المترتبة عن قيام عقد الكفالة، إذ أنه منذ سنة 1984م، أين تمّ تقنين قانون الأسرة، لم تُتخذ أيّ مبادرة تشريعية لحلّ بعض الإشكالات العملية المتعلقة بالشريحة الأساسية في المجتمع، المتمثلة في الأطفال مجهولي النسب من الأب، إذ أنه ثبت عملياً أنّ الكفالة وحدها ليست كافية لتنشئة الطفل تنشئة قويمه وسليمة، لأنه سرعان ما يكبر الطفل القاصر ويصبح مميزاً، ويبدأ في طرح عدّة تساؤلات على نفسه وعلى من حوله، وخاصة عند الاطلاع على وثائقه المتعلقة بالحالة المدنية، أين يكتشف أنّ لقبه مغاير تماماً للقب العائلة التي كفلته، والتي كان يظنّ أنها أسرته الحقيقية.

وفي كثير من الأحيان، عند معرفته للحقيقة، كونه ليس ابن الأسرة الكافلة، وكونه مجهول الأب، يتعدّد نفسياً، ويهجر تلك الأسرة التي كفلته، خوفاً من الفضيحة التي ليس له يد فيها، أمام زملائه وأصدقائه، وبهذا تكون قد تعقدت المشكلة بدلا من حلّها. لذلك، ونظرا لمثل هذه الوضعية الاجتماعية الأليمة، ارتأت الحكومة إيجاد حلاً لهذه الفئة المكفولة مجهولة النسب من الأب، وذلك بمنحها التأشيرة على جواز إعطاء الكافل لقبه لفائدة المكفول من أجل مصلحة المكفول ولتنشئته تنشئة سليمة بدون أيّة عقد نفسية، حتّى ينفع مجتمعه<sup>767</sup>، بدلا من أن يكون علّة عليه. ولذلك جاء المرسوم التنفيذي رقم 92-24 المعدّل والمتمّم للمرسوم رقم 71-157 المتعلّق بتغيير اللقب<sup>768</sup>.

#### (أ) الشروط المطلوبة قانوناً لطلب تغيير لقب المكفول وإحاقه بلقب الكافل:

<sup>767</sup> فريدة زاوي، المرجع السابق، ص.69.

<sup>768</sup> انظر، الملحق رقم 04، ص.485. (المرسوم رقم 71-157 المتعلّق بتغيير اللقب).

لقد حدّد المرسوم التنفيذي سالف الذكر هذه الشّروط، إذ أنّه في حالة تخلف أحدها<sup>769</sup>، لا يمكن الاستجابة للطلب، وبالتالي يُرفض من قبل وزارة العدل، وهذه الشّروط هي:

### 1- ضرورة وجود عقد الكفالة:

حتّى يُمكن للكافل أن يُغيّر لقب المكفول ومنحه لقبه العائلي لا بدّ أن يكون كافلاً له قانوناً، ولا يُمكن أن يُثبت هذه الكفالة إلاّ بموجب عقد توثيقي صادر عن الموثّق أو كفالة صادرة من الجهات القضائية، والمشرّع لم يفرض مدّة معيّنة في الإسناد الواقعي للمكفول حتّى يتسنى للكافل أن يمضيها ثمّ يُقدّم الطلب.

### 2- ضرورة أن يكون المكفول قاصراً مجهول النسب من الأب:

أجاز المشرّع تغيير لقب المكفول، سواء كانت بنتاً أو ابناً قاصراً، لكن ليس كلّ مكفول، بل مجهول النسب من الأب فقط، لأنّ معلوم النسب من الأب لا يُجيز القانون للكافل منحه لقبه.

### 3- أن تكون المبادرة والرغبة في تغيير اللقب من طرف الكافل:

لا يُمكن أن يُتصوّر أن يُقدّم الطلب من طرف المكفول لانعدام أهلية التقاضي، ولكونه هو محتاج إلى رعاية، وأنّ ولايته على نفسه هي مقرّرة للكافل، وهذا يدلّ على عنصر هامّ جدّاً، وهو الإرادة الحرّة غير المعيبة، إذ يُعبّر في طلبه عن رضاه الصريح دون أيّ إكراه.

### 4- شرط موافقة أم المكفول صراحة إذا كانت معلومة وعلى قيد الحياة:

<sup>769</sup> المادة 01 من المرسوم التنفيذي رقم 92-24 المعدل والمتمم للمرسوم 71-157 المتعلق بتغيير اللقب.

الأصل في مثل هذه الحالة إذا كان معلوم الأم، فلقب المكفول المسجّل في سجلات الحالة المدنية والمدلى به إلى ضابط الحالة المدنية هو اللقب العائلي لأمه لكونه مجهول الأب، وبالتالي اشترط المشرّع الموافقة الصريحة، أي أن يكون التعبير صريحا عن الإرادة بأن تُوافق على أن يحمل المكفول لقب الكفيل، واشترط المشرّع أن تكون الموافقة في شكل عقد شرعي مكتوب. أمّا إذا كانت متوقّاة أو غير معلومة فإنّ هذا الشرط يسقط.

**ب) إجراءات تغيير لقب المكفول:**

لقد حدّد المشرّع الجزائري الوثائق والإجراءات الملزمة لطالب تغيير اللقب.

**1- الوثائق المطلوبة:**

- طلب خطّي موجّه إلى السيّد وزير العدل حافظ الأختام موقّع من طرف الكفيل.
- عقد كفالة محرّر طبقاً لأحكام المادتين 116-117 من قانون الأسرة لدى موثّق أو المحكمة (أو نسخة منه مصادق عليها).
- نسخة من شهادة ميلاد الكافل (أصلي، تاريخه أقلّ من سنة).
- نسخة من شهادة ميلاد المكفول (أصلي، تاريخه أقلّ من سنة).
- نسخة من سجلّات عقد زواج الكافل.
- الموافقة الكتابية لأمّ المكفول، إذا كانت معلومة وعلى قيد الحياة.
- بالنسبة للأطفال الموجودين في إطار المساعدة الاجتماعية، زيادة على هذه الوثائق، لا بدّ من توفير شهادة وضع في إطار الكفالة مسلّمة وموقّعة من طرف مدير النّشاط الاجتماعي (أو نسخة مصادق عليها).

**2- إجراءات التحقيق في الطلب وإصدار الأمر:**

بعد تلقّي السيّد الوزير الملف والمرفوق بالطلب، يقوم بتكليف السيّد النائب العامّ للدائرة القضائية مكان ولادة الطّالب لإجراء تحقيق بشأن هذا الطلب<sup>770</sup>، والذي بدوره يُكلّف وكيل الجمهورية للدائرة القضائية مكان ولادة الطّالب لمتابعة التحقيق، والذي بعد إنجازه يتمّ إرساله بالطريق السّلمي إلى السيّد النائب العامّ، والذي بدوره يُرسل ما توصل إليه التحقيق إلى السيّد وزير العدل حافظ الأختام. هذا التحقيق يكون بسماع الشّهود

<sup>770</sup> المادة 01 الفقرة 01 من المرسوم سابق الذكر.

والبحث عن دوافع وأسباب تغيير اللقب، وفي الأخير يرجع القرار إلى السيد وزير العدل الذي يُقرّر ما بشأن هذا الطلب، بعد الاطلاع على ملف التحقيق، وعليه فإما أن يقبل أو يرفض الطلب.

وفي حالة قبول الطلب فإن وزير العدل يأمر النيابة العامة بالسهر على تنفيذ هذا القبول، وذلك بتقديم التماساتها إلى السيد رئيس المحكمة عن طريق السلم التدرّجي بواسطة وكيل الجمهورية، قصد إصدار أمر بتغيير لقب المكفول، وذلك خلال 30 يوما من تاريخ الإخطار، مع السهر على تنفيذ الأمر وتسجيله بسجلات الحالة المدنية.

وعليه فممثّل النيابة، فور تلقّيه الإرسالية، يقوم السيد وكيل الجمهورية بتقديم التماساته الكتابية إلى السيد رئيس المحكمة لغرض تغيير لقب المكفول.

وبعد تلقّي السيد رئيس المحكمة الملف والمستندات المؤيّدّة، وبعد الاطلاع على التماسات النيابة والمرسوم سالف الذكر، يُصدر الأمر، في إطار صلاحيّاته الولائية، بتغيير لقب المكفول ليصبح لقبه (كذا بدلا من كذا).

ويُشير في الأمر بأن يُسجّل هذا الأمر على هامش سجلّ الحالة المدنية وعقود ومستخرجات عقد الحالة المدنية.

كما أنّ هذا المرسوم استثنى الحالة المتعلقة بالمكفول من النشر في الجرائد بغية تقديم الاعتراضات بشأن طلب تغيير اللقب.

### **(ج) آثار ما جاء به المرسوم التنفيذي رقم 24/92:**

من أجل تسهيل عملية تغيير اللقب، عمد المشرّع إلى تبسيط الإجراءات، وذلك بأن يقوم الكافل بطلب موجه إلى وزير العدل (وزارة العدل، بير خادم، الأبيار، الجزائر العاصمة)، يتضمّن طلبه لتغيير لقب القاصر المكفول ليلحق به، وكذلك يُقدّم وثائقا مع الطلب الخطّي، والذي يصل في الأخير إلى رئيس المحكمة دائرة اختصاص مكان ولادة الطفل القاصر، وذلك لتغيير اللقب عن طريق أمر. وقد ذهب المشرّع لأكثر من

ذلك إلى حجب إعلان الطلب وإنّ التغيير لا يكون بموجب مرسوم رئاسي، بل بمجرد أمر من رئيس المحكمة.

1- غباب الإعلان<sup>771</sup>:

نصت المادة 05 من مرسوم 1992م، وفي إطار الكفالة، على عدم إخضاع الطّلب للإعلان.

غير أنّ بعض القضاة يستمرّون في إعلانها، على أساس أنّ ما ورد بالمادة أعلاه يتعلّق بالمادة 03 من مرسوم 1971م، والتي تتكلم عن الاعتراضات. أما المادة 02 منه، والتي تُنظّم أساسا إعلان العريضة في جريدة محلية، فتبقى مطبّقة، وهذا حسب تفسيرهم، غير أنّه مخالف لجميع المبادئ، في جميع المجالات المتعلقة بالأحداث، وتعارض أيضا فكرة وروح المشرّع الذي أراد الحفاظ على الحدث، وذلك بعدم إعلان عريضته، ولأنّ ذلك يؤديّ به إلى اضطرابات نفسية، إذ يظهر بأنّه ولد غير شرعي، خاصة في المجتمع الجزائري.

2- غباب إصدار المرسوم الرئاسي لتغيير اللقب:

يصدر، على خلاف مرسوم 1971م، تغيير لقب المكفول في شكل أمر من رئيس المحكمة بعد طلب من وكيل الجمهورية، وذلك في مهلة 30 يوما من تاريخ الإخطار المقدم من وزير العدل، وهذا راجع لصعوبة إصداره في شكل مرسوم رئاسي، نظرا للوضعية التي تتطلبها حالة القصر مجهولي النسب. وما دام الأمر يتعلّق بحالة الأشخاص، فقد أخرجها المشرّع من سلطات رئيس الجمهورية، كما كان منصوبا عليها في مرسوم 1971م، بغرض الفعالية والسرعة. حولت السلطة التنفيذية مسألة حالة الأشخاص إلى مجرد مسألة متعلّقة بالحالة المدنية، وخرقت بذلك قاعدة دستورية، غير أنّ هذا التحليل يتناقض مع ما تنصّ عليه المادة 29 من القانون المدني<sup>772</sup>.

ونجد أنّ الأمر الصادر من رئيس المحكمة، والذي يتضمّن تغيير لقب القاصر المكفول، يُبعث إلى ضابط الحالة المدنية كما سلف الذكر من أجل تنفيذه، ويتمّ ذلك

<sup>771</sup> انظر، نادبة يونسى جداد، الكفالة، م.ع.ق.إ.، 1999، عدد 04، ص.34-35.  
<sup>772</sup> تنص المادة 29 من ق.م.ج. على أنه: "يسري على اكتساب الألقاب وتبديلها القانون المتعلق بالحالة المدنية".

بتغيير الاسم الثاني الممنوح للقاصر مجهول النسب بلقب الكافل، أمّا مجهول الأب فقط فيُغيّر لقب الأم بلقب الكافل، وذلك على هامش عقد ميلاد القاصر، وعلى أساس الأمر الذي يتضمّن ذلك.

### 3- الطبيعة القانونية للاسم الممنوح للمكفول:

وذلك بالبحث عن ما إذا كان الاسم الممنوح هو حق استعمال أم حق شخصي، وقبل ذلك فإنّ منح الاسم، حسب مرسوم 24/92، حماية للمكفول إذ أنّه لا يلغي الاسم الذي اكتسبه قانونا بمقتضى المادة 64 من الأمر رقم 70-20 المتعلّق بالحالة المدنية، إذ يبقى مقيّدا اسمه قبل منحه اسم الكافل في سجلّ الحالة المدنية، فهو بهذا المفهوم حق استعمال<sup>773</sup>.

#### د) مركز المرسوم رقم 24/92 المتعلّق بتغيير اللقب من أحكام الكفالة أو أحكام التبني:

إنّ هذا المرسوم طرح عدّة تساؤلات لدى المختصين في القانون وكذلك لدى عامّة المجتمع الجزائري، متسائلين ما إذا كان هذا المرسوم المتعلّق بإعطاء اللقب للمكفول من قبل الكافل يؤدّي إلى إلحاق النسب أم لا؟ بمعنى هل يُعتبر هذا الإجراء بمثابة تبني أم يبقى دائما في نطاق الكفالة؟

#### 1- الفريق الذي يعتبر تغيير اللقب في إطار المرسوم 24/92 تبنيًا:

وهي الفئة التي رفضت تطبيقه على أرض الواقع عند صدوره، لكونهم كيفوا هذا المرسوم تبنيًا بطريقة غير معلن عنها صراحة، ذلك لأنّ فيه تغيير لحقيقة النسب الأصلي للولد المكفول مجهول الأب، مع العلم أنّ ضابط الحالة المدنية يُعطي لهذه

<sup>773</sup> فريدة زاوي، المرجع السابق، ص.75.

الفئة مجهولة الأبوين الأسماء وتُسجَل في سجلات الحالة المدنية. أمّا الولد معلوم الأمّ ومجهول الأب فإنّ اللقب يكون بلقب الأمّ، وعليه يرون أنّ المصادقة على طلب تغيير اللقب فيه تغيير في النسب وإلحاق نسب ولد إلى نسب شخص جديد، وهذا يُرجعنا إلى العصر الذي كان فيه العرب في الجاهلية يُبيحون التّبني، ويرون أنّ مثل هذه الحالة تؤدّي إلى اختلاط الأنساب، وفيه تعدّ على اللقب العائلي لعائلة أخرى.

كما أنّهم يُبرزون أنّ مضمون هذا المرسوم يحمل في طيّاته تناقضا مع أحكام المادة 120 من قانون الأسرة التي تنصّ على: "أن يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب، وإن كان مجهول النسب، تُطبّق عليه أحكام نصّ المادة 64 من قانون الحالة المدنية"، والمادة 46 من نفس القانون، ومن المعلوم أنّ المرسوم في درجة أدنى من القانون. كما جاءت المادة الأولى من هذا المرسوم مخالفة لكلّ من أحكام دستور 1989م ودستور 1996م، التي أسندت صلاحية التشريع في ميدان "القواعد العامّة المتعلقة بقانون الأحوال الشخصية، وحقّ الأسرة، لاسيما الزواج، والطلاق، والبنوّة، والأهلية، والتّركات"<sup>774</sup>، للمجلس الشعبي الوطني وليس للسلطة التنفيذية، ومخالفة أيضا لأحكام الشريعة الإسلامية، وأحكام المادة 01/28 من القانون المدني التي قرّرت بأنّ لقب الشّخص يلحق أولاده دون أن تُعطي أيّة إمكانية لإلحاقه بغير الأولاد الشرعيّين، وأحكام قانون الأسرة.

هذا الفريق يؤكّد على ضرورة احتفاظ المكفول بنسبه الأصلي، وبالتالي استبعاد تطبيق هذا المرسوم والاحتكام إلى أحكام الشريعة الإسلامية<sup>775</sup>. كما أنّه من زاوية القانون، فهذا المرسوم جاء في حقيقة الأمر بإقرار التّبني بصفة غير صريحة، حتى ولو اقتصر أثره في أخذ الطّفّل اسم من تنبّاه فقط<sup>776</sup>. كون أنّ الكافل يمنح اسمه

<sup>774</sup> المادة 115 البند 02 من دستور 1989، والتي أصبحت بعد التعديل لسنة 1996 المادة 122 البند 02.

<sup>775</sup> أمال علال، المرجع السابق، ص.114.

<sup>776</sup> انظر، جيلالي تشوار، تغيير اللقب تجاه الصلاحيات الدستورية للسلطتين التشريعية والتنفيذية، م.ع.ق.إ.، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2004، عدد 02، ص.13.

للمكفول مع علم اليقين أنّه ليس من صلبه<sup>777</sup>، وهذا نوع من التّبنيّ البسيط الذي تعرفه بعض التشريعات الغربية كالقانون المدني الفرنسي في المادة 01/364.

<sup>777</sup> انظر، زكية حميدو تشوار، الحق في الاسم في القانون الجزائري، م.ج.ع.ق.إ.س.، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2008، عدد 06، ص.150.

## 2- الفريق الذي لا يعتبر محتوي هذا المرسوم تنبياً بل يبقى دائماً في إطار الكفالة:

يرون ضرورة للاستجابة إلى هذه الطلبات والمتعلقة بتغيير اللقب، وبدون أيّ تخوّف، إذ اعتمد هذا الرأى في حجّته على نصّ المادة 05 مكرّر من المرسوم سالف الذكر، والتي تقضي بضرورة تسجيل اسم المكفول في هامش شهادة الميلاد وكلّ العقود ومستخرجات الحالة المدنية، أين استُخلص من هذا الرأى ومن هذه المعطيات أنّ اللقب الأصلي يبقى دائماً محفوظاً وأنّ هذا الاسم هو إضافي فقط، وهو حقّ استعمال شخصي له لأنّه لا يُمكن إخفاء الاسم الأصلي عند إبرام عقد الزواج، ولا يُمكن استعماله في الميراث. ومن ثمة رأوا أنّ هذا المرسوم هو حفظ لكيان ونشأة الطّف داخل المجتمع، ومكّمل لنصوص الكفالة، لا أكثر ولا أقلّ، إذ لا يلحق بموجبه النسب للكافل، ومن ثمة فإنّ موانع الزواج لا تتقرّر بموجب هذا اللقب، إذ أنّه يُمكن للكافل أن يتزوّج بمن كفله. وحسب مقتضيات قانون الأسرة، يبقى حقّ المكفول في الإرث وموانع الزواج قائماً مع عائلته الشرعية إذا كان معلوم الأم<sup>778</sup>.

وفي تقديرنا لهذا المرسوم التّفيذي، نرى أنّه يُجيز التّبني بطريقة غير مباشرة، حيث يُمكن قانونياً للكافل أن يتقدّم بطلب تغيير اللقب للولد القاصر، مجهول النسب، قصد مطابقة لقب هذا الأخير بمكن يتكفّله، وبهذا قد أجاز الشّيء الممنوع قانوناً والمحرمّ شرعاً. كذلك، بالرغم من أنّه عملياً يُشار على هامش شهادة الميلاد إلى أنّه ابن بالكفالة، لكن مع مرور الوقت سيقع خلط كبير بين أحكام الكفالة وأحكام التّبني. وفي حالة زواج الولد المكفول، أبناؤه يأخذون اللقب الأصلي للأب أم لقب كافله؟

وبالتّالي، نعتبر أنّ هذا المرسوم التّفيذي في أصله غير قانوني، لأنّ مضمونه يتعارض مع المادة 64 من قانون الحالة المدنية، والمادة 46 من قانون الأسرة، ولا يُقدّم المرسوم على القانون.

<sup>778</sup> فريدة زواوي، المرجع السابق، ص.75.

## ثانيا: انقضاء عقد الكفالة.

إنّ عقد الكفالة، كغيره من العقود، يقوم ويبقى، يُنتج آثاره ما دام غير محدّد المدّة ولم يقم على شرط واقف أو فاسخ، غير أنّه قد يكون عرضة لأيّ سبب من الأسباب التي تؤدّي إلى انقضائه. ومادامت الكفالة تقوم على جانب إنساني، فقد حصر المشرّع الجزائري أسباب انقضائها في الحالتين المنصوص عليهما في المادتين 124 و125 من قانون الأسرة، وذلك بإرادة الطّرف الثّاني في عقد الكفالة بالنّسبة للقاصر المكفول معلوم النّسب، والحالة الثّانية هي وفاة الكافل<sup>779</sup>، بالإضافة إلى الحالة العامّة، وهي تخلف أحد الشّروط الواردة في المادّة 118 من القانون<sup>780</sup> أعلاه، ممّا يجعل عقد الكفالة ينقضي بتعرّض الكافل إلى أيّ عيب من العيوب التي قد تُخلّ بإحدى هذه الشّروط.

كما يُمكن إلغاء الكفالة أو التّخلّي عنها بموجب عريضة أمام قاضي شؤون الأسرة وأن يكون بعلم ممثل النّيابة العامّة<sup>781</sup>.

## الفرع الرابع

## موقف كل من الشريعة الإسلامية والقانون من الكفالة

بتحريم الله ﷻ التّبني، أي البنوة الادّعائية التي لا حقيقة لها، قضى على ما كان من أحكام زمن الجاهلية واستمرت حتى صدر الإسلام (الخامسة للهجرة)، ولذلك كان من الضّرورة إيجاد نظام يُبيحه الإسلام والقانون، فكان نظام الكفالة، البديل الملائم، حماية للمجتمع ومنعا لضياع الأنساب واختلال نظام الأسرة -منع تضييع حقوق الورثة بسبب إرثهم الشرعي من الأب الكاذب (المتبني)، فلا يرث إخوته ولا أخواته لوجود ابن الزور الذي منعت بنوّته الكاذبة، إرثهم الشرعي.

<sup>779</sup> تنص المادة 497 من ق.إ.م.إ. على أنه: "عند وفاة الكافل يتعين على ورثته أن يخبروا، دون تأخير، قاضي شؤون الأسرة الذي أمر بالكفالة. يتعين على القاضي أن يجمع الورثة في ظرف شهر لسماعهم حول الإبقاء على الكفالة. إذا التزم الورثة بالإبقاء عليها، يعين القاضي أحد الورثة كافلا. في حالة الرفض ينهي القاضي الكفالة حسب نفس الأشكال المقررة لمنحها".

<sup>780</sup> تنص المادة 118 من ق.أ.ج. على أنه: "يشترط أن يكون الكافل مسلما، عاقلا أهلا للقيام بشؤون المكفول وقادرا على رعايته".

<sup>781</sup> المادة 496 من ق.إ.م.إ. التي تنص على دعوى إلغاء الكفالة أو التخلي عنها.

وقد قال بعض العلماء لو فتح باب الانتفاء من الأب لأهملت المصالح، لاختلطت الأنساب ولضاعت حكمة الله ﷻ في جعل الناس شعوبا وقبائل<sup>782</sup>، باعتباره الوضع الشرعي لمن يريد أن يتقرب إلى ربه بضمّ ابن غيره إليه، يُربيّه ويُنفق عليه ويوصي له، دون أن ينسبه إلى نفسه.

ولقد نظّم المشرّع الجزائري الكفالة في المواد من 116 إلى 125 من قانون الأسرة، وإذا أراد شخص أن يكفل طفلا، سواء معلوم النسب أو مجهوله، فله ذلك على أن يلقي ذلك الطفل المعاملة التي يلقاها الطفل الصّلي من طرف والديه، وبالتالي تولّي طفل يتيم بالرعاية والتربية الحسنة والمعاملة الطيّبة، يحفظه من الضياع ويؤمّن له جواً مستقراً ويضمن له حياة مستقرة.

نجد إلى جانب ذلك، قواعد الإسناد المستحدثة بموجب القانون رقم 05-10 المعدّل والمتّم للأمر 58-75، المتضمّن القانون المدني في مادته 13 مكرّر 01، التي تُرشد القاضي الدّخلي إلى القانون واجب التطبيق عندما يكون في عقد الكفالة طرف أجنبي، والتي تُلزم القاضي الدّخلي الجزائري أن يُراعي قانوني الطرفين في عقد الكفالة عند إبرام العقد.

أمّا بالنسبة للقانون الفرنسي، ففي شهري جوان وجويلية من سنة 2008م، احتلت الكفالة حيّزا من اجتهادات القضاء الفرنسي. كان لمجلس الدولة أن أعطى موقفا منها بتاريخ 27 جوان 2008م<sup>783</sup>، ثمّ محمة النّقض بتاريخ 09 جويلية 2008م<sup>784</sup>.

لقد بقي كلّ من التّشريع والقضاء الفرنسيين، حائرا أمام هذا النّظام الإسلامي الفريد من نوعه، والذي يصعب وضعه في قالب خاصّ، منسجم مع النّظام التّشريعي الفرنسي. عبّر مجلس الدولة الفرنسي عن الكفالة بأنّها ليست تبنّيّاً ولكنها تشبه انتقال السّلطة الأبوية، إذ صدر عنه بتاريخ 08 جوان 2005م، قرار بخصوص كفالة صادرة في الخارج بأنّه: "بموجب الحكم القاضي يجب النّظر إلى الطّفل على أنّه محلّ تبنّي

<sup>782</sup> محمود شلتوت، الفتاوى، المرجع السابق، ص.223.

<sup>783</sup> Actualité juridique Famille, p.342. Obs. Chénéde, Dalloz, 2008, p.223.

<sup>784</sup> Dalloz, 2008, p.2144. Droit de la famille, Note Farge 2008, p.133.

بموجب القانون الفرنسي<sup>785</sup>. وبموجب قضاء مجلس الدولة المستقرّ على خلاف التّبني، لا ينجر عن الكفالة أيّة قرابة نسب. إنّما هي أقرب إلى انتقال السّلطة الأبوية. ومن ثمّ لا يجلب هذا الوضع أيّ حقّ خاص في دخول الطّفّل إلى التّراب الفرنسي، وصد نفس الموقف عن محكمة النقض<sup>786</sup>.

من منظور وزارة العدل، الكفالة هي ولاية، ولعلّ الولاية على القاصر لا تجعله بالضرّورة فردا من أفراد الأسرة. ليس للمكفول صلة قرابة بالكفيل<sup>787</sup>. والولاية، حسب قانون الأسرة الجزائري، هي صورة من صور النّيابة القانونية، أي أنّه لا محلّ لها إلّا عند استخالة ممارسة الأولياء للسّلطة الأبوية على الطّفّل (في حالة وجود الأبوين للمكفول). ومن القضايا التي طُرحت على المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، أنّ امرأة قدّمت طلب تبني طفلة وُلدت في الجزائر بتاريخ 03 نوفمبر 2003م، مجهولة النّسب، بعد أن كفلتها بموجب قرار الكفالة بتاريخ 13 جانفي 2004م، رُفض طلب التّبني من المحكمة ومن مجلس قضاء ليون بتاريخ 23 أكتوبر 2007م، لكنّ الأمّ تقدّمت بطعن بالنقض على أساس خرق المادّة 01/31 لاتفاقية نيويورك حول حقوق الطّفّل المؤرّخة في 20 نوفمبر 1989م، وكذلك المادّتان 08 و 14 للاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.

بتاريخ 25 فبراير 2009م، رفضت محكمة النقض الطّعن مؤسّسة إيّاه على أنّ أحكام المادّة 370-03 الفقرة 02 من القانون المدني الفرنسي، التي تمنع تبني أطفال قادمين من دول تمنع قوانينها التّبني، غير مخالفة لأحكام اتفاقية لاهاي المؤرّخة في 29 ماي 2003م، حول حماية الأطفال والتّبني الدولي<sup>788</sup>.

تقدّمت الأمّ في القضية المطروحة سالفا بطعن أمام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، مقتضاه أنّ نصّ القانون الفرنسي -الذي يُحرّم التّبني- يُشكّل خرّقا لحياة

Olivier DUBOS, La Kafala et le juge administratif, Court séjour au pays de l'insécurité juridique, <sup>785</sup> Cf. Dossier Dalloz, 2009, p.22.

Jean HAUSSER, L'imagination juridique Française, Dossier Dalloz, 2008, p.52. <sup>786</sup> Cf.

<sup>787</sup> انظر، هجيرة دنوني، الكفالة وتطور التشريع العائلي في فرنسا، دراسات في القانون، دراسات متنوعة إحياء لذكرى عبد الله بن حمو، كنوز للنشر والتوزيع، 2013، ص.16.

<sup>788</sup> Arrêt rendu par la Cour Européenne des droits de l'homme, 5<sup>ème</sup> section, 04 octobre 2012, N°43631/09. Actualité juridique famille, 2012, p.546.

عائلية عادية تضمنها المادة 08 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان<sup>789</sup>. واستنادا إلى نصوص الاتفاقية الدولية والقانون الفرنسي، رأت المحكمة الأوروبية ضرورة عدم معارضة القانون مع احترام حق كل فرد في حياة عائلية، ثم عدم خرق نص المادة 08 للاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، ويبدو أن موقف فرنسا يتسم بالشدود في هذه المسألة لأن معظم الدول الأوروبية تؤيد تبني الأطفال المكفولين الذين تحرم قوانين دولهم الأصلية التبنّي. ويبقى موقف المشرع الفرنسي سليما لاحترامه القانون الوطني للمكفول الذي يحرم التبنّي.

الكفالة ليست تبنّي كامل «Adoption plénière»، لأن هذا الأخير يؤدي إلى قيام صلة قرابة وما تحملها من آثار خاصّة، وإنّ التبنّي يمحي النسب الأصلي ويستخلفه بنسب جديد. وهو ما صار يتعارض، في القانون الفرنسي، مع حق الفرد في معرفة أصوله، وهو من الحقوق الأساسية في عصرنا.

وليست تبنّي بسيط «Adoption simple»، لأنّه إذا كان يسمح ببقاء القرابة مع الأسرة الأصلية، فإنّه يُبيح الميراث، وهذا غير موجود في الكفالة. وليست كذلك طريق غير مباشر أو وسيط للتبنّي.

أمّا بخصوص تكييف الكفالة على أنّها انتقال للسلطة الأبوية، فهو كذلك لا ينسجم بتاتا مع الكفالة، لأنّ السلطة الأبوية لا تُغني عن صلة القرابة والتي هي محلّ نقض وتجاذب شديدين<sup>790</sup>.

كما أنّها ليست ولاية، لأنّه حسب النظام التشريعي الفرنسي، الولاية لا تنصبّ إلاّ على أموال القاصر دون شخصيته. وتُمارس إلاّ في حالة استحالة ممارسة الوالدين للسلطة الأبوية.

ومن هنا نستخلص، أنّ القضاء الفرنسي حاول جاهدا تحديد مركز الكفالة من النظام القانوني الفرنسي، لكن نظرتّه كانت دائما ضيقة المعالم، بحكم إصراره على نسخ الكفالة على أيّ نظام من الأنظمة.

<sup>789</sup> من حيثيات القرار أن المادة 20 من الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل تعترف بالكفالة كوسيلة لحماية الطفل كما هو الحال بالنسبة للتبنّي.

<sup>790</sup> هجيرة دنوني، المرجع السابق، ص.17.

من خلال دراستنا وجدنا أنّ التَّبَيُّ يُرْتَّبُ آثارا بالنسبة للدول التي تأخذ به، ويُخَوَّل للمتَّبَيُّ أن يأخذ لقب من تبناه والانتساب له بصورة شرعية. وهذا الشيء ممنوع ومحرم في قانوننا الجزائري، ولهذا فالمشرع الجزائري لا يأخذ بهذا النظام، وعملياً المحاكم تُصدر أحكاماً بإبطال التَّبَيُّ، وإنّ هذه الدّعى تكون موجودة، خاصة في النزاعات المتعلقة بالميراث، إذ الورثة يعتبرون هذا الابن المتَّبَيُّ، دخيلاً وليس ابناً شرعياً.

فبذلك وجد له بديل، والذي كما عرفناه سابقاً، وهو نظام الكفالة الذي يُرْتَّبُ آثاراً، ويتميّز بالديمومة، إلاّ إذا طرأ عليه ظرف ما، يؤدي إلى زوال آثاره في واقع القانون، وبذلك يكون سبباً في انقضائه.

خلاصة لكلّ هذا، نلاحظ أنّ الطّرق التي تمت دراستها من فراش وغير فراش، ليست كلّها في مرتبة واحدة، بل أنّ الفراش هو السبب الحقيقي للنسب لأنّه المنشئ له، أمّا غير الفراش فتعتبر أسباباً ظاهرية، يدلّ كلّ واحد منها على وجود النسب الحقيقي وهو الفراش، لأنّ الولد الشرعي لا يكون إلاّ ثمرة فراش، وهذه النقطة التي اتفق عليها المشرعان الجزائري والفرنسي، لكنّ هذا الأخير يعترف أيضاً بالطفل الناتج عن العلاقة غير الشرعية التي لا يعترف بها مشرّعنا، إنّما يعتبرها زناً، والطفل الناتج عنها يُعتبر ابن زناً.

كلّ ما تعرّضنا له سابقاً، كان يتعلّق بالطفل الناتج عن الإنجاب الطبيعي الذي يقتصر على الزوجين فقط، لكنّ الإشكال الذي يُطرح: إذا لم يستطع الزوجان الإنجاب بالطريقة الطبيعية بسبب مرض، بالرغم من توافر الدّواء، هل هناك بديل للإنجاب الطبيعي؟ وهل هو معترف به قانوناً وشرعاً؟ والطفل الناتج عن الإنجاب غير الطبيعي، كيف يُمكن تحديد نسبه؟

كما أنّ الأمور لا تقف عند تحديد النسب إنّما تتعداه إلى معرفة طرق إثباته عند الإنكار، فهل في هذه الحالة نرجع إلى النصوص القانونية المنظمة لنسب الولد الناتج عن الاتّصال الجنسي؟ وفي حال ذلك، هل تتماشى هذه النصوص مع الاكتشافات العلمية؟ وهل هذه الطّرق العلمية الحديثة في إثبات النسب مأخوذ ومعترف بها؟

سنحاول الإجابة عن هذه التساؤلات المطروحة وغيرها في الباب الثاني من هذه الرسالة تحت عنوان: "إثبات ونفي النسب بالأدلة العلمية الحديثة".

# الباب الثاني

## إثبات ونفي النسب بالأدلة العلمية الحديثة

بالرغم من كل الطرق والوسائل لإثبات النسب ونفيه، التي تعرّضنا إليها في الباب الأوّل من هذه الرسالة، إلا أنّ التطوّرات العلمية في مجال الطبّ، علم البيولوجيا والوراثة، كشفت عن وجود طرق جديدة تتعلّق بإثبات النسب وتحديد أبوة الولد، وتوضّح بنتائج قابلة للوصول إلى اليقين التقريبي، وتُسمّى هذه الوسائل بالطرق العلمية الحديثة لإثبات النسب.

ولمّا كان على المشرّع الجزائري أن يتماشى وهذا التطّور العلمي، فكانت المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري محلّ تعديل بموجب الأمر 02-05 المؤرّخ في 2005/02/27م، المعدّل والمتمّم لقانون الأسرة، حيث تمّ استبدال في نصّ المادة حرف "الواو" بـ "أو" في الفقرة الأولى، حتّى لا يفهم أنّ إثبات النسب يقتضي مجموع أدلّة الإثبات مجتمعة، فكان حرف "الواو" حرف عطف يفيد الرّبط والتّثبيت و"أو" تُفيد التّخيير<sup>791</sup>، كما هو مقتضاها اللّغوي.

ثمّ جاءت الفقرة الثّانية، وهي الجانب الجديد في التّعديل، تنصّ على أنّه: "يجوز للقاضي اللّجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب". وهي إضافة حسنة وفي مكانها من طرف المشرّع الجزائري، في سبيل الوصول إلى الحقيقة. إلاّ أنّ ما يؤخذ على هذه الفقرة من المادة 40 من قانون الأسرة أنّها اكتفت بالإشارة إلى الطرق العلمية، دون تحديد المقصود منها أو حصر صورها. كما أنّ المشرّع جعل الأمر جوازيا وليس مطلقا. فما هي هذه الطرق العلمية الحديثة؟ وما هي درجة تفاوتها في إثبات النسب ونفيه؟ وما هو موقف كلّ من الشريعة الإسلامية والقانون والقضاء الجزائري والفرنسي منها؟

ولتوضيح ذلك نتعرّض إلى إثبات النسب بالطرق العلمية البيولوجية الحديثة (الفصل الأوّل)، وإلى الطرق الحديثة للإنجاب وأثرها على النسب (الفصل الثّاني).

<sup>791</sup> انظر، عبد القادر بن داود، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، دار الهلال للخدمات الإعلامية، الجزائر، 2005، ص.109.

## الفصل الأول

### إثبات النسب بالطرق العلمية البيولوجية الحديثة

أجاز المشرّع الجزائري بموجب المادة 40 فقرة 02 من قانون الأسرة الاستعانة بالطرق العلمية الحديثة لإثبات النسب دون أن يُحدّد هذه السّلطة الجوازية تحديداً دقيقاً، ودون أن يُفرّق بين الطرق العلمية الظنّية التي يتحدّد مجالها في نفي النسب، والطرق العلمية الحديثة ذات الحجّية المطلقة في إثبات النسب.

ومن ثمّ، فماذا نعني بالطرق العلمية الظنّية والطرق العلمية القطعية؟ وما هي درجة تفاوتها في إثبات أو نفي النسب؟

سنُجيب عن هذه الإشكاليات من خلال تقسيم فصلنا هذا إلى نظام تحليل فصائل الدّم (المبحث الأوّل)، ونظام البصمة الوراثية (المبحث الثاني)، والقيمة القانونية للطرق العلمية (المبحث الثالث).

## المبحث الأول

### نظام تحليل فصائل الدّم

الدّم<sup>792</sup> أساس الحياة، تتمّ من خلاله كافّة العمليات الحيوية التي يحتاجها الجسم. ولا تقتصر أهمّية الدّم على هذه النّاحية فحسب، بل أصبحت أهمّيته واسعة الآفاق، تمتدّ إلى الرّوابط الاجتماعية وتحديد المراكز القانونية في قضايا شؤون الأسرة. فقد تعمّقت الأبحاث العلمية في مجال الدّم وأصبح لفحصه قيمة قانونية متميّزة ودليل هامّ في قضايا تنازع البنوة. ورغم أنّ حجّية نتائج تحليل الدّم ليست قاطعة أو حاسمة إلّا في حالة النّفي فقط، إلّا أنّ مبدأ تسانّد الأدلّة الذي يجعل القرائن مجتمعة ومترابطة

<sup>792</sup> الدّم سائل لزج أحمر اللون يملأ القلب والأوعية الدموية المتصلة به. ويقوم هذا السائل بإمداد جميع خلايا وأنسجة الجسم بالأكسجين والغذاء. ويتكوّن من جزأين رئيسيين هما: 1- بلازما الدّم (Plasma): وهي سائل يميل إلى الأصفر، وتشكّل حوالي 50 إلى 60% من حجم الدّم العام، وتحتوي البلازما على 90% من الماء، ومهمتها الرئيسية هي تسهيل حركة مرور الخلايا الدموية، وحمل العناصر الغذائية من جهاز الهضم إلى سائر الخلايا، وتوصيل الفضلات الناتجة عن أنشطة الجسم المختلفة من عرق ويول وتحوله إلى الأجهزة المختصة لطرحها إلى خارج البدن. 2- خلايا الدّم: تتكوّن من ثلاث (03) مجموعات أساسية هي: أ) كريات الدّم الحمراء: مهمتها نقل الأكسجين من الرئتين إلى سائر الجسم والعودة بغاز ثاني أكسيد الكربون إلى الرئتين للتخلّص منه. ب) كريات الدّم البيضاء: مهمتها الدفاع عن الجسم، عديمة اللون وبأشكال مختلفة. ج) صفائح دموية: تساهم في تخثر الدّم ووقف النزيف. انظر، عدنان حسن عزابزة، حجّية القرائن في الشريعة الإسلامية (البصمات، القيافة، دلالة الأثر، تحليل الدّم)، مذكرة ماجستير، كلية الشريعة، جامعة الأردن، 1986/1987، ص. 193؛ انظر، أحمد كنعان، الموسوعة الطبية الفقهية، دار النفائس، عمان، 1986، ص. 462؛ سفيان بن عمر بورقعة، المرجع السابق، ص. 509.

أدلة مقنعة للقاضي، تجعل من الضروري عدم إهمال هذه الوسيلة العلمية، حتى ولو كانت نتائجها مجرد قرينة بسيطة غير كافية بمفردها، لا سيما في مجال النسب. وهكذا فإنه من المفيد أن نُلقِي نظرة ولو مختصرة على فصائل الدّم وأهميتها في تحديد الأبوة. وعليه لا بدّ من معرفة فيم تكمن أهميّة تحديد فصائل الدّم، وعلى هذا الأساس يتمّ تخصيص المطلب الأول لفصائل الدّم وأهميتها، والمطلب الثاني لدلالة تحليل الدّم في إثبات ونفي النسب. أمّا المطلب الثالث فسننظر في موقف الشريعة الإسلامية والقضاء من إثبات النسب أو نفيه بفحص فصائل الدّم.

### المطلب الأول

#### فصائل الدم وأهميتها

من مجالات الاستفادة من معرفة فصائل الدّم، حلّ المشاكل الخاصّة بقضايا تنازع البنوة، أو حالات الاشتباه أو اختلاط المواليد في المستشفيات، أو حالات ضياع الأطفال بسبب الحوادث والكوارث وتعذر معرفة أهاليهم. وبناء على ذلك سنقوم ببيان فصائل الدّم ودلالاتها في تحديد الأبوة. وما يُمكن ملاحظته أنّه يوجد عدّة أنظمة لتصنيف الدّم، ولكنّ أشهرها هو نظام (ABO) وعامل (RH) المرتبط بهذا الأخير. فماذا نعني بنظام (ABO) ونظام (RH)، وهل الأنظمة الأخرى لتصنيف الدّم لها نفس الفعالية كهذه الأخيرة؟ هذا ما سوف نتعرّض إليه من خلال الفروع التّالية:

نظام تحليل الدّم (ABO) (الفرع الأوّل)، نظام فصائل الدّم (RH) (الفرع الثاني)، نظام (MN) (الفرع الثالث)، ونظام (HLA) (الفرع الرابع).

## الفرع الأول

## نظام (ABO)

بفضل التجارب التي قام بها العالم النمساوي لاندستاينر (Landsteiner) سنة 1901م لدى فصل خلايا الدم عن البلازما الدموية لأحد الأشخاص، ثم قام بعد ذلك بمزج الخلايا بالبلازما مرة أخرى، فلاحظ اتحادهما ببطء وعودة الدم إلى الشكل الطبيعي، وجد العالم أنه يُصنّف دم الإنسان إلى أربعة (04) فصائل<sup>793</sup> أساسية، يُرمز لها كما يلي: A-B-AB-O، وذلك تبعاً لتواجدها وانتشارها في النسيج الدموي. وتُشبه فصائل الدم بصمات الأصابع، فهي غير قابلة للتغيير منذ الولادة حتى الموت.

ويستند هذا التقسيم على وجود مولّد الضدّ أو انعدامه في كريات الدم الحمراء، ويُطلق على مولّد الضدّ<sup>794</sup> أو الجسم المستضدّ (Antigène) بالليزينات أو عوامل أجلوتينوجين («A» Agglutinogène). وكذلك يستند هذا التقسيم على احتواء مصّل الدم للبلازما<sup>795</sup> (Plasma) وأجسام ضديّة أو انعدام وجودها، ويُطلق عليها الأجسام المقابلة للمواد المولّدة أو أجلوتينين («B» Agglutinine)، وهي الأجسام المضادّة<sup>796</sup>.

<sup>793</sup> 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 وA وتعطي لـ AB وA. فصيلة الدم (B): يتميز هذا النوع بوجود الجسم المستضد من نوع B على سطح خلية الدم الحمراء، ووجود الجسم المضاد من نوع A في البلازما. وهذه الفصيلة تستقبل من B وO وتعطي لـ AB وB. فصيلة الدم (AB): يتميز هذا النوع بوجود الجسم المستضد من نوع A وB 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 لـ AB، ولذلك تسمى بالفصيلة البخيلة أو المستقبل العام.

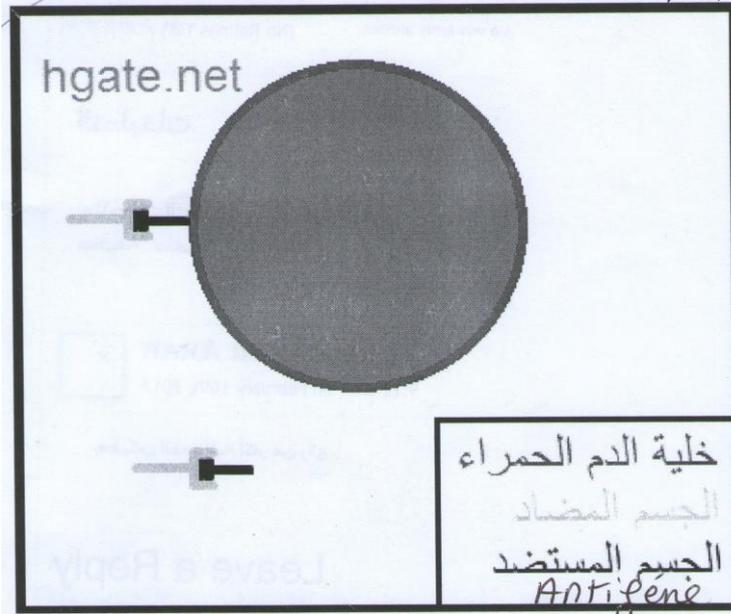
فصيلة الدم (O): يتميز هذا النوع بعدم وجود جسم مستضد على سطح خلية الدم الحمراء، ووجود كلا من الجسم المضاد من نوع A وB في البلازما. وهذه الفصيلة تستقبل فقط من O ولكنها تعطي لجميع الفصائل، ولذلك تسمى بالفصيلة الكريمة أو المعطي العام. مقتبس عن بسام محمد القواسمي، أثر الدم والبصمة الوراثية في الإثبات، في الفقه الإسلامي والقانون، دار النفائس للنشر والتوزيع، ط<sup>1</sup>، 1430هـ/2010م، ص.51.

<sup>794</sup> الجسم المستضد أو مولّد الضد (Antigène): هو جسم قادر على استثارة الجهاز المناعي لصناعة الجسم المضاد. يوجد مثلاً على سطح خلايا جسم الإنسان وعلى سطح كريات الدم الحمراء وعلى سطح البكتيريا. فعندما يهاجم الجسم المضاد الجسم المستضد يحدث تفاعل ينتهي بالتدمير.

<sup>795</sup> 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.

<sup>796</sup> الجسم المضاد Anticorps: هو جسم ينتجه الجهاز المناعي لمهاجمة الجسم المستضد والقضاء عليه.

(Anticorps) في بلازما الدم، ويولد الطفل بمولدات الضدّ في خلاياه لكنّ الأجسام المضادة تتطوّر خلال الشهور القليلة بعد الولادة<sup>797</sup>.



ويتضح من الجداول الآتية، مجاميع الدم هذه وما يُقابلها من مولّدات للضدّ وتراكيب وراثية (جينية):

hgate.net	Group A	Group B	Group AB	Group O
Red blood cell type نوع خلية الدم الحمراء				
Anticorps Antibodies present الجسم المضاد	 Anti-B	 Anti-A	لا يوجد None	 Anti-A and Anti-B
Antigens present الجسم المستضد	A antigen	B antigen	A and B antigens	لا يوجد None



وبطريقة أخرى<sup>798</sup>:

التركيب الوراثية (الجينية)	الأجسام المضادة في البلازما	المواد المولدة في كريات الدم الحمراء	الفصيلة
نقي AA، هجين AO	B	A	A
نقي BB، هجين BO	A	B	B
AB	-	A, B	AB
OO	A, B	-	O

من خصائص فصائل الدم أنه لا يُمكن اجتماع المولّدات والأجسام المضادة لها من نفس النوع في دم شخص واحد لأنّ من شأن اجتماعها أن يتسبّب في التصاق (تراص) خلايا الدم الحمر مع بعضها، وبالتالي انسداد الأوعية الدموية، ممّا يؤديّ حتماً إلى الموت<sup>799</sup>. ولتجنّب ذلك يجب عند نقل الدم مراعاة أن يكون دم المعطي (المتبرّع) متوافقاً تماماً مع دم الآخذ (المستلم). ويُمكن أن نتعرّف على توافق الفصائل عن طريق هذا الجدول المبسّط:

#### جدول توافق الفصائل:

المستلم	المتبرّع							
	O-	O+	A-	A+	B-	B+	AB-	AB+
O-	✓							
O+	✓	✓						
A-	✓		✓					
A+	✓	✓	✓	✓				
B-	✓				✓			
B+	✓	✓			✓	✓		
AB-	✓		✓		✓		✓	
AB+	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓

<sup>798</sup> عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي، المرجع السابق، ص.278.

<sup>799</sup> سفيان بن عمر بورقعة، المرجع السابق، ص.512.

نُشير في هذا الصدد إلى نظرية برنستين<sup>800</sup> في وراثة فصائل الدّم التي تعتبر أنّ هناك 03 عوامل موروثية (O, B, A) حيث (B, A) سائدة، بينما (O) متنحية، وكلّ نسل له اثنين من هذه الثلاث، واحد من كلّ والد.

### أمثلة:

طفل فصيلة دمه A قد تكون AA أو AO.  
 طفل فصيلة دمه B قد تكون BB أو BO وإذا ورث عاملين متتحيين سيكون O، وإذا ورث عاملين سائدين سيكون AB.  
 وقد دعت نظرية برنستين بالحقائق التالية:  
 - أب O لا يُمكن أن يكون له طفل AB.  
 - أب AB لا يُمكن أن يكون له طفل O.  
 - أب A تزوّج بأم B يُمكن أن يكون لديهما كلّ الفصائل الأربعة.  
 وفيما يلي جدول يُوضّح فصائل الوالدين وفصائل الأطفال الممكنة وغير الممكنة<sup>801</sup>. (طريقة هوكرييد HBO).

فصيلة الطفل		فصائل الوالدين
غير ممكن	ممكن	
AB, B, A	O	O x O
AB, B	O, A	A x A
AB, B	O, A	O x A
AB, A	O, B	B x B
---	O, AB, B, A	B x A
O	AB, B, A	B x A
AB, O	B, A	AB x AB
AB, A	B, A	O x AB
AB, A	O, B	O x B
O	A, B, AB	A x AB

P.KAMOUN et J.P.FREJAVILLE, Guide des examens de laboratoire, Flammarion Médecine-<sup>800</sup> sciences, Paris, p.803.  
<sup>801</sup> جلال الجابري، المرجع السابق، ص.188-189.

O	A, B, AB	B x AB
---	----------	--------

ما يُمكن ملاحظته في جدول توافق الفواصل أنّه يوجد إشارة (-) أو (+) بجانب نوع فصيلة الدّم، فما معنى ذلك؟

### الفرع الثاني

#### نظام فصائل الدم (RH) (عامل البندر/ عامل ريسيس Rhesus Factor)

في عام 1940م اكتُشِف وجود هذا العامل حيث تمّ اكتشاف وجود مسبّبات تلتصق أخرى غير A, B، وتسمّى مسبّبات التلاصق D (Antigène D)، ويُشار له بالرمز (RH)، ويُسمّى الشّخص الذي يحتوي دمه على هذا العامل موجب عامل ريسيس، ويُشار إليه بالرمز (RH+). أمّا الشّخص الذي يخلو دمه من هذا العامل فيُسمّى سالب عامل الرّيسيس ويُرمز له بـ (RH-)، وهو مهمّ في عمليات نقل الدّم. وُجد أنّ 85% من أفراد الجنس البشري يحملون هذا العامل (RH+)، والنسبة الباقية 15% لا يحملونه (RH-). وكما وُجد أنّه يُمكن نقل دم (RH+) إلى دم (RH+)، ونقل دم (RH-) إلى دم (RH-)، ونقل دم (RH-) إلى دم (RH+) دون أن يحدث أيّ تلتصق لدم المعطي والمستقبل. ولكن إذا تمّ نقل دم (RH+) إلى شخص دمه (RH-) لأوّل مرّة، فإنّ دم المستقبل يقوم بتكوين أجسام مضادة (Anti-D) ولا تحدث أيّ مضاعفات، وإذا تمّ نقله مرّة أخرى، فإنّ مسبّب التلاصق D يتفاعل مع الأجسام المضادة (Anti-D) التي تكوّنت في دم المستقبل سابقا مسبّبة تلتصق كريات الدّم الحمراء، وغالبا ما تؤدّي إلى الوفاة<sup>802</sup>.

الأجسام المضادة	الأنتيجين	فصيلة الدّم
-	D	RH+
غير موجودة أساسا لكن تتكون Anti-D إذا وصل إليه أنتيجين D	-	RH-

P.KAMOUN et J.P.FREJAVILLE, op.cit., Paris, p.806. <sup>802</sup>

HOW TO READ YOUR RESULTS				
BLOOD TYPE	ANTI-A	ANTI-B	ANTI-D	CONTROL
O-POSITIVE	●	●	●	●
O-NEGATIVE	●	●	●	●
A-POSITIVE	●	●	●	●
A-NEGATIVE	●	●	●	●
B-POSITIVE	●	●	●	●
B-NEGATIVE	●	●	●	●
AB-POSITIVE	●	●	●	●
AB-NEGATIVE	●	●	●	●
INVALID	●	●	●	●

ويُمكن أن نتعرّف على نوع فصيلة الدّم عن طريق إحدى الطّريقتين<sup>803</sup>، وهي:

#### أولاً: الشريحة الزجاجية.

- 1- نُجهّز شريحة زجاجية ونضع عليها ثلاث نقط، واحدة من محلول (Anti-A) في طرف الشريحة، ونقطة من محلول (Anti-B) ونقطة من محلول (Anti-D).
- 2- نضع نقطة من دم الشّخص المراد الكشف عن فصيلته على كلّ محلول، وننتظر قليلاً.

3- ننظر إلى الاحتمالات التالية:

- إذا أعطت تجمّعات مع محلول (Anti-A)، وأعطت تجمّعات -أيضاً- مع محلول (Anti-B)، فتكون الفصيلة: AB.

<sup>803</sup> P.KAMOUN et J.P.FREJAVILLE, op.cit., Paris, p.804.

- إذا أعطت تجمّعات مع محلول (Anti-A)، ولم تُعط أيّ تجمّعات مع محلول (Anti-B)، فتكون الفصيلة: A.
- إذا لم تُعط أيّ تجمّعات مع محلول (Anti-A)، ولكنها أعطت تجمّعات مع محلول (Anti-B)، فتكون الفصيلة: B.
- إذا لم تُعط أيّ تجمّعات مع محلول (Anti-A)، ولم تُعط -أيضا- أيّ تجمّعات مع محلول (Anti-B)، فتكون الفصيلة إذا: O.
- إذا أعطت تجمّعات مع محلول (Anti-D)، فيكون عامل الريزس موجبا: (RH+).
- إذا لم تُعط أيّ تجمّعات مع محلول (Anti-D)، فيكون عامل الريزس سالبا: (RH-).

### ثانيا: طريقة أنابيب الاختبار.

- 1- نأخذ ثلاثة أنابيب، ونسمّيها: A-B-D.
- 2- نأخذ عيّنة الدّم، ونعمل لها غسيل ثلاث مرّات بواسطة محلول ملحي فيسيولوجي (Normal Saline)، بجهاز خاصّ بذلك.
- 3- نقوم بإضافة نقطتين من الدّم في كلّ أنبوبة.
- 4- نُضيف 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 الدّقيقة.
- 6- نقوم بإخراج الأنابيب ونُشاهد حدوث التّجلّط من عدمه لننظر إلى الاحتمالات كما في طريقة الشريحة الزّجاجية<sup>804</sup>.

<sup>804</sup> P.KAMOUN et J.P.FREJAVILLE, op.cit., Paris, p.805.

## الفرع الثالث

## نظام (MN)

إذا كانت مولدات الضدّ A, B موجودة في كريات الدّم الحمراء في الوقت نفسه الذي تكون فيه الأجسام المضادة A و B موجودة في المصل، فإنّ مولدات الضدّ MN موجودة في كريات الدّم الحمراء مع عدم وجود أجسام مضادة مطابقة في المصل، وبالتالي فإنّ واحد أو كلّ مولدات الضدّ يجب أن يكون موجودا في كريات الدّم الحمراء، وهذا يُساعد في التفريق بين شخصين من نفس مجموعة (ABO)<sup>805</sup>. ولتوضيح المسألة نُعطي هذا المثال: إذا كانت الأمّ  $(M^+, N^+)$ ، الابن  $(M^-, N^+)$  والأب المفترض  $(M^+, N^-)$ ، ففي هذه الحالة يستحيل ثبوت النسب لأنّ الابن حصل على  $N^+$  من أمّه وبالتالي  $M^-$  من أبيه. لكنّ الأب المفترض  $M^+$  وليس  $M^-$ ، إذا فالنسب منفيّ بطريقة علمية.

طريقة لابندشتين وليفين (MN)<sup>806</sup>:

فصيلة الطفل		فصائل الوالدين
غير ممكن	ممكن	
N, MN	M	M x M
M, N	M, N	M x N
N	M, MN	M x MN
M, MN	N	N x N
M, MN	N, MN	N x MN
---	M, N, MN	MN x MN

## الفرع الرابع

## نظام (HLA)

<sup>805</sup> جلال الجابري، المرجع السابق، ص. 186-187.  
<sup>806</sup> انظر، حسني محمود عبد الدائم، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات، ط1، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008، ص. 100.

يهتم 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 وسُميت بنظام (Human Leukocyte Antigen «HLA»)، وكل إنسان يحصل على مركبين (HLA) مختلفين، واحد من الأب والآخر من الأم، مما يُعطي له الفعالية في مجال النسب، نفيًا أو إثباتًا، إلا أن ذلك لا يجد نفعًا في حالة الزواج العائلي.

نظام (HLA) مهم جدًا باعتباره نظامًا (Polymorphe)، زُعم أنه جدّ متغيّر ومتعدّد المظهر البيولوجي (من شخص إلى آخر)، مما يُعطيه خاصية تتمثل في قدرته العليا في تصنيف وتعريف الشخص البيولوجي للأشخاص<sup>807</sup>.

كما تجدر الإشارة إلى أن ما تمّ ذكره في مجال الطرق العلمية ذات الحجية الطّبية كان على سبيل المثال لا الحصر، والتي يلجأ إليها في مجال النقي وتُعطينا مجرد احتمالات في الإثبات، حيث يوجد إلى جانبها أكثر من 30 نظامًا علميًا يُستعمل في هذا المجال، نتيجة للتطورات البيولوجية الحديثة، منها:

### 1- نظام المفرزات اللعابية (Le système de sécrétion salivaire).

2- نظام (Kell): هو نظام مهم جدًا في عملية نقل الدم. من خصائصه أنه نظام معقد، K موافقة لـ 23 مستضدات مختلفة على الأقل. الأجسام المضادة لـ K (Anti-K) موجودة بكثرة وخطيرة، الأجسام المضادة Anti-C (Anti-Cellano) موجودة بنسبة قليلة.

3- نظام (Duffy): ما يُمكن ملاحظته في هذا النظام هو أن بعض الناس ذوي البشرة السوداء (Populations noires) ليس لديهم مستضاد (Duffy) لأنهم لا يُنتجون

<sup>807</sup> Dominique Angèle VUITTON, Immunologie, MEDSI/Mc GRAW-HILL, Paris, p.72.

بروتين قاعدي يُدعى  $AgFy^a$ ، طبيعته استقبال البيبتيدات الكيميائية، ومن خصائصه أنه يُعتبر "الباب الأمامي" من المتصورة النشيطة في خلايا الدم الحمراء.

**4- نظام (Kidd):** إنّ الأبيات (JKa) و (JKb) موجودة في حوالي 75% من السكّان. من خصائصه مضادّ الأجسام (Anti-JKa)، الذي يُسمّى "الغادر والخطير"، لأنّه انحلاّلي ومن الصّعب جدّاً تجسيده<sup>808</sup>.

أثبت العلماء بأنّ فصيلة الدمّية لكلّ شخص تبقى ثابتة مدى الحياة وهي لا تتبدّل بعامل الوقت أو المرض، وأنّها تنتقل من الوالدين إلى الأطفال تبعاً لقانون ماندل الوراثي، ويكون تطبيق قوانين الوراثة على فصائل الدمّ حسب النظام الآتي:

1- لا يُمكن انتقال مولدة التّراس ووجودها في كريات دم الأولاد ما لم تكن موجودة عند أحد الأبوين على الأقلّ.

2- عند عدم وجود إحداهما عند الأبوين لا نجد لها أثراً عند الأولاد.

3- عند وجود إحداهما عند الأبوين معاً، فإنّها توجد عادة عند أغلب الأولاد.

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

5- يُعتبر عدم وجود إحداهما صفة متنحية، فلا تظهر عند أفراد الطبقة الأولى وإنّما تظهر في ذرية الطبقات المتعاقبة<sup>809</sup>.

وعلى هذا يمكن تطبيق هذه القواعد في مختلف حالات وجود فصائل الدم. فإذا عرفت فصيلة دم كل من الأب والأم يمكن معرفة فصيلة دم الابن، وإذا وجدت فصيلة دم الابن وفصيلة دم الأم فيمكن معرفة فصيلة دم الأب<sup>810</sup>. فبذلك هل يُعتبر تحليل الدمّ دليلاً في إثبات النسب أو نفيه؟

## المطلب الثاني

<sup>808</sup> www.snv.jussieu.fr ; P.KAMOUN et J.P.FREJAVILLE, op.cit., Paris, p.805.

<sup>809</sup> عدنان حسن عزايّة، حجية القرائن...، المرجع السابق، ص.197.

<sup>810</sup> فاطمة الزهراء رابحي زوجة تيوب، المرجع السابق، ص.134.

### دلالة تحليل الدم في إثبات أو نفي النسب

رغم أهميّة هذه الاكتشافات العملية وأثرها في اختبارات فصائل الدّم، إلا أنّ دلائل هذه الأخيرة اقتصرّت على نفي العلاقة البيولوجية بين الآباء والأبناء، دون القدرة على إثباتها. ويعود السبب في ذلك إلى الاتّفاق الكبير بين البشر بفصائل الدّم وفئاته المختلفة، والتي يُمكن توزيعها على البشر، بحسب تقدير العلماء، وفقا للنسب التّالية:

تُشكّل فئة أو فصيلة (O) 45% من دم البشر، ويشترك 42% من الأفراد بفئة دم (A)، 10% بفصيلة (B)، بينما لا تُشكّل فئة (AB) أكثر من 3% من دم البشر.

وعندما نعلم أنّ 45% من سكّان الكرة الأرضية يتّفقون في فصيلة (O) و42% منهم في فئة (A)... الخ، ندرك أنّ اتّفاق الفئة أو الفصيلة لا يجزم بأنّ هذه العيّنة من الدّم تخصّ إنسانا بذاته، بينما في حالة اختلاف الفئة فإنّه يُمكن الجزم بأنّ هذه العيّنة من الدّم ليست خاصة بشخص بعينه.

ولهذا نجد قانون مندل للوراثة (Mendel S. Law of Heredity) ينصّ على أنّ رجلا بذاته لا يعني بالضرورة أن يكون والدا للطفل ذاته، كما لا يُمكن إثبات أنّ هذا الرجل هو والد ذلك الطّفل. ومعنى هذا أنّ اختلاف فصائل الدّم أو عدم اختلافها يترك أثرا من النّاحية السّلبية لا من النّاحية الإيجابية، إذ يُمكن الاعتماد عليه في نفي البنوة لا في إثباتها لأنّه من الجائز أنّ الأمّ حملت به من شخص آخر تتّفق فصيلة دمه مع فصيلة دم زوجها<sup>811</sup>.

إنّ المجموعة الدّموية لكلّ شخص تبقى ثابتة مدى حياته وتنقل من الوالدين إلى الأطفال. وعن طريق فحص فصيلة دم الزّوجة والزّوج والولد أمكن التّوصّل إلى أحد الفرضين:

- **الفرض الأول:** ظهور فصيلة دم الطّفل مخالفة لمقتضيات تناسل فصيلتي الزّوجين، وهذا يعني أنّ الزّوج ليس هو الأب الحقيقي للطّفل على وجه التّأكيد.
- **الفرض الثاني:** تظهر فيه فصيلة دم الطّفل متوافقة مع مقتضيات تناسل

<sup>811</sup> مقتبس عن محمد علي الهادي زبيدة، النسب والحقوق المتعلقة عليه وتطبيقاته المعاصرة، رسالة دكتوراه في الشريعة الإسلامية، جامعة القاهرة، مصر، 2004، ص.95.

فصيلتي دم الزوجين، وهذا معناه أنّ الزوج قد يكون الأب الحقيقي للطفل وقد لا يكون، ذلك أنّ الفصيلة الواحدة قد يشترك فيها أناس كثيرون<sup>812</sup>.

وعلى ما سبق من المعطيات العلمية المتاحة في ذلك الوقت، تبين أنّ تحليل فصائل الدم تُفيد دليل نفي قاطع، ولكنها لا تُفيد في الحصول على دليل إثبات مؤكّد، بل هي قرينة يعوزها البرهان<sup>813</sup>. إذن كيف يكون نفي النسب عن طريق تحليل الدم؟

1- تُحدّد فصيلة دم كلّ من الطفل والرجل والأمّ والتراكيب الوراثية (الجينية) المحتملة لكلّ من هذه الفصائل.

2- يُقارن التّركيب الوراثي لفصيلة الطفل مع فصيلة الرجل.

3- إذا كان هناك احتمال مشاركة أحد مورثيّتي (جينيّ) فصيلة الرجل في التّركيب الجيني لفصيلة الطفل فإنّه في هذه الحالة تُحتمل البنوة، وذلك لوجود أكثر من رجل يحمل هذه الفصيلة<sup>814</sup>.

أمّا إذا كان هناك استحالة مشاركة التّركيب الجيني للرجل في التّركيب الجيني لفصيلة الطفل، ففي هذه الحالة تُنفي البنوة تماما<sup>815</sup>.

بعد إعطاء صورة عن فصائل الدم وطرق تحليلها لاستخلاص دليل النسب، تُحاول إعطاءها وصفا يُناسبها ضمن تقسيم أدلة الإثبات المعروفة، ومعرفة موقف كلّ من الشريعة الإسلامية والقضاء من إثبات أو نفي النسب من خلالها.

### المطلب الثالث

#### موقف الشريعة الإسلامية والقضاء من إثبات ونفي النسب بفحص فصائل الدم

يُعدّ فحص الدم من الوسائل العلمية التي فرضت نفسها في قضايا النسب كونه من الأدلة العلمية الحديثة نسبيا والتي لم تكن معروفة ضمن الأدلة السائدة في القانون والشريعة الإسلامية قبل سنة 1901م.

<sup>812</sup> عائشة سلطان ابراهيم المرزوقي، المرجع السابق، ص.279.

<sup>813</sup> المرجع نفسه، ص.279-280.

<sup>814</sup> بسام محمد القواسمي، المرجع السابق، ص.55.

<sup>815</sup> سفيان بن عمر بورقعة، المرجع السابق، ص.515.

ولمعرفة موقف كلّ منهما من إثبات ونفي النسب بفحص فصائل الدّم نتعرّض إلى موقف الشريعة الإسلامية من فحص فصائل الدم (الفرع الأوّل)، وموقف القضاء من فحص فصائل الدّم في قضايا النسب (الفرع الثاني).

### الفرع الأوّل

#### موقف الشريعة الإسلامية من فحص فصائل الدم

من المعلوم أنّ الشريعة الإسلامية لا ترفض أمراً بُنيَ على أساس علمي صحيح، وفحص فصائل الدّم يُعدّ من بين هذه الأمور كما سبق بيانه، ما جعل الأطباء المسلمين يُقرّون بالنتائج التي توصلت إليها تحاليل تحديد فصائل الدّم. وبهذا يُمكن القول أنّ العمل بالوسائل العلمية أمر تقبله الشريعة الإسلامية وتأخذ به<sup>816</sup>.

وقد وُجد في الفقه الإسلامي سوابق قضائية وأقوال لبعض أهل العلم. فقد جاء في الطّرق الحكمية أنّ عمر بن الخطاب رضي الله عنه أتى بامرأة قد تعلّقت بشاب من الأنصار وكانت تهواه، فلما لم يُساعدها احتالت عليه، فأخذت بيضة، وألقت منها صفرتها، وصبّت البياض على ثوبها وبين فخذيهما، ثم جاءت إلى عمر رضي الله عنه صارخة، فقالت له: هذا الرّجل غابني على نفسي، وفضحني في أهلي، وهذا أثر فعله.

فسأل عمر رضي الله عنه النّساء، فقلن له إنّ ببدنها وثوبها أثر المني، فهم بعقوبة الشّاب، فجعل يستغيث ويقول: يا أمير المؤمنين تنبّت في أمري فوالله ما أتيت فاحشة، ولا هممتُ بها، فلقد راودتني عن نفسي فاستعصمتُ، فقال عمر: يا أبا الحسن ما ترى في أمرها؟ فنظر علي -كرم الله وجهه- إلى ما على الثّوب، ثم دعا بماء حارّ شديد الغليان، فصبّه على الثّوب، فجمد ذلك البياض، ثم أخذه واشتمّه وذاقه، فعرف طعم البياض، وزجر المرأة فاعترفت<sup>817</sup>.

<sup>816</sup> انظر، عبد الله علي الركبان، النظرية العامة لإثبات موجبات الحدود، جامعة الأزهر، كلية الشريعة والقانون، 1974، ص.593.

<sup>817</sup> انظر، ابن القيم الجوزية، الطّرق الحكمية في السياسة الشرعية، القاهرة، 1953، ص.56.

وجاء في المغني<sup>818</sup> أنّ المرأة إذا ادّعت أن زوجها عنين وأنكر ذلك وهي ثيب، فإنّه يُخلى معها في بيت ويُقال له: أخرج ماءك على شيء فإن ادّعت أنّه ليس بمنّي، اختبر بجعله على النار، فإذا ذاب فهو منّي، لأنّ المنّي يذوب إذا وُضع على النار وحينئذ يبطل قولها<sup>819</sup>.

ويقول الإمام مالك في ثبوت النسب إلى الزوج الذي يكون مقطوع العضو التناسلي أو فاقد الأنتيين أو احدهما: "أرى أن يُسأل 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 بأنّ التحليلات الطّبية اليوم ليست من وسائل الإثبات الشرعية رغم ما توفّر لديها من المعرفة الواسعة والوسائل العلمية الدّقيقة"<sup>820</sup>.

إنّ فمبدأ العمل بالوسائل العلمية له أصل عند فقهاء الشريعة الإسلامية، رغم بدائيتها التي لا يجزم بها، فكيف إذا وصل العلم عن طريق مقارنة فصائل الدّم إلى نتائج تُفيد نفي النسب بطريقة تُقارب اليقين. فإنّ هذا الأسلوب العلمي يُعدّ من الوسائل التي يُعتمد عليها. وعلى ذلك فإنّ الأخذ بها له أصل عند الفقهاء ولا يُعدّ خروجاً على المنهج الشرعي، بل إنّ من المقرّر شرعاً وجوب الرجوع إلى قول أهل البصر والدراية في معرفة الوقائع على وجهها الصّحيح.

ولكنّ السّؤال الذي يُطرح هو، لو أنّ زوجين شرعيّين وُلد لهما ولد ثمّ تبين بعد تحليل دمه ودمهما أنّهما مختلفان، كما لو كان دم الزوجين من فصيلة (O) وظهر أنّ دم هذا الولد من فصيلة (B)، فما موقف الفقه الإسلامي من هذه المسألة؟ هل نحكم باتّصال نسب الولد بهما بحسب القرينة الظّاهرة وهي أنّ الولد للفراش؟ أم نحكم بقرينة تحليل الدّم ونقول أنّ الولد ليس لهما؟ وفي حالة النّفي، هل يكون بلعان أم بدون لعان؟ وفي هذا يرى الدّكتور عدنان حسن عزازية أنّ الشريعة الإسلامية متشوّفة إلى

<sup>818</sup> انظر، موفق الدين بن قدامة، المغني ويليهِ الشرح الكبير، ج5، دار الحديث، القاهرة، 2004، ص.770-771.

<sup>819</sup> محمد علي الهادي زبيدة، المرجع السابق، ص.99.

<sup>820</sup> انظر، مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، تحقيق عامر الجزار وعبد الله المنشاوي، دار الحديث، القاهرة، 2005، ص.445.

اتّصال الأنساب وعدم انقطاعها، وكذلك إلى السّتر على النَّاس وإشاعة الفضيلة بينهم والحفاظ على تماسك الأسرة وتربطها، فلذلك يُحکم باتّصال نسب هذا الولد بأبويه اللّذين وُلد لهما، ترجيحاً لقرينة "الولد للفراش"، وتكون قرينة تحليل الدّم مع قرينة الفراش الظّاهرة بمنزلة أضعف الدّليل مع أقواه. ولهذا تعمل قرينة تحليل الدّم في مجالها إذا لم يُعارضها دليل قويّ، فإذا عارضها حُكم بموجبه وأُغفل تحليل الدّم<sup>821</sup>.

هذا وقد أشار بعض الباحثين إلى أنّه إذا علم يقيناً أنّ الولد ليس من الرّوج، فالاستناد إلى دليل الفراش لإثبات النّسب إنّما هو تقرير لأمر باطل قطعاً وظلم على الرّوج<sup>822</sup>.

أمّا فيما يخصّ مسألة نفي الولد بلعان أو بدون لعان فيرى الدكتور محمد علي الهادي زبيدة أنّ الشريعة الإسلامية أشارت إلى أنّ هناك حالات ينتفي فيها الولد من غير لعان، إذا كان من يُنسب إليه الولد لا تُتصوّر نسبته إليه كالصّبي. وقد علّوا ذلك بأنّ اللّعان يمين واليمين إنّما وُضعت لتحقيق ما يُحتمل الوقوع وعدمه، وفي مثل هذه الحالة، أي حالة نفي النّسب عن طريق تحليل الدّم لا يُحتمل، كون الولد من الرّوج، فلا يحتاج نفيه باللّعان. وقد جاء في حاشية الباجوري: "وإنّما يحتاج أي الملائع لنفيه، أي الولد، إن لم يكن معلوماً عند النَّاس أنّه ليس منه، فإن كان معلوماً عندهم أنّه ليس منه كالرّوج الممسوخ أو الصّغير فلا حاجة لنفيه، لأنّه منفيّ عنه شرعاً، وكذلك لو طلقها في مجلس العقد"<sup>823</sup>.

وجاء في الفقه الحنبلي: "وإن أتت امرأته، أي الصّبيّ، بولد، نظرنا، فإن كان دون عشر سنين لم يلحقه الولد، ويكون منتفياً عنه لأنّ العلم يُحيط بأنّه ليس منه، فإنّ الله عزّ وجلّ لم يُجر العادة لأن يولد له مثل ذلك، فينتفي عنه، كما لو أتت به المرأة دون ستة أشهر منذ تزوّجها"<sup>824</sup>.

<sup>821</sup> عدنان حسن عزازبة، المرجع السابق، ص. 201.

<sup>822</sup> سفيان بن عمر بورقعة، المرجع السابق، ص. 523.

<sup>823</sup> انظر، 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.

<sup>824</sup> انظر، جبر محمود الفضيلات، أحكام اللعان، سلسلة بحوث فقهية مقارنة، شركة الشهاب للنشر والتوزيع، الجزائر، د.س.ن، ص. 64.

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 أنّ هذا ينطبق على فحص فصائل الدّم في حالة النّفي، الذي لا يُمكن معه إثبات النّسب، فإنه يحصل النّفي بدون لعان<sup>825</sup>.

فبذلك نعتبر أنّ مسألة نفي النّسب في بعض الحالات لا تحتاج إلى لعان ولا إلى تحاليل الدّم، مثل حالة الانتساب إلى صبيّ أو زوج عقيم، فالنّفي هنا قطعيّ لا يحتاج إلى دليل. وهذا يجزّنا إلى التّساؤل عن موقف القضاء من فحص فصائل الدّم.

<sup>825</sup> محمد علي الهادي زبيدة، المرجع السابق، ص.97.

## الفرع الثاني

### موقف القضاء من فحص فصائل الدم في قضايا النسب

إنّ المشرّع الجزائري لم يتحدّث بنصّ صريح عن فحص فصائل الدّم في قضايا النسب، بل ترك المجال مفتوحاً بذكره في المادة 02/40: "...بالطرق العلمية الحديثة..."، فهو بذلك يُحيلنا إلى القضاء، إذ ذهبت المحكمة العليا في الجزائر في قرارها الصّادر بتاريخ 15/06/1999م بشأن إثبات نسب توأمين (ع.أ) و(ع.ع)<sup>826</sup>، أين نقضت قرار مجلس قضاء وهران الصّادر بتاريخ 05/10/1998م المؤيّد لحكم محكمة قديل الصّادر بتاريخ 18/01/1998م، والقاضي بإجراء خبرة لتحليل دم الأطراف والتوأمين وإجراء المقارنة؛ واعتبرت أنّ قضاة الموضوع قد تجاوزوا بذلك سلطتهم عندما قضاوا بإجراء خبرة طبّية لأنّهم بذلك انتقلوا من سلطة إصدار الأحكام إلى سلطة التشريع، وهذا خرقاً لنصّ المادة 40 من قانون الأسرة التي حصرت طرق إثبات النسب بالزّواج الصحيح، والإقرار، والبيّنة، ونكاح الشبهة...

يتّضح من القرار القضائي السّابق أنّ القضاء الجزائري، قبل تعديل قانون الأسرة سنة 2005م، لم يكن يأخذ بالخبرة العلمية كدليل لإثبات النسب وضملاً متمسكاً بالطرق المقرّرة في أحكام الشريعة الإسلامية (التقليدية)، ما عرّضه للنقد من بعض أساتذة القانون، منهم الدكتور تشوار جيلالي الذي يرى "أنّ قضاة المحكمة العليا قد تعسّفوا في تفسير القاعدة القانونية المنظمة للنسب عندما اعتبروا تحليل الدّم 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 أنّ المشرّع الجزائري لم يعترض على هذه الوسائل الحديثة في مجال النسب التي يُمكن للقاضي من خلالها إبراز الحقيقة"<sup>827</sup>.

واستجابة من المشرّع للتطوّرات الحديثة، جاء تعديل قانون الأسرة الجديد الصّادر بمقتضى الأمر رقم 09-2005، الذي نتج عنه استحداث طرق ووسائل علمية

<sup>826</sup> انظر، م.ع، غ.أ.ش، 15/06/1999، ملف رقم 222674، م.ق، سنة 1999، عدد 01، ص.126.

<sup>827</sup> انظر، جيلالي تشوار، القضاء مصدر تفسيري تعسفي للقاعدة القانونية المنظمة للنسب، م.ج.ع.ق.إ.س، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ج.41، 2003، عدد 01، ص.19.

حديثاً لإثبات النسب<sup>828</sup>. لكن رغم ذلك، بات مقيداً أكثر من أيّ وقت مضى بالالتزام بأحكامه تلك. وتفرّيعاً على ما تقدّم، جاءت قرارات المحكمة العليا رافضة لأيّ خبرة علمية بشأن إثبات النسب ونفيه. إذ لم يتمّ اعتماد لا نظام تحليل الدّم ولا تحكيم البصمة الوراثية في هذا الشأن، ولمدّة طويلة، وذلك لغياب نصّ صريح يُتيح ذلك. فالمحكمة العليا تأخذ بطريقة اللّعان فقط في مسألة نفي النسب.

وفي فرنسا تطوّرت الأحكام القضائية بشأن الحجّية القانونية لفحص الدّم في الإثبات أو نفي النسب، ومدى سلطة القاضي في قبول طلب هذا الفحص أو عدم الاستجابة له<sup>829</sup>. فاتّجهت قرارات المحاكم في بداية الأمر إلى أنّ الأخذ بالنتيجة المستخلّصة من فحص الدّم تُعدّ قرينة بسيطة، للقاضي سلطة تقديرية واسعة في الأخذ بها أو تركها جانبا، وبالتالي فإنّ من حقّ الخصم الآخر أن يطلب من المحكمة رفض طلب فحص الدّم. حيث كانت هناك قضية طلبت فيها الأم إجراء فحص الدّم لإثبات النسب، لكنّ الطّرف الآخر نفى نسب الطّفّل ورفض طلب إجراء هذا الفحص. وعليه قضت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصّادر في 28/03/2000<sup>830</sup> استناداً على المادّتين 12/311، 339 من القانون المدني الفرنسي والمادّة 146 من قانون الإجراءات المدنية على أنّه:

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

غير أنّه سرعان ما أصبح القضاء الفرنسي يسلك اتّجاهاً آخر، فأصبح طلب فحص الدّم أمراً ملزماً للقاضي، وفي أيّة مرحلة كانت عليها الدّعى، وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصّادر في 13/01/1959م الذي أقرّ حلاً يتضمّن إعطاء فحص الدّم قيمة تامّة في الإثبات؛ إذ أصبح من غير الجائز للقاضي أن يرفض طلب فحص الدّم بحجّة أنّ العلم لا يُمكننا من التّوصّل إلى نتائج مؤكّدة في هذا المجال، فإذا لم يكن للقضاء الفرنسي رفض مثل هذا الطّلب، فإنه ليس مجبراً على

<sup>828</sup> المادة 40 (الأمر رقم 09-05 المؤرخ في 04 مايو سنة 2005): يثبت النسب بالزواج الصحيح أو الإقرار... ويجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب".

<sup>829</sup> 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.  
<sup>830</sup> Pourvoi n°98-12.806, Bull., I, N°103.

اللجوء إليه إذا اتضح له بأنّ هذا الفحص عديم الجدوى، والقصد منه سوى تأجيل الدّعى؛ وعلى المحكمة أن تُسبّب قرارها برفض طلب فحص الدّم<sup>831</sup>. كما قضت في قرار آخر لها صادر في 2010/03/17م، بإجراء فحص الدّم لإثبات النسب، بعدما أقرّ الأب بنسب الطفل عند ولادته ثمّ قام بنفيه<sup>832</sup>.

ويشير الأستاذ "جورج هوليا" (George Hollea) إلى أنّ الأخذ بفحص الدّم يُحقّق مصلحة الخصوم، ولا يجوز لهم أن يمتنعوا عن إعطاء الدّم بحجّة أنّ ذلك يمسّ أجسامهم، لأنّ هذه الحجّة غير مقنعة، وأنّ تعرّض الجسم في هذه الحالة للخطر يكون بسيطاً، فإذا امتنع ذو العلاقة عن إعطاء الدّم، فإنّ للقاضي سلطة تقدير النتائج المتربّبة على هذا الامتناع المتعمّد. وأنّ هذا الاتجاه الذي استقرت عليه قرارات المحاكم الفرنسية يرجع إلى النتائج الدّقيقة والحاسمة التي توصل إليها التّقدّم العلمي في مجال فحص الدّم وكذلك إلى التّعديل الذي أدخله المشرّع الفرنسي على القانون الصّادر في 1955/07/15م والذي عدّ فيه فحص الدّم سبباً كافياً من أسباب الدّفاع التي يجوز فيها لأب المزعوم (المدّعى عليه) أن يدفع به، بوصفه وسيلة لمنع قبول دعوى الإقرار بالبنوة. ومنذ صدور القانون الفرنسي بتاريخ 1970/07/09م، أصبح فحص الدّم أمراً إلزامياً، وللمحكمة أن تأمر بإجرائه إذا تعلق الأمر بقضايا إثبات البنوة، وأنّ للمدّعى عليه الحقّ في رفض الامتثال لمثل هذا الإجراء؛ غير أنّ رفضه يُمكن أن تعدّه المحكمة قرينة في غير صالحه<sup>833</sup>.

وهو ما يتأكد من خلال استعراضنا لعدد من المنازعات التي عُرضت على القضاء، وذلك على النحو الآتي:

### أولاً: دعوى تنازع النسب.

<sup>831</sup> انظر، عباسي العبودي، الحجية القانونية لوسائل التّقدم العلمي في الإثبات المدني، ط<sup>1</sup>، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2002، ص.24-25.

<sup>832</sup> C. Cass., 1<sup>ère</sup> Chambre civ., 17/03/2010, N°08-14619, Publié au Bulletin.

<sup>833</sup> عباس العبودي، المرجع السابق، ص.24-25.

في هذا المجال، كانت باكورات الأحكام الصادرة من محكمة استئناف Bordeaux بفرنسا في نزاع تتلخص وقائعه في أنّ سيّدة متزوّجة أنجبت طفلاً وألحق نسبه لزوجها، ثمّ طلّقت وتزوّجت بآخر، وبعدها رفعت دعوى تطلب فيها نفي نسب الطفل من مطلقها، وثبوتها من زوجها الثاني.

قضت محكمة استئناف Bordeaux في 11 ديسمبر 1975م بتكليف خبير حدّدت مهمّته بإجراء اختبارات الوراثة بالنسبة للأطراف المعنية (الأمّ، الطفل، المطلق والزّوج الثاني)، بغرض توضيح أيّ من الزّوجين يُعدّ مستبعداً ولا يُعزى إليه نسب الطفل، وأيّهما لا يُعدّ مستبعداً ويُمكن اعتباره الأب. وفي حالة عدم الاستبعاد، على الخبير -حدّدت المحكمة- أن يوضّح درجة احتمال الأبوة.

وقد أودع الخبير في 03/03/1972م تقريره الذي يُفيد استبعاد الزّوج الأوّل واعتبار الزّوج الثاني هو الأب الحقيقي للطفل على وجه يقترب من اليقين، حيث قدر نسبة احتمالات الأبوة بدرجة تصل إلى 999,84 من ألف. واستناداً إلى هذا التقرير قضت المحكمة في 16/12/1972م بلزوم ثبوت نسب الطفل إلى الزّوج الثاني باعتباره الأب الحقيقي<sup>834</sup>.

### ثانياً: دعوى إثبات البنوة الطبيعية.

أيدت محكمة النقض في 17 نوفمبر 1982م<sup>835</sup> قرار محكمة الاستئناف فيما انتهت إليه هذه الأخيرة من ثبوت البنوة الطبيعية للطفل من الأب المدعى عليه بعد أن كشف فحص مجاميع الدّم الذي أمرت به المحكمة أنه من المستحيل استبعاده كأب. وقد رأت محكمة النقض أنه لا تثريب على محكمة الاستئناف إن هي عرضت عن إجابة طلب الأب المدعى عليه بإجراء فحص دم تكميلاً للفحص السّابق بغرض تحديد نسبة ترجيح كونه الأب، متى وُجدت في الفحص الأوّل ما يُفيد استحالة أنّ الطفل لا يُعزى إليه.

<sup>834</sup> عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي، المرجع السابق، ص. 295 وما بعدها.

<sup>835</sup> Cf. R.NERSON et J.RUBELLIN-DEVICHI, Les preuves scientifiques, R.T.D.Civ., 1983, p.725.

وفي قرار آخر لها في 01 فبراير 1983م، أيدت قرار محكمة الاستئناف الذي قضى بنسب طفل للأب المدعى عليه بعد أن تبين أن فحص مجاميع الدم قد قطع بعدم استبعاد المدعى عليه وأن ترجيح اعتباره الأب يكاد يكون يقينا. ولذا فلا تثريب على محكمة الاستئناف أن ترفض طلب الأب المدعى عليه بإجراء فحوصات تكميلية لتحديد تاريخ بدء الحمل<sup>836</sup>، بهدف أن يُثبت أن الحمل حدث في الفترة التي كان متغيبا فيها ومن ثم لا يكون الحمل منه.

وحصيلة القرارين السابقين يجد الأب المدعى عليه، أنه بطلبه إجراء فحص مجاميع الدم، -في ظلّ المعطيات العلمية الحديثة التي تقطع بنتائج شبه يقينية، لا في نفي النسب فقط، وإنما في إثباته أيضا-، إنّما يُشير إلى نفسه بأنه الأب الحقيقي أو الأب البيولوجي<sup>837</sup>.

### ثالثا: دعوى النفقة.

دعوى النفقة هي دعوى تقوم -وفقا لأحكام القانون الفرنسي- على أساس توافر ما يُشير إلى أن الطفل يُمكن أن يُنسب للشخص المدعى عليه، ولو بدليل محتمل. فهي إذن دعاوى لا تستند إلى وجود دليل مؤكّد بأنّ المدعى عليه هو الأب الحقيقي. وهي تثور غالبا في الحالات التي يثبت فيها أنّ أمّ الطفل على علاقة بعدد من الرجال أثناء فترة الحمل. وعندئذ وبشروط معينة تسمح أحكام القانون الفرنسي بتوزيع عبء النفقة المطلوبة على

<sup>836</sup> لا يوجد -في الوقت الحالي- وسائل علمية تفيد في تحديد بدء تاريخ الحمل بطريقة مؤكدة وإذا كان من الممكن تحديد تاريخ تقريبي، (بدءا من الاعتماد على فحص مجاميع الدم وفحص الطفل وقت ولادته كوزنه وطوله من ناحية، وعلى بعض الفحوصات الأخرى أثناء الحمل (كمعرفة آخر حيضة للأم، وحجم الجنين عبر شهور الحمل)، فإن احتمالات الخطأ بخصوص مثل هذا التحديد التقريبي تكون واردة وقائمة، وخاصة أن مدة الحمل تختلف من امرأة لأخرى.

وعلى هذا فإن تحديد التاريخ الصحيح لبدء الحمل أمر ما زال في نطاق الاحتمالات وليس بيقين. انظر في ذلك:

M.J.MASSIP, Note sous cour de cassation, 01 février 1983.

وما زالت الأبحاث مستمرة للوصول إلى نتائج مؤكدة في هذا الشأن لدرجة تصل إلى حد معرفة تاريخ اليوم الذي حدث فيه الاتصال الجنسي الذي سبب الحمل. انظر في ذلك:

R.NERSON et J.RUBELLIN-DEVICHI, op.cit., pp.722-723.  
R.NERSON et J.RUBELLIN-DEVICHI, op.cit., pp.724-725.<sup>837</sup>

من يثبت تحليل مجاميع الدّم أنّه من المحتمل أن يكون الأب. وقد كان هذا في ظلّ المعطيات العلمية التي لم تكن تسمح بتقديم دليل مؤكّد في إثبات النسب. أمّا اليوم، وفي ظلّ النّتائج الحديثة لفحص مجاميع الدّم، فإنّ القضاء يلجأ لهذا الدليل العلمي لمعرفة من بين هؤلاء الذين كانوا عن صلة بأّم الطّفّل، يُمكن أن يُنسب إليه الطّفّل بطريقة مؤكّدة. وهذا ما يتّضح من موقف محكمة باريس الجزائية حيث قضت في 29 نوفمبر 1982م بتكليف خبير تكون مهمّته إجراء فحص مجاميع الدّم للأشخاص الذين كانوا عن صلة بأّم الطّفّل موضوع النزاع، لمعرفة أيّهما هو الذي تُفيد النّتائج بأنّه الأب الحقيقي أو البيولوجي. وكانت المفاجأة أمام محكمة باريس في حكمها الصّادر في 06 ديسمبر 1983م، حيث جاء بتقرير الخبير أنّ نتائج تحليل مجاميع الدّم تُفيد أنّ أيّا من الرّجلين اللّذين اقتسما العلاقة مع أم الطّفّل في إحدى اللّيالي، لا يُمكن أن يكون هو الأب. ويقول أحد المعلّقين على هذا الحكم في شيء من الشّققة الممزوجة بالسّخرية إنّه يجب على الأمّ أن تبحث عن رجل ثالث لتحصل منه على التّعويض. ويشعر المعلّق بارتياح حيث يُساعد الدليل العلمي الحديث على القضاء على حالات الابتزاز والتّشهير الدنيئة<sup>838</sup>.

#### رابعا: دعوى إثبات البنوة الشرعية.

وفي هذا المجال نجد الحكم الصّادر عن محكمة باريس الجزائية في 24 يناير 1983م<sup>839</sup>، وتتلخّص وقائع القضية في طلب الرّوج لإجراء فحص مجاميع الدّم من أجل التّحقّق من ادّعائه بأنّه ليس أب الطّفّل الذي ولدته زوجته بعد أكثر من 300 يوم من تاريخ عدم إمكان المصالحة بينهما، وقرار المحكمة بانفصالهما. وقد استجابت المحكمة لهذا الطلب رغم أنّه قد ثبت لديها من وقائع النزاع أنّ الرّوج كان يقضي في غالب الأحيان اللّيل أو عطلة نهاية الأسبوع عند زوجته، وأيضا على الرّغم من ثبوت أنّه كان قد اصطحبها في زيارة أحد الأطبّاء لإجراء عملية إجهاض.

<sup>838</sup> محمد أبو زيد، المرجع السابق، ص. 61-62.

<sup>839</sup> المرجع نفسه.

وهكذا يبقى واضحاً أنه رغم قيام الدليل الظاهري على أنّ الزوج هو الأب الحقيقي، إلا أنّ المحكمة استجابت لطلب إجراء فحص مجاميع الدّم لتقديم الدليل على أنّ الزوج لا يمكن أن يكون الأب الحقيقي للولد المزعوم أنّه منه. ونختم موقف القضاء الفرنسي بقرارين صادرين من محكمة استئناف باريس في نفس التاريخ، الأوّل يتعلّق بنزاع تدور وقائعه حول إثبات نسب طفل طبيعي، والآخر خاص بدعوى تطلب فيها أمّ الطفل الحكم بنفقة على المدّعى عليه ما دام أنّه كان على علاقة بها في فترة الحمل. وقد أمرت المحكمة في الحالتين بإجراء فحص مجاميع الدّم، وما يلفت النظر هو أنّ مهمّة الخبير في الحالة الأولى هي نفسها في الحالة الثانية، وهي أن يقوم بإجراء فحوصات واختبارات علم الوراثة بالنسبة للأطراف المعنية، ليوضّح للمحكمة ما إذا كان الأب المدّعى عليه يمكن أن يكون الأب أم لا. وفي حالة الإيجاب فعلى الخبير أن يوضّح نسبة احتمال الأبوة.

إنّ يظهر من القرارات السابقة، مدى اقتناع القضاة بالنتائج الحديثة لفحص مجاميع الدّم واختبارات الوراثة كدليل مؤكّد على نفي النسب أو إثباته، وهذا أمر يُسجّل لهم بكلّ فخر، إذ ما كان يجب لبيئة -تتظر بعين الارتياح لمحاولات التقريب بين الطب والقانون- أن تهدر دليلاً علمياً مؤكّداً في مجال مهمّ كهذا، وخاصّة أنّ الأدلّة الأخرى لا تُقدّم مثلما يُقدّمه هذا الدليل العلمي من مساعدة في إظهار الحقيقة.

## المبحث الثاني

### نظام البصمة الوراثية ودلالاتها في إثبات النسب أو نفيه

في ظلّ الاكتشافات العلمية الحديثة، ظهرت منذ سنوات قضية البصمة الوراثية أو محتوى الحمض النووي، والذي يعني أنّ لكلّ إنسان بصمة خاصّة به لا تتكرّر، يرث أحد شقيقه عن أبيه والآخر عن أمّه. وتُعتبر هذه المسألة من القضايا المستجدة التي اختلف فيها فقهاء العصر وتنازعوا في المجالات التي يُستفاد منها، وتُعتبر حجة يُعتمد عليها كلياً أو جزئياً. وقد شاع استعمال البصمة الوراثية في الدول الغربية، قبلت بها عدد من المحاكم الأوروبية، وبدأ الاعتماد عليها مؤخراً في البلدان الإسلامية.

أحدث هذا الاكتشاف ثورة في مجال الإثبات الجنائي والانتماء الأسري أو الانتساب العائلي، لذا كان من المهمّ، التّعرّف على البصمة الوراثية وما مدى حجّيتها في إثبات النّسب، وفيم يكمن موقف كلّ من الشّريعة الإسلامية، والتّشريع والقضاء من إثبات النّسب أو نفيه بالبصمة الوراثية؟

سوف نتعرض في المطلب الأول إلى ماهية البصمة الوراثية، وفي المطلب الثاني إلى موقف البصمة الوراثية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب ونفيه. أما في المطلب الثالث فسننظر إلى البصمة الوراثية بين الشريعة الإسلامية، والقانون والقضاء.

## المطلب الأول

### ماهية البصمة الوراثية

تعتبر البصمة الوراثية من الأمور العلمية المستحدثة، إذ تعود تسميتها إلى سنة 1985م، حينما توصل العالم الإنجليزي "أليك جيفري" (Alec Jefferye)، ومعه العلماء "جان بروكفيلد" (John Brocfeild) و"راي وايت" (Ray white)، إلى أنّ هناك تتابعات تتكرر بطريقة محدّدة ومنتظمة داخل أجزاء من القواعد النيكلوتيدية في الحمض النووي (ADN)، وهي شديدة التباين والاختلاف بين الأفراد في الطول والحجم والموقع. واكتشفوا أنّ كلّ شخص ينفرد بتتابعات خاصّة، تمنحه هويّة مميزة له عن غيره<sup>840</sup>، وأنّ تكرارها بين شخصين مختلفين، في غير التوائم المتطابقة، ضرب من المستحيل. وأطلق على هذا الاكتشاف اسم "البصمة الوراثية" (L'empreinte génétique) أو الطبعة الوراثية، أمّا "إريك لاندر" محقق الهوية الأخير<sup>841</sup>، فسماه بـ (ADN typing). واقتبس هذا الاسم من بصمات الأصابع (Empreinte digitale) من خلال ما ينطبق منها على الأجسام المصقولة، علماً بأنّ بصمات الأصابع تختلف من شخص لآخر، حتّى أصابع الشخص الواحد.

كذلك دلّت الاكتشافات أنّ النواة في خلية الإنسان، يختلف بها المحتوى الوراثي، وأنّ احتمال تشابه بصمتين لا يردّ إلّا بنسبة واحد في التريليون<sup>842</sup>.

<sup>840</sup> فاطمة الزهراء راجي زوجة تيوب، المرجع السابق، ص. 151.

<sup>841</sup> انظر، سعد الدين مسعد الهلالي، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، أعمال وبحوث الدورة السادسة عشر، المجمع الفقهي الإسلامي، مكة المكرمة، ص. 260.

<sup>842</sup> انظر، وهبة مصطفى الزحيلي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، أعمال وبحوث الدورة السادسة عشر، المجمع الفقهي الإسلامي، مكة المكرمة، ص. 16.

من خلال كلّ هذا، ما هو مفهوم البصمة الوراثية؟ وما هي مكوناتها وخصائصها؟ وفيما تكمن شروط العمل بها؟ هذا ما سوف نُدرجه من خلال دراستنا لمفهوم البصمة الوراثية (الفرع الأول)، ثمّ مكوناتها (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### مفهوم البصمة الوراثية

البصمة لغة مشتقة من البصم، وهي كلمة عربية أصلية تعني الفارق بين الأصبعين الخنصر والبنصر<sup>843</sup>، وقد تولّد منها معنى جديد أقرّه مجمع اللّغة العربية، وهو أثر الختم بطرف الإصبع بعد ذهنه بمادّة ذهنية<sup>844</sup>.

والوراثة: علم يبحث في انتقال صفات الكائن من جيل لآخر، وتفسير الظواهر المتعلقة بهذا الانتقال<sup>845</sup>.

أمّا اصطلاحاً فهناك عدّة محاولات لوضع تعريف اصطلاحى جامع مانع للبصمة الوراثية، منها ذلك الذي وُضع في مؤتمر المنظمة الإسلامية للعلوم الطّبية المنعقد تحت عنوان "الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني - رؤية إسلامية-"، ومفاده أنّ البصمة الوراثية هي: "البنية الجينية نسبة إلى الجينات أي المورثات التفصيلية التي تدلّ على هويّة كلّ شخص بعينه، وهي وسيلة لا تكاد تخطئ في التّحقّق من الوالدية البيولوجية والتّحقّق من الشّخصية وإثباتها، ولا سمياً في مجال الطبّ الشرعي"<sup>846</sup>.

وقد أقرّ المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي بمكّة المكرمة<sup>847</sup>،

<sup>843</sup> انظر، ابن منظور، لسان العرب، ط<sup>2</sup>، ج<sup>12</sup>، دار صادر، بيروت، 1999، ص.50.

<sup>844</sup> انظر، إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، ط<sup>3</sup>، إعداد مجمع اللغة العربية، القاهرة، 1985، ص.60.

<sup>845</sup> 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.243-244.

<sup>846</sup> ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني، المنعقدة في الكويت في الفترة ما بين 23-25 جمادى الثانية 1419هـ الموافق لـ 13-15 أكتوبر 1998م، مقتبس عن خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص.28.

<sup>847</sup> قرارات المجمع الفقهي الإسلامي، الدروة 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.

التعريف السابق للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية وأضاف: "بأنّ البحوث والدراسات تُفيد أنّ البصمة الوراثية، من الناحية العلمية، وسيلة تمتاز بالدقة لتسهيل مهمة الطب الشرعي والتحقق من الشخصية ومعرفة الصفات الوراثية المميزة للشخص، ويمكن أخذها من أيّ خلية: من الدم<sup>848</sup>، أو اللعاب<sup>849</sup>، أو المنى<sup>850</sup>، أو البول<sup>851</sup> وغيره".

<sup>848</sup> **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 تجدير كرة الدم البيضاء والتخلص من البروتينات والكاربوهيدرات 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.

<sup>849</sup> **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 المضاهة عليه إلى بلايين المرات من خلال ما يعرف بتقنية البوليميريز، والمعروفة اختصارا بـ P.C.R، 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.

<sup>850</sup> **المني:** 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 إترزيمًا يعرف بالهياوليوريتيك، 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 يذوب جدار البويضة بواسطة أنزيم "الهياوليوريتيك" ثم يدخل الرأس فقط للداخل حيث يحدث الإخصاب بين نواة الحيوان المنوي ونواة البويضة لتكوين الخلية الجينية الأولوية.

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 ثانٍ 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 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.

<sup>851</sup> **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 إبيثيلية (Epithelial) التي تعتبر من المصادر الهامة للحمض النووي (DNA). وتمكن العالمان الأستراليان "رولاند فان وماكسويل جونز" سنة 1997 من عزل



في تعريف المشرع الجزائري لم نعثر على تحديد مدلول المصطلح، سوى ما جاء في التعديل الأخير لقانون الأسرة في المادة 02/40، وهذا غير كاف، فالطرق كثيرة، والتعريف يجب أن يكون دقيقاً.

وفي غياب تعريف تشريعي للبصمة الوراثية، فقد حاول بعض الفقه الحديث وضع تعريف لها، لكن الملاحظ هو أنه لا يوجد تعريف متفق عليه حتى بين الفقهاء الفرنسيين أنفسهم. وقد بادر بعض الفقهاء بتعريف البصمة الوراثية على أنها: "...الهوية الوراثية الأصلية الثابتة لكل إنسان التي تتعين بطريق التحليل الوراثي وتسمح بالتعرف على الأفراد بيقين شبه تام"<sup>852</sup>.

كما حاول بعض الفقه الحديث تعريفها 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"<sup>853</sup>. ويلاحظ على هذا التعريف أنه يحتاج لتحديد معنى (DNA).

غير أنه لا يوجد في القانون تعريف جامع شامل للبصمة الوراثية يُحددها تحديداً علمياً دقيقاً يشمل أجزائها ويمنعها من الاختلاط بغيرها<sup>854</sup>.

<sup>852</sup> Cf. Jean Christophe GALLOUX, L'empreinte génétique, La preuve parfaite, J.C.P., 1991, I., 3497, p.13.

حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص.92-93.  
<sup>853</sup> انظر، ابراهيم 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 07-05 ماي 2002م، ص.675.

<sup>854</sup> 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 يستمد من أبويه، بينما بصمات الجسم الظاهرة ليست من تلك الطبيعة، وهذا ما أكدته الدراسات والبحوث العلمية التي أفرت 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 الجسمية الظاهرة من حيث المنهج والطريق المتبع في الإثبات، فالبصمات الجسمية 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).

فالبصمة الوراثية من منظور الطب والبيولوجيا تتعلق بالتشخيصات الوراثية أو بعلاج الموروثات. وتستخدم في الطب الشرعي، كما هو الحال في إثبات الهوية وإثبات النسب وإثبات الجريمة. ولهذا يرى الفقيه الفرنسي ماير (Mayer) أنه "لكي نصف مصطلحا في القانون لابد أن نبحث عن الطبيعة الخاصة به أو بجوهره، وهذا ما يُسميه الفقهاء الدوليون، التّعرف على المصطلحات بشمولية أكثر. والبصمة الوراثية لا تُستثنى من هذه القاعدة"<sup>855</sup>. وهذا ما أغفله معظم التعريفات السابقة، حيث اكتفت بذكر بعض مجالات استخدام البصمة الوراثية وأهملت البعض الآخر، الأمر الذي جعل منها تعريفات ناقصة لعدم إحاطتها بجميع مجالات استخدام البصمة الوراثية. ولهذا فإنّ التعريف الذي نميل إليه ونرجّحه للبصمة الوراثية هو تعريف الدكتور عبد الرحمان أحمد الرفاعي لما عرّف البصمة الوراثية بقوله: "هي البنية الجينية التفصيلية التي تدلّ على هوية كلّ فرد بعينه، وتُحدّد طبيعته الصحّية بالتحليل الوراثي لجزء أو أكثر من الحمض النووي (DNA) بطريقة شبه يقينية"<sup>856</sup>، وأساس ترجيحنا لهذا التعريف أنّه جاء تعريفا جامعا وشاملا 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 الصحّية للأشخاص وكشفها عن الأسباب المؤدّية لظهور الأمراض الوراثية،
- 3- أشار إلى مصداقية نتائجها التي تقترب من اليقين.

وقد توصّلت اللّجنة العلمية الخاصّة بدراسة البصمة الوراثية، بناء على قرار مجلس المجمع الفقهي الإسلامي في دورته الخامسة عشر، إلى ما يلي: "أنّ البصمة الوراثية إذا استوفت الشّروط العلمية الكاملة، واجتنبت الأخطاء البشرية، فإنّ نتائجها تكاد تكون قطعية في إثبات نسب الأولاد إلى الوالدين أو نفيهم عنهما.

حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص. 153-154.

Cf. C.MAYER, Droit international privé, Edition Montchrestien, 4<sup>ème</sup> éd., Paris, 1991, p.151. <sup>855</sup>

عبد الرحمان أحمد الرفاعي، المرجع السابق، ص. 37. <sup>856</sup>

كما أنّ الخطأ في البصمة الوراثية ليس منشؤه طبيعة البصمة وإنما الخطأ في النتائج، وهذا راجع إلى الجهد البشري أو عوامل التلوث أو غير ذلك<sup>857</sup>.

## الفرع الثاني

### مكونات البصمة الوراثية

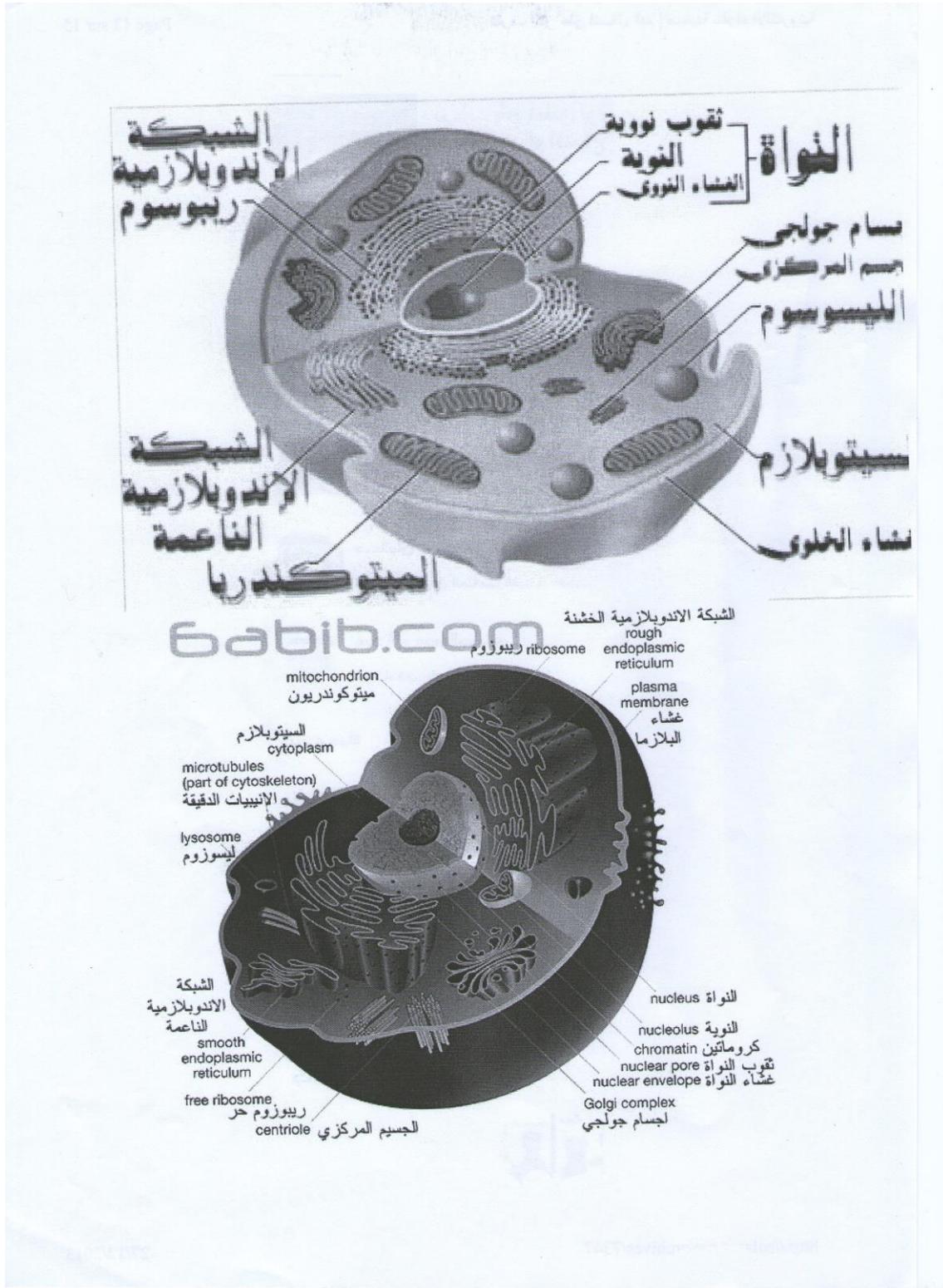
الخلية هي أصغر وحدة في تركيب الكائن الحي. يُحيط بها غشاء سيتوبلازمي يُعطي لها شكلها المميز ويحفظ مكوناتها المتقلّبة، ويفصلها عن الخلايا المجاورة، كما يتكفّل بالتبادل مع الوسط الخارجي. بداخلها سائل هلامي شفاف هو السيتوبلازم تسبح فيه مئات الجزيئات العضوية التي تؤمّن سير النشاط الحيوي للخلية، مثل الميتاكوندريا التي تضمن إمداد الخلية بالطاقة، وجهاز كولجي الذي له دور في إنتاج الأغشية المختلفة وتعديل الدهون، والريبوزومات (Ribosomes) التي تقوم بترجمة الرّسائل التي يحملها (ARN)<sup>858</sup> الرّسول، وتحوّلها إلى جزيئات البروتينات، وقطرات الدهن، وحوصلات الليزوزومات التي تهضم مخلفات الخلية، وفجوات متعدّدة تحتوي على موادّ التغذية اللاّزمة أو المواد التي تفرزها الخلية أو التي تُخزّن كالدّهون.

كما تحتوي على النّواة، وهي جزيئة صغيرة دائرية تتوسّط الخلية، يُخزّن فيها المحتوى الوراثي على شكل كروموزومات (Chromosomes) المكوّنة من خيوط كيميائية طويلة مجدولة تتألف من الحمض النووي المنقوص الأكسجين. والنّواة قادرة على حفظ هذا المخزون الوراثي، رغم الانقسام الخلوي، بفضل عملية التضاعف الذاتي للصبّغيات، كما أنّها المسؤولة عن تحليل (ARN) الرّسول وتوجيهه نحو السيتوبلازم لتصنيع البروتينات وغيرها<sup>859</sup>.

<sup>857</sup> مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، 2003، عدد 16، ص.292.

<sup>858</sup> ARN : Acid Ribo Nucléique.

<sup>859</sup> في الخلية ومكوناتها: انظر، العريض شيخة سالم، الوراثة، ما لها وما عليها، ط<sup>1</sup>، دار الحرف العربي، 2003، ص.10-11؛ انظر، قاعد حسين عبد الحي، الإنسان وخريطة الجينات، دار المعارف، القاهرة، د.س.ن، ص.24؛ انظر، مدحت حسين خليل محمد، أسس الوراثة الفيزيولوجية، ط<sup>1</sup>، دار الكتاب الجامعي، الإمارات العربية، 2004، 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.



## الخلية ومكوناتها

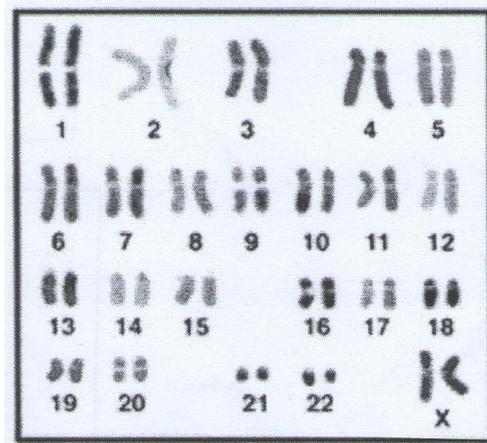
## تعريف الكروموزوم (Chromosome):

ظهر هذا الاسم إلى الوجود سنة 1877م، وسُميت بالصبغيات (كروموزومات)، وأكد العالم الشهير "أوجست فايسمان"<sup>860</sup> في كتابه "البلازما الجرثومية" أن الأبوين يشتركان في نقل الصفات إلى أبنائهما بالتساوي، فالصبغيات هي حاملات الوراثة، وهي التي تُحدّد صفات الكائن الحي<sup>861</sup>.



<sup>860</sup> أوجست فايسمان: عالم أحياء ألماني (1834-1914م). عرف بنظرياته عن الوراثة. أكد استقلال البلازم الجرثومي، كما سُمى عوامل الوراثة في الخلايا الجنسية وأنكر إمكانية وراثة الصفات المكتسبة، وتنبأ بوجود البلازم الجرثومي في الصبغيات، وهي نبوءة صحت فيما بعد.  
<sup>861</sup> جلول عمارة، المرجع السابق، ص.94.

تتكوّن الخلية الإنسانية من نواة وتحوي النواة 46 زوجا من الصبغيات (الكروموزوم)، وهي موجودة في نواة كلّ خلية من خلايا الجسم، ماعدا خلايا الدم الحمراء، وتنتقل بالطريقة الطبيعية عن طريق الخلايا الجنسية الذكرية والأنثوية في السائل المنوي والبويضة، فالحيوان المنوي يحتوي على 22 صبغيا جسديا (Autosom) وصبغيا واحدا جنسيا (Sex-Chromosome)، وهو صبغي (X) أو (Y). أمّا البويضة فتحوي 22 صبغيا جسديا وصبغيا واحدا جنسيا (X)، ومجموع الصبغيات 46 زوجا، وكلّ واحد من هذه الصبغيات يحتوي على عدد كبير من الجينات<sup>862</sup> الوراثية قدرها بعضهم بمائة ألف جين.



وأخيرا وُجد أنّ عدد الجينات ما بين ثلاثين ألفا إلى خمسة وثلاثين ألفا<sup>863</sup>، وعند التقاء نطفة الرّجل وتلقيحها لبويضة المرأة يندمجان ويكوّنان ما يُسمّى بالنطفة الأمشاج أو "الزيجوت"، ثمّ بعد ذلك تعلق بجدار الرّحم<sup>864</sup>، فيكون الانقسام الخلوي: خليتان، فأربع، فثمان وهكذا...

وتتكوّن الخلية من نواة (NOYAU)، تُحيط بها كتلة من السيتوبلازم، ويحيط بكلّ منهما غشاء رقيق. والنواة هي مركز الخلية وهي العقل المدبّر وهيئة التّحكّم، لها غشاء

<sup>862</sup> كلمة "جين" كلمة يونانية (GENOS)، وهي تعني الأصل أو العرق أو السلالة أو المورثة. انظر، كارم السيد غنيم، الاستنساخ والإنجاب بين تجريب العلماء وتشريع السماء، ط<sup>1</sup>، دار الفكر العربي، 1418هـ/1998م، ص.20.

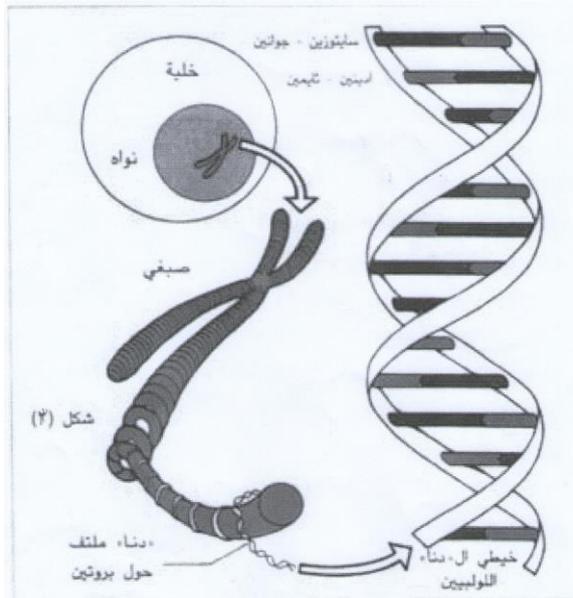
<sup>863</sup> انظر، سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويرخ، أحكام الهندسة الوراثية، كنوز إشبيلية للنشر والتوزيع، 1428هـ/2007م، ص.57.

<sup>864</sup> انظر، علي يوسف المحمدي، بحوث فقهية في قضايا طبية، ط<sup>1</sup>، دار البشائر الإسلامية، د.س.ن، ص.117.

يُسمّى بالغشاء النَّووي، بداخله السائل النَّووي، وفيه الخيوط الكروموزومية مختلطة مع بعضها البعض، تظهر في التحضيرات المصبوغة في شكل شبكة، وتُرى في حالة الانقسام في شكل خيوط، أو أشرطة، وتُسمّى بالصَّبغيات، وهي 46 صبغية في كلّ خلية، ويُقدَّر عدد الخلايا في جسم الإنسان بحوالي عشر تريليونات خلية<sup>865</sup>.

يتركَّب الصَّبغي من جزيء واحد، طويل حلزوني، مادته هي الحمض النَّووي الريبّي منقوص الأكسجين (DeoxyriboNucleicAcid)، واختصاراً (DNA). يُشكّل ما يُشبه السلم، حيث يُمثّل هيكل السكر الخماسي والمركَّب الفوسفوري جانبي هذا السلم، بينما تُمثّل القواعد النيتروجينية درجاته، هذه الدرجات تتكوّن إمّا من الأدينين (Adinine «A») الذي يرتبط بالثايمين (Thymine «T») برابطة هيدروجينية ثنائية، بينما يرتبط الجوانين (Guanine «G») بالسيتوزين (Cytosine «C») برابطة هيدروجينية ثلاثية. اكتشفه العالمان "جيمس واطسون" وزميله "فرانسيس كريك" سنة 1953م<sup>866</sup>.

مع الإشارة إلى أنّ الاقتران يتمّ بين A و T، C و G، ولا يُمكن للقاعدتين A و T أن ترتبط مع C أو G، ويكون اتّجاهها نحو الدّاخل، والسلسلة (Chaine): السكر والفسفات نحو الخارج، والبنية الحلزونية لـ (DNA) ووجود الرّوابط الهيدروجينية بين القواعد الأزوتية، تجعل منه أصلب جزيء بيولوجي يوجد في الطّبيعة<sup>867</sup>.

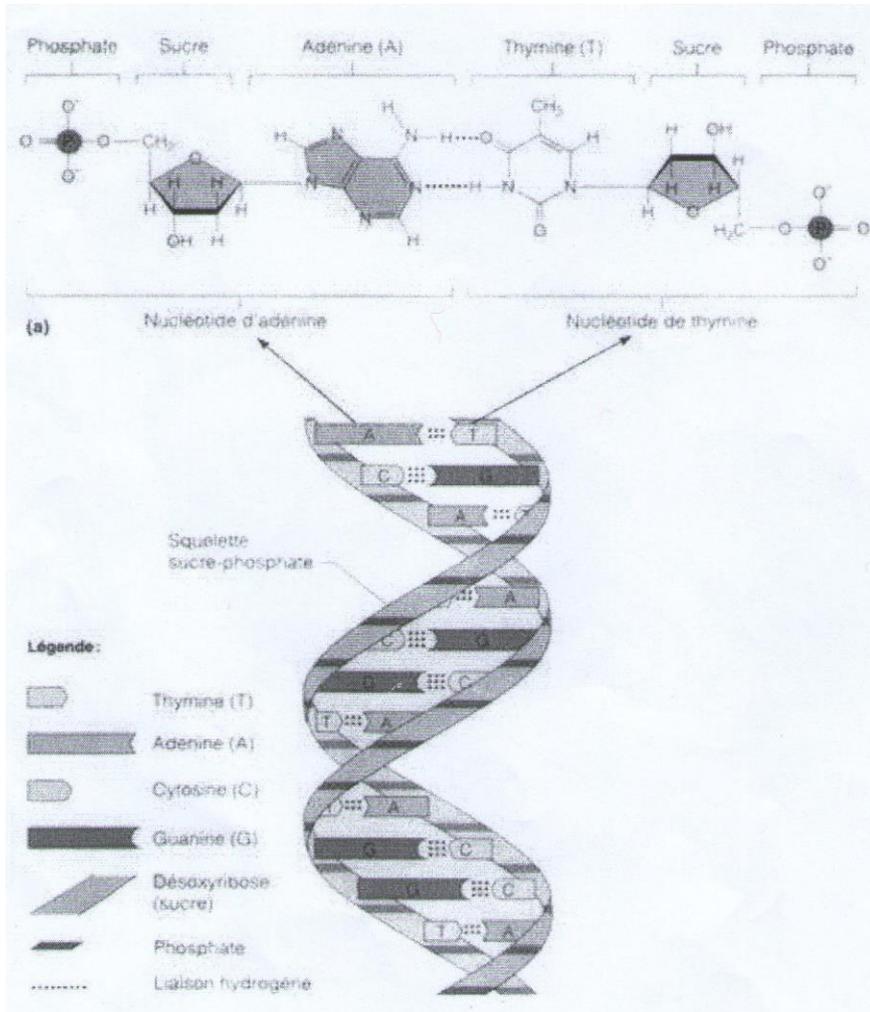
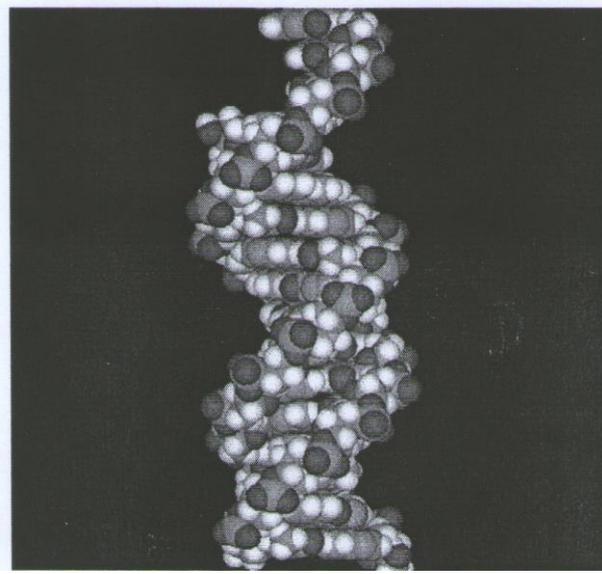


<sup>865</sup> كارم السيد غنيم، المرجع السابق، ص. 111.

<sup>866</sup> عبد الباسط محمد الجمل ومرّوان عادل عبده، المرجع السابق، ص. 27.

James D. WATSON, The double helix, first printing, New York, New American library, 1969, <sup>867</sup> Cf. pp.538-540.





وبعد التّطرق إلى مكونات البصمة، لابدّ من معرفة خصائصها، وهذا من خلال

الفرع الموالي.

## الفرع الثالث

## خصائص البصمة الوراثية

أظهرت البحوث الطبّية البيولوجية أنّ للطّبعة الوراثية للإنسان مجموعة من الخصائص التي تجعلها متميّزة بالمقارنة بالأدلة الأخرى، ومن أهمّ هذه الخصائص ما يلي:

1- دقّة نتائجها التي لا تقبل التّزوير والاحتمال إذا رُوّعت الشّروط اللاّزمة، والتي تصل إلى 100% في دعاوى النّفي (رغم أنّه شرعا لا يُعتدّ به، إذ يؤخذ إلّا باللّعان)، وإلى 99,99% في دعاوى الإثبات (وهنا تختلف مع تحاليل الدّم)، ممّا يجعلها سيّدة الأدلّة.

2- تتعدّد مصادر الحمض النّووي، فهو في جميع خلايا الجسم البشري، ما عدا خلايا كريات الدّم الحمراء لأنّها ليس لها نواة، وهي تُستخرج من المواد والأجزاء التّالية<sup>868</sup>: الدّم، المنى، جذور الشّعر، اللّعاب، العظم، البول، السائل الأمينوزي، خلية من البويضة المخصّبة، خلية من الجنين. والكميّة الكافية تُقدّر برأس الإبرة لمعرفة البصمة الوراثية<sup>869</sup>، وهي لا تتغيّر ولا تتبدّل بمرور العمر، فهي ثابتة إلى حدّ كبير ومتطابقة في جميع خلايا الجسم.

3- من خصائص الحمض النّووي أيضا أنّه مقاوم يتحمّل العوامل الطّبيعية والجويّة كالحرارة والبرودة، وعوامل التّعفن، حيث يُمكن معرفة البصمة الوراثية من التلوثات الدّموية الجافة التي مضى عليها وقت طويل، ويُمكن معرفتها من بقايا العظام، وخصوصا عظام الإنسان، هذا بجانب التلوثات البيولوجية المرفوعة من مكان الحادث<sup>870</sup>. وبذلك يحتفظ الحمض النّووي بخصائصه مدّة طويلة، وفي أقصى الظروف.

<sup>868</sup> Jean Christophe GALLOUX, op.cit., p.108.

<sup>869</sup> انظر، نجم عبد الله عبد الواحد، البصمة الوراثية وتأثيرها على النسب، الدورة السادسة عشر، المجمع الفقهي الإسلامي، مكة المكرمة، 2002، ص.231.

<sup>870</sup> عبد الرحمان أحمد الرفاعي، المرجع السابق، ص.111.

- 4- تظهر بصمة الحمض النووي بشكل واضح على هيئة خطوط عريضة تختلف في السُمك والمسافة بين الأفراد. يُمكن تخزين تلك الصّورة في الكمبيوتر<sup>871</sup> في إطار ما يُسمّى بنك حفظ المعلومات الجينية، وهذا يُيسّر عملية الاستحضار والمقارنة عند الحاجة، وبذلك يُمكن تبادل المعلومات الوراثية بين مختلف المراكز العالمية، خاصّة حينما يتعلّق الأمر بالبحث عن أشخاص متابعين أو مشبه بهم في حالة فرار.
- 5- كلّ إنسان يأخذ نصف الـ (DNA) من أبيه، والنّصف الآخر من أمّه، وبذلك يتكوّن (DNA) الخاصّ به، نصفه يُشبه أباه والنّصف الآخر يُشبه أمّه<sup>872</sup>.
- 6- يتفرّد كلّ شخص ببصمة مميزة عن غيره واستحالة تطابقها مع شخص آخر<sup>873</sup>، ماعدا حالة التّوائم النّاتجة عن انقسام بويضة واحدة مخصّبة. ورغم كثرة القواعد النيتروجينية في الحمض النووي إلّا أنّ احتمال تطابق تسلسلها في شخصين غير وارد، لذلك تُعتبر البصمة الوراثية قرينة نفي أو إثبات قويّة لا تقبل الشكّ<sup>874</sup>.
- فقد أثبتت بعض الدّراسات أنّ التّحاليل التي تتمّ في الكشف عن البصمة الوراثية جعلت من إمكانية الخطأ أمرا صعبا جدّا في حالات إثبات أو نفي الأبوة. فقد استطاع الباحثون البريطانيون حساب الاحتمالات لإمكانية تشابه شخصين ليسا أقرباء، فوجدوا أنّ الاحتمالية تكاد تكون صفرا، وكذلك الحال بين الإخوة، فإنّ فرصة التّشابه في نفس البصمة الوراثية تصل إلى واحد في المليون. ويقول آخر: إنّ نسبة التّشابه تكاد تبلغ فرصة واحدة لكلّ 30 مليار من الحالات<sup>875</sup>.
- وبذلك فإنّ للبصمة الوراثية وظيفتين: الأولى تتمثّل في إثبات النّسب والثّانية تنفيه.

<sup>871</sup> انظر، 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.

<sup>872</sup> سفيان بن عمر بورقعة، المرجع السابق، ص. 327.

<sup>873</sup> عبد القادر بن داود، المرجع السابق، ص. 112.

<sup>874</sup> حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص. 97.

<sup>875</sup> انظر، عمر بن محمد السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها استخدامها في النسب والجناية، الدورة السادسة عشر، المجمع الفقهي الإسلامي، مكة المكرمة، 2002، ص. 12-13.

7- استعمال البصمة الوراثية في الطب الشرعي الذي يُعدّ فيه إثبات جرائم الزنا والاعتصاب وهتك العرض<sup>876</sup> من أهمّ فروعها، واعتبرها علماء الطب الشرعي وسيلة للتمييز بين الأشياء بدقة متناهية، ويمكن التّعرّف على صاحبها حتى بعد وفاته بعدة سنوات بواسطة تحليل شيء من هيكله.

ومن خلال ما سبق نخلص إلى أنّه يُمكن الاعتماد على البصمة الوراثية في مجال النّسب في الحالات التّالية:

- حالة التّنازع بشأن نسب ولد مجهول بسبب انتفاء الأدلّة أو بسبب وطء بشبهة.

- تمييز ورفع أيّ اشتباه في المواليد في المستشفيات ومراكز رعاية الطّفولة.

- عند تعذّر معرفة الأهل لأبنائهم بسبب الضياع أو الاختلاط في الحوادث والحروب، خاصّة عندما تكون هناك جنث مشوّهة، يصعب تحديد هويّة أصحابها.

- يؤخذ بالبصمة الوراثية في حالة تنازع أكثر من شخص على أبوة مجهول النّسب إذا انتفت الأدلّة.

بناء على ما تقدّم، فقد أصبح الاعتماد على الشّفرة الوراثية في مجال إثبات النّسب أو نفيه على أساس متين، لا يشوبه الشكّ، وحتىّ تكون كذلك، فلا بدّ أن تتوافر فيها الشّروط والضّوابط العلمية المعتبرة محلياً وعالمياً في هذا المجال، وهذا ما سوف نتعرّض إليه في الفرع الموالي.

## الفرع الرابع

### شروط العمل بالبصمة الوراثية

نظراً لأهميّة البصمة الوراثية في كونها تُمثّل دليلاً حسيّاً علمياً قطعياً مبنياً على التّحليل والمشاهدة، وأنّها تُساهم مساهمة كبيرة في إظهار الحقيقة، فإنّها بحكم الأصل

<sup>876</sup> ولعل أشهر القضايا التي استخدمت فيها تحاليل البصمة الوراثية هي قضية الرئيس الأمريكي السابق بيل كلينتون، الذي اتهم فيها بالاعتداء الجنسي على مونिका لوينسكي، حيث لم يعترف ولم يعتذر للجمهور الأمريكي إلا بعد أن أظهرت الأدلة الجنائية وجود بصمته الوراثية المأخوذة من المنى الموجود على فستان مونیکا لوينسكي. عبد الرشيد محمد أمين بن قاسم، مقال نشر على موقع الإنترنت: <http://www.gulfkids.com>، بتاريخ 2006/08/27.

مباحة شرعا لحصول النفع بها في إقرار الحقوق وإقامة العدل، ومع ذلك فإنه يُشترط للعمل بها واعتبارها دليلا شرعيا عدّة شروط<sup>877</sup> منها:

1- أن تمنع الدولة إجراء الفحص الخاصّ بالبصمة الوراثية إلاّ بطلب من القضاء، وأن تكون المخابر والمعامل الفنيّة تابعة للدولة وتحت رقابتها، حتّى لا يتمّ التلاعب فيها لمجرّد المصالح الشخصيّة والأهواء الدنيويّة، وبالتالي يكون النسب عرضة للضياع.

2- أن تكون هذه المخابر والمعامل الفنيّة مزوّدة بأحسن الأجهزة ذات التّقنيات العالميّة والمواصفات الفنيّة القابلة للاستمرارية والتّفاعل مع العينات والظروف المحيطة بها في الدولة، مع وضع آليات دقيقة لمنع الغشّ ومنع التلوث وكلّ ما يتعلّق بالجهد البشري في حقل مختبرات البصمة الوراثية، حتّى تكون النتائج مطابقة للواقع.

3- أن يكون العاملون في هذه المخابر من خبراء وفنيين ممّن يتّصفون ويتّسمون بصفات الأمانة والخلق الحسن والعدل في العمل، وكلّ ما يتطلبه الشرع في سبيل درء المفساد وجلب المنافع، وألاّ يكون أيّ منهم ذا صلة أو قرابة أو عداوة أو منفعة بأحد المتداعين، أو حُكم عليه بحكم مخلّ بالشرف أو الأمانة، حسب توصيات مجمع الفقه الإسلامي في دورته السادسة عشر.

4- أن يكون العاملون على البصمة الوراثية من أصحاب الخبرة العالية والمستوى الرّفيع، وممّن يُشهد لهم بالنقّدم العلمي والتّقني، حتّى لا يؤدي عدم توفّر ذلك إلى تدهور النتائج الفنيّة، وبالتالي ضياع الحقوق من أصحابها<sup>878</sup>.

5- تكوين لجنة خاصّة بالبصمة الوراثية في كلّ دولة يشترك فيها المتخصّصون الشرعيّون والأطباء والإداريّون، وتكون مهمّتها الإشراف على نتائج البصمة الوراثية واعتماد نتائجها.

6- توثيق كلّ خطوة من خطوات تحليل البصمة الوراثية، بدءا من نقل العينات إلى ظهور النتائج النهائيّة، حرصا على سلامة تلك العينات وضمانا لصحة نتائجها، مع

<sup>877</sup> انظر، الملحق رقم 15، ص. 524.

<sup>878</sup> من توصيات الحلقة النقاشية لمجمع الفقه الإسلامي بالموقع: www.islam.net

حفظ هذه الوثائق للرجوع إليها عند الحاجة.

7- شرط التّعدّد بين المؤيّدين والمعارضين: والمقصود بالتّعدّد هو تعدّد الخبراء الفنيّين القائمين على العمل في البصمة الوراثية. فهل فعلا البصمة الوراثية تحتاج خبراء أم يكفي خبير واحد؟ لقد انقسم العلماء في ذلك إلى عدّة آراء:

\* هناك من اشترط أن يكون العاملون على البصمة الوراثية أكثر من خبير قياساً على الشهادة.

\* وهناك من يرى جواز عمل الخبير الواحد قياساً على القيافة، على أنّ الفقهاء القدامى أجازوا الاعتماد على قول القائف الواحد المسلم العدل، فمن باب أولى أن يكون العمل بالبصمة الوراثية بخبير واحد فقط لأنّها أوثق من القيافة، فأين هي معرفة القافة أمام دقّة ما يصل إليه التّحليل الجيني<sup>879</sup>.

\* وهناك من أرجح مسألة تعدّد الخبراء إلى القاضي، وهو الرّأي الرّاجح باعتبار القاضي سيّد القضية والخبير الأعلى لتقييم الأدلّة الفنيّة العلمية المطروحة أمام عدالة المحكمة، متى رأى في قول الخبير النّقة والأمانة والطّمأنينة. وإذا ما شكّك في صحّة النتائج، فإنّه لا حرج من أن يكرّر التّحليل البيولوجي مرّة أخرى، وهذا ما ورد أيضاً في توصيات المنظمة الإسلامية للعلوم الطّبيّة إبان ندوتها الحادية عشر التي عُقدت في دولة الكويت يومي 29/28 محرم 1421هـ الموافق لـ 04/03 ماي 2000م.

## الفرع الخامس

### الضوابط الشرعية للعمل بالبصمة الوراثية

أهمّ هذه الضوابط ما يلي<sup>880</sup>:

1- ألاّ تُخالف نتائج البصمة الوراثية صدق النّصوص الشرّعية الثّابتة من الكتاب والسنة، حتّى لا يؤدّي ذلك إلى إهمال النّصوص الشرّعية المقطوع بصحّتها،

<sup>879</sup> انظر، عبد الهادي الحسين، استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب (نظرة شرعية)، المجلة العربية للدراسة الأمنية، 2006، عدد 35، ص.34.

<sup>880</sup> انظر، توصيات مجلس المجمع الفقهي الإسلامي، في دورته السادسة عشر، المنعقدة بمكة المكرمة، 2002؛ عمر بن محمد السبيل، المرجع السابق، ص.10 وما يليها.

ومن ثمة لا يجوز استخدامها بقصد التأكيد من صحّة الأنساب الثابتة شرعا وزعزعة الثقة بين الزوجين، ويجب على الجهات المختصة منعه وفرض العقوبات الزاجرة لأنّ في ذلك المنع حماية لأعراض الناس وصونا لأنسابهم.

2- أن تُستعمل التحاليل الفنيّة للبصمة الوراثية في الحالات التي يجوز فيها التأكيد من إثبات النسب لعدم ضياعه والمحافظة عليه، كلّما دعت الضرورة إلى ذلك، وتتمثل هذه الحالات في:

(أ) حالات التنازع على مجهول النسب بمختلف صور التنازع التي ذكرها الفقهاء، سواء كان التنازع على مجهول النسب بسبب انتفاء الأدلة أو تساويها أم كان بسبب الاشتراك في وطء الشبهة ونحوه.

(ب) حالات الاشتباه في المواليد في المستشفيات ومراكز رعاية الطفولة ونحوها، وكذا الاشتباه في أطفال الأنايب.

(ج) حالات ضياع الأطفال واختلاطهم بسبب الحوادث أو الكوارث أو الحروب، وتعذر معرفة أهلهم أو وجود جنث لم يُمكن التعرّف على هويّتها أو بقصد التّحقّق من هوية أسرى الحروب والمفقودين<sup>881</sup>.

3- يجب أن لا تُخالف تحاليل البصمة الوراثية العقل والمنطق والحسّ والواقع، فلا يُمكن أن تُثبت البصمة الوراثية نسب من لا يُولد لمثله لصغر سنّه أو لكونه مقطوع الذّكر أو الخصيتين، إذ من لا يُولد لمثله لا يُعقل أن يأتي بولد، وبالتالي تكون البصمة الوراثية قد اعترها الخطأ والتّلاعب وخالفت العقل والواقع، وهو ما يتعيّن رفضه.

4- منع القطاع الخاصّ والشركات التجاريّة ذات المصالح من المتاجرة فيها، وفرض العقوبات الزاجرة والزّادعة لكلّ من تُسوّل له نفسه التّلاعب بالجينات البشرية أو التّعريض للأسرة المسلمة وتحطيم دعائمها المستقرّة.

وتجدر الإشارة إلى أنّه بتوافر الضوابط والشروط السّابقة، فلا خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلاميّة حول جواز استخدام البصمة الوراثية في مجال إثبات أو نفي النسب. لكن لاحظنا أنّ هناك خلافا فقهيّا بشأن جواز أن يثبت ولد الزّنا من المرأة

<sup>881</sup> من قرارات مجمع الفقه الإسلامي في دورته السادسة عشر.

غير المتزوجة إلى الزاني، حيث أجازته عدد من علماء الأزهر باعتبار أن ذلك سيُقلل من جرائم الزنا إلا أن الدكتور علي جمعة -مفتي مصر الحالي- يرى عدم جواز الاستعانة بتحليل البصمة الوراثية لإثبات ولد الزنا. ويؤيده الدكتور يوسف القرضاوي - رئيس الاتحاد العالمي للعلماء المسلمين - 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، مردودا عليه لأنه فعل مجرم"<sup>882</sup>.

لذلك لا بد من التحدث عن موقف البصمة الوراثية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب أو نفيه.

### المطلب الثاني

**موقف البصمة الوراثية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب أو نفيه**  
سنتناول في هذا المطلب موقف البصمة الوراثية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب المتمثلة في الفراش، الإقرار، البيّنة، ومدى التعارض بين تحاليل البصمة الوراثية وإجراء اللعان في نفي نسب الولد.

### الفرع الأول

**موقف البصمة الوراثية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب**  
سوف نتعرض إلى موقف البصمة الوراثية من الفراش (أولا)، موقف البصمة الوراثية من البيّنة (ثانيا)، وأخيرا موقف البصمة الوراثية من الإقرار (ثالثا).

### أولا: موقف البصمة الوراثية من الفراش.

عرفنا سابقا<sup>883</sup> أن الزوجية الصحيحة هي إحدى طرق إثبات النسب الشرعي

<sup>882</sup> www.islamtoday.net

<sup>883</sup> انظر، ص 16 من هذه الرسالة.

للحمل وأقواها بالضوابط والشروط التي أوردها الفقهاء، والزّوجية من أساسها جعلت أمانة معتبرة على قيام المخالطة الجنسية بين الزّوجين، ولو لم تقع حقيقة، لكن ليس كلّ مولود يوضع على فراش الزّوجية يُنسب لصاحب الفراش وجوبا، حيث أنّ هناك بعض الحالات أين يتحقّق فراش الزّوجية وبشروطه الشرّعية، لكن رغم ذلك لا يتحقّق أثره بانتساب الحمل إلى صاحب الفراش، وذلك حينما تتعارض الحقيقة العقلية المنطقية الجليّة مع ظاهرة الحقيقة الشرّعية بأن يطرأ مانع عقلي وحسّي يُصادم الحقيقة الشرّعية. فلا يحتاج الزّوج حينئذٍ لدفع هذا الحمل الغريب عن صلبه إلى الملاعنة، بل الحقيقة الظّاهرة تُعدّ برهانا قاطعا، كافية بذاتها على إسقاط النّسب والتبرّي من الحمل، وأمثلة ذلك الحالات التي ساقها الفقهاء في مدوّنتهم وجعلوها استثناء من القاعدة العامّة "الولد للفراش" منها<sup>884</sup>:

- الحمل الذي تضعه زوجة الصّغير الذي لا يُتصوّر الحمل من مثله لعدم البلوغ.
- الزّوج المصاب بعاهة خلقية كالخصاء، ويلحق به كلّ مرض يُعجز عن النّسل قطعا.
- المولود الذي يوضع لأقلّ من ستّة أشهر من الدّخول بالزّوجة.
- الغائب عن أهله مدّة يستحيل أن يكون قد اجتمع بهم كإقامته في بلد نائي، أو كونه محبوسا أو أسيرا، ولو في موطنه.
- حيث لو عُرضت هذه الحالات وعيوبها على أهل الدّراية من أطباء التّوليد ومعالجة العقم لجزموا باستحالة أن يُولد لمثل هؤلاء، واستحالة أن يعيش الحمل الذي يُوضع لأقلّ من ستّة أشهر، والطّب في هذا المقام قد قطع أشواطاً لا يُستهان بها، خاصّة مع ظهور أجهزة الكشف والتّصوير الدّاخلي لجسم الإنسان، وتعدّد أساليب الاختبارات الطّبية، وتحديد عمر الجنين، والوقوف على حقائق الأمراض، ومنها العقم.
- ولقد وضع الفقهاء بعض الحالات التي يرون فيها جواز استعمال البصمة الوراثية أثناء قيام الفراش، وذلك في حالات التّنازع في الإثبات، وفي هذا الصّد يقول

<sup>884</sup> زبيدة إقروفة، الاكتشافات الطبية...، المرجع السابق، ص.256.

الدكتور نصر فريد واصل: "وعلى ذلك فإن أدلة ثبوت النسب من الفراش والبيّنة والشهادة والإقرار، إذا وجدت كلّها أو بعضها، فإنها تُقدّم على البصمة الوراثية"<sup>885</sup>. وكذلك في حالات الاشتباه والتّردّد في نسب الحمل إلى صاحب الفراش في ظلّ زوجية قائمة، سواء كانت صحيحة أو فاسدة، وذلك لتعيين الأب الحقيقي للمولود بدلا من الاعتماد فقط على الزوجية، نذكر منها:

- تعرّض المرأة المحصنة للاغتصاب فتحمل ولا يُعلم إن كان حملها من الزوج أو من المغتصب، خاصّة إذا كانت هناك مقارنة بينها وبين زوجها في نفس فترة الاغتصاب.

- الدّخول على الأجنبية ظانّا أنّها حليلته.

- خضوع الزّوجة لعملية الإخصاب بالمساعدة الطّبية وتمّ الخطأ في تعيين الخلايا الجنسية فتلقّح بخلايا رجل أجنبي، أو تُخصّب خلايا زوجها مع بويضة امرأة أجنبية، وتُغرس في رحم الزّوجة.

- أن يختلط الأطفال حديثو الولادة في المستشفى، أو في الحروب والكوارث، أو في حالة أطفال الأنابيب، واشتبه الأمر، فيمكن أن تُستخدم البصمة الوراثية لمعرفة نسب كلّ طفل من والده الحقيقي.

- أن يلحق شخص طفلا لقيطا لنفسه ثمّ يظهر أهله ومعهم الأدلّة، أو يدّعي ولد نفسه لرجل فقد ابنه منذ زمن طمعا في المال، أو بالعكس، يدّعي رجل أبوتّه لولد غني ليس له أب.

الشكّ في المدّة المعتبرة شرعا، هل توافرت أقلّ مدّة الحمل، وهي ستّة أشهر أو أكثر ولم يستطع الجزم، وبالتالي فإنّ له اللّجوء إلى البصمة الوراثية بأن تؤخذ عيّنة دم من الجنين ويتمّ مطابقتها مع الصّفات الوراثية بالنسبة للأمّ والأب<sup>886</sup>.

وما ينبغي الإشارة إليه كذلك، حالة نسب الولد النّاتج عن الوطاء بالشّبهة أو من النّكاح الفاسد أو أن تتزوّج المطلّقة أو الأرملة قبل انقضاء عدّتها، فهل يُنسب ولدها

<sup>885</sup> نصر فريد واصل، البصمة الوراثية...، المرجع السابق، ص.26.  
<sup>886</sup> وهبة مصطفى الزحيلي، البصمة الوراثية...، المرجع السابق، ص.06.

إلى زوجها الثاني أم إلى السابق؟

كما تلعب البصمة الوراثية دورها في حسم النزاع الدائر بين الزوج والزوجة فيما إذا ادّعت المرأة أنّ الولد على فراش وكان زوجها قد سافر وحضر بعد زمن طويل فوجدها ولدت، فأنكر هذا الولد.

لكن من جهة أخرى، فإنّ هناك اتجاها من الفقهاء يرى أنّ البصمة الوراثية لا يجوز استعمالها في فراش الزوجية، ويقول الشوكاني في كتابه السيل الجرار: "متى كان الفراش ثابتا شرعا، كان الولد لاحقا قطعاً"<sup>887</sup>.

إلا أننا نرى، تبعا لقاعدة "إحياء الولد وعدم تضييعه"، فإنّ النسب يلحق بالفراش، صحيحا أو فاسدا أو وطء شبهة، ولا داعي لإدخال البصمة الوراثية فيه إلاّ عند الضرورة القصوى لأنّ ذلك يزعزع الثقة بين الزوجين.

وأمام عدم توضيح المشرّع الجزائري للطرق المشروعة لنفي النسب فقد أعطت الشريعة الإسلامية طريقا وحيدا لنفي النسب وهو اللعان، والذي هو أقوى من الفراش<sup>888</sup>.

### ثانيا: موقف البصمة الوراثية من البيئة.

يرى أغلب الفقهاء المسلمين أنّ الشّهادة تُقدّم على البصمة الوراثية عند التعارض، وذلك للأسباب الآتية:

ثبوت الشّهادة في القرآن والسنة والإجماع بحجّتها والعمل عليها في قوله ﷺ:

﴿...وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدِينَ مِنْ رِجَالِكُمْ...﴾<sup>889</sup>.

وعليه، لا ينبغي تعطيل النصوص الشرعية الصحيحة بمجرد دليل علمي حديث قد يشوبه الخطأ والتلاعب. كما أنّ الشّهادة قد تكون مهزوزة في حالات شهادة الزور، فإنّ تقارير البصمة الوراثية قد تكون مزوّرة أيضا إذا كانت لمصالح شخصية

<sup>887</sup> انظر، محمد الشوكاني، السيل الجرار، دار ابن حزم، الأوسط، 1425هـ، ص.26، مقتبس عن خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص.148.

<sup>888</sup> ابن القيم الجوزية، المرجع السابق، ص.164.

<sup>889</sup> سورة البقرة، الآية 282.

لأنها شهادة من غير يمين، بخلاف الشهادة الشرعية التي تُقام بعد القسم على كتاب الله ﷻ.

ويبقى فيصل النزاع هو القاضي، فقد يُستشف من البصمة الوراثية قرينة يطمئن بها قلبه وتدعم الشهادة، وقد تكون عكس ذلك. ومن جهة أخرى فقد وضّح بعض العلماء المعاصرين البعض من الحالات التي تدخل فيها البصمة الوراثية مع الشهادة، وهي:

**الحالة الأولى:** حالة التنازع على نسب اللقيط. وكان لكل واحد منهما بيّنة تُعارض بيّنة الآخر، أو حالة المستلحقين للولد الذين لا بيّنة لهم، فإنّ الفاصل في هذه الحالة هو البصمة الوراثية. وكما هو معروف سابقاً، فإنّه عند التعارض في البيّنات ولم يُمكن التّرجيح بينهما تُستخدم القافة كدليل ترجيح، وتبقى البصمة الوراثية كعلم حديث لا يتعارض مع نصوص الشّرع إذا استُخدمت بشكل صحيح، فيما يخدم مصالح النّاس.

**الحالة الثانية:** إذا ادّعى شخص عنده بيّنة "أي شهود"، نسب طفل عند آخر قد نُسب إليه بلا بيّنة. وفي هذا يقول الدّكتور محمد رأفت عثمان: "إذا تعارضت شهادة الشّهود مع ما أسفرت عنه الاختبارات الوراثية، كما لو كان هناك تنازع بين اثنين على طفل، كلّ منهما يدّعي أنّه ابنه وشهد شاهدان أو أكثر بأنّ هذا الطفل ابن لأحد المتنازعين، ولكنّ البصمة الوراثية أثبتت أنّه ليس ابنه وإنّما هو ابن الآخر، أو ليس ابناً لأيّ منهما، فهل نعمل بما أفصحت عنه البصمة الوراثية ونردّ شهادة الشّهود، أو يجب الأخذ بما شهدوا به ونردّ ما أفادته البصمة الوراثية؟ أرى أنّه يجب الأخذ حينئذٍ بما أفادته البصمة الوراثية بعد الاحتياط الشّديد في إجراء الاختبار الوراثي"<sup>890</sup>.

وبناء على ما سبق، فإنّه إذا ما تعارضت نتائج البصمة الوراثية مع البيّنة، فإنّه

<sup>890</sup> انظر، محمد رأفت عثمان، إثبات أو نفي النسب بالبصمة الوراثية، ج1، منشور في كتاب: قضايا فقهية معاصرة، تأليف لجنة من الأساتذة، جامعة الأزهر، القاهرة، د.س.ن، ص.128.

يصح بناء الحكم على نتائجها التي لا تقبل الكذب ولا الرجوع فيها، ذلك أنّ السمة الجينية للشخص ثابتة طوال حياته، من حين الولادة إلى الوفاة، بدلا من بنائه على أقوال الشهود الذين يشهدون بما يعلمون، وقد يكون علمهم بالشئ غير صحيح، فهي بذلك أقوى من الشهود العدول، لأنّها تؤدّي نفس الغرض وإثبات صدق المدعي أو كذبه بصورة أوثق من الشهود<sup>891</sup>.

إنّ احتمال التزوير والخطأ ضئيل جدّا، يكاد يكون منعدم الوقوع، نظرا للظروف المعملية التي تُجرى فيها عمليات استخلاص العينات وتحليلها ومقارنتها، ونظرا أيضا للضوابط التي يفرضها القائلون بحجّيتها على من يُمارس هذه المهنة وعلى المخابر التي تتمّ فيها الخبرة. يقتصر دور الخبير على سحب العينات وإخضاعها لسلسلة من العمليات الكيميائية، ولا يكون للبشر فيها إلاّ دور المراقبة، وحتىّ قراءة النتائج التي كانت تتمّ على يد الخبير أضحت الآن تُقرأ تلقائيا بواسطة نظام آلي معدّ خصيصا لذلك. وإذا شكّ القاضي في النتائج فله أن يأمر بإعادتها مرّة أخرى، وعلى يد خبير آخر، والعملية غدت ممكنة بعد أن استطاع العلماء مضاعفة جزيء صغير من الحمض النووي وحفظه وتخزينه للاستعمال مرّة أخرى<sup>892</sup>.

ويُمكن الاستعانة بالبصمة في حالة الشاهد الواحد، سواء كان رجلا أو امرأة، لإثبات صحّة انتساب طفل إلى رجل معيّن أو امرأة معيّنة، أو نفيه عنهما، خروجاً من الخلاف الفقهي بين من يشترط شاهدا واحدا ومن يشترط شاهدين أو أكثر كبيّنة لإثبات النسب<sup>893</sup>.

### ثالثا: موقف البصمة الوراثية من الإقرار.

من المقرّر شرعا أن يُعتبر الإقرار أحد الطّرق الشرّعية لإثبات النسب

<sup>891</sup> انظر، 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.

<sup>892</sup> انظر، المرجان إبراهيم حسين، الوسائل الحديثة للتعرف على الشخصية وحجّيتها في الشريعة الإسلامية وتطبيقاتها بالمملكة العربية السعودية، مذكرة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، 2004، ص.167.

<sup>893</sup> الجندي إبراهيم صادق والحسيني حسين حسن، المرجع السابق، ص.643.

بالإجماع<sup>894</sup>، وقد أجمع العلماء على تقديم الإقرار على البصمة الوراثية وذلك بتوافر الشروط المعتبرة شرعا وبذلك فإنّ البصمة الوراثية لا مجال لها في بعض الحالات المتعلقة بإثبات النسب بالإقرار.

<sup>894</sup> ابن القيم الجوزية، المرجع السابق، ص.158.

**الحالة الأولى:** إذا أقرّ الرجل بنسب مجهول النسب وتوافرت شروط الإقرار، فإنّه يلحق به بالإجماع بمجرد الاستلحاق مع الإمكان، فلا يجوز الاحتكام إلى البصمة الوراثية إذا عبر المقر عن إرادته وصادق عليها بالإقرار. إلاّ أنّه هناك من يُجيز الاحتكام إلى البصمة الوراثية إذا كذب المقر له المقرّ، باعتبار أنّ النسب حقّ للولد، فينبغي على الأب أن يثبتّه بأيّ دليل، والذي تحلّ محلّه البصمة الوراثية في ظلّ غياب أيّ دليل آخر، بشرط رضا المقرّ له بالنسب بإجراء البصمة الوراثية<sup>895</sup>.

**الحالة الثانية:** إقرار بعض الإخوة بالنسب لا يكون حجة على باقي الإخوة ولا يثبت به نسب، وتقتصر آثاره على المقرّ في حدود نصيبه من الإرث<sup>896</sup>، لأنّ من الشروط المعتبرة للإقرار المحمول على الغير هو اتفاق جميع الورثة على الإقرار بالنسب، وفي حالة عدم تحقّق ذلك فلا مجال للبصمة الوراثية في هذه الحالة. وتجدر الإشارة في خاتمة هذا الفرع إلى أنّ أئمة الفقهاء السابقين أخذوا بالقرعة والقفافة عند تعارض البيّنات ولم يمكن ترجيح إحداها على الأخرى، دفعا للشبهات وردّا للحقوق لأصحابها. فإنّ لكلّ عصر طريقته الخاصّة به لمعرفة نسب المولود المتنازع عليه، شريطة أن تكون هذه الطريقتة موافقة لأصول الشّرع وتخدم مصالح النّاس كافّة، وبالتالي من باب أولى اللّجوء إلى البصمة الوراثية كدليل مادّي محسوس لكشف غموض واقعة النسب المراد التّحقّق منها.

## الفرع الثاني

### مكانة البصمة الوراثية من الدليل الشرعي لنفي النسب (اللّعان)

إذا كان اللّعان حكما شرعيا ثابتا من الكتاب والسنة لدرء الحدّ عن الزّوج إذا قذف زوجته ولم تكن له بيّنة، وأيضا حماية وصيانة لعرض الزّوجة ودفعاً للحدّ عنها بحيث يفترق بموجبه الزّوجان ويُنسب الولد إلى أمّه، وقد ستر على المرأة فلم يُعرف إن

<sup>895</sup> وهبة مصطفى الزحيلي، المرجع السابق، ص.15.

<sup>896</sup> انظر، عمر عبد الله، أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية، دار المعارف، القاهرة، مصر، ط4، 1963، ص.103-104.

كانت هي الكاذبة أو هو الكاذب، و لم يُعرف إن كان الولد ابنه حقيقة أو لم يكن ابنه. وبعد أن ظهرت البصمة الوراثية وأصبح ممكناً معها تحليل الدّم ومعرفة نسب الولد، إن كان من صلب هذا الرجل أم لا، فهل يصحّ نفي النسب بالبصمة الوراثية إذا جاءت النتائج تؤكّد ذلك ويكتفى بها، أم لا بدّ من اللّعان أيضاً؟ وهل يُمكن للقاضي الذي أجرى الملاعنة بين الزوجين أن يُعطّل أثر اللّعان في نفي النسب ويأمر بخضوع الأطراف لإجراء تحاليل البصمة الوراثية، بناء على طلب من الزوج أو الزوجة؟

### أولاً: هل ينفي النسب بالبصمة الوراثية دون اللّعان؟

لقد اختلف الفقهاء المعاصرون في صحّة نفي النسب بالبصمة الوراثية فقط دون اللّعان ويُمكن تلخيص آرائهم على النحو الآتي:

**الفريق الأول:** لا ينتفي النسب الشرعي الثابت بالفراش إلا باللّعان فقط، ولا يجوز تقديم البصمة الوراثية على اللّعان<sup>897</sup>، وهو موقف عامّة الفقهاء المسلمين، والذي استقرّ عليه قرار المجمع الإسلامي بالرباط الذي جاء فيه: "لا يجوز شرعاً الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب ولا يجوز تقديمها على اللّعان"، وهذا استناداً إلى قوله ﷺ: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَدُوا أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ ٦ وَالْخَمْسَةَ أَنْ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ ٧ وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ ٨ وَالْخَمْسَةَ أَنْ غَضَبَ اللَّهُ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ ٩﴾<sup>898</sup>.

أي أنّ الآية ذكرت أنّ الزوج إذا لم يملك الشهادة إلا نفسه فيلجأ للّعان وإحداث البصمة بعد الآية يُعتبر تزيّداً على كتاب الله ﷻ، وبالتالي فلا يُمكن الاعتماد على البصمة الوراثية فحسب لإقامة حدّ الزنا، بل لا بدّ من البيّنة، فكيف تُقدّم البصمة على اللّعان ولا تُقدّمها على الحدّ، وكيف يجوز إلغاء حكم شرعي بناء على نظريات طبيّة

<sup>897</sup> سعد الدين مسعد الهلالي، المرجع السابق، ص. 351.

<sup>898</sup> سورة النور، الآيات 06-09.

مظنونة؟<sup>899</sup>.

**الفريق الثاني:** يُمكن الاستغناء عن اللعان والاكتفاء بنتيجة البصمة الوراثية لأنّ نتائجها يقينية، فإن أثبتت أنّ الولد ليس من الزوج ينتفي النسب بالبصمة الوراثية دون اللعان<sup>900</sup>. وقد استند أصحاب هذا الاتجاه، ومن بينهم الدكتور يوسف القرضاوي، إلى أنّ البصمة الوراثية من قبيل الشهادة، وليس هناك موجب للعان أصلاً لاختلال الشرط الوارد في الآية، وهو انعدام الشهود لقوله ﷻ: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ...﴾. كما أنّ الآية ذكرت درء العذاب ولم تذكر نفي النسب ولا تلازم بين اللعان ونفي النسب، فيمكن أن يُلاعن الرجل ويدراً عن نفسه العذاب ولا يُمنع أن يُنسب الطّفل إليه إذا ثبت ذلك بالبصمة الوراثية.

وبالتالي فإنّ الطّفل لا ينفى نسبه باللعان، إذا جاءت البصمة الوراثية تؤكّد صحّة نسبه للزوج ولو لاعن، وينفي النسب باللعان فقط إذا جاءت البصمة تؤكّد قوله وتعتبر دليلاً تكميلياً لأنّ نتائج البصمة الوراثية يقينية مبنية على الحسّ. فإذا أجرينا تحليل البصمة الوراثية، وثبت أنّ الطّفل من الزوج وأراد أن ينفيه، فكيف نقطع النسب ونكذب الحسّ ونخالف العقل، ولا يُمكن أن يتعارض الشرع مع العقل، وبالتالي فإنّ إنكار الزوج وطلبه للعان بعد ظهور النتيجة يُعدّ نوعاً من التعسّف. كما أنّ الشرع يتشوّق إلى إثبات النسب، رعاية لحقّ الولد، ومخالفة البصمة لقول الزوج في النفي يتنافى مع أصول الشريعة في حفظ الأنساب، ونفاذ اللعان مع مخالفة البصمة لقول الزوج يُعدّ باعث كيد للزوجة يوجب عدم نفي نسب الطّفل<sup>901</sup>.

وقبل ذكرنا للقول الرّاجح، يجدر بنا الإشارة إلى أنّه لا خلاف بين الفقهاء في

المسائل الآتية:

- إذا لاعن الزوج ونفى نسب الطّفل وجاءت النتيجة تؤكّد قوله، فإنّ النسب ينتفي ويفرّق بين الزوجين، لكنّ الزوجة لا تُحدّ لوجود شبهة اللعان، طبقاً للمبدأ الذي

<sup>899</sup> انظر، محمد سليمان الأشقر، أبحاث اجتهادية في الفقه الطبي، ط<sup>1</sup>، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2001، ص.455.

<sup>900</sup> خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص.301.

<sup>901</sup> نصر فريد واصل، المرجع السابق، ص.30.

مفاده أنّ "الحدود تدرأ بالشبهات".

- إذا رضي الزوجان بإجراء البصمة قبل اللعان للتأكد وإزالة الشبهة، فإن ذلك يجوز في حقهما، وقد استحسّن الفقهاء عرض ذلك على الزوجين قبل اللعان<sup>902</sup>. وانطلاقاً مما سبق فإنّ الرّأي الرّاجح يُمكن استنباطه من القاعدة الآتية: انتفاء النّسب ليس من لزوم اللّعان.

### ثانياً: انتفاء النسب ليس من لزوم اللعان.

ومعنى هذه القاعدة أنّ البصمة الوراثية إذا جاءت مخالفة لقول الزوج فلا يُلتفت لدعواه بنفي النّسب وإنّ لاعن أو طلب اللّعان، وأنّ نسب الطّفل يثبت للزوج وتجري عليه أحكام الولد، ولا يُعدّ ذلك تناقضاً مع أحكام الشّرع، ذلك أنّ الشّريعة أعظم من أن تُبنى أحكامها على مخالفة الحسّ والواقع. وللتّوضيح نُعطي المثال الآتي: لو أنّ رجلاً قرّر بمن يُساويه في السنّ وادّعى أنّه أبوه فإنّنا نرفض ذلك لمخالفته للعقل والحسّ، حيث لا يُمكن أن يتساوى أب وابن في السنّ مع أنّ الإقرار في الأصل مشروع. كما أنّ آية اللّعان قيّدت إجراءه بعدم وجود أيّ شاهد إلاّ الزوج، وبالتالي لو كان هناك بيّنة من شهود، فإنّه لا يجري اللّعان، بل يثبت ما رمى به الزوج زوجته. ومن البديهي لو كانت هناك بيّنة أخرى غير الشّهادة، فلا وجه لإجراء اللّعان بإقرار الزّوجة بما رماها زوجها من الزّنا. فإذا منعنا وقوع اللّعان لوجود سبب مانع له، فما وجه إجرائه مع وجود بيّنة قطعية (البصمة الوراثية) تُخالف دعوى الزوج، وحتى لو أصرّ الزوج عليه، في هذه الحالة فإنّ الولد يثبت نسبه إليه دون أن يتعارض ذلك مع بقاء اللّعان كسبب للفرقة بين الزوجين<sup>903</sup>. وما يؤكّد ذلك أيضاً أنّ الزوج إذا كذّب نفسه بعد الملاعنة فإنّه يترتّب على ذلك ثبوت النّسب منه ويزول أثر اللّعان في نفي النّسب، ويعود للولد نسبه من الملعن، مع استمرار اللّعان كسبب للفرقة بين الزوجين أيضاً<sup>904</sup>.

<sup>902</sup> www.islamtoday.net

<sup>903</sup> محمد محمد أبو زيد، دور التّقدم...، المرجع السابق، ص.287.

<sup>904</sup> المرجع نفسه، ص.232.

وبالتالي يتضح أنّ نفي النسب كأثر لللعان يقوم على الشكّ لا على اليقين، ذلك أنّ قول الزوج في اللعان متساوي الطرفين في الصدق أو الكذب، أي بنسبة 50%، لأنّه إمّا أن يكون صادقاً أو تكون الزوجة صادقة، فهل من الصدق أن ندع بينة قطعية تصل إلى 99,9% تؤكّد كذب الزوج ونأخذ بما هو محتمل الصدق بنسبة 50% وننسب ذلك للشيعة؟! وعلى قول الإمام ابن القيم: "فأيّ طريق أستخرج بها العدل والقسط فهي من الدين، ليست مخالفة له..."<sup>905</sup>.

وفي هذا الصدد أفى الدكتور يوسف القرضاوي<sup>906</sup> قائلاً "أنّه من العدل أن يُستجاب للزوجة إذا طلبت الاحتكام إلى البصمة الوراثية على أساس أنّها لا تفعل ذلك إلاّ إذا كانت مستيقنة من براءتها، وتطلب اللجوء إلى وسيلة علمية مقطوع بها، فهي تطلب الاحتكام إلى البصمة الوراثية لإثبات أمور ثلاثة في غاية الأهمية شرعاً: **أولها:** براءة نفسها من التهمة المنسوبة إليها، وهذا أمر يحرص عليه الشارع بالألّا يُتهم بريء بما ليس فيه.

**ثانيها:** إثبات نسب الولد من أبيه، وهذا حقّ للولد باعتبار أنّ حفظ الأنساب من الضّرورات الشرعية الخمس.

**ثالثها:** إزاحة الشكّ من قلب الزوج بعد أن يثبت له بالدليل العلمي القطعي بأنّ الولد الذي اتّهمها بنفيه منه، هو ابنه حقّاً، وبذلك يحلّ اليقين في نفسه محلّ الشكّ. ومن جهة أخرى، يرى القرضاوي أنّ الزوج لا يُستجاب لطلبه الاحتكام للبصمة الوراثية إلاّ إذا وافقت الزوجة لأنّ ذلك يُضيع حقّها في السّتر وفقاً لللعان".

وخلاصة لما سبق، فإنّ القاضي يُمكن له إجراء الملاعنة دون أن يمنعه ذلك من الاستجابة لإجراء فحص الدّم، فإذا جاءت البصمة الوراثية وأثبتت شرعية الولد، سواء قبل اللعان أو بعده، يحكم بلزوم النسب، دون أن يتعارض ذلك مع بقاء اللعان كسبب للفرقة بين الزوجين. ونرى أنّه يُستحسن للقاضي أن يعرض التّحليل البيولوجي،

<sup>905</sup> انظر، ابن القيم الجوزية، الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية، دار الجيل، بيروت، 1998، ص 19.  
<sup>906</sup> من فتوى الدكتور يوسف القرضاوي حول أحقية أحد الزوجين في اللجوء إلى استخدام البصمة الوراثية، المنشورة في جريدة الأهرام العربي بتاريخ 2006/04/28.

سواء من تلقاء نفسه<sup>907</sup>، أو بناء على طلب أحد الزوجين المائلين أمامه، وتأخير اللعان إلى حين التأكد من شرعية الولد أم لا. ويبقى الأخذ بهذه التقنية يُحقّق مقصود الشرع في حفظ الأنساب من الضياع ويلعب دوراً هاماً في تدعيم وتقوية قاعدة الولد للفرش.

إنّ مسألة البصمة الوراثية واللعان تُعتبر أصعب مسألة صادفتني أثناء إعداد هذه الرسالة لأنّ نتائج الفحص الجيني حقائق علمية يقينية لا يُمكن الاعتراض عليها ولا تجاهلها، واللعان حكم شرعي نزل به الروح الأمين. لكن، على ما أظنّ، تُعتبر البصمة الوراثية تقنية علمية واكتشاف حديث، يُمكن الاستفادة منها في موضوع اللعان، تحقيقاً للحسنين، وذلك على التفصيل الآتي:

إذا قصد الزوج نفي الحمل أو المولود عن صلبه، دون اتهام الزوجة باقتراف الفاحشة، كأن تتعرّض للاغتصاب، أو خطأ في العينة التي لُقّحت بها حالة الإخصاب بالمساعدة الطبيّة، أو إحدى صور نكاح الشبهة، ففي مثل هذه الحالات يُمكن للبصمة أن تحسم الأمر بإثبات نسب المولود الحقيقي دون حاجة لإجراء اللعان والفصل الأبدي بين الزوجين، حيث يُنتسب الحمل أو المولود إلى الزوج إذا تطابقت عينات الحمض النووي معه، وثُقّصى أبوته إذا تغيّرت أشكال العينات دون أن يؤثر ذلك على سير الحياة الزوجية المشتركة.

إذا كان سبب طلب الزوج اللعان هو اتهام الزوجة بارتكاب الزنا دون أن يكون هناك حمل، فهنا يُلجأ إلى اللعان دون حاجة للقيام بالتحاليل الوراثية أو أية خبرة طبيّة أخرى لتأكيد وقوع الفاحشة لأنّه لا طائل من ذلك، إذ الحدّ لا يُقام اعتماداً على نتائج الخبرة الطبيّة، والعشرة الزوجية لا يُرجى النتمامها ولو ثبتت براءة الزوجة، طالما وصل الأمر إلى طعن الزوجة في عرضها، ولأنّ نتائج البصمة في هذه الحالة نُفّوت على المرأة السّتر الذي هو مقصد من مقاصد الشرع في اللعان.

<sup>907</sup> 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 إثباتاً قطعياً، فكان ذلك مدعاة لعدول الزوج عن اللعان وزوال شكوكه. من البحث الذي قدمه د. عمر السبيل إلى المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة في دروته السادسة عشر.

إذا طالب الزوج باللّعان لنفي الحمل الذي يعتقد أنّه نتاج علاقة محرّمة، فللقاضي، بحكم سلطته التقديرية، أن يأمر بإحالة الزوج المدّعي صاحب الفراش والمولود المتنازع في شرعية نسبه على المعمل الجنائي لإجراء اختبارات الفحص الوراثي ومقارنتها لتأكيد أو نفي دعوى الزوج، وهذا إمّا استجابة لطلب واتفاق الخصمين معا -الزوج والزوجة-، أو بطلب من الزوجة وحدها، أو بمبادرة من القاضي -بشرط موافقة الزوجة- كإجراء احتياطي لعلّ الزوج يتراجع عن أقواله إذا ما أبطلت الخبرة الطبيّة شكوكه وتعود بذلك الأمور إلى نصابها.

وهذا يُسائر في اعتقادي توجّه المشرّع الجزائري في الفقرة الأخيرة من المادة 40 من قانون الأسرة حينما نصّ على أنّه يجوز للقاضي أن يستعين بكلّ وسيلة علمية من شأنها أن تثبت النسب، فإذا أثبتت نتائج التحليل للأنظمة الوراثية أنّ صاحب الفراش المنكر للبنوة عنده أكثر من تسعة وتسعين بالمائة من الحظوظ ليكون هو أب هذا الصغير، كان ذلك حجة عليّة ولا يُخوّل له القاضي حقّ نفيه باللّعان، بل يثبت نسبه منه جبرا.

وفي هذا الصّدّد، يقول الدّكتور علي محي الدين القرتداغي والدّكتور علي يوسف المحمدي: "بل في هذه الحالة يُمكن للقاضي إذا التجأ إليه الزوج العازم على اللّعان أن يُجبره على إجراء اختبار البصمة الوراثية بحيث إذا ظهرت النتيجة أنّه منه لا ينبغي له اللّعان، وإذا ظهر عكس ذلك فليلاعن"<sup>908</sup>، وذلك للأسباب الآتية:

- أنّ اللّعان لا يقع إلّا بحضور وحكم الحاكم على مذهب الجمهور (الحنفية، والمالكية والحنابلة)، وهنا القاضي لم يمنح لهذا الزوج حقّ اللّعان ولم يحكم به، فيبقى إصرار الزوج على نفي الولد قول بلا أثر، وقانون الأسرة الجزائري لا يعترف بحلّ الرابطة الزوجية بأيّ طريق كان، ولا بنفي النسب إلّا بصدور حكم قضائي في ذلك<sup>909</sup>.

- مصلحة الطّفّل في صيانة حقوقه وعدم تعريضه للعار والتشرّد والتسوّل واحتراف الإجرام بالزام المدّعي بالإنفاق عليه ورعايته وحفظه في صحّته ودينه وحُلقه،

<sup>908</sup> انظر، علي محي الدين القرتداغي وعلي يوسف المحمدي، فقه القضايا الطبية المعاصرة، ط1، دار البشائر الإسلامية، بيروت، 2005، ص.355.  
<sup>909</sup> انظر، المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري.

وهذا في نظري أولى بالاعتبار والاعتداد من مصلحة دفع العار عن الزوج لمجرد شكوك وأوهام ثبت يقينا بطلانها.

- يسعى الشرع إلى إثبات الأنساب واتصالها، ولو على سبيل الظن، والحال هنا على سبيل الجزم بنسبة تفوق 99%، بالإضافة إلى قيام فراش الزوجية ووضع الحمل في المدّة المعتمدة شرعا، فاليقين لا يزول بالشك<sup>910</sup>، والشريعة أعظم من أن تبني أحكامها على مخالفة الحسّ والواقع، فإنّ الشرع أرفع قدرا من ذلك والميزان الذي أنزله الله للحكم بين الناس بالحقّ يأبى كل الإباء ذلك<sup>911</sup>.

- تمكين المرأة من تبرئة نفسها من تهمة الزنا التي تمسّ عرضها وعرض عائلتها، وهي جازمة من براءتها وإلاّ لما عدلت عن اللعان، وهو أرحم وأستر لها إن كانت كاذبة، والشارع يحرص ألاّ يُنهم بريء بما ليس فيه<sup>912</sup>.

لكن هذا لا يعني سدّ المنافذ عن الزوج وإرغامه على العيش مع زوجة يشكّ في أخلاقها وسيرتها وفي نفسه ريب ونفور منها، فله مخرجان، كلاهما يوصل إلى تخليصه منها:

الأول: طلاقها بناء على سوء السلوك والانحراف بما يمسّ سمعة الأسرة وشرفه، وعليه تدعيم أقواله بالحجج والبراهين حتّى يكون طلاقه مبرّرا ومؤسّسا ممّا يعفيه من تبعات التعويض عن الطلاق، وإن عجز عن إقامة الحجّة فإنّ القانون الجزائري يمنح الزوج حقّ الطلاق، ولو بدون مبرّر، على ما هو ثابت من اجتهادات المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية<sup>913</sup>. وحينئذّ الجزاء الوحيد على الزوج هو فرض مبالغ مالية كتعويض مادّي للزوجة بسبب الطلاق التعسّفي<sup>914</sup>. وفي كلتا الحالتين ما على القاضي إلاّ الاستجابة لطلب الزوج لأنّ العصمة بيد هذا الأخير، وما حكم القاضي إلاّ كاشف

<sup>910</sup> انظر، جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر في القواعد الفقهية، تحقيق عزت زينهم عبد الواحد، مكتبة الإيمان، مصر، د.س.ن، ص.76.

<sup>911</sup> انظر، محمد فريد الشافعي، البصمة الوراثية ودورها في الإثبات، دار البيان، القاهرة، 2006، ص.141.

<sup>912</sup> انظر، يوسف القرضاوي، فتاوى معاصرة، ط<sup>3</sup>، ج<sup>4</sup>، دار القلم، الكويت، 2003، ص.901.

<sup>913</sup> م.ع، غ.أ.ش، قرار رقم 223019 بتاريخ 15/06/1999، م.ق، عدد خاص، 2001، ص.104.

<sup>914</sup> تنص المادة 52 من ق.أ.ج. على أنه: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

عن إرادة الزوج، لا منشى لها.

**الثاني:** إصرار الزوج على قذف الزوجة باقتراف الفاحشة وعدم الاكتراث بنتائج الفحص الجيني، فحينئذ يجري القاضي بينهما اللعان ويحكم بالفرقة الأبديّة، دون أن يمسّ ذلك بشيء من حقوق المولود، معنوية كانت أو مادّية.

وإذا جاءت نتائج التحليل الوراثي مغايرة للحقيقة البيولوجية بأن ثبت يقينا أنّ الزوج المنكر للنسب لا يُمكن بحال أن يكون أصلا للمولود المتنازع عليه لوجود، ولو علامة واحدة عند الصغير لا يحملها صاحب الفراش، كانت نتائج البصمة الوراثية بمثابة أداة تكميلية ودليل إلى جانب الزوج تؤكّد صدق دعواه وتحوّل شكوكه إلى يقين. فهنا تُستكمل إجراءات الملاعنة لقطع النسب عن صلبه وفراق زوجته، دون أن يكون لنتائج البصمة الوراثية أثر على حقّ الزوج أو الزوجة في درء الحدّ عن نفسيهما بالملاعنة.

إذا رفضت الزوجة الخضوع للفحص الجيني فيومئ موقفا هذا إلى تأكيد اتّهامات الزوج، فللقاضي حينئذ أن يُفسّره لصالح الزوج، ومن ثمّ يأمر بالملاعنة لنفي الحمل.

### المطلب الثالث

#### البصمة الوراثية بين الشريعة الإسلامية، والقانون والقضاء

البصمة الوراثية كغيرها من التوازل التي ظهرت حديثا بفعل تقدّم العلوم بمجالاتها المختلفة، والتي فتحت بابا لإمكانية استخدام تقنيّات جديدة كوسائل للإثبات أمام القضاء، كانت محلّ دراسة من قبل فقهاء الشريعة الإسلامية والقانون في السّنوات الأخيرة، بهدف تحديد قيمتها الثبوتية، ومدى جواز العمل بها كدليل أمام القضاء. فالفقهاء بحثوا لكي يجعلوا لها منزلة بين أدلّة الإثبات الشرعية، وفي الاتجاه المقابل فإنّ التشريعات، خاصّة الغربية منها، نصّت عليها كدليل إثبات وحدّدت منزلتها الثبوتية. فما هو موقف كلّ من الشريعة الإسلامية والقانون من البصمة الوراثية؟

للتفصيل أكثر، تعرّضنا إلى موقف الشريعة الإسلامية من إثبات النسب أو نفيه بالبصمة الوراثية في الفرع الأول، أمّا الفرع الثاني فتطرّقنا فيه إلى الموقف التشريعي من استخدام البصمة الوراثية في مجال النسب.

### الفرع الأول

#### موقف الشريعة الإسلامية من إثبات النسب أو نفيه بالبصمة الوراثية

إنّ البصمة الوراثية من الأمور المستحدثة، فلم يردّ عليها نصّ في التشريع الإسلامي، ونتيجة لذلك وقف الفقهاء المعاصرون مواقف متباينة بشأن الحديث عن الأدلة البيولوجية ومدى اعتمادها كدليل للإثبات أو النفي في قضايا الأبوة والبنوة. فبعض الفقهاء اعتبروا أنّ الحكم الأمثل في الأدلة البيولوجية هو المنع لأنّه لم يردّ فيها نصّ في الكتاب أو السنّة. والبعض الآخر اعتبروا أنّ الأصل فيها هو الإباحة وليس التّحريم، وحقّتهم أنّ البصمة الوراثية وغيرها من الأدلة العلمية أمر مستحدث، لم يردّ في شأنه نهى خاصّ، وهي حدث علمي يكشف عن هويّة الإنسان الحقيقية، وعليه فإنّها لا تتعارض مع قواعد الشريعة الإسلامية لقوله ﷺ: ﴿سُرِّيهِمْ أَيْتَنَا فِي الْأَفَاقِ وَفِي أَنْفُسِهِمْ حَتَّى يَبَيِّنَ لَهُمْ أَنَّهُ الْحَقُّ أَوْ لَمْ يَكْفِ بِرَبِّكَ أَنَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ شَهِيدٌ﴾<sup>915</sup>. أوصت المنظمة في ختام المؤتمر الذي عقده المنظمة الإسلامية للعلوم الطّبيّة بتاريخ 03 و04 ماي 2004م تحت عنوان: "مدى حجّية استخدام البصمة الوراثية لإثبات البنوة"<sup>916</sup>، باعتماد أسلوب البصمة الوراثية في مجال الطبّ الشرعي وإثبات البنوة والنسب، باعتبار أنّ هذه البصمة تتضمّن البيّنة التفصيلية التي تدلّ على كلّ شخص بعينه، ولا تكاد تُخطئ في التّحقيق من الناحية البيولوجية والتّحقّق من الشّخصية.

وأكد المؤتمر الذي شارك فيه عدد من أبرز العلماء والأطباء المتخصّصين من داخل دولة الكويت وخارجها، أنّ كلّ إنسان ينفرد بنمط خاصّ في ترتيب جيناته ضمن

<sup>915</sup> سورة فصلت، الآية 53.

<sup>916</sup> انظر، قرارات المجمع الفقهي الإسلامي، مكة المكرمة، 1408هـ/1988م، ص. 141 وما بعدها.

كلّ خلية من خلايا جسمه، ولا يُشاركه فيها أيّ إنسان آخر في العالم، وأنّ البصمة الوراثية ترقى إلى مستوى القرائن القويّة التي يأخذ بها أكثر الفقهاء في غير قضايا الحدود الشرعية<sup>917</sup>، وتُمثّل تطوّرًا عصريًا عظيمًا في مجال القيافة الذي تعتدّ به جمهرة المذاهب في إثبات النسب المتنازع فيه، ومن هنا يرى المؤتمر أن يؤخذ بالبصمة الوراثية في كلّ ما يؤخذ فيه بالقيافة من باب أولى.

أقرّ المؤتمر في ختام أعماله ضرورة أن يؤخذ بالبصمة الوراثية في حالة تنازع واحد أو أكثر في أبوة مجهول النسب إذا التقت الأدلّة أو تساوت، وكذلك استلحاق مجهول النسب كحقّ للمستلحق أن يرجع في إقراره، مؤكّدين أنّه لا عبرة لإنكار أحد من أبنائه لنسب ذلك الشّخص.

نصّ الفقهاء والمتخصّصون على أنّ الدليل الوحيد لإثبات أمومة المرأة للمولود، هو ثبوت ولادتها له، ومن ثمّ لم يروا فائدة من الاحتكام إلى البصمة الوراثية. كما أشاروا إلى أنّ البصمة الوراثية لا تُعتبر دليلًا كافيًا على فراش الزوجية، إذ قد يكون الولد ولد زنا، فالزّوجية تثبت بالطرق الشرعية، وليس من بينها القيافة، كما أنّ المشاركين في المؤتمر رأوا ضرورة توافر ضوابط عند إجراء تحديد البصمة الوراثية، ومنها<sup>918</sup>:

- أن لا يتمّ إجراء الاختبار إلّا بإذن من القاضي المختصّ.
- أن يجري الاختبار أكثر من مرّة أو في أكثر من مخبر معترف به.
- أن يكون هذا المخبر معتمدًا لدى المحاكم.
- أن تؤخذ الاحتياطات اللّازمة لضمان عدم معرفة أحد المخابر الذي يقوم بإجراء الاختبار بنتيجة المخبر الأوّل.

<sup>917</sup> [http://www.islamonline.net/Arabic/shariah\\_corner/Fatwa/topic\\_06/2006/07/01.shtml](http://www.islamonline.net/Arabic/shariah_corner/Fatwa/topic_06/2006/07/01.shtml)

<sup>918</sup> صالح بوغرارة، المرجع السابق، ص.32.

## الفرع الثاني

### موقف التشريع والقضاء من استخدام البصمة الوراثية في مجال النسب

بعد ظهور الطّرق العلمية كوسائل للإثبات أصبح الاتجاه الغالب في التّشريعات يميل إلى الأخذ بها في مجال إثبات النّسب أو نفيه، خاصة التّشريعات العربية، فبذلك سوف نتعرّض إلى موقف التّشريع الجزائري مقارنة مع التّشريع الفرنسي.

### أولاً: موقف كل من التشريعين الجزائري والفرنسي من البصمة الوراثية.

قبل تعديل قانون الأسرة الجزائري سنة 2005م، كانت المادّة 40 منه تنصّ على أنّه: "يثبت النّسب بالزّواج الصّحيح وبالإقرار وبالبيّنة وبنكاح الشّبهة وبكلّ نكاح تمّ فسخه بعد الدّخول طبقاً للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون"، لتضيف المادّة 41 الموالية، أنّه: "ينسب الولد لأبيه متى كان الزّواج شرعياً وأمكن الاتّصال ولم ينفه بالطّرق المشروعة".

من خلال هاتين المادّتين يُستنتج بأنّ النّسب في القانون الجزائري يثبت: بالزّواج الصّحيح، أو الإقرار، أو البيّنة، أو بنكاح بشبهة، وبكلّ نكاح تمّ فسخه بعد الدّخول. كما يثبت النّسب متى كان الزّواج شرعياً وأمكن الاتّصال ولم ينفه بالطّرق المشروعة. لكنّ المشرّع الجزائري قد أضاف فقرة ثانية جديدة إلى أحكام المادّة 40، بموجب تعديل 2005م لقانون الأسرة، المشار إليه سابقاً، تنصّ على أنّه:

"يجوز للقاضي اللّجوء إلى الطّرق العلمية لإثبات النّسب". وهذه الإضافة تدلّ على أنّ المشرّع الجزائري أقرّ إمكانية اللّجوء إلى الطّرق العلمية في إثبات النّسب، تماشياً مع التطوّرات العلمية الحديثة في مجال العلوم الطّبيّة والعلوم المتّصلة بها، للاستفادة من الاكتشافات العلمية في هذا المجال.

والجدير بالذّكر أنّ المشرّع الجزائري، في الفقرة المستحدّثة من المادّة 40، يقصد بالطّرق العلمية الحديثة فحص الحمض النّووي (DNA)، لأنّها طريقة علمية قاطعة في إثبات النّسب أو نفيه، تتميز عن تحليل الدّم الذي يُعدّ طريقاً لنفي النّسب لا لإثباته<sup>919</sup>،

<sup>919</sup> عبد القادر بن داود، المرجع السابق، ص.109.

بدليل مضمون عرض أسباب التعديل، حيث جاء في المشروع التمهيدي بأنه: "مواكبة للنتائج المتطورة التي حققها البحث الطبّي في علم الجينات، والذي تمكّن من وضع تحليلات علمية دقيقة تُثبت بصفة جلية العلاقة البيولوجية بين المولود وأبيه وأمه، أصبح مفيدا وضروريا إدراج هذه المفاهيم الحديثة في القانون لمدّ القضاة، وهم يُطبّقون قواعد وعناصر البيّنة في حالة إثبات النسب، بوسائل علمية تمتاز بالدقّة والمصدقية"<sup>920</sup>.

وعند قراءة المادّة 01/40 من قانون الأسرة يُفهم من خلال لفظ "يثبت" الوارد في تعبير المشرّع أنّ النسب يثبت بالزواج الصحيح... أو الإقرار... أو البيّنة، أنّه إذا تحقّق طريق من هذه الطّرق فالنسب يثبت وليس للقاضي سلطة تقديرية في ذلك. وعلى العكس، فإنّه في الفقرة الموالية من ذات المادّة، يُفهم من استخدام المشرّع عبارة "يجوز للقاضي" اللّجوء إلى الطّرق العلمية لإثبات النسب، أنّ الأمر جوازي، يُمكن الأخذ به كما يمكن عدم الأخذ به. وواضح من هذه المادّة أنّ المشرّع منح الأسبقية للطّرق الشرعية عن الطّرق العلمية، وترك السّلطة التقديرية للقاضي في اللّجوء إلى البصمة الوراثية لإثبات النسب. فإذا رأى القاضي أنّ بالملف ما يكفي من أدلّة الإثبات المنصوص عليها في الفقرة 01، فإنّه بإمكانه عدم الاستجابة للطلب الرّامي بإجراء خبرة البصمة الوراثية، والعكس صحيح، كما يُمكنه أن يأمر بها من تلقاء نفسه دون طلب من الخصوم.

وإذا كان المشرّع قصد من وراء منح السّلطة التقديرية للقاضي بنص الفقرة 02 من المادّة الأخيرة، أن يُحيل القاضي عند الضرورة إلى ما وصل إليه فقهاء الشريعة الإسلامية وما أجمعوا عليه بشأن تحديد حالات معيّنة للّجوء فيها إلى البصمة الوراثية في إثبات النسب؛ إعمالا لنصّ المادّة 222 من قانون الأسرة، فإذا كان هذا هو مقصوده، فحسنا ما فعل.

<sup>920</sup> جيلالي تشوار، المرجع السابق، ص.19.

وعلى هذا فإنّ إضافة المشرّع البصمة الوراثية كوسيلة علمية لإثبات النسب إلى جانب الوسائل التي حدّدها بالفقرة 01، لم تأت لإلغاء أو استبعاد أدلّة الإثبات الشرعية التقليدية، بل جاءت مُكمّلة ومسايرة للتطور العلمي في هذا المجال في تحديد العلاقة بين الآباء والأولاد. وكان من المستحسن على المشرّع أن يُبيّن أو يُحدّد الحالات التي يُسمح فيها للقاضي باللجوء إلى تحليل البصمة الوراثية لإثبات النسب، على سبيل الاستثناء من المبدأ العامّ المتضمّن بالفقرة الأولى من نفس المادة 40 من قانون الأسرة، لأنّ هذه السّلطة التقديرية المطلقة غير المحدّدة، من المحتمل أن تُحدث تهديدا على صحّة وقطعية الأنساب في حالة ما إذا توسّع القاضي في سلطته في تفسير النصّ.

ووفقا للمادة 41 من قانون الأسرة يُعتبر اللعان الوسيلة الشرعية والقانونية الوحيدة لنفي النسب، فهل يُمكن، بعد تعديلات قانون الأسرة الجديد التي أضاف المشرّع بموجبها الطّرق العلمية كوسيلة لإثبات النسب، أن تُستعمل أيضا في مجال نفي النسب؟ بالرغم من أنّ المشرّع الجزائري لم ينصّ صراحة على نفي النسب بهذه الوسيلة المتمثّلة في البصمة الوراثية، غير أنّ الدكتور تشوار جيلالي يرى أنّه: "يُمكن أن يُفهم من عموم عبارة (بالطّرق المشروعة) التي جاءت بها المادة 41 من قانون الأسرة أنّ المشرّع لا يعترض على هذه الوسائل الحديثة في مجال النسب، حيث أن استعمال الجمع -الطّرق- في هذه العبارة يقتضي أنّ المشرّع لم يقصر نفي نسب الطّفل على اللعان فقط، بل قد أخذ أيضا بكلّ الوسائل الأخرى التي يُمكن من خلالها للقاضي إبراز الحقيقة"<sup>921</sup>.

وفي هذا المجال نقتراح تعديل الفقرة الثانية من المادة 40 من قانون الأسرة بإضافة مصطلح "أو نفي"، ذلك لأنّ الطّرق العلمية يُمكن استعمالها لإثبات النسب، كما يُمكن الاعتماد عليها في حالة نفي النسب، وبهذا تُصبح الفقرة 02 من المادة 40 من نفس القانون كما يلي: "يجوز للقاضي اللجوء إلى الطّرق العلمية لإثبات النسب أو نفيه".

<sup>921</sup> جيلالي تشوار، المرجع السابق، ص.232.

ومن كلّ ما سبق يتبيّن أنّ بعض تشريعات الدّول غير الإسلاميّة، ومنها التّشريع الفرنسي، تتشدّد في معالجة قضية الأدلّة البيولوجية ودورها في الإثبات في قضايا النّسب، حيث نجدها أخذت بها كدليل قويّ في مجال إثبات النّسب، لكن في الوقت ذاته اشترطت أن يأمر بها القضاء دون غيره، حتّى يُمكن اللّجوء إليها، كما فعل المشرّع الفرنسي بموجب المادّة 11/16 من التّعديل الذي أدخله على القانون المدني<sup>922</sup> بتاريخ 1994/07/29م التي تسمح باللّجوء إلى اختبارات البصمة الوراثية في نطاق الدّعى القضائيّة، وهذا يعني أنّ المشرّع الفرنسي لم يسمح بإجراء الخبرة البيولوجية إذا لم تكن هناك دعوى منظورة أمام القضاء بخصوص النّسب<sup>923</sup>. فقد نصّت الفقرة 02 من المادّة 11 من القانون المدني الفرنسي على أنّه: "لا يجوز اللّجوء إلى تحاليل البصمات الوراثية في القضايا المدنية إلّا في نطاق دعوى تهدف إلى إثبات علاقة النّسب أو نفيها، أو تهدف إلى إلزام الأب بالإففاق على الطّفل أو إلغاء هذه النّفقة، ويجب أن يكون الهدف من هذه الدّعاوى هو البحث عن الحقيقة البيولوجية".

وبذلك يكون المشرّع الفرنسي قد حدّد نطاق استخدام البصمة الوراثية بدعوى مرفوعة أمام القضاء، وأن يكون الأمر بصدد دعوى إنشاء بنوّة قانونية أو طبيعية، أو إنكار البنوّة الشرعية أو الطبيعيّة، أيّا كان المدّعي أو المدّعى عليه في هذه الدّعاوى. كما تُستخدم هذه الوسيلة في حالة دعوى طلب الحصول على النّفقة للطّفل، أو طلب الإعفاء منها<sup>924</sup> ولأهداف البحوث العلمية والعلاج.

ووفقاً للمادّة 11/16 من القانون المدني الفرنسي، فإنّه لا يستطيع أيّ شخص من تلقاء نفسه أن يطلب إجراء هذا الفحص (تحليل البصمة الوراثية) بصفة شخصية

Article 16-11 (Code civil): «En matière civile, cette identification ne peut-être recherchée qu'en<sup>922</sup> 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).

Cf. art. 310-3, al. 02 du C.Civ. Fr.<sup>923</sup>

Art. 342 (Code civil): «Tout enfant dont la filiation paternelle n'est pas légalement établie, peut<sup>924</sup> 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 1<sup>er</sup> 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 1<sup>er</sup> juillet 2006).

وبدون أن تكون هناك دعوى أو إذن من الجهة القضائية المختصة التي تأمر أو تسمح بهذا التحليل.

ومن بين الأسباب التي أدت إلى تقييد اللجوء إلى البصمة الوراثية لإثبات نسب الطفل الطبيعي كما يدعو المشرع الفرنسي، أن كثيرا من الدول الأوروبية - حيث تنتشر العلاقات الجنسية خارج إطار الزواج - يتخوفون من إعلان الحقيقة البيولوجية في مسألة النسب لأنه، حسب وجهة نظرهم، في بعض الأحيان لا تتفق مع الحقيقة الاجتماعية، وهذا يهدد الاستقرار العائلي للأسرة وللطفل المعني.

إضافة إلى هذه القواعد والضوابط العلمية، أوجب المشرع الفرنسي توافر شروط قانونية للأخذ بالبصمة الوراثية في المجالين المدني والجنائي على حد سواء، ومن أهم هذه الشروط ما يأتي:

**الشروط الأولى:** مفاده أنه يجب أن تكون موافقة الشخص المعني، أو صاحب الشأن، على إجراء تحليل البصمة الوراثية كتابة، عملا بالمادة 16/10 من القانون المدني الفرنسي<sup>925</sup>، إذ تنص المادة 16/10<sup>926</sup> في فقرتها 01 بنصها على "أن يكون الدافع والغاية من دراسة الصفات الوراثية لأي شخص هو تحقيق غاية طبية أو أبحاث علمية".

أما الفقرة 02 من نفس المادة فأشارت لشروط "حصول رضا المعني بهذه العملية لدى إجراء الدراسة، قبليا وكتابة، بعد إعلامه بطبيعتها والغاية منها، وينبغي أن يشمل الرضا تلك الغاية تحت طائلة الإبطال".

ووفقا للشريطين السابقين يُحظر استعمال البصمة الوراثية دون رضا المعني أو استعمالها لأغراض تجارية.

كما أضافت المادة 16-11<sup>927</sup> لشروط قبول الدليل العلمي "أن تُستعمل البصمة

Article 16-10 (Code civil): «L'examen des caractéristiques génétiques d'une personne ne peut-être<sup>925</sup> 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.<sup>926</sup>

<sup>927</sup>Art. 16-11, al. 01 et 02 du C. Civ. Fr.

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 توفي أثناء عمليات عسكرية لقوات الجيش.

في المواد المدنية... لا يمكن تحديد الهوية بالبصمة الوراثية بعد الوفاة إلا إذا تم الحصول على رضا المعني بها قبل وفاته<sup>928</sup>.

واشترطت لجواز استعمالها في النزاع حول النسب، بأمر قضائي مع تأكيد رضا المعني<sup>929</sup>.

قيدت المادة 12/16<sup>930</sup> الأشخاص القائمين بها بمواصفات وحصرتها في: "المختصون المسجلون في قائمة الخبراء القضائيين الذين تتوفر فيهم شروط يحددها مرسوم صادر عن مجلس الدولة، وفي إطار إجراء قضائي، كما يجب أن تُسجل أسماء هؤلاء الأشخاص كخبراء قضائيين"<sup>931</sup>.

وأخيراً، وتحقيقاً لمبدأ النزاهة العلمية، نصت 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 منجزاً على الأقل في معملين مختلفين للحصول على الرأي الثاني لإمكانية المقارنة والتيقن من دقة النتائج"<sup>932</sup>.

ويُشترط في هذا القبول أن يكون كتابياً ومسبقاً، أي أن يتم قبل أي تدخل جيني، وإلا فلا ينتج أثره ولا يُعند به إذا جاء بعد إتمام التدخل الجيني. كما يجب أيضاً أن يكون الشخص يتمتع بالأهلية، وهي بلوغ سن الرشد، فإن كان عديم الأهلية يجب الحصول على قبول ممثله القانوني، مع مراعاة مصلحة الشخص نفسه. وهذا الشرط يُعد تطبيقاً لمبدأ احترام السلامة المادية لجسم الإنسان<sup>933</sup>، ويقتصر على الحالات

Loi n°2004-800 du 06 août 2004 relative à la bioéthique, Art. 5-1, J.O.R.F. n°182 du 07 août 2004. <sup>928</sup>

Art. 16-11, al. 02 du C. Civ. Fr. <sup>929</sup>

Art. 16-12 du C. Civ. Fr. <sup>930</sup>

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°94-653 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.). <sup>931</sup>

عبد الرحمان أحمد الرفاعي، المرجع السابق، ص.288. <sup>932</sup>

حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص.496. <sup>933</sup>

المدنية فقط مثل النسب، وليس مطلوباً في حالة الإجراءات الجنائية.

**الشَّرْطُ الثَّانِي:** مفاده أن يكون الأمر متعلّقاً بإحدى الحالات التي نصّ القانون

على جواز الفصل فيها بالبصمات الوراثية. وقد نصّت على هذه الحالات المادّة 11/16 من القانون المدني الفرنسي وحدّدتها بدعاوى النسب، والنّفقة، ولأهداف البحوث العلمية، وأخيراً العلاج، على أن يتمّ اللّجوء إلى تحليل البصمات الوراثية بناء على إذن من القضاء.

**الشَّرْطُ الثَّالِث:** أن يكون القائمون على أمر التّحليل من أصحاب الكفاءة المهنية

وأن يكونوا معتمدين ومسجّلين كخبراء قضائيين، وهو ما نصّت عليه المادّة 12/16 من القانون المدني، إذ أنّها قيّدت الأشخاص القائمين بها بمواصفات وحصرتها في "المختصّون المسجّلون في قائمة الخبراء القضائيين، الذين تتوافر فيهم شروط يُحدّدها مرسوم صادر عن مجلس الأمة، وفي إطار إجراء قضائي، كما يجب أن تُسجّل أسماء هؤلاء الأشخاص كخبراء قضائيين".

وعليه فإنّ المشرّع الفرنسي اتّخذ موقفاً من البصمة الوراثية باعتمادها في حالتها إثبات النسب ونفيه، واضعاً ضوابط فنيّة وأخرى موضوعية وإجرائية لقبول هذا الدليل العلمي الحديث. وهذا التّوجّه من المشرّع الفرنسي هو تنويع لِمَا عمل به القضاء في مجمل القضايا التي نظر فيها بشأن الدليل العلمي بخصوص النزاع بشأن النسب.

لكن تجدر الملاحظة أنّه تمّ تكملة قانون النسب الفرنسي سنة 2009م بقانون 16 جانفي 2009م<sup>934</sup> دون أيّ مساس بالقواعد التي تحكم الدليل العلمي، والذي يراه البعض تعديلاً لقانون النسب<sup>935</sup>.

**ثانياً: موقف القضاء من استخدام البصمة الوراثية في مجال النسب.**

Loi n°2009-61 du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance du 04 juillet 2005 sur la filiation, Journal officiel du 18 janvier 2009, p.1062.

Cf. Thierry GARE, Réforme de la filiation à propos de la loi du 16 janvier 2009, Sem. Jur. n°06, du 04/02/2009, p.p.58 et s.

لقد أثبتت البصمة الوراثية جدواها في ميدان الطبّ الشرعي بفضل خصائصها المتميّزة، ما جعلها تلقى قبولا في القضاء واعتمدها كوسيلة للإثبات والنفي في المنازعات القضائية الخاصة بالنسب، ولم يتردد البعض في وصفها بملكة الإثبات<sup>936</sup> أو سيّدة الأدلّة، وهو ما يتأكد من خلال استعراض عدد من المنازعات التي عُرضت على القضاة.

والمتنبّع للقضاء الفرنسي<sup>937</sup> يلاحظ مدى الترحاب الذي قوبلت به النتائج الطّبيّة الحديثة في مجال علاقات الأسرة، حيث أصدرت محكمة استئناف بورديو بتاريخ 1997/02/01م قرارا أيّدت فيه حكم محكمة أول درجة الذي قضت فيه بنسب طفل المدّعى عليه استنادا الى نتائج تحليل البصمة الوراثية<sup>938</sup>. كما دعت محكمة النقض الفرنسية محاكم الموضوع إلى الأخذ بالوسائل العلمية الحديثة لإثبات النسب، وذلك في تقريرها السنوي لعام 1987م<sup>939</sup>.

وعلى صعيد القضاء العربي اتّجه كثير من القضاة إلى اعتبار البصمة الوراثية دليلا مساعدا للقاضي في تكوين عقيدته الشّخصية.

ففي الجزائر نجد أنّ القضاء ألحق نسب الأبناء الطبيعيين (البنوة غير الشرعية) من آباءهم البيولوجيين، اعتمادا على تحاليل البصمة الوراثية، نتيجة جرائم اغتصاب<sup>940</sup>، حيث صدر قرار من المحكمة العليا بتاريخ 2006/03/05م جاء فيه: "لما كانت الخبرة العلمية (DNA)، أثبتت أنّ هذا الطّفل هو ابن المطعون ضده ومن صلبه، بناء على العلاقة التي كانت تربطه بالطّاعنة، فكان على القضاة إلحاق هذا الولد بأبيه، لا أن تختلط عليهم الأمور بين الزّواج الشرعي الذي تناولته المادّة 41 من

L'empreinte génétique devient en matière de filiation la reine des preuves. Cf. Bottiou Annie,<sup>936</sup>

Empreinte génétique et droit de la filiation, 1989, T.I, p.273.

Expertise biologique et droit en matière de filiation, sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y<sup>937</sup> procéder (Cas., 1<sup>er</sup> 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, 1<sup>er</sup> esp. Obs. cranette : De prénois 200, 769, Obs. Massip, Cass., 1<sup>er</sup> civ., 30 mai 2000, J.C.P., 2000, II, 10410, note caré : Dr famille 2000, 108, note Murat : D. 2001, Somm. 976, 2<sup>ème</sup> esp. Obs. Cranet.

Code civil, Edition 2002, p.219.

Cf. Christian DEUTREMPEUCH et Françoise DEUTREMPEUCH, Les empreintes génétiques,<sup>938</sup>

Edition John LIBBEY Eurotext, Paris, 1998, p.14.

Annie BOTTIOU, op.cit., p.271.<sup>939</sup>

<sup>940</sup> م.ع.، غ.أ.ش.، 2006/03/05، ملف رقم 355180، م.ق.، 2006، عدد 01، ص.01.

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 الطاعة فإنه يلحق به، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه".

وبالرجوع إلى حيثيات هذا القرار، نلاحظ أن البيّنة لم تأت محصورة في الشهادة، كما كان الأمر قبل تعديل سنة 2005م، وإنما قُصد بها في هذا القرار الحجّة والدليل والبرهان. وبناء على ذلك فإنّ قضاة المحكمة العليا قد اعتبروا الخبرة الطّبية (تحاليل البصمات الوراثية) بمثابة البيّنة في إثبات النسب بغضّ النظر عن وجود علاقة زوجية شرعية أو علاقة غير شرعية. فضلا عن ذلك، فإنّ القضاة لم يستندوا على أساس قانوني للتمييز بين الآثار القانونية المترتبة في حالة إثبات النسب وإلحاقه. ونجد من جهة أخرى أنّ القضاة ألحقوا نسب طفل غير شرعي، في حين أكدوا عدّة مرات، في قرارات سابقة، أنّ النسب لا يثبت بالعلاقات غير الشرعية. ويتفق هذا القرار مع الذين ينادون باستلحاق ابن الرّنا بأبيه لظهور البصمة الوراثية، بعد انتشار العمل بها ودلالاتها القطعية في تحديد صاحب الماء الذي منه الولد، وهو ما سنتكلّم عنه لاحقا.

إذن، خلال التّطبيقات القضائية السابقة، يتبيّن مدى تقدير القضاء لنتائج تحليل البصمات الوراثية واستخدامها في مجال النسب. لكنّ السؤال الذي يُثار بهذا الخصوص، هل هذا الدليل العلمي الحديث ملزم للقضاء، أم أنّ القاضي يستطيع أن يقضي بغير ما هو وارد في تقرير الخبير، ما دام قد أقام قضاءه على أسباب سائغة تُبرّره؟ وفي حالة ما إذا رفض الشّخص إجراء التّحليل البيولوجي، ماذا يترتّب على هذا الرّفص؟ هذا ما سوف نتناوله في المبحث الثالث من هذا الفصل.

### المبحث الثالث

#### القيمة القانونية للطرق العلمية وموقف القضاء منها

إنّ لجوء القاضي للطرق العلمية في مجال إثبات أو نفي النسب يُعدّ من قبيل

الخبرة الطّبيّة التي يستعين بها لحلّ المسائل العالقة في إلحاق الأبناء بأبائهم. كما أنّ المشرّع لم يُشر إلى القيمة القانونية للطّرق العلمية لإثبات النسب، ممّا يُثير عدّة تساؤلات: ما هي عوائق تطبيق الطّرق العلمية الحديثة لإثبات النسب؟ هل يُمكن للقاضي الشكّ في نتائج هذه الطّرق العلمية؟ ما مدى حجّيتها وسلطة القاضي المكفّف بشؤون الأسرة في تقديرها؟ وهو ما سيتمّ الإجابة عنه في هذا المبحث على النّحو التّالي: عوائق تطبيق الطرق العلمية في إثبات النسب (المطلب الأوّل)، ثمّ حجية الطرق العلمية في إثبات النسب (المطلب الثّاني)، وأخيرا سلطة القاضي في تقدير الطرق العلمية لإثبات النسب (المطلب الثّالث).

### المطلب الأوّل

#### عوائق تطبيق الطرق العلمية في إثبات النسب

رغم الدّور الذي تلعبه الطّرق العلمية في مجال إثبات النّسب أو نفيه إلّا أنّ هناك صعوبات تُعرقّل العمل بها، سواء كانت عوائق مادّية أو عقبات يحتجّ بها الخصم من أجل محاولة الإفلات من الخضوع للطّرق العلمية الحديثة، الأمر الذي يُحتّم ضرورة التّعلّب على هذه الصّعوبات حتّى لا يضيع الولد والشرف، وهذا ما سنعالجه من خلال تحدّثنا عن العوائق القانونية (الفرع الأوّل)، والعوائق المادّية (الفرع الثّاني).

### الفرع الأوّل

#### العوائق القانونية

من النّعرات القانونية التي يُمكن أن يستغلّها الخصم للتّهرب من الاختبارات الوراثية أن يتمسّك بأنّ الخضوع للفحص يتعارض مع حرمة الحياة الخاصّة (أولا)، وهناك انتهاك للسلامة الجسدية (ثانيا)، كما توجد قاعدة عدم إجبار الخصم على تقديم دليل ضدّ نفسه (ثالثا).

## أولاً: حرمة الحياة الخاصة.

تنصّ المادة 34 من دستور 1996<sup>941</sup> على أنه: "تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان ويُحظر أيّ عنف بدنيّ أو معنويّ أو أيّ مساس بالكرامة".  
فهذه المادة تُشكّل إحدى أهمّ العقبات الأساسية أمام تطبيق الطّرق العلمية الحديثة في النّسب، وخصوصاً فحص الحمض النّووي الذي يُشكّل تدخلاً في الحياة الخاصّة للفرد، لأنّها تفتح المجال للبحث عن الخصائص الوراثية من خلال الاستعداد الوراثي للشّخص، ممّا قد يمدّ الغير بمعلومات خاصّة بالزّوج والزّوجة، وتكون ذات طابع شخصي خاصّ. وبالنّسبة للقانون الفرنسي، فهو يمنع إجراء فحص الـ ADN على أيّ شخص دون أمر قضائيّ، ويُجرى في مخابر خاصّة، لعدم انتهاك حرمة الحياة الخاصّة للشّخص.

## ثانياً: انتهاك السلامة الجسدية.

تنصّ المادة 35 من دستور 1996 على أنه: "يُعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضدّ الحقوق والحريّات وعلى كلّ ما يمسّ سلامة الإنسان". يُعتبر الحقّ في السّلامة الجسدية حقّاً مطلقاً، يحميه قانون الإجراءات الجزائية وقانون العقوبات، عن طريق القضاء الجزائيّ، وإنّ الطّرق العلمية قد تمسّ بالسّلامة الجسدية، لأنّها تعتمد على العتاد المأخوذ من جسم الإنسان بطريق الإكراه. غير أنّ الوضعية الحالية للعلوم لا تسمح في الوقت الحاضر سوى بإجراء الفحص على الدّم والسائل المنوي والشعر... الخ.

أمّا بالنّسبة للقانون الفرنسي، فبصدور قانون 1994/07/29، المتعلّق باحترام الجسم الإنسانيّ، والذي أقرّ تأطير عملية التّعريف على الشّخص بفضل البصمات الوراثية مع التّأكد من أنّ هذا الشّخص لا يكون جارٍ عنه البحث إلّا في إطار إجراءات بحث أو تحقيق شرع فيه أثناء إجراء قضائيّ أو لغايات طبّية أو بحث علمي، طبقاً

<sup>941</sup> انظر، دستور 1996، الصادر بالمرسوم الرئاسي رقم 96-438، المؤرخ في 26 رجب 1417هـ، المتعلق بإصدار نصّ تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 1996/11/28، ج.ر.، رقم 76، سنة 1996.

لنصّ المادة 11/16 من القانون المدني الفرنسي<sup>942</sup>.

كما أنّ هناك عائقا آخر مضمونه أن لا يُجبر الشّخص على تقديم دليل ضدّ نفسه.

### ثالثا: عدم جواز إجبار الشّخص على تقديم دليل ضدّ نفسه.

لقد كرّست مختلف الأنظمة الإجرائية مبدأ عامّا لا يجوز بموجبه اللّجوء لإجبار الشّخص على تقديم دليل ضدّ نفسه، وهو ما سوف يتمّ انتهاكه إذا تمّ الأخذ بالطّرق العلمية، تماشيا مع المادة 04/03-04 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948م، إذ تعتبر أنّ أخذ العتاد الخلوي من أجل فحص الحمض النووي، يتمّ فيه إجبار الشّخص المعني على تقديم دليل ضدّ نفسه. وفي هذا الصّدّد نصّت التوصية الخامسة من الدّستور الأمريكي على عدم إكراه الشّخص لأنّه يُعدّ خرقا لمبادئ الإثبات<sup>943</sup>. وعليه فإنّ مبدأ عدم جواز إجبار الشّخص على تقديم دليل ضدّ نفسه لا ينطبق سوى على التّصريحات الشّفوية.

وفي الجزائر، نصّت المادة 213 من قانون الإجراءات الجزائية على أن: "الاعتراف شأنه شأن جميع عناصر الإثبات يُترك لحرية تقدير القاضي"، وبالتالي يبقى الشّخص بريئا إلى أن تثبت إدانته نهائيا من طرف القضاء الجزائي.

مع العلم أنّ القاضي غير ملزم بتكليف الخصوم على تقديم الدليل على دفاعهم أو لفت نظرهم إلى مقتضيات هذا الدّفاع، فهو يتلقّى أدلة الإثبات والنّفي كما يُقدّمها أصحاب الخصومة، وفقا للإجراءات التي يفرضها القانون، دون تدخّل من جانبه. وإذ يحكم بناء عليها فإنّه يلتزم بقوة كلّ دليل، كما حدّدها القانون. وهكذا ينتهي الأمر إلى تحميل أحد الخصوم عبء تقديم الدليل على ما يدّعيه، دون أن يطمع في معاونة

<sup>942</sup> 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 ».

<sup>943</sup> انظر، نويري عبد العزيز، البصمة الجينية ودورها في الإثبات في المادة الجزائية، مجلة الشرطة، 2004/02/02، عدد 65، ص.45-46.

القاضي له في البحث عن دليل يؤيده، ولا يأمل في جبر خصمه. وبالنسبة لاستجواب الخصوم، يتّضح أنّ للقاضي صلاحية طلب حضور الخصم لاستجوابه، سواء من تلقاء نفسه أو بناء على طلب خصمه. وقد يهدف الاستجواب إلى الحصول على إيضاحات متعلّقة بالواقعة محلّ النزاع، يستفيد منها الخصم في الوصول إلى الحقيقة في شأن وقائع الدّعى المعروضة عليه. وهكذا يُمكن أن يحتكم الخصم الذي لا دليل له على صحّة ما يدّعيه إلى ضمير خصمه، فهنا يلجأ الخصم الذي يعوزه الدّليل إلى طلب توجيه اليمين إلى خصمه، يُلزمه فيه بأن يقول الحقيقة. صحيح أنّه من المتصوّر أن يحلف من وُجّهت إليه اليمين كذبا ولا يقول الحقيقة، ويُعتبر الحلف كذبا معصية دينية، وكذلك يُعدّ جريمة يُعاقب عليها القانون. إنّها مظهر آخر من مظاهر واجب تعاون الخصوم في الكشف عن الحقيقة.

والجدير بالذّكر، أنّ المشرّع الفرنسي قد اتّخذ موقفا أكثر صرامة وجرأة من غيره، فقد نصّت المادّة 10 من القانون المدني<sup>944</sup>، على التزام كلّ فرد بأن يُقدّم مساعدته إلى العدالة بهدف إظهار الحقيقة، ويجوز إجباره على التّنفّذ عن طريق فرض غرامة تهديدية أو غرامة مدنية. ويتّضح من هذا أنّ المشرّع يُعطي للخصم الحقّ في أن يُجبر خصمه بتقديم ما تحت يده من أدلّة تُساعد على إظهار الحقيقة، فهذا يعني أنّ نطاق الأدلّة التي يجوز للخصم إجبار خصمه على تقديمها يمتدّ ليشمل المساس بجسم الإنسان، كما هو الشّأن في الحصول على عينّة من الدّم لفحصها.

## الفرع الثاني

### العوائق المادية

إنّ أهمّ ما يقف عائقا أمام الأخذ بطرق التّحليل البيولوجي في العالم العربي عموما، وفي الجزائر خصوصا، هو العائق المادّي، إذ يتطلّب الأمر بتجهيز مخابر

L'art. 10 du C.Civ.Fr. dispose que : « Chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la <sup>944</sup> 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'amende civile, sans préjudice de dommages et intérêts ».

خاصة على مستوى جيد، بأحدث التجهيزات، وهذا يحتاج إلى إمكانيات ضخمة بالاعتماد من جهة على مخابر عالية الجودة، ومن جهة أخرى على خبراء وأخصائيين. أما بالنسبة إلى فرنسا، فهذا النوع من العوائق غير موجود، لأنّ المخابر العلمية موجودة بكثرة عندهم، وذات تقنيات عالية. كما يتوفّر عندهم خبراء وأخصائيون محترفون. لذلك دراسة العوائق المادية تقتصر على الجزائر فقط دون فرنسا.

### أولاً: وجود مخبرين علميين.

لقد خصّص قسم البيولوجيا الشرعية، من خلال تدشين مخبر الـ (DNA) بمناسبة عيد الشرطة بتاريخ 2004/07/22م، بالرغم من أنّه يُعدّ خطوة هامة في تكريس وتشجيع العمل بالبصمة الوراثية لمسايرة التطور البيولوجي في هذا المجال، حيث يُشرف عليه تقنيون وباحثون مختصون في علم البيولوجيا والوراثة.

تتجلى أهميته في البحث عن الأدلة بواسطة التحاليل المخبرية، سواء كانت في المجال الجنائي أو في إثبات ونفي النسب، باعتبار الطرق العلمية وسيلة مستحدثة في المادة 40 الفقرة 02 من قانون الأسرة المعدل والمتمم، إلا أنّ استحداث مخبرين علميين (الشرطة والدرك الوطني بالعاصمة) على المستوى الوطني، مقارنة باستحداث الطرق العلمية من طرف المشرع، وقف عائقاً مادياً، حال أمام صعوبة استصاغة الأمر من خلال الأوجه التالية:

(أ) يتطلّب اللجوء إلى الطرق العلمية توافر مخابر ذات جودة عالية وتنشئة محضنة، نظراً لصعوبة استعمال الوسائل المستخدمة في هذا المجال.

(ب) يتطلّب اللجوء إلى الطرق العلمية الإلمام الشامل والمعرفة الدقيقة بعلم الجينات وكلّ الأنظمة المستعملة في هذا المجال، الذي يتركز على الفرضيات والحالات النادرة، واستعمال بعض المفاعلات صعبة ومعقدة، يجب مراقبتها بصورة دقيقة. فمثلاً أثبت الخبراء بأنّه يتطلّب استعمال، على الأقلّ، 20 نظاماً في هذا المجال للوصول إلى النتيجة الحتمية في الإثبات أو النفي.

(ج) يتطلّب اعتماد نظام الـ (HLA)، دون سواه، إمكانيات ضخمة، سواء

بالاعتماد على مخبر عالي الجودة وعلى خبراء تقنيين أخصائيين رفيعي المستوى، من بينهم أخصائيون في الإحصائيات والاحتمالات، نظرا لأنه يُشكّل إحدى الأنظمة المعقّدة والشائكة.

### ثانيا: مسألة مصاريف الخبرة.

إذا كان اللجوء إلى الطرق العلمية يرتكز في الأساس على ضرورة توافر هياكل مادية ضخمة للوصول إلى نتائج فعّالة، فإنّ ذلك يتطلّب بالمقابل مصاريف باهظة تفنقر لآلية قانونية يتمّ بموجبها تحميل الخزينة العامّة أعباءها، وبالتالي يتحمّلها أطراف الدّعى. فهل يُمكن تصوّر ذلك بالنظر إلى الأوضاع المعيشية والاقتصادية للمواطن الجزائري، ممّا يستدعي القول بأنّ مجال لجوء المواطن إلى هذه الخبرة يبقى ضيقا جدا.

وبناء على ما تقدّم يُباح المساس بالحقّ في الخصوصية، رغم كونه من حقوق الإنسان اللّصيقة بشخصه والتي تتعلّق بكرامته، وهذا المساس لغايات أسمى يسعى إليها المشرّع، رغم ما يلحق ذلك من ضرر بالحياة الخاصّة.

ورغم كلّ هذه الصّعوبات والعوائق التي تقف أمام التّحليل البيولوجية إلاّ أنّه لا يُمكن استبعاد اللّجوء إلى الخبرة الطّبيّة، خصوصا بعد أن نصّ المشرّع عليها صراحة في قانون الأسرة، وبالتالي فمتى رأت المحكمة أنّ هناك ضرورة ما لخدمة العدالة بإجراء هذه التّحليل فلن تتأخّر في الاستعانة بالخبرة الجينية.

كما أنّ التّشريعات المقارنة التي تسمح بجمع بيانات البصمة الوراثية، رغم أنّها تُشكّل ضررا بالحياة الخاصّة، قد سمحت بذلك في نطاق محدود جدا، مع ضرورة إحاطة المعلومات المتحصّلة من فحص البصمة الوراثية بقدر كبير جدا من السّرية، حيث يُعاقب كلّ من يفشي أسرار البصمة الوراثية، وفقا للنصوص العقابية<sup>945</sup>، وحدّدا لوساير المشرّع الجزائري هذا الاتّجاه.

<sup>945</sup> تعاقب المادة 226 من قانون العقوبات الفرنسي على إفشاء أسرار معلومات البصمة الوراثية بالحبس لمدة سنة وغرامة مقدارها 100000 فرنك.

للطرق العلمية في إثبات النسب عوائق وحجج، وقد تكون حجبتها مطلقة أو نسبية، وهذا ما سوف نتطرق إليه من خلال المطلب الموالي.

## المطلب الثاني

### حجية الطرق العلمية في إثبات النسب

نظرا لعدم تحديد المشرع الجزائري لحجية الطرق العلمية في إثبات النسب، فإن مصداقيتها وحجيتها تختلف باختلاف التحليل البيولوجي المعتمد. فمثلا الخبرة الطبية التي تستند إلى فحص البصمة الوراثية ذات دلالة قطعية، وهي وسيلة علمية لا تكاد تُخطئ، وهي ترقى إلى مستوى القرائن القطعية<sup>946</sup>، خلافا لتحليل فصائل الدم على النحو السابق بيانه<sup>947</sup>. وتبعاً لذلك فإن الطرق العلمية، من حيث حجيتها، تنفرع إلى نوعين: ذات حجبية مطلقة وأخرى ذات حجبية نسبية. ومن هنا يجدر بنا التساؤل عن مدى حجبية الطرق العلمية في مجال النسب، ومدى تأثير تقرير الخبرة العلمية في هذا المجال على الحكم، وجوداً أو عدماً. وهذا ما يجزنا إلى دراسة الحجبية المطلقة للطرق العلمية في الفرع الأول، والحجبية النسبية للطرق العلمية في الفرع الثاني.

## الفرع الأول

### الحجبية المطلقة للطرق العلمية

لقد اتفق معظم الفقهاء وعلماء الطب على أنّ نظام البصمة الوراثية (DNA) ونظام (HLA) ذات دلالة قطعية في مجال النسب لانفراد كلّ شخص بنمط وراثي مميز لا يوجد عند أيّ كائن آخر في العالم، إذ لا يمكن أن يتشابه الـ (DNA) لشخصين إلاّ مرّة واحد كلّ 86 بليون حالة، ومقارنة مع عدد سكان الكرة الأرضية الذي لا يتجاوز 08 مليارات نسمة، فإنّه يمكن القول أنّ نسبة التشابه منعدمة تماماً<sup>948</sup>.

إنّ المحاكم الأوروبية والأمريكية تأخذ بالبصمة الوراثية، ليس على أنّها دليل وإنما باعتبارها قرينة نفي وإثبات<sup>949</sup>، وما يُدعم حجيتها أيضا هو إمكانية أخذها من مخلفات آدمية سائلة كالدم، اللعاب والمني، أو أنسجة كالعظم، الجلد والشعر. كما أنّها

<sup>946</sup> قرارات الندوة الثانية عشر، الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني، 1998، ص.198.

<sup>947</sup> انظر، ص.249 من هذه الرسالة.

<sup>948</sup> انظر، نبيل سليم، البصمة الوراثية وتحديد الهوية، مجلة حماية الوطن، عدد 265، الكويت، 2004، ص.136.

<sup>949</sup> سعد الدين الهلالي، المرجع السابق، ص.273.

تقاوم عوامل التّعفن والعوامل المناخية المختلفة من حرارة وبرودة، حتى أنه يُمكن الحصول على البصمة من الآثار القديمة والحديثة<sup>950</sup>. وبالتالي فإنّ نتيجة (DNA) في إثبات النسب تكون بنسبة 99,99%، وفي حالة النقي تكون بنسبة 100%، بشرط أن يتمّ تحليله بطريقة سليمة. لكن ورغم ما تتمتع به البصمة الوراثية من قوة ثبوتية، فهل هذا يعني أنّ الإثبات بواسطتها يُشكّل قرينة واقعية أقوى من القوة الثبوتية التي تتمتع بها سائر وسائل الإثبات الأخرى؟

ومن القضايا التي أثارت ضجة إعلامية عالمية كبيرة، ووجدت حلاً شافية لها بواسطة البصمة الوراثية للحمض النووي، باعتبارها قطعة الدلالة قضية "صدّام حسين"، وقضية "بيل كلينتون"، الرئيس الأمريكي السابق مع "مونيكا ليوينسكي". تتلخّص وقائع القضية الأولى، المتعلقة بالرئيس العراقي السابق "صدّام حسين" في وجود شبيه له، وهو ما دفع القوّات الأمريكية تأجيل إعلان أسر "صدّام حسين" إلى حين التأكّد من هويته عن طريق تحليل الـ ADN.

وتجدر الإشارة إلى أنّ أمريكا كانت تحتفظ بـ ADN "صدّام حسين" عندما كان حليفاً لها، وتمّت مقارنة هذه العينات مع عينات أخرى أُخذت من شعر "صدّام" ولعابه، مباشرة بعد أسره في الحجر التكريتي، والتي أُذيعت مباشرة على الهواء، أين شاهد العالم بأسره الطبيب الأمريكي وهو يفحصه، وللتأكّد أكثر قورنت بعينات أخرى أُخذت مباشرة بعد سقوط بغداد العاصمة، وفرار "صدّام حسين"، من فرشة الأسنان التي كان يستعملها ومن السّيجار الكوبي الذي كان يُدخّنه. وللتأكّد أكثر فأكثر تمّ أخذ عينات من الحامض النووي للأخ غير الشقيق لـ "صدّام" والمدعو "برزان التكريتي"، أخوه من أمّه، والذي يحمل نصف الجينات التي يحملها "صدّام حسين"، وأهمّ ما في الأمر هو دراسة مصدر الطّاقة في الخلية، والتي تُسمّى الميتوكوندريال، والتي تُورث من خلال الأمّ فقط، ومقارنتها بتلك التي لدى "صدّام حسين"<sup>951</sup>.

وبعد كلّ هذه العمليات والمقارنات العلمية تمّ التأكّد، وبصفة قطعية، بأنّ

<sup>950</sup> مقال بجريدة الوطن السعودية الصادرة يوم السبت 2004/05/01، عدد 1380.

<sup>951</sup> مقال بجريدة الوفد المصرية الصادرة يوم 2004/10/20: www.elwafd.org

المحتجَز هو الرَّئيس العراقي السَّابق "صدام حسين"، وأنَّ الأمر لا يتعلَّق بشبيه له، وبذلك كان للـ ADN في هذه القضية صفة قطعية.

أمَّا القضية الثَّانية فتتعلَّق بقضية الرَّئيس الأمريكي السَّابق "بيل كلينتون" والأنسة "مونيكا ليوينسكي" المتربِّصة بالبيت الأبيض، إذ ادَّعت أنَّها كانت على علاقة مع الرَّئيس "كلينتون"، غير أنَّ هذا الأخير نفى الواقعة، وادَّعى بأنَّها من قبيل التَّشهير بشخصيته، وهذا قبيل الانتخابات الرئاسية، غير أنَّ "مونيكا" كان لها دليل قاطع، وهي ملابسها الداخليَّة. وأُجريت تحاليل الـ ADN على السَّائل المنوي، وقبل الكشف عن النَّتائج، خرج "بيل كلينتون" عن صمته وفضَّل أن يفضح نفسه بدلا من أن يُدان من طرف المحكمة<sup>952</sup>.

يُمكن الحصول على الحجِّية المطلقة، حتَّى من الآثار القديمة والحديثة، كما حصل في القضاء الفرنسي في قضية الفنَّان "إيف مونتان"، حيث ادَّعت امرأة أنَّ لها ابنة منه تُدعى "أنياس"، وما أضفى على الأمر نوعا من المصادقية أنَّ تلك السيِّدة كانت تُشبه الفنَّان في ملامح وجهه. وقد أمر القاضي الفاصل في هذه القضية بواسطة الخبرة بحفر قبر الفنَّان وأخذ عيِّنة من جسمه، فحص عيِّنة من حمضه النَّووي ومقارنتها بالحمض النَّووي لل بنت التي تدَّعي أنَّه أبوها، وبعد مدَّة سارت القضية وظهرت النَّتائج وأثبتت الخبرة أنَّه لا يربط الفنَّان والسيِّدة أيَّ علاقة أبوة أو بنوة. ولعلَّ أنَّ أكبر مثال على فعالية فحص الحمض النَّووي كوسيلة من وسائل إثبات النَّسب ما ذكرته إحدى الصَّحف السعودية بخصوص إنسان (النايدات) الذي وُجدت جثَّته محفوظة في النَّلج منذ حوالي 9000 سنة، وعُلم ذلك عن طريق تحليل البصمة الوراثية، فكيف لا يكون لها بذلك حجِّية مطلقة في إثبات أو نفي النَّسب<sup>953</sup>؟

لذلك لا يُمكن في كلِّ الأحوال الشَّكُّ مطلقا في مستوى نجاعة الاعتماد على هذه الطَّرُق العلميَّة، سواء القطعية منها والتي تُعطينا نتائج حتمية في مجال إثبات النَّسب أو الظَّنِّية التي تُعطينا نتائج حتمية في مجال النَّفي واحتمالات في مجال

<sup>952</sup> مجلة « Justice » بتاريخ 2004/10/31:

Marie-Hélène SWAYH, L'analyse (ADN)... une technique infaillible, Revue de justice, 2004.

<sup>953</sup> مقال بجريدة الوطن السعودية الصادرة يوم السبت 2004/05/01، عدد 1380.

الإثبات، والذي يُمكن للقاضي دائماً الاستعانة بها لحلّ الكثير من المسائل العالقة في إلحاق الأبناء بأبائهم أو لا.

## الفرع الثاني

### الحجية النسبية للطرق العلمية

تتنوّع الطّرق العلمية المعتمّدة في مجال إثبات النّسب، فمنها ذات الحجّية المطلقة كنظام (DNA) ونظام (HLA)، ومنها ذات الحجّية النسبية كفحص فصائل الدّم ونظام (ABO) اللّذان لا يُمكن أن يُعطيانا نتائج متطابقة إلّا عندما يتعلّق الأمر بنفي النّسب، وبالتالي فلا يرقى إلى دليل إثبات قطعي، لتشابه فصائل الدّم عند الكثير من النّاس، وهو ما يجعله ظنيّ الدّلالة.

كذلك من جهة أخرى، حتّى بالنّسبة للطّرق العلمية القطعية كالبصمة الوراثية، فيمكن اعتبارها عنصراً من العناصر التي يعتمد عليها القاضي عند دراسته للملف، وتفتقر إلى صفة التّأثير على القاضي، الذي يجد نفسه بين القطع والشكّ في صحّتها، خلافاً للطّرق الشّرعية الأخرى كالإقرار والشّهادة لترحها أمام القاضي في الجلسة، فيُدخلان عليه اليقين والقطع من حيث أسانيدهما الشّرعية. وهو الأمر الذي تفتقر إليه البصمة الوراثية لأنّ إجراء التّحاليل البيولوجية يكون دائماً في غياب القاضي، أي خارج نطاق المحكمة. فما الذي يُدري القاضي بما يحصل في المخبر العلمي من نقل وفرز للعينات! الأمر الذي يُدخل الشكّ في ضمير القاضي، الذي تُناط به مسؤولية ردّ الحقوق إلى أصحابها. ومن الأسباب التي تُقلّل من قطعية دلالة التّحاليل البيولوجية ولا تبعث فيها الثّقة الكافية، نذكر الأخطاء البشرية، إنّ التّحاليل الجينية (خصوصاً البصمة الوراثية) تخضع لسيطرة الإنسان وبالتالي يقع فيها ما كان يُفترض أن لا يقع، ومن ذلك الأخطاء البشرية التي تُنسب إلى القائمين عليها وليس للبصمة الوراثية ذاتها. وقد جاء في مقدّمة القرار السّابع للمجمّع الفقهي الإسلامي ما نصّه: "أنّ الخطأ في البصمة الوراثية ليس وارداً من حيث هي، وإنّما الخطأ في الجهد البشري أو عوامل

التلوث أو نحو ذلك<sup>954</sup>، وترجع هذه الأخطاء إلى القصور في الجوانب العلمية والفنية والجوانب الإجرائية القانونية<sup>955</sup>، ويقول الأطباء البيولوجيون أنّ طريقة استخلاص الحامض النووي عمليّة دقيقة جدًّا، تحتاج إلى سوائل طيّارة مثل الكلوروفورم والإيثانول، ويُستخدم له جهاز يُسمّى "إلكتروفوريسد"، ويُستخرج بعدّة طرق مثل: طريقة (REL) لاستخراج عينة (DNA) من نسيج الجسم أو سوائله وتتجسّد أهمّ خطوات هذه الطّريقة في الآتي:

- تُقطع العينة بواسطة أنزيم معيّن يُمكنه قطع شريطي الـ (DNA) طولياً، فيفصل قواعد الأدينين A والجوانين G من ناحية والتايمين T والسيتوزين C من ناحية أخرى، ويُسمّى هذا الأنزيم بالآلة الجينيّة أو المقصّ الجيني.

- تُرتّب هذه المقاطع باستخدام طريقة تُسمّى بالتفريغ الكهربائي.

- تُعرض المقاطع إلى فيلم الأشعّة السينية (X-ray film) وتُطبع عليه فتظهر على شكل خطوط داكنة اللّون ومتوازية، وقد تستغرق هذه الطّريقة من 08 إلى 10 أيام، ورغم أنّ جزيء الـ (DNA) صغير إلى درجة فائقة (حتّى أنه لو جُمع كلّ (DNA) الذي تحتوي عليه أجساد سكّان الأرض لما زاد وزنه عن 36ملجم) فإنّ البصمة الوراثية تُعتبر كبيرة نسبياً وواضحة<sup>956</sup>.

وهناك تقنية أخرى تُعرف بتقنية التفاعل النووي المتسلسل، أي تكبير الحمض النووي، وتُدعى بطريقة (PCR) بحيث يُستخرج الـ (DNA) ويُضخّم إلى عدّة ملايين من النّماذج بواسطة أنزيم مكثّف. وتبعات الخطأ بهذه الطّريقة تكون أكثر ارتفاعاً من تبعات الخطأ عند استعمال تقنية (REL)<sup>957</sup>. وقد اشترط العلماء في كلّ هذه الطّرق أن تكون العينات طازجة ونظيفة وأن لا تكون قد تعرّضت إلى اعتداءات بيئية. فكلّ هذه الخطوات العملية والتقنية لا علم للقاضي بها ولم يستوعب طريقة تحضيرها، فهي

<sup>954</sup> المجمع الفقهي الإسلامي، الدورة 16، القرار السابع بشأن البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، المرجع السابق، ص.02.

<sup>955</sup> إبراهيم محمد أبو الوفاء، المرجع السابق، ص.692.

<sup>956</sup> www.islamonline.net

<sup>957</sup> انظر، وسام أحمد السمروط، القرينة وأثرها في إثبات الجريمة، دراسة فقهية مقارنة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، 2007، ص.300.

محتاجة إلى جهد مكثف من الخبراء حتى تخرج النتائج سليمة من الشوائب. هذه أهم الأسباب التي أوهنت من قيمة التحاليل البيولوجية، ورغم ذلك تبقى البصمة الوراثية، خصوصا، قرينة قويّة، أقوى بكثير من تحليل فصائل الدّم التي تنفي النسب فقط ولا يمكن الاعتماد عليها في إثباته. وأخلص ممّا سبق إلى أنّ التحاليل الجينية تبقى قرينة ظنيّة تخضع لتقدير المحكمة وسلطانها في استخلاص الوقائع وتقدير أدلّة الدّعى المطروحة أمامها. وبهذا ينتصر لواء أهل القضاء على أهل الطبّ لأنّهم -أي أهل القضاء- هم أهل الحقّ والرّشاد الذين أمرهم الله ﷻ بقوله: ﴿... وَإِذَا حَكَّمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ...﴾<sup>958</sup>. وهو ما يجرّنا إلى الحديث عن السّلطة التقديرية للقاضي في تقدير الخبرة في مجال الطّرق العلمية لإثبات أو نفي النسب.

### المطلب الثالث

#### سلطة القاضي في تقدير الطرق العلمية لإثبات النسب

تُعتبر الخبرة القضائية، طبقا للقواعد العامّة بالنسبة للقاضي، من المسائل التي تخضع لسلطته التقديرية باعتبارها سلطة مطلقة، له فيها أن يُصادق على تقرير الخبراء كليًا أو جزئيًا، كما له الحكم من دونها، فهل تخضع مسألة تقدير الخبرة العلمية في النسب، إثباتًا ونفيًا، للقواعد العامّة؟ وما مدى سلطة القاضي في تقدير قيمتها القانونية فيما يخصّ مسألة نفي النسب عن طريق اللّعان كما هو جار العمل به. وعليه، سوف نتعرّض إلى سلطة القاضي في اللّجوء إلى الخبرة العلمية لإثبات النسب (الفرع الأوّل)، ثمّ إلى سلطة القاضي في تقدير الخبرة العلمية (الفرع الثّاني).

### الفرع الأوّل

#### سلطة القاضي في اللّجوء إلى الخبرة العلمية لإثبات النسب

لا يُمكن، بأيّ حال من الأحوال، لقاضي شؤون الأسرة الفصل في مسألة إثبات

<sup>958</sup> سورة النساء، الآية 58.

النسب بالطرق العلمية إلا باللجوء إلى استشارة آراء الخبراء والعلماء المتخصصين في مجال البيولوجيا، للتوصل إلى نتائج علمية دقيقة، باعتبارها من المسائل التقنية التي لا يُمكن للقاضي الفصل فيها إلا بالاستعانة بهم والاسترشاد بأرائهم<sup>959</sup>.

<sup>959</sup> انظر، محمود توفيق إسكندر، الخبرة القضائية، دار هومة، 2002، ص.37 وما يليها.

ومن ثم فإنّ القاضي، في هذه الحالة، يلجأ طبقاً للقواعد العامّة للفصل في مثل هذه المسائل التّفنية إلى الخبرة القضائية، التي سيستصدر من خلالها حكماً تحضيريًا، قبل الفصل في الموضوع، بتعيين خبير مختصّ يوكل له مهام اللّجوء إلى الطّرق العلمية لإثبات نسب الولد لأبيه أو نفيه، بتحديد المهام المنوطة إليه بدقّة متناهية، والقول بأنّ الحكم تحضيري، مفاده عدم اتّضح نيّة القاضي في الفصل في مسألة النسب، ثبوتاً أم نفيًا بطبيعة الحال، طبقاً لما يُعرف في ذلك عن الأحكام التّحضيرية والتّمهيدية كذلك.

إلا أنّ الأمر لا يتوقّف عند هذا الحدّ، بل تُطرح مسألة تقدير القاضي لهذه الخبرة العلمية ومدى حجّيتها باعتبارها خبرة علمية اعتمدت على رأي خبراء مختصّين في مجال البيولوجيا من جهة، واستناداً إلى القيمة العلمية بالطّرق الحديثة، القطعية منها خاصّة، كالבصمة الوراثية، ونظام الـ (HLA)، ذلك أنّ هاته الطّرق قد لا تُتيح للقاضي فهمها، وبالتالي يمتنع حتّى عن مناقشتها باعتبارها مسألة تقنية وعلمية بحثية ودقيقة، ومن ثمّ فإنّ جهل القاضي بهذه الطّرق ومصطلحاتها قد يقف عائقاً أمام مناقشته لها، فيلجأ إلى قبولها والاستناد عليها، ثبوتاً للنسب أو نفيًا له.

عُرِضت أمام القضاء الفرنسي دعوى من هذا النّوع، حيث تزوّج السيّد (Michèl) من السيّدة (Françoise) في نوفمبر 1980م، وبعد أربع سنوات تقريباً، طلبت الزّوجة الطّلاق بتاريخ أوت 1984م، وتمّ النّطق بالانفصال الجسدي بينهما في 19 سبتمبر 1984م، وفي شهر مارس عام 1985م وضعت السيّدة (Françoise) مولودتها، فرفع الزّوج (السابق) دعوى إثبات النسب.

أمرت محكمة أوّل درجة بإجراء فحوصات تحليل الدّم بين الطّفلة وأبيها لمعرفة ما إذا كانت تُوجد رابطة النسب بينهما أم لا. فجاءت نتائج تحليل الدّم مشكّكة في هذه الرّابطة. لم يقتنع المدّعي (الزّوج) بهذه النّتائج فطلب إجراء فحوصات أخرى عن طريق تحليل الجينات الوراثية (البصمة الوراثية) لإثبات أو نفي رابطة النسب. وهنا رفضت المحكمة هذا الطّلب الجديد وقضت بنسب الطّفلة له وتأييد الحكم في الاستئناف، فطعن السيّد (Michèl) في الحكم على اعتبار أنّ المحكمتين قد أهملتا

طلبه الخاص بإجراء الفحص عن طريق الجينات الوراثية لتحديد صلته بالطفلة، رغم أنه كان على القاضي أن يتحرى الحقيقة بكافة الوسائل، مما يُبرر طلبه في إجراء فحص آخر، خاصة إذا علمنا أنّ نتيجة الفحص الأول (تحليل الدم) لم تثبت البنوة بكل تأكيد، في حين أنّ نتيجة الفحص الثاني (البصمة الوراثية) تُمكنه من إثبات النسب أو نفيه بصفة يقينية.

ردّت عليه محكمة النقض الفرنسية بقولها: "إنّ وسائل الفحص الطبي لإثبات النسب أو نفيه، خاصة المسماة التحليل الجيني، ليست مُلزِمة للقاضي (Elle n'est pas obligatoire pour le juge) بحيث يحقّ لمحكمة الاستئناف أن تُقدّر، بناء على أسباب سائغة، جدية قبول إجراء الخبرة الطبية الحديثة المطلوبة من عدم جديتها"<sup>960</sup>.

واستناداً على ذلك، يستطيع القاضي أن يرفض طلب إجراء الخبرة إذا كانت الظروف لا تسمح بالشكّ بأبوة الشخص الذي يُطالب بإجراء هذه الخبرة. وواقع الحال في إنجلترا يثبت أنّ القاضي يقبل طلب إجراء الخبرة المقدم من الزوج في حين يُظهر بعض التشدد في قبول الطلب المقدم من شخص يدّعي أنّه الأب البيولوجي لطفل يتمتع بنسب قانوني. فإذا تبين للقاضي أنّ طلب الخبرة المقدم من قبل شخص ثالث سوف يُزعزع الوضع العائلي الذي عاش فيه الطفل، حتّى تاريخ النزاع، فإنّه يرفض الطلب لأنّه قد لا تتفق الحقيقة البيولوجية مع الحقيقة الاجتماعية، وهي حالات كثيرة ومتوافرة في الدول الأوروبية حيث تنتشر العلاقات الحرّة خارج الزواج، وبذلك قد تتعارض الحقيقة البيولوجية لنسب الطفل مع مصلحته في رأيهم<sup>961</sup>.

<sup>960</sup> Jean Christophe Galloux, op.cit., p.91.

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<sup>er</sup> 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<sup>er</sup> 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<sup>er</sup> Civ., 10 mai 1995, Bull, I, n°199, p.143 : D.1996, Somm. 149, Obs. Cranet. Lambrechts : Défrénois, 1996, 326, Obs., Massip.

<sup>961</sup> رضا عبد الحليم عبد المجيد، المرجع السابق، ص.108.

## الفرع الثاني

### سلطة القاضي في تقدير الخبرة العلمية

يتمتع القاضي بالسلطة في تقدير الخبرة العلمية، أي الأخذ بالطرق العلمية في حلّ القضايا لإثبات النسب أو استبعادها، وهذا ما سوف نتوسّع فيه من خلال هذا الرفع.

**أولاً: استقرار القاضي على استبعاد الخبرة العلمية لإثبات النسب.**

لقد أهمل القضاء التطرّق للخبرة العلمية المثبتة للنسب، فقبل سنة 1984م، لم يكن بالجزائر قانون خاصّ بالأسرة، فكان القاضي يلجأ إلى الشريعة الإسلامية، لاسيما المذهب المالكي، لحلّ النزاعات الخاصة بالأحوال الشخصية أو العائلية، لكن بصور قانون الأسرة، بات مقيداً أكثر من أيّ وقت مضى بالالتزام بأحكامه تلك.

ولا بأس أن نُشير إلى أنّه كان من الممكن لو اضعي قانون الأسرة مسايرة بعض المستجدات في تلك المرحلة وتجنّب القاضي التردّد بشأنها، وعلى رأسها مسايرة ما تعلق بالعلوم البيوطيية من مستجدات. وما يُثير الدهشة حقاً هو أنّ هذا القانون حديث نسبياً قياساً بتشريعات الأحوال الشخصية المقارنة<sup>962</sup>.

وتفريعاً على ما تقدّم، جاءت قرارات المحكمة العليا رافضة لأيّ خبرة علمية حديثة بشأن إثبات النسب ونفيه، إذ لم يتمّ اعتماد لا نظام تحليل الدّم ولا تحكيم البصمة الوراثية في هذا الشأن، وذلك لغياب نصّ صريح يُتيح ذلك. وتطبيقاً 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 يدّعي كلّ واحد منهما نسبها إليه، وقد سبّبت المحكمة رفضها بأنّ المدّعي الجزائري لم يُثبت أنّه كان زوجاً لأمّ البنت صفية وقت الحمل بها، وأنّ نسب البنت من الفرنسي ثابت بشهادة الميلاد المسجّلة لدى مصالح الحالة المدنية ببلدية فار بفرنسا<sup>963</sup>.

<sup>962</sup> جيلالي تشوار، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.96.

<sup>963</sup> محكمة وهران، قسم شؤون الأسرة، بتاريخ 2005/12/13، ملف رقم 50/3460، فهرس رقم 05/5285، مقتبس عن باديس ذيابي، حجية الطرق الشرعية والعلمية...، المرجع السابق، ص.126-127.

إنّ ما يُعاب على مشرّع قانون الأسرة أنّه لم يُحدّد للقاضي المدّة التي تُحسب فيها أدنى مدّة الحمل، وهي 06 أشهر، وأقصاها، وهي 10 أشهر، هل ابتداء من العقد أم من الدّخول؟ فضلا عن الفرق بين لحظة الطّلاق الفعلي والحكم به، وهذا الأخير هو المعتبر نصّا<sup>964</sup> (رغم أنّه ينبغي اعتبار الحكم كاشفا عن الطّلاق لا منشئا له، بحثا عن الانسجام مع الواقع) وقضاء، ويقول به جانب من الفقه<sup>965</sup>، رغم أنّه من شأن اعتماد الدّليل العلمي تجنيينا الكثير من المتاعب والتناقضات.

وبعد طول سكوت من المحكمة العليا حول الخبرة العلمية لإثبات النّسب، جاء التّصريح باستبعاد تحليل الخبرة العلمية بشأن النّسب في قرار لها بتاريخ 15/12/1999م. وفي الحقيقة كان من نتيجة افتقار القانون الجزائري إلى تنظيم قانوني دقيق لهذه الوسائل الجديدة في مجال النّسب أن تحمّل القضاء عبء تحديد ما يجب الأخذ به وما لا يجب، وذلك عن طريق ما كان يُرسيه من مبادئ قضائية جديدة<sup>966</sup>.

إن قرار المحكمة العليا في 15/06/1999م بيّن كيف يُمكن لأحكام القضاء أن تُجانب التّطوّر والتّجديد حينما كان في الوسع أن يعمل على سدّ النّقص التشريعي وعدم التّدقيق في الصّيغة القانونية، إذ اعتبر قضاة النّقض أن قضاة الموضوع خرّقوا أحكام المادّة 40 لكونهم اعتمدوا الخبرة العلمية قصد تحليل الدّم للوصول إلى نفي النّسب.

فهذا القرار، حسبما يرى البعض<sup>967</sup>، ضعيف من النّاحية القانونية لأنّه يُحيلنا إلى رؤية محافظة قديمة ومهجورة، وهو من جانب آخر، يكشف عن طريقة شاذّة في تطبيق القضاة للقانون وفهمهم له.

فإذا كان البعض<sup>968</sup> ينتقد القرار فقط من جهة أنّ المسألة تتعلّق بنفي النّسب، وأنّه يستوجب إعمال أحكام المادّة 41 من قانون أسرة التي تنصّ على إمكانية نفيه

<sup>964</sup> تنص المادة 49 من قانون الأسرة: "لا طلاق إلا بحكم..."، والمادة 60: "أقصى مدة الحمل 10 أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة".

<sup>965</sup> Cf. Gh. BENMELHA, Le droit Algérien de la famille, O.P.U., 1993, p.144.

<sup>966</sup> جيلالي تشوار، القضاء مصدر...، المرجع السابق، ص.14.

<sup>967</sup> 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.

<sup>968</sup> رشيد بن شويخ، الطرق الشرعية...، المرجع السابق، ص.43.

بالطرق المشروعة، موسّعا مجال هذه الطرق، إلا أنه واضح بأن المحكمة قد تخطت مواكبة التطور والتجديد في مسألة يتعلّق بها مصير عدّة أبرياء، بل حقوق الأشخاص الشرعية في الميدان الأسري، وذلك بسبب أنها لم تأخذ في الحسبان، لا التطوّرات الحديثة للعلوم الطبيّة والبيولوجية ولا الظروف الاجتماعية التي أصبحت تُحيط بالمجتمع المعاصر كانهخفاض الوازع الديني وتدهور القيم الأخلاقية والروحية في نفوس البشر وغيرها من الآفات الأخرى<sup>969</sup>.

وتأكيدا لذلك، فإذا عرفنا أنّ اللعان لا ينتج عنه اليقين، بل كان الباعث إليه هو الاحتياط في ثبوت النسب وعدم إهداره، وعرفنا كذلك أنّ من بين أسباب عدم الأخذ بنظام القيافة من قبل الحنفية سببه الظنّ الذي يقوم عليه هذا النظام، فإنّه من باب الاستحسان حسب البعض<sup>970</sup>، أن يُرجع في هذه المسألة إلى أهل الخبرة، وأنّه بعد تقدّم العلوم الطبيّة والبيولوجية، يكون المرجع في ذلك تقرير الأطباء.

وعلى العموم، فإنّ موضوع الخبرة العلمية التي رفضها القاضي الجزائري في قضية الحال يتطلّب مناقشة حجّيته وقيّمته الثبوتية، فما كان عليه تعميم الموقف من الخبرة العلمية إجمالا لأنّه في الوسع الاعتماد على البصمة الوراثية في الكثير من القضايا. وأمام التفسير الضيق لأحكام المادة 40 من قانون الأسرة فقد يُستشفّ كذلك الاقتصار في كلّ الحالات على ما تضمّنته من أدلّة تقليدية بشأن النسب.

### ثانيا: التفسير القضائي المضيق للنصوص المنظمة لأدلة إثبات النسب.

تعتمد طرائق تفسير النصوص القانونية، ومنها مسألة الخبرة العلمية، على البحث عن المعنى الذي أراده المشرّع، سواء داخل النصّ أو خارجه.

وأما المصدر الداخلي للتفسير المضيق للنصّ المنظم للنسب فهو نصّ المادة 40 من قانون الأسرة قبل مراجعة قانون الأسرة الجزائري في سنة 2005م<sup>971</sup>، إذ

<sup>969</sup> انظر، جيلالي تشوار، عولمة القانون ومدى تأثيرها على أحكام الأسرة، م.ج.ع.ق.إ.س، جامعة الجزائر، 2008، عدد 03، ص.126.

<sup>970</sup> المرجع نفسه، ص.127.

<sup>971</sup> قانون رقم 02-05 لسنة 2005، المعدل والمتمم لقانون الأسرة.

اضطرّ القضاة على عدم اعتماد الخبرة العلمية لإثبات النسب. وقد كُرس 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 أنّ قضاة المجلس لما قضوا بتأييد الحكم المستأنف القاضي بتعيين خبرة قصد تحليل الدّم للوصول إلى تحديد النسب، خلافا لقواعد إثبات النسب المسطرة شرعا وقانونا طبقا لأحكام المادة 40 وما بعدها من قانون الأسرة...، ولم يكن من بين هذه القواعد تحليل الدّم الذي ذهب إليه قضاة الموضوع، فدلّ ذلك على أنّهم قد تجاوزوا سلطتهم التقديرية إلى التشريعية، الأمر الذي يتعيّن معه نقض القرار المطعون فيه وإحالته لنفس المجلس...".

إنّ القرار السابق يُعدّ تنويجا لهذا المنحى، لكن ما يدعو للدهشة هو مجانبته لروح العصر بإهماله للقيمة الإثباتية للخبرة العلمية المتمثلة في تحليل الدّم، وذلك بتضييقه لنصّ المادة 40 التي تُعتبر البيّنة، بمفهومها الواسع، تصلح دليلا للإثبات، لكنّه أخذ بالمفهوم الضيّق، خاصّة أنّ النصّ الفرنسي للمادة 40 استعمل مصطلح (La preuve) الواسع<sup>972</sup>.

فبعدها عرفنا أنّ تحليل الدّم، وإن كان لا يُقطع بنتيجته في الإثبات، فإنّه في حال النفي يُعطي قرينة قويّة جدًا. وفي كلّ الأحوال، فإنّ استبعاد القاضي للدليل العلمي بهذا الإطلاق يفتح عليه باب الانتقاد، فتحليل فصائل الدّم، رغم حجّية نتائجه في حالة النفي، فإنّ هناك دليل علمي أقوى منه، يتمثّل في البصمة الوراثية، لا يتعارض استعمالها مع قواعد الإثبات الشرعية في كثير من مسائل النسب، لذا وجب التفصيل في المسألة.

كان جدير بقضاة النقض اعتماد قراءة صائبة للنصوص ومهمّتهم شاقّة في تطبيق النصوص. ولأجل هذا فإنّه يحسُن بهم أن يستلهموا من النصوص المعنى الحقيقي بكلّ منطوق، ويؤسّسوا أحكامهم بوسيلة غير متنازع حولها، وذلك تحقيقا

<sup>972</sup> وهو مصطلح يسع الخبرة الطبية المثبتة للنسب، حيث لم يستعمل مصطلح «Atteste».

للعدالة<sup>973</sup>. ففي قضية الحال، تُثار مسألة مدى كفاية تحديد قائمة بوسائل الإثبات المقبولة والمنصوص عليها، واستبعاد تحاليل الدّم بدعوى عدم النصّ عليها صراحة<sup>974</sup>. هذا، وليس ضيق التفسير للنصوص وحده سبب استبعاد الدليل من القضاء، فاستبعاد الغاية كمصدر تفسيري خارجي لأدلة إثبات النسب كذلك له اعتباره. فقضاة المحكمة العليا، باستبعادهم تحليل الدّم كوسيلة حديثة لإثبات النسب، لم يراعوا الغاية من التشريع، وهي حفظ مصالح الأفراد من الضياع ضمن قاعدة أنّ ثبوت النسب فيه إحياء للولد.

ففي ظلّ وسيلة إثبات ظنية كاللّعان، كان يحسُن بقضاة التقض، بدلا من نفي النسب، الاستجابة للخبرة العلمية ما دام ثبت لقضاة الموضوع النسب، خاصة في ظلّ امكانية توسيع مفهوم نصّ المادة 40 من قانون الأسرة، لأنّ هذه المسألة يتعلّق بها مصير عدّة أبرياء<sup>975</sup>، وموقف قضاة المحكمة العليا منها يدعو للشكّ، خاصة أنّ من شأن النسب أن يُعطي الطّفّل الاستقرار والأمان ويُجنّب، بقدر ما يُتيح التشريع الجزائري، حالات الطّفّل مجهول النسب الذي يتعدّر إلحاقه بأبيه<sup>976</sup>.

إذن بدلا من أن يُمارس قضاة المحكمة العليا سلطتهم المطلقة في التفسير قصد الوصول لتجسيد العدالة فعليًا، فسروا سكوت المشرّع بشكل سلبي، ما يدعوا للتساؤل حول صحّة تأسيسهم وتأصيلهم للقرار<sup>977</sup>.

أمّا بالنسبة للقضاء الفرنسي، فهو يستثني أعمال الخبرة العلمية مع وجود وضع ظاهر للحياة الزوجية « La possession d'état »، خاصة إذا كانت مزّرة بسند الحالة المدنية أو تمّ الإقرار بالولد قبل الولادة<sup>978</sup>.

### ثالثا: سلطة القاضي في إجبار الشخص للخضوع للخبرة العلمية في مجال

G. LAHLOU-KHIAR, op.cit., p.53. <sup>973</sup>

Idem. <sup>974</sup>

جيلالي تشوار، القضاء مصدر...، المرجع السابق، ص.127. <sup>975</sup>

G. LAHLOU-KHIAR, op.cit., p.53. <sup>976</sup>

Idem. <sup>977</sup>

« L'expertise biologique est de droit en matière de filiation sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder », (Civ. 1<sup>er</sup>, 28/05/2000, Bull., Civ. I, N°103, D. 2000, Jur. 713). <sup>978</sup>

## النسب.

المحكمة المختصة هي الجهة التي تملك طلب رأي الخبير وتحديد مهمته عن طريق إصدار حكم بتعيين خبير مختص من بين خبراء مخبر الشرطة العلمية لتحليل الحمض النووي (DNA) لإثبات أو نفي نسب الولد لأبيه أو لأبويه<sup>979</sup>، سواء استجابة لطلب المدعي، أو المدعى عليه، أو النيابة العامة، كونها "تعدّ طرفاً أصلياً في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون" -قانون الأسرة- (المادة 03 من القانون رقم 05-09).

والسؤال المطروح هنا هل يمكن للذي بحوزته حكم بتعيين خبير مختص من بين خبراء مخبر الشرطة العلمية لتحليل الحمض النووي (DNA)، أن يُجبر المعنيين بهذا الحكم من آباء أو أمهات أن يذهبوا إلى المخبر العلمي لإجراء تلك التحليلات، خاصة إذا علمنا أن تطبيق هذا الطريق العلمي يصطدم بمبدأ احترام حرمة الحياة الخاصة التي أكدّها دستور 1996م في مادته 34، من جهة، وبقاعدة قانونية في الإثبات مفادها عدم جواز إجبار الشخص على تقديم دليل ضدّ نفسه، من جهة أخرى. في القضايا المدنية، تمنع أغلبية التشريعات<sup>980</sup>، إكراه أحد الأطراف على الخضوع لاختبارات تحاليل الدم أو أية اختبارات علمية أخرى، وذلك استناداً إلى مبدأ

<sup>979</sup> حكمت محكمة باب الوادي حال فصلها في قضايا الأحوال الشخصية بتعيين خبير، بمخبر الشرطة العلمية بشاطوناف، في تحليل الحمض النووي (ADN) للقيام بالمهام التالية:  
- إجراء التحاليل الضرورية على المدعي (...) وعلى الطفلة (...).

- القول هل هذه الطفلة ابنة المدعي أم لا؟

- على الخبير إعداد تقريره.

مجلس قضاء الجزائر، محكمة باب الوادي، غ.أ.ش.، قضية رقم 06/2311، 2006/12/11. فكان تقرير الشرطة العلمية على النحو الآتي:

Les différentes étapes de nos investigations biologiques ont donné les résultats suivants :

- Il existe une compatibilité entre le profil génétique du nommé (...) et le profil génétique de l'enfant (...)  
- Le calcul de l'indice paternité du nommé (...) vis-à-vis de l'enfant (...) est de 99,999999%.  
- La paternité du nommé (...) vis-à-vis de l'enfant (...) est donc pratiquement prouvée.

Sous direction de la police scientifique et technique. Laboratoire de Biologie légale (ADN). Rapport d'expertise (ADN) N° 31/07, 18/03/2007, p.08.

<sup>980</sup> في الجزائر تنص المادة 34 من دستور 1996: "تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان. ويحظر أي عنف بدني أو معنوي أو أي مساس بالكرامة"، وتضيف المادة الموالية بأنه: "يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات وعلى كل ما يمس سلامة الإنسان البدنية والمعنوية".

حرمة الجسد البشري. ولذلك لا يستطيع القاضي أن يفرض على الشخص الخضوع لهذه الخبرة ويُرغمه على ذلك.

وفي فرنسا استلزم المشرع في المادة 11/16 من القانون المدني، الموافقة الصريحة والمُسبقة للحصول على البصمات الوراثية لشخص في نطاق دعوى قضائية. وهذا ما هو عليه الحال أيضا في إنجلترا حيث تستلزم المادة 21 من القانون الصادر في عام 1969م لإجراء مثل هذه الخبرة الحصول على الرضا المسبق للأشخاص المعنيين.

وفي المقابل فقد رجّحت بعض التشريعات حقّ الطفل في معرفة أصوله على حقّ الشخص في السلامة الجسدية، ومثال ذلك القانون الألماني حيث تُلزم المادة 37 من قانون أصول المحاكمات المدنية الألماني، كلّ شخص، وليس فقط الأطراف في الدعوى، أن يقبل الخضوع لأيّ اختبار بيولوجي.

ولكن يستطيع القاضي أن يستخلص -من حالة رفض غير مبرر الخضوع للتحاليل المأمور بها- قرينة ضدّ الشخص المعني، وبالتالي يحكم عليه، وفقا لطلبات الخصم، إذا كان بملف الدعوى أدلة أخرى تُضاف إليه، فإذا استخلصت محكمة الموضوع ذلك فإنّ حكمها يكون مسببا ومبررا<sup>981</sup>.

ما سبق يخصّ رفض تحليل الدّم الذي يتطلّب أخذ عيّنة من دم المعني مباشرة باستخدام الوسائل المخبرية اللازمة لاستخراج الدّم من جسده. أمّا تحليل الجينات الوراثية فلا يتطلّب التّدخل على جسد المدعي أو المدعى عليه، فيكفي أخذ عيّنة من اللعاب، أو شعرة من الرأس أو الجسد، أو جزء من بعض بقايا الأطراف. ومن ثمّ يتّضح أنّ التّقنية الخاصّة بتحليل الحمض النووي (DNA) أبطلت الحجّة التي كانت سارية في الماضي، وهي عدم جواز المساس بحرمة الجسد الإنساني، فكلّ هذا أمر غير مثار في هذه الحالة، ممّا يُبرر استنتاج حقائق قد تكون في غير صالح الشخص الراض في هذا الإجراء، وإن كانت قرينة رفض الخضوع للخبرة الطّبية تحتاج إلى قرائن أخرى لاتّخاذ القرار النهائي في الموضوع. ولكن، بصفة عامّة، للقاضي أن يستنتج من

<sup>981</sup> L'arrêt de la cour de cassation Française en date du 06 mars 1996, Dalloz, 1996, 2, p.529 ; C. Cass. Civ., 18 mai 1989, Dalloz, 1989, p.362.

الرّفص دليلا على التّخوّف والخشية من الوصول لحقيقة يُحاول الرّافض إخفائها. وإذا كان هناك شيء من التّعارض بين المصلحة العامّة للمجتمع، في أن يكون لكلّ طفل أب يقوم على تربيته، وبين المصلحة الشّخصية، وهي صيانة مبدأ معصومية الجسد، فإنّ غالبية الفقه القانوني يُرجّح المصلحة العامّة على حساب حقّ الإنسان على جسده. وهذا التّرجيح له اعتبارات أشارت إليها محكمة (Lille) الفرنسية في حكمها الصّادر سنة 1947م بخصوص منازعة بين زوجين حول بنوّة ابن لهما، مرّجة المصلحة العامّة، وأجبرت الزوج على الخضوع للفحص الطّبي، تمهيدا لأخذ عينّة من دمه لمضاهاته بدمّ الطّفل، ومن بين الاعتبارات التي ذكرتها محكمة (Lille) ما يلي<sup>982</sup>:

1- فعالية إجراء تلك الفحوص العلمية على دم الإنسان، ومن غير المعقول استبعاد تحليل الدّم،

2- عدم إمكانية التّدرّع بمسألة مبدأ معصومية الجسد للحيلولة دون إجراء تلك الفحوص،

3- اعتبار أخذ عينّة من الدّم من العمليات البسيطة التي لا خطورة فيها إذا قورنت بعمليات أخرى تمّت بإذن القضاء،

4- للقضاء أن يستخدم الوسائل التي يعتقد أنّها مناسبة لإظهار الحقيقة، ومنها وسيلة الفحص العلمي.

وإذا كان القاضي الجزائري لا يُمكنه، في قضايا إثبات النّسب، إلزام أيّ شخص للخضوع لتحليل الحمض التّووي (DNA) إذا رفضه، فإنّه يُستحسن أن يتدخّل المشرّع ويسمح باستصدار نصوص تسمح بالحكم قضائيا وفرض تهديدات مالية على الأشخاص الرّافضين، لجبرهم على الانصياع لحكم القضاء، خاصّة إذا كانت عملية تحليل البصمة الوراثية هي الوسيلة الوحيدة لدى القضاء للفصل في نزاع يتعلّق بتحديد نسب الطّفل، وذلك من أجل حماية حقوق بقية الأطراف، ولا سيما حقّ الطّفل في معرفة والديه.

<sup>982</sup> انظر، سلطان الجمال، معصومية الجسد في ضوء المفردات الطبية الحديثة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2000، ص.170-171.

### رابعاً: تقدير القاضي لنفي النسب بين اللعان والطرق العلمية.

يُعتبر اللعان إحدى الطرق المشروعة التي تُفيد نفي النسب، طبقاً لأحكام المادة 41 من قانون الأسرة، باعتباره الوسيلة الوحيدة التي جاء بها فقهاء الشريعة الإسلامية في مسألة النسب، لهذا طرحت هذه المسألة إشكالا كبيرا من حيث سلطات القاضي في تقديرها، إلى جانب الطرق العلمية الواسعة في مجال نفي النسب. فإذا كان اللعان الطريقة الشرعية التي جاءت بها النصوص الشرعية لنفي النسب، فهل يصح نفيه بالطرق العلمية، سواء منها القطعية والظنّية، التي تُعدّ وسائل نفي ناجعة من خلال النتائج المتوخّاة منها، فيكتفى بها، أم لابدّ من اللعان أيضا؟ وهل يجوز تقديم الطرق العلمية كوسيلة للنفي على اللعان؟

الحقيقة أنّ هذا الأمر كان محلّ خلاف فقهي كبير، فذهب البعض إلى عدم جواز تقديم البصمة الوراثية مثلا على اللعان في نفي النسب، وعلى هذا الأساس جاء قرار المجمع الفقهي الإسلامي بالرباط: "لا يجوز شرعا الاعتماد على البصمة الوراثية في إثبات النسب ولا يجوز تقديمها على اللعان"<sup>983</sup>.

كما ذهب البعض الآخر إلى ترجيح الطرق العلمية في هذا النفي ما دامت نتيجتها قطعية على عكس دعوى اللعان التي تركز على أسس وشروط تعجيزية أحيانا، كالمدة التي يتطلّبها اللعان (08 أيام) أو عدم حصول الزوج على شهود في ذلك.

وإذا تتبّعنا مجمل القضايا بالجزائر نجدها متواترة من جهة اعتماد اللعان دون الخبرة العلمية، سواء قبل صدور قانون الأسرة أو بعده، بل امتدّ ذلك إلى غاية سنة 2006م<sup>984</sup>، فالمحكمة العليا تستوجب نفي النسب بطريق اللعان فقط<sup>985</sup>، رغم أنّ

<sup>983</sup> انظر، الفقرة الثالثة من قرار المجمع الفقهي الإسلامي، بشأن البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها. الفترة من 21 إلى 1422/10/26 هـ الموافق لـ 05 إلى 2003/01/10م؛ مقتبس عن أشرف عبد الرازق ويح، المرجع السابق، ص. 185-186.

<sup>984</sup> أخيرا، اعترف القاضي الجزائري بالـ (ADN) كوسيلة إثبات للنسب، وذلك بقرار المحكمة العليا بتاريخ 2006/03/05؛ انظر، الملحق رقم 16، ص. 527.

<sup>985</sup> انظر، م.ع.، غ.أ.ش.، 15/06/1999، ملف رقم 222674، الاجتهاد القضائي، 2001، عدد خاص، ص. 88.

الممارسة القضائية لم تخل من بعض الارتباك من الناحية الإجرائية فيما تعلق باللّعان. فمن ناحية الأجل الذي ينبغي تمسك الزوج فيه بهذا الإجراء (اللّعان)، تردّد القضاء بين الإشارة إلى مدّة أسماها المهلة القريبة المقرّرة شرعا<sup>986</sup>، وبين اعتماد مدّة 08 أيّام من يوم العلم بالحمل أو رؤية الزّنا<sup>987</sup>، أم تُحسب من الولادة<sup>988</sup>. ولعلّ ذلك التّدبذّب مردّه غياب نصّ صريح يُبيّن المدّة التي ينبغي فيها التّمسك بإجراء اللّعان. إلا أنّ التّساؤل الذي يبقى مطروحا في هذا المجال، يتعلّق بمدى تطابق الآثار المترتبة على نفي النسب عن طريق اللّعان، من تفريق للزوجين وغيرها، على نفيه عن طريق الطّرق العلمية، خاصّة أمام عدم تدخّل المشرّع الجزائري في تحديد هذه المسألة. وتجدر في الأخير الإشارة إلى أنّه، وإضافة إلى القواعد الموضوعية لإثبات النسب، توجد قواعد وأحكام إجرائية تتمثّل أساسا في وسائل ممارسة دعوى الإثبات، هاته التي تخضع للقواعد العامّة، شأنها شأن باقي الدعاوى المدنية الأخرى، فإمّا أن نكون دعوى أصلية تهدف إلى إثبات النسب دون أيّ نزاع صريح حول موضوع محدّد، وإمّا دعوى تبعية تهدف لإثبات النسب كحقّ من الحقوق البشرية إلى جانب إثبات الزّواج مثلا.

نخلص من دراستنا لهذا الفصل أنّ المشرّع قد أصاب عندما نصّ على إمكانية اللّجوء إلى الطّرق العلمية لإثبات النسب أو نفيه، ذلك لأنّها قرينة قويّة يأخذ بها الفقهاء في مجال النسب، ويُمكن الاعتماد عليها في تحديد هويّة الأطفال في حالة ضياعهم، واختلاطهم في المستشفيات أو مراكز رعاية الطّفولة، كذلك يُمكن التّعرف بواسطتها على الجثث المشوّهة بسبب الحوادث والحروب والكوارث.

لكن كان على المشرّع الأخذ بعين الاعتبار الضّوابط الشرعية عند اللّجوء للفحص الطّبي. هذا من جهة، ومن جهة أخرى يجب سنّ نصوص تنظيمية لتحديد الكيفيات والإجراءات المتبّعة في حالة اللّجوء إلى الفحص الطّبي، ووضع الضّوابط

<sup>986</sup> انظر، م.أ.، غ.أ.ش.، 1984/11/19، ملف رقم 34046، م.ق.، 1990، ص.67.

<sup>987</sup> انظر، م.ع.، غ.أ.ش.، 1998/10/19، ملف رقم 204821، الاجتهاد القضائي، 2001، عدد خاص، ص.70-72؛ وكذا القرارات الصادرة عن المحكمة العليا على التوالي: تاريخ 1993/11/23، ملف رقم 90000 و1997/07/08، ملف رقم 165408، ص.64-69.

<sup>988</sup> انظر، م.ع.، غ.أ.ش.، 1997/11/28، ن.ق.، عدد 54، ص.103.

والاحتياطات اللازمة لضمان صحّة وسلامة نتائج التحاليل. أجاز المشرّع للقاضي اللجوء إلى الخبرة الطّبيّة، بمعنى أنّ القاضي في قضايا النسب ليس ملزماً بإخضاع أيّ شخص للفحص الطّبيّ، فالأمر جوازي، إذ أنّ المشرّع بدأ الفقرة الثّانية من المادّة 40 بكلمة "يجوز"، وهي تدلّ على الاختيار، فلا يُمكن أن تُلزم القاضي الذي يرفض الاستجابة لطلب الزّوجة بإجراء البصمة الوراثية. كما أنّ القاضي يجد في ذلك كلّ السّلطة التقديرية في الأمر بإجراء البصمة الوراثية. تطرّفنا في هذا الفصل إلى الطّرق العلمية البيولوجية الحديثة في إثبات النسب، وهناك طرق أخرى حديثة للإنجاب، والتي بدورها تُرتّب آثاراً على النسب. وهذا ما سوف نتناوله من خلال الفصل الموالي.

## الفصل الثاني

### الطرق الحديثة للإنجاب وأثرها على النسب

تحدّثنا في الباب الأوّل من هذه الأطروحة عن نسب المولود الناتج عن الإنجاب الطّبيعي، وتعرّفنا على الأدلّة التقليديّة لإثبات نسبه ونفيه، كما تعرّضنا إلى أدلّة إثباته بيولوجياً من خلال الباب الثّاني، الفصل الأوّل. وما يُمكن ملاحظته من دراستنا السّابقة أنّ تلك الأحكام تنطبق على الإنجاب الطّبيعي الناتج عن الاتّصال الجنسي بين الزّوجين، دون غيره من طرق المساعدة الطّبيّة على الإنجاب أو ما يُعرف بالإنجاب الاصطناعي، لذلك افترض القانون في تلك الأحكام أنّ الطّفّل المولود كان نتيجة لاتّصال مباشر بين أبويه دون تدخل من الغير.

لكنّ أهميّة النّسل واضحة بالنّسبة للتّشريع الجزائري، فقد نصّت المادّة 04 من قانون الأسرة على أنّ: "الزّواج هو عقد يتمّ بين رجل وامرأة على الوجه الشّرعي وأهدافه تكوين أسرة أساسها التّعاون وإحسان الزّوجين والمحافظة على الأنساب"، وذلك تطبيقاً

لقوله ﷺ: ﴿ وَلَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلًا مِنْ قَبْلِكَ وَجَعَلْنَا لَهُمْ أَزْوَاجًا وَذُرِّيَّةً ... ﴾<sup>989</sup>.

<sup>989</sup> سورة الرعد، الآية 38.

ومن هنا يتّضح جليا مركز الثقل في الحياة الأسرية المتمثل في عنصر الإنجاب باعتباره أسمى وأرقى هدف تُنشده العلاقة الزوجية، بحيث يترتب على انتفائه، تعرّضها للشقاق والانحلال والتفكك، وبالتالي لأبغض الحلال. فإذا كان الطّب المعاصر قد توصل إلى علاج الكثير من الأمراض وإلى إعادة وصل الأطراف التي تُبتر من جسم الإنسان، وهذا ما لا يشكّ أحد في فائدته. فإنّه قد توصل أيضا إلى علاج العقم بوسائل مختلفة، منها ما يُسمّى بالتلقيح الاصطناعي<sup>990</sup> الذي ينجم عنه الإنجاب الاصطناعي، وظاهرة الاستنساخ البشري.

فبظهورهما لم يعد الإنجاب مقتصرًا على الفرض السابق، حيث أصبح من الممكن قيام حمل وولادته، ليس نتيجة اتصال مباشر بين الزوجين، وإنما بتدخّل آخرين في عملية الحمل والولادة، فمن الممكن الاستعانة بنطفة شخص ثالث أجنبي، فسمّي بالتلقيح الاصطناعي بواسطة الغير. كما هناك التلقيح الاصطناعي الخارجي، أي إحداث التخصيب خارجيا، والذي أسفر عن ظهور أسلوبيين آخرين من التلقيح، وهما التلقيح الاصطناعي داخل الأنبوب والتلقيح الاصطناعي بواسطة الأمّ البديلة. وهذا ما أدّى إلى أن أصبح النسب موزعا بين أربعة (04) أشخاص هم: الأب، الأمّ، الولد، ويضاف إليهم المتبرّع.

بالإضافة إلى ما سبق فقد تمّ الإقدام على إنشاء بنوك لحفظ النطف والبويضات لاستخدامها عند الحاجة، ولم يعد يقتصر التطور العلمي على مساعدة الفرد على ممارسة حقّه في الإنجاب (الحصول على طفل)، بل أصبح يُمكنه من إيجاد مولود جديد من طرف واحد فقط، أي الرّجل أو المرأة، على أن يكون هذا المولود نسخة طبق الأصل له، وهو ما يُعرف بالاستنساخ البشري.

كلّ هذه التطوّرات التي سمحت بها التّقنيّات الحديثة في مجال الإنجاب الاصطناعي أثارت تساؤلات بشأن أثرها على العلاقة النّسبية، إثباتا ونفيا، كما أنّ المشرّع الجزائري وضع ضوابط من شأنها تنظيم اللّجوء إلى التلقيح الاصطناعي بشكل

<sup>990</sup> انظر، 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.

يجعلها تتماشى وأحكام الشريعة الإسلامية. فما هي هذه الضوابط؟ وعند تدخل طرف أجنبي عن العلاقة الشرعية، ما هو موقف الشريعة والقانون من ذلك؟ وهل الحمل عن طريق الرحم البديل، تأجيرا أو تبرعا، يُعتبر مشروعاً؟ وما مدى مشروعية زرع الأعضاء التناسلية؟ وهل يُمكن إثبات نسب طفل مستنسخ؟

كلّ هذه الإشكالات سوف نتعرض إليها من خلال هذا الفصل، ففي المبحث الأول سوف نتطرق إلى الاتصال غير الطبيعي بين الزوجين، والذي يتمثل في التلقيح الاصطناعي كبديل لعملية الاتصال الجنسي. أمّا المبحث الثاني فسوف يُعالج الأجنة وكيفية إنشائها وأثرها على النسب. وأخيرا المبحث الثالث يتضمن ظاهرة الاستنساخ البشري وكيفية إثبات النسب فيه.

## المبحث الأول

### الاتصال غير الطبيعي بين الزوجين

#### (التلقيح الاصطناعي كبديل لعملية الاتصال الجنسي)

المحافظة على النسل مقصد من مقاصد الإسلام الضرورية، لذا شرع الله ﷻ النكاح حتى يكون الاختلاط بالمباشرة بين الزوجين عن طريق الإخصاب الطبيعي، وحاجة الإنسان إلى إيجاب ذرية ضرورة فطرية منذ فجر التاريخ، وأهم غاية تسعى إليها النفس البشرية، وحثت عليها الشريعة الإسلامية، إذ قال الله ﷻ: ﴿يَتَأْتِيهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاهُ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاهُ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاهُ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ﴾<sup>991</sup>.

وتُعتبر عملية الاتصال الجنسي بين الزوجين الوسيلة الطبيعية والوحيدة للإنجاب والتي أقرتها الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، إلا أنّ هذه الطريقة قد تعترضها عوائق مرضية تحول دون تحقيق هذه النتيجة، ترجع أساساً إلى ضعف الخصوبة لدى أحد الزوجين، وهذا ناتج عن خلل بيولوجي أو عقم، يحول دون إتمام

<sup>991</sup> سورة الحجرات، الآية 13.

الحمل<sup>992</sup>.

ولقد تصدّى علماء الأجنّة والوراثة في العصر الحديث لهذه العوائق، بنجاحهم في عملية الإخصاب الاصطناعي كبديل للإخصاب الطبيعي. كما شاع في الوقت الحاضر ما يُسمّى بـ"أطفال الأنابيب"، وذلك بالحصول على البويضة من مبيض المرأة بعملية جراحية، ثمّ تنمية البويضة المخصّبة بعد اكتمال مراحل نموّها الأولى في رحم الأمّ بواسطة إدخال هذا الأنبوب من خلال فتحة المهبل إلى الرّحم وقذف البويضة فيه بعد تلقيحها في الرّحم ليبدأ الحمل مساره الطبيعي المعروف. وسُمّيت هذه الطّريقة في الإنجاب "بأطفال تحت الطّلب"، ثمّ ظهر أخيراً في شأن الإنجاب ما يُسمّى بـ"استئجار الرّحم" بمعنى الحمل في رحم الغير<sup>993</sup>.

وعليه لم يعد الإنجاب كما كان من قبل، علاقة شخصيّة بين الزوجين، بل أصبح من الممكن أن يتدخّل طرف ثالث لحدوث الحمل، وهذا الغير قد يكون رجلاً متبرّعاً بنطفة، أو بمنح البويضة من امرأة إلى أخرى، إذ أصبح الولد مشترك المنشأ بين المرأة صاحبة البويضة والأمّ الملقّحة بها التي حملت به ووضعت<sup>994</sup>.

أمام هذا التطّور الذي توصل إليه العلماء في مجال العلوم البيولوجية بصفة عامّة، وعلم الأجنّة بصفة خاصّة، فإنّه قد برزت عدّة تساؤلات قانونية تتعلّق بالبحث في هذه المسألة: ما هو موقف كلّ من الشريعة الإسلامية والقانونين الجزائري والفرنسي من فكرة التلقيح الاصطناعي؟ خاصّة عندما يتطلّب الأمر تدخّل شخص ثالث أجنبيّ عن الزوجين، طبيياً كان أو وسيطاً يُساهم في إتمام هذه العملية، بمقابل أو عن طريق التبرّع، فقد يودّي ذلك إلى انحراف في استخدام هذه الطّريقة في غير إطارها الأخلاقي، بعيداً عن الضوابط الدّينية والقانونية.

وكيف عالج المشرّع الجزائري هذه المسألة في ظلّ التّعدّلات الجديدة بموجب

<sup>992</sup> تفتقر إحصائيات انتشار العقم إلى الدقة والتفاوت من إقليم إلى آخر، فيوجد نحو 10,8% من المتزوجين يعانون من مشكلة العقم، وبتطبيق ذلك على سكان العالم نجد أن هناك 50-80 مليون نسمة يعانون من العقم. انظر، حسيني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الاصطناعي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، 2007، ص.105.

<sup>993</sup> أحمد نصر الجندي، النسب في الإسلام...، المرجع السابق، ص.199.

<sup>994</sup> انظر، أحمد عمراني، التلقيح الاصطناعي بعد الوفاة في ميزان المشروعية، مخبر القانون والتكنولوجيا الحديثة، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2007، ص.55.

الأمر رقم 05-02؟ وما هو موقف القضاء من هذه الطريقة؟ وما هي ضوابط وحدود تطبيق أسلوب التلقيح الاصطناعي فقها وقانونا؟

وسوف نعرض ذلك في المطلب الأول أين نتكلم عن مفهوم التلقيح الاصطناعي، وفي المطلب الثاني نتطرق إلى شروط اللجوء إلى عملية التلقيح الاصطناعي لإثبات النسب. أما في المطلب الثالث فنلجأ إلى أنواع التلقيح الاصطناعي مع بيان موقف كل من الشريعة الإسلامية والقانونين الجزائري والفرنسي من نسب الطفل الناتج عنها.

### المطلب الأول

#### مفهوم التلقيح الاصطناعي

#### (L'insémination artificielle)

يُعدّ 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 مباشر في عملية التئاسل، وإصابتها بمرض قد يؤدي بالزوج المصاب إلى حرمانه من الإنجاب. ومن أجل تجاوز الآثار السيئة التي تُهدد سعادة أسرة محرومة من إنجاب أطفال، توصل بعض الأطباء والعلماء المعاصرين المختصين في طب النساء والولادة إلى مسألة التلقيح الاصطناعي وزراعة الأعضاء التناسلية.

كما أنّ المشرع الجزائري أدرك أهمية تقنيات التلقيح الاصطناعي وضرورتها، وقدّر في الوقت نفسه خطورة القضايا الأخلاقية، الدينية والقانونية التي تُثيرها هذه التقنيات، ومن ثمّ تدخل عن طريق إصدار المادة 45 مكرّر من قانون الأسرة، حيث أجاز بموجبها للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي. فما المقصود بالتلقيح الاصطناعي؟ وما هي شروطه؟ وما هو حكم نسب المولود بالتلقيح الاصطناعي؟

سوف نتعرض إلى تعريف التلقيح الاصطناعي (الفرع الأول)، والتطور التاريخي للتلقيح الاصطناعي (الفرع الثاني)، ثمّ أسباب اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي (الفرع الثالث).

## الفرع الأول

### تعريف التلقيح الاصطناعي

التلقيح لغة من اللقح، وهو يعني لغة: اللقح واللقاح محرّكة الحبل، وهو اسم أخذ من الفعل لَيْدَسَ في الآخر. لَقَحَتِ النَّاقَةُ ونحوها لَقَحًا وَلَقَّاحًا قبلت ماء الفحل<sup>995</sup>، فهي لاقِحٌ. والإلقاح مصدر، والاسم اللقّاح بالفتح والكسر، والملاقيح الأمّهات وما في بطونها من الأجنّة. يُقال لقحت إذا حملت، وألقحت النحل إلقاحا بمعنى أبرت<sup>996</sup>.

الصنّاعة: اسم الفاعل صانع والجمع صنّاع، حرفة الصّانع وعمله، وصنّعهُ يَصنّعهُ صنّعاً فهو مَصنُوعٌ، والصنّاعي ما ليس بطبيعي<sup>997</sup>.

أمّا اصطلاحاً، فقد اختلفت التعريفات حينما اقتضى الأمر تحديد المقصود من التلقيح الاصطناعي. فعرفه البعض بأنه: "إجراء تلقيح بين الحيوان المنوي للرجل وبويضة المرأة عن غير الطّريق المعهود، أي من غير الاتّصال الجنسي"<sup>998</sup>. وقال آخرون: "كلّ طريقة أو صورة يتمّ فيها التلقيح والإنجاب بغير الاتّصال الجنسي الطبيعي بين الرجل والمرأة، أي بغير عملية الجماع"<sup>999</sup>.

من خلال هذه التعاريف، يبدو لنا جلياً أنّ التلقيح الاصطناعي يعتمد على أخذ البويضة من المرأة عند خروجها من المبيض ووضعها في أنبوب خاصّ به سوائل فيزيولوجية مناسبة، ثمّ يؤخذ مني الرجل فيلقح أحد الحيوانات المنوية البويضة. فإذا ما تمّ تلقيحها انقسمت البويضة الملقحة انقساماتها المعروفة حتّى تبلغ مرحلة التوتة، وذلك في اليوم الرابع من التلقيح، ويكون الرّحم عندئذ قد استعدّ لاستقبال البويضة الملقحة. كما تكون النّطفة قد تهيّأت للعلوق بجدار الرّحم، فإذا ما نجحت العملية، تكون مهمّة

<sup>995</sup> ابن منظور، لسان العرب، ج15، ط4، المرجع السابق، ص.219.

<sup>996</sup> مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ط4، مطبعة الشروق الدولية، 1425هـ/2004م، ص.833-834؛ ابن علي الفيومي أحمد، المرجع السابق، ص.336.

<sup>997</sup> ابن علي الفيومي أحمد، المرجع السابق، ص.210؛ ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، د.س.ن، ص.2508.

<sup>998</sup> أحمد زياد سلامة، المرجع السابق، ص.53.

<sup>999</sup> انظر، عبد الرحمن البسام، أطفال الأنابيب، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، الدورة الثانية، ج1، 1986، عدد 02، ص.235 وما يليها.

الطبيب قد انتهت، وتترك النطفة تعلق بجدار الرحم وتُصبح علقة. ثم تنمو بعد ذلك نموًا طبيعيًا إلى مضغة، والمضغة إلى عظم يكسوه اللحم، وبهذا يكون الجنين قد استكمل حياته الرحمية، ويخرج إنسانًا سويًا مكتمل الخلق<sup>1000</sup>.

والتعريف المقترح لعملية التلقيح الاصطناعي هو: "الجمع بين خلية جنسية مذكرة وخلية جنسية أنثوية بغير الطريق الطبيعي، برعاية طبيب مختص قصد الإنجاب".

قبل توضيح مدلول عبارات التعريف نُشير إلى أنه لا يُقصد بالتلقيح الاصطناعي أنّ المادة التي تُستعمل في تخصيب البذرة الأنثوية ليست سائلًا منويًا، بل المقصود أنّ العملية لا تتمّ بالطريق التقليدي للحمل وإنما باستعمال أداة اصطناعية ووسائل طبية تسمح بنقل الحيامن الذكرية أو الجنين المخصّب خارجيًا إلى موضع شتل الجنين<sup>1001</sup>.

عبارة "الجمع بين خليتين جنسيتين، إحداها ذكرية والأخرى أنثوية"، تمييزًا للتلقيح الاصطناعي عن بقية الأساليب المبتكرة الأخرى الموصلة لنفس الغرض كالاستنساخ الذي يعتمد على الجمع بين خلية جسدية وأخرى تناسلية.

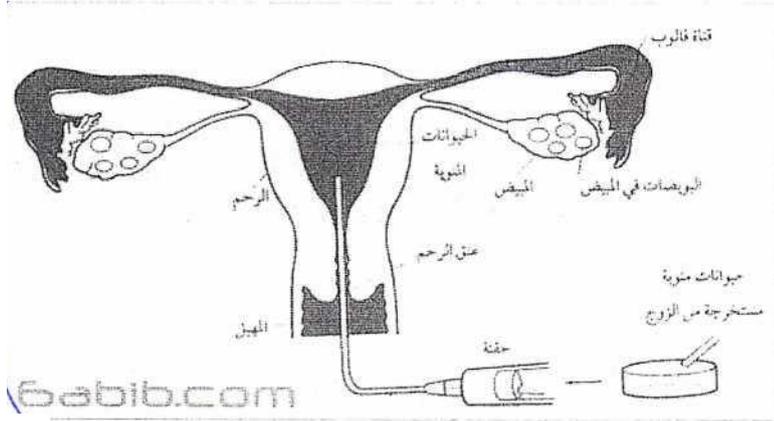
عبارة "بغير الطريق الطبيعي" إشارة إلى العدول عن أسلوب الاتصال الزوجي الطبيعي الموصل لماء الزوج إلى رحم زوجته، إلى تقنية سحب المنى، وحقنه المباشر في الجهاز التناسلي للمرأة أو إضافته إلى الأنابيب المختبرية التي وُضعت بها البويضة الأنثوية مسبقًا -بعد سحبها من المبيض-، والمعدّة خصيصًا لهذا الغرض.

عبارة "برعاية طبيب مختص" تُخرج الصّور المحتملة من الاستدخال الذاتي للمني المعروف منذ القدم، إذ أنّ أسلوب التخصيب الاصطناعي الحديث يتمّ في ظروف وشروط علمية ومعملية تحت المراقبة الطبية في المراكز المؤهّلة لذلك.

<sup>1000</sup> انظر، طفياني مخطارية، إثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري والفقهاء الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2013، ص 74-75.

<sup>1001</sup> انظر، ناهدة البقصي، الهندسة الوراثية والأخلاق، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت، 1993، ص 84.

أما عبارة "قصد الإنجاب" ففيها دلالة وتأكيد على حصر مشروعية هذه التقنية على الغرض الطبّي العلاجي، وهو التغلب على العقم المانع من الإخصاب بالصورة المألوفة، باعتبار العقم مرض كبقية الأمراض التي يُبتلى بها العبد ويُشرع له أن يسعى في طلب الاستشفاء منها. فيقتصر اللجوء إلى هذه الوسيلة على ضرورة العلاج دون التلاعبات أو الرغبات المترفة، كالتحكّم في صفات وجنس المولود، أو إجراء التجارب عليه، إذ لا يُمكن للكائن الأدمي، ولو كان جنينا، أن يكون حقا للتجارب ومحاذاً لفرز النظريات العلمية الصحيحة من الباطلة، وهو ما اجتمعت عليه كلّ التشريعات، السماوية منها والوضعية<sup>1002</sup>.



## الفرع الثاني

### التطور التاريخي للتلقيح الاصطناعي

إنّ تقنية التلقيح الاصطناعي ترجع إلى العرب، إذ استعملوها منذ القرن الرابع عشر ميلادي، في دائرة الأشجار والحيوان<sup>1003</sup>، حيث كانت بعض القبائل العربية تُلقح خيولها من نطف جنسية تحصل عليها من خيل أصيل، بهدف اصطفاء سلالات جيّدة من الخيول<sup>1004</sup>، ثمّ انتقلت إلى أوروبا واستعملها الأوروبيون على البشر.

في بداية الأمر قام الإنسان بالتلقيح الاصطناعي على سبيل التجربة، ولكن ما إن تحققت أوّل تجربة حتّى هلّل الإباحيون وأنزلوها من أنفسهم منزلة الرضا

<sup>1002</sup> إفرودة زبيدة، الاكتشافات الطبية...، المرجع السابق، ص.94.

<sup>1003</sup> جيلالي تشوار، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.93.

<sup>1004</sup> أحمد زياد سلامة، المرجع السابق، ص.53.

والاستحسان، وقالوا عنها تجربة علمية رائدة، باستطاعة العلم الآن، بعد نجاح عملية التلقيح الاصطناعي، أن يقضي على العقم الطبيعي<sup>1005</sup>.

ولقد أُجريت أول عملية تلقيح سنة 1780م، من قبل الكاهن الإيطالي "لزداد سبالا نزالي" (Lizard Sepala NEZALI)، الأخصائي بعلم الغرائز، إذ أجرى أول عملية على أنثى الكلب، فكلّلت التجربة بالنجاح. وفي سنة 1781م، أُجريت أول عملية على المرأة تكلّلت هي الأخرى بالنجاح.

بينما يرى جانب من الفقه أنّ أول تلقيح اصطناعي في التاريخ البشري قام به "هنتر" (Hunter) سنة 1799م. ففي هذه التجربة، كان الأمر يتعلّق بزوجين عقيمين بسبب وجود عاهة وراثية بالزوج، وأنّ العملية قد تمّت بمني هذا الأخير، وأنّ أول تلقيح بواسطة الغير قد تمّ سنة 1884م<sup>1006</sup>.

وفي سنة 1950م، نجح العلماء في تجميد الحيوانات المنوية للثيران في درجة تسع وسبعين تحت الصّفر لنقلها إلى الأبقار لاحقاً<sup>1007</sup>.

وفي سنة 1958م، بدأ الدكتور الإيطالي "دانيال بتروش" (Daniel Betroche)، أبحاثه بغية التعلّب على مشاكل العقم، التي تكون نتيجة انسداد قناة فالوب، أي انسداد المسالك المبيضة عند المرأة<sup>1008</sup>.

قام الدكتور "شانج" (Change)، عام 1959م، في ولاية بوسطن الأمريكية، بتلقيح بويضة أرنب خارجياً ثمّ أعادها إلى رحم الأرنب. وفي سنة 1960م، حاول تجسيد ذلك عملياً في عيادته الخاصة ببولونيا وذلك بتخصيب جنين في رحم اصطناعي من الزجاج، لكن مُنع من طرف الكنيسة، ومع ذلك استمرّ في أبحاثه سرّاً إلى أن توصل، سنة 1966م، إلى إجراء عملية تلقيح البويضة بالسائل المنوي في وعاء

<sup>1005</sup> 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 لابدّ من التفريق بين العقم الذي يعد مرضاً لا علاج له، كغياب الخصية وعدم وجود المبيض، وعدم الإنجاب بسبب وجود عيب. انظر، زكية حميدو تشوار، حكم وسائل الحمل المعاصرة في ضوء الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري، م.ع.ق.إ.، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ج41، 2003، عدد 01، ص.25-26.

<sup>1006</sup> جيلالي تشوار، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.93.

<sup>1007</sup> انظر، أيمن مصطفى الحمل، مدى مشروعية استخدام الأجنة البشرية في إجراءات تجارب البحث العلمي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص.241.

<sup>1008</sup> زبيدة إقروفة، الاكتشافات الطبية...، المرجع السابق، ص.95.

خاص، هو بمثابة رحم صناعي لفترة قصيرة من الزمن<sup>1009</sup>. وفي نفس السنة تمكّن الدكتور (Edwardz) من ضبط وقت التلقيح.

في سنة 1969م، أُجريت عملية تلقيح على عينة كبيرة، إذ وقعت على خمس وستين بويضة، نجحت ثمانية عشر، منها إحدى عشرة عاشت واحداً وثلاثين ساعة، في حين البقية امتدت ساعات قلائل.

وفي سنة 1971م، استطاع العالمان "ستبتو وإدواردز" (Stebtoe & Edwardz)، من إبقاء البويضة الملقحة حية لأكثر من ثلاثة أيام، وتوالت التجارب إلى أن تمّ نجاحها بولادة أول طفلة "لويز براون" (Loius Braoun)، عن طريق الإخصاب الاصطناعي سنة 1978م في إنجلترا<sup>1010</sup>.

وبعد عدّة تجارب، انتشرت هذه العمليات في الكثير من الدول، وفي مستشفيات العالم، بما في ذلك مستشفيات بعض الدول الإسلامية<sup>1011</sup>.

إنّ التلقيح الاصطناعي، حسب التعريفات السابقة، هو عملية يتمّ فيها إخصاب البويضات من قبل خلايا الحيوانات المنوية خارج الرحم في المختبر<sup>1012</sup>.

وتستخدم هذه الطريقة لعدّة أسباب وهذا ما سوف نتناوله في الفرع الثالث.

### الفرع الثالث

#### أسباب اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي

يلجأ الزوجان إلى طريقة التلقيح الاصطناعي لعدّة أسباب، نذكر البعض منها:

<sup>1009</sup> أحمد زياد سلامة، المرجع السابق، ص.60.

<sup>1010</sup> انظر، أحمد محمد لطفي أحمد، التلقيح الصناعي بين أقوال الأطباء وآراء الفقهاء، ط<sup>1</sup>، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص.43-44.

<sup>1011</sup> لقد أسست الدكتورة "صديقة كمال"، التي توصف بأنها أم أطفال الأنابيب في العالم، أول مستشفى لأطفال الأنابيب في الشرق الأوسط ومقرّها المملكة العربية السعودية. وقد تمت أول عملية تلقيح اصطناعي خارج الرحم في الجزائر بعيادة الفرابي بعنابة، في بداية شهر أوت 1999، وحالياً ما زالت تقوم بهذه العمليات في إطار التشريع والقانون الساري المفعول، ويقدر عدد العمليات سنوياً بحوالي 700 عملية حسب التصريحات التي أدلى بها الدكتور عيساوي، المختص بأمراض النساء والتوليد بالعيادة.

<sup>1012</sup> خارج الرحم في المختبر تعني به (In vitro)، أي داخل الزجاج، وهو إجراء بيولوجي يتمّ تنفيذه خارج الكائن الذي يحدث فيه عادة.

- 1- نقص عدد الحيوانات المنوية لدى الزوج، أو ضعفها، ممّا يُفقدّها الحياة قبل التحامها بالبويضة، وقد اهتدى العلماء إلى تجميعه على فترات لغاية بلوغ النّصاب، فتلقّح به البويضة داخل رحم الزّوجة اصطناعياً<sup>1013</sup>.
- 2- الالتهابات المزمنة لقناتي فالوب (Trompes de Fallope) أو انسدادها يمنع البويضة من الإلقاح<sup>1014</sup>، لأنّ الانسداد معناه عدم قدرة التقاء الحيوان المنوي بالبويضة، وبالتالي لا يتمّ الإخصاب<sup>1015</sup>. وفي هذه الحالة يضطرّ الأطباء إلى سحب الخلايا الجنسية وإخصابها داخلياً أو خارجياً.
- 3- إذا كان هناك تضادّ بين خلايا المهبل والحيوانات المنوية<sup>1016</sup>، وتسمّى بعدائية عنق الرّحم، وفيها تُهاجم الأجسام المضادّة في مخاط عنق الرّحم النّطف المنوية وكأنّها أجسام معادية لتقضي عليها، ما يؤدّي إلى موتها قبل دخولها وعلوقها بجدار الرّحم.
- 4- عجز أو ضيق رحم المرأة عن إمساك الجنين، رغم سلامة المبيض كإصابته ببعض الأورام البطانية، فتلقّح بويضتها ثمّ تُزرع في رحم امرأة أخرى.
- 5- انقباض بطانة الرّحم، وهي حالة تنمو فيها الأنسجة الرّحمية خارج الرّحم فتسدّ الأنابيب وتُعطلّ أجزاء أخرى في الجهاز التّناسلي.
- 6- إذا كانت إفرازات المهبل عند المرأة شديدة الحموضة ممّا يتسبّب في قتل الحيوانات المنوية بصورة غير اعتيادية، هنا لابدّ من الحقن داخل الرّحم<sup>1017</sup>.
- 7- الإصابة ببعض الأمراض المزمنة التي تتطلّب تناول بعض الأدوية ذات المفعول السّلبّي على إنتاج الخلايا التّناسلية.
- 8- وجود عيب خلقي في التّركيب الفيزيولوجي للرّجل يمنع من إيصال بذرات الإنجاب إلى الموضع الطّبيعي للحمل.

<sup>1013</sup> انظر، محمد علي البار، التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، الدورة الثانية، ج1، 1986، عدد 02، ص.287.

<sup>1014</sup> أحمد محمد لطفي أحمد، المرجع السابق، ص.47.

<sup>1015</sup> فاطمة الزهراء رابحي زوجة تبوب، المرجع السابق، ص.227.

<sup>1016</sup> محمد علي البار، المرجع السابق، ص.287.

<sup>1017</sup> انظر، عبد الكريم مامون، الإطار الشرعي والقانوني للإنجاب الاصطناعي، م.ع.ق.إ.، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2006، عدد 04، ص.76؛ زبيري بن قويدر، المرجع السابق، ص.20.

- 9- زيادة لزوجة الحيوانات المنوية عند الرّجل<sup>1018</sup>.
- 10- وجود مشاكل بالرّحم، كحالة إزالة الرّحم بعملية جراحية، أو وجود تشوّهات في مهبل المرأة أو استطالتها، أو وجود التهابات مستمرة بالمهبل أو عيوب خلقية بالرّحم، بحيث لا يمكنه أن يستقبل اللقيحة لتنمو فيه.
- 11- إصابة الرّجل ببعض الأمراض، سرعة القذف (القذف المبكر)، أو وجود خلل هرموني في تكوين الحيامن أو وجود أسباب وراثية أخرى<sup>1019</sup>.
- 12- وجود مشاكل في المبيض، كحالة انعدامه، أو إزالته بواسطة عملية جراحية، أو مرضه، بحيث لا يمكنه أن يُفرز بويضات.
- 13- الخوف من انتقال الأمراض الوراثية إلى الجنين أو ولادته بعيوب خلقية. كما توجد حالات أخرى، عجز الأطباء عن تحديد سبب العقم فيها، رغم تأكيد الخبرة الطبيّة السّلامة التامة للزوجين.
- من خلال تعرّضنا لهذه الأسباب، يُمكن القول أنّ العقم (Stérilité) أو عدم الإخصاب (Infertilité)<sup>1020</sup> له أسباب عديدة ومختلفة، لا يُمكن حصرها، بعضها راجع لظروف خاصّة بالمرأة، والبعض الآخر لعلل يُصاب بها الرّجل، وفي بعض الأحيان، الخلل موجود في الزوجين معا. ورغم الفحوصات الطبيّة، تظلّ حالات من العقم غير معروفة السبب، وإن كانت في السّنوات الأخيرة قد قلّت مع التقدّم الطّبيّ الواسع، بحيث تُشكّل الأسباب المؤدّية إلى العقم أو عدم الإخصاب المجهولة، نسبة ضئيلة، إذ تُقدّر بحوالي 30%.
- غير أنّ الإنجازات الطبيّة في مجال التلقّيح الاصطناعي، وإن ساعدت على تحقيق آمال المصابين بالعقم في أن يكون لهم أطفال، فإنّه في الوقت نفسه ترتّبت عنها قضايا أخلاقية ودينية وقانونية بالغة التعقيد، أفضت إلى جدال مستمرّ على كافّة

<sup>1018</sup> حسيني هيكل، المرجع السابق، ص.128.

<sup>1019</sup> المرجع نفسه، ص.237.

<sup>1020</sup> 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 طبييا 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.

المستويات، وعليه، سوف نقوم بدراسة شروط إثبات النسب بالتلقيح الاصطناعي في المطلب الموالي.

## المطلب الثاني

### شروط اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي لإثبات النسب

عرفت العلوم الطبية الحديثة عدّة طرق لحمل المرأة، بعدما كان الإنجاب ينحصر في مفهومه الطبيعي فقط.

نصّت المادة 41 من قانون الأسرة على أنه: "يُنسب الولد لأبيه متى كان الزّواج شرعياً وأمكن الاتّصال، ولم ينفه بالطّرق المشروعة". إلّا أنّ عبارة "وأمكن الاتّصال" لا تنفي وجود طرق حديثة يلحق بها نسب الابن لأبيه، إذ العبرة بحمل المرأة من مني الأب ذاته، بغضّ النظر عن الوسيلة التي أدّت إلى ذلك<sup>1021</sup>.

لذلك، ونظراً لتماشي مسألة التلقيح الاصطناعي ومقاصد الشّرع، كونه يهدف إلى تحقيق أكبر مقاصده، وهي الذّرية، فلم يبق مجال في التشكيك في النسب ومدى شرعيّته.

إلّا أنّ المشرّع الجزائري، كمنظيره المشرّع الفرنسي، علّق إجراء عملية التلقيح الاصطناعي على وجوب توافر عدّة شروط. فيم تتمثّل هذه الشّروط؟

خصّص المشرّع الجزائري المادة 45 مكرّر من قانون الأسرة<sup>1022</sup>، والتي تتماشى مع الشّريعة الإسلامية، وأمّا المشرّع الفرنسي نصّ صراحة على إمكانية خضوع الرّجل والمرأة لإجراء عملية التلقيح الاصطناعي، شريطة أن يتمّ ذلك أثناء حياتهما<sup>1023</sup>.

ولذلك يُشترط لإجراء عملية التلقيح الاصطناعي توافر بعض الشّروط، ونظراً لتعدّدها، يتعيّن تقسيمها إلى شروط متعلّقة بالعمل الطّبي (الفرع الأوّل)، ثمّ الشّروط الموضوعية والشّروط الواجب توافرها في الزّوجين (الفرع الثّاني).

<sup>1021</sup> جيلالي تشوار، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.96.

<sup>1022</sup> انظر، المادة 45 مكرّر من قانون رقم 02-05 المؤرخ في 18 محرم 1426 هـ الموافق لـ 27 فبراير 2005م، المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 هـ الموافق لـ 09 جوان 1984م، والمتضمن قانون الأسرة.

<sup>1023</sup> L'art. 152-2 al. 03 du c.s.p. dispose que: «L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants».

## الفرع الأول

### الشروط المتعلقة بالعمل الطبي

هناك عدّة شروط متعلّقة بالعمل الطّبيّ، نذكر منها ما يلي<sup>1024</sup>:

- 1- أن يكون المركز المشرف على إجراء عمليّة التّخصيب بين الزوجين قد حصل على ترخيص رسمي من الجهات المعنيّة يُخوّل له إجراء مثل هذه العمليات.
- 2- أن يكون الفريق الطّبيّ من أطباء وممرّضين والأعوان التّقنيين في المخابر، والّذين يُساهمون جميعاً في عملية التّلقيح، تقاة ومن أهل الأمانة العلمية والانضباط والضمير المهني، حتّى لا يجد الاحتيال والاستبدال والتّهاون منفذاً للدّسّ على الأنساب. وإذا وقع التّزوير فتُفرض متابعات جزائية صارمة ضدّ فاعليها قد تصل إلى حدّ الحرمان والإقصاء من ممارسة المهنة الطّبيّة نهائياً.
- 3- مراعاة أحكام الفحص الطّبيّ المتعلّقة بكشف العورة، بحيث يقتصر على ما تقتضيه الضّرورة، وأن يكون المعالج للزوج طبيباً ذكراً مسلماً، فإن لم يتيسّر فطبيب غير مسلم، وبالنسبة للمرأة فتُعالجها طبيبة مسلمة ما أمكن، وإلّا فامرأة غير مسلمة، وإلّا فطبيب مسلم ثقة، وإلّا فغير مسلم، وفي الحالتين الأخيرتين لا تجوز الخلوة بين الطّبيب المعالج والمرأة التي تخضع للعلاج إلّا بحضور زوجها أو امرأة أخرى<sup>1025</sup>.
- 4- أن لا تؤدّي عملية الإخصاب إلى نتائج سلبية على صحّة الزّوجة، خاصّة

<sup>1024</sup> انظر في الشروط المعروضة في هذا المطلب ما يأتي:

قرار مجلس المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي في دورته السابعة المنعقدة بمكة بتاريخ 11-16 ربيع الثاني، 1404هـ/1984م؛ قرار مجلس المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي في دورته الثامنة المنعقدة بمكة بتاريخ 28 ربيع الثاني إلى 07 جمادى الأولى 1405هـ/19-28 جانفي 1985؛ قرار مجلس المجمع الفقهي في دورة مؤتمره الثالث بالأردن من 08-13 صفر 1407هـ/11 أكتوبر 1986م؛ انظر، نصر الدين مروك، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، ط<sup>1</sup>، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2003، ص.401؛ زبيدة إقروفة، الاكتشافات الطبية...، المرجع السابق، ص.119.

<sup>1025</sup> توصيات ندوة الإنجاب في ضوء الإسلام المنعقدة بالكويت، 11 شعبان 1403هـ/24 ماي 1983م؛ قرار مجلس المجمع الفقهي المتعلق بالتلقح الاصطناعي وأطفال الأنابيب في دورته السابعة المنعقدة بمكة بتاريخ 11 ربيع الثاني 1403هـ/19 جانفي 1983. انظر، الملحق رقم 17، ص.536.

- قرار مجلس المجمع الفقهي في دورته السابعة المنعقدة بمكة بتاريخ 11-16 ربيع الثاني 1404هـ/1984م.  
- قرار مجلس المجمع الفقهي في دورته الثامنة المنعقدة بمكة بتاريخ 28 ربيع الثاني إلى 07 جمادى الأولى 1405هـ/19-28 جانفي 1985م.

الترتيبات التي تسبق عملية الزرع، كإعطاء بعض الأدوية لتنبية المبيض والتي لها بعض الآثار الجانبية كانتفاخ البطن والارتشاح وغيرها.

5- أن يُكتفى بالحد الأدنى من البويضات المطلوبة طبياً لإتمام عملية الزرع حتى لا يكون هناك فائض يُجمد قد يُتلاعب به. وإذا اقتضى الحال بقاء فائض لنجاح الإخصاب في المحاولة الأولى، فإن حكمها الإعدام بتركها بدون عناية طبية حتى تفقد الحياة، وهو ما قضى به المجمع الفقهي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بالكويت في السادس والعشرين من أكتوبر ألف وتسعمائة وتسعة وثمانين، وبجدة في العشرين من مارس ألف وتسعمائة وتسعين، وهو أيضاً قرار مجلس المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي في دورته الثامنة لسنة ألف وتسعمائة وخمسة وثمانين.

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 يُعدّل عنها لغيرها إلا لضرورة معتبرة شرعاً، مع ضرورة الأخذ في الاعتبار ثبوت رجحان نجاح العملية على الفشل<sup>1026</sup>.

علق الفقه المعاصر، هو الآخر، إجراء العملية على توافر شرط الضرورة القصوى، التي عبر عنها باستحالة حمل المرأة عن طريق المرافقة الطبية. وهكذا يُمكنها أن تعرض نفسها على الطبيب المختص، وطالما أنّ الحاجة متوفرة فلا مجال للحديث عن الاعتداء أو تجاوز الحدود الشرعية<sup>1027</sup>.

جاء في قرار مجلس المجمع الفقهي في الدورة السابعة: "ونظراً لما في التلقيح الاصطناعي، بوجه عام، من ملبسات، حتى في الصور الجائزة شرعاً، ومن احتمال اختلاط النطف أو اللقائح في أوعية الاختبار، ولاسيما إذا كثرت ممارسته وشاعت فإنّ

<sup>1026</sup> 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.

<sup>1027</sup> جيلالي تشوار، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص. 98.

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، تُدَوَّن فيها بيانات الأطراف المشاركة، ابتداء من الزوجين والطبيب والمساعدين حيث تُسجَل فيها كل المعلومات الشخصية والعلاجية والتكاليف المالية وتثبت أيضا موافقتهما، ثم تُحفظ في الأرشيف إلى أجل معيّن من أجل مراجعتها عند التنازع والاختلاف، والعملية كلها في غاية اليسر، خاصة مع تكنولوجيا الإعلام الآلي حيث التخزين والاسترجاع يتم في بضعة دقائق، وفي النهاية تُسَلَّم نسخة للطرفين من عقد الاتفاق بعد تبصيرهما بالمخاطر والاحتمالات التي قد تطرأ من العملية<sup>1028</sup>.

### الفرع الثاني

#### الشرط الموضوعي والشروط الواجب توافرها في الزوجين

يُشترط لإجراء عملية التلقيح الاصطناعي توافر الشرط الموضوعي (أولاً)، والشروط الواجب توافرها في الزوجين (ثانياً).

#### أولاً: الشرط الموضوعي.

يتمثل الشرط الموضوعي في الضرورة العلاجية، وهذا يعني أنّ رغبة الزوجين في الإنجاب غير كافية لممارسة عملية التلقيح، إنّما ينبغي أن يكون أحدهما مصاباً بعقم، وأنّ جميع المعالجات الطبية لم تُعط نتيجة، فلا يبقى أمامهما سوى طريقة الإنجاب الاصطناعي.

كما أنّ هناك حالة أخرى تدخل ضمن الضرورة، تتمثل في اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي لتفادي انتقال مرض خطير للمولود إذا تمّ الاتصال الجنسي بين الزوجين بالشكل الطبيعي<sup>1029</sup>. هذه الحالة لم ينصّ عليها المشرّع الجزائري من خلال المادة 45

<sup>1028</sup> زبيدة إقروفة، الاكتشافات الطبية...، المرجع السابق، ص. 120-121.

<sup>1029</sup> L'art. 1522 al. 02 du c.s.p. proclame que: «Elle a peur 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».

مكرّر من قانون الأسرة<sup>1030</sup>، على خلاف المشرّع الفرنسي الذي أضافها.  
هذا عن الشرط الموضوعي، يا ترى ما هي الشروط الخاصة بالزّوجين؟

### ثانيا: الشروط الواجب توافرها في الزّوجين.

لقد أجازت المادّة 45 مكرّر من قانون الأسرة الجزائري والمادّتين 02-152 و02-2141 من قانون الصّحة العامّة الفرنسي، بصريح العبارة للزّوجين اللّجوء إلى التّلقيح الاصطناعي عند توقّر جملة من الشّروط، وهي الشّروط المتطابقة مع النّتائج التي توصّلت إليها المؤتمرات والندوات الفكرية التي عقدها الأطباء والفقهاء المسلمون المعاصرون بخصوص هذا الموضوع.

#### 1- أن يكون الزّواج شرعيا:

لا يُمكن إجراء عملية التّلقيح الاصطناعي لرجل وامرأة أجنبيّين عن بعضهما، إذ يُعدّ الزّواج الإطار الشرعي والقانوني لهذه العملية، ويقوم على ترجيح العلاقة الشرعية، والتي تكون بعقد زواج شرعي<sup>1031</sup>، على العلاقة غير الشرعية<sup>1032</sup>، بمعنى أنّه يكون مستوفي الأركان ومسجّلا رسميا لدى مصالح الحالة المدنية، أو بحكم قضائي، كما تقتضيه المادّة 22 من قانون الأسرة.

أمّا بالنسبة للزّوجين المرتبطين بعقد عرفي فلا يُمكنهما الاستفادة من التّلقيح الاصطناعي إلاّ بعد تثبيت زواجهما قضائيا، وذلك من أجل إثبات حالتها أمام المركز

<sup>1030</sup> تنص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة على أنه: "يجوز للزّوجين اللّجوء إلى التّلقيح الاصطناعي. يخضع التّلقيح الاصطناعي للشّروط الآتية:

- أن يكون الزّواج شرعيا؛  
- أن يكون التّلقيح برضا الزّوجين وأثناء حياتهما؛  
- أن يتم بمنى الزوج وبويضة رحم الزّوجة دون غيرها؛  
- لا يجوز اللّجوء إلى التّلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة".  
ونشير هنا إلى أن المادة 426 من مشروع ق.ص.ع.ج. لسنة 2003، جاءت بذات النص الوارد في المادة 02/152 من ق.ص.ع.ف.

<sup>1031</sup> تنص المادة 45 مكرر فقرة 03 من ق.أ.ج. على: "أن يكون الزّواج شرعيا".

<sup>1032</sup> جيلالي تشوار، الزّواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.100.

أو المؤسسة المتخصصة<sup>1033</sup>.

هذا ولا تُطرح، في ظلّ التشريع الجزائري، حالة مثليّ ومغيّري الجنس مشاكل قانونية، إذ أنّ كليهما ممنوعين من إجراء عملية التلقيح الاصطناعي لعدم شرعية مثل هذه العلاقات، وعدم الاعتراف بها من قبل المشرّع. وخلافاً لذلك، اشترط المشرّع الفرنسي على الرّاعبين في اللّجوء إلى عملية التلقيح الاصطناعي أن تجمعهما علاقة زوجية، وسمح لمن تربطهما علاقة حرّة من الاستفادة كذلك من المساعدة الطبيّة للإنجاب، شريطة أن يُثبتا أنّه توجد حياة مشتركة بينهما لمدة لا تقلّ عن السنتين<sup>1034</sup>.  
إجابة عن هذه الإشكالية، يرى الفقه الفرنسي بأنّ: "المعاشرة الحرّة تثبت بواسطة عقد يمنحه قاضي الشّؤون العائلية"، وهذا بناء على ما نصّت عليه المادّة 1-372 من القانون المدني الفرنسي<sup>1035</sup>.

كما أكّدت المادّتان 2-152 و 2-2141 من قانون الصّحة العامّة الفرنسي على ضرورة اختلاف الجنس في الرّاعبين للخضوع إلى التلقيح الاصطناعي، أي أنّه يُمنع منعا باتاً إجراء هذه العملية على شخصين من نفس الجنس<sup>1036</sup>.  
وإذا كان الأمر كذلك بالنسبة لمثليّ الجنس، فهل هذا يعني أنّ نفس الحكم ينطبق على مغيّر الجنس؟ هل يُسمح للشخص الذي قام بتغيير جنسه اللّجوء إلى التلقيح الاصطناعي؟<sup>1037</sup>.

إنّ المشرّع الفرنسي سكت بشأن هذه الإشكالية، غير أنّ هذا الشخص الذي غير جنسه يُمكنه الاستفادة من عملية التلقيح الاصطناعي إذا ما اعترف له القضاء

<sup>1033</sup> انظر، زكية حميدو تشوار، شروط التلقيح الاصطناعي في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة الجزائري، م.ع.ق.إ.، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2006، عدد 04، ص.91.

<sup>1034</sup> L'art. 2141-2 du c.s.p. dispose que: «L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants...», mariés ou en mesure d'apporter la preuve d'une vie commune d'au moins deux (02) ans. ».

<sup>1035</sup> 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 ».

جبلالي تشوار، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.98.

<sup>1036</sup> سمح القانون الفرنسي لشخصين من نفس الجنس بإقامة علاقة مشتركة، وهذا ما يعرف بـ"الباكس" (PACS)، وهو عقد لا يطبق عليه ما ورد في القانون الفرنسي بشأن الزواج، وأجازه هذا الأخير حتى يستفيد الأشخاص المرتبطون من نفس الجنس من الضمان الاجتماعي.

Patrick NICOLEAU, op.cit., pp.80 et s.

<sup>1037</sup> هجيرة خدام، المرجع السابق، ص.17.

بجنسه الجديد، وهذا الموقف قد تبنته المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في 22 أبريل 1997م<sup>1038</sup>.

من هنا نستخلص أنّ المشرّع الجزائري أكثر صرامة من المشرّع الفرنسي، لكنهما اشتركا في اشتراطهما مع بعض التفرقة أن يكون محلّ التلقيح الاصطناعي زوجان، رجل وامرأة، مرتبطين بعقد زواجي شرعي، مما يستبعد خضوع المرأة العزباء لعملية التلقيح الاصطناعي، والسّماح بذلك يتعارض مع النّظام العامّ والآداب العمّة ويهدّد النّظام الاجتماعي.

إنّ هذا الشرط لا يكفي لوحده لإجراء عملية التلقيح الاصطناعي، إذ لا بدّ من رضا الزوجين على إجراء عملية التلقيح الاصطناعي وبمضيّ الزوج وبويضة الزوجة دون غيرها.

## II - أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما:

يتضمّن هذا الشرط جزأين أساسيين، وهما:

### 1- رضا الزوجين:

البنوة مسألة اختيارية وليست إجبارية، إذ لا بدّ أن يُعبّر الرّاعبان في التلقيح الاصطناعي عن رضاهما قبل إجراء العملية، وأن يتمسّكا به إلى حين إجرائها. وهو الأمر الذي نصّ عليه كلّ من المشرّعين الجزائري<sup>1039</sup> والفرنسي<sup>1040</sup>.

غير أنّ التّساؤل الذي يُثار بشأن هذا الشرط، يتجلّى في معرفة هل يُمكن إجبار أحد الزوجين، الطّرف الآخر على القيام بالتلقيح الاصطناعي؟ وهل يُمكن الاستناد إلى هذا الرّفص كسبب لإنهاء العلاقة الزوجية؟

طبقا لنصّ المادّة 19 من قانون الأسرة الجزائري فإنّ: "للزوجين أن يشترطا في

<sup>1038</sup> Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, op.cit, p.482.

<sup>1039</sup> تنصّ المادة 45 مكرر فقرة 02 من ق.أ.ج. على: "أن يكون التلقيح برضا الزوجين".

<sup>1040</sup> L'art. 152-2 al. 03 du c.s.p. dispose que: «L'homme et la femme consentant préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination».

عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كلّ الشّروط التي يريانها ضرورية...، ما لم تتناف هذه الشّروط مع أحكام هذا القانون".

وعليه فإنّ عدم وجود هذا الشرط يُخوّل مبدئياً للزوجين رفض القيام به<sup>1041</sup>. أمّا عن مدى تأثيره على الرّابطة الزوجية<sup>1042</sup>، فإنّه إذا رفض أحد الزوجين اللّجوء إلى هذه الطّريقة، فإنّه يحرم الطّرف الآخر من فرصة الإنجاب والحصول على أطفال، وعليه فإنّ طلب الطّلاق المقدم من الزوج لهذا السّبب يكون مؤسساً قانوناً ومبرراً موضوعاً. كما أنّه إذا تمّ الرّفص من طرف الزوج، يُمكن، طبقاً للمادّة 53 من قانون الأسرة، للزّوجة طلب التّطليق<sup>1043</sup>.

<sup>1041</sup> خالد بوزيد، المرجع السابق، ص.32.

<sup>1042</sup> انظر، أمال يعيش تمام ونبيلة أفوجيل، ضوابط التلقح الصناعي من الناحيتين القانونية والشرعية، مجلة المنتدى القانوني، مجلة دورية تصدر عن قسم الكفاءة المهنية للمحاماة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، عدد 04، ص.106.

<sup>1043</sup> انظر، عبد القادر العربي الشحط، الأحكام القانونية العامة لنظام الإنجاب الاصطناعي: دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه دولة، كلية الحقوق، جامعة وهران، 1999-2000، ص.264.

يُشترط في الرضا حتى يكون صحيحا، أن يكون الزوجان بالغين سن 19 سنة على الأقل، وهي في ذات الوقت أهلية زواج<sup>1044</sup> وأهلية مباشرة التصرفات القانونية<sup>1045</sup>.

وتتبعي الإشارة في هذا الصدد إلى أن المشرع الجزائري لم ينص في المادة 45 مكرّر من قانون الأسرة على سنّ الإنجاب، مع أنّ مشروع قانون الصّحة الجزائري لسنة 2003 احتوى هذا الشرط<sup>1046</sup>، عكس نظيره الفرنسي الذي اشترط على المرأة والرجل الراغبين في اللّجوء إلى عملية التلقّيح الاصطناعي أن يكونا في سنّ الإنجاب. هذا ما ورد في نصّ المادة 152-2 فقرة 03 من قانون الصّحة العامّة<sup>1047</sup>، وأكّده المادة 2-2114 من نفس القانون، إلّا أنّه لم يُحدّد سنّا معيّنا بالضبط، إنّما جعل أمر تحديده متروكا لتقدير الطّبيب<sup>1048</sup>.

والجدير بالملاحظة أنّ المشرع الجزائري يُجيز للقاصر أي لمن لم يبلغ بعد أهلية الزّواج أن يتزوّج، شريطة حصوله على إذن قضائي بالزّواج<sup>1049</sup>. فهل هذا يعني أنّ الشّخص المؤدّن له قضائيا بالزّواج يُعتدّ برضاه بشأن التلقّيح الاصطناعي قبل بلوغه سنّ الرّشد القانوني؟<sup>1050</sup>.

الإجابة عن هذا التّساؤل تكون بالنّفي، فالقاصر المتحصّل على الإذن القضائي بالزّواج لا يُمكنه إبداء موافقته بشأن التلقّيح الاصطناعي، والسّبب في ذلك راجع إلى أنّ<sup>1051</sup>:

الأهلية التي يتحصّل عليها الزّوج القاصر<sup>1052</sup> غير كافية لإبداء موافقته على

<sup>1044</sup> المادة 07 فقرة 01 المعدلة من ق.أ.ج.

<sup>1045</sup> المادة 40 من ق.م.ج. والمادة 86 من ق.أ.ج.

<sup>1046</sup> L'art. 427de l'avant-projet de la loi sanitaire dispose que: «L'assistance médicale à la procréation est destinée exclusivement à répondre à la demande d'un homme et une femme en âge de procréer».

<sup>1047</sup> «L' homme et une femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer».

<sup>1048</sup> Cf. Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, op.cit, p.482.

<sup>1049</sup> تنص المادة 07 فقرة 01 المعدلة من ق.أ.ج. على أنه: "... وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكّدت قدرة الطرفين على الزواج".

<sup>1050</sup> جيلالي تشوار، رضا الزوجين...، ص.56-57.

<sup>1051</sup> المرجع نفسه، ص.57.

<sup>1052</sup> انظر، المادة 07 فقرة 02 المعدلة من ق.أ.ج. والتي تنص على أنه: "يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات".

التلقيح الاصطناعي لأنّ المشرّع حدّدها فقط بالنسبة للدّعاوى القضائية دون التصرّفات القانونية الأخرى.

العقد القائم بين الزوجين بشأن التلقيح الاصطناعي لا يندرج ضمن العقود التي يكون القاصر المرشد أهلا لإبرامها<sup>1053</sup>.

وعليه فإنّ السنّ الدّنيا للموافقة على التلقيح الاصطناعي في حالة الإذن القضائي بالزّواج هي السنّ الدّنيا لإمكانية إبرام عقد الزّواج قانونا<sup>1054</sup>.

إلى جانب أهلية الزّواج، يُشترط أن يكون من صدر منه الرّضا متمتعا بكامل قواه العقلية ولم يُحجر عليه.

كذلك يُشترط أن يكون الرّضا خاليا من العيوب كالغلط أو الإكراه أو التّدليس. عكس ذلك، يُمكن لأحد الزوجين أن يتراجع عن رضاه، لكنّ التراجع يجب أن يكون مسبقا على إجراء العملية، ومستحيلا حال البدء في تنفيذها، لأنّ الجنين أصبح أمرا واقعا<sup>1055</sup>.

وحثّى يكون الرّضا غير معيب من الوجهة القانونية يتوجّب على الطّبيب إعلام الزوجين بالمخاطر المرتبطة بالتلقيح الاصطناعي ونسبة النّجاح المتوقّعة وغير ذلك من المعلومات التي من شأنها حمل الطّرفين على اتّخاذ القرار السّليم<sup>1056</sup>.

"ومن زاوية أخرى، ينبغي التّويه إلى أنّ رضا أحد الزوجين يكون غير سليم، إذا علّق على شرط معيّن، كأن يوافق الزّوج على خضوع زوجته للتلقيح، شريطة أن تُنجب له ذكرا. مثل هذا الشرط يُعدّ باطلا والاتّفاق كذلك"<sup>1057</sup>. أو أنّ الطّفّل لا يُنسب إلى الأب إذا وُلد مشوّها، فهذا النّوع من الشّروط يترتّب عليه بطلان الاتّفاق<sup>1058</sup>.

<sup>1053</sup> نصّ المشرّع صراحة في المادة 38 فقرة 02 المعدلة بمقتضى قانون رقم 10-05 المؤرخ في 20 جوان 2005، المغير والمتمم للأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المغير والمتمم، المتضمن القانون المدني، بأن القاصر المرشد له موطن خاص بالنسبة للعقود التي يكون أهلا لإبرامها.

<sup>1054</sup> جيلالي تشوار، رضا الزوجين...، المرجع السابق، ص.57.

<sup>1055</sup> زكية حميدو تشوار، شروط التلقيح...، المرجع السابق، ص.93.

<sup>1056</sup> جيلالي تشوار، رضا الزوجين...، المرجع السابق، ص.62-63.

<sup>1057</sup> المرجع نفسه، ص.65.

<sup>1058</sup> انظر، علي محمد علي قاسم، التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص.136.

ومع أنّ المشرّع اكتفى بالنصّ على شرط التعبير عن الرضا دون تبيان الشكل الذي يجب أن يُحرّر فيه<sup>1059</sup>، إلا أنّ المنطق يفرض أن يُحرّر في شكل كتابي ليكون أكثر ضمانا وحجّة على الزوجين أو أحدهما.

أمّا بالنسبة للتشريع الفرنسي، فبعد أن يتأكد الطبيب بأنّ الزوجين أو الرفيقين مصرّان على الخضوع لعملية التلقيح الاصطناعي، يقترح عليهما اللجوء إلى التّبّي، كما يُعلمهما بأنّ هذه العملية قد تنجح كما أنها قد تبوء بالفشل، ثمّ يُمهلهما مدّة شهر للتّفكير، ابتداء من آخر مقابلة جرت بينهما. بعد انقضاء تلك المهلة، إذا بقيا متمسّكين برغبتهما في الإنجاب الاصطناعي، فإنّ طلبهما يُحرّر كتابيا<sup>1060</sup>. كما أنّه يُصبح الرضا باطلا في حالة وفاة أحد الزوجين، أو مباشرة إجراءات الطلاق، أو انفصالهما في حالة ما إذا كانت تربطهما علاقة حرّة<sup>1061</sup>.

## 2- أثناء حياتهما:

يقصد المشرّع من خلال اشتراطه في نصّ المادة 45 مكرّر من قانون الأسرة الجزائري أن تتمّ العملية "أثناء حياتهما". ولهذا تُمنع الزوجة من تلقيح نفسها بمني زوجها المتوفّى والمجمّد ببنك حفظ النطف. وبالتالي اشتراط قيام الزوجية مع استمرارها بينهما، معناه أن تكون قائمة فعلا وحقيقة.

فبذلك كان من الأجدر على المشرّع أن يُدقّق أكثر في عبارة "أثناء حياتهما" بإضافة "أثناء حياتهما الزوجية"، كي يطل الحظر حالة التلقيح بعد الطلاق<sup>1062</sup> أو الوفاة<sup>1063</sup> أو البطلان.

وهنا لنا أن نتساءل عمّا إذا كان من الممكن إجراء عملية التلقيح للزوجة التي

<sup>1059</sup> نشير إلى أن مشروع ق.ص.ع.ج. نص على أن يتم التعبير عن الرضا كتابيا، حيث جاء في المادة 427 منه ما يلي:

«... Le couple doit exprimer sa demande d'assistance médicale à la procréation par écrit».

<sup>1060</sup> Cf. Patrick COURBE, Droit de la famille, Coll. Compact, Armand Colin, 2<sup>ème</sup> éd., 2001, p.360.

<sup>1061</sup> L'art. 311-20 al. 03 du C.Civ. proclame que: «Le consentement est privé d'effet en cas de décès, de dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou de cessation de la communauté de vie, survenant avant la réalisation de la procréation médicalement assistée...».

<sup>1062</sup> زبيري بن قويدر، المرجع السابق، ص.32.

<sup>1063</sup> نصر الدين مروك، الحماية الجنائية للحق...، المرجع السابق، ص.418.

وافق زوجها على ذلك قبل دخوله في حالة غيبوبة، طالما أنّ رضا الزوجين ينبغي أن يكون قائماً فور إجراء عملية التلقيح الاصطناعي، وإنّ دخول الزوج في غيبوبة سيحول دون تحقيق ذلك، فإنّه لا يجوز في هذه الحالة إجراء العملية<sup>1064</sup>.

### III - أن يتمّ مني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرها:

اشترطت المادّة 45 مكرّر من قانون الأسرة الجزائري صراحة على أن تتمّ عملية التلقيح الاصطناعي بالحيوان المنوي للزوج في بويضة زوجته، دون تدخّل غيرها. والتلقيح في هذه الحالة يُشبه التلقيح الناتج عن الجماع الطبيعي بين الزوج وزوجته. لكن لعوائق مرضية صار من الصّعب أو من المستحيل تحقيق الاتحاد الطبيعي بين بويضة الزوجة ومني الزوج، لذا يتمّ اللّجوء إلى التلقيح الاصطناعي.

كما أنّه يفهم من صياغة هذه المادّة أنّه لا يجوز أن يدخل في عملية التلقيح طرف ثالث، كأن تُستخدم لقيحة جاهزة من نطفة رجل أجنبيّ أو امرأة غريبة أو زرع البويضة الملقحة في رحم امرأة بديلة للزوجة، وبالتالي فإنّ استخدام أيّ طرف ثالث في وسائل الإنجاب يُعتبر باطلاً وغير شرعيّ. على عكس المشرّع الفرنسي الذي يسمح باستخدام طرف ثالث، ولا يعتبر هذا النوع من التلقيح باطلاً، لأنّه يُراعى بالدرجة الأولى مصلحة الزوجين في الحصول على مولود.

إنّ المشرّع الجزائري لا يعترف بمشروعية أيّ علاقة بين رجل وامرأة، سوى العلاقة الزوجية الشرعية، لأنّه لا مجال في القانون الجزائري لما يُسمّى بالعلاقات الحرّة، كما هو مسموح به في القانون الفرنسي.

### IV - لا يجوز استعمال الأم البديلة:

اشترط المشرّع الجزائري عدم جواز الاستعانة بالأمّ البديلة، حتّى لا تتحوّل الأمومة إلى سلعة تُوجّر وتُستأجر، لأنّ الأمومة ليست فقط علاقة بيولوجية، بل معنى الأمومة يكمن في الحمل أساساً، لذلك قال الله ﷻ: ﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ

<sup>1064</sup> هجيرة خدام، المرجع السابق، ص.24.

أُمُّهُ وَهَنَّا عَلَى وَهْنٍ...<sup>1065</sup> . وقال **عَلَى**: ﴿...حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا وَحَمَلُهُ وَفَصَلَّهُ، ثَلَاثُونَ شَهْرًا...<sup>1066</sup> . فربط القرآن الكريم بين الحمل والأمومة، فالتّي تحمل هي الأمّ وليست من تمنح البيضة لغيرها لقاء أجر معيّن، فتعيّن من باب سدّ الذرائع ودرأ المفسدة بمنع الأمّ البديلة، مهما كان في هذه الطّريقة من مصلحة آتية، لأنّ المفسدة فيها أكبر<sup>1067</sup> . كما أنّ المشرّع الفرنسي هو الآخر لم يُجز استعمال الأمّ البديلة<sup>1068</sup> .

وبعد بيان أهمّ الشّروط للجوء إلى التلقيح الاصطناعي، نخرج إلى بيان أنواع التلقيح، وموقف كلّ من الشريعة الإسلامية والقانونين الجزائري والفرنسي من نسب الطّفل النّاجم عن هذه العملية.

### المطلب الثالث

#### أنواع التلقيح الاصطناعي وموقف كل من الشريعة الإسلامية والقانون

##### من النسب الناتج عنها

الأصل أن تضع الزّوجة مولودا بعد أن يتمّ الاتّصال الجنسي بينها وبين زوجها، لهذا تُسمّى هذه الطّريقة بالإنجاب الطّبيعي، غير أنّه قد يُصاب أحد الزّوجين بعقم تُستعصى معالجته بالأدوية والعمليات الجراحية، فيحول ذلك دون تمكين المرأة من الإنجاب<sup>1069</sup> .

بالرغم من تطوّر العلوم الطّبيّة الحديثة في مجال طرق الإخصاب واقتراح الطّرق الكفيلة بمعالجة العقم وضعف الخصوبة لدى الزّوجين، إلّا أنّ بعض الأساليب التي جاء بها تتماشى مع قواعد الدّين والأخلاق ومع بعض النّصوص القانونية سارية المفعول، وبعضها الآخر يتنافى مع مبادئ وقواعد الشرع والتّشريع.

<sup>1065</sup> سورة لقمان، الآية 14.

<sup>1066</sup> سورة الأحقاف، الآية 15.

<sup>1067</sup> عبد القادر بن داود، الوجيز...، المرجع السابق، ص.113.

<sup>1068</sup> سنعالج هذه المسألة من خلال المطلب الأول من المبحث الثاني تحت عنوان "النسب النّاجم عن الأمّ البديلة"، ص.399 وما يليها.

<sup>1069</sup> هجيرة خدام، المرجع السابق، ص.08.

لقد كشفت العلوم البيولوجية الحديثة على وجود طريقتين للإنباب الاصطناعي، تتمثل الأولى في تلقيح بويضة المرأة بمنى زوجها أو رجل أجنبي عنها، عن طريق الحقن داخل عنق رحمها، فسُميت هذه الطريقة بالتلقيح الاصطناعي الداخلي، وهناك التلقيح الاصطناعي الداخلي بنطفة الزوج (الفرع الأول)، والتلقيح الاصطناعي الداخلي بنطفة الغير (الفرع الثاني). أما الطريقة الثانية فتستدعي إما تلقيح البويضة بالمنى داخل أنبوب أو تدخل امرأة أجنبية، بدلا من الزوجة العقيمة لتتولى مهمة الحمل والوضع، وفي كلا الأسلوبين يحدث التلقيح خارج الرحم، لهذا سُميت هذه الطريقة بالتلقيح الاصطناعي الخارجي، ويكون في نطاق العلاقة الزوجية (الفرع الثالث)، وبوجود متبرّع (الفرع الرابع).

### الفرع الأول

#### التلقيح الاصطناعي الداخلي بنطفة الزوج وعلاقته بالنسب (Insémination Intra Utérine conjugale)

تتم هذه الطريقة بحقن الزوجة بمنى زوجها في رحمها<sup>1070</sup>، وبذلك تكون العملية داخل رحم الزوجة، لهذا سُميت بالتلقيح الاصطناعي الداخلي. إن الاتصال الجنسي بين الزوجين لا يؤدي بالضرورة إلى تحقيق الحمل، وهذا لاستحالة تلاقي منى الزوج ببويضة الزوجة، وهذا راجع إما لإصابة الزوج بقصور يمنعه من إيصال مائه إلى مهبل الزوجة، أو قد يكون سريع الإنزال، أو أن سائله المنوي ليس بالكف والتوعية الكافيين لإتمام عملية الإخصاب<sup>1071</sup>. أمام هذه الإشكاليات توصل الأطباء إلى اكتشاف طريق سهل وناجع لإحداث التلاقي بينهما، حيث تؤخذ النطفة الذكورية من الرجل وتُحقن داخل رحم المرأة، لتلتقي النطفة التقاء طبيعيا بالبويضة التي يُفرزها المبيض، ويقع التلقيح بينهما، ثم العلق في

<sup>1070</sup> انظر، عبد الكريم مامون، رأي الشريعة بشأن الأم البديلة وتأجير الأرحام، م.ع.ق.إ.، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2004، عدد 02، ص.21.

<sup>1071</sup> انظر، فاخوري سبيرو، العقم عند الرجال والنساء: أسبابه وعلاجه، دار العلم للملايين، لبنان، ط<sup>6</sup>، 1991، ص.117 وما بعدها.

جدار الرحم، فتكّال العملية بالتّجّاح، لينمو الجنين نموّاً طبيعياً، كما هو الحال بالنّسبة للإنباب الطّبيعي<sup>1072</sup>.

وتشير إلى أنّ هذا النوع من التّلقیح لا يثير مشاكل قانونية أو صعوبات، خاصّة إذا تمّ أثناء حياة الزوج. لكن إذا استعمل السائل المنوي للزوج فنثار عدّة إشكاليات لأنّ التطوّر العلمي توصل إلى إمكانية تجميد الخلايا الإنسانية لفترة معيّنة تسبق تحللها، وتبقى صالحة للإخصاب<sup>1073</sup>، الأمر الذي أدّى إلى إنشاء مراكز حفظ وتجميد السائل المنوي.

تجرى عمليات التّلقیح الاصطناعي في مؤسسات صحيّة أو عيادات متخصصة متحصّلة على رخصة إدارية مسبقة لممارسة نشاطها<sup>1074</sup>، وتتمّ تحت إشراف الطّبيب الذي يتولّى مسؤولية مراقبة توافر الشّروط الخاصّة بالعملية، وكذا إحاطة الزوجين علماً بإمكانية نجاح أو فشل العملية<sup>1075</sup>.

تتطلب عملية التّلقیح الاصطناعي خضوع الزوجين لإجراء تحاليل وفحوص طبيّة للتأكد من خلوها من أيّ مرض خطير<sup>1076</sup>.

### أولاً: التّلقیح الاصطناعي بنطفة الزوج أثناء حياته وتحديد نسب المولود الناجم عنه.

يتمّ اللّجوء إلى هذه العملية عندما تكون الحيوانات الذّكرية سليمة، والأنابيب عند الزّوجة مفتوحة، والرحم جيّد، ولكنّ السّبب الذي يمنع الحمل هو وجود مضادّات

<sup>1072</sup> انظر، أحمد الزرقاء مصطفى، التلقیح الاصطناعي وأطفال الأنابيب، ندوة عقدها مجلس المجمع الفقهي الإسلامي، موجود على موقع الانترنت: [www.taiba.org](http://www.taiba.org).

<sup>1073</sup> نصر الدين مروك، الحماية الجنائية للحق...، المرجع السابق، ص.402.

<sup>1074</sup> En France, l'autorisation est délivrée pour une durée de cinq (05) ans, elle est accordée après avis de deux (02) organismes consultatifs: La commission nationale de médecine et de biologie de la reproduction et du diagnostic prénatal et le comité national de l'organisation sanitaire et sociale. Pour plus d'informations il y a lieu de consulter le code de la santé publique, notamment ses articles n° 152/9, 184/1, 184/5 et 673/5, ainsi que l'arrêté du 12 juillet 1999 relatif aux règles de bonnes pratiques cliniques et biologiques en assistance médicale à la procréation sur : <http://www.legifrance.gouv.fr>.

<sup>1075</sup> Art. 152/10 du c.s.p.

<sup>1076</sup> هجيرة خدام، المرجع السابق، ص.11.

للحيوانات المنوية في عنق الرحم<sup>1077</sup>.

قبل إجراء عملية التلقيح الاصطناعي، يقوم الطبيب أولاً بتنشيط المبيض وتقويته عن طريق هرمونات خاصة، ثم تُجرى صور إيكوغرافية لمتابعة ظهور وتطور الجريب من أجل حقنه بإبرة خاصة تحت المبيض على إطلاق عدّة بويضات، وبعد ستة وثلاثين (36) ساعة، تستعدّ الزوجة لإجراء العملية.

بعد هذه المرحلة الأولى، يقوم الطبيب المختصّ بتحضير المنى في اليوم المحدّد لإجراء العملية، ويكون بواسطة الاستمناء في مخبر مختصّ، فتُجرى عليه التحاليل اللازمة لإحصاء عدد الحيوانات المنوية، وكذا مراقبة حركتها. وعند انتهائه من هذه المرحلة، تُصبح هذه الأخيرة جاهزة وصالحة للإخصاب، تُجمع في إبرة خاصة ليتمّ إدخالها بالحقن في رحم المرأة بدلاً من وضعها في المهبل<sup>1078</sup>، وبهذا تلتقي النطفة التقاء طبيعياً بالبويضة فيتمّ التلقيح بينهما<sup>1079</sup>.

بعد بيان الطريقة التي تجري بها العملية يُثار التساؤل حول مدى مشروعية هذه الوسيلة من الإنجاب، خاصة معرفة موقف الفقه الإسلامي منها، وموقف المشرّعين الجزائري والفرنسي على حدّ سواء.

تضاربت آراء الفقهاء<sup>1080</sup> حول مسألة التلقيح الاصطناعي، إلا أنّ الأغلبية ذهبوا إلى إباحتها، وذلك لعدم إثارتها لمشاكل قانونية خاصة، بل على العكس، فهي تهدف إلى القضاء على ما يُمكن أن تُثيره مسألة العقم من آثار نفسية ومشاكل بين الزوجين<sup>1081</sup>.

<sup>1077</sup> زبيري بن قويدر، المرجع السابق، ص.22.

<sup>1078</sup> أحمد زياد سلامة، المرجع السابق، ص.348.

<sup>1079</sup> هجيرة خدام، المرجع السابق، ص.11.

<sup>1080</sup> انظر، محمد أمين بن عمر المعروف بحاشية ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج3، دار الكتب العلمية، بيروت، ص.213 (الفقه الحنفي)؛ انظر، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2، دار إحياء الكتب العربية، د.س.ن، ص.468؛ أحمد الدردير أبو البركات، الشرح الكبير، المرجع السابق، ص.468 (الفقه المالكي)؛ انظر، أبو القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي القزويني الشافعي، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، تحقيق، علي محمد عوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1417هـ/1997م، ص.37 (الفقه الشافعي). شرع هؤلاء الفقهاء التلقيح الداخلي، أما الحنابلة فلم يجيزوا هذا النوع من التلقيح. موقف الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ص.430.

<sup>1081</sup> أحمد محمد لطفي أحمد، المرجع السابق، ص.71.

يُعتبر التلقيح الاصطناعي بنطفة الزوج أثناء حياته، وسيلة للتداوي، فهو أمر مشروعاً حفاظاً على النفس البشرية. وإنّ قانون الأسرة الجزائري اشترط لجواز هذه العملية أن يتمّ التلقيح بمنى الزوج وبويضة الزوجة، دون غيرها وأثناء حياتهما (المادة 45 مكرراً). ففي هذه الحالة يلحق نسب الولد بأبيه، وذلك بغضّ النظر عن وسيلة الإنجاب، لأنّها لا تؤثر على ثبوت النسب، سواء كانت طبيعية أو اصطناعية.

يستفيد المولود في هذه الحالة، من قرينة الأبوة التي نصّ عليها القانون، لأنّ هذا الأخير لم يشترط لتطبيقها أن يكون الإنجاب قد تمّ بناء على اتصال جنسي مباشر بين الزوجين، بل أن يكون المولود من ماء الزوج والزوجة<sup>1082</sup>.

كما تمّت أول عملية تلقيح اصطناعي بين زوجين في فرنسا سنة 1804م<sup>1083</sup>، وأول قضية عُرضت على القضاء الفرنسي بخصوص هذا الأسلوب من الإنجاب كان سنة 1883م، ونظراً لعدم تنظيم المشرع الفرنسي آنذاك لمسألة التلقيح الاصطناعي، توجّب على القضاء أن يعتمد على اجتهاده الخاصّ للفصل في القضايا المعروضة أمامه.

إنّ موقف القضاء الفرنسي في البداية كان صارماً، إذ أنّه رفض الاعتراف بهذا النوع من التلقيح، وظهر ذلك جلياً من خلال القضية التي عُرضت على محكمة استئناف Bordeaux بتاريخ 25/04/1884م<sup>1084</sup>، حيث تتلخّص وقائعها في لجوء زوجين كانا يُعانيان من عدم القدرة على الإنجاب إلى إجراء عملية التلقيح الاصطناعي بواسطة نطفة الزوج، وتمّت العملية تحت إشراف الطّبيب إلّا أنّها لم تُكلّل بالنجاح ممّا أدّى إلى استياء الزوجين ورفضهما دفع أتعاب الطّبيب المتفق عليها.

تعرّض هذا الموقف القضائي الرافض لعملية الإنجاب بواسطة نطفة الزوج إلى النّقد من طرف الفقه الفرنسي<sup>1085</sup> الذي اعتبرها وسيلة لعلاج العقم وحافزاً قوياً للرفع

<sup>1082</sup> زكية تشوار حميدو، شروط التلقيح...، المرجع السابق، ص.36.

<sup>1083</sup> Cf. Assistance médicale à la procréation, 50 ans de bioéthique, sur: <http://www.génétiq.org.fr>,

p.01.

<sup>1084</sup> Cf. C. Cass. de Bordeaux, Ch. Civ., 25/04/1884, R.T.D.Civ., 1956, p.269, cité par :

عبد القادر العربي الشحط، الأحكام القانونية...، المرجع السابق، ص.177.

<sup>1085</sup> عبد القادر العربي الشحط، الأحكام القانونية...، المرجع السابق، ص.180.

من معنويات الزوجين والتخفيف من آلامهما النفسية. عملاً بهذا النقد، ونتيجة لتطور فكرة العلاج عن طريق التلقيح الاصطناعي ورواجها في المجتمع الفرنسي، وكذا إقبال العديد من الأزواج الذين يعانون من العقم عليها، عدل القضاء الفرنسي عن موقفه الصارم، وأباح هذا النوع من التلقيح. هذا ما قضت به محكمة استئناف Toulouse في قرارها الصادر بتاريخ 21 سبتمبر 1982م. من خلال ما تقدم ذكره نلاحظ أنّ الآراء كانت متضاربة بين مؤيد ومعارض لعملية التلقيح الاصطناعي بنطفة الزوج على قيد الحياة. غير أنّ المشرع الفرنسي قد تدخل سنة 1994م ونظم مسألة التلقيح الاصطناعي بموجب قوانين والتي أتبعها بقرارات

ومراسيم لتكاملتها<sup>1086</sup>، فأجاز اللجوء إلى المساعدة الطبيّة باعتبارها موجّهة للاستجابة لطلب الإنجاب المقدم من قبل الشّخصين الذين يُعانيان عدم القدرة على تحصيل النّسل بالشّكل الطّبيعي<sup>1087</sup>.

وما يدلّ على مشروعية هذا الأسلوب من التّفكيح، هو أنّ المشرّع الفرنسي نصّ صراحة على إمكانية خضوع الرّجل والمرأة لإجراء عملية التّفكيح الاصطناعي، شريطة أن يتمّ ذلك أثناء حياتهما<sup>1088</sup>.

أمّا إذا كان الرّجل والمرأة على علاقة حرّة، فإنّ المولود يُعتبر ابنا طبيعيا ويرتبط بأبويه بعد أن يعترف به والده البيولوجي. وفي حالة عدم اعترافه به يُمنح النّسب الطّبيعي بناء على تصريح قضائي بعد اتّخاذ إجراء البحث عن الأمومة أو الأبوة، وهذا استنادا للفقرة 01 من المادّة 334-8 من القانون المدني التي نصّت على:

«La filiation naturelle est légalement établie par reconnaissance volontaire. La filiation naturelle peut aussi se trouver légalement établie par la possession d'état ou par l'effet d'un jugement».

وكذلك بناء على الفقرة 01 من المادّة 340 من نفس القانون التي نصّت على:

«La paternité hors mariage peut-être judiciairement déclarée».

استنادا لما تقدّم ذكره، نلاحظ أنّه طبقا للقانون الفرنسي، يُعامل المولود النّاجم عن ماء الزوجين اصطناعيا بنفس الطّريقة التي يُعامل بها المولود النّاجم عن الإنجاب الطّبيعي حيث يُمنح له النّسب الشّرعي إذا كان أبواه البيولوجيان مرتبطين بعقد قران<sup>1089</sup>، ويُمنح له النّسب الطّبيعي إذا كان أبواه يقيمان علاقة حرّة<sup>1090</sup>.

<sup>1086</sup> Loi n°94-653 du 29 juillet 1994, relative au respect du corps humain, et la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994, relative au don et l'utilisation des éléments et produits du corps humain à l'assistance médicale, à la procréation et du diagnostic prénatal ; J.O.R.F. n°175 du 30 juillet 1994.  
- Loi 2004-800 du 06 août 2004, relative à la bioéthique, op.cit. Sur : <http://www.chu-rouen.fr>.

انظر، الملحق رقم 20، ص.566.

<sup>1087</sup> L'art. 2141-2 du c.s.p. dispose que: «L'assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à la demande parentale d'un couple».

<sup>1088</sup> L'art. 152-2 al. 03 du c.s.p. dispose que: «L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants».

<sup>1089</sup> ذكر المشرع الفرنسي قرينة الأبوة الشرعية في المواد من 312 إلى 318-2 من ق.م.

<sup>1090</sup> ذكر الآثار المترتبة عن النسب الطبيعي في المواد من 331 إلى 334-10 من نفس القانون.

أما المشرع الجزائري، بموجب المادة 45 مكرّر من قانون الأسرة، أجاز أسلوب التلقيح الاصطناعي، شريطة أن يتم ذلك بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة، وأن يُعبراً عن رضاها، مع قيام العلاقة الزوجية بينهما. فالمفروض أنه متى توافرت هذه الشروط وخضعت الزوجة للعملية فنتج عنها ولادة طفل، فهذا الأخير يُعدّ ابناً شرعياً وبيولوجياً للزوجين.

إنّ إضفاء صفة الشرعية على نسب المولود يُعدّ أمراً منطقياً طالما أنه يحمل صفاتهما الوراثية وولد أثناء قيام العلاقة الزوجية، إذ أنّ رابطة الزواج تُعتبر سبباً لثبوت النسب. فكلّ نسل ينتج من مخالطة الرجل بالمرأة يُعدّ ابناً شرعياً لهما وتثبت البنوة للزوج الذي تربطه بمن أنجبت عقد قران<sup>1091</sup>. المشكل لا يُثار هنا، إنّما يُطرح عند مراجعة نصّ المادة 41 من قانون الأسرة إذ تنصّ هذه الأخيرة على أنه: "يُنسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة".

إنّ نصّ هذه المادة لا يتماشى مع التطور الطبي، فالتلقيح الاصطناعي لا يُتصوّر معه الاتصال الجنسي إنّما تلاقي البويضة بالمني بطرق اصطناعية، لذلك ينبغي على المشرع وحتى تتسق المادة 41 من قانون الأسرة مع المادة 45 مكرّر من نفس القانون أن يُضيف إلى المادة 41 عبارة إذا أمكن الاتصال أو تلاقي البويضة مع المني.

من جهة أخرى، لم يُبين المشرع الجزائري ما إذا تعلّق الأمر بتلقيح البويضة بالمني داخلياً أم يتعلّق الأمر أيضاً بإباحة أسلوب التلقيح داخل الأنبوب. لكن على الأرجح أنّ الطفل الناجم عن التلقيح الاصطناعي بعد إحداث تلاقي البويضة مع المني داخل الأنبوب يُعدّ ابناً شرعياً لهما ولا مجال للشكّ في نسبه إلى والديه.

إنّ المولود الناجم عن هذه العملية يُنسب إلى الزوجين، كما لو كان قد وُلد نتيجة الإنجاب الطبيعي لا الاصطناعي، وطبقاً للقانون الفرنسي، فإنّ المولود الناجم عن هذه العملية إمّا أن يكون ابناً شرعياً وإمّا أن يكون ابناً طبيعياً، وذلك حسب نوع

<sup>1091</sup> انظر، جيلالي تشوار، نسب الطفل في القوانين المغاربية للأسرة بين النقص التشريعي والتنقيحات المستحدثة، م.ع.ق.إ.، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2005، عدد 03، ص.04-05.

العلاقة القائمة بين الرجل والمرأة. فإن كانا متزوجين، فإن عقد الميلاد يُثبت النسب من جهة الأم وقرينة الأبوة الشرعية تُطبّق. ولهذا نقول بأنّ الابن يُعتبر ابنا شرعيا ويُنسب إلى الزوجين، أي والديه البيولوجيين، وهذا استنادا لنصّ المادة 312 فقرة 01 من القانون المدني التي تنصّ على أنّه:

«L'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari».

واستثناء يُمكن للزوج أن يُنكر أبوته للمولود إذا أثبت حقيقة أن لا علاقة بيولوجية تربطه به طبقا للفقرة الثانية من المادة ذاتها التي جاء فيها:

«Néanmoins celui-ci pourra désavouer l'enfant en justice, s'il justifie de faits propres à démontrer qu'il ne peut pas en être le père».

وإنّ الإثبات في هذه الحالة لا يُعدّ سهلا، خصوصا إذا خضعت الزوجة لعملية التلقيح الاصطناعي في حضوره، اللهم إلاّ إذا أثبت تواطؤ الطبيب معها، أو أنّها أقامت علاقة غير شرعية مع رجل آخر أثناء مراحل التلقيح الاصطناعي.

هذا ويحب أن يُسجّل المولود فور ولادته تحت اسم أمّه واسم أبيه. أمّا إذا تمّ تسجيله دون الإشارة إلى اسم والده، فإنّ قرينة الأبوة تُستبعد، تطبيقا لنصّ المادة 01/313 من القانون المدني، التي نصّت على أنّه:

«La présomption de paternité est écartée quand l'enfant, inscrit sans l'indication du nom du mari, n'a de possession d'état qu'à l'égard de la mère».

وإذا كان المشرّع قد أقرّ بإمكانية استبعاد قرينة الأبوة، وإلحاق نسب المولود إلى والدته فقط، فإنّه بالمقابل أعطى الفرصة للزوج بالمطالبة بإعادة الاعتراف له بأبوته تجاه المولود، وذلك بعد مراعاة الشّروط الواردة الذّكر بالفقرة الثانية من نصّ المادة 2-313 من القانون المدني، إذ جاءت على النّحو التّالي:

«Chacun des époux peut demander que les effets de la présomption de paternité soient rétablis, en justifiant que dans la période légale de la conception, une réunion de fait a eu lieu entre eux, qui rend vraisemblable la paternité du mari».

وإذا كان كل من المشرعين الجزائري والفرنسي أباحا أسلوب التلقيح الاصطناعي لنطفة الزوج أثناء حياته، فكيف يكون موقفهما إذا توفّي الزوج ورغبت زوجته في الإنجاب بواسطة هذه التقنية الحديثة؟ وهل يثبت نسب المولود في هذه الحالة من الزوج المتوفّي، وهو صاحب الحيوان المنوي؟ أم أنّ العبرة بحمل الزوجة أثناء قيام الرابطة الزوجية؟

### ثانيا: التلقيح الاصطناعي بنطفة الزوج بعد وفاته وتحديد نسب المولود الناجم عنه.

توصّلت الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبيّة والبيولوجية إلى إمكانية تجميد السائل المنوي، وإنّ نجاح هذه التقنية دفع الدّول إلى المسارعة بإنشاء مراكز تجميد وحفظ السائل المنوي (C.E.C.O.S.)<sup>1092</sup>.

وتعتبر الولايات المتّحدة الأمريكية واليابان السّباقتان في إنشائها، وذلك سنة 1963م. أمّا في فرنسا فإنّ هذه التقنية بدأت في التّطور منذ أن أنشئ أول بنك لحفظ وتجميد السائل المنوي على مستوى مستشفى (Kremlin-Bicêtre) سنة 1973م، من قبل الدّكتور (David George). وفي نفس السّنة تمّ إنشاء بنك آخر على مستوى مستشفى (Necker) بباريس من طرف الدّكتور (Albert Netter). وبعد ذلك شهدت فرنسا ظهور عدّة مراكز أخرى<sup>1093</sup>.

بالنسبة للجزائر، فلم تشهد لحدّ الآن ظهور هذه المراكز، وهذا راجع ربّما لعدم توافر الإمكانيات الماديّة، كما أنّ هذه المسألة تُثير عدّة مشاكل شرعية. تتمّ هذه الطّريقة بأخذ الحيوانات المنوية أثناء الحياة الزوجية وقبل الوفاة، ويُحتفظ بها في بنوك المنّي، وبعد انتهاء الحياة الزوجية بموت الزوج أو طلاق بائن، تعتمد الزوجة إلى استرجاع المنّي وإجراء التلقيح الداخلي ليتمّ الحمل، رغبة منها في أن

<sup>1092</sup> C.E.C.O.S.: Centre d'étude et de conservation de l'ovule et du sperme.

<sup>1093</sup> Cf. André CLAVERT, L'heure du doute, insémination artificielle : Enjeux et problématiques, Ethiques et sciences, La fédération Française des C.E.C.O.S, Ed. John LIBBEY Eurotext, Paris, 1994, p.17.

يكون لها من زوجها أو لأي سبب آخر يتعلّق بالميراث أو غيره<sup>1094</sup>. ولكن، هنا لابدّ أن نُميّز بين حالتين:

### الحالة الأولى: إذا تمّت عملية زرع اللقيحة بعد وفاة الزوج وبعد انتهاء العدة.

وقد تحدث هذه الحالة إذا ما استمرّ تجميد اللقيحة أو السائل المنوي لفترة طويلة من الزمن<sup>1095</sup>، كحفظ اللقيحة في بنوك الأجنة فترة ستة أشهر بعد الوفاة مثلاً، ثمّ زُرعت في رحم الزوجة (سابقاً) وحملت به مدّة الحمل تسعة أشهر، فإنّ المجموع يُصبح خمسة عشرة شهراً، أي سنة وثلاثة أشهر، فلا يُنسب الولد لأبيه لأنّه جاء بعد مضيّ المدّة الأقصى للحمل (م 43 ق.أ.).

وهذا حكم يتطابق مع كلّ من الشرط الذي وضعه المشرّع الجزائري لجواز التلقيح الاصطناعي الذي مفاده أن يتمّ ذلك خلال حياة الزوجين ومع ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية من عدم التشجيع على إتمام عملية التلقيح الاصطناعي بعد وفاة الزوج، حيث ذهب غالبيتهم إلى تحريم إجراء عملية التلقيح الاصطناعي بعد وفاة الزوج، أي بعد انتهاء الحياة الزوجية، التي تنتهي عندهم منذ لحظة الوفاة<sup>1096</sup>، وأنّ التلقيح في هذه الحالة إذا تمّ فإنّه يتمّ بنطفة من غير الزوج الذي أصبح في حكم الأجنبي، ممّا يستوجب تحريمها، وبالتالي لا يُنسب هذا المولود إلى صاحب النطفة.

وللدلالة أيضاً، فإنّ التلقيح بهذه الصورة لا يتماشى مع أحكام الميراث التي نصّ عليها قانون الأسرة، إذ تنصّ المادة 128 منه على أنه يشترط لاستحقاق الإرث أن يكون الوارث حياً أو حملاً وقت افتتاح التركة... ذلك ممّا يكون من حقّ الورثة الاعتراض على انتساب الطّفل الذي يأتي نتيجة لهذه الصورة من التلقيح من الشّخص

<sup>1094</sup> حسيني هيكل، المرجع السابق، ص.132.

<sup>1095</sup> الأجنة المجمدة: هي أجنة في مراحلها المبكرة أو الأولى، يتمّ حفظها في ثلاجات خاصة، في درجة حرارة معينة، وفي سائل خاصة. تحفظ وتبقى على حالها دون نموّ لحين الحاجة إليها، وعند طلبها يتمّ إخراجها من الثلاجات المحفوظة بها ويسمح لنا بالنمو. أحمد محمد لطفي أحمد، المرجع السابق، ص.134.

<sup>1096</sup> لقد أفتى المجمع الفقهي الإسلامي المنعقد بمكة في دورته السابقة عام 1404هـ أن هذه الصورة من حيث الحكم تعتبر محرمة. سفيان بن عمر بورقعة، المرجع السابق، ص.479.

المتوفى<sup>1097</sup>.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي، فبموجب قانون 94-654، المؤرخ في 29 جويلية 1994م، ومع أنه لم ينص صراحة على منعه لهذا الأسلوب من التلقيح، إلا أنه يمكن استخلاصه من نص المادة 02/152 من قانون الصحة الفرنسي، حيث اشترطت فقرتها 03 أن يكون الرجل والمرأة على قيد الحياة، وأن يُعبراً عن رضاهما للخضوع للعملية. وهذا المعنى أكدته المادة 2141-02، الفقرة 03، من نفس القانون. وعليه، وحتى تتم الاستفادة من عملية التلقيح الاصطناعي لا بد أن يكون الزوجان على قيد الحياة على الأقل وقت التصريح برضاهما الأولي. وعلى هدي هذه الآراء سارت اللجنة الطبية الفقهية، حيث أقرت في إحدى توصياتها بأنه: "لا يجوز في أي حال من الأحوال، استخدام مني الزوج المتوفى بتلقيح بويضة زوجته السابقة، سواء كان تلقيحا داخليا أم خارجيا، لأنه بموت الزوج ينتهي رباط الزوجية"<sup>1098</sup>.

### الحالة الثانية: إذا تمت عملية زرع اللقحة بعد الوفاة وأثناء العدة.

ذهب عدد قليل من الفقهاء، ومنهم الدكتور عبد العزيز خياط، إلى الاعتراف بهذه العملية، وذلك على أساس الجواز مع عدم الاستحسان، فقال: "وقد يلجأ الرجل إلى حفظ منيّه في مصرف منوي لحسابه الخاص ثم يتوفى، وتأتي زوجته بعد الوفاة فتلقح داخليا بنطفة منه وتحمل، والحكم في هذا: الولد ولده، وأن العملية، وإن كانت غير مستحسنة، فهي جائزة شرعا، فإن الولد يثبت نسبه لأن الفراش قائم بقيام العدة ولأن النسب ثابت قبل الولادة، وثابت أن النطفة منه"<sup>1099</sup>.

ولدرء شبهة الزنا عن المرأة الحامل في غياب زوجها أي بعد وفاته، يرى البعض أنه يُشترط لإجراء عملية التلقيح بعد وفاة الزوج أن تشهد المرأة على أنها قد

<sup>1097</sup> جيلالي تشوار، عولمة...، المرجع السابق، ص.115.

<sup>1098</sup> زكية حميدو تشوار، شروط التلقيح...، المرجع السابق، ص.49.

<sup>1099</sup> انظر، عبد العزيز خياط، حكم العقم في الإسلام، وزارة الأوقاف وشؤون المقدسات الإسلامية، الأردن، 1981، ص.31؛ أحمد عمراني، المرجع السابق، ص.115.

أخذت مني زوجها من مصرف المنى. كما تشترط أيضا الشهادة عند إيداع مني الزوج<sup>1100</sup>.

وبناء عليه، فإنّ القول بعدم جواز هذا النوع من التلقيح، أي التلقيح بمنى الزوج بعد وفاته، حتّى ولو عبّر عن رضاه قبل وفاته، فالعبرة بتحرير الرضا كتابة وقت إجراء العملية، يتفق وتستلزمه مقتضيات المبادئ الثابتة التي بُنيت عليها قواعد ثبوت النسب شرعا وقانونا<sup>1101</sup>.

والواقع، وإن كان المشرّع لم ينصّ صراحة على عدم جواز تلقيح الأرملة بمنى زوجها المتوفى عنها، إلا أنّ المادة 45 مكرّر من قانون الأسرة نصّت صراحة على وجوب إجراء التلقيح أثناء حياة الزوجين مع توافر رضاهما معا. وبهذا يمنع المشرّع الجزائري إجراء عملية التلقيح الاصطناعي بعد وفاة الزوج. ومن غير المعقول أن تأتي الزوجة بمولود بعد وفاة والده بمدّة تفوق مدّة الحمل المقررة قانونا وشرعا، وإلا اعتبر ابن زنا. وإنّ هذا النوع من التلقيح يُعرقّل القواعد الإنسانية المتعلقة بالنسب والحالة المدنية.

أما بالنسبة لنظيره الفرنسي فإنّ مسألة التلقيح الاصطناعي بعد الوفاة كانت تُثير التساؤل حول معرفة مدى مشروعية الاتفاق المبرم بين الزوجة والطبيب، والذي يكون محلّه إجراء عملية التلقيح بواسطة السائل المنوي المحفوظ والمجمّد للزوج المتوفى عنها.

الإجابة عن هذا التساؤل كانت محلّ خلاف بين الفقه الفرنسي، ممّا أدّى إلى انقسامهم إلى فريقين، حيث ذهب الفريق الأوّل إلى تأييد هذا الأسلوب من التلقيح، حيث قالوا أنّه يحقّ للأرملة أن تلجأ إلى مراكز حفظ وتجميد السائل المنوي للمطالبة باسترجاع منى زوجها المتوفى عنها، بغرض الاستعانة به لإجراء العملية وتحقيق الحمل، وحبّتهم في ذلك ما يلي<sup>1102</sup>:

<sup>1100</sup> أحمد عمراني، المرجع السابق، ص.115.

<sup>1101</sup> فاطمة الزهراء رابحي زوجة تبوب، المرجع السابق، ص.237.

<sup>1102</sup> انظر، رضا عبد الحليم عبد المجيد، النظام القانوني للإنجاب الصناعي، دار النهضة العربية، 1996، ص.39 وما بعدها.

(أ) إنّ الذرية تُساعد على تقوية وتمتين العلاقة التي تربط بين الزوجين، فإذا لم تتحقق رغبتها في الإنجاب أثناء حياتها وتوفي الزوج، فإنّه يحقّ لأرملته اللجوء لهذا النوع من التلقيح، باعتباره الأمل الوحيد لديها في تحقيق رغبتها في إنجاب مولود منه، يمكنها من حفظ ذاكرته ويُساعدُها على التخفيف من صدمتها في فقدانه، ويؤنسها في وحدتها.

(ب) طالما أنّ القانون الفرنسي أجاز للمرأة التي تعيش بمفردها أن تلجأ إلى نظام التبني وفق شروط معينة، حتى تتحصّل على طفل، فإنّه من غير المنطقي أن تُحرم الأرملة من حقّها في الإنجاب من زوجها المتوفى عنها، لاسيما وأنّ ذلك لم يعد مستحيلا باكتشاف أسلوب التلقيح الاصطناعي بعد الوفاة.

(ج) أجاز القانون الفرنسي الزواج بعد الوفاة (Le mariage posthume) بموجب المادة 171 من القانون المدني، وهو يعترف بالرضا المعبر عنه قبل الوفاة. قياسا عليه، لا بدّ من الاعتراف برضا الزوج ورغبته في خضوع زوجته لعملية التلقيح الاصطناعي بنطفته بعد الوفاة.

وبناء على هذا القياس، يرى الفقه أنّه على الأرملة الرّغبة في الحصول على طفل من زوجها المتوفى عنها، أن تتوجّه إلى المركز وتطالب بمنّيّه المجمّد. ويُضيف قائلاً أنّه يتوجّب على المركز أن لا يُعارض طلبها متى تبيّن له أنّ الإرادة الحقيقية أو المفترضة للزوج قد اتّجهت قبل وفاته إلى قبول خضوع زوجته لعملية التلقيح الاصطناعي بعد الوفاة.

لهذه الحجج اعترف هذا الفريق بمشروعية الاتفاق الذي يكون محلّه إجراء عملية التلقيح الاصطناعي بعد الوفاة<sup>1103</sup>. فما هي حجج الفريق الثاني؟

في حين عارضه الفريق الثاني، حيث ذهب غالبية الفقه الفرنسي<sup>1104</sup> إلى إضفاء عدم المشروعية على الاتفاق المتعلّق بهذا الأسلوب من التلقيح، واستند على

<sup>1103</sup> عبد القادر العربي الشحط، المرجع السابق، ص.25.

Cf. Roberto ANDORNO, La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles, 1996, p.195.

<sup>1104</sup> Cf. Guy RAYMOND, La procréation artificielle et le droit français, J.C.P., 1983, 1, 3114.

حجج جاءت في معظمها كردّ فعل على حجج المؤيدين، وهي على النحو التالي:

(أ) إنّ الهدف من عملية التلقيح الاصطناعي هو القضاء على مشكلة العقم التي يعاني منها أحد الزوجين، وليس تحقيق رغبة الأرملة في الإنجاب أو مساعدتها على حفظ ذاكرة زوجها المتوفى، وإنّ بحثها عن صورة الزوج الذي فقدته في ابنها يضي على تصرفها نوعاً من اللبس والغموض. كما أنّ مشكلة العقم تنقضي بالوفاة، فينتفي معها الهدف المرجو من العملية، وعليه لا حقّ للأرملة في الإنجاب بعد وفاة زوجها.

(ب) لا يمكن إضفاء الطابع الشرعي على لجوء الأرملة للتلقيح الاصطناعي بمني زوجها المتوفى عنها حتّى وإن كان القانون قد أجاز للمرأة التي تعيش بمفردها الاستفادة من نظام التبنّي، فإجراء قياس بين الحالتين أمر غير منطقي.

(ج) إنّ إفصاح الزوج عن رضاه قبل وفاته لا ينفي عدم مشروعية هذا الأسلوب من التلقيح. فالرضا يجب أن يتمّ أثناء حياة الزوجين، وعلى المكلف بإجراء العملية أن يتأكد من رضاهما وحضورهما معا وقت إجرائها.

(د) يُعتبر الاتفاق باطلاً كون التركيبة الأسرية تُجرى خارج التعامل التجاري. كما أنّ الاتفاق على التخلّص من مشكلة العقم وإنجاب مولود يجب أن يكون مشروع الأبوين معا، وأن يتحقّق ذلك ما داماً على قيد الحياة. وفي هذا يقول الأستاذ (Cornu): "لا يحقّ للأّم أن تنفرد بإنجاب مولود فتساهم في محو أصله، ولا يحقّ لها أن تحرمه من حقّه في البحث عن والده"<sup>1105</sup>.

(هـ) يُعتبر سبب الاتفاق باطلاً لمخالفته للنظام العامّ والآداب العامّة، إذ لا يحقّ لأيّ شخص كان أن يستقبل طفلاً بدون أب، فيحرمه مسبقاً من حقّه في الأبوة، وإنّ الاتفاق الذي يهدف إلى تلقيح امرأة بمني رجل متوفى يتعارض مع نصّ المادّة 06 من القانون المدني الفرنسي الذي جاء فيه:

«On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs».

بالاستناد إلى هذه الحجج، توصل الرأي الثاني من الفقه إلى إضفاء عدم

Cf. Gérard CORNU, Droit civil, la famille, Edition Montchrestien, Paris, 2003, p.422. <sup>1105</sup>

المشروعية على التلقيح الاصطناعي بعد الوفاة، واعتبر أنّ كلّ اتفاق بهذا الشأن يُعدّ باطلاً<sup>1106</sup>.

هذا عن موقف الفقه الفرنسي بشأن هذا الأسلوب من التلقيح، فما هو موقف القضاء الفرنسي، خاصة قبل صدور قانون 1994م وقانون 2004م؟

<sup>1106</sup> عبد القادر العربي الشحط، المرجع السابق، ص.25 وما بعدها ؛

Cf. Jean Louis BAUDOIN et Catherine LABRUSSE-RIOU, Produire l'homme de quel droit? Etude juridique et éthique des procréations artificielles, Paris, 1985, p.49; Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, op.cit, p.483.

اختلفت الأحكام القضائية الفرنسية الصادرة بهذه المسألة، ومن خلالها يتبين لنا موقف القضاء المؤيد من موقفه المعارض لها، إذ يتجلى موقف القضاء المؤيد لعملية التلقيح الاصطناعي بعد الوفاة من خلال القضية التي فصلت فيها محكمة (Créteil) بتاريخ 01 أوت 1984م، والتي كان لها صدى كبير على مستوى الرأي العام والفقهاء القانوني الفرنسي.

تتلخص وقائع هذه القضية في أنّ السيّد (Alain Parpalaix) أصيب بمرض السرطان على مستوى الخصية، فنصحته الطبيب المعالج له باللجوء إلى مراكز حفظ وتجميد السائل المنوي لإيداع عيّنات من سائله المنوي، قبل البدء في العلاج بالأشعة التي من المحتمل أن تُضعف قدراته الإنجابية، أو تُصيبه بالعقم التام، وهو الأمر الذي فعله السيّد (Alain Parpalaix)، حيث وبتاريخ 07 ديسمبر 1981م أودع سائله المنوي لدى المركز. وبعدها تدهورت حالته الصحيّة فقرّر الزواج بصديقه (Corrine) بتاريخ 23 ديسمبر 1983م، ليتوفى بعدها بيومين.

وبعد وفاته لجأت أرملته إلى المركز لتطالبه باسترجاع مني زوجها المتوفى عنها من أجل أن تُلقح به اصطناعياً، لكنّ هذا الأخير رفض طلبها، ممّا دفعها إلى رفع دعوى أمام محكمة (Créteil) مطالبة بموجبها إصدار حكم ضدّ المركز من أجل تسليمها السائل المنوي المحفوظ لديه. وقد استندت في حجتها على أنّ العقد الذي كان يربط زوجها والمركز يُعتبر عقد وديعة، يخضع لأحكام المواد من 1915 إلى 1954 من القانون المدني الفرنسي.

وإنّه في قضية الحال تستفيد من تطبيق المادة 1932 فقرة 01 التي تُلزم المودع لديه بردّ الشيء نفسه الذي استلمه، كما طالبت بتطبيق المادة 1939 من نفس القانون التي تنصّ على أنّه في حال وفاة المودع، فإنّ الشيء المودع يُسلم إلى الوارث إذا كان منفرداً، أو إلى الورثة إذا تعدّدوا، كلّ حسب نصيبه. وفي حالة إذا كان الشيء المودع لا يقبل القسمة فعلى الورثة أن يتفقوا فيما بينهم على من يتسلمه. وباعتبار أنّ والدا المتوفى قد تنازلا عن السائل المنوي لصالح أرملته، فيبقى الشيء المودع من حقّها لوحدها، وعلى المركز أن يمثل لطلبها.

بدوره اعترض المركز على طلبات المدّعية وردّ عليها كالتالي:

\* إنّ السائل المنوي لا يُعتبر شيئاً قابلاً للتّعامل التجاري وبالتالي لا تسري عليه الأحكام المنظّمة لعقد الوديعة.

\* إنّ العقد الذي أبرم بين المتوفّي والمركز يُمكن تكييفه على أنّه عقد طبيّ لأنّه يهدف إلى حفظ عينات من السائل المنوي لأجل استخدامها في علاج المريض، وباعتباره ذو طابع شخصي فإنّه ينتهي بوفاة المريض، ولا يُمكن أن يتعدّى لورثته.

\* إنّ المتوفّي، قبل وفاته، لم يُعبّر عن رضاه لخضوع زوجته لعملية التلقیح الاصطناعي بسائله المنوي المحفوظ بعد وفاته.

لهذه الحجج اعتبر المركز أنّه غير ملزم بتسليم السائل المنوي للأرملة، وطالب المحكمة برفض طلب هذه الأخيرة.

بعد اطلاعها على كافة المستندات والحجج المقدّمة من الطرفين، أصدرت المحكمة حكماً يقضي بإلزام المركز بتسليم السائل المنوي للأرملة من أجل تمكينها من الخضوع لعملية التلقیح الاصطناعي في أجل أقصاه سنّة أشهر من صدور الحكم. وقد استندت المحكمة لإصدار هذا الحكم على حجّة أنّ العقد المبرم بين المتوفّي والمركز يُعدّ عقداً مشروعاً من حيث المحلّ والسبب ولا يتعارض مع المادّة 1168 من القانون المدني الفرنسي، كما أنّ المسألة تُعتبر حديثة ولا توجد أيّة نصوص تُنظّمها<sup>1107</sup>.

وما دامت المحكمة قد أباحت لها الحصول على مني زوجها، فهذا يعني أنّها لم تُعارض خضوعها لعملية التلقیح الاصطناعي بعد الوفاة، وبهذا يكون موقفها مؤيداً لهذه المسألة. وهو ما يؤدّي لإهدار فكرة الزواج. وبالتالي فإنّ الحمل المتصوّر حدوثه في القضية المعروضة أمام المحكمة هو حمل غير شرعي، ولا يُمكن تصحيح النسب الناشئ عنه لأنّه لا توجد علاقة زوجية قائمة.

هذا من جهة<sup>1108</sup>، ومن جهة أخرى لانتفاء قرينة البنوة والتي يُحددها المشرّع الفرنسي بـ 300 يوم من انحلال الزواج أو من غياب الزوج، حسب المادّة 313 من

<sup>1107</sup> Cf. T.G.I. Créteil, 01/08/1984, cité par Roberto ANDORNO, op.cit., pp.196 et s.;

عبد القادر العربي الشحط، المرجع السابق، ص.203 وما بعدها.

<sup>1108</sup> زبييري بن قويدر، المرجع السابق، ص.29.

القانون المدني<sup>1109</sup>.

أما موقف القضاء المعارض فيتجلّى في تبني محكمة (Toulouse) بتاريخ 26 مارس 1991م، حكماً مخالفاً للحكم الصادر عن محكمة (Créteil) في قضية تتلخّص وقائعها في أنّ السيّد (Michel) لجأ إلى مركز حفظ وتجميد السائل المنوي، من أجل حفظ عينات من سائله المنوي بعد أن قام بالاتفاق معه على أن تستعملها زوجته بحضوره.

لكن وقبل أن تخضع الزوجة للتلقيح الاصطناعي بنطفة زوجها، توفي هذا الأخير بعد معاناته من مرض السيّد بتاريخ 18 سبتمبر 1989م. الأمر الذي دفع بأرملته إلى المطالبة باسترجاع السائل المنوي، لكنّ المركز أبقى ذلك. فرفعت دعوى أمام محكمة (Toulouse) تُطالب من خلالها بإلزامه تسليم السائل المنوي لها، واستندت في ذلك على حجة أنّ الاتفاق المبرم بين المركز وزوجها المتوفى يُعدّ باطلاً لكون محلّ الاتفاق يخرج عن دائرة التداول التجاري. وكما أنّ إيداع الزوج السائل المنوي لدى المركز يُعدّ بمثابة اشتراط لمصلحة الغير، وما دامت أنّها هي المستفيدة الشرعية فلا بدّ من أن تسترجعها، خاصّة وأنّ الهدف من ورائها هو تحقيق عمل مشروع.

في حين طالب المركز من جهته المحكمة بعدم قبول طلب المدّعية بحجة أنّ هناك اتفاق صريح بينه وبين المتوفى ينصّ على ضرورة حضوره وقت استعماله. وما دام أنّ العقد شريعة المتعاقدين، طبقاً لما تنصّ عليه المادة 1134 من القانون المدني، فلا بدّ من تطبيق ما جاء فيه. وأضاف المركز أنّ المتوفى كان مصاباً بمرض السيّد، ومن المحتمل أن يحمل سائله المنوي نفس الفيروس، وأنّ العملية في حدّ ذاتها تُشكّل مساساً بحقّ الطّفل لأنّه سيُحرم من الأبوة الحقيقية ويبيّن حتّى قبل ولادته<sup>1110</sup>.

وأمام هذه الحجج وتلك الأسانيد، قضت المحكمة بتاريخ 26 مارس 1991م برفض طلب المدّعية المتمثّل في استرجاع السائل المنوي لزوجها المتوفى، بحجة أنّ الزوج قد وقّع اتفاقية مفادها أنّه يلتزم بالحضور شخصياً لاسترجاع سائله المنوي.

<sup>1109</sup> Ordonnance n° 2005-759 du 04 juillet 2005 portant réforme de la filiation, op.cit.

<sup>1110</sup> هجيرة خدام، المرجع السابق، ص.33 وما بعدها.

واعتبرت المحكمة أنّ الاتفاق جاء صريحا ولا يُمكن اعتباره باطلا، كما لا يُمكن تكييفه على أنّه اشتراط لمصلحة الغير، لأنّ المتوفّي لم يشترط أن تُسلّم العيّنات للأرملة، بل اشترط أن يتسلّمها هو شخصيا، ومن ثمّ أمرت المحكمة، المركز أن يقوم بإتلاف العيّنات في أجل أقصاه ثلاثة أشهر من صدور الحكم<sup>1111</sup>.

من خلال القضية المعروضة أعلاه، فإنّ محكمة (Toulouse) فضّلت عدم الاعتراف بهذا النوع من التلقّيح، ولعلّ السبب يرجع أساسا في ترجيحها لمصلحة المولود على مصلحة الأرملة في تحقيق رغبتها في الإنجاب. وبهذا تتجنّب ما يُثيره هذا الأسلوب من مشاكل، خاصة تلك المتعلقة بالنسب.

وبالنسبة لموقف كلّ من المشرّعين الفرنسي والجزائري، فقد تبوّى المشرّع الفرنسي بموجب قانون 94-654 المؤرّخ في 29 جويلية 1994م، وكذا قانون 2004-800 المؤرّخ في 06 أوت 2004م، موقف الفقه المعارض لعملية التلقّيح الاصطناعي بعد الوفاة.

ومع أنّه لم ينصّ صراحة على منعه لهذا الأسلوب من التلقّيح، إلّا أنّه يُمكن استخلاص موقفه الرافض ضمّنيا من نصّ المادة 02/152 من قانون الصّحة الفرنسي، حيث اشترطت فقرتها الثالثة أن يكون الرّجل والمرأة على قيد الحياة، وأن يُعبّر عن رضاهما للخضوع لإجراء العملية. وهذا المعنى أكّدته المادة 02-2141-03 من نفس القانون.

وعليه، وحتىّ تتمّ الاستفادة من عملية التلقّيح الاصطناعي لا بدّ أن يكون الرّوجان على قيد الحياة، على الأقلّ وقت التّصريح برضاهما الأوّلي.

هذا ما يجرّنا لطرح التّساؤل التّالي: ما الحكم لو تُوفّي الرّوج بعد الإعلان عن رضاه وقبل إجراء العملية؟

إنّ الإجابة عن هذا التّساؤل لا نجدّها ضمن نصّ المادّتين المذكورتين أعلاه، فالمشرّع الفرنسي أغفل معالجة هذه الحالة، غير أنّه وبالرجوع إلى تقارير رسمية نجد

<sup>1111</sup> Cf. T.G.I. Toulouse, 26/03/1991, cité par Patrick NICOLEAU, op.cit., pp.140 ; عبد القادر العربي الشحط، المرجع السابق، ص. 209 وما بعدها.

الإجابة عن هذا التساؤل، حيث جاء في تقرير لمجلس الدولة الفرنسي أنه:  
«On peut douter qu'il soit sain d'offrir à des parents le pouvoir de programmer la naissance, à titre posthume, d'un orphelin de père. En cas de décès de l'un des membres du couple, le survivant ne peut poursuivre la réalisation de ce projet paternel»<sup>1112</sup>.

وكذلك طبقاً للتقرير رقم 236 المحضّر باسم لجنة الأعمال الاجتماعية لمجلس الشيوخ، بتاريخ 12 جانفي 1994م، والذي ترأسه (Jean Cherioux)، حيث جاء فيه:  
«L'homme et la femme doivent être vivants et consentants au moment de l'insémination ou de l'implantation de l'embryon»<sup>1113</sup>.

وبناء على ذلك، يُمكن القول أنه لا يحقّ اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي بعد وفاة الزوج، حتى ولو عبّر عن رضاه قبل وفاته، فالعبرة بتحرير الرضا كتابة وقت إجراء العملية.

وفي هذا الاتجاه ذهب المشرّع الجزائري، مستندا في ذلك بما ذهب إليه غالبية الفقه الإسلامي الذي حرّم هذا النوع من التلقيح<sup>1114</sup>. والواقع، وإن كان المشرّع لم ينص صراحة على عدم جواز تلقيح الأرملة بمنّي زوجها المتوفى عنها، إلا أنّ المادة<sup>45</sup> مكرّر من قانون الأسرة نصّت صراحة على وجوب إجراء التلقيح أثناء حياة الزوجين مع توافر رضاهما معا.

وبهذا يمنع المشرّع الجزائري إجراء عملية التلقيح الاصطناعي على الأرملة بعد وفاة زوجها. غير أنّ السؤال الذي يثار في هذا الصدد، ماذا لو خضعت المرأة فعلا للعملية بعد وفاة زوجها وتكلّلت بولادة الطفل، إلى من يُنسب هذا الأخير؟

إنّ المشرّع الجزائري لم يُعالج نسب المولود الناجم عن التلقيح الاصطناعي بعد الوفاة، وبالتالي لا بدّ من الرجوع إلى قانون الأسرة، وتحديد المادة<sup>43</sup> منه التي نصّت على أنه: "يُنسب الولد لأبيه إذا وُضع الحمل خلال 10 أشهر من تاريخ الانفصال أو

<sup>1112</sup> Roberto ANDORNO, op.cit., p.196.

<sup>1113</sup> Idem.

<sup>1114</sup> Cf. Mostefa KHIATI, L'islam et bioéthique, réponse de l'éthique de l'islam aux progrès technologiques médicaux, éd. Forem, p.60, cité par: هجيرة خدام، المرجع السابق، ص.37.

الوفاة".

هذه المادة لا تتماشى مع أسلوب التلقيح الاصطناعي بعد الوفاة، فمدة عشرة أشهر المحددة قانوناً تُعدّ جدّاً قصيرة مقارنة مع ما يستغرقه الحمل الاصطناعي من مدة.

استناداً عليه، إذا لجأت الزوجة لهذا النوع من الأسلوب بالرغم من أنه غير جائز شرعاً وقانوناً، ووضعت مولوداً فإنّ هذا الأخير يُعتبر ابناً غير شرعي ويلحق نسبه بأمه فقط، على الرغم من حقيقته البيولوجية.

كما أنّ المشرّع الفرنسي هو الآخر لم يتطرق إلى هذه الحالة في نصّ خاصّ، لهذا يتعيّن الرجوع إلى القواعد العامّة، وتحديدًا المادة 315 من القانون المدني التي تنصّ على أنّ:

«La présomption de paternité n'est pas applicable à l'enfant né plus de trois cents jours après la dissolution du mariage, ni en cas d'absence déclarée du mari, à celui qui est né plus de trois cents jours après la disparition».

إنّ تطبيق نصّ المادة المذكورة أعلاه على حالة الطّفل الذي يولد بعد خضوع والدته لعملية التلقيح الاصطناعي بعد وفاة زوجها، يدفع إلى القول أنّ المولود لا يكتسب نسبا شرعيّاً ولا يُنسب إلى والده، على الرغم من أنّه في الواقع يُعتبر والده البيولوجي، باعتباره يحمل صفاته الوراثية. والسبب يرجع إلى أنّ تنفيذ عملية التلقيح الاصطناعي تستغرق مدةً طويلةً تفوق السنتين في بعض الأحيان، وذلك نظراً للإجراءات المعقّدة والطويلة الواجب اتّخاذها. وعلى هذا الأساس فإنّ الطّفل النّاجم عن هذا الأسلوب سيولد لا محال بعد مرور الأجل القانوني المحدّد بـ 300 يوم بعد الوفاة.

استناداً لما تقدّم فإنّ المولود النّاجم عن التلقيح الاصطناعي بعد وفاة والده، يلحق بوالده فقط، أي يثبت له النسب الطبيعي دون النسب الشرعي.

والحقيقة أنّ عدم إضفاء الشرعية على هذا النوع من التلقيح يُعتبر أمراً منطقيّاً، فطالما أنّ الرّابطة الزوجية تنتهي بوفاة أحد الزوجين، فمن غير المعقول أن تأتي الزوجة بمولود بعد وفاة والده بمدة تفوق مدة الحمل المقرّرة قانوناً وإلاّ اعتُبر ابن زنا.

فهذا الأسلوب من التلقيح يفتح بابا واسعا من المشاكل التي قد يواجهها الطفل في المستقبل، كما أنه يُعرقل القواعد الأساسية المتعلقة بالنسب والحالة المدنية<sup>1115</sup>.  
 ختاماً، نستخلص أنّ أغلبية الفقه المعاصر، والقضاء الفرنسي حالياً، وكذلك كلّ من المشرّعين الجزائري والفرنسي، لا يقرّون بفكرة ممارسة التلقيح الاصطناعي بعد الوفاة. ولهذا يُعتبر كلّ اتفاق مبرم بين الأرملة والمركز باطلا، حتّى وإن صرّح الرجل برضاه قبل وفاته. ويتعيّن على المركز إهدار الحيوانات المنوية للرجل المتوفّى وعدم تسليمها إلى أرملة، وعلى الطبيب رفض إجراء مثل هذا الأسلوب من التلقيح، من أجل غلق باب التّخوّف من المجهول، وعدم برمجة أطفال يتامى مسبقاً<sup>1116</sup>.  
 من خلال ما تقدّم ذكره، نرى أنّ موقف المشرّعين الجزائري والفرنسي جاء واضحاً بخصوص مسألة التلقيح الاصطناعي بنطفة الزوج. فمتى كان هذا الأخير على قيد الحياة، وتمّت العملية بعد مراعاة جميع الشّروط، عدّ الأسلوب جائزاً شرعاً وقانوناً، علماً أنّ هذا النوع من التلقيح يُلجأ إليه في الحالة التي يستحيل فيها تلاقي منيّ الزوج ببويضة الزّوجة، أو في حالة عقم المرأة. هنا يثار التساؤل ماذا لو كان الزوج عقيماً؟ هل يُسمح بتدخّل طرف أجنبيّ عن العلاقة ليتمّ تلقيح الزّوجة بنطفة غير زوجها؟

## الفرع الثاني

### التلقيح الاصطناعي الداخلي بنطفة الغير

يُقصد بهذا النوع من التلقيح الاصطناعي، اللّجوء إلى شخص أجنبيّ، أي ثالث، فيقوم بالتبرّع بمنّيه لصالح الزوجين العقيمين، وهكذا تُحقن الزّوجة بمنّي غير زوجها. ففي هذه الحالة لا يبقى التلقيح مقتصرًا على نطفة الزوج وبويضة الزّوجة ليحصل على مولود لهما، إذ يتمّ بين خليّتين تتاسليّتين مستمدّتين من شخصين لا يربط بينهما وقت إجراء التلقيح، زواج شرعي أو رابطة حرّة لا تقلّ عن السّنّتين<sup>1117</sup>.

<sup>1115</sup> Nasreddine LEZZAR, op.cit., El Watan, 02 juillet 2005, p.13.

<sup>1116</sup> جيلالي تشوار، عولمة القانون...، المرجع السابق، ص.102.

<sup>1117</sup> نصر الدين مروك، التلقيح الاصطناعي...، المرجع السابق، ص.195.

ويتمّ اللجوء إليه في الحالة التي يكون فيها الزوج يُعاني من حالة العقم، كأن يكون مصابا بانعدام سائله المنوي أو قلة الحيوانات المنوية، أو وجود تشوهات أو خلل فيها وعدم قدرتها على اختراق البويضة، أو قد يكون الزوج مصابا بأحد الأمراض الوراثية الخطيرة والتي يُخشى انتقالها إلى المولود<sup>1118</sup>.

وقد ساعد على ظهور هذا النوع من التلقيح ما يُعرف حاليا باسم بنوك المنى<sup>1119</sup>، والمنتشرة في الكثير من البلدان الأوروبية والولايات المتحدة الأمريكية وغيرها...

إنّ هذا النوع من التلقيح محرّم في الشريعة الإسلامية، لا مجال لإباحته<sup>1120</sup>، ولم يعتقه أيّ تشريع من التشريعات الإسلامية. فهذه الصّورة من التلقيح الاصطناعي محظورة شرعا وتشريعا، لما فيها من خلط في الأنساب. أضف إلى ذلك أنّ هناك تشابه كبير بين هذه الصّورة ونكاح الاستبضاع الذي كان سائدا في الجاهلية وحرّمه الإسلام<sup>1121</sup>.

يُضفي المشرّع الجزائري من خلال المادة 45 مكرّر فقرة ثانية من قانون الأسرة، عدم الشرعية على أسلوب التلقيح الاصطناعي بنطفة الغير، لأنّه اشترط أن تتمّ عملية التلقيح الاصطناعي بمنى الزوج وبويضة الزوجة دون غيرهما. بهذا المنع يكون قد أيدّ الرأي الغالب من الفقه المعارض لهذه العملية، وكذلك أخذ بموقف الشريعة الإسلامية التي تُحرّم تدخل طرف أجنبي عن العلاقة الزوجية.

وحول هذه المسألة يقول الشيخ جاد الحقّ: "إذا كان تلقيح الزوجة من رجل آخر غير زوجها، فهو محرّم شرعا، ويكون في معنى الزنا"<sup>1122</sup>. ويقول أيضا الشيخ محمود

Cf. Roberto ANDORNO, op.cit., p.23. <sup>1118</sup>

<sup>1119</sup> ظهر أول بنك للأجنة المجمدة في نيويورك سنة 1973 على يد العالم المصري، الدكتور سعد حافظ. ويقوم البنك بتخصيب البويضة بالحيوان المنوي ثم الاحتفاظ بها مخصبة في أوان طبية في سائل النتروجين الذي يوفر لها درجة حرارة 180° تحت الصفر، ثم يعطى ذلك المنى للنساء اللاتي ترغبن في ذلك. حسيني هيكل، المرجع السابق، ص.132.

<sup>1120</sup> القرار الثاني من الدورة الثامنة للمجمع الفقهي الإسلامي، مجلة المجمع...، المرجع السابق، ص.328.

<sup>1121</sup> زكية حميدو تشوار، شروط التلقيح...، المرجع السابق، ص.37-38.

<sup>1122</sup> انظر، جاد الحق علي جاد الحق، التلقيح الصناعي، الفتاوى الإسلامية، 1980، عدد 09، ص.3213.

شلتوت<sup>1123</sup>: "إذا كان التلقيح البشري بغير ماء الرّوج على هذا الوضع وبتلك المهزلة كان ودون شكّ أفضح جرماً وأشدّ نكراً من التّبنيّ في أشهر معناه... وهو أن ينسب الإنسان ولداً يَعْرِفُ أنّه ابن غيره إلى نفسه، وإنّما كان التلقيح أفضح جرماً من التّبنيّ، لأنّ الولد المتّبنيّ المعروف للغير ليس ناشئاً عن ماء أجنبيّ عن عقد الزوجية، إنّما ولد ناشئاً عن ماء أبيه، ألحقه رجل آخر بأسرته، وهو يعرف أنّه ليس حلقة من سلسلتها، غير أنّه أخفى ذلك عن الولد، ولم يشأ أن يُشعره بأنّه أجنبيّ، فجعله في عداد أسرته وجعله أحد أبنائه زوراً من القول، وأثبت له ما للأبناء من أحكام.

أمّا ولد التلقيح فهو يجمع بين نتيجة التّبنيّ المذكورة، وهي إدخال عنصر غريب في النسب، وبين خسة أخرى، وهي التقاؤه مع الزنا في إطار واحد، تنبو عنه الشرائع والقوانين، وينبو عنه المستوى الإنساني الفاضل، وينزلق به إلى المستوى الحيواني الذي لا شعور فيه للأفراد برباط المجتمعات الكريمة، وحسب من يدعون إلى هذا التلقيح ويشيرون به على أرياب العقم، تلك النتيجة المزدوجة التي تجمع بين الخسنتين: دخل في النسب و عار مستمرّ إلى الأبد".

كما أكدّ مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي على أنّ التلقيح بنطفة الغير هو إجراء محرّم شرعاً لما ينجم عنه من اختلاط في الأنساب، إذ جاء في توصياته "أنّ تلقيح بويضة امرأة بمنّي رجل ليس زوجها، واستبدال أو خلط منّي الإنسان بغيره وكذا إنشاء مستودع تُستحلّب فيه نطف رجال لهم صفات معيّنة لتلقيح نساء لهم صفات معيّنة، كلّها محرّمة وممنوعة مطلقاً لما يترتب عليه من اختلاط الأنساب وضياع الأسر"<sup>1124</sup>.

في الحقيقة، الحلّ الذي اعتمده المشرّع الجزائري يُعتبر حلاً منطقياً، فتلقيح امرأة بغير نطفة زوجها يُعتبر أمراً غير شرعيّ ومنافٍ للأخلاق، كما أنّه يُشكّل مساساً بالالتزامات الناجمة عن الزواج، لاسيما واجب الإخلاص الذي يُعتبر من قبل النّظام

<sup>1123</sup> محمود شلتوت، الفتاوى، المرجع السابق، ص. 327 وما بعدها.

<sup>1124</sup> انظر، المجمع الفقهي الإسلامي، الدورة الثالثة المنعقدة في عمان، من 11 إلى 16 أكتوبر 1986، منار الإسلام؛ مقتبس عن جيلالي تشوار، المرجع السابق، ص. 105-106.

العام، وكلّ اتفاق يُخالف ذلك يُعتبر باطلاً، وإن تمّ برضا الزوجين<sup>1125</sup>، ويُساهم في ارتفاع نسبة المواليد غير الشرعيين.

ختاماً، وانطلاقاً ممّا سبق، يُمكن القول أنّ المشرّع الجزائري غلب مصلحة العلاقة الشرعية على مصلحة الزوجين في الحصول على مولود، وبهذا يكون قد تفادى المشاكل، سواء العملية أو النفسية وحتى الخلقية والدينية الناجمة عن هذا الأسلوب من التلقيح. وخلافاً لذلك راعى المشرّع الفرنسي بالدرجة الأولى مصلحة الزوجين في الحصول على مولود، حتّى وإن تمّ ذلك بتدخّل طرف أجنبي عن العلاقة. ويتجلى هذا الموقف من خلال نصّ المادة 06/152 من قانون الصّحة العامّة الفرنسي، الذي جاء فيه ما يلي:

«L'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur ne peut être pratiquée que comme ultime indication lorsque la procréation médicalement assistée à l'intérieur du couple ne peut aboutir».

وإذا كان المشرّع أراد من وراء هذه المادة منح الطفل وضعياً عائلياً تقليدياً، إلّا أنّه حصر اللجوء إلى هذا الأسلوب فقط في الحالة التي تفشل فيها عملية التلقيح الاصطناعي بنطفة الزوج أو الزّفيق في القضاء على العقم. لهذا تمّ توجيه النقد إليه من طرف مجلس الدولة الفرنسي الذي يرى أنّ نصّ المادة 152-6 من قانون الصّحة العامّة الفرنسي يتعارض مع نصّ المادة 152-1 من نفس القانون.

فهذه الأخيرة تفتح باب المساعدة الطّبيّة لأشخاص غير قادرين على الإنجاب وكذلك لمن هم مصابون بأمراض وراثية خطيرة يُخشى انتقالها إلى المولود.

وبينما اقترحت اللجنة الوطنية للطبّ والبيولوجيا للإنجاب والفحص الطّبي على المشرّع إلغاء نصّ المادة 06/152 من قانون الصّحة لأنّها في نظرها مستحيلة التطبيق وتهدف إلى نشر فكرة من الأفضل، الحصول على طفل من شخصين أم الحصول عليه من شخص واحد؟ دعا مجلس الدولة إلى ضرورة تعديلها فقط، لتُصبح على الشكل التّالي:

«L'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur pourrait

<sup>1125</sup> نصر الدين مروي، التلقيح الاصطناعي...، المرجع السابق، ص.406.

être lorsque la procréation médicalement assistée à l'intérieur du couple ne peut aboutir ou peut avoir pour effet de transmettre à l'enfant ou à <sup>1126</sup> l'autre membre du couple une maladie grave»

وبالفعل أخذ المشرع الفرنسي بعين الاعتبار التقدّم الموجه إليه من قبل مجلس الدولة. فإلى جانب تمسّكه بموقفه المؤيّد لأسلوب التلقيح الاصطناعي بنطفة الغير واشتراطه اللجوء إليه عند فشل محاولات التلقيح الاصطناعي بنطفة الزوج، أضاف حالة الإصابة بالأمراض الوراثية الخطيرة.

هذا التعديل تبناه المشرع بإصداره قانون 2004-800 المؤرخ في 06 أوت 2004م حيث جاء في المادة 2141-7 منه والتي تمّ إدراجها ضمن قانون الصحة العامة ما يلي:

«L'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur peut-être mise en œuvre lorsqu'il existe un risque de transmission d'une maladie d'une particulière gravité à l'enfant ou à un membre du couple, lorsque les techniques d'assistance médicale à la procréation ne peuvent aboutir ou lorsque le couple, dûment informé dans les conditions prévues à l'article 2141-10, y renonce».

بهذا التعديل يكون المشرع قد تدارك النقص الذي وقع فيه سنة 1994م، كما أنّ المادة بهذا الشكل تُصبح متنسقة مع نصّ المادة 2141-21 من قانون الصحة والتي حدّدت أهداف المساعدة الطبيّة على الإنجاب.

وعليه نستخلص أنّه، وبغضّ النظر عن مدى مشروعية الأسلوبين -التلقيح الاصطناعي بنطفة الزوج أو التلقيح الاصطناعي بنطفة الغير-، من عدم مشروعيتها، تتمّ العملية في كلتا الحالتين داخل رحم المرأة، لهذا سُمّي هذا النوع من التلقيح بالتلقيح الاصطناعي الداخلي. فما هو النوع الثاني من التلقيح الاصطناعي؟

<sup>1126</sup> Conseil d'Etat, op.cit., pp.41 et s.

## الفرع الثالث

## التلقيح الاصطناعي الخارجي في نطاق العلاقة الزوجية وعلاقته بالنسب

تعرضنا سابقاً إلى حكم نسب المولود الناتج من التلقيح الاصطناعي الداخلي، ومدى مساهمته في القضاء على مشكلة العقم، إلا أن هذه العملية لم تستطع التغلب على كافة حالات عدم الإنجاب، بسبب فشل التقاء النطفة بالبويضة داخل رحم الزوجة، ومن ثم كان من الضروري البحث عن تقنيات جديدة من التخصيب. وفضل التطور العلمي استطاع الأطباء استحداث تقنية التلقيح الاصطناعي، وأصبحت تُجرى خارج الرحم، ولذلك سُميت بالتلقيح الاصطناعي الخارجي، المشهورة بتقنية (F.I.V.)<sup>1127</sup>.

تتمثل هذه التقنية في استخراج بويضات ووضعها في أنبوب به سائل مناسب، مع أخذ نطفة من الزوج لحدوث التخصيب، وبعد مدة تُنقل البويضات الملقحة داخل رحم الزوجة، وتُسمى هذه الطريقة بالتلقيح الاصطناعي بواسطة أنبوب الاختبار، أو تقنية "أطفال الأنابيب". فهي تهدف إلى تحقيق التلامس المباشر بين الحيوان المنوي والبويضة لزيادة احتمالات الإخصاب، وتتم بعملية تنشيط التبويض عند المرأة بأدوية خاصة على مدى شهر، ثم تُسحب من 04 إلى 06 بويضات خارج الجسم بإبرة موجهة بالأشعة التلفزيونية، ثم يُزال الجسم السميكة من جدار البويضات الخارجي، وهو الجزء الذي يحول من دون الإخصاب، ثم يتم تحضير الحيوانات المنوية وتُنقى من المواد الضارة، وتوضع في سائل مغذٍ، ثم توضع البويضات مع الحيوانات المنوية في بوتقة واحدة صغيرة، بعدها توضع في حاضنة تتوافر فيها البيئة المناسبة لحدوث التلقيح التلقائي<sup>1128</sup>.

<sup>1127</sup> F.I.V.: Fécondation In Vitro.

<sup>1128</sup> انظر، علي هادي عطية الهلالي، المركز القانوني للجنين في ظل الأبحاث الطبية والتقنيات المساعدة في الإنجاب، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2012، ص.245 وما بعدها.

ويتمّ نقل الأجنة إلى رحم المرأة ما بين 24 و72 ساعة بدون جراحة، وذلك بأسلوب الحقن المجهري<sup>1129</sup>.

هذا الأسلوب من التلقيح لا يُعتبر حديث النشأة، فقد تمّ في بادئ الأمر على الأرناب، وكان ذلك بالولايات المتحدة الأمريكية وفرنسا في الفترة ما بين 1954م و1959م، فتكلّلت المحاولة بالنجاح، وهو ما دفع بالطبّ إلى التفكير في إجراء المحاولة على الكائن البشري، وتمّ ذلك فعلا سنة 1970م بمدينة (Cambridge) من طرف الدكتور (Robert Edwards)، إلا أنّ العملية باءت بالفشل. وتكرّرت المحاولة ببريطانيا، فتكلّلت بالنجاح، إذ على إثر تخصيب بويضة زوجة بمني زوجها داخل الأنبوب، أنجبت أول طفلة أنبوب في العالم تُدعى (Louise Brown)، في 25 جويلية 1978م بمستشفى "أولدهام" بإنجلترا تحت إشراف العالمين البريطانيين (Stebte et Robert)<sup>1130</sup>.

وبعدها انتشرت هذه التقنية عبر كامل أنحاء العالم، من بينها فرنسا التي أحصت حوالي عشرة آلاف طفل أنجبوا بهذه الطريقة<sup>1131</sup>، وأيضا الجزائر. بعد أن كانت هذه التقنية تستدعي استعمال بويضة امرأة لتُلقح بمني زوجها أو رفيقها داخل الأنبوب، ذهب الطبّ لأبعد من ذلك، إذ أصبح بالإمكان إدخال ماء أجنبي عن الزوجة أو الإخصاب بعد انتهاء العلاقة الزوجية أو الإخصاب في علاقة غير شرعية، ...

<sup>1129</sup> الحقن المجهري: هو عملية حقن البويضة بالحيوان المنوي بعد إزالة أو إذابة جدارها الخارجي، وتعتمد هذه التقنية في مرحلتها الأولى على تنشيط مبيض الزوجة ثم تستخرج البيوض وتُهيأ للتلقيح، حيث يتم تجاوز الكثير من حالات عقم النساء، مثل كسل التبويض أو انسداد أنبوب فالوب الناقل للبيض من المبايض إلى الرحم، ثم يزال الجدار الخارجي الصلب للبويضة حتى يسهل اختراقها من الحيوان المنوي. أما المرحلة الثانية فيتم تحضير الحيوانات المنوية من السائل المنوي ثم يعمد إلى تنقيتها من الشوائب والمواد الضارة، ثم تحقن كل بويضة بحيوان منوي واحد باستخدام إبرتين، هما: إبرة البويضة أو الإبرة الماسكة للبويضة، وإبرة الحيوان المنوي أو إبرة الحقن، ثم يعمد إلى مراقبة البويضات المحقونة على مدى يوم إلى خمسة أيام للتأكد من تحولها إلى أجنة، ثم تنقل الأجنة إلى الرحم بدقائق معدودة. علي هادي عطية الهلالي، المرجع السابق، ص.247؛ التفاصيل على الموقع:

www.osamashaer.com.

<sup>1130</sup> Assistance médicale à la procréation, 50 ans de bioéthique, 1953-2003. Voir:

http://www.génétique.org.fr Voir aussi le site: www.ganin.com.

<sup>1131</sup> عبد القادر العربي الشحط، المرجع السابق، ص.49.

يتمّ التلقيح الاصطناعي في نطاق العلاقة الزوجية بإحداث التّلاقى بين منيّ الزوج وبويضة رحم الزّوجة، إذ قد يتعدّد على المرأة أن تُتجب بسبب حدوث إفرازات في عنق الرّحم معادية للحيوانات المنوية، أو عندما تكون قناة فالوب (Trompes de Fallope) غير صالحة لإتمام عملية التّخصيب بطريقة طبيعية أو لأيّ سبب آخر<sup>1132</sup>. يستحيل بموجبه أن يحدث إخصاب بين البويضة والمنيّ داخل رحم الزّوجة، الأمر الذي يستدعي إجراء هذا التّلقيح خارج الرّحم. وبمعنى أدقّ، تؤخذ بويضة الزّوجة وتُلقح بمنيّ الزوج داخل الأنبوب، وعند نجاح عملية الإخصاب يتمّ زرع البويضة المخصّبة داخل رحمها ليأخذ الحمل مجراه الطّبيعي.

ولكن وحتى تُكَلَّل العملية بالنّجاح لابدّ من اتّباع مراحل معيّنة تمثّل أولاً في تنشيط المبيض، فعادة لا يُنتج جهاز المرأة إلاّ بويضة واحدة، وباعتبار أنّ أسلوب التّلقيح داخل الأنبوب يتطلّب استخراج أكبر عدد ممكن من البويضات لمضاعفة فرص نجاح العملية، يقوم الأطبّاء بحقن المرأة بواسطة هرمونات تُساعد على تنشيط المبيض لحثّه على إطلاق كميّة معتبرة من البويضات.

بعد هذه المرحلة، تأتي مرحلة استخراج البويضات التي أطلقها المبيض، حيث تخضع المريضة لعملية جراحية يتمّ على إثرها انتزاع هذه البويضات بواسطة إبرة خاصّة لتوضع في أنبوب مخصّص لها، وتُسلم للطّبيب من أجل إحصاء عددها. وفي نفس الوقت يتمّ استقبال الحيوانات المنوية للزوج حتّى تكون جاهزة لحظة استخدام البويضات. وبعدها يتمّ اختيار أنسب البويضات والحيوانات المنوية، بعد التّأكّد من خلوّها من الأمراض وقابليتها للتّخصيب. وبهذا يوضع حوالي خمسين ألف حيوان منويّ حول كلّ بويضة داخل الأنبوب ليحدث التّلاقى بينهما. وبنجاح عملية الإخصاب يتمّ اختيار أفضل البويضات المخصّبة المقاومة للتّحويل لتُزرع داخل رحم الزّوجة العقيمة بواسطة قسطرة (Cathéter)، يُساعد اختراقها عنق الرّحم للمرور إلى الرّحم الذي يكون مستعدّاً لاستقبال هذه البويضات المخصّبة. وهكذا يتمّ العلوق في الجدار ليتشكّل

<sup>1132</sup> عبد الكريم مامون، رأي الشريعة...، المرجع السابق، ص. 01.

الجنين ويستكمل نموّه<sup>1133</sup>.

تُدعى هذه الطّريقة بالتلقّيح الاصطناعي داخل الأنبوب، وهي طريقة تقليدية، واكتُشفت تقنية جديدة تُدعى التلقّيح الاصطناعي داخل الأنبوب بواسطة الحقن (Fécondation in vitro avec micro-injection).

استُعملت هذه التّقنية لأول مرّة في فرنسا سنة 1992م، وكان ذلك بالصدفة إذ على إثر خطأ ارتكبه الطّبيب بقيامه بحقن المنيّ والبويضات التي تمّ استخراجها مباشرة من رحم المرأة نتج مولود.

منذ ذلك الحين أصبحت هذه التّقنية تُستخدم، في حالات معيّنة، منها إصابة الزوج بعقم استحال علاجه، أو أن تُستعمل بعد فشل سابقتها. والملاحظ أنّ هذه التّقنية الجديدة تُتبع لإجرائها المراحل المتّبعة في التّقنية القديمة، ما عدا المرحلة التي تتّجه فيها الحيوانات المنوية إلى البويضات<sup>1134</sup>.

وقد أكّد الأطبّاء على أنّ هذه التّقنية لا تنتج عنها أدنى مشكلة من النّاحية الطّبية، لكنّ الأكثر تعقيدا فيها هو الحالة النّفسية التي تُؤاكب المرأة طيلة فترة الإعداد<sup>1135</sup>.

إنّ تقنية التلقّيح الاصطناعي باستعمال منيّ الزوج وبويضة رحم الزّوجة، لا تُثير مشاكل قانونية، فقد أجازها القانون الفرنسي بموجب المادّة 152-2 فقرة 03 من قانون الصّحة العامّة.

أمّا المشرّع الجزائري فقد أجاز في المادّة 45 مكرّر من قانون الأسرة أن يتمّ التلقّيح الاصطناعي بمنّي الزوج وبويضة الزّوجة لكنّه لم يشترط إن كانت العملية تتمّ داخليا أم خارجيا. وأمام عدم تبيان موقفه صراحة من أسلوب التلقّيح الاصطناعي داخل الأنبوب، فإنّه يقتضي بنا الأمر الرّجوع لموقف الفقه الإسلامي المعاصر، استنادا للمادّة 222 من قانون الأسرة التي جاء فيها: "كلّ من لم يرد النّصّ عليه في

<sup>1133</sup> Jean MIGUEL et Christophe BUTRUILLE, op.cit., pp.112 et s.

<sup>1134</sup> Marina CARRERE d'ENCAUSSE et Michel CYMES, op.cit., p.76.

<sup>1135</sup> انظر، عمر المضواحي، وكالات لتأجير الأرحام وشتلّ الأجنّة، جريدة "المسلمون"، 1997/03/28، عدد 634، ص.07.

هذا القانون يُرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

في هذا الصدد، انقسم الفقه الإسلامي المعاصر إلى اتجاهين. ذهب الأول إلى القول بعدم جواز هذا النوع من التلقيح<sup>1136</sup>، وحثه في ذلك أن أسلوب التلقيح داخل الأنبوب يفترض كشف المرأة عن عورتها. كما أن هذه العملية قد تتسبب في حدوث اختلاط في الأنساب نتيجة خلط في البويضات وفي الحيوانات المنوية. أضف إلى ذلك أن طفل الأنبوب ليس سوى تجربة علمية ظنية<sup>1137</sup>.

على خلاف الاتجاه الثاني الذي ذهب إلى اعتبار التلقيح الاصطناعي بواسطة الأنبوب أسلوباً شرعياً<sup>1138</sup>، مستدلاً بعدة أسانيد، أهمها أن من بين أهداف الزواج تحصيل النسل والمحافظة عليه، فإذا لم يتم ذلك بالطريقة الطبيعية، فلا مانع من تحقيقه عن طريق هذا النوع من التلقيح. وفي هذا المضمار يقول الشيخ محمود شلتوت: "بالنسبة لحكم الشريعة في التلقيح الاصطناعي الإنساني... أنه إذا كان بماء الرجل لزوجته كان تصرفاً واقعاً في دائرة القانون والشرائع التي تخضع لنظم المجتمعات الإنسانية الفاضلة، وكان عملاً مشروعاً لا إثم فيه ولا حرج..."<sup>1139</sup>.

من خلال ما تقدم ذكره، نؤيد الاتجاه الثاني من الفقه، نظراً لكون التلقيح داخل الأنبوب لم يعد مجرد تجربة علمية ظنية، إنما هو طريقة علمية أثبتت تواجدها ونجاحها في المجال البيوطبي، زيادة على ذلك فلا يمكن الاعتداد بقاعدة سدّ الذرائع لأن المرأة لا تكشف عن عورتها بهدف الفتنة، وإنما بهدف العلاج.

متى تمّ التلقيح الاصطناعي بمنى الزوج وبويضة رحم الزوجة داخل الأنبوب، وتوافرت جميع الشروط المذكورة أعلاه، اعتُبر مباحاً شرعاً وقانوناً، لأنه بهذه الطريقة يدخل في إطار العلاج، ويبقى هذا النوع من التلقيح شبيهاً بالتلقيح الاصطناعي بنطفة

<sup>1136</sup> انظر، عبد الحليم محمود، الفتاوى، دار المعارف، ج2، مصر، ص.246؛ محمد إبراهيم، طفل الأنابيب، مجلة البعث الإسلامي، 1984، عدد 05، ص.91، مقتبس عن زكية حميدو تشوار، حكم وسائل...، المرجع السابق، ص.40.

<sup>1137</sup> انظر، برادة غزيول أمحمد، الإخصاب الصناعي من منظور إسلامي، الموقع:

Members.Lycos.fr/berradaz/m3.htm.

<sup>1138</sup> انظر، عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة، ج10، ط1، مؤسسة الرسالة، 1993، ص.391؛ مقتبس عن زكية حميدو تشوار، حكم وسائل...، المرجع السابق، ص.41.

<sup>1139</sup> محمود شلتوت، الفتاوى، المرجع السابق، ص.54.

الزَّوج، غير أنّ الفرق يكمن في كونه خارج الرَّحِم، لاستحالة تلاقي البويضة والمنى، والطفل النَّاجم عن هذه الطَّريقة يُعتبر شرعيًّا ويُنسب لأبيه. ورغم أهمّية التَّلقيح الاصطناعي إلاّ أنّه لم يقض على مشكلة العقم نهائياً، فهناك حالات يستحيل فيها الحصول على بويضة الزَّوجة. من أجل حلّ هذا المشكل قام الطَّبّ بتجربة التَّلقيح داخل الأنبوب ببويضة أجنبية عن الزَّوج.

### الفرع الرابع

#### التلقيح الاصطناعي الخارجي بوجود متبرع

ويظهر هذا النوع من التَّلقيح في عدّة أوجه، عندما يكون الماء لغير الزَّوج (متبرّع) والبويضة للزَّوجة (أولاً)، أم تكون البويضة من متبرّعة والحيوان المنوي من الزَّوج (ثانياً)، وأخيراً عندما تكون البويضة والحيوان المنوي من متبرّعين (ثالثاً).

#### أولاً: عندما يكون الماء لغير الزوج (متبرّع) والبويضة للزوجة.

ويتمّ الزرع بعد التخصيب، حيث يتمّ زرع اللقيحة في رحم الزَّوجة لتعلق في جداره وتنمو. ويُلجأ إلى هذه الصّورة في حالة العقم النهائي للزَّوج (انعدام الحيوانات المنوية أو عدم فعاليتها أو تعذر استخلاصها من الخصية)، مع رغبته وزوجته في الإنجاب، وقد يكون المتبرّع بالحيوان المنوي معلوماً لدى الزَّوجين أو مجهولاً بالنسبة لهما أو لأحدهما<sup>1140</sup>.

أمام هذه العلاقة الثلاثية، تُثار مشكلة تحديد النسب، هل يُنسب المولود لأبيه البيولوجي؟ أم أنّ هذا النوع من التَّلقيح يستدعي إلغاء الأبوة البيولوجية واستبدالها بالأبوة القانونية؟

بالرجوع إلى القانون الجزائري، يُعتبر هذا النوع من التَّلقيح غير مشروع، والطفل النَّاجم عنه يُنسب إلى أمّه. أمّا بالنسبة للمشرّع الفرنسي، فنجد أنّه أضفى صفة

<sup>1140</sup> زبيري بن قويدر، المرجع السابق، ص. 49 وما بعدها.

الشريعة على هذا النوع من التلقيح، وهذا ما يجرنا إلى التساؤل عما إذا كان ذلك يعني اعترافه بشرعية المولود.

للتوصل إلى إيجاد إجابة عن هذا التساؤل، ينبغي التفرقة بين حالتين: كون أن المشرع الفرنسي قد فتح الباب أمام كل من المتزوجين ومن تربطهما علاقة حرّة باللجوء إلى التلقيح الاصطناعي.

إذا كنا بصدد قيام علاقة زواج شرعي بين المستفيدين من التلقيح الاصطناعي بنطفة الغير، يُعتبر المولود ابنا شرعيا ويُنسب إلى أمّه البيولوجية ورجلها، شريطة أن يعترف به هذا الأخير قبل الولادة، ويسجل تحت اسمه واسم والدته. أما إذا وُلد وسُجّل تحت اسم والدته فقط، دون ذكر اسم زوجها، فإن قرينة الأبوة تُستبعد ويلحق بأمه فقط، وهذا تطبيقا لنصّ المادة 01/313 من القانون المدني.

هذا ويُشير إلى أنّ المشرع الفرنسي، بموجب قانون 1994م، وضع حماية لنسب المولود الناجم عن التلقيح الاصطناعي بواسطة الغير، حيث أنه أقرّ بمبدأ جديد ألا وهو: النسب غير قابل للمنازعة (La filiation incontestable). مفاد هذا المبدأ، أنّ الزوج حينما يُعبر عن رضاه بخضوع زوجته لعملية التلقيح الاصطناعي بمني رجل آخر، لا يُمكنه بعد ذلك أن يُشكك في شرعية هذا النسب، وهذا استنادا للفقرة الثانية من نصّ المادة 20-311 من القانون المدني التي جاء فيها:

«Le consentement donné à une procréation médicalement assistée interdit toute action en contestation de filiation ou en réclamation d'état...».

هكذا نجد أنّ نسب المولود مرتبط ارتباطا وثيقا بالتعبير عن الرضا، وأنّ علاقته بالزوج متوقّفة على التزام هذا الأخير بمعاملة الطفل كما لو كان ابنه البيولوجي<sup>1141</sup>. لكن إذا كان المبدأ العام ينصّ على أنّ الرضا يستبعد كلّ محاولة للتراجع أو منازعة النسب الشرعي، فإنّه استثناء، توجد حالات تجعل النسب الشرعي قابلا للتشكيك فيه، وهو ما جاء طبقا للشطر الثاني من الفقرة الثانية من المادة 20-311 من القانون المدني بقوله:

<sup>1141</sup> Patrick COURBE, op.cit., p.365.

«Le consentement donné à une procréation..., à moins qu'il ne soit soutenu que l'enfant n'est pas issu de la procréation médicalement assistée ou que le consentement a été privé d'effet».

من خلال هذا النص نستخلص أنّ هناك حالتين تسمحان بالمطالبة بإسقاط النسب الشرعي، تتمثل الحالة الأولى في إثبات أنّ الطفل لم يكن نتيجة لعملية تلقيح اصطناعي، إنّما نجم عن خيانة زوجية -علاقة الزنا بين الأمّ والمتبرّع-. يمكن المشكل في هذه الحالة في صعوبة الإثبات، إذ أنّ مبدأ عدم الكشف عن هوية المتبرّع يُصعب الأمر على الزوج في إثبات أنّ المتبرّع كان عشيقاً لزوجته أثناء مراحل التلقيح الاصطناعي، وحتى وإن تحصل على الأدلة والمعلومات الضرورية التي تثبت ذلك، تُواجهه صعوبات في الإجراءات، لأنّ العشيق لا يكون حاضراً أثناء المحاكمة. هذا وبمفهوم المادة 11-311 من القانون المدني<sup>1142</sup>، لا يملك القاضي السلطة في استدعاء المتبرّع ووضعه محلّ اتهام إلاّ إذا تأسس في محاولة لإجراء البحث عن الأبوة الطبيعية<sup>1143</sup>.

لإشارة، إذا كان الزوج يُواجه صعوبات في إلغاء أبوته، فإنّ الزوجة، على عكس ذلك، تتوافر لديها تسهيلات من أجل إلغاء أبوة الأب للمولود، إذ يكفي أن تبتعد عن تطبيق نصّ المادة 1-311 من القانون المدني من أجل استعمال المادة 9-334 من نفس القانون<sup>1144</sup>. وإذا كان المولود حقيقة ناجم عن اتصال جنسي بينها وبين عشيقها، فإنّها بتطبيقها المادة 318 من القانون المدني<sup>1145</sup> يُمكنها إلغاء هذه الأبوة<sup>1146</sup>.

نظراً لصعوبة إثبات قيام علاقة زنا بين المتزوجة والمتبرّع، وُصفت هذه الوضعية بالمخجلة، لأنّها تسمح بإلغاء الأبوة الشرعية للمولود على أساس مجرد

Cet article dispose que: «Pareillement quand, sur l'une des actions ouvertes par les articles 340 et 342 ci-dessous, il est opposé une fin de non-recevoir ou une défense tirée de ce que la mère a eu, pendant la période légale de la conception, des relations avec un tiers, le juge peut ordonner que celui-ci soit appelé en la cause».

Patrick COURBE, op.cit., p.366.<sup>1143</sup>

Cet article édicte que : «Toute reconnaissance est nulle, toute demande en recherche est irrecevable, quand l'enfant a une filiation légitime déjà établie par la possession d'état».

Cet article dispose que : «Même en l'absence de désaveu, la mère pourra contester la paternité du mari, mais seulement aux fins de légitimation, quand elle se sera, après dissolution du mariage, remariée avec le véritable père de l'enfant».

Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, op.cit., p.494.<sup>1146</sup>

اتهامات (Allegations) لتنتهي في بعض الأحيان بعدم التوصل إلى نتيجة. لهذا فإن إثبات أن المولود غير ناجم عن عملية التلقيح الاصطناعي ليس بالأمر الهين<sup>1147</sup>.

**ثانياً: أن تكون البويضة من متبرعة والحيوان المنوي من الزوج.**

وهذه الحالة هي عكس الحالة السابقة، حيث يكون الولد فيها ابناً بيولوجياً للأب دون الأم الذي اقتصر دورها على الحمل والوضع فقط. فهل تُعتبر هذه التقنية من الإنجاب مشروعة، طبقاً للقانونين الجزائري والفرنسي؟

قد لا تُكَلَّل عملية التلقيح الاصطناعي داخل الأنبوب باستعمال نطف الزوجين بالتجاح، وخاصة إذا كانت الزوجة غير قادرة على الإنجاب لانعدام المبيض لديها، أو أن لديها مبيض، غير أنه عاطل، أي لا يُنتج بويضات. كما قد تكون مصابة بمرض خطير يُخشى انتقاله إلى المولود أو تُعاني من مرض استدعى معالجتها بواسطة الأشعة وأدى هذا العلاج إلى إصابتها بالعقم. وأحياناً يكون السبب بلوغها سن اليأس مبكراً<sup>1148</sup>.

كلّ هذه الأسباب تقف عائقاً أمام تحقيق رغبتها في الإنجاب. لهذا اعتمد الطبّ على تقنية أخرى تتمثل في استبدال البويضات القادرة على الإنجاب مكان تلك غير القادرة ويتم تلقيحها بمنى الزوج داخل الأنبوب. وعند نجاح التخصيب تُحوّل البويضة المخصّبة لتزرع داخل رحم المرأة العقيمة، وتُدعى هذه الوسيلة بالتبرع بالبويضات (Don d'ovocytes).

برجعنا إلى المادة 45 مكرّر من قانون الأسرة نجدها تنصّ على أن التلقيح الاصطناعي يتمّ بمنى الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرها، وهذا يعني عدم تدخل طرف آخر أجنبى عن العلاقة الزوجية، سواء كان رجلاً أو امرأة، ممّا يؤدّي إلى القول بعدم مشروعية هذه التقنية من الإنجاب.

كما أن مشروع قانون الصّحة العامّة الجزائري، نصّ على عدم جواز هذا الأسلوب من التلقيح، حتّى وإن كان بين درّتين، بمعنى آخر حتّى وإن كانت المتبرعة

<sup>1147</sup>Patrick COURBE, op.cit., p.366 ; Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, op.cit., p.492.  
<sup>1148</sup>Marina CARRERE d'ENCAUSSE et Michel CYMES, op.cit., p.82.

بالبويضة هي زوجة ثانية للزوج، فإنه لا يجوز أن تزرع بويضتها المخصبة داخل رحم زوجته الأولى العقيمة<sup>1149</sup>.

إنّ عدم جواز هذه التقنية من التلقيح يُعتبر أمراً منطقياً، يتماشى مع نظامنا العام والآداب العامة، كما أنه يُساير الشريعة الإسلامية. فمن غير المنطقي أن تُلقح امرأة أجنبية بمني رجل أجنبي عنها، والقول بعكس هذا يؤدي إلى المساس بقدسية الزواج والعلاقات الشرعية التي يحرص الدين الإسلامي والمشرع الجزائري على المحافظة عليها، وترجيحها على العلاقات غير الشرعية.

ومع ذلك كان على المشرع أن ينص صراحة على توقيع عقوبة جزائية على المتبرعة وكلّ من يلجأ لهذا النوع من التلقيح. كما يتوجب عليه أن يُعالج هذا الموضوع بأكثر دقة وحذر، نظراً لما قد يُثيره من مشاكل قانونية وصعوبات، وحتى نتفاد اختلاط الأنساب وازدياد مواليد غير شرعيين، لانعدام رابطة الزواج بين الزوج والمتبرعة بالبويضة<sup>1150</sup>.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي لما أجاز التبرع بالمني، أباح بالمقابل التبرع بالبويضات، ويظهر هذا جلياً من خلال المادة 01/673 من قانون الصحة العامة الفرنسي، حيث نصت على:

«Le don de gamètes consiste en l'apport par un tiers de spermatozoïdes ou d'ovocytes en vue d'une assistance médicale à la procréation».

فاعتمد على نفس الأسس المعتمد عليها في التبرع بالمني والتمتة في مبدأ مجانية التبرع، مبدأ عدم الكشف عن هوية المتبرع<sup>1151</sup>.

<sup>1149</sup> نصت المادة 434 فقرة 02 من مشروع ق.ص.ع.ج. على أنه:

«Sont interdits sous peine de sanction pénale le don d'ovocytes, même entre coépouse».

<sup>1150</sup> نصت المادة 445 من مشروع ق.ص.ع.ج. على توقيع العقوبة على كل من يقوم بالتبرع بالبويضات بالحبس من ستة (06) أشهر إلى سنتين (02)، وغرامة مالية بقيمة عشرة آلاف دينار جزائري.

<sup>1151</sup> L'article 1244-7 du c.s.p. dispose que: «La donneuse d'ovocytes doit-être informée des conditions de la stimulation ovarienne et du prélèvement ovocytaires, des risques et des contraintes liées à cette technique, lors des entretiens avec l'équipe médicale pluridisciplinaire. Elle est informée des conditions légales du don, notamment du principe d'anonymat et du principe de gratuité».

أما بالنسبة للنسب، فالمولود في هذه الحالة سيكون له أب بيولوجي وحيد. أما من جهة الأمومة فيرتبط بصاحبة البويضة والمرأة التي حملته ووضعتة.

إنّ هذا النوع من التلقيح محرّم شرعاً، ذلك لأنّ انتساب الولد إلى الزوجة حرام، لمخالفته الحكم الصريح في الآية الكريمة: ﴿أَدْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ...﴾<sup>1152</sup>، لأنّ كلمة الأب الواردة في الآية تُطلق على الأب والأمّ معاً. فإذا لم تكن البويضة من الزوجة فلا تُعدّ أمّاً، ويؤدّي مثل هذا العمل إلى اختلاط الأنساب.

وهذا ما انتهى إليه المجمع الفقهي الإسلامي في دورته الخامسة سنة 1402هـ والسابعة سنة 1404هـ، والثامنة سنة 1405هـ<sup>1153</sup>، إذ أكّد على حرمتها لما يترتّب عليها من اختلاط الأنساب وضياع الأمومة.

### ثالثاً: أن تكون البويضة والحيوان المنوي من متبرّعين.

يتمّ تلقيح البويضة والحيوان المنوي في أنبوب اختبار حتّى مرحلة الانقسام والتكاثر وتكوين اللقيحة التي تُعاد لرحم الزوجة لتعلق به وتتمو.

والفرض هنا أنّ الزوج مصاب بعقم في نطفته -أي لا بذرة في مائه- وزوجته تُعاني من عدم قدرتها على التبييض، مع قدرتها على الحمل، وحينئذ تؤخذ البويضة المخصّبة وتُزرع في رحم هذه الزوجة<sup>1154</sup>.

فلا يُعتبر الولد ابناً -بيولوجياً- لأيّ منهما، بل غاية ما في الأمر أن يُعطيه الزوج لقبه وتتكلّف الزوجة بالحمل والوضع<sup>1155</sup>.

والحكم في هذه الحالة ظاهر التحريم لأنّ مصدر اللقيحة أجنبيان عنهما ولا يجمعهما أيّ رابط شرعي، وعليه فالعملية برمتها حرام ولا ينتج عنها نسب شرعيّ. وجاء في قرارات مجمع الفقه الإسلامي بالفقرة 04 منها: "أن يجري تلقيح خارجي بين بذرتي رجل أجنبي وامرأة أجنبية ثمّ تُزرع اللقيحة في رحم الزوجة أمر محرّم شرعاً وممنوع لذاته، لما يترتّب عنه من اختلاط الأنساب وضياع الأمومة"<sup>1156</sup>.

<sup>1152</sup> سورة الأحزاب، الآية 05.

<sup>1153</sup> انظر، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، الدورة الثامنة، 1405هـ، عدد 02، ص.150.

<sup>1154</sup> نصر الدين مروك، التلقيح الاصطناعي...، المرجع السابق، ص.408.

<sup>1155</sup> حسيني هيكل، المرجع السابق، ص.260.

<sup>1156</sup> انظر، المجمع الفقهي الإسلامي، الدورة الثالثة، 1407هـ/1987م، مجلة هدى الإسلام، عمان، ص.16؛ انظر، مؤتمر المجمع الفقهي الإسلامي، الدورة الثانية، ج1، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، 1986، عدد 02، ص.336.

### رابعاً: التلقيح الاصطناعي في علاقة غير مشروعة.

والفرض هنا أنّ المرأة الرّغبة في الإنجاب غير متزوّجة، وفيه تؤخذ البويضة من المرأة غير المتزوّجة، وحيوان منوي من متبرّع ويتمّ تلقيحها خارجياً في أنبوب اختبار، ثم تُزرع اللّقيحة في رحم المرأة غير المتزوّجة وتُترك لتنمو فيها<sup>1157</sup>. وقد يكون المتبرّع (الرّجل) معلوماً للمرأة غير المتزوّجة أو غير معلوم بالنّسبة لها. وترجع هذه الحالة إلى رغبة المرأة غير المتزوّجة في الإنجاب مع عدم رغبتها في الرّواج<sup>1158</sup>. هذا، وهناك حالة درج الفقهاء على بحثها بصدد التلقيح الاصطناعي الخارجي، وهي حالة الأمّ البديلة أو ما يُسمّى بالرّحم المستعار (بصورتها)، وقد آلينا دراستها ضمن المبحث اللاحق المتعلّق بتنشئة النّسب وحفظه في غير نطاقه الطّبيعي<sup>1159</sup>، بالنّظر لأنّ الموضوع يحتاج حيّزاً أكبر من الدّراسة، ومن جهة أخرى لأنّ نطاق الحضانة يُثير مسائل لها صلة بالنّسب، غاية في الأهمّية، تستحقّ دراسة مستقلة.

## المبحث الثاني

### وسط إنشاء الأجنة وأثرها على نسب المولود

إذا كنّا قد تطرّقنا في المبحث الأول من هذا الفصل إلى التلقيح الاصطناعي بنوعيه، الدّاخلي والخارجي، وحددنا مدى مشروعية النّسب النّاجم عنهما، كان لا بدّ علينا أن نتحدّث أيضاً عن مسألة النّسب عندما يكون الجنين قد نشأ في غير الرّحم الطّبيعي للرّوجة، وهو ما يُسمّى باستئجار الأرحام أو التلقيح الاصطناعي بواسطة الأمّ البديلة (المطلب الأوّل).

أكثر من ذلك، تمكّنت الاكتشافات العلمية والبيولوجية من إيجاد حلول لمشكلة عدم الإنجاب بسبب العقم، وهي تقنية نقل وزرع الأعضاء التناسلية. لكن ما تجدر الإشارة إليه أنّ دراستنا تقتصر على زرع عضوين فقط، وهما: الخصية عند الرّجل، والمبيض عند المرأة (المطلب الثّاني). وهذا يجزّنا إلى معرفة مدى أثرهما على النّسب.

<sup>1157</sup> حسيني هيكل، المرجع السابق، ص. 266.

<sup>1158</sup> شوقي زكريا الصالحي، المرجع السابق، ص. 73.

<sup>1159</sup> الصفحة 398 وما يليها من هذه الرسالة.

وأخيرا سنتعرض إلى موقف الفقه والقانون من النسب الناتج عن الأعضاء التناسلية المزروعة (المطلب الثالث).

## المطلب الأول

### النسب الناجم عن الأم البديلة

قد تُصاب الزوجة بعقم أو مرض، فيحول ذلك دون إمكانية حصولها على طفل بيولوجي، كإصابة مبيضاها بعقم أو يكون رحمها مصابا، كما قد تكون هذه الأخيرة مصابة بمرض يُخشى انتقاله للمولود... الخ.

كلّ هذه الحالات تدفعنا إلى التساؤل التالي: ما المانع أن تحمل امرأة بطفل لامرأة أخرى غير قادرة على الإنجاب لسبب من الأسباب سألقة الذكر؟

هذا التساؤل أدى إلى ظهور تقنية جديدة من أساليب التلقيح الاصطناعي، أُطلق عليها اسم "الأمّ البديلة" أو "استئجار الأرحام".  
وعليه سنتطرق إلى مفهوم الأمّ البديلة (الفرع الأول)، ثمّ مشروعيتها (الفرع الثاني)، وأخيرا نسب الطّفل النّاجم عن الأمّ البديلة (الفرع الثالث).

## الفرع الأول

### مفهوم الأمّ البديلة<sup>1160</sup>

الأمّ البديلة هي "المرأة التي تقبل شغل رحمها بمقابل أو مجاناً، بحمل ناشئ عن نطفة أمشاج مخصّبة صناعياً لزوجين استحال عليهما الإنجاب لفساد رحم الزوجة"<sup>1161</sup>.

وهناك عدّة أسباب تؤدّي بالأزواج إلى اللّجوء لعملية تأجير الأرحام، ومن

أهمّها:

<sup>1160</sup> تسمى كذلك الرحم المستعارة، الأمّ الحماله، الأمّ بالإنابة، والأمّ بالوكالة... جيلالي تشوار، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص. 110 وما بعدها.

<sup>1161</sup> انظر، نصر الدين مروك، الأمّ البديلة بين القانون المقارن والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، م.ع.ق.إ.، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ج37، 1999، عدد 04، ص. 16-17.

- 1- أن يكون للزوجة مبيض سليم، لكن رحمها قد أُزيل بعملية جراحية لسبب من الأسباب، أو به عيوب خلقية بحيث لا يُمكنها الحمل، وزوجها سليم.
- 2- أن يكون الزوجان سليمان، ولكن الحمل يُسبب للزوجة أمراضاً شديدة، مثل الإجهاض بسبب تسمم الحمل.
- 3- خوف الزوجين من انتقال بعض الأمراض الوراثية إلى المولود، إذا كانت هناك سوابق طبية خاصة بهذه الأمراض المزمنة التي لا يُمكن شفاؤها، وانتقالها إلى الأبناء ثابت طبيًا<sup>1162</sup>.
- 4- بلوغ الزوجة مرحلة عمرية لا تُمكنها من الحمل<sup>1163</sup>.
- 5- تفادي الزوجة تحمّل أعباء الحمل والولادة، أو رغبتها في التفرغ لعملها أو خشيتها من تعرّض قوائمها للترهل أو التّغيير بسبب الحمل أو بعده، وغير ذلك من الحالات.
- بالمقابل هناك أسباب لقبول المرأة البديلة للحمل، فقد تكون الرّوابط العائلية أو الاجتماعية أهمّها، كقبول الأمّ أو الأخت أو سواهما للحمل نيابة عن ابنتها أو أختها، أو قبول الصديقة الحمل نيابة عن صديقتها، وسواها من المسائل الشائعة.
- وبخلاف ما تقدّم، قد يكون السبب المالي كامناً من وراء قبول المرأة البديلة الحمل<sup>1164</sup>، وبالتالي تحقيق مصلحة مادية، وهذا ما حصل في قضية (Baby Cotton) سنة 1983م<sup>1165</sup>.
- عموماً، فإنّ استخدام تقنية الأمّ البديلة في الأحوال أعلاه، تتضمّن في جوهرها حمل الجنين في الرحم، وتسليمه بعد الولادة إلى والدته البيولوجية أو المتبرّع لها. وتتخذ الأمّهات بالإنابة الصّور التّالية:

<sup>1162</sup> محمد مرسي زهرة، المرجع السابق، ص.73.

<sup>1163</sup> 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، المرجع السابق، ص.276.

<sup>1164</sup> علي هادي عطية الهلالي، المرجع السابق، ص.277.

<sup>1165</sup> 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 مروي، الأم البديلة...، المرجع السابق، ص.414.

1- تقوم الأمّ البديلة بإيجار رحمها لصالح المستفيدين الراغبين في الحصول على طفل، فيتمّ زرع اللّقيحة المخصّبة الناتجة عن تلقيح بويضة الزّوجة بمني زوجها اصطناعيا في أنبوب الاختبار داخل رحم الأمّ البديلة، وبالتالي فليس هناك صلة تربط الحاملة بالطفّل سوى الحمل، فهو ليس منها بيولوجيا. وباعتبار أنّ دورها يقتصر على الحمل فقد أطلق عليها اسم (La mère porteuse)<sup>1166</sup>.

2- تبرّع الأمّ البديلة ببويضتها ليتّم تلقيحها صناعيا بمنيّ زوج المرأة العقيمة داخل أنبوب الاختبار، بعدها تُزرع اللّقيحة المخصّبة داخل رحمها، لينمو الجنين فيه بشكل طبيعي. في هذه الحالة تكون الأمّ البديلة هي الأمّ البيولوجية للطفّل باعتبارها صاحبة البويضة والرّحم معا، ولا دور للزّوجة سوى تسلّمها للطفّل بعد الولادة<sup>1167</sup>. تُدعى هذه الصّورة بـ (La mère de substitution).

3- أن يتمّ الحضانة في رحم اصطناعي، وهي صورة مستحدثة لطفل الأنبوب، وهي قيد التّجربة، حيث يتمّ فيها الحمل داخل رحم اصطناعي<sup>1168</sup>. لم يتعرّض الفقهاء المسلمون لهذا النوع من التّلقيح، ولذلك نتساءل عن نسب الطّفّل النّاجم عن الرّحم الاصطناعي، لمن يُنسب؟

إذا ما تمّ هذا التّلقيح، فإنّ نسب هؤلاء الأطفال من جهة الأب منعدم، إذ ليس من امرأة هنا حتّى نعتبرها فراشا للرجل، حتّى لو كان مصدر البويضة امرأته الشرعية لأنّ الطّفّل يُنسب إلى من ولدته<sup>1169</sup>. كما أنّه لا يُنسب إلى أمّه لأنّها لم تحمله ولم تلده. إنّ هذا النوع من التّلقيح (في رحم اصطناعي)، سيُفقد الطّفّل نسبه من أمّه وأبيه. انطلاقا ممّا تقدّم ذكره، نجد أنّ التّلقيح الاصطناعي في القانون الفرنسي لم يعد مقتصرًا على الزّوجين أو الرّفيقين اللّذين تربطهما علاقة حرّة لمدّة لا تقلّ عن السنتين، إنّما شهد تدخّل طرف ثالث (الأمّ البديلة). وقد شهدت الدّول الغربية، ومن بينها فرنسا، عمليات التّلقيح الاصطناعي، الأمر الذي أحدث ضجّة كبيرة، خاصّة بالنّسبة للمتلّيين

<sup>1166</sup> Roberto ANDORNO, op.cit., p.259.

<sup>1167</sup> هجيرة خدام، المرجع السابق، ص.108.

<sup>1168</sup> محمد علي البار، المرجع السابق، ص.110.

<sup>1169</sup> أحمد زياد سلامة، المرجع السابق، ص.111.

المتزوجين<sup>1170</sup>، الذين يُريدون الحصول على أطفال عن طريق استئجار الأرحام، والمثليات المتزوجات من بعضهنّ، بالاستعانة بالتلقيح الاصطناعي. فما مدى مشروعية هذا التلقيح؟

## الفرع الثاني

### مشروعية الأم البديلة

ساعد التلقيح الاصطناعي عن طريق الأمّ البديلة، على القضاء على مشكلة العقم، إلاّ أنّه بالمقابل ساهم في إثارة العديد من المشاكل القانونية، فلقد انقسم الفقه بشأن هذه المسألة إلى اتجاهين مختلفين، فتباينت آراؤهم، كل حسب حججه وأسانيده، ونستعرض فيما يلي كلّ موقف على حدة:

#### أولاً: حجج المؤيدين لهذه التقنية.

لا يرى هذا الاتجاه من الفقه مانعاً من الاستفادة من عمليات التلقيح الاصطناعي بالاستعانة بأمّ بديلة، وسندهم في ذلك<sup>1171</sup>:

\* إنّ هذه العمليات تُساعد الزوجين على الحصول على طفل، وتحميها من نظرة المجتمع السلّبية والقاسية، باعتبارهما غير قادرين على الإنجاب.

\* هذه العملية لا تتنافى مع الأحكام القانونية، خاصّة إذا تمّت عن طريق التبرّع ولغاية مساعدة الزوجين، فهي بذلك تكون شأنها شأن عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية التي تتمّ بصفة علنية.

\* طالما أنّ دور الأمّ البديلة يقتصر على الحمل لمدة محدّدة، وتبقى الأمّ الحقيقية للمولود أمّا بيولوجية لأنّها صاحبة البويضة، وعليه يُنسب الطّفل لها، فتكون

<sup>1170</sup> وقع الرئيس الفرنسي "فرانسوا هولند" في سنة 2013، على قانون "الزواج للجميع"، الذي يُشرع فيه زواج المثليين وتبني الأطفال.

Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe.

<sup>1171</sup> جيلالي تشوار، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.115؛ نصر الدين مروي، الأمّ البديلة...، المرجع السابق، ص.412 وما بعدها؛ عبد القادر العربي الشحط، المرجع السابق، ص.89؛ مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، المرجع السابق، ص.262 وما بعدها.

صاحبة الرحم بمثابة الأم من الرضاع، فهي بذلك أم حُكْمِيَّة، ولا يثبت لها النسب. وأمَّا من جهة أبيه فيُنسب إلى زوج صاحبة البويضة الذي لُقِّحت بمائه، وهذا القول أخذ به عدد من الفقهاء كالأستاذ محمد محمد عباسي<sup>1172</sup>، كما رجَّحه أغلب حاضري المجمع الفقهي الإسلامي في دورته الثامنة سنة 1405هـ<sup>1173</sup>، فبذلك يجعل العملية شرعية.

\* لا بدّ من إباحة هذه الوسيلة من الإنجاب، لأنّ الأمّ البديلة تقبل وبارادتها القيام بدور الحامل، ولا يوجد ما يمنعها من استعمال حقّها في التصرف في بدنها.

\* إنّ المبلغ الذي تتقاضاه الأمّ البديلة من الزوجين يُعتبر بمثابة تعويض عن حملها نيابة عن الزوجة العقيمة، وهذا ما يجعل العملية بعيدة كلّ البعد عن المتاجرة غير المشروعة.

\* إنّ الهدف من إنشاء جمعيات الأمومة البديلة يكمن في مساعدة الزوجين، فغرضها التضامن معهما، لا تحقيق الربح، ممّا يجعل نشاطها شرعيًا.

إذا كانت هذه الأسانيد التي تمّ اعتمادها من أجل إباحة عملية تأجير الرحم، فما هي إذن الحجج المعتمد عليها من قبل المعارضين؟

### ثانياً: حجج المعارضين لهذه التقنية.

يؤدّي الأخذ بالحجج التّالية إلى إضفاء عدم الشّرعية على موضوع تأجير الرحم<sup>1174</sup>:

\* تقوم القوانين بالتفرقة بين الأشخاص والأشياء، ولكلّ منهما نظامه القانوني الخاصّ به والمستقلّ، فالأشخاص هم أصحاب الحقوق، أمّا الأشياء فهي محلّ لهذه الحقوق.

وباعتبار أنّ الرحم من الأعضاء التّناسلية للمرأة، فهو جزء لا يتجزأ من جسمها،

<sup>1172</sup> انظر، محمد محمد عباسي، طفل الأنابيب، مجلة الأزهر، السنة 57، ج1، صفر 1405هـ، ص.200.

<sup>1173</sup> مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، الدورة الثانية، ج1، مطابع رابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة، 1407هـ/1986م، عدد 02، ص.266.

<sup>1174</sup> جيلالي تشوار، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.113-114؛ عبد القادر العربي الشحط، المرجع السابق، ص.81 وما بعدها؛ نصر الدين مروك، الأم البديلة...، المرجع السابق، ص.27 وما بعدها؛

Roberto ANDORNO, op.cit p.272 et s.

وبالتالي يخرج عن دائرة التعامل القانوني. وبمعنى آخر، إذا كانت المتاجرة في الأشياء أمراً مباحاً، فإنّ المتاجرة في الرَّحْم يُعدّ أمراً غير مشروع لمخالفته للمبدأ القائل أنّ جسم الإنسان خارج التجارب القانونية، وتعارضه مع المادة 1128 من القانون المدني الفرنسي التي تنصّ على أنّه:

«Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions».

والمادة 54 من القانون المدني الجزائري التي تنصّ على مشروعية المحلّ في العقود<sup>1175</sup>.

\* هذا الأسلوب من التلقیح يتعارض مع مبدأ عدم جواز التصرف في حالة الأشخاص، وطالما أنّ حالة الشّخص هي مركزه القانوني من حيث ثبوت النسب للوالدين وإنكار هذا النسب، فإنّ الأمومة البديلة تتعارض مع هذا المبدأ لأنّها تهدف إلى ولادة طفل تتعارض بنوّته الحقيقية مع بنوّته البيولوجية، فالأمّ البديلة تتنازل عن كلّ حقوقها لصالح الأمّ المتنازل لها.

\* الأمومة البديلة تتعارض مع مبدأ حرمة الجسد البشري، فالعقد من جهة يجعل المرأة تعرض جسدها بطريقة تتنافى مع كرامة الإنسان، ومن جهة أخرى الأمّ البديلة لا تكفي بالتصرف في نفسها، إنّما تتصرف أيضاً في شخص من الغير، ألا وهو المولود الذي سيأتي مستقبلاً.

\* إن استئجار الرَّحْم يُعدّ منبعاً مفسداً لمعنى الأمومة، فصاحبة الرَّحْم تحمل وتلد لتترك المولود لصاحبة البويضة، بالرغم من أنّ رابطة المولود بأمّه تكون من ناحيتين: الأولى: رابطة التكوين والوراثة ومنبعها البويضة؛ الثانية: رابطة الحمل والولادة ومنبعها الرَّحْم.

\* "الطفل يُنسب من جهة أمّه إلى صاحبة الرَّحْم التي حملته وولدتها، أمّا صاحبة البويضة فهي بمثابة الأمّ من الرضاع. أمّا من جهة الأب، فإنّه يُنسب إلى

<sup>1175</sup> تنص المادة 54 من القانون المدني على أنّه: "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة اشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما".

زوج صاحبة الرّحم، ولا يُنسب إلى زوج صاحبة البويضة<sup>1176</sup>، لقوله ﷺ:

﴿...إِنَّ أُمَّهَاتَهُمْ إِلَّا الَّتِي وَلَدَتْهُمْ...﴾<sup>1177</sup>، وقوله ﷺ: ﴿...حَمَلَتْهُ أُمُّهُ، كَرِهًا وَوَضَعَتْهُ كَرِهًا...﴾<sup>1178</sup>، وقوله ﷺ: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ...﴾<sup>1179</sup>.

علما وأته كما سبقت الإشارة إليه فاتّه قد لا تربط المولود بالزوجة العقيمة أي رابطة، فتكون الأمّ البديلة هي الأمّ البيولوجية له بتبرّعها بالبويضة والرّحم معا، ومع ذلك تتنازل عن أمومتها لصالح امرأة أجنبية عن المولود.

\* طبقا للقواعد القانونية العامّة، لا يُمكن لأيّ شخص أن يتنازل عن حقّ من حقوقه قبل إنشائه، وفي عملية التلقیح الاصطناعي بواسطة الأمومة البديلة تتعهد هذه الأخيرة بالتنازل عن الطّفل بعد ولادته، وهي بذلك تتنازل عن حقّها في المولود قبل أن يولد أصلا.

\* إنّ الأمّ البديلة حينما تضع جسدها في خدمة آخرين، وتتقاضى مقابلا عن المدّة المحدّدة لإتمام العملية، تقترب من الدّعارة كون أنّ هذه الأخيرة تضع جسمها لصالح من يدفع مقابلا ماديا.

\* عملية التلقیح بواسطة الأمّ البديلة تُفقد هذه الأخيرة دورها الطّبيعي فتتحوّل إلى مجرد جهاز مهمّته الحمل والولادة.

\* هذه الوسيلة من الإنجاب تتضمّن اعتداء على الحرّية الفردية لاحتوائها على عدّة شروط صارمة تتمثّل في:

- الالتزام بإجراء الفحوص الطّبيّة،

- الالتزام بالتخلّي عن المولود بمجرد ولادته حيا.

\* "اللّجوء إلى استئجار الرّحم من شأنه أن يتعارض مع المصلحة التي وُجد من

أجلها وهي علاج عقم المرأة، فقد تلجأ لهذه العملية نساء سليمات قادرات على الإنجاب

<sup>1176</sup> محمد علي البار، التلقیح الاصطناعي...، المرجع السابق، ص.283.

<sup>1177</sup> سورة المجادلة، الآية 02.

<sup>1178</sup> سورة الأحقاف، الآية 15.

<sup>1179</sup> سورة البقرة، الآية 233.

بسبب توليهم مناصب عليا أو أنّ طبيعة شغلهم لا تسمح لهم بالحمل والإنجاب. فيتجنّب ذلك حفاظا على رشاقتهم.

\* تفتح هذه التقنية للقادرين ماليا باب استغلال غير القادرين، كما أنّها تُمكن الأمّ البديلة من الضّغط على الزوجين للحصول على أكبر قدر ممكن من الأموال<sup>1180</sup>.

\* إن الالتزام الرئيسي للأمّ البديلة يتمثل في تسليم المولود بعد الولادة، وعلى هذا الأساس يُكيّف العقد على أنّه تتنازل عن الطّفل، وهذه جريمة يُعاقب عليها القانون، طبقا للمادّة 01/353 من قانون العقوبات الفرنسي.

\* هذه التقنية تُعدّ وسيلة للتّحاييل على القانون المتعلّق بالتّبني، خاصّة المادّة 1168، فعلى الرّغم من أنّ هذا الأسلوب من التّلقيح، ونظام التّبني يهدفان إلى جلب طفل أجنبي إلى الأسرة وإدخاله ضمنها، إلّا أنّهما يختلفان عن بعضهما. فالتّبني يُعدّ وسيلة قانونية مثلى، منظمّ وفق شروط وإجراءات خاصّة، في حين أنّ التّلقيح بواسطة الأمّ البديلة يفرض على الأب البيولوجي الاعتراف بالمولود، كما يفرض على الزّوجة اتّباع نظام التّبني أمام المحكمة حتّى يثبت نسبه لها.

\* لجوء الزّوجين لهذه العملية فيه خرق لحقوق الطفل بمجرد منحه نسب كاذب من جهة الأمّ، كما قد يُرتّب آثارا وخيمة تنعكس على نفسيّته، فالأمّ التي حملته ووضعته تخلّت عنه لصالح امرأة أجنبية عنه، التزمت بتربيته.

\* تُعتبر جمعيات الأمومة البديلة غير مشروعة، وذلك لانعدام محلّها، فهي تُساعد على إبرام وتنفيذ الاتّفاقيات التي يكون الهدف منها وضع الأعضاء التّناسلية للمرأة تحت تصرّف المستفيدين، وكذلك المولود حين ولادته، وهذا يتعارض مع نصّ المادّة 1128 من القانون المدني الفرنسي الذي ينصّ على مبدأ عدم جواز التّصرّف في حالة الأشخاص<sup>1181</sup>.

من خلال اطلاعنا على هذه الحجج والأسانيد يتّضح لنا أنّ أنصار هذه العملية

<sup>1180</sup> هجيرة خدام، المرجع السابق، ص.124.

<sup>1181</sup> المرجع نفسه، ص.125 وما بعدها.

يُبررون موقفهم بالاستناد على حجة أنّها وسيلة للقضاء على المشاكل القائمة بين الزوجين بسبب عدم الانجاب، والتي قد تكون سببا في فكّ الرابطة الزوجية، متجاهلين بذلك مراعاة ما قد تُخلفه العملية من آثار سلبية، وما قد ينجم عنها من مشاكل عويصة. زيادة على ذلك فإنّ المقابل المالي الذي تتقاضاه الأمّ البديلة لا يُمكن تبريره على أنّه تعويض مقابل حملها، فهذا الرّبح في حدّ ذاته يجعل العقد غير مشروع لأنّ الطفل يُعدّ خارجا عن دائرة التّعامل التّجاري، وإنّ القول بعكس ذلك سيؤدّي إلى جعل الأشخاص عبارة عن أشياء يجوز التّصرّف فيها بالأموال.

من هنا نلاحظ أنّ المؤيدين لهذا النوع من التّلقيح قدّموا حججا جدّ ضعيفة وغير منطقية، هذا على خلاف الاتّجاه المعارض الذي دعم موقفه بأسانيد جدّ قويّة وأبرز ما تُمثّله هذه العملية من تعدّي على كرامة الأمّ البديلة وانتهاكا صريحا لحقوق الطفل.

الحقيقة أنّ هذا الاتّجاه أصاب في موقفه، فالاتّفاق الرّامي إلى الاستعانة بالأمّ البديلة يحمل في طياته عدّة شروط تعدي على الحرّية الفردية، نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر: منع الأمّ البديلة من ممارسة العلاقات الجنسية مع زوجها وقت التّلقيح، وكذا التزامها بإجراء العديد من الفحوص الطّبية وقد تضطرّ إلى الإجهاض في حالة إصابة المولود بالأمراض الخطيرة. والأبشع في هذا كلّهُ أنّها تتخلّى عن فلذة كبدها<sup>1182</sup>.

ونحن بدورنا نوّيد الاتّجاه الثاني ونؤكّد على ضرورة عدم إضفاء الشّرعية على أسلوب التّلقيح الاصطناعي بواسطة الأمّ البديلة، فحتّى وإن كان هذا الأسلوب سبيلا ناجعا للقضاء على مشكلة العقم، وحاجزا أمام فكّ الرابطة الزوجية، فإنّه بالمقابل، وكما يقول الأستاذ الدكتور تشوار جيلالي، "يُعدّ سبيلا ناجعا لغير الزوجين وللمرأة الواحدة غير المتزوجة وللواطيين وللسّحاقيين"<sup>1183</sup>. إضافة إلى ما يترتّب عنه من مشاكل وآثار وخيمة يصعب إيجاد حلول لها".

<sup>1182</sup> جيلالي تشوار، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.116.

<sup>1183</sup> المرجع نفسه، ص.110.

أما بالنسبة إلى موقف كلّ من المشرّعين الجزائري والفرنسي من عملية التلقیح الاصطناعي بواسطة الأمّ البديلة، فإنّ المشرّع الجزائري حين نصّ على موضوع التلقیح الاصطناعي باستعمال الأمّ البديلة أقرّ صراحة منع اللجوء لهذا الأخير<sup>1184</sup>.

<sup>1184</sup> انظر، المادة 45 مكرر، الفقرة الأخيرة من قانون الأسرة الجزائري التي نصت على أنه: "لا يجوز اللجوء إلى التلقیح الاصطناعي باستعمال الأمّ البديلة".

لكن ما يُعاب على المشرّع الجزائري أنّه لم يَقم بإقرار عقوبة مدنية أو جزائية إذا ما تمّ اللّجوء إلى هذه التّقنية، لأنّ ما ورد في قانون الأسرة لا يكفي لإيقاف الأشخاص من اللّجوء لهذا الأسلوب، فلا بدّ أن يُصاحبه الطّابع الرّدعي الذي من شأنه إخافتهم. ومع أنّ المشرّع نصّ على معاقبة اللّاجئين لهذه التّقنية، من خلال قانون الصّحة العامّة، إلّا أنّه تخلّى عن النّصّ عن ذلك حين نظم مسألة التّلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة<sup>1185</sup>.

وهذا عكس المشرّع الفرنسي الذي بيّن موقفه بالرجوع إلى قانون 94-653 الصادر في 29 جويلية 1994م. وفي هذا الإطار نصّت المادّة 16 من القانون المدني الفرنسي على احترام حرمة الإنسان وعدم التّعريض لها منذ بدء الحياة، إذ جاء فيها أنّ: «La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie».

وتكملة لذلك، فقد نصّ المشرّع في المادّة 16-1 فقرة 03 من ذات القانون على أنّ الجسد البشري، أعضاؤه ومكوّناته لا يُمكن أن تكون محلا لحقّ مالي، وجاء فيها أنّ:

«Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial».

ومن جهتها أعطت المادّة 16-2 من نفس القانون للقاضي صلاحية استخدام

جميع الوسائل الخاصّة لمنع المساس غير المشروع بالجسد البشري، حيث جاء فيها:

«Le juge peut prescrire toutes mesures propre à empêcher ou faire cesser une atteinte illicite au corps humain ou des agissements illicites portant sur des éléments ou des produits de celui-ci».

هذا وإنّ جميع الاتّفاقيات التي يكون الغرض منها منح قيمة مالية للجسد

البشري أو حتّى أعضائه ومكوّناته، تُعدّ باطلة حسب نصّ المادّة 16-5 من نفس القانون.

«Les conventions ayant pour effet de conférer une valeur

<sup>1185</sup> L'art. 434 al. 03 de l'avant-projet sanitaire dispose que: «Sont interdits, sous peine de sanction pénale: Le don d'embryons surnuméraires ou non à une mère porteuse ou adoptive même entre sœurs ou mère et filles».

patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits sont nulles».

من خلال نصّ المواد أعلاه، يتّضح أنّ المشرّع الفرنسي وضع حماية خاصّة للجسد البشري، إذ يعتبره خارج التعامل القانوني، وما يُبرّر موقف المشرّع الرافض لعملية التلقيح الاصطناعي بواسطة الأمومة البديلة، هو إقراره صراحة بعدم مشروعية الاتفاق المبرم بين الأمّ البديلة والمستفيدين، والذي يكون الهدف منه تأجير الرّحم. وفي هذا الإطار نصّت المادّة 16-7 من القانون المدني الفرنسي على أنّه:

«Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle»<sup>1186</sup>.

مما سبق نستخلص أنّ الجزاء المدني الذي وقّعه المشرّع على تأجير الرّحم هو اعتبار الاتفاق باطلاً بطلاناً مطلقاً. ليس هذا فحسب، فإلى جانب النصّ على العقوبة المدنية، قرّر المشرّع الفرنسي عقوبة جزائية نصّت عليها المادّة 227-12 من قانون العقوبات، وذلك بالقول:

«Le fait de provoquer soit dans un but lucratif soit par don, promesse, menace ou abus d'autorité, les parents ou l'un d'entre eux à abandonner un enfant né ou à naître est puni de six mois d'emprisonnement et de 7500 euros d'amande.

Le fait, dans un but lucratif, de s'entremettre entre une personne désireuse d'adopter un enfant et un parent désireux d'abandonner son enfant né ou à naître est puni d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amande.

Est puni à des peines prévues au deuxième alinéa le fait de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une famille acceptant de porter en elle cet enfant en vue de leur remettre. Lorsque ces faits ont été commis à titre habituel ou dans un but lucratif, les peines sont portées en double.

La tentative des infractions prévues par le deuxième et troisième alinéas du présent article est punie des mêmes peines».

وهكذا نصّت الفقرتان 01 و 02 على معاقبة كلّ من يتخلّى عن المولود لتحقيق أغراض مادية، أمّا الفقرة 03 فهي المتعلقة بموضوع إيجار الرّحم، وكما هو مبين فإنّ

<sup>1186</sup> La gestation pour autrui, Etude de législation comparée, janvier 2008, n°182, Service des études juridiques, www.sénant.fr.

كلّ اتفاق يهدف إلى ذلك، دون الحصول على مقابل مادّي، تكون عقوبته الحبس لمدة سنة وغرامة مالية فُدرت بـ 15000 أورو، هذا وتُضاعف العقوبة في حالة الاتفاق على إيجار الرّحم مقابل كسب مادّي.

وعلى الرّغم من أنّ المشرّع الفرنسي نصّ على عقوبة مدنية وأخرى جزائية، إلاّ أنّه تعرّض للنّقد، فالمادّة 12-227 فقرتها 03 من القانون تُرتّب المسؤولية الجزائية فقط على الوسطاء، في حين أنّ المستفيدين من العملية، والأّمّ البديلة، وحتى الأطباء المختصّون بإجراء العملية، لا تظلم هذه المسؤولية، وهم بعيدون عن كلّ متابعة. وإذا تفهّم النّقاد عدم تسليط العقوبة الجزائية على المستفيدين والأّمّ البديلة، كون أنّ الحاجة هي التي دفعت بها إلى اللّجوء لهذا الأسلوب، فإنّهم لم يتفهّموا سبب استبعاد توقيع الجزاء على الطّبيب، خاصّة وأنّه يمكن اعتباره وسيطا في العملية، شأنه شأن المكاتب وجمعيات الأمومة البديلة، فلايّ سبب ينفذ من العقاب<sup>1187</sup>؟

إذا كانت مسألة التّلقيح الاصطناعي عرفت أرضية خصبة في فرنسا خلال سنوات الثّمانيّات، وازدادت تطوّرا وتدعيما، إلاّ أنّ الحكومة الفرنسية، وبالرّغم من مصادقتها على زواج المثليين والمثليات إلاّ أنّها أعلنت<sup>1188</sup> أنّها لن تُجيز للمثليات المتزوّجات من بعضهنّ، الاستعانة بالتّلقيح الاصطناعي، أو للمثليين استئجار الأرحام للحصول على أطفال، والجزائر إلى حدّ الآن لم تشهد ازدياد طفل نتيجة الأمّ البديلة.

<sup>1187</sup> Roberto ANDORNO, op.cit., p.274.

<sup>1188</sup> انظر المقال المنشور على الموقع: [www.assafir.com](http://www.assafir.com)

إنّ التلقيح الاصطناعي، بصورتيه الداخلي والخارجي، وأساليبه المتعدّدة والمختلفة، وُجد كحلّ للقضاء على مشكلة العقم، ليكون بذلك الأمل الوحيد لغير القادرين على الإنجاب في الحصول على المولود. وبالرغم من إيجابياته إلاّ أنّه بالمقابل أفرز عدّة سلبيات، وكان سببا في ظهور العديد من المشاكل القانونية، خاصّة بالنسبة لنسب الطّفل النّاجم عن التلقيح الاصطناعي بعد تدخّل الأمّ البديلة.

### الفرع الثالث

#### نسب الطّفل النّاجم عن الأمّ البديلة

سبقت الإشارة<sup>1189</sup> إلى أنّ عملية التلقيح الاصطناعي بواسطة الأمّ البديلة تتمّ بطريقتين: إمّا أن يتمّ تلقيح بويضة الزّوجة بمنيّ زوجها لتُزرع بعدها اللّقيحة داخل رحم امرأة أجنبية، وفي هذه الحالة يُثار مشكل تحديد نسب الطّفل، هل يُنسب إلى المرأة الأولى باعتبارها صاحبة البويضة، أم يُنسب إلى المرأة الثّانية باعتبارها منبع تغذيته<sup>1190</sup>؟

وإمّا أن يتمّ تلقيح بويضة المرأة المستعارة بمنيّ الزّوج لتُعاد اللّقيحة وتُزرع داخل رحم هذه الأخيرة، وفي هذه الحالة نرى أنّ صاحبة البويضة هي نفسها مستأجرة الرّحم، فهل يُنسب الطّفل إليها، أم أنّه يلحق بالزّوجة العقيمة، بالرغم من أنّه لا تربطه بها أيّة علاقة؟

من يُمعن النّظر في القانون الفرنسي يجد أنّه إذا كان بالإمكان إجراء تمييز بين الطّريقتين المذكورتين أعلاه، فإنّه لا يُعطي أهمية لهذا التّمييز، إذ لا يرى اختلافا بينهما، فسواء كانت الأمّ البديلة مستأجرة رحمها فقط، أو كانت هي صاحبة البويضة والرّحم معا، فإنّها في كلتا الحالتين المرأة التي تضع الحمل، وباعتبار أنّ المشرّع

<sup>1189</sup> انظر، الفصل الثاني، المبحث الثاني، المطلب الأول بعنوان النسب النّاجم عن الأمّ البديلة، ص.399 من هذه الدراسة.

<sup>1190</sup> من هنا نلاحظ كيف غير هذا الأسلوب من التلقيح مهمة الأم التقليدية. فبعدها كانت مهمتها وحدة متكاملة، إذ تتحمل جميع مراحل الحمل، من بدايته إلى حين الولادة، أصبحت اليوم متجزئة ومحدودة، إذ يقتصر دور الأولى على تخليق الجنين، بينما تكمن مهمة الأخرى في تغذيته ووضعه. راجع في هذا الصدد:

Cf. Choukri KALFAT, Les problèmes engendrés par la procréation artificielle, R.S.J.A., 2006, n°04, p.30.

الفرنسي يعتدّ بمبدأ "الأمومة تنتج بالوضع" (La maternité découle de l'accouchement)، الذي يُمكن استخلاصه من نصّ المادة 341 فقرة 02 من القانون المدني التي نصّت على أنّه:

«L'enfant qui exerce l'action sera tenu de prouver qu'il est celui dont la mère prétendue est accouchée».

ومن جهة أخرى، يقضي ببطلان كلّ اتفاق بشأن إجراء التلقيح الاصطناعي بواسطة الأمّ البديلة، طبقاً للمادة 16-7 من القانون المدني. فهل هذا يعني أنّ نسب المولود يلحق بالأمّ البديلة طالما أنّها تحمّلت آلام الحمل والوضع، فنتمسك بتطبيق المادة 341 فقرة 02 من القانون المدني، خاصّة وأنّ المادة 16-7 من ذات القانون تجعلها بعيدة عن كلّ مسؤولية؟

ما يُمكن ملاحظته هو أنّ المشرّع الفرنسي سكت حول بيان نسب المولود النّاجم عن التلقيح الاصطناعي بواسطة الأمّ البديلة، لكن بالرجوع إلى الأحكام القضائية نجد أنّ القضاء الفرنسي لم يعترف بالطفل النّاشئ عن طريق الأمّ البديلة، مثلما ذهبت إليه محكمة استئناف (Poitiers) بتاريخ 22 جانفي 1992م، حيث قضت ببطلان الاتفاق الذي يكون الهدف من ورائه تحقيق الحمل بواسطة الأمّ البديلة، وذلك نظراً لتعارضه مع مبدأ حرمة الجسد البشري وعدم جواز التّصرف في حالة الأشخاص<sup>1191</sup>.

<sup>1191</sup> تتلخص وقائع القضية في كون سيدة متزوجة مصابة بحالة العقم قررت بالاتفاق مع زوجها، الاستعانة بأمّ بديلة فلقحت بويضة هذه الأخيرة بمنى زوج العقيمة، وزرعت بعدها في رحمها، لتولد على إثر ذلك الطفلة (Solène)، بتاريخ 17 نوفمبر 1985م.

وبتاريخ 16/06/1986م، عبرت الزوجة العقيمة عن رغبتها في تبني الطفلة. ولكن قبل البدء في الإجراءات نشب نزاع بينها وبين زوجها، فغادرت المسكن الزوجي أخذة معها الطفلة.

بعد ذلك رفعت دعوى تطالب فيها المحكمة بتطبيقها من زوجها مع إفادتها بالتبني الكامل، غير أنّ المحكمة أصدرت حكماً قضى بتطبيق الزوجة، لكنها رفضت إفادتها بالتبني الكامل، الأمر الذي دفع بالسيدة إلى استئناف الحكم أمام محكمة استئناف (Poitiers)، هذه الأخيرة أصدرت قراراً يقضي بإفادة الزوجة العقيمة بالتبني البسيط وليس الكامل، ووجدتها في ذلك أنه من واجب المجتمع أن يحمي الطفل ضد الأخطاء التي يرتكبها الكبار، وفي قضية الحال يبقى التبني البسيط هو الحل لحماية الطفلة (Solène) التي تعيش منذ ولادتها مع زوجة أبيها، وإن القول بخلاف ذلك سيحرم هذه الزوجة من كل حقوقها على الطفلة، بينما يحافظ الزوج على ممارسة حقه كأب طبيعي.

هذا وأكدت محكمة النقض أنّ أسلوب التلقيح الاصطناعي بواسطة الأمّ البديلة غير شرعي، وكل اتفاق بشأنه يعد باطلاً بطلاناً مطلقاً لتعارضه مع مبدأ حرمة الجسد البشري ومبدأ عدم جواز التّصرف في حالة

والى جانب ذلك، اعتبر القضاء الفرنسي نشاط جمعيات الأمومة البديلة نشاطاً غير شرعي في القرار الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 13 ديسمبر 1989م في قضية تتلخص وقائعها في أنّ السيّد النائب العامّ تقدّم بدعوى ضدّ مدير جمعية (Alma mater) المتخصصة في البحث عن الأمّهات البديلات وربط العلاقة بينهنّ وبين غير القادرين على الإنجاب، مطالباً بالحكم بحلّ هذه الجمعية، باستناده على أنّ نشاطها غير مشروع لمخالفته للنظام العامّ والآداب العامّة. أمّا الجمعية فقد تمسّكت بحجّة أنّ هدفها هو مساعدة الغير والقضاء على المشاكل التي يُثيرها العقم.

وبعد اطلاعها على كافّة الحجج، أصدرت محكمة مرسيليا حكماً يقضي بحلّ الجمعية لعدم مشروعيتها نشاطها. فقرّرت الجمعية استئناف هذا الحكم، وقد تمسّك النائب العامّ بطلباته أمام محكمة أوّل درجة. كما أضاف أنّ هذا الأسلوب الذي تُساهم الجمعية في تحقيقه يُخالف المواد 1128، 311 و 372 من القانون المدني، كونه يؤدّي إلى ولادة طفل يوضع تحت اسم الأب البيولوجي، دون ذكر اسم والدته البيولوجية لحين إتمام إجراء التّبني من قبل الزّوجة العقيمة. بالمقابل أكّدت الجمعية أنّ هدفها شرعيّ وغير منافٍ للآداب لأنّه يُحقّق هدفاً إنسانياً لا تجارياً.

وقضت محكمة استئناف (Aix-en-Provence) بتاريخ 29 أبريل 1988م بتأييد الحكم المستأنف فيه والقاضي بحلّ الجمعية، تطبيقاً للمادّة 03 من قانون 01 جويلية 1901م. وعلى إثر ذلك طعنت الجمعية بالنقض ضدّ هذا القرار أمام محكمة النقض الفرنسية، والتي أيدت القرار المطعون فيه بتاريخ 13 ديسمبر 1989م، بحجّة أنّ جمعيات الأمومة البديلة تُعتبر باطلة بسبب عدم مشروعيتها محلّها، فهي تضع من جهة الأعضاء المنتجة للأمّ البديلة تحت تصرّف المستفيدين. ومن جهة أخرى، تهدف إلى منح الطّفل نسبا يتعارض مع حقيقة أبوته البيولوجية، وهذا يتعارض مع مبدأ حرمة الجسد البشري وعدم جواز التّصرف في حالة الأشخاص. وأضافت أنّ نشاط الجمعية

الأشخاص، وقد استندت محكمة النقض على المواد 6، 128، 353، 361 من القانون المدني. وبالرغم من بطلان الاتفاق إلا أن المحكمة رتبت الآثار القانونية عليه بحجة مصلحة الطفل، ووفقاً لما أقرت به المواثيق الدولية.

استناداً عليه، أيدت قرار محكمة الاستئناف حيث أفادت الزوجة العقيمة بالتبني البسيط الذي اعتبرته وسيلة تمكن الزوجين من استقبال الطفل. [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)

يُساهم في تحقيق ما يُعرف بالتنازل عن المولود، وهذا منافٍ للقانون. كما أنه يُمنل تحايلا على نظام التَّبني عن طريق المساس بهدفه الحقيقي الذي يكمن في منح عائلة مولودا، هو محروم منها<sup>1192</sup>.

كما أن الحكم ذاته يبقى قائما، وإن كانت العبرة بالأُمومة هو الوضع، وهو موقف محكمة استئناف Rennes كذلك سنة 2002م<sup>1193</sup>.

وفي 2008/12/17م غلبت محكمة النقض حفظ النظام العام على مصلحة التَّوأم برفضها تسجيلهما بالحالة المدنية، حيث وُلد التَّوأم بكاليفورنيا من أم بديلة بطلب من أبويهما الفرنسيين<sup>1194</sup>. ويرى البعض<sup>1195</sup> أن الاختلاف الاجتهادي الفرنسي في هذه المسألة له علاقة وطيدة بالاككتشافات الطَّبية والبيولوجية المعاصرة.

وبذلك نجد أنه جرى العمل أن يولد الطَّفل ويُسجَّل تحت اسم والده البيولوجي، غير أنه لا يُسجَّل تحت اسم الأم البديلة، والتي تُعدُّ أمه البيولوجية، إنما يُسجَّل تحت اسم زوجة أو رفيقة والده، بعد أن تتخذ هذه الأخيرة إجراءات التَّبني.

إنَّ الحلَّ المعتمد من قِبَل المحاكم الفرنسية جاء فقط لحماية مصلحة المولود، وتماشيا مع المواثيق الدوليَّة التي تحمي هذه المصلحة، منها خاصَّة المادَّة الثامنة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، التي تنصُّ على ضرورة التَّكفل بالطَّفل منذ ولادته، دونما اعتبار لظروف حمله وولادته. وإلى جانبها الاتفاقية الدوليَّة المتعلقة بحماية حقوق الطَّفل الموقَّع عليها من قِبَل فرنسا في 26 جانفي 1990م، والمصادق عليها بالمرسوم رقم 90-917 المؤرَّخ في 08 أكتوبر 1990م، حيث جاء في المادَّة الثالثة الفقرة 01 منها على: "أنَّ كلَّ القرارات التي تمسُّ بالطَّفل، يجب أن تكون مصالحه هي الهدف الأسمى الذي يجب مراعاته".

هذا ويُمكن استخلاص أساس مصلحة الطَّفل من المادَّة 374 فقرة 01 من القانون

<sup>1192</sup> Cf. T.G.I. de Marseille, 16/12/1987, Gaz. Pal., 1988, 1, 96 ; C.A. d'Aix-en-Provence, 29/04/1988, J.C.P., 1989, II, 21191, Note P.PÉDROT ; C. Cass., 1<sup>ère</sup> Ch. Civ., 13/12/1989, Bull. Civ., I, N°387, p.260, cité par Patrick NICOLEAU, op.cit., p.138.

<sup>1193</sup> C.A. Rennes, 04 juillet 2002, Juris Data, n°2002, 191286 ; D.2002, note F.GRANT.

<sup>1194</sup> C. Cass., 1<sup>ère</sup> Ch. Civ., 17 déc. 2008, Juris Data, N°2008, 046272, 468.

<sup>1195</sup> جيلالي تشوار، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.118.

المدني الفرنسي التي تُجيز للقاضي منح السلّطة الأبوية للأب إذا رأى في ذلك مصلحة للطفّل. وتضيف الفقرة الرابعة من نفس المادة أنّ القاضي يُمكنه منح حقّ الزيارة للوالد الذي لا يملك ممارسة السلّطة الأبوية، إذا كانت مصلحة المولود تستدعي اتّخاذ إجراءات التّبني، فهذا لا يعني أنّ القضاء مجبر، في جمع الحالات، بقبول طلب التّبني، إذ يُمكنه أن يحكم بأن ينضمّ المولود لأسرة أبيه البيولوجي، فتقوم زوجته بممارسة حقّ التّربية والحضانة، بالرّغم من عدم وجود علاقة بيولوجية ولا قانونية تربطها بالطفّل، إنّما تكفي بمعاملته كما لو كان ابنا لها، وهذا حتّى لا يتمّ تشجيع اللّجوء إلى هذا النوع من التّلقيح<sup>1196</sup>.

مما تقدّم نجد أنّه، بالرّغم من أنّ المشرّع الفرنسي لم ينصّ صراحة عن موافقه من نسب الطّفّل النّاجم عن التّلقيح الاصطناعي بواسطة الأمّ البديلة، إلّا أنّ الاجتهادات القضائية ابتكرت حلاًّ لذلك تحت ستار مصلحة المولود، وبهذا سدّت الفراغ التّشريعي.

وأما في القانون الجزائري، نجد أنّ المشرّع اكتفى بإضفاء عدم الشّرعية على هذا الأسلوب من التّلقيح، دون تقرير عقوبة جزائية ولا معالجة للآثار المترتبة عن اللّجوء فعلاً إليه. أمام هذا الفراغ التّشريعي، يُمكن القول أنّه إذا كانت الأمّ البديلة هي صاحبة البويضة والرّحم معاً، فهذا يعني أنّها الأمّ البيولوجية للمولود. لكنّ هذا الأخير لا يُمكن أن يكون إلّا ابناً غير شرعيّ، وذلك لانعدام رابطة الزّواج بين والده البيولوجي والأمّ البديلة. وطالما أنّ المشرّع يشترط قيام العلاقة الزّوجية لثبوت النسب الشّرع، وهذه الأخيرة غير متوقّرة، فإنّ المولود يُنسب إلى أمّه البيولوجية فقط، أي إلى الأمّ البديلة ولا علاقة له بالزّوجة.

تتأزّم الأمور في الحالة التي تكون فيها الأمّ البديلة مستأجرة لرحمها فقط، بينما تكون صاحبة البويضة هي الزّوجة. هنا كان على المشرّع أن يتدخّل لبيان موقفه، خاصّة وأنّ جانبا كبيرا من الفقه يرى أنّ المولود، في هذه الحالة، يُنسب للزوجين، وسنده في ذلك أنّ العملية تمّت باستعمال بويضة الزّوجة ومنّي زوجها في إطار قيام

<sup>1196</sup> Roberto ANDORNO, op.cit., p.265.

علاقة زوجية شرعية، وأنّ الأمّ البديلة لم تُشارك في تخليف البويضة الملقحة، وأنّ رحمها قد أدّى دوراً وظيفياً لا أكثر، فهو يُشكّل وعاءاً للجنين ومكاناً لتغذيته، ولا دور له في اكتساب الصفات الوراثية، فهذا الأخير تستقلّ به النطفة الملقحة من مني الزوج وبويضة الزوجة، ما يجعل العلاقة الوراثية أعمق من تغذية الجنين<sup>1197</sup>.

أضف إلى ذلك، أنّ استبدال البويضة الملقحة داخل الرحم يستبعد تماماً اختلاط ماء الزوج بماء الأمّ البديلة.

استناداً لذلك، يرى هذا الاتجاه أنّه يُشترط لثبوت نسب المولود للزوجين في نظام الأمّ البديلة الشروط التالية:

- قيام علاقة زوجية بين الرجل، صاحب المنى، والمرأة، صاحبة البويضة؛

- أن يتمّ تلقيحها داخل أنبوب اختبار؛

- أن يستغرق الحمل في رحم الأمّ البديلة المدّة المعلومة طبيّاً.

بتوافر هذه الشروط يُنسب المولود إلى أبويه البيولوجيين ويُعدّ ابنهما الشرعي،

أمّا الأمّ البديلة فيكون دورها مشابهاً لدور الأمّ المرضعة<sup>1198</sup>.

يبدو أنّ هذا الرأى الفقهي منطقيّ، فهل هذا يعني أنّه على المشرّع التّدخل

واتّخاذ نفس هذا الموقف؟

إذا كانت الإجابة بنعم، فماذا عن المبدأ الذي كرّسه بموجب المادة 43 من

قانون الأسرة، التي ربط المشرّع من خلالها الأمومة بالوضع، إذ نصّت على أنّه:

"ينسب الولد لأبيه إذا وُضع الحمل خلال 10 أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة"؟

في الحقيقة، هذا المبدأ لا يتماشى مع التطوّر الطبّي الذي يمنح الأولوية

للبيولوجيا، ولا يُعتبر الحلّ الأنجع للمشكلة الذي تُثيره مسألة النسب. وبهذا يبقى

التساؤل مطروحاً، هل نأخذ بما ذهب إليه الرأى الرّاجح من الفقه ونعتبر الابن ابناً

شرعياً للزوجين، وهكذا نقصي دور الأمّ البديلة؟ أم نعتبره مثل الحالة الأولى - التي

تكون فيها الأمّ البديلة صاحبة البويضة والرحم - ابناً غير شرعيّ، وذلك لتدخّل طرف

<sup>1197</sup> نصر الدين مروك، المرجع السابق، ص. 428 وما بعدها.

<sup>1198</sup> عبد الكريم مامون، رأى الشريعة...، المرجع السابق، ص. 24 و29.

أجنبي في العلاقة ومساسه بقدسية الزواج ؟

في إطار القانون الجزائري، لا يقف التساؤل عند هذا الحد، فباعتبار المجتمع الجزائري مجتمعاً إسلامياً يُجيز تعدد الزوجات، يُثار التساؤل حول الحالة التي تكون فيها الأم البديلة هي الزوجة الثانية للزوج صاحب المنى، كيف يتم تحديد النسب هنا؟ يُعاب مرة أخرى على المشرع الجزائري أنه أغفل معالجة هذه الحالة التي يمكن أن تقع من الناحية العملية، وهذا إنما يدل على نقص في معالجة مسألة التلقيح الاصطناعي من قبله، بمختلف صورها وأساليبها، وما يترتب عنها من آثار.

أمّا الفقه الإسلامي فقد اختلف في إثبات نسب المولود في هذه الحالة، إذ وبعد أن أجاز المجمع الفقهي الإسلامي أن تقوم الزوجة الثانية بالتبّرع برحمتها عند الضرورة وأثبت النسب للزوج والزوجة الأولى صاحبة البويضة، عدل عن رأيه ونصّ بتحريمها شرعاً لما يترتب عنها من اختلاط في الأنساب وضياع لمعنى الأمومة، ناهيك عن المشاكل التي قد تتجم من جرّاء هذه العملية<sup>1199</sup>.

فمن الممكن أن تحمل الزوجة الثانية بعد أن تُزرع داخل رحمها لقيحة الزوجة الأولى، فتلد بذلك توأمين، هنا لا يُعلم ولد اللقيحة من ولد معاشرته الزوج، فيصعب تحديد من تُعتبر أمّ من؟ ولو افترضنا أنها أنجبت توأمين، أحدهما يُولد حياً والآخر ميتاً، هنا لا يمكن معرفة من هي أمّ المولود الذي وُلد حياً ومن هي أمّ من وُلد ميتاً؟ وماذا لو وُلدا مختلفي الجنس، لمن يكون الذكر ولمن تكون الأنثى<sup>1200</sup>؟

تقادياً لوقوع مثل هذه الحالات المستعصية، كان من الضروري أن يعدل المجمع الفقهي عن موقفه<sup>1201</sup>.

استناداً لما تقدّم، يُثار التساؤل حول ما إذا كان المشرع الجزائري قد تعمد إغفال معالجة وتحديد نسب المولود الناجم عن التلقيح الاصطناعي بواسطة الأمّ البديلة، نظراً لصعوبة ذلك، وما يُثيره من مشاكل، أم أنّه ببساطة أغفل معالجته سهواً فوق في فراغ تشريعي.

<sup>1199</sup> مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، الدورة الثانية، ج1، مطابع رابطة العالم الإسلامي، مكة، 1407هـ/1986م، عدد 307، ص.

<sup>1200</sup> أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص.231.

<sup>1201</sup> مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، المرجع السابق، ص.324.

أكثر من ذلك، إنَّ مكان إنشاء الجنين لا يقتصر فقط على الأمّ البديلة، بل أمكن إنشاء الأجنّة في بيئة استُبدلت فيها الأعضاء التناسلية لمن تلقى الجنين من أجل حضنه، أو تكوّن الجنين فيها انطلاقاً من غدد تبرّع بها غير الأبوين، بعد أن نجحت بعض حالات الزرع للأعضاء والغدد التناسلية.

## المطلب الثاني

### زراعة الأعضاء التناسلية (الخصية والمبيض)

يُعتبر عدم الإنجاب مشكلاً عويصاً ومجالاً للبحث العلمي، فبعد التّعرّض إلى عملية التلقّيح الاصطناعي بأنواعها، استنتجنا أنّ الأطباء لم يقتصروا على هذه الأخيرة، بل تتقدّم البحوث من أجل القضاء على مشكل العقم، فلجأوا إلى استئجار الأرحام. وأكثر من ذلك، إنّ المستجّدات العلمية الحديثة فتحت المجال إلى تقنية نقل وزرع الأعضاء التناسلية، فهذا يجزّنا إلى معرفة مدى نجاح التطوّر العلمي في زراعة الغدد والأعضاء التناسلية، وهل هناك خطورة في زرع وغرس الخصية والمبيض على النسب؟

فسوف نتعرّض إلى مفهوم زرع الأعضاء التناسلية (الفرع الأوّل)، ثمّ المخاطر التي تُثيرها مسألة نقل الأعضاء التناسلية على النسب (الفرع الثاني).

## الفرع الأوّل

### مفهوم زرع الأعضاء التناسلية

عرّفها أحد الأطباء<sup>1202</sup> على أنّها: "الأعضاء التي تُنتج عناصر الإخصاب من بويضات ونطف"، وهي أيضاً "محلّ الجماع"، وتتنقسم إلى نوعين<sup>1203</sup>: الأعضاء التي تنتقل الخصائص الوراثية للإنسان (أولاً)، والأعضاء التي لا تنتقل الخصائص الوراثية للإنسان (ثانياً).

<sup>1202</sup> محمد كنعان، المرجع السابق، ص. 489.

<sup>1203</sup> انظر، محمد علي البار، زرع الغدد التناسلية والأعضاء التناسلية، أبحاث ندوة رؤية إسلامية لزراعة بعض الأعضاء البشرية، الكويت، 23 أكتوبر 1989، ص. 464 وما بعدها.

### أولاً: الأعضاء التي تنقل الخصائص الوراثية للإنسان.

وتُعرف باسم "الغدد التناسلية"، ويتم من خلالها إنتاج الخلايا التناسلية، فعند الرجل هناك الخصيتان، وتقوم بوظيفتين: إفراز الحيوانات المنوية، وإفراز الهرمونات، وهما المسؤولتان عن الصفات الثانوية للذكورة مثل تغيير الصوت من نعومة صوت الطفل إلى خشونة صوت الرجل، وبناء العظام وتوزيع الدهن في الجسم... الخ<sup>1204</sup>.

أما بالنسبة للمرأة فهناك المبيضان، فدورهما يقتصر على صناعة البويضة، وهي بذرة المرأة التي تُنقل منها خصائصها وخصائص أصولها إلى ذريتها، ونجدهما على يمين ويسار قناة فالوب، ويتصل كلاهما بالرحم بواسطة وتر سميك على ناحية اليمين واليسار<sup>1205</sup>. وهما عبارة عن أكياس تحوي عدداً محدداً من البويضات عند الولادة، أي أنّ البويضات داخل المبيض تكون قد تمّ تكوينها قبل ولادة الأنثى من بطن أمها، إضافة إلى مسؤوليتهما عن إفراز هرمونات الأنوثة<sup>1206</sup>.

### ثانياً: الأعضاء التي لا تنقل الخصائص الوراثية للإنسان.

ويطلق عليها اسم "الأعضاء التناسلية". بالنسبة للرجل هناك القضيب، وهو مجرد أداة لنقل المنى، أما المرأة فلها قناة فالوب، والتي تُعتبر مجرد طريق لنقل البويضات بعد تلقيحها، وكذلك الرحم أين يُحضن الجنين.

ما يهمنا بالنسبة لدراستنا هذه، هو النوع الأول، أي زراعة الخصية عند الرجل والمبيض عند المرأة<sup>1207</sup>.

<sup>1204</sup> انظر، نصر الدين مروك، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، ج1، ك2، دار هومة، الجزائر، 2003، ص.130.

<sup>1205</sup> زبير بن قويدر، المرجع السابق، ص.97.

<sup>1206</sup> سفيان بن عمر بورقعة، المرجع السابق، ص.493.

<sup>1207</sup> تمكن البروفيسور "شرمان سيلبر" لأول مرة في التاريخ من نقل أحد المبيضين، من امرأة وزرعها في أختها التوأم. وقد صرح الطبيب بأن هذه العملية (نقل وزرع المبيض) ستبقى في الوقت الحاضر منحصرة في التوائم الحقيقية فقط. نفس الشيء بالنسبة للخصيتين عند الرجل. سفيان بن عمر بورقعة، المرجع السابق، ص.496.

## الفرع الثاني

### المخاطر التي تثيرها مسألة نقل الأعضاء التناسلية على النسب

إنّ مسألة نقل الأعضاء التناسلية تمسّ النسب بشكل خاصّ، ففي حال زرع الخصية أو المبيض، فإنّ الطّفل الناتج يُنسب إلى الشّخص المنقول منه، أي أنّ المولود يكون ابناً للرجل المنقول منه الخصية، أو المرأة المنقول منها المبيض، وبذلك لا يُنسب الطّفل للمتلقّي أو المتلقّية للعضو التناسلي لأنّ هذين الأخيرين يُعتبران حاضنين أو حاملين للجهاز الصّانع للبذرة فقط. كما أنّه ثبت علمياً بأنّ المميّزات الوراثية للطّفل تنتقل إليه عن المصدر (المتبرّع بها)، وليس من المتلقّي، وإجازة نقل هذه الأعضاء تؤدّي إلى اختلاط الأنساب<sup>1208</sup>.

وعليه فما هو حكم الفقه الإسلامي والقانون للنسب الناشئ عن هذه العملية؟

## المطلب الثالث

### موقف الفقه والقانون من النسب الناتج عن الأعضاء التناسلية المزروعة

بعد إعطاء لمحة عن عملية زرع الأعضاء التناسلية (الخصية والمبيض)، كان لا بدّ علينا أن نتطرّق إلى الحكم الشرعي للنسب الناشئ عن هذه العملية (الفرع الأوّل)، وبعدها نتعرّف على موقف القانون منها (الفرع الثّاني).

## الفرع الأوّل

### موقف الفقه الإسلامي من النسب الناشئ عن عملية زرع الأعضاء التناسلية

لزرع الأعضاء التناسلية أثر كبير في إنشاء النسب، لهذا سوف نتعرّض إلى أثر زرع الخصية على نسب المولود (أولاً) وأثر زرع المبيض على نسب المولود (ثانياً).

<sup>1208</sup> محمد سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص. 133.

## أولاً: أثر زرع الخصية على نسب المولود.

أجاز بعض الفقهاء المعاصرين<sup>1209</sup> هذه العملية، بينما رفضها البعض الآخر<sup>1210</sup>. فقد بحثوا مسألة نقل الخصية وتأثيرها على النسب، ضمن بعض الهيئات المختصة، ومنها مجمع الفقه الإسلامي، الذي أصدر بشأنها بعض الفتاوى والقرارات، ويمكن إجمال وجهات نظر وآراء هؤلاء الفقهاء في قولين، حيث ذهب أنصار الرأي الأول إلى جواز زرع الخصية وعدم تأثيرها على النسب، وقال به الشيخ سيد سابق<sup>1211</sup>، الذي أجاز نقل الخصيتين معاً، واستدلّ على ذلك بما يلي:

- "أنّ الخصية مجرد آلة منظّمة لتلك الحيوانات المنوية، فلا وجه لشبهة التحريم في عملية نقلها (حسب تقديره).

- لا تأثير للجينات الوراثية لانعدام تطابقها، بدليل أنّ الأخوين من نفس الأصل، تنتقل إليهما صفات وراثية واحدة، فقد يُنجب أحدهما ذكراً والآخر أنثى، ومع ذلك لم يُحرّم زواج ابن أحدهما بابنة الآخر، فدلّ هذا على عدم تأثير تطابق الصفات الوراثية".

أمّا أنصار الرأي الثاني، فلم يُجيزوا زرع الخصية لتأثيرها على النسب، وهو الرأي الذي أخذ به معظم الفقهاء المعاصرين، من بينهم الدكتور يوسف القرضاوي، والذي تبنّاه مجمع الفقه الإسلامي بالإجماع<sup>1212</sup>، حيث جاء فيه ما يأتي:

بعد الاطلاع على الأبحاث والتوصيات المتعلقة بموضوع زراعة الأعضاء التناسلية، الذي كان أحد موضوعات الندوة الفقهية الطبية السادسة المنعقدة في الكويت من 23-26/10/1990م، بالتعاون بين المجمع وبين المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية،

<sup>1209</sup> منهم العلامة محمد بن محمد المختار الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها، مكتبة الصحابة، جدة، 1994، ص. 392 وما بعدها. اعتمد على جريدة "المسلمون" في أعدادها 203-205.

<sup>1210</sup> محمد سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص. 144-145.

<sup>1211</sup> سيد سابق، فقه السنة، المرجع السابق، ص. 86، مقتبس عن سفيان عمر بورقعة، المرجع السابق، ص. 504؛ محمد بن محمد المختار الشنقيطي، أحكام الجراحة...، المرجع السابق، ص. 393، مقتبس عن جريدة "المسلمون"، عدد 203.

<sup>1212</sup> انظر، 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.

استنتجنا أن:

### 1- زرع الغدد التناسلية:

بما أن الخصية والمبيض يستمران في حمل وإفراز الصفات الوراثية للمنقول منه، حتى بعد زرعها في متلق جديد، فإن زرعها محرّم شرعا وفيه خلط للأنسب<sup>1213</sup>.

### 2- زرع أعضاء الجهاز التناسلي:

زرع بعض أعضاء الجهاز التناسلي التي لا تنقل الصفات الوراثية -ماعدات العورات المغلظة- جائز لضرورة مشروعة ووفق الضوابط والمعايير الشرعية المبيّنة في القرار رقم 01 للدورة الرابعة لهذا المجمع، وهو "انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حياً أو ميتاً".

واستدلّ العلماء المعاصرون على القول بعدم إجازة نقل الخصيتين بما يأتي:

- أن نقل الخصيتين معا يؤدي إلى حرمان المنقول منه من النسل، وهو أمر محرّم شرعا، ويؤدي إلى ضياع الأنساب واختلاط المحارم<sup>1214</sup>.

- أن الخصية هي المعمل الذي تُفرز فيه المادة المنوية ويتخلّق الحيوان المنويّ 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، والدكاء أو الغباء، وغير ذلك من الأوصاف الجسمية، والعقلية والنفسية، وهذا يُعدّ نوعا من اختلاط الأنساب الذي منعه الشريعة بكلّ الوسائل<sup>1215</sup>.

وفي هذا الصدد يقول الدكتور محمد علي البار: "...وإذا تمّ زرع الخصية في شخص عقيم فإنّ حيواناته المنوية ستكون من رجل آخر... وهو نوع من النكاح فيه شبهة زنا... إذ تكون النطفة لرجل آخر في الحقيقة... وذلك يُشبه التلقيح الاصطناعي بماء رجل آخر". ويزيد البيان في موضوع آخر فيقول: "إنّ نقل الخصية من شخص

<sup>1213</sup> سفيان عمر بن بورقعة، المرجع السابق، ص.505-506.

<sup>1214</sup> انظر، 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.450-451.

<sup>1215</sup> فاطمة الزهراء رابحي زوجة تبوب، المرجع السابق، ص.249.

إلى آخر يعني انتقال الحيوانات المنوية من المتبرّع إلى المتلقّي، ومن المعلوم أنّ الصّفات الوراثية الموجودة في الحيوانات المنوية الناتجة من الخصية المزروعة إنّما تتبع الشّخص المتبرّع لا الشّخص المتلقّي. وبالتالي يُشبه ذلك دخول طرف ثالث في موضوع الإنجاب... ولا تتغيّر الصّفات الوراثية الموجودة في الخصية بعد زرعها. بل تبقى تلك الصّفات الوراثية تعود إلى الشّخص المتبرّع، ذلك لأنّ المورثات (الجينات) تكون مبرمجة منذ البداية... ورغم أنّها انتقلت إلى بيئة جديدة وتتغذى من مصادر تختلف عمّا كانت عليه، إلّا أنّ برنامج المورثات يبقى على ما كان عليه<sup>1216</sup>. وهذا يُشبه التلقّح الاصطناعي بماء رجل آخر.

وذهبت الدّكتورة صديقة العوضي إلى القول: "فإذا ما نقلنا الخصيتين من شخص إلى آخر فكأنّنا قد نقلنا المصنع بآلاته، ومعدّاته، والمواد الأولية التي يحتويها إلى الشّخص الآخر، ولن يكون دور الشّخص المنقولة له الخصية سوى تشغيل هذا المصنع فقط، أي أنّه لن يكون له دور في نقل المورثات التي يحملها إلى أولاده، بل سوف يُساعد على نقل الصّبغيات الوراثية التي ورّثها الشّخص المنقولة منه هذه الخصية إلى ذرية الشّخص المنقولة له الخصية... إذاً نقل الخصية من شخص إلى آخر ما هو إلّا شكل من أشكال إخصاب البويضة بحيوان منويّ آخر غير الحيوان المنويّ من الرّوج (إخصاب من شخص غريب)"<sup>1217</sup>، وبالتالي يُعتبر خلطاً في الأنساب.

بعد عرضنا للقولين السّابقين، نُرجّح أصحاب الرّأي الثّاني -والله أعلم- في عدم جواز زرع الخصية لعدم اختلاط الأنساب، وأنّ الأطباء المختصّين أكّدوا أنّ الغدد تحتوي على خلايا تناسلية، فالخصية تحتوي على المواد الأولية التي ينتج منها الحيوان المنوي، فنقلها من شخص إلى آخر، ما هو إلّا شكل من أشكال إخصاب البويضة

<sup>1216</sup> محمد علي البار، المرجع السابق، ص.467-468.

<sup>1217</sup> انظر، صديقة العوضي، نقل الأعضاء التناسلية، بحث مقدم إلى الندوة الطبية الفقهية الخامسة المنعقدة بتاريخ 1989/10/23م، التي عقدها المجمع الفقهي الإسلامي بالاشتراك مع المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، ص.450؛ مقتبس عن سفيان بن عمر بورقعة، المرجع السابق، ص.502-503.

بحيوان منوي آخر من غير الزوج<sup>1218</sup>، والمولود لا تكون له صلة بالزوج أو الزوجة، ويؤدّي هذا إلى اختلاط الأنساب المحرّم شرعا.

### ثانيا: أثر زرع المبيض على نسب المولود.

إنّ عملية زرع المبيض من امرأة إلى أخرى يُشبهه تمام عملية نقل خصية الرّجل، فبذلك تتجم عنه نفس الآثار ونفس الأحكام التي عرضناها سابقا. والمرأة التي تحمل طفلا، نتيجة هذا الزرع، ستُنجب مولودا غريبا عنها وراثيا، لكون البويضة ليست منها، بل من المرأة المتبرّعة لها بالمبيض<sup>1219</sup>.

وإنّ جمهور الفقهاء حرّموا نقل وزرع المبيضين لما يُفضي إليه من اختلاط في الأنساب. ويقول في الصّدّد الدكتوران صديقة علي العوضي وكمال نجيب محمد: "... ومن هنا يتّضح أنّ عدد البويضات التي قدّرها الله في أن تكون داخل مبيض كلّ أنثى يكون قد تمّ تحديده قبل ولادة الأنثى من بطن أمّها، فإذا قمنا بفحص هذه البويضات نجد أنّها تحتوي على نواة، وهذه النواة تحتوي على 23 صبغا... هذه الصبغات تحمل العوامل الوراثية التي ثرتها الطّفة من الأمّ والأب...، فإذا ما قمنا ونقلنا المبيض من أنثى إلى أخرى فإننا بهذا قد نقلناه بما يحويه من بويضات تحمل الصّفات الوراثية التي ورثتها المنقول منها المبيض، من والديها، إلى أنثى أخرى، والتي تمّ نقل المبيض إليها. هذا النّقل سيؤدّي حتما إلى خلط الأنساب"<sup>1220</sup>، وهو محرّم شرعا.

بعد عرض موقف الفقه الإسلامي من عملية زرع الخصية والمبيض، فما هو موقف القانون من النسب النّاجم عن هذه العملية؟

## الفرع الثاني

### موقف القانون من النسب الناتج عن الأعضاء التناسلية المزروعة

لم يتعرّض المشرّع الجزائري إلى موضوع زرع الأعضاء التناسلية، ومنها

<sup>1218</sup> سفيان بن عمر بورقعة، المرجع السابق، ص.505-506.

<sup>1219</sup> فاطمة الزهراء رابحي زوجة تبوب، المرجع السابق، ص.251.

<sup>1220</sup> صديقة علي العوضي وكمال نجيب محمد، المرجع السابق، ص.446-447، مقتبس عن سفيان بن عمر بورقعة، المرجع السابق، ص.133.

الخصية والمبيض، لا في قانون الأسرة ولا التصوص القانونية الأخرى. وإن ما تضمنه قانون ترقية الصّحة<sup>1221</sup> لا يُنظّم سوى الضوابط العملية، أي ما يخصّ بعض أعضاء الجسم الإنساني، وضرورة توقّر الرضا الحرّ، مجّانية العملية، ...، ولم يُجزّ المشرّع العملية، بمقتضى المادة 161 من قانون ترقية الصّحة، إلاّ لأهداف علاجية أو شخصية.

وبالتالي فإنّ حكم النسب إذا حدث وزُرعت وتمّ الإنجاب، يعود الفصل فيه، وفقاً لأحكام المادة 222 من قانون الأسرة، التي تُحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية دون غيرها، والتي كما رأينا سابقاً، فهي تُحرّم هذه العملية، فبذلك هي محرّمة شرعاً وقانوناً. أمّا بالنسبة لنظيره الفرنسي، فإنّه نظّم عملية نقل وزرع الأعضاء بشكل عام<sup>1222</sup>، في القانونين الصّادرين سنة 1994م وسنة 2004م، حيث نجد أنّه حدّد شروطاً يجب توافرها في المتلقّي والمتبرّع، منها: ضرورة مجّانية العملية، وجود رضا مستنير، الموافقة ترجع إلى السّلطة التقديرية للقاضي... الخ<sup>1223</sup>.

إنّ موضوع دراستنا يتمحور حول الطّرق الحديثة للإنجاب، فتعرّضنا إلى التلقّيح الاصطناعي بنوعيه، واستئجار الأرحام، وزرع الأعضاء التّناسلية، وهناك طريقة أخرى للتّوالد، والتي تكون بواسطة استنساخ الكائنات البشرية. لكنّ هذه التّقنية غير متوافرة في بلادنا إلاّ أنّ هذا لا يمنعنا من دراستها وتبيان الوضعية الشّرعية والقانونية لها من خلال المبحث الموالي.

### المبحث الثالث

#### ظاهرة الاستنساخ البشري وكيفية إثبات النسب فيها

يُعتبر الاستنساخ من الطّرق الحديثة، وليس له أيّ علاقة بالإنجاب الطّبيعي،

<sup>1221</sup> قانون الصحة وترقيتها رقم 85-05 المؤرخ في 16 أبريل 1985، ج.ر.، رقم 08، المعدل والمتمم بالقانون 88-15 المؤرخ في 03 ماي 1988 وبالقانون 90-017 المؤرخ في 31 جوان 1990، ج.ر.، رقم 35.

<sup>1222</sup> القانون الفرنسي تحت رقم 76-1181، والخاصّ بعمليات نقل وزرع الأعضاء، القانون رقم 654-94 المؤرخ في 29/07/1994، المتعلق بالصحة العمومية.

<sup>1223</sup> Art. 152-3 al. 03 et art. 2141-4 al. 01 du c.s.p.; Cf. Art. 152-4 al. 01-02 et art. 2141-4 al. 02 du c.s.p.;...

الذي يتم بين زوجين ينتج من خلالها طفل يُنسب إلى أبويه، فهذه التقنية الحديثة كانت تُستعمل على النباتات والحيوانات، ولقد لقيت نجاحا كبيرا، وهذا ما حفّز العلماء إلى السعي للوصول إلى الاستنساخ البشري. فما مفهومه؟ وما هو موقف كل من الشريعة الإسلامية والقانون منه؟ والأهم من كل هذا، هل يمكن إثبات نسب الطفل المستنسخ؟

إجابة عن هذه الإشكاليات قسمنا مبحثنا هذا إلى مفهوم الاستنساخ البشري (المطلب الأول)، مقارنة بين الاستنساخ وما يُشابهه (المطلب الثاني)، وأخيرا مدى إمكانية إثبات نسب الطفل المستنسخ شرعا وقانونا (المطلب الثالث).

## المطلب الأول

### مفهوم الاستنساخ البشري

يُعتبر الاستنساخ البشري حدثا واكتشافا كبيرا في عصرنا، لذلك تُثار عدّة تساؤلات حول هذه الظاهرة، أولها ما هو مفهوم الاستنساخ؟ وعليه سنتعرّض إلى تعريفه لغة واصطلاحا (الفرع الأول)، ثم نُعطي لمحة تاريخية عنه (الفرع الثاني)، وبعد ذلك نتعرّض إلى أنواع الاستنساخ (الفرع الثالث).

## الفرع الأول

### تعريف الاستنساخ البشري

الاستنساخ لغة بمعنى إحلال الشيء مكان آخر، تقول تتاسخت الأشياء أي كان بعضها مكان بعض<sup>1224</sup>. والاستنساخ كتب كتابا من كتاب، ومنه قوله **عَلَّا**: ﴿...إِنَّا كُنَّا نَسْتَنْسِخُ مَا كُنْتُمْ تَعْمَلُونَ﴾<sup>1225</sup>، أي نستنسخ ما تكتب الحفظة ونأمر بنسخه وإثباته، فيثبت عند الله **عَلَّا**<sup>1226</sup>.

<sup>1224</sup> انظر، الشحات إبراهيم محمد منصور، نسب المولود الناتج عن التلقيح الصناعي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011، ص.102.

<sup>1225</sup> سورة الجاثية، الآية 29.

<sup>1226</sup> انظر، 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.

والسّين والتّاء للطلب والاستدعاء، فيكون الاستنساخ بمعنى التّسخ، ومعناه تبديل الشّيء بالشّيء، ونقله من مكان إلى مكان، ومن حال إلى حال، كقولنا: مسخه الله قرداً، ونسخه بمعنى واحد<sup>1227</sup>.

<sup>1227</sup> ابن منظور، لسان العرب، مادة نسخ، المرجع السابق، ص.121.

والاستنساخ كلمة عربية تُقابل (Cloning) بالإنجليزية، والتي أصلها يوناني (Clone)، والتي تعني البرعم أو الوليد<sup>1228</sup>.

أمّا الاستنساخ اصطلاحاً فعُرّف على أنّه: "عملية يُقصد منها استحداث كائن حيّ، بنقل النّوّة من خلية جسدية حيّة إلى بويضة منزوعة النّوّة، أو بتشطير بويضة مخصّبة في مرحلة تسبق تمايز الأنسجة. كما يُقصد منها استحداث نبات أو عضو أو جين معيّن أو خلية معيّنّة، بطرق معملية لأهداف تنموية وعلاجية"<sup>1229</sup>.

كما عُرّف الاستنساخ على أنّه: "استغناء عن عملية التّزاوج والتّلقيح، ففيه يأخذ الباحث خلية عادية من أيّ مكان في جسم الإنسان ويزرعها في بويضة خالية من النّوّة برحم امرأة فتتكاثر الخلية وتنقسم إلى ملايين الخلايا، ثمّ تكون مخلوقاً بشرياً جديداً، وهنا يكون نسخة مطابقة للأصل المأخوذ منه الخلية، فلا أب ولا أمّ يشتركان هنا، بل هي خلية أمّ واحدة"<sup>1230</sup>.

من خلال هذه التّعريفات يُمكن استنتاج أنّ الاستنساخ هو "توليد كائنات حيّة تتطابق مع الأصل وراثياً".

وُجد الاستنساخ منذ أن أدرك العلماء الكثير من خصائص الخلية الحوية، وإن بقي الكثير منها غير معلوم، فلا بدّ من التّطرّق إلى أصله التّاريخي، وسيكون ذلك من خلال الفرع الموالي.

## الفرع الثاني

### التطور التاريخي للاستنساخ

فكرة الاستنساخ قديمة في أصلها، إذ أنّها موجودة في الحياة منذ بدء الخليقة، وخاصّة في النّبات والحيوان، وهي تعتمد في تكاثرها وتوالدها على الاستنساخ الدّاتي، دون حاجة لتدخّل طرف ثانٍ، ولا إلى خلايا جنسية. ويتمّ التّكاثر بانسطار الخلايا

<sup>1228</sup> انظر، محمد فريد الشافعي، الاستنساخ البشري، بين أوامم الغرب وحقائق الإسلام، دار البيان للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2003، ص.25.

<sup>1229</sup> أحمد فايد شعبان الكومي، المرجع السابق، ص.12.

<sup>1230</sup> الشحات إبراهيم محمد منصور، المرجع السابق، ص.103.

الجسمية تُعطي كائنا جديدا مطابقا في التّوع والصفات الوراثية للكائن الأم<sup>1231</sup>.

وأول تجربة ناجحة كانت عام 1952م، حيث تمكّن العالمان "روبرت بريجز" و"توماس كينج" من استنساخ ضفدع من خلية جينية، وقد تمّت هذه التّقنية على أساس استبدال البويضات قبل تلقيحها بنوايا الخلايا الجينية<sup>1232</sup>. ولقد أُعيدت نفس التجربة في عام 1975م من طرف العالم "جون جوردن" (J.JORDAN)، لكن بنوايا الخلايا المعوية<sup>1233</sup>. وفي عام 1970م، تمّ استنساخ الفئران من الأجنّة المخصّبة. وفي عام 1979م، تمّ استنساخ الأغنام لأول مرّة بطريقة الاستنساخ الجنسي<sup>1234</sup>. وفي عام 1991م، تمّ استنساخ خمسة (05) خنازير بتايوان.

وتبيّن من هذه التجارب كلّها أنّه في ميدان علم الوراثة، كلّ خلية مميّزة تماما، تحتفظ في نواتها على كافّة الطّبائع الوراثية الضرورية لتكوين كائن كامل<sup>1235</sup>.

وفي عام 1993م، تمّت أول محاولة للاستنساخ البشري في الولايات المتّحدة على الطّريقة التّوأمية، وفي عام 1997م، تمّ في الولايات المتّحدة الأمريكية استنساخ توأم لقرود بطريقة نسخ الأجنّة أو الاستنساخ الجنسي<sup>1236</sup>.

ويتنوّع الاستنساخ باختلاف مجالاته وميادينه، وهو موضوع دراستنا في الفرع الثالث.

### الفرع الثالث

#### أنواع الاستنساخ

الاستنساخ أنواع، فهناك الاستنساخ النّباتي، والذي يقع في عالم النّبات، الاستنساخ الحيواني، وهو الواقع في عالم الحيوانات، والنّوع الثالث هو الاستنساخ

<sup>1231</sup> انظر، زبيدة إقروفة، التلقيح الاصطناعي، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010، ص.27.

<sup>1232</sup> خالد بوزيد، المرجع السابق، ص.151.

<sup>1233</sup> انظر، نور الدين مختار الخادمي، الاستنساخ بدعة العصر، دار وحي القلم، ط<sup>1</sup>، بيروت، 2004، ص.23.

<sup>1234</sup> زبيدة إقروفة، التلقيح الاصطناعي...، المرجع السابق، ص.28، مقتبس عن أيمن مصطفى الحمل، المرجع السابق، ص.241.

<sup>1235</sup> جيلالي تشوار، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.122.

<sup>1236</sup> زبيدة إقروفة، التلقيح الاصطناعي...، المرجع السابق، ص.28.

البشري الذي يُتوقع إنجازُه على البشر، وهو بدوره ثلاثة (03) أنواع: الاستنساخ الجسدي (أولاً)، الاستنساخ الجنيني (ثانياً) والاستنساخ العضوي (ثالثاً).

**أولاً: الاستنساخ الجسدي.** ويُعرف أيضاً بالتقليدي (لا جنسي).

وهو عبارة عن نقل نواة خلية جسمية تحتوي على 46 صبغياً مكان نواة بويضة تحتوي 23 صبغياً فقط، ويتولى السيتوبلازم المحيط بالنواة الجديدة في البويضة حثّ النواة المزروعة وتبنيها على الانقسام، فتبدأ في الانقسام مكونة الخلايا الأولى للجنين الذي سيُصبح بعد ذلك إنساناً، صورة طبق الأصل من صاحب النواة الجسدية التي زُرعت نواته في البويضة<sup>1237</sup>.

**ثانياً: الاستنساخ الجنيني (الجنسي).** ويُعرف أيضاً بالاستنساخ الجديد.

يُقصد به تقنية شطر الأجنة<sup>1238</sup>، وهو تلقيح حيوان منوي يحتوي على 23 صبغاً (خلية جنسية XY)، فتنتج بويضة ملقحة ذات 46 صبغياً وتأخذ صفات الوالدين معاً، ثم تنقسم الخلية إلى خليتين ثم أربع خلايا، ... وهنا يتدخل البيولوجيون، إذ فصلوا كلّ خلية عن أجنّتها بإذابة الغشاء البروتيني السّكري المحيط بالخلايا المنشطرة فتنتج نوائم متطابقة تماماً.

ثم أخذت كلّ خلية من هذه الخلايا، وتم استنساخ كلّ واحدة منها على حدة، لتنتج أربع خلايا مرّة ثانية... وبذلك تكون هذه الخلايا صالحة لأن تكون جنينا إذا وُضعت في رحم المرأة، أو حفظها لاستعمالها لاحقاً<sup>1239</sup>.

**ثالثاً: الاستنساخ العضوي.**

عرّفه الدكتور أحمد رجائي الجندي بأنّه: "استنساخ بعض الأعضاء التي

<sup>1237</sup> أحمد فايد شعبان الكومي، المرجع السابق، ص. 32-33.

<sup>1238</sup> 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.

<sup>1239</sup> انظر، 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.

يحتاجها الإنسان في حياته حال حدوث عطب في أحد هذه الأعضاء<sup>1240</sup>. إن هذا النوع من الاستنساخ لقي نجاحا في مجال زرع الجلد البشري، وتوجد بنوك لحفظ الجلد في معظم دول العالم، وهو يتوقّف على إنقاذ إنسان تعرّض جسده، وخاصة وجهه، إلى حروق بنسبة كبيرة. ما يُمكن ملاحظته هو أنّ هناك فرقا بين الاستنساخ الجسدي والاستنساخ الجنيني، فالأول تكون البداية خلية جسدية تُنقل إلى بويضة منزوعة النواة، والثاني تكون البداية حيوانا منويا ينغرس في بويضة، وهي الطريقة الطبيعيّة لبداية تكوّن الجنين. وقد تمّ تجسيد هذين النوعين من الاستنساخ على الحيوانات والنباتات فقط، إلّا أنّ تجارب الاستنساخ البشري توقّفت عند حدّ مضاعفة الأجنة واستخراج نسخ منها، دون أن يتمّ زرعها في الرحم<sup>1241</sup>. كما أنّ هذه العملية تُشبه التلقيح الاصطناعي، وأيضا عمليات تناسلية أخرى، إلّا أنّ هناك أيضا أوجه اختلاف، وهو ما سوف نُعالجه في المطلب الموالي.

## المطلب الثاني

### مقارنة بين الاستنساخ وما يُشبهه

هناك عمليات تناسلية تُشبه الاستنساخ، من بينها ما تطرّقنا له في المبحث السابق، وهو التلقيح الاصطناعي. كما يوجد التّيسيل، وهو المصطلح البيولوجي المستعمل، والخلق، إلّا أنّ هذا الأخير يختلف عنهم من نواحٍ عدّة. ففيم يكمن الفرق بين الاستنساخ والعمليات التناسلية الأخرى؟ وللإجابة عن هذا التساؤل سوف نتطرّق إلى الفرق بين الاستنساخ والتلقيح الاصطناعي (الفرع الأوّل)، والفرق بين الاستنساخ والتّيسيل (الفرع الثّاني)، وأخيرا الفرق بين الاستنساخ والخلق (الفرع الثّالث).

<sup>1240</sup> انظر، 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.

<sup>1241</sup> الصالحي شوقي زكريا، المرجع السابق، ص.32-33.

## الفرع الأول

## الفرق بين الاستنساخ والتلقيح الاصطناعي

هناك العديد من نقاط التشابه والاختلاف بين العمليتين، نذكر منها:

أوجه التشابه بينهما يكمن في أن كلا منهما<sup>1242</sup>:

- طريق للإنجاب.
- 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 أجنبية<sup>1243</sup>.
- 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 حاملة لـ 46 صبغيا، بينما الخلية الجنسية في التلقيح الاصطناعي فيكون فيها الحيوان المنوي حاملا لـ 23 صبغيا والبويضة لـ 23 صبغيا، وذلك حال تلقيحها.

- إذا تم الاستنساخ البشري، فإنه يمكن من خلاله التحكم في جنس المولود. فإذا أخذت الخلية الجسدية من الرجل فالمولود يكون ذكرا مطابقا له، وإن كانت من

<sup>1242</sup> 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.

<sup>1243</sup> الشحات إبراهيم محمد منصور، المرجع السابق، ص. 115.

المرأة فالمولود يكون أنثى مطابقة لأمها. أمّا في التلقيح الاصطناعي فلا يُمكن التّحكم في جنس المولود إلّا إذا تدخل الطّبيب في ذلك<sup>1244</sup>.

- في الاستنساخ، يُمكن أن يُجرى الإنجاب على طرف واحد، وهي المرأة، حيث تؤخذ منها الخلية المميّزة وتُدمج مع البويضة ثم تُزرع في رحمها، أمّا بالنسبة للإنجاب عن طريق التلقيح الاصطناعي فيتمّ بين طرفين فأكثر.

- في عملية الاستنساخ لا يُعتبر الحيوان المنوي عنصراً ضرورياً، حيث تقوم الخلية المأخوذة من الذّكر أو الأنثى بدلا منه، بينما في عملية التلقيح الاصطناعي، لا بدّ من الحيوان المنوي للذّكر، وبدونه لا يُمكن إجراؤها.

- من حيث المشروعية، الاستنساخ ممنوع منعا باتاً، بعكس التلقيح الاصطناعي، الذي إذا تمّ بالشروط المطلوبة فهو مباح.

## الفرع الثاني

### الفرق بين الاستنساخ والتنسيل

الاستنساخ له مصطلح بيولوجي وهو التنسيل، فكلمة استنساخ بشري تُشبه الآلة والجماد والكتاب...، والإنسان مكرم منذ أن خلقه الله ﷻ، حيث قال ﷻ: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْوَجْرِ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلاً﴾<sup>1245</sup>.

مصطلح التنسيل مأخوذ من النّسل، والنّسل هو الولد، لكونه نسلاً عن أبيه. قال ﷻ: ﴿ثُمَّ جَعَلْنَا نَسْلَهُ مِنْ سُلالَةٍ مِنْ مَاءٍ مَهِينٍ﴾<sup>1246</sup>. وإنّ ضروريات الحياة خمسة، وهي: حفظ الدّين، النّفس، النّسل، المال والعقل.

لكن ما يُلاحظ على هذا المصطلح أنّه مأخوذ من النّسل، كما هو واضح في الآية الكريمة، والنّسل هو الولد الذي يولد بالطريقة الطّبيعية بين رجل وامرأة تربطهما

<sup>1244</sup> أحمد فايد شعبان الكومي، المرجع السابق، ص.15.

<sup>1245</sup> سورة الإسراء، الآية 70.

<sup>1246</sup> سورة السجدة، الآية 08.

علاقة مقدّسة، أو عن طريق التلقيح الاصطناعي المشروع، أمّا من يولد بطريق الاستنساخ فلا يُعتبر ولدا للمستنسخ منه<sup>1247</sup>، وبالتالي لا يُعتبر من نسله، فبذلك من الأحسن إبقاء مصطلح الاستنساخ بدلا من التّسلييل.

### الفرع الثالث

#### الفرق بين الاستنساخ والخلق

الخلق في اللّغة على معانٍ عدّة، منها:

1- إبداع الشّيء من غير أصل ولا احتذاء. قال الله ﷻ: ﴿وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضَ بِالْحَقِّ﴾<sup>1248</sup>، أي أبداعهما، بدلالة قوله ﷻ: ﴿بَدِيعَ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ...﴾<sup>1249</sup>، معناه أنّ الله ﷻ هو خالق الأشياء من العدم، وهو الذي يبعث الرّوح.

2- إيجاد الشّيء من الشّيء، ومنه قوله ﷻ: ﴿... خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا...﴾<sup>1250</sup>، وقوله ﷻ: ﴿خَلَقَ الْإِنْسَانَ مِنْ صَلْصَلٍ كَالْفَخَّارِ﴾<sup>1251</sup>، أي لا يكون لغير الله ﷻ إلاّ بإذنه، حيث قد جعله الله ﷻ لغيره في بعض الأحوال.

3- جميع الخلائق، يُقال هم خليفة الله، وهم خلق الله، بمعنى أتقن الصّانعين المقدّرين.

4- الكذب، يُقال: خلق الإفك، يخلقه وتخلقه، واختلقه: افتراه، ومنه قوله ﷻ: ﴿إِنَّمَا تَعْبُدُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ أَوْثَانًا وَتَخْلُقُونَ إِفْكًا...﴾<sup>1252</sup>.

<sup>1247</sup> أحمد فايد شعبان الكومي، المرجع السابق، ص.15.

<sup>1248</sup> سورة الأنعام، الآية 73.

<sup>1249</sup> سورة البقرة، الآية 117.

<sup>1250</sup> سورة النساء، الآية 01.

<sup>1251</sup> سورة الرحمن، الآيتان 14-15.

<sup>1252</sup> سورة العنكبوت، الآية 17.

ابن منظور، لسان العرب، مادة "خلق"، مقتبس عن أحمد فايد شعبان الكومي، المرجع السابق، ص.16.

وعليه فإن الاستنساخ ليس خلقاً، لأنّ الخلق هو ما ينفرد الله ﷻ به، فهو الخالق، ولذا اقتصر القرآن الكريم في إثبات وجود الله ﷻ على دليل إمكان الخلق، لقوله ﷻ: ﴿...أَلَا لَهُ الْخَلْقُ وَالْأَمْرُ تَبَارَكَ اللَّهُ رَبُّ الْعَالَمِينَ﴾<sup>1253</sup>، وقوله ﷻ: ﴿وَرَبُّكَ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ وَيَخْتَارُ...﴾<sup>1254</sup>. وإنّ الرّوح الموجودة للحياة هي من عند الله ﷻ لقوله ﷻ: ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الرُّوحِ قُلِ الرُّوحُ مِنْ أَمْرِ رَبِّي وَمَا أُوتِيتُمْ مِنَ الْعِلْمِ إِلَّا قَلِيلًا﴾<sup>1255</sup>.

فالاستنساخ مجرد عملية دمج بنواة خلية موجودة وحيّة أصلاً، بعكس خلق الله ﷻ، فهو يتمّ بمجرد الأمر للشّيء بأن يكون، لقوله ﷻ: ﴿إِنَّمَا قَوْلُنَا لِشَيْءٍ إِذَا أَرَدْنَاهُ أَنْ نَقُولَ لَهُ كُنْ فَيَكُونُ﴾<sup>1256</sup>، بدون استخدام أجهزة أو مواد أو فترة زمنية، بعكس الاستنساخ.

### المطلب الثالث

#### مدى إمكانية إثبات نسب الطفل المستنسخ شرعاً وقانوناً

إنّ الهدف الأساسي من الاستنساخ هو إنتاج مولود، ويكون نسخة طبق الأصل للمستنسخ منه. لكنّ الإشكال الذي يطرح نفسه، فيم تتمثّل العلاقة بين المنسوج والمنسوخ منه من حيث تحديد النسب؟ وهل تُعتبر هذه العلاقة بينهما مشروعاً؟

بناءً على هذا سوف نتعرّض إلى حكم نسب الطّفل المستنسخ -إن وُجد- (الفرع الأول)، ثمّ إلى الحكم الشرعي للاستنساخ البشري (الفرع الثاني)، وأخيراً إلى موقف كلّ من القانونيين الجزائري والفرنسي من ظاهرة الاستنساخ البشري (الفرع الثالث).

### الفرع الأول

<sup>1253</sup> سورة الأعراف، الآية 54.

<sup>1254</sup> سورة القصص، الآية 68.

<sup>1255</sup> سورة الإسراء، الآية 85.

<sup>1256</sup> سورة النحل، الآية 40.

## حكم نسب الطفل المستنسخ

للاستنساخ نتائج على الأسرة، إذ أنه يخرق مبدأ الزوجية، وهذا منافٍ للفترة السليمة، لأن الحكمة من الزواج تتجلى في أنه أحسن وسيلة لإنجاب الأولاد والمحافظة على الأنساب. فالمولود المستنسخ، يُطرح التساؤل حول نسبه -إن وجد-. قال الله ﷻ: ﴿...أَمْ جَعَلُوا لِلَّهِ شُرَكَاءَ خَلَقُوا كَخَلْقِهِ فَتَشَبَّهُ خَلْقَهُ عَلَيْهِمْ قُلِ اللَّهُ خَالِقُ كُلِّ شَيْءٍ وَهُوَ الْوَاحِدُ الْقَهَّارُ﴾<sup>1257</sup>.

والاعتماد على هذه التقنية الحديثة في الإنجاب ستمكّن من الاستغناء عن الرجال نهائياً، إذ يكفي أن تحمل المرأة في رحمها كائناً مستنسخاً، مهما كانت طبيعة الخلية المستعملة لتلقيح البويضة.

أيضاً تُطرح عدّة تساؤلات حول الطّفل المستنسخ، إذا كان ذكراً فما هي علاقته بالزوج المانح لنواة الخلية الجسدية التي أدمجت مع بويضة الزوجة المفرغة من النواة لحصول الحمل به، هل هو ابن لهذا الزوج؟ أم هو توأمه، باعتبار أنه يملك نفس المخزون الوراثي؟ أو يُعتبر الزوج نفسه لأنّ المولود المستنسخ صورة طبق الأصل عنه؟

فالاستنساخ البشري يُلغي دور الرّجل ووظيفته الأبوية، ويكون هذا الأخير غير محدّد، والطّفل المستنسخ لا يُعرف نسبه ودرجة قرابته<sup>1258</sup>.

أمّا إذا كان المولود المستنسخ أنثى، فما هي علاقتها بالزوجة المانحة لنواة الخلية الجسدية التي أدمجت مع بويضتها لحصول الحمل بها؟ هل هي ابنتها؟ أم توأمها؟ أو هي الزوجة نفسها، لأنّ الطّفل المستنسخ صورة طبق الأصل عنها؟

فلو استنسخت امرأة متزوجة بنتاً منها، فهذه الأخيرة سوف تكون صورة طبق الأصل لأمّها، فبذلك تكون بمثابة توأم لها. ففي هذه الحالة، كيف ستكون معاملة الزوج لها؟ وعندما تكبر البنت المستنسخة، هل ستكون محرّمة على الزوج أم هي

<sup>1257</sup> سورة الرعد، الآية 16.

<sup>1258</sup> فايز عبد الله الكندري، مشروعية الاستنساخ الجيني البشري من الوجهة القانونية، مجلة الحقوق، 1422هـ، عدد 02، ص. 809.

امتداد لزوجته، تحلّ له ويستطيع الزواج بها؟

حتى إذا قلنا بأنها بنت لزوج أمها، فهذا يُعدّ خرقاً وانتهاكاً لقواعد النسب التي نصّت عليها المادّة 41 من قانون الأسرة التي تشترط إمكان الاتّصال بين الزوجين لثبوت النسب. وتزداد المسألة تعقيداً إذا تمّت تقنية الاستنساخ البشري في شكل عملية تشترك فيها ثلاثة أطراف (استنساخ ثلاثي الأطراف)<sup>1259</sup> أو بين امرأتين (استنساخ ثنائي الأطراف)<sup>1260</sup>. لمن يُنسب هذا المولود المستنسخ؟ هل يُنسب للأمّ التي أخذت منها الخلية الجسدية باعتبارها أمّه الوراثية؟ أم للأمّ صاحبة البويضة؟ أم للأمّ صاحبة الرّحم الحامل باعتباره نَمى في بطنها وتغذى من دمها؟ فأَيّ من هؤلاء النسوة نعتبرها الأمّ الحقيقية؟ إنّ الأمومة في هذه الفرضية أو غيرها من الفرضيات سوف تفقد قيمتها ووضعيتها القانونية فتُصبح مقسّمة بين ثلاث أمّهات، ولا دور للرجل هنا طبعاً.

وعليه نستخلص أنّ الاستنساخ البشري الذي يعتمد الطّبّ المعاصر كوسيلة أساسية لتخطّي عقبة العقم، يضرّ بالأمّ التي سوف تفقد معنى الأمومة، والأب الذي قد لا يكون له أيّ دور، والأهمّ من كلّ هذا، الطّفل الذي لا نسب له. فالطّفل المستنسخ ليس له أب واضح ولا أم واضحة. فهل يُمكن اعتباره بمثابة اللّقيط؟ لأنّ هذا الأخير لا يعلم من أمّه ومن أبوه، لكن علم تماماً أنّه ناتج عن تلاقي رجل مع امرأة بتخصيب طبيعي، بعكس الطّفل المستنسخ الذي ينتج عن طريق تخصيب خلية ببويضة امرأة.

كما لا يُمكن اعتباره ابن زنا، لأنّه ناتج عن علاقة خارجة عن الرّابطة الزوجية بين رجل وامرأة، والثّابت أنّ الولد للفراش وإن كان من غير الرّوج.

فالنقطة الوحيدة التي يشترك فيها ابن الرّنا واللّقيط والطّفل المستنسخ أنّهم ثمرة

علائق غير شرعية، ولا توجد أوجه تشابه أخرى غيرها.

<sup>1259</sup> الاستنساخ ثلاثي الأطراف: في حالة رغبة شخص، سواء كان رجلاً أو امرأة في استنساخ نفسه، تؤخذ خلية كاملة منه ثمّ تُدمج في بويضة أنثوية منزوعة النواة من امرأة (صاحبة البويضة)، قد تكون زوجته أو غيرها، ثمّ تنقل البويضة بعد دمجها بالخلية الكاملة، وتررع في رحم امرأة ثانية (صاحبة الرحم). هذه الحالة تشبه استئجار الأرحام.

<sup>1260</sup> الاستنساخ ثنائي الأطراف: تكون المستقبلية للبويضة (المخصبة) هي صاحبة البويضة منزوعة النواة، فالحاملة وصاحبة البويضة قبل تخصيبها امرأة واحدة. يوجد أيضاً الاستنساخ الأحادي: أي يوجد طرف واحد فقط، مقتبس عن فاطمة الزهراء رابحي زوجة تيوب، المرجع السابق، ص. 253-257.

وعليه كيف يُمكننا اعتبار هذا الطّفَل المستنسخ؟ وما هو حكم كلّ من الشريعة والقانون من الاستنساخ البشري؟

## الفرع الثاني

## إثبات نسب الطفل المستنسخ شرعا

عرف موضوع الاستنساخ البشري نقاشا كبيرا في مجال الفقه الإسلامي، حيث كانت النتيجة المتوصل إليها أن هذه التقنية محرمة وممنوعة، والتحرير هنا يشمل جميع طرق الاستنساخ البشري المعروفة حاليا، ومستقبليا، لأن الهدف منها مخالفة الطريقة الشرعية في الإنجاب، وبذلك يُحطّم أسس القرابة والأنساب والأرحام.

كما أن الاستنساخ البشري جاء على خلاف مصادر التشريع الإسلامي<sup>1261</sup>، فهو يُخالف النصوص المتعلقة بالتكاثر البشري على الطريقة المعروفة من النقاء الزوجين، ومن الأدلة على ذلك قوله ﷺ: ﴿إِنَّا خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ نُطْفَةٍ أَمْشَاجٍ نَبْتَلِيهِ فَجَعَلْنَاهُ سَعِيدًا بَصِيرًا﴾<sup>1262</sup>، وقوله ﷺ: ﴿وَأَنَّهُ خَلَقَ الزَّوْجَيْنِ الذَّكَرَ وَالْأُنثَى﴾<sup>1263</sup>. ويقول النبي ﷺ: ﴿الزَّوْجُوا الْوُدُودِ الْوُلُودِ فَإِنِّي مَكَاثِرُ بِكُمْ الْأَنْبِيَاءِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ﴾.

إن هذه النصوص تدلّ على أنّ التناسل يقوم على أساس الاتصال بين الزوجين، بتلقيح بويضة الزوجة بمني الزوج، لتتكوّن اللقحة حاملة الصفات الوراثية الخاصة بالأب والأمّ معا، ويكون الطفل الناتج معلوم الأصل والنسب.

ولقد عقدت منظمة المؤتمر الإسلامي عدّة لقاءات بين العلماء والأطباء وفقهاء الدين<sup>1264</sup>، من أجل مناقشة مسألة الاستنساخ البشري ومخاطرها، من خلال الندوة الفقهية الطبية التاسعة المنعقدة بالدار البيضاء، والتي أصدرت جملة من التوصيات<sup>1265</sup>، منها:

## 1- تحريم الاستنساخ البشري وأي طريقة أخرى تؤدي إلى التكاثر.

<sup>1261</sup> 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.

<sup>1262</sup> سورة الإنسان، الآية 02.

<sup>1263</sup> سورة النجم، الآية 45.

<sup>1264</sup> من بينهم الدكتور يوسف القرضاوي، حوار مع مجلة المجتمع حول الاستنساخ، ص.30-31.

<sup>1265</sup> توصيات الندوة الفقهية الطبية التاسعة، رؤية إسلامية لبعض المشكلات الطبية، المنعقدة بالدار البيضاء، 07-11 صفر 1418 هـ الموافق لـ 14-17 يونيو 1997م، قرار رقم 02-100، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، ج3، 1997، عدد 10، ص.432.

- 2- تحريم كلّ الحالات التي يُقحم فيها طرف ثالث على العلاقة الزوجية، سواء كان رحماً أم بويضة أو حيواناً منوياً أو خلية جسدية للاستنساخ.
- 3- مباشرة الدول لسنّ التشريعات القانونية اللازمة لغلق الأبواب، المباشرة وغير المباشرة، أمام الجهات الأجنبية للحيلولة دون اتّخاذ البلاد الإسلامية ميداناً لتجارب الاستنساخ البشري.
- 4- متابعة المنظّمة الإسلامية للعلوم الطّبيّة لموضوع الاستنساخ ومستجدّاته العلمية، وعقد الندوات واللقاءات اللازمة لبيان الأحكام الشرّعية المتعلّقة به. وفي هذا السّياق ارتأى فضيلة العلّامة الشّيخ الدكتور يوسف القرضاوي ضرورة الوقوف ضدّ هذا الاكتشاف العلمي الهدّام، إذ إنّ الاستفادة من التّقدّم العلمي في علاج بعض الأمراض المستعصية وبعض الأمراض الوراثية، وعلاج بعض أسباب العقم، لا مانع منه، ولكن بشرط ألاّ يكون ذلك فتحاً لباب خطير، ونخاف أنّه إذا فُتح هذا الباب فلن يُسدّ، فالأولى بنا أن نسدّه من أوّل الأمر، وحجّته في ذلك أنّ في الشّريعة السّمحاء قاعدة "سدّ الذّرائع"، وهي لو أنّ هناك أمراً مباحاً، ولكنّه إذا فُتح الباب له سيؤدّي إلى أمور منكّرة ومفاسد للنّاس، يُمنع هذا الأمر المباح سدّاً للذّريعة إلى الفساد<sup>1266</sup>.
- وبشأن مسألة الاستنساخ البشري دائماً، يرى الدكتور سيّد طنطاوي<sup>1267</sup>: "أنّ الأمر غير طبيعي ويجب تشديد العقوبة على من يقوم بعملية الاستنساخ، لأنّ خروج الإنسان يتمّ نتيجة تلقيح بويضة بحيوان منويّ، وباستنساخ ماء الرّجل بماء الأنثى، هذا هو شرع الله. أمّا خلافاً لذلك فهو ضدّ الأخلاقية والاجتماعية، لأنّ الإسلام مع العلم الذي يخدم البشرية، وأنّ العلم يجب أن يقوم على أمور ثلاثة هي: الإيمان والأخلاق وخدمة البشرية، كما أنّه يجب أن يُحافظ على مقاصد الشّريعة، إلّا أنّ هذا العلم يُمكن أن يتوجّه إلى استنساخ أحد أعضاء الجسم مثل الكبد والكلّى لحاجة بعض الأفراد إليها إنقاذاً لحياتهم من الهلاك".
- ويُستنتج ممّا سبق، أنّه وقع إجماع بين كلّ من آراء الفقهاء المسلمين

<sup>1266</sup> جيلالي تشوار، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.129.

<sup>1267</sup> المرجع نفسه، ص.129-130.

المعاصرين، ومشرعي القوانين الوضعية في البلدان الغربية، وآراء علماء المجامع العلمية والمؤتمرات الدولية والوطنية، على إقرار منع الاستنساخ البشري. فما هو موقف كل من القانون الجزائري والقانون الفرنسي من ظاهرة الاستنساخ البشري؟

### الفرع الثالث

#### موقف القانون من الاستنساخ البشري

لم يذكر المشرع الجزائري نصًا خاصًا يمنع أو يُحلل فيه الاستنساخ، وبغياب نص صريح يُحوّلنا المشرع إلى المادة 222 من قانون الأسرة، وهي أحكام الشريعة الإسلامية التي سبق ذكرها، والتي منعت الاستنساخ منعًا باتًا وحرّمته. وعليه نستخلص منع القانون للاستنساخ.

كما أنّ سكوت المشرع الجزائري عن هذه المسألة يرجع لحداتها، ولا يعني مطلقًا إباحة الاستنساخ البشري، وذلك لما ينطوي عنه من مخاطر وآثار وخيمة، تعود على الشخص المستنسخ والمجتمع بأسره<sup>1268</sup>.

إلاّ أنّه يُمكن استخلاص المنع القطعي لهذه التقنية الحديثة للإنجاب من خلال الرجوع إلى المرسوم رقم 92-276 المؤرخ في 06 جويلية 1992م، المتضمن أخلاقيات الطب<sup>1269</sup>، الذي ينصّ في مادته السادسة الفقرة 02 على أنّه: "يجب على الطبيب أن يُمارس مهامه على أساس احترام حياة وشخصية الإنسان". ومن جهتها نصّت المادة 35 من نفس المرسوم على أنّه: "لا يُمكن ممارسة عمليّات أخذ الأعضاء إلاّ حسب الحالات والشروط المنصوص عليها في القانون"<sup>1270</sup>.

بالرغم من أنّه يُمكن استنتاج حظر هذه الوسيلة الحديثة للإنجاب من المواد المذكورة أعلاه، إلاّ أنّه يتعيّن على المشرع الجزائري التّدخل لسنّ نصوص تنصّ صراحة على المنع المطلق للاستنساخ البشري، مع ترتيب عقوبة جزائية على كلّ

<sup>1268</sup> جيلالي تشوار، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.125.

<sup>1269</sup> انظر، المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 05 محرم 1413 هـ الموافق لـ 06 جويلية 1992م، المتضمن

مدونة أخلاقيات الطب، ج.ر، رقم 52، الصادرة بتاريخ 08 جويلية 1992.

<sup>1270</sup> جيلالي تشوار، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.126.

شخص يلجأ أو يساهم في تنفيذ هذا النوع، وبهذا يُواكب التطور في مجال الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية<sup>1271</sup>.

أما بالنسبة إلى القانون المقارن، فإنّ هذه المشكلة تصدّت لها عدّة منظمات دولية، نذكر منها المنظمة العالمية للصحة التي جاء في قرارها الصادر بتاريخ 14 ماي 1997م أنّ التوالد بواسطة استنساخ الكائنات البشرية أمر غير مقبول أخلاقياً ويُشكّل انتهاكاً لحرمة الحياة البشرية، كما أنّه يُشكّل انتهاكاً لبعض المبادئ التي تُنظّم مسائل التناسل<sup>1272</sup>.

إلى جانبها أدان البرلمان الأوروبي بتاريخ 12 مارس 1997م تقنية الاستنساخ البشري وأيده في ذلك المجلس الأوروبي، إذ تبنّى بروتوكولا تمّ إضافته إلى اتفاقية (OVIEDO)<sup>1273</sup>، ينمّع إجراء عملية يكون الهدف من ورائها خلق كائن بشري يحمل نفس الصفات الوراثية لكائن بشريّ آخر، سواء كان ميتاً أو على قيد الحياة<sup>1274</sup>.

وفي الواقع، فإنّ قانون 27 جويلية 1994م، لم يتضمّن نصّاً صريحاً يمنع الاستنساخ، لكن يُمكن استنتاج حظره ضمناً من نصّ المادة 16-4 فقرة 01 من القانون المدني بقولها:

«Nul ne peut porter atteinte à l'intégrité de l'espèce humaine».

<sup>1271</sup> تشير في هذا الصدد إلى أن مجمع الفقه الإسلامي عرف الاستنساخ في القرار رقم 10.د/3/110 على أنه: "توليد كائن حي أو أكثر، إما بنقل النواة من خلية جسدية إلى بيضة منزوعة النواة، وإما بتشطير بيضة مخصبة في مرحلة تسبق تمايز الأنسجة والأعضاء".

وقد نص القرار في البند الأول منه على تحريم الاستنساخ البشري. ونص البند الرابع على أنه يجوز شرعاً الأخذ بتقنيات الاستنساخ والهندسة الوراثية في مجالات الجراثيم وسائر الأحياء الدقيقة والنبات والحيوان في حدود الضوابط الشرعية بما يحقق المصالح ويدرأ المفساد. أما البند التاسع فقد ركز على تأصيل التعامل مع المستجدات العلمية بنظرة إسلامية، وتجنب توظيفها بما يناقض الإسلام، وعلى نوعية الرأي العام للثبوت قبل اتخاذ أي موقف. حول هذا الموضوع انظر، قرار رقم 10.د/3/110 الصادر عن المجمع الفقهي الإسلامي المنعقد بجدة في الفترة ما بين 28 جوان و03 جويلية 1997، مقتبس عن هجيرة خدام، المرجع السابق، ص.148.

<sup>1272</sup> جيلالي تشوار، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.129؛ زكية حميدو تشوار، حكم وسائل...، المرجع السابق، ص.52.

<sup>1273</sup> 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<sup>er</sup> avril 2012 et opposable en droit interne le 08 juillet

2012, après sa publication au J.O.R.F. du 07 juillet 2012.

<sup>1274</sup> 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.

ومما لاشكّ فيه أنّ الاستنساخ البشري يُعتبر ظاهرة خطيرة<sup>1275</sup>، إذ يتضمّن اعتداء على كرامة ونزاهة الكائن البشري. مع ذلك يبقى هذا النصّ غير كافٍ ومبهما، لهذا اقترح مجلس الدولة الفرنسي على المشرّع أن يُضيف إلى إحدى المواد التي تضمّنها القانون المدني كالمادّة 16-4 العبارة التّالية:

«Toute intervention ayant pour but de faire naître un enfant ou de faire développer un humain, dont le génome serait identique à celui d'un autre être humain vivant ou décédé».

إضافة هذه الفقرة إلى النّصوص القانونية من شأنها أن تضع حدّاً للجدل القانوني القائم حول مسألة الاستنساخ البشري، مع ضرورة أن يُصاحبه الطّابع الرّدعي. كما أنّ هناك مساساً لحقوق الأسرة، ولا يُمكن أن ينتج من خلال هذه الظاهرة نسب قانوني<sup>1276</sup>.

إذا سكت المشرّع عن معالجة هذه المسألة حين صدور قانون 1994م، فإنّه تصدّى لها بصدور قانون 06 أوت 2004م، حيث منع كلّ محاولة للاستنساخ البشري، طبقاً لنصّ المادّة 3-2151 من قانون الصّحة العمومية، وفرض عقوبة على ذلك، بناء على نصّ المادّة 18-511 من قانون العقوبات. كما أنّه نصّ على عدم جواز الاستنساخ، حتّى وإن كانت الأغراض طبيّة، وهو ما تضمّنته المادّة 4-2151 من قانون الصّحة العمومية. ويُعاقب على اللّجوء إليه بالسّجن لمدّة سبع سنوات وغرامة تُقدّر بمائة ألف أورو، استناداً لنصّ المادّة 1-18-511 من قانون العقوبات.

استناداً لما تقدّم ذكره، ولحلّ الجدل القائم حول مسألة الاستنساخ البشري، عمدت القوانين العربية والغربية إلى حظر هذا الأسلوب، سواء كان نافعا أو ضارا، وسواء كانت الزّوجية قائمة أو غير قائمة، وذلك لما ينجم عنه من أضرار. فهو من جهة يودّي إلى اختلاط الأنساب، والنّسب يجب المحافظة عليه حفاظاً كلياً، مادام أنّه منبع التّفرقة بين الحلال والحرام، وبين الأمور الشرّعية وغير الشرّعية، وهو قبل كلّ

Cf. Catherine LABRUSSE-RIOU et Florence BELLIVIER, Les droits de l'embryon et du fœtus en droit <sup>1275</sup> privé, Etudes de droit contemporain, Rev. Int. Dr. Comp. 2002, n°02, pp.598-599.

Cf. Amina MEHTAL, Les aspects juridiques du clonage humain, Mémoire de Magister en droit privé, <sup>1276</sup> Faculté de Droit, Tlemcen, 2006-2007, p.155.

شيء، أساس تكوين الأسرة النقية<sup>1277</sup>. وقد جعل الإسلام مسألة النسل إحدى الكليات الخمس التي يجب الحفاظ عليها، حيث وضع لها سياجا يمنع أي عدوان عليها<sup>1278</sup>. ومن جهة أخرى، يخرق القواعد والضوابط الأخلاقية والقيم السامية التي بُنيت عليها الأبوة والأمومة، فهو قد يُحرّف مبدأ الزوجية في الكون والحياة، لقوله **وَعَلَىٰ** **لِإِنجَابِ** **الْأَطْفَالِ** **وَتَكَثِيرِ** **النَّسْلِ** **وَاسْتِمْرَارِ** **الْحَيَاةِ**، مع المحافظة على الأنساب، ولذلك فإنّ القضاء على الاستنساخ البشري يتماشى مع الحكمة التي من أجلها وُضعت العلاقة الزوجية.

ختاما لكلّ هذه المعطيات الخاصة بالطرق العلمية الحديثة، نجد أنّ المشرّع الجزائري، رغم أنّه نصّ صراحة في المادة 02/40 من قانون الأسرة على أنّه: "يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب"، إلاّ أنّه جعل السلطة التقديرية للقاضي، إذ يُمكن له أن يطلب إجراءها، كما يُمكنه أن يستبدها ويكتفي بالطرق التقليدية. ومثال ذلك البصمة الوراثية التي لا يجوز استعمالها في فراش الزوجية، سواء كان صحيحا أو فاسدا، وذلك لأنّه متى كان الفراش ثابتا شرعا، كان الولد لاحقا قطعا، ومادام أنّه يُمكن نفي الولد باللّعان فلا داعي من جعل الزوجة والولد محطة تجارب. وهذا الرأي انتقد لأنّه إذا كان سابقا يُعتمد على اللّعان من أجل نفي النسب، فهذا راجع لعدم وجود خيار آخر أو طريقة أخرى، أمّا الآن، وأمام الاكتشافات الحديثة، فهناك طرق مؤكّدة لإثبات أو نفي النسب.

على خلاف نظيره المشرّع الفرنسي الذي لا يأخذ بالطرق التقليدية لإثبات النسب، بل يعتدّ بالطرق العلمية. كما أنّه 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

<sup>1277</sup> انظر، جيلالي تشوار، الأحكام الإسلامية في مسائل التغيير الجنسي والاستنساخ البشري، م.ع.ق.إ.، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 1998، عدد 04، ص.40.

<sup>1278</sup> خالد بوزيد، المرجع السابق، ص.162.

<sup>1279</sup> سورة الذاريات، الآية 49.

استتجار الأرحام (بالنسبة للرجال)، وعليه لا يُمكنهم إنجاب الأطفال.  
 كما أنه كلّ من المشرّعين الجزائري والفرنسي شرعا عملية التلقيح الاصطناعي  
 لمن لا يستطيعون الإنجاب بالطريق الطبيعي بسبب عقم أو مرض، لكن بشروط، إذا  
 استوفت، يُنسب المولود الذي ينجم عن هذه الطريقة لأبيه.  
 كما تُعتبر الطّرق العلمية الحديثة أفضل وأنجع طرق، سواء لإثبات أو نفي  
 النسب، لكن في حدود ما هو جائز قانونا وشرعا وأخلاقا.  
 وأخيرا، تحدّثنا في هذا الباب عن الاستتساخ البشري المحرّم شرعا وقانونا، ولا  
 يُعتدّ به أيّ من المشرّعين، لا الجزائري ولا الفرنسي، إلى يومنا هذا، لم يُنجب طفل عن  
 طريق الاستتساخ البشري.  
 ومن هنا تأتي ضرورة تدخّل القانون لرسم حدود لهذه المستجدات العلمية  
 الحديثة لأنها تتّصل مباشرة بالإنسان، وبصفة خاصّة نسبه.

إلى خاتمة

إنّ الحياة نشوء وانتماء، نشوء بواقعة الولادة، وانتماء بثبوت النسب، لذلك حاولنا من خلال دراستنا هذه الكشف عن العديد من المشاكل التي تُثيرها مسألة إثبات النسب عموماً، ودور الطّرق العلمية في الإثبات والنّفْي، من خلال درجات قيمتها وحجيتها. كما بيّنا أنّ كلا من التّشريعيين، الجزائري والفرنسي، له محاسنه ومساوئه في دراسة موضوع أحكام النسب. فأهمّ ما يُميّز التّشريع الجزائري أنّه استبعد الأساليب التي أفرزها التّطور والاكشاف الطّبي، والتي من شأنها أن تمسّ بكيان الأسرة والمجتمع. لكن ما يُعاب على التّشريعيين، أنّ أحكام النسب ما زالت تحتاج إلى بعض التّعديلات، رغم حداثة التّعديل المدخل على قانون الأسرة الجزائري بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرّخ في 27 فبراير 2005م.

لذلك، فإنّ السّعي إلى مراجعة قانون الأسرة يبقى أمراً مرغوباً فيه، وذلك لإعادة صياغة دقيقة ومضبوطة لنصوصه، إزالة للغموض والتناقض بين المواد، وتداركا للنقائص الموجودة، ومنحها الأهميّة التي تستحقّها، باعتبارها تمسّ بمصلحة الطّفل، ولنا بعض الاقتراحات:

- الحدّ من ظاهرة الزّواج العرفي للتقليل من قضايا إثبات النسب، وذلك بإصدار تعليمات لأئمة المساجد بمسك سجلات خاصّة، يُسجّل فيها الزّواج العرفي الذي يتمّ في المسجد، ثم يتوجّه هذا الأخير إلى مصلحة الحالة المدنية لتسجيل عقد الزّواج، وأن يكون الإمام معتمدا لدى المحاكم. وهذا ما أكّد عليه المشاركون في المؤتمر الدّولي، المنعقد بجامعة وهران، حول أشكال الزّواج وإثبات النسب، يومي 21-22/02/2010م.

- وبعد التّدقيق في نصّي المادّتين 34 و40 من ق.أ.ج.، يتّضح لأوّل وهلة، أنّ المشرّع الجزائري رتّب على الزّواج الباطل ثبوت النسب، ولكنه ساوى من حيث ثبوت النسب بين الزّواج الباطل، كنكاح المرأة المتزوّجة أو المعتدّة، أو الأخت من الرّضاع أو النكاح الذي يكون الرّجل عالماً بحرّمته، وبين الذي لم يكن عالماً بها، كما قضت بذلك المادّة 34 من قانون الأسرة. غير أنّه ممّا لا ريب فيه، أنّ جمهور الفقهاء رتّب على الوطء في الزّواج الباطل، ثبوت النسب إذا لم يكن الرّجل عالماً بالتحريم،

وإذا كان عالما بالتحريم فلا يثبت النسب، ويُعتبر الوطء زنا. وهذا ما أكدته المحكمة العليا. فكيف يُمكن التوفيق بين تلك النصوص وقرارات المحكمة العليا، ومبادئ الشريعة الإسلامية؟

- إن نص المادة 40 من قانون الأسرة معيب شكلا، رغم أن التعديل الأخير لقانون الأسرة قد مس هذا النص، إذ أنه أقر بثبوت النسب بنكاح الشبهة أو بكل زواج فاسد في آن واحد، ولسنا ندري كيف يفهم من هذا النص ما قصده المشرع، لأنّ المعنى الظاهر في نص المادة 40 أنّ نكاح الشبهة شيء والزواج الفاسد شيء آخر، وهذا المعنى غير صحيح، لأنّ الزواج الفاسد ما هو إلا نوع من أنواع الشبهة، ورغم استبدال المشرع في التعديل الأخير عبارة "بكل نكاح تمّ فسخه" بعبارة "بكل زواج تمّ فسخه"، إلا أنّ نص المادة يبقى معيبا، لأنّ العيب ليس في العبارة، بل في النص ذاته.

فكان على المشرع أن يتكلم عن الوطء بالشبهة ما دام أنه أقر بثبوت النسب بالزواج الفاسد في النص ذاته، وهذا هو المعمول به فقها، حيث يثبت النسب، وفقا لمبادئه بالزواج الصحيح والفاسد والدخول بشبهة.

وبهذا يُصبح نص المادة 40 من قانون الأسرة متماشيا مع المصدر الذي استنبط منه قانون الأسرة الجزائري أحكامه.

- أجاز نص المادة 40 من قانون الأسرة اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب، إلا أنه لم يحدّد أنواع هذه الطرق، مع أنّ هناك طرق علمية ظنيّة، كتحليل فصائل الدم، وطرق علمية شبه قطعية، كالبصمة الوراثية. وأيضا قد يفهم بمفهوم المخالفة، أنه لا يُمكن الاستعانة بهذه الطرق لنفي النسب، ومن ثمّ يبقى الأمر مقتصرًا على اللجوء إلى اللعان فقط لنفي النسب.

- لا تلزم المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري، الزوج بالخضوع لإجراء الفحص الطّبي، إذ الأمر هنا جوازي، يُمكن للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية، كما يُمكنه أن يرفضه، لذلك ينبغي وضع التّحاليل الجينية ضمن الإجراءات الملزمة، وذلك لإلزام الزوج بالخضوع للفحص الطّبي، في حالة إنكاره النسب.

- تقضي المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري صراحة بثبوت نسب الطفل لأبيه إذا كان الزوج شرعياً، أي صحيحاً، في حين أنّ المادة 40 من نفس القانون تقضي بثبوت النسب، ولو كان الزوج فاسداً، أو جاء نتيجة لشبهة، أي إذا كان غير صحيح. وبتعبير آخر، لقد ساوت المادة 40 بين الزوج الصحيح والفاقد والوطء بشبهة، بشأن ثبوت نسب الطفل، فاعتبرته شرعياً في كلّ الحالات. كما أنّ المادة 41 تقضي بمفهوم المخالفة، بأنّ الطفل لا يثبت نسبه لأبيه إذا كان الزوج غير صحيح.

- وأنّ هناك نوع من الغموض والإبهام بين نصّ المادتين 43 و63 من قانون الأسرة، حيث تنصّ المادة 43 على أنّه: "ينسب الولد لأبيه إذا وُضع الحمل خلال عشرة (10) أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة". في حين تنصّ المادة 60 من ذات القانون على أنّ: "أقصى مدّة الحمل عشرة (10) أشهر من تاريخ الوفاة أو الطلاق". فهل فكر واضعو القانون في الفرق بين مصطلح الانفصال ومصطلح الطلاق؟

أليس من المتصوّر أن يتمّ الانفصال الجسدي بين الزوجين، ومع ذلك يبقى الطرفان متزوّجين، طالما لم يصدر في حقّهما حكم يقضي بالطلاق، لأنّ قانون الأسرة لا يعتد بالطلاق إلّا إذا صدر الحكم به. فمتى نبدأ حساب المدّة؟ هل من تاريخ الانفصال الجسدي بين الزوجين، أم من تاريخ صدور حكم الطلاق؟ فكان على المشرّع أن يوحّد المصطلحات ليُزيل هذا الغموض الموجود بين المادتين.

- ضرورة إعادة النّظر في المرسوم التّنفيذي رقم 92-24، المؤرّخ في 13/01/1992م، الخاصّ باستلحاق المكفول بالكافل عن طريق الاسم، والذي أثار ضجة بين أوساط الفقهاء.

- سنّ نصوص تُجرّم أسلوب التّلقيح الاصطناعي، بواسطة الغير، وبواسطة الأم البديلة، مع فرض عقوبات صارمة تُوقّع على كلّ من يُحاول اللّجوء إليها أو يُساهم في إنجاحها. لأنّهما مرفوضان شرعاً وقانوناً، لما فيهما من اختلاط في الأنساب، وإهانة، ومساس بمبدأي عدم جواز التّصرّف في حالة الأشخاص وحرمة الكائن البشري.

- فرض عقوبات صارمة على كل من يلجأ إلى التلقيح الاصطناعي دون رضا الطرف الآخر، والتشديد في هذه العقوبة، عند استعمال طرق الغش ووسائل احتيالية.

- تنظيم موضوع نسب الطفل الناجم عن التلقيح الاصطناعي، والنص على استخدام طريقتي تحليل الدم والبصمة الوراثية من أجل إثباته أو نفيه.

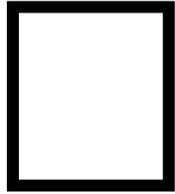
- النص على إمكانية إجراء الأبحاث العلمية في إطار يضمن احترام الكائن البشري، مع التأكيد على عدم جواز التوسع فيها لتجنب العواقب المترتبة عن ذلك.

- ينبغي وضع نصوص قانونية صريحة تمنع محاولات الاستنساخ البشري وتجريمه.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي، فمن أهم مميّزاته، هو تنظيمه الدقيق للطرق العلمية الحديثة، وما ساعده على ذلك، الدور الفعال الذي لعبه الفقه وكذلك الاجتهاد القضائي للمحاكم بمختلف درجاتها، فعلى الرغم من تعارض أحكامها، إلا أن ذلك زاد من إثراء وخصوصية القضاء، الذي كان محلّ اعتبار وقت إصدار القوانين الفرنسية لسنة 1994م. ويؤخذ عليه أنه فتح باباً واسعاً أمام الأبحاث العلمية، فظهرت عدّة مشاكل قانونية. لهذا نقترح عليه ما يلي:

- 1- وضع حدّ للتوسع في الأبحاث العلمية.
- 2- تحديد الطّبيعية القانونية للبويضات داخل الأنبوب.
- 3- إلغاء مبدأ مجهولية التبرع، لما يتضمّنه من اعتداء على حقّ الطفل، عن طريق منحه أبوة كاذبة، وحرمانه من حقه في معرفة أصله البيولوجي.
- 4- يتعيّن إعادة النّظر فيما يتعلّق بزرع البويضات المخصّبة بعد الوفاة، إذ لا بدّ من أن تسترجعها الأرملة، باعتبارها صاحبها، بدل أن تُستقبل من قبل شخصين أجنبيّين عنها.
- 5- خطر الاستنساخ البشري بنصّ صريح، لما فيه من المفساد وتقويت للمقاصد، وإهدار للنسب الذي يُعدّ كلفة شرعية.

الملاحق



الملاحق

## قائمة الملاحق

الصفحة	التعيين
452	الملحق رقم 01: قرارات حول طلب تثبيت الزواج العرفي وإلحاق النسب.
464	الملحق رقم 02: الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل لسنة 1989.
	الملحق رقم 03: اتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية
477	الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية تتعلق بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال.
	الملحق رقم 04: الجريدة الرسمية، العدد 05، الصادرة بتاريخ 22 يناير
485	1992 حول المرسوم التنفيذي رقم 92-24 المعدل والمتمم للمرسوم رقم 71-157 المتعلق بتغيير اللقب.
490	الملحق رقم 05: إجراءات وكيفيات الوضع القانوني "الكفالة".
493	الملحق رقم 06: عقد كفالة مجهول النسب.
496	الملحق رقم 07: عقد كفالة معلوم النسب.
499	الملحق رقم 08: عقد الكفالة أمام القضاء.
501	الملحق رقم 09: طلب الحصول على عقد الكفالة.
503	الملحق رقم 10: الأم تسند ابنها القاصر للكافل عند الموثق.
506	الملحق رقم 11: محضر التخلي (بصفة مؤقتة أو نهائية).

- 511 الملحق رقم 12: التحقيق النفسي الاجتماعي لغرض الكفالة داخل الوطن.
- 516 الملحق رقم 13: شهادة ومقرر الوضع.
- 519 الملحق رقم 14: محضر التخلي.
- 524 الملحق رقم 15: البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها.  
قرارات مجمع الفقه الإسلامي في دورته السادسة عشر.
- 527 الملحق رقم 16: قرار من المحكمة العليا، إثبات النسب عن طريق  
الخبرة الطبية (الحمض النووي ADN).
- 536 الملحق رقم 17: قرار المجمع الفقهي الإسلامي المتعلق بالتلقيح  
الاصطناعي وأطفال الأنابيب.
- 542 الملحق رقم 18: قرارات القضاء الفرنسي بشأن أساليب التلقيح  
الاصطناعي.
- 560 الملحق رقم 19: نسخة من حكم محكمة تولوز، الغرفة الأولى،  
في 11 ماي 1993.
- 566 الملحق رقم 20: القوانين الفرنسية المنظمة لتقنية التلقيح الاصطناعي.

## **الملحق رقم 01**

**قرارات حول طلب تثبيت الزواج العرفي وإحقاق النسب**



# الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

## باسم الشعب الجزائري

### حكم

مجلس قضاء: تلمسان  
محكمة: تلمسان  
القسم: شؤون الأسرة

بالجلسة العلنية المنعقدة بمقر محكمة تلمسان بتاريخ: الأول من شهر جوان سنة ألفين وأربعة عشر برئاسة السيد (ة): مرحول خيرة قاضي وبمساعدة السيد (ة): لعماري حورية أمين ضبط وبحضور السيد(ة): رايح جمال وكيل الجمهورية

رقم الجدول: 13/04941  
رقم الفهرس: 14/02678  
تاريخ الحكم: 14/06/01  
مبلغ الرسم/ 300 دج

### صدر الحكم الآتي بيانه

بين السيد (ة):

1 ( يحياوي يوسف نسيمه )  
العنوان : للاتي سنتي تلمسان  
المباشر للخصام بواسطة الأستاذ (ة): حاج مرابط نجاة

حاضر

مدعي

يحياوي يوسف نسيمه

وبيين

ربيحي زبير

ضد /

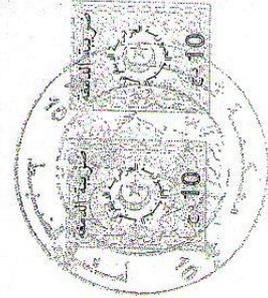
1 ( ربيحي زبير )  
العنوان : لالاستي القلعا العليا تلمسان  
المباشر للخصومة بنفسه

حاضر

مدعي عليه

### \*\*بيان وقائع الدعوى\*\*

بموجب عريضة افتتاحية مودعة لدى امانة ضبط محكمة بتاريخ : 27 / 11 / 2013 ومقيدة بقسم شؤون الاسرة تحت رقم : 04941 اقامت المدعية يحياوي يوسف نسيمه المباشرة للخصومة بواسطة الاستاذة حاج مرابط نجاة دعوى قضائية ضد المدعي عليه ربيحي زبير وبحضور السيد وكيل الجمهورية بتلمسان جاء فيها ارتبطا بموجب عقد زواج شرعي وفقا لاحكام الشريعة الاسلامية و لم يقيده لظروف خاصة بهما فالتمس تدارك ذلك . اجابت المدعي عليها بالموافقة . عند احالة الملف على النيابة للاطلاع عملا بمقتضيات المادة : 3 مكرر من الامر : 02 / 05 المعدل و المتمم لقانون الاسرة التمس ممثلها تطبيق القانون .



وبذلك ادرجت القضية في النظر لجلسة : 01 / 06 / 2014 للنطق بالحكم الاتي بيانه .

### \*\*وعليه فإنا الحكمه\*\*

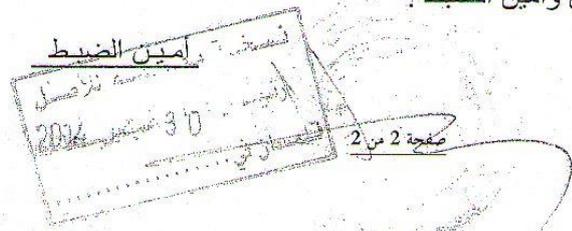
- بعد الاطلاع على المواد : 13/15/271/272 / 419 منه .
- بعد الاطلاع على مذكرات الطرفين
- بعد الاطلاع على احكام قانون الاسرة لاسيما المواد: 3 مكرر ، 9، 9 مكرر ، 22، 40 ، 41، 42 منه
- بعد الاطلاع على قانون الحالة المدنية.

- بعد الاطلاع على وثائق الحالة المدنية المرفقة بالملف.
- بعد الاطلاع على التماسات ممثل النيابة العامة.
- بعد النظر في القضية وفقا للقانون.
- من حيث الشكل :
- حيث ان الدعوى جاءت مستوفية للشكالات والشروط القانونية مما يتعين التصريح بقبولها شكلا.
- من حيث الموضوع :
- حيث ان المدعي تقدم بدعواه ملتمسا من خلالها الحكم بتثبيت تاريخ الزواج العرفي الواقع بينهما وكذا الامر بتسجيل ابنتهما نسيمة على نسبهما .
- حيث ان المدعى عليها اجابت بالموافقة .
- حيث ان ممثل النيابة العامة التمس تطبيق القانون .
- حيث ان موضوع الدعوى ينحصر في تثبيت صحة تاريخ الزواج الشرعي العرفي .
- حيث انه من المقرر قانونا طبقا للمادة : 150 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يجوز الأمر بسماع الشهود حول الوقائع التي تكون بطبيعتها قابلة للإثبات بشهادة الشهود ويكون التحقيق فيها جائزا ومفيدا في القضية .
- حيث ان المحكمة امرت باجراء تحقيق في القضية اين سمعت كل من الشاهدين : صالح خير الدين و مبارك فيضل اللذان بعد اعفائهما من اليمين القانونية لصلة القرابة صرحا انهما حضرا فتحة الزواج العرفي الواقع بين الطرفين بتاريخ : 03 / 02 / 2013 بتلمسان على صداق مسمى وامام جماعة من المسلمين وحضر ولي الزوجة وصرح انه هو من تولى زواج ابنته بالتاريخ المذكور اعلاه على صداق وفي حضور جماعة من المسلمين وقد تم مجلس العقد بتلمسان
- حيث تبين للمحكمة من خلال التحقيق الذي اجرته ان طرفي الدعوى تم قرانها شرعيا قرانا مستوفيا للشروط القانونية والشرعية وقد تم البناء بينهما بذات التاريخ في حضور ولي و شاهدي عدل وعلى صداق مسمى يتعين الاستجابة لطالب الطرفان لأنه جاء مؤسس قانونا .
- حيث ان البنت حليلة ليلية ولدت في فترة وجود علاقة زوجية ثابتة التاريخ وفقا لما ذكر احلاه يتعين الامر بالحاق نسبها لوالديها طرفا الدعوى مع الامر بقيدتها بالدفتر العائلي الخاص بهما لاستفاء مدة الحمل القانونية الثابتة التاريخ في : 15 / 02 / 2014 .
- حيث أن المصاريف القضائية يتحملها الطرفان مناصفة .

### **\*\*ولـهـذه الـأسـباب\*\***

- حكمت المحكمة الفاصلة في قضايا شؤون الأسرة علنيا - حضوريا - ابتدائيا :
- في الشكل : قبول الدعوى .
- في الموضوع : بتثبيت صحة تاريخ الزواج الشرعي الواقع عرفيا بتاريخ : 03 / 02 / 2013 بتلمسان بين طرفا الدعوى مع الامر بقيدته في دفاتر الحالة المدنية المعدة لذلك والتاثير به على هامش شهادتي ميلاد الطرفين كل من :
- ربيعي وبير ابن بشير وحمامي يمينة المولود في : 09 / 01 / 1984 بتلمسان و يحيوي يوسف نسيمة المولودة في : 18 / 06 / 1983 بتلمسان
- الامر بقيد البنت حليلة ليليا المولودة في : 15 / 02 / 2014 على نسب طرفا الدعوى في دفاتر الحالة المدنية
- المصاريف القضائية يتحملها الطرفان مناصفة والمقدرة بثلاثة مائة دينار جزائر
- بدأ صدر الحكم وافصح به جهارا في الجلسة العلنية المنعقدة في التاريخ المذكور اعلاه ولصحته امضيها نحن الرئيس وأمين الضبط .

الرئيس (ة)



رقم الجدول: 13/04941  
رقم الفهرس: 14/02678

نسخة عادية

# الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

## باسم الشعب الجزائري

### حكم

مجلس قضاء: تلمسان  
محكمة: تلمسان  
القسم: شؤون الأسرة

رقم الجدول: 12/00706

رقم الفهرس: 12/02168

تاريخ الحكم: 12/05/20

مبلغ الرسم: 300 دج

بالجلسة العلنية المنعقدة بـ محكمة تلمسان

بتاريخ: العشرون من شهر ماي سنة ألفين و إثني عشر

برئاسة السيد (ة): دراجي فاتن قاضي

و بمساعدة السيد (ة): حداد طيب أمين ضبط

وبحضور السيد(ة): زياني سفيان وكيل الجمهورية

صدر الحكم الآتالي بيانه

بين السيد (ة):

بين /

لحسن خديجة

ويبين /

بوسعيد نصر الدين

1 (لحسن خديجة مدعي حاضر

العنوان : مزرعة ستوتي محمد منصوره تلمسان

المباشر للخصام بواسطة الأستاذ (ة): بلماحي فؤاد سيدي محمد صديق

ضد /

1 (بوسعيد نصر الدين مدعي عليه حاضر

العنوان : مزرعة ستوتي محمد منصوره تلمسان

المباشر للخصومة بواسطة الأستاذ (ة): بنفسه

### \*\*بيان وقائع الدعوى\*\*

بموجب عريضة افتتاح دعوى مؤرخة و موقعة ، مودعة لدى أمانة ضبط المحكمة بتاريخ 12/02/13 2012 ومقيدة بقسم شؤون الأسرة تحت رقم 12/706 اقامت المدعية لحسين خديجة المباشرة للخصام بواسطة الاستاذ بلماحي فؤاد سيدي محمد صديق دعوى ضد المدعي عليه بوسعيد نصر الدين المباشر للخصام بنفسه بحضور السيد وكيل الجمهورية جاء فيها : انها ترفع هذه الدعوى من اجل اثبات نسب طفلها نور الدين و دعاء لوالدهما المدعي عليه و ان المدعية اقترنت بالمدعي عليه بادئ الامر بالفاتحة بتاريخ 02/02/2006 و لم يتم تسجيل هذا الزواج الا بتاريخ 09/01/2012 بسجلات عقود الزواج لدى بلدية تلمسان بعد صدور حكم يقضي بتثبيت الزواج العرفي و ان هذا الزواج اثمر عنه الطفلين نور الدين محمد المولود بتاريخ 26/12/2007 و دعاء المولودة بتاريخ 10/11/2009 قبل تثبيت الزواج العرفي بموجب الحكم السالف الذكر و عليه فهي تلتمس اثبات نسب الطفلين نور الدين محمد المولود بتاريخ 26/12/2007 و دعاء المولودة بتاريخ 10/11/2009 بتلمسان و الحاقه لوالدهما بوسعيد نصر الدين و امهما لحسن خديجة .

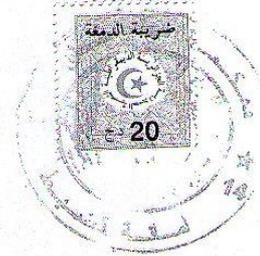
ان المدعي عليه حضر دون ان يقدم مذكرة جوابية او مقالا يتضمن دفعا او طلبا مقابلا. عند احالة الملف على السيد وكيل الجمهورية للاطلاع عملا بمقتضيات المادة : 3 مكرر من الامر : 02 /05 المعدل و المتمم لقانون الأسرة التمس تطبيق القانون.

وبذلك ادرجت القضية قيد النظر للنطق بالحكم طبقا للقانون.



## \*\*وعليه فإن المحكمة\*\*

بعد الاطلاع على العريضة الافتتاحية وما تضمنته من طلبات .  
بعد الإطلاع على المذكرة الجوابية وما تضمنته من طلب مماثل .  
بعد الاطلاع على مجمل الوثائق المرفقة بالملف .  
بعد الإطلاع على أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية سيما المواد : 13/15/271/272  
419/ منه  
بعد الإطلاع على أحكام قانون الأسرة لا سيما المواد: 3 مكرر ، 9، 9 مكرر ، 22، 40 ،  
41، 42 منه  
بعد الإطلاع على قانون الحالة المدنية.  
بعد الإطلاع على وثائق الحالة المدنية المرفقة بالملف .  
بعد الإطلاع على التماسات السيد وكيل الجمهورية.  
بعد النظر في القضية وفقا للقانون .  
من حيث الشكل :  
حيث أن الدعوى جاءت مستوفية لجميع الاجراءات والشروط المقررة قانونا ، مما يتعين معه  
التصريح بقبولها شكلا .  
من حيث الموضوع :  
حيث ان المدعية تقدمت بدعواها في حضور السيد وكيل الجمهورية ملتصقا اثبات نسب  
الطفلين نور الدين محمد المولود بتاريخ 2007/12/26 و دعاء المولودة بتاريخ  
2009/11/10 بتلمسان و الحاقه لوالدهما بوسعيد نصرالدين و امهما لحسن خديجة .  
حيث ان السيد وكيل الجمهورية بلغ بالملف والتمس بموجب مقال كتابي تطبيق القانون .  
حيث ان موضوع الدعوى ينحصر في الحاق النسب .  
عن طلب الحاق نسب الابنين المشتركين :  
حيث ان الطرفان يزعمان ان الابنين لحسين نور الدين محمد و لحسين دعاء ابنيهما من زواج  
صحيح و يلمسان الحكم بالحاق نسبهن اليهما .  
حيث انه من المقرر قانونا وفقا للمادة 40 من قانون الاسرة ان النسب يثبت بالزواج  
الصحيح او بالاقرار او بالبينة او بنكاح الشبهة او بكل زواج تم فسخه بعد الدخول .  
حيث انه من المقرر قانونا وفقا للمادة 41 من قانون الاسرة ان الولد ينسب لآبيه متى  
كان الزواج شرعيا و امكن الاتصال ولم ينفيه بالطرق المشروعة .  
حيث انه من المقرر قانونا وفقا للمادة 42 من ذات القانون ان اقل مدة الحمل 06 اشهر  
واقصاها 10 اشهر من تاريخ الاتصال و الوفاة .  
حيث انه ثبت للمحكمة بعد دراستها لملف القضية و اطلاعا على كل الوثائق المرفقة بها  
سيما الحكم الصادر عن محكمة تلمسان المؤرخ في 2008/03/29 تحت رقم جدول  
08/0236 ، رقم فهرس 08/1363 الذي قضى بتثبيت الزواج العرفي بين طرفي دعوى  
الحال الواقع بتاريخ 2005/02/02 بتلمسان .  
حيث انه بموجب الحكم الصادر بتاريخ 2008/11/23 تحت رقم ملف 08/1651 فهرس رقم  
08/5114 الذي قضى بتصحيح الخطا المادي الوارد في الحكم الصادر بتاريخ  
2008/03/29 فهرس رقم 1363 و القول ان تاريخ ابرام عقد زواج عرفي هو  
2006/02/02 بدلا من 2005/02/02 و الباقي بدون تغيير .  
حيث انه تبين للمحكمة من خلال تفحص وثائق الحالة المدنية ان الابن لحسين نور الدين محمد  
مولود بتاريخ 2007/12/26 الشئى الثابت من خلال شهادة ميلاده المرفقة بالملف الحاملة  
للرقم التالي 10407 المؤرخة في 2012/02/28 .  
حيث انه تبين للمحكمة من خلال تفحص وثائق الحالة المدنية ان البنت لحسين دعاء مولودة  
بتاريخ 2008/11/10 الشئى الثابت من خلال شهادة ميلادها المرفقة بالملف الحاملة للرقم  
التالي 9465 المؤرخة في 2012/02/28 .  
- حيث ان اجال حمل الابنين لحسين نور الدين محمد و لحسين دعاء مستوفية للمدة الشرعية



المنصوص عليها قانونا ونسبه ثابت بالزواج الصحيح للطرفين وطبقا لقاعدة الولد للفراش .  
حيث ان الطفل ينسب لابيئه متى كان الزواج شرعيا و امكن الاتصال و لم ينفه بالطرق  
المشروعة و امام عدم نفي نسب الطفلين من طرف المدعى عليه في المدة المحددة قانونا و  
المستقر عليها شرعا و قانونا و هي ثمانية ايام من تاريخ اكتشاف الحمل او العلم بواقعة الزنا و  
عن طريق اللعان بل انه اقر بذلك مما يجعل من طلب الطرفين مؤسس قانونا تستجيب له  
المحكمة و ان تصرح بالحاق نسب الابنين لحسين نور الدين و لحسين دعاء لابيهم و امهم.  
المصاريف القضائية يتم الفصل فيها طبقا للمادة 419 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

**\*\*ولـهـذه الـأسـباب\*\***

حكمت المحكمة حال فصلها في قضايا شؤون الأسرة علنيا - حضوريا - ابتدائيا :  
في الشكل : قبول الدعوى .

في الموضوع :  
الحاق نسب الابن لحسين نور الدين محمد لابيئه المدعى عليه و القول ابتداءا من تاريخ صدور  
هذا الحكم انه يدعى بوسعيد نور الدين محمد المولود في 2007/12/26 ابن نصر الدين و  
خديجة لحسين.

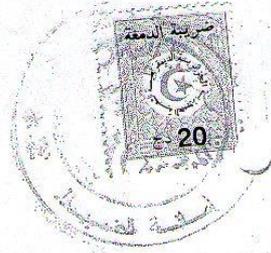
الحاق نسب البنات لحسين دعاء لابيها المدعى عليه و القول ابتداءا من تاريخ صدور هذا الحكم  
انها تدعى بوسعيد دعاء المولودة في 2008/11/10 ابنة نصر الدين و خديجة لحسين .  
امر ضابط الحالة المدنية المختص بتسجيلهما على نسبهما هذا في دفاتر الحالة المدنية المعدة  
لذلك.

تحميل طرفي الدعوى المصاريف القضائية والمقدرة بثلاثة مائة دينار (300 دج) مناصفة.  
بذا صدر هذا الحكم و أفصح به جهرا بالجلسة العلانية في اليوم و الشهر و السنة المذكورين  
أعلاه و وقع على أصله كل من رئيس الجلسة و أمين الضبط.

أمين الضبط

الرئيس (ة)

شهادة مطابقة  
كاتب الضبط  
10 JUN 2017



# الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

## باسم الشعب الجزائري

### حكم

مجلس قضاء: تلمسان  
محكمة: تلمسان  
القسم: شؤون الأسرة

بالجلسة العلنية المنعقدة بمقر محكمة تلمسان

بتاريخ: السادس من شهر جانفي سنة ألفين و إحدى عشر

برئاسة السيد (ة): بلبلة فادية قاضي

و بمساعدة السيد (ة): لغليل حفيظة أمين ضبط

وبحضور السيد(ة): زياني سفيان وكيل الجمهورية

رقم الجدول: 10/03146

رقم الفهرس: 11/00118

تاريخ الحكم: 11/01/06

مبلغ الرسم/ 300 دج

بين /

رحوي عبد المجيد

ويكن /

بن يلس سعاد

صدر الحكم الآتي بيانه

بين السيد (ة):

1 (رحوي عبد المجيد مدعي حاضر

العنوان : 21 المضيق حي صف صاف تلمسان  
المباشر للخصام بواسطة الأستاذ (ة): الاستاذ بلماحي فؤاد سيدي محمد صديق

ضد /

1 (بن يلس سعاد مدعي عليه حاضر

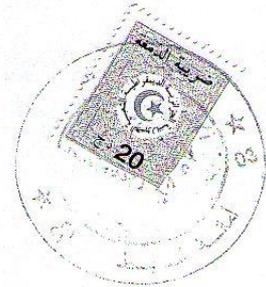
العنوان : 10 درب اولاد الامام تلمسان  
المباشر للخصومة بنفسه

**\*\*بيان وقائع الدعوى\*\***

بموجب عريضة افتتاحية مودعة لدى كتابة ضبط محكمة تلمسان بتاريخ 20/09/2010 والمسجلة تحت رقم 2010/3146 اقام المدعي رحوي عبد المجيد المباشر للخصام بواسطة الاستاذ بلماحي فؤاد سيدي محمد صديق دعوى ضد المدعى عليها بن يلس سعاد وبحضور ممثل النيابة و لقد جاء في ملخصها انه ابرم عقد الزواج مع المدعى عليها بتاريخ 2010/06/23 ببلدية تلمسان مع العلم انه تم انجاب رحوي يوسف و تم قبل ابرام الزواج لذلك يلتزم تسجيل ابنه و الحاق نسبه به.

و بتاريخ 2010/12/09 تم تصحيح العريضة الافتتاحية بواسطة دفاعه الاستاذ بلماحي فؤاد سيدي محمد الصديق و اكد انه بتاريخ 2009/04/07 وقع الدخول بين العارض و المدعى عليها بموجب عقد زواج عرفي يتوفر على جميع اركان و شروط الزواج الصحيح و تم الدخول كون المدعى عليها لم تبلغ السن القانونية للزواج لذلك تم تأجيل كتابة العقد بصورة رسمية لذلك يلتزم تأخير سنة زواج العارض مع المدعى عليها و القول انه واقع بتاريخ 2009/04/07 بدلا من 2010/06/23 مع امر ضابط الحالة المدنية بتسجيل هذا التصحيح بسجلات عقود الزواج لدى مصلحة الحالة المدنية لبلدية شتوان و الحاق نسب الطفل يوسف لأبيه رحوي عبد المجيد.

اجابت المدعى عليها و التمس المصادقة على طلبات المدعي و على اثر ذلك التمس ممثل النيابة اجراء تحقيق لتدرج القضية في الدراسة و تم الفصل فيها وفق الحكم الاتي بيانه بجلسة 2011/01/06.



## \*\*وعليها فإن المحكمة\*\*

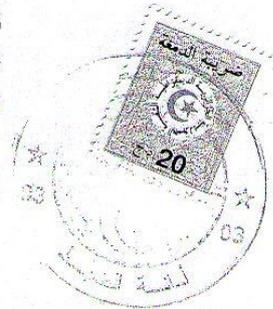
بعد الاطلاع على ملف الدعوى و مرفقاته.  
بعد الاطلاع على الوثائق المرفقة سيما عقد الزواج  
بعد الاطلاع على احكام قانون الاجراءات المدنية و الادارية.  
بعد الاطلاع على احكام قانون الاسرة.  
بعد الاطلاع على التماسات ممثل النيابة محضر سماع و تحقيق .  
بعد النظر وفقا للقانون.  
من حيث الشكل : حيث ان الدعوى استوفت كافة الاوضاع و الاشكال المقررة قانونا فهي مقبولة شكلا.  
من حيث الموضوع : حيث ان المدعي اقام دعوى ضد المدعى عليها ملتمسا تأخير الزواج الرسمي و الحاق نسب الطفل وسيم يوسف له.  
حيث ان المدعى عليها التمس المصادقة على طلبات المدعي.  
حيث ان ممثل النيابة التمس اجراء تحقيق.  
حيث ان موضوع الدعوى يتعلق حول تأخير زواج رسمي و الحاق نسب.  
حيث ان الطرفان مقترنان بموجب عقد زواج رسمي مسجل بتاريخ 2010/06/23 تحت رقم 177.  
حيث انه لم يثبت للمحكمة ما يفيد تضمن عقد الزواج لخطأ بشأن تاريخه و انه باعتباره وثيقة رسمية لا يطعن فيها الا بالتزوير فان طلب المدعي يبقى بدون اساس قانوني و يستوجب الرفض.  
حيث ان المصاريف القضائية يتحملها خاسر الدعوى طبقا لنص المادة 419 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية.

## \*\*ول هذه الأسباب\*\*

\* حكمت المحكمة حال فصلها في قضايا شؤون الاسرة علنيا ، ابتدائيا ، حضوريا:  
من حيث الشكل : قبول الدعوى.  
من حيث الموضوع : رفض الدعوى لعدم التأسيس القانوني.  
تحميل المدعي المصاريف القضائية.  
بذا صدر هذا الحكم و أفصح به جهارا بالجلسة العلانية بالتاريخ المذكور اعلاه.  
و بصحته أمضيناه نحن الرئيس و أمين الضبط.

أمين الضبط

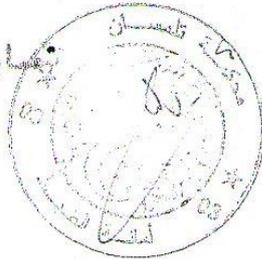
الرئيس (ة)



لجنة متابعة الاسرة

كاتب الضبط

20 10 2011





للتأكد من صحة الزواج العرفي الفعلي الواقع بتاريخ: 2009 / 04 / 07 بشتوان  
امرت المحكمة باجراء التحقيق بشأنه بجلسة 2011 / 04 / 03 .  
- عند احالة الملف على النيابة للاطلاع عملا بمقتضيات المادة : 3 مكرر من الامر : 05 /  
02 المعدل و المتمم لقانون الاسرة التمس ممثلها كتابيا تطبيق القانون .  
وبذلك ادرجت القضية في النظر لجلسة : 2011 / 04 / 10 للنطق بالحكم الاتي بيانه .  
**\*\*وعليه فإن المحكمة\*\***

- بعد الاطلاع على احكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية سيما المواد : 13 / 14 / 15 /  
75 / 150 / 271 / 272 / 419 منه .  
- بعد الإطلاع على العريضة الإفتتاحية وما تضمنته من طلبات والمرفقة بوصل دفع الرسوم  
القضائية .  
- بعد الإطلاع على المذكرة الجوابية وما تضمنته من طلبات مماثلة .  
- بعد الاطلاع على احكام قانون الاسرة سيما المواد: 3 مكرر، 9، 22، 40، 41،  
42 منه .  
- بعد الاطلاع على قانون الحالة المدنية.  
- بعد الاطلاع على وثائق الحالة المدنية المرفقة بالملف.  
- بعد الاطلاع على محضر سماع الشهود المؤرخ في 2011 / 04 / 03 .  
- بعد الاطلاع على محضر سماع الطرفين و تصريحات الولي .  
- بعد الاطلاع على التماسات النيابة العامة والرامية الى تطبيق القانون .  
- بعد النظر في القضية وفقا للقانون .  
- من حيث الشكل :  
- حيث ان الدعوى استوفت شروط نشرها مما يتعين والحال كذلك التصريح بقبولها شكلا . -  
من حيث الموضوع :  
- حيث انه تقدم المدعيان بدعوى في حضور ممثل النيابة العامة يلتزمان من خلالها الحكم  
بتأخير تاريخ زواجهما والقول انه وقع بتاريخ 2009 / 04 / 07 بدلا من 2010 / 06 / 23  
- مع امر ضابط الحالة المدنية بتصحيحه و الحاق نسب الطفل يوسف وسيم له مع  
تسجيله بالدقتر العائلي .  
- حيث ان ممثل النيابة العامة بعد اطلاعه على ملف الدعوى التمس بموجب مقال كتابي  
تطبيق القانون .  
- حيث ان موضوع الدعوى ينحصر في تثبيت صحة تاريخ الزواج العرفي و الحاق نس

- عن تثبيت صحة تاريخ الزواج العرفي :  
- حيث انه من المقرر قانونا طبقا للمادة : 150 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية  
يجوز الأمر بالتحقيق لإثبات الوقائع التي تكون بطبيعتها قابلة للإثبات بشهادة الشهود و  
التي يكون التحقيق فيها جائزا و منتجا في الدعوى .  
- حيث ان تاريخ الزواج العرفي واقعة مادية يمكن اثباتها بشهادة الشهود .  
- حيث ترى المحكمة انه للتأكد من صحة تاريخ الزواج العرفي يتعين اجراء التحقيق  
بشأنه .  
- حيث ان المحكمة اجرت جلسة تحقيق اين سمعت كل من الطرفين و الولي و  
الشاهدين .

- حيث ان الشاهد الأول : بلغربي رشيد المولود بتاريخ : 1983 / 07 / 25 بتلمسان  
الحامل لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 115437 الصادرة بتاريخ : 2008 / 07 / 23 عن  
دائرة تلمسان وكذا الشاهد الثاني : عبد اللاوي مصطفى المولود بتاريخ: 1988 / 07 / 13  
بتلمسان الحامل لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 246887 الصادرة عن دائرة تلمسان و



الذان صرحا بوحدة التعبير واللفظ على محضر رسمي مؤرخ بتاريخ 2011 / 04 / 03  
أنها حضرا فاتحة زواج الطرفين وقد تمّ مجلس العقد بتاريخ : 2011 / 04 / 07 بحضور  
جماعة من المسلمين وولي الزوجة على صداق مسمى قدره 70,000 دج .  
- حيث ان الولي : واسيني بن يلس المولود في : 1940 / 11 / 20 والحامل لبطاقة  
التعريف الوطنية رقم : 267880 الصادرة بتاريخ : 2005 / 08 / 15 اكد انه ولي الزوجة  
وهو الذي تولى عقد قران الطرفين وتم الاتفاق على صداق مسمى قدره 70.000 دج  
بحضور جماعة من المسلمين وانّ مجلس العقد تمّ بتلمسان بتاريخ 2009 / 04 / 07 .

- حيث تبين للمحكمة من خلال التحقيق الذي أجرته ان الطرفين تربطهما علاقة زواج  
شرعية مكتملة الأركان والشروط بتاريخ: 2009 / 04 / 07 وقد تمّ البناء بينهما بنفس  
التاريخ ، الا أنّ تسجيل الزواج رسميا قد تم بتاريخ 23 / 06 / 2010 الامر الثابت  
بموجب نسخة من سجلات عقود الزواج تحت رقم 177 أمام ضابط الحالة المدنية  
بلدية شتوان تلمسان .

- حيث أنّ واقعة الزواج الشرعي الواقعة عرفيا تمّ اثباتها بالبينة وهذه الأخيرة لا يقتصر الحكم  
الثابت بها على طرفي الدعوى فقط بل قد تثبت في حقهما وحق غيرهما وهي تعتبر أقوى حجية  
من اقرارهما في حدّ ذاته كونه لا يقتصر الا عليهما والحال كذلك يتعين القضاء بتثبيت صحة  
هذا التاريخ وفقا لما هو وارد أعلاه .

- وحيث أنّ عقد الزواج يعتبر وثيقة رسمية لا يطعن في صحتها الا بالتزوير فإنه يتعين على  
ضابط الحالة المدنية التأشير على هامشها بوقوع زواج عرفي بأمر من القضاء دون أي حذف  
او تغيير في صحة ما جاء فيها أو مضمونها مع الإبقاء على تاريخ تسجيل عقد الزواج المدني  
حفاظا على النظام العام ومقتضياته .  
- عن الحاق نسب:

- حيث ان المدعيان يلتزمان بالحكم بالحق نسب يوسف وسيم اليهما .  
- حيث انه من المقرر قانونا ان النسب يثبت بالزواج الصحيح او بالاقرار او بالبينة او  
بنكاح الشبهة او بكل زواج تمّ فسخه بعد الدخول .  
- حيث ان واقعة الزواج محلّ التحقيق في قضية الحال كانت شرعية وصحيحة ثابتة التاريخ  
في : 2009 / 04 / 07 .

- وحيث انه من المقرر قانونا وفقا للمادة 42 من دات القانون ان اقل مدة الحمل 06 اشهر  
واقصاها 10 اشهر من تاريخ الاتصال والوفاة .  
- حيث انه تبين للمحكمة ان الطفل يوسف وسيم مولود بتاريخ: 2010 / 02 / 07 بتلمسان  
الامر الثابت بموجب شهادة ميلاده تحت رقم 959 .  
- حيث أنّ الوضع قد تمّ خلال اجاله القانونية وفقا للمادة 42 من قانون الاسرة كنتيجة  
لعلاقة شرعية ثابتة التاريخ .

- وحيث ان الطفل ينسب لأبيه متى كان الزواج شرعيا وامكن الإتصال ولم ينفه بالطرق  
المشروعة وامام عدم نفي نسب الطفل من طرف المدعي في المدة المحددة قانونا والمستقر  
عليها شرعا وقانونا وهي ثمانية ايام من تاريخ اكتشاف الحمل وعن طريق اللعان بل وقد تمّ  
تدوين اقراره في محضر رسمي امضيته برفقة امين الضبط والطرفين بتاريخ 03 / 04 /  
2011 ومصداقا لقوله تعالى: "ادعوهم لأبائهم هو أفسط عند الله" مما يتعين معه الاستجابة  
لطلب المدعيان لاعتباره مؤسسا قانونا .

- حيث ان المصاريف القضائية يتم الفصل فيها عملا طبقا للأوضاع المحددة في المادة 419  
من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

### **\*\*ول هذه الأسباب\*\***

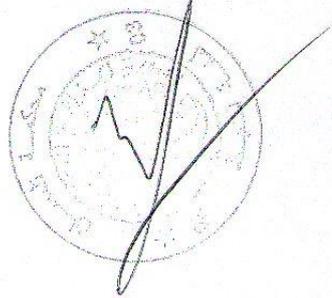
- حكمت المحكمة الفاصلة في قضايا شؤون الأسرة علنيا - حضوريا - ابتدائيا :

- في الشكل : قبول الدعوى .
- في الموضوع : بثبوت صحة تاريخ الزواج الشرعي الواقع عرفيا في : 2009 / 04 / 07 بتلمسان بين الطرفين :
- المسمى : رحوي عبد المجيد ابن فتحي وسليمة بن سنوسي المولود في : 1985 / 02 / 13 بتلمسان.
- المسماة : بن يلس سعاد ابنة واسيني وعائشة بلحسن المولودة في : 1991 / 06 / 27 بتلمسان.
- امر ضابط الحالة المدنية لبلدية شتوان بتلمسان بالتأشير به على هامش عقد زواجهما المقيد مدنيا تحت رقم 177 بتاريخ 2010 / 06 / 23 دون المساس بمضمونه .
- الحاق نسب الطفل يوسف وسيم لابيه المدعي والقول ابتداء من تاريخ صدور هذا الحكم انه يدعى رحوي يوسف وسيم المولود في 2010 / 02 / 07 ابن عبد المجيد و بن يلس سعاد المقيد في شهادة الميلاد الحاملة لرقم 959 الصادرة عن بلدية تلمسان .
- امر ضابط الحالة المدنية لنفس البلدية بتسجيله على نسبه هذا في دفاتر الحالة المدنية المعدة لذلك .
- تحميل طرفي الدعوى المصاريف القضائية والبالغة في الحكم 300 دج ثلاثة مائة دينار جزائري
- بدأ صدر الحكم وافصح به جهارا في الجلسة العلنية المنعقدة في التاريخ المذكور اعلاه ولصحته امضينا اصله نحن الرئيس وامين الضبط.

أمين الضبط

الرئيس (ة)

كاتب الضبط  
10 ماي 2011



## الملحق رقم 02

الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل لسنة 1989



## الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل

اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 25/44 المؤرخ في 20 نونبر 1989 تاريخ بدء النفاذ: 2 سبتمبر 1990، وفقا للمادة 49

الديباجة:

إن الدول الأطراف في هذه الاتفاقية، إذ ترى أنه وفقا للمبادئ المعلنة في ميثاق الأمم المتحدة، يشكل الاعتراف بالكرامة المتأصلة لجميع أعضاء الأسرة البشرية وبحقوقهم المتساوية وغير القابلة للتصرف، أساس الحرية والعدالة والسلام في العالم، وإذا تضرع في اعتبارها أن شعوب الأمم المتحدة قد أكدت من جديد في الميثاق إيمانها بالحقوق الأساسية للإنسان وبكرامة الفرد وقدره، وعقدت العزم على أن تدفع بالرفق الاجتماعي قداما وترفع مستوى الحياة في جو من الحرية أفسح، وإذا تدرك أن الأمم المتحدة قد أعلنت، في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وفي العهديين الدوليين الخاصين بحقوق الإنسان، أن لكل إنسان حق التمتع بجميع الحقوق والحريات الواردة في تلك الصكوك، دون أي نوع من أنواع التمييز كالتمييز بسبب العنصر أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الرأي السياسي أو غيره أو الأصل القومي أو الاجتماعي أو الثروة أو المولد أو أي وضع آخر، واتفقت على ذلك، وإذ تشير إلى أن الأمم المتحدة قد أعلنت في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان أن للطفولة الحق في رعاية ومساعدة خاصتين، واقتناعا منها بأن الأسرة، باعتبارها الوحدة الأساسية للمجتمع والبيئة الطبيعية لنمو ورفاهية جميع أفرادها وبخاصة الأطفال، ينبغي أن تولى الحماية والمساعدة اللازمين لتتمكن من الاضطلاع الكامل بمسؤولياتها داخل المجتمع، وإذ تقر بأن الطفل، كي تتعرع شخصيته تزرعها كاملا ومتناسقا، ينبغي أن ينشأ في بيئة عائلية في جو من السعادة والمحبة والتفاهم، وإذ ترى أنه ينبغي إعداد الطفل إعدادا كاملا ليحيا حياة فردية في المجتمع وتربيته بروح المثل العليا المعلنة في ميثاق الأمم المتحدة، وخصوصا بروح السلم والكرامة والتسامح والحرية والمساواة والإخاء، وإذ تضرع في اعتبارها أن الحاجة إلى توفير رعاية خاصة للطفل قد ذكرت في إعلان جنيف لحقوق الطفل لعام 1924 وفي إعلان حقوق الطفل الذي اعتمده الجمعية العامة في 20 تشرين الثاني/نوفمبر 1959 والمعترف به في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وفي العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية (ولاسيما في المادتين 23 و 24) وفي العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية (ولاسيما في المادة 10) وفي النظم الأساسية والصكوك ذات الصلة للوكالات المتخصصة والمنظمات الدولية المعنية بخير الطفل، وإذ تضرع في اعتبارها "أن الطفل، بسبب عدم نضجه البدني والعقلي، يحتاج إلى إجراءات وقاية ورعاية خاصة، بما في ذلك حماية قانونية مناسبة، قبل الولادة وبعدها" وذلك كما جاء في إعلان حقوق الطفل، وإذ تشير إلى أحكام الإعلان المتعلق بالمبادئ الاجتماعية والقانونية المتصلة بحماية الأطفال ورعايتهم، مع الاهتمام الخاص بالحضانة والتبني على الصعيدين الوطني والدولي، وإلى قواعد الأمم المتحدة الدنيا النموذجية لإدارة شئون قضاء الأحداث (قواعد بكين)، وإلى الإعلان بشأن حماية النساء والأطفال أثناء الطوارئ والمنازعات المسلحة، وإذ تسلم بأن ثمة، في جميع بلدان العالم، أطفالا يعيشون في ظروف صعبة للغاية، وبأن هؤلاء الأطفال يحتاجون إلى مراعاة خاصة، وإذ تأخذ في الاعتبار الواجب أهمية تقاليد كل شعب وقيمه الثقافية لحماية الطفل وترعرعه وترعرعها متناسقا، وإذا تدرك أهمية التعاون الدولي لتحسين ظروف معيشة الأطفال في كل بلد، ولاسيما في البلدان النامية، قد اتفقت على ما يلي:

الجزء الأول

المادة 1

لأغراض هذه الاتفاقية، يعني الطفل كل إنسان لم يتجاوز الثامنة عشرة، ما لم يبلغ سن الرشد قبل ذلك بموجب القانون المنطبق عليه.

## المادة 2

1. تحترم الدول الأطراف الحقوق الموضحة في هذه الاتفاقية وتضمنها لكل طفل يخضع لولايتها دون أي نوع من أنواع التمييز، بغض النظر عن عنصر الطفل أو والديه أو الوصي القانوني عليه أو لونهم أو جنسهم أو لغتهم أو دينهم أو رأيهم السياسي أو غيره أو أصلهم القومي أو الإثني أو الاجتماعي، أو ثروتهم، أو عجزهم، أو مولدهم، أو أي وضع آخر.
2. تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة لتكفل للطفل الحماية من جميع أشكال التمييز أو العقاب القائمة على أساس مركز والدي الطفل أو الأوصياء القانونيين عليه أو أعضاء الأسرة، أو أنشطتهم أو آرائهم المعبر عنها أو معتقداتهم.

## المادة 3

1. في جميع الإجراءات التي تتعلق بالأطفال، سواء قامت بها مؤسسات الرعاية الاجتماعية العامة أو الخاصة، أو المحاكم أو السلطات الإدارية أو الهيئات التشريعية، يولي الاعتبار الأول لمصالح الطفل الفضلى.
2. تتعهد الدول الأطراف بأن تضمن للطفل الحماية والرعاية اللازمين لرفاهه، مراعية حقوق وواجبات والديه أو أوصيائه أو غيرهم من الأفراد المسؤولين قانوناً عنه، وتتخذ، تحقيقاً لهذا الغرض، جميع التدابير التشريعية والإدارية الملائمة.
3. تكفل الدول الأطراف أن تنقيد المؤسسات والإدارات والمرافق المسؤولة عن رعاية أو حماية الأطفال بالمعايير التي وضعتها السلطات المختصة، ولا سيما في مجالي السلامة والصحة وفي عدد موظفيها وصلاحياتهم للعمل، وكذلك من ناحية كفاءة الإشراف.

## المادة 4

تتخذ الدول الأطراف كل التدابير التشريعية والإدارية وغيرها من التدابير الملائمة لإعمال الحقوق المعترف بها في هذه الاتفاقية. وفيما يتعلق بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، تتخذ الدول الأطراف هذه التدابير إلى أقصى حدود مواردها المتاحة، وحيثما يلزم، في إطار التعاون الدولي.

## المادة 5

تحترم الدول الأطراف مسؤوليات وحقوق وواجبات الوالدين أو، عند الاقتضاء، أعضاء الأسرة الموسعة أو الجماعة حسبما ينص عليه العرف المحلي، أو الأوصياء أو غيرهم من الأشخاص المسؤولين قانوناً عن الطفل، في أن يوفرُوا بطريقة تتفق مع قدرات الطفل المتطورة، التوجيه والإرشاد الملائمين عند ممارسة الطفل الحقوق المعترف بها في هذه الاتفاقية.

## المادة 6

1. تعترف الدول الأطراف بأن لكل طفل حقاً أصيلاً في الحياة.
2. تكفل الدول الأطراف إلى أقصى حد ممكن بقاء الطفل ونموه.

## المادة 7

1. يسجل الطفل بعد ولادته فوراً ويكون له الحق منذ ولادته في اسم والحق في اكتساب جنسية، ويكون له قدر الإمكان، الحق في معرفة والديه وتلقى رعايتهما.
2. تكفل الدول الأطراف إعمال هذه الحقوق وفقاً لقانونها الوطني والتزاماتها بموجب الصكوك الدولية المتصلة بهذا الميدان، ولا سيما حيثما يعتبر الطفل عديم الجنسية في حال عدم القيام بذلك.

## المادة 8

1. تتعهد الدول الأطراف باحترام حق الطفل في الحفاظ على هويته بما في ذلك جنسيته، واسمه، وصلاته العائلية، على النحو الذي يقره القانون، وذلك دون تدخل غير شرعي.
2. إذا حرم أي طفل بطريقة غير شرعية من بعض أو كل عناصر هويته، تقدم الدول الأطراف المساعدة والحماية المناسبين من أجل الإسراع بإعادة إثبات هويته.

## المادة 9

1. تضمن الدول الأطراف عدم فصل الطفل عن والديه على كره منهما، إلا عندما تقرر السلطات المختصة، رهنا بإجراء إعادة نظر قضائية، وفقا للقوانين والإجراءات المعمول بها، أن هذا الفصل ضروري لصون مصالح الطفل الفضلى. وقد يلزم مثل هذا القرار في حالة معينة مثل حالة إساءة الوالدين معاملة الطفل أو إهمالهما له، أو عندما يعيش الوالدان منفصلين ويتعين اتخاذ قرار بشأن محل إقامة الطفل.
2. في أية دعاوى تقام عملا بالفقرة 1 من هذه المادة، تتاح لجميع الأطراف المعنية الفرصة للاشتراك في الدعوى والإفصاح عن وجهات نظرها.
3. تحترم الدول الأطراف حق الطفل المنفصل عن والديه أو عن أحدهما في الاحتفاظ بصورة منتظمة بعلاقات شخصية واتصالات مباشرة بكلا والديه، إلا إذا تعارض ذلك مع مصالح الطفل الفضلى.
4. في الحالات التي ينشأ فيها هذا الفصل عن أي إجراء اتخذته دولة من الدول الأطراف، مثل تعريض أحد الوالدين أو كليهما أو الطفل للاحتجاز أو الحبس أو النفي أو الترحيل أو الوفاة (بما في ذلك الوفاة التي تحدث لأي سبب أثناء احتجاز الدولة الشخص)، تقدم تلك الدولة الطرف عند الطلب، للوالدين أو الطفل، أو عند الاقتضاء، لعضو آخر من الأسرة، المعلومات الأساسية الخاصة بمحل وجود عضو الأسرة الغائب (أو أعضاء الأسرة الغائبين) إلا إذا كان تقديم هذه المعلومات ليس لمصالح الطفل. وتضمن الدول الأطراف كذلك أن لا تترتب على تقديم مثل هذا الطلب، في حد ذاته، أي نتائج ضارة للشخص المعنى (أو الأشخاص المعنيين).

#### المادة 10

1. وفقا للالتزام الواقع على الدول الأطراف بموجب الفقرة 1 من المادة 9، تنتظر الدول الأطراف في الطلبات التي يقدمها الطفل أو والداه لدخول دولة طرف أو مغادرتها بقصد جمع شمل الأسرة، بطريقة إيجابية وإنسانية وسريعة. وتكفل الدول الأطراف كذلك ألا تترتب على تقديم طلب من هذا القبيل نتائج ضارة على مقدمي الطلب وعلى أفراد أسرهم.
2. للطفل الذي يقيم والداه في دولتين مختلفتين الحق في الاحتفاظ بصورة منتظمة بعلاقات شخصية واتصالات مباشرة بكلا والديه، إلا في ظروف استثنائية. وتحقيقا لهذه الغاية ووفقا للالتزام الدول الأطراف بموجب الفقرة 2 من المادة 9، تحترم الدول الأطراف حق الطفل ووالديه في مغادرة أي بلد، بما في ذلك بلدهم هم، وفي دخول بلدهم. ولا يخضع الحق في مغادرة أي بلد إلا للقيود التي ينص عليها القانون والتي تكون ضرورية لحماية الأمن الوطني، أو النظام العام، أو الصحة العامة، أو الآداب العامة أو حقوق الآخرين وحياتهم وتكون متفقة مع الحقوق الأخرى المعترف بها في هذه الاتفاقية.

#### المادة 11

1. تتخذ الدول الأطراف تدابير لمكافحة نقل الأطفال إلى الخارج وعدم عودتهم بصورة غير مشروعة.
2. وتحقيقا لهذا الغرض، تشجع الدول الأطراف عقد اتفاقات ثنائية أو متعددة الأطراف أو الانضمام إلى اتفاقات قائمة.

#### المادة 12

1. تكفل الدول الأطراف في هذه الاتفاقية للطفل القادر على تكوين آرائه الخاصة حق التعبير عن تلك الآراء بحرية في جميع المسائل التي تمس الطفل، وتولى آراء الطفل الاعتبار الواجب وفقا لسن الطفل ونضجه.
2. ولهذا الغرض، تتاح للطفل، بوجه خاص، فرصة الاستماع إليه في أي إجراءات قضائية وإدارية تمس الطفل، إما مباشرة، أو من خلال ممثل أو هيئة ملائمة، بطريقة تتفق مع القواعد الإجرائية للقانون الوطني.

#### المادة 13

1. يكون للطفل الحق في حرية التعبير، ويشمل هذا الحق حرية طلب جميع أنواع المعلومات والأفكار وتلقيها وإذاعتها، دون أي اعتبار للحدود، سواء بالقول أو الكتابة أو الطباعة، أو الفن، أو أية وسيلة أخرى يختارها الطفل.
2. يجوز إخضاع ممارسة هذا الحق لبعض القيود، بشرط أن ينص القانون عليها وأن تكون لازمة لتأمين ما يلي:
  - (أ) احترام حقوق الغير أو سمعتهم، أو،
  - (ب) حماية الأمن الوطني أو النظام العام، أو الصحة العامة أو الآداب العامة.

#### المادة 14

1. تحترم الدول الأطراف حق الطفل في حرية الفكر والوجدان والدين.

2. تحترم الدول الأطراف حقوق وواجبات الوالدين وكذلك، تبعاً للحالة، الأوصياء القانونيين عليه، في توجيه الطفل في ممارسة حقه بطريقة تتسجم مع قدرات الطفل المتطورة.
3. لا يجوز أن يخضع الإجهار بالدين أو المعتقدات إلا للقيود التي ينص عليها القانون واللازمة لحماية السلامة العامة أو النظام أو الصحة أو الآداب العامة أو الحقوق والحريات الأساسية للآخرين.

#### المادة 15

1. تعترف الدول الأطراف بحقوق الطفل في حرية تكوين الجمعيات وفي حرية الاجتماع السلمي.
2. لا يجوز تقييد ممارسة هذه الحقوق بأية قيود غير القيود المفروضة طبقاً للقانون والتي تقتضيها الضرورة في مجتمع ديمقراطي لصيانة الأمن الوطني أو السلامة العامة أو النظام العام، أو لحماية الصحة العامة أو الآداب العامة أو لحماية حقوق الغير وحرياتهم.

#### المادة 16

1. لا يجوز أن يجرى أي تعرض تعسفي أو غير قانوني للطفل في حياته الخاصة أو أسرته أو منزله أو مراسلاته، ولا أي مساس غير قانوني بشرفه أو سمعته.
2. للطفل حق في أن يحميه القانون من مثل هذا التعرض أو المساس.

#### المادة 17

- تعترف الدول الأطراف بالوظيفة الهامة التي تؤديها وسائل الإعلام وتضمن إمكانية حصول الطفل على المعلومات والمواد من شتى المصادر الوطنية والدولية، وبخاصة تلك التي تستهدف تعزيز رفاهيته الاجتماعية والروحية والمعنوية وصحته الجسدية والعقلية، وتحقيقاً لهذه الغاية، تقوم الدول الأطراف بما يلي:
- (أ) تشجيع وسائل الإعلام على نشر المعلومات والمواد ذات المنفعة الاجتماعية والثقافية للطفل ووفقاً لروح المادة 29،
  - (ب) تشجيع التعاون الدولي في إنتاج وتبادل ونشر هذه المعلومات والمواد من شتى المصادر الثقافية والوطنية والدولية،
  - (ج) تشجيع إنتاج كتب الأطفال ونشرها،
  - (د) تشجيع وسائل الإعلام على إيلاء عناية خاصة للاحتياجات اللغوية للطفل الذي ينتمي إلى مجموعة من مجموعات الأقليات أو إلى السكان الأصليين،
  - (هـ) تشجيع وضع مبادئ توجيهية ملائمة لوقاية الطفل من المعلومات والمواد التي تضر بصالحه، مع وضع أحكام المادتين 13 و 18 في الاعتبار.

#### المادة 18

1. تبتذل الدول الأطراف قصارى جهدها لضمان الاعتراف بالمبدأ القائل إن كلا الوالدين يتحملان مسؤوليات مشتركة عن تربية الطفل ونموه. وتقع على عاتق الوالدين أو الأوصياء القانونيين، حسب الحالة، المسؤولية الأولى عن تربية الطفل ونموه. وتكون مصالح الطفل الفضلى موضع اهتمامهم الأساسي.
2. في سبيل ضمان وتعزيز الحقوق المبينة في هذه الاتفاقية، على الدول الأطراف في هذه الاتفاقية أن تقدم المساعدة الملائمة للوالدين وللأوصياء القانونيين في الاضطلاع بمسؤوليات تربية الطفل وعليها أن تكفل تطوير مؤسسات ومرافق وخدمات رعاية الأطفال.
3. تتخذ الدول الأطراف كل التدابير الملائمة لتضمن لأطفال الوالدين العاملين حق الانتفاع بخدمات ومرافق رعاية الطفل التي هم مؤهلون لها.

#### المادة 19

1. تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير التشريعية والإدارية والاجتماعية والتعليمية الملائمة لحماية الطفل من كافة أشكال العنف أو الضرر أو الإساءة البدنية أو العقلية والإهمال أو المعاملة المنطوية على إهمال، وإساءة المعاملة أو الاستغلال، بما في ذلك الإساءة الجنسية، وهو في رعاية الوالد (الوالدين) أو الوصي القانوني (الأوصياء القانونيين) عليه، أو أي شخص آخر يتعهد الطفل برعايته.

2. ينبغي أن تشمل هذه التدابير الوقائية، حسب الاقتضاء، إجراءات فعالة لوضع برامج اجتماعية لتوفير الدعم اللازم للطفل ولأولئك الذين يتعهدون الطفل برعايتهم، وكذلك للأشكال الأخرى من الوقاية، ولتحديد حالات إساءة معاملة الطفل المذكورة حتى الآن والإبلاغ عنها والإحالة بشأنها والتحقيق فيها ومعالجتها ومتابعتها وكذلك لتدخل القضاء حسب الاقتضاء.

#### المادة 20

1. للطفل المحروم بصفة مؤقتة أو دائمة من بيئته العائلية أو الذي لا يسمح له، حفاظا على مصالحه الفضلى، بالبقاء في تلك البيئة، الحق في حماية ومساعدة خاصتين توفرهما الدولة.
2. تضمن الدول الأطراف، وفقا لقوانينها الوطنية، رعاية بديلة لمثل هذا الطفل.
3. يمكن أن تشمل هذه الرعاية، في جملة أمور، الحضانة، أو الكفالة الواردة في القانون الإسلامي، أو التبني، أو عند الضرورة، الإقامة في مؤسسات مناسبة لرعاية الأطفال. وعند النظر في الحلول، ينبغي إيلاء الاعتبار الواجب لاستصواب الاستمرارية في تربية الطفل ولخلفية الطفل الإثنية والدينية والثقافية واللغوية.

#### المادة 21

- تضمن الدول التي تقر و/أو تجيز نظام التبني إيلاء مصالح الطفل الفضلى الاعتبار الأول والقيام بما يلي:
- (أ) تضمن ألا تصرح بتبني الطفل إلا السلطات المختصة التي تحدد، وفقا للقوانين والإجراءات المعمول بها وعلى أساس كل المعلومات ذات الصلة الموثوق بها، أن التبني جائز نظرا لحالة الطفل فيما يتعلق بالوالدين والأقارب والأوصياء القانونيين وأن الأشخاص المعنيين، عند الاقتضاء، قد أعطوا عن علم موافقتهم على التبني على أساس حصولهم على ما قد يلزم من المشورة،
  - (ب) تعترف بأن التبني في بلد آخر يمكن اعتباره وسيلة بديلة لرعاية الطفل، إذا تعذر إقامة الطفل لدى أسرة حاضنة أو متبنية، أو إذا تعذر العناية به بأي طريقة ملائمة في وطنه،
  - (ج) تضمن، بالنسبة للتبني في بلد آخر، أن يستفيد الطفل من ضمانات ومعايير تعادل تلك القائمة فيما يتعلق بالتبني الوطني،
  - (د) تتخذ جميع التدابير المناسبة كي تضمن، بالنسبة للتبني في بلد آخر، أن عملية التبني لا تعود على أولئك المشاركين فيها بكسب مالي غير مشروع،
  - (هـ) تعزز، عند الاقتضاء، أهداف هذه المادة بعقد ترتيبات أو اتفاقات ثنائية أو متعددة الأطراف، وتسعى، في هذا الإطار، إلى ضمان أن يكون تبني الطفل في بلد آخر من خلال السلطات أو الهيئات المختصة.

#### المادة 22

1. تتخذ الدول الأطراف في هذه الاتفاقية التدابير الملائمة لتكفل للطفل الذي يسعى للحصول على مركز لاجئ، أو الذي يعتبر لاجئا وفقا للقوانين والإجراءات الدولية أو المحلية المعمول بها، سواء صاحبه أو لم يصحبه والداه أو أي شخص آخر، تلقي الحماية والمساعدة الإنسانية المناسبين في التمتع بالحقوق المنطبقة الموضحة في هذه الاتفاقية وفي غيرها من الصكوك الدولية الإنسانية أو المتعلقة بحقوق الإنسان التي تكون الدول المذكورة أطرافا فيها.
2. ولهذا الغرض، توفر الدول الأطراف، حسب ما تراه مناسباً، التعاون في أي جهود تبذلها الأمم المتحدة وغيرها من المنظمات الحكومية الدولية المختصة أو المنظمات غير الحكومية المتعاونة مع الأمم المتحدة، لحماية طفل كهذا ومساعدته، وللبحث عن والدي طفل لاجئ لا يصحبه أحد أو عن أي أفراد آخرين من أسرته، من أجل الحصول على المعلومات اللازمة لجمع شمل أسرته، وفي الحالات التي يتعذر فيها العثور على الوالدين أو الأفراد الآخرين لأسرته، يمنح الطفل ذات الحماية الممنوحة لأي طفل آخر محروم بصفة دائمة أو مؤقتة من بيئته العائلية لأي سبب، كما هو موضح في هذه الاتفاقية.

#### المادة 23

1. تعترف الدول الأطراف بوجود تمتع الطفل المعوق عقليا أو جسديا بحياة كاملة وكريمة، في ظروف تكفل له كرامته وتعزز اعتماده على النفس وتيسر مشاركته الفعلية في المجتمع.
2. تعترف الدول الأطراف بحق الطفل المعوق في التمتع برعاية خاصة وتشجع وتكفل للطفل المؤهل لذلك وللمسؤولين عن رعايته، رهنا بتوفر الموارد، تقديم المساعدة التي يقدم عنها طلب، والتي تتلاءم مع حالة الطفل وظروف والديه أو غيرهما ممن يرعونهم.
3. إدراكا للاحتياجات الخاصة للطفل المعوق، توفر المساعدة المقدمة وفقا للفقرة 2 من هذه المادة مجانا كلما أمكن ذلك، مع مراعاة الموارد المالية للوالدين أو غيرهما ممن يقومون برعاية الطفل، وينبغي أن تهدف إلى ضمان إمكانية حصول الطفل المعوق فعلا على التعليم والتدريب، وخدمات الرعاية الصحية، وخدمات إعادة التأهيل، والإعداد لممارسة عمل، والفرص

الترفيهية وتلقيه ذلك بصورة تؤدي إلى تحقيق الاندماج الاجتماعي للطفل ونموه الفردي، بما في ذلك نموه الثقافي والروحي، على أكمل وجه ممكن.

4. على الدول الأطراف أن تشجع، بروح التعاون الدولي، تبادل المعلومات المناسبة في ميدان الرعاية الصحية الوقائية والعلاج الطبي والنفسي والوظيفي للأطفال المعوقين، بما في ذلك نشر المعلومات المتعلقة بمناهج إعادة التأهيل والخدمات المهنية وإمكانية الوصول إليها، وذلك بغية تمكين الدول الأطراف من تحسين قدراتها ومهاراتها وتوسيع خبرتها في هذه المجالات. وتراعى بصفة خاصة، في هذا الصدد، احتياجات البلدان النامية.

#### المادة 24

1. تعترف الدول الأطراف بحق الطفل في التمتع بأعلى مستوى صحي يمكن بلوغه وبحقه في مرافق علاج الأمراض وإعادة التأهيل الصحي. وتبذل الدول الأطراف قصارى جهدها لتضمن ألا يحرم أي طفل من حقه في الحصول على خدمات الرعاية الصحية هذه.
2. تتابع الدول الأطراف أعمال هذا الحق كاملاً وتتخذ، بوجه خاص، التدابير المناسبة من أجل:
  - (أ) خفض وفيات الرضع والأطفال،
  - (ب) كفاية توفير المساعدة الطبية والرعاية الصحية اللازمين لجميع الأطفال مع التشديد على تطوير الرعاية الصحية الأولية،
  - (ج) مكافحة الأمراض وسوء التغذية حتى في إطار الرعاية الصحية الأولية، عن طريق أمور منها تطبيق التكنولوجيا المتاحة بسهولة وعن طريق توفير الأغذية المغذية الكافية ومياه الشرب النقية، أخذة في اعتبارها أخطار تلوث البيئة ومخاطره،
  - (د) كفاية الرعاية الصحية المناسبة للأمهات قبل الولادة وبعدها،
  - (هـ) كفاية تزويد جميع قطاعات المجتمع، ولا سيما الوالدين والطفل، بالمعلومات الأساسية المتعلقة بصحة الطفل وتغذيته، ومزايا الرضاعة الطبيعية، ومبادئ حفظ الصحة والإصحاح البيئي، والوقاية من الحوادث، وحصول هذه القطاعات على تعليم في هذه المجالات ومساعدتها في الاستفادة من هذه المعلومات،
  - (و) تطوير الرعاية الصحية الوقائية والإرشاد المقدم للوالدين، والتعليم والخدمات المتعلقة بتنظيم الأسرة.
3. تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير الفعالة والملائمة بغية إلغاء الممارسات التقليدية التي تضر بصحة الأطفال.
4. تتعهد الدول الأطراف بتعزيز وتشجيع التعاون الدولي من أجل التوصل بشكل تدريجي إلى الإعمال الكامل للحق المعترف به في هذه المادة. وتراعى بصفة خاصة احتياجات البلدان النامية في هذا الصدد.

#### المادة 25

تعترف الدول الأطراف بحق الطفل الذي تودعه السلطات المختصة لأغراض الرعاية أو الحماية أو علاج صحته البدنية أو العقلية في مراجعة دورية للعلاج المقدم للطفل ولجميع الظروف الأخرى ذات الصلة بإيداعه.

#### المادة 26

1. تعترف الدول الأطراف لكل طفل بالحق في الانتفاع من الضمان الاجتماعي، بما في ذلك التأمين الاجتماعي، وتتخذ التدابير اللازمة لتحقيق الإعمال الكامل لهذا الحق وفقاً لقانونها الوطني.
2. ينبغي منح الإعانات، عند الاقتضاء، مع مراعاة موارد وظروف الطفل والأشخاص المسؤولين عن إعالة الطفل، فضلاً عن أي اعتبار آخر ذي صلة بطلب يقدم من جانب الطفل أو نيابة عنه للحصول على إعانات.

#### المادة 27

1. تعترف الدول الأطراف بحق كل طفل في مستوى معيشي ملائم لنموه البدني والعقلي والروحي والمعنوي والاجتماعي.
2. يتحمل الوالدان أو أحدهما أو الأشخاص الآخرون المسؤولون عن الطفل، المسؤولية الأساسية عن القيام، في حدود إمكانياتهم المالية وقدراتهم، بتأمين ظروف المعيشة اللازمة لنمو الطفل.
3. تتخذ الدول الأطراف، وفقاً لظروفها الوطنية وفي حدود إمكانياتها، التدابير الملائمة من أجل مساعدة الوالدين وغيرهما من الأشخاص المسؤولين عن الطفل، على إعمال هذا الحق وتقديمه عند الضرورة المساعدة المادية وبرامج الدعم، ولا سيما فيما يتعلق بالتغذية والكساء والإسكان.
4. تتخذ الدول الأطراف كل التدابير المناسبة لكفالة تحصيل نفقة الطفل من الوالدين أو من الأشخاص الآخرين المسؤولين ماليًا عن الطفل، سواء داخل الدولة الطرف أو في الخارج. وبوجه خاص، عندما يعيش الشخص المسؤول ماليًا عن الطفل

في دولة أخرى غير الدولة التي يعيش فيها الطفل، تشجع الدول الأطراف الانضمام إلى اتفاقات دولية أو إبرام اتفاقات من هذا القبيل، وكذلك اتخاذ ترتيبات أخرى مناسبة.

#### المادة 28

1. تعترف الدول الأطراف بحق الطفل في التعليم، وتحقيقاً للإعمال الكامل لهذا الحق تدريجياً وعلى أساس تكافؤ الفرص، تقوم بوجه خاص بما يلي:
  - (أ) جعل التعليم الابتدائي إلزامياً ومتاحاً مجاناً للجميع،
  - (ب) تشجيع تطوير شتى أشكال التعليم الثانوي، سواء العام أو المهني، وتوفيرها وإتاحتها لجميع الأطفال، واتخاذ التدابير المناسبة مثل إدخال مجانية التعليم وتقديم المساعدة المالية عند الحاجة إليها،
  - (ج) جعل التعليم العالي، يشتمل الوسائل المناسبة، متاحاً للجميع على أساس القدرات،
  - (د) جعل المعلومات والمبادئ الإرشادية التربوية والمهنية متوفرة لجميع الأطفال وفي متناولهم،
  - (هـ) اتخاذ تدابير لتشجيع الحضور المنتظم في المدارس والتقليل من معدلات ترك الدراسة.
2. تتخذ الدول الأطراف كافة التدابير المناسبة لضمان إدارة النظام في المدارس على نحو يمتشى مع كرامة الطفل الإنسانية ويتوافق مع هذه الاتفاقية.
3. تقوم الدول الأطراف في هذه الاتفاقية بتعزيز وتشجيع التعاون الدولي في الأمور المتعلقة بالتعليم، وبخاصة بهدف الإسهام في القضاء على الجهل والامية في جميع أنحاء العالم وتيسير الوصول إلى المعرفة العلمية والتقنية وإلى وسائل التعليم الحديثة. وتراعى بصفة خاصة احتياجات البلدان النامية في هذا الصدد.

#### المادة 29

1. توافق الدول الأطراف على أن يكون تعليم الطفل موجهاً نحو:
  - (أ) تنمية شخصية الطفل ومواهبه وقدراته العقلية والبدنية إلى أقصى إمكاناتها،
  - (ب) تنمية احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية والمبادئ المكرسة في ميثاق الأمم المتحدة،
  - (ج) تنمية احترام ذوى الطفل وهويته الثقافية ولغته وقيمه الخاصة، والقيم الوطنية للبلد الذي يعيش فيه الطفل والبلد الذي نشأ فيه في الأصل والحضارات المختلفة عن حضارته،
  - (د) إعداد الطفل لحياة تستشعر المسؤولية في مجتمع حر، بروح من التفاهم والسلم والتسامح والمساواة بين الجنسين والصدقة بين جميع الشعوب والجماعات الإثنية والوطنية والدينية والأشخاص الذين ينتمون إلى السكان الأصليين،
  - (هـ) تنمية احترام البيئة الطبيعية.
2. ليس في نص هذه المادة أو المادة 28 ما يفسر على أنه تدخل في حرية الأفراد والهيئات في إنشاء المؤسسات التعليمية وإدارتها، رهناً على الدوام بمراعاة المبادئ المنصوص عليها في الفقرة 1 من هذه المادة وباشتراط مطابقة التعليم الذي توفره هذه المؤسسات للمعايير الدنيا التي قد تضعها الدولة.

#### المادة 30

في الدول التي توجد فيها أقليات إثنية أو دينية أو لغوية أو أشخاص من السكان الأصليين، لا يجوز حرمان الطفل المنتمى لتلك الأقليات أو لأولئك السكان من الحق في أن يتمتع، مع بقية أفراد المجموعة، بثقافته، أو الاجتهاد بدينه وممارسة شعائره، أو استعمال لغته.

#### المادة 31

1. تعترف الدول الأطراف بحق الطفل في الراحة ووقت الفراغ، ومزاولة الألعاب وأنشطة الاستجمام المناسبة لسنة والمشاركة بحرية في الحياة الثقافية وفي الفنون.
2. تحترم الدول الأطراف وتعزز حق الطفل في المشاركة الكاملة في الحياة الثقافية والفنية وتشجع على توفير فرص ملائمة ومتساوية للنشاط الثقافي والفني والاستجمام وأنشطة أوقات الفراغ.

#### المادة 32

1. تعترف الدول الأطراف بحق الطفل في حمايته من الاستغلال الاقتصادي ومن أداء أي عمل يرجح أن يكون خطيراً أو أن يمثل إعاقة لتعليم الطفل، أو أن يكون ضاراً بصحة الطفل أو بنموه البدني، أو العقلي، أو الروحي، أو المعنوي، أو الاجتماعي.
2. تتخذ الدول الأطراف التدابير التشريعية والإدارية والاجتماعية والتربوية التي تكفل تنفيذ هذه المادة. ولهذا الغرض، ومع مراعاة أحكام الصكوك الدولية الأخرى ذات الصلة، تقوم الدول الأطراف بوجه خاص بما يلي:
  - (أ) تحديد عمر أدنى أو أعمار دنيا للالتحاق بعمل،
  - (ب) وضع نظام مناسب لساعات العمل وظروفه،
  - (ج) فرض عقوبات أو جزاءات أخرى مناسبة لضمان بغية إنفاذ هذه المادة بفعالية.

#### المادة 33

تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة، بما في ذلك التدابير التشريعية والإدارية والاجتماعية والتربوية، لوقاية الأطفال من الاستخدام غير المشروع للمواد المخدرة والمواد المؤثرة على العقل، وحسبما تحددت في المعاهدات الدولية ذات الصلة، ولمنع استخدام الأطفال في إنتاج مثل هذه المواد بطريقة غير مشروعة والاتجار بها

#### المادة 34

تتعهد الدول الأطراف بحماية الطفل من جميع أشكال الاستغلال الجنسي والانتهاك الجنسي. ولهذه الأغراض تتخذ الدول الأطراف، بوجه خاص، جميع التدابير الملائمة الوطنية والثنائية والمتعددة الأطراف لمنع:

- (أ) حمل أو إكراه الطفل على تعاطي أي نشاط جنسي غير مشروع،
- (ب) الاستخدام الاستغلالي للأطفال في الدعارة أو غيرها من الممارسات الجنسية غير المشروعة،
- (ج) الاستخدام الاستغلالي للأطفال في العروض والمواد الداعرة.

#### المادة 35

تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير الملائمة الوطنية والثنائية والمتعددة الأطراف لمنع اختطاف الأطفال أو بيعهم أو الاتجار بهم لأي غرض من الأغراض أو بأي شكل من الأشكال.

#### المادة 36

تحمي الدول الأطراف الطفل من سائر أشكال الاستغلال الضارة بأي جانب من جوانب رفاة الطفل.

#### المادة 37

تكفل الدول الأطراف:

- (أ) ألا يعرض أي طفل للتعذيب أو لغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة. ولا تفرض عقوبة الإعدام أو السجن مدى الحياة بسبب جرائم يرتكبها أشخاص تقل أعمارهم عن ثماني عشرة سنة دون وجود إمكانية للإفراج عنهم،
- (ب) ألا يحرم أي طفل من حريته بصورة غير قانونية أو تعسفية. ويجب أن يجري اعتقال الطفل أو احتجازه أو سجنه وفقاً للقانون ولا يجوز ممارسته إلا كملجأ أخير ولأقصر فترة زمنية مناسبة،
- (ج) يعامل كل طفل محروم من حريته بإنسانية واحترام للكرامة المتأصلة في الإنسان، وبطريقة تراعي احتياجات الأشخاص الذين بلغوا سنه. وبوجه خاص، يفصل كل طفل محروم من حريته عن البالغين، ما لم يعتبر أن مصلحة الطفل تقتضي خلاف ذلك، ويكون له الحق في البقاء على اتصال مع أسرته عن طريق المراسلات والزيارات، إلا في الظروف الاستثنائية،
- (د) يكون لكل طفل محروم من حريته الحق في الحصول بسرعة على مساعدة قانونية وغيرها من المساعدة المناسبة، فضلاً عن الحق في الطعن في شرعية حرمانه من الحرية أمام محكمة أو سلطة مختصة مستقلة ومحيدة أخرى، وفي أن يجري البت بسرعة في أي إجراء من هذا القبيل.

#### المادة 38

1. تتعهد الدول الأطراف بأن تحترم قواعد القانون الإنساني الدولي المنطبقة عليها في المنازعات المسلحة وذات الصلة بالطفل وأن تضمن احترام هذه القواعد.
2. تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير الممكنة عمليا لكي تضمن ألا يشترك الأشخاص الذين لم يبلغ سنهم خمس عشرة سنة اشتراكا مباشرا في الحرب.
3. تمتنع الدول الأطراف عن تجنيد أي شخص لم يبلغ سنه خمس عشرة سنة في قواتها المسلحة. وعند التجنيد من بين الأشخاص الذين بلغت سنهم خمس عشرة سنة ولكنها لم تبلغ ثماني عشرة سنة، يجب على الدول الأطراف أن تسعى لإعطاء الأولوية لمن هم أكبر سنا.
4. تتخذ الدول الأطراف، وفقا لالتزاماتها بمقتضى القانون الإنساني الدولي بحماية السكان المدنيين في المنازعات المسلحة، جميع التدابير الممكنة عمليا لكي تضمن حماية ورعاية الأطفال المتأثرين بنزاع مسلح.

#### المادة 39

تتخذ الدول الأطراف كل التدابير المناسبة لتشجيع التأهيل البدني والنفسي وإعادة الاندماج الاجتماعي للطفل الذي يقع ضحية أي شكل من أشكال الإهمال أو الاستغلال أو الإساءة، أو التعذيب أو أي شكل آخر من أشكال المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة، أو المنازعات المسلحة. ويجرى هذا التأهيل وإعادة الاندماج هذه في بيئة تعزز صحة الطفل، واحترامه لذاته، وكرامته.

#### المادة 40

1. تعترف الدول الأطراف بحق كل طفل يدعي أنه انتهك قانون العقوبات أو يتهم بذلك أو يثبت عليه ذلك في أن يعامل بطريقة تتفق مع رفع درجة إحساس الطفل بكرامته وقدره، وتعزز احترام الطفل لما للأخريين من حقوق الإنسان والحريات الأساسية وتراعي سن الطفل واستصواب تشجيع إعادة اندماج الطفل وقيامه بدور بناء في المجتمع.
2. وتحقيقا لذلك، ومع مراعاة أحكام الصكوك الدولية ذات الصلة، تكفل الدول الأطراف، بوجه خاص، ما يلي:
  - (أ) عدم إدعاء انتهاك الطفل لقانون العقوبات أو اتهامه بذلك أو إثبات ذلك عليه بسبب أفعال أو أوجه قصور لم تكن محظورة بموجب القانون الوطني أو الدولي عند ارتكابها،
  - (ب) يكون لكل طفل يدعي بأنه انتهك قانون العقوبات أو يتهم بذلك الضمانات التالية على الأقل:
    - "1" افتراض براءته إلى أن تثبت إدانته وفقا للقانون،
    - "2" إخطاره فوراً ومباشرة بالتهمة الموجهة إليه، عن طريق والديه أو الأوصياء القانونيين عليه عند الاقتضاء، والحصول على مساعدة قانونية أو غيرها من المساعدة الملزمة لإعداد وتقديم دفاعه،
    - "3" قيام سلطة أو هيئة قضائية مختصة ومستقلة ونزيهة بالفصل في دعواه دون تأخير في محاكمة عادلة وفقا للقانون، بحضور مستشار قانوني أو بمساعدة مناسبة أخرى وبحضور والديه أو الأوصياء القانونيين عليه، ما لم يعتبر أن ذلك في غير مصلحة الطفل الفضلي، ولا سيما إذا أخذ في الحسبان سنه أو حالته،
    - "4" عدم إكراهه على الإدلاء بشهادة أو الاعتراف بالذنب، واستجواب أو تأمين استجواب الشهود المناهضين وكفالة اشتراك واستجواب الشهود لصالحه في ظل ظروف من المساواة،
    - "5" إذا اعتبر أنه انتهك قانون العقوبات، تأمين قيام سلطة مختصة أو هيئة قضائية مستقلة ونزيهة أعلى وفقا للقانون بإعادة النظر في هذا القرار وفي أية تدابير مفروضة تبعا لذلك،
    - "6" الحصول على مساعدة مترجم شفوي مجانا إذا تعذر على الطفل فهم اللغة المستعملة أو النطق بها،
    - "7" تأمين احترام حياته الخاصة تماما أثناء جميع مراحل الدعوى.
3. تسعى الدول الأطراف لتعزيز إقامة قوانين وإجراءات وسلطات ومؤسسات منطبقة خصيصا على الأطفال الذين يدعي أنهم انتهكوا قانون العقوبات أو يتهمون بذلك أو يثبت عليهم ذلك، وخاصة القيام بما يلي:
  - (أ) تحديد سن دنيا يفترض دونها أن الأطفال ليس لديهم الأهلية لانتهاك قانون العقوبات،
  - (ب) استصواب اتخاذ تدابير عند الاقتضاء لمعاملة هؤلاء الأطفال دون اللجوء إلى إجراءات قضائية، شريطة أن تحترم حقوق الإنسان والضمانات القانونية احترام كاملا.
4. تتاح ترتيبات مختلفة، مثل أوامر الرعاية والإرشاد والإشراف، والمشورة، والاختبار، والحضانة، وبرامج التعليم والتدريب المهني وغيرها من بدائل الرعاية المؤسسية، لضمان معاملة الأطفال بطريقة تلائم رفاههم وتتناسب مع ظروفهم وجرمهم على السواء.

#### المادة 41

ليس في هذه الاتفاقية ما يمس أي أحكام تكون أسرع إفضاء إلى أعمال حقوق الطفل والتي قد ترد في:

(أ) قانون دولة طرف، أو،  
(ب) القانون الدولي الساري على تلك الدولة.

الجزء الثاني  
المادة 42

تتعهد الدول الأطراف بأن تنشر مبادئ الاتفاقية وأحكامها على نطاق واسع بالوسائل الملائمة والفعالة، بين الكبار والأطفال على السواء.

المادة 43

1. تنشأ لغرض دراسة التقدم الذي أحرزته الدول الأطراف في استيفاء تنفيذ الالتزامات التي تعهدت بها في هذه الاتفاقية لجنة معنية بحقوق الطفل تضطلع بالوظائف المنصوص عليها فيما يلي.
2. تتألف اللجنة من عشرة خبراء من ذوى المكانة الخلقية الرفيعة والكفاءة المعترف بها في الميدان الذي تغطيه هذه الاتفاقية. وتنتخب الدول الأطراف أعضاء اللجنة من بين رعاياها ويعمل هؤلاء الأعضاء بصفتهم الشخصية، ويولى الاعتبار للتوزيع الجغرافي العادل وكذلك للنظم القانونية الرئيسية.
3. ينتخب أعضاء اللجنة بالاقتراح السري من قائمة أشخاص ترشحهم الدول الأطراف، ولكل دولة طرف أن ترشح شخصا واحدا من بين رعاياها.
4. يجرى الانتخاب الأول لعضوية اللجنة بعد ستة أشهر على الأكثر من تاريخ بدء نفاذ هذه الاتفاقية وبعد ذلك مرة كل سنتين. ويوجه الأمين العام للأمم المتحدة قبل أربعة أشهر على الأقل من تاريخ كل انتخاب رسالة إلى الدول الأطراف يدعوها فيها إلى تقديم ترشيحاتها في غضون شهرين. ثم يعد الأمين العام قائمة مرتبة ترتيبا ألفبائيا بجميع الأشخاص المرشحين على هذا النحو مبينا الدول الأطراف التي رشحتهم، ويبلغها إلى الدول الأطراف في هذه الاتفاقية.
5. تجرى الانتخابات في اجتماعات للدول الأطراف يدعو الأمين العام إلى عقدها في مقر الأمم المتحدة. وفي هذه الاجتماعات، التي يشكل حضور ثلثي الدول الأطراف فيها نصا قانونيا لها، يكون الأشخاص المنتخبون لعضوية اللجنة هم الذين يحصلون على أكبر عدد من الأصوات وعلى الأغلبية المطلقة لأصوات ممثلي الدول الأطراف الحاضرين المصوتين.
6. ينتخب أعضاء اللجنة لمدة أربع سنوات. ويجوز إعادة انتخابهم إذا جرى ترشيحهم من جديد. غير أن مدة ولاية خمسة من الأعضاء المنتخبين في الانتخاب الأول تنقضي بانقضاء سنتين، وبعد الانتخاب الأول مباشرة يقوم رئيس الاجتماع باختيار أسماء هؤلاء الأعضاء الخمسة بالقرعة.
7. إذا توفي أحد أعضاء اللجنة أو استقال أو أعلن لأي سبب آخر أنه غير قادر على تأدية مهام اللجنة، تعين الدولة الطرف التي قامت بترشيح العضو خبيرا آخر من بين رعاياها ليكمل المدة المتبقية من الولاية، رهنا بموافقة اللجنة.
8. تضع اللجنة نظامها الداخلي.
9. تنتخب اللجنة أعضاء مكتبها لفترة سنتين.
10. تعقد اجتماعات اللجنة عادة في مقر الأمم المتحدة أو في أي كان مناسب آخر تحدده اللجنة. وتجتمع اللجنة عادة مرة في السنة وتحدد مدة اجتماعات اللجنة، ويعد النظر فيها، إذا اقتضى الأمر، في اجتماع للدول الأطراف في هذه الاتفاقية، رهنا بموافقة الجمعية العامة.
11. يوفر الأمين العام للأمم المتحدة ما يلزم من موظفين ومرافق لاضطلاع اللجنة بصورة فعالة بوظائفها بموجب هذه الاتفاقية.
12. يحصل أعضاء اللجنة المنشأة بموجب هذه الاتفاقية، بموافقة الجمعية العامة، على مكافآت من موارد الأمم المتحدة، وفقا لما قد تقرره الجمعية العامة من شروط وأحكام.

المادة 44

1. تتعهد الدول الأطراف بأن تقدم إلى اللجنة، عن طريق الأمين العام للأمم المتحدة، تقارير عن التدابير التي اعتمدها لإنفاذ الحقوق المعترف بها في هذه الاتفاقية وعن التقدم المحرز في التمتع بتلك الحقوق:  
(أ) في غضون سنتين من بدء نفاذ هذه الاتفاقية بالنسبة للدولة الطرف المعنية،  
(ب) وبعد ذلك مرة كل خمس سنوات.
2. توضح التقارير المعدة بموجب هذه المادة العوامل والصعاب التي تؤثر على درجة الوفاء بالالتزامات المتعهد بها بموجب هذه الاتفاقية إن وجدت مثل هذه العوامل والصعاب. ويجب أن تشمل التقارير أيضا على معلومات كافية توفر للجنة فهما شاملا لتنفيذ الاتفاقية في البلد المعنى.

3. لا حاجة بدولة طرف قدمت تقريراً أولياً شاملاً إلى اللجنة أن تكرر، في ما تقدمه من تقارير لاحقة وفقاً للفقرة 1 (ب) من هذه المادة، المعلومات الأساسية التي سبق لها تقديمها.
4. يجوز للجنة أن تطلب من الدول الأطراف معلومات إضافية ذات صلة بتنفيذ الاتفاقية.
5. تقدم اللجنة إلى الجمعية العامة كل سنتين، عن طريق المجلس الاقتصادي والاجتماعي، تقارير عن أنشطتها.
6. تتيح الدول الأطراف تقاريرها على نطاق واسع للجمهور في بلدانها.

#### المادة 45

- لدعم تنفيذ الاتفاقية على نحو فعال وتشجيع التعاون الدولي في الميدان الذي تغطيه الاتفاقية:
- (أ) يكون من حق الوكالات المتخصصة ومنظمة الأمم المتحدة للطفولة وغيرها من أجهزة الأمم المتحدة أن تكون ممثلة لدى النظر في تنفيذ ما يدخل في نطاق ولايتها من أحكام هذه الاتفاقية. وللجنة أن تدعو الوكالات المتخصصة ومنظمة الأمم المتحدة للطفولة والهيئات المختصة الأخرى، حسبما تراه ملائماً، لتقديم مشورة خبيراتها بشأن تنفيذ الاتفاقية في المجالات التي تدخل في نطاق ولاية كل منها. وللجنة أن تدعو الوكالات المتخصصة ومنظمة الأمم المتحدة للطفولة وغيرها من أجهزة الأمم المتحدة لتقديم تقارير عن تنفيذ الاتفاقية في المجالات التي تدخل في نطاق أنشطتها،
  - (ب) تحيل اللجنة، حسبما تراه ملائماً، إلى الوكالات المتخصصة ومنظمة الأمم المتحدة للطفولة والهيئات المختصة الأخرى أية تقارير من الدول الأطراف تتضمن طلباً للمشورة أو المساعدة التقنيّة، أو تشير إلى حاجتها لمثل هذه المشورة أو المساعدة، مصحوبة بملاحظات اللجنة واقتراحاتها بصدد هذه الطلبات أو الإشارات، إن وجدت مثل هذه الملاحظات والاقتراحات،
  - (ج) يجوز للجنة أن توصي بأن تطلب الجمعية العامة إلى الأمين العام إجراء دراسات بالنيابة عنها عن قضايا محددة تتعلق بحقوق الطفل،
  - (د) يجوز للجنة أن تقدم اقتراحات وتوصيات عامة تستند إلى معلومات تلقتها عملاً بالمادتين 44، 45 من هذه الاتفاقية. وتحال مثل هذه الاقتراحات والتوصيات العامة إلى أية دولة طرف معنية، وتبلغ للجمعية العامة مصحوبة بتعليقات الدول الأطراف. إن وجدت.

#### الجزء الثالث

#### المادة 46

يفتح باب التوقيع على هذه الاتفاقية لجميع الدول.

#### المادة 47

تخضع هذه الاتفاقية للتصديق. وتودع صكوك التصديق لدى الأمين العام للأمم المتحدة.

#### المادة 48

يظل باب الانضمام إلى هذه الاتفاقية مفتوحاً لجميع الدول. وتودع صكوك الانضمام لدى الأمين العام للأمم المتحدة.

#### المادة 49

1. يبدأ نفاذ هذه الاتفاقية في اليوم الثلاثين الذي يلي تاريخ إيداع صك التصديق أو الانضمام العشرين لدى الأمين العام للأمم المتحدة.
2. الدول التي تصدق على هذه الاتفاقية أو تنضم إليها بعد إيداع صك التصديق أو الانضمام العشرين، يبدأ نفاذ الاتفاقية إزاءها في اليوم الثلاثين الذي يلي تاريخ إيداع هذه الدولة صك تصديقها أو انضمامها.

#### المادة 50

1. يجوز لأي دولة طرف أن تقترح إدخال تعديل وأن تقدمه إلى الأمين العام للأمم المتحدة. ويقوم الأمين العام عندئذ بإبلاغ الدول الأطراف بالتعديل المقترح مع طلب بإخطاره بما إذا كانت هذه الدول تحبذ عقد مؤتمر للدول الأطراف للنظر في الاقتراحات والتصويت عليها. وفي حالة تأييد ثلث الدول الأطراف على الأقل، في غضون أربعة أشهر من تاريخ هذا

التبليغ، عقد هذا المؤتمر، يدعو الأمين العام إلى عقده تحت رعاية الأمم المتحدة. ويقدم أي تعديل تعتمده أغلبية من الدول الأطراف الحاضرة والمصوتة في المؤتمر إلى الجمعية العامة لإقراره.  
2. يبدأ نفاذ أي تعديل يتم اعتماده وفقاً للفقرة 1 من هذه المادة عندما تقره الجمعية العامة للأمم المتحدة وتقبله الدول الأطراف في هذه الاتفاقية بأغلبية الثلثين.  
3. تكون التعديلات، عند بدء نفاذها، ملزمة للدول الأطراف التي قبلتها وتبقى الدول الأطراف الأخرى ملزمة بأحكام هذه الاتفاقية وبأية تعديلات سابقة تكون قد قبلتها.

#### المادة 51

1. يتلقى الأمين للأمم المتحدة نص التحفظات التي تبديها الدول وقت التصديق أو الانضمام، ويقوم بتعميمها على جميع الدول.  
2. لا يجوز إبداء أي تحفظ يكون منافياً لهدف هذه الاتفاقية وغرضها.  
3. يجوز سحب التحفظات في أي وقت بتوجيه إشعار بهذا المعنى إلى الأمين العام للأمم المتحدة، الذي يقوم عندئذ بإبلاغ جميع الدول به. ويصبح هذا الإشعار نافذ المفعول اعتباراً من تاريخ تلقيه من قبل الأمين العام.

#### المادة 52

يجوز لأي دولة طرف أن تنسحب من هذه الاتفاقية بإشعار خطى ترسله إلى الأمين العام للأمم المتحدة. ويصبح الانسحاب نافذاً بعد مرور سنة على تاريخ تسلم الأمين العام هذا الإشعار.

#### المادة 53

يعين الأمين العام للأمم المتحدة ودبعا لهذه الاتفاقية.

#### المادة 54

يودع أصل هذه الاتفاقية التي تتساوى في الحجية نصوصها بالأسبانية والإنجليزية والروسية والصينية والعربية والفرنسية، لدى الأمين العام للأمم المتحدة.  
وإثباتاً لذلك، قام المفوضون الموقعون أدناه، المخولون حسب الأصول من جانب حكوماتهم، بالتوقيع على هذه الاتفاقية.

## الملحق رقم 03

اتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة  
الجمهورية الفرنسية تتعلق بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين  
والفرنسيين في حالة الانفصال



# اتفاقية تتعلق بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال

اتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية تتعلق بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال

إن حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية،

رغبة منهما في دعم التعاون القضائي،  
وحرصا منهما على تحقيق أحسن حماية لأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال، وحرية تنقلهم بين البلدين.  
واقناعا منهما بضرورة رعاية مصلحة هؤلاء الأطفال بالدرجة الأولى.  
ووعيا منهما بأن مصلحة الطفل تتطلب أن تكون لديه إمكانية المحافظة على علاقات هادئة ومنتظمة مع والديه الذين هما في حالة الانفصال، حيثما توجد إقامتهما.  
اتفقتا على ما يلي:

## الفصل الأول أحكام عامة

**المادة الأولى:** تعين وزارتا العدل سلطتين مركزيتين مكلفتين بالوفاء بالالتزامات المحددة في هذه الاتفاقية، ولهذا الغرض تتعامل هاتان السلطان المركزيتان مباشرة، وتكون تدخلاتهما مجانا، كما تتعهدان بترقية تعاون السلطات المختصة في مجال حماية القصر.

**المادة 2:** يجب على السلطة المركزية في إحدى الدولتين أن تتخذ بناء على طلب السلطة المركزية في الدولة الأخرى، جميع الإجراءات الملزمة لما يأتي:  
(أ) البحث عن مكان وجود الطفل المعني بالأمر.

(ب) تقديم المعلومات المتعلقة بحالة الطفل الاجتماعية أو المتعلقة بإجراء قضائي يخصه لا سيما إرسال نسخة من الأحكام القضائية الصادرة في شأنه.

(ج) تسهيل إيجاد أي حل ودي يضمن تسليم الطفل أو قيامه بزيارة.

(د) تيسير تنظيم حق الزيارة أو ممارسته فعلا.

(هـ) ضمان تسليم الطفل للطالب عندما يمنح حق تنفيذ الحكم.

(و) اطلاع السلطة المركزية الملتزمة على التدابير المتخذة والنتائج المخصصة لها.

(ز) تسهيل ممارسة حق الزيارة الفعلية الممنوح لأحد رعايا الدولة الأخرى في ترابها أو انطلاقا منه.

**المادة 3:** يتمتع الوالدان المتنازعان، بقوة القانون، في تراب كل من الدولتين بالمساعدة القضائية دون مراعاة مواردتهما، من أجل تطبيق هذه الاتفاقية.

## المادة 4:

1- تتخذ إجراءات الحماية القضائية أو الإدارية الخاصة بشخص الطفل القاصر من رعايا إحدى الدولتين فقط بعد استشارة القنصلية المختصة لهذه الدولة.

2- تعلم القنصلية المختصة إقليميا بإجراءات الحماية القضائية أو الإدارية الخاصة بشخص الطفل القاصر المولود من أحد رعايا إحدى الدولتين فقط بمجرد اتخاذها.

## الفصل الثاني

### المحافظة على علاقات الطفل بالوالدين

**المادة 5:** يقصد بالجهة القضائية المختصة في هذه الاتفاقية الجهة القضائية التي يوجد بدائرة اختصاصها المسكن الزوجي، باعتباره مكان الحياة العائلية المشتركة.

**المادة 6:** يتعهد الطرفان المتعاقدان بضمن ممارسة حق الزيارة فعلا للأزواج الذين هم في حالة الانفصال، داخل حدود أحد البلدين وفيما بين حدودهما.

1- كل حكم قضائي تصدره الجهات القضائية التابعة للطرفين المتعاقدين وينص على حضانة طفل، يمنح في الوقت نفسه الوالد الآخر حق الزيارة بما في ذلك بين حدود البلدين.

2- وإذا كانت هناك ظروف استثنائية تعرض صحة الطفل الجسمية أو المعنوية لخطر مباشر، فعلى القاضي أن يكيف طرق ممارسة هذا الحق وفقا لمصلحة هذا الطفل.

**المادة 7:** يتعرض الوالد الحاضن للمتابعات الجزائية الخاصة بعدم تسليم الأطفال التي تنص وتعاقب عليها التشريعات الجزائية في كلتا الدولتين، عندما يرفض ممارسة حق الزيارة فعلا داخل حدود أحد البلدين أو فيما بين حدودهما الذي منح بمقتضى حكم قضائي للوالد الآخر. يباشر وكيل الجمهورية المختص إقليميا بمجرد تسلمه شكوى الوالد الآخر المتابعات الجزائية ضد مرتكب المخالفة.

**المادة 8:** يتعهد الطرفان المتعاقدان بضمان عودة الطفل الفعلية إلى البلد الذي غادره بعد انتهاء الزيارة فيما بين حدودهما.

إذا لم يرد الطفل الذي أخذ إلى البلد الآخر إلى الوالد الحاضن عند انتهاء فترة الزيارة فيما بين حدود البلدين التي حددتها السلطة القضائية المختصة حسب مفهوم المادة 5، فلا يمكن رفض الاعتراف بالتدابير القضائية القابلة للتنفيذ المتضمنة حق الزيارة فيما بين حدود بلديهما ولا رفض تنفيذها الفوري، وهذا رغم أي حكم صادر أو دعوى مباشرة فيما يخص حضانة الطفل.

تطبق أحكام الفقرة الأولى من هذه المادة إذا تم تنقل الطفل خارج الفترات التي حددتها السلطة القضائية المختصة.

**المادة 9:** تعد الأحكام القابلة للتنفيذ أو التي صدر أمر تنفيذها حسب الحالة رخصة للخروج من التراب الوطني.

**المادة 10:** يصدر الحكم القضائي الذي ينص على الاعتراف بحق الزيارة فيما بين حدود البلدين وتنفيذها في صيغة نفاذ مؤقت رغم ممارسة أي حق في الطعن.

**المادة 11:** يعرض الوالد الحاضن للطفل المسألة على السلطة المركزية أو مباشرة على وكيل الجمهورية الذي يتبعه المكان الذي تمارس فيه الحضانة عادة، من أجل تطبيق المادة 8.

يلتمس وكيل الجمهورية المختص بدون تأخير استعمال القوة العمومية لتنفيذ إجباري يضمن رجوع الطفل فعلا إلى التراب الذي غادره.

### الفصل الثالث

#### أحكام خاصة

**المادة 12:** يتعهد الطرفان المتعاقدان بالسعي لدراسة الخلافات القائمة وقت دخول هذه الاتفاقية حيز التطبيق انطلاقا من أحكامها ومراعاة لمصلحة الطفل.

وتحدث لهذا الغرض بمجرد التوقيع على هذه الاتفاقية لجنة متساوية الأعضاء تكلف بتسهيل تسوية الخلافات وتنتهي مهمة هذه اللجنة بعد سنة من تنصيبها.

ويعرض كل من الوالدين المسألة على هذه اللجنة، تخول هذه اللجنة أن تطلب من السلطتين المركزيتين المعينتين تقوم بها السلطات الإدارية والقضائية المختصة.

وتعطي آراء مسببة في حق الحضانة وحق الزيارة وفي كفاءات تنظيمها.

ويمكن أي والد معني على ضوء هذا الرأي أن يطلب من القاضي الذي حدد حق الزيارة تعديل قراره وفقا لأحكام هذه الاتفاقية التي تكون قد دخلت حيز التطبيق حينئذ.

يتخذ الطرفان المتعاقدان التدابير الملائمة لتسهيل تسوية هذه الخلافات حتى لا تباشر المتابعات الجزائية المتعلقة بهذه الخلافات أو من أجل إيقافها.

يتعهد الطرفان المتعاقدان بالسعي لدراسة الخلافات القائمة وقت دخول هذه الاتفاقية حيز التطبيق انطلاقا من أحكامها ومراعاة لمصلحة الطفل، وتحدث لهذا الغرض بمجرد التوقيع على هذه الاتفاقية لجنة متساوية الأعضاء تكلف بتسهيل تسوية الخلافات وتنتهي مهمة هذه اللجنة بعد سنة من تنصيبها، ويعرض

كل من الوالدين المسألة على هذه اللجنة تخول هذه اللجنة أن تطلب من السلطتين المركزيتين المعينتين في المادة الأولى إجراء تحريات في كلتا الدولتين تقوم بها السلطات الإدارية والقضائية المختصة وتعطي

آراء مسببة في حق الحضانة وحق الزيارة وفي كفاءات تنظيمها، ويمكن أي والد معني على ضوء هذا الرأي أن يطلب من القاضي الذي حدد حق الزيارة تعديل قراره وفقا لأحكام هذه الاتفاقية التي تكون قد

دخلت حيز التطبيق حينئذ.

يتخذ الطرفان المتعاقدان التدابير الملائمة لتسهيل تسوية هذه الخلافات حتى لا تباشر المتابعة الجزائية المتعلقة بهذه الخلافات أو من أجل إيقافها.

## الفصل الرابع

### أحكام ختامية

**المادة 13:** تبقى سارية المفعول أحكام اتفاقية 1964/8/27 المتعلقة بتنفيذ الأحكام، وتسليم المجرمين، وأحكام تبادل رسائل 1980/9/18 التي لم ينص عليها بصفة خاصة في هذه الاتفاقية.

### المادة 14:

- 1- يبلغ كل من الطرفين المتعاقدين الطرف الآخر، إتمام الإجراءات التي يتطلبها دستوره لدخول هذه الاتفاقية حيز التطبيق.
- 2- تدخل هذه الاتفاقية حيز التطبيق في اليوم الأول من الشهر الموالي لتاريخ تسلم التبليغ الأخير.
- 3- يمكن كل واحد من الطرفين المتعاقدين إلغاء هذه الاتفاقية في أي وقت بإرسال إشعار بالإلغاء إلى الطرف الآخر عن طريق الدبلوماسية.
- 4- يسري مفعول الإلغاء بعد سنة واحدة من تاريخ تسلم الإشعار المذكور.

حرر بالجزائر في 7 ذي القعدة عام 1408 الموافق 21 يونيو سنة 1988، في نسختين أصليتين باللغتين العربية والفرنسية، ولكليهما نفس القوة القانونية.

عن حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وزير العمل والشؤون الاجتماعية محمد نابي	عن حكومة الجمهورية الفرنسية الوزير المفوض المكلفة بالأسرة والتضامن جورجينا ديفوا
---	---

مرسوم رقم 88-144 مؤرخ في 12 ذي الحجة عام 1408 الموافق 26 يوليو سنة 1988 يتضمن المصادقة على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية، المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال، الموقعة في مدينة الجزائر يوم 21 يونيو سنة 1988.

### إن رئيس الجمهورية

- بناء على الدستور لا سيما المادتان 111 - 17 و 158 منه،
- وبمقتضى القانون رقم 88 - 22 المؤرخ في 28 ذي القعدة عام 1408 الموافق 12 يوليو سنة 1988 المتضمن الموافقة على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال، الموقعة في مدينة الجزائر يوم 21 يونيو سنة 1988.
- وبعد الاطلاع على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال، الموقعة في مدينة الجزائر يوم 21 يونيو سنة 1988.

### يرسم ما يلي:

**المادة الأولى:** يصادق على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال، الموقعة في مدينة الجزائر يوم 21 يونيو سنة 1988 وتنتشر في الجريدة الرسمية للجمهورية الديمقراطية الشعبية.

**المادة 2:** ينشر هذا المرسوم في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

حرر بالجزائر في 12 ذي الحجة عام 1408 الموافق 26 يوليو سنة 1988

الشاذلي بن جديد

**Convention entre le Gouvernement de la République  
algérienne démocratique et populaire et le Gouvernement  
de la République française et relative aux enfants issus de  
couples mixtes séparés algéro-français faite à Alger le  
21 juin 1988**

Le Gouvernement de la République française, et le Gouvernement de la République algérienne démocratique et populaire,  
- désireux de renforcer leur coopération judiciaire ;  
- soucieux d'assurer une meilleure protection de la personne des enfants issus de couples mixtes séparés et leur libre circulation entre les deux pays ;  
- convaincus de la nécessité de sauvegarder en priorité l'intérêt de ces enfants ;  
- conscients de ce que l'intérêt de l'enfant commande que celui-ci puisse conserver des relations paisibles et régulières avec ses parents séparés, où qu'ils résident,  
sont convenus de ce qui suit :

**CHAPITRE I<sup>er</sup>.**

Dispositions générales.

**Article 1<sup>er</sup>**

Les ministères de la justice sont désignés comme autorités centrales chargées de satisfaire aux obligations définies dans la présente convention. A cet effet, les autorités centrales communiquent directement entre elles et leur intervention est gratuite. Elles s'engagent à promouvoir, en matière de protection des mineurs, la coopération des autorités compétentes.

**Article 2.**

L'autorité centrale de chacun des deux Etats doit prendre, sur demande de l'autorité centrale de l'autre Etat, toutes les mesures appropriées pour :

- a) Rechercher le lieu où se trouve l'enfant en cause ;
- b) Fournir des informations relatives à la situation sociale de l'enfant ou relatives à une procédure judiciaire le concernant en adressant notamment copies des décisions judiciaires intervenues ;
- c) Faciliter toute solution amiable pouvant assurer la remise ou la visite de l'enfant ;
- d) Favoriser l'organisation ou l'exercice effectif du droit de visite ;
- e) Assurer la remise de l'enfant au demandeur lorsque l'exécution de la décision est accordée ;
- f) Informer l'autorité centrale requérante des mesures prises et des suites données ;
- g) faciliter l'exercice effectif du droit de visite accordé à un ressortissant de l'autre Etat sur son territoire ou à partir de son territoire.

### **Article 3.**

Pour l'application de la présente convention, les parties jouiront de plein droit sur le territoire de chacun des deux Etats de l'assistance judiciaire sans considération de ressources.

### **Article 4.**

1° Les mesures de protection judiciaires ou administratives concernant la personne d'un mineur ressortissant exclusif de l'un des deux Etats sont prises après consultation du consulat compétent de cet Etat.

2° Sont portées, dès qu'elles sont prises, à la connaissance du consulat territorialement compétent les mesures de protection judiciaires ou administratives concernant la personne d'un mineur né d'un ressortissant exclusif de l'un des deux Etats.

## **CHAPITRE II**

Maintien des relations de l'enfant avec les deux parents.

### **Article 5.**

Pour le besoin de la présente convention est considérée comme compétente la juridiction du lieu du domicile conjugal entendu comme lieu de vie familiale commune.

### **Article 6.**

Les parties contractantes s'engagent à garantir aux conjoints séparés l'exercice effectif du droit de visite interne et transfrontière.

Toute décision judiciaire rendue par les juridictions des parties contractantes et statuant sur la garde de l'enfant attribue un droit de visite y compris transfrontière à l'autre parent.

En cas de circonstances exceptionnelles mettant directement en danger la santé physique ou morale de l'enfant le juge adapte les modalités d'exercice de ce droit en conformité avec l'intérêt de l'enfant.

### **Article 7.**

Tout refus opposé par le parent bénéficiaire du droit de garde à l'exercice effectif du droit de visite interne ou transfrontière accordé par décision judiciaire à l'autre parent expose aux poursuites pénales pour non-représentation d'enfants prévues et réprimées par les législations pénales des deux Etats.

Le Procureur de la République territorialement compétent saisi par l'autre parent engage sans délai des poursuites pénales contre l'auteur de l'infraction.

#### **Article 8.**

Les parties contractantes s'engagent à garantir à l'issue de la visite transfrontière le retour effectif de l'enfant sur le territoire d'où il est parti.

1° Lorsque à l'expiration de la période fixée par l'autorité judiciaire compétente au sens de l'article 5 pour la visite transfrontière, l'enfant ayant été emmené dans l'autre pays n'a pas été restitué à la personne qui en avait la garde, la reconnaissance et l'exécution immédiate des dispositions judiciaires exécutoires portant sur le droit de visite transfrontière ne peuvent être refusées et ce nonobstant toute décision rendue ou action exercée relativement à la garde de l'enfant.

2° Les dispositions du paragraphe 1<sup>o</sup> du présent article sont applicables au cas où le déplacement de l'enfant s'est effectué en dehors des périodes fixées par l'autorité judiciaire compétente.

#### **Article 9.**

Les décisions judiciaires exécutoires ou revêtues de l'exequatur, selon le cas, emportent autorisation de sortie du territoire national.

#### **Article 10.**

La décision accordant la reconnaissance et l'exécution des dispositions judiciaires portant sur le droit de visite transfrontière est rendue avec exécution provisoire nonobstant l'exercice de tout droit de recours.

#### **Article 11.**

Aux fins de la mise en oeuvre de l'article 8, le parent qui a la garde de l'enfant saisit l'autorité centrale ou directement le Procureur de la République du lieu où s'exerce habituellement la garde.

Le Procureur de la République compétent requiert sans délai l'utilisation de la force publique pour une exécution forcée assurant le retour effectif de l'enfant sur le territoire d'où il est parti.

### **CHAPITRE III**

#### **Dispositions particulières.**

#### **Article 12.**

Les parties contractantes s'engagent à faire examiner les litiges pendants au moment de l'entrée en vigueur de la présente convention, en s'inspirant de ses dispositions et en tenant compte de l'intérêt de l'enfant.

A cette fin il est institué dès la signature de la présente convention une commission paritaire chargée de faciliter le règlement des litiges.

Le mandat de cette commission expire un an après son installation.

Cette commission est saisie par l'un des parents. Elle est habilitée à demander aux autorités centrales désignées à l'article 1<sup>er</sup> que des enquêtes soient effectuées dans chaque Etat par les autorités administratives et judiciaires

compétentes. Elle émet des avis motivés sur le droit de garde et le droit de visite ainsi que sur les modalités de leur organisation.

Tout parent intéressé peut, au vu de cet avis, demander au juge qui a fixé le droit de garde et le droit de visite de modifier sa décision conformément aux dispositions de la présente convention qui sont alors applicables.

Pour faciliter la solution de ces litiges, les parties contractantes prennent les mesures appropriées pour ne pas engager ou pour suspendre les poursuites relatives à ces litiges.

#### CHAPITRE IV.

##### Dispositions finales.

##### **Article 13.**

Les dispositions de la convention du 27 août 1964 relatives à l'exequatur et à l'extradition et celles de l'échange de lettres du 18 septembre 1980 qui ne font pas l'objet de dispositions particulières dans la présente convention demeurent applicables.

##### **Article 14.**

1. - Chacune des deux parties contractantes notifiera à l'autre l'accomplissement des procédures requises par sa constitution pour l'entrée en vigueur de la présente convention.

2. - La présente convention entrera en vigueur le premier jour du mois suivant la date de réception de la dernière notification.

3. - Chacune des deux parties contractantes pourra à tout moment dénoncer la présente convention en adressant à l'autre, par la voie diplomatique, une notification de dénonciation. La dénonciation prendra effet un an après la date de réception de ladite notification.

Fait à Alger, le 21 juin 1988, en double original, en langues française et arabe, les deux textes faisant également foi.

Pour le Gouvernement de la République algérienne démocratique et populaire :  
M. MOHAMED NABI  
Ministre du travail et des affaires sociales.

Pour le Gouvernement de la République française :  
Mme GEORGINA DUFOIX  
Ministre délégué auprès du ministre des affaires sociales et de l'emploi, chargé de la famille, des droits de la femme, de la solidarité et des rapatriés.

## الملحق رقم 04

الجريدة الرسمية، العدد 05، الصادرة بتاريخ 22 يناير 1992 حول  
المرسوم التنفيذي رقم 92-24 المعدل والمتمم للمرسوم رقم 71-157  
المتعلق بتغيير اللقب





الجمهورية الجزائرية  
الديمقراطية الشعبية

# الجريدة الرسمية

اتفاقات دولية، قوانين، مراسيم  
قرارات وآراء، مقررات، منشور، إعلانات وبلغات

الإدارة والتحرير الإمانة العامة للحكومة الطبع والاشتراكات المطبعة الرسمية	بلدان خارج دول المغرب العربي	تونس المغرب الجزائر ليبيا موريطانيا	الاشتراك سنوي
7 و 9 و 13 شارع عبد القادر بن مبارك - الجزائر الهاتف 65.18.15 إلى 17 ح ج ب 50 - 3200 الجزائر Télex : 65 180 IMPOF DZ بنك الفلاحة والتنمية الريفية 68 KG 060.300.0007 حساب العملة الأجنبية للمشاركين خارج الوطن بنك الفلاحة والتنمية الريفية 12 060.320.0600	سنة	سنة	النسخة الاصلية..... النسخة الاصلية وترجمتها
	400 د.ج 730 د.ج تزداد عليها نفقات الإرسال	150 د.ج 300 د.ج	

ثمن النسخة الاصلية 3,50 د.ج ثمن النسخة الاصلية وترجمتها 7,00 د.ج ثمن العدد للسنتين السابقة : حسب التسعيرة. وتسلم الفهارس مجاناً للمشاركين. المطلوب ارفاق لفيفة ارسال الجريدة الاخرية سواء لتجديد الاشتراكات او للاحتجاج او لتغيير العنوان. ثمن النشر : 30 د.ج للسطر.

## فهرس

مرسوم تنفيذي رقم 92 - 18 مؤرخ في 4 رجب عام 1412  
الموافق 9 يناير سنة 1992، يتضمن إنشاء مدارس  
129 أساسية والغاها.

مرسوم تنفيذي رقم 92 - 19 مؤرخ في 4 رجب عام 1412  
الموافق 9 يناير سنة 1992، يحدد اجراءات الدفع  
بالاعتماد من نفقات الدولة والجماعات المحلية  
والمؤسسات العمومية ذات الطابع الاداري. 135

## المجلس الاعلى للدولة

مداولة رقم 92 - 01 / م.أ.د مؤرخة في 14 رجب عام  
1412 الموافق 19 يناير سنة 1992، تؤهل رئيس  
المجلس الاعلى للدولة، للإمضاء على كل القرارات  
التنظيمية والفردية وترأس مجلس الوزراء. 125

## مراسيم تنظيمية

مرسوم تنفيذي رقم 92 - 17 مؤرخ في 4 رجب عام 1412  
الموافق 9 يناير سنة 1992، يتضمن إنشاء مؤسسات  
التعليم الثانوي والتكوين والغاها. 126

## فهرس (تابع)

- مرسوم تنفيذي رقم 92 - 22 مؤرخ في 8 رجب عام 1412 الموافق 13 يناير سنة 1992، يتضمن إنشاء لجان مشتركة بين القطاعات لترقية البحث العلمي والتقني وبرمجته وتقويمه، ويضبط سيرها وتنظيمها. 136
- مرسوم تنفيذي رقم 92 - 23 مؤرخ في 8 رجب عام 1412 الموافق 13 يناير سنة 1992، يتضمن إنشاء مجلس وطني للبحث العلمي والتقني وتنظيمه وعمله. 137
- مرسوم تنفيذي رقم 92 - 24 مؤرخ في 8 رجب عام 1412 الموافق 13 يناير سنة 1992، يتم المرسوم رقم 71 - 157 المؤرخ في 3 يونيو سنة 1971 والمتعلق بتغيير اللقب. 138
- مرسوم تنفيذي رقم 92 - 25 مؤرخ في 8 رجب عام 1412 الموافق 13 يناير سنة 1992، يتعلق بشروط استعمال المواد المضافة الى المنتجات الغذائية وكيفيات ذلك. 139
- مرسوم تنفيذي رقم 92 - 26 مؤرخ في 8 رجب عام 1412 الموافق 13 يناير سنة 1992، يتعلق بالحسابات الجارية البريدية الخاصة بالمحاسبين العموميين والوكلاء الاداريين. 140
- مراسيم فردية**
- مراسيم تنفيذية مؤرخة في 22 صفر عام 1412 الموافق أول سبتمبر سنة 1991، تتضمن تعيين مديرين لدى مصالح رئيس الحكومة. 141
- مرسوم تنفيذي مؤرخ في 24 جمادى الأولى عام 1412 الموافق أول ديسمبر سنة 1991، يتضمن إنهاء مهام المدير العام للمعهد التقني لتنمية الزراعة الصحراوية. 141
- مرسوم تنفيذي مؤرخ في 24 جمادى الأولى عام 1412 الموافق أول ديسمبر سنة 1991، يتضمن تعيين المفتش العام بوزارة الفلاحة. 141
- مرسوم تنفيذي مؤرخ في 24 جمادى الأولى عام 1412 الموافق أول ديسمبر سنة 1991، يتضمن إنهاء مهام مدير التكوين وادارة الوسائل بوزارة الشبيبة والرياضة. 142
- مرسوم تنفيذي مؤرخ في 24 جمادى الأولى عام 1412 الموافق أول ديسمبر سنة 1991، يتضمن تعيين المدير للمدرسة الوطنية للأشغال العمومية. 142
- مرسوم تنفيذي مؤرخ في 24 جمادى الأولى عام 1412 الموافق أول ديسمبر سنة 1991، يتضمن تعيين مدير مفتشين بوزارة التجهيز والسكن. 142
- مرسوم تنفيذي مؤرخ في 24 جمادى الأولى عام 1412 الموافق أول ديسمبر سنة 1991، يتضمن تعيين مدير المدير العام للوكالة الوطنية لتنمية الموارد البشرية. 142
- مرسوم تنفيذي مؤرخ في 24 جمادى الأولى عام 1412 الموافق أول ديسمبر سنة 1991، يتضمن تعيين المدير العام للوكالة الوطنية لتنمية التشغيل. 142
- مرسوم تنفيذي مؤرخ في 24 جمادى الأولى عام 1412 الموافق أول ديسمبر سنة 1991، يتضمن تعيين مدير تنظيم التشغيل بوزارة التشغيل والتكوين المهني. 142
- مراسيم تنفيذية مؤرخة في 24 جمادى الأولى عام 1412 الموافق أول ديسمبر سنة 1991، تتضمن تعيين مديرين للتشغيل والتكوين المهني في الولايات. 142

يمكن المجلس أن يستعين بكل شخص يراه اهلا بحكم كفاءاته لاستشارته في المسائل المدرجة في جدول الاعمال.

المادة 4 : يخصص المجلس بأمانة يحدد تنظيمها وعملها في وقت لاحق.

يتولى الوزير المكلف بالبحث امانة المجلس.

المادة 5 : يجتمع المجلس مرة واحدة في السنة في دورة عادية ويمكن أن يجتمع كلما استدعت الضرورة ذلك في دورة طارئة.

المادة 6 : ينشر هذا المرسوم في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

حرر بالجزائر في 8 رجب عام 1412 الموافق 13 يناير سنة 1992

سيد احمد غزالي

مرسوم تنفيذي رقم 92 - 24 مؤرخ في 8 رجب عام 1412 الموافق 13 يناير سنة 1992، يتم المرسوم رقم 71 - 157 المؤرخ في 3 يونيو سنة 1971 والمتعلق بتغيير اللقب.

إن رئيس الحكومة،

- بناء على الدستور، لا سيما المادتان 81 - 4 و116 - 2 منه،

- وبمقتضى الأمر رقم 70 - 20 المؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1390 الموافق 19 فبراير سنة 1970 والمتعلق بالحالة المدنية،

- وبمقتضى الأمر رقم 75 - 58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم،

- وبمقتضى القانون رقم 84 - 11 المؤرخ في 5 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الاسرة،

- وبمقتضى المرسوم رقم 71 - 157 المؤرخ في 10 ربيع الثاني عام 1391 الموافق 3 يونيو سنة 1971 والمتعلق بتغيير اللقب،

يرسم ما يلي :

المادة الاولى : تعدل أحكام المرسوم رقم 71 - 157 المؤرخ في 3 يونيو سنة 1971 والمذكور اعلاه، كما يلي :

وبهذه الصفة، يتولى على الخصوص ما يلي :

- تحديد الخيارات الكبرى للبحث العلمي والتقني،  
- المصادقة على التوجهات العامة للمخطط الوطني للبحث العلمي والتقني.

- تقدير نتائج الاعمال المنجزة في اطار المخطط الوطني للبحث العلمي والتقني.

ويكلف المجلس، علاوة على ذلك، بما يلي :

- وضع التوجهات العامة لسياسة حفظ الطاقة العلمية والتقنية الوطنية، وتقويمها وتطويرها،

- تحديد المقاييس المتعلقة بتبني الاطر التنظيمية للبحث العلمي في مختلف مراحل تطوره وتنميته.

المادة 3 : يتكون المجلس الذي يرأسه رئيس الحكومة

من :

- الوزير المكلف بالدفاع الوطني،

- الوزير المكلف بالشؤون الخارجية،

- الوزير المكلف بالاقتصاد،

- الوزير المكلف بالجامعات،

- الوزير المكلف بالفلاحة،

- الوزير المكلف بالصناعة والمناجم،

- الوزير المكلف بالتجهيز،

- الوزير المكلف بالثقافة،

- الوزير المكلف بالتربية،

- الوزير المكلف بالطاقة،

- الوزير المكلف بالصحة،

- الوزير المكلف بالبحث،

- مندوب التخطيط،

- رؤساء اللجان ما بين القطاعات لترقية البحث العلمي والتقني، ويرمجه وتقويمه.

- عشر (10) شخصيات يختارها رئيس الحكومة بناء على اقتراح الوزير المكلف بالبحث، بحكم تجربتهم العلمية أو كفاءتهم.

- ثمانية (8) مسيرين لمؤسسات اقتصادية.

- ثمانية (8) ممثلين لجمعيات علمية ذات أهمية وطنية.

- وبمقتضى القانون رقم 85 - 05 المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1405 الموافق 16 فبراير سنة 1985 والمتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المعدل والمتمم،

- وبمقتضى القانون رقم 89 - 02 المؤرخ في أول رجب عام 1409 الموافق 7 فبراير سنة 1989 والمتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك،

- وبمقتضى القانون رقم 89 - 23 المؤرخ في 21 جمادى الأولى عام 1410 الموافق 9 ديسمبر سنة 1989 والمتعلق بالتقييس،

- وبمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 90 - 39 المؤرخ في 3 رجب عام 1410 الموافق 30 يناير سنة 1990 والمتعلق برقابة الجودة وقمع الغش،

- وبمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 90 - 267 المؤرخ في 22 ربيع الثاني عام 1411 الموافق 10 نوفمبر سنة 1990 والمتعلق بوسم السلع الغذائية وعرضها،

- وبمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 91 - 53 المؤرخ في 8 شعبان عام 1411 الموافق 23 فبراير سنة 1991 والمتعلق بالشروط الصحية المطلوبة عند عملية عرض الأغذية للاستهلاك،

يرسم ما يلي :

المادة الأولى : يحدد هذا المرسوم شروط استعمال المواد المضافة الى المنتوجات الغذائية وكيفيات ذلك.

المادة 2 : تعتبر مادة مضافة في مفهوم هذا المرسوم، كل مادة :

- لا يمكن استهلاكها عادة كمنتوج غذائي،
- تنطوي أو لا تنطوي على قيمة غذائية،
- لا تعد مادة أولية أساسية في تركيب المنتوج الغذائي،

- تكون اضافتها إرادية الى منتوج غذائي في مرحلة ما من مراحل عملية عرضه للاستهلاك، ولاعتبارات تكنولوجية و/أو عضوية تأثيرية مما ينجر عنه أو قد ينجر مباشرة أو بصورة غير مباشرة، اندماج هذه المادة المضافة أو مشتقاتها في تركيب المنتوج الغذائي أو احتمال الاضرار بمميزاته الغذائية.

" المادة الأولى : يضاف المقطع 2 أدناه :

كما يمكن أن يتقدم الشخص الذي كفل قانونا في إطار الكفالة، ولدا قاصراً مجهول النسب من الأب، أن يتقدم بطلب تغيير اللقب باسم هذا الولد وإفادته، وذلك قصد مطابقة لقب الولد المكتول بلقب الوصي. وعندما تكون أم الولد القاصر معلومة وعلى قيد الحياة، فينبغي أن ترفق موافقتها المقدمة في شكل عقد شرعي بالطلب.

المادة 5 : مكرر 1 : يترتب على المرسوم المتضمن تغيير اللقب، التسجيل والإشارة على الهامش في سجلات عقود ومستخرجات عقد الحالة المدنية ضمن الشروط والحالات التي ينص عليها القانون.

المادة 5 : مكرر 2 : لا يكون الطلب محل النشر المذكور في المادة 3 أعلاه، عندما يقدم طلب تغيير اللقب في إطار المادة الأولى، المقطع الثاني، أعلاه،

يعدل اللقب بموجب أمر من رئيس المحكمة، ويتم النطق به بناء على طلب من وكيل الجمهورية الذي يخطره وزير العدل بالطلب المذكور في المادة الأولى، المقطع 2 أعلاه.

يصدر الأمر في غضون الأيام الثلاثين ( 30 ) الموالية لتاريخ الاخطار من وزير العدل ويكون محل تسجيل وإشارة على الهامش على النحو المنصوص عليه في المادة 5 مكرر 1 أعلاه.

( الباقي بدون تغيير ) .

المادة 2 : ينشر هذا المرسوم في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

حرر بالجزائر في 8 رجب عام 1412 الموافق 13 يناير سنة 1992.

سيد احمد غزالي

مرسوم تنفيذي رقم 92 - 25 مؤرخ في 8 رجب عام 1412 الموافق 13 يناير سنة 1992، يتعلق بشروط استعمال المواد المضافة الى المنتوجات الغذائية وكيفيات ذلك.

إن رئيس الحكومة،

- بناء على التقرير المشترك بين وزير الاقتصاد ووزير الصحة ووزير الفلاحة ووزير الصناعة والمناجم،

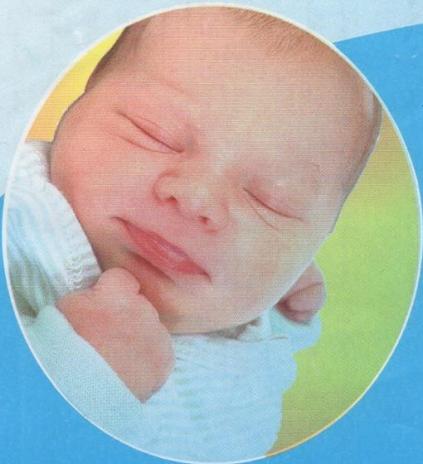
- وبناء على الدستور، لا سيما المادتان 81 - 4 و116 - 2 منه،

## الملحق رقم 05

إجراءات وكيفية الوضع القانوني "الكفالة"



## أجراءات و كيفية الوضع القانوني



# الكفالة

### تشكيلة الملف للحصول عقد الكفالة

يقدم الملف لدى المحكمة و يتكون من :

- 1 طلب خطي موجه إلى السيد رئيس المحكمة للولاية المعنية
- 2 شهادة الميلاد لكل الزوجين
- 3 سجل السوابق الزوجية لكل الزوجين
- 4 شهادة الخمسة للكفيل
- 5 عقد الزواج
- 6 شهادة عمل كلا الزوجين
- 7 كشف الرواتب الثلاثة للأشهر الأخيرة لكلا الزوجين
- 8 شهادة ميلاد العنفل
- 9 شهادة وضع في إطار الكفالة موقعة من طرف مديرية النشاط الاجتماعي

### مطابقة اللقب

#### تشكيل الملف قصد مطابقة اللقب

- 1 طلب خطي موجه إلى السيد وزير العدل حافظ الأختام موقع من طرف الكفيل
- 2 شهادة ميلاد الطفل الكفيل (3) ، أصلي تاريخه أقل من سنة،
- 3 شهادة ميلاد الكفيل (أصلي تاريخه أقل من سنة،
- 4 عقد كفالة مور طفا لأحكام المادتين 116-117 من قانون الأسرة لدى موثق أو المحكمة أو نسخة منه مصادق عليها،
- 5 عقد توثيقي يتضمن موافقة الأم البيولوجية على مطابقة لقب الولد المكمل (3) ، بالقب الكفيل بالنسبة للأطفال المسلمين للكفيلين من طرف الأمهات البيولوجيات
- 6 شهادة وضع في إطار الكفالة مسلمة و موقعة من طرف مدير النشاط الاجتماعي (أو نسخة مصادق عليها)

## II- بالنسبة للجانبة الجزائرية

### بالمهجر:

يرسل الملف لدى المصالح القصلية في نسختين ، بالإضافة إلى الوثائق المطلوبة و المذكورة أعلاه بالنسبة لطالبي الكفالة بالتراب الوطني ، يتضمن الملف ما يلي :

- 1-تحقيق نفسي اجتماعي مملوء و موقع قانوني من طرف مصالح القصلية المختصة و المعنية
- 2- نسخة طبق الاصل من بطاقات و وثائق التعريف أي البطاقة القصلية

### ملاحظات

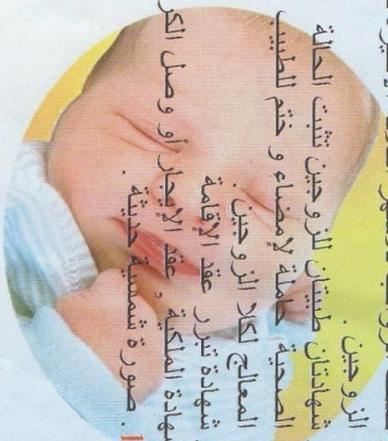
ترسل نسخة من الحكم الخاص بتغيير اللقب و/أو مطابقة اللقب خلال شهر إلى ضابط الحالة المدنية الذي يسجل على هامش شهادة ميلاد الطفل المكفول تغيير اللقب .  
عما بأن مطابقة اللقب لا تمنح الحق في النسب كما أنها لا تسمح بتسجيل الطفل المكفول على دفتر العائلي.

## تشكيل ملف الكفالة

### I الطالبون القاطنون بالوطن :

يرسل أو يودع الملف في نسختين بمديرية النشاط الاجتماعي للولاية و يكون من :

1. طلب خطي تحفيزي .
2. إستمارة التحقيق النفسي الاجتماعي منحزة من طرف المساعدة الإجتماعية مملوءة بصفة مدققة ، متضمنة رأي صريح و إمضاء مدير النشاط الاجتماعي .
3. شهادة الميلاد لكلا الزوجين .
4. بطاقة عائلية للحالة المدنية أو شهادة شخصية للحالة المدنية للعازبات .
5. كشف السوابق العائلية لكلا الزوجين .
6. شهادة عمل لكلا الزوجين .
7. كشف الرواتب للأشهر الثلاثة الأخيرة لكلا الزوجين .
8. شهادتان طبيتان للزوجين تثبت الحالة الصحية كاملة لإمضاء و ختم للطبيب المعالج لكلا الزوجين .
9. شهادة تقرر عقد الإقامة (شهادة الملكية ، عقد الإيجار أو وصل الكراء )
10. صورة شمسية حديثة .



## إجراءات و كيفية الوضع القانوني الكفالة

هي التزام شرعي على وجه التبرع و هذا عن طريق التكفل ، رعاية تربية و حماية الطفل القاصر بنفس الطريقة التي يتخذها الأب مع طفله و يمكن أن يكون الطفل المتكفل به معروف النسب .

كما أنه مسير طبقا لأحكام الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق ل 27 فيفري 2005 للمعمل و المتمم للقانون رقم 84/ 11 المؤرخ في 09 جوان 1984 للمتضمن قانون الأسرة- المواد 116-125 الفصل 7 .

و يتم ذلك عن طريق عقد يتم إعداده أمام القاضي، يستفيد الملتزم الشرعي بالكفالة بالوصاية الشرعية .

### الشروط التي يجب توفرها لدى الكفيل :

يشترط أن يكون الكفيل :

- مسلما
- عاقلًا، قادرًا على القيام بشؤون المكفل و رعايته
- الحد الأعلى للسن هو 60 سنة بالنسبة للرجل و 55 سنة للمرأة .
- دخل الطالين للكفالة يتعدى الحد الأدنى للأجر بعد طرح كل الأعباء الشهرية .
- يجب توفر سكن لائق و صحي لطالبي الكفالة .

**الملحق رقم 06**

**عقد كفالة مجهول النسب**



أمام الأستاذ ، بوزيان عين اسبع ، موثق بمدينة تلمسان ، 01 شارع  
سجل ماسي عبد الرحمان ، والممضي أسفله .

﴿ حضر ﴾

السيد: ولد ، المولود بـ ،  
بتاريخ ، (نسخة من سجلات شهادات الميلاد رقم: ) ،  
بدون عمل ، الساكن

والحامل لبطاقة التعريف الوطنية عدد - والصادرة بتاريخ  
من طرف دائرة ولاية تلمسان .

وزوجته السيدة: بنت ، المولودة بـ ،  
بتاريخ ، (نسخة من سجلات شهادات الميلاد رقم:  
) ، الساكنة ،

والحاملة لبطاقة التعريف الوطنية عدد - والصادرة  
بتاريخ من طرف دائرة ولاية  
تلمسان .

وأشهدا الأولان على نفسيهما وهما في حالة الطوع والإختيار من أمرهما  
أنهما صرحا بموجب هذا العقد وطبقا لأحكام المادة 116- إلى 125-  
من قانون الأسرة .

إنه أسندت لهما كفالة الولد القاصر وهو:  
المولود بتلمسان ، بتاريخ

(نسخة من سجلات شهادات الميلاد رقم: ) .

- بموجب قرار صادر من طرف مديرية النشاط الاجتماعي لولاية  
تلمسان المحرر من طرف السيد والي ولاية تلمسان بتاريخ  
تحت رقم

وهذا منذ لبيقي في كفالتهما إلى بلوغه سن  
الرشد ولهما قبض ما يستحق للولد المكفول ، منحة كانت أو غيرها  
والسفر به خارج التراب الوطني ، والقيام بجميع شؤونه من تربية  
وتعليم ومعالجة ، مع جلب المنفعة له ودفع المضرة عنه ، حيث إنترم  
الكافلان بأن يعيش هذا الولد في كنفهما وتحت سقتهما وعلى  
مائدتهما من خالص مالهما ، دون المطالبة بأية تعويضات كانت .  
\* كفالة تامة بمحضر الشاهدين المعرفين ، وهما :

(1) - السيد: ولد ، المولود بندرومة -  
تلمسان - ، بتاريخ ، الساكن

والحامل لبطاقة التعريف الوطنية عدد -  
و الصادرة بتاريخ من طرف دائرة منصوره

ولاية تلمسان .

(2) - السيد: ولد ، المولود بتلمسان - ،  
بتاريخ ، الساكن

والحامل لبطاقة التعريف الوطنية عدد - والصادرة بتاريخ  
من طرف دائرة تلمسان ولاية

تلمسان .

﴿ الدور الوحيد ﴾

الشاهدان المعرفان اللذان حضرا مجلس هذا العقد وصرحا للموثق الممضي  
أسفله بمعرفتهما للطرفين المذكورين سالفاً معرفة تامة وجيدة.

«الموطن»

لتنفيذ هذا العقد وتوابعه ، إختار الطرفان موطنهما  
القانوني بمحل سكنهما الخاص المذكور سالفاً .

«التسجيل»

يسجل أصل هذا العقد لدى مكتب التسجيل والطابع بتلمسان ، طبقاً  
لأحكام قانون التسجيل المعدل والمتمم .

- وإثباتاً له -

حرر وتم هذا العقد بمدينة تلمسان بمكتب الموثق الممضي أسفله  
عام ألفين وخمسة .

وفي

وبعد التلاوة ، وقع الطرفان والشاهدان المعرفان مع الموثق .  
تلى التوقيعات .

أصل من :

01 : أدوار

: إحالات

: كلمة ملغاة

: أسطر على بياض

**الملحق رقم 07**

**عقد كفالة معلوم النسب**



— أمام الأستاذ، **بوزيان عين اسبع** ، موثق بمدينة تلمسان، شارع  
عين السبع علي إقامة ابن مسايب جسر عين نجار عمارة "E" رقم 02  
الطابق الأول تلمسان ، والممضي أسفله.

« **حضر** »

— السيد: ولد ، المولود بتلمسان ، بتاريخ  
( نسخة من سجلات شهادات الميلاد رقم: )  
، الساكن ،  
والحامل لبطاقة التعريف الوطنية عدد - والصادرة بتاريخ  
والصارة بتاريخ  
ولاية تلمسان جزائري الجنسية.

وزوجته: — السيد: بنت ، المولودة ب  
تلمسان ، بتاريخ ، ( نسخة من سجلات شهادات الميلاد  
رقم: ) ، الساكنة  
والحاملة لبطاقة التعريف الوطنية عدد - والصادرة  
بتاريخ من طرف دائرة ولاية تلمسان ،  
جزائرية الجنسية.

وأشهدا على أنفسهما وهما في حالة الطوع والإختيار من أمرهما أنهما  
صرحا بموجب هذا العقد وطبقا لأحكام المادة 116- إلى 125- من  
قانون الأسرة.

أنهما أسندا كفالة إبنهما القاصر المسمى: —  
— ولد ، المولود بتلمسان ، بتاريخ  
( نسخة من سجلات شهادات الميلاد رقم: ) .

إلى السيد: ولد ، المولود بتلمسان ،  
بتاريخ ، ( نسخة من سجلات شهادات الميلاد  
رقم: ) ، الساكن  
والحامل لبطاقة التعريف الوطنية عدد - والصادرة  
بتاريخ من طرف دائرة ، جزائري الجنسية .  
وزوجته السيدة: بنت ، المولودة

، بتاريخ ، ( نسخة من سجلات شهادات الميلاد رقم:  
) ، الساكنة  
والحاملة لبطاقة التعريف الوطنية عدد - والصادرة  
بتاريخ من طرف القنصلية الجزائرية بليبس.

وسلماه لهما ليبقى في كفالتهما إلى بلوغه سن الرشد دون  
الرجوع عليهما مستقبلا ، وخولا لهما قبض ما يستحق للولد  
المكفول ، منحة كانت أو غيرها والسفر به خارج التراب الوطني ،  
والقيام بجميع شؤونه من تربية وتعليم ومعالجة ، كفالة أقامتهما به  
مقامهما وأنزلاهما منزلتهما في حق الولد المذكور من جلب المنفعة  
له ودفع المضرة عنه ، حيث إنترم الكافلان بأن يعيش هذا الولد في  
كنفهما وتحت سقفهما وعلى مائدتهما من خالص مالهما ، دون  
المطالبة بأية تعويضات كانت.

« **الدور الوحيد** »

\*كفالة تامة بمحضر الشاهدين المعرفين ، وهما:

(1) - السيد: \_\_\_\_\_ ولد \_\_\_\_\_ ، المولود بتلمسان ، بتاريخ \_\_\_\_\_ ،  
السكن \_\_\_\_\_ ،  
والحامل لبطاقة التعريف الوطنية عدد \_\_\_\_\_ - والصادرة  
بتاريخ \_\_\_\_\_ من طرف دائرة ولاية  
تلمسان.

(2) - السيد: \_\_\_\_\_ ولد \_\_\_\_\_ ، المولود ب \_\_\_\_\_ ،  
بتاريخ \_\_\_\_\_ ،  
السكن \_\_\_\_\_ ،  
والحامل لبطاقة التعريف الوطنية عدد \_\_\_\_\_ - والصادرة  
بتاريخ \_\_\_\_\_ من طرف دائرة ولاية  
تلمسان.

الشاهدان المعرفان اللذان حضرا مجلس هذا العقد وصرحا للموثق الممضي  
أسفله بمعرفتهما للطرفين المذكورين سالفًا معرفة تامة وجيدة.

«الموطن»  
- لتنفيذ هذا العقد وتوابعه ، إختار الطرفان موطنهما القانوني  
بمحل سكناهما الخاص المذكور سالفًا .

«التسجيل»  
- يسجل أصل هذا العقد لدى مكتب التسجيل والطابع بتلمسان ، طبقاً  
لأحكام قانون التسجيل المعدل والمتمم.

- وإثباتاً لما ذكر -  
- حرر وتم هذا العقد بمدينة تلمسان بمكتب الموثق الممضي أسفله  
عام ألفين وسبعة .

وفي  
- وبعد التلاوة ، وقع الطرفان والشاهدان المعرفان مع الموثق .

- تلي التوقيعات .

أصل من :

01 : أدوار

: إحالات

: كلمة ملغاة

: أسطر على بياض

**الملحق رقم 08**

**عقد الكفالة أمام القضاء**



# الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة العدل  
مجلس قضاء تلمسان  
محكمة تلمسان

## شهادة كفالة

\* نحن السيد رئيس المحكمة ،

مكتب الرئيس:  
فهرس رقم:

07/

- بعد الاطلاع على عريضة السيد الساكن بتلمسان.  
بعد الاطلاع على الوثائق والمستندات المرفقة بطلبها ومنها اوراق  
الحالة المدنية، ونسخة من محضر سماع اقوال مؤرخ في  
2007/04/24 ونسخة من شهادة وضع عائلي عن مديرية النشاط  
الاجتماعي بولاية النعامة  
- بعد الاطلاع على نص المادة 116 وما يليها من قانون رقم 11/84  
الصادر في 09/يونيو 1984 المتضمن قانون الاسرة.  
حيث انه ونظرا لاسباب المذكورة اعلاه يتعين الاستجابة لطالب  
الكفالة وترتيباً عليه تخول له الولاية القانونية عليها والاستفادة من  
المنح العائلية والمدرسية التي يتمتع بها الوالد الاصلي .

## والملي

الإشهاد للمدعو من مواليد و مواليد بكفالتهم  
القاصرة من مواليد والقاصر مواليد للقيام  
بشؤونهما من نفقة ورعاية وتربية على وجه التبرع والاستفادة  
نتيجة لذلك من المنح العائلية والمدرسية الكل ضمن ما يستوجبه  
و في حدود ما أقرته نصوص قانون الاسرة.

واثباتاً لذلك حررنا هذا الأمر وأمضيناه ومهرناه

بخطمنا .

تلمسان يوم

الرئيس

## الملحق رقم 09

طلب الحصول على عقد الكفالة



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

\*\*\*\*\*

وزارة التشغيل و التضامن الوطني

\*\*\*\*\*

ولاية .....  
مديرية النشاط الإجتماعي  
رقم : ...../2005

في .....

إلى  
السيد رئيس محكمة .....

الموضوع : طلب الحصول على عقد الكفالة.

تطبيقا لأحكام المادتين 117 و 118 من قانون الأسرة، يشرفني أن أحيل إليكم طلب السيد/ أو السيدة/ المتعلق بطلب الحصول على عقد الكفالة.

- الساكنين (ة) ب.....

- الكافلان (ة) بالقاصر (ة)..... المولود (ة) في.....

الذي وضع (ت) تحت كفالتهما (ها) بتاريخ.....

تقبلوا السيد رئيس المحكمة أسمي عبارات التقدير و الإحترام.

## 10الملحق رقم

الأم تسند ابنها القاصر للكافل عند الموثق





— أمام الأستاذ، **بوزيان عين اسبع** ، موثق بمدينة تلمسان، شارع  
عين السبع علي إقامة ابن مسايب جسر عين نجار عمارة "E" رقم 02  
الطابق الأول تلمسان ، والممضي أسفله.

﴿ **حضر** ﴾

— **السيدة:** بنت ، المولودة  
بتلمسان ، بتاريخ ، (نسخة من سجلات شهادات الميلاد ،  
رقم: ) ، الساكنة  
والحاملة لبطاقة التعريف الوطنية عدد - والصادرة  
بتاريخ من طرف دائرة منصورة ولاية تلمسان ،

جزائرية الجنسية .  
وأشهدت على نفسها وهي في حالة الطوع والاختيار من أمرها أنها  
صرحت بموجب هذا العقد وطبقا لأحكام المادة 116- إلى 125- من  
قانون الأسرة.

أنها أسندت كفالة إليها القاصر المسمى :

— ، المولود بـ ، بتاريخ ،  
(نسخة من سجلات شهادات الميلاد رقم: ) .  
إلى — **السيد:** ولد ، المولود بتلمسان ،  
بتاريخ ، (نسخة من سجلات شهادات الميلاد رقم: )

، الساكن  
والحامل لبطاقة التعريف الوطنية عدد - والصادرة  
بتاريخ من طرف دائرة ولاية تلمسان ،  
جزائري الجنسية .

**وزوجته: — السيد:** بنت ، المولودة بتلمسان ،  
بتاريخ ، (نسخة من سجلات شهادات الميلاد رقم:  
، الساكنة ) ،  
والحاملة لبطاقة التعريف الوطنية عدد - والصادرة بتاريخ  
من طرف دائرة ولاية تلمسان ، جزائرية  
الجنسية .

وسلمته لهما ليبقي في كفالتهما إلى بلوغه سن الرشد دون  
الرجوع عليهما مستقبلا ، وخولت لهما قبض ما يستحق للولد  
المكفول ، منحة كانت أو غيرها والسفر به خارج التراب الوطني ،  
والقيام بجميع شؤونه من تربية وتعليم ومعالجة ، كفالة أقامتهما به  
مقامها وأنزلتهما منزلتهما في حق الولد المذكور من جلب المنفعة  
له ودفع المضرة عنه ، حيث إنتما الكفيلان بأن يعيش هذا الولد  
في كنفهما وتحت سقفيهما وعلى مائدتهما من خالص مالهما ، دون  
المطالبة بأية تعويضات كانت .

\*كفالة تامة بمحضر الشاهدين المعرفين ، وهما:

(1) — **السيد:** ولد ، المولود بتلمسان ،  
بتاريخ ، ، الساكن

﴿ **الدور الوحيد** ﴾

## الملحق رقم 11

محضر التخلي (بصفة مؤقتة أو نهائية)



RÉPUBLIQUE ALGÉRIENNE DÉMOCRATIQUE  
ET POPULAIRE

(دعوة التخلي)

- PROCES VERBAL D'ABONDON -

Manière provisoire  
ou Manière définitive

L'AN DEUX MILLE..... et Le ..... du mois.....

à ..... heures..... minutes par devant nous.....

préposée au bureau des abandons ouvert à :.....

.....

s'est présenté ( e ) ,.....

• Nom : ..... Prénom : .....

• Fille de : ..... et de : .....

• Né ( e ) : ..... à .....

• Wilaya : .....

• Nationalité : .....

• C.N.I : .....

**Niveau Scolaire :**

• Primaire : .....

• Secondaire : .....

• Universitaire : .....

• Sans niveau d'instruction : .....

Situation sociale :

- Célibataire : .....
  - Divorcée : .....
  - Profession : .....
  - Demeurant à : .....
- .....
- .....

qui nous a déclaré vouloir abandonner, un enfant de sexe : .....  
né le ..... à la maternité de: .....

Wilaya de : .....

Domicile : .....

Wilaya : .....

Déclare à l'état civil ( 1 ) sous le nom et prénoms de : .....

.....

Nom déclaré à l'état civil : .....

.....

Déclare avoir donné son nom à l'enfant : .....

.....

Quels sont les motifs avoués ou supposés de l'abandon ? .....

.....

Détailler : .....

.....

L'enfant était porteur des effets et objets désignés ci-après : .....

.....

.....

.....

**I - Renseignements sur l'enfant :**

Etat de santé : ( aspect général ) ( 2 ) : .....  
.....  
....., poids : .....  
A-t-il été reconnu par sa mère : .....  
    par son père : .....  
    par les deux : .....  
    à la fois : .....  
Ou a-t-il vécu depuis sa naissance : .....

**II - Renseignements sur l'état de santé de la mère :**

.....  
.....  
.....

**III - Autres informations utiles :**

.....  
.....

**IV- Renseignements sur le père :**

Informations sur son état de santé : .....  
.....  
.....

Le père connaît-il l'existence de l'enfant ? .....

Si oui , est il ou courant de cette démarche ? .....

Qu'en pense-t il ? .....

L'Intéressée

L'Assistante Sociale

Le Directeur

+

Emprunte

Il est porté à la connaissance de la mère:

1) - Que le procès verbal d'abandon définitif de l'enfant permet le placement immédiat en milieu familial.

2) - Que le procès verbal d'abandon provisoire est fixé à un (1) mois renouvelable deux (2) fois passé le délai de réflexion de la mère est trois (3) (90 jours) l'enfant sera systématiquement placé en milieu familial.

3) - La décision d'abandon, implique la rupture de tout lien avec l'enfant la perte de tout droit sur lui et le secret absolu de son placement.

4) - Les renseignements demandés visent le seul intérêt de l'enfant et ne seront en aucune façon utilisés contre elle, tout comme elle est assurée du secret des renseignements fournis.

## 21 الملحق رقم

التحقيق النفسي الاجتماعي لغرض الكفالة داخل الوطن



الجمهورية الجزائرية الشعبية الديمقراطية

ولاية تلمسان

مديرية النشاط الاجتماعي

المساعدة الإجتماعية

الرقم:.....م.ن.1/2009

تلمسان في: .....

التحقيق النفسى الاجتماعى لغرض الكفالة

داخل الوطن

1- معلومات خاصة بالحالة المدنية:

أ- إسم ولقب رب العائلة:

- تاريخ ومكان الأزدیاد:

- ابن:

- العنوان:

- عدد الإخوة والأخوات:

ب- إسم ولقب الزوجة:

- تاريخ ومكان الأزدیاد:

- ابنة:

- عدد الإخوة والأخوات:

- أشخاص آخرون يعيشون بالبيت:

2- معلومات حول الطفل المرغوب فيه:

• المعنيون يطلبون؟

- ذكر

- أنثى

- سواء

هل يرغب المعنيون بكفالة رضيعا أو طفلا أكبر سنا؟

لماذا؟

هل يفكرون بالتكفل بطفل ثاني؟

هل هناك مطالب معينة يشترطها المعنيون؟

ملاحظات خاصة:

### 3- معلومات متعلقة بصحة المعنيين:

الزّوج:

الزّوجة:

أعضاء آخرون من العائلة:

الإشارة إلى الأمراض:

هل يعاني المعنيون من حقن؟

- أولي

- ثانوي

### 4- معلومات حول سيرة المعنيين:

الزّوج:

الزّوجة:

5- معلومات حول الجانب النفسي، التربوي و الثقافي بالوسط العائلي المستقبل:

- المستوى الدراسي:
- الزوج:
- الزوجة:
- المظهر الخارجي، الهيئة و اللغة:
- هل للمعنيين إتصالات سابقة مع الأطفال؟
- ما هو مصدر الرغبة الحقيقية للمعنيين للتكفل بتربية الطفل؟
- ما هو رأيهم فيما يخص إعلام الطفل بصوته مكفول؟
- هل فكروا في الموضوع؟

6- معلومات حول ميزانية العائلة:

1- مدخل:

مصنفة رب العائلة:

عنوان المستخدم:

الأجرة الشهرية:

ذكر مداخل أخرى:

بج- الأعماء:

هل المعنيين مؤجرين أم مالكين؟

مبلغ الإيجار:

التسديد الشهري:

أعماء أخرى:

7- تقييه عام متعلق بالزوجين:

8- رأي مدير النشاط الإجتماعي للولاية:

**31 الملحق رقم**

**شهادة ومقرر الوضع**



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

\*\*\*\*\*

وزارة التشغيل و التضامن الوطني

\*\*\*\*\*

ولاية

مديرية النشاط الاجتماعي

رقم : ...../...../م ن /

في.....

شهادة

نحن مدير النشاط الاجتماعي، الوصي المفوض للأطفال المحرومين من  
العائلة لولاية.....؛

يشهد أن : .....

المولود(ة) يوم : ..... ب : .....

قد وضع (ت) تحت كفالة السيد و السيدة : .....

الكائنين.....

منذ تاريخ.....

سلمت هذه الشهادة للمعني (ة) بالأمر قصد استعمالها في حدود ما يسمح به القانون.

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

\*\*\*\*\*

وزارة التشغيل و التضامن الوطني

\*\*\*\*

ولاية  
مديرية النشاط الإجتماعي  
رقم ل م ن / 2005

مقرر الوضع

إن مدير النشاط الإجتماعي لولاية.....

- بمقتضى الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق لـ 27 فيفري 2005 المعدل و المتمم من القانون رقم 84 / 11 المؤرخ في 09/06/1984 المتضمن قانون الأسرة
- بمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 107/03 المؤرخ في 05 / 03 / 2003 المحدد لترتيبات وزارة التشغيل و التضامن الوطني .
- بمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 471/96 المؤرخ في 18/12/1996 الذي يحدد القواعد الخاصة بتنظيم مصالح مديرية النشاط الإجتماعي في الولاية.
- بمقتضى المقرر رقم ..... / ..... المؤرخ في ..... / ..... / ..... المتضمن التفويض بالإمضاء للسيد..... مدير النشاط الإجتماعي بالنيابة عن الوالي.

يقرر ما يأتي :

المادة الأولى : الطفل (ة) المسمى (ة) : ..... المولود (ة) بتاريخ .....

ب.....

المادة الثانية : يتكفل بالطفل (ة) المذكور (ة) أعلاه :

السيد : .....

السيدة : .....

القاطنين ب.....

المادة الثالثة : يكلف مدير النشاط الإجتماعي لولاية..... بتنفيذ هذا المقرر

حرر ب..... في.....

**41 الملحق رقم**

**محضر التخلي**



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية  
REPUBLIQUE ALGERIENNE DEMOCRATIQUE ET POPULAIRE

وزارة التعليم والإعلام والثقافة  
مديرية النشاط الاجتماعي  
ولاية .....

## محضر التخلي

- سنة الإنفيل ..... وفي ..... من شهر .....
- ب ..... الساعة ..... الدقيقة ..... من طرف .....
- أمام ..... نحن المكلف بمكتب القنطلي عنهم المفتوح ب .....
- تقدم أمامنا السيد (ة) .....
- الإسم .....
- اللقب .....
- المولود في ..... ب .....
- ولاية .....
- الجنسية .....
- رقم بطاقة الهوية .....
- المستوى التعليمي :
- ابتدائي .....
- ثانوي .....
- جامعي .....
- بدون مستوى تعليمي .....

## الوضعية الإجتماعية

عزباء .....

- مطلقة .....

- المهنة .....

- بدون مهنة .....

- الساكنة ب .....

صرحت لنا برغبتها في التخلي عن طفلها من جنس .....

المولود (ة) في ..... بمصلحة الأمومة ل .....

ولاية .....

العنوان .....

مصرح به في الحالة المدنية تحت إسم ولقب .....

غير مصرح به في الحالة المدنية .....

تصرح بأنها منحت إسمها للطفل .....

- ماهي الأسباب المصرح عنها أو المتوقعة للتخلي ؟ .....

.....

التفصيل .....

الإشارة إذ كان الطفل بحوزته أشياء خاصة به.

1 - معلومات خاصة بالطفل :

الحالة الصحية : (المظهر العام) (2) الوزن : .....

- هل تم التعرف عليه من طرف الأم .....

- هل تم التعرف عليه من طرف الأب .....

..... هل تم التعرف عليه من طرف الأب و الأم

- أين عاش الطفل منذ ولادته ؟

.....  
.....  
..... II - معلومات حول الحالة الصحية للأم :

..... III - معلومات أخرى ضرورية :

..... IV - معلومات حول الأب :

..... معلومات حول حالته الصحية :

هل يعلم الأب بوجود الطفل ؟

إذا كان الجواب نعم ، هل يعلم بهذا الإجراء ؟

- ماهو رأيه ؟ .....

---

(2) في صحة جيدة، بنية جسدية سليمة - معوق - مولود قبل أوانه - معتوه إلخ.

والإشارة إلى المعلومات المتعلقة بالتلقيح - دفتر الصحي إلخ.

## يجب إعلام الأم بأنه :

- 1) يسمح محضر التخلي النهائي بوضع الطفل مباشرة في الوسط العائلي.
- 2) يحدد محضر التخلي المؤقت فترة التفكير بشهر واحد، قابل للتجديد لمدة شهرين إثنين، عند إنتهاء مدة التفكير المحددة بثلاث أشهر، يوضع الطفل مباشرة في الوسط العائلي.
- 3) إن قرار التخلي، يعني الإنقطاع النهائي والكلي لكل الروابط التي تربط الأم بالطفل، وفقدانها جميع الحقوق عليه، والسرية التامة الخاصة بوضعها في العائلة.
- 4) تصبوا المعلومات المطلوبة لصالح الطفل فقط ولن يسمح بإستعمالها ضد الأم كما يضمن لها السرية التامة فيما يخص المعلومات المقدمة.

إمضاء الشخص  
المكلف بمكتب المتخلي عنهم

(التوقيع، ختم واضح للمؤسسة)

إمضاء الأم  
المتخلية عن الطفل

إمضاء الشخص

الذي تقدم بالطفل للمؤسسة

## 51 الملحق رقم

البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها

قرارات مجمع الفقه الإسلامي في دورته السادسة عشر



## القرار السابع

### بشأن البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها

الحمد لله وحده والصلاة والسلام علي من لا نبي بعده، أما بعد:

فإن مجلس الجمع الفقهي الإسلامي في دورته السادسة عشر المنعقدة بمكة المكرمة ، في المدة من 21

ـ 1422/10/26 هـ الذي يوافق 5 ـ 2002/1/10 م، وبعد النظر في التعريف الذي سبق

للمجمع اعتماده في دورته الخامسة عشر، ونصه ( البصمة الوراثية هي البنية الجينية، ) نسبة إلى الجينات أي المورثات ) التي تدل علي هوية كل إنسان بعينه ، وأفادت البحوث والدراسات العلمية أنها من الناحية العلمية وسيلة تمتاز بالدقة لتسهيل مهمة الطب الشرعي، ويمكن أخذها من أي خلية ( بشرية ) من الدم أو اللعاب، أو المني، أو البول، أو غيره ).

وبعد الإطلاع علي ما أشتمل عليه تقرير اللجنة التي كلفها المجمع في الدورة الخامسة عشر بإعداده من خلال إجراء دراسة ميدانية مستفيضة للبصمة والإطلاع علي البحوث التي قدمت في الموضوع من الفقهاء والأطباء والخبراء، والاستماع إلي المناقشات التي دارت حوله ، تبين من ذلك كله أن نتائج البصمة الوراثية تكاد تكون قطعية في إثبات نسبة الأولاد إلي الوالدين أو نفيهم عنهما وفي إسناد العينة

(من المني أو الدم أو اللعاب) التي توجد في مسرح الحادث إلي صاحبها فهي أقوى بكثير من القيافة العادية ( التي هي إثبات النسب بوجود الشبه الجسماني بين الأصل والفرع ) ، وأن الخطأ في البصمة الوراثية ليس وارداً من حيث هي ، وإنما الخطأ في الجهد البشري أو عوامل التلوث ونحو ذلك وبناء علي ما سبق قرر ما يأتي :

أولاً : لا مانع شرعاً من الاعتماد علي البصمة الوراثية في التحقيق الجنائي واعتبارها وسيلة إثبات في الجرائم التي ليس فيها حد شرعي ولا قصاص لخبر (ادرؤوا الحدود بالشبهات) وذلك يحقق العدالة والأمن للمجتمع ، ويؤدي إلي نيل المجرم عقابه وتبرئة المتهم ، وهذا مقصد مهم من مقاصد الشريعة. ثانياً : أن استعمال البصمة الوراثية في مجال النسب لا بد أن يحاط بممتهني الحذر والحيطه السرية، ولذلك لا بد أن تقدم النصوص والقواعد الشرعية علي البصمة الوراثية .

ثالثاً : لا يجوز شرعاً الاعتماد علي البصمة الوراثية في نفي النسب، ولا يجوز تقديمها علي اللعان .

رابعاً: لا يجوز استخدام البصمة الوراثية بقصد التأكد من صحة الأنساب الثابتة شرعاً، ويجب علي الجهات المختصة منعه وفرض العقوبات الزاجرة، لأن في ذلك المنع حماية لأعراض الناس وصوناً لأنسابهم.

خامساً: يجوز الاعتماد علي البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب في الحالات الآتية:

1- حالات النزاع علي مجهول النسب، بمختلف صور النزاع التي ذكرها الفقهاء، سواء أكان النزاع علي مجهول النسب بسبب انتفاء الأدلة أو تساويها، أم كان بسبب الاشتراك في وطء الشبهة ونحوه.

2- حالات الاشتباه في المواليد في المستشفيات ومراكز رعاية الأطفال ونحوها، وكذا الاشتباه في أطفال الأنايب.

3- حالات ضياع الأطفال واختلاطهم، بسبب الحوادث أو الوارث أو الحروب، وتعذر معرفة أهلهم أو وجود جثث لم يمكن التعرف علي هويتها، أو بقصد التحقق من هويات أسرى الحروب والمفقودين.

سادساً: لا يجوز بيع الجنين البشري لجنس، أو لشعب، أو لفرد، لأي غرض، كما لا تجوز هبتها لأي جهة، لما يترتب علي بيعها أو هبتها من مفاسد.

سابعاً: يوصي المجمع بما يأتي:

1- أن تمنع الدولة إجراء الفحص الخاص بالبصمة الوراثية إلا بطلب من القضاء، وأن يكون في مختبرات للجهات المختصة، وأن تمنع القطاع الخاص الهادف للربح من مزاوله هذا الفحص لما يترتب علي ذلك من المخاطر الكبرى.

2- تكوين لجنة خاصة بالبصمة الوراثية في كل دولة يشترك فيها المختصون الشرعيون، والأطباء والإداريون، وتكون مهمتها الإشراف علي نتائج البصمة الوراثية، واعتماد نتائجها.

3- أن توضع آلية دقيقة لمنع الانتحال والغش، ومنع التلوث وكل ما يتعلق بالجهد البشري في حقل مختبرات البصمة الوراثية حتى تكون النتائج مطابقة للواقع، وأن يتم التأكد من دقة المختبرات، وأن يكون عدد المورثات (الجينات المستعملة للفحص) بالقدر الذي يراه المختصون ضرورياً دفعاً للشك. والله ولي التوفيق وصلى الله علي نبينا محمد.

## 61الملحق رقم

قرار من المحكمة العليا، إثبات النسب عن طريق الخبرة الطبية

(ADN)الحمض النووي



ملف رقم 355180 قرار بتاريخ 2006/03/05

قضية (ب-س) ضد (م-ع)

الموضوع : نسب-خبرة طبية.

قانون الأسرة: المادتان : 40 و 41.

المبدأ : يمكن طبقا للمادة 40 من قانون الأسرة، إثبات النسب عن طريق الخبرة الطبية ( الحمض النووي ADN)، ولا ينبغي الخلط بين إثبات النسب في الزواج الشرعي ( المادة 41 من نفس القانون)، وبين إلحاق النسب، في حالة العلاقة غير الشرعية.

إن المحكمة العليا

في جلستها العلنية المنعقدة بمقرها الكائن  
بشارع 11 ديسمبر 1960 الأبيار الجزائر  
العاصمة.

بعد المداولة القانونية أصدرت القرار الآتي  
ببنيانه: وبنسبائه على  
المواد 231.233.235.239.240.241.242.243.244: وما  
بعدها 275 والمادة 264 إلى 271 من قانون  
الإجراءات المدنية.

بعد الإطلاع على مجموع أوراق ملف  
الدعوى وعلى عريضة الطعن بالنقض المودعة  
بتاريخ 2004/05/15.

بعد الإستماع إلى السيد/ ملاك الهاشمي المستشار المقرر في  
تلاوة تقريره المكتوب وإلى السيدة/ صحراوي طاهر مليكة  
المحامية العامة في تقديم طلباتها المكتوبة .

حيث أن المدعوة ( ب-س) طعنت بطريق النقض بواسطة  
محاميها الأستاذ تباني أحمد المحامي المعتمد لدى المحكمة العليا في القرار  
الصادر بتاريخ 2004/01/26 تحت رقم 03/120 عن مجلس قضاء  
المسيلة الغرفة المدنية قسم الأحوال الشخصية القاضي في الشكل:  
قبول الإستئناف الأصلي والفرعي، وفي الموضوع: المصادقة على  
الحكم المستأنف هذا الأخير كان قد صادق على الحكم المستأنف

الصادر بتاريخ 2002/11/26 تحت رقم 170 القاضي برفض الدعوى لعدم التأسيس. حيث أن الطاعنة إستندت في طعنها الرامي إلى نقض القرار المطعون فيه على ثلاثة أوجه.

الوجه الأول: مأخوذ من الخطأ في تطبيق القانون طبقا للمادة 5/233 من قانون الإجراءات المدنية وينقسم إلى فرعين:

#### الفرع الأول:

بدعوى وطبقا للمادة 339 من القانون المدني فإن القاضي المدني لا يرتبط بالحكم الجزائي إلا في الوقائع التي فصل فيها هذا الحكم، وبالرجوع إلى الحكم الجزائي الصادر بتاريخ 2001/04/11 أن ذات المحكمة أصدرت حكما تمهيدا بتعيين خبير لإجراء تحاليل الأديان على المتهم للتأكد من الأبوة وأن الخبرة أكدت أبوة المدعى عليه في الطعن وأن نفس الحكم صادق على الخبرة بحكم حضوري صادر لهائي والقاضي المدني يرتبط بذلك الحكم لما فصل فيه من وقائع، والحكم وكذا القرار المؤيد له محل الطعن أخطأ عندما لم يأخذ بمضمون تلك المادة.

الفرع الثاني: مأخوذ من مخالفة احكام المادة 40 من قانونالأسرة.

بدعوى أن المادة 40 من قانون الأسرة ذكرت أن النسب يثبت بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبينة... إلخ والخبرة أثبتت أن الطفل (ص-م) هو ابن المدعى عليه في الطعن وذلك يعتبر بينة غير قابلة لإثبات العكس إلا بالتزوير.

الوجه الثاني: مأخوذ من تناقض أحكام نهائية طبقا للمادة 6/233من قانون الإجراءات المدنية.

بدعوى أن الحكم الجزائري التمهيدي الصادر بتاريخ 2000/02/01 الذي أمر بإجراء خبرة فإن الخبر وبمقتضى هذا الحكم أثبت أن الطفل (ص-م) أبيه هو المدعى عليه في الطعن والحكم الجزائري الصادر بتاريخ 2000/08/09 صادق على تلك الخبرة أي أنه أثبت نسب الإبن للمدعى عليه في الطعن، وأن ذلك الحكم لم يتم إستئنافه وأنه صار نهائيا وأنه بذلك يكون متناقض مع القرار المطعون فيه كون الحكم الأول يثبت النسب بينما القرار المطعون فيه يرفض ذلك.

الوجه الثالث: مأخوذ من القصور في التسبيب طبقا للمادة4/233 من قانون الإجراءات المدنية.

بدعوى أن الطاعنة قدمت للمجلس الحكم التمهيدي الجزائي القاضي بتعيين خبير لإثبات النسب وقدمت الخيرة القضائية والحكم الجزائي المصادق عليها إلا أن القرار المطعون فيه لم يرد على تلك الأدلة ولم يناقشها رغم أنها أحكام صادرة من جهة قضائية تثبت نسب الإبن للمدعى عليه في الطعن وأن عدم مناقشة القرار المطعون فيه لتلك الدفوعات والرد عليها سواء بالإيجاب أو السلب يعد قصورا في التسيب.

حيث أن المدعى عليه في الطعن رد على الأوجه المثارة وخلص إلى رفض الطعن.

حيث أن النيابة العامة بلغت بملف القضية مصحوبا بتقرير المستشار المقرر وأودعت مذكرة طلبت بمقتضاها نقض القرار المطعون فيه. حيث أن الرسم القضائي سدد .

وعلى المحكمة العليا

في الشكـل:

حيث ان الطعن بالنقض جاء وفق الشروط الشكلية المنصوص عليها قانونا فهو مقبول.

### في الموضوع:

#### عن الوجهين الأول والثاني معا لترابطهما:

حيث بالإطلاع على القرار المطعون فيه الذي تبين الحكم المستأنف يتبين منه أن قضاة الموضوع لم يستجيبوا لطلب الطاعنة الرامي إلى إلحاق نسب المولود (ص-م) للمطعون ضده بإعتباره أب له كما أثبتته الخبرة العلمية ADN معتمدين في ذلك على المادة 40 من قانون الأسرة رغم أن هذه الأخيرة تفيد وأنه يثبت النسب بعدة طرق ومنها البينة ولما كانت الخبرة العلمية ADN أثبتت أن هذا الطفل هو ابن المطعون ضده ومن صلبه بناء على العلاقة التي كانت تربطه بالطاعنة فكان عليهم إلحاق هذا الولد بأبيه وهو الطاعن ولا أن تختلط عليهم الأمور بين الزواج الشرعي الذي تناولته المادة 41 وبين إلحاق النسب الذي جاء نتيجة علاقة غير شرعية وخاصة وأن كلاهما يختلف عن الآخر ولكل واحد منهما آثار شرعية كذلك، ولما تبين في قضية الحال أن الولد هو من صلب المطعون ضده نتيجة هذه العلاقة

مع الطاعنة فإنه يلحق به، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه.

## هذه الأسباب

### قررت المحكمة العليا غرفة الأحوال

#### الشخصية والمواريث:

قبول الطعن بالنقض شكلا، وموضوعا وبنقض القرار المطعون فيه الصادر بتاريخ 2004/01/26 تحت رقم 03/120 عن مجلس قضاء المسيلة، وبإحالة القضية والأطراف إلى نفس المجلس مشكلا من هيئة أخرى للفصل فيها من جديد طبقا للقانون، وتحميل المطعون ضده بالمصاريف القضائية.

بذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ الخامس عشر من شهر مارس سنة ألفين وستة ميلادية من قبل المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية والمواريث المتكونة من السادة:

الرئيس

لعوامري علاوة

المستشار	أمقران المهدي
المستشارة	خيرات مليكة
المستشار المقرر	ملاك الهاشمي
المستشار	بوزيد لخضر
المستشار	نعمان السعيد

بمحضور السيدة/صحراوي طاهر مليكة المحامية العامة وبمساعدة  
السيد/زاوي ناصر أمين قسم ضبط.

## 71 الملحق رقم

قرار المجمع الفقهي الإسلامي المتعلق بالتلقيح الاصطناعي

وأطفال الأنابيب



## منظمة المؤتمر الإسلامي

قرار مجمع الفقه الإسلامي المتعلق بالتلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيب

الدورة السابعة المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة بين

11 إلى ربيع الثاني 1403 هـ الموافق 19 جانفي 1983 م

صدر المجمع الفقهي الإسلامي قرارا شرعيا هذا نصه:

الحمد لله والصلاة والسلام على سيدنا محمد صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم وبعد:  
فإن مجلس المجمع الفقهي الإسلامي في دورته السابعة المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة بين 11 إلى 17 ربيع الآخر الموافق 19 جانفي 1983 م قد نظر في الدراسة التي قدمها عضو المجلس مصطفى الزرقاء حول التلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيب الأمر الذي شغل الناس وكان من أبرز قضايا الساعة في العالم واستعرض المجلس ما تحقق في هذا المجال من إنجازات طبية توصل إليها العلم والثقافة في العصر الحاضر لإنجاب الأطفال من بني الإنسان والتغلب على أسباب العقم المختلفة المانعة من الاستيلاء.  
وقد بين المجلس من تلك الدراسة الوافية المشار إليها أن التلقيح الاصطناعي بغية الاستيلاء ( بغير الطريق الطبيعي وهو الاتصال الجنسي المباشر بين الرجل والمرأة) يتم بأحد طريقتين أساسيين:

- طريق التلقيح الداخلي. وذلك بحقن نطفة الرجل في الموقع المناسب من بطن المرأة.
- طريق التلقيح الخارجي بين نطفة الرجل وبويضة المرأة في أنبوب اختبار، في المختبرات الطبية، ثم زرع البويضة الملقحة (اللقيحة) في رحم المرأة.
- ولابد في الطريقتين من انكشاف المرأة على من يقوم بتنفيذ العملية وقد تبين لمجلس المجمع من تلك الدراسة المقدمة إليه في الموضوع ومما أظهرته المذاكرة والمناقشة أن الأساليب والوسائل التي يجري بها التلقيح الاصطناعي بطريقه الداخلي والخارجي لأجل الاستيلاء هي سبعة بحسب الأحوال المختلفة، للتلقيح الداخلي فيها أسلوبان وللخارجي فيها خمسة من الناحية الواقعية بقطع النظر عن حلها أو حرمتها شرعا، وهي الأساليب التالية:

في التلقيح الاصطناعي الداخلي:

الأسلوب الأول:

أن تؤخذ النطفة الذكرية من نطفة رجل متزوج وتحقن في الموقع المناسب داخل مهبل زوجته أو رحمها حتى تلتقي النطفة النقاء طبيعياً بالبويضة التي يفرزها مبيض الزوجة، ويقع التلقيح بينهما في جدار الرحم بإذن الله كما في حالة الجماع. وهذا الأسلوب يلجأ إليه إذا كان في الزوج قصور لسبب ما عن إيصال مائه في الواقعة إلى الموضع المناسب.

الأسلوب الثاني:

أن تؤخذ نطفة رجل وتحقن في الموقع المناسب من زوجة رجل حتى يقع التلقيح داخلها ثم العلق في الرحم كما في الأسلوب الأول، ويلجأ إلى هذا الأسلوب حين يكون الزوج عقيمًا لا بزره في مائه، فيأخذون النطفة الذكرية من غيره.

الأسلوب الثالث:

أن تأخذ نطفة من زوج وبويضة من مبيض زوجته في أنبوب اختبار طبي بشروط فيزيائية معينة حتى تلقح نطفة الزوج ببويضة زوجته في وعاء الاختبار ثم بعد أن تأخذ اللقيحة في الانقسام والتكاثر تنقل في الوقت المناسب من أنبوب الاختبار إلى رحم الزوجة نفسها صاحبة البويضة لتعلق في جداره وتتمو وتتخلق ككل جنين، ثم في نهاية مدة الحمل الطبيعية تلده الزوجة طفلاً أو طفلة. وهذا هو طفل الأنبوب الذي حققه الإنجاز العلمي الذي يسره الله. وولد به إلى اليوم عدد من الأولاد ذكورا وإناثا وتوائم تناقلت أخبارها الصحف العالمية ووسائل الإعلام المختلفة. ويلجأ إلى هذا الأسلوب الثالث عندما تكون الزوجة عقيمة بسبب انسداد القناة التي تصل بين مبيضها ورحمها (فالوب).

الأسلوب الرابع:

أن يجري تلقيح خارجي في أنبوب اختبار بين نطفة مأخوذة من زوج، وبويضة مأخوذة من مبيض امرأة ليست زوجته (يسمونها متبرعة) تزرع اللقيحة في رحم زوجته. ويلجئون إلى هذا الأسلوب عندما يكون مبيض الزوجة مستأصلاً أو معطلاً، ولكن رحمها سليم قابل لعلق اللقيحة فيه.

الأسلوب الخامس:

أن يجري تلقيح خارجي في أنبوب اختبار بين نطفة رجل وبويضة من امرأة ليست زوجته له (يسمونها متبرعة) ثم تزرع اللقيحة في رحم امرأة أخرى متزوجة. ويلجئون إلى ذلك

حين تكون المرأة المتزوجة التي زرعت اللقيحة فيها عقيما بسبب تعطل مبيضها لكر  
رحمها سليم وزوجها أيضا عقيم ويريدان ولدا.

#### الأسلوب السادس:

أن يجري تلقيح خارجي في وعاء الاختبار بين بذرتي زوجين، ثم تزرع اللقيحة في رح  
امراة تتطوع بحملها. ويلجئون إلى ذلك حين تكون الزوجة غير قادرة على الحمل لسبب  
في رحمها، ولكن مبيضها سليم منتج، أو تكون غير راغبة في الحمل ترفها، فتتطوع له  
امراة أخرى بالحمل عنها.

#### الأسلوب السابع:

هو السادس نفسه إذا كانت المتطوعة بالحمل هي زوجة ثانية للزوج صاحب النطفة فتتطوع  
لها لحمل اللقيحة عنها. وهذا الأسلوب لا يجرب في البلاد الأجنبية التي يمنع نظامها تعدد  
الزوجات، بل في البلاد التي تبيح هذا التعدد.

هذه هي أساليب التلقيح الاصطناعي الذي حققه العلم لمعالجة أسباب عدم الحمل.

وقد نظر مجلس المجمع فيما نشر وأذيع أنه يتم فعلا تطبيقه في أوروبا وأمريكا من استخداه  
هذه الإنجازات لأغراض مختلفة منها تجاري ومنها ما يجري تحت عنوان (تحسين النوع  
البشري ومنها ما يتم لتلبية الرغبة في الأمومة لدى نساء غير متزوجات أو نساء  
متزوجات لا يحملن لسبب فيهن، أو في أزواجهن، وما إن شاء لتلك الأغراض المختلفة  
من مصاريف النطف الإنسانية التي تحفظ فيها نطف الرجال بصورة تقنية تجعلها قابلة  
للتلقيح بها إلى مدة طويلة، وتؤخذ من رجال معينين أو غير معينين تبرعا أو لقاء عوض،  
إلى آخر ما يقال أنه واقع اليوم في بعض بلاد العالم المتمدن.

#### النظر الشرعي بمنظر الشريعة الإسلامية:

هذا وإن مجلس المجمع الفقهي الإسلامي بعد النظر فيما تجمع لديه من معلومات موثقة  
مما كتب ونشر في هذا الشأن، وتطبيق قواعد الشريعة الإسلامية ومقاصدها لمعرفة حكم  
هذه الأساليب المعروضة وما تستلزمه، قد انتهى إلى القرار التفصيلي التالي:

#### أولا: أحكام عامة:

(أ) - إن انكشاف المرأة المسلمة على غير من يحل شرعا بينها وبينه الاتصال الجنسي لا  
يجوز بحال من الأحوال إلا لغرض مشروع يعتبره الشرع مبيحا لهذا الانكشاف.

(ب)- إن احتياج إلى العلاج من مرض يؤذيها، أو من حالة غير طبيعية في جسمها تسبب لها إزعاجاً، يعتبر ذلك فرضاً مشروعاً يبيح لها الانكشاف بقدر الضرورة.

(ج)- كلما كان انكشاف المرأة على غير ما يحل بينها وبينه الاتصال الجنسي مباحاً لغرض مشروع يجب أن يكون المعالج امرأة مسلمة إن أمكن ذلك. وإلا فامرأة غير مسلمة وإلا فطبيب مسلم ثقة، وإلا فغير مسلم بهذا الترتيب. ولا يجوز الخلوة بين المعالج والمرأة التي يعالجها إلا بحضور زوجها أو امرأة أخرى.

ثانياً: حكم التلقيح الاصطناعي:

(1)- إن حاجة المرأة المتزوجة التي لا تحمل وحاجة زوجها إلى الولد تعتبر غرضاً مشروعاً يبيح معالجتها بالطريقة المباحة من طرق التلقيح الاصطناعي.

(2)- إن الأسلوب الأول (التي تؤخذ فيه النطفة الذكرية من رجل متزوج ثم تحقن في رحم زوجته بطريقة التلقيح الداخلي) هو أسلوب جائز شرعاً بالشروط العامة الأنفة الذكر وذلك بعد أن تثبت حاجة المرأة إلى هذه العملية لأجل الحمل.

(3)- إن الأسلوب الثالث (الذي تؤخذ فيه البزرتان الذكرية والأنثوية من رجل وامرأة زوجين أحدهما للآخر، ويتم تلقيحهما خارجياً في أنبوب اختبار، ثم تزرع اللقحة في رحم لكنه غير سليم تماماً من موجبات الشك فيما يستلزمه ويحيط به من ملابسات. فينبغي أن لا يلجأ إليه إلا في حالات الضرورة القصوى وبعد أن تتوفر الشروط العامة الأنفة الذكر.

(4)- إن الأسلوب السابع (الذي تؤخذ فيه النطفة والبويضة من زوجين وبعد تلقيحهما في وعاء الاختبار تزرع لقحة الزوجة الأخرى للزوج نفسه، حيث تتطوع بمحض اختيارها بحملها عن ضررتها المنزوعة الرحم) يظهر لمجلس المجمع أنه جائز عند الحاجة بالشروط العامة المذكورة.

(5)- في حالات الجواز الثلاث يقرر المجمع أن نسب المولود يثبت من الزوجين مصدر البزرتين ويتبع الميراث والحقوق الأخرى ثبوت النسب فحين يثبت نسب المولود من الرجل والمرأة يثبت الإرث وغيره من الأحكام بين الولد وممن التحق نسبة منه. أما الزوجة المتطوعة بالحمل عن ضررتها (في الأسلوب السابع المذكور) فتكون في حكم الأم الرضاعية للمولود لأنه اكتسب من جسمها وعضويتها أكثر مما يكتسب الرضيع من مرضعته في نصاب الرضاع الذي يحرم به ما يحرم من النسب.

(6) - أما الأساليب الأربعة الأخرى من أساليب التلقيح الاصطناعي في الطريقتين الداخلي والخارجي بما سبق بيانه فجميعها محرمة بالنظر الإسلامي لا مجال لإباحة شيء منها لأن البزرتين الذكرية والأنثوية ليستا من زوجين أو لأن المتطوعة بالحمل هي أجنبية عن الزوجين مصدر البزرتين.

هذا نظرا لما في التلقيح الاصطناعي بوجه عام من ملابس في الصور الجائزة شرعا ومن احتمال اختلاط النطف واللقاح في أوعية الاختبار ولا سيما إذا كثرت ممارسته وشاعت فإن مجلس المجمع ينصح الحريصين على دينهم أن لا يلجئوا إلى ممارسته إلا في حالة الضرورة القصوى وبمنتهى الاحتياط والحذر من اختلاط النطف أو اللقاح.

هذا ما ظهر لمجلس المجمع في هذه القضية ذات الحساسية الدينية القوية من قضايا الساعة ويرجو من الله أن يكون صوابا. والله سبحانه أعلم وهو الهادي إلى سواء السبيل وولي التوفيق.

هذا القرار صدر بالأكثرية من أعضاء المجلس والذي له مخالفة واضحة هو سماحة الشيخ عبد العزيز بن باز رئيس المجمع المذكور، فإن سماحته توقف في كل الصور الثلاث التي أجازها المجمع بالأكثرية. وكاتب هذا البحث عبد الله بن عبد الرحمن البسام - أحد أعضاء مجلس المجمع الفقهي - ممن وافق على إجازة الأحوال الثلاث المذكورة في القرار المذكور وإلى هذا المجمع الموقر ما يراه حيال هذه المشكلة التي شغلت أذهان الناس وأقلامهم.

وأرجو أن يخرج من ذلك بنتائج مرضية. سدد الله خطى الجميع ووفقنا لما يحبه ويرضاه وصلى الله على نبينا محمدا وعلى آله وصحبه أجمعين.

ملاحظة: نقل مضمون هذا القرار من مجلة مجمع الفقه الإسلامي .

## 81 الملحق رقم

قرارات القضاء الفرنسي بشأن أساليب التلقيح الاصطناعي



قرارات القضاء الفرنسي  
بشأن أساليب التلقيح الاصطناعي

Cour de Cassation  
Chambre civile 1  
Audience publique du 9 décembre 2003

Rejet.

N° de pourvoi : 01-03927  
Publié au bulletin

Président : M. Lemontey.  
Rapporteur : Mme Trapero.  
Avocat général : M. Cavarroc.  
Avocat : la SCP Piwnica et Molinié.

REPUBLIQUE FRANCAISE  
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS  
LA COUR DE CASSATION, PREMIERE CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant :  
Sur le moyen unique, pris en ses quatre branches :  
Attendu que M. X... et Mme Y... se sont mariés le 15 décembre 1962 ; qu'un enfant Fabrice est issu de cette union le 11 novembre 1966 ; que, le 4 juillet 1987, est née une enfant prénommée Sarah, sans indication de filiation maternelle, qui a été reconnue par M. X... ; que, le 28 janvier 1999, l'épouse de celui-ci a présenté une requête aux fins d'adoption plénière de l'enfant Sarah ;  
Attendu que Mme X... reproche à l'arrêt confirmatif attaqué (Paris, 1er février 2001) d'avoir rejeté sa requête alors, selon le moyen :  
1 / que les conditions légales de l'adoption doivent être appréciées en prenant en considération les douze années pendant lesquelles elle a élevé l'enfant ; qu'en se refusant à cette prise en considération pour juger au contraire que l'adoption était indivisible des circonstances de la conception et de la naissance de l'enfant, la cour d'appel a violé l'article 353 du Code civil, ainsi que l'article 8, paragraphe 1er de la Convention européenne des droits de l'homme ;  
2 / que la circonstance selon laquelle un enfant est né d'une "mère porteuse" ne peut être prise en considération pour apprécier la réunion des conditions de l'adoption plénière ; qu'en jugeant le contraire, la cour d'appel a violé les articles 16-7, issu de la loi du 29 juillet 1994, et 353 du Code civil en y ajoutant des dispositions qu'ils ne comportent pas ;  
3 / que l'intérêt supérieur de l'enfant doit primer sur la nécessité de sanctionner l'illicéité de la convention qui a présidé à sa conception et à sa naissance ; qu'en jugeant le contraire, la cour d'appel a violé les articles 3 et 21 de la Convention internationale des droits de l'enfant, ensemble l'article 353 du Code civil ;  
4 / qu'elle faisait valoir dans ses conclusions d'appel que la conception de Sarah avait eu lieu à un moment où ni la loi, ni la jurisprudence, ne s'étaient prononcées sur la maternité pour autrui ; qu'il n'était pas prévisible, avant que l'assemblée plénière de la Cour de Cassation n'en décide ainsi le 31 mai 1991, qu'il serait impossible d'adopter les enfants nés à la suite d'une convention de "mère porteuse" ;  
que la cour d'appel, qui a délaissé ce moyen, a violé l'article 455 du nouveau Code de procédure civile ;

قرارات القضاء الفرنسي  
بشأن أساليب التلقيح الاصطناعي

Mais attendu que la maternité pour autrui, dont le caractère illicite se déduit des principes généraux du Code civil et, aujourd'hui, de son article 16-7, réalise un détournement de l'institution de l'adoption que les juges du fond ont donc, à bon droit, refusé de prononcer sans violer aucun des textes invoqués ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne Mme Y... épouse X... aux dépens ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de Cassation, Première chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du neuf décembre deux mille trois.

Publication : Bulletin 2003 I N° 252 p. 201

Répertoire du notariat Defrénois, 2004-04-30, n° 8, article 37926, p. 592-594, note Jacques MASSIP

Décision attaquée : Cour d'appel de Paris, 2001-02-01

Titrages et résumés FILIATION - Filiation adoptive - Adoption plénière - Maternité pour autrui - Adoption de l'enfant du père par l'épouse - Détournement de l'institution.

La maternité pour autrui, dont le caractère illicite se déduit des principes généraux du Code civil et aujourd'hui de son article 16-7, réalise un détournement de l'institution de l'adoption ; les juges du fond ont donc à bon droit refusé de prononcer l'adoption d'un enfant né d'une " mère porteuse " .

FILIATION - Dispositions générales - Maternité - Maternité pour autrui - Caractère illicite - Effets - Adoption d'un enfant né d'une mère porteuse - Possibilité (non)

CONTRATS ET OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES - Nullité - Atteinte au respect du corps humain - Maternité pour autrui

CONTRATS ET OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES - Objet - Chose dans le commerce - Corps humain (non)

Précédents jurisprudentiels : A RAPPROCHER : Chambre civile 1, 1989-12-13, Bulletin 1989, I, n° 387, p. 260 (rejet) ; Ass.Plén., 1991-05-31, Bulletin 1991, Assemblée plénière, n° 4, p. 5 (cassation sans renvoi) ; Chambre civile 1, 1994-06-24, Bulletin 1994, I, n° 226, p. 165 (cassation sans renvoi).

Codes cités : Code civil 16-7.

قرارات القضاء الفرنسي  
بشأن أساليب التلقيح الإصطناعي

Cour d'appel de Rennes - Audience publique du 4 Juillet 2002  
N° de pourvoi : 2001/02471  
Publié par le Service de documentation et d'études de la Cour de cassation

Sixième Chambre ARRÊT N° R.G :01/02471 Melle Isabelle X... M. Emmanuel Y... Z.../  
Ministère Public Confirmation REPUBLIQUE FRANCAISE AU NOM DU PEUPLE  
FRANCAIS COUR D'APPEL DE RENNES ARRÊT DU 04 JUILLET 2002  
COMPOSITION DE LA COUR LORS DES DÉBATS ET DU DÉLIBÉRÉ : Madame Marie-  
Gabrielle Laurent, Président, Madame Odile Mallet, Conseiller, Madame Françoise  
Cocchiello, Conseiller, GREFFIER : Madame Danièle A..., lors des débats et lors du  
prononcé DÉBATS : En chambre du Conseil du 13 mai 2002 ARRÊT :  
Contradictoire, prononcé par Madame Marie-Gabrielle Laurent, Président, à l'audience  
publique du 04 juillet 2002, après délibéré prorogé. [\*\*][\*\*] APPELANT : Mademoiselle  
Isabelle X... 8 rue Guillaume 92400 Courbevoie représentée par la SCP Castres Colleu &  
Perot, avoués assistée de Me Herrero, avocat Monsieur Emmanuel Y... 8 rue Guillaume  
92400 Courbevoie représenté par la SCP Castres Colleu & Perot, avoués assisté de Me  
Herrero, avocat INTIME : Monsieur le Procureur Général près la Cour d appel de Rennes,  
représenté en la personne de Monsieur Ruellan du Crehu, Substitut Général auquel l'affaire a  
été communiquée et qui a pris des réquisitions. Emmanuel Y... et Isabelle X..., Français  
résidant en France, vivent maritalement depuis le mois de janvier 1993. Atteinte d'une  
malformation congénitale, la jeune femme est stérile quoiqu'elle ait deux ovaires normaux.  
Z... est dans ces conditions qu'en juin 1995, désireux d'avoir un enfant, le couple a souscrit  
sous l'égide du centre de fécondation californien Woman to Woman, un contrat de mère  
porteuse avec Madame Jeffrey B... et son mari ayant pour objet, après fécondation in vitro des  
ovules de Madame X... par le sperme de Monsieur Y..., de transférer les ovules fécondés dans  
l'utérus de la mère porteuse pour qu'elle les porte et les mette au monde moyennant le  
paiement de tous les frais et d'une rémunération de 18 000\$ (outre 2 000 \$ si elle donne  
naissance à des jumeaux) payable au moment de l'abandon physique du

ou des enfants aux futurs parents. Par courrier du 6 novembre 1995 adressé au consulat  
général de France à SAN FRANCISCO les consorts C... avaient demandé à celui-ci de les  
aider à trouver une assurance pour le contrat de mère porteuse en cours. Le consulat avait  
alors attiré leur attention sur les implications que leur projet présentait au regard des autorités  
françaises. Le 29 juillet 1996 sont nées à Modesto, Comté de Stanislaus, Etat de Californie  
(Etats-Unis d'Amérique) Julie et Sarah qui ont été déclarées à l'état civil comme ayant pour  
père Emmanuel Y... et pour mère Isabelle X... Les enfants ont été reconnus à Courbevoie  
(Hauts de Seine) par Emmanuel Y... et Isabelle X... le 4 septembre 1996. Les actes de  
naissance avec mention des reconnaissances ont été transcrits par le consulat général de  
France à San Francisco le 12 mai 1997 après accord de l'autorité de tutelle, le parquet du  
procureur de la République de Nantes, qui a avisé les intéressés qu'ils ne pourraient être  
exploités. Z... est dans ces conditions que, par acte du 25 juin 1997, le procureur de la  
République de Nantes a fait assigner Isabelle X... et Emmanuel Y... pour voir annuler la  
reconnaissance souscrite le 4 septembre 1996 à la mairie de Courbevoie par Isabelle X... et  
ordonner les rectifications des actes de naissance des enfants en toutes les énonciations  
relatives à Isabelle Nathalie X... en sa qualité de mère des enfants. Par jugement du 1er février  
2001 le tribunal de grande instance de Nantes a fait droit à cette demande. Les consorts C...  
ont fait appel de ce jugement. Ils soutiennent en premier lieu que l'action est irrecevable ; Qu'  
en effet l'article 339 du code civil qui dispose que le ministère public peut agir pour contester  
une reconnaissance si des indices tirés des actes eux-mêmes rendent invraisemblable la  
procédure civile,

قرارات القضاء الفرنسي  
بشأن أساليب التلقيح الإصطناعي

filiation déclarée n est pas applicable puisque les actes de naissance ne rendent pas invraisemblable la filiation maternelle et

que l'indice extérieur que constitue la lettre au consulat de France n entre pas dans les prévisions de cet article ; Que le même article qui ouvre également l'action au ministère public lorsque la reconnaissance est effectuée en fraude des règles régissant l'adoption n est pas plus applicable puisque les enfants sont génétiquement ceux de Monsieur Y... et de Madame X... et qu'il n'y a donc pas détournement de l'adoption ; Que l'acte étranger indique que la mère est Madame X... ; qu'en conséquence l'article 47 du code civil qui énonce que "tout acte de l'état civil des Français et des étrangers, fait en pays étranger, fera foi, s'il est rédigé dans les formes usitées dans ledit pays" interdit au ministère public d'agir ; Que le contrat de mère porteuse a été établi et exécuté légalement aux États Unis ; que la reconnaissance en elle-même ne trouble pas l'ordre public ce qui ne permet pas au ministère public d'agir sur le fondement de l'article 423 du nouveau code de procédure civile. Au fond les appelants soutiennent qu'il n'y a pas eu détournement de l'adoption puisqu'ils sont les parents génétiques des enfants qui ont en l'espèce une mère génétique et une mère "biologique" et qu'aucune adoption n'a été sollicitée. Ils estiment que l'esprit de la loi du 29 juillet 1994 sur la procréation médicalement assistée doit s'appliquer par analogie ; que cette loi qui prévoit des sanctions pénales contre les praticiens de la santé qui agissent irrégulièrement ne prévoit aucune sanction civile notamment à l'égard des reconnaissances, ce qui aurait pour effet de nuire gravement aux enfants dont l'intérêt est de poursuivre une vie familiale normale avec leurs deux parents. Ils exposent en outre que l'annulation des reconnaissances est contraire à la convention de New York sur les droits de l'enfant et à la convention européenne des droits de l'homme sur le droit au respect de la vie privée. Ils font valoir que les progrès de la science ne permettent plus de dire que

la mère est celle qui accouche alors que les textes applicables en droit français démontrent que c'est la réalité génétique qui doit être prise en considération. Ils concluent en conséquence, au besoin après l'exécution d'une expertise génétique, à l'infirmité du jugement, au débouté du ministère public et demandent sa condamnation aux dépens et à leur payer la somme de 4 600 euros sur le fondement de l'article 700 du nouveau code de procédure civile. Le procureur général soutient que son action est recevable sur le fondement de l'article 423 du nouveau code de procédure civile qui dispose que le ministère public peut agir pour la défense de l'ordre public à l'occasion des faits qui portent atteinte à celui-ci ; qu'elle l'est aussi par application de l'article 339 du code civil aux termes duquel la reconnaissance peut être contestée par le ministère public si des indices tirés des actes eux-mêmes rendent invraisemblables la filiation déclarée, ce qui est le cas de l'espèce en présence de la lettre adressée au consulat général dès lors que le texte n'opère aucune distinction entre le caractère formel ou matériel des indices exigés ; que ce même texte lui ouvre également l'action lorsque la reconnaissance est effectuée en fraude des règles régissant l'adoption, ce qui est le cas de l'espèce puisque le contrat de mère porteuse comporte de nombreuses références à l'engagement des époux B... d'abandonner les enfants à leur naissance, de renoncer à tous droits parentaux sur eux et de coopérer à toute procédure d'adoption ; qu'incontestablement la reconnaissance a eu pour effet d'éviter l'impossibilité d'adopter pour un couple non marié et d'éviter le refus de l'adoption par les tribunaux en raison de la jurisprudence de la cour de cassation qui considère que la convention par laquelle une femme s'engage à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance constitue un détournement de l'adoption. Au fond il soutient que par application de l'article 16-7

du code civil toute convention portant sur la gestation pour autrui est nulle, ce qui fait échec à l'

قرارات القضاء الفرنسي  
بشأن أساليب التلقيح الإصطناعي

établissement en France de la filiation des enfants envers Madame X... qui ne peut être leur mère au sens du droit français puisqu'elle ne leur a pas donné naissance ; que les consorts C... ont délibérément fait le choix de se rendre en Californie pour permettre la modification des règles d'établissement de la filiation ce qui constitue une fraude qui ne permet pas de laisser se produire en France les effets du droit acquis à l'étranger. Il fait valoir que l'établissement des actes de naissance est une conséquence du contrat nul de mère porteuse et que leur transcription est donc contraire à l'ordre public français ; que l'article 47 du code civil ne vise que la forme des actes et non les informations qui y sont contenues, les faits déclarés à l'officier de l'état civil étranger ne faisant foi que jusqu'à preuve contraire. Il rappelle que la convention de New York sur les droits de l'enfant n'a pas d'application directe en droit interne et soutient que l'article 8 OE 1 de la convention européenne des droits de l'homme qui pose le principe du respect de la vie privée ne saurait faire échec au OE 2 dudit article, son action devant s'analyser comme une mesure nécessaire à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. Il conclut donc que la prohibition de toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui rend indifférent le lien génétique pouvant exister entre les enfants et Madame X... . Il soutient subsidiairement que la preuve d'un établissement régulier de la filiation des enfants à l'égard de Madame X... aux Etats-Unis n'est pas établie. Il demande à la cour de confirmer le jugement. SUR CE Sur la recevabilité de l'action Considérant que l'article 339 du code civil dispose que la reconnaissance peut être contestée par le ministère public si des indices tirés des actes eux-mêmes rendent

invraisemblable la filiation déclarée ; que l'indice doit résulter des énonciations de l'acte lui-même et non d'un élément extrinsèque à l'acte, en l'espèce la lettre adressée par les consorts C... au consulat le 6 novembre 1995 ; que c'est à juste titre que le premier juge n'a pas retenu ce fondement pour déclarer l'action du procureur de la République recevable ; Considérant que l'article 423 du nouveau code de procédure civile énonce que le ministère public peut agir pour la défense de l'ordre public à l'occasion des faits que portent atteinte à celui-ci ; Que le ministère public argue de la nullité d'ordre public du contrat de mère porteuse et en tire la conséquence que les énonciations figurant sur la transcription des actes de naissance américains qui font apparaître Isabelle X... comme la mère des enfants doivent être annulées ainsi que la reconnaissance maternelle ; Que son action est donc recevable sur ce fondement ; Considérant que l'article 47 du code civil qui dispose que tout acte de l'état civil des Français et des étrangers, fait en pays étranger, fera foi, s'il est rédigé dans les formes usitées dans ledit pays ne fait pas obstacle à l'action du ministère public puisqu'il vise l'acte instrumentaire lui-même qui fait foi de ses seules constatations matérielles mais ne concerne nullement les questions d'état ; Au fond Considérant que la loi française ne donne pas une définition de la mère tout comme elle ne dit pas que le mariage est l'union d'un homme et d'une femme tant ces notions sont inscrites dans les mentalités depuis des siècles ; que l'adage latin "mater semper certa est" qui signifie que la mère est celle qui a accouché de l'enfant trouve application en France même si ce principe est atténué par la possibilité d'accoucher anonymement et par l'obligation qu'a le plus souvent la mère naturelle de reconnaître son enfant ; qu'il est donc patent qu'en droit français la mère est celle qui porte l'enfant et lui donne la vie en le mettant au monde ;

qu'en conséquence la réalité génétique seule ne crée pas la filiation maternelle ; Considérant que la nullité du contrat de mère porteuse n'est pas discutée au regard des articles 16-7 et 16-9 du code civil tels qu'ils résultent de la loi du 29 juillet 1994 qui disposent que toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle d'une nullité d'ordre public ; Considérant qu'en se rendant en Californie pour y souscrire

قرارات القضاء الفرنسي  
بشأن أساليب التلقيح الإصطناعي

sciemment, en violation de la loi française, une convention sur la gestation tendant à l'abandon du ou des enfants par leur mère aux fins de se voir désignés par l'état civil comme père et mère des enfants, issus des opérations et de l'exécution du contrat, pour ensuite les reconnaître en France, les consorts C... ont violé les principes de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, ce processus constituant un détournement des règles de la filiation maternelle et ayant pour objet d'éviter de procéder à une adoption prohibée, cette institution n'ayant pas pour finalité de créer des enfants abandonnés mais de donner une famille à des enfants qui n'en ont pas ; Considérant enfin que certaines procréations médicalement assistées par don de sperme, d'ovules ou accueil d'embryon sont admises par la loi et sont strictement encadrées ; que l'irrégularité de leur réalisation ne les atteint pas d'une nullité d'ordre public et ne fait donc l'objet d'aucune sanction civile ; qu'en revanche une convention prévoyant un mode de procréation interdit par la loi tant du fait de la gestation pour autrui que de son caractère onéreux est affectée d'une nullité d'ordre public ; que ces deux types de procréation médicalement assistée ne peuvent donc être comparés ce qui exclut de retenir le raisonnement par analogie demandé par les appelants ; Considérant que le droit au respect de la vie privée et familiale conduit en premier lieu à ne pas admettre l'incitation à l'abandon d'un enfant par sa mère moyennant finances

et l'usage du corps d'autrui pour satisfaire un désir personnel, en l'espèce le désir d'enfant en contradiction avec le principe fondamental de l'indisponibilité du corps humain ; que c'est donc à juste titre que le ministère public soutient que son action est une mesure nécessaire à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé et de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ; Considérant en conséquence que c'est à bon droit que le premier juge a accueilli les demandes du ministère public ; PAR CES MOTIFS Statuant publiquement et contradictoirement après débats en chambre du conseil, Confirme le jugement. Laisse les dépens à la charge des appelants. LE GREFFIER LE PRESIDENT

---

Titrages et résumés MINISTERE PUBLIC - Appel - Recevabilité - Atteinte à l'ordre public

Conformément à l'article 423 du nouveau Code de procédure civile, le ministère public peut agir pour la défense de l'ordre public à l'occasion des faits portant atteinte à celui-ci. Ainsi l'action du ministère public tendant à voir prononcer la nullité d'un contrat de mère porteuse est-elle recevable, toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui étant nulle d'une nullité d'ordre public au regard de la loi française

ETAT CIVIL Acte de l'état civil - Actes dressés à l'étranger - Exécution en France - Condition  
- /

Un acte de naissance établi dans un pays étranger en exécution d'une décision d'adoption prononcée par une juridiction de ce pays est indissociable de celle-ci, dont l'efficacité, même si elle existe de plein droit, reste toujours subordonnée à sa propre régularité internationale. Ainsi la nullité d'ordre public d'un contrat de mère porteuse va-t-elle entraîner l'annulation des

قرارات القضاء الفرنسي  
بشأن أساليب التلقيح الإصطناعي

Cour de Cassation

Chambre civile 1

Audience publique du 29 juin 1994

Cassation sans renvoi.

N° de pourvoi : 92-13563

Publié au bulletin

Président : M. Grégoire, conseiller doyen faisant fonction. .

Rapporteur : M. Gélinau-Larrivet.

Avocat général : Mme Le Foyer de Costil.

Avocats : la SCP de Chaisemartin et Courjon, M. Vuitton.

**REPUBLIQUE FRANCAISE  
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

Sur le moyen unique :

Vu les articles 6 et 1128 du Code civil, ensemble les articles 353 et 361 du même Code ;

Attendu que la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes ;

Attendu que Mme Y..., alors épouse de M. X..., étant atteinte de stérilité, son mari a donné son sperme à Mme Z... qui, inséminée artificiellement, a porté et mis au monde l'enfant ainsi conçu ; qu'à sa naissance, le 17 novembre 1985, cette enfant, prénommée Solène, a été déclarée comme étant née de Mme Z... ; qu'elle a été ensuite successivement reconnue par celle-ci, puis par M. X... ; que Mme Z..., qui avait aussitôt remis l'enfant aux époux X..., a, le 16 juin 1986, donné son consentement à l'adoption plénière de la jeune Solène par ceux-ci ; que, toutefois, M. X... ne s'est pas associé à cette procédure et Mme Y... ayant quitté le domicile conjugal en emmenant l'enfant, a formé une action en divorce ; qu'après avoir déposé une requête en adoption plénière, Mme Y... a assigné son mari devant le tribunal de grande instance, qui a accueilli sa demande ; que la cour d'appel, statuant

Traites cités : Articles 16-7, 16-9 du Code civil et 423 du nouveau Code de procédure civile  
Convention de New York du 26 janvier 1990

Un acte de naissance établi dans un pays étranger en exécution d'une décision d'adoption prononcée par une juridiction de ce pays est indissociable de celle-ci, dont l'efficacité, même si elle existe de plein droit, reste toujours subordonnée à sa propre régularité internationale. Ainsi la nullité d'ordre public d'un contrat de mère porteuse va-t-elle entraîner l'annulation des

قرارات القضاء الفرنسي  
بشأن أساليب التلقيح الإصطناعي

Cour de Cassation

Chambre civile 1

Audience publique du 29 juin 1994

Cassation sans renvoi.

N° de pourvoi : 92-13563

Publié au bulletin

Président : M. Grégoire, conseiller doyen faisant fonction.

Rapporteur : M. Gélineau-Larrivet.

Avocat général : Mme Le Foyer de Costil.

Avocats : la SCP de Chaisemartin et Courjon, M. Vuitton.

REPUBLIQUE FRANCAISE  
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Sur le moyen unique :

Vu les articles 6 et 1128 du Code civil, ensemble les articles 353 et 361 du même Code ;

Attendu que la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes ;

Attendu que Mme Y..., alors épouse de M. X..., étant atteinte de stérilité, son mari a donné son sperme à Mme Z... qui, inséminée artificiellement, a porté et mis au monde l'enfant ainsi conçu ; qu'à sa naissance, le 17 novembre 1985, cette enfant, prénommée Solène, a été déclarée comme étant née de Mme Z... ; qu'elle a été ensuite successivement reconnue par celle-ci, puis par M. X... ; que Mme Z..., qui avait aussitôt remis l'enfant aux époux X..., a, le 16 juin 1986, donné son consentement à l'adoption plénière de la jeune Solène par ceux-ci ; que, toutefois, M. X... ne s'est pas associé à cette procédure et Mme Y... ayant quitté le domicile conjugal en emmenant l'enfant, a formé une action en divorce ; qu'après avoir déposé une requête en adoption plénière, Mme Y... a assigné son mari devant le tribunal de grande instance, qui a accueilli sa demande ; que la cour d'appel, statuant

## قرارات القضاء الفرنسي بشأن أساليب التلقيح الإصطناعي

après le divorce des époux X..., a infirmé partiellement cette décision et prononcé l'adoption simple de l'enfant par Mme Y... ;

Attendu que pour se prononcer ainsi, l'arrêt attaqué retient qu'il est du devoir de la société de protéger l'enfant contre les erreurs des adultes et que l'adoption est conforme à l'intérêt de la jeune Solène, qui vit depuis sa naissance auprès de Mme Y... ; qu'il ajoute que la solution contraire priverait injustement cette dernière de tout droit sur l'enfant alors que M. X... pourrait exercer ses droits de père naturel ;

Attendu qu'en se déterminant ainsi, alors que cette adoption n'était que l'ultime phase d'un processus d'ensemble destiné à permettre à un couple l'accueil à son foyer d'un enfant, conçu en exécution d'un contrat tendant à l'abandon à sa naissance par sa mère, et que, portant atteinte aux principes de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, ce processus constituait un détournement de l'institution de l'adoption, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Et attendu qu'il y a lieu, conformément à l'article 627, alinéa 2, du nouveau Code de procédure civile, de mettre fin au litige en appliquant la règle de droit appropriée ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 22 janvier 1992, entre les parties, par la cour d'appel de Poitiers ;

DIT n'y avoir lieu à renvoi ;

REJETTE la demande de Mme Y... tendant à l'adoption de l'enfant Solène Z...

Publication : Bulletin 1994 I N° 226 p. 165

Les Petites Affiches, 1995-03-22, n° 35, p. 23, note J. Massip. Dalloz, 1994, n° 42, p. 581, note Y.

Chartier. Semaine juridique, 19954, n° 2, p. 15, note J. Rubellin-Devichi.

Décision attaquée : Cour d'appel de Poitiers, 1992-01-22

Titrages et résumés CONTRATS ET OBLIGATIONS - Nullité - Atteinte à l'ordre public - Maternité pour autrui - Contrat tendant à l'abandon d'un enfant - Contrat à titre gratuit - Absence d'influence .

La convention, par laquelle une femme s'engage, fut-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes.

Dès lors, encourt la cassation l'arrêt qui, pour prononcer l'adoption simple d'un enfant, retient d'abord qu'il est du devoir de la société de protéger l'enfant contre les erreurs des adultes et que l'adoption est conforme à l'intérêt de l'enfant qui vit depuis sa naissance auprès de l'adoptante, ensuite qu'il serait injuste de priver cette dernière de tout droit sur l'enfant tandis que son ancien mari pourrait exercer ses droits de père naturel, alors que cette adoption n'était que l'ultime phase d'un processus d'ensemble qui, destiné à permettre à un couple l'accueil à son foyer d'un enfant, conçu en exécution d'un contrat tendant à l'abandon à sa naissance par sa mère, constituait un détournement de l'institution de l'adoption.

CONTRATS ET OBLIGATIONS - Objet - Chose dans le commerce - Corps humain (non)

FILIATION ADOPTIVE - Adoption simple - Maternité pour autrui - Adoption de l'enfant du père par l'épouse - Détournement de l'institution

FRAUDE - Fraude à la loi - Filiation adoptive - Adoption simple - Maternité pour autrui - Adoption de l'enfant du père par l'épouse - Détournement de l'institution

CONTRATS ET OBLIGATIONS - Nullité - Atteinte à l'ordre public - Maternité pour autrui - Atteinte au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes

Précédents jurisprudentiels : A RAPPROCHER : Assemblée plénière, 1991-05-31, Bulletin 1991, Ass.

قرارات القضاء الفرنسي  
بشأن أساليب التلقيح الإصطناعي

Cour de Cassation

Chambre civile 1

Audience publique du 9 janvier 1996

Annulation partielle sans renvoi.

N° de pourvoi : 94-15998

Publié au bulletin

Président : M. Lemontey .

Rapporteur : M. Grégoire.

Avocat général : Mme Le Foyer de Costil.

Avocats : MM. Vuitton, Le Prado.

REPUBLIQUE FRANCAISE  
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Attendu, selon les énonciations des juges du fond, que l'union de Mme X... et de Y..., mariés en 1977, s'étant révélée stérile, les médecins du centre hospitalier régional de la Grave ont procédé, à partir de 1984, à sept tentatives de fécondation in vitro ; qu'à l'occasion de la deuxième les époux Y... ont signé un document dans lequel ils énonçaient que le transfert des embryons ne pourra être réalisé qu'en présence de chacun d'eux et que, en cas de dissolution du couple, les embryons seraient détruits ; qu'après avoir obtenu quatre embryons, les médecins du CHR ont implanté deux d'entre eux ; que cette tentative ayant échoué, et son mari étant décédé accidentellement le 10 décembre 1990, Mme Y... a vainement demandé au CHR de procéder à l'implantation des embryons congelés restants ; qu'elle a saisi le tribunal de grande instance pour faire juger que les embryons seraient implantés par les médecins du service de gynécologie obstétrique qui la soignaient habituellement ou, en cas de refus de ces praticiens, seraient mis à sa disposition ; que l'arrêt confirmatif attaqué (Toulouse, 18 avril 1994) a rejeté cette demande et ordonné la destruction des embryons congelés ;

Sur le premier moyen, pris en ses deux branches

Attendu que Mme Y... fait grief à l'arrêt attaqué de l'avoir déboutée de sa demande d'implantation des embryons, alors, selon le moyen, d'une part, que l'article 1er de la loi du 17 janvier 1975 garantit le respect de l'être humain dès le commencement de la vie et précise qu'il ne peut y être porté atteinte qu'en cas de nécessité, celle-ci devant s'apprécier à raison de la situation de détresse de la femme ; qu'en faisant obstacle à ce que Mme Y... poursuive sa grossesse, voulue par les deux époux de leur vivant, la cour d'appel n'a pas tenu compte de la volonté de l'intéressée ; et alors, d'autre part, qu'il ressortait des éléments du débat, et notamment de l'exposé des faits des premiers juges, que le recours à l'assistance médicale à la procréation était causé par la stérilité de Mme Y... ; qu'en énonçant, néanmoins, que la démarche des époux Y... était causée par la stérilité de leur couple et que ce couple s'étant trouvé dissous, la cause avait disparu, alors que Mme Y..., membre stérile du couple, était toujours en vie, la cour d'appel a violé l'article 1131 du Code civil ;

Mais attendu que la loi du 17 janvier 1975, relative à l'interruption volontaire de la grossesse n'est pas applicable dans le cas du refus de l'implantation d'embryons, un tel acte ayant seulement pour effet, si l'opération réussit, de permettre une grossesse .

Et attendu que, avant même l'entrée en vigueur de l'article L. 152-2 du Code de la santé publique issu de la loi du 29 juillet 1994, l'assistance médicale à la procréation ne pouvait avoir pour but légitime que de donner naissance à un enfant au sein d'une famille constituée, ce qui exclut le recours à un processus de fécondation in vitro ou sa poursuite lorsque le couple qui devait accueillir l'enfant a été dissous par la mort du mari avant que l'implantation des embryons, dernière étape de ce processus,

## قرارات القضاء الفرنسي بشأن أساليب التلقيح الإصطناعي

ait été réalisée ; qu'ayant constaté que Albino Y... était décédé après l'échec de la tentative d'implantation effectuée le 12 octobre 1990, et avant que les embryons restants aient pu être utilisés, la cour d'appel a exactement décidé que la demande de Mme Y..., contraire à l'engagement qu'elle avait d'ailleurs pris, devait être rejetée ; d'où il suit qu'en aucune de ses branches le moyen ne peut être accueilli ;

Mais sur le troisième moyen, pris en ses deux branches :

Vu l'article 9 de la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 ;

Attendu qu'il résulte de ce texte que les embryons existant à la date de promulgation de la loi, qui satisfont aux règles de sécurité sanitaire en vigueur au jour de leur transfert, pourront être confiés à un couple remplissant les conditions prévues à l'article L. 152-5 du Code de la santé publique, et que si leur accueil est impossible, et si la durée de leur conservation est au moins égale à 5 ans, il est mis fin à cette conservation ;

Attendu que ce texte rend caduque la mesure ordonnée par la cour d'appel, dont l'arrêt doit être annulé de ce chef, sans qu'il y ait lieu à renvoi ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le deuxième moyen ;

ANNULE mais seulement en ce qu'il a ordonné la destruction des deux embryons congelés, l'arrêt rendu le 18 avril 1994, entre les parties, par la cour d'appel de Toulouse ;

DIT n'y avoir lieu à renvoi ;

DIT qu'il sera mis fin à la conservation des embryons dans les conditions prévues à l'article 9 de la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994.

Publication : Bulletin 1996 I N° 21 p. 13

Semaine Juridique, Edition notariale et immobilière, 1996-1 i.-08, n° 44/45, p. 1560, note C.

NEIRINCK. Semaine Juridique, 1996-07-03, n° 27, p. 289, note C. NEIRINCK. Revue de droit sanitaire et social, 1996-09, n° 3, p. 623, note A. TERRASSON DE FOUGERES. Les Petites Affiches, 1996-04-03, n° 41, p. 11, note J. MASSIP. Les Petites Affiches, 1996-05-15, n° 59, p. 15, note D. VIGNEAU. Dalloz, 1996-07-18, n° 27, p. 376, note F. DREIFUSS-NETTER.

Décision attaquée : Cour d'appel de Toulouse, 1994-04-18

Titrages et résumés 1° FILIATION (règles générales) - Maternité - Assistance médicale à la procréation - Fécondation in vitro - Refus d'implantation d'embryons - Loi du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse - Application (non).

1° La loi du 17 janvier 1975, relative à l'interruption volontaire de grossesse, n'est pas applicable dans le cas du refus de l'implantation d'embryons, un tel acte ayant seulement pour effet, si l'opération réussit, de permettre une grossesse.

1° SANTE PUBLIQUE - Assistance médicale à la procréation - Fécondation in vitro - Refus d'implantation d'embryons - Loi du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse - Application (non)

2° SANTE PUBLIQUE - Assistance médicale à la procréation - Fécondation in vitro - Conditions - Existence d'une famille constituée - Portée.

2° Avant même l'entrée en vigueur de l'article L. 152-2 du Code de la santé publique issu de la loi du 29 juillet 1994, l'assistance médicale à la procréation ne pouvait avoir pour but légitime que de donner naissance à un enfant au sein d'une famille constituée, ce qui exclut le recours à un processus de fécondation in vitro et sa poursuite, dès lors que le couple qui devait accueillir l'enfant a été dissous

قرارات القضاء الفرنسي  
بشأن أساليب التلقيح الإصطناعي

par la mort du mari avant que l'implantation des embryons, dernière étape de ce processus, ait été réalisée.

3° SANTE PUBLIQUE - Assistance médicale à la procréation - Fécondation in vitro - Embryons - Article 9 de la loi du 29 juillet 1994 - Embryons préexistants à la date de promulgation de la loi - Destination.

3° Il résulte de l'article 9 de la loi du 29 juillet 1994, que les embryons existant à la date de promulgation de la loi, qui satisfont aux règles de sécurité sanitaire en vigueur au jour de leur transfert, pourront être confiés à un couple remplissant les conditions prévues à l'article L. 152-5 du Code de la santé publique, et que si leur accueil est impossible, et si la durée de leur conservation est au moins égale à 5 ans, il est mis fin à cette conservation.

قرارات القضاء الفرنسي  
بشأن أساليب التلقيح الإصطناعي

AUGIERIAUX. Revue trimestrielle de droit civil, juin 1990, n° 2, p. 254, note J. RUBELLIN-DEVICHI.

**Baseson attaquée.** Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 1988-04-29

**Titres et résumés** 1°

ASSOCIATION - Dissolution - Cause - Activité illicite - Enfant à naître - Convention avec la mère -  
Convention portant atteinte à l'indisponibilité des personnes

1° Est nulle, en raison de l'illicéité de son objet, l'association qui a pour objet de faciliter la solution des problèmes qui se posent aux couples, dont la femme est stérile, désireux d'accueillir un enfant à leur foyer et aux " mères porteuses " volontaires, dès lors que, d'une part, cette association favorise la conclusion et l'exécution de conventions qui, fussent-elles verbales, portent tout à la fois sur la mise à la disposition des demandeurs des fonctions reproductrices de la mère et sur l'enfant à naître et sont donc nulles en application de l'article 1128 du Code civil ; que d'autre part de telles conventions contrevenant au principe d'ordre public de l'indisponibilité de l'état des personnes en ce qu'elles ont pour but de faire venir au monde un enfant dont l'état ne correspondra pas à sa filiation réelle au moyen d'une renonciation et d'une cession, également prohibées, des droits reconnus par la loi à la future mère ; qu'enfin, l'activité de l'association, qui tend délibérément à créer une situation d'abandon, aboutit à détourner l'institution de l'adoption de son véritable objet qui est, en principe, de donner une famille à un enfant qui en est dépourvu.

1°

ASSOCIATION - Dissolution - Cause - Activité illicite - Enfant à naître - Convention avec la mère -  
Convention tendant à conférer à l'enfant un état différent de sa filiation réelle

ASSOCIATION - Objet - Objet illicite - Atteinte au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes

1°

ASSOCIATION - Objet - Objet illicite - Association détournant l'adoption de son véritable objet

1°

ASSOCIATION - Dissolution - Cause - Activité illicite - Détournement de l'adoption de son véritable objet

2°

FILIATION (règles générales) - Maternité - Maternité pour autrui - Association la promouvant -  
Caractère illicite - Portée - Instauration d'une discrimination fondée sur la naissance (non)

2° La reconnaissance du caractère illicite de la maternité pour autrui et des associations qui s'efforcent de la promouvoir, qui se déduit des principes généraux du Code civil et de règles qui sont communes à toutes les filiations, n'est pas de nature à instaurer une discrimination fondée sur la naissance.

قرارات القضاء الفرنسي  
بشأن أساليب التلقيح الإصطناعي

*Decision attaquée* Cour d'appel de Bordeaux, 1992-04-22

*Titres et résumés* AUTORITE PARENTALE - Exercice - Enfant naturel - Exercice par le père -  
Demande du père - Absence de contestation de la reconnaissance par le père - Obligation pour le  
juge de statuer .

La reconnaissance d'un enfant naturel par un père n'ayant pas été contestée, une cour d'appel est  
tenue de statuer sur la demande d'exercice de l'autorité parentale formée par ce père, conformément  
à l'article 734 du Code civil.

FILIATION NATURELLE - Reconnaissance - Reconnaissance par le père - Absence de contestation -  
Autorité parentale - Demande d'exercice par le père - Obligation pour le juge de statuer  
AUTORITE PARENTALE - Exercice - Enfant naturel - Action en modification - Demande du père -  
Contrariété à l'ordre public prétendue par la défense - Parents homosexuels - Insémination artificielle

قرارات القضاء الفرنسي  
بشأن أساليب التلقيح الإصطناعي

Cour de Cassation

Chambre civile 1

Audience publique du 10 juillet 1990

Rejet.

N° de pourvoi : 88-15105

Publié au bulletin

Président : M. Camille Bernard, conseiller doyen faisant fonction

Rapporteur : M. Massip

Avocat général : Mme Flipo

Avocats : la SCP Le Prado, la SCP Le Bret et Laugier

**REPUBLIQUE FRANCAISE**  
**AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

Sur les deux moyens réunis :

Attendu que M. X..., qui vivait en concubinage avec Mme Y..., a donné son accord à l'insémination artificielle de celle-ci par un donneur anonyme ; qu'une fille, Emilie, est née de cette insémination artificielle le 29 juillet 1983 et a été reconnue, dès avant sa naissance, par M. X... et Mme Y... ; qu'en 1985 M. X... a saisi le tribunal de grande instance d'une action tendant à l'annulation de cette reconnaissance en raison de son caractère mensonger ; que l'arrêt confirmatif attaqué (Toulouse, 21 septembre 1987), après avoir annulé la reconnaissance souscrite par M. X..., l'a condamné à payer à l'enfant une somme de 100 000 francs à titre de dommages-intérêts, au motif essentiel que la procréation artificielle entre concubins avait une cause et un objet illicites, de sorte que la convention passée par eux à ce sujet était nulle et en outre fautive au regard de l'enfant à naître ;

Attendu qu'en un premier moyen M. X... fait grief à la cour d'appel d'avoir ainsi statué, alors que l'acceptation par un concubin de l'insémination artificielle hétérologue de sa compagne n'est pas nécessairement fautive ; qu'en un second moyen il reproche à l'arrêt attaqué, d'une part, d'avoir reconnu les termes du litige en accordant à l'enfant des dommages-intérêts pour le prétendu préjudice résultant de sa naissance, rendue possible par l'insémination artificielle, alors qu'il avait été demandé des dommages-intérêts en raison de l'annulation de la reconnaissance privant l'enfant de filiation paternelle ; d'autre part, de n'avoir pas caractérisé le lien de causalité entre la faute retenue et le préjudice subi par l'enfant, qui ne peut résulter que de l'annulation de la reconnaissance ;

قرارات القضاء الفرنسي  
بشأن أساليب التلقيح الإصطناعي

ASSOCIATION - Côte - Promotion de la maternité pour autrui - Caractère illicite - Portée -  
: Juration d'une discrimination fondée sur la naissance (non)

CONVENTIONS INTERNATIONALES - Pacte de New York - Article 23 - Droit de fonder une famille -  
Etendue - Convention avec un tiers sur le sort d'un enfant à naître (non)

Le droit de se marier et de fonder une famille, reconnu par l'article 12 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 et par l'article 23 du pacte international de New York relatif aux droits civils et politiques du 19 décembre 1966 à l'homme et à la femme en âge nubile, n'implique pas le droit de conclure avec un tiers des conventions portant sur le sort d'un enfant à naître.

CONVENTION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME - Interprétation - Article 12 - Droit de fonder une famille - Convention avec un tiers sur le sort d'un enfant à naître (non)

PROTECTION DES DROITS DE LA PERSONNE - Liberté individuelle - Droit de fonder une famille -  
Etendue - Convention avec un tiers sur le sort d'un enfant à naître (non)

قرارات القضاء الفرنسي  
بشأن أساليب التلقيح الإصطناعي

Précédents jurisprudentiels :

A RAPPROCHER : (1°). Conseil d'Etat, 1988-01-22 (Association " Les Cigognes "), Recueil Lebon 1988, p. 37.

Codes cités : Code civil 1128

Lois citées : Loi 1901-07-01 art. 3, art. 7.

Cour de Cassation

Chambre criminelle

Audience publique du 15 octobre 2002

Rejet

N° de pourvoi : 02-85608

Inédit

Président : M. COTTE

**REPUBLIQUE FRANCAISE  
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE CRIMINELLE, en son audience publique tenue au Palais de Justice à PARIS, le quinze octobre deux mille deux, a rendu l'arrêt suivant :

Sur le rapport de Mme le conseiller référendaire BEAUDONNET, et les observations de Me BOUTHORS, avocat en la Cour ;

## 91الملحق رقم

نسخة من حكم محكمة تولوز، الغرفة الأولى، في 11 ماي 1993



نسخة من حكم محكمة تولوز الغرفة الأولى

في 11 ماي 1993

JUGEMENT N° 358  
du 11 MAI 1993

1ERE CHAMBRE

N° de rôle 10- 92 8382  
10- 92 8598

TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE DE TOULOUSE

JUGEMENT

APPEL

Le Tribunal de Grande Instance de TOULOUSE en son audience  
de la Chambre Civile tenue : PAR LA PREMIERE CHAMBRE  
L'An Mil Neuf Cent Quatre Vingt Treize  
Et le Onze Mai

DEMANDEUR :

- Mme DOMINGUES

Statuant publiquement, en premier ressort a prononcé le  
jugement contradictoire suivant, après débats le 5 Avril  
1993 devant

DEFENDEUR :

- CENTRE HOSPITALIER  
REGIONAL DE LA GRAVE  
- M. et Mme PIRES Félisberto  
- M. PIRES Alcides  
- Mme DACUNHA née PIRES  
- Mlle PIRES Maria  
- Madame FERRERA née  
PIRES  
- M. PIRES José  
- M. PIRES Mario

Monsieur FOULON, Président,  
Monsieur BOYER, Premier Vice-Président,  
Monsieur COLENO, Vice-Président,  
Madame GIROT, Vice-Président,  
Madame BOYER CAMPOURCY, Vice-Président

assistés de Melle ANDRIEU, Premier Greffier  
En présence de Monsieur ROBIN, Procureur de la Répu-  
blique Adjoint.

Monsieur FOULON, entendu en la lecture de son  
rapport.

Les Magistrats présents aux débats en ayant  
délégué :

Dans l'affaire qui a fait l'objet

de l'assignation en date des 18 NOVEMBRE 1992, 22 et 24 DECEMBRE  
1992

et de l'ordonnance de clôture en date du 2 AVRIL 1993

et qui oppose :

- Madame Maria Arminda DOMINGUES veuve PIRES,  
née le 28 Juillet 1954 à VILAR BOTICAS  
(Portugal), demeurant  
16, rue Galinier  
81200 MAZANET

Maitre Bruno LABADIE, Avocat Plaidant au  
MAZANET

Maitre M.C. MOHSEUR, Avocat Postulant

A :

- CENTRE HOSPITALIER REGIONAL DE LA GRAVE,  
Place Lange  
31052 TOULOUSE

SCP - CARRIOL - DUPEYRON - RUIS, Avocats

نسخة من حكم محكمة تولوز الغرفة الأولى

في 11 ماي 1993

APPELES EN CAUSE PAR Madame Maria DOMINGUES :

- Monsieur et Madame Felisberto PIRES,  
(parents du défunt), demeurant  
JARDEY Cédex 8571 VILLERBON  
41000 BLOIS.
  - Monsieur Alcidès PIRES, (Frère du défunt),  
demeurant  
167, boulevard Haussmann  
75008-PARIS.
  - Madame Conceição DACUNHA née PIRES, Soeur  
du défunt), demeurant  
Chemin des Bruyères  
71850 CHARNAY LES MACON
  - Mademoiselle Maria PIRES, (Soeur du défunt),  
demeurant  
6, rue de Miromesnil  
75008 PARIS
  - Madame Gracinda FERRERA née PIRES, (Soeur du  
défunt), demeurant  
Cédex 8571 VILLERBON  
41000 BLOIS.
  - Monsieur José PIRES, (Frère du défunt),  
demeurant  
548, rue des Groix  
45130 BAULE
  - Monsieur Mario PIRES, (Frère du défunt),  
demeurant  
28, rue Roland-d'Orgelès  
41000 BLOIS
- Maître Marc BARTHET, Avocat

نسخة من حكم محكمة تولوز الغرفة الأولى

في 11 ماي 1993

14. - que ce document qui prévoit la destruction d'une personne potentielle est nul,
15. - que le refus d'implantation ou tout au moins le refus de restitution constitue une " atteinte fondamentale aux droits de toute personne humaine ",
16. - que le " droit à la maternité est une liberté fondamentale appartenant à la femme exclusivement ",
17. - que la fécondation, phase essentielle, est intervenue, alors que les 2 parents étaient vivants,
18. - que la famille monoparentale, est aujourd'hui très fréquente ,
19. - que l'embryon n'est pas une "chose que l'on recueille dans un cadre successoral ; alors que les frères et soeurs dans la loi portugaise ne sont pas les héritiers ",

Elle conclut :

20. - à la compétence du tribunal de grande instance,
21. - au défaut du droit d'agir des père, mère, frères et soeurs de Albino PIRES,
22. - à être autorisée :  
- à se faire implanter les embryons congelés;

Elle demande :

- que les médecins précisent s'ils acceptent de pratiquer ladite implantation, et dans la négative,
23. - que ces embryons lui soient remis :
24. - la distraction des dépens .

Prétentions et moyens du Centre Hospitalier Régional de la GRAVE .

25. - le C.H.R. de la GRAVE soulève in limine litis l'incompétence du T.G.I au profit de la juridiction administrative puisque :  
- le C.H.R est un établissement public,
26. - les médecins exerçant dans cet hôpital sont des fonctionnaires,
27. - l'acte visé au § 3 est un acte administratif,
28. - il n'y a ni
29. - la liberté individuelle invoquée n'est pas de celle qu'entraîne la compétence judiciaire,
30. - l'a. L.209-22 du Code de la Santé Publique est inapplicable à de simples soins,
31. Il ajoute qu'en l'absence de texte concernant les embryons il y a lieu de se référer à l'accord visé au § 3, qui est parfaitement clair et valable.

نسخة من حكم محكمة تولوز الغرفة الأولى

في 11 ماي 1993

32. Il rapporte l'avis sur la question du Comité National d'éthique, et précise que le Comité d'éthique Toulousain, a en suivant les principes dégagés par le Comité National, justement donné un avis défavorable à l'implantation réclamée.

33. Constatant que tous les médecins du Service de la GRAVE refuseront de pratiquer l'implantation, il indique, à titre subsidiaire, que Maria PIRES aura la charge de trouver un centre agréé qui accepte.

34. Il conclut au débouté de Maria PIRES et demande la distraction des dépens à son profit.

Prétentions et moyens des Consorts PIRES .

35. Les consorts PIRES soutiennent :  
- n'avoir jamais écrit au Centre Hospitalier Régional de la GRAVE pour s'opposer à l'implantation,

36. - qu'en raison du vide juridique, ce ne sont pas les seules considérations personnelles de Maria PIRES qui doivent être prises en compte pour apporter une réponse à la question posée.

37. - que le contrat visé au § 3 interdit à Maria PIRES d'obtenir gain de cause,

38. - que l'implantation réclamée n'est pas la seule façon d'avoir un enfant,

39. - que l'embryon ne peut appartenir à Maria PIRES.

40. Ils formulent de nombreuses interrogations et apportent des réponses qui vont toutes à l'encontre de la demande de Maria PIRES.  
Ils concluent au débouté de Maria PIRES et à sa condamnation aux dépens.

Conclusions du Ministère Public .

41. - Le Ministère Public que la juridiction judiciaire est compétente puisque :

- la revendication de procréation touche aux droits de la personne,

42. - ce litige a trait à la sauvegarde d liberté individuelle fondamentale.

Il ajoute :

- que la convention était licite même s'il ne peut s'agir d'un contrat à strictement parler,

43. - que la volonté de Albino PIRES a été clairement exprimée,

44. - que l'embryon ne peut avoir le statut juridique d'un être vivant,

45. - que le projet d'a. L. 671-2 du Code de la Santé Publique suppose que les 2 membres du couple soient vivants, au moment du transfert des oeufs humains fécondés,

46. - que la Convention dite de NEW YORK consacre la prééminence de la cellule familiale au niveau de l'ordre public international, et le droit de l'enfant de connaître ses parents et d'être élevé par eux,

47. Il conclut au débouté de Maria PIRES.

parfaitement clair et valable.

نسخة من حكم محكمة تولوز الغرفة الأولى

في 11 ماي 1993

56. Qu'en effet il ne peut y avoir d'objection à utiliser la science médicale, lorsque celle-ci se borne à imiter la procréation naturelle, à condition bien entendu qu'un consentement libre et éclairé soit donné par le mari et la femme consentement vis à vis du médecin, mais aussi consentement vis à vis de son conjoint ; que tel était l'objet de la première partie du document, visé au § 3 ci-dessus ;

57. Attendu que la procréation naturelle susvisée, suppose la participation de deux personnes qui l'acceptent et ne peut dépendre de la volonté d'un seul ; qu'il ne peut donc en premier lieu exister un prétendu "droit à la maternité" ou "droit à l'enfant" au sens où la demanderesse emploie ces expressions ;

Qu'en second lieu l'intervention de la science, qui a ici, pour seul objectif de remédier au fonctionnement défectueux du corps, ne peut avoir pour but ou pour effet de pallier la carence d'une des volontés parentales dans l'acte de procréation ;

58. Que ce consentement forcément donné d'une façon unique, et globale dans la procréation naturelle, doit être renouvelé pour l'implantation de l'embryon, à partir du moment où la technique dissocie la fécondation de la gestation ;

59. Attendu que le désir de l'homme d'avoir une emprise sur le temps qui suit sa mort, est légitime, et juridiquement protégé lorsqu'il s'agit de son corps ou de ses biens ;/qu'il en est tout autrement dans les implantations post mortem où une telle volonté constituerait une entreprise d'immortalité contraire à l'ordre public, et aux règles fondamentales de la transmission de la vie

60. Que même si elle était établie, la volonté de Albino PIRES n'aurait aucun effet ; que la clause exigeant la présence des deux époux pour opérer le transfert de l'embryon (cf § 4) est évidemment conforme avec cette règle d'ordre public, et marque au demeurant la volonté de l'intéressé de ne procréer que de son vivant ;

61. Qu'il y a donc lieu de débouter Maria PIRES de sa demande d'implantation, et par voie de conséquence de sa demande de restitution des embryons ;

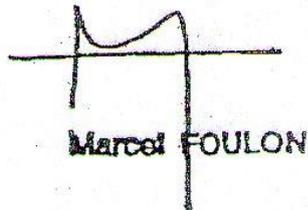
PAR CES MOTIFS

62. se déclare compétent

63. déboute Maria PIRES de ses demandes

64. la condamne aux dépens dont distraction au profit des défendeurs.

*Audue*

  
Marcel FOULON

## 20 الملحق رقم

القوانين الفرنسية المنظمة لتقنية التلقيح الاصطناعي



القوانين الفرنسية المنظمة لتقنية  
التلقيح الاصطناعي

Loi n° 94-653 du 29 juillet relative au respect du corps humain

L'Assemblée nationale et le Sénat ont adopté,

Vu la décision du Conseil constitutionnel n° 94-343/344 DC en date du 27 juillet 1994,  
Le Président de la République promulgue la loi dont la teneur suit:

TITRE 1<sup>er</sup>

DU RESPECT DU CORPS HUMAIN

Art. 1<sup>er</sup> — L — L'intitulé du titre 1<sup>er</sup> du livre I du code civil est ainsi  
1<sup>er</sup>  
« Des droits civils »

II — L'intitulé du chapitre II du titre 1<sup>er</sup> du livre 1<sup>er</sup> du même code est ainsi rédigé:

« Chapitre II

« Du respect du corps humain »

Art. 2. L'article 16 du code civil est rétabli dans la rédaction suivante et inséré au début du  
chapitre II du titre 1<sup>er</sup> du livre 1<sup>er</sup> du code civil:

« Art. 16. — La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de  
celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie ».

القوانين الفرنسية المنظمة لتقنية  
التلقيح الإصطناعي

Art. 3. — Après l'article 16 du code civil, sont insérés les articles 16-1 à 16-9 ainsi rédigés :

« Art. 16-1. — Chacun a droit au respect de son corps.

« Le corps humain est inviolable.

« Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial.

« Art. 16-2. — Le juge peut prescrire toutes les mesures propres à empêcher ou faire cesser une atteinte illicite au corps humain ou des agissements illicites portant sur des éléments ou des produits de celui-ci.

« Art. 16-3. — Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité thérapeutique pour la personne.

« Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir.

« Art. 16-4. — Nul ne peut porter atteinte à l'intégrité de l'espèce humaine.

« Toute pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes est interdite.

« Sans préjudice des recherches tendant à la prévention et au traitement des maladies génétiques, aucune transformation ne peut être apportée aux caractères génétiques dans le but de modifier la descendance de la personne.

« Art. 16-5. — Les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits sont nulles.

« Art. 16-6. — Aucune rémunération ne peut être allouée à celui qui se prête à une expérimentation sur sa personne, au prélèvement d'éléments de son corps ou à la collecte de produits de celui-ci.

« Art. 16-7. — Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle.

« Art. 16-8. — Aucune information permettant d'identifier à la fois celui qui a fait don d'un élément ou d'un produit de son corps et celui qui l'a reçu ne peut être divulguée. Le donneur ne peut connaître l'identité du receveur ni le receveur celle du donneur.

En cas de nécessité thérapeutique, seuls les médecins du donneur et du receveur peuvent avoir accès aux informations permettant l'identification de ceux-ci.

« Art. 16-9. Les dispositions du présent chapitre sont d'ordre public ».

Art. 4. — L'article 227-12 du code pénal est complété par un troisième et quatrième alinéa ainsi rédigés :

« Est puni des peines prévues au deuxième alinéa le fait de s'entretenir entre une personne et ou couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de le leur remettre. Lorsque ces faits ont été commis à titre habituel ou dans un but lucratif, les peines sont portées au double.

La tentative des infractions prévues par les deuxième et troisième alinéas du présent article est punie des mêmes peines ».

## TITRE II

### DE L'ÉTUDE GÉNÉTIQUE DES CARACTÉRISTIQUES D'UNE PERSONNE ET DE L'IDENTIFICATION D'UNE PERSONNE PAR SES EMPREINTES GÉNÉTIQUES

Art. 5. — Il est inséré, dans le titre I<sup>er</sup> du livre I<sup>er</sup> du code civil, un chapitre III, ainsi rédigé :

#### « Chapitre III

« De l'étude génétique des caractéristiques d'une personne et de l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques

« Art. 16-10. — L'étude génétique des caractéristiques d'une personne ne peut être entreprise qu'à des fins médicales ou de recherche scientifique.

Le consentement de la personne doit être recueilli préalablement à la réalisation de l'étude.

« Art. 16-11. — L'identification d'une personne par ses empreintes génétiques ne peut être recherchée que dans le cadre de mesures d'enquête ou d'instruction diligentées lors d'une procédure judiciaire ou à des fins médicales ou de recherche scientifique.

« 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 de subsides. Le consentement de l'intéressé doit être préalablement et expressément recueilli.

« Art. 16-12. — 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 ».

Art. 6. — Il est inséré, dans la loi n° 71-498 du 29 juin 1971 relative aux experts judiciaires, un article 6-1 ainsi rédigé :

« Art. 6-1. — Sont seuls habilités, en matière judiciaire, à procéder à l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques les personnes

القوانين الفرنسية المنظمة لتقنية  
التلقيح الاصطناعي

inscrites sur les listes instituées par l'article 2 de la présente loi et ayant fait l'objet d'un agrément dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État ».

Art. 7. — Les deux premiers alinéas de l'article L. 511-17 du code la propriété intellectuelle sont ainsi rédigés :

« Ne sont pas brevetables :

« a) Les inventions dont la publication ou la mise en œuvre serait contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, la mise en œuvre d'une telle invention ne pouvant être considérée comme telle du seul fait qu'elle est interdite par une disposition législative ou réglementaire ; à ce titre, le corps humain, ses éléments et ses produits ainsi que la connaissance de la structure totale ou partielle d'un gène humain ne peuvent, en tant que tels, faire l'objet de brevets ».

Art. 8. — I. — La section 6 du chapitre VI du titre II du livre II du code pénal devient la section 7 de ce chapitre.

II. — L'article 226-25 du code pénal devient l'article 226-31.

III. — Il est inséré, dans le chapitre VI du titre II du livre II du code pénal, une section 6 intitulée : « Des atteintes à la personne résultant de l'étude génétique de ses caractéristiques ou de l'identification par ses empreintes génétiques », comportant six articles ainsi rédigés :

« Art. 226-25. — Le fait de procéder à l'étude des caractéristiques génétiques d'une personne à des fins médicales sans avoir préalablement recueilli son consentement dans les conditions prévues par l'article L. 145-15 du code de la santé publique est puni d'un an d'emprisonnement et de 100 000 F d'amende.

« Art. 226-26. — Le fait de détourner de leurs finalités médicales ou de recherche scientifique les informations recueillies sur une personne au moyen de l'étude de ses caractéristiques génétiques est puni d'un an d'emprisonnement et de 100 000 F d'amende.

« Art. 226-27. — Le fait de rechercher l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques à des fins médicales sans recueillir préalablement son consentement dans les conditions prévues par l'article L. 145-15 du code de la santé publique est puni d'un an d'emprisonnement et de 100 000 F d'amende.

« Art. 226-28. — Le fait de rechercher l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques à des fins qui ne seraient ni médicales ni scientifiques ou en dehors d'une mesure d'enquête ou d'instruction diligentée lors d'une procédure judiciaire est puni d'un an d'emprisonnement et de 100 000 F d'amende.

Est puni des mêmes peines le fait de divulguer des informations relatives à l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques ou de procéder à l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques sans être titulaire de l'agrément prévu à l'article L. 145-16 du code de la santé publique.

« Art. 226-29. — La tentative des infractions prévues aux articles 226-25, 226-26, 226-27 et 226-28 est punie des mêmes peines.

القوانين الفرنسية المنظمة لتقنية

التلقيح الإصطناعي

« Art. 226-30. — Les personnes morales peuvent être déclarées responsables pénalement, dans les conditions prévues par l'article 121-2, des infractions définies à la présente section.

« Les peines encourues par les personnes morales sont :

« 1° L'amende, suivant les modalités prévues par l'article 131-38 ;

« 2° Les peines mentionnées aux 2°, 3°, 4°, 5°, 7°, 8° et 9° de l'article 131-39.

« L'interdiction mentionnée au 2° de l'article 131-39 porte sur l'activité dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise ».

IV. — Après l'article 226-31 du code pénal, il est inséré un article 226-32 ainsi rédigé :

Art. 226-32. — Les personnes physiques coupables des infractions prévues à l'article 226-28 et de la tentative de ces infractions ayant la qualité d'expert judiciaire encourent également la radiation de la liste sur laquelle elles sont inscrites ».

V. — Dans le dernier alinéa (5°) de l'article 226-31 du code pénal, les références : « 226-15 et 226-28 » sont substituées à la référence « et 226-15 ».

Art. 9. — I. — Il est inséré dans le livre V du code pénal un titre I<sup>er</sup> intitulé : « Des infractions en matière de santé publique ».

Il est créé, dans ce titre I<sup>er</sup>, un chapitre I<sup>er</sup> intitulé : « Des infractions en matière d'éthique biomédicale », comprenant quatre sections ainsi rédigées :

« Section 1

« De la protection de l'espèce humaine

« Art. 511-1. — Le fait de mettre en œuvre une pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes est puni de vingt ans de réclusion criminelle.

« Section 2

De la protection du corps humain

« Art. 511-2. — Le fait d'obtenir d'une personne l'un de ses organes contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, est puni de sept ans d'emprisonnement et de 700 000 F d'amende.

« Est puni des mêmes peines, le fait d'apporter son entremise pour favoriser l'obtention d'un organe contre le paiement de celui-ci, ou de céder à titre onéreux un tel organe du corps d'autrui.

« Les mêmes peines sont applicables dans le cas où l'organe obtenu dans les conditions prévues au premier alinéa provient d'un pays étranger.

القوانين الفرنسية المنظمة لتقنية

التلقيح الاصطناعي

« Art. 511-3. — Le fait de prélever un organe sur une personne vivante majeure sans que le consentement de celle-ci ait été recueilli dans les conditions prévues par l'article L. 671-3 du code de la santé publique est puni de sept ans d'emprisonnement et de 700 000 F d'amende.

Est puni des mêmes peines le fait de prélever un organe sur un donneur vivant mineur ou sur un donneur vivant majeur faisant l'objet d'une mesure de protection légale sans avoir respecté les conditions prévues aux articles L. 671-4 et L. 671-5 du code de la santé publique.

« Art. 511-4. — Le fait d'obtenir d'une personne le prélèvement de tissus, de cellules ou de produits de son corps contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 500 000 F d'amende.

« Est puni des mêmes peines le fait d'apporter son entremise pour favoriser l'obtention de tissus, de cellules et de produits humains contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, ou de céder à titre onéreux des tissus, des cellules ou des produits du corps d'autrui.

« Art. 511-5. — Le fait de prélever un tissu ou des cellules ou de collecter un produit sur une personne vivante majeure sans qu'elle ait exprimé son consentement est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 500 000 F d'amende.

« Est puni des mêmes peines le fait de prélever un tissu ou des cellules ou de collecter un produit sur une personne vivante mineure ou sur une personne vivante majeure faisant l'objet d'une mesure de protection légale sans avoir respecté les conditions prévues par l'article L. 672-5 du code de la santé publique.

« Art. 511-6. — Le fait de recueillir ou de prélever des gamètes sur une personne vivante sans son consentement écrit est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 500 000 F d'amende.

« Art. 511-7. — Le fait de procéder à des prélèvements d'organes ou des transplantations d'organes, à des prélèvements ou des greffes de tissus, à la conservation ou à la transformation de tissus ou à la greffe de cellules dans un établissement n'ayant pas obtenu l'autorisation prévue par les articles L. 671-12, L. 671-16, L. 672-7, L. 672-10 et L. 672-13 du code de la santé publique est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

« Art. 511-8. — Le fait de procéder à la distribution ou à la cession d'organes en vue d'un don sans qu'aient été respectées les règles de sécurité sanitaire exigées en application des dispositions de l'article L. 665-15 du code de la santé publique est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

« Art. 511-9. — Le fait d'obtenir des gamètes contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, à l'exception du paiement des prestations assurées par les établissements effectuant la préparation et la conservation de ces gamètes, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 500 000 F d'amende.

القوانين الفرنسية المنظمة لتقنية

التلقيح الإصطناعي

« Est puni des mêmes peines le fait d'apporter son entremise pour favoriser l'obtention de gamètes contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, ou de remettre à des tiers, à titre onéreux des gamètes provenant de dons.

« Art. 511-10. — Le fait de divulguer une information permettant à la fois d'identifier une personne ou un couple qui a fait don de gamètes et le couple qui les a reçus est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

« Art. 511-11. — Le fait de recueillir ou de prélever des gamètes sur une personne vivante en vue d'une assistance médicale à la procréation sans procéder à des tests de dépistage des maladies transmissibles exigés en application de l'article L. 665-15 du code de la santé publique est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

« Art. 511-12. — Le fait de procéder à une insémination artificielle par sperme frais ou mélange de sperme provenant de dons en violation de l'article L. 673-3 du code de la santé publique est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

« Art. 511-13. — Le fait de subordonner le bénéfice d'un don de gamètes à la désignation par le couple receveur d'une personne ayant volontairement accepté de procéder à un tel don en faveur d'un couple tiers en violation de l'article L. 673-7 du code de la santé publique est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

« Art. 511-14. — Le fait de procéder à des activités de recueil, de traitement, de conservation et de cession de gamètes provenant de dons sans avoir recueilli l'autorisation prévue à l'article L. 673-5 du code de la santé publique est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

« Section 3

« De la protection de l'embryon humain

« Art. 511-15. — Le fait d'obtenir des embryons humains contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, est puni de sept ans d'emprisonnement et de 700 000 F d'amende.

Est puni des mêmes peines le fait d'apporter son entremise pour favoriser l'obtention d'embryons humains contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, ou de remettre à des tiers, à titre onéreux, des embryons humains.

« Art. 511-16. — Le fait d'obtenir des embryons humains sans respecter les conditions prévues aux articles L. 152-4 et L. 152-5 du code de la santé publique est puni de sept ans d'emprisonnement et de 700 000 F d'amende.

« Art. 511-17. — Le fait de procéder à la conception *in vitro* d'embryons humains à des fins industrielles ou commerciales est puni de sept ans d'emprisonnement et de 700 000 F d'amende.

القوانين الفرنسية المنظمة لتقنية

التلقيح الإصطناعي

« Est puni des mêmes peines le fait d'utiliser des embryons humains à des fins industrielles ou commerciales.

« Art. 511-18. — Le fait de procéder à la conception *in vitro* d'embryons humains à des fins de recherche ou d'expérimentation est puni de sept ans d'emprisonnement et de 700 000 F d'amende.

« Art. 511-19. — Le fait de procéder à une étude ou une expérimentation sur l'embryon en violation des dispositions de l'article L. 152-8 du code de la santé publique est puni de sept ans d'emprisonnement et de 700 000 F d'amende.

« Art. 511-20. — Le fait de procéder au diagnostic prénatal sans avoir reçu l'autorisation mentionnée à l'article L. 162-16 du code de la santé publique est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

« Art. 511-21. — Le fait de méconnaître les dispositions de l'article L. 162-17 du code de la santé publique relatif au diagnostic préimplantatoire est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

« Art. 511-22. — Le fait de procéder à des activités d'assistance médicale à la procréation sans avoir recueilli l'autorisation prévue à l'article L. 184-1 du code de la santé publique est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

« Art. 511-23. — Le fait de divulguer une information nominative permettant d'identifier à la fois le couple qui a renoncé à un embryon et le couple qui l'a accueilli est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

« Art. 511-24. — Le fait de procéder à des activités d'assistance médicale à la procréation à des fins autres que celles définies à l'article L. 152-5 du code de la santé publique est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 500 000 F d'amende.

« Art. 511-25. — Le fait de procéder au transfert d'un embryon dans les conditions fixées à l'article L. 152-5 du code de la santé publique sans avoir pris connaissance des résultats des tests de dépistage de maladies infectieuses exigés en application de l'article précité est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

« Section 4

« Autres dispositions et peines complémentaires applicables aux personnes physiques et responsabilité des personnes morales

« Art. 511-26. — La tentative des délits prévus par les articles 511-2, 511-3, 511-4, 511-5, 511-6, 511-9 et 511-15 est punie des mêmes peines.

« Art. 511-27. — Les personnes physiques coupables des infractions prévues au présent chapitre encourent également la peine complémentaire d'interdiction pour une durée de dix ans au plus, d'exercer l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice de laquelle ou à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise.

« Art. 511-28. — Les personnes morales peuvent être déclarées responsables pénalement, dans les conditions prévues par l'article 121-2, des infractions définies au présent chapitre. Les peines encourues par les personnes morales sont :

« 1° L'amende, suivant les modalités prévues par l'article 131-38 ;

« 2° Les peines mentionnées à l'article 131-39.

« L'interdiction mentionnée au 2° de l'article 131-39 porte sur l'activité dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise ».

II. — Il est créé, dans le livre V du code pénal, un titre intitulé : « Autres dispositions », comprenant un chapitre unique intitulé : « Des sévices graves ou actes de cruauté envers les animaux ».

Les articles 511-1 et 511-2 du code pénal deviennent respectivement les articles 521-1 et 521-2.

### TITRE III DE LA FILIATION EN CAS DE PROCRÉATION MÉDICALEMENT ASSISTÉE

Art. 10. — Il est inséré, au chapitre I<sup>er</sup> du titre VII du livre I<sup>er</sup> du code civil, une section 4 ainsi rédigée :

#### « Section 4

#### « De la procréation médicalement assistée

« Art. 311-19. — En cas de procréation médicalement assistée avec tiers donneur, aucun lien de filiation ne peut être établi entre l'auteur du don et l'enfant issu de la procréation.

« Aucune action en responsabilité ne peut être exercée à l'encontre du donneur.

« Art. 311-20. — Les époux ou les concubins qui, pour procréer, recourent à une assistance médicale nécessitant l'intervention d'un tiers donneur, doivent préalablement donner, dans des conditions garantissant le secret, leur consentement au juge ou au notaire, qui les informe des conséquences de leur acte au regard de la filiation.

« Le consentement donné à une procréation médicalement assistée interdit toute action en contestation de filiation ou en réclamation d'état à moins qu'il ne soit soutenu que l'enfant n'est pas issu de la procréation médicalement assistée ou que le consentement a été privé d'effet.

القوانين الفرنسية المنظمة لتقنية  
التلقيح الإصطناعي

« Le consentement est privé d'effet en cas de décès, de dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou de cessation de la communauté de vie, survenant avant la réalisation de la procréation médicalement assistée. Il est également privé d'effet lorsque l'homme ou la femme le révoque, par écrit et avant la réalisation de la procréation médicalement assistée, auprès du médecin chargé de mettre en œuvre cette assistance.

« Celui qui, après avoir consenti à l'assistance médicale à la procréation, ne reconnaît pas l'enfant qui en est issu engage sa responsabilité envers la mère et envers l'enfant.

« En outre, est judiciairement déclarée la paternité hors mariage de celui qui, après avoir consenti à l'assistance médicale à la procréation, ne reconnaît pas l'enfant qui en est issu. L'action obéit aux dispositions des articles 340-2 à 340-6.

« Art. 11. les dispositions de la présente loi sont applicables dans les territoires d'outre-mer et dans la collectivité territoriale de Mayotte.

القوانين الفرنسية المنظمة لتقنية

التلقيح الإصطناعي

**Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation  
des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale  
à la procréation et au diagnostic prénatal<sup>1</sup>**

L'Assemblée nationale et le Sénat ont adopté,  
Vu la décision du Conseil constitutionnel n° 94-343/344 DC en date du  
27 juillet 1994,

Le Président de la République promulgue la loi dont la teneur suit :

Art. 1<sup>er</sup> — L'intitulé du livre VI du code de la santé publique est ainsi  
rédigé :

« LIVRE VI

« Don et utilisation des éléments et produits du corps humain

Art. 2. — Il est inséré, au début du livre VI du code de la santé publique,  
un titre Ier ainsi rédigé :

« TITRE Ier

« Principes généraux applicables au don et à l'utilisation des éléments et produits  
du corps humain

« Art. L. 665-10. — La cession et l'utilisation des éléments et produits  
du corps humain sont régies par les dispositions du chapitre II du titre Ier du livre  
Ier du code civil et par les dispositions du présent titre.

« Art. L. 665-11. — Le prélèvement d'éléments du corps humain et la  
collecte de ses produits ne peuvent être pratiqués sans le consentement préalable  
du donneur. Ce consentement est révocable à tout moment.

« Art. L. 665-12. — Est interdite la publicité en faveur d'un don  
d'éléments ou de produits du corps humain au profit d'une personne déterminée ou  
au profit d'un établissement ou organisme déterminé. Cette interdiction ne fait pas  
obstacle à l'information du public en faveur du don d'éléments et produits du corps  
humain.

« Cette information est réalisée sous la responsabilité du ministre chargé  
de la santé.

« Art. L. 665-13. — Aucun paiement, quelle qu'en soit la forme, ne peut  
être alloué à celui qui se prête au prélèvement d'éléments de son corps ou à la

<sup>1</sup> *Journal officiel* du 30 juillet 1994, p. 11060-11068.

القوانين الفرنسية المنظمة لتقنية

التلقيح الإصطناعي

collecte de ses produits. Seul peut intervenir, le cas échéant, le remboursement des frais engagés selon des modalités fixées par décret en Conseil d'État.

« Art. L. 665-14. — Le donneur ne peut connaître l'identité du receveur, ni le receveur celle du donneur. Aucune information permettant d'identifier à la fois celui qui a fait don d'un élément ou d'un produit de son corps et celui qui l'a reçu ne peut être divulguée.

Il ne peut être dérogé à ce principe d'anonymat qu'en cas de nécessité thérapeutique.

« Art. L. 665-15. — Le prélèvement d'éléments et la collecte de produits du corps humain à des fins thérapeutiques sont soumis à des règles de sécurité sanitaire définies par décret en Conseil d'État.

« Ces règles comprennent notamment des tests de dépistage des maladies transmissibles.

« Un décret en Conseil d'État fixe également les conditions dans lesquelles s'exerce la vigilance concernant les éléments et produits du corps humain, les produits, autres que les médicaments, qui en dérivent, ainsi que les dispositifs médicaux les incorporant, en particulier les informations que sont tenus de transmettre les utilisateurs ou des tiers.

« Art. L. 665-16. — Ne sont pas soumis aux dispositions du présent titre les produits du corps humain pour lesquels il est d'usage de ne pas appliquer l'ensemble des principes qu'énoncent les articles L. 665-11 à L. 665-15. La liste de ces produits est fixée par décret en Conseil d'État ».

Art. 3. — I. — Les chapitres Ier, II, III, IV et V du livre VI du code de la santé publique constituent un titre II intitulé : « Du sang humain ».

II. — La division chapitre VI du livre VI du code de la santé publique et son intitulé sont supprimés.

III. — Les articles L. 671-1 à L. 671-8 du code de la santé publique deviennent les articles L. 675-1 à L. 675-8.

IV. — L'article L. 671-9 du code de la santé publique est abrogé.

Art. 4. — I. Il est inséré, après le chapitre II du titre III du livre VI du code de la santé publique, un chapitre II *bis* intitulé : « De l'Établissement français des greffes ».

II. — L'article 56 de la loi n° 94-43 du 18 janvier 1994 relative à la santé publique et à la protection sociale, qui devient l'article L. 673-8 du code de la santé publique, est inséré dans le chapitre mentionné au I.

III. — Il est inséré, dans le même chapitre, un article L. 673-9 ainsi rédigé :

« Art. L. 673-9. — Les ressources de l'Établissement français des greffes comprennent :

« 1° Des subventions de l'État ;

القوانين الفرنسية المنظمة لتقنية

التلقيح الإصطناعي

« 2° Une dotation globale versée dans les conditions prévues par l'article L. 174-2 du code de la sécurité sociale dont les modalités de fixation et de révision sont déterminées par décret en Conseil d'État ;

« 3° Des taxes et redevances créées à son bénéfice.

« 4° Des produits divers, dons et legs ».

Art. 5. — I. Il est inséré, après le titre II du livre VI du code de la santé publique, un titre III intitulé : « Des organes, tissus, cellules et produits du corps humain ».

II. — Il est inséré, dans le titre III du livre VI du code de la santé publique, un chapitre Ier ainsi rédigé :

« Chapitre Ier

« Des organes

« Section 1

« Dispositions communes

« Art. L. 671-1. — La moelle osseuse est considérée comme un organe pour l'application des dispositions du présent livre.

« Art. L. 671-2. — Sauf dispositions contraires, les conditions d'application des dispositions du présent chapitre sont déterminées par décret en Conseil d'État.

« Section 2

« Du prélèvement d'organes sur une personne vivante

« Art. L. 671-3. — Le prélèvement d'organes sur une personne vivante, qui en fait le don, ne peut être effectué que dans l'intérêt thérapeutique direct d'un receveur. Le receveur doit avoir la qualité de père ou de mère, de fils ou de fille, de frère ou de sœur du donneur, sauf en cas de prélèvement de moelle osseuse en vue d'une greffe.

« En cas d'urgence, le donneur peut être le conjoint.

« Le donneur, préalablement informé des risques qu'il encourt et des conséquences éventuelles du prélèvement, doit exprimer son consentement devant le président du tribunal de grande instance, ou le magistrat désigné par lui. En cas d'urgence, le consentement est recueilli, par tout moyen, par le procureur de la République. Ce consentement est révocable sans forme et à tout moment.

« Art. L. 671-4. — Aucun prélèvement d'organes, en vue d'un don, ne peut avoir lieu sur une personne vivante mineure ou sur une personne vivante majeure faisant l'objet d'une mesure de protection légale.

« Art. L. 671-5. — Par dérogation aux dispositions de l'article L. 671-4, un prélèvement de moelle osseuse peut être effectué sur un mineur au bénéfice de son frère ou de sa sœur.

Ce prélèvement ne peut être pratiqué que sous réserve du consentement de chacun des titulaires de l'autorité parentale ou du représentant légal du mineur. Le

القوانين الفرنسية المنظمة لتقنية

التلقيح الإصطناعي

« 2° Une dotation globale versée dans les conditions prévues par l'article L. 174-2 du code de la sécurité sociale dont les modalités de fixation et de révision sont déterminées par décret en Conseil d'État ;

« 3° Des taxes et redevances créées à son bénéfice.

« 4° Des produits divers, dons et legs ».

Art. 5. — I. Il est inséré, après le titre II du livre VI du code de la santé publique, un titre III intitulé : « Des organes, tissus, cellules et produits du corps humain ».

II. — Il est inséré, dans le titre III du livre VI du code de la santé publique, un chapitre Ier ainsi rédigé :

« Chapitre Ier

« Des organes

« Section 1

« Dispositions communes

« Art. L. 671-1. — La moelle osseuse est considérée comme un organe pour l'application des dispositions du présent livre.

« Art. L. 671-2. — Sauf dispositions contraires, les conditions d'application des dispositions du présent chapitre sont déterminées par décret en Conseil d'État.

« Section 2

« Du prélèvement d'organes sur une personne vivante

« Art. L. 671-3. — Le prélèvement d'organes sur une personne vivante, qui en fait le don, ne peut être effectué que dans l'intérêt thérapeutique direct d'un receveur. Le receveur doit avoir la qualité de père ou de mère, de fils ou de fille, de frère ou de sœur du donneur, sauf en cas de prélèvement de moelle osseuse en vue d'une greffe.

« En cas d'urgence, le donneur peut être le conjoint.

« Le donneur, préalablement informé des risques qu'il encourt et des conséquences éventuelles du prélèvement, doit exprimer son consentement devant le président du tribunal de grande instance, ou le magistrat désigné par lui. En cas d'urgence, le consentement est recueilli, par tout moyen, par le procureur de la République. Ce consentement est révocable sans forme et à tout moment.

« Art. L. 671-4. — Aucun prélèvement d'organes, en vue d'un don, ne peut avoir lieu sur une personne vivante mineure ou sur une personne vivante majeure faisant l'objet d'une mesure de protection légale.

« Art. L. 671-5. — Par dérogation aux dispositions de l'article L. 671-4, un prélèvement de moelle osseuse peut être effectué sur un mineur au bénéfice de son frère ou de sa sœur.

Ce prélèvement ne peut être pratiqué que sous réserve du consentement de chacun des titulaires de l'autorité parentale ou du représentant légal du mineur. Le

القوانين الفرنسية المنظمة لتقنية

التلقيح الإصطناعي

consentement est exprimé devant le président du tribunal de grande instance désigné par lui.

« En cas d'urgence, le consentement est recueilli, par tout moyen, par le procureur de la République.

« L'autorisation d'effectuer le prélèvement est accordée par un comité d'experts qui s'assure que le mineur a été informé du prélèvement envisagé en vue d'exprimer sa volonté, s'il y est apte.

« Le refus du mineur fait obstacle au prélèvement.

« Art. L. 671-6. — Le comité d'experts mentionné à l'article L. 671-5 est composé de trois membres désignés pour trois ans par arrêté du ministre chargé de la santé. Il comporte deux médecins, dont un pédiatre, et une personnalité n'appartenant pas aux professions médicales.

« Le comité se prononce dans le respect des principes généraux et des règles énoncés par le titre Ier du présent livre. Il apprécie la justification médicale de l'opération, les risques que celle-ci est susceptible d'entraîner ainsi que ses conséquences prévisibles sur les plans physique et psychologique.

« Les décisions de refus d'autorisation prises par le comité d'experts ne sont pas motivées.

« Section 3

« Du prélèvement d'organes sur une personne décédée

« Art. L. 671-7. — Le prélèvement d'organes sur une personne décédée ne peut être effectué qu'à des fins thérapeutiques ou scientifiques et après que le constat de la mort a été établi dans des conditions définies par décret en Conseil d'État.

« Ce prélèvement peut être effectué dès lors que la personne concernée n'a pas fait connaître, de son vivant, son refus d'un tel prélèvement.

« Ce refus peut être exprimé par l'indication de sa volonté sur un registre national automatisé prévu à cet effet. Il est révocable à tout moment. Les conditions de fonctionnement et de gestion du registre sont déterminées par décret en Conseil d'État.

« Si le médecin n'a pas directement connaissance de la volonté du défunt, il doit s'efforcer de recueillir le témoignage de sa famille.

« Art. L. 671-8. — Si la personne décédée était un mineur ou un majeur faisant l'objet d'une mesure de protection légale, le prélèvement en vue d'un don ne peut avoir lieu qu'à la condition que chacun des titulaires de l'autorité parentale ou le représentant légal y consente expressément par écrit.

« Art. L. 671-9. — Aucun prélèvement à des fins scientifiques autres que celles ayant pour but de rechercher les causes du décès ne peut être effectué sans le consentement du défunt exprimé directement ou par le témoignage de sa famille.

« Toutefois, lorsque le défunt est un mineur, ce consentement est exprimé par un des titulaires de l'autorité parentale.

« La famille est informée des prélèvements effectués en vue de rechercher les causes du décès.

القوانين الفرنسية المنظمة لتقنية

التلقيح الاصطناعي

« Art. L. 671-10. — Les médecins qui établissent le constat de la mort, d'une part, et ceux qui effectuent le prélèvement ou la transplantation, d'autre part, doivent faire partie d'unités fonctionnelles ou de services distincts.

« L'établissement français des greffes est informé de tout prélèvement visé au I de l'article L. 673-8.

« Art. L. 671-11. — Les médecins ayant procédé à un prélèvement sur une personne décédée sont tenus de s'assurer de la restauration décente de son corps.

« Section 4

« De l'autorisation des établissements effectuant des prélèvements d'organes en vue de dons

« Art. L. 671-12. — Les prélèvements d'organes ne peuvent être effectués que dans des établissements de santé autorisés à cet effet par l'autorité administrative.

« L'autorisation est délivrée pour une durée de cinq ans. Elle est renouvelable.

« Art. L. 671-13. — Aucune rémunération à l'acte ne peut être perçue par les praticiens effectuant des prélèvements d'organes au titre de cette activité.

« Art. L. 671-14. — Les conditions techniques, sanitaires et médicales et les conditions propres à garantir un fonctionnement conforme aux principes généraux énoncés au titre Ier du présent livre, que doivent remplir les établissements de santé pour pouvoir être autorisés à effectuer des prélèvements d'organes, sont déterminées par décret en Conseil d'État.

« Section 5

« Des transplantations d'organes

« Art. L. 671-15. — Les dispositions de l'article L. 672-10 sont applicables aux organes lorsqu'ils peuvent être conservés. La liste de ces organes est fixée par décret.

« Pour l'application aux organes de ces dispositions, la délivrance de l'autorisation mentionnée à l'article L. 672-10 est subordonnée aux conditions prévues à l'article L. 672-14.

« Art. L. 671-16. — Les transplantations d'organes sont effectués dans les établissements de santé autorisés à cet effet dans des conditions prévues par les dispositions des sections 1 et 2 du chapitre II du titre Ier du livre VII du présent code.

« Peuvent recevoir l'autorisation d'effectuer des transplantations d'organes les établissements qui son autorisés à effectuer des prélèvements d'organes en application de l'article L. 671-12 et qui, en outre, assurent des activités d'enseignement médical et de recherche médicale dans les conditions prévues par les dispositions de l'ordonnance n° 58-1373 du 30 décembre 1958 relative à la

القوانين الفرنسية المنظمة لتقنية  
التلقيح الإصطناعي

création de centres hospitaliers et universitaires, à la réforme de l'enseignement médical et au développement de la recherche médicale, ainsi que les établissements de santé liés par convention aux précédents dans le cadre du service public hospitalier.

« Art. L. 671-17. — Aucune rémunération à l'acte ne peut être perçue par les praticiens effectuant des transplantations d'organes au titre de ces activités ».

Art. 6. — Il est inséré, après le chapitre Ier du titre III du livre VI du code de la santé publique, un chapitre II ainsi rédigé :

« Chapitre II  
« Des tissus, cellules et produits  
« Section 1  
« Dispositions communes

« Art. L. 672-1. — Les tissus, cellules et produits humains prélevés à l'occasion d'une intervention médicale et le placenta, lorsqu'ils sont conservés en vue d'une utilisation ultérieure, sont soumis aux seules dispositions des articles L. 665-12, L. 665-13, L. 665-14, L. 665-15 et de la section 4 du présent chapitre.

« Art. L. 672-2. — Les dispositions des sections 2 et 3 du présent chapitre s'appliquent sous réserve des dispositions du livre II *bis* relatives à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales.

« Art. L. 672-3. — Sauf dispositions contraires, les modalités d'application du présent chapitre sont déterminées par décret en Conseil d'État.

« Section 2  
« Du prélèvement de tissus et de cellules et de la collecte des produits du corps humain en vue de dons

« Art. L. 672-4. — Le prélèvement de tissus ou de cellules ou la collecte des produits du corps humain sur une personne vivante ne peut être effectué que dans un but thérapeutique ou scientifique.

« Art. L. 672-5. — Aucun prélèvement de tissus ou de cellules, aucune collecte de produits du corps humain ne peut avoir lieu sur une personne vivante mineure ou sur une personne vivante majeure faisant l'objet d'une mesure de protection légale.

« Art. L. 672-6. — Un décret en Conseil d'État fixe les conditions dans lesquelles le prélèvement de tissus et de cellules et la collecte de produits du corps humain sur une personne décédée sont autorisés.

« Un tel prélèvement ne peut être effectué qu'à des fins thérapeutiques ou scientifiques, et dans les conditions prévues aux articles L. 671-7, L. 671-8 et L. 671-9.

« Section 3

« De l'autorisation des établissements et organismes effectuant des prélèvements de tissus ou de cellules du corps humain en vue de dons

« Art. L. 672-7. — Les prélèvements de tissus et cellules du corps humain en vue de dons ne peuvent être effectués que dans des établissements de santé autorisés à cet effet par l'autorité administrative.

« L'autorisation est délivrée pour une durée de cinq ans. Elle est renouvelable.

« Art. L. 672-8. — Aucune rémunération à l'acte ne peut être perçue par les praticiens effectuant des prélèvements de tissus au titre de cette activité.

« Art. L. 672-9. — Les conditions techniques, sanitaires et médicales et les conditions propres à garantir un fonctionnement conforme aux principes généraux énoncés au titre Ier du présent livre, que doivent remplir les établissements de santé pour pouvoir être autorisés à effectuer des prélèvements de tissus, sont déterminées par décret en Conseil d'État.

« Section 4

« De la conservation et de l'utilisation des tissus et cellules du corps humain

« Art. L. 672-10. — Peuvent assurer la transformation, la conservation, la distribution et la cession des tissus et cellules les établissements publics de santé et les organismes à but non lucratif autorisés à cet effet par l'autorité administrative. Cette autorisation est accordée pour une durée de cinq ans. Elle peut être renouvelée.

L'autorisation d'effectuer la transformation des prélèvements ou l'établissement des cultures cellulaires, ainsi que leur conservation, leur distribution et leur cession, peut être accordée dans les mêmes formes à d'autres organismes pour les activités requérant une haute technicité. Les conditions d'application du présent article sont déterminées par décret en Conseil d'État.

« Art. L. 672-11. — Le prélèvement, le traitement, la transformation, la manipulation et la distribution des produits cellulaires destinés à la mise en œuvre de greffes, d'immunothérapie, de thérapie cellulaire somatique ou de thérapie génique somatique sont régis par les dispositions du titre Ier du présent livre dans des conditions définies par décret en Conseil d'État.

« Lorsque ces produits cellulaires constituent des médicaments, ces activités sont régies par les dispositions du livre V.

« Lorsqu'ils ne constituent pas de médicaments, leur prélèvement, leur transformation, leur conservation et leur distribution sont réalisés par des établissements ou organismes remplissant des conditions fixées par décret en Conseil d'État et autorisés par l'autorité administrative compétente.

« Les décrets en Conseil d'État visés aux articles L. 666-8 (4°), L. 672-10 et au présent garantissent l'unité du régime juridique applicable au prélèvement, au traitement, à la transformation, à la manipulation et à la

القوانين الفرنسية المنظمة لتقنية

التلقيح الإصطناعي

distribution des produits cellulaires destinés à la mise en œuvre de greffes, d'immunothérapie, de thérapie cellulaire somatique ou de thérapie génique somatique.

« Art. L. 672-12. — La transformation, la distribution et la cession des tissus et cellules sont, entant que de besoin, assujetties à des règles, notamment financières et économiques, propres à assurer le respect des dispositions du titre Ier du présent livre, et fixées par décret en Conseil d'État.

« Art. L. 672-13. — Les greffes de tissus et de cellules ne peuvent être effectuées que dans des établissements de santé.

« Les activités requérant une haute technicité ou nécessitant des dispositions particulières dans l'intérêt de la santé publique, déterminées par décret en Conseil d'État dans les conditions prévues par les sections 1 et 2 du chapitre II du titre Ier du livre VII du présent code, ne peuvent être pratiquées que dans des établissements de santé autorisés à cet effet.

« Art. L. 672-14. — La délivrance des autorisations mentionnées aux articles L. 672-10 et L. 672-13 est subordonnée à des conditions techniques, sanitaires ou médicales et, en tant que de besoin, financières, ainsi qu'à des conditions propres à garantir un fonctionnement conforme aux principes généraux énoncés par le titre Ier du présent livre.

« Ces conditions et les modalités de délivrance sont fixées pour chacune des autorisations par décret en Conseil d'État ».

Art. 7. — Il est inséré, après le troisième alinéa (3°) de l'article L. 666-8 du code de la santé publique, un 4° ainsi rédigé :

« 4° Des préparations cellulaires réalisées, à partir du prélèvement de cellules souches hématopoïétiques et de cellules somatiques mononucléées, par des établissements ou organismes remplissant des conditions fixées par décret en Conseil d'État et autorisés par le ministre chargé de la santé, sur proposition de l'Agence française du sang lorsque la demande est présentée par un établissement de transfusion sanguine ».

Art. 8. — Il est inséré, après le chapitre II du titre Ier du livre II du code de la santé publique, un chapitre II bis ainsi rédigé :

« Chapitre II bis

« Assistance médicale à la procréation

« Art. L. 152-1. — L'assistance médicale à la procréation s'entend des pratiques cliniques et biologiques permettant la conception *in vitro*, le transfert d'embryons et l'insémination artificielle, ainsi que de toute technique d'effet équivalent permettant la procréation en dehors du processus naturel.

« Art. L. 152-2. — L'assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à la demande 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.

« 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.

« Art. L. 152-3. — Un embryon ne peut être conçu *in vitro* que dans le cadre et selon les finalités d'une assistance médicale à la procréation telle que définie à l'article L. 152-2. Il ne peut être conçu avec des gamètes ne provenant pas d'un au moins des deux membres du couple.

« Compte tenu de l'état des techniques médicales, les deux membres du couple peuvent décider par écrit que sera tentée la fécondation d'un nombre d'ovocytes pouvant rendre nécessaire la conservation d'embryons, dans l'intention de réaliser leur demande parentale dans un délai de cinq ans.

« Les deux membres du couple sont consultés chaque année pendant cinq ans sur le point de savoir s'ils maintiennent leur demande parentale.

« Un décret en Conseil d'État détermine les obligations auxquelles sont tenus les établissements et les laboratoires au regard de leur conservation pendant la durée d'application de la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, notamment lorsqu'ils cessent leur activité.

« Art. L. 152-4. — A titre exceptionnel, les deux membres du couple peuvent consentir par écrit à ce que les embryons conservés soient accueillis par un autre couple, dans les conditions prévues à l'article L. 152-5.

« En cas de décès d'un membre du couple, le membre survivant est consulté par écrit sur le point de savoir s'il consent à ce que les embryons conservés soient accueillis par un autre couple dans les conditions prévues à l'article L. 152-5.

« Art. L. 152-5. — A titre exceptionnel, un couple répondant aux conditions prévues à l'article L. 152-2 et pour lequel une assistance médicale à la procréation sans recours à un tiers donneur ne peut aboutir peut accueillir un embryon.

« L'accueil d'embryon est subordonné à une décision de l'autorité judiciaire, qui reçoit préalablement le consentement écrit du couple à l'origine de sa conception. Le juge s'assure que le couple demandeur remplit les conditions prévues à l'article L. 152-2 et fait procéder à toutes investigations permettant d'apprécier les conditions d'accueil que ce couple est susceptible d'offrir à l'enfant à naître sur les plans familial, éducatif et psychologique.

« Le couple accueillant l'embryon et celui y ayant renoncé ne peuvent connaître leurs identités respectives.

« Toutefois, en cas de nécessité thérapeutique, un médecin pourra accéder aux informations médicales non identifiantes concernant le couple ayant renoncé à l'embryon.

القوانين الفرنسية المنظمة لتقنية

التلقيح الإصطناعي

« Aucun paiement, quelle qu'en soit la forme, ne peut être alloué au couple ayant renoncé à l'embryon.

« L'accueil d'embryon est subordonné à des règles de sécurité sanitaire. Ces règles comprennent notamment des tests de dépistage des maladies infectieuses.

« Les modalités d'application du présent article sont déterminées par décret en Conseil d'État ».

« Art. L. 152-6. — L'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur ne peut être pratiquée que comme ultime indication lorsque la procréation médicalement assistée à l'intérieur du couple ne peut aboutir.

« Art. L. 152-7. — Un embryon humain ne peut être conçu ni utilisé à des fins commerciales ou industrielles.

« Art. L. 152-8. — La conception *in vitro* d'embryons humains à des fins d'étude, de recherche ou d'expérimentation est interdite.

« Toute expérimentation sur l'embryon est interdite.

« A titre exceptionnel, l'homme et la femme formant le couple peuvent accepter que soient menées des études sur leurs embryons.

« Leur décision est exprimée par écrit.

« Ces études doivent avoir une finalité médicale et ne peuvent porter atteinte à l'embryon.

« Elles ne peuvent être entreprises qu'après avis conforme de la commission mentionnée à l'article L. 184-3 ci-dessous dans des conditions définies par décret en Conseil d'État.

« La commission rend publique chaque année la liste des établissements où s'effectuent ces études, ainsi que leur objet.

« Art. L. 152-9. — Les actes cliniques et biologiques d'assistance médicale à la procréation, définis par décret en Conseil d'État, sont effectués sous la responsabilité d'un praticien nommé agréé à cet effet dans chaque établissement ou laboratoire autorisé à les pratiquer.

« Art. L. 152-10. — La mise en œuvre de l'assistance médicale à la procréation doit être précédée d'entretiens particuliers des demandeurs avec les membres de l'équipe médicale pluridisciplinaire du centre, qui peut faire appel, en tant que de besoin, au service social institué au titre VI du code de la famille et de l'aide sociale.

« Ils doivent notamment :

« 1° Vérifier la motivation de l'homme et de la femme formant le couple et leur rappeler les possibilités ouvertes par la loi en matière d'adoption ;

« 2° Informer ceux-ci des possibilités de réussite et d'échec des techniques d'assistance médicale à la procréation, ainsi que de leur pénibilité ;

« 3° Leur remettre un dossier-guide comportant notamment :

« Le rappel des dispositions législatives et réglementaires relatives à l'adoption, ainsi que l'adresse des associations et organismes susceptibles de compléter leur information à ce sujet.

القوانين الفرنسية المنظمة لتقنية  
التلقيح الإصطناعي

« La demande ne peut être confirmée qu'à l'expiration d'un délai de réflexion d'un mois à l'issue du dernier entretien.

« La confirmation de la demande est faite par écrit.

« La mise en œuvre de l'assistance médicale à la procréation est subordonnée à des règles de sécurité sanitaire définies par décret en Conseil d'État.

« L'assistance médicale à la procréation ne peut être mise en œuvre par le médecin lorsque les demandeurs ne remplissent pas les conditions prévues par le présent chapitre ou lorsque le médecin, après concertation au sein de l'équipe pluridisciplinaire, estime qu'un délai de réflexion supplémentaire est nécessaire aux demandeurs dans l'intérêt de l'enfant à naître.

« Les époux ou les concubins qui, pour procréer, recourent à une assistance médicale nécessitant l'intervention d'un tiers donneur doivent préalablement donner, dans les conditions prévues par le code civil, leur consentement au juge ou au notaire ».

Art. 9. — Les embryons existant à la date de promulgation de la présente loi et dont il a été vérifié qu'ils ne font pas l'objet d'une opposition à un accueil par un couple tiers et qu'ils satisfont aux règles de sécurité sanitaire en vigueur au jour de leur transfert pourront être confiés à un couple remplissant les conditions prévues à l'article L. 152-5.

Si leur accueil est impossible et si la durée de leur conservation est au moins égale à cinq ans, il est mis fin à cette conservation.

Art. 10. — Il est inséré, après la section 4 du chapitre II du titre III du livre VI du code de la santé publique, une section 5 ainsi rédigée :

« Section 5

« Dispositions spécifiques au don et à l'utilisation de gamètes

« Art. L. 673-1. — Le don de gamètes consiste en l'apport par un tiers de spermatozoïdes ou d'ovocytes en vue d'une assistance médicale à la procréation.

« Art. L. 673-2. — Le donneur doit faire partie d'un couple ayant procréé. Le consentement du donneur et celui de l'autre membre du couple sont recueillis par écrit. Il en est de même du consentement des deux membres du couple receveur, qui peut être révoqué, avant toute intervention, par l'un ou l'autre des membres du couple.

« Art. L. 673-3. — Toute insémination artificielle par sperme frais provenant d'un don et toute mélange de sperme sont interdits.

« Art. L. 673-4. — Le recours aux gamètes d'un même donneur ne peut délibérément conduire à la naissance de plus de cinq enfants.

« Art. L. 673-5. — Les activités de recueil, traitement, conservation et cession de gamètes ne peuvent être pratiquées que dans les organismes et établissements de santé publics et privés à but non lucratifs autorisés à cet effet par l'autorité administrative, suivant les modalités prévues par les dispositions des

sections 1 et 2 du chapitre II du titre I<sup>er</sup> du livre VII. Aucune rémunération à l'acte ne peut être perçue par les praticiens au titre de ces activités.

« Pour être autorisés à exercer ces activités, les organismes et établissements visés au premier alinéa doivent remplir les conditions déterminées en application des dispositions susmentionnées du livre VII et des conditions définies par décret en Conseil d'État propres à garantir un fonctionnement conforme aux principes généraux prévus par le titre I<sup>er</sup> du présent livre. Ce décret détermine également les obligations auxquelles sont tenus ces organismes et établissements au regard de la conservation des gamètes, notamment lorsqu'ils cessent leurs activités.

« L'autorisation porte sur une ou plusieurs activités. Elle est délivrée pour une durée de cinq ans. Elle est accordée après avis de la Commission nationale de médecine et de biologie de la reproduction et du diagnostic prénatal instituée à l'article L. 184-3 et du Comité national de l'organisation sanitaire et sociale.

« Tout organisme ou établissement autorisé à exercer ces activités est tenu de présenter au ministre chargé de la santé le rapport annuel d'activité prévu à l'article L. 184-2.

« Art. L. 673-6. — Les organismes et établissements autorisés dans les conditions prévues à l'article L. 673-5 fournissent aux autorités sanitaires les informations utiles relatives aux donneurs. Un médecin peut accéder aux informations médicales non identifiantes en cas de nécessité thérapeutique concernant un enfant conçu par une assistance médicale à la procréation avec tiers donneur.

« Art. L. 673-7. — Le bénéfice d'un don de gamètes ne peut en aucune manière être subordonné à la désignation par le couple receveur d'une personne ayant volontairement accepté de procéder à un tel don en faveur d'un couple tiers anonyme ».

Art. 11. — Il est inséré, après la section 3 du chapitre V du titre I<sup>er</sup> du livre II du code de la santé publique, une section 4 ainsi rédigée :

#### « Section 4

##### « Activités d'assistance médicale à la procréation

« Art. L. 184-1. — Les activités cliniques d'assistance médicale à la procréation, à l'exception de l'insémination artificielle, ne peuvent être pratiquées que dans des établissements de santé.

« Les activités biologiques d'assistance médicale à la procréation ne peuvent être pratiquées que dans des établissements publics de santé et des laboratoires d'analyses de biologie médicale.

« À l'exception de l'insémination artificielle, les activités, tant cliniques que biologiques, d'assistance médicale à la procréation doivent être autorisées suivant les modalités prévues par les dispositions des sections 1 et 2 du chapitre II du titre I<sup>er</sup> du livre VII. Cette autorisation vaut dérogation, au sens des

القوانين الفرنسية المنظمة لتقنية

التلقيح الإصطناعي

dispositions du sixième alinéa de l'article L. 761, pour les laboratoires d'analyses médicales.

« Pour être autorisés à exercer ces activités, les établissements et les laboratoires mentionnés aux premier et deuxième alinéas du présent article doivent remplir les conditions déterminées en application des dispositions susmentionnées du livre VII et des conditions de fonctionnement définies par décret en Conseil d'État. Ce décret détermine également les obligations auxquelles sont tenus les établissements et les laboratoires au regard de la conservations des gamètes, notamment lorsqu'ils cessent leurs activités.

« L'autorisation porte sur une ou plusieurs des activités d'assistance ~~médicale à la procréation, avec ou sans tiers donneur. Elle est délivrée pour une durée de cinq ans. Elle est accordée après avis de la Commission nationale de médecine et de biologie de la reproduction et du diagnostic prénatal instituée par l'article L. 184-3 et du Comité national de l'organisation sanitaire et sociale.~~

« Art. L. 184-2. — Tout établissement ou laboratoire autorisé à pratiquer des activités d'assistance médicale à la procréation ou de diagnostic prénatal, tout centre pluridisciplinaire de diagnostic prénatal est tenu de présenter au ministre chargé de la santé un rapport annuel d'activité suivant des modalités déterminées par arrêté de ce ministre.

« Il est également tenu d'établir et de conserver dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État des registres relatifs aux gamètes et aux embryons qu'il conserve.

« Art. L. 184-3. — La Commission nationale de médecine et de biologie de la reproduction et du diagnostic prénatal est chargée de donner un avis sur les demandes d'autorisation d'exercice des activités d'assistance médicale à la procréation et de diagnostic prénatal, sur les demandes d'agrément des centres pluridisciplinaires de diagnostic prénatal ainsi que sur les décisions de retrait d'autorisation. Elle participe au suivi et à l'évaluation du fonctionnement des établissement et laboratoires autorisés.

« Elle remet chaque année au ministre chargé de la santé un rapport portant sur l'évolution de la médecine et de la biologie de la reproduction et du diagnostic prénatal.

« La Commission nationale de médecine et de biologie de la reproduction et du diagnostic prénatal comprend des praticiens désignés sur proposition de leurs organisations représentatives, des personnalités choisies en raison de leur compétence dans les domaines de la procréation, de l'obstétrique, du diagnostic prénatal, du conseil génétique et du droit de la filiation et des représentants des administrations intéressées et des ordres professionnels ainsi qu'un représentant des associations familiales.

« La commission est présidée par un membre de la Cour de Cassation, du Conseil d'État ou de la Cour de comptes désigné par décret.

« Un décret en Conseil d'État fixe la composition de la Commission nationale de médecine et de biologie de la reproduction et du diagnostic prénatal et détermine les modalités de son organisation et de son fonctionnement.

القوانين الفرنسية المنظمة لتقنية  
التلقيح الاصطناعي

« Art. L. 184-4. — Le ministre chargé de la santé communique à la Commission nationale de médecine et de biologie de la reproduction et du diagnostic prénatal le rapport mentionné à l'article L. 184-2 et tous documents utiles pour les besoins de sa mission.

« Art. L. 184-5. — Les membres de la Commission nationale de médecine et de biologie de la reproduction et du diagnostic prénatal et les personnes appelés à collaborer à ses travaux sont tenus, dans les conditions et sous les peines prévues à l'article 226-13 du code pénal, de garder secrètes les informations dont ils peuvent avoir connaissance en raison de leurs fonctions ».

Art. 12. — Il est inséré, au début du chapitre IV du titre I<sup>er</sup> du livre II du code de la santé publique, un article L. 162-16 ainsi rédigé :

« Art. L. 162-16. — Le diagnostic prénatal s'entend des pratiques médicales ayant pour but de détecter *in utero* chez l'embryon ou le fœtus une affection d'une particulière gravité. Il doit être précédé d'une consultation médicale de conseil génétique.

« Les analyses de cytogénétique et de biologie en vue d'établir un diagnostic prénatal ne peuvent être pratiquées, dans des conditions prévues par décret en Conseil d'État, que dans des établissements publics de santé et des laboratoires d'analyses de biologie médicale autorisés selon les modalités prévues par les dispositions des sections 1 et 2 du chapitre II du titre I<sup>er</sup> du livre VII.

« Les autorisations prévues par le présent article sont délivrées pour une durée de cinq ans et sont accordées après avis de la Commission nationale de médecine et de biologie de la reproduction et du diagnostic prénatal instituée par l'article L. 184-3 et du Comité nationale de l'organisation sanitaire et sociale. Pour les laboratoires d'analyses de biologie médicale, cette autorisation vaut inscription sur la liste prévue à l'article L. 759.

« Des centres de diagnostic prénatal pluridisciplinaires sont créés dans des organismes et établissements de santé publics et privés à but non lucratif. Leur mission, leur rôle auprès des autres intervenants en matière de diagnostic prénatal et les conditions de leur création et de leur agrément sont définis par décret en Conseil d'État ».

Art. 13. — Le deuxième alinéa de l'article L. 162-12 du code de la santé publique est complété par une phrase ainsi rédigée :

« En outre, si l'interruption est envisagée au motif qu'il existe une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic, l'un de ces deux médecins doit exercer son activité dans un centre de diagnostic prénatal pluridisciplinaire ».

Art. 14. — Il est inséré, après l'article L. 162-16 du code de la santé publique, un article L. 162-17 ainsi rédigé :

القوانين الفرنسية المنظمة لتقنية

التلقيح الإصطناعي

« Art. L. 162-17. — Le diagnostic biologique effectué à partir de cellules prélevées sur l'embryon *in vitro* n'est autorisé qu'à titre exceptionnel dans les conditions suivantes :

« Un médecin exerçant son activité dans un centre de diagnostic prénatal pluridisciplinaire tel que défini par l'article L. 162-16 doit attester que le couple, du fait de sa situation familiale, a une forte probabilité de donner naissance à un enfant atteint d'une maladie génétique d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic.

« Le diagnostic ne peut être effectué que lorsque a été préalablement et précisément identifiée, chez l'un des parents, l'anomalie ou les anomalies responsables d'une telle maladie.

« Les deux membres du couple expriment par écrit leur consentement à la réalisation du diagnostic.

« Le diagnostic ne peut avoir d'autre objet que de rechercher cette affection ainsi que les moyens de la prévenir et de la traiter.

« Il ne peut être réalisé que dans un établissement autorisé à cet effet après avis de la Commission nationale de médecine et de biologie de la reproduction et du diagnostic prénatal et dans des conditions définies par décret en Conseil d'État ».

Art. 15. — Il est inséré, après le chapitre II du titre III du livre VI du code de la santé publique, un chapitre III ainsi rédigé :

« Chapitre III

« Sanctions pénales et administratives relatives à l'utilisation des éléments et produits du corps humain

« Art. L. 674-1. — Toute violation constatée dans un établissement ou un organisme, et du fait de celui-ci, des prescriptions législatives et réglementaires relatives aux prélèvements et aux transplantations d'organes, aux prélèvements, à la conservation et à l'utilisation de tissus ou aux greffes de tissus ou de cellules du corps humain entraîne le retrait temporaire ou définitif des autorisations prévues aux articles L. 671-12, L. 671-16, L. 672-7, L. 672-10, L. 672-13 et L. 673-5.

« Le retrait de l'autorisation est également encouru en cas de violation des prescriptions fixées par l'autorisation.

« Le retrait ne peut intervenir qu'après un délai d'un mois suivant une mise en demeure adressée par l'autorité administrative à l'établissement ou l'organisme concerné et précisant les griefs. En cas d'urgence tenant à la sécurité des personnes faisant l'objet des activités en cause, une suspension provisoire peut être prononcée à titre conservatoire.

« La décision de retrait est publiée au *Journal officiel* de la République française.

« En cas de retrait de l'autorisation prévue à l'article L. 673-5, la décision est prise après avis motivé de la Commission nationale de médecine et de biologie de la reproduction et du diagnostic prénatal ».

« Art. L. 674-2. — Comme il est dit à l'article 511-2 du code pénal, le fait d'obtenir d'une personne l'un de ses organes contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, est puni de sept ans d'emprisonnement et de 700 000 F d'amende.

القوانين الفرنسية المنظمة لتقنية

التلقيح الإصطناعي

« Est puni des mêmes peines le fait d'apporter son entremise pour favoriser l'obtention d'un organe contre le paiement de celui-ci, ou de céder à titre onéreux un tel organe du corps d'autrui.

« Les mêmes peines sont applicables dans le cas où l'organe obtenu dans les conditions prévues au premier alinéa provient d'un pays étranger.

« Art. L. 674-3. — Comme il est dit à l'article 511-3 du code pénal, le fait de prélever un organe sur une personne vivante majeure sans que le consentement de celle-ci ait été recueilli dans les conditions prévues à l'article L. 671-3 du présent code est puni de sept ans d'emprisonnement et de 700 000 F d'amende.

« Est puni des mêmes peines le fait de prélever un organe sur un donneur vivant mineur ou sur un donneur vivant majeur faisant l'objet d'une mesure de protection légale sans avoir respecté les conditions prévues aux articles L. 671-4 et L. 671-5 du présent code.

« Art. L. 674-4. — Comme il est dit à l'article 511-4 du code pénal, le fait d'obtenir d'une personne le prélèvement de tissus, de cellules ou de produits de son corps contre un paiement quelle qu'en soit la forme, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 500 000 F d'amende.

« Est puni des mêmes peines le fait d'apporter son entremise pour favoriser l'obtention de tissus, de cellules ou de produits humains contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, ou de céder à titre onéreux des tissus, des cellules ou des produits du corps d'autrui.

« Art. L. 674-5. — Comme il est dit à l'article 511-5 du code pénal, le fait de prélever un tissu ou des cellules ou de collecter un produit sur une personne vivante majeure sans qu'elle ait exprimé son consentement est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 500 000 F d'amende.

« Est puni des mêmes peines le fait de prélever un tissu ou des cellules ou de collecter un produit sur une personne vivante mineure ou sur une personne vivante majeure faisant l'objet d'une mesure de protection légale sans avoir respecté les conditions prévues par l'article L. 672-5 du présent code.

« Art. L. 674-6. — Le fait de procéder à des prélèvements d'organes ou des transplantations d'organes, à des prélèvements ou des greffes de tissus, à la conservation ou à la transformation de tissus ou à la greffe de cellules dans un établissement n'ayant pas obtenu l'autorisation prévue par les articles L. 671-12, L. 671-16, L. 672-7, L. 672-10 et L. 672-13 est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

« Art. L. 674-7. — Le fait de procéder à la distribution ou à la cession d'organes, de tissus, de cellules et produits humains en vue d'un don sans qu'aient été respectées les règles de sécurité sanitaire exigées en application des dispositions de l'article L. 665-15 est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende ».

القوانين الفرنسية المنظمة لتقنية

التلقيح الإصطناعي

Art. 16. — Les nouveaux articles L. 675-1 à L. 675-8 du code de la santé publique sont, dans la numérotation qui résulte de la présente loi, insérés dans le chapitre III du titre III du livre VI dudit code.

Art. 17. — Il est inséré, dans le chapitre III du titre III du livre VI du code de la santé publique, les articles L. 675-9 à L. 675-18 ainsi rédigés :

« Art. L. 675-9. — Comme il est dit à l'article 511-6 du code pénal, le fait de recueillir ou de prélever des gamètes sur une personne vivante sans son consentement écrit est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 500 000 F d'amende.

« Art. L. 675-10. — Comme il est dit à l'article 511-9 du code pénal, le fait d'obtenir des gamètes contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, à l'exception du paiement des prestations assurées par les établissements effectuant la préparation et la conservation de ces gamètes, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 500 000 F d'amende.

« Est puni des mêmes peines le fait d'apporter son entremise pour favoriser l'obtention de gamètes contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, ou de remettre à des tiers, à titre onéreux, des gamètes provenant des dons.

« Art. L. 675-11. — Le fait de divulguer une information permettant à la fois d'identifier une personne ou un couple qui a fait don de gamètes et le couple qui les a reçus est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

« Art. L. 675-12. — Le fait de recueillir ou de prélever des gamètes sur une personne vivante en vue d'une assistance médicale à la procréation, sans procéder aux tests de dépistage des maladies transmissibles exigés en application de l'article L. 665-15 est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

« Art. L. 675-13. — Le fait de procéder à une insémination artificielle par sperme frais ou mélange de sperme provenant de dons en violation de l'article L. 673-3 est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

« Art. L. 675-14. — Le fait de subordonner le bénéfice d'un don de gamètes à la désignation par le couple receveur d'une personne ayant volontairement accepté de procéder à un tel don en faveur d'un couple tiers en violation de l'article L. 673-7 est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

« Art. L. 675-15. — Les personnes physiques coupables des infractions prévues au présent chapitre encourent également la peine complémentaire d'interdiction, pour une durée de dix ans ou plus, d'exercer l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice de laquelle ou à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise.

القوانين الفرنسية المنظمة لتقنية

التلقيح الاصطناعي

« Art. L. 675-16. — Le fait de procéder à des activités de recueil, de traitement, de conservation et de cession de gamètes provenant de dons sans avoir recueilli l'autorisation prévue à l'article L. 673-5 est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

« Art. L. 675-17. — Comme il est dit à l'article 511-28 du code pénal, les personnes morales peuvent être déclarées responsables pénalement, dans les conditions prévues par l'article 121-2 dudit code, des infractions définies au présent chapitre. Les peines encourues par les personnes morales sont :

« 1° L'amende, suivant les modalités prévues par l'article 131-38 du code pénal ;

« 2° Les peines mentionnées à l'article 131-39 du code pénal.

« L'interdiction mentionnée au 2° de l'article 131-39 du code pénal porte sur l'activité dans l'exercice ou à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise.

« Art. L. 675-18. — Comme il est dit à l'article 511-26 du code pénal, la tentative des délits prévus par les articles 511-2, 511-3, 511-4, 511-5, 511-6 et 511-9 dudit code auxquels renvoient les articles L. 674-2 à L. 674-5, L. 675-9 et L. 675-10 du présent code est punie des mêmes peines ».

Art. 18. — I. — Il est inséré, dans la section 4 du chapitre V du titre I<sup>er</sup> du livre II du code de la santé publique, les articles L. 184-6 et L. 184-7 ainsi rédigés :

« Art. L. 184-6. — Toute violation constatée dans un établissement ou un laboratoire, et du fait de celui-ci, des prescriptions législatives et réglementaires applicables à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal entraîne le retrait temporaire ou définitif des autorisations prévues aux articles L. 184-1 et L. 162-16.

« Le retrait d'autorisation est également encouru en cas de violation des prescriptions fixées par l'autorisation.

« Le retrait ne peut intervenir qu'après un délai d'un mois suivant une mise en demeure adressée par l'autorité administrative à l'établissement ou au laboratoire concerné et précisant les griefs. En cas de violation grave des dispositions de la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, l'autorisation peut être suspendue sans délai à titre conservatoire.

« La décision de retrait est prise après avis motivé de la Commission nationale de médecine et de biologie de la reproduction et du diagnostic prénatal. Elle est publiée au *Journal officiel* de la République française.

« Art. L. 184-7. — Le fait de procéder à des activités d'assistance médicale à la procréation sans avoir recueilli l'autorisation prévue à l'article L. 184-1 est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende ».

II. — Sont insérés, au chapitre II *bis* du titre I<sup>er</sup> du livre II du code de la santé publique, les articles L. 152-11 à L. 152-19 ainsi rédigés :

القوانين الفرنسية المنظمة لتقنية

التلقيح الإصطناعي

« Art. L. 152-11. — Le fait d'obtenir des embryons humains sans respecter les conditions prévues aux articles L. 152-4 et L. 152-5 est puni de sept ans d'emprisonnement et de 700 000 F d'amende.

« Art. L. 152-12. — Comme il est dit à l'article 511-15 du code pénal, le fait d'obtenir des embryons humains contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, est puni de sept ans d'emprisonnement et de 700 000 F d'amende.

« Est puni des mêmes peines le fait d'apporter son entremise pour favoriser l'obtention d'embryons humains contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, ou de remettre à des tiers, à titre onéreux, des embryons humains.

« Art. L. 152-13. — Le fait de divulguer une information nominative permettant d'identifier à la fois le couple qui a renoncé à un embryon et le couple qui l'a accueilli est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

« Art. L. 152-14. — Le fait de procéder à des activités d'assistance médicale à la procréation à des fins autres que celles définies à l'article L. 152-2 est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 500 000 F d'amende.

« Art. L. 152-15. — Comme il est dit à l'article 511-17 du code pénal, le fait de procéder à la conception *in vitro* d'embryons humains à des fins industrielles ou commerciales est puni de sept ans d'emprisonnement et de 700 000 F d'amende.

« Est puni des mêmes peines le fait d'utiliser des embryons humains à des fins industrielles ou commerciales.

« Art. L. 152-16. — Le fait de procéder au transfert d'un embryon dans les conditions fixées à l'article L. 152-5 sans avoir pris connaissance des résultats des tests de dépistage de maladies infectieuses exigés en application de l'article précité est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

« Art. L. 152-17. — Comme il est dit à l'article 511-19 du code pénal, le fait de procéder à une étude ou une expérimentation sur l'embryon en violation des dispositions de l'article L. 152-8 du présent code est puni de sept ans d'emprisonnement et de 700 000 F d'amende.

« Art. L. 152-18. — Comme il est dit à l'article 511-18 du code pénal, le fait de procéder à la conception *in vitro* d'embryons humains à des fins de recherche ou d'expérimentation est puni de sept ans d'emprisonnement et de 700 000 F d'amende.

« Art. L. 152-19. — La tentative des délits prévus par les articles L. 152-11 et L. 152-17 est punie des mêmes peines. Comme il est dit à l'article 511-26 du code pénal, la tentative des délits prévus par l'article 511-15 dudit code auquel renvoie l'article L. 152-12 du présent code est punie des mêmes peines ».

القوانين الفرنسية المنظمة لتقنية

التلقيح الاصطناعي

III. — Il est inséré, dans le chapitre IV du titre I<sup>er</sup> du livre II du code de la santé publique, les articles L. 162-18 à L. 162-22 ainsi rédigés :

« Art. L. 162-18. — Le fait de procéder au diagnostic prénatal sans avoir reçu l'autorisation mentionnée à l'article L. 162-16 est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

« Art. L. 162-19. — Le fait de procéder à une interruption volontaire de grossesse après diagnostic prénatal sans avoir respecté les modalités prévues par la loi est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

« Art. L. 162-20. — Le fait de méconnaître les dispositions de l'article L. 162-17 relatif au diagnostic préimplantatoire est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

« Art. L. 162-21. — Les personnes physiques coupables des infractions prévues à la section 4 du chapitre V, au chapitre II *bis* et au présent titre encourent également la peine complémentaire d'interdiction, pour une durée de dix ans au plus, d'exercer l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice de laquelle ou à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise.

« Art. L. 162-22. — Comme il est dit à l'article 511-28 du code pénal, les personnes morales peuvent être déclarées responsables pénalement dans les conditions prévues par l'article 121-2 dudit code, des infractions définies à la section 4 du chapitre V et au chapitre II *bis* du présent titre. Les peines encourues par les personnes morales sont :

« 1° L'amende, suivant les modalités prévues par l'article 131-38 du code pénal ;

« 2° Les peines mentionnées à l'article 131-39 du code pénal.

« L'interdiction mentionnée au 2° de l'article 131-39 du code pénal porte sur l'activité dans l'exercice ou à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise ».

Art. 19. — Les établissements, laboratoires ou organismes qui, en application des dispositions législatives ou réglementaires antérieures à l'entrée en vigueur de la présente loi, ont été autorisés à pratiquer les activités de prélèvement d'organes, de transplantations d'organes, d'assistance médicale à la procréation et de diagnostic prénatal visées par les articles L. 671-12, L. 671-16, L. 184-1, L. 673-5 et L. 162-16 du code de la santé publique doivent déposer une demande d'autorisation dans un délai de six mois à compter de la publication du décret pris pour l'application de la présente loi et relatif à l'autorisation dont relèvent leurs activités. Ils peuvent poursuivre leurs activités jusqu'à l'intervention de la décision de l'autorité administrative sur leur demande.

Les établissements, laboratoires ou organismes qui pratiquent les activités de prélèvements de tissus, de conservation ou de transformation de tissus en vue de leur cession, de greffes de tissus ou de cellules, que les articles L. 672-7, L. 672-10 et L. 672-13 du code de la santé publique soumettent à autorisation doivent déposer une demande d'autorisation dans un délai de six mois à compter de

القوانين الفرنسية المنظمة لتقنية

التلقيح الإصطناعي

la publication du décret pris pour l'application de la présente loi et relatif à l'autorisation dont relèvent leurs activités. Ils peuvent poursuivre ces activités jusqu'à l'intervention de la décision de l'autorité administrative sur leur demande.

Art. 20. — Sont abrogées les dispositions de :

1° La loi n° 49-890 du 7 juillet 1949 permettant la pratique de la greffe de la cornée grâce à l'aide de donateurs d'yeux volontaires ;

2° La loi n° 76-1181 du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes ;

3° L'article 13 de la loi n° 91-1406 du 31 décembre 1991 portant diverses dispositions d'ordre social.

Art. 21. — La présente loi fera l'objet, après évaluation de son application par l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, d'un nouvel examen par le Parlement dans un délai maximum de cinq ans après son entrée en vigueur.

Art. 22. — Il est inséré, dans le livre I<sup>er</sup> du code de la santé publique, un titre VI ainsi rédigé :

« TITRE VI

« Médecine prédictive et identification génétique

« Art. L. 145-15. — L'examen des caractéristiques d'une personne ou son identification par empreintes génétiques, lorsqu'elle n'est pas réalisée dans le cadre d'une procédure judiciaire, ne peut être entrepris qu'à des fins médicales ou de recherche scientifique et qu'après avoir recueilli son consentement.

« Lorsque cet examen ou cette identification est effectué à des fins médicales, le consentement est recueilli par écrit. Les examens ou identifications à des fins de recherche scientifique sont régis par les dispositions du livre II *bis* du présent code.

« A titre exceptionnel, lorsque cette étude est entreprise à des fins médicales, le consentement de la personne peut ne pas être recueilli, dans son intérêt et dans le respect de sa confiance. Sous les mêmes réserves, le consentement peut également ne pas être recueilli lorsque l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques est recherchée à des fins médicales.

« Art. L. 145-16. — Sont seules habilitées à procéder à des identifications par empreintes génétiques à des fins médicales ou de recherche scientifique les personnes ayant fait l'objet d'un agrément dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État.

« Art. L. 145-17. — Comme il est dit à l'article 226-25 du code pénal, le fait de procéder à l'étude des caractéristiques génétiques d'une personne à des fins médicales sans avoir préalablement recueilli son consentement dans les conditions prévues par l'article L. 145-15 est puni d'un emprisonnement et de 100 000 F d'amende.

القوانين الفرنسية المنظمة لتقنية

التلقيح الإصطناعي

« Art. L. 145-18. — Comme il est dit à l'article 226-26 du code pénal, le fait de détourner de leurs finalités médicales ou de recherche scientifique les informations recueillies sur une personne au moyen de l'étude de ses caractéristiques génétiques est puni d'un an d'emprisonnement et de 100 000 F d'amende.

« Art. L. 145-19. — Comme il est dit à l'article 226-27 du code pénal, le fait de rechercher l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques à des fins médicales sans recueillir préalablement son consentement dans les conditions prévues par l'article L. 145-15 est puni d'un d'emprisonnement et de 100 000 F d'amende.

« Art. L. 145-20. — Comme il est dit à l'article 226-28 du code pénal, le fait de rechercher l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques à des fins qui ne seraient ni médicales ni scientifiques ou en dehors d'une mesure d'enquête ou d'instruction diligentée lors d'une procédure judiciaire est puni d'un d'emprisonnement et de 100 000 F d'amende.

« Est puni des mêmes peines le fait de divulguer des informations relatives à l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques ou de procéder à l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques sans être titulaire de l'agrément prévu à l'article L. 145-16 du présent code.

« Art. L. 145-21. — Comme il est dit à l'article 226-29 du code pénal, la tentative des infractions prévues aux articles 226-25, 226-26, 226-27 et 226-28 dudit code auxquels renvoient les articles L. 145-17, L. 145-18, L. 145-19 et L. 145-20 du présent code est punie des mêmes peines ».

Art. 23. — Le comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé a pour mission de donner des avis sur les problèmes éthiques soulevés par les progrès de la connaissance dans les domaines de la biologie, de la médecine et de la santé et de publier des recommandations sur ces sujets.

Un décret en Conseil d'État précise la composition et les modalités de saisine, d'organisation et de fonctionnement du comité.

Art. 24. — Les dispositions du code de la santé publique qui citent en les reproduisant les articles d'autres codes sont de plein droit modifiées par l'effet des modifications ultérieures de ces articles.



المزاج  
المزاج

## القرآن الكريم.

أولاً: المراجع العامة.

I- باللغة العربية:

- 1- أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، ط<sup>1</sup>، دار العقيدة، الإسكندرية، 2004.
- 2- أبو الحسن أحمد بن محمد بن جعفر، مختصر القدوري في الفقه الحنفي، تحقيق وتعليق: الشيخ كامل محمد عويضة، منشورات محمد علي بيوض، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1997.
- 3- أبو الحسن مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، كتاب الرضاع، باب الولد للفراس وتوقّي الشبهات، حديث رقم 1457.
- 4- أبو القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي القزويني الشافعي، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، تحقيق، علي محمد عوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط<sup>1</sup>، 1417هـ/1997م.
- 5- أبو إسحاق إبراهيم بنعلي الفيروز أبادي، المذهب، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، د.س.ن.
- 6- أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي، المجموع شرح المذهب، ج19، دار الفكر، لبنان، 2005.
- 7- أبو محمد بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، المحلى بالآثار، ج10، دار الفكر للطباعة والنشر، لبنان، 2001.
- 8- أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، الأم، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1393هـ.

- 9- أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، مسند الشافعي، كتاب جراح العمدة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1424هـ.
- 10- أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، دار إحياء التراث العربي، ج3، بيروت، لبنان، 1405هـ/1985م.
- 11- أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، مختصر صحيح البخاري، ج1، دار ابن حزم، القاهرة، 2010.
- 12- ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث، ط<sup>1</sup>، دار الفكر، بيروت، د.س.ن.
- 13- ابن جزي، القوانين الفقهية، دار الكتاب، الجزائر، 1987.
- 14- ابن حجر العسقلاني، بلوغ المرام من أدلة الأحكام، تحقيق: إبراهيم إسماعيل، دار الجليل، بيروت، لبنان، د.س.ن.
- 15- ابن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، كتاب الفرائض، باب الولد للفراش حرة كانت أو أمة، ج13، دار الفكر، بيروت، 1991.
- 16- ابن كثير، تفسير القرآن الكريم، ج1، ط<sup>1</sup>، دار ومكتبة الهلال، بيروت، 1410هـ.
- 17- ابن ماجة، السنن، ج1، دار الحديث، د.س.ن.
- 18- ابن علي الفيومي أحمد، المصباح المنير، تحقيق يحي مراد، ط<sup>1</sup>، مؤسسة المختار، مصر، 2008.
- 19- ابن القيم الجوزية، بدائع التفسير الجامع لما فسره الإمام ابن القيم، م<sup>3</sup>، دار ابن الجوزي، 1427هـ.
- 20- ابن القيم الجوزية، زاد المعاد في خير هدى العباد، م<sup>2</sup>، ج<sup>4</sup>، دار الكتب العلمية، بيروت، 2001.

- 21- ابن القيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، د.د.ن، القاهرة، 1953.
- 22- ابن القيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ج2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط<sup>1</sup>، 1990.
- 23- ابن القيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، دار الجيل، بيروت، لبنان، 1998.
- 24- ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، دار الكتاب العربية، القاهرة، 1325هـ.
- 25- إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، ط<sup>3</sup>، إعداد مجمع اللغة العربية، القاهرة، 1985.
- 26- ابتسام القرام، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، قاموس باللغتين العربية والفرنسية، قصر الكتاب، البليدة، الجزائر، 1992.
- 27- أحمد إبراهيم بك وواصل علاء الدين، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون، مطبعة الحريوصلي، القاهرة، 1994.
- 28- أحمد الدردير أبو البركات، الشرح الكبير، ج3، تحقيق محمد عليش، دار الفكر، لبنان، د.س.ن.
- 29- أحمد الدردير أبو البركات، الشرح الصغير، مؤسسة العصر ووزارة الشؤون الدينية، الجزائر، 1992.
- 30- أحمد الغندور، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي مع بيان مشروع قانون الأحوال الشخصية الكويتي وما عليه العمل في محاكم الكويت، مكتبة الفلاح، الكويت، ط<sup>3</sup>، 1405هـ/1985م.

- 31- أحمد بن الحسين بن علي البيهقي أبو بكر، السنن الكبير، مكتبة دار الباز، مكة، 1414هـ.
- 32- أحمد بن حنبل، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، طبعة معادة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط<sup>1</sup>، 1958.
- 33- أحمد بن حنبل، المسند، وبهامشيه منتخب كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال، م<sup>2</sup>، المكتب الإسلامي للطباعة والنشر، د.س.ن.
- 34- أحمد بن محمد الصاوي المالكي، بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، ج<sup>1</sup>، دار المعرفة، بيروت، 1398هـ/1978م.
- 35- أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، دار الزيان للتراث، 1407هـ/1986م.
- 36- أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ج<sup>1,4,5,9</sup>، دار الفكر، بيروت، 1991.
- 37- أحمد بن تيمية، المحرر في الفقه، ج<sup>1</sup>، ط<sup>2</sup>، مكتبة المعارف، الرياض.
- 38- أحمد كنعان، الموسوعة الطبية الفقهية، دار النفائس، عمان، 1986.
- 39- أحمد محمود الشافعي، الطلاق وحقوق الأولاد والأقارب، د.د.ن، 1987.
- 40- أحمد محمود خليل، الوسيط في تشريعات محاكم الأسرة للمسلمين وغير المسلمين، معلقا عليها بأحكام النقض والدستورية العليا، المكتب الجامعي الحديث، 2008.
- 41- أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في القانون السوري، دار الكتب القانونية، 2009.

- 42- أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وآثارهما، د.د.ن، 2004.
- 43- أحمد نصر الجندي، موسوعة الأحوال الشخصية، ج2، دار الكتب القانونية، مصر، 2006.
- 44- أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، 2009.
- 45- أحمد فراج حسين، أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004.
- 46- أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1988.
- 47- أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب، الدار الجامعية للنشر، الإسكندرية، 1418هـ/1998م.
- 48- الزبيدي محمد مرتضى، تاج العروس، ط<sup>1</sup>، دار صادر، بيروت، د.س.ن.
- المعاينة منصور عمر، الأدلة الجنائية والتحقيق الجنائي، د.د.ن.، عمان، 2000.
- 49- النووي أبو زكرياء يحيى بن شرف الشافعي، شرح صحيح مسلم، ج1، مكتبة الإيمان، المنصورة، د.س.ن.
- 50- النووي أبو زكرياء يحيى بن شرف الشافعي، تحرير التتبيه، ط<sup>1</sup>، دار الفكر المعاصر، بيروت، دمشق، 1410هـ.
- 51- السيد أبو الحسن، الوسيلة الكبرى -باب الزواج-، فصل الأولاد طعن بالتميز رقم 84/49، أحوال شخصية، 1985.
- 52- السيد علي بن محمد الشريف الجرحاني، التعريفات، مكتبة لبنان، بيروت، 1959.

- 53- **العربي بلحاج**، أبحاث ومذكرات في القانون والفقہ الإسلامي، ج2، ديوان المطبوعات الجامعية، 1996.
- 54- **العربي بلحاج**، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.
- 55- **العربي بلحاج**، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج2، الميراث والوصية، ط<sup>3</sup>، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.
- 56- **العربي بلحاج**، قانون الأسرة، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.
- 57- **الغوتي بن ملحّة**، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، ط<sup>1</sup>، 2005.
- 58- **الغوتي بن ملحّة**، قواعد وطرق الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية، ط<sup>1</sup>، 2001.
- 59- **بدران أبو العينين بدران**، الفقه المقارن لأحوال الشخصية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، لبنان، 1967.
- 60- **بدران أبو العينين بدران**، حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية والقانون، مؤسسة شباب الجامعة للطباعة والنشر والتوزيع، الإسكندرية، مصر، 1981.
- 61- **جاد الحق علي جاد الحق وجمال الدين محمد محمود**، الفتاوى الإسلامية، م<sup>6</sup>، ط<sup>2</sup>، دار الإفتاء المصرية، د.س.ن.
- 62- **جيلالي تشوار**، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.

- 63- جلال الجابري، الطب الشرعي والسموم، ط<sup>1</sup>، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان، 2002.
- 64- جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر في القواعد الفقهية، تحقيق عزت زينهم عبد الواحد، مكتبة الإيمان، مصر، د.س.ن.
- 65- جمال الدين محمد بن منظور، لسان العرب، ج11، ط<sup>4</sup>، دار صادر، بيروت، لبنان، 2005.
- 66- جمال الدين محمد بن منظور، لسان العرب، ج12، ط<sup>2</sup>، دار صادر، بيروت، 1999.
- 67- جمال الدين محمد بن منظور، لسان العرب، دار إحياء التراث العربي، لبنان، ط<sup>3</sup>، 1999.
- 68- جمال الدين محمد بن منظور، لسان العرب، ج15، ط<sup>1</sup>، دار صادر، بيروت، 2000.
- 69- جمال الدين محمد بن منظور، لسان العرب، ج37، دار المعرفة، القاهرة، د.س.ن.
- 70- دليلة فركوس، تاريخ النظم، ج1، مطبعة الأطلس للنشر، 1993.
- 71- هلال يوسف إبراهيم، أحكام الزواج العرفي للمسلمين وغير المسلمين من الناحية الشرعية والقانونية، د.د.ن.، 1995.
- 72- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الأحوال الشخصية، ج7، دار الفكر، الجزائر، 1413هـ/1998م.
- 73- وسام أحمد السمروط، القرينة وأثرها في إثبات الجريمة، دراسة فقهية مقارنة، ط<sup>1</sup>، منشورات الحلبي الحقوقية، 2007.

- 74- حنان قرقوتي، رعاية اليتيم في الإسلام، ط<sup>1</sup>، دار الكتب العلمية، بيروت، 1424هـ.
- 75- حسن حسن منصور، المحيط في شرح مسائل الأحوال الشخصية، المؤسسة الوطنية للطباعة والنشر والتوزيع، 1998.
- 76- يوسف القرضاوي، الحلال والحرام في الإسلام، ط<sup>20</sup>، دار البعث، قسنطينة، الجزائر، 1404هـ/1984م.
- 77- يوسف القرضاوي، فتاوى معاصرة، ط<sup>3</sup>، ج4، دار القلم، الكويت، 2003.
- 78- يوسف دلاندة، قانون الأسرة، منقح بالتعديلات التي أدخلت عليه بموجب الأمر رقم 02/05، دار هومة، ط<sup>2</sup>، 2007.
- 79- يوسف قاسم، حقوق الأسرة في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.
- 80- كمال الدين محمد بن عبد الواحد السواسي السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي، شرح فتح القدير، م4، دار الفكر، لبنان، د.س.ن.
- 81- كمال لدرع، حماية حقوق الطفل، المعيار، دورية علمية محكمة تعنى بالدراسات الإسلامية والاجتماعية، تصدرها كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية بجامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، عدد 09، 1425هـ/2004م.
- 82- مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ج2، ط<sup>1</sup>، 1994.
- 83- مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، تحقيق عامر الجزار وعبد الله المنشاوي، دار الحديث، القاهرة، 2005.

- 84- مالك بن أنس الأصبحي، الموطأ، 234هـ، تخريج وتعليق: محمد فؤاد عبد الباقي، المكتبة الثقافية، بيروت، 822/2، 1408هـ/1988م.
- 85- موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، الكافي، الهجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، باب الخلع وكيفية الطلاق فيه، كتاب الخلع، ج4، ط<sup>1</sup>، 1998.
- 86- موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني ويليهِ الشرح الكبير، ج5، دار الحديث، القاهرة، 2004.
- 87- موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني، دار الكتب العلمية، بيروت، ج5، د.س.ن.
- 88- موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني، ج9، دار الكتاب العربي، بيروت، طبعة جديدة بعناية جماعة من العلماء، 1403هـ/1983م.
- 89- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ك<sup>1</sup>، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ط<sup>3</sup>، 1957.
- 90- محمد أحمد قاسم أنسي، أطفال بلا أسر، مركز الإسكندرية للكتاب، مصر، ط<sup>1</sup>، 1998.
- 91- محمد الأمين بن محمد بن المختار الجكني الشنقيطي، أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، ج2، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، 1415هـ/1995م.
- 92- محمد السعيد الدقاق، الحماية القانونية للأطفال في إطار مشروع اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل في حقوق الإنسان، م<sup>2</sup>، دراسات حول الوثائق العلمية والإقليمية، دار الملايين للعلم، لبنان، 1989.

- 93- محمد الفيروز أبادي، القاموس المحيط، تحقيق: محمد نعيم العرقسوسي، ج1، ط<sup>5</sup>، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1406هـ.
- 94- محمد الرملي، نهاية المحتاج، د.د.ن.، مصر، 1967.
- 95- محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج3، د.د.ن، بيروت، لبنان، 1374هـ/1955م.
- 96- محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، مكتبة مصطفى بابي الحلبي وأولاده، القاهرة، 1377هـ/1958م.
- 97- محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، ط<sup>1</sup>، 2006.
- 98- محمد أمين الهدى المشهور بابن عابدين، مجموعة رسائل ابن العابدين، ج1، د.د.ن.، د.س.ن.
- 99- محمد بن أحمد الصالح، فقه الأسرة عند الإمام ابن تيمية في الزواج وآثاره، م<sup>2</sup>، د.س.ن.
- 100- محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، ج17، دار المعرفة، بيروت، 1989.
- 101- محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2، دار إحياء الكتب العربية، د.س.ن.
- 102- محمد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، ط<sup>1</sup>، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2003.

- 103- محمد بن محمد المختار الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها، مكتبة الصحابة، جدة، 1994.
- 104- محمد بن عيسى الترمذي، سنن الترمذي، ج4، ط<sup>1</sup>، المكتب الإسلامي، بيروت، 1408هـ.
- 105- محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار، ج7، دار المستقبل للطباعة والنشر والتوزيع، ط<sup>1</sup>، 2005.
- 106- محمد حسيني، عقد الهبة في التشريع الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، د.س.ن.
- 107- محمد يوسف موسى، أحكام الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي، د.د.ن.، د.س.ن.
- 108- محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دراسة قوانين الأحوال الشخصية، د.د.ن.، د.س.ن.
- 109- محمد كمال الدين إمام، الزواج في الفقه الإسلامي، دراسة تشريعية وفقهية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1998.
- 110- محمد محدة، سلسلة فقه الأسرة، ط<sup>2</sup>، أطلس للنشر، الجزائر، 1993.
- 111- محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في التشريعات الإسلامية، دار الكتاب العربي، بيروت، ط<sup>1</sup>، 1987.
- 112- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنة والمذهب الجعفري والقانون، دار النهضة العربية، بيروت، ط<sup>2</sup>، 1397هـ/1977م.

- 113- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه مذاهب السنة والمذهب الجعفري والقانون، ط<sup>4</sup>، دار الجامعة، بيروت، 1983.
- 114- محمد نبيل سعد الشاذلي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989.
- 115- محمد سليمان الأشقر، أبحاث اجتهادية في الفقه الطبي، ط<sup>1</sup>، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2001.
- 116- محمد سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، دار النفائس، الأردن، ط<sup>2</sup>، 1418هـ/1997م.
- 117- محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية، شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط<sup>1</sup>، 2008.
- 118- محمد عاشق البرني، التسهيل الضروري لمسائل القدوري في فقه الإمام أبو حنيفة النعمان، باب دوى النسب فيمن ولدته الجارية بعد البيع، مكتبة الشيخ كراتشي، ج2، د.س.ن.
- 119- 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.
- 120- محمد عبد الجواد محمد، حماية الأمومة والطفولة في المواثيق الدولية، منشأة المعارف، 1991.
- 121- محمد عبد الجواد محمد، حماية الطفولة في الشريعة الإسلامية والقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، د.س.ن.
- 122- محمد عبد الرؤوف المناوي، التوقيف على مهمات التعاريف، ط<sup>1</sup>، دار الفكر المعاصر، بيروت، دمشق، 1410هـ.

- 123- محمد عبد الرؤوف المناوي، فيض القدير، شرح الجامع الصغير، دار إحياء السنة النبوية، ج3، ط<sup>1</sup>، د.س.ن.
- 124- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، الإثبات في المواد المدنية والتجارية طبقاً لأحدث التعديلات، طبعة مزيّدة بأحكام القضاء، دار هومة، ط<sup>1</sup>، 2008-2009.
- 125- محمود حمودة ومحمد مطلق عساف، فقه الأحوال الشخصية، مؤسسة الوراق، عمان، الأردن، 1984.
- 126- محمود شلتوت، الفتاوى، الإسلام عقيدة وشريعة، ط<sup>1</sup>، دار البعث، قسنطينة، د.س.ن.
- 127- محمود شلتوت، تفسير القرآن، ط<sup>7</sup>، دار الشروق، بيروت، لبنان، 1399هـ.
- 128- محمود توفيق إسكندر، الخبرة القضائية، دار هومة، 2002.
- 129- منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، منتهى الإرادات، عالم الكتب، ج2، ط<sup>1</sup>، بيروت، 1993.
- 130- منصور بن يونس بن إدريس البهوني، كشف القناع عن متن الإقناع، تحقيق هلال مصيلحي، مصطفى هلال، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1402هـ.
- 131- منتصر سعيد حمودة، حماية حقوق الطفل في القانون الدولي العام والإسلامي، دار الجامعة الجديدة، 2007.
- 132- مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ج1، الزواج وانحلاله، المكتب الإسلامي، ط<sup>7</sup>، 1417هـ/1998م.
- 133- نبيل صقر، قانون الأسرة نصاً وفقهاً وتطبيقاً، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2006.

- 134- نصر الدين مروك، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، ط<sup>1</sup>، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2003.
- 135- نصر الدين مروك، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، ج<sup>1</sup>، ك<sup>2</sup>، دار هومة، الجزائر، 2003.
- 136- سيد سابق، فقه السنة، ج<sup>3</sup>، دار الفكر العربي، لبنان، 1403هـ/1983م.
- 137- سليمان بن الأشعث أبو داود، سنن أبي داود، الدار المصرية اللبنانية، القاهرة، 1988.
- 138- سميح عاطف الزين، العقود، مجمع البيان، موسوعة الأحكام الشرعية الميسرة في الكتاب والسنة، دار الكتب المصرية، ط<sup>1</sup>، 1991.
- 139- سمير عبد السميع الأودن، الزواج العرفي في ظل قانون الأحوال الشخصية الجديد، مكتبة ومطبعة الإشعاع، الإسكندرية، 2001.
- 140- سعد أبو حبيب، المرشد في قانون الأحوال الشخصية، ج<sup>1</sup>، آثار الزواج وانحلاله، دار الأنوار للطباعة، دمشق، ط<sup>2</sup>، 1989.
- 141- سعد فضيل، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، ج<sup>1</sup>، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986.
- 142- عباسي العبودي، الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات المدني، ط<sup>1</sup>، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2002.
- 143- عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ط<sup>1</sup>، ج<sup>9</sup>، مؤسسة الرسالة، 1413هـ/1992م.
- 144- عبد الله الهاشمي، التحقيق الإجرامي عند العرب، دار القلم، الكويت.

- 145- عبد الله بن محمد بن أبي شيبة الكوفي العبسي، مصنف ابن أبي شيبة، تحقيق كمال يوسف الحوت، ج3، ط<sup>1</sup>، مكتبة الرشد، الرياض، 1409هـ.
- 146- عبد الله علي الركبان، النظرية العامة لإثبات موجبات الحدود، جامعة الأزهر، كلية الشريعة والقانون، 1974.
- 147- عبد المجيد مطلوب، الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية، دار الفلسفة العربية، 1994.
- 148- عبد النبي بن عبد الرسول الأحمد نكري، موسوعة مصطلحات جامع العلوم (الملقب بدستور العلماء)، ج3، مكتبة لبنان، ط<sup>1</sup>، 1997.
- 149- عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على الأسرة، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 2002.
- 150- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط<sup>3</sup>، 1996.
- 151- عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء، دار الفكر العربي، القاهرة، 1976.
- 152- عبد العزيز خياط، حكم العقم في الإسلام، وزارة الأوقاف وشؤون المقدسات الإسلامية، الأردن، 1981.
- 153- عبد الفتاح مراد، المعجم القانوني رباعي اللغة، د.د.ن.، مصر، 1996.
- 154- عبد الفتاح تقيّة، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي، ط<sup>3</sup>، الجزائر، 1999-2000.
- 155- عبد الفتاح تقيّة، قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي، د.د.ن.، 1999-2000.

- 156- **عبد القادر بن داود، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، دار الهلال للخدمات الإعلامية، الجزائر، 2005.**
- 157- **عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له، دار الخلدونية، ط<sup>1</sup>، 1428هـ/2007م.**
- 158- **عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.**
- 159- **عبد القادر داودي، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، ط<sup>1</sup>، دار البصائر، الجزائر، 2007.**
- 160- **عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بالوجه العام، الإثبات وآثار الالتزام، ج2، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1982.**
- 161- **عبد الرحمان الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، ج2، الطلاق وآثاره، المطبعة الجديدة، دمشق، ط<sup>5</sup>، 1979.**
- 162- **عبد الرحمان الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، ج2، الطلاق وآثاره، منشورات جامعة دمشق، ط<sup>8</sup>، 2000-2001.**
- 163- **عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج4، النكاح والطلاق، المكتبة التوفيقية، دار القلم، بيروت، لبنان، د.س.ن.**
- 164- **عبد الرحمن بن محمد بن مخلوف أبي زيد المالكي الثعالبي، الجواهر الحسان في تفسير القرآن، حقق أصوله وعلق عليه وخرج أحاديثه الشيخ علي معوض والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، ج5، دار إحياء التراث العربي، مؤسسة التاريخ العربي، لبنان، ط<sup>1</sup>، 1418هـ/1997م.**

- 165- **عبد التواب معوض**، موسوعة الأحوال الشخصية حسب آخر التعديلات، ج1، ط<sup>4</sup>، دار الوفاء، 1988.
- 166- **عبد التواب معوض**، موسوعة الأحوال الشخصية، ج2، د.د.ن.، 1997.
- 167- **علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي**، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط<sup>2</sup>، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1984.
- 168- **علي الهادي الحوات**، رعاية الطفل المحروم (الأسس الاجتماعية والنفسية البديلة للطفولة)، مركز الإنماء العربي، ط<sup>1</sup>، 1989.
- 169- **علي بن أحمد أبو محمد بن حزم**، المحلى، إدارة الطباعة المنيرية لصاحبها محمد منير الدمشقي لأول مرة، دار الآفاق الجديدة، 1352هـ.
- 170- **علي بن نصر المالكي**، المعونة على مذهب عالم المدينة، بيروت، ج2، د.س.ن.
- 171- **علي بن سليمان المرادوي**، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تحقيق محمد حامد الفقي، ج12، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د.س.ن.
- 172- **علي يوسف المحمدي**، بحوث فقهية في قضايا طبية، ط<sup>1</sup>، دار البشائر الإسلامية.
- 173- **علي محي الدين القرتداغي وعلي يوسف المحمدي**، فقه القضايا الطبية المعاصرة، ط<sup>1</sup>، دار البشائر الإسلامية، بيروت، 2005.
- 174- **علي محمد علي قاسم**، التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005.
- 175- **عمر عبد الله**، أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية، دار المعارف، القاهرة، مصر، ط<sup>4</sup>، 1963.

- 176- عمر فروخ، الأسرة في الشرع الإسلامي، المكتبة العصرية، بيروت، لبنان، 1988.
- 178- عقيلة حسين، الشبهات المسقطة للحدود: دراسة فقهية مقارنة على المذاهب السنية، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط<sup>1</sup>، 1424هـ/2003م.
- 179- عثمان بن علي الزيلعي، تبين الحقائق، ط<sup>2</sup>، بيروت، دار المعرفة، د.س.ن.
- 180- فخر الدين الرازي، التفسير الكبير، ج<sup>2</sup>، ط<sup>1</sup>، دار الفكر، 1401هـ.
- 181- فضيل العيش، شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد وفقا للتعديلات الأخيرة، مطبعة طالب، طبعة جديدة، 2007-2008.
- 182- صالح حنفي، قضاء الأحوال الشخصية، دار الكتاب العربي، القاهرة، د.س.ن.
- 183- صديق بن حسن الفتوجي، أبجد العلوم الوشي المرقوم في بيان أحوال العلوم، ج<sup>2</sup>، أعده للطبع عبد الجبار زكار، وزارة الثقافة، دمشق، 1978.
- 184- قاعود حسين عبد الحي، الإنسان وخريطة الجينات، دار المعارف، القاهرة، د.س.ن.
- 185- رمضان علي السيد الشرنباطي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 1426هـ/2006م.
- 186- رمضان علي السيد الشرنباطي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية، 2001.

- 187- رشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، ط<sup>1</sup>، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1429هـ/2008م.
- 188- شمس الدين أحمد المعروف بقاضي زاده، تكملة شرح فتح القدير المسماة بنتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار، ج4، دار الفكر، بيروت، د.س.ن.
- 189- مجمع اللغة العربية، المعجم الوجيز، المطابع الأميرية، القاهرة، 2005.
- 190- مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ط<sup>4</sup>، مطبعة الشروق الدولية، 1425هـ/2004م.
- 191- وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، الكويت، ط<sup>1</sup>، 1421هـ/2001م.

## II - باللغة الفرنسية:

- 1- **Djilali TCHOUAR**, Droit Algérien de la famille, quels principes d'égalité? Etude de droit, mélanges en hommage à Abdellah BENHAMOU, Kounouz édition, 2013.
- 2- **Dominique Angèle VUITTON**, Immunologie, MEDSI/Mc GRAW-HILL, Paris.
- 3- **Gérard CORNU**, Droit civil, la famille, Paris, 1984.
- 4- **Gh. BENMELHA**, Le droit Algérien de la famille, O.P.U., 1993.
- 5- **James D. WATSON**, The double helix, first printing, New York, New American library, 1969.
- 6- **Jean HAUSSER**, L'imagination juridique Française, Dossier Dalloz, 2008.
- 7- **Mayer**, Droit international privé, Montchrestien, Paris, 4<sup>ème</sup> éd., 1991.
- 8- **Mostefa KHIATI**, L'islam et bioéthique, réponse de l'éthique de l'islam aux progrès technologiques médicaux, éd. Forem.

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

10- Patrick NICOLEAU, Droit de la famille, Ellipses, Paris, 1995.

### ثانياً: المراجع الخاصة.

#### I- باللغة العربية:

- 1- ابراهيم 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.
- 2- أحمد أحمد، موضوع النسب في الشريعة والقانون، دار القلم، بيروت، ط<sup>1</sup>، 1983.
- 3- أحمد زياد سلامة، أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة، دار العزيمة للعلوم، القاهرة، ط<sup>2</sup>، 1998.
- 4- أحمد حلمي مصطفى، أحكام النسب فقها وقضاء، ط<sup>2</sup>، د.د.ن، 2006.
- 5- أحمد محمد لطفي أحمد، التلقيح الصناعي بين أقوال الأطباء وآراء الفقهاء، ط<sup>1</sup>، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.
- 6- أحمد نصر الجندي، النسب في الإسلام والأرحام البديلة، دار الكتب القانونية، مصر، 2003.
- 7- أحمد نصر الجندي، عدة النساء عقب الفراق أو الطلاق، دار الكتب القانونية، 2004.
- 8- أحمد عمراني، التلقيح الاصطناعي بعد الوفاة في ميزان المشروعية، مخبر القانون والتكنولوجيا الحديثة، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2007.

- 9- أحمد فايد شعبان الكومي، أحكام الاستنساخ في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006.
- 10- أيمن مصطفى الحمل، مدى مشروعية استخدام الأجنة البشرية في إجراءات تجارب البحث العلمي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008.
- 11- 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.
- 12- العوضي صديقة، دور البصمة الوراثية في اختيار الأبوة، المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، الكويت، 1421هـ/2000م.
- 13- العريض شيخة سالم، الوراثة، ما لها وما عليها، ط<sup>1</sup>، دار الحرف العربي، 2003.
- 14- الشحات إبراهيم محمد منصور، نسب المولود الناتج عن التلقيح الصناعي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011.
- 15- أنور محمود دبور، إثبات النسب بطريق القيافة في الفقه الإسلامي، بحث مقارن، دار الثقافة العربية، 1405هـ/1985م.
- 16- أشرف عبد الرزاق ويح، موقع البصمة الوراثية من وسائل النسب الشرعية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
- 17- باديس نيابي، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري: إقرار، بينة، تلقيح اصطناعي، البصمة الوراثية، نظام تحليل الدم، دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010.

- 18- بسام محمد القواسمي، أثر الدم والبصمة الوراثية في الإثبات، في الفقه الإسلامي والقانون، دار النفائس للنشر والتوزيع، ط<sup>1</sup>، 1430هـ/2010م.
- 19- جاد الحق علي جاد الحق، التلقيح الصناعي، الفتاوى الإسلامية، 1980، عدد 09.
- 20- جبر محمود الفضيلات، أحكام اللعان، سلسلة بحوث فقهية مقارنة، شركة الشهاب للنشر والتوزيع، الجزائر، د.س.ن.
- 21- هجيرة دنوني، الكفالة وتطور التشريع العائلي في فرنسا، دراسات في القانون، دراسات متنوعة إحياء لذكرى عبد الله بن حمو، كنوز للنشر والتوزيع، 2013.
- 22- زبيدة إقروفة، التلقيح الاصطناعي، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010.
- 23- حسيني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الاصطناعي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، 2007.
- 24- حسني محمود عبد الدائم، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات، ط<sup>1</sup>، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008.
- 25- كارم السيد غنيم، الاستتساخ والإنجاب بين تجريب العلماء وتشريع السماء، ط<sup>1</sup>، دار الفكر العربي، 1418هـ/1998م.
- 26- كمال صالح البناء، المشكلات العملية في دعاوى النسب والإرث، ط<sup>1</sup>، علا الكتب، 1422هـ/2002م.
- 27- مدحت حسين خليل محمد، أسس الوراثة الفيزيولوجية، ط<sup>1</sup>، دار الكتاب الجامعي، الإمارات العربية، 2004.

- 28- محمد محمود حسن، النسب وأحكامه في الشريعة الإسلامية والقانون الكويتي، ط<sup>1</sup>، سنة 1999.
- 29- محمد مرسي زهرة، الإنجاب الصناعي، دراسة مقارنة، منشورات جامعة الكويت، الكويت، 1993.
- 30- محمد فريد الشافعي، الاستنساخ البشري، بين أوهام الغرب وحقائق الإسلام، دار البيان للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2003.
- 31- محمد فريد الشافعي، البصمة الوراثية ودورها في الإثبات، دار البيان، القاهرة، 2006.
- 32- محمد رأفت عثمان، إثبات أو نفي النسب بالبصمة الوراثية، ج1، منشور في كتاب: قضايا فقهية معاصرة، تأليف لجنة من الأساتذة، جامعة الأزهر، القاهرة، د.س.ن.
- 33- ممدوح عزمي، دعوى ثبوت النسب ودعوى ثبوت الزوجية والتبني للمسلمين وغير المسلمين، دار الفكر الجامعية، الإسكندرية، د.س.ن.
- 34- مريم أحمد الداغستاني، أحكام اللقيط في الإسلام، ط<sup>1</sup>، د.د.ن.، 1413هـ/1992م.
- 35- مخاطرية طفياني، إثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري والفقهاء الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2013.
- 36- ناهدة البقصمي، الهندسة الوراثية والأخلاق، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت، 1993.
- 37- نور الدين مختار الخادمي، الاستنساخ بدعة العصر، دار وحي القلم، ط<sup>1</sup>، بيروت، 2004.

- 38- سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويرخ، أحكام الهندسة الوراثية، كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، 1428هـ/2007م.
- 39- سفيان بن عمر بورقعة، النسب ومدى تأثير المستجدات العلمية في إثباته، دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، ط<sup>1</sup>، 1428هـ/2007م.
- 40- عبد الباسط محمد الجمل ومروان عادل عبده، موسوعة تكنولوجيا الحامض النووي في مجال الجريمة، ج1، ط<sup>1</sup>، دار العلم للجميع، القاهرة، 2006.
- 41- علي هادي عطية الهلالي، المركز القانوني للجنين في ظل الأبحاث الطبية والتقنيات المساعدة في الإنجاب، ط<sup>1</sup>، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2012.
- 42- علي خليفة الكعبي، البصمة الوراثية وآثارها على الأحكام الفقهية، دراسة فقهية مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2004.
- 43- فاخوري سبيرو، العقم عند الرجال والنساء: أسبابه وعلاجه، دار العلم للملايين، لبنان، ط<sup>6</sup>، 1991.
- 44- فريدة زاوي، مدى تعارض المرسوم التنفيذي 92-24 المتعلق بتغيير اللقب مع مبادئ الشريعة الإسلامية، م.ق.، 2000، عدد 02.
- 45- رضا عبد الحليم عبد المجيد، النظام القانوني للإنجاب الصناعي، دار النهضة العربية، 1996.

## II - باللغة الفرنسية:

- 1- **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.
- 2- **André CLAVERT**, L'heure du doute, insémination artificielle : Enjeux et problématiques, Ethiques et sciences, La fédération Française des C.E.C.O.S, Ed. John LIBBEY Eurotext, Paris, 1994.
- 3- **Annie BOTTIOU**, Empreinte génétique et droit de la filiation, 1989, T.I.
- 4- **Catherine LABRUSSE-RIOU**, Filiation, Panthéon-Sorbone, Paris, 1996.
- 5- **Catherine LABRUSSE-RIOU et Florence BELLIVIER**, Les droits de l'embryon et du fœtus en droit privé, Etudes de droit contemporain, Rev. Int. Dr. Comp. 2002, N°02.
- 6- **Christian DEUTREMPEUCH et Françoise DEUTREMPEUCH**, Les empreintes génétiques, Paris, 1998.
- 7- **Jean Louis BAUDOIN et Catherine LABRUSSE-RIOU**, Produire l'homme de quel droit? Etude juridique et éthique des procréations artificielles, Paris, 1985.
- 8- **Olivier DUBOS**, La Kafala et le juge administratif, Court séjour au pays de l'insécurité juridique, Dossier Dalloz, 2009.
- 9- **Roberto ANDORNO**, La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles, 1996.

## ثالثاً: الرسائل والمذكرات.

### I - رسائل الدكتوراه:

- 1- **السيد عطية السيد أبو حمزة**، أحكام المتبنى واللقيط، رسالة دكتوراه، قسم الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، 1999.

- 2- **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.
- 3- **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.
- 4- **زكية حميدو**، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2004-2005.
- 5- **حسيني إبراهيم أحمد**، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، د.س.ن.
- 6- **محمد علي الهادي زبيدة**، النسب والحقوق المتعلقة عليه وتطبيقاته المعاصرة، رسالة دكتوراه في الشريعة الإسلامية، جامعة القاهرة، مصر، 2004.
- 7- **عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي**، إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة، رسالة دكتوراه، كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، 2000.
- 8- **عبد القادر العربي الشحط**، الأحكام القانونية العامة لنظام الإنجاب الاصطناعي: دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه دولة، كلية الحقوق، جامعة وهران، 1999-2000.
- 9- **عبد الرحمان أحمد الرفاعي**، البصمة الوراثية وأحكامها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة، جامعة الأزهر، 2005.
- 10- **صالح حمليل**، المركز القانوني للطفل المهمل في الموثيق الدولية والقانون الجزائري، رسالة دكتوراه، جامعة سيدي بلعباس، الجزائر، 2004-2005.

**II- مذكرات الماجستير:**

**أ) باللغة العربية:**

- 1- أحمد عمراني، أحكام النسب بين الإنجاب الطبيعي والتلقيح الاصطناعي، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2000.
- 2- الماوردي، الحاوي، من الجزء الذي حققه إسماعيل البرزنجي، مذكرة ماجستير، كلية الشريعة، جامعة الأزهر، 1998.
- 3- المرجان إبراهيم حسين، الوسائل الحديثة للتعرف على الشخصية وحجبتها في الشريعة الإسلامية وتطبيقاتها بالمملكة العربية السعودية، مذكرة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، 2004.
- 4- أمال علال، التني والكفالة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مذكرة ماجستير، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2008-2009.
- 5- هجيرة خدام، التلقيح الاصطناعي، دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والقانون الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2006-2007.
- 6- كريم زينب، الزواج العرفي في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجيلالي الياصب، سيدي بلعباس، الجزائر، 2003-2004.
- 7- منصور مبروك، الإثبات بشهادة الشهود في مسائل الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في قانون الأسرة، المركز الجامعي، بشار، الجزائر، 2007-2008.

- 8- سلطان الجمال، معصومية الجسد في ضوء المفردات الطبية الحديثة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2000.
- 9- عدنان حسن عزايضة، حجية القرائن في الشريعة الإسلامية (البصمات، القيافة، دلالة الأثر، تحليل الدم)، مذكرة ماجستير، كلية الشريعة، جامعة الأردن، 1987/1986.
- 10- عماري نور الدين، فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في قانون الأسرة، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي، بشار، 2007-2008.
- 11- صالح بوغرارة، حقوق الأولاد في النسب والحضانة، على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة، مذكرة ماجستير، القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة ابن عكنون، الجزائر، 2007/2006.
- 12- شروقي محترف، إثبات النسب ونفيه وفقا لتعديلات قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 16، 2008/2005.
- 13- خالد بوزيد، النسب في تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الجزائر -1، 2010-2011.

(ب) باللغة الفرنسية:

**Amina MEHTAL**, Les aspects juridiques du clonage humain, Mémoire de Magister en droit privé, Faculté de Droit, Tlemcen, 2006-2007.

رابعاً: المقالات.

I - باللغة العربية:

- 1- أحمد الزرقاء مصطفى، التلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيب، ندوة عقدها مجلس المجمع الفقهي الإسلامي، الموقع: [www.taiba.org](http://www.taiba.org).
- 2- أحمد رجائي الجندي، الاستنساخ البشري بين الإقدام والإحجام، مؤتمر مجمع الفقه الإسلامي، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، الدورة العاشرة، ج3، 1997، عدد 10.
- 3- الهادي سعيد، التشريع التونسي وحقوق الطفل، مجلة القضاء والتشريع، 1985، عدد 05.
- 4- الشاذلي علي حسين، الاستنساخ: حقيقته، أنواعه، حكم كل نوع في الفقه الإسلامي، مؤتمر مجمع الفقه الإسلامي، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، الدورة العاشرة، ج3، 1997، عدد 10.
- 5- أمال يعيش تمام ونبيلة أفوجل، ضوابط التلقيح الصناعي من الناحيتين القانونية والشرعية، مجلة المنتدى القانوني، مجلة دورية تصدر عن قسم الكفاءة المهنية للمحاماة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، عدد 04.
- 6- جيلالي تشوار، أحكام الأسرة بين الاجتهاد والتقنين، مجلة الأحياء، 2001، عدد 04.
- 7- جيلالي تشوار، الأحكام الإسلامية في مسائل التغيير الجنسي والاستنساخ البشري، م.ع.ق.إ.، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 1998، عدد 04.
- 8- جيلالي تشوار، النقائص التشريعية لقوانين الأحوال الشخصية المغاربية في مسألة النسب، م.ج.ع.ق.إ.س.، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002، عدد 01.
- 9- جيلالي تشوار، نسب الطفل في القوانين المغاربية للأسرة بين النقص التشريعي والتنقيحات المستحدثة، م.ع.ق.إ.، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2005، عدد 03.

- 10- جيلالي تشوار، عولمة القانون ومدى تأثيرها على أحكام الأسرة، م.ج.ع.ق.إ.س.، جامعة الجزائر، 2008، عدد 03.
- 11- جيلالي تشوار، رضا الزوجين على التلقيح الاصطناعي، م.ع.ق.إ.، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2006، عدد 04.
- 12- جيلالي تشوار، تغيير اللقب تجاه الصلاحيات الدستورية للسلطتين التشريعية والتنفيذية، م.ع.ق.إ.، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2004، عدد 02.
- 13- وهبة مصطفى الزحيلي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، الموضوع السابع، أعمال وبحوث الدورة السادسة عشر، المجمع الفقهي الإسلامي، مكة المكرمة.
- 14- زكية حميدو تشوار، الحق في الاسم في القانون الجزائري، م.ج.ع.ق.إ.س.، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2008، عدد 06.
- 15- زكية حميدو تشوار، حكم وسائل الحمل المعاصرة في ضوء الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري، م.ع.ق.إ.، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ج41، 2003، عدد 01.
- 16- زكية تشوار حميدو، شروط التلقيح الاصطناعي في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة الجزائري، م.ع.ق.إ.، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2006، عدد 04.
- 17- يقاش فراس، دعوى النسب بين الشريعة والقانون، مجلة القانون، 2010، عدد 02.
- 18- محمد محمد أبو زيد، دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب، مجلة الحقوق، السنة 20، الكويت، 1997، عدد 01.
- 19- محمد محمد عباسي، طفل الأنايب، مجلة الأزهر، السنة 57، ج1، صفر 1405هـ.

- 20- محمد سليمان النور، مدة الحمل بين الفقه والطب وقوانين الأحوال الشخصية المعاصرة، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، 2007، عدد 70.
- 21- محمد علي البار، التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، الدورة الثانية، ج1، 1986، عدد 02.
- 22- محمد علي البار، زرع الغدد التناسلية والأعضاء التناسلية، أبحاث ندوة رؤية إسلامية لزراعة بعض الأعضاء البشرية، الكويت، 23 أكتوبر 1989.
- 23- مصطفى معوان، أسباب تحريم التبني وإحلال الكفالة بين أحكام الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلة المعيار، كلية أصول الدين والشريعة، جامعة العلوم الإسلامية، قسنطينة، الجزائر، 2004، عدد 09.
- 24- نادية يونسى جداد، الكفالة، م.ع.ق.إ.، 1999، عدد 04.
- 25- ناصر عبد الله الميمان، البصمة الوراثية وحكم استخدامها في مجال الطب الشرعي والنسب، مجلة الشريعة والقانون، 2003، عدد 18.
- 26- نبيل سليم، البصمة الوراثية وتحديد الهوية، مجلة حماية الوطن، الكويت، 2004، عدد 265.
- 27- نجم عبد الله عبد الواحد، البصمة الوراثية وتأثيرها على النسب، الدورة السادسة عشر، المجمع الفقهي الإسلامي، مكة المكرمة، 2002.
- 28- نويري عبد العزيز، البصمة الجينية ودورها في الإثبات في المادة الجزائية، مجلة الشرطة، 2004/02/02، عدد 65.
- 29- نصر الدين مروك، الأم البديلة بين القانون المقارن والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، م.ع.ق.إ.، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ج37، 1999، عدد 04.

- 30- نصر الدين مروك، التلقيح الاصطناعي في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، 1419هـ/1999م، عدد 02.
- 31- سعد الدين مسعد الهلالي، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، الموضوع السابع، أعمال وبحوث الدورة السادسة عشر، المجمع الفقهي الإسلامي، مكة المكرمة.
- 32- عبد الهادي الحسين، استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب (نظرة شرعية)، المجلة العربية للدراسة الأمنية، 2006، عدد 35.
- 33- عبد الكريم مامون، الإطار الشرعي والقانوني للإنجاب الاصطناعي، م.ع.ق.إ.، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2006، عدد 04.
- 34- عبد الكريم مامون، رأي الشريعة بشأن الأم البديلة وتأجير الأرحام، م.ع.ق.إ.، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2004، عدد 02.
- 35- عبد الرحمن البسام، أطفال الأنابيب، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، الدورة الثانية، ج1، 1986، عدد 02.
- 36- عمر المضواحي، وكالات لتأجير الأرحام وشتل الأجنة، جريدة "المسلمون"، 1997/03/28، عدد 634.
- 37- عمر بن محمد السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها استخدامها في النسب والجنائية، الدورة السادسة عشر، المجمع الفقهي الإسلامي، مكة المكرمة، 2002.
- 38- فايز عبد الله الكندري، مشروعية الاستتساخ الجيني البشري من الوجهة القانونية، مجلة الحقوق، 1422هـ، عدد 02.
- 39- صديقة العوضي، نقل الأعضاء التناسلية، بحث مقدم إلى الندوة الطبية الفقهية الخامسة المنعقدة بتاريخ 1989/10/23م، التي عقدها المجمع الفقهي الإسلامي بالاشتراك مع المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية.

40- **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.

41- **رشيد بن شويخ**، الطرق الشرعية والقانونية لثبوت النسب أو نفيه، دراسة أحكام الفقه والقانون والقضاء، م.ع.ق.إ.، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2005، عدد 03.

42- **المجمع الفقهي الإسلامي**، الندوة الفقهية الطبية التاسعة، رؤية إسلامية لبعض المشكلات الطبية، المنعقدة بالدار البيضاء، 07-11 صفر 1418 هـ الموافق لـ 14-17 يونيو 1997م.

## II - باللغة الفرنسية:

1- **Choukri KALFAT**, Les aspirations conflictuelles du droit de l'adoption, R.A.S.J.E.P., O.P.U., Alger, 1994, N°01.

2- **Choukri KALFAT**, Les problèmes engendrés par la procréation artificielle, R.S.J.A., 2006, N°04.

3- **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.

4- **Guy RAYMOND**, La procréation artificielle et le droit français, J.C.P., 1983.

5- **Jean Christophe GALLOUX**, L'empreinte génétique, La preuve parfaite, J.C.P., 1991, I., 3497.

6- **R.NERSON et J.R. UBELLIN-DEVICHI**, Les preuves scientifiques, R.T.D.Civ., 1983.

7- **Thierry GARE**, Réforme de la filiation à propos de la loi du 16 janvier 2009, Sem. Jur. n°06, du 04/02/2009.

**خامسا: المجاميع الفقهية الإسلامية. (قرارات)**

- 1- المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، الفتاوى الإسلامية، دار الإفتاء المصرية، د.س.ن.
- 2- **المجمع الفقهي الإسلامي**، في دورته السادسة عشر، المنعقدة بمكة المكرمة، 2002.
- 3- **المجمع الفقهي الإسلامي**، المنعقد بجدة في الفترة ما بين 28 جوان و 03 جويلية 1997.
- 4- **المجمع الفقهي الإسلامي**، الدورة السادسة عشر، تقرير اللجنة العلمية عن البصمة الوراثية، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، 1422هـ/2002م، مكة المكرمة.
- 5- **المجمع الفقهي الإسلامي**، مكة المكرمة، 1408هـ/1988م.
- 6- **المجمع الفقهي الإسلامي**، الدورة الثانية، مكة المكرمة، 1407هـ/1986م.
- 7- **المجمع الفقهي الإسلامي**، الدورة الثامنة، 1405هـ.
- 8- **المجمع الفقهي الإسلامي**، الدورة الثالثة المنعقدة في عمان، من 11 إلى 16 أكتوبر 1986، منار الإسلام.
- 9- **المجمع الفقهي الإسلامي**، الدورة الثالثة، 1407هـ/1987م.
- 10- **المجمع الفقهي الإسلامي**، الدورة الثانية، 1986.
- 11- **المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت**، أبحاث ندوة رؤية إسلامية لزراعة بعض الأعضاء البشرية، 1994.

**سادسا: الاتفاقيات الدولية والنصوص القانونية.**

## I - الاتفاقيات الدولية:

### \* باللغة العربية:

الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل الصادرة بتاريخ 20 نوفمبر 1989، والمصادق عليها من طرف الجزائر بتاريخ 16/04/1993 (مرسوم رقم 104 لسنة 1991).

### \* باللغة الفرنسية:

- 1- 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 mars 1997.
- 2- 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.

## II- النصوص القانونية:

### أ) القوانين والأوامر:

#### \* باللغة العربية:

- 1- دستور 1996، الصادر بالمرسوم الرئاسي رقم 96-438، المؤرخ في 26 رجب 1417هـ، المتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28/11/1996، ج.ر.، رقم 76، سنة 1996، المعدل بقانون رقم 08-19، المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، المتضمن التعديل الدستوري.
- 2- الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426هـ الموافق لـ 27 فبراير 2005م، المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ الموافق لـ 09 جوان 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، ج.ر.، رقم 44، 2005.
- 3- الأمر رقم 66-156، المتضمن قانون العقوبات، المؤرخ في 08 جوان 1966، المعدل والمتمم، ج.ر.، رقم 49، الصادرة بتاريخ 11 جويلية 1966.
- 4- الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 19 فبراير 1970، المتضمن قانون الحالة المدنية، ج.ر.، رقم 21، الصادرة بتاريخ 27 فبراير 1970، المعدل والمتمم بقانون رقم 14-08، المؤرخ في 09/08/2014، ج.ر.، رقم 49، 2014.
- 5- الأمر رقم 70-86 المتضمن قانون الجنسية الجزائري المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-02، ج.ر.، رقم 15، الصادرة بتاريخ 27 فبراير 2005.
- 6- قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26/09/1975، المتضمن القانون المدني الجزائري، ج.ر.، رقم 44، 2005.

7- قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 هـ الموافق لـ 25 فبراير 2008م، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.، رقم 21، الصادرة بتاريخ 22 أبريل 2008.

8- قانون رقم 96-406 المؤرخ في 05/07/1996 المتعلق بالتبني الكامل من القانون المدني الفرنسي.

9- قانون رقم 98-09 المؤرخ في 19 غشت 1998 يعدل و يتم القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16 أبريل 1985 المتضمن قانون الصحة وترقيتها ، ج.ر.، رقم 08، المتمم بالقانون 88-15 المؤرخ في 03 ماي 1988 وبالقانون 90-017 المؤرخ في 31 جوان 1990، ج.ر.، رقم 35.

10- قانون فرنسي تحت رقم 76-1181، والخاص بعمليات نقل وزرع الأعضاء، القانون رقم 654-94 المؤرخ في 29/07/1994، المتعلق بالصحة العمومية.

**\* باللغة الفرنسية:**

**- النصوص الوطنية:**

Arrêté du 12 juillet 1999 relatif aux règles de bonnes pratiques cliniques et biologiques en assistance médicale à la procréation.

**- النصوص الفرنسية:**

1- Loi n°72-3 du 03 janvier 1972, J.O.R.F. du 05 janvier 1972, date d'entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> août 1972.

2- Loi n°77-145 du 29 décembre 1977, J.O.R.F. du 30 décembre 1977.

3- Loi n°94-653 du 29 juillet 1994, relative au respect du corps humain, J.O.R.F. n°175 du 30 juillet 1994.

4- Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994, relative au don et l'utilisation des éléments et produits du corps humain à l'assistance médicale, à la procréation et du diagnostic prénatal ; J.O.R.F. n°175 du 30 juillet 1994.

5- Loi n°2004-800 du 06 août 2004 relative à la bioéthique, J.O.R.F n°182 du 07 août 2004.

6- Ordonnance n° 2005-759 du 04 juillet 2005 portant réforme de la filiation.

J.O.R.F. du 06 juillet 2005, date d'entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2006.

7- Loi n°2009-61 du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance du 04 juillet 2005 sur la filiation, J.O.R.F. du 18 janvier 2009.

#### ب) المراسيم:

المرسوم التنفيذي رقم 24/92 المؤرخ في 13 يناير 1992، ج.ر.، رقم 05، المعدل والمتمم بالمرسوم المتعلق بتغيير اللقب تحت رقم 71-157، المؤرخ في 03/06/1971، ج.ر.، رقم 47، الصادرة بتاريخ 11 جوان 1971.

#### سابعاً: المواقع الإلكترونية.

[www.assafir.com](http://www.assafir.com)

[www.ganin.com](http://www.ganin.com)

[www.génétiq.org.fr](http://www.génétiq.org.fr)

[www.gulfkids.com](http://www.gulfkids.com)

[www.islam.net](http://www.islam.net)

[www.islamonline.net](http://www.islamonline.net)

[www.islamtoday.net](http://www.islamtoday.net)

[www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)

[www.osamashaeer.com](http://www.osamashaeer.com)

[www.sénant.fr](http://www.sénant.fr)

[www.snv.jussieu.fr](http://www.snv.jussieu.fr)

[www.taiba.org](http://www.taiba.org)

الفهرس

01	المقدمة
	الباب الأول
09	المقررات الشرعية في إثبات النسب
	الفصل الأول
12	إثبات النسب بالفراش
14	المبحث الأول: ثبوت النسب بالزواج الصحيح وبعد انحلال الرابطة الزوجية.
15	المطلب الأول: ثبوت النسب عند قيام الزوجية.
18	الفرع الأول: إمكانية الاتصال بين الزوجين.
23	الفرع الثاني: مدة الحمل.
24	أولاً: أدنى مدة الحمل.
27	ثانياً: أقصى مدة الحمل.
32	ثالثاً: كيفية استخدام مدة الحمل في إثبات النسب.
33	I- الأدلة غير القضائية لإثبات النسب الشرعي:
35	II- الأدلة القضائية لإثبات النسب الشرعي:
37	الفرع الثالث: عدم نفي الولد بالطرق المشروعة.
39	أولاً: نفي النسب عن طريق إنكار الولادة.
39	ثانياً: نفي النسب لعدم إمكان الإنجاب.

- 40 ثالثا: نفي النسب لعدم التلاقي بين الزوجين.
- 41 رابعا: نفي النسب لعدم مرور أو تجاوز مدة الحمل.
- 42 خامسا: نفي النسب عن طريق اللعان.
- 42 I- مفهوم اللعان:
- 45 II- شروط اللعان:
- 47 III- حكم الامتناع عن اللعان من الناحية القانونية:
- 50 IV- دور القاضي عند إجراء اللعان:
- 51 V- الآثار المترتبة عن اللعان:
- 53 المطلب الثاني: ثبوت النسب بالقيافة.
- 53 الفرع الأول: تعريف القيافة ومشروعيتها.
- 53 أولا: تعريف القيافة.
- 55 ثانيا: مشروعيتها.
- 59 الفرع الثاني: شروط القيافة.
- 60 أولا: شروط القائف.
- 60 I- الخبرة والتجربة:
- 60 II- العدالة:
- 61 III- التعدد:

- 61 IV - الإسلام:
- 62 V - الذكورة والحرية:
- 62 VI - البصر والسمع:
- 62 ثانيا: شروط العمل بالقيافة.
- 62 I - عدم قيام مانع شرعي من الإلحاق بالشبه:
- 63 II - وقوع التنازع في الولد نفيا أو إثباتا وعدم وجود دليل يقطع هذا التنازع:
- 63 III - إمضاء القاضي قول القائف عند التنازع فيما نص عليه الشافعية:
- 63 IV - حياة من يراد إثبات نسبه بالقيافة:
- 64 V - حياة من لحق به النسب:
- 64 الفرع الثالث: اختلاف القافة.
- 67 المطلب الثالث: ثبوت النسب بالقرعة.
- 67 الفرع الأول: تعريف القرعة ودليل مشروعيتها.
- 68 الفرع الثاني: الترجيح بالقرعة.
- 70 المبحث الثاني: ثبوت النسب بعد انحلال الرابطة الزوجية.
- 71 المطلب الأول: ثبوت نسب ولد المطلقة.
- 71 الفرع الأول: ثبوت نسب ولد المطلقة قبل الدخول.

- 74 الفرع الثاني: ثبوت نسب ولد المطلقة بعد الدخول.
- 76 أولاً: الاتجاه القائم على عدم التمييز بين أنواع الفرقة.
- 76 ثانياً: الاتجاه القائم على التمييز بين أنواع الفرقة.
- 77 I- ثبوت نسب ولد المطلقة طلاقاً رجعياً:
- 80 II- ثبوت نسب ولد المطلقة طلاقاً باتناً:

III- ثبوت نسب ولد المرأة الكبيرة المطلقة

82

بعد الدخول بها:

83

المطلب الثاني: ثبوت نسب ولد المتوفى عنها زوجها.

85

المطلب الثالث: ثبوت نسب ولد المرأة التي غاب عنها زوجها.

86

المبحث الثالث: ثبوت النسب بالزواج غير الصحيح وبنكاح الشبهة.

87

المطلب الأول: مفهوم الزواج الباطل والفاسد.

87

الفرع الأول: تعريف الزواج الباطل والفاسد.

90

الفرع الثاني: أسباب أو حالات الزواج الباطل والزواج الفاسد.

91

أولاً: الزواج الباطل.

92

ثانياً: الزواج الفاسد.

95

المطلب الثاني: ثبوت النسب من الزواج الباطل والفاسد.

95

الفرع الأول: الآثار المترتبة عن الزواج الباطل والفاسد.

95

أولاً: بالنسبة للزواج الباطل.

98

ثانياً: بالنسبة للزواج الفاسد.

99

الفرع الثاني: شروط ثبوت النسب من الزواج غير الصحيح.

100

أولاً: الدخول الحقيقي.

100

I- حكم النسب في الزواج الفاسد قبل الدخول:

- 100 -II حكم النسب في الزواج الفاسد بعد الدخول:
- 101 ثانيا: ولادة المولود في مدة الخصومة.
- 101 I- مدة ثبوت النسب أثناء قيام الزوجية
- 101 من زواج فاسد:
- 103 -II مدة ثبوت النسب بعد الفرقة من زواج
- 103 فاسد:
- 105 المطلب الثالث: ثبوت النسب بالوطء بشبهة.
- 105 الفرع الأول: مفهوم الوطء بشبهة.
- 105 أولا: تعريف الشبهة والوطء بشبهة.
- 106 ثانيا: أقسام الشبهة.
- 106 I- شبهة الفعل:
- 107 -II شبهة الملك:
- 108 -III شبهة العقد:
- 109 الفرع الثاني: موقف كل من الفقه والتشريع والقضاء من ثبوت
- 109 النسب من الوطء بشبهة
- 109 أولا: ثبوت النسب من شبهة الفعل.
- 110 ثانيا: ثبوت النسب في شبهة الملك.

111	ثالثا: ثبوت النسب في شبهة العقد.
	<b>الفصل الثاني</b>
115	إثبات النسب بغير الفراش والاستثناءات الواردة عليه
116	المبحث الأول: ثبوت النسب بالإقرار.
116	المطلب الأول: مفهوم الإقرار.
117	الفرع الأول: تعريف الإقرار.
121	الفرع الثاني: أنواع الإقرار.
122	أولا: الإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة.
122	ثانيا: الإقرار في غير البنوة والأبوة والأمومة.
123	ثالثا: الفرق بين نوعي الإقرار.
124	المطلب الثاني: شروط ودعاوى ثبوت النسب بالإقرار.
124	الفرع الأول: شروط ثبوت النسب بالإقرار.
124	أولا: بالنسبة للإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة.
124	1- الإقرار بالبنوة:
124	1- أن يكون الولد مجهول النسب:
	2- أن يكون الإقرار من النوع الذي يصدقه العقل
125	أو تصدقه العادة:

- 128 II- إقرار الولد بالأبوة:
- 129 III- الإقرار بالأمومة (إقرار المرأة بالولد):
- 130 IV- الفرق بين إقرار الرجل والمرأة بالبنوة:
- 132 ثانيا: بالنسبة للإقرار في غير البنوة والأبوة والأمومة.
- 134 الفرع الثاني: شكل الإقرار.
- 136 المطلب الثالث: دعاوى النسب الثابت بالإقرار.
- 137 الفرع الأول: الدعاوى التي ليس فيها تحميل النسب على الغير.
- 137 الفرع الثاني: الدعاوى التي فيها تحميل النسب على الغير.
- 139 المبحث الثاني: ثبوت النسب بالبينة.
- 140 المطلب الأول: مفهوم البينة في النسب.
- 140 الفرع الأول: تعريف البينة.
- 140 أولا: المعنى العام (بمعنى الدليل).
- 141 ثانيا: المعنى الخاص (بمعنى الشهادة).
- 142 الفرع الثاني: أنواع البينة.
- 142 أولا: الشهادة المباشرة.
- 143 ثانيا: الشهادة غير المباشرة.

- 143 ثالثا: الشهادة بالتسامع.
- 144 رابعا: الشهادة بالشهرة العامة.
- 145 المطلب الثاني: كيفية ثبوت النسب بالبينة.
- 145 الفرع الأول: نصاب الشهادة في إثبات النسب والولادة.
- 145 أولا: نصاب الشهادة في إثبات النسب.
- 148 ثانيا: نصاب الشهادة في إثبات الولادة.
- 149 الفرع الثاني: اليمين.
- 150 المطلب الثالث: حجية البينة مقارنة بالإقرار في إثبات النسب.
- 152 المبحث الثالث: الاستثناءات الواردة على ثبوت النسب.
- 153 المطلب الأول: اللقيط وعلاقته بالنسب.
- 153 الفرع الأول: تعريف اللقيط.
- 155 الفرع الثاني: بعض المصطلحات ذات الصلة.
- 156 أولا: ولد الزنا.
- 157 I - اكتساب النسب بطريق غير قضائي:
- 159 II - اكتساب النسب بطريق قضائي:
- 161 ثانيا: اليتيم.
- 164 الفرع الثالث: حكم اللقيط وكيفية إثبات نسبه.
- 166 المطلب الثاني: نظام التبني.

167	الفرع الأول: مفهوم التبني وحكمه.
167	أولاً: مفهوم التبني.
167	I- تعريف التبني:
169	II- خصائص التبني:
170	III- تمييز التبني عن الأنظمة المشابهة له:
176	ثانياً: حكم التبني في الشريعة الإسلامية، والقانون والقضاء.
176	I- حكم التبني في الشريعة الإسلامية والحكمة من تحريمه:
180	II- موقف المشرع الجزائري والقضاء من نظام التبني:
182	1- مركز المادة 13 مكرر من القانون رقم 05-10 المعدل والمتمم للقانون المدني من مضمون المادة 46 من قانون الأسرة:
184	2- الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل لسنة 1989.
188	الفرع الثاني: أنواع التبني وشروطه.
188	أولاً: أنواع التبني.
188	I- التبني الكامل (L'adoption plénière):
189	II- التبني البسيط (L'adoption simple):
191	ثانياً: شروط التبني وإجراءاته.

- 192 الفرع الثالث: كيفية إبطال التبني والتكييف الجزائي له في ظل  
التشريع الجزائري.
- 193 أولا: دعوى إبطال التبني.
- 193 I- أطراف الدعوى:
- 194 II- المحكمة المختصة وسلطاتها في نظر الدعوى:
- 195 III- قابلية أحكام التبني للطعن:
- 195 ثانيا: التكييف الجزائي لفعل التبني والعقوبة المقررة له.
- 195 I- التكييف الجزائي:
- 196 II- العقوبة الجزائية المقررة لفاعل التبني:
- 197 المطلب الثالث: نظام الكفالة.

198	الفرع الأول: مفهوم الكفالة وشروطها.
198	أولاً: تعريف الكفالة ومميزاتها.
200	ثانياً: تمييز الكفالة عن التبني.
201	I- في التشريعات الإسلامية:
203	II- في القانون الوضعي الجزائري:
205	ثالثاً: شروط الكفالة وعوارضها.
205	I- الشروط الواجبة في الكافل:
213	II- الشروط الواجبة في المكفول:
216	III- الشروط الواجبة في عقد الكفالة:
219	IV- عوارض الكفالة:
220	الفرع الثاني: إجراءات الكفالة.
221	أولاً: المرحلة التمهيدية.
221	I- إذا كان القاصر معلوم الأم:
223	II- إذا كان القاصر مجهول الأبوين:
226	ثانياً: المرحلة القضائية.
228	الفرع الثالث: الآثار القانونية للكفالة وانقضاؤها.
228	أولاً: الآثار المترتبة على قيام عقد الكفالة.

- 229 I- الإسناد الواقعي للمكفول:
- 229 II- عقد الكفالة يجيز للكافل أن يوصي للمكفول من أمواله أو يتبرع له في حدود الثلث:
- 231 III- إمكانية عودة المكفول إلى والديه الأصليين:
- 233 IV- إمكانية الكافل طلب تغيير لقب المكفول مجهول الأب بمنحه لقبه العائلي:
- 241 ثانيا: انقضاء عقد الكفالة.
- 241 الفرع الرابع: موقف كل من الشريعة الإسلامية والقانون من الكفالة.
- الباب الثاني
- 246 إثبات ونفي النسب بالأدلة العلمية الحديثة

الفصل الأول

248

إثبات النسب بالطرق العلمية البيولوجية الحديثة

248

المبحث الأول: نظام تحليل فصائل الدم.

249

المطلب الأول: فصائل الدم وأهميتها.

250

الفرع الأول: نظام (ABO).

254

الفرع الثاني: نظام فصائل الدم (RH).

255

أولاً: الشريحة الزجاجية.

256

ثانياً: طريقة أنابيب الاختبار.

256

الفرع الثالث: نظام (MN).

257

الفرع الرابع: نظام (HLA).

259

المطلب الثاني: دلالة تحليل الدم في إثبات أو نفي النسب.

261

المطلب الثالث: موقف الشريعة الإسلامية والقضاء من إثبات ونفي

النسب بفحص فصائل الدم.

261

الفرع الأول: موقف الشريعة الإسلامية من فحص فصائل الدم.

265

الفرع الثاني: موقف القضاء من فحص فصائل الدم في قضايا

النسب.

267

أولاً: دعوى تنازع النسب.

268

ثانياً: دعوى إثبات البنوة الطبيعية.



- 289 الفرع الأول: موقف البصمة الوراثية من الأدلة الشرعية  
لثبوت النسب.
- 289 أولا: موقف البصمة الوراثية من الفرائس.
- 292 ثانيا: موقف البصمة الوراثية من البينة.
- 294 ثالثا: موقف البصمة الوراثية من الإقرار.
- 295 الفرع الثاني: مكانة البصمة الوراثية من الدليل الشرعي  
لنفي النسب (اللعان).
- 296 أولا: هل ينفي النسب بالبصمة الوراثية دون اللعان؟
- 298 ثانيا: انتفاء النسب ليس من لزوم اللعان.
- 303 المطلب الثالث: البصمة الوراثية بين الشريعة الإسلامية، والقانون  
والقضاء.
- 304 الفرع الأول: موقف الشريعة الإسلامية من إثبات النسب أو نفيه  
بالبصمة الوراثية.
- 306 الفرع الثاني: موقف التشريع والقضاء من استخدام البصمة  
الوراثية في مجال النسب.
- 306 أولا: موقف كل من التشريعين الجزائري والفرنسي  
من البصمة الوراثية.
- 312 ثانيا: موقف القضاء من استخدام البصمة الوراثية  
في مجال النسب.

- 314 المبحث الثالث: القيمة القانونية للطرق العلمية وموقف القضاء منها.
- 315 المطلب الأول: عوائق تطبيق الطرق العلمية في إثبات النسب.
- 315 الفرع الأول: العوائق القانونية.
- 316 أولاً: حرمة الحياة الخاصة.
- 316 ثانياً: انتهاك السلامة الجسدية.
- 317 ثالثاً: عدم جواز إجبار الشخص على تقديم دليل  
ضد نفسه.
- 318 الفرع الثاني: العوائق المادية.
- 319 أولاً: وجود مخبرين علميين.
- 320 ثانياً: مسألة مصاريف الخبرة.

- 321 المطلب الثاني: حجية الطرق العلمية في إثبات النسب.
- 321 الفرع الأول: الحجية المطلقة للطرق العلمية.
- 324 الفرع الثاني: الحجية النسبية للطرق العلمية.
- 326 المطلب الثالث: سلطة القاضي في تقدير الطرق العلمية لإثبات النسب.
- 326 الفرع الأول: سلطة القاضي في اللجوء إلى الخبرة العلمية لإثبات النسب.
- 329 الفرع الثاني: سلطة القاضي في تقدير الخبرة العلمية.
- 329 أولاً: استقرار القاضي على استبعاد الخبرة العلمية لإثبات النسب.
- 331 ثانياً: التفسير القضائي المضيق للنصوص المنظمة لأدلة إثبات النسب.
- 333 ثالثاً: سلطة القاضي في إجبار الشخص للخضوع للخبرة العلمية في مجال النسب.
- 336 رابعاً: تقدير القاضي لنفي النسب بين اللعان والطرق العلمية.
- 339 الفصل الثاني
- 339 الطرق الحديثة للإنجاب وأثرها على النسب
- المبحث الأول: الاتصال غير الطبيعي بين الزوجين.
- 341 (التلقيح الاصطناعي كبديل لعملية الاتصال الجنسي)

- 343 المطلب الأول: مفهوم التلقيح الاصطناعي.
- 343 الفرع الأول: تعريف التلقيح الاصطناعي.
- 346 الفرع الثاني: التطور التاريخي للتلقيح الاصطناعي.
- 348 الفرع الثالث: أسباب اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي.
- 350 المطلب الثاني: شروط اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي لإثبات النسب.
- 351 الفرع الأول: الشروط المتعلقة بالعمل الطبي.
- 354 الفرع الثاني: الشرط الموضوعي والشروط الواجب توافرها  
في الزوجين.
- 354 أولاً: الشرط الموضوعي.
- 354 ثانياً: الشروط الواجب توافرها في الزوجين.

- 355 I- أن يكون الزواج شرعياً:
- 357 II- أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما:
- 357 1- رضا الزوجين:
- 360 2- أثناء حياتهما:
- 361 III- أن يتم بمنى الزوج وبويضة رحم الزوجة  
دون غيرهما:
- 361 IV- لا يجوز استعمال الأم البديلة:
- 362 المطلب الثالث: أنواع التلقيح الاصطناعي وموقف كل من الشريعة  
الإسلامية والقانون من النسب الناتج عنها.
- 363 الفرع الأول: التلقيح الاصطناعي الداخلي بنطفة الزوج  
وعلاقته بالنسب.
- 364 أولاً: التلقيح الاصطناعي بنطفة الزوج أثناء حياته  
وتحديد نسب المولود الناجم عنه.
- 370 ثانياً: التلقيح الاصطناعي الزوج بعد وفاته وتحديد  
نسب المولود الناجم عنه.
- 382 الفرع الثاني: التلقيح الاصطناعي الداخلي بنطفة الغير.
- 387 الفرع الثالث: التلقيح الاصطناعي الخارجي في نطاق العلاقة  
الزوجية وعلاقته بالنسب.
- 392 الفرع الرابع: التلقيح الاصطناعي الخارجي بوجود متبرع.

- أولاً: عندما يكون الماء لغير الزوج (متبرّع) والبويضة  
392 للزوجة.
- ثانياً: أن تكون البويضة من متبرّعة والحيوان المنوي  
395 من الزوج.
- ثالثاً: أن تكون البويضة والحيوان المنوي من متبرّعين.  
397
- رابعاً: التلقيح الاصطناعي في علاقة غير مشروعة.  
398
- المبحث الثاني: وسط إنشاء الأجنة وأثرها على نسب المولود.  
398
- المطلب الأول: النسب الناجم عن الأم البديلة.  
399
- الفرع الأول: مفهوم الأم البديلة.  
399
- الفرع الثاني: مشروعية الأم البديلة.  
402

- 402 أولاً: حجج المؤيدين لهذه التقنية.
- 403 ثانياً: حجج المعارضين لهذه التقنية.
- 411 الفرع الثالث: نسب الطفل الناجم عن الأم البديلة.
- 418 المطلب الثاني: زراعة الأعضاء التناسلية (الخصية والمبيض).
- 418 الفرع الأول: مفهوم زرع الأعضاء التناسلية.
- 419 أولاً: الأعضاء التي تنقل الخصائص الوراثية للإنسان.
- 419 ثانياً: الأعضاء التي لا تنقل الخصائص الوراثية للإنسان.
- 420 الفرع الثاني: المخاطر التي تثيرها مسألة نقل الأعضاء التناسلية على النسب.
- 420 المطلب الثالث: موقف الفقه والقانون من النسب الناتج عن الأعضاء التناسلية المزروعة.
- 420 الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي من النسب الناشئ عن عملية زرع الأعضاء التناسلية.
- 421 أولاً: أثر زرع الخصية على نسب المولود.
- 422 1- زرع الغدد التناسلية:
- 422 2- زرع أعضاء الجهاز التناسلي:
- 424 ثانياً: أثر زرع المبيض على نسب المولود.
- 424 الفرع الثاني: موقف القانون من النسب الناتج عن الأعضاء

التناسلية المزروعة.

- 425 المبحث الثالث: ظاهرة الاستنساخ البشري وكيفية إثبات النسب فيها.
- 426 المطلب الأول: مفهوم الاستنساخ البشري.
- 426 الفرع الأول: تعريف الاستنساخ البشري.
- 427 الفرع الثاني: التطور التاريخي للاستنساخ.
- 428 الفرع الثالث: أنواع الاستنساخ.
- 429 أولاً: الاستنساخ الجسدي.
- 429 ثانياً: الاستنساخ الجنيني (الجنسي).
- 429 ثالثاً: الاستنساخ العضوي.
- 430 المطلب الثاني: مقارنة بين الاستنساخ وما يُشبهه.
- 431 الفرع الأول: الفرق بين الاستنساخ والتلقيح الاصطناعي.

432	الفرع الثاني: الفرق بين الاستنساخ والتنسيل.	
433	الفرع الثالث: الفرق بين الاستنساخ والخلق.	
434	المطلب الثالث: مدى إمكانية إثبات نسب الطفل المستنسخ شرعا وقانونا.	
434	الفرع الأول: حكم نسب الطفل المستنسخ.	
437	الفرع الثاني: إثبات نسب الطفل المستنسخ شرعا.	
439	الفرع الثالث: موقف القانون من الاستنساخ البشري.	
444		الخاتمة
449		الملاحق:
600		المراجع
632		الفهرس

## الملخص:

يُعتبر إثبات النسب من الآثار المهمة التي تترتب عن الزواج، وهو حقّ للأولاد على آبائهم. فالمولود يتمتع منذ ولادته بنسب أبيه، لكن هذا الأمر ليس سهلاً دائماً، كسهولة نسبه إلى أمه. ذلك أنّ القانون الوضعي الجزائري، على منوال الشريعة الإسلامية، لم يجعل من طريقة إثبات نسب الولد لأبيه إلا ما نصّت عليه المادّتان 40 و41 من قانون الأسرة، ومن ثمّ يتمّ نسبه سواء بالزواج الصحيح، أو بالإقرار، أو بالبيّنة، أو بنكاح الشبهة أو الفاسد، أو حديثاً بالطرق العلمية.

ومن زاوية القانون المقارن، فالمشرّع الفرنسي يعترف بالطّفّل النّاجم عن العلاقة الشّرعية وغير الشّرعية، وينسبه لأبيه، على عكس المشرّع الجزائري الذي يعتبر الطّفّل النّاجم عن علاقة غير شرعية ابن زنا. كما أنّهما شرعا عملية التّفقيح الاصطناعي لمن لا يستطيعون الإنجاب بالطريق الطّبيعي، لكن بشروط، إذا استوفت، يُنسب المولود لأبيه. أمّا بالنسبة للاستنساخ البشري، فهو محرّم شرعا وقانونا، ولا يعتدّ به أيّ من المشرّعين في مجال النسب.

الكلمات المفتاحية: طفل، نسب، زواج، بصمة وراثية، تقيح اصطناعي، أمّ بديلة واستنساخ.

## Résumé:

La filiation légitime se caractérise par le tracé important qui résulte d'un mariage. Cela donne un droit aux enfants envers leur père. L'enfant doit bénéficier, depuis sa naissance, de la filiation paternelle dont l'établissement, par contre n'est pas toujours aussi simple que celui de sa filiation à l'égard de sa mère. Ceci dit, le droit positif algérien, à l'instar de la chari'a, ne reconnaît l'établissement de la filiation légitime que pour les cas prévus aux articles 40 et 41 du code de la famille. Ainsi en est-il du mariage valide, de la reconnaissance paternelle, de la preuve, du mariage apparent ou vicié et dernièrement des moyens scientifiques.

Vu sous l'angle du droit comparé, pour le législateur français, à la différence du droit algérien, la reconnaissance d'enfant constitue le mode d'établissement normal de la paternité de l'enfant à l'égard de son père marié ou non marié. D'où, l'enfant étant légitime, qu'il soit issu d'une relation légitime ou illégitime.

Par ailleurs, les deux législateurs reconnaissent la procréation par insémination artificielle pour tous ceux qui ne sont pas en mesure de procréer par la voie naturelle, mais sous certaines conditions distinctes, lesquelles, une fois remplies l'enfant sera affilié à son père. Citons, enfin, que le clonage est strictement interdit dans les deux législations, et de ce fait il ne peut nullement être à la base de l'établissement de la filiation légitime ou illégitime.

Mots clés: Enfant, filiation, mariage, empreinte génétique, insémination artificielle, mère porteuse et clonage.

## Abstract:

Legitimate filiation is characterized by the large plot resulting from a marriage. This gives a right to the children to their father. The child shall enjoy, from its birth, paternity, but this is not always as simple as regards its position vis-à-vis his mother's lineage. What is the procedure of law and sharia. There is no procedure for a child's subsidiary recognition as recognized by both (02) Articles 40 and 41 of the Family Code, and this can be recognized as a valid marriage, paternal recognition, the evidence, the apparent marriage or flawed, or through scientific means.

From the perspective of comparative law, the French legislature recognizes the child from a legitimate or illegitimate relationship and resembled his father, unlike the Algerian law considers a child born of an illegitimate child of relationship as 'adultery.

Also, it was legislated by both legislators, the process of artificial insemination to all those who are not able to proceed through the natural method, but under the condition that if this happens, the child born of this method be affiliated with his biological father.

Finally, with regard to cloning, it is strictly forbidden by sharia and the law and it is not exploited by any legislator.

Keywords: Children, parentage, marriage, DNA fingerprinting, artificial insemination, surrogacy and cloning.