



جامعة وهران 2
كلية الحقوق والعلوم السياسية

أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه "علوم" في القانون الخاص
تخصص قانون الأسرة وحقوق الطفل

حقّ الطفل الطّبيعي في معرفة والديه - دراسة مقارنة -

تحت إشراف الأستاذ:
أوسكين عبد الحفيظ

مقدمة ومناقشة علنا من طرف الطالب:
بلشير يعقوب

أعضاء لجنة المناقشة

رئيساً	جامعة وهران 2	أستاذة التعليم العالي	- بولنوار مليكة
مشرفاً ومقرراً	جامعة وهران 2	أستاذ التعليم العالي	- أوسكين عبد الحفيظ
عضواً مناقشاً	جامعة وهران 2	أستاذ محاضر (أ)	- قمرأوي عز الدين
عضواً مناقشاً	جامعة مستغانم	أستاذ محاضر (أ)	- بن عزوز بن صابر
عضواً مناقشاً	جامعة الشلف	أستاذ التعليم العالي	- عماري براهيم
عضواً مناقشاً	جامعة الشلف	أستاذ محاضر (أ)	- دلالي جيلالي

السنة الجامعية: 2018/2017

شكر وتقدير

أشكر الله عزّ وجلّ الذي ألهمني الصبر وثبتني على إتمام هذه الرسالة، وأرى من الواجب أن أبتدئ بالشكر والامتنان للأستاذ الجليل (أ.د. أوسوكين عبد الحفيظ) وله اسمي عبارات الاحترام والتقدير على تكريمه وقبوله الاشراف على رسالتي ولم يخل عليّ بما لديه من علم ووقت وجهد.

كما لا يفوتني أن أتقدّم بجزيل شكري وامتناني إلى الصديق (بربازة الطيّب) على ما قدّمه من دعم في إنجاز هذا العمل طيلة شهر كامل فجزاه الله عني خير الجزاء.

كما لا أنسى فضل زملائي الأساتذة من كلية الحقوق والعلوم السياسية بالشلف، حيث كان لهم الفضل في مساعدتي وتوجيهي لإخراج هذا العمل على صورته الحالية.

كما أتقدّم بالشكر الموصول بأسمي عبارات التقدير والاحترام إلى القامات العلمية أعضاء لجنة المناقشة الأستاذة الدكتورة بولنوار مليكة الأستاذة الدكتور عماري ابراهيم الدكتور قراوي عز الدين الدكتورة العراي خيرة الدكتور دلالي الجيلالي على تشريفهم لي بمناقشة هذا العمل.

كما أختّم صفحة الشكر والعرفان هذه بتقديم امتناني الخاص إلى كل شخص ساهم بالكثير أو بالقليل لإنهاء هذا العمل المتواضع.

لكل هؤلاء أقدم شكراً خالصاً وأدعو الله العليّ القدير أن يجزيهم عني خير الجزاء.

أهـدـي

أهدي هذا العمل المتواضع إلى من لهم الفضل بعد الله سبحانه وتعالى فيما وصلت إليه.
إلى والدي رحمه الله وإلى والدتي الحبيبة أطال الله عمرها في طاعته.
إلى زوجتي العزيزة التي شجعتني على طلب العلم، وصبرت عليّ وضحت بوقتها وراحتها
وحرصت على توفير وتهيئة جميع الظروف من أجلي، فجزاها الله عني خير الجزاء.
إلى الأولاد الأعزاء: (سمية، يوسف، زين الدين، البشير، عماد الدين، وأريج جيهان)، أعانهم
الله على طاعته وفي طلب العلم والمعرفة.
إلى كل أفراد العائلة الكريمة
إلى أشقائي وشقيقاتي.
إلى كلّ الذين شجعوني وكان لهم دور في إخراج هذا البحث.
إلى كلّ هؤلاء أقدم هذا الجهد المتواضع راجياً من الله أن يكون خالصاً لوجهه الكريم، وأن
ينفع به المسلمين.

مقدمة

لقد أولت الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعيّة اهتمامًا كبيرًا لموضوع النسب، إذ يعتبر من أهمّ الروابط التي تشكّل نسيج الأسرة وتوثّق أواصرها، لذا حرّم النّبي ومُنع الانتساب إلى الغير، ونظّم الشرع التعامل مع اللّقاء ومجهولي النسب. ونظرًا لأنّ ثبوت النسب تترتّب عليه أحكام شرعيّة كثيرة، حيث احتاط لإثباته بأدنى الأسباب ولا ينتفي إلاّ بأقوى الأدلّة، ومن هنا فقد تعدّدت الطّرق لإثبات النسب، لكن ليس لنفيه بعد ثبوته شرعًا إلاّ بطريق واحد ألا وهو اللّعان. وقد جرى الخلاف حول نفي النسب بالطّرق العلميّة.

تعتبر قضايا النسب من أهمّ المسائل التي تنصّدر الدّراسات الفقهيّة والقانونية والقضائية نظرًا لأنّها تعدّ من المستجدّات الفقهيّة التي يثور حولها الخلاف والتي باتت في حاجة إلى رؤية اجتهادية معاصرة ترتكز على الأدلّة الفقهيّة التي توصّل إليها متقدّموا علماء الشريعة والنصوص التشريعيّة التي اهتمت بهذا الموضوع وجعلته أثرًا أساسًا من آثار عقد النكاح، لا سيما في ظل تعدّد الاجتهادات القضائية الوضعيّة الحديثة وتعارضها وعدم انسجامها مع الأدلّة الفقهيّة، ممّا يتطلّب توحيد الاجتهاد القضائي والفقهي حول الموضوع بالنّظر إلى أنّ إلحاق الأبناء بنسب الآباء مقصد شرعي (حفظ النّسل). خاصّة في ضوء المعطيات العلميّة المعاصرة التي توصّلت إلى طرق ووسائل جديدة في إثبات النسب ونفيه، لم تكن معروفة عند متقدّمي الفقهاء ولو أدركوها لعملوا بها كما أقرته المجمع الفقهيّة.

نظرًا لتعلّق الموضوع في بعض الحالات بظاهرة الأطفال غير الشرعيّين، ما أسميناه في عنوان الرّسالة بالطفّل الطّبيعي، حيث أنّ أغلب القوانين الوضعيّة خاصّة العربيّة منها التي تأخذ جلّ أحكامها من الشريعة الإسلاميّة في مجال إثبات النسب، لم تقم بوضع نظام قانوني لهؤلاء الأطفال. ومن حقّ الطّفّل إثبات نسبه لوالديه، حيث يعتبر ثبوت النسب من أهمّ الحقوق، لأنّه يترتّب على ثبوت نسبه حقوق أخرى، كحقّه في الولاية والإنفاق عليه وحقّه في الإرث. وهو كذلك حقّ للأمّ لأنّه جزء منها، فهي مدفوعة للمحافظة عليه وصونه من الضّياع. إذ أنّ انتماء الطّفّل إلى الأب يحميه من التّشرد، ووجود ولد بلا أب ينتسب إليه يعرّض المجتمع إلى أذى كثير، كما أنّه يكون سببًا في تعبير الطّفّل بكونه ولد زنا.

بدا لنا البحث في هذا الموضوع لبيان جانب من جوانب القصور في التّشريعات الوضعيّة، ثمّ المساهمة في حلّ مشكلة الأطفال غير الشرعيّين من خلال إظهار آراء الفقهاء والنصوص التشريعيّة واجتهادات القضاء في إلحاقهم بأبائهم، سواء عن طريق وضع نصوص تشريعيّة أو عن طريق الاعتراف أو حتى الاستعانة بالبصمة الوراثيّة وإعمالها من قبل القضاء.

قد تشكّل الإجابة عن السؤال " من هو أبي؟ " هاجسًا يظلّ يطارد الشّخص المعني طيلة حياته إذ يشكّل ضغوطاً نفسية واجتماعية لا طائل لها، خاصّة في الدّول التي تنتشر بها العلاقات غير الشرعية.

بالرّغم من حرص القوانين الدّولية على إضفاء الحماية القانونية لجميع الأطفال منذ الولادة حتّى بلوغ سن الرّشد، يكفي أن نذكّر أن المادّة السّابعة من اتفاقية حقوق الطّفل،¹ قد أشارت أنّه: "...يسجّل الطّفل بعد ولادته فوراً...ويكون له قدر الإمكان الحقّ في معرفة والديه وتلقّي رعايتهما". والاتفاقية في ضوء المادّة الثّانية أرسّت مبدأ المساواة بين كافّة الأطفال في العالم بمنح الحقوق للأطفال الشرعيّين وغير الشرعيّين.²

وإن كان الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948 أوّل من نصّ على التّسوية بين الطّفل الشرعي والطّفل غير الشرعي، حيث نصّت المادّة 25 فقرة 2 على أنّ: " للأومة والطّفولة الحقّ في مساعدة ورعاية خاصّتين، وينعم كلّ الأطفال بالحماية نفسها، سواء أكانت ولادتهم ناتجة عن رباط شرعيّ أم غير شرعيّ".³ فهذا النّص يسيّج بين الأطفال الشرعيّين والأطفال غير الشرعيّين.⁴ هذا ما أكّده العهد الدّولي للحقوق المدنيّة والسياسيّة لعام 1966، إذ نصّت المادّة 24 منه على أنّه: " يمنح الطّفل في كلّ دول العالم نوعاً من الحماية على أساس المساواة التّامة بين كلّ الأطفال بلا تمييز لأيّ سبب كان، ودون التّظر لكون هذا الطّفل مولود نتيجة علاقة زواج شرعيّ، أو نتيجة علاقة غير شرعية بين رجل وامرأة".⁵

إنّ حماية حقوق الطّفل الطّبيعي لا تكون إلّا عن طريق إصدار تشريعات من قبل الدّول تطبيقاً لما أقرّته واهتمت به المواثيق الدّولية وأوجبته الإعلانات والمعاهدات الدّولية الخاصّة بحماية حقوق الطّفل،⁶ وإلزام السّلطات باحترامها، ومن ذلك المساواة بين الأطفال دون أيّ تفرّيق أو تمييز بين النّسب أو الوالديّة.

¹ - لعسري عباسية، حقوق المرأة والطفل في القانون الدولي الإنساني، الجزائر: دار الهدى، ب.ط، 2006، ص 121.

² - Isabelle SCHOTT – THIEFFRY, « les droits de L'Enfant », éditions de vecchi, Paris, 2001, p. 37.

³ - Alston PHILIP, « children, international protection, in E.P.I.L », n° 9, 1986, p. 21.

⁴ - Standley KATE, « Family law », second Editions, macmillan, 1997, p. 168.

⁵ - منتصر سعيد حمّودة، حماية حقوق الطفل في القانون الدولي العام والإسلام، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، ب.ط، 2007، ص 57.

⁶ - إعلان جنيف لحقوق الطفل لعام 1924 - إعلان الأمم المتحدة لحقوق الطفل لعام 1959 - اتفاقية حقوق الطفل لعام 1989. سمر خليل محمود عبد الله، حقوق الطفل في الإسلام والاتفاقيات الدولية، (دراسة مقارنة)، مذكرة

بخصوص تعريف الطّفل غير الشرعيّ، عرّفه الفقه الفرنسيّ على أنّه الطّفل الذي يولد من أبوين غير متزوّجين،¹ أو كان أحد أبويه أثناء علاقتهم الزوجيّة مرتبط بشخص آخر خلال الفترة القانونيّة للحمل.² وعرّفه الفقه العربيّ على أنّه الولد الذي يجيء نتيجة اتّصال الرّجل بالمرأة بغير زواج شرعيّ، أي ما كان بطريق السّفاح، أو هو ثمرة العلاقة الآثمة بين الرّجل والمرأة، ويسمّى بالولد غير الشرعيّ.³ إذن الطّفل غير الشرعيّ هو نتاج علاقة غير شرعيّة أي خارج إطار الزواج سواء كانت علاقة عن تراض أو إكراه أو اغتصاب.

إنّ ظاهرة الأطفال غير الشرعيّين، تعدّ من أشدّ الأمور حيرة وأعقدها وأعظمها أثراً، ذلك باعتبارها ظاهرة إنسانيّة وأخلاقيّة وقانونيّة، حيث أصبحت مشكلة من المشكلات الاجتماعيّة الصّعبة التي تعاني منها المجتمعات، وإن كانت ظاهرة ليست جديدة، إلّا أنّه في وقتنا الحاضر أصبحت أكثر شيوعاً خاصّة في المجتمعات الغربيّة، وتفاحتها وانتشارها في بعض الدّول الإسلاميّة، حيث تعاضمت أحوالها وآثارها وتداعياتها، نظراً لما آلت إليه الأوضاع الإنسانيّة والعالميّة من تزايد هؤلاء المواليد. أما اختيارنا لمصطلح الطّفل الطّبيعيّ كان أثناء البحث في القانون الفرنسي. وهذه التّسمية نحسبها أليق وأنسب لطفل يكون والده في الغالب غير معروف، وهو مصطلح حديث على عكس اللّقيط أو مجهول النّسب، الأصل فيه أنّه ابن شرعيّ ما لم يثبت أنّه ابن زنا. حيث يُعرّف مجهول النّسب على أنّه الطّفل الذي يعثر عليه في الدّولة لوالدين مجهولين،⁴ أمّا اللّقيط يُعرّف على أنّه اس م لحَيّ مولود طرحه أهله خوفاً من العيلة أو فراراً من تهمة الرّيبة أي الرّزا.⁵

من خلال مطالعة اجتهادات فقهاء الشّريعة الإسلاميّة يلاحظ مدى حرصهم على إلحاق الابن بنسب الأب متى وجدت قرينة على الإلحاق ومن أجل ذلك توسّعوا في وسائل إثبات النّسب وتضييق فرص إنكاره.

لكن الدّراسة في هذا الموضوع تكاد تكون منعقدة إلّا ما تمّ إيجاده في بعض الكتب والرسائل العلميّة التي تناولته عرضاً، ربّما لم يعن الفقه بهذا الموضوع، لأنّ الأطفال الذين كانوا لا ينتسبون إلى

الماجستير في الفقه والتّشريع، كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنيّة في نابلس، فلسطين، 2002-2003، ص 140 وما يليها.

¹ - Marie-France NICOLAS-MAGUIN, « droit de la famille », Ed. La Découverte et Syros, Paris, 1998, p. 52. « l'enfant naturel est issu de parents qui ne sont pas mariés ».

² - Isabelle SCHOTT – THIEFFRY, op. cit., p. 37. « l'enfant naturel est celui dont le père ou la mère, au moment de sa conception, était engagé dans les liens du mariage avec une autre personne ».

³ - محمد محمد براج جمعة، أحكام الميراث في الشريعة الإسلاميّة، عمان، دار الفكر، ط1، 1981، ص 721.

⁴ - المادة 02 من القانون الاتحادي رقم 01 لسنة 2012، المؤرخ في 24 ماي 2012، في شأن رعاية الأطفال مجهولي النّسب. الجريدة الرسميّة للإمارات العربيّة المتحدّة، العدد 537، السنة 42، بتاريخ 2012/06/07.

⁵ - السرخسي أبو بكر محمد بن أبي سهل، كتاب المبسوط، ج10، بيروت، دار المعرفة، ب.ط، 1989، ص 209.

الأب كانوا قليلين جداً. أما الآن فقد أصبح عددهم يفوق الآلاف فمن غير المقبول إهمال تنظيم وضعيتهم القانونية.

فمن جانب القانون وعلى ذكر الدول المغاربية فإنّ المشرّع الجزائري له موقف رافض لانتساب الطفل الطبيعي إلى أبيه. بينما اتّجهت إرادة المشرّع التونسي سنة 1998 إلى التفكير في وضع نظام قانوني خاص بوضعية الأبناء المولودين خارج إطار الزواج. ولا سبيل للاعتراف بنسب الطفل الطبيعي إذا ما استثنينا نص المادة 156 من مدونة الأسرة المغربية والذي جاء فيه: " إذا تمّت الخطوبة وحصل الإيجاب والقبول وحالت ظروف قاهرة دون توثيق عقد الزواج وظهر حمل بالمخطوبة، ينسب للشبهة".¹

من هنا وترتبياً على ذلك نتساءل إذا كانت ظاهرة أبناء الزنا قد استفحلت في المجتمع المغربي، فهل حمايتهم ولو نسبياً تعدّ خرقاً للأحكام الفقهية؟، وهل من المعقول والعدل أن نترك الأب الطبيعي يجري وراء شهواته دون قيد ولا مسؤولية؟.

غير أنّه في ضوء التطوّر العلمي الحاصل في كافّة الميادين بما في ذلك علم الوراثة وفي مقدّمتها البصمة الوراثية، التي هيّ من الوسائل المستحدثة في مجال إثبات النسب، لتمييزها بالدقّة في معرفة الصفات الوراثية المميّزة للشخص، والتي لا يتشابه فيها إنسان مع آخر؛ رأى عدد كبير من الباحثين قياسها على القیافة من باب أولى أو اعتبارها قرينة قويّة تقدّم على القیافة في إثبات النسب وذلك لقوّة دلالتها العلمية غير المبنية على التّخمين وهيّ طريقة صحيحة لا يحتمل معها الوقوع في الخطأ وهذا بإجماع فقهاء العصر ولا مخالف لهم في ذلك.²

ويبقى السؤال الذي يطرح نفسه بقوة هو هل نأخذ بالبصمة الوراثية دون تطبيق اللّعان في حالة نفي الرّجل ابنه بالملاعنة؟ وهل يلحق به إذا ثبت أن المولود له؟.

إنّ استخدام هذا العلم أيضاً في مجال الأنساب لفضّ المنازعات الخاصة بتحديد الأب والأم البيولوجيين للطفّل أصبح له دور في مسألة اللّعان، وأثار خلافات بين الفقهاء في ذلك ممّا يستعدّي النظر في هذه المسألة.

لم يعد الاتّصال الجنسيّ الوسيلة الوحيدة للإنجاب، إنّما وجد بجانبه وسيلة أخرى تعرف بالتلقیح الاصطناعيّ الذي أصبح بواسطته أن يحدث الحمل والوضع دون اتّصال جنسيّ بين الرّجل

¹ - القانون رقم 03-70، المؤرخ في 03 فبراير 2004، المتعلق بمدونة الأسرة المغربية . الجريدة الرسمية للمملكة المغربية، العدد 5184، بتاريخ 05 فبراير 2004، ص 418.

² - عبد الستار فتح الله سعيد، البصمة الوراثية في ضوء الإسلام ومجالات الاستفادة منها في جوانب النسب والجرائم وتحديد الشخصية، أعمال وبحوث الدورة 16 للمجمع الفقهي الإسلامي في مكة المكرمة من 05-10 جانفي 2002، ص 131.

والمرأة، وبذلك أصبحت هناك صعوبات ومشاكل في تحديد النسب الناتج عن عملية التلقيح الاصطناعي، خصوصاً إذا كان هذا التلقيح يتدخل طرف ثالث في العملية، أي بنطفة رجل أجنبي. ويمكن تصوّر حمل الزوجة من ماء رجل غريب في حالات منها الزنا أو التلقيح الاصطناعي، وقد يشكّ الزوج في ولده الذي جاء عن طريق التلقيح الخارجي بين مائه وماء زوجته لاعتقاده باختلاط النطف في المستشفى، حينئذ يلتجئ إلى نظام البصمة الوراثية.

بعض القانونيين قالوا أنّ النسب في حالة التلقيح الاصطناعي بغير ماء الزوج يأخذ حكم الولد الناشئ من الزنا، وهو ما يجعل نفيه واجباً طبقاً لمقتضيات الشرع. فالتلقيح الاصطناعي بماء رجل أجنبي يعتبر كالزنا تماماً، وأنّ نتيجتهما واحدة وهي وضع ماء رجل أجنبي قصداً في حرث ليس بينه وبين ذلك الرجل عقد ارتباط بزوجية شرعية، وسيولد الطفل خارج نطاق الزواج.¹ بالرغم من أنّ بعض الفقه الإسلامي² ألحق الطفل الطبيعي بوالده إذا ادّعاها ورأى في إثبات نسب الطفل الطبيعي من أبيه يحقق مقصد التشريع في حفظ النسل.³

لم يقتصر حق الطفل في النسب الشرعي على اجتهادات الفقهاء وشرح القانون بل إنه كان أحد المبادئ الأساسية التي تضمنتها الصكوك والمواثيق الدولية لا سيما الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل لعام 1989 والتي نصت في مادتها السابعة على أن يكون للطفل قدر الإمكان الحق في معرفة والديه وتلقي رعايتهما، بغض النظر عن كونه طفلاً شرعياً أم ناتجاً عن علاقة خارج إطار الزواج؛ ذلك أنّ الاتفاقية ذاتها أرست في مادتها الثانية مبدأ المساواة بين كافة الأطفال في العالم دون تمييز. استناداً إلى المبدأ العام المكرس بموجب الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي أكد على أنّ جميع الأطفال ينعمون بالحماية والمساعدة والرعاية نفسها سواء أكانت ولادتهم ناتجة عن رباط شرعي أم غير شرعي. على أنّ التبنّي والأحكام المتعلقة به لم تكن محور هذه الدراسة بما أنّ بعض الشرائع الدينية والتشريعات الوضعية تحرّمه باستثناء التشريع التونسي. رغم أنه مباح في الشريعة الدولية لحقوق الطفل.

وفي ظلّ تعدّد المصطلحات الخاصة بتعريف الطفل وتشابهها في كثير من الأحيان كان من الضروري علينا فكّ رموز التداخل بين هذه المصطلحات بالتركيز أساساً على مصطلح الطفل الطبيعي

¹ - محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية، (دراسة مقارنة)، جامعة الكويت، ب.ط، 1992، ص 297.

² - سعد الدين مسعد هلاي، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية - آفاق فقهية وقانونية جديدة، (دراسة فقهية مقارنة)، القاهرة، مكتبة وهبة، ط2، 2010، ص 357.

³ - مازن إسماعيل هنية، «إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية (DNA)»، مجلة الجامعة الإسلامية سلسلة الدراسات الإسلامية، فلسطين، غزة، م17، العدد01، جانفي 2009، ص 21.

الذي يعتبر في بعض التشريعات الغربية الوصف اللائق والأكثر تناسبا مع كرامة الطفل كإنسان بدلاً من مصطلح الطفل غير الشرعي أو اللقيط أو ابن الزنا وغيرها من المصطلحات.

أهمية الدراسة:

تكتسي هذه الدراسة أهمية كبرى بالنظر إلى أنها تجمع بين الجوانب الفقهية والقانونية كما تستند إلى البحوث العلمية المعاصرة وإلى ما استقر عليه الاجتهاد القضائي من أحكام وقرارات قضائية، لذا حاولنا في هذه الدراسة أن لا نكرر دراسات سابقة وأن لا نركز فقط على أبحاث ودراسات أكاديمية عربية، لذا اعتمدت على التجربة التشريعية الفرنسية من خلال القانون المدني الفرنسي والقانون رقم 72-03 المؤرخ في 03 جانفي 1972 المتعلق بالنسب. حتى نمسك بالموضوع من جميع أطرافه في دراسة وصفية تحليلية لظاهرة الأطفال الطبيعيين والإشكالات التي يثيرها نسب هذه الفئة إثباتا ونفيا.

الدراسات السابقة:

- من خلال بحثنا في الموضوع وقفنا على بعض الدراسات السابقة ومنها:
- 1 - عمارة جلول، إلحاق نسب ولد الزنا بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري (دراسة مقارنة) مذكرة لنيل شهادة الماجستير جامعة الجزائر¹ كلية العلوم الإسلامية 2010-2011.
 - 2 - عبد الرؤوف الشيخ، الوضعية القانونية للبنوة غير الشرعية في القانون التونسي، مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمقة في القانون الخاص، تونس، كلية الحقوق، 1979-1980.
 - 3 - محمد أشو، الولد غير الشرعي في القانون المغربي الحماية والقصور رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص جامعة مكناس المغرب 2012-2013.
- وبعد اطلاعنا على هذه الدراسات لاحظنا أنها كانت في مجملها دراسات شرعية تأصيلية محضة أو قانونية صرفة. في حين جاءت أطروحتنا شاملة قدر الإمكان لمجمل عناصر الدراسة الأكاديمية التأصيلية التي يتطلبها هذا النوع من الأبحاث لتكون قاعدة معرفية يستند إليها القضاء في حل إشكالات النسب المعاصرة بالاستفادة من معطيات العلم والاكتشافات الطبية الحديثة.

أسباب اختيار الموضوع:

أ - الأسباب الذاتية:

الميل لهذا النوع من الأبحاث نظرا للاهتمام الشخصي بقضايا الأسرة وحقوق الطفل بحكم التخصص الأكاديمي والخلفية المعرفية التي كونتها عن الموضوع من خلال أبحاث ومقالات أخرى.

ب - الأسباب الموضوعية:

- انتشار ظاهرة الأطفال المولودين خارج إطار الزواج والإشكالات التي يطرحها هذا الواقع.
- تذبذب وتعارض الأحكام القضائية المتعلقة بالنسب والإشكالات التي يثيرها نفي النسب وإثباته بين حجية اللعان والبصمة الوراثية.

- الحاجة إلى تجديد الفكر الاجتهادي الفقهي بما يتلاءم مع معطيات العصر ومواكبة الاكتشافات العلمية الحديثة.

- الوقوف على مكامن القصور التشريعي في قوانين ومدونات الأسرة المغاربية مما يدعو إلى إثراء النقاش حول حماية الأطفال بقطع النظر عن نسبهم الشرعي وإلى الاستفادة من التنوع المذهبي. في مسائل حجية اللعان في نفي النسب والوسائل العلمية الحديثة في إثباته.

إشكالية الموضوع:

بعد الاطلاع على جوانب الموضوع والقضايا التي يثيرها يمكن أن نطرح الإشكالية التالية:

إلى أي مدى يمكن تقرير حقّ الطفل الطبيعي في معرفة نسبه في ظلّ الاختلافات الفقهية والقانونية والقضائية؟ وإذا كان الطفل هو ثمرة علاقات غير شرعية أو إنجاب اصطناعي في الحالات غير المشروعة أو اللعان ، فما حكم نسب هذا الولد بالنظر إلى هذه الحالات؟ خاصة إذا علمنا أن الإشكال لا يطرح بالنسبة للأم باتفاق المدارس الفقهية والقانونية.

منهج البحث:

للإجابة على الإشكالية المطروحة اعتمدنا على المنهج الوصفي في وصف الظاهرة بالنظر إلى الأرقام والإحصاءات المتوفرة وإلى الإشكالات التي تثيرها الظاهرة اجتماعياً وقانونياً وقضائياً. وعلى المنهج التحليلي في تحليلنا للنصوص الشرعية والآراء الفقهية وبعض التشريعات المنظمة للنسب والأحكام المتعلقة به تدقيقاً ونقدًا وتصويبًا. وعلى المنهج المقارن في استعراض الأدلة الفقهية في تراكماتها المعرفية ومقارنتها بنصوص القانون وبعض الصكوك والمواثيق الدولية المتعلقة بحقوق الطفل بالإضافة إلى المقارنة بين التجربة التشريعية الغربية فرنسا أنموذجاً وبعض تشريعات الأسرة المغاربية.

تقسيمات البحث:

إجابة على الإشكالية وتحقيقاً لأهداف الدراسة تمّ تقسيم البحث إلى بابين يتضمّن كل واحد منهما فصلين.

أما الباب الأول المعنون بالحماية الشرعية والقانونية المخولة للطفل الطبيعي في معرفة والديه فتضمن فصلين، حيث استعرضنا في الفصل الأول من هذه الدراسة مجمل الأدلة والآراء الفقهية عند متقدمي فقهاء الشريعة ومعاصريهم بين مؤيد ومعارض لاستلحاق نسب الطفل الطبيعي لوالديه، كما استعرضنا موقف بعض تشريعات الأسرة المغاربية بين من يقرّ بالزواج الشرعي كسبب وحيد لاستلحاق النسب وهو موقف التشريعين الجزائري والمغربي وبين من وسّع من مجال إثبات النسب حتى خارج قاعدة الولد للفراس وهو موقف المشرّع التونسي الذي حذا حذو المشرع الفرنسي في الاعتراف بنسب الطفل الطبيعي.

وفي الفصل الثاني قمنا بقراءة قانونية في كثير من الاجتهادات القضائية الوضعية في قضاء الأسرة المغاربي المقارن. وحتى القضاء الفرنسي بعد أن كان يرفض استعمال الوسائل العلمية في إثبات

النسب والتحويلات الحاصلة في هذا الشأن التي أدت إلى اعتماد البصمة الوراثية ووسائل أخرى رغم ما اعتري تلك الأحكام والاجتهادات القضائية من تضارب وتناقض إذ ذهب بعضها إلى إسناد النسب حتى في حالات الزنا والاعتصاب.

وأما في الباب الثاني المعنون بالإطار الشرعي والقانوني لنسب الطفل الناتج عن التلقيح الاصطناعي واللّعان تضمّن هو الآخر فصلين، تناولنا في الفصل الأول نسب الطفل الناتج عن التلقيح الاصطناعي خارج إطار العلاقة الزوجية، بينما تعرّضنا في الفصل الثاني إلى إشكالات نسب الطفل الناتج عن اللّعان وأثر البصمة الوراثية عليه.

الباب الأول

الحماية الشرعية والقانونية المخولة للطفل الطبيعي في معرفة والديه

الباب الأول: الحماية الشرعية والقانونية المخولة للطفل

الطبيعي في معرفة والديه

من خلال عرض حقوق الطفل سواء في المواثيق الدولية أو في التشريعات القانونية للدول، نجد أن معظم الحقوق الأساسية التي أقرتها تلك المواثيق أو التشريعات للطفل دون تمييز، تتفق مع ما منحتة الشريعة الإسلامية له من حقوق منذ ولادته. ولعل أبسط وأهم الحقوق التي تخول للطفل أثناء ولادته هي حقه في الانتساب إلى والديه.

ولأجل ذلك أكدت الشريعة على حق الطفل في نسبه إلى والديه، لأن النسب يعتبر صلة قرابة الولد بأبيه وبأمه، قال تعالى: ﴿ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ...﴾¹. وتشوفا الإسلام إلى إلحاق النسب ، فألحق ولد الشبهة بالواطي لعزره، وألحق كل ما ولد على فراش رجل ما لم يتبرأ منه ببينة أو لعان، فلأجاز استلحاق مجهول النسب ما أمكن. ويكفي لبيان عناية الإسلام بالأنساب أن جعل حفظ النسل والنسب أحد الضروريات الخمس. إن إقرار الشرع بالنسب الشرعي وحده، ليس المقصود منه أن يعيش الطفل الطبيعي بدون هوية. فالذي سعى له الإسلام ليس نبذ الأطفال غير الشرعيين، بل سعى لمحاربة اختلاط الأنساب وزواج المحارم وشيوع الفاحشة وانتشار الزنا.

لقد تعهّدت جل التشريعات الوضعية بعدد من الأحكام تتعلق بمصير الولد وحمايته، فتطور الأمر إلى إبرام اتفاقيات دولية من أجل هذا الغرض. حيث حظيت مسألة الطفل الطبيعي بالاهتمام على المستوى الدولي خاصة من خلال حرص المشرع الدولي على رفع التمييز المبني على أصل الولادة.

حثت اتفاقية حقوق الطفل² جميع الدول والمؤسسات والهيئات التشريعية والقضائية على أن يعطى الاعتبار الأول لمصالح الطفل الفضلى في جميع الإجراءات التي تتعلق بالأطفال.

أما فيما يخص القضاء، فإن وجهة نظره أصبحت موافقة للقانون سيما بعد أن عمدت بعض الدول العربية إلى تعديل قوانينها المتعلقة بالأحوال الشخصية، وإدراج الطرق العلمية كوسائل لإثبات النسب التي يعتمد عليها القضاء للوصول إلى الحقيقة في معرفة الأب البيولوجي، ومن ثم الفصل في النزاع الحاصل حول إثبات نسب الطفل الطبيعي من أبيه. وتعتبر الدول المعنية بالدراسة كالجائر

¹ - سورة الأحزاب، الآية: 05.

² - اتفاقية حقوق الطفل، اعتمدت بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 25/44 في 20 نوفمبر 1989، تاريخ بدء النفاذ 1990/09/12. سمر خليل محمود عبد الله، حقوق الطفل في الإسلام والاتفاقيات الدولية، المرجع السابق، ص 146.

وتونس والمغرب وفرنسا من بين الدول التي تولي اهتماماً كبيراً بمصلحة الطفل، سواء من خلال مصادقتها على الاتفاقية، إذ صادقت عليها الجزائر بتاريخ 19 نوفمبر 1992،¹ والمغرب بتاريخ 14 جوان 1993،² وتونس بتاريخ 29 نوفمبر 1991.³

أما فرنسا كانت المصادقة بتاريخ 26 جانفي 1990،⁴ أو عن طريق قيام المشرع بتنظيم المسائل المتعلقة بحماية حقوق الطفل؛ حيث أصدرت الجزائر قانوناً بتاريخ 15 جويلية 2015 يتعلق بحماية الطفل،⁵ كما أصدرت تونس مجلة حماية الطفل بتاريخ 09 نوفمبر 1995،⁶ أما المشرع المغربي أصدر قانوناً يتعلق بالأطفال المهملين، ثم نسخ هذا القانون بآخر صادر في 13 جوان 2002 يتعلق بكفالة الأطفال المهملين.⁷ وأما المشرع الفرنسي بموجب القوانين التي أصدرها منذ سنة 1972،⁸ وما بعدها ألغى كل تمييز بين الأطفال عملاً بمبدأ المساواة بينهم.

¹ - المرسوم الرئاسي رقم: 92-461، المؤرخ في 19 ديسمبر 1992، يتضمن المصادقة مع التصريحات التفسيرية على اتفاقية حقوق الطفل. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 91 بتاريخ: 23 ديسمبر 1992، ص 2318.

² - ظهير شريف رقم: 363.93.1 صادر في 21 نوفمبر 1996، بنشر الاتفاقية المتعلقة بحقوق الطفل المعتمدة من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة في 20 نوفمبر 1989. الجريدة الرسمية للمملكة المغربية، عدد 4440، بتاريخ 19 ديسمبر 1996، ص 2847.

³ - القانون عدد 92 لسنة 1991، المؤرخ في 29 نوفمبر 1991، يتعلق بالمصادقة على اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل. الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 82 بتاريخ 03 ديسمبر 1991، ص 1619. ونشرت بمقتضى الأمر عدد 1865 لسنة 1991، المؤرخ في 10 ديسمبر 1991 بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 84 بتاريخ 10 ديسمبر 1991، ص 1658.

⁴ - Loi n° 90-548 du 2 juillet 1990 autorisant la ratification de la convention relative aux droits de l'enfant, journal officiel de la république française, n°0154 du 5 juillet 1990, p.7856.

⁵ - قانون رقم: 15-12، مؤرخ في 15 جويلية 2015، يتعلق بحماية الطفل. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 39 بتاريخ 19 جويلية 2015، ص 04. جاء في نص المادة الثالثة منه: " يتمتع كل طفل دون تمييز، بجميع الحقوق التي تنص عليها اتفاقية حقوق الطفل وغيرها من الاتفاقيات ذات الصلة المصدق عليها...".

⁶ - قانون عدد 92 لسنة 1995، مؤرخ في 09 نوفمبر 1995، يتعلق بإصدار مجلة حماية الطفل. الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 90 بتاريخ 10 نوفمبر 1995، ص 2205. إذ نص الفصل الخامس: " لكل طفل الحق في الهوية منذ ولادته".

⁷ - ظهير شريف بمثابة قانون رقم: 165.93.1، صادر في 10 سبتمبر 1993، المتعلق بالأطفال المهملين. تم نسخ هذا القانون بظهير شريف رقم: 172.02.1، صادر في 13 جوان 2002، بتنفيذ القانون رقم: 01-15، المتعلق بكفالة الأطفال المهملين. الجريدة الرسمية للمملكة المغربية، عدد 5031 بتاريخ 19 أوت 2002، ص 2362.

⁸ - Loi n° 72 - 3 du 3 janvier 1972 sur la filiation, journal officiel de la république française, du 5 janvier 1972 en vigueur le 1^{er} août 1972, p. 145.

هذا بالإضافة إلى إصدار تشريعات كثيرة ومتفرقة من طرف هذه الدول في مجال رعاية الطفولة، خاصة قوانين الأحوال الشخصية. فهل هذه التشريعات منحت بمقتضى نصوصها جميع الضمانات القانونية للطفل؟.

الحماية القانونية للطفل المعنية في هذه التشريعات تندرج ضمن معيار واحد يتناول موضوع النسب باعتباره من أهم الحقوق وأولها التي يتمتع بها الطفل، والذي تترتب عليه جميع الحقوق الأخرى من رعاية وحضانة وميراث وغيرها من الحقوق.

وإن كان هذا الحق من أبسط الحقوق التي يتمتع بها الأطفال، إلا أنه قد يمتنع عن بعضهم بسبب عدم تحمل الأولياء لمسؤولياتهم تجاه أولادهم، لأن وجودهم ناتج عن زنا أو عن علاقات غير شرعية.

إذن الفئة المعنية بالحماية هي الفئة التي يصطلح على تسميتها بالأطفال غير الشرعيين ، أو الطبيعيين لأنهم يولدون محرومين من حق الانتساب إلى الآباء. وبالتالي فهم محرومون من الرعاية الوالدية، وإن كان لا اختيار ولا ذنب لهم فيما حدث، فليس لهم اختيار في طريقة مجيئهم إلى الدنيا حتى يؤخذوا بجريرة غيرهم.

تفصيلاً لكل هذا قسمنا هذا الباب إلى فصلين، نتعرض إلى حكم إثبات نسب الطفل الطبيعي لوالديه في نظر الفقه والقانون في الفصل الأول، أما الفصل الثاني نتحدث عن موقف بعض القضاء المقارن في إلحاق الطفل الطبيعي لوالديه.

الفصل الأول: إثبات نسب الطفل الطبيعي لوالديه من منظور شرعي وقانوني

إذا كانت البنوة الشرعية تستلزم توفر أسباب قيام النسب، فالبنوة غير الشرعية بالعكس تكون عند انعدام هذه الأسباب. ويعبر عادة عن الطفل في هذه الحالة بالطفل غير الشرعي، أو الولد الناتج خارج إطار الزواج، أو ابن الزنا، أو الطفل الطبيعي، فكلها مصطلحات تدخل ضمن مؤسسة البنوة غير الشرعية.

ويتضح أنّ وصف الولد بأنه شرعي أو غير شرعي، يربّث آثاراً متباينة من الناحية القانونية والشرعية. فهو في الحالة الأولى يتمتع بكافة حقوقه التي خولها له الشرع والقانون من جهة أبويه معاً، بينما لا يتأتى له في الحالة الثانية إلا ما اكتسبه من أمّه فقط وهذا هو الغالب في نظر الفقه والقانون. وهي مفارقة وتمييز يمسّ الطفولة وينتج أوضاعاً غير متوازنة بين الأطفال؛ هذا ما يؤثّر بصفة غير مباشرة على حقوقه التي أقرتها الشريعة الإسلامية والمواثيق الدولية، وبعدها التشريعات الدولية الخاصة بحماية الطفولة.

لكن من خلال البحث يبدو أنّ هناك جدلاً فقهيّاً وقانونيّاً رتب اختلافاً في الرّوى سواء في الفقه الإسلامي أو القانون الوضعي حول إثبات نسب الطفل الطبيعي لوالديه. فحدّد الفقه الإسلامي قواعد وضوابط للنسب، حيث أقرت الشريعة أنّ الزواج الشرعيّ أساس العلاقة الزوجيّة، باعتباره يحفظ الطفل من ضياع نسبه. وبالتالي حمايته حمايةً خاصّة تتمثّل في عدم تعرّضه للضياع من الفساد والمهانة والعار. ولأجل ذلك حرّم الإسلام الزنا، وكلّ ما يؤدي إليه ليحفظ للناس الأنساب، ويحمي النسل ويطمئنّ كلّ إنسان إلى سلامة نسبه ونسب أولاده.

إن كان الأمر هكذا بالنسبة للفقه، فإنّ الأمر بالنسبة للقانون الوضعي لا يختلف عنه، وإن كانت بعض التشريعات أقرت للطفل الطبيعي حقّ الانتساب إلى الأب، حيث أجاز المشرّع الفرنسي إثبات البنوة الطبيعية خارج نطاق الزواج والاعتراف بها. أمّا من جانب الدّول العربيّة، المعلوم أنّ غالبية هذه الدّول تستمدّ أحكام النسب من الشريعة الإسلامية. و بنت تلك التشريعات حكمها في هذه المسألة على مذهب جمهور الفقهاء القائل بمنع إثبات نسب ولد الزنا من أبيه الزاني. فعلى الرّغم من ذلك المشرّع التونسي وضع نظاماً قانونيّاً خاصّاً بوضعيّة الأبناء المولودين خارج إطار الزواج، وأقرّ بحقّ الطفل الطبيعي في إثبات الأبوة.

الملاحظ على بعض تشريعات الدّول المغاربيّة، أنّها تطرقت للطفل غير الشرعي، كمدونة الأسرة المغربية في الكتاب الثالث المتعلّق بالولادة ونتائجها، حيث ميّزت بين البنوة الشرعية وغير

الشرعية.¹ ومن جهته المشرع التونسي أصدر قانوناً يتعلّق بإسناد لقب عائلي للطفّل المهمل أو مجهول النسب، يقرّ حماية الطّفّل الطّبيعي. أمّا التشريع الجزائري فظلّ موقفه غامضاً تجاه الطّفّل غير الشرعي في حقّ معرفته لأبيه. في حين أجاز القانون الفرنسي إثبات البنوة الطّبيعية، وهو بهذا الاعتراف لا يفرّق بين الابن الشرعي والابن غير الشرعي في الحقوق والواجبات، خصوصاً بعد ظهور قانون 1972² المتعلّق بالنّسب.

هذا ما يمكن معرفته من خلال رأي الفقه الإسلامي في انتساب الطّفّل الطّبيعي لوالديه في المبحث الأوّل، ونظرة بعض التشريعات العربيّة والغربيّة لنسب الطّفّل المولود خارج إطار العلاقة الزوجية لوالديه ضمن المبحث الثّاني.

المبحث الأوّل: موقف الفقه الإسلامي في انتساب الطّفّل الطّبيعي لوالديه

تعدّ ظاهرة المواليد خارج رابطة الزّواج من أشدّ الظواهر الخطيرة التي تصدّي لها فقهاء الإسلام، كونها تتّصل بتعدّد أسباب الانحراف وبضعف الوازع الدّيني والتّربوي لدى بعض النّاس. ومنذ كان المجتمع الإنساني وجدت العلاقات خارج الزّواج، وأطفال ولدوا من هذه العلاقات. وتثير هذه الظّاهرة جدلاً فكرياً وفقهياً كبيراً، باعتبار طابعها الجدلي والعملية قديماً وحديثاً، لما تتّسم به من إشكالات معرفيّة وأخلاقيّة وواقعيّة.

إنّ ظاهرة الأطفال المولودين خارج دائرة الزّواج الشرعي الصّحيح تعدّ من أشدّ التّوازل حيرة وأعقدها نظراً وأعظمها أثراً. تزداد أهمّيّتها لا سيّما في العصر الحالي، وتتعاظم آثارها وتداعياتها لما آلت إليه الأوضاع الإنسانيّة والعالميّة من تزايد عدد هؤلاء المواليد.

إنّ مسألة الأولاد النّاتجين عن الزّنا فالحكم الشرعيّ في نسبهم، له صورتان ولكلّ صورة حكمها؛ فالصورة الأولى هي أن تكون المرأة المزني بها فراشاً متزوّجة فهي محلّ إجماع. فإن جاءت الزّانية بولد ولم ينفه صاحب الفراش، فإنّه لا يلحق بالزّاني ولو استلحقه، ولا تصحّ نسبته إليه. أمّا الصورة الثّانية أن تكون المرأة المزني بها ليست فراشاً، أي ليست متزوّجة من أحد فهذه الصورة محلّ النّزاع والخلاف بين الفقهاء. حيث انقسم الفقه بخصوص هذه المسألة إلى اتّجاهين اثنين: أحدهما يرى عدم ثبوت نسب المولود خارج رابطة الزّواج، وهو قول الأئمّة الأربعة، ومذهب الظّاهريّة بدليل حديث

¹ - نصت المادة 148 من القانون رقم 03-70، المؤرخ في 03 فبراير 2004 بأنه: " لا يترتب على البنوة غير الشرعية بالنسبة للأب أي أر من آثار البنوة الشرعية ". في حين نصت المادة 146 من نفس القانون على أنه: "تستوي البنوة للأب في الآثار التي تترتب عليها سواء كانت ناتجة عن علاقة شرعية أو غير شرعية ". وأضافت المادة 147 فقرة 5 على أنه: " تعتبر بنوة الأمومة شرعية في حالة الزوجية والشبهة والاعتصاب ".

² - Loi n° 72 - 3 du 3 janvier 1972 sur la filiation. Op, cit.

{ الولد للفراش }¹ وثانيهما يرى بثبوت نسب المولود خارج رابطة الزواج، وهو قول العديد من أئمة السلف وعلماء الخلف. ومن هؤلاء: عمر بن الخطاب - (ر) - وعروة بن الزبير، وسليمان بن يسار، والحسن البصري، وابن سيرين، وإسحاق بن راهويه،² وابن تيمية،³ وابن قيم الجوزية.⁴ وقد رجّحه علماء معاصرون كثر.⁵ بدليل أنّ عمر بن الخطاب - ر - كان يلحق أولاد الجاهلية بمن ادّعاهم في الإسلام.

طرح العلماء القِيَّافَة كوسيلة لإثبات النسب عند التنازع، ورأى عدد كبير من الباحثين قياس البصمة الوراثية على القِيَّافَة، وواجب الأخذ بها في كلّ ما يؤخذ فيه بالقِيَّافَة من باب أولى،⁶ كون البصمة الوراثية تتفق مع القِيَّافَة في معرفة النسب عند الاشتباه.

للقوف على حقيقة الخلاف القائم بين الفقهاء في تكيف إثبات النسب للزاني سوف نوضّح مدلول الطّفل الطّبيعي وثبوت نسبه بالقِيَّافَة ضمن المطلب الأوّل ثمّ حكم إثبات نسب الطّفل الطّبيعي لوالديه في نظر فقهاء الشريعة الإسلامية ضمن المطلب الثاني.

المطلب الأوّل: مفهوم الطّفل الطّبيعي وثبوت نسبه بالقِيَّافَة

ذكر العلماء أنّ نسب الولد من أبيه لا يثبت إلّا بإحدى طرق أو أسباب ثلاثة محلّ اتفاق بين العلماء وهي:

- الزّواج الصّحيح أو الفاسد أو الوطء بشبهة، المعبر عنه بالفراش.
- الإقرار بالنسب أو الاستلحاق.

¹ - النووي أبو زكريا يحيى بن شرف، صحيح مسلم بشرح النووي، ج 10، القاهرة، مؤسسة قرطبة، ط 2، 1994، ص 33.

² - ابن قدامة موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمود، المغني، ج 9، الرياض، دار عالم الكتب، ط 3، 1997، ص 123.

³ - ابن تيمية تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام، مجموع الفتاوى، م 31، المملكة العربية السعودية: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف بالمدينة المنورة، ب.ط، 2004، ص 374.

⁴ - ابن قيم الجوزية شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب، زاد المعاد في هدي خير العباد، ج 5، بيروت، مؤسسة الرسالة، ط 3، 1998، ص 381.

⁵ - منهم سعد بن ناصر الخثلان، ويوسف الشبيلي، وعلي محي الدين القره داغي، ونايف العجمي، وعقيل بن محمد المقطري، وهاني الجبير، ونور الدين مختار الخادمي. نور الدين مختار الخادمي، نسب المولود خارج رابطة الزواج، بحث مقدم للمجمع الفقهي الإسلامي، الدورة 20، المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة من 25 - 29 ديسمبر 2010، ص 16.

⁶ - قاسم عبد الرشيد محمد أمين، « البصمة الوراثية وحجيتها »، مجلة العدل، وزارة العدل، المملكة العربية السعودية، العدد 23، 2004، ص 60.

- البيّنة وهي الشّهادة.

وفضلاً عن هذه الأسباب الثلاثة المتفق عليها لإثبات النسب، فإنّ هناك سببين آخرين محلّ خلاف بين العلماء، وهما: القِيّافة والقرعة.

لقد عدّد الفقهاء لثبوت النسب منذ العصور الأولى للإسلام أموراً عدّة هي: الفراش والإقرار والبيّنة والقِيّافة والقرعة. حيث تعتبر الأدلّة الشرعية الثلاثة الأولى قطعيّة الثبوت لا يجوز إلغاؤها أو إبطال العمل بها إلّا بنص شرعيّ. في حين تعتبر الأدلّة الشرعيّة الأخرى ظنيّة الثبوت، يمكن القياس عليها حال حصول التنازع في النسب. فيمكن في هذه الحالة اللّجوء إلى البصمة الوراثيّة لحلّ النزاع، فالبصمة الوراثيّة وإن كانت في حكم القِيّافة أو هيّ أولى.¹ فمن باب أولى أن تحلّ بديلاً عن القرعة.²

في هذا المطلب سوف نتناول مدلول الطّفل الطّبيعي وعلاقته بمن يشابهه من الحالات الأخرى في الفرع الأوّل ثمّ عن ثبوت نسبه بالقِيّافة في الفرع الثّاني.

الفرع الأوّل: المدلول الاصطلاحي للطّفل الطّبيعي والمفاهيم ذات الصّلة

إنّ مصطلح الطّفل الطّبيعي ابتدعه الفقه الفرنسي وأصبح متداولاً في التّشريع تقريباً منذ نهاية القرن 19، وتناوله بعض الفقه والتّشريع العربي باسم الطّفل غير الشرعي، في حين شاع استعمال ولد الزّنا واللقيط في الفقه الإسلامي. هناك بعض المصطلحات تداولها كلّ من التّشريع التّونسي والتّشريع المغربي تحت اسم الطّفل المهمل أو مجهول النسب. غير أنّنا وجدنا في الفقه القانوني التّونسي الإشارة إلى كلمة الابن الطّبيعي. ما نعنيه بالطّفل الطّبيعي هو ولد الزّنا النّاتج عن علاقة غير شرعيّة، ونظراً لتعدّد التعاريف يمكن تمييزه عن باقي المدلولات ذات الصّلة ومقارنته بمن يشبهه في الحكم.

أولاً: تعريف الطّفل الطّبيعي والألفاظ المشابهة له

الطّفل الطّبيعي هو ولد الزّنا في الفقه الإسلامي. ويقصد بولد الزّنا كلّ من وُلد خارج إطار علاقة الزّواج الشرعيّ، حيث تمّ تعريفه في الكتابات الفقهيّة على النّحو الثّالي: جاء في موسوعة شبكة المعرفة الرّيفيّة، بأنّ الولد غير الشرعي هو الولد الطّبيعي، وهو ثمرة اتّصال رجل بامرأة لم يربطهما

¹ - عمر بن محمد السبيل، البصمة الوراثيّة ومدى مشروعيّة استخدامها في النسب والجناية، أعمال وبحوث الدورة 16 للمجمع الفقهي الإسلامي، مكة المكرمة، من 05-10 جانفي 2002، ص 186.

² - خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثيّة وأثرها على الأحكام الفقهيّة، (دراسة فقهية مقارنة)، المرجع السابق، ص 362.

زواج شرعي¹؛ وهو الذي يولد من أبوين غير متزوجين.² وعادة ما يطلق عليه في القانون الفرنسي بالطفل الطبيعي وهو الذي يولد من أبوين غير متزوجين، أو غير مرتبطين بزواج خلال الفترة القانونية للحمل.³

وعرفه وهبة مصطفى الزحيلي - عضو المجامع الفقهية بصفة خبير في مكة وجدة والهند وأمريكا والسودان ورئيس قسم الفقه الإسلامي ومذاهبه بجامعة دمشق، كلية الشريعة - بقوله: " هو الولد الذي أتت به أمه من طريق غير شرعي، أو ثمرة العلاقة المحرمة".⁴ وعرفته الموسوعة الفقهية الكويتية بأنه: " الولد الذي تأتي به أمه نتيجة ارتكاب الفاحشة ".⁵ كما عرفته في موضع آخر بأنه: "الولد الذي تأتي به أمه من سفاح لا من نكاح".⁶

وقال الشيخ جمعة محمد براج - صاحب كتاب أحكام الميراث في الشريعة الإسلامية - في تعريفه أنه: " الولد الذي يجيء نتيجة اتصال الرجل بالمرأة بغير زواج شرعي، أي ما كان بطريق السفاح أو هو ثمرة العلاقة الآثمة بين الرجل والمرأة، ويسمى الولد غير الشرعي ".⁷ وعرفه أيضًا بأنه: " كل مولود من غير نكاح شرعي، ولا من وطء بسبب ملك اليمين".⁸

الأصل أنّ ولد الزنا هو الولد الناتج عن فعل الزنا أي عن وطء آدمية في القبل من غير عقد ولا ملك ولا شبهة. لكن ولد الزنا أوسع من ذلك إذ يشمل ما إذا كان الرجل قد جامع المرأة بالفعل، أو التقى ماؤهما بطريقة أخرى كاستدخال المرأة لمني الرجل أو تلقيح مائها به داخل الرحم أو خارجه، ما يسمى بالتلقيح الاصطناعي حيث يكون بمعنى الزنا.

¹ - نجار إبراهيم، القاموس القانوني الجديد، موسوعة شبكة المعرفة الريفية: بتاريخ 06 جوان 2015 على الساعة 22:44 <http://encyc.reefnet.gov.sy/>

² - Nadia AIT- ZAI, « Les droits de l'enfant en Algérie », Rapport Alternatif, 40^{ème} Pré-session du comité des droits de l'enfant, 08 juin 2005, Nations-Unies, Genève, p. 23.

³ - Marie-France NICOLAS-MAGUIN, op.cit., p. 52.

⁴ - وهبة مصطفى الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج8، سوريا: دمشق، دار الفكر، ط2، 1985، ص 430.

⁵ - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، الموسوعة الفقهية، ج3، الكويت: طباعة ذات السلاسل، ط2، 1983، ص 70.

⁶ - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، الموسوعة الفقهية، ج45، الكويت: ط1، 2006، ص 215.

⁷ - محمد محمد براج جمعة، أحكام الميراث في الشريعة الإسلامية، عمان: الأردن، دار يافا العلمية، ب.ط، 1999، ص 721.

⁸ - الجبوري أبو اليقظان عطية، حكم الميراث في الشريعة الإسلامية، عمان: الأردن، دار حنين، ب.ط، 1995، ص 201.

تعريف علي عارف القرة داغي - أستاذ الشريعة بالجامعة الإسلامية العالمية ماليزيا - أن ولد الزنا هو: " الولد ذكراً كان أو أنثى الذي تخلق من ماء رجل وماء امرأة ليس للرجل فيها عليها ملك، ولا عقد ولا شبهة".¹

بناءً على ما سبق يمكن تعريف الطّفل غير الشرعي في الشريعة الإسلامية أنه الطّفل الذي جاءت به المرأة طواعية خارج نطاق الزوجية الحقيقية. أو هو المولود نتيجة لقاء محرّم بين رجل وامرأة لا يربطهما عقد نكاح شرعي ولا شبهة. فهو نتيجة التقاء ماء الرجل بماء المرأة على وجه غير شرعي، سواء كان نتيجة ارتكاب فاحشة الزنا أم لا.

أ - تعريف اللقيط:

1 - اللقيط لغة: هو بمعنى الملقوط: أي المأخوذ من الأرض. وفي الشرع: اسم لما يطرح على الأرض من صغار بني آدم خوفاً من العيلة، أو فراراً من تهمة الزنا.²

2 - اللقيط اصطلاحاً: جاء في مغني المحتاج معنى اللقيط: " هو صغير منبوذ في شارع أو مسجد ونحو ذلك لا كافل له معلوم ولو مميّزاً لحاجته إلى التعهد ".³ ويظهر أيضاً أن اللقيط أعم من المنبوذ لأنه يشمل ولد الزنا، ومن ضاع من أهله. ويعرّف على أنه مولود حي طرحه أهله خوفاً من العيلة أو فراراً من تهمة الزنا.⁴

تعريف اللقيط عند وهبة مصطفى الزحيلي: " هو الطّفل المفقود والمطروح على الأرض عادة، خوفاً من مسؤولية إعالته، أو فراراً من تهمة الزّنية ".⁵

اللقيط عند ابن الأثير: هو الطّفل الذي يوجد مرمياً على الطّرق، لا يعرف أبوه ولا أمّه.⁶

اللقيط عند الدردير: هو مجهول النسب، والأصل فيه السلامة وأنه ابن شرعي، ما لم يثبت أنه ابن زنا.¹

¹ - عارف علي عارف القرة داغي، مسائل شرعية في قضايا المرأة، سلسلة بحوث فقهية في قضايا معاصرة (2)، ماليزيا: الجامعة الإسلامية العالمية، ط1، 2011، ص 165.

² - الجرجاني علي بن محمد الشريف، معجم التعريفات، مصر: القاهرة، دار الفضيلة، ب.ط، 2004، ص 162.

³ - الشربيني شمس الدين محمد بن الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج2، بيروت: لبنان، دار المعرفة، ط1، 1997، ص 540.

⁴ - سعدي أبو جيب، القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، سوريا: دمشق، دار الفكر، ط2، 1988، ص 332.

⁵ - وهبة مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج8، المرجع السابق، ص 432.

⁶ - ابن الأثير مجد الدين المبارك بن محمد الجزري، النهاية في غريب الحديث والأثر، المملكة العربية السعودية: دار ابن الجوزي، ط1، 2000، ص 840.

عرّفه الأحناف أنّه: " اسم لحي مولود طرحه أهله خوفاً من العيلة، أو فراراً من تهمة الزّينة ".²

وعند المالكيّة هو: " صغير آدمي لم يعلم أبواه ولا رقه ".³

أمّا الشافعيّة عرّفوه أنّه: " كلّ صبي ضائع لا كافل له ".⁴

وعرّفه الحنابلة أنّه: " الطّفل المنبوذ، ⁵ أو طفل غير مميّز لا يعرف نسبه ولا رقه، نبذ أي طرح في شارع أو باب مسجد ونحوه، أو ضلّ الطريق ما بين ولادته إلى سن التّمييز ".⁶

فالتّعريف يشمل الطّفل المنبوذ والملقى والمطروح الذي هو نتاج عمليّة الزّنا، أي خوفاً من التّهمة أو أنّه نتاج لعمليّة الفقر الذي يعيشه أهله فيلقونه خوفاً من العيلة. والصّلة بين اللّقيط وولد الزّنا انقطاع نسب كلّ منهما عن الأب، إلّا أنّ الأول مجهول الأم أيضاً بخلاف الثّاني.⁷

اللّقيط يثبت نسبه بمجرد الدّعوة. فإذا ادّعى شخص أنّ هذا اللّقيط ولده ويمكن أن يولد منه فإنّ دعواه تسمع، ولو من غير بيّنة ويثبت نسب اللّقيط منه.⁸ أمّا ولد الزّنا وإن عُرف أبواه أو أحدهما وأتى بالبيّنة لا يثبت النسب عند جمهور الفقهاء. الغالب في اللّقيط والمنبوذ أنّه ولد زنا. فقد سئل الإمام مالك عمّن قال لرجل: يا منبوذ فقال: " لا يعلم منبوذ إلّا ولد الزّنا ".⁹

من خلال التعاريف السابقة يظهر أن اللّقيط لا يعرف أهله ولا نسبه، فيخرج بذلك من عُرف أهله، وكذلك من عرفت أمّه بأن يكون ولد زنا مثلاً فلا يُعدّ لقيطاً.

¹ - الدردير أحمد بن أحمد بن أبي حامد، الشرح الكبير، ج4، مصر: دار إحياء الكتب العربية، ب.ط، ب.ت.ن، ص 325.

² - ابن نجيم زين الدين بن إبراهيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لبنان: بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1997، ص 241.

³ - الدردير أحمد بن أحمد بن أبي حامد، الشرح الكبير، ج4، المرجع السابق، ص 124.

⁴ - محمد بن محمد الغزالي، الوسيط في المذهب، م4، مصر: القاهرة، دار السلام، ط1، 1997، ص 303.

⁵ - ابن مفلح أبو إسحاق برهان الدين إبراهيم، المبدع شرح المقنع، ج5، لبنان: بيروت، دار الكتب العلمية، ط 1، 1997، ص 134.

⁶ - البهوتي منصور بن يونس بن إدريس، كشف القناع عن متن الإقناع، ج4، بيروت: لبنان، دار عالم الكتب، ب.ط، 1983، ص 266.

⁷ - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، الموسوعة الفقهية، ج45، المرجع السابق، ص 215.

⁸ - الشافعي أبو يحيى بن محمد بن زكريا، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ج 2، القاهرة، دار الكتاب الإسلامي، ب.ط، ب.ت.ن، ص 320.

⁹ - الدردير أحمد بن أحمد بن أبي حامد، الشرح الكبير، ج4، المرجع السابق، ص 325.

تَكَادُ تَتَّفَقُ تعريفات الفقهاء للَّقِيطِ في مجمل معانيها، لكن الاختلاف بدا واضحاً في التَّسمية، حيث سَمَّاهُ البعض اسماً لحيٍّ مولود، وآخر طفل منبوذ، وغيره كلَّ طفل ضائع، وهي مفردات ذات صلة بالَّقِيطِ وتحمل صورة من صورهِ.

ب - ولد الملاعنة:

1 - **اللَّعَانُ لغة:** مصدر لَاعَنَ، وفعله الثلاثي لَعَنَ مأخوذ من اللَّعْنِ، وهو الطُّرد والإبعاد من الخَيْرِ، وقيل: الطُّرد والإبعاد من الله، ومن الخلق السَّبُّ. والملاعنة بين الزوجين: إِذَا قَذَفَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ أَوْ رَمَاهَا بِرَجُلٍ أَنَّهُ زَنَى بِهَا.¹

2 - **اللَّعَانُ اصطلاحاً:** هو أن يرمي الزوج زوجته بالزنا، أو ينفي نسب ولده منها، أثناء قِيَامِ الرِّابطة الزوجية، فإذا طالبته بالدليل على ما يقوله ولم يستطع إثباته، أُطِمَ يتمكَّن من إحضار أربعة شهداء يشهدون على ما رمى به الآخر فعلياً اللعان.²

ولد الملاعنة أو اللَّعَانُ³: هو الولد الذي ولد على فراش زوجية صحيحة وحكم القاضي بنفي نسبه من الزوج بعد الملاعنة الحاصلة بينه وبين زوجته.⁴

ج - ولد الشبهة:

1 - **الشَّبهة لغة:** شبه: الشَّبهُ والشَّبهُ والشَّبيهُ: المِثْلُ، والجمع أَشْبَاهٌ. وَأَشْبَهَ الشَّيْءُ الشَّيْءَ: مَانَلَهُ. وَشَبَّهَ عَلَيْهِ: خَلَطَ عَلَيْهِ الْأَمْرَ حَتَّى اشْتَبَهَ بغيرِهِ.⁵ (شَبَّهَ) الشَّيْنُ وَالْبَاءُ وَالْهَاءُ أَصْلٌ وَاحِدٌ يَدُلُّ عَلَى تَشَابُهٍ الشَّيْءِ وَتَشَاكُلِهِ لَوْناً وَوصفاً. يُقَالُ شَبَّهَ وَشَبَّهَ وَشَبَّيْهُ. وَالْمُشَبَّهَاتُ مِنَ الْأُمُورِ: الْمَشْكَلَاتُ. وَاشْتَبَهَ الْأُمُرَانِ، إِذَا أَشْكَلَا.⁶

¹ - محمد بن مكرم بن علي جمال الدين بن منظور، لسان العرب، ج13، بيروت: دار صادر، ط3، 1994، ص 387.

² - العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، ط1، 2014، ص 120.

³ - ابن نجيم زين الدين بن إبراهيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج4، المرجع السابق، ص122.

⁴ - ابن عبد البر أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد، الاستدكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ، ج15، سوريا: دمشق، دار قتيبة، ط1، 1993، ص 510.

⁵ - محمد بن مكرم بن علي جمال الدين بن منظور، لسان العرب، ج13، المرجع السابق، ص 503.

⁶ - أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، مقاييس اللغة، ج3، دمشق: دار الفكر، 1979، ص 243.

2 - **الشبهة اصطلاحاً:** ما لم يتيقن كونه حراماً أو حلالاً. أو ما جهل تحليله على الحقيقة وتحريمه على الحقيقة. أو ما يشبه الثابت وليس بثابت.¹ وهي في اصطلاح الحنفية ثلاثة أقسام: شبهة فعل، وشبهة محل، وشبهة عقد.²

د - **ولد المغتصبة:**

1 - **الاغتصاب لغة:** من الفعل غصب، والغصب: أخذ الشيء ظلماً، يقال: غصبه يغصبه أي أخذه ظلماً. وغصب فلان على الشيء: قهره.³

وتكرر في الحديث ذكر الغصب، وهو أخذ مال الغير ظلماً وعدواناً، وفي الحديث أنه غصبها نفسها: أراد أنه واقعها كرهاً، فاستعاره للجماع.⁴

2 - **الاغتصاب اصطلاحاً:** شاع استعمال مصطلح الاغتصاب في الوقت الراهن، في واقعة الرجل المرأة كرهاً حتى صار غالباً في العرف، وصار الإكراه على الجماع، يسمى اغتصاباً. إذ خص الاغتصاب بالاكراه على الوقاع المحرم.⁵ حيث عرفه صاحب البهجة في شرح التّحفة بما يدلّ على ذلك، فقال: " وطء حرّة أو أمة جبراً على غير وجه شرعيّ ".⁶

ثانياً - مقارنة الطفل الطبيعي بمن يشبهه في الحكم

أ - **الفرق بين ولد الزنا واللّقيط:**

لا يفرّق بعض الفقهاء بين اللّقيط وولد الزنا، بمعنى أنّه قصر معنى اللّقيط على الطّفل الّذي طرحه أهله خوفاً من الفقر أو فضيحة الزّنا.⁷ وما دام أنّ الفقهاء يفرّقون بين الطّفل المنبوذ واللّقيط، يتبيّن الفرق أنّ المنبوذ هو ما يطلق على ولد الزّنا، ويظهر أنّ اللّقيط أعمّ من المنبوذ

¹ - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، الموسوعة الفقهية، ج5، المرجع السابق، ص 231.

² - وهبة مصطفى الزحيلي، أحكام الأولاد الناتج من عن الزنا، بحث مقدم للمجمع الفقهي الإسلامي، الدورة 20، المنعقدة في مكة المكرمة، في الفترة من 25-29 ديسمبر 2010. ص 9.

³ - محمد بن يعقوب الفيروزآبادي الشيرازي، القاموس المحيط، ج1، دمشق: مؤسسة الرسالة، ط1، 1998، ص 154.

⁴ - ابن الأثير مجد الدين المبارك بن محمد الجزري، النهاية في غريب الحديث والأثر، ج4، المرجع السابق، ص 370.

⁵ - محمد علي هارب جبران، حكم استلحاق ولد الاغتصاب، ليبيا: الجامعة الأسمرية، ب.ط، 2013، ص 93.

⁶ - أبو الحسن علي بن عبد السلام، البهجة في شرح التّحفة، ج2، بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1998، ص 586.

⁷ - أحمد عبد المجيد محمد محمود حسين، أحكام ولد الزنا في الفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير، كلية الدراسات العليا، قسم الفقه والتشريع، جامعة النجاح الوطنية بنابلس، فلسطين، 2008-2009، ص 34.

مطلقاً، لأنّه يشمل ولد الزّنا ومن ضاع من أهله ولا يعرف أبواه. ويعدّ الطّفل منبوذاً ما دام مطروحاً، ولا يسمّى لقيطاً إلّا بعد أخذه.

وقيل: المنبوذ ما وجد فور ولادته واللقيط بخلافه، وقيل اللّقيط: ما التقط صغيراً في الشّدائد والبلاء.¹ ويفترق ولد الزّنا عن اللّقيط بأنّه إذا ادّعى شخص نسب اللّقيط وانفرد بدعواه واستلحقه لحقه إن كان رجلاً مسلماً حرّاً عند عامّة الفقهاء، بغير خلاف بين أهل العلم إذا أمكن أن يكون منه.² وإن كان اللّقيط مجهول النسب إلّا أنّ الأصل فيه السّلامة وأنّه ابن شرعيّ ما لم يثبت أنّه ابن زنا. ويترتّب على هذا أنّه لا يأخذ أحكام ولد الزّنا والمترتّب على كونه ابن زنا. كذلك أحكام النسب وما يترتّب عليه، فإنّ اللّقيط له أحكام خاصّة تختلف عن أحكام ولد الزّنا، لأنّ اللّقيط مجهول الأبوين، أمّا ولد الزّنا فأمره معروفة وأمّا أبوه فلا يلزم من معرفته انتسابه إليه شرعاً.

ب - الفرق بين ولد الزنا وولد الملاعة:

جهة الأب منقطع، ومن جهة الأمّ ثابت.³ فولد اللّعان وإنّ أشبه ولد الزّنا في تعذّر النسبة إلى الأب إلّا أنّه لا يأخذ حكمه،⁴ أو يشتبهان فيما يترتّب على ذلك من قيام الأمّ مقام الأب بالنسبة لهما، فينسبان إلى أمّهما ولا يرثان بالنسب إلّا منها.⁵

والصلّة بين ولد اللّعان وولد الزّنا انقطاع نسب كلّ منهما عن الأب. إلّا أنّ الأوّل منقطع نسبه عن الأب بعد ثبوته منه بخلاف الثّاني.⁶ ويفترق عنه في أنّ ولد الملاعة يلحق الملاعن إذا استلحقه، وولد الزّنا لا يلحق الزّاني في قول الجمهور.⁷ فإذا أكذب نفسه فإنّه يثبت النسب منه لولد

¹ - الدسوقي محمد بن أحمد بن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج4، مصر: دار إحياء الكتب العربية، ب.ط، ب.ت.ن، ص 124.

² - القرافي شهاب الدين أحمد بن إدريس، الذخيرة، ج9، لبنان: بيروت، دار الغرب الإسلامي، ط 1، 1994، ص 135.

³ - ابن نجيم زين الدين بن إبراهيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج4، المرجع السابق، ص 129.

⁴ - عمارة جلول، إلحاق نسب ولد الزنا بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر 1، كلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة والقانون، 2010-2011، ص 71.

⁵ - الدريبر أحمد بن أحمد بن أبي حامد، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج4، المرجع السابق، ص 124.

⁶ - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية، ج45، المرجع السابق، ص 215.

⁷ - السرخسي شمس الدين محمد بن أحمد بن أبي سهل، المبسوط، ج4، بيروت: لبنان، دار المعرفة، ب.ط، 1989، ص 205.

الملاعنة؛ لأنَّ نسب ولد الملاعنة كان ثابتاً من الزَّوج بالفراش وبقي بعد اللّعان موقوفاً على حقّه حتّى لا تنفّذ دعوة الغير فيه.¹

ج - الفرق بين ولد الزّنا وولد الشّبهة:

الفرق أنّ ولد الشّبهة ناتج عن وطء شبهة، فالواطئ غير مؤاخذ به ، معذور بهذه الشّبهة بخلاف الزّاني، لأنّ الزّنا علاقة محرّمة واضحة الحرمة مؤاخذ بفعلته. فلا يترتّب على وطء الشّبهة ما يترتّب على الزّنا من إثم وحدّ؛ ويترتّب على هذا الفرق أن لا يأخذ ولد الشّبهة أحكام ولد الزّنا . فهو منسوب إلى أبيه الواطئ .² فولد الشّبهة يفترق عن ولد الزّنا، بأنّه ينسب للواطئ ويجوز استلحاقه، بخلاف ولد الزّنا الذي يمتنع استلحاقه.³

قال الماوردي- أكبر قضاة آخر الدولة العباسية من أكبر فقهاء الشافعية -: " ولد الشّبهة ثبت نسبه وميراثه، وثبت تحريمه، وولد الزّنا بخلافه ".⁴

فنسبة الولد للواطئ لم يثبتها إلّا بنكاح أو شبهة.⁵ ويترتّب على هذا أن لا يأخذ ولد الشّبهة أحكام ولد الزّنا.

د - الفرق بين ولد الزّنا وولد المغتصبة:

ولد الاغتصاب: هو ولد زنا وناتج عن علاقة غير شرعيّة. إلّا أنّ الزّوجة تكون مكرهة على الزّنا، فيرفع الإثم عنها فهي غير مؤاخذه في ذلك. فالأغتصاب مفارق للزّنا، ذلك لأنّ جريمة الزّنا لا تكون إلّا عن طواعيّة واختيار من المرأة في الغالب بعكس الاغتصاب، فالمرأة فيه مكرهة لا ذنب لها.⁶

¹ - السرخسي شمس الدين محمد بن أحمد بن أبي سهل، المبسوط، ج13، بيروت: لبنان، دار المعرفة، ب.ط، 1989، ص 143.

² - إبراهيم بن عبد الله بن صالح القصير، أحكام ولد الزنا، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، المملكة العربية السعودية، قسم الفقه المقارن، 2003-2004، ص 35.

³ - الرملي شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج5، بيروت: لبنان، دار الكتب العلمية، ط3، 2003، ص 108.

⁴ - الماوردي أبو الحسن علي بن محمد بن الحبيب، الحاوي الكبير، ج9، لبنان: بيروت، دار الكتب العلمية، ط 1، 1994، ص 219.

⁵ - الهيتمي شهاب الدين أحمد بن حجر، تحفة المحتاج بشرح المنهاج، ج3، مصر: دار المكتبة التجارية الكبرى، ب.ط، 1938، ص 229.

⁶ - أحمد عبد المجيد محمد محمود حسين، أحكام ولد الزنا في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 35.

فولد الاغتصاب لا فرق بينه وبين ولد الزنا من حيث ما يتعلّق بولد الزنا من أحكام فيأخذ الولد الناتج عن الاغتصاب أحكام ولد الزنا.

الفرع الثاني: ثبوت نسب الطفل الطبيعي بالقيافة وموقف البصمة الوراثية منها

تعتبر القيافة من أقدم الطرق التي عرفت الشريعة الإسلامية لمعرفة الأثر والشبه، إذ تعتبر من الطرق الضعيفة في إثبات النسب. ولما كانت القيافة قائمة على تتبع الأثر والشبه فقد قاسها العلماء المعاصرون على البصمة الوراثية. حيث أنّ هذه الأخيرة تلتقي مع القيافة في عدّة جوانب. فالقيافة علم من العلوم يقوم على معرفة الشبه بين الولد والوالدين على أساس الصفات الظاهرة، كذلك البصمة الوراثية تقوم بمعرفة الشبه بين الوالد ووالديه، لكن عن طريق النمط الوراثي للحامض النووي (ADN).¹ قبل تبيان موقف البصمة الوراثية من القيافة سوف نقوم بشيء من التوضيح لمعنى القيافة وإثباتها للنسب أولاً ثم نبيّن موقف البصمة الوراثية منها ثانياً.

أولاً: المعنى اللغوي والاصطلاحي والأدلة على ثبوت النسب بالقيافة

أ - المعنى اللغوي: القيافة هي من قاف يقوف قيافة فهو قائف، وهو الذي يتتبع الآثار ويعرفها ويعرف شبه الرجل بأخيه وأبيه. والجمع قافة.² وقاف أثره بمعنى تبعه كقفاه واقتفاه وهو أقوفهم. وتقيف أثره تتبّعه، والقيافة هي تتبّع الأثر. يقال: فلان يقوف الأثر ويقفاه قيافة.³

ب - المعنى الاصطلاحي للقيافة

للفقهاء تعاريف كثيرة للقيافة أهمّها:

¹ - ADN اختصار لكلمة Acide désoxyribonucléique ويسمى كذلك "الدنا" اختصاراً لكلمة DeoxyriboNucleic Acid، ويوجد الحمض النووي في أنوية خلايا الكائنات الحية لذا يطلق عليه النووي. ويعتبر ADN من المركبات الكبيرة والمعقدة في الجسم البشري، حيث أنها تتكون من وحدات صغيرة متكررة آلاف المرات ومرتبطة مع بعض على شكل سلسلة تسمى بالبوليمرات، حيث تتكون من وحدات رئيسية تسمى "بالنيوكليوتيدات" متكررة ملايين المرات وتأخذ شكل سلسلتين حلزونيتين. عبد القادر الخياط وفريدة الشمالي، تقنيات البصمة الوراثية في قضايا النسب وعلاقتها بالشريعة الإسلامية، م4، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة والقانون، المنعقد ما بين 05-07 ماي 2002، ص 1477.

² - ابن منظور جمال الدين محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل، لسان العرب، م5، مصر: القاهرة، دار المعارف، ب.ط، ب.ت.ن، ص 3776.

³ - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية، ج34، الكويت: مطابع دار الصفاة، ط1، 1995، ص 92.

1- عَرَفَهَا ابن رشد من المالكِيَّة بأنَّ القافة عند العرب هم: " قوم كانت عندهم معرفة بفصول تشابه أشخاص النَّاس " ¹.

2- وعند الحنابلة: " هم قوم يعرفون الأنساب بالشَّبه ولا يختصَّ ذلك بقبيلة معيَّنة بل من عُرِف منه المعرفة بذلك وتكررت منه الإصابة فهو قائف " ².

3 - وعَرَفَهَا الإمام الجرجاني م ن الحنفِيَّة فقال: " القائف هو الَّذي يعرف النَّسب بفراسته ونظره إلى أعضاء المولود " ³.

4 - عند الشَّافعية: " هو من يلحق النَّسب بغيره عند الاشتباه بما خصَّه الله تعالى به من علم " ⁴.

5 - القافة عند ابن حزم: " هم الجماعة الَّذين يعرفون الشَّبه والأثر " ⁵.

6- ومن العلماء المعاصرين الدَّكتور محمد رأفت عثمان - أستاذ الفقه المقارن والعميد الأسبق لكلِّيَّتي الشَّريعة والقانون بالقاهرة وطنطا، وعضو مجمع البحوث الإسلاميَّة - حيث عَرَفَهَا بقوله: " فالقائف نستعين به بوصفه وسيلة من وسائل إثبات النَّسب، فإذا وجد شكٌّ في بنوَّة إنسان لإنسان، فإنَّه من المشروع أن يؤخذ برأي القائف، ومن ألحقه به ألحقناه به إذا وجد الشَّبه بين الابن وأبيه، وكانت العرب تحكم بالقيَّافة، وتفخر بها وتعدّها من أشرف علومها " ⁶.

جاء في الموسوعة الفقهِيَّة الكويتِيَّة أنَّ القائف: " هو الَّذي يتتبع الآثار ويتعرَّف منها الَّذين

سلكوها، ويعرف شبه الرِّجل بأبيه وأخيه ويلحق النَّسب عند الاشتباه بما خصَّه الله تعالى به من علم

¹ - ابن رشد أبو الوليد محمد بن أحمد، شرح بداية المجتهد ونهاية المقتصد وبهامشه السبيل المرشد إلى بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 4، القاهرة، دار السلام، 1995، ص 2086.

² - ابن قدامة أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد، المغني ويليهِ الشرح الكبير، ج6، لبنان: بيروت، دار الكتاب العربي، 1983، ص 398.

³ - الجرجاني علي بن محمد الشريف، معجم التعريفات، المرجع السابق، ص 177.

⁴ - الشربيني شمس الدين محمد بن الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج4، بيروت: لبنان، دار المعرفة، ط1، 1997، ص 646.

⁵ - علي محمد يوسف المحمدي، أحكام النسب وطرق إثباته ونفيه في الشريعة الإسلامية، قطر: دار قطري، ط 1، 1994، ص 324.

⁶ - محمد رأفت عثمان، النظام القضائي في الفقه الإسلامي، القاهرة، دار البيان، ط2، 1994، ص 431.

ذلك".¹ وتطلق القِيَّافة على إلحاق الولد بمن يشبهه عند الاشتباه وذلك بما منح الله القائف من علم وخبره.²

جاء في التعريفات للجرجاني أنَّ القائف: " هو الذي يعرف النسب بفراسته ونظره إلى أعضاء المولود".³

بالنظر إلى هذه التعريفات نجد أنَّها متقاربة سواء من حيث المعنى اللغوي أو المعنى الاصطلاحي، وتفيد جميعها أنَّ القِيَّافة هي معرفة النسب عند الاشتباه وتتبع الآثار بالفراصة والنظر. حيث جاء في الموسوعة الفقهية الكويتية ما يلي: القِيَّافة والفراصة كلاهما يقوم على النظر وبينهما فارق. وليست القِيَّافة من الفراصة وإنَّما هي من باب قِيَّاس الشَّبه، وهو أصل معمول به في الشرع.⁴

ج - الأدلة على ثبوت النسب بالقِيَّافة

اختلف في مشروعية العمل بالقِيَّافة على رأيين:

الرأي الأول: ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية إلى جواز إثبات النسب بالقِيَّافة عند عدم الفراش والبينة بأدلة من السنة والإجماع والمأثور والمعقول.

1- الدليل من السنة

استدل الجمهور على حجية القِيَّافة بحديث عائشة - رضي الله عنها - قالت: " إنَّ رسول الله - ص - دخل عليَّ مسروراً، تبرق أسارير وجهه، فقال: { أَلَمْ تَرَي أَنِّي مَجْزَرًا نَظَرَ أَنْفًا إِلَى زَيْدِ بْنِ حَارِثَةَ وَأَسَامَةَ بْنِ زَيْدٍ فَقَالَ: إِنَّ هَذِهِ الْأَقْدَامُ بَعْضُهَا مِنْ بَعْضٍ }. وفي رواية للبخاري، { أَنَّ مَجْزَرًا الْمُدْلَجِي دَخَلَ عَلَيَّ فَرَأَى أَسَامَةَ وَزَيْدًا وَعَلَيْهِمَا قُطِيفَةٌ قَدْ غَطَّيَا رُؤُوسَهُمَا وَبَدَتْ أَقْدَامُهُمَا فَقَالَ: إِنَّ هَذِهِ الْأَقْدَامُ بَعْضُهَا مِنْ بَعْضٍ }".⁵

¹ - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، الموسوعة الفقهية، ج1، الكويت: طباعة ذات السلاسل، ط2، 1983، ص 247.

² - سعدي أبو جيب، المرجع السابق، ص 309.

³ - الجرجاني علي بن محمد الشريف، معجم التعريفات، المرجع السابق، ص 143.

⁴ - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، الموسوعة الفقهية، ج32، الكويت: دار الصفوة، ط1، 1995، ص 77 و 78.

⁵ - البخاري أبو عبد الله محمد بن إسماعيل ، الجامع الصحيح، م 4، دمشق، دار ابن كثير، ط 1، 2002، ص 157.

وجه الاستدلال: أن رسول الله - ص - اعتبر الشبه دليلاً على لحوق النسب، وهذا هو معتمد القائف.¹

2- الدليل من الأثر والإجماع

ما رواه مالك بن أنس عن سليمان بن يسار: أن عمر بن الخطاب - ر - كان يُلِيطُ أولاد الجاهلية بمن ادّعاهم في الإسلام. أتى رجلان كلاهما يدّعي ولد امرأة، فدعا عمر بن الخطاب قائفاً فنظر إليهما، فقال القائف: لقد اشتراكا فيه، فضربه عمر بالدرة، ثم دعا المرأة، فقال: أخبريني خبرك، فقالت: كان هذا لأحد الرجلين، يأتيني وهي في إبل لأهلها، فلا يفارقها حتى يظنّ وتظنّ أنه قد استمرّ بها حبلاً، ثم انصرف عنها، فأهريقته عليه دماءً، ثم خلف عليها هذا، تعني الآخر، فلا أدري من أيهما هو. قال: فكبر القائف، فقال عمر للغلام والأيّهما شئت. فإلى أيّهما شئت فانتسب.²

يقول الصنعاني: " قضاء عمر هذا، كان بمحض من الصحابة من غير إنكار من أحد منهم، فكان كالإجماع تقوى به أدلة القيافة ".³

3- الدليل من المعقول

إن أصول الشرع وقواعده والقياس الصحيح تقتضي اعتبار الشبه في لحوق النسب، فالشارع متشوّف إلى اتّصال الأنساب وعدم انقطاعها. ولهذا اكتفى في ثبوتها بأدنى الأسباب من شهادة المرأة الواحدة على الولادة، والدّعى المجردة مع الإمكان وظاهر الفراش، فلا يستبعد أن يكون الشبه الخالي عن سبب مقاوم له كافياً في ثبوته.⁴

الرأي الثاني: ذهب الحنفية إلى أن القيافة لا يلحق بها النسب لأنها من الظنّ والتّخمين،⁵ واستدلوا بأدلة من السنة والإجماع والمعقول.

1- الدليل من السنة

استدلوا بقوله - ص -: {الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ}.¹

¹ - ابن قيم الجوزية أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب ، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ، م 1، المملكة العربية السعودية: مكة المكرمة، دار علم الفوائد، ط1، 2007، ص 587.

² - مالك بن أنس أبو عبد الله بن مالك ، الموطأ، رواية يحيى الليث، م 2، لبنان: بيروت، دار الغرب الإسلامي، ط 2، 1997، ص 284 و 285.

³ - الصنعاني محمد بن إسماعيل الأمير ، سبل السلام الموصلة إلى بلوغ المرام ، ج 8، المملكة العربية السعودية: دار ابن الجوزي، ط2، 2000، ص 101.

⁴ - ابن قيم الجوزية أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، المرجع السابق، ص 588.

⁵ - أشرف عبد الرزاق ويح، موقع البصمة الوراثية من وسائل النسب الشرعية، القاهرة، دار النهضة العربية، ب.ط، 2006، ص 78.

فوجه الدلالة عندهم أنّ النسب يثبت للرجل بثبوت سببه، وهو النكاح أو ملك اليمين، ولا يرجع عمل القائف إلى شيء من ذلك.

2- الدليل من الإجماع والمأثور

استدلّ الحنفية بكتاب عمر - ر - إلى شريح في هذه الحادثة، حيث ذكر أنّ شريحاً كتب إلى عمر في جارية بين شريكين، جاءت بولد، فادّعياه، فكتب إليه عمر: أنّهما لبسا فلّبس عليهما، ولو بيّنا لبينا لهما، هو ابنهما يرثهما ويرثانه، وهو للباقي منهما، وكان ذلك بمحضر من الصحابة من غير نكير، فكان في حكم الإجماع.²

3- الدليل من المعقول

استدلّ الحنفية على عدم حجّة القيّافة بأكثر من وجه من المعقول نذكر منها:

- أنّ الله عزّ وجلّ شرع حكم اللعان بين الزوجين عند نفي النسب، ولم يأمر بالرجوع إلى قول القائف. فلو كان قوله حجّة لأمر بالمصير إليه عند الاشتباه وعدم الدليل.

- أنّ الشبه لا يثبت بالقّيافة، لأنّ الشرع حصر دليل النسب في الفراش، وغاية القّيافة إثبات المخلوقيّة من الماء لإثبات الفراش، فلا تكون حجّة لإثبات النسب.³

ومما لا شكّ فيه أنّ ما ذهب إليه الجمهور من الحكم بالقّيافة واعتبارها طريقاً شرعياً في إثبات النسب هو الرّاجح لدلالة السّنة على ذلك. وأمّا الاستدلال بحديث {الولد للفراش} من قبل الحنفية كان رد الجمهور، إنّما يكون حجّة فيما إذا علم بفراش ومع عدمه يؤخذ بالقّيافة،⁴ للاحتياط في الأنساب.⁵

¹ - البخاري أبو عبد الله محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، لبنان: بيروت، دار ابن كثير، ط1، 2002، ص 1672.

² - الكاساني علاء الدين أبي بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج8، لبنان: بيروت، دار الكتب العلمية، ط2، 2003، ص 469.

³ - أشرف عبد الرزاق ويح، المرجع السابق، ص 84.

⁴ - ويقول ابن حجر: "...واستدل به على أنّ القائف إنّما يعتمد على الشبه إذا لم يعارضه ما هو أقوى منه، لأنّ الشارع لم يلتفت هنا إلى الشبه، والتفت إليه في قصة زيد بن حارثة، وكذا لم يحكم بالشبه في قصة الملاعنة، لأنّه عارضه حكم أقوى منه وهو مشروعية اللعان، وفيه تخصيص عموم (الولد للفراش)". ابن حجر العسقلاني أحمد بن علي، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج12، بيروت، دار إحياء التراث العربي، ط2، 1998، ص 35.

⁵ - ابن حجر العسقلاني أحمد بن علي، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج12، نفس المرجع، ص 43 و44.

ثانياً: آراء العلماء المعاصرين في موقف البصمة الوراثية من القِيافة

كان العرب في الجاهلية يثبتون النسب بالقِيافة عندما يشكّ الزوج أنّ الولد منه إذا رأى زوجته تزني، أو رأى عليها أمارات الزنا، أو جاء الولد مخالفاً لأبيه في اللون أو الشكل. وحكم القِيافة هنا كان ملزماً سواء أكان بالنّفي أم بالإثبات.

لقد استعمل الشرع القِيافة كوسيلة من وسائل إثبات النسب لتفادي مشاكل انقطاع النسب على المستوى الاجتماعي، وعلى المستوى النفسي للفرد. فالقِيافة تثبت الشّبه، وهذا الشّبه قرينة على ثبوت النسب بين المتشابهين، ما لم تعارضه قرينة أقوى من الشّبه كالفراش، حينئذ يعمل بالفراش الذي هو القرينة الأقوى.¹

والقول بالقِيافة هو رأي جمهور الفقهاء.² وفي هذا العصر يقوم نظام البصمة الجينية - البصمة الوراثية³ - لمن تيسر له إجراؤه مقام نظام القِيافة؛ إذ أنّ هذا النظام يعدّ دليلاً قاطعاً في الإثبات والنّفي، وهي من الوسائل المستحدثة في مجال النسب، حيث تمتاز بالدّقة في معرفة الصّفات الوراثية المميّزة للشّخص التي لا يتشابه فيها إنسان مع آخر.⁴

في مجال المقارنة بين نظام البصمة الوراثية وبين القِيافة في مدى قوّة الإثبات في كلّ منهما، فإنّ الأخذ بنظام البصمة الوراثية أولى بالاعتبار من قرينة الشّبه في نظام القِيافة الذي اعتدّ به

¹ - عارف علي عارف القره داغي، مسائل شرعية في الجينات البشرية، سلسلة بحوث فقهية في قضايا معاصرة (3)، الجامعة الإسلامية العالمية، ماليزيا، ط1، 2011، ص 28 و83.

² - الشوكاني محمد بن علي بن محمد، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، لبنان: بيت الأفكار الدولية، ب.ط، 2004، ص 1301.

³ - إذ تعد البصمة الوراثية من الاكتشافات الطبية الحديثة وهي مركب وصفي من كلمتين: "البصمة" و"الوراثية"، والبصم في اللغة كلمة عامة تعني العلامة. تقول: بصم القماش بصماً، أي رسم عليه وتعني الفارق بين الإصبعين: الخنصر والبنصر. وأصل الكلمة في معاجم اللغة: بُصِمَ بضم الباء وسكون الصاد يطلق على معنيين: الأول: الكثيف والغليظ. تقول: ثوب ذو بُصْم أي كثيف الغزل؛ ورجل ذو بصم أي غليظ.

الثاني: البُصْم هو فوت ما بين كل أصبعين طولا أي ما بين طرف الخنصر إلى طرف البنصر. أما مدلول كلمة البصمة على الإطلاق في وقتنا الحاضر، فيراد بها بصمات الأصابع، وهي الانطباعات التي تتركها الأصابع عند ملامستها الأشياء، وتكون أكثر وضوحاً في الأسطح الناعمة، وهي اليوم تقيد في معرفة الجناة عند أخذ البصمات من مسرح الحادث، حيث لا يكاد يوجد بصمة تشبه الأخرى. وأما كلمة الوراثة فهي نعت مشتقة من الوراثة ومعناها في اللغة الانتقال، كانتقال الصفات الوراثية للإنسان من الأصل إلى الفرع . مجموعة من العلماء والباحثين ، الموسوعة العربية العالمية، ج4، الرياض، مؤسسة أعمال الموسوعة للنشر والتوزيع، ط01، 1996، ص 431.

⁴ - عبد العزيز فرج محمد موسى، « مدى حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب (بحث فقهى مقارنة) »، « حولية مركز البحوث والدراسات العلمية، جامعة الأسمرية الإسلامية، ليبيا، العدد 23، 2011، ص 362.

الفقه في إثبات النسب؛ ذلك لأنّ قرينة البصمة أقوى وأصح وأقرب إلى الحقيقة من قرينة الشبه في القِيَّافَة، مع أنّ القِيَّافَة طريق معتبر لإلحاق النسب عند جمهور الفقهاء بخلاف أبي حنيفة وأصحابه.¹ ذلك أنّ نظام تحليل الجينات يعتمد على أسس علميّة ثابتة. أمّا قول القائف فيعتمد على خبرته ونظره المجرّد القائم على الظنّ والحدس والتّخمين. وإن كان هذا الظنّ ليس مبنياً على الهوى، بل يمكن أن يتلقاه ويتعلّمه من يطلبه ويعنى بدراسته.² فالقائف يلحق الولد بأبيه كما يلحق الفقيه الفرع بالأصل من طريق الشّبه.³ لكن غلبة الظنّ في البصمة أقوى وأثبت، لأنّها تقرب من درجة اليقين، فهي أقرب إلى الحقيقة من غلبة الظنّ في القِيَّافَة. ومع ذلك فإنّ هناك جامع يجمع بين القرينتين، في القِيَّافَة وفي البصمة الوراثيّة. ففي القِيَّافَة شبه في الشّكل يعرفه القائف بالنّظر والخبرة بناءً على الظنّ والحدس التّخميني، أمّا في البصمة شبه في الجينات بناءً على معطيات العلم الحديث، وعن طريق الأجهزة المعقّدة، والتّحليل بالكمبيوتر، واحتمال الخطأ فيها قليل. فالتشابه بين الجينات محتمل بنسبة واحد في مائة مليون على أقلّ تقدير، وهذه النسبة الفائقة في تحقيق النّجاح لا تتوفّر في نظام القِيَّافَة، لأنّها قضايا علميّة مخبريّة متقنة غاية الإتقان.⁴

الاستدلال بالبصمة الوراثيّة في إثبات النسب هو نوع من القِيَّافَة أو تطوّر لها كما جاء في ندوة الوراثة والهندسة الوراثيّة المنبثقة عن المنظّمة الإسلاميّة للعلوم الطّبيّة. ويقوم تحليل البصمة الوراثيّة على البحث في الصّفات الوراثيّة الباطنيّة المتنقلة من الآباء إلى الأبناء. أمّا القِيَّافَة تعتمد على البحث في الشّبه الظّاهر في الأعضاء.⁵ كما أوصت المنظّمة الإسلاميّة للعلوم الطّبيّة بالأخذ بالبصمة الوراثيّة في كلّ ما يأخذ به بالقِيَّافَة.⁶

لا خلاف بين الفقهاء في أنّ النسب الشرعي يثبت بالفراش الطّبيعي والحقيقي عن طريق مشروع النّكاح، وتوسّعوا في وسائل إثباته بما يكفل صيانة الولد من الضّياع، كالإقرار، والبيّنة،

¹ - الزيلعي فخر الدين عثمان بن علي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج3، لبنان: بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 2010، ص 298.

² - عارف علي عارف القره داغي، مسائل شرعية في الجينات البشرية، سلسلة بحوث فقهية في قضايا معاصرة (3)، المرجع السابق، ص 83.

³ - ابن حزم أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد، المحلّى في شرح المجلى بالحجج والآثار، ج10، المملكة العربية السعودية: دار الفكر العربي، ب.ط، 2001، ص 182.

⁴ - عارف علي عارف القره داغي، مسائل شرعية في الجينات البشرية، سلسلة بحوث فقهية في قضايا معاصرة (3)، المرجع السابق، ص 84.

⁵ - بوقرة أم الخير، « دور البصمة الوراثية في حماية النسب »، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر، بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، العدد 7، 2010، ص 82.

⁶ - عبد القادر الخياط وفريدة الشمالي، تقنيات البصمة الوراثية في قضايا النسب وعلاقتها بالشريعة الإسلامية، م4، المرجع السابق، ص 1519.

والقيافة، والقرعة في حالة التنازع عن الأبوة. ونظرًا لتسوّف الشّارع الحكيم إلى ثبوت النسب وإلحاقه بأدنى سبب، فإنّه يمكن قبول كلّ ما يستجدّ من وسائل تُحقّق هذا المقصد، إسهامًا في القضاء على حالة مجهول النسب. والأخذ بالبصمة الوراثية في مجال إثبات النسب أمر ظاهر الصّحة والجواز، خصوصًا أنّها من النّاحية العلميّة وسيلة لا تكاد تخطئ في إثبات النسب.¹ وأنّ نتائجها تكون قطعيّة في إثبات نسبة الأولاد إلى الوالدين أو نفيهم عنهما. حيث جاء قرار المجمع الفقهي الإسلامي بمكّة المكرّمة: « خامسًا- يجوز الاعتماد على البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب... ».

هكذا أصبح بالإمكان الاعتماد على البصمة الوراثية في تحديد نسب الابن لأبيه الحقيقي، وإظهار العلاقة الطّبيعيّة التي أصلها ماء الرّجل وبويضة الأنثى. وتستطيع التّعرف على حقيقة نسب أيّ إنسان من جهتي الأمّ والأب الطّبيعيّين دون النّظر إلى طبيعة العلاقة بين الرّجل والمرأة، نكاح أو سفاح.² فيما ذهب العلماء المعاصرون³ إلى القول بجواز إثبات النسب بالبصمة الوراثية، وذلك لأنّه إذا جاز الحكم بنبوت النسب بناءً على قول القيافة لاستنادها على علامات ظاهرة أو خفيّة مبنية على الفراسة والمعرفة والخبرة في إدراك الشّبه الحاصل بين الآباء والأبناء. فإنّ الأخذ بنتائج الفحص بالبصمة الوراثية أقلّ أحواله أن يكون مساويًا للحكم بقول القافة إن لم تكن البصمة الوراثية أولى بالأخذ بها، لأنّه يعتمد فيها على أدلّة خفيّة محسوسة من خلال الفحوصات المخبريّة التي علّم بالتّجارب العلميّة صحّة نتائجها في التّحقّق من الوالديّة البيولوجيّة، والتّحقّق من الشّخصيّة.⁴ من المعلوم أن القيافة هيّ عمليّة بدائيّة قديمة تعتمد على القدرة على معرفة فارق الشّبه باستخدام المطابقة بين الأعضاء، وقد يصيب القائف وقد يخطئ. بينما البصمة الوراثية طريقة متقنة يكاد يجزم بصدق نتائجها، وهيّ تعتبر دليلًا تكميليًّا مساندًا لإثبات النسب أو نفيه.⁵ ذهب أحد العلماء المعاصرين إلى جواز الأخذ بالبصمة الوراثية في إثبات النسب، والاكتفاء بها من الوسائل الشرعيّة التقليديّة لإثبات النسب، على اعتبار أنّها الأقوى في الدّلالة على صاحب

¹ - المجمع الفقهي الإسلامي، « القرار السابع بشأن البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها »، م3، أعمال وبحوث الدورة 16 للمجمع الفقهي الإسلامي، مكّة المكرّمة، من 05-10 جانفي 2002، ص358.

² - سعد الدين مسعد هلال، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعيّة، المرجع السابق، ص 388.

³ - حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات، (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي)، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، ط1، 2008، ص 718.

⁴ - عمر بن محمد السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها استخدامها في النسب والجناية، الرياض، دار الفضيلة، ط1، 2002، ص 46.

⁵ - سعد العنزي، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في إثبات أو نفي النسب، بحث مقدم إلى ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني - رؤية إسلامية، المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية - المنعقدة في الكويت من 13-15 أكتوبر 1998، ص 422.

الماء. فقد أثبتت التجارب العلمية المتكررة أنَّ البصمة الوراثية إذا توافرت شروطها وملاحظة الدقة والضبط والتكرار فيها فهي دليل قطعي مما لا مجال للشك فيها.¹

كما أصبح الاتجاه الغالب في التشريعات العربية يميل إلى الأخذ بالبصمة الوراثية في مجال إثبات النسب ونفيه. لقد رأى عدد كبير من الباحثين قياس البصمة الوراثية على القافة من باب أولى أو اعتبارها قرينة قوية التي يأخذ بها جمهور الفقهاء في غير قضايا الحدود. وجاء في توصية ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني المنبثقة عن المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية أنَّ: البصمة الوراثية من الناحية العلمية وسيلة لا تكاد تخطيء في التحقق من الوالدية البيولوجية والتحقق من الشخصية، لا سيما في مجال الطب الشرعي، وهي ترقى إلى مستوى القرائن القوية التي يأخذ بها أكثر الفقهاء، وتمثل تطوراً عصبياً عظيماً في مجال القیافة التي يذهب إليها جمهور الفقهاء في إثبات النسب المتنازع فيه، لذلك ترى الندوة أن يؤخذ بها في كل ما يؤخذ فيه بالقیافة من باب أولى.²

من خلال التوصية السابقة والبحوث المقدمة في هذا المجال نجد أنَّ فريقاً من الفقهاء يرى قياس البصمة الوراثية على القیافة، وأنَّ الأحكام التي تنبث بالقیافة تنبث في البصمة الوراثية.³ يقول الدكتور حسني محمود عبد الدايم - رئيس قسم القانون جامعة الأزهر - أنَّ هذا القياس بعيد للأمور التالية:

- أ- أنَّ البصمة الوراثية قائمة على أساس علمي محسوس فيه دقة متناهية، والخطأ فيه مستبعد جداً، بخلاف القیافة التي تقوم على الاجتهاد والفراسة وهي مبنية على غلبة الظن والخطأ فيها وارد. ففرق شاسع بين ما هو قطعي محسوس وبين ما بُني على الظن والاجتهاد.
- ب- إنَّ البصمة الوراثية تستخدم في مجالات متعددة، كإثبات النسب والتعرف على الشخصية، وفي التحقيقات وإثبات الجرائم الجنائية، فيما القیافة لا يعمل بها إلا في مجال إثبات النسب فقط.⁴
- ج- أنَّ القیافة تعتمد على الشبه الظاهر في الأعضاء كالأرجل، وفيها قدرٌ من الظن الغالب، أما البصمة الوراثية فهي تعتمد كلياً على بنية الخلية الجسمية الخفية، وهي تكون من أي خلية من الجسم، ونتائجها تكون قطعية لكونها مبنية على الحس والواقع.

¹ - عبد القادر الخياط وفريدة الشمالي، تقنيات البصمة الوراثية في قضايا النسب وعلاقتها بالشريعة الإسلامية، م4، المرجع السابق، ص 1517.

² - عبد الرشيد محمد أمين قاسم، المرجع السابق، ص 60.

³ - حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد. البصمة الوراثية ومدى حقيقتها في الإثبات، المرجع السابق، ص 122.

⁴ - حتى في هذه الحالة، إثبات الأنساب، فإن الاتفاق بينهما غير مكتمل، حيث إن الطريقة المتبعة لكليهما في إثبات النسب مختلفة تماماً، فالقائف يعتمد في إثبات النسب على الشبه الظاهر بين الأصل والفرع، ولهذا يفقد قوته الثبوتية عند تعدد الأشباه، وذلك بخلاف البصمة الوراثية التي تركز على التحليل البيولوجي وهو أمر داخلي.

د- أنّ القافة يمكن أن يختلفوا، بل العجيب أنهم يمكن أن يلحقوا الطّفل بأبوين لوجود الشّبه فيهما،¹ أمّا البصمة الوراثيّة فلا يمكن أن تلحق الطّفل بأبوين البتّة، ويستبعد تمامًا اختلاف نتائج البصمة الوراثيّة ولو قام بها أكثر من خبير. ومن ثمّ فالقياس بعيد فهذا باب وهذا باب آخر.² إنّ ممّا لا شكّ فيه أنّ البصمة الوراثيّة حدث جديد أضافه العلم الحديث إلى موسوعة العلم التّقني الحديث، حيث أثبت الطّب أنّ نتيجة أو قرار البصمة الوراثيّة قطعيّة لا تقبل التّردّد، لأنّه يثبت النّسب أو ينفيه بنسبة 99% فأكثر. وذهب بعض العلماء إلى أنّ في حالات الإثبات تحدّد البصمة الوراثيّة الأم أو الأب أو الأخت بنسبة 99% وفي حالات النّفي بنسبة 100%.³ وعلى إثر ذلك يمكن وضع مقارنة بين البصمة الوراثيّة والقيّافة:

- 1- أنّ القيّافة عمليّة بدائيّة قديمة تعتمد على القدرة في معرفة فارق الشّبه باستخدام المطابقة بين الأعضاء، فقد يصيب القائف وقد يخطئ، بينما البصمة الوراثيّة طريقة متقنة يكاد يجزم بصدق نتائجها.⁴
- 2- تتفق البصمة الوراثيّة والقيّافة في عدم نفي النّسب أو إثباته في حالة وجود الفراش الصّحيح والقائم بين زوجين لا خلاف بينهما.
- 3- في حالة اختلاف الزّوجين في دعوى النّسب للابن المشكوك في صحّته، فإنّ البصمة الوراثيّة تستطيع إثبات هذا الابن أو نفيه بخلاف القافة فإنّها لا تستطيع ذلك.⁵
- 4- البصمة الوراثيّة تعتمد على الخبرة الفنيّة العلميّة والتّقنيّة المتطوّرة بخلاف القيّافة فإنّها تعتمد على خبرة المشاهدة والفراسة والنّظر فقط.⁶
- هذا، وقد اتفق العلماء المعاصرون أنّ البصمة الوراثيّة تقدّم على القيّافة في إثبات النّسب ذلك لقوّة دلالتها العلميّة غير المبنية على التّخمين، وهيّ طريقة صحيحة لا يحتمل معها الوقوع في الخطأ، وهذا بإجماع فقهاء العصر ولا مخالف لهم في ذلك.⁷

¹ - مالك بن أنس أبو عبد الله بن مالك، الموطأ، المرجع السابق، ص 526.

² - عبد الرشيد محمد أمين قاسم، المرجع السابق، ص 61 و62.

³ - وهبة مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج8، المرجع السابق، ص 10. ونجم عبد الله عبد الواحد، البصمة الوراثيّة وتأثيرها على النّسب إثباتاً أو نفياً، المرجع السابق، ص 21.

⁴ - حسن علي الشاذلي، البصمة الوراثيّة وأثرها في إثبات النّسب، بحث مقدم إلى ندوة الوراثة والهندسة الوراثيّة والجينوم البشري والعلاج الجيني، المنعقدة بدولة الكويت، في الفترة من 13-15 أكتوبر 1998، ص 323.

⁵ - محمد سليمان الأشقر، إثبات النّسب بالبصمة الوراثيّة، بحث مقدم إلى ندوة الوراثة والهندسة الوراثيّة والجينوم البشري والعلاج الجيني، المنعقدة بدولة الكويت، في الفترة من 13-15 أكتوبر 1998، ص 457.

⁶ - خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثيّة وأثرها على الأحكام الفقهيّة، المرجع السابق، ص 255.

⁷ - بوقرة أم الخير، « دور البصمة الوراثيّة في حماية النّسب »، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر، كلية الحقوق والعلوم السياسيّة، بسكرة، الجزائر، العدد 7، ديسمبر 2010، ص 82.

وأضاف الدكتور محمد سليمان الأشقر - عالم إسلامي وفقيه أصولي عمل في التدريس بالكلية الشرعية بالرياض ثم بالجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة - قائلاً: "...وقياس تقنية الهندسة الوراثية على القيافة قياس صحيح في هذا الباب وليس هو عندي من القياس المساوي، بل تقنية الهندسة الوراثية أولى بالصحة والصدق. فينبغي أن تكون أرجح من القيافة التي فيها أن القائف يتكلم عن فراسة وحس وتخمين بل قد يقول الشيء ثم يرجع عنه إذا رأى الشبه منه".¹

كما اتفق علماء العصر أيضاً على إجراء البصمة الوراثية في الحالات التي تعجز القيافة عن إثباتها واشتروا لذلك فقط رضا الأطراف المعنية في الحالات الآتية:

الحالة الأولى: إذا ادعى شخصان نسب الولد المجهول النسب أو اللقيط، وكان لكل واحد بينة، وادعى القائف الشبه بينهما ففي هذه الحالة تستخدم البصمة الوراثية.² وأضاف الدكتور علي محي الدين القرّة داغي - الأمين العام للاتحاد العالمي لعلماء المسلمين - قال: "...بل إن ما تثبته البصمة الوراثية حجة مقبولة إذا توفرت الشروط المطلوبة لذلك".³

الحالة الثانية: هذه الحالة هي حالة عصرية لم ينقل في كتب الفقه الإسلامي أنها وقعت وإن كان الواقع يقبلها وهي اختلاط الأطفال حديثي الولادة واشتباه الأمر على الأمهات، فإذا ادعت امرأتان المولود ولم يكن لهما إثبات كشهود ولا قيافة، فبالتالي يمكن استخدام البصمة الوراثية في نسب الأولاد.⁴

وممن أيد شدة الأخذ بالبصمة الوراثية، بل ورأى أنها أولى من الأخذ بالقيافة الدكتور أحمد يوسف سليمان - رئيس قسم الشريعة بجامعة القاهرة - إذ يقول: "إن الوسائل العلمية الحديثة في إثبات النسب مثل البصمة الوراثية أو بعض التحاليل الدقيقة هي ضرورة في العصر الذي نعيشه في ظلّ التقدم العلمي الكبير الذي وصلنا إليه، خاصة وأنّ الوسائل القديمة التي حددها العلماء لا تتوافق مع طبيعة العصر. وعلى سبيل المثال وسيلة القيافة أو تتبع الأثر، من الصعب حالياً إثبات هذه الوسيلة مثلاً كان في السابق في عهد الرسول - ص - وفي عهد صحابته رضوان الله عليهم. فالإسلام لا ينكر هذه الوسائل العلمية الحديثة، ولا يرفضها لأنها لا تعدو أن تكون وسيلة من الوسائل المشروعة للوصول إلى الحق، وهي لا تقبل من جهة نظري الخاصة، مما ثبت في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم بالقيافة بل البصمة الوراثية أولى وأثبت حالياً من القيافة".⁵

¹ - محمد سليمان الأشقر، إثبات النسب بالبصمة الوراثية، المرجع السابق، ص 456.

² - نجم عبد الله عبد الواحد، البصمة الوراثية وتأثيرها على النسب إثباتاً أو نفياً، المرجع السابق، ص 18.

³ - علي محي الدين القرّة داغي، البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، أعمال وبحوث الدورة 16 للمجمع الفقهي الإسلامية في مكة المكرمة، في الفترة من 05-10 جانفي 2002، ص 23.

⁴ - نجم عبد الله عبد الواحد، البصمة الوراثية وتأثيرها على النسب إثباتاً أو نفياً، المرجع السابق، ص 18.

⁵ - محمد الأزهرى مصطفى، «الدنا ما بين الفقه والقانون»: بتاريخ 19 فيفري 2016 على الساعة: 15:20
<http://islamtoday.net/bohooth/artshow-14-7671.htm>

المطلب الثاني: إثبات نسب الطفل الطبيعي لوالديه في نظر فقهاء الشريعة الإسلامية

إن قضية الأولاد غير الشرعيين ليست بالمسألة الجديدة، وإنما عرفت المجتمعات منذ قديم الزمان، لكن الجديد في المسألة تحولها إلى ظاهرة متفشية في مختلف دول العالم المعاصر بنسب متفاوتة، نظرًا للانفتاح اللامحدود الذي وصل إلى حد الانحلال، وتزايد جرائم العرض والاغتصاب. وبديهي أن الإسلام يعتبر الزواج المجال الشرعي للتناسل. لذلك فكل طفل ولد خارج إطار الزواج الشرعي يعدّ طفلًا غير شرعي.

إذا كان أول حق للطفل هو الحق في الانتساب لأسرة، فالطفل الطبيعي يأتي للدنيا محرومًا حتى من هذا الحق، محرومًا من أب شرعي يمنحه نسبه. فهوية الأب قد تكون معروفة، لكن غالبًا ما يتخلص من المسؤولية باعتبار أن القوانين لا تنسب الطفل لأبيه إذا كان الحمل غير شرعي، رغم أن الإسلام لا يحارب الأطفال غير الشرعيين أو نبذهم، بل يسعى لمحاربة اختلاط الأنساب وزواج المحارم وشيوع الفاحشة.

الملاحظ لاجتهادات الفقهاء في مدى حرصهم على إلحاق الابن بنسب الزوج أو الأب صاحب الماء، ومن أجل ذلك توسّعوا في وسائل إثبات النسب وتضييق فرص إنكاره. فبعد نجاح البصمة الوراثية وانتشار العمل بها في إثبات الهوية الشخصية، أصبح العدل يقتضي أن يلحق الطفل بأبيه حتى وإن أراد الأب لأوهام أو شكوك التهرب من النفقة أو الرعاية والعناية بهذا الطفل. ففي ظلّ تطوّر علم الوراثة إلى حدّ الوصول إلى حقائق يمكن من خلالها التّنبّيت من حقيقة الرّابط الوراثي بين ابن الزّنا ومن يدّعيه ولدًا له. فإنّ الواجب الشرعيّ المنوط بأهل الشرع لزوم حل هذه المشكلة. حيث اتفق العلماء على نسبة ولد الزّنا لأمّه، وهذه النسبة تثبت بالولادة. واتفقوا على نسبة من وُلد على فراش شرعيّ لصاحب الفراش بمجرد الولادة دون استلحاق للولد منه، واختلفوا في نسب ابن الزّنا إلى الزّاني إذا استلحقه ولم تكن أمّه فراشًا لزوج أو سيّد.

هذا ما سنوضّحه من خلال الفرع الأوّل في بيان موقف المذهب المعارض أو الرّافض لإثبات نسب الطّفل غير الشرعيّ من أبيه، وفي الفرع الثّاني من خلال رأي المذهب المؤيّد لإثبات نسب هذا الطّفل من والده.

الفرع الأوّل: موقف المذهب المعارض لإثبات نسب ولد الزنا من أبيه

إنّ من باب حفظ الأنساب، فإنّ جمهور الفقهاء لم يعتبر الزّنا سببًا للنسب بالنسبة للرجل، ولا خلاف بين العلماء في اعتبار ماء الرّجل سببًا موجبًا لتتسيب من يخلقه الله منه إليه؛ إذا كان في إطار العلاقة الشرعيّة. فإذا كان هذا قول الفقهاء القدامى، فإنّ من العلماء المعاصرين القائلين بأولويّة الطّرق الشرعيّة المتفق عليها لإثبات النسب أمثال الدّكتور علي جمعة - مفتي مصر - والشيخ عمر الدّيب - وكيل الأزهر - والشيخ محمّد الجرّار - الأمين العام الأسبق للجنة الفتوى بالأزهر - وسوف

نعرض بعضاً من أقوالهم لاحقاً. وعلى إثر ذلك سوف نوضّح موقف الفقهاء القدامى وما استدلّوا به من حجج في الفرع الأول ثمّ موقف العلماء المعاصرين من هذه المسألة في الفرع الثاني.

أولاً: رأي متقدّمي الفقهاء من عدم استلحاق ولد الزنا بأبيه

يرى أصحاب هذا المذهب أنّ ابن الزنا لا ينسب لأب بحال، سواء أقرّ به الزاني أم لم يقر. وسواء ثبتت أبوّته بموجب وسائل الإثبات أم لا، إنّما ينسب لأمّه. وإلى هذا ذهب أكثر أهل العلم من الحنفيّة والشافعية والمالكيّة والظاهرية وبعض الحنابلة والإمام الشوكاني وأبو يوسف.¹ وأدلّتهم من السنّة والإجماع والمعقول.

أ- الدليل من السنّة

1- حديث عائشة - رضي الله عنها - قالت: "اختصم سعد بن أبي وقاص وعبد بن زمعة في غلام، فقال سعد: هذا، يا رسول الله، ابن أخي، عتبة بن أبي وقاص، عهد إليّ أنّه ابنه. انظر ر إلى شبيهه، وقال عبد بن زمعة: هذا أخي، يا رسول الله ولد على فراش أبي من وليدته،² فنظر رسول الله - ص - إلى شبيهه، فرأى شبيهاً بيّناً بعتبة. فقال: {هو لك يا عبد، الولد للفراش وللعاهر الحجر، واحتجبي منه يا سودة بنت زمعة}. قالت: فلم ير سودة قط".³

وجه الدلالة: أنّ النبي - ص - أثبت الولد لفراش زمعة للوليدة المذكورة، فإنّه لما قال عبد بن زمعة: "ولد على فراش أبي" ألحقه النبي - ص - بزمعة صاحب الفراش، ولم ينظر إلى الشبه البيّن الذي فيه المخالفة للملحوق به.⁴

¹ - بينما إذا كانت المرأة المزني بها فراشاً، بأن تكون زوجة أو أمة يطؤها سيدها، فهي محل إجماع، فقد حكي الاجماع على أن الزانية إذا كانت فراشاً لزوج أو سيد، وجاءت بولد ولم ينفعه صاحب الفراش، فإنه لا يلحق بالزاني ولو استلحقه، ولا تصح نسبته إليه، وينسب لصاحب الفراش. قال ابن عبد البر: "وأجمعت الأمة على ذلك نقلاً عن نبيها - ص - وجعل رسول الله كل ولد يولد على فراش لرجل لاحقاً به على كل حال، إلا أن ينفيه بلعان...". ابن عبد البر أبو عمر يوسف بن عبد الله بنت محمد، التمهيد، المرجع السابق، ج 8، ص 183. وقال ابن قدامة: "وأجمعوا على أنه إذا ولد على فراش رجل فادّعه آخر أنه لا يلحقه، وإنما الخلاف فيما إذا ولد على غير فراش". ابن قدامة موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد، المغني، ج9، الرياض، دار عالم الكتب، ط3، 1997، ص 123.

² - ابن وليدة زمعة. الوليدة: الجارية أو الأمة. والولد المتنازع فيه هو عبد الرحمن بن زمعة كان عنده بعد الفتح سبع سنين أو أكثر قليلاً. وزمعة بن قيس كان سيداً في قومه، وهو والد سودة رضي الله عنها زوج النبي صلى الله عليه وسلم وأخت عبد بن زمعة. سفيان عبدلي، «أيها القضاة: أدعوهم لأبائهم»، مجلة الفقه والقانون، المملكة المغربية، العدد 35، سبتمبر 2015، ص 07.

³ - مسلم بن الحجاج بن مسلم أبو الحسن، صحيح مسلم وهو المسند الصحيح، ج4، القاهرة، دار التأصيل، ط 1، 2014، ص 88.

⁴ - يقول ابن رشد في كتابه بداية المجتهد: "اتفق الجمهور على أن أولاد الزنا لا يلحقون بأبائهم إلا في الجاهلية. على ما روي عن عمر بن الخطاب، على اختلاف في ذلك بين الصحابة، وشذ قوم فقالوا: يلتحق ولد الزنا في الإسلام،

هذا الحديث أصل عند الجمهور في قصر النسب على الفراش، فلا ولد لمن لا فراش له. والزَّاني لا فراش له. يقول الإمام الكسائي في بيان وجه الدلالة: "إِنَّ النَّبِيَّ -ص- أخرج الكلام مخرج القسمة، فجعل الولد لصاحب الفراش، والحجر للزَّاني، فاقتضى أن لا يكون الولد لمن لا فراش له، كما لا يكون الحجر لمن لا زنا منه. إذ القسمة تنفي الشَّرْكَ".¹ فالنَّبِيُّ -ص- جعل الولد لصاحب الفراش، ولم يلحقه بالزَّاني، فدلَّ ذلك على أَنَّ الزَّاني إذا استلحق ولده من الزَّنا لم يلحق به.²

قال ابن عبد البر: "فكانت دعوى سعد سبب البيان من الله عزَّ وجلَّ على لسان رسوله -ص- في أَنَّ العاهر لا يلحق به في الإسلام ولد يدعيه من الزَّنا، وَأَنَّ الولد للفراش على كلِّ حال".³

يقول ابن حجر في شرح الحديث: "{ الولد للفراش وللعاهر الحجر }"، الذي يظهر من سياق القصَّة، أَنَّها كانت أُمَّةً مستقرشة لزمعة، فاتَّفَقَ أَنَّ عتبة زنى بها، وكانت طريقة الجاهليَّة في مثل ذلك أَنَّ السَّيِّدَ إن استلحقه لحقه وإن نفاه انتفى عنه؛ وإذا ادَّعاه غيره كان مردَّ ذلك إلى السَّيِّد أو القافة. فأبطل النَّبِيُّ -ص- حكم الجاهليَّة وألحقه بزمعة.⁴ وقال: لا يمكن حمل الخبر {الولد للفراش} على كل واطئ، بل المراد من له الاختصاص بالوطء كالزَّوج والسَّيِّد".⁵

قال النَّوَوِي: "قوله -ص-: {الولد للفراش} معناه أَنَّهُ إذا كان للرجل زوجة، أو مملوكة، صارت فراشاً له، فأنتت بولد لمدَّة الإمكان منه، لحقه الولد وصار ولدًا له، يجري بينهما التَّوارث وغيره من أحكام الولادة، سواء كان موافقاً له في الشَّبه أم مخالفاً".⁶

جاء في فتح الباري شرح صحيح البخاري قوله: "للعاهر" أي: الزَّاني، يقال: عهر إليها يعهر: إذا أتاها للفجور، والعهر: الزَّنا، وقوله: "الحجر" قيل: أراد بالحجر الرِّجْم بالحجارة، وقيل: ليس

أعني الذي كان عن زنى في الإسلام". ويقول ابن عبد البر في كتاب التمهيد، ج 8، المرجع السابق، ص 183: "أجمعت الأمة على أنه لا يلحق الولد بالزَّاني". ابن رشد أبو الوليد محمد بن أحمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، لبنان: بيروت، دار المعرفة، ط6، 1982، ص 358.

¹ - الكاساني علاء الدين أبي بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج8، المرجع السابق، ص 465.

² - عبد العزيز بن فوزان بن صالح الفوزان، «حكم استبراء الزَّانية واستلحاق ولد الزنا»، مجلة العدل، وزارة العدل، المملكة العربية السعودية، العدد 30، 2006، ص 170.

³ - عبد العزيز بن فوزان بن صالح الفوزان، نفس المرجع، ص 180.

⁴ - ابن حجر أحمد بن علي العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج12، المرجع السابق، ص 41 و42.

⁵ - ابن حجر أحمد بن علي العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج12، نفس المرجع، ص 43.

⁶ - النووي أبو زكريا يحيى بن شرف، صحيح مسلم بشرح النووي، ج10، المرجع السابق، ص 37.

كذلك، لأنه ليس كلّ زان يَرجم، وإنّما معنى الحجر هنا الخيبة والحرمان، أي: لا حظّ له في النّسب¹. ومعنى الخيبة هنا حرمان الولد الذي يدّعيه، وجرت عادة العرب أن تقول لمن خاب " له الحجر، وبفيه الحجر والتراب"، ونحو ذلك.²

قال الحافظ ابن عبد البرّ: " كانوا في جاهليّتهم يسافحون ويناكحون، وأكثر نكاحاتهم على حكم الإسلام غير جائزة. وقد أمضاها رسول الله - ص-، فلما جاء الإسلام أبطل به رسول الله - ص- حكم الزّنا، لتحريم الله إيّاه وقال: {الولد للفراش وللعاهر الحجر}، فنفى أن يلحق في الإسلام ولد الزّنا، وأجمعت الأئمّة على ذلك، نقلاً عن نبيّها - ص- فجعل رسول الله - ص- كلّ ولد يولد على فراش لرجل لاحقاً به على كلّ حال، إلى أن ينفية بلعان".³

نقل النووي: " قال القاضي عيّاض: كانت عادة الجاهليّة إلحاق النّسب بالزّاني، وكانوا يستأجرون الإماء للزّنا، فمن اعترفت الأم بأنّه له ألحقوه به، فجاء الإسلام بإبطال ذلك، وبإلحاق الولد بالفراش الشرعّي. فلما تخاصم عبد بن زمعة، وسعد بن أبي وقاص، وقام سعد بما عهد إليه أخوه عتبة، من سيرة الجاهليّة، ولم يعلم سعد بطلان ذلك في الإسلام، ولم يكن حصل إلحاقه في الجاهليّة، إمّا لعدم الدّعوى، وإمّا لكون الأم لم تعترف به لعتبة. احتجّ عبد بن زمعة بأنّه وُلد على فراش أبيه، فحكم النّبي - ص- به لعبد بن زمعة، مع شبهه بعتبة، وفي هذا دليل على أنّ الشّبه وحكم القافة، إنّما يعتمد إذا لم يكن هناك أقوى منه كالفراش، كما لم يحكم صلّى الله عليه وسلّم بالشّبه في قصّة المتلاعنين، مع أنّه جاء على الشّبه المكروه".⁴

واعترض على هذا الاستدلال، بأن سياق الحديث جاء في سياق الفصل في نزاع وخصومة بين طرفين، ولم يأت لتقرير حكم تنسيب ولد الزّنا من الزّاني في صورة مجرّدة عن النزاع. أمّا موضوع المناقشة فهو حالة حمل المرأة غير المتزوجة من زنا. هل يصحّ أن ينسب حملها إلى من زنى بها؟⁵

¹ - سعد بن تركي الخثّالان، المرجع السابق، ص 27.

² - ابن حجر أحمد بن علي العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج12، المرجع السابق، ص 45.

³ - ابن عبد البرّ أبو عمر يوسف بن عبد الله ابن محمد، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، ج8، بيروت، دار الكتب العلميّة، ط2، 1982، ص 183.

⁴ - النووي أبو زكريا يحيى بن شرف، صحيح مسلم بشرح النووي، ج10، المرجع السابق، ص 39.

⁵ - الخليلي أحمد، وجهة نظر، الأسرة والطفل والمرأة - أصول الفقه والفكر الفقهي، ج2، الرباط، دار نشر المعرفة، ط2، 1998، ص 100.

2 - ما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قام رجل فقال: يا رسول الله، إن فلاناً ابني عاهرتُ بأمه في الجاهلية. فقال رسول الله - ص -: { لا دعوة¹ في الإسلام، ذهب أمر الجاهلية، الولد للفراش وللعاهر الحجر }².

وجه الدلالة: أن هذا الحديث أصل عند الجمهور في قصر النسب على الفراش، فلا ولد لمن لا فراش له، والزاني لا فراش له. قال ابن عبد البر: حديث الولد للفراش وللعاهر الحجر، من أصح ما يروى عن النبي - ص - من أخبار الآحاد العدول.³

3 - حديث الملاعنة بين هلال بن أمية وامراته، وفيه قول النبي - ص -: { إن جاءت به على صفة كذا وكذا فهو للذي رميت به، أو على صفة كذا وكذا فهو لزوجها }، وفي رواية: { فهو لهلال بن أمية }، فجاءت به على الوصف المكروه، فقال رسول الله - ص -: { لولا الأيمان لكان لي ولها شأن }⁴.

وجه الدلالة أن قوله: { فهو للذي رميت به }، وفي رواية: { فهو لفلان } يدل على أنها جاءت به على الصفة المكروهة فهو ابن الزنا، لأنه خلق من مائه. لكن الأيمان التي صدرت من أمه بإنكار الزنا منعت من إلحاقه بأبيه من الزنا لو استلحقه، فنسب إلى أمه حين انتفى منه زوجها باللعان.⁵

لكن اعترض على هذا الاستدلال بأن هذا الحديث خارج عن محل النزاع، فإن محل الخلاف فيما إذا استلحق الزاني ولد المزني بها، ولم تكن فراشاً لزوج، وامرأة هلال بن أمية كانت فراشاً لهلال. ونقل الإجماع على أن الزاني إذا استلحق ولد المزني بها، وكانت فراشاً لزوج، فإنه لا يلحق به. وبناءً على هذا، فلا يستقيم الاستدلال بهذه القصة.

4 - ما أخرجه ابن ماجه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، أن النبي - ص - قال: { أيما رجل عاهر بحرّة أو أمة، فالولد ولد زنا لا يرث ولا يورث }¹.

¹ - الدعوة في النسب بالكسر، وهو أن ينتسب الإنسان إلى غير أبيه وعشيرته، وقد كانوا يفعلونه، يعني في الجاهلية، فنهى عنه وجعل الولد للفراش. ابن الأثير مجد الدين المبارك بن محمد الجزري، النهاية في غريب الحديث والأثر، ج2، بيروت، المكتبة العلمية، ط1، 1979، ص 121.

² - أبو داود سليمان بن الأشعث، سنن أبي داود، ج3، سوريا: دار الرسالة العالمية، ط1، 2009، ص 586.

³ - ابن عبد البر أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، ج8، الرياض، ب.ط، 1980، ص 180.

⁴ - أبو داود سليمان بن الأشعث، سنن أبي داود، ج3، المرجع السابق، ص 568.

⁵ - الصنعاني محمد بن إسماعيل الأمير، سبل السلام الموصلة إلى بلوغ المرام، ج6، المرجع السابق، ص 210.

وجه الدلالة: أنَّ النَّبِيَّ - ص - قضى في هذا الحديث بعدم نسبة ولد الزَّنا إلى الزَّاني، وعمَّ الحكم بقوله: {أَيُّمَا رَجُلًا...}، وعلى هذا فلا فرق بين أن يولد الولد على فراش أو يولد على غير فراش.²

واعترض عليه بأنَّ في سنده عبد الله بن لهيعة، ترجم له البخاري في الضَّعفاء الصَّغير، وذكره النَّسائي في الضَّعفاء والمُتروكين.³

5 - حديث ابن عبَّاس - ر - عنه قال: قال رسول الله - ص - : {لا مساعة⁴ في الإسلام، من ساعى في الجاهليَّة فقد لحق بعصيته، ومن ادَّعى ولدًا من غير رِشْدَةٍ فلا يرث ولا يورث}.

وجه الدلالة: أنَّ الشَّارع أبطل المساعة وهيَّ الزَّنا، ولم يلحق النَّسب بها، وعفا عمَّا كان في الجاهليَّة. اعترض على الاستدلال بهذه الأحاديث أنَّها ضعيفة لا تقوم بها حجة. ففي سندها راوٍ مجهول.⁵ وقد ضعَّفه المنذري⁶، وابن القيم¹، والشَّوكاني².

¹ - ابن ماجه أبو عبد الله محمد بن يزي د، سنن ابن ماجه، ج2، دمشق، دار الرسالة العالمية، ط1، 2009، ص 917.

² - أحمد سعد علي البرعي، « التخريج الفقهي لتسيب ولد الزنا وولد الاغتصاب نظرة فقهية مع تطور العمل بالبصمة الوراثية »، مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية بالقاهرة، العدد 12، ب.ت.ن، ص 131.

³ - البخاري أبو عبد الله محمد بن إسماعيل، كتاب الضعفاء الصغير، دار المعرفة، لبنان: بيروت، ط 1، 1986، ص 69. النسائي أحمد بن علي بن شعيب، كتاب الضعفاء والمُتروكين، لبنان: بيروت، دار المعرفة، ط 1، 1986، ص 203.

⁴ - المساعة: وهي الزنا، قال الخطابي: المساعة الزنا، وكان الأصمعي يجعل المساعة في الإماء دون الحرائر وذلك لأنهن يسعين لمواليهن فيكتسبن لهم بضرائب كانت عليهن " فأبطل صلى الله عليه وسلم المساعة في الإسلام، ولم يلحق النسب لها، وعفا عما كان منها في الجاهلية وألحق النسب به. أحمد بن صالح آل عبد السلام، حكم استلحاق ولد الزنا، بحث مقدم للمجمع الفقهي الإسلامي، 20 المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة من 25 - 29 ديسمبر 2010، ص 15. وقال ابن الأثير في النهاية: " يقال: ساءت الأمة: إذا فجرت، وساعاها فلان إذا فجر بها، وهي مفاعلة من السعي كأن كل واحد منهما يسعى لصاحبه في حصول غرضه ". ابن الأثير مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد الجزري، النهاية في غريب الحديث والأثر، ج2، المرجع السابق، ص 369. والرشدة: النكاح الصحيح، يقال: ولد رشدة، إذا كان من نكاح صحيح، وفي ضده: ولد زنية ويجوز فيه الكسر والفتح. فهد بن سعد الجهني، أحكام الأولاد الناتجين عن الزنا، بحث مقدم للمجمع الفقهي الإسلامي، 20 المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة من 25 - 29 ديسمبر 2010، ص 19.

⁵ - الهيثمي نور الدين علي بن أبي بكر بن سليمان، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، ج4، لبنان: بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 2001، 294.

⁶ - أحمد بن صالح آل عبد السلام، المرجع السابق، ص 15.

فقال ابن القَيِّم: " في إسناده هذا الحديث - { لا مساعاة في الإسلام ... } - رجل مجهول، فلا تقوم به حجة".³ ثم على فرض صحته يكون محمولاً على من ولد على فراش زوج أو سيّد، فهو خارج عن محلّ النزاع.⁴ أنّ هذا خاص بالإماء دون الحرائر، لأنّ المساعاة معروفة فيهنّ دون الحرائر.

6 - حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه قال: " إنّ النّبي - ص - : { قضى أنّ كل مستلحق بعد أبيه الذي يدعى له ادّعاء ورثته فقصي أنّ كلّ من كان من أمة يملكها يوم أصابها فقد لحق بمن استلحقه، وليس له ممّا قسم قبل من الميراث شيء، وما أدرك من ميراث لم يقسم فله نصيبه، ولا يلحق إذا كان أبوه الذي يدعى له أنكره، وإن كان من أمة لم يملكها أو من حرّة عاهر بها، فإنّه لا يلحقه به ولا يرث، وإن كان الذي يدعى له هو ادّعاء فهو ولد زنية من حرّة كانت أو أمة } . وفي رواية: { وهو ولد زنا لأهل أمّه من كانوا حرّة أو أمة، وذلك فيما استلحق في أول الإسلام، فما اقتسم من مال قبل الإسلام فقد مضى }.⁵

وجه الدلالة: أنّ المستلحق إن كان من أمة للميت يملكه يوم جامعها، فقد لحق بالوارث الذي ادّعاء فصار وارثاً في حقّه، مشاركاً معه في الإرث، لكن فيما يقسم من الميراث بعد الاستلحاق، ولا نصيب له فيما قبل الاستلحاق. أمّا الوارث الذي لم يدّع، فلا يشاركه ولا يرث منه، وهذا إذا لم يكن الرّجل الذي يدعى له قد أنكره في حياته. فإن أنكره فلا يصحّ الاستلحاق. أمّا إن كان من أمة لم يملكها يوم جامعها، بأن زنا من أمة غيره، أو من حرّة زنى بها، فلا يصحّ لحوقه به أصلاً ولا يرث، وإن ادّعاء أبوه الذي يدعى له في حياته، لأنّه ولد زنا، ولا يثبت النّسب بالزّنا. قضى النّبي - ص - بنسبة ولد

¹ - ابن قيم الجوزية أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب ، زاد المعاد في هدي خير العباد ، ج5، المرجع السابق، ص382.

² - الشوكاني محمد بن علي بن محمد ، نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار ، م7، القاهرة، دار ابن عفان، ط 1 2005، ص 436.

³ - ابن قيم الجوزية أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب ، زاد المعاد في هدي خير العباد ، ج5، المرجع السابق، ص 427.

⁴ - فهد بن سعد الجهني أحكام الأولاد الناتجين عن الزنا، المرجع السابق، ص 19.

⁵ - أبو داود سليمان بن الأشعث، سنن أبي داود، ج2، سوريا: دار الرسالة العالمية، ط1، 2009، ص 280.

الزَّنا إلى أمّه حرّة كانت أو أمة، وقطع نسبه من أبيه العاهر، ولم يفرّق بين المولود على فراش والمولود على غير فراش.¹

هذه الأحكام وقعت في أوّل الإسلام، وكان حدوثها ما بين الجاهليّة وبين قِيَام الإسلام. لذلك جعل حكم الميراث السّابق على الاستلحاق حكم ما مضى في الجاهليّة، فعفا عنه، ولم يرد إلى حكم الإسلام.²

أمّا وجه الاستشهاد بهذا الحديث أنّه صريح في أنّ الزّاني إذا استلحق ولد اللّتي قد زنى بها، من حرّة أو أمة، فإنّه لا يلحق به ولا يرثه، وإنّما ينسب لأمّه، لأنّ الزّنا لا يثبت النّسب.³ واعترض على الاستدلال بهذا الحديث أنّه ضعيف أيضاً، فلا تقوم به حجة. لأنّ في سنده محمّد بن راشد المكحولي، وهو ضعيف،⁴ وسليمان بن موسى الدّمشقي، وهو ضعيف أيضاً.⁵

ب - الدّليل من الإجماع

أجمع العلماء على أنّ الزّانية إذا كانت فراشاً لزوج أو سيّد، وجاءت بولد لم ينفعه صاحب الفراش، فإنّه لا يلحق بالزّاني ولو استلحقه، ولا ينسب إليه، إنّما ينسب لصاحب الفراش.

1- قال ابن عبد البر: " وأجمعت الأئمة على أن لا يلحق في الإسلام ولد الزّنا نقلاً عن نبيّها - ص - حيث جعل الرّسول كلّ ولد يولد على فراش لرجل لاحق به على كلّ حال، إلّا أن ينفيه بلعان... وأجمعت الجماعة من العلماء على أنّ الحرّة فراش بالعقد عليها، مع إمكان الوطء، وإمكان الحمل. فإذا كان عقد النّكاح يمكن معه الوطء والحمل، فالولد لصاحب الفراش، لا ينتفي عنه أبداً بدعوى غيره، ولا بوجه من الوجوه إلّا باللعان ".⁶

¹ - شمس الدين أبو عبد الله محمد بن مفلح، كتاب الفروع، ج 9، لبنان: بيروت، مؤسسة الرسالة، ط 1، 2003، ص 225.

² - أحمد بن صالح آل عبد السلام، المرجع السابق، ص 16 و 17.

³ - ابن قيم الجوزية أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب، زاد المعاد في هدي خير العباد، ج 5، المرجع السابق، ص 383 و 384.

⁴ - ابن حجر العسقلاني شهاب الدين أبو الفضل أحمد بن علي، تهذيب التهذيب، ج 9، الهند، مطبعة مجلس دائرة المعارف النظامية، ط 1، 1908، ص 159.

⁵ - سعد بن تركي الخثلان، المرجع السابق، ص 34.

⁶ - ابن عبد البر أبو عمر يوسف بن عبد الله، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأساني، ج 8، المرجع السابق، ص 183.

2- ذكر ابن رشد اتفاق الجمهور على أن أولاد الزنا لا يلحقون بأبائهم إلا في الجاهلية على ما روي عن عمر ابن الخطاب ر على اختلاف في ذلك بين الصحابة.¹

3- قال موفق الدين بن قدامة: " وأجمعوا على أنه إذا ولد على فراش رجل، فادّعه آخر، أنه لا يلحقه، وإنما الخلاف فيما إذا ولد على غير فراش ".²

4 - وفي المغني: " أجمع علماء الأمة على قاعدة: أن الولد للفراش، وبذلك لا تقبل خصومة في نسب من ولد على فراش الزوجية. وهذا إجماع على عدم اعتبار الزنا سبباً للنسب ".³

جاء الرد على أن هذا ليس إجماعاً لما فيه من خلاف الفقهاء في هذه المسألة - إثبات نسب ابن الزنا للزاني حيث لا فراش - يقدح في هذا الإجماع، والخلاف حكاه ابن رشد وابن قدامة وذكره ابن حجر.⁴

ج - الدليل من المعقول

1- أن ماء الزنا هدر، لا حرمة له فلا يرتب أثراً. بمعنى أن ماء الزنا غير محترم. لذا لا أثر له، ولا يرتب عليه حكم. وبذلك لا ينسب ابن الزنا للزاني وإن ادّعه.⁵

2 - أن الزاني تعدى حدود الله في طريق المعاشرة الحلال. فلو ألحقنا الولد به لكان ذريعة لكل متفحش لم يصل إلى المرأة برضاها ورضا أهلها أن يصيبها، ويكون الولد له، فكان لابد أن يعامل بنقيض قصده.⁶

3 - أن الأبوة وصف شرف لا يستحقها إلا من بذل وقدم لها بالزواج أو التسري. قال تعالى: ﴿...وَأَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ...﴾.⁷

¹ - ابن رشد أبو الوليد محمد بن أحمد، شرح بداية المجتهد ونهاية المقتصد وبهامشه السبيل المرشد إلى بداية المجتهد ونهاية المقتصد، م4، المرجع السابق، ص 2085.

² - ابن قدامة موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد، المغني، ج9، المرجع السابق، ص 123.

³ - ابن قدامة موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد، المغني ويليهِ الشرح الكبير، ج6، المرجع السابق، ص 266.

⁴ - ابن رشد أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، المرجع السابق، ص 35.

⁵ - السرخسي أبو بكر محمد بن أبي سهل، كتاب المبسوط، ج17، بيروت: دار المعرفة، ط1، 1989، ص 154.

⁶ - سعد الدين مسعد هلال، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، المرجع السابق، ص 356.

⁷ - سورة النساء، جزء من الآية رقم: 24.

- 4 - أنه لا يمكن التيقن أن ابن الزنا منه، لأن الذي طاعته ساقطة المروءة والشهادة، يمكن أن تفعل مع غيره كما فعلت معه. فمن أين يتمخض نسبة الولد له؟¹ لأن الزانية قد يأتيها أكثر من واحد فلو أثبتنا النسب بالزنا، ربّما يؤدي ذلك إلى نسبة الولد إلى غير أبيه وذلك حرام بالنص.²
- 5 - قال السرخسي: "إن النسب نعمة والزنا جريمة. والجريمة لا يستحق صاحبها النعمة، بل يستحق العقوبة ليكون ذلك زجرًا عن ارتكابه".³
- 6 - إن النسب يثبت بالفراش ويلحق به دون أن يستلحقه صاحب الفراش. بينما في الزنا لا يثبت النسب للزاني دون استلحاق، فلا يلحق به على حال.⁴
- 7 - إن ما ينسب من الولد إلى أبيه نعمة من الله تعالى، ونعمته إنّما تكون من جهة طاعته لا من جهة معصيته، فلا تنال نعمة النسب بالزنا.⁵
- 8 - إن في إثبات نسب ابن الزنا للزاني مكافأة له على فعل الفحشاء، وهذا غير معقول شرعًا. فالشريعة لا تكافئ العاصي على معصيته بل تحارب الجريمة، لذلك لا يثبت نسب الولد للزاني عقوبة وزجرًا له عن الزنا، لأنّه إذا علم أنّ ماءه يضيع بالزنا يتحرّز عن فعل الزنا، وفي ذلك محاربة لجريمة الزنا.⁶

مناقشة الأدلة من المعقول:

اعترض على هذا الاحتجاج من المعقول بأنّ قرار حرمان الأبوة للزاني فيه إضرار ظاهر بالطفل البرئ الذي من حقّه أن يعيش ولا يؤاخذ بجريمة المتسبّب في وجوده. وفي الحقيقة أنّ خير العقاب للزاني هو أن يلزم بالولد ليتحمّل عن المجتمع عبء تربيته والإنفاق عليه، أخذًا بقاعدة: «الغنم بالغرم»، فكما غنم اللدّة الرّخيصة غرم مسؤوليّة التّربية والإنفاق.⁷ لأنّه تغيّر الحال في هذا

¹ - حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات، المرجع السابق، ص 756 و757.

² - السرخسي أبو بكر محمد بن أبي سهل، كتاب المبسوط، ج17، المرجع السابق، ص 279.

³ - السرخسي شمس الدين، أبو بكر محمد بن أبي سهل، كتاب المبسوط، ج17، نفس المرجع، ص 154.

⁴ - ابن قدامة موفق الدين أب، محمد عبد الله بن أحمد، المغنى ويليّه الشرح الكبير، ج6، المرجع السابق، ص 185.

⁵ - الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس، أحكام القرآن، ج2، القاهرة، مكتبة الخانجي، ط 2، 1994، ص 189 و190.

⁶ - السرخسي أبو بكر محمد بن أبي سهل، كتاب المبسوط، ج17، المرجع السابق، ص 278 و279.

⁷ - سعد الدين مسعد هلال، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، المرجع السابق، ص 383.

الزّمان، نظراً لتغيّر بعض الدّم وانعكاس بعض الفطر، حتّى أصبحت العقوبة للزّاني هيّ تنسب الولد له، وأصبح في أكثر الأحوال علمه بأنّ ماءه يصبح مشجّعاً له.

وأجيبَ عن حرمة نسبة الولد إلى غير أبيه إذا أتى المرأة غير واحد من الرّجال. حيث يمكن

في هذا الزّمان بالوسائل الطّبية الحديثة تحديد الأب الطّبيعي على سبيل القطع، فلم يبق لهذا القول مجال. إنّ ما دفع هذا التّوجّه الفقهي للقول بأنّ الأم البيولوجيّة هيّ أمّ شرعيّة هو استحالة الفصل عقلاً بين الأمّ الطّبيعيّة والأمّ الشرعيّة، لأنّها معروفة قطعاً بحكم واقعة الولادة.¹ في حين لم يقبلوا بذلك في حالة الأب باعتبار عدم إمكانيّة معرفة الأب البيولوجي فعلاص.

والملاحظ هنا أنّ هذا التّوجّه الفقهي كان عليه أن يعترف للزّاني بنسب الولد له وبالأبوة مثلما يعترف للزّانية بحقّ نسبه إليها وبالأُمومة.

بعد هذا التّحليل المنطقي، إنّ الزّنا ليس نافيّاً للنّسب، ولو كان كذلك لنفي عن كلا طرفي العلاقة غير الشرعيّة وليس عن أحدهما. وطالما أصبح الأب البيولوجي معروفاً قطعاً بحجّة البصمة الوراثيّة، فهيّ تعتبر إقراراً علمياً قاطعاً بنسبة الولد لأبيه من عدمه. حيث أثبتت التّجارب العلميّة المتكرّرة أنّ نتائجها دقيقة وصلت معظمها إلى نسبة 100%.² إذ أنّ علماء الطّب الحديث يرون أنّهم يستطيعون إثبات الأبوة أو البنوة لشخص ما أو نفيه عنه من خلال إجراءات الفحص على عيّناته الوراثيّة، حيث قد دلّت الأبحاث الطّبيّة التجريبيّة على أنّ نسبة النّجاح في إثبات النّسب أو نفيه عن طريق معرفة البصمات الوراثيّة يصل في حالة النّفي إلى حدّ القطع بنسبة 100%؛ أمّا في حالات الإثبات فإنّه يصل إلى قريب من القطع وذلك بنسبة 99% تقريباً.³ وبذلك لا مجال لتحميل طرف واحد مسؤوليّة خطأ مشترك، فضلاً عن عقاب من لا ذنب له في ذلك، وهو الطّفل الذي يستحمّل وزر الغير.

يستند الفقه القائل بعدم تنسب ابن الزّنا لأبيه الطّبيعي على حديث {الولد للفراش وللعاهر

الحجر}، الذي تضمّن منازعة نسب أمام النّبي - ص - بين سعد بن أبي وقاص نيابة عن أخيه

¹ - سفيان عبدلي، «أيها القضاة: أدعوهم لأبائهم»، مجلة الفقه والقانون، المملكة المغربية، العدد 35، سبتمبر 2015، ص 07.

² - ذيابي باديس، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري، (دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي)، الجزائر: دار الهدى، ب.ط، 2010، ص 90.

³ - لمريني سهام، المرجع السابق، ص 66.

عتبة بن أبي وقاص، وعبد بن زمعة نيابة عن أبيه زمعة والد سودة زوج النبي - ص - كلاهما يدعي أن الولد عبد الرحمن بن زمعة الذي حملت به وليدة زمعة وهي جاريته أو أمته هو له.

حيث استند سعد بن أبي وقاص إلى إقرار أخيه عتبة قبل مقتله، وإلى الشبه النام بينه وبين عتبة، وكان هذا بعد الفتح. في حين يدعي ابن زمعة أن الولد أخوه مستنداً في ذلك على أن الولد قد ولد على فراش أبيه وهذا أصل ظاهر، فيتعين أن يلحق الولد بصاحب الفراش. بينما يتمسك سعد باستلحاق الولد لأخيه عتبة نظراً للشابه الطبيعي حدّ النّطابق بين عتبة والولد المدّعى بأنّه ابنه.

جاء في رواية مسلم أن النبي - ص - نظر إلى شبيهه، فرأى شبيهاً بيئاً بعتبة. لكن النبي - ص - قضى بأن الولد للفراش وللعاشر الحجر ثم وجّه الخطاب لزوجته سودة بأن تحتجب منه.

ومن هذا المنطلق بل الفريق الثاني القائل بتنسب ولد الزنا للزاني موقفه على أن الأمر يبدو لأول وهلة فيه تناقض. كيف ينسب الولد لزمعة وبالتالي فهو أخ لسودة من أبيها، ثم يأمرها النبي - ص - أن تحتجب عن أخيها؟. لو أن النبي - ص - حكم بالظاهر الثابت أصلاً وهو الفراش، وهذا الأخير قرينة بسيطة على ثبوت النسب، فهي قابلة لإثبات العكس، حيث تعزّزت هذه القابلية لإثبات العكس بقرينة الشبه بين عتبة والولد. غير أنها قرينة لا ترقى لمرتبة الدليل القاطع لرفض قرينة الفراش وهي الأصل.¹

يمكن نفي قرينة الولد للفراش شرط توفر قرينة أقوى كدليل قاطع، كالبصمة الوراثية مثلاً. ذهب أحد العلماء المعاصرين إلى جواز الأخذ بالبصمة الوراثية في إثبات النسب والاكتفاء بها عن الوسائل الشرعية لإثبات النسب، على اعتبار أنها الأقوى في الدلالة على صاحب الماء. فقد أثبتت التجارب العلمية المتكررة أن البصمة الوراثية إذا توافرت فيها شروطها مع ملاحظة الدقة والضبط والتكرار دليل قطعي، وأن نتائجها تصل إلى درجة لا تدع مجالاً للشك.²

هذا وقد وضع علماء العصر بعض الحالات التي يرون فيها جواز استعمال البصمة الوراثية أثناء قيام الفراش منها:

¹ - سفيان عبدلي، المرجع السابق، ص 09.

² - عبد القادر الخياط وفريدة الشمالي، تقنيات البصمة الوراثية في قضايا النسب وعلاقتها بالشريعة الإسلامية، م 4، المرجع السابق، ص 1519.

1 - الشك في أن أقل مدة الحمل هي ستة أشهر من وقت الدخول، فهذا يمكن للبصمة الوراثية تقييم هذه الحالة وكشف غموض هذه المسألة.¹

2 - حالة نسب الولد الناتج عن الوطء بشبهة أو من النكاح الفاسد. ففي هذه الحالة يمكن الاحتكام إلى البصمة الوراثية.²

3 - إذا تساوت البيّنات أو تعارضت الأدلة كالشهود وغيرهم، فهذا تؤدّي البصمة الوراثية دورها في حسم النزاع الدائر بين المدعي بالولد والمدعي الآخر.³

فالحلّ الذي طبّقه النّبي - ص - تركيبي، حيث جمع بين حلّين أصلي (الفراش) واحتياطي (الاحتجاب من أخيها).

بالنظر إلى وسائل إثبات النسب يعتبر الفراش من أقوى الأدلة على ثبوته بالإجماع، كما ذكر ابن القيم: "فأما ثبوت النسب بالفراش، فأجمعت عليه الأمة".⁴ لكن رغم ذلك يعتبر اللعان وسيلة لنفي النسب. يقول الدكتور علي محي الدين القرّة داغي: "فالقاعدة الأساسية هي أن لا يعلوا على الفراش شيء من الأدلة سوى اللعان الذي حصر الله فيه جواز نفي النسب الثابت به".⁵ ومع ذلك ذهب فريق من العلماء المعاصرين بأن البصمة الوراثية تحلّ محلّ اللعان، لأنّ نتائجها يقينية إذا أثبتت أنّ الولد ليس من الزوج فينتفي من الزوج بالبصمة الوراثية دون اللعان، لأنّ اللعان هو الاستثناء وليس القاعدة...".⁶

والنتيجة، الحكم بالولد للفراش في هذه القضية لا ينفي شبهة إمكانية ثبوت العكس، وعدم إمكانية التأكد من ذلك.⁷

على هذا الأساس سوف نتعرّض لاحقاً لموقف الفريق الثاني القائل بتنسيب ولد الزنا من أبيه واعتراضه لكل استدلال قدّمه الفريق الأول.

ثانياً: حكم استلحاق الطفل الطبيعي بأبيه في الفقه الإسلامي المعاصر

كما اختلف الفقهاء قديماً في هذه المسألة، فإنّ العلماء في هذا العصر قد اختلفوا فيها كذلك، فكان أكثرهم مؤيداً لحكم الجمهور في المسألة بعدم نسبة ولد الزنا إلى الزاني، حتّى في ظلّ

¹ - علي محي الدين القرّة داغي، البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 60.

² - علي محي الدين القرّة داغي، البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، نفس المرجع والموضع.

³ - خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، المرجع السابق، ص 220.

⁴ - ابن قيم الجوزية أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب، زاد المعاد في هدي خير العباد، ج 5، المرجع السابق، 1998، ص 368.

⁵ - علي محي الدين القرّة داغي، البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 18.

⁶ - خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، المرجع السابق، ص 442.

⁷ - سفيان عبدلي، المرجع السابق، ص 10.

التطور العلمي ومع وجود قرائن تؤكد أنه الأب الحقيقي. ورغم أن هذه الوسائل العلمية حلت محل القِيافة إن لم تكن هي الأولى. ويبطلون القياس الذي تبناه ابن القيم بأنه قياس باطل يعارض النص ولا قياس مع وجود النص. حيث أجاب ابن القيم: " أن القياس الصحيح يقتضي إلحاق الولد بالزاني لأن الأب أحد الزانيين، وإذا كان ولد الزنا يلحق بأمه وترثه ويرثها ويثبت النسب بينه وبين أقاربها مع كونها زنت به وإذا كان هذا الولد، قد وجد من ماء الزانيين وهما اللذان اشتركا فيه وقد اتفقوا على أنه ابن لهما. فما هو المانع الشرعي من أن يلحق بأبيه الزاني إذا لم يكن هناك فراش أو لم يدعه غيره؟ فهذا هو محض القياس ¹."

وتأويلهم لحديث الفراش يبطله ما ذكره ابن حجر في فتح الباري من أن لهذا الحديث سبباً آخر غير قصة ابن زمعة، وأن هذا القول إذا جاز الأخذ به في زمن يقام به حد الزنا، فإنه لا يجوز في زمن لا يعاقب فيه الزاني، وإلا انفتح الباب لاعتبار الزنا أصلاً لثبوت النسب واكتفى المنحرفون في الحصول على النسل بالعلاقات الأثيمة، واجترأ الناس على دعاوى النسب الباطلة وهـ و ما تأباه روح الإسلام وأصول شريعته. كما أنه لا يوجد دليل يصلح أن يكون حجة تؤيد مذهب إسحاق بن راهويه ومن تبعه في ذلك بإلحاق ولد الزنا بالزاني ².

من العلماء الذين لا يجيزون إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية ويقصرانه على الحالات الأسرية الشرعية، العلامة يوسف القرضاوي - رئيس الإتحاد العالمي للعلماء المسلمين -: " بأن البصمة الوراثية لا يثبت بها النسب في حالة الزنا، وذلك لأن الشرع وإن كان يتشوف لإثبات النسب، فإنه في ذات الوقت يرى أن الستر مقصد هام تقوم عليه الحياة الاجتماعية، لئلا تشيع الفاحشة في الذين آمنوا ". ودليله ما قاله النبي - ص - لمن دفع ماعز بن مالك من الإقرار بالزنا {هلاً سترته بطرف ثوبك} . وهذا مبني على أن الشرع يقر بأن "الولد للفراش". الأصل في أولويات النسب هو فراش الزوجية، كما أن الشرع تشدد في جريمة الزنا، واشترط لها أربعة شهود. فكل وسيلة غير شهود الأربعة بقيام رجل وامرأة بعملية الزنا الحقيقي، فلا قيمة له، ولا يتم به إثبات. وبالتالي لا يعتد بالبصمة الوراثية في إثبات النسب ³.

أما رأي الدكتور علي جمعة - مفتي مصر - فيقول: " الذي عليه الفقه الإسلامي هو أن النسب من قبل الأم ثابت بالطبع. فالولد يصبح ابناً لهذه السيدة، ولكن يثبت بين الابن وأبيه بالشرع وليس بالطبع. وهذا شبه متفق عليه في الفقه الإسلامي عبر العصور. لذلك فإن التسرع في إثبات

¹ - ابن قيم الجوزية أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب ، زاد المعاد في هدي خير العباد ، ج5، المرجع السابق، ص 381 و 382.

² - عبد الله محمد دفع الله، أحكام النسب في الفقه الإسلامي، القاهرة، دار المصطفى، ب.ط، 1979، ص 286.

³ - توفيق طه، « الفقه الإسلامي والبصمة الوراثية »: بتاريخ 03 ماي 2014 على الساعة: 09:12
<http://www.qaradawi.net/2010-02-23-09-38-15/4/787.html>

النَّسب لابن الزَّنا نراه غير سليم، وهذا لا علاقة له باستعمال تحليل الـ DNA، حيث إنَّ استعمال هذا التحليل يُوَدِّي إلى أمور يمكن أن تعتمد شرعاً وليس مع الإقرار بالزَّنا؛ وإنَّما لفصل لخصومات أخرى غير قضية أن تندرج هذه التحاليل تحت الإقرار بالزَّنا ¹.

أفتى الدكتور علي جمعة بعدم جواز الاستعانة بتحليل البصمة الوراثية لإثبات نسب ولد الزَّنا، وقال: " علماء الفقه الإسلامي اتفقوا على إثبات النسب للأم بالميلاد، أمَّا للأب فلا بد أن يتم ذلك عن طريق الوسائل الشرعية وليس بغيرها ²."

وأضاف قائلاً: " أمَّا القول بعدم الأخذ بتحليل الـ DNA في إثبات نسب ولد الزَّنا هو من الفقه القديم ولا يتفق مع العصر ولا يحقق مبدأ السَّتر."

يرى الباحث هنا أنَّ حكم استخدام البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب في الحالات التي يجوز فيها الحكم بثبوت النسب بناءً على قول القافة أمر ظاهر الصَّحة والجواز. ذلك لأنَّه إذا جاز الحكم بثبوت النسب بناءً على القيافة عند القائلين بها في إثبات النسب إنَّما تستعمل عند عدم الفراش والبيَّنة وحال الاشتباه في نسب المولود والتَّنازع عليه، فيعرض على القافة. فمن ألحقه القائف به ألحق به. فإذا كان هذا العمل جائزاً فإنَّ الأخذ بنتائج البصمة الوراثية والحكم بثبوت النسب بناءً على قول الخبراء أقلَّ أحواله أن يكون مساوياً للحكم بقول القافة، إن لم تكن البصمة الوراثية أولى بالأخذ بها. لأنَّ البصمة الوراثية يعتمد فيها على أدلة خفية محسوسة على العكس من القيافة التي يعتمد فيها على الفراسة والنَّظر إلى أعضاء المولود.

من جهته أكَّد الشَّيخ عمر الدَّيب - وكيل الأزهر - على جواز اللَّجوء لتحليل الـ DNA في حالة التَّنازع على نسب الطَّفل من عقد زواج، لكن لا يجوز اللَّجوء إليه في حالة الزَّنا لإثبات نسب الابن، لأنَّ الشرع يقضي بعدم نسب ولد الزَّنا لأبيه ³.

كما شدَّد الشَّيخ محمد الجَزَّار - الأمين العام الأسبق للجنة الفتوى بالأزهر - على أهميَّة الاستعانة بتحليل البصمة الوراثية في إثبات نسب الأبناء. ورأى أنَّ اللَّجوء لتحليل البصمة الوراثية يتفق مع الشرع الذي يأمر بحفظ الأنساب، ويحثُّ دائماً على الأخذ بالوسائل التي تؤكِّد الصَّلة بين الابن وأبيه وتتزع الشَّك في نسبه. وأوضح ما دام التحليل قائماً على جانب طبِّي علمي دقيق ويقوم به أناس أمناء، فهذا لا يتعارض مع الدين، فالمهم في هذه المسألة هي الدَّقة الفائقة وعدم وقوع أيِّ خطأ.

¹ - محمد أنيس الأروادي، البصمة الوراثية، محاضرة أقيمت بجامعة بيروت الإسلامية، دار الفتوى، كلية الشريعة، لبنان، ب.ت.ن، ص 15.

² - _____، « فتوى مصرية ترفض إثبات نسب ولد الزنا بـ DNA »: بتاريخ 10 ديسمبر 2015 على الساعة 16: 21 <http://rss.mbc.net/portal/site/mbc/>

³ - _____، « فقهاء يرحبون بفتوى إثبات النسب بـ DNA »: بتاريخ 15 أوت 2015 على الساعة 22: 13 <http://www.pls48.net/default.asp?ID=8718>

ورفض الشَّيخ الجزار دعوة البعض إلى استخدام البصمة الوراثية لإثبات نسب ابن الزَّنا، قائلاً: " لا ينبغي اللّجوء إلى أيّ وسيلة لإثبات نسب هذا الابن لأنّه مهدر الماء ".¹

في تعليق على الفتوى التي أصدرها الدّكتور علي جمعة مفتي مصر بجواز إثبات النّسب عن طريق تحليل الحامض النّووي، قال الشَّيخ محمود عاشور-وكيل الأزهر السّابق وعضو مجمع البحوث الإسلامية في الأزهر -: " إنّ إصدار قانون لإثبات النّسب عن طريق استخدام الحامض النّووي جائز في حالة إذا ما ثبت أنّ المولود جاء عن طريق علاقة زوجية صحيحة، لكن لا يجوز استخدام DNA في إثبات النّسب إذا كان المولود قد جاء عن طريق زنا، والقاعدة الشرعية التي تبنى عليها الأحكام الخاصة بالنّسب هي {الولد للفراش وللعاهر الحجر} ".

أضاف قائلاً: " إنّ قضايا النّسب دائماً تثبت بالإقرار أي أن تقرّ الزّوجة بأنّ المولود ابن لهذا الرّجل إذا كانا متزوّجين بعقد شرعيّ، وفي حالة إنكاره يتمّ اللّجوء إلى استخدام الوسائل التي عن طريقها يثبت النّسب، وكانت تستخدم في الماضي القيافة أي مقارنة أرجل وأطراف المولود وأوصافه بأوصاف أبيه، ومع تقدّم العلم ظهرت وسائل جديدة أقرّها الإسلام مثل الـ DNA، واتفق العلماء على أنّها وسيلة دقيقة في إثبات النّسب بشرط عدم التّدخل البشري، وأن تكون نتائج التّحليل صادقة بنسبة 100%، وبالتالي ينسب المولود إلى أبيه في حالة الزّواج الشرعيّ؛ أمّا في حالة الزّواج غير الشرعيّ فينسب المولود إلى أمّه لأنّ الإسلام لا يعترف بالزّنا باعتباره من الجرائم القبيحة التي حرّمها الشريعة الإسلامية ".²

ويتفق مع هذا الرّأي الشَّيخ يوسف البديري- عضو المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية بالقاهرة- يؤكّد أنّ إثبات النّسب جائز شرعاً بأيّة وسيلة من الوسائل السّت التي أقرّتها الشريعة الإسلامية وهي: الفراش والبيّنة والإقرار والقيافة والقرعة والحامض النّووي، وأخيراً الدّعوى بشرط أن يكون الماء ماءً محترماً نتج عن عقدٍ شرعيّ صحيح.

ويضيف قائلاً: " هذا إذا لم يكن هناك ما يمنع تحقّق البنوة من صاحب الفراش ويشترط ألاّ يكون الزّوج غائباً أكثر من سنة ولا تكون مدّة الزّواج أقلّ من ستّة أشهر، ولا يكون الزّوج قد فقد صلاحيّته للإنجاب، أمّا إذا كان الماء ماءً هدرًا أي زنا أو عقداً باطلاً شرعاً فإنّ المولود ولو عُرف

¹ - _____، « فقهاء يرحبون بفتوى إثبات النسب بـ DNA »، نفس المرجع.

² - خليل محمد، « جدل بين علماء دين ورجال قانون حول إثبات النسب بفحص الحامض النووي »، جريدة الشرق الأوسط، القاهرة، العدد 9971، بتاريخ 17 مارس 2006:

<http://www.aawsat.com/details.asp?section=17&article=353415&issueno=9971>

صاحب مائه إلا أنه لا ينسب لصاحب الماء لأنه جاء من ماء هدر، وبالتالي فإن الـ DNA وإن أثبتت صاحب الماء إلا أنه لا يثبت نسباً مخالفاً لأحكام الشرع".¹

بالنسبة للدكتور خليفة علي الكعبي - صاحب كتاب البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية - يقول: "...غير أنني أرى أن الحجة أقوى مع الجمهور من أن الزاني لا يلحق به الولد نظراً لدلالة النص الصريح في قوله - ص - : {...وللعاهر الحجر} ، أي ليس له من زناه إلا الخيبة والخسارة والحرمان نتيجة فعلته الشنيعة وارتكابه أكبر الفواحش".²

الظاهر أن السند الشرعي لقطع نسب ولد الزنا هو الاستدلال بحديث {الولد للفراس} ، ولا نقاش في صحة هذا الحديث وثبوته، لكن يبدو أنه يستدل به خارج مودعه. ولا نقاش في أن المولود على فراس الزوجية ينسب إلى الزوج وإن ادعى أحد أنه ولده عن طريق الزنا. لكن يتساءل ابن القيم عن هذا الاستدلال قائلاً: "فما تقولون لو استلحق الزاني ولداً لا فراس هناك يعارضه؟ هل يلحقه نسبه، ويثبت له أحكام النسب؟".³

فالخصومة التي فصل فيها النبي - ص - في هذا الحديث تتعلق بنزاع نسب من ولد على فراس الزوجية، ولا يمكن أن يشمل حكمه من يدعي ولد من زنى بها ولم تكن متزوجة.

من جهته تسأل محمد بن صالح العثيمين - كان عضواً في هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية - عن هذا الحديث إن كان عاماً، سواء ادّعاه صاحب الفرش أم لم يدّعه، أو خاصاً فيما ادّعاه صاحب الفرش؟. ذهب الجمهور على أنه عام، وأنه لا حق للزاني في الولد الذي خلق من مائه، وذهب بعض العلماء إلى أن هذا خاص في المخاصمة، يعني إذا تخاصم الزاني وصاحب الفرش قضينا به لصاحب الفرش. أما إذا كان لا منازع للزاني، واستلحقه فله ذلك ويلحق به، وهذا القول هو الأرجح المناسب للعقل، وكذلك للشرع عند التأمل.⁴

الحقيقة أن تطبيق قاعدة الولد للفرش بمفهومها المطلق لدى بعض الفقهاء، قد يؤدي لنتائج غير أخلاقية. فمن غير المقبول مسايرة التوجه الفقهى الرافض لتنسب الولد لأبيه الطبيعي الذي يريد استلحاقه بعد أن زنى بامرأة متزوجة، والقول بتنسيبه لفرش رجل آخر ولو ثبت قطعاً أنه ليس

¹ - خليل محمد، المرجع السابق.

² - خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، المرجع السابق، ص 290.

³ - الخليلي أحمد، وجهة نظر، الأسرة والطفل والمرأة - أصول الفقه والفكر الفقهي، ج 2، المرجع السابق، ص 101.

⁴ - العثيمين محمد بن صالح، الشرح الممتع على زاد المستقنع، ج 12، الرياض، دار ابن الجوزي، ط 1، 2006، ص 127.

ولده، بحجة الحفاظ على الأسرة القائمة، وعقاب الزاني ولو بخلاف الحقيقة. لكونه عقيماً أو أن لم يلجأ لملاعنة زوجته، وقرر التمسك ببنوة الطفل.

أما عن الإجماع المدعى على القول بأن الشرع قطع نسب ولد الزنا. فلا وجود له على أن ولد الزنا لا يلحق بأبيه، ويكفي لإثبات ذلك أن من بين المخالفين للإجماع جمعاً من كبار التابعين كعروة بن الزبير وسليمان بن يسار وإبراهيم النخعي، وغيرهم كإسحاق بن راهويه وابن تيمية وابن قيم الجوزية.

ثم إن منع نسبة الولد إلى الزاني عقوبة له، وتحمله قسطاً من المسؤولية كونه ولد من علاقة غير شرعية. لأن الواقع في عدم نسبة الولد إلى أبيه بامرأة غير متزوجة سيكون عقوبة للطفل ذاته الذي ينشأ موصوماً بأنه ابن زنا، ويلحقه العار هو وأسرته طوال حياته. أما نسبته إلى أبيه ففيها حفظ لنسبه وإنقاذه من العار الذي لا ذنب له فيه. وإعمالاً للقاعدة الفقهية القائلة: « العُثم بالغرم » سوف يؤدي ذلك حتماً إلى إلحاق هذا الطفل بوالده الطبيعي، ولو ولد خارج إطار الزواج، فالوالد يتعين أن يغرم بتحمل مسؤولية الابن نظير ما غنمه.

الفرع الثاني: موقف المذهب المؤيد لإثبات نسب الطفل غير الشرعي من والده

يرى هذا المذهب أن ولد الزنا يلحق بالزاني إذا استلحقه، ولم تكن أمه فراشاً لزوج أو سيّد، وهو مذهب عروة بن الزبير وسليمان بن يسار، وذكر عنهما أنهما قالوا: " أيما رجل أتى إلى غلام يزعم أنه ابن له، وأنه زنى بأمه، ولم يدع ذلك الغلام أحد فهو ابنه " ¹ وهو قول لأبي حنيفة. فقد روى علي بن عاصم، عن أبي حنيفة أنه قال: " لا أرى بأساً إذا زنى الرجل بالمرأة فحملت منه، أن يتزوجها مع حملها ويستر عليها، والولد ولد له " ² وهو قول الحسن البصري، روي عنه أنه قال في رجل زنى بامرأة فولدت ولداً فادّعى ولدها: " يجلد ويلزمه الولد " ³ وكان إسحاق ابن راهويه يذهب إلى أن المولود من الزنا إذا لم يكن مولوداً على فراش يدعيه صاحبه، وادّعه الزاني، ألحق به. وكان إبراهيم النخعي يقول: " يلحق الواطئ إذا أقيم عليه الحد وبرثه " ⁴.

¹ - ابن قيم الجوزية أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب ، زاد المعاد في هدي خير العباد ، ج5، المرجع السابق، ص 381.

² - ابن قدامة موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد، المغني، ج9، المرجع السابق، ص 123.

³ - ابن قيم الجوزية أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب ، زاد المعاد في هدي خير العباد ، ج5، المرجع السابق، ص 381.

⁴ - الماوردي أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المنزي، ج8، لبنان: بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1994، ص162.

هذا القول اختاره ابن تيمية ورجّحه في أكثر من موضع من فتاويه، فقال في باب ما يلحق من النسب: "...وإن استلحق ولده من الزنا ولا فراش، لحقه". وهو مذهب الحسن البصري وابن سيرين والنخعي وإسحاق¹ وكذا مال إليه تلميذه ابن القيم كما هو مصرّح به منه في زاد المعاد.² قالوا بثبوت نسب الولد من الزنا إذا استلحقه الزاني مع عدم وجود الفراش أو شبهته.³ حيث ذهب أصحاب هذا المذهب إلى ثبوت نسب ابن الزنا للزاني متى عرفنا أنّه من مائه، أو أقرّ به، سواء أقيم عليه الحدّ أم لا، وسواء تزوّج من المزني بها أم لا.⁴ فإذا استلحق الرجل ولده من الزنا ولا فراش فإنّه يلحق به.⁵ إن كان هذا رأي الفقهاء القدامى، فإنّ من العلماء المعاصرين من يرى بأنّ ابن الزنا يلحق بأبيه لظهور البصمة الوراثية التي هي حجة الله في الأرض وإنقاذاً للمتشرّدين من الأطفال، والتقليل من ظاهرة المولودين المرميين بجوار صناديق القمامة. كأمثال الدكتور سعد الدين مسعد هلالي،⁶ سعد بن ناصر الخثلان، يوسف بن عبد الله الشيبلي، وعلي محي الدين القرّة داغي، ونور الدين الخادمي، والذوايدي قويمدي.⁷

على هذا الأساس أنطرق أولاً إلى أدلة الفقهاء القدامى ثم إلى آراء وحجج العلماء المعاصرين في انتساب الطفل الطبيعي لوالديه ثانياً.

أولاً: أدلة متقدّمي الفقهاء بثبوت نسب المولود خارج رابطة الزواج

استدل أصحاب هذا القول لقولهم بأنّ ولد الزنا يلحق بالزاني إذا استلحقه ولم تكن أمّه فراشاً لزوج أو سيّد بما يأتي:

أ - الدليل من الكتاب:

1 - قوله تعالى: ﴿...وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى...﴾.⁸

¹ - ابن تيمية أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام، الفتاوى الكبرى، ج4، لبنان: بيروت، دار الكتب العلمية، ط 1، 1987، ص 585.

² - ابن قيم الجوزية أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب، زاد المعاد في هدي خير العباد، ج5، المرجع السابق، ص 425 و426.

³ - محمد بن أحمد الصالح، الطفل في الشريعة الإسلامية، نشأته. حياته. حقوقه التي كفلها الإسلام، الرياض، مطابع الفرزدق التجارية، ط2، 1982، ص 758.

⁴ - ابن قاسم عبد الرحمن بن محمد، مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، ج32، المدينة المنورة، مجمع الملك فهد للطباعة، ب.ط، 2004، ص 139.

⁵ - خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، المرجع السابق، ص 285.

⁶ - سعد الدين مسعد هلالي، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، المرجع السابق، ص 387.

⁷ - نور الدين مختار الخادمي، نسب المولود خارج رابطة الزواج، المرجع السابق، ص 16 و17.

⁸ - سورة الأنعام، الآية: 164؛ سورة الإسراء، الآية: 15؛ سورة فاطر، الآية: 18؛ سورة الزمر، الآية: 39.

وجه الدلالة: أنّ في إلحاق ولد الزّنا بالزّاني، إذا لم يكن ثمّ فراش، مصلحة عظيمة لولد الزّنا في حفظ نسبه من الضّياع. والقول بعدم حفظ نسبه يلحقه الضّرر، ويصيبه العار بسبب جريمة لم يرتكبها، وهذا لا يتّفق مع الآية التي دلّت على أنّه لا تحمل نفس وزر أخرى.¹ أو قاعدة " لا يحمل أحدٌ عن أحدٍ "، فولد الزّنا لا يؤاخذ بما فعله الزّانيان، فيحرم من البنوة الشرعيّة ومن آثارها المترتبة عليها، بل يلحق بهما إذا توافرت شروط ذلك، كالاستلحاق والتّوبة والزّواج وكونه قد تخلّق من مائهما، وغير ذلك ممّا هو مذكور في شروط إثبات نسبه. وهذا ينطبق على من عُرف أبوه وأمه.²

ب - الدليل من السنّة:

1 - حديث عائشة رضي الله عنها. ما جاء عن النّبي - **ص** - في الخصومة بين سعد بن أبي وقاص وعبد بن زمعة: {... فنظر رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى شبهه فرأى شبيهاً بيناً بعتبة فقال: هو لك يا عبد بن زمعة الولد للفراش وللعاهر الحجر، واحتجبي منه يا سودة بنت زمعة } . فلم تره سودة رضي الله عنها قط.³

وجه الدلالة: يفيد هذا الحديث اعتبار النّبي - **ص** - للشّبه الدّال على صاحب الماء وليس الدّال على صاحب الفراش، ولذلك أمر سودة رضي الله عنها بالاحتجاب. فلو لم يكن هناك اعتبار لصاحب الماء لما أمرها بالاحتجاب.

ومن هنا قال ابن حجر: " استدللّ به الحنفية على أنّه لم يلحقه بزمعة، لأنّه لو ألحقه به لكان أخاً لسودة، والأخ لا يؤمر بالاحتجاب منه ".⁴ وقال ابن تيمية: " إنّ النّبي - **ص** - قد ألحق الولد بالفراش، لأنّ هذا أصل ظاهر لا يعارض بدعوى النّسب من الزّاني. إلّا أنّ النّبي - **ص** - لمّا رأى علامات الشّبه بين الولد وعتبة بن أبي وقاص أمر سودة رضي الله عنها بالاحتجاب عنه. وهذا فيه تفريق بين العمل بالظاهر الثّابت بالفراش، وحقيقة الولادة، فلم يثبت الحرمة بينه وبين سودة رضي الله عنها. فلولاً الفراش لثبت نسب ولد الزّنا من الزّاني ".⁵

وفي ردّهم على قول الجمهور في تأويل قول الرّسول - **ص** -: { الولد للفراش }، أنّ الولد ينسب لصاحب الفراش حال وجوده، أمّا عند عدم الفراش فليس في الحديث ما ينفي نسب الولد للزّاني

¹ - سعد بن تركي الخثلان، المرجع السابق، ص 37.

² - نور الدين مختار الخادمي، المرجع السابق، ص 25.

³ - البخاري أبو عبد الله محمد بن إسماعيل، الجامع الصحيح، ج2، المرجع السابق، ص 495.

⁴ - ابن حجر العسقلاني أحمد بن علي، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج12، المرجع السابق، ص 45.

⁵ - مازن إسماعيل هنية، المرجع السابق، ص 17 و18.

إذا استلحقه. الحديث ورد فيما إذا كان هناك فراش يَنازع الولد، أمّا إذا لم يكن صاحب فراش فإنّ الحديث لا يدلّ عليه، إذ لا نزاع أصلاً. فما المانع من إثبات نسب ولد الزّنا للزّاني؟¹
قال ابن تيمية: " ففي استلحاق الزّاني ولده إذا لم تكن المرأة فراشاً قولاً ن لأهل العلم، والنّبي - ص - قال: {الولد للفراش وللعاهر الحجر}. فجعل الولد للفراش دون العاهر، فإذا لم تكن المرأة فراشاً لم يتناولوه الحديث، وعمر ألحق أولاداً في الجاهلية بأبائهم، وليس هذا موضع بسط هذه المسألة".² الحديث ليس نصّاً في المسألة، وإنّما ورد في حال وجود التّنازع على الولد، فعندئذ يرجّح الفراش.³

فلو كان الأمر كما ذهبوا إليه لما حرّم على الرّجل أن ينكح المخلوقة من مائه سفاهاً. وقد قال بهذا الأحناف والمالكية والحنابلة، ودليلهم عموم قوله تعالى: ﴿وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ﴾⁴ وفيه مراعاة للخصائص الوراثية في حرمة المصاهرة. فلا فرق بين البنت المتخلّقة من نكاح سليم وبين أخرى تكوّنت من نكاح فاسد. وأجاز الشّافعية نكاح الزّاني ممّن تخلّقت من مائه سفاهاً، واعتبروها أجنبية عنه ولا تعدّ بنتاً في الشّرع بدليل قوله - ص - : {الولد للفراش وللعاهر الحجر}.

وردّ ابن القيم على الشّافعية، حيث جاء في كلامه أنّه: "...إذا كان الشّرع قد حرّم على الرّجل وطء البنت التي تغذّت بلبن الفحل، فكيف يحلّ له أن ينكح من تخلّقت من مائه سفاهاً؟".⁵ ثمّ أنّ الحديث ليس فيه دلالة على الحصر في قوله: {الولد للفراش وللعاهر الحجر}، ولو كان للحصر لاقتضى التّقدير أن يقال: " لا ولد إلّا من فراش، ولا حجر إلّا على من كان منه الزّنا، ويلزم منه أن كلّ ولد يكون من فراش أن يثبت له النّسب، ولا ينفي عنه إلّا إذا كان من زنا، ولكن وجدنا أحوالاً تخالف القاعدة، فقد يكون ثمة فراش قائم ولا يثبت معه النّسب، كما لو كان الزّوج صبيّاً، أو أنّ المرأة أنت بولد لأقلّ من ستّة أشهر، فكيف يحكم بالحديث على أنّه يدلّ على الحصر؟. كما وجدنا أنّ الولد

¹ - ابن قيم الجوزية أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب، زاد المعاد في هدي خير العباد، ج5، المرجع السابق، ص 477.

² - نور الدين مختار الخادمي، المرجع السابق، ص 13.

³ - نور الدين مختار الخادمي، نفس المرجع، ص 14.

⁴ - سورة النساء، الآية: 23.

⁵ - نور الدين مختار الخادمي، المرجع السابق، ص 14.

قد ينفى عنه النسب من غير زنا، كما لو نفاه الزوج باللعان، فالفراش قائم والزوج ليس بزان، ولا تثبت مع ذلك نسب".¹

وقال ابن القيم: "...وليس مع الجمهور أكثر من {الولد للفراش} وصاحب هذا المذهب، أي القائلون بأن ولد الزنا يلحق بالزاني إذا استلحقه، ولم تكن أمه فراشاً لزوج أو سيّد، أوّل قائل به".² أي: أنهم لا ينازعون في أنّ الولد للفراش ولا يلحق الزاني في هذه الحال.

ونحن نرى أن إلحاق الولد بالزاني هو إثبات حقيقة واقعة، خاصّة إذا قامت الدلائل والأمارات على صدقه في دعواه بأنّه من مائه، ونظروا في ذلك إلى مصلحة الولد.

2 - ما روي عن أبي هريرة - ر - في قصة جريج العابد: "...وكانت امرأة بغية يتمثل بحسنها فقالت: إن شئتم لأفتننه لكم، قال فتعرّضت له، فلم يلتفت إليها فأنت راعياً كان يأوي إلى صومعته فأمكنته من نفسها، فوقع عليها فحملت. فلما ولدت قالت: هو من جريج فأتوه، فاستنزلوه وهدموا صومعته، وجعلوا يضربونه. فقال: ما شأنكم؟ قالوا: زנית بهذه البغي، فولدت منك. فقال: أين الصبي؟ فجاءوا به، فقال دعوني حتّى أصلي فصلّى فلما انصرف أتى الصبي فطعن في بطنه وقال: يا غلام من أبوك؟ قال: فلان لراعي، قال: فأقبلوا على جريج يقبلونه...".³

وجه الدلالة: أنّ النبي - ص - قد حكا عن جريج العابد أنّه نسب ابن الزنا للزاني، وصدّق الله نسبته بما خرق له من العادة في نطق الصبي بالشهادة له بذلك. وأخبرنا صلى الله عليه وسلّم عن جريج في معرض المدح له، وإظهار كرامته. فكانت تلك النسبة صحيحة بتصديق الله تعالى، وبإخبار النبي - ص - عن ذلك، فثبتت البنوة وأحكامها.⁴ قال ابن القيم: "وهذا إنطاق من الله لا يمكن فيه الكذب، فدلّ على جواز إلحاق ولد الزنا بأبيه الزاني".⁵

¹ - سفيان بن عمر بورقعة، النسب ومدى تأثير المستجدات العلمية في إثباته، المرجع السابق، ص 222.

² - ابن قيم الجوزية أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب، زاد المعاد في هدي خير العباد، ج 5، المرجع السابق، ص 381.

³ - مسلم بن الحجاج بن مسلم أبو الحسين، صحيح مسلم، م 2، القاهرة، الرياض، دار طيبة، 2006، ص 1188.

⁴ - ابن حجر أحمد بن علي العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج 6، المرجع السابق، ص 553.

⁵ - ابن قيم الجوزية أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب، زاد المعاد في هدي خير العباد، ج 5، المرجع السابق، ص 382.

وفي شرحه للحديث قال الشيخ محمد العثيمين: " واستدلّ بعض العلماء من هذا الحديث على أنّ ولد الزنا يلحق الزاني لأنّ جريجاً قال: من أبوك؟ قال: أبي فلان الزاعي. وقد قصّها النبي - ص - علينا للعبرة، فإذا لم يناع الزاني في الولد واستلحق الولد فإنّه يلحقه، وإلى هذا ذهب طائفة يسيرة من أهل العلم وأكثر العلماء على أنّ ولد الزنا لا يلحق الزاني لقول النبي - ص -: {الولد للفراش وللعاهر الحجر}. لكنّ الذين قالوا بلحقه قالوا: هذا إذا كان له منازع كصاحب الفراش فإنّ الولد لصاحب الفراش، وأمّا إذا لم يكن له منازع واستلحقه فإنّه يلحقه، لأنّه ولده قدرًا. فإنّ هذا الولد لا شكّ أنّه خلق من ماء الزاني فهو ولده قدرًا ولم يكن له أب شرعيّ يناعه، وعلى هذا فيلحق به. قالوا: وهذا أولى من ضياع نسب هذا الولد لأنّه إذا لم يكن له أب ضاع نسبه وصار ينسب إلى أمّه " ¹.

3 - قصّة ملاعنة هلال بن أميّة - ر - مع امرأته، وفيه قول النبي - ص -: {انظروها. فإن جاءت به أكحل العينين سابع الأيتيم خدلج الساقين، فهو لشريك بن سمحاء}. فجاءت به كذلك فقال النبي - ص -: {لولا مامضى من كتاب الله لكان لي ولها شأن} ². وفيه كذلك، عن أنس بن مالك - ر - قال: "إنّ هلال بن أميّة قذف امرأته بشريك بن سمحاء. وكان أخ البراء بن مالك لأمّه. وكان أول رجل لاعن في الإسلام. قال: فلاعنهما. قال رسول الله - ص -: {أبصروها. فإن جاءت به أبيض سبطًا، قضى العينين؛ فهو لهلال بن أميّة، وإن جاءت به أكحل جعدًا حمش الساقين} ³ فهو لشريك بن سمحاء}. قال: فأنبتت أنّها جاءت به أكحل جعدًا حمش الساقين" ⁴.

¹ - محمد بن صالح العثيمين، شرح رياض الصالحين، م 1، المملكة العربية السعودية: الرياض، مدار الوطن للنشر، ب.ط، 2005، ص 302.

² - ابن ماجة أبو عبد الله محمد بن يزيد، سنن ابن ماجة، ج 1، دمشق، دار الرسالة العالمية، ط 1، 2009، ص 668.

³ - سبطًا: هو المسترسل الشعر. قضى العينين: هو فاسد العينين بكثرة دمع أو حمرة أو غير ذلك. حمش الساقين: أي دقيقها.

⁴ - مسلم بن الحجاج بن مسلم أبو الحسن، صحيح مسلم وهو المسند الصحيح، ج 4، دار التأصيل، المرجع السابق، ص 161.

وجه الدلالة: أَنَّ النَّبِيَّ - ص - نسب الولد إلى أبيه من الزَّنا، والذي خُلِقَ من مائه.¹ أي أَنَّ النَّبِيَّ

- ص - احتكم لصاحب الشَّبه وهو صاحب الماء. لكن الأيمان التي صدرت من أمّه وهو أيمان اللعان بإنكار الزَّنا منعت من إلحاقه بأبيه من الزَّنا لو استلحقه، فنسب إلى أمّه حين انتفى منه زوجها باللعان.² فدلَّ ذلك على أَنَّ الرَّجُل إذا استلحقه ولده من الزَّنا وليست أمّه فراشاً لغيره فإنّه يلحق به، لأنّه خلق من مائه، فهو له.

ج - الدليل من الأثر:

1 - استدلّوا بما روي عن عمر بن الخطّاب - ر - أنّه كان يُلِيط، (أي يُلحق) أولاد الجاهليّة بمن ادّعاهم في الإسلام. أي بأبائهم من الزَّنا.³

قال ابن القاسم: "...ولقد سمعت مالكا يقول ذلك غير مرّة... قيل: رأيت كلّ دعا عمر لأولادهم القافة في الذي ذكرت عن عمر أنّه كان يُلِيط أولاد الجاهليّة بمن ادّعاهم. إنّما كانوا أولاد زنا كلّهم؟ قال: لا أدري أكلّهم كذلك أم لا ؟ إلّا أنّ مالكا ذكر لي ما أخبرتك أنّ عمر كان يُلِيط أولاد الجاهليّة بالآباء في الزَّنا. قلت: فلو أنّ قوماً من أهل الحرب أسلموا أكنّت تُلِيط أولادهم بهم من الزَّنا وتدعو لهم القافة ؟ قال: لم أسمع من مالك فيه شيئاً. ولكن وجه ما جاء عن عمر بن الخطّاب أنّ لو أسلم أهل دار من الحرب كان ينبغي أن يصنع بهم ذلك، لأنّ عمر قد فعله وهو رأيي".⁴

وجاء عن الثوري عن عبد الله بن عون غاضرة العنبري قال: "أتينا عمر بن الخطّاب في نساءٍ تبايعن⁵ في الجاهليّة، فأمر أن يقام أولادهنّ على آبائهن، ولا يسترقوا".⁶

عن عبد الله بن عمر عن نافع قال: "كانت جارية لابن عمر، وكان له غلام يدخل عليها، فسبّه، فراه ابن عمر يوماً، فقال: أحاملُ أنت؟ قالت: نعم، قال: ممّن؟ قالت: من فلان، قال: الذي سببته؟ قالت: نعم. فسأله ابن عمر فجحد، وكانت له إصبع زائدة. قال له ابن عمر: رأيت إن

¹ - نور الدين مختار الخادمي، المرجع السابق، ص 19.

² - الصنعاني محمد بن إسماعيل الأمير، سبل السلام الموصلة إلى بلوغ المرام، ج6، المرجع السابق، ص 211.

³ - مالك بن أنس أبو عبد الله، الموطأ، م2، المرجع السابق، ص 284.

⁴ - مالك بن أنس أبو عبد الله، المدونة الكبرى، ج8، مصر: مطبعة السعادة، ب.ط، 1905، ص 339 و 340.

⁵ - تبايعن: يعني بَعَنَ. وذكر المحقق أنّه يحتمل أن يكون "بغين".

⁶ - عبد الرزاق بن همام الصنعاني أبو بكر، المصنف، ج7، بيروت: المكتب الإسلامي، ط 2، 1983، ص 303 و 304.

جاءت به ذا زائدة ؟ قال: هو إذن مَنِّي، قال: فولدت غلامًا له إصبع زائدة، قال: فضربهما ابن عمر الحدَّ، وزَوَّجها إِيَّاه، وأعتق الغلام الَّذي ولدت " ¹.

وجه الدلالة: أنَّ عمر بن الخطَّاب - ر - كان يلحق أولاد الجاهليَّة بأبائهم من الزَّنا. فدَلَّ فعل أمير المؤمنين على أنَّ الزَّنا مثبت للنَّسب حال الاستلحاق بشرط ألاَّ يعارضه معارض. ² وفي هذا دليل على أنَّ عمر - ر - وهو أحد الخلفاء الرَّاشدين الَّذين أُمِرْنَا بالتمسك بسنَّتهم، مع سنَّة النَّبي - ص - يرى أنَّ الزَّاني إذا استلحق ولده من الزَّنا فإنَّه يلحق به. وإنما كان هذا القضاء منه رضي الله عنه على هذا النُّحو؛ لأنَّ أولاد الزَّنا ولدوا على غير فراش، واستلحقهم آبائهم الزَّنا دون أن يُعارضوا في دعواهم بفراش، ومن ثَمَّ ألحقهم عمر بهم. أمَّا لو عورضوا في دعواهم بفراش، لُقِّدَم الفراش عملاً بقضاء رسول الله - ص -: {الولد للفراش وللعاهر الحجر} ³. وأنَّ عمر - ر - إنَّما ألحقهم لأبائهم في الإسلام بعد أن أحكم الله شريعته وحَرَّمَ الزَّنا، ولو كان إلحاق ولد الزَّنا بأبيه لا يصحَّ لما فعله عمر بن الخطَّاب.

2 - ما روي عن ابن عبَّاس - ر - أنَّه سئل عن الرَّجل يزني بالمرأة ثمَّ يريد نكاحها؟ فقال: أوَّل أمرها سفاح وآخره نكاح. ⁴ وسأله رجل فقال: " إنِّي كنت أَلَمَّ بامرأة، وأتي منها ما حرَّم الله عزَّ وجلَّ، فرزقني الله من ذلك توبة، فأردت أن أتزوَّجها، فقال النَّاس: إنَّ الزَّاني لا ينكح إلاَّ زانية أو مشركة ". فقال ابن عبَّاس: ليس هذا في هذا، أنكحها فما كان من إثم فعلي. ⁵

أمَّا وجه الدلالة من الآية: ﴿الزَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرَكَةً، وَالزَّانِيَةُ لَا يَنْكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ وَحُرِّمَ ذَلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ﴾ ⁶. أنَّ الله تعالى خصَّ للزَّاني نكاح الزَّانية والعكس، ومنع ذلك على المؤمنين. ويجب لتحقُّق نكاح الزَّاني من الزَّانية أن يستبرئ رحمها، ولمَّا كان المعنى غير متحقِّق مع الزَّاني صاحب الماء، جاز له أن يتزوَّجها وهي حامل منه، وإذا جاز ذلك فإنَّ الولد ينسب له. ⁷

¹ - عبد الرزاق بن همام الصنعاني أبو بكر، المصنف، ج7، نفس المرجع، ص 205.

² - ابن قاسم عبد الرحمن بن محمد، مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، ج32، المرجع السابق، ص 139.

³ - ابن عبد البر أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، ج8، المرجع السابق، ص193.

⁴ - عبد الرزاق بن همام الصنعاني أبو بكر، المصنف، ج7، المرجع السابق، ص 202.

⁵ - سعد الدين مسعد هلال، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، المرجع السابق، ص 362.

⁶ - سورة النُّور، الآية: 03.

⁷ - سعد الدين مسعد هلال، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، المرجع السابق، ص 361.

كما روي عنه قال: " ولد الزنا شرّ الثلاثة: لأنّ أبويه يتوبان. قلت: وهذا في حال ترك ولد الزنا يعيث في الأرض فسادًا دون أن يأويه أحد ويرعاه، فكم من أبناء سفاح صاروا أعلامًا بفضل من آواهم بعد الله تعالى. أمّا ابن الزنا في ذاته فلا ذنب له أن يكون شرًّا لمجرّد سبب لا يدّ له فيه. ¹ وقد نُقل عن ابن قدامة عن أبي حنيفة أنّه قال: " لا أرى بأسًا إذا زنى الرجل بالمرأة فحملت منه، أن يتزوَّجها مع حملها ويستتر عليها، والولد ولد له. " ² فدلت هذه الآثار على صحّة زواج الزّاني بمن زنى بها، وإذا صحّ ذلك جاز ثبوت التّسبب منه لأنّه أثر من أثر النّكاح.

د - الدليل من القياس:

1 - قياس الزّاني بالمرأة الزّانية في لحوق نسب الزّنا به، وذلك أنّ الولد ناتج من زناهما معًا، والأب أحد الزّانيتين. إذا كان الولد يلحق بأمه عند جميع العلماء، لأنّها هيّ التي ولدته وينسب إليها وترثه ويرثها، ويثبت النّسب بينه وبين أقارب أمّه مع أنّها أنتت به من الزّنا، فما المانع من لحوقه بالأب إذا ادّعاه وأقرّ بأنّه خلق من مائه، ولم يدّعه غيره؟ ³ وقد عهد في الشّرع التّسوية بين المتماثلات والتّفارقة بين المختلفات. فتكون نسبته إلى أبيه مماثلة لنسبته إلى أمّه، من جهة كون كلّ منهما سببًا لوجوده، الأمّ بمائها وحملها، والأب بنطفته ومائه. ⁴

ذكر ابن القيم أنّ الولد تكوّن من ماء الزّانيتين؛ فلا يعقل أن ننسبه إلى أحدهما دون الآخر. فما المانع من لحوقه بأبيه إذا لم يدّعه غيره؟ ⁵ ولأنّ الأمّ اشتركت مع الأب في ماء الولد وزادت عليه الحمل والرّضاع؛ ولأنّ الابن ينسب إلى أمّه فحسب إذا لم يُعرف له أب. ⁶ وقال أيضًا: "...وهذا المذهب كما تراه قوّة ووضوحًا... والقياس الصّحيح يقتضيه، فإنّ الأب أحد الزّانيتين، وهو إذا كان يلحق بأمه، وينسب إليها... وقد وُجد الولد من ماء الزّانيتين، وقد اشتركا فيه، وانّفقًا على أنّه ابنهما. فما المانع

¹ - سعد الدين مسعد هلال، البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية، نفس المرجع، ص 369.

² - ابن قدامة موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد، المغني، ج9، المرجع السابق، ص 123.

³ - أحمد بن صالح آل عبد السلام، المرجع السابق، ص 22.

⁴ - نور الدين مختار الخادمي، المرجع السابق، ص 20.

⁵ - ابن قيم الجوزية أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب، زاد المعاد في هدي خير العباد، ج5، المرجع السابق، ص 381 و382.

⁶ - نور الدين مختار الخادمي، المرجع السابق، ص 20.

من لحوقه بالأب، إذا لم يدّعه غيره؟ فهذا محض القياس¹. وقال كذلك: "...وخلقه - ولد الزنا - من مائها، وماء الزاني خلق واحد، وإثمهما فيه سواء، وكونه بعضاً له مثل كونه بعضاً لها..."².

ربّما يكون القول بنسبته إلى الأمّ دون الأب مبنياً على جهة العلم بأمّه دون الأب، فيقال من قبل الفقهاء بأنّ ولد الزنا ينسب إلى أمّه إذا علّمت أمّه وجُهل أبوه.³ ومعلوم أنّ الأمّ تُعرف أكثر من الرّجل؛ لأنّها تحمل ولدها وتضعه بخلاف الأب. فهو يضع النّطفة فحسب، وهذا قد يكون له أثر في عدم معرفة هذا الأب. أمّا إذا علّم الأب فيلحق الولد به كالأمّ تماماً.

2 - قياس الزّاني باستلحاقه ابنه من الزّنا على الملاعن، فقالوا: "إنّ الملاعن إذا لاعن زوجته، ثمّ أكذّب نفسه واستلحق ولده منها، فإنّه يلحق به، بل لو انتفى منه بعد استلحاقه له لم يُقبل منه انتفاؤه. فكذلك الزّاني هنا إذا استلحق ولده من الزّنا فإنّه يلحق به ولا يمنع بعد الاعتراف"⁴.

3 - قياس ماء الزّنا على ماء النّكاح لعموم الحديث: {الولد للفراش}. يقول الدّكتور سعد الدّين مسعد هلالي - صاحب كتاب البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية - : "وقد اعتبر الحنفية والحنابلة هذا القياس في مسألة تحريم بنت الزّاني، وأمّ الزّانية وبناتها على الزّاني، قياساً على الوطء الحلال"⁵. يقول صاحب كتاب العدة شرح العمدة بهاء الدين المقدسي - فقيه حنبلي - : "...وأما إذا

وطئها حراماً فقد حرّمت أيضاً على أبيه وابنه وحرّمت عليه أمّهاتها وبناتها بالقياس على الوطء الحلال، وقال سبحانه: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِّنَ النِّسَاءِ...﴾⁶ والوطء يسمّى نكاحاً"⁷.

4 - قياس ماء الزّنا على ماء الشّبهة، ذهب الفقهاء إلى أنّ من وطئ بشبهة امرأة غيره أو امرأة خلية، وأنت بولد، أمكن أن يكون منه، نسب له¹.

¹ - ابن قيم الجوزية أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب ، زاد المعاد في هدي خير العباد ، ج5، المرجع السابق، ص 381 و382.

² - ابن قيم الجوزية أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب ، زاد المعاد في هدي خير العباد ، ج5، نفس المرجع، ص 507.

³ - نور الدين مختار الخادمي، المرجع السابق، ص 20.

⁴ - أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن تيمية، الحاوي الكبير، ج8، المرجع السابق، ص 162.

⁵ - سعد الدين مسعد هلالي، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، المرجع السابق، ص 367.

⁶ - سورة النساء: 22.

⁷ - بهاء الدين عبد الرحمن بن إبراهيم ، العدة شرح العمدة في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل ، القاهرة، دار الحديث، ب.ط، 2003، ص 400.

الدليل من المعقول:

1 - أن في إلحاق ولد الزنا بالزاني إذا ادّعه ولم يعارضه شيء، أن في ذلك مصالح عظيمة. والشارع ينتشوف لحفظ الأنساب من حفظ نسبه، ومن حفظ كرامته من الامتهان، والتعير بآئه لا نسب له، ومن حسن رعايته وتربيته والقيام بشؤونه وحمايته من التشرد والضياع. وفي نسبة ولد الزنا إلى أبيه تحقيق لهذه المصلحة، خصوصاً أن الولد لا ذنب له، ولا جناية حصلت منه. ولو نشأ من دون أب ينسب إليه ويُعنى بتربيته والإنفاق عليه لأدى ذلك في الغالب إلى تشرد وضياعه وانحرافه وفساده، وربما نشأ حاقداً على مجتمعه، مما قد يترتب عليه من أنواع الإجرام والعدوان.²

كما هو الحال في كثير من اللقطاء، فيعيش طيلة حياته معقداً نفسياً، منزوياً على نفسه. ثم إنه ليس هناك مفسدة ظاهرة تترتب على إلحاق ولد الزنا بأبيه من الزنا، الذي خلق من مائه إذا استلحقه، مادامت أن أمه ليست فراشاً لزوج، وليس هناك نص صحيح صريح يمنع من ذلك، ولا إجماع. بل لو لم يرد في المسألة نص واضح في الإلحاق أو عدمه، لكانت أصول وقواعد الشريعة تقتضي الإلحاق باعتبار القاعدة المتفق عليها بين أهل العلم، وهي أن الشريعة مبنية على تحصيل المصالح ودرء المفاسد عن المكلفين.³

2 - قاعدة تشوف الشرع إلى ثبوت النسب. وتيسيره لأسباب ذلك ووسائله. أصل هذه القاعدة أدلة وقرائن شرعية عدة. ومن ذلك: سرور النبي - ص - بخبر ثبوت نسب أسامة بن زيد بن الحارثة رضي الله عنهما،⁴ لأن رسول الله - ص - لا يظهر السرور بما ليس من الحق في شيء،⁵ ولأنه ليس من صفته أن يسرّ بأمر باطل عنده لا يسوغ في شريعته. كان أسامة أسود وكان زيد

¹ - سعد الدين مسعد هلال، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، المرجع السابق، ص 367.

² - محمد بن أحمد الصالح، فقه الأسرة عند الإمام شيخ الإسلام ابن تيمية في الزواج وآثاره، م 2، الرياض، مكتبة الملك فهد الوطنية، ط 1، 1996، ص 759.

³ - سعد بن تركي الخثلان، المرجع السابق، ص 43 و 44.

⁴ - البخاري أبو عبد الله محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، المرجع السابق، ص 1676.

⁵ - وذلك لما جاء في حديث عائشة رضي الله عنها: " أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل تبرق أسارير وجهه فقال: {ألم تري أن مجزرا المدلجي نظر آنفاً إلى زيد بن حارثة وأسامه بن زيد ورأى أقدامهما} فقال: إن هذه الأقدام بعضها من بعض ". ابن حجر العسقلاني أحمد بن علي، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج 12، المرجع السابق، ص 46.

أبيض، فكان المشركون يطعنون في نسبه، وكان يشقّ ذلك على النبي - ص - فسرّ بذلك لمكانهما منه.¹

كون قاعدة إثبات النسب أولى من نفيه، ووجه الاستحسان أنّ الشرع يتشوّف لإثبات النسب، فإنّ إلحاقه ولداً بغير أبيه أقلّ ضرراً من قطع نسبه. على أنّ الشرع أعطى له فرصة نفي النسب عند علمه بالولادة.

3- أنّ تنسيب الولد لصاحب الماء أفضل من أن يترك بدون نسب لأب.²

4 - إنّ المرأة إذا حملت من الزنا فلا شك أنّ الولد قد تخلّق من ماء الزاني حقيقة، والنسب ثابت واقعاً وإن لم يكن الزنا طريقاً مشروعاً للنسب.³ كون التشريع يراعي الحقائق لا الأوهام. فلا عبرة بالتّوهم وولد الزنا ليس وهماً وإنّما حقيقة كونية وطبيعية، ويعطى حكم الحقيقة الشرعية عند إعمال مدرّكاتها وضوابطها الشرعية في إثبات نسبه وبنوّته الشرعية.⁴

وفي ذلك اتّفاق بين الفقهاء على نسبة ولد الزنا لأمه، مع أنّها زانية، معلّلين أنّ الأمّ معروفة قطعاً لوجود الولادة منها. بينما كون الرّجل هو الأب الحقيقيّ الذي تخلّق الولد من مائه فمشكوك فيه، فإذا أثبتت البصمة الوراثية التي حلّت محلّ القيافة في عصرنا الحاليّ نسب هذا الولد لهذا الرّجل حقيقة فإنّه ينسب إليه. واليوم أصبحت البصمة الوراثية تثبت بصفة يقينية بنوّة الأب للطفّل مثلما تفعله الولادة بالنسبة للأمّ.

5 - أنّ الجمهور القائلين بعدم تنسيب ولد الزنا له أثبتوا بالزنا حرمة المصاهرة. فلا يجوز عند أكثرهم للزاني أن يتزوّج بأُمّ الزانية أو ابنتها منه أو من غيره. وإذا ثبت للزنا الأثر، ألا يثبت له أثر النسب مراعاة للصغار الضّائعين؟.⁵

6 - إن جلّ الفقهاء ذهبوا إلى إثبات النسب بالإقرار - الاستلحاق - ممّن يطلبه بشرط أن يمكن أن يكون منه، وألاّ ينافيه أحد في ادّعائه، دون تفصيل عن حقيقة العلاقة التي جاء منها الولد. فلم يشترطوا في ذلك أكثر من ألاّ يصرح أنّه من الزنا، لما في ذلك من نفع محض للطفّل. فلماذا لا يلحق الولد بالزاني مع التأكّد على ضرورة إقامة حدّ الله تعالى عليه؟.

¹ - نور الدين مختار الخادمي، المرجع السابق، ص 21.

² - سعد الدين مسعد هلال، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، المرجع السابق، ص 360.

³ - مازن إسماعيل هنية، المرجع السابق، ص 18.

⁴ - نور الدين مختار الخادمي، المرجع السابق، ص 25.

⁵ - سعد الدين مسعد هلال، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، المرجع السابق، ص 360.

7 - إنَّ في إقامة الحدِّ على الزَّاني دلالة ظاهرة على إثبات حالة الزَّنا التي أدَّت إلى تخلُّق ولد الزَّنا من ماء الزَّاني، ممَّا يؤيِّد صحَّة دعوى الزَّاني للولد.¹

8 - إنَّ عدم نسبة الولد لأبيه الحقيقي، وإن كان من الزَّنا قد يؤدِّي إلى اختلاط الأنساب. لأنَّنا لو منحنا الطِّفل الطَّبَّيعي اسمًا مستعارًا وعاش مع الأطفال غير الشرعيِّين - كما هو الواقع - ولم يُعَلِّم له أب، فربَّما يتزوَّج بمن تكون أخته وهو لا يعلم. وفي هذا من الحرام أكثر من نسبة الولد بالزَّاني.

ثانيا: أدلة ثبوت نسب الطِّفل الطَّبَّيعي لوالديه في الفقه الإسلامي المعاصر

بعد ظهور البصمة الوراثية واعتمادها في الرَّاجح كدليل في إثبات النَّسب، ذهب بعض العلماء المعاصرين إلى أنَّه يجب إعادة النَّظر في نسب ولد الزَّنا للحجج التَّالية:

أ - قوله تعالى: ﴿ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ...﴾². إنَّ منطوق الآية يدعو إلى أن ينسب الشَّخص إلى الأب الحقيقي.³ ومقتضى قوله تعالى: ﴿ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ...﴾ أن نعرف الأب الحقيقي، وأن نبذل في ذلك جهدًا في المعرفة لكي يأتي نسب الولد لأبيه حقًّا سواء أكان شرعيًّا أو غير شرعي، وسواء أكان من زنا أو من زواج ضاعت وثائقه.⁴

وفي مقال نشره موقع الحوار المتمدِّن بقلم الدَّكتور أحمد صبحي منصور - مفكر إسلامي مصري - بعنوان: « ادعوه لآبائهم حتى ولد الزَّنا يلحق بأبيه في الإسلام ».⁵ ردًّا على فتوى بعدم صحَّة نسب ابن الزَّنا لأبيه. يقول: " إنَّ الفتوى بعدم صحَّة نسب ابن الزَّنا لأبيه تظلم نفسًا بريئة لم ترتكب إثمًا، والظلم محرَّم في تشريع الرَّحمن. هذه الفتوى تناقض قاعدة أصولية تشريعية تكررت خمس مرَّات في القرآن الكريم وهي ﴿أَلَّا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾.⁶ ثمَّ يؤكِّدها ربُّ العزَّة جلَّ وعلا في مواضع

¹ - ابن قدامة موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد، المغني، ج7، المرجع السابق، ص 130.

² - سورة الأحزاب، الآية: 05.

³ - سعد الدين مسعد هلال، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، م3، أعمال وبحوث الدورة 16 للمجمع الفقهي الإسلامية، مكة المكرمة، من 05-10 جانفي 2002، ص 276.

⁴ - ذهب إلى هذا الرأي كل من حسن علي دبا، محمد عثمان رأفت، وعبد المعطي بيومي. علي دبا حسن، « ما بين الدين والعلم علائق متواصلة »: بتاريخ 29 ماي 2015 على الساعة: 14: 42

http://www.raya.com/site/topics/article.asp?cu_no=2&item_no=149072&version=1&template_id=93&parent_id=42

⁵ - صبحي أحمد منصور، « ادعوه لآبائهم حتى ولد الزنا يلحق بأبيه في تشريع الإسلام »: بتاريخ 22 مارس

2015 على الساعة: 14: 2522 http://www.ahlalquran.com/arabic/show_article.php?main_id=2522

⁶ - سورة النجم، الآية: 38، سورة الأنعام، الآية: 164. سورة الإسراء، الآية: 15. سورة فاطر، الآية: 18. سورة الزمر، الآية: 07.

كثيرة بقوله: ﴿وَمَنْ يَكْسِبْ إِثْمًا فَإِنَّمَا يَكْسِبُهُ عَلَى نَفْسِهِ...﴾¹، ﴿...مَنْ يَعْمَلْ سُوءًا يُجْزَ بِهِ...﴾². أي أن الجاني وهو الأب المعترف بالزنا، فلا يصح مطلقاً أن تتحمل خطأ أبيها وتحرم من النسب، طالما أصبح أبوها معروفاً أو يمكن معرفته. ثم إن هذه الفتوى تناقض حكماً تشريعياً إلهياً قرآنياً في وجوب نسبة المولود لأبيه طالما كان معروفاً بغض النظر عن مجيئه بزواج شرعي أو زواج فاسد أو متنازع فيه، أو مجيئه بعلاقة غير شرعية.

إن الله تعالى يقول: ﴿ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ...﴾³. قد يقول الفقهاء أن هذه الآية نزلت في قصة الصحابي زيد بن حارثة الذي تبناه النبي - ص - فنزل القرآن يمنع التبني ويأمر بإعادة نسب الابن بالتبني لأبيه الأصلي. لكنهم بذلك يتجاهلون القاعدة القائلة أن خصوص السبب لا يمنع عموم الاستشهاد، أي أن هذه الآية تنطبق على الجميع في وجوب نسبة كل مولود لأبيه إذا علم من هو الأب. ثم أن الله تعالى هنا يربط الحكم بالمقصد التشريعي القائل: ﴿...هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ...﴾ أي أن نسبة الابن لأبيه الحقيقي الطبيعي هو الأصل الشرعي في الموضوع، لأنه يتفق والقسط أو العدل في الإسلام...⁴.

من جهته عبد القادر الخياط - مدير الأدلة الجنائية بشرطة دبي - في تفسيره لقول الله عز وجل ﴿ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ...﴾. يقول: "أمر من الله بأن ينسب الولد لأبيه الحقيقي (البيولوجي) فهو الصواب والحقيقة. ﴿...فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ...﴾. هنا يحث الله على البحث والتحري عن الأب الحقيقي، والبحث يكون بمختلف الوسائل والقرائن. وكشف الله سر الوسيلة (البصمة الوراثية) التي يمكن من خلالها لنا نحن البشر التعرف على الأب الحقيقي وتنفيذ ما أمر الله به ﴿ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ...﴾"⁵.

وشد الرسول - ص - النكير على الآباء الذين يحددون نسب أولادهم فقال: {...وَأَيُّمَا رَجُلٍ جَحَدَ وَلَدَهُ وَهُوَ يُنْظَرُ إِلَيْهِ احْتَجَبَ اللَّهُ مِنْهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَفَضَحَهُ عَلَى رُؤُوسِ الْأُولِينَ وَالْآخِرِينَ }⁶. لأن في هذا الإنكار تعريضاً للولد وأمه للذل والعار.

¹ - سورة النساء، الآية: 111.

² - سورة النساء، الآية: 123.

³ - سورة الأحزاب، الآية: 05.

⁴ - صبحي أحمد منصور، المرجع السابق.

⁵ - عبد القادر الخياط وفريدة الشمالي، تقنيات البصمة الوراثية في قضايا النسب وعلاقتها بالشرعية الإسلامية، م4،

المرجع السابق، ص 1516.

⁶ - أبو داود سليمان بن الأشعث، سنن أبي داود، ج3، المرجع السابق، ص 576.

ب - قول الرسول - ص - : {الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ} ، حيث قالوا إنّ الولد للفراش على حقيقته وليس على مظهره. وعملاً بكامل الحديث: {هُوَ لَكَ يَاعَبْدُ، الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ، وَاحْتَجِي مِنْهُ يَا سَوْدَةُ بِنْتُ زَمْعَةَ} . قالت: أي: عائشة فلم ير سودة قط. ¹ وأمرها رسول الله - ص - بالاحتجاب منه، لما رأى الشبه بينا بعتبة بن أبي وقاص.

ج - أنه يجب أن يلحق ابن الزنا بالزاني قياساً على وطء الشبهة.

د - إنّ الشارع الحكيم يتشوّف إلى إثبات النسب، لئلا يضيع الأولاد الذين جاءوا نتيجة خطيئة من رجل وامرأة. والأخذ بهذا الرأي في اعتقاد قائله يحقق جملة من الأهداف هي:

- 1 - الاستفادة من نعمة الله بظهور البصمة الوراثية كآية من آيات الله في الإنسان تحقق الهوية الشخصية بصفات الذاتية والمرجعية.
- 2 - إنقاذ الطبقة المتشردة من هذه الفئة، والتقليل من ظاهرة رمي المولودين الجدد في الشوارع، أو في أماكن رمي القمامات.
- 3 - تحميل المتسبب مسؤولية الرعاية من تربية وإنفاق، إعمالاً للقاعدة الشرعية " الغنم بالغرم ".
- 4 - التقليل من ظاهرة تزوير الأنساب عندما تستغل المرأة غفلة زوجها، فتلق به من ليس منه. فقال عليه الصلاة والسلام: {أَيُّمَا امْرَأَةٍ أَدْخَلْتُ عَلَى قَوْمٍ مِنْ لَيْسَ مِنْهُمْ فَلَيْسَتْ مِنَ اللَّهِ فِي شَيْءٍ وَلَنْ يُدْخِلَهَا اللَّهُ الْجَنَّةَ}. ²

وذهب بعضهم، ³ إلى أنّ إثبات النسب للزاني يحقق مصلحة، حيث سيؤدي إلى التقليل من فاحشة الزنا، فإذا عرف الزاني أنّه سيتحمل نتيجة جريمته فإنه سيحسب لهذه الفاحشة وآثارها الوخيمة ألف حساب قبل أن يقدم عليها، خاصة إذا عرف أنّه إذا حاول إنكار الولد سيجري تحليل الدنا، أو أنّ المرأة إذا حملت من غير زوجها فسينكره الزوج ويلجأ إلى التحليل، فلن تقدم على هذه الجريمة، وستنضبط الأمور، وليس معنى هذا أنّ قول الجمهور: إنّ ماء الزنا هدر، أنّ رأيه هو الصحيح. قد يكون الرأي صحيحاً في عصر وغير صحيح في عصر آخر، نظراً لاختلاف الدواعي، وفي عصرنا هذا فقدت كثير من الضمائر رعايتها لحقوق الله سبحانه، فإن كثيراً ممن يتزوجون عرفياً يستولون على ورقة الزواج ويعدمونها، ⁴ ثم لا يعترفون بأبنائهم، فيحكم القضاء بأنه زنا ولا ينسب الولد للزوج.

¹ - مسلم بن الحجاج بن مسلم أبو الحسن، صحيح مسلم، م2، دار طيبة، المرجع السابق، ص 666.

² - أبو داود سليمان بن الأشعث، سنن أبي داود، ج3، المرجع السابق، ص 575.

³ - حسن علي دبا، ما بين الدين والعلم علائق متواصلة، المرجع السابق.

⁴ - نذير حمادو، أثر البصمة الوراثية في إثبات نسب الولد غير الشرعي، بحث مقدم في اليوم الدراسي المنظم من قبل مجلس قضاء سطيف ومنظمة المحامين بسطيف، يومي 09-10 أبريل 2008، ص 14.

كما يؤكّد الدكتور عبد المعطي بيّومي - عضو مجمع البحوث الإسلامية بالأزهر - قائلاً: "إنّه في جانب الزّاني إذا كان قول الجمهور إنّ ماء الزّنا هدر، فإنّني أرى الأخذ ببعض المحقّقين منهم الحسن وابن سيرين وعروة والإمام أبي حنيفة، حيث كانوا يرون إذا أقيم الحدّ ثبت النسب. والحدّ لا يقام إلّا ببيّنة، فإذا كانت البيّنة تثبت بالدّنا وهيّ مضمونة كما قال العلماء بأكثر من 99.5 % فلا يتجاهل كلام هؤلاء المحقّقين. ونقول إنّ ماء الزّنا هدر، فهذا تجاهل لمصالح المسلمين وما قام الشّرع إلّا لتحقيق هذه المصالح. حيث تكون المصلحة فنّم شرع الله. لا بد من التّأكّد على أنّ القول بإثبات النسب بالبصمة الوراثية خاصّة لولد الزّنا سيؤدّي إلى التّقليل من الزّنا...".¹

وقال آخر: " إنّ الأخذ بالبصمة الوراثية لا ينافي قاعدة السّتر، حيث إنّ السّتر في نسبة الولد لأبيه وليس في عدم نسبته، فعدم النسبة لأبيه سيؤدّي إلى أنّ الولد سيظلّ معروفاً أنّه ليس من أب شرعيّ، وتعيّر بهما أسرتهما، بل إنّ نسبة ولد الزّنا لأمه هو فضح دائم، وضرورة أكبر تتطلّب إثبات الولد لأبيه".² كما يرى بثبوت نسب ولد الزّنا من المرأة غير المتزوّجة إلى الزّاني، ويقول: "لقد دافع ابن القيم عن هذا الرّأي، وقال: "إنّه ليس مع الجمهور إلّا حديث {الْوَلَدُ لِلْفَرَّاشِ} ولا يوجد فراش في حالة المرأة غير المتزوّجة"، وعلى هذا إذا جاءت امرأة ورجل وقالا عن ولد إنّّه ولدهما فإنّه يجوز هنا أن ينسب للرجل، وفي العصر الذي نعيش فيه يمكن اللّجوء للبصمة الوراثية في هذه الحالة".³

يقول محمد رأفت عثمان - أستاذ الفقه المقارن والعميد الأسبق لكلّيتي الشريعة والقانون بالقاهرة وطنطا، وعضو مجمع البحوث الإسلامية - : "...وكما يجوز في رأيي اللّجوء إلى البصمة الوراثية في حالة الطّفل اللّقيط إذا تنازعه اثنان أو أكثر، فإنّه يجوز أيضاً إثبات النسب بالبصمة الوراثية في حالة ادّعاء امرأة على رجل أنّه عاشرها كرهاً فحملت منه. كذلك في حالة اشتراك اثنين أو أكثر في اغتصاب امرأة فحملت، فمع توقيع عقوبة الزّنا المقرّرة شرعاً، فإنّه يجوز إجراء الاختبار الوراثي والحكم بالنسب لحمل المرأة المغتصبة إلى أيّ من الذين قاموا باغتصابها على ضوء اختبارات البصمة الوراثية".⁴ ويقول: " أعطانا الله عزّ وجلّ العلم الذي يوصل إلى أنّ إنسان ما هل هو ابن لهذا الرّجل أم لا؟ وهل هذه أمّه أم لا؟ عن طريق ما يعرف بالدّنا أو البصمة الوراثية ولا يتشابه اثنان إطلاقاً بالبصمة الوراثية. ويمكن اللّجوء في حالة المغتصبة التي أنجبت من الاغتصاب إلى الاختبار

¹ - محمد أنيس الأروادي، المرجع السابق، ص 19 و 20.

² - حسن علي دبا، المرجع السابق.

³ - محمد أنيس الأروادي، المرجع السابق، ص 19.

⁴ - محمد رأفت عثمان، البصمة الوراثية ودورها في إثبات ونفي النسب، م 2، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة والقانون، المنعقد من 05-07 ماي 2002،

الوراثي وعن طريقه يمكن القطع بوسيلة علمية بأنّ الولد أو المولودة هيّ أو هو ابن أو بنت لهذا الرجل المتهّم بالاغتصاب...¹.

أوضح أنّ استخدام تحليل البصمة الوراثية لإثبات نسب الابن سواء داخل إطار الزوجية أو خارجها جائز شرعاً، مستنداً إلى أنّ الاختبار الوراثي يعطي نتيجة تقترب إلى اليقين في نسب الأبناء وإقرار حقوقهم.²

من جهته يقول الدكتور المستشار طه الشريف - نائب رئيس محكمة النقض

السابق - بمصر: "...إذا كان ابن الزنا لا يثبت لأبيه، فإنّ ابن المغتصبة لم يتعمد فيه الزنا من جانب الأم، فهل تتمّ معاملة ابن المغتصبة مثله مثل ابن الزنا في شأن إثبات النسب، خاصة إذا أثبت تحليل الحامض النووي أنّ المغتصب هو الأب؟. إذا كان الرسول - ص - قال: {الولد للفرش وللعاشر الحجر}، فإنّ المغتصبة المفترض فيها أنّها ليست عاهراً لكنّها تمّت ممارسة الزديلة معها دون رضاها ورغماً عن أنفها وليس لها حول ولا قوة فيما تعرّضت له. قد ورد في القرآن الكريم: ﴿ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ﴾...³. هذه الآية لا تحدّثنا عن الآباء الشرعيين فقط بل أيضاً عن العلاقات غير الشرعية.

يضيف المستشار قائلاً: "لقد طبّق الإمام علي - ر - في قصّة مشهورة عندما ادّعت امرأة معاشرته ثلاثة رجال لها وإنجابها ولذا فأقرع بينهم وألحق الولد بمن أصابته القرعة. كما ثبت أنّ سيدنا عمر بن الخطّاب - ر - نسب ابن الزنا عن طريق القيّافة، أي علم التشابه وعلم الشّبه بين المولود ووالده. ومنعاً للإضرار بالأبناء الأبرياء الذين لا بُدّ لهم فيما جنته عليهم أيدي غيرهم، أن يحسم الطّب الشرعي مسألة ثبوت النسب عن طريق تحليل الحامض النووي، وأن يكون هو صاحب الرّأي الأخير في ذلك استناداً إلى تقدّم العلم، ورحمة بالمولود الذي لا ذنب له بحوادث سابقة على ولادته".⁴

يقول الدكتور مازن إسماعيل هنية - رئيس لجنة الإفتاء بفلسطين -: "أنّ ابن الزنا ينسب

للزّاني، إذا استلحقه وقامت الدلائل على ثبوت الحالة التي أدّت إلى وصول مائه إلى رحم المزني بها، وأثبتت رابطة البنية كحقيقية ثابتة بين ولد الزنا والزّاني، وذلك من خلال استخدام تقنية البصمة الوراثية المثبتة للرّبط الوراثي بين الابن وأبيه،⁵ للأسباب التالية:

¹ - الضمراني عبير، «أبناء الاغتصاب يبحثون عن طريق! هل يأخذون حقهم بالDNA؟»، «جريدة الأهرام، القاهرة،

السنة 132، العدد 44074، بتاريخ: 08 أوت 2007: <http://www.ahram.org.eg/Archive/2007/8/8/INVE2.HTM>

² - _____، «فقهاء يرحبون بفتوى إثبات النسب بـDNA»، المرجع السابق.

³ - سورة الأحزاب، الآية: 05.

⁴ - الضمراني عبير، المرجع السابق.

⁵ - مازن إسماعيل هنية، المرجع السابق، ص 19 و 20.

1 - إنَّ في قصَّة الزَّاهِب والزَّاعِي ما يُوَكِّد أنَّ الأبوةَ إذا كانت حقيقة واقعة ولو بطريق الزَّنا فهي ثابتة، ودليله وصف المشرِّع لها. فالغلام أنطقه الله بالحقِّ، فوصف الزَّاعِي أباً له، وأقرَّه الله على ذلك بالمعجزة التي أجراها على لسانه . ورواية النَّبي - ص - للقصَّة لأخذ العبرة والموعظة منها. من جملة المواعظ هو أنَّ الأبوةَ إذا كانت حقيقة واقعة أُفِّرَتْ ولو كانت بطريق الزَّنا. فإذا نطقت البصمة الوراثية بالحقيقة الواقعة وهي رابطة الوراثية بين ولد الزَّنا والزَّاني، يصحَّ حينئذ الحكم بالأبوة للزَّاني وينسب الابن إليه.

2 - لو كان الزَّنا ذاته هو السَّبب في نفي النَّسب عن الرَّجل، لما صحَّ نسب الولد إلى الأمِّ لأنَّها زانية، فيثبت حينئذ أنَّ الزَّنا ليس سبباً لنفي النَّسب عن الرَّجل بل الشَّك في تخلُّق ولد الزَّنا من مائه. هذا الشَّك غير المتحقِّق مع الأمِّ بوجود الولادة منها، يُوَكِّد أنَّه متى ثبتت الصِّلة الحقيقية بين ولد الزَّنا والزَّاني كثبتت الولادة من الأمِّ، يثبت النَّسب إليه. ولما كانت البصمة الوراثية سبيلاً إلى إثبات هذه الحقيقة، صحَّ حينئذ استعمالها في إثبات نسب ولد الزَّنا من الزَّاني.

3 - إنَّ أمر النَّبي - ص - لسودة بالاحتجاب عمَّن نسب إلى أبيها زمعة بالنَّظر إلى الشَّبه بين الولد ومن ادَّعاه بطريق الزَّنا هو عتبة بن أبي وقَّاص، لهو دليل قاطع على اعتبار الوراثية في باب النَّسب وبناء الأحكام عليها. لكن لما كان علم الوراثية علماً بسيطاً، ودلالته دلالة ضعيفة لم يترتَّب الشَّارِع عليه أحكام النَّسب، لما قد يترتَّب عليه من فساد. لأنَّ فلسفة التَّشريع تمنع بناء الأحكام على الدَّلَّائل الضعيفة التي قد تعبت بها الأهواء. ومع اكتشاف البصمة الوراثية التي تقطع بوجود صلة الوراثية أو عدمها بين ولد الزَّنا والزَّاني، وجب اعتمادها سبيلاً لذلك.

4 - إنَّ الواقع لا يرتفع، فإذا أثبتت البصمة الوراثية صلة الوراثية بين ولد الزَّنا والزَّاني، فإنَّها تثبت واقعاً. ولما لا يرتفع، وجب حينئذ علينا أن نقرَّ بالواقع ونعالجه ونرتَّب عليه من الأحكام ما يليق به على جهة السَّداد والصَّواب.

5 - إنَّ حفظ النَّسل هو مقصد من مقاصد الشَّريعة يدعوننا للتَّنَبُّث في موضوع الأنساب، فلا نلحق شخصاً بغيره على جهة الشَّك. كذلك حفظ النَّسل يتحقَّق بإلحاق الإنسان بأبيه، إذا قامت الدَّلَّائل على ذلك. والبصمة الوراثية طريق قطعيٍّ للتَّحقيق من صلة الولادة بين الأب وابنه، فاستعمالها في إثبات نسب ولد الزَّنا من أبيه يحقِّق مقصد التَّشريع في حفظ النَّسل.

6 - إنَّ إثبات النَّسب حقٌّ للابن، ومن أعظم الآثار المترتبة على الزَّنا هو تضييع النَّسل. إذ أنَّ الزَّاني تدعوه شهوته لارتكاب جريمته، ثمَّ بعد ذلك لا يتحمَّل أيَّ مسؤوليَّة ولا يترتَّب عليه أثر، إلَّا إذا أثبتت الجريمة وأقيم عليه الحدّ. ذلك لا يحفظ حقَّ الابن في إثبات نسبه. إذا كان ذلك أمر له ما يبرِّره في

الماضي فلا مبرر له مع اكتشاف البصمة الوراثية، فيجب العمل بها لحفظ حق الابن، وتحمل الأب المسؤولية نحو ذلك الابن.¹

وممن ذهب إلى القول بثبوت نسب المولود خارج رابطة الزواج من المعاصرين الدكتور سعد بن ناصر الخثلان - نائب رئيس الجمعية الفقهية بالسعودية - : " أن القول الراجح في هذه المسألة هو قول المذهب الثاني، وهو أن ولد الزنا يلحق بالزاني إذا استلحقه، ولم تكن أمه فراشاً لزوج أو سيد، ذلك لقوة ما استدلل به أصحاب هذا القول في الجملة وضُغف أدلة أصحاب القول الأول".² جاء قوله في فتوى لجنة موقع الفقه الإسلامي: "...وأوافق على ما جاء في الفتوى، وعلى ما رجح فيها من جواز زواج الزاني بالمزني بها شرط توبتها واستلحاق الزاني لولده من الزنا، بشرط ألا تكون المزني بها فراشاً لزوج أو سيد، وهذا هو القول الذي يتفق مع الأصول والقواعد الشرعية، وفيه مصالح عظيمة خاصة للولد الذي يترتب على القول بعدم استلحاقه تحطيم لشخصيته وعقدة تلازمه طيلة حياته. والشرعية تتشوف لحفظ الأنساب وتحقيق المصالح ودرء المفسد".³

مع العلم أن عنوان الفتوى كان: تزوج الزاني بالمزني بها ونسبة الولد إليه. ⁴ جاءت رداً على سؤال ورد إلى لجنة الفتوى بنفس الموقع، حيث أقام شاب علاقة محرمة مع مطلقة وأسفرت العلاقة عن وجود طفلة أنجبته الأم خارج البلد، ويريد التزوج من هذه المرأة واستلحاق البنت. رجح البعض من أعضاء لجنة الفتوى القول الذي يفضل زواج الزاني بالمزني بها، وأن ينسب الولد له، كون الولد ينشأ منسوباً لأب خير له من أن ينشأ منسوباً لأمه، مصاحباً للعار بقية عمره يتجرع ويلات جريرة ليس له فيها بُد، ففي عدم نسبته مفسد عظيم، كلحوق العار به وبأمه وبذويها، بل وبالمجتمع ككل، مع ما في هذا القول من الستر على الزناة والزواني وأهلهم وولدهم، وتشجيع لهم على التوبة.

كان من بين العلماء الموافقين على هذه الفتوى الدكتور سعد بن تركي الخثلان الذي سبق ذكر موقفه، والدكتور يوسف بن عبد الله الشبيلي جاء قوله: " أفيدكم بالموافقة على ما جاء في الفتوى...". والدكتور علي محي الدين القرة داغي جاء قوله: " أوافق على الفتوى وعلى الذي رجح فيها، وهذا رأيي مسجل منذ عدة سنوات في كتابي - فقه القضايا الطبية المعاصرة - ولكن بشرط واحد هو أن لا تكون الزانية داعرة يغشاها أكثر من واحد...".⁵ والدكتور نايف العجمي بقوله: " اطلعت على الفتوى، وأوافق

¹ - مازن إسماعيل هنية، المرجع السابق، ص 21.

² - سعد بن تركي الخثلان، المرجع السابق، ص 44.

³ - نور الدين مختار الخادمي، المرجع السابق، ص 15.

⁴ - —، « فتوى بشأن تزوج الزاني المزني بها ونسبة الولد إليه »: بتاريخ 17 ديسمبر 2013 على الساعة 19: 34

⁵ - نور الدين مختار الخادمي، المرجع السابق، ص 16. <http://www.islamfeqh.com/Lagna/ViewLagnaFatawaDetails.aspx?ID=84> انظر الملحق رقم: 01

على مضمونها، مع ملاحظة استفاء أدلة القول الأول، فقد بنا الجمهور قولهم على نصوص وأقيسة لم يذكر منها إلا دليلاً واحداً، وفي المقابل استوفت الفتوى أدلة القول الثاني الذي أختاره...". والدكتور عقيل بن محمد المقطري، حيث جاء قوله: "أوافق على نشر الفتوى بالصيغة التي أعدتها اللجنة". والدكتور هاني الجبير الذي قال: "...وقد اطلعت على الفتوى وأوافق عليها لا مانع من نشرها". والدكتور نور الدين مختار الخادمي، حيث أورد قوله تعليقاً على فتوى أمانة موقع الفقه الإسلامي بالرياض: "...وإن الذي يترجح بعد التأمل في كلام الفقهاء وفتاوى القدامى والمعاصرين هو جواز عقد النكاح على المرأة الحامل ممن زنى بها، بل لزوم ذلك كما يترجح لزوم إلحاق نسب الولد بعد التحري والتأكد بأبيه الزاني، وهو لزوم اعتباري مصلحي تدعو إليه الحاجة والمصلحة مع انتفاء مخالفته للشريعة الغراء".¹

يقول الدكتور حسني محمود عبد الدايم - أستاذ القانون المدني المساعد ورئيس قسم القانون الخاص بكلية الشريعة والقانون جامعة الأزهر -: يرى غالبية الباحثين أن قول جمهور الفقهاء بأن النسب لا يثبت بالزنا هو الراجح، ومع هذا فإنني لا أميل إلى هذا الترجيح، وأتجه وأتبنى وجهة أخرى تبناها البعض بحق،² كالدكتور سعد الدين مسعد هلالي³ والدكتور عبد المعطي بيومي والدكتور محمد رأفت عثمان،⁴ وهي ترجيح المذهب القائل بإلحاق ولد الزنا وتنسيبه للزاني، حيث لا يوجد دليل من كتاب أو سنة تنهي عن إلحاق ولد الزنا بالزاني، بل إن الشواهد تؤكد على ضرورة إلحاق كل مولود بوالده الطبيعي مع مراعاة ضوابط الاستقرار في الإثبات، وسندنا في هذا الترجيح ما يلي:

1 - إن إقرار الحرمان من الأبوة بالنسبة للزاني قرار تأديبي عقابي، وليس نصاً ملزماً. فلو وجد عقاباً آخر مناسباً كان هذا واجب التطبيق، ثم كيف ننزل على الزاني العقاب بما يضر البريء، وهو الطفل الذي من حقه أن يعيش، ولا يؤخذ بجريرة الزاني المتسبب في وجوده؟، ولعل خير عقاب لهذا الزاني في مثل هذه الحالة، أن نلزمه بالولد ليتحمل عبء تربيته والإنفاق عليه، إعمالاً لقاعدة "الغنم بالغرم"، فكما غنم اللذة الرخيصة غرم مسؤولية التربية والإنفاق.⁵

2 - إن تنسيب ابن الزنا من الزاني ليس تكريماً له، ولا ينفي بشاعة فعلته، فهو لا يزال في نظر المشرع مجرمًا يستحق حد الله فيه. لكن التنسيب قائم على المجازاة لتنسيب الأم. لقد أجمع المسلمون بحق على تنسيب ولد الزنا من الزانية لفعل النبي - ص - ذلك مع الملاعنة وابن الغامدية لقوله

¹ - نور الدين مختار الخادمي، نفس المرجع، ص 16 و 17.

² - حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات، المرجع السابق، ص 763.

³ - سعد الدين مسعد هلالي، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، المرجع السابق، ص 375 - 389.

⁴ - صبحي مجاهد، «مفتي مصر: لا لإثبات نسب ولد الزنا بـ DNA»: بتاريخ 10 ديسمبر 2014 على الساعة:

<http://www.hadielislam.com/arabic/index.php?pg=articles/print&id=23205&print=111>: 23

⁵ - سعد الدين مسعد هلالي، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، المرجع السابق، ص 375.

تعالى: ﴿...إِنْ أُمَّهُاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ...﴾¹ ويعلل الفقهاء ذلك بأنّ الأمّ معروفة قطعاً بخلاف الفاعل، فإذا ما أرسل الله إلينا رسو ل العلم بالبصمة الوراثية لمعرفة الفاعل قطعاً، ألا ينطبق الحكم على الأب أيضاً؟² فيكون الأب كما قال تعالى: ﴿...وَحَلَالٌ لِّأَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ...﴾³

3 - أنّ ماء الزنا ليس هدرًا كما يقول جمهور الفقهاء، بل ماء تترتب عليه آثار شرعية متعدّدة، منها أنّه يوجب الحدّ ويثبت حرمة المصاهرة وحرمة الرضاع عند الجمهور. فلو أرضعت الزانية طفلاً كان الزاني والده بالرضاع، كما يثبت بالزنا العدة للمزني بها على الرّاجح، فكيف بعد كلّ هذا يكون ماء هدر؟.

4 - أننا نرخص للزاني وغيره أن يستلحق من الأطفال من شاء بمجرد الإقرار أو الادّعاء أنّه منه دون استئصال عن حقيقة العلاقة التي جاء منها الولد، كما ذهب إلى غير ذلك أكثر أهل العلم إذ يقولون: لأنّه نفع محض للطفل لاتّصال نسبه، ولا مضرة على غيره فيه، فقبل كما لو أقر له بمال.⁴ فلماذا لا نعلنها صراحة في تنسيب ولد الزنا من صاحب الماء، مع التأكيد على ضرورة إقامة حدّ الله تعالى على كلّ مخطئ؟⁵

من جهته يرى الدكتور سعد الدين مسعد هلالى في كتابه البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية، وحسب رؤيته الفقهية في إلحاق ولد الزنا بالزاني، ترجيح المذهب القائل بإلحاق ولد الزنا وتنسيبه بالزاني راداً على قول الجمهور الذي ينفي ثبوت نسب هذا الولد بدليل حديث {الولد للفراش وللعاهر الحجر}. يقول: "إنّ النسب في القرآن الكريم ثابت برابطة الدّم فقط، وإنّما كان الزّواج أو التّسري شرطاً لحلّ العلاقة حتّى لا يتعدّى أحد على عرض أحد. قال تعالى: ﴿وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا﴾⁶ يقول ابن كثير: "فهو في ابتداء أمره ولد نسيب، ثمّ يتزوّج فيصير صهراً، ثمّ يصير له أصهار وأختان وقربان، وكلّ ذلك من ماء مهين، أقول: والآية ضمن آيات تعدّد نعم الله على المسلم والكافر سواء، فما ينطبق على ثبوت النسب بالماء في أحدهما ينطبق على الآخر.⁷ ثمّ إنّ الحديث يثبت ولا ينفي، لأنّه بمناسبة فضّ نزاع شبّ بين سعد بن أبي وقاص وعبد بن زمعة في غلام. فرأى شبهاً بيّناً بعتبة بن أبي وقاص، إلّا أنّ قواعد الإثبات التي

¹ - سورة المجادلة، الآية: 02.

² - سعد الدين مسعد هلالى، البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية، المرجع السابق، ص 364.

³ - سورة النساء، الآية: 23.

⁴ - حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات، المرجع السابق، ص 765.

⁵ - حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد نفس المرجع، ص 766.

⁶ - سورة الفرقان، الآية: 54.

⁷ - عماد الدين أبو الفداء إسماعيل ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، ج6، المملكة العربية السعودية، دار طيبة للنشر والتوزيع، ط2، 1999، ص 117.

كانت مستقرّة هو الحكم بأغلب الظّن والظاهر من الحال، وهو هنا الفراش ألحقه بعبد بن زمعة. فاعتبار النّبي - ص - الغلام ابناً للزّاني حقيقة ولكن بحكم القضاء جعله ابناً لصاحب الفراش "1. ويضيف قائلاً لقد قالوا: " إنّ إلحاق ولد الزّنا بالزّاني مخالف للإجماع الذي عليه الفقهاء، فقلت: ليس هذا إجماعاً لما فيه من خلاف حكاة ابن رشد وابن قدامة وذكره ابن حجر، وإن وصفوه بالشّدوذ² في موضع، وبالقلّة في موضع آخر. ³ كما ذهب الحنفية إلى أنّه يجوز للزّاني أن يتزوّج المزني بها ويلحق الحمل الذي منه به، إذا كانت الزّانية بغير زوج. ثمّ إنني أقول: إنّ هذا الإجماع المدّعي على منع نسب ولد الزّنا من الزّاني يعارضه إجماع آخر، وهو مشروعية الاستلحاق ممّن يطلبه بشروط، التي أهمّها أن يمكن أن يكون الولد منه، وأن لا ينافيه في ادّعائه أحد، ولا يشترط في كلّ حال أن يثبت المستلحق الفراش الشرعي "4. يقول ابن تيمية: " لو استلحق مجهول النسب، وقال إنّ ابنه لحقه باتّفاق المسلمين، إذا كان ذلك ممكناً، ولم يدّع أحد أنّه ابنه "5.

يجيب الدكتور سعد الدين مسعد هلالى قائلاً: " أمّا الزّنا فمسألة غير منضبطة، ولذلك وجدت الشّافعية وهم أكثر المذاهب الإسلامية تشدّداً في المسألة، حتّى أجازوا للزّاني أن يتزوّج ابنته من الزّنا لقولهم إنّ ماء الزّنا هدر لا حرمة له. وأراهم يتردّدون في هذه الفتوى، حتّى قال الإمام الشّافعي: " أكره أن يتزوّجها فإن تزوّجها لم أفسخ ". ثمّ أقول: وبعد ثبوت وانتشار العمل بالبصمة الوراثية في الدّول المتقدّمة ودلالاتها القطعية في تحديد صاحب الماء الذي منه الولد، هل يجوز لنا أن نتجاهل هذا النّور وتلك الحقيقة ونظّل نتمسّك بشكوك حسمها العلم وقضى عليها؟ "6.

من جانبه الدكتور عبد العزيز بن فوزان بن صالح الفوزان - أستاذ الفقه المساعد في كليّة الشّريعة بالرياض - يرحّج قول المذهب القائل بلحق ولد الزّنا بالزّاني إذا استلحقه، ولم تكن أمّه فراشاً لزّوج أو سيّد لضعف أدلّة المخالفين، إمّا في ثبوتها وإمّا في دلالتها. ولكون إلحاق ولد الزّنا بأبيه من الزّنا عند انعدام الفراش حفظاً لنسب هذا الولد وحماية له من التّشرد والانحراف، خصوصاً أنّه لا ذنب له، فلا ينبغي أن يعاقب بجريرة غيره.⁷

¹ - سعد الدين مسعد هلالى، البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية، المرجع السابق، ص 377.

² - قال ابن رشد: "وشذ قوم فقالوا يلحق ولد الزنا في الإسلام، أعني الذي كان عن زنا في الإسلام". ابن رشد أبو الوليد محمد بن أحمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، لبنان: بيروت، دار المعرفة، ط6، 1982، ص 358.

³ - ابن رشد أبو الوليد محمد بن أحمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، نفس المرجع، ص 358.

⁴ - سعد الدين مسعد هلالى، البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية، المرجع السابق، ص 381.

⁵ - ابن قاسم عبد الرحمن بن محمد، مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، م34، المرجع السابق، ص 10.

⁶ - سعد الدين مسعد هلالى، البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية، المرجع السابق، ص 385.

⁷ - عبد العزيز بن فوزان بن صالح الفوزان، المرجع السابق، 174.

كما ذهب أيضًا الدكتور فهد بن سعد الجهني - أستاذ أصول الفقه المشارك بكلية الشريعة بجامعة الطائف - إلى القول: "...أميل للأخذ بما ذهب إليه أصحاب القول الثاني، إلى أن الولد الناتج عن زنا إذا لم يكن مولودًا على فراش يدّعيه صاحبه وادّعاه الزاني ألحق به ونسب إليه. ولكن بعد رفع الأمر إلى القضاء للنظر والتحقق وصدر حكم بذلك من القضاء أو من الجهات المعنية بأحوال المسلمين وقضاياه في بلاد الغرب ونحوها".¹

إلى هذا ذهب محمد رأفت عثمان - أستاذ الفقه المقارن بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة وعضو مجمع البحوث الإسلامية - حيث يقول: "...ومع أن جمهور العلماء أي الغالبية من العلماء يرون عدم ثبوت نسب الولد إلى الزاني، فإننا نختار ما يراه فريق آخر من العلماء، يرون ثبوت نسب الولد إلى الزاني بغير المتروجة".²

قال الدكتور سفيان بن عمر بورقة - صاحب كتاب النسب ومدى تأثير المستجدات العلمية في إثباته - بعد ذكر أدلة الجمهور القائل بعدم تنسب ابن الزنا للزاني: "إن الجمهور قد اعتبروا بالطبيعة في جانب المرأة، فألحقوا نسب ولدها منها وإن كان من زنا، ولم يشترطوا مجيئه من نكاح بل هو منسوب إليها على كل حال، ولو قيل بالعكس لكان أولى لأن الولد محتاج لثبوت نسبه من جهة أبيه أكثر من جهة أمه. لأن الإنسان يهّمه أن يكون معروف النسب، ولحاجته إلى أبيه أكثر من أمه في تدبير شؤون حياته، فلما لا يكون كذلك في جانب الرجل أيضًا، إذا ثبت أنه تخلّق من مائه لكونه يعلم أنه منه، أو تيقنًا من ذلك بوسائل العلم الحديثة؟...والإنسان كما يتشرّف من جهة أبيه فإنه يتشرّف من جهة أمه وبصير كريم الطرفين. وعليه فإثبات النسب إلى الأبوين يجب أن يكون واحدًا، فإما أن يقال: إنه معتبر بالطبيعة ويلحق الولد بأبويه الزانيين، أو يقال: إنه معتبر بإقرار الشريعة لسببه، ويلزم في هذه الحالة نفيه عنهما جميعًا".³

يتفق الدكتور عبد الله النجار - أستاذ بكلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر - مع الرأي القائل أن ينسب ولد الزنا لأبيه كما ينسب لأمه، في حال كونها زوجة إذا كان الشارع الحكيم يحول بين الزاني وولده نكاحية فيه ومعاملة له بنقيض قصده. فإن الاعتبار نفسه اليوم يقتضي إثبات النسب له عند تنكّره له، لأن الرضوخ للزاني في نفي النسب سوف يحقق له مقصوده في الوقت الذي يحضّ الشارع فيه على أن يعامل بنقيضه...أي إذا ألحقنا نسب الولد به فيذوق مرّ جريمته حتى لا يتحمل غيره وزر فعلته، فتشقى المرأة في رعاية هذا الوليد...أو يودع الطفل في ملاجئ مجهولي النسب ويهرق كاهل المجتمع أو يغدو لقيطًا على أرصفة الشوارع...ويشترط لذلك ثبوت كون الولد من مائه

¹ - فهد بن سعد الجهني، المرجع السابق، ص 29.

² - محمد رأفت عثمان، البصمة الوراثية ودورها في إثبات ونفي النسب، المرجع السابق، ص 578.

³ - سفيان بن عمر بورقة، النسب ومدى تأثير المستجدات العلمية في إثباته، المرجع السابق، ص 242.

هو، وذلك عن طريق التحليل الجيني إذا استدعى الأمر ذلك. والآن يثبت النسب بالتحليل الجيني DNA وهو يفيد دلالة يقينية في إثباته من باب أولى ¹.

يقول الدكتور طه ريّان - أستاذ الفقه المقارن بجامعة الأزهر -: " إن هناك مساوئ في حال النسب أو عدمه، وأنّ الأمر يحتاج إلى اجتهاد كبير للموازنة بين المصالح والمفاسد. ويرى أن نبداً بالاعتراف بولد الرّنا ويعمّم هذا الحكم في المجتمعات الإسلامية، لأنّ الرّوح العامّة للتّشريع الإسلامي تظهر منها الرّغبة العارمة في إنقاذ هذا الوليد النّاشئ من هذه الخطيئة، والأخذ بيده إلى الحياة الاجتماعيّة المستقرّة من خلال الاعتراف به كفرد من أفراد الأسرة السّوية في المجتمع المسلم. كلّ ما في الأمر أنّهم يهدفون إلى إيجاد غطاء شرعيّ لهذه العلاقة التي ستترتّب عليها حقوق كثيرة وواجبات متشعبة " ².

بعد هذا العرض المفصّل لأدلة الفريقين يتبيّن للباحث رجحان القول الثّاني، وهو إلحاق ولد الرّنا بالزّاني إذا استلحقه لقوّة الأدلّة لديهم. وأنّ جمهور الفقهاء ليس لهم في هذه المسألة سند قويّ يعتمدون عليه سوى الحديث الصحيح: { الولد للفراش وللعاهر الحجر }، وأصحاب القول المخالف القائلين بإلحاقه إذا عُدّ الفراش لم يخالفوا هذا الحديث. قال ابن القيم: "...وليس مع الجمهور أكثر من { الولد للفراش } وصاحب هذا المذهب - أي: القائلون بالاستلحاق - أوّل قائل به..." ³. بل وقفوا عند أمر النّبي - ص - وقضائه فيه، وألزموا به أنفسهم وكانوا أوّل القائلين به. وذكر الإجماع ابن قدامة فقال: "وأجمعوا على أنّه إذا ولد على فراش رجل فادّعاه آخر، أنّه لا يلحقه، وإنّما الخلاف فيما إذا ولد على غير فراش " ⁴. لكنهم قصروه على ما إذا تعارض الفراش مع الرّنا.

أمّا إذا لم يكن فراشاً، فلو قلنا بعدم اللّحوق كما قال الجمهور عملاً بعموم الأحاديث التي قضى النّبي - ص - فيها بإبطال أمر الجاهليّة وأنّه بعد الإسلام لا يلحق ولد بعاهر، لعورضنا بقضاء سيّدنا عمر بن الخطاب - ر - الثّابت في السّنة الصّحيحة، والذي ألحق فيه الولد للزّاني بعد قطع النّبي نسبته إليه. ثمّ إنّ في إلحاق الطّفل الطّبيعي بأبيه من العلاقة غير الشرعيّة حفظاً لنسب هذا الولد وحماية له من التّشرد والانحراف، خصوصاً وأنّه لا ذنب له فيما اقتراه والداه، فلا ينبغي أن يعاقب بما ارتكبه غيره. ونحن نعلم بأنّ إثبات نسبه من والده الحقيقي هو حقّ له، خصوصاً مع

¹ - بديعة علي أحمد، البصمة الوراثية وأثرها في إثبات النسب أو نفيه، (دراسة فقهية مقارنة)، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، ط1، 2011، ص 124.

² - بديعة علي أحمد، نفس المرجع، ص 125.

³ - ابن قيم الجوزية أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب، زاد المعاد في هدي خير العباد، ج5، المرجع السابق، ص 425 و 426.

⁴ - ابن قدامة موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد، المغني، ج9، المرجع السابق، ص 123.

اكتشاف البصمة الوراثية أصبح واجباً العمل بها لحفظ هذا الحق، وتحميل الأب المسؤولية نحو ذلك الابن. فالإسلام كما يتشوّف لثبوت النسب يتشوّف لظهور الحقيقة، وإقرار الزاني بالولد لا تهمة فيه، خاصة إذا لم ينزعه أحد. فما نراه في هذه الحالة أن يجبر الزاني خاصة إذا أثبتت التحاليل أن الولد منه على تحمّل مسؤولية الولد برعايته والإنفاق عليه.

سبق وأن أشرنا إلى أن النسب مثلما هو حقّ للأب، كذلك هو حقّ للولد، وما دام أنّه ليس حقّاً خالصاً للأب فيعاقب بحرمانه منه باعتباره مرتكباً لفعل حرام، لا بدّ أن يلقي على عاتقه مجموعة من الالتزامات كالحضانة والنفقة والولاية والإرث... الخ. فمن غير المعقول أن يرتكب الأب جريمة ويجازى عليها بالإعفاء من هذه الالتزامات، وليس من المقبول أيضاً أن يرتكب الأب جريمة ويعاقب الولد بحرمانه من الحقوق المرتبطة بنسبه.

بعد هذه المقاربة وما تمّ عرضه سابقاً من أدلة جمهور الفقهاء القائلين بمنع إلحاق ولد الزنا بالزاني نرى أنّ أدلتهم في ذلك لا تقوى على منع إلحاق الطفل بأبيه الطبيعي. وعليه القيام بمسؤوليته تجاهه، فهو ابنه ومسؤول عن تربيته ورعايته، ويلزم بالإنفاق عليه.

إننا نجد من العلماء المعاصرين من يؤيّد هذا القول حيث يرون أنّه لا يوجد دليل من الكتاب أو السنة ينهي عن إلحاق ولد الزنا بالزاني. إنّ الشواهد تؤكّد على ضرورة إلحاق كلّ مولود بوالده الطبيعي مع مراعاة ضوابط الاستقرار في الإثبات، وعدم إغفال عقاب المخطئ الحقيقي وهو الزاني بإنزال حدّ الله فيه وفقاً لقواعد تنفيذ الحدود شرعاً.¹

قال آخر أنّه لم يرد نصّ في الكتاب أو السنة الصحيحة يحرم انتساب ولد الزنا إلى أبيه، وأنّه لا وجود لإجماع الأمة على ذلك الحكم. وإنّ سبب قول أغلب الفقه بنسب الطفل إلى أمّه دون أبيه راجع إلى ثبوت البنوة بالنسبة للأمّ عن طريق الولادة المادية، وتعدّ هذا الثبوت إزاء الأب. لو استبعد هذا السبب لكان ما ذهب إليه الفقه من التفرقة بين الأمّ والأب مجرد تحكّم لا يقوّه منطق ولا مبدأ من المبادئ التي تقوم عليها أحكام الشريعة، وفي مقدّمتها مبادئ المساواة في التكاليف والجزاء، وعدم مؤاخذه الفرد بما جناه غيره.² فلماذا تتحمّل الأمّ وحدها وزر خطأ ارتكبته بالمشاركة مع غيرها؟ ولماذا يجب أن يتحرّر الرّجل من كلّ مسؤولية تجاه الطفل وتجاه الأمّ وتجاه المجتمع، فلا اسم ولا نسب ولا نفقة ولا تعويض؟.

¹ - سعد الدين مسعد هلال، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، المرجع السابق، ص 383.

² - الخليلي أحمد، وجهة نظر، الأسرة والطفل والمرأة - أصول الفقه والفكر الفقهي، المرجع السابق، ص 104.

إنّ المانع كان فيما مضى هو استحالة التعرف على شريك الأمّ في تواجد الطّفل. فهل إذا توفّرت لدينا سبل تحديد الفاعل يقيناً، لا يتبقّى مانع آخر لكي يحمل الطّفل غير الشرعي نسب أبيه، علماً أنّ التحليل الجيني يتيح ذلك فعلاً على الأقلّ عندما تتيّس معرفة الأب من لدن الأمّ؟. إنّنا نرى أنّ في هذا القول سترًا للزّانيين، وتشجيعاً لهما على التّوبة والاستقامة، وحثاً للزّاني على نكاح من زنا بها وإعفائها وستر أهلها وولدها، وفيه حلٌّ لمشكلة هؤلاء الأولاد النّاتجين من الزّنا، فلا يشعرون بأنّهم ولدوا في الحرام، ولا يحسّون بالقهر والظلم إثر ما وقع عليهم ، فينشأون مع إخوانهم من النّكاح الصّحيح نشأةً صالحة، وينتسبون إلى أسرة يهتمهم سمعتها، والمحافظة على شرفها وكرامتها.

كما نرى أيضاً أنّ النسب إلى الأمّ غير محقّق في هذا الزّمن. فمن الذي يدعى باسم أمّه، سواء في شهادة الميلاد أو البطاقة الشخصية وغيرها، حتّى لو حصل ذلك فإنّه فيه فضح دائم للولد أنّه ولد غير شرعيّ، فما ذنبه؟.

اليوم أصبحت البصمة الوراثية تثبت بصفة يقينية بنوّة الأب للطّفل مثلما تفعله الولادة بالنسبة للأمّ، فهيّ حجة في إثبات النسب للتأكد من الفاعل الحقيقيّ.

المبحث الثاني: نسب الطّفل المولود خارج إطار العلاقة الزوجية لوالديه في بعض التشريعات العربيّة والغربيّة

يعتبر الحقّ في النسب من الحقوق العظيمة التي أقرتها الشريعة الإسلامية، وكما هو معلوم فالنسب ثمرة العلاقة الزوجية، باعتبار علاقة الزواج من أنبل وأقدس الروابط، تمّ إحاطتها بعناية بالغة، فهيّ السبيل الشرعي الوحيد لتكوين أسرة أساسها المودة والرّحمة والمحافظة على الأنساب. إنّ المتنبّع لموقف القانون الوضعي في هذا المجال، لا سيّما القانون الفرنسي، يرى أنّه أجاز إثبات البنوّة الطّبيعية - غير الشرعية - والاعتراف بها بعد ظهور قانون 03 جانفي 1972 المتعلّق بالنسب.¹

أمّا ما يتعلّق بالتشريعات العربيّة، فمعظمها تتبنّى مذهب الجمهور القائل بعدم إثبات نسب ولد الزّنا من أبيه الزّاني. وخالفهم في ذلك المشرّع التّونسي، حيث قضى بجواز إسناد لقب الأب للطّفل مجهول النسب الذي يثبت بالإقرار أو بشهادة الشّهود أو بالتحليل الجيني، أنّ هذا الشّخص هو أب ذلك الطّفل. وقد جاء نص قانون الأحوال الشخصية التّونسي الصّادر بتاريخ 28 أكتوبر 1998 صريحاً في هذا الخصوص.

¹ - - Françoise DEKEUWER-DEFOSSER, « les droits de l'enfant », QUE SAIS - JE?, édition Presses Universitaires de France, Janvier 2001, 5^{ème} édition, Paris, p. 43.

هذا ما سوف نوضّحه من خلال موقف بعض التشريعات المغاربية من إثبات نسب الطفل الطبيعي لوالديه ضمن المطلب الأول، ثم نظرة بعض التشريعات الغربية لهذه المسألة كمطلب ثاني.

المطلب الأول: إثبات نسب الطفل الطبيعي لوالديه في بعض التشريعات المغاربية

إنّ غالبية هذه التشريعات تستمدّ أحكام الأحوال الشخصية، ومنها أحكام النسب من الشريعة الإسلامية. أخذت هذه التشريعات وتبنّت مذهب جمهور الفقهاء القائل بعدم إثبات ولد الزنا من أبيه الزاني، ولم يخالف في ذلك إلاّ المشرّع التونسي حيث قضى بجواز إسناد لقب الأب للطفل مجهول النسب.

رغم الإشارة إلى وسيلة البصمة الوراثية كطريق لإثبات النسب في قوانينها إلاّ أنّ حجّتهم في ذلك أنّ اعتماد العلاقات الآتمة أساساً في النسب من شأنه أن يؤدي إلى اختلاط الأنساب وإشاعة الفاحشة والفسق والفجور في المجتمع، وإلى الاستهانة بعقد الزواج الشرعي.

عدّد الفقهاء منذ القدم وسائل عدّة لإثبات النسب منها الفرائض والإقرار والبيّنة والقيافة والقرعة، وأخذت جلّ التشريعات العربية والمغربية خاصّة بالثلاث الأولى وهي موضع اتفاق بين العلماء. لكن بعد الثورة العلمية التي تسبّب فيها التطور البيولوجي الناجم عن استخدام واستحداث أدقّ التقنيات في المعرفة العلمية، لا سيّما ما يحدث عن فحص خلايا الجسم لإثبات حقائق يقينية بعيداً عن الظّنية. قامت هذه التشريعات بإدخال طريقة جديدة لإثبات النسب والتي تتمثل بضمانة كبيرة للطفل لمعرفة نسبه الحقيقي باستخدام الطرق العلمية التي تعتبر البصمة الوراثية نوعاً من هذه الطرق. إذ أنّصح تأثير هذه التشريعات إثر التعديل الذي طرأ على قوانينها. وعلى هذا الأساس سوف نتطرّق إلى نظرة المشرّع التونسي للطفل الطبيعي في معرفة والديه ضمن الفرع الأول ثمّ إلى إثبات نسب ولد الزنا في التشريع المغربي في الفرع الثاني وبعدها موقف المشرّع الجزائري في إثبات نسب الطفل غير الشرعي لوالديه في الفرع الثالث.

الفرع الأول: حقّ الطفل الطبيعي في معرفة والديه ضمن التشريع التونسي

تعرّض المشرّع التونسي إلى مسألة النسب في مجلّة الأحوال الشخصية، حيث تبنّى أحكام النسب الواردة في الشريعة الإسلامية معتمداً على آراء فقهاء الحنفية والمالكية في مختلف مسائله. كما تجدر الإشارة أنّ المشرّع التونسي وضع وسائل ثلاث لإثبات النسب، وهي الفرائض والإقرار والبيّنة.¹

والنسب في التشريع التونسي يعني ارتباط الولد بأبيه ارتباطاً شرعياً وبيولوجياً، وهو ما يفترض أنّ الطفل ناتج من صلب والده وفي إطار علاقة شرعية. علماً أنّ ثبوته يخوّل له التمتع بكافة حقوقه إزاء والده المتمثلة أساساً في حمل اللقب العائلي والحقّ في النفقة والإرث. هذا ما يجعلنا نجزم أنّ

¹ - الفصل: 68 من مجلّة الأحوال الشخصية التونسية.

النَّسب في مجلّة الأحوال الشخصية هو علاقة شرعية بين الابن وأبيه. وكلّما اتّضح أنّ المولود لا يتمتّع بقريّة الشرعية انقطع نسبه عن والده ولم يبق له الانتساب إلّا إلى أمّه. وبدت وضعيّة الطّفل الطّبيعي في القانون التّونسي وضعيّة مشوبة بالغموض، حيث بقيت البنوة الطّبيعية غير منظّمة في القانون التّونسي ولم يقرّر المشرّع لها أحكامًا خاصّة بها سوى أنّ الفصل 152 من مجلّة الأحوال الشخصية¹ تحدّث عن ابن الرّنا إذ أقرّ علاقته بأمّه وقرابتها فقط.

أمام سكوت المشرّع التّونسي عن وضعيّة الابن الطّبيعي وغياب أحكام قانونيّة تكفل له اكتساب حقوقه تجاه أبيه البيولوجي، ففي ظلّ المندادة بحماية حقوق الطّفل وفي مقدّمتها حقّه في الهويّة، وبعد صدور مجلّة حماية الطّفل سنة 1995،² اتّجهت إرادة المشرّع سنة 1998 إلى التّفكير في وضع نظام قانوني خاص بوضعيّة الأبناء المولودين خارج إطار الرّواج، ذلك بسن القانون عدد 75 لسنة 1998 المؤرّخ في 28 أكتوبر 1998³ الذي أقرّ حقّ الطّفل الطّبيعي في إثبات الأبوة. لأنّ إقصاء الأبناء غير الشرعيين من حقّهم في إثبات النسب يتجافى ومقتضيات العدالة والإنصاف. فليس من العدل في شيء أن نُحمّل الطّفل نتائج ولادته من أبوين غير متزوّجين. حيث كان واضحًا في الفصل الأوّل من قانون 1998 المتعلّق بإثبات البنوة الطّبيعية بالإقرار أو بشهادة الشّهود أو بواسطة التّحليل الجيني.

بهذا يكون المشرّع التّونسي أوّل المشرّعين العرب الذي أجاز صراحة إثبات نسب الطّفل غير الشرعي بواسطة التّحليل الجيني أو ما يسمّى بالبصمة الوراثية.⁴ حيث جعلها في منزلة تساوي الإقرار والبيّنة باستعماله عبارة "أو".

¹ - أمر علي مؤرخ في 13 أوت 1956، يتعلّق بإصدار مجلّة الأحوال الشخصية، الم رقّح بالقانون عدد 32 لسنة 2007، المؤرّخ في 14 ماي 2007، يتعلّق بتتقيح بعض أحكام مجلّة الأحوال الشخصية. الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 42 بتاريخ 25 ماي 2007، ص 1851.

² - القانون عدد 92 لسنة 1995، المؤرّخ في 09 نوفمبر 1995، يتعلّق بإصدار مجلّة حماية الطّفل. الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، العدد 90 بتاريخ 10 نوفمبر 1995، ص 2205.

³ - القانون عدد 75 لسنة 1998، مؤرخ في 28 أكتوبر 1998، يتعلّق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهمّلين أو مجهولي النسب. الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 87 بتاريخ 30 أكتوبر 1998، ص 2176.

⁴ - نص الفصل الأوّل من القانون عدد 75 لسنة 1998 على أن: "...ويمكن للأب أو للأم أو للنيابة العمومية رفع الأمر إلى المحكمة الابتدائية المختصة لطلب لقب الأب للطّفل الذي يثبت بالإقرار أو بشهادة الشّهود أو بواسطة التّحليل الجيني أن هذا الشخص هو أب ذلك الطّفل". وبعد التعديل جاء في الفصل 03 مكرر من قانون 51 لسنة 2003: "يمكن للمعني بالأمر أو للأب أو للأم أو للنيابة العمومية رفع الأمر إلى المحكمة الابتدائية المختصة لطلب إسناد لقب الأب إلى مجهول النسب الذي يثبت بالإقرار أو بشهادة الشّهود أو بواسطة التّحليل الجيني أن هذا الشخص هو أب ذلك الطّفل".

تباينت مواقف الفقهاء في تونس حول مدى أحقية الطفل الطبيعي في إثبات نسبه من أبيه طبقاً لأحكام مجلة الأحوال الشخصية . إذ ذهب بعضهم إلى القول أنّ النسب المعتبر في القانون التونسي هو النسب الشرعي فحسب ، لأنّ مجلة الأحوال الشخصية لا تعترف بالبنوة الطبيعية ، بينما اعتبر بعض الفقهاء أنّ إقصاء الأبناء الطبيعيين من حقهم في إثبات النسب يتجافى ومقتضيات العدالة والإنصاف.

بموجب القانون عدد 75 لسنة 1998 المؤرخ في 28 أكتوبر 1998 المتعلّق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب يمكن القول أنّ المشرّع التونسي أعاد النظر في مسألة إثبات بنوة الأطفال الطبيعيين . يبدو ظاهرياً من خلال عنوانه هذا القانون وما تضمنته فصوله الستة قبل تعديله من أحكام أنّه يهدف إلى إيجاد حلّ نهائي لإشكاليات الهوية التي تَعترض الأطفال المهملين ومجهولي النسب وعُدّ على هذا الأساس أحد مظاهر تكريس حقوق الإنسان في تونس.

تجدر الإشارة أيضاً أنّ مسألة إيجاد إطار قانوني ينظّم وضعيّة الأبناء الطبيعيين أصبحت حاجة موكّدة تفرض نفسها أكثر من أيّ وقت مضى بالنظر إلى الواقع الاجتماعي الحالي، سيّما أنّ هذه الشريحة من الأطفال تأخذ في الازدياد في السنوات الأخيرة مع تراجع الضوابط الدينيّة والأخلاقيّة من جهة وتنامي العلاقات الحرّة والروابط الجنسيّة خارج إطار الزواج من جهة أخرى.

أولاً: قواعد نسب الطفل الطبيعي في مجلة الأحوال الشخصية

إنّ النسب في القانون التونسي حسب الفصل 68 من مجلة الأحوال الشخصية يعني العلاقة الشرعيّة أو القانونيّة بين الطفل ووالده. لكن ماذا لو ولد الطفل خارج إطار الزواج فهل بإمكانه أن يثبت علاقته الشرعية بأبيه؟.

يبدو أنّه وإلى غاية ظهور قانون 28 أكتوبر 1998 لم يشر المشرّع التونسي إلى الأطفال المولودين خارج إطار الزواج، ولم ينظّم وضعيتهم القانونية الخاصّة بهم، إذا ما استثنينا أحكام الفصل 152 من مجلة الأحوال الشخصية الذي ينصّ على أنّ: " يرث ولد الزنا من الأمّ وقرابتها وترثه الأمّ وقرابتها ". لكن هذا الفصل لا ينظّم قطعياً الوضعيّة القانونيّة للطفل غير الشرعي فهو لا يرث والده لأنّه مقطوع النسب عنه.¹

كما يمكن للمعني بالأمر أو للأب أو للأم أو للنيابة العمومية رفع الأمر إلى المحكمة الابتدائية المختصة لطلب عرض الأم على التحليل الجيني لإثبات أنها أم المعني بالأمر مجهول النسب .

¹ - رضا الوسلاتي، الجديد في قانون إسناد اللقب العائلي، بحث مقدم للملتقى المقام بالمعهد الأعلى للقضاء، تونس، حول إسناد اللقب العائلي لمجهولي النسب والمهملين، الدورة 16 أكتوبر 2003 ، ص 03.

لعلّ أبرز الحقوق الشخصية للطفل، الحق في الاسم واللقب باعتبارهما من أهم مقومات الشخصية القانونية للإنسان، وهذا الموضوع مرتبط بالنسب. فالطفل الشرعي يحمل لقب أبيه طالما أنّ النسب يثبت بالفراش على معنى الفصل 68 من مجلة الأحوال الشخصية.

إذا كانت هوية الأبناء الشرعيين لا تتغير أيّ إشكال، فإنّ وضعيّة غيرهم من الأطفال لا تخلو من صعوبات دقيقة، كوّن شخصيتهم القانونية تكاد تكون منعدمة، لأنّ الذات البدنية وحدها لا تكفي لإبراز الهوية. هذا الصنف من الأطفال يعيش مأساة لا ذنب لهم فيها، حيث حدّد المشرّع التونسي وسائل إثبات النسب في الفصل 68 من مجلة الأحوال الشخصية وهي الفراش أو إقرار الأب أو شهادة شاهدين من أهل الثقة فأكثر.

وقد درج القضاء التونسي إلى أنّ المقصود بعبارة الفراش الواردة بهذا الفصل هو الزّواج الشرعي كيفما كان وجه إبرامه، ولا يندرج فيه مدلوله ومرماه رابطة الاتصال الناتج عن علاقة الزّنا وأنّ الولد المتخلف من الاتصال الواقع على وجه الزّنا لا يعتبر ابناً شرعياً للزّاني ولا يثبت بذلك نسبه إليه وإنّما الولد للفراش وللعاهر الحجر.¹

رغم إظهار نية المشرّع التونسي بإقراره جملة من الأحكام القانونية لحماية هؤلاء الأطفال، من ذلك أنّ الفصل 22 من مجلة الأحوال الشخصية المتعلّق ببطان الزّواج الفاسد، أقرّ أنّ من آثاره ثبوت النسب،² وهو نفس الأثر الذي رتبّه الفصل 36 مكرّر من قانون الحالة المدنية³ المتعلّق ببطان الزّواج على خلاف الصّيغ القانونية أي أنّ المشرّع أراد حماية الطفل الذي يكون ثمرة زواج فاسد، أو أنّ ذلك الزّواج كان على خلاف الصّيغ القانونية فيكون نسبه شرعياً رغم بطلان الزّواج الرّابط بين والديه. واستقرّ القضاء التونسي على هذا المبدأ الذي مفاده ألاّ تأثير لبطلان الزّواج على نسب الابن،⁴ إلاّ أنّ مقتضيات الفصل 68 من مجلة الأحوال الشخصية الذي بيّن وسائل إثبات النسب، واشترط أن تكون العلاقة بين الابن وأبيه علاقة شرعية. فإن كانت علاقة الولد بأمه ثابتة في

¹ - قرار تعقيبي عدد 4339 بتاريخ: 06 جانفي 1981، مجلة القضاء والتشريع، تونس، 1981 العدد 02، ص 61. أشار إليه تشوار جيلالي، « نسب الطفل في القوانين المغاربية للأسرة بين النقص التشريعي والتفتيحات المستحدثة »، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2005، ص 29.

² - الفصل 22 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية: " يبطل الزواج الفاسد وجوبا بدون طلاق. ولا يترتب على مجرّد العقد أي أثر. ويترتب على الدخول الآثار التالية فقط: ب - ثبوت النسب...".

³ - ينص الفصل 36 مكرر على مايلي: " لا ينجر عن الزواج المصرح بإبطاله بمقتضى أحكام الفصل السابق إلاّ النتائج الآتية: - ثبوت النسب ". القانون عدد 3 لسنة 1957، المؤرخ في 01 أوت 1957، المتعلق بتنظيم الحالة المدنية. الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، العدد 02 و03 بتاريخ 30 جويلية/ 02 أوت 1957، ص 11.

⁴ - قرار تعقيبي مدني عدد 6030، بتاريخ 02 أبريل 1968، نشرة محكمة التعقيب التونسية، 1968، ص 33. أشار إليه أنيس سكمة، إثبات النسب بين مجلة الأحوال الشخصية والقانون عدد 75 لسنة 1998، رسالة تخرج من المعهد الأعلى للقضاء، تونس، السنة القضائية 2000-2001، ص 33.

جميع حالات الولادة شرعية كانت أم غير شرعية، فعلاقته من أبيه لا تثبت إلا من طريق الزواج الصحيح أو الفاسد أو الوطء بشبهة أو الاستلحاق إذا توفرت شروطه. كذلك بمقتضيات الفصل 72 من مجلة الأحوال الشخصية الذي اقتضى أن: "انقطاع الولد من نسب أبيه يخرج من العصبية ويسقط حقه في التّفقة والإرث".¹

تبنى المشرع التونسي أحكام النسب الواردة في الشريعة الإسلامية معتمداً في ذلك على آراء فقهاء الحنفية والمالكية في مختلف مسائله، حيث وضع لثبوت النسب سبباً واضحاً وهو الاتصال بالمرأة ومخالطة الرجل لها بطريق من طرق الحل. فإذا تحقق ذلك الحمل أو شبهته وحصلت تلك المخالطة بين الزوج وزوجته كان الرجل أباً للولد الذي نتج عن هذه المخالطة. ويؤسس الفقهاء هذا القول على حديث الرسول - ص-: {الولد للفراش وللعاهر الحجر}،² يعدّ هذا دليلاً على عدم إمكانية إثبات نسب ابن الزنا. وفي هذا الاتجاه سار المشرع التونسي في مجلة الأحوال الشخصية،³ وبقيت البتوة غير الشرعية غير منظّمة في القانون التونسي ولم يقرّر المشرع لها أحكاماً خاصة بها. رغم كلّ هذا فإنّ المواقف تباينت بين رافض لإثبات نسب الطفل المولود خارج إطار الزواج وقابل لإثبات ذلك النسب.

أ - القائلون بعدم إثبات نسب الطفل الطبيعي في التشريع التونسي

ذهب القائلون بعدم إثبات نسب الطفل الطبيعي إلى التمسك بأنّ التشريع التونسي لا يقبل بمثل هذا الإثبات، وهو ما يؤكّده في نظرهم تجاهل مجلة الأحوال الشخصية للبتوة الطبيعية واكتفائها بالأمومة الطبيعية. فبالنظر إلى أحكام مجلة الأحوال الشخصية التونسية نستنتج أنّ هذه المجلة تجاهلت مطلقاً مفهوم البتوة الطبيعية ماعدا استعمالها لعبارة ولد الزنا، وذلك في صلب الفصل 152 السابق ذكره. المشرع التونسي لم يقصد من وراء هذا الفصل إيجاد نظام قانوني للابن غير الشرعي، بل غايته من وراء وضعه كانت حجب الطفل من إرث والده حجباً كاملاً.⁴ ذلك أن

¹ - الطيب لعبيدي وناجح بن عائشة، مقارنة بين أحكام النسب وأحكام قانون إسناد اللقب العائلي للأطفال المهملين ومجهولي النسب، ملتقى وزارة العدل، المحكمة الابتدائية بالمهدية، السنة القضائية 1999-2000، ص 39.

² - البخاري أبو عبد الله محمد بن إسماعيل ، صحيح البخاري، م 4، دمشق، دار ابن كثير، ط 1، 2002، ص 1672.

³ - نور الدين الزياتي، الطفل الطبيعي، رسالة تخرج من المعهد الأعلى للقضاء، تونس، السنة القضائية 2000-2001، ص 11.

⁴ - عبد الرؤوف بن الشيخ، الوضعية القانونية للبتوة الغير الشرعية في القانون التونسي، مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمقة في القانون الخاص، تونس، 1978-1979، ص 10.

القراءة العكسيّة للفصل 152 من مجلة الأحوال الشخصية تفضي إلى القول أنّه لا يرث ولد الزّنا من أبيه وقربته ولا يرثه أبوه وقربته.

التّشريع التّونسي للأحوال الشخصية اعترف بالأمومة الطّبيعية، حيث نظّم علاقة الطّفل بوالدته، وربّبت عن هذه العلاقة ما يترتّب عادة عن أمومة الزّواج. في المقابل تغاضى عن الإشارة إلى الأبوة الطّبيعية، وبخصوص الأمومة الطّبيعية فإنّ المشرّع لم يشترط وسيلة معيّنة لإثباتها، وبالتالي اتّجه القول إلى أنّه تثبت بكلّ الوسائل الشّرعيّة بوصفها واقعة قانونيّة.¹

إنّ مجلة الأحوال الشخصية لا تعترف بالطّفل غير الشّرعي، فهي لا تكرّس إلّا نوعاً واحداً من البنوة وهو البنوة الشّرعيّة، أي النّسب الذي يتميّز بمدلول خاص في التّشريع التّونسي. إذ يعني علاقة الطّفل بوالده لا أكثر، والسّبب في ذلك هو تأثّر مجلة الأحوال الشخصية الواضح بالتّشريع الإسلاميّ التي تعتبر أنّ صلة الأب هي الشّروط الأساسي في حمل لقب العائلة. لا شك أنّ هذا التّجاهل للطّفل غير الشّرعي من قبل مجلة الأحوال الشخصية لا يخدم مصلحة هذا الأخير، بل يلحق الضّرر بالطّفل ووالدته لحرمانه من نعمة النّسب، وبالتالي إهدار لحقوقه الماديّة إزاء والده من نفقة وإرث وحقوق الرّعاية فضلاً عن شعوره بالتيه والتّشرد الذي قد يؤلّد لديه النّقمة والحقد على المجتمع.

وقد وجّد هذا الاتّجاه التأييد من جانب القضاء التّونسي الذي رفض نسب الطّفل غير الشّرعي، حيث أبدى بعض الشدّة والتّضييق في تطبيقه للفصل 68 من مجلة الأحوال الشخصية المتعلّق بوسائل إثبات النّسب، فاشتراط العلاقة الشّرعيّة لإثبات النّسب بشهادة الشّهود، وكان ذلك بصدور القرار التعقيبي المدني رقم 9210 المؤرخ في 06 مارس 1973 جاء فيه: "...وحيث أنّ القرار قد خرق أحكام الفصل 68 من مجلة الأحوال الشخصية وأساء تطبيقه لما اعتمد للحكم ثبوت النّسب شهادات لم تثبت إلّا مجرد المخالطة والخلوة بين الطّرفين ولم تشهد بوقوع الزّواج الشّرعي الذي يترتّب عنه ثبوت النّسب". حيث أكّدت المحكمة بأنّ القانون لا يسمح بإقامة النّسب الشّرعي لولد غير شرعيّ ناتج عن علاقات ما قبل الزّواج الشّرعيّ أو في مرحلة الخطبة، ذلك أنّه لا ينسب الولد لأبيه إلّا إذا كان هناك عقد زواج بصفة قانونيّة وشرعيّة.²

¹ - الناصر الشعلاي، وضعية اللّقيط في القانون التّونسي، مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمّقة في العلوم القانونيّة، كلية الحقوق والعلوم السياسيّة بتونس، 1998-1999، ص 89.

² - قرار تعقيبي مدني رقم 9210 بتاريخ 06 مارس 1973، نشريّة محكمة التعقيب لسنة 1973، ص 142. أشار إليه تشوار جيلالي، « النّقائص التشريعيّة لقوانين الأحوال الشخصية المغربيّة في مسألة النّسب »، مجلة العلوم القانونيّة والاقتصاديّة والسياسيّة، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، العدد 01، 2002، ص 137.

وجاء في قرار محكمة التعقيب أنه: " لا يعتبر الاتصال السابق (عن البناء) بين الزوجين لعدم شرعيته ولو أنجبت فيه المرأة مولودًا وللزوج حق نفي نسب هذا المولود".¹ علماً أنّ محكمة التعقيب ثبتت على موقفها في قرارات متعدّدة من بينها القرار التعقيبي المدني عدد 760 المؤرخ في 26 أفريل 1977 الذي جاء فيه بالخصوص: "...طالما أنّ الشّهادة التي استندت إليها الطّاعنة لا تفيد مطلقاً وجود علاقة شرعيّة كان من نتائجها ومن ثمرتها الولد المنسوب إلى المعقّب عليه، فإنّ علاقة الزّنا ينتفي معها النّسب".²

كذلك في نفس الاتجاه صدر القرار التعقيبي المدني عدد 26431 المؤرخ في 02 جوان 1992 الذي تضمّن أنه: "...طالما أنّ الشّهادة التي استندت عليها المدّعية لا تفيد قيام فراش صحيح ولا فاسد فلا تصلح سنداً للنّسب. إذ أنّ الزّنا مفسد لشرعيّة النّسب عند الإنكار أو النّفي من قبل المنسوب إليه النّسب وهو واقع قانوني جرى عليه فقه القضاء وعمل المحاكم".³ كما اشترط القضاء التونسي العلاقة الشرعيّة لإثبات النّسب بالإقرار، حيث أصدرت محكمة التعقيب عدد من القرارات التعقيبيّة المدنيّة اشترطت من خلالها الإدلاء بما يفيد وجود علاقة شرعيّة بين والد الطّفّل المراد إثبات نسبه بالإقرار. منها القرار عدد 9853 المؤرخ في 29 أفريل 1975 الذي جاء فيه: "...يثبت النّسب بالإقرار بوجود اتّصال جنسي ناتج عن علاقة شرعيّة (زواج) ولا عمل بالاعتراف المبني على علاقة خنائيّة عملاً بالقاعدة القانونيّة (الولد للفراش وللعاهر الحجر) الواردة بالفصل 68 من مجلّة الأحوال الشخصيّة".⁴

¹ - قرار تعقيبي مدني عدد 11609، بتاريخ 15 جويلية 1975، نشرية محكمة التعقيب، تونس، 1975، ج 2، ص 182. أشار إليه تشوار جيلالي، نسب الطفل في القوانين المغاربية للأسرة بين النقص التشريعي والتنقيحات المستحدثة، المرجع السابق، ص 28.

² - قرار تعقيبي مدني رقم 760 بتاريخ: 26 أفريل 1977 نشرية محكمة التعقيب، تونس لسنة 1977، ج 1، ص 243. أشار إليه نور الدين الزياتي، المرجع السابق، ص 14.

³ - قرار تعقيبي مدني عدد 26431 بتاريخ 02 جوان 1992، نشرية محكمة التعقيب، تونس لسنة 1992، ج 2، ص 183. أشار إليه تشوار جيلالي، نسب الطفل في القوانين المغاربية للأسرة بين النقص التشريعي والتنقيحات المستحدثة، المرجع السابق، ص 29.

⁴ - قرار تعقيبي مدني عدد 10009، بتاريخ 29 أفريل 1975، مجلة القضاء والتشريع التونسية، 1976، ص 45. أشار إليه تشوار جيلالي، نسب الطفل في القوانين المغاربية للأسرة بين النقص التشريعي والتنقيحات المستحدثة، المرجع السابق، ص 27.

إنّ القول بعدم إثبات القانون التّونسي لنسب الطّفل غير الشرعي يبدو قولاً سديداً بالنّظر إلى الأسس التّشريعيّة والقضائيّة المؤيّدّة له، إلّا أنّ هذا القول لا يجب أن يؤخذ على إطلاقه حسب المؤيدين لإثبات نسب الطّفل غير الشرعي ضرورة أنّ القانون التّونسي يتوفّر على أسس تشريعيّة وقضائيّة من شأنها أن تبرّر الاعتقاد في جواز إثبات نسب الأطفال المولودين خارج إطار الزّواج.

ب - القائلون بإثبات نسب الطّفل غير الشرعي في التّشريع التّونسي

ظلّ جانب من الفقه متمسكاً بالرّأي القائل بجواز إثبات نسب الطّفل المولود خارج إطار الزّواج، أين اعتبروا أنّ التّشريع التّونسي يتيح للطّفل غير الشرعي إمكانيّة الظّهور بمظهر الطّفل الشرعي لأسباب ثلاثة:

1 - تعدّد وسائل إثبات النّسب: جاء الفصل 68 من مجلّة الأحوال الشّخصيّة ناصاً على أنّه: " يثبت النّسب بالفراش أو بإقرار الأب أو بشهادة شاهدين من أهل الثّقّة فأكثر". يتّضح من قراءة هذا الفصل أنّ المشرّع التّونسي انصرف إرادته إلى اعتماد وسائل ثلاثة في إثبات النّسب تختلف الواحدة منها عن الأخرى، وتستقلّ عنها بالضرورة باستعمال أداة العطف " أو ". ومن ثمّ فإنّه يسوغ إثبات النّسب بإقرار الأب بالأبوة دون حاجة لكشف القناع عن والدّة الطّفل وطبيعة العلاقة الّتي ربطت بينها وبين المقرّ بالنّسب.¹

كذلك بالنّسبة لشهادة الشّاهدين من أهل الثّقّة فأكثر، أنّ فلائاً هو ابن فلان دون زيادة أو نقصان بشأن العلاقة الّتي ربطت بين والديه. وعليه فإنّ الزّواج لا يعدو كونه إحدى وسائل إثبات النّسب مثله مثل الإقرار والبيّنة. ومن ثمّ يمكن القول أنّه من النّاحيّة النّظريّة لا شيء يمنع من إثبات نسب الطّفل غير الشرعي بإقرار الأب أو بشهادة شاهدين من أهل الثّقّة. أمّا ترتيب هذه الوسائل لإثبات النّسب المذكورة بالفصل 68 من مجلّة الأحوال الشّخصيّة إنّما هو ترتيب تفاضلي، حيث يرد الفراش في مقدّماتها ثمّ يليه الإقرار بالشّهادة. هذا التّرتيب لا يؤثّر على مسألة استقلاليّة كلّ وسيلة عن الأخرى وكفايتها بذاتها لإثبات النّسب.

2 - المفهوم الواسع للزّواج: إنّ الزّواج الّذي أورده الفصل 68 من نفس المجلّة في مقدّمة وسائل إثبات النّسب يتّسم بمفهومه الواسع ضرورة أنّ المشرّع التّونسي قد استعمل عبارة الفراش الّتي تشمل صوّراً شتّى من الزّواج. حيث أنّ عبارة الفراش هيّ مصطلح مقتبس من الفقه الإسلاميّ وتعني العلاقة

¹ - حبيبة الشعبوني، إثبات النّسب بالتحليل الجيني، ملتقى وزارة العدل، دورة دراسية في قانون إسناد اللقب العائلي بالمعهد الأعلى للقضاء بتونس، الخميس 16 أكتوبر 2013، ص 85.

الشَّرعية، وهو أكثر شمولية من الزواج، إذ يطلق على الزواج الصحيح والباطل وعلى العلاقة الجنسية مع ما تملك اليمين، كذلك العلاقات الجنسية الواقعة خطأ المُعبر عنها بالدخول بشبهة.¹

إنّ عبارة الفراش الواردة في الفصل 68 من مجلة الأحوال الشخصية لم تعد تشمل من الناحية العملية إلاّ الزواج الصحيح والزواج الباطل. كما أنّه لا مانع من أن تشمل الدخول بشبهة وإن كان مثل هذا الدخول مستبعداً. فهي عبارة واسعة من شأنها أن تمكّن الطّفل غير الشرعي من أن يظهر بمظهر الابن الشرعي وذلك بتمسك من يمثله، أو بتمسكه هو إن كان مدرّكاً سنّ الرّشد بوجود زواج باطل بين والدته ووالده البيولوجي. لأنّ هذا الزواج مثبت للنسب عملاً بالفصل 22 من مجلة الأحوال الشخصية والفصل 36 مكرّر من قانون الحالة المدنية التونسيّين.² علماً أنّ هذا الزواج ينتج بدوره آثاراً من بينها ثبوت النسب.

3 - المفهوم الواسع لأدنى وأقصى مدّة للحمل: إنّ إثبات النسب بشكل مباشر أمر غير سهل، ومن ثمّ كان اللّجوء إلى قرائن لإثباته، في مقدّماتها قرينة الفراش، بمعنى أنّ كلّ طفل تلده امرأة متزوجة بعد انقضاء ستة أشهر من زواجها، أو قبل مرور سنة عن انفصام الرّابطة الزوجية محمول على أنّه مولود من صلب زوج المرأة المذكورة. لكن الملاحظ على قرينة الفراش أنّها ليست بالقرينة المطلقة، إذ أنّها قابلة للدحض طالما قضية نفي نسب الطّفل المولود لفراش تظلّ قائمة للزوج إذا اعتراه شكّ في أنّ الطّفل ليس من صلبه، وأنّ زوجته أتت به من علاقة سفاح. كرّس هذا الجواز مجلة الأحوال الشخصية بشكل لا لبس فيه.³

أشار الفصل 71⁴ من مجلة الأحوال الشخصية إلى مدّة الحمل فحدّد أدنى مدّة الحمل بستّة أشهر، يقع احتسابها من حين عقد الزواج سواء أكان العقد صحيحاً أم فاسداً. والواضح أنّ هذه المدّة لا تتماشى مع المدّة الطّبيعية للحمل الذي يستمرّ مبدئياً تسعة أشهر أو ما يزيد عن ذلك أحياناً، وهو ما يثير التّساؤل حول دواعي تحديد أدنى مدّة الحمل بستّة أشهر. علماً أنّ المشرّع التونسي استلهمها من الفقه الإسلامي استناداً للآية 15 من سورة الأحقاف⁵ والآية 14 من سورة لقمان.¹ وقع الإجماع

¹ - نعمة بولعراس، الأطفال المولودين خارج إطار الزواج- الواقع والتحديات ، ملتقى وزارة العدل، دورة دراسية في قانون إسناد اللقب العائلي بالمعهد الأعلى للقضاء بتونس، الخميس 16 أكتوبر 2013، ص 21.

² - الفصل 22 من مجلة الأحوال الشخصية والفصل 36 مكرّر من قانون الحالة المدنية، المرجع السابق.

³ - نور الدين الزياتي، المرجع السابق، ص 23.

⁴ - جاء في الفصل: 71 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية: " إذا ولدت الزوجة لتمام ستة أشهر فأكثر من حين عقد الزواج سواء كان العقد صحيحاً أو فاسداً يثبت نسب المولود من الزوج ".
⁵ - سورة الأحقاف، جزء من الآية: 15: ﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا وَحَمَلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾.

حول هذه المدّة في حين ظهر الاختلاف حول أقصى مدّة الحمل. لهذا اختار المشرّعون في معظم البلاد الإسلاميّة أن تكون أقصى مدّة الحمل عامًا يحتسب من تاريخ انفصام الرابطة الزوجية بطلاق أو بطلان أو موت.²

للإشارة أنّه ثار نقاشٌ فقهيّ بشأن الطّبيعة القانونيّة لهذه القرينة، أيّ قرينة بسيطة أم مطلقة؟ إذا كانت قرينة أقصى مدّة الحمل قرينة بسيطة فذلك معناه أنّها قابلة للدّحض، فيكون في وسع من له صفة ومصلحة أن يقيم الدّليل على أنّ الطّفل لم يبق في بطن أمّه مدّة عام كامل، وهو أمر ممكن من النّاحية العلميّة. غير أنّه من الصّعب القول أنّ الطّفل بقي في بطن أمّه مدّة تفوق العام لأنّ هذا الرّغم يتنافى مع الواقع البيولوجي والمعطيات الطّبيّة والعلميّة. وإذا قلنا أنّها قرينة مطلقة، فإنّ ذلك يعني أنّ كلّ ولد وُلد خلال السّنة المواليّة لانفصام الرابطة الزوجية هو ابن لمفارق والدته. ولا يمكن لهذا الأخير أو لمن يقوم مقامه أن ينفي نسبه عن الوالد المتحمّل بقرينة الفراش.

هنا يمكن لهذه القرينة أن تتيح للطّفل الطّبيعي إمكانيّة النّتمتع بوضعيّة الابن الشرعي.³ ذلك أنّ الطّفل المولود لتمام سنّة أشهر من تاريخ عقد الزّواج هو طفل يفترض أنّ أمّه حملت به قبل إبرام عقد الزّواج، ومع ذلك فإنه يُقرّ بحقّ هذا الطّفل في النّسب.

إنّ الطّفل المولود أثناء العام الّذي يعقّب انفصام الرابطة الزوجية بين الزّوجين قد يكون طفلاً غير شرعيّ، لا سيّما إذا كان الانفصام ناتجاً عن طلاق تسبقه عادة فترة قد تطول أو تقصر تتعطلّ أثناءها المعاشرة بين الزّوجين نتيجة لوجود الزّوجة خارج محلّ الزّوجية. رغم احتمال عدم شرعيّة الطّفل، فإنّ

¹ - سورة لقمان، الآية 14: ﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَى وَهْنٍ وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ أَنْ اشْكُرْ لِي وَلِوَالِدَيْكَ إِلَيَّ الْمَصِيرُ﴾.

² - جاء في الفصل: 35 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية: "...أما الحامل فعدتها وضع حملها وأقصى مدّة الحمل سنة من تاريخ الطلاق أو تاريخ الوفاة". أما الفصل: 69 من نفس المجلة نص على ما يلي: "لا يثبت النسب عن الإنكار لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها ولا ولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها أو من وفاته أو من تاريخ الطلاق".

³ - منذر الأدب، دور النيابة العمومية في مجال حماية الأطفال المولودين خارج إطار الزواج، الملتقى الثاني حول الحماية الاجتماعية للأطفال المهددين وفي نزاع مع القانون، مكتب اليونسيف بتونس، 28 فيفري/01 مارس 2013، ص 32.

المشرّع التونسي اعترف له بالحقّ في النّسب ولو كانت ولادته في بحر عام من انفصام الزّواج بين والديه.¹

أمام تغاضي المشرّع التونسي عن تنظيم وضعيّة الأبناء غير الشرعيّين والاعتراف بهم اعترافاً صريحاً، فإنّ القضاء التونسي حاول استنباط حلولٍ لهؤلاء الأطفال وإشعارهم بالانتماء إلى آبائهم، وتحميل الآباء مسؤوليّات أفعالهم. حيث اعتبر أنّه إذا نشأت علاقة جنسيّة بين رجل وامرأة نتيجة وجود وعدٍ بالزّواج، فإنّ هذا الوعد يعدّ زواجاً باطلاً لإبرامه خلافاً للصّحیح القانونيّة حسب الفصل 36 والفصل 36 مكرّر من قانون الحالة المدنيّة.²

وهكذا ذهبت بعض المحاكم التونسيّة إلى تطبيق مفهوم الزّواج الباطل على وقائع لا تعدو كونها علاقة زنا بُنيت على تغيير ووعد زائف بالزّواج. قضت محكمة الاستئناف بصفاقس بإثبات نسب طفل رغم عدم وجود عقد زواج محرّر طبقاً للصّحیح الشّكليّة المستوجبة، وكان ذلك في قرار عدد 7900 المؤرخ في 14 نوفمبر 1972³ الذي جاء فيه: "...حيث أنّ الطّاعن يحاول أن يجعل علاقته بالمعقّب عليها أثناء الحمل والوضع هي علاقة خنائيّة لا تجبره على قبول نسب مولودتها طالما لم يكن مرتبطاً بعقد شرعيّ كما يجب. وحيث القرار أنّ اتّصال الطّاعن جنسياً بالمعقّب عليها وازدياد المولودة النّاتجة من ذلك الاتّصال، كلّ ذلك وقع بعد الاتّفاق بين الطّرفين والتّراضي على الزّواج وقبل تحرير الحجة الرّسمية بالصّفة القانونيّة. وحيث أنّ الزّواج ينعقد فعلاً بمجرد رضا الزوجين حسب أحكام الفقرة الأولى من الفصل الثّالث من مجلّة الأحوال الشّخصيّة التونسيّة، أمّا تحرير الحجة الرّسمية... فإنّما هو شرط لصحّة عقد الزّواج، وحيث أنّ عدم إتمام ذلك الشّروط يجعل الزّواج غير صحيح. لكن من جهة أخرى يترتّب عنه ثبوت النّسب حسب أحكام الفصل 36 مكرّر من القانون عدد 03 لسنة 1975 المؤرخ في غرة أوت 1957".

أخيراً يمكن القول أنّ المشرّع التونسي تفتّن إلى هذا الوضع في ظلّ المناداة بحماية حقوق الطّفل في إرساء نظام قانوني خاص بوضعيّة الأبناء المولودين خارج إطار الزّواج، حيث قام بسنّ القانون عدد 75 لسنة 1998 المؤرخ في 28 أكتوبر 1998 والمنفّح بالقانون عدد 51 لسنة 2003 المؤرخ في

¹ - عبد الرؤوف الشيخ، الوضعيّة القانونيّة للبنوة غير الشرعيّة في القانون التونسي، مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمّقة في القانون الخاص، تونس، كلية الحقوق، 1979-1980، ص 24.

² - الفصل 36: "يعتبر الزواج المبرم خلافاً لأحكام الفصل 31 أعلاه باطلاً ويعاقب الزوجان زيادة على ذلك بالسجن مدة ثلاثة أشهر...". والفصل 36 مكرر: "لا ينجر عن الزواج المصرح بإبطاله بمقتضى أحكام الفصل السابق إلا النتائج الآتية. 1- ثبوت النسب. 2- وجود العدة على الزوجة وتبتدى هذه العدة من تاريخ صدور الحكم. 3- موانع الزواج النّاتجة عن المصاهرة". قانون تنظيم الحالة المدنيّة التونسي، المرجع السابق.

³ - قرار تعقيبي مدني رقم 7900، بتاريخ: 14 نوفمبر 1972، نشرية محكمة التعقيب، تونس، لسنة 1972، ص 55. أشار إليه نور الدين الزياتي، المرجع السابق، ص 25.

07 جويلية 2003 المتعلق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب الذي أقر بحق الطفل الطبيعي في إثبات الأبوة، ورتب بعض الآثار كالحق في حمل اللقب العائلي والحق في الرعاية من نفقة وحضانة. خصوصاً أنه أدرج وسيلة التحليل الجيني أو ما يسمى بالبصمة الوراثية كطريقة من طرق إثبات النسب.

ثانياً: حق الطفل غير الشرعي في معرفة أبويه من خلال قانون 75 لسنة 1998

تعتبر الهوية حقاً طبيعياً لكل إنسان لا يجوز الإخلال به بأي وجه. فمن الضروري أن يكون لكل فرد داخل المجتمع اسم ولقب يميزانه عن غيره من الأشخاص. على أن لا تكون هذه الميزة مصدر إهانة أو تفرقة. يكتسي الحق في الهوية أهمية خاصة لكل طفل، إذ أن فقدانها أو حتى فقدان البعض منها يضر بمصلحته نفسياً واجتماعياً.

المقصود بذلك هم أصحاب الوضعيات الاجتماعية الحرجة من لقطاع ومهملين ومجهولي النسب. حيث بقيت وضعيتهم دون تسوية وبقي الوضع يتسم بعدم استقرار تشريعي بالنسبة لهذه الفئة من الأطفال إلى حين صدور مجلة حماية الطفل في 09 نوفمبر 1995،¹ حيث أعلنت عن الحق في الهوية كوجه الحماية بالنسبة لكل طفل منذ ولادته دون استثناء أو تمييز. على الرغم من أن مجلة حماية الطفل شملت الأطفال العاديين وغيرهم من الوضعيات الخاصة، فقد خیر المشرع نظراً لحساسية هذه الفئة أفرادها بقانون خاص، وهو ما تجسم بقانون 28 أكتوبر 1998. الذي اعتبره بعض الفقهاء لبنة من لبنات الإقرار بوضعية الطفل الطبيعي ذكرًا كان أو أنثى، وإكسابه نسباً قانونياً إذا كان مجهول النسب.²

مبدئياً الأطفال المعنيون بقانون 28 أكتوبر 1998 هم الأطفال غير الشرعيين سواء تعلق الأمر بالطفل المهمل أو بالطفل مجهول النسب. علماً أن الطفل المهمل هو الذي أهمله والداه أو أهملته أمه وترك دون رعاية، وأمّا الطفل مجهول النسب فهو الطفل الغير معلوم الأب أو قام الأب الذي انتسب إليه بنفي نسبه عنه، وقد يكون مجهول النسب مطلقاً إذا لم يعرف له أب ولا أم.³ إضافة إلى أن

¹ - نص الفصل 05 من القانون عدد 92 لسنة 1995 مؤرخ في 09 نوفمبر 1995، يتعلق بإصدار مجلة حماية الطفل، على أنه: " لكل طفل الحق في الهوية منذ ولادته. وتشمل الهوية الاسم واللقب العائلي وتاريخ الولادة والجنسية ". الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 90 مؤرخ في 10 نوفمبر 1995، ص 2205.

² - الشريف محمد الحبيب، النظام العام العائلي، التشكلات ، تونس: مركز النشر الجامعي، ب.ط، 2006، ص 161.

³ - زياد الدريدي، دور قاضي الأسرة في مجال حماية الأطفال خارج إطار الزواج ، الملتقى الثاني حول الحماية الاجتماعية للأطفال المهددين وفي نزاع مع القانون، مكتب اليونيسيف بتونس، 28 فيفري/و 01 مارس 2013، ص 08.

الطفل الشرعي ليس في حاجة إلى القيام بدعوى في إسناد اللقب العائلي التي جاء بها هذا القانون طالما أنه يكتسب اللقب العائلي الأبوي بمجرد ولادته من علاقة شرعية.

عموماً يعتبر قانون 28 أكتوبر 1998 لبنة لتنظيم قانوني للولد الطبيعي الذي يتحصل على البعض من حقوق الطفل الشرعي.¹ حيث أعطى للطفل الطبيعي جملة من الحقوق المتعلقة بالرعاية والحضانة والتفقة والولاية في ارتباطها بالحق في اللقب العائلي وإثبات بنوته، وحمل واجبات على الأب البيولوجي الذي ينسب الطفل إليه.

لقد أثار هذا القانون جدلاً عند مناقشته من طرف مجلس النواب حول المغزى منه والمقاصد التشريعية التي يرمي إليها، وكانت إجابة وزارة العدل في اتجاه ضمان تمتع الطفل الطبيعي بحقوقه دون تمييز انطلاقاً من تمكينه من اللقب العائلي وتحميل الأبوين وخاصة الأب، مسؤوليته في الإنجاب التي كان في السابق يتصل منها في غياب سند قانوني يجبره على الإيفاء بواجباته تجاه الطفل. وكان الهدف من مشروع القانون هو حماية الطفل غير الشرعي حتى لا يتصل الأب من فعلته ويتولى استبعاد قيامه بواجباته كأب.² حيث أعطى هذا القانون الحق للطفل الطبيعي المطالبة بإسناد اسم أو لقب عائلي له، وفي هذه الحالة فإن إسناد اللقب يخول له الحق في التفقة والرعاية وهو أمر طبيعي يكون هذا بإثبات الأبوة ومراعاة لمصالح الطفل الفضلى. وعبر المشرع التونسي في هذا القانون عن مواكبة ما وصلت إليه المستجدات العلمية في مادة العلوم البيولوجية واستفاد من تقنية التحليل الجيني ليقحمها كوسيلة لإثبات بنوة الأطفال المهملين ومجهولي النسب، عوضاً عن قرينة الفراش طالما أن الفراش في حالتهم منعدم.³ حيث حظي الأطفال غير الشرعيين بحماية قانونية، وهي الحق في إقامة دعوى لإثبات الأبوة والمطالبة بتحليل فحوصات الحامض النووي.⁴

لعل حرص المشرع التونسي على إضفاء المساواة بين الأطفال في الانتماء إلى عائلة مكونة من أب وأم بالمصادقة على اتفاقية حقوق الطفل سنة 1991.⁵ ومن ثم تركّز الاهتمام على فئة الأطفال المهملين أو مجهولي النسب بمقتضى القانون عدد 51 المؤرخ في 07 جويلية 2003 المتعلق بتنقيح

¹ - الشريف محمد الحبيب، النظام العام العائلي: التجليات، تونس: مركز النشر الجامعي، ب.ط، 2006، ص 45.

² - اليرماني غريال عائدة، مصلحة الطفل الفضلى من خلال بعض المسائل الأسرية، (تونس مثلاً)، رسالة ماجستير، الجامعة اللبنانية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2005-2006، ص 73.

³ - أنيس سكمة، المرجع السابق، ص 13.

⁴ - المكتب الدولي لحقوق الطفل، إعمال حقوق الطفل في شمال إفريقيا، ملامح قطرية بشأن الجزائر ومصر وليبيا

والمغرب وتونس، بحث مقدم للمؤتمر المقام بمونتريال، كندا مارس 2007، ص 153.

⁵ - صادقت تونس على اتفاقية حقوق الطفل بمقتضى القانون عدد 92 لسنة 1991، المؤرخ في 29 نوفمبر 1991 يتعلق بالمصادقة على اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل ونشرت بمقتضى الأمر عدد 1865 لسنة 1991، المؤرخ في 10 ديسمبر 1991. الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 84 في 10 ديسمبر 1991، ص 1658.

قانون 28 أكتوبر 1998 بعد ما ثبت قصور التشريع القديمة في حلّ مشكلة هؤلاء الأطفال وتفاقم ظاهرة ازدياد الأطفال المولودين خارج إطار الزواج.

إذ رتب هذا القانون آثاراً قانونية هامة تتمثل في تمتع الطفل بهوية ثابتة وبالحق في النفقة وفي الولاية والحضانة، ويؤمن مسؤوليته تجاه والده وأمه. وأنّ موانع الزواج المنصوص عليها بالفصول 14 و 15 و 16 و 17 من مجلة الأحوال الشخصية¹ تنطبق فضلاً عن كونه يجري في العديد من المسائل بأثر رجعي.

إنّ ما يلاحظ على قانون 28 أكتوبر 1998 المعدّل بقانون 07 جويلية 2003، أنّه أورد في الفصل الثالث مكرّر ثلاث وسائل لإثبات الأبوة وهي الإقرار أو شهادة الشهود أو بواسطة التحليل الجيني، في حين أقصى قرينة الفراش من الوسائل القانونية المثبتة للبنوة. علماً أنّ هذه القرينة لا تخصّ سوى الأطفال الشرعيين الذين ليسوا في حاجة للقيام بدعوى إسناد اللقب العائلي ، وإنّما يثبت نسبهم بصفة آلية أو إثر القيام بدعوى إثبات النسب ما دام الفراش بين الأب والأم قائماً سواء كان شرعياً أو فاسداً، وولّد الطفل خلال المدة القانونية للحمل. وأدرجها المشرع التونسي ضمن الفصل 68 من مجلة الأحوال الشخصية لإثبات النسب الشرعي.

أمّا الأبناء المعنيون بقانون 1998 والمعتبر عنهم بالأطفال المهملين ومجهولي النسب ف إنّ الفراش في حالتهم منعدم تماماً سواء كان فراشاً صحيحاً أو فراشاً بعقد فاسد. يتدعّم هذا الرأى بما استقرّ عليه عمل المحاكم التونسية وفقه قضاء محكمة التعقيب من أنّ العلاقات الخنائية التي لا تستند إلى فراش لا ترتّب نسباً، وهو نفس الأمر بالنسبة للوسائل الإرادية لإثبات النسب المجسّمة في الإقرار وشهادة الشهود التي لا تعتبرها محكمة التعقيب وسائل مستقلة بذاتها عن قرينة الفراش ، وهو ما سيقع التطرّق إليه لاحقاً بأكثر تفصيل. نذكر في هذا السياق قرارين تعقيبيين جاء في القرار الأوّل أنّ:

"الإقرار بالفصل 68 مجلة الأحوال الشخصية هو الإقرار المبني على وجود رابطة زواج شرعيّ ولو كان هذا الزواج مختل الأركان القانونية ". وجاء في القرار الثاني أنّه : " طالما أنّ الشهادة التي استندت إليها المدّعية لا تفيد قيام فراش صحيح ولا فاسد فلا تصلح سنداً للنسب ".

الموقف الغالب في فقه القضاء التونسي يعتبر أنّ النسب الشرعيّ لا يمكن أن يكون إلّا مؤسساً على قرينة الفراش وعليه فإنّ الإقرار وشهادة الشهود لا يعتدّ بهما إذا كان موضوعهما إثبات نسب طفل ناشئ عن علاقة خنائية. وعلى هذا الأساس يمكن القول أنّ المشرع التونسي عندما تحاشى استعمال مصطلح النسب في قانون 1998 واقتصر على مصطلح إسناد اللقب العائلي للأطفال المهملين ومجهولي النسب في عنوان القانون ، وعلى مصطلح إثبات الأبوة في فصله الأوّل فإنّه عبّر

¹ - تقتضي الفصول 14 و 15 و 16 و 17 من مجلة الأحوال الشخصية أن موانع الزواج مؤبدة ومؤقتة، فالمؤبدة هي القرابة أو المصاهرة أو الرضاع أو التطلاق ثلاثاً، والمؤقتة هي تعلق حق الغير بزواج أو عدة.

عن محافظته على المفهوم التقليدي لمصطلح النسب بما هو علاقة شرعية بين الطفل وأبيه. وبما هو رابطة النسب الأبوي المستندة أساساً إلى الفراش سواء كان فراشاً صحيحاً أو بعقد فاسد . أما العلاقات غير الشرعية فلا يترتب عنها ثبوت النسب وإنما ثبوت البنوة الطبيعية وإسناد اللقب العائلي مع ما يترتب عن ذلك من آثار شخصية كما أوردها قانون 1998.

يستخلص مما سلف بيانه أن أحكام النسب في م جلة الأحوال الشخصية إنما تتعلق بإثبات النسب الشرعي المستند على قرينة الفراش ، أما قانون 1998 فإنه يتعلق بتنظيم وضعيّة الأطفال غير الشرعيين المولودين خارج إطار الفراش ، وذلك بإثبات بنوتهم تجاه الأب الطبيعي ومنحهم بعض الحقوق التي لا تضاهي في جوهرها ومضمونها الحقوق المخولة للطفل الشرعي . كل ذلك مع سعي المشرع إلى عدم المساس بأحكام النسب الشرعي الذي يبقى خاضعاً من حيث إثباته وآثاره لم جلة الأحوال الشخصية والمستمدّة أساساً من التشريع الإسلامي، فالطفل الذي لم يتمكّن من إثبات نسبه بإمكانه اللجوء لقانون 1998 لإثبات بنوته الطبيعية إذا لم يكن ثمة علاقة شرعية.

وعليه فليق أحكام قانون 1998 لا تصلح أن تكون سنداً لدعوى إثبات النسب التي يبقى سندها الوحيد أحكام إثبات النسب الواردة بم جلة الأحوال الشخصية وهو الاتجاه الذي يسير عليه على صواب التطبيق القضائي للمحاكم التونسية، إذ يقع رفض الدعوى أو تحويلها كلّما استند القائم بها على أحكام القانون المذكور ضرورة أن أحكام قانون 1998 لا تصلح إلاّ كسند لدعوى إسناد اللقب العائلي كلّما كان الفراش مفقوداً.

هذا ما يجعلنا نجزم أن قانون 1998 يعدّ دليلاً قاطعاً على أنه لا يمكن اعتماد أحكام م جلة الأحوال الشخصية لإثبات نسب الأطفال المولودين خارج إطار الفراش ، إذ لو كان الأمر كذلك لكان المشرع أكثر جرأة، وقام بتفتيح م جلة الأحوال الشخصية. فمؤسسة اللقب العائلي المحدثة بهذا القانون مكّنت المحكمة المتعهدة بدعوى إسناد اللقب من تجاوز حتمية قرينة الفراش لإثبات البنوة وهو ما يسهّل على القضاء إيجاد لوضعيّة الأطفال المهملين ومجهولي النسب بإسناد اللقب العائلي لهم. هذا من جهة ومن جهة أخرى يؤدي إلى حصر المستفيدين من قرينة الفراش بالتضييق في مفهوم الزواج الباطل .

وعلى هذا يمكن القول أن قانون 1998 يمثل نقلة نوعية في القانون التونسي بما أن المشرع التونسي أصبح يعترف بالأبناء غير الشرعيين وينظم وضعيتهم بموجب هذا القانون بعد أن كان الابن غير الشرعي لا ينسب إلاّ لأمه وقرابته تطبيقاً لأحكام الفصل 152 من مجلة الأحوال الشخصية فأصبح بالإمكان إسناد لقب أبيه وتحميل هذا الأب بالتزاماته القانونية نحو ابنه المحددة حصراً صلب هذا القانون .

ترتيباً على ذلك فقانون 1998 بتنظيمه لوضعيّة الأطفال المولودين خارج إطار الزواج أخرج فقه القضاء التونسي من المأزق الذي وجد فيه بين مقتضيات نصوص م جلة الأحوال الشخصية وأحكام

الشريعة من جهة والتي تُحرّم هؤلاء الأطفال من نسب الأب وبين متطلبات العدالة والإنصاف من جهة أخرى، ذلك من خلال التسهيل على القضاء في إيجاد حلول لوضعية الأطفال الطبيعيين بأن أوجد مؤسسة قانونية تمكّن المحاكم من تجاوز قدسية قرينة الفراش لإثبات البنوة ، لكن لا يكون ذلك إلا في إطار دعوى إسناد لقب عائلي وليس دعوى ثبوت نسب ، وهو ما يؤدّي حتماً إلى التضييق في مفهوم الزواج الباطل ما دامت الغاية التي دفعت بفقهاء القضاء إلى التوسّع في مفهومه قد تحقّقت وهي إثبات النسب، وأصبحت في قانون 1998 إثبات بنوة وإسناد لقب عائلي للطفل مع ما يترتّب عن ذلك له من حقوق. بما أنّ رابطة الطفل بأبيه هنا هي رابطة بيولوجية بالأساس فقد حلّ التحليل الجيني محلّ الفراش كوسيلة لإثبات البنوة في قانون 1998 .

إنّ الأحكام المنظمة لإثبات البنوة في القانون التونسي إن كان الهدف الأساسي منها هو إقامة الحقيقة البيولوجية من خلال اعتماد قرينة الفراش لإثبات النسب الشرعي والتحليل الجيني لإثبات بنوة الأطفال المهملين ومجهولي النسب فللبحث عن هذه الحقيقة يبقى نسبياً ، ذلك أنّ المشرّع أبقى للإرادة الشخصية دوراً هاماً لإثبات النسب وإثبات البنوة الطبيعية من خلال وسيلتي الإقرار وشهادة الشهود . حيث لا تتأسس رابطة البنوة في هذه الصورة على الحقيقة البيولوجية بقدر ما تتأسس على حقيقة الإرادة الشخصية التي تُحمل على النزاهة والصدق . إذ ورد في الفقرة الثانية من الفصل الأول من قانون 1998 أنه: "يمكن للأب أو للأم أو للنيابة العمومية رفع الأمر إلى المحكمة الابتدائية المختصة لطلب إسناد لقب الأب للطفل الذي يثبت بالإقرار أو بشهادة الشهود أو بواسطة التحليل الجيني أنّ هذا الشخص هو أب ذلك الطفل".

أضاف التعديل الجديد لسنة 2003 فقرة جديدة بعد أن مكّنت المعني بالأمر من رفع دعوى طلب إسناد لقب الأب، أنّ المحكمة تبتّ في الدعوى عند عدم الإذعان إلى طلب الإذن الصادر عنها بإجراء التحليل الجيني بالاعتماد على ما يتوقّر لديها من قرائن متعدّدة ومتضافرة وقويّة ومنضبطة.¹ وهو تنقيح سعى المشرّع من خلاله إلى حماية الطفل من تعسف الأب وتحقيق مصلحته الفضلى، ورجّح هذه المصلحة على مصلحة الأب في رفضه الاعتراف بابن من صلبه. وعلى إثر ذلك يمكن تحديد مضمون الوسائل غير العلمية لإثبات الأبوة ثمّ الوسائل العلمية.

أ - الوسائل غير العلمية لإثبات الأبوة

يستفاد من الفقرة الأولى من القانون عدد 51 لسنة 2003 المتعلّق بإسناد اللقب العائلي، أنّ وسائل إثبات الأبوة هي الإقرار أو شهادة الشهود أو التحليل الجيني، وهي مستقلة عن بعضها البعض.

¹ - الفصل الأول من قانون 1998 المتضمن إسناد اللقب العائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب التونسي، المرجع السابق.

إذ يمكن تناول الإقرار وشهادة الشهود بوصفهما وسيلتي إثبات غير علميتين، والتحليل الجيني بوصفه وسيلة إثبات ذات طابع علمي.

1 - الإقرار بالبنوة: يعتبر الإقرار من ضمن وسائل إثبات النسب المذكورة في الفصل 68 من مجلة الأحوال الشخصية، وإن كان تحدّث هذا الفصل عن إقرار الأب فإن القانون عدد 75 لسنة 1998 اكتفى بذكر الإقرار دون توضيح بشأن الشخص المقر بالبنوة، وبديهي أنّ المقر بالبنوة هو أب الطفل ضرورة أنّ طبيعة الإقرار كعمل إرادي إنفرادي فيه تحميل على النفس تقتضي أن يقر الشخص على نفسه، فيعترف بتعمير ذمته إزاء المستفيد من إقراره.

إن سكوت المشرع عن تحديد فحوى الإقرار المثبت للنسب، وكأنّه يوكل الأمر للقاضي حتّى يتولّى مهمة ضبط مضمون الإقرار بالبنوة،¹ ومعلوم أنّ الإقرار الذي تضمّنه هذا القانون إنّما هو إقرار بالبنوة أي إقرار الأب بأنّ فلان ابنه بمّا يتعيّن إقصاء الإقرار بالأبوة، وهو أن يقرّ الولد بأنّ فلان أبوه، وإقصاء الإقرار بالأمومة وهو أن يقرّ الولد بأنّ فلانة أمّه. إذا كان الإقرار بالنسب يفضي إلى إثبات البنوة الشرعية فإنّ الإقرار المذكور في هذا القانون ينتهي إلى إثبات البنوة غير الشرعية. يلاحظ أنّ المشرع التونسي جعل من الإقرار وسيلة لإثبات النسب الشرعيّ ولإثبات البنوة غير الشرعية على حدّ سواء. سواء تعلّق الأمر بالإقرار بالنسب أو الإقرار بالبنوة الطّبيعية في قانون 1998، فإنّ المشرع لم يعط تعريفاً مضبوطاً لهذا الإقرار كما لم يضع شروطاً يتقيد بها القضاء عند الحكم. الشّيء الذي انجرّ عنه خلاف كبير بين المحاكم التونسية في فهم مقتضيات هذا الإقرار ونتائجه القانونية خاصة في إثبات ابن الزّنا.² علماً أنّ إثبات البنوة غير الشرعية في قانون 1998 تخوّل الطفل حقوقاً تتقارب في مضمونها والحقوق الثابتة للطفل الشرعيّ، خاصة فيما يتعلّق بالحالة المدنية للطفل. غير أنّ الإقرار في مجلة الأحوال الشخصية يتعلّق بإثبات نسب الطفل الشرعيّ الذي يشترط فيه ألاّ يصرّح المقرّ أنّ الطفل من زنا أو أن يثبت وجود علاقة شرعية بينه وبين والدّة الطفل. في حين أنّ الإقرار في قانون 1998 يتعلّق بالطفل الماهل أو مجهول النسب، وبالتالي فإنّ العلاقة الشرعية مفقودة من أساسها، وعليه فإنّه ليس على المقرّ في دعوى إسناد اللقب سوى أن يصرّح بأنّ الطفل من صلبه دون حاجة لإثبات العلاقة الشرعية، فهو الإقرار بالعلاقة البيولوجية.³

نظراً للإطار العام لهذا القانون الذي جاء منظماً لوضعية الأطفال الماهلين ومجهولي النسب ومكرّساً لبعض الحقوق لهم تجاه الأب البيولوجي يمكن القول أنّ الإقرار في هذا القانون إنّما هو إقرار

¹ - نبيل بن صالح والمنجي زهيو، التحليل البيولوجي والقضاء، ملتقى وزارة العدل، دورة دراسية بعنوان الطب الشرعي والقضاء، المعهد الأعلى للقضاء بتونس، الخميس 13 ماي 2004، ص 34.

² - حبيبة الشعبوني، المرجع السابق، ص 44.

³ - نعمة بولعراس، المرجع السابق، ص 37.

بنوة طفل طبيعي ، مما يجعله كافياً لوحده لثبوت البنوة بين المقرّ والطفل المقرّ له بالبنوة دون حاجة لإثبات الفراش الذي أفصاه المشرّع تماماً من وسائل الإثبات المعتمدة ؛ ودون حاجة لاستبعاد العلاقة الخنائية، ذلك أنّ وجود الفراش بين المقرّ ووالدة الطفل يغني عن القيام بدعوى إسناد اللقب العائلي بل يجعل الأب بإمكانه الإقرار بالنسب عملاً بأحكام الفصل 68 من مجلة الأحوال الشخصية، وتمكين الطفل من النسب الشرعيّ الذي يحفظ له حقوقه كاملة .

إنّ قانون 1998 وفر الإطار القانوني الذي يخول إثبات بنوة الأطفال غير الشرعيين وعمل على التوسع في الوسائل المثبتة لهذه البنوة، بأن أبقى للإرادة الشخصية دوراً هاماً من خلال اعتماده الإقرار إضافة إلى شهادة الشهود.

2 - شهادة الشهود: إنّ المشرّع التونسي لم يبق على الشهادة كوسيلة لإثبات النسب الشرعيّ فحسب، إنّما أوردتها كوسيلة مستقلة لإثبات البنوة غير الشرعية في قانون 1998 في فصله الأول، أيضاً بما يعكس قناعته بقدرة البيّنة وكفايتها سواء لإثبات البنوة الطبيعيّة أو لإثبات النسب رغم ما تطرحه من إشكاليات نظريّة وعملية بخصوص مضمونها وشروط قبولها.

إنّ الشهادة الواردة في قانون 28 أكتوبر 1998 تتعلّق بإثبات بنوة الأطفال المهملين ومجهولي النسب هم بالضرورة أطفال غير شرعيين ، وبالتالي فإنّ فحوى البيّنة في إطار هذا القانون إنّما تتعلّق بإثبات العلاقة البيولوجيّة بين الطفل والأب المزعوم دون العلاقة القانونيّة ولا يكون ذلك إلّا بإقامة الدليل على وجود علاقة جنسيّة بين أمّ الطفل والأب المزعوم خلال الفترة القانونيّة للحمل كأن يقع إثبات الخلوة معها ومخالطة بينهما وتردّها على المنزل الذي يقطن به ذلك الشّخص بمفرده وكلّ ما من شأنه أن يستنتج منه وجود علاقة حميمة بينهما . فلا يمكن للمحكمة المتعهّدة بدعوى إسناد اللقب أن ترفض قبول الشهادة بعلّة أن الشهود لم يثبتوا سوى العلاقة الخنائية وليس زواجاً ما دامت الدّعى تهدف أساساً إلى إثبات بنوة طبيعيّة ، فلّقصى المشرّع صراحة من وسائل إثباتها الفراش حتّى يخول لهذه الشريحة من الأطفال الحقوق المسندة لهم بموجب هذا القانون . فالشهادة في قانون 1998 تقتصر على إثبات العلاقة البيولوجيّة بين الطفل والأب مهما كانت صلة الأب المزعوم بالأمّ.

لم يحصر المشرّع في صلب هذا القانون عدد الشهود، ولم يشترط صفة في ذاتهم، واكتفى بالتّصيص عليها كوسيلة إثبات البنوة دون بيان لمحتواها. حيث سكّت المشرّع التونسي عن بيان مضمون الشهادة وما يجب أن يدلي به الشاهد في دعوى إثبات الأبوة. مبدئياً إنّ الشاهد يشهد بما رأى أو بما سمع، لكن في هذه الحالة يبقى السّؤال مطروحاً من ناحية التّشريع، أمّا من جانب القضاء التونسي فقد دأب على الأخذ بشهادة الشهود في إثبات النسب متى أدلى الشاهدان من أهل الثقة فأكثر بما يفيد علاقة بيولوجيّة بين الطفل ووالده المزعوم، وأخرى شرعيّة بين الوالد ووالدة الطفل.

إذا كان الأمر هو إثبات بنوة غير شرعيّة، فإنّ المنطق السّليم يقتضي أن يقتصر مضمون الشهادة المعتمدة هنا على الإدلاء بما يفيد وجود العلاقة البيولوجيّة بين الطفل ووالده المزعوم لا أكثر

ولا أقل¹، وأن يدلي بما يقوم كقرينة على حصول الوطء ذلك بالإفادة بوجود علاقة جنسية بين أم الطفل والأب المزعوم خلال الفترة القانونية للحمل.

ما دام المشرع أقصى صراحة من وسائل إثبات البتة غير الشرعية وسيلة الفراش حتى يخول لهذه الشريحة من الأطفال الحقوق المسندة لهم بموجب هذا القانون. فالشهادة هنا إنما تقتصر على إثبات العلاقة البيولوجية بين الطفل والأب مهما كانت صلة الأب المزعوم بالأم. حيث اعتبر وزير العدل التونسي أن شهادة الشهود تعدّ وسيلة إثبات كافية لإثبات نسب الطفل المجهول. وكرّس المشرع هذا الاتجاه في أغلب المجالات القانونية كمجلة الالتزامات والعقود ومجلة المرافعات المدنية والتجارية والمجلة الجنائية، حيث اعتبر أن شهادة الشهود هي وسيلة مقبولة إذا لم يكن هناك ما يدحضها من القرائن القاطعة.²

إذا كان المشرع التونسي لم يبين لا في مجلة الأحوال الشخصية ولا في القانون عدد 75 لسنة 1998 شكلات الشهادة وإجراءات تلقيها، وبالتالي فإنه يتوجّب الرجوع إلى مجلة المرافعات المدنية والتجارية لبيان إجراءات تلقي الشهادة طالما أن نزاعات البتة تكتسي صبغة مدنية بحتة. اقتضى الفصل 92 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية أنه: "إذا اقتضى الحال تلقي بيّنة بالشهادة فإن القاضي المقرر يأذن من استند إليها بإحضارها لديه في اليوم والساعة والمكان المحدد لذلك، ويتولّى القاضي المقرر سماع الشهود بنفسه وعند الاقتضاء ينبغي لذلك أحد القضاة المنتصبين بأقرب مركز لمكان الشاهد وكلّ الشهادات الواقع تلقيها على غير هاته الصورة تعدّ باطلة ولا يعتدّ بها".³

عملاً بأحكام الفصل 92 المذكور إنّه لا يمكن بأيّة حال من الأحوال الاعتداد بالشهادات الواقع سماعها على غير هاته الصورة المقررة بهذا الفصل من ذلك الشهادات الواقع تلقيها أثناء الدّاعي الجزائي لتأييد دعوى إثبات النسب أو دعوى إسناد اللقب. ضرورة أن هذين الدّعويين إنّما هما من الدّعوى المدنية ويخضع سماع الشهود فيه ما إلى الإجراءات المقررة بـ مجلة المرافعات المدنية

¹ - منذر الأدب، المرجع السابق، ص 39.

² - الناصر الشعلاوي، المرجع السابق، ص 61.

³ - الفصل 92 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية: "إذا اقتضى الحال تلقي بيّنة بالشهادة فإن الرئيس أو القاضي المقرر يأذن من استند إليها بإحضارها لديه في اليوم والساعة والمكان المحددة لذلك. ويتولى الرئيس أو القاضي المقرر سماع الشهود بنفسه وعند الاقتضاء ينبغي لذلك أحد القضاة المنتصبين بأقرب مركز لمكان الشاهد. وكلّ الشهادات الواقع تلقيها على غير هاته الصورة تعدّ باطلة ولا يعتدّ بها".

القانون عدد 130 لسنة 1959 المؤرخ في 05 أكتوبر 1959، المتعلق بإدراج مجلة المرافعات المدنية والتجارية بالمنقح بالقانون عدد 36 لسنة 2010 المؤرخ في 05 جويلية 2010. الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 55 بتاريخ 09 جويلية 2010، ص 1941.

والتجارية فإذا لم يقع احترام هاته الإجراءات فإنّ الشهادة تعتبر باطلة ولا يمكن اعتمادها لإثبات البنوة سواء كانت بنوة شرعية أو غير شرعية.

يتدعّم هذا الموقف بما استقرت عليه محكمة التعقيب التونسية من القول بأنّ: "الفصل 92 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية أقتضى أنّ الشهادات التي لم تحرر بواسطة القاضي المدني المكلف ببحث الدعوى أو القاضي المدني الذي أنابه لذلك تكون باطلة وتأسيساً على ذلك يكون قابلاً للنقض الحكم الذي قضى في دعوى مدنية إلى شهادات كانت حررت في دعوى جزائية بواسطة الشرطة".¹ لا يمكن إذن اعتماد شهادات وقع تلقّيها بمناسبة التتبعات الجزائية من أجل الزواج على خلاف الصيغ القانونية، أو من أجل واقعة قاصر برضاها لإثبات النسب أو لإثبات البنوة غير الشرعية في إطار دعوى إسناد اللقب العائلي. إنّ المحكمة المتعدهة بدعوى إسناد اللقب في نطاق سلطتها التقديرية للشهادة المقدمة في الدعوى لها أن تلتجئ إلى وسيلة الإثبات المستحدثة بموجب هذا القانون وهي التحليل الجيني إذا لم تقتنع بكفاية الشهادة لإثبات البنوة، ذلك حتّى تحدّد الأب البيولوجي للطفل بصورة قطعية والحسم نهائياً في مسألة ثبوت الرابطة البيولوجية من عدمها في صورة وجود نزاع جدّي في حقيقة البنوة الثابتة بالشهادة.²

يمكن القول أنّه بموجب قانون 1998 أصبح من الممكن إثبات البنوة في إطار دعوى إسناد اللقب العائلي بشهادة تثبت وجود علاقات جنسية بين أبوي الطفل خلال الفترة القانونية للحمل، ولا يمكن للمحكمة المتعدهة أن ترفض هذه الشهادات بعلّة أنّها لم تثبت سوى علاقة مخادنة أو علاقة زنا وليس زواجا، إذ لا حاجة لوجود الفراش حتّى تحكم المحكمة بإسناد اللقب العائلي إذ يكفي أن يثبت لديها وجود الرابطة البيولوجية بين الطفل والأب المزعوم، ذلك بواسطة شهادة الشهود بصفتها وسيلة إثبات مستقلة في قانون 1998 أو مع إمكانية تعزيز هذه الشهادات بإجراء التحليل الجيني للحسم نهائياً في مسألة ثبوت الرابطة البيولوجية من عدمها في صورة وجود نزاع جدّي حول حقيقة البنوة الثابتة بالشهادة.

ب - الوسائل العلمية لإثبات الأبوة

جاء قانون 1998 لأول مرة في تاريخ التشريع الوطني التونسي باعتماد طريقة التحليل الجيني في إثبات البنوة،³ فاللأفت للنظر في هذا القانون أن المشرع أدخل لأول مرة التحليل الجيني كوسيلة لإثبات النسب القانوني تؤدّي بحكم طبيعتها القاطعة تقريباً وبمفعول قوتها الإثباتية ومصادقيتها العلمية إلى اعتبار رجل ما أباً للطفل المقام في حقّه. وتبعاً لذلك فقد كانت الحلول التي أتى بها هذا القانون

¹ - فاطمة الزهراء بن محمود، التعليق على مجلة الأحوال الشخصية - قراءة في فقه القضاء-، تونس، منشورات

مجمع الأطرش للكتاب المختص، ط1، 2015، ص 54.

² - أنيس سكرة، المرجع السابق، ص 63 و 64.

³ - حافظ بوعصيدة، « إثبات الأبوة »، مجلة القضاء والتشريع، تونس، العدد 06، 1999، ص 11.

أشمل من غيرها، حيث تجاوزت اللّقب العائلي إلى الاعتراف بقدر من الحقوق للطفّل الطبيعي من قبيل الرّعاية الأدبّية والماديّة كالحقّ في النّفقة والحضانة والولاية.

إن لم يعرف القانون التّحليل الجيني فإنّه يمكن تعريفه من خلال الإجراءات بأنّه: "عملية فنيّة مخبريّة تجري على عيّنة من الدّم يقوم بها بيولوجيّون مختصّون، بحثاً عن تطابق التركيبة الجينيّة لخلايا شخص معيّن مع خلايا شخص آخر قصد تأكيد دعوة أبوة بينهما أو نفيهما"¹.

أتجه المشرّع التّونسي في قانون 1998 إلى تكريس الحقيقة البيولوجيّة بالاعتماد على وسائل الإثبات التي وضعتها العلوم البيولوجيّة على ذمّته التي قلّصت من مجال الشّك في إثبات بنوّة الشّخص. فحوّل إثبات بنوّة الأطفال المهمّلين ومجهولي النّسب بواسطة إجراء التّحليل الجيني. أثبتت تقنيّة البصمة الوراثيّة نجاعتها وقدرتها على اكتشاف الحقيقة البيولوجيّة وتحديد الأب الحقيقي للطفّل، ممّا جعلها تبرز على ثقة المشرّع التّونسي الذي أدرج البصمة الوراثيّة ضمن وسائل الإثبات المعتمدة لإثبات البنوّة غير الشّرعيّة في قانون 1998. غير أنّ اعتماد هذه الوسيلة قد يطرح عدّة إشكالات من حيث إمكانيّة إجراء العمل بها أو تعذّر ذلك لامتناع الوالد المزعوم.

1 - إجراء التّحليل الجيني في دعوى إسناد اللّقب العائلي : لا يستبعد بعض شراح القانون أن يصبح التّحليل الجيني سيّد الأدلّة ضمن وسائل إثبات البنوّة مقارنة مع وسائل الإثبات التقليديّة، وتكريس أحكام جديدة تعتمد على الحقيقة البيولوجيّة التي أصبحت سهلة المنال بفضل تطوّر العلوم البيولوجيّة، فلابقاء على التّحليل الجيني كوسيلة لإثبات البنوّة غير الشّرعيّة أمرٌ ضروريّ. مبدئيّاً إنّ إجراء التّحليل الجيني ينطلق من رفع قضية في إثبات الأبوة يكون المدّعى عليه فيها هو الوالد المزعوم للطفّل المراد إسناد لقب عائلي له. ثمّ إنّ القائم بالدّعوى يطلب من المحكمة الإذن بإجراء تحليل جيني على الطّفّل ووالدته ووالده المزعوم. جاء في الفصل الثّالث مكرّر من قانون 2003 المتعلّق بإسناد اللّقب العائلي للأطفال المهمّلين ومجهولي النّسب في فقرته الأولى أنّه: " يمكن للمعني بالأمر أو للأب أو للأم أو للنيابة العموميّة رفع الأمر إلى المحكمة الابتدائيّة المختصّة لطلب إسناد لقب الأب إلى مجهول النّسب الذي يثبت بالإقرار أو بشهادة الشّهود أو بواسطة التّحليل الجيني أنّ هذا الشّخص هو أب ذلك الطّفّل ".

بالرّغم من أنّ طريقة إثبات البنوّة عن طريق التّحليل الجيني تتميّز بالصّبغة العلميّة والقاطعة، فإنّ العديد من الإشكاليّات التّطبيقيّة تحول دون تمكين الطّفّل من إتمام عناصر هويّته المتعلّقة خاصّة بغياب الأب أو عدم النّعرّف عليه أو امتناعه عن الامتثال للتّحليل الجيني هروباً من تحمّل المسؤوليّة. ولتلافي هذه الإشكاليّة تدخّل المشرّع التّونسي عن طريق تنقيح قانون 1998 بالقانون

¹ - وليد عاكوم، البصمة الوراثيّة وأثرها في الإثبات، م2، بحث مقدّم لمؤتمر الهندسة الوراثيّة بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربيّة المتحدّة، ما بين 05-07 ماي 2002، ص 537.

عدد 51 لسنة 2003 من خلال الفصل الثالث مكرّر.¹ من خلاله سعى المشرّع التونسي إلى حماية الطفل من تعسف الأب وتحقيق مصلحته الفضلى ورجّح هذه المصلحة على مصلحة الأب في رفضه الاعتراف بابنه من صلبه.

المشرّع التونسي قرّر أنّ تحديد هويّة أب الطفل المجهول النسب يتمّ سواء بالإقرار أو بشهادة الشهود أو بالتّحليل الجيني فحسب، وتأسيساً على ذلك فإنّ المشرّع قد أقصى بقيّة الوسائل العلميّة التي من الممكن اعتمادها في هذا المجال من ذلك تقنيّة التّحليل الدّموي. مهما يكن فإنّ التّحليل الجيني يعدّ وسيلة مستقلّة لإثبات البنوة غير الشرعيّة حسبما يفهم من أحكام الفصل الثالث مكرّر الذي عدّد وسائل إثبات هذه البنوة باستعمال حرف "أو" حيث يكفي أن تثبت الرّابطة البيولوجيّة بين الطفل والأب المطلوب بواسطة التّحليل الجيني حتّى تصرّح المحكمة بثبوت البنوة وتقضي بإسناد اللّقب العائلي للطفل المجهول النسب.²

اعتمدت محاكم الموضوع التونسيّة في العديد من الأحكام التّحليل الجيني كوسيلة أصليّة ومستقلّة عن بقيّة وسائل إثبات البنوة من ذلك الحكم الصّادر عن المحكمة الابتدائيّة بالمنستير بتاريخ 25 ماي 2000 الذي جاء فيه ما يلي: "...حيث اقتضت أحكام الفصل الأوّل من القانون عدد 75 لسنة 1998 المؤرّخ في 28 أكتوبر 1998 المتعلّق بإسناد اللّقب العائلي للأطفال المهمّلين ومجهولي النسب أنّ لقب الأب يثبت بالإقرار أو بشهادة الشهود أو بواسطة التّحليل الجيني. حيث يتّضح بالاطّلاع على النسخة طبق الأصل من الاختبار الجيني المجري على أطراف قضية الحال بمعهد باستور... أنّ أبوة المطلوب للبت...المقام في حقّها لا شكّ فيها بما تكون معه الدّعى والحالة تلك في طريقها واتّجه الحكم لذلك لصالحها".³

من جهة أخرى اعتمدت المحاكم التونسيّة التّحليل الجيني كوسيلة تكميليّة لتعزيز قناعة المحكمة بثبوت بنوة الطفل المقام في حقّه بدعى إسناد اللّقب العائلي بحيث يقع الالتجاء إلى الاختبار الجيني كلّما بقي بعض الشكّ حائماً حول بنوة الأب المزعوم رغم وجود إقرار أو شهادة شهود تثبت احتمال البنوة. ويتجلّى هذا الاتّجاه خاصّة في الحكم الابتدائي الصّادر عن المحكمة الابتدائيّة بصفاقس بتاريخ 11 جوان 1999 وتتمثّل وقائعه في أنّ والدّة طفلة ولدت خارج إطار الزّواج قامت بدعى في إثبات النسب مؤسّسة دعواها على شهادة الشهود فنفي الأب أبوتّه للطفلة وأكّد أنّه زوج

¹ - الفصل: 3 مكرر من القانون عدد 51 لسنة 2003، المرجع السابق: "...وتثبت المحكمة في الدّعى عند عدم الإذعان إلى الإذن الصادر عنها بإجراء التّحليل الجيني بالاعتماد على ما يتوفّر لديها من قرائن متعدّدة ومتضافرة وقويّة ومنضبطة...".

² - فاطمة الزهراء بن محمود، المرجع السابق، ص 31.

³ - حكم ابتدائي مدني رقم 12973، بتاريخ 25 ماي 2000، المحكمة الابتدائيّة بالمنستير، تونس. أشار إليه Sassi Ben Hamima, «L'établissement de la filiation d'après la loi du 28 Octobre 1998 », Mélanges Habib El Ayadi, C.U.P, 1999, p. 253.

لعدة أبناء منذ سنين عديدة فطلبت الأم الإذن بإجراء التحليل الجيني للوقوف على صحة ادّعاءاتها وأذنت المحكمة تحضيرياً بإجراء التحليل الجيني الذي أثبت أبوة المطلوب للبننت المقام في حقها فقضت المحكمة بإسنادها لقب الأب مؤسسة حكمها على أنّ بنوة الطفلة ثابتة بموجب شهادة الشهود وبالتحليل الجيني المأذون به من طرف المحكمة.¹

بهذا يكون المشرع التونسي قد استفاد مما توصّلت إليه العلوم البيولوجية ووظف آخر اكتشافاتها المتمثلة في البصمة الوراثية التي أثبتت التجارب العلمية نجاعتها حماية للأطفال المولودين خارج إطار الزواج من التشرد والضّيع، لكن ماذا لو امتنع الأب المطلوب لإثبات الأبوة وتعدّر إجراء التحليل الجيني؟.

2 - **تعدّر إجراء التحليل الجيني:** قد يتعدّر إجراء تحاليل البصمة الوراثية نتيجة لامتناع المدعى عليه الذي غالباً ما يكون الوالد المزعوم للطفل من ذلك. إنّ إجراء التحليل الجيني في إطار دعوى إسناد اللقب العائلي الهدف منه هو تحديد أب الطفل المجهول النسب حتّى تقضي المحكمة بإسناد اللقب العائلي إذا ثبتت علاقة البنوة وهو ما يفترض بالضرورة إجراء مقارنة بين الخاصيات الوراثية لذلك الطفل والأب المزعوم بما يتعيّن معه إلزام أحد الطرفين بتمكين الطبيب من انتزاع العينات التي ستشكل مادة الاختبار. لكن السؤال المطروح بخصوص إمكانية إلزام المدعى عليه بتمكين الطبيب من كمية من دمه أو أي جزء من بدنه، فهل يشكل ذلك انتهاكاً لمبدأ السلامة الجسدية؟.

لا شك أنّ غصب المدعى عليه على تقديم خلية من خلاياه لإخضاعها إلى التحليل الجيني أمر غير ممكن ولا مقبول في القانون التونسي باعتباره يتنافى مع حرمة الفرد التي أقرها الفصل الخامس من الدستور.² كما أنّه يعدّ خرقاً للقانون عدد 92 لسنة 1991 المؤرخ في 25 مارس 1991 المتعلق بنقل وزرع الأعضاء البشرية والذي أقرّ حقّ الشخص في السلامة الجسدية.³

علماً أنّ قانون 1998 لم يسسّ أي نصّ قانوني يجبر أطراف النزاع على الخضوع إلى التحليل الجيني. ولما كان إكراه المدعى عليه إعطاء خلية من خلاياه أمراً غير مستساغ ولا مقبول قانوناً في

¹ - نبيل بن صالح والمنجي زهيو، المرجع السابق، ص 27.

² - القانون عدد 57 لسنة 1959، المؤرخ في 01 جوان 1959 المتضمن ختم وإصدار الدستور التونسي، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، السنة 102، العدد 30 بتاريخ 01 جوان 1959، ص 746. وأضيفت الفقرات الثلاث الأولى بالفصل: 05 بمقتضى القانون الدستوري عدد 51 لسنة 2002 المؤرخ في 01 جوان 2002، يتعلق بتقيح بعض أحكام الدستور. الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، العدد 45، بتاريخ 03 جوان 2002، ص 1442. "تضمن الجمهورية التونسية الحريات الأساسية وحقوق الإنسان في كونيتها وشموليتها وتكاملها وترابطها. وتعمل من أجل كرامة الإنسان وتنمية شخصيته...تضمن حرمة الفرد...".

³ - الفصل: 01 من القانون عدد 22 لسنة 1991 التونسي، المتعلق بأخذ الأعضاء البشرية وزرعها. الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، العدد 22، بتاريخ 29 مارس 1991، ص 474. "...الحرمة الجسدية للإنسان مضمونة...".

التشريع التونسي، فإنّ الحلّ الذي يترتبه البعض يتمثّل في اعتبار أنّ رفض الوالد المزعوم يقوم مقام الإقرار الضمّني منه بالأبوة.¹ ومن ثمّ فإنّ في وسع المحكمة أن تقضي بإثبات الأبوة وإسناد لقب الشّخص الرافض لإجراء البصمة الوراثية للطفّل.

هذا الحلّ كرّسته بعض المحاكم التونسيّة، حيث اعتبرت المحكمة الابتدائية بصفاقس ضمن حكمها عدد 42123 المؤرخ في 25 جوان 1999 أنّ رفض الوالد المزعوم للطفّل إجراء التحليل الجيني يعتبر إقراراً حكمياً بالأبوة.² كذلك في نفس الاتجاه أصدرت محكمة الاستئناف بالمنستير قرارها عدد 13936 المؤرخ في 12 جويلية 2000³ إذ اعتبرت من خلاله أنّ رفض الوالد المزعوم إجراء التحليل الجيني لا يعدو كونه إقراراً حكمياً بالأبوة عملاً بأحكام الفصل 429 من مجلة الالتزامات والعقود.⁴

تقول محكمة الاستئناف بالمنستير معلّلة قضاءها المشار إليه آنفاً: "إنّ رفض المستأنف ضده غير المعلّل والمبرّر واقعاً وقانوناً للخضوع للتحليل الجيني...يعدّ إقراراً بصحة ووجاهة الدّعى". وتضيف قائلة: "...إنّ رفض المستأنف ضده لمثل ذلك التحليل ولئن كان من حقّه لعدم وجود آليّة قانونيّة صلب قانون 28 أكتوبر 1998 لحمله على ذلك جبراً فإنّه يمنع المستأنفة والمحكمة في نطاق مبدأ المواجهة بين الطّرفين من إحراز وسيلة إثبات حازمة وقاطعة في النزاع، ويخوّل ترتيباً على ذلك للمحكمة استنتاج ما يفرضه القانون من ذلك الموقف ألا وهو الإقرار الحكمي.⁵ ذلك أنّ عدم ترتيب أي أثر قانوني للرفض غير المعلّل للاستجابة لمقتضيات القانون يجعل مسألة تطبيق القانون طوع المتقاضى، وهو ما يتنافى وكنه التشريع والمبادئ العامّة للقانون الذي سنّ ليطبّق، ويفرّغ النص من

¹ - نور الدين الزياتي، المرجع السابق، ص 42.

² - حكم ابتدائي مدني عدد 42123، مؤرخ في 25 جوان 1999، المحكمة الابتدائية بصفاقس، تونس، غير منشور. أشار إليه عماد الدرويش، موقف القضاء التونسي من التحليل الجيني وآثاره، ملتقى وزارة العدل، دورة دراسية حول الجديد في قانون إسناد اللقب العائلي، المعهد الأعلى للقضاء بتونس، الخميس 16 أكتوبر 2003، ص 13.

³ - ساسي بن حليمة، «رفض إجراء التحليل الجيني وإثبات البنوة»، جريدة الصباح، تونس، بتاريخ

01 نوفمبر 2000، ص 05: <http://www.assabah.com.tn/rubrique-46-01112000.html>

⁴ - القانون عدد 87 لسنة 2005، المؤرخ في 15 أوت 2005، يتعلق بالمصادقة على إعادة تنظيم بعض أحكام مجلة الالتزامات والعقود التونسية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية. السنة 148، العدد 68 بتاريخ 26 أوت 2005، ص 2396. جاء فيه: "الإقرار الحكمي ينتج من سكوت الخصم في مجلس الحكم إذا دعاه الحاكم ليجيب عن الدّعى الموجهة عليه وأصر على سكوته ولم يطلب أجلاً للجواب".

⁵ - عرّف المشرّع التونسي الإقرار الحكمي في الفصل 428 من مجلة الالتزامات والعقود، بأنّه: "الاعتراف لدى الحاكم من خصم أو من وكيله المأذون بخصوص ذلك ويطلق حكم الإقرار الحكمي على ما يصدر لدى الحاكم لا نظر له في الدّعى أو في أثناء مراعاة أخرى". القانون عدد 87 لسنة 2005، المؤرخ في 15 أوت 2005، المرجع السابق.

أدواته وآلياته وبلوغ أهدافه، وينزع مصلحته في حماية النظام العام العائلي والاجتماعي خاصة أن الأمر يتعلق بمسألة جد حساسة وهي حق الهوية والانتساب لعائلة.¹

في هذا السياق، أصدرت المحكمة الابتدائية بتونس حكمها عدد 25863 المؤرخ في 09 نوفمبر 1999 الذي جاء فيه بالخصوص قول المحكمة : "...وحيث أنه بتواجد المدعى عليه بالمستشفى زمن الولادة وتكفله بمصاريفها وزواجه فيما بعد بالمدعية تجتمع القرائن وتتوفر الأدلة على كونه الأب الحقيقي للبنات. كما أن امتناعه من إجراء التحاليل قصد التأكد من صحة الدعوى لدليل هو الآخر على كونه الأب الحقيقي للبنات، ولو كان غير ذلك لعرض نفسه على التحاليل ولما تخلف عن الحضور...".²

ما يمكن استنتاجه من هذه الأحكام والقرارات للمحاكم التونسية هو تغليب الحق في الإثبات على مبدأ السلامة الجسدية وحرية الشخص، ولا شك أنه من الصعب القبول بمشروعية الاحتماء بمبدأ السلامة الجسدية وتعطيل البحث عن الحقيقة البيولوجية التي أرادها قانون 1998. بينما لا يشكل الاختبار الجيني أي خطر يذكر على جسم الإنسان، يكمن الحل في تعديل القانون المذكور بوضع آلية تجبر المطلوب من الخضوع للتحليل الجيني مادام المشرع التونسي أقر به كوسيلة لإثبات البنوة غير الشرعية لكن مع بيان النظام القانوني لهذا الإجراء.

الفرع الثاني: إثبات نسب الطفل الطبيعي لوالديه في التشريع المغربي

نص التشريع المغربي على حقوق عدة خص بها الطفل بصفة عامة والطفل المهمل بصفة خاصة، حيث أوجب على الآباء العمل على تثبيت هوية الأبناء والحفاظ عليها خاصة بالنسبة للاسم والتسجيل في الحالة المدنية.³ وحق الطفل في تثبيت هويته بمقتضى القانون الجنائي.⁴ الأمر الذي أكدته المادة 05 من قانون كفالة الأطفال المهملين بالمغرب.⁵ بالإضافة إلى حقه في النسب والحضانة

¹ - زياد الدريدي، المرجع السابق، ص 41.

² - حبيبة الشعبوني، المرجع السابق، ص 34.

³ - القانون رقم 37-99، المؤرخ في 03 أكتوبر 2002، المتعلق بالحالة المدنية، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية. السنة 91، العدد 5054 بتاريخ 07 نوفمبر 2002، ص 3150.

⁴ - القانون رقم 03-24، المؤرخ في 11 نوفمبر 2004، المتعلق بتغيير وتنظيم القانون الجنائي. الجريدة الرسمية للمملكة المغربية، العدد 5175 بتاريخ 05 جانفي 2004، ص 121، الفصول: من 468 إلى 470.

⁵ - ظهير شريف رقم 1.02.172 صادر في 13 جوان 2002، بتنفيذ القانون رقم 01-15، المؤرخ في 13 جوان 2002، المتعلق بكفالة الأطفال المهملين. الجريدة الرسمية للمملكة المغربية، العدد 5031 بتاريخ 19 أوت 2002، ص 2362. "يقوم وكيل الملك عند الاقتضاء بكل الإجراءات الرامية إلى تسجيل الطفل بالحالة المدنية قبل تقديمه طلب التصريح بالإهمال، ومن بينها إقامة الدعاوى وكل ذلك مع مراعاة أحكام القانون المتعلق بالحالة المدنية، يقدم وكيل الملك للمحكمة عناصر البحث الذي أجراه من أجل إثبات كون الطفل مهملاً".

والنّفقة طبقاً لأحكام الكتاب الثالث من مدوّنة الأسرة المغربيّة¹ وهو حقّ مضمون بمقتضيات القانون الجنائي الذي يعاقب على ترك الأطفال وتعريضهم للخطر.²

معلوم أنّ من آثار الزّواج ترتيب حقوقٍ للأطفال أهمّها ثبوت نسب الأولاد الذين هم ثمرة العلاقة الزوجيّة بين الزّوجين، حيث اعتبر المشرّع المغربي النسب تلك الصّلة التي تربط الابن بشخص معيّن، وبها تتحقّق البنوة بتنسيل الولد من أبويه. وهيّ شرعيّة وغير شرعيّة. إنّ هذا الحقّ تترتّب عليه حقوقٌ أخرى، منها حقّ الإرث والرّعاية والتّربيّة والنّفقة. فمن حقّ كلّ إنسان أن يكون له نسب يعرف به ليدفع عن نفسه معرّة الانتساب إلى الزّنا. كون النسب الشرعيّ معترف به وبمختلف آثاره خلافاً للنسب غير الشرعيّ، إلّا أنّ الولد النّاتج عن هذه العلاقة الجنسيّة لا ذنب له فيما اقترفاه والداه البيولوجيان، سواءً كان ذلك عن خطأ أو عن اغتصاب، وقد تضيع حقوقه إذا ما أنكر الأب نسبته إليه، لأنّ نسب الولد من أمّه ثابت بمجرد ولادته في جميع الحالات. نصّت مدوّنة الأسرة المغربيّة في هذا الخصوص على أنّ النسب يثبت بالظّن، والولد لا ينتقي عن الزّوج أو حمل الزّوجة منه إلّا بحكم قضائيّ.³

الظاهر أنّ نفي التّريب ليس بالأمر السّهّل، خصوصاً في توسيع دائرة إثبات النسب بالنّص على الخبرة الطّبيّة كوسيلة شرعيّة للإثبات، حيث أنّ ضرورة الأخذ بنتائج البصمة الوراثيّة هيّ نتائج أبحاث علميّة لفكر إنسانيّ⁴ يخدم العدالة ومصالح الطّفل بالأساس.

من خلال ما سبق نتعرّض إلى حقّ الطّفل الطّبيعي في النسب ضمن مدوّنة الأسرة أولاً، ثمّ إلى موقف التّشريع المغربي من الخبرة الطّبيّة في إثبات نسب الطّفل المولود خارج إطار الزّواج ثانياً، وإلى إثبات النسب وفق المادة 156 من مدونة الأسرة ثالثاً.

أولاً: حقّ الطّفل الطّبيعي في النسب من منظور مدوّنة الأسرة المغربيّة

نظّم المشرّع المغربي النسب ووسائل إثباته في الباب الثاني من القسم الأوّل من الكتاب الثالث، وخصّص له ثلاث عشرة مادّة من المادّة 150 إلى المادّة 162 فعرف النسب بأنّه: "لحمة شرعيّة بين الأب وولده وتنتقل من السّلف إلى الخلف".⁵ ثمّ حدّد أسباب لحوقه على سبيل الحصر وهيّ الفراش

¹ - نص المادة 54 من مدونة الأسرة المغربية: "...للأطفال على الأبوين الحقوق التالية: 3- النسب والحضانة والنفقة طبقاً لأحكام الكتاب الثالث من هذه المدونة...".

² - الفصول: من 459 إلى 482 من القانون الجنائي المغربي، المرجع السابق.

³ - المادة: 151 و159 من مدونة الأسرة المغربية.

⁴ - إدريس الفاخوري، المركز القانوني للمرأة المغربية من خلال مدونة الأحوال الشخصية، (دراسات وأبحاث)،

المغرب: وجدة، مطبعة دار النشر الجسور، ط1، 2002، ص 115.

⁵ - نص المادة 150 من مدونة الأسرة المغربية.

والإقرار والشبهة، كما بين وسائل إثباته وهي الفراش وإقرار الأب وشهادة العدلين وبيّنة السماع، ثم أضاف إليها عبارة كلّ الوسائل الأخرى المقررة شرعاً بما في ذلك الخبرة القضائية.

انطلاقاً من نص المادة 158 من مدونة الأسرة المغربية جاء في إحدى قرارات المجلس الأعلى: " يثبت النسب بالفراش أو بإقرار الأب أو شهادة عدلين أو ببيّنة السماع، بأنّه وُلد على فراشه من زوجته ¹."

يتبين لنا أنّ النسب المقصود هو النسب الشرعيّ من خلال وسائل إثباته ول و أنّ المشرّع أدرج مصطلح الخبرة القضائية إلاّ أنّه لم يبيّن مضمونها وطريقة إجرائها. على عكس ذلك نصّت المدونة في المادة 156: " إذا تمت الخطوبة وحصل الإيجاب والقبول وحالت ظروف قاهرة دون توثيق عقد الزواج وظهر حمل بالمخطوبة، ينسب للخاطب للشبه، إذا توافرت الشروط التالية:

أ - إذا اشتهرت الخطبة بين أسرتيهما، ووافق وليّ الزوجة عليها عند الاقتضاء،

ب - إذا تبين أنّ المخطوبة حملت أثناء الخطبة،

ج - إذا أقرّ الخاطبان أنّ الحمل منهما ²."

في هذا الصدد جاء في مقال بعنوان هوية الأطفال غير الشرعيين نشر بموقع الشبكة العالمية للمعلومات ² بتاريخ 03 أكتوبر 2006 أنّ المشرّع المغربي صار يسمح بنسب الطفل إلى أبيه بدون زواج إذا كانت هناك خطبة معلنة بين الطرفين. وانتقد قانون الأسرة المغربي على أنّه لم يحسم حقّ الطفل الطبيعي إلاّ في حالة الخطبة المعلنة، لكن هذا القانون لا يتطرق إلى الحالات التي يقع فيها الحمل دون وجود خطبة أصلاً، وهو ما يحدث غالباً. ففي هذه الحالات يتبرأ الرجل من المسؤولية وقد تضطرّ الأم إلى التخلّص من طفلها إمّا بتركه لدى دور الأيتام أو الإلقاء به في الخلاء. هذا هو السبب الرئيسي لتفشّي مشكلة الأطفال المتخلّى عنهم. وسوف نوضّح ما أراده المشرّع من خلال هذه الوسائل وأول وسيلة لإثباته هي:

أ - **الفراش:** أيّ الزواج الصحيح، حيث يعتبر الفراش حجة قاطعة على ثبوت النسب إذا توفّرت شروطه كإبرام عقد زواج صحيح، وتقتضي المصلحة أن يثبت النسب في النكاح بشبهة وفي النكاح الفاسد وذلك حماية للنسب من الضياع وحماية لأعراض بعض النساء، والذي يترتب كافة آثاره الشرعية كثبوت نسب الأولاد الذين يولدون على فراش الزوجية لصاحب هذا الفراش دون غيره. وذلك من خلال

¹ - قرار المجلس الأعلى عدد 12، الصادر في 29 أكتوبر 1968، الغرفة الشرعية، مجلة قضاء المجلس الأعلى، المغرب، العدد 10، 1969، ص 43.

² - محمد، « هوية الأطفال غير الشرعيين »: بتاريخ 15 أوت 2015 على الساعة 10: 24 <http://modoumouhamed.maktoobblog.com/108941/>

ما يستفاد صراحة من المادتين 153 و 154¹ من مدونة الأسرة. إنَّ عقد الزَّواج هو مناط الفراش، يدور معه وجودًا وعدمًا، وبالتالي يمكن للشَّخص أن ينفي النَّسب عنه كلَّما استطاع إثبات عدم وجود رابطة زوجية أثناء الحمل أو الولادة.

جاء في قرار المجلس الأعلى: "...لما ثبت أنَّ الزَّواج بعد الوضع فإنَّ المولود لا يلحق نسب المدعي، ولو أقرَّ بينوته...".² الظَّاهر أنَّ نية المشرِّع تتَّجه نحو إثبات نسب الطِّفل الشرعي ولا سبيل للاعتراف بنسب الطِّفل غير الشرعي. يتَّضح ذلك من خلال قراءة نصوص المدونة بالرَّغم من الحديث عن الخبرة الطَّبية كوسيلة لإثبات النَّسب إلَّا أنَّه جعل الفراش حجة قاطعة على ثبوت النَّسب ولا يمكن الطَّعن فيه إلَّا بواسطة اللَّعان المعتبر من الوسائل الشرعية والمقدَّم على الخبرة الطَّبية في حالة نفي النَّسب.

ب - الإقرار: الإقرار بالنَّسب هو ادَّعاء المدعي المقرَّ أنَّه أب لغيره، ونظَّمه المشرِّع المغربي في مدونة الأسرة في المادة 145 والمادة 158 وسمَّاه الاستلحاق. فهو يعتبر الوسيلة الثانية لثبوت النَّسب، حيث يثبت النَّسب متى توفَّرت الشُّروط المعتبرة لصحَّته والمذكورة ضمن المادة 160 من مدونة الأسرة بأن يكون المقرَّ ذكرًا. ذلك أنَّ الولد ينسب دائماً لأُمِّه سواء جاءت به عن طريق شرعي أو من طريق غير شرعي، بخلاف الأب الذي لا يعترف الشرع بنسب الولد إليه إلَّا إذا جاء به عن طريق شرعي أو ثبت نسبه إليه بالوسائل التي يعتدُّ بها شرعاً ومن بينها الإقرار.

في هذا السِّياق قضى المجلس الأعلى المغربي بأن: " لا يلحق نسب البنت المولودة قبل عقد النِّكاح وإن أقرَّ الزَّوج بينوتها لأنَّها بنت زنا وابن الزَّنا لا يصحَّ الإقرار بينوته ولا استلحاقه لقول خليل [...] إنَّما يستلحق الابن مجهول النَّسب [...] وأنَّ اتِّفاق الزوجين على أنَّ البنت ازدادت بعد عقد النِّكاح بينهما على فرض صحَّته لا يؤدِّي إلى إلحاقها بالزَّوج ".³ في هذا الصِّدد نصَّت المادة 160 والمادة 143 من مدونة الأسرة على أنَّ البنوة غير الشرعية ملغاة بالنَّسبة للأب، فلا يترتَّب عليها شيء من ذلك إطلاقاً، وهي بالنَّسبة للأُم شرعية لأنَّه ولدها.

¹ - المادة: 153 من مدونة الأسرة المغربية: "...يعتبر الفراش حجة قاطعة على ثبوت النسب...". والمادة: 154 من نفس المدونة: " يثبت نسب الولد بفراش الزوجية...".

² - قرار المجلس الأعلى ملف عدد 446، الصادر في 30 جوان 1983، ملف شرعي رقم 54758، مجلة قضاء المجلس الأعلى، المغرب، العدد 39، 1986، ص 109.

³ - قرار المجلس الأعلى ملف عدد 446، الصادر في 30 جوان 1983، ملف شرعي رقم 54758، المرجع السابق، ص 109.

جاء في مقال¹ بجريدة العلم عدد 19852 بتاريخ 29 سبتمبر 2004 بعنوان آثار إثبات البنوة والنسب على ضوء مقتضيات قانون الأسرة الجديد 70-03 الجزء الأول أن البنوة غير الشرعية وهي المعروفة بالبنوة الطبيعية، وبشأنها يميز القانون 70-03 المتعلق بقانون مدونة الأسرة المغربية بين النظرة إليها في اتجاه الأب الطبيعي والنظرة إليها في اتجاه الأم، حيث أقر ما يلي:

- بالنسبة للأب: تنص المادة 148 من مدونة الأسرة على أنه: " لا يترتب على البنوة غير الشرعية بالنسبة للأب أي أثر من آثار البنوة الشرعية ".

- وبالنسبة للأم: تنص المادة 146 من نفس المدونة على ما يلي: " تستوي البنوة للأم في الآثار التي تترتب عليها سواء كانت ناتجة عن علاقة شرعية أو غير شرعية ". بل أضاف المشرع المغربي إلى ذلك ما قرره الفقرة الرابعة من المدونة بقولها: " تعتبر بنوة الأمومة شرعية في حالة الزوجية والشبهة والاغتصاب ".

جاء في قرار المجلس الأعلى السابق الذكر: "...البنت لا تلحق بنسب المدعى عليه، ولو أقر ببنوتها وكانت من مائه، لأنها بنت زنا، وابن الزنا لا يصح الإقرار ببنوته ولا استلحاقه، لقول الشيخ خليل: [...إثما يستلحق الابن مجهول النسب] ".

يفهم من خلال القراءة العكسية لهذا القرار أن المقر إذا لم يصرح قبل أو أثناء إقراره أن الولد المراد استلحاقه لم يكن ثمرة زنا، ففي هذه الحالة يتم استلحاقه به لأنه غير مطالب بإثبات الفراه. فقد اقتضى ذلك أن الإقرار لا يصح قانوناً إلا لمجهول النسب. ومجهول النسب حسب جانب من الفقه الإسلامي هو الشخص الذي لا يعرف له أب. وفي تعريف الطفل المهمل بنص المادة الأولى من قانون 15.01² المتعلق بكفالة الأطفال المهملين على أنه يعتبر الطفل المهمل...إذا ولد من أبوين مجهولين، أو ولد من أب مجهول وأم معلومة تخلت عنه بمحض إرادتها.

نرى أن مجهول النسب يمكن أن يكون طفلاً غير شرعي، وبالتالي لا مجال لهذه العبارة الأخيرة من القرار، وبإمكان التعبير صراحة على انتساب الولد الطبيعي للأب الحقيقي إذا استلحقه. واضح أن المشرع المغربي أهمل التعرض للطفل غير الشرعي في باب النسب وعدم الاعتراف به بدليل أنه لا يسمح بإلحاقه بنسب أبيه وهذا ما يفهم من خلال نص المادة 148 من مدونة الأسرة السالفة الذكر. وإن لم يشترط صراحة على أن يكون الإقرار مبنياً على وجود رابطة شرعية بين المقر ووالد الطفل سواء كان زواجاً شرعياً أو فاسداً، فإنه لا يخرج عن كونه إقراراً بعلاقة شرعية بين المقر والمقر.

¹ - الملكي الحسين، « آثار إثبات البنوة والنسب على ضوء مقتضيات قانون مدونة الأسرة الجديدة 70.03، الجزء

الأول، »، جريدة العلم، المغرب، العدد 19852 بتاريخ: 29 سبتمبر 2004:

http://www.alalam.ma/def.asp?codelangue=23&view_date=

² - ظهير شريف رقم 1.02.172 صادر في 13 جوان 2002، بتنفيذ القانون 15.01 المؤرخ في

13 جوان 2002، المرجع السابق.

له، حيث يشترط فيه حسب الاتجاه السائد في الفقه الإسلامي ألا يذكر المقر أن الطفل من زنا وألا يظهر من ظروف الحال أنه كذلك، فيكفي أن يقر الأب بأن فلان ابنه من صلبه وشرط أن لا يذكر في إقراره أن الطفل مولود من علاقة غير شرعية حتى يثبت نسبه منه، وليس على المحكمة أن تبحث عن طبيعة العلاقة الرابطة بين المقر ووالدة الطفل.

المبدأ في هذا الصدد أن من أقر بنسب مجهول النسب إليه غير ملزم بإثبات نسب البنوة، لأن الأصل حمل الناس على الصلاح دائماً. ولمن يدعي خلاف هذا الأصل أن يثبت ما يدعيه، ولذلك يكفي المقر بالبنوة أن يعلن إقراره ثم يتخذ بعد ذلك موقفاً سلبياً، لا أن يطالبه بإثبات الفراش ما دام الشرع قد وضع لهذا السبب الأخير أحكاماً خاصة به.

ج - البيّنة: إن البيّنة هي الطريق الثالث لثبوت النسب، وهي حجة متعديّة، غير قاصرة حكمها الثابت بها على المدعى عليه. بل يثبت في حقّه وحق غيره عكس الإقرار الذي يعتبر حجة قاصرة على المقرّ لا تتعداه إلى غيره. وعليه لو كان هناك ولد وليس له نسب معروفاً فأخذه رجل وادّعى نسبه وتوفرت شروط الإقرار ثم جاء رجل آخر وادّعى نسبه وأقام بيّنة صحيحة على أن ابنه كان أحقّ به من المقرّ. لأنّ النسب وإن ثبت في الظاهر بالإقرار إلاّ أنّه غير مؤكّد فاحتمل البطلان بالبيّنة لأنّها أقوى منه.¹ حيث نصّت المادة 158 على أنّه: " يثبت النسب...بشهادة عدلين، أو ببيّنة السماع...".²

ويقصد بشهادة السماع أن يشهد الشاهد أنّه قد سمع سماعاً فاشياً أن فلان ابن فلان أو أن فلاناً أب فلان، حيث يشترك مع البيّنة في إثبات النسب. مبدئياً أنّ الشاهد مطالب أن يشهد بما سمعه مباشرة، لكن من الناحية المنطقية للبيّنة أن تثبت البنوة بصفة مباشرة وحتى في صورة أنّها تثبت الاتصال الجنسي بين والدة الطفل والأب المزعوم فإنّ ذلك لا يقيّد بصورة قطعية أنّ المولود هو نتيجة ذلك الاتصال، وبالتالي ماذا يجب على الشاهد أن يثبته؟ هل يجب عليه أن يثبت العلاقة البيولوجية وأنّ الطفل هو ابن فلان فحسب أم يجب أن يثبت أنّه ناتج من علاقة شرعية؟.

المشرّع المغربي وإن كان بيّن مضمون هذه الشهادة في الفصل 68 من مدونة الأحوال الشخصية السابقة أنّ النسب يثبت بشهادة عدلين أو ببيّنة السماع بأنّه ولد من فراشه من زوجته فلانة، إلاّ أنّه لم يوضّح فحوى الشهادة من خلال مدونة الأسرة الجديدة، واعتبرها وسيلة إثبات مستقلة بذاتها، وبالتالي فإنّه يكفي لقبول الشهادة على أنّ الطفل من صلب الأب المزعوم دون حاجة لإثبات الفراش ما دام المشرّع لم يشترطه صراحة، وكفي أنّ الطفل يتمتع بوضعية الطفل الشرعي بالنسبة للأب.

¹ - محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون،

بيروت، الدار الجامعية، ط4، 1983، ص 724.

² - المادة: 158 من مدونة الأسرة المغربية.

غير أنّ ما يجري به العمل في الإثبات بواسطة الشّهادة وبيّنة السّماع، يمكن القول أنّ هناك اليوم قناعة تكاد تكون عامّة على أنّ الشّهادة لم تعد تتمتع بالمصادقية الكافية التي تؤهلها لأن تكون وسيلة إثبات مُطمئنة وحاسمة لأيّ نزاع حول الوقائع التي تثبتتها، بل أنّها تعتبر مصدر الكثير من التّعقيدات والخصومات. وهو ما دفع وزارة العدل المغربية إلى طرح موضوع الشّهادة قصد الدّراسة والتّقييم من خلال ندوة نظمتها لهذا الغرض خلال شهر ماي سنة 2002. لذلك إنّ هذه الوسيلة ليست ذات فعالية في الاطمئنان إلى سلامة النّسب الذي يثبت عن طريقها.¹

في الأخير بدا واضحاً موقف المشرّع المغربي أنّه لا يعتبر ثبوت نسب الطّفل الطّبيعي من أبيه البيولوجي من خلال ما تمّ التّطرق إليه إلى وسائل إثبات النّسب الواردة في المادّة 158 من مدوّنة الأسرة. ومن خلال مقتضيات المادّة 148 من نفس المدوّنة على أنّه لا يترتّب على البنوة غير الشرعيّة بالنسبة للأب أيّ أثر من آثار البنوة الشرعيّة. حيث ميّز المشرّع المغربي بين النّسب والبنوة، ذلك عندما عرّف كلّ منهما بنص خاص،² وجعل البنوة الشرعيّة مرادفة للنّسب بالنسبة للأب حسب مقتضى نص المادّة 144 من مدوّنة الأسرة³ التي حدّدت المادّة 152 من مدوّنة الأسرة أسبابه على سبيل الحصر وهي الفراش، الإقرار والشّبهة. وعليه فإنّ البنوة تعتبر غير شرعيّة بالنسبة للأب في حالة تخلّق الولد خارج إطار الزواج دون أن تكون للأب شبهة تلحق الولد به، وهي الحالات التي تمّ استنتاجها ضمناً من نصوص مدونة الأسرة المغربية كالبنوة الناتجة عن الزّواج الباطل مع ثبوت سوء نية الأب، والبنوة الناتجة خارج أمد الحمل، ثم البنوة الناتجة عن العلاقة الجنسيّة غير الشرعيّة. بهذا يكون المشرّع المغربي أخذ برأي جمهور الفقهاء القائل بانتفاء نسب الطّفل غير الشرعيّ من أبيه.

يبدو أنّ وضع المادّة 148 في مقابل بعض المواد المنظمّة لحقوق الطّفل وكذا المتعلّقة بقواعد المسؤولية الشّخصيّة، لمن تسبّب بفعله الشّخصي في ميلاد الطّفل عن طريقة علاقة فساد أو جريمة اغتصاب، نتج عنها ازدياد طفل أقرّ لفائدته التّشريع المغربي حقوقاً خاصّة من إنفاق أو تكفّل أو رعاية وضع غير سليم في عدم ترتيب أيّ أثر بالنسبة للبنوة غير الشرعيّة من الإغفاء الكلّي من أية مسؤوليّة مرتبة للجزء من قبيل الإنفاق أو الرّعاية، ولا يتأتّى ذلك إلّا بإلحاق الولد بأبيه الطّبيعي.

¹ - وليد صالح أحمد عبد الرب وإدريس عباسي، الحماية القانونية لحق الطفل في النسب من خلال مدونة الأسرة والحالة المدنية، بحث لنيل الإجازة في الحقوق، جامعة محمد الخامس السويسي، الرباط، المغرب، 2008-2009، ص 15.

² - نصت المادّة 150 من مدونة الأسرة المغربية على أنّ: "النّسب لحمّة شرعيّة بين الأب وولده تنتقل من السّلف إلى الخلف". أمّا بالنسبة إلى البنوة فقد نصّت المادّة 142 من نفس المدوّنة على أنّه: "تتحقّق البنوة بتّسل الولد من أبويه وهي شرعيّة وغير شرعيّة".

³ - نصت المادّة 144 من مدونة الأسرة المغربية على أنّه: "تكون البنوة شرعية بالنسب للأب في حالات قيام سبب من أسباب النّسب وتنتج عنها جميع الآثار المترتبة على النّسب شرعا".

أوضح الأستاذ الحسين الملكي - محامي بهيئة الرباط - في ندوة محكمة الاستئناف بالرباط حول مناقشة إثبات النسب بين قواعد الشريعة الإسلامية والنظريات العلمية: " أنّ البنية غير الشرعية وفقاً لمدونة الأسرة لا تترتب عنها بالنسبة للأب أي من الآثار الشرعية، فيما تستوي هذه الآثار بالنسبة للأم في الحالتين الشرعية وغير الشرعية، مقترحاً في هذا الإطار أن يتمّ بالمقابل إقرار قاعدة تلزم الأب المفترض تحمّل مسؤولية هذا الوليد بدل أن تلحق المسؤولية بكاملها على كاهل الأم فقط أو المجتمع في حالة الأطفال المتخلى عنهم".¹

ما يؤكّد توجه المشرع المغربي أيضاً إلى عدم الاعتراف بنسب الطفل الطبيعي. جاء في أعمال حقوق الطفل في شمال إفريقيا بعنوان لمحة عن حقوق الطفل بالمغرب: "...ولا يزال التمييز مشكلة بارزة تخصّ الأطفال الذين تربّوا خارج رابطة الزواج والأطفال المهملين والأطفال الذين لا يعرفون أهلكم على الرغم من الأحكام الجديدة التي ينصّ عليها قانون الأسرة في تأمين بعض الحماية للأطفال غير الشرعيين. إذ يسمح بتحاليل الحامض النووي لتحديد هوية الأب البيولوجي، علماً أنّه لا يُعترف رسمياً بانتمائه الطبيعي إلى الأب في سجلات الولادة".² في وقت بلغت نسبة الأطفال مجهولي النسب ومن ضمنهم الأطفال غير الشرعيين بالمغرب ما يتجاوز عددهم 153 طفل يولد خارج مؤسسة الزواج يومياً حسب جريدة أصداء المغرب.³

على ذكر الخبرة الطبية كوسيلة لإثبات أو نفي النسب لم تكن مدرجة في مدونة الأحوال الشخصية المغربية السابقة، لكن المشرع المغربي تدارك هذا النقص من خلال مدونة الأسرة الحالية ونصّ عليها في المواد 153 و158، ذلك بقبوله للخبرة الطبية كوسيلة شرعية لإثبات النسب شرط صدور أمر قضائي، وأقرّ المجلس الأعلى بتاريخ 09 مارس 2005 الالتجاء إلى إجراء الخبرة الطبية.⁴ هذا ما سوف نوضحه لاحقاً.

¹ - و.م.ع، « في ندوة محكمة الاستئناف بالرباط: مناقشة إثبات النسب بين قواعد الشريعة الإسلامية والنظريات العلمية »، جريدة التجديد، المغرب، بتاريخ 27 سبتمبر 2004:
<http://www.attajdid.info/def.asp?codelangue=6&infoun=1404>

² - المكتب الدولي لحقوق الطفل، المرجع السابق، ص 118.

³ - _____، « 153 طفل غير شرعي يولد يومياً بالمغرب منهم 24 طفل يتخلى عنه »، المرجع السابق.

⁴ - جاء في هذا القرار أنه: « وأمام اختلاف الزوجين بشأن تاريخ ازدياد الابن المذكور، فإنه كان على المحكمة أن تبحث في جميع وسائل الإثبات المعتمدة شرعاً منها الخبرة التي لا يوجد نص قانوني صريح يمنع المحكمة من الاستعانة بها والمحكمة لما اكتفت بالقول رداً على ملتصق إجراء الخبرة، بأن ما تمسك به الطالب يخالف أصول الفقه والحديث الشريف، دون اعتماد نص قاطع في الموضوع، فإنها لم تضع لما قضت به أساساً وعرضت قرارها بذلك للنقض ». قرار عدد 156 ملف شرعي عدد 15، بتاريخ 2003/01/02، منشور بمجلة قضاء الأسرة، منشورات وزارة العدل، العدد 01، 2005، ص 91.

ثانيًا: موقف التشريع المغربي من الخبرة الطبية في إثبات نسب الطفل الطبيعي

تعتبر الوسائل العلمية التي توصل إليها العلم الحديث وسائل فعالة تصل إلى حدّ اليقين في مجال إثبات النسب نظرًا للتطور الهائل الذي عرفته هذه الوسائل. لقد استأثرت قواعد النسب بالاهتمام في إطار مدونة الأسرة المغربية الحالية حيث وسّع المشرع من دائرة وسائل إثبات النسب بالنص على الخبرة الطبية بشروطها كوسيلة لإثبات النسب ونفيه، بعد ما كانت مدونة الأحوال الشخصية محدّدة لنفي النسب بعد ثبوته بالفراش في اللعان فقط.

إنّ المشرع باتّخاذ هذا المنحى يجعل الخبرة الطبية من ضمن وسائل الإثبات، حيث يكون بموقفه هذا مطابقًا لقاعدة فقهية راسخة تقوم على أنّ الشرع متشوّف للحقوق النسب. إذا كانت مدونة الأسرة الحالية أشارت إلى الخبرة القضائية كوسيلة يمكن اللجوء إليها للفصل في النزاعات المتعلقة بالنسب، فإنّ المشرع لم يشر بوضوح وبشكل صريح إلى الخبرة الطبية وإلى وسيلة البصمة الوراثية ممّا يطرح التساؤل عن العوامل التي جعلت المشرع يمتنع عن النصّ الصريح على ذلك في مدونة الأسرة؟. هذا ما يمكن معرفته من خلال التمييز بين مرحلة استبعاد الخبرة الطبية، ثمّ مرحلة الأخذ بهذه الخبرة.

أ - مرحلة استبعاد الخبرة الطبية

امتدّت هذه المرحلة إلى حدود فبراير 2004 تاريخ صدور مدونة الأسرة الجديدة التي تميّزت بفرغ تشريعي، حيث ورد النصّ على قواعد النسب في مدونة الأحوال الشخصية السابقة، في الفصول من 83 إلى 96 ضمن كتاب الولادة ونتائجها، والمستمدّة في مجملها من قواعد الفقه المالكي بالخصوص. ورد فيها بصدد إثبات النسب في الفصل التاسع والثمانين: " يثبت النسب بالفراش أو بإقرار الأب أو بشهادة عدلين أو ببيّنة السماع بأنّه ابنه ولد على فراشه من زوجته ". جاء فيها بخصوص نفي النسب في الفصل التسعين: " لا ينتفي الولد من الرّجل أو حمل الزّوجة منه إلّا بحكم القاضي ". وفي الفصل الواحد والتّسعين: " يعتمد القاضي في حكمه على جميع الوسائل المقرّرة شرعًا في نفي النسب ".¹

يتبيّن من هذه النصوص القانونية أنّ مدونة الأحوال الشخصية لم تكن تتضمّن أيّ إشارة صريحة إلى إمكانية الاعتماد على الخبرة الطبية عامّة لإثبات أو نفي النسب، خصوصًا في وجهها المعتمد على الهندسة الوراثية. بعبارة أخرى هل المشرع المغربي أعطى للقاضي في مجال نفي النسب سلطة تقديرية في اعتماد أيّة وسيلة إثبات يراها مناسبة ومحقّقة للعدل والإنصاف وبالتالي الاعتماد على الخبرة الطبية في نفي النسب وإثباته؟²

¹ - برجاي خالد، قواعد إثبات ونفي النسب في المغرب بين تطور العلم وجمود القانون، م 2، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتّحدة المنعقدة ما بين 05-07 ماي 2002، ص 657.

² - إدريس الفاخوري، المركز القانوني للمرأة المغربية من خلال مدونة الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 61.

إذا اعتبرنا الوسائل المقررة شرعاً تفيد فقط الوسائل المقررة التي جاء بها الفقه الإسلامي فلا يمكن الاعتماد على الخبرة الطبية. أمّا في الحالة المعاكسة أي إذا اعتبرنا الوسائل المقررة شرعاً تمثل الوسائل المتاحة، فإنّ المحاكم تكون ملزمة بالأخذ بالخبرة الطبية، وإلاّ فإنّها لن تطبق القانون.

حسب الأستاذ محمّد الكشور - أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بالدار البيضاء - "... فإنّ للفقه الإسلامي عذره للمحافظة على هذا المبدأ إذ عند نزول القرآن الكريم وتكوين السنّة النبوية وحتى في العهد الذي بدأ فيه تدوين هذا الفقه لم تكن للطب مكانة ذات شأن في المجال الذي تبحث فيه بالخصوص ¹."

المشكل الذي كان يطرحه الفصل الواحد والتسعون من مدونة الأحوال الشخصية يتعلّق بالوسائل المقررة شرعاً، هل هي المرتبطة بأحكام الشريعة الإسلامية أم تلك القواعد القانونية المرتبطة بموضوع الإثبات بصفة عامّة؟. بالمقابل لم تكن تتضمن هذه النصوص صراحة ما يفيد عدم إمكانية اللجوء إلى الخبرة الطبية بكل أشكالها في هذا المجال خصوصاً وأنّ مدونة الأحوال الشخصية كانت في جوانب أخرى منها تأخذ بالخبرة الطبية.

تضمّن الفصل السابع من مجلة الحوال الشخصية أنّ للقاضي أن يأذن للمجنون والمعتوه بالزواج، إذا ثبت بتقرير من هيئة طبية من أطباء الأمراض العقلية أنّ الزّواج سيفيده في العلاج، ووافق الطّرف الآخر على ذلك بعد علمه به. كما تضمّن الفصل الواحد والأربعون بعد تعديلات سبتمبر 1993² أنّه من ضمن الوثائق الواجب الإدلاء بها من قبل الخاطب والمخطوبة أمام العدلين قصد الزّواج بالمغرب " شهادة طبية تثبت الخلو من الأمراض المعدية ". ³ ورد كذلك في الفصل الرابع والخمسين المتضمّن لقواعد التّطليق للعيب، إشارة صريحة إلى إمكانية الاستعانة بأهل الخبرة من الأطباء في معرفة العيب.

كان الفصلان الخامس والسبعون والسادس والسبعون المتعلّقان بالمنازعات التي تحصل بخصوص ادّعاء وجود حمل أو نفيه، إمكانية اللّجوء إلى أهل الخبرة من الأطباء للفصل في الأمر وذلك على الشّكل التّالي:

¹ - صولة سعيد، « إثبات النسب »، بتاريخ 06 جوان 2016 على الساعة: 10:25
http://www.marocdroit.com_a3706.html

² - خالد برجوي، قواعد إثبات ونفي النسب في المغرب بين تطور العلم وجمود القانون، المرجع السابق، ص 657.

³ - ينص الفصل 41 من مجلة الأحوال الشخصية المغربية: " 7 - شهادة طبية لكل لكل من الخاطب والمخطوبة تثبت الخلو من الأمراض المعدية ". ظهير شريف معتبر بمثابة قانون رقم 1.93.347 صادر في 10 سبتمبر 1993 بتغيير وتميم بعض فصول مدونة الأحوال الشخصية. الجريدة الرسمية للمملكة المغربية عدد 4222 بتاريخ 29 سبتمبر 1993، ص 1833.

الفصل الخامس والسبعون: " إذا ادّعت المعتدّة الرّبية في الحمل ونوزعت في ذلك عرضت على أهل الخبرة ". الفصل السادس والسبعون: " أقصى أمد الحمل سنة من تاريخ الطّلاق أو الوفاة، فإن انقضت السّنة وبقيت الرّبية في الحمل رُفِع الأمر إلى القاضي ليستعين ببعض الخبراء من الأطّباء للتّوصل إلى الحلّ الذي يفضي إلى الحكم بانتهاء العدّة أو إلى امتدادها إلى أجل يراه الأطّباء ضروريّاً لمعرفة ما في البطن هل هو علّة أم حمل " .

إضافة إلى هذه النّصوص الصّريحة هناك بعض النّصوص الأخرى التي كانت تحيل ضمناً على الخبرة الطّبيّة ما دام تفعيلها عمليّاً يتوجّب ذلك. ¹ منها ما تعلّق بأحوال مرض الموت والإقرار بالنّسب ² والسّلامة من كلّ مرض معد لإمكانية الحصول على الحضانة ³ وقواعد الحجر بسبب الإصابة بالجنون أو العته. ⁴

يتبيّن للباحث ممّا سلف أنّ نصوص مدوّنة الأحوال الشّخصية السّابقة في مجال إثبات ونفي النّسب لم تبيّن بوضوح موقف المشرّع من اعتماد البصمات الوراثيّة في هذا المجال، ممّا يوحي بأنّ المشرّع المغربي اعتمد الوسائل المقرّرة بالفقه الإسلامي لإثبات ونفي النّسب، حيث أنّ قاعدة الولد للفرّاش لا يجوز دحضها إلّا بالوسائل المقرّرة شرعاً لنفي النّسب. الأمر الذي أكّده بعض الفقه المعارض لاعتماد الخبرة الطّبيّة، كون هذه الأخيرة لم يرد النص عليها في الشريعة الإسلامية، وأنّ الوسيلة الوحيدة لنفي النّسب هي اللّعان باعتباره السّبيل الوحيد الذي وضعه الشرع الحكيم لصالح الزّواج الذي يعوزه إثبات زنا زوجته بأربعة شهود، فضلاً على أنّ تحاليل الدّم ليست وسيلة ذات مصداقيّة مطلقة، من الممكن أن يتسرّب إليها الخطأ ويعتريها القصور نتيجة الإهمال أو التّدخل البشري، كما أنّ عدم الأخذ بهذه التّحاليل الطّبيّة فيه تكريس لمقاصد الشّريعة الإسلاميّة في عدم قطع الأنساب وتشوّفها إلى ثبوتها. ⁵

ذهب إلى هذا القول محمد التّاويل - عضو اللّجنة الملكيّة الاستشاريّة لمراجعة مدوّنة الأحوال الشّخصية - قائلاً: " بالرّغم من ترتيب بعض الآثار والنتائج الإيجابيّة للخبرة الطّبيّة، إلّا أنّه بالرّغم من ذلك فهي لا تصلح لإثبات النّسب أو نفيه، لأنّ نتائجها محتملة غير محقّقة الوقوع ولا مضمونة الحصول من جهة، ومن جهة ثانية أنّ الحدود الشرعيّة كفيّلة بتحقيق تلك النّتائج التي يُبرّر بها البعض دفاعه عن الخبرة الطّبيّة وما يؤكّد ذلك الواقع الإسلامي وتاريخه النّظيف، وأنّ الجرائم المشتكي

¹ - برجاري خالد، قواعد إثبات ونفي النّسب في المغرب بين تطور العلم وجمود القانون، المرجع السابق، ص 658.

² - الفصل: 92 من مدونة الأحوال الشخصية المغربية.

³ - الفصل: 98 من نفس المدونة.

⁴ - الفصل: 145 من نفس المدونة.

⁵ - الحسين بلحساني، « قواعد إثبات النّسب والتقنيات الحديثة »، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، العدد 06، أكتوبر 2002، ص 95.

منها اليوم لم تظهر في المجتمعات الإسلامية إلا بعد تعطيل الحدود وانتشار ثقافة الحداثة والانحلال وتقلص ثقافة العفة وانحسارها، كما أنّ في ذلك مخالفة للشريعة الإسلامية شكلاً ومضموناً¹.
في نفس الاتجاه ذهب الفقيه أحمد زوكاغي - أستاذ بكلية الحقوق بمكناس - في تعليقه على إحدى قرارات المجلس الأعلى يحمل رقم 658 بتاريخ 30 ديسمبر 2004 إلى القول: " إنّ الاتجاه الذي سار فيه المجلس الأعلى هو الذي ينسجم مع أحكام ومبادئ وأسس قانون الأحوال الشخصية الإسلامي إذ ما دامت وسائل إثبات النسب محدّدة انطلاقاً من الحديث الشريف {الولد للفراش} فلا داعي لإضافة وسائل أخرى مستحدثة بدعوى التّقدّم العلمي أو التطّور التكنولوجي، إذ لا اجتهاد مع مورد النّص².

على هذا الأساس ضاعت حقوق العديد من الأطفال حال إنكار الآباء لنسبتهم في غيَاب وسيلة التّحليل الجيني. نتيجة استبعاد القضاء المغربي ورفض اعتماد الخبرة الطّبيّة عامّة كوسيلة من وسائل إثبات أو نفي النسب في اجتهاداته رغم الاعتداد بها في ميادين أخرى عند بتّه في منازعات تهّم الأحوال الشخصية. برّر موقفه هذا بعدم ورود في المدوّنة السّارية المفعول آنذاك نصوص صريحة تشجّع على اعتمادها. ثمّ إنّّه ليس في الفقه الإسلامي ما يثبت بوضوح اللّجوء إليها في هذا المجال. ورد في قرار للمجلس الأعلى بتاريخ 25 جانفي 1994: " إنّ العارض طلق المطلوبة في النّقص بمجرد خروجها وبيّن للمحكمة أنّ الولد ليس من صلبه لأنّه عقيم وكونه مريضاً، وزكّي ذلك بشواهد طبيّة علميّة، كما أنّه خال من الحيوانات المنويّة وأنّ المحكمة الابتدائيّة سبق لها أن أصدرت قراراً تمهيدياً قضى بإجراء خبرة طبيّة إلا أنّها تراجعت عنه دون تعليل... إنّ العبرة بموافقة الحكم للنّص الفقهي الذي اعتمده الحكم الابتدائي نقلاً عن الزّرقاني في باب اللّعان حيث قال: لا يعتدّ على العقم حتّى يلاعن، كما أنّ الخبرة بالمرحلة الابتدائيّة التي رجعت عنها المحكمة الابتدائيّة لم يتمسك بها الطّاعن أمام محكمة الاستئناف التي اقتصر ردّها على ما أثاره الطّاعن، الأمر الذي يجعل ما نعه السّبب لا أثار له ".³ المجلس الأعلى هنا أكّد ما ورد في الأحكام الابتدائيّة والاستئنافيّة من رفض للخبرة الطّبيّة، ورفض بذلك طلب المدّعي على أنّ العقم لا يمكن أن يكون سبباً في الملاعنة. مهما كانت تبريرات القائلين بعدم جدوى الخبرة الطّبيّة، فإنّها تبقى وسيلة ناجعة يجب الأخذ بها كونها تمتاز بالدقّة ونتائجها تكاد تكون قطعية، وهي أقوى بكثير من القيافة.

¹ - التاويل محمد، « الخبرة الطّبيّة وأثرها في ثبوت النسب ونفيه في المنظور الإسلامي »، جريدة المحجة، العدد 256، بتاريخ 17 ماي 2006، ص 03: <http://almahajjafes.net/author/tawil/page/3>

² - زوكاغي أحمد، « قراءة في قرار المجلس الأعلى، الغرف المجتمعة حول إثبات النسب ودور الخبرة الطّبيّة، المحور الثاني: تعاليق على قرارات قضائية »، مجلة رسالة المحاماة، العدد 27، بتاريخ 21 جوان 2007، ص 111.

³ - قرار المجلس الأعلى، بتاريخ 25 جانفي 1994، ملف الأحوال الشخصية عدد 87/5556، غير منشور. أشار إليه برجواوي خالد، المرجع السابق، ص 659.

ب - مرحلة الأخذ بالخبرة الطّبيّة

أدرج المشرّع المغربي سند الأخذ بالخبرة الطّبيّة في مدوّنة الأسرة الجديدة الصّادرة في فبراير 2004 خلافاً لما أقرّه الاجتهاد القضائي المغربي خلال سريان مدوّنة الأحوال الشّخصيّة السّابقة. إنّ من الثّابت لدى الكثير من فقهاء الإسلام الاعتماد على وسيلة قريبة من الخبرة الطّبيّة في قواعدها وشروطها في إثبات النّسب، وهذه الوسيلة هيّ ما يعرف بالقيّافة اعتماداً على تشابه الأجساد والأقدام بين الأب والولد.

ما دامت القيّافة تعتمد الخبرة فهذا يبرّر الاعتداد بالخبرة الطّبيّة بالأساس خصوصاً في الوقت الحالي الذي عرفت فيه العلوم الطّبيّة تطوّراً يُمكن من إثبات النّسب بشكل أكثر قطعية.

إنّ اعتماد التّحليل العلمي لا سيما نظام البصمة الوراثيّة في مجال النّسب لا يتعارض مطلقاً مع أحكام الفقه الإسلامي ولا مع نصوص المدوّنة. على هذا الأساس تدارك المشرّع المغربي هذا النّقص من خلال مدوّنة الأسرة الجديدة في المواد 153 و 158.¹ ذلك بقبوله الخبرة الطّبيّة كوسيلة شرعيّة لإثبات أو نفي النّسب شرط صدور أمر قضائيّ بها. هذه الاختبارات يسمح بها بسهولة في حال كان الهدف منها إثبات النّسب، في حين تكون أكثر طلباً إذا ما كان الهدف منها إنكار الأبوة من أجل عدم الإخلال بالاستقرار الأسري الذي يسعى القانون للحفاظ عليه.² ذلك إحساساً منه بضرورة مواكبة التّشريع لمستجدّات هذا العصر وتقنيّاته الحديثة في مجال الطّب الشرعي خصوصاً ما عرفه علم الهندسة الوراثيّة من تطوّرات بات معها يقيّناً إثبات النّسب أو نفيه، لا سيّما أنّ الأمر يتعلّق بوسيلة إيجابيّة تقيّناً مرارة نسبة الولد لغير أبيه واختلاط الأنساب وتحسم معرفة الأب والأم البيولوجيين للولد المزداد بصفة يقينيّة.

تمّ النّص صراحة على الأخذ بالخبرة الطّبيّة كوسيلة لإثبات ونفي النّسب في المواد 153 و 158 السّالفة الذكر من مدوّنة الأسرة المغربية، وبهذا يلاحظ أنّ المادة 153 بيّنت مدى حجّية الفراش على ثبوت النّسب واعتبرتها حجة قاطعة لا يمكن الطّعن فيها إلّا بإحدى الوسيلتين منها: الخبرة الطّبيّة التي تفيد القطع مع توافر بعض الشّروط المنصوص عليها في نفس المادّة. وفي معرض الجواب عن التّساؤل حول أساس وشروط اعتبار الخبرة كوسيلة لنفي النّسب وفقاً للمادّة 153 من المدوّنة رغم وجود الفراش أوضح السيّد وزير العدل أنّ اعتماد الخبرة في هذا الباب كوسيلة للطّعن في حجّية

¹ - نصت المادة: 153 من مدوّنة الأسرة المغربية: "...يعتبر الفراش بشروطه حجة قاطعة على ثبوت النّسب، لا يمكن الطّعن فيه إلّا من الرّوج... بواسطة خبرة تفيد القطع..."؛ ونصّت المادة 158 من نفس المدوّنة: " يثبت النّسب... بكل الوسائل الأخرى المقرّرة شرعاً بما في ذلك الخبرة القضائيّة ".

² - Emilie BARRAUT, « La filiation légitime à l'épreuve des mutations sociales au Maghreb », droit et cultures, n° 59/2010-1, p. 09 .

الفرش يشترط في ذلك أن يصدر أمرٌ بها من طرف المحكمة التي يرجع إليها في الأخير تقدير قيمتها الإثباتية حسب الحالات، وأن تتوفر كذلك باقي الشروط الواردة في المادة المذكورة.¹

مثلما وجد بعض الفقه معارضاً لاعتماد الخبرة الطبية، هناك من أيد الاعتماد عليها منهم الأستاذ أحمد الخمليشي - علامة ومفكر مغربي ومدير لمؤسسة دار الحديث الحسنية بالرباط - الذي يرى أنه: "إذا كان الفقهاء المسلمون قد قبلوا مبدأ إثبات النسب بالقيافة، فيكون من باب أولى قبول الخبرة الطبية في الوقت الحاضر الذي اكتشفت فيه طرق تحليل أثبتت التجارب صدقها على أن تبقى للتحليل الطبي صفته كخبرة يقتصر دورها على مساعدة القاضي على فحص الوقائع والوصول إلى الحقيقة، ويبقى للقاضي الاعتماد عليها في حكمه متى اطمأن إلى نتائجها وتيقن من صحة بياناتها وما ورد فيها تحليلاً واستنتاجاً على اعتبار أن التحليل الطبي يعد في الوقت الحاضر من بين الوسائل الشرعية في مجال النسب كونه يقوم على وسائل علمية يقينية تساعد على استصدار أحكام قضائية مبنية على الجزم واليقين".²

ذهب الأستاذ إدريس الفاخوري - أستاذ بإحدى كليات المغرب - إلى القول: "...من العقل والمنطق أن تحقيق العدل وتثبيت الحقوق يقتضيان اعتماد نتائج البحث العلمي في مجال الخبرة الطبية. إذ لا يعقل أن يأخذ فقهاؤنا في الشريعة الإسلامية بالقيافة ولا يتم اللجوء إلى الخبرة الطبية التي تعتبر نتائجها أبحاث علمية لفكر إنساني وعلوم ليس فيها ما يتنافى مع قواعد الشريعة الإسلامية".³

المشرع المغربي في مسألة الخبرة سار على شاكلة المشرع الفرنسي الذي اعتمد بشكل رسمي أن تجرى الخبرة على البصمة الوراثية للإنسان من طرف اللجنة الأخلاقية للقوميات في فرنسا، مع حصره فقط في المعامل المختصة والمعتمدة رسمياً، ولا يتم الأخذ به إلا بناءً على أمر قضائي.⁴ هناك مبررات واقعية تستدعي اعتماد الخبرة الطبية أمام القضاء بصدد إثبات ونفي النسب، ويشجع ذلك عقود الزواج غير الموثقة في المغرب. فمدونة الأسرة لا زالت تسمح بالاعتداد بعقود الزواج التي لم

¹ - زريويل محمد، المرجع السابق.

² - الخمليشي أحمد، التعليق على قانون الأحوال الشخصية، آثار الولادة والأهلية والنيابة القانونية، ج2، المغرب، دار نشر المعرفة، ط1، 1994، ص 66.

³ - الفاخوري إدريس، « نفي وإثبات النسب بالتحاليل الطبية »، (مقارنة شرعية قضائية وفقهية)، « المجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، المغرب، الدار البيضاء، مؤسسة الملك عبد العزيز، العدد 40، 2003، ص 29.

⁴ - حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات، المرجع السابق، ص 493 وما بعدها.

تحتزم شكلية الإشهاد بالكتابة أمام العدلين. هذه الهفوة القانونية تشجع الآباء ذوو النية السيئة على نفي نسب أولادهم في أحيان كثيرة.¹

بناءً على هذه المعطيات فإنّ اللجوء إلى البصمة الوراثية كوسيلة قطعية وحاسمة ستقلل من مثل هذه القضايا، وتساعد القضاء على تحقيق العدالة والإنصاف، وإنقاذ الكثير من الأطفال والنساء من الضياع. فشهادة اللّيف² المعتمدة من قبل القضاء حاليًا تضللّ القضاء في أغلب الحالات أكثر ممّا ترشده.³

إنّ تبرير إمكانية الاعتماد على الاكتشافات الطبية الحديثة في ميدان علم الوراثة أو ما يعرف بالجينات لإثبات النسب يركز على خبرة الطبيب في هذا المجال. هذه الخبرة هي التي تبرر إمكانية اللجوء إليه، شأنه شأن القائف في مجاله.⁴

إذا كان الفقه الإسلامي لم يعتمد الخبرة الطبية في النسب لخطورة هذا المجال، الثابت أنّ فقهاء الإسلام قطعوا أشواطاً كبيرة في علم الطب. إنّه وأمام التطور الذي عرفه الطب في هذا المجال في الوقت الحاضر، فإنّه من غير المعقول الاستمرار في تجاهل خبرته من قبل القضاء المغربي خصوصاً وأنه وسيلة جديدة قد تساعد القاضي على الوصول إلى الحقيقة التي هي مناط العدالة.⁵

يقول الدكتور محمد بن عابد بخاطمة – أستاذ استشاري جراحة الكبد بكلية الطب والمستشفى الجامعي بجدة، وخبير في المجمع الفقهي برابطة العالم الإسلامي –: "إنّ الفقهاء رحمهم الله لو عرفوا البصمة الوراثية في عهدهم لما أخذوا إلّا بها نظراً لصحتها ودقتها".⁶

أخذ المشرع في مدونة الأسرة الحالية بعين الاعتبار هذه الآراء، لكن لم يتخلص من التّصور الذي كان سائداً، والذي مفاده تعارض الخبرة الطبية مع قواعد الفقه الإسلامي. يظهر ذلك من خلال النص في المادة 153 من المدونة على أنّ نفي النسب لا يمكن أن يتمّ من قبل الزوج سوى عن طريق اللّعان أو بواسطة خبرة تفيد القطع. لعلّ ما يبرّر هذا هو الترتيب لوسيلة اللّعان قبل الخبرة الطبية. كما يظهر ذلك أيضاً من خلال النص في المادة 158 من نفس المدونة على أنّ النسب يثبت بالفرش

¹ - Khadija MOSLEH, « la procréation naturelle au Maroc », Diplôme des études supérieures en droit privé, faculté de droit, Rabat, 1993, p. 190.

² - تعتبر شهادة اللّيف وسيلة من وسائل الإثبات، إذ أنّها تعتبر بينة شرعية. وبالتالي فهي تتدرج في المرتبة الثالثة من طرق الإثبات حسبما هو وارد في الفصل 404 من قانون الالتزامات والعقود المغربي. الجريدة الرسمية للمملكة المغربية عدد 6519 بتاريخ 2016/11/21، ص 7789.

³ - الخليلي أحمد، وجهة نظر، الأسرة والطفل والمرأة – أصول الفقه والفكر الفقهي، المرجع السابق، ص 94.

⁴ - برجواوي خالد، قواعد إثبات ونفي النسب في المغرب بين تطور العلم وجمود القانون، المرجع السابق، ص 667.

⁵ - الكشور محمد، شرح مدونة الأسرة، ج2، الدار البيضاء، مطبعة النجاح الجديدة، ط1، 2006، ص 46.

⁶ - الهادي الحسين الشبيلي، « استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب، نظرة شرعية »، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، م18، العدد 35، أبريل 2003، ص 28.

أو بإقرار الأب أو بشهادة عدلين أو ببينة السماع وبكل الوسائل الأخرى المقررة شرعاً بما في ذلك الخبرة القضائية. هنا أيضاً إشارة إلى تسبيق الوسائل الشرعية لإثبات النسب، فالملاحظ على نص المادة أن المشرع استعمل عبارة "أو" في الأولى واستعمل حرف "الواو" في الثانية، مما يوحي أن وسيلة الخبرة الطبية لا تعتبر وسيلة إثبات للنسب مستقلة بذاتها.

يظهر من النص أن المشرع جد متأثر بتطور النقاش في أوساط الفقه والقضاء والمجتمع المدني المغربي حول هذا الموضوع، بشكل جعله لا يشير بوضوح إلى الخبرة الطبية وإلى وسيلة البصمة الوراثية خصوصاً أنه هناك من لا يزال يتحفظ على هذه الوسيلة بمبرر أن لا سند لها في الشريعة الإسلامية. يرى الأستاذ إبراهيم بحماني - رئيس الغرفة الشرعية لدى المجلس الأعلى بالمغرب -: " أنه يتعين اللجوء إلى الفحوص الطبية لمعرفة من ينسب إليه الولد عند الاقتضاء ولكن ذلك لا يكون في الحالة التي يقع فيها نزاع حول النسب ولا يوجد حل لذلك النزاع. أما إذا وجد الحل القانوني كما إذا نتج عن زواج مضى عليه أقل مدة الحمل وتم الاتصال بين الزوجين جنسياً، فإنه لا يبقى هناك مبرر للفحص الطبي لأن الولد للفراش ولأن الشرعية مقدمة على البنوة الطبيعية".¹ في حين يرى الأستاذ محمد الكشور: " أن البصمة الوراثية حقيقة علمية لم تعد محل جدل إلا ممن ختم الله على قلوبهم. فهي تقنية علمية تثبت وتنفي النسب البيولوجي بين شخصين لما تمتاز به من الدقة، فضلاً عن التقدم الذي أحرزه الطب في هذا المجال، فأصبح ذلك مبنياً على اليقين، وأن استبعاد الأخذ به من طرف القضاء قد يضر بأحكام الشريعة الإسلامية عوض خدمتها".²

ختاماً يمكن القول أن اعتماد البصمة الوراثية كوسيلة لإثبات أو نفي النسب، يظل جد مستبعد في القانون المغربي، فالنصوص القانونية لا تقره صراحة لكنها لا ترفضه قطعاً، لأن المشرع المغربي لم يفصل أحكام وشروط وضوابط العمل بالبصمة الوراثية في مجال إثبات ونفي النسب، كما أنه لم يبين مكانة البصمة الوراثية وحجيتها عند تعارضها مع وسائل الإنكار أو النفي المقررة شرعاً. ويبقى على القضاء المغربي إذا أراد إنصاف تلك الفئة المحرومة من الوالدية ومن رعايتها والإنفاق عليها مادام أن المشرع أجاز العمل بالخبرة القضائية فتبقى السلطة التقديرية للقضاء.

إن مدونة الأسرة المغربية جاءت بمستجدات لم تكن في مدونة الأحوال الشخصية الملغاة فيما قد ينشأ من حمل غير شرعي بين الخطيبين، فألحقت نسب الحمل للخاطب مراعاة لمصلحة الأبناء لسبب الشبهة كما جاء في المدونة وبشروط معينة. حيث تعتبر هذه القاعدة الواردة في المادة 156 من مدونة الأسرة من أهم المستجدات التي جاءت بها هذه الأخيرة، وهذه المادة جاءت نتيجة

¹ - ط. فاطمة، وم. ع. أسماء، وش. نعيمة، وضعية القاصر في ظل مدونة الأسرة، بحث لنيل الإجازة في الحقوق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، شعبة القانون الخاص، المغرب، 2008-2009، ص 85.

² - الكشور محمد، « نفي النسب مشروط بوجود عقد زواج صحيح »، جريدة الصباح، عدد 2212، الثلاثاء

22 ماي 2007، ص 14: <http://assabah.ma/>

للإشكالات التي يطرحها الحمل الناتج عن فترة الخطبة على اعتبار أن الخطبة تواجد بين رجل وامرأة على الزواج، فهي بمثابة تمهيد للزواج، في هذه الفترة قد يظهر بالمخطوبة حمل وهنا يثار إشكال إمكانية إثبات النسب خلال هذه الفترة.

ثالثاً: إثبات النسب وفق خصوصية المادة 156 من مدونة الأسرة المغربية

إن مسألة الحمل أثناء الخطبة هي إشكالية في القانون فقط تحديداً في مدونة الأسرة علماً أن مدونة الأحوال الشخصية الملغاة لم تتطرق لإمكانية لحوق الحمل الناتج عن الخطبة، حتى على مستوى التشريعات العربية المقارنة. حيث نرى أن هذا النص متفرد في أغلب القوانين العربية، إذ أراد تكريس أمر واقع على حساب الأحكام الشرعية التي لا تبيح التلاقي بين الرجل والمرأة إلا في الزواج الصحيح. فالخطبة مهما كانت مدتها وشروطها لا ترقى إلى درجة عقد الزواج، ومن ثم لا يمكن أن ترتب ما يترتب هذا العقد بشأن النسب.¹

أما في الفقه الإسلامي فلا إشكال فيها، فهي محض زنا لا يترتب عليها أي أثر، وفيها الحد إذا ثبت أن الحمل حصل خارج مؤسسة الزواج بخلاف مدونة الأسرة المغربية التي راعت حقوق الطفل في انتسابه إلى أبيه، مما أوقعها في انتقادات كثيرة من قبل الفقهاء والمفكرين. حيث أن معظم الآراء الفقهية تذهب إلى أن نص المادة 156 يتحدث عن إثبات نسب المولود خلال فترة الخطوبة، وبالتالي إثبات نسب أبناء الزنا وهو في نظر البعض محرّم شرعاً.

يرى الأستاذ محمد الكشور أن التأسيس على العقد الرضائي للخطبة للحقوق النسب بالخاطب رغم تشويف المشرع للحقوق الأنساب يبقى محل نظر شرعياً، ذلك لانقضاء باقي شروط الزواج من ولاية وصدق وإشهاد، وينزل بالخطبة منزلة الزواج. والقاعدة شرعاً أنها وعد بالزواج وليست بزواج، عكس بعض الفقه الحديث الذي يرى جواز إلحاق نسب الطفل بالخاطب، ذلك لكون هذه المسألة اجتهادية بالأساس لعدم ورود نص قطعي الدلالة فيها، ونظراً أيضاً لتشويف الشارع الإسلامي للحقوق الأنساب، وعلى إثر تغيير أحوال الناس. ولكون شريعة الإسلام خالدة وصالحة لجميع الأزمان، ولتفادي استفحال ظاهرة أطفال الشوارع، مستندة العقد الرضائي خاصة أن الشرع والقانون لا يستلزم أن شكلية خاصة في عقد الزواج حيث توثيق عقد الزواج يعد شكلية إثبات وليس شكلية انعقاد.²

الملاحظ على نص المادة 156 من المدونة التي نصت على وجوب توفر ظروف قاهرة تحول دون توثيق عقد الزواج وحصل الإيجاب والقبول، يعني أنه لا بد من وجود ظروف استثنائية، ويجب أن

¹ - تشوار جيلالي، «نسب الطفل في القوانين المغربية للأسرة بين النقص التشريعي والتتحيات المستحدثة»، المرجع السابق، ص 13.

² - محمد مهنا، «قراءة نقدية للمادة 156 من مدونة الأسرة»، مجلة الفقه والقانون، المملكة المغربية، عدد خاص،

تثبت هذه الظروف القاهرة ويبقى للقاضي السلطة التقديرية لك ل حالة. مما يلزم القاضي الذهاب إلى البحث والمقارنة والتّحصيل عن تحديد الظرف القاهر الذي منع الخطيبين من إبرام العقد، كما أنّ التّصيص على هذه القاعدة سيذهب بالقضاة إلى الاختلاف في المواقف، إذ هناك من الوقائع ما تعتبر ظرفاً قاهراً عند البعض، وهناك من يرفض تكييفها على هذا الأساس.¹ ممّا يستشفّ أنّ الخطبة غير كافية لإثبات النسب بل لابد من توفّر الشروط المذكورة في نص المادة 156 من المدونة:

أ - إذا اشتهرت الخطبة بين أسرتيهما، ووافق وليّ الزوجة عليها عند الاقتضاء،

ب - إذا تبين أنّ المخطوبة حملت أثناء الخطبة،

ج - إذا أقرّ الخاطبان أنّ الحمل منهما.

إذا أنكر الخاطب أن يكون ذلك الحمل منه، أمكن اللجوء إلى جميع الوسائل الشرعية في إثبات النسب.²

الملاحظ أنّ الفقرة ب والفقرة ج تشيران بوضوح أن تكون المخطوبة حملت أثناء الخطبة، زيادة على إقرار الطرفين بأنّ الحمل وقع منهما أثناء الخطبة، بمعنى قبل إبرام عقد الزواج. علماً أنّ الفقرة الأولى من المادة 5 من المدونة تعتبر الخطبة مجردّ تواعد بالزواج،³ كما أنّ المادة 6 من نفس المدونة صريحة في أنّ الطرفين يعتبران في فترة خطوبة إلى حين الإشهاد على الزواج.⁴ هذا التّدخل بين النصوص باعتبار الخطبة مجردّ تواعد متبادل بين الرّجل والمرأة على الزواج، فلا ترتّب أيّ أثر من آثار الزواج. في حين أنّ المشرّع نصّ على أنّه إذا حصل الإيجاب والقبول دون توثيق عقد الزواج، وظهر الحمل بالمخطوبة ينسب الولد للخاطب.

إضافة إلى أنّ عبارة "وحالت ظروف القاهرة دون توثيق عقد الزواج" مبهمة في مدلولها، لأنّنا نرى فرقاً شاسعاً بين إبرام الزواج وتوثيقه.⁵ علماً أنّ إبرام الزواج عرفاً هو زواج صحيح شرعاً، ينقصه التوثيق أمام الدوائر الرسمية. أمّا إذا لم يتم الزواج أصلاً فلا يمكن الاعتراف بأيّ اتصال جنسيّ بين

¹ - الكشور محمد، « نفي النسب مشروط بوجود عقد زواج صحيح »، المرجع السابق، ص 14.

² - تنص المادة 156 من مدونة الأسرة المغربية على أنّه: " إذا تمت الخطوبة، وحصل الإيجاب والقبول وحالت ظروف القاهرة دون توثيق عقد الزواج وظهر حمل بالمخطوبة، ينسب للخاطب للشبهة إذا توافرت الشروط التالية:

أ - إذا اشتهرت الخطبة بين أسرتيهما، ووافق وليّ الزوجة عليها عند الاقتضاء؛ ب - إذا تبين أنّ المخطوبة حملت أثناء الخطبة؛ ج - إذا أقرّ الخطيبان أن الحمل منهما. تتمّ معاينة هذه الشروط بمقرر قضائي غير قابل للطعن. إذا أنكر الخاطب أن يكون ذلك الحمل منه، أمكن اللجوء إلى جميع الوسائل الشرعية في إثبات النسب "

³ - تنص المادة 5 فقرة 1 من المدونة: " الخطبة تواعد رجل وامرأة على الزواج "

⁴ - تنص المادة 6 من المدونة: " يعتبر الطرفان في فترة خطبة إلى حين الإشهاد على عقد الزواج، ولكل الطرفين حق العدول عنها "

⁵ - إلغات ربيعة، « حالات ثبوت ونفي النسب - دراسة قانونية مقارنة »، حوليات جامعة الجزائر 1، بن يوسف بن خدة، الجزائر، العدد 23، جوان 2013، ص 208.

الخاطب والمخطوبة، فيظل كل من الطرفين أجنبياً عن الآخر. كذلك نجد غموضاً في عبارة "حصل الإيجاب والقبول" فهل هذه الحالة تعني الموافقة على الخطبة أي الوعد على أساس أنه يتطلب الإيجاب والقبول؟ أم أننا أمام عقد تام وبالتالي تسري عليه أحكام العقد؟.

هذا الأمر انعكس على الأحكام القضائية الصادرة في هذا الشأن، إذ يلاحظ اختلاف واضح في كيفية تعامل القضاء مع الشروط التشريعية المنصوص عليها في المادة 156 من مدونة الأسرة الذي يكتفي حيناً بإثبات الخطبة لإلحاق الحمل للخاطب¹ في حالة الاتفاق بين الطرفين أو الأمر بإجراء خبرة طبية عند إنكار الخاطب، بينما يتشدد أحياناً أخرى في ضرورة إثبات الخطبة وحصول الإيجاب والقبول وقيام أسباب قاهرة حالت دون توثيق عقد الزواج.

إن المادة 156 من مدونة الأسرة أثارت العديد من الإشكاليات والتناقضات، فالمشرع المغربي حينما اعتبر أساس التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة على أساس تقصيري، فهو نفى اعتبار الخطبة عقد أو زواج غير موثق، في حين نجده ينص على إثبات النسب وإلحاقه بالخاطب خلال فترة الخطبة على اعتبار أن الخطبة بتوافرها على الشروط المنصوص عليها في هذه المادة تعتبر زواج غير موثق.

على هذا الأساس تباينت آراء بعض الفقهاء إلى القول أن المادة 156 من مدونة الأسرة تعني الزواج وليس الخطبة، في حين قال الآخرون أن المادة 156 من مدونة الأسرة تعني الخطبة وليس الزواج.

أ - الرأي القائل أن المادة 156 من مدونة الأسرة تعني الزواج وليس الخطبة

الهدف من عرض هذه الآراء هو معرفة الإشكال الذي طرحته هذه المادة فيما يخص مسألة الحمل الناتج عن الخطبة، لأن الأمر يتعلق بشبهة الخطبة، واعتبار هذه الأخيرة عقد زواج؛ لأننا وجدنا جل الآراء الفقهية تذهب إلى أن نص المادة 156 يتحدث عن إثبات نسب المولود خلال فترة الخطوبة.

هناك من يعتبر الخطبة زواج غير موثق على اعتبار ضرورة توافر الإيجاب والقبول، وهما ركنا عقد الزواج والإشهار وموافقة الولي عند الاقتضاء، مما يعني أن الشروط الواردة في المادة 156 تنصب على الزواج وليس الخطبة، وهي شروط عقد الزواج الشرعي الذي يعرف في المغرب "بالفاتحة". أما بالنسبة للصدّاق فإنه وإن كان من شروط صحة عقد الزواج فإن غيابه وتوافر باقي الشروط يمكن أن يكتف على أنه زواج تفويض. فالمنهي عنه هو الاتفاق على إسقاطه، أما السكوت عن تحديده فهو جائز.²

¹ - وليد صالح أحمد عبد الرب، وإدريس عباسي، المرجع السابق، ص 17 و 18.

² - باسوي رضوان، « قراءة في المادة 156 من مدونة الأسرة »، بتاريخ 03 جوان 2015: على الساعة: 22: 13 <http://www.marocdroit.com>

لقد أفتى محمد الجواد الصقلي الحسيني - رئيس المجلس العلمي بفاس سابقاً - بفتوى حول حمل الخطيبة: "أنه إذا تمّ الإيجاب والقبول من كلّ من الخاطب والمخطوبة، وثبتت الخلوة بينهما، وفشا ذلك عند الأقارب والجيران، ولم ينكر الخطيب النسب عنه باللعان، فإنّ النسب يلحق بالخطاب".¹ خاصّة وأنّ الخلوة أصبحت شائعة بين الخطيبين في الوقت الحالي،² ولأنّ الجانب الشكلي في العقد وهو الإشهاد يؤخّر بعد الخطوبة أحياناً إلى حين إعداد بيت الزوجية.

تبني مشروع تعديل مدونة الأحوال الشخصية لسنة 1981 هذه النظرية، فنصّت المادة 191 من المشروع على أنه: "إذا ثبت أنّ الخطيب يخلو بالخطيبة خلوة كاملة وقبل الإشهاد وظهر بها حمل، فيلحق الحمل بالخطيب، ما لم يثبت ما ينافي ذلك".³

أخذاً بهذا الرأي يقول الدكتور أحمد الخمليشي - أستاذ بكلية الحقوق بالرباط -: "...ولعلّ أقرب حل مقبول، هو أنّه في حالة الحمل، وإبرام عقد الزواج فعلاً أمام العدلين، يلحق الولد بالزوج، وإن تمّ وضعه في أقل من سنّة أشهر من إشهاد العدلين، لأنّ توثيق العقد، واعتراف الأب يؤكدان وجود الإيجاب والقبول قبل الاتصال الناتج عنه الحمل. وهما كافيان لثبوت النسب، ولا ينبغي لضابط الحالة المدنية أو النيابة العامة، أو أقارب الأب مثلاً، أن يثيروا ما إن كان الحمل قد نشأ بعد العقد أو قبله".⁴ فهو يرى أنّ هذا الحل مبرّر لكون الفقه يقبل إقرار الأب بالنسب دون تكليف بإثبات علاقة الزواج، ولأنّ إتمام عقد الزواج يؤكّد حسن نية الطرفين، ووجود الإيجاب والقبول من الخطيبين عند نشوء الحمل، وإن تأخّر الإشهاد بالعقد.

إن تحليل مقتضيات هذه المادة يقتضي ممّا الأخذ بعين الاعتبار باقي المواد الأخرى التي لها ارتباط وثيق بها. من أهمّ هذه المواد المادة 16 التي تتحدّث عن إثبات العلاقة الزوجية، إذ يمكن القول أنّ المادة 16 هي المفتاح لفهم المادة 156. حيث جاء في المادة 16 أنّه: "تعتبر وثيقة عقد الزواج الوسيلة المقبولة لإثبات الزواج". إذا حالت أسباب قاهرة دون توثيق العقد في وقته، تعتمد

¹ - عبد المجيد غميحة، موقف المجلس الأعلى من ثنائية القانون والفقه في مسائل الأحوال الشخصية، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة محمد الخامس، الرباط، المغرب، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، 1999-2000، ص 517.

² - لقد قرّرت المحكمة الابتدائية بفاس في أحد أحكامها: "إنّ الخلوة في العصر الحاضر، تتمّ حتى في حالة الخطوبة، فأحرى بعد العقد الشرعي". قرار المجلس الأعلى، عدد 314، بتاريخ 22 سبتمبر 1980، الغرفة الاجتماعية، مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 27، ص 151. أشار إليه: عبد المجيد غميحة، موقف المجلس الأعلى من ثنائية القانون والفقه في مسائل الأحوال الشخصية، نفس المرجع، ص 517.

³ - الخمليشي أحمد، بين مدونة الأحوال الشخصية ومشروع 1981 - من كتاب البرلمان والممارسة التشريعية بالمغرب، المحمدية، دار توفيق، ط1، 1985، ص 31 وما يليها.

⁴ - الخمليشي أحمد، التعليق على قانون الأحوال الشخصية - آثار الولادة، والأهلية، والنيابة القانونية، المرجع السابق، ص 36.

المحكمة في سماع دعوى الزّوجية سائر وسائل الإثبات وكذا الخبرة. تأخذ المحكمة بعين الاعتبار وهي تنظر في دعوى الزّوجية وجود أطفال أو حمل ناتج عن العلاقة الزّوجية، وما إذا رفعت الدّعى في حياة الزّوجين. يعمل بسماع دعوى الزّوجية في فترة انتقاليّة لا تتعدّى خمس عشرة سنة ابتداءً من تاريخ دخول هذا القانون حيّز التنفيذ¹.

واضح أنّ المشرّع المغربي من خلال هذه المادّة أراد أن يقطع أيّة صلة بعقود الزّواج العرفيّة التي تستغني عن توثيق عقد الزّواج، والتي يكتفي فيها بالإشهاد عليه من طرف عموم النّاس. هذه العقود التي كانت سائدة قبل صدور المدونة بشكل كبير، والتي لا زالت تعرف في بعض المناطق من المغرب إلى حدّ الآن، طرحت العديد من المشاكل داخل المجتمع، وكانت السّبب وراء تشتيت العديد من الأسر وتدميرها. إذ غالباً ما يتملّص الأزواج من الالتزامات والواجبات الملقاة على عاتقهم تجاه زوجاتهم وتجاه أولادهم أيضاً، خصوصاً عندما يتعلّق الأمر بالنّفقة والسّكنى وإلى غير ذلك من الالتزامات ذات الطّبيعة الماليّة التي تُفرض على الزوج، حيث كان العائق الكبير أمام الزّوجة هو إثبات هذه العلاقة الزّوجية.

لهذه الأسباب قرّر المشرّع المغربي وضع قطيعة مع هذه العقود العرفيّة والاعتداد فقط بالعقود الموثّقة من طرف العدلين والمصادق عليها من قبل قاضي التّوثيق، حتى أصبح يشكّك في حقيقة شكلية الكتابة المتطلّبة إذ لم يعد دورها يقتصر على مجرد إثبات العلاقة الزّوجية، بل يمكن القول أنّها أصبحت شرط صحّة لانعقاد الزّواج. وعليه فإنّه بعد انتهاء الفترة الانتقاليّة، لا يمكن إثبات العلاقة الزّوجية إلّا عن طريق عقد الزّواج الموثّق من طرف العدلين المنتصبين للإشهاد والمخاطب عليه من طرف قاضي التّوثيق الذي يضيف عليه صبغة الرّسمية. بمعنى أنّ عقود الزّواج العرفيّة التي يتمّ فيها الاستغناء عن شهادة العدلين والاكتفاء بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين من جمهور النّاس الذين يحضرون مراسيم الزّواج، لن يرثب المشرّع عليها أيّة آثار إلّا استثناءً. كما سيصبح أيضاً في حكم العدم تلك العلاقات الزّوجية غير الموثّقة التي أبرمت في الماضي ولم يرفع بشأنها دعاوى ثبوت الزّوجية خلال هذه الفترة الانتقاليّة.

إذن تبين أنّ المشرّع المغربي في توجّهه الجديد قرّر أنّ عقد الزّواج هو الوسيلة الوحيدة لإثبات العلاقة الزّوجية دون الاعتداد بأيّة وسيلة أخرى من الوسائل التي كانت معروفة قديماً. وعليه فإنّه لم يعد

¹ - نص المادة 16 من مدونة الأسرة: "...يعمل بسماع دعوى الزّوجية في فترة انتقاليّة لا تتعدى خمسة عشر سنة ابتداءً من تاريخ دخول هذا القانون حيّز التنفيذ". تم تعديل هذه الفقرة بالمادة الفريدة من القانون رقم 15.102 الرامي إلى تعديل المادة 16 من القانون 70-03 بمثابة مدونة الأسرة، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 2.16.1 بتاريخ 12 جانفي 2016. الجريدة الرسمية عدد 6433 بتاريخ 25 جانفي 2016، ص 420.

يعترف بأية رابطة زوجية لم يوثق عقدها من طرف العدلين ، مادام الدليل الوحيد على وجودها (العقد) غير متوفر .

إنّ المشرّع المغربي ومراعاة منه لظروف مجتمعه وبعض العادات التي لازالت قائمة في بعض المناطق التي تكتفي بزواج الفاتحة، اعترف ببعض الآثار المترتبة عن هذا الزواج . وهنا يكمن وجه الالتقاء بين المادة 16 والمادة 156 إذ في الوقت الذي يقرّر المشرّع في الأولى أنّ الزواج غير الموثّق من طرف العدلين غير معترف به بعد انتهاء الفترة الانتقالية، يقرّر في المادة 156 أنّ هذا الزواج إذا نتج عنه حمل فإنّ الولد يلحق بأبيه. واعتراف المشرّع هـ ناً ببنوة الولد لأبيه لا يعني الاعتراف بثبوت الزوجية من الناحية القانونية، مع العلم أنّ العقد يعتبر قائماً من الناحية الدينية.

إنّ المشرّع يتحدّث في كلا المادتين عن الظرف القاهر الذي منع الزوجين من توثيق عقد زواجهما أمام العدلين، حيث منح في المادة 16 فرصة للزوجين لرفع دعوى ثبوت الزوجية متى أثبتا هذا الظرف القاهر، إلّا أنّ هذه الفرصة مؤقتة ورهينة بعدم انتهاء الفترة الانتقالية المحددة بـ 15 سنة، وفي المادة 156 نجد المشرّع يتحدّث عن نفس الظرف القاهر والمانع من التوثيق، فقرّر ثبوت نسب الأولاد من هذا الزواج غير الموثّق، هذا طبعاً إذا كانت الفترة الانتقالية قد انتهت ، أمّا إذا كانت لا تزال قائمة فإنّه يمكن رفع دعوى ثبوت الزوجية وإثباتها بكافة الوسائل، ومن ثمّ ينسب الولد لأبيه إذا ثبتت هذه العلاقة الزوجية.¹

يتّضح من خلال المادة 156 أنّ المشرّع لم ينتق المصطلحات المناسبة، إذ تارة يتحدّث عن الزواج وتارة أخرى عن الخطبة، إلّا أنّه في الحقيقة يقصد الزواج الصحيح غير الموثّق من قبل العدلين، ذلك أنّه يتحدّث أولاً عن "الإيجاب والقبول" بين الخطيبين بمعنى أنّ عقد الزواج مبدئياً منعقد ما دام الركنان متوفّرين وأنّ فترة الخطوبة انتهت طبقاً لمقتضيات المادة 10 من مدونة الأسرة التي جعلت الإيجاب والقبول من الأركان الرئيسية في عقد الزواج .² ما يؤكّد هذا أنّ المشرّع نفسه أرفد قائلاً: "وحالت ظروف قاهرة دون توثيق عقد الزواج...". ممّا يعني بشكل واضح أنّ المقصود هو الزواج الذي لم يتمّ الإشهاد عليه من طرف العدلين وتوثيقه . كما أنّه في الفقرة (أ) من نفس المادة نجده يشترط موافقة الولي عند الاقتضاء رغم أنّه يتكلّم عن الخطوبة ، ونحن نعلم أنّ الولاية هي شرط صحة في الزواج وليس شرطاً في الخطبة.

كلّ هذا يؤكّد أنّ المشرّع يقصد إثبات نسب المولود خلال فترة الزواج الذي لم يوثّق فيه العقد لأسباب قاهرة، وليس خلال فترة الخطوبة. ذلك أنّه لو اعترف المشرّع بثبوت نسب المولود للأب خلال

¹ - زكرياء المرباط، « قراءة تحليلية للمادة 156 من مدونة الأسرة » ، بتاريخ 01 أوت 2013: بتاريخ 01 فيفري 2018: على الساعة: 23: 26 <http://www.marocdroit.com>

² - تنص المادة 10 من مدونة الأسرة: " ينعقد الزواج بإيجاب من أحد المتعاقدين وقبول من الآخر، بألفاظ تفيد معنى الزواج لغة أو عرفاً... ".

فترة الخطوبة فإنّه سيكون قد وقع في تناقض صارخ مع المواد 144 و 152 و 153.¹ هذه المواد التي تقرّر أنّ البنوة شرعية بالنسبة للأب تثبت في حالات قيام سبب من أسباب النسب . من بين أسباب لحق النسب الفراش الذي يقصد به فراش الزوجية وليس فراش الخطوبة مصداقاً للحديث الشريف الذي يقرّر أنّ {الولد للفراش وللعاهر الحجر}.

إنّ الولادة خلال فترة الخطوبة كما قرّرها المجلس الأعلى سابقاً في العديد من القرارات هو زنا لا يترتب عليه لحق النسب بالأب. حيث أكد موقفه الثابت بخصوص قطع نسب المولود قبل الزواج الذي يعتبره ولد زنا لا يصحّ الإقرار ببنوته ولا استلحاقه، لأنّ الشرع قطع نسبه،² وهو ما أكدته كذلك محكمة الاستئناف بالرباط لما قرّرت بعد تأكيدها لمفهوم الخطبة: "...إنّ العلاقات خارج إطار الزواج لا يترتب عليها شيء وهي محض زنا".³

يقول الأستاذ محمد الشافعي - أستاذ بكلية الحقوق بمراكش -: " أنّ الخطبة هي مرحلة سابقة عن الزواج تُمهّد له فقط، وهذا الحكم متفق عليه في جميع القوانين الحديثة للأحوال الشخصية والأسرة في العالم العربي والإسلامي . من بين هذه القوانين مدونة الأسرة المغربية التي تقضي ب أنّ الخطبة "تواعد رجل وامرأة على الزواج".⁴

نعتقد أنّ المشرع المغربي في المادة 156 تعمّد استعمال مصطلحات مشتقة من "الخطبة" لسبب بسيط هو أنّه يريد قطع كلّ صلة بالزواج غير المشهود عليه من طرف العدلين، فلا يعتدّ به ويعتبر طرفاه لا زالوا في مرحلة الخطوبة رغم أنّهما متزوجان من الناحية الدينية. هذا يطرح بعض المشاكل للعديد من الأسر التي تكوّنت على أساس الزواج العرفي.

قد يحدث مثلاً أن يتزوج رجل بامرأة دون توثيق عقدهما فيعتبر زواجهما صحيحاً من الوجهة الدينية لأنّ الكتابة ليست شرط صحة في الزواج ، ثمّ يعمدان بعد مدة من زواجهما العرفي إلى توثيق عقدهما. فالقانون في هذه الحالة لا يعتبرهما متزوجين إلاّ من تاريخ توثيق هذا العقد أمام العدلين

¹ - تنص المادة 144 من مدونة الأسرة المغربية: " تكون البنوة شرعية بالنسبة للأب في حالات قيام سبب من أسباب النسب وتنتج عنها جميع الآثار المترتبة على النسب شرعاً ". وتنص المادة 152 من نفس المدونة على أن: " أسباب لحق النسب: 1- الفراش؛ 2- الإقرار؛ 3- الشبهة ". وتنص المادة 153 من مدونة الأسرة: " يثبت الفراش بما تثبت به الزوجية. يعتبر الفراش بشروطه حجة قاطعة على ثبوت النسب، لا يمكن الطعن فيه إلا من الزوج عن طريق اللعان، أو بواسطة خبرة تفيد القطع، بشرطين: - إدلاء الزوج المعني بدلائل قوية على ادعائه؛ - صدور أمر قضائي بهذه الخبرة ".
² - قرار المجلس الأعلى عدد 446، بتاريخ 30 مارس 1983، المرجع السابق.
³ - قرار محكمة الاستئناف بالرباط، ملف عدد 85/6917، صادر بتاريخ 15 فبراير 1988، مجلة الإشعاع، المغرب، عدد 5، ص 118.

⁴ - الشافعي محمد، الزواج في مدونة الأسرة ، المغرب: مراكش، المطبعة والوراقة الوطنية الحي المحمدي، ط 1، 2005، ص 42.

وليس من تاريخ تطابق الإيجاب والقبول في زواجهما العرفي . وعليه إذا ما نتج قبل هذا التاريخ - أي تاريخ توثيق العقد أمام العدلين - ولادة أولاد، فإن المادة 156 تسمح فقط بثبوت نسبهم إلى أبيهم رغم ولادتهم قبل الزواج القانوني أي في ظل الزواج العرفي. إذا كانت الزوجة - وهي الخطيبة حسب تعبير المشرع في المادة 156 - حاملاً أثناء توثيق العقد أمام العدلين، فإن هذا الزواج يعتبر باطلاً من الوجهة القانونية نظراً لوجود مانع مؤقت من الزواج (وجودها في حالة استبراء) وقت إبرام العقد، مما يترتب معه بطلان العقد الموثق. اعتمد هذا الرأي القائل أن المادة 156 تتعلق بالزواج الشرعي على قرار المحكمة الابتدائية بالراشدية الصادر بتاريخ 2006 حيث جاء فيه: " هذه نازلة قضائية يهدف الطلب فيها الحكم بمعينة شروط المادة 156 من مدونة الأسرة وإصدار مقرر بإثبات النسب بين الطرفين. حيث دفعت المدعية بتوفر مقضييات المادة 156 من المدونة من كونها كانت على خطوبة من المدعى عليه ولم يوثق عقد الزواج وظهر حمل بها ينسب للخاطبة للشبهة انطلاقاً من المادة 156 فإن أنكره يمكن اللجوء إلى جميع وسائل الإثبات الشرعية لإثبات النسب بما فيها الخبرة الطبية، كما دفعت أيضاً بكون المدعى عليه اعترف بمحضر الضابطة القضائية بممارسة الفساد معها ومعاشرته لها معاشرة الأزواج، مما يكون معه ذلك إقراراً بينونة الولد له طبقاً لمدونة الأسرة".¹

إن ما دفعت به المدعية أمر غير مسلم به ذلك أن إثارة توفر مقضييات المادة 156 من المدونة ليس عليه دليل، فمن جهة لم تثبت لنا تمام الخطوبة ولا حصول الإيجاب والقبول بينها وبين المدعى عليه قبل عقد الزواج، ناهيك عن عدم توضيحها لأسباب عدم توثيق الزواج لتمكين المحكمة من إعمال رقابتها على جدية الظرف الحائل دون ذلك . هذا علاوة على عدم إثباتها لأي شرط من شروط نسب الولد للخاطبة للشبهة المنصوص عليها في المادة 156 من المدونة المتمثلة في اشتهاار الخطبة بين أسرتي الخاطب والمخطوبة وموافقة ولي الزوجة عليها عند الاقتضاء، وكون المخطوبة حملت أثناء الخطبة وأقر الخطيبان بأن الحمل منهما . ومن جهة أخرى فإن اللجوء إلى الخبرة الطبية لإثبات النسب ليس لها محل في نازلة الحال، لأن ذلك لا يكون إلا في حالة إنكار الخاطب للحمل رغم توفر شروط وظروف المادة 156 من المدونة كما فصلناها آنفاً. ولما لم تتوفر تلك الشروط والظروف فإنه لا مجال لإعمال المقضييات المتعلقة باللجوء إلى الخبرة الطبية لإثبات نسب المولود للمدعى عليه.

بالرجوع إلى مقضييات المادة 5 من مدونة الأسرة، نجد أنها تنص على أن: " الخطبة تواعد رجل وامرأة على الزواج ". حيث تم استبدال عبارة (وعد بالزواج) التي كانت في المدونة القديمة بعبارة (تواعد). التواعد هو توافق إرادتين على إحداث أثر معين بخلاف الوعد الذي يصدر عن الإرادة

¹ - عماد الخرواع، « الحمل أثناء الخطبة بين مدونة الأسرة والفقه الإسلامي » ، بتاريخ 04 سبتمبر 2018:

على الساعة: 11: 23 <http://www.marocdroit.com>

المنفردة.¹ والتّواعد أو المواعدة هي اتّفاق رغبة طرفين حيث يَعدُّ كلُّ منهما الآخر بأمر معيّن في المستقبل فهي مفاعلة، لأنّ الوعد فيها من أحد الطّرفين يقابله وعد من الطّرف الآخر، أمّا الوعد فينشأ عن إرادة منفردة ذلك أن يَعدّ أحدهما الآخر بشيء دون أن يكون هناك وعد من الطّرف المقابل، وهذا هو الفرق بين الوعد والمواعدة أو التّواعد.²

من جهة أخرى تمّ حذف عبارة " وليس بزواج " التي كانت في ظلّ المدوّنة القديمة، وهو أمر في غاية الأهميّة له بعد نظري. السّبب في ذلك كون الآثار المترتبة عن الخطبة تغيّرت جذرياً. لو أنّ المشرّع المغربي أجاز لكلا الطّرفين الحقّ في فسخها باعتبارها فترة اختيار، فكان من بين أهمّ الآثار المترتبة عن الخطبة ثبوت النّسب للشّبهة، وعلى هذا الأساس ذهب أصحاب هذا القول بأنّ المادّة 156 تعني الزّواج وليس الخطبة.

بعد هذا التّحليل الذي يقول أنّ المادّة 156 من مدوّنة الأسرة تعني الزّواج وليس الخطبة سننتقل إلى الرأي الآخر الذي يعتبرها مجرد خطبة وليست زواجاً وهذا ما سنراه لاحقاً.

ب - الرأي القائل أنّ المادّة 156 من مدوّنة الأسرة تعني الخطبة وليس الزّواج

إنّ المتفحّص لهذه المادّة يلاحظ الحضور القوي لهاجس إثبات النّسب لدى المشرّع المغربي في تقرير أحكام المادّة 156 من مدوّنة الأسرة المغربية، باعتبار هذه المادّة جاءت في الباب الثّاني من القسم الأوّل من الكتاب الثّالث تحت عنوان النّسب ووسائل إثباته.³

في ما يلي بيان أوجه التّناقض التي تكتنفها مضامين المادّة 156 من مدوّنة الأسرة في منظور القائلين بأنّ هذه المادّة تتعلّق بالخطبة وليس بالزّواج، والإشكالات التي تعترّي تكييفها العملي . الملاحظة الأولى: الخطبة كما عرّفها مدوّنة الأسرة في المادّة 5 : " تواعد رجل وامرأة على الزّواج"، فمجرد الوعد لا ينشئ التزاماً إعمالاً للفصل 14 من قانون الالتزامات والعقود المغربي، فضلاً عن عدم ذكر الصّدق الذي يعدّ شرط صحّة في عقد الزّواج . أمّا عن حصول الإيجاب والقبول ، فاستحضاراً لمنطوق المادّة 10 فهو ركن في انعقاد الزّواج لا الخطبة ، وعليه فنّمّ خطّ واضح بين المؤسّستين في محاولة ترتيب نفس الآثار عنهما.

انطلاقاً من المادّة 5 التي تَعتبر الخطبة مجرد وعد بالزّواج ، والوعد كما نصّ عليه الفصل 14 من قانون الالتزامات والعقود لا ينشئ التزاماً ، فكيف يمكن القول أنّ المشرّع وقع في هذا الخطأ واعتبر الخطبة تثبت النّسب؟ سيكون هذا التّناقض صريحاً بين أقواله، والقول الصّحيح هنا هو

¹ - عبد المالك مبروك النجار، الضرر الأدبي ومدى ضمانه في الفقه الإسلامي والقانون، (دراسة مقارنة)، القاهرة، دار النهضة العربية، ط1، 1990، ص 352.

² - عبد الله بن محمد، « الوعد والمواعدة في التبرعات والمعاوضات »، مجلة الإسلام في آسيا، كلية أحمد إبراهيم للحقوق، الجامعة الإسلامية العالمية، ماليزيا، المجلد 7، العدد 1، جويلية 2010، ص 36.

³ - عماد الخرواع، « الحمل أثناء الخطبة بين مدونة الأسرة والفقه الإسلامي »، المرجع السابق.

أنّ المشرّع لا يعترف بالزّواج إلّا إذا كان موثقاً بنص المادّة 16 من مدوّنة الأسرة ، وبالتالي ما خرج عن عقد الزّواج فهو خطبة ولو كان شرعيّاً.

الملاحظة الثّانية: الطّروف القاهرة الّتي تحول دون توثيق عقد الزّواج تفضي إلى السّؤال التّالي: ما هيّ حدود هذا الطّرف القاهر؟ ولماذا لم يُعبّر المشرّع بمصطلح القوّة القاهرة كما هو الشّأن في منطوق الفصل 269 من قانون الالتزامات والعقود؟ نستخلص أنّ الحكم في المسألة يظلّ تقديريراً تبعاً لظروف كلّ نزاع.¹

إنّ الطّرف القاهر المنصوص عليه في المادّة 16 والمادّة 156 في العمل القضائي هيّ من شروط ثبوت الزّوجية إذا تعلّق الأمر بمقتضيات المادّة 16 ومن شروط إثبات النّسب في المادّة 156 بدون إثبات هذه الطّروف يكون الطّالب غير مبني على أساس خصوصاً ما يتعلّق بالمادّة 156.

الملاحظة الثّالثة: عند التّمحيص في مقتضيات هذه المادّة يتبادر إلى الدّهن سؤال حول ماهيّة الشّبهة المقصودة؟ إذ نصّ المشرع المغربي في منطوقها على أنّه: " إذا تمّت الخطوبة... وظهر حمل بالمخطوبة، ينسب للخاطب للشّبهة إذا توافرت الشّروط...". فالشّبهة المذكورة في المادّة 156 من المدوّنة تتعلّق بفترة الخطبة، وهو ما لا علاقة له بموضوع الشّبهة عند الفقهاء، واختلافهم في هذا الشّأن، والّتي بسببها يرتفع الحدّ، ويثبت بها النّسب عند حسن النّية، وغالباً ما تكون متعلّقة بالزّواج الباطل.

استبعاد أيّ حالة من حالات الزّواج الباطل لأنّ الأمر يتعلّق بالخطبة، كما لا يمكن الحديث عن الغلط، لأنّ العين الموطوءة معلومة وهيّ " المخطوبة "، والشّبهة عند الفقهاء ترتبط بالخطأ كالزّواج بالأخت من الرّضاة دون العلم إلّا بعد الوطء، ف ينتج عن ذلك حمل وهو حادث عند حسن النّية، وعدم العلم بعين الموطوءة أحياناً كأن يجد امرأة نائمة في غرفة نومه فيجامعها ظانّاً أنّها زوجته، وجهل حرمة وطئها. وبالتالي فالشّبهة الّتي جاءت بها المادّة 156 من مدوّنة الأسرة لا علاقة لها بالفقه والفقهاء، بل هو اجتهاد أمّلته المرحلة نزولاً عند رغبة من يريدون تنزيل منظومة حقوق المرأة الغربيّة على البيئّة المغربيّة الإسلاميّة وهو ما خلق حالة استثنائيّة لدى الشّباب المقبل على الزّواج، وأدّى إلى مجموعة من الإشكالات، حتّى القضاء لم يستطع أن يعالجها.²

¹ - دكان حاتم، « إثبات النسب بالشبهة في مدونة الأسرة المغربية » ، بتاريخ 26 أوت 2016: على الساعة: 15:

<http://droitagadir.blogspot.com> 45

² - ربيع أمحمد، « إلحاق نسب حمل المخطوبة للخاطب لسبب الشبهة، قراء في المادة " 156 " من مدونة الأسرة

المغربية »، بتاريخ 22 مارس 2016: بتاريخ 22 مارس 2016: على الساعة: 13: 52

<http://www.aoulouznews.com>

الشبهة كما تبدو في كتب الفقه إما شبهة فعل أو شبهة عقد أو شبهة محل . فليس في الخطبة شيء من ذلك. فالخاطب والمخطوبة يعرفان بعضهما تمامًا، والعلاقة الجنسية التي أدت إلى الحمل تم السعي إليها من الطرفين عن وعي واقتناع.

الملاحظة الرابعة: انعدام التوافق بين مقتضيات المادة 156 والمادتين 19 و 20 من مدونة الأسرة اللتان تنصان على أهلية الزواج التي تكتمل بإتمام الفتى والفتاة المتمتعين بقواهما العقلية ثمانية عشرة سنة، واستثناء من القاعدة يمكن لقاضي الأسرة المكلف بالزواج أن يأذن لزواج الفتى والفتاة دون الأهلية.

إذا كان المشرع اشترط سنًا محددًا في الزواج، فإنه بخلاف ذلك لم يشترط سنًا محددًا للخطبة، وبالتالي سيفتح الباب أمام القصر ذكرًا وإناثًا للتحايل على القانون في حالة رفض قاضي الأسرة الإذن بالزواج ؛ فيلجأ القاصر إلى مراسيم الخطبة وينجب ما يشاء من الأطفال الشرعيين متحايلاً على مقرر رفض الإذن متذرعاً بمقتضيات المادة 156 من مدونة الأسرة.

الملاحظة الخامسة: نفس الشيء يلاحظ على مقتضيات المادتين 154 و 156 من المدونة، حيث أن أقصى مدة الحمل هي سنة من تاريخ الفراق ، قد يتقدم رجل لخطبة امرأة فور انتهاء عدتها من مطلقها، فيظهر حمل بالمخطوبة، إذ يُقدم الخاطبان بطلب إثبات النسب في إطار المادة 156 ويتدخل أيضاً المطلق ويتقدم بدعوى إثبات النسب في إطار المادة 154¹، فهل ستقضي المحكمة بنسبة الحمل للخاطب أم للمطلق؟.

الملاحظة السادسة: تنص المادة 490 من القانون الجنائي على أن: " كل علاقة جنسية بين رجل وامرأة لا تربط بينهما علاقة الزوجية تكون جريمة فساد يعاقب عليها بالحبس من شهر واحد إلى سنة".² قد يحدث أن تتابع النيابة العامة الطرفين من أجل جنحة الفساد، فيدليان أمام القضاء الجنحي بحكم شرعي سبق أن قضى بنسبة الحمل للخاطب في إطار المادة 156. هل هذا الحكم سيشفع لهما في البراءة؟. لا يمكن متابعتهم خصوصاً إذا تبين للمحكمة أنهما استوفيا الشروط المنصوص عليها في المادة 156 التي لا تترك الشك في أن هذه الشروط تتعلق بعقد زواج شرعي.

هذا ما ذهبت إليه محكمة الاستئناف بالدار البيضاء في قرارها رقم 03/1913 بتاريخ 03 نوفمبر 2004: "...وحيث أنه وفق المشار إليه، فإنه تتبني الشبهة المفضية إلى نسبة الحمل للخاطب إذا حالت ظروف قاهرة دون توثيق عقد الزواج في وقته المحدد، وتوافر الإيجاب والقبول

¹ - تنص المادة 154 من مدونة الأسرة على أنه: " يثبت نسب الولد بفراش الزوجية: 2 - إذا ولد خلال سنة من تاريخ الفراق ".

² - ظهير شريف رقم 1.59.413 صادر في 26 نوفمبر 1962 بالمصادقة على مجموعة القانون الجنائي المعدل بالقانون رقم 103.13 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.18.19 بتاريخ 22 فبراير 2018. الجريدة الرسمية للمملكة المغربية عدد 6655 بتاريخ 12 مارس 2018، ص 1449.

والشروط المنصوص عليها في الفصل 156 من مدونة الأسرة، وذلك بموافقة الولي كلما كانت ضرورية واشتتار الخطبة بين الناس، وحمل المخطوبة خلال هذه الخطبة، وإقرار الخاطبين بالحمل، وحيث إنّ ذلك ثابت حسب تصريح الطرفين أثناء جلسة البحث وكذا ما هو منصوص عليه في النكاح المستدلّ به، وحيث أنّ المستأنف عليه خلال هذه الفترة لم ينف نسب البنت إليه بمجرد ظهور الحمل وقبل إبرام عقد النكاح، وحيث إنّ تبعاً للمشار إليه أعلاه، فإنّ نسب البنت لاحق بالمستأنف عليه، وتترتب عليه جميع الآثار وكذا الوسائل المقررة شرعاً بالنفقة والتوارث وغيره ويتسجلها في الحالة المدنية...¹.

يرى الدكتور محمد الكشور محمد الكشور أنّ هذا الموقف الذي ينسجم في عمومته مع مبدأ تشوّف المشرع للحقوق النسب، فإنّه يبقى محلّ نظر من الوجهة الشرعية، فبالإضافة إلى أنّه لا يدخل في الاعتبار باقي شروط الزواج الأخرى من ولاية وصادق وإشهاد، فهو يخرق قاعدة الولد للفراش. ثمّ إنّ ينزل الخطبة منزلة الزواج، والقاعدة شرعاً وقانوناً أنّها وعد بالزواج وليست بزواج.²

يذهب البعض في الفقه المقارن المعاصر إلى أنّ هذا التوسع في مفهوم الفراش يستجيب لمقاصد الشريعة الإسلامية لعدم إضاعة الولد بإضاعة نسبه. وهو ما جعل بعض فقهاء الإسلام يقولون بإلحاق النسب الناتج عن الاتصال الجنسي بشبهة الزواج؛ ويجعلون من هذا القبول الولادة من حمل وقع بعد ركون الخطيبين لبعضهما. لعلّ مردّد هذا إلى اعتبار أنّ الخطبة، إن لم تكن عقداً مرتّباً لآثاره القانونية فهي شبيهة بالعقد من ناحية ما يقوم في الذهن من الشرعية المؤدية إلى الاتصال.³

الشبهة هيّ من المسائل المادية التي يبقى تقديرها خاضعاً للسلطة التقديرية للقاضي، إذ ذهب المجلس الأعلى إلى: "...كون الشبهة تنثير الكثير من المشاكل في إثباتها كمحاولة الزاني التستر على ما فعله...".⁴ حاولت بعض محاكم الموضوع المغربية السير على هذا المنوال استجابة لمعطيات المشاكل الناجمة عن الاتصال الجنسي في فترة الخطوبة التي تطول مدتها غالباً لعدة عوامل قبل

¹ - قرار محكمة الاستئناف بالدار البيضاء رقم 03/1913، الصادر بتاريخ 03 نوفمبر 2004. أشار إليه وليد صالح. وإدريس عباسي، المرجع السابق، ص 19.

² - الكشور محمد، قانون الأحوال الشخصية مع تعديلات 1993، المغرب: الدار البيضاء، مطبعة النجاح الجديدة، ط1، 1996، ص 400.

³ - محمد صالح العياري، مذكرات وبحوث قانونية، تونس، مؤسسات عبد الكريم بن عبد الله، ط1، 1997، ص 144.

⁴ - قرار المجلس الأعلى بالمغرب، عدد 545، ملف رقم 93/5572، صادر بتاريخ 03 أبريل 1994. أشار إليه: محمد الودغيري، « الخطبة بين مدونة الأسرة والقانون الجنائي »: بتاريخ 14 جوان 2014؛ على الساعة 16:22

[http:// www.marocdroit.com](http://www.marocdroit.com)

إنجاز الرّسم العدلي المتعلّق بالزّواج.¹ لكن رد المجلس الأعلى كان حاسماً بمنع لحوق النّسب في هذه الحالة.²

بالرّجوع إلى العمل القضائي يتّضح أنّ محاكم الموضوع حاولت التّقليل من حدّة مبدأ الولد للفرّاش، وهذا ما قضت به محكمة الدّار البيضاء في إحدى قراراتها: "العلاقة الجنسيّة بين الخاطب والمخطوبة لا تكوّن جريمة الفساد المنصوص عليها في الفصل 490 من القانون الجنائي...".³ في قرار آخر لمحكمة الاستئناف بالدار البيضاء جاء فيه: "إذا تبيّن للمحكمة الجنحيّة أنّ العلاقة القائمة بين رجل وامرأة قد تمّت بينهما على نيّة الزّواج وعلى أساسه وبواسطة ولي المرأة وحضر كافّة أقاربها وأصدقاء الرّجل وعلى مرأى ومسمع من العموم، فإنّ تهمة الفساد المنسوبة إليهما تنتفي انتفاءً كليّاً وبقوّة القانون، لأنّ القانون يعاقب على العلاقة الجنسيّة غير المشروعة التي تقع بغية الفساد في السرّ والخفاء".⁴

ما يمكن ملاحظته أخيراً أنّ المادّة 156 من مدوّنة الأسرة المغربيّة جاءت في الكتاب الثالث من المدوّنة تحت عنوان النّسب ووسائل إثباته، إذ يستفاد من ذلك أنّ إثبات النّسب الناتج عن الخطبة لا يترتّب عنه إثبات الزّواج، لأنّ وسائل إثبات الزّواج وردت في الكتاب الأوّل من المدوّنة. خصوصاً إذا ما أنجبا الخطيبان طفلاً قبل عقد الزّواج، وتوفّي أحدهما دون التّنصيب عن ذلك في وثيقة الزّواج. الأمر الذي يؤدّي بالورثة إلى الطّعن في نسب هذا الطّفل لأنّه ولد قبل عقد الزّواج الصّحيح خصوصاً إذا لم يقر به الزّوج في حياته.

من هنا وجب على المشرّع المغربي إعادة النّظر في مضمون هذه المادّة وحسم النّزاع في حالة الحمل بأن يعدّل المادّة 156 أو على الأقلّ يدمجها كفقرة ضمن المادّة 16 من المدوّنة.

الفرع الثالث: مدى اعتراف المشرّع الجزائري للطفل الطبيعي في معرفة والديه

سكت قانون الأسرة الجزائري على عكس بعض التّشريعات العربية عن تنظيم مركز الطّفل غير الشرعي من خلال عدم وضعه لقواعد منظّمة لنسبه سواء من أبيه أو أمّه. في حين اعترفت بعض التّشريعات العربيّة بحق الطّفل الطّبيعي في الانتساب إلى والديه.

¹ - قرار محكمة الاستئناف بالرباط، بتاريخ 15 فبراير 1988، مجلة الإشعاع، العدد 5، بتاريخ 1991، ص 118.

² - قرار المجلس الأعلى، عدد 984، بتاريخ 29 سبتمبر 1987، غرفة الأحوال الشخصية والميراث، مجلة قضاء المجلس الأعلى، المغرب، عدد 41، ص 135.

³ - قرار محكمة الاستئناف بالدار البيضاء، صادر بتاريخ 24 جانفي 1991، مجلة الأمن الوطني، عدد 17، 1996، ص 13.

⁴ - قرار محكمة الاستئناف بالدار البيضاء، صادر بتاريخ 26 أكتوبر 1985، مجلة المحاكم المغربية، عدد مزدوج 68-69، 1994، ص 102.

قبل تعديل قانون الأسرة الجزائري كانت المادة 40 منه تنصّ على ما يلي: "يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبيّنة وبكّاح الشّبهة وبكّاح نكاح تمّ فسخه بعد الدّخول طبقاً للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون"؛ وتنصّ المادة 41 كذلك على أنّه: "ينسب الولد لأبيه متى كان الزّواج شرعياً وأمكن الاتّصال ولم ينفه بالطّرق المشروعة". باستقراء هاتين المادتين يتضح أنّ المشرّع الجزائري يعترف بحق الطّفل المولود من زواج صحيح أو شبهته بالانتساب إلى أبيه، في حين يعترف له بحق الانتساب إلى أمّه سواء ولد من زواج صحيح أو شبهته أو من زنا. يعني هذا أنّ الزّوجية هي الأساس الذي تبنى عليه الأسرة عند المشرّع الجزائري الذي لا يعترف بالأسرة الطّبيعية. وهو ما أكّدته المحكمة العليا في العديد من قراراتها حيث جاء في إحداها: "أنّ الولد الذي يولد نتيجة لممارسة جنسيّة للأبوين قبل الزّواج ويولّد لأقلّ من ستّة أشهر من هذا الأخير يعتبر ابن زنا...".¹

حيث يعتبر الطّفل مولوداً من الزّنا في نظر المشرّع الجزائري إذا ولد من أبوين لا يجمع بينهما عقد زواج. إذ جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا: "أنّ الزّواج الذي لا يتوفّر على الأركان المقرّرة شرعاً يكون باطلاً، ومن ثمّ فلا تعتبر العلاقة غيرالشرعية بين الرّجل والمرأة زواجاً، وأنّ العلاقة التي كانت تربط بين الطّرفين علاقة غير شرعية إذ كلاهما اعترف بأنّه كان يعاشر صاحبه ويخالطه جنسياً...".²

بعد التّعديل الأخير لقانون الأسرة بموجب الأمر 02-05 المؤرّخ في 27 فبراير 2005، نلاحظ أنّ المشرّع الجزائري أضاف فقرة جديدة في المادة 40 وهي الفقرة الثّانية التي تنصّ على أنّه: "...يجوز للقاضي اللّجوء إلى الطّرق العلميّة لإثبات النسب". إنّ الواقع يبيّن أنّ هناك حالات يصعب إثبات نسب الطّفل فيها خاصّة في حالة إنكار الأب أو الأمّ لنسب ذلك الطّفل، لاسيما في العلاقات الجنسيّة غير الشرعية، ممّا يجعل طرق إثبات النسب المحصورة في المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري لا تحلّ جميع قضايا النسب. بذلك يكون قد أصاب المشرّع بهذا النّص الذي يجيز اعتماد الوسائل العلميّة كطريق لإثبات النسب، خاصّة أنّها وسيلة أصبح من المستحيل إنكارها أو تجاهلها. وكان واضحاً تأثّر المشرّع الجزائري بالثّورة الهائلة التي كان سببها التّطور البيولوجي، هذا تماشياً مع التّطورات الحديثة والاستفادة من الاكتشافات العلميّة في مجال إثبات النسب بالبصمة الوراثيّة الذي لقي انتشاراً واسعاً خاصّة في الدّول العربيّة التي بدأت تمهّد للعمل بها.

¹ - قرار المحكمة العليا رقم 20841 بتاريخ 1979/12/24، نشره القضاء، العدد 1، 1981، ص 80. أشار إليه: سايس جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج1، الجزائر، منشورات كليك، ط1، 2013، ص 132.

² - قرار المحكمة العليا رقم 34137 بتاريخ 08 أكتوبر 1984، المجلة القضائية، العدد 4، 1989، ص 79. أشار إليه: سايس جمال، المرجع السابق، ص 306.

الملاحظ أنّ المشرّع الجزائري لم يحدّد من خلال المادّة 40 من قانون الأسرة الجزائري أيّ طريقة علميّة يلجأ إليها في تحديد النسب، كطريقة تحليل فصيلة الدّم أو طريقة التحليل الجيني المعروفة بالبصمة الوراثيّة.

المعروف لدى العلماء أنّ تحليل الدّم يعدّ كطريقة لنفي النسب لا لإثباته وهي غير كافية. فعلى المشرّع النص صراحة على الطّريقة المقصودة في ذلك. النّقطة الثّانية الّتي نلقي عليها الضّوء في الفقرة الثّانية من المادّة 40 من قانون الأسرة الجزائري هي أنّ المشرّع يجيز للقاضي استعمال الطّرق العلميّة: "يجوز للقاضي..." بمعنى أنّ القاضي لا يمكنه في قضايا إثبات النسب إلزام أيّ شخص للخضوع لفحص الدّنا فالأمر جوازي فقط.¹ في هذا الخصوص ألحّت المحاميّة فاطمة بن براهيم على ضرورة تعديل المادّة 40 من قانون الأسرة، وطالبت أن يلجأ القاضي إلى إجراء تحليل الحمض النّووي الذّي يثبت نسب المولود لأبيه. بالتّالي الاعتراف به دون إجباره على إكمال الرّواج، واقترحت أن تكون الصّيغة هنا صيغة إلزام وليس صيغة جواز، حيث ترى أنّ المشرّع الجزائري عليه أن يعدّل المادّة لتصبح على الشّكل التّالي: "يجب على القاضي أن يلجأ إلى الطّرق العلميّة لإثبات النسب".

حيث قالت أنّها انطلاقاً من خبرتها في الميدان وجدت أنّ الكثير من القضايا الّتي طرحت عليها في هذا الجانب لا يمكن حلّها، لأنّ القاضي في الجزائر ليس من حقّه إلزام أيّ شخص بالخضوع إلى إجراء تحاليل تثبت علاقته أو تنفيها بأيّ طفل غير شرعي يدّعي أو تدّعي والدته بأنّها أنجبت منه.² يكون بذلك المشرّع قد قذف بالقاضي مرّة أخرى في هوة عميقة يصعب الخروج منها. من جهته أشار السيّد عبد الرّحمن عرعار - رئيس الشّبكة الجزائرية للدّفاع عن حقوق الطّفّل " ندا " - إلى أهميّة إدماج تحليل الدّنا في تحديد أبوة الطّفّل الذّي ولد خارج ضوابط الرّواج، ودعا إلى إصدار أحكام قانونية خاصّة من أجل التّكفل بالأطفال الذّين ولدوا في الجبال خلال المأساة الوطنيّة.³ في مقال لوزير التّضامن الجزائري جمال ولد عباس بتاريخ 07 ديسمبر 2009، وفي تصريح حول الوضع القانوني لأطفال الجبال قال: "أمّا في الحالات الّتي تكون فيها هويّة الأب غير معروفة،

¹ - _____، «إثبات النسب وتأثير التعديل الحديث بالطرق العلمية الحديثة»: بتاريخ 02 أفريل 2014 على الساعة 14:30 <http://droit-tlemcen.over-blog.com/pages/-4038055.html>

² - ص. بورويل، «في انتظار تسوية وضعية انتمائهم؛ ثلاثة آلاف طفل غير شرعي في الجزائر سنويا»، جريدة

الخبر، الجزائر، بتاريخ 04 أفريل 1011: <http://www.elkhabar.com/ar/nas/249510.html>

³ - _____، «الأطفال مجهولي النسب: الحث على تحليل ADN لتحديد الأبوة»، جريدة الجمهورية، الجزائر، بتاريخ 25 أفريل 2012: <http://www.eldjournhouria.dz/article.php?id=8780>

فإنّ السّلاطات اقترحت مشروع قانون يجيز اللّجوء إلى إجراء فحص الحمض النّووي من أجل معرفة هويّة الأطفال الذين يولدون بصفة غير شرعيّة ومنهم الأطفال المولودين في الجبال".¹ حيث تسمح هذه الطّريقة حسب الوزير بالاعتراف بهؤلاء الأطفال مع إعطائهم اسم العائلة الحقيقي دون فرض إتمام الرّواج بين الأبوين الطّبيعيّين، موضّحاً بأنّ الهدف ليس ترسيم العلاقة الرّوجية بل إعطاء هويّة للطّفّل تمكّنه من الحصول على هويّة لتسهيل إدماجه في المجتمع الجزائري. كما أوضح الوزير ولد عباس بأنّ المشروع لا يزال قيد الدّراسة على مستوى الحكومة واعترف بوجود بعض العراقيل التي تواجه تطبيق هذا القانون بسبب معارضة بعض رجالات الدّين لإجراء فحص الحمض النّووي، وهو ما يستوجب حسبه مراعاة بعض الحساسيات الدّينية.²

في حين توجد أرقام وحقائق مرعبة، حسب إحصائيات المنظّمة العالميّة للصّحة تمّ الكشف عنها في ملتقى حول الصّحة العمومية أنّه تمّ تسجيل معدّل 5000 أم عازية في السّنة بالجزائر، وهو ما قابله وجود حوالي 7000 طفل يولدون سنوياً خارج إطار الرّواج الشرعي في عدّة مناطق من الجزائر حسب إحصائيات اللّجنة الوطنية للسّكان.³

وصف خبراء مندوبون من المنظّمة العالميّة للطّفولة وضعيّة الأطفال الذين يولدون خارج الأطر الشرعيّة بالخطيرة حيث يريّون في ظروف صعبة وهو ما من شأنه أن يزيد في استفحال الظّاهرة.⁴

رغم اهتمام المشرّع الجزائري بمسألة النّسب أين حصر طرق إثباته في المادّة 40 من قانون الأسرة بالرّواج الصّحيح والإقرار والبيّنة والنّكاح بشبهة، إلّا أنّ الواقع يبيّن أنّ هناك حالات يصعب إثبات نسب الطّفّل فيها خاصّة في حالة إنكار الأب أو الأم لنسب ذلك الطّفّل لا سيما في العلاقات الجنسيّة غير الشرعيّة، ممّا يجعل طرق إثبات النّسب المذكورة لا تحلّ جميع قضايا إثبات النّسب. لهذا أجاز المشرّع الجزائري في التّعديل الأخير لقانون الأسرة لعام 2005 اللّجوء إلى الطّرق العلميّة المتمثّلة في تقنيّة البصمة الوراثية لإثبات النّسب تماشياً مع التّطور العلمي الكبير في الميدان الطّبي

¹ - رمزي وليد، « الجزائر تدرس الوضع القانوني " لأطفال الجبال " »، جريدة المغاربية، المغرب، بتاريخ 10 ديسمبر

2009: <http://magharebia.com/cocoon/awi/xhtml1/ar/features/awi/features/2009/12/10/feature-02>

² - رمزي وليد، نفس المرجع.

³ - حاج إبراهيم سليمان، « 5000 أم عازية و7000 طفل غير شرعي في الجزائر سنوياً »: بتاريخ 04 أكتوبر

2017 على الساعة: 22:20

<http://www.algeriamedia.org/modules.php?name=News&op=NEArticle&sid=242>

⁴ - ح. سامية، « المصادقة قبل نهاية السنة على مشروع قانون تحديد هوية الأطفال غير الشرعيين »، جريدة الحوار،

الجزائر، بتاريخ 17 جوان 2009: <http://www.djazairss.com/elhiwar/15231>

والبيولوجي. إن كان موقفه واضحاً من إثبات نسب الطفل الشرعي لوالديه يبقى موقفه غامضاً بالنسبة للطفل غير الشرعي في انتسابه أو في حق معرفته لأبيه.

في نظر الباحث أنّ الهدف من معرفة الأب الحقيقي للطفل هو منح هذا الأخير الرعاية والتفقه وليس مجرد الحصول على وثائق تمكنه من الحصول على مقعد دراسي أو منصب عمل. الأمر الذي سوف نوضحه بالتطرق إلى مفهوم الطفل غير الشرعي ضمن التشريع الجزائري أولاً وموقف المشرع الجزائري من إثبات نسب الطفل الطبيعي لوالديه ثانياً.

أولاً: مفهوم الطفل الطبيعي في التشريع الجزائري

المشرع الجزائري لم يورد تعريفاً للطفل الطبيعي لا في قانون الأسرة ولا في قانون الحالة المدنية، إذ اعتبرنا أنّ هذا الأخير المقصود به الطفل غير الشرعي أو ولد الزنا. غير أنّ المشرع أشار إلى مصطلح اللقيط ومجهول النسب وهي ألفاظ ذات صلة بالطفل الطبيعي في كلّ من قانون الأسرة وقانون الحالة المدنية. بينما عرّفه المشرع الفرنسي على أنّه هو الذي يولد من أبوين غير متزوجين أو غير مرتبطين بزواج خلال الفترة القانونية للحمل.¹

الملاحظ أنّ المشرع الجزائري لم يتعرّض في قانون الأسرة إلى أحكام الطفل الطبيعي ولم نجد ما يذكر عن هذا المصطلح في التشريع على العكس في القضاء الجزائري ذكره في عدّة قرارات صدرت عن المحكمة العليا.² حيث أنّ المشرع لم ينظم حالة نسب اللقيط أو مجهول النسب في أية مادة من مواد القانون إلّا من باب الإشارة عرضاً في مواطن متفرقة من مختلف القوانين كقانون الأسرة في باب النسب ضمن المادة 44 وفي موضوع الكفالة طبقاً للمواد 119 و 120 وقانون الحالة المدنية حسب المواد 64 وكذا المادة 67، إضافة إلى قانون العقوبات في المادة 442، ثمّ في قانون الجنسية قبل تعديل الأمر 70-86 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 طبقاً للمواد 06 و 07 منه.

نصّت المادة 44 من قانون الأسرة الجزائري على أنّه: "يثبت النسب بالإقرار بالبنوة، أو الأبوة، أو الأمومة لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدّقه العقل أو العادة". أمّا المادة 119 من نفس القانون فنصّت على أنّه: "الولد المكفول إمّا أن يكون مجهول النسب أو معلوم النسب". أمّا

¹ - Marie-France NICOLAS-MAGUIN, op. cit., p 52.

² - قرار المحكمة العليا، ملف رقم 20841، بتاريخ 24 ديسمبر 1979، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، نشرة القضاة، الجزائر، العدد 1، 1981، ص 80. أشار إليه بلحاج العربي، قانون الأسرة، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقاً لقرارات المحكمة العليا، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، ط 1، 2000، ص 53؛ وقرار المحكمة العليا، ملف رقم 34137، بتاريخ 08 أكتوبر 1984، المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، الجزائر، العدد 04، 1989، ص 79. "...أن الولد الذي يولد نتيجة لممارسة جنسية للأبوين قبل الزواج ويولد لأقل من ستة أشهر من إبرام هذا الأخير يعتبر ابن زنا...". أشار إليه تشوار جيلالي، «نسب الطفل في القوانين المغاربية للأسرة بين النقص التشريعي والتفتيحات المستحدثة»، المرجع السابق، ص 28.

المادة 120 منه أيضا نصّت على أنّه: "يجب أن يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب وإن كان مجهول النسب تطبّق عليه المادة 64 من قانون الحالة المدنية".¹

على ذكر المادة 64 من قانون الحالة المدنية نصّت الفقرة الرابعة منها على أنّه: "...يعطي ضابط الحالة المدنية نفسه الأسماء إلى الأطفال اللقطاء والأطفال المولودين من أبوين مجهولين والذين لم ينسب لهم المصريح أية أسماء، يعيّن الطّفل بمجموعة من الأسماء يتخذ آخرها كلقب عائلي".² أما المادة 67: "يتعيّن على كلّ شخص وجد مولوداً حديثاً أن يصرّح به إلى ضابط الحالة المدنية التابع لمكان العثور عليه".³ وأما المادة 442 الفقرة الثالثة من قانون العقوبات الجزائري جاء فيها ما يلي: "يعاقب بالحبس من عشرة أيّام على الأقل إلى شهرين على الأكثر وبغرامة من 8000 دج إلى 16000 دج: 3 - ...، وكل من وجد طفلاً حديث العهد بالولادة ولم يسلمه إلى ضابط الحالة المدنية".⁴

تعرّض قانون الجنسية إلى تحديد وضعيّة المكفول مجهول النسب طبقاً لأحكام المادة 06 فقرة 2 من قانون الجنسية الصّادر في 15 ديسمبر 1970 قبل التّعديل، حيث اعتبرت الولد من أم جزائرية وأب مجهول جزائري الجنسية بالنسب.⁵ غير أنّ هذه المادة تم تعديلها بالأمر رقم: 05-01 المؤرخ في 27 فبراير 2005.⁶ أما المادة 07 فقرة 01 من نفس القانون، إذ اعتبرت الولد المولود من أبوين مجهولين جزائرياً بالولادة، وأنّ الولد الحديث الولادة الذي عثر عليه في الجزائر يعدّ مولوداً فيها ما لم يثبت خلاف ذلك.⁷

¹ - القانون رقم: 84-11، المؤرخ في 09 جوان 1984، يتضمن قانون الأسرة. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 24، بتاريخ 12 جوان 1984، ص 910.

² - الأمر رقم: 70-20، المؤرخ في 19 فبراير 1970، يتعلق بالحالة المدنية. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 21، بتاريخ 27 فبراير 1970، ص 274.

³ - الأمر رقم: 70-20، المؤرخ في 19 فبراير 1970، يتعلق بالحالة المدنية، المرجع السابق.

⁴ - القانون رقم 06-23، المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، المعدل والمتمم للأمر رقم 66-156، المؤرخ في 08 جوان 1966، المتضمن قانون العقوبات. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 84 بتاريخ 24 ديسمبر 2006، ص 11.

⁵ - الأمر رقم: 70-86، المؤرخ في 15 ديسمبر 1970، يتضمن قانون الجنسية الجزائرية. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 105، بتاريخ 18 ديسمبر 1970، ص 1570.

⁶ - الأمر رقم: 15-01، المؤرخ في 27 فبراير 2005، يعدل ويتمم الأمر رقم: 70-86، والمتضمن قانون الجنسية الجزائرية. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 15، بتاريخ 27 فبراير 2005، ص 15. وأصبحت صياغة المادة كالتالي: "يعتبر جزائرياً الولد المولود من أب جزائري أو أم جزائرية".

⁷ - الأمر رقم: 70-20، المؤرخ في 19 فبراير 1970، يتعلق بالحالة المدنية، المرجع السابق.

من خلال تعرّضنا لتعريف اللّقيط أو ابن الزّنا بالإشارة إلى المواطن الّتي تمّ ذكره فيها عرضاً في مختلف القوانين الجزائريّة. يمكن التّطرق إلى حق الطّفل الطّبيعي في معرفة والديه بالرّغم من أنّ المشرّع الجزائري لم يتعرّض في قانون الأسرة لتعريف الزّنا وللطّفل النّاتج عن هذه العلاقة غير الشرعيّة. غير أنّه وجدت إشارة لمصطلح الزّنا في قانون العقوبات في المواد 339 و341 ممّا يستنتج أنّ الطّفل غير الشرعيّ حسب قانون الأسرة الجزائري هو الطّفل المولود من علاقة لا تستند إلى زواج أو شبهة. يعني أنّ المشرّع الجزائري يعترف ضمناً في قانون العقوبات بوجود الابن الطّبيعي،¹ فهل يعترف له بحق الانتساب إلى والديه؟.

ثانياً: موقف المشرّع الجزائري من إثبات نسب الطّفل الطّبيعي لوالديه

إنّ من أهمّ الحقوق التي تخوّل للطفل أثناء ولادته هيّ حقّه في الانتساب إلى والديه، باعتبار أنّ النّسب هو الرّابطة التي تربط الإنسان بغيره من جهة الدّم. فمن حقّ كلّ طفل أن ينسب إلى أبيه، لأنّ في ذلك حفظاً لنسبه هو كفرد وحفظاً للمجتمع من عدم اختلاط الأنساب، إضافة أنّ معظم حقوقه الأخرى تعتمد في نشأتها على ثبوت النّسب. فهل يقرّ المشرّع بهذا الحقّ للطفل في الانتساب إلى كل من الأب والأم في ظلّ العلاقة غير الشرعية؟.

أ - انتساب الطّفل الطّبيعي إلى أمّه

يبدو أنّ للمشرّع الجزائري موقفين مختلفان من حقّ الطّفل المولود من الزّنا في معرفة أمّه والانتساب إليها. الأوّل في قانون الأسرة والثّاني في قانون الصّحة قبل تعديلّه. فهو يتّفق في موقفه الأوّل مع الشّريعة الإسلاميّة الّتي تقرّ بحقّ الطّفل في الانتساب إلى أمّه أيّاً كان سبب ولادته لأنّ علاقته بها تكون دائماً شرعيّة،² رغم أنّه لا يوجد نص صريح في قانون الأسرة يعترف للطّفل المولود من الزّنا بحقّ الانتساب إلى أمّه. إلّا أنّه يمكن استنتاج ذلك من خلال النّصوص المنظّمة للنّسب. فمن باب المخالفة للمواد 40 و41 من قانون الأسرة الجزائري الّتي اشترطت لثبوت نسب الطّفل من أبيه وجود عقد زواج صحيح أو شبهته. وبالتالي فإنّ الطّفل ينسب إلى أمّه في كلّ الأحوال بالإضافة إلى أنّ عدم وجود نص صريح حول المسألة يعتبر سكوتاً من المشرّع ممّا يحيلنا على الشّريعة الإسلاميّة استناداً إلى المادّة 222 من قانون الأسرة.³ ممّا يترتّب عليه أنّ قانون الأسرة الجزائري يعترف لابن الزّنا بحقّه في معرفة أمّه استناداً إلى المواد 40 و41 و222 من قانون الأسرة. في حين يتّجه في الموقف الثّاني إلى ربط حقّ الطّفل المولود من الزّنا في معرفة أمّه باختيارها وإرادتها. فإذا رغبت في انتسابه لها كان لها ما تريد، أمّا إذا لم ترغب يمكنها وضع الطّفل تحت اسم مجهول.

¹ - جمعي ليلي، حماية الطفل، (دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والشّريعة الإسلاميّة)، بحث مقدم لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة وهران، الجزائر، 2005-2006، ص 39.

² - محمد بن أحمد الصالح، المرجع السابق، ص 81.

³ - جمعي ليلي، المرجع السابق، ص 40.

كان قانون الصحة العمومية الصادر تحت رقم 76-79 بتاريخ 23 أكتوبر 1976¹ يعترف في مادته 243 فقرة 3 للأمهات العازيات بأن يلدن أطفالهنّ دون ذكر أسمائهنّ وألزم القائمين على مساعدة مثل هذه الأمهات بالسّر المهني. تمّ إلغاء هذا القانون بمقتضى القانون رقم 85-05 الصادر في 16 فبراير 1985² إلا أنّ هذا القانون المتعلّق بحماية الصحة وترقيتها لم ينص صراحة على الولادة تحت اسم مجهول النّسب وإن نصّت المادة 73 منه على أنّ وسائل وسبل المساعدة الاجتماعية والطّبية لوقاية الأطفال من التّخلي عنهم تتضمّن لاحقاً عن طريق اللوائح التّنظيميّة.

المشرّع الجزائري يعترف للطفّل سواء ولد من زواج صحيح أو شبهة أو من علاقة غير شرعيّة بحق الانتساب إلى أمّه، إلا أنّه سمح على سبيل الاستثناء للأمّ العازية أن تحتفظ باسمها سرّاً عند الولادة. هذا ما اعتبره البعض تحقيقاً لمصلحة الأمّ على حساب مصلحة الطّفّل.³ في حين يرى البعض أنّ هدف المشرع من هذا الإجراء هو حماية الطفل ووقايته، لأنّ الأمّ التي لا ترغب في طفلها قد تفكّر في الإجهاض أو قتله وهو حديث العهد بالولادة، ولهذا ضحّى المشرّع بحقّ الطّفّل في معرفة والديه من أجل ضمان سلامته.⁴

ب - انتساب الطّفّل الطّبيعي إلى أبيه

بالرجوع إلى المواد المنظّمة للنّسب، وباستقراء المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري التي تنصّ على أنّ: " النّسب يثبت بالزّواج الصّحيح أو بالإقرار...، ويجوز... بالطّرق العلميّة ". وأيضاً نصّ المادة 44 من نفس القانون: " يثبت النّسب بالإقرار بالنبوة أو الأبوة أو الأمومة لمجهول النّسب، ولو في مرض الموت متى صدّقه العقل أو العادة ". ما يفهم من هاتين المادتين أنّ الطّفّل مهما كان، سواء ولد من زواج صحيح أو شبهته أو كان ابن زنا فنسبه يثبت بمجرد الإقرار أو عن طريق البصمة الوراثيّة في حالة إنكار الأب ادّعاء الولد النّاتج من مائه. حيث أجاز قانون الأسرة الجزائري إثبات النّسب بطريقة الإقرار أو الاعتراف بالمولود كابن لمدّعي الأبوة وأخضع هذا الإقرار إلى وجوب

¹ - الأمر رقم 76-79، المؤرخ في 23 أكتوبر 1976، المتضمن قانون الصحة العمومية. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية. السنة 13، العدد 101 بتاريخ 19 ديسمبر 1976، ص 1392.

² - القانون رقم 85-05، المؤرخ في 16 فبراير 1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية. العدد 08، بتاريخ 17 فبراير 1985، ص 122.

³ - أبو بكر الأشهب، حقوق الطفل بين الشريعة والقانون، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، 1998-1999، ص 196.

⁴ - ابن عصمان نسرین إيناس، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون الأسرة المقارن، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد بتلمسان، الجزائر، 2008-2009، ص 104.

توفّر شرطين أساسيين هما أن يتعلّق الإقرار بطفل مجهول النسب شرط أن يكون الإقرار يقبله العقل أو العادة.¹

ما يمكن قوله أنّ المشرّع الجزائري يقّر لهذا الأخير بحق الانتساب إلى أبيه. لكن بالرجوع إلى نص المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري أين اشترطت لثبوت نسب الطفل من أبيه وجود عقد زواج صحيح أو شبهته، فيفهم من ذلك أنّ نسب ابن الزنا لأبيه يعتبر غير مقبول. بالرغم من هذا الغموض فالمشرّع الجزائري تبرّأ موقف جمهور الفقهاء الرافض لانتساب الطفل غير الشرعيّ إلى أبيه. هذا ما تبناه المجلس الأعلى الجزائري في قرار صادر بتاريخ 17 ديسمبر 1984 بأنّ "...ابن الزنا لا ينتسب إلى أبيه..."².

إذن لا مجال هنا للتوازي بين الزنا والعلاقة الشرعية بشأن نسب الطفل، إذ من المقرر شرعاً أنّه لا يعتبر دخولاً ما يقع بين الزوجين قبل إبرام عقد الزواج من علاقات جنسية، بل هو مجرد عمل غير شرعيّ لا يثبت عنه نسب الولد.³ وأنّ الاتصال الجنسي قبل العقد يعدّ زنا.⁴

نحن نرى أنّ المشرّع الجزائري باتّخاذ هذا الموقف، قد أهمل مصلحة الطفل الفضلى بحرمانه للطفل الطبيعي من الانتساب إلى أبيه. رغم أنّ المشرّع صادق على اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 بتاريخ 19 ديسمبر 1992⁵ ومن دون التّحقّظ على مادّتها السابعة التي تنصّ على أنّه: "...يسجلّ الطفل بعد ولادته فوراً... ويكون له قدر الإمكان الحقّ في معرفة والديه وتلقّي رعايتهما". الاتفاقية في ضوء المادة الثّانية أرسّت مبدأ المساواة بين كافّة الأطفال في العالم بمنح الحقوق للأطفال الشرعيين وغير الشرعيين دون تفریق أو تمييز بين النسب أو الوالدية.⁶

المشرّع بهذا الموقف يحمل الطفل المولود من علاقة غير شرعية نتيجة خطأ والديه وهو لا ذنب له فيها، وبالتالي فهو يلزم المجتمع تحمّل آثار أخطاء الأبوين حينما ينحرف الطفل إلى الجنوح ويصبح ناقماً على المجتمع. كلّ ذلك يعدّ منافياً لمبدأ المساواة بين الأطفال، وفي هذا إهدار لمصلحة

¹ - سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، الجزائر: دار هومة، ط2، 2009، ص 103 و 104.

² - تشوار جيلالي، « نسب الطفل في القوانين المغاربية للأسرة بين النقص التشريعي والتتقيحات المستحدثة »، المرجع السابق، ص 27.

³ - قرار المجلس الأعلى ملف رقم 34046، بتاريخ 19 نوفمبر 1984، المجلة القضائية، العدد 01، 1990، ص 67. أشار إليه تشوار جيلالي، نفس المرجع، ص 28.

⁴ - قرار المجلس الأعلى ملف رقم 35087، بتاريخ 17 ديسمبر 1984، المجلة القضائية، العدد 01، 1990، ص 86. أشار إليه سايس جمال، المرجع السابق، ص 356.

⁵ - المرسوم الرئاسي رقم: 92-461 مؤرخ في 19 ديسمبر 1992، المرجع السابق.

⁶ - Isabelle SCHOTT -THIEFFRY, op. cit, p. 31.

الطفل بحرمانه كابن زنا من الانتساب إلى أبيه وتحميل الأم وحدها نتائج فعل اشتركت فيه مع أب الطفل قد يدفعها للتخلص منه، فيعدّ هذا منافياً لمبدأ المساواة.

كنتيجة أن المشرع الجزائري من خلال هذه النصوص المتفرقة التي أشارت عرضاً إلى أحوال اللقيط يتبين لنا أنه لا أثر للالتقاط في إثبات النسب، وما يترتب عليه من آثار قانونية. في حين أن من مصلحة اللقيط مجهول النسب إثبات نسبه باعتبار المساواة حق دستوري، حيث نصّت المادة 32 من دستور 2016¹: " أن لا تمييز بين المواطنين بسبب المولد، فالطفل مجهول الأبوين يتساوى مع الطفل المعلوم ".

من هنا يمكن حل هذه القضية إما بالإقرار بالبنوة أو البيّنة أو بواسطة التحليل الجيني خاصة ونحن في وقت أظهر فيه العلم نجاعة وسيلة حديثة تكاد تكون نتائجها يقينية إذا ما استعملت في مجال إثبات النسب بشروطها وضوابطها ألا وهي البصمة الوراثية. يقول الدكتور محمد نبيل غنايم - أستاذ الشريعة الإسلامية بكلية دار العلوم جامعة القاهرة - عن الأخذ بالوسائل العلمية لإثبات نسب ابن المغتصبة " أن هناك شبه إجماع من المجامع الفقهية بشأن البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها في إثبات النسب واعتبارها وسيلة إثبات في الجرائم. إن ذلك يحقق العدالة والأمن للمجتمع ويؤدي إلى نيل المجرم عقابه وتبرئة المتهم. وهذا مقصد مهم من مقاصد الشريعة، طالما تم إثبات الاغتصاب فإنه لا مانع من نسب الابن لأبيه المغتصب وتحمله مسؤولية التربية والإنفاق عملاً بالقاعدة الفقهية الغرم بالغنم²."

رغم التكريس القانوني لإمكانية إثبات النسب بالطرق العلمية الحديثة، والدور الذي تلعبه البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب، إلا أن بعض فقهاء القانون يطرحون إشكالية العراقيل والصعوبات التي تقف حائلاً دون تطبيق هذه الوسائل العلمية في إثبات النسب. هناك مسائل قانونية وأخرى مادية يحتج بها الخصم من أجل محاولة الإفلات من الخضوع للفحوصات، الأمر الذي يحتم ضرورة التغلب على هذه الصعوبات حتى لا يضيع الولد والشرف. ومن جملة هذه العراقيل:

أ - العراقيل القانونية

1 - **حرمة الحياة الخاصة:** إن إيجاب المتقاضي على إجراء تحاليل الدم أو البصمة الوراثية من أجل تأكيد النسب من عدمه، قال البعض أنه يصطدم مع مبدأ دستوري يتعلّق بعدم انتهاك حرمة الإنسان كما نوهت عن ذلك المادة 40 من دستور 2016 التي تنص: " تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة

¹ - القانون رقم: 01-16، المؤرخ في 06 مارس 2016، يتضمن التعديل الدستوري . الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 14، بتاريخ 07 مارس 2016، ص 10.

² - زغيشي سعاد، « حماية الأطفال غير الشرعيين بين الشريعة الإسلامية والقانون »، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة 1، الجزائر، العدد 07، سبتمبر 2015، ص 155.

الإنسان. ويحظر أيّ عنف بدني أو معنوي أو أيّ مساس بالكرامة".¹ إذ يعتبر أصحاب هذا الرأي أنّ المادة 40 من الدّستور تشكّل إحدى العقبات الأساسيّة أمام تطبيق الطّرق العلميّة الحديثة في النّسب خصوصاً فحص الحمض النّووي الذي يشكّل تدخّلاً في الحياة الخاصّة للفرد، كونها تبحث عن الخصائص الوراثيّة من خلال الاستعداد الوراثي للشّخص ممّا قد يمدّد الغير بمعلومات خاصّة بالزّوجين وتكون ذات طابع شخصي.²

مع صدور القانون رقم 03-16 المؤرّخ في 19 جوان 2016 المتعلّق باستعمال البصمة الوراثيّة في الإجراءات القضائيّة والتّعرّف على الأشخاص، نصّت المادة الثالثة منه على احترام كرامة الأشخاص وحرمة حياتهم الخاصّة.³

يرى بعض الفقهاء أنّ صعوبة المساس بالحياة الخاصّة يمكن التّعلّب عليها عندما نقرّر تحليل البصمة الوراثيّة لتحديد الشّخصيّة وليس من أجل الوقوف على الخصائص الوراثيّة التي تتعلّق مثلاً بالميل للإصابة بأمراض معيّنة.⁴ على الرّغم من ثبوت حقّ الأفراد في الخصوصيّة الجينيّة وإضفاء الحماية الجنائيّة عليها إلّا أنّه لا يعني بالضرورة أنّه حقّ مطلق لا يجوز التّنّازل عنه بحال من الأحوال، إذ القول بذلك فيه إعلاء لقيمة الفرد على الجماعة وتقديم مصلحته على المصلحة العامّة.⁵

2 - انتهاك السّلامة الجسديّة: كما هو معلوم أنّ فحص البصمات الجينية يجري على العتاد المأخوذ من جسم الإنسان، غير أنّ الوضعيّة الحاليّة للعلوم لا تسمح في الوقت الحاضر إجراء الفحص على الدّم والسّائل المنوي والشّعر. وفي الحالات التي لا يمكن الحصول فيها على العتاد الجسدي المرغوب بغرض إجراء الفحص النّووي ينبغي اللّجوء إلى المساس بالسّلامة الجسدية للفرد. في حين أنّ الأفعال التي تستهدف الحرّيات والحقوق تعدّ مخالفات يعاقب عليها القانون، حيث تعتبر هذه السّلامة مضمونة

¹ - القانون رقم 01-16 مؤرّخ في 06 مارس 2016، المرجع السابق.

² - باديس ذيابي، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 110 و 111.

³ - تنص المادة 3 من القانون رقم 03-16، على أنه: "يتعين، أثناء مختلف مراحل أخذ العينات البيولوجية واستعمال البصمة الوراثية، احترام كرامة الأشخاص وحرمة حياتهم الخاصة وحماية معطياتهم الشخصية وفقاً لأحكام هذا القانون والتشريع الساري المفعول". القانون رقم 03-16 المؤرّخ في 19 جوان 2016، المتعلّق باستعمال البصمة الوراثيّة في الإجراءات القضائيّة والتّعرّف على الأشخاص . الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 37، بتاريخ 22 جوان 2016، ص 05.

⁴ - غنام محمد غنام، دور البصمة الوراثية في الإثبات، م2، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة والقانون، من 05-07 ماي 2002، ص 496.

⁵ - حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات، المرجع السابق، ص 895.

دستورياً طبقاً لنص المادة 41 من دستور 2016 على أنه: " يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات، وعلى كل ما يمس سلامة الإنسان البدنية والمعنوية ".¹

يبقى الحق في السلامة الجسدية حقاً مطلقاً يحميه قانون الإجراءات الجزائية وكذا قانون العقوبات ما إذا كان ينبغي إكراه الشخص على أخذ عينات من جسمه. ² استثناءً عن القاعدة يمكن المساس بسلامة الجسد بأخذ عينات من جسد المتهم بعد موافقة السلطات المختصة للحصول منها على دليل إدانته أو براءته تحقيقاً للمصلحة العامة، وتقديماً لحق الجماعة على الفرد، وإعمالاً لقاعدة: يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام.³ ثم إن الاتهام بجريمة يجيز أخذ عينة من الدم دون رضا المتهم، ذلك أن التعرض للجسم في هذه الحالة يُعدّ بمثابة تفتيش في جسم المتهم، الأمر الذي تجيزه القوانين والدساتير في حالة الاتهام بجريمة. ⁴ بهذا يجوز استثناء الخروج على هذا الأصل إذا كان متعلقاً ومتصلاً بالمصلحة العامة، خاصة وأن اختبارات البصمة الوراثية تقدّم الدليل على نفي النسب وإثباته بطريقة لا تقبل الشك.

3 - **عدم جواز إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه:** كرّست مختلف القوانين الإجرائية مبدأً عاماً ظلّ راسخاً مؤداً: أنه لا يجوز إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه. وأنّ اللجوء إلى أخذ عينات من دم الشخص أو خصلة من شعره أو عينة من سائله المنوي لإجراء فحوص طبية من أجل إثبات النسب أو نفيه هو إجباره على تقديم دليل ضد نفسه. هنا يطرح بشدّة بطلان الإجراء كونه خرق المبدأ القانوني الراسخ.⁵ لكن يعترض على مبدأ عدم جواز إجبار المتهم على تقديم دليل ضد نفسه أو ضد مصلحته على أن لا يطبق إلا على الأقوال الشفوية كالاقرار وشهادة الشهود، وليس على الوسائل القسرية في الإجراءات الجنائية المخصصة لإجبار المتهم على الإقرار.⁶ إن الأمر لا يتعلق بإجبار المتهم على تقديم الدليل، لكنّه تنقيب عن الدليل في مكن السر وهو جسم المتهم. ومن أجل الوصول إلى الحقيقة لا بد من إجبار المطلوب للتحليل الجيني وإكراهه على الخضوع لتحليل البصمة الوراثية إذا ما رفض الخضوع اختياريّاً.

¹ - المادة 41 من القانون رقم 16-01 مؤرخ في 06 مارس 2016، المرجع السابق.

² - بوجنان سولاف، إثبات النسب ونفيه وفقاً لتعديلات قانون الأسرة، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدورة 16، الجزائر، الدفعة 2005-2008، ص 55.

³ - زقاوي حميد، « عقبات إثبات ونفي النسب بالبصمة الوراثية »، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي بالشلف، العدد 3، ديسمبر 2016، ص 100.

⁴ - وليد عاكوم، المرجع السابق، ص 496.

⁵ - باديس ذيابي، المرجع السابق، ص 111.

⁶ - حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات، المرجع السابق، ص 869.

ب - العراقل المادية

إنَّ أهمَّ عائقٍ يقفُ أمامَ الأخذِ بطرقِ التحليل البيولوجي في العالم العربي وفي الجزائر خصوصاً هو العائق المادي، فلا زالت الأمور في بدايتها من خلال توافر المختبرات المعدة لهذا الشأن، فلا نعدّ سوى مخبراً واحداً مخصّصاً لقسم البيولوجيا الشرعية من خلال تدشين مخبراً للبصمة الوراثية بتاريخ 22 جويلية 2004،¹ حيث يعدّ أول خطوة لتشجيع العمل بالبصمة الوراثية، وهو يساهم بدور فعّال في المجال الجنائي، ويفترض أن يكون له دورٌ أيضاً في مسائل إثبات النسب أو نفيه. إنَّ اعتماد بلادنا على مخبر وحيد موجود بالجزائر العاصمة لا يكفي لتغطية التحاليل الجينية على المستوى الوطني وهذا يؤدي إلى تعطل إجراءات سير الدعاوى، كما يتطلب بالمقابل مصاريف باهظة.²

إن كان اللجوء إلى الطرق العلمية يركز في أساسه على ضرورة توافر آليات وهياكل مادية ضخمة للوصول إلى نتائج فعّالة فإنّ ذلك يتطلب بالمقابل مصاريف باهظة تقتقر لآليات قانونية يتم بموجبها تحميل الخزينة العامة أعباءها، وبالتالي يتحمّلها أطراف الدّعى.³ فهل يمكن تصوّر ذلك بالنظر إلى الأوضاع المعيشية والاقتصادية للمواطن الجزائري؟. يستدعي القول أنّ مجال لجوء المواطن إلى هذه الخبرة يبقى ضيقاً جداً. رغم كل هذه الصّعوبات والعوائق التي تقف أمام التحاليل البيولوجية إلاّ أنّه لا يمكن استبعاد اللجوء إلى الخبرة الطّبية خصوصاً بعد أن نصّ عليها قانون الأسرة الجزائري، ثمّ إنّ الباحث يرى أنّ طريقة اللجوء إلى تحاليل البصمة الوراثية وإدراجها ضمن هذا القانون لإثبات النسب، تعدّ وسيلة علمية حتمية، مع ضرورة تحديد بدقّة كيفية إدماج هذه الوسائل العلمية في القضاء، كذلك الإجراءات الواجب مراعاتها فيها، فلا بدّ من تحديد قيمتها في الإثبات لأنّ ترك الأمر جوازي للقاضي في اللجوء أو عدم اللجوء إلى الخبرة الطّبية قد يهدر حقوقاً لأطفال أبرياء لا ذنب لهم فيما اقترفاه الأولياء.

المطلب الثاني: موقف بعض التشريعات الغربية من إثبات نسب الطّفل الطبيعي لوالديه

إنّ المتنبّع لموقف القانون الوضعي في هذا المجال لا سيّما القانون الفرنسي يرى أنّه أجاز إثبات البنوة الطّبيعية - غير الشرعية - والاعتراف بها بعد ظهور قانون 03 جانفي 1972 المتعلّق بالنسب.⁴ رغم الاختلافات في النسب إلاّ أنّ الطّفل الطبيعي يملك نفس الحقوق والواجبات للطّفل القانوني.⁵

¹ - « إثبات النسب وتأثير التعديل الحديث بالطرق العلمية الحديثة »، المرجع السابق.

² - بوجنان سولاف، المرجع السابق، ص 54.

³ - « إثبات النسب وتأثير التعديل الحديث بالطرق العلمية الحديثة »، المرجع السابق.

⁴ - La loi n° 72-3 du 3 janvier 1972, sur la filiation. Op, cit

⁵ - Isabelle RESMOND- MICHEL, « 100% légal tous les droits du particulier », ed. PRAT, paris, 2005, p. 149.

منذ الاتفاقية الأوروبية لعام 1975 بشأن الوضع القانوني للأطفال المولودين خارج إطار الزواج أصبحت فئة الأطفال غير الشرعيين أقل أهمية على أساس المساواة الكاملة بين الأطفال الطبيعيين والأطفال الشرعيين.¹

المشرع الفرنسي لا يفرق بين الابن الشرعي والابن الطبيعي في الحقوق والواجبات، ولا يُنظر لابن الزنا في المجتمع الفرنسي نظرة احتقار ومهانة، بل أصبح يوجد على قدم المساواة مع الطفل الشرعي في الحقوق والالتزامات.² فالنسب الناتج عن الزنا أصبح يمثل مكانة هامة في قانون الأسرة الفرنسي، هذا القانون الذي أصبح مرتبطاً أكثر من غيره بمبادئ الحرية والمساواة.³ على هذا الأساس سوف نبين موقف المشرع الفرنسي من النسب الطبيعي قبل قانون 1972 في الفرع الأول ثم موقفه من هذا النسب بعد التعديل الوارد عليه وفق قانون 1972.

الفرع الأول: موقف المشرع الفرنسي من النسب الطبيعي قبل قانون 1972

يُميز القانون المدني الفرنسي⁴ بين الطفل الشرعي المولود عن طريق الزواج والطفل الطبيعي المولود خارج إطار الزواج إلى غاية 1972. نظر القانون إلى الأطفال الطبيعيين من خلال مجموعتين متميزتين هم: أطفال أبناء زنا المحارم وأطفال أبناء الزنا. الطفل ابن زنا المحارم ينتج عن شخصين (رجل وامرأة) زواجهما محرم بسبب القرابة المباشرة أو غير المباشرة. أما الطفل ابن الزنا ينتج عن شخص متزوج وشخص غير متزوج، أو عن شخصين كل منهما متزوج (زواجين مختلفين). أما الطفل الطبيعي الذي لا هو ابن زنا محارم ولا ابن زنا يدعى طفل طبيعي بسيط.⁵

طبقاً للقانون المدني ومن أجل إنشاء علاقة قانونية للنسب ما بين الطفل وأبويه لا يكفي أن تظهر أسماء الأبوين على عقد ميلاد الطفل، حتى ولو كان الطفل مكفولاً من قبل الأبوين.⁶ إنما هناك عقدان للحالة المدنية ينشئان العلاقة القانونية للنسب ألا وهما الزواج والاعتراف بالطفل الطبيعي. وهذان العقدان يتطلبان حضور الطرفين لأجل تحريرهما وفقاً للتعليمات العامة المتعلقة بالحالة المدنية،

¹ - Convention Européenne sur le statut juridique des enfants nés hors mariage, Conseil de l'Europe, Série des traités européens - n° 85 adoptée le 15 /10/1975 entrée en vigueur le 11/08/1978, Strasbourg, 1975.

² - الشافعي محمد، الأسرة في فرنسا - دراسة قانونية وحالات شاذة ، المغرب : مراكش، المطبعة والوراقة الوطنية، ط1، ب.س.ن، ص 108.

³ -Gérard CORNU, « droit civil, la famille, », 8^{ème} édition, Montchrestien, Paris, 2003, p. 366.

⁴ - Ancien article 319 et 321 du code civil français avant la loi du 03 janvier 1972. « La filiation des enfants légitimes se prouve par les actes de naissance inscrits sur le registre de l'état civil ». « La possession d'état s'établit par une réunion suffisante de faits qui indiquent le rapport de filiation et de parenté entre un individu et la famille à laquelle il prétend appartenir ».

⁵ - وهو المولود قبل 180 يوم من الزواج والمنكر من طرف الزوج، يبقى نسبه بالنسبة لأمه مؤسس بعد إنكار الزوج.

Alfred NIZARD, « Droit et statistiques de filiation en France. Le droit de la filiation depuis 1804 », revue population, 32^e année n° 01, L'Institut national d'études démographiques, Paris, 1977, p. 92.

⁶ - Alfred NIZARD, ibid, p. 92.

أي الشخصين المعيّنين مباشرة بالعقد، حيث التعبير عن إرادة كلّ منهما أمر ضروري لإنشاء وضع جديد يهدف إليه العقد.

يعتبر الزواج في حدّ ذاته اعترافاً مسبقاً من قبل الزوجين بالنسبة للأطفال الذين سيولدون بعد، لهذا يكون عقد ميلاد الطّفل المنسوب لامرأة متزوجة بمثابة سند للنسب الشرعي. أمّا الاعتراف بالطّفل الطّبيعي يأتي بعد ميلاد الطّفل أو على الأقل تحديد هويته، والنسب الطّبيعي في هذه الحالة يكون مجزأً أي أنّه يتمّ تحديده بطريقة منفصلة مع كلّ زوج، والاعتراف باعتباره فعل فردي لا يلزم إلاّ صاحبه، وهنا عقد ميلاد الطّفل الطّبيعي ليس سنداً للنسب الطّبيعي.

أولاً: النسب طبقاً للحالة الزوجية للأم (أم متزوجة)

كلّ طفل من أمّ متزوجة يعتبر مبدئياً ذا نسب شرعيّ، ويحرّر هذا النسب بطريقة غير قابلة للتجزئة تجاه الزوجين بواسطة عقد ميلاد الطّفل. وأبوة الزوج لا يمكن أن تتنازع من قبل الزوجة أو الغير، فالزوج هو الوحيد الذي يستطيع الطعن في أبوته للطّفل، غير أنّ شروط عدم الإقرار بالطّفل تخضع لتنظيم دقيق وصارم.

إنّ عدم إقرار الطّفل لا يترتب أثراً إلا بعد حكم قضائي يصرّح بأنّ الزوج ليس أباً للطّفل، وإذا صدر هذا الحكم يكون الطّفل بطريقة شرعية خاضعاً لنظام الطّفل الطّبيعي، إذا ما تمت الولادة بـ 180 يوم قبل الزواج، أو بصفة عامّة يكون خاضعاً لنظام ابن الزنا. في حالة غياب عدم الإقرار يحتفظ الطّفل ابن الزنا بصفة الطّفل الشرعي التي تكفلها له الأم المتزوجة إذا كانت هذه الوضعية مطابقة لمصلحة الأم والطّفل، قد تكون أحياناً ضدّ رغبة الأم والأب الحقيقي للطّفل.

قلّص المشرّع سنتي 1907 و 1915 من مجال قرينة الأبوة للزوج بالنسبة للطّفل المعين بالنسب خلال فترة انفصال الزوجين (انفصال جسماني أو عن طريق الطلاق)، فيكون الطّفل شرعياً غير أنّه في حالة إعادة زواج الأم مع الأب الحقيقي (الفعلي) فإنّ علاقة الطّفل مع الزوج الأول بإمكانها أن تلغى ولو في غياب عدم الإقرار.

المرأة المتزوجة التي تعيش منفصلة عن الزوج لها سلطة فعلية تمكّنها من إبعاد قرينة الأبوة للزوج عند ولادة الطّفل. يكفي أن تزح اسم الزوج وحالته الزوجية عند تسجيل ميلاد الطّفل بالحالة المدنية، بذكر الاسم العائلي للأم في عقد الميلاد أو يصرّح بعبارّة أم غير معروفة. وفي هذه الحالة يكون الطّفل خاضعاً مؤقتاً أو نهائياً لقانون الطّفل الطّبيعي.¹

¹ - La jurisprudence admet depuis 1913 que l'acte de naissance portant le nom de jeune fille de la mère est un titre de filiation légitime, même s'il désigne un autre individu que le mari en qualité de père. En pratique, l'état civil de l'enfant reste celui d'un enfant naturel, tant que l'acte de naissance n'aura pas été rectifié. Alfred NIZARD, op. cit, p. 94.

عندما يبلغ الزوج بميلاد الطفل ويرغب في عدم قبول أبوته عن طريق إسنادها له بحكم قضائي يقر النسب الشرعي للطفل، فيمكنه التصريح بعدم القبول قبل أي إجراء لإتمام النسب الشرعي للطفل؛ أو للأب أيضاً أن يرفض أبوته للطفل أثناء هذا الإجراء. في حالة عدم ممارسة الزوج لهذا الإجراء وفي حالة عدم اعتراضه لتنفيذ إجراء النسب الشرعي (مثلاً في حالة رجوع الزوجين ومواصلة الحياة الزوجية)، يمكن اللجوء إلى القضاء للغرض المطلوب.

أما إذا كان الزواج باطلاً وكان بعد ميلاد الطفل أو تحديد ميلاده قد تمّ التصريح ببطلان عقد الزواج بحكم قضائي، ويبقى الطفل شرعياً عندما يكون هذا الزواج ظنياً أي مشكوك فيه، أما في حالة العكس يصبح الطفل طبيعياً بأثر رجعي.

ثانياً: النسب طبقاً لحالة الأم غير المتزوجة

كلّ طفل من أمّ عازبة أو مطلقة أو أرملة يعتبر طفلاً طبيعياً، ويكون كذلك عند عدم التصريح باسم الأمّ على عقد ميلاد الطفل أو عند ذكر اسم الأمّ في حالة عدم وجود رابطة زوجية. إذا كان عقد ميلاد طفل من أمّ متزوجة هو عبارة عن سند نسب شرعي فإنّ عقد ميلاد الطفل الطبيعي لا يُنشئ علاقة نسب عندما يتمّ تعيين الأمّ أو الأب، غير أنّ ميلاد الطفل الشرعي كان مسبوقاً باعتراف الزوجين (وجود عقد زواج)، يعتبر عقد الاعتراف بمثابة سند لنسب الطفل الطبيعي بالنسبة للشخص المعترف.

أ - تأسيس النسب الطبيعي: (الاعتراف الإرادي): يتمّ الاعتراف الإرادي بالطفل الطبيعي بعقد رسمي عندما يتعدّر ذلك بتحرير عقد ميلاد، حيث أجاز المشرّع الفرنسي إثبات البتوة الطبيعية والاعتراف بها ووضّح ذلك في المادة 334 من القانون المدني التي تنصّ على أنّ: " الاعتراف بالولد الطبيعي يكون بشهادة محررة وصحيحة إذا لم يكن هذا الاعتراف في شهادة الميلاد ".¹

التّصريح بالاعتراف يجب أن يتمّ أمام ضابط عمومي إمّا أن يكون ضابط الحالة المدنية ويدرّج مع عقد الميلاد إذا تمّ في نفس الوقت مع التّصريح بالميلاد، ويكون هذا التّصريح بمثابة عقد استثنائي إذا تمّ قبل ميلاد الطفل أو أثناء حياة الطفل. وإمّا أن يكون أمام الموثّق بموجب عقد توثيقي أو أمام المحكمة بمناسبة رفع دعوى قضائية. يمكن أن يكون التّصريح بواسطة الأمّ (الاعتراف بالأمومة) أو بواسطة الأب (الاعتراف بالأبوة) أو بواسطتهما معاً.

ينصّ القانون المدني على الاعتراف أو تأسيس النسب بواسطة القضاء كسند للنسب الطبيعي من ناحية الأمومة أو الأبوة عندما يعيّن اسم الأمّ في عقد ميلاد الطفل الذي تكفله. لا توجد أية علاقة

¹ - Article 334 du code civil français ancien : « La reconnaissance d'un enfant naturel sera faite par un acte authentique, lorsqu'elle ne l'aura pas été dans son acte de naissance ». Code civil des Français, éd. originale et seule officielle à Paris de l'imprimerie de la république 1804.

شرعية للنسب ما بين الطفل والأم باعتبار أنها أهملت التصريح الصريح بالاعتراف أمام بلدية مقر إقامتها أو الموثق. هذه الحالة المطابقة لنصوص القانون المدني مبالغ فيها وغير قانونية ولم يتم العمل بها خلال المنتصف الأول من القرن 19، لكن في سنة 1872 فإن محكمة النقض أقرت بأن حيازة الحالة المطابقة لعقد الميلاد لا تغني عن التصريح بالاعتراف. هذه القرارات كانت تشكل اجتهداً قضائياً في هذا المجال إلى غاية 1972.

منذ 1871 فإن محكمة النقض تقر أنه لو كانت الأم مذكورة في عقد اعتراف الأب يكفي أن تبين بصفة أو بأخرى أمومتها مثل تربية الطفل والقيام بشؤونه لكي يكون لهذا الاعتراف قيمة.¹ لهذا وعلى ضوء هذا القرار صدر قانون 03 ديسمبر 2001² إذ سمح للأطفال الطبيعيين برفع دعوى المطالبة بتأسيس نسبهم تجاه آبائهم عن طريق إضفاء الشرعية عليهم في حالة استحالة زواج والديهم بسبب مانع من موانع الزواج طبقاً لما ينص عليه الفصل 333 من القانون المدني.³ لهذا الاجتهاد أهمية كبيرة، ففي حالة ميلاد أثناء ارتباط رضائي من المعتاد أن الأب يتقدم إلى مصالح البلدية للتصريح بميلاد مع ذكر اسم الأم والاعتراف بالطفل، وفي هذه الحالة فإن اعتراف الأم غير ضروري لتأسيس النسب الأموي للطفل.

ليس بالضرورة الاعتراف بكل الأطفال الطبيعيين. فالقانون المدني لعام 1804 يمنع الاعتراف بأبناء زنا المحارم وأبناء الزنا، وفي الواقع فإن الاعتراف لا يكون محظوراً إلا إذا اتصف بزنا المحارم أو الزنا بالنسبة للنسب. غير أن الطفل الطبيعي البسيط يمكن الاعتراف به من طرف أبويه، فالطفل المولود قبل 180 يوم من الزواج المنكر من طرف الزوج يعتبر طفلاً طبيعياً بسيطاً، يبقى نسبه بالنسبة لأمه مؤسس بعد إنكار الزوج، وبإمكان الأب أن يعترف به. في حين أن الطفل ابن الزنا الذي ينكره الزوج لا يمكن الاعتراف به من طرف أبيه إلا في حالة استثنائية، إذ يبقى نسبه بالنسبة للأم مؤسس بعد الإنكار. لكن الطفل ابن الزنا من ناحية الأم الذي لا يحمل عقد ميلاده اسم الزوج يمكن الاعتراف به من الأب، ويلغى هذا الاعتراف إذا تم تأسيس النسب الشرعي. في حين الطفل ابن الزنا من ناحية الأب يمكن الاعتراف به من طرف الأم ولا يمكن الاعتراف به من طرف الأب ما عدا

¹ - Article 336 du code civil Français: « La reconnaissance du père, sans l'indication et l'aveu de la mère, n'a d'effet qu'à l'égard du père ». Créé par Loi n°72-3 du 3 janvier 1972, modifié par Ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005.

² - Loi n° 2001-1135, du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral, journal officiel de la république française, n° 281 du 4 décembre 2001, p.19279.

³ - Article 333 du code civil Français :« S'il apparaît que le mariage est impossible entre les deux parents, le bénéfice de la légitimation pourra encore être conféré à l'enfant par autorité de justice pourvu qu'il ait, à l'endroit du parent qui la requiert, la possession d'état d'enfant naturel ». Créé par Loi n°72-3 du 3 janvier 1972, modifié par Loi n°2009-61 du 16 janvier 2009, ratifiant l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation et modifiant ou abrogeant diverses dispositions relatives à la filiation. journal officiel de la république française n°0015 du 18 janvier 2009, p. 1062.

الاعتراف الاستثنائي. أما الطفل ابن زنا المحارم يمكن الاعتراف به من أحد الطرفين الأم أو الأب إلا في حالة اعتراف استثنائي.

إن منع تأسيس النسب سواء المتعلق بزنا المحارم أو بالزنا العادي لهما نفس الآثار التي تكون لكل الأطفال الطبيعيين باستثناء أبناء الزنا من ناحية الأم الذين ينكرهم الزوج يعتبرون بمثابة أطفال طبيعيين في نظر القانون. بعض الأطفال الطبيعيين لم يعترف بهم أي من الزوجين، والبعض منهم معترف بهم من طرف الأم فقط، أما الأطفال أبناء الزنا وأبناء زنا المحارم مستثنون من هذا الصنف.

ب - الاعتراف الجبري: (حكم القضاء): حسب القانون المدني لسنة 1804 يعتبر الاعتراف بالطفل الطبيعي تصرفاً إرادياً محضاً الذي لا يمكن إجبار الأب عليه إلا في حالة الاختطاف.¹ وبقي هذا البحث عملياً محظور إلى غاية 1912 أين وافق قانون 16 نوفمبر 1912 على البحث عن الأبوة في عدد محدود من الحالات.² أما البحث عن الأمومة (الانتساب إلى الأم) الطبيعية مقبول منذ صدور القانون المدني، والبدائية بالدليل الكتابي ضروري.³ تم تكيف نص المادة 341 من القانون المدني مع قانون 15 جويلية 1955⁴ لغرض تسهيل إثبات النسب للأطفال الطبيعيين غير المعترف بهم. كما يمكن أن يكون الاعتراف الإرادي في إطار القواعد العامة معترفاً به للطفل المتوفى. إن تأسيس النسب القضائي للطفل الطبيعي سواء من ناحية الأم أو الأب لا يكون ممكناً إلا في الحالة التي يكون فيها الطفل حياً لأنه صاحب الدعوى. هذه الدعوى لا تكون مقبولة إلا في حالات عدم اتصالها بنسب الطفل ابن زنا المحارم أو ابن الزنا.

يرخص قانون 15 جويلية 1955 للأطفال أبناء زنا المحارم وأبناء الزنا المطالبة بالنفقة الغذائية دون أن يمتد أثر الدعوى إلى المطالبة بالنسب الذي يعتبر تأسيسه محظوراً. لقد وسعت

¹ - Article 340 du code civil : « La recherche de la paternité est interdite, dans le cas d'enlèvement, lorsque l'époque de cet enlèvement se rapportera à celle de la conception, le ravisseur pourra être sur la demande des parties intéressées déclaré père de l'enfant ». Créé par Loi n°72-3 du 3 janvier 1972, modifié par Loi n°93-22 du 8 janvier 1993 modifiant le code civil relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales, journal officiel de la république française, n°7 du 9 janvier 1993, p 495, transféré par l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation et relatif au livret de famille et à la procédure en matière de filiation, journal officiel de la république française, n° 127 du 2 juin 2006, p.8332.

² - La loi du 16 novembre 1912 modifie l'article 340 du code civil, reconnaissance judiciaire de la paternité naturelle, journal officiel de la république française, du 16 novembre 1912, p. 9718. La jurisprudence du 19 siècle a permis à la mère et à l'enfant naturel d'obtenir en justice une aide pécuniaire du père de l'enfant. Alfred NIZARD, op. cit., p. 98.

³ - Article 341 du code civil : « La recherche de la maternité est admise. L'enfant qui réclamera sa mère, sera tenu de prouver qu'il est identiquement le même que l'enfant dont elle est accouchée. Il ne sera reçu à faire cette preuve par témoins que lorsqu'il aura déjà un commencement de preuve par écrit ». Créé par Loi n°72-3 du 3 janvier 1972, modifié par Loi n°93-22 du 8 janvier 1993, abrogé par Ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005.

⁴ - Loi n° 55-934 du 15 juillet 1955, reconnaissance des enfants naturels, journal officiel de la république française, du 16 juillet 1955, p. 7084.

محكمة التّفض في 1967 نطاق هذه الدّعى إلى الأطفال الطّبيين العاديين الذين يمكنهم أن يفقدوا حقّهم في المطالبة بنسبهم من ناحية الأب أو الأمّ بسبب انقضاء مهلة الادّعاء.

ج - الاعتراف الاستثنائي: إلى جانب الاعتراف الذي يقرّه القانون إرادي أو إجباري أنشأ كلّ من القانون والاجتهاد القضائي اعترافاً استثنائياً وإرادياً مباشراً لفائدة الأطفال أبناء زنا المحارم وكذلك بعض أصناف أبناء الزّنا فقط بالنّظر إلى شرعية زواج الأبوين. لقد سمح الاجتهاد القضائي في القرن 19 بالاعتراف الاستثنائي للطفّل ابن زنا المحارم في حالة عدم اعتراض رئيس الدّولة على زواج أبويه. عندما يسمح القانون المدني بشرعية بعض أصناف الأطفال أبناء الزّنا،¹ فإنّ الاعتراف الاستثنائي للأبوين قد امتدّ إلى هؤلاء الأطفال.

إذا كان لبعض الأطفال أبناء الزّنا نسب شرعي بحكم القانون من ناحية الأمّ وغير منكر من طرف الزّوج السّابق للأمّ، يمكن الاعتراف بنسبهم من طرف الأب الفعلي ونسبهم من اتّجاه الزّوج السّابق للأمّ يبطل بفعل إعادة الزّواج مع الأب الفعلي.

إنّ الاعترافات الاستثنائية من ناحية الأمومة أو الأبوة تجري أمام ضابط الحالة المدنية أثناء مراسيم الزّواج الذي يضيف الشرعية على نسب الأطفال المعترف بهم. وإذا كان بفعل غلط أو جهل القانون قد تمّ الزّواج دون تأسيس نسب الطّفّل من طرف الزوجين فإنّ الاعتراف الاستثنائي اللاحق لإتمام الزّواج بقي لمدة طويلة غير ممكن ولم يقبل إلّا منذ 1916 لفائدة الأطفال أبناء زنا المحارم، ومنذ 1924 لفائدة الأطفال أبناء الزّنا المقبولة شرعيتهم. يبطل الاعتراف الاستثنائي بعد الزّواج إذا لم يتبع بحكم يثبت شرعية الطّفّل المعترف به.

د - تنازع النّسب: تتعلّق منازعات النّسب بالتّنازع حول الأبوة في حالة التّنازع بين نسب شرعي ونسب طبيعي، فإنّ المحاكم تحتفظ لنفسها بسلطة التّكييف. تفضّل عادة هذه الأخيرة النّسب الشرعي باعتباره الأفضل للطفّل ولو كان بطبيعة الحال الزّوج ليس هو الأب الفعلي إذا ولد الطّفّل ما بين 180 و300 يوم بعد انحلال عقد الزّواج للأُم. يوجد خلط من جهة بين الزّوج السّابق والعشير أو الزّوج الجديد للأمّ، فالمحاكم تفصل لصالح الأبوة الأكثر مقاربة أو تترك ذلك لاختيار الطّفّل.

إلى غاية 1955 فإنّ الاعتراف بالطّفّل الطّبيعي من طرف والديه لم يثر بالضرورة نزاع حول النّسب. هذان الاعترافان جائزان قانوناً ما دام أحدهما لم يلغ.² إلغاء الاعتراف الأوّل غير مطلوب

¹ - La loi du 7 novembre 1907 modifiant l'article 331 du code civil en ce qui concerne les enfants adultérins, journal officiel de la république française, n° 304 du 9 novembre 1907, p. 7641.

² - Article 339 du code civil Français : «Toute reconnaissance de la part du père ou de la mère, de même que toute réclamation de la part de L'Enfant pourra être contestée par tous ceux qui y auront intérêt ». Créé par Loi n°72-3 du 3 janvier 1972, modifié par Loi n°96-604 du 5 juillet 1996 relative à l'adoption, journal officiel de la république française, n°156 du 6 juillet 1996 p. 10208, abrogé par Ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005.

عموماً من قبل المعترف الثاني عندما لا يسجل نزاع فعلي بينه وبين المعترف الأول خصوصاً إذا لم يظهر المعترف الأول مصلحة للطفل.

إنّ قانون 15 جويلية 1955¹ أدمج في القانون المدني المادة 342 مكرّر التي توافق على الاعتراف السابق إذا تعددت الاعترافات حسب الترتيب التسلسلي لهذه الاعترافات. يمكن التصريح بعدة اعترافات متتالية أبوية أو من ناحية الأمومة لدى الحالة المدنية، غير أنّ التصريح الأول بمعنى السابق هو الذي يعترف به. غير أنّه إذا اعترف شخص بأبوة لطفل سبق وأن اعترف به من قبل شخص آخر يجب أن يطلب من القضاء إلغاء العقد الأول لكي يثبت اعترافه.²

نشير في الأخير أنّ دعاوى النسب لا تخضع مبدئياً لنظام التقادم، وهذا التقادم يتوقف عموماً على دعاوى المطالبة بالنسب الخاص بالطفل الشرعي طبقاً لنص المادة 328 من القانون المدني الفرنسي القديم، والدعاوى المتعلقة بالأمومة الشرعية والدعاوى الخاصة بالبحث عن الأمومة الطبيعية، وأحياناً الدعاوى المتعلقة بالنزاع حول الاعتراف بالطفل الطبيعي.

ثالثاً: القانون الأساسي للطفل الطبيعي

الشرط الأول للطفل الطبيعي يظهر في تسمية النسب. فالطفل الطبيعي هو غير شرعي.

أ - النسب غير المؤسّس: إنّ القانون المدني لسنة 1804 يتجاهل تماماً الطفل الطبيعي غير المعترف به، لكن تمّ الاعتراف للطفل الطبيعي بحقّ البحث عن والديه سنة 1912 في بعض الحالات المحدودة؛ وقد يسمح له بالبحث عن نسبه لأمه إذا تحصّل على طريقه إثبات بالكتابة لكن بشرط أن لا يكون ابن زنا المحارم أو ابن زنا عادي، حيث تمّ تسهيل هذه العملية ابتداء من سنة 1955، وأيضاً النسب الطبيعي غير المؤسّس بواسطة اعتراف إرادي أو عن طريق حكم قضائي لا يرتّب أيّ أثر قانوني.

الطفل غير المعترف به يحمل اسم أمّه عندما تُعيّن هذه الأخيرة في عقد ميلاده. وفي كلّ الأحوال حتّى لو حمل اسم أمّه وتمّ تربيته من طرفها فهذه الوضعية لا تنشئ أية رابطة قانونية للنسب، ولا تملك الأم سلطة قانونية تجاه الطفل، وليس لها أيّ التزام بالتغذية نحوه، فالطفل ليس له حقّ في ميراثها والعكس صحيح.

إنّ الطفل الطبيعي لا يكون دائماً غير معترف به بسبب إنكار الأب أو الأم أو هما معاً لنسبه بجهلهما للقانون، إنّما عدم الاعتراف يمكن أن ينتج عن تطبيق القانون في حالة ابن زنا المحارم

¹ - Loi n° 55-934 du 15 juillet 1955. Op, cit

²- Article 342 bis du code civil : « lorsqu'une filiation est établie par un acte ou un jugement, nulle filiation contraire ne pourra être postérieurement reconnue sans qu'un jugement établisse préalablement l'inexactitude de la première ». La Loi n° 55-934 du 15 juillet 1955 ajouté un article 342 bis.

أو ابن زنا عادي. أمّا في حالة إقرار نسب ابن زنا المحارم أو ابن الزّنا العادي عن طريق حكم قضائي، فإنّ الحقّ الوحيد الممنوح للطفّل هو الحقّ في الغذاء. وهذا الحقّ تمّ الاعتراف به في القانون الصّادر في 15 جويلية 1955 السّالف الذّكر بالنّسبة للطفّل النّاتج عن زنا المحارم أو النّاتج عن الزّنا العادي والذي لم يتمّ الاعتراف به. اعترفت محكمة النّقض بحقوق الطّفّل الطّبيعي ضمن القانون السّابق وذلك سنة 1967.

ب - النّسب المؤسّس: عندما يتمّ الاعتراف بالطفّل تتحقّن وضعيّته سواء كان الاعتراف إرادياً أو اعترافاً جبرياً عن طريق حكم قضائي. يحمل الطّفّل المعترف به اسم الأب أو الأم ويحتفظ به إذا تمّ الاعتراف به من طرف شخص ثاني. فإذا كانت الاعترافات الأبويّة من قبل الأم متزامنة يحمل الطّفّل اسم الأب. وإلى غاية 1907، فالسلطة الأبويّة تتفدّ من قبل الأب أمّا في حالة عدم وجود الأب فمن طرف الأم.

إنّ قانون 02 جويلية 1907¹ يقرّ ممارسة السلطة الأبويّة لفائدة الشّخص الأوّل من بين الأشخاص المعترفين بالطفّل. أمّا قانون 4 جوان 1970² فإنّه يمنح السلطة الأبويّة للأُم في كلّ الحالات ما عدا قرار المحكمة الذي يقرّ العكس. إذا كان الطّفّل الطّبيعي يحمل اسم أبويه أو أحدهما وكان يخضع لسلطتهما فإنّه لا يكون عضواً من عائلة الأب أو من عائلة الأم. إذا كان هناك التزام غذائي يربطه بأبيه أو بأمّه فإنّ هذا الالتزام لا يمتدّ إلى كلّ أصول الأب وأصول الأم، كما أنّه يحرم من ميراث الأبوين وأصولهما. أمّا في القانون المدني 1804 الطّفّل الطّبيعي هو حلقة من سلسلة نسب الأب أو الأم لكنّه غير وارث.

الفرع الثّاني: موقف المشرّع الفرنسي من النّسب الطّبيعي بعد التّعديل الوارد على قانون 1972

إنّ قانون 03 جانفي 1972 السّاري المفعول في 01 أوت 1972 يرتكز على مبدئين:

- المساواة بين النّسب الشرعي والطّبيعي.

- مطابقة النّسب القانوني للحقيقة البيولوجيّة أو الاجتماعيّة.

أولاً: النّسب حسب حالة الأمومة للأُم (حالة المرأة المتزوّجة)

إنّ القانون الجديد يقلّص من مجال قرينة الأبوة للزّوج ويسهّل ممارسة دعوى عدم الإقرار عن طريق ما هو متاح بشروط، ومنازعة هذه الأبوة من قبل الغير أو من قبل الزّوجة:

¹ - La loi du 02 juillet 1907 relatif à la protection et à la tutelle des enfants naturels, journal officiel de la république française, n° 179 du 04 juillet 1907, p. 4629.

² - Loi n° 70 - 459 du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale, journal officiel de la république française, du 5 juin 1970, p. 5227.

أ - إذا كان اسم الأم واسم الزوج باعتباره أب يظهر في عقد الميلاد فإنّ الطّفل شرعي أو يعتبر كذلك. بعد تسجيل الميلاد في الحالة المدنية فإنّ نسب الطّفل يكون عاديّاً وعليه فإنّ قرينة الأبوة للزوج يكمن دحضها في الحالات التالية:

1 - تلقّي الطّفل في فترة الانفصال القانوني لمسكن الزوجية، فبمجرّد إجراء تغيير على اسم الزوج أو حذفه من عقد الميلاد بناءً على طلب الزوج أو الزوجة. وبعد صدور قرار من المحكمة يعود الطّفل إلى وضع الطّفل الطبيعي. أمّا في حالة عدم إجراء هذا التّغيير يبقّى الطّفل محتفظاً لصفة الطّفل الشرعي وتتكّد شرعيّته كذلك عندما يتكفّل الزوج به وتبرّيته أو بقرار قضائي.

2 - الزوج يقدّم دعوى عدم الإقرار بالطّفل¹ فإذا قبلت المحكمة طلبه يكون الطّفل طبيعياً.

3 - الأمّ يمكنها بعد زواجها مع الأب الحقيقي للطّفل منازعة أبوة الزوج الأول قصد إضفاء الشرعية على الطّفل في الزواج الثّاني وعند قبول المحكمة طلب الأم يكتسب الطّفل الشرعية.

ب - إذا ظهر اسم الأم على عقد الميلاد دون الإشارة إلى اسم الزوج بصفته كأب يكون الطّفل طبيعياً، وبإمكان تأسيس النسب الشرعي للطّفل فيما بعد:

1 - في حالة قبول زوج الأم للطّفل، فبمجرّد قرار بسيط صادر عن رئيس المحكمة يمكن تصحيح عقد الميلاد مع إضافة اسم الزوج، وإذا تمّ الاعتراف بالطّفل من قبل الغير فإنّ الإلغاء القضائي لهذا الاعتراف يسبق تصحيح عقد ميلاد الطّفل.

2 - إذا توفّرت ظروف ووقائع لدى الزوجين خلال فترة تلقّي الطّفل التي تعطي مظهرًا لأبوة الزوج يستطيع كلّ من الزوجين أن يطلب من القضاء تأسيس النسب الشرعي للطّفل.

ج - إذا لم يظهر اسم الأم أو اسم الزوج على عقد الميلاد فإنّ الطّفل يعتبر طبيعياً. لكن يمكن أن يؤسّس النسب الشرعي للطّفل لاحقاً عن طريق حكم قضائي بناءً على طلب الأم أو زوجها أو هما معاً أو بواسطة دعوى يرفعها الطّفل أو وكيله عنه. إذا كان للطّفل نسباً آخر فإنّ عدم صحّة هذا النسب يجب أن يبيّن مسبقاً قبل طلب النسب الشرعي:

1 - إذا رفض الزوج النسب الشرعي للطّفل، بإمكان هذا الأخير الاعتراض ضده لدى المحكمة مطالباً بالأبوة خلال مدّة 6 أشهر ابتداءً من يوم علمه بالحكم المتضمّن طلب الطّفل،² وبإمكان الزوج على سبيل الاحتياط منازعة الأبوة بكلّ الطّرق خلال مدّة 6 أشهر ابتداءً من يوم العلم بميلاد الطّفل.

¹ - La loi du 3 janvier 1972 facilite considérablement le désaveu de l'enfant par le mari. Le délai pour former l'action est porté à six mois; ce délai peut être prolongé de six mois si le mari fait connaître son intention de désavouer l'enfant par un acte extrajudiciaire. Les cas de désaveu sont supprimés; toute preuve de non-paternité est admise; la simple dénégation suffit pour désavouer l'enfant né avant le 180^e jour du mariage si le mari n'a pas eu connaissance de la grossesse avant le mariage et s'il ne s'est pas comporté comme le père de l'enfant après la naissance. Alfred NIZARD, op. cit., p. 107.

² - Article 325 du code civil Français: « la preuve contraire peut se faire par tous les moyens propres à établir que le réclament n'est pas l'enfant de la mère qu'il prétend avoir, ou même, la maternité prouvée, qu'il n'est pas l'enfant du mari de la mère. Si le mari n'a pas été mis en cause dans l'instance en réclamation d'état, il peut contester sa paternité dans un délai de six mois à compter du jour où il a eu connaissance du jugement

2 - في حالة إبطال الزّواج بحكم قضائي بعد ميلاد الطّفل يبقى هذا الأخير شرعيّاً إذا تمّ تسجيل اسم الزّوج على عقد ميلاد الطّفل بصفته أب.

ثانياً: حالة الأم غير المتزوّجة

في هذه الحالة يعتبر الطّفل طبيعياً ويتأسّس النّسب الطّبيعي، حيث يتضمّن قانون 03 جانفي 1972 الإجراءات التّقليدية لتأسيس هذا النّسب عن طريق الاعتراف الإرادي أو حكم القضاء بناءً على طلب البحث عن الأمومة أو الأبوة. ويؤكد القانون أنّ الإشارة إلى اسم الأم ضمن التّصريح بالاعتراف من طرف الأب يفيد الاعتراف بالأمّ عندما تقرّ هذه الأخيرة بالأمومة. كما أنّ القانون يمنح قيمة قانونيّة للاعتراف إذا كان عقد الميلاد يحمل اسم الأم،¹ ما دام تمّ تعيين اسمها على هذا العقد وهي تقوم بتربية الطّفل. فالرابطة القانونيّة للنّسب موجودة وهذا لا يستدعي اعتراف رسمي. فعقد الميلاد في هذه الحالة يعتبر كسند لنسب الأمومة الطّبيعية بصفة استثنائية، ويعتبر أيضاً سنداً للنّسب الطّبيعي عندما تتزوّج أمّ الطّفل ويتمّ استبعاد قرينة الأبوة للزّوج، ويثبت نسب الطّفل تجاه أمّه كأنّه حصل عدم إقرار قضائي.

أ - الطّفل الذي يمكن تأسيس نسبه: إنّ الفرق بين الطّفل الطّبيعي والطّفل ابن زنا المحارم أو الزّنا العادي غير موجود، إذ يمكن تأسيس نسب الطّفل الطّبيعي من طرف أيّ أحد من المدّعين به مهما كانت ظروف ميلاده. والاستثناء الوحيد لهذا المبدأ يتعلّق بالطّفل الطّبيعي المولود من أبوين لهما صلة قرابة مباشرة تمنعهما من الزّواج مثل الأب وابنته، الأم وابنها، الأخت وأخيها. فلا يمكن في هذه الحالة تأسيس النّسب إلّا من جهة طرف واحد، ويسمح بتأسيس النّسب في الحالات الأخرى، ويتمّ أيضاً إذا كان أحد الوالدين أو كلاهما متزوّجاً.

إنّ القانون الجديد الذي ألغى تماماً صفة أبناء الزّنا قلّص مجال قرينة الأبوة الشرعية. بعض الأطفال من أمّهات متزوّجات الذين كانوا يعتبرون أطفالاً شرعيين يمكن أن يكونوا أطفالاً طبيعيين في حالة عدم إقرار الأم. كما يمكن الاعتراف بهم من طرف الأب الطّبيعي، بما في ذلك الطّفل الذي يشير عقد ميلاده إلى زوج الأم بصفته أب الذي لم يكن الطّفل بين يده. أمّا في حالة النّزاع يثبت نسب الطّفل بحكم من المحكمة.

ب - النّزاع حول النّسب: منذ سنة 1972 وُضع مبدأين جديدين كأساس لنظام منازعات النّسب:

passé en force de chose jugée accueillant la demande de l'enfant ». Créé par Loi n°72-3 du 3 janvier 1972, modifié par Loi n°2009-61 du 16 janvier 2009.

¹ - Article 337 du code civil Français: « L'acte de naissance portant l'indication de la mère vaut reconnaissance, lorsqu'il est corroboré par la possession d'état ». Créé par Loi n°72-3 du 3 janvier 1972, modifié par Ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005.

1 - المساواة في النسب: إنّ مبدأ أولوية النسب الشرعي عن النسب الطبيعي تمّ إلغاؤه عملياً، وعليه حتّى في حالة اعتراض طلب نسب شرعي مع نسب طبيعي فإثبات عدم صحّة النسب السابق تأسيسه يبقى سابقاً لتأسيس النسب الذي يليه.

2 - البحث عن الحقيقة: يجب أن تبحث المحكمة عن الحقيقة البيولوجية دون جهل الحقيقة الاجتماعية، وتنظّم المحاكم المنازعات المتعلقة بالنسب التي لم يحدّد لها القانون مبادئ أخرى، ذلك باستعمال جميع وسائل الإثبات والأدلة الخاصة بالنسب والأكثر ملائمة. أمّا في حالة عدم كفاية الأدلة المقنعة تعود إلى واقع الحال.¹

أجاز المشرّع الفرنسي إثبات الأبوة الطبيعية خارج نطاق الزّواج قضائياً بكافة وسائل الإثبات، بشرط أن يكون هناك قرائن وأدلة قوية مثل وجود تشابه بين الطّفل والأب المزعوم ووقائع القضية.²

فضلاً عن ذلك، فإنّ المشرّع الفرنسي أجاز إثبات النسب المتنازع عليه اعتماداً على تحليل البصمة الوراثية وذلك بمقتضى المادة 16 فقرة 11 من القانون رقم 94-653 الصادر في 29 جويلية 1994³ سواء كان أمر الإثبات متعلّقاً بدعوى إنشاء بنوة شرعية أو طبيعية، أو إنكار البنوة الشرعية أو الطبيعية شريطة أن يتمّ ذلك بعد موافقة الأطراف وأمر القاضي، ومن خلال دعوى مرفوعة أمام القضاء.⁴

المنع الوحيد لتطبيق المبادئ الجديدة يتمثّل في قرينة الأبوة للزّوج على الطّفل المولود من زوجته. ترتبط قوّة قرينة الأبوة عندما يكون هذا الأخير مسجلاً على عقد ميلاد الطّفل وتؤكد هذه الأبوة وجود الطّفل في حضن الأبوين لكي لا يتمّ منازعة ذلك من طرف الغير.⁵ استناداً إلى ذلك لا تكفي البصمات الوراثية وحدها لإثبات الأبوة الطبيعية إلّا أنّه وبعد أن أقرّ القضاء الفرنسي استخدام البصمات الوراثية في نطاق دعاوى النسب، وكرس هذا الاجتهاد القضائي في قانون الأخلاق الحيوية الصادر سنة 1994 الذي أضاف من خلاله المادة 16 فقرة 11 التي أجازت اللّجوء إلى البصمات الوراثية في نطاق الدّعوى القضائية، كما أجازت المادة 341 إثبات

¹ - Article 311-12 du code civil Français: « Les tribunaux règlent les conflits de filiation pour lesquels la loi n'a pas fixé d'autre principe, en déterminant par tous les moyens de preuve la filiation la plus vraisemblable. A défaut d'éléments suffisants de conviction, ils ont égard à la possession d'état ». Créé par Loi n°72-3 du 3 janvier 1972, abrogé par Ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005.

² - فواز صالح، « حجية البصمات الوراثية في إثبات النسب، دراسة قانونية مقارنة »، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة والقانون، العدد 19، جوان 2003، ص 212.

³ - La loi n° 94-953 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, journal officiel de la république française, n° 175 du 30 juillet 1994, p. 11056.

⁴ - حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، البصمة الوراثية ومدى حجيّتها في الإثبات، المرجع السابق، ص 769.

⁵ - Article 334-9-du code civil Français: «Toute reconnaissance est nulle, toute demande en recherche est irrecevable, quand l'enfant a une filiation légitime déjà établie par la possession d'état ». Créé par Loi n°72-3 du 3 janvier 1972, abrogé par Ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005.

الأمومة الطبيعية بكافة وسائل الإثبات ومنها البصمات الوراثية حيث نصّت على أنّ: " الولد الذي يدّعي أمّه ملزم بأن يثبت أنّه الولد الذي ولدته تمامًا، ويؤخذ بقوله إذا أثبت وجوده مع أمّه المدعاة له باستمرار كولد طبيعي. إذا انتفى الدليل على ذلك، يمكن الاستدلال بالشهود إذا وجدت قرائن وأمارات قوية، أو ظهرت بوادر للدليل بالكتابة المنصوص عليها في المادة 324 من هذا التقنين"¹.
على هذا الأساس أجاز المشرّع الفرنسي إثبات البنوة الطبيعية والاعتراف بها ، وأوضح آلية ذلك في المادة 334 من القانون المدني المذكورة سلفاً.

ثالثاً: النظام القانوني للطفل الطبيعي

- حالة عدم تأسيس النسب: عمد قانون 03 جانفي 1972 دون تغيير النظام القانوني للطفل الطبيعي غير المعترف به إلى تحسين وضع هذا الأخير من جانبيين:
- أ - تسهيل تأسيس النسب: القانون لا يمنع تأسيس النسب من ناحية الأب أو من ناحية الأم مهما كانت الظروف الملابس لميلاد الطفل ما عدا حالة زنا المحارم أو حالة السماح بنسب من جهة واحدة فقط. فالقانون يمنح القيمة القانونية للاعتراف بالأمومة ضمناً عندما تكون الأم مشاراً إليها في عقد ميلاد الطفل ويكون في حضانتها. ثم إنّ القانون الجديد لم يأت سوى بتغييرات طفيفة في مجال دعاوى البحث عن الأبوة أو الأمومة.
- ب - حقّ منحة الطفل غير المعترف به من قبل الأب لا يرتكز على نسب الواقعة ولكن يرتكز على علاقات القرابة خلال تواجد الطفل مع الأم. وحسب القانون المؤرّخ في 03 جانفي 1972، فإنّ الدّعى المتعلقة بالمنحة الغذائية ترفع في نفس الظروف التي تمارس فيها دعوى البحث عن الأبوة الطبيعية.
- ج - النسب المؤسّس: يضع قانون 03 جانفي 1972 حدّاً لعدم المساواة بين الطفل الشرعي والطفل الطبيعي. فالطفل الطبيعي له نفس الحقوق والواجبات مع الطفل الشرعي في علاقاته بأبويه. ويعتبر الطفل الطبيعي عضواً من أسرة المعترف به.²

¹ - Article 341 du code civil Français: « la recherche de la maternité est admise , l'enfant sa possession constante d'état d'enfant naturel à l'égard de la mère prétendue. A défaut, la preuve de la filiation pourra être établie par témoins, s'il existe des présomptions ou indices graves, ou un commencement de preuve par écrit ou sens de l'article (324) du présent code ». Créé par Loi n°72-3 du 3 janvier 1972, modifié par Loi n°93-22 du 8 janvier 1993, abrogé par Ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005.

² - Article 310 du code civil Français: « tous les enfants dont la filiation est légalement établie ont les mêmes droits et les mêmes devoirs dans leurs rapports avec leur père et mère. Ils entrent dans la famille de chacun d'eux ». Créé par Loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce, journal officiel de la république française, n°0161 du 12 juillet 1975 en vigueur le 1^{er} janvier 1976, p. 7171. Modifié par Ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005.

هناك مميّزات خاصّة بالطفّل الطّبيعي قد تظهر باعتبار أنّ الاعترافات الأبويّة والأمويّة الطّبيعية متباينة، بينما النّسب الشّرعيّ غير قابل للتّجزئة. مبدئيّاً إنّ الطّفّل الطّبيعي يأخذ اسم الشّخص الأوّل الذي اعترف به، وعند تعدّد الاعترافات يأخذ اعتراف الأب الحقيقي. إنّ القانون الجديد لا يقرّ فقط استبدال اسم الأب باسم الأم وإنّما يقرّ أيضاً استبدال اسم الأم باسم الأب، وفي حالة عدم تأسيس النّسب الأبوي فإنّ السّلطة الأبويّة تعود إلى الأم.¹

رابعاً: حقّ الطّفّل الطّبيعي في شرعيّة النّسب

الشرعية تمنح للطفّل الطّبيعي الشّروط القانوني للطفّل الشّرعي،² بعد تطوّر كبير وبموجب قانون 03 جانفي 1972 حيث جعل قابليّة شرعيّة الطّفّل الطّبيعي ممكنة. وافتح هذا المجال لفئة الأطفال أبناء الرّنا الذين كانوا غير معيّنين، ووضع إلى جانب الشرعية عن طريق زواج الآباء إجراء ثاني للشرعية عن طريق السّلطة القضائيّة.

أ - حقّ الشرعية قبل سنة 1972: القانون المدني لسنة 1804 سمح فقط بالشرعية للأطفال العاديين. أمّا شرعيّة الأطفال أبناء زنا المحارم كانت ممنوعة، لكن الإجتهد القضائي تجاوز هذا المنع عندما سمح للوالدين بالزّواج بواسطة ترخيص يمنحه رئيس الدّولة. تمّ تكريس هذا الإجتهد القضائي بالقانون الصّادر في 07 نوفمبر 1907. كلّ الأطفال أبناء زنا المحارم لم يكونوا قابلين للشرعية، وكانت تلحق بالزّواج إذا تمّ بين والدي الطّفّل حسب طبيعة الرّابطة الأبويّة أو القرابة. هذا الزّواج يمكن أن يمنع مطلقاً وفي هذه الحالة إمّا أن يخضع للتّرخيص بالموافقة أو الرّفص من طرف رئيس الدّولة.

إنّ مجال المنع للزّواج الذي تثيره رخصة رئيس الدّولة تأكّد منذ 1804. في هذا التّاريخ أصبح يتعلّق بالأعمام والعّمات والأحفاد والحفيدات ثمّ توسّع المجال سنتي 1832 و 1938 إلى كلّ روابط القرابة، كما تقلّص مجال منع الزّواج المطلق منذ 1938 إلى القرابة المباشرة من الأصول والفروع والإخوة والأخوات. بدأ القانون المدني يرخّص تدريجيّاً بشرعيّة الأطفال أبناء الرّنا بعد أن كانت ممنوعة في القرن 19 أصبحت قابليّة الشرعية مسموح بها في 1907 عن طريق زواج المعيّنين بالطفّل الطّبيعي ذلك على فئتين من أبناء الرّنا:

- 1 - الأطفال النّاتجين عن امرأة زانية في حالة عدم إقرار الزّوج.
- 2 - الأطفال النّاتجين عن الأم أو الأب بطريق الرّنا خلال فترة الطّلاق أو الانفصال القانوني عن بيت الزّوجية.

¹ - La mère naturelle ne peut être privée de l'autorité parentale si l'enfant est légitimé par a utorité de justice (infra) à la seule requête du père. (tribunale de paris, 15 février 1974).

² - Elle permet également, depuis 1916, de substituer, dans certains cas, à une filiation légitime, légale, mais contraire à la vérité biologique et à la possession d'état, une nouvelle filiation légale et coforme à la vérité. - Alfred NIZARD, op. cit., p. 112.

إنّ قانون 30 ديسمبر 1915 يحدّد تعريف هاتين الفئتين للأطفال أبناء الرّنا المطلوب شرعيّتهم. و يرخّص بشرعية فئة ثالثة من الأطفال ناتجين عن زنا الأب. إذ أخرج قانون 25 أبريل 1924 من هذه الفئة الأطفال أبناء الرّنا المولودين خلال زواج نتج عنه أطفال أو فروع شرعيّة. هذا التّحديد لقابليّة الأطفال أبناء الرّنا من أب زانٍ تمّ إلغائه بالقانون الصّادر في 14 سبتمبر 1941، حيث أعيد النّظر فيه بالأمر الصّادر في 03 ماي 1945 ثمّ القانون الصّادر في 05 جويلية 1956. في هذا التّاريخ يمكن إثبات شرعيّة كلّ طفل طبيعي بما فيه ابن الرّنا من الأب أو من الأمّ الذي أنكره الرّوج عن طريق زواج المعنّيين، غير أنّ هذا لا يكون ممكناً. فلا يكون الأمر كذلك بالنّسبة لابن الرّنا من ناحية الأمّ الذي لم ينكره الرّوج، و يكون هذا الطّفل شرعيّاً حسب قرار الرّوج.

ب - حقّ الشرعيّة منذ سنة 1972: بصدر القانون في 03 جانفي 1972 فإنّ النّسب حذف الفصل المتعلّق بالأطفال الطّبيعيين من القانون المدني وعوّضه بفصل يتعلّق بشرعيّة النّسب. أيضاً الأصل الطّبيعي للطّفل تمّ تعويضه بالبحث عن شرعيّته. حيث أصبحت قابليّة الشرعيّة إجراءً لتأسيس النّسب الشرعي الذي يستفيد منه جميع الأطفال الطّبيعيين،¹ لكن الشرعيّة لا تكون بأثر رجعي.² كذلك تبقى ناقصة بما أنّها تأسست على معاينة نسب طبيعي وهو نسب لا يمثّل قرينة قاطعة بالنّسبة للقانون.

فالقانون الجديد يسمح بالشرعيّة حسب المعنّيين بالطّفل الذي ينتمي إلى فئة أبناء الرّنا من ناحية الأمّ، والذين كانوا لا يستفيدون من هذا الإجراء في حالة إعادة زواج الأمّ مع الأب الحقيقي أي أنّ هؤلاء الأطفال ولدوا خارج مدّة الانفصال القانوني لبيت الزوجية والذين لم يعترف بهم الرّوج. كلّ طفل طبيعي قابل للشرعيّة، فالطّفل من أمّ متزوّجة يكون طبعياً ليس فقط لعدم اعتراف الرّوج به أو إذا كان ميلاده تمّ بعد 300 يوم من بداية فترة انفصال قانوني لبيت الزوجية، لكن أيضاً إذا لم يكن الطّفل في حالة وضع اليد للرّوج أو إذا كان عقد ميلاده لا يشير إلى الرّوج بصفته كأب للطّفل.

في كلّ الحالات يسمح للأمّ منازعة أبوة الرّوج قصد تثبيت الشرعيّة عندما تتزوّج مع الأب الحقيقي للطّفل بعد انحلال زواجها الأوّل، حيث تُبأشر الدّعوى من طرف الأمّ وزوجها الجديد خلال مهلة 6 أشهر من تاريخ زواجهما قبل بلوغ الطّفل سبع سنوات.³ وبصفة انتقاليّة يحقّ للأمّ وزوجها

¹ - Article 329 du code civil Français: « La légitimation peut bénéficier à tous les enfants naturels, pourvu que, soit par reconnaissance volontaire, soit par jugement, leur filiation ait été légalement établie ». Créé par Loi n°72-3 du 3 janvier 1972, modifié par Loi n°93-22 du 8 janvier 1993.

² - Alfred NIZARD, op. cit., p. 116.

³ -Article 318-1 du code civil Français: « Elle doit etre introduite par la mère et son nouveau conjoint dans les six mois de leur mariage et avant que l'enfant n'ait atteint l'age de sept ans ». Créé par Loi n°72-3 du 3 janvier 1972, modifié par Ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005.

الجديد مباشرة هذه الدّعى خلال سنة واحدة. هذا الإجراء من شأنه تسوية وضعيّة الأطفال أبناء الزّنا من ناحية الأمّ غير المقرّ بهم من طرف الزّوج الأوّل.

ج - الشّرعية عن طريق السّلطة القضائيّة: إلى جانب الشّرعية عن طريق الزّواج، فإنّ القانون المؤرّخ في 03 جانفي 1972 كرّس إجراء آخر للشّرعية عن طريق القضاء إذا كان زواج الأبوين مستحيلاً، وتقدّم عريضة من طرف أحد الزّوجين.¹ هذا الإجراء يخصّ شرعيّة كلّ طفل معترف به من طرف أحد الأبوين.

إنّ الشّرعية ظهرت منذ زمن بعيد كعملية تساعد المعنّيين بالطفّل على المطالبة بشرعيّة نسبه بعد الزّواج، وفي هذه الحالة فإنّ الزّواج هو الذي يضمن شرعيّة الطّفّل. أمّا إذا سبق الزّواج ميلاد الطّفّل يتمّ طلب الشّرعية مسبقاً، وعندما يكون الزّواج بعد ميلاد الطّفّل يتمّ الطلب لاحقاً. هذه العملية عرفت استثناءً وحيداً في القانون المدني السّابق وهو إنكار الأبوة، وقد تباينت خلال القرن 20 عندما عجز الزّواج عن تأمين احتكار النّسب الأبوي للأطفال الشّرعيين؛ وهي شرعيّة الأطفال أبناء الزّنا من جهة الأب عن طريق زواج ثانٍ للأب. وعندما تكون الشّرعية المتعلّقة بالأطفال عن طريق زواج الأم مؤقتة أي الشّرعية للأطفال أبناء الزّنا غير المعترف بهم من طرف الزّوج السّابق، بعد زواج ثانٍ للأم.² إنّ قانون 03 جانفي 1972 مسّ آثار الزّواج، فالطفّل من امرأة متزوجة ليس بالضرورة شرعياً ما عدا في حالة الإنكار، وأبوة الطّفّل غير المعترف بها للزّوج إلّا بشرط مزدوج وهو سند مطابق ووضع اليد على الطّفّل. الزّواج لا يمثّل شرطاً كافياً لضمان شرعيّة الطّفّل مسبقاً. حيث قرّر المشرّع زيادة على ذلك أنّ الزّواج ليس شرطاً أساسياً لضمان النّسب الشّرعى للطفّل لاحقاً.

يبدو أنّ الشّرعية التي تسمح للطفّل بحقوق وواجبات تماثل تلك التي يملكها الطّفّل الشّرعى³ لا تغيّر سوى قليل من وضعيته، لأنّ للطفّل الطّبيعي نفس الحقوق والواجبات التي هي للطفّل الشّرعى قبل كلّ عملية شرعيّة.⁴ إنّ فائدة الشّرعية هي أساس نفسية حتّى ولو لم تفتح حقوق وواجبات جديدة بين الوالد والابن. هذه العملية تقدّم ضماناً كنوع من التّوازن والكرامة للنّسب الذي يصبح شرعياً.

¹ - Article 333 du code civil Français: « S'il apparaît que le mariage est impossible entre les deux parents, le bénéfice de la légitimation pourra encore être conféré à l'enfant par autorité de justice pourvu qu'il ait, à l'endroit du parent qui la requiert, la possession d'état d'enfant naturel ». Créé par Loi n°72-3 du 3 janvier 1972, modifié par Loi n°2009-61 du 16 janvier 2009.

² - Alfred NIZARD, op. cit., p. 118.

³ - Article 332-1 du code civil Français: « La légitimation confère à l'enfant légitimé les droits et les devoirs de l'enfant légitime ». Créé par Loi n°72-3 du 3 janvier 1972, modifié par Loi n° 2003-516 du 18 juin 2003 - art. 5, journal officiel de la république française, n°140 du 19 juin 2003 en vigueur le 1er janvier 2005, p.10240, abrogé par Ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005.

⁴ - Article 334 du code civil Français: « l'enfant naturel a en général les mêmes droits et les mêmes devoirs que l'enfant légitime dans ses rapports avec ses père et mère ». Créé par Loi n°72-3 du 3 janvier 1972, modifié par Loi n°2001-1135 du 3 décembre 2001, abrogé par Loi n° 2002 - 305, du 4 mars 2002 relative à

ألغى المشرع الفرنسي التمييز بين النسب الطبيعي والنسب الشرعي بموجب المرسوم رقم 2005-759 المؤرخ في 04 جويلية 2005¹ الذي دخل حيز التنفيذ في 01 جويلية 2006، والمصادق عليه بالقانون رقم 2009-61 المؤرخ في 16 جانفي 2009.² حيث ينص على مبدأ المساواة بين الأطفال والقضاء على أي تمييز بين الأطفال الطبيعيين والأطفال الشرعيين. فأصبح بذلك للطفل الطبيعي الحق في النسب وباقي الحقوق على قدم المساواة مع الابن الشرعي بعد أن كان محروماً منها لأمد طويل.³

كان السبب الرئيسي لإقرار المشرع الفرنسي المساواة بين الابن الطبيعي والابن الشرعي هو المحاكمة التي تعرضت لها الدولة الفرنسية أمام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بمقتضى القرار الشهير (MAZUREK)⁴ الذي جاء فيه أنه: " ليس هناك أي رابط ومبرر منطقي يحرمان الطفل الطبيعي من حقوقه بدعوى حماية الأسرة التقليدية خاصة أنه يتعارض مع الفصل الثامن من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان،⁵ وكذا المادة الثانية⁶ من اتفاقية حقوق الطفل.⁷

أصدرت فرنسا مرسوماً ألغت به التعبيرات القانونية (شرعي) و (غير شرعي) في وصف الأطفال قائلة أن هذا التمييز الذي يرجع إلى القوانين النابوليونية لعام 1804 لم يعد له معنى الآن. قال بيان رسمي صادر عن وزارة العدل الفرنسية إن إلغاء المصطلحين يجعل من القانون المدني

l'autorité parentale, journal officiel de la république française du 4 mars 2002, p. 4161, créé par Ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005.

¹ - Ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation.

² - Loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation et modifiant ou abrogeant diverses dispositions relatives à la filiation.

³ - Marie- Pierre BAUDIN-MAURIN, « l'établissement de la filiation naturelle », notaire d'un enfant à l'égard d'une personne hors de reconnaître, revue de la recherche juridique, n° 04, 2001, p. 1313.

⁴ - Conseil de l'europe, cour européenne des droits de l'homme. Affaire MAZUREK c. FRANCE. Requete n° 34406/97. Arrêt STRASBOURG, 01 fevrier 2000.

انظر الملحق رقم: 02

⁵ - Article 8 du Convention européenne des droits de l'homme

« Droit au respect de la vie privée et familiale

- Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

- Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ». Conseil de l'europe, cour européenne des droits de l'homme, Strasbourg: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_FRA.pdf.

⁶ - المادة 2 من اتفاقية حقوق الطفل تنص على أنه: "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 لونه 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.

⁷ - Marjorie BOUVIER, « l'égalité des filiations », Gazette du palais, recueil bimestrielle, septembre, octobre 2002, n° 05, p.1390.

الفرنسي متوافقاً مع القوانين التي أقرت في الأعوام الأخيرة والتي تحظر التمييز خاصة في الميراث بين الأطفال الذين يولدون داخل إطار الزواج أو خارجه. يولد الآن نحو 46 % من أطفال فرنسا خارج نطاق عقدة النكاح مقارنة بنحو 10 في المائتين في السبعينيات، ويحظى نحو 90 % منهم باعتراف الأبوين بصحة نسبهم. قال البيان الرسمي يتخلى المرسوم عن فكرة الولد الشرعي والطبيعي التي فقدت كل مغزاها القانوني والعملية لأن التشريع أقر المساواة التامة بين الأبناء بصرف النظر عن أصلهم، وأضاف أنه سيبدأ العمل بالمرسوم في جويلية 2006.¹ ستظل بقية قواعد الأبوة بلا تغيير. فالرجل المتزوج يفترض أنه والد الطفل الذي تلده زوجته أما غير المتزوج فيتعين عليه أن يعترف بنسب الطفل إليه.²

الفصل الثاني: إلحاق نسب الطفل الطبيعي لوالديه في قضاء الأحوال الشخصية المقارن

تتمثل مهمة القضاء الأساسية في حسم النزاعات التي تنشأ بين الأطراف في إطار ما يقتضيه النص التشريعي. وقد تعترض القاضي في مهمته تلك صعوبات مبعثها ما يشوب نصوص القانون من سكوت حيئاً وغموض حيئاً آخر. إذا كان وضع النصوص القانونية خارجاً عن ولاية المحاكم، فإن تأويل تلك النصوص بضبط مفهومها وبيان مجال انسحابها وتأمين تطبيقها وصحة ذلك بتفصيل ما كان فيها مجملًا وتوضيح ما بدا فيها مبهمًا وتدارك ما جاء فيها مهملاً، أنما مرجع ذلك إلى القضاء فهو الذي يفعل النصوص وهو الذي يضع بذلك الأساس المادي للتشريع المستقبلي عند الاقتضاء.

يعظم هذا الدور للقضاء إزاء ما يكون من مستحدثات تقنية أو علمية يتوجب مواكبتها والظفر منها بما يتماشى ومقاصد التشريع، ويزيد ذلك الدور خطورة عندما تتصل بعض المستجدات بما له مساس بعناصر هوية المجتمع. حيث ظهرت تقنية البصمة الوراثية وتعددت تطبيقاتها لتطال ميدان إثبات البينة البيولوجية.

واكبت التشريعات المقارنة ذلك التقدم العلمي، فالمنتج للتشريع الفرنسي يرى أنه أجاز إثبات البينة الطبيعية غير الشرعية والاعتراف بها حيث أجاز إثبات الأبوة الطبيعية خارج نطاق الزواج

¹ - Article 19 du Décret n° 2006-640 du 1er juin 2006 pris pour l'application de l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation et relatif au livret de famille et à la procédure en matière de filiation. journal officiel de la république française, n°127 du 2 juin 2006 p. 8332. « VI. - A l'article 1157-1, les mots : « légitime ou d'enfant naturel » sont supprimés.

² - « فرنسا تلغي مصطلح الأبناء غير الشرعيين من القانون »: بتاريخ 28 جوان 2016 على الساعة 20:

قضائياً بكافة وسائل الإثبات، اعتماداً على تحليل البصمة الوراثية شريطة أن يتم ذلك بعد موافقة الأطراف وأمر القاضي ومن خلال دعوى مرفوعة أمام القضاء. بعد أن أقرّ القضاء الفرنسي استخدام البصمة الوراثية في نطاق دعوى النسب بموجب القانون الصادر في 29 جويلية 1994، تضاعفت دعوى البحث عن الأبوة الطبيعية خلال هذه الفترة.

أما فيما يتعلق بالتشريعات العربية وأخص بالذكر التشريعات المعنية بالدراسة، فإن غالبية هذه التشريعات تستمد أحكام الأحوال الشخصية ومنها أحكام النسب من الشريعة الإسلامية، وأخذت هذه التشريعات وتبنّت موقف مذهب جمهور الفقهاء القائل بعدم إثبات ولد الزنا من أبيه الزاني، ولم يخالف في ذلك إلا المشرع التونسي بسنّه لقانون 28 أكتوبر 1998 المتعلق بإسناد اللقب العائلي للطفل المهمل ومجهول النسب، وذلك باستخدام التحليل الجيني وجعله في مرتبة موازية للإقرار والشهادة، واعتمده القضاء التونسي كوسيلة للإثبات في المنازعات القضائية الخاصة بتنزع النسب وإثبات البنوة، حيث أصبح بمقتضى هذا النص إلحاق نسب الطفل غير الشرعي بأبيه صريحاً. الأمر الذي سمح لقضاء الدول المتبقية كالجزائر والمغرب إبداء مرونة إزاء الطفل غير الشرعي خصوصاً بعد التعديلات التي طالت قوانينها للأحوال الشخصية بإدراجها لتقنية البصمة الوراثية، وتمكين الطفل من الظهور بمظهر الطفل الشرعي. اعتمدت محاكم الموضوع لهذه البلدان في العديد من الأحكام التحليل الجيني كوسيلة لإثبات النسب.

هذا ما سوف نبينه من خلال موقف القضاء العربي من انتساب الطفل الطبيعي لوالديه في المبحث الأول وفي المبحث الثاني مدى اعتراف القضاء العربي للطفل الطبيعي في معرفة والديه.

المبحث الأول: انتساب الطفل الطبيعي لوالديه في قضاء الأسرة العربي

المقارن

الملاحظ على القضاء العربي خصوصاً القضاء المغربي، ومن خلال الأحكام والقرارات القضائية الصادرة عن المحاكم بدا واضحاً رفضه لإثبات النسب للأب متى ولد الطفل خارج إطار الزواج. وطالما كان التسبب مستنداً لأحكام الشريعة الإسلامية التي تحظر نسبة المولود من سفاح لأبيه عملاً بقاعدة "الولد للفراش"، وتطبيقاً لأحكام قوانين الأسرة أو الأحوال الشخصية قبل تعديلها الزامية إلى عدم الاعتراف بنسب الطفل الطبيعي للأب. غير أن وجهة النظر تغيرت على ضوء تحولات العصر الحالي مسايرة للتطورات العلمية، أين أبدت بعض التشريعات تكريسها لما يسمّى بالتحليل الجيني كوسيلة لإثبات النسب، الأمر الذي جعل القضاء يوافق القانون ويأمر بإجراء تحاليل البصمة الوراثية جراء دعاوى إثبات النسب، أين يحصل نزاع حول إثبات نسب الطفل الطبيعي من أبيه.

هذا ما سوف نوضحه في المطلب الأول نظرة فقه القضاء التونسي إلى الطفل الطبيعي من الانتساب إلى والديه ثم الحماية المخولة للطفل الطبيعي من طرف القضاء المغربي في الانتساب إلى والديه في المطلب الثاني، وأخيراً موقف القضاء الجزائري من نسب الطفل الطبيعي لوالديه ضمن المطلب الثالث.

المطلب الأول: نظرة فقه القضاء التونسي إلى الطفل الطبيعي من الانتساب إلى والديه

بعد أن استعرضنا موقف المشرع التونسي من إثبات نسب الطفل الطبيعي لوالديه حيث اعتبرناه أول المشرعين العرب الذي أجاز صراحة إثبات نسب الطفل غير الشرعي في إرساء نظام قانوني خاص بوضعية الأطفال المولودين خارج إطار الزواج بسنة لقانون 28 أكتوبر 1998 المتعلق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين ومجهولي النسب، والمقصود هنا هو الطفل الطبيعي أو الطفل المولود خارج الزواج. حيث ضمنه إمكانية اللجوء إلى التحليل الجيني لإسناد لقب الأب المزعوم وتحمله مسؤولية الرعاية والتفقة.

الأمر الذي سمح للقضاء التونسي إبداء مرونة إزاء الطفل الطبيعي خصوصاً بعد التعديلات التي طالت قوانين الأحوال الشخصية، وتمكين هذا الطفل من الظهور بمظهر الطفل الشرعي. مما دفع القضاء التونسي إلى إصدار أحكام وقرارات تثبت بمقتضاها اللقب العائلي للطفل غير الشرعي اعتماداً على تحاليل البصمة الوراثية بعدما استقرّ زمناً على رفض إثبات النسب خارج إطار الزواج الصحيح. لكن بإضافة وسيلة جديدة ألا وهي التحليل الجيني أعطى المشرع صلاحية واسعة للمحاكم في استنتاج ما تراه صائباً. وكانت اجتهادات استهدفت تحديد مجال اعتماد التحليل سوف نوضحها في الفرع الأول ثم نبين أوجه اعتمادها في الفرع الثاني.

الفرع الأول: حماية الطفل مجهول النسب باعتماد التحليل الجيني

تجسدت حماية المشرع التونسي للطفل مجهول النسب بإسناد لقب إليه ذلك من خلال جملة من الإجراءات:

أ - خضوع الأم إلى التحليل الجيني في صورة وجود نزاع يهدف إلى إثبات الأمومة بنفس الكيفية التي يجري بها التحليل الجيني على الأب المحتمل وذلك بطلب يقدم إلى رئيس المحكمة الابتدائية من الأب أو من النيابة العمومية قصد عرض الأم على التحليل الجيني لإثبات أنها أم المعني بالأمر مجهول

النسب.¹ واعتماد وسيلة التحليل الجيني لإثبات الأمومة يعدّ من الإضافات التي أتى بها القانون عدد 51 لسنة 2003، بعد أن أقرّ القانون عدد 75 لسنة 1998 وسيلة التحليل الجيني لإقرار الأبوة عمّ القانون الصّادر في 2003 هذه الوسيلة لإثبات الأمومة.

ب - رفض الأب المحتمل أو الأم المحتملة الخضوع إلى التحليل الجيني يعتبر قرينة مع بقيّة القرائن المتوفّرة بالملف لإثبات الأبوة أو الأمومة على حدّ السّواء. إذ نصّ الفصل 3 مكرّر على أنّه: "...ويخوّل للطفل الذي ثبتت بنوّته الحقّ في النّفقة والرّعاية من ولاية وحضانة إلى أن يبلغ سن الرّشد أو بعده في الحالات المنصوص عليها بالقانون. وتبقى مسؤوليّة الأب والأم قائمة نحو الطفل والغير طيلة المدّة القانونيّة في كلّ ما يتعلّق بأحكام المسؤوليّة وفق ما يقتضيه القانون".

ج - ضبط الآجال للأطراف المعنيّة لاستكمال عناصر هويّة كاملة للأطفال مجهولي النسب والمقدّرة على النّحو التّالي:

- بالنسبة للأم: ألاّ تتجاوز ستّة أشهر من تاريخ الوضع كما هو مبين في الفصل الأوّل من القانون عدد 51 لسنة 2003.²

- بالنسبة لوكيل الجمهوريّة: بعد انقضاء ستّة أشهر من تاريخ الولادة وإعلامه بخلو ولادة الطّفل من جميع مكوّنات الهوية.³

- بالنسبة للوليّ العمومي¹: إذا لم يطلب أحد من أهل الأطفال المهمّلين أو مجهولي النسب إسناد عناصر الهوية إليهم في ظرف ستّة أشهر بعد قبولهم من السّلطة المختصّة. يجب على الوليّ

¹ - ينصّ الفصل 3 مكرّر فقرة 2 من القانون عدد 51 لسنة 2003 على أنّه: " كما يمكن للمعني بالأمر أو للأب أو للأم أو للنيابة العمومية رفع الأمر إلى المحكمة الابتدائيّة المختصة لطلب عرض الم على التحليل الجيني لإثبات أنها أم المعني بالأمر مجهول النسب ". القانون عدد 51 لسنة 2003، يتعلّق بتتقيح بعض أحكام القانون عدد 75 لسنة 1998 المؤرخ في 28 أكتوبر 1998، المتعلّق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهمّلين أو مجهولي النسب. الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 54، بتاريخ 8 جويلية 2003، ص 2258.

² - ينصّ الفصل الأوّل من قانون 2003 على أنّه: " على الأم الحاضنة لابنها القاصر ومجهول النسب أن تسند إليه اسمًا ولقبها العائلي أو أن تطلب الإذن بذلك طبق أحكام القانون المتعلّق بتنظيم الحالة المدنيّة. كما عليها في أجل لا يتجاوز ستّة أشهر من تاريخ الوضع أن تطلب من رئيس المحكمة الابتدائيّة المختصة أو نائبه أن يسند إليه اسم أب واسم جدّ ولقبًا عائليًا...".

³ - ينصّ الفصل الأوّل من القانون عدد 51 لسنة 2003 على أنّه: " وعلى وكيل الجمهورية بعد انقضاء أجل المشار إليه بالفقرة الأولى من هذا الفصل أن يطلب من رئيس المحكمة الابتدائيّة الإذن بإتمام الرسم بأن يسند إلى الطفل مجهول النسب اسم أب واسم جدّ ولقبًا عائليًا...".

العمومي أن يسند اسماً إلى مجهولي النسب وفق أحكام القانون المنظم للحالة المدنية. كما عليه أن يطلب من رئيس المحكمة الابتدائية المختصة أن يسند إلى كل طفل مهمّل أو مجهول النسب اسماً واسماً أم ولقباً عائلياً. ويكون اللقب العائلي للطفل وجوباً للقب المسند إلى الأب.²

- بالنسبة للمعني بالأمر: إذا تجاوز سنّه العشرين عاماً إذا كانت له هويّة ناقصة أن يطلب من رئيس المحكمة الابتدائية المختصة أن يسند إليه اسماً ولقباً عائلياً. ويكون اللقب العائلي للطلب وجوباً لقب الأب...".³

د - إقرار حقّ الاطلاع: طبقاً لنص الفصل الرابع الفقرة الثانية يمكن لصاحب رسم الولادة عند بلوغه سن الثالثة عشر أن يطلب من رئيس المحكمة الابتدائية المختصة وفق الصيغ القانونية الإذن له بالاطلاع على حقيقة هويته إذا وجدت أسباب وجيهة قانوناً.⁴

طبقاً لما جاء في الفصل الأول من قانون عدد 75 لسنة 1998 السالف الذكر والمعدل بالفصل الثالث مكرّر من قانون عدد 51 لسنة 2003 المؤرخ في 07 جويلية 2003 المتعلّق بإسناد اللقب العائلي للأطفال المهمّلين ومجهولي النسب الذي يثبت بواسطة التحليل الجيني، ومنه تحديد هويّة أب الطفل المجهول النسب.

التحليل الجيني يعدّ وسيلة مستقلة لإثبات البنوة غير الشرعية بالرغم من أنّ هذه القوانين عدّدت وسائل إثباتها إلا أنّها استعملت حرف " أو " حيث يكفي أن تثبت الرابطة البيولوجية بين الطفل والأب المطلوب بواسطة إجراء التحليل الجيني حتّى تصرّح المحكمة بثبوت البنوة وتقضي بإسناد اللقب العائلي للطفل المجهول النسب؛ إذ اعتبرت المحاكم نتيجة التحليل وسيلة كافية لوحدها لإثبات الأبوة كما في الحكم الصّادر عن المحكمة الابتدائية بتونس تحت رقم 32292 بتاريخ 21 فبراير 2000.⁵

¹ - حسب الفصل الأول والثاني من القانون عدد 27 لعام 1958: " يعتبر وليّاً عمومياً للأطفال اللقطاء والمهمّلين: 1 - متصرفو المستشفيات والمناوى ومعاهد الرضع ومديرو الإصلاحيات ومناوى الأطفال عندما يتعهدون بحفظهم. 2 - الولاة في جميع الصور الأخرى؛ للولي العمومي نفس الحقوق التي للولي الشرعي وعليه ما عليه من الواجبات ". القانون عدد 27 لعام 1958 المؤرخ في 04 مارس 1958 المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني . الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 19 بتاريخ 07 مارس 1958، ص 306.

² - الفصل الثاني من قانون 51 لسنة 2003، المرجع السابق.

³ - الفصل الثالث من قانون 51 لسنة 2003، نفس المرجع.

⁴ - الفصل الرابع من قانون 51 لسنة 2003، نفس المرجع.

⁵ - حكم ابتدائي مدني رقم 32292، بتاريخ 21 فبراير 2000 صادر عن المحكمة الابتدائية، تونس، 2000. أشار إليه عماد بن عبد الحميد الدرويش، موقف القضاء التونسي من التحليل الجيني وآثاره، بحث مقدم للملتقى المقام بالمعهد الأعلى للقضاء بتونس، حول إسناد اللقب العائلي لمجهولي النسب والمهمّلين، بتاريخ 16 أكتوبر 2003، ص 08.

هنا نستنتج أنّ البنوة عموماً تنقسم إلى بنوة شرعية وغير شرعية، حيث غلب في التطبيق القضائي التونسي الاتجاه الذي قصر مفهوم النسب على من ثبتت بنوته لأبيه في إطار علاقة زوجية شرعية، وهي تفرقة كرّسها ظاهرياً القانون عدد 75 لسنة 1998 المنقح بمقتضى القانون عدد 51 لسنة 2003. حيث جاء في جواب للسيد وزير العدل وحقوق الإنسان في ردّه على أسئلة مجلس النواب بمناسبة المداولات المتعلقة بمشروع هذا القانون: " إنّ موضوعي الإرث والنسب تنظّمهما مجلّة الأحوال الشخصية، ومبدئياً فإنّ الأمر على هذا الأساس بيّن. فالقانونان لا يتعلّقان إلاّ بمن كان مهماً أو مجهول النسب، ولا مجال لأنّ تعالج المحاكم مسائل تتعلّق بالنسب باعتماد التحليل الجيني".¹

اعتمدت محاكم الموضوع التونسية في العديد من الأحكام التحليل الجيني لإثبات البنوة غير الشرعية، من ذلك الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بالمنستير بتاريخ 25 ماي 2000 الذي جاء فيه ما يلي: " حيث اقتضت أحكام الفصل الأول من القانون عدد 75 لسنة 1998 المؤرخ في 28 أكتوبر 1998... وحيث يتّضح بالاطّلاع على النسخة طبق الأصل من الاختبار الجيني المجري على أطراف قضية الحال بمعهد باستور... أنّ أبوة المطلوب للبت... المقام في حقّها لا شكّ فيها بما تكون معه الدّعى والحالة تلك في طريقها واتّجه الحكم لذلك لصالحها".²

من جهة أخرى اعتمدت بعض المحاكم التونسية التحليل الجيني كوسيلة إثبات تكميلية لتعزيز قناعة المحكمة بثبوت بنوة الطّفل المقام في حقّه بدعى إسناد اللّقب العائلي بحيث يقع الالتجاء إلى الاختبار الجيني كلّما بقي بعض الشكّ حائماً حول بنوة الأب المزعوم رغم وجود إقرار أو شهادة شهود تثبت احتمال البنوة.

يتجلى هذا الاتجاه خاصّة في الحكم الابتدائي الصادر عن المحكمة الابتدائية بصفاقس بتاريخ 11 جوان 1999، تتمثّل وقائعه في أنّ والدة طفلة ولدت خارج إطار الزواج قامت بدعى إثبات النسب مؤسّسة دعواها على شهادة الشهود فنفى الأب ادّعاءاتها وأذنت المحكمة تحضيرياً بإجراء التحليل الجيني الذي أثبت أبوة الأب المطلوب للبت المقام في حقّها. فقضت المحكمة بإسنادها لقب الأب مؤسّسة حكمها على أنّ بنوة الطّفة ثابتة بموجب شهادة الشهود السّالمين من القدر والتحليل الجيني المأذون به من طرف المحكمة.³ واعتبرت المحاكم التحليل الجيني وسيلة إثبات تتضمّن للإقرار

¹ - حبيبة الشعبوني، المرجع السابق، ص 42.

² - حكم ابتدائي مدني عدد 12973، بتاريخ 25 ماي 2000، صادر عن المحكمة الابتدائية بالمنستير، تونس. أشار إليه الزياتي نور الدين، المرجع السابق، ص 31.

³ - حكم ابتدائي مدني عدد 41164، مؤرخ في 11 جوان 1999، صادر عن المحكمة الابتدائية بصفاقس، تونس، 1999. أشار إليه عماد بن عبد الحميد الدرويش، المرجع السابق، ص 11.

بالأبوة كما في القضية عدد 33960 الصادر فيها حكم ابتدائية تونس بتاريخ 12 جوان 2000.¹ كما أقر قانون 28 أكتوبر 1998 إمكانية إثبات الأبوة بمقتضى التحليل الجيني، فإنه بمقتضى تنقيح جويلية 2003 أقر المشرع إمكانية القيام بدعوى إثبات الأمومة بمقتضى تلك الوسيلة حتى يتسنى للطفل غير الشرعي المعني بالأمر من معرفة والديه عن طريق إجراء التحليل الجيني وحق الانتساب إليهما. إذ حوّل هذا القانون للمحكمة اللجوء إلى تحاليل البصمة الوراثية لإثبات الأمومة بنفس الكيفية التي تجرى بها تحاليل البصمة الوراثية على الأب المحتمل. وجاءت أولى تطبيقات هذا القانون في شكل إذن على عريضة أصدرها الوكيل الأول لرئيس المحكمة الابتدائية بتونس بتاريخ 03 سبتمبر 2003 تحت عدد 60487 بإجراء تحليل جيني على العارضين لتحقيق ما إذا كان الأبناء من العارضين أبناء لوالدهم وللرأة التي لم يرسموا بمضامين ولادتهم على أنهم أبناء لها.² لن جاء قانون 28 أكتوبر 1998 المنقح بقانون 07 جويلية 2003، وأقر إمكانية إثبات الأبوة والأمومة بمقتضى التحليل الجيني في حال وجدت علاقات جنسية غير شرعية ونتج عنها أطفالاً ولدوا خارج إطار الزواج، وهو أمر اتضحت فعاليته ونجاعته في إيجاد حلول عملية لهاته الشريحة من الأطفال حتى لا تضيع حقوقهم. لكن ما يدعوا إلى التساؤل في هذا المجال هو الإشكالية الإجرائية المتعلقة بالاختبار الجيني من حيث السلطة المختصة بهذا الإجراء وفي حالة تعذر إجرائه؟.

الفرع الثاني: أوجه اعتماد التحليل الجيني

أفضت عملية رصد موقف المحاكم من التحليل الجيني إلى الوقوف على أنّ التحليل يعتمد سواء أجري بإذن قضائي أو بغير إذن، وأنّ هذا التحليل يعتمد أساساً رضا المعني بالأمر مقوماً له. أ - السلطة المختصة بإصدار الإذن لإجراء التحليل الجيني: من خلال أحكام الفصل الأول من قانون 1998 السالف ذكره يمكن القول مبدئياً أنّ الإذن بإجراء التحليل الجيني من اختصاص المحكمة الابتدائية المتعده بدعوى إسناد اللقب العائلي،³ حيث ينطلق من رفع قضية في إثبات الأبوة يكون المدعى عليه فيها هو الوالد المزعوم للطفل المراد إسناد لقب عائلي له، ثم إنّ القائم بالدعوى يطلب من المحكمة الإذن.⁴

¹ - حكم ابتدائي مدني عدد 33960، مؤرخ في 12 جوان 2000، صادر عن المحكمة الابتدائية بتونس، 2000.

أشار إليه عماد بن عبد الحميد الدرويش، المرجع السابق، ص 08.

² - الطيب العبيدي وناجح بن عائشة، المرجع السابق، ص 29.

³ - نجود علي، إثبات البنوة الطبيعية عن طريق التحليل الجيني، محاضرة ختم التمرين، الهيئة الوطنية للمحامين

بتونس، الفرع الجهوي بنابل، 2013-2014، ص 15.

⁴ - نور الدين الزياتي، المرجع السابق، ص 40.

وبالتالي فإنّ هذه المحكمة لها أن تأذن بإجراء التّحليل الجيني بواسطة حكم تحضيرى قبل البتّ في الدّعى. يمكن أن يطلب إجراء التّحليل الجيني القائم بالدّعى ضمن عريضة دعواه على غرار ما يكون في جميع الدّعاوى المدنيّة التي يطلب فيها مبدئيّاً إجراء اختبار، وهو ما كان في قضية إسناد اللّقب عدد 9563 لدى محكمة عروس الابتدائيّة وقضية إسناد اللّقب عدد 42803 لدى محكمة صفاقس الابتدائيّة.¹ كما يمكن أن يتقدّم بالطلب أثناء نشر القضية. ففي القضية عدد 41164 الصّادر فيها حكم ابتدائيّة صفاقس في 11 جوان 1999 طلبت المدّعية الإذن بإجراء التّحليل الجيني لدى التّحرير المكتبي فأذن بذلك.

ولا مانع من أن يعتمد في قضية مدنيّة إسناد اللّقب نتيجة الاختبار المأذون به في إطار قضية جزائيّة في الواقعة كما في القضية التّحقيقيّة عدد 18231 التي كان تعهّد بها مكتب التّحقيق الرّابع بالمحكمة الابتدائيّة بقرمباليّة وأذن فيها قاضي التّحقيق بإجراء التّحليل الجيني لمعرفة إن كان المولود من صلب المتّهم. إن كان هذا من جانب المحاكم هل يمكن لغير المحكمة المتعهّدة بالدّعى أن تأذن بإجراء التّحليل الجيني وهل أنّ الاختبار الجيني المأذون به من سلطة غير قضائيّة يمكن الاحتجاج به في دعوى إسناد اللّقب العائليّ؟.

الأصل أنّ القانون لا يمنع، وأنّ المحاكم تعتمد التّحليل الجينيّ غير المأذون بها قضائيّاً. حيث أنّ إجراء التّحليل الجيني لا يتوقّف دوماً على إذن قضائي بل إنّه قد يكون سابقاً أو منفصلاً تماماً عن دعوى إثبات البنوة، وقد يصدر عن بعض الهيكل الأخرى أيضاً.² في دعوى إسناد اللّقب العائلي نظرت فيها المحكمة الابتدائيّة بالمنستير، على أنّ الأمّ المدّعية القائمة بحقّ ابنتها القاصر أقامت علاقة جنسيّة مع المدّعى عليه نتج عنها حملٌ ووضع مولودة. فأجري محضر بحث في الغرض تمّ خلاله عرض المطلوب على التّحليل الجيني الذي أثبت أبوتّه للبنات المقام في حقّها وتمّت إحالة الأمّ على المجلس الجنائي لمقاضاتها من أجل البغاء السّري. في الأثناء قامت الأمّ بدعوى إسناد اللّقب العائلي في حقّ ابنتها القاصر مؤسّسة دعواها على محضر البحث وعلى التّحليل الجيني الواقع إجراؤه في الغرض، فطعن نائب المطلوب في النّتيجة التي أذنت بها الشّرطة العدليّة التي توصّلت إليها على اعتبار أنّ المدّعية تتعاطى البغاء السّري ولها علاقات خنائيّة مشبوهة مع عدد غير محدود من الرّجال فقضت المحكمة لصالح الدّعى، وجاء في حيثيات الحكم ما يلي: "...وحيث يتّضح بالاطّلاع على النّتيجة طبق الأصل من الاختبار الجيني المجرى

¹ - عماد بن عبد الحميد الدرويش، المرجع السابق، ص 10.

² - زياد الدريدي، المرجع السابق، ص 41.

على أطراف قضية الحال بمعهد باستور بطلب من رئيس فرقة الشرطة العدلية بالمنستير والتي لا ترى المحكمة أيّ موجب لإعادته أنّ أبوة المطلوب للبتت...المقام في حقّها لا شكّ فيها".¹

في الحقيقة أنّ الإذن المجري في هذه القضية لا يخرج عن كونه تطبيقاً لمقتضيات المنشور الصّادر عن وزير الصّحة العموميّة تحت عدد 128 المؤرّخ في 27 نوفمبر 1999 المتعلّق بإحداث لجان خاصّة تتولّى العناية بالأطفال المولودين خارج إطار الزواج، وتمّ تكليف هذه اللّجان بإعداد ملف لكلّ امرأة تفد إلى الهياكل الصحيّة العموميّة لإجراء الفحوصات والرّقابة الأولىّة أو للولادة دون أن تدلي بما يفيد أنّها متزوّجة، وذلك قصد ضمان الإحاطة اللّازمة للطفّل ولوالدته وتسهيل إجراءات إثبات النّسب بالتّوسط لدى الأب للاعتراف بأبوّته، أو بعرضه عند الاقتضاء على التّحليل الجيني.² وأصبح يقدّم من بين أوراق ملف دعوى إسناد اللّقب تصريح على الشّرف ممضى من الأب في كونه يفوض الأمر لمن له النّظر لإتمام إجراءات التّرسيم وإسناد اللّقب العائلي.

سبق للمحكمة الابتدائيّة بتونس في القضية رقم 33680 الصّادر فيها حكمها بتاريخ 14 جوان 2000³ أن تبتّ في دفع بصور الإذن بالتّحليل عن غير السّلطة القضائيّة، فورد في إحدى حيثيّات هذا الحكم: "...كما أنّ منازعه في نتيجة الاختبار في غير طريقها باعتبار أنّ القانون عدد 75 لسنة 1998 لم يشترط أن يكون التّحليل الجيني بإذن قضائي وتري المحكمة اعتماده لانباء نتيجته على معطيات علميّة أجازها القانون سيّما وقد أبدى المدّعى عليه استعداده لإسناد لقبه العائلي للابن في صورته ثبوت أبوّته له بواسطة التّحليل الجيني".

عموماً ما جاء به المنشور من تخويل للشرطة العدلية بالإذن بإجراء التّحليل الجيني، ولئن كان يخدم مصلحة الطّفّل ويوفّر له أكثر الحظوظ لإثبات بنوّته، إلّا أنّه في رأي بعض الفقهاء⁴ يعدّ تعسّفاً في حقّ الأب المزعوم وتعدياً على حياته الخاصّة من طرف سلطة غير مؤهّلة قانوناً لذلك خاصّة أنّ هذه السّلطة قد تستغلّ ما لها من نفوذ لإخضاعه إلى التّحليل الجيني، وعليه مهما يكن من أمر فإنّ قبول التّحليل الجيني كوسيلة لإثبات البنوة في قانون 1998 يجب إحاطته بضوابط وضمانات حتّى لا تنتهك حقوق المتقاضين.

ب - الحقّ في السّلامة الجسديّة ورفض الخضوع للتّحليل الجيني: لا شكّ أنّ التّحليل الجيني فيه مسّ بحرمة الجسد، لذلك كان الرّضا في قبول إجرائه مقوّماً أساسيّاً من مقوّمات اعتماده. إنّ إجراء التّحليل الجيني في إطار دعوى إسناد اللّقب العائلي الهدف منه هو تحديد أب الطّفّل مجهول النّسب

¹ - حكم المحكمة الابتدائية بالمنستير، تونس، عدد 29302 بتاريخ 25 ماي 2000. أشار إليه أنيس سكمة، المرجع السابق، ص 27.

² - حبيبة الشعيوني، إثبات النّسب بالتّحليل الجيني، المرجع السابق، ص 37.

³ - عماد بن عبد الحميد الدرويش، المرجع السابق، ص 11.

⁴ - نعمة بولعراس، الأطفال المولودين خارج إطار الزواج-الواقع والتّحديات، المرجع السابق، ص 38.

حتّى تقضي المحكمة بإسناد اللقب العائلي إذا أثبتت علاقة البنوة، وهو ما يفترض بالضرورة إجراء مقارنة بين الخاصّيات الوراثيّة لذلك الطّفل والأب المزعوم بما يتعيّن معه إلزام أحد الطّرفين بتمكين الطّبيب من انتزاع العينات التي ستشكّل مادة الاختبار.¹ ولئن لم ينصّ المشرّع التونسي على الرضا شرطاً لإجراء التّحليل الجيني، فلقد ثبت من الاطّلاع على بعض الملفّات والأحكام التّحضيرية والمأموريات الصّادرة بإجراء التّحليل الجيني أنّ ذلك يتمّ برضا المعني بالأمر، بل إنّ القضاء حريص كلّ الحرص على ذلك.²

في القضية عدد 46183 التي أشير إلى كونها ما زالت على بساط النّشر بابتدائيّة تونس لم تأذن المحكمة بالتّحليل الجيني إلّا بعد التّحرير على جميع الأطراف وإبداء هؤلاء استعدادهم لذلك. لاشكّ أنّ غصب المدّعى عليه على تقديم خلية من خلاياه لإخضاعها للتّحليل الجيني أمرٌ غير ممكن ولا مقبول في القانون التونسي مع أنّه يتنافى مع حرمة الفرد التي أقرّها الفصل الثّالث والعشرين من الدّستور.³ كما أنّه يعدّ خرقاً للقانون عدد 22 لسنة 1991 المؤرّخ في 25 مارس 1991 المتعلّق بأخذ الأعضاء البشريّة وزرعها والذي أقرّ حقّ الشّخص في السّلامة الجسديّة.⁴

يبقى السّؤال مطروحاً في الدّعاوى التي يرفض فيها الأب المطلوب إسناد لقبه للطّفل والخضوع للتّحليل الجيني الذي تأذن به المحكمة. وهو ما كان منقوصاً في قانون 1998 من بيان وجه فصل القضايا التي يرفض فيها المعني بالأمر الخضوع للتّحليل الجيني. غير أنّ المشرّع التونسي تفتّن لهذا الأمر لما أصدر القانون عدد 51 لسنة 2003 المتعلّق بتتقيح بعض أحكام القانون عدد 75 لسنة 1998، إضافة الفصل 3 مكرّر الذي ينصّ على أنّ المحكمة تبتّ في الدّعى عند عدم الإذعان إلى الإذن الصّادر عنها بإجراء التّحليل الجيني يعتبر قرينة بالاعتماد على ما يتوفّر لديها من قرائن متعدّدة وقويّة.

ولمّا كان إكراه المدّعى عليه على إعطاء خلية من خلاياه أمراً غير مستساغ ولا مقبول قانوناً في التّشريع التونسي، فإنّ الحلّ الذي قد يبرّئ البعض لهذه المشكلة يتمثّل في اعتبار أنّ رفض الوالد

¹ - نجود علي، المرجع السابق، ص 16.

² - عماد بن عبد الحميد الدرويش، المرجع السابق، ص 12.

³ - نصّ الفصل 23 من الدّستور التونسي: " تحمي الدولة كرامة الذات البشريّة وحرمة الجسد، وتمنع التعذيب المعنوي والمادي...". الدّستور التونسي . الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 10 بتاريخ 4 فيفري 2014، ص 316.

⁴ - قانون عدد 22 لسنة 1991 مؤرّخ في 25 مارس 1991، يتعلّق بأخذ الأعضاء البشريّة وزرعها، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 22 بتاريخ 29 مارس 1991، ص 474.

المزعم يقوم مقام الإقرار الضمني منه بالأبوة، ومن ثم فإنّ في وسع المحكمة أن تقضي بإثبات الأبوة وإسناد لقب الشخص الرافض لإجراء التحليل الجيني للطفل.

هذا ما كرّسته بعض المحاكم التونسية فعلاً حيث اعتبرت المحكمة الابتدائية بصفافس ضمن حكمها عدد 42123 المؤرخ في 25 جوان 1999 أنّ امتناع المطلوب غير المبرر عن الاتصال بالحكيم المنتدب للخضوع للتحاليل اللازمة رغم علمه بذلك وتعهده بإجرائها يعدّ إقراراً منه بثبوت نسب الطفل بلال إليه تطبيقاً لأحكام الفصل 492 من مجلة الالتزامات والعقود.¹ وفي قرارها عدد 13936 بتاريخ 12 جويلية 2000، اعتبرت محكمة الاستئناف بالمنستير أنّ رفض الوالد المزعم إجراء التحليل الجيني لا يعدو كونه إقراراً حكماً بالأبوة عملاً بأحكام الفصل 492 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية.²

في هذا السياق أصدرت المحكمة الابتدائية بتونس حكمها عدد 25863 بتاريخ 19 نوفمبر 1999 الذي جاء فيه بالخصوص قول المحكمة: "...وحيث أنّه يتواجد المدعى عليه بالمستشفى زمن الولادة وتكفله بمصاريفها وزواجه فيما بعد بالمدعية تجتمع القرائن وتتوفر الأدلة على كونه الأب الحقيقي للبنات، ولو كان غير ذلك لعرض نفسه على التحاليل ولما تخلف عن الحضور...".³

وفي القرار عدد 10020 بتاريخ 12 أكتوبر 2001 اعتبرت محكمة التعقيب بتونس إن التحليل الجيني هو الوسيلة العلمية الوحيدة التي يمكن بمقتضاها نسبة طفل لوالده . ورأت أنّ اعتبار محكمة الموضوع عدم تقدّم المدعى عليه للتحليل الجيني بعد أن أعرب عن استعداده لذلك يعدّ اعترافاً ضمنياً

¹ - حكم ابتدائي مدني رقم 42123، بتاريخ 25 جوان 1999، صادر عن محكمة صفاقس الابتدائية، تونس، 1999. أشار إليه رضا الوسلاطي، الحماية القانونية لمجهول اللقب العائلي، بحث مقدم للملتقى المقام بالمعهد الأعلى للقضاء بتونس، حول إسناد اللقب العائلي لمجهولي النسب والمهملين، بتاريخ 16 أكتوبر 2003، ص 42.

² - قرار استئنافي مدني عدد 13936، بتاريخ 12 جويلية 2000، صادر عن محكمة الاستئناف بالمنستير، تونس. أشار إليه ساسي بن حليمة، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية، تونس: مركز النشر الجامعي، ب.ط، 2011، ص 174.

³ - حكم ابتدائي مدني عدد 25863، بتاريخ 09 نوفمبر 1999، المحكمة الابتدائية بتونس، 1999. أشار إليه نور الدين الزياتي، المرجع السابق، ص 43.

بالأبوة يدخل ضمن سلطتها التقديرية ومطلق اجتهادها وهو استنتاج منطقي ومعقول يتماشى وروح النشايح في هذا المجال.¹

صدر في هذا الشأن عدة قرارات عن محكمة التعقيب التونسية تعتبر أن امتناع المدعي عليه في حد ذاته قرينة على أبوته منها ما جاء في القرار التعقيبي عدد 27265 مؤرخ في 25 ديسمبر 2003، طالما رأت محكمة القرار المنتقد أن التحليل الجيني هو الطريقة الوحيدة لجواب المعقب على الدعوى الموجهة ضده ودعته بموجب الحكم التحضيري الصادر بإجراء التحليل الجيني لرد الدعوى إلا أنه لم يستجب ولم ينفذ الحكم التحضيري فإن ذلك يعد إقراراً منه بنسب المقام في حقه.²

وفي قرار آخر عدد 7799 مؤرخ في 02 مارس 2003 جاء فيه لا خلاف أن القانون عدد 75 لسنة 1998 المؤرخ في 28 أكتوبر 1998 المتعلق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب يهّم النظام العام لتعلقه بالأحوال الشخصية للإطراف من جهة، ولتعلقه بالقصر من جهة أخرى . بالرجوع إلى الفصل 3 مكرر من القانون المشار إليه يمكن للمعني بالأمر أو للأب أو للأم أو للنيابة العمومية رفع الأمر إلى المحكمة الابتدائية المختصة لطلب إسناد لقب الأب إلى مجهول النسب الذي يثبت بالإقرار أو بشهادة الشهود أو بواسطة التحليل الجيني أن هذا الشخص هو أب ذلك الطفل، وتبّت المحكمة في الدعوى عند عدم الإذعان إلى الإذن الصادر عنها بإجراء التحليل الجيني بالاعتماد على ما يتوقّر لديها من قرائن متعدّدة ومتظافرة وقويّة ومنضبطة . لا خلاف أن محكمة القرار المنتقد دعت المعقب إلى إجراء التحليل الجيني إلا أنه تقاعس عن ذلك ورفض الإذعان إلى التحليل ولم يقع بالتالي تنفيذ الحكم التحضيري الصادر بإجراء التحليل الجيني لردّ الدعوى ممّا يعدّ إقراراً منه بنسب المقام في حقه باعتباره ولده من صلبه . وأنّ القول أنّه لم يقع استدعاؤه لإجراء التحليل الجيني لا يمكن الأخذ به ضرورة لأنّه كان عليه هو السعي لردّ الدعوى عنه.³

في الأخير، إنّ إقرار المشرّع للتحليل الجيني كوسيلة لإثبات البنوة غير الشرعية أمر في صالح هذه الفئة المحرومة من أكبر الحقوق وهي الهوية الشخصية للطفل المولود خارج إطار الزواج، لكن يجب أن يقترن هذا ببيان النظام القانوني لهذا الإجراء حتّى يتسنى للقضاء إيجاد حلول

¹ - قرار تعقيبي مدني عدد 10020، بتاريخ 12 أكتوبر 2001، مجلة القضاء والتشريع، تونس، عدد 01، 2002، ص 197. أشارت إليه دولة بن محمود فاطمة الزهراء، التعليق على مجلة الأحوال الشخصية: قراءة في فقه القضاء ، تونس، دار المتوسطة، ب.ط، 2015، ص 327.

² - قرار تعقيبي مدني عدد 27265 مؤرخ في 25 ديسمبر 2003. أشار إليه طه العبيدي « محكمة الاستئناف بالمنستير تعتبر امتناع الأم عن إحضار ابنها لإجراء التحليل الجيني لطفلها هو إقرار منها بعدم أبوة المدعي له »:

<http://lejuriste.montadahlilal.com/t4997-topic> الثلاثاء في 05 جانفي 2016 على الساعة 14:09

³ - قرار تعقيبي مدني عدد 7799 مؤرخ في 02 مارس 2003. أشار إليه طه العبيدي، نفس المرجع.

للعديد من الإشكالات المطروحة وتغادياً للتناقض في المواقف باعتبار أنّ النصوص التشريعية تركت المجال مفتوحاً أمام القاضي والمتقاضي في نفس الوقت دون توضيح لكيفية الإجراءات المتبعة ودون إلزام للأب المطلوب لذلك.

المطلب الثاني: الحماية المكفولة للطفل الطبيعي من طرف القضاء المغربي في الانتساب إلى والديه

استقراءً للنصوص القانونية لمدونة الأسرة، يتّضح أنّ المشرع المغربي قيّد النسب على الأب فقط وحصره في البنية الشرعية، حتى تنتج الآثار المترتبة عنه شرعاً طبقاً لنص المادة 144 من مدونة الأسرة.¹ هذا على العكس من الأم حيث تستوي في الآثار التي تترتب عليها سواء كانت ناتجة عن علاقات شرعية أو غير شرعية طبقاً للمادة 146 من المدونة.²

إذا كان المشرع المغربي قد سنّ قوانين أقرّ فيها اعتماده على الخبرة الطبية في مجال إثبات النسب أو نفيه، إلّا أنّه لم يوضح صراحة النظام القانوني لإجراء هذه التحاليل مثله مثل المشرع التونسي، ولم يدعُ لإجبار أو إلزام الشخص المطلوب القيام بها. لهذا فالتصوص القانوني إذا لم تطبق فلا قيمة لها. هنا يبرز لنا دور القاضي في تفعيل النص القانوني وذلك بتطبيقه السليم لهذه النصوص. في هذا الإطار حاول القضاء المغربي إعطاء الحقوق لأصحابها في ميدان النسب علماً أنّ القضاء المغربي كان له موقفٌ سلبيّ قبل صدور مدونة الأسرة فيما يخص دور الخبرة الطبية في إثبات ونفي النسب. وعليه سوف نقوم بمعالجة هذا الموضوع وفق مرحلتين موقف القضاء المغربي من البنية غير الشرعية قبل مرحلة صدور مدونة الأسرة في الفرع الأول ثمّ موقفه منها في مرحلة صدور مدونة الأسرة في الفرع الثاني.

الفرع الأول: موقف القضاء المغربي من البنية غير الشرعية قبل مرحلة صدور مدونة الأسرة
جدير بالذكر استقرار القضاء المغربي على عدم الاعتراف بنسب الطفل المولود خارج إطار مؤسسة الزواج مؤيداً بذلك موقف المشرع المغربي سواء في ظلّ مدونة الأحوال الشخصية الصادرة ما بين سنتي 1957 و1958 أو في ظلّ مدونة الأسرة الصادرة سنة 2004.
استقرّ القضاء المغربي عند بته في النزاعات التي تثار أمامه بشأن النسب خلال هذه المرحلة على قاعدة " الولد للفراش "، حيث نفى المجلس الأعلى لحقوق نسب الطفل الناتج خارج الزواج الشرعي وإن تزوّج الزاني بالمزني بها.

¹ - تنص المادة 144 من مدونة الأسرة المغربية على أنه: " تكون البنية شرعية بالنسبة للأب في حالات قيام سبب من أسباب النسب وتنتج عنها جميع الآثار المترتبة على النسب شرعاً ".

² - تنص المادة 146 من مدونة الأسرة المغربية على أنه: " تستوي البنية للأم في الآثار التي تترتب عليها سواء كانت ناتجة عن علاقة شرعية أو غير شرعية ".

في هذا الصدد أكد المجلس الأعلى قاعدة عدم نسب الطفل الناشئ عن زنا ولو أقر الأبوان هذه البنوة حتى وإذا أراد الأب الاعتراف بابنه . هذا ما جاء في إحدى قراراته: " لا يلحق نسب البنات المولودة قبل عقد الزواج وإن أقر الزوج ببنوتها، لأنها بنت زنا وابن الزنا لا يصح الإقرار ببنوته ولا استلحاقه " ¹.

إذ عمل القضاء على عدم الأخذ بالخبرة الطبية في مجال إثبات النسب أو نفيه في ظل مدونة الأحوال الشخصية ورفضها عامة كوسيلة من وسائل الإثبات في هذا المجال رغم الاعتداد بها في ميادين أخرى عند بثه في منازعات تهم الأحوال الشخصية مبرراً موقفه هذا بعدم ورود في المدونة نصوص صريحة تشجع على اعتمادها. ² ثم إنه ليس في الفقه الإسلامي ما يثبت بوضوح اللجوء إليها في هذا المجال.

من أهم القضايا في الموضوع قضية عرضت على محكمة الاستئناف بأكادير، حيث يطلب فيها الأب بعدم إلحاق الولد بنسبه لأنه عقيم لا يلد مؤكداً ادعاءه بشهادة طبية، غير أن محكمة الموضوع رفضت الطلب بعلّة أن التحليلات الطبية لا تفيد وتثبت العقم، فلا يمكن الاعتماد عليها من الناحية الشرعية في إثبات النسب، وطعن المدعي بالنقض منتقداً القرار المطعون فيه لأنه لا يرتكز على أساس عدم التعليل. لكن المجلس الأعلى رفض الطعن بناءً على أن: "...ما قضى به الحكم المطعون فيه يجد أساسه في الفصل الواحد والتسعين من مدونة الأحوال الشخصية الذي ينص على أن القاضي يعتمد في حكمه على جميع الوسائل المقررة شرعاً في نفي النسب، وليس من بين هاته الوسائل وسيلة التحليل الطبي". ³ إنَّ المجلس الأعلى في هذا القرار يستبعد صراحة وسيلة التحليل الطبي عامة كوسيلة يمكن الاعتماد بها في إثبات أو نفي النسب باعتبارها صراحة أنها ليست من الوسائل المقررة شرعاً، والممكن اعتمادها من قبل القاضي.

إضافة إلى هذه المواقف القضائية التي لا تفعل الخبرة الطبية في مجال إثبات النسب. هناك قرار رقم 780 صادر بتاريخ 13 أكتوبر 2002 عن المجلس الأعلى الذي لم يعتبر الخبرة الطبية من الوسائل المقررة شرعاً لإثبات النسب. ⁴ وفي قرار آخر للمجلس الأعلى بتاريخ 08 سبتمبر 1992 جاء في إحدى حيثياته: "...لكن رداً على الأسباب أن محكمة الاستئناف لما علّلت قرارها بأن الولد للفراس

¹ - قرار المجلس الأعلى عدد 446 صادر بتاريخ 30 مارس 1983 في الملف الشرعي عدد 54758، المرجع السابق، ص 109.

² - برجاوي خالد، المرجع السابق، ص 659.

³ - قرار المجلس الأعلى عدد 527، بتاريخ 15 سبتمبر 1991، ملف اجتماعي رقم 91/217، مجلة قضاء المجلس الأعلى المغربية، العدد 30، 1991، ص 95. أشار إليه زريويل محمد، المرجع السابق.

⁴ - قرار المجلس الأعلى رقم 780، مؤرخ في 13 أكتوبر 2002، ملف شرعي عدد 2002/1/2/132، مجلة قضاء المجلس الأعلى، المغرب، عدد مزدوج 59-60، سنة 2002، ص 223.

وفسّرت مضمونه وردّت على الشّهادة الطّبيّة بأنّها غير كاملة وتبنّت كذلك تعليل الحكم الابتدائيّ الذي ردّ على الفحص الطّبيّ الذي أثبت أنّ قدرة الطّاعن على الإنجاب ضعيفة جدّاً ومنعدمة تقريباً لا يفيد له فوات أوانه ولمخالفته للقواعد الفقهيّة تكون طبّقت الفصل 89 تطبيقاً سليماً¹. يتبيّن من هذا القرار أنّ المجلس الأعلى أكّد في ظلّ المدوّنة القديمة مع المحاكم الدّنيا رفض الاعتماد على الخبرة الطّبيّة في مجال النّسب، لأنّ ذلك يخالف القواعد الفقهيّة، وهو ما جرى به العمل من مذهب الإمام مالك.

سبق للمجلس الأعلى أن أكّد موقفه هذا في قرار آخر صادر بتاريخ 09 فبراير 1982 ورد فيه: " حيث أنّ قاعدة الولد للفرّاش لا يجوز دحضها إلّا بالوسائل المقرّرة شرعاً لنفي النّسب، وأنّه إذا كان الشّرع والقانون يعتمدان برأي الخبير من الأطبّاء في عدّة مسائل فإنّهما لم يعتمدا برأيه فيما يرجع لنفي النّسب استناداً إلى عدم قابليّة الزّوج للإخصاب مادام في وسع ذلك الزّوج نفي النّسب عن طريق اللّعان..."².

في نفس التّوجّهات والبراهين التي اعتمدها المجلس الأعلى في قرار له سابق على هذه القرارات حيث أكّد في هذا القرار الصّادر بتاريخ 15 سبتمبر 1981 ما قرّره محكمة الاستئناف من كون التّحليلات الطّبيّة التي تثبت العقم لا يعتمد عليها في نظر الشّرع التي رفضت بذلك طلب الزّوج عدم إلحاق الولد به. في نفس الاتّجاه ذهبت إحدى محاكم المملكة المغربيّة إلى رفض العمل بالخبرة الطّبيّة وإثبات نسب الولد النّاتج عن عمليّة اغتصاب، حيث جاء في مقال بجريدة التّجديد المغربيّة اليوميّة بتاريخ 17 أفريل 2008 بعنوان حكم استئنافي يثبت نسب الطّفل للمغتصب ومحكمة الأسرة تقضي بخلافه.

رغم صدور الحكم الاستئنافي بثبوت نسب الطّفل لأبيه المغتصب ب وجدت المغتصبة نفسها أمام مشكلة أخرى تتمثّل في تسجيل الابن في الحالة المدنيّة، فرفعت قضيّة أخرى أمام محكمة الأسرة، لكن حسب مقتضيات المادّة 152 من مدوّنة الأسرة فثبوت النّسب يتمّ في حالتين لا ثالث لهما وهما الفرّاش والوطء للشّبهة مع وجوب فهم الإقرار على ضرورة أن يصدر في إطار الحالتين المذكورتين. وأنّ الخبرة التي أمرت بها المحكمة الجنائيّة كانت لإثبات واقعة الاغتصاب التي نفاها المدّعى عليه، وليس لإثبات نسب الولد المزداد نتيجة هذه الواقعة، وما دامت المحكمة قد أدانت المدّعى عليه من أجل اغتصابه للمدّعية فإنّ ذلك يؤكّد أنّ الوطء الذي تمّ بين المدّعى عليه كان زناً، فحكم القاضي بناءً على اجتهاد للشيخ خليل بالألّا يلحق نسب الولد النّاتج عن الوطء. بالتّالي

¹ - قرار المجلس الأعلى عدد 966، ملف الأحوال الشخصية والميراث 87/5457، المغرب، غير منشور. أشار إليه برجاوي خالد، المرجع السابق، ص 660.

² - زريويل محمد، المرجع السابق.

فالطفل إبراهيم هو ابن زنا مقطوع النسب، مما يكون معه طلب المدعية غير مرتكز على أساس قانوني سليم، فتعين التصريح برفضه.¹

هذا ما يؤكد كلامنا في مقدمة هذا المطلب على أن المشرع المغربي ما زال متأثرًا بالفقه الإسلامي حتى في ظل مدونة الأسرة المعدلة، وما يزيده تأكيدًا هو غموض النصوص القانونية التي أوردت العمل بالخبرة الطبية وتركت السلطة التقديرية للقاضي في الأخذ أو عدم الأخذ بهذه الخبرة مما أدى إلى الاختلاف في المواقف القضائية.

في نفس الاتجاه أيضًا ذهب المجلس الأعلى بغرفته الست مجتمعة إلى عدم الأخذ بالخبرة الطبية عن طريق تحاليل الدم في إثبات نسب البنت التي ولدت داخل أجل سنة من تاريخ طلاق الأم رغم إدلاء الطالب بحكم نهائي صادر عن محكمة المنازعات الكبرى بتولوز بفرنسا الذي أقر بأن البنت ليست من صلبه اعتمادًا على ما جاء في الخبرة الطبية وذلك اعتمادًا على ما جاء في الفصل السادس والسبعين من مدونة الأحوال الشخصية.² ذلك لكون أنه في وسع الزوج الطاعن نفي النسب عن طريق اللعان. واعتبر هذا القرار رغم وجود اتفاقية بشأن التعاون القضائي بين المملكة المغربية والجمهورية الفرنسية،³ فإن تطبيق هذه الاتفاقية رهين بعدم مخالفة قانون إحدى هذه الدول لقواعد النظام العام في الدول الأخرى. الفصل الرابع من هذه الاتفاقية ينص على أنه: "لا يمكن العدول عن تطبيق قانون إحدى الدولتين المحدد بمقتضى هذه الاتفاقية من طرف محاكم الدولة الأخرى إلا إذا كان منافيًا بصورة واضحة للنظام العام".⁴

هكذا يتضح أن القضاء المغربي لم يعترف للطفل الطبيعي المولود من علاقة غير شرعية بانتسابه إلى أبيه البيولوجي، وإنه لم يخرج عن قاعدة "الولد للفراش" الذي ظل حريصًا على وجوب توفر شروطها حتى يمكن له أن يقرر ثبوت النسب.

يظهر من التوجه القضائي المغربي قبل صدور مدونة الأسرة رفض الاستناد على الخبرة الطبية عامة في إثبات ونفي النسب، وبالأحرى الاعتماد على البصمات الوراثية. إلا أن المجلس الأعلى تدارك هذا الأمر وأصدر قرارًا بتاريخ 09 مارس 2005 صرح فيه أنه يتعين الأخذ بالخبرة

¹ - كريم سناء، «حكم استئنافي يثبت نسب الطفل المغتصب ومحكمة الأسرة تقضي بخلافه»، جريدة التجديد

المغربية، بتاريخ: 17 أبريل 2008: <http://www.maghress.com/attajdid/41020>

² - زريويل محمد، المرجع السابق.

³ - قرار المجلس الأعلى عدد 658، بتاريخ 30 ديسمبر 2004، ملف جنائي عدد 2003/1/2/556، مجلة الملف المغربية، العدد 07، أكتوبر 2005، ص 232.

⁴ - الفصل: 04 من الاتفاقية الدولية المتعلقة بحالة الأشخاص والأسرة وبالتعاون القضائي بين المملكة المغربية والجمهورية الفرنسية، الموقعة بالرباط في أوت 1981. الجريدة الرسمية للمملكة المغربية، العدد 3910 بتاريخ 04 أكتوبر 1987، ص 924.

الطبيّة فيما يخص إثبات ونفي النسب حيث جاء في هذا القرار: "...أنه وأمام اختلاف الزوجين بشأن تاريخ ازدياد الابن المذكور فإنه كان على المحكمة أن تبحث في وسائل الإثبات المعتمدة شرعاً ومن بينها الخبرة التي لا يوجد نص قانوني صريح يمنع المحكمة من الاستعانة بها، والمحكمة لما اكتفت بالقول ردّاً على ملتمس إجراء الخبرة بأنّ ما تمسكّ به الطالب يخالف الفقه والحديث الشريف دون اعتماد نص قاطع في الموضوع، فإنّها لم تضع لما قالت به أساساً وعرضت قرارها بذلك للنقض".¹

استثناءً للقرار الأخير فإنّ مجموع الأحكام والقرارات السابقة تستبعد العمل بالخبرة الطبيّة في مجال إثبات النسب ونفيه وبالتالي ما يمكن ملاحظته هو التناقض الواضح بين ما آلت إليه العلوم الحديثة من استحداث وسائل تمكّن القضاء من الوصول إلى الحقيقة في معرفة الأب البيولوجي، ومن ثمّ إنصاف وعدل الطّفل غير الشرعي، وبين ما ذهب إليه القضاء المغربي في استبعاده للخبرة الطبيّة في مجال إثبات النسب. غير أنّ القرار الأخير يعدّ تحوّلاً في مسار المجلس الأعلى وهو اتّجاه سليم. ولعلّ التعديلات التي عرفتها مدوّنة الأحوال الشخصيّة كان لها الأثر في هذا التّوجه الجديد.

الفرع الثّاني: موقف القضاء المغربي من الخبرة الطبيّة في إثبات النسب مرحلة صدور مدوّنة الأسرة

أنهت مدوّنة الأسرة الجدل الفقهي والقضائي وأزالت الغموض الذي كان يشوب موضوع اعتماد الخبرة الطبيّة والتّحليل الجينيّة في مجال إثبات ونفي النسب. حيث نصّ عليها المشرّع المغربي في مدوّنة الأسرة صراحة واعتمدها وسيلة من بين وسائل إثبات النسب ونفيه لا سيّما في المواد 153 و158.

كثيرة هي المنازعات الحاصلة بين الزوجين بخصوص نسب بعض الأبناء إليهم والمطروحة أمام القضاء بصدد إثبات ونفي النسب، ويشجّع ذلك كثرة عقود الزواج غير الموثّقة في المغرب لعدم احترام شكلية الإشهاد بالكتابة أمام العدلين. هذا الفراغ القانوني يشجّع الآباء ذوو النية السيئة على نفي نسب أولادهم في أحيان كثيرة، ناهيك عن العلاقات الجنسيّة غير الشرعيّة وحالات الاغتصاب التي يتولّد عنها أطفال غير شرعيين. وبناءً على هذه المعطيات فإنّ اللّجوء إلى البصمة الوراثيّة كوسيلة قطعيّة وحاسمة في إثبات النسب ستقلّل من مثل هذه القضايا وتساعد القضاء على تحقيق العدالة والإنصاف وإنقاذ الكثير من الأطفال والنساء من الضياع.

في سابقة تعدّ الأولى من نوعها في تاريخ القضاء المغربي، أصدرت المحكمة الابتدائية بطنجة أوّل حكم قضائي أقرّ مبدأ حقّ الطّفل المولود خارج إطار الزواج في انتسابه لأبيه البيولوجي

¹ - قرار المجلس الأعلى عدد 156، بتاريخ 09 مارس 2005، ملف شرعي عدد 2003/1/2/615، مجلة قضاء الأسرة العدد 01، جويلية 2005، ص 91. أشار إليه زريويل محمد، المرجع السابق.

وحقّ الأمّ في التعويض عن الضرر الذي لحقها من جرّاء إنجاب ناتج عن هذه العلاقة.¹ اعتمد الحكم المبدئي على عدد من الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الطفل التي صادق عليها المغرب مقرراً حقّ الطفل الطبيعي في معرفة والديه البيولوجيين واضعاً بذلك حدّاً لاجتهاد قضائي ترسّخ على مدى أزيد من 60 سنة منذ صدور مدوّنة الأحوال الشخصية بالمغرب، كان يقضي بعدم قبول الاعتراف بنسب الأطفال المولودين خارج إطار مؤسسة الزّواج، وإعفاء آبائهم من أيّ التزامات تجاههم لكونهم أبناء غير شرعيين يلحقون بنسب أمهاتهم.

في أواخر سنة 2016 تقدّمت امرأة بدعوى أمام قسم قضاء الأسرة بطنجة، تعرض فيها بأنّها أنجبت بنتاً من المدّعى عليه، خارج إطار الزّواج، ورفض الاعتراف بها، رغم أنّ الخبرة الطّبية أثبتت نسبها إليه، ملتزمة من المحكمة الحكم ببنوة البنت لأبيها، وأدائه لنفقتها منذ تاريخ ولادتها. أجاب المدّعى عليه كون طلب المدّعية غير مؤسّس قانوناً، على اعتبار الخبرة الطّبية المدلى بها في الملف، وإن أثبتت العلاقة البيولوجيّة بينه وبين البنت فإنّها لا تثبت العلاقة الشرعية، وأنّ النسب في مدوّنة الأسرة يثبت بالزّواج الشرعي، وأنّ البنوة غير الشرعية ملغاة للأب لا يترتّب عنها أيّ أثر. وأدلي بحكم محكمة قضى بإدانته من أجل جنحة الفساد - علاقة جنسيّة خارج الزّواج - طبقاً للفصل 490 من القانون الجنائي² ملتصاً برفض الطلب. اعتمدت المحكمة الابتدائية بطنجة على حيثيات غير مسبقة معلّلة قرارها بنصوص من اتفاقيات دولية، ومن الدّستور الجديد حيث جاء في حكمها:

- بالنسبة للاتفاقيات الدولية: حيث يؤخذ من الفقرة الأولى من المادّة الثّانية من اتفاقية حقوق الطفل التي صادق عليها المغرب بتاريخ 21 جويلية 1993³ أنّ القضاء يتوجّب عليه إيلاء الاعتبار الأوّل

¹ - حكم المحكمة الابتدائية بطنجة، قسم قضاء الأسرة، عدد 320، في الملف عدد 2016/1620/1391، صادر بتاريخ 2017/01/30. أشار إليه: أنس سعدون، «سابقة قضائية في المغرب: الاعتراف ببنوة الطفل الطبيعي من أبيه والتعويض لأمه»، المفكرة القانونية: <http://www.legal-agenda.com/article.php?id=3489>، 21 فبراير 2017.

² - ينص الفصل 490 من القانون الجنائي على ما يلي: "كل علاقة جنسية بين رجل وامرأة لا تربط بينهما علاقة الزوجية تكون جريمة الفساد ويعاقب عليها بالحبس من شهر واحد إلى سنة". ظهير شريف رقم 1.59.413 صادر في 26 نوفمبر 1962، بالمصادقة على مجموعة القانون الجنائي. المعدل والمتمم بالقانون رقم 10.11 الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.11.152 بتاريخ 17 أوت 2011. الجريدة الرسمية عدد 5975 بتاريخ 5 سبتمبر 2011، ص 4396.

³ - قام المغرب بإيداع أدوات التصديق في 21 جوان 1993، وصادق عليها بظهير شريف رقم 4.93.4 الصادر في 14 جوان 1993، ودخلت حيز التنفيذ في المغرب بتاريخ 21 جويلية 1993، وصدرت في الجريدة الرسمية بظهير شريف رقم 1.93.363 صادر في 21 نوفمبر 1996 بنشر الاتفاقية المتعلقة بحقوق الطفل المعتمدة من طرف

لمصالح الأطفال الفضلى عند النظر في النزاعات المتعلقة بهم. كما تنص المادة 7 من نفس الاتفاقية على أن الطفل يسجل بعد ولادته فوراً ويكون له قدر الإمكان الحق في معرفة والديه وتلقّي رعايتهما. وتنص الاتفاقية الأوروبية بشأن ممارسة حقوق الطفل الموقعة بستراسبورغ بتاريخ 25 جانفي 1996 التي صادق عليها المغرب بتاريخ 27 مارس 2014،¹ في الفقرة الأولى من المادة السادسة على ما يلي: " في الإجراءات التي تشمل الطفل - تقوم السلطة القضائية - قبل اتخاذ القرار:

1. بدراسة هل لديها معلومات كافية تحت يدها من أجل اتخاذ قرار في صالح الطفل، وعند الضرورة - الحصول على معلومات إضافية.

وتنص المادة السابعة من نفس الاتفاقية والمتعلقة بواجب العمل بسرعة على أن: "...في الإجراءات التي تشمل الطفل، تعمل السلطة القضائية بسرعة لتجنب أي تأخير غير لازم، وتكون الإجراءات مناسبة لضمان تنفيذها على وجه السرعة. وفي الحالات العاجلة تكون للسلطة القضائية الصلاحية متى كان ذلك مناسباً لاتخاذ القرارات التي تتخذ على الفور".

- بالنسبة للدستور: تنص الفقرة الثالثة من المادة 32 من دستور 2011 على أن: "الدولة تسعى لتوفير الحماية القانونية والاعتبار الاجتماعي والمعنوي لجميع الأطفال بكيفية متساوية بصرف النظر عن وضعهم العائلي.² وانطلاقاً من هذه النصوص قضت المحكمة:

1- الاعتراف بالبنوة من دون النسب. قضت المحكمة بثبوت البنوة بين الطفلة وبين المدعى عليه اعتماداً على نتائج الخبرة الطبية التي أثبتت العلاقة البيولوجية بينهما، مميزة في هذا الصدد بين البنوة والنسب الذي لا يؤخذ به وبمفاعيله إلا في حال البنوة الشرعي.³

الجمعية العامة للأمم المتحدة في 20 نوفمبر 1989. الجريدة الرسمية رقم 4440 الصادرة في 19 ديسمبر 1996، ص 2847.

¹ - ظهير شريف 1.14.25 صادر في 6 مارس 2014 بتنفيذ القانون رقم 146.12 الموافق بموجبه الاتفاقية الأوروبية بشأن ممارسة حقوق الطفل، الموقعة بستراسبورغ في 25 جانفي 1996. الجريدة الرسمية عدد 6242، الصادرة بتاريخ 27 مارس 2014، ص 3561.

² - ظهير شريف رقم 1.11.91 صادر في 29 جويلية 2011، بتنفيذ نص الدستور، الجريدة الرسمية عدد 5964 مكرر بتاريخ 30 جويلية 2011، ص 3600.

³ - تنص المادة 144 من مدونة الأسرة على ما يلي: " تكون البنوة شرعية بالنسبة للأب في حالات قيام سبب من أسباب النسب، وتنتج عنها جميع الآثار المترتبة على النسب شرعاً ". وتنص المادة 146 على أنه: " تستوي البنوة

2- التعويض للألم بدلاً عن الثقة للابنة. رفضت المحكمة طلب المدعية بإلزام المدعى عليه بتحمل نفقة البنت، وعملت المحكمة قرارها بكون الثقة من آثار النسب الشرعي. لكنها وفي أول سابقة لجأت إلى أعمال قواعد المسؤولية التقصيرية لتلزم الأب البيولوجي بدفع تعويض للمدعية نتيجة مساهمته في إنجاب طفلة خارج إطار مؤسسة الزواج.

وجاء في حكم المحكمة: " حيث يؤخذ من الحكم الجنحي عدد 4345 بتاريخ 16/03/2016 في الملف 2012/16/278 الصادر عن هذه المحكمة أن المدعى عليه توبع من أجل جنحة الفساد، وأدين بشهر واحد موقوف التنفيذ، وهو الحكم الذي أصبح نهائياً بعد تأييده استئنافياً. حيث لما ثبتت المسؤولية الجنائية للمدعى عليه بارتكابه للفعل الجرمي المذكور الذي نتج عنه ولادة الطفلة تكون العناصر القانونية لقيام المسؤولية المدنية ثابتة في نازلة الحال وفقاً لما ينص عليه الفصل 77 من قانون الالتزامات والعقود الذي جاء فيه: " كل فعل ارتكبه الإنسان عن بينة واختيار، ومن غير أن يسمح به القانون، وأحدث ضرراً مادياً أو معنوياً للغير ألزم مرتكبه بتعويض هذا الضرر إذا ثبت أن ذلك الفعل هو السبب المباشر في حصول الضرر ".¹

هكذا ارتأت المحكمة بعد ثبوت علاقة البنية بين البنت والمدعى عليه، وما يستلزمه ذلك من رعايتها والقيام بشؤونها مادياً ومعنوياً والحفاظ على مصالحها كمحضونة، وما يتطلبه ذلك من مصاريف أن تمنح المدعية تعويضاً يحدد في مائة ألف درهم.

بهذا نجد القضاء المغربي بعد صدور مدونة الأسرة المغربية أخذ بالخبرة الطبية في إثبات ونفي النسب بعد أن أظهر المشرع المغربي نيته قبول اعتماد الخبرة الطبية ضمن وسائل إثبات النسب، كما يظهر ذلك من خلال النص في المادة 158 من مدونة الأسرة على أنه: " يثبت النسب بالفراش أو بإقرار الأب أو بشهادة عدلين، أو ببينة السماع، وبكل الوسائل الأخرى المقررة شرعاً بما في ذلك الخبرة القضائية ". ويظهر ذلك أيضاً من خلال النص في المادة 153 على: "...أن نفي النسب لا يمكن أن يتم من قبل الزوج سوى عن طريق اللعان أو بواسطة خبرة تفيد القطع...".²

المشرع في هذين النصوصين أورد السند القانوني الذي يمكن أن يستند إليه القاضي في الاستعانة بالخبرة في مجال إثبات ونفي النسب. وبالرجوع إلى الاجتهاد القضائي المغربي الصادر بعد دخول المدونة الجديدة حيز التنفيذ، نجد أنه أقر أهمية اللجوء إليها وهذا ما يظهر من خلال حكم

لألم في الآثار التي تترتب عليها سواء كانت ناتجة عن علاقة شرعية أو غير شرعية ". كما تنص المادة 148 على أنه : " لا يترتب على البنية غير الشرعية بالنسبة للأب أي أثر من آثار البنية الشرعية ".

¹ - قانون الالتزامات والعقود المغربي ظهير 12 أوت 1913، المعدل والمتمم بالقانون 107.12 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.16.05 بتاريخ 3 فبراير 2016. الجريدة الرسمية عدد 6440 بتاريخ 18 فبراير 2016، ص 932.

² - برجايوي خالد، المرجع السابق، ص 06.

المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء قسم قضاء الأسرة بتاريخ 24 أكتوبر 2005، قضى بأنه: "...وحيث أن من القرائن التي يمكن اعتمادها كذلك لوجود العلاقة الزوجية الخبرة المثبتة لعلاقة البنوة إلى المدعى عليه بالإضافة إلى الاستماع إلى الشهود. وحيث أنه تبعاً لذلك فقد أمرت المحكمة بإجراء خبرة طبية حول وجود علاقة بيولوجية بين المدعى عليه والبنات المزدادة بتاريخ 13 جوان 1989، مع استعمال جميع الوسائل العلمية والطبية التي من شأنها إثبات ما هو وارد أعلاه.

وحيث أنجز تقرير طبي من طرف المختبر الوطني للشرطة العلمية مؤرخ في 21 فبراير 2005 الذي جاء فيه أنه أخذ عينة لعاب السيدة (ج) والسيد (و) المدعى عليه والطفلة (ة) لإجراء خبرة جينية لتحديد العلاقة البيولوجية ما بين الطفلة (ة) بنت (و). وبناءً عليه يتبين من خلال نتائج الخبرة الجينية بثبوت بنوة الطفلة (ة) للمسمى (و) بنسبة تفوق 99,99%¹.

كما أصدرت نفس المحكمة قسم قضاء الأسرة بتاريخ 06 جوان 2005 حكماً جاء في حيثياته ما يلي: "...وحيث انتهى المختبر الوطني للشرطة العلمية في تقريره على أنه من خلال نتائج الخبرة الجينية تثبت بنوة الإخوة (م) و (و) و (ن) للمسمى (ع).

وحيث بناءً على ما ذكر أعلاه، وبناءً على ما جاء في تقرير الخبرة يبقى دفع المدعى عليه كون كل من (ن) و (و) و (م) ليسوا من صلبه مردوداً، ويتعين بالتالي الحكم بثبوت نسب هؤلاء الآخرين لوالدهم (ع) على اعتبارات نسب الولد يثبت بفراش الزوجة إذا ولد لستة أشهر من تاريخ العقد وأمكن الاتصال سواء أكان العقد صحيحاً أو فاسداً...².

من بين المحاكم الابتدائية التي اعتمدت على الخبرة الطبية في إثبات النسب المحكمة الابتدائية بالرباط التي قضت بثبوت الزوجية وثبوت نسب الابن لأبيه المدعى عليه.³ كما يظهر كذلك اعتماد الخبرة الطبية من خلال قرار المجلس الأعلى بتاريخ 09 مارس 2005 الذي ورد في إحدى حيثياته: "...إته كان على المحكمة أن تبحث في وسائل الإثبات المعتمدة شرعاً ومنها الخبرة التي لا يوجد نص قانوني صريح يمنع المحكمة من الاستعانة بها، والمحكمة لما اكتفت بالقول رداً

¹ - حكم ابتدائي رقم 7198، مؤرخ في 24 أكتوبر 2005، ملف رقم 03/619، المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء، المغرب، غير منشور. أشار إليه زريويل محمد، المرجع السابق.

² - حكم ابتدائي رقم 4239، مؤرخ في 06 جوان 2005، ملف رقم 03/387، المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء، المغرب. غير منشور. أشار إليه زريويل محمد، نفس المرجع.

³ - حكم ابتدائي رقم 555، بتاريخ 13 أبريل 2006، ملف عدد 03/129/10، مجلة قضاء الأسرة، العدد 03، ديسمبر 2006، ص 72.

على ملتزم إجراء الخبرة بأنّ ما تمسك به الطالب يخالف أصول الفقه والحديث الشريف دون اعتماد نص قاطع في الموضوع، فإنّه لم تضع لما قضت به أساساً وعرضت قرارها بذلك للنقض¹.

في حكم استئنافي تمّ فيه نسب الطّف لمغتصب الفتاة (أ - أع) بناءً على المقال المقدّم من طرفها من خلال محاميتها بتاريخ 26 سبتمبر 2006، عرضت أنّها اغتصبت من طرف المدعى عليه (هـ - أ) وأدين من أجل ذلك في الملف الجنائي رقم 428/03 ابتدائياً، وقرّرت محكمة الاستئناف أن تأخذ بالحكم ذاته بناءً على البراهين التي قدّمها محامي الضحية وحكم عليه بعقوبة حبسية لأربع سنوات، إلّا أنّه نتيجة ذلك الاغتصاب حبلت الضحية وولدت على إثره طفلاً أسمته إبراهيم، إلّا أنّ المدعى عليه لا يتجاوز العشرين من عمره أنكر عملية الاعتداء بالاغتصاب التي قام بها في الخلاء، فلجأت الضحية من خلال محاميتها إلى طلب إنجاز الخبرة الطبيّة الجنينة حول الحامض النووي لإثبات حالة الاغتصاب والأبوة معاً. أوضحت نتائج الخبرة الطبيّة في الموضوع الذي أدلت به الضحية أنّ الجاني اغتصب الضحية بالفعل، وانبنى القرار الاستئنافي على هذه النتيجة لتؤكد الحكم بثبوت نسب الطّف إبراهيم المزداد في 27 جانفي 2004 لوالده الجاني (هـ - أ)، والحكم تبعاً على ذلك بتسجيله في سجلات الحالة المدنيّة وأرفق المقال بشهادة إداريّة تتعلّق بالميلاد، وبناءً على مستنتجات النيابة العامّة المسجّلة تحت عدد 2747/06 بتاريخ 15 نوفمبر 2006 والتي التمت من خلالها البتّ في النّازلة طبقاً للقانون².

يبدو أنّ القضاء المغربي قد تعامل بنوع من الليونة مع هذه الوسيلة وهي البصمة الوراثيّة تفعيلاً منه بمجموعة من النصوص القانونيّة المتضمّنة بمدونة الأسرة المغربيّة. سنحاول إبراز مجموعة أخرى من الأحكام والقرارات التي تمّ الاطّلاع عليها والتي تتّجه في مجملها إلى الأخذ بالخبرة الطبيّة إثراءً وتدعيمًا للموضوع.

ذهبت المحكمة الابتدائيّة بالرشيدية في إحدى حيثيات الحكم الصّادر عنها بتاريخ 28 سبتمبر 2006: "...وحيث أنّ سلوك الرّوج لإجراء طلب الخبرة بخصوص نسب البنت...يغني عن مناقشة الشّروط الفقهيّة لممارسة اللّعان للخيار الذي تخوّله له المادّة 153. وحيث خلص تقرير

¹ - قرار المجلس الأعلى عدد 156، بتاريخ 09 مارس 2005، ملف شرعي عدد 2003/1/2/615، مجلة قضاء الأسرة، المغرب، العدد 01، جويلية 2005، ص 91.

² - كريم سناء، المرجع السابق.

الخبرة المنجزة إلى أنّ السيد.. ليس هو الأب البيولوجي للطفلة... ابنة السيد... وإنّ بنوته للبنت مستحيلة استحالة تامة...".¹

وساير العمل القضائي الموقف الفقهي القاضي باعتبار الخبرة الجينية حجة قاطعة حيث ورد في إحدى حيثيات الحكم الابتدائي الصادر عن المحكمة الابتدائية بالعرائش بتاريخ 12 أفريل 2005: " حيث إنّ من المعلوم وفق ما توصّل إليه العلم الحديث أنّ نتائج الخبرة الجينية لتحديد الروابط البيولوجية بين الأفراد والمنصبّة على تحليل الحامض النووي أو ما يصطلح عليه بالـ ADN، تعتبر صحيحة و يقينية بدرجة لا يرقى إليها الشك ولا تحتل الخطأ إلا بنسبة ضعيفة جداً لا ترقى إلى درجة الاعتبار...".²

وأقرّ المجلس الأعلى في القرار المؤرخ في 18 جانفي 2006 العمل بالخبرة الطبية جاء في حيثياته: " حيث صحّ ما عابه السبب ذلك أنّ الفراش يكون حجة قاطعة على ثبوت النسب شرط تحقّق الامكانيّين العادي والشرعي. والثابت من أوراق الملف أنّ الطّاعن نازع في نسب الابن إليه وادّعى أنّه لم يتّصل بالمطلوبة منذ ازدياد الأول أي أنّه استبرأها بعد هذا الوضع وأدّى يمين اللعان على ذلك، في حين رفضت المطلوبة أداءها كما رفضت الحضور أثناء أدائه اليمين ورفضت كذلك الخبرة، كما التمس إجراء خبرة قضائية لإثبات عدم نسب المولود إليه وتمسك بها. فالمحكمة لما علّلت قرارها أنّ الخبرة ليست من وسائل نفي النسب شرعاً في حين أنّ المادة 153 من مدونة الأسرة النافذة المفعول بتاريخ القرار المطعون فيه والواجبة التطبيق التي تنصّ على الخبرة القضائية من وسائل الطعن في النسب إثباتاً أو نفياً تكون قد أقامت قضاءها على غير أساس ولم تعلّله تعليلاً سليماً ممّا يعرّضه للنقض".³

من الملاحظ على هذه القرارات التي أظهرت التوجّه القضائي في مجال قضاء الأسرة والحلول الملائمة لها أنّ القاضي يمارس سلطته التقديرية في اللجوء إلى الخبرة الطبية أو عدم اللجوء إليها، كون المشرّع لم يشر إليها صراحة ولم يلزم القاضي بها. يبقى السؤال مطروحاً في حالة امتناع المطلوب بالخبرة الخضوع لها. حيث يؤكّد جانب من الفقه⁴ على ضرورة اعتبار هذا الرّفص بمثابة إقرار بأبوة المدّعى عليه. هذا ما يؤكّده حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالدّار البيضاء حيث امتنع المدّعى عليه من الامتنال للخبرة الطبية جاء فيه ما يلي: "...وقد أكّد الخبير المذكور كون السيدة (ح)

¹ - وزارة العدل للمملكة المغربية، المنتقوى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة، ج1، المغرب: منشورات جمعية نشر المعلومات القانونية والقضائية، العدد 10، فبراير 2009، ص 255.

² - المنتقوى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة، المرجع السابق، ص 250.

³ - قرار المجلس الأعلى عدد 37، المؤرخ في 18 جانفي 2006، ملف شرعي عدد 2005/1/2/108، مجلة قضاء المجلس الأعلى، المغرب، العدد 66، 2006، ص 69.

⁴ - زريويل محمد، المرجع السابق.

حضرت رفقة الطفلة (ع) الموعد المحدد بينما أدلى السيد (م) بمذكرة جوابية مؤرخة بتاريخ 12 جويلية 2004 يتعرّض فيها على إجراء الخبرة الطبية ويتمسك بمسطرة اللعان لنفي النسب مما تعذر معه إنجاز المهمة الموكلة إليه.

حيث أنّ امتناع المدعى عليه من الامتنال للخبرة الطبية المأمور بها بمقتضى الحكم التمهيدي وكذا بناءً على ما جاء في مضمون الشواهد الطبية المشار لها أعلاه التي تبين من خلالها أنّ بداية حمل المدعى عليها يرجع لتاريخ 29 أوت 2003، في حين أقرّ المدعى كونه ظلّ على اتصال بزوجته ويعاشرها معاشرة الزواج إلى غاية 31 أوت 2003، ممّا يبيّن معه كون اعتزال المدعى لزوجته المدعى عليها لم يتم إلاّ بعد وقوع الحمل، وبالتالي تبقى دعوى اللعان هاته مفتقرة لأهمّ شروطها المتمثلة في استبراء الزوجة واعتزال الزوج لها مباشرة بعد طهرها من الحيض، ممّا يجعل طلب المدعى لكلّ ذلك غير مؤسّس ويتعيّن بالتالي رفضه ¹.

أصدرت المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء أيضًا في 15 نوفمبر 2007 الحكم رقم 5593 في الملف عدد 815/05 قضى بثبوت نسب الابن لوالده ورفض باقي الطلبات وتحميله المصاريف لكون الأب رفض الخضوع لإجراء الخبرة الطبية أمام المختبر العلمي للأمن الوطني. جاء في حيثياته: "حيث أنّ عدم حضور المدعى عليه لإنجاز الخبرة المأمور بها وإصراره على ذلك حسب ما هو ثابت من خلال المذكرة التعقيبية المدلى بها من طرف دفاعه بالجلسة، يعتبر تملّصًا من تنفيذ قرار إجراء الخبرة الجينية.

وحيث أنّ امتناعه الصريح عن إجراء الخبرة الجينية المأمور بها قضائيًا التي تعدّ حسب نص القانون من بين وسائل إثبات النسب، تعتبر حجة قاطعة على صحة أقوال المدعية بخصوص نسب الابن إليه. وحيث أنّ ما يعرض هذه الحجة هو واقعة الخطوبة التي ثبت قيامها للمحكمة في هذه النازلة..حكمت المحكمة بثبوت النسب...".²

أخيرًا وإن كانت مدونة الأسرة المغربية لم تنص صراحة على الخبرة الطبية المعتمدة على البصمة الوراثية، فإنّ القضاء المغربي من خلال الاجتهادات السابقة كرس هذا الأمر بوضوح، فمن خلال تطبيقاته ساهم في تطوير الممارسة العملية في مجال إثبات النسب عن طريق البصمة الوراثية مبرزًا فعالية هذه الوسيلة في تحقيق العدالة والإنصاف لفئة من الأطفال تبدو كطرف ضعيف مهضومة

¹ - حكم ابتدائي رقم 15814، بتاريخ 10 مارس 2005، ملف رقم 03/767، المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء، المغرب، غير منشور. أشار إليه زريويل محمد، المرجع السابق.

² - حكم ابتدائي رقم 5593 بتاريخ 15 نوفمبر 2007، ملف عدد 815/05، المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء، المغرب، غير منشور. وارد في جريدة الاتحاد الاشتراكي المغربية، بتاريخ 18 نوفمبر 2009، أشار إليه الصغير هادن، المرجع السابق.

الحقوق، ومن أهمها الحق في الانتساب إلى أبوين حقيقيين حتى يتمكنوا من رعايتهم والنفقة عليهم مما يحميهم من الأخطار والأضرار التي تعترضهم.

المطلب الثالث: موقف القضاء الجزائري من نسب الطفل الطبيعي لوالديه

اتّضح تأثر المشرع الجزائري إثر التعديل الذي طرأ على قانون الأسرة بموجب الأمر 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005¹ بسبب التطور التكنولوجي الذي نتج عنه استحداث طرق علمية لإثبات النسب التي نصّت عليها الفقرة الثانية من المادة 40 من قانون الأسرة. إلا أن ذلك فتح باب لاختلاف فقهي حول مسألة سلطة القاضي في تقدير هذه الطرق العلمية خصوصاً أن المشرع الجزائري لم يحصر أو يوضح مجال تطبيقها، بما أنه ترك المجال مفتوحاً للقاضي حينما استعمل عبارة "يجوز". فإذا وجد القاضي نفسه أمام دعوى إثبات النسب بالطرق العلمية فلا بدّ له من اللجوء إلى الاستعانة بخبراء البيولوجيا كون العملية تتطلب تحاليل وفحوصات للوصول إلى النتائج الدقيقة التي على ضوئها يكون الحكم في النزاع المعروض، لذلك فهل يأخذ القاضي برأي الخبير أم أنه غير ملزم بذلك؟.

معلوم أن القضاء الجزائري قبل تعديل قانون الأسرة لسنة 2005 لم يكن يأخذ بالخبرة الطبية كدليل لإثبات النسب، إنما ظلّ متمسكاً بالطرق الشرعية المتمثلة في الإقرار والبيّنة التي تتمثل أساساً في شهادة الشهود. الأمر الذي سوف نوضّحه في بيان موقف القضاء الجزائري من الخبرة الطبية في ظلّ قانون الأسرة 84-11 في الفرع الأول ثم لجوء القضاء إلى الخبرة الطبية جزاء دعاوى إثبات النسب في ظلّ الأمر 02-05 في الفرع الثاني.

الفرع الأول: موقف القضاء الجزائري من الخبرة الطبية في ظلّ قانون الأسرة 84-11²

يبدو أن المشرع الجزائري كان متأثراً بما جاء به الفقه الإسلامي من قواعد فقهية التي لم تسمح باستعمال أيّ طريق غير شرعي يثبت أو ينفي النسب أثناء سنّ لقانون الأسرة في 1984. إذ لم يعتمد سوى الطرق الشرعية لإثبات النسب الواردة في المادة 40 من نفس القانون رافضاً استعمال الطرق العلمية كوسيلة لذلك، وهو ما كرّسه القضاء الجزائري فعلاً مكتفياً بجمود النص القانوني الذي لا يقبل أيّ اجتهاد.³

¹ - الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، يعدل ويتمم القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة . الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 15، بتاريخ 27 فيفري 2005، ص 18.

² - القانون رقم: 84-11، المؤرخ في 09 جوان 1984، يتضمن قانون الأسرة. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 24، بتاريخ 12 جوان 1984، ص 910.

³ - ، « إثبات النسب وتأثير التعديل الجديد بالطرق العلمية الحديثة »، المرجع السابق.

يتّضح من هذا الموقف الذي تبناه المجلس الأعلى حيث قضى في قراره الصادر في 17 ديسمبر 1984 بأن: "من المقرّر شرعاً أنّ الولد للفرّاش... وأنّ الاتّصال الجنسي المزعوم قبل العقد يعدّ زنا لا ينسب إلى أبيه".¹ لعلّ ما تبناه القضاء الجزائري في العديد من القرارات الصادرة عن المحكمة العليا تؤكّد وجهة نظر هذا الأخير تجاه إثبات النّسب، والمقصود به نسب الطّفل الطّبيعي إلى أبيه. إذ جاء في إحدى القرارات ما يلي: "...من المقرّر أيضاً أنّه يثبت النّسب بالزّواج الصّحيح وبالإقرار وبالبيّنة وبناكاح الشّبهة وبكلّ نكاح تمّ فسخه بعد الدّخول طبقاً للمواد 32. 33. 43 من هذا القانون".²

يتّضح أنّ قضاة المحكمة العليا بصفتهم قضاة قانون طبقوا النّص الحرفي للمادّة 40 من قانون الأسرة التي حدّدت طرق إثبات النّسب قبل تعديلها، وتمّ رفض كلّ طفل نتج عن علاقة غير شرعيّة. إذ جاء في قرار للمحكمة العليا: "من المقرّر قانوناً أنّه يثبت النّسب بالزّواج الصّحيح وبالإقرار وبالبيّنة وبناكاح الشّبهة، ومن ثمّ فإنّ القضاء بهذا المبدأ يعدّ تطبيقاً سليماً للقانون. ولما كان من الثّابت في قضيّة الحال أنّ الطّاعنة لم تثبت أيّة حالة من الحالات التي نصّ عليها قانون الأسرة، فإنّ قضاة الموضوع برفضهم لطلبها الرّامي إلى تسجيل نسب البنات قد طبقوا صحيح القانون. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطّعن".³

ما يبرّر كذلك رفضهم لنسب الطّفل غير الشرعي القرار الصادر بتاريخ 08 أكتوبر 1984: "من المقرّر شرعاً أنّ الزّواج الذي لا يتوقّر على الأركان المقرّرة شرعاً يكون باطلاً، ومن ثمّ فلا تعتبر العلاقة غير الشرعيّة بين الرّجل والمرأة زواجاً... وأنّ العلاقة التي كانت تربط بين الطّرفين علاقة غير شرعيّة، إذ كلاهما اعترف بأنّه كان يعاشر صاحبه جنسياً. إنّ قضاة الاستئناف بإعطائهم إشهاداً للمستأنف على اعترافه بالزّواج وتصحيحه وإلحاق نسب الولد بأبيه وتقرير حقوق المستأنفة خرقوا أحكام الشّريعة الإسلاميّة. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه بدون إحالة".⁴

¹ - قرار المجلس الأعلى، ملف رقم 35087، بتاريخ 17 ديسمبر 1984، المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، الجزائر، العدد 01، 1990، ص 86. أشار تشوار جيلالي، «نسب الطفل في القوانين المغربية للأسرة بين النقص التشريعي والتفتّحات المستحدثة»، المرجع السابق، ص 27.

² - قرار المحكمة العليا، ملف رقم 222674، الصادر بتاريخ 15 جوان 1999، المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، الجزائر، العدد 01، 1999، ص 126.

³ - قرار المحكمة العليا، ملف رقم 172333 بتاريخ 28 أكتوبر 1997، المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، الجزائر، العدد 01، 1997، ص 42.

⁴ - قرار المحكمة العليا، ملف رقم 34137 بتاريخ 08 أكتوبر 1984، المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، الجزائر، العدد 04، 1989، ص 79.

في قرار آخر جاء فيه: " من المقرر قانوناً أن أقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف ذلك يُعدّ خرقاً للقانون، ولما كان ثابتاً في قضية الحال أن مدة حمل المطعون ضدها أقل من الحد الأدنى المقرر قانوناً فإن قضاة المجلس بقضائهم إلحاق نسب الطفل لأبيه خرقوا القانون ¹."

كان واضحاً موقف القضاء الجزائري بتأييده الاتجاه الرافض لانتساب ولد الزنا من أبيه حتى في ظل إقرار هذا الأخير بأبوته للطفل المولود من صلبه. حيث جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا أنه: " من المقرر قانوناً أن مدة الحمل هي ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر. ومتى تبين من قضية الحال أن مدة الحمل المحددة قانوناً وشرعاً غير متوفرة لأن الزواج تم في 02 ماي 1994 والولد قد ولد في 07 ماي 1994، كما أن إقرار المطعون ضده بأبوته للولد أمام مدير الصحة والحماية الاجتماعية لا يؤخذ به لأن الإدارة غير مؤهلة قانوناً لتلقي الإقرار. وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا برفض دعوى إثبات النسب لأن النسب لا يثبت بالعلاقة غير الشرعية طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن ²."

يتضح من كل ما سبق أن القضاء الجزائري كان متمسكاً بتطبيق نص المادة 40 من قانون الأسرة، المحددة لطرق إثبات النسب قبل تعديلها وكانت تعتبر لجوء القاضي لأي خبرة علمية تستهدف إثبات أو نفي النسب بأي طريقة من الطرق العلمية تجاوزاً للسلطة وخرقاً للقانون لأنها كانت تعتبر ذلك تشريعاً في حد ذاته.

كان واضحاً موقف القضاء الجزائري من النسب الناتج عن العلاقة غير الشرعية، كما كان يؤكد على أن الزنا لا يمكن أن يثبت به نسب الولد إلى أبيه. ونظراً لحدثة تقنية البصمة الوراثية ولغياب النصوص القانونية التي تنظم هذه المسألة، فإننا رغم البحث في اجتهادات المحكمة العليا لم نجد إلا قراراً واحداً هو ذلك القرار الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا ملف رقم 222674 بتاريخ 15 جوان 1999.³

كانت وقائعه موجزة كما يلي: تقدّم المسمى (ع - ب) بطعن ونقض وإبطال القرار الصادر عن مجلس قضاء وهران بتاريخ 05 أكتوبر 1998 القاضي بتأييد الحكم الصادر عن محكمة قديل بتاريخ 18 جانفي 1998 والقاضي بتعيين الدكتور (ح - أ) العامل بالمستشفى الجامعي بوهران خبيراً

¹ - قرار المحكمة العليا، ملف رقم 57756 بتاريخ 22 جانفي 1990، المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، الجزائر، العدد 02، 1992، ص 71.

² - قرار المحكمة العليا، ملف رقم 210478 بتاريخ 17 نوفمبر 1998، المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، الجزائر، عدد خاص، ص 85. أشار إليه بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 196.

³ - قرار المحكمة العليا، ملف رقم 222674 بتاريخ 15 جوان 1999، المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، الجزائر، العدد 01، 1999، ص 126.

لفحص دم الأطراف والولدين (ع - أ) و (ع - ع) المولودين بتاريخ 27 أكتوبر 1995 مع العلم أنّ الولدين توأمان قصد تحديد نسب الولدين، واستند الطّاعن على أربعة أوجه للنقض يتعلّق الوجه الأوّل بإغفال قاعدة جوهريّة في الإجراءات تتمثّل في الاختصاص المحلي. والوجه الثّاني مأخوذ من مخالفة المادّة 43 من قانون الأسرة والمادّة 144 من قانون الإجراءات الجزائيّة. ويتعلّق الوجه الثّالث بالقصور في التّسبيب. والوجه الرّابع مأخوذ من تناقض الأحكام النّهائية الصّادرة عن محاكم مختلفة طبقاً للفقرة السادسة من المادّة 223 من قانون الإجراءات المدنيّة.

غير أنّ المحكمة العليا نقضت القرار اعتماداً على وجه مثار تلقائياً من طرفها والمأخوذ من تجاوز السّلطة، وجاء تسبيب القرار على الشّكل التّالي:

أولاً- حيث أنّ القرار المنتقد القاضي بتأييد الحكم المستأنف القاضي بتعيين خبرة طبيّة قصد تحليل الدّم للوصول إلى تحديد نسب الولدين بأن ينسب للطّاعن أم لا.

ثانياً- حيث أنّ إثبات النّسب قد حدّدته المادّة 40 وما بعده من قانون الأسرة الذي جعل له قواعد إثبات مسطرة وضوابط محدّدة تفي بكلّ الحالات التي يمكن أن تحدث، ولم يكن من بين هذه القواعد تحليل الدّم الذي ذهب إليه قضاة الموضوع. فدلّ ذلك على أنّهم قد تجاوزوا سلّطتهم الحكميّة إلى التّشريعيّة، الأمر الذي يتعيّن معه نقض القرار المطعون فيه وإحالة نفسه للمجلس.

رغم أنّ القرار الصّادر عن مجلس قضاء وهران الدّاعم لاعتماد اللّجوء إلى الخبرة الطّبيّة وتحليل الدّم لإثبات النّسب من نفيه جوبه بالنقض من طرف المحكمة العليا، إلّا أنّ الكثير من القانونيين¹ اعتبروه الانطلاقة الجريئة لاعتماد أدلّة علميّة في إثبات النّسب، علاوة على الطّرق الشرعيّة المتمثّلة في الإقرار والشّهادة.

كانت بذلك خطوة إيجابيّة موقوفة أمام جدار النّص القانوني وهو نص المادّة 40 من قانون الأسرة الجزائري. لكن التّساؤل المطروح هو كيف انتهى قضاء الدّرجة الأولى والثّانية إلى تكوين قناعتهم بأنّ إجراء تحليل دم التّوأمين هو الحلّ الوحيد والوسيلة المجدية الكفيلة بإثبات نسبهما، رغم دراية قضاة الموضوع بفحوى نص المادّة 40 من قانون الأسرة؟ وهل اعتبر قضاء الموضوع أنّ تحليل الدّم من قبيل البيّنة التي يثبت بها النّسب؟.

هذه التّساؤلات تؤدّي بنا إلى الحديث عن التّقنين الذي يضمّ المادّة 40 وهو قانون الأسرة الذي أخذت مجمل نصوصه من أحكام الفقه الإسلامي. بالرجوع إلى نص المادّة 40 نجد أنّها تضمّنت البيّنة كوسيلة لإثبات النّسب، غير أنّ المقصود بها هل هو شهادة الشّهود فقط أم كلّ ما يظهر الحقّ؟.

¹ - باديس ذيابي، المرجع السابق، ص 98.

يقصد بالبيّنة في القانون المدني شهادة الشهود، غير أنّ أحكام قانون الأسرة مستمدة من الشريعة الإسلامية، وهذه الأخيرة لم تحصر البيّنة في الشهادة أو الإقرار فقط بل كلّ ما أظهر الحقّ وكشفه. فحوى الشهادة أو البيّنة على أنّها اسم لكلّ ما يبيّن الحقّ ويظهره،¹ المراد بها الحجّة والدليل والبرهان مصداقاً لقول الرسول - ص - : {البيّنة على من ادّعى}.² والمراد به أنّ على المدّعي أن يقدّم ما يصحّ دعواه.

إذا سلّمنا أنّ نتائج البصمة الوراثيّة قطعيّة في إثبات نسبة الأولاد إلى الوالدين ونفيهم عنهم، نستطيع أن نجزم أنّ البصمة الوراثيّة حجة شرعيّة يجب العمل بها كبيّنة إذا توافرت شروطها. لعلّ هذا ما أدّى بقضاة الدّرجة الأولى بمحكمة قذيل وغرفة الأحوال الشّخصية بمجلس قضاء وهران إلى تعيين خبير لتحليل دم التّوأمين لإثبات نسبهما لأبيهما من عدمه لاعتبار أنّ تحليل الدّم بيّنة يثبت بها النّسب. حيث استعملوا سلطتهم في تفسير البيّنة الواردة في المادّة 40 بمفهومها الواسع من النّاحيّة القانونيّة.

أمّا من النّاحيّة العمليّة فإنّ المبادرة التي قام بها قضاة الموضوع لتحديد نسب التّوأمين عن طريق تحليل الدّم لمعرفة مكّونات البصمة الوراثيّة كانت خطوة إيجابيّة، لأنّ مشكلة إثبات النّسب تهدف بالدّرجة الأولى إلى حماية حقوق الطّفل أكثر ممّا هي معرفة نسبه.

رغم نقض القرار إلّا أنّه أضحى فيما بعد موافقاً للقانون بعد التّعديل الأخير لقانون الأسرة الذي جاء في المادّة 40 منه أنّه: "... يجوز للقاضي اللّجوء إلى الطّرق العلميّة لإثبات النّسب ". والطّرق العلميّة تتضمّن الخبرات الطّبيّة والتي تشمل سواء تحليل الدّم أو نظام البصمة الوراثيّة.

اعتباراً لكلّ ذلك ومحاولة من المشرّع الجزائري الاستجابة للتّطورات العلميّة الحديثة فإنّه أدرج الطّرق العلميّة ضمن وسائل إثبات النّسب أثناء تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 05-02 في الفقرة الثّانيّة من المادّة 40 السّالفة الذّكر. إذ سرعان ما استجاب قضاة المحكمة العليا لمدلولات هذه المادّة باعتماد الخبرة الطّبيّة وما تسفر عنه من نتائج، وعليه فإنّ قضاة المحكمة العليا في قرار لاحق ساروا عكس ما تبوّه في القرار المذكور سابقاً، ذلك حينما أكّدوا أنّ اللّجوء إلى الخبرة الطّبيّة والقضاء وفقاً لما أسفرت عليه من نتائج تعتبر بيّنة غير قابلة لإثبات العكس إلّا بالتّزوير.³

¹ - ابن قيم الجوزية أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، م 1، المرجع السابق، ص 64.

² - البيهقي أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي، السنن الكبرى، ج 10، لبنان: بيروت، دار الكتب العلمية، ط 3، 2003، ص 426 وما بعدها.

³ - باديس ذيابي، المرجع السابق، ص 98.

رغم رفض القضاء في العديد من القرارات نسب الأبناء غير الشرعيين سواء كانت الولادة من الزنا أو عن طريق الاكراه على الزنا والمعتبر اغتصاب في نظر القانون التزاماً بالنص القانوني وأحكام الشريعة الإسلامية المستمدة منها. ظهر توجه جديد في القضاء يتحدث عن الأب البيولوجي والحق النسب به اعتماداً على الوسيلة العلمية حتى في حالة علاقات غير شرعية، وكان ذلك استجابة لرغبة العديد من الأمهات ضحايا الاغتصاب خلال المأساة الوطنية، حيث اعتبر القضاء تقنية البصمة الوراثية بمثابة بيئة علمية كافية لإلحاق نسب أبناء المغتصبين وتراجع عن تفسيره للبيئة التي كان يعتبرها أنها شهادة الشهود. هذا ما سوف نوضحه من خلال الفرع الثاني.

الفرع الثاني: لجوء القضاء إلى الخبرة الطبية جراء دعاوى إثبات النسب في ظل الأمر 02-05

إذا وجد القاضي نفسه أمام دعوى إثبات النسب بالطرق العلمية فلا بد له من اللجوء إلى الاستعانة بخبراء البيولوجيا، كون العملية تتطلب تحاليل وفحوصات للوصول إلى النتائج الدقيقة التي على ضوءها يكون الحكم في النزاع المعروض، لذلك فلا مناص للقاضي من اللجوء إلى الخبير. يخول للقاضي في دعاوى إثبات النسب أن يأمر بتعيين خبير للقيام بما من شأنه رفع اللبس وإمالة اللثام عن الغموض الذي يكتنف النزاع في إثبات أو نفي النسب. وتبقى الخبرة المتعلقة بتحليل الحمض النووي (ADN) مسألة علمية بحتة ودقيقة بالكيفية التي يصعب على القاضي استبعادها طالما أنه يصعب عليه تسبب ذلك. لهذا نجد غالبية الأحكام تعتمد الخبرات وتصادق عليها بقطع النظر عن دقتها وصحتها من عدمها.

إنّ لجوء القاضي للطرق العلمية في مجال إثبات أو نفي النسب من قبيل الخبرة الطبية التي يستعين بها لحلّ المسائل العالقة في إلحاق الأبناء بأبائهم. معلوم أنّ الخبرة القضائية طبقاً للقواعد العامة بالنسبة للقاضي من المسائل التي تخضع لسلطته التقديرية باعتبارها سلطة مطلقة له فيها أن يصادق على تقرير الخبراء كلياً أو جزئياً، كما له الحكم من دونها. وقاضي شؤون الأسرة لا يمكنه بأي حال من الأحوال الفصل في مسألة إثبات النسب بالطرق العلمية إلاّ باللجوء إلى استشارة آراء الخبراء والعلماء المختصين في مجال البيولوجيا للتوصل إلى نتائج علمية دقيقة باعتبارها من المسائل التقنية التي لا يمكن للقاضي الفصل فيها إلاّ بالاستعانة بهم والاسترشاد بأرائهم. ذلك أنّ هذه الطرق لا تتيح للقاضي فهمها وبالتالي يمتنع حتى عن مناقشتها باعتبارها مسألة تقنية وعلمية بحتة ودقيقة.¹ من ثمة فإنّ جهل القاضي بهذه الطرق ومصطلحاتها قد يقف عائقاً أمام مناقشتها لها فيلجأ إلى قبولها والاستناد عليها ثبوتاً للنسب أو نفياً له.

إذا كان المشرع الجزائري أجاز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب في المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري فإنّ هذه المادة اكتفت بالإشارة إلى هذه الطرق العلمية دون تحديد المقصود

¹ - بوجنان سولاف، المرجع السابق، ص 54.

منها أو توضيح إجراءات العمل بها، ثم أنه أجاز للقاضي اللجوء إليها وبالتالي أعطى له سلطة واسعة في الأخذ بها أو استبعادها دون الإشارة إلى النص على إجبار الشخص المطلوب إجراء تحليل البصمة الوراثية. في الوقت الذي يوجد على مستوى مخبر البصمة الوراثية التابع للمخبر العلمي والتقني بمديرية الشرطة القضائية الكثير من الملفات تحمل قضايا قيد التحليل حول مطابقة البصمات الوراثية، ويعمل المخبر بالتنسيق مع مصالح العدالة.

أصبح وكلاء الجمهورية يوجهون إضافة إلى التحقيقات في جرائم القتل والاعتداءات الجنسية ملفات تتعلق بإثبات نسب الأبوة. إذا كان هذا النوع من القضايا يتصدر القضايا المحالة على المخبر الذي يحدد النسب من عدمه بناءً على عينة من الحمض النووي لكل من الأبوين والطفل لمطابقتها ومقارنتهما، إلا أنها على صعيد آخر تعكس حجم القضايا المتعلقة بإثبات النسب المطروحة على مختلف محاكم الوطن، حيث أصبح المعنيون يلجأون إلى التقاضي آملين في تقرير الـ ADN الذي لم يكن متاحاً قبل سنوات.¹ الأمر الذي كرسته بعض المحاكم في طلب إجراء هذه الخبرة الطبية للفصل في النزاع الدائر حول إثبات النسب.

هذه بعض الأحكام والقرارات التي اعتمدت الخبرة الطبية كوسيلة لإثبات النسب. حيث اعتمدت المحكمة العليا فيما يخص نسب الطفل المولود من علاقة غير شرعية الخبرة الطبية لإثبات الأبوة. إذ تعتبر هذه التجربة الطبية كخطوة أولى يبدو فيها هذا الموقف بقبول أو بإقرار مبدأ الحجة العلمية لإثبات الأبوة. لكن لا نعرف بعد أي تأثير سيكون لهذا الموقف على النظام القانوني للنسب. في كل الحالات هذا الموقف للمحكمة العليا يريد أن يرسم الطريق بإقراره الخبرة البيولوجية بأخذ عينة من الـ ADN من أجل إثبات الأبوة لطفل مولود من علاقة غير شرعية، لكن لا نعرف بالضبط ماذا سيكون نتائج هذا الموقف بعد أحداث البحث عن أبوة خارج نطاق الزواج، وهل ستكون مقبولة في نظر القضاء بأن تجعل الطفل غير الشرعي يتساوى مع الطفل الشرعي، أم تبقى مجرد علاقة تربطه بوالده؟²

ذلك ما هو ثابت في قرار المحكمة العليا يحمل رقم 355180 بتاريخ 05 مارس 2006⁽³⁾ الذي جاءت وقائعه كما يلي:

¹ - ش.ع، « 284 ملف زواج عرفي بمخبر الآي دي آن التابع للشرطة الجزائرية قيد الدراسة »، مركز الأخبار

أمان، الجزائر بتاريخ 18 جويلية 2007: <http://www.amanjordan.org/a-news/wmview.php?ArtID=13180>
² - malika BOULENOUAR AZZEMOU, « l'arrêt de la cours suprême du 05 mars 2006 : quelque observations », laboratoire des droits de l'enfant - LADREN-, journée d'étude sur : l'enfant naturel, Université d'Oran, 03 Mai 2012.

³ - قرار المحكمة العليا، ملف رقم 355180، بتاريخ 05 مارس 2006، مجلة المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، الجزائر، العدد 01، 2006، ص 469. انظر الملحق رقم: 03

"...حيث أنّ المدعوة (ب. س) طعنت بطريق النقض بواسطة محاميها في القرار الصادر بتاريخ 2004/01/26 تحت رقم 03/120 عن مجلس قضاء المسيلة القاضي في الشكل بقبول الاستئنافين الأصلي والفرعي، وفي الموضوع المصادقة على الحكم المستأنف الصادر بتاريخ 2002/11/26 تحت رقم 170 القاضي برفض الدعوى لعدم التأسيس. واستندت الطاعة في طعنها على ثلاثة أوجه: الوجه الأول مأخوذ من الخطأ في تطبيق المادة 5/233 من قانون الإجراءات المدنية: بدعوى وطبقاً للمادة 339 من القانون المدني فإنّ القاضي المدني لا يرتبط بالحكم الجزائي إلا في الوقائع التي فصل فيها هذا الحكم. وبالرجوع إلى الحكم الجزائي الصادر بتاريخ 2001/04/11 أنّ ذات المحكمة أصدرت حكماً تمهيدياً بتعيين خبير لإجراء تحليل (ADN) على المتهم للتأكد من الأبوة. وأنّ الخبرة أكّدت أبوة المدعى عليه في الطعن، وأنّ نفس الحكم صادق على الخبرة بحكم حضوري صادر نهائي. والقاضي المدني يرتبط بذلك الحكم لما فصل فيه من وقائع، والحكم وكذا القرار المؤيد له محل الطعن خطأ عندما لا يأخذ بمضمون تلك المادة. وأضافت الطاعة في نفس وجه الطعن أنّ القرار خالف أيضاً أحكام المادة 40 من قانون الأسرة بدعوى أنّ هذه الأخيرة ذكرت أنّ النسب يثبت بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبيّنة... الخ، وأنّ الخبرة أثبتت أنّ الطفل (ص. م) هو ابن المدعى عليه في الطعن، وذلك يعتبر بيّنة غير قابلة لإثبات العكس إلا بالتزوير.

وتمثّل الوجه الثاني من تناقض أحكام نهائية بدعوى أنّ الحكم الجزائي التمهيدي الصادر بتاريخ 2000/02/01 الذي أمر بإجراء خبرة، فإنّ الخبير وبمقتضى هذا الحكم أثبت أنّ أب الطفل (ص. م) هو المدعى عليه في الطعن، والحكم الجزائي الصادر في 2000/08/09 صادق على تلك الخبرة، أي أنّه أثبت الابن للمدعى عليه في الطعن، وأنّ الحكم لم يتم استئنافه وأنّه صادر نهائياً، وبذلك يكون متناقضاً مع القرار المطعون فيه، كون الحكم الأوّل يثبت النسب بينما القرار المطعون فيه يرفض ذلك. وتمثّل الوجه الثالث من القصور في التّسبب كون القرار لم يناقش الأدلة المقدّمة وأجاب قضاة المحكمة العليا عن الوجهين الأوّل والثاني معاً بما يلي:

حيث بالاطّلاع على القرار المطعون فيه الذي تبني الحكم المستأنف يتبيّن منه أنّ قضاة الموضوع لم يستجيبوا لطلب الطاعة الرّامي إلى إلحاق نسب المولود (ص. م) للمطعون ضده باعتباره أباً له كما أثبتته الخبرة العلميّة (ADN) معتمدين في ذلك على المادة 40 من قانون الأسرة."

رغم أنّ هذه الأخيرة تفيد أنّه يثبت النسب بعدّة طرق ومنها البيّنة، ولما كانت الخبرة العلميّة (ADN) أثبتت أنّ هذا الطفل هو ابن المطعون ضده ومن صلبه بناءً على العلاقة التي تربطه بالطاعة، فكان عليهم إلحاق هذا الولد بأبيه وهو الطاعن، ولا تختلط عليهم الأمور بين الزّواج الشرعي الذي تناولته المادة 41 وبين إلحاق النسب الذي جاء نتيجة علاقة غير شرعيّة خاصّة وأنّ كلاهما يختلف عن الآخر، ولكلّ واحد منهما آثار شرعيّة كذلك. ولما تبين - من قضيّة الحال - أنّ

الولد هو من صلب المطعون ضده نتيجة هذه العلاقة مع الطاعنة، فإنه يلحق به، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه.

حيث جاء هذا القرار باجتهاد معاكس تمامًا لما كان عليه الأمر في السابق والمتعلق في جعل البيئة متمثلة أساسًا في شهادة الشهود فحسب، فلا يمكن أن تتعدى إلى أمور أخرى كالخبرة الطبية مثلاً.

غير أن القرار الصادر في 05 مارس 2006 المذكور أعلاه عكس الاجتهاد حينما أكد أنه يثبت النسب بالبيئة، وأن الخبرة العلمية (ADN) أثبتت أن الطفل هو ابن المطعون ضده، وبالتالي اعتبر الخبرة العلمية المنجزة صورة من صور البيئة عكس ما كان يقول به سابقاً.

إن هذا القرار الذي تطرق لوقائع حدثت قبل تعديل 27 فبراير 2005 لقانون الأسرة، صدر بعد صدور التعديل الذي تبنى الطرق العلمية لإثبات النسب، مما جعل من قضاة المحكمة العليا يلعبون دور التوفيق بين وقائع حدثت أثناء سريان القانون القديم، والبت فيها في خضم صدور القانون الجديد. لذلك تحدثت القضاة عن قبولهم اللجوء إلى الخبرة العلمية (ADN) كصورة من صور البيئة طبقاً للمادة 40 القديمة وليس تطبيقاً للمادة المعدلة التي تجيز اللجوء إلى الخبرة العلمية في إثبات النسب.

حيث تبنى القرار الرأي القائل بأن ابن الزنا يلحق بالفاعل إذا ادّعه ولا فراش يعارضه، وذلك ما سار عليه العديد من الفقهاء منهم ابن القيم الجوزية في مؤلفه زاد المعاد. طبقاً لقوله تعالى: ﴿ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ...﴾¹. قال أصحاب هذا الرأي أن منطوق الآية يدعو إلى أن ينسب الشخص إلى الأب الحقيقي، ومقتضى قوله تعالى: ﴿ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ...﴾، أن نعرف الأب الحقيقي وأن نبذل جهداً في المعرفة لكي يأتي نسب الولد لأبيه حقاً سواء كان شرعياً أو غير شرعي² حتى لا يضيع الأولاد الذين جاءوا نتيجة خطيئة من رجل وامرأة.

اعتماداً على هذا الرأي سار قضاة المحكمة العليا في الجزائر في إحدى قراراتهم حينما ثبتوا نسب أطفال لمجموعة من الإرهابيين بعد عمليات الاغتصاب التي تعرضت لها نساء القرى والمدامر³. قال رئيس غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا لعوامري علاوة في إحدى مداخلته بمجلس قضاء سطيف سنة 2006 أن اجتهادهم القاضي بإلحاق نسب أبناء الاغتصاب الذي تعرضت

¹ - سورة الأحزاب، الآية: 05.

² - باديس ذيابي، المرجع السابق، ص 102.

³ - فتحة بوروينة، « 500 طفل مولود في معازل الإرهاب ينتظرون شهادات ميلادية رسمية »: جريدة الرياض، العدد

16099، الأحد 22 جوان 2012: <http://www.alriyadh.com/753693>

له النساء أثناء عمليات المداهمة والإغارة في العشريّة السوداء جاء من باب تحميل المتسببين في ذلك مسؤولية فعلتهم، وما يترتب عنها فيما بعد من إنفاق وتربية إعمالاً بالقاعدة الشرعية " الغنم بالغرم"¹ أصدرت المحكمة العليا قراراً بتاريخ: 15 مارس 2012 تمّ التعليق عليه من قبل الأستاذة فاطمة الزهراء تبوب - أستاذة محاضرة بكلية الحقوق جامعة بومرداس - نشر في المجلة القضائية للمحكمة. حيث يتبين من موجز الوقائع المدرجة بالقرار أنّ قاصر تعرّضت لجريمة هتك عرض (اغتصاب) من طرف الجاني، نتج عنها حمل ثمّ إنجاب بنت. رفع والد الضحية القاصر دعوى قضائية يطالب فيها إلحاق نسب البنت بالجاني، إلا أنّ المحكمة رفضت الدعوى لعدم التأسيس، وتمّ استئناف الحكم أمام المجلس. غير أنّ هذا الأخير أصدر قراراً يقضي بتأييد حكم المحكمة، ثمّ طعن والد الضحية في القرار الأخير لدى المحكمة العليا أين قبلت المحكمة الطعن بالنقض وفسّرت المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري بالشكل التالي " ولمّا كان في قضية الحال أنّ المطعون ضده هتك عرض الطّاعة وهي قاصر وتمّ إدانته بجرم هتك العرض ونتج عن هذه الجريمة حمل الطّاعة وإنجاب بنت، فإنّ النسب يلحق بالمطعون ضده، متى ثبت ارتكابه جرم هتك العرض ذلك بالطرق العلمية وهذا هو الأصل في قضية الحال "².

أصبح القضاة يفسّرون البيّنة الواردة في هذه المادة على أنّها كلّ حجة أو دليل لإثبات النسب ك تقرير الخبرة العلمية، ولم تعد محصورة في شهادة الشهود. إذ جاء في تأسيسه أنّ النسب يثبت بالزّواج الصحيح والاقرار والبيّنة وشهادة الشهود ونكاح الشبهة والانكحة الفاسدة تطبيقاً لقاعدة إحياء الولد لأنّ ثبوت النسب يعدّ إحياءً له ونفيه قتلاً له.

في قرار آخر للمحكمة العليا صادر بتاريخ: 12 ماي 2011 جاء فيه: " الاغتصاب الثابت بحكم قضائي يعدّ وطاً بالإكراه، ويكيّف بكونه نكاح شبهة يثبت به النسب "³.

بالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبين أنّ قضاة الموضوع أسقطوا نسب البنت عن المطعون ضده اعتماداً على أنّ البنت ولدت بعد شهر وثلاثة أيّام من انعقاد الزّواج. واستنتجوا من ذلك أنّه كان نتيجة علاقة غير شرعية... غير أنّ المطعون ضده هو من قام بتسجيل البنت باسمه بعد تعرّضها للاغتصاب منه وإبرامه لعقد الزّواج اللاحق على الحمل في محاولة للتّهرب من المتابعة الجزائية لأنّه في حالة ثبوت الاغتصاب بحكم قضائي يعدّ وطء بالإكراه ويكيّف بأنّه نكاح شبهة يثبت به النسب.

¹ - باديس ذيابي، المرجع السابق، ص 103 و 104.

² - فاطمة الزهراء تبوب، « نسب ابن المغتصبة تعليق على قرار المحكمة العليا رقم 734072 المؤرخ في 2012/03/15 »، الصادر عن غرفة شؤون الأسرة والموارث، المجلة القضائية، الجزائر، العدد 01، 2013، ص 113.

³ - قرار المحكمة العليا، ملف رقم 617374، بتاريخ 12 ماي 2011، مجلة المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والموارث، الجزائر، العدد 01، 2012، ص 294. انظر الملحق رقم: 04

حيث يرى بعض الفقهاء المعاصرين أنَّ ابن المغتصبة يختلف عن ابن الزَّنا، لأنَّ المغتصبة يفترض فيها أنَّها مارست الزَّنا بدون رضاها فهي مكرهة، والإكراه يعتبر شبهة.¹

الملاحظ على القضاء الجزائري أنَّه اتخذ موقفاً مغايراً لما كان ينتهجه قبل تعديل قانون 84-11 المتضمّن قانون الأسرة الجزائري. حيث أصدر قرارات ألحق فيها نسب أطفال ولدوا من علاقات غير شرعية سواء عن الزَّنا المحض أو عن طريق الإكراه عن الزَّنا " الاغتصاب " باعتماد الوسائل العلمية كبيّنة لإلحاق النسب. إذ كيف الاغتصاب على أنَّه نكاح شبهة، والظاهر أنَّ جمهور الفقهاء ذهبوا إلى أنَّ الوطء بشبه يثبت به النسب لأنَّ النسب جاء من جهة الظن من الواطئ. أمَّا الاغتصاب فهو الإكراه على الجماع أي إكراه على الزَّنا، فهو وطء امرأة جبراً على غير وجه شرعي.² أخذ القضاء الجزائري في مثل هذه المسائل باجتهاد المذهب القائل أنَّ ولد الزَّنا يلحق بأبيه الزَّاني إذا استلحقه ومثله ولد الاغتصاب.³ فكيف يفسّر إلحاق النسب في العلاقة غير الشرعية كالإكراه على الزَّنا وهو ما يعبر عنه بالاغتصاب؟، وعليه نتساءل عن الأساس القانوني أو الشرعي الذي اعتمدت عليه المحكمة العليا في هذا الاجتهاد عندما ألحقت نسب ابن مغتصبة بالمغتصب باعتماد الوسائل العلمية كبيّنة كافية لإلحاق نسب مولود نتج عن علاقة غير شرعية (هتك العرض)؟. الظاهر أنَّ التوجّه الجديد في القضاء الجزائري يتحدّث عمّا يدعى بالأب البيولوجي وإلحاق النسب به اعتماداً على هذه الوسيلة العلمية حتّى في حالة علاقات غير شرعية استجابة لرغبة الكثير من الأمّهات ضحايا الاغتصاب خلال المأساة الوطنية. إذ اعتبر القضاء تقنيّة البصمة الوراثيّة بمثابة

¹ - صدرت فتوى عن الشيخ جاد الحق علي جاد الحق بتاريخ 27 أكتوبر 1980 نشرت في مجموعة الفتاوى الإسلامية عن دار الافتاء المصرية، حيث خالفت فيها ما اجتمع عليه الرأي من نفي نسب من يصرح بأنه من زنا، وقالت في فتوى " لما كان من القواعد الشرعية المستقرة المتفق عليها في الفقه الإسلامي أن الضرر لا يزال وأن الضرورات تبيح المحظورات وأصلها التشريعي الحديث الشريف لا ضرر ولا ضرار، وكان من تطبيقاتها ما استنبطه الفقهاء من أنه ما تعارضت مفسدتان رؤي أعظمها ضرراً بارتكاب أخفها، وإذا تعارضت مفسدة ومصلحة قدم دفع المفسدة أو بعبارة أخرى رفع المفساد مقدم علي جلب الصالح، ولما كانت القاعدة التنظيمية المقررة أنه لا يثبت نسب الحمل الذي كان ثمرة اعتداء المتهم واتصاله بالمجني عليها باعتبار أن هذا الحمل قد نشأ عن زنا، وكان في هذا أبلغ الضرر بذلك الجنين بل وفيه تشجيع علي العلاقات الجنسية غير المشروعة، فإنه بمقتضي القواعد الشرعية يجب دفع الضرر بالمعايير الواردة في الشريعة الإسلامية، ولما كان إثبات النسب إنما يتبع انعقاد زواج المتهم من المجني عليها ليقبل منه شرعاً هذا الإقرار بنسب هذا الحمل إليه واكتسابه أبوته " . جاد الحق علي جاد الحق، الفتاوى الإسلامية من دار الافتاء المصرية، م8، مصر: وزارة الأوقاف، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، 1980، ص 2942.

² - التسولي أبو الحسن علي بن عبد السلام، البهجة في شرح التحفة، ج2، لبنان: بيروت، دار الكتب العلمية، ب.ط، 1998، ص 586.

³ - محمد علي هارب جبران، « حكم استلحاق ولد الاغتصاب »، مجلة الجامعة الأسمرية للعلوم الإسلامية، ليبيا، العدد 20، 2014، ص 116.

بيّنة علميّة كافية لإلحاق أبناء المغتصبات وتراجع عن تفسيره للبيّنة التي كان يعتبر أنّها شهادة الشهود، واعتبار الاغتصاب وطء بالاكراه ويكيّف على أنّه نكاح شبهة يثبت به النسب حتّى في العلاقة غير الشرعية.

في الحقيقة أنّ الاغتصاب لا يشبهه نكاح الشبهة، فهو يبقى علاقة غير شرعية وجريمة في حقّ المرأة. غير أنّ القضاء نسب الابن الناتج عن الاغتصاب إلى المغتصب من باب تحميل المسؤولية لهذا الأخير على جريمته. وهنا القضاء تحمّل جانباً من قصور المشرّع في هذا الجانب على خلاف المشرّع المغربي الذي نصّ على اعتبار أنّ بنوة الأمومة تكون شرعية في حالة الزوجية والشبهة والاغتصاب.¹

المبحث الثاني: حقّ الطّفل الطّبيعي في الانتساب إلى والديه في القضاء الغربي

إنّ المتنبّع للقضاء الغربي في هذا المجال خصوصاً الفرنسي منه باعتبار الدّراسة تنصبّ حول موقفه. نرى أنّه سائر التشريع الفرنسي في إجازة إثبات البنوة الطّبيعية غير الشرعية، لأنّ الحقّ في معرفة الطّفل نسبه هو من قبيل الحقوق الأساسيّة للإنسان التي تستوجب معرفة الطّفل نسبه البيولوجي الذي لا سبيل إليه إلا بالطّرق العلميّة المتعلّقة بإثبات النسب. فمنذ القرن 19 استطاعت المحاكم أن تجد إمكانيّة قانونيّة كجزاء للأبوة الطّبيعية دون التصريح بتأسيسها، وذلك عندما يلجأ الأب إلى طرق احتياليّة من أجل استدراج المرأة لارتكاب الفعل. كما هيّا الاجتهاد القضائي للمشرّع الفرنسي التّدخل والترخيص للأطفال الطّبيين للمطالبة بالنسب الأبوي عن طريق القضاء ومنحهم إقامة دعوى النّفقة الغذائيّة بالإضافة إلى دعوى النسب. وبصدور قانون 03 جانفي 1972 وافق على الدّعى بالبحث عن الأبوة الطّبيعية وبيّن شروط رفع الدّعى لإثبات النسب الطّبيعي قضائياً، ونصّ على مباشرتها ونتائجها بالإضافة إلى الكيفيّة التي يثبت بها النسب.

هذا ما يمكن معرفته في المطلب الأوّل من خلال تطبيق القواعد العامّة لدعوى البحث عن الأبوة، وفي المطلب الثاني ضمن شروط مباشرة الدّعى وآثار الحكم الصّادر فيها.

المطلب الأوّل: تطبيق القواعد العامّة لدعوى البحث عن الأبوة

القواعد العامّة التي تحكم الدّعاوى المتعلّقة بالنسب منصوص عليها في القسم الأوّل من الفصل الثّالث من الكتاب السّابع، تطبّق على دعاوى البحث عن الأبوة. وهي من الاختصاص

¹ - نص المادة 2/147 من مدونة الأسرة المغربية: "تعتبر بنوة الأمومة شرعية في حالة الزوجية والشبهة والاغتصاب".

الحصري لمحكمة المقر¹ بتشكيلة مجتمعة. بالنظر إلى الاختصاص الإقليمي يجب أن ترفع الدّعى أمام محكمة موطن المدّعى عليه. أمّا بخصوص موضوع حالة الأشخاص فإنّ سير الدّعى يكون تبعاً للقواعد المعتادة، حيث تعهد القضيّة إلى النّياية العامّة والمرافعات تتمّ أمام غرفة المجلس. أمّا الحكم فيتمّ النّطق به في جلسة علنيّة، ويعتبر التّبليغ من النّظام العام والمساس بهذا الإجراء يعتبر سبباً للطّعن فيه.²

- **تطبيق المبدأ الزّمني التّرتيبي:** حسب المادّة 320 من القانون المدني تمّ توسيع المبدأ الزّمني الذي بموجبه يطبّق القانون لسنة 1972 لغرض تقاضي النّزاع بخصوص النّسب في النّصوص القديمة التي تربط المطالبة بالطفّل الشرعي من طرف أحد أو كلا الوالدين بإثبات عدم صحّة نسب آخر مؤسّس سابقاً. كذلك نص المادّة 338 الذي يربط تأسيس علاقة نسب طبيعّيّة أخرى بإلغاء اعتراف سابق مخالف. وعليه إذا كان للطفّل نسب أبوي مؤسّس قانوناً يجب عليه الحصول على الإلغاء قبل أن يثبت للمحكمة نسبه الأبوي الحقيقي الجديد لأب آخر.

- **الميعاد الجديد للتّقديم في القانون:** يعتبر من أهمّ النّقاط التي جاء بها الأمر رقم 3759-2005³ حيث من جهة استبدلت التّقديم الثلاثيني (30 عام) المنصوص عليه في المادّة 311-7 من القانون المدني بتقديم عشري المنصوص عليه بالمادّة 321 من نفس القانون. ومن جهة أخرى فإنّ هذا الميعاد يوقف خلال المدّة التي يكون فيها الطّفّل قاصراً ويطبّق أثناء رفع دعوى البحث عن الأبوة في حالة عدم وجود ميعاد خاص. هذا الميعاد يمدّد لمصلحة الطّفّل الذي يستطيع البحث عن نسبه إلى غاية 28 سنة.

- **انتقال الدّعى إلى الورثة:** بالرجوع إلى القاعدة المنصوص عليها في قانون 1972 في نص المادّة 311-8 المتضمّنة قابليّة انتقال الدّعى إلى ورثة الطّفّل، فإنّ المادّة 322 تنصّ على ما يلي:

*- يمكن أن تباشر الدّعى من طرف ورثة الشّخص المتوفّي قبل انتهاء الميعاد المحدّد لهذه الدّعى.
*- يمكن للورثة متابعة الدّعى المرفوعة من قبل إلا إذا كان هناك تنازل أو تأخير.

في الحالة الأولى يمكن لورثة الطّفّل مباشرة الدّعى خلال الميعاد المتبقّي قبل نهايته.

- **فيما يخصّ التّصرف في النّسب:** بخصوص الدّعى المتعلّقة بالبحث عن الأمومة المسجّلة قبل سنة 1972 لا يمكن أن يُعرض على الطّفّل طالب نسب الأمومة أيّ عرض (صفقة) أو تنازل مهما كان باعتبار أنّ حالة الأشخاص خارجة عن التّعامل التجاري، وبالتالي لا يمكن للطفّل أو ممثّله التّنازل عن دعوى النّسب أو تغيير موضوعها. وأيضاً لا يمكن أن تكون الدّعى بمثابة شرط من

¹ - Article 318-1 du code civil français: « Le tribunal de grande instance, statuant en matière civile, est seul compétent pour connaître des actions relatives à la filiation ». Créé par Loi n°72-3 du 3 janvier 1972 , modifié par Loi n°93-22 du 8 janvier 1993, modifié par Ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005.

² - Cour de Cassation, chambre civile 1, 07-10- 1980, juris-Data n° 1980- 705186 ; Bulletin des arrêts des chambres civiles 1980, I, n° 243.

³ - Ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation.

شروط الهبة. في سنة 1972 إنَّ المادّة 311-9 جاءت لتؤكّد هذا الحلّ وذلك بتعميمه على دعاوى النسب. هكذا نصّت المادّة 323 الجديدة على عدم قابليّة دعوى النسب للتنازل، فالنسب غير قابل للتصرف فيه.

- **حجية الحكم:** إذا كان للطفّل حق رفع الدّعى طبقاً للمادّة 327 فقرة 2 فإنّ الحكم الصّادر في هذا الشّأن لا يكون قابلاً للاعتراض عليه من قبل الغير. تكريساً للحلّ الذي جاءت به محكمة النقض فإنّ المادّة 324 تنصّ على أنّ الأحكام الصّادرة في مادّة النسب هيّ حجة على الأشخاص الذين لم يكونوا أطرافاً في الدّعى، وبإمكان هؤلاء إقامة اعتراضاتهم في المواعيد المحدّدة ضمن القواعد العامّة المنصوص عليها في المادّة 321. يمكن للقضاة أن يأمرؤا من تلقاء أنفسهم برّد كلّ المعنّيين بالأمر الذين يكون صدور الحكم في مواجهتهم، وذلك قصد تحديد مخاطر الاعتراضات. إنّ حقّ تشكيل الاعتراض يعود إلى شرط منح حقّ الدّعى للمعتراض ممّا ينفي مبدئياً وجود دعوى محفوظة لشخص معيّن مثلما هو الحال بالنسبة لدعوى البحث عن الأبوة. الحكم الصّادر على إثر هذه الدّعى لا يكون محلّ اعتراض من طرف الغير.

المطلب الثاني: شروط مباشرة دعوى البحث عن الأبوة

الفرع الأوّل: أطراف الدّعى

الدّعى محفوظة من حيث الطّلب والدّفع. إذ يحفظ النصّ الجديد حقّ الدّعى من حيث الطّلب والدّفع للطفّل الذي يرفعها ضدّ الأب المزعوم أو ورثته.¹

أولاً: الطّرف الطّالب

الطفّل الوحيد صاحب الدّعى على غرار المادّة 340-2 التي لم يتمّ تعديلها بالقانون رقم 93-22 المؤرّخ في 8 جانفي 1993.² إنّ المادّة 327 فقرة 2 الجديدة تنصّ: " تحفظ دعوى البحث عن الأبوة للطفّل ".

فالدّعى يباشرها الطّفل بنفسه عندما يبلغ سنّ الرّشد،³ أو إذا كان مرشّداً في كلّ الأحوال يكون مؤهّلاً لوحده لممارسة الدّعى حسب الحلّ الذي جاء به الاجتهاد القضائي الكلاسيكي.⁴

أ - **ورثة الطّفل:** الدّعى أصلاً محفوظة للطفّل وما هو مستخلص قبل تعديل قانون 1972 بأنّ ورثة الطّفل المتمثّلين في فروعه الشرعيّين أو أمّه لا يمكنهم رفع الدّعى بعد وفاته،⁵ ولا حتّى الاستمرار

¹ - Article 327 du code civil français: «La paternité hors mariage peut être judiciairement déclarée. L'action en recherche de paternité est réservée à l'enfant ». Créé par Loi n°72-3 du 3 janvier 1972, modifié par Ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005.

² - Loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 modifiant le code civil relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales.

³ - Cour de cassation chambre civile 1^{er} Audience publique du mardi 14 juin 2005 N° de pourvoi: 03-12641. Bulletin 2005 I N° 253, p. 214.

⁴ - Cour de cassation chambre civile 1^{er}, 14 mars 1978: D. 1978, jurisprudence, p. 469.

⁵ - Tribunal civile Vienne, 6 mars 1924: Gazette du Palais, 1924, I, p. 716.

فيها إذا كانت مرفوعة.¹ لكن منذ قانون 1972 فإن نص المادة 311-8 يضع بصفة عامة المبدأ الذي مفاده أن الدعوى التي يملكها الفرد المتعلقة بنسبه تنتقل إلى الورثة حين وفاته قاصراً أو خلال الخمس (05) سنوات بعد بلوغه سن الرشد. كما أن المادة 322 تبنت نفس الحل وتمّ تمديد مدتها لتمكين صاحب الدعوى من ممارستها.²

ب - **الغير:** إن منح حق الدعوى للطفل حصرياً معناه لا يمكن لأي شخص آخر أن يباشرها شخصياً مهما كانت الفائدة المادية أو المعنوية التي يحصل عليها كما كان في الماضي. فلا يمكن قبول الدعوى من الغير الذي يعترف بالطفل،³ أو عن طريق دائني الطفل لغرض فائدة مالية يريدون تحقيقها من هذه الدعوى.

ت - **النيابة العامة:** مثلما هو معمول به في القانون السابق فإن القضاء لا يمكنه أن يبادر برفع الدعوى أو مباشرتها عندما يتركها صاحب الدعوى تسقط أو أنه لا يقوم بإجراءاتها.

ث - **في حالة عدم أهلية الطفل:** كما جرى في القانون السابق تطرح مسألة تمثيل الطفل بسبب صغره سنّه، في هذه النقطة بالذات فإن الأمر المؤرخ في 04 جويلية 2005 أعاد في المادة 328 نفس الحلول التي تضمنها نص المادة 340-2 فقرة 2، وكذا الاجتهاد القضائي السابق الذي بدوره احتفظ بقيمتها. طبقاً للمادة 328 فقر 1: " لوالد القاصر خلال مدة قصره الصفة في رفع دعوى إثبات نسب الأبوة أو الأمومة ". كما كان في السابق فإنّ للأُم وحدها الصفة في رفع الدعوى باسم الطفل القاصر ما دام النسب تأسس باسمها كما هو الحال عندما يكون مشار إليه في عقد الميلاد، أو إذا اعترفت بالطفل أو أنّ نسب الأمومة تأسس عن طريق الحيّزة وذلك بواسطة عقد موثق وهذا حتّى لو كانت قاصراً. وقد قرّرت محكمة النقض الاعتراف للأُم بحق ممارسة الدعوى شخصياً دون حاجة إلى ترخيص من قبل قضاة الوصايا.⁴

ج - **حالة الأم القاصر:** حسب الاجتهاد القضائي السابق، فالأُم القاصر تقوم بمفردها بممارسة الدعوى دون الحاجة إلى ممثل شرعي باعتبار أنّها أدري بمصالح الولد رغم صغر سنّها. وفي حالة رفض الأم لممارسة الدعوى فإنّ الطفل المرشد أو البالغ بإمكانه البحث عن أبيه بواسطة القضاء. تحت تأثير القانون السابق على القانون 1972 عندما ترفع الدعوى من طرف أب الأم الممثل الشرعي لشؤون ابنته فإنّ الدعوى غير مقبولة.⁵ لكن عندما ترفع الدعوى من طرف الممثل الشرعي للأُم القاصر فإنّ إجراءات الدعوى ستتواصل عندما تبلغ الأم سنّ الرشد وتحلّ الأم محلّ ممثليها الشرعي وتباشر الدعوى

¹ - Cour d'Appel Orléans, 26 novembre 1941 : sommaire. p. 7.

² - Article 322 du code civil français: « L'action peut être exercée par les héritiers d'une personne décédée avant l'expiration du délai qui était imparti à celle-ci pour agir. Les héritiers peuvent également poursuivre l'action déjà engagée, à moins qu'il n'y ait eu désistement ou péremption d'instance ». Créé par Loi n°72-3 du 3 janvier 1972, modifié par Ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005.

³ - Cour d'Appel Paris, 1^{er} avril 1938: Jurisclasseur Périodique G 1938, II 685, note Dallant.

⁴ - Cassation chambre civile 1^{er}, 12 octobre 1983: Juris-Data n° 1983-701991; Bulltin civil 1983, I, n° 230.

⁵ - Cassation chambre civile 1^{er}, 22 février 1972: Juris-Data n° 1972-000054; Jurisclasseur Périodique G 1972, II, 17111, note R. Lindon.

باسمها وإرادتها لأجل مصلحة الطفل الذي تأسس نسبه الأبوي. فإن الاجتهاد القضائي فتح المجال أمام إجراءات الدّعى المرفوعة من قبل الأم.

ح - حالة وفاة الأم، تدابير حماية فاقد الأهلية أو البالغين أو سحب السلطة الأبوية: طبقاً للفقرة 2 من المادة 328، إذا توفيت الأم أو في حالة عدم القدرة على التعبير بإرادتها، ترفع الدّعى طبقاً لأحكام المادة 464 فقرة 3 من القانون المدني.¹ وتمثيل الطفل القاصر يضمّن الوصي بترخيص من مجلس العائلة، ويطبّق نفس الإجراء في حالة وفاة الأم خلال المرافعة (سير الدّعى) أو في حالة قرار سحب السلطة الأبوية منها.

خ - حالة عدم تأسيس نسب الأمومة: الطفل الطبيعي الذي لم يُعترف به من قبل والديه يمكنه البحث عن نسب الأبوة دون البدء بالبحث عن نسب الأمومة. هذا نظراً للفصل بين النسبين وكذا استقلالية هذين الموضوعين.² كذلك المادة 340-2 تنبّت نفس الحل إلى جانب حالة وفاة الأم، وتحت تأثير القانون القديم في حالة عدم اعتراف الأم بالطفل يجب اتباع نفس الإجراءات وبنفس الشروط مثلما هو الحال في وفاتها أو عدم القدرة على التعبير عن إرادتها، لأنها لا تملك الصّفة الشرعية لتمثيل الطفل. حالياً في حالة عدم الإشارة إلى الأم في عقد الميلاد بإمكانها الاعتراف بالطفل أمام المحكمة.

د - الطفل البالغ الموضوع تحت الوصاية: يمكن أن يكون الطفل البالغ ناقص الأهلية التي تمنعه من التصرف. فإذا كان تحت الوصاية فإن وصيه هو الذي يتصرّف باسمه مع ترخيص من مجلس العائلة طبقاً للمادة 464 فقرة 3 من القانون المدني.³

ثانياً: الطّرف المدافع

أ - الأب المزعوم: ترفع الدّعى للبحث عن الأبوة ضد الأب المزعوم طبقاً لنص المادة 328 في فقرتها الثالثة: " ترفع الدّعى ضد الأب المزعوم أو ورثته، وفي حالة عدم وجود ورثة أو إذا رفض الورثة انتسابهم فإن الدّعى ترفع ضد الدولة ".
إذا كان الأب المزعوم قاصراً هل بإمكانه الدّفاع أمام المحكمة بمفرده مثلما أقره القانون للمرأة القاصر بصفتها طالبة أو مدّعية؟.

منذ القديم فإنّ الرّأي الغالب لا يرى أنّ الأب القاصر يكون طرفاً مدافعاً في الدّعى وإنّما ترفع الدّعى ضدّ ممثله.⁴ وترى محكمة النقض أنّ الأب المزعوم إذا كان قاصراً يجب عليه أن يكون طرفاً

¹ - Article 464-3 du code civil français: « Par dérogation à l'article 2252, l'action doit être introduite dans les cinq ans de la date du jugement d'ouverture de la mesure ». Créé par Loi n°64-1230 du 14 décembre 1964 portant modification des dispositions du code civil relatives à la tutelle et à l'émancipation, journal officiel de la république française du 15 décembre 1964, p. 11140, modifié par Loi n°2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, journal officiel de la république française, n°56 du 7 mars 2007, p. 4325.

² - Cour d'Appel Nîmes, 28 novembre 1950; Jurisclasseur Périodique G 1951, II, 6028, note Depaule.

³ - Article 464 du code civil français, op. cit.

⁴ - Cassation chambre civile 1^{ère}, 31 octobre 1934: DP 1935, 1, p. 52, note J. Carbonnier.

في الدّعى بصفته مدّعى عليه وذلك بحضور ممثله الشرعي¹ لمصلحة المدّعي. إنّ الاجتهاد القضائي يرى أنّ الدّعى ضدّ القاصر أو ممثله الشرعي يمكن أن تقتصر على أحدهما خلال المدة المحددة قانوناً.

ب - حالة وضع الأب المزعوم تحت الوصاية أو الوصاية عن العجزة: في حالة وضع الأب المزعوم تحت نظام الوصايا فإنّ الدّعى ترفع ضد الوصي، وإذا كان تحت نظام الوصاية عن العجزة فإنّ الوصي يكون طرفاً معه في الدّعى.

ت - حالة الأب المزعوم المتزوج: قبل تعديل قانون 1972 إنّ زواج الأب المزعوم لا يكون سبباً في رفض الدّعى بشرط ألا يكون هذا الزّواج قديماً خلال فترة حمل الطّفل. فمذ قانون 1972 فإنّ الدّعى تكون ممكنة حتّى ولو كان الأب المزعوم قد تزوّج خلال فترة الحمل باعتبار أنّ البحث عن النّسب من الزّنا غير ممنوع، وتكون الدّعى ممكنة حتّى بعد وفاة الأب المزعوم ضدّ زوجه باعتباره من الورثة.²

ث - حالة وفاة الأب المزعوم: يرى الاجتهاد القضائي أنّه في حالة وفاة الأب المزعوم فإنّ الدّعى ترفع ضد ورثته.³ وفي حالة عدم وجود الورثة ترفع ضدّ الأوصياء الشرعيين. فمذ قانون 1993⁴ أصبح ينصّ صراحة أنّه في حالة انعدام الورثة ترفع الدّعى ضد الدولة وهو الحل الذي تضمّنته المادّة 328 الجديدة من القانون المدني.⁵

إذا باشر رافع الدّعى دعواه ضدّ أحد الورثة فإنّ بقية الورثة بإمكانهم الدّخول في الخصومة فيما بعد دون شرط الميعاد سواء كان ذلك من طرف المدّعي أو بمبادرة من طرف القاضي.⁶

الفرع الثّاني: حرّية إثبات نسب الأبوة المطلوب (منذ قانون 1912 إلى غاية قانون 1993)

تطوّر التشريع ببطء باعتبار أنّه تبنّى نظام حصري قائم على حالات رفع دعوى النّسب محدودة التي كانت مرفوقة بنتائج عدم القبول، حيث عوّضها تعديل 1993 بنظام إثبات بالقرائن وذلك قبل أن يضع الأمر الصّادر في 04 جويلية 2005 القاعدة العامّة المتعلقة بحرّية الإثبات في الدّعاوى الخاصّة بإثبات النّسب.

أولاً - ارتباط قبول الدّعى بحالة إثبات فتح الإجراءات: عندما تمّ إنشاء الدّعى بقانون

16 نوفمبر 1912⁷ كانت تخضع لشروط جدّ صارمة، وعلى المدّعي أن يثبت حالة أو عدّة حالات

¹ - Cassation chambre civile 1^{er}, 8 janvier 1957: Jurisclasseur Périodique G 1957, II, 9903, note de Montera.

² - Tribunal de grande instance Paris, 5 mars 1985 : Dalloz 1986 inf. rap. P. 64, obs. D. Huet-Weiller.

³ - Cassation chambre civile 1^{er}, 27 mars 1918: DP 1919, 1, p. 21.

⁴ - Loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 modifiant le code civil relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales.

⁵ - Article 328 du code civil français: « L'action est exercée contre le parent prétendu ou ses héritiers. A défaut d'héritiers ou si ceux-ci ont renoncé à la succession, elle est dirigée contre l'Etat ».

⁶ - Cassation chambre civile 1^{er}, 16 décembre 1992: Juris-Data n° 1992-002851; Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Chambres civiles 1992, n° 312.

⁷ - Loi du 16 novembre 1912 modifie l'article 340 du code civil (reconnaissance judiciaire de la paternité naturelle). journal officiel de la république française du 17 novembre 1912, p. 9718

ليفتح دعوى مثيلة طبقاً لنص المادة القديمة 340¹. هذه الدعوى المثيلة (دعوى أخرى) تتعلق بالاختطاف أو الاغتصاب للأُم أثناء فترة الحمل وذلك عن طريق الإغراء أو المناورات التندليسيّة أو التّعسف السلطوي أو الوعد بالزّواج أو الخطوبة أو عن طريق وثيقة مكتوبة من قبل الأب المزعوم الذي يعترف بأبوتّه دون نزاع، أيضاً بالمعاشرة غير الشرعيّة بين الأب والأُم بالعيش معاً. كذلك ربط علاقات دائمة خلال فترة الحمل أو بمشاركة الأب المزعوم في حفظ الطّفل وتربيته وتدرّسه بصفته كأب.

ثانياً - اختطاف أو اغتصاب الأم خلال فترة الحمل: في القانون المدني لسنة 1804 يعتبر اختطاف الأمّ هو السبب الوحيد الذي يسمح بالاعتراف بالأبوة الطّبيعيّة عن طريق القضاء. هذه الوسيلة تبنّاها قانون 1912 ثم قانون 1972 مع بعض التعديلات الشكليّة.

ثالثاً - التّطبيق الصّارم للقانون: كانت محكمة النّقض تنادي دائماً بضرورة احترام المادة 340 وذلك من ناحيتين: من جهة مجلس الاستئناف بباريس منحها الفرصة لتأكيد ذلك وبدون رجعة، وذلك في قرارين صادرين عن المجلس تكون بخصوص خرق المادة 340، فإنّ المجلس قرّر بأنّ دعوى البحث عن الأبوة تكون غير مقبولة عندما يثبت الأب المزعوم عن طريق فحص طبي للأُم أو بكلّ وسيلة طبيّة مؤكّدة بأنّه لا يمكنه أن يكون أباً للطّفل (حالة العقم). في الحالة العكسيّة أي عندما تثبت العلاقة الأبويّة البيولوجيّة بالطّرق الطّبيّة فإنّ الدعوى تكون مقبولة بل تكون مؤسّسة بناءً على الإثبات المقدّم الذي يعتبر دليلاً لا يقبل العكس.² ومن جهة أخرى وفي قرار مبدئي قرّرت محكمة النّقض أنّه: " ينتج من هذا النصّ أنّ الأبوة خارج الزّواج لا يمكن الإفصاح عنها إلّا في الحالات الخمسة المذكورة في المادة على سبيل الحصر".³

رابعاً - الصّفة أو الميزة الاستثنائيّة لدعوى البحث عن الأبوة الطّبيعيّة: إلى غاية القانون المؤرّخ في 08 جانفي 1993، فإنّ البحث عن الأبوة احتفظ بالطّابع الاستثنائي وأنّ منعه في القانون المدني لسنة 1804 قد تمّ رفعه لكنّه استُبدل بنظام صارم من خلاله لا يمكن طلب الأبوة أن يقدّم دون الاعتماد

¹ - Article 340 Créé par Loi n° 72 – 3 du 3 janvier 1972 sur la filiation.

² - Cour d'Appel Paris, 21 février 1986 : Dalloz 1986, Jurisprudence, p. 323.

³ - Article 340 du code civil français: « La paternité hors mariage peut être judiciairement déclarée :

1° Dans le cas d'enlèvement ou de viol, lorsque l'époque des faits se rapportera à celle de la conception ;

2° Dans le cas de séduction, accomplie à l'aide de manoeuvres dolosives, abus d'autorité, promesse de mariage ou fiançailles ;

3° Dans le cas où il existe des lettres ou quelque autre écrit émanant du père prétendu, propres à établir la paternité d'une manière non équivoque;

4° Dans le cas où le père prétendu et la mère ont vécu pendant la période légale de la conception en état de concubinage, impliquant, à défaut de communauté de vie, des relations stables et continues ;

5° Dans le cas où le père prétendu a pourvu ou participé à l'entretien, à l'éducation ou à l'établissement de l'enfant en qualité de père ». Créé par Loi n°72-3 du 3 janvier 1972, modifié par Loi n°93-22 du 8 janvier 1993, transféré par Ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005.

مسبقاً على أحد الحالات الخمس السابق ذكرها، حيث لا يكون الدليل دائماً بطريقة حرة بل يكون مقيداً بظروف ملائمة.¹

الفرع الثالث: حرية إثبات نسب الأبوة المطلوب (مند قانون 1993 إلى الأمر 2005)

عند مراجعة مشروع القانون رقم 2531 المقدم من طرف السيد: " Michel Sapin " ² المعدل للقانون المدني المتعلق بالحالة المدنية والنسب المنشئ لوظيفة قاضي شؤون الأسرة. ³ إن المادة 340 تعرضت لنقد واسع نظراً لطابعها المضيق وصرامتها المبالغ فيها خصوصاً بسبب ضرورة وجود حالات أثارها مجلس قضاء باريس التي تخضع لرقابة محكمة النقض. وعلى إثر اتفاقية نيويورك حول حقوق الطفل الممضاة بتاريخ 26 جانفي 1990 المصادق عليها من طرف فرنسا. ⁴ صدرت عدة مشاريع قوانين لجعل قانون الأسرة الفرنسي يتماشى مع الالتزامات الدولية الموافق عليها من طرف الدولة الفرنسية.

أما بخصوص النسب فإن المشروع رقم 2531 نصّ على العديد من التعديلات التي مست القانون المدني فيما يخص موضوع تأسيس النسب ودون التمييز بين الطفل الشرعي والطفل الطبيعي طبقاً للمادة 2 فقرة 1 من هذه الاتفاقية: " تلتزم الدول الأعضاء باحترام الحقوق المنصوص عليها في هذه الاتفاقية وضمانها لجميع الأطفال التابعين لأنظمتها القانونية دون تمييز ...أو بالنظر إلى مولدهم". كما أنّ مشروع القانون في مادته 15 حذف كلّ الحالات التي كانت ضرورية لدفع دعوى النسب ونصّ على كلّ وسيلة إثبات ممكنة للبحث عن الأبوة.

أما الأمر المؤرخ في 04 جويلية 2005 وطبقاً للفقرة 1 من المادة 327: " يمكن التصريح قضائياً بالأبوة الخارجة عن نطاق الزواج ". ⁵ وفقاً للقاعدة العامة المنصوص عليها في الفقرة 2 من المادة 310-3: " إذا تمّ رفع دعوى تطبيقاً للفصل الثالث من هذا الباب يثبت النسب ويعاين بجميع الوسائل بشرط قبول الدعوى ". ⁶ وبالنتيجة فإنّ الدليل حرّ، لكن قبوله مرتبط برفع الدعوى وقبولها.

¹ - Cassation chambre civile 1^{er}, 15 juin 1977: Bulltin civil, I, n° 282; Dalloz 1977, inf. Rap. p. 436.

² * - Michel Sapin est né le 9 avril 1952 à Boulogne-Billancourt (Hauts-de-Seine). ... En 1991, il devient ministre délégué chargé de la Justice puis ministre de l'Économie et des Finances (1992-1993) et fait voter la loi « Sapin » contre la corruption. ... Michel Sapin : « Notre société n'est pas en cohésion autour de l'argent ». https://fr.wikipedia.org/wiki/Michel_Sapin.

³ - Texte n° 2531 déposé à l'Assemblée Nationale le 23 décembre 1991. Loi modifiant le code civil relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales (n° 93-22 du 8 janvier 1993), parue au Journal officiel n° 7 du 9 janvier 1993:

http://www.senat.fr/dossier_legislatif/a91922531.html#block-timeline.

⁴ - Jurisclasseur Périodique G 1990, III, 64242.

⁵ - Article 327 du code civil français: « La paternité hors mariage peut être judiciairement déclarée ». Loi n° 2005-744 du 4 juillet 2005 portant réforme de l'adoption, journal officiel de la république française, n°155 du 5 juillet 2005, p. 11072.

⁶ - Article 310-3 du code civil français: « Si une action est engagée en application du chapitre III du présent titre, la filiation se prouve et se conteste par tous moyens, sous réserve de la recevabilité de l'action ». Créé par Ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005.

أولاً - قبول الإثبات وقبول الدّعى: في حالة عدم قبول الدّعى لا يمكن فحص مضمون القضية. إنّ قضاة الموضوع يشكّلون قناعتهم حول قبول الدّعى أولاً¹ إذا كان للطفل نسب أبوي معترف به قانوناً اتجاه الغير، يجب على القضاة أولاً القضاء بإلغاء هذا النسب طبقاً للمادة 320 وحينئذ الأمر بخبرة بيولوجية قبل الفصل في القضية أو بناءً على طلب الأم أو الطفل الأمر بخبرة من شأنها توضيح ما إذا كان الأب المزعزم هو الأب الحقيقي للطفل.

ثانياً - حرية طرق الإثبات وتفصيل الدليل البيولوجي: إنّ حرية الإثبات المعترف بها للطرف المدافع هي أيضاً معترف بها للطالب ما عدا في حالة الدّعى المتعلقة بحياسة الوضع، حيث الخبرة البيولوجية لا تعتبر قانوناً لأن موضوع الإثبات ليس حقيقة بيولوجية لكن حقيقة اجتماعية. إنّ مسألة إثبات الأبوة من طرف المدّعي (الطالب) مثلاً هو الحال بالنسبة للمدّعي عليه أصبحت اليوم من مهام أهل الخبرة، وتبقى الوقائع من اختصاص قضاة الموضوع من حيث تكييف هذه الوقائع.

ثالثاً - تحليل الدّم والتّحاليل بواسطة (ADN): تمّ اعتماد الحل من طرف محكمة النّقض في قرارها المؤرّخ في 28 مارس 2000 وتمّ العمل به تكراراً منذ ذلك الحين.² تخضع خبرات الـ ADN للمواد 11-16 و 12-16 من القانون المدني عندما تمّ النّصويت على القوانين العلمية سنة 1994.³ أراد المشرّع أن يتفادى كلّ انحراف يمسّ بالحقوق الأساسية للإنسان وسلامة الأسرة. وبالتالي إنّ التّعرف على شخص ما عن طريق بصمته لا يمكن أن تكون محلّ بحث إلّا في إطار إجراءات تحقيق أو تعليمات قضائية أو لأغراض طبية أو في إطار بحث علمي. وفي الأقوال المدنية فإنّ تحديد الهوية لا يتمّ بهذه الكيفية إلّا عن طريق أمر قضائي بناءً على دعوى تأسيس أو منازعة علاقة نسب.

رابعاً - السّلطة التقديرية لقضاة الموضوع: قضاة الموضوع لهم السّلطة التقديرية حول الأدلّة المقدّمة بما في ذلك نتائج الخبرات.⁴ أمّا في حالة رفض أحد الأطراف دون سبب شرعيّ الخضوع للإجراءات المأمور بها، فإنّ القضاة لهم السّلطة التقديرية الكاملة بشأن ذلك سواء تعلّق الأمر بفحص مقارن للدّم أو خبرة لتحديد الهوية بواسطة البصمات. يمكن للمحكمة العليا بسط رقابتها خصوصاً حول تسبيب الأحكام، وذلك بفرض الحد الأدنى من العناصر الموضوعية دون التّدخل في تكييف الوقائع التي تعود أصلاً إلى قضاة الموضوع.

الفرع الثالث: أجل التّقديم (منذ القانون 1912 إلى الأمر 04 جويلية 2005)

خلال كلّ هذه المدة بقيت الدّعى خاضعة لمدة قصيرة جداً ونظام صارم نظراً لوجود مدّة سابقة للدّعى، وذلك لإسباب ترجع إلى النّظام العام.⁵ غير أنّ هذا النّظام العام تعرّض لنقد

¹ - Cassation chambre civile 1^{er}, 7 mars 2002: Juris-Data n° 013328; D.2002, p. 2022, note Granet-Lambrechts.

² - Frédérique GRANET-LAMBRECHTS, Actes Relatifs à la filiation, recherche de paternité hors mariage: droit de l'enfant. Fasc. 310. Juris-classeur, 2008, p. 21. réserve de la recevabilité de l'action ».

³ - Loi n°94-653 du 29 juillet 1994.

⁴ - Cassation chambre civile 1^{er}, 23 avril 2003: Revue Juridique Personnes et Famille, p. 22 note t. Garé.

⁵ - Cassation chambre civile, 16 juillet 1941 : Jurisclasseur Périodique G 1941, II, 1764, note H. Desbois.

شديد، لكن رغم ذلك لم يغيّر مشرّع قانون 1972¹ الأحكام السابقة، ولم يأت قانون 1993² سوى ببعض التغييرات الطفيفة تمسّ الصياغة للنص 340-4 فقرة 2³ الخاصة بحذف بعض أسباب رفع الدّعى. لكن الأمر المؤرخ في 04 جويلية 2005 جاء بإجراءات جديدة وهامة بخصوص ميعاد رفع الدّعى حيث تمّ تمديد أجل التّقديم. في القانون القديم نلاحظ أنّ المادة 340-4 هيّ التي تحدّد المدّة وبداية إنطلاق الميعاد.⁴ إنّ ما تعرّض للتّغيير هو نص الفقرة الثانية فقط من هذه المادة بعد صدور قانون 1993.⁵

منذ قانون 1912 كان من اللازم التّفريق بين الدّعى التي يتمّ رفعها خلال المدّة التي يكون فيها الطّفل قاصراً والمدّة التي يكون فيها الطّفل بالغاً.

أولاً: الدّعوة المرفوعة خلال المدّة التي يكون فيها الطّفل قاصراً

الدّعى التي ترفع خلال هذه المدّة يكون ميعادها سنتين (02) ابتداءً من ميلاد الطّفل حسب المادة القديمة 340-4 فقرة 1.⁶ فالمشرّع يريد بالأمر التّدخل بسرعة لرفع الدّعى. ولم يعرف هذا الإجراء أيّ تغيير عند صدور قانون 1993. نظراً لطبيعة قصر المدّة فإنّ الاجتهاد القضائي يفرض على صاحب الدّعى إثبات عدم إنقضاء الميعاد.⁷ والقانون يأخذ بنظام التّقديم تحت طائلة عدم الانقطاع وعدم التّوقف.⁸ كما أنّ الاجتهاد القضائي لم يتردّد في الموافقة على تمديد مدّة الدّعى لفائدة الأم عندما تكون هذه الأخيرة دون مداخيل يمكن لها تقديم طلب المساعدة القضائية، حيث تضاف مدّة هذا الطّلب إلى مدّة التّقديم⁹ بشرط ألاّ تتجاوز تقديم الدّعى مدّة شهرين من تاريخ قبول أو رفض طلب

¹ - Loi n° 72-3 du 3 janvier 1972.

² - Loi n° 93-22 du 8 janvier 1993.

³ - Article 340-4-2 du code civil français: «...Toutefois, dans les quatrième et cinquième cas de l'article 340, elle peut être exercée jusqu'à l'expiration des deux années qui suivent la cessation, soit du concubinage, soit des actes de participation à l'entretien et à l'éducation de l'enfant ». Créé par Loi n°72-3 du 3 janvier 1972.

⁴ - Article 340-4 du code français: « L'action doit, à peine de déchéance, être exercée dans les deux années qui suivent la naissance. Toutefois, dans les quatrième et cinquième cas de l'article 340, elle peut être exercée jusqu'à l'expiration des deux années qui suivent la cessation, soit du concubinage, soit des actes de participation à l'entretien et à l'éducation de l'enfant. Si elle n'a pas été exercée pendant la minorité de l'enfant, celui-ci peut encore l'exercer pendant les deux années qui suivent sa majorité ». Créé par Loi n°72-3 du 3 janvier 1972.

modifié par Loi n°93-22 du 8 janvier 1993, abrogé par Ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005.

⁵ - Article 340-4 alinéa 2 du code français: «...Toutefois, si le père prétendu et la mère ont vécu pendant la période légale de la conception en état de concubinage impliquant, à défaut de communauté de vie, des relations stables ou continues, l'action peut être exercée jusqu'à l'expiration des deux années qui suivent la cessation du concubinage. Si le père prétendu a participé à l'entretien, à l'éducation ou à l'établissement de l'enfant en qualité de père, l'action peut être exercée jusqu'à l'expiration des deux années qui suivent la cessation de cette contribution ». Modifié par Loi n°93-22 du 8 janvier 1993, abrogé par Ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005.

⁶ - Article 340-4 alinéa 1 du code français: « L'action doit, à peine de déchéance, être exercée dans les deux années qui suivent la naissance ».

⁷ - Cassation requêtes, 28 février 1928: DP 1928, 1, p. 113, note R. Savatier.

⁸ - Cassation chambre civile, 7 mai 1923: DP 1923, 1, p. 57, note Sarrut.

⁹ - Décret n° 72-809 du 1er septembre 1972 portant application de la loi n° 72-11 du 3 janvier 1972 instituant l'aide judiciaire, journal officiel de la république française du 3 septembre 1972 p. 9476. Modifié par Décret n°75-350 du 14 mai Modifiant le décret 72809 du 01-09-1972 sur l'aide judiciaire, journal officiel de la république française du 15 mai 1975 p. 4909.

المساعدة القضائية.¹ إنَّ الاجتهاد القضائي تبني ضمناً حالة القوة القاهرة حال وفاة الأب أو الأم بصفة طارئة عندما لا يجد الطفل من يمثله للمطالبة بحقوقه، عندئذ يتم تعيين وصي من طرف مجلس العائلة ويتم قبول الدعوى حتى ولو تم تقديمها بعد مرور سنتين من الولادة.²

ثانياً: الدعوى التي يرفعها الطفل البالغ

يمكن للطفل البالغ أن يرفع دعوى الاعتراف بالأبوة ضد الأب المزعوم خلال المدة القانونية المقدرة بسنة واحدة ثم بسنتين حسب قانون 3 جانفي 1972. ومراعاة لمصلحة الطفل قررت محكمة النقض في حالة ترشيد الطفل إعطائه حق مباشرة الدعوى فوراً، وبإمكانه رفعها إلى غاية إنقضاء السنتين الموالتين لسن الرشد القانوني.³

إنَّ مباشرة دعوى البحث عن الأبوة الطبيعية من طرف الطفل خلال مدة السنتين من بلوغه السن القانونية قد بينتها الأحكام الانتقالية للمادة 19 من القانون رقم 74-631 المؤرخ في 05 جويلية 1974 التي تحدّد سن الرشد القانوني بثمانية عشر (18) سنة.⁴

ثالثاً: المدة الجديدة التي جاء بها الأمر 04 جويلية 2005

جاء هذا الأمر بعدة نقاط جديدة منها: حساب المدة وطبيعتها والنظام القانوني للمدة باعتبار أنه يوجد مدة للتقادم. أما بخصوص حساب المدة فيمكن تمديدتها لمصلحة الطفل، غير أن الأمر المذكور أعلاه لا يشير إلى مدة خاصة في المادتين 327 و 328 اللتين تشتركان في أحكام دعوى البحث عن الأمومة. وتشير في الفقرتين الأولى والثانية إلى تمثيل الطفل القاصر صاحب الدعوى، كما تشير الفقرة الثالثة إلى الطرف المدافع في الدعوى (المدعى عليه). حيث تضمنت وتبنت هذه المسائل التي أشارت إليها النصوص القديمة (340-2 و 340-3) المتعلقة بالبحث عن الأبوة الطبيعية، ومنه نستخلص أن دعوى البحث عن الأبوة تخضع لمواعيد القواعد العامة طبقاً للنص الجديد 321.⁵

إنَّ دعوى البحث عن الأبوة هي دعوى خاضعة لمدة التقادم طبقاً للقواعد العامة والمحددة بعشر (10) سنوات ابتداء من ميلاد الطفل، ويوقف هذا الميعاد خلال المدة التي يكون فيها قاصراً. ويكون للطفل الحق في رفع هذه الدعوى إلى غاية بلوغه السن الثامنة والعشرين (28) سنة.⁶ هذه

¹ - Cassation chambre civile 1^{er}, 30 janvier 1979: Dalloz 1980, jurisprudence, p. 65, note P. de Roussane.

² - Cour d'Appel, 22 novembre 1999 : Juris-Data n° 1999-101659 ; Droit de la famille 2000, comm. N° 20, note P. Murat.

³ - Cassation chambre civile, 14 mars 1978: Dalloz 1978, Jurisprudence, P. 469, obs. J. MAZEAUD.

⁴ - Loi n° 74-631 du 5 juillet 1974 fixant à dix-huit ans l'âge de la majorité, journal officiel de la république française du 7 juillet 1974, p. 7099.

⁵ - Article 321 du code français: « Sauf lorsqu'elles sont enfermées par la loi dans un autre délai, les actions relatives à la filiation se prescrivent par dix ans à compter du jour où la personne a été privée de l'état qu'elle réclame, ou a commencé à jouir de l'état qui lui est contesté. A l'égard de l'enfant, ce délai est suspendu pendant sa minorité ». Créé par Loi n°72-3 du 3 janvier 1972, Modifié par Ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005.

⁶ - Jean Hauser, « Des filiations à la filiation », Revue Juridique Personnes et Famille, septembre 2005, p. 6.

المدة أصبحت أطول بالمقارنة مع المدة التي تضمنتها القوانين السابقة. يبدو هذا الأمر منطقيًا من حيث عدم إزعاج حياة الأب بعد هذا الميعاد باعتبار أن هذه المدة كافية جدًا للطفل من أجل التفكير وبلوغ سن النضج الكامل، إذ يجمع خلالها المعلومات الكافية والأدلة، وبعد ذلك يتسنى له أخذ القرار أو عدم أخذه في رفع دعوى البحث عن أبيه.

الفرع الرابع: أسباب عدم القبول

أولاً: أسباب عدم القبول المحذوفة بقانون 1972

الطفل هو الوحيد صاحب الدعوى، والأب لا تستطيع مباشرتها إلا باسمه. ومنه نستنتج أن وفاة الطفل تجعل الدعوى المتعلقة بالبحث عن الأبوة الطبيعية غير مقبولة. وقد أخذ الاجتهاد القضائي نفس الاتجاه عندما تقع حادثة الوفاة أثناء رفع الدعوى.¹ غير أنه بعد تعديل قانون 1972 أصبح بإمكان ورثة الطفل المتوفي مواصلة إجراءات الدعوى، وبإمكان هؤلاء الورثة تسجيل الدعوى بعد وفاته وهو قاصر أو خلال السنتين بعد بلوغه سن الرشد. الأمر المؤرخ في 04 جويلية 2005 تضمن نفس المبدأ، حيث تمّ تمديد أجل الدعوى لصالح الطفل بخصوص الآثار المترتبة عن فتح الدعوى بالنسبة للورثة في حالة وفاة الطفل.

ثانياً: أسباب عدم القبول المحذوفة بقانون 1993

إلى غاية قانون 08 جانفي 1993 الذي ألغى المادة 340-1.² بإمكان صاحب الدعوى أن يخسرها بسبب إثارة أحد عناصر عدم القبول من طرف المدعى عليه، وذلك في حالة ظهور عوامل تدخل الشك حول الأبوة أو تبعتها تمامًا. أمّا في حالة تقديم الطالب دعواه على أساس حالة أو عدة حالات تسمح برفع دعواه يمكن أن تظهر ملامح الأبوة، وبإمكان المدعى عليه أن يثير بطلان الدعوى بناءً على أحد العوامل المذكورة في المادة 340-1. تحت ضغط قانون 1972 تمّ تبني الاجتهاد القضائي للخبرة التي يطالب بها المدعى عليه التي مفادها تكوين عنصر عدم قبول الدعوى، حيث يجب على المحكمة أن تأمر بهذه الخبرة.³

أ - تعديل قانون 1993: عدّل القانون 1993 المادة 340-1 وحذف أسباب عدم القبول التي نصّت عليها، حيث أصبحت الخبرة هي وسيلة تأسيس سواء للمدعى عليه أو للمدعي وذلك بطلب من أحدهما.

¹ - Cour d'Appel, Paris, 28 mars 1927: S. 1929, 2, p. 30, obs. Gaudemet.

² - Article 340-1 du code civil français abrogé par Loi n°93-22 du 8 janvier 1993: « L'action en recherche de paternité ne sera pas recevable »

1° S'il est établi que, pendant la période légale de la conception, la mère était d'une conduite notoire ou qu'elle a eu commerce avec un autre individu, à moins qu'il ne résulte d'un examen des sangs ou de toute autre méthode médicale certaine que cet individu ne peut être le père ;

2° Si le père prétendu était, pendant la même période, soit par suite d'éloignement, soit par l'effet de quelque accident, dans l'impossibilité physique d'être le père ;

3° Si le père prétendu établit par un examen des sangs ou par toute autre méthode médicale certaine qu'il ne peut être le père de l'enfant ».

³ - Cassation chambre civile 1^{er}, 15 octobre 1956, Gazette du Palais, 1956, 2, p. 399.

ب - الأمر 04 جويلية 2005: إلى جانب الحاجز المتولد عن تقادم الأجل نذكر أن مدته قد تمّ تمديدتها، وبقي الأمر 04 جويلية محتفظ بمنع تأسيس النسب الأبوي في حالة زنا المحارم المطلق عندما يتمّ تأسيس نسب الأمومة مسبقاً. ولأجل تقادي التنازع حول نسب الطفل اتخذ تطبيق عام لمبدأ الترتيب (الأولوية في المطالبة) لكي لا تصطدم دعوى البحث عن الأبوة بدعوى أخرى سابقة.

ثالثاً: سبب رفض الدعوى المتعلقة بتأسيس نسب الأمومة في حالة زنا المحارم

في الحالات الخطيرة لزنا المحارم المسماة "المطلقة" بين شخصين تربطهما علاقة نسب قريبة جداً أي بين الأصول والفروع أو بين الإخوة والأخوات الذين يمنعهم القانون من إقامة علاقة زواج غير مرخص بها من طرف رئيس الجمهورية، فإن قانون 1972 رتب في المادة 334-10¹ من القانون المدني استثناءً على مبدأ حرية تأسيس النسب غير الشرعي.² كذلك النص الجديد للمادة 310-2 من القانون المدني³ تنبئ هذا المنع ووسعه لأنه يكرّس الحلّ الذي جاءت به محكمة النقض الذي مفاده عدم قبول عريضة لأسباب تتعلق بالتبني البسيط للطفل من قبل الوالد الثاني⁴ الذي يرخص التصريح بالتبني البسيط لأنه (العريضة) تصطدم بالمنع الذي أقره القانون المتعلق بتأسيس النسب المزدوج للطفل الناتج عن العلاقات بين أشخاص يعلمون بالمنع المشار إليه في المادة 334-10 من القانون المدني.

المادة 310-2 لا تشير إلا إلى الأطفال المولودين من أب وأم يوجد بينهما أحد موانع الزواج المشار إليها في المادتين 161 و162 لسبب النسب.⁵

رابعاً: سبب رفض الدعوى المتعلقة بتأسيس نسب الأبوة للغير

الوقاية من منازعات نسب الأبوة طبقاً لنص المادة 320 من القانون المدني إذا كان للطفل نسب أبوي مؤسساً قانوناً، يمكنه اللجوء إلى العدالة للمطالبة بإلغاء هذا النسب قبل أن يثبت أن شخصاً آخر سيكون الأب الحقيقي. يمكن تقديم الطلبين معاً غير أن طلب البحث عن النسب لا يتم إلا بمراعاة شرط تأسيس الطلب على المصلحة المستهدفة محل الطلب.

¹ - Article 334-10 du code civil français : « S'il existe entre les père et mère de l'enfant naturel un des empêchements à mariage prévus par les articles 161 et 162 ci-dessus pour cause de parenté, la filiation étant déjà établie à l'égard de l'un, il est interdit d'établir la filiation à l'égard de l'autre ». Créé par Loi n°72-3 du 3 janvier 1972, abrogé par Ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005.

² - Annick Batteur, « L'interdit de l'inceste », Revue trimestrielle de droit civil, 2000, p. 759.

³ - Article 310-2 du code civil français: « S'il existe entre les père et mère de l'enfant un des empêchements à mariage prévus par les articles 161 et 162 pour cause de parenté, la filiation étant déjà établie à l'égard de l'un, il est interdit d'établir la filiation à l'égard de l'autre par quelque moyen que ce soit », Créé par Ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005.

⁴ - Cassation chambre civile 1^{ère}, 6 avril 2004: Juris-Data n° 2004-021678.

⁵ - Article 161 du code civil français: « En ligne directe, le mariage est prohibé entre tous les ascendants et descendants et les alliés dans la même ligne ». Article 162: « En ligne collatérale, le mariage est prohibé, entre le frère et la soeur, entre frères et entre sœurs ». Créé par Loi 1803-03-17 promulguée le 27 mars 1803, modifié par Ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005. <https://www.legifrance.gouv.fr/>.

إنّ التعديل الجديد كان يهدف إلى وضع حد للنزاعات العديدة المطروحة في مجال البحث عن الأبوة الناتجة عن التفسير العكسي للنص القديم 334-9 من طرف الاجتهاد القضائي.¹

الفرضية الثانية التي يمكن طرحها هي عندما يكون الطفل مستفيداً من نسب أبوي طبيعي. في هذه الحالة يمكن تقديم دعوى بحث عن الأبوة ضد شخص آخر، ولكي تقبل هذه الدعوى يجب إثبات أنّ النسب السابق لهذه الدعوى غير صحيح، ذلك طبقاً للمادة 338 التي تضمنت الحل الذي جاء به نص المادة 342 مكرر قديم من القانون المؤرخ في 15 جويلية 1955.²

يبدو أنّ المادة 320 تشكّل آلية عامة لحماية جميع النزاعات المتعلقة بالنسب دون عرقلة تأسيس نسب الأبوة الحقيقي بمناسبة مباشرة دعوى البحث عن النسب التي تواجهها منازعة أخرى لأبوة مثبتة مسبقاً وتكون مرتبطة بها والتي يجب الفصل فيها من طرف المحكمة.³

خامساً: سبب عدم قبول الدعوى المتعلقة بالتبني الكامل للطفل

الطفل الذي يستفيد من تبني بسيط يستطيع البحث عن نسبه الأبوي قضائياً بواسطة تحليل الدم. ويجوز للأب الاعتراف بولده كما أنّ الحكم الصادر في شأن الأبوة لا يؤثر على وضعيّة التبني.⁴ والعكس إذا كان الطفل مستفيداً من تبني مطلق فإنّ هذا التبني يشكّل عائقاً أمام دعوى البحث عن نسبه بواسطة الدم، كأنما أبوه ليس في استطاعته الاعتراف به حتّى ولو طلبت الأمّ الوالدة أثناء الوضع كتم سرّ قبوله وهويته.⁵

سادساً: سبب عدم قبول الدعوى اعتباراً لسلطة قوّة الشيء المقضي به

في القانون الداخلي قوّة الشيء المقضي فيه بناءً على طلب الأمّ خلال فترة قصر الطفل لا تنثير حتماً سبب عدم قبول دعوى البحث عن النسب التي يتقدّم بها الطفل البالغ، ويتمّ ذلك إذا تمّ البتّ في طلب الدعوى في الموضوع. كان ذلك قبل قانون 1993 في حالات فتح مباشرة الدعوى، أمّا بعده فإنّ محكمة النقض قرّرت حسن تطبيق القانون من طرف مجلس القضاء الذي قبل دعوى البحث عن الأبوة التي تقدم بها طفل بالغ، بينما أثناء مدة قصره إنتهت الدعوى التي تقدّمت بها الأمّ بقرار نهائي والذي تأسّس على إحدى الحالات الثلاثة لفتح الدعوى التي ينصّ عليها القانون القديم حسب المادة 340 قانون مدني.

¹ - Article 334-9 du code civil français: « Toute reconnaissance est nulle, toute demande en recherche est irrecevable, quand l'enfant a une filiation légitime déjà établie par la possession d'état ». Créé par Loi n°72-3 du 3 janvier 1972, abrogé par Ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005.

² - Loi n° 55-934 du 15 juillet 1955 modifiant les articles 340, 341 et 342 du code civil relatifs à la reconnaissance des enfants naturels et instituant un article 342 " bis " du même code: « L'orsqu'une filiation est établie par un acte ou par un jugement, nulle filiation cotraire ne pourra être postérieurement reconnue sans qu'un jugement établisse, préalablement, l'inexactitude de la première ».

³ - Jacques MASSIP, « le nouveau droit de la filiation », Defrénois 2006, Art. 38312, p. 91 s. spécial. N° 44.

⁴ - Article 369 du code civil français: « L'adoption conserve tous ses effets, nonobstant l'établissement ultérieur d'un lien de filiation ». Créé par Loi n°66-500 du 11 juillet 1966 portant réforme de l'adoption, journal officiel de la république française, n°0160 du 12 juillet 1966, p. 5956.

⁵ - Frédérique GRANET-LAMBRECHTS, op. cit., p. 26.

منذ دخول الأمر المؤرخ في 04 جويلية 2005 حيز التنفيذ فإنّ الحلّ يتمثل في الدّعى التي يتقدّم بها الطّفل البالغ عندما تنتهي الدّعى التي تقدّمت بها الأمّ بقرار نهائي خلال مدّة قصر الطّفل التي لم تحصل من خلالها على نتيجة. غير أنّه طبقاً لما كان معمولاً به سابقاً فإنّ الطّفل البالغ تُرفض دعواه التي أقامها ضد نفس الشّخص التي رفعت الأمّ دعوى ضده أثناء مدّة قصر الطّفل، ذلك لأنّ هناك خبرة بيولوجية أثبتت أبوة هذا الشّخص، غير أنّ هذا لا يمنع الطّفل البالغ من البحث عن الأبوة تجاه شخص آخر.

الفرع الخامس: مآل أو مصير الحكم الذي يتضمّن منحة إعانة الطّفل

مثلاً كان عليه القانون الداخلي الذي لم يتمّ تعديله حول هذه المسألة، فإنّ الطّفل الذي يباشر دعوى تهدف إلى منحه إعانة. إنّ هذه الدّعى لا تصطدم بأيّ سبب من أسباب عدم القبول إذا أراد بعد ذلك تقديم دعوى البحث عن الأبوة الطبيّعية ضدّ نفس الشّخص أو ضدّ شخص آخر. وبالتالي حسب تعبير المادّة 342-8 فقرة¹: "قوة الشّيء المقضي فيه الخاصّة بالدّعى التي تهدف إلى منح إعانة لا تثير أيّ سبب لعدم قبول دعوى لاحقة للبحث عن الأبوة".² بالإضافة إلى أنّه مثلاً يعني نجاح الدّعى لغرض الإعانة، تحقيق أو ثبوت العلاقات الودّية بين الأمّ والمدّعى عليه خلال المدّة القانونيّة للحمل فإنّ ثبوت هذه الإعانة يجب أن تظهر في الأسباب التي يبنى عليها الحكم النهائي الذي يكون في الأخير حائزاً لقوة الشّيء المقضي فيه. حيث لا يمكن لهذه المسألة أن تكون موضوع نزاع جديد. هذا ما قرّره محكمة النقض بمناسبة دعوى بحث عن الأبوة تمّت مباشرتها على أساس المادّة 340-4 من طرف طفل أصبح بالغاً ضدّ شخص تمّ الحكم عليه من قبل تسديد منح إعانة.³

المطلب الثالث: آثار الحكم الصّادر في الدّعى

أولاً: السّلطة التقديرية للقضاة

تضمّن نص المادّة 327 في فقرته الأولى صياغة النصّ القديم للمادّة 340 الذي جاء به قانون 08 جانفي 1993: "يمكن التّصريح بالأبوة خارج الزّواج عن طريق القضاء".⁴ إنّ اجتماع شروط التّصريح القضائي بالأبوة، تترك لقضاة الموضوع كلّ الحرّية في تقدير محتوى الطّلب أو مدى جدية الطّلب. وعليه يمكنهم بطبيعة الحال رفض الطّلب في حالة الشّك في الأبوة موضوع الطلب سواء قبل أو بعد حذف حالات فتح الدعوى حسب قانون 1993.¹ لكن تدريجياً لم ينقطع الشّك في تقليص

¹ - Article 342-8 du code civil français: « La chose jugée sur l'action à fins de subsides n'élève aucune fin de non-recevoir contre une action ultérieure en recherche de paternité ». Créé par Loi n°72-3 du 3 janvier 1972, Modifié par Ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005.

² Frédérique GRANET-LAMBRECHTS, op. cit., p. 26.

³ - Cassation chambre civile 1^{er}, 4 janvier 1995: Dalloz 1995, somm. p. 225, obs. F. Granet-Lambrechts; Defrénois 1995, art. 36145, p. 1024.

⁴ - Article 340 du code civil français: « La paternité hors mariage peut être judiciairement declare ». Créé par Loi n°72-3 du 3 janvier 1972, modifié par Loi n°93-22 du 8 janvier 1993.

¹ - Cassation chambre civile 1^{er}, 26 février 1974: Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation, Chambres civiles, 1974, I, n° 66; Jurisclasseur Périodique G 1974, IV, p. 134.

فعاليات الخبرات البيولوجية التي كان استعمالها متاحًا كثيرًا من طرف محكمة النقض ذلك قبل تحرير طرق الأدلة في الدعاوى المتعلقة بالنسب التي جاء بها الأمر المؤرخ في 04 جويلية 2005.

ثانيًا: طرق الطعن

طرق الطعن العادية مفتوحة للأطراف، ولا يمكن قبول طعن المدعي المرفوضة دعواه. بمفهوم المخالفة فإن الاجتهاد القضائي يوافق على صحة تنازل الأب عن الطعن بالاستئناف إذا تمّ التصريح بالأبوة أو دون الامتنال للحكم الصادر باعتبار أنّه قبل بوضعية نشأت مفادها الاعتراف أو الإقرار بأبوة الطفل.¹

ثالثًا: الحكم القاضي برفض الطلب

أ- **المدعي سيء النية:** مثلما تضمنته قوانين 1912 و 1972، فإن المدعي سيء النية يتعرض لعقوبات تصدر عن القضاء المدني الذي يرفض الدعوى التي ترفع لأجل الابتزاز. غير أنّه لم يحصل أن طبقت المحاكم هذه العقوبات.² وطبقًا للقواعد العامة يمكن الحكم على المدعي سيء النية بالتعويض لفائدة المدعي عليه لإجراءات تعسفية.

1- الدعوى اللاحقة المثبتة لحياة الطفل: تقرر أنّه بعد خسارة دعوى متعلقة بالبحث عن الأبوة نظرًا لعدم القدرة على إثبات حالة من حالات قيام هذه الدعوى طبقًا للقانون الساري المفعول آنذاك، يمكن للأُم أن تدعي ضدّ نفس الشخص بأنّ الطفل هو تحت رعايته. وعليه فإنّ موضوع وسبب هذه الدعوى الجديدة تختلف عن الدعوى السابقة وبذلك يمكن قبول طلب الأم.³

2 - الحكم المصرّح بالأبوة المؤسّسة:

- **الحكم المثبت:** مثلما هو معمول به فإنّ الحكم الذي يستجيب لطلب المدعي يجب أن يصرّح صراحة بالأبوة وليس الحكم على الأب المزعوم وإلزامه بالاعتراف بالطفل.⁴ كلّ الأحكام الصادرة في هذا الشأن تكون مثبتة للنسب بأثر رجعي، حيث يستطيع الطفل المطالبة بجميع حقوقه المرتبطة بالنسب منذ ولادته.⁵

- **إلغاء المادتين 340-5 و 340-6:** هذه الأحكام تشير إلى عدّة تدابير تبعية التي تستطيع المحكمة الحكم بها مع الحكم المصرّح بأبوة المدعي عليه من جهة، وبناءً على طلب الأمّ يمكن الحكم على الأب بتسديد كلّ أو بعض المصاريف إلى الأمّ التي صدقتها خلال ثلاثة أشهر التي سبقت الولادة والثلاثة أشهر التي تلتها دون إغفال التعويضات عن الأضرار تطبيقًا للمواد 1382 و 1383 من

¹ - Cour d'Appel, Paris, 18 juillet 1947, Gazette du Palais 1947, 2, p. 244.

² - Tribunal civil Bourgogne, 5 juillet 1922 : la loi 9 août 1922, usage d'un document falsifié.

³ - Cour d'Appel, Versailles, 22 octobre 1998 : Juris-Data n° 1998-055718 ; Revue Trimestrielle de droit civil, 1999, p. 827, obs. Jacques Hauser.

⁴ - Cour d'Appel, Chambéry, 3 novembre 1952 : Gazette du Palais 1953, 1, p. 45.

⁵ - Cassation civil chambre civile 1^{er}, 16 février 1982: Bulletin des arrêts de la Cour de cassation , Chambres civiles 1982, I, n° 69.

القانون المدني.¹ إنَّ إمكانية التعويض الذي قد تحصل عليه الأمُّ أساسه الخطأ الذي يرتكبه المدعى عليه خلال العلاقات السابقة بينهما، وذلك بإقرار من الاجتهاد القضائي منذ قانون 1912. أضاف قانون 3 جانفي 1972 إلى المصاريف التي تسددها مصلحة الضمان الاجتماعي، كما يبقى الأب ملزماً بتعويض جميع مصاريف رعاية الطفل وتربيته منذ ولادته.² ومن جهة أخرى يمكن أن يتضمن الحكم أحكاماً ذات طبيعة غير مالية متعلقة بالاسم أي اسم الطفل والسلطة الأبوية. هذه الأحكام تم إلغاؤها بالأمر 4 جويلية 2005، إذ جاء بنص المادة 331 الذي شمل دعوى البحث عن الأمومة والأبوة وتثبت حيازة الطفل.³

- **التسجيل في سجلات الحالة المدنية:** تأمر المحكمة بتسجيل الحكم المصرح بالأبوة في سجل الحالة المدنية وعلى هامش عقد ميلاد الطفل.

- **المدعى عليه سيء النية:** إذا كان بإمكان المحكمة الحكم بعقوبات ضد الطالب أو المدعى سيء النية فلا يكون ذلك ممكناً ضد المدعى عليه، لأن الأب غير ملزم بالاعتراف، وفي هذه الظروف فإن إنكاره لا يعتبر جنحة.

¹ - Article 1382 du code civil français: « Les présomptions qui ne sont pas établies par la loi, sont laissées à l'appréciation du juge, qui ne doit les admettre que si elles sont graves, précises et concordantes, et dans les cas seulement où la loi admet la preuve par tout moyen ». Article 1383 du code civil français: « L'aveu est la déclaration par laquelle une personne reconnaît pour vrai un fait de nature à produire contre elle des conséquences juridiques. Il peut être judiciaire ou extrajudiciaire ». Créé par Loi 1804-02-09 promulguée le 19 février 1804, modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/ordonnance/2016/2/10/2016-131/jo/texte>.

² - Cassation civil chambre civile 1^{ère}, 16 février 1982, op. cit.

³ - Article 331 du code civil français: « Lorsqu'une action est exercée en application de la présente section, le tribunal statue, s'il y a lieu, sur l'exercice de l'autorité parentale, la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant et l'attribution du nom ». Créé par Loi n°72-3 du 3 janvier 1972, modifié par Ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005.

الباب الثّاني

الإطار الشرعي والقانوني لنسب الطّفل النّاتج عن التّلقيح الاصطناعي
واللّعان

الباب الثاني: الإطار الشرعي والقانوني لنسب الطفل الناتج عن التلقيح الاصطناعي واللعان

إن سبب التطرق لنسب الطفل الناتج عن التلقيح الاصطناعي والمقصود هنا هو التلقيح بنطفة الغير، وكذا الطفل الناتج عن اللعان، لأن نسبته في هذه الحالة يأخذ حكم الولد الناشئ من الزنا. حيث يلتقي التلقيح الاصطناعي بتدخل الغير مع الزنا في إطار واحد. إذ ينعكس هذا التدخل على عملية الإنجاب فيما يتعلق بالنسب.

إن القاعدة العامة في الأنساب تقضي بأن كل مولود تضعه المرأة على فراش زوجها هو ابن شرعي يحمل لقب العائلة حفاظاً على استقرار الأسر والمجتمع، وحفاظاً على حقوق المولود من الضياع. لكن قد يحدث أن ترتكب الزوجة جريمة الزنا أو يشك الزوج في حملها فيعتمد إلى نفيه. وإعمالاً لقاعدة الولد للفراش، فهل ينتقي الولد عنه حال اللعان؟ وهنا هل من حق الطفل البحث عن الأب الحقيقي وإلحاق نسبته به؟. إلا أنه اليوم هناك من الوسائل المستجدة حديثاً في إثبات النسب ونفيه ما يعرف بالبصمة الوراثية. فهل يمكن الاستعانة بها في نفي النسب والاكتفاء بها دون إجراء اللعان إذا جاءت النتائج تؤكد ذلك أم لا بد من اللعان أيضاً؟.

إذا كان الزواج هو أحد أهم عوامل حفظ بقاء واستمرار النسل البشري الذي من أهم أغراضه على الإطلاق هو حفظ النسل الذي يعتبر أحد الكليات الخمس ولا يتحقق إلا بالإنجاب الذي يعد أهم غاية مشروعة يهدف إليها عقد الزواج. في حين يعد العقم أثراً استثنائياً يخضع لمعالجته بالتلقيح الاصطناعي لغرض حصول الحمل عند المرأة خارج إطار المعاشرة الزوجية في شكلها الطبيعي، وبالتالي فإن كل التشريعات الوضعية الآن تعتبر أن التلقيح الاصطناعي وسيلة علمية جديدة علاجية من أجل مساعدة الأسر الذين لم يستطيعوا الإنجاب لأي سبب كان من أجل حدوث هذا الإنجاب.

إن من المسائل التي نجمت عن التطور العلمي في مجال الإنجاب مسألة تقنيات الإنجاب الاصطناعي التي تعرف بعمليات التلقيح الاصطناعي بنوعيه الداخلي والخارجي ويطلق عليه اسم أطفال الأنابيب.¹

¹ - ويعرف التلقيح الاصطناعي الداخلي على أنه: "نقل المني صناعياً من ذكر الرجل إلى مهبل الأنثى".¹ أي أن التلقيح الاصطناعي هو عبارة عن عملية يتم بموجبها تلقيح البويضة لأنثى بحيوان منوي لذكر، دون اتصال جنسي طبيعي. وقد يتم التلقيح الاصطناعي داخلياً أي داخل العضو التناسلي للمرأة، وذلك بأن يوضع مني الزوج أو مني غيره بطريقة صناعية في رحم المرأة، الأمر الذي يترتب عليه اندفاع الحيوان المنوي (الخلية الذكرية) نحو البويضة (الخلية الأنثوية) لتحدث عملية الإخصاب، وتتم بعد ذلك عملية التلقيح. وقد تتم خارجياً أي خارج العضو التناسلي للمرأة، وذلك بأن تؤخذ البويضة من المرأة عند خروجها من المبيض، فيلتقطها ثم يضعها في طبق خاص، ثم مني الرجل عن طريق الاستمناء أو المعاشرة الجنسية للزوجة أو غيرها ويوضع في الطبق مع البويضة، فإذا تم إخصاب البويضة بأحد الحيوانات المنوية تركت هذه اللقحة لتقسم انقساماتها المتتالية، فتصبح الخلية خليتين، والخليتان أربع والأربع ثمانية وهكذا. بعد ذلك تتكون بداية أولى للجنين، وحينئذ

إذا كان هذا التلقيح في إطار العلاقة الزوجية فإن ذلك لا يثير أي إشكال في نظر الفقه والقانون، لكن المنطق يقودنا إلى التعرف على وسيلة أخرى للإنجاب الاصطناعي عن طريق تدخّل الغير ذلك بوجود طرف ثالث يتدخّل في عملية الإنجاب مخالفاً بذلك الوضع الطبيعي للتلقيح المفترض فيه أن يكون قاصراً على الزوجين فقط. لذلك يمثل التلقيح الاصطناعي بتدخّل الغير شذوذاً أو خروجاً عن الوضع الطبيعي للإنجاب.

يتصور أن يتخذ التلقيح بماء غير الزوجين عدّة صور منها التلقيح للبويضة مباشرة داخل الرحم سواء كان رحم الزوجة أو رحم الغير، وتعرف هذه الحالة الأخيرة بالحمل لحساب الغير أو بالأم البديلة أو استئجار الرحم أو الرحم الظن¹ (*).

أمّا عن حكم إجراء التلقيح الاصطناعي أي العدول عن الطريقة الطبيعية في معاينة المرأة كأن يكون بواحد من الزوجين ما يمنع حدوث الحمل بالطريق الجسدي المعتاد كأحد أسباب العقم. انقسم الفقهاء المعاصرون إلى فريقين: أحدهما أباح هذه الطريقة والثاني خالفها وهم قلّة. ² إذا قلنا أنّ التلقيح الاصطناعي لا يعتبر زنا بالمعنى المقصود شرعاً وقانوناً، فهل يثبت به النسب؟ وهل يلحق الولد بصاحب النطفة بالرغم من أنّه أجنبي عن المرأة التي تمّ تلقيحها بنطفته؟.

ما يهمنا هو نسب الطفل المتولّد عن التلقيح الاصطناعي بالنظر إلى صلة الطفل بأمّه. انقسم الفقهاء بشأن هذه النازلة إلى فريقين: الأول يرى أنّ الأم هي صاحبة البويضة والثاني يرى أنّ الأم هي صاحبة الرحم التي تكوّن الجنين في رحمها ثمّ أتمّت الحمل إلى أن ولدت. أمّا عن صلة الطفل بأبيه ودور الأب هنا هو المتبرّع بالحيوان المنوي. هذا الرجل إمّا أن يكون زوجاً للمرأة وإمّا أن يكون أجنبياً عنها. أمّا حالة كونه زوجاً تثبت أبوّته كاملة، وأمّا إن كان أجنبياً عن الزوجة ولا تربطه بها أيّة صلة مشروعة فلا ينسب إليه في نظر جمهور الفقهاء، وخالف آخرون بأنّ الولد ينسب لصاحب الحيوان المنوي إذا كانت المرأة خلية من الأزواج وهذا هو محل بحثنا. هذا ما يمكن معرفته من خلال نسب الطفل الناتج عن التلقيح الاصطناعي خارج إطار العلاقة الزوجية في الفصل الأول ثمّ إشكالات نسب الطفل الناتج عن اللعان في نظر الفقه والقانون والقضاء وأثر البصمة الوراثية عليه في الفصل الثاني.

ينقل إلى رحم المرأة ليستكمل مراحل نموّه حتّى الولادة تامّ الخلقة. جمعة محمد بشير، «نسب المولود الناتج عن التلقيح الصناعي»، المجلة الجامعية، جامعة الزاوية، ليبيا، العدد 07، 2005، ص 180.

* - وقد سميت هذه الطريقة بأسماء مختلفة، والمعنى واحد منها: الحاضنة والرحم المستأجرة والأم بالوكالة والبطن المستأجرة والرحم الظنر والمضيفة والأم الكاذبة وشتل الجنين والأم المستأجرة والرحم المستعار والأم بالإنبابة أما الأم البديلة والرحم المستأجر فهي الأكثر شيوعاً، والرحم المستأجر أطلق من باب التغليب، لأن الأغلب في مثل هذه العمليات أن تكون بعوض. وتسمى الأم هنا بالمستأجرة أو البديلة أو الأم بالوكالة أو بالإنبابة. عارف علي عارف، دراسات فقهية في قضايا طبية، م2، الأردن، دار النفائس، ط1، 2001، ص 806.

¹ - حسن محمد كاظم وآخرون، «مشروعية الحمل لحساب الغير وأحكامه في القانون والشرعية الإسلامية»، مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون، جامعة كربلاء، العدد 01، 2010، ص 81.

² - زياد أحمد سلامة، أطفال الأنايب بين العلم والشرعية، الأردن: الدار العربية للعلوم، ط1، 1996، ص 70.

الفصل الأول: نسب الطفل الناتج عن التلقيح الاصطناعي خارج إطار العلاقة الزوجية

نقصد بالتلقيح الاصطناعي خارج إطار العلاقة الزوجية أن يكون التلقيح بماء غير الزوجين أي التلقيح الذي تم بين خليتين بويضة ومنى مستمدتين من شخص لا يربطهما وقت إجراء التلقيح زواج شرعي.¹ قد يكون بأحد الزوجين عيباً مرضياً يؤدي إلى عدم إتمام عملية التلقيح الاصطناعي مما يتطلب تدخلاً الغير في هذه العملية باعتباره طرفاً فيها حتى يمكن إتمامها. فتدخل الغير قد يؤثر على علاقات النسب بين أطراف عملية التلقيح الاصطناعي، والغير قد يكون متبرعاً برحم لحمل البويضة أو بنطفة مذكرة.

قد يتم التلقيح الاصطناعي داخلياً وقد يتم خارجياً كما أسلفنا القول، ولكل من هذه الأنواع صور مختلفة تجري من خلالها عمليات التلقيح الاصطناعي. من بينها ما هو جائز في نظر فقهاء الشريعة الإسلامية والقانون، ومنها ما هو محرم. ويبقى بيان حكم النسب لهذه الصور خصوصاً في ظل العلاقة غير الشرعية بين الزوجين.

يمكن القول أن هناك إجماعاً من قبل فقهاء الشريعة الإسلامية المهتمين بالموضوع على حرمة الاستعانة بحيوان منوي لرجل آخر غير الزوج أو بويضة امرأة أخرى غير الزوجة من أجل الحصول على الحمل، ذلك انطلاقاً من الأصل العام القاضي بوجوب حفظ النسل والعرض من الاختلاط، حيث أن هذا الأصل يقتضي تحريم كل تصرف من شأنه أن يؤدي إلى تكوين النسل الإنساني من غير الطريق الشرعي لذلك وهو الزواج، وتبعاً له فإن حكم الحمل في هذه الصورة يكون حكم الحمل من زنا.²

لا شك أن تدخل الغير في عملية الإنجاب الناتجة عن التلقيح الاصطناعي ينعكس حتماً على علاقات النسب بين أطراف عملية التلقيح. وقد يكون هذا الغير متبرعاً بنطفة مذكرة أو ببويضة مؤنثة أو رحم لحمل البويضة.

حيث يجمع الفقه الإسلامي على أن الجنين الذي ينتج عن عملية تلقيح بماء الغير هو ابن غير شرعي، هذا لا ينفي أن بعض الفقه يؤيد عملية التلقيح الاصطناعي بنطفة الغير وعن طريق الأم البديلة باعتبار هذه الوسيلة مبررة للقضاء على مشكلة العقم.

¹ - محمود أحمد طه، الإنجاب بين المشروعية والتجريم، مصر: المنصورة، دار الفكر والقانون، ط 1، 2015، ص 155.

² - عبد الله حسن، التنظيم القانوني لعمليات التلقيح الصناعي، (دراسة تحليلية مقارنة)، مصر: دار الكتب القانونية، ب.ط، 2016، ص 61.

أما فيما يخص رأي القانون في النسب الواقع خارج العلاقة الزوجية، وباعتبار المجتمع الغربي هو منشأ فكرة التلقيح الاصطناعي، عمدت المؤسسات التشريعية إلى وضع تنظيمات لهذه الممارسات ليس قصد المنع والتجريم وإنما إلى تقنينها وإكسابها طابع الرسمية والشرعية والعينية. فالمشرع الفرنسي مثلاً يبيح التلقيح بماء الغير متى كانت هناك رابطة بين طرفين أو علاقة حرة مع توافر شروطها.¹ بينما الملاحظ على المنظومة القانونية في البلدان العربية وجود فراغ تشريعي في مجال هذه المستجدات الطبية المعاصرة مع جمود النصوص القانونية المعمول بها. فمعظم هذه البلدان آثرت السكوت المطلق عن طريقة الإنجاب بالمساعدة الطبية، ولم تتعرض قوانينها لذلك لا بالتجريم ولا بالإباحة باستثناء المشرع الليبي الذي انفرد عن بقية الدول العربية بكونه أول بلد عربي قنن موضوع التلقيح الاصطناعي وأدخله على المنظومة التشريعية الليبية.

بالنظر إلى التشريع الجزائري بعد تعديل قانون الأسرة في 27 فبراير 2005 بموجب الأمر 02-05، سمح بإجراء التلقيح الاصطناعي بحكم نص المادة 45 مكرر، إذ كان موقفه المنع للتلقيح بماء غير الزوج صراحة. وعلى غرار القانون التونسي الذي حصر إمكانية اللجوء إلى تقنيات الطب الإنجابي في علاقة الزواج فحسب.² مع العلم أن المشرع المغربي لم يتخذ موقفاً واضحاً من التلقيح الاصطناعي ولم ينظم هذه التقنية الحديثة في الإنجاب إلى غاية اليوم.

أما بشأن موقف القضاء من هذه الصورة، ذهب القضاء الفرنسي إلى التفرقة بين التلقيح الاصطناعي بتدخل الغير بين الأصدقاء والتلقيح بتدخل الغير. وعلى إثر هذه الأخيرة ظهر في فرنسا اتجاهان متناقضان في القضاء: اتجاه معارض والآخر مؤيد.³ فيما يخص القضاء العربي وفي انعدام القرارات القضائية في مسائل التلقيح الاصطناعي بكافة صوره المتعددة الشرعية منها وغير الشرعية خاصة القضاء الجزائري. اقتصرنا الدراسة على القضاء الفرنسي فقط.

من المعلوم أن تلقيح زوجة بنطفة رجل غير زوجها أمر غير مشروع، حيث يلتقي مع الزنا في إطار واحد. لكن القول بعدم المشروعية لا يعني تجاهل الآثار التي تترتب عليه، وأولها موضوع نسب الولد لجهة الأب. الأمر الذي سوف نوضحه من خلال موقف الفقه الإسلامي من نسب الطفل الناتج عن التلقيح الاصطناعي خارج إطار العلاقة الزوجية في المبحث الأول ثم الموقف التشريعي

¹ - شبعات خالد، الحماية القانونية للجنين في ظل المستجدات الطبية، (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الطبي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد بتلمسان، الجزائر، 2015-2016، ص 42.

² - محمد أشو، الولد غير الشرعي في القانون المغربي، (الحماية والقصور)، رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، جامعة مكناس، المغرب، 2012-2013، ص 36.

³ - زيري بن قويدر، النسب في ظل التطور العلمي والقانوني، (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد بتلمسان، الجزائر، 2011-2012، ص 30.

والقضائي من إثبات نسب الطفل الناتج عن التلقيح الاصطناعي خارج رابطة الزواج ضمن المبحث الثاني.

المبحث الأول: موقف الفقه الإسلامي من نسب الطفل الناتج عن التلقيح الاصطناعي خارج إطار العلاقة الزوجية

اعتنى فقهاء الشريعة الإسلامية بدراسة المسائل الفقهية التي ظهرت نتيجة استعمال وسائل الإنجاب الاصطناعي الحديثة باعتبارها تحسن إحدى الضروريات الخمس التي دلت القواعد الشرعية على حمايتها وهي النسل. ومن أجل المحافظة عليه شرع الله النكاح وحرم السفاح. ويدخل الإنجاب الاصطناعي بتقنياته الحديثة ضمن القضايا المعاصرة التي لم يتعرض لها الفقه الإسلامي قديماً، ومن ثم يصعب العثور على الأحكام الفقهية لهذه المسائل في كتب المذاهب الإسلامية المختلفة باستثناء بعض الجزيئات التي يمكن الاستعانة بها لاستنباط بعض الأحكام الشرعية بشأن المسائل الحديثة ومثالها ما عالجته الفقه الإسلامي قديماً ضمن ما عُرف باستدخال المني. أي عملية إدخال الزوجة نطف زوجها في رحمها بيدها أو غيرها دون الطريق الطبيعي.¹ وقد استخدمت هذه الطريقة قديماً باسم الصوفة.²

غير أن احتياج الناس للتقنيات الحديثة في الإنجاب واستفتاء الأفراد للعلماء ألزم الجهات الإسلامية بضرورة دراسة هذه التقنيات والبحث عن حكمها الشرعي. الأصل في الحمل أن يكون نتيجة للإخصاب الداخلي ونتيجة لالتقاء نطفة الرجل ببويضة المرأة داخل الرحم التقاء مباشراً عن طريق الاتصال الجنسي الطبيعي. إلا أنه في بعض الحالات قد يستحيل الإنجاب نتيجة الجماع بسبب العقم أو ضعف الخصوبة، فيلجأ الزوجان إلى طرق ووسائل بديلة توصلت العلوم الطبية الحديثة إلى اكتشافها، تعتمد على وسائل صناعية تساعد على تلقيح البويضة بمني الزوج يعرف بالتلقيح الاصطناعي.

غير أنه أصبحت اليوم تُثار مسألة العلاقات الجنسية خارج إطار العلاقة الزوجية. ويكمن الخلاف حول مسألة إثبات نسب المولود من والديه في مثل هذه الصور خصوصاً أن التلقيح حاصل بين رجل وامرأة ليس بينهما عقد زواج شرعي يبيح الإنجاب والتوالد وثبوت النسب. مما زاد الأمر تعقيداً، إمكانية الاستعانة بمني أو بويضة طرف ثالث خارج الرابطة الزوجية في الإنجاب، ونتيجة

¹ - الرافعي أبو القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم، العزير شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، ج 8، لبنان: بيروت، دار الكتب العلمية، ط 1، 1997، ص 37.

² - عائشة إبراهيم سلطان المرزوقي، إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة، (دراسة فقهية وتشريعية مقارنة)، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، جامعة القاهرة، كلية دار العلوم، قسم الشريعة الإسلامية، 2000-2001، ص 248.

لذلك ظهر ما يسمّى بالحمل لحساب الغير أو الأمّ البديلة. إنّ عمليّات التلقيح الاصطناعي أثارت مشاكل شرعيّة وقانونيّة واجتماعيّة بخصوص إثبات نسب المولود من أطراف العمليّة. انقسم الفقهاء إلى عدّة أقسام منهم من يرى أنّ الأب صاحب النطفة، وبالتالي إلحاق نسب الولد للزّاني.¹ ومنهم من يرى أنّه لا أب للمولود فنسب الولد ملحق بأمّه وعشيرتها هيّ عشيرته.² وإن كانوا قد اعتبروا الأمّ هيّ المرأة صاحبة الرّحم، إلّا أنّ الخلاف ثار من جديد بخصوص التلقيح الاصطناعي باستخدام الأمّ البديلة. فمنهم من يرى أنّ الأمّ هيّ صاحبة البويضة ومنهم من ذهب إلى أنّ الأمّ هيّ صاحبة الرّحم. على هذا الأساس يمكن تحديد النّسب في حالة التّبّع بنطفة مذكرة في المطلب الأوّل ثمّ تحديد النّسب في حالة التّبّع بالحمل في المطلب الثّاني.

المطلب الأوّل: تحديد النّسب في حالة التّبّع بنطفة مذكرة

إذا كانت نطفة الرّجل غير مخصّبة لوجود عقم لديه أو غير ذلك من الأسباب التي تؤدّي إلى عدم الإنجاب فإنّه لا بدّ في هذه الحالة من اللّجوء إلى الحصول على نطفة أجنبيّة ثمّ تلقيح بويضة الزّوجة بها، ويسمّى صاحب النطفة في هذه الحالة متبرّعاً. فلا خلاف بين الفقهاء في أنّ هذا الأسلوب حرام شرعاً لأنّ النطفة ليست للزّوج لكن لا بدّ من تحديد نسب هذا الطّفل في هذه الحالة طبقاً للقواعد العامّة في النّسب. غير أنّ الخلاف واقع بين العلماء في نسب الطّفل من ناحية الأب، فبعض الفقهاء اعتبروا أنّ الأب هو صاحب النطفة، في حين ذهب البعض الآخر إلى أنّ النّسب لصاحب الفراش أي زوج المرأة التي غرست اللّقيحة في رحمها، وإذا كانت ليست بذات زوج أخذ هذا الولد حكم ابن الزّنا.

الأمر الذي يقتضي التّفريق بين فرضين: الأوّل إذا كانت المرأة متزوّجة وذلك خلال الفرع الأوّل والثّاني إذا كانت المرأة غير متزوّجة ويكون ضمن الفرع الثّاني.

الفرع الأوّل: تحديد النّسب حالة المرأة المتزوّجة

نفترض في هذه الحالة أنّ المرأة المتزوّجة هيّ التي يتمّ تلقيحها بنطفة رجل أجنبي عنها وهيّ متزوّجة برجل آخر، وهنا تكمن الصّعوبة في تحديد نسب الطّفل لجهة الأب.

أولاً: نسب الولد لجهة الأب

إنّ الزّوجة بحكم عقد الزّواج مقصورة على زوجها في الاستمتاع بها، وهيّ تلتزم بحكم الزّواج أيضاً بالإخلاص له والحفاظ على عهدها له. فإذا كانت المرأة المستأجرة ذات زوج فإنّ نسب المولود

¹ - علي محمد يوسف المحمدي، أحكام النّسب وطرق إثباته ونفيه في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 397.

² - هاشم جميل عبد الله، « زراعة الأجنة في ضوء الشريعة الإسلامية »، المرجع السابق، ص 83.

يثبت لزوجها، ولا يتبع صاحب النطفة.¹ إن الولد الذي تلده الزوجة يلتحق نسبه بمن يحلّ له شرعاً الاتصال بها اتصالاً جنسياً وهو الزوج. وبناءً على هذا فإنّ كلّ حمل تحمله الزوجة يفترض أنّه من زوجها لكونها مقصورة عليه، ويحرم عليها تمكين غيره منها. ومن ثمّ فالزوج هنا أب للطفل حقيقة. ولما كان النسب يثبت في جانب الرجل بالفراش فإنّ هذا الفرض لا يثير أيّ صعوبة لقول الرسول - ص -: {الولد للفراش وللعاهر الحجر}. فالولد لصاحب الفراش، وهذا الحديث نصّ في الحكم في هذه القضية، وهو قاعدة عامّة وكلّية من قواعد الشرع يحفظ به حرمة النكاح، وطريق اللّحاق بالنسب جوازاً وعدمًا. فمتى حملت أم بديلة ذات زوج بالتلقيح الصناعي فإنّ الحمل ينسب للزوج ولزوجته التي حملت به ووضعت، وقد حكم رسول الله بهذا الحكم في هذه القضية عند فرض وقوعها فلا حكم لأحد بعد حكمه.² فالولد ينسب لصاحب الفراش وهو زوج المرأة التي تمّ وضع اللقيحة في رحمها تبرّعاً منها لحمله، فيكون ما تحمله الزوجة حال قيام الزوجية ينسب إليه باعتباره ولده بتوفّر شروطه، وألحق به الفقهاء ما يشبه الصّحيح، وهو عقد النكاح الفاسد ونكاح الشبهة من باب الاحتياط في إثبات النسب، ويدخل التلقيح الاصطناعي في مسمى الفراش ويثبت النسب به بتوفّر شروطه.³ أمّا الغير صاحب المني الحقيقي فإنّهم اعتبروا ماءه هدراً ولم يلحقوا به النسب حملاً له على الزاني الذي ذهب جمهور الفقهاء إلى عدم إلحاق النسب به.⁴ فلا يعتدّ به والفراش يعتبر قرينة شرعية على أنّ الولد للزوجين لا لغيرهما، وأنّ كلّ حمل تحمله الزوجة يفترض أنّه من زوجها لكونها مقصورة عليه حتى مع احتمال أن يكون من غيرهما أو أحدهما. ومن ثمّ يكون الزوج في هذه الحالة أباً للطفل شرعاً ويثبت نسبه منه باعتباره صاحب الفراش إذا أقرّه صراحة أو دلالة لمن سكت.⁵

إن كان فريق من الفقه ذهب إلى أنّ الولد يثبت نسبه من صاحب المني الأصلي، لا من الزوج الأجنبي صاحب الفراش. استناداً في ذلك على أنّ الولد يخلق من ماء أبيه، وقد علم صاحبه بوضوح فيسند إليه، وأيضاً قاسوا هذه المسألة على الوطاء بشبهة أو من نكاح فاسد الذي رجّح الفقهاء

¹ - حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، عقد إجارة الأرحام بين الحظر والإباحة، المرجع السابق، ص 259.

² - عبد الله بن زيد آل محمود، « الحكم الإقناعي في إبطال التلقيح الصناعي »، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، الدورة 02 لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي بجهة، ج1، العدد 02، 1986، ص 318.

³ - بلباهي سعيدة، « الاستعانة بالأم البديلة في التلقيح الاصطناعي في القانون الجزائري »: بتاريخ 22 نوفمبر

2018 على الساعة: 19:20 <https://www.asjp.cerist.dz/en/downArticle/141/2/1/6802>

⁴ - علي محي الدين القرة داغي وعلي يوسف المحمدي، فقه القضايا الطبية المعاصرة، (دراسة فقهية طبية مقارنة)، لبنان: بيروت، دار البشائر الإسلامية، ط2، 2006، ص 583.

⁵ - شوقي زكريا الصالحي، الآثار المترتبة على عملية التلقيح الصناعي، مصر: دسوق، دار العلم والإيمان للنشر والتوزيع، ب.ط، 2007، ص 71.

ففيهما ثبوت النسب من الواطئ.¹ هذا فرق جليّ عن الرّنا الذي هو اجتماع ماء الرّاني مع ماء الرّانية، فتقاس هذه الحالة على نكاح الشّبهة التي يثبت الفقهاء فيها النسب للواطئ لا لصاحب الفراش، وكون هذه الصّورة محرّمة لا يؤثّر ذلك في نسب الحمل الذي لا ذنب له.² وفي هذه الحالة يجوز للرّوج أن ينفي النسب ويلغي إثبات أن استحالة الحمل منه بسبب مرض ما، أو يلاعن الرّوجة على ذلك.

يقول بدر المتولي عبد الباسط - المستشار الشرعي لبيت التمويل الكويتي، وعضو مجمع البحوث الإسلامية بالأزهر -: "...أما إذا كانت زوجة فقد حسم رسول - ص - هذه القضية بقوله: {الولد للفراش وللعاهر الحجر} فينسب الولد إلى الرّوج، فإن كان الرّوج يقطع بأنّه ليس منه فالمخلّص له أن ينفي النسب ويلاعن هذه الرّوجة ويفسخ النّكاح بينهما ويقطع نسب الولد من الرّوج ويلحق بأمّه فقط. وإن علم أنّه ليس منه ورضي به ثبت نسبه منه ولكن يكون آثماً...".³ قيل في هذه الحالة نلجأ إلى الاستعانة بالتحليل الوراثي للكشف عن البصمة الوراثية للطفّل ومقارنتها بالبصمة الوراثية لكلّ من زوج المرأة الحامل التي هيّ تحت عصمته والرّجل صاحب الخليّة الذكريّة، فأيهما ثبت أنّه والد البيولوجي ألحق به.⁴

يرى عبد العزيز الخياط - مفكّر إسلامي أردني -: "أنّ الولد ينسب للرّوجين استناداً إلى قيام الحياة الرّوجية وخوفاً من ضياع الولد فيبقى من غير انتساب إلى أب ممّا يؤثّر على حياته النفسية والعلمية. والدليل الشرعي على ذلك قوله - ص -: {الولد للفراش وللعاهر الحجر}."⁵

ثانياً: إنكار نسب الولد

من المعروف أنّ قرينة الأبوة ليست قرينة قطعية لا تقبل إثبات العكس، بل هيّ قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها بطرق الإثبات ويجوز للرّوج وللورثة رفع دعوى لإنكار أبوة الطّفّل الناتج عن التلقّيح الاصطناعي. يمكن للرّوج نفي نسب الولد له عن طريق اللّعان، وبالنسبة للورثة عن طريق البيّنة.

¹ - يوسف القرضاوي، هدي الإسلام: فتاوى معاصرة، ج2، الكويت: دار القلم، ط5، 1991، ص493.

² - عارف علي عارف وآخرون، دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة، م2، الأردن: دار النفائس، ب.ت.ن، ط1، 2001، ص839.

³ - بدر المتولي عبد الباسط، آراء في التلقّيح الاصطناعي، ثبت كامل لأعمال ندوة الإنجاب في ضوء الإسلام، سلسلة مطبوعات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، المنعقدة بالكويت، بتاريخ 24 ماي 1983، ص486.

⁴ - محمد رأفت عثمان، «استئجار الأرحام»، مجلة المسلم المعاصر، لبنان، العدد 101، سبتمبر 2001، ص24.

⁵ - عبد العزيز الخياط، حكم العقم في الإسلام، الأردن: عمان، مطابع وزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية، ب.ط، 1981، ص29.

القول أن كل حمل تحمله الزوجة يعتبر من زوجها هو مجرد افتراض يقوم على اعتبارات معينة يثبت الواقع صحتها. فالزوجة مقصورة على زوجها، ويحرم عليها تمكين غيره منها. لكنها قد تخون هذا التعهد المفروض عليها بمقتضى عقد الزواج. أجاز الشرع للزوج أن ينفي نسب الولد له بالطرق المشروعة. إذ يكفي للإنكار عدم قدرته على الإنجاب، وأن عدم القدرة يُردّ إلى ما قبل حدوث الحمل. كما أن حق الزوج في رفع دعوى إنكار أو نفي نسب الطفل لا تسقط وتبقى قائمة ما دام أنه قادر على إثبات عجزه على الإنجاب.¹ لكن يجب على الزوج ألا يُقدم على الإنكار لمجرد شكّ عارض أو وهم أو إشاعة، فيجب أن يضع دائماً في اعتباره أن الإنكار يترتب عليه أكثر الضرر وأقبح العار بالزوجة والولد. فالزوجة جاءت بالولد على فراشه، وحال قيام زوجية صحيحة مشروعة بينهما. أما إذا جزم أن امرأته خائنة، وتجمعت لديه القرائن، فإن الشريعة الإسلامية لم ترض أن تدعه يربي من اعتقد أنه ليس بآب له، ويورث من لا يرث في رأيه.² وجعلت الشريعة الإسلامية مخرجاً من ذلك بما عرف في الفقه باسم اللعان. لكن هل يستطيع الزوج إنكار نسب الطفل بالرغم من موافقته على التلقيح الاصطناعي لزوجته بنطفة رجل آخر؟ ثم إذا ما أنكر الزوج نسب الولد، فهل يمكن أن ينسب الولد لصاحب النطفة؟.

لا يجد الزوج في الأمر صعوبة، إذا كان تلقيح الزوجة تمّ دون علمه ودون موافقته. إذ يجوز له شرعاً نفي نسب الولد له خلال مدة معقولة من علمه بالتلقيح الاصطناعي من رجل آخر. أما إذا كان يعلم بالتلقيح ووافق عليه برغم أنه بنطفة رجل غيره فإنه يستطيع أيضاً أن ينفي نسب الولد، وذلك بملاعنة زوجته باتهامها بارتكاب جريمة الزنا. ومعلوم أنه يشترط لثبوت الزواج أن يكون الزوج ممّن يتصور منه الحمل عادة وذلك بأن يكون بالغاً وأن يكون مخصباً غير عقيم. فإذا كان الزوج عقيماً وجاءت زوجته بولد بعد تلقيحها اصطناعياً بنطفة رجل آخر، فإن نسب الولد لا يثبت منه لاستحالة الحمل منه، لكن يشترط لنفي وإنكار نسب الولد أن يكون النفي بعد الولادة مباشرة أو بعدها بيوم أو يومين أو نحوهما إلى سبعة أيام مدة التهنئة بالمولود عادة، فإن نفاه بعدئذ لا ينتفي.³ أما إذا لم

¹ - بغدالي الجيلالي، الوسائل العلمية الحديثة المساعدة على الإنجاب في قانون الأسرة الجزائري، (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق بين عكنون، تخصص القانون الخاص، فرع قانون الأسرة، 2013-2014، ص 85.

² - يوسف القرضاوي، بنوك الحليب، الإسلام والمشكلات الطبية المعاصرة، أولا الإنجاب في ضوء الإسلام، بحث مقدم لأعمال ندوة الإنجاب في ضوء الإسلام، المعقّدة في الكويت بتاريخ 24 ماي 1983، ص 214.

³ - محمد بن يحيى بن حسن النجيمي، الإنجاب الصناعي بين التحليل والتحريم، المرجع السابق، ص 233 و 234.

يبادر الزّوج بإنكار نسب الولد في المدّة المذكورة، فإنّ سكوته يعدّ حينئذ إقراراً ضمناً بنسب الولد له.¹ لكن ما الحكم إذا طلب صاحب النّطفة الأجنبية استلحاق الولد؟.

إذا أثبت الزّوج عدم قدرته على الإنجاب وأنكر نسب الولد له، وبالمقابل طلب صاحب النّطفة الأجنبية أن ينسب الولد له، ومعلوم أنّ هذه الحالة تشبه حالة انتساب ولد الزّنا للزّاني، إذ فصلنا سابقاً أنّ هذه المسألة اختلف فيها العلماء على مذهبين: المذهب الأوّل لا يلحق نسب ولد الزّنا بالزّاني إذا ادّعاه، وبهذا قال الأئمة الأربعة والظاهرية. واستدلوا على ذلك بقول الرّسول - **ص** -: {الولد للفرش وللعاهر الحجر}. أمّا المذهب الثّاني يلحق نسب ولد الزّنا بالزّاني إذا ادّعاه، وبهذا قال جمع من الصّحابة والتّابعين، وبه قال شيخ الإسلام ابن تيميّة. وكان إسحاق بن راهويه يقول: "إنّ المولود من الزّنا إن لم يكن مولوداً على فراش يدّعيه صاحبه فلا يرثه، فإن ادّعاه الزّاني ألحق به.² وتأولوا قول النّبي - **ص** -: {الولد للفرش}. على ذلك، أي أنّ الولد إذا ادّعاه صاحب الفرش والزّاني، ألحق بصاحب الفرش وللعاهر الحجر، فإن انفرد الزّاني بدعواه ألحق به. واحتجّوا أيضاً بأنّ القول بقطع النّسب بين الولد والزّاني صاحب النّطفة يعدّ عقوبة للزّنا، لكنّها توضع على الولد الضّحية، وليس على الزّاني الجاني في حين أنّ الولد لا ذنب له فيما اقترفه الزّاني من إثم. وبهذا نكون قد عاقبناه على ذنب لم يقترفه، حيث تركناه دون نسب معروف، فيعيش بعاره ساخطاً على المجتمع. أمّا إذا ألحقناه بمن ادّعاه، فإنّنا بذلك نقيم العدل، فلا نظلم المولود ونعاقبه على ذنب لم يرتكبه، وفي الوقت ذاته نقيم العقوبة المقرّرة على الزّاني.³

إنّنا نرى أنّ نسب المولود النّاتج عن رحم الأم البديلة يكون لزّوج صاحبة الرّحم إن أقرّه نظراً لقوّة الفرش، وله أن ينفيه عن صلبه بالطّرق المشروعة، ومن ثمّ يمكن إلحاقه بالرجل صاحب النّطفة الذّكورية حتّى وإن تطلّب ذلك الاستعانة بالتّحليل الجيني.

الفرع الثّاني: تحديد النّسب حالة المرأة غير المتزوّجة

إنّ الزّواج يعدّ الوسيلة الوحيدة والطّبيعية للإنجاب وهو أساس النّظام الاجتماعي، وعليه فإنّ صورة المرأة غير المتزوّجة التي ترغب بممارسة دورها في الأمومة بالإنجاب عن طريق التّلقيح الاصطناعي تعدّ صورة شاذّة في نظر الشرع والقانون. وأنّ المجتمع الذي يجيز مثل هذا العمل فهو أسوأ حالاً من المجتمع الذي تنفّس فيهِ ظاهرة الزّنا ومن ثمّ الأبناء غير الشرعيين. ذلك أنّ هذا النوع

¹ - الشربني شمس الدين محمد بن الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج3، لبنان: بيروت، دار المعرفة، ط1، 1997، ص 499.

² - عبد الرزاق بن همام الصنعاني أبو بكر، المصنف، ج7، بيروت، المكتب الإسلامي، ط2، 1983، ص 452.

³ - علي محمد يوسف المحمدي، أحكام النسب طرق إثباته ونفيه في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 397.

من التلقيح الاصطناعي ليس له أي مبرر شرعي ولا قانوني، لأنه يتنافى والمقاصد الشرعية للزواج ومخالف للنظام والآداب العامة التي أساسها صون الأعراض وحفظ الأنساب من الاختلاط.

الواقع إذا كانت المرأة غير متزوجة لا تنثر أية صعوبات عملية، حيث أن المرأة التي تم تلقيحها بالنطفة المتبرع بها هي أم الطفل من الناحية القانونية والبيولوجية. فالبويضة التي تم تلقيحها هي بويضتها، فالطفل من صلبها، ومن ثم ينسب إليها حقيقة. والوضع قرينة على الأمومة، بل هو قرينة لا تقبل نفيها بعد ذلك.¹ ومن هنا يكون نسب المولود ثابت في حق أمه غير المتزوجة ويلحق بها. لكن الطفل يعلن هنا باسم أمه وبأب غير مسمى. غير أن الطفل قد يطلب بعد ذلك معرفة أصله الحقيقي والبحث عن أبيه المتبرع بالنطفة. إذ يجب أن يعلم الطفل من هو أبوه الحقيقي، وأن يمكن من ذلك، فلا سبيل أمامه إلا أن يثبت ذلك بالبينة، والبينة هي شهادة رجلين أو رجل وامرأتين. فإذا ادعى الطفل أن فلاناً أب له، وأنكر المدعى عليه ذلك، فأقام المدعي وهو الطفل البينة على دعواه، قبلت هذه الدعوى وثبت النسب بها سواء كان المدعى عليه حياً أم ميتاً.² لكن هل يستفيد الطفل من هذا الإثبات، ويقترن بأبيه الحقيقي؟.

يصعب الأخذ بهذا الإثبات من الناحية الشرعية. فثبوت النسب من الرجل له أسباب متعددة ليس منها الزنا، وإنما يلحق الولد بأبيه بالزواج الصحيح والفاقد أو الاتصال بالمرأة بناءً على شبهة. أما إذا كان الاتصال بالمرأة ليس مبنياً على أي من هذه الأسباب، فإن النسب لا يثبت. لأن الشريعة الإسلامية أهدرت الزنا وأبطلت ما كان عليه أهل الجاهلية من اعتباره مثبتاً للنسب، ذلك لقول الرسول - ص -: {الولد للفراش وللعاهر الحجر}.³ وهنا يثور سؤال آخر وهو هل من حق القابلة أو الطبيب أن يعلم الطفل بأبيه الحقيقي؟.

يُجيب الفقه⁴ أنه على الطبيب أن يبلغ الطفل بأبيه الحقيقي وليس في ذلك خيانة لسر المهنة، ذلك لأن هذا العمل منكر أي تلقيح نطفة الرجل ببويضة المرأة الأجنبية، والإسلام قد أمر بإزالة المنكر. من ناحية أخرى فإن كشف السر للطفل يفيد من الناحية الطبية، إذ أثبت الطب أن

¹ - محمد يوسف موسى، أحكام الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي، مصر: دار الكتاب العربي، ط 2، 1958، ص 14.

² - محمد بن يحيى بن حسن النجيمي، المرجع السابق، ص 230.

³ - محمد يوسف موسى، النسب وآثاره، القاهرة، دار المعرفة، ب.ط، 1988، ص 32.

⁴ - الشحات إبراهيم محمد منصور، نسب المولود الناتج عن التلقيح الصناعي، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، ط 1، 2011، ص 145.

هناك أمراضاً معينة لا يمكن العلاج منها إلا بمعرفة الذمة الوراثية للشخص المريض، ومن ثم ضرورة اقتفاء سلسلة نسبه. من هنا يبدو من المفيد بالنسبة لولد التلقيح أن يعرف أباه الحقيقي.¹

أما فيما يخص حكم طلب المتبرع إلحاق ابنه به، فهو يعلم بطريقة أو بأخرى هوية الطفل نتاج نطفته، فيسعى لإقرار نسبه منه فيقرّ أنّ هذا الطفل منه. نحن نعرف أنّه يجوز أن يقرّ الرجل ببنة مجهول النسب إن لم يكذبه العقل أو العادة. هذا النوع من الإقرار ليس فيه تحميل النسب على غير المقر كالبنوة والأبوة والأمومة، فيثبت به النسب من غير حاجة إلى بيان السبب من زواج صحيح أو فاسد أو اتصال بشبهة. لأنّ الإنسان له ولاية على نفسه، فيثبت النسب بإقراره متى توافرت شروطه المعتمدة شرعاً.²

لا شكّ أن تلقيح المرأة بنطفة رجل أجنبي عنها لا يربطه بها زواج صحيح أو فاسد ليس زنا بالمعنى المحدّد شرعاً وقانوناً، إلّا أنّه يلتقي معه في إطار واحد وجوهرهما واحد ونتيجتهما واحدة، وهي وضع ماء رجل أجنبي قصدًا في حرث ليس بينه وبين ذلك الرجل عقد وارتباط بزوجة شرعية، يظّلها القانون الطبيعى، والشرعية السماوية.³

إن كان الزوج أجنبياً عن الزوجة ولا تربطه بها أية صلة مشروعة، وكانت هذه المرأة خلية من الأزواج فالمسألة محلّ خلاف بين الفقهاء. فالقول عند أغلبهم⁴ ألا ينسب الولد لصاحب الحيوان المنوي لأنّ ابن الزنا لا ينسب لأب. ويرى آخرون قياساً على حالة الزنا أن ينسب الولد للزاني إذا كانت المرأة خلية من زوج أو أقيم عليهما الحد.⁵

قال ابن تيمية: "وأما البغي التي لا زوج لها ففي استلحاق الزاني ولده منها نزاع. والنبي - ص - قال: {الولد للفراش وللعاهر الحجر} فجعل الولد للفراش دون العاهر. فإذا لم تكن المرأة فراشاً لم يتناول الحديث، وعمر ألحق أولاداً ولدوا في الجاهلية بأبائهم".⁶

¹ - محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي - أحكامه القانونية وحدوده الشرعية، المرجع السابق، ص 234.

² - بدران أبو العينين بدران، حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية والقانون، مصر: الاسكندرية، مؤسسة شباب الجامعة، ط1، 1998، ص 36.

³ - محمود شلتوت، المرجع السابق، ص 281.

⁴ - عمراني أحمد، حماية الجسم البشري في ظل الممارسات الطبية والعلمية الحديثة في القانون الوضعي والشرعية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة وهران، الجزائر، 2009-2010، ص 75.

⁵ - زياد أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 146.

⁶ - ابن تيمية أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام، مجموع الفتاوى، م32، المملكة العربية السعودية: المدينة المنورة، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، ب.ط، 2004، ص 113.

قد يثبت النسب من جهة الرجل صاحب الحيوان المنوي مع الرحم الاصطناعي رغم عدم وجود فراش عند من أثبت النسب للرجل إذا ادّعى الزاني نسبه لابن الزنا ولم يدّعه غيره. وهنا اجتمعت النطف قبل إدخالها الرحم الاصطناعي، في حالة اجتماعها من طرفين ليس بينهما رابطة شرعية وليس من فراش. فالطفل المتكوّن هنا في الرحم الاصطناعي سيكون نتاج حالة في معنى الزنا. وعلى قول بعض الشافعية الذين يشترطون لمشروعية النسب أن يكون الماء الذي يتخلّق منه الولد محترماً أثناء الإنزال وهو كذلك في هذه الصورة دون اشتراط ذلك أثناء الاستدخال.¹

إذا نظرنا من الناحية الشرعية فإنّ إلحاق نسب الولد للزاني فيه إقامة للعدل. وعليه تثبت للطفل المولود كلّ الحقوق التي يستتبعها النسب من صلات القرابة والميراث والنّفقة وغيرها من الطّرف الذي ينسب إليه. إذ لا ريب أنّ إلحاق الولد بأمّه أفضل له من عدم إلحاقه بأحد، كما أنّ إلحاقه بأمّه وأبيه معاً أفضل له من كلّ النّواحي من إلحاقه بأمّه فقط. لا شكّ أنّ في مثل هذه المسألة، وليس هناك منازعة بين صاحب حقّ وآخر صاحب عهر وهناك ولد ليس له نسب، وجاء من يدّعي أنّه من مائه ولكن بطريق الزنا، ففي هذه الحالة نحن أمام موقفين لا ثالث لهما، إمّا أن نلحق الولد بمن خلق من مائه وبذلك نكون قد ضمّمنا للولد أسرة تحميه، وإمّا أن نبقي الولد لقيطاً دعياً ليس له نسب معروف، فيعيش معذباً يلاحقه العار، وينظر إليه المجتمع نظرة حقد وبغضاء ونظرة احتقار وازدراء.²

نحن نرى بإلحاق المولود بوالده البيولوجي تخريباً على قول بعض أهل العلم بإلحاق ابن الزنا بالزاني مراعاة لمصلحة المولود الذي لا ذنب له.

المطلب الثاني: تحديد النسب في حالة التبرّع بالحمل

لا شكّ أنّ النسب يثبت من المرأة بالولادة أو الإقرار بالبنوة، وأنّ البيّنة تطلب من المرأة لإثبات نسب الولد أن تثبت أنّه مولود منها وأنّه انفصل عنها بالولادة وتكفي شهادة امرأة واحدة أي القابلة.³

هذه حالة ما إذا كانت المرأة التي ولدت هي الأمّ صاحبة البويضة وهي التي حملت وولدت، فتعتبر ذات الأمّ البيولوجية الطبيعية. أمّا إذا كنّا أمام امرأتين، امرأة صاحبة البويضة لكنّها غير قادرة على الحمل لأسبب مرضيّة، وامرأة صاحبة رحم مستعار تحمل وتلد بعد أن تمّ زرع اللقيحة في رحمها.

¹ - إقروفة زبيدة، التلقيح الاصطناعي، (دراسة مقارنة بين الفقه والقانون الوضعي)، الجزائر، عين مليلة، دار الهدى، ب.ط، 2010، ص 76.

² - ياسين بن ناصر محمود الخطيب، ثبوت النسب، (دراسة مقارنة)، رسالة مقدمة إلى قسم الدراسات العليا الشرعية لنيل درجة الماجستير في الفقه، جامعة الملك عبد العزيز، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، مكة المكرمة، 1978-1979، ص 341.

³ - إقروفة زبيدة، الاكتشافات الطبية المعاصرة والبيولوجية وأثرها على النسب، الجزائر: تيزي وزو، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، ب.ط، 2012، ص 177.

لاشكَّ أنَّ مشكلة نسب الطّفل هنا تعدّ من المشاكل المعقّدة الّتي ثار بشأنها جدل كبير في الأوساط الفقهيّة. ومردّد ذلك إلى النّزاع الحاصل في اعتبار الأب من يكون وكذلك الأم، هل الأب صاحب الحيوان المنوي أو صاحب الفراش أو غير ذلك؟ وهل الأم هيّ صاحبة البويضة أم صاحبة الرّحم والحمل والولادة أم غير ذلك؟. في هذه الحالة هل يكون نسب الولد للمرأتين معاً أم لإحدهما؟.

على الرّغم من اتّفاق العلماء على حرمة هذه الصّورة من التّلقيح، فإنّ الأمر بالنّسبة لنسب المولود للأب والأم محلّ خلاف بين مؤيّد ومعارض، إذ يرجع هذا الخلاف إلى حرص طرف على حماية مصلحة الولد وحفظه من الضّياع، وحرص الطّرف الآخر على حماية مصلحة المجتمع والخوف من تهديد كيانه من هذه الظّاهرة الّتي تبتعد كثيراً عن الرّزا. ولمعالجة هذا الأمر سوف نتطرّق لأدلة الفريق المؤيّد لنسب الطّفل للأمّ صاحبة البويضة وزوجها في الفرع الأوّل ثمّ إلى حجج الفريق الثّاني المؤيّد لنسب المولود إلى الأمّ صاحبة الرّحم المستعار وإلى زوجها في الفرع الثّاني.

الفرع الأوّل: تحديد النّسب في حالة الأم صاحبة البويضة

يرى فريق من الفقهاء¹ أنّ الأمّ الحقيقيّة هيّ الّتي أعطت البويضة وهذا مؤكّد لأنّ هذه هيّ الحقيقة العلميّة الّتي لا تقبل الجدل. أمّا صاحبة الرّحم فتكون بمثابة الأمّ من الرّضاع، وهذا القول هو ما اختاره مجمع الفقه الإسلامي برأي أكثرية أعضائه. حيث أثبت العلم أنّ الجنين بعد زرعه في رحم المرأة المستعارة لا يستفيد منها غير الغذاء.² فالأمّ النّسبية والحقيقيّة الّتي ترث هيّ صاحبة البويضة، أمّا صاحبة الرّحم المستأجر الّتي حملته وولدتها فهيّ مثل أمّ الرّضاع،³ فهيّ أمّ حكميّة أيّ نحكم لها بأنّها أمّ باعتبار الحضانة والتّغذية ولا يثبت لها النّسب، وإنّما يثبت لها حكم الرّضاع. إنّ البويضة المنقولة تحمل جميع الخصائص الوراثيّة الّتي أودعها الله سبحانه وتعالى في هذا الرّحم وانتقلت إلى هذا الجنين. فخصائص الإنسان وصفاته الوراثيّة تقرّر في البويضة والحيوان المنوي فقط، وليس لصاحبة الرّحم المستعار أيّ دخلٍ في ذلك، لأنّ الرّحم ما هو إلّا محضن ومستودع. أمّا الأمّ الّتي حملت هيّ حاضنته أو في أحسن الفروض تعامل على أنّها مرضعة.⁴

¹ - الدكتور عبد الحافظ حلمي، الأستاذ محمد نعيم ياسين، الدكتور يوسف القرضاوي، الدكتور مصطفى الزرقا، الدكتور محمد الأشقر، الدكتور جاد الحق علي جاد الحق، الدكتور عارف علي عارف، الدكتور زكريا البري. عمر سليمان الأشقر وآخرون، دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة، م1، الأردن: دار النفائس، ط1، 2001، ص 827.

² - هاشم جميل عبد الله، « زراعة الأجنة في ضوء الشريعة الإسلامية »، المرجع السابق، ص 84.

³ - محمد علي البار، « التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب »، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، الدورة 02 لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي بجدة، ج1، العدد 02، 1986، ص 300.

⁴ - زياد أحمد سلامة، أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة، المرجع السابق، ص 135.

إنّ البويضة الملقحة لو أنّها أتمّت مراحل حياتها في أنبوبة الاختبار أو في رحم اصطناعي، فخرج الولد منها إنساناً سوياً. فهل الأمّ هي أنبوبة الاختبار أو الرحم الاصطناعي أم أنّها صاحبة البويضة وليست هي الأنبوبة ولا الرحم الاصطناعي.¹ ذلك بدليل أنّ صاحبة البويضة تشارك في تكوين الجنين بنصف الصفات الوراثية عن طريق مشاركتها نصف عدد الكروموسومات للخليّة الجنينية الأولى. أمّا المرأة الأخرى صاحبة الرحم فهي لا تشارك بشيء من الصفات الوراثية للجنين، وإنّما يقتصر دورها في توفير بيئة ملائمة لنمو الجنين وتنشئته، وبذلك فهي لا تعدو أن تكون مجرد حاضنة لتغذية الجنين.²

إنّ قياس الحمل داخل الرحم والولادة على الرضاعة. فكما لا ينسب الطّفل الرضيع إلى التي أرضعته بسبب الرضاع، لا ينسب هذا إلى الطّئر³ بسبب نموه بتغذيتها. لقد أفتى المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي في دورته السابعة لعام 1984 في إحدى قراراته: "...يقرّر المجمع أنّ نسب المولود يثبت من الزوجين مصدر البذرتين... أمّا الزوجة المتطوعة بالحمل فتكون في حكم الأمّ الرضاعية للمولود، لأنّه اكتسب من جسمها وعضويتها أكثر ممّا يكتسب الرضيع من مرضعته في نصاب الرضاعة الذي يحرم به ما يحرم من النسب".⁴ وأنّ المرأة صاحبة الرحم لا تعطي الطّفل إلاّ الغذاء ولا يستفيد منها سوى ذلك ولا تعطيه أيّ توريث لأيّ صفة وراثية فهو إذن أشبه ما يكون لطفل تغذى من غير أمّه. حيث أنّ البويضة المخصّبة خارج الرحم لا تتأثّر عند نقلها إلى رحم الزوجة الثانية بالعوامل الوراثية للأخيرة.⁵

في مثل هذه العملية لا يمكن أن تختلط الأنساب والأمر يختلف عن الرّنا. فمادّة الرّنا أنّ الحيوانات المنويّة يقذفها الرّجل في بطن هذه المرأة ويتمّ التحامها بأيّ بويضة تلتقي بها أو تنزل إليها

¹ - ياسين بن ناصر محمود الخطيب، ثبوت النسب، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 317.

² - خالد محمد صالح، أحكام الحمل في الشريعة الإسلامية، (دراسة فقهية مقارنة مع قانون الأحوال الشخصية)، مصر: دار الكتب القانونية، ب.ط، 2011، ص 469.

³ - الطّئر: العاطفة على غير ولدها المرضعة له من الناس والإبل. ويقال أيضاً المرأة الطّئر، يعني المرضعة لغير وليدها. ومعناه هنا: قيام امرأة بحمل جنين ليس من زوجها لصالح امرأة أخرى أوصت عليه. جمال الدين أبو الفضل بن منظور، لسان العرب، م 4، القاهرة، دار المعارف، ب.ط، ب.ت.ن، ص 2742.

⁴ - المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي، «القرار الخامس حول التلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيب»، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة، الدورة 07 بتاريخ 19 جانفي 1984، ص 153.

⁵ - محمد نعيم يس، الإنجاب في ضوء الإسلام، ثبت كامل لأعمال ندوة الإنجاب في ضوء الإسلام، سلسلة مطبوعات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، المنعقدة بالكويت، بتاريخ 24 ماي 1983، ص 219.

من المبيض إلى الرحم وهو ما يفرّق بين هذه العمليّة والزّنا.¹ فالتلقيح الاصطناعي إمّا أن يكون عن طريق حقن نطفة مذكرة في المكان المناسب داخل مهبل المرأة، وإمّا أن يكون عن طريق زرع بويضة ملقّحة في أنبوب اختبار داخل رحم المرأة التي ترغب في الحمل. فكلّا الفرضين لا تنطبق عليهما جريمة الزّنا شرعاً. فجوهر حرمة الزّنا هو الوطء أي الاتصال الجنسي بين الرّجل والمرأة، وعنصر الوطء هنا مختلف في حالة حقن النّطفة في مهبل المرأة.² فثبوت النّسب مأمون في هذه الحالة، إذ أنّ والد الطّفل صاحب الماء معروف، كما أنّ أمّه معروفة.³

أمّا إذا نظرنا للموضوع عمليّاً، ومن زاوية مصلحة الطّفل في ثبوت نسبه من الأب الحقيقي صاحب النّطفة التي تخلّق منها وهو ما لا يتحقّق في الرّأي الآخر الذي يجعل صاحبة الرّحم هي الأمّ الحقيقيّة وإن لم يخلق من مائها.⁴

يتمّ التلقيح الاصطناعي الخارجي عن طريق أخذ حيوان منوي من الرّجل وبويضة من المرأة وتلقيحها خارجيّاً في أنبوب بوسيلة طبيّة معيّنة ويكون النّسب للأب والأمّ والتلقيح بأخذ بويضة الأم وتلقيحها بماء الرّجل ثمّ زرعها في رحم امرأة أخرى لا يفترق عن التلقيح في أنبوب إذا اعتبرنا أنّ رحم الأمّ المستعارة مجرّد أنبوب. وبالتالي فالنّسب للأمّ صاحبة البويضة مهما كانت الأمّ ومهما أرضعت المرضعة. واعتبار المرأة التي تبرّعت بالحمل بمثابة الأمّ من الرّضاعة بالنّسب للولد بما يترتّب على ذلك من آثار.⁵ ومن ثمّ يحرم على المولود أن يتزوّجها أو يتزوّج من أبنائها لقوله عزّ وجلّ: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ... وَأُمَّهَاتُكُمْ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ مِنَ الرّضَاعَةِ﴾.⁶ والمعروف أنّه يحرم من الرّضاع ما يحرم من النّسب. فإذا كان الولد ينسب لجهة الأب صاحب النّطفة، فإنّه ينسب أيضاً لجهة الأمّ صاحبة البويضة.

ينتهي هذا الرّأي إلى القول بنسب المولود إلى أبويه اللّذين جاءت البويضة الملقّحة منهما.⁷ بدليل أنّ اللّقيحة من ماء وبويضة زوجين بينهما علاقة زواج شرعيّ فينسب الجنين إليهما وإن كان

¹ - طفياني مخطارية، التلقيح الاصطناعي، (دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية

الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد بتلمسان، الجزائر، 2013-2014، ص 212.

² - محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي - أحكامه القانونية وحدوده الشرعية، المرجع السابق، ص 370.

³ - سفيان بن عمر بورقعة، النسب ومدى تأثير المستجدات العلمية في إثباته، المرجع السابق، ص 427.

⁴ - عطا عبد العاطي السنباطي، بنوك النطف والأجنة، القاهرة، دار النهضة العربية، ط1، 2001، ص 278.

⁵ - هاشم جميل عبد الله، « زراعة الأجنة في ضوء الشريعة الإسلامية »، المرجع السابق، ص 83.

⁶ - سورة النساء، من الآية: 23.

⁷ - كريمة عبود جبر، « استتجار الأرحام والآثار المترتبة عليه »، مجلة أبحاث كلية التربية الأساسية، جامعة

الموصل، العراق، م9، العدد 03، 2010، ص 255.

هذا النوع من الإخصاب محرّم إلا أنّ ذلك لا يؤثّر على النسب.¹ ويعلق الدّكتور هاشم جميل - أحد كبار علماء أهل السنّة والجماعة من العراق ومن أبرز فقهاءها - على هذا الموضوع بقوله: " إنّ التّحريم لم يدخل في أصل تكوين الجنين، وإنّما جاء من طريق تغذيّته الّتي نتج عنها نماؤه وتكامله، فالجنين بعد زرعه لم يستفيد من المتبرّعة غير الغذاء، إذ هو أشبه ما يكون بطفل غذاه أبواه من حرام حتّى كبر، فهما آثمان بما فعلا، ولكن ذلك لا يقطع عنهما نسب ابنهما ".² قد يعرّز هذا الرّأي أنّ النسب يقوم بوجه عام على الحقيقة البيولوجيّة، فالنّطفة هيّ بداية خلق الإنسان.³

الفرع الثّاني: تحديد النسب في حالة الأم الّتي حملت وولدت

يرى جانب من الفقه⁴ أنّ المرأة الّتي ينسب لها الولد ليست صاحبة البويضة، وإنّما الّتي حملته وولدت. أمّا صاحبة البويضة فتكون بمثابة الأم من الرّضاع. فهؤلاء ينظرون إلى الولد بمنظار الولادة، فيثبتون النسب من المرأة الّتي تلده بشهادة الشّهود. وباعتبار أنّ الأمّ الّتي أعطت البويضة تقتقر لمعاني الأمومة بينما الأخرى هيّ الّتي عانت مشاق الحمل والولادة. وإنّ جوهر الأمومة البذل والعطاء، وأنّ الأمّ في القرآن الكريم هيّ الّتي ولدت. وأنّه متى حملت امرأة ذات زوج بالتلقّيح الصّناعي أو الشّتل⁵ أو الزّنا أو الغصب أو الوطء بالشّبهة فإنّ حملها يعتبر للرّوج ولزوجته الّتي حملت به ووضعت، ولا علاقة للغاصب أو الزّاني أو المأخوذ منه المنّي باعتبار أنّ الولد للفراش.⁶

¹ - لبنى محمد جبر شعبان الصّفدي، الأحكام الشرعيّة المتعلّقة بالإخصاب خارج الجسم، بحث استكمالي لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير، كلية الشريعة والقانون، قسم الفقه المقارن، الجامعة الإسلاميّة بغزة، فلسطين، 2006-2007، ص 52.

² - كريمة عبود جبر، « استتجار الأرحام والآثار المترتبة عليه »، المرجع السابق، ص 254.

³ - محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، الرياض، الدار السّعوديّة للنشر والتوزيع، ط 4، 1983، ص 109.

⁴ - الشّيخ بدر المتولي عبد الباسط، الشّيخ علي الطنطاوي، الدّكتور زكريا البري، محمود المكادي، الدّكتور علي محي الدين القرة داغي، الدّكتور علي يوسف المحمدي. إقروفة زبيدة، الاكتشافات الطبيّة المعاصرة والبيولوجيّة وأثرها على النسب، المرجع السابق، ص 180.

⁵ - إنّ التلقّيح بالشّتل هو نفس التلقّيح الصّناعي، ما عدا أنّ التلقّيح الصّناعي هو نقل مني الرّجل الغريب إلى المرأة ذات الرّوج بلا واسطة فينشأ منه الولد. أمّا التلقّيح بواسطة الشّتل فإنّه يكون بواسطة إمراة الرّجل الغريب الّتي هيّ غير صالحة للحمل، فيمرّ عليها وينقل منها إلى المرأة ذات الرّوج الصّالحة للحمل. ومرور هذه النّطفة بها لا يغيّر شيئاً من أوصافها. وشتل الجنين هو واحد من المصطلحات للرّحم الطّئر، وحقيقته أنّ يجامع رجل امرأته الّتي هيّ غير صالحة للحمل، ثمّ ينقل الماء منها إلى رحم امرأة ذات زوج بطريقة طبيّة فتحمله إلى نهاية وضعه. عبد الله بن زيد آل محمود، مجموعة رسائل الشّيخ عبد الله بن زيد آل محمود، م3، الرياض، مكتبة العبيكان للنشر، ط1، 2006، 396.

⁶ - عبد الله بن زيد آل محمود، « الحكم الإقناعي في إبطال التلقّيح الصّناعي وما يسمّى بشتل الجنين »، المرجع السابق، ص 318 و319.

إن كان الطّفل ناشئ بالطّرق المحرّمة قطعاً من التلقّيح الاصطناعي، لا ينسب إلى أب جبراً وإنّما ينسب لمن حملت به ووضعت به باعتباره حالة ولادة طبيعيّة كولد الرّنا الفعلي تماماً. ولأنّ النّسب لا يثبت للرّاني لانعدام الفراش وإنّما يثبت للمرأة لأنّ الحكم في جانبها تبع الولادة سواءً كان بالنّكاح أو بالسّفاح.¹ دلّ ذلك قول بعض الفقهاء: "إنّ النّسب في جانب الرّجال يثبت بالفراش، وفي جانب النّساء يثبت بالولادة، ولا تثبت الولادة إلّا بدليل، وأدنى دليل عليها شهادة القابلة".² حيث استند هذا الفريق على أدلّة أشارت إلى أنّ الأمّ هي التي حملت وولدت، منها نصوص القرآن الكريم: في قوله تعالى: ﴿...إِنْ أُمّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ...﴾.³

وبهذا الأسلوب الجازم حدّد القرآن الكريم معنى الأمومة أي أنّه ينفي الأمومة عن التي لم تلد الولد. كما أكّده أيضاً في مواضع أخرى تحمل ذات المعنى. من ذلك قوله جلّ جلاله: ﴿...حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَى وَهْنٍ...﴾.⁴ وكذلك قوله تعالى: ﴿...حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا...﴾.⁵ فبين أنّ التي تحمل الولد وتضعه هي أمّه. وكون الله تعالى وصف الحمل والوضع بالكره، يعطينا ضوءاً على اعتبار صاحبة الحمل والولادة هي الأمّ والوالدة المعتبرة شرعاً لأنّ حمل المرأة ووضعها يسبب لها المشاق بينما خلت صاحبة البويضة من الكره قياساً على صاحبة الولادة. فصار لازماً نسبة الطّفل إلى صاحبة الكره والوهن أي والدة التي حملته.⁶

عن ابن مسعود - ر - أن النّبي - ص - قال: {إنّ أحدكم يجمع خلقه في بطن أمّه أربعين يوماً ثمّ يكون في ذلك علقه مثل ذلك ثمّ يكون في ذلك مضغة مثل ذلك ثمّ يرسل الملك فينفخ فيه الرّوح}.⁷ يرى البعض أيضاً أن الولد يتبع في النّسب المرأة المتبرّعة بالحمل وزوجها، وليس من أخذت اللّقيحة منها على أساس قول الرسول - ص - : {الولد للفراش وللعاهر الحجر}.

¹ - زياد أحمد سلامة، أطفال الأنابيب بين العلم والشرعية، المرجع السابق، ص 136 و 137.

² - علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني بدائع الصّنائع، ج6، لبنان: بيروت، دار الكتب العلمية، ط 2، 2013، ص 385.

³ - سورة المجادلة، من الآية: 2.

⁴ - سورة لقمان، من الآية 14.

⁵ - سورة الأحقاف، من الآية 15.

⁶ - محمد على البار، طفل الأنبوب والتلقّيح الاصطناعي والرحم الظنر والأجنة المجمدة، المملكة العربية السعودية: جدة، شركة دار العلم، ط1، 1986، ص 173.

⁷ - البخاري أبو عبد الله محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، المرجع السابق، ص 1635.

بعد أن تعرّضنا لأقوال الفقهاء وأدلتهم، نرى أن النسب ثابت للأُمّ التي حملت وولدت لقوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ سَلَالَةٍ مِنْ طِينٍ﴾¹. ﴿ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَكِينٍ﴾². وقوله تعالى: ﴿...وَإِذْ أَنْتُمْ أَحِبَّةٌ فِي بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ...﴾³. وقوله: ﴿...يَخْلُقُكُمْ فِي بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ خَلْقًا مِنْ بَعْدِ خَلْقٍ فِي ظُلُمَاتٍ ثَلَاثٍ...﴾⁴. وهي أطوار الجنين وليس من طور للجنين في بطن صاحبة البويضة، والبويضة وحدها لا تتشكّل كائنًا فيتطوّر إلى إنسان، إنّما يتطوّر الإنسان بعد اجتماع البويضة مع الحيوان المنوي مع وجود الرّحم.⁵ وقوله: ﴿...وَنُقِرُّ فِي الْأَرْحَامِ مَا نَشَاءُ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى ثُمَّ نُخْرِجُكُمْ طِفْلًا ثُمَّ لِتَبْلُغُوا أَشُدَّكُمْ...﴾⁶. وقوله أيضًا: ﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَى وَهْنٍ...﴾⁷. وقوله تعالى: ﴿وَاللَّهُ أَخْرَجَكُمْ مِنْ بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ لَا تَعْلَمُونَ شَيْئًا...﴾⁸. فالآيات صريحة في أنّ الأمّهات هنّ اللواتي حملن أجنّتهن وأخرجنها. لأنّ البويضة عندما تخرج من المرأة لا تتشكّل كائنًا يوصف بأنّه يعلم شيئًا أو لا يعلم شيئًا. وأنّ البطون للأمّهات.

هذه النصوص قطعيّة الثبوت والدلالة واضحة على أنّ الأمّ هي التي حملت ووضعت.⁹ حيث تفيد أنّ الحمل والوضع مناط ثبوت الأمومة، وأنّ كلّ أطوار خلق الإنسان في الرّحم من أوّل النطفة حتّى الولادة إنّما تنسب للأُمّ. فسمّيت المرأة التي ترعرع الجنين في بطنها أمًّا.¹⁰ كما أنّ مفهوم الأمومة ينصرف إلى الأمّ التي حملت وعانت مشاكل الحمل والولادة والاحتمال والبذل والعطاء على عكس الأمّ صاحبة البويضة التي اقتصر دورها على إفراز بويضة دون حمل وولادة أو أيّة مشقّة ومتاعب ممّا ينفي النسب عنها ويثبت للأُمّ التي حملت وولدت خاصّة إذا كانت ذات زوج يكون الولد للفرّاش باعتباره قرينة شرعيّة، وأنّ كلّ حمل تحمله الزّوجة يعتبر من زوجها إذا أقَرّه.

1 - سورة المؤمنون، الآية: 12

2 - سورة المؤمنون، الآية: 13.

3 - سورة النجم، من الآية: 32.

4 - سورة الزمر، الآية: 6.

5 - زياد أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 137.

6 - سورة الحج، من الآية: 5.

7 - سورة لقمان، من الآية: 14.

8 - سورة النحل، من الآية: 78.

9 - إبراهيم بك وواصل علاء الدين أحمد إبراهيم، انتقال ما كان يملكه الإنسان حال حياته إلى غيره بعد موته التركة والحقوق المتعلقة بها المواريث علمًا وعملاً، الوصية - تصرفات المريض مرض الموت، ج 1، مصر: المكتبة الأزهرية للتراث، ط2، 1999، ص 548.

10 - مهند صلاح أحمد، الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، ب.ط، 2002، ص 259.

يقول الدكتور محمد المرسي زهرة - أستاذ القانون المدني المساعد بكلية الحقوق جامعة عين شمس بمصر - بعد عرض أدلة كل من الفريقين: "...أن كلاً من المرأتين، صاحبة البويضة والمتبرعة بالحمل شاركتا بدور ما في إنجاب الطفل. لكن عند الاختيار والموازنة والمفاضلة بينهما، فإن الكفة تميل بوضوح لصالح المرأة التي عانت متاعب الحمل وصبرت على ألم الولادة، وأعطت الطفل من كيانها وصحتها النفسية والجسمية".¹

الذي يقوي صحة هذا القول المعنى اللغوي لكلمة (الوالدة) فقد جاء في لسان العرب الوالد: الأب. والوالدة: الأم وهما الوالدان.² وجاء في المعجم الوسيط ولدت الأنثى تلد ولاداً، وولادة: وضعت حملها، فهي والدٌ ووالدة. ويقال ولدت الجنين. والوالدان: الأب والأم، والوالدة الأم.³ فهنا اللغة تدل على أن والدة هي الأم وهي دلالة صريحة. ومعروف أن العرب الذين أخذت منهم اللغة اعتبروا أن الأم هي والدة. ومن ثم صار يعرف لفظ الأم أنها والدة عن طريق الحقيقة اللغوية. واستناداً لقوله تعالى: ﴿...إِنْ أُمَّهُاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ...﴾⁴ لذلك لا مناص من القول باستبعاد المرأة صاحبة البويضة واعتبار المرأة التي حملت ووضعت هي الأم الحقيقية للمولود. وحكمًا بالظاهر، فإن الأم هي التي ولدت الولد فينسب لها، وهذا في حد ذاته معاملة بنقيض المقصود من اللجوء إلى الأم البديلة حتى لا تكون وسيلة إلى القيام بهذا الفعل الذي تحرّمه الشريعة. وإن كان نسب الطفل يثبت للأم حصراً واقعة الولادة سواء كان الحمل من علاقة شرعية أو غير شرعية.

خلاصة لما تقدّم خلال هذا المبحث حول موقف الفقه الإسلامي من نسب الطفل الناتج عن التلقيح الاصطناعي خارج إطار العلاقة الزوجية، تم اعتبار هذه العملية شبيهة بالزنا ولو أنها ليست بالمعنى المحدد شرعاً وقانوناً، ولأنها لم تحدث بالطريقة الفعلية. يرى بعض الفقهاء أنه واضح كل الوضوح أن هناك الكثير من الفروق الجوهرية بين الزنا والتلقيح الاصطناعي بماء غير الزوج مما يقتضي أن يجعل حكمه دون حكم الزنا، ومن ثم فلا يمكن أن يكون في الحرمة كالزنا الحقيقي المباشر إذ ليس فيه ركنه (الوطء)، وبالتالي لا يمكن القول باستحقاق عقوبة الزنا التي لم يوجبها الشرع إلا في حالة الزنا الحقيقي، وإنما تستوجب هذه العملية المحظورة من التلقيح الاصطناعي عقوبة تعزيرية.⁵ انطلاقاً من حرص الشرع على وجوب أن يرتبط الطفل بأبيه برابطة حقيقية بيولوجية، أجاز جانب من الفقه نسب الولد إلى صاحب النطفة الأجنبية وإلى الأم صاحبة الرحم الظئر أو صاحبة

¹ - محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية، المرجع السابق، ص 389.

² - ابن منظور جمال الدين أبو الفضل محمد بن مكرم، لسان العرب، م5، المرجع السابق، ص 4914.

³ - مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، م2، مصر: دار الشروق الدولية، ط4، 2004، ص 1056.

⁴ - سورة المجادلة، من الآية: 02.

⁵ - أميرة عدلي أمير عيسى خالد، الحماية الجنائية للجنين في ظل التقنيات المستحدثة، الإسكندرية، دار الفكر

الجامعي، ب.ط، 2007، ص 196.

البويضة المؤنثة، وعبروا عنه بالغير المتبرّع، وإن كانت هذه الطّرق محرّمة شرعاً. لكن ما ذنب الطّفل الذي يولد بدون أن يعرف ما حدث له، وأن أصله من بويضة مجهولة ومن ماء مانح مجهول. لا شك أن في إلحاق نسب الطّفل إلى الأب المتبرّع أو الأم المتبرّعة أولى من تركه بلا نسب يضمّه، وهذا أولى في التّلقيح الاصطناعي بنوعيه الدّاخلي والخارجي من الرّزا، الذي يمكن إلحاق نسب ابن الرّزا بالرّزائي إذا ادّعاه، وهو قول جانب من الفقهاء. بالرّغم من أن الرّزا مجمع على تحريمه شرعاً إلا أن ذلك لم يمنعهم من البحث في نسب ولد الرّزا وماله من حقوق. واشترط العلماء لدعوى الإنسان نسب مجهول التّسب ألا يقول إنّه من الرّزا، فإن ادّعاه ولم يصرّح أنّه من الرّزا ثبت نسبه.¹

أخيراً نرى أن إجراء التّلقيح الاصطناعي خارج إطار العلاقة الزوجية يعدّ خروجاً على القواعد التي وضعتها الشّريعة الإسلاميّة التي عنيّت بحفظ الأنساب وصيانتها من الفساد والاضطراب عناية فائقة، لأنّ ضياع الأنساب واختلاطها يؤدّي إلى مفسدات أخلاقيّة واجتماعيّة، ويحدث تفكّكاً في الأسر وخللاً في المجتمع وتشيع الفوضى في العلاقات الاجتماعيّة والاقتصاديّة. لهذا حرص الإسلام على المحافظة على الأنساب وشرع كلّ ما يؤدّي إلى صيانتها والمحافظة عليها، وحرّم كلّ ما يؤدّي إلى اختلاط الأنساب وضياعها. لذا فإننا نرى التّهي عن إجراء التّلقيح الاصطناعي بين أجنبيّين، على الأقلّ في الدّول التي تدين بدين الإسلام والاهتمام بها في إطار العلاقة الزوجية في ظلّ القواعد التي تقرّها الشّريعة الإسلاميّة.

المبحث الثاني: الموقف التشريعي والقضائي من إثبات نسب الطّفل الناتج عن التّلقيح الاصطناعي خارج رابطة الزواج

استقراءً لموقف التّشريعات المقارنة تجاه التّلقيح الاصطناعي بتدخّل الغير، ومنه نسب الطّفل الناتج عن هذه العمليّة خارج إطار العلاقة الزوجية، نجد أن هذه التّشريعات انقسمت إلى اتّجاهين: اتّجاه يجيز التّلقيح بتعدّد الأطراف ويرون في الوسيلة نوعاً من العلاج للعقم. يمثّل هذا الاتّجاه التّشريعات الغربيّة خاصّة منها التّشريع الفرنسي المعني بالدراسة. أمّا الطّرف المقابل لهذا الاتّجاه يرى أن في التّلقيح الاصطناعي بتدخّل الغير وسيلة غير مشروعة، ويرتّبون البطلان المطلق على أيّ تصرف قانونيّ يتمّ لانجازها. حيث يمثّل أنصار هذا الاتّجاه في التّشريعات العربيّة. والملاحظ على المنظومة القانونيّة للبلدان العربيّة وجود فراغ تشريعي في مجال المستجدات الطّبية المعاصرة كالمغرب. وإن كان البعض الآخر من هذه الدّول بادرت إلى سنّ قوانين تعرضت فيها لمسألة التّلقيح الاصطناعي، كان المشرّع الليبي أوّل بلد عربي قنّن موضوع التّلقيح الاصطناعي وأدخله على المنظومة التشريعيّة الليبيّة.

¹ - الرملي شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي، ج5، المرجع السابق، ص 108.

أما بخصوص التشريع التونسي وعلى غرار التشريع الليبي منع اللجوء إلى الطب الإنجابي بحكم القانون إلا إذا توفرت بعض الشروط.

من جانبه المشرع الجزائري هو الآخر وضع إطاراً قانونياً وضوابط من شأنها تنظيم اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي بشكل يجعلها تتماشى وأحكام الشريعة الإسلامية، وكرّس حق اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي بموجب التعديل الأخير لقانون الأسرة.

أما بخصوص موقف القضاء المقارن من صور التلقيح الاصطناعي بنوعيه الداخلي والخارجي خارج إطار العلاقة الزوجية، خاصة القضاء الفرنسي نجده قد انقسم بخصوص جواز هذه الصورة وإثبات النسب للمولود إلى اتجاهين: الأول معارض حيث ذهب القضاء في بعض قراراته إلى عدم إضفاء الصفة الشرعية لهذه الصورة وعدم إثبات النسب فيها. والثاني مؤيد ذهب في قضايا أخرى إلى إنكار حق الزوج بنفي نسب المولود المتخلق بنطفة غيره. وبالرجوع إلى القضاء العربي وفي انعدام القرارات القضائية في مسائل التلقيح الاصطناعي بكافة صورته المتعددة الشرعية منها وغير الشرعية لا أثر لها إطلاقاً في المحاكم الجزائرية خاصة. تركّزت الدراسة حول القضاء الفرنسي فقط لانتشار هذه الصور من التلقيح.

من خلال ما سبق نتعرض للموقف التشريعي المغربي من إثبات نسب الطفل الناتج عن التلقيح الاصطناعي خارج رابطة الزواج في المطلب الأول ثم في المطلب الثاني إلى موقف التشريع والقضاء الفرنسي من تقنية الإنجاب الاصطناعي بتدخل الغير ومدى إثبات النسب للمولود الناتج عنها.

المطلب الأول: إثبات نسب الطفل الناتج عن التلقيح الاصطناعي خارج رابطة الزواج في بعض التشريعات المغربية

أصبح التلقيح الاصطناعي اليوم أهم إنجاز في المجال الطبي سيما أنه يعدّ ضرورة اجتماعية نظراً لتفشي العقم. فإذا كان الزواج أحد أهم الوسائل الطبيعية للإنجاب حفاظاً على النسل فالتلقيح الاصطناعي يعتبر وسيلة أيضاً لغرض الحمل خارج إطار المعاشرة الزوجية، ولم يصبح حكراً على الزوجين بل أصبح يتعداهما إلى طرف ثالث يتدخل لحدوث الحمل وهو ما يعرف بالتلقيح الاصطناعي بواسطة الغير.

وبالتالي فإنّ كلّ التشريعات الوضعية الآن تعتبر أنّ التلقيح الاصطناعي طريقة علمية علاجية للإنجاب. لهذا بادرت بعض التشريعات العربية إلى وضع قوانين لأجل تنظيم عمليات التلقيح الاصطناعي من خلال وضع جملة من الشروط والضوابط تكفل مشروعية هاته العمليات. ونخصّ

بالذكر موقف التشريع الليبي والتونسي والتشريع الجزائري من الشرعية على أسلوب التلقيح الاصطناعي بتدخل الغير.

نجد أنّ التشريع الليبي من ضمن هذه الدول التي نظمت موضوع التلقيح الاصطناعي بموجب القانون رقم 175 لسنة 1972،¹ وكذلك في القانون رقم 17 لسنة 1986 المتضمن قانون المسؤولية الطبية.² سوف نعالج هذا الموقف من خلال الفرع الأول. من جهته المشرع التونسي نظم عملية التلقيح الاصطناعي بموجب القانون رقم 93 لسنة 2001 المتعلق بالطب الانجابي.³ الأمر الذي نتطرق إليه في الفرع الثاني. كما تناول المشرع الجزائري التلقيح الاصطناعي في حالة تعذر إنجاب الأولاد بصورة طبيعية من أجل تحقيق الرغبة الطبيعية في بناء أسرة متكاملة وهذا بموجب تعديل قانون الأسرة بالأمر 02-05، هذا ما سوف نوضحه من خلال الفرع الثالث.

الفرع الأول: موقف القانون الليبي من أساليب التلقيح الاصطناعي

يعتبر المشرع الليبي سباقاً عن بقية الدول العربية كونه أول بلد قنّن موضوع التلقيح الاصطناعي وأدخله على المنظومة التشريعية وذلك في القانون رقم 175 لسنة 1972⁴ المتضمن قانون العقوبات، والقانون رقم 17 لسنة 1986.⁵ ووفقاً لهذه النصوص فإنّ المشرع الليبي رفض كلّ صور التلقيح الاصطناعي سواء أفضى إلى الحمل أم لا، وعدّه جريمة يعاقب عليها القانون. فالقانون الليبي في صياغته للنصوص السالفة الذكر لم يفرّق بين التلقيح الاصطناعي إذا كان بين الزوجين والتلقيح بين غير الزوجين. الشّيء الذي يفهم من سبب تجريم التلقيح الاصطناعي بين غير الزوجين أنّه يؤدّي إلى اختلاط الأنساب، ومن هنا اجتمعت كلمة الفقهاء على تحريمه لمخالفته لمقاصد الشريعة الإسلامية. الأمر الذي نص عليه في قانون 1972 على أنّه تطبيق لمبادئ الشريعة الإسلامية. لكن تجريم المشرع الليبي للتلقيح الاصطناعي بين الزوجين كان أمراً غير مفهوم ما دام أنّه لا يؤدّي إلى اختلاط الأنساب، والعملية أجريت وفق الشّروط والإجراءات المنصوص عليها في ضوابط علاج العقم.⁶

¹ - القانون رقم 175 لسنة 1972، المؤرخ في 07 ديسمبر 1972، المتضمن تعديل قانون العقوبات الليبي. الجريدة الرسمية للجماهيرية الليبية، العدد 61، بتاريخ 23 ديسمبر 1972، ص 3072.

² - القانون رقم 17 لسنة 1986، المؤرخ في 24 نوفمبر 1986، المرجع السابق.

³ - القانون رقم 93 لسنة 2001، مؤرخ في 07 أوت 2001، المرجع السابق.

⁴ - القانون رقم 175 لسنة 1972، المؤرخ في 07 ديسمبر 1972، المرجع السابق.

⁵ - القانون رقم 17 لسنة 1986، المؤرخ في 24 نوفمبر 1986، المرجع السابق.

⁶ - محمد علي الهادي زبيدة، النسب والحقوق المتعلقة به وتطبيقاته المعاصرة، ليبيا، منشورات 7 أكتوبر إدارة المطبوعات والنشر، ط1، 2007، ص 311.

وما ذهب إليه المشرع الليبي يتفق مع الرأي القائل بحرمة التلقيح الاصطناعي الذي نادى به بعض المعاصرين. ووجهة هذا الرأي في ذلك حرمة أي لقاء من شأنه إيجاد ذرية عن غير الطريق الطبيعي المعروف.¹ وفقاً لقوله تعالى: ﴿نَسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ...﴾.² أي نساؤكم مكان زرعكم وموضع نسلكم وفي أرحامهن يتكوّن الولد فأتوهنّ في موضع النسل والذرية ولا تتعدّوه إلى غيره ومعنى هذه الآية أنّ التلقيح بين البويضة والحيوان المنوي للزوجين إنّما يتمّ عن طريق الجماع. أمّا التلقيح الذي يتمّ عن طريق آخر بواسطة الأنبوب أو غيره مخالفة لنص الآية الكريمة وللشّرع.³

إن كان المشرع الليبي قد جرّم التلقيح الاصطناعي بموجب أحكام القانون رقم 175 لسنة 1972، واعتبره جريمة جنائية تستوجب توقيع العقاب على مرتكبيها، فإنّه عدل عن موقفه السابق وأباح بعض صور التلقيح إذا تمّت في ظروف معيّنة، وبتوافر شروط محدّدة. وقد تمّت هذه الإباحة بمقتضى القانون رقم 17 لسنة 1986 بشأن المسؤولية الطبية.⁴ وبذلك يتّضح أنّ المشرع الليبي لم يكتف بما نصّ عليه من أحكام خاصة بتقنيات التلقيح الاصطناعي في القانون رقم 175 لسنة 1972، وإنّما أضاف إليها أحكاماً جديدة، رأى ضرورة النصّ عليها من خلال نصوص القانون رقم 17 لسنة 1986 متضمناً النصّ على كافّة الأحكام المتعلقة بالمسؤولية الطبية، بما فيها المسؤولية عن تقنيات التلقيح الاصطناعي. وبذلك يظهر جلياً الاهتمام الذي أولاه المشرع الليبي بمسألة التلقيح الاصطناعي الذي جاء تفسيراً واضحاً على أهميّة هذه المسألة وخطورتها، وضرورة تنظيمها تنظيمًا يتفق مع الدّين والتقاليد والأخلاق والنّظم الاجتماعية.⁵

من خلال هذه النصوص القانونية يتّضح أنّ دراسة مسائل التلقيح الاصطناعي تقتضي بحث وتحليل نسب المولود الناتج عن التلقيح الاصطناعي ضمن القانون رقم 175 لسنة 1972 أولاً ثمّ موقف المشرع الليبي من هذا النسب ضمن القانون رقم 17 لسنة 1986 ثانياً.

¹ - من بين الآراء الراضية للتلقيح الاصطناعي: الشيخ محمد جواد مغنية والشيخ صالح الفوزان والشيخ محمد بن صالح العثيمين والشيخ الألباني والشيخ رجب التميمي. خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني للإنجاب الصناعي والاستنساخ والحماية القانونية للجنين، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، ط1، 2014، ص 139 و 140.

² - سورة البقرة، الآية: 223.

³ - رجب بيوض التميمي، « أطفال الأنابيب »، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة 02 لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي بجدة، ج1، العدد 02، 1986، ص 309.

⁴ - عائشة أحمد سالم حسن، الأحكام المتصلة بالحمل في الفقه الإسلامي، بيروت، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ط1، 2008، ص 182.

⁵ - فرج صالح الهرش، موقف القانون من التطبيقات الطبية الحديثة - زراعة الأعضاء البشرية - تقنية التلقيح الصناعي، (دراسة مقارنة)، ليبيا، بنغازي، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان، ط1، 1996، ص 226.

أولاً: نسب المولود الناتج عن التلقيح الاصطناعي ضمن قانون 1972

إذا كانت عملية تكوين الجنين من بدايتها إلى حين وضعه تشترك فيها ثلاثة عوامل أساسية سواء أكان الحمل قد تم بالطريقة الطبيعية أم بالطريقة الاصطناعية. هذه العوامل هي الحيوان المنوي من الرجل والبويضة والرحم من المرأة. قد تتشابه هذه العوامل من عدة أطراف في نطاق الزوجية وخارجها، ما يفترض حصول التلقيح الاصطناعي في ست أو سبع حالات، تمثل حالة واحدة من التلقيح مباحة والحالات الأخرى من حيث المبدأ ممنوعة ومحرمة شرعاً.¹ لا يشك أحد في تحريم هذه الصور لشبهة الزنا من ماء الرجل بماء الأجنبية هذا من جهة، واختلاط الأنساب وضياعها من جهة ثانية.

الشريعة الإسلامية لا تقبل طريقاً للتناسل سوى عن طريق واحد، وهو طريق الزواج الشرعي. وبناءً على ذلك أفتى فقهاء الإسلام في العصر الحديث بأن أية وسيلة للتناسل يستخدم فيها طرف ثالث خارج نطاق الزوجية هي لاغية وباطلة ومحرمة شرعاً وموجبة للتعزير.² ومن الفقهاء من رفض التلقيح الاصطناعي بنوعيه الداخلي والخارجي لما فيه من انتهاك لحرمة الإنسانية وحرمة الزوجين، وقد تؤدي هذه الوسيلة للفساد والشك في الأنساب،³ ولتعارض هذه التقنية مع عدم جواز الاطلاع على عورة المرأة الأجنبية إلا لضرورة علاجية، كما أنه ينظر لهذه التقنية بعين الريبة من منطلق معارضتها لمشئئة الله في قوله تعالى: ﴿...وَيَجْعَلُ مَنْ يَشَاءُ عَقِيماً...﴾.⁴ وأشارت المذكرة الإيضاحية للقانون الليبي إلى اعتبارات اجتماعية تملّي تحريم التلقيح الاصطناعي، وقوامها أن الأسرة تعتبر حجر الأساس في المجتمع الليبي، وأن السماح بهذه العملية

¹ - جاء في قرار المجمع الفقهي الإسلامي، بشأن التلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيب، في دورته 08 المنعقدة بمقر رابطة العالم الإسلامي في مكة المكرمة في الفترة من 19-28 جانفي 1985: « إن الأسلوب الأول الذي تؤخذ فيه النطفة الذكرية من رجل متزوج ثم تحقق في رحم زوجته نفسها، في طريقة التلقيح الداخلي هو أسلوب جائز شرعاً. وأما الأساليب الأخرى، من أساليب التلقيح الاصطناعي، في الطريقتين الداخلي والخارجي، مما سبق بيانه، فجميعها محرمة في الشرع الإسلامي، لا مجال لإباحة شيء منها ». سناء عثمان الدبسي، الاجتهاد الفقهي المعاصر في الإجهاض والتلقيح الصناعي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان: بيروت، ط1، 2010، ص 174.

² - جمعة محمد بشير، « نسب المولود الناتج عن التلقيح الصناعي »، المجلة الجامعة، جامعة السابع من أبريل، كلية الحقوق ليبيا، العدد 07، 2005، ص 197.

³ - شادية الصادق الحسن، « حكم الإسلام في التلقيح الاصطناعي »، مجلة العلوم والبحوث الإسلامية، جامعة السودان للعلوم والتكنولوجيا، معهد العلوم والبحوث الإسلامية، العدد 02، فبراير 2011، ص 06.

⁴ - سورة الشورى، الآية: 50.

يصطدم بعبادات وتقاليد وقيم المجتمع الإسلامي.¹ كما أشارت المذكرة أيضاً إلى جملة من الآيات القرآنية التي تبرّر البحث عن أساس التجريم للتلقيح الاصطناعي، ومن هذه الآيات المذكورة قول الله تعالى: ﴿وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا﴾² وقوله عز وجل: ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَجَعَلَ مِنْهَا زَوْجَهَا لِيَسْكُنَ إِلَيْهَا فَلَمَّا تَغَشَّاهَا حَمَلَتْ حَمْلًا خَفِيًّا...﴾³ وقوله سبحانه وتعالى: ﴿...يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنَاءً وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ⁽⁴⁹⁾ أَوْ يُزَوِّجُهُمْ ذُكْرَانًا وَإِنَاءً وَيَجْعَلُ مَنْ يَشَاءُ عَقِيمًا إِنَّهُ عَلِيمٌ قَدِيرٌ﴾⁴ إن الآيات القرآنية في مجملها تشير إلى أن الإنجاب يسير وفق مشيئة الله تعالى.

لعلّ هذه الأسباب جعلت المشرّع الليبي يرى في التلقيح الاصطناعي مخالفة لهذه النصوص القرآنية أو يرى الخشية من إساءة استخدام التلقيح الاصطناعي بشكل يترك انعكاسات خطيرة، كتلقيح الزوجة نفسها بمني زوجها بعد طلاقها أو وفاة زوجها. وعلى هذا الأساس كان في بداية الأمر يُنظر إلى التلقيح الاصطناعي على أنّه جريمة يعاقب عليها القانون. حيث أضاف مادّتين جديدتين إلى قانون العقوبات إذ تضمّنت المادّة 403 مكرر (أ) النص على أن: "كلّ من لقّح امرأة تلقّيحاً اصطناعياً بالقوة أو التهديد أو الخداع يعاقب بالسّجن مدّة لا تزيد على عشر سنوات، أو تكون العقوبة السّجن لمدّة لا تزيد على خمس سنوات إذا كان التلقيح برضاها، وتزداد العقوبة النّصف إذا وقعت الجريمة من طبيب أو صيدلي أو قابلة أو أحد معاونيهم". ووفقاً للمادّة 403 مكرر (ب) التي تنصّ على أنّه: "تعاقب المرأة التي تقبل تلقيحها صناعياً أو تقوم بتلقيح نفسها صناعياً بالسّجن مدّة لا تزيد على خمس سنوات، ويعاقب الزوج بذات العقوبة المنصوص عليها في الفقرة السابقة إذا جرى التلقيح بعلمه ورضاه سواء وقع التلقيح من الزوج أو من الغير".

طبقاً للقانون الليبي فإنّ المشرّع يجرّم التلقيح الاصطناعي أيّاً كانت صورته بما فيها استئجار الأرحام ويعاقب من يقوم بعملية التلقيح أيّاً كانت صفته سواء برضا المرأة أو دون رضاها وإن جعل من رضا المرأة سبباً لتخفيف العقاب ليعاقب بالسّجن بما لا يزيد على خمس سنوات. ويفهم من النصين السابقين أنّ المشرّع الليبي اعتبر التلقيح الاصطناعي جريمة عمدية تقوم على ثلاثة أركان: أ - الركن المفترض الأثنى الملحق: ذكر المشرّع في تحديد هذا الركن مصطلح امرأة لأنّ جريمة التلقيح الاصطناعي لا تقع إلّا عليها سواء كانت عذراء أو ثيباً وسواء كانت متزوجة أو غير متزوجة.

¹ - محمد سليم العوا، « الجرائم الماسة بالأسرة في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية »، مجلة المحاماة، القاهرة، العدد 5، 1987، ص 49.

² - سورة الفرقان، الآية: 54.

³ - سورة الأعراف، الآية: 189.

⁴ - سورة الشورى، الآيتان: 49-50.

فإذا ارتكَبَ فعل التَّلْقِيح المحرَّم على امرأة وجب تطبيق العقوبة المقدَّرة. غير أنَّ المشرَّع لم يشترط سنًّا معيَّنة في المرأة محلَّ الجريمة، وفي هذا اتَّجهت الآراء بالنسبة لهذه القضية إلى رأيين:

- 1 - ذهب الرّأي الأول إلى أنَّ حكمة التشريع تدعو إلى أن تكون الأنثى قابلة للحمل حتّى تكون الجريمة، ومن ثمّ لا يتوافر هذا الرّكن بالنسبة لفتاة لم تصل سنّ البلوغ أو امرأة استأصلت الرّحم أو بلغت سنّ اليأس، فالحمل في هذه الحالات يكون مستحيلًا. وبالتالي لا تقوم جريمة التَّلْقِيح الاصطناعي، وإنّما تكون جريمة هنك عرض إذا توافرت أركانها.¹
- 2 - ذهب الرّأي الثّاني إلى أنَّ القانون لم يحدّد سنًّا معيَّنة بالنسبة للمرأة التي تقوم بجريمة التَّلْقِيح الاصطناعي سواءً برضاها أم مكرهة، ثمّ تقع الجريمة على الصّغيرة وعلى من بلغت سنّ اليأس، كذلك على من لا رحم لها. لأنّ العبرة بوقوع الفعل لا بحصول الحمل الذي هو نتيجة محتملة لحالات التَّلْقِيح المحرّمة شرعًا التي لا تتوافق مع القيم والأخلاق الدّينية. والقول بخلاف ذلك يفترض أنَّ العقاب رهن بتمام الحمل، وهو ما لا يوجب القانون، ثمّ إنّ قابليّة المرأة للحمل ليست شرط نجا ح عملية التَّلْقِيح، وقد ثبت علميًا أنّه يمكن زرع بويضة لامرأة ما بعد إخصابها في رحم امرأة أخرى غير قادرة على البيض، وذلك لعارض ما يمنعها من ذلك.²

من خلال عرض الآراء الفقيّه السابقة في مسألة تحديد سنّ المرأة التي تقوم بعملية التَّلْقِيح الاصطناعي، فإنّ الأوّل بالاعتبار هو القول الثّاني الذي يحدّد سنًّا معيَّنة لمحلّ الجريمة، وذلك بربطها بقدرتها على الحمل من عدمه، لأنّ هذا المفهوم لا يتماشى مع تطوّر صور التَّلْقِيح الاصطناعي، إذ أصبح من الممكن إخضاع المرأة بطريقة أو بأخرى من طرق التَّلْقِيح المتنوّعة. فيمكن أن تشارك فتاة صغيرة لم تصل سنّ البلوغ في عملية التَّلْقِيح، وذلك بأخذ بويضة منها وتلقيحها وزرعها في رحم امرأة أخرى.³ وبذلك فإنّ العلم لا يزال يأتي كلّ يوم بجديد في هذا المجال إلى الحدّ الذي بات من الممكن القول معه أنَّ الحمل لم يعد مستحيلًا لأيّ امرأة مهما صغرت أو كبرت، وبصرف النّظر عن حالتها الصحيّة أو وضعها البيولوجي.

ب - الرّكن الماديّ للتَّلْقِيح الاصطناعي: يتمّ الرّكن الماديّ لعملية التَّلْقِيح الاصطناعي بأيّ فعل من أفعال التَّلْقِيح الاصطناعي الدّاخلي أو الخارجيّ، ولا يكون جريمة إلّا إذا كانت الحيوانات المنويّة المنقولة من الرّجل إلى المرأة من غير زوجها أو نقل البويضة من غير صاحبها سواءً أكانت مخصّبة أو غير مخصّبة. أمّا إذا كانت الحيوانات المنويّة من الرّوج والبويضات من الرّوجة وتمّ الحمل بواسطة الرّوجة، فإنّه لا يعتبر جريمة وإنّما هو عملية مشروعة شرعًا وقانونًا.

¹ - إدوارد غالي الذهبي، « التَّلْقِيح الصناعي »، مجلة دراسات قانونية، جامعة بنغازي، ليبيا، كلية الحقوق، م 3، 1973، ص 170 و171.

² - فرج صالح الهريش، المرجع السابق، ص 231.

³ - عائشة أحمد سالم حسن، المرجع السابق، ص 185.

هذه الأسباب دعت المشرع الليبي إلى تجريم عملية التلقيح الاصطناعي. جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون التلقيح الاصطناعي أن التلقيح الاصطناعي فيه (احتمال اختلاط الأنساب وتغيير لسنة الله في خلقه)، هذا فضلاً على أن التلقيح الاصطناعي يهدر الحكمة من الزواج، وقد يخول الإرث لمن ليس له الحق فيه شرعاً، إضافة إلى أنه لا يتفق مع المشاعر الإنسانية والترابط العائلي، وما شرعه الله من مودة ورحمة وسكن بين الزوجين.

هذه الأسباب والأوصاف التي وصف بها المشرع الليبي عملية التلقيح الاصطناعي لا تنطبق إلا على أفعال التلقيح الاصطناعي وحالاته التي تحدث خارج إطار الزوجية. لأن التلقيح الواقع بين الزوجين وفقاً لشروط قانونية وشرعية محددة، لا يهدر الحكمة من الزواج، ولا يتعارض مع المشاعر الإنسانية والروابط العائلية والقي والأخلاق الدينية، بل على العكس قد يدعم هذه الروابط وذلك بإنجاب طفل. إذ اشترط البعض لقيام الركن المادي للجريمة أن تكون الحيوانات المنوية المنقولة صالحة للإخصاب، أما إذا كانت ميتة فلا تقوم الجريمة. ولم يشترط القانون أن يتم التلقيح الاصطناعي بطريقة معينة، فيستوي أن يتم بالطرق الطبية الحديثة أو بالطرق البدائية المعروفة.¹

ج - الركن المعنوي (القصد الجنائي): التلقيح الاصطناعي الذي يتم من غير الزوجين سواء أكان التدخل بالحيوانات المنوية أو بالبويضات أم بالرحم جريمة عمدية يلزم لقيامها توافر القصد الجنائي، وهو اتجاه إرادة الجاني إلى ارتكاب الفعل المادي لجريمة التلقيح مع علمه بأن هذا الفعل يؤدي إلى إحداث الحمل. ومتى توافر القصد الجنائي فلا عبرة بالبواغث فيستوي أن يكون الباعث دينياً أو شريعياً، ولكن هذا لا يمنع القاضي من أن يقيم وزناً للباعث عند تقدير العقوبة التي يحكم بها في حدود ما يسمح به القانون، ووفقاً للقواعد العامة فإنه يجب أن يكون القصد الجنائي متوافراً وقت ارتكاب الفعل المكون للجريمة.²

ثانياً: نسب المولود الناتج عن التلقيح الاصطناعي ضمن قانون 1986

رأينا أن المشرع الليبي جرم التلقيح الاصطناعي بموجب أحكام القانون رقم 175 لسنة 1972 حيث اعتبر فعله جريمة جنائية تستوجب توقيع العقاب على مرتكبها، إلا أنه قد أباح بعض صور التلقيح الاصطناعي إذا تمت بطريق مشروع وتوافرت فيها الشروط اللازمة.

لذلك تمت هذه الإباحة بمقتضى نص المادة 17 من القانون رقم 17 لسنة 1986 بشأن المسؤولية الطبية التي نصت على أنه: " لا يجوز تلقيح المرأة صناعياً أو زرع الجنين بالرحم، إلا عند الضرورة، وبشرط أن يكون اللقاح في الحالتين من الزوجين وبعد موافقتهما ". وقد قضت المادة 35 من القانون المذكور بعقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنة وبغرامة لا تجاوز ألف دينار من يخالف المادة

¹ - إدوارد غالي الذهبي، المرجع السابق، ص 171.

² - فرج صالح الهريش، المرجع السابق، ص 234.

17 المشار إليها. وهذا يعني أنه إذا تمت عمليات التلقيح الاصطناعي وفقاً للشروط المنصوص عليها بهذه المادة، فإنّ الفعل يخرج من دائرة التجريم، ويصير فعلاً مشروعاً وبذلك يتّضح أنّ الأصل العام في التلقيح الاصطناعي هو التجريم، وما أجاز من ذلك هو الاستثناء وفق شروط معيّنة يجب توافرها للقول بإمكانية إجراء التلقيح الاصطناعي دون خشية الوقوع في العقاب الشرعي أو القانوني. ما دام فعل التلقيح الاصطناعي استثناءً عن القاعدة العامة وهيّ التحريم فإنّه ينبغي تطبيقه في الحالات الضرورية فقط، وفي إطار الحكمة التي دعت إلى هذا الاستثناء بعد التأكيد بشكل جدّي ودقيق من توافر الشروط المطلوبة قانوناً وشرعاً لإباحة التلقيح الاصطناعي¹ وإلاّ تعرض المخالف للمسائلة القانونية بمقتضى أحكام القانون. كما أشارت المادة 28 من نفس القانون إلى ضرورة خضوع المخالف للمساءلة التأديبية من قبل المحكمة المهنية المشكلة في البلدية التي وقعت في نطاقها المخالفة، والتي منحها المشرّع صلاحية توقيع إحدى العقوبات التأديبية المبينة بالمادة 30 من قانون المسؤولية الطبية.²

استخدم المشرّع مصطلحات (زرع الجنين) و(تلقيح المرأة صناعياً)، وهما يشتركان في المعنى. فالأول يقصد به التلقيح الاصطناعي الخارجي وهو أن يتمّ جمع الحيوانات المنوية مع البويضات في أنبوب مختبري في وسط مهياً اصطناعياً حتّى يحدث الإخصاب، وبعد الالتحام تنقل البويضة الملقحة وتزرع في رحم المرأة لتستكمل بعد ذلك مراحل الحمل الطبيعي.³ أمّا الثاني فتلقيح المرأة صناعياً فيقصد به التلقيح الاصطناعي الداخلي الذي يتمّ بحقن الحيوانات المنوية داخل رحم المرأة بواسطة آلة خاصّة أو وسائل خاصّة تتمّ بمقتضاها توصيل الحيوانات المنوية إلى البويضة ليتمّ التلقيح داخل الرحم.¹ أمّا الشروط القانونية التي يجب أن تتوفر في عملية التلقيح الاصطناعي والتي نصّت عليها المادة 17 من قانون المسؤولية الطبية فهي:

¹ - محمد علي الهادي زبيدة، المرجع السابق، ص 313.

² تنص المادة 30 من القانون رقم 17 لسنة 1986، المرجع السابق على أنه: "العقوبات التي يجوز توقيعها على المخالفين لأحكام هذا القانون هي: أ - الإنذار، ب - اللوم، ج - الخصم من المرتب لمدة لا تتجاوز تسعين يوماً من السنة، ولا يجوز الخصم تنفيذاً لهذه العقوبة ربع المرتب شهرياً بعد الربع الجائز الحجز عليه أو المتنازل عنه قانوناً، د - الحرمان من العلاوة السنوية، هـ - الحرمان من الترقية مدة لا تقل عن سبعة أشهر ولا تتجاوز ثلاث سنوات، و - الإيقاف عن مزولة المهنة لمدة لا تتجاوز سنة، ز - خفض الدرجة، ح - العزل من الوظيفة أو الحرمان من مزولة المهنة".

³ - محمود أحمد طه، الإنجاب بين المشروعية والتجريم، المرجع السابق، ص 89.

¹ - أحمد محمد لطفي أحمد، التلقيح الصناعي بين أقوال الأطباء وآراء الفقهاء، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، ط1، 2011، ص 67.

أ - توافر الضرورة الداعية للتلقيح الاصطناعي: قد يتعدّر التلقيح بصورته العادية المألوفة عن طريق الاتصال الطبيعي بين الرجل والمرأة لسبب ما أي أنه لا يحدث الإخصاب بين الحيوانات المنوية والبويضات، وبذلك عدم تكون البويضة الملقحة المكوّنة للجنين لأيّ سبب من الأسباب المانعة للحمل التي قد تعود للمرأة كانسداد الأنابيب أو وجود إفرازات في عنق الرحم أو صغر حجم الرحم أو قد تعود إلى الرجل كنقص الحيوانات المنوية أو انعدامها أو أنها لا تصلح للإخصاب. في هذه الحالات يتمّ اللجوء إلى أساليب التلقيح الاصطناعي لإيجاد الظروف الملائمة لإخصاب بويضة المرأة بحيوان منوي عن طريق الوسائل العلمية الحديثة.

يتّضح بذلك أنّ هذه العملية هي وسيلة استثنائية للإخصاب، ولا يتمّ اللجوء إليها إلا في حالة عدم القدرة على الإخصاب بالطريق الطبيعي، واستفاد كل الوسائل الطبية العلاجية أو الجراحية لإزالة أسباب العقم أو عدم الإخصاب.¹ على إثر ذلك حرص المشرّع الليبي على إبراز هذا الشرط نصّاً واضحاً كما جاء في المادة 17 من قانون المسؤولية الطبية: " لا يجوز تلقيح المرأة صناعياً أو زرع الجنين إلا عند الضرورة..."، وهذه الضرورة لا تتحقّق إلا إذا كان الزوجان قد استنفذوا كافة السبل العلاجية. وهنا تظهر الحكمة من التشريع بإباحة التلقيح الاصطناعي كطريق استثنائي، بعد أن عجزت الأساليب العادية عن تحقيق رغبتها في الإنجاب، فإذا كانت الضرورة هي التي تحكم الأزواج في اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي فإنّ هذه الضرورة لا بدّ أن تقدّر بقدرها طبقاً للقواعد العامة، حتّى لا يستباح ما لا يجوز إباحته تحت دواعي الرغبات والأهواء.²

ب - أن يكون اللقاح بين الزوجين: نصّت المادة 17 من قانون المسؤولية الطبية صراحة على أنّه: "...وبشرط أن يكون اللقاح في الحالتين من الزوجين..."، وإباحة عملية التلقيح الاصطناعي أن يكون أفراد العملية التلقيحية تربطهم رابطة زوجية، وفي هذه الحالة لا فرق بينه وبين التلقيح الذي تمّ بالاتصال الطبيعي بين الزوج والزوجة، إلا في الوسيلة التي تتمّ بها عملية التلقيح التي تمّ اللجوء إليها لعوائق مرضية أو لظروف بيولوجية لدى المرأة أو لدى الرجل. فهو وسيلة علاجية يتدخّل العلم عن طريقها لإزالة الأسباب التي تمنع حدوث الحمل، وذلك بتهيئة الظروف الملائمة لتحقيق عملية الإنجاب بشرط ألا يتدخّل طرف ثالث بين الزوجين سواءً بالنطفة الذكرية أو بالبويضة أو بالرحم، فاستخدام أيّ طرف ثالث محرّم شرعاً وقانوناً.

¹ - محمد بن يحيى بن حسن النجيمي، الإنجاب الصناعي بين التحليل والتحريم، المرجع السابق، ص 114.

² - فرج صالح الهريش، المرجع السابق، ص 244.

إنَّ الحمل والتلقيح الطبيعى يجب أن يكون في إطار زواج مشروع وكذلك الأمر بالنسبة للتلقيح الاصطناعي، لأنَّ العقم عقبة أمام التلقيح الطبيعى فيجب عند محاولة إزالة آثاره أن يكون داخل الإطار الشرعي. إنَّ اختلاف وسيلة التلقيح تؤثر على ضرورة توافر الإطار المشروع للإنجاب وهو الزواج، كما أنَّ اشتراط وجود هذه العلاقة الزوجية تبرره مصلحة الطفل أيضاً.¹ وما دام اللقاح تم بين الزوجين فإنَّ الطفل الذي يأتي عن طريق عملية التلقيح الاصطناعي سواءً الداخلي أو الخارجي، ينسب إلى أبويه مثل الطفل الذي جاء عن طريق الاتصال الطبيعى ويتمتع بكلِّ حقوقه المعنوية والمادية.

أكدت المجامع الفقهية والفتاوى الإسلامية ذلك حيث جاء في توصيات المجمع الفقهي الإسلامي المنعقد في مكة المكرمة سنة 1985: «أنَّ حاجة المرأة المتزوجة التي لا تحمل وحاجة زوجها إلى الولد تعتبر غرضاً مشروعاً يبيح معالجتها بالطريقة المباحة من طرق التلقيح الاصطناعي».² كما جاء في فتوى الشيخ عطية صقر - عالم إسلامي من كبار علماء الأزهر الشريف -: "...وحكم الشرع في هذه العملية أنَّها إذا تمت بين الزوج وزوجته، أي بين مائه وبويضتها، وكان التلقيح في رحمها مباشرة أو في أنبوبة خارجية، ثم نقل إلى رحمها لاستكمال نموه، لا مانع منها..."³.

جاءت النصوص القانونية موافقة تماماً للفتاوى الإسلامية المنبثقة عن المبادئ والقيم والقواعد الإسلامية، وهو اقتصار عملية التلقيح الاصطناعي على الزوجين دون تدخل من الغير.

ج - أن يكون التلقيح بموافقة الزوجين: نصت المادة 17 من قانون المسؤولية الطبية على أنه: "لا يجوز تلقيح المرأة صناعياً، وبشرط أن يكون اللقاح في الحالتين من الزوجين وبعد موافقتها".

فعمليات التلقيح الاصطناعي شرعت لغرض علاج حالات العقم وتحقيق رغبة الإنجاب للزوجين، وهذا السبب يعدّ مشروعاً بشرط الحصول على رضا متبادل للزوجين. فهذه الموافقة هي الشرط الأساسي والجوهري لمشروعية هذه العملية بين الزوجين.¹ وبناءً على ذلك فإنَّ على الزوجين أن يقدّر كلٌّ منهما

¹ - روين عبد الله حسن، التنظيم القانوني لعمليات التلقيح الصناعي، (دراسة تحليلية مقارنة)، مصر: دار الكتب القانونية، ب.ط، 2016، ص 83.

² - عبد الرحمن البسام، «أطفال الأنبوب»، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة 02 لمؤتمر الفقه الإسلامي بجدة، ج1، العدد 02، 1986، ص 266.

³ - عطية صقر، فتاوى وأحكام للمرأة المسلمة - التلقيح الصناعي وأطفال الأنبوب -، القاهرة، مكتبة وهبة، ط 3، 2006، ص 224.

¹ - عمر فاروق الفحل، «التلقيح الصناعي والقانون»، مجلة المحامون السورية، العدد 03، 1988، ص 246.

ما إذا كانت هذه العملية تتفق مع عقيدته الدينية أو ظروفه الاجتماعية وقيمه وأخلاقه، وما إذا كان يرغب تحقيقه في إنجاب الأطفال بهذه الطريقة.

حيث يقوم الطبيب المختص بإجراء عملية التلقيح الاصطناعي وتعريف كل من الزوجين بطبيعة العملية التي ستجرى ونوعها، وما يترتب عليها من آثار. لا يجوز إخفاء الحقيقة عن الزوجين لأنهما لا يستطيعان أن يقبلا أو يرفضا المخاطر الناجمة عن عملية التلقيح الاصطناعي إلا بعد معرفتهما بحقيقتها وما تنطوي عليه من نتائج طبية ونفسية واجتماعية ودينية، فضلاً عن النتائج القانونية. إضافة إلى ذلك يجب أن يكون الرضا صادراً من قبل الزوجين، فلا يكفي موافقة الزوج وحده لإجراء العملية ولا رضا الزوجة وحدها بل ينبغي أن يقترن رضاهما معاً. كما يشترط في الرضا أن يكون صادراً عن إرادة حرة باختيار الطريقة المناسبة والشرعية لمعالجة حالة العقم المتواجدة لدى أحدهما أو كليهما. إضافة إلى ذلك يجب أن يكون الرضا صريحاً وواضحاً ومعبراً تعبيراً كافياً عن إرادتهما نحو إجراء العملية. بل يحق أن يكون الرضا مكتوباً في وثيقة وموقعاً عليها من قبل الزوجين. تتضح أهمية ذلك بما أولاه المؤتمر الدولي الحادي عشر لقانون العقوبات المنعقد في لاهاي في أوت 1964 حيث أوصى على ضرورة الحصول على رضا كل من الزوج والزوجة لإجراء عملية التلقيح الاصطناعي.¹

إذا تحققت هذه الشروط مجتمعة كانت عملية الإنجاب بالمساعدة الطبية مشروعة ومنتجة لآثارها القانونية خاصة ما يتعلق بنسب المولود إلى الزوجين وما يستتبعه من أحكام تربط بين الأصل والفرع. فإذا كان التلقيح الاصطناعي برضا الزوج فإن الآثار والنتائج المترتبة على ذلك فيما يخص المولود فهو طفل شرعي مثله مثل أي طفل شرعي جاء نتيجة فعل الجماع الطبيعي بين الرجل والمرأة. فالزوج سيكون أباً لهذا الطفل لتوافر رابطة الدم والقانون لا يعول على الاتصال الجنسي في حد ذاته، وإنما على نتيجة هذا الاتصال وهو الحمل. فمتى تم إخصاب بويضة المرأة بمني زوجها بقصد علاجها من حالة العقم وبغرض إشباع رغبتها المشروعة في إنجاب الأطفال فإن التلقيح الاصطناعي الذي يحقق ذلك يعد مشروعاً طالما تم باتفاق مشترك بينهما.

الفرع الثاني: موقف المشرع التونسي من نسب المولود الناتج عن التلقيح الاصطناعي

بعد أن بين المشرع التونسي شروط التلقيح الاصطناعي في الفصلين الرابع والخامس من القانون رقم 93 لسنة 2001 المتعلق بالطب الإنجابي جاء في الفصل الحادي والثلاثين تجريم التلقيح الاصطناعي إذا ما تم دون رضا أحد الزوجين، كذلك إذا ما تم بين أحد الزوجين ومتبرع حيث نص

¹ - أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث، (دراسة تحليلية مقارنة لمشروعية نقل وزراعة الأعضاء البشرية)، القاهرة، دار النهضة العربية، ط1، 1996، ص 142.

على أنه: "...ويعاقب كل مخالف لأحكام الفصول 4 و 5... من هذا القانون بخمس سنوات سجنًا وبخطية قدرها عشرة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط". كما فرض المشرع التونسي مجموعة من العقوبات على المؤسسات الصحية التي تقوم بإجراء التلقيح الاصطناعي دون رضا أحد الزوجين أو بواسطة أمشاج مأخوذة من الغير ذلك بموجب الفصل 29 من قانون الطب الإنجابي إذ جاء فيه: "تتعرض المؤسسات التي لا تمتثل لأحكام هذا القانون ولنصوصه التطبيقية إلى إحدى العقوبات التالية: الإنذار، التوبيخ، السحب المؤقت للترخيص في ممارسة الطب الإنجابي... ويتخذ قرار السحب المؤقت لمدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر".¹

أولاً: أحكام التلقيح الاصطناعي الداخلي في القانون التونسي

يعرف التلقيح الاصطناعي الداخلي أنه عملية الإدخال الطبي لماء الرجل في الموضع المعد له في المرأة لضرورة علاجية أو هو حالة الإخصاب الاصطناعي الذي يقع في داخل جسم المرأة سواء في الرحم أو في مكان آخر مناسب في الجسم كقناة الرحم الذي يحصل بإدخال السائل المنوي في مكانه المناسب داخل جسم المرأة لإحداث أو أفعال التلقيح اللازم.² وعرفه الدكتور حسيني إبراهيم أحمد إبراهيم هيكل - صاحب كتاب النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشرعية الإسلامية - أنه: "مجموعة من الأعمال الطبية التي تتم عن طريق إدخال ماء الرجل في الموضع المخصص له عند الزوجة بغية الإنجاب، وذلك لضرورة علاجية وبضوابط لا بد من توافرها".³

تكمن أهمية التلقيح الاصطناعي الداخلي في الحفاظ على الحيوانات المنوية الأكثر نشاطاً والمختارة بدقة، لأنها تزرع في مكان آمن على عكس التلقيح الطبيعي الذي تجد فيه الحيوانات المنوية صعوبات تؤدي إلى هلاك أغلبها أثناء رحلة الوصول إلى البويضة.¹ وينقسم التلقيح الاصطناعي الداخلي إلى ثلاث صور، يمكن التطرق إليها وبيان موقف التشريع التونسي منها:

أ - **التلقيح بنطف الزوج أثناء حياته مع قيام الزوجية:** قد يعجز بعض الأزواج على الإنجاب بالصورة الطبيعية لحصول سبب من الأسباب كضعف الحيوانات المنوية عند الرجل أو تكون غير

¹ - سيف إبراهيم المصاروة، « التكييف الجرمي للتلقيح الصناعي دون رضا أحد الزوجين، (دراسة مقارنة) »، دراسات علوم الشريعة والقانون، جامعة مؤتة، الأردن، م42، العدد 02، 2015، ص 512.

² - شعلان سليمان محمد السيد، نطاق الحماية الجنائية للأعمال الطبية الفنية الحديثة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، ب.ط، 2002، ص 469.

³ - حسيني إبراهيم أحمد إبراهيم هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشرعية الإسلامية، المرجع السابق، ص 126.

¹ - محمود أحمد طه، المرجع السابق، 92.

كافية، وقد يلجأ إلى هذه الحالة عندما تكون المرأة في حالة عقم سببها وجود مانع يمنع وصول البويضة إلى الرحم مثل تشوهات أو أمراض قناة فالوب¹ التي توصل البويضة إلى المبيض.²

وبما أنه لم يرد في القرآن الكريم ولا في السنة النبوية الشريفة حكماً واضحاً وصريحاً لعمليات التلقيح الاصطناعي، لم يتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على رأي محدد بخصوص مدى مشروعية هذه الوسيلة، حيث ذهب البعض إلى مشروعيتها في حين ذهب البعض الآخر إلى الاعتراض عليها: **الرأي الأول:** وهو رأي أغلب الفقهاء الذين ذهبوا إلى جواز هذا النوع من التلقيح على اعتبار أنه يتم بين زوجين حال قيام الحياة الزوجية، وقد أجاز مجمع الفقه الإسلامي ذلك في دورته الثانية لسنة 1986، حيث جاء في إحدى قراراته: "أنّ الأسلوب الأول (الذي تؤخذ فيه النطفة الذكورية من رجل متزوج ثم تحقن في رحم زوجته نفسها في طريقة التلقيح الداخلي) هو أسلوب جائز شرعاً... وذلك بعد أن تثبتت حاجة المرأة إلى هذه العملية لأجل الحمل".³

وعلى هذا أفتى كبار العلماء إذا دعت الحاجة إلى ذلك، وباعتبار جواز هذه الصورة فإنه يثبت بها نسب الحمل،⁴ والولد الذي ولد نتيجة هذا ولد شرعي وينسب إلى والديه.⁵ وبالإضافة إلى ما تقدّم فإنه على ضوء قاعدة الولد للفراش، فإن الولد ينسب إلى صاحب الفراش ما لم ينفيه بلعان أو بأية قرائن أنه ليس منه، وفي التلقيح الاصطناعي لا يمكن للزوج المتيقن من تكوين الولد من نفيه أن ينفيه عنه، ولا توجد قرائن على النفي لأنّ المنى منيه، واللعان إنّما يأتي بعد أن يتيقن أنه ليس منه، وهكذا فالولد ينسب إليه حسب قاعدة الفراش.¹

¹ - قناة فالوب قناة زوجية - أي يوجد واحدة منها في كل جانب-، سميت باسمها نسبة إلى مكتشفها الإيطالي غابريلي فالوبيو. والقناة عبارة عن أنبوب يصل بين المبيض والرحم، يبدأ طرفه الواسع من جهة المبيض، حيث يحتوي هذا الطرف على أهداب تساعد على حركة البويضات إلى داخل القناة، بينما يفتح طرفه الضيق في الرحم من جهته العليا. يبلغ طول قناة فالوب حوالي 12سم، ووظيفتها نقل البويضات من المبيض إلى الرحم. ويتم إخصاب البويضات من قبل الحيوانات المنوية في هذه القناة. وفي الفقاريات من غير الثدييات، تسمى الهياكل المماثلة بقنوات البيض . <https://ar.wikipedia.org/wiki/> بتاريخ 29 جوان 2018 على الساعة: 10:45.

² - زياد أحمد سلامة، أطفال الأنبوب بين العلم والشريعة، المرجع السابق، ص 70.

³ - منظمة المؤتمر الإسلامي، «القرار الثاني بشأن التلقيح الاصطناعي وأطفال الأنبوب»، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة 02 لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي، ج1، العدد 02، 1986، ص 323.

⁴ - شكري الدريالي، «نازلة التلقيح الصناعي في الفقه الإسلامي والقانون التونسي»، مجلة الفقه والقانون، المغرب، العدد 58، أوت 2017، ص 119.

⁵ - أميرة عدلي أمير عيسى خالد، المرجع السابق، ص 196.

¹ - إبراهيم محمد منصور الشحات، المرجع السابق، ص 135.

فتوى الشيخ جاد الحق علي جاد الحق: " إذا كان شيء من ذلك، وكان تلقيح الزوجة بذات مني زوجها دون شك في استبداله أو اختلاطه بمنى غيره، جاز شرعاً إجراء هذا التلقيح، فإذا نبت ثبت النسب...".¹

فتوى الشيخ محمد نعيم محمد هاني الساعي - أستاذ الفقه وأصوله وفلسفة التشريع الإسلامي وعضو الاتحاد العالمي لعلماء المسلمين وعضو مجمع فقهاء الشريعة - : " يجوز من طفل الأنابيب ما كان حاصل نطفة رجل ببويضة من تحل له من النساء بعقد النكاح، واستزرع ذلك في رحم صاحبة البويضة أو خارجه، وما كان غير ذلك فهو ممنوع محظور ".²

أما بالنسبة لنسب الطفل في هذه الحالة، لا خلاف في ثبوت نسب الطفل بهذه الطريقة من الأب إذا توافرت بقية الشروط. وكذلك بالنسبة للأم لا خلاف في تحديد النسب من جهتها حيث إنها هي التي ولدته شرعاً ويثبت نسبه منها أيضاً، ويترتب على ثبوت النسب منها باقي الأحكام الشرعية المترتبة على ثبوته.

الرأي الثاني: وهو رأي الأقلية من الفقهاء المعاصرين، الذين قالوا بعدم جواز التلقيح الاصطناعي الداخلي ولو بين الزوجين، وإن كان الحمل بماء الزوج وبويضة الزوجة، على اعتبار أن التلقيح الصناعي يعدّ خرقاً لقوانين الطبيعة،³ ويتعارض مع نصوص القرآن الكريم وقدره الله ومشيبته استناداً إلى قوله تعالى: ﴿لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنِائًا وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ⁽⁴⁹⁾ أَوْ يُزَوِّجُهُمْ ذُكْرَانًا وَإِنِائًا وَيَجْعَلُ مَنْ يَشَاءُ عَقِيمًا إِنَّهُ عَلِيمٌ قَدِيرٌ ۝٤٠﴾.⁴ ومن بين هؤلاء نذكر:

محمد عبد اللطيف صالح الفرفور - عالم أديب شاعر خطيب ولد بدمشق - الذي حمل بشدة على إباحة طفل الأنبوب ووصف هذا الأمر بأنه: "...إن بدا في ظاهره سليماً من الناحية الشرعية لكنه سيكون ذريعة لفساد كبير قادم ينبني عليه ضياع الأسرة وتفككها وضياع الأنساب، ولذا فهو

¹ - جاد الحق علي جاد الحق، مرونة الفقه الإسلامي، مصر: القاهرة، دار الفاروق للنشر والتوزيع، ط 1، 2005، ص 215.

² - محمد نعيم محمد هاني الساعي، الجامع في القواعد والضوابط والمقاصد الفقهية للنوازل والقضايا المعاصرة، م 2، الإسكندرية، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، ط 1، 2011، ص 631.

³ - كمال محمد السعيد عبد القوي عون، الضوابط القانونية للاستنساخ، (دراسة مقارنة)، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، ب. ط، 2013، ص 78.

⁴ - سورة الشورى، الآيتان: 49 و 50.

يوصي بعدم فتح هذا الباب أصلاً، في أي صورة من الصّور مطلقاً، لا في المتّفق عليه من الصّور ولا في المختلف فيه ¹.

عبد الحميد محمود طهماز - فقيه ومفسّر سوري - حيث يقول: " إنّ هذه الوسيلة حرام في جميع صوره وأشكاله، فالمجتمعات الإسلاميّة لا تشكو من قلة أعداد المسلمين، ولا ينبغي من أجل عدد قليل من النّاس قدّر الله سبحانه عجزهم عن الإنجاب بالوسيلة الفطرية الطّبيعية أن نفتح على أنفسنا ومجتمعاتنا أبواب هذه الشرور المدمّرة لكلّ ما هو إنساني وأصيل في مجتمعاتنا وقواعد شريعتنا وأخلاقنا ²."

استناداً إلى أحكام الفقه الإسلامي في التلقّيح الاصطناعي الداخلي، يمكن التّطرق إلى موقف المشرّع التّونسي فيما يتعلّق بحكم هذه الصّورة من التلقّيح. حيث نصّ الفصل الرابع من القانون عدد 93 لسنة 2001 المؤرّخ في 07 أوت 2001، المتعلّق بالطّب الإنجابي على أنّه: " لا يمكن اللّجوء إلى الطّب الإنجابي إلّا بالنسبة إلى شخصين متزوّجين وعلى قيد الحياة وبواسطة أمشاج متأتّية منهما فقط ". وبناءً على هذا الفصل فإنّ القانون التّونسي يوجب توفّر الزّوجية لحصول هذه العمليّة، وغاية المشرّع واضحة من وراء ذلك وهي المحافظة على شرعيّة النّسب الذي لا يثبت إلّا بمقتضى علاقة زواج. فالزّواج هو الرّابط الشرعي والقانوني الذي يخوّل الاستفادة من عمليّة التلقّيح الاصطناعي، والحمل الذي يكون بهذه الطّريقة ووفق الشرط المنصوص عليه يثبت نسبه.

ب - التلقّيح بنطف الزّوج بعد انتهاء عقد الزّوجية: قد تتحلّ الرّابطة الزّوجية بسبب الوفاة أو الطّلاق، ربّما تعتمد الزّوجة إلى التلقّيح الاصطناعي بماء زوجها رغم حصول الفرقة بينهما، أو أن يتمّ التلقّيح بنطفة الزّوج بعد وفاته أو بعد الطّلاق.

1 - التلقّيح بنطفة الزّوج بعد وفاته:

اختلف العلماء في حكم هذه العمليّة إلى رأيين:

- **الرأي الأوّل:** ذهب البعض إلى القول بأنّ هذه العمليّة وإن كانت غير مستحسنة فهي جائزة شرعاً إذا تمّ التلقّيح بمني الزّوج بعد موته وأثناء فترة العدة. ويستهدي في ذلك بما يقرّره الفقهاء من أنّ المرأة إذا حملت بعد وفاة زوجها وكانت معنّدة أو جاءت به لأقلّ من سنّة أشهر، وشهد بولادتها امرأة واحدة عند الفقهاء ورجل وامرأتان عند أبي حنيفة فإنّ الولد يثبت نسبه، لأنّ الفراش قائم بقيام العدة ولأنّ النّسب ثابت قبل الولادة وثابت أنّ النطفة من الزّوج، ولكن من غير المستحسن أن تلجأ المرأة إلى

¹ - محمد عبد اللطيف صالح الفرور، أطفال الأنابيب من كتاب الجامع في القواعد والضوابط والمقاصد الفقهية للنوازل والقضايا المعاصرة، م2، الإسكندرية، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، ط1، 2011، ص 631.

² - عبد الحميد محمود طهماز، الأنساب والأولاد، (دراسة لموقف الشريعة الإسلامية من التلقّيح الصناعي وما يسمى بأطفال الأنابيب)، دمشق، دار القلم، ط1، 1987، ص 76.

الإنجاب بهذه الطريقة".¹ تأييداً لهذا الرأي يرى البعض أنّ أحكام الزّوجية لا تنتهي بالوفاة بل بانتهاء العدة الشرعية المعتبرة، فللمرأة أن تستدخل مني زوجها المتوفى عنها وذلك أثناء العدة ما دامت متأكدة أنّه مني زوجها ولم يستبدل أن يختلط بغيره.²

- **الرأي الثاني:** ذهب الفريق الأكبر من العلماء المعاصرين إلى القول بتحريم هذه العملية بعد انتهاء الحياة الزّوجية مباشرة لأنّ الحياة الزّوجية عندهم تنتهي بمجرد لحظة الوفاة. وذكر الدكتور مصطفى الزرقا - عالم سوري من أبرز علماء الفقه في العصر الحديث - : " أنّ هذه الصورة وإن كانت محتملة الوقوع فإنّ الإقدام عليها غير جائز شرعاً لأنّ الزّوجية تنتهي بالوفاة، وعندئذ يكون التلقيح بنطفة من غير الزوج فهي نطفة محرمة".³ وانتهت لجنة البحوث الفقهية بالمجمع الفقهي الإسلامي إلى أنّ التلقيح حال عدة الوفاة أشبه بالعدة من طلاق بائن لأنّه لا يمكن للزوج مراجعة زوجته فيه، ومن هنا لا يجوز هذا العمل مطلقاً.

هذا ما أفتى به مجمع الفقه الإسلامي بمكة المكرمة أنّ الموت يعتبر نهاية الحياة الزّوجية ولا يمكن أن يؤخذ مني الزوج لتلقيح زوجته بعد وفاته، فالعلماء الذين حضروا ندوة الإنجاب في الكويت أفتوا بتحريم هذه الطريقة.⁴

2 - التلقيح بنطفة الزوج بعد الطلاق: اتفق العلماء على أنّ الإخصاب لا يتمّ إلاّ بين زوجين حال قيام الزّوجية ويكونان على قيد الحياة. أمّا إذا انقصر عقد الزّوجية بطلاق بائن لا يجوز استخدام المني. كما لا يجوز استخدام المني في الطلاق الرجعي إلاّ إذا أرجعها الزوج وصارت بذلك زوجته مرة أخرى وقام بينهما عقد الزّوجية من جديد.⁵ وحصول النسب مرتبط بقيام عقد الزّوجية فإذا انفسخ هذا العقد بموت أو طلاق ولم يكن هناك حمل قبل الموت أو الطلاق فإنّ الحمل بعد وفاة الزوج أو بعد الطلاق يلغى النسب.

أمّا ما يتعلّق بالقانون التونسي نصّ في الفصل الرابع على الزّوجية كشرط أساسي لحدوث التلقيح الاصطناعي وقيام أثره المتمثّل في ثبوت النسب. أمّا في صورة الطلاق فلا مجال للقيام بهذه

¹ - حسيني إبراهيم أحمد إبراهيم هيكّل ، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشرعية الإسلامية ، المرجع السابق، ص 133.

² - زياد أحمد سلامة، أطفال الأنابيب بين العلم والشرعية، المرجع السابق، ص 82.

³ - جاد الحق علي جاد الحق ، بحوث وفتاوى إسلامية في قضايا معاصرة ، ج2، مصر: الأمانة العامة للجنة العليا للدعوة الإسلامية بالأزهر الشريف، ط1، 1994، ص 347.

⁴ - حسيني إبراهيم أحمد إبراهيم هيكّل ، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشرعية الإسلامية ، المرجع السابق، ص 133.

⁵ - محمد علي البار ، طفل الأنبوب والتلقيح الاصطناعي والرحم الطائر والأجنة المجمدة، المرجع السابق، ص 290.

العملية لانقطاع الرابطة الزوجية، حيث نصّ الفصل 29 من مجلة الأحوال الشخصية على أن: "الطلاق هو حلّ عقدة الزواج".¹ والطلاق الذي تتحلّ به الرابطة الزوجية هو الطلاق البات الذي لا يقبل أيّ وجه من وجوه الطعن. أمّا في صورة ما إذا لم يكن الطلاق باتاً فإنّ الزوجية تظلّ قائمة. هذا ما أكّده القرار الاستئنائي الصادر عن محكمة الاستئناف بسوسة الذي جاء فيه أنّه: "...ما لم يصدر حكم بات في الموضوع فإنّ الزوجة ما زالت في عصمة زوجها...".² وعليه إذا حصل تلقّح اصطناعي في هذه الفترة بتوفّر موافقة الزوج فإنّه جائز قانوناً ويثبت به نسب حمل المولود.

ج - تلقّح المرأة بماء رجل أجنبي عنها: اتفق العلماء على تحريم هذه العملية تحريماً مطلقاً، وذلك انطلاقاً من الأصل العام القاضي بوجوب حفظ النسب والعرض من الاختلاط، حيث أنّ هذا الأصل يقتضي تحريم كلّ تصرف من شأنه أن يؤدي إلى تكوين النسل الإنساني من غير الطريق الشرعي وهو الزواج. وتبعاً له فإنّ حكم الحمل في هذه الصورة يكون حكم الحمل من زنا. ومن الفتاوى الشرعية التي أصدرت في هذا الشأن:

- قرار المجمع الفقهي الإسلامي في دورته الثانية سنة 1986 بمكّة المكرمة الذي جاء فيه: "...وأما الأساليب الأربعة الأخرى من أساليب التلقّح الاصطناعي في الطريقتين الداخلي والخارجي ممّا سبق بيانه فجميعها محرّمة في الشرع الإسلامي لا مجال لإباحة شيء منها، لأنّ البذرتين الذكورية والأنثوية فيها ليستا من زوجين، أو لأنّ المتطوّعة بالحمل هي أجنبية عن الزوجين مصدر البذرتين...".³

- فتوى الشيخ جاد الحق علي جاد الحق: "تلقّح الزوجة بمني رجل آخر غير زوجها سواء لأنّ الزوج ليس به مني أو كان به ولكنه غير صالح ومحرّم شرعاً، لما يترتّب عليه من اختلاط في الأنساب بل ونسبة ولد إلى أب لم يلق من مائه، وفوق هذا ففي هذه الطريقة من التلقّح إذا حدث بها الحمل معنى الزنا ونتاجه".⁴ كما أفتى في موضع آخر بقوله: "كلّ طفل ناشئ بالطرق المحرّمة قطعاً من التلقّح الاصطناعي لا ينسب لأب إنّما ينسب إلى من حملت به ووضعته باعتبار حالة ولادة طبيعياً كولد الزنا الفعلي تماماً".¹

¹ - أمر علي مؤرخ في 13 أوت 1956، يتعلّق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية. الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، العدد 66، الصادر في 17 أوت 1956، ص 1544.

² - قرار استئنائي مدني عدد 10197 بتاريخ 26 ماي 1983، مجلة القضاء والتشريع، تونس، العدد 06، 1984، ص 134. أشار إليه: شكري الدريالي، المرجع السابق، ص 121.

³ - المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، «القرار الخامس حول التلقّح الاصطناعي وأطفال الأنبيب»، المرجع السابق، ص 337.

⁴ - جاد الحق علي جاد الحق، مرونة الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 215.

¹ - جاد الحق علي جاد الحق، مرونة الفقه الإسلامي، نفس المرجع، ص 223.

فتوى الشيخ محمود شلتوت - عالم إسلامي مصري وشيخ الجامع الأزهر - : "...أما إذا كان بماء رجل أجنبي عن المرأة لا يربط بينهما عقد زواج فإنه يزج بالإنسان في دائرتي الحيوان والنبات، وبخرجه عن المستوى الإنساني. وهو في هذه الحالة يكون في نظر الشريعة الإسلامية جريمة منكرة وإثماً عظيماً. يلتقي مع الزنا في إطار واحد جوهرهما واحد ونتيجتهما واحدة، وهي وضع ماء رجل أجنبي قصدًا في حرث ليس بينه وبين ذلك الرجل عقد ارتباط بزوجة شرعية..."¹

- فتوى الشيخ وهبة مصطفى الزحيلي: "...وأما إن كان بماء رجل أجنبي عن المرأة لا زواج بينهما فهو حرام، لأنه بمعنى الزنا الذي هو إلقاء ماء رجل في رحم امرأة ليس بينهما زوجية"².

أما بالنسبة للقانون التونسي يلاحظ أن المشرع أخذ بنفس هذا الحكم الذي يمنع تلقيح المرأة بماء أجنبي عنها طبقاً لنص الفصل الرابع من قانون الطب الإنجابي الذي حصر عملية التلقيح بالنسبة للزوجين وعلى قيد الحياة، إذ اشترط الفصل الخامس من نفس القانون الحضور الشخصي للزوجين المعنيين وبعد الحصول على الموافقة الكتابية. الأمر الذي يوضح بدقة موقف المشرع التونسي من هذه العملية ما جاء في الفصل 14 على أنه: "يمنع اللجوء إلى الغير للتبرع بالأشجار في إطار الطب الإنجابي كما يمنع التبرع بالأجنة". وعلى إثر ذلك أوجب المشرع العقوبة على كل مخالف لأحكام القانون الطبي لا سيما الفصول 4 و 5 منه بخمس سنوات سجنًا وبخطة قدرها عشرة آلاف دينارًا أو بإحدى هاتين العقوبتين.³

غير أنه بالنظر إلى توجه المشرع التونسي بعد إصداره لقانون 28 أكتوبر 1998⁴ المتعلق بإسناد اللقب العائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب لم تعد دعاوى النسب تقتصر على النسب الشرعي فقط ولكن تجاوزتها لتمتد إلى النسب غير الشرعي. فإذا تمكّن الطفل المولود خارج إطار الزواج من إثبات نسبه طبقاً لأحكام القانون المذكور، فبإمكانه المطالبة بإسناد لقب والده البيولوجي. هذا التحليل يقودنا إلى أنه بإمكان الزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي وإجراء مثل هذه العمليات في المراكز الأجنبية التي لا تحتاط ولا تقيم وزناً للاعتبارات العقائدية للمسلم طلباً في الإنجاب. وبالرغم من تجريم المشرع التونسي التلقيح بغير ماء الزوج حيث يلتقي هذا الأسلوب من التلقيح مع الزنا في إطار واحد. وقد ينتج عن هذه العملية حمل فيولد الطفل خارج نطاق الزواج حتى وإن تم تطبيق القانون على المخالفين وأخيراً يبقى الطفل دون شك هو الضحية الحقيقية لمثل هذا

¹ - محمد شلتوت، الفتاوى، (دراسة لمشكلات المسلم المعاصر في حياته اليومية العامة)، القاهرة، دار الشروق، ط8، 2004، ص 281.

² - وهبة مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، سوريا: دمشق، دار الفكر، ط4، 1997، ص 264.

³ - الفصل 31 من القانون عدد 93 لسنة 2001 مؤرخ في 7 أوت 2001، المرجع السابق..

⁴ - قانون عدد 75 لسنة 1998، مؤرخ في 28 أكتوبر 1998، يتعلق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب، المرجع السابق.

التّصرف المحرّم شرعاً وقانوناً. وأمام هذا الوضع فإنّ المشرّع التّونسي يفضّل حتماً مصلحة الطّفل الفضلى المولود خارج إطار الزّواج حيث ضمن له حقّه في معرفة والديه بعد إصداره لقانون 1998 والمنقّح بالقانون عدد 51 لسنة 2003.¹ إذ خول هذا القانون إمكانيّة إسناد لقب الأب متى تمّ التّعرّف عليه إمّا نتيجة إقراره أو بشهادة الشّهود أو بواسطة التّحليل الجيني في إثبات الأبوة البيولوجيّة.

ثانياً: أحكام التّلقّيح الاصطناعي الخارجيّ في القانون التّونسي

يعرّف التّلقّيح الاصطناعي الخارجيّ على أنّه: "عبارة عن أخذ بويضة المرأة وتلقيحها بمنّي الرّجل خارج الجسم في أنبوب، وذلك بوسيلة طبّيّة معيّنة بعد أن يتمّ تكوين البويضة الملقّحة تنقل إلى داخل الرّحم وتزرع في الجدار ثمّ تترك بعد ذلك لتنمو وتتطور".² ويعرف أيضاً أنّه: "عمليّة إخصاب لبويضة المرأة بحيوان منوي لزوجها خارج الرّحم ثمّ تعاد البويضة المخصّبة إلى رحم المرأة أو رحم امرأة أخرى وتعرف بالأُمّ البديلة، وأطلق على هذا النوع أطفال الأنابيب".³

يرى البعض أنّ التّلقّيح الاصطناعي الخارجيّ له عدّة صور، إذ تبيّن لمجمع الفقه الإسلاميّ التّابع لرابطة العالم الإسلاميّ أنّ الأساليب والوسائل التي يجري بها التّلقّيح الاصطناعي بطريقه الداخلي والخارجي لأجل الاستيلاد هيّ سبعة أساليب بحسب الأحوال المختلفة وهيّ:

الصّورة الأولى: أن تكون البويضة من الزّوجة والحيوان من الزّوج، وهو ما يطلق عليه التّلقّيح الاصطناعي الخارجيّ في إطار العلاقة الزّوجيّة. وتتمّ هذه العمليّة عن طريق أخذ حيوان من الزّوج وبويضة من زوجته وتوضع في أنبوب اختبار حتّى تتكوّن اللّقيحة وبعد الانقسام والتّكاثر أي مرحلة التّخصيب تزرع اللّقيحة في رحم الزّوجة لتعلق في جداره وتنمو. إنّ مشروعيّة هذه الصّورة فهيّ مباحة وجائزة لأنّها تتفق وقصد الشّارع طالما كان مصدر الجنين من الزّوج والزّوجة، حيث يربطهما علاقة زواج بعقد شرعيّ. إلّا أنّه يشترط الحصول على رضاء الزّوجين، فإذا كان ذلك فالطّفل الذي يولد بهذه الطّريقة طفلاً شرعيّاً والزّوج سيكون أباً له والزّوجة أمّاً له لتوافر رابطة الدّم.¹

الصّورة الثّانية: في هذه الصّورة تؤخذ الحيوانات المنويّة من الزّوج والبويضة من الزّوجة أثناء الحياة الزّوجيّة ويتمّ الاحتفاظ بها في مصرف منوي لحسابها ثمّ بعد انفصال عقد الزّوجيّة (ب وفاة أو طلاق)

¹ - القانون عدد 51 لسنة 2003، مؤرخ في 7 جويلية 2003، يتعلّق بتتقيح بعض أحكام قانون عدد 75 لسنة 1998، مؤرخ في 28 أكتوبر 1998، يتعلّق بإسناد لقب عائليّ للأطفال المهمّلين أو مجهولي النسب وإتمامها، المرجع السابق.

² - شوقي زكريا الصّالحي، المرجع السابق، ص 61.

³ - خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، ص 68.

¹ - كمال محمد السعيد، المرجع السابق، 96.

تلتجأ صاحبة البويضة إلى إجراء الإخصاب على الصورة السابقة.¹ واختلف العلماء في هذه الصورة إلى رأيين:

الرأي الأول: ذهب إلى أن الإقدام على هذه الصورة ممنوعٌ وحرامٌ وعليه فجمهور الفقهاء الذين تناولوا هذه المسألة، وحبّتهم في ذلك أن الزّوجية انتهت في هذه الحالة وعندئذ يكون التلقيح بنطفة من غير الزّوج وهي نطفة محرّمة. وحصول النّسب مرتبط بقيام عقد الزّوجية فإذا انفسخ هذا العقد بموت أو طلاق ولم يكن هناك حمل قبل الموت أو الطلاق فإنّ الحمل بعد وفاة الزّوج أو بعد الطلاق يلغي النّسب.²

الرأي الثاني: وفيه تفصيل إن كانت الزّوجة معتدة أو جاءت به لأقلّ من ستّة أشهر، وقامت على ذلك البينة فالعملية جائزة وإن كانت غير مستحسنة، أمّا إن جرت العملية بعد انتهاء العدة فهي محرّمة.³ يقول الدكتور عبد العزيز الخياط - أحد قضاة العراق البارزين المؤسسين - : "...وقد يلجأ الرّجل إلى حفظ منيه في مصرف منوي لحسابه الخاص ثم يتوفّى، وتأتي زوجته بعد الوفاة فتلقّح داخلياً بنطفة منه وتحمل والحكم في هذا الولد ولده، وأنّ هذه العملية وإن كانت غير مستحسنة فهي جائزة شرعاً...".⁴

الصورة الثالثة: في هذه الصورة تُؤخذ الحيوانات المنوية من الزّوج والبويضة من الزّوجة ويُجمعان في الأنبوب الطّبي المعدّ لذلك حتّى يتمّ التلقيح، وبعد أن تأخذ اللقيحة في الانقسام والتكاثر يتمّ زرعها في الوقت المناسب في رحم زوجة له أخرى أي في رحم ضرة الزّوجة صاحبة البويضة. وقد اختلف العلماء في جواز وعدم جواز هذه العملية وفيمن هي الأمّ على قولين:

القول الأول: ذهب إلى إباحتها بشروط إذا كانت الأمّ البديلة زوجة للرّجل صاحب المنى وتمّت موافقة أطراف العلاقة الزّوجية، وهنا ينسب الولد للأب وزوجته صاحبة البويضة واعتبار الزّوجة التي حملت وولدت بمثابة الأمّ من الرضاع فلا ينسب لها المولود.¹ هذا ما قرّره مجمع الفقه الإسلامي بمكّة المكرمة التابع لرابطة العالم الإسلامي في دورته السابعة جاء في القرار الخامس: "إنّ الأسلوب السّابع (الذي تؤخذ فيه النطفة والبويضة من زوجين وبعد تلقيحهما في وعاء الاختبار تزرع اللقيحة في رحم الزّوجة الأخرى للزوج نفسه حيث تتطوّر بمحض اختيارها بهذا الحمل عن ضرّتها المنزوعة الرّحم) يظهر لمجلس المجمع أنّه جائز عند الحاجة... أمّا الزّوجة المتطوّعة بالحمل عن ضرّتها فتكون

¹ - عبد الرحمن البسام، « أطفال الأنابيب »، المرجع السابق، ص 252.

² - محمد علي البار، التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب، المرجع السابق، ص 290.

³ - محمود سعد شاهين، أطفال الأنابيب بين الحظر والإباحة وموقف الفقه الإسلامي منها، الإسكندرية، دار الفكر

الجامعي، ط1، 2010، ص 106 و 107.

⁴ - عبد العزيز الخياط، حكم العقم في الإسلام، المرجع السابق، ص 30.

¹ - الشحات إبراهيم محمد منصور، المرجع السابق، ص 89.

في حكم الأمّ الرضاعية للمولود لأنّه اكتسب من جسمها وعضويتها أكثر ممّا يكتسب الرضيع من مرضعته في نصاب الرضاع الذي يحرم به ما يحرم من النسب... وأنّ نسب المولود يثبت من الزوجين مصدر البذرتين".¹ إلّا أنّ المجلس رجع عن فتواه وسحب في دورته التّأمنة إباحة هذه الصّورة سدّاً للذرائع وعدم اختلاط الأنساب حيث جاء: "...إنّ الزّوجة الأخرى التي زرعت فيها لقiche بويضة الزّوجة الأولى قد تحمل ثانيّة قبل انسداد رحمها على حمل اللّقحة من معاشرّة الرّوج لها فترة متقاربة مع زرع اللّقحة ثمّ تلد توأمين ولا يعلم ولد اللّقحة من ولد معاشرّة الرّوج... وإنّ ذلك كلّه يوجب توقّف المجمع عن الحكم في الحالة المذكورة. وبعد مناقشة الموضوع وتبادل الآراء فيه قرّر المجلس سحب حالة الجواز في الأسلوب المشار إليه من قرار المجمع الصّادر في هذا الشّأن في الدّورة السّابعة".²

القول الثّاني: ذهب إلى التّحريم وهو ما رجع إليه مجمع الفقه الإسلامي عن قراره بالإباحة. وحجّتهم أنّ الرّحم الطّئر أو الرّحم المؤجّر يفضي إلى اختلاط الأنساب وتنازع الأمومة بين صاحبة البويضة وبين صاحبة الرّحم المستأجر، كما أنّ الرّحم الطّئر يفضي إلى محاذير إنسانيّة وأخلاقية منها سيطرة أهل الغنى على الفقيرات، وضياع معنى الأمومة الذي يربط الأمّ بولدها عن طريق وظيفتها الطّبيعية.³

الصّورة الرّابعة: في هذه الصّورة تؤخذ الحيوانات من الرّوج والبويضة من الزّوجة ويجمعان في الأنبوب الطّبي المعدّ لذلك، حتّى يتمّ التلقيح بينهما، وبعد أن تؤخذ اللّقحة في الانقسام والتكاثر يتمّ زرعها في الوقت المناسب في رحم امرأة أجنبيّة حتّى تتمّ الولادة. تعتبر هذه الحالة غير جائزة ومحرمّة شرعاً حيث ذهب إلى الحرمة والمنع جمهور الفقهاء المعاصرين ومجامع الفقه الإسلامي ومجامع البحوث الإسلامية.⁴ إنّ عدم مشروعية هذه الصّورة لتعارضها مع قواعد الدّين والأخلاق كونها لا تهدف إلى تحقيق قصد العلاج. ولما كان لا يجوز وضع مني رجل في رحم امرأة غير زوجته ولا يجوز أيضاً وضع بويضة الزّوجة الملقحة بمنّي زوجها في رحم امرأة أجنبيّة حيث يعدّ ذلك محرماً شرعاً ومن ثمّ يكون غير مشروع قانوناً ولا يمكن إباحة هذا النّوع من التلقيح فضلاً عمّا يثار من مشاكل بشأن نسب الطّفل الناتج منه.¹

الصّورة الخامسة: في هذه الصّورة تؤخذ الحيوانات المنويّة من الرّوج والبويضة من أجنبيّة متبرّعة معلومة لهما أو لأحدهما أو مجهولة ويجمع بينهما في الأنبوب الطّبي المعدّ لذلك حتّى يتمّ التلقيح

¹ - المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، «القرار الخامس حول التلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيب»، المرجع السابق، ص 337.

² - زياد أحمد سلامة، أطفال الأنابيب بين العلم والشرعية، المرجع السابق، ص 102.

³ - سعد الدين مسعد هلال، الثلاثونات في القضايا الفقهية المعاصرة، (دراسة مقارنة لأهم المسائل الطبية والمالية والاجتماعية بين الشريعة والقانون)، القاهرة، دار الكتب المصرية، ط1، 2010، ص 19 و 20.

⁴ - كمال محمد السعيد عبد القوي عون، المرجع السابق، ص 99.

¹ - شوقي زكريا الصالح، المرجع السابق، ص 78.

بينهما ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة. والسبب في هذه الحالة التي جعلت الزوجين يأخذان بويضة من امرأة أخرى هو وجود مرض في المبيض عند الزوجة.¹

ذكر المجمع الفقهي المنعقد في مكة المكرمة في دورته السابعة حرمة هذه الوسيلة لأنه لا مجال لإباحة شيء منها لأن البذرتين الذكورية والأنثوية ليستا من الزوجين.² وعلى هذا التحريم أيضاً دار الافتاء المصرية حيث جاء في فتاها: "أن هذه الصورة كسابقها تدخل في معنى الزنا والولد الذي يتخلق ويولد من هذا الصنيع ليس ولداً شرعياً بيقين. وذلك لالتقائه مع الزنا المباشر في اتجاه واحد إذ أنه يؤدي مثله إلى اختلاط الأنساب...".³

الصورة السادسة: في هذه الصورة تكون الحيوانات المنوية من أجنبي متبرع والبويضة من الزوجة ويجمع بينهما في الأنبوب الطبي المعد لذلك حتى يتم التلقيح بينهما ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة. حكم هذه الصورة هو التحريم، وذلك لوجود عنصر ثالث أجنبي غير الزوجين. فالحيوان المنوي هنا ليس مصدره الزوج بل مصدره متبرع لا تربطه بالزوجة أية رابطة أو علاقة مشروعة. فالرجل الأجنبي ليس له الحق في نسب الطفل إليه وتكون الزوجة قد أدخلت على أسرتها نسباً ليس منهم. فهو محرّم شرعاً لما يترتب عليه من الاختلاط في الأنساب بل ونسبته ولذا إلى أب لم يخلق من مائه. وفوق هذا ففي هذه الصورة من التلقيح إذا حدث بها الحمل معنى الزنا ونتائجه، والزنا محرّم قطعاً بنصوص القرآن والسنة.⁴

الصورة السابعة: في هذه الصورة تكون الحيوانات المنوية من أجنبي متبرع والبويضة من أجنبية متبرعة ويجمع بينهما في الأنبوب الطبي المعد لذلك حتى يتم التلقيح بينهما ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة. أجمع الفقه على حرمة هذه الصورة وعدم مشروعيتها لما فيها من اختلاط الأنساب وشبهة الزنا ولما يشوبها من مفساد.¹

قال الدكتور بكر بن عبد الله أبو زيد - أحد كبار علماء الدين المعاصرين في المملكة العربية السعودية - : "إن حكم هذا الفرع هو ما كان فيه الماءان أجنبيين سواء في أجنبية الحيوان المنوي والبويضة أو أحدهما. فإذا حملت الزوجة من ماءين أجنبيين أو من بويضتها وماء أجنبي فهو حمل سفاح محرّم لذاته في الشرع تحريم غاية لا وسيلة قولاً واحداً. والإنجاب فيه شرّ الثلاثة فهو ولد زنا

¹ - محمود سعد شاهين، المرجع السابق، 136.

² - محمد علي البار، التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب، المرجع السابق، ص 285.

³ - محمود سعد شاهين، المرجع السابق، ص 136.

⁴ - محمود سعد شاهين، المرجع السابق، ص 134.

¹ - جاد الحق علي جاد الحق، مرونة الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 217.

وهذا ما لا نعلم له خلافاً بين من بحثوا في هذه النّازلة. وهذا ما توجبه الفطرة السّليمة وتشهد به العقول القويمة وقامت عليه دلائل الشّريعة الإسلاميّة¹.

بعد هذا العرض لأراء الفقهاء في كلّ صورة من صور التلقّيح الاصطناعي، اتّضح أنّ جلّها محرّمة شرعاً وممنوعة منعاً باتاً لذاتها أو لما يترتّب عليها من اختلاط الأنساب وضياع الأمومة وغير ذلك من المحاذير الشّرعية. إنّ التلقّيح الاصطناعي يعتبر مخالفاً للنّظام العام والآداب العامّة وهما يرتكزان على الدّين. فالدين لا يسمح بأن يوضع في رحم امرأة بذرة غير بذرة زوجها، ولكن المولود النّاجم عن التلقّيح الاصطناعي يعتبر ولداً شرعيّاً طبقاً لقاعدة "الولد للفراش". لكن هذا التلقّيح لا يعدّ زنا من النّاحية الجنائيّة حيث ينقصه الاتّصال الجنسي وهو ركن أساسي في جريمة الزّنا وإن جاز اعتباره هنك عرض.

أمّا ما يتعلّق بالقانون التّونسي فحدّد الشّروط التي بمقتضاها يقع الانتفاع بعملية الإخصاب الاصطناعي، وأولى هذه الشّروط وجود علاقة زواج. فالزّواج رباط شرعيّ يخول الاستفادة من عملية التلقّيح الاصطناعي بالطريقة المذكورة أي تلقّيح بويضة الزّوجة بنطفة الزّوج في أنبوب اختبار وزرعها في رحم الزّوجة نفسها. ولا عبرة بالفترة السّابقة للزّواج وهي فترة الخطوبة التي هي مجرد وعد بالزّواج حسب منطوق الفصل الأوّل من مجلّة الأحوال الشّخصية الذي نصّ على أنّ: "كلّ من الوعد بالزّواج والمواعدة به لا يعتبر زواجا ولا يقضى به".² التي تتحوّل إلى علاقة شرعيّة بمجرد تنفيذ الوعد بإبرام العقد.

أمّا بخصوص تلقّيح نطف الزّوج ببويضة امرأة متبرّعة في أنبوب ثمّ زرع البويضة المخصّبة في رحم الزّوجة، أقر القانون التّونسي حرمة هذه الصّورة لأنّ المشرّع يشترط عقد الزّوجية للانتفاع بتقنيّة الإخصاب الاصطناعي تطبيقاً لمقتضيات الفصل الرابع من القانون عدد 93 لسنة 2001 المتعلّق بالطّب الإنجابي.¹ نفس الأمر إذا كان الرّجل هو المتبرّع، فحكم هذه الصّورة التّحريم لأنّ البذرتين ليستا من زوجين، والقانون التّونسي بدوره يمنع هذه الإمكانية باعتباره يشترط علاقة الزّواج للانتفاع بتقنيّة التلقّيح الاصطناعي. كما أقرّ القانون التّونسي أيضاً بمنع صورة الإخصاب بين الزّوجين مع استئجار الرّحم وهو زرع اللّقيحة داخل رحم امرأة غير الزّوجة حيث أقرّ في صلب الفصل 15 من القانون عدد 93 لسنة 2001 والمتعلّق بالطّب الإنجابي منع هذه الصّورة. جاء في منطوق هذا الفصل أنّه: "لا يمكن بأيّ صورة من الصّور في إطار الطّب الإنجابي استعمال رحم امرأة أخرى

¹ - بكر بن عبد الله أبو زيد، « طرق الإنجاب في الطب الحديث وحكمها الشرعي »، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة 03 لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي، ج1، العدد 03، 1987، ص 451.

² - أمر علي مؤرخ في 13 أوت 1956، يتعلّق بإصدار مجلّة الأحوال الشخصية التونسية، المرجع السابق.

¹ - نص الفصل الرابع على أنّه: "لا يمكن اللجوء إلى الطب الإنجابي إلا بالنسبة إلى شخصين متزوجين وعلى قيد الحياة...".

لحمل الجنين". والملاحظ أنّ هذا الفصل ورد بصيغة أمرّة وفي ذلك دلالة على المنع المطلق، بحيث لا يجوز الاتفاق على خلافها.

ثار إشكال فقهي حول تحديد الأم والأب في هذه الصّورة حيث اعتبر جانب من الفقه صاحبة البويضة هي الأم الحقيقية للطفّل، فالولد ينسب للمرأة وزوجها أصحاب اللّقيحة. أمّا صاحبة الرّحم فهي بمثابة الأمّ الرّضاعية. واعتبر الجانب الآخر من الفقه أنّ الأمّ الحقيقية للطفّل هي صاحبة الرّحم، فالمرأة البديلة إذا كانت ذات زوج فهي أمّ الولد وزوجها هو أبوه، أمّا صاحبة البويضة فوقع اعتبارها أمّا بالرّضاع.¹

أمّا فيما يخص رأي المشرّع التّونسي لا يمكن افتراض مسألة زرع البويضة الملقّحة في رحم زوجة أخرى للزّوج باعتبار أنّ القانون التّونسي يمنع تعدّد الزّوجات حيث نصّ الفصل 18 من مجلّة الأحوال الشّخصية على أنّ: "تعدّد الزّوجات ممنوع". بل سلّط عقوبة سجنية وخطية مالية لمن يتزوّج بثانوية دون فكّ عصمة الزّواج السّابق. ورد في منطوق الفقرة الثّانية من الفصل 18 على أنّه: "كلّ من تزوّج وهو في حالة الزّوجية وقبل فكّ عصمة الزّواج السّابق يعاقب بالسّجن لمدة عام وبخطية قدرها مائتان وأربعون ألف فرنك أو بإحدى العقوبتين...".

الأمر نفسه إذا تمّ التّلقيح بعد انفصام عقد الزّوجية حيث تعتبر هذه الصّورة محرّمة في نظر الفقهاء حال الوفاة وبعد الطّلاق البائن، وهو ما حكم به المشرّع التّونسي في الفصل 11 من قانون الطّب الإنجابي على أنّه لا يمكن حفظ الأمشاج أو الأجنّة المجمّدة إلّا لمدة قصوى لا تتجاوز خمس سنوات قابلة للتّجديد بطلب كتابي من الزّوجين، وبانتهاء هذه المدة أو بمجرد ثبوت وفاة أحد الزّوجين المعنيين يتمّ وجوباً إتلاف تلك الأمشاج وإنهاء تجميد تلك الأجنّة.

الفرع الثّالث: موقف المشرّع الجزائري من النّسب النّاشئ عن التّلقيح الاصطناعي

يعتبر الإنجاب من مقاصد الشّريعة الإسلاميّة ومن أهداف الزّواج في قانون الأسرة الجزائري،¹ إلّا أنّ هذا الحقّ يتعدّر أحياناً على الزّوجين نتيجة مرض أو عيب خلقي في كليهما أو أحدهما، وهنا يثار التساؤل حول شرعية اللّجوء إلى التّلقيح الاصطناعي الذي أصبح وسيلة من وسائل علاج عدم القدرة على الإنجاب التي يعاني منها بعض الأزواج في حالة وجود سبب من أسباب العقم عند المرأة أو الرّجل قد استنفذت طرق علاجها.

أمام هذا التّطور العلمي والتّكنولوجي سلك المشرّع الجزائري بدوره ما سلكته العديد من التّشريعات العالميّة وما أبدته العلوم الإحيائية التي تعمل على إيجاد الحلول لمعالجة كلّ العقبات التي

¹ - هند الخولي، « تأجير الأرحام في الفقه الإسلامي »، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، م 27، العدد 03، 2011، ص 293.

¹ - تنص المادة 4 من القانون رقم 84-11، المؤرخ في 09 جوان 1984 على أنّ: " الزواج...من أهدافه...المحافظة على الأنساب ".

تهدّد كيان الأسرة عن طريق إجازة وسائل الإنجاب الاصطناعي، حيث رخص المشرع لإجراء هذا التلقيح بعد تعديليه لقانون الأسرة سنة 2005 أين وضع الإطار القانوني وضوابط من شأنها تنظيم اللجوء إلى هذه الطريقة للإنجاب.

كرّس المشرع في نصّ المادة 45 مكرّر من الأمر 02-05 المعدّل والمتّم للقانون 11-84 المتضمّن قانون الأسرة جملة من الشّروط القانونيّة والضّوابط الشّرعية يجب توافرها لإمكانية اللّجوء إلى عمليّة التّلقيح الاصطناعي. وهنا لا يمكن أن نتصوّر في ظلّ التّقنين الجزائري التّلقيح في غير صوره المحدّدة في نصّ هذه المادّة التي تتماشى مع الشّريعة الإسلاميّة. إذ لا يمكن تصوّره إلّا في إطار عقد زواج شرعي ومنعه لما يسمّى بالأمّ البديلة.

أمّا فيما يخصّ تحديد نسب المولود النّاتج عن هذه العمليّة إلى والديه، وحسب رأينا إذا ما تمّت العمليّة وفق نصّ المادة 45 مكرّر فإنّها لا تثير أيّ إشكالات طالما أنّ الأمر ينحصر في الرّوجين دون النّظر إذا ما كان التّلقيح داخلياً بأخذ ماء الرّوج وحقنه في رحم المرأة أو خارجياً بطريقة طفل الأنبوب، فالنسب هنا يثبت للطفّل من الأب والأم. هنا يظهر أنّ المشرع يضيفي عدم الشّعية على أسلوب التّلقيح الاصطناعي بنطفة الغير. غير أنّ هذا لا يمنع الرّوجة من تلقيح نفسها بغير ماء زوجها سواء بعلمه أو دون علمه وتنتج ب مولوداً نتيجة هذا التّلقيح فيطرح السّؤال لمن ينسب هذا المولود؟.

للإجابة عن هذا السّؤال لا بدّ من التّطرق إلى شروط اللّجوء إلى التّلقيح الاصطناعي لإثبات النسب في ظلّ القانون الجزائري أولاً ثمّ بيان أنواع التّلقيح الاصطناعي وموقف المشرع الجزائري من النسب النّاتج عنها ثانياً.

أولاً: شروط اللّجوء إلى التّلقيح الاصطناعي لإثبات النسب في ظلّ القانون الجزائري
أجاز المشرع الجزائري إمكانية اللّجوء إلى تقنيّة التّلقيح الاصطناعي إذ خصّص لها مادّة وحيدة في قانون الأسرة. وحتّى لا تخرج عمليّة التّلقيح عن الضّوابط القانونيّة والشّعية أورد المشرع بموجب المادّة 45 مكرّر شروط التّلقيح الاصطناعي أين نصّت على أنّه: "يجوز للرّوجين اللّجوء إلى التّلقيح الاصطناعي.

يخضع التّلقيح الاصطناعي للشّروط الآتيّة:

- أن يكون الرّواج شرعيّاً،
 - أن يكون التّلقيح برضا الرّوجين وأثناء حياتهما،
 - أن يتمّ بمني الرّوج وبويضة رحم الرّوجة دون غيرهما.
- لا يجوز اللّجوء إلى التّلقيح الاصطناعي باستعمال الأمّ البديلة ¹.

¹ - المادة 45 مكرّر من الأمر رقم 02-05، المؤرخ في 27 فبراير 2005.

أ - أن يكون الزواج شرعياً: يشترط لإجراء التلقيح الاصطناعي أن يكون الزواج شرعياً مكتمل الشروط والأركان المقررة بنص المادة 9 و 9 مكرر من قانون الأسرة الجزائري¹، ومن ثم فإن الإنجاب الشرعي وفقاً لمبادئ المادة 45 مكرر من قانون الأسرة ينبغي أن يتم عن طريق الزواج، وأن كل وسيلة تستخدم للإنجاب خارج نطاق الزوجية الشرعية تعتبر باطلة.² إذ لا يجوز في الشريعة الإسلامية لغير النكاح كشكل للرباط بين المرأة والرجل. ذلك أن الزواج هو الوسيلة الطبيعية للنسل وهو من أسس النظام الاجتماعي، وإنجاب الأطفال خارج نطاق الزواج يهدد النظام الاجتماعي المستقر وهو الأسرة. فالطفل يحتاج إلى أب ليس بالمعنى البيولوجي لكن بالمعنى الاجتماعي. لهذا يجب رفض عمليات التلقيح الاصطناعي خارج إطار العلاقة الزوجية لما له من مخاطر سيئة بالنسبة للطفل والمجتمع.³ وعبر المشرع الجزائري عن هذا الشرط صراحة حيث اشترط على طالبي الاستفادة من التلقيح الاصطناعي أن يكونا مرتبطين بزواج شرعي.⁴

إن ما تجدر الإشارة إليه أن المشرع الجزائري لم يحدد المقصود بالزواج الشرعي إذ يعتبر الزواج العرفي استناداً لنص المادة 22 من قانون الأسرة الجزائري زواجاً شرعياً.¹ أما بخصوص الزوجين المرتبطين بعقد عرفي فلا يجوز لهما اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي إلا بعد تثبيت زواجهما قضائياً من أجل إثبات حالتهما أمام المركز أو المؤسسة المعالجة.² ويمكن إثبات الزوجية باستظهار وثيقة رسمية كعقد الزواج أو الدفتر العائلي أو شهادة الحالة المدنية. يترتب على هذا العقد أنه إذا وضعت الزوجة مولودها وفق هذه العملية وفي الأجل المحددة قانوناً فإن نسبه يلحق بزوجه تلقائياً. غير أن المشرع الجزائري وضع شروطاً وقيوداً في مسألة النسب الشرعي طبقاً لأحكام المادة 41 من

¹ - نص المادة 9 و 9 مكرر من الأمر رقم 02-05، المؤرخ في 27 فبراير 2005.

² - بلحاج العربي، « المبادئ الشرعية والقانونية والأخلاقية التي تحكم عملية التلقيح الاصطناعي في ضوء قانون الأسرة الجزائري الجديد والمقارن »، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة أبي بكر بلقايد بتلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، العدد 15، 2013، ص 18.

³ - بوشي يوسف، الجسم البشري وأثر التطور العلمي على نطاق حمايته جنائياً، (دراسة مقارنة)، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد بتلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، 2012-2013، ص 207.

⁴ - مأمون عبد الكريم، « الإطار الشرعي والقانوني للإنجاب الصناعي »، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، العدد 04، 2006، ص 84.

¹ - نص المادة 22 من الأمر رقم 02-05، المؤرخ في 27 فبراير 2005.

² - تشوار حميدو زكية، « شروط التلقيح الاصطناعي في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة الجزائري »، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة أبي بكر بلقايد بتلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، العدد 4، 2006، ص 91.

قانون الأسرة¹ قد لا تتماشى مع ما نصّت عليه المادة 45 مكرّر من نفس القانون. فالمادة 41 منه علّقت ثبوت النسب الشرعي بعبارة وأمكن الاتصال بمعنى المخالطة الجنسية بين الزوجين علماً أنّه يمكن أن تصبح المرأة حاملاً دون الاتصال الجنسي، وذلك عن طريق التلقيح الاصطناعي كما هو مقرّر في المادة 45 مكرّر.

وبالتالي يمكن فهم النصوص السابقة بمفهوم المخالفة أي أنّه لا يثبت النسب بهذه الوسيلة الحديثة للحمل.² وهنا يتوجّب على المشرّع الجزائري إعادة صياغة المادة 41 بحيث تصبح: "...وأمكن الاتصال الجنسي أو بطريق التلقيح الاصطناعي...". وبهذا المفهوم للشرط الأوّل فإنّه لا يمكن اللّجوء إلى التلقيح الاصطناعي إلّا إذا كان الزوجان مرتبطين بعقد زواج شرعي وكانت العلاقة الزوجية ما تزال قائمة بينهما، بمعنى عدم مطالبة الزوجة بعد وفاة زوجها خضوعها للتلقيح بنطفة زوجها المتوفى قبل الانتهاء من عملية التلقيح أو قبل إتمام عملية تخصيب البويضة وزرعها.³ إذ لا يجوز التلقيح الاصطناعي بين الزوجين بعد فكّ الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة، كما لا يجري هذا التلقيح لامرأة غير متزوجة ولا يمكنها المطالبة بحقّها في الإنجاب دون زواج شرعي. إن كان المشرّع الجزائري قد منع صراحة عملية التلقيح بعد وفاة الزوج حيث تشترط المادة أن يكون التلقيح أثناء حياة الزوجين. فإنّ ما هو مقرّر في النصوص القانونية أنّ الرابطة الزوجية تنحلّ بالطلاق أو الوفاة، وهذا ما نصّت عليه صراحة المادة 47 من قانون الأسرة: "تنحلّ الرابطة الزوجية بالطلاق أو بالوفاة". ومقتضى هذا أنّ الزوج بمجرد وفاته يصبح في حكم الأجنبي بالنسبة لزوجته لانحلال الرابطة التي كانت تجمع بينهما.

إذا انقضت العلاقة الزوجية بالطلاق أو الوفاة وانقضت عدّة المرأة فلا خلاف بين الفقهاء أنّه يحرم عليها أن تقوم بالتلقيح في هذه الحالة لانتهاء الزوجية بانقضاء العدّة، حيث يجوز لها أن تتزوّج بغيره ويأثم من يشاركها في هذا الفعل.¹ إذ أنّ تلقيح هذه الزوجة لنفسها بهذه النطفة هو كالزنا

¹ - نص المادة 41 من الأمر رقم 05-02، المؤرخ في 27 فبراير 2005.

² - تشوار جيلالي، «نسب الطفل في القوانين المغاربية للأسرة بين النقص التشريعي والتتقيحات المستحدثة»، المرجع السابق، ص 12.

³ - العربي شحط عبد القادر، الأحكام القانونية العامة لنظام الإنجاب الاصطناعي، رسالة دكتوراه، جامعة جامعة وهران، الجزائر، 1999-2000، ص 258.

¹ - محمد سعيد محمد الرملاوي، المرجع السابق، ص 55.

ولا ينسب المولود للزوج الميت بل ينسب لامه كولد الزنا تماماً.¹ بالإضافة إلى أن الأخذ بهذه الطريقة يثير مشاكل قانونية كتلك التي تتعلق بأسباب الميراث حيث نصّت المادة 128 من قانون الأسرة على أنه: "يشترط لاستحقاق الإرث أن يكون الوارث حياً أو حملاً وقت افتتاح التركة...". وتطبيقاً لذلك، فإنه من حقّ الورثة الاعتراض على انتساب الطفل إلى الشخص المتوفى الذي يأتي نتيجة لهذه الصورة من التلقيح.²

ب - أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما: يشترط للقيام بعملية التلقيح الاصطناعي بين الزوجين رضاها بهذه الطريقة للإنجاب باعتبار أنّهما طرفا العملية وثمره هذه الأخيرة ينسب إليهما.³ وباعتبار هذا الشرط أساسي ويتمثل في ضرورة موافقة الزوجين على إجراء عملية الإنجاب الاصطناعي بحكم أن الأمر يتعلق بالمساس بجسم الإنسان الذي يحظى بحماية قانونية تامة.⁴ وهو شرط عام في ممارسة العمل الطبي على جسم المريض، ومن ثم لا يجوز للطبيب إجراء أي تدخل طبي على هذا الجسم دون الموافقة السابقة للمريض. غير أنه في مجال الإنجاب الاصطناعي يتعين على الطبيب التأكد من موافقة الزوجين معاً، وهو أمر منطقي بحكم أن تبعة العملية يتحملها الزوجان معاً وليس أحدهما فحسب. يجب على الطبيب التأكد بنفسه من موافقة الزوجين الخالية من العيوب وإلا تقع المسؤولية عليه.¹

يعتبر الرضا شرطاً واجباً لصحة العملية نظراً لما ترتبه عمليات التلقيح الاصطناعي. فمن جهة الزوج يبدو رضاه ضرورياً لأن الولد سينسب له وعليه لا يعقل أن يكون رافضاً للعملية من الأساس، لأنه إذا كان رافضاً لها فإنه لو تمت رغماً عنه أو دون علمه ينتج أنه لا يؤمن فيما بعد أن ينكر نسب المولود له. أمّا من جهة الزوجة وعلى اعتبار كونها محلاً لإجراء العملية فرضاها يبدو منطقياً أكثر.²

¹ - عبد الخالق حسن يونس، عقم الرجال بين الإسلام والطب في مائة وتسعة وثلاثون سؤال وجواب، لبنان: الدار العربية للعلوم ناشرون، ب.ط، 2002، ص 180.

² - تشوار حميدو زكية، « شروط التلقيح الاصطناعي في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة الجزائري »، المرجع السابق، ص 92.

³ - محمود أحمد طه، المرجع السابق، ص 108.

⁴ - جيلالي تشوار، « رضا الزوجين على التلقيح الاصطناعي »، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق جامعة أبو بكر بلقايد بتلمسان، الجزائر، العدد 4، 2006، ص 56.

¹ - مأمون عبد الكريم، « الإطار الشرعي والقانوني للإنجاب الصناعي »، المرجع السابق، ص 86.

² - النحوي سليمان، التلقيح الصناعي في القانون الجزائري والشرعية الإسلامية والقانون المقارن، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الجنائي والعلوم الجنائية، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2010-2011، ص 139.

ما يمكن ملاحظته هو أنّ المشرّع الجزائري لم يبيّن شكل الموافقة المطلوبة لعمليات التلقيح الاصطناعي، ممّا يعني أنّه يكفي حصول الطبيب على الرضا الشفهي من الزوجين. إلّا أنّ الدكتور تشوار جيلالي - عميد كلية الحقوق والعلوم السياسية بتلمسان سابقاً - يقول: "...وأمام هذه الأهمية التي يكتسبها رضا الزوجين فإنّه يشترط إفراغه في شكل معيّن لتقطّن الأطراف المعنية بخطورة عملية التلقيح، وللاطلاع على محتواها وإدراك نتائجها".¹ لهذا يجب أن يكون الرضا كتابياً وصريحاً ومستنيراً بعواقب التجربة، فإذا أعطى الزوجان موافقتهما المستنيرة على إجراء العملية وظلاً على موافقتهما فإنّ الشرط الأساسي لإجراء التجربة يكون متوفراً.

فالتحدث عن هذا الوضع مرتبط ببلوغ سن أهلية الزواج التي حددها المشرّع في المادة 7 من قانون الأسرة ببلوغ الزوجين 19 سنة وقت إبرام عقد الزواج، وهي ذات الأهلية التي اشترطها المشرّع في المادة 40 من القانون المدني.² غير أنّ المشرّع سمح بإبرام عقد الزواج حتّى ولو لم تتوفّر في الشخصين الأهلية القانونية شريطة حصولهما على الإذن القضائي بالزواج. ومن جهته يرى الأستاذ تشوار: "...وعليه، أننا نعتقد بعد التأمل في النصوص القانونية المتصلة بهذه المسألة أنّ السن الدّنيا للموافقة على التلقيح في حالة الإذن القضائي بالزواج هي السن الدّنيا لإمكانية إبرام عقد الزواج قانوناً".³

قد يتحايل أحد الزوجين على الآخر أو يعرضه للإكراه البدني أو الأدبي لإجراء عملية التلقيح والزرع في رحم الزوجة دون رضاها، ففي هذه الحالة فإنّ الحمل هو ابن شرعيّ لهما، ولا يجوز التعرض له بالإجهاض بحجة عدم الرضا والإذن، وإنّما يتعيّن فقط تحديد مسؤولية الطبيب الذي تولّى العملية وجزاؤه القانوني لإقدامه على هذا التصرف بالتواطؤ مع أحد الطرفين دون الرضا الصريح المستنير من الآخر.¹

إذا جرت عملية التلقيح الاصطناعي دون رضا الزوج فله أن يطالب الطبيب بالتعويض سواء تمّ أخذ خلّيته تحايلاً أو إيهامه بأنّها منه وهيّ لغيره مع ثبوت نسب الحمل إليه في الصورة الأولى وانتفائه في الثانية أمّا النسب من جهة الأمّ فهو ثابت للزوجة في الصورتين.² كذلك لا يعتدّ برضا الزوج إلّا إذا كان على قيد الحياة وقت البدء في عملية التلقيح بأن تجري هذه العملية بناءً على رغبة الزوجين حال حياتهما وأثناء قيام الرابطة الزوجية الصحيحة. ذلك لأنّ المادة 41 من قانون الأسرة

¹ - تشوار جيلالي، « رضا الزوجين على التلقيح الاصطناعي »، المرجع السابق، ص 56.

² - العربي شحط عبد القادر، الأحكام القانونية العامة لنظام الإنجاب الاصطناعي، المرجع السابق، ص 261.

³ - تشوار جيلالي، « رضا الزوجين على التلقيح الاصطناعي »، المرجع السابق، ص 57.

¹ - حسيني إبراهيم أحمد إبراهيم هيك، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشرعية الإسلامية، المرجع السابق، ص 191.

² - محمود أحمد طه، المرجع السابق، ص 108.

تشتترط من أجل انتساب الولد لأبيه على إمكانية الاتصال بين الزوجين حيث إذا وقع التلقيح بعد وفاة الزوج فلا صلة ولا تلاقي بينهما كون أن العلاقة الزوجية قد انتهت مثلما هو عليه في حالة الطلاق.¹ لا يجوز شرعاً وقانوناً استخدام ماء الزوج في تلقيح زوجته بعد انفصام الرابطة الزوجية بينهما بالفسخ أو الطلاق أو الموت، لما يترتب على ذلك العديد من المشاكل الاجتماعية والأخلاقية والقانونية، ذلك لأن الإنجاب الشرعي لا يتم إلا في إطار الزوجية الصحيحة وأثناء قيامهما وفقاً لأحكام قانون الأسرة الجزائري المنصوص عليها في المادة 40 منه وما بعدها. فإذا انتهى عقد الزوجية بموت أو طلاق فإن التنازل بين الزوجين يعتبر لاغياً وباطلاً.²

ج - أن يتم التلقيح بمنى الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما: يعدّ هذا الشرط تمهيداً لفكرة الأمومة البديلة التي منعها المشرع من خلال الفقرة الأخيرة للمادة 45 مكرّر من قانون الأسرة. هذه الصورة أقرها المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي في دورته الثامنة في 28 جانفي 1985، بمكة المكرمة³ إذ اشترط المشرع الجزائري لمشروعية التلقيح الاصطناعي وجوب تلقيح الزوجة بماء زوجها دون سواه، وباستعمال رحمها لا رحم امرأة أخرى.⁴ وهو ما يعبر عنه بالتلقيح الاصطناعي بتدخل طرف ثالث أو بتدخل الغير (المتبرع). هذا الغير ينعكس على عملية الإنجاب فيما يتعلق بالنسب بين أطراف عملية التلقيح الاصطناعي، وقد يكون هذا الغير متبرعاً بنطفة مذكرة أو ببويضة مؤنثة.¹

إذا شرع تلقيح بويضة الزوجة بماء زوجها لأسباب ومقاصد معقولة ومفهومة فإنّه يحظر قانوناً إجراء عملية التلقيح الاصطناعي لامرأة لقحت بويضتها بماء رجل غير زوجها أو حتّى بماء مشترك من منى الزوج ومنى غيره وذلك لكون هذه العملية تتعارض مع النظام العام وغير أخلاقية. تعدّ هذه الصورة منبعاً لاختلاط الأنساب² حيث سينسب المولود إمّا لأب بيولوجي وإمّا لأبيه الشرعي ولكن بمشاركة الغير في الحمل.³ فإذا كان الزوج أجنبياً عن الزوجة ولا تربطه أية صلة مشروعة، فهذا محرّم شرعاً وقانوناً، ويكون في معنى الزنا ونتائجه. فكلّ طفل أنبوب ناشئ بالصورة المحرّمة من

¹ - تشوار جيلالي، « رضا الزوجين على التلقيح الاصطناعي »، المرجع السابق، ص 63.

² - بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجزائري الجديد وفق آخر التعديلات، ج 1، الجزائر، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، 2012، ص 510.

³ - محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، المرجع السابق، ص 538.

⁴ - تشوار حميدو زكية، « شروط التلقيح الاصطناعي في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة الجزائري »، المرجع السابق، ص 94.

¹ - الشحات إبراهيم محمد منصور، المرجع السابق، ص 143.

² - عطية صقر، فتاوى وأحكام للمرأة المسلمة - التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب-، المرجع السابق، ص 224.

³ - محمود أحمد طه، المرجع السابق، ص 179.

عمليات التلقيح الاصطناعي ينسب لمن حملت به ووضعت. إن التلقيح الاصطناعي بماء غير الزوجين هو شبيه بالزنا مطلقاً.¹

أعقب المشرع الجزائري بعد أن نصّ على الشروط الواجب توافرها لإجراء عملية التلقيح بجملة ختم بها محتوى المادة 45 مكرّر: " لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأمّ البديلة ". وهو في الحقيقة شرط آخر مكمل للشروط السابقة. وتعرّف الأمّ البديلة على أنّها: " هي المرأة التي تقبل شغل رحمها بمقابل أو بدونه بحمل ناشئ عن نطفة أمشاج مخصّبة صناعياً لزوجين استحال عليهما الإنجاب لفساد رحم الزوجة ".²

إذا كانت الصورة الأولى (تلقيح بويضة المرأة بماء الغير) توصف أنّها زنا، فإنّ هذه الصورة الثانية (التلقيح باستعمال الأمّ البديلة) تعدّ تبني الذي منعه قانون الأسرة بحكم نص المادة 46.³ لأنّها تزوير في الولادة كما وصفها البعض.⁴ وإذا كان يمنع تلقيح بويضة المرأة بغير مني زوجها فإنّ المنع يكون أشدّ بإدخال مني الرجل وبويضة زوجته في رحم امرأة أخرى ولو كانت زوجته.¹ وبخصوص هذه المسألة (الرحم الظنّي) تمّ توضيحها سابقاً، حيث عرضت على المجمع الفقهي الإسلامي بمكّة المكرمة في أول الأمر وأجازها عند الحاجة بأن تزرع اللقيحة في رحم الزوجة الثانية للزوج نفسه، حيث تتطوّع بمحض اختيارها بهذا الحمل عن ضررتها المنزوعة الرحم، غير أنّه تراجع عن هذه الفتوى في دورة لاحقة واعتبر نقل اللقيحة إلى رحم الزوجة الثانية حراماً على أساس أنّ الزوجة الثانية تعتبر أجنبية بالنسبة للزوجة الأولى.²

لا شك أنّ هذه العملية تعدّ مفسدة لمعنى الأمومة حيث أنّ صاحبة الرحم ما هي إلا حاضنة للقيحة فتحمل وتتألم وتلد، ثم تترك المولود لصاحبة البويضة. وثار خلاف فقهي حول الأمّ الحقيقية والأمّ البيولوجية للولد ولمن ينسب من جهة الأب. وعلى هذا فإنّ اختلاط الأنساب في إجارة الأرحام هو أمر محقق الوقوع لا محالة، حيث يكون فيه نسب الولد لصاحب الفراش من جهة الأب ولصاحبة

¹ - بلحاج العربي، المبادئ الشرعية والقانونية والأخلاقية التي تحكم عملية التلقيح الاصطناعي، المرجع السابق، ص 22 و 23.

² - عبد الحميد عثمان محمد، أحكام الأمّ البديلة (الرحم الظنّي) بين الشريعة الإسلامية والقانون، (دراسة تحليلية)، القاهرة، دار النهضة العربية، ط1، 1996، ص 35.

³ - تنص المادة 46 من الأمر 02-05، المؤرخ في 27 فبراير 2005 على أنّه: " يمنع التبني شرعاً وقانوناً ".
⁴ - Louis KORNPROBST, « la Responsabilités du médecin devant la loi et la jurisprudence françaises », paris, 1957, p. 545.

¹ - عطية صقر، فتاوى وأحكام للمرأة المسلمة، المرجع السابق، ص 225.

² - عبد الحميد عثمان محمد، المرجع السابق، ص 92.

الرّحم المؤجّر من جهة الأمّ التي قامت بالحمل ولصاحب الحيوان المنوي إذا لم تكن صاحبة الرّحم المؤجّر متزوّجة.¹

هذا ما لم يسمح به قانون الأسرة والتّشريع الجزائري بصفة عامّة. وبالتّالي منع اللّجوء إلى التّلقّيح الاصطناعي باستعمال الأمّ البديلة لما في ذلك من المخاطر والشّكوك التي يمكن أن تشوب نسب الطّفل من جهة أمّه.² وفوق كلّ ذلك يترتّب لاحقاً عن هذا النّوع من الحمل آثار وخيمة على التّكوين النفسي والاجتماعي للطّفل خاصّة إذا علم أنّ امرأة أجنبيّة حملته وليس تلك التي نشأ في أحضانها.³

بالرّغم من أنّ المشرّع الجزائري أضفى عدم المشروعية على أسلوب التّلقّيح الاصطناعي بنظفة الغير إلّا أنّه لم ينص على مواد تجرّم هذا الفعل. وفي غياب الطّابع الرّدعي قد تلجأ الزّوجة لهذا النّوع من التّلقّيح رغبة في الإنجاب. نحن نعلم أنّ التّلقّيح إذا تمّ بمني غير الزّوج فإنّه يلتقي مع الرّزا في إطار واحد من حيث الجوهر والنّتيجة. وحين نصّه على موضوع التّلقّيح الاصطناعي باستعمال الأمّ البديلة أقرّ بصراحة منع اللّجوء لهذا الأخير باستعمال الأمّ البديلة، غير أنّه لم يقرّر كذلك عقوبة على الاتّفاق الذي يرمي إلى إيجار الأرحام، الأمر الذي يثير عدّة تساؤلات ومشاكل قانونيّة، إذ المنع الوارد في قانون الأسرة لا يكفي وحده لإيقاف الأزواج من اللّجوء لهذا الأسلوب فلا بدّ من أن يصاحبه الطّابع الرّدعي الذي من شأنه إخافتهم والحيلولة دون تنفيذ وإجراء مثل هذه العمليّات. كان على المشرّع الجزائري أن يقتبس من نظيره المشرّع الليبي لأنّه كان السّباق في هذا الميدان، حيث رتب عقوبة الحبس لمدّة لا تقلّ عن سنة وبغرامة لا تتجاوز ألف دينار على كلّ من يخالف شروط التّلقّيح الاصطناعي المنصوص عنها في القانون رقم 17 لسنة 1986 بشأن المسؤوليّة الطبيّة.¹ وعلى غرار المشرّع التونسي الذي أوجب بدوره العقوبة على كلّ مخالف لأحكام القانون الطّبيّ بخمس سنوات سجناً وبخطيّة قدرها عشرة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين.²

¹ - حسيني إبراهيم أحمد إبراهيم هيكّل ، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشرعية الإسلامية ، المرجع السابق، ص 450.

² - تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية ، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، ب.ط، 2001، ص 120.

³ - تشوار حميدو زكية، « شروط التّلقّيح الاصطناعي في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة الجزائري »، المرجع السابق، ص 96.

¹ - القانون رقم 17 لسنة 1986، المؤرخ في 24 نوفمبر 1986، المرجع السابق.

² - الفصل 31 من القانون رقم 93 لسنة 2001، مؤرخ في 07 أوت 2001، يتعلق بالطب الإنجابي. الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 63 بتاريخ 07 أوت 2001، ص 2573.

ثانيًا: أنواع التلقيح الاصطناعي وموقف المشرع الجزائري من النسب الناتج عنها

لاحظنا سابقًا أنَّ التلقيح الاصطناعي نوعان أحدهما داخلي ويراد به حالة الإخصاب الاصطناعي الذي يقع في داخل جسم المرأة الذي يحصل بإدخال السائل المنوي في مكانه المناسب داخل جسم المرأة لإحداث التلقيح اللازم. وثانيهما خارجي وهو إخصاب للبيضة يجري خارج الجسد ثم تنقل البيضة المخصبة بوسيلة طبية إلى رحم المرأة، ويسمى بالإخصاب المعلمي أو المختبري أو التلقيح في أنابيب الاختبار، أمّا الطّفل الناتج بهذه الطّريقة يسمّى بطفل الأنبوب.¹

الحقيقة أنَّ المشرع الجزائري لم يبيّن رسم حدود التلقيح الاصطناعي عندما أقرّه، بل وضع للرّاعيين في اللّجوء إليه شروطًا تضمّنتها المادّة 45 مكرّر، حيث اشترطت صراحة أن تتمّ عمليّة التلقيح بين الزّوجين دون تدخّل غيرهما ودون اشتراط إن كانت العمليّة تتمّ داخليًا أم خارجيًا. يفهم من صياغة هذه المادّة أنّه لا يجوز أن يدخل في عمليّة التلقيح طرف ثالث كأن تستخدم لقيحة جاهزة من نطفة رجل أجنبي أو امرأة غريبة أو زرع البويضة في رحم امرأة بديلة للزّوجة، وبالتالي فإنّ استخدام أيّ طرف ثالث في وسائل الإنجاب يعتبر باطلاً وغير شرعي.

أمّا إثبات النسب في التلقيح الاصطناعي فإنّه يلقي عدّة صعوبات وإشكالات، لأنّه إذا كان من السهل إثبات أو نفي النسب في حالة الحمل الطّبيعي من خلال إثبات عدم المعاشرة مع الزّوجة بسبب مرض عضوي أو نظر لهجرة الزّوجة لمدّة تفوق مدّة الحمل أو إثبات عدم الدّخول أو عدم الولادة أصلاً، إلّا أنّ مثل هذه الأدلّة غير قابلة للاستناد عليها في حالة التلقيح الاصطناعي باعتبار أنّه لا يوجد اتّصال جنسي طبيعي. غير أنّه لو تمّ التلقيح ببذرتي الزّوجين وأثناء حياتهما فإنّ جمهور الفقهاء يرى نسب المولود الناتج عن عمليّة التلقيح الاصطناعي يلحق بالزّوج مثله مثل الطّفل الذي ينشأ عن الحمل الطّبيعي.¹

فإذا تمّ إجراء التلقيح الاصطناعي مراعاة للشّروط التي أوردها المشرع الجزائري على سبيل الحصر من خلال نص المادّة 45 مكرّر من قانون الأسرة فإنّه لا يثار أيّ إشكال بالنسبة للنسب، حيث يتمّ اللّجوء إلى الوسائل العلميّة المستحدثة والمقرّرة لإثبات النسب من خلال نص المادّة 40 من نفس القانون.² وإن كان هناك شكّ في اختلاط البويضات أو النّطف أو اللّقاح في المختبر، ففي هذه الحالة يستعان بالبصمة الوراثيّة للتحقق من النسب طبقاً للمادّة المذكورة سلفاً، الأمر

¹ - سعدي إسماعيل البرزنجي، المشاكل القانونية الناجمة عن تكنولوجيا الإنجاب الجديدة، (دراسة مقارنة)، مصر: دار الكتب القانونية، ط1، 2009، ص 19.

¹ - فاطمة عيساوي، « الإنجاب بالوسائل الحديثة في قانون الأسرة الجزائري »، مجلة معارف، المركز الجامعي العقيد آكلي محند أولحاج، البويرة، الجزائر، العدد 06، جوان 2009، ص 232.

² - تنص المادة 2/40 من الأمر 02-05، المؤرخ في 27 فبراير 2005 على أنه: "يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب".

الذي قرره المجمع الفقهي الإسلامي المنعقد بمكة المكرمة حيث يجوز الاعتماد على البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب في حالة الاشتباه في أطفال الأنايب.¹

أما إذا كنا بصدد ولادة مولود ناجم عن ماء غير الزوجين، فهنا يصعب تحديد نسبه وهذا راجع لتعدد العلاقات، وأحياناً يتم اللجوء إلى التلقيح باستعمال الأم البديلة، مما يطرح التساؤل حول مصير الطفل ومشكلة تحديد نسبه.

أ - إثبات النسب في حالة التلقيح الاصطناعي بدون تدخل الغير: معلوم أن النسب الحقيقي منشؤه الاتصال الجنسي الطبيعي أو العلاقة الشرعية التي تحكمها قواعد عقد الزواج. وفي ظل هذا التصور فإنه يفترض أن المولود ينسب إلى أبويه. غير أن إثبات النسب وثبوته له أبعاد مختلفة في ظل عمليات التلقيح الاصطناعي.

1 - تحديد نسب المولود الناجم عن ماء الزوجين أثناء حياة الزوج: تتحقق ولادة الطفل من ماء الزوجين إذا تم تلقيح المرأة اصطناعياً ومباشرة داخل رحمها أو حدث التلقيح بين بويضتها ومنى زوجها داخل أنبوب الاختبار لتعاد اللقيحة وترعرع في الرحم فيكتمل نمو الجنين. وما دام أن التلقيح في كلتا الحالتين يتم فيه تلقيح البويضة بمنى الزوج فإن تحديد نسب المولود هنا يطرح إشكالاً. إذا كان الزوج على قيد الحياة وعبر عن رضاه بخضوع زوجته لعملية التلقيح الاصطناعي بواسطة نطفته فإن المولود الناجم عن هذه العملية ينسب إلى الزوجين كما لو كان قد ولد نتيجة الإنجاب الطبيعي. ونظراً للآثار التي يترتبها التلقيح الاصطناعي خاصة في موضوع النسب، فإن المشرع الجزائري نص على مشروعية التلقيح الاصطناعي في إطار العلاقة الزوجية وحال حياة الزوجين ويتوافر رضائهما معاً.¹ فإذا كان الأمر كذلك فإن المولود هنا يكون ابناً للأب عن طريق الفراش وابتناً للأم لأنها صاحبة البويضة وهي التي حملته في بطنها ووضعتة أيضاً، فلا فرق في هذه الحال أن ينتج الجنين من تلقيح طبيعي أو اصطناعي في قضية ثبوت النسب.²

¹ - المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، «القرار السابع بشأن البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها»، المرجع السابق، ص 343.

¹ - نص المادة 45 مكرر فقرة 1 من الأمر 05-02، المؤرخ في 27 فبراير 2005 على أنه: "يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي".

² - أشرف توفيق شمس الدين، الجينات الوراثية والحماية الجنائية للحق في الخصوصية، (دراسة مقارنة)، مصر: دار النهضة العربية، ط2، 2016، ص 24.

إنَّ إضفاء صفة الشرعية على نسب المولود يعدّ أمراً منطقياً طالما أنّه يحمل صفاتهما الوراثية وولد أثناء قيام العلاقة الزوجية، إذ أنّ رابطة الزواج تعتبر سبباً لثبوت النسب. فكلّ نسب ينتج من مخالطة الرجل بالمرأة يعدّ ابناً شرعياً لهما وتثبت البنوة للزوج الذي تربطه بمن أنجبت عقد قران.¹

على العموم لا يطرح نسب المولود الناجم عن التلقيح الاصطناعي بماء الزوجين وأثناء حياتهما مشاكل عديدة وصعوبات، فلا مجال للشك في نسبه إلى والديه. وفي هذا يقول الشيخ محمد مأمون - كان شيخاً للأزهر - : " فإذا لقحت بويضة الزوجة بماء زوجها في أنبوبة ثم وضعت في رحم الزوجة لوجود عيب في جهازها التناسلي، فهذا حلال وينسب المولود للأب والأم.²

يبقى على المشرع مراجعة نص المادة 41 من قانون الأسرة لأنّه لا يتماشى وصور التلقيح الاصطناعي، إذ لا يتصور معه الاتصال الجنسي إنّما تلاقي البويضة بالمني بطرق اصطناعية. لذلك ينبغي على المشرع وحتى تتسق المادة 41 مع نص المادة 45 مكرّر من نفس القانون أن يعيد صياغة المادة 41 بإضافة فقرة ثانية تحمل عبارة " إذا أمكن الاتصال أو تلاقي البويضة مع المني ". حيث أن عبارة " وأمكن الاتصال " لا تنفي وجود طرق حديثة يلحق بها نسب الابن لأبيه، إذ لا يشترط الفقه الإسلامي المعاصر ضرورة الاتصال الجنسي لثبوت نسب الابن لأبيه، لأنّ العبرة بحمل المرأة من مني الأب ذاته بغض النظر عن الوسيلة التي أدت إلى ذلك.¹

لكن التساؤل يثار عندما تلجأ المرأة إلى التلقيح الاصطناعي بنطفة زوجها بعد وفاته لتضع مولوداً فهل ينسب هذا المولود إلى الأب المتوفى؟.

2 - تحديد نسب المولود الناجم عن ماء الزوجين بعد وفاة الزوج: قد يحدث وتنتهي الرابطة الزوجية بصورة طبيعية عن طريق وفاة الزوج، ومن ثم فإنّ الإشكال قد يطرح حول إثبات نسب المولود بالتلقيح الاصطناعي. تتمّ هذه الطريقة بأخذ الحيوانات المنوية أثناء الحياة الزوجية وقبل الوفاة ويحتفظ بها في بنوك المني، وبعد انتهاء الحياة الزوجية بموت الزوج، تعمد الزوجة إلى استرجاع المني وإجراء التلقيح الداخلي ليتّم الحمل رغبة منها في أن يكون لها من زوجها أو لأيّ سبب آخر يتعلّق بالميراث أو غيره.

الأصل أنّ المشرع الجزائري لم يجز عملية التلقيح الاصطناعي بنطفة الزوج بعد وفاته إذ اشترط أن يعبر هذا الأخير عن رضاه، وألاّ تجري العملية إلّا في حضوره. لكن ماذا لو خضعت المرأة فعلاً للعملية بعد وفاة زوجها وتكلّلت بولادة الطّفل، إلى من ينسب هذا الأخير؟.

¹ - تشوار جيلالي، « نسب الطفل في القوانين المغاربية للأسرة بين النقص التشريعي والتتقيحات المستحدثة »، المرجع السابق، ص 05.

² - خدام هجيرة، التلقيح الاصطناعي، (دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والقانون الجزائري)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد بتلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، 2006-2007، ص 202.

¹ - تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، المرجع السابق، ص 96.

من جهة المشرّع الجزائري لم يعالج بحق نسب المولود النّاجم عن التّلقّيح الاصطناعي بعد الوفاة، وبالتالي لا بدّ من الرّجوع إلى قانون الأسرة تحديداً المادّتين 42 و 43 من هذا القانون اللّتين نصّتا على أنّ: "...أقصى مدّة للحمل عشرة (10) أشهر" وعلى أنّه: " ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال 10 أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة ". هذه النّصوص لا تتماشى مع أسلوب التّلقّيح الاصطناعي بعد الوفاة، فمدّة عشرة أشهر المحدّدة قانوناً تعدّ مهلة قصيرة مقارنة مع ما يتّخذ الحمل الاصطناعي من مدّة لإتمام التّلقّيح أو الزّرع. فإذا لجأت الزّوجة لهذا الأسلوب من التّلقّيح بالرّغم من أنّه غير جائز شرعاً وقانوناً ووضعت مولوداً فإنّ هذا الأخير يعتبر ابناً غير شرعيّ ويلحق نسبه بأمه فقط على الرّغم من حقيقة البيولوجيّة، ولا ينسب إلى الرّوج المتوفّى قبل إتمام التّلقّيح رغم أنّه والده البيولوجي.

إذا كان هذا في نظر القانون وبعض من الفقه الإسلامي القائل بحرمة إجراء هذه الصّورة من التّلقّيح الاصطناعي حتّى في العدة على أنّ الرّوجيّة تنتهي بالوفاة، لأنّه ينقطع ما بين الرّوجين من علاقة، وحينها يكون التّلقّيح بنطفة من غير الرّوج فتكون محرّمة.¹ في حين ذهب البعض الآخر من الفقه إلى القول بجواز إجراء هذه الصّورة مع عدم استحسانها، وقالوا أنّ أحكام الرّوجيّة لا تنتهي بالوفاة بل بانتهاء العدة الشرعيّة، فللمرأة أن تستدخل مني زوجها المتوفّى عنها فترة العدة ما دامت متأكّدة أنّه مني زوجها ولم يستبدل أو يختلط بغيره. ويؤكد ذلك ما ذهب إليه بعض الفقهاء المعاصرين¹ من أنّه إذا لجأ الرّجل إلى حفظ منيه ثمّ توفّي وقامت زوجته بعد الوفاة بتلقّيح نفسها داخلياً بنطفة منه ثمّ حملت فالحكم في هذا أنّ الولد ولده وأنّ العمليّة وإن كانت غير مستحسنة فهي جائزة شرعاً، ويستهدي في ذلك بما قرّره الفقهاء من أنّ المرأة إذا حملت بعد وفاة زوجها وكانت معتدّة أو جاءت به لأقلّ من ستّة أشهر وشهد بولادتها امرأة واحدة ورجلان أو رجل وامرأتان فإنّ الولد يثبت نسبه لأنّ الفراش قائم بقيام العدة لأنّ النسب ثابت قبل الولادة وثابت أنّ النطفة منه وإنّما من غير المستحسن أن تلجأ المرأة إلى الإنجاب بهذه الطّريقة. أمّا بعد انتهاء العدة تنتهي الحياة الرّوجيّة قولاً واحداً عند جميع الفقهاء. لهذا فإنّ إجراء العمليّة في هذه الحالة محرّم شرعاً لانعدام الرّوجيّة والإثم يلحق من يشارك في هذه العمليّة.

أمّا من زاوية القانون فالنّص واضح، إذ تعتبر تلك العمليّة انحرافاً ومنه تصرّف غير مباح، فلا غرابة أن يكون التّلقّيح بهذه الصّورة مصدراً للنّسب غير الشرعي لأنّ العمليّة تمّت بعد انقطاع الرّابطة

¹ - بكر بن عبد الله أبو زيد، فقه النوازل، قضايا فقهية معاصرة، ج 1، بيروت، مؤسسة الرسالة، ط 1، 1996، ص 269.

¹ - عبد العزيز الخياط، حكم العقم في الإسلام، المرجع السابق، ص 30.

الزّوجية.¹ إذ أنّ تلقّيح هذه الزّوجة لنفسها بهذه النّطفة هو كالزّنا ولا ينسب المولود للميت بل ينسب لأمّه كولد الزّنا تمامًا.² لأنّ التلقّيح الاصطناعي الجائز في نظر المشرّع الجزائري أن يكون الزّوجان على قيد الحياة ولا توجد زوجيّة بعد الوفاة. وحتى يأخذ الجنين وصف أو حكم الحمل لا بدّ أن يكون أثناء الحياة الزّوجية، والمعروف أنّ الحمل لا يحدث بعد انتهاء العلاقة الزّوجية.³ وذلك فضلاً عن خرق الحدّ الأقصى للحمل المحدّد بعشرة أشهر، لأنّ العمليّة غالباً ما لا تتجح فيتحتّم إعادة التلقّيح مرّتين فأكثر حتّى يتمّ العلق.⁴

ما دام المشرّع الجزائري نصّ في المادّة 40 من قانون الأسرة على أنّ النّسب يثبت بالزّواج ونصّ أيضاً في المادّة 47 من نفس القانون على أنّ الرّابطة الزّوجية تتحلّ بالوفاة، فلا يمكن إثبات النّسب في هذه الحالة طبقاً لقانون الأسرة الجزائري.

3 - تحديد نسب المولود النّاجم عن ماء الزّوجين أثناء فترة الطّلاق: من المتصوّر انتهاء الحياة الزّوجية بالطّلاق في فترة حدوث التلقّيح وزرع البويضة الملقّحة في رحم الزّوجة، وعليه فإنّ وقوع الحمل في هاته الفترة لا يمنع من القول بتحقيق الحمل بين الزّوجين ويكون الطّفل ابنًا شرعيًا لهما. فالطّلاق لا يعني الرجوع في الحمل، لكن يشترط لثبوت نسب الولد لأبيه بعد الطّلاق أن يكون خلال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال.¹ فإذا كان الطّلاق رجعيًا والعدّة لم تنته فالإخصاب جائز لقيام الزّوجية بشرط موافقة الزّوج، لأنّ الموافقة دليل على الرّجعة وتترتّب عليها جميع الآثار من حيث النّسب كالطّفل المولود بالطّريق الطّبيعي. أمّا إن كان الإخصاب في حال الطّلاق البائن فالتلقّيح محرّم غير جائز، لأنّ عقد الزّوجية انتهى ولم يعد يربط بينهما ما كان.²

إنّ البحث عن نسب المولود بالتلقّيح الاصطناعي في حالة الطّلاق وفي حالة ميلاد الطّفل بعد مرور عشرة أشهر من فكّ الرّابطة الزّوجية الأصل أنّه بميلاد المولود بعد مرور أكثر من ستّة أشهر تحتسب من تاريخ الطّلاق. فإنّ إقرار أو نفي النّسب مرهون على إرادة وإقرار الزّوج السّابق أي الأب المفترض، فإذا أقرّ الأب أو الزّوج السّابق النّسب وألحق المولود بالتلقّيح الاصطناعي إليه فإنّه ينسب إليه في هذه الحالة ويعدّ إقرار الأب في حكم الإقرار بالولد مجهول النّسب، إلّا أنّ هذا الإقرار

¹ - ممدوح محمد خيرى هاشم، الإنجاب الصناعي في القانون المدنى، (دراسة قانونية فقهية مقارنة)، القاهرة، دار الفكر العربي، ط1، 1996، ص 128.

² - تشوار حميدو زكية، « شروط التلقّيح الاصطناعي في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة الجزائري »، المرجع السابق، ص 92.

³ - محمود أحمد طه، المرجع السابق، ص 133.

⁴ - ممدوح محمد خيرى هاشم، المرجع السابق، ص 128.

¹ - زبيري بن قويدر، النسب في ظل التطور العلمى والقانونى، المرجع السابق، ص 65.

² - محمد علي البار، « التلقّيح الصناعي وأطفال الأنبوب »، المرجع السابق، ص 296.

مرهون أيضاً بعدم زواج المطلقة بزواج ثانٍ بعد طلاقها.¹ غير أنه بنفي الزوج المطلق لنسب المولود فإنه لا يثبت للمولود بالتلقيح الاصطناعي أي نسب يذكر، ولا يعتد في هذه الحالة بالملف الطبي الذي تضمن الموافقة القبلية للزوج المطلق على إجراء التلقيح. إذ أن البعد الزمني أخذ مجراه وأصبح كفيلاً بإسقاط كل القرائن.²

ب - إثبات النسب في حالة التلقيح الاصطناعي بتدخل الغير

يقصد بهذا النوع من التلقيح الاصطناعي اللجوء إلى شخص أجنبي أي ثالث يقوم بالتبرع، وقد يكون هذا الغير متبرعاً بنطفة مذكرة أو بويضة مؤنثة أو رحم لحمل البويضة. فلا شك أن تدخل الغير ينعكس على عملية الإنجاب فيما يتعلق بالنسب بين أطراف عملية التلقيح.

اعتبر المشرع الجزائري اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي بتدخل الغير خرقاً صريحاً لمبادئ الشريعة الإسلامية ومخالفاً للنظام العام والآداب العامة، قد تواجهه مستقبلاً مشاكل عديدة منها ما يتعلق بمسألة إثبات النسب للمولود الناتج عن هذه العملية خاصة أن المشرع لم يصحب منع هذا الأسلوب من التلقيح بعقوبات جزائية رادعة. باعتبار أن التلقيح الاصطناعي بنطفة الغير شبيهة بالزنا يؤدي إلى اختلاط الأنساب.

يقول محمود شلتوت - عالم إسلامي مصري وشيخ الجامع الأزهر - في هذا الأسلوب وقد ذكر هذا القول سابقاً: " التلقيح إذا كان بمني غير الزوج فإنه يلتقي مع الزنا في إطار واحد من حيث الجوهر والنتيجة، ولكنه لا يوجب الحد ".¹ وأيد هذا الرأي الشيخ جاد الحق علي جاد الحق بقوله: "إذا كان تلقيح الزوجة من رجل آخر غير زوجها فهو محرّم شرعاً، ويكون في معنى الزنا ".² وفي نفس السياق يرى الدكتور تشوار جيلالي أن: " استعمال مني الغير يكتسي ببيكولوجياً وأخلاقياً مظهر الزنا ".³ ويقول الدكتور محمد المرسي زهرة - أستاذ ورئيس قسم القانون المدني كلية الحقوق جامعة عين شمس القاهرة - : "...وإذا كان الإسلام قد حرم التبني فإن التلقيح الصناعي بغير ماء الرجل على هذا الوضع يكون دون شك أفظع جرماً وأشدّ نُكراً من التبني. فهذا الأخير يقتصر على أن ينسب الإنسان ولداً يعرف أنه ابن غيره إلى نفسه... وإذا كان التبني بهذا المعنى جريمة. فالتلقيح الصناعي بماء رجل أجنبي يعتبر في حقيقة الأمر جريمتين فهو يجمع بين التبني وبين جريمة أخرى وهي النقاؤه مع الزنا

¹ - مجدوب نوال، « إشكالات إثبات نسب المولود بالتلقيح الاصطناعي على ضوء قانون الأسرة الجزائري »، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعقدة، مركز جيل البحث العلمي، لبنان، العدد 15، جوان 2017، ص 26.

² - شوقي زكريا الصالحي، المرجع السابق، ص 307.

¹ - محمود شلتوت، الفتاوى، المرجع السابق، ص 281.

² - خدام هجيرة، التلقيح الاصطناعي، دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والقانون الجزائري، المرجع السابق، ص 182.

³ - تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، المرجع السابق، ص 106.

في إطار واحد.¹ وقال في موضع آخر: "...وبذلك يمكن القول بأنّ التلقيح الصناعي في هذا الفرض يأخذ حكم الزنا من حيث أنّه لا يثبت به النسب من الرجل".²

يظهر التلقيح الاصطناعي مع إدخال ماء أجنبي عن الزوجة في عدّة أوجه:

1 - عندما يكون الماء لغير الزوج (متبرّع) والبويضة للزوجة، ويلجأ إلى هذه الصّورة في حالة العقم النهائي للزوج مع رغبته وزوجته في الإنجاب. وقد يكون المتبرّع بالحيوان المنوي معلوماً لدى الزوجين أو مجهولاً بالنسبة لهما أو لأحدهما والولد يكون حقيقياً للأمّ دون الزوج الذي يكتفي بإعطائه اسمه فحسب، ليكون بذلك مجرد أباً اجتماعياً.³

2 - أن تكون البويضة من متبرّعة والحيوان المنوي من الزوج، ويلجأ إلى هذه الحالة عند وجود خلل في مبيض الزوجة يؤدّي إلى عدم قدرتها على إنتاج البويضات مع قدرتها على الحمل. وقد تكون معلومة أو مجهولة للزوجين أو لأحدهما. الولد في هذه الحالة يكون ابنًا بيولوجياً للأب دون الأمّ الذي اقتصر دورها على الحمل والوضع فقط.⁴

3 - أن تكون البويضة والحيوان المنوي من متبرّعين، وذلك عندما يكون الزوجان عقيمين مع قدرة الزوجة على الحمل. ولا يعتبر الولد ابنًا بيولوجياً لأيّ منهما بل غاية ما في الأمر أن يعطيه الزوج لقبه وتتكلّف الزوجة بالحمل والوضع.¹

أكد مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي أنّ التلقيح بنطفة الغير هو إجراء محرّم شرعاً لما ينجم عنه من اختلاط في الأنساب. حيث جاء في إحدى توصياته: "أنّ تلقيح بويضة امرأة بمني رجل ليس زوجها واستبدال أو خلط مني الإنسان بغيره وكذا إنشاء مستودع تستحلب فيه نطف رجال لهم صفات معينة لتلقيح نساء لهنّ صفات معينة كلّها محرّمة وممنوعة مطلقاً لما يترتب عليه من اختلاط الأنساب وضياع الأسر".² إنّ هذا النوع من التلقيح محرّم في الشريعة الإسلامية نظراً للشابه الكبير بين عمليّة التلقيح هذه ونكاح الاستبضاع.³

¹ - محمد المرسي زهرة، المرجع السابق، ص 58.

² - محمد المرسي زهرة، نفس المرجع، ص 343.

³ - محمود أحمد طه، المرجع السابق، ص 155.

⁴ - زبيري بن قويدر، النسب في ظل التطور العلمي والقانوني، المرجع السابق، ص 50.

¹ - حسيني إبراهيم أحمد إبراهيم هيكّل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 261.

² - علال برزوق أمال، أحكام النسب بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي، (دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد بتلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، 2014-2015، ص 442.

³ - نكاح الاستبضاع وقد كان هذا النكاح شائعاً في الجاهلية عند العرب قبل الإسلام. روي عن عائشة رضي الله عنها: "أن النكاح في الجاهلية كان على أربعة أنحاء...والنكاح الآخر كان الرجل يقول لامرأته إذا طهرت من طمثها

يضيفي المشرّع الجزائري من خلال المادّة 45 مكرّر من قانون الأسرة عدم المشروعيّة على أسلوب التلقّيح بنطفة الغير، إذ اشترط أن تتمّ عمليّة التلقّيح الاصطناعي بمني الزوج وبويضة الزّوجة دون غيرهما. وبهذا المنع يكون قد أيدّ الرأي الغالب من الفقه المعارض لهذه العمليّة. إن كان المشرّع الجزائري لم ينص صراحة على عدم إجراء مثل هذه العمليّة ولم يحدّد موقفه من نسب الطّفل نتيجة الاستعانة بنطفة الغير إلّا أنّ المادّة 45 مكرّر من قانون الأسرة التي اشترطت أن يتمّ التلقّيح بمني الزوج وبويضة الزّوجة دون سواهما ممّا يعني أنّ الطّفل المولود لا ينسب لصاحب الفراش، عملاً بنص المادّة الرابعة من قانون الأسرة التي اعتبرت من بين أهداف الزّواج المحافظة على الأنساب.

لم يتضمّن قانون الأسرة نصوصاً تجرّمها، ويرجع ذلك إلى عدم وجود تطبيق عملي لهذه الصّورة. هذا لا يعني إباحتها لتعارضها مع أحكام الشّريعة الإسلاميّة وقانون الأسرة الجزائري والعرف السائد في المجتمع وذلك استناداً إلى المادّة 222 من هذا القانون التي تحيل إلى أحكام الشّريعة الإسلاميّة، ممّا يعني أنّ المشرّع الجزائري يمنع كلّ فعل من شأنه الإخلال بمسألة النسب. ومعلوم أنّ الشّريعة تعتبر الزّواج هو الوسيلة الوحيدة المشروعة للنّسل، وهذا يتطلّب أن يكون الإنجاب قاصراً على الزوجين سواء كان ذلك بالصّورة الطّبيعية كالانّصال الجنسي، أم كان بالصّورة غير الطّبيعية كالتلقّيح الاصطناعي بماء الزوجين.

ونظراً لتعارض التلقّيح الاصطناعي بماء غير الزوجين مع النّظام العام باعتبار قواعد قانون الأسرة كلّها من النّظام العام والنّسب واحد من قواعده، فيعتبر هذا العمل غير أخلاقي. وكلّ اتفاق يخالف النّظام العام يعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً ولو تمّ برضا الزوجين لأنّه يساهم في ارتفاع نسبة الأطفال غير الشرعيين. ناهيك عن اختلاط الأنساب بهذه الوسيلة لاعتبارها شبيهة بالزّنا، وهذا يخالف قول الله عزّ وجلّ: ﴿نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ...﴾¹ ويقصد بالنّساء أزواجكم فعندما يلقّح رجل امرأة بهذه الصّورة، إنّما يكون قد وضع بذرته في حرث غيره، وهذا يوجب التّقيد في النّكاح على الزّوجات فقط.²

إنّ القول بعدم مشروعيّة هذه التّقنية من الإنجاب، أمر منطقي يتماشى مع النّظام العام والآداب العامّة، وحسناً فعل المشرّع لمّا نصّ على عدم جواز تدخّل طرف آخر أجنبي عن العلاقة

أرسلني إلى فلان فاستبضعي منه، ويعتزلها زوجها ولا يمسه أبداً حتى يتبين حملها من ذلك الرجل الذي تستبضع منه، فإذا تبين حملها أصابها زوجها إذا أحب... فلما بعث محمد صلى الله عليه وسلم بالحق، هدم نكاح الجاهلية كله إلا نكاح الناس اليوم". تشوار حميدو زكية، شروط التلقّيح الاصطناعي في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 95. نقلاً عن البخاري أبي عبد الله محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، دمشق، دار بن كثير، ط1، 2002، ص 1307.

¹ - سورة البقرة، الآية: 223.

² - أحمد زياد سلامة، أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة، المرجع السابق، ص 85.

الزَّوجِيَّة حتَّى وإن كانت المتبرِّعة بالبويضة هي زوجة ثانية للزَّوج.¹ ممَّا يؤدِّي بهذا العمل إلى اختلاط الأنساب، والطفَّل النَّاجم عنه ينسب إلى أمِّه.

نختم بقول الدَّكتور عبد القادر العربي شحط - أستاذ التَّعليم العالي بكلِّية الحقوق جامعة وهران -: "...وأمل أن يقرَّ المشرِّع عقوبة رادعة في حقَّ الزَّوجين والطَّاقم الطَّبي والطَّرف الأجنبي الذين تسوَّل لهم أنفسهم الاستعانة بمنِّي رجل أو بويضة امرأة أجنبيَّة عن العلاقة الزَّوجية في تحقيق الإنجاب، لأنَّ هذا الفعل يمسُّ بالنَّظام العام وينصُّ المادَّة 41 من قانون الأسرة".²

ج - إثبات نسب المولود عن طريق الأم البديلة: تعدَّ صور التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة أو ما اصطلح على اسمه بالرحم الظنَّ أو الرحم المستأجرة محرَّمة في نظر الكثير من العلماء المعاصرين،³ وبه صدر قرار مجمع البحوث الإسلاميَّة بمصر رقم 1 بتاريخ 29 مارس 2001 وقرار مجلس المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي بمكَّة المكرمة في الفترة من 19-28 جانفي 1985.

وأجازها الدَّكتور عبد المعطي بيومي والدَّكتور إسماعيل برادة والدَّكتور محمد سعد الدِّين حافظ بدلالة وجود حالة الحاجة الشرعية والضرورة، كما ذكروا أنَّ علماء الطبَّ يجمعون على أنَّ الرحم لا ينقل أيَّ صفة وراثية إنَّما يعمل فقط حضانة للطفَّل، ووظيفته هي حماية الطَّفل خلال فترة نموِّه، كما يمدَّه بالأكسجين والمتطلَّبات الغذائيَّة اللَّازمة له من الأمشاج الرِّحمية.¹ وصورته أن يتمَّ التلقيح بين نطاف الزَّوجين، وإعادة البويضة الملقَّحة إلى رحم امرأة أخرى غير الزَّوجة صاحبة البويضة. وقد تكون المرأة أجنبيَّة عن الزَّوج أو زوجة ثانية لنفس الزَّوج صاحب المنِّي.

ومن منطلق أنَّ عملية التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة يعدُّ سبباً في اختلاط الأنساب وهذا ما لا يتوافق مع نص المادَّة 04 من قانون الأسرة الذي يؤكِّد على أنَّ من أهداف الزَّواج المحافظة على الأنساب، بالإضافة إلى عدم إمكانية نسب المولود إلى والدين معلومين، فإنَّ المشرِّع الجزائري منع اللجوء إلى إجراء مثل هذه العملية بموجب نص الفقرة الأخيرة من المادَّة 45 مكرَّر من قانون الأسرة.

¹ - نص المادَّة 45 مكرَّر: " لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة ".

² - العربي شحط عبد القادر، نظام الإنجاب الصناعي بين أحكام الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، الجزائر: موسوعة الفكر العربي، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، العدد 04، 2004، ص 23.

³ - كريمة عبود جبر، « استئجار الأرحام والآثار المترتبة عليه »، مجلة أبحاث كلية التربية الأساسية، جامعة الموصل، كلية التربية الأساسية، العراق، م9، العدد 03، 2010، ص 245.

¹ - علي بن مشيب بن عبد الله البكري، استئجار الأرحام، دراسة تأصيلية مقارنة، دراسة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في قسم العدالة الجنائية، تخصص التشريع الجنائي الإسلامي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا، 2010-2011، ص 107 و109.

لكن بإمكان الطبيب المختص في عملية التلقيح الخروج عن نطاق الشرع والقانون بزرع البويضة المخصبة في رحم امرأة الزوجة من منطلق أن هذه الأخيرة تعاني من مشاكل صحية بالرحم. ومن هنا يطرح التساؤل حول مصير الطفل المولود باستخدام هذه التقنية وكيفية إثبات نسبه في هذه الحالة؟.

معلوم أن الطريقة الصحيحة لنسب المولود لأبويه هي الزواج الشرعي، وبتطبيق هذا المبدأ على نظام الأم البديلة يظهر أنه ليس بين الرجل صاحب النطفة وبين الأم البديلة أية علاقة زوجية، وعليه فإن نسب الطفل يلحق الزوجين المرتبطين بعلاقة الزواج وليس للأم البديلة. أما من الناحية الشرعية لا يمكن للأم البديلة نسبة الولد إليها لأنها بذلك ترمي نفسها بالزنا.¹ فهذا المولود ينتسب بيولوجياً إلى رجل أجنبي عنها. فوضع الأم البديلة لا يعدو أن يكون مشابهاً لوضع الأم المرضعة التي توصف هي الأخرى بالأم لقوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ...﴾² من غير أن ينسب إليها الطفل الذي أرضعته.³ غير أن الفتوى الصادرة عن دار الإفتاء المصرية جاءت بحكم عام يقضي بأن: " كل طفل ناشئ بالطرق المحرمة قطعاً من التلقيح الاصطناعي لا ينسب إلى أب جبراً وإنما ينسب إلى من حملت به ووضعت به باعتباره حالة ولادة طبيعية كولد الزنا الفعلي تماماً "¹.

بالرجوع إلى نص المادة 45 مكرّر من قانون الأسرة نجد أن النص كان صريحاً بمنع تقنية الحمل لحساب الغير (الأم البديلة) سواء كانت الحامل زوجة ثانية لصاحب النطفة أو كانت أجنبية عنه. والنص على عدم مشروعية هذه التقنية تماشياً مع رأي جمهور العلماء المسلمين المعاصرين. لكن ما يعاب على المشرع الجزائري أنه أغفل الحديث عن الحالة التي يمكن أن تكون فيها الأم البديلة زوجة ثانية للزوج صاحب المني باعتبار المجتمع الجزائري يجيز تعدد الزوجات، وقد يقع التلقيح من الناحية العملية بهذه الصورة.

ما يمكن ملاحظته على نص المادة المذكورة هو استعمال المشرع لعبارة " لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة "، وهذا إشكال قد يطرح على أرض الواقع، لأن المشرع جعل القاعدة التي تمنع اللجوء لتقنية الأم البديلة قاعدة مكملة يجوز الاتفاق على مخالفتها عن طريق استعمال عبارة " لا يجوز "، ومن ثم يتعين على المشرع استبدال هذه العبارة بكلمة " يمنع أو لا يجب " حتى يتبين للمخاطبين بها أنها قاعدة أمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها مع النص على العقوبة

¹ - مأمون عبد الكريم، «الإطار الشرعي والقانوني للإنجاب»، المرجع السابق، ص 29.

² - سورة النساء، جزء من الآية: 23.

³ - مأمون عبد الكريم، «الإطار الشرعي والقانوني للإنجاب»، المرجع السابق، ص 29.

¹ - عمران أحمد، حماية الجسم البشري في ظل الممارسات الطبية والعلمية الحديثة في القانون الوضعي والشرعية، المرجع السابق، ص 109.

الواجبة التطبيق على المرأة التي تزجر رحمها، وإلا يبقى الإشكال المرتبط بإثبات نسب المولود بالتلقيح الاصطناعي قائماً.

إن كان البعض حاول البحث في إمكانية تطبيق قانون العقوبات الجزائري في حالة اللجوء إلى الأم البديلة في الإنجاب بالتلقيح الاصطناعي في بعض مواد الجرائم التي قد يكون لها بعض الشبه، ومن ذلك تشبيه الأم البديلة بحالة الزنا.¹ فإذا انطبق هذا الوصف على تقنية الأم البديلة يمكن تطبيق عقوبة الزنا عليها وصاحب اللقحة كما يمكن إيقاعها على الأم البديلة وصاحبة البويضة بتطبيق العقوبة المنصوص عليها في المادة 321 من قانون العقوبات الجزائري.² لأن الولد في حالة الاستعانة بالأم البديلة يسلم وينسب إلى غير أمه التي حملته ووضعته. فإن كان يفهم من نص المادة 321 السالفة الذكر أن أم الولد هي التي حملت ووضعته وكل من أراد إخفاء هذه الحقيقة بنسب الطفل إلى امرأة أخرى ولو كانت صاحبة البويضة يعتبر الفعل جريمة يعاقب عليها القانون.¹

استناداً إلى نص المادة 43 من قانون الأسرة يرى البعض أن المشرع الجزائري ربط الأمومة بالوضع حيث تنص المادة على أنه: " ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة ".² وفي الحقيقة أن الولد الناتج من تأجير الأرحام سيكون إما ابن زنا أو ابن بالتبني، وهذه الطرق محرمة في الشريعة الإسلامية ولا يثبت بها النسب الشرعي وفقاً للمواد 40، 45، 46 من قانون الأسرة، وإنما ينسب لمن حملته باعتباره حالة ولادة طبيعية كولد الزنا الفعلي تماماً. الذي يظهر لنا في ظل عدم وجود نص قانوني يحسم النزاع أن نسب الطفل يثبت للأُم حصراً بواقعة الولادة وهو المستقر عليه فقهاً وقضاً سواء كان الحمل من علاقة شرعية أو غير شرعية. من خلال ما تم التطرق إليه في معرفة موقف المشرع الجزائري من النسب الناتج عن التلقيح الاصطناعي، ومن خلال قراءة المادة 45 مكرّر من قانون الأسرة يتضح أن المشرع لم يذكر النسب الناتج عن هذه العملية بالرغم من الاعتراف به، وبقي النسب خاضعاً للمادة 41 من نفس القانون التي تثبت النسب إلا للولد الشرعي وفي إطار العلاقة الزوجية الشرعية.

¹ - بلباهي سعيدة، « الاستعانة بالأم البديلة في التلقيح الاصطناعي في القانون الجزائري »، المرجع السابق، ص 65.

² - تنص المادة 321 من قانون العقوبات الجزائري على ما يلي: " يعاقب بالسجن المؤقت من خمس سنوات إلى عشر سنوات كل من نقل عمداً طفلاً، أو أخفاه، أو استبدل طفلاً آخر على أنه ولد لامرأة لم تضع، وذلك أن يتعذر التحقق من شخصيته ". القانون رقم 06-23، المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، المعدل والمتمم للأمر رقم 66-156، المؤرخ في 08 جوان 1966، المتضمن قانون العقوبات . الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 84 بتاريخ 24 ديسمبر 2006، ص 11.

¹ - عمراني أحمد، المرجع السابق، ص 93.

² - ماروك نصر الدين، « الأم البديلة بين القانون المقارن والشريعة الإسلامية »، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، ابن عكنون، جامعة الجزائر، العدد 04، 1999، ص 41.

نحن نعلم أنّ التلقيح الاصطناعي بنوعيه الداخلي والخارجي يتمّ بتدخل الغير وهو الطرف الثالث وعن طريق الأمّ البديلة، فإن كان المشرّع يمنع مثل هذا الأسلوب إلاّ أنّه لم يضع نصوصاً عقابية تجرّم هذا الفعل، وأكد أنّ بعض الأزواج قد يلجؤون إلى التلقيح بصورة المحرمة رغبة في الإنجاب ويبقى مصير الطّفل المتولّد عن هذه العملية مجهولاً حتّى وإن عرف الأب البيولوجي. وعدم النصّ على النسب ضمن التلقيح الاصطناعي ولّد فراغاً قانونياً خصوصاً أنّ المادة 41 تشترط إمكانية الاتصال الجنسي وهو ما لا يتحقّق في التلقيح الاصطناعي، وكان عليه أن يضع محتوى المادة 45 مكرّر مباشرة بعد المادة 41 باعتباره وضعها مع المواد المتعلقة بإقرار النسب لتنظيمها وتفسيرها، إذ تعتبر المادة 41 هي القاعدة والمادة 45 مكرّر هي الاستثناء.¹

المطلب الثاني: موقف التشريع والقضاء الفرنسي من تقنية الإنجاب الاصطناعي بتدخل الغير ومدى إثبات النسب للمولود الناتج عنها

عرّفنا سابقاً أنّ المقصود بالتلقيح الاصطناعي بماء غير الزوجين هو التلقيح الذي تمّ بين خليتين بويضة ومني مستمدّين من شخص لا يربط بينهما وقت إجراء التلقيح زواج شرعيّ. قد يكون بأحد الزوجين عيب مرضيّ يؤدّي إلى عدم إتمام عملية التلقيح الاصطناعي، ممّا يتطلّب تدخل الغير في هذه العملية باعتباره طرفاً فيها حتّى يمكن إتمامها. وتدخل الغير هذا قد يؤثّر على علاقات النسب بين أطراف عملية التلقيح الاصطناعي، والغير قد يكون متبرّعاً برحم لحمل البويضة أو بنطفة مذكرة. ونظراً للجدل القائم حول مدى مشروعية هذه الصّورة بين مؤيّد ومعارض، حيث سمح المشرّع الفرنسي بمقتضى القانون رقم 654 لسنة 1994 بالتبرّع بالنّطف من الغير وذلك قصد المساعدة الطّبية في التّناسل. ما دام أنّه أضفى صفة الشّرقية على هذا النوع من التلقيح يبقى السّؤال مطروحاً عمّا إذا كان ذلك يعني اعترافه بشرعية المولود؟.

أمّا عن موقف القضاء الفرنسي بشأن الوسيلة محلّ البحث نجده انقسم إلى قسمين أحدهما يرى عدم أحقية الزوج في إنكار نسب الطّفل المتخلّق بنطفة الغير، والثّاني يرى حقّ الزوج في إنكار بنوّة الطّفل رغم موافقته سلفاً على التلقيح بنطفة الغير. هذا ما سنتعرّض له من خلال موقف المشرّع الفرنسي من شرعية النسب الناتج عن التلقيح الاصطناعي بتدخل الغير في الفرع الأوّل ثمّ نظرة القضاء الفرنسي لإثبات نسب الطّفل المتولّد عن الإنجاب الاصطناعي بتدخل الغير ضمن الفرع الثّاني.

¹ - تشوار حميدو زكية، « شروط التلقيح الاصطناعي في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة الجزائري»، المرجع السابق، ص 90.

الفرع الأول: موقف المشرع الفرنسي من شرعية النسب الناتج عن التلقيح الاصطناعي بتدخل الغير

بصدور قانون 654-94 المؤرخ في 29 جويلية 1994 لم يعد هناك مجال للحديث عن مدى مشروعية التلقيح الاصطناعي بنطفة الغير. فالمشرع الفرنسي تجاوز الخلاف الفقهي الذي كان قائماً حول شرعية التلقيح بنطفة رجل لامرأة لا تربطه بها علاقة زواج شرعي أو علاقة معترف بها. وانقسم الفقه بشأن هذه الوسيلة من التلقيح إلى مؤيد وآخر معارض ولكل منهما حججه وأسانيده.

اعتبر المؤيدون للتلقيح الاصطناعي بنطفة الغير وسيلة للقضاء على مشكلة العقم وأملاً في تحقيق رغبة الزوجين في الحصول على طفل. لأن مشكلة العقم وعدم أنجاب طفل قد تؤدي إلى تفاقم الخلاف بين الزوجين وتدهور حالتها النفسية، وإن التلقيح حتى وإن كان بنطفة رجل أجنبي من شأنه أن يحسن من الحالة النفسية ويقوي الرابطة العائلية.¹

إن عمليات التلقيح الاصطناعي تمارس في إطار شرعي إذ أنها تجرى داخل عيادات خاصة ومتخصصة حائزة على رخصة إدارية. كما أنه يشرف على إجرائها طبيب مختص وفق عقود قانونية بغية تحقيق هدف علاجي، لهذه الأسباب لا مجال للحديث عن المسؤولية الجنائية ولا عدم الشرعية.¹

في حين اعتبر المعارضين عدم مشروعية التلقيح الاصطناعي بنطفة الغير على أنه خيانة زوجية، وبالتالي لا بد من ترتيب المسؤولية الجزائية، ثم إن هذا النوع من التلقيح لا يؤدي بالضرورة إلى الحد من المشاكل الناجمة بين الزوجين وتحسين حالتها النفسية، والسبب في ذلك راجع إلى أن وجود مولود ناجم عن هذه التقنية قد يشعر الزوج بالنقص والغيرة فتتعاكس تصرفاته تجاه الطفل. ناهيك عما قد يثيره هذا الأخير في المستقبل من مشاكل وردود أفعال عنيفة حينما يعلم بالحقيقة التي قد تشكل اضطراباً في توازنه النفسي هو الآخر.² خاصة إذا علم أنه من ماء الغير ولا من ماء الأب الذي قام بتربيته.³

كما أن هذا الأسلوب من التلقيح يهدد أمن واستقرار المجتمع ذلك لتزايد ارتفاع نسبة المتبرعين مجهولي الهوية، وارتفاع خطر العلاقات غير الشرعية. حيث يمثل هذا الأسلوب مساساً بحقوق الطفل

¹ - ماروك نصر الدين، « التلقيح الصناعي في القانون المقارن والشرعية الإسلامية »، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، الجزائر، العدد 02، 1999، ص 199.

¹ - Jean-Louis BAUDOIN et Catherine LABRUSSE-RIOU, « Produire l'homme: de quel droit? étude juridique et éthique des procréations artificielles », Droit et Société, revue internationale de théorie du droit et de sociologie juridique, n° 10, 1988, p. 549.

² - العربي شحط عبد القادر، نظام الإنجاب الصناعي بين أحكام الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص 35.

³ - تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، المرجع السابق، ص 107.

وخرقاً لمبدأ عدم جواز التصرف في حالة الأشخاص، وذلك لمنح المولود أبوة قانونية وحرمانه من أبوته الحقيقية والبيولوجية. كما أنه يشكل خرقاً للالتزامات المتبادلة بين الزوجين.¹

لعب المشرع الفرنسي دوراً في إزالة التعارض بين الأحكام القضائية الناتجة عن غياب النصوص التشريعية (سوف نبين هذا التعارض لاحقاً ضمن الفرع الثاني)، حيث أزاله عن طريق بيان موقفه صراحة من هذا الأسلوب، يتجلى هذا الموقف من خلال نص المادة 152-6 من قانون الصحة العامة الفرنسي.² إذ حصر المشرع اللجوء إلى هذا الأسلوب فقط في الحالة التي تفشل فيها عملية التلقيح الاصطناعي بنطفة الزوج أو الرفيق في القضاء على العقم. لكن تم انتقاد المشرع من طرف مجلس الدولة الفرنسي الذي يرى أن نص المادة 152-6 من قانون الصحة العامة الفرنسي يتعارض مع نص المادة 152-1 من نفس القانون.¹ إذ أن هذه الأخيرة تفتح باب المساعدة الطبية لأشخاص غير قادرين على الإنجاب وكذلك لمن هم مصابون بأمراض وراثية خطيرة يخشى انتقالها إلى المولود.

وبالفعل أخذ المشرع الفرنسي بعين الاعتبار النقد الموجه إليه من قبل مجلس الدولة. فإلى جانب تمسكه بموقفه المؤيد لأسلوب التلقيح الاصطناعي بنطفة الغير واشترطه اللجوء إليه عند فشل محاولة التلقيح الاصطناعي بنطفة الزوج أضاف حالة الإصابة بالأمراض الوراثية الخطيرة. هذا التعديل تبناه المشرع بصدور قانون 800-04 المؤرخ في 06 أوت 2004² بإدراج المادة 2141-7 ضمن قانون الصحة العامة.³

¹ - Roberto ANDORNO, « La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des Procréations artificielles », Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1996, p.195.

² - L'article L152-6 du Code de la santé publique française: « 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 ». Créé par 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, journal officiel de la république française 30 juillet 1994, p. 11060. Abrogé par Ordonnance n° 2000-548 du 15 juin 2000 relative à la partie Législative du code de la santé publique, journal officiel de la république française, n°143 du 22 juin 2000, p. 9340.

¹ - L'article L152-1 du Code de la santé publique française: « 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 ». Créé par Loi n°94-654 du 29 juillet 1994, abrogé par Ordonnance 2000-548 du 15 juin 2000 relative à la partie Législative du code de la santé publique. Journal officiel de la république française n°143 du 22 juin 2000 p. 9337.

² - La loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, journal officiel de la république française n°182 du 7 août 2004, p. 14040.

³ - L'article L 2141-7 Code de la santé publique: « L'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur peut être mise en oeuvre 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 au sein du couple ne peuvent aboutir ou lorsque le couple, dûment informé dans les conditions prévues à l'article L. 2141-10, renonce à une assistance médicale à la procréation au sein du couple ». La loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, modifié par Loi n°2011-814 du 7 juillet 2011. Journal officiel de la république française n°0157 du 8 juillet 2011 p. 11826.

بالرغم من التّوفيق الذي توصّل إليه القضاء الفرنسي بين النّصوص القانونيّة ومقتضيات العدالة، فإنّ المشرّع الفرنسي تدخّل أيضًا لحسم هذه المسألة بأن نصّ في القانون رقم 653-94 وبالتحديد في المادّة 10 منه على إضافة المادّة 311 فقرة 19 و 20 إلى القانون المدني المتعلّقة بأحكام الأبوة الخاصّة بالطفل الذي يولد حصيلة التلقّيح الاصطناعي بنطفة الغير وبالرضا السّابق للزوج أو الصّديق، والتي تحرمهما من رفع أيّة دعوى لاحقة لإنكار النّسب أو المطالبة بإثباته. كما أنّ المشرّع الفرنسي بالمقابل أنّه منع الطفل الذي يكون حصيلة تلقّيح اصطناعي من إقامة دعوى ضدّ الزوج لأجل إثبات نسبه منه.¹

يطرح أسلوب التلقّيح الاصطناعي بواسطة تدخّل الغير مشاكل عديدة ويثير تساؤلات يصعب في بعض الأحيان إيجاد حلول لها. فالاستعانة برجل أجنبي من أجل إتمام العمليّة سيؤدّي لا محال إلى قيام مشاكل بين الزوج وزوجته، يكون سببها تأثير إحساس الأبوة على المتبرّع فيدفعه إلى تهديد أمن واستقرار أسرة المستفيدين عن طريق المطالبة بحقه في استرجاع ابنه البيولوجي. كما يثير أسلوب التلقّيح الاصطناعي بواسطة الأم البديلة مشاكل قانونيّة، الأمر الذي يجعل حسم مشكلة النّسب المتعلّقة بتلك الوسيلة الإنجابية أمرًا عسيرًا.

لقد راعى المشرّع الفرنسي بالدرّجة الأولى مصلحة الزوجين في الحصول على مولود، حتّى وإن تمّ ذلك بتدخّل طرف أجنبي عن العلاقة. ويتجلى هذا الموقف من خلال نص المادّة 152-6 من قانون الصّحة العامّة الفرنسي المذكور سلفًا. لكن هذا الأسلوب من التلقّيح يطرح عدّة مشاكل، خصوصًا إذا كنّا بصدد الحديث عن ولادة مولود ناجم عن ماء غير الزوجين، إذ يصعب تحديد نسب الطفل نظرًا لتعدّد العلاقات.

أولاً: تحديد النّسب في حالة التبرّع بالنّطفة

رأينا أنّ للإنجاب الاصطناعي بنطفة الغير عدّة طرق ووسائل مختلفة بعضها عن بعض. فإذا تعلّق الأمر بالتلقّيح الاصطناعي بواسطة تدخّل الغير، فهذا يعني مساهمة عدّة أشخاص في هذه العمليّة. فالى جانب الزوجين يتدخّل المتبرّع في حالة عقر الرّجل. وأمام هذه العلاقة الثلاثية، تثار مشكلة تحديد النّسب، هل ينسب المولود لأبيه البيولوجي؟ أم أنّ هذا النّوع من التلقّيح يستدعي إلغاء الأبوة البيولوجيّة واستبدالها بالأبوة القانونيّة؟

أ - عندما يكون الماء لغير الزوج والبويضة للزوجة: بالرجوع إلى القانون الفرنسي، نلاحظ أنّ المشرّع قد أضفى صفة الشّرعية على هذا النّوع من التلقّيح، وهذا ما يجرّنا إلى التّساؤل عمّا إذا كان ذلك يعني اعترافه بشرعيّة المولود. إذا كنّا بصدد قيام علاقة زواج شرعي بين المستفيدين من التلقّيح

¹ - L'article 311-19 du code civil français: « 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 ». la Loi n°94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, modifié par Ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005.

الاصطناعي بنطفة الغير، يعتبر المولود ابناً شرعياً وينسب إلى أمه البيولوجية وزوجها شريطة أن يعترف به هذا الأخير قبل الولادة، ويسجل تحت اسمه واسم والدته. أما إذا ولد وسجل تحت اسم والدته فقط دون ذكر اسم زوجها، فإن قرينة الأبوة تستبعد ويلحق بأمه فقط تطبيقاً لنص المادة 313-01 من القانون المدني.¹ مع العلم أن المشرع الفرنسي بموجب قانون 1994 وضع حماية لنسب المولود الناتج عن التلقيح الاصطناعي بنطفة الغير، حيث أنه أقرّ بمبدأ جديد وهو كون النسب غير قابل للمنازعة. مفاده أن الزوج حينما يعبر عن رضاه بخضوع زوجته لعملية التلقيح الاصطناعي بمني رجل آخر لا يمكنه بعد ذلك أن يشكك في شرعية هذا النسب، وهذا استناداً للفقرة الثانية من المادة 311-20 من القانون المدني.² وتمنع هذه الموافقة فيما بعد من رفع أية دعوى تهدف إلى إنكار النسب.

نجد أن نسب المولود مرتبط ارتباطاً وثيقاً بالتعبير عن الرضا، وأن علاقته بالزوج متوقفة على التزام هذا الأخير بمعاملة الطفل كما لو كان ابنه البيولوجي.¹ لكن إذا كان هذا المبدأ العام ينص على أن الرضا يستبعد كل محاولة للتراجع أو منازعة النسب الشرعي فإنه استثناءً توجد حالات تجعل النسب الشرعي قابلاً للتشكيك فيه، وهو ما نصّ عليه الشطر الثاني من الفقرة الثانية للمادة 311-20 من نفس القانون.² فإذا ثبت أن الطفل لم يولد نتيجة هذه العملية المساعدة طبيياً أو أن الرضا كان غير منتج لآثاره كما لو توفي أحد الزوجين قبل إجراء العملية أو حصل الطلاق بين الزوجين.

نستخلص من خلال هذا النص أن هناك حالتين تسمحان بالمطالبة بإسقاط النسب الشرعي، تتمثل الحالة الأولى في إثبات أن الطفل لم يكن نتيجة لعملية تلقيح اصطناعي إنما نجم عن خيانة زوجية في إطار علاقة غير شرعية بين الأم والمتبرع. في هذه الحالة يصعب الإثبات على الزوج، إذ أن مبدأ عدم الكشف عن هوية المتبرع يصعب الأمر على الزوج في إثبات أن المتبرع كان عشيقة لزوجته أثناء مراحل التلقيح الاصطناعي حتى وإن تحصل على الأدلة والمعلومات الضرورية التي تثبت ذلك تواجهه صعوبات في الإجراءات لأنّ العشيقة لا يكون حاضراً أثناء المحاكمة. أما الحالة الثانية فيكون الرضا غير فعال في حالات الوفاة أو الطلاق أو الانفصال الجسماني أو توقف العلاقة الحرة. إذا في هذه الحالة لا يمكن إثبات النسب البيولوجي للطفل.³ وبمفهوم المادة 311-11

¹ - L 'article 313-1 du code civil français: « 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. ». Créé par Loi n°72-3 du 3 janvier 1972, abrogé par l'Ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005.

² - L 'article 311-20-2 du code civil français: « Le consentement donné à une procréation médicalement assistée interdit toute action en contestation de filiation ou en réclamation d'état... ». Créé par Loi n°94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, modifié par Ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005.

¹ - Patrick COURBE, « Droit de la famille », Collection Compact, Armand Colin, 2^{ème} édition, Paris, 2001, p. 365.

² - L 'article 311-20-2 du code civil français: « 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 ». Créé par Ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005.

³ - SALAT-BAROUX (Frédéric), « les lois de bioéthique », Dalloz, Paris, 1998, p.74.

من القانون المدني،¹ لا يملك القاضي السلطة في استدعاء المتبرع ووضعه محلّ اتّهام إلّا إذا تأسّس في محاولة لإجراء البحث عن الأبوة الطّبيعية.²

للإشارة، إذا كان الزوج يواجه صعوبات في إلغاء أبوّته فإنّ الزّوجة على عكس ذلك، تتوافر لديها تسهيلات من أجل إلغاء أبوة الأب للمولود إذ يكفي أن تبتعد عن تطبيق نصّ المادّة 311-1 من القانون المدني³ من أجل استعمال المادّة 334-9 من نفس القانون.⁴ فإذا كان المولود ناجمًا عن اتّصال جنسي بينها وبين عشيقها، فإنّها بتطبيقها للمادّة 318 من القانون المدني¹ يمكنها إلغاء هذه الأبوة.²

نظرًا لصعوبة إثبات قيام علاقة الرّونا بين المتزوّجة والمتبرّع، وصفت هذه الوضعيّة بالمخلجة، لأنّها تسمح بإلغاء الأبوة الشرعية للمولود على أساس مجرّد اتّهامات، لتنتهي في بعض الأحيان بعدم التّوصل إلى نتيجة. لهذا فإنّ إثبات أنّ المولود ناجم عن التّلقيح الاصطناعي ليس بالأمر السّهل.³

ب - أن تكون البويضة من متبرّعة والحيوان المنوي من الزوج: في هذه الحالة يكون الولد فيها ابنًا بيولوجيًا للأب دون الأمّ الذي اقتصر دورها على الحمل والوضع فقط. من جهة المشرّع الفرنسي لمّا أجاز التّبرع بالمنّي أباح بالمقابل التّبرع بالبويضات، ويظهر هذا واضحًا من خلال المادّة 673-1 من قانون الصّحة العامّة الفرنسي حيث نصّت 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 ».

وهنا المشرّع اعتمد على نفس الأسس المعتمد عليها في التّبرع بالمنّي المتمثّلة في مبدأ مجانيّة التّبرع، ومبدأ عدم الكشف عن هويّة المتبرّع طبقًا لأحكام المادّة 1244-07 من قانون الصّحة العامّة الفرنسي، والتي نصّت على أنّه: « La donneuse d'ovocytes doit être informée des conditions de la stimulation ovarienne et du prélèvement ovocytaires, des risques et des contraintes

¹ - L'article 311-11 du code civil français: « Pareillement quand, sur l'une des actions ouvertes par les articles 340 et 342 ci-dessous, il est opposé 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 ». Créé par Loi n°72-3 du 3 janvier 1972, modifié par Loi n°93-22 du 8 janvier 1993, abrogé par Ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005.

² - Patrick COURBE, op. cit., p.366.

³ - L'article 311-1 du code civil français: « La possession d'état s'établit par une réunion suffisante de faits qui révèlent le lien de filiation et de parenté entre une personne et la famille à laquelle elle est dite appartenir ». Créé par Loi n°72-3 du 3 janvier 1972, modifié par Ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005.

⁴ - 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 ». Créé par Loi n°72-3 du 3 janvier 1972, abrogé par Ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005.

¹ - 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 ». Créé par Loi n°72-3 du 3 janvier 1972, modifié par Ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005.

² - Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, « Les preuves scientifiques », Revue trimestrielle de droit .Civil, 1983, p. 454.

³ - Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, ibid., p. 492.

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 بيولوجياً وحيداً، أما من جهة الأمومة فيرتبط بصاحبة البويضة والمرأة التي حملته ووضعت.

ج - أن تكون البويضة والحيوان المنوي من متبرعين: بالرغم من تعدد أساليب التلقيح الاصطناعي إلا أنها لا تؤدي إلى معالجة جميع حالات العقم، فقد يكون الزوج مصاباً بالعقم لانعدام سائله المنوي، وتكون الزوجة عقيمة لانعدام البويضات، إنهما عقيمان معاً. الوسيلة التي تمكنهما من الإنجاب هي اللجوء إلى الاستعانة ببويضة امرأة أجنبية عنهما. وتعبير آخر يبقى أمامهما طريق التلقيح الاصطناعي داخل الأنبوب بالاعتماد على انتزاع بويضة من امرأة أجنبية ليتم تلقيحها بمنى رجل أجنبي. يتم تلقيح البويضة والحيوان المنوي في أنبوب اختبار حتى مرحلة الانقسام والتكاثر وتكوين اللقحة التي تعاد لرحم الزوجة لتعلق به وتنمو.¹ فالفرض هنا أن الزوج مصاب بعقم وزوجته تعاني من عدم قدرتها على التبويض مع قدرتها على الحمل وحينئذ تؤخذ البويضة المخصبة وترعرع في رحم هذه الزوجة. لا يعتبر الولد ابناً بيولوجياً لأي منهما بل غاية ما في الأمر أن يعطيه الزوج لقبه وتتكفل الزوجة بالحمل والوضع فقط.²

إن هذه التقنية هي عكس سابقتها كونها تستدعي تدخل شخصين أجبيين عن العلاقة فيكون بذلك أربعة أطراف مما يجعل الأمور أكثر تعقيداً. تعرضت هذه التقنية للنقد في بادئ الأمر، وإضفاء عدم المشروعية عليها كونها تساعد على إنتاج البويضات المخصبة وفقاً لرغبة المستفيد منها، وهذا سيؤدي إلى إقامة سوق حقيقي للبويضات المخصبة.³ كما أنها تعدّ اختراقاً لمبدأ حرمة الجسد البشري كذلك مبدأ عدم جواز التصرف في حالة الأشخاص. هذان المبدآن يمنعان أن يكون الجنين باعتباره شخصاً محلاً للتبرع. وإن القول بمشروعية هذا التصرف يخلق اضطراب وعدم توازن في المبادئ القانونية التي وضعت من أجل ضمان احترام كرامة الكائن البشري.

ومن ثم فإن الاتفاق الذي يكون محله التبرع بالبويضات المخصبة يعتبر غير مشروع حتى وإن تم مجاًناً. والسبب في ذلك أن فكرة التبرع تبقى تمسّ مبدأ حرمة الجسد البشري سواء تمت مجاًناً أو بمقابل.⁴

¹ - ماروك نصر الدين، « التلقيح الصناعي في القانون المقارن والشرعية الإسلامية »، المرجع السابق، ص 408.

² - حسيني إبراهيم أحمد إبراهيم هيك، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشرعية الإسلامية، المرجع السابق، ص 260.

³ - Marcel BLAN, « Les scientifiques, l'éthique et la démocratie, dans éthique médicale et droits de L'homme », Paris, Actes Sud-Inserm, 1988, p. 77.

⁴ - Roberto ANDORNO, « La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles », Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1996, p. 183.

انطلاقاً من هذين السببين تم إنكار الطابع الشرعي على التبرع بالبويضات المخصبة لكن الأمر لم يدم طويلاً حيث عمد المشرع الفرنسي إلى إباحة هذا النوع من التبرع. وإن كان الهدف من وراء الإباحة هو إيجاد وسيلة تقضي على العقم، إلا أنه بالمقابل أخذ بعين الاعتبار مسألة المبادئ القانونية. ولكي يضمن تحقيق المصلحتين بما فيها مصلحة الزوجين في الحصول على طفل ومسألة المبادئ القانونية. توصل القانون الفرنسي إلى استبدال فكرة التبرع بالبويضات المخصبة بفكرة استقبال هذه الأخيرة.

الحقيقة أن الفرق بين الفكرتين يكمن في كون أن الأولى تمثل تنازلاً مباشراً عن البويضة. في حين أن الثانية تعدّ شبيهة بنظام التبني إذ أن الحصول على بويضات مخصبة لا يتم إلا بعد إجراءات قضائية.¹ وللقاضي السلطة التقديرية في السماح للشخصين بالتنازل على البويضات المخصبة لفائدة غير القادرين على الإنجاب أو عدم السماح لهما بذلك، وسيراعي مصلحة الطفل المولود من حيث إذا كانت العائلة المستقبلية ستضمن له الرعاية والتربية الحسنة.

وعليه، فإن مبدأ استقبال البويضات المخصبة يستبعد التعارض مع مبدأ عدم جواز التصرف في حالة الأشخاص ومبدأ حرمة الجسد البشري لأن العملية لا تتم إلا بعد المرور على إجراءات قضائية وصدر قرار قاضي بالموافقة، وفي هذا كله ضمان لكرامة الطفل الذي سيولد.² بالرغم من أن المشرع الفرنسي قد نصّ على إمكانية استقبال البويضات بموجب قانون 29 جويلية 1994،³ غير أن العمل به لم يسر إلا بعد صدور المرسوم الرئاسي رقم 99-925 المؤرخ في 02 نوفمبر 1999.⁴ ليعيد المشرع الفرنسي النص عليه طبقاً لقانون 06 أوت 2004.⁵ أما إذا كان التلقيح الاصطناعي في علاقة غير شرعية بمعنى إذا كان الرجل والمرأة على علاقة حرّة. والفرض هنا المرأة الزاغبة في الإنجاب غير متزوجة، وفيه تؤخذ البويضة من المرأة غير المتزوجة وحيوان منوي من متبرع ليتم تلقيحهما خارجياً في أنبوب اختبار، ثم تزرع اللقحة في رحم المرأة غير المتزوجة وتترك لتنمو فيها.⁶ وقد يكون المتبرع للمرأة غير المتزوجة أو غير معلوم بالنسبة لها. وترجع هذه الحالة إلى رغبة المرأة غير المتزوجة في الإنجاب مع عدم رغبتها في الزواج.

¹ - Jean-François THERY, Frédéric SALAT BAROUX, « Les Lois de la bioéthique: cinq ans après »: étude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'Etat le 25 novembre 1999, FRANCE. Conseil d'Etat, Décembre 1999, Paris, p. 42.

² - Roberto ANDORNO, op. cit., p. 42.

³ - Article 152-4 et 152-5 du Code de la santé publique. Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994.

⁴ - Décret n°99-925 du 2 novembre 1999 relatif à l'accueil de l'embryon et modifiant le code de la santé publique (deuxième partie : Décrets en Conseil d'Etat). journal officiel de la république française, n°258 du 6 novembre 1999, p. 16598.

⁵ - Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, op. cit. Article 2141-4, 2141-5 et 2141-6 du Code de la santé publique. Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, journal officiel de la république française, n°0157 du 8 juillet 2011, p. 11826.

⁶ - شوقي زكريا الصالحي، المرجع السابق، ص 73.

في ظلّ هذه الحال من التّلقّيح فإنّ المولود يعتبر ابنًا طبيعيًا ويرتبط بأبويه بعد أن يعترف به والده البيولوجي. وفي حالة عدم اعترافه به يمنح النّسب الطّبيعي بناءً على تصريح قضائي بعد اتّخاذ إجراء البحث عن الأمومة أو الأبوة استنادًا للفقرة 01 من المادّة 334-8 من القانون المدني.¹ وكذلك بناءً على الفقرة 01 من المادّة 341 من نفس القانون.²

ما يمكن ملاحظته على التّشريع الفرنسي ونظرًا لما تقدّم، أنّه يعامل المولود النّاتج عن ماء الرّوجين اصطناعيًا بنفس الطّريقة التي يعامل بها المولود النّاتج عن الإنجاب الطّبيعي حيث يمنح له النّسب الشّرعي إذا كان أبواه البيولوجيان مرتبطين بعقد قران، ويمنح له النّسب الطّبيعي إذا كان أبواه يقيمان علاقة حرّة.³

ما دام المشرّع الفرنسي أجاز هذا النّوع من التّلقّيح، فإنّ المولود النّاجم عن العمليّة إمّا أن يكون ابنًا شرعيًا، وإمّا أن يكون ابنًا طبيعيًا ذلك حسب نوع العلاقة الموجودة بين الرّجل والمرأة. فإن كان الرّجل والمرأة متزوّجين فلا إشكال يطرح لأنّ عقد الميلاد يثبت النّسب من جهة الأمّ وقرينة الأبوة الشّرعية تطبّق، لهذا نخلص إلى القول أنّ الابن يعتبر ابنًا شرعيًا وينسب إلى الرّوجين أي الأب والأمّ البيولوجيين استنادًا إلى نص المادّة 312-01 من القانون المدني الفرنسي.⁴ واستثناءً يمكن للرّوج إنكار أبوّته للولد إذا أثبت حقيقة أنّه لا علاقة له بيولوجيّة تربطه بالمولود طبقًا للفقرة 02 من المادّة 312 من نفس القانون.⁵

ثانيًا: تحديد النّسب في حالة الأمّ البديلة

تعتبر فرنسا نموذجًا للدّول المعارضة بشدّة للتّلقّيح الاصطناعي باستعمال الأمّ البديلة، وهو المنهج المطابق لقرار البرلمان الأوروبي الصّادر في 16 مارس 1989 الذي أكّد بأنّه يجب وبشكل عام رفض كلّ شكل من أشكال الأمومة بالإنابة.⁶

¹ - L'article 334-8 du code civil français: « 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 ». Créé par Loi n°72-3 du 3 janvier 1972, modifié par Loi n°82-536 du 25 juin 1982 modifiant l'article 334-8 du code civil relatif à l'établissement de la filiation naturelle, journal officiel de la république française 26 juin 1982, p. 2026, abrogé par Ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005.

² - L'article 340-1 du code civil français: « La paternité hors mariage peut-être judiciairement déclarée ». Créé par Loi n°93-22 du 8 janvier 1993, transféré par Ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005.

³ - علال برزوق أمال، المرجع السابق، ص 424.

⁴ - l'article 312-1 du code civil français: « L'Enfant conçu pendant le mariage à pour père le Mari ». Créé par Loi n°72-3 du 3 janvier 1972, modifié par Ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005.

⁵ - L'article 312-2 du code civil français: « Néanmoins celui-ci pourra désavouer l'enfant en justice, il justifie de faits propres à démontrer qu'il ne peut pas en être le père ». Créé par Loi n°72-3 du 3 janvier 1972, modifié par Ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005.

⁶ - بلباهي سعيدة، إجارة الرحم وأثرها على النسب، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، فرع قانون الأسرة، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر 1، كلية الحقوق، 2014-2015، ص 130.

بصدور قانون 94-653 في 29 جويلية 1994¹ المتعلق باحترام الجسد البشري، اتّضح موقف المشرّع الفرنسي القاضي ببطلان كلّ اتفاق بشأن إجراء التلقيح الاصطناعي بواسطة الأمّ البديلة طبقاً للمادة 16 من القانون المدني التي نصّت على احترام حرمة الإنسان وعدم التّعرض لها منذ بدء الحياة. إضافة إلى ذلك نصّ في المادة 16-1-3 من نفس القانون على أنّ الجسد البشري، أعضاؤه ومكوّناته لا يمكن أن تكون محلاً لحقّ مالي. من جهتها أعطت المادة 16-2 من ذات القانون للقاضي صلاحية استخدام جميع الوسائل الخاصة لمنع المساس غير المشروع على الجسد البشري.

تمّ تعديل قانون العقوبات الفرنسي سنة 1992 بإضافة فقرة 3 إلى نصّ المادة 12-227 تنصّ على تجريم الاتفاق الذي يتمّ بين شخص أو أسرة رغبة في أن تتلقّى طفلاً وبين امرأة تقبل أن تحمل في رحمها هذا الطّفل لكي تعطيه للطّرف الأوّل عند الولادة، وتضاعف العقوبة إذا ارتكبت هذه الأفعال بشكل معتاد أو بقصد الرّبح.¹ كما يعاقب أيضاً على الشّروع في ارتكاب هذه الجرائم سنة حبساً وغرامة مالية قدرها 15000 أورو على كلّ شخص يلجأ للإنجاب بواسطة الأمّ البديلة بموجب المادة 12-227 الفقرة 3 من قانون العقوبات التي تمّ رفعها إلى ثلاث سنوات سجناً وغرامة مالية قدرها 45000 أورو بموجب تعديل صدر سنة 2000،² طبقاً للمادة 13-227 من قانون العقوبات الفرنسي، إذا تمّت العملية بمقابل مالي.

ما يبرّر موقف المشرّع الفرنسي الرافض لعملية التلقيح الاصطناعي بواسطة الأمّ البديلة هو إقراره صراحة بعدم مشروعية الاتفاق المبرم بين الأمّ البديلة والمستفيدين، الذي يكون الهدف منه تأجير الرّحم. وفي هذا الإطار نصّت المادة 16-7 من القانون المدني الفرنسي على أنّه: « Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle ». وبالتالي يكون المشرّع الفرنسي قد حسم المسألة بالنّص على عدم مشروعية استئجار الأرحام استناداً إلى عدم مشروعية المحل. فأيّ اتفاق حول الإنجاب أو الحمل لصالح الغير يكون مرفوضاً. إلّا أنّه كان يتمّ الاحتيال على هذه الأحكام التي تمنع الأمومة بالإنابة واللّجوء إلى خدمات الأمّ البديلة بإبرام اتفاق سرّي بين الزّوجين أو الخليين وبين الأمّ البديلة، وعند الولادة يقوم الزّوج بالإقرار بالمولود

¹ - Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain.

¹ - L'article 227-12 du code pénal français: « 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 500000 F d'amende. 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 100000 F d'amende ». Créé par Loi 92-684 du 22 juillet 1992, journal officiel de la république française 23 juillet 1992 rectificatif journal officiel de la république française n°169 du 23 juillet 1992 p. 9875 en vigueur le 1er mars 1994. Modifié par Ordonnance n°2000-916 du 19 septembre 2000 portant adaptation de la valeur en euros de certains montants exprimés en francs dans les textes législatifs, journal officiel de la république française, n° 0220 du 22 septembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2002, p. 14877 en vigueur le 1er janvier 2002.

² - Ordonnance n° 2000-916 du 19 septembre 2000.

كولد طبيعي له، بعد ذلك تقوم الزوجة بتبني هذا المولود، وبالتالي يصبح المولود ولدًا قانونيًا لهما، فتدخل المشرع الفرنسي لوضع حل للاحتيال على أحكام القانون بموجب القانون الصادر في 05 جويلية 1996¹ الذي عدل من أحكام المادة 339 من القانون المدني،² حيث أجاز التعديل الجديد للنيابة العامة الاعتراض على الإقرار الأبوي عندما يتم ذلك الاحتيا على القواعد التي تنظم التبني. هذا الحل المعتمد من قبل المحاكم الفرنسية جاء فقط لحماية مصلحة المولود وتماشياً مع المواثيق الدولية التي تحمي هذه المصلحة. منها خاصة المادة الثامنة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان التي تنص على ضرورة التكفل بالطفل منذ ولادته دونما اعتبار لظروف حمله وولادته.³ وإلى جانبها الاتفاقية الدولية المتعلقة بحماية حقوق الطفل،⁴ حيث جاء في المادة الثالثة الفقرة الأولى منها على أن: « كل القرارات التي تمس بالطفل يجب أن تكون مصلحه هي الهدف الأسمى الذي يجب مراعاته ».

يمكن استخلاص أساس مصلحة الطفل من المادة 374-1 من القانون المدني الفرنسي التي تجيز للقاضي منح السلطة الأبوية للأب إذا رأى في ذلك مصلحة للطفل.⁵ وتضيف الفقرة الرابعة من نفس المادة أن القاضي يمكنه منح حق الزيارة للوالد الذي لا يملك ممارسة السلطة الأبوية إذا كانت مصلحة المولود تستدعي اتخاذ إجراءات التبني.⁶ هذا لا يعني أن القضاء مجبر في جميع الحالات بقبول طلب التبني إذ يمكنه أن يحكم بضم المولود لأسرة أبيه البيولوجي، فتقوم زوجته بممارسة حق التربية والحضانة بالرغم من عدم وجود علاقة بيولوجية ولا قانونية تربطها بالطفل، إنما تكفي بمعاملته

¹ - Loi n° 96-604 du 5 juillet 1996 relative à l'adoption, journal officiel de la république française n°156 du 6 juillet 1996 p. 10208.

² - Article 339-2 du code civil français: « L'action est aussi ouverte au ministère public, si des indices tirés des actes eux-mêmes rendent invraisemblable la filiation déclarée. Elle lui est également ouverte lorsque la reconnaissance est effectuée en fraude des règles régissant l'adoption ». Créé par Loi n°72-3 du 3 janvier 1972, modifié par Loi n°96-604 du 5 juillet 1996, abrogé par Ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005.

³ - العربي شحط عبد القادر، نظام الإنجاب الصناعي بين أحكام الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص 80 و 81.

⁴ - صادقت عليها فرنسا في 26 جانفي 1990، بموجب المرسوم رقم 99-917 المؤرخ في 08 أكتوبر 1990. الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية، العدد 0237، بتاريخ 12 أكتوبر 1990، ص 12363.

⁵ - Article 374-1 du code civil Français: « Les mêmes règles sont applicables, à défaut de reconnaissance volontaire, quand la filiation est établie par jugement, soit à l'égard des deux parents, soit à l'égard d'un seul d'entre eux. Toutefois, en statuant sur l'une ou l'autre filiation, le tribunal peut toujours décider de confier la garde provisoire à un tiers qui sera chargé de requérir l'organisation de la tutelle ». Créé par Loi n°70-459 du 4 juin 1970 - art. 1, relative à l'autorité parentale. journal officiel de la république française 5 juin 1970, p. 5227 en vigueur le 1er janvier 1971, modifié par Ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005.

⁶ - Article 374-4 1 du code civil Français: « Les père et mère ne peuvent, sauf motifs graves, faire obstacle aux relations personnelles de l'enfant avec ses grands-parents. A défaut d'accord entre les parties, les modalités de ces relations sont réglées par le tribunal. En considération de situations exceptionnelles, le tribunal peut accorder un droit de correspondance ou de visite à d'autres personnes, parents ou non ». Créé par Loi n°70-459 du 4 juin 1970, modifié par Loi n°2013-404 du 17 mai 2013 - art. 9. ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. journal officiel de la république française n°0114 du 18 mai 2013 p. 8253.

كما لو كان ابناً لها، وهذا حتّى لا يتمّ تشجيع اللّجوء إلى هذا النّوع من التّلقّيح.¹ في إطار هذا الرّفص لهذه العمليّة وعدم مشروعيّة الاتّفاق المبرم بين الأطراف، هل ينسب المولود للأم البديلة؟.

ما يمكن ملاحظته أنّ المشرّع الفرنسي سكت عن بيان نسب المولود النّاتج عن التّلقّيح الاصطناعي بواسطة الأم البديلة، لكن بالرجوع إلى الأحكام القضائيّة نجد أنّ القضاء الفرنسي لم يعترف بالطفّل النّاشئ عن طريق الأم البديلة. حيث قضت محكمة استئناف Poitiers بتاريخ 22 جانفي 1992 ببطلان الاتّفاق الذي يكون الهدف من ورائه تحقيق الحمل بواسطة الأم البديلة نظراً لتعارضه مع مبدأ حرمة الجسد البشري وعدم جواز التّصرف في حالة الأشخاص.¹ وبالرغم من أنّ المشرّع الفرنسي لم ينص صراحة عن موقفه من نسب الطّفّل النّاتج عن التّلقّيح الاصطناعي بواسطة الأم البديلة، إلّا أنّ الاجتهادات القضائيّة وضعت حلاً لذلك تحت شعار مصلحة المولود وبهذا سدّت الفراغ التشريعي.

بالتّالي يصعب إيجاد إجابة عن التّساؤلات المطروحة أمام النّزاع حول الطّفّل. إذا ما أردنا الرجوع إلى القانون الفرنسي. فالمشرّع أضفى عدم المشروعيّة على أسلوب التّلقّيح الاصطناعي بواسطة الأم البديلة واعتبر كلّ اتّفاق بشأنه باطلاً. وهذا يعني أنّه لا يمكن لأيّ شخص حتّى ولو كان الأب البيولوجي للطّفّل أن يتمسك بصحّة هذا الاتّفاق كما لا يمكنه مطالبة الأم البديلة بالتّنازل عن المولود ولا إثارة المسؤوليّة في جانبها لأنّها تعتبر الأم البيولوجيّة ولها كامل الحقوق على مولودها.² الفرع الثّاني: نظرة القضاء الفرنسي لإثبات نسب الطّفّل المتولّد عن الإنجاب الاصطناعي بتدخّل الغير تباينت أحكام القضاء الفرنسي قبل صدور قانون 1994 بين معارض ومؤيّد لأسلوب التّلقّيح الاصطناعي بنطفة الغير.

أولاً: موقف القضاء الفرنسي المعارض لهذا الأسلوب من التّلقّيح

يتّضح موقف القضاء الفرنسي المعارض لعمليّة التّلقّيح الاصطناعي بنطفة الغير من خلال القضية التي عرضت في بداية الأمر على محكمة Nice، وتتّخص وقائعها في أنّه بعد معاناة زوج من إصابته بالعقم التّام اتّفق مع زوجته على أن تخضع لعمليّة التّلقّيح الاصطناعي بنطفة الغير، وفعلاً تمّت الموافقة على طلبهما وتمّ إخضاعهما لعمليّة التّلقّيح الاصطناعي التي كلّلت بنجاح في 30 مارس 1973 بميلاد طفل نسب إلى أبيه القانوني وأمه التي حملته. وبعد مرور أقلّ من شهر من ميلاد الطّفّل لجأ الزوج إلى المحكمة للمطالبة بإنكار أبوتّه للطّفّل مستنداً على نص المادّة 311 من القانون المدني التي تعطي الحقّ للزوج في طلب إنكار نسب الطّفّل الذي وضعت زوجته أثناء فترة

¹ - Roberto ANDORNO, op. cit., p. 265.

¹ - علّال برزوق أمّال، المرجع السابق، ص 472. نقلاً عن موقع: <https://www.legifrance.gouv.fr/>

² - العربي شحط عبد القادر، نظام الإنجاب الصناعي بين أحكام الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص 143.

الزّواج شريطة أن يثبت أنّه من المستحيل أن يكون هو الأب بسبب عدم قدرته على الإنجاب. كما اعتمد الزّوج في طلبه إنكار البنوة على أحكام المادّة 313 من نفس القانون التي تنصّ على أنّ الدّعاوى المتعلّقة بحالة الأشخاص لا يجوز التنازل عنها بمقابل أو بدون مقابل، وأنّ كلّ اتفاق على ما يخالف ذلك يعدّ باطلاً. ليضيف في الأخير أنّ رضاه عديم الأثر إذ لا يمكن الاعتداد بالإرادة المنفردة لتغيير الحقائق القانونيّة.¹

لهذا اعتبرت المحكمة في حكمها الصّادر بتاريخ 30 جوان 1976 أنّ رضا أو إرادة الزّوج لا تلعب أيّ دور في ترتيب علاقة البنوة للطفّل الذي ولد أثناء الزّواج، وتطبيقاً للمادّة 312 من القانون المدني وما بعدها حكمت بإلغاء الاعتراف بالأبوة مع عدم تحميل الزّوج أيّة مسؤوليّة. في قضية ثانية عرضت على محكمة Paris تتعلّق القضية في أنّ زوجة لجأت إلى عمليّة الإخصاب بواسطة أنبوب بنطفة لغير زوجها المصاب بحالة العقم التّام. وبعد نجاح العمليّة وميلاد طفل لهما وتسجيله باسم الزّوج بصفته الأب الشرعي له الذي سبق له وأن أبدى قبوله للعمليّة تراجع بعد انقضاء فترة سنّة أشهر ليتقدّم أمام المحكمة بطلب إنكار نسبه للطفّل مستنداً في ذلك على أحكام القانون المدني الدّاعمة لذلك.

وعلى غرار محكمة Nice قضت في حكمها الصّادر في 19 فبراير 1985 بإلغاء اعتراف الزّوج بأبويّته للطفّل النّاجم عن التلقّيح الاصطناعي ولم ترتّب عليه أيّة مسؤوليّة بالرّغم من أنّه أبدى موافقته الصّريحة على خضوع زوجته لهذا النّوع من التلقّيح، واعتبرت أنّه لا مجال للبحث فيما إذا كان الزّوج قد رضي أم لم يرض بأن تلقّح زوجته بغير نطفته طالما أنّ التّحليل أكّد أنّ لا يعتبر الأب البيولوجي للطفّل. ولهذا قرّرت تطبيق أحكام المادّة 312 وما بعدها من القانون المدني وإنكار نسب المولود للزّوج.²

هناك قضية أخرى عرضت أمام محكمة Toulouse التي تتلّخص وقائعها في أنّ صديقاً مصاباً بالعقم كان يعاشر امرأة معاشرة حرّة، وكانا يرغبان في الحصول على مولود. ولأجل تحقيق ذلك عبر الرّفيق عن موافقته بخضوع رفيقته لعمليّة التلقّيح الاصطناعي بنطفة الغير. وبعد أن أجريت لها العمليّة تكاثرت بولادة طفلة بتاريخ 23 جويلية 1983 وسجّلت باسم رفيق والدتها بعد أن اعترف بها. غير أنّه وعلى إثر نزاع نشب بين الخليين سنة 1985 توجّه الرّفيق إلى محكمة Toulouse للمطالبة بإلغاء اعترافه بالطفلة، وحجّته في ذلك أنّ هذا الاعتراف بالطفّل غير مطابق للحقيقة، فهو يمنح المولود أبوة غير أبويّة الحقيقيّة. وباعتبار أنّه ليس والد الطّفلة فإنّه يمكن التّراجع عن اعترافه بها دون

¹ - Danièle HUET-WEILLER, « Note sous Tribunal de Grande Instance de Nice », 30 juin 1976. Juris-classeur périodique, 1977, II, 1859. نظام الإنجاب الصناعي بين أحكام الشريعة.

الإسلامية والقانون الوضعي، نفس المرجع، ص187.

² - Elisabeth PAILLET, « Note sous le Tribunal de Grande Instance de Paris. 19 février 1985, Décision. 1986, p. 223.

أن يشكل ذلك خرقاً لنص المادة 311 من القانون المدني.¹ وإلى جانب هذه الحجة تمسك بتطبيق المادة 339 من القانون المدني التي تقضي بأحقية كل ذي مصلحة بالاعتراض على الإقرار بالنسب حتى ولو صدر هذا الإقرار من المقر ذاته.²

وقد اعترضت أم الطفلة طالبة من المحكمة بعدم موافقتها على طلب الأب القانوني، وتمسكت برفضها بحجة أنه عبر عن رضاه لخضوعها لهذا النوع من التلقيح. إن الرضا في هذه الحالة يلزمه بالاعتراف بالطفل وعدم التنازل عنه وإلا فإنه يحكم لها ولطفلتها بالتعويض عن الأضرار التي ستنلحها نتيجة الحكم له بإنكار النسب لأن مصلحة الطفل تقتضي ذلك في حالة إنكار أبوته له.

استجابت المحكمة في حكمها الصادر في 02 فبراير 1987 لطلب الأب المتمثل في إلغاء أبوته. وبالمقابل ألزمته بدفع مبلغ إلى الطفلة قدر بقيمة 100 ألف فرنك فرنسي ولوالدتها حُدد المبلغ بـ 20 ألف فرنك فرنسي تعويضاً لهما عن الأضرار المعنوية التي لحقتهم من جراء تراجع الرفيق عن إقرار النسب. وبهذا تكون المحكمة قد طبقت نص المادة 1134 من القانون المدني المنظمة لأحكام المسؤولية.³ وأيدت محكمة استئناف Toulouse هذا الحكم في قرارها الصادر في 21 سبتمبر 1987 والقاضي بإلغاء اعتراف الأب القانوني، والحكم عليه بدفع مقابل للمولودة تعويضاً لها عن الأضرار التي لحقتها بحجة أن التلقيح الاصطناعي بنطفة الغير غير مشروع لعدم مشروعية السبب والمحل. إن الاتفاق المبرم بين الطرفين بشأن هذه المسألة يعدّ باطلاً. أما عن التعويض الممنوح للأب فقد رفضت محكمة الاستئناف منحها إياه بحجة أن الأم تعدّ مسؤولة وشريكة في عملية التلقيح.

غير أن هذا القرار تم الطعن فيه أمام محكمة النقض التي قضت بشأنه في 10 جويلية 1990 بأن محكمة الاستئناف قد أهملت من خلال قرارها طلبات أطراف الخصومة حينما منحت المولود تعويضاً على أساس الأضرار التي لحقت من جراء ولادته بواسطة التلقيح الاصطناعي بنطفة الغير بدلاً من أن تمنحه إياه على أساس الأضرار التي لحقت نتيجة إلغاء الاعتراف بالأبوة. هذا

¹ - l'article 311 du code civil français: « La loi présume que l'enfant a été conçu pendant la période qui s'étend du trois centième au cent quatre-vingtième jour, inclusivement, avant la date de la naissance. La conception est présumée avoir eu lieu à un moment quelconque de cette période, suivant ce qui est demandé dans l'intérêt de l'enfant. La preuve contraire est recevable pour combattre ces présomptions ». Créé par Loi n°72-3 du 3 janvier 1972, modifié par Ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005.

² - l'article 339 du code civil français: « La reconnaissance peut être contestée par toutes personnes qui y ont intérêt, même par son auteur. L'action est aussi ouverte au ministère public, si des indices tirés des actes eux-mêmes rendent invraisemblable la filiation déclarée. Elle lui est également ouverte lorsque la reconnaissance est effectuée en fraude des règles régissant l'adoption. Quand il existe une possession d'état conforme à la reconnaissance et qui a duré dix ans au moins depuis celle-ci, aucune contestation n'est plus recevable, si ce n'est de la part de l'autre parent, de l'enfant lui-même ou de ceux qui se prétendent les parents véritable ». Créé par Loi n°72-3 du 3 janvier 1972, modifié par Loi n°96-604 du 5 juillet 1996, abrogé par Ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005.

³ - l'article 1134 du code civil français: « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi ». Créé par Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804. Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016. portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. journal officiel de la république française n°0035 du 11 février 2016.

من جهة، ومن جهة أخرى لم تقم بتحديد العلاقة السببية بين الخطأ المرتكب والضرر الذي لحق الطفل نتيجة إلغاء الاعتراف.

إلا أن موافقة الأب على خضوع الأم لعملية التلقيح الاصطناعي بنطفة الغير واعترافه بإرادته الحرة بالطفلة بالرغم من أنه يعلم أنها ليست ابنته تجعله يتحمل في مواجهة الطفلة وأمها الالتزام بالنسرف كأب، والاستجابة خاصة إلى حاجيات المولودة التي اعترف بها. إن التملص من هذا الالتزام يتولد عنه بالضرورة ضرر مادي ومعنوي يعاقب عليه بفرض تعويض عادل للطفلة.¹ لهذا فإن القرار المطعون فيه حتى وإن أهمل طلبات الأطراف فإنه مع ذلك أخذ بعين الاعتبار رضا الأب وجعله سبباً في منح التعويض للمولودة. وعليه يعدّ القرار مبرراً قانوناً. استناداً لهذه الأسباب أيدت محكمة النقض الفرنسية قرار محكمة الاستئناف حيث أكدت على حق المولود في التعويض.²

انطلاقاً من القضايا المعروضة أمام هذه المحاكم نجد أن الأحكام كانت متشابهة من حيث أنها قضت جميعها بإنكار الأبوة للمولود، لكن هناك حل تبنته محكمة استئناف Toulouse تشكّل في ترتيب المسؤولية على الرقيق وذلك بإجباره على دفع تعويض للطفلة عن الأضرار التي لحقتها جرّاء إلغاء الاعتراف. كما جعلت الرضا الذي عبّر عنه سبباً لتحمله للالتزامات وهو الحل الذي لم تعتمده محكمة Nice ومحكمة Paris إذ اكتفيا بإلغاء الاعتراف دون تحميل الزوج دفع التعويض كونهما لم تعنداً برضاه.

أما فيما يتعلّق بالمحكمة الابتدائية ومحكمة استئناف Toulouse، فبالرغم من تطبيقهما للقانون تماشياً مع الحكم المنصوص عليه في المادة 311 من القانون المدني، غير أنه فيما يتعلّق بالاتفاق الذي تمّ بين الزوج والزوجة على خضوع زوجته للتلقيح الاصطناعي بنطفة الغير، فقد أكد هذا الاجتهاد القضائي على بطلان مثل هذا الاتفاق لعدم مشروعيته للمحل والسبب فيها.

ثانياً: موقف القضاء الفرنسي المؤيد لأسلوب التلقيح الاصطناعي بنطفة الغير

خلافًا للقضاء السابق، قضت محكمة Bobigny بتاريخ 18 جانفي 1990 باعترافها لأسلوب التلقيح الاصطناعي بنطفة الغير مع رفضها لطلب الزوج الرامي إلى إنكار أبوته للمولود وذلك في قضية تتلخص وقائعها في أن زوجاً كان يعاني من العقم حال دون إنجاب زوجته، فاتفق معها على خضوعها لإجراء عملية التلقيح الاصطناعي بواسطة نطفة غيره. وبعد هذه العملية أنجبت الزوجة مولوداً، لكن قبل انقضاء مدة ستة (6) أشهر من ميلاده نشب نزاع حاد بين الزوجين دفع الزوج إلى رفع دعوى أمام

¹ - Danièle HUET-WEILLER, La Cour de Cassation, civile, chambre civile 1, 10 juillet 1990. Décision, 1990, II, p. 517.

² - Sallé de la MARNIERE. La Cour d'appel de Toulouse 21 Septembre 1987, Juris-classeur périodique, II, 1988. 21036. Revue trimestrielle de droit comparé. 1990. p. 253

نقلا عن خدام هجيرة، المرجع السابق، ص 44 و45.

القضاء يطالب من خلالها إنكار أبوته للمولود، مستنداً على حجة أن زوجته كانت تربطها علاقة غير شرعية برجل آخر، وأن المولود هو ابن لهذا الأخير وليس وليداً لعملية التلقيح الاصطناعي بنطفة الغير. وكرد فعل طلبت الزوجة تطبيقها منه، وعدم قبول طلبه بحجة أن زوجها عبّر عن رضاه مسبقاً بخضوعها لهذا النوع من التلقيح. استجابت المحكمة لطلب الزوجة بدليل أنه اعتدت برضا الزوج المسبق ورفضت طلبه المتمثل في إنكار أبوته، وذلك لأن القول بخلاف ذلك سيمنح الفرصة لكل شخص عبّر عن رضاه المسبق بخضوع زوجته أو رفيقته إلى عملية التلقيح بغير نطفته إلى التراجع عنه متى وقعت بينهما خلافات، دون أن يستند على دوافع قوية تبرّر هذا التراجع هذا من جهة. ومن جهة أخرى سيشكل مساساً بحقوق الطفل ومصالحه التي تقضي بعدم حرمانه من الأبوة حتى وإن كانت قانونية نظراً لاستحالة قيام رابطة مع أبيه البيولوجي طبقاً لمبدأ سرية المتبرعين.¹

تبعاً لذلك، فإن دعوى الإنكار المقدمة من الزوج لا يمكن قبولها حتى ولو أثبت الزوج أنه لا يمكن أن يكون الأب البيولوجي للطفل. وأمام هذا الحكم قام الزوج باستئنافه أمام محكمة استئناف باريس مستنداً على حجة أنه رفع دعواه لإنكار النسب ليس لكون زوجته خضعت لعملية التلقيح الاصطناعي بنطفة الغير، وإنما لكون المولود كان نتيجة علاقة غير شرعية مع رجل آخر. كما طالب بإجراء التحاليل ليتّم التأكد من صحة أقواله. وبعدما تأكدت محكمة الاستئناف من أن الطفل هو فعلاً ثمرة العلاقة غير الشرعية بين الزوجة وعشيقها وليس ناجماً عن عملية التلقيح الاصطناعي بنطفة الغير قضت بتاريخ 21 مارس 1991 بعدم تأييد حكم محكمة Bobigny، وقبول دعوى الزوج بإنكار أبوته للمولود مطبقة في ذلك نص المادة 312 من القانون المدني. علماً أن الغاية من وضع هذه المادة هو السماح للزوج باستبعاد آثار قرينة الأبوة الشرعية للطفل الذي لا يعترف به بأنه من صلبه. إن تطوّر الأخلاق وتقنيات الإنجاب الاصطناعي يقودان لإعطاء فكري الأبوة والأمومة مضموناً جديداً تنعكس نتائجه على النصوص وتتوافق مع المفهوم الجديد الذي يجب إعطاؤه للأبوة وللأمومة اللذين لم يعودا يستندان على العلاقة البيولوجية مع الطفل، بل بمظاهر وعلاقات أخرى ذات طابع نفسي واجتماعي.² وإن إجراء التلقيح الاصطناعي للزوجة برضاها وبموافقة زوجها وبواسطة نطفة الغير المجهول من شأنه أن يؤدي إلى اعتبار الطفل المولود باتفاقهما طفلاً شرعياً لهما، وإن ذلك كله من شأنه أن يغيّر من مفهوم الأبوة التي لم تعد تستند فقط على الحقيقة البيولوجية.³

¹ - colette SAUGOT, Tribunal de Grande Instance de Bobigny, 4^{ème} Chambre civile. 18 janvier 1990. Juris-classeur périodique. 1990, II, 21592. Décision. 1990, II, p. 332.

² - العربي شحط عبد القادر، نظام الإنجاب الصناعي بين أحكام الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، المرجع

السابق، ص 193.

³ - Irma ARNOUX, « LES DROITS DE L'ETRE HUMAIN SUR SON CORPS », Presses Universitaires de Bordeaux, France, 2003, p. 92.

من خلال هذا الحكم يمكن القول أنّ محكمة Bobigny وافقت على أسلوب التلقيح

الاصطناعي بنطفة الغير لأنها حينما أصدرت حكمها الرافض لطلب الزوج تكون قد اعتدّت بالرّضا المسبق المعبر عنه من قبله المتمثّل في خضوع زوجته لهذا الأسلوب، كما أنّها لم ترفض هذه التّقنية مراعاة منها لمصلحة المولود.

من جهته أبدى القضاء الفرنسي موقفه من مسألة تأجير الأرحام، و بالنسبة للأحكام الصّادرة عنه يبدو أنّها لم يستقر على حكم واحد لهذه المسألة. ولهذا وإلى يومنا هذا مازالت هاته الأحكام متضاربة سواءً على مستوى المحاكم نفسها وأيضاً على مستوى درجات التّقاضي. في البداية كان يرتّب الآثار على هذه الوسيلة دون التّطرق لمشروعيتها.

ونخلص أنّ أغلبية الأحكام الصّادرة عن القضاء الفرنسي رفضت مسألة تأجير الأرحام واعتبرت أنّ بنود العقد الخاص بالإنبابة في الحمل مخالفة للنّظام العام وخاصة المواد 11-08-06-353-361 من التّقنين المدني الفرنسي ولنص المادّة 1128 الخاصة بمبدأ حرمة الجسد ومنتجاته. وهذا ما جاء في حكم لمحكمة استئناف pau التي أيدت فيه حكم محكمة أول درجة القاضي ببطلان عقد الإيجار حتّى ولو وافقت المرأة المؤجّرة لرحمها على التنازل طواعية عن الطّفل بعد ولادته¹. وبالتالي قضى بعدم ترتيب أيّ أثر للعقود المبرمة خاصّة فيما يتعلّق بالنسب للمولودين بها.

في سنة 2009 بمناسبة مراجعة قانون علم أخلاقيات الأحياء الصّادر سنة 1994، كان لمجلس الدّولة الفرنسي رأيّ معارضاً لتشريع تطبيق الأم الحاملة باعتبار مصلحة الطّفل ومصلحة المرأة الحاملة مبادئ أساسية تكرّس المنع وبالتالي أوصى بعدم السّماح بالحمل لحساب الغير ولو كان تبرعاً².

أصدر قضاء النّقض في أبريل 2011 ثلاثة قرارات رفض فيها القضاة تسجيل المولودين في سجلّات الحالة المدنية الفرنسية لفرنسيّين بإجارة رحم في الخارج، وكان هذا الرّفص مبرراً بالنّظام العام في القانون الفرنسي لعدم قابليّة التّصرف في الحالة المدنية للأشخاص المولودين نتيجة عقد باطل في القانون الفرنسي بطلاناً يتعلّق بالنّظام العام³. ورفض القضاة في سبتمبر 2013 تسجيل المولود بإجارة رحم في الخارج واعتبر ذلك غشّاً نحو القانون وأنّ عقد إجارة الرّحم مناف لحقوق الإنسان ولحقوق الطّفل⁴.

¹ - النحوي سليمان، المرجع السابق، ص 174.

² - سعيدان أسماء، « الإطار القانوني لعمليتي نقل وزرع الأعضاء البشرية والتلقيح الاصطناعي »، المجلة الجزائرية للعلوم

القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزائر، العدد 04، ديسمبر 2013، ص 229.

³ - Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, mercredi 6 avril 2011, n° 09-66.486, Publié au Bulletin des arrêts de la Cour de cassation: Chambres civiles : https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/369_6_19630.html.

⁴ - Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, vendredi 13 septembre 2013, n° 12-30.138, Publié au Bulletin des arrêts de la Cour de cassation: Chambres civiles: https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/369_6_19630.html.

الفصل الثاني: إشكالات نسب الطفل الناتج عن اللعان في نظر الفقه والقانون والقضاء وأثر البصمة الوراثية عليه

بالرغم من أن الشريعة الإسلامية اعتنت بالنسب وأحاطته بكافة أنواع الحماية والرعاية إلا أنها لم تفرض هذا النسب على الأمة الإسلامية إلا بضوابط محكمة، حيث أعطت للمسلمين الحق في نفي النسب والتبرؤ منه إذا لم يثبت بالأسباب الشرعية المعروفة. ومن هذه الحالات اللعان. إن كان الشارع قد تساهل وتوسع في طرق إثبات النسب فإنه تشدد في نفيه ولم يجعل له إلا طريقاً واحداً مقيداً بجملة من الشروط ألا وهو اللعان.¹

إن الكثير من الظواهر الأخلاقية والاجتماعية تؤثر على واقع حياة المسلمين ومجتمعاتهم، ومن بين تلك الظواهر اللعان الذي يعد استثناءً أو تخصيصاً من عموم القذف فهو حكم خاص بالأزواج إذا قذفوا زوجاتهم بالزنا أو نفي الولد وهو من سبل الفرقة بين الزوجين.

تعاني الكثير من المجتمعات المعاصرة اليوم من تلك الظاهرة حتى غدت وكأنها عادة مألوفة على الرغم من خطورتها فضلاً على أن هذه الظاهرة وإن كانت فرجاً ومخرجاً لما قد ينزل بالأزواج من ضرر بسبب زنا زوجاتهم إلا أن لها آثاراً أخلاقية واجتماعية على الأسرة والمجتمع.

القاعدة العامة في الأنساب تقضي بأن كل مولود تضعه المرأة على فراش زوجها هو ابن شرعي ثابت نسبه لهذا الزوج ما لم يقر الزوج بنفيه. والمتعارف عليه أن الله شرع اللعان لدرء الحد عن الزوج إذا قذف زوجته بلا شهود أو أراد قطع نسب الحمل أو الطفل المولود عنه، وهي أيضاً حماية وصيانة لعرض الزوجة ودفعها للحد عنها. والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ...﴾.² إن دلالة الآية تبين أن اللعان حكم خاص بالأزواج الذين يتيقنون من زنا زوجاتهم ولا يستطيعون إثبات ذلك بأربعة شهداء، وفي الغالب أن الزوج لا يقدم على اتهام زوجته بالزنا إلا لقرائن تدل على زناها وتضطره إلى رميها ليتخلص من آثار فعلها كالحاق نسب ولدها من الزنا به، ومن أجل ذلك شرع اللعان.

¹ - اللعان مأخوذ من اللعن وهو الإبعاد والطرده عن الخير. واللعان والملاعنة بين الزوجين إذا قذف الرجل امرأته أو رماها برجل أنه زنى بها فالحاكم يلاعن بينهما. ابن منظور جمال الدين أبو الفضل محمد بن مكرم، لسان العرب، ج13، لبنان: بيروت، دار صادر، ط3، 1993، ص 388. وعُرف اللعان اصطلاحاً على أنه: "حلف بألفاظ مخصوصة من قبل الزوج على زنا زوجته أو نفي ولدها منه، وحلفها على تكذيبه فيما قذفها به". عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج 8، بيروت، مؤسسة الرسالة، ط 1، 1993، ص 321.

² - سورة النور، الآية: 06.

ويظهر البصمة الوراثية رأى جانب من الفقه أنّ هذه التقنية بإمكانها أن تحلّ محلّ اللّعان . وإن كان بعض الفقهاء المعاصرين قد ذهبوا إلى جواز الأخذ بالبصمة الوراثية والاكتفاء بها عن اللّعان، فإنّ المجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي أقرّ عدم جواز الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النّسب ولا يجوز تقديمها على اللّعان.

أمّا بخصوص موقف التشريع المغربي فإنّ المشرّع التونسي أتاح الفرصة لنفي نسب الطّفل المولود في إطار علاقة زوجية شرعية أو بنوة طبيعية صلب مجلّة الأحوال الشخصية وقانون 1998 بواسطة جميع وسائل الإثبات الشرعية.

بالنسبة للمشرّع المغربي منح حق الاختيار لصاحب دعوى نفي النّسب بين مسلك اللّعان كوسيلة شرعية لنفي النّسب وبين الخبرة الطبية كمستجد بيولوجي علمي لهذا النّفي.

وأما من جهة المشرّع الجزائري وبالوقوف أمام نص المادّة 40 فقر 02 من قانون الأسرة، نلاحظ أنّ المشرّع ترك الأمر غامضاً، لأنّه قصر الطّرق العلمية على إثبات النّسب دون أن يشير إلى إمكانية استخدامها في حالة النّفي.

إذا كان هذا موقف القانون، فإنّ القضاء العربي بخصوص هذه المسألة لم يستقر على رأي واحد. وهو ما يلاحظ على القضاء المغربي قبل وبعد تعديل 2004 لمجلّة الأحوال الشخصية ، إذ أجاز استعمال البصمة الوراثية بعد التّعديل كطريق للكشف عن الأنساب إثباتاً ونفيّاً، ولم يعد منتصراً لسلوك واقعة اللّعان.

أمّا القضاء في تونس سواء الاستئناف أو التّعقيب يعتبر الاختبارات الطبية من الوسائل الشرعية لنفي النّسب، وأنّه لا شيء يمنع من اعتماد تلك الوسيلة التي تحقّق علماء الطّب الشرعي من صحتها، والتي تعدّ طريقة علمية قاطعة.

إنّ القضاء الجزائري قد استقرّ على أنّ اللّعان هو الطّريق الوحيد لنفي النّسب ولم يتم الاستعانة بأيّ طريق آخر وهذا واضح من خلال قرارات المحكمة العليا التي أقرّت تطبيق اللّعان وفق ضوابطه الشرعية.¹

¹ - قرار المحكمة العليا رقم 165408 بتاريخ 1997/07/08، غرفة الأحوال الشخصية والموارث، المجلة القضائية، الجزائر، عدد خاص، 2001، ص 67. قرار المحكمة العليا رقم 35934 بتاريخ 1998/02/25، غرفة الأحوال الشخصية والموارث، المجلة القضائية، الجزائر، عدد 01، 1989، ص 83. قرار المحكمة العليا رقم 76343 بتاريخ 1990/07/16، غرفة الأحوال الشخصية والموارث، المجلة القضائية، الجزائر، عدد 03، 1991، ص 75. قرار المحكمة العليا رقم 605592 بتاريخ 2009/10/15، غرفة الأحوال الشخصية والموارث، المجلة القضائية، الجزائر، عدد 01، 2010، ص 245.

نظراً لتشعب قضية اللعان فقد أثارت الكثير من الإشكالات على الصّعيد الفقهي، القانون والقضائي. هل يصحّ نفي النسب بالبصمة الوراثية إذا جاءت النتائج تؤكّد ذلك ويكتفى بها، أم لا بد من اللعان أيضاً؟. وهل يمكن للقاضي الذي أجرى الملاعنة بين الزوجين أن يعطّل أثر اللعان في نفي النسب ويأمر بخضوع الأطراف لإجراء تحاليل البصمة الوراثية، بناءً على طلب من الزوج أو الزوجة؟. هذا ما يمكن توضيحه من خلال موقف الفقه الإسلامي والقانون من نسب الطفل الناتج عن اللعان مع إعمال البصمة الوراثية في المبحث الأول ثمّ التطبيقات القضائية لإثبات نسب الطفل الناتج عن اللعان مع اعتماد البصمة الوراثية في المبحث الثاني.

المبحث الأول: موقف الفقه الإسلامي والقانون من نسب الطفل الناتج عن اللعان مع إعمال البصمة الوراثية

إذا ثبت النسب بإحدى طرق الإثبات الشرعية المتّفق عليها الفراه أو البيّنة أو الإقرار، فإنّ الشّارع الحكيم حصر نفي هذا النسب في طريق واحد فقط وهو اللعان، فاللعان لا يجوز أن تساويه البصمة الوراثية في نفي النسب فضلاً أن تتقدّم عليه. وهذا ما أكّد عليه المجمع الفقهي الإسلامي برباطة العالم الإسلامي.

لكن ذهب بعض الفقهاء المعاصرين إلى جواز الاكتفاء بمعرفة نتيجة البصمة الوراثية والعمل بمقتضاها عن اللعان، ووجه رأيهم هذا بأنّه إذا كان الإسلام قد اشترط لإجراء اللعان انعدام الدليل مع الزوج، فما وجه إجرائه إذا ثبت يقيناً بالبصمة الوراثية أنّ الحمل أو الولد ليس من الزوج أو منه؟.

غير أنّ التّشريعات الوضعيّة وأخصّ بالذّكر التّشريع المغربي الذي كانت له مواقف قد تتوافق مع الفقه الإسلامي وقد تختلف معه. ذكرنا أنّ المشرّع الجزائري استعمل عبارة الطّرق المشروعة لنفي النسب، بينما استعمل المشرّع المغربي عبارة اللعان والخبرة الطّبية لنفي النسب في حين أشار المشرّع التّونسي إلى استخدام عبارة جميع وسائل الإثبات الشرعية.

ومن أجل توضيح أحكام استخدام البصمة الوراثية في نفي النسب دون اللعان، لا بدّ من التّطرق إلى موقف الفقه الإسلامي من نسب الطفل الناتج عن اللعان في المطلب الأوّل ثمّ موقف القانون من هذه المسألة في المطلب الثاني.

المطلب الأول: رؤية الفقه الإسلامي لنسب الطفل الناتج عن اللعان وأثر البصمة الوراثية عليه

اتفق الفقهاء على مشروعية لعان الزوج لنفي نسب ولد زوجته عنه إذا تيقن أو غالب ظنه أنه ليس منه. ويلجأ الزوج إلى اللعان لنفي النسب عند فقد من يشهد له بما رمى به زوجته من أن الحمل ليس منه. وفي ذلك جواز إنكار الرجل لنسب الولد الذي ولد على فراشه إذا وجد من زوجته ما يدعوه لنفي النسب عن نفسه. ويعتبر نفي النسب اتهامًا ضمنيًا للزوجة بالزنا، إذ لا يتصور من الزوج نفي النسب عن نفسه إلا بالوقوف على ما يتهم به زوجته، لذلك إن المشرع جعل الطريق لذلك اللعان. لكن مع التقدم العلمي في هذا الميدان لم يبق الزوج وحيدًا لا سند له بل أصبح معه شاهد وهو البصمة الوراثية في هذه الحالة. تنحصر البصمة بأنها دليل مع الزوج أو ضده. ومن ذلك يتضح أن للبصمة الوراثية تأثيرًا كبيرًا في مجال النسب، وجزء مهم من أحكام اللعان.¹

لهذا السبب ثار نقاش فقهي كبير أدى إلى اختلاف الفقهاء المعاصرين في صحة نفي النسب بالبصمة الوراثية فقط دون اللعان. ويمكن توضيح آرائهم من خلال الفرع الأول على أن النسب الشرعي الثابت لا ينتفي إلا باللعان فقط والفرع الثاني الاكتفاء بالبصمة الوراثية إذا تيقن الزوج أن الحمل ليس منه والاستغناء عن اللعان.

الفرع الأول: انتفاء النسب الشرعي باللعان دون البصمة الوراثية

يرى فريق من الفقهاء المعاصرين² أن النسب الشرعي الثابت بالفراش لا ينتفي إلا باللعان فقط، ولا تعتبر البصمة الوراثية مساوية له ولا يجوز تقديمها عليه في نفي النسب لأن الحديث {الولد للفراش} دليل مجمع عليه،³ فلا تقوى نتائج البصمة الوراثية على معارضته ولا يقوى عليه إلا اللعان، إذ تترتب عليه آثار أخرى غير نفي النسب كالفرقة المؤبدة بين الزوجين وسقوط حدّ القذف عن الزوج، ولا يقام حدّ الزنا على المرأة.

¹ - جهاد حمد حمد، الأحكام الشرعية في ضوء المستجدات الطبية والبيولوجية العصرية، بيروت، دار المعرفة، ط2، 2017، ص 62.

² - الدكتور علي محي الدين القرة داغي، الدكتور عبد الستار فتح الله سعيد، الدكتور محمد سليمان الأشقر. عبد الرشيد محمد أمين قاسم، البصمة الوراثية وحجيتها، مجلة العدل، المملكة العربية السعودية، العدد 23، 1425 هـ، ص 67. وكذا الدكتور وهبة الزحيلي والدكتور سعد العنزي والدكتور عمر بن محمد السبيل والدكتور ناصر عبد الله الميمان والشيخ عبد الله المنيع. خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، المرجع السابق، ص 443 و444.

³ - محمد جبر الألفي، إثبات النسب ونفيه بالبصمة الوراثية، الرياض، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ب.ط، 2015، ص 46.

أكد هذا الرأي المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي حيث أصدر توصية بعدم جواز استعمال البصمة الوراثية في نفي النسب استقلالاً واكتفاءً باللّعان، ولا استعمالها في نفي نسب من ثبت نسبه بأيّ دليل شرعي¹. ومن أصحاب هذا الرأي من قال أنّه يمكن الاستعانة بالبصمة الوراثية للتقليل من حالات اللّعان إذا اطمأنّ الزوج لذلك². واستدل هذا الفريق بأدلة منها:

أ - من القرآن والسنة:

1- قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ⁽⁶⁾ وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَةَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ⁽⁷⁾ وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ⁽⁸⁾ وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ⁽⁹⁾».

وجه الدلالة من الآية الكريمة، نصّت صراحة على أنّه إذا لم يكن للزوج إلا شهادة نفسه فقط حقّ له اللّجوء إلى اللّعان، وإحداث البصمة الوراثية بعد الآية فيه تزايد على كتاب الله تعالى⁴. فالبصمة الوراثية لم يرد فيها نصّ، فلا تكون طريقاً لنفي النسب، فدلّ ذلك على المنع من الأخذ بها لنفي نسب الولد دون اللّعان⁵.

2 - حديث {الولد للفراش وللعاهر الحجر}⁶. وجه الاستدلال بالحديث أنّ النّبي - ص - أهدر الشّبه البين الناتج عن الصّفات الوراثية (علماً أنّ الولد فيه من شبه الزّاني) وصرّح بإبقاء الأصل في قوله - ص - : {الولد للفراش}، فيفهم من ذلك أنّ اللّعان هو الطّريق الوحيد لنفي النسب دون غيره⁷.

¹ - الهادي الحسين الشبلي، « استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب، نظرة شرعية »، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، م 18، العدد 35، 2003، ص 46.

² - نصر فريد واصل، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، م 3، أعمال وبحوث الدورة 16 للمجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة، المنعقدة في الفترة ما بين 05-10 ماي 2002، ص 30.

³ - سورة النور، الآيات: 6 و 7 و 8 و 9.

⁴ - عارف علي عارف القرة داغي، مسائل شرعية في الجينات البشرية، المرجع السابق، ص 127.

⁵ - بندر بن فهد السويلم، « البصمة الوراثية وأثرها في النسب »، مجلة العدل، وزارة العدل بالملكة العربية السعودية، العدد 37، 2008، ص 152.

⁶ - البخاري أبو عبد الله محمد بن إسماعيل، الجامع الصحيح للبخاري، ج 1، الرياض، مكتبة الملك فهد الوطنية، ط 1، 2008، ص 561.

⁷ - عبد الستار فتح الله سعيد، البصمة الوراثية في ضوء الإسلام ومجالات الاستفادة منها في جوانب النسب، والجرائم، وتحديد الشخصية، م 3، أعمال وبحوث الدورة 16 للمجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة، المنعقدة ما بين 05-10 جانفي 2002، ص 148.

- فلو أقرت الزوجة بصدق زوجها فيما رماها به من الفاحشة فإن النسب يلحق بالزوج لحديث الولد للفرش ولا ينتفي عنه إلا باللعان طالما ثبت الفرش فلا يعارضه إلا أقوى منه وهو اللعان، وبالتالي لا مجال للبصمة الوراثية في الحيلولة دون وقوع اللعان. حيث أهدر النبي - ص - الشبه البيّن وهو الذي يعتمد على الصفات الوراثية وأبقى الحكم الأصلي وهو الولد للفرش فلا ينفي النسب إلا باللعان فحسب.¹
- 3 - ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما: « أن رجلاً لاعن امرأته في زمن النبي - ص - وانتفى من ولدها، ففرق النبي - ص - بينهما وألحق الولد بالمرأة ». ²
- وجه الدلالة من الحديث أن النبي - ص - نفى الولد عن الزوج، وألحقه بأمه بموجب اللعان، ولم يحكم بغيره كالقيافة، ³ فدل ذلك على أن نفي الولد المشكوك في نسبه لا يكون إلا بطريق واحد هو اللعان، وحينئذ لا يجوز إبطاله وترك العمل به لمجرد دلالة البصمة الوراثية بل لا بدّ من وجود دليل نصي آخر مثله، وهو غير ممكن.⁴
- يقول الدكتور ناصر عبد الله الميمان - عضو مجلس الأوقاف بمدينة مكة المكرمة والأمين العام المساعد لرابطة العالم الإسلامي لشؤون المساجد - : " إذا ثبت النسب بإحدى طرق الإثبات الشرعية المتفق عليها كالفرش أو البيّنة أو الإقرار فإن الشارع الحكيم حصر نفي هذا النسب في طريق واحد فقط وهو اللعان، واللعان لا يجوز أن تساويه البصمة الوراثية في نفي النسب فضلاً أن تقدّم عليه".⁵
- 4 - ما روي عن أنس بن مالك - ر - قال: « إن هلال بن أمية قذف امرأته بشريك بن سمحاء قال: فلاعنهما، فقال النبي - ص - : {أبصروها، فإن جاءت به أبيض سبطاً قضى العيين فهو لهلال بن أمية، وإن جاءت به أكحل جعداً حمش الساقين فهو لشريك بن سمحاء } . قال فأنبئت أنها جاءت به أكحل جعداً حمش الساقين ». ⁶

¹ - عبد الستار فتح الله سعيد، نفس المرجع، ص 147.

² - البخاري أبو عبد الله محمد بن إسماعيل، الجامع الصحيح للبخاري، ج3، المرجع السابق، ص 589.

³ - سبق تعريف القيافة في الصفحة 23 وما يليها من هذه الرسالة.

⁴ - عمر بن محمد السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها استخدامها في النسب والجنائية، المرجع السابق، ص 30.

⁵ - ناصر عبد الله الميمان، البصمة الوراثية وحكم استخدامه في مجال الطب الشرعي والنسب، م 2، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، الفترة ما بين 07-05 ماي 2002، ص 617.

⁶ - مسلم بن الحجاج بن مسلم أبو الحسين، صحيح مسلم، م 2، المرجع السابق، ص 698.

وجه الدلالة من الحديث أَنَّ النَّبِيَّ - ص - لم يعتمد الشَّبه بين الولد وبين الرَّأْي الذي ينبني أصلاً على الصَّفات الوراثية المشتركة بينهما، ولجأ إلى استعمال اللَّعَان بين الزَّوجين عملاً بالنَّص القرآني، ولكون الولد ولد على فراش أبيه ففي مثل هذه الحال لا يلجأ لشيء آخر غير اللَّعَان كالقِيَافَة أو البصمة الوراثية لمعارضتهما لحكم شرعي مقرر بنص القرآن، فلا يقوى على معارضته شيء من الأدلَّة الأخرى.¹

5 - ما روي عن أبي هريرة - ر - أَنَّ رجلاً أتى رسول الله - ص - فقال: « إِنَّ امرأتِي ولدت غلاماً أسود، فقال النَّبِيَّ - ص - : {هل لك من الإبل} . قال: نعم. قال: {فما ألوانها؟} . قال: حمر. قال: {فهل فيها من أورك؟} . قال: إِنَّ فيها لورقاً. قال: {فأني أتاها ذلك؟} . قال: عسى أن يكون نزعة عرق. قال: {وهذا عسى أن يكون نزعة عرق} .²

وجه الدلالة من الحديث أَنَّ النَّبِيَّ - ص - ردَّ الشَّبه الذي استند إليه الرَّجُل لنفي ولده ولم يجز له الانتفاء منه لعدم المشابهة،³ ولمَّا كانت البصمة الوراثية من هذا الباب حيث أنها تعتمد في نفي النَّسب على الفوارق الجوهرية في الصَّفات الوراثية المتشابهة بين الآباء والأبناء وجب إلغاء العمل بها وعدم اللُّجوء إليها في مثل هذه المسائل.⁴

ب - من الأدلَّة العقلية:

1 - الأخذ بالحقائق العلمية المعاصرة فيه معارضة للعَان.

تأكيداً لذلك يقول الدكتور عمر بن محمد السبيل - إمام وخطيب المسجد الحرام - : "...وبناءً على ذلك فإنه لا يجوز استخدام البصمة الوراثية في نفي نسب ثابت، كما لا يجوز الاكتفاء بالبصمة الوراثية عن اللَّعَان في نفي النَّسب بمقتضى نتائجها الدَّالة على انتفاء النَّسب بين الزَّوج والمولود على فراشه، وذلك أَنَّ اللَّعَان حكم شرعي ثابت بالكتاب والسَّنة والإجماع، وله صفة تعبدية في إقامته، فلا

¹ - عبد الستار فتح الله سعيد، المرجع السابق، ص 147.

² - النووي محي الدين أبو زكريا يحيى بن شرف، المنهاج في شرح صحيح مسلم بن الحجاج شرح النووي على مسلم، ج10، مصر، المطبعة المصرية بالأزهر، ط1، 1929، ص 133.

³ - علي محمد يوسف المحمدي، أحكام النسب طرق إثباته ونفيه في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 400.

⁴ - عبد الرحمن أحمد الرفاعي، البصمة الوراثية وأحكامها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، (دراسة فقهية مقارنة)، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2012، ص 574.

يجوز إلغاؤه وإحلال غيره محلّه إلاّ بنصّ شرعيّ يدلّ على نسخه وهو أمر مستحيل، فيبطل العمل بالحقائق العلميّة المعاصرة.¹

ويضيف قائلاً: " فالخلاصة أنّه لا يجوز الاكتفاء بالبصمة الوراثيّة عن اللّعان على اعتبار أنّ نتائجها عند ذوي الاختصاص بها قطعيّة أو قريبة من القطعيّة، وذلك لأنّ الحكم الشرعي لا يجوز إبطاله وترك العمل به إلاّ بدليل نصّي، وهو غير ممكن...".²

وقياس البصمة الوراثيّة باللّعان قياس فاسد، لأنّ الأصل في البصمة الوراثيّة دراسة الصّفات الوراثيّة للولد وأبويه فقط. أمّا الأصل في اللّعان هو درء الحدّ ونفي النّسب. فأين العلة في البصمة التي قيست على اللّعان؟، ومن الذي سيوقع الحرمة المؤبّدة بين الزوجين؟. إن قيل البصمة الوراثيّة فهو تضارب في الأقوال وتسارع في الاجتهاد. ثمّ إنّ اللّعان حكم شرعيّ قطعيّ الدّلالة ومحكم وهو اللفظ الذي ظهرت دلّالته بنفسه على معناه ظهوراً قوياً، ولا يقبل التأوّل أو النّسخ والعمل به واجب، وهذا هو شأن اللّعان بخلاف البصمة الوراثيّة المجتهد فيها بغير دليل قطعيّ، فكيف يلغى الدّليل القطعي بالدّليل الظّني الذي يفترق لوجود العلة والترابط بينها وبين اللّعان؟ !، وكيف صاروا إلى الاجتهاد في حكم قطعي غير منسوخ؟!.³

في هذا يقول الدّكتور وهبة مصطفى الزّحيلي - عضو المجامع الفقهيّة بصفة خبير ورئيس قسم الفقه الإسلامي ومذاهبه بجامعة دمشق - : "...ويقدّم على البصمة الوراثيّة الطّرائق المقرّرة في شريعتنا لإثبات النّسب أو لنفيه، وأمّا نفي النّسب كنفي نسب ولد من زوجة بأيمان اللّعان الخمسة المعروفة في شريعتنا على غيره كالقيّافة والبصمة الوراثيّة، لأنّ هاتين الطّريقتين لا يلجأ إليهما إلاّ عند الحيرة أو جهالة النّسب، فإن حسم الأمر بطريق شرعيّ فلا حاجة لغيره".⁴

أمّا الدّكتور عبد السّتار فتح الله سعيد - من علماء الأزهر الشّريف وعضو المجمع الفقهي الإسلامي في مكّة المكرّمة - قد أجاز العمل بالبصمة الوراثيّة شريطة ألاّ تخالف أصلاً شرعيّاً مقرّراً

¹ - عمر بن محمد السبيل، البصمة الوراثيّة وتأثيرها على النّسب إثباتاً أو نفياً، م3، أعمال وبحوث الدورة 16 للمجمع الفقهي الإسلامي لرابطه العالم الإسلامي بمكة المكرمة، المنعقدة ما بين 05-10 جانفي 2002، ص 184.

² - عمر محمد بن السبيل، نفس المرجع، ص 45.

³ - محمد نعمان محمد علي البعداني، مستجدات العلوم الطبية وأثرها في الاختلافات الفقهيّة، (دراسة مقارنة)، صنعاء، دار الكتب، ط1، 2016، ص 774.

⁴ - وهبة مصطفى الزحيلي، البصمة الوراثيّة ومجالات الاستفادة منها، م3، أعمال وبحوث الدورة 16 للمجمع الفقهي الإسلامي في مكّة المكرّمة، في الفترة 05-10 جانفي 2002، ص 22 و 23.

في بابه؛ ومثل هذا إذا نفى الزوج ولدًا من زوجته ولد على فراشه فلا يلتفت إلى قول القافة ولا تحليل البصمة لأنّ ذلك يعارض حكمًا شرعيًا مقررًا وهو إجراء اللعان بين الزوجين.¹

يرى الدكتور علي جمعة - مفتي الديار المصرية سابقًا -: "أنّ الاعتماد على البصمة الوراثية المعروف باسم DNA في نفي النسب فإنّه لا يجوز شرعًا حيث أنّ التحاليل يعترّيها الخطأ البشري المحتمل وحتى لو دلت البصمة الوراثية في نفسها على نفي النسب أو إثباته يقينًا ، فإنّ ذلك اليقين في نفسه يقع الظنّ في طريق إثباته، ممّا يجعل تقرير البصمة الوراثية غير قادر على نفي النسب. أمّا إثبات النسب بهذه البصمة الوراثية فلا يكون إلّا في عقد صحيح لا يتمّ اللعان فيه بين الزوجين، فإنّ تمّ اللعان فاللعان أقوى من البصمة الوراثية".²

2 - إنّ الطّريق الوحيد لنفي النسب في الشّرع لا يكون إلّا عن طريق اللعان المنصوص عليه في الكتاب والسّنة، ولو افترضنا جدلاً أنّ الزّوجة أقّرت بصدق زوجها فيما ادّعى عليها من الوقوع في الفاحشة والخيانة الزّوجية، وحملها للولد من سفاح، ومع ذلك كلّ هيلحق نسب الطّفل بالزّوج عملاً بقوله - ص - : {الولد للفراش وللعاهر الحجر}، ولا ينتفي عنه إلّا باللعان. فكيف يجوز إلغاء حكم شرعي ثابت بالكتاب والسّنة والإجماع بناءً على نظريات طبّية مظنونة؟³

من جهته الدكتور محمد سليمان الأشقر - أحد علماء الدّين شغل سابقاً منصب أستاذ في كلّية الشّريعة في الجامعة الأردنيّة في عمّان - يقول: "إنّه لن يكون مقبولاً شرعاً استخدام الهندسة الوراثية والبصمة الوراثية لإبطال الأبوة التي تثبت بطريق شرعيّ صحيح من الطّرق التي تقدّم بيانها، ولكن مجال العمل بالبصمة الوراثية سيكون في إثبات أو نفي أبوة لم تثبت بطريق شرعيّ صحيح...".⁴

وفي ردّه على ما ذهب إليه بعض الفقهاء المعاصرين إلى أنّه يمكن الاستغناء عن اللعان نتيجة البصمة الوراثية، يقول الدكتور علي محي الدّين القزّة داغي - الأمين العام للاتّحاد العالمي لعلماء المسلمين -: "...ونحن لا نرى هذا الرّأي؛ لأنّ مقصد الشّارع في تشريع اللعان هو سدّ أبواب الخوض في الأعراض والنّسب حتّى لا تتعرّض للاضطرابات والفوضى؛ حيث أنّ من أراد نفي نسب

¹ - عبد الستار فتح الله سعيد، المرجع السابق، ص 147.

² - ماينو جيلالي، الإثبات بالبصمة الوراثية، (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل شهادة الدكتوراة في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد بتلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، 2014-2015، ص 183.

³ - نجم عبد الله عبد الواحد، البصمة الوراثية وتأثيرها على النسب إثباتاً أو نفياً، م3، أعمال وبحوث الدورة السادسة عشرة للمجمع الفقهي الإسلامي في مكة المكرمة، في الفترة ما بين 05-10 جانفي 2002، ص 06.

⁴ - محمد سليمان الأشقر، إثبات النسب بالبصمة الوراثية، المرجع السابق، ص 454.

ولد ثابت بالفراش ليس أمامه إلا اللجوء إلى اللعان، بحيث لا يقدم عليه إلا في حالات الضرورة القصوى. فلذلك لا يمكن أن تحل محلّه البصمة الوراثية فينفى بها النسب دون اللعان، ويمنعه عندما تكون نتيجة البصمة الوراثية تدلّ على إثبات النسب حينئذ لا يجوز للزوج أن يصرّ على اللعان".¹

3 - لا يمكننا اعتماد البصمة الوراثية فحسب لإقامة حدّ الزنا على الزوجة بل لا بدّ من البيّنة، فهذا دليل على أنّها ليست حجة بذاتها، إذ كيف يعقل أن تقدّم البصمة الوراثية على اللعان ولا نأخذ بها في إقامة الحد؟²

4 - أنّ البصمة الوراثية مقيسة على القيافة فتأخذ حكمها، والقيافة تعتمد على الشبه ومعرفة ذلك من الآباء والفروع، فلا دخل لها في نفي النسب، ذلك أنّ الولد إذا ثبت نسبه للزوج بحكم الفراش فلا يلتفت إلى قول القائف بأنّ الولد ليس من الزوج. وقد أهدر النّبي - ص - الشّبه مقابل اللعان، وبالتالي فإنّ البصمة الوراثية لا تنفي النسب ولا تحلّ محلّ اللعان.³

5 - لو فتح باب الاعتماد على البصمة الوراثية لنفي النسب والاكتفاء بها دون اللجوء إلى اللعان لأدى ذلك إلى حالات خطيرة من حيث استسهال هذا اللجوء والتساهل في نفي النسب الذي يعتبر الحفاظ عليه من الضروريات، وبالتالي إلى فوضى واضطراب في هذا الأمر الخطير الذي يترتب على أيّ تساهل فيه مفسد عظيمة، لذلك لا بدّ من سدّ هذا الباب ومنع هذه الوسيلة والدّريعة المؤدية إلى ذلك".⁴

أصحاب هذا الرأي مع قولهم أنّه لا يجوز الاكتفاء بالبصمة الوراثية عن اللعان لكنهم يجيزون الاستعانة بالبصمة الوراثية في التقليل من حالات اللعان لاحتمال أن يكون الولد قد تخلّق من ماء الزوج، فيكون ذلك سبباً للعدول عن اللعان.

وفي ذلك يقول عمر محمد بن السبيل : "...هذا ومع أنّه لا يجوز الاكتفاء بالبصمة الوراثية عن اللعان، فإنّه يحسن الاستعانة بها على اعتبار أنّها قرينة قد تحمل الزوج عن العدول عن اللعان فيما إذا ثبت من خلال نتائج البصمة الوراثية أنّ المولود على فراشه هو ابنه قد تخلّق من مائه، وهذه مصلحة شرعية يدعو إليها الشرع ويتشوّف إليها لما فيها من تأكيد للأصل الشرعي وهو أنّ الولد

¹ - علي محي الدين القرة داغي، « البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي »، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة، العدد 16، 2003، ص 53.

² - عبد الرشيد محمد أمين قاسم، المرجع السابق، ص 70.

³ - هشام بن عبد الملك بن عبد الله بن محمد آل الشيخ، أثر التقنية الحديثة في الخلاف الفقهي، المملكة العربية السعودية: الرياض، مكتبة الرشد، ط1، 2006، ص 723.

⁴ - علي محي الدين القرة داغي وعلي يوسف المحمدي، فقه القضايا الطبية المعاصرة، المرجع السابق، ص 357.

للفراش، ولما فيها من درء مفسدة اللعان وضرره. فإن أصرَّ الوالد على طلب اللعان للانتفاء من نسب المولود على فراشه فذلك حقّ له لا يجوز منعه منه بناءً على ما ظهر من نتائج البصمة الوراثية من كون الولد المراد نفيه هو ابنه".¹

أمّا وهبة مصطفى الزحيلي فيقول: "...ويمكن الاستفادة من البصمة الوراثية في حال اللعان على نحو إذا كانت نتيجة البصمة الوراثية نفي النسب فإنّها تؤكّد اللعان الحاصل بين الزوجين، وتثبت صدق ادّعاء الزوج. أمّا إذا أثبتت البصمة نسب الابن من أبيه مع نفيه له ثبت النسب في الحقيقة، وانتفى في الظاهر وظهر خطأ الأب".²

من جهته ناصر عبد الله الميمان - الأمين العام المساعد لرابطة العالم الإسلامي لشؤون المساجد - يقول: "...لكن مع ذلك يمكن أن يستعان بالبصمة الوراثية في تقليل حالات اللعان، فإذا كان الزوج في شكّ من ولد على فراشه ويريد اللعان، فيمكن أن يؤمر أو يوجّه إلى إجراء تحليل البصمة الوراثية، فربّما أثبت التحليل بنوّة المولود من الزوج فيعدل بذلك عن اللعان ويلتئم شمل الأسرة، لكن لو أصرَّ الزوج على اللعان فله حقّ ذلك، ولكن ينبغي أن يوعظ وينبّه إلى أنّه قد يدخل في وعيد من جحد ولده وهو ينظر إليه".³

أمّا أسامة محمد الصلابي - عضو بالاتحاد العالمي لعلماء المسلمين - فيقول: "...غير أنّ الحاكم الشرعي يجدر به أن يستفيد من هذه التقنية الحديثة المتطورة وإجراء الفحوصات المخبرية للبصمة الوراثية للاستعانة بها كقرينة من القرائن التي يستعان بها على التحقق من صحة دعوى الزوج أو عدمها بغرض الحيلولة دون وقوع اللعان قدر المستطاع لحض الشارع على درء ذلك ومنعه، وتشوّفه لاتّصال الأنساب وبقاء الحياة الزوجية".⁴

على هذا الأساس يرى الباحث أنّ إمكانية الاستفادة بالبصمة الوراثية في نفي النسب أمرٌ ضروريّ نظرًا للدور الذي تحتله في عملية إجراء اللعان لا سيّما أنّها بالإمكان أن تحدّد بصورة قطعية نسب الولد المنفي هل هو من الزوج أو من غيره؟. وإذا كان اللجوء إلى الوسائل العلمية خصوصًا في

¹ - عمر بن محمد السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها استخدامها في النسب والجناية، المرجع السابق، ص 44.

² - وهبة مصطفى الزحيلي، البصمة الوراثية ودورها في الإثبات، م2، المرجع السابق، ص 524.

³ - ناصر عبد الله الميمان، « البصمة الوراثية وحكم استخدامها في مجال الطب الشرعي والنسب »، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد 18، جانفي 2003، ص 221.

⁴ - أسامة محمد الصلابي، « مجالات البصمة الوراثية وحجيتها في الإثبات »، مجلة كلية الآداب، منشورات جامعة قارونس، الجماهيرية العربية الليبية، العدد 35، 2011، ص 13.

الوقت الحاضر يفيد في ثبوت النسب فنعتقد أنه لا بدّ من سلوك هذا الطريق ولو على سبيل الاستدلال من القضاء لتسهيل مهمّة القاضي في هذا الموضوع الحساس لأنّه يحقّق مصلحة الولد في ثبوت نسبه وفي الحفاظ على حقوقه الماديّة والمعنويّة.

الفرع الثّاني: انتفاء النسب الشرعي بالبصمة الوراثيّة دون اللّعان

يرى أصحاب هذا القول ¹ إمكانية الاستغناء عن اللّعان والاكتفاء بنتيجة البصمة الوراثيّة إذا تيقّن الزوج أنّ الحمل ليس منه، لأنّ الزوج يلجأ إلى اللّعان لنفي نسب المولود عندما يفقد الشّهود الأربعة بواقعة زنا امرأته، ومع التّقدم العلمي في مجال البصمة الوراثيّة ودقّة نتائجها وقطيعة دلالتها، فإنّ هذا يكفي للشّهادة على ما يدّعيه الزوج. فإذا كان الإسلام اشترط لإجراء اللّعان انعدام الدّليل مع الزوج، فما وجه إجرائه إذا ثبت يقيناً بالبصمة الوراثيّة أنّ الحمل أو الولد ليس من الزوج؟. قالوا لا ينفي نسب الطّفل باللّعان إذا جاءت البصمة الوراثيّة مؤكّدة صحّة نسبه للزوج ولو لاعن، وينتفي النسب باللّعان فقط في حالة تأكيد البصمة الوراثيّة عدم صحّة نسب الولد للزوج، وتعدّ في هذه الحالة دليلاً تكميليّاً.²

أفتت دار الإفتاء المصريّة في القضيّة رقم 635 لسنة 1995 بمقتضى هذا الحكم، وعلّلت ذلك بأنّ ثبوت النسب حقّ الشّرع، والشّارع يتشوّف إلى إثبات النسب حرصاً على مصلحة الطّفل، ولا يوجد في واقعة الدّعوى ما يدلّ على نفي النسب خاصّة أنّه دخل بها وعاشرها معاشرة الأزواج في ظلّ عقد زواج صحيح شرعاً. إنّ إقرار دار الإفتاء المصريّة للعمل بالبصمة الوراثيّة إيماناً منها بأنّ الشّريعة الإسلاميّة تقبل أيّ نتاج علمي يخدم البشريّة.³ ومنهم من ذهب إلى القول أنّه إذا ثبت يقيناً عن طريق البصمة الوراثيّة نفي الحمل أو الولد عن الزوج فلا مساع هنا للجوء إلى اللّعان، وتكون

¹ - الدكتور محمد المختار السلامي مفتي تونس السابق، والدكتور يوسف القرضاوي والدكتور نصر فريد واصل والدكتور سعد الدين مسعد هلال، واعتمدته لجنة الفتوى بوزارة الأوقاف الكويتية، وعليه الفتوى بدار الإفتاء المصرية. عارف علي عارف القرة داغي، مسائل شرعية في الجينات البشرية، المرجع السابق، ص 127. وعبد الرشيد محمد أمين قاسم، المرجع السابق، ص 67 و68.

² - نصر فريد واصل، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، المرجع السابق، ص 109.

³ - بديعة علي أحمد، البصمة الوراثية وأثرها في إثبات النسب أو نفيه، (دراسة فقهية مقارنة)، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، ط1، 2011، ص 118.

البصمة في هذه الحالة كافية لنفي النسب وتعطى الزوجة حق اللجوء للعان لنفي الحد عنها، أما إذا ثبت عن طريق البصمة صحة نسب الولد للزوج حدّ حدّ القاذف.¹

قبل عرض أدلة هذا الفريق يمكن الإشارة إلى ردّهم على استدلال الفريق المانع، حيث نوقش استدلالهم بالآية الكريمة على أنّ المرأة لو رضيت بنتائج البصمة الوراثية في نفي النسب وحضيت بالقبول من القاضي حينئذ يمنع اللعان.

ثم إنّ آية اللعان قيّدت إجراءه إذا لم يكن ثمة شاهد إلاّ الزوج، ومفهومه أنّه لو كانت هناك بيّنة من شهود فإنّه لا يجري اللعان بل يثبت ما رمى به الزوج زوجته، فلو كانت هناك بيّنة أخرى غير الشهادة فلا وجه لإجراء اللعان كما لو أقرت الزوجة زوجها فيما رماها به من الزنا، فإذا منعنا وقوع اللعان لوجود سبب مانع له فما وجه إجرائه مع وجود بيّنة قطعية هي البصمة الوراثية؟² لا خلاف بين الباحثين في رضا الزوجين بإجراء البصمة قبل اللعان للتأكد وإزالة الشبهة أنّ ذلك يجوز في حقّهما، بل استحسّن بعض الفقهاء عرض ذلك على الزوجين قبل اللعان.³

هذا ما ذهب إليه الدكتور عمر محمد بن السبيل في موضع آخر باستحسان الاستعانة بالبصمة الوراثية مع أنّه من المانعين لعدم الاكتفاء بالبصمة الوراثية عن اللعان. على اعتبار أنّها قرينة قد تحمل الزوج على العدول عن اللعان فيما إذا ثبت من خلال نتائج البصمة الوراثية أنّ المولود على فراشه هو ابنه قد تخلّق من مائه، وهذه مصلحة شرعية يدعو إليها الشارع ويتشوّف إليها لما فيها من تأكيد للأصل وهو أنّ الولد للفراش، ولما فيها من درء مفسدة اللعان وضرره.

لو أنّ اللعان تمّ بين الزوجين وانتفى الزوج من الولد، ثمّ أكذب نفسه وعاد واستلحق الولد بنسبه فإنّه يلحق به سواءً أكان استلحاقه بسبب ما ظهر له من نتائج البصمة الوراثية قبل اللعان أو حتّى بعده، والتي تدلّ على أنّه ولده. أجمع الفقهاء على أنّ الملاحن إذا أكذب نفسه واستلحق الولد بعد نفيه فإنّه يقبل منه ويلحقه نسبه لتشوّف الشارع إلى ذلك.⁴

أما إذا تبين من خلال نتائج البصمة الوراثية صحّة ما يدّعيه الزوج من كون المولود على فراشه ليس ابنه، فذلك قرينة تقوّي جانب الزوج وتؤكد حقّه في اللعان.

¹ - سعد الدين مسعد هلال، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، المرجع السابق، ص 358.

² - سهير سلامة حافظ الأغا، قواعد النسب في ضوء علم الوراثة المعاصر، رسالة ماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية بغزة، فلسطين، 2009-2010، ص 91.

³ - عبد الرشيد محمد أمين قاسم، المرجع السابق، ص 72.

⁴ - ابن قدامة موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد، المغني، ج11، الرياض، دار عالم الكتب، ط 3، 1997، ص 156.

حكى الدكتور عمر محمد بن السبيل عن عبد العزيز القاسم وهو أحد القضاة في محكمة الرياض الكبرى أنه تقدّم إليه شخص بطلب اللّعان من زوجته للانتفاء من بنت ولدت على فراشه، فأحال القاضي الزوجين مع البنت إلى الجهة المختصة بإجراء اختبارات الفحص الوراثي، فجاءت نتائج الفحص بإثبات أبوة هذا الزوج للبنت إثباتاً قطعياً، فكان ذلك مدعاةً لعدول الزوج عن اللّعان وزوال ما كان في نفسه من شكوك في زوجته، كما زال أيضاً بهذا الفحص الحرج الذي أصاب الزوجة وأهلها جرّاء سوء ظنّ الزوج، فتحقّق بهذا الفحص مصلحة عظيمة ينتشّف إليها الشارع ويدعو إليها.¹

أما حديث الولد للفراش، فاعترض عليه على أساس أنّ النّبي - ص - حكم بنسب الولد للفراش لأنّه أمرّ ظاهر، والشّبه أمرّ محتمل فلا يقوى على معارضة الفراش ومع ذلك فقد احتاط النّبي - ص - فرتب على الشّبه حكماً وهو احتجاب سودة عنه وقد نسب إلى أخيها، فيعتبر الحديث حجة عليهم بدليل أنّ النّبي - ص - اعتبر الشّبه فأمر بالاحتجاب.² كما نوقش الاستدلال العقلي على أنّه إذا تراجع الزوج الملاحن عن نفي نسب الولد له جاز له ذلك لزوال الشّبهة التي من أجلها أقدم على اللّعان، وينبني على هذا أنّه ليس من الحكمة على الإطلاق ترك اللّجوء إلى البصمة الوراثية في تثبيت النسب أو إلغائه بين المتلاعنين والتّضييق عليهم في اللّجوء إلى اللّعان الذي يترتب عليه اللّعن والغضب من الله تعالى، فالأولى الاحتياط في مثل هذا، وبما أنّه يوجد البديل الأخفّ كان من الحكمة اللّجوء إليه.³ وفيما يلي أدلّة المجيزين لإحلال البصمة الوراثية محلّ اللّعان:

أ - قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ⁽⁶⁾ وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَةَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ⁽⁷⁾ وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ⁽⁸⁾ وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ⁽⁴⁾﴾.

وجه الدلالة من الآيات أنّ اللّعان يشرع إذا رمى الزوج زوجته بالفاحشة والحمل من سفاح، ولم يكن هناك من يشهد له إلّا الزوج نفسه. أمّا في حالة وجود البيّنة على صدق الزوج وهي في هذه الحالة البصمة الوراثية فلا داعي بعد ذلك لإجراء اللّعان أصلاً لاختلال الشرط في الآية، حيث إنّ البصمة

¹ - عمر محمد بن السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها استخدامها في النسب والجنائية، المرجع السابق، ص 45.

² - سهير سلامة حافظ الأغا، المرجع السابق، ص 92.

³ - عارف علي عارف القرة داغي، مسائل شرعية في الجينات البشرية، المرجع السابق، ص 133.

⁴ - سورة النور، الآية: 6 و 7 و 8 و 9.

هنا تحل محلّ الشهود في الدلالة على صدق الزوج فيما رمى به زوجته.¹ يضاف إلى ذلك أنّ الآية ذكرت درء العذاب ولم تذكر نفي النسب ولا تلازم بين اللعان ونفي النسب، فيمكن أن يلاعن الرجل ويدراً عن نفسه العذاب ولا يمنع أن ينسب الطفل إليه إذا ثبت ذلك بالبصمة الوراثية.² فالآية ليس فيها ما يدلّ على الاقتصار على اللعان، فدلّ على جواز النفي بالبصمة الوراثية.³ وتكون البصمة بمثابة الشهود التي تدلّ على صدق الزوج فيما يدّعيه على زوجته في حال ثبوت انتفاء النسب بين الزوج والمولود على فراشه من خلال نتائج البصمة الوراثية.⁴

إنّ نتائج البصمة الوراثية يقينية قطعية لكونها مبنية على الحسّ، فلذا أجرينا التحليل وثبت أنّ الطفل من الزوج وأراد أن ينفيه، فكيف نقطع النسب ونكذب الحسّ والواقع ونخالف العقل؟! لا يمكن البتّة أن يتعارض الشرع الحكيم مع العقل السليم في مثل هذه المسائل معقولة المعنى وهي ليست تعبدية، فإنكار الزوج وطلب اللعان بعد ظهور النتيجة نوع من المكابرة والشرع يتوّهأن يثبت حكماً بني على المكابرة.⁵ وقد قال أحد الأطباء إنّ نتيجة البصمة الوراثية في حال النفي تصل إلى 100%.⁶

ب - قوله تعالى: ﴿...وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِنْ أَهْلِهَا إِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدٌّ مِنْ قُبَلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ الْكَاذِبِينَ﴾⁽²⁶⁾ وَإِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدٌّ مِنْ دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ الصَّادِقِينَ⁽²⁷⁾ فَلَمَّا رَأَى قَمِيصَهُ قُدٌّ مِنْ دُبُرٍ قَالَ إِنَّهُ مِنْ كَيْدِكُمْ إِنْ كَيْدُكُمْ عَظِيمٌ⁷.

وجه الدلالة من الآيات إنّ شقّ القميص من جهة معينة عدت نوعاً من الشهادة، والبصمة الوراثية تقوم مقام الشهادة.⁸

ج - قوله تعالى: ﴿ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ...﴾¹.

¹ - محمد المختار السلامي، إثبات النسب بالبصمة الوراثية، المرجع السابق، ص 405.
² - حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات، المرجع السابق، ص 807.
³ - سعد الدين مسعد هلال، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، المرجع السابق، ص 357.
⁴ - أحمد بن عبد الله بن محمد اليوسف، «إثبات النسب بالقرائن الطبية المعاصرة»، مجلة الدراسات الطبية الفقهية، المملكة العربية السعودية، وزارة التعليم، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، العدد 01، 2015، ص 335.

⁵ - سلطاني توفيق، حجية البصمة الوراثية في الإثبات، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، تخصص علوم جنائية، جامعة الحاج لخضر بباتنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، 2010-2011، ص 93.

⁶ - بديعة علي أحمد، المرجع السابق ص 106.

⁷ - سورة يوسف، الآية: 26 و 27 و 28.

⁸ - عبد الرشيد محمد أمين قاسم، المرجع السابق، ص 62.

وجه الدلالة من الآية أنّ من أهم المقاصد الشرعية في الإسلام الاهتمام بالأنساب، والحفاظ على حقوق الطفل بإلحاقه بنسب أبيه، وتعدّ البصمة الوراثية إحدى الطرق الكفيلة بإثبات استحقاق للنسب، لذلك إذا أراد الأب لأوهام وشكوك فردية أو للتهرب من النفقة أو لأيّ غرض آخر نفى النسب فإنّ العدل يقتضي إلحاق الطفل بأبيه وتقويت الفرصة على مرضى النفوس العبث بالأنساب، حتّى لا يكون ذلك وسيلة إلى ضياع الطفل وحقوقه المشروعة.²

ممن ذهب إلى هذا القول عب د المعطي بيومي - عضو هيئة كبار العلماء ومجمع البحوث الإسلامية بالأزهر - قال: "إنّ اللعان أصبح لا يجدي في زمن فسدت فيه كثير من الذمم وضعف فيه الوازع الديني، وأنّ الأخذ بالوسائل العلمية خاصة تحليل الـ (DNA) بوصفها شهادة قاطعة للنزاع ومنصفة للأبناء ومحققة لمصلحتهم وواضعة للعدالة موضعها الصحيح، حيث تردع المتطاولين على الشرف وحفظ الأنساب والأيمان التي يحلف بها الزوجان في اللعان. كانت رادعة للناس في عصور كان الخوف فيها من الله يردع الناس عن ارتكاب المظالم وظلم النساء والأولاد، أما اليوم أصبح لا يعبأ الكثيرون بحدود الله ولا بالأيمان الغموس".³ لذلك إنّ استخدام التحليل الوراثي في قضايا النسب أوجب من اللعان، ويمكن أن يتمّ التوقف الآن عن الأخذ بقضايا اللعان بين الزوجين لأنّه ظني في التصديق، ولأنّ هدفه الذي شرع من أجله هو إثبات النسب، وهو ما لا يحقّقه قطعاً، على أن يؤخذ بالبصمة الوراثية لكونها قطعية النتيجة أمام القضاء، ويمكن للقاضي أن يمنع قبول اللعان ويقضي بالتحليل الجيني إجباراً للزوجين على إثبات النسب في حالة إنكار الزوج حتّى لو كانت هناك دعوى لعان مقامة وتمّ الأخذ بها وأثبت التحليل النسب فإنّه يؤخذ به ولا ينفي اللعان النسب.⁴

إنّ استخدام الحامض النووي في إثبات النسب ليس معناه إلغاء النص القانوني الوارد في صورة النور باجتهاد بشري، وإنّما معناه أنّ الأدلة العلمية مثل (DNA) يمكن أن يتكشف معها مدى

¹ - سورة الأحزاب، الآية: 05.

² - ابن قيم الجوزية أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب، زاد المعاد في هدي خير العباد، ج5، المرجع السابق، ص 381.

³ - مسعود صبري، «تحقيق في فتوى اتهام الزوجة بالزنى عن طريق الـ DNA»، مجلة المجتمع الكويتية، العدد 1662، بتاريخ 30 جويلية 2005، ص 55.

⁴ - سهيلة زين العابدين حماد، «البصمة الوراثية واللعان»، جريدة المدينة المنورة، بتاريخ الثلاثاء 2011/08/30: <http://www.al-madina.com/node/324123>

المصادقية في إثبات النسب خاصة أن اللعان عبارة عن قسم ولا يؤمن اليوم مدى مصداقية صاحب القسم، فلماذا لا يتم العمل بما يصدقه إن كان صادقاً أو يكذبه إن كان يفترى على الله الكذب؟¹

د - قول النبي - ص-: {...وأيا رجل أنكر ولده، وقد عرفه، احتجب الله منه يوم القيامة، وفضحه على رؤوس الأشهاد}.²

وجه الدلالة من الحديث أنه صريح في منع إنكار نسب أو جحوده باللعان بعد معرفته أو ثبوته بالبصمة الوراثية. ويدعم هذا الرأي قول الفقهاء بمنع الزوج عن اللعان إذا غلب على ظنه أنه منه أو لم يتأكد أنه للزاني. جاء في روضة الطالبين: "...إذا أنت بولد يمكن أن يكون منه، لكنه رآها تزني واحتمل كونه من الزنا، فليس له نفيه".³ وجاء في المغني: "...وأما إذا أنت زوجته بولد فشك فيه من غير معرفته لزناها فلا يحل له قذفها ولا لعانها، وكذلك إن عرف زناها ولم يعلم أن الولد من الزاني ولا وجد دليلاً عليه، فليس له نفيه، لأن الولد للفرش وللعاهر الحجر".⁴

يستدل بمنعهم الزوج عن نفي الولد باللعان إذا لم يكن متأكداً أن الحمل من الزاني ولو رآها تزني، فكيف إذا كان الأمر مقطوعاً به في إثبات الولد له بقرينة قاطعة كالبصمة الوراثية؟، عندها لا يحق له من باب أولى. وجد اللعان لنفي النسب نتيجة رؤية الزوج زوجته تزني أو اشتبه بذلك انسجاماً مع الأدلة الواردة التي تقول بعدم إدخال ما ليس منه في نسبه. لكن البصمة الوراثية قطعت في صحة النسب له، فلا يكون نفيه عنه باللعان منسجماً مع تشويف الشارع إلى ثبوت الأنساب.⁵ علماً أن تشويف الشرع إلى إثبات الأنساب ولو من أدنى الطرق أو لمجرد شبهة، فكيف لا نثبت به بالبصمة الوراثية وهي قرينة قاطعة على أقل تقدير؟.

هـ - قياس الحقائق العلمية على القياس حيث قبل جمهور العلماء القياس وعملوا بها طريقاً شرعياً في مجال النسب، والقائف إنما يتكلم عن حدس وفراصة، وحكمه يحتمل الخطأ كما أنه قد يقول الشيء ثم يرجع عنه إذا رأى أشبه منه. وقياس الحقائق العلمية على القياس أولى، لأن نتائج الحقائق

¹ - سهيلة زين العابدين حماد، «البصمة الوراثية واللعان»، نفس المرجع.

² - ابن ماجه عبد الله محمد بن يزيد، سنن ابن ماجه، ج4، دمشق، دار الرسالة العالمية، ط1، 2009، ص 43.

³ - النووي محي الدين أبو زكريا يحيى بن شرف، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج8، بيروت، المكتب الإسلامي، ط3، 1991، ص 329.

⁴ - ابن قدامة موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد، المغني، ج2، لبنان: بيروت، بيت الأفكار الدولية، ب.ط، 2004، ص 1919.

⁵ - تمام محمد اللودعمي، الجينات البشرية وتطبيقاتها، (دراسة فقهية مقارنة)، الولايات المتحدة الأمريكية، فرجينيا، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، ط1، 2011، ص 156 و 157.

العلمية التي من بينها البصمة الوراثية نتائج صحيحة لا تخطأ، فهي تعتمد على أساليب علمية دقيقة مما جعلها أرجح وأقوى من القيافة.¹

و - القياس على إجماع عملي للأمة حيث قبل فقهاء الأمة بوسائل علمية مستحدثة في مجال إثبات الشخصية سهلت التعامل بين الناس. لم يثبت عن أحد من العلماء أو الفقهاء أن أنكر العمل بهذه الوسائل المستحدثة وتم استخدامها والتعامل بها، وهذا نوع من الإجماع العملي الذي تترتب عليه آثاره في إثبات الأحكام. إضافة إلى أن هذه الوسائل قد أثبتت فعاليتها وصحة نتائجها مما كفل لها الاستمرار والثبات. فتقاس الحقائق العلمية المعاصرة ومنها البصمة الوراثية على وسائل إثبات الهوية الشخصية بجامع أن كلاً منها تعطي نتائج صحيحة وقاطعة في مجال العمل بها.²

قالوا إذا تيقن الزوج أن زوجته لم تحمل منه لأنه استبرأها بحيضة واحدة ولم يمسه بعد ذلك، وظهر بها حمل فإنه يتأني به الموضوع، ثم يقدم القارئ بعد التثبت ما كشفته له القراءة من اتصال بين الأب والمولود أو عدم اتصال ويكون هذا مغنياً عن اللعان. ذلك لأن اللعان هو الاستثناء وليس القاعدة فلا يلجأ إليه إلا عند انعدام الدليل مع الزوج، وأن الأصل هو البيّنة أو الشهادة، فإذا أثبتت البصمة الوراثية صحة قذف الزوج لزوجته بالزنا أو نفي النسب، فلا وجه لإجراء اللعان لأن البصمة الوراثية بينته بمثابة الشهادة.³ أن البصمة الوراثية يجوز الاعتماد عليها في نفي النسب ما دامت نتيجتها قطعية كما يردّ دعوى الزوج في نفي النسب إذا أثبتت نتائج البصمة الوراثية القطعية لحقوق الطفل به، لأن قول الزوج حينئذٍ مخالف للحسد والعقل وليس ذلك تقديمًا للعان، وينبغي للقضاة أن يحيلوا الزوجين قبل إجراء اللعان لفحوص البصمة الوراثية لأن إيقاع اللعان مشروط بعدم وجود الشهود، فإذا كان لأحد الزوجين بيّنة تشهد له فلا وجه لإجراء اللعان.⁴

فيما يلي أقوال بعض الفقهاء القائلين بأن البصمة الوراثية تحل محلّ اللعان:

أ - ذهب لذلك الشيخ محمد المختار السلامي - رجل دين وشيخ تونسي كان مفتي الجمهورية التونسية - قال: "...أجدني مطمئناً إلى اعتماد البصمة الوراثية في كلّ تلك الصور، فيها يثبت النسب

¹ - ناصر عبد الله الميمان، المرجع السابق، ص 612 و 613.

² - ناصر عبد الله الميمان، نفس المرجع، ص 615.

³ - بوصبع فؤاد، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في إثبات ونفي النسب، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون الجنائي، جامعة منتوري بقسنطينة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، 2011-2012، ص 157.

⁴ - هاشم محمد علي الفلاحي، حجية البصمة الوراثية في قضايا النسب والقضايا الجنائية، (دراسة مقارنة)، الجمهورية اليمنية، المعهد العالي للقضاء، الدفعة 16، 2009-2010، ص 84.

أو ينفي، وتكون النتيجة كشف عنها الاختبار العلمي أحقّ بالقبول. يؤكد ذلك أن الله تعالى يقول: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ...﴾¹. فالقرآن بتقييده أن الزوج الذي لم يكن له شهاداء إلا نفسه يُمكن من اللعان، هو ما يوحى بأنه إذا كان له ما يتأيد به قوله لا يلتعن. وما يكشفه الاختبار الجيني كما يقرره العلماء المختصون هو يقيني، وهو أقوى من الشهادة التي لا تبلغ أن تتجاوز الظن بالصدق. ومن ناحية أخرى فإن البصمة الوراثية دلالتها على الارتباط بين المولود ووالده يقينية، والشرع يقيني ولا يمكن أن يعارض اليقين اليقين².

ب - الدكتور سعد الدين مسعد هلالي - عميد كلية الدراسات الإسلامية والعربية فرع الأزهر بأسوان ودمياط سابقاً - قال: "إن اللعان إنما هو لدفع الحد عن الزوجة لاحتمال أن يكون حملها بسبب وطء أو شبهة، وينحصر دوره بالنسبة للزوج إذا كان معه، فإن كان مع الزوج الدليل الشرعي فلا وجه لللعان أي ينفي الولد بالبصمة الوراثية وإن كان ضد الزوج وجب عليه حد القذف ولا يكون اللعان إلا لتدراؤ الزوجة عن نفسها حد الزنا"³.

ج - الدكتور نصر فريد واصل - رئيس الهيئة الشرعية للحقوق والإصلاح ومفتي الديار المصرية السابق - قال: "إذا جاءت البصمة الوراثية وأثبتت نسب الطفل إلى الزوج فإنه لا ينفي نسب الطفل حتى ولو لاعن الزوج. لأن الشارع يتشوف إلى إثبات النسب رعاية لحق الصغير خاصة وأن نتائج البصمة الوراثية دقيقة ويقينية قطعية. ولخرب الدّم عند بعض الناس في هذا العصر فقد يكون باعث الزوج الكيد لزوجته، وفي ذلك إقرار للحق واستقرار للأوضاع في المجتمع"⁴.

الذي يقوي أدلة هذا الفريق على إباحة استخدام البصمة الوراثية في نفي النسب بالاستغناء عن اللعان حالة تراضي الزوجين على نفي النسب دون لعان بعد اعتراف الزوجة بالزنا، وسمّاها الفقهاء مسألة تصادق الزوجين على نفي الولد. فإذا تدعّم ذلك بإثبات هذا التّفي عن طريق البصمة الوراثية وهي بمنزلة قرينة قاطعة كان ذلك أدعى لاعتبار هذا الرّأي، ومن ثمّ صحّة نفي النسب بالبصمة الوراثية. كما أن الأحوال التي يجوز فيها نفي النسب بغير لعان كثيرة،⁵ وهي دليل قوي على

¹ - سورة النور، الآية: 06.

² - محمد المختار السلامي، التحليل البيولوجي للجينات البشرية وحجّته في الإثبات، م2، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المنعقد ما بين 07-05 2002، ص 456.

³ - سعد الدين مسعد هلالي، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، المرجع السابق، 358.

⁴ - نصر فريد واصل، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، المرجع السابق، ص 110.

⁵ - تعرض العلماء في كتبهم لطرق أخرى من نفي النسب، وصرحوا بأنها تنفي الولد بغير لعان منها: ظهور الحمل على المرأة إذا أتت به لأقل من ستة أشهر وهي على فراش الزوجية أو أتت به بعد مضي أكثر من مدة الحمل للبائن

أنَّ اللّٰعَانَ ليس الطَّرِيق الوحيد لنفي النّسب، ولمّا كانت جميع هذه الطّرق تعتمد على قرائن قويّة أو قاطعة يختلف في قوّتها باختلاف الأفهام، فإنّ نفي النّسب بالبصمة الوراثيّة أقوى من كلّ تلك القرائن التي عدّها الفقهاء.¹

يدعم هذا الرّأي ما ذهب إليه الحنفيّة والحنابلة إلى أنّ المرأة لو امتنعت عن اللّعان وصدّقت زوجها في نفي الولد فلا حدّ ولا لعان، ولا ينفى الولد عن والديه.² كما يدعم أيضًا قول المالكيّة القائل بالنّفي بالتّصادق أنّه أصبح هناك شاهد آخر يدرأ الحدّ بالشّبهة، هذا الشّاهد هو البصمة الوراثيّة. فالآية تقول: ﴿...وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ...﴾، فأصبح هناك شاهدان الأوّل شهادة المرأة على نفسها والثّاني شهادة البصمة الوراثيّة وهي بمنزلة قرينة قاطعة.³

د - ذهب الدّكتور يوسف القرضاوي إلى القول: " أنّ التّحاكم إلى البصمة الوراثيّة جائز إذا كان بطلب من الزّوجة دون الزّوج، حتّى تمكّن من درء التّهمة عن نفسها وتحفظ حقّها، وليس في ذلك اعتداء على حقّ شخص آخر ".⁴

من هنا يترجّح لدى الباحث حجّية الاعتماد على الحقائق العلميّة المعاصرة في نفي النّسب، وبالتالي جواز الاكتفاء بنتيجة البصمة الوراثيّة عن إجراء اللّعان، فلا حاجة للّجوء إلى اللّعان بعد التّيقن من نسب الولد بواسطة البصمة، لأنّ نتائج الفحص الجيني حقائق علميّة يقينيّة لا يمكن الإعراض عنها ولا تجاهلها، ولأنّ الزّوج يلجأ إلى اللّعان لنفي نسب المولود عندما يفقد الشّهود الأربعة بواقعة زنا امرأته. ومع النّقد العلمي في مجال البصمة الوراثيّة ودقّة نتائجها وقطعيّة دلالتها، فهذا يكفي للشّهادة على ما يدّعيه الزّوج. كما أنّ اللّعان الذي شرّع رفعًا للحرّج عن الأزواج لا تعرف فيه الحقيقة فقد يفضي إلى ظلم الطّفل بحرمانه من النّسب وإلى ظلم الزّوجة بالطّعن في عرضها إذا لم يكن الزّوج ممّن يتّقي الله خاصّة في عصرنا الذي قلّ فيه الوازع الدّيني ولم يعد للأسرة قدسيّتها. وهنا نقول لم لا نجمع بين اللّعان والبصمة الوراثيّة للتّأكّد من صحّة الاتّهام أو نفيه، فهناك قضايا لعان ترتّب عليها عدم انتساب أطفال اللّعان إلى آبائهم، وقد يكون الزّوج لاعن زوجته انتقامًا

أو المتوفى عنها زوجها. - التصديق بنفي الولد قبل اللّعان، فينفى عنه دون أن يلاعن. - إذا حدثت المرأة بالبينة فينفى الولد من غير لعان. تمام محمد اللودعمي، المرجع السابق، ص 123 وما يليها.

¹ - تمام محمد اللودعمي، المرجع السابق، ص 153.

² - سعد الدين مسعد هلال، البصمة الوراثيّة ومجالات الاستفادة منها، المرجع السابق، ص 386.

³ - محمد المختار السلامي، الجوانب الفقهيّة للبصمة الوراثيّة ومدى حجّيتها في إثبات النّسب، ج1، ثبت أعمال الندوة

11 للمنظمة الإسلامية للعلوم الطّبيّة، بعنوان: الوراثة والهندسة الوراثيّة والجينوم البشري والعلاج الجيني، الكويت،

1998، ص 405.

⁴ - يوسف القرضاوي، فتاوى معاصرة، الكويت: دار القلم، ط3، 2003، ص 901.

منها وهو متأكد من أن طفل اللعان هو طفله، وإن رفض أخذ الحامض النووي منه للتأكد من صحة اتّهامه لزوجته يثبت نسب الطفل إليه، فرفض حلف اليمين دليل إدانة ورفض أخذ الحمض النووي منه. ينبغي على القاضي قبل إجراء اللعان بين الزوجين أن يعرض على الزوج إجراء البصمة الوراثية قبل إقدامه على اللعان لما في ذلك من تصحيح توهمه أو تأكيد ظنه، فإن ساورت الزوج شكوك وأوهام حول امرأته، وأقدم على إجراء البصمة الوراثية للولد وكانت النتائج تبطل تلك الشكوك ندم على ذلك الظن وحفظ حق العشرة مع زوجته، لما فيه من حفظ حق الولد في الانتساب إليه ما أمكن ذلك، ولما فيه أيضاً من حفظ فراشه من التشويه، وحفظ الأسرة والمجتمع من التفكك والتشردم. العمل بنتائج البصمة الوراثية لا يسقط العمل باللعان ولا يعارضه. لأن انتفاء النسب ليس السبب الأوحد لقيام اللعان، فإجراء الملاعة للتفريق بين الزوجين، وإجراء فحص البصمة الوراثية يتم لمعرفة ما إذا كان الزوج الملاحن هو الأب الحقيقي أم لا، فإن جاءت نتيجة البصمة الوراثية تؤكد انتفاء النسب فلا إشكال هنا؛ إذ يصبح اللعان سبباً موجباً للفرقة وينتفي النسب عن الزوج، وهكذا يتحدد أثر اللعان مع نتيجة البصمة الوراثية في نفي النسب، فإذا جاءت نتيجة البصمة الوراثية مؤكدة ثبوت النسب من الزوج الملاحن حكم القاضي بلزوم النسب منه مع بقاء اللعان كإجراء للفرقة بين الزوجين، لأن اللعان قد يكون من أجل تهمة المرأة بالزنا وليس من أجل نفي الولد، فيحق للزوج حينئذ أن يلاعن لهذا الغرض.¹

يظهر لنا أن القول بجواز نفي النسب بالبصمة الوراثية يجري وفقاً لما نقل الماوردي عن الشافعي أنه قال: "إذا أحاط العلم أن الولد ليس من الزوج فالولد منفي عنه بلا لعان".² يجدر بنا الاستفادة من هذه التقنية الحديثة المتطورة مع إمكانية إجرائها قبل نفي نسب الولد باللعان، وعلى القاضي أن يستفيد من إجراء التحليل للاستعانة به على التحقق من صحة الدعوى أو عدمها لمنع الوصول إلى مرحلة اللعان قدر المستطاع، فإذا أثبتت البصمة أن الولد المشكوك فيه منه عندئذ ينتهي أمر الشك، وعليه الاكتفاء بهذه النتيجة، وهذه مصلحة شرعية يدعو إليها الشرع ويتشوّف لاتصال الأنساب وبقاء الحياة الزوجية. إن الأخذ بهذه التقنية يحقق مقصود الشرع في حفظ نسب الطفل من الضياع ويصدّ ضعفاء الضمائر من الإقبال على الحلف بالله كاذبين، ولما فيها من

¹ - عاصم بن منصور بن محمد أبا حسين، «إثبات النسب بالبصمة الوراثية بعد نفيه باللعان، (دراسة فقهية)»، مجلة الجمعية الفقهية السعودية، المملكة العربية السعودية، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، العدد 21، 2015، ص 480.

² - الماوردي أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختص المزني، ج11، لبنان: بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1994، ص 159.

تأكيد للأصل الشرعي وهو أنّ الولد للفرّاش، أمّا إذا أثبتت البصمة أنّ الولد ليس منه، فلا ينتفي النسب إلاّ باللّعان. بمعنى إذا جاءت البصمة الوراثية مخالفة لقول الزوج فلا يلتفت لدعواه بنفي النسب وإنّ لا عن أو طلب اللّعان، وأنّ نسب الطّفل يثبت للزوج ويجري عليه أحكام الولد وإنّ جاءت موافقة لقول الزوج، فله أن يلاعن.

قال الدكتور نصر فريد واصل: " قد يكون العمل في مجال البصمة واجباً إذا كانت هي السبيل لبيان ومعرفة الحقيقة، وإذا تعيّن طريقاً لردّ الحقّ أو تبرئة المظلوم، وإذا تعيّن على بعض المتخصّصين فإنّه يجب عليهم العمل بها لتحقيق النّفع للأمة... وقد يكون العمل بها مندوباً إذا ترتّب على العمل بها منافع وفوائد للمجتمع دون أن يكون في ترك العمل بها مضار ¹."

الاكتفاء بالبصمة هو في الواقع من باب التّحقّق من سلامة الإجراءات التي يقوم عليها اللّعان وضمان توقّر الشّروط إلزاميّة قبل اللّجوء إليه. وأنّ تأخير اللّعان لا يجري عليه بالإبطال، فإنّ حكم اللّعان باقٍ حتّى ولو لم يكن هناك حمل أو ولد. قد يلاعن الرّجل زوجته للفرقة المؤبّدة ولنفي العار عنه. فالملاعنة إجراء قضائي يمرّ بمراحل أولية قبل الإقدام عليه، وإلّا كان إخلالاً بالنّظام الذي ينأسس عليه، ومن ثمّ يؤدّي ذلك إلى الخطأ في الحكم القضائي ².

في الأخير يبقى السّؤال مطروحاً فيما إذا رغب الزوج باللّعان لنفي نسب الولد، بعد ثبوت الولد منه بالبصمة الوراثية، فهل يجاب للّعان؟.

إذا جاءت نتائج البصمة الوراثية بإثبات أنّ الولد المتنازع في شأنه هو من الأب الذي يدّعي نفيه، وأصرّ الزوج على أنّه ليس منه، وعلى طلب اللّعان للانتفاء من نسب المولود على فراشه. فهل نثبت أنّ ذلك الولد منه بناءً على تلك الحقيقة العلميّة أو أنّنا نلغي نتائج البصمة الوراثية ونجيب الزوج إلى طلبه في نفي الولد باللّعان؟.

¹ - نصر فريد واصل، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، المرجع السابق، ص 63.

² - دليل الترجيح بناءً على أقوال العديد من أهل العلم المعاصرين أمثال: الدكتور علي محي الدين القرة داغي والدكتور علي يوسف المحمدي، فقه القضايا الطبية المعاصرة، (دراسة فقهية طبية مقارنة)، المرجع السابق، ص 355. الدكتور سعد الدين مسعد هلال، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، (دراسة فقهية مقارنة)، أعمال وبحوث 16 للمجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، المرجع السابق، ص 275. الدكتور عمر بن محمد السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها استخدامها في النسب والجناية، المرجع السابق، ص 44. عارف علي عارف القرة داغي، مسائل شرعية في الجينات البشرية، المرجع السابق، ص 127.

نظرًا لاختلاف العلماء المعاصرين في هذه المسألة ترجّح للباحث قول الفريق القائل
العمل بالبصمة الوراثية في هذه الحالة، ويوقف العمل باللّعان لنفي نسب الولد إذا أثبتت اختبارات
البصمة الوراثية صلة الولد بالأب المدّعي نفيه. على اعتبار أنّ نتائج البصمة الوراثية قطعية أو شبه
قطعية في الدلالة على الواقع، ممّا يستوجب الاطمئنان إليها، وهيّ بذلك تكون أقوى في الدلالة على
المقصود من اللّعان الذي قد يعتريه الشكّ أو الخطأ، فيكون العمل بها من باب العمل بالدليل
الأقوى، لأنّ البصمة الوراثية تستند إلى قواعد علمية محسوسة وظاهرة.

استنادًا لحديث أبي هريرة،¹ على أنّ الرسول - ص - كان أوّل من تحدّث عن استخدام
البصمة الوراثية في إثبات النسب، فقد أشار النبي - ص - لمن أراد أن ينفي ولده بحجة اختلاف
في لون البشرة أنّ الشبه الظاهري ليس المعوّل عليه في ثبوت النسب أو نفيه، فأرشدته إلى التّبرّص فيما
هو أدقّ منه وهو الشبه الوراثي الدّخلي الذي عبّر عنه بنزعة عرق، وهيّ إشارة إلى انتقال الجينات
من الآباء إلى الذرية بواسطة فصائل الدّم والبصمة الوراثية. ثمّ إنّ الطّرق الشرعية في إثبات النسب
أو نفيه غير مقصودة لذاتها، فهيّ لم تشرّع على سبيل التعبد المحض، وإنّما المقصود بها الوصول
إلى الحقّ وردّ الباطل، فإذا توفّر لنا ما يحقّق هذا المقصود بالطّرق العلمية الحديثة وكان أقوى في
الدلالة على الحكم الشرعي، كان العمل به أولى وأقرب إلى مراد الشارع.²
إنّ البصمة الوراثية من القرائن التي تبطل الدّعوى أو تصحّحها إذا وافقت الحسّ
أو خالفته، وهيّ لا تثبب أمرًا جديدًا إلّا أنّها تدلّ على صاحب الفراش والنسب الذي يلحقه عند التّنازع
أو الاشتباه. وبالتالي فهيّ تمنع من نفي الولد في اللّعان إذا أثبتت أنّ الولد من الزوج لأنّها تدلّ على
وهمه أو كذبه في دعواه.

وعليه ما ذهب إليه الفريق الذي قال بإحلال البصمة الوراثية محل اللّعان، كان هو الرّأي
الرّاجح في تقديرنا. إذ أنّ اللّعان استثناء من القاعدة لعدم وجود دليل إثبات لدعوى الزوج، والبصمة
الوراثية دليل قاطع ويقيني لا مجرّد نظرية قابلة للتّعديل.

**المطلب الثاني: موقف القانون من نسب الطّفل النّاتج عن اللّعان وأثر البصمة الوراثية
عليه**

¹ - عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، أَنَّ رَجُلًا أَتَى النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، وُلِدَ لِي غُلَامٌ أَسْوَدٌ،
فَقَالَ: «هَلْ لَكَ مِنْ إِبِلٍ؟» قَالَ: نَعَمْ، قَالَ: «مَا أَلْوَانُهَا؟» قَالَ: حُمْرٌ، قَالَ: «هَلْ فِيهَا مِنْ أَوْزُقٍ؟» قَالَ: نَعَمْ، قَالَ: «فَأَنَّى
ذَلِكَ؟» قَالَ: لَعَلَّهُ نَزَعُهُ عِرْقٌ، قَالَ: «فَلَعَلَّ ابْنُكَ هَذَا نَزَعَهُ». - النووي محي الدين أبو زكريا يحيى بن شرف، المنهاج

في شرح صحيح مسلم بن الحجاج شرح النووي على مسلم، ج10، المرجع السابق، ص 133.

² - أيمن محمد العمر، المستجدات في وسائل الإثبات، بيروت، دار ابن جزم، ط2، 2010، ص 468.

الملاحظ على التشريعات العربية التي تستمد أحكام قانون الأسرة من الشريعة الإسلامية، بما فيها تشريعات الدول المغاربية نظمت مسألة نفي النسب ووضعت أحكاماً خاصة بها. حيث تنحصر الطرق في الشريعة الإسلامية لنفي النسب الثابت في اللعان فقط. غير أن هذه التشريعات العربية خاصة المغاربية منها أخضعت قوانينها للأحوال الشخصية إلى التعديل وأدرجت وسائل حديثة إلى جانب الطرق التقليدية في إثبات النسب ونفيه، وعُدّت البصمة الوراثية كوسيلة علمية يجوز اللجوء إليها قضاءً.

يميل الفقهاء المعاصرون إلى صحة الاعتماد على البصمة الوراثية في إثبات النسب باعتبارها قرينة قطعية. كما أصبح الاتجاه الغالب في التشريعات الوضعية الغربية يميل إلى الأخذ بالأدلة العلمية، وعلى رأسها البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب ونفيه، بل وقامت مجموعة هذه التشريعات بتنظيم التقاضي بالبصمة الوراثية وأقرتها بنصوص خاصة. إذا كان هذا في التشريع الغربي، فمعلوم أن التشريعات العربية تستمد أحكام النسب من الشريعة الإسلامية، ولا تزال البصمة الوراثية بعيدة كل البعد عن تناول تلك التشريعات، حيث ظل موقفها يشوبه الغموض والتردد والإغفال في الكثير منها، باستثناء المشرع التونسي الذي أجاز إثبات الأنساب الطبيعية الناتجة عن العلاقات غير الشرعية عن طريق التحليل الجيني بموجب قانون 1998. أما نفي نسب الطفل الشرعي، فالملاحظ بأن المشرع التونسي لم يتعرض صراحة إلى مسألة نفيه بالاختبارات الجينية، شأنه في ذلك شأن بقية التشريعات العربية.

وعليه سوف نتطرق من خلال هذا المطلب إلى بيان موقف التشريعات المغاربية من استخدام البصمة الوراثية في نفي النسب. البداية مع نفي النسب بين اللعان والخبرة الطبية في ضوء القانون المغربي ضمن الفرع الأول ثم أساس نفي النسب الثابت بالزواج في ظل التشريع التونسي وموقفه من التحليل الجيني كفرع ثاني وفي الفرع الثالث موقف القانون الجزائري من الطرق العلمية وأثرها على اللعان في نفي النسب.

الفرع الأول: موقف التشريع المغربي من الطرق العلمية وأثرها على اللعان في نفي النسب

أثارت إشكالية اعتماد الخبرة الطبية كوسيلة شرعية لإثبات أو نفي النسب في مدونة الأحوال الشخصية السابقة جدلاً واسعاً بين الفقهاء المؤيدين لضرورة اعتمادها كوسيلة من الوسائل المقررة شرعاً لإثباته أو نفيه، تماشياً مع المنطق وروح الحداثة العقلانية الذي أصبح يميز عالمنا وبالأخص الثورة التي عرفها الطب الحديث في مجال ثبوت النسب أو نفيه عن الأب من خلال الخبرة الجينية التي تحدده بشكل يقيني. من بين القرارات القضائية التي كانت تستبعد الخبرة الطبية كوسيلة لإثبات أو نفي النسب وتجدر تعليل ذلك في مدونة الأحوال الشخصية التي تنص على أنه: "يعتمد القاضي في حكمه على جميع الوسائل المقررة شرعاً في نفي النسب وليس من بين هاته الوسائل وسيلة التحليل

الطّبي، وأنّ ما جاءت به مدوّنة الأحوال الشخصية خاصّاً بما إذا بقيت الرّبة في الحمل بعد انقضاء سنة من تاريخ الطّلاق أو الوفاة لمعرفة ما في البطن هل هو علّة أم حمل ¹.

في ظلّ مدوّنة الأحوال الشخصية المعدّلة سنة 2004 اكتفى المشرّع المغربي باعتماد وسيلة اللّعان كطريق شرعي لنفي النّسب طبقاً لنص الفصل 91: "يعتمد القاضي في حكمه على جميع الوسائل المقرّرة شرعاً في نفي النّسب".

كما قضت بعض المحاكم المغربية بنفي النّسب عن طريق اللّعان في عدّة أحكام وهو ما يلاحظ من خلال حيثيّات القرار الذي صدر عن المجلس الأعلى جاء فيهِ: "...حيث تبيّن صحّة ما عاب به الطّالب على القرار، ذلك بمقتضى المادة 153 من مدوّنة الأسرة، فإنّه يمكن الطّعن في النّسب من طرف الزّوج عن طريق اللّعان...".²

في هذا الصّدّد يقول الأستاذ محمّد التّاويل: "...وبذلك تكون الآية نصّاً قاطعاً في وجوب اللّعان ويتعيّن الاحتكام إليه في حال إنكار الزّوج ولده، فالاستغناء عن اللّعان الذي شرعه الله وجعله السّبيل الوحيد لنفي الحمل أو الولد والالتجاء إلى الخبرة الطّبية وحدها دونها بدعة منكّرة ومخالفة واضحة لكتاب الله وتجاوز سافر لحكمه وإعراض عنه...".³

بالرجوع إلى مدوّنة الأسرة المغربية نجد أنّ المشرّع المغربي نظم أحكام نفي النّسب في المواد 151⁴ - 153 - و159⁵ منها، فالمادة 153 تنصّ على أنّه: "يثبت الفراش بما تثبت به الزّوجية. يعتبر الفراش بشروطه حجة قاطعة على ثبوت النّسب لا يمكن الطّعن فيه إلّا من الزّوج عن طريق اللّعان أو بواسطة خبرة تفيد القطع بشرطين:

- إدلاء الزّوج المعني بدلائل قويّة على ادّعائه.

- صدور أمر قضائي بهذه الخبرة".

هذه المادّة التي نصّت على إمكانيّة نفي النّسب بالاعتماد على الخبرة وجعلت اللّجوء إليها مرهون بقناعة القاضي، بل قيّدت اللّجوء إليها بصدر أمر قضائي، وفي هذا تشدّد يمكن أن يقلّل من

¹ - قرار المجلس الأعلى رقم 96 بتاريخ 09 فبراير 1982، مجلة المحاكم المغربية، عدد 37، 1985، ص 90.

² - قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 2007/10/10، ملف رقم 2006/1/2/581، عدد 505، أشار إليه: بفقير محمد، مدونة الأسرة والعمل القضائي المغربي، منشورات دراسات قضائية سلسلة القانون والعمل القضائي المغربي، المغرب، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، ط2، 2011، ص 181.

³ - التاويل محمد، موقف الشريعة الإسلامية من اعتماد الخبرة الطبية والبصمة الوراثية في إثبات النسب ونفيه، المغرب، فاس، مطبعة أنفو، ب.ط، 2007، ص 55.

⁴ - تنص المادة 151 من مدوّنة الأسرة على أنّه: " يثبت النسب بالظن ولا ينتفي إلا بحكم قضائي ".

⁵ - تنص المادة 159 من مدوّنة الأسرة على أنّه: " لا ينتفي نسب الولد عن الزوج أو حمل الزوجة منه إلا بحكم قضائي طبقاً للمادة 153 أعلاه ".

اللجوء إليها، فعلى فرض أن القاضي على اطلاع واقتناع بكون الخبرة التي سيلجأ إليها ذات نتائج قطعية كما هو الشأن بالنسبة للبصمات الجينية، فإنه يمكنه أن يحجم عن إصدار أمر قضائي يتيح اللجوء إلى الخبرة ما دام الزوج طالب نفي النسب لم يدل بدلائل قوية على ادعائه.¹ أما إذا لم يقتنع القاضي بالخبرة فمهما كان إدلاء الزوج المعني بدلائل قوية على ادعائه، فإن ذلك لن يفيد في شيء ما دام القاضي غير مقتنع بالخبرة وما دام أمامه مسوغ شرعي يتمثل في اللعان يجعل منه مخرجاً لرفض طلب اللجوء إلى الخبرة، ويبقى اللجوء إليها من عدمه من صميم السلطة التقديرية للقاضي.

الأكثر من هذا فقيام العلاقة الزوجية تقوم مبرراً للتشدد ورفض كل طلب يهدف إلى نفي النسب، وحسب ما ورد في المادة أعلاه، فكل طفل يولد أثناء فترة العلاقة الزوجية المحددة في المادة 154² يثبت نسبه إلى الزوج بقرينة قانونية غير قابلة لإثبات العكس من أي كان ما عدا الزوج نفسه الذي يمكنه أن يطعن في نسب الطفل إليه عن طريق المطالبة باللعان أو بخبرة طبية تفيد القطع بوجود أو عدم وجود العلاقة البيولوجية بينه وبين الطفل المعني، وذلك مثل الحامض النووي الذي يعبر عنه بالبصمة الوراثية. لا يقبل من الزوج طلب الخبرة الطبية إلا إذا عرّز ادعاه بقرائن قوية ترجح صدقه فيه طبقاً لنص المادة 153 من مدونة الأسرة، فحسب هذه المادة يمكن الاعتماد على وسيلتين لنفي النسب هما اللعان أو الخبرة الطبية.

حيث تدارك المشرع المغربي هذا النقص من خلال مدونة الأسرة الجديدة في المواد 153 و 158 ذلك بقبوله للخبرة الطبية كوسيلة شرعية لإثبات أو نفي النسب شرط صدور أمر قضائي بها إحساساً منه بضرورة مواكبة التشريع لمستجدات هذا العصر وتقنياته الحديثة في مجال الطب الشرعي خصوصاً ما عرفه علم الهندسة الوراثية من تطورات، بات معها يقيناً إثبات النسب أو نفيه بعدما تعالت أصوات فقهية كثيرة تطالب بضرورة هذه المواكبة حتى لا نكون خارج الزمن، لاسيما أن الأمر يتعلق بوسيلة إيجابية تقينا مرارة نسبة الولد لغير أبيه واختلاط الأنساب وتحسم في معرفة الأب والأم البيولوجيين للولد المزداد بصفة يقينية.

ما يلاحظ أن المشرع المغربي لم يشر مطلقاً إلى البصمة الوراثية أو التحاليل الجينية وإنما أشار فقط من خلال النص أعلاه إلى الخبرة الطبية وهي من باب الكل الذي يتضمن الجزء. أما على مستوى الممارسة القضائية فلا يتم إثبات النسب أو نفيه في هذا المجال إلا بالتحليلات

¹ - محمد جوهر، « إثبات ونفي النسب بين الطب والعجب »، المجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية، عدد خاص باليوم الدراسي حول الأسرة المغربية بين الفقه المالكي والقانون الوضعي، العدد 50، 2004، ص 149.

² - تنص المادة 154 من مدونة الأسرة المغربية على أنه: " يثبت نسب الولد بفراش الزوجية: 1- إذا ولد لستة أشهر من تاريخ العقد واماكن الاتصال، سواء أكان العقد صحيحاً أم فاسداً؛ 2 - إذا ولد خلال سنة من تاريخ الفراق ".

الجينية¹، فالخبرة الطبية في هذا المجال خطيرة جدًا لا تعتمد إلا بشروط هي المشار إليها ضمن المادة 153 من مدونة الأسرة وهي كالاتي:

أ - أن يكون الولد لاحقًا شرعًا بالأب: ويقصد هنا أن من شروط النفي عن طريق الخبرة الطبية (البصمة الوراثية) أن يكون الولد موضوع النفي لاحقًا شرعًا للزوج، أما إذا ثبت اختلال شروط الفراش المنصوص عليها ضمن مقتضيات المادة 154 من مدونة الأسرة، فإن الولد في هذه الحالة الأخيرة يكون غير لاحق بالزوج بقوة الشرع، بحيث لا يحتاج في هذه الحالة للعان أو الخبرة الطبية من أجل نفي نسبه عنه ما لم يتعلّق الأمر بحالات استثنائية يثبت بها النسب خارج العلاقة الزوجية المستندة إلى الفراش الصحيح ومن ذلك مثلاً حالة الاتصال بشبهة وحالة الزواج الباطل أو الفاسد.²

وتستفاد هذه القاعدة من القراءة المتأنية للمادة 153 من مدونة الأسرة ومن قرار المجلس الأعلى الذي جاء فيه: "...ولما كانت مقتضيات المادة 154 من مدونة الأسرة تنصّ على أن أقلّ مدة الحمل ستة أشهر من تاريخ العقد، وكان البين من أوراق الملف أن الطالبة وضعت حملها بتاريخ 2005/12/16 ولأقلّ من ستة أشهر من تاريخ العقد المبرم بتاريخ 2000/08/20 فإن المحكمة لما اعتبرت أن الولد "ب" غير لاحق بنسب المطلوب في النقض الذي بنفيه عنه تكون قد طبقت الفصل المحتج به تطبيقًا صحيحًا ولم تكن في حاجة إلى إجراء خبرة طبية في هذا الشأن".³

ب - لا نفي للنسب بدون دعوى قضائية: نظرًا لأهمية النسب القصوى فإن نفيه لا يتم إلا بحكم قضائي صادر عن المحكمة وفقًا لما نصّت عليه المادة 151 من أن النسب لا ينتفي إلا بحكم قضائي والمحكمة لا تصدر هذا الحكم إلا بعد الاقتناع.⁴

ج - إدلاء الزوج بدلائل قوية على ادّعائه: لا يمكن السماح بنفي النسب بكيفية تهدم قاعدة الولد للفراش إلا إذا كانت هناك دلائل قوية على ادّعاءات المدّعي الذي عليه أن يثبت تلك الدلائل أمام محكمة الموضوع بكيفية تقنع هذه الأخيرة بوجهة نظره. ولم يحدّد المشرّع بدقة ووضوح المقصود بالدلائل القويّة.

¹ - الكشور محمد، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، (الكتاب الأول عقد الزواج وآثاره)، الدار البيضاء، مطبعة النجاح الجديدة، ط2، 2009، ص 407.

² - الكشور محمد، البنية والنسب في مدونة الأسرة، قراءة في المستجدات البيولوجية : (دراسة قانونية وشرعية مقارنة)، المغرب: الدار البيضاء، مطبعة النجاح الجديدة، ط1، 2007، ص 204.

³ - الكشور محمد، البنية والنسب في مدونة الأسرة، المرجع السابق، ص 204.

⁴ - الأزهر محمد، شرح مدونة الأسرة، الزواج - انحلال ميثاق الزوجية وآثاره، (الولادة ونتائجها)، المغرب: الدار البيضاء، مطبعة دار النشر المغربية، ط5، 2006، ص 382.

من هذه الناحية يبقى تحديد ذلك داخلاً في إطار السلطة التقديرية لمحاكم الموضوع، ويعدّ من باب الدلائل القويّة أن يدلي الزوج المعني بالأمر مثلاً - لنفي النسب - بشواهد طبيّة تثبت عقمه أو بمحاضر للشرطة القضائية تفيد أنّ زوجته تتعاطى بكيفيّة اعتياديّة الخيانة الزوجية أو يتأكد أنّ غيره قد اتّصل بها عن طريق الشبهة أو يتّضح للمحكمة أنّ أقلّ مدّة الحمل أو أقصاها غير مضبوطة¹ أو أن يكون مسجوناً مدّة طويلة يستحيل معها كون الولد منه.² وفي غياب إثبات الدلائل القويّة يمتنع اللّجوء مطلقاً إلى الخبرة القضائية الطبيّة لنفي النسب المستند إلى الفراش الصّحيح.³

د - صدور أمر قضائي بالخبرة: لا بدّ من أمر المحكمة المختصة بإجراء الخبرة من جهة متخصصة بحيث من غير المقبول مثلاً أن تقبل من الزوج خبرة طبيّة اتّفاقية لم يسبق للمحكمة أن أمرت بها أو خبرة صادرة من جهة غير متخصصة، وهذه مسألة قانون لا واقع تخضع لرقابة المجلس الأعلى. وطبيعي أنّ الأمر الصّادر من المحكمة بإجراء خبرة طبيّة يجب أن يسبقه التّأكد من وجود الدلائل القويّة التي تبيحه أو تسمح به، ويدخل ضمنها مثلاً نفي النسب بشواهد طبيّة تثبت عقمه أو بمحاضر للشرطة تفيد أنّ زوجته تتعاطى بكيفيّة اعتياديّة للخيانة الزوجية، أو يتّضح للمحكمة أنّ أقلّ مدّة الحمل أو أقصاه غير مضبوطة، وتبقى الدلائل القويّة المذكورة في المادة مسألة واقع لا مسألة قانون، وإن كانت تحتاج إلى تعليل، كما أنّ الخبرة تقرّر عن طريق حكم يصدر عن المحكمة المختصة بشأنها على أن تفيد القطع.⁴

لا يكفي نفي النسب بواسطة الخبرة الطبيّة التي تتمّ بحكم تمهيدي، وإنّما يجب أن يصدر ذلك النّفي بحكم بات في موضوع النزاع على ما أكّدته المادة 153 بالاعتماد على تقرير الخبرة الجينيّة.⁵ ورغم ذلك فإنّ المشرّع المغربي قيّد اللّجوء إلى البصمة الوراثيّة بشروط متشدّدة يجب توافرها، والمتعلّقة بصدور أمر من القضاء بإجراء الخبرة الطبيّة وتوافر دلائل قويّة من الزوج في ادّعائه، وعدم إقرار النّفي إلاّ بحكم قضائي، ممّا يجعلنا نقول أنّ المشرّع المغربي بدا متأثراً بالرأي الفقهي القائل بجواز العمل بالبصمة الوراثيّة في مجال نفي النسب.

أقرّ المجلس الأعلى بتاريخ 9 مارس 2005 الالتجاء إلى إجراء خبرة طبيّة حيث جاء في هذا القرار أنّه: "...وأمام اختلاف الزوجين بشأن تاريخ ازدياد الابن المذكور فإنّه كان على المحكمة أن تبحث في جميع وسائل الإثبات المعتمدة شرعاً منها الخبرة التي لا يوجد نص قانوني صريح يمنع المحكمة من الاستعانة بها والمحكمة لمّا اكتفت بالقول ردّاً على ملتمس إجراء الخبرة بأنّ ما تمسّك به

¹ - محمد الكشور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، المرجع السابق، 412.

² - أحمد أباش، الأسرة بين الجمود والحدّات، لبنان: بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2011، ص 391.

³ - الكشور محمد، البينة والنسب في مدونة الأسرة، المرجع السابق، ص 209.

⁴ - محمد أشو، الولد غير الشرعي في القانون المغربي، الحماية والقصور، المرجع السابق، ص 113.

⁵ - مانيو جيلالي، المرجع السابق، ص 196.

الطالب يخالف أصول الفقه والحديث الشريف، دون اعتماد نص قاطع في الموضوع، فإنّها لم تضع لما قضت به أساساً وعرضت قرارها بذلك للنقض¹.

من بين فقهاء القانون المغاربة المؤيدين لاعتماد الخبرة في مجال النسب إثباتاً ونفيّاً الأستاذ أحمد الخليلشي - علامة ومفكر مغربي ومدير لمؤسسة دار الحديث الحسنية بالرباط - يقول: "...يكون من باب أولى قبول الخبرة الطّبية في الوقت الحاضر الذي اكتشفت فيه طرق تحليل، أثبتت التجارب صدقها على أن تبقى للتحليل الطّبي صفته كخبرة يقتصر دورها على مساعدة القاضي على فحص الوقائع والوصول إلى الحقيقة، ويبقى للقاضي الاعتماد عليها في حكمه متى اطمأن إلى نتائجها وتيقن من صحّة بياناتها، وما ورد فيها تحليلاً واستنتاجاً على اعتبار أنّ التحليل الطّبي يعدّ في الوقت الحاضر من بين الوسائل الشرعية في مجال النسب كونه يقوم على وسائل علمية يقينية تساعد على استصدار أحكام قضائية مبنية على الجزم واليقين"².

يرى الأستاذ رشيد مشقاقة - القاضي لدى محكمة الاستئناف بالرباط -: "أنّ اعتماد التحليل العلمي لا سيّما نظام البصمة الوراثية في مجال النسب ليس فيه ما يتعارض مطلقاً مع أحكام الفقه الإسلامي ولا مع نصوص المدونة، ومؤدّى ذلك العناية الفائقة التي أبداها الطبّ في مجال الهندسة الوراثية التي جعلته مؤهلاً ليحظى بقيمة إثباتية وافرة على عكس ما كان عليه الأمر قديماً. وأنّ تفسير الفصل 91 من مدونة الأحوال الشخصية الذي جاء فيه: "يعتمد القاضي في حكمه جميع الوسائل المقررة شرعاً في نفي النسب". يجب أن يكون منفذاً خصباً للاستفادة من هذا التّقدم العلمي، وأنّ اللّعان يكتنّفه من جانب الملاحن (الزوج) شكّ وارتياب في نسب الولد على اعتبار أنّ اللّعان وسيلة ظنية وليست قطعية، لذلك وجب الرّكون إلى التحليل العلمي"³.

في حين يرى الأستاذ محمد الكشبور - أستاذ التّعليم العالي بكلية الحقوق بالدار البيضاء -: "أنّ البصمة الوراثية حقيقة علمية لم تعد محلّ جدل إلّا ممّن ختم الله على قلوبهم، فهيّ تقنية علمية تثبت وتنفي النسب البيولوجي بين شخصين لما تمتاز به من الدّقة، فضلاً عن التّقدم الذي أحرزه الطبّ في هذا المجال فأصبح ذلك مبنياً على اليقين، وأنّ استبعاد الأخذ به من طرف القضاء قد يضرّ بأحكام الشّريعة الإسلامية عوض خدمتها"⁴.

¹ - قرار المجلس الأعلى، عدد 150، صادر بتاريخ 09 مارس 2005، ملف عدد 615-1-2-2003. أشار إليه

الكشبور محمد، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، المرجع السابق، ص 401.

² - الخليلشي أحمد، التعليق على قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 66.

³ - مشقاقة رشيد، قراءات وتعليق في مدونة الأسرة، المغرب، مطبعة المعارف الجديدة، ب.ط، 1998، ص 13.

⁴ - الكشبور محمد، «نفي النسب مشروط بوجود عقد زواج صحيح»، جريدة الصباح، عدد 2212، السنة الثامنة، الثلاثاء، 2007/07/22، ص 14.

رغم هذه الحجج المقنعة من الفريق المؤيد لاعتماد البصمة الوراثية أو كما يسميها المشرع المغربي بالخبرة الطبية في نفي النسب، إلا أنه ظهر اتجاه ثانٍ من الفقه القانوني المغربي يعارض فكرة استخدام البصمة الوراثية كوسيلة لنفي النسب كون الخبرة الطبية لم يرد النص عليها بالشريعة الإسلامية، وأن الوسيلة الوحيدة لنفي النسب هي اللعان باعتباره المخرج الوحيد الذي وضعه الشرع الحكيم لصالح الزوج الذي يعوزه إثبات زنا زوجته بأربعة شهود. فضلاً على أن التحاليل الجينية ليست وسيلة ذات مصداقية مطلقة.¹ مهما كانت تبريرات القائلين بعدم جدوى الخبرة فإنها تبقى وسيلة ناجعة يجب الأخذ بها كونها تمتاز بالدقة ونتائجها تكاد تكون قطعية، فضلاً على أن الشريعة الإسلامية لا تمنع باب العلم والاجتهاد، وإلا أصبح الطعن في الشريعة بالعجز عن مسايرة التقدم العلمي وكذا الطعن في كونها صالحة لكل زمان ومكان، وهذا في حالة عدم أخذ فقهاء الشريعة الإسلامية بما توصّل إليه العلم.

إن طلب اللعان قديماً كان يقبل وقائع علمية تؤيده لعدم وجود وسيلة يقينية تدعمه، ومن ثم كان انتفاء النسب عن طريق اللعان يقوم على الشك لا على اليقين، فهو مبني على شعور أو اقتناع الزوج بأن الولد ليس منه، ويحدث اللعان رغم تحقق شروط الفراه. ² هذا ما جعل الفقه يتشدد في تطبيقه بتوافر عدة شروط من أبرزها الإسراع بالنفي والتعجيل به وذلك للحد من الشك الذي يحوم نسب الولد.

فالشك يظهر لنا من خلال الزوج إذا كان في استطاعته أن يشهد على زوجته على سبيل القطع أنها قد ارتكبت الزنا، كما يشهد الشاهد على الزنا. وبالمقابل تشهد الزوجة أيضاً على أن زوجها كاذب فيما يقول، فإن الأمر على خلاف ذلك بالنسبة لواقعة نفي الولد، لأن الزوج لا يستطيع أن يؤكد على سبيل القطع أن الولد ليس منه حتى ولو كان صادقاً في اتهامه لزوجته بواقعة الزنا. إذ قد تكون الزوجة مرتكبة للزنا فعلاً، لكن الولد قد يكون ابنه وأن الحمل قد حدث منه، وبالتالي فإن واقعة نفي الولد لا يمكن أن يرد عليها يمين أو شهادة الزوج على سبيل القطع أو البت. ومن هنا تتضح لنا أهمية البصمة الوراثية، فإذا جاءت نتيجة الفحص تؤكد على انتفاء النسب فلا توجد أصلاً مشكلة حيث يصبح اللعان سبباً موجباً للفرقة، وذلك إذا استجمعت الخبرة القضائية شروطها المحددة في

¹ - من بين هؤلاء الفقهاء: التاويل محمد عضو اللجنة الملكية الاستشارية لمراجعة مدونة الأحوال الشخصية. « الخبرة الطبية وأثرها في ثبوت النسب ونفيه في المنظور الإسلامي »، جريدة المحجة، العدد 256، بتاريخ 2006/05/17، ص 05. والأستاذ أحمد زوكاغي أستاذ بكلية الحقوق بمكناس، « قراءة في حكم الغرف المجتمعة بالمجلس الأعلى حول نفي النسب بواسطة التحاليل الجينية ADN لطفلة مولودة داخل أقصى أمد الحمل »، مجلة الملف، المغرب: الدار البيضاء، مؤسسة الملك عبد العزيز، العدد 07، 2005، ص 232.

² - إدريس الفاخوري، « نفي وإثبات النسب بالتحاليل الطبية مقارنة شرعية قضائية وفقهية »، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، المغرب: الدار البيضاء، مؤسسة الملك عبد العزيز، العدد 40، 2003، ص 47.

المادة 153 من المدونة.¹ أما إذا علم من تلك النتائج أنّ الولد منه فلا يمكن من إجراء اللّعان لأجل نفي الولد، وإنّما يمكن اللّعان كإجراء شرعي لدرء الحدّ عن الزوجين وللتفريق بينهما، لأنّ الزوج لربّما قد يكون متأكّداً من صلة زوجته غير المشروعة بغيره، وهنا يكون من حقّه إجراء اللّعان دون نفي الولد.

الفرع الثّاني: موقف التشريع التّونسي من الطّرق العلميّة وأثرها على اللّعان في نفي النّسب

في إطار القانون الوضعي التّونسي، فليّ المشرّع تعرّض إلى مسألة النّسب صلب الفصول 68 إلى 76 من مجلّة الأحوال الشّخصية دون أن يعطي تعريفاً لها. إلّا أنّ الفقهاء أجمعوا على أنّ المقصود بالنّسب علاقة البنوة المبنية على زواج شرعيّ. وهنا تجدر الإشارة أنّه من الممكن أن يولد الطّفل في ظلّ الرّابطة الزوجية ولا يثبت نسبه نظراً لولادته دون أدنى مدّة الحمل. وعملاً بالفصل 71 من مجلّة الأحوال الشّخصية إذا ولد لتمام ستّة أشهر من حين عقد الزّواج يثبت نسبه تجاه زوج أمّه باعتبار نسبه ثابت بالفراش. إلّا أنّه رغم تمتّع هذا الطّفل بقرينة الأبوة الشرعية فإنّ نفي نسبه يبقى ممكناً.

تعرّض المشرّع التّونسي لمسألة نفي النّسب في مادّتين هما المادة 69 والمادة 75 من قانون الأحوال الشّخصية.² فالمادة 75 تنصّ على أنّه: " إذا نفى الزوج حمل زوجته أو الولد اللّازم له فلا ينتفي عنه إلّا بحكم الحاكم، وتقبل في هذه الصّورة جميع وسائل الإثبات الشرعية...". اشترط المشرّع الحكم القضائي لنفي النّسب وذلك لتعلّق النّسب بالنّظام العام، وأجاز حرّية الإثبات لنفي نسب مولود الفراش بجميع الوسائل الشرعية، وهو ما يثير التساؤل حول المقصود بالوسائل الشرعية. هل هي الوسائل التي جاءت بها الشريعة الإسلامية أم هي وسائل الإثبات التي يقرّها التشريع الوضعي التّونسي؟³

إنّ لمادّة الأحوال الشّخصية والنّسب خصوصيّات لا يمكن معها تطبيق وسائل الإثبات العاديّة في المادّة المدنيّة عليها، وقد قبل الفقه الإسلاميّ باعتماد القيّافة لإثبات أو نفي النّسب. كما اعتمدت محكمة التّعقيب بين وسائل الإثبات في مادّة نفي النّسب التّحليل الدّموي، ولا شكّ أنّ التّقدم الذي يتّيح

¹ - إدريس الفاخوري، نفس المرجع، ص 46 و 47

² - أمر مؤرخ في 13 أوت 1956، يتعلّق بإصدار مجلّة الأحوال الشّخصية، المرجع السابق.

³ - ينصّ الفصل 427 من القانون 87 لسنة 2005 على أن: " البيّنات المقبولة قانوناً خمسة وهي: أولاً - الإقرار. ثانياً - الحجة المكتوبة. ثالثاً - شهادة الشهود. رابعاً - القرينة. خامساً - اليمين والامتناع عن أدائها ". القانون 87 لسنة 2005 مؤرخ في 15 أوت 2005، يتعلّق بالمصادقة على إعادة تنظيم بعض أحكام مجلّة الالتزامات والعقود . الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 68 المؤرخ في 15 أوت 2005، ص 2396.

اليوم الوقوف بيقين على صحّة النسب من عدمه عبر التّحليل الجيني يمكن أن يمثّل الوسيلة الأفضل لإثبات أو نفي النسب خاصّة وأنّ المشرّع أقرّ اعتماده في إثبات الأبوة بالنسبة للأطفال المهملين أو مجهولي النسب بموجب القانون المؤرّخ في 28 أكتوبر 1998 المنقح بالقانون عدد 51 لسنة 2003 .

لا جدال في أنّ اللّعان حكم شرعيّ وردت بشأنه نصوص قطعية في القرآن الكريم والسّنة النبوية، لكن المؤكّد أيضاً أنّ الأمر يتعلّق بنوع الأحكام المعبر عنها بالوسيلة الصّرفة، وهي أحكام تتميز بكونها ليست مقصودة لذاتها نهائياً، ومن ثمّ فهي قابلة للتّغيير إذا فقدت الوسيلة قيمتها ووظيفتها أو تيسرت وسيلة أخرى أفضل منها وأكثر تحقيقاً للمقصود.

لا شكّ أنّ اللّعان كان ملائماً لمستوى التّطور الاجتماعي حين إقراره، فإذا تبيّن أنّ زماننا يتيح لنا تنظيم هذه الوسيلة وتنفيذ هذه التدابير التّوسّلية الصّرفة بدائل أكثر نجاعة وفاعليّة ومصادقيّة، فلا شكّ في أنّ الأخذ بهذه الوسيلة وإقرار أحكامها وإحلالها محلّ ما جرى به العمل في الصّدّر الأوّل عمل مشروع وتغيير غير ممنوع، لأنّ ما غيّرناه لم يكن تعبدًا ولم يكن مقصودًا وليس هو مصلحة في ذاته، وإنّما مصلحته فيما يفضي إليه.

ما يدعم ذلك أنّ اللّعان يحتكم في النسب إلى الضّمير وإلى الوازع الدّيني حين لم تكن هناك وسيلة أخرى توقّر العلم والإثبات اليقينيّين. إذا كان العلم الحديث يوفّر وسيلة إثبات أو نفي قاطعة في الوقت الذي تأكّد فيه فساد كثير من الدّمم، وتراجع الوازع الدّيني لدى الكثير من النّاس، فإنّ المفروض أن نطبّق قاعدة أنّ الشكّ يزول باليقين، ويكون الأولى التمسك بما يفيد القطع والجزم. فنكون بذلك قد فهمنا النّص على أساس ضرورات التّطور الاجتماعي والعلمي دون أن يعني ذلك إهماله أو تجاوزه. أتاح المشرّع التونسي الفرصة لنفي نسب الطّفل المولود في إطار علاقة زوجيّة شرعيّة بصورتين. الأولى أوردها صلب الفصل 69 من مجلّة الأحوال الشّخصية في فقرته الأولى¹ عندما فتح المجال لإقامة الدّليل على عدم التّلاقي بين الرّوج وزوجته أثناء المدّة القانونيّة للحمل وهذا الحلّ عرفه الفقه الإسلامي. أمّا الصّورة الثّانية جاءت بالفصل 75 من مجلّة الأحوال الشّخصية² الذي مكّن الرّوج من نفي النسب بواسطة جميع وسائل الإثبات الشرعيّة، وتمّ تأويل هذه العبارة الأخيرة بصفة متباينة .

¹ - نص الفصل 68 من مجلّة الأحوال الشّخصية: " لا يثبت النسب عند الإنكار لولد زوجة ثبت عدم التّلاقي بينها وبين زوجها ولا ولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها أو من وفاته أو من تاريخ الطلاق " .

² - نص الفصل 75 من مجلّة الأحوال الشّخصية: " إذا نفى الزوج حمل زوجته أو الولد اللّازم له فلا ينتقي عنه إلاّ بحكم الحاكم وتقبل في هاته الصّورة جميع وسائل الإثبات الشرعيّة " .

فللرأي الأول أولها على أنها وسائل الإثبات المقبولة قانونًا، أمّا الرأي الثاني¹ فقد اعتبر أنها تعني وسائل الإثبات التي قررها الفقه الإسلامي وحجته في ذلك المنشور الصادر عن السيد وزير العدل في 06 نوفمبر 1993 الذي جاء مفسرًا لعبارة الموانع الشرعية على أنها الموانع التي قررها الفقه الإسلامي.

يمكن قراءة ما تم الذهاب إليه من كون الاختبارات الطبية من الوسائل الشرعية لنفي النسب الواردة في الفصل 75 من مجلة الأحوال الشخصية هو ما استقر عليه الفقه التونسي، أن عبارة "الشرعية" تعني ما سرّه الله تعالى لعباده وما ارتضاه دينًا وشرعية لهم. هذا ما يؤيده ذلك الشرح المقدم في صلب منشور وزارة العدل التونسية في معرض تفسيرها لعبارة الموانع الشرعية الواردة في الفصل الخامس من تلك المجلة حيث جاء فيه: "أن المقصود بالموانع الشرعية هي التي أقرها الفقه الإسلامي فحسب، وعلى هذا فإن العبارة الشرعية الواردة في الفصل رقم 75 من مجلة الأحوال الشخصية يقصد بها تلك الوسائل المعتمدة في الفقه الإسلامي التي يمكن للزوج من خلالها أن ينكر أبوته للطفل أو الحمل المراد نفي نسبه وقطعه عنه. وذهب فقهاء المذاهب الإسلامية إلى أن اللعان هو الوسيلة الوحيدة لنفي النسب الثابت بالفراش".²

بالنسبة للمشرع التونسي لم ينص صراحة على كون اللعان وسيلة لنفي النسب وإنما أورد ذلك ضمنياً، ويتأيد هذا الرأي بلأن مصادر الأحوال الشخصية تتضمن هذا الحل من ذلك أن لائحة الشيخ محمد العزيز جعيط تنص على اللعان باعتباره وسيلة لنفي النسب.³ فضلاً على أن فقه القضاء التونسي أكد ذلك إذ جاء في حيثيات قرار صادر عن محكمة الاستئناف بسوسة أن: "الفقه الإسلامي جاء مقراً بطريقة معينة للفصل في مثل هذا الخلاف وهي تتمثل في تحليف كل واحد من الزوجين عدّة

¹ - الهاشمي دحيدح ، « نفي النسب عن طريق تحليل الدم »، مجلة القضاء والتشريع، تونس، عدد 5، 1974، ص 09.

² - منشور وزارة العدل التونسية رقم: 216، المؤرخ في 1993/11/06. أشار إليه: كمال البجاوي، نفي النسب، رسالة مقدمة لختام الدروس بالمعهد الأعلى للقضاء بتونس، 1998-1999، ص 94.

³ - جعيط محمد العزيز، لائحة مجلة الأحكام الشرعية، (قسم أحكام الأحوال الشخصية)، تونس: مطبعة الإرادة، ب.ط، ب.ت.ن، ص 194.

أيمان مغلفة حسب الصيغة المضبوطة في أحكام اللعان ، وفي صورة إصرارهما يحكم الحاكم بنفي نسب الولد عن المنكر علاقته وبالفراق الأبدي بين الزوجين ¹.

أثار استخدام المشرع عبارة " جميع الوسائل الشرعية " نقاشاً فقهيّاً بين رجال القانون حيث انقسموا إلى قسمين: الفريق الأول يرى أنّ مجلة الأحوال الشخصية لا تكيّف وقد قطعت كلّ علاقة صريحة مع الفقه الإسلامي. ويعتبر هذا الفريق كلمة الشرعية تعني القانونية أي المقبولة قانوناً حسب القانون الوضعي، أمّا الفريق الثاني فيعتبر أنّ مجلة الأحوال الشخصية ومهما كان الأمر فهي مستمدة من الفقه الإسلامي، ويتمسك بحجة متمثلة في القول بأنّ الفصل 76 الموالي ينصّ على أنّه في صورة نفي النسب يحكم وجوباً بالتفريق الأبدي بين الزوجين، وهذا التفريق هو الذي جاء به الفقه الإسلامي بما يسمّى باللعان، فإذا ما تمّ اللعان بين الزوجين فإنّ الحياة الزوجية أصبحت مستحيلة. وإذا أخذنا بهذه التأويلات جاز القول أنّ النسب قد ينفي على أساس الفصل 75 من مجلة الأحوال الشخصية سواءً باللعان أو بالاختبارات الطبية.

عموماً وبرغم تصوّر قيام دعاوى نفي النسب عن طريق اللعان فإنّه على مستوى التطبيق لم يتراء لأيّ زوج أن يقدم قضية في نفي النسب بناءً على هذه الوسيلة وربما يعود هذا الأمر إلى الباب الذي فتحه المشرع لما مكّن الزوج من نفي النسب بواسطة وسائل أخرى أكثر حداثة ومواكبة للعصر. تمّ تركيز وحدة متطورة للتّحليل الجيني لأول مرة في تونس بمعهد باستور سنة 1996، إثر ذلك تمّ تجهيز العديد من المستشفيات بالوسائل اللازمة للقيام بهذه التّحاليل، غير أنّ صدور قانون 28 أكتوبر 1998 المتعلّق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب أعطى سنداً قانونيّاً صريحاً لهذه الوسيلة العلميّة الجديدة إذ ينصّ الفصل 3 مكرّر من هذا القانون على أنّه: "يمكن للمعني بالأمر أو للأب أو للأم أو للنّياحة العمومية رفع الأمر إلى المحكمة الابتدائيّة المختصّة لطلب إسناد لقب الأب إلى مجهول النسب الذي يثبت بالإقرار أو بشهادة الشهود أو بواسطة التّحليل الجيني أنّ هذا الشخص هو أب ذلك الطّفل ".

إنّ مسابقة المشرع التونسي للتّطور الذي شهدته العلوم البيولوجيّة يؤكّد حرصه على كشف الحقيقة، ويتجسّم هذا الموقف فيما جاء في رد وزير العدل وحقوق الإنسان على تساؤلات النّواب أثناء النقاش في مشروع القانون المذكور. إذ جاء على لسان الوزير ما يلي : " إنّ التّحليل الجيني يثبت

¹ - قرار محكمة الاستئناف بسوسة، عدد 3411 بتاريخ 17 جانفي 1971، مجلة القضاء والتشريع، تونس، عدد 4، 1974، ص 318.

علمياً ودون شكّ انتماء الطّفل التّونسي لأبيه وقد أفاد بذلك أهل الاختصاص ¹ " فالمرشّع التّونسي استفاد ممّا توصّلت إليه علوم البيولوجيا ووظّف آخر اكتشافاتها من أجل تمكين الأطفال الطّبيين من لقب عائلي.

هذا ما دفع البعض إلى انتقاد الأخذ بهذه الوسيلة (التّحليل الجيني) لنفي النّسب ما يجعلها تؤدّي وظيفة عكسيّة تتمثّل في التّشطّيب على ألقاب أبناء كانت وضعيّتهم الاجتماعيّة والقانونيّة مثاليّة بدل تمكين أطفال مجهولي النّسب من لقب عائلي. لكن من النّاحية القانونيّة الصّرفة فإنّ اعتمادها كوسيلة نفي نسب في فقه القضاء التّونسي في طريقها إلى ذلك بالنّظر إلى صياغة الفصل 75 من مجلّة الأحوال الشّخصية وتقبل في هذه الصّورة « جميع وسائل الإثبات الشّريعية »² وعلى هذا الأساس يمكن اعتبارها من بين الوسائل الشّريعية الواردة بهذا الفصل، كما انتهت إلى ذلك محكمة الاستئناف بسوسة في القرار الصّادر بتاريخ 17 جانفي 1974 الذي اعتمد في دعوى نفي نسب وسيلة التّحليل الجيني،³ كما أنّ الحقيقة العلميّة المتفق عليها اليوم أنّ نتيجة هذا التّحليل إذا تعلّق الأمر بنفي تكون قاطعة وهو ما استندت إليه محكمة الاستئناف بسوسة في قرارها المذكور. ويجد تأييداً له في منشور وزارة الصّحة العموميّة عدد 52-99 المؤرّخ في 22 جوان 1999 المتعلّق بالتّحليل الجيني.⁴

بما أنّ المرشّع التّونسي أجاز العمل بالتّحليل الجيني أو البصمة الوراثيّة كوسيلة من وسائل إثبات ونفي النّسب، فإنّها بذلك تدخل في عموم نص المادّة 75 الذي أقرّ للزوج نفي حمل زوجته أو الولد اللّازم له بجميع وسائل الإثبات الشّريعية. فإذا كان هذا في نفي نسب الطّفل المتمنّع بقرينة الفراش ودحضها على أساس الفقرة الأولى من الفصل 69 وعلى معنى الفصل 75 من مجلّة الأحوال الشّخصية باستعمال جميع وسائل الإثبات الشّريعية، وتمّ تأويلها على أنّ البصمة الوراثيّة يمكن أن تكون من ضمن هذه الوسائل على رأي العديد من فقهاء القانون. فإنّ القانون رقم 75 لسنة 1998 المتعلّق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهمّلين أو مجهولي النّسب المعدّل والمتمّم أجاز فيه المرشّع

¹ - مداولات مجلس النواب، الجلسة الرابعة والثلاثون المنعقدة بتاريخ 03 جويلية 2003، الدورة العادية الرابعة: 2002-2003، تونس، ص 1270.

² - هالة نصرأوي، نفي النسب، محاضرة ختم التمرين، الهيئة الوطنية للمحامين، الفرع الجهوي بتونس، 2010-2011، ص 16.

³ - قرار محكمة الاستئناف بسوسة الصادر في 17/01/1974. المرجع السابق.

⁴ - منشور وزير الصحة العمومية بتونس عدد 52-99 المؤرخ في 22/06/1999، يتعلق بإجراء بحوث الأبوة عن طريق البصمات الوراثية. طه المقدميني، قائمة مناشير وزارة الصحة بتونس، تطاوين، ماي 2015، ص 59.

التّونسي إثبات البنوة الطّبيعية والشرعية إمّا بالإقرار أو بالبيّنة أو بالتّحليل الجيني، وتبقى مسألة نفيه إذا كان ثابتاً بالإقرار الصّريح والرّضائي بالبيّنة والتّحليل الجيني.

الفرع الثّالث: موقف القانون الجزائري من الطّرق العلميّة وأثرها على اللّعان في نفي النّسب

نظّم المشرّع الجزائري أحكام نفي النّسب في المادّة 41 من قانون الأسرة التي تنصّ على أنّه: " ينسب الولد لأبيه متى كان الزّواج شرعيّاً وأمكن الاتّصال ولم ينفه بالطّرق المشروعة ". باستقراء هذه المادّة لاحظنا أنّ المشرّع لم يذكر عبارة (اللّعان) صراحة وإنّما عبّر عن نفي النّسب بالطّرق المشروعة، ولم يرد مصطلح (لعان) صراحة في قانون الأسرة إلّا من خلال نص المادّة 138 التي جاء فيها: " يمنع من الإرث اللّعان والرّدة ".

وبتطبيق أحكام المادّة 222 من قانون الأسرة التي تحيلنا إلى أحكام الشّريعة الإسلاميّة نستنتج أنّ اللّعان وبصفة ضمنيّة هو الطّريق الشرعي لنفي النّسب. يمكن على العموم فهم عبارة الطّرق المشروعة الواردة في نص المادّة 41 من قانون الأسرة أنّ المشرّع الجزائري لم يحدّد الطّرق المشروعة على سبيل الحصر وإنّما ترك المجال مفتوحاً، ممّا يعني جواز العمل بالوسائل الحديثة في مجال النّسب. حيث أنّ المشرّع صاغ هذه العبارة بصيغة الجمع، ومن هنا يقتضي أنّ المشرّع لم يقتصر نفي النّسب على وسيلة اللّعان فقط، بل فتح المجال لتبني كلّ طريقة شرعيّة تفيد في نفي النّسب والتي من بينها البصمة الوراثيّة، إذ يمكن من خلالها للقاضي إبراز الحقيقة.¹

لكن ما يؤخذ على المشرّع الجزائري في نص المادّة 41 من قانون الأسرة أنّه لم يبيّن الإجراءات الواجب إتباعها في طريقة نفي الولد باللّعان، كما أنّه لم يحدّد المدّة التي يتم فيها اللّعان. وبالرجوع إلى نص الفقرة الثّانية من المادّة 40 من قانون الأسرة التي تنصّ على أنّه: " يجوز للقاضي اللّجوء إلى الطّرق العلميّة لإثبات النّسب ". نلاحظ أنّ المشرّع الجزائري قصر استخدام الطّرق العلميّة التي من ضمنها البصمة الوراثيّة على إثبات النّسب دون نفيه مادام أنّ المادّة تنصّ على طرق إثبات النّسب لا على نفيه. هذا ما يدفعنا إلى القول بأنّ المشرّع الجزائري ترك مسألة نفي النّسب للطّرق الشرعيّة المتمثّلة في اللّعان وعدم جواز الاستعانة بالبصمة الوراثيّة في مجال نفي النّسب طبعاً إذا ما استثنينا تأويلنا لمصطلح الطّرق المشروعة المذكورة في المادّة 41 من قانون الأسرة، واعتبرنا أنّه يمكن أن تكون البصمة الوراثيّة من ضمن هذه الطّرق المشروعة لنفي النّسب ما دام أنّ الكثير من الفقهاء

¹ - حمائل صالح، إجراءات التقاضي في مسائل الزواج والطلاق، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة بلعباس، الجزائر، 1997-1998، ص 174.

المعاصرين الذين تمّ التطرق إلى أقوالهم ذهبوا إلى القول على أنّ البصمة الوراثية تحلّ محلّ اللعان في نفي النسب.¹

غير أنّ أحكام القضاء المتعلقة بموضوع نفي النسب أشارت صراحة إلى مصطلح اللعان كطريقة لنفي النسب في العديد من قرارات المحكمة العليا. جاء في إحدى قراراتها: "...من المبادئ الشرعية أنّ دعوى اللعان لا تقبل إذا أخّرت ولو ليوم واحد بعد علم الزوج بالحمل أو الوضع أو رؤية الزنا".² وجاء في قرار ثانٍ: "من المقررّ شرعاً وفقهاً وجوب التعجيل باللعان غير أنّ هذا لا يمنع من تأخيره لظروف خاصة...".³ وفي قرار آخر: "من المقررّ شرعاً وقانوناً أنّه إذا وقع اللعان يسقط نسب الولد ويقع التحريم بين الزوجين...".⁴ والقرارات في هذا الشأن عديدة إذ جاء في إحداها: "...أما المادة 41 قانون الأسرة فتتصّل على أنّ الولد ينسب لأبيه متى كان الزواج شرعياً ولم ينفه باللعان، حيث أنّ اللعان لا يكون إلّا بالمسجد العتيق وفي أجل لا يتجاوز ثمانية أيّام من يوم العلم بالحمل الذي يراد نفيه".⁵ وتوالى اجتهادات المحكمة بخصوص مسألة اللعان، حيث صدر بتاريخ 25 ديسمبر 2002 قراراً جاء في حيثياته: "مدّة اللعان حسب استقرار اجتهاد المحكمة العليا هيّ أسبوع من يوم رؤية الزنا أو العلم بالحمل".⁶ "...ومن المقررّ أيضاً أنّ نفي النسب يجب أن يكون عن طريق رفع دعوى اللعان التي حدّدت مدّتها في الشريعة والاجتهاد بثمانية أيّام من يوم العلم بالحمل أو رؤية الزنا".⁷ كلّ هذه النماذج من قرارات المحكمة العليا تبين أنّ الطّريق الشرعي والوحيد لنفي النسب هو اللعان.

أما ما يؤكّد اقتصار المشرّع على وسيلة اللعان دون الطّرق العلميّة لنفي النسب اجتهاد المحكمة العليا الصّادر بتاريخ 15 أكتوبر 2009 حيث صاغت المبدأ الذي جاء في ديباجة هذا

¹ - عبد الرشيد محمد أمين قاسم، المرجع السابق، ص 67.

² - قرار المحكمة العليا رقم: 35934، بتاريخ 1985/02/25، المجلة القضائية، الجزائر، العدد 01، 1989، ص 83.

³ - قرار المحكمة العليا رقم: 76343، بتاريخ 1990/07/16، المجلة القضائية، الجزائر، العدد 03، 1991، ص 75.

⁴ - قرار المحكمة العليا رقم: 69798، بتاريخ 1991/04/23، المجلة القضائية، الجزائر، العدد 03، 1994، ص 54.

⁵ - قرار المحكمة العليا رقم: 172379، بتاريخ 1997/10/28، نشرة القضاء، الجزائر، العدد 54، 1999، ص 103.

⁶ - قرار المحكمة العليا رقم: 296020، بتاريخ 2002/12/25، المجلة القضائية، الجزائر، العدد 01، 2004، ص 282.

⁷ - قرار المحكمة العليا رقم: 204821، بتاريخ 1998/10/20، المجلة القضائية، الجزائر، عدد خاص، 2001، ص 82.

القرار: " يحول رفع دعوى اللعان دون التذرع بالطرق العلمية لإثبات النسب ".¹ جاء هذا القرار موضّحاً اتجاه المشرّع الجزائري في هذا المجال وهو عدم جواز اللجوء إلى الطرق العلمية لنفي النسب، وهو ما جاء متوافقاً مع الرأي الفقهي القائل بعدم جواز الاعتماد على الحقائق العلمية المعاصرة في نفي النسب ولا ينتفي النسب إلا باللعان فقط.² غير أنّ هذا المبدأ الذي قرّرت المحكمة العليا يثير إشكالية من حيث صياغته بقولها: " يحول رفع دعوى اللعان دون التذرع بالطرق العلمية لإثبات النسب "، فهل هذا يعني بمفهوم المخالفة أنّ التذرع بالطرق العلمية لإثبات النسب قبل رفع دعوى اللعان سيكون مقبولاً ومنتجاً لآثاره لعدم وجود نص يعيّن البصمة الوراثية بذاتها كوسيلة لإثبات النسب أو يضبط حدود استعمالها؟³

يمكن تفسير المادة 40 من قانون الأسرة أنّ للقاضي السلطة التقديرية في اللجوء للبصمة الوراثية من عدمها، وإن تمّ اللجوء إليها فيبقى له الحقّ أيضاً في الأخذ بنتائجها من عدمه،⁴ ثم إنّ تفسير المادة 41 يسمح بإمكانية اعتبار البصمة الوراثية طريقاً آخر لنفي النسب ما دام لم يتم تحديد الطرق المشروعة لذلك. وبالتالي يبقى اللعان الطريقة الوحيدة لنفي النسب عملاً بأحكام الشريعة الإسلامية ما دام قانون الأسرة الجزائري يعتمد في أغلب مواده على أحكام الشريعة الإسلامية، ويحيلنا في إطار المادة 222 منه إلى هذه الأحكام في كلّ ما سكّته عنه المشرع الجزائري⁵: " كلّ ما لم يرد النصّ عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية ".

مؤدّي اللعان أنّه حينما يظهر حمل الزوجة وتبيّن للزوج أنّ زوجته زنت يحقّ له أن يدّعي أنّ هذا الحمل ليس منه. فحسب القاعدة العامة أنّ كلّ ما تأتي به الزوجة من حمل أو ولد يعتبر مبدئياً ولداً للفراش. وإذا لم يستطع الزوج إثبات دعواه أمام القضاء فإنّه يلجأ إلى اللعان. أمّا إذا مضى وقت طويل نسبياً بعد الحمل أو الوضع فإنّه لا يقبل منه نفي النسب.¹ إلا أنّ المشكل المطروح هو ما إذا

¹ - قرار المحكمة العليا رقم: 605592، بتاريخ 2009/10/15، المجلة القضائية، الجزائر، العدد 01، 2010، ص 245.

² - سهير سلامة حافظ الأغا، المرجع السابق، ص 90.

³ - مائنو جيلالي، المرجع السابق، ص 193.

⁴ - إفرودة زبيدة، « النسب بين تطور العلم وجمود التشريع في البلدان الغربية والعربية، (البصمة الوراثية) »، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية، الجزائر، العدد 01، 2010، ص 89 و 90.

⁵ - قندوز سناء، « اللعان وإشكالاته الفقهية والقانونية والقضائية »، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية، الجزائر، العدد، 02، 2011، ص 125.

¹ - علال آمال، « الطرق الشرعية والقانونية لنفي النسب »، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة أبو بكر بلقايد بتلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، العدد 16، 2013، ص 141.

كان من حقّ الزّوجة وهيّ في موضع التّهمة أن تلجأ في نفيها عن نفسها خصوصاً إذا كانت متأكّدة من براءتها إلى الوسائل العلميّة في إثبات النّسب كإجراء مضاد لاتّهام الزّوج، وهنا لا بدّ من إعمال البصمة الوراثيّة.

ما يمكن ملاحظته أنّ المشرّع ترك الباب مفتوحاً لاجتهاد القضاء في اختيار الوسيلة المناسبة التي يقتضيها الأمر لإثبات نفي النّسب. والنّص الذي يمكن إعماله هو المادّة 41 من قانون الأسرة التي تنصّ على أنّه: " ينسب الولد لأبيه متى كان الزّواج شرعيّاً وأمكن الاتّصال ولم ينفه بالطّرق المشروعة "، فالنّص القانوني هنا لم يحدّد الطّرق المشروعة على سبيل الحصر وإنّما في اعتقادنا قد ترك المجال مفتوحاً لنفي النّسب بكلّ طريق يؤدّي إلى نفيه سواء ممّا هو مذكور في النّصوص أو غيرها زيادة على أنّ اللّعان طريق شرعيّ ومع ذلك لم ينص عليه القانون وإنّما اعتمده القضاء طريقاً لنفي النّسب.¹ ولخطورة وأهميّة هذه المسألة الحسّاسة في موضوع إثبات أو نفي النّسب في حالة اللّعان، وما يترتّب عليه من نتائج على حقّ الولد في النّسب لأبيه لاحتمال كذب الزّوج في اتّهامه من جهة، بالإضافة إلى أنّ هذه التّهمة تمسّ بشرف الزّوجة وتؤثّر على حقوقها وحقوق ولدها المادّيّة والمعنويّة من جهة أخرى. لذلك نعتقد أنّه من حقّها أن تدفع التّهمة عن نفسها إن كانت متأكّدة من براءتها بكافّة الطّرق القانونيّة والشرعيّة بما في ذلك الوسائل العلميّة لثبوت النّسب، إن كانت هذه الأخيرة تفيد في ثبوت أو نفي النّسب وهو حقّ مشترك بين الزّوجين معاً.

الهدف من اللّجوء إلى هذه الوسيلة هو في المقام الأوّل لردّ الاعتبار من الزّوجة في حالة البراءة وفي المقام الثّاني وهو الأهمّ يتعلّق بثبوت نسب ابنها من الزّوج الذي لا عنها واتّهمها بالزّنا، إذ لا يجوز تضييع حقوق الطّفل لمجرّد ادّعاء قد يكون كاذباً من الزّوج لأنّه بحدوث الملاعنة يفرّق القاضي بينهما شرعاً.

ذهب الدّكتور يوسف القرضاوي إلى القول أنّ التّحاكم إلى البصمة الوراثيّة جائز إذا كان بطلب من الزّوجة دون الزّوج حتّى تمكّن من درء التّهمة عن نفسها وتحفظ حقّها، وليس في ذلك اعتداءً على حقّ شخص آخر.² حتّى وإن أجبر الزّوج على التّحليل اللّازمة للتّأكد من النّسب فهي لمصلحة الولد بغض النّظر عن التّهمة بين الزّوجين ونتائجها. أمّا في حالة الرّفص وعدم الخضوع للتّحليل للتّأكد من النّسب والتّدرع بقاعدة أنّه لا يجوز إجبار شخص على تقديم دليل ضدّ نفسه، اعتبر ذلك تهرّباً ودليلاً، وعلى القاضي حينئذ تفسير هذا الامتناع كقرينة ضدّه. فإذا أثبتت نتائج التّحليل الوراثي أنّ صاحب الفراش المنكر للبنوة عنده أكثر من 99% من الحظوظ ليكون هو أب الولد كان

¹ - بن شويخ رشيد، « الطرق الشرعية والقانونية لثبوت النسب أو نفيه »، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد بتلمسان، الجزائر، العدد 03، 2005، ص 43.

² - يوسف القرضاوي، فتاوى معاصرة، المرجع السابق، ص 901.

ذلك حجة عليه، ولا يخول له القاضي حقّ نفيه باللّعان بل يثبت نسبه منه جبراً. وفي ذلك مسايرة لتوجّه المشرّع الجزائري لما نصّ في المادّة 40 من قانون الأسرة على أنّه يجوز للقاضي أن يستعين بكلّ وسيلة علميّة من شأنها تثبيت النسب.

في اعتقادنا لا يمكن التّضحية بنسب الولد لمجرّد اتّهام من الرّوج قد يكون كاذباً، أمّا إذا كان صادقاً وأثبتت التّحاليل عدم وجود العلاقة، في هذه الحالة ينفي النسب والبحث من جديد عن الأب البيولوجي للطفل. تأكيداً لهذا يقول الدّكتور علي محي الدين القرّة داغي: "...بل في هذه الحالة يمكن للقاضي إذا التجأ إليه الرّوج العازم على اللّعان أن يجبره على إجراء اختبار البصمة الوراثيّة بحيث إذا ظهرت النّتيجة أنّه منه لا ينبغي له اللّعان، وإذا ظهر عكس ذلك فليلاعن".¹ أمّا في حالة ثبوت النسب نكون قد حقّقنا مصلحة الولد بالحفاظ على حقوقه الماديّة والمعنويّة التي كانت من الممكن أن تضيع بسبب اللّعان كالحقّ في النسب والحقّ في النّفقة والرّعاية... الخ.

اختلف الفقه القانوني الجزائري حول مضمون المادّة 40 فقرة 02 من قانون الأسرة بين مؤيّد ومعارض، حيث ذهب الفريق المعارض إلى أنّ العلم حقيقة نسبيّة بينما القرآن كلام الله حقيقة مطلقة صالحة لكلّ زمان ومكان، وهو الذي فصل في مسألة إثبات أو نفي النسب معللاً رأيه أنّ النّص القرآني صريح وواضح وبالتالي يقتضي العمل بالقاعدة الفقهيّة " لا اجتهاد مع وجود النّص ".² علماً أنّ محمد الشّريف قاهر - عضو المجلس الإسلامي الأعلى -، ومع ذلك لم يصدر أيّ فتوى توضيحيّة لذلك مستظهِراً وضوح القواعد الفقهيّة التي لم تسمح باستعمال أيّ طريقة غير شرعيّة قد تثبت أو تنفي النسب. وذهب الفريق الثّاني من الفقه إلى القول أنّ المشرّع الجزائري أباح اللّجوء إلى الطّرق العلميّة لإثبات النسب فقط في المادّة 40 فقرة 02 من قانون الأسرة، وكان يستوجب عليه أن يطبّق ذلك في كلتا الحالتين سواء تعلّق الأمر بإثبات النسب أو نفيه.³

ولطالما اقتنع المشرّع الجزائري بالطّرق العلميّة لإثبات النسب في المادّة 40 فقرة 02 من قانون الأسرة فإنّه يستحسن الاعتماد عليها في جميع حالات تنازع النسب إيجاباً أو سلبيّاً لتحقيق العدالة بصورة أوسع نطاقاً، لأنّ نتائج البصمة الوراثيّة يقينيّة قطعيّة لا تكاد تخطئ في الوالديّة البيولوجيّة، وهو ما يهدف إليه الشّارع بإظهار الحقيقة والعدالة وإنصاف الولد ورعايته. إنّ أهمّ حالات الأخذ بالبصمة الوراثيّة نراها في حالة اللّجوء إلى إجراء اللّعان لنفي النسب، وهنا يجوز للقاضي أن يطبّق اللّعان وفقاً للنصوص الشرعيّة والقانونيّة للتّفريق بين

¹ - علي محي الدين القرّة داغي وعلي يوسف المحمدي، المرجع السابق، ص 355.

² - محمد شريف قاهر، محاضرات أُلقيت على الطلبة القضاة، بالمدرسة العليا للقضاء، الجزائر، الدفعة 14،

2003-2004: http://droit-tlemcen.over-blog.com/page-_4038055.html

³ - تشوار جيلالي، « نسب الطفل في القوانين المغاربية للأسرة بين النقص التشريعي والتفتيحات المستحدثة »،

المرجع السابق، ص 16.

الزوجين، كما يستطيع في نفس الوقت أن يأمر بإجراء اختبارات البصمة الوراثية للوصول إلى حقيقة نسب الولد.¹ وبالتالي نستنتج أنّ كلّ الآراء الرافضة للاستعانة بالبصمة الوراثية إلى جانب اللعان كوسيلتين لنفي النسب غير مؤسّسة.

المبحث الثاني: التطبيقات القضائية لإثبات نسب الطفل الناتج عن اللعان مع اعتماد البصمة الوراثية

اعتبرت التشريعات العربية أنّ اللعان الطّريق الوحيد لنفي النسب، وأنّ امكانية الاستعانة بالبصمة الوراثية كوسيلة لإثبات النسب مع غموض النصوص التشريعية فيما إذا كانت تعتبر كطريق لنفيه، بالرغم من أنّ الفقه القانوني يرى امكانية العمل بها اثباتاً ونفيّاً لم يستقرّ القضاء العربي في هذه المسألة على رأي واحد، فأحياناً تكون الأحكام والقرارات القضائية متناقضة حتّى في القضية الواحدة، وأحياناً أخرى يرفض بعض القضاة أصلاً الاستعانة بالتّحليل البيولوجية في مسائل الأنساب المتنازع عليها بدعوى عدم وجود نص شرعي، ومردّد ذلك هو تمسك القاضي بتطبيق القانون، فهو ملزم باحترامه، فإذا لم يرد نصّ قانوني يتضمّن اللعان كطريق لنفي النسب وضوابط العمل به، كذلك الأمر بالنسبة للبصمة الوراثية وإمكانية اللجوء إليها للكشف عن الاسباب إثباتاً ونفيّاً. فبالنّسبة لعمل القاضي على استبعاد ورفض كلّ نزاع من شأنه إثارة هذا النوع من القضايا.

فالقضاء المغربي مثلاً كان يرفض الاستعانة بالتّحليل البيولوجية في مسائل النسب المتنازع عليه بحجّة عدم وجود نص قانوني صريح، غير أنّه بعد تعديل مدونة الأحوال الشخصية أجاز استعمال الخبرة الطّبية للكشف عن النسب اثباتاً ونفيّاً. أمّا القضاء التونسي فكان موقفه واضحاً في إقراره بالتّحليل الجيني كوسيلة لإثبات النسب ونفيه عملاً بالتّشريع التونسي خصوصاً بعد صدور قانون 1998، واستقرّ على ذلك حتّى في النسب الناتج عن العلاقات غير الشرعية. لكن موقف القضاء الجزائري كان واضحاً قبل وبعد تعديل قانون الأسرة على أنّ اللعان هو الطّريق الوحيد لنفي النسب، واستقرّ على أنّ اللجوء للطّرق العلمية يكون في اثبات النسب وليس في نفيه. على إثر ذلك سوف نتطرّق إلى رأي القضاء المغربي والتونسي من البصمة الوراثية وأثرها على اللعان في المطالب الأول وإلى تقدير القاضي الجزائري لنفي النسب بين اللعان والطّرق العلمية ضمن المطالب الثاني.

المطلب الأول: موقف القضاء المغربي والتونسي من البصمة الوراثية وأثرها على اللعان

ثمّن القضاء المغربي والتونسي تقنيّة البصمة الوراثية وأهميتها في نفي النسب، حيث يحسب للتّشريع المغربي أنّه من السابقين للاستفادة من البصمة الوراثية لإثبات ونفي النسب في نفس الوقت

¹ - بلحاج العربي، « الجوانب القانونية لإثبات النسب بالبصمة الوراثية في ضوء قانون الأسرة الجزائري الجديد »،

مجلة المحكمة العليا، الجزائر، قسم الوثائق والدراسات القانونية والقضائية، العدد 01، 2012، ص 41 و 42.

وذلك حسب المادة 153 من مدونة الأسرة المغربية التي أقرت إمكانية الطعن في الفراش باعتباره حجة قاطعة من الزوج عن طريق اللعان أو بواسطة خبرة. وإن كان المشرع لم يشر إلى مصطلح البصمة الوراثية والمقصود بالخبرة هنا هي خبرة الطبيب. أما من جانب المشرع التونسي الظاهر أنه لم يتناول قضية البصمة الوراثية واستخدامها في نفي النسب، حيث سار العمل القضائي لهذا البلد على نفس الاتجاه، وهذا بالنسبة للنسب الشرعي. أما قانون 1998/10/28 المتعلق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين ومجهولي النسب فعّل فيه المشرع التونسي تقنية التحليل الجيني وطلب القضاء بالأخذ بها. طبقاً لذلك سوف نستعرض موقف القضاء المغربي من اللعان والبصمة الوراثية في نفي النسب خلال الفرع الأول وموقف فقه القضاء التونسي من البصمة الوراثية وأثرها على اللعان في الفرع الثاني.

الفرع الأول: موقف القضاء المغربي من اللعان والبصمة الوراثية في نفي النسب

يعتبر اللعان أهم وسيلة شرعية لنفي الحمل أو النسب عن الزوج بالخصوص، لكن يقع الإشكال لما تتعارض هذه الوسيلة مع الخبرة الطبية والمقصود بها البصمة الوراثية. تكتسي الخبرة الطبية قوتها من المادة 152 والمادة 153 من مدونة الأسرة مما يعطي الحق للزوج طلب خبرة طبية لتحديد النسب أو نفيه، فالخبرة الطبية لا تكون قاصرة على فراش الزوجية، حتى النيابة العامة يمكنها أن تثير تلقائياً إجراء خبرة طبية لتحديد المنسوب إلى المشتبه به لتحديد هل الحمل من صلبه لاحق به أم لا؟.

يمكن الإشارة أنه حتى يعتد بدعوى اللعان فإنه يجب توافر فراش الزوجية، ولكن رغم توافر هذا الأخير يبقى قاصراً خصوصاً عند إدلاء الزوج بحجج قاطعة تمكنه من المنازعة فيه وبالتالي نفي النسب. وعليه لا دعوى لنفي النسب بواسطة اللعان إلا بتوافر عقد الزواج. فازدياد الولد على فراش الزوجية وأثناء قيام العلاقة الزوجية يكون قرينة على ثبوت النسب ما لم يسلك الزوج الوسائل المقررة شرعاً لنفيه.

يبقى موضوع التنازع بين البصمة الوراثية كمستجد بيولوجي تفيد القطع على ثبوت النسب أو نفيه وبين اللعان كإلزام شرعية تنفي النسب علماً أن الواقع العلمي أفرز فيما يخص حجية البصمة الوراثية تجاه اللعان عدة آراء فقهية يمكن حصرها في رأيين فقهيّين أساسيين: موقف يرى أن البصمة الوراثية تحل محلّ اللعان في الإثبات لأن نتائجها يقينية، ويبقى اللعان مبني في أساسه على الشك لا اليقين. وموقف آخر يرى أن البصمة الوراثية لا تقدّم على اللعان لأن من شأن ذلك أنه سيؤدي إلى تعطيل نص قطعي في كتاب الله.

بالنسبة للقضاء المغربي وقبل تعديل مدونة الأحوال الشخصية سنة 2004 كان يرفض صراحة الاستعانة بالتحاليل الطبية في مسائل الأنساب المتنازع عليها كطريق لنفي النسب. وبناءً على الفصل 91 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة قرّر القضاء المغربي أن اللعان هو الوسيلة الوحيدة

لنفي النسب عن الزوج، واستقرّ على رفض اعتماد الخبرة الطّبية عامّة كوسيلة من وسائل إثبات أو نفي النسب.¹

جاء في قرار صادر بتاريخ 9 فبراير 1982: "إنّ قاعدة الولد للفراش لا يجوز دحضها إلّا بالوسائل المقرّرة شرعاً لنفي النسب، وأنّه إذا كان الشّرع والقانون يعتدّان برأي الخبرة من الأطبّاء في عدّة مسائل فإنّهما لم يعتدّا برأيهم فيما يرجع لنفي النسب استناداً إلى عدم قابليّة الزوج للإخصاب، مادام في وسع ذلك الزوج نفي النسب عن طريق اللّعان".²

ومن بين القرارات الصّادرة عن المجلس الأعلى التي استبعدت التّحليل الطّبي في نفي النسب القرار الصّادر بتاريخ 15 سبتمبر 1981 جاء فيه: "...يلتجأ إلى التّحليل الطّبي لمعرفة ما في الرّحم علّة أو حملاً إذا بقيت الرّبيّة في الحمل بعد انقضاء السّنة ومن تاريخ الطّلاق أو الوفاة ولا يلتجأ إلى هذه الوسيلة في نفي النسب".³

غير أنّه بعد التّعديل أجاز العمل بهذه الخبرة أو استعمال البصمة الوراثيّة كطريق للكشف عن الأنساب إثباتاً أو نفيّاً مع التّقيّد بشرطين في حالة النّفي أولهما إدلاء الزوج المعني بدلائل قويّة على ادّعائه وثانيهما صدور أمر قضائي بالتّحكيم للخبرة القضائيّة.

الملاحظ من خلال العمل القضائي أنّه جعل من علّة عدم إدلاء الزوج بدلائل قويّة على ادّعائه قاعدة لرفض طلب اللّجوء إلى الخبرة، ومردّد ذلك الغموض الذي جاءت به صياغة المادّة 153 من المدوّنة التي لم توضّح معنى الدّلائل القويّة، لذلك أصبح تحديدها داخليّاً في إطار السّلطة التقديرية لمحاكم الموضوع، وتبقى فكرة الدّلائل القويّة مسألة واقع لا مسألة قانون وإن كانت تحتاج إلى تعليل منضبط دفعاً لأيّ تعسف قد يمارس من جانب المحاكم.⁴

إنّ نفي النسب عن طريق الخبرة يتطلّب شرطي المادّة 153 من مدوّنة الأسرة،¹ وعليه فإنّ مسلك الخبرة كوسيلة لنفي النسب تحكمها وقائع كغياب الزوج وتواجده خارج البلد أو كون الزوج عقيماً، حيث يتّسع معها موضوع نفي النسب، غير أنّ هذا النّفي بدوره يتطلّب شرط فراش صحيح بين

¹ - برجاوي خالد، قواعد اثبات ونفي النسب في المغرب بين تطور العلم وجمود القانون، المرجع السابق، ص 655.

² - هيئة المحامين، « الاجتهاد القضائي »، الغرفة الاجتماعية، مجلة المحاكم المغربية، الدار البيضاء، مؤسسة الملك عبد العزيز، العدد 37، 1985، ص 90.

³ - قرار المجلس الأعلى رقم 527 الصادر بتاريخ 15/09/1981، ملف اجتماعي رقم 91217، مجلة قضاء المجلس الأعلى بالمغرب، العدد 30، 1982، ص 85.

⁴ - الكشور محمد، البنية والنسب في مدونة الأسرة، المرجع السابق، ص 208.

¹ - تنص المادة 153 من مدونة الأسرة المغربية على أنه: "...يعتبر الفراش حجة قاطعة على ثبوت النسب، لا يمكن الطعن فيه إلا من الزوج عن طريق اللعان، أو بواسطة خبرة تقيّد القطع، بشرطين: - إدلاء الزوج المعني بدلائل قوية على ادّعائه؛ - صدور أمر قضائي بهذه الخبرة". القانون رقم 70-03 بمثابة مدونة الأسرة، المرجع السابق.

الزَّوجين لتتمّ المنازعة بينها وبين اللّعان، لكن ما موقف القضاء المغربي من هذا التّنازع الثّنائي للخبرة واللّعان في مجال نفي النّسب؟.

فبالرجوع إلى نص المادّة 158 من مدوّنة الأسرة المغربيّة: " يثبت النّسب بالفراش أو بإقرار الأب أو بشهادة عدلين أو ببيّنة السّماع وبكلّ الوسائل الأخرى المقرّرة شرعاً بما في ذلك الخبرة القضائيّة ". .

الملاحظ أنّ المشرّع المغربي اعتمد عبارة " أو " الّتي تفيد الاختيار، فهل يعني ذلك أنّه يجب مراعاة التّرتيب حسب ما نصّت عليه المادّة؟. فتوافر حجج قويّة تقضي إلى ثبوت النّسب يغنيا عن نفي النّسب، لكن عدم توافر هذه الحجج وبمفهوم المخالفة يعطي الحقّ في نفي النّسب، لكن هل هناك من سبيل لصيّغة ترتيبيّة في مجال نفي النّسب بين اللّعان والخبرة الطّبيّة؟.

إنّ ما نصّت عليه المادّة 153 من المدوّنة باعتبار الفراش حجة قاطعة على ثبوت النّسب لا يمكن الطّعن فيه إلّا من طرف الزّوج عن طريق اللّعان أو بواسطة خبرة تفيد القطع. نستفيد من هذا النّص أنّ صاحب دعوى نفي النّسب له حقّ الاختيار بين اللّعان كوسيلة شرعيّة لنفي النّسب وبين الخبرة الطّبيّة (البصمة الوراثيّة) كمستجد بيولوجي علمي لهذا النّفي، وهنا يمكن الاستعانة ببعض الاجتهاد القضائي المغربي.

جاء في قرار صادر عن مجلس الأعلى بتاريخ 9 مارس 2005 ما يلي: "...حيث صحّ ما عابه الطّالب على القرار المطعون فيه، ذلك أنّه وإن كان الفراش الشرعي قرينة قاطعة على إثبات النّسب فإنّ ذلك مشروط بأن تكون الولادة ثابتة التاريخ وداخل الأمد المعتبر شرعاً بشكل لا مراء فيه ولا جدال. وبما أنّ موضوع الخصومة يدور حول ادّعاء المطلوبة أنّها طلّقت من الطّاعن بتاريخ 20 ديسمبر 1989، ووضعت الابن سعيد المطلوب نفقته بتاريخ فاتح جانفي 1990 وقدّمت شهادة ولادته محرّرة بتاريخ جويلية 2000 من قائد الغنادرة بإفادة من الشّيخ وتصريح شرف منها، ونفي الطّالب نسب الابن المذكور إليه لكونه لم يعلم بوجوده إلّا بتاريخ 15 أكتوبر 2002 أي بعد توصّله بدعوى المطالبة بنفقته، ولكونه أيضاً عقيماً وأدلى بوثائق طبيّة لتأكيد ذلك والتّمس إجراء خبرة طبيّة عليه وعلى الابن المذكور لتحديد سنّه وتاريخ ازدياده وهل هو من صلبه أم لا. وأنّه أمام اختلاف الزّوجين بشأن تاريخ ازدياد الابن المذكور فإنّه كان على المحكمة أن تبحث في جميع وسائل الإثبات المعتمدة شرعاً ومنها الخبرة الّتي لا يوجد نص قانوني صريح يمنع المحكمة من الاستعانة بها. والمحكمة لما اكتفت بالقول ردّاً على ملتصق إجراء الخبرة بأنّ ما تمسّك به الطّالب يخالف أصول الفقه

والحديث الشريف دون اعتماد نص قاطع في الموضوع، فإنّها لم تضع لما قضت به أساساً وعرضت قرارها بذلك للنقض¹.

ما يمكن ملاحظته عن هذا القرار أنّ النزاع حصل في ظلّ مدوّنة الأحوال الشخصية الملغاة، وأنّ الطّعن فيه أمام المجلس الأعلى تمّ في ظلّ مدوّنة الأسرة الجديدة، حيث قرّر المجلس الأعلى أنّه ليس هناك ما يمنع محكمة الموضوع من اعتماد الخبرة الطّبية في مجال النّسب انطلاقاً من التّوجه الجديد لمدوّنة الأسرة الجديدة، وأكّد المجلس الأعلى موقفه هذا لاحقاً حيث قرّر أنّ: "...الفرش الصّحيح حجّة قاطعة على ثبوت النّسب ولا يمكن نفيه إلّا عن طريق اللّعان أو خبرة طّبية إذا توافرت شروطها"².

من خلال مجموعة القرارات الصّادرة عن محكمة النّقض، تبين تراجعها عن مواقفها المتشدّدة إزاء إعمال الخبرة الطّبية، إذ نجدها تدعو إلى اعتماد الخبرة رغم أداء الزّوج يمين اللّعان. جاء في قرارها الصّادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 18 جانفي 2006: "...حيث صحّ ما عابه السّبب، ذلك أنّ الفرش يكون حجّة قاطعة على ثبوت النّسب شرط تحقّق الإمكانين المادّي والشرعي. والثّابت من أوراق الملف أنّ الطّاعن نازع في نسب الابن إليه وادّعى أنّه لم يتّصل بالمطلوبة منذ ازدياد الابن الأوّل أي أنّه استبرأها بعد هذا الوضع وأدى يمين اللّعان على ذلك، في حين رفضت المطلوبة أدائها رغم توصّلها، كما رفضت الحضور أثناء أداء اليمين ورفضت تلك الخبرة، والتمس إجراء خبرة قضائية لإثبات عدم نسب المولود إليه والتمسك بها، والمحكمة لمّا علّلت قرارها بأنّ الخبرة ليست من وسائل نفي النّسب شرعاً في حين أنّ المادّة 153 من مدوّنة الأسرة النّافذة المفعول بتاريخ القرار المطعون فيه الواجبة التّطبيق التي تنصّ على أنّ الخبرة القضائيّة من وسائل الطّعن في النّسب إثباتاً أو نفيّاً، تكون قد أقامت قضاءها على غير أساس، ولم تعلّله تعليلاً سليماً ممّا يعرضه للنقض..."³.

¹ - قرار المجلس الأعلى عدد 150 صادر بتاريخ 09 مارس 2005، ملف عدد 615-1-2-2003. أشار إليه الكشور محمد، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، المرجع السابق، ص 401.

² - قرار المجلس الأعلى عدد 04، صادر بتاريخ 04 جانفي 2006، ملف شرعي عدد 547/2-1-2004، أشار إليه الكشور محمد، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، نفس المرجع، ص 402.

³ - قرار المجلس الأعلى عدد 37 بتاريخ 18/1/2006 في الملف الشرعي عدد 108/2/1/2005، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، المغرب، العدد 66، ص 111. نقلا عن أباكريم عزيز وآخرون، وسائل إثبات النسب ونفيه بين الشريعة والقانون المغربي، (دراسة للبصمة الوراثية كمستجد بيولوجي علمي ينازع اللعان كإلزام شرعية في مجال النسب)، بحث لنيل الإجازة في القانون الخاص، جامعة ابن زهر، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكادير، المغرب، 2009-2010، ص 75.

نستنتج من خلال هذا القرار أنّ اللّعان له أولويّة في التّطبيق لنفي النّسب لتوافر العلاقة الزوجية وحفظ النّسب بالخصوص، وضمان استمرار كيان الأسرة تقتضي اعتماد الوسائل الشرعية أولاً ثمّ الوسائل الحديثة ثانياً، هذا في حالة رفض الزّوجة أداء يمين اللّعان.

سايرت المحاكم التّوجه التّشريعي الجديد المتمثّل في مدوّنّة الأسرة واعتمادها الخبرة الطّبية فيما يتعلّق بالنّسب على اعتبار أنّ الخبرة الطّبية أصبحت من بين الوسائل المعتمدة في مجال النّسب إمّا إثباتاً أو نفيّاً، والظاهر أنّ القاضي المغربي يمارس سلطته التقديرية في اللّجوء إلى الخبرة الطّبية. حيث جاء في حكم صادر عن المحكمة الابتدائية ببركان: "...حيث تستهدف المدّعية من دعواها إلى الحكم لها بإثبات نسب ابنها إلى المدّعي إليه طبقاً لمقتضيات المادّة 156 من مدوّنّة الأسرة، وحيث عزّزت المدّعية دعواها بصورة شمسية لشهادة إدارية تفيد بأنّ المدّعية متزوّجة من المدّعي عليه مدّة أربع سنوات ولها منه طفل وشهادة الحياة الخاصّة بالابن المذكور.

وحيث إنّ المحكمة وفي إطار إجراءات التّحقيق المخوّلة لها قانوناً أمرت بإجراء خبرة على المدّعي عليه للقول ما إذا كان الابن من صلبه أم لا.

وحيث أسفر تقرير الخبرة المنجزة من طرف مختبر الشّربة العلميّة على أنّ الابن هو من صلب المدّعي عليه يقيناً، وعليه فإنّ طلب المدّعية يكون مبنياً على أساس قانوني ومن ثمّ يثبت نسب الابن إلى المدّعي عليه ¹.

في حكم آخر صادر عن المحكمة الابتدائية بالخميسات جاء فيه: "...وحيث أنّ المحكمة لم تكن تتوفّر على العناصر الكافية للبتّ في الطّلب ممّا أمرت تمهيداً بإجراء خبرة طبيّة أسندت للمختبر العلمي للدّرك الملكي.

وحيث أسفر تقرير الخبرة المنجزة بتاريخ 2006/03/30 على أنّ المدّعي عليه هو أب الطّفل أحمد بنسبة أبوة تناهز 99,999 %.

وحيث إنّ إنكار المدّعي عليه أن يكون الحمل منه رغم توفّر الشّروط المنصوص عليها في المادّة 156 من مدوّنّة الأسرة تفنّده نتائج الخبرة القضائيّة التي تفيد القطع بوجود العلاقة البيولوجيّة بين المدّعي عليه وبين الطّفل أحمد.

وحيث إنّ البصمة الوراثيّة تتضمّن البنية التفصيليّة التي تدلّ على كلّ شخص بعينه ولا تكاد تخطئ في التّحقّق من الوالدية البيولوجيّة.

وحيث إنّّه والحالة هاته تبقى دفوع المدّعي عليه غير جدية ويتعيّن ردّها...¹.

¹ - حكم المحكمة الابتدائية ببركان، عدد 04/408، بتاريخ 2005/07/28. أشار إليه: سعيد صولة، « إثبات

النسب»، مقال منشور على موقع العلوم القانونية، المغرب، ص 99: http://www.marocdroit.com_a3706.html

الفرع الثاني: موقف فقه القضاء التونسي من البصمة الوراثية وأثرها على اللعان

رغم أنّ مقتضيات الفصل 75 من مجلة الأحوال الشخصية لا تتصّ صراحة على اعتماد إجراء التحليل الجيني في قضايا النسب بقوله: "...وتقبل في هاته الصورة جميع وسائل الإثبات الشرعية"، ورغم الجدل القضائي الذي أثارته لفظة الشرعية إلا أنّ القضاء التونسي قبل اعتمادها في قضايا نفي النسب.

الظاهر من النصوص القانونية أنّ المشرع التونسي لم يتعرّض صراحة إلى مسألة نفي النسب بالبصمة الوراثية إذا ما استثنينا قانون 28 أكتوبر 1998 الذي اعتمد صراحة طريقة التحليل الجيني في إثبات الأبوة والأمومة البيولوجية وجعلها مستقلة بذاتها على غرار الإقرار والشهادة. غير أنّ التطبيقات القضائية كانت عكس ذلك إذ أثّرت مسألة استخدام التحاليل الدموية لنفي النسب في قضايا عديدة أبدى القضاء موقفه منها.

حيث عرض موضوع نفي النسب على محكمة الاستئناف بسوسة، قرّرت أنّ التحليل الطبي بالدم يعتبر وسيلة شرعية من بين الوسائل المنصوص عليها بالفصل رقم 75 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية التي ينتفي بها النسب. وأيدت محكمة التعقيب هذا القرار وضمنت ذلك صلب حيثياتها التي قالت فيها: "إنّ وسيلة الإثبات التي أخذت بها محكمة الاستئناف بسوسة هي وسيلة شرعية يقرّها الشارع ويأخذ بها ويعتمدها كما يعتمد على وسائل الإثبات الأخرى المثبتة كحصول اليقين بعد التلاقي مطلقاً".²

لقد استقرّ قضاء محكمة التعقيب التونسية على هذا الرأي، حيث قضت مرّة أخرى باعتماد الاختبارات الجينية والبصمة الوراثية كوسيلة لنفي النسب، فقضت في حيثيات أحد أحكامها بأن: "...نفي النسب في هذه الحال يكون مع توافر الفراش والزواج الصحيح، ولكن الولادة أو الحمل الذي جاءت به الزوجة هو موضوع الطعن، والتفي بحسب ما يقدّمه الزوج من وسائل الإثبات الشرعية والقانونية التي تعدّ شهادة الشهود فيه كافية بل يجب الاعتماد على الأبحاث والاختبارات الطبية التي قد يكون لها تأثير سلبي أو إيجابي، ومن ذلك وسيلة تحليل الدم لكلّ من الزوج أو الزوجة والمولود المطالب بنفي نسبه، وأنّه لا شيء يمنع من اعتماد تلك الوسيلة التي تحقّق علماء الطب الشرعي من

¹ - حكم المحكمة الابتدائية بالخميسات عدد 100/480، بتاريخ 2006/07/25، مجلة قضاء الأسرة، الرباط، العدد 03، 2006، ص 132.

² - قرار مدني تعقيبي عدد 27777 الصادر في 26 جانفي 1993. أشار إليه بوصبع فؤاد، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في إثبات ونفي النسب، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون الجنائي، جامعة منتوري بقسنطينة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، 2011-2012، ص 162.

صحتّها التي تعتبر طريقة علميّة قاطعة".¹ وهذا ما درج عليه فقه قضاء هذه المحكمة وبالتالي نرى أنّ القضاء التونسي سواء كان قضاء الاستئناف أو التعقيب يعتبر الاختبارات الطبيّة من الوسائل الشرعية لنفي النسب.

جاء في إحدى القرارات الاستئنافية² استندت المحكمة إلى الشّحائل الدّموية لنفي النسب وتمثّلت وقائع القضية في أنّ زوجاً أقام لدى المحكمة الابتدائيّة بسوسة في قضية نفي النسب، حيث أسّسها على عدم التّلاقي مع زوجته أثناء المدّة القانونيّة للحمل، ويبدو أنّ تلك الزّوجة أدلت بشهادة شهود أثبتوا العكس، فقضي بعدم سماع دعوى نفي النسب فاستأنف الزّوج، ولدى استئنافه طالب بإجراء تحليل دموي لإقامة الدّليل على أنّ الطّفل المتنازع في نسبه لم يكن من صلبه. فقضت محكمة الاستئناف بإجراء ذلك التّحليل وأكّد الخبير المنتدب أنّ ذلك الطّفل لم يكن من صلب الزّوج وقضت محكمة الاستئناف بسوسة بنقض الحكم الابتدائي والقضاء بنفي النسب.³

اعتبرت محكمة الاستئناف بسوسة أنّ هذه الوسيلة هيّ وسيلة شرعيّة على معنى الفصل 75 من مجلّة الأحوال الشخصيّة، وعلّلت قرارها بصورة مطوّلة تعرّضت فيه للفقه الإسلامي وإلى وسيلة اللّعان. كما تعرّضت فيه للقانون المقارن وخاصّة إلى الفصل 340 من القانون المدني الفرنسي.⁴ واستندت إلى عدّة حجج من شأنها أن تدعّم موقفها، ومن بينها التّقدّم العلمي الذي أضحيّ يمكن في بعض الأحيان من نفي النسب بصورة قطعيّة. كما بيّنت أن المحاكم في كثير من الصّور تعتمد الاختبارات الطبيّة بتقدير نسبة العجز في قضايا حوادث المرور وحوادث الشّغل أو لبيان سبب الموت في بعض قضايا القتل. وعلى ضوء القانون المقارن خاصّة الفرنسي اعتبرت أنّ هذه التّحاليل من بين الوسائل الشرعية على معنى الفصل 75 من مجلّة الأحوال الشخصيّة.⁵

كان من المتوقّع أن يطعن في هذا القرار بالتّعقيب وفعلاً تمّ ذلك. وبما أنّ الموضوع كان يطرح لأوّل مرّة لدى محكمة التعقيب فلقد رأت هذه الأخيرة بصورة استثنائيّة استشارة بعض الأطباء لبيان إن كان هذا التّحليل الدّموي من شأنه أن يمكن من الجزم بأنّ طفلاً لا يمكن أن يكون مولوداً من

¹ - قرار محكمة التعقيب التونسية عدد 11005 صادر بتاريخ 1996/07/27. أشار إليه: كمال البجاوي، المرجع السابق، ص 92.

² - قرار استئنافي مدني، سوسة، عدد 3411، بتاريخ 1974/01/17، مجلة القضاء والتشريع، تونس، العدد 04، 1974، ص 66.

³ - ساسي بن حليمة، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية، تونس، مركز النشر الجامعي، ب.ط، 2011، ص 227.

⁴ - Article 340-2 du code civil français: « la preuve ne peut en être rapportée que s'il existe des présomptions ou indices graves ». Créé par Loi n°72-3 du 3 janvier 1972, op. cit. Modifié par Loi n°93-22 du 8 janvier 1993, transféré par Ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005.

⁵ - ساسي بن حليمة، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 229.

صلب رجل ما. وجاء تقرير الخبير مبيّنًا لذلك، ممّا جعل المحكمة تقتنع بوجاهة هذه الوسيلة، وعلى ذلك الأساس قرّرت برفض مطلب التعقيب في قرارها عدد 11005 المشار إليه سابقًا.

وسارت محكمة التعقيب على هذا الرأى في بعض القرارات اللاحقة معتبرة أنّ التحليل الدّموي من بين الوسائل التي ينتفي بها النسب. وأنّه لا شيء يمنع من اعتماد وسيلة تحليل الدّم التي حقّق الطبّ الشرعي صحتها التي تعدّ طريقة علميّة قاطعة. وهو ما درج عليه فقه قضاء محكمة التعقيب.

- إنّ نفي النسب باعتماد أحكام الفصلين 75 و 76 مجلّة الأحوال الشخصية عوض به المشرّع اللّعان الوارد به الفقه الإسلامي، فجعل أسباب نفي الحمل محدودة والنتائج المترتبة عن الدّعى هي الفرق الأبدي بين الزوجين بعد ثبوت نفي النسب وهو نفس الحكم المقرّر للملاعنة.

- كان على محكمة القرار المنتقد مراعاة واقع الطّرفين وظروفهما وملابسات القضية خاصّة، وما تشير إليه المحاضر المتعدّدة، وتؤكدّه من توتّر للحياة الزوجية بينهما وما جاء من شهادات، وأنّ تسعى وهي صاحبة التّعهد بالنّظر إلى فحص ما يستند إليه الزوج لإثبات ريبته ونفي للنسب الذي يطالب به، وهي عناصر مادّية من الواجب فحصها واستنتاج ما يجب استنتاجه منها إذا يمكن أن يكون لها تأثير إيجابي أو سلبي ضمن بقيّة مقتضيات، وإغفال محكمة الموضوع لذلك يجعل قضاءها معيبيًا بضعف التّعليل وخارقًا للقانون ومتسمًا بالإفراط في السّلطة بصورة تعرّضه للتّقصّ¹.

جاء في قرار تعقيبي بتاريخ 08 نوفمبر 2012: " لا خلاف أنّه من بين وسائل الإثبات في مادّة نفي النسب التحليل الدّموي الذي يتيح اليوم الوقوف بيقين على صحّة النسب من عدمه عبر التحليل الجيني، وبذلك فهو يمكن أن يمثّل الوسيلة الأفضل لإثبات أو نفي النسب حتّى ولئن أقرّه المشرّع أساسًا بموجب القانون المؤرّخ في 1998/10/28 المنقّح بالقانون عدد 51 لسنة 2003 بوصفه وسيلة لإثبات الأبوة والأمومة على اعتبار أنّ نفي النسب يقبل فيه جميع وسائل الإثبات الشرعية ومن ذلك الاختبارات الطّبية.

- إنّ التحليل الجيني بوصفه وسيلة علميّة ووسيلة استقرار، الغرض منها البحث عن الحقيقة. إنّّه لا بدّ لعمل الطّبيب المنتدب في الغرض أن يكون كافيًا وجازمًا في مضمونه لا يدع المجال لأيّ لبس باعتبار ما لرأيه من أهميّة في حسم مسألة نفي النسب، وبالنّظر أيضًا إلى خطورة آثار نفي نسب المولود في فراش صحيح على الطّفل وعلى المجتمع.

¹ - قرار مدني تعقيبي عدد 27777 الصادر في 26 جانفي 1993، المرجع السابق.

- من أؤكد واجبات المحكمة إجراء رقابتها على أعمال الاختبار، فإذا تبين لها وجود نقص أو غموض في بعض أعماله من اخلالات وذلك تحقيقاً للغاية المرجوة منه وتجنباً لهضم حق الدفاع¹.
هكذا نرى أن القضاء التونسي سواء الاستئنافي أو التعقيبي يعتبر الاختبارات الطبية والتحليل الدّمية من الوسائل الشرعية لنفي النسب، وبهذا يكون القضاء التونسي قد فتح الباب واسعاً لاستخدام الوسائل العلمية في نفي النسب، وتشكل البصمة الوراثية إحدى أهم هذه الوسائل على الإطلاق.

المطلب الثاني: تقدير القاضي الجزائري لنفي النسب بين اللعان والطرق العلمية

يعتبر اللعان إحدى الطرق المشروعة لنفي النسب طبقاً لنص المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري باعتباره الوسيلة الوحيدة في نظر الفقه الإسلامي في مجال النسب، وإن كان المشرع لم ينص عليه صراحة كما أسلفنا القول. وبالرجوع إلى نص المادة 222 من نفس القانون نعتبره كذلك حيث اعتمده القضاء طريقاً لنفي النسب.

لهذا طرحت هذه المسألة إشكالاً كبيراً من حيث سلطات القاضي في تقديرها إلى جانب الطرق العلمية في مجال نفي النسب. فإذا كان اللعان الطريق الشرعي لنفي النسب والمنصوص عليه في الكتاب والسنة، هل يصح نفي النسب بالطرق العلمية في نظر القضاء الجزائري علماً أن هذه الوسائل أصبحت اليوم تعدّ وسائل نفي ناجعة من خلال النتائج المتوخاة منها، بأن تعطل أثر اللعان في نفي النسب والأمر بخضوع الأطراف لإجراء تحاليل البصمة الوراثية، بناءً على طلب من الزوج أو الزوجة؟!.

إذا كان اللجوء للوسائل العلمية خصوصاً في الوقت الحاضر يفيد في ثبوت النسب، الأمر الذي جعل المشرع الجزائري يعدّل نص المادة 40 من قانون الأسرة بموجب الأمر 05-02 نتج عنه استحداث طرق ووسائل علمية حديثة لإثبات النسب. واعتماداً على الفقرة الثانية من هذه المادة أجاز المشرع للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب. فإذا كان الأمر كذلك، أليس قبولها بمفهوم المخالفة لنفي النسب ممكناً؟².

¹ - قرار تعقيبي عدد 76734.2012 مؤرخ في 08 نوفمبر 2012. أشارت إليه: فاطمة الزهراء بن محمود، التعليق على مجلة الأحوال الشخصية قراءة في فقه القضاء، تونس: مجمع الأطرش للكتاب المختص، ط 1، 2015، ص 327.

² - محمد ولد عال ولد محمياي، أحكام النسب وطرق إثباته، (دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقانون الموريتاني)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد بتلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، 2007-2008، ص 52.

ما دام المشرّع ترك الباب مفتوحاً لاجتهاد القضاء في اختيار الوسيلة المناسبة التي يقتضيها الأمر لإثبات نفي النسب، نعتقد أنّه لا بدّ من سلوك هذا الطّريق - البصمة الوراثيّة - ولو على سبيل الاستدلال من القضاء لتسهيل مهمّة القاضي في هذا الموضوع الحساس.¹

إنّ لجوء القاضي للطّرق العلميّة في مجال إثبات أو نفي النسب يعدّ من قبيل الخبرة الطّبيّة التي يستعين بها لحلّ المسائل العالقة في إلحاق الأبناء بأبائهم أو في عدم إلحاقهم. فإذا تتبّعنا مجمل القضايا المطروحة على القضاء الجزائري في مجال نفي النسب نجد أنّ معظم الاجتهاد الصّادر عن قضاة المحكمة العليا متواتر من جهة اعتماد اللّعان دون الخبرة العلميّة سواء قبل تعديل قانون الأسرة أو بعده. فالمحكمة العليا تستوجب نفي النسب بطريق اللّعان فقط.²

لقد استقرّ القضاء الجزائري على أنّ اللّعان هو الطّريق الوحيد لنفي النسب ولم تتم الاستعانة بأيّ طريق آخر، وذلك كلّ واضح في قرارات المحكمة العليا التي أقرّت تطبيق اللّعان وفق ضوابطه الشرعيّة سواء من حيث شروط القِيام به أو من حيث أحكامه وآثاره. حيث أقرّت المحكمة العليا أنّ مدّة نفي النسب لا تتجاوز ثمانية أيّام ما لم يمنع عن تأخير ظروف خاصّة وجب إثباتها، وذلك بعد علم الزوج بالحمل أو الوضع أو رؤية الزّنا.

إنّ القضاء الجزائري تماشيّاً مع أحكام قانون الأسرة الجزائري عمد إلى اللّجوء للطّرق التّقليديّة لنفي النسب بالرّغم أنّ المشرّع لم ينص صراحة على اللّعان كطريق شرعي لنفي النسب أو غيره من الطّرق، إلّا أنّ القضاء استقرّ على عدّه كذلك ولم يذكر أيّ أسلوب آخر سواه كما هو واضح من قرارات المحكمة العليا: " حيث أنّه بالفعل فإنّ أقلّ مدّة للحمل هي ستّة أشهر طبقاً للمادّة 42 ق.أ، كما أنّ المادّة 41 من نفس القانون تقضي بأنّ الولد ينسب لأبيه متى كان الزّواج شرعيّاً وأمكن الاتّصال ولم ينفه بالطّرق المشروعة وهو اللّعان ".³

جاء في قرار آخر: "...أمّا نفي النسب يجب أن يكون بالطّرق المشروعة والمقصود بها القِيام من طرف الزوج بدعوى اللّعان الذي حدّدته الشّريعة واجتهاد المحكمة العليا بثمانية أيّام من يوم العلم بالحمل أو برؤية الزّنا ".⁴

¹ - بن شويخ رشيد، « الطرق الشرعية والقانونية لثبوت النسب أو نفيه »، المرجع السابق، ص 44.

² - قرار المحكمة العليا رقم: 222674 بتاريخ 15/06/1999، المجلة القضائية، الجزائر، عدد خاص، 2001، ص 88.

³ - قرار المحكمة العليا رقم: 172379، بتاريخ 28/10/1997، المجلة القضائية، الجزائر، عدد خاص، 2001، ص 71.

⁴ - قرار المحكمة العليا رقم: 204821، بتاريخ 20/10/1998، المجلة القضائية، الجزائر، عدد خاص، 2001، ص 82.

إذا ما أردنا معرفة موقف القضاء الجزائري من البصمة الوراثية وإمكانية اعتبارها طريقاً لنفي النسب نعود لما ورد في إحدى قرارات المحكمة العليا¹ تتلخص حيثياته في أنّ الطّاعنة (ر.ف) طعنت بطريق النّقض بتاريخ 2009/01/11 بواسطة عريضة قدّمتها محاميها الأستاذ بن عبيد عبد الوهاب المعتمد لدى المحكمة العليا ضدّ القرار الصّادر عن مجلسي قضاء سطيف بتاريخ 2008/04/27 القاضي بتأييد الحكم المستأنف الصّادر عن محكمة سطيف بتاريخ 2007/12/15 الذي قضى تمهيداً قبل الفصل في الموضوع بتعيين الخبيرين بن بركات عبد العزيز ونجار فيصل المختصين في الطّب الشرعي الكائن مقرهما بمصلحة الطّب الشرعي بمستشفى بن باديس بقسنطينة ليقوم كلّ واحد منهما بإجراء مقارنة بين الشّفرة الوراثية للمطعون ضدّه (س.ش) والولد (س.أ) وهذا بعد أخذ عيّنة من أنسجتهما، والقول ما إذا كانتا متطابقتين من عدمه ومن ثمّ إذا كان المطعون ضدّه والد الولد أم لا.

وقضت المحكمة العليا بقبول الطّعن بالنّقض شكلاً وموضوعاً، ونقض وإبطال القرار المطعون فيه الصّادر عن مجلس قضاء سطيف بتاريخ 2008/04/27 وتمديد النّقض إلى الحكم المستأنف الصّادر عن محكمة سطيف بتاريخ 2007/12/15 بدون إحالة للأسباب التّالية:

حيث تبين بالرجوع إلى الحكم المستأنف والقرار المطعون فيه أنّ المطعون ضدّه رفع دعواه ضدّ الطّاعنة طالباً تعيين مختص في علم الهندسة الوراثية الجينية وتكليف بإجراء خبرة طبيّة لفكّ الشّفرة الوراثية للمطعون ضدّه وللطّاعنة، وكذا الشّفرة الوراثية للولد الذي ينكر المطعون ضدّه نسبه إليه، والقول ما إذا كان الولد من صلبه أم لا، وفي حالة ما إذا كان الولد ليس من صلبه الحكم بإسقاط نسبه عنه وإلغاء شهادة ميلاده.

حيث أنّ الحكم المستأنف قضى بتعيين خبيرين مختصين في مجال الطّب الشرعي لإجراء مقارنة بين الشّفرة الوراثية للمطعون ضدّه والولد (س.أ) وذلك بعد أخذ عيّنات من أنسجتهما، والقول ما إذا كانتا متطابقتين من عدمه، ومن ثمّ ما إذا كان المطعون ضدّه هو الوالد أم لا.

وبالرجوع إلى الحكم المستأنف فإنّ الطّاعنة تمسّكت برفض الدّعوى لسبق الفصل فيها، إذ تبين فعلاً بالرجوع إلى أوراق الملف أنّ النزاع سبق طرحه على القضاء وكان آخر قرار صدر عن مجلس قضاء المسيلة بتاريخ 2006/10/02 وقضى من جديد بعدم قبول دعوى الملاعنة التي رفعها المطعون ضدّه لورودها خارج الأجل الشرعي. وبعد الطّعن بالنّقض ضدّ ذلك القرار من قبل المطعون

¹ - قرار المحكمة العليا رقم: 605592، بتاريخ 2009/10/15، المجلة القضائية، الجزائر، العدد 01، 2010، ص 245.

ضدّه رفضت المحكمة العليا طعنه بموجب القرار الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2008/07/16.

وحيث أنّ المطعون ضدّه التجأ إلى دعوى اللّعان فلا يجوز له التّذرع بأحكام المادّة 40 من قانون الأسرة في صياغتها الجديدة التي تنص على أنّه: " يثبت النّسب بالزواج الصّحيح أو الإقرار وأنّه يجوز للقاضي اللّجوء إلى الطّرق العلميّة لإثبات النّسب ".

يتبيّن من هذا القرار الصادر عن المحكمة العليا أنّ موقف القضاء الجزائري كان واضحاً من عدم استخدام البصمة الوراثيّة كطريق لنفي النّسب، واستقرّ موقفه على أنّ الطّريق الوحيد لذلك هو اللّعان، حيث فسّر عبارة الطّرق المشروعة الواردة في المادّة 41 من قانون الأسرة على أنّها وسيلة اللّعان. وصاغت المحكمة العليا هذا الرّأي في المبدأ الذي جاء في ديباجة القرار: " يحول رفع دعوى اللّعان دون التّذرع بالطّرق العلميّة لإثبات النّسب ".

وحيث أنّ المطعون ضدّه رفع دعوى اللّعان ولم تقبل منه لاختلال شروطها، فليس له اللّجوء إلى طريق آخر، ويبقى معه نسب الولد ثابتاً. وفي قضيّة الحال اختل أحد شروط قيام دعوى اللّعان وهو ضرورة ورودها في الآجال المحدّدة شرعاً وقضاءً وهي ثمانية أيّام من يوم العلم بالحمل أو رؤية الرّزا ولا تقبل من رافعها بعد ذلك.

غير أنّ هذا المبدأ الذي قرّره المحكمة العليا يثير إشكاليّة من حيث الصياغة بقولها: " يحول رفع دعوى اللّعان دون التّذرع بالطّرق العلميّة لإثبات النّسب "، فهل هذا يعني وبمفهوم المخالفة أنّ التّذرع بالطّرق العلميّة لإثبات النّسب أو نفيه قبل رفع دعوى اللّعان سيكون مقبولاً ومنتهجاً لآثاره؟¹ كان واضحاً موقف القضاء في قضيّة تتلخّص وقائعها من ملف القضيّة أنّ الطّاعن طلب إجراء الحمض النّووي للأبناء وفقاً لأحكام المادّة 40 من قانون الأسرة معلّلاً ذلك بأنّه يربطه بالمدعى عليها عقد زواج وأنّ الأبناء ولدوا خلال فترة الزّواج وأنّه اكتشف تصرّفات لا أخلاقيّة من جانب المدعى عليها وصلت حدّ الخيانة ممّا جعله يتأكّد بقينّاً من عدم انتساب الأبناء إليه.

جاء ردّ قضاة المحكمة في قرار صادر بتاريخ 15 مارس 2012 من أنّ اللّجوء إلى الطّرق العلميّة مقرّرة لإثبات النّسب وليس لنفيه، بدعوى أنّ المادّة 2/40 من قانون الأسرة فتحت المجال لقطع دابر الشكّ حول النّسب بالزّكون إلى الطّرق العلميّة لإثباته أو نفيه. وأنّه أمام تمسك الطّاعن بإجراء التّحليل الطّبي بواسطة الحمض النّووي وتقديمه شهادة طبّيّة تفيد عجزه الجنسي عن الإنجاب فإنّ قضاة الموضوع خالفوا نصّ المادّة 2/40 المذكورة وعرضوا قرارهم للنّقض.²

¹ - مابنو جيلالي، المرجع السابق، ص 193.

² - قرار المحكمة العليا رقم: 690718 بتاريخ 2012/03/15، المجلة القضائية، الجزائر، العدد 02، 2013، ص 268.

قضت المحكمة العليا بنفس الكيفية التي قبل بها القرار السابق في قرار صادر عنها بتاريخ 15 مارس 2012 برفض الطعن، واعتبرت طلب الطاعن الرامي إلى إجراء خبرة لتحليل "ADN" للتأكد من ثبوت نسب البنت له طلباً غير مؤسس كون البنت ولدت أثناء قيام العلاقة الزوجية، وأن الطاعن لم ينف الحمل بالطرق المشروعة المتمثلة في اللعان خلال مدة 8 أيام من تاريخ الحكم. مما يحول دون اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب.¹ بل ذهب قضاة المحكمة العليا إلى أبعد من ذلك في قرار صادر بتاريخ 2012/11/14 جاء فيه: "يثبت النسب بالإقرار بالبنوة، ويكون حجة على المقرّ حال حياته وبعد وفاته، حتى ولو ثبت خلاف ذلك بطريق آخر. لا يحتمل الإقرار النفي لا بشهادة الشهود ولا بالخبرة العلمية، وتحت أي ادعاء بالتبني أو بغيره".²

يستنتج من خلال هذا القرار أن قضاة المحكمة العليا كرسوا مبدأ "أن الطريق الشرعي والقانوني لنفي النسب هو اللعان دون غيره من الأدلة العلمية". الأمر الذي أكده القرار المؤرخ في 2012/12/13: "النسب الثابت بالفراش لا ينتفي إلا باللعان والمقصود في المادة 41 من ق.أ. لا يجوز تقديم البصمة الوراثية على اللعان بطلب من الزوج".³

هذا ما يمكن استنتاجه من خلال الرجوع إلى بعض الأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم الابتدائية حيث جاء في إحدى حيثياته: "...غير أنه لا ينتفي الولد عن الرجل أو حمل الزوجة منه إلاّ بحكم من القاضي،⁴ ويعتمد القاضي في حكمه على جميع الوسائل المقررة شرعاً وقانوناً في نفي النسب".⁵

في هذا الحكم الصادر عن محكمة المدية رغم عدم إلزام القضاة الآخرين به لعدم اعتباره اجتهداً قضائياً أو سابقة قضائية لعدم صدوره عن المحكمة العليا، ولكنه يسمح باعتماد طرق أخرى غير اللعان في نفي النسب، بالتالي ما يسمح باللجوء إلى البصمة الوراثية.

هذا ما يطالب به المتقاضون اليوم في العالم الإسلامي حيث أنه على مستوى القضاء الجزائري على وجه الخصوص نلاحظ التزايد المستمر للدعوى الخاصة بمسائل الأنساب سواء لأجل الإثبات أو النفي، وذلك لتعلق أصحاب هذه الدعوى بالنتائج الجدية للتحليل.⁶ علماً أن إقرار العمل بالبصمة الوراثية لم يتم فيما يخص قضايا شؤون الأسرة إلا بعد التعديل الأخير لقانون الأسرة بموجب

¹ - قرار المحكمة العليا رقم: 704222، بتاريخ 2012/03/15، المجلة القضائية، الجزائر، العدد 01، 2013، ص 262.

² - قرار المحكمة العليا رقم: 0761943، بتاريخ 2012/11/14، المجلة القضائية، الجزائر، العدد 02، 2013، ص 284.

³ - قرار المحكمة العليا رقم: 828820، بتاريخ 2012/12/13، المجلة القضائية، الجزائر، العدد 01، 2014، ص 323.

⁴ - قرار المحكمة العليا رقم: 35087، بتاريخ 1984/12/17، المجلة القضائية، الجزائر، العدد 01، 1990، ص 86.

⁵ - حكم المحكمة الابتدائية رقم: 83/180 بتاريخ 1983/04/03، نشرة القضاة، الجزائر، العدد 04، 1986، ص 84. نقلاً عن بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، (الزواج والطلاق)، ج 1، الجزائر: ديوان المطبوعات الجزائرية، ط 6، 2010، ص 374.

⁶ - قندوز سناء، المرجع السابق، ص 128.

الأمر 05-02 الذي منح مشروعية اللجوء إليها من خلال نص المادة 40 فقرة 02 من قانون الأسرة كوسيلة حديثة لإثبات النسب مع احتفاظ القاضي بحق الاستعانة بها وسلطته التقديرية في الأخذ بها من عدمه طبقاً لعبارة يجوز " للقاضي" الواردة في هذه الفقرة.

إنّ أهمّ حالات الأخذ بالبصمة الوراثية نراها في حالة اللجوء إلى إجراء اللعان لنفي النسب، وهنا يجوز للقاضي أن يطبق اللعان وفقاً للنصوص الشرعية والقانونية للتفريق بين الزوجين. فاللعان كإجراء لنفي النسب لا يتعارض مع اللجوء إلى الأدلة العلمية في سبيل الوصول إلى الحقيقة، وإنّ الأخذ بها يحقق مقصد الشرع في حفظ الأنساب من الضياع، ويحمي الأسرة من التشرّد واللجوء إلى الحلف كذباً وبهتاناً.

كما يستطيع في نفس الوقت أن يأمر بإجراء اختبارات البصمة الوراثية للوصول إلى حقيقة نسب الولد. إذ تعتبر قرينة من القرائن التي قد تؤيد الزوج في طلبه اللعان أو قد تدلّ على خلاف قوله، وربما مدعاةً لعدوله عن اللعان. ذلك أنّ تحاليل البصمة الوراثية تقوم بالشهادة، كما أنّ نتائجها يقينية قطعية لكونها مبنية على الصفات الوراثية العلمية البيولوجية بين الآباء والأبناء ممّا يؤدي إلى معرفة الأب الحقيقي البيولوجي إلى حدّ بعيد.¹

وهو ما أشارت إليه المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 05 مارس 2006، من أنّ قضاة الموضوع لم يستجيبوا لطلب الطّاعنة الرّامي إلى إلحاق نسب المولود للمطعون ضده باعتباره أباً له، كما أثبتت الخبرة العلمية (ADN) أنّ الطّفل المذكور هو ابن المطعون ضده ومن صلبه بناءً على العلاقة التي كانت تربطه بالطّاعنة. فكان عليهم إلحاق هذا الولد بأبيه وهو الطّاعن، ولا أن تختلط عليهم الأمور بين الزّواج الشرعي الذي تناولته المادة 41 من قانون الأسرة، وبين إلحاق النسب الذي جاء نتيجة علاقة غير شرعية، الأمر الذي يتعيّن معه نقض القرار المطعون فيه.²

بالرّغم من أنّ العلاقة غير شرعية وقضية الحال تتعلّق بإثبات النسب، ومع ذلك فإنّ المحكمة العليا قد أحسنت صنعاً في هذا القرار عندما اعترفت بدور الخبرة العلمية الطّبية، وبالقوة الثبوتية لهذه الوسيلة في إثبات النسب وبدون منازع. إنّ مع تطوّر التجارب المخبرية والبيولوجية والطّبية لفحوصات الدنا (DNA) التي أصبحت لا تتناول مجرّد عينات الدّم، وإنّما الخصائص الجينية الوراثية للإنسان، بحيث يمكن أن تعطي نتائج مؤكّدة لا تدع مجالاً للشكّ حول هويّة والدي الطّفل المتنازع عليه.³

¹ - محمد المختار السلامي، « إثبات النسب بالبصمة الوراثية »، بحث مقدم لندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني - رؤية إسلامية، منظمة الطب الإسلامي، الكويت عام 1998، ص 11 و12.

² - قرار المحكمة العليا رقم 355180، بتاريخ 2006/03/05، المجلة القضائية، الجزائر، العدد 01، 2006، ص 469.

³ - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، (الزواج والطلاق)، ج1، المرجع السابق، ص 402.

الخاتمة

إنّ الحديث عن إثبات النّسب رغم أنّه من المواضيع التي تطرّق لها الشّرع والفقه والقانون والقضاء منذ القدم، إلّا أنّ ذلك لم يمنع من القول أنّه موضوع لايزال يثير اهتمام المشرّعين والفقهاء لكونه يتعلّق بهويّة أفراد من حيث الجذور والأصل إن كان في إطار علاقة شرعيّة، ويزداد اهتمامهم أكثر لكونه يتعلّق بحياة فئة محرومة من الأطفال ومستقبلهم، كما أنّه من الموضوعات التي يصعب التّغافل عنها أو تجاهلها مع كثرة وقوعها لا سيّما في عصرنا الحالي.

في الوقت الذي أقرّت الشّريعة الإسلاميّة الطّرق الشرعيّة لإثبات النّسب، فأثبتته بكلّ دليل وتشدّدت في نفيه إلّا عن طريق اللّعان، ونوّهت على أن يكون في إطار العلاقة الشرعيّة المتمثّلة في الزّواج، ظهرت الطّرق العلميّة المبنيّة على تحليل الأنسجة والأنظمة البيولوجيّة للإنسان من أجل البحث والتأكّد من الأب الطّبيعي مهما كان أساس ذلك سواءً كان إطاراً شرعيّاً أم غير ذلك. حتّى الإنجاب لم يعد نتيجة طبيعيّة للعلاقة الجنسيّة التي تحدث عادة بين الرّجل والمرأة، بل أصبح الإنجاب بدون هذا الاتّصال وحلّ محلّه التلقّيح الاصطناعي، فلم يعد الإنجاب كما كان من قبل علاقة شخصيّة بين الرّجل والمرأة، بل أصبح من الممكن أن يتدخّل طرف ثالث لحدوثه وبإمكانه أن يحدث الحمل والوضع دون اتّصال جنسي بين الزوجين. وهنا انقلب النّسب الذي بنيت عليه أحكام وقواعد النّسب، إذ أصبح تدخّل الغير في عمليّة التلقّيح الاصطناعي يثير مشاكل وصعوبات كثيرة من النّاحيتين الشرعيّة والقانونيّة، ولعلّ أخطر هذه المشاكل هيّ تحديد نسب المولود لهذا الغير. وإن كان بعض الفقه يرى الولد النّاتج عن عمليّة التلقّيح في هذه الصّورة هو ولد شرعي وليس ابن زنا لعدم تحقّق الزّنا فيلحق بأبويه.

إنّ ثبوت النّسب من الزّنا وإن كان فيه خلاف بين الفقهاء إلّا أنّ فريق من القدامى ومن المعاصرين ذهب إلى أنّه يثبت نسب الطّفل الذي يجيء نتيجة للعلاقة غير الشرعيّة؛ هذا القول مع مخالفته لرأي الجمهور إلّا أنّه فيه مصلحة للولد والمجتمع. فإذا كانت حجة الجمهور حديث « الولد للفرّاش » فإنّ أصحاب هذا الرّأي قالوا به عند عدم وجود فرّاش يعارض الدّعوى، فإذا لم يوجد أب شرعي يطالب بالولد، فمن الأحسن أن يلحق بالرّجل الذي خلق من مائه.

إنّ نطاق أعمال الحديث هو حال الازدياد في ظلّ زوجيّة قائمة في حين أنّ الموضوع محلّ المناقشة هو حالة حمل المرأة غير المتزوّجة من زنا. إذا استبعدنا الحديث « الولد للفرّاش وللعاشر الحجر » لعدم انطباقه على حالة حمل المرأة غير المتزوّجة من زنا، فلا يبقى حينئذ سوى مجموعة من الأدلّة لم تثبت صحّتها عند كبار الفقهاء. وبذلك يتبيّن أنّ الشّريعة لم تقطع في الحقيقة نسب الابن غير الشرعي، وإنّما هو حكم قرّره الفقهاء نزولاً عند مقتضى الحال. فقد كان قصدهم حماية الأنساب من الاختلاط وضمان وجود النّسب للطّفل الطّبيعي في نفس الوقت، وكفي لإثبات ذلك أن يكون من بين الدّاعين لانتساب ولد الزّنا إلى أبيه كبار التّابعين. وما دام التّعريف على الأب لم يكن ممكناً ولا

متاحاً، فقد تقرّر أن نسب الولد إلى الطّرف الذي ولده فعلياً وهو الأم، فهذه هي العلة التي اقتضت الحكم. فلو استبعدنا هذا السبب لكان ما ذهب إليه الفقه من التفرقة بين الأم والأب مجرد تحكّم لا يقرّه منطق ولا مبدأ من المبادئ التي تقوم عليها أحكام الشريعة والمواثيق الدولية، وفي مقدّمتها مبادئ المساواة في التّكليف والجزاء وعدم مؤاخذة الفرد بما جناه غيره.

أحسن ما فعل المشرّع التونسي حيث لم يتجاهل هذه الفئة طويلاً، وتمّ إنصافها بمقتضى قانون 28 أكتوبر 1998 وهو قانون خاصّ متعلّق بإسناد لقب عائليّ للأطفال المهمّلين أو مجهولين النّسب. حيث يخوّل للأطفال غير الشرعيين إثبات بنوّتهم. ورثب عن إثبات البنوة الحقّ في حمل لقب الأب مع ما يتبع ذلك من نفقة ورعاية ومسؤوليّة الآباء.

وكان من العدل والإنصاف إلزام الأب بنسب ولده من الزّنا إمّا باعترافه وإلّا أمر بالتّحليل الجيني وهو إجراء فحوصات البصمة الوراثيّة من طرف القضاء إذا أثبتت النّتائج أنّه ولده نسب إليه. ومن هنا دعوتنا إلى القضاء الجزائي وغيره لتطبيق أحكام الشريعة الإسلاميّة وفق منظور أكثر عقلانيّة في مسألة وضع الأطفال المولودين خارج إطار الزّواج، أو النّاتجين عن جريمة الاغتصاب وتمكينهم من حقّ النّسب والتّمتع بلقب آبائهم الطّبيعيين، وتحميل هؤلاء مسؤوليّة أبنائهم.

يمكن اعتبار بعض المشرّعين في المغرب العربي قد خطوا خطوة إيجابيّة في اتّجاه إقرار تنظيم قانوني لوضعيّة الأبناء المولودين خارج إطار الزّواج وذلك من خلال تجاوز قديسيّة قرينة الفراش وحتميّة العلاقات الشرعيّة لإثبات البنوة وإيجاد حلول قانونيّة تكفل المحافظة على حقوق هاته الشّريحة من الأطفال. ذلك من خلال التّحديد الحصري لوسائل الإثبات المعتمدة، ولعلّ أبرز هذه الوسائل هي الوسيلة العلميّة المتمثّلة في التّحليل الجيني أو ما يسمى بالبصمة الوراثيّة. إنّ التّحليل الجيني يثبت علمياً ودون شكّ انتماء الطّفل لأبيه، وقد أفاد بذلك أهل الاختصاص، هذا فإنّ أغلب التّشريعات الأجنبيّة المتقدّمة وكذلك القضاء المقارن أصبح يعتمد هذه الوسيلة.

وعليه يجب الأخذ بعين الاعتبار المقتضيات القانونيّة المتعلّقة بالنسب ومحاولة ملاءمتها مع اتفاقيات حقوق الطفل التي تكفل حقوق الأطفال الشرعيين وغير الشرعيين دون تمييز.

أخيراً يجب إعادة النظر في تنسيب ابن الزنا للزاني قياساً على تنسيبه من أمّه وهي إحدى الزانين، فضلاً عن القياس على وطء الشبهة. فإن الولد الذي ينتج عن هذه العلاقة هو ولد شرعي، حيث ينتسب الولد فيه للفاعل وليس لصاحب الفراش. بالإضافة إلى ذلك أنّه لا يوجد دليل شرعي يمنع من هذا التنسيب، فأكثر الفقهاء يرخّصون في استلحاق مجهول النّسب إذا كان ذلك ممكناً عقلاً.

في الأخير توصلنا إلى بعض النتائج وعرض بعض المقترحات:

أ - النتائج:

- 1 - حقّ الطّفل في معرفة والديه حقّ طبيعي أقرته الشريعة الإسلامية قبل أن تقرّه المواثيق الدّولية. وهو تكريس واضح لتكريم الإنسان بأي حال حتى ولو لم يكن نسبه شرعيًا. فلا ينبغي معاقبة الطّفل بجرم لا ذنب له فيه.
- 2 - إنّ ثبوت النّسب من الزنا وإن كان فيه خلاف بين فقهاء الشريعة إلاّ أن فريقاً من المتقدّمين ومن المعاصرين ذهب إلى أنه يثبت نسب الطّفل النّاتج عن العلاقة غير الشرعية؛ هذا القول مع مخالفته لرأي الجمهور إلاّ أنه فيه مصلحة للولد وللمجتمع. فإذا كانت حجة الجمهور حديث الولد للفراش فإن أصحاب هذا الرأي قالوا به عند عدم وجود فراش يعارض الدّعوى فإذا لم يوجد أب شرعي يطالب بالولد فمن الأحسن أن يلحق بالرجل الذي تخلّق من مائه.
- 3 - تشوّف الشريعة الإسلامية لإثبات النّسب بتوسيع وسائله وتضييق طرق نفيه. فمن المنصف واقعياً وإنسانياً التّوسع في اللّجوء إلى كلّ دليل إثبات للنّسب حماية للأبناء من نكران النّسب وهذا ما يمكن تخريجه على قاعدة إحياء الولد تأسيساً على موقف بعض فقهاء الشريعة في لجوئهم إلى هذه القاعدة وهو رأي جدير بالعمل به في قضاء الأسرة المعاصر.
- 4 - أصبحت اليوم البصمة الوراثية تثبت بصفة يقينية بنوّة الطّفل لأبيه مثل ما تفعله الولادة بالنسبة للأم. والقول بغير ذلك يوهّم أن الشريعة الإسلامية تحمل الأمّ كامل المسؤولية، في حين تعفي الزاني منها وهذا غير جائز. بل إنّ مقولة "ولد الزنا قطع الشّرّع نسبه" توحى بتحميل الولد نفسه قسطاً من المسؤولية وأن ذلك القطع كان جزاءً كونه ولد من علاقة غير شرعية. والحال أن الشريعة قد حرّمت الزنا وحدّدت عقوبة الزانيين لكنّها لم تؤاخذ الولد بشيء ممّا جناه أبواه. فمن شأن توظيف الوسائل العلمية الحديثة تحقيق الكثير من ذلك. فما معنى عدم ثبوت نسب الطّفل من الفاعل في حالات الإكراه والاغتصاب والتّغريب وغيرها إذا كان هذا النّسب متاحاً وممكنًا؟.
- 5 - اللّجوء إلى الوسائل العلميّة الحديثة لإثبات النّسب تعتبر كوسائل لإثبات البنوّة الطّبيعية وليس النّسب الشرعي.
- 6 - إلحاق نسب الولد غير الشرعي بأبيه البيولوجي ليس تشريعاً للأب بل هو تغريم له وتحمله لمسؤولية فعله. وهذا لا يعفيه من العقاب إعمالاً لقواعد العدالة أن يتحمّل الجاني تبعات فعلته وكذلك إعمالاً بالقاعدة الفقهيّة "الغنم بالغرم".
- 7 - لم يعد الإنجاب الطّبيعي هو الوسيلة الوحيدة للولادة في ظل تطوّر طرق التلقّيح الاصطناعي وبالتالي لم تعد البنوّة أو الأبوة أو الأمومة تثبت فقط بواقعة الولادة إذ أصبح تدخّل الغير لحدوث الحمل ممكناً؛ غير أنّه شبيه بالزّنا، إذ يلتقيان في إطار واحد من حيث الجوهر والنتيجة. ورغم هذا وقياساً على ولد الزنا أجاز جانب من الفقه نسب الولد إلى صاحب النّطفة الأجنبيّة وهو الغير المتبرّع.

8 - الطّفل غير الشرعي والطّفل الناتج عن اللّعان لهما نفس الحكم وبإمكان هذا الأخير التعرف على والديه حتى في مثل هذه الحالة بجواز الاستعانة بالبصمة الوراثية للتّقليل من حالات اللعان، لاحتمال أن يكون الولد قد تخلّق من ماء الزّوج، فيكون هذا سببا للعدول عن اللعان إذا أثبتت البصمة الوراثية صحة نسب الابن من أبيه مع نفيه. وهذه مصلحة شرعية يدعو إليها الشرع ويتشوف إليها لما فيها من تأييد للأصل الشرعي وهو أن الولد للفراش ولما فيها من درء مفسدة اللعان وضرره. لن الملاعن إذ أكذب نفسه واستلحق الولد بعد نفيه فإنه يقبل منه ويلحقه نسبه.

ب - الاقتراحات:

1 - في ظلّ المعطيات العلمية المعاصرة صارت البصمة الوراثية أقوى حجة في الإثبات من سواها من الوسائل وأقوى حتى من اللعان في نفي النّسب لذا ينبغي اللجوء إليها على نطاق واسع جبراً لا جوازاً.

2 - تبعاً لتحميل الزاني مسؤولية فعله وإلحاق نسب الولد الطّبيعي إليه من المنصف تحمّله مسؤوليات أعباء الرعاية والحضانة والنفقة تطبيقاً لقواعد العدالة والإنصاف وتبعاً لذلك ينبغي منح اللقب العائلي للزاني للابن الطّبيعي الذي من صلبه وهو في رأينا حل لكثير من الإشكالات الواقعية التي يعاني منها الأطفال غير الشرعيين كما انه من العدالة أيضاً أن لا ينسب إلى أب ولد ليس من صلبه أو مائه.

3 - نقترح تفعيل الآليات الرّدعية والعقابية في قانون العقوبات وقانون الصّحة العمومية فيما يخصّ التّلاعب بعينات النّطف في مختبرات التّلقيح الاصطناعي درءاً لاختلاط الأنساب تحقيقاً لمقاصد الشّريعة. وإن كان المشرع الجزائري قد تدارك في قانون الصحة الجديد رقم 18-11 المؤرخ في 2018/07/02 النقص الذي ورد في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة الجزائري فيما يخص الأحكام الجزائية الخاصة بمخالفة الشروط القانونية للحصول على المساعدة الطبية على الإنجاب وهي الشروط ذاتها التي تضمنتها المادة 371 من هذا القانون وهو بذلك قد ملأ فراغا تشريعيا لم تتضمنه هذه المسألة في قانون العقوبات الجزائري.

4 - التزام من الدولة بالتكفل بالأطفال المتخلى عنهم أو مجهولي النسب. لكن بعد صدور قانون حماية الطفل بموجب القانون رقم 15-12 المؤرخ في 2015/07/02 والذي تم فيه تدارك التأخر الكبير من المشرع في تقنين أحكام حماية الطفولة في الجزائر في نظام قانوني واحد بعد أن كانت متناثرة ومبعثرة في كثير من النصوص التشريعية والتنظيمية صدر دستور 2016، حيث تضمن تعديلا دستوريا خص المادة 58 من دستور 1996 والتي كانت تنص على تمتع الأسرة بحماية الدولة والمجتمع. وبعد رصد واقع اجتماعي طبعته في السنوات الأخيرة انتهاكات واضحة لحقوق الطفل في الجزائر لا سيما ظاهرة الاختطاف والعنف ضد الأطفال وتفشيت فيه ظاهرة الأطفال المتخلى عنهم أو الذين لا يتمتعون بسند عائلي أو مجهولي النسب. وسع المؤسس الدستوري من نطاق هذه الحماية

مرتكزا على نفس المنطق الذي تعاطت معه الصكوك والمواثيق الدولية في تفكيك الأسرة إلى كيانات فردية، إذ نص التعديل الدستوري في المادة 72 على التزام الدولة بالتكفل بحماية:

1 - الأطفال المتخلى عنهم ومجهولي النسب.

2 - الأشخاص المعاقين.

3 - المسنين.

والملاحظ على هذه المادة أنها فتحت المجال أمام ملء الفراغ والقصور التشريعي في قواعد حماية الأطفال مجهولي النسب والمتخلى عنهم بغض النظر عن شرعية النسب من عدمه من خلال قانون حماية الطفل وقانون الأسرة:

1 - قانون حماية الطفل: الذي يحتاج إلى آليات قانونية ومؤسسة حقيقية لتفعيل أطر الحماية الاجتماعية لفئة الأطفال بدون سند عائلي أو مجهولي النسب بعيدا عن النظرة الضيقة التي عالج بها المشرع قواعد حماية هذه الفئة في المادة 02 فقرة 03 والتي لم تتعدّ التعريف الاصطلاحي أو الإجرائي لهذه الفئة في نطاق الفئات المشمولة بالحماية من الخطر.

2 - قانون الأسرة الجزائري: يحتاج هذا القانون في ضوء هذا التعديل الدستوري إلى توسيع نطاق حماية الطفل مجهول النسب والمتخلى عنه وإلى الاستفادة من الآراء الفقهية والحقائق العلمية في توفير حماية حقيقية وكافية لهذه الفئة، بعيدا عن المعيار التصنيفي والتوصيفي للظاهرة والذي لا يعطي حولا حقيقية لمعالجة الظاهرة. جاء التعديل الدستوري بعد صدور قانون حماية الطفل والذي جاء خاليا من ذكر فئة الأطفال مجهولي النسب صراحة وبالتالي التساؤل الذي يطرح ماذا أراد المشرع الدستوري بهذا التلميح لهذه الفئة من الأطفال؟ ربما هناك فرضية تتطلب مشروع قانون تعديل قانون الأسرة لاحقا بإدراج مواد أكثر وضوحا لمركز الطفل الطبيعي على غرار المشرع التونسي.

الملاحق

أولاً: فتوى بشأن تزوج الزاني المزني بها ونسبة الولد إليه.

الشبكة العالمية للمعلوماتية: <http://www.alkabbah.com/vb/thread24222.html>

ثانياً: **Affaire MAZUREK c. FRANCE. (Requête n° 34406/97). Arrêt STRASBOURG,**

01 fevrier 2000: <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-63112>

ثالثاً: قرار المحكمة العليا، ملف رقم 355180، بتاريخ 05 مارس 2006.

مجلة المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، الجزائر، العدد 01، 2006، ص 469.

رابعاً: قرار المحكمة العليا، ملف رقم 617374، بتاريخ 12 ماي 2011.

مجلة المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، الجزائر، العدد 01، 2012، ص 294.

الملحق رقم 01

عنوان الفتوى : تزوج الزاني بالمزني بها ونسبة الولد إليه

رقم الفتوى 3 : التاريخ : 1430/8/18 هـ الموافق 2009/8/9م

نص الفتوى : فتوى رقم (3)

فتوى بشأن تزوج الزاني المزني بها ونسبة الولد إليه

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على أشرف الخلق وسيد المرسلين ، نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين .. وبعد .

فقد اطلعت لجنة الفتوى بموقع الفقه الإسلامي على السؤال الوارد إليها برقم (3) ، وتاريخ 18/1430 هـ، ونصه : أنا شاب أقمت علاقة محرمة مع مطلقة، وأسفرت العلاقة عن وجود طفلة أنجبته الأم خارج البلد، وأنا أود أن أصلح غلطتي، والمرأة تريد أن أتزوجها لتحضر البنت من الغربة، فما وضع هذه البنت معي، وماذا أفعل؟ وبعد الاطلاع والدراسة أجابت اللجنة بما يأتي:

فإن الزنا فاحشة عظيمة، وجريمة لا يعدلها بعد الكفر وقتل النفس شئ، وسبيل للشر وإشاعة الفاحشة، وسبب لنشر العداوة والبغضاء، وباب عظيم لكثير من الأمراض والأدواء؛ لذا حرمه الله في كتابه وفي سنة نبيه صلى الله عليه وسلم، ونوع في بيان تحريمه، فتارة بالنهاي عنه صراحة ، وتارة بوصفه بأقبح الأوصاف، وقرنه بصنوف المحرمات، وتارة بتحريم الطرق المفضية إليه وسدّها، مما يدل على شناعة أمره، وشدة خطره، قال تعالى: {وَلَا تَقْرَبُوا الزَّانِيَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا} الإسراء:32، وقال تعالى: {وَالَّذِينَ لَا يَدْعُونَ مَعَ اللَّهِ إِلَهًا آخَرَ وَلَا يَقْتُلُونَ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَلَا يَزْنُونَ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ يَلْقَ أَثَامًا} الفرقان:68، وفي الحديث الطويل في رؤياه صلى الله عليه وسلم ذكر عقوبة الزناة، ففي حديث سمرة بن جندب رضي الله عنه في الصحيحين قال: "فانطلقنا فأتينا على مثل التتور - قال فأحسب أنه كان يقول: فإذا فيه لغط وأصوات، قال : فاطلعنا فيه، فإذا فيه رجال ونساء عراة، وإذا هم يأتيتهم لهب من أسفل منهم، فإذا أتاهم ذلك اللهب ضوضوا - قال - قلت لهما: ما هؤلاء؟ قال: قالوا لي: انطلق انطلق، وفي آخره: "وأما الرجال والنساء العراة الذين في مثل بناء التتور فإنهم الزناة والزواني". البخاري(1297)، ومسلم(4220).

كما انعقد الإجماع على تحريم الزنا، وأنه كبيرة من الكبائر. لذا كان الواجب التنبيه على تحريم وخطر الزنا، وأنه من الفواحش العظام. الإجماع لابن المنذر (41). أما المسألة الوارد السؤال بشأنها، فقد اختلف أهل العلم في زواج الزاني بالمزني بها إذا لم تكن فراشا لزوج أو سيد، واستلحاق ولده منها على قولين:

القول الأول : أنه لا يجوز للرجل أن يستلحق ولده من الزنا، وهو قول الأئمة الأربعة، ومذهب الظاهرية. وأبرز ما استدلوا به حديث عائشة رضي الله عنها أَنَّهَا قَالَتْ: اخْتَصَمَ سَعْدُ بْنُ أَبِي وَقَّاصٍ وَعَبْدُ بْنُ زَمْعَةَ فِي غُلَامٍ، فَقَالَ سَعْدٌ: هَذَا يَا رَسُولَ اللَّهِ، ابْنُ أَخِي عُنْبَةُ بْنُ أَبِي وَقَّاصٍ، عَهْدَ إِلَيَّ أَنَّهُ ابْنُهُ انْظُرْ إِلَيَّ شَبَّهَ، وَقَالَ عَبْدُ بْنُ زَمْعَةَ: هَذَا أَخِي يَا رَسُولَ اللَّهِ، وَلِدَ عَلَيَّ فِرَاشِ أَبِي مِنْ وَلِيدَتِهِ، فَظَرَّ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِلَيَّ شَبَّهَ، فَرَأَى شَبَّهًا بَيْنًا بَعُثْنَةً، فَقَالَ: (هُوَ لَكَ يَا عَبْدُ بْنُ زَمْعَةَ، الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ، وَاحْتَجَبِي مِنْهُ يَا سَوْدَةُ بِنْتُ زَمْعَةَ) ، فَلَمْ تَرَهُ سَوْدَةُ قَطُّ. أخرجه البخاري(1912) ومسلم(2645). وقد أجيب عن الحديث بأنه ورد فيما إذا كان هناك صاحب فراش يَنَازَعُ في الولد، أما إذا لم يكن صاحب فراش فإن الحديث لا يدل عليه، إذ لا نزاع أصلاً، فما المانع من استلحاق أبيه له؟!

القول الثاني: أن الأفضل أن يتزوجها الزاني، وينسب الولد له، وهذا القول مروى عن عروة بن الزبير، وسليمان بن يسار، والحسن البصري، وابن سيرين، واختاره شيخ الإسلام ابن تيمية، وتلميذه ابن القيم رحمهم الله. وأبرز ما استدلوا به الآتي:

أولاً: حديث أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فِي قِصَّةِ جَرِيحٍ، وَفِيهِ قَالَ: مَنْ أَبُوكَ يَا غُلَامُ؟ قَالَ: الرَّاعِي. أخرجه البخاري (2302) ومسلم (4625). ووجه الدليل: أن النبي صلى الله عليه وسلم حكى عن جريح نسب الولد للراعي الزاني، وصدق الله هذه النسبة بما أجراه من خلاف العادة في نطق الصبي . **ثانياً:** قصة ملاعنة هلال بن أمية رضي الله عنه مع امرأته، وفيه: « فَإِنْ جَاءَتْ بِهِ أَكْحَلُ الْعَيْنَيْنِ، سَابَغِ الْأَلْيَتَيْنِ، خَدْلَجِ السَّاقَيْنِ فَهُوَ لِشَرِيكِ بْنِ سَحْمَاءَ » أخرجه البخاري (4378). ووجه الاستدلال: أن النبي صلى الله عليه وسلم نسب الولد لأبيه من الزنا، والذي خلق من مائه.

ثالثاً: القياس على الأم من الزنا، فكما أن الولد ينسب لأمه من الزنا؛ لأنها هي التي ولدته، فكذلك ينسب لأبيه؛ لأنه خلق من مائه، فهو أبوه كوناً، وإن انتفت الأبوة الشرعية، فكان أولى الناس به. **رابعاً:** أن منع إلحاق ولد الزنى بأبيه معقول المعنى، معروف العلة، وليس تعديداً، والحكمة في ذلك هي حماية المرء من أن يُنسب إليه غير ولده، وأنه في هذه المسألة هو الذي استلحقه، فقد انتفت هذه العلة فعاد الأمر إلى الجواز، كنسبته إلى والدته ولا فرق.

خامساً: أن هذا هو الموافق لقواعد الشرع، فإن الشرع يتشوف إلى ثبوت النسب، وحفظ الولد من الضياع والتشرد والانحراف، وفي الأخذ بهذا القول تحقيق لهذا المطلب الشرعي العظيم، ولا شك أن كون الولد ينشأ منسوباً لأبٍ خيرٌ له من أن ينشأ منسوباً لأمه، مصاحباً للعار بقية عمره، يتجرع ويلات جريرة ليس له فيها يد، ففي عدم نسبته مفسد عظيمة، كالحقوق العار به، وبأمه، وبذويها، بل وبالمجتمع ككل، مع ما في هذا القول من الستر على الزناة والزواني وأهليهم وولدهم، وتشجيع لهم على التوبة .

وهذا القول هو الذي يترجح، وهو أنه يصح تزوج الزاني من الزانية، لكن بشرط توبة الاثنين والعزم على عدم الرجوع، كما يصح نسبة ولد الزنا لأبيه إذا استلحقه بشرط تزوجه إياها، بل هو الأولى به، وهو ما قضى به الصحابة رضي الله عنهم، فقد كان عمر رضي الله عنه يليب-أي يلحق-أولاد الجاهلية بمن ادعاهم في الإسلام. أخرجه عبد الرزاق في المصنف (12374)، والبيهقي في السنن الكبرى 263/10، وسئل ابن عباس رضي الله عنهما فيمن فجر بامرأة ثم تزوجها؟ قال: أوله سفاح، وآخره نكاح لا بأس به. أخرجه البيهقي في السنن الكبرى 7 / 155، وعن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال: لا بأس بذلك، أول أمرها زنا حرام، وآخره حلال. أخرجه عبد الرزاق في المصنف 7 / 202، وسئل عمرو بن جابر بن زيد عن الرجل يفجر بالمرأة ثم يتزوجها؟ قال: هو أحق بها، هو أفسدها. مصنف ابن أبي شيبة 3 / 361، والآثار في ذلك كثيرة جدا عن الصحابة والتابعين في القضاء والفتوى بذلك، وقد نقل ابن قدامة في المغني عن أبي حنيفة رحمه الله أنه قال: "لا أرى بأسا إذا زنى الرجل بالمرأة فحملت منه أن يتزوجها مع حملها، ويستتر عليها، والولد ولد له" (122/9). والله أعلم

الموافقون على الفتوى رقم (3)

بشأن تزوج الزاني بالمرأة بها ونسبة الولد إليه من أعضاء لجنة الفتوى، هم:

الأستاذ الدكتور علي محي الدين القره داغي

الشيخ سليمان بن عبد الله الماجد

الدكتور عقيل بن محمد المقطري

الدكتور يوسف بن عبد الله الشبيلي

الدكتور هاني بن عبد الله الجبير

الدكتور نايف بن محمد العجمي

الدكتور سعد بن تركي الخثلان

الأستاذ الدكتور نور الدين الخادمي



COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME
EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

TROISIÈME SECTION

AFFAIRE MAZUREK c. FRANCE

(Requête n° 34406/97)

ARRÊT

STRASBOURG

1^{er} février 2000

DÉFINITIF

01/05/2000

En l'affaire Mazurek c. France,

La Cour européenne des Droits de l'Homme (troisième section), siégeant en une chambre composée de :

Sir Nicolas BRATZA, *président*,

MM. J.-P. COSTA,

L. LOUCAIDES,

M^{me} F. TULKENS,

MM. W. FUHRMANN,

K. JUNGWIERT,

K. TRAJA, *juges*,

et de M^{me} S. DOLLE, *greffière de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 12 octobre 1999 et 18 janvier 2000,

Rend l'arrêt que voici, adopté à cette dernière date :

PROCEDURE

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 34406/97) dirigée contre la République française et dont un ressortissant, M. Claude Mazurek (« le requérant »), avait saisi la Commission européenne des Droits de l'Homme (« la Commission ») le 13 décembre 1996 en vertu de l'ancien article 25 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (« la Convention »).

2. Le 20 octobre 1997, la Commission a décidé de porter la requête à la connaissance du gouvernement français (« le Gouvernement »), en l'invitant à présenter par écrit des observations sur sa recevabilité et son bien-fondé. Le Gouvernement a présenté ses observations le 9 mars 1998, après prorogation du délai imparti, et le requérant y a répondu le 22 avril 1998.

3. A la suite de l'entrée en vigueur du Protocole n° 11 à la Convention le 1^{er} novembre 1998, et conformément à l'article 5 § 2 dudit Protocole, l'affaire a été examinée par la Cour.

4. Conformément à l'article 52 § 1 du règlement de la Cour (« le règlement »), le président de la Cour, M. L. Wildhaber, a attribué l'affaire à la troisième section. La chambre constituée au sein de ladite section comprenait de plein droit M. J.-P. Costa, juge élu au titre de la France (articles 27 § 2 de la Convention et 26 § 1 a) du règlement), et Sir Nicolas Bratza, président de la section (article 26 § 1 a) du règlement). Les autres membres désignés par ce dernier pour compléter la chambre étaient M. L. Loucaides, M^{me} F. Tulkens, M. W. Fuhrmann, M. K. Jungwiert et M. K. Traja (article 26 § 1 b) du règlement).

5. Le 4 mai 1999, la chambre a déclaré la requête recevable¹ et a décidé d'inviter les parties à lui présenter, au cours d'une audience, leurs observations sur le fond.

6. L'audience s'est déroulée en public le 12 octobre 1999, au Palais des Droits de l'Homme à Strasbourg.

Ont comparu :

– *pour le Gouvernement*

M^{mes} M. DUBROCARD, sous-directrice
des droits de l'homme
à la direction des affaires juridiques
du ministère des Affaires étrangères, *agent*,
L. DELAHAYE, magistrat détaché
à la sous-direction des droits de l'homme
de la direction des affaires juridiques
du ministère des Affaires étrangères,
M. FAUCHEUX-BUREAU, magistrat au bureau
du droit civil général, à la direction des affaires
civiles et du sceau du ministère de la Justice, *conseils* ;

– *pour le requérant*

M^e A. OTTAN, avocat au barreau de Montpellier, *conseil*.

Le requérant était également présent à l'audience.

La Cour a entendu en leurs déclarations M^e Ottan et M^{me} Dubrocard.

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPECE

7. Le requérant, Claude Mazurek, est un ressortissant français né en 1942 à Avignon et domicilié à La Grande-Motte.

8. La mère du requérant décéda le 1^{er} août 1990 d'une encéphalopathie au virus de l'immunodéficience humaine, le mode de contamination retenu étant post-transfusionnel. Elle laissait deux enfants : un fils naturel, Alain, né en 1936 et légitimé par le mariage de sa mère en 1937, et le requérant, né en 1942, déclaré sous le seul nom de sa mère, celle-ci étant alors encore

¹ *Note du greffe* : la décision de la Cour est disponible au greffe.

mariée bien que séparée de fait. Le divorce fut prononcé au mois de juillet 1944.

9. Par un acte du 30 avril 1991, Alain fit assigner le requérant devant le tribunal de grande instance de Nîmes en demandant que soit ordonné le partage de la succession par notaire, qu'il soit jugé que le requérant, enfant adultérin, ne pouvait prétendre qu'à un quart de la succession, que soit ordonnée la consignation entre les mains du notaire d'une somme irrégulièrement retirée par le requérant sur le compte de sa mère et transférée sur un compte personnel alors que celle-ci était dans le coma.

10. Dans ses conclusions, le requérant acceptait la désignation du notaire pour liquider la succession, mais soutenait que l'article 760 du code civil qui limite les droits successoraux de l'enfant adultérin était discriminatoire et incompatible avec les articles 8 et 14 de la Convention, les dispositions de la Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant et l'article 334 du code civil posant le principe de l'égalité des filiations. Il demandait que lui soient reconnus des droits successoraux identiques à ceux d'un enfant légitime. Il soutenait par ailleurs que la somme dont la consignation était requise avait été virée à titre de libéralité non rapportable ainsi que le prouvaient un courrier de la défunte du 20 janvier 1988, un pouvoir général bancaire du 2 février 1988 et des témoignages.

11. Par un jugement du 21 janvier 1993, le tribunal ordonna le partage de la succession. Quant aux droits du requérant, il se référa à l'article 760 du code civil (paragraphe 17 ci-dessous).

En admettant que cette disposition était dérogatoire au principe d'égalité des filiations posé par l'article 334, alinéa 1^{er}, du code civil, le tribunal estima qu'elle ne visait pas à opérer une discrimination entre enfants en fonction de leur naissance, mais à assurer le respect minimal des engagements contractés par le fait du mariage par le parent marié qui donne naissance à un enfant naturel. Il en conclut que cette disposition était rendue nécessaire pour protéger les droits d'autrui et était un principe d'ordre public non contraire à la Convention.

Quant à la somme qui avait été retirée par le requérant et virée sur son propre compte, le tribunal estima que celui-ci n'avait fait qu'exécuter la volonté de sa mère de le gratifier par préciput et que, si cette libéralité devait être fictivement rapportée à la masse partageable pour le calcul de la quotité disponible, il n'y avait pas lieu en l'état d'ordonner la consignation de la somme entre les mains du notaire liquidateur.

12. Devant la cour d'appel, le requérant invoqua notamment l'incompatibilité de l'article 760 du code civil avec les articles 8 et 14 de la Convention et l'article 1 du Protocole n° 1.

13. Par un arrêt du 24 mars 1994, la cour d'appel de Nîmes confirma le jugement entrepris quant à l'ouverture de la succession et la détermination des droits successoraux du requérant. Elle estima toutefois que la somme virée sur le compte du requérant devait être rapportée à la succession car il n'avait pas apporté la preuve d'une libéralité voulue par sa mère.

14. Quant au grief tiré de l'incompatibilité de la discrimination entre enfant légitime et enfant adultérin avec les dispositions de la Convention, la cour d'appel considéra :

« Attendu en l'espèce que les dispositions de l'article 760 du code civil, qui limitent les droits successoraux de l'enfant adultérin, sont directement liées au principe d'ordre public de notre droit selon lequel le mariage a un caractère monogamique et selon lequel il est nécessaire de protéger le conjoint et les enfants victimes de l'adultère ;

Attendu que les dispositions de cet article n'ont pas été édictées pour porter préjudice à l'enfant adultérin mais pour protéger le conjoint et les enfants victimes de l'adultère, qu'il ne s'agit donc pas d'une mesure volontairement discriminatoire à l'égard de l'enfant adultérin, qu'en l'espèce cet article assure la protection des enfants nés du mariage qui pourraient être défavorisés lorsque s'ouvre la succession de leurs parents par la présence d'un enfant adultérin qui, du fait du pré-décès du conjoint non adultère, et du régime matrimonial choisi par les conjoints, pourrait recueillir dans la succession de son auteur à la fois les biens provenant de celui-ci et les biens provenant du conjoint dont il n'est pas l'enfant ;

Attendu que c'est donc à bon droit que le tribunal a estimé que la volonté du législateur n'est pas de pratiquer une discrimination entre enfants en fonction de leur naissance, mais d'assurer le respect minimal des engagements contractés par le fait du mariage par le parent marié à l'égard de ses enfants légitimes, que le tribunal a estimé donc à bon droit également que l'article 760 du code civil est une disposition rendue nécessaire pour la protection des droits d'autrui, qu'il est un principe d'ordre public de notre droit et qu'il n'est pas contraire à la Convention européenne des Droits de l'Homme ; »

15. Sur pourvoi du requérant, la Cour de cassation rendit son arrêt le 25 juin 1996.

Sur le moyen du requérant tiré d'une discrimination injustifiée entre les enfants naturels et légitimes fondée sur la naissance, et ce en violation des articles 8 et 14 de la Convention, elle considéra que la vocation successorale est étrangère au respect de la vie privée et familiale reconnu par l'article 8 de la Convention.

Quant au grief tiré du fait que la cour d'appel avait ordonné le rapport à la succession de la somme virée sur le compte du requérant, la Cour de cassation considéra que la cour d'appel avait souverainement estimé que les circonstances de la cause ne démontraient pas de la part de la défunte la volonté de faire bénéficier son fils d'une donation précipitaire.

16. Par ailleurs, le 14 janvier 1994, la commission du fonds d'indemnisation des transfusés et hémophiles attribua au requérant à titre personnel une indemnisation de 40 000 francs français (FRF) et évalua le préjudice de la défunte à 500 000 FRF devant être versés à sa succession.

Cette somme fut donc versée entre les mains du notaire chargé de la succession et le requérant en perçut ultérieurement un quart.

II. LE DROIT INTERNE ET INTERNATIONAL PERTINENT

A. Le code civil

17. Les dispositions pertinentes du code civil, issues de la loi n° 72-3 du 3 janvier 1972, se lisent comme suit :

Article 745

« Les enfants ou leurs descendants succèdent à leurs père et mère, aïeuls, aïeules, ou autres ascendants, sans distinction de sexe ni de primogéniture, et encore qu'ils soient issus de différents mariages.

Ils succèdent par égales portions et par tête, quand ils sont tous au premier degré et appelés de leur chef ; ils succèdent par souche, lorsqu'ils viennent tous ou en partie par représentation. »

Article 757

« L'enfant naturel a, en général, dans la succession de ses père et mère et autres ascendants, ainsi que de ses frères et sœurs et autres collatéraux, les mêmes droits qu'un enfant légitime. »

Article 760

« Les enfants naturels dont le père ou la mère était, au temps de leur conception, engagé dans les liens d'un mariage d'où sont issus des enfants légitimes, sont appelés à la succession de leur auteur en concours avec ces enfants ; mais chacun d'eux ne recevra que la moitié de la part à laquelle il aurait eu droit si tous les enfants du défunt, y compris lui-même, eussent été légitimes.

La fraction dont sa part héréditaire est ainsi diminuée accroîtra aux seuls enfants issus du mariage auquel l'adultère a porté atteinte ; elle se divisera entre eux à proportion de leurs parts héréditaires. »

B. La Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant

18. Les dispositions pertinentes de la Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant, entrée en vigueur le 2 septembre 1990, se lisent comme suit :

Article 2

« 1. Les Etats parties s'engagent à respecter les droits qui sont énoncés dans la présente Convention et à les garantir à tout enfant relevant de leur juridiction, sans distinction aucune, indépendamment de toute considération de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou autre de l'enfant ou de ses parents ou représentants légaux, de leur origine nationale, ethnique ou sociale, de leur situation de fortune, de leur incapacité, de leur naissance ou de toute autre situation.

2. Les Etats parties prennent toutes les mesures appropriées pour que l'enfant soit effectivement protégé contre toutes les formes de discrimination ou de sanction motivées par la situation juridique, les activités, les opinions déclarées ou les convictions de ses parents, de ses représentants légaux ou des membres de sa famille. »

C. Les propositions et projets de réforme

19. Dans un rapport intitulé « Statut et protection de l'enfant », adopté en mai 1990, le Conseil d'Etat évoque la question de l'égalité dans les effets de la filiation dans les termes suivants :

« La réduction de la vocation successorale des enfants adultérins est très critiquée. Elle apparaît directement contraire à l'égalité des filiations et constitue une atteinte aux principes posés par le Code civil selon lesquels l'enfant naturel a en général les mêmes droits que l'enfant légitime. Cette discrimination fondée sur la filiation semble également contraire à la Convention européenne des droits de l'Homme et à la Convention relative aux droits de l'enfant. Elle devrait donc être supprimée. »

Le rapport du Conseil d'Etat livre également des données socio-démographiques. Il en ressort qu'au 1^{er} janvier 1990 un enfant sur dix était né hors mariage, la proportion dépassant un sur quatre pour les naissances de 1988. En outre, des modifications substantielles dans les comportements familiaux sont apparues pendant la seconde moitié de la décennie 1970, « avec une baisse du nombre annuel de mariages de 30 % entre 1975 et 1985, une multiplication par 2,5 du nombre des naissances illégitimes sur la même période, et un développement de la cohabitation hors mariage si rapide que c'est maintenant le type de première union pour deux Français sur trois (...) quant aux divorces, leur nombre annuel avait déjà presque doublé entre 1960 et 1975, et il a encore doublé au cours des dix années suivantes ».

20. Un projet de loi, enregistré le 23 décembre 1991 (n° 2530), proposa d'aligner la situation successorale des enfants adultérins sur celle des autres enfants. Ce projet n'eut pas de suite.

21. Le 3 février 1998, le garde des Sceaux chargea M^{me} Irène Théry, sociologue, de prendre en compte les évolutions de la famille. Le rapport intitulé « Couple, filiation et parenté aujourd'hui » fut déposé le 14 mai 1998. Il releva l'absence de fracture sociologique entre les couples mariés ou non, et critiqua le statut inégalitaire des enfants adultérins.

22. En août 1998, un groupe de travail sur le droit de la famille fut mis en place par la ministre de la Justice afin, notamment, « de tenir juridiquement compte de l'évolution des faits », pour éviter « que ne se creuse un fossé entre les aspirations [des citoyens] et le droit ». Présidée par le professeur Françoise Dekeuwer-Defossez, la commission rendit son rapport le 14 septembre 1999. Celui-ci contient un ensemble de propositions afin de « rénover le droit de la famille ». En particulier, la commission préconise de « parfaire l'égalité des filiations » dans les termes suivants :

« L'égalité des filiations a été l'un des deux principes directeurs de la loi du 3 janvier 1972. A l'époque, un compromis était cependant nécessaire et l'égalité parfaite n'a pas été atteinte. Aujourd'hui, il semble indispensable d'achever l'évolution et d'atteindre l'égalité des filiations. Pour réaliser cet objectif, il convient d'une part d'achever l'égalité des statuts et d'autre part d'unifier le droit à la filiation pour que l'établissement ou la contestation d'une filiation ne dépende plus du statut juridique des parents.

SS1. Achever l'égalité des statuts

Unanimentement et sans hésitation, le groupe de travail a jugé le moment venu d'abroger les restrictions légales aux droits successoraux des enfants adultérins. En effet, ceux-ci se trouvent diminués de moitié lorsque l'enfant adultérin vient en concours avec des demi-frères et sœurs ou avec le conjoint victime de l'adultère.

Plusieurs arguments militent fortement dans le sens d'une abrogation. Le premier est tout simplement chronologique. Les solutions adoptées par la loi du 3 janvier 1972 constituaient, selon les auteurs les plus autorisés « une transaction sans gloire », fruit d'une « loi de compromis ». Cette transaction, et ce compromis, étaient imposés par la nécessité de respecter une transition, permettant l'insertion progressive dans notre droit du principe d'égalité que la loi entendait promouvoir. Vingt-sept ans après, le temps des transitions est terminé. Un second argument tient à la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme. Il est prévisible que la règle française sera prochainement condamnée, et l'on peut préférer une modification de notre droit qui ne paraîtrait pas imposée de l'extérieur. Enfin, et surtout, le parti choisi par le groupe d'unifier le droit de la filiation en abrogeant les classifications qui le divisent rend de plus en plus difficile le maintien d'inégalités fondées sur les conditions de la naissance, sans encourir inévitablement le double grief d'injustice et de contradiction.

Faut-il craindre d'ébranler ainsi le sens du mariage, en portant atteinte à la foi que les époux se sont promis ? Le groupe ne le pense pas. L'adultère est évidemment une blessure grave infligée au conjoint qui en est victime, et par-delà les époux, aux enfants nés de leur union. En termes plus juridiques, l'adultère est toujours une faute et il peut être une faute grave, car le devoir de fidélité est inhérent à l'engagement conjugal. Mais cette faute, si elle doit être sanctionnée, ne peut l'être que dans la personne de ceux qui l'ont commise, et certainement pas à notre sens dans la personne de l'enfant qui en est issu. Il est contradictoire d'affirmer l'égale responsabilité des parents envers leurs enfants quelle que soit la manière dont ils choisissent de vivre leur vie de couple, et de faire supporter par un enfant, parce qu'il est adultérin, les conséquences de l'infidélité de son auteur.

Plus concrètement, situer sur le terrain successoral la sanction des devoirs acceptés dans le mariage ne paraît ni juste ni opportun. D'une part, les relations entre époux auront souvent été rompues bien avant la naissance de cet enfant, et il y a alors quelque hypocrisie à lui opposer les liens d'un engagement dont ceux qui l'avaient contracté se sont affranchis depuis longtemps. D'autre part, si même le lien conjugal a conservé jusqu'au bout sa réalité, n'est-il pas vain d'espérer qu'un avantage successoral pourra réparer une déchirure qui se situe par nature dans un tout autre plan ? Au demeurant, dans l'état actuel du droit, il est presque toujours possible à l'auteur de l'enfant de « gommer » cette réduction de droits au moyen d'une légitimation – après divorce et remariage, voire sans divorce par autorité de justice – ou même d'une adoption. Loin de rendre la règle plus aisément supportable, cette faculté a pour effet de laisser à la discrétion du parent adultère le sort final de l'enfant. Ainsi les dispositions actuelles aboutissent-elles à multiplier les inégalités, sans parvenir à affirmer de manière forte le sens de l'engagement conjugal.

Ajoutons que nous paraît devoir être écartée une solution intermédiaire par laquelle on abrogerait la protection que la loi actuelle assure aux enfants issus du mariage (notamment les articles 760 et 915) tout en maintenant celle dont bénéficie l'époux trompé, victime directe de l'adultère, à travers les articles 759 et 767 alinéa 2. On se conformerait ainsi « *a minima* » aux conventions internationales dont la seule préoccupation est celle de l'égalité entre enfants, tandis que les protections propres au conjoint ne trouvent, par hypothèse, à s'appliquer qu'en l'absence d'autres descendants du défunt. Cette solution hybride ne serait qu'une manière de ne pas trancher le débat. Ce qui est en cause, en effet, n'est pas seulement l'égalité concrète entre enfants issus de lits différents dans le partage de la succession de leur auteur commun, mais, de manière à la fois plus abstraite et plus forte, l'identité des droits attachés au lien de filiation.

Proposition :

- Abroger les limites aux droits successoraux de l'enfant adultérin. »

EN DROIT

23. Le requérant allègue être victime d'une violation des articles 8 et 14 de la Convention, ainsi que de l'article 1 du Protocole n° 1 en raison du fait que les dispositions applicables en droit civil français ont limité ses droits successoraux sur les biens de sa mère par rapport à ceux de son demi-frère.

24. La Cour estime que, la succession étant déjà ouverte lors de l'introduction de la requête, il convient d'examiner au premier chef la requête sous l'angle de l'atteinte alléguée au droit au respect des biens du requérant combiné avec le principe de non-discrimination (voir, *mutatis mutandis*, arrêt Inze c. Autriche du 28 octobre 1987, série A n° 126, p. 17, § 38).

I. SUR LA VIOLATION ALLEGUEE DE L'ARTICLE 1 DU
PROTOCOLE N° 1 COMBINE AVEC L'ARTICLE 14 DE LA
CONVENTION

25. Le requérant se plaint que, du fait de l'application par les juridictions françaises de l'article 760 du code civil, il lui a été alloué une part de la succession de sa mère inférieure à celle qu'a obtenue son demi-frère et ce, parce qu'il était un enfant adultérin.

26. Les articles 1 du Protocole n° 1 et 14 de la Convention se lisent respectivement comme suit :

Article 1 du Protocole n° 1

« Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international.

Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes. »

Article 14 de la Convention

« La jouissance des droits et libertés reconnus dans la (...) Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. »

27. Le requérant rappelle que son demi-frère était un enfant naturel qui a été légitimé par le mariage de ses parents. Il estime que la différenciation, quant aux droits successoraux, entre enfant naturel légitimé par le mariage et enfant adultérin venant en concours ne répond pas à un but légitime. Il ajoute que, même en se plaçant sur le terrain de la défense de l'institution du mariage et de la famille traditionnelle, la différence de traitement réservée à l'enfant adultérin par rapport à l'enfant naturel légitimé est inacceptable puisque, dans les deux cas, l'enfant est conçu hors des liens du mariage. Ainsi, l'égalité de droit ne contreviendrait en rien au règlement d'une situation qui ne s'est pas édifiée sur la foi du mariage, mais en marge du mariage. En outre, il ne s'agissait pas en l'occurrence de protéger le conjoint victime de l'adultère, puisque le divorce avait été prononcé le 4 juillet 1944.

28. Le requérant fait encore observer que la méconnaissance par les juridictions internes de l'intention libérale de la défunte à son égard rend encore plus illégitime la différenciation de ses droits successoraux vis-à-vis de son demi-frère.

29. Le requérant considère que les moyens employés pour protéger la famille légitime étaient disproportionnés au but recherché.

30. Il rappelle que la Convention, qui a un caractère dynamique et entraîne des obligations positives de la part des Etats, est un instrument vivant, à interpréter à la lumière des conditions actuelles, et que les Etats membres du Conseil de l'Europe attachent de nos jours de l'importance à l'égalité, en matière de droits de caractère civil, entre enfants issus du mariage et enfants nés hors mariage. Ainsi, seules de très fortes raisons pourraient amener à estimer compatible avec la Convention une distinction fondée sur la naissance hors mariage.

31. En se fondant sur le droit comparé européen, le requérant relève, quant aux arguments avancés par le Gouvernement, que la France se singularise au sein du Conseil de l'Europe en maintenant une position excessivement restrictive et discriminatoire sur cette question.

32. Pour ce qui est de la marge d'appréciation de l'Etat, le requérant considère que l'on n'aperçoit ni la motivation ni la démonstration d'une spécificité française sur le terrain de la morale, spécificité qui rendrait impossible la mise en œuvre du principe d'égalité constamment affirmé.

33. Le Gouvernement expose que les dispositions de l'article 760 du code civil reposent sur de très solides raisons qui répondent à un but légitime et respectent le rapport de proportionnalité exigé par la Cour. Il ajoute que, selon la jurisprudence, une distinction est discriminatoire si elle manque de justification objective et raisonnable.

34. Pour ce qui est de la justification, le Gouvernement souligne que dans l'esprit de la loi du 3 janvier 1972 qui reconnaît l'égalité des filiations, l'article 760 du code civil est une exception introduite dans le but de protéger la famille légitime qui repose sur le mariage d'où découlent des droits et obligations, tel le devoir de fidélité.

35. Il ajoute qu'accorder à l'enfant adultérin une stricte égalité de droits avec l'enfant légitime reviendrait à ne tenir aucun compte de la situation qui est édictée sur la foi du mariage et que la protection de la famille légitime est ainsi assurée par une protection particulière des membres de celle-ci qui sont particulièrement touchés par l'adultère, à savoir le conjoint et les enfants légitimes.

36. Le Gouvernement conclut qu'un tel but est légitime.

37. Il expose encore que les moyens employés sont proportionnés au but visé et souligne que l'Etat dispose en la matière d'une marge d'appréciation.

38. Il ajoute qu'il n'existe pas d'approche commune des Etats membres du Conseil de l'Europe concernant les droits des enfants adultérins et que la Cour a pris ce fait en considération dans son arrêt *Rasmussen c. Danemark* (arrêt du 28 novembre 1984, série A n° 87).

39. Le Gouvernement estime *mutatis mutandis* que l'absence d'unité d'approche au sein du Conseil de l'Europe devrait conduire à reconnaître aux Etats une marge d'appréciation suffisante pour leur permettre de

déterminer les mesures destinées à protéger les membres de la famille légitime, lorsqu'ils sont en concours avec des enfants adultérins pour la succession de leur auteur. Il souligne par ailleurs l'existence d'intérêts moraux qui entrent en jeu dans ce genre de situation.

40. En tout état de cause, le Gouvernement estime que les mesures prises ne sont pas disproportionnées au but poursuivi.

En effet, la restriction des droits de l'enfant adultérin n'est prévue que de manière exceptionnelle, lorsqu'il est en concours avec un enfant légitime ou avec un enfant naturel simple. Il ajoute que le conjoint adultère dispose de plusieurs moyens pour faire disparaître cette inégalité par la légitimation par mariage ou par autorité de justice.

41. La Cour rappelle tout d'abord que l'article 1 du Protocole n° 1 garantit en substance le droit de propriété (arrêt *Inze* précité, p. 17, § 38).

42. Dans la mesure où la mère du requérant était décédée au moment des faits, la Cour constate que le requérant avait automatiquement acquis, en vertu des articles 745, 757 et 760 du code civil français, des droits héréditaires sur la succession. Le patrimoine était donc la propriété conjointe du requérant et de son demi-frère.

43. Dès lors les faits de la cause relèvent de l'article 1 du Protocole n° 1, et l'article 14 de la Convention peut s'appliquer en combinaison avec lui.

A. Sur l'existence d'une différence de traitement

44. La Cour relève d'emblée que le Gouvernement ne conteste pas le fait que, en application des articles pertinents du code civil, les deux demi-frères ne se trouvaient pas dans la même situation vis-à-vis de la succession de leur mère.

45. Elle constate que c'est en raison de sa condition d'enfant adultérin que le requérant a vu réduire de moitié, au profit de son demi-frère, la part de la succession à laquelle il aurait eu droit s'il avait été un enfant naturel ou légitime et que cette différence de traitement est expressément prévue par l'article 760 du code civil.

46. La Cour rappelle, sur ce point, que dans la jouissance des droits et libertés reconnus par la Convention, l'article 14 interdit de traiter de manière différente, sauf justification objective et raisonnable, des personnes placées dans des situations comparables (arrêt *Hoffmann c. Autriche* du 23 juin 1993, série A n° 255-C, p. 58, § 31).

47. Il convient dès lors de déterminer si la différence de traitement alléguée était justifiée.

B. Sur la justification de la différence de traitement

48. Au regard de l'article 14 de la Convention, une distinction est discriminatoire si elle « manque de justification objective et raisonnable », c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un « but légitime » ou s'il n'y a pas de « rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé » (voir notamment les arrêts Inze précité, p. 18, § 41, et Karlheinz Schmidt c. Allemagne du 18 juillet 1994, série A n° 291-B, pp. 32-33, § 24).

49. La Cour rappelle à ce propos que la Convention est un instrument vivant, à interpréter à la lumière des conditions actuelles (voir notamment l'arrêt Johnston et autres c. Irlande du 18 décembre 1986, série A n° 112, pp. 24-25, § 53). Or les Etats membres du Conseil de l'Europe attachent de nos jours de l'importance à l'égalité, en matière de droits de caractère civil, entre enfants issus du mariage et enfants nés hors mariage. En témoigne la Convention européenne de 1975 sur le statut juridique des enfants nés hors mariage, qui n'a pas été ratifiée par la France. Seules donc de très fortes raisons pourraient amener à estimer compatible avec la Convention une distinction fondée sur la naissance hors mariage (voir, *mutatis mutandis*, les arrêts Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni du 28 mai 1985, série A n° 94, pp. 37-38, § 78, et Inze précité, p. 18, § 41).

50. La Cour estime qu'il ne peut être exclu que le but invoqué par le Gouvernement, à savoir la protection de la famille traditionnelle, puisse être considéré comme légitime.

51. Reste la question de savoir, pour ce qui est des moyens employés, si l'instauration d'une différence de traitement entre enfants adultérins et enfants légitimes ou naturels, quant à la succession de leur auteur, apparaît proportionnée et adéquate par rapport au but poursuivi.

52. La Cour note d'emblée que l'institution de la famille n'est pas figée, que ce soit sur le plan historique, sociologique ou encore juridique. Ainsi, la loi du 3 janvier 1972 a notamment constitué une avancée importante dans l'évolution du droit de la famille et de la situation des enfants non légitimes, réglant la question de l'établissement de la filiation pour tous les enfants. Le 20 novembre 1989, la Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant, consacrant l'interdiction des discriminations fondées sur la naissance, a été adoptée (paragraphe 18 ci-dessus). A sa suite, en mai 1990, le Conseil d'Etat a publié un rapport préconisant, données sociodémographiques à l'appui, la suppression de la discrimination successorale affectant les enfants adultérins (paragraphe 19 ci-dessus). En décembre 1991, un projet de loi a proposé d'aligner la situation successorale des enfants adultérins sur celle des autres enfants (paragraphe 20 ci-dessus). En 1998, deux missions furent successivement lancées à l'initiative du garde des Sceaux pour, d'une part, prendre en compte les évolutions de la

famille sur le plan sociologique et, d'autre part, tenir juridiquement compte de l'évolution des faits. Le premier rapport, déposé le 14 mai 1998, critiqua le statut inégalitaire des enfants adultérins (paragraphe 21 ci-dessus) tandis que le second rapport, déposé le 14 septembre 1999, préconisa d'abroger les limites aux droits successoraux de l'enfant adultérin (paragraphe 22 ci-dessus). Pour ce qui est de la situation dans les autres Etats membres du Conseil de l'Europe, la Cour note, contrairement aux affirmations du Gouvernement (paragraphe 38 ci-dessus), une nette tendance à la disparition des discriminations à l'égard des enfants adultérins. Elle ne saurait négliger une telle évolution dans son interprétation nécessairement dynamique des dispositions litigieuses de la Convention. A cet égard, la référence faite par le Gouvernement à l'arrêt Rasmussen (paragraphe 38 ci-dessus) n'est pas convaincante, les circonstances de fait et de temps n'étant pas les mêmes.

Quant à l'argument tiré de la dimension des intérêts moraux (paragraphe 39 ci-dessus), la Cour ne peut que relever la teneur des données sociodémographiques à l'époque des faits, de même que, notamment, le projet de loi tendant, en 1991, à supprimer toute discrimination.

53. La Cour n'est pas appelée à se prononcer sur le point de savoir si la mère du requérant avait ou non contrevenu aux engagements découlant de son mariage, vis-à-vis de la cellule familiale légitime. Elle note simplement que la mère du requérant et son mari étaient séparés de fait lors de la naissance du premier, naissance qui fut rapidement suivie d'un divorce (paragraphe 8 ci-dessus).

54. Le seul problème soumis à la Cour concerne la question de la succession d'une mère par ses deux enfants, l'un naturel, l'autre adultérin. Or la Cour ne trouve, en l'espèce, aucun motif de nature à justifier une discrimination fondée sur la naissance hors mariage. En tout état de cause, l'enfant adultérin ne saurait se voir reprocher des faits qui ne lui sont pas imputables : il faut cependant constater que le requérant, de par son statut d'enfant adultérin, s'est trouvé pénalisé dans le partage de la masse successorale.

55. Eu égard à tous ces éléments, la Cour conclut qu'il n'y a pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé.

Partant, il y a eu violation de l'article 1 du Protocole n° 1 combiné avec l'article 14 de la Convention.

II. SUR LA VIOLATION DES ARTICLES 8 ET 14 COMBINES DE LA CONVENTION

56. Eu égard à la conclusion figurant au paragraphe précédent et compte tenu du fait que les arguments avancés par les parties sont les mêmes que ceux examinés dans le contexte de l'article 1 du Protocole n° 1 combiné

avec l'article 14 de la Convention, la Cour n'estime pas nécessaire d'examiner ce grief.

III. SUR L'APPLICATION DE L'ARTICLE 41 DE LA CONVENTION

57. Aux termes de l'article 41 de la Convention,

« Si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses Protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable. »

A. Dommages

58. Le requérant demande au titre du préjudice matériel la différence entre la somme qui lui a été allouée et celle qui lui serait revenue si un partage par moitié avait été effectué. Le Gouvernement ne s'y oppose pas. Dans ces conditions, la Cour dit qu'il y a lieu d'allouer au requérant la somme de 376 034,61 francs français (FRF) au titre du préjudice matériel.

59. Le requérant demande également une indemnisation de son préjudice moral qu'il chiffre à 100 000 FRF. Le Gouvernement s'oppose à cette demande. Statuant en équité, la Cour décide d'allouer au requérant 20 000 FRF au titre du préjudice moral.

B. Frais et dépens

60. Le requérant demande le remboursement de la totalité des frais qu'il a engagés, tant devant les juridictions internes que devant les organes de la Convention, soit respectivement 55 322,69 FRF et 72 360 FRF.

61. Le Gouvernement estime que seuls les frais engagés dans la procédure européenne, et dûment justifiés, pourront être pris en compte.

62. La Cour est d'avis que les frais engagés, tant devant les juridictions internes que devant les organes de la Convention, visaient à voir redresser la violation alléguée de la Convention. En équité, elle alloue la somme globale de 100 000 FRF à ce titre.

C. Intérêts moratoires

63. Selon les informations dont dispose la Cour, le taux d'intérêt légal applicable en France à la date d'adoption du présent arrêt est de 3,47 % l'an.

PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. *Dit*, à l'unanimité, qu'il y a eu violation de l'article 1 du Protocole n° 1 combiné avec l'article 14 de la Convention ;
2. *Dit*, par cinq voix contre deux, qu'il n'est pas nécessaire d'examiner le grief tiré des articles 8 et 14 combinés de la Convention ;
3. *Dit*, à l'unanimité,
 - a) que l'Etat défendeur doit verser au requérant, dans les trois mois à compter du jour où l'arrêt est devenu définitif conformément à l'article 44 § 2 de la Convention, les sommes suivantes :
 - i. 376 034,61 FRF (trois cent soixante-seize mille trente-quatre francs français soixante et un centimes) pour dommage matériel ;
 - ii. 20 000 FRF (vingt mille francs français) pour dommage moral ;
 - iii. 100 000 FRF (cent mille francs français) pour frais et dépens ;
 - b) que ces montants seront à majorer d'un intérêt simple de 3,47 % l'an à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement ;
4. *Rejette*, à l'unanimité, la demande de satisfaction équitable pour le surplus.

Fait en français, puis communiqué par écrit le 1^{er} février 2000, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

S. DOLLE
Greffière

N. BRATZA
Président

Au présent arrêt se trouve joint, conformément aux articles 45 § 2 de la Convention et 74 § 2 du règlement, l'exposé de l'opinion en partie dissidente commune à M. Loucaides et M^{me} Tulkens.

N.B.
S.D.

OPINION EN PARTIE DISSIDENTE
COMMUNE A M. LOUCAIDES ET M^{me} TULKENS,
JUGES

Si nous avons voté pour la violation de l'article 1 du Protocole n° 1, combiné avec l'article 14 de la Convention, en revanche nous ne partageons pas la décision de la majorité selon laquelle « il n'est pas nécessaire d'examiner le grief tiré des articles 8 et 14 combinés de la Convention ». Cette décision nous surprend dans la mesure où l'instruction de cette affaire, ainsi que la question posée aux parties en vue de l'audience, portait principalement sur le grief du requérant tiré de l'article 8 de la Convention, combiné avec l'article 14. Contrairement à l'avis de la Cour tel qu'il est exprimé au paragraphe 56 de l'arrêt, nous pensons qu'il était nécessaire de statuer, en premier lieu, sur la question du droit au respect de la vie familiale, quitte à conclure qu'aucun problème distinct ne se posait sous l'angle de l'article 1 du Protocole n° 1.

Nous nous limiterons à évoquer deux raisons qui, en l'espèce, se conjuguent et se prêtent un appui mutuel.

1. La première raison concerne le respect dû au requérant. Tout au long de cette affaire, aussi bien devant les juridictions internes que devant la Cour, le requérant n'a pas voulu réduire le litige à une seule question d'argent, mais il l'a soutenu comme une question de discrimination liée au statut des « enfants naturels dont le père ou la mère était, au temps de leur conception, engagé dans les liens du mariage avec une autre personne » et encore malheureusement qualifiés d'enfants naturels « adultérins ». Telle est d'ailleurs la raison pour laquelle il a décliné une proposition de règlement amiable qui se limitait au seul aspect patrimonial du litige.

Le seul fait que la succession était déjà ouverte lors de l'introduction de la requête, ce qui justifie aux yeux de la Cour l'examen de celle-ci sous l'angle de l'atteinte alléguée au droit au respect des biens (paragraphe 24, 42 et 43 de l'arrêt), comme le demandait le Gouvernement, ne nous paraît pas décisif. La commission pour le droit de la famille instituée en 1998, notamment pour éviter « que ne se creuse un fossé entre les aspirations [des citoyens] et le droit », estime à juste titre, dans son rapport du 14 septembre 1999, que situer le problème sur le seul terrain successoral « ne paraît ni juste ni opportun », car « n'est-il pas vain d'espérer qu'un avantage successoral pourra réparer une déchirure qui se situe par nature dans un tout autre plan ? » (paragraphe 22 de l'arrêt).

2. La seconde raison concerne la limitation des droits successoraux telle qu'elle est prévue par l'article 760 du code civil. Cette limitation, jugée à juste titre par la Cour comme contraire à l'article 1 du Protocole n° 1 combiné avec l'article 14 de la Convention, trouve sa cause dans le statut d'infériorité de l'enfant « adultérin », lequel subsiste encore dans d'autres dispositions du code civil (articles 334-7, 759, 761, 762, 767, alinéa 3, 908,

915-2, 1097-1) à la suite de la réforme inachevée de la loi du 3 janvier 1972. C'est donc bien là, au niveau de la vie familiale, que le problème se pose : une discrimination fondée sur la filiation. Le même rapport de la commission sur le droit de la famille du 14 septembre 1999, que nous avons évoqué au point précédent, l'a bien perçu lorsqu'il préconise de « parfaire l'égalité des filiations » et, à cette fin, estime qu'il est nécessaire « d'achever l'égalité des statuts » (paragraphe 22 de l'arrêt). En se limitant à l'une des conséquences de ce statut, en l'espèce les restrictions aux droits successoraux des enfants « adultérins », sur l'abrogation desquelles il existe d'ailleurs un large consensus, la Cour ne pose peut-être pas le problème dans les termes où il est susceptible de trouver son sens, à savoir le maintien d'inégalités, dans le droit de la filiation, fondées sur les conditions de naissance. En l'espèce, le choix de la *lex specialis* risque de s'apparenter à une forme de « minimalisme » judiciaire ou, pour reprendre les termes du rapport de la commission présidée par le professeur Dekeuwer-Defossez, à une « solution hybride », car « ce qui est en cause, en effet, n'est pas seulement l'égalité concrète entre enfants issus de lits différents dans le partage de la succession de leur auteur commun, mais, de manière à la fois plus abstraite et plus forte, l'identité des droits attachés au lien de filiation » (paragraphe 22 *in fine* de l'arrêt). En outre, l'arrêt de la Cour laisse dans l'incertain la question de savoir si elle considère, comme le suggère le Gouvernement, que la vocation successorale est étrangère au respect de la vie privée et familiale reconnu par l'article 8 de la Convention, ce qui pourrait paraître comme une régression par rapport à des arrêts antérieurs.

A la lumière de l'importance que les Etats membres du Conseil de l'Europe attachent à l'égalité, en matière de droits civils, entre les enfants issus du mariage et les enfants nés hors mariage, la clarté de notre jurisprudence, essentielle pour l'exécution et la mise en œuvre des arrêts de la Cour ainsi que leur contribution à la garantie collective des droits de l'homme, nous paraît une exigence à rappeler. Nous espérons toutefois que le présent arrêt permettra d'achever une évolution qui est souhaitée depuis longtemps et d'atteindre ainsi l'égalité des filiations.

الملحق رقم: 03

غرفة الأحوال الشخصية

ملف رقم 355180

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.

مجلة المحكمة العليا - العدد الأول 2006

بعد المداولة القانونية أصدرت القرار الآتي بيانه :

وبناء 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 تقلّم 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.

بعد المداولة القانونية أصدرت القرار الآتي بيانه :

وبناء 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 تقلّم 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 طبقاً للمادة 5/233 من قانون الإجراءات المدنية وينقسم إلى فرعين :

الفرع الأول:

بدعوى وطبقاً 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 حكماً تمهيدياً 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 نهائي 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 أحكام المادة 40 من قانون الأسرة.

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 6/233 من قانون الإجراءات المدنية.

بدعوى أن الحكم الجزائي التمهيدي الصادر بتاريخ 2000/02/01 الذي أمر بإجراء خبرة فإن الخبر وعيقتضى هذا الحكم أثبت أن الطفل (ص-م) أبيه هو المدعى عليه في الطعن والحكم الجزائي 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 للمادة 4/233 من قانون الإجراءات المدنية.

بدعوى أن الطاعنة قدمت للمجلس الحكم التمهيدي الجزائي القاضي بتعيين خبير لإثبات النسب وقدمت الخبرة 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 التسبيب.

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.

وعليه المحكمة العليا

في الشكل :

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 تبني 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 بالطاعة 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 أثار شرعية كذلك، 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.

هذه الأسباب

قررت المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية والمواريث :

قبول الطعن بالنقض شكلاً، وموضوعاً وينقض القرار المطعون فيه الصادر بتاريخ 2004/01/26 تحت رقم 03/120 عن مجلس قضاء المسيلة، وبإحالة القضية والأطراف إلى نفس المجلس مشكلاً من هيئة أخرى للفصل فيها من جديد طبقاً 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 :

غرفة الأحوال الشخصية	ملف رقم 355180
لعوامري علاوة	الرئيس
أمقران المهدي	المستشار
خيرات مليكة	المستشارة
ملاك الهاشمي	المستشار المقرر
بوزيد لخضر	المستشار
نعمان السعيد	المستشار

بمحضر السيدة/ صحراوي طاهر مليكة المحامية العامة،
وبمساعدة السيد/ زاوي ناصر أمين قسم ضبط.

الملحق رقم : 04

غرفة شؤون الأسرة والموارث ملف رقم 617374

ملف رقم 617374 قرار بتاريخ 2011/05/12

قضية (ب.ف) ضد (ب.ا) بحضور النيابة العامة

الموضوع: نسب - اغتصاب - تكاح شبهة.

قانون الأسرة : المادة : 40.

**المبدأ: الاغتصاب، الثابت بحكم قضائي، يعد وطأ بالإكراه،
ويكفي بكونه تكاح شبهة، يثبت به النسب.**

إن المحكمة العليا

في جلستها العلانية المنعقدة بمقرها شارع 11 ديسمبر 1960، الأبيار، بن
عكنون، الجزائر.

بعد المداولة القانونية أصدرت القرار الآتي نصه :

بناء على المواد : 349 إلى 360 و 377 إلى 378 و 557 إلى 581 من قانون
الإجراءات المدنية والإدارية.

بعد الاطلاع على مجموع أوراق ملف الدعوى، وعلى عريضة الطعن بالنقض
المودعة بأمانة ضبط المحكمة العليا بتاريخ 2009/03/08.

بعد الاستماع إلى السيد تواتي الصديق المستشار المقرر في تلاوة تقريره
المكتوب وإلى السيد رحمين براهيم المحامي العام في تقديم طلباته المكتوبة
والرامية إلى نقض القرار المطعون فيه.

وعليه فإن المحكمة العليا

وحيث أن الطاعنة (ب.ف) بنت (ح) طعنت بطريق النقض بتاريخ
2009/03/08 بموجب العريضة المقدمة بواسطة الأستاذ بلقرينات شفيق

مجلة المحكمة العليا - العدد الأول 2012

بوعلام المحامي المعتمد لدى المحكمة العليا ضد القرار الصادر عن غرفة شؤون الأسرة لمجلس قضاء معسكر بتاريخ 28/03/2007 فهرس رقم 07/00568 القاضي في الشكل قبول الاستئناف شكلا، في الموضوع : تأييد الحكم المعاد في جميع ما قضى به.

حيث يستخلص من ملف القضية أنه بتاريخ 18/09/2006 أقام المدعي (ب.أ) دعوى أمام محكمة غريس طالبا إسقاط نسب البنت عنه وإلحاقها بوالدتها كونها ولدت قبل الدخول وبعد إبرام عقد الزواج بشهر، فيما أجابت المدعى عليها طالبة إجراء تحقيق مؤكدة أن المدعي هو من قام بتسجيل البنت باسمه والتمست رفض الدعوى واحتياطيا إجراء التحاليل، وهي الدعوى التي صدر بشأنها الحكم المؤرخ في 09/12/2006 القاضي بإسقاط نسب البنت (م. ن) عن المدعي اعتمادا على أنها ولدت بعد شهر من إبرام الزواج وإثر استئناف المدعى عليها وتأكيدا على تعرضها للاغتصاب من المستأنف عليه الذي حاول التهرب من المتابعة الجزائية بإبرامه لعقد الزواج وإقراره بالحمل ومطالبة المستأنف عليه بتأييد الحكم المستأنف أصدر المجلس القرار المؤرخ في 28/03/2007 القاضي بتأييد الحكم وهو القرار المطعون فيه بالنقض.

حيث أن الطاعنة تثير وجهين للطعن لتأسيس طعنها.

حيث أن المطعون ضده لم يرد على عريضة الطعن.

وعليه :

من حيث الشكل :

حيث أن الطعن بالنقض استوفى أوضاعه الشكلية المقررة قانونا خاصة ما تعلق منه باحترام الآجال فهو حينئذ مقبول شكلا.

من حيث الموضوع :

عن الوجه الأول : المأخوذ من مخالفة أو إغفال قاعدة جوهرية في الإجراءات،

بدعوى أنه لا يبدو من القرار المطعون فيه أن القضية بلغت للنائب العام قبل عشرة أيام من يوم الجلسة وفقا لنص المادة 141 من قانون الإجراءات المدنية مما يعرض القرار للنقض.

لكن حيث أنه خلافا لما ورد في الوجه فإن النيابة العامة ممثلة في الخصومة كطرف أصلي حسيما هو ثابت من ديباجة القرار مما يدل وأن النيابة اطلعت على القضية وقدمت التماساتها ويكون بذلك الوجه غير سديد مستوجب الرفض.

عن الوجه الثاني: المأخوذ من قصور الأسباب،

بدعوى أن قضاة الموضوع اكتفوا بالقول أن مدة الحمل المنصوص عليها قانونا بين تاريخ إبرام عقد الزواج في 2006/08/01 وتاريخ ازدياد البنت في 2006/09/04 غير متوفرة دون مراعاة للزواج العرفي الجاري في المجتمع، وأن قضاة الموضوع لم يكلفوا أنفسهم عناء البحث والتحري عن ظروف ومعطيات هذا الزواج والوصول إلى الحقيقة خاصة وأن الطاعنة في ردها على دعوى إلغاء النسب أكدت على تعرضها للاغتصاب مما يجعل القرار مشوب بعيب القصور في التسبيب ويعرض القرار للنقض.

حيث أنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبين وأن قضاة الموضوع أستقلوا نسب البنت عن المطعون ضده اعتمادا على أن البنت ولدت بعد شهر وثلاثة أيام من انعقاد الزواج واستنتجوا من ذلك أنه كان نتيجة علاقة غير شرعية.

حيث أنه بالرجوع إلى أحكام المادة 40 من قانون الأسرة فإن النسب حكما يثبت بالزواج الصحيح فإنه يثبت بالإقرار وبالبينة وبكناح الشبهة وبالتالي فإنه كان على قضاة الموضوع التحقق مما دفعت به الطاعنة من أن المطعون ضده هو من قام بتسجيل البنت باسمه بعد تعرضها للاغتصاب منه وإبرامه لعقد الزواج اللاحق على الحمل في محاولة للتهرب من المتابعة الجزائية لأنه في حالة ثبوت الاغتصاب بحكم قضائي يعد وطء بالإكراه ويكيف بأنه نكاح شبهة يثبت به

النسب وفقا لنص المادة المذكورة فضلا عن أنه في حالة ثبوت أن المطعون ضده هو من قام بالتصريح لدى ضابط الحالة المدنية وهو موظف عمومي بمقتضى وظيفته بتسجيل البنت باسمه في سجلات الحالة المدنية فإن ذلك يعد إقرارا منه بنسب البنت وفق نص المادة 40 المشار إليها وأن المقرر شرعا أن الإقرار بالبنتوة المجرد والذي ليس فيه تحميل النسب على الغير يثبت به النسب متى كان إقرارا مباشرا فيه تحميل النسب على النفس وأن الإقرار بذلك يعد حجة في ثبوت النسب من المقرر ولو ثبت بطريق آخر خلاف ذلك وهو يعد الإقرار لا يحتمل النفي من المقرر لما في ذلك من حق البنت في النسب ولا يصدق المقرر في التراجع عنه والمطالبة بإسقاطه مما يجعل الوجه سديد ويعرض القرار للنقض. حيث أنه بذلك يصبح الوجه الثاني مؤسس ويتعين معه نقض القرار. حيث أن خاسر الدعوى يتحمل المصاريف القضائية وفقا لنص المادة 378 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

فلهذه الأسباب

قررت المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والموارث:

قبول الطعن بالنقض شكلا وموضوعا ونقض القرار الصادر عن مجلس قضاء معسكر بتاريخ 2008/03/23 وإحالة القضية والأطراف على نفس المجلس مشكلا من هيئة أخرى للفصل فيها من جديد طبقا للقانون. والمصاريف القضائية على المطعون ضده. بذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ الثاني عشر من شهر ماي سنة ألفين و إحدى عشر من قبل المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية- و المتركة من السادة :

غرفة شؤون الأسرة والموارث	ملف رقم 617374
الضاوي عبد القادر	رئيس الغرفة رئيسا
تواتي الصديق	مستشارا مقرا
ملاك الهاشمي	مستشارا
بوزيد لخضر	مستشارا
فضيل عيسى	مستشارا
سكة قويدر	مستشارا

بحضور السيد : رحمين براهيم-المحامي العام،
وبمساعدة السيد : طريفي سمير-أمين الضبط.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً - المصادر

أ - القرآن الكريم وعلومه

- 1 - الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس، أحكام القرآن، ج2، القاهرة، مكتبة الخانجي، ط 2، 1994.
- 2 - عماد الدين أبو الفداء إسماعيل ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، ج6، المملكة العربية السعودية، دار طيبة للنشر والتوزيع، ط2، 1999.

ب - الحديث الشريف وعلومه

- 1 - البخاري أبو عبد الله محمد بن إسماعيل، الجامع الصحيح، م4، دمشق، دار ابن كثير، ط 1، 2002.
- 2 - البخاري أبو عبد الله محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، لبنان: بيروت، دار ابن كثير، ط 1، 2002.
- 3 - البخاري أبو عبد الله محمد بن إسماعيل، الجامع الصحيح، ج1، الرياض، مكتبة الملك فهد الوطنية، ط1، 2008.
- 4 - البخاري أبو عبد الله محمد بن إسماعيل، الجامع الصحيح، ج2، الرياض، مكتبة الملك فهد الوطنية، ط1، 2008.
- 5 - ابن ماجه أبو عبد الله محمد بن يزيد، سنن ابن ماجه، ج1، دمشق، دار الرسالة العالمية، ط1، 2009.
- 6 - ابن ماجه أبو عبد الله محمد بن يزيد، سنن ابن ماجه، ج2، دمشق، دار الرسالة العالمية، ط1، 2009.
- 7 - ابن ماجه أبو عبد الله محمد بن يزيد، سنن ابن ماجه، ج4، دمشق، دار الرسالة العالمية، ط1، 2009.
- 8 - أبو داود سليمان بن الأشعث، سنن أبي داود، ج2، سوريا: دار الرسالة العالمية، ط1، 2009.
- 9 - أبو داود سليمان بن الأشعث، سنن أبي داود، ج3، سوريا: دار الرسالة العالمية، ط1، 2009.
- 10 - البيهقي أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي، السنن الكبرى، ج10، لبنان: بيروت، دار الكتب العلمية، ط3، 2003.
- 11 - مالك بن أنس بن مالك أبو عبد الله، المدونة الكبرى، ج8، مصر: مطبعة السعادة، ب.ط، 1905.
- 12 - مالك بن أنس بن مالك أبو عبد الله، الموطأ، رواية يحيى الليث، م 2، لبنان: بيروت، دار الغرب الإسلامي، ط2، 1997.

- 13 - مسلم بن الحجاج بن مسلم أبو الحسين، صحيح مسلم، م2، الرياض، دار طيبة، 2006.
 - 14 - مسلم بن الحجاج بن مسلم أبو الحسن، صحيح مسلم وهو المسند الصحيح، ج2، القاهرة، دار التأصيل، ط1، 2014.
 - 15 - النووي أبو زكريا يحيى بن شرف، صحيح مسلم بشرح النووي، ج10، القاهرة، المطبعة المصرية بالأزهر، ط1، 1929.
 - 16 - النووي أبو زكريا يحيى بن شرف، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج8، بيروت، المكتب الإسلامي، ط3، 1991.
 - 17 - النووي أبو زكريا يحيى بن شرف، صحيح مسلم بشرح النووي، ج10، القاهرة، مؤسسة قرطبة، ط2، 1994.
- ج - القواميس والمعاجم**
- 1 - ابن منظور جمال الدين أبو الفضل محمد بن مكرم، لسان العرب، م4، مصر: القاهرة، دار المعارف، ب.ط، ب.ت.ن.
 - 2 - ابن منظور جمال الدين أبو الفضل محمد بن مكرم، لسان العرب، م5، مصر: القاهرة، دار المعارف، ب.ط، ب.ت.ن.
 - 3 - ابن منظور جمال الدين أبو الفضل محمد بن مكرم، لسان العرب، ج13، لبنان: بيروت، دار صادر، ط3، 1993.
 - 4 - سعدي أبو جيب، القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، سوريا: دمشق، دار الفكر، ط2، 1988.
 - 5 - علي بن محمد الشريف الجرجاني، معجم التعريفات، مصر: القاهرة، دار الفضيلة، ب.ط، 2004.
 - 6 - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، الموسوعة الفقهية، ج1، الكويت: طباعة ذات السلاسل، ط2، 1983.
 - 7 - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، الموسوعة الفقهية، ج3، الكويت: طباعة ذات السلاسل، ط2، 1983.
 - 8 - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، الموسوعة الفقهية، ج32، الكويت: دار الصفوة، ط1، 1995.
 - 9 - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، الموسوعة الفقهية، ج45، الكويت: مطابع دار الصفوة، ط1، 2006.
 - 10 - مجموعة من العلماء والباحثين، الموسوعة العربية العالمية، ج4، المملكة العربية السعودية: مؤسسة أعمال الموسوعة للنشر والتوزيع، ط01، 1996.
 - 11 - مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، م2، مصر: دار الشروق الدولية، ط4، 2004.

ج - النصوص القانونية

- 1 - ظهير شريف رقم 1.11.91 صادر في 29 جويلية 2011 بتنفيذ نص الدستور. الجريدة الرسمية عدد 5964 مكرر بتاريخ 30 جويلية 2011.
- 2 - القانون الدستوري عدد 51 لسنة 2002 المؤرخ في 01 جوان 2002، يتعلق بتنقيح بعض أحكام الدستور. الرائد الرسمي للجمهورية التونسية. العدد 45، بتاريخ 03 جوان 2002.
- 3 - دستور الجمهورية التونسية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد خاص بتاريخ 10 فيفري 2014.
- 4 - الاتفاقية الدولية المتعلقة بحالة الأشخاص والأسرة وبالتعاون القضائي بين المملكة المغربية والجمهورية الفرنسية، الموقعة بالرباط في أوت 1981. الجريدة الرسمية للمملكة المغربية، العدد 3910 بتاريخ 04 أكتوبر 1987.
- 5 - ظهير شريف رقم: 1.93.363 صادر في 21 نوفمبر 1996، بنشر الاتفاقية المتعلقة بحقوق الطفل المعتمدة من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة في 20 نوفمبر 1989. الجريدة الرسمية للمملكة المغربية، عدد 4440، بتاريخ 19 ديسمبر 1996.
- 6 - القانون عدد 3 لسنة 1957، المؤرخ في 01 أوت 1957، المتعلق بتنظيم الحالة المدنية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، العدد 02 و 03 بتاريخ 30 جويلية/ و 02 أوت 1957.
- 7 - القانون عدد 27 لعام 1958 المؤرخ في 04 مارس 1958 المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني. الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 19 بتاريخ 07 مارس 1958.
- 8 - القانون عدد 57 لسنة 1959، المؤرخ في 01 جوان 1959 المتضمن ختم وإصدار الدستور التونسي. الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، العدد 30 بتاريخ 01 جوان 1959.
- 9 - القانون رقم 175 لسنة 1972، المؤرخ في 07 ديسمبر 1972، المتضمن تعديل قانون العقوبات الليبي. الجريدة الرسمية للجماهيرية الليبية، عدد 61، بتاريخ 23 ديسمبر 1972.
- 10 - القانون رقم: 84-11، المؤرخ في 09 جوان 1984، يتضمن قانون الأسرة. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 24، بتاريخ 12 جوان 1984.
- 11 - القانون رقم 85-05، المؤرخ في 16 فبراير 1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 08، بتاريخ 17 فبراير 1985.
- 12 - القانون رقم 17 لسنة 1986، المؤرخ في 24 نوفمبر 1986 بشأن المسؤولية الطبية في ليبيا. الجريدة الرسمية للجماهيرية الليبية، عدد 28، بتاريخ 13 ديسمبر 1986.
- 13 - القانون عدد 22 لسنة 1991، مؤرخ في 25 مارس 1991، يتعلق بأخذ الأعضاء البشرية وزرعها، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، العدد 22، بتاريخ 29 مارس 1991.

- 14 - القانون عدد 92 لسنة 1991، المؤرخ في 29 نوفمبر 1991، يتعلق بالمصادقة على اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 82 بتاريخ 03 ديسمبر 1991.
- 15 - القانون عدد 92 لسنة 1995، مؤرخ في 09 نوفمبر 1995، يتعلق بإصدار مجلة حماية الطفل، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 90 بتاريخ 10 نوفمبر 1995.
- 16 - القانون عدد 75 لسنة 1998، مؤرخ في 28 أكتوبر 1998، يتعلق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب. الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، العدد 87 بتاريخ 30 أكتوبر 1998.
- 17 - القانون رقم 93 لسنة 2001، مؤرخ في 07 أوت 2001، يتعلق بالطب الإنجابي. الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 63 بتاريخ 07 أوت 2001.
- 18 - القانون رقم 01-15، مؤرخ في 13 جوان 2002، المتعلق بكفالة الأطفال المهملين، الجريدة الرسمية للملكة المغربية، عدد 5031 بتاريخ 19 أوت 2002.
- 19 - القانون رقم 99-37، المؤرخ في 03 أكتوبر 2002، المتعلق بالحالة المدنية، الجريدة الرسمية للملكة المغربية. العدد 5054 بتاريخ 07 نوفمبر 2002.
- 20 - القانون عدد 51 لسنة 2003 يتعلق بتتقيح بعض أحكام القانون عدد 75 لسنة 1998 المؤرخ في 28 أكتوبر 1998، المتعلق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب. الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 54، بتاريخ 8 جويلية 2003.
- 21 - القانون رقم 03-24، المؤرخ في 11 نوفمبر 2004، المتعلق بتغيير وتنظيم القانون الجنائي. الجريدة الرسمية للملكة المغربية، العدد 5175 بتاريخ 05 جانفي 2004.
- 22 - القانون رقم 03-70، المؤرخ في 03 فبراير 2004، المتعلق بمدونة الأسرة المغربية، الجريدة الرسمية للملكة المغربية. السنة 93، العدد 5184، بتاريخ 05 فبراير 2004.
- 23 - القانون 87 لسنة 2005 مؤرخ في 15 أوت 2005، يتعلق بالمصادقة على إعادة تنظيم بعض أحكام مجلة الالتزامات والعقود. الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 68 المؤرخ في 15 أوت 2005.
- 24 - القانون عدد 87 لسنة 2005، المؤرخ في 15 أوت 2005، يتعلق بالمصادقة على إعادة تنظيم بعض أحكام مجلة الالتزامات والعقود التونسية. الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، العدد 68 بتاريخ 26 أوت 2005.
- 25 - القانون رقم 31 لسنة 2006، المؤرخ في 18 جوان 2006، المتضمن قانون الأحوال الشخصية. الجريدة الرسمية للجمهورية العربية السورية، العدد 26 بتاريخ 05 جويلية 2006.
- 26 - القانون رقم 06-23، المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، المعدل والمتمم للأمر رقم 66-156، المؤرخ في 08 جوان 1966، المتضمن قانون العقوبات . الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 84 بتاريخ 24 ديسمبر 2006.

- 27 - القانون عدد 32 لسنة 2007، المؤرخ في 14 ماي 2007، يتعلق بتنقيح بعض أحكام مجلة الأحوال الشخصية. الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 42 بتاريخ 25 ماي 2007.
- 28 - القانون عدد 130 لسنة 1959، المؤرخ في 05 أكتوبر 1959، المتعلق بإدراج مجلة المرافعات المدنية والتجارية المنقح بالقانون عدد 36 لسنة 2010 المؤرخ في 05 جويلية 2010. الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 55 بتاريخ 09 جويلية 2010.
- 29 - القانون رقم 10.11 الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.11.152 بتاريخ 17 أوت 2011، المعدل والمتمم للقانون الجنائي. الجريدة الرسمية عدد 5975 بتاريخ 5 سبتمبر 2011.
- 30 - القانون الاتحادي رقم 01 لسنة 2012، المؤرخ في 24 ماي 2012، في شأن رعاية الأطفال مجهولي النسب، الجريدة الرسمية للإمارات العربية المتحدة، العدد 537، السنة 42، بتاريخ 07 جوان 2012.
- 31 - القانون رقم 146.12 الموافق بموجبه الاتفاقية الأوروبية بشأن ممارسة حقوق الطفل، الموقعة بستراسبورغ في 25 جانفي 1996. الجريدة الرسمية عدد 6242، الصادرة بتاريخ 27 مارس 2014.
- 32 - القانون رقم 15-12، مؤرخ في 15 جويلية 2015، يتعلق بحماية الطفل، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 39 بتاريخ 19 جويلية 2015.
- 33 - القانون رقم 15.102 الرامي إلى تعديل المادة 16 من القانون 03-70 بمثابة مدونة الأسرة، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 2.16.1 بتاريخ 12 جانفي 2016، الجريدة الرسمية عدد 6433 بتاريخ 25 جانفي 2016.
- 34 - القانون 107.12 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.16.05 بتاريخ 3 فبراير 2016 المعدل والمتمم لقانون الالتزامات والعقود المغربي. الجريدة الرسمية عدد 6440 بتاريخ 18 فبراير 2016.
- 35 - القانون رقم: 16-01، المؤرخ في 06 مارس 2016، يتضمن التعديل الدستوري. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 14، بتاريخ 07 مارس 2016.
- 36 - القانون رقم 16-03 المؤرخ في 19 جوان 2016، المتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتعريف على الأشخاص. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 37، بتاريخ 22 جوان 2016.
- 37 - القانون رقم 103.13 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.18.19 بتاريخ 22 فبراير 2018 المعدل للقانون الجنائي. الجريدة الرسمية للمملكة المغربية عدد 6655 بتاريخ 12 مارس 2018.
- 38 - أمر علي مؤرخ في 13 أوت 1956، يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية. الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، العدد 66، الصادر في 17 أوت 1956.

- 39 - الأمر رقم 70-20، المؤرخ في 19 فبراير 1970، يتعلق بالحالة المدنية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 21، بتاريخ 27 فبراير 1970.
- 40 - الأمر رقم: 70-86، المؤرخ في 15 ديسمبر 1970، يتضمن قانون الجنسية الجزائرية. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 105، بتاريخ 18 ديسمبر 1970.
- 41 - الأمر رقم 76-79، المؤرخ في 23 أكتوبر 1976، المتضمن قانون الصحة العمومية. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 101 بتاريخ 19 ديسمبر 1976.
- 42 - الأمر رقم 15-01، المؤرخ في 27 فبراير 2005، يعدل ويتمم الأمر رقم 70-86، والمتضمن قانون الجنسية الجزائرية. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 15، بتاريخ 27 فبراير 2005.
- 43 - الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، يعدل ويتم القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 15، بتاريخ 27 فيفري 2005.
- 44 - الأمر رقم 15 بتاريخ 19 جانفي 1925 والمعدل بتاريخ 11 جانفي 1960، المتضمن قانون الجنسية اللبناني: <http://www.isp.usj.edu.lb/pdf/loi%20sur%20la%20nationalite.pdf>
- 45 - المرسوم الرئاسي رقم: 92-461، المؤرخ في 19 ديسمبر 1992، يتضمن المصادقة مع التصريحات التفسيرية على اتفاقية حقوق الطفل . الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 91 بتاريخ: 23 ديسمبر 1992.
- د - الأحكام والقرارات القضائية**
- 1 - قرار تعقيبي مدني عدد 6030، بتاريخ 02 أفريل 1968، نشرية محكمة التعقيب التونسية، 1968.
- 2 - قرار المجلس الأعلى عدد 12، الصادر في 29 أكتوبر 1968، الغرفة الشرعية، مجلة قضاء المجلس الأعلى، المغرب، العدد 10، 1969.
- 3 - قرار تعقيبي مدني رقم 7900، بتاريخ: 14 نوفمبر 1972، نشرية محكمة التعقيب، تونس، لسنة 1972.
- 4 - قرار تعقيبي مدني رقم 9210 بتاريخ 06 مارس 1973، نشرية محكمة التعقيب لسنة 1973.
- 5 - قرار تعقيبي مدني عدد 11609، بتاريخ 15 جويلية 1975، نشرية محكمة التعقيب، تونس، 1975.
- 6 - قرار تعقيبي مدني عدد 10009، بتاريخ 29 أفريل 1975، مجلة القضاء والتشريع التونسية، 1976.

- 7 - قرار تعقيبي مدني رقم 760 بتاريخ 26 أبريل 1977 نشرية محكمة التعقيب، تونس لسنة 1977.
- 8 - قرار تعقيبي عدد 4339 بتاريخ 06 جانفي 1981، مجلة القضاء والتشريع، تونس، العدد 02، 1981.
- 9 - قرار المجلس الأعلى رقم 527 الصادر بتاريخ 15/09/1981، ملف اجتماعي رقم 91217، مجلة قضاء المجلس الأعلى بالمغرب، العدد 30، 1982.
- 10 - قرار المجلس الأعلى رقم 96 بتاريخ 09 فبراير 1982، مجلة المحاكم المغربية، عدد 37، 1985.
- 11 - قرار المجلس الأعلى ملف عدد 446، الصادر في 30 جوان 1983، ملف شرعي رقم 54758، مجلة قضاء المجلس الأعلى، المغرب، العدد 39، 1986.
- 12 - قرار المجلس الأعلى عدد 966، ملف الأحوال الشخصية والميراث 87/5457، المغرب.
- 13 - قرار المحكمة العليا، ملف رقم 34137 بتاريخ 08 أكتوبر 1984، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، المجلة القضائية، الجزائر، العدد 04، 1989.
- 14 - قرار المحكمة العليا رقم: 35934، بتاريخ 25/02/1985، المجلة القضائية، الجزائر، العدد 01، 1989.
- 15 - قرار المجلس الأعلى، ملف رقم 35087، بتاريخ 17 ديسمبر 1984، المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، الجزائر، العدد 01، 1990.
- 16 - قرار المجلس الأعلى عدد 527، بتاريخ 15 سبتمبر 1991، ملف اجتماعي رقم 91/217، مجلة قضاء المجلس الأعلى المغربية، العدد 30، 1991.
- 17 - قرار المحكمة العليا رقم 76343 بتاريخ 16/07/1990، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، المجلة القضائية، الجزائر، عدد 03، 1991.
- 18 - قرار تعقيبي مدني عدد 26431 بتاريخ 02 جوان 1992، نشرية محكمة التعقيب، تونس لسنة 1992.
- 19 - قرار المحكمة العليا، ملف رقم 57756 بتاريخ 22 جانفي 1990، المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، الجزائر، العدد 02، 1992.
- 20 - قرار مدني تعقيبي، تونس، عدد 27777 الصادر في 26 جانفي 1993.
- 21 - قرار المحكمة العليا رقم: 69798، بتاريخ 23/04/1991، المجلة القضائية، الجزائر، العدد 03، 1994.
- 22 - قرار محكمة التعقيب التونسية عدد 11005 صادر بتاريخ 27/07/1996.

- 23 - قرار المحكمة العليا، ملف رقم 172333 بتاريخ 28 أكتوبر 1997، المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، الجزائر، العدد 01، 1997.
- 24 - قرار المحكمة العليا، ملف رقم 222674، الصادر بتاريخ 15 جوان 1999، المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، الجزائر، العدد 01، 1999.
- 25 - قرار المحكمة العليا رقم: 172379، بتاريخ 1997/10/28، نشرة القضاة، الجزائر، العدد 54، 1999.
- 26 - قرار المحكمة العليا رقم: 222674 بتاريخ 1999/06/15، المجلة القضائية، الجزائر، عدد خاص، 2001.
- 27 - قرار المحكمة العليا رقم 165408 بتاريخ 1997/07/08، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، المجلة القضائية، الجزائر، عدد خاص، 2001.
- 28 - قرار المحكمة العليا رقم: 204821، بتاريخ 1998/10/20، المجلة القضائية، الجزائر، عدد خاص، 2001.
- 29 - قرار المحكمة العليا رقم: 172379، بتاريخ 1997/10/28، المجلة القضائية، الجزائر، عدد خاص، 2001.
- 30 - قرار المحكمة العليا، ملف رقم 210478 بتاريخ 17 نوفمبر 1998، المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، الجزائر، عدد خاص 2001.
- 31 - قرار تعقيبي مدني عدد 10020، بتاريخ 12 أكتوبر 2001، مجلة القضاء والتشريع، تونس، عدد 01، 2002.
- 32 - قرار المجلس الأعلى رقم 780، مؤرخ في 13 أكتوبر 2002، ملف شرعي عدد 2002/1/2/132، مجلة قضاء المجلس الأعلى، المغرب، عدد مزدوج 59-60، سنة 2002.
- 33 - قرار تعقيبي مدني عدد 7799 مؤرخ في 02 مارس 2003، تونس.
- 34 - قرار تعقيبي مدني عدد 27265 مؤرخ في 25 ديسمبر 2003، تونس.
- 35 - قرار المحكمة العليا رقم: 296020، بتاريخ 2002/12/25، المجلة القضائية، الجزائر، العدد 01، 2004.
- 36 - قرار المجلس الأعلى بالمغرب، عدد 150، ملف عدد 615-1-2-2003، صادر بتاريخ 09 مارس 2005.
- 37 - قرار المجلس الأعلى عدد 156، ملف شرعي عدد 2003/1/2/615، بتاريخ 09 مارس 2005، مجلة قضاء الأسرة، المغرب، العدد 01، جويلية 2005.
- 38 - قرار المجلس الأعلى عدد 658، ملف جنائي عدد 2003/1/2/556، بتاريخ 30 ديسمبر 2004، مجلة الملف المغربية، العدد 07، أكتوبر 2005.

- 39- قرار المجلس الأعلى عدد 37، المؤرخ في 18 جانفي 2006، ملف شرعي عدد 2005/1/2/108، مجلة قضاء المجلس الأعلى، المغرب، العدد 66، 2006.
- 40 - قرار المجلس الأعلى عدد 04، ملف شرعي عدد 2004-1-2/547، صادر بتاريخ 04 جانفي 2006.
- 41 - قرار المحكمة العليا، ملف رقم 355180، بتاريخ 05 مارس 2006، مجلة المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، الجزائر، العدد 01، 2006.
- 42 - قرار المجلس الأعلى بالمغرب، ملف رقم 2006/1/2/581، عدد 505، الصادر بتاريخ 2007/10/10.
- 43 - قرار المحكمة العليا رقم : 605592 بتاريخ 2009/10/15، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، المجلة القضائية، الجزائر، عدد 01، 2010.
- 44 - قرار المحكمة العليا، ملف رقم 617374، بتاريخ 12 ماي 2011، مجلة المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، الجزائر، العدد 01، 2012.
- 45 - قرار تعقيبي، تونس، عدد 2012.76734 مؤرخ في 08 نوفمبر 2012.
- 46 - قرار المحكمة العليا رقم: 704222، بتاريخ 2012/03/15، المجلة القضائية، الجزائر، العدد 01، 2013.
- 47 - قرار المحكمة العليا رقم: 690718 بتاريخ 2012/03/15، المجلة القضائية، الجزائر، العدد 02، 2013.
- 48 - قرار المحكمة العليا رقم: 0761943، بتاريخ 2012/11/14، المجلة القضائية، الجزائر، العدد 02، 2013.
- 49 - قرار المحكمة العليا رقم: 828820، بتاريخ 2012/12/13، المجلة القضائية، الجزائر، العدد 01، 2014.
- 50 - قرار محكمة الاستئناف بسوسة، عدد 3411 بتاريخ 17 جانفي 1971، مجلة القضاء والتشريع، تونس، عدد 4، 1974.
- 51 - قرار استئنافي مدني عدد 10197 بتاريخ 26 ماي 1983، مجلة القضاء والتشريع، تونس، العدد 06، 1984.
- 52 - قرار محكمة الاستئناف بالرباط، ملف عدد 85/6917، صادر بتاريخ 15 فبراير 1988، مجلة الإشعاع، المغرب، عدد 5.
- 53 - قرار استئنافي مدني عدد 13936، بتاريخ 12 جويلية 2000، صادر عن محكمة الاستئناف بالمنستير، تونس.

- 54 - حكم المحكمة الابتدائية رقم: 83/180 بتاريخ 1983/04/03، نشرة القضاء، الجزائر، العدد 04، 1986.
- 55 - حكم ابتدائي مدني عدد 41164، مؤرخ في 11 جوان 1999، صادر عن المحكمة الابتدائية بصفاقس، تونس، 1999.
- 56 - حكم ابتدائي مدني عدد 42123، بتاريخ 25 جوان 1999، صادر عن المحكمة الابتدائية بصفاقس، تونس.
- 57 - حكم ابتدائي مدني عدد 25863، بتاريخ 09 نوفمبر 1999، صادر عن المحكمة الابتدائية بتونس، 1999.
- 58 - حكم حكم ابتدائي مدني عدد 29302، بتاريخ 25 ماي 2000، صادر عن المحكمة الابتدائية بالمنستير، تونس.
- 59 - حكم ابتدائي مدني عدد 12973، بتاريخ 25 ماي 2000، صادر عن المحكمة الابتدائية بالمنستير، تونس.
- 60 - حكم ابتدائي مدني عدد 33960، مؤرخ في 12 جوان 2000، صادر عن المحكمة الابتدائية بتونس، 2000.
- 61 - حكم ابتدائي مدني رقم 15814، ملف رقم 03/767، بتاريخ 10 مارس 2005، صادر عن المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء، المغرب.
- 62 - حكم ابتدائي رقم 4239، ملف رقم 03/387، مؤرخ في 06 جوان 2005، صادر عن المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء، المغرب.
- 63 - حكم المحكمة الابتدائية ببركان، المغرب، عدد 04/408، بتاريخ 2005/07/28.
- 64 - حكم ابتدائي رقم 7198، ملف رقم 03/619، مؤرخ في 24 أكتوبر 2005، صادر عن المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء، المغرب.
- 65 - حكم ابتدائي رقم 555، ملف عدد 03/129/10، بتاريخ 13 أبريل 2006، مجلة قضاء الأسرة، العدد 03، ديسمبر 2006.
- 66 - حكم المحكمة الابتدائية بالخميسات عدد 100/480، بتاريخ 2006/07/25، مجلة قضاء الأسرة، الرباط، العدد 03، 2006.
- 67 - حكم ابتدائي مدني رقم 5593، ملف عدد 815/05، بتاريخ 15 نوفمبر 2007، صادر عن المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء، المغرب.
- 68 - حكم المحكمة الابتدائية بطنجة، قسم قضاء الأسرة، عدد 320، في الملف عدد 2016/1620/1391، صادر بتاريخ 2017/01/30.

ثانيًا - المراجع العامة

أ - كتب الفقه الإسلامي

- 1 - ابن الأثير مجد الدين المبارك بن محمد الجزري، النهاية في غريب الحديث والأثر، المملكة العربية السعودية: دار ابن الجوزي، ط1، 2000.
- 2 - ابن الأثير مجد الدين المبارك بن محمد الجزري، النهاية في غريب الحديث والأثر، ج2، بيروت، المكتبة العلمية، ط1، 1979.
- 3 - ابن الهمام أبو بكر عبد الرزاق، المصنف، ج7، بيروت، المكتب الإسلامي، ط2، 1983.
- 4 - ابن تيمية أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام، الفتاوى الكبرى، ج4، لبنان: بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1987.
- 5 - ابن تيمية أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام، مجموع الفتاوى، م31، المملكة العربية السعودية: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف بالمدينة المنورة، ب.ط، 2004.
- 6 - ابن تيمية أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام، مجموع الفتاوى، م32، المملكة العربية السعودية: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف بالمدينة المنورة، ب.ط، 2004.
- 7 - ابن حجر العسقلاني أبو الفضل أحمد بن علي، تهذيب التهذيب، ج9، الهند، مطبعة مجلس دائرة المعارف النظامية، ط1، 1908.
- 8 - ابن حجر العسقلاني أحمد بن علي، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج12، بيروت، دار إحياء التراث العربي، ط2، 1981.
- 9 - ابن حجر العسقلاني أحمد بن علي، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج21، بيروت، دار إحياء التراث العربي، ط2، 1981.
- 10 - ابن حجر العسقلاني أحمد بن علي، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج6، بيروت، دار إحياء التراث العربي، ط2، 1981.
- 11 - ابن حجر الهيتمي شهاب الدين أحمد بن محمد، تحفة المحتاج بشرح المنهاج، ج3، مصر، دار المكتبة التجارية الكبرى، ب.ط، 1938.
- 12 - ابن حزم أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد، المحلى في شرح المجلي بالحجج والآثار، ج10، دار الفكر العربي، ب.ط، 2001.
- 13 - ابن رشد أبو الوليد محمد بن أحمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، لبنان: بيروت، دار المعرفة، ط6، 1982.
- 14 - ابن رشد أبو الوليد محمد بن أحمد، شرح بداية المجتهد ونهاية المقتصد وبهامشه السبيل المرشد إلى بداية المجتهد ونهاية المقتصد، م4، القاهرة، دار السلام، ط1، 1995.

- 15 - ابن عبد البر أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد، الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ، ج15، سوريا: دمشق، دار قتيبة، ط1، 1993.
- 16 - ابن عبد البر أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، ج8، بيروت، دار الكتب العلمية، ط2، 1982.
- 17 - ابن عبد البر أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، ج8، الرباط، ب.ط، 1980.
- 18 - ابن قاسم عبد الرحمن بن محمد، مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، ج32، المدينة المنورة، مجمع الملك فهد للطباعة، ب.ط، 2004.
- 19 - ابن قدامة موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد، المغني، ج11، الرياض، دار عالم الكتب، ط3، 1997.
- 20 - ابن قدامة موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد، المغني، ج7، الرياض، دار عالم الكتب، ط3، 1997.
- 21 - ابن قدامة موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد، المغني ويليهِ الشرح الكبير، ج6، لبنان: بيروت، دار الكتاب العربي، 1983.
- 22 - ابن قدامة موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد، المغني، ج9، الرياض، دار عالم الكتب، ط3، 1997.
- 23 - ابن قدامة موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد، المغني، ج2، لبنان: بيروت، بيت الأفكار الدولية، ب.ط، 2004.
- 24 - ابن قيم الجوزية أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، م1، المملكة العربية السعودية: مكة المكرمة، دار علم الفوائد، ط1، 2007.
- 25 - ابن قيم الجوزية أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب، زاد المعاد في هدي خير العباد، ج5، بيروت، مؤسسة الرسالة، ط3، 1998.
- 26 - ابن مفلح أبو إسحاق برهان الدين إبراهيم، المبدع شرح المقنع، ج5، لبنان: بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1997.
- 27 - ابن مفلح أبو إسحاق عبد الله بن محمد، المبدع شرح المقنع، ج7، لبنان: بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1997.
- 28 - ابن مفلح أبو عبد الله محمد، كتاب الفروع، ج9، لبنان: بيروت، مؤسسة الرسالة، ط1، 2003.
- 29 - ابن نجيم زين الدين بن إبراهيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لبنان: بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1997.

- 30 - البخاري أبو عبد الله محمد بن إسماعيل، كتاب الضعفاء الصغير، دار المعرفة، لبنان: بيروت، ط1، 1986.
- 31 - بهاء الدين عبد الرحمن بن إبراهيم، العدة شرح العمدة في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل، القاهرة، دار الحديث، ب.ط، 2003.
- 32 - البهوتي منصور بن يونس بن إدريس، كشف القناع عن متن الإقناع، ج4، لبنان: بيروت، دار عالم الكتب، ب.ط، 1983.
- 33 - التسولي أبو الحسن علي بن عبد السلام، البهجة في شرح التحفة، ج2، لبنان: بيروت، دار الكتب العلمية، ب.ط، 1998.
- 34 - الدردير أحمد بن أحمد بن أبي حامد، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج4، مصر: دار إحياء الكتب العربية، ب.ط، ب.ت.ن.
- 35 - الدسوقي محمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج4، مصر: دار إحياء الكتب العربية، ب.ط، ب.ت.ن.
- 36 - الرفاعي أبو القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم، العزیز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، ج8، لبنان: بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1997.
- 37 - الرملي شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج5، لبنان: بيروت، دار الكتب العلمية، ط3، 2003.
- 38 - الزيلعي فخر الدين عثمان بن علي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج3، لبنان: بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 2010.
- 39 - السرخسي أبو بكر محمد بن أبي سهل، كتاب المبسوط، ج10، لبنان: بيروت، دار المعرفة، ط1، 1989.
- 40 - السرخسي أبو بكر محمد بن أبي سهل، كتاب المبسوط، ج17، بيروت، دار المعرفة، ط1، 1989.
- 41 - السرخسي أبو بكر محمد بن أبي سهل، كتاب المبسوط، ج4، لبنان: بيروت، دار المعرفة، ط1، 1989.
- 42 - الشافعي أبو يحيى بن محمد بن زكريا الأنصاري، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ج2، القاهرة، دار الكتاب الإسلامي، ب.ط، ب.ت.ن.
- 43 - الشربني شمس الدين محمد بن الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج3، لبنان: بيروت، دار المعرفة، ط1، 1997.
- 44 - الشربيني شمس الدين محمد بن الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج2، لبنان: بيروت، دار المعرفة، ط1، 1997.

- 45 - الشربيني محمد بن الخطيب، مغنى المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، ج4، لبنان: بيروت، دار المعرفة، ط1، 1997.
- 46 - الشوكاني محمد بن علي بن محمد، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، لبنان: بيت الأفكار الدولية، ب.ط، 2004.
- 47 - الشوكاني محمد بن علي بن محمد، نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار، م7، القاهرة: دار ابن عفان، ط1، 2005.
- 48 - الصنعاني محمد بن إسماعيل الأمير، سبل السلام الموصلة إلى بلوغ المرام، ج6، المملكة العربية السعودية: دار ابن الجوزي، ط2، 2000.
- 49 - الصنعاني محمد بن إسماعيل الأمير، سبل السلام الموصلة إلى بلوغ المرام، ج8، المملكة العربية السعودية: دار ابن الجوزي، ط2، 2000.
- 50 - عبد الرزاق بن همام الصنعاني أبو بكر، المصنف، ج7، بيروت، المكتب الإسلامي، ط2، 1983.
- 51 - العثيمين محمد بن صالح، الشرح الممتع على زاد المستقنع، ج12، الرياض، دار ابن الجوزي، ط1، 2006.
- 52 - العثيمين محمد بن صالح، شرح رياض الصالحين، م1، المملكة العربية السعودية: الرياض، مدار الوطن للنشر، ب.ط، 2005.
- 53 - علي بن أبي بكر الهيثمي نور الدين، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، ج4، لبنان: بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 2001.
- 54 - الغزالي محمد بن محمد بن محمد، الوسيط في المذهب، م4، مصر: القاهرة، دار السلام، ط1، 1997.
- 55 - القرافي شهاب الدين أحمد بن إدريس، الذخيرة، ج9، لبنان: بيروت، دار الغرب الإسلامي، ط1، 1994.
- 56 - الكاساني علاء الدين أبو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج6، لبنان: بيروت، دار الكتب العلمية، ط2، 2013.
- 57 - الكاساني علاء الدين أبو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج8، لبنان: بيروت، دار الكتب العلمية، ط2، 2003.
- 58 - الماوردي أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، ج9، لبنان: بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1994.
- 59 - الماوردي أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، ج11، لبنان: بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1994.

- 60 - الماوردي أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزي، ج8، لبنان: بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1994.
- 61 - النسائي أحمد بن علي بن شعيب، كتاب الضعفاء والمتروكين، لبنان: بيروت، دار المعرفة، ط1، 1986.
- ب - كتب الفقه القانوني**
- 1 - آباش أحمد، الأسرة بين الجمود والحداثة، لبنان: بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، طك 1، 2011.
- 2 - إبراهيم بك وواصل علاء الدين أحمد إبراهيم، انتقال ما كان يملكه الإنسان حال حياته إلى غيره بعد موته التركة والحقوق المتعلقة بها الموارث علماً وعملاً الوصية تصرفات المريض مرض الموت، ج1، مصر: المكتبة الأزهرية للتراث، ط2، 1999.
- 3 - أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث، (دراسة تحليلية مقارنة لمشروعية نقل وزراعة الأعضاء البشرية)، القاهرة، دار النهضة العربية، ط1، 1996.
- 4 - أحمد محمود الشافعي، أحكام الموارث، بيروت، الدار الجامعية، ب.ط، ب.ت.ن.
- 5 - إدريس الفاخوري، المركز القانوني للمرأة المغربية من خلال مدونة الأحوال الشخصية، (دراسات وأبحاث)، المغرب: وجدة، مطبعة دار النشر الجسور، ط1، 2002.
- 6 - الأزهر محمد، شرح مدونة الأسرة، الزواج - انحلال ميثاق الزوجية وآثاره، (الولادة ونتائجها)، المغرب، الدار البيضاء، مطبعة دار النشر المغربية، ط5، 2006.
- 7 - أشرف توفيق شمس الدين، الجينات الوراثية والحماية الجنائية للحق في الخصوصية، (دراسة مقارنة)، مصر: دار النهضة العربية، ط2، 2016.
- 8 - إقروفة زبيدة، الاكتشافات الطبية المعاصرة والبيولوجية وأثرها على النسب، الجزائر: تيزي وزو، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، ب.ط، 2012.
- 9 - أيمن محمد العمر، المستجدات في وسائل الإثبات، بيروت، دار ابن جزم، ط2، 2010.
- 10 - بفقير محمد، مدونة الأسرة والعمل القضائي المغربي، (منشورات دراسات قضائية)، سلسلة القانون والعمل القضائي المغربي، المغرب، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، ط2، 2011.
- 11 - بكر بن عبد الله أبو زيد، فقه النوازل، قضايا فقهية معاصرة، ج1، بيروت، مؤسسة الرسالة، ط1، 1996.
- 12 - بلحاج العربي، قانون الأسرة، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقاً لقرارات المحكمة العليا، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، ط1، 2000.
- 13 - بلحاج العربي، أحكام الموارث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري الجديد، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، ط3، 2008.

- 14 - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، (الزواج والطلاق)، ج1، الجزائر: ديوان المطبوعات الجزائرية، ط6، 2010.
- 15 - بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجزائري الجديد وفق آخر التعديلات، ج1، الجزائر: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، 2012.
- 16 - بن محمود فاطمة الزهراء، التعليق على مجلة الأحوال الشخصية قراءة في فقه القضاء، تونس: مجمع الأطرش للكتاب المختص، ط1، 2015.
- 17 - تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، ب.ط، 2001.
- 18 - تمام محمد اللودمي، الجينات البشرية وتطبيقاتها، (دراسة فقهية مقارنة)، الولايات المتحدة الأمريكية، فرجينيا، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، ط1، 2011.
- 19 - جاد الحق علي جاد الحق، الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية، م8، مصر: وزارة الأوقاف، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، 1980.
- 20 - جاد الحق علي جاد الحق، بحوث وفتاوى إسلامية في قضايا معاصرة، ج2، مصر: الأمانة العامة للجنة العليا للدعوة الإسلامية بالأزهر الشريف، ط1، 1994.
- 21 - جاد الحق علي جاد الحق، مرونة الفقه الإسلامي، مصر: القاهرة، دار الفاروق للنشر والتوزيع، ط1، 2005.
- 22 - الجبوري أبو اليقظان عطية، حكم الميراث في الشريعة الإسلامية، الأردن: عمان، دار حنين، ب.ط، 1995.
- 23 - جعيط محمد العزيز، لائحة مجلة الأحكام الشرعية، (قسم أحكام الأحوال الشخصية)، تونس، مطبعة الإرادة، ب.ط، ب.ت.ن.
- 24 - جهاد حمد حمد، الأحكام الشرعية في ضوء المستجدات الطبية والبيولوجية العصرية، بيروت، دار المعرفة، ط2، 2017.
- 25 - الخمليشي أحمد، بين مدونة الأحوال الشخصية ومشروع 1981، من كتاب البرلمان والممارسة التشريعية بالمغرب، المحمدية، دار توبقال، ط1، 1985.
- 26 - الخمليشي أحمد، التعليق على قانون الأحوال الشخصية، (آثار الولادة والأهلية والنيابة القانونية)، ج2، الرباط، دار نشر المعرفة، ط1، 1994.
- 27 - دولة بن محمود فاطمة الزهراء، التعليق على مجلة الأحوال الشخصية: (قراءة في فقه القضاء)، تونس، دار المتوسطة، ب.ط، 2015.
- 28 - ذيابي باديس، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري، (دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي)، الجزائر: دار الهدى، ب.ط، 2010.

- 29 - ساسي بن حليلة، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية، تونس: مركز النشر الجامعي، ب.ط، 2011.
- 30 - سايس جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، الجزائر: منشورات كليك، ط1، 2013.
- 31 - سعد الدين مسعد هلال، الثلاثونات في القضايا الفقهية المعاصرة، (دراسة مقارنة لأهم المسائل الطبية والمالية والاجتماعية بين الشريعة والقانون)، القاهرة، دار الكتب المصرية، ط1، 2010.
- 32 - سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، الجزائر: دار هومة، ط2، 2009.
- 33- الشافعي محمد، الزواج في مدونة الأسرة، المغرب: مراكش، المطبعة والوراقة الوطنية المحمدي، ط1، 2005.
- 34 - الشريف محمد الحبيب، النظام العام العائلي: التشكلات، تونس: مركز النشر الجامعي، ب.ط، 2006.
- 35 - الشريف محمد الحبيب، النظام العام العائلي: التجليات، تونس: مركز النشر الجامعي، ب.ط، 2006.
- 36 - شعلان سليمان محمد السيد، نطاق الحماية الجنائية للأعمال الطبية الفنية الحديثة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، ب.ط، 2002.
- 37 - علي محي الدين القره داغي وعلي يوسف المحمدي، فقه القضايا الطبية المعاصرة، (دراسة فقهية طبية مقارنة)، لبنان: بيروت، دار البشائر الإسلامية، ط2، 2006.
- 38 - عارف علي عارف القره داغي، مسائل شرعية في قضايا المرأة، سلسلة بحوث فقهية في قضايا معاصرة (2)، ماليزيا: الجامعة الإسلامية العالمية، ط1، 2011.
- 39 - عارف علي عارف القره داغي، مسائل شرعية في الجينات البشرية، سلسلة بحوث فقهية في قضايا معاصرة (3)، الجامعة الإسلامية العالمية، ماليزيا، ط1، 2011.
- 40 - عارف علي عارف وآخرون، دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة، م 2، الأردن: دار النفائس، ط1، 2001.
- 41 - عبد الخالق حسن يونس، عقم الرجال بين الإسلام والطب في مائة وتسعة وثلاثون سؤال وجواب، لبنان: الدار العربية للعلوم ناشرون، ب.ط، 2002.
- 42 - عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج 8، بيروت، مؤسسة الرسالة، ط1، 1993.
- 43 - عبد الله بن زيد آل محمود، مجموعة رسائل الشيخ عبد الله بن زيد آل محمود، م 3، الرياض، مكتبة العبيكان للنشر، ط1، 2006.

- 44- عبد المالك مبروك النجار، الضرر الأدبي ومدى ضمانه في الفقه الإسلامي والقانون، (دراسة مقارنة)، القاهرة، دار النهضة العربية، ط1، 1990.
- 45 - عطية صقر، فتاوى وأحكام للمرأة المسلمة، القاهرة، مكتبة وهبة، ط3، 2006.
- 46 - عمر سليمان الأشقر وآخرون، دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة، م1، الأردن: دار النفائس، ط1، 2001.
- 47 - فاطمة الزهراء بن محمود، التعليق على مجلة الأحوال الشخصية - قراءة في فقه القضاء -، تونس، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، ط1، 2015.
- 48 - الكشور محمد، قانون الأحوال الشخصية مع تعديلات 1993، المغرب: الدار البيضاء، مطبعة النجاح الجديدة، ط1، 1996.
- 49 - الكشور محمد، شرح مدونة الأسرة، ج2، المغرب: الدار البيضاء، مطبعة النجاح الجديدة، ط1، 2006.
- 50 - الكشور محمد، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، (الكتاب الأول عقد الزواج وآثاره)، الدار البيضاء، مطبعة النجاح الجديدة، ط2، 2009.
- 51 - كمال محمد السعيد عبد القوي عون، الضوابط القانونية للاستتساخ، (دراسة مقارنة)، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، ب.ط، 2013.
- 52 - محمد محمد براج جمعة، أحكام الميراث في الشريعة الإسلامية، الأردن: عمان، دار الفكر، ط1، 1981.
- 53 - محمد محمد براج جمعة، أحكام الميراث في الشريعة الإسلامية، الأردن: عمان، دار يافا العلمية، ب.ط، 1999.
- 54 - محمد الشافعي، الأسرة في فرنسا، (دراسة قانونية وحالات شاذة)، المغرب : مراكش، المطبعة والوراقة الوطنية، ط1، ب.س.ن.
- 55 - محمد رأفت عثمان، النظام القضائي في الفقه الإسلامي، القاهرة، دار البيان، ط2، 1994.
- 56 - محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، الرياض، الدار السعودية للنشر والتوزيع، ط4، 1983.
- 57 - محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، (دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون)، بيروت، الدار الجامعية، ط4، 1983.
- 58 - محمد صالح العياري، مذكرات وبحوث قانونية، تونس، مؤسسات عبد الكريم بن عبد الله، ط1، 1997.
- 59 - محمد بن أحمد الصالح، فقه الأسرة عند الإمام شيخ الإسلام ابن تيمية في الزواج وآثاره، م2، الرياض، مكتبة الملك فهد الوطنية، ط1، 1996.

- 60 - محمد نعمان محمد علي البعداني، مستجدات العلوم الطبية وأثرها في الاختلافات الفقهية ، (دراسة مقارنة)، صنعاء، دار الكتب، ط1، 2016.
- 61 - محمد نعيم محمد هاني الساعي، الجامع في القواعد والضوابط والمقاصد الفقهية للنوازل والقضايا المعاصرة، م2، الإسكندرية، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، ط1، 2011.
- 62 - محمد يوسف موسى، أحكام الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي ، مصر: دار الكتاب العربي، ط2، 1958.
- 63 - مشقاقة رشيد، قراءات وتعليق في مدونة الأسرة ، المغرب، مطبعة المعارف الجديدة، ب.ط، 1998.
- 64 - موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص ، ج2، ترجمة: فائز أنجق، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، ب.ط، 1989.
- 65 - محمود شلتوت، الفتاوى، (دراسة لمشكلات المسلم المعاصر في حياته اليومية العامة)، القاهرة، دار الشروق، ط18، 2004.
- 66 - مهند صلاح أحمد، الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة ، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، ب.ط، 2002.
- 67 - وزارة العدل للمملكة المغربية، المنتقى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة ، ج1، المغرب: منشورات جمعية نشر المعلومات القانونية والقضائية، العدد 10، فبراير 2009.
- 68 - وهبة مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج8، سوريا: دمشق، دار الفكر، ط2، 1985.
- 69 - وهبة مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، سوريا: دمشق، دار الفكر، ط4، 1997.
- 70 - يوسف القرضاوي، فتاوى معاصرة، ج2، الكويت: دار القلم، ط3، 2003.
- ثالثاً - المراجع الخاصة**
- 1 - أحمد محمد لطفي أحمد، التلقيح الصناعي بين أقوال الأطباء وآراء الفقهاء ، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، ط1، 2011.
- 2 - أشرف عبد الرزاق ويح، موقع البصمة الوراثية من وسائل النسب الشرعية ، القاهرة، دار النهضة العربية، ب.ط، 2006.
- 3 - إقروفة زبيدة، التلقيح الاصطناعي، (دراسة مقارنة بين الفقه والقانون الوضعي) ، الجزائر: عين مليلة، دار الهدى، ب.ط، 2010.
- 4 - إقروفة زبيدة، الاكتشافات العلمية والبيولوجية وأثرها على النسب، (دراسة فقهية قانونية)، الجزائر: تيزي وزو، المدينة الجديدة، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، ب.ط، 2012.
- 5 - أميرة عدلي أمير عيسى خالد، الحماية الجنائية للجنين في ظل التقنيات المستحدثة، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، ب.ط، 2007.

- 6 - بدران أبو العينين بدران، حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية والقانون، مصر: الإسكندرية، مؤسسة شباب الجامعة، ط1، 1998.
- 7 - التاويل محمد، موقف الشريعة الإسلامية من اعتماد الخبرة الطبية والبصمة الوراثية في إثبات النسب ونفيه، المغرب، فاس، مطبعة أنفو، ب.ط، 2007.
- 8 - حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات، (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي)، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، ط1، 2008.
- 9 - حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، عقد إجارة الرحم بين الحظر والإباحة، مصر: الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، ط1، 2008.
- 10 - حسيني إبراهيم أحمد إبراهيم هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، (دراسة مقارنة)، مصر: دار الكتب القانونية، ب.ط، 2007.
- 11 - خالد محمد صالح، أحكام الحمل في الشريعة الإسلامية، (دراسة فقهية مقارنة مع قانون الأحوال الشخصية)، مصر: دار الكتب القانونية، ب.ط، 2011.
- 12 - خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني للإنجاب الصناعي والاستتساخ والحماية القانونية للجنين، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، ط1، 2014.
- 13 - خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، (دراسة فقهية مقارنة)، الأردن: دار النفائس، ط1، 2006.
- 14 - الخمليشي أحمد، وجهة نظر، الأسرة والطفل والمرأة - أصول الفقه والفكر الفقهي، ج2، الرباط، دار نشر المعرفة، ط2، 1998.
- 15 - روين عبد الله حسن، التنظيم القانوني لعمليات التلقيح الصناعي، (دراسة تحليلية مقارنة)، مصر: دار الكتب القانونية، ب.ط، 2016.
- 16 - زياد أحمد سلامة، أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة، الأردن: الدار العربية للعلوم، ط1، 1996.
- 17 - سعد الدين مسعد هلال، البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية آفاق فقهية وقانونية جديدة (دراسة فقهية مقارنة)، القاهرة، مكتبة وهبة، ط2، 2010.
- 18 - سعدي إسماعيل البرزنجي، المشاكل القانونية الناجمة عن تكنولوجيا الإنجاب الجديدة، (دراسة مقارنة)، مصر: دار الكتب القانونية، ط1، 2009.
- 19 - سفيان بن عمر بورقعة، النسب ومدى تأثير المستجدات العلمية في إثباته، (دراسة فقهية تحليلية)، المملكة العربية السعودية: الرياض، دار كنوز أشبيليا، ط1، 2007.
- 20 - سناء عثمان الدبسي، الاجتهاد الفقهي المعاصر في الإجهاض والتلقيح الصناعي، لبنان: بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2010.

- 21 - الشحات إبراهيم محمد منصور، نسب المولود الناتج عن التلقيح الصناعي، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، ط1، 2011.
- 22 - شحاتة أحمد زيدان فاطمة، مركز الطفل في القانون الدولي العام، مصر: الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2007.
- 23 - شوقي زكريا الصالحي، الآثار المترتبة على عملية التلقيح الصناعي، مصر: دسوق، دار العلم والإيمان للنشر والتوزيع، ب.ط، 2007.
- 24 - عبد الحميد عثمان محمد، أحكام الأم البديلة (الرحم الظئر) بين الشريعة الإسلامية والقانون، (دراسة تحليلية)، القاهرة، دار النهضة العربية، ط1، 1996.
- 25 - عبد الحميد محمود طهماز، الأنساب والأولاد، دراسة لموقف الشريعة الإسلامية من التلقيح الصناعي وما يسمى بأطفال الأنابيب، دمشق، دار القلم، ط1، 1987.
- 26 - عبد الرحمن أحمد الرفاعي، البصمة الوراثية وأحكامها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، (دراسة فقهية مقارنة)، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2012.
- 27 - عبد العزيز الخياط، حكم العقم في الإسلام، الأردن: عمان، مطابع وزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية، ب.ط، 1981.
- 28 - العربي شحط عبد القادر، نظام الإنجاب الصناعي بين أحكام الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، الجزائر: موسوعة الفكر العربي، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، العدد 04، 2004.
- 29 - عطا عبد العاطي السنباطي، بنوك النطف والأجنة، القاهرة، دار النهضة العربية، ط 1، 2001.
- 30 - علي أحمد بديعة، البصمة الوراثية وأثرها في إثبات النسب أو نفي هـ، (دراسة فقهية مقارنة)، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، ط1، 2011.
- 31 - عمر بن محمد السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها استخدامها في النسب والجنائية، الرياض، دار الفضيلة، ط1، 2002.
- 32 - عائشة أحمد سالم حسن، الأحكام المتصلة بالحمل في الفقه الإسلامي، بيروت، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ط1، 2008.
- 33 - عبد الله محمد دفع الله، أحكام النسب في الفقه الإسلامي، القاهرة، دار المصطفى، ب.ط، 1979.
- 34 - علي محمد يوسف المحمدي، أحكام النسب وطرق إثباته ونفيه في الشريعة الإسلامية، الدوحة، دار قطري بن الفجاءة، ط1، 1994.
- 35 - عطية صقر، فتاوى وأحكام للمرأة المسلمة - التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب -، القاهرة، مكتبة وهبة، ط3، 2006.

- 36 - فرج صالح الهرش، موقف القانون من التطبيقات الطبية الحديثة ، زراعة الأعضاء البشرية، تقنية التلقيح الصناعي، (دراسة مقارنة)، ليبيا، بنغازي، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان، ط1، 1996.
- 37 - القيسي عامر أحمد، مشكلات المسؤولية الطبية المترتبة على التلقيح الاصطناعي ، عمان: الدار العلمية الدولية، ط1، 2001.
- 38 - الكشور محمد، البنوة والنسب في مدونة الأسرة، قراءة في المستجدات البيولوجية : (دراسة قانونية وشرعية مقارنة)، المغرب، الدار البيضاء، مطبعة النجاح الجديدة، ط1، 2007.
- 39 - لعسري عباسية، حقوق المرأة والطفل في القانون الدولي الإنساني، الجزائر: دار الهدى، ب.ط، 2006.
- 40 - محمد بن يحيى بن حسن النجيمي، الإنجاب الصناعي بين التحليل والتحريم ، (دراسة فقهية إسلامية مقارنة)، الرياض، مكتبة العبيكان، ط1، 2011.
- 41 - محمد جبر الألفي، إثبات النسب ونفيه بالبصمة الوراثية ، الرياض، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ب.ط، 2015.
- 42 - محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية ، (دراسة مقارنة)، جامعة الكويت، ب.ط، 1992.
- 43 - محمود سعد شاهين، أطفال الأنابيب بين الحظر والإباحة وموقف الفقه الإسلامي منها ، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، ط1، 2010.
- 44 - محمود أحمد طه، الإنجاب بين المشروعية والتجريم ، مصر: المنصورة، دار الفكر والقانون، ط1، 2015.
- 45 - محمد عبد اللطيف صالح الفرفور، أطفال الأنابيب من كتاب الجامع في القواعد والضوابط والمقاصد الفقهية للنوازل والقضايا المعاصرة، م 2، الإسكندرية، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، ط1، 2011.
- 46 - محمد علي البار، طفل الأنبوب والتلقيح الاصطناعي والرحم الظئر والأجنة المجمدة ، المملكة العربية السعودية: جدة، شركة دار العلم، ط1، 1986.
- 46 - ممدوح محمد خيرى هاشم، الإنجاب الصناعي في القانون المدني ، (دراسة قانونية فقهية مقارنة)، القاهرة، دار الفكر العربي، ط1، 1996.
- 47 - محمد يوسف موسى، النسب وآثاره، القاهرة، دار المعرفة، ب.ط، 1988.
- 48 - محمد بن أحمد الصالح، الطفل في الشريعة الإسلامية ، (نشأته حياته حقوقه التي كفلها الإسلام)، الرياض، مطابع الفرزدق التجارية، ط2، 1982.

49 - محمد علي الهادي زبيدة، النسب والحقوق المتعلقة به وتطبيقاته المعاصرة، ليبيا، منشورات 7 أكتوبر إدارة المطبوعات والنشر، ط1، 2007.

50 - محمد أنيس الأروادي، البصمة الوراثية، محاضرة أقيمت بجامعة بيروت الإسلامية، دار الفتوى، كلية الشريعة، لبنان، ب.ت.ن.

51 - هشام بن عبد الملك بن عبد الله بن محمد آل الشيخ، أثر التقنية الحديثة في الخلاف الفقهي، المملكة العربية السعودية: الرياض، مكتبة الرشد، ط1، 2006.

رابعاً - المقالات العلمية

1 - أحمد بن عبد الله بن محمد اليوسف، « إثبات النسب بالقرائن الطبية المعاصرة »، مجلة الدراسات الطبية الفقهية، المملكة العربية السعودية، وزارة التعليم، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، العدد 01، 2015.

2 - أحمد سعد علي البرعي، « التخرج الفقهي لتتسيب ولد الزنا وولد الاغتصاب نظرة فقهية مع تطور العمل بالبصمة الوراثية »، مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية بالقاهرة، العدد 12، ب.ت.ن.

3 - إدوارد غالي الذهبي، « التلقيح الصناعي »، مجلة دراسات قانونية، جامعة بنغازي، ليبيا، كلية الحقوق، م3، 1973 .

4 - أسامة محمد الصلابي، « مجالات البصمة الوراثية وحجيتها في الإثبات »، مجلة كلية الآداب، منشورات جامعة قاريونس، الجماهيرية العربية الليبية، العدد 35، 2011.

5 - بكر بن عبد الله أبو زيد، « طرق الإنجاب في الطب الحديث وحكمها الشرعي »، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة 03 لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي، ج1، العدد 03، 1987.

6 - إلغات ربيحة، « حالات ثبوت ونفي النسب (دراسة قانونية مقارنة) »، حوليات جامعة الجزائر، بن يوسف بن خدة، الجزائر، العدد 23، جوان 2013.

7 - إقروفة زبيدة، « النسب بين تطور العلم وجمود التشريع في البلدان الغربية والعربية، (البصمة الوراثية) »، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية، الجزائر، العدد 01، 2010.

8 - بلحاج العربي، « الجوانب القانونية لإثبات النسب بالبصمة الوراثية في ضوء قانون الأسرة الجزائري الجديد »، مجلة المحكمة العليا، الجزائر، قسم الوثائق والدراسات القانونية والقضائية، العدد 01، 2012.

9 - بلحاج العربي، « المبادئ الشرعية والقانونية والأخلاقية التي تحكم عملية التلقيح الاصطناعي في ضوء قانون الأسرة الجزائري الجديد والمقارن »، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة أبي بكر بلقايد بتلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، العدد 15، 2013.

- 10 - بلحساني الحسين، « قواعد إثبات النسب والتقنيات الحديثة »، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، العدد 06، أكتوبر 2002.
- 11 - بندر بن فهد السويلم، « البصمة الوراثية وأثرها في النسب »، مجلة العدل، وزارة العدل بالمملكة العربية السعودية، العدد 37، 2008.
- 12 - بن شويخ رشيد، « الطرق الشرعية والقانونية لثبوت النسب أو نفيه »، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد بتلمسان، الجزائر، العدد 03، 2005.
- 13 - بوقرة أم الخير، « دور البصمة الوراثية في حماية النسب »، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، العدد 7، 2010.
- 14 - تبوب فاطمة الزهراء، « نسب ابن المغتصبة تعليق على قرار المحكمة العليا رقم 734072 المؤرخ في 2012/03/15 »، الصادر عن غرفة شؤون الأسرة والمواريث، المجلة القضائية، الجزائر، العدد 01، 2013.
- 15 - تشوار حميدو زكية، « شروط التلقيح الاصطناعي في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة الجزائري »، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة أبي بكر بلقايد بتلمسان، الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، العدد 4، 2006.
- 16 - تشوار جيلالي، « نسب الطفل في القوانين المغاربية للأسرة بين النقص التشريعي والتفتحات المستحدثة »، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، العدد 03، 2005.
- 17 - تشوار جيلالي، « النقائص التشريعية لقوانين الأحوال الشخصية المغربية في مسألة النسب »، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، العدد 01، 2002.
- 18 - تشوار جيلالي، « رضا الزوجين على التلقيح الاصطناعي »، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق جامعة أبو بكر بلقايد بتلمسان، الجزائر، العدد 4، 2006.
- 19 - جمعة محمد بشير، « نسب المولود الناتج عن التلقيح الصناعي »، المجلة الجامعة، جامعة السابع من أبريل، الزاوية، كلية الحقوق، ليبيا، العدد 07، 2005.
- 20 - جوهر محمد، « إثبات ونفي النسب بين الطب والعجب »، المجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية، عدد خاص باليوم الدراسي حول الأسرة المغربية بين الفقه المالكي والقانون الوضعي، العدد 50، 2004.
- 21 - حافظ بوعصيدة، « إثبات الأبوة »، مجلة القضاء والتشريع، تونس، العدد 06، 1999.
- 22 - حسن محمد كاظم وآخرون، « مشروعية الحمل لحساب الغير وأحكامه في القانون والشرعية الإسلامية »، مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون، جامعة كربلاء، العدد 01، 2010.

- 23 - حميد زقاوي، « عقبات إثبات ونفي النسب بالبصمة الوراثية »، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسية بن بوعلي بالشلف، العدد 3، ديسمبر 2016.
- 24 - دحيدح الهاشمي، « نفي النسب عن طريق تحليل الدم »، مجلة القضاء والتشريع، تونس، عدد 5، 1974.
- 25 - رجب ببيوض التميمي، « أطفال الأنابيب »، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة 02 لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي بجدة، ج1، العدد 02، 1986.
- 26 - زوكاغي أحمد، « قراءة في قرار المجلس العلي، الغرف المجتمعة حول إثبات النسب ودور الخبرة الطبية، المحور الثاني: تعاليق على قرارات قضائية »، مجلة رسالة المحاماة، العدد 27، بتاريخ 21 جوان 2007.
- 27 - سعاد زغيشي، « حماية الأطفال غير الشرعيين بين الشريعة الإسلامية والقانون »، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة 1، الجزائر، العدد 07، سبتمبر 2015.
- 28 - سعيديان أسماء، « الإطار القانوني لعمليتي نقل وزرع الأعضاء البشرية والتلقيح الاصطناعي »، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزائر، العدد 04، ديسمبر 2013.
- 29 - سيف إبراهيم المصاروة، « التكيف الجرمي للتلقيح الصناعي دون رضا أحد الزوجين، دراسة مقارنة »، دراسات علوم الشريعة والقانون، جامعة مؤتة، الأردن، م42، العدد 02، 2015.
- 30 - شادية الصادق الحسن، « حكم الإسلام في التلقيح الاصطناعي »، مجلة العلوم والبحوث الإسلامية، جامعة السودان للعلوم والتكنولوجيا، معهد العلوم والبحوث الإسلامية، العدد 02، فبراير 2011.
- 31 - شكري الدريالي، « نازلة التلقيح الصناعي في الفقه الإسلامي والقانون التونسي »، مجلة الفقه والقانون، المغرب، العدد 58، أوت 2017.
- 32 - عاصم بن منصور بن محمد أبا حسين، « إثبات النسب بالبصمة الوراثية بعد نفيه باللعان، (دراسة فقهية) »، مجلة الجمعية الفقهية السعودية، المملكة العربية السعودية، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، العدد 21، 2015.
- 33 - عبدلي سفيان، « أيها القضاة: أدعوهم لأبائهم »، مجلة الفقه والقانون، المملكة المغربية، العدد 35، سبتمبر 2015.
- 34 - عبد العزيز بن فوزان بن صالح الفوزان، « حكم استبراء الزانية واستلحاق ولد الزنا »، مجلة العدل، وزارة العدل، المملكة العربية السعودية، العدد 30، 2006.
- 35 - عبد الرحمن البسام، « أطفال الأنابيب »، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة 02 لمؤتمر الفقه الإسلامي بجدة، ج1، العدد 02، 1986.

- 36 - عبد الله بن زيد آل محمود، « الحكم الإقناعي في إبطال التلقيح الصناعي »، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، الدورة 02 لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي بجدة، ج1، العدد 02، 1986.
- 37 - علال آمال، « الطرق الشرعية والقانونية لنفي النسب »، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، جامعة أبو بكر بلقايد بتلمسان، الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، العدد 16، 2013.
- 38 - علي محي الدين القرة داغي، « البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي »، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة، العدد 16، 2003.
- 39 - عمر فاروق الفحل، « التلقيح الصناعي والقانون »، مجلة المحامون السورية، العدد 03، 1988.
- 40 - عيساوي فاطمة، « الإنجاب بالوسائل الحديثة في قانون الأسرة الجزائري »، مجلة معارف، المركز الجامعي العقيد آكلي محند أولحاج، البويرة، العدد 06، جوان 2009.
- 41 - عبد الله بن محمد، « الوعد والمواعدة في التبرعات والمعاوضات »، مجلة الإسلام في آسيا، كلية أحمد إبراهيم للحقوق، الجامعة الإسلامية العالمية، ماليزيا، م7، العدد 1، جويلية 2010.
- 42 - الفاخوري إدريس، « نفي وإثبات النسب بالتحاليل الطبية »، (مقارنة شرعية قضائية وفقهية) «، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، المغرب، الدار البيضاء، مؤسسة الملك عبد العزيز، العدد 40، 2003.
- 43 - فواز صالح، « حجية البصمات الوراثية في إثبات النسب »، (دراسة قانونية مقارنة) «، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة والقانون، العدد 19، جوان 2003.
- 44 - قاسم عبد الرشيد محمد أمين، « البصمة الوراثية وحجيتها »، مجلة العدل، وزارة العدل، المملكة العربية السعودية، العدد 23، 2004.
- 45 - قندوز سناء، « اللعان وإشكالاته الفقهية والقانونية والقضائية »، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية، الجزائر، العدد 02، 2011.
- 46 - كريمة عبود جبر، « استئجار الأرحام والآثار المترتبة عليه »، مجلة أبحاث كلية التربية الأساسية، جامعة الموصل، العراق، م9، العدد 03، 2010.
- 47 - ماروك نصر الدين، « الأم البديلة بين القانون المقارن والشريعة الإسلامية »، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر، العدد 04، 1999.
- 48 - ماروك نصر الدين، « التلقيح الصناعي في القانون المقارن والشريعة الإسلامية »، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، الجزائر، العدد 02، 1999.

- 49 - مازن إسماعيل هنية، « إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية (DNA) »، مجلة الجامعة الإسلامية سلسلة الدراسات الإسلامية، فلسطين، غزة، م17، العدد01، جانفي 2009.
- 50 - مجدوب نوال، « إشكالات إثبات نسب المولود بالتلقيح الاصطناعي على ضوء قانون الأسرة الجزائري »، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، مركز جيل البحث العلمي، لبنان، العدد 15، جوان 2017.
- 51 - محمد علي البار، « التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب »، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، الدورة 02 لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي بجدة، ج1، العدد 02، 1986.
- 52 - محمد علي هارب جبران، « حكم استلحاق ولد الاغتصاب »، مجلة الجامعة الأسمرية للعلوم الإسلامية، ليبيا، العدد 20، 2014.
- 53 - محمد رأفت عثمان، « استئجار الأرحام »، مجلة المسلم المعاصر، لبنان، العدد 101، سبتمبر 2001.
- 54 - محمد سليم العوا، « الجرائم الماسة بالأسرة في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية »، مجلة المحاماة، القاهرة، مصر، العدد 5، 1987.
- 55 - مأمون عبد الكريم، « الإطار الشرعي والقانوني للإنجاب الصناعي »، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، العدد 04، 2006.
- 56 - منظمة المؤتمر الإسلامي، « القرار الثاني بشأن التلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيب »، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثانية لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي، ج1، العدد 02، 1986.
- 57 - المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي، « القرار الخامس حول التلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيب »، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة 02 لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي، ج 1، العدد 02، 1986.
- 58 - مسعود صبري، « تحقيق في فتوى اتهام الزوجة بالزنى عن طريق الـ DNA »، مجلة المجتمع الكويتية، العدد 1662، بتاريخ 30 جويلية 2005.
- 59 - ناصر عبد الله الميمان، « البصمة الوراثية وحكم استخدامها في مجال الطب الشرعي والنسب »، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد 18، جانفي 2003.
- 60 - نجود علي، إثبات البنوة الطبيعية عن طريق التحليل الجيني، محاضرة ختم التمرين، الهيئة الوطنية للمحامين بتونس، الفرع الجهوي بنابل، 2013-2014.
- 61 - نصرأوي هالة، نفي النسب، محاضرة ختم التمرين، الهيئة الوطنية للمحامين، الفرع الجهوي بتونس، 2010-2011.

62 - الهادي الحسين الشبيلي، « استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب، (نظرة شرعية) »، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، م18، العدد 35، 2003.

63 - هاشم جميل عبد الله، « زراعة الأجنة في ضوء الشريعة الإسلامية »، مجلة الرسالة الإسلامية العراقية، العدد 229، جويلية 1989.

64 - هند الخولي، « تأجير الأرحام في الفقه الإسلامي »، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، م27، العدد 03، 2011.

65 - هيئة المحامين، « الاجتهاد القضائي »، الغرفة الاجتماعية، مجلة المحاكم المغربية، الدار البيضاء، مؤسسة الملك عبد العزيز، العدد 37، 1985.

خامسًا - المذكرات والرسائل العلمية

أ - مذكرات الماجستير:

1 - أبكاريم عزيز وآخرون، وسائل إثبات النسب ونفيه بين الشريعة والقانون المغربي، (دراسة للبصمة الوراثية كمستجد بيولوجي علمي ينازع اللعان كإلزام شرعية في مجال النسب)، بحث لنيل الإجازة في القانون الخاص، جامعة ابن زهر، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكادير، المغرب، 2009-2010.

2 - إبراهيم بن عبد الله بن صالح القصير، أحكام ولد الزنا، بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المعهد العالي للقضاء، المملكة العربية السعودية، قسم الفقه المقارن، 2002-2003.

3 - ابن عصمان نسرين إيناس، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون الأسرة المقارن، جامعة أبي بكر بلقايد بتلمسان، الجزائر، كلية الحقوق، 2008-2009.

4 - أحمد عبد المجيد محمد محمود حسين، أحكام ولد الزنا في الفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير، كلية الدراسات العليا، قسم الفقه والتشريع، جامعة النجاح الوطنية بنابلس، فلسطين، 2008-2009.

5 - بغدالي الجيلالي، الوسائل العلمية الحديثة المساعدة على الإنجاب في قانون الأسرة الجزائري (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق ببن عكنون، تخصص القانون الخاص، فرع قانون الأسرة، 2013-2014.

6 - بلباهي سعيدة، إجارة الرحم وأثرها على النسب، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، فرع قانون الأسرة، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر 1، كلية الحقوق، 2014-2015.

7 - بوجنان سولاف، إثبات النسب ونفيه وفقا لتعديلات قانون الأسرة، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدورة 16، الجزائر، الدفعة 2005-2008.

- 8 - بوصبع فؤاد، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في إثبات ونفي النسب ، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون الجنائي، جامعة منتوري بقسنطينة، الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2011-2012.
- 9 - حمائل صالح، إجراءات التقاضي في مسائل الزواج والطلاق ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة بلعباس، الجزائر، 1997-1998.
- 10 - خدام هجيرة، التلقيح الاصطناعي ، (دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والقانون الجزائري)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد بتلمسان، الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2006-2007.
- 11 - الزياتي نور الدين، الطفل الطبيعي، رسالة تخرج من المعهد الأعلى للقضاء، تونس، السنة القضائية 2000-2001.
- 12 - سكرة أنيس، إثبات النسب بين مجلة الأحوال الشخصية والقانون عدد 75 لسنة 1998، رسالة تخرج من المعهد الأعلى للقضاء، تونس، السنة القضائية 2000-2001.
- 13 - سلطاني توفيق، حجية البصمة الوراثية في الإثبات ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، تخصص علوم جنائية، جامعة الحاج لخضر بباتنة، الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2010-2011.
- 14 - سمر خليل محمود عبد الله، حقوق الطفل في الإسلام والاتفاقيات الدولية ، (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الفقه والتشريع بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، 2003-2004.
- 15 - سهير سلامة حافظ الأغا، قواعد النسب في ضوء علم الوراثة المعاصر، رسالة ماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية بغزة، فلسطين، 2009-2010.
- 16 - شبوعات خالد، الحماية القانونية للجنين في ظل المستجدات الطبية ، (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الطبي، جامعة أبو بكر بلقايد بتلمسان، الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2015-2016.
- 17 - عبد الرؤوف الشيخ، الوضعية القانونية للبنوة غير الشرعية في القانون التونسي ، مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمقة في القانون الخاص، تونس، كلية الحقوق، 1979-1980.
- 18 - علي بن مشبب بن عبد الله البكري، استئجار الأرحام، (دراسة تأصيلية مقارنة)، دراسة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في قسم العدالة الجنائية، تخصص التشريع الجنائي الإسلامي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا، المملكة العربية السعودية، 2010-2011.

- 19 - عمارة جلول، إلحاق نسب ولد الزنا بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري ، (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر 1، كلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة والقانون، 2010-2011.
- 20 - لبنى محمد جبر شعبان الصفدي، الأحكام الشرعية المتعلقة بالإخصاب خارج الجسم ، بحث استكمالي لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير، الجامعة الإسلامية بغزة، فلسطين، كلية الشريعة والقانون، قسم الفقه المقارن، 2006-2007.
- 21 - محمد أشو، الولد غير الشرعي في القانون المغربي، الحماية والقصور ، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة مكناس، المغرب، 2012-2013.
- 22 - محمد محمود حسين أحمد عبد المجيد، أحكام ولد الزنا في الفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا بجامعة النجاح، نابلس، فلسطين، 2007-2008.
- 23 - الناصر الشعالي، وضعية اللقيط في القانون التونسي، مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمقة في العلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 1998-1999.
- 24 - هاشم محمد علي الفلاح، حجية البصمة الوراثية في قضايا النسب والقضايا الجنائية ، (دراسة مقارنة)، الجمهورية اليمنية، المعهد العالي للقضاء، الدفعة 16، 2009-2010.
- 25 - ولد محمياي محمد ولد عال، أحكام النسب وطرق إثباته ، (دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقانون الموريتاني)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد بتلمسان، الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2007-2008.
- 26 - إبراهيم بن عبد الله بن صالح القصير، أحكام ولد الزنا، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المعهد العالي للقضاء، المملكة العربية السعودية، قسم الفقه المقارن، 2003-2004.
- 27 - وليد صالح أحمد عبد الرب وإدريس عبابسي، الحماية القانونية لحق الطفل في النسب من خلال مدونة الأسرة والحالة المدنية، بحث لنيل الإجازة في الحقوق، جامعة محمد الخامس السويسي، الرباط، المغرب، 2008-2009.
- 28 - ياسين بن ناصر محمود الخطيب، ثبوت النسب (دراسة مقارنة)، رسالة مقدمة إلى قسم الدراسات العليا الشرعية لنيل درجة الماجستير في الفقه، جامعة الملك عبد العزيز، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، مكة المكرمة، 1978-1979.
- 29 - اليرماني غريال عائدة ، مصلحة الطفل الفضلي من خلال بعض المسائل الأسرية (تونس مثالا)، رسالة لنيل الماجستير المتخصص في حقوق الطفل، الجامعة اللبنانية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2005-2006.

ب - رسائل الدكتوراه:

- 1 - أبو بكر الأشهب، حقوق الطفل بين الشريعة والقانون ، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، 1998-1999.
- 2 - بوشي يوسف، الجسم البشري وأثر التطور العلمي على نطاق حمايته جنائيا، (دراسة مقارنة)، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد بتلمسان، الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، 2012-2013.
- 3 - زيري بن قويدر، النسب في ظل التطور العلمي والقانوني ، (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد بتلمسان، الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، 2011-2012.
- 4 - طفياني مختارية، التلقيح الاصطناعي، (دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد بتلمسان، الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2013-2014.
- 5 - عائشة إبراهيم سلطان المرزوقي، إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة ، (دراسة فقهية وتشريعية مقارنة)، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، جامعة القاهرة، مصر، كلية دار العلوم، قسم الشريعة الإسلامية، 2000-2001.
- 6 - عبد المجيد غميجة، موقف المجلس الأعلى من ثنائية القانون والفقه في مسائل الأحوال الشخصية، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة محمد الخامس، الرباط، المغرب، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، 1999-2000.
- 7 - العربي شحط عبد القادر، الأحكام القانونية العامة لنظام الإنجاب الاصطناعي ، رسالة دكتوراه، جامعة وهران، الجزائر، 1999-2000.
- 8 - علال برزوق أمال، أحكام النسب بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي ، (دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد بتلمسان، الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2014-2015.
- 9 - عمراني أحمد، حماية الجسم البشري في ظل الممارسات الطبية والعلمية الحديثة في القانون الوضعي والشريعة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة وهران، الجزائر، 2009-2010.
- 10 - ليلي جمعي، حماية الطفل، (دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والشريعة الإسلامية)، بحث مقدم لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة وهران، الجزائر، 2005-2006.

- 11 - ماينو جيلالي، الإثبات بالبصمة الوراثية، (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل شهادة الدكتوراة في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد بتلمسان، الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2014-2015.
- 12 - النحوي سليمان، التلقيح الصناعي في القانون الجزائري والشرعية الإسلامية والقانون المقارن، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الجنائي والعلوم الجنائية، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2010-2011.
- سادساً - أعمال الملتقيات العلمية**
- 1 - أحمد بن صالح آل عبد السلام، حكم استلحاق ولد الزنا، بحث مقدم للمجمع الفقهي الإسلامي، الدورة 20، المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة من 25-29 ديسمبر 2010.
- 2 - بدر المتولي عبد الباسط، آراء في التلقيح الاصطناعي، ثبت كامل لأعمال ندوة الإنجاب في ضوء الإسلام، سلسلة مطبوعات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، المنعقدة بالكويت، بتاريخ 24 ماي 1983، الكويت، 1983.
- 3 - برجايي خالد، قواعد إثبات ونفي النسب في المغرب بين تطور العلم وجمود القانون، م2، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة المنعقدة ما بين 05-07 ماي 2002.
- 4 - حبيبة الشعبوني، إثبات النسب بالتحليل الجيني، ملتقى وزارة العدل، دورة دراسية في قانون إسناد اللقب العائلي بالمعهد الأعلى للقضاء بتونس، الخميس 16 أكتوبر 2013.
- 5 - حسن علي الشاذلي، البصمة الوراثية وأثرها في إثبات النسب، بحث مقدم إلى ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني، المنعقدة بدولة الكويت، في الفترة من 13-15 أكتوبر 1998.
- 6 - رضا الوسلاتي، الجديد في قانون إسناد اللقب العائلي، بحث مقدم للملتقى المقام بالمعهد الأعلى للقضاء، تونس، حول إسناد اللقب العائلي لمجهولي النسب والمهملين، الدورة 16، أكتوبر 2003.
- 7 - زياد الدريدي، دور قاضي الأسرة في مجال حماية الأطفال خارج إطار الزواج، الملتقى الثاني حول الحماية الاجتماعية للأطفال المهددين وفي نزاع مع القانون، مكتب اليونيسيف بتونس، 28 فيفري/01 مارس 2013.
- 8 - زياد بارود، النساء العربيات وإنكار المواطنة، بحث حول قوانين الجنسية في لبنان (جنسيتي حق لي ولأسرتي)، مجموعة الأبحاث والتدريب للعمل التنموي، بيروت، 2003.
- 10 - سعد الدين مسعد هلالي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، م3، أعمال وبحوث الدورة 16 للمجمع الفقهي الإسلامية، مكة المكرمة، من 05-10 جانفي 2002.

- 11 - سعد العنزي، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في إثبات أو نفي النسب ، بحث مقدم إلى ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني (رؤية إسلامية)، المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، المنعقدة في الكويت من 13-15 أكتوبر 1998.
- 12 - الطيب لعبيدي وناجح بن عائشة، مقارنة بين أحكام النسب وأحكام قانون إسناد اللقب العائلي للأطفال المهملين ومجهولي النسب ، ملتقى وزارة العدل، المحكمة الابتدائية بالمهدية، السنة القضائية 1999-2000.
- 13 - عبد الستار فتح الله سعيد، البصمة الوراثية في ضوء الإسلام ومجالات الاستفادة منها في جوانب النسب والجرائم وتحديد الشخصية ، أعمال وبحوث الدورة 16 للمجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة، المنعقدة ما بين 05-10 جانفي 2002.
- 14 - عبد القادر الخياط وفريدة الشمالي، تقنيات البصمة الوراثية في قضايا النسب وعلاقتها بالشرعية الإسلامية، م4، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة والقانون، المنعقد ما بين 05-07 ماي 2002.
- 15 - علي محي الدين القرّة داغي، البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، أعمال وبحوث الدورة 16 للمجمع الفقهي الإسلامي في مكة المكرمة، في الفترة من 05-10 جانفي 2002.
- 16 - عماد بن عبد الحميد الدرويش، موقف القضاء التونسي من التحليل الجيني وآثاره ، بحث مقدم للملتقى المقام بالمعهد الأعلى للقضاء بتونس، حول إسناد اللقب العائلي لمجهولي النسب والمهملين، بتاريخ 16 أكتوبر 2003.
- 17 - عمر بن محمد السبيل، البصمة الوراثية وتأثيرها على النسب إثباتاً أو نفياً، م3، أعمال وبحوث الدورة 16 للمجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة، المنعقدة ما بين 05-10 جانفي 2002.
- 18 - غنام محمد غنام، دور البصمة الوراثية في الإثبات ، م2، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة والقانون، من 05-07 ماي 2002.
- 19 - فهد بن سعد الجهني، أحكام الأولاد الناتجين عن الزنا ، بحث مقدم للمجمع الفقهي الإسلامي، الدورة 20، المنعقدة في مكة المكرمة، في الفترة من 25-29 ديسمبر 2010.
- 20 - المجمع الفقهي الإسلامي، «القرار السابع بشأن البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها» ، م3، أعمال وبحوث الدورة 16 للمجمع الفقهي الإسلامي، مكة المكرمة، من 05-10 جانفي 2002.
- 21 - محمد المختار السلامي، «إثبات النسب بالبصمة الوراثية» ، بحث مقدم لندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني - (رؤية إسلامية)، منظمة الطب الإسلامي، الكويت عام 1998.

- 22 - محمد المختار السلامي، التحليل البيولوجي للجينات البشرية وحجيته في الإثبات ، م2، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المنعقد ما بين 05-07-2002.
- 23 - محمد المختار السلامي، الجوانب الفقهية للبصمة الوراثية ومدى حجيتها في إثبات النسب ، ج1، ثبت أعمال الندوة 11 للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، بحث مقدم إلى ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني، المنعقدة بدولة الكويت، في الفترة من 13-15 أكتوبر 1998.
- 24 - محمد رأفت عثمان، البصمة الوراثية ودورها في إثبات ونفي النسب ، م2، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة والقانون، المنعقد من 05-07 ماي 2002.
- 25 - محمد سليمان الأشقر، إثبات النسب بالبصمة الوراثية ، بحث مقدم إلى ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني، المنعقدة بدولة الكويت، في الفترة من 13-15 أكتوبر 1998.
- 26 - محمد نعيم يس، الإنجاب في ضوء الإسلام ، ثبت كامل لأعمال ندوة الإنجاب في ضوء الإسلام، سلسلة مطبوعات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، المنعقدة بالكويت، بتاريخ 24 ماي 1983.
- 27 - المكتب الدولي لحقوق الطفل، إعمال حقوق الطفل في شمال إفريقيا، ملامح قطرية بشأن الجزائر ومصر وليبيا والمغرب وتونس، بحث مقدم للمؤتمر المقام بمورتريال، كندا مارس 2007.
- 28 - منذر الأدب، دور النيابة العمومية في مجال حماية الأطفال المولودين خارج إطار الزواج ، الملتقى الثاني حول الحماية الاجتماعية للأطفال المهددين وفي نزاع مع القانون، مكتب اليونيسيف بتونس، 28 فيفري/و01 مارس 2013.
- 29 - ناصر عبد الله الميمان، البصمة الوراثية وحكم استخدامه في مجال الطب الشرعي والنسب ، م2، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، الفترة ما بين 05-07 ماي 2002.
- 30 - نبيل بن صالح والمنجي زهيو، التحليل البيولوجي والقضاء ، ملتقى وزارة العدل، دورة دراسية بعنوان الطب الشرعي والقضاء، المعهد الأعلى للقضاء بتونس، الخميس 13 ماي 2004.
- 31 - نجم عبد الله عبد الواحد، البصمة الوراثية وتأثيرها على النسب إثباتاً أو نفياً ، م3، أعمال وبحوث الدورة 16 للمجمع الفقهي الإسلامي في مكة المكرمة، في الفترة ما بين 05-10 جانفي 2002.

32 - نذير حمادو، أثر البصمة الوراثية في إثبات نسب الولد غير الشرعي، بحث مقدم في اليوم الدراسي المنظم من قبل مجلس قضاء سطيف ومنظمة المحامين بسطيف، يومي 09-10 أفريل 2008.

33 - نعمة بولعراس، الأطفال المولودين خارج إطار الزواج-الواقع والتحديات-، ملتقى وزارة العدل، دورة دراسية في قانون إسناد اللقب العائلي بالمعهد الأعلى للقضاء بتونس، الخميس 16 أكتوبر 2013.

34 - نور الدين مختار الخادمي، نسب المولود خارج رابطة الزواج، بحث مقدم للمجمع الفقهي الإسلامي، الدورة 20، المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة من 25-29 ديسمبر 2010.

35 - وليد عاكوم، البصمة الوراثية وأثرها في الإثبات، م2، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ما بين 05-07 ماي 2002.

36 - وهبة مصطفى الزحيلي، البصمة الوراثية ودورها في الإثبات، م2، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المنعقد ما بين 05-07 ماي 2002.

37 - وهبة مصطفى الزحيلي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، م3، أعمال وبحوث الدورة 16 للمجمع الفقهي الإسلامي في مكة المكرمة، في الفترة ما بين 05-10 جانفي 2002.

38 - يوسف القرضاوي، بنوك الحليب، الإسلام والمشكلات الطبية المعاصرة، أولاً، الإنجاب في ضوء الإسلام، بحث مقدم لأعمال ندوة الإنجاب في ضوء الإسلام، المعقدة في الكويت بتاريخ 24 ماي 1983.

سابعاً - المواقع الإلكترونية

1 - إسلامي عزي، « أوروبا وظاهرة الأطفال غير الشرعيين »: بتاريخ 02 جانفي 2014 على الساعة: 10:43 <http://www.kalemasawaa.com/vb/t16971.html>

2 - باسووي رضوان، « قراءة في المادة 156 من مدونة الأسرة »، بتاريخ 03 جوان 2015: على الساعة: 22:13 <http://www.marocdroit.com>

3 - بلباهي سعيدة، « الاستعانة بالأم البديلة في التلقيح الاصطناعي في القانون الجزائري »: بتاريخ 22 ماي 2018 على الساعة: 20:19

<https://www.asjp.cerist.dz/en/downArticle/141/2/1/6802>

4 - توفيق طه، « الفقه الإسلامي والبصمة الوراثية »: بتاريخ 03 ماي 2014 على الساعة: 09:12 <http://www.qaradawi.net/2010-02-23-09-38-15/4/787.html>

5 - حاج إبراهيم سليمان، « 5000 أم عازية و 7000 طفل غير شرعي في الجزائر سنويا »: بتاريخ: 04 أكتوبر 2017 على الساعة: 20:22

- <http://www.algeriemedi.org/modules.php?name=News&op=NEArticle&sid=242>
6 - دكان حاتم، « إثبات النسب بالشبهة في مدونة الأسرة المغربية »، بتاريخ 26 أوت 2016: على الساعة: 15:45
<http://droitagadir.blogspot.com>
- 7 - ربيع أمحمد، « إلحاق نسب حمل المخطوبة للخاطب لسبب الشبهة، قراء في المادة " 156 " من مدونة الأسرة المغربية »، بتاريخ 22 مارس 2016: على الساعة: 13:52
<http://www.aoulouznews.com>
- 8 - زكرياء المرابط، « قراءة تحليلية للمادة 156 من مدونة الأسرة »، بتاريخ 01 فيفري 2018: على الساعة: 23:26
<http://www.marocdroit.com>
- 9 - سعدون أنس، « سابقة قضائية في المغرب: الاعتراف بينوة الطفل الطبيعي من أبيه والتعويض لأمه »، المذكرة القانونية: 21 فبراير 2017 على الساعة: 15:19
<http://www.legal-agenda.com/article.php?id=3489>
- 10 - ش.ع، « 284 ملف زواج عرفي بمخبر الآي دي آن التابع للشرطة الجزائرية قيد الدراسة »، مركز الأخبار أمان، الجزائر بتاريخ 18 جويلية 2015: على الساعة: 13:22
<http://www.amanjordan.org/a-news/wmview.php?ArtID=13180>
- 11 - صبحي أحمد منصور، « ادعواهم لآبائهم حتى ولد الزنا يلحق بأبيه في تشريع الإسلام »: بتاريخ 22 مارس 2015 على الساعة: 14:22
http://www.ahl-alquran.com/arabic/show_article.php?main_id=25
- 12 - صبحي مجاهد، « مفتي مصر: لا لإثبات نسب ولد الزنا بـDNA »: بتاريخ 10 ديسمبر 2014 على الساعة: 23:11
<http://www.hadielislam.com/arabic/index.php?pg=articles/print&id=23205&print=1>
- 13 - صولة سعيد، « إثبات النسب »، مقال منشور على موقع العلوم القانونية، المغرب: بتاريخ 06 جوان 2016 على الساعة: 10:25
http://www.marocdroit.com_a3706.html
- 14 - طه العبيدي « محكمة الاستئناف بالمنستير تعتبر امتناع الأم عن إحضار ابنها لإجراء التحليل الجيني لطفلها هو إقرار منها بعدم أبوة المدعي له »: الثلاثاء في 05 جانفي 2016 على الساعة: 09:14
<http://lejuriste.montadalhilal.com/t4997-topic>
- 15 - عماد الخرواع، « الحمل أثناء الخطبة بين مدونة الأسرة والفقہ الإسلامي »، بتاريخ 04 سبتمبر 2018: على الساعة: 11:23
<http://www.marocdroit.com23>
- 16 - علي دبا حسن، « ما بين الدين والعلم علائق متواصلة »: بتاريخ 29 ماي 2015 على الساعة: 14:42
http://www.raya.com/site/topics/article.asp?cu_no=2&item_no=149072&version=1&template_id=93&parent_id=42

- 17 - قاهر محمد شريف، محاضرات أقيمت على الطلبة القضاة، بالمدرسة العليا للقضاء، الجزائر،
الدفعة 14، 2003-2004: بتاريخ 23 مارس 2016 على الساعة: 22:23
http://droit-tlemcen.over-blog.com/page_-4038055.html
- 18- محمد الأزهرى مصطفى، « الدنا ما بين الفقه والقانون »: بتاريخ 19 فيفري 2016 على
الساعة: 15:20
<http://islamtoday.net/bohooth/artshow-14-7671.htm>
- 19 - محمد مهنا، « قراءة نقدية للمادة 156 من مدونة الأسرة »، مجلة الفقه والقانون، المملكة
المغربية، عدد خاص، بتاريخ 15 مارس 2018: على الساعة 16:13
<http://www.majalah.new.ma>
- 20 - محمد، « هوية الأطفال غير الشرعيين »: بتاريخ 15 أوت 2015 على الساعة 10:24
<http://modoumouhamed.maktoobblog.com/108941/>
- 21 - محمد الودغيري، « الخطبة بين مدونة الأسرة والقانون الجنائي »: بتاريخ 14 جوان 2014
على الساعة 16:22
<http://www.marocdroit.com>
- 22 - نجار إبراهيم، القاموس القانوني الجديد، موسوعة شبكة المعرفة الريفية: بتاريخ 06 جوان
2015 على الساعة 22:44
<http://encyc.reefnet.gov.sy/>
- 23 - —، « فتوى بشأن تزوج الزاني المزني بها ونسبة الولد إليه »: بتاريخ 17 ديسمبر 2013
على الساعة 19:34
<http://www.islamfeqh.com/Lagna/ViewLagnaFatawaDetails.aspx?ID=84>
- 24 - —، « فتوى مصرية ترفض إثبات نسب ولد الزنا بـDNA »: بتاريخ 10 ديسمبر 2015 على
الساعة 16:21
<http://rss.mbc.net/portal/site/mbc/>
- 25 - —، « فقهاء يرحبون بفتوى إثبات النسب بـDNA »: بتاريخ 15 أوت 2015 على الساعة
13:22
<http://www.pls48.net/default.asp?ID=8718>
- 26 - —، « إثبات النسب وتأثير التعديل الحديث بالطرق العلمية الحديثة »: بتاريخ 02 أبريل
2014 على الساعة 14:30
http://droit-tlemcen.over-blog.com/pages/_-4038055.html
- 27 - —، « فرنسا تلغي مصطلح الأبناء غير الشرعيين من القانون »: بتاريخ 28 جوان 2016
على الساعة 20:07
<http://p.dw.com/p/6sgK>
- ثامناً - الجرائد اليومية**
- 1- بورويلا. ص، « في انتظار تسوية وضعية انتمائهم؛ ثلاثة آلاف طفل غير شرعي في الجزائر
سنويا »، جريدة الخبر، الجزائر، بتاريخ 04 أبريل 2011:
<http://www.elkhabar.com/ar/nas/249510.html>

- 2 - زواوية. ب، « تسجيل نحو 3200 طفل غير شرعي والتكفل بـ 2000 منهم خلال العام الماضي»، جريدة الجزائر نيوز، الجزائر، بتاريخ 19 فبراير 2011:
<http://www.djazairnews.info/component/content/article/82-2009>
- 3 - زين العابدين حماد سهيلة، « البصمة الوراثية واللعان »، جريدة المدينة المنورة، بتاريخ الثلاثاء 2011/08/30: <http://www.al-madina.com/node/324123>
- 4 - التاويل محمد، « الخبرة الطبية وأثرها في ثبوت النسب ونفيه في المنظور الإسلامي »، جريدة المحجة، العدد 256، بتاريخ 17 ماي 2006: <http://almahajjafes.net/author/tawil/page/3>
- 5 - ح. سامية، « المصادقة قبل نهاية السنة على مشروع قانون تحديد هوية الأطفال غير الشرعيين»، جريدة الحوار، الجزائر، بتاريخ 17 جوان 2009:
<http://www.djazairnews.com/elhiwar/15231>
- 6 - خليل محمد، « جدل بين علماء دين ورجال قانون حول إثبات النسب بفحص الحامض النووي»، جريدة الشرق الأوسط، القاهرة، العدد 9971، بتاريخ 17 مارس 2006.
<http://www.aawsat.com/details.asp?section=17&article=353415&issueno=9971>
- 7 - رمزي وليد، « الجزائر تدرس الوضع القانوني "لأطفال الجبال" »، جريدة المغاربية، المغرب، بتاريخ 10 ديسمبر 2009:
<http://magharebia.com/cocoon/awi/xhtml1/ar/features/awi/features/2009/12/10/feature-02>
- 8 - ساسي بن حليلة، « رفض إجراء التحليل الجيني وإثبات البنوة »، جريدة الصباح، تونس، بتاريخ 01 نوفمبر 2000، ص 05: <http://www.assabah.com.tn/rubrique-46-01112000.html>
- 9 - فتيحة بورويقة، « 500 طفل مولود في معازل الإرهاب ينتظرون شهادات ميلادية رسمية »:
جريدة الرياض، العدد 16099، الأحد 22 جوان 2012: <http://www.alriyadh.com/753693>
- 10- الضمراني عبير، « أبناء الاغتصاب يبحثون عن طريق! هل يأخذون حقهم بالـDNA؟ »، جريدة الأهرام، القاهرة، السنة 132، العدد 44074، بتاريخ: 08 أوت 2007:
<http://www.ahram.org.eg/Archive/2007/8/8/INVE2.HTM>
- 11 - كريم سناء، « حكم استثنائي يثبت نسب الطفل المغتصب ومحكمة الأسرة تقضي بخلافه »، جريدة التجديد المغربية، بتاريخ: 17 أبريل 2008: <http://www.maghress.com/attajdid/41020>
- 12 - الكشور محمد، « نفي النسب مشروط بوجود عقد زواج صحيح »، جريدة الصباح، عدد 2212، الثلاثاء 22 ماي 2007، ص 14: <http://assabah.ma/>
- 13- الملكي الحسين، « آثار إثبات البنوة والنسب على ضوء مقتضيات قانون مدونة الأسرة الجديدة 70.03، الجزء الأول »، جريدة العلم، المغرب، العدد 19852 بتاريخ: 29 سبتمبر 2004:
http://www.alalam.ma/def.asp?codelangue=23&view_date=
- 14 - و.م.ع، « في ندوة بمحكمة الاستئناف بالرباط: مناقشة إثبات النسب بين قواعد الشريعة الإسلامية والنظريات العلمية »، جريدة التجديد، المغرب، بتاريخ 27 سبتمبر 2004:
<http://www.attajdid.info/def.asp?codelangue=6&infoun=1404>

15- يحيى، « ولادة 1500 طفل غير شرعي في تونس سنويا !! »، جريدة التونسية، تونس، بتاريخ: 09 أبريل 2012، تقرير 19 نوفمبر 2011:

http://www.attounissia.com.tn/detailz_article.php? a=43183&t=99&lang=ar&temp

16 - —، « 153 طفل غير شرعي يولد يوميا بالمغرب منهم 24 طفل يتخلى عنه »، جريدة

أصداء المغرب، المغرب، بتاريخ: 22 سبتمبر 2011: <http://www.assdae.com/3967-153>

17 - —، « الأطفال مجهولي النسب: الحث على تحليل ADN لتحديد الأبوة »، جريدة

الجمهورية، الجزائر، بتاريخ 25 أبريل 2012:

<http://www.eldjournhouria.dz/article.php?id=8780>

تاسعاً - المراجع باللغة الأجنبية

A – Ouvrages

1- ANDORNO (Roberto), « *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des Procréations artificielles* », Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1996.

2- ARNOUX (Irma), « *Les droits de l'être humain sur son corps* », Presses Universitaire de Bordeaux, France, 2003.

3- AIT- ZAI (Nadia), « *Les droits de l'enfant en Algérie* », Rapport Alternatif, 40^{ème} Pré-session du comité des droits de l'enfant, 08 juin 2005, Nations-Unies, Genève.

4- BAUDIN-MAURIN (Marie- Pierre), « *l'établissement de la filiation naturelle* », notaire d'un enfant à l'égard d'une personne hors de reconnaître, revue de la recherche juridique, n° 04, 2001.

5- CORNU (Gerard), « *droit civil, la famille* », 8^{ème} édition, Montchrestien, Paris, 2003.

6 - COURBE (Patrick), « *Droit de la famille* », Collection Compact, Armand Colin, 2^{ème} édition, Paris, 2001.

7- DEKEUWER-DEFOSSER (Françoise), « *les droits de l'enfant* », QUE SAIS – JE?, édition Presses Universitaires de France, Janvier 2001, 5^{ème} édition, Paris.

8- KATE (Standley), « *Family law, second Editions, Macmillan* », 1997.

9 -KORNPORST (Louis), *la Responsabilités du médecin devant la loi et la jurisprudence françaises*, paris, 1957.

10- NICOLAS-MAGUIN (Marie-France), « *droit de la famille* », Editions La Découverte et Syros, Paris, 1998.

11- RESMOND- MICHEL (Isabelle), « *100% légal tous les droits du particulier* », Editions PRAT, paris, 2005.

12 - SALAT-BAROUX (Frédéric), « *les lois de bioéthique* », Dalloz, Paris, 1998.

13- SCHOTT – THIEFFRY (Isabelle), « *les droits de L'Enfant* », éditions de vecchi, Paris, 2001.

14 - THERY (Jean-François), SALAT BAROUX (Frédéric), « *Les Lois de la bioéthique: cinq ans après* »: étude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'Etat le 25 novembre 1999, FRANCE. Conseil d'Etat, Décembre 1999, Paris.

B –Thèses et Mémoires

1-MOSLEH (Khadija), « *la procréation naturelle au Maroc* », Diplôme des études supérieures en droit privé, faculté de droit, Rabat, 1993.

C – Articles de revues

1- BATTEUR (Annick), « *L'interdit de l'inceste* », Revue trimestrielle de droit civil, 2000.

- 2- BAUDOIN (Jean-Louis) et LABRUSSE-RIOU (Catherine), « *Produire l'homme: de quel droit ? étude juridique et éthique des procréations artificielles* », Droit et Société, revue internationale de théorie du droit et de sociologie juridique, n° 10, 1988.
- 3-BARRAUT (Emilie), « *La filiation légitime à l'épreuve des mutations sociales au Maghreb* », droit et cultures, n° 59/2010-1.
- 4 -BLAN (Marcel), « *Les scientifiques, l'éthique et la démocratie, dans éthique médicale et droits de L'homme* », Paris, Actes Sud-Inserm, 1988.
- 5-BOUVIER (Marjorie), « *l'égalité des filiations* », *Gazette du palais*, recueil bimestrielle, septembre, octobre 2002, n° 05.
- 6-BOULENOUAR AZZEMOU (malika), « *l'arrêt de la cours suprême du 05 mars 2006 : quelque observations* »,laboratoire des droits de l'enfant – LADREN- , journée d'étude sur : l'enfant naturel, Université d'Oran, 03 Mai 2012.
- 7- Hauser (Jean), « Des filiations à la filiation », *Revue Juridique Personnes et Famille*, septembre 2005.
- 8- MASSIP (Jacques), « le nouveau droit de la filiation », *Defrénois* 2006, Art. 38312, p. 91 s., spéc. N° 44.
- 9- NIZARD (Alfred), « *Droit et statistiques de la filiation en France. Le droit de la filiation depuis 1804* », revue population, 32^e année n° 01, L'Institut national d'études démographiques, Paris, 1977.
- 10- PHILIP (Alston), « *children, international protection, in E.P.I.L* », n° 9, 1986.
- 11 - RUBELLIN-DEVICHI (Jacqueline), « *Les preuves scientifiques* », *Revue trimestrielle de droit .Civil*, 1983.
- 12- Sassi Ben Hamima, «L'établissement de la filiation d'après la loi du 28 Octobre 1998», *Mélanges Habib El Ayadi*, C.U.P, 1999.

D – Jurisprudence

- 1 - Conseil de l'europe, cour européenne des droits de l'homme. Affaire MAZUREK c. FRANCE. Requete n° 34406/97. Arrêt STRASBOURG, 01 février 2000.
- 2 - HUET-WEILLER (Danièle), La Cour de Cassation , chambre civile 1, 10 juillet 1990. Décision, 1990, II.
- 3 - PAILLET (Elisabeth), « Note sous le Tribunal de Grande Instance de Paris ». 19 février 1985, Décision. 1986.
- 4 - SAUGOT (colette), Tribunal de Grande Instance de Bobigny, 4^{ème} Chambre civile. 18 janvier 1990. *Juris-classeur périodique*. 1990, II, 21592. Décision. 1990, II.
- 5 - Cour de Cassation, chambre civile 1, 07-10- 1980, *Bulletin des arrêts des chambres civiles* 1980, I, n° 243.
- 6 - Cour de cassation chambre civile 1^{er} Audience publique du mardi 14 juin 2005 N° de pourvoi: 03-12641. *Bulletin* 2005 I N° 253.
- 7 - Cour de cassation chambre civile 1^{er}, 14 mars 1978: D. 1978, jurisprudence.
- 8 - Tribunal civile Vienne, 6 mars 1924: *Gazette du Palais*, 1924, I.
- 9 - Cour d'Appel Orléans, 26 novembre 1941.
- 10 - Cour d'Appel Paris, 1^{er} avril 1938: *Jurisclasser Périodique G* 1938, II 685, note Dallant.
- 11- Cassation chambre civile 1^{er}, 12 octobre 1983: *Juris-Data* n° 1983-701991; *Bulltin civil* 1983, I, n° 230.
- 12 - Cassation chambre civile 1^{er}, 22 février 1972: *Juris-Data* n° 1972-000054; *Jurisclasser Périodique G* 1972, II, 17111, note R. Lindon.
Cour d'Appel Nîmes, 28 novembre 1950; *Jurisclasser Périodique G* 1951, II, 6028, note Depaule.
- 13 - Cassation chambre civile 1^{er}, 31 octobre 1934: *DP* 1935, 1, p. 52, note J. Carbonnier.

- 14 - Cassation chambre civile 1^{er}, 8 janvier 1957: Jurisclasseur Périodique G 1957, II, 9903, note de Montera.
Tribunal de grande instance Paris, 5 mars 1985 : Dalloz 1986 inf. rap. P. 64, obs. D. Huet-Weiller.
- 15 - Cassation chambre civile 1^{er}, 27 mars 1918: DP 1919, 1.
- 16 - Cassation chambre civile 1^{er}, 16 décembre 1992: Juris-Data n° 1992-002851; Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Chambres civiles 1992, n° 312.
- 17 - Cour d'Appel Paris, 21 février 1986 : Dalloz 1986, Jurisprudence.
- 18 - Cassation chambre civile 1^{er}, 15 juin 1977: Bulltin civil, I, n° 282; Dalloz 1977, inf. Rap.
- 19 - Jurisclasseur Périodique G 1990, III, 64242.
- 20 - Cassation chambre civile 1^{er}, 7 mars 2002: Juris-Data n° 013328; D.2002, p. 2022, note Granet-Lambrechts.
- 21 - Cassation chambre civile 1^{er}, 23 avril 2003: Revue Juridique Personnes et Famille, p. 22 note t. Garé.
- 22 - Cassation chambre civile, 16 juillet 1941 : Jurisclasseur Périodique G 1941, II, 1764, note H. Desbois.
- 23 - Cassation requêtes, 28 février 1928: DP 1928, 1, p. 113, note R. Savatier.
- 24 - Cassation chambre civile, 7 mai 1923: DP 1923, 1, p. 57, note Sarrut.
- 25 - Cassation chambre civile 1^{er}, 30 janvier 1979: Dalloz 1980, jurisprudence, p. 65, note P. de Roussane.
- 26 - Cour d'Appel, 22 novembre 1999 : Juris-Data n° 1999-101659 ; Droit de la famille 2000, comm. N° 20, note P. Murat.
- 27 - Cassation chambre civile, 14 mars 1978: Dalloz 1978, Jurisprudence, P. 469, obs. J. MAZEAUD.
- 28 - Cour d'Appel, Paris, 28 mars 1927: S. 1929, 2, p. 30, obs. Gaudemet.
- 29 - Cassation chambre civile 1^{er}, 15 octobre 1956, Gazette du Palais, 1956, 2.
- 30 - Cassation chambre civile 1^{er}, 6 avril 2004: Juris-Data n° 2004-021678.
- 31 - Cassation chambre civile 1^{er}, 4 janvier 1995: Dalloz 1995, somm. P. 225, obs. F. Granet-Lambrechts; Defrénois 1995, art. 36145.
- 32 - Cassation chambre civile 1^{er}, 26 février 1974: Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation, Chambres civiles, 1974, I, n° 66; Jurisclasseur Périodique G 1974, IV.
- 33 - Cour d'Appel, Paris, 18 juillet 1947, Gazette du Palais 1947, 2.
- 34 - Tribunal civil Bourgogne , 5 juillet 1922 : la loi 9 août 1922, usage d'un document falsifié.
- 35 - Cour d'Appel, Versailles, 22 octobre 1998 : Juris-Data n° 1998-055718 ; Revue Trimestrielle de droit civil, 1999, p. 827, obs. Jacques Hauser.
- 36 - Cour d'Appel, Chambéry, 3 novembre 1952 : Gazette du Palais 1953, 1.
- 37 - Cassation civil chambre civile 1^{er}, 16 février 1982: Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Chambres civiles 1982, I, n° 69.

E – Législations

- 1- Convention Européenne sur le statut juridique des enfants nés hors mariage, Conseil de l'Europe, Série des traités Européens – n° 85. Adoptée le 15 /10/1975 entrée en vigueur le 11/08/1978. Strasbourg, 1975.
- 2 - Le Code civil, en 1804, Code civil des Français, édition originale et seule officielle. à Paris de l'imprimerie de la république An 1804.
- 3 - Loi du 7 novembre 1907 modifiant l'article 331 du code civil en ce qui concerne les enfants adultérins, journal officiel de la république française, n° 304 du 9 novembre 1907.
- 4 - Loi du 02 juillet 1907 relatif à la protection et à la tutelle des enfants naturels, journal officiel de la république française, n° 179 du 04 juillet 1907.

- 5 - Loi du 16 novembre 1912 modifie l'article 340 du code civil (reconnaissance judiciaire de la paternité naturelle), journal officiel de la république française du 17 novembre 1912.
- 6 - Loi n° 55-934 du 15 juillet 1955, reconnaissance des enfants naturels, journal officiel de la république française, du 16 juillet 1955.
- 7- Loi n°64-1230 du 14 décembre 1964 portant modification des dispositions du code civil relatives à la tutelle et à l'émancipation, journal officiel de la république française du 15 décembre 1964, p. 11140
- 8 - Loi n°66-500 du 11 juillet 1966 portant réforme de l'adoption, journal officiel de la république française, n°0160 du 12 juillet 1966.
- 9 - Loi n°68-5 du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs, journal officiel de la république française du 4 janvier 1968, p.114.
- 8 - Loi n°70-459 du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale, journal officiel de la république française 5 juin 1970, en vigueur le 1^{er} janvier 1971.
- 9 - Loi n° 72 -3 du 3 janvier 1972 sur la filiation, journal officiel de la république française, du 5 janvier 1972.
- 10 - Loi n° 74-631 du 5 juillet 1974 fixant à dix-huit ans l'âge de la majorité, journal officiel de la république française du 7 juillet 1974.
- 11 - Loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce, journal officiel de la république française, n°0161 du 12 juillet 1975 en vigueur le 1er janvier 1976.
- 12 - Loi n°82-536 du 25 juin 1982 modifiant l'article 334-8 du code civil relatif à l'établissement de la filiation naturelle, journal officiel de la république française du 26 juin 1982.
- 13 - Loi n° 90-548 du 2 juillet 1990 autorisant la ratification de la convention relative aux droits de l'enfant, journal officiel de la république française n° 0154 du 5 juillet 1990.
- 14 - Loi n° 92-684 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes, journal officiel de la république française, n°169 du 23 juillet 1992.
- 15 - Loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 modifiant le code civil relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales, journal officiel de la république française, n°7 du 9 janvier 1993.
- 16 - Loi n° 94-953 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, journal officiel de la république française, n° 175 du 30 juillet 1994.
- 17 - 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 journal officiel de la république française, n° 175 du 30 juillet 1994.
- 18 - Loi n°96-604 du 5 juillet 1996, relative à l'adoption, journal officiel de la république française, n°156 du 6 juillet 1996.
- 19 - Loi n° 2001- 1135, du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral, journal officiel de la république française, n° 281 du 4 décembre 2001.
- 20 - Loi n° 2002 -305, du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, journal officiel de la république française du 4 mars 2002.
- 21 - Loi n° 2003-516 du 18 juin 2003 relative à la dévolution du nom de famille, journal officiel de la république française, n°140 du 19 juin 2003 en vigueur le 1er janvier 2005.
- 22 - Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, journal officiel de la république française, n°182 du 7 août 2004.
- 23 - Loi n° 2005-744 du 4 juillet 2005 portant réforme de l'adoption, journal officiel de la république française, n°155 du 5 juillet 2005.

- 24 - Loi n°2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, journal officiel de la république française, n°56 du 7 mars 2007, p. 4325.
- 24 - Loi n° 2009 - 61, du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation et modifiant ou abrogeant diverses dispositions relatives à la filiation, journal officiel de la république française, n° 0015 du 18 janvier 2009.
- 25- Loi n°2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, journal officiel de la république française, n°0157 du 8 juillet 2011.
- 26 - Loi n°2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, journal officiel de la république française, n°0114 du 18 mai 2013.
- 27 - Ordonnance n° 2000-548 du 15 juin 2000 relative à la partie Législative du code de la santé publique, journal officiel de la république française, n° 143 du 22 juin 2000.
- 28 - Ordonnance n° 2000-916 du 19 septembre 2000 portant adaptation de la valeur en euros de certains montants exprimés en francs dans les textes législatifs, journal officiel de la république française du 22 septembre 2000 en vigueur le 1^{er} janvier 2002.
- 29 - Ordonnance n° 2005 - 759, du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, journal officiel de la république française, du 4 juillet 2005 en vigueur le 1^{er} juillet 2006.
- 30 - Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, journal officiel de la république française, n°0035 du 11 février 2016.
- 31- Décret n° 72-809 du 1er septembre 1972 portant application de la loi n° 72-11 du 3 janvier 1972 instituant l'aide judiciaire, journal officiel de la république française du 3 septembre 1972 p. 9476. Modifié par Décret n°75-350 du 14 mai 1975, journal officiel de la république française du 15 mai 1975
- 32 - Décret n°90-917 du 8 octobre 1990 portant publication de la convention relative aux droits de l'enfant, journal officiel de la république française, n°0237 du 12 octobre 1990.
- 33 - Décret n°99-925 du 2 novembre 1999 relatif à l'accueil de l'embryon et modifiant le code de la santé publique (deuxième partie : Décrets en Conseil d'Etat). journal officiel de la république française, n°258 du 6 novembre 1999.
- 34 - Décret n° 2006-640 du 1er juin 2006 pris pour l'application de l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation et relatif au livret de famille et à la procédure en matière de filiation. journal officiel de la république française, n°127 du 2 juin 2006.
- 35 - Décret n° 72-809 du 1er septembre 1972 portant application de la loi n° 72-11 du 3 janvier 1972 instituant l'aide judiciaire, journal officiel de la république française du 3 septembre 1972.
- 36 - Décret n°75-350 du 14 mai 1975 MODIFIANT LE DECRET 72809 DU 01-09-1972 SUR L'AIDE JUDICIAIRE, journal officiel de la république française du 15 mai 1975.

F – Sites d’Internets

- 1 - Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, mercredi 6 avril 2011, n° 09-66.486, Publié au Bulletin des arrêts de la Cour de cassation: Chambres civiles :
https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/369_6_19630.html.
- 2 - Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, vendredi 13 septembre 2013, n° 12-30.138, Publié au Bulletin des arrêts de la Cour de cassation: Chambres civiles:
https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/369_6_19630.html.
- 3 - Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, mercredi 19 mars 2014, 13-50.005, Publié au Bulletin des arrêts de la Cour de cassation: Chambres civiles:

https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/369_6_19630.html.

4 - Convention européenne des droits de l'homme. Conseil de l'europe, cour européenne des droits de l'homme, Strasbourg:

https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_FRA.pdf.

5 - Texte n° 2531 déposé à l'Assemblée Nationale le 23 décembre 1991. Loi modifiant le code civil relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales (n° 93-22 du 8 janvier 1993), parue au journal officiel n° 7 du 9 janvier 1993: <http://www.senat.fr/dossier-legislatif/a91922531.html#block-timeline>.

الفهرس

الصفحة	الموضوع
01	مقدمة.....
10	الباب الأول: الحماية الشرعية والقانونية المخولة للطفل الطبيعي في معرفة والديه.....
13	الفصل الأول: إثبات نسب الطفل الطبيعي لوالديه من منظور شرعي وقانوني.....
14	المبحث الأول: موقف الفقه الاسلامي في انتساب الطفل الطبيعي لوالديه.....
15	المطلب الأول: مفهوم الطفل الطبيعي وثبوت نسبه بالقيافة.....
16	الفرع الأول: المدلول الاصطلاحي للطفل الطبيعي والمفاهيم ذات الصلة.....
16	أولاً - تعريف الطفل الطبيعي والألفاظ المشابهة له.....
21	ثانياً - مقارنة الطفل الطبيعي بمن يشبهه في الحكم.....
24	الفرع الثاني: ثبوت نسب الطفل الطبيعي بالقيافة وموقف البصمة الوراثية منها.....
24	أولاً: المعنى اللغوي والاصطلاحي والأدلة على ثبوت النسب بالقيافة.....
29	ثانياً: آراء العلماء المعاصرين في موقف البصمة الوراثية من القیافة.....
35	المطلب الثاني: إثبات نسب الطفل الطبيعي لوالديه في نظر فقهاء الشريعة الإسلامية.....
36	الفرع الأول: موقف المذهب المعارض لإثبات نسب ولد الزنا من أبيه.....
36	أولاً: رأي متقدمي الفقهاء من عدم استلحاق ولد الزنا بأبيه.....
48	ثانياً: حكم عدم استلحاق الطفل الطبيعي بأبيه في الفقه الإسلامي المعاصر.....
52	الفرع الثاني: موقف المذهب المؤيد لإثبات نسب الطفل غير الشرعي من والده.....
54	أولاً: أدلة متقدمي الفقهاء بثبوت نسب المولود خارج رابطة الزواج.....
64	ثانياً: أدلة ثبوت نسب الطفل الطبيعي لوالديه في الفقه الإسلامي المعاصر.....
77	المبحث الثاني: نسب الطفل المولود خارج إطار العلاقة الزوجية لوالديه في بعض التشريعات العربية والغربية...
78	المطلب الأول: إثبات نسب الطفل الطبيعي لوالديه في بعض التشريعات المغربية.....
79	الفرع الأول: حقّ الطفل الطبيعي في معرفة والديه ضمن التشريع التونسي.....
80	أولاً: قواعد نسب الطفل الطبيعي في مجلة الأحوال الشخصية.....
89	ثانياً: حقّ الطفل غير الشرعي في معرفة أبويه من خلال قانون 75 لسنة 1998.....
102	الفرع الثاني: إثبات نسب الطفل الطبيعي لوالديه في التشريع المغربي.....
103	أولاً: حقّ الطفل الطبيعي في النسب من منظور مدونة الأسرة المغربية.....
110	ثانياً: موقف التشريع المغربي من الخبرة الطبية في إثبات نسب الطفل الطبيعي.....
118	ثالثاً: إثبات النسب وفق خصوصية المادة 156 من مدونة الأسرة المغربية.....

130	الفرع الثالث: مدى اعتراف المشرع الجزائري للطفل الطبيعي في معرفة والديه.....
134	أولاً: مفهوم الطفل الطبيعي في التشريع الجزائري.....
136	ثانياً: موقف المشرع الجزائري من إثبات نسب الطفل الطبيعي لوالديه.....
142	المطلب الثاني: موقف بعض التشريعات الغربية من إثبات نسب الطفل الطبيعي لوالديه.....
143	الفرع الأول: موقف المشرع الفرنسي من النسب الطبيعي قبل قانون 1972.....
144	أولاً: النسب طبقاً للحالة الزوجية للأم (أم متزوجة).....
145	ثانياً: النسب طبقاً لحالة الأم غير المتزوجة.....
149	ثالثاً: القانون الأساسي للطفل الطبيعي.....
150	الفرع الثاني: موقف المشرع الفرنسي من النسب الطبيعي بعد التعديل الوارد على قانون 1972.....
150	أولاً: النسب حسب حالة الأمومة للأم (حالة المرأة المتزوجة).....
151	ثانياً: حالة الأم غير المتزوجة.....
154	ثالثاً: النظام القانوني للطفل الطبيعي.....
152	رابعاً: حق الطفل الطبيعي في شرعية النسب.....
159	الفصل الثاني: إحقاق الطفل الطبيعي لوالديه في قضاء الأحوال الشخصية المقارن.....
160	المبحث الأول: انتساب الطفل الطبيعي لوالديه في قضاء الأسرة العربي المقارن.....
160	المطلب الأول: نظرة فقه القضاء التونسي إلى الطفل الطبيعي من الانتساب إلى والديه.....
161	الفرع الأول: حماية الطفل مجهول النسب باعتماد التحليل الجيني.....
165	الفرع الثاني: أوجه اعتماد التحليل الجيني.....
170	المطلب الثاني: الحماية المكفولة للطفل الطبيعي من طرف القضاء المغربي في الانتساب إلى والديه....
171	الفرع الأول: موقف القضاء المغربي من البنوة غير الشرعية قبل مرحلة صدور مدونة الأسرة.....
174	الفرع الثاني: موقف القضاء المغربي من الخبرة الطبية في إثبات النسب مرحلة صدور مدونة الأسرة.....
182	المطلب الثالث: موقف القضاء الجزائري من نسب الطفل الطبيعي لوالديه.....
182	الفرع الأول: موقف القضاء الجزائري من الخبرة الطبية في ظل قانون الأسرة 84-11.....
187	الفرع الثاني: جوازية اللجوء إلى الخبرة الطبية في دعاوى إثبات النسب على ضوء الأمر 05 - 02.....
193	المبحث الثاني: حق الطفل الطبيعي في الانتساب إلى والديه في القضاء المغربي.....
193	المطلب الأول: تطبيق القواعد العامة لدعوى البحث عن الأبوة.....
195	المطلب الثاني: شروط مباشرة دعوى البحث عن الأبوة.....
195	الفرع الأول: أطراف الدعوى.....
195	أولاً: الطرف الطالب.....
197	ثانياً: الطرف المدافع.....

198	الفرع الثاني: حرية إثبات نسب الأبوة المطلوب (منذ قانون 1912 إلى غاية قانون 1993).....
198	أولاً: إرتباط قبول الدعوى بحالة إثبات فتح الإجراءات
199	ثانياً: إختطاف أو إغتصاب الأم خلال فترت الحمل.....
199	ثالثاً: التطبيق الصارم للقانون.....
199	رابعاً: الصفة أو الميزة الإستثنائية لدعوى البحث عن الأبوة الطبيعية.....
200	الفرع الثالث: حرية إثبات نسب الأبوة المطلوب (منذ قانون 1993 إلى غاية الأمر 2005).....
201	أولاً: قابول الإثبات وقبول الدعوى.....
201	ثانياً: حرية طرق الإثبات وتقصيل الدليل البيولوجي.....
201	ثالثاً: تحليل الدم والتحليل بواسطة (ADN).....
201	رابعاً: السلطة التقديرية لقضات الموضوع.....
201	الفرع الثالث: أجل التقادم (منذ القانون 1912 إلى الأمر 04 جويلية 2005).....
202	أولاً: الدعوى المرفوعة خلال المدة التي يكون فيها الطفل قاصراً
203	ثانياً: الدعوى التي رفعها الطفل البالغ.....
203	ثالثاً: المدة الجديدة التي جاء بها الأمر 04 جويلية 2005.....
204	الفرع الرابع: أسباب عدم القابول.....
204	أولاً: أسباب عدم القابول المحذوفة بقانون 1972
204	ثانياً: أسباب عدم القابول المحذوفة بقانون 1993
205	ثالثاً: سبب رفض الدعوى المتعلقة بتأسيس نسب الأمومة في حالة زنا المحارم.....
205	رابعاً: سبب رفض الدعوى المتعلقة بتأسيس نسب الأبوة للغير.....
206	خامساً: سبب عدم قبول الدعوى المتعلقة بالتبني الكامل للطفل.....
206	سادساً: سبب عدم قبول الدعوى اعتباراً لسلطة قوة الشيء المقضي به.....
207	الفرع الخامس: مآل أو مصير الحكم الذي يتضمن منحة إعانة الطفل
207	المطلب الثالث: آثار الحكم الصّادر في الدّعى.....
207	أولاً: السلطة التقديرية للقضاء.....
208	ثانياً: طرق الطعن.....
208	ثالثاً: الحكم القاضي برفض الطلب.....
211	الباب الثاني: الإطار الشرعي والقانوني لنسب الطّفل الناشئ عن التّلقيح الاصطناعي والّلّعان.....
213	الفصل الأول: نسب الطّفل النّاتج عن التّلقيح الاصطناعي خارج إطار العلاقة الرّوجيّة.....
215	المبحث الأول: موقف الفقه الإسلامي من نسب الطّفل النّاتج عن التّلقيح الاصطناعي خارج إطار العلاقة الرّوجيّة
216	المطلب الأول: تحديد النّسب في حالة التّبرّع بنطفة مذكّرة.....

216	الفرع الأول: تحديد النسب في حالة المرأة المتزوجة.....
216	أولاً: نسب الولد لجهة الأب.....
216	ثانياً: إنكار نسب الولد.....
220	الفرع الثاني: تحديد النسب في حالة المرأة غير المتزوجة.....
223	المطلب الثاني: تحديد النسب في حالة التبرع بالحمل.....
224	الفرع الأول: تحديد النسب في حالة الأم صاحبة البويضة.....
227	الفرع الثاني: تحديد النسب في حالة الأم التي حملت وولدت.....
231	المبحث الثاني: الموقف التشريعي والقضائي من إثبات نسب الطفل الناتج عن التلقيح الاصطناعي خارج رابطة الزواج.
232	المطلب الأول: إثبات نسب الطفل الناتج عن التلقيح الاصطناعي خارج رابطة الزواج في بعض التشريعات المغاربية...
233	الفرع الأول: موقف القانون الليبي من أساليب التلقيح الاصطناعي.....
234	أولاً: نسب المولود الناتج عن التلقيح الاصطناعي ضمن قانون 1972.....
238	ثانياً: نسب المولود الناتج عن التلقيح الاصطناعي ضمن قانون 1986.....
242	الفرع الثاني: موقف المشرع التونسي من نسب المولود الناتج عن التلقيح الاصطناعي.....
242	أولاً: أحكام التلقيح الاصطناعي الداخلي في القانون التونسي.....
249	ثانياً: أحكام التلقيح الاصطناعي الخارجي في القانون التونسي.....
254	الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من النسب الناشئ عن التلقيح الاصطناعي.....
255	أولاً: شروط اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي لإثبات النسب في القانون الجزائري.....
263	ثانياً: أنواع التلقيح الاصطناعي وموقف المشرع الجزائري من النسب الناتج عنها.....
274	المطلب الثاني: موقف التشريع والقضاء الفرنسي من تقنية الإنجاب الاصطناعي بتدخل الغير ومدى إثبات النسب للمولود الناتج عنها.....
275	الفرع الأول: موقف المشرع الفرنسي من شرعية النسب الناتج عن التلقيح الاصطناعي بتدخل الغير.....
277	أولاً: تحديد النسب في حالة التبرع بالنطفة.....
282	ثانياً: تحديد النسب في حالة الأم البديلة.....
285	الفرع الثاني: نظرة القضاء الفرنسي لإثبات نسب الطفل المتولد عن الإنجاب الاصطناعي بتدخل الغير..
285	أولاً: موقف القضاء الفرنسي المعارض لهذا الأسلوب من التلقيح.....
288	ثانياً: موقف القضاء الفرنسي المؤيد لأسلوب التلقيح الاصطناعي بنطفة الغير.....
291	الفصل الثاني: إشكالات نسب الطفل الناتج عن اللعان في نظر الفقه والقانون والقضاء وأثر البصمة الوراثية عليه.....
293	المبحث الأول: موقف الفقه الإسلامي والقانون من نسب الطفل الناتج عن اللعان مع إعمال البصمة الوراثية....
294	المطلب الأول: رؤية الفقه الإسلامي لنسب الطفل الناتج عن اللعان وأثر البصمة الوراثية عليه.....
294	الفرع الأول: انتفاء النسب الشرعي باللعان دون البصمة الوراثية.....
302	الفرع الثاني: انتفاء النسب الشرعي بالبصمة الوراثية دون اللعان.....

313	المطلب الثاني: موقف القانون من نسب الطفل الناتج عن اللعان وأثر البصمة الوراثية عليه.....
314	الفرع الأول: موقف التشريع المغربي من الطرق العلمية وأثرها على اللعان في نفي النسب.....
320	الفرع الثاني: موقف التشريع التونسي من الطرق العلمية وأثرها على اللعان في نفي النسب.....
325	الفرع الثالث: موقف القانون الجزائري من الطرق العلمية وأثرها على اللعان في نفي النسب.....
330	المبحث الثاني: التطبيقات القضائية لإثبات نسب الطفل الناتج عن اللعان مع اعتماد البصمة الوراثية..
331	المطلب الأول: موقف القضاء المغربي والتونسي من البصمة الوراثية وأثرها على اللعان.....
331	الفرع الأول: موقف القضاء المغربي من اللعان والبصمة الوراثية في نفي النسب.....
336	الفرع الثاني: موقف فقه القضاء التونسي في البصمة الوراثية وأثرها على اللعان.....
339	المطلب الثاني: تقدير القاضي الجزائري لنفي النسب بين اللعان والطرق العلمية.....
345	الخاتمة.....
351	الملاحق.....
384	قائمة المراجع.....
428	الفهرس.....