

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة محمد بوضياف - المسيلة

ميدان: الحقوق و العلوم السياسية

فرع: الحقوق

تخصص: قانون الأسرة



كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم : الحقوق .

رقم:

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر أكاديمي

إعداد الطالبين:

- بوقرة حمزة

- سعيودي نور الدين

تحت عنوان

الحماية المدنية للأسرة في التشريع الجزائري

لجنة المناقشة:

رئيسا	جامعة المسيلة	اسم ولقب الاستاذ(ة)
مشرفا و مقررا	جامعة المسيلة	السعيد براج
مناقشا	جامعة. المسيلة	اسم ولقب الاستاذ (ة)

السنة الجامعية: 2020/2019

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة محمد بوضياف بالمسيلة



كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم : المحقوق

المرجع: القرار الوزاري رقم 933 المؤرخ في 28 جويلية 2016 المحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقات العلمية ومكافحتها

تصريح شرفي

خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لانجاز البحث

أنا المعضي أفناه،

السيدة: دوسرة حمزة

الصفة: طالب، أستاذ باحث، باحث دائم، طالبة

الحامل لبطاقة التعريف الوطنية رقم: (19)

الصادرة بتاريخ 15/11/2018 عن دائرة/ بلدية أولاد دراج

المسجلة بـ) بكلية المحقوق والعلوم السياسية قسم : المحقوق

والمكلف بانجاز أعمال بحث (مذكرة ماستر ، مذكرة ماجستير ، أطروحة دكتوراه) الموسومة بـ :

الحماية المدنية للأندية على المنشآت الرياضية

أصرح بشرفي أنني أقدم بمراعاة المعايير العظمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه.

التاريخ

امضاء المعضي



استمارة معلومات

معلومات شخصية:

الاسم: مؤيد السعيد
اللقب: السعيد
تاريخ الميلاد: 06.12.1970 مكان الميلاد: الرياض
رقم الهاتف: 0656.87.9864

سنة التخرج:

مدرسة: مدرسة الخزانة 86 الجمادية فرع الرياض

المستوى:

رقم: 9,68 نوع الترخيص: الرياضيات سنة الحصول على الشهادة: 1492

التخصص:

نوع الترخيص: حقوق التخصص: 1008

التخصص:

نوع الترخيص: قانون أسرة التخصص: 2019 - 2020

سنة الترخيص: العام

نوعية الشهادة:

مؤهل: عالم من العالم

في حالة مؤهل:

المرجع: المرجع

نوع الشهادة:

مؤهل: مؤهل
نوع الشهادة: مؤهل
نوع الشهادة: مؤهل
نوع الشهادة: مؤهل

نوع الشهادة:

نوع الشهادة:

نوع الشهادة: مؤهل مؤهل مؤهل

امضاء الطالب



كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم : الحقوق

المرجع : القرار الوزاري رقم 933 المؤرخ في 28 جويلية 2016 المحدد للقواعد المتعلقة بالوقاية من السرقات العلمية ومكافحتها

تصريح شرفي

خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لانجاز البحث

أنا المعضي أدناه،

السيدة (ة) لمعيون نور الدين

الصفة: طالب، أستاذ باحث، باحث دائم حاليا

الحامل لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 280856

الصادرة بتاريخ 18-01-2016 عن دائرة بلدية المحاديث

المسجلة بـ (ة) بكلية الحقوق والعلوم السياسية قسم : الحقوق

والمكلف بانجاز أعمال بحث (مذكرة ماستر ، مذكرة دكتوراه ، أطروحة دكتوراه) الموسومة بـ :

المناهج الحديثة للأستاذة المستترحة المراسلة

أصرح بشرفي أنني أتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه.

التاريخ

امضاء المعضي

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



شكر وتقدير

الحمد لله على نعمه التي لا ينسى ذكرها، ولا يؤدي بشيء من الأنواع
شكرها، نحمده تعالى عند هذا المقام
وفي هذا المقال نثني عليه الخير كله ولا نحصي
ثناءا عليه وهو أهل الحمد والشكر والثناء
وفي لحظات العرفان بالجميل وحسن الصنيع لا يسعنا إلا أن نحمد الله
الذي وفقنا لإتمام هذا العمل المتواضع
ونصلي ونسلم على نور القلوب وضيائها حبيبنا
وقرة أعيننا محمد صلى الله عليه وسلم
نتقدم بالشكر لكل من ساعدنا على إنجاز هذا العمل المتواضع
ونخص بالذكر الأستاذ المشرف "برابح السعيد"
الذي لم يبخل علينا بنصائحه وتوجيهاته التي كانت لنا خير معين في هذه الدراسة.
والشكر الجزيل للجنة المناقشة التي سيكون لها دورا كبيرا في تقويم وتثمين هذه
الدراسة
وإلى كل أساتذة قسم الحقوق بجامعة المسيلة

• حمزة

• نور الدين

إهداء



❖ إلى من قال فيهما سبحانه وتعالى: ﴿فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ وَلَا تَنْهَرُهُمَا

﴿ وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا (23) وَأَخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذُّلِّ مِنَ الرَّحْمَةِ قُلْ رَبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا ﴾

(سورة الإسراء الآية 24)

❖ إلى ينبوع الحب والحنان وزهرة العطف ومصدر الاطمئنان إلى أعلى ما في الوجود

❖ أمي الحبيبة الغالية رحمها الله برحمته الواسعة

❖ إلى من كان سندنا لنا في الحياة صاحب الفضل ومصدر الرعاية إلى الذي لا

يسعني إلا أن أقف أمامه احتراماً وعرفانا وطاعة بعد الله والرسول وحبا أبي

الغالي .

❖ إلى زوجتي رفيقة الدرب .

❖ إلى ابني الغالي يوسف إسلام

❖ إلى أختي واخوتي الاعزاء

❖ إلى كل أساتذة وعمال قسم الحقوق

❖ إلى كل عمال مكتبة باب الجامعة.

❖ إلى كل من يعرفنا من قريب وبعيد.

❖ حمزة



إهداء



❖ إلى من قال فيهما سبحانه وتعالى: ﴿فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ وَلَا تَنْهَرُهُمَا

﴿ وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا (23) وَاخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذُّلِّ مِنَ الرَّحْمَةِ قُلْ رَبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا ﴾

(سورة الإسراء الآية 24)

❖ إلى ينبوع الحب والحنان وزهرة العطف ومصدر الاطمئنان إلى أعلى ما في الوجود

❖ أمي الحبيبة الغالية .

❖ إلى من كان سندنا لنا في الحياة صاحب الفضل ومصدر الرعاية إلى الذي لا

يسعني إلا أن أقف أمامه احتراماً وعرفانا وطاعة بعد الله والرسول وحبا أبي

الغالي رحمه الله.

❖ إلى زوجتي رفيقة الدرب .

❖ إلى أبنائي : أميرة، هارون، هناء ، هبة، والكتكوتة ليلي.

❖ إلى إخوتي وإخوتي الاعزاء

❖ إلى كل أساتذة وعمال قسم الحقوق

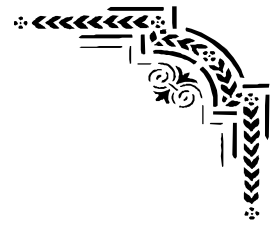
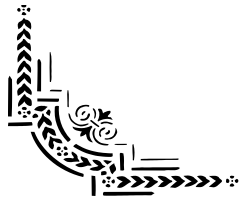
❖ إلى كل عمال مكتبة باب الجامعة.

❖ إلى كل من يعرفنا من قريب وبعيد.

❖ نور الدين



مقدمه



مقدمة:

شرع الله الزواج وجعله الطريقة السليمة والصحيحة لإنشاء أسرة وعائلة كنواة صالحة للمجتمع بأسره، قوامها الرحمة وحسن المعاشرة بين الزوجين، حيث جاء في محكم تنزيله ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾، ولقد أولت الشريعة الإسلامية هذه العلاقة الكثير من العناية والاهتمام فحددت الشروط الأساسية لها بالإضافة إلى الالتزام بتعاليم الدين حرصاً على تربية الأطفال في بيئة إسلامية سليمة، كما حث الرسول صلى الله عليه وسلم شباب الأمة على الزواج والترغيب فيه والاعانة عليه.

وقد عرف المشرع الأسرة في المادة 2 من قانون الأسرة التي تنص على أنه "الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع وتتكون من أشخاص تجمع بينهم صلة الزوجية وصلة القرابة"¹. فالأسرة في المفهوم الضيق لهذه المادة تتكون من الزوجين والأبناء فقط، أما في معناها الواسع فتشمل صلة ذوي القرية وذوي الأرحام، إن الحفاظ على الأسرة لا يحقق إلا بحسن الخلق والتربية الحسنة والمعاشرة بالمعروف بين الزوجين وهي أساس صيانة وتماسك وترابط أي مجتمع، نبذ الآفات الاجتماعية.

وتعتبر الأسرة المحضن الأول للطفل، وهي اللبنة الأساسية لتكوين مجتمع فاضل متماسك كالبنيان المرصوص، فكل الشرائع تطمح منذ الأزل إلى بلوغ هذا المقصد، لأن صلاح الأسرة صلاح للأمة بأكملها.

وكما شرع الله للمسلمين الزواج فانه شرع الطلاق وجعله ابغض الحلال، وذلك في حال كانت هناك أسباب تحول دون استمرار الحياة الزوجية في جو من التالف والمحبة، إذ قد تتعرض الحياة الزوجية إلى العديد من التجارب التي تواجه الزوجين تؤدي في الغالب إلى خلق بعض المشاكل والضغوط التي يكون وقعها ثقيلاً عليهما، ومن ثم تنشأ حالة من الخلاف والشقاق تعكر صفو تلك العلاقة وتستحيل معها مواصلة العشرة الزوجية بينهما، لتتطور تلك النزاعات وتصل إلى المحاكم كحل نهائي لفك الرابطة الزوجية.

¹ - قانون رقم 84-11، المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق لـ 9 يونيو لسنة 1984، المعدل والمتمم بالأمر رقم 02-05 الصادر في 27/02/2005، المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية، العدد 15، لسنة 2005.

ومن أجل المحافظة على التماسك والترابط العائلي لما فيه من استقرار للأسرة بغرض تنشئة أجيال تنهض برسالة مجتمعا، فقد تم تقييد هذا الحق بضوابط شرعية وقانونية دعت المشرع الجزائري إلى عدم الالتزام بمذهب واحد في مجال تقنين الأسرة، مراعاة منه لحاجات الزوجين وتحقيق الأصلح لهما وللمجتمع، بالحرص على ديمومة هذا الميثاق الغليظ الذي محله عقد الزواج، وفي محاولة منه للحد من الآثار السلبية الناجمة عن فك الرابطة الزوجية، والتي تأكدها الاحصائيات الميدانية التي اثبتت ارتفاع حالات الطلاق بكل صوره وبمعدلات رهيبه.

كما سعت الإرادة التشريعية إلى وضع قيود واليات تضبط من خلالها حق اللجوء إلى فك الرابطة الزوجية، تمثلت في نظامي الصلح والتحكيم، كطرق بديلة لمثل هذ النوع من المنازعات، حيث يلزم القاضي المختص بالنظر في دعاوي الطلاق، أن يحيل الزوجين المتنازعين إلى محاولات صلح يسعى من خلالها للتوفيق بين وجهات النظر المتباينة، وفي حالة باءت محاولة الصلح من طرف القاضي بالفشل يمكن له أن يلجأ إلى إجراء آخر وهو التحكيم.

ولما كانت الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق بكافة صوره النهائية وغير القابلة الاستئناف إلا فيما يتعلق بالمسائل المادية فيها، فان القاضي يسعى لأن لا يكون حكمه معيبا يستوجب الطعن، فيتمسك بمحاولة الصلح كإجراء يدخل ضمن مهامه القضائية.

كما نجد هذه الحماية مكرسة بموجب قوانين مختلفة، منها قانون الحالة المدنية، قانون الجنسية القانون المدني وقانون الأسرة لسنة 1984 الذي تضمن في بعض مواد المتفرقة لهذه الحماية، كما جاء في التعديل الجديد له بالأمر 05-02 الصادر في 2005/02/27.¹

بالإضافة إلى وجوب كتابة عقد الزواج، في وثيقة رسمية لدى ضابط الحالة المدنية أو الموثق طبقا للمادة 18 من نفس القانون، وبالتالي أوجب المشرع على أساس هذه المادة الزوجين أن يكتبوا عقد الزواج لدى الموثق أو الموظف المؤهل قانونا، بتسجيله لدى المصالح المختصة، لحماية الزوجة وأبنائها من ضياع حقوقهم الأسرية والاجتماعية، عند انكار وتصل الزوج من تحمل مسؤولياته القانونية، كزوج اتجاه أسرته، إذا لم يكن عقد الزواج محررا في وثيقة رسمية.

¹ - الجريدة الرسمية، المؤرخة في 27 فيفري 2005، المتعلقة بتعديل قانون الأسرة، العدد 15، ص 19.

وبناء عليه، لا يمكن إثبات الزواج غير المسجل، إلا عن طريق القضاء، حيث يأمر القاضي بتسجيله بأثر رجعي من يوم انعقاده بعد توافر أركانه وشروطه الشرعية. كما وضع المشرع إجراءات قانونية وقائية، كالصالح حفاظا على حقوق الأبناء الشرعية المتمثلة في النفقة والحضانة والمسكن وذلك إذا دب الشقاق وانحلت الرابطة الزوجية. تكمن أهمية الموضوع في محاولة تسليط الضوء على أهم دعائم المجتمع، ألا وهي الأسرة وما آلت إليها اليوم ومدى اهتمام التشريع المدني بها، لضمان حمايتها وصيانتها، مما قد يعرقل وظائفها الأساسية، إذ بصلاحتها يصلح المجتمع. كما يمكن أن يكون هذا العمل إثراء للموضوع، خاصة بالنسبة للعناصر التي لم يتم التطرق إليها بالقدر الكافي.

كما تهدف هذه الدراسة إلى تحديد الأسباب التي من شأنها أن تهدد كيان الأسرة وضياع الأبناء وسط الانحراف والانحلال، بسبب وضع لا يد لهم فيه، بل يعدون في كثير من الأحيان ضحايا ظروف وأوضاع نفسية واجتماعية واقتصادية قاسية، دفعتهم إلى ذلك ومن ثمة العمل على تجنيد كل الجهود والطاقات لتجنب جميع الأسباب والدواعي التي من شأنها تهديد كيان الأسرة، وقصد تأمين الاستقرار والحياة الكريمة لها، حاول المشرع تأمين الحماية اللازمة في مختلف مجالات الحياة، خاصة حماية القاصر.

ومما دفعنا لاختيار هذا الموضوع أسباب هي:

الطلاق وهو أهم الأسباب المباشرة لتفكك الأسرة وضياع الأطفال، وما أكثر دعاوى الطلاق ودعاوى الخلع، حيث أصبحت الزوجة تخلع نفسها، بكل سهولة بعد تعديل قانون الأسرة لسنة 2005 الذي كان قبل متوقف على موافقة الزوج ولم يكن يجوز للزوجة، فعل ذلك دون رغبته.

إن الطفل الذي يعتبر أمل ونعمة لكل زوجا وزوجة في أن يكون فردا صالحا مفيدا لنفسه ومجتمعه قد ينقلب إلى نقمة، بسبب انحرافه عن جادة الصواب لأسباب منها المشاكل، العراك، والصراع المستمر الذي يعيشه الطفل ويتزعزع فيه وينشأ في مرارته لينتهي في معظم الحالات بانفصال الزوجين.

وقد حاولنا استقراء بعض النصوص القانونية المختلفة واعتمدنا المنهج التحليل والمنهج الوصفي في هذا البحث.

وبما أن مجال دراستنا يتمحور حول بيان الحماية القانونية للأسرة من الناحية المدنية، نكون قد حددنا إطار بحثنا واستبعدنا الحماية القانونية للأسرة في المواثيق الدولية وللوصول إلى هذا المبتغى طرحت الإشكالية التالية:

هل حظيت الأسرة بحماية قانونية كافية مدنيا؟

وللإجابة عن هذه الإشكالية والوقوف على الحماية القانونية للأسرة في شقها المدني قمنا بتقسيم هذا البحث إلى فصلين:

الفصل الأول بعنوان حماية الاسرة بالطرق القانونية قمنا بتقسيمه إلى مبحثين تناولنا في المبحث الأول الحماية القانونية اثناء قيام الرابطة الزوجية مقسم إلى مطلبين هما الصلح القضائي والتحكيم الأسري، والمبحث الثاني يعالج الحماية القانونية بعد فك الرابطة الزوجية تناولنا فيه حماية حقوق الأبناء من حضانة وحق المسكن، والمطلب الثاني تطرقنا فيه إلى حق النفقة واجراءاتها بعد الطلاق.

أما الفصل الثاني فقد عالجنا فيه حماية الأسرة بالطرق العلمية من خلال مبحثين، حيث تناولنا في المبحث الأول الفحص الطبي شروطه وعقباته، والمبحث الثاني يتضمن البصمة الوراثية والتلقيح الاصطناعي وحجيتهما في اثبات النسب في التشريع الجزائري .
وذيل البحث بخاتمة استوفت على أهم النتائج والتوصيات المتوخاة من هذا البحث.

الفصل الأول

حماية الأسرة بالطرق القانونية

تمهيد:

أحل الله جل جلاله الزواج على أن يجمع قلبي الزوجين المودة والرحمة في الحياة الدنيا مع مراعاة حدوده، لكن قد يعكر صفو العلاقة الزوجية أسباب مختلفة باختلاف طبائع الناس التي لا يمكن عدها أو حصرها، ولهذا تطرح اليوم آلاف دعاوى الطلاق وينتظر الفصل فيها قضائياً.

وعند صعوبة الحياة واستحالة العشرة الزوجية، وتفاقم نوازع البغض والكراهية والعدوان لا يمكن في خضم هذه الظروف، تحقيق أهداف الزواج وتربية الأبناء تربية سليمة، ذلك أنهم يتأثرون بما يتأثر به الوالدان من اضطرابات نفسية، فيتعلمون القلق ويرون الخطر في كل ما يحيط بهم¹.

من أجل ذلك، أراد المشرع حماية الأسرة بتدابير لعلها تقلل من هذه الظاهرة، والسعي الجادة إلى إصلاح ذات البين في أوسع نطاقيه الشرعي والقانوني.

لبيان ذلك قسمت هذا الفصل إلى مبحثين: أتطرق في المبحث الأول الى طرق الإصلاح وفي المبحث الثاني أتعرض فيه إلى النفقة على الزوجة والأبناء وإجراءاتها.

¹ - داليا مؤمن " الأسرة والعلاج الأسري" الطبعة الأولى، دار السحاب للنشر والتوزيع، القاهرة، 2004، ص 85

المبحث الأول:

الحماية القانونية اثناء قيام الرابطة الزوجية (الصلح ،التحكيم)

المطلب الأول:

الصلح القضائي

الفرع الأول:

تعريف الصلح

الصلح لغة: من الصلاح ضد الفساد اصلح الشيء بعد فساده اي اقامه ، والصلح من المصالحة وهي المسالمة بعد المنازعة

اصطلاحا: تناول الفقهاء مصطلح الصلح في الكتب بمعنى العقد الذي ينهي الخلافات والخصومات بين اطراف النزاع.

- الصلح عند الحنفية عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة .

- عند المالكية عرفه ابن عرفة الصلح انتقال من حق او دعوة بعوض لرفع نزاع او خوف وقوعه.

- أما الصلح في القانون فلم يعرفه المشرع بل اعتبره اجراء قضائي وهذا ما نص عليه المشرع في المادة (49) من قانون الاسرة الجزائري " لا يثبت الطلاق الا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون ان تتجاوز مدة ثلاثة اشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى"

الفرع الثاني:

اجراءات الصلح

يعتبر الصلح إجراء قانونيا أوجبه المشرع كحماية قانونية، قبل وقوع الطلاق وهو وسيلة منه لإقناع الزوجين بضرورة الرجوع إلى الحياة الزوجية والعيش معا بالمعروف وحماية الطرف المتضرر جراء ذلك.

أخذ المشرع بمبدأ الإصلاح بين الزوجين، إما أن يقوم به القاضي أو أن يعين حكيمين للقيام بمهمة الإصلاح، حيث تناول إجراء الصلح في المادة 49 من قانون الأسرة قبل تعديله وفي نفس المادة بعد تعديله. لكن بشيء من الجديد، إذ أصبحت تحتوي على ثلاث فقرات بدل

من فقرة واحدة والتي تنص على أنه: " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدة ثلاثة (3) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى. يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين.

تسجيل أحكام الطلاق وجوبا في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة ".
يكون إجراء الصلح طبقا لهذه المادة، قبل الحكم بتثبيت الطلاق إذا كان الطلاق بإرادة الزوج المنفردة، أما الطلاق بالتراضي، فيكون سابقا عن الحكم الكاشف لواقعة الطلاق، وكذا يكون إجراء الصلح من القاضي قبل الحكم المنشأ للطلاق، إذا كان في التطليق أو الخلع، وإذا لم يتم القاضي بإجراء محاولات الصلح بين الزوجين حين يقضي بالطلاق خلعا، يكون قد خالف القانون.

وباعتبار أن الصلح إجراء يتضمن موعظة يتوخى منها إعادة الحياة الزوجية إلى الاستمرار، فلا يمكن إغفاله وهذا ما أكدته قرار المحكمة العليا بتاريخ: 2009/01/14 حيث نص على أنه: " القضاء بالتطليق خلعا دون إجراء محاولات الصلح بين طرفي النزاع مخالف أحكام المادة 49 من قانون الأسرة¹.

كما أن عدم حضور الزوجة التي طلبت الخلع خلال جلسة الصلح واكتفائها بوكالة محاميها يعتبر إجراء مخالف لقاعدة جوهرية في الإجراءات وهذا ما أكدته قرار المحكمة العليا بتاريخ: 2014/07/10 الذي ينص على أنه: " يعد مخالفة لقاعدة جوهرية في إجراءات القضاء بالخلع، بالرغم من عدم حضور الزوجة جلسة الصلح واكتفائها بإنابة محاميها الوكيل عنها بوكالة رسمية"².

ذكر المشرع في المادة 49 من قانون الأسرة، على أنه لا مجال لإثبات الطلاق كواقعة مادية إلا عن طريق حكم قضائي، ومما لا شك فيه أن الطلاق هو بيد الزوج وله أن يحل الرابطة الزوجية، بإرادته المنفردة دون قيد أو شرط، وغالبا ما يقع الطلاق قبل رفع الدعوى القضائية.

¹ - قرار المحكمة العليا بتاريخ: 2009/01/14، ملف رقم، 477546، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، لسنة 2009، ص 279.

² - قرار المحكمة العليا بتاريخ: 2014/07/10، ملف رقم 0950026، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، لسنة 2014، ص 278.

وعليه، فإن إثبات الطلاق كواقعة مادية، تكون تجسيدا لإرادة الزوج في الطلاق، إذ أن القاضي ليس له بد، إلا التأكيد على وجود الطلاق، بأثر رجعي من يوم التصريح بهو بتالي يكون حكمه كاشفا لواقعة الطلاق وليس منشأ لهذا الأخير¹.

وتجدر الإشارة هنا، إلى أن الزوج إذا كانت له زوجتان وطلق الزوجة الثانية عرفا وبعد مدة رفع دعوى قضائية يطلب فيها الطلاق وتوفي أثناء إجراءات دعوى الطلاق ولم يلجأ إلى القضاء من أجل تثبيت الطلاق بموجب الحكم القضائي المنتظر مع العلم أن الزوج هو الذي يحدد نطاق الدعوى من حيث الأشخاص والموضوع والسبب، فلا يجوز للورثة تغيير مسار الدعوى، بما أن والدهم المتوفى طلب الطلاق ولم يطلب تثبيته بأثر رجعي، ومن ثمة فهناك آثار شرعية وقانونية تميز كل حالة عن الأخرى.

بالإضافة إلى أن الورثة لم يكن لهم شهود لإثبات ما يدعونه، لمواصلة إجراءات الطلاق التي باشرها المتوفى، زيادة على أن الطلاق يعد من الحقوق الشخصية التي لا تقبل الانتقال وهذا ما جاء في حيثيات قرار المحكمة العليا بتاريخ: 2011/11/10 الذي نص على أنه: "حيث أن المبدأ أن المدعي هو الذي يحدد نطاق الخصومة من حيث الأشخاص والموضوع والسبب وأن قضاة الموضوع مقيدون بموضوع الدعوى ولا يملكون تعبيره والحكم في غير الموضوع المطروح عليهم وبالتالي فإنه طالما أن الزوج رافع الدعوى لم يدع وقوع الطلاق ولم يطالب بإثباته وإنما طالب بإيقاع الطلاق، فإن ورثته لا يملكون تغيير موضوع الدعوى من اقع الطلاق إلى تثبيته بأثر رجعي، فضلا عن أن قضاة المجلس لا يملكون هذا التغيير وأنهم بقضائهم ذلك حرموا الطاعنة من الإرث خلافا لما تنص عليه المادة 132 من قانون الأسرة التي تنص على أنه في حالة وفاة أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق استحق الحي منهما الإرث مما يجعل الوجه سديدا.

حيث أنه لما كانت الدعوى التي أقامها الزوج المتوفى استهدفت الحكم بالطلاق ولم تتعلق بإثباته كواقعة بأثر رجعي وكان الطلاق أحد الحقوق الشخصية غير القابلة للانتقال، فإن الخصومة بذلك تكون قد انقضت بوفاة المدعي وأن المحكمة قد جانبت الصواب حينما اعتبرت

¹ - نور الدين لمطاعي " عدة الطلاق الرجعي وآثارها على الأحكام القضائية" الطبعة الثانية دار فسيلة، 2009، ص 50.

الخصومة في حالة انقطاع مما يتعين نقض القرار مع تمديد النقض إلى الحكم المستأنف وبدون إحالة وإعادة الأوضاع إلى ما كانت عليها قبل رفع الدعوى¹.

للاستقامة خاصة، إذا نتج عن الزواج أبناء، كما يذكر الزوج بمصيرهم بعد الطلاق، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى، يحاول مع الزوجة أن يذكرها بأهمية الحياة الزوجية، وإعطاء الزوج مكانة خاصة بتقديره واحترامه، ومحاولة تفهمه في ما يخص العناء الذي يتحمله في سبيل راحة الأسرة وأن هذه الخلافات كثيرا ما تحدث في الحياة الزوجية، فيمكن تجاوزها بالصبر والتنازل عن بعض المطالب غير الجدية.

إن للقاضي السلطة التقديرية في تحديد جلسات الصلح، الذي قد لا يتم في جلسة واحدة أو جلستين، لذلك يمكن إجراء عدة محاولات لصلح، بشرط ألا تتعدى مهلته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ الجلسة الأولى، وهذا ما أكدته قرار المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ: 2014/03/13 الذي نص على أنه: "استقر اجتهاد غرفة شؤون الأسرة والمواريث بالمحكمة العليا على خضوع عدد محاولات الصلح للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع ولا رقابة للمحكمة العليا"².

فإذا لم يستطع القاضي الوصول إلى نتيجة موفقة بينهما، حرر في النهاية محضرا يذكر فيه مساعي ونتائج محاولات الصلح التي قد أسفرت على تحرير محضر صلح أو محضر عدم الصلح، ثم يقوم القاضي بتوقيعه مع أمين الضبط والزوجين وذلك عملا بأحكام المادة 443 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. وعلى أساس محضر عدم الصلح، يثبت القاضي الطلاق بحكم.

وبالرجوع إلى المبادئ العامة للقانون، فإن الدعوى، حق للمدعي يحركها متى شاء، بشروط حددها القانون سالفًا، فهل يجوز لصاحب الحق، عدم مواصلة إجراءاتها؟ وبناء عليه، نطرح السؤال التالي هل يجوز للزوج التنازل عن دعوى الطلاق أم لا؟

¹ - قرار المحكمة العليا بتاريخ: 2011/11/10، رقم الملف 653324، غرفة الأحوال الشخصية، لسنة 2011، قرار غير منشور.

² - قرار المحكمة العليا بتاريخ: 2014/03/13، ملف رقم 0870291، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، لسنة 2014، ص 268.

إن العصمة بيد الزوج، لقول رسول الله عليه الصلاة والسلام: " إنما الطلاق لمن أخذ بالساق¹، إذا يستطيع الزوج التنازل عن الدعوى قبل صدور الحكم بالطلاق، وأثناء سريان الدعوى حتى وإن حرر القاضي محضر عدم الصلح، وبالتالي لا يمكن للقاضي إصدار الحكم بالطلاق.

وعلى هذا الأساس يستجيب القاضي، لطلب الزوج في التنازل عن الخصومة، وفقا لأحكام المادة 231 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على أنه: " التنازل هو إمكانية مخولة للمدعي لإنهاء الخصومة، ولا يترتب عليه التخلي عن الحق في الدعوى، ويتم التعبير عن التنازل، إما كتابيا وإما بتصريح يثبت بمحضر يحرره رئيس أمناء الضبط ".

وبناء عليه، يكون التنازل في أي مرحلة تكون عليها الدعوى، سواء قبل إجراءات الصلح أو بعده وقبل النطق بالحكم الفاصل في الدعوى، ونرى أن التنازل أثناء مرحلة الصلح أي في جلسات الصلح، يعتبر صلحا وليس تنازلا، لأن التنازل يكون في شكل كتابي، سواء عن طريق مقال يقدم في الجلسة أو عن طريق تصريح لدى رئيس أمناء الضبط، الذي يدونه في شكل محضر ثم يتم التوقيع عليه من قبل المتنازل عن الدعوى ويرفق بالملف.

وعلى هذا الأساس، يعتبر التنازل عن الدعوى، تراجعاً من المدعي في مواصلة إجراءاتها كما أن دور القاضي أثناء الصلح إيجابيا وتحفيزيا، لتراجع المدعي عن طلبه القضائي المتعلق بالطلاق، فيدون القاضي ذلك في محضر ثم يحرر محضر الصلح لا محضر التنازل، لأن محضر التنازل منوط برئيس أمناء الضبط وليس بالقاضي.

بذلك يقوم القاضي بتحرير حكمه، المتضمن التنازل عن الخصومة القضائية التي كان الهدف منها حل الرابطة الزوجية، ويعتبر هذا الإجراء سبيل يسهل لطالب الطلاق الحكم له بالصلح.

كما أن عدم جواب الزوجة عن طلب تنازل لزوجها عن طلب فك الرابطة الزوجية لا يعتبر رفضا ضمنيا للرجوع، ما دامت قد طلبت أصلا الرجوع إلى المسكن الزوجي، وهذا ما أكدته قرار المحكمة العليا بتاريخ: 2012/09/13 الذي نص على أنه: " لا يفسر عدم جواب

¹ - صحيح سنن ابن ماجه، المجلد الثاني، رقم الحديث 211، طبعة الأولى، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع الرياض، 1989، ص 190.

الزوجة على تنازل الزوج، عن طلب فك الرابطة الزوجية، بكونه رفضا ضمنيا للتنازل من طرف نفس الزوجة المطالبة أصلا بالرجوع إلى المسكن الزوجي"¹.

إن تنازل المدعي سواء كان الزوج أو الزوجة، لا يعتبر ذلك تخليا عن الحق في الدعوى، بل تنازل عن الدعوى الجارية وإجراءاتها، إذ يمكن تحريك دعوى جديدة بنفس الطلبات السابقة. فإذا تم الصلح بين الطرفين أصدر القاضي حكمه بإشهاد على هذا الصلح لاستئناف الحياة الزوجية من جديد، وعند عدم وقوع الصلح تستمر الدعوى إلى غاية الفصل فيها. وبناء على ما تقدم، فإن التنازل عن دعوى الطلاق أثناء السير فيها، لا يغير من الطبيعة القانونية لهذا الإجراء باعتباره صلحا.

لكن هل يعتبر إجراء الصلح من النظام العام أم لا؟

لقد اعتبرت المحكمة العليا في قرار لها، أن إجراء الصلح من النظام العام بالنسبة للقاضي فعليه القيام به، وإلا تعرض حكمه للبطلان وذلك طبقا لقرار المحكمة العليا بتاريخ: 1991/06/18 الذي نصت فيه على أنه: "من المقرر قانونا أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي ومن ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون"²، لكن المحكمة العليا تراجعت عن هذا الموقف في قرار لها بتاريخ: 1999/02/16 والذي نصت فيه على أنه: "إن محاولة الصلح لا تعتبر شكلا جوهريا للحكم بالطلاق، إنما محاولة الصلح المذكورة بالمادة 49 من قانون الأسرة، ما هي إلا موعظة"³. وعلى ذلك اعتبرت إجراء الصلح إجراء غير جوهري في دعوى الطلاق، وبالتالي فهو ليس من النظام العام، إنما هو عبارة عن موعظة، يقدمها القاضي لزوجين عسى أن يتراجعا عن الطلاق.

وتدعيما لذلك، فإنه إذا تخلف أحد الزوجين عن جلسات الصلح، لا يمكن الاحتجاج أمام جهة الطعن بعدم صحة الإجراءات بسبب عدم حضوره، وهذا حسب ما نصت عليه المحكمة العليا في قرارها بتاريخ: 1997/10/23: "إن عدم حضور أحد الطرفين لجلسة الصلح رغم

¹ - قرار المحكمة العليا بتاريخ: 2012/09/13، ملف رقم 794593، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، لسنة 2014، ص 264.

² - قرار المحكمة العليا بتاريخ: 1991/06/18، ملف رقم، 75141 المجلة القضائية، العدد الأول، لسنة 1993، ص 65.

³ - قرار المحكمة العليا بتاريخ: 1999/02/16، ملف رقم 216850 غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية عدد خاص، لسنة 2001، ص 103 .

تأجيل إجراءاتها عدة مرات يجعل القاضي ملزم بالفصل في الدعوى، رغم عدم حضور أحدهما، لأن المادة 49 من قانون الأسرة، تحدد مهلة إجراء الصلح بثلاثة أشهر¹.

ومما لا شك فيه، أن التضارب الواضح في قرارات المحكمة العليا، فيما يخص اعتبار الصلح من النظام العام أم لا، مرجعه لعدم وجود نص قانوني يفصل في ذلك، لكن بعد صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية بتاريخ: 2008/02/25 أصبح القاضي ملزماً قانوناً القيام بهذا الإجراء وذلك بموجب المادة 439 من نفس القانون والتي تنص على أنه: "محاولات الصلح وجوبية، وتتم في جلسة سرية".

وبناء عليه، فإن القاضي ليس له السلطة التقديرية في إجراء الصلح بين الزوجين من عدمه، بل هو ملزم بهذا الإجراء، بحكم أنه وجوبي لا يجوز مخالفته وإلا تعرض حكم القاضي بالطلاق دون محضر الصلح أو محضر عدم الصلح إلى مخالفة قاعدة إجرائية وجوبية، عملاً بأحكام المادة 439 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وإجراء الصلح ليس إجراءً جوهرياً²، ولا يتعرض حكمه إلى البطلان لأن المشرع في المادة 60 من نفس القانون نص على أنه لا بطلان إلا بنص.

ومن الناحية العملية، وبغض النظر عن عدم الصلح أو تخلف أحد الزوجين أو كلاهما عن جلسات الصلح، فإن القاضي ملزم بتحرير محضر عدم الصلح، بسبب عدم حضور الطرفين، ويرفق المحضر بملف الدعوى، ثم يشرع في مناقشة موضوع الدعوى، وذلك طبقاً للمادة 443 الفقرة الأخيرة من نفس القانون.

وبالتالي، فإن عدم حضور أحد الطرفين، لا يعتبر إجراءً معطلاً للدعوى. رغم أن اجتهاد المحكمة العليا استقر على وجوب حضور طالب فك الرابطة الزوجية جلسات الصلح، وهذا ما أكدته قرار المحكمة العليا بتاريخ 2013/05/09 الذي نص على أنه: "استقر اجتهاد غرفة شؤون الأسرة والمواريث بالمحكمة العليا على وجوب حضور طالب فك الرابطة الزوجية شخصياً جلسات محاولة الصلح"³.

¹ - قرار المحكمة العليا بتاريخ: 1997/10/23، ملف رقم 174132، نشرة القضاة، العدد 55، لسنة 1997، ص 179

² - هناك فرق بين الإجراء الجوهري والإجراء الوجوبي، بحيث أن الإجراء الجوهري من النظام العام ومخالفته يؤدي إلى بطلان الإجراء وهو وجوبي، بينما الإجراء الوجوبي لا يكون بالضرورة إجراءً جوهرياً.

³ - قرار المحكمة العليا بتاريخ: 2013/05/09، ملف رقم 0798882، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، لسنة 2013، ص 286.

فبعد أن يقوم القاضي بتحرير محضر عدم الصلح، تستمر الدعوى، ليتبادل الطرفان المذكرات وبعد انتهاء ذلك، يحدد القاضي جلسة ينطق فيها بالحكم المنتظر، وعلى أساس الطلبات المحددة في العرائض يصدر حكمه بالطلاق بين الزوجين. فنقوم النيابة العامة الممثلة في شخص السيد وكيل الجمهورية للمحكمة، بتحرير مستخرج الطلاق، ليتم إرساله إلى ضابط الحالة المدنية الذي قيد فيها عقد الزواج، قصد تسجيل الطلاق.

فكان هذا الإجراء قبل تعديل قانون الأسرة، متمثلاً في طلب المعني بالأمر مستخرج الطلاق الذي يسلم له شخصياً ويأخذه بنفسه إلى ضابط الحالة المدنية لتسجيله. فإذا لم يتوصل القاضي من خلال إجراء الصلح إلى إعادة الحياة الزوجية إلى مجراها الطبيعي رغم المساعي الجادة، فهل هناك إجراء قانوني آخر يكفل حماية الأسرة من الانشقاق والانحلال؟

المطلب الثاني:

التحكيم الأسري

الفرع الأول:

تعريفه

يعرف التحكيم بأنه، تدخل أطراف خارجية، بتكليف من القاضي لإجراء الصلح ويكون الشخص القائم بهذه المهمة، أحدهما من أهل الزوج والآخر من أهل الزوجة حسب المادة 56 من قانون الأسرة التي تنص على أنه: "إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكيمين للتوفيق بينهما.

يعين القاضي حكماً من أهل الزوج وحكماً من أهل الزوجة وعلى الحكيمين أن يقدموا تقريراً عن مهمتهما في أجل شهرين".

إن دور الحكيمين ينحصر أساساً، في محاولة إقناع الزوجين كليهما أو احدهما إلى التآني في معالجة الأمور والرجوع إلى جادة الصواب، والتراجع عن الطلاق. حيث قال الله تعالى:

﴿وَأِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾¹.

¹ - سورة النساء، الآية 35.

الفرع الثاني:

إجراءات التحكيم

أخذ المشرع بهذا الإجراء، كما جاءت به الشريعة الإسلامية، حيث يشترط في الحكمين أن يكونا من أهل الزوجين، والحكمة في ذلك هي أن الأهل أعرف الناس ببواطن الأمور وأقربهم إلى الإصلاح من غيرهم¹.

ولعل الهدف المتوخى من ذلك، هو إشراك أهل البر والإحسان في إقناع الزوجين للتراجع عن الطلاق، لمواصلة الحياة الزوجية حماية أخرى للأسرة، يحاول بها المشرع التقليل من الطلاق، لعواقبه الوخيمة على الأسرة وعلى المجتمع ككل، لقد أوجب المشرع على الحكمين، أن يقدموا تقريراً عن مهمتهما في أجل شهرين، طبقاً للمادة 56 من نفس القانون وهنا نميز بين حالتين:

أ- الحالة الأولى: تتمثل في التقرير الإيجابي الذي يقدمه الحكمان للقاضي، عندما يتوصلان إلى التوفيق بين الزوجين وإقناعهما بضرورة نبذ الفرقة و الاختلاف، وبناء على ذلك يصدر القاضي حكمه بالصلح بين الطرفين، لاستئناف الحياة الزوجية من جديد.

ب- الحالة الثانية: تتمثل في أن الحكمين لم يستطيعوا التوفيق بين الطرفين، بعد أخذ ورد معهما، إذ يقدمان للقاضي تقريراً سلبياً بالمساعي التي أقدموا عليها، واعتماداً على التقرير يفصل القاضي في الدعوى بالطلاق.

وتجدر بالملاحظة هنا، أن المشرع في هذه المادة، جعل تعيين الحكمين من قبله شرط لاتخاذ إجراءاته، وهو متوقف على عدم إمكانية إثبات الضرر من قبل الزوجين إثر اشتداد الخصام بينهما، بمعنى أن الاختلاف ليس جدياً، بل راجع إلى تعصب كل طرف لرأيه ظناً منه أنه على حق والطرف الآخر على خطأ، لذلك يتدخل الحكمان بهدف توجيه وإرشاد الزوجين إلى الحق والتزام حدود الله تعالى.

ومن خلال المادة 56 أعلاه نلاحظ أن المشرع استعمل لفظ وجب تعيين حكمين، بمعنى اللجوء إلى إجراء التحكيم للإصلاح بين الزوجين عند اشتداد الخصام ودون إثبات الضرر، فإن القاضي ملزم بإجرائه، لكن بعد تعديل قانون الإجراءات المدنية في المادة 446 والتي تنص

¹ - عبد التواب معوض " الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية " الطبعة العاشرة، الجزء الثاني، مكتبة عالم الفكر للنشر والتوزيع، 2003، ص14.

على أنه: " إذا لم يثبت أي ضرر أثناء الخصومة جاز للقاضي أن يعين حكيمين اثنين لمحاولة الصلح بينهما حسب مقتضيات قانون الأسرة".

وبالتالي، أصبح القاضي بموجب هذا النص غير ملزم بالأخذ بإجراء التحكيم، في حالة ثبوت الضرر وهذا ما أكده قرار المحكمة العليا بتاريخ: 2011/04/14 والتي تنص فيه على أنه: " أن القاضي غير ملزم بتعيين الحكيمين في حالة اشتداد الخصام بين الزوجين وثبوت الضرر"¹، لكن ومن الناحية العملية، نادرا ما يقوم القاضي بهذا الإجراء، فهو تفويض من طرفه إلى أشخاص من أهل الزوج وأهل الزوجة، للقيام بمهمة الصلح المنوطة به قانونا.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن المشرع اقتصر أن يكون الحكمان من أهل الزوج وأهل الزوجة دون الأشخاص الغرباء، حفاظا على الروابط الأسرية، وغالبا ما يكون أهل الزوجين قد قاما بهذه المهمة من قبل، لكن الصلح لم يجدي نفعا.

بالنسبة لنتائج الصلح التي يجريها القاضي أصبح هذا الإجراء مجرد عمل قضائي أكثر منه للإصلاح وهذا ما تؤكدته النسب القليلة من قضايا الطلاق التي يتم فيها الصلح بالمقارنة بالقضايا المطروحة أمام القضاء، حيث تكفل بالفشل في معظمها.

أما في ما يخص التحكيم، فهو منعدم لأن المشرع جعله إجراء جوازيا للقاضي في قانون الإجراءات المدنية وهذا ما يبينه جدول الإحصائيات في الملحق²، فكان على المشرع التفكير في طرق أخرى تساعد في نجاح الصلح أكثر.

لذا وإذا كان الطلاق أمرا لا غنى عنه، بالرغم من كل الجهود المبذولة للإصلاح، فهل يكفل المشرع للطرف المتضرر منه حماية فعلية قبل الطلاق؟

¹ - قرار المحكمة العليا بتاريخ: 2011/04/14، ملف رقم 620084، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، لسنة 2011، ص 299.

² - قرار المحكمة العليا بتاريخ: 2011/04/14، ملف رقم: 620084، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، لسنة 2011، ص 299.

المبحث الثاني:

الحماية القانونية للأسرة بعد فك الرابطة الزوجية

المطلب الأول:

حماية حقوق الابناء

الفرع الأول:

الحضانة

جاءت الشريعة الإسلامية بأحكام تفصيلية تخص الحضانة، مما تتوقف مصلحة الولد على من يتولى أموره من أبويه¹، فجعلها للمرأة أصلاً، بحكم طبيعتها التي خلقت عليها المتسمة بالصبر والحنان والعطف... الخ، أكثر من الرجال كما أن حاجة الصغير إليها لا غنى عنه وهو رضيع، يحتاج إلى إرضاع، أما الرجال، فإن إسناد الحضانة إليهم، لا يتم إلا إذا امتنعت الأم عنها أو سقط حقها لسبب ما، ففي هذه الحالة تنتقل إلى من هم أحق بها حسب درجة القرابة وقد اختلف فقه المذاهب في مستحق الحضانة²، كما يلي:

أولاً: قال الحنفية: الحضانة تثبت للأقارب من النساء والرجال، على الترتيب الآتي:

فأحق الناس بالحضانة الأم، سواء كانت متزوجة بالأب أو مطلقة منه، بعدها تسند إلى أمها وأم أمها... الخ.

ثانياً: أما المالكية فقالوا: يستحق الحضانة أقارب الصغير من إناث وذكور على الترتيب الآتي: فأحق الناس أمه، ثم أمها، يعني جدته لأمه وإن علت، ثم الخالة الشقيقة، ثم الخالة الأم ثم عمة الأم... الخ.

ثالثاً: أما الشافعية فقالوا: للمستحقون في الحضانة على ثلاثة أحوال:

الحالة الأولى أن يجتمع الأقارب الذكور مع الإناث، الحالة الثانية أن يجتمع الإناث فقط الحالة الثالثة أن يجتمع الذكور فقط.

¹ - أحمد على جرادات " الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الجديد الزواج والطلاق" الطبعة الأولى دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2012، ص 334.

² - عبد الرحمن الجزري " كتاب الفقه على المذاهب الأربعة" الجزء الرابع النكاح والطلاق، المكتب الثقافي للنشر والتوزيع، الأزهر، القاهرة، 2000، ص 440.

فأما في الحالة الأولى: فتقدم الأم على الأب، ثم أم الأم وإن علت، بشرط أن تكون وارثة فلا حضانة لغير وارثة...الخ.

أما في الحالة الثانية: وهي اجتماع الإناث فقط، فتقدم الأم، ثم أمهاتها، ثم أمهات الأب، ثم الأخت، ثم الخالة...الخ.

أما في الحالة الثالثة: فهي إما أن يجتمع الذكور فقط، فيقدم الأب، ثم الجد ثم الأخ الشقيق ثم أخ الأب ثم أخ الأم...الخ.

رابعاً: بينما قال الحنابلة: أحق الناس بالحضانة الأم، ثم أمها، ثم أم أمها، وهلم جرا، ثم الأب ثم أمهاته وإن علت، ثم الجد ثم أمهاته ثم أخت لأبوين...الخ.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن المشرع بعد تعديل قانون الأسرة لسنة 2005 أعاد ترتيب حق الحضانة طبقاً للمادة 46 منه، فجعل حق الأب فيها في المقام الثاني بعد الأم، إذا لم تسند إليها عند الحكم بالطلاق، بعدما كانت أمها أي الجدة لأم الثانية ترتيباً، وذلك لأن الأب هو الذي يطالب بحضانة أبنائه أكثر من غيره من الناحية العملية.

يشترط لاستحقاق الحضانة، شروط منها، العقل مناط التكليف، فلا حضانة لمجنون ولا لمعتوه ومنها أن يكون بالغاً، فلا حضانة لصغير ومنها ما هو مفصل في المذهب، ويشترط الفقهاء¹، أن ألا تتزوج الحاضنة بأجنبي، فإن فعلت سقطت حضانتها، لكنها إذا تزوجت من محرم بالنسبة لبناتها كالزواج بأخ المطلق الذي هو عمه مثلاً، ففي هذه الحالة لا تسقط الحضانة عنها، طبقاً لنص المادة 66 من نفس القانون، وهذا ما أكده قرار المحكمة العليا بتاريخ: 2005/05/18 الذي نص على أنه: "يسقط حق الأم في الحضانة بزواجها بغير قريب محرم"²، عرف المشرع الحضانة في المادة 62 من قانون الأسرة التي تنص على أنه: "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا".

ويشترط في الحاضن أن يكون أهلاً للقيام بذلك".

¹ - أحمد ناصر الجندي " شرح قانون الأسرة الجزائري" دار الكتب القانونية دار شتات للنشر والبرمجيات القاهرة مصر، 2014، ص 157.

² - قرار المحكمة العليا بتاريخ: 2005/05/18، ملف رقم 331058، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، لسنة 2005، ص 283.

وبالرجوع لنص المادة أعلاه يظهر جليا، حرص المشرع على حماية الولد، حيث حدد على وجه الدقة، المهمة القانونية للحاضنة، إزاء المحضون إذ لا بد الالتزام بها وتحمل المسؤولية التامة فيما يخص الرعايتين المادية والمعنوية له وهي كالتالي:

أ- رعاية الولد: ويقصد بها القيام بشؤونه الخاصة من نظافة جسمه ومحيطه وكذا تنظيم نموه وأكله، لأنه بحكم صغر سنة لا يمكنه الاعتناء بنفسه وحده. ويتجلى حسن رعاية الأم لولدها خاصة في نظافته والاهتمام بمظهره الخارجي وكذا تمتعه بالصحة الجيدة.

ب- تعليم الولد: وهو إدماج الولد في المنظومة التربوية، إذا بلغ السن المحدد، بهدف تلقيه العلم والمعرفة، خاصة أن التعليم مكفول مجانا من الدولة.

ج- تربية الولد على دين أبيه: يقصد بها التربية وفق تعاليم الدين الإسلامي وليس وفق دين آخر، بهدف الحفاظ على انتمائه الديني والحضاري. وهذا ما أقرته المحكمة العليا في اجتهاد قضائي لها بتاريخ: 1990/02/19، والتي نصت فيه على أنه: "متى كان من المقرر شرعا وقانونا، أن إسناد الحضانة، يجب أن تراعى فيها مصلحة المحضون والقيام بتربيته على دين أبيه، ومن ثم فإن القضاء بإسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي، بعيد عن رقابة الأب، كما هو حاصل في قضية الحال، يعد قضاء مخالفا لشرع والقانون، يستوجب نقض القرار المطعون فيه"¹.

د- السهر على حماية الولد: وهي أن تكفل له الحماية من أي اعتداء، يمس جسده أو تجريحا يمس نفسه، حيث أن كل اعتداء مهما كان نوعه وطبيعته، فسوف يؤثر سلبا على حياته وعلاقته بالآخرين.

و- حفظ صحة الولد: التكفل الصحي بالولد المحضون، من بين أقدس المسؤولية الملقاة على الحاضن²، فتكون الرعاية الصحية، منذ ولادته بتلقيه التلقيحات اللازمة التي تتكفل بها الدولة، بإدراج رزنامة جديدة، كلما استدعت الضرورة ذلك، هذا ما جاءت به وزارة الصحة والسكن لسنة 2016، حيث أضافت تلقيحات جديدة، تتناسب وظهور بعض الأمراض التي

¹ - قرار المحكمة العليا بتاريخ: 1990/02/19، ملف رقم 59013، المجلة القضائية، العدد الرابع، لسنة 1991، ص 172.

² - باديس ديابي "آثار فك الرابطة الزوجية، تعويض، نفقة، عدة، حضانة، متاع " دار الهدى، عين مليلة الجزائر 2008، ص 53.

تهدد صحة الطفل، كما يظهر حسن اهتمام الحاضن بالطفل، عرضه على الطبيب، كلما استدعى الأمر ذلك.

هـ- **حفظ خلقه:** ويعني ذلك أن نحفظ الطفل من الانحراف الأخلاقي والآفات الاجتماعية التي تنتشر بعض مظاهرها في الشارع، كالسرقة، تعاطي المخدرات والتشرد، وتكون حمايته مرتبطة أساسا، بمدى استقرار العلاقة بين الأبوين والتربية السليمة التي يتلقاها الولد في أسرته، ليكون فرد صالحا.

ونظرا لدور الأم الفعال والمباشر في تربية ورعاية الولد، فهي أولى الناس بحضانه ولدها من الأب، لأنها تشكل الحماية الأولى لطفلها، حيث يولد ضعيف لا يقوى على دفع ما يضره ولا جلب ما ينفعه.

هذا ولم يجعل المشرع عمل المرأة، سببا يحول دون قدرتها في رعاية وتربية أولادها، ومن ثم لا يمكن إسقاط الحضانه عنها طبقا للمادة 67 الفقرة الثانية من نفس القانون التي تنص على أنه: "ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانه"، وهذا ما أكده قرار المحكمة العليا بتاريخ: 2002/07/03، الذي نص على أنه: "عمل الأم الحاضنة لا يوجب إسقاط حقها في الحضانه أولادها، ما لم يتوفر الدليل الثابت على حرمان المحضون من حقه في العناية والرعاية¹."

لكن المشرع لم يطلق الحضانه دون تحديد أجل المطالبة بها لمن له الحق فيها، بل قيدها بسنة واحدة، فإذا لم يتم المطالبة بها خلال هذه المدة، يسقط هذا الحق فيها، إلا لعذر وهذا ما نصت عليه المادة 68 من نفس القانون التي تنص على أنه: «إذا لم يطلب من له الحق في الحضانه مدة سنة بدون عذر سقط حقه فيها». ولم يحدد المشرع ما هو العذر القانوني المقبول من أجل الاستفادة من هذا الحق بعد فوات مدة سنة وترجع السلطة التقديرية للقاضي في هذه المسألة.

فهل تسقط الحضانه بقوة القانون إذا بلغ الذكر (10) عشر سنوات أم لا ؟
بالرجوع إلى نص المادة 65 من نفس القانون والتي تنص على أنه: "تتقضي مدة حضانه الذكر ببلوغه (10) سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج وللقاضي أن يمدد الحضانه بالنسبة

¹ - قرار المحكمة العليا بتاريخ: 2002/07/03، ملف رقم 274207، المجلة القضائية، العدد الأول، لسنة 2002، ص

للذكر إلى (16) سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية على أن يراعى في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون".

وكما هو معلوم أن الحضانة تقرر بموجب حكم قضائي بعد فك الرابطة الزوجية لمن له الحق فيها، فلا يحق المطالبة بها من قبل الأب، إذا اسندت للأم، إلا بالنسبة للذكر إذا بلغ سن عشر سنوات، فيحق للأب رفع دعوى قضائية لإسقاط حضانة الأم، إذا كان له ما يثبت أن المحضون محروما من حقوقه المقررة شرعا وقانونا، والمتمثلة في الرعاية والتربية من قبل الأم، بمعنى الحاضنة غير مؤهلة قانونا القيام بهذا الواجب.

وبالتالي يجوز للأب طلب إسقاطها بموجب حكم قضائي وبالمقابل يحق للأم أن تطلب تمديد الحضانة كطلب مقابل لطلب الأب بإسقاطها، وفي حالة ما إذا لم يطلب الأب إسقاطها فهنا تمدد تلقائيا لصالح الأم، دون حاجة لرفع دعوى قضائية لتمديدتها، كما اشترط المشرع لقبول طلب تمديد الأم لحضانة الذكر إلى سن ستة عشر سنة، أن لا تكون متزوجة مرة ثانية.

كما حدد المشرع مدة سنة للمطالب بالحضانة أو طلب إسقاطها أو تمديدتها، فإذا لم تتخذ الإجراءات القانونية في الأجل المحدد سقط الحق فيها.

وبالتالي فالسلطة التقديرية ترجع لقاضي شؤون الأسرة للحكم بها مع مراعاة في كل الحالات مصلحة المحضون، وعليه فإن الحضانة لا تسقط بقوة القانون، بل تسقط أو تمدد قضاء، وبناء عليه، تعتبر الحضانة حقا من حقوق الولد وشرعت لمصلحته¹، حيث أن القانون كفل حماية هذا الحق، بنصوص قانونية ملزمة. وحدد لها مدة تتناسب وحاجة الطفل للرعاية والتربية في مثل هذا السن وتنتهي، إذا بلغ الذكر من العمر عشر سنوات والأنتى ببلوغها سن الزواج.

وتجدر بالإشارة هنا، أن رغبة الطفل في بقاءه لدى أحد والديه دون الآخر، ليس لها اعتبار قانوني، بل أن العبرة بمصلحة المحضون وهذا ما أكدته المحكمة العليا بتاريخ: 2013/02/14 الذي نص على أنه: "تراعى مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة ولا يعتد برغبة الطفل فقط"².

¹ - الغوثي بن ملحة" قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء " الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية الساحة، المركزية، بن عكنون، الجزائر، 2004، ص 139.

² - قرار المحكمة العليا بتاريخ: 2013/02/14، ملف رقم 728882، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، لسنة 2014، ص 304.

وبالتالي، فإن مصلحة المحضون تعلوا على المصالح الخاصة، نظرا لصغر سنه، حيث يحتاج في هذا السن إلى الرعاية في أوسع نطاقها، ماديا ومعنويا، ولا يتسنى ذلك، إلا بتوفير المسكن الملائم واللائق لممارسة الحضانة، فهل أدرك المشرع أهمية المسكن بالنسبة للمحضون، مما يتطلب الحماية القانونية له بعد فك الرابطة الزوجية؟

الفرع الثاني:

حق المسكن

يعتبر سكن الحاضنة المكان الذي تمارس فيه التربية والرعاية الازمتين التي يحتاجهما الولد وهو حق خاص للمحضون، لأنه من عناصر النفقة وذلك حسب ما جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ: 2002/03/13 التي تنص فيه على أنه: "السكن حق للمحضون حتى، ولو كان المحضون وحيد، لأنه من عناصر النفقة"¹.

كانت المادة 72 قبل تعديل قانون الأسرة تنص على أنه: "نفقة المحضون وسكنه من ماله إن كان له مال، وإن لم يكن كذلك فعلى والده أن يهيئ له سكنا، وإن تعذر فعليه أجرته". كانت هذه المادة أقل دقة، حيث لم يكن القضاة يحكمون للمطلقة بالسكن منفصلا عن النفقة، لكن بعد التعديل نصت المادة 72 على أنه: "في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار، وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القاضي المتعلق بالسكن"، تجدر بالملاحظ هنا، أن هذه المادة جاءت بشيء جديد من حيث الصياغة والمضمون حيث أصبحت أكثر دقة وأكثر حماية من سابقتها، وهي مكونة من فقرتين:

في الفقرة الأولى: أوجب المشرع على الأب تخصيص مسكن ملائم للمحضون، عند الطلاق وفي حالة ما إذا لم يستطع الأب توفير مسكن، فعليه دفع بدل الإيجار، وإذا كان المسكن المخصص للحاضنة غير ملائم ولا يتوفر على أدنى ظروف الحياة، فعلى الأب دفع بدل الإيجار، حيث أن العبرة ليست في توفير أي مسكن كان وإنما العبرة بتوفير مكان للمحضونين يضمن لهم الراحة والاستقرار، هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ:

¹ - قرار المحكمة العليا بتاريخ: 2002/03/13، ملف رقم 276760، المجلة القضائية، العدد الأول، لسنة 2004، ص

2013/03/14، الذي نص على أنه: "للحاضنة الحق في بدل إيجار، إذا كان السكن الموفر من طرف الأب غير الملائم لممارسة الحضانة"¹.

أما الفقرة الثانية: فأعطت للمطلقة الحق في البقاء في المسكن الزوجي لممارسة الحضانة حتى يقوم الأب بتنفيذ الحكم القضائي، المتعلق بتخصيص مسكن للمحضونين، بحيث أن بقائها في مسكن الأب لا يعتبر اعتداء على الحق في الملكية بما أن بقائها مرتبط بمدى سرعة توفير المسكن أو دفع بدل الإيجار من قبل الأب والتي تعتبر دون شك حماية أخرى للأسرة.

وعليه، فإن حق بقاء المطلقة الحاضنة في المسكن مرتبطة بتاريخ تنفيذ المطلق للحكم القضائي ولها الحق في البقاء فيه إلى حين سقوط الحضانة وهذا ما أكدته قرار المحكمة العليا بتاريخ: 2013/03/14 الذي نص على أنه: "تبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب الحكم القضائي، المتعلق بالسكن حتى سقوط الحضانة"²

المطلب الثاني:

النفقة وإجراءاتها بعد الطلاق

الفرع الأول:

النفقة

النفقة هي حق من حقوق الأولاد في ذمة والدهم، لأن قوام الجسد لا يكون إلا بها وهي من قبيل إحياء الإنسان نفسه أو من هو كنفه، أما غير الأولاد فليست كذلك³ فهي واجبة على الوالد سواء قبل الطلاق أو بعده، ولا تنقضي إلا عند بلوغ الذكر سن الرشد والأنثى عند زواجها.

كما ينتقل التزام دفع النفقة من الأب المطلق إلى الشخص الذي يكفل الطفل عند وجود عقد الكفالة وهذا ما نصت عليه المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ: 2013/06/13 على أنه: "نفقة الطفل المكفول يتحملها بعد الطلاق الشخص الكافل المذكور في عقد الكفالة وليس الزوج

¹ - قرار المحكمة العليا بتاريخ: 2013/03/14، ملف رقم 029230، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني لسنة 2013، ص 276.

² - قرار المحكمة العليا بتاريخ: 2013/03/14، ملف رقم 0742023، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، لسنة 2014، ص 319.

³ - عبد التواب معوض، المرجع السابق، ص 205.

المطلق، لا تأخذ المحكمة بالإنفاق الحاصل بين الطرفين على إسناد كفالة المكفول للمطلقة وإنفاق المطلق عليه¹.

إن وجوب نفقة المحضون، لا يمكن تصورهما بأي حال من الأحوال، إلا بحكم قضائي، أو بأمر قضائي أثناء إجراءات الطلاق وبعد الطلاق فهي رحمة وحماية وكفاية الأولاد من سؤال الناس أعطوهم أو منعوهم وإعفاؤهم من طلب الرزق قبل اكتمال بنائهم.

إن تحديد النفقة يخضع حصراً إلى تقدير القاضي، الذي يأخذ بعين الاعتبار حالة الوالد عسره من يسره، ولا يمكن رفع مبلغ النفقة المحكوم بها، إلا بعد مرور سنة كاملة من الحكم بها، وهذا ما نصت عليه المادة 79 من قانون الأسرة: "يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم".

لقد قرر حق مراجعة النفقة، لمصلحة المحضون وهي حماية له، عند عدم كفايتها له بسبب ارتفاع الأسعار وغلاء المعيشة.

أوجبت الشريعة الإسلامية على المطلقة أن تعتد لقول الله عز وجل: ﴿وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾².

وعلى ذلك، فقد تعتد المرأة من طلاق أو من حمل أو من وفاة الزوج وما يهمنها الحديث عنه هنا، هو عدة المطلقة، لأن لها الحق في النفقة خلال فترة العدة، رغم أن عقد الزواج قد انحل، لكنه بقي موجود حكماً، والحكمة من ذلك، هو إمهال الزوج والزوجة في اتخاذ قرار الفرقة، نظراً لأهمية العلاقة الزوجية في استقرار النفس ورعاية الأبناء في دفء الأسرة.

إن الحكمة من العدة حسب جمهور الفقهاء³ هي:

1- براءة الرحم حتى لا تختلط الأنساب.

2- تهيئة الفرصة ليتمكن الزوج من المراجعة.

3- إعلان الزوجة الحزن على زوجها المتوفى.

¹ - قرار المحكمة العليا بتاريخ: 2013/06/13، ملف رقم 0813942، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، لسنة 2014، ص 309.

² - سورة البقرة، الآية 228.

³ - محمد كمال الدين إمام "الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي" دار الجامعة للطباعة والنشر، بيروت لبنان بدون سنة، ص 284.

وعلى ذلك يثبت حق النفقة للمطلقة عامة، وقد اتفق العلماء ثبوتها للمطلقة رجعياً وللمطلقة الحامل ولو كان الطلاق بائناً، ووقع الخلاف بينهم في المطلقة البائن غير الحامل¹، وفي هذا السياق نصت المادة 61 من قانون الأسرة على أنه: "لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي في عدة طلاقها أو وفاة زوجها، إلا في حالة الفاحشة المبينة، ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق".

وتقتضي الحكمة الإلهية بقاء الزوجة بالبيت الزوجي، لأن الله قادر على أن يغير الأمور من فرقة إلى رجعة بينهما.

وإذا كان الطلاق بين الزوجين أحياناً ضرورة لا بد منها، فإن المطلقة سوف تجد نفسها وأبنائها دون شك في وضع وظروف جد صعبة تعيشها هي وأبنائها، خاصة عندما لا يقوم الأب بدفع ما عليه من نفقة لأبنائه، ولا مكسب لها تعيل به نفسها.

الفرع الثاني:

الإجراءات القانونية للمطالبة بالنفقة بعد الطلاق

بين المشرع الإجراءات القانونية التي يجب إتباعها، عند حل الرابطة الزوجية لتمكين الزوجة وأبنائها من حقهم في النفقة، التي يفرض على الأب دفعها إليهم، وهي نفس الإجراءات التي يفرض على الزوجة اتخاذها قبل الطلاق.

نجد كثيراً من الأزواج لا يرغبون في الإنفاق بحجة أو بدونها، خاصة بعد الطلاق لكن المشرع يحمي دائماً الطرف الضعيف، في علاقة الدائن بالمدين عموماً، وخاصة الدين المتعلق بالنفقة الملقى على كاهل الزوج، فلا يسقط عنه، إلا بتقديم الدليل على براء ذمته، وعندما لا يريد الزوج الإنفاق على الزوجة وأبنائه، فما على الزوجة إلا إتباع الإجراءات القانونية المتاحة لها، سواء برفع دعوى النفقة أو بإتباع إجراءات الحجز على الأجر.

وهذا ما تناولته بالتفصيل في الفرع الثاني من المطلب الثاني من المبحث الأول من هذا الفصل، فهي نفس الإجراءات قبل فك الرابطة الزوجية أو بعدها، لأن النفقة حق للزوجة إلى غاية تحللها من زوجها بالطلاق، أما بالنسبة للأبناء، فتبقى قائمة إلى غاية سقوطها قانوناً طبقاً للمادة 74 من قانون الأسرة.

¹ - بلقاسم شتوان "الطلاق في الفقه المالكي دراسة أكاديمية مدعمة بالأدلة الشرعية وقانون الأسرة"، المرجع السابق، ص

وعند حصول الزوجة على الحكم بالطلاق الذي يقضي بتخصيص النفقة للأبناء، ونفقة إهمال لها ولأبنائها تسري من يوم رفع الدعوى إلى تاريخ صدور الحكم بالطلاق، عملاً بأحكام المادة 80 قانون الأسرة.

ففي حالة امتنع الزوج عن دفع النفقة مدة شهرين، فما على الزوجة، إلا إتباع الطريق الجزائي للحصول على نفقة أبنائها، ومن أجل حماية الأسرة جعل المشرع الحكم بالنفقة مشمولاً بالنفاذ المعجل، سواء قبل فك الرابطة الزوجية أو بعدها، فتكون معجلة النفاذ رغم المعارضة والاستئناف حسب الفقرة الثانية من المادة 323 من قانون الإجراءات المدنية¹.

وفي حالة طلاق الزوجة بإرادة الزوج المنفردة أو بطرق الطلاق الأخرى كالطلاق بالتراضي أو التطلق وكذا الخلع، فإن كانت حاملاً أثناء إجراءات الطلاق فإن حقوق الجنين محفوظة إلى غاية ولادته حياً، فإذا ولد الجنين بعد فك الرابطة الزوجية، فما على الزوجة إلا رفع دعوى أخرى تلتزم من قاضي شؤون الأسرة، الحكم لها بحق أولادها في النفقة والحضانة والمسكن.

كما يعتبر حق الجنين في ميراث والده من بعد وفاته حقاً مصاناً له شرعاً وبقوة القانون، كما سنبين ذلك في نهاية هذا الفرع، وسواء توفي الوالد أثناء إجراءات الطلاق أو بعد الحكم بفك الرابطة الزوجية، وبناء عليه، فإن النفقة تعد من الطلبات التي تكون مشمولة بالنفاذ المعجل، رغم الطعن في الحكم بطرق الطعن العادية، بذلك يكون المشرع، قد كفلها بحماية في أسرع صورها لضمان حقوق الأبناء.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن النفقة، باعتبارها ديناً في ذمة الزوج، فقد أعطاه المشرع، اعتباراً خاصاً مفاد ذلك، أن الدين في المسائل المدنية، لا يمكن إتباع الإجراءات الجزائية لتحصيله، لكن الدين المتعلق بالنفقة المحكوم بها قضاءً، فإن المشرع فتح للدائن بها، باب للمطالبة الجزائية على ضوء قانون العقوبات وهذا ما سنوضحه في الفصل الأول من الباب الثاني من هذه الدراسة.

¹ - نص المادة "باستثناء الأحكام الواجبة التنفيذ بقوة القانون، يؤمر بالنفاذ المعجل رغم المعارضة أو الاستئناف، عند طلبه في جميع الحالات التي يحكم فيها بناء على عقد رسمي أو وعد معترف به أو حكم سابق حاز قوة الشيء المقضي به، أوفي مادة النفقة أو منح مسكن الزوجة لمن أسندت له الحضانة".

وإلى جانب النفقة هناك حق آخر متمثل في المنح العائلية التي تعتبر حقا خالصا للطفل، بموجب نصوص قانونية، وبمجر فك الرابطة الزوجية، يؤول هذا الحق لمن له الولاية والحضانة، فإذا أسندت الحضانة إلى الأم، وهذا ما يقع غالبا، فلها أحق في مطالبة الأب بالمنح العائلية وفقا لإجراءات قانونية معينة.

لقد تم إنشاء الحق في التعويضات ذات الصبغة العائلية، بموجب المرسوم رقم 75/65 بتاريخ: 1965/03/23¹، والمتمثلة في المنح العائلية للعامل أو الموظف، كما عقبته هذا المرسوم عدة منشورات وزارية متعلقة بالمنح العائلية، تتضمن الأداءات العائلية للمنح العائلية ومنها منحة التمدرس:

بالنسبة للمنح العائلية²، فهي حق للطفل منذ ولادته إلى سن 17 سنة، وتستمر إلى 21 إذا كان متربصا مهنيا، وتقدر ب 600 دينار، ابتداء من الطفل الأول إلى الطفل الخامس بينما تصبح 300 دينار ابتداء من الطفل السادس.

وإذا كان المستفيد من المنح يفوق أجره أو دخله الشهري الخاضع لاشتراك الضمان الاجتماعي أكثر من 18000 دينار، فتقدر المنحة ب 300 دينار للطفل، بمعنى أن يكون للموظف أجر يفوق الأجر الوطني المضمون وهو 18000 دينار.

أما بالنسبة للعلاوة المدرسية فهي منحة متعلقة بتمدرس الطفل، منذ بلوغه سن السادسة من عمره والمقدرة ب 800 دينار، ابتداء من الطفل الواحد إلى غاية الطفل الخامس، أما الطفل السادس وما زاد عنه من أطفال، فلهم الحق في 400 دينار فقط ومن زاد دخله عن مبلغ الأجر الوطني المضمون فإن المبلغ يصبح 400 دج وهي علاوة تقدم مرة واحدة في السنة.

¹ - الجريدة الرسمية، بتاريخ 26 مارس 1965، العدد 26، ص 295.

² - إن المنح العائلية حق من حقوق الأبناء، فهي عبارة عن مبالغ مالية تمنحها الدولة إلى الزوج العامل أو الموظف لأبنائه القصر، وفي حالة الطلاق تؤول هذه المنحة، لمن له حق الحضانة وتكون إجراءات المطالبة بالمنح العائلية من المطلقة كما يلي: لا بد للمطلقة أن تتحصل على حكم قضائي نهائيا يسند الحضانة لها، ثم عليها أن تتقدم بطلب إلى صندوق الضمان الاجتماعي، تبين فيه وضعها القانوني من الشخص الذي تريد أن تتقاضى المنح بدل عنه ويرفق هذا الطلب بالوثائق التالية: بيان الطلاق، نسخة من الحكم القاضي بإسناد الحضانة لها، شهادة عائلية، شهادة ميلاد الطفل، وبعد تكوين الملف المطلوب يدع لدى المكتب المخصص للمنح العائلية ومن ثم يتم تحويل هذه المنح إلى رصيدها الخاص.

وتجدر بالإشارة هنا، أن مبلغ المنح العائلية، لم يتم مراجعته قصد رفعه، منذ 1965 رغم أنه حق من حقوق الطفل، فعلى الدولة السهر على تحسينها بالزيادة، حسب متطلبات الحياة ومستوى معيشة الفرد، كما فعلت الدول المتطورة مثل فرنسا وبريطانيا ودول كثيرة أخرى. أتاح المشرع للمطلقة أن تلجأ إلى الضمان الاجتماعي مباشرة أو إلى المؤسسة أو الإدارة التي يعمل بها طليقها، وتقدم ملفا يثبت صفتها، ليتم تحويل المنح العائلية الخاصة بأبنائها إلى رصيدها عن طريق حوالات بريدية أو عن طريق تحويلها إلى رصيدها البنكي أو البريدي، ويرجع الحق في قبض هذه المنحة العائلية، لمن له حق الحضانة باعتبارها حقا للطفل، إذ تكفلت الدولة بدفع هذه المبالغ بموجب مرسوم رئاسي.

وبناء عليه، فإن الحق في قبض المنح العائلية التي تعد حقا للمحزون، يرجع إلى الحاضنة، هذا حسب ما نصت عليه المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 2006/03/15، على أنه: "المنح العائلية حق للمحزون يقبضها من له الحق في الحضانة"¹. وعلى هذا الأساس، لا يجوز إجراء الحجز عليها من قبل الدائن حسب المادة 776 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

كما أن علاوة التمدرس المقدرة بـ3000 دج، تعتبر حقا للتلاميذ المعوزين المتمدرسين تمنح لهم من قبل مديرية التربية مرة واحدة في السنة، ومن ضمن مستحقيها، اليتامى والطفل المنفصل عن أحد والديه، وكذا للطفل الذي يكون والده عاطلا عن العمل، ذلك بعد تكوين ملف خاص يثبت استحقاقهم لها.

وتجدر الإشارة في هذا الوضع، إلى أن الدولة قامت بمبادرة حسنة بالتفاتها إلى هذه الفئة المحرومة والمحتاجة إلى من يشد حالها، بالرغم من أن المبلغ يبقى كمساهمة قليلة منها لشراء بعض اللوازم المدرسية.

ونظرا لأهمية النفقة في إحياء الولد واستمرار وجوده، سهل المشرع إجراءات الحصول عليها وجعلها في أسرع مظاهرها، حيث أحدث إجراء بالغ الأهمية مسايرة للدول المتطورة التي تعمل به في هذا الصدد، لأنه أكثر ضمانا للحصول على النفقة، والذي لم يكن من ذي قبل في قانون الإجراءات المدنية، إلا بعد تعديله، ومكن الحاضنة بذلك من تحصيل مبلغ النفقة مباشرة

¹ - قرار المحكمة العليا بتاريخ: 2006/03/15، ملف رقم 35600، مجلة المحكمة العليا، العدد الأولي، لسنة 2006، ص

خصم شهري من أجر الأب، بالإضافة إلى حق الحاضنة في متابعة الأب جزائياً، إذا ما تقاعس عن أدائها، باعتبارها ديناً عليه يجب عليه أدائها راضياً أو مرغماً.

وتجدر الإشارة هنا، إلى أن من مظاهر حماية الأسرة حماية الحمل وحفظ حقوق الطفل التي أقرتها الشريعة الإسلامية، سواء أكان ذلك قبل ميلاده أو بعده.

فمتى يستحق الحمل حقوقه شرعاً وقانوناً؟

أولاً: استحقاق الحمل للميراث

جاءت الشريعة الإسلامية، بأحكام الميراث التي لا تضاهيها شريعة أخرى فيه بمثلها، فجعلت من أسباب الإرث القرابة والزوجية وهذا ما نص عليه قانون الأسرة في المادة 126 التي تنص على أنه: "أسباب الإرث القرابة والزوجية"، ولم تكف بتوريث الراشد منهم، بل شرعت أحكام خاصة بالحمل قبل أن يخرج الوليد إلى الحياة.

ومما لا شك فيه أنها شملت حق الولد بحماية شرعية خاصة، حتى قبل أن يولد حياً فحددت جملة من الشروط يستحق بها الميراث، ولم يخرج المشرع عن هذه الأحكام من حيث استحقاق الوارث للميراث مع اختلاف نصيب الذكر عن الأنثى، مصداقاً لقول الله جل جلاله: {يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ}¹.

وبذلك حفظ المشرع للحمل قبل وضعه نصيبه في الميراث وجعل شروط لاستحقاقه طبقاً لنص المادة 128 من قانون الأسرة التي تنص على أنه: "يشترط لاستحقاق الإرث أن يكون حياً أو حملاً وقت افتتاح التركة مع ثبوت سبب الإرث وعدم وجود مانع من الإرث".

لقد أوقفت المالكية²، قسمة التركة في مسألتين وهما:

الحالة الأولى: احتمال الذكورة والأنوثة واحتمال الحياة والموت وهي مسألة الحمل.

الحالة الثانية: بسبب احتمال الحياة والموت وهي مسألة المفقود.

وعليه لا يتم قسمة التركة إن كان بين الورثة حامل وذلك للشك فيه هل ينتج عن الحمل وارث أم لا؟ وعلى وجوده هل هو واحد أو متعدد؟ وهل هو ذكر أم أنثى؟ ولا يرث المولود ولا يورث إلا باستقرار حياته، بعد الولادة وتعلم حياته باستهلاله صارخاً.

¹ - سورة النساء، الآية 11.

² - الحبيب بن طاهر "الفقه المالكي وأدلته" الجزء الرابع، الخلع، الطلاق، الرجعة، الإيلاء، الظهر العدة الرضاع النفقة الحضانة، الميراث، مؤسسة المعارف، بيروت، لبنان، 2005، ص 262.

لم يأخذ المشرع برأي المالكية في قسمة التركة إلى حين مولد الحمل، وإنما تقسم قبل الولادة وذلك طبقاً للمادة 173 من نفس القانون التي تنص على أنه: "يوقف من التركة للحمل الأكثر من حظ ابن واحد أو بنت واحدة، إذا كان الحمل يشارك الورثة أو يحجبهم حجب نقصان، فإن كان يحجبهم حجب حرمان يوقف الكل ولا تقسم التركة إلى أن تضع الحامل حملها".

ثانياً: شروط حق الحمل للإرث

إن ضمان حق الحمل في الميراث نصت عليه المادة 134 من نفس القانون والتي نصت على أنه: "لا يرث الحمل إلا إذا ولد حياً ويعتبر حياً، إذا استهل صارخاً أو بدت منه علامة ظاهرة بالحياة" ومن خلال هذه المادة يمكن استخراج شروط ميراث الحمل وهي:

أ - حمل الزوجة عند وفاة المورث

لابد أن تكون الزوجة حامل أثناء قيام الزوجية، لإثبات النسب لأبيه ومنه ثبوت حق الميراث له وتشتت الشريعة والقانون، مدة تثبت الحقوق فيها، استناداً للرابطة الزوجية طبقاً لنص المادة 42 والمادة 43 من نفس القانون وهي أن أقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر، كما يجب أن يولد الولد خلال عشرة أشهر كحد أقصى من تاريخ الانفصال أو الوفاة.

ب - وضع الزوجة لحملها حياً

يعتبر الحمل في المفهوم الشرعي والقانوني حياً، عند خروجه من بطن أمه، وهو قابل للحياة بآمارات تدل لا محال على أنه حي وهذا مصداقاً لقول رسول الله عليه الصلاة والسلام: "الطفل لا يصلى عليه ولا يرث ولا يورث حتى يستهل"¹، وقال عليه الصلاة والسلام في حديث آخر: "ما من بني آدم مولود إلا مسه الشيطان، حين يولد فيستهل صارخاً من مس الشيطان غير مريم وابنها"².

وعلى هذا الأساس، تثبت له بعض الحقوق، بالرغم من عدم اكتمال أهليته، إذ لا تثبت له أهلية الأداء، لكنه يتمتع بأهلية الوجوب، شرط ولادته حياً، طبقاً لنص المادة 25 من القانون

¹ - محمد الحافظ بن عيسى بن سورة الترمذي "صحيح سنن الترمذي" التأليف محمد ناصر الدين الألباني، المجلد الأول مكتبة المعارف للنشر والتوزيع لصاحبها سعد بن عبد الرحمان الراشد، الرياض، 2000، ص 525.

² - ناصر الدين الألباني "سلسلة الأحاديث الصحيحة" الطبعة الأولى، رقم الحديث 1978، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، 2004، ص 256.

المدني التي تنص على أنه: "تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته على أن الجنين يتمتع بالحقوق المدنية بشرط أن يولد حيا".

وبناء عليه، فإن للجنين الحق في التعويض في حالة وفاة والده شرط ولادته حيا وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ: 1984/10/10 التي تنص على أنه: "من المقرر قانونا أن شخصية الإنسان تبدأ بتمام ولادته حيا وعلى هذا الأساس كان تمتع الجنين بالحقوق المدنية واكتسابه بذلك عنوان أهلية الوجوب، خاضعا هو الآخر لشرط الولادة حيا. ومتي تحقق ذلك الشرط وثبت في الدعوى دون أن يحظى من طرف القضاء بالاعتراف في استحقاق التعويض عن الحادث الذي أودى بحياة الوالد، فإن المجلس القضائي حين رفض طلب قضاؤه بصرف الأم عما تراه مناسبا، يكون قد أنكر حقا مكتسبا أقره القانون ومن ثمة خطأ في التطبيق مما يستوجب النقض"¹.

ونخلص في نهاية هذا الفصل إلى أن الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية في الشؤون المدنية، ضمنت للأسرة حماية قبل فك الرابطة الزوجية، كما رأينا في المبحث الأول، كما تستمر حمايتها بعد انفصال الزوجين خاصة، حيث خصت الأم بحضانة ولدها وهي أولى به من غيرها، كما ألزمت الأب بتوفير مسكن للحاضنة لممارسة الحضانة أو دفع بدل الإيجار وعليها أن تبقى في المسكن الزوجي إلى أن ينفذ الحكم الفاصل في حقوق فك العصمة الزوجية، ومنها النفقة على الولد.

وبالإضافة إلى التسهيل في الإجراءات التي يجب على الزوجة اتخاذها، قبل الطلاق أو بعده من أجل تحصيل حقوقها وحقوق أبنائها في حالة تقاعس الأب عن أدائها، وكذا حق الجنين في ميراث والده فيما ترك وما هو قابل للقسمة والتوارث مثل التعويض.

¹ - قرار المحكمة العليا بتاريخ: 1984/10/10، ملف رقم 35511، المجلة القضائية، العدد الأول، لسنة 1989، ص 53.

الفصل الثاني

حماية الأسرة بالطرق العلمية

تمهيد:

إن ما يحدث في وقتنا الراهن من انتشار بعض الأمراض الخطيرة وشيوع الفاحشة وانتشار المواقع الإباحية، ما رتب انتشار أبناء الزنا واللقطاء، إضافة إلى التقدم العلمي الهائل في مجال الطب وعلم الوراثة وهندسة العينات، وقدرتها على حل معضلة العقم، على المشرع الجزائري بإدراج وسائل طبية حديثة في قانون الأسرة المعدل بداية بالفحص الطبي والبصمة الوراثية والتلقيح الاصطناعي، حيث فرض على المتقدمين للزواج إجراء الفحص الطبي باعتباره من طرق الوقاية لكثير من الأمراض الوراثية أو الجنسية المعدية من جهة كما اعترف المشرع للبصمة الوراثية في إثبات النسب وسمح اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي. كما جاء هذا التعديل استجابة للاتفاقيات الدولية والتي تعد الجزائر طرفاً فيها.

وبناء على ما تقدم فإن معالجة الموضوع تكون على النحو الآتي:

المبحث الأول: حماية الأسرة بإدراج الفحص الطبي قبل الزواج.

المبحث الثاني: حماية الأسرة بإدراج البصمة الوراثية والتلقيح الاصطناعي

المبحث الأول:

الفحص الطبي شروطه وعقباته

المطلب الأول:

إجراء الفحص الطبي قبل الزواج

فرضت جل التشريعات على المتقدمين للزواج إجراء الفحص الطبي باعتباره من طرق الوقاية لكثير من الأمراض الوراثية أو الجنسية المعدية.

فهل من شأن الفحص الطبي قبل الزواج توفير الحماية للأسرة واستقرارها؟

وما المقصود بالفحص الطبي قبل الزواج؟ وما هي فوائده التي قد تعود على المجتمع

عند إجبار المتقدمين على الزواج بإجراء هذا الفحص؟ وكيف نضم المشرع الجزائري موضوع الفحص قبل الزواج؟

إن الإجابة عن هذه الأسئلة يكون من خلال الفروع التالية إذ نتناول في:

الفرع الأول: تعريف الفحص الطبي وآثاره.

الفرع الثاني: الفحص الطبي قبل الزواج في قانون الأسرة.

الفرع الأول:

تعريف الفحص الطبي قبل الزواج

أولا : تعريف الفحص الطبي

مصطلح الفحص الطبي يتكون من شقين كلمة "فحص" وكلمة "الطبي"، فأما كلمة الفحص لغة من فحص عنه فحصا أي بحث وكذلك تفحص وافتحص وتقول فحصت عن فلان وفحصت عن أمره لأعلم كنه حاله وقد فحصني فلان فحاصا، كأن كل واحد منهما يفحص عن عيب صاحبه وعن سره¹، فالفحص بهذا المعنى هو البحث بدقة للوصول إلى أمور مخفية في الشيء المفحوص².

وكلمة الطبي لغة من الطب بمعنى علاج الجسم والنفس ومنه علم الطب، وطب المريض ونحو طبا، داواه وعالجه والطب بمعنى السحر، وتطبب فلان تعاطى الطب وهو لا يتقنه، والطبيب من حرفته الطب أو الطبابة وهو الذي يعالج المرضى ونحوهم، والطبابة حرفة الطب والمتطبب الذي يتعاطى مهنة الطب ورجل طب بالضم الباء.

¹ - ابن منظور، مرجع سابق، ج5، ص 3356 "مادة فحص".

² - بن زكريا أبي الحسين أحمد بن فارس، معجم مقاييس اللغة، مكتبة لخانجي، مصر، 1981، ط3، ج4، ص 477.

وطبيب عالم بالطب¹، فالطبي نسبة لعلم الطب الذي هو علم معالجة ومداواة الجسم والنفس.

أما كلمة الفحص الطبي لغة فهي من الطب وهي علاج الجسم والنفس والبحث الدقيق عن الأمراض والعيوب الخفية من أجل مداواتها ومعالجتها.

الفحص الطبي قبل الزواج² اصطلاحاً هي عبارة عن فحوصات مخبرية أو سريرية تجرى لكل من الذكر والأنثى العازمين على الزواج، ويتم إجراؤها قبل عقد القران لاكتشاف أي موانع صحية تحول دون الزواج وكذا لمعرفة إمكانية الإنجاب من عدمه بحيث يكون كلا من الخاطبين عالماً بما هو مقبل ومقتنعاً به تماماً.³

فعلى سبيل المثال مرض الزهري إذا أصيبت به المرأة قبل الحمل تماماً أو قبل ذلك بستة أشهر فإن احتمال انتقال العدوى إلى الجنين تصل إلى 99% وتزداد نسبة الإصابة كلما قرب زمن الحمل من زمن الإصابة، ومن شأنه تثقيف المقبلين على الزواج صحياً بالنواحي التي تؤدي إلى السعادة الزوجية وتحاشي أسباب الاختلاف والطلاق ودحض الأفكار والمعتقدات المغلوطة.

كما يسمح بتأكد أحد الخاطبين من قدرة الطرف الآخر على الإنجاب، وعدم وجود العقم، وبذلك يقدم كل واحد منهما على الزواج وهو مطمئن على مستقبل حياته الزوجية.⁴ كما يخضع النساء اللواتي مازلن في سن الإنجاب للفحوصات الخاصة بمرض الحميراء (Rubéole) الذي يمكن أن تتعرض له أثناء فترة الحمل، وكذلك لفحص فصيلة الدم وفقاً للنموذج المشار إليه في المرسوم التنفيذي.⁵

¹ - ابن منظور، مرجع سابق، ج 4، ص 2631، مادة طبيب.

أنيس إبراهيم ورفاقه، المعجم الوسيط، دن، دم، دت، د ط، ج 2، ص 575.

² - اصطلاح أهل الطب هو معرفة حالة الإنسان الصحية كإجراء وقائي يساعد على صيانة الصحة وعلى الكشف المبكر للأمراض وهي في أطوارها الأولى.

³ - غضيبيات صفوان محمد، الفحص الطبي قبل الزواج، دراسة شرعية قانونية تطبيقية، دار الثقافة، الأردن، 2009، د ط، ص 56.

⁴ - غضيبيات صفوان محمود، مرجع سابق، ص 88-89-90.

أبو كيلة عبد الفتاح أحمد، الفحص الطبي قبل الزواج والأحكام الفقهية المتعلقة به، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2008، ط 1، ص 198-199.

⁵ - بلحاج العربي، الشهادة الطبية قبل الزواج على ضوء قانون الأسرة الجديد، مجلة المحكمة العليا، ع 1، 2007، ص 100.

وأن إجراء الفحص الطبي قبل الزواج يحقق مصلحة للفرد والمجتمع، أما ما يخص الفرد فهو يحافظ على صيانة النفس والنسل، وفي تحقيق مصلحة المجتمع أنه يقيه من ذرية ضعيفة تكون عبء عليه وهو من جملة الأحكام الوقائية من الأمراض قبل الزواج.¹

وتتمثل سلبات الفحص الطبي قبل الزواج في التكلفة المادية إذ قد يتعذر على كثير من الناس الاضطلاع بها إذ سيتحمل الشباب أعباء مالية زائدة على الأعباء المالية العادية وهذا يؤدي إلى عزوف الشباب عن الزواج أو اللجوء للزواج العرفي، كما قد يتخوف كثير من الناس من نتيجة الفحوص لاسيما الاختبار الوراثي الأمر الذي يخلف التردد في الإقدام على الزواج من الشباب، لعدم القبول النفسي لهذه الفحوصات.²

نسبية نتائج الفحص الطبي قبل الزواج، الفحص الطبي قبل الزواج لا يضمن الوقاية من كل الأمراض الوراثية من جهة، ويبقى احتمال الإصابة بأمراض أخرى غير معروفة قائمة وهذا يجعل منه عديم الجدوى.³

الفرع الثاني:

أهمية الفحص الطبي قبل الزواج

إن الزواج يقتضي المعاشرة الطويلة على نحو قد لا تراعي فيه التدابير الوقائية بصورة ناجعة كما هو الحال في مرض الإيدز وغيره من الأمراض التي تنتقل بالمعاشرة أو المخالطة ثم أنه نادرا ما يرضى أحد بالارتباط بشخص تثبت إصابته بمرض خطير مزمن ومع ذلك فالمرض في حد ذاته وإن كان معديا ومزمنا ليس مانعا شرعيا من موانع الزواج، لكن يجب اتخاذ التدابير التي تحول دون انتقال المرض إلى الطرف الآخر (السليم).

أولا: الحماية على مستوى الأسرة

1- حماية الزوجين:

يخلق الزواج نوعا من الترابط الروحي والجسدي بين شخصين مختلفين حيث يسعيان إلى تقادي أسباب التفرقة، من بينها الأمراض الخطيرة.

فكان الفحص الطبي قبل الزواج وسيلة لذلك تتجلى في الحماية فيما يلي:

¹- أبو كيلة عبد الفتاح أحمد، مرجع سابق، ص 223.

²- عبد الله حسن صلاح الصغير، مدى مشروعية الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2007، د ط، ص 22.

³- عبد الله حسن صلاح الصغير، مرجع نفسه، ص 23، أبو كيلة عبد الفتاح أحمد، مرجع نفسه، ص 200.

- تعتبر الفحوصات الطبية قبل الزواج من الوسائل الوقائية الفعالة، في الحد من الأمراض الوراثية الشائعة في المجتمع، وذلك في أن يعرف المقدمين على الزواج أنهما يحملان الجين¹ المؤدي للمرض أو أنهما سالمين تماما وبذلك يتسع الخيار أمامهما أما أن لا يتم الزواج أو يتم مع اتخاذ إجراء ما من الإجراءات الطبية، فيكونا على علم بمدى نسبة إصابة الذرية به وبالتالي يستعدان لذلك بإجراء الفحوصات اللازمة طبيا، لأن إجراء الفحص الطبي من باب الوقاية من الأمراض الوراثية فهو يحد من انتشارها كمرض التلاسيميا والمنجلية المنتشرة في المجتمعات العربية وهي أمراض تنتقل إلى الذرية عند إصابة أحد الزوجين أو كلاهما يحمله الجين المسؤول عن هذا المرض.²
- الفحص الطبي قبل الزواج سبيل من سبل الوقاية والحد من الأمراض المعدية والوراثية الخطيرة ففيه المحافظة على سلامة الزوجين من هذه الأمراض، فقد يكون أحدهما مصاب بمرض معد ينقل إلى الطرف الآخر.³
- الفحص الطبي قبل الزواج يعطي صورة واضحة لكل من الراغبين بالزواج عن شريك حياته فتأكد من سلامة الخاطبين من الأمراض الجنسية والعيوب العضوية التي تحول دون تحقيق غاية الزواج ومدى قدرتهم على الإنجاب وعدم إصابتهم بالعقم، فيحقق بذلك الطمأنينة والسكينة في نفس الخاطبين.⁴
- تثقيف الخاطبين صحيا بالنواحي التي تؤدي إلى السعادة الزوجية، حيث يسعيان إلى تقادي أسباب الفرقة والاختلافات بينهما ويتحقق ذلك عن طريق الفحص.⁵

¹ - الجين: هو عنصر كروموسومي لانتقال وظهور الميزات الوراثية، تحمل الصفات المنقولة من الوالدين إلى الجيل التالي.
² - مصلح عبد الحي النجار، الفحص الطبي قبل الزواج في الفقه الإسلامي، ب ج، قسم العلوم التربوية والدراسات الإسلامية، السعودية مجلة جامعة الملك سعود، 1425، ص 1142.
³ - حسن صلاح الصغير عبد الله، مدى مشروعية الالتزام بالفحص الطبي قبل الزواج، دراسة مقارنة، ب ج، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2007، ص ص 18 - 19.
⁴ - سارة لشطر، المرجع السابق، ص 21.
⁵ - مصلح عبد الحي النجار، المرجع السابق، ص 1145.

2- حماية النسل:

- تضمن هذه الفحوصات نسبيا إنجاب أطفال أصحاء سالمين عقليا وجسديا من تزواج الأطراف المعنيين وعدم انتقال الأمراض الوراثية التي يحملها أحد الخاطبين أو كلاهما.¹
- دعا الإسلام للمحافظة على النسل ويقصد به في الشرع الولد أو الذرية التي تعقب الآباء وتخلفهم في المحافظة وبقاء النوع الإنساني، وقد جعل الله تعالى المقصد الأصلي من الزواج هو تحصيل الولد، فرغب في الزواج وفي كثرة النسل.²
- كما تتجلى هذه الحماية في الوقاية من الأمراض الوراثية التي لم يكتشف لها علاج ناجح إلى حد الان إلا أن للفحص الجيني دور في التنبيه إلى وجود مشكلة وراثية مما يمكن للأطراف مواصلة التخطيط للمستقبل، بحيث يتناسب ما يخططون له من النتائج المتوقعة.³
- المصاب بالمرض الوراثي يستطيع أن يتزوج وينجب أطفال أصحاب شريطة اختيار الزوج المناسب الذي لا يحمل المرض نفسه أما لو تزوج بطريقة عشوائية دون فحص فقد يكون الطرف الآخر حاملا للمرض نفسه ومن ثم فإن من المحتمل أن ينجب أطفالا مصابين بالمرض نفسه وهذا ما يكون من خلال العلم بالمرض قبل الزواج، وهذا لا يكون إلا بإجراء الفحص الطبي.
- أيضا إن للفحص الطبي أثر مهما في التحقق من قدرة الخاطبين المقبلين على الزواج ممارسة علاقة جنسية سليمة مع الطرف الآخر بما يشبع رغباته بدرجة معقولة وعدم وجوب عيوب عضوية أو تشريحية أو فيزيولوجية مرضية تقف أمام هذا الهدف المشروع لكل من الزوجين وكذلك تثقيف الخاطبين صحيا بالنواحي التي تؤدي إلى السعادة الزوجية وتحاشي أسباب الاختلاف والطلاق وإزالة الشكوك الغير مبررة

¹ - مصلح عبد الحي النجار، المرجع السابق، ص 1144.

² - سارة لشطر، المرجع السابق، ص 26.

³ - فانتن البوعيشي الكيلاني، المرجع السابق، ص 140.

والقضاء على الأفكار والمعتقدات الخاطئة، فكم من حالة زواج فشلت وبنيت أفكارها على أسس غير علمية ولا منطقية وأيضاً بالفحص الطبي يتأكد كل واحد من الخاطبين من قدرة الطرف الآخر على الإنجاب وعدم وجود عقم، وبذلك يقدم كل واحد منهما على الزواج وهو مطمئن إلى أنه سيكون له أولاد.¹

● كذلك تعطي الفحوصات الطبية القدرة على العلاج المبكر لهذه الأمراض ما دام ذلك ممكن.

ثانياً: الحماية على مستوى المجتمع

يسعى الفحص الطبي قبل الزواج أساساً إلى تأمين سلامة الزوجين وذريتهم، إلا أن هذه الحماية لا تقتصر فقط على حماية الأسرة، بل تمتد حماية المجتمع ويظهر فيما يلي:

- يساهم الفحص الطبي في التخفيف من أعباء المؤسسات القضائية، ويظهر ذلك جلياً في محاولة الحد من المشكلات الناتجة عن الزواج المصابين بالأمراض والتي تؤدي غالباً إلى التفرق بينهما والتفكك الأسري الذي ينجم عنه مشاكل اجتماعية خطيرة.²
- التخفيف من أعباء المؤسسات الصحية، وذلك بالتركيز على الأساليب والبرامج الوقائية المرتبطة بالمجتمع، من خلال توفير الخدمات الصحية اللازمة التي من شأنها الحد من انتشار الأمراض الوراثية والمعدية وتتمثل هذه الوسائل في تقنية التشخيص المبكر.

ويعتبر الفحص الطبي قبل الزواج وسيلة للوقاية أكثر من العلاج، لأن من خلاله يمكن تجنب الكثير من الأمراض المعدية والوراثية والتخفيف من التشوهات الخلقية... الخ والمشاكل المترتبة عن ذلك والتي تؤثر في تقدم المجتمع نحو الأفضل، بالإضافة إلى ذلك فإن تفشي هذه الأمراض يصيب المؤسسات الصحية بالعجز والاضطراب، خاصة فيما يتعلق بمرض الإيدز الذي يعتبر من أكثر الأمراض خطورة وانتشاره في مختلف دول العالم، فإذا كانت الدولة المتقدمة التي تملك الإمكانيات

¹ صفوان محمد عضيبات، المرجع السابق، ص 91.

² هشام الحضري، آثار الفحص الطبي على انعقاد عقد الزواج، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015، ص 27.

اللازمة تتوجس من تلك الزيادات فما بال دول العالم الثالث التي تملك إمكانيات محدودة.¹

• انتشار ظاهرة زواج الأقارب، خاصة في الدول العربية، وهذا الزواج يكرس الأمراض الوراثية وينتج نسلا ضعيفا من الناحية البدنية والناحية العقلية، حيث يصاب هؤلاء الأطفال بعدد من الأمراض منهما: تأخر النمو، الإصابة بالعاهاات العقلية والحركية خاصة.

فعلى فرض أنه تم الزواج دون إحضار هذه الشهادة فإنه لا يعتبر باطلا بل يبقى صحيحا، غير أن المريض الذي يتعمد إخفاء المرض واكتشف ذلك بعد الزواج فإنه يجوز لزوج الآخر طلب الطلاق (رجل) والتطبيق (المرأة) للعيوب والأمراض المادة 48 قانون الأسرة الجزائري و المادة 53 الفقرة 2 قانون الأسرة الجزائري كذلك يجوز طلب فسخ الزواج بسبب غلط في صفة جوهرية من صفات الشخص المادة 9-33-82 قانون الأسرة الجزائري وهذا على اعتبار أن القدرة على العلاقة الجنسية هي الصفة أو السبب الرئيسي للتعاقد في عقد الزواج وإن إخفاء عيوب وتشوهات تناسلية كالعجز الجنسي يخول للزوجة حق التطبيق أو فسخ الزواج لأن الإرادة تكون معيبة.²

المطلب الثاني:

شروط وعقبات إجراء الفحص الطبي

تتطلب مسألة الفحص الطبي قبل الزواج دراسة مقتضياته ونظرا لأهمية هذا الموضوع فإن المشرع الجزائري أفرد له مرسوما تنفيذيا رقم 06-154 والذي يحدد شروط وكيفية تطبيق المادة 7 مكرر من قانون 84-11 والمتضمن قانون الأسرة وهذا من أجل تحديد الإجراءات الواجب اتباعها والشكلية المطلوبة في الوثيقة المقدمة لنتائج الفحص وفيما يلي بيان بالتفصيل لشروط وزمان ومكان إجراء الفحص الطبي قبل الزواج ومدى أهميته للمقبلين على الزواج والمجتمع.

¹ - فانتن البوعيشي الكيلاني، المرجع السابق، ص ص 178-180.

² - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص ص 116-117.

الفرع الأول:

شروط الفحص الطبي

باستقراءنا للمواد 2-3-4 إلى غاية المادة 7 من المرسوم التنفيذي رقم 154-06 الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 7 مكرر¹، نجد أن المشرع قد وضع شروطا خاصة للمقبلين على الزواج وشروطا بالنسبة للطبيب وكذلك شروط أخرى بالنسبة لضابط الحالة المدنية.

أولا: الشروط الخاصة بالأطراف وكل من الطبيب وضابط الحالة المدنية

1- الشروط الخاصة بالأطراف:

يعد الرجوع إلى المواد 2-3 من المرسوم التنفيذي رقم 154-06 وإجراء محادثة مطولة مع أحد الأطباء وكذلك مع بعض الأزواج الذين قاموا بإجراء الفحص الطبي نجد أن الشروط الواجب توافرها في الأشخاص المقبلين على إجراء الفحص الطبي هي:

- الحضور الشخصي لمركز إجراء الفحص الطبي.
- حضور الشخص وهو صائم من أجل السير الصحيح لعملية الفحص.
- إحضار الوثيقة المحررة رسميا من أجل القيام بالفحص الطبي والمقدمة من طرف ضابط الحالة المدنية.
- إحضار بعض الوثائق المتعلقة بمركز الفحص والتمثلة في (صورة شمسية، صورة طبق الأصل من بطاقة التعريف الوطنية، بطاقة الزمرة الدموية).

2- الشروط الخاصة بالطبيب:

الفحص الطبي هو بداية عمل الطبيب ويتمثل في فحص المريض لملاحظة العلامات والدلائل السريرية ولذلك يجب توافر شروط في الطبيب أو معاونيه (مشغل أجهزة التصوير الطبي أو المخبري وغيرهم) أن يكونوا مؤهلين في العمل الذي يقومون به فيحرم الإقدام على ذلك من الجاهل ولو كان متخصصا في مجال طبي آخر، كما يحرم على الطبيب أن يحيل المريض على غير مؤهل مع علمه بعدم أهليته وتحمل المؤسسات

¹ - مرسوم تنفيذي رقم 154/06 المؤرخ في 11/05/2006 يحدد الشروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 7 مكرر من قانون 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 31. الصادرة في 11/05/2006.

العمومية الاستثنائية أهلية المسؤولية الكاملة للأشخاص الذين تم تنصيبهم للقيام بهذه المهام.¹

ولا يحل للطبيب أو غيره أن يطالب المريض بالكشف عن عورته إلا إذا تعذر وجود الوسائل التي يمكن بواسطتها تحقيق مهمة الفحص بدون كشف للعورة.²

هذا بالنسبة للشروط العامة الواجب توافرها في الطبيب أما بالرجوع إلى نص المواد 2-3-5 من المرسوم التنفيذي 154/06 فقد أوجب على الطبيب بعض الشروط وهي:

• أن يسلم الشهادة وفق النموذج المطلوب في المرسوم التنفيذي والتي يقدمها ضابط الحالة المدنية.

• عدم تسليم الشهادة الطبية إلا بناء على نتائج فحص عيادي شامل وتحليل فصيلة الدم (ABO+ RHESUS).

• إعلام الأطراف بأخطار العدوى للأمراض التي سيجرى عليها الفحص.

• إبلاغ الشخص الذي قام بالفحص بالملاحظات والنتائج التي تم إجراؤها بطريقة لطيفة في حالة إذا كانت النتائج سلبية.

• تسليم الشهادة للمعني.

3- الشروط الخاصة بضابط الحالة المدنية:

بالرجوع إلى المادة 2 والمادة 6-7 من المرسوم التنفيذي رقم 154-06 الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق المادة 7 مكرر نجد أن ضابط الحالة المدنية أو الموثق قد حددت له شروط من أجل إبرام عقد الزواج بناء على وثيقة الفحص الطبي وعليه كان لا بد من الالتزام بهذه الشروط وإلا تعرض لجزاءات المسؤولية التقصيرية والتمثلة في:

• لا يجوز لضابط الحالة المدنية أو الموثق أن يعقد الزواج إلا إذا تأكد أن الطرفين قد قاما بإحضار الشهادة الطبية.

• يجب أن يتأكد من أن الشهادة لا تقل على 3 أشهر وهي كفيلة بتغيير حالة الإنسان من حالة إلى أخرى ذلك حسب المعلومات الطبية.

¹ - صفوان محمد عضيات، المرجع السابق، ص 115.

² - المرسوم التنفيذي رقم 154-06، المؤرخ في 11/05/2006 الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 7 مكرر.

- التأكد من سماع الطرفين في نفس الوقت يعني في نفس المجلس على نتائج الفحص الطبي وهذا فيه جانب إيجابي إذ يخشى إخفاء أحد طرفي العلاقة نتائج الفحص وهذا ما يؤدي إلى إضرار بعد الزواج.
 - لا يجوز لضابط الحالة المدنية الامتناع عن إبرام عقد الزواج في حالة إصرار الطرفين على الزواج رغم وجود عيوب طبية.
- وما ينبغي الإشارة إليه لافي هذا الصدد هو أنه في 2003/12/14 أصدرت وزارة الشؤون الدينية والأوقاف رخصة بمقتضاها سمحت للأشخاص المصابين ب السيدا الزواج في الجزائري شريطة ألا تحمل المرأة أي استعمال موانع الحمل.¹
- 4- الشروط الخاصة بالشهادة الطبية:**

إن للأهمية الكبرى للمحركات الرسمية الصادرة عن أي سلطة من سلطات الدولة، الشأن الكبير في إعطاء الشهادة الطبية الإطار القانوني من حيث استعمالها ومن حيث كيفية تقديمها ومدى حجيتها عند تقديمها لذلك قد خصص لها المشرع الجزائري شروط خاصة وألزم القيام بها والمتمثل في:

- إن تقدم من طرف ضابط الحالة المدنية أو الموثق للمقبلين على الزواج.
- أن تكون وفق النموذج المقرر في المرسوم التنفيذي رقم 06-154.
- أن لا يقل تاريخها عن ثلاثة (03) أشهر.
- أن لا تسلم هذه الشهادة من قبل الطبيب إلا بناء على نتائج الفحص.
- أن يكون التسليم للمعني فقط دون غيره من أجل استماع للنتائج هذه الفحوصات من قبل الطبيب الذي يملك الطريقة الصحيحة في إيصالها دون غيره.²

ثانيا: نطاق إجراء الفحص الطبي قبل الزواج

إن الحديث عن نطاق إجراء الفحص الطبي قبل الزواج ينقسم إلى نطاق زمني وذلك لما له أهمية كبيرة في الاختيارات التي يستطيع طرفي العلاقة اتخاذها ونطاق مكاني أين يتم تحديد الجهة التي سيتم إجراء الفحص الطبي قبل الزواج.

¹ محمد المختار شبرو، الفحص الطبي قبل الزواج (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الوادي 2014/2015، ص 74.

² المرسوم التنفيذي رقم 06/154، المؤرخ في 2006/05/11 الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 7 مكرر.

1- وقت إجراء الفحص الطبي قبل الزواج:

إن الوقت الذي تجري فيها الفحوصات الطبية كان محل نقاش التشريعات التي نصت عليه وفي تقديرها أن يكون وقت إجراء الفحص للعازمين على الزواج بعد العزم على النكاح وقبل الإعلان وإشهار الخطبة، ذلك أن إجراء الفحص بعد الخطبة قد يؤدي إلى التفرقة بينهما إذا ظهر في إحداهما أنه يحمل مرضاً وراثياً ينتقل إلى الذرية فيتم النفور من الشخص المريض ويتأخر زواجه في حين إذا تم قبل الإشهار وإعلان الخطبة يستطيع المريض أن يتدارك الأمر، فيحفظ سره ويسعى إلى العلاج.¹

عادة يكون توقيت هذه الفحوصات عند اقتراب موعد الزواج، إلا أن هذا التوقيت لا يفسح المجال للالتزام بتلك النتائج إذا كانت سلبية، فيؤخر زواجه أو يتراجع عنه لذا فمن المستحسن تدخل التشريع لدفع المقبلين على الزواج بالتوجه إلى إجراء الفحص الطبي المبكر.²

حيث أنه لا يعتقد أن إجراء الفحص الطبي قبل الزواج للعازمين على الزواج من الخاطبين لا يشكل عائقاً من حيث التوقيت إذا رسخت فكرة الصواب لدى الخاطبين ولكنه حتى تتغير التأويلات والتفسيرات أن يكون إجرائه قبل العقد مباشرة أي زمن الخطبة حتى يتم المحافظة على حرمة وشرف المخطوبة.³

وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري الذي أوجب إجراء الفحص الطبي قبل إبرام عقد الزواج حيث اشترط على طالبي الزواج تقديم شهادة طبية لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر ممتدة إلى يوم إبرام العقد المدني للزواج أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية وتثبت هذه الشهادة خضوعهما للفحوصات الطبية وهذا حسب نص المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 154/06 الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق المادة 7 مكرر من القانون 11/84 المتضمن قانون الأسرة.

¹ عبد الفتاح أحمد أبو كيلة، الفحص الطبي قبل الزواج والأحكام الفقهية المتعلقة به (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، مصر، ص ص 107-108.

² فائق البوعيشي الكيلاني، المرجع السابق، ص 184.

³ ياسين محمد غادي، شروط الفحص الطبي من منظور شرعي، مجلة جامعة دمشق، المجلد 17، ع 1، 2001، ص 286.

2- مكان إجراء الفحص الطبي قبل الزواج:

يقصد الأطراف الراغبين في الزواج الهياكل الصحية الطبية من أجل إجراء جملة من التحاليل الطبية والمخبرية وهي مراكز عامة، ففي غالب الأحيان يتجه الأطراف إلى المؤسسات العمومية الصحية التابعة للدولة وعلى سبيل المثال نجد في الجزائر: المراكز الاستشفائية الجامعية، المؤسسات الاستشفائية العمومية، المؤسسات العمومية للصحة الجوارية...الخ.¹

حيث يخضعون إلى التحاليل الطبية المتاحة بذات المؤسسة العمومية لتحليل فصيلة الدم وفقا لنص المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 154/06، حيث أنه لا يجوز للطبيب أن يسلم الشهادة الطبية إلا بناء على نتائج فحص عيادي شامل وتحليل فصيلة الدم. فالمؤسسات العمومية هي المكان المخصص لإجراء هذه الفحوصات خاصة في الجزائر فالدورة تسهر على ضمان توفير هذه الخدمة الصحية.

كما يمكن استصدار هذه الشهادة الطبية لدى القطاع الخاص والتي بموجبها يتمكن الطبيب من معرفة مدى خلو الطرفين من الأمراض التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج ذلك أن المشرع الجزائري لم يحصر المكان الذي تجري فيه الفحوصات الطبية ومثال على ذلك مخابر التحاليل الطبية التي يشرف عليها الأطباء سواء كانوا عامين أو متخصصين تهيئا لهذا الغرض.²

ورسوم فكرة مبدأ الفحص وأهميته في أذهان الخاطبين من المعتقد أنه لن يحصل خلاف حل المكان الذي يفضل أن يتم فيه الفحوصات الطبية، إلا أنه من المستحسن أن تجري هذه التحاليل في مكان آمن وسري، لا يطلع على النتائج إلا الأطراف المعنيين بالأمر.

الفرع الثاني:

عقبات إجراء الفحص الطبي

من خلال دراستنا لأحكام الشهادة الطبية قبل الزواج وفقا للمادة 7 مكرر من قانون الأسرة الجزائري ومواد المرسوم التنفيذي والذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق احكام المادة 07

¹ - أمينة بوخراب، مدى إلزامية الفحص الطبي قبل الزواج (دراسة فقهية قانونية مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2014، ص 55.

² - المرجع نفسه، ص 56.

مكرر من قانون الأسرة نتضح لنا ملاحظات قانونية كشف عنها القراءة المتأنية للنص تتلخص فيما يلي:

إن أحكام القانون لم تحدد الأمراض المعدية أو الخطرة التي يتعين على الطبيب الكشف عنها، وفقا لنص المادة 2/4 من المرسوم المذكورة والمادة 07 مكرر من قانون الأسرة، والتي جاءت في صيغة عامة ومطلقة وانحصرت على الأمراض والسوابق الوراثية، كما أنه لم يعط للطبيب الحق في رفض تسليم الشهادة الطبية ما قبل الزواج أو على الأقل تأجيل تسليمها لحين زوال خطر العدوى من المريض، بل أن نصوص هذا المرسوم التنفيذي تلزمه بتسليم الشهادة الطبية دون قيد أو شرط ما عدا إبلاغ المعني بملاحظة ونتائج الفحوصات.

والسؤال الذي يطرح هنا: كيف يكون موقف هذا الطبيب إذا ثبت له يقينا أن أحد طالبي الزواج مصاب بمرض أو بعامل يتعارض والأهداف المرجوة من الزواج كداء الزهري أو الجذام أو فقدان المناعة؟ مع العلم أن هذا المرض قاتل وينتقل إلى الزوج الآخر وإلى الجنين في رحم الأم، ويسبب لها نفس النتيجة، وما موقف الطبيب عند إصرار طالبي الزواج الحصول على الشهادة الطبية قبل الزواج باعتبارها الوثيقة الضرورية لإبرام عقد الزواج، رغم علمهما بالمخاطر التي تهدد كل واحد منهما.

الإجابة:

بقراءتنا لأحكام النص التنظيمي، نخلص إلى أنه ليس من حق الطبيب الاعتراض أو الامتناع عن تسليم الشهادة الطبية قبل الزواج، عندئذ كيف يكون موقف الغير ذي المصلحة كالولي من هذا الزوج؟ وما هو موقف النيابة العامة في هذا الشأن باعتبارها طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام قانون الأسرة؟ وما هو موقف السلطات العمومية الصحية في مثل هذه الحالة وفي حالة الأمراض الوبائية الأخرى؟

كما لم يحدد المرسوم التنفيذي رقم 154/06 طبيا خاص معين لفحص الراغبين في الزواج بما يفيد أن أي طبيب عام أو خاص يمكنه إجراء مثل هذه الفحوصات، وللزوجة حرية اختيار الطبيب المشترك يقوم بفحصهما معا أو طبيب محلف ويكون الفحص فرديا¹، كما أنه لم يحدد بدقة الفحوص والتحليلات التي يخضع لها المعني بالأمر، هل يخضع لفحص طبي عام أم لبعض الفحوص الأساسية كفحص الرئتين؟

¹ - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 119.

ولم ينص القانون على إلزامية الفحص الجيني وفقا لنص المادة 1/4 من المرسوم المذكور، للوقاية من الآثار الضارة للجينات المشوهة حماية للراغبين في الزواج من الأمراض الوراثية والتي قد ينتقل إلى الذرية.¹

كذلك عدم الإشارة إلى أن تكاليف الشهادة الطبية (من فحوص وتحليلات..) يتحملها صندوق الضمان الاجتماعي عندما يكون المعني بالأمر منخرطاً فيه، غير أنه يمكنه طلب المساعدة الطبية إذا كان بدون دخل.

وما تجدر ملاحظته عدم جدوى إلزامية شهادة الفحص الطبي المنصوص عليها في المادة 07 مكرر من قانون الأسرة الجزائري وذلك إذا رجعنا للمواد 1/6²، و18³ و22⁴ من قانون الأسرة الجزائري، فوفقاً لمضمون المادة 2/6 قانون الأسرة إذا صاحب إعلان الخطبة وقراءة الفاتحة لإيجاب وقبول في حضرة شاهدين وبحضور الولي، وذكر الصداق كما جرت به العادة والعرف الاجتماعي فهو عقد نافذ شرعاً، وإن لم ينفذ قانوناً وحيث لم يثبت في الوثيقة الرسمية التي يحررها الموثق أو ضابط الحالة المدنية طبقاً للإجراءات الشكلية المنصوص عليها قانوناً في المادة 18 قانون الأسرة الجزائري.

وهنا نتساءل عن كيفية إلزام الراغبين في الزواج بامتنال أحكام المادة 07 مكرر والمادة 1/2 من المرسوم التنفيذي في حين أن القانون ما زال يعترف بالزواج العرفي الذي يتم دون استظهار الشهادة الطبية؟ وما يترتب عنه من ضياع لحقوق المرأة والأولاد والأسرة معاً.

ومن جهة أخرى هل يمكن أن نقول أن النص على شهادة الفحص الطبي هي إحدى القيود القانونية وراء ظهور الزواج العرفي، حيث أن تعديل قانون الأسرة وما أورده من شهادة منها شهادة الفحص الطبي لإتمام الزواج كانت من بين العراقيل أمام عدم اتمام كثير من حالات الزواج من جهة والهروب إلى الزواج العرفي من جهة أخرى لم ينص القانون على

¹ - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 120.

² - تنص على أنه غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة 09 مكرر من هذا القانون.

³ - تنص على أنه يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانوناً مع مراعاة ما ورد في المادتين 9 و9 مكرر من هذا القانون.

⁴ - تنص على أنه "يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي.

عقوبة خاصة يخضع لها ضابط الحالة المدنية والموثق في حالة توثيق عقد الزواج بدون الشهادة الطبية.

ويثور التساؤل عن الهدف من فرض هذه الشهادة هل هو معرفة سلامة الراغب في الزواج من الأمراض المعدية أم لا بد أن توجه عناية الطبيب أثناء الفحص إلا الاضطرابات العصبية وكذلك نتائج الادمان على المشروبات الكحولية وغيرها؟ يتضح مما سبق أن الراغب في الزواج أصبح حالياً للفحص الطبي قبل توثيق عقد الزواج وب التالي لا يمكن لضابط الحالة المدنية والموقف أن يتوليا العقد إلا بعد توفرهما على شهادة مسلمة من طرف الطبيب الذي قام بفحص المعني بالأمر.

وعليه نصل إلى أن موقف المشرع من إحضار الشهادة الطبية قبل الزواج جاء غامضاً وذلك بفرض الشهادة الطبية على الراغبين في الزواج ولكن بدون أن ينظم إجراءاتها تنظيمياً محكماً، فالطبيب يمنح هذه الشهادة بمجرد فحص المعني بالأمر بالعيادة دون اللجوء إلى التحليلات اللازمة لكشف الأمراض المعدية الخطيرة، مما يفرغ هذه الشهادة من محتواها، كما أن هذا الأمر يشكل منفاً للمشرع حتى لا يفرض مجانية الحصول على الشهادة الطبية والتحليلات اللازمة لمنحها، كما أن اللجوء إلى التحليلات الكاملة والوافية لمعرفة خلو الراغب في الزواج من الأمراض المعدية قد يؤدي إلى مصاريف قد يتعدى مبلغها مقدار الصداق.¹

وإذا كان المشرع الجزائري قد رغب فعلاً في توثيق عقد الزواج عن طريق إثقال كاهل الخاطب والمخطوبة بمجموعة من الوثائق، فإنه مع الأسف لم يعتبر كتابة هذا العقد شرطاً لصحته، أي أن الزواج يمكن أن يبرم بدون هذه الكتابة وب التالي تبقى كل الإجراءات المتخذة سواء تجاه التعدد أو مرض أحد الزوجين أو غيرها حبراً على ورق، لأن الراغب في الزواج وخاصة بالبادية يمكن أن يلجأ إلى الزواج العرفي الذي لا زال سائداً في المجتمع الجزائري، فالمشرع لم يبلغ المادة 22 فقرة 2.

¹ - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 122.

المبحث الثاني:

البصمة الوراثية والتلقيح الاصطناعي

المطلب الأول:

البصمة الوراثية

الفرع الأول:

تعريف البصمة الوراثية وخصائصها

سنتناول تعريف البصمة الوراثية، ثم نتطرق الى أهم الخصائص التي تتميز بها، حسب ما يلي:

أولا : تعريف البصمة الوراثية:

البصمة الوراثية مصطلح حديث، ويعد من القضايا الجديدة والنوازل الحادثة التي لم يتكلم عنها الفقهاء المتقدمون، فقد سعى بعض الفقهاء المعاصرين إلى تعريف البصمة الوراثية تعريفا اصطلاحيا فجاءت تعريفاتهم متقاربة، ولعل من أبرزها ما يأتي:

تعريف ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية¹، حيث قالت عن البصمة الوراثية هي: "البنية الجينية نسبة إلى الجينات المورثات التفصيلية، التي تدل على هوية كل فرد بعينه، وهي وسيلة لا تكاد تخطئ في التحقق من الوالدية البيولوجية، والتحقق من الشخصية".

صدر إقرار من طرف المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة، حيث صدر عنهم ما يأتي: "البصمة الوراثية هي: البنية الجينية نسبة إلى الجينات، أي المورثات التي تدل على هوية كل إنسان بعينه، وإنها وسيلة تمتاز بالدقة"².

حيث عرفها الدكتور أبو الوفا محمد أبو الوفا بأنها "الصفات الوراثية التي تنتقل من الأصول إلى الفروع، والتي من شأنها تحديد شخصية كل فرد عن وسيلة تحليل جزء من

¹ محمد أحمد غانم، الجوانب القانونية والشرعية للإثبات الجنائي بالشفرة الوراثية ADN، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2010، ص 51.

² القرار السابع بشأن البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، أعمال وبحث الدورة السادسة عشر للمجمع الفقهي الإسلامي، رابطة العلم الإسلامي، المجلد الثالث، مكة المكرمة، 05-10 يناير 2002، ص 358-361.

حمض ADN، الذي يحتوي عليه خلايا جسده".¹

كما عرفها الدكتور سعد الدين مسعد الهلالي بأنها "تعيين هوية الإنسان عن وسيلة تحليل جزء أو أجزاء من حمض ADN، المتمركز في نواة أي خلية من خلايا جسمه، ويظهر هذا التحليل في صورة شريط من سلسلتين، كل سلسلة بها تدرج على شكل خطوط عريضة مسلسلة وفقا لتسلسل القواد الأمنية على حمض ADN، وهو خاصة لكل إنسان تميزه عن الآخر في الترتيب، وفي المسافة ما بين الخطوط العرضية، تمثل إحدى السلسلتين الصفات الوراثية من الأب (صاحب الماء)، وتمثل السلسلة الأخرى الصفات الوراثية من الأم (صاحب البويضة)".²

وعلى كل عند التأمل من التعريفات السابقة ندرك أنها وإن اختلفت عباراتها، إلا أنها تدل على مضمون واحد، وهو: ما يحمله الإنسان من جينات تحمل صفاته الوراثية التي أخذها من أبويه، والتي تدل على هويته وتميزه عن غيره.³

ثانيا: خصائص البصمة الوراثية

من اهم خصائص البصمة الوراثية ما يلي:

أ. انفراد كل شخص ببصمة وراثية لا تتوافق، ولا تتشابه مع أي شخص آخر في العالم، إلا في حالة التوأم المماثلة.⁴

ب. بصمة الحمض النووي تظهر في شكل خطوط عريضة تختلف في السمك، والمسافة نتيجة اختلافها من شخص إلى آخر كونها صفة لكل إنسان تميزه عن الآخر، وهذه النتيجة سهل قراءتها، وحفظها، وتخزينها في الحاسوب لحين الحاجة للمقارنة.⁵

¹ أبو الوفا محمد أبو الوفا، مدى حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي في القانون الوضعي والفقہ الإسلامي، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، المجلد 02، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة والقانون، 07-05 مايو 2002، ص 685.

² سعد الدين مسعد الهلالي، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية (أفاق فقهية وقانونية جديدة دراسة مقارنة)، الطبعة الثانية، مكتبة وهبة، مصر، 2010، ص 40-41.

³ زيد بن عبد الله بن إبراهيم آل قرون، البصمة الوراثية وأثرها في الإثبات، بحث مقدم لمؤتمر القرائن الطبية المعاصرة وآثارها الفقهية، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، 2014، ص 445.

⁴ جادي فايزة، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات الجنائي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2011-2012، ص 28.

⁵ رابحي فاطمة الزهراء، إثبات النسب، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، ص 158.

ج. دقة نتائجها التي لا تقبل التزوير والاحتمال، إذا روعيت الشروط اللازمة، والتي تصل إلى نسبة 100% في دعاوى النفي، وإلى نسبة 99.99%، في دعاوى الإثبات، مما يجعلها سيده الأداة.¹

د. يمكن استخلاص البصمة الوراثية من الحمض النووي لأي خلية في جسم الإنسان، ما عدا خلايا الدم الحمراء التي لا يوجد بها حمض نووي.²

هـ. تتميز البصمة الوراثية بمقاومتها عوامل التحلل، والعفن، والعوامل المناخية الأخرى، من برودة ورطوبة وجفاف لفترات طويلة، حتى أنه يمكن الحصول عليها من الآثار القديمة والحديثة.³

الفرع الثاني:

ضوابط استخدام البصمة الوراثية وحجيتها في اثبات النسب

أولاً : ضوابط استخدام البصمة الوراثية

أجمع العلماء المتفقون بالعمل بالبصمة الوراثية على ضرورة وضع التنظيمات والضوابط المناسبة، التي تكفل دقة نتائجها، والتي حرصوا أن تكون متماشية مع أصول وقواعد الشريعة الإسلامية، وذلك على أساس أن الأخذ بالبصمة الوراثية والقضاء بها يعد نازلة مستجدة، تستدعي النظر في المصالح المترتبة عليها، والحرص أن لا تتعارض مع الأدلة الشرعية، وهذه الضوابط منها ضوابط شرعية، ومنها ضوابط فنية، وهو ما سنبينه على النحو الآتي:

1 - الضوابط الشرعية:

- أن لا يتم التحليل، إلا بإذن من الجهة المختصة، بناء على أوامر من القضاء.⁴

¹ - إقروفة زبيدة، الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب في قانون الأسرة الجزائري (التلخيص الاصطناعي والبصمة الوراثية نموذجاً)، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 2008-2009، ص 199.

² - شامي أحمد، قانون الأسرة الجزائري (طبقاً لأحدث التعديلات، دراسة فقهية ونقدية مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2010، ص 185.

³ - صفاء عادل سامي، حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجزائري، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2013، ص 85.

⁴ - حسام الأحمد، البصمة الوراثية، حجيتها في الإثبات الجنائي والنسب، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص 118.

- ألا تخالف نتائج البصمة الوراثية، صدق النصوص الشرعية الثابتة من الكتاب، والسنة الشريفة، حتى لا يؤدي ذلك إلى إهمال النصوص الشرعية المقطوع بصحتها وجلب المفساد، ومن ثم لا يجوز استخدامها في التشكيك في صحة الأنساب المستقرة الثابتة، وزعزعة الثقة بين الزوجين.¹
- أن يكون اللجوء إلى هذه الوسيلة في الحالات التي يجوز فيها إثبات النسب.²
- أن يكون جميع القائمين على العمل في المختبرات الخاصة بتحليل البصمة الوراثية، سواء كانوا من خبراء البصمة الوراثية، أو المساندين لهم في أعمالهم المخبرية، ممن تتوفر فيهم الخبرة التامة في هذا المجال، وأن يكونوا ممن يشهد لهم بالتميز العلمي، والمقدرة، والضبط التقني، حتى لا يؤدي الأمر إلى تدهور النتائج العلمية، ثم ضياع الحقوق من أصحابها.³
- بما أن البصمة الوراثية مثل الشهادة فلا تقبل نتيجتها، إذا كانت هناك مصلحة خاصة بالخبير، الذي يقوم بإجرائها، أو بالمختبر، الذي يقوم بها، وكذلك الأمر، إذا كانت هناك عداوة، فلا تقبل نتيجتها ضد الطرف الآخر، وكذلك لا ينبغي مراعاة القرابة القريبة، فلا تقبل شهادة خبير في البصمة لصالح أمه، أو أبيه، أو نحو ذلك.⁴
- أن لا تخالف نتائج التحليل حكماً عقلياً في الشريعة الإسلامية، كأن يثبت بنوة مولود لمن لا يولد لمثله، مثل الصبي الذي لم يبلغ، ونحو ذلك مما ذكره الفقهاء من شروط ثبوت النسب.⁵

¹ - خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية (دراسة فقهية مقارنة)، الطبعة الأولى، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 2006، ص 49.

² - زيادة حمد الصميدعي، البصمة الوراثية ودورها في إثبات النسب، مجلة الجامعة العراقية، مركز الدراسات والبحوث الإسلامية، العدد 02/26، الجامعة العراقية، 2011، ص 358.

³ - أحمد بن عبد الله بن محمد اليوسف، إثبات النسب بالقرائن الطبية المعاصرة، مجلة الدراسات الطبية الفقهية، العدد 01، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 2015، ص 317.

⁴ - علي محي الدين القرند داغي، البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، أعمال وبحوث الدورة السادسة عشر للمجتمع الفقهي الإسلامي، رابطة العالم الإسلامي، المجلد الثالث، مكة المكرمة، 05-10 يناير 2002، ص 65.

⁵ - ناصر عبد الله الميمان، المرجع السابق، ص 223.

- فرض عقوبات صارمة على المخالفين لتحليلات البصمة الوراثية في مجال النسب.¹
- أن يكون مسلماً، لأن قوله شهادة، وشهادة غير المسلم لا تقبل على المسلم، إلا في الوصية في السفر ونحوه، ولأن قوله يتضمن خبراً ورواية.²
- أن لا تتدخل المصالح الشخصية، والأهواء في هذه الفحوصات.³
- أن يمنع القطاع الخاص، والشركات التجارية ذات المصالح من المتاجرة فيها، وفرض العقوبات الزاجرة والرادعة لكل من تسول له نفسه التلاعب بالجينات البشرية، أو التعرض للأسرة المسلمة، وتحطيم دعائمها.⁴

2 - الضوابط الفنية:

- أن تكون مختبرات الفحص للبصمة الوراثية تابعة للدولة، وإذا لم يتوافر ذلك، يمكن الاستعانة بالمختبرات الخاصة الخاضعة لإشراف الدولة، ويشترط على كل حال، أن تتوفر فيها الشروط، والضوابط العملية المعتمدة محلياً، وعالمياً في هذا المجال.⁵
- أن يكون جميع القائمين على العمل بالمختبرات الخاصة بتحليل البصمة الوراثية- سواء كانوا من خبراء البصمة الوراثية، أو من المساندين لهم في أعمالهم المخبرية- ممن تعرف فيهم أهلية قبول الشهادة، كما في القائف، إضافة إلى معرفته، وخبرته في مجال تخصصه الدقيق في المختبرة.⁶

¹ عيساوي فاطمة، حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب، مجلة المعارف، المركز الجامعي العقيد آكلي محند أولحاج، العدد 08. البويرة، جوان 2010، ص 76.

² وهبة مصطفى الزحيلي، البصمة الوراثية ودورها في الإثبات، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد 02، 05-07 مايو 2002، ص 517.

³ نصر فريد واصل، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، أعمال وبحوث الدورة السادسة عشر للمجمع الفقهي الإسلامي، رابطة العلوم الإسلامية، المجلد الثالث، مكلة المكرمة، 05-10 يناير 2002، ص 97.

⁴ علال برزوق أمال، أحكام النسب بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2014-2015، ص 339.

⁵ حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، المرجع السابق، ص 478.

⁶ بن صغير مراد، حجية البصمة الوراثية ودورها في إثبات النسب، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرياح، العدد التاسع، ورقلة، جوان 2013، ص 265.

- توثيق كل خطوة من خطوات تحليل البصمة الوراثية، بدء من نقل العينات إلى ظهور النتائج النهائية، حرصاً على سلامة تلك العينات، وضماناً لصحة نتائجها، مع حفظ هذه الوثائق للرجوع إليها عند الحاجة.¹
 - عمل التحاليل الخاصة بالبصمة الوراثية بوسائل متعددة، وأن لا يقل عدد المورثات "الجينات" المستعملة للوصول إلى نتائج يقينية عن ستة (06) مورثات، وإذا أثبت العلم أكثر، فيجب الأخذ به، ضماناً لصحة النتائج قدر الإمكان.²
 - أن تكون هذه المخابر، والمعامل الفنية مزودة بأحسن الأجهزة ذات التقنيات العالمية، والمواصفات الفنية القابلة للاستمرارية، والتفاعل مع العينات والظروف المحيطة بها في الدولة، مع وضع آليات دقيقة لمنع الغش ومنع التلوث وكل ما يتعلق بالجهد البشري في حقل مختبرات البصمة الوراثية، حتى تكون النتائج مطابقة للواقع.³
 - أن يتم إنشاء لجان خاصة بالبصمة الوراثية على مستوى جميع الدول، والتي تتكون من متخصصين شرعيين، أطباء، وأعاون إداريين، وتوكل لكل لجنة من تلك اللجان المكونة مهمة الإشراف على نتائج تحاليل اختبار البصمة الوراثية التي تتم على مستواها، ولتنتظر بعد ذلك في مدى إمكانية اعتماد نتائجها.⁴
 - أن تحاط الإجراءات الخاصة بتحليل البصمة الوراثية بسرية تامة، وذلك نظراً لخصوصية هذا النوع من الاختبارات، وخطورة إفشاء نتائجها.⁵
- فإذا توفرت هذه الشروط، والضوابط في خبراء البصمة الوراثية، وفي المعامل، ومختبرات تحليل البصمة الوراثية، فلا خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية حول جواز

¹- أسماء مندوه عبد العزيز أبو خزيمة، وسائل إثبات النسب بين القديم والحديث (دراسة فقهية مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، مصر، 2010، ص 323.

²- أنس حسن محمد ناجي، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في إثبات ونفي النسب في ضوء الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2010، ص 39.

³- علال برزوق أمال، المرجع السابق، ص 337.

⁴- بوجلال علي، البصمة الوراثية وأثرها على النسب، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2016-2017، ص 78.

⁵- بوجلال علي، المرجع السابق، ص 80.

استخدام البصمة الوراثية في مجال إثبات أو نفي النسب، باعتبارها وسيلة من الوسائل
المعتبرة لإثبات النسب.¹

ثانيا: حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب

إن التشريع الجزائري ما زال بعيدا كل البعد عن ملاحقة الركب العالمي في مجال
وضع تشريعات أو تنظيمات تضبط موضوع البصمة الوراثية من كل جوانبها، وتجمع شتات
مسائلها وفروعها، ولعل خلو أقرب القوانين إلى موضوع البصمة الوراثية وهو قانون الصحة
العمومية من أدنى شك إشارة للفحص الجيني على الأقل في مجال الأغراض العلاجية
البحثة، ناهيك عن الأغراض العلمية الأخرى كالهندسة الوراثية للنبات والحيوان... الخ، لأكبر
دليل على جمود التشريع، وعلى عمق الفجوة بيننا وبين الدول الغربية التي بلغت مرحلة
التفتيح والتعديل لقوانينها التي نظمت عملية الفحص الجيني وحدود تطبيقاتها.²

فلم يرد بشأن البصمة الوراثية نص يعينها بذاتها كوسيلة إثبات، أو يقعد شروط الأخذ
بها، لذا يؤسس العمل بها انطلاقا من عموم النصوص ومن القواعد والمبادئ العامة في
الإثبات وتعيين الخبرة والإجراءات التي تتبع في ذلك سواء المدنية والجزائية.³

فقبل تعديل قانون الأسرة الجزائري سنة 2005⁴، كانت المادة 40 منه تنص على أنه
"يثبت النسب بالزواج الصحيح، وبالإقرار، والبينة، وبنكاح الشبهة، وبكل نكاح تم فسخه بعد
الدخول طبقا للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون"، لتضيف المادة 41 الموالية، أنه ينسب
الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالوسائل المشروعة".

يستنتج من خلال هاتين المادتين بأن النسب في القانون الجزائري يثبت: "بالزواج
الصحيح، أو الإقرار، أو البينة، أو بنكاح الشبهة، وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول، كما
يثبت النسب متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالوسائل المشروعة".

ولما كان على المشرع الجزائري أن يتماشى هذا التطور العلمي، فكانت المادة 40
من قانون الأسرة الجزائري محل تعديل بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 27/02/2005،

¹ - حسام الأحمد، المرجع السابق، ص 119.

² - إقروفة زبيدة، المرجع السابق، ص 252.

³ - المرجع نفسه، ص 253.

⁴ - القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة، المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق لـ 9 جويلية 1984، الجريدة
الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 31، الصادرة في 03 ذو القعدة 1404 الموافق لـ 31 جويلية
1984، ص 1184-1185.

المعدل والمتمم لقانون الأسرة¹، حيث تم استبدال في نص المادة حرف "الواو" بـ "أو" في الفقرة الأولى، حتى لا يفهم أن إثبات النسب يقتضي مجموع أدلة الإثبات مجتمعة، فكان حرف "الواو" حرف عطف يفيد الربط والتثبيت، و"أو" تفيد التخيير، كما هو مقتضاها اللغوي. ثم جاءت الفقرة الثانية، وهي الجانب الجديد من التعديل، تنص على أنه "يجوز للقاضي اللجوء إلى الوسائل العلمية لإثبات النسب"، وهي إضافة حسنة وفي مكانها من طرف المشرع الجزائري في سبيل الوصول إلى الحقيقة.²

فص هذه المادة أجاز للقاضي أن يلجأ في إثبات النسب إلى الوسائل العلمية، مع ملاحظة أن القانون لم يحدد هذه الوسائل وترك أمر هذا التحديد للقاضي.

ونظرا لكون وسيلة الفحص الجيني من أشهر الوسائل العلمية وأوثقها وأحدثها في الكشف عن الشفرة الوراثية التي تميز الأشخاص عن بعضهم البعض، والتي تستعمل في إثبات الأنساب أو نفيها، والتي شاع العمل بها في معظم بلدان العالم في المجال القانوني، فهي بالضرورة داخلية في محتوى الفقرة الأخيرة من المادة السابقة³، بدليل مضمون عرض أسباب التعديل، حيث جاء بالمشروع التمهيدي لقانون الأسرة لسنة 2005 بأنه "مواكبة للنتائج المتطورة التي حققها البحث الطبي في علم الجينات، والذي تمكن من وضع تحليلات علمية دقيقة تثبت بصفة جلية العلاقة البيولوجية بين المولود وأبيه وأمه أصبح مفيدا وضروريا إدراج هذه المفاهيم الحديثة في القانون لمد القضاة وهم يطبقون قواعد وعناصر البيئة في حالة إثبات النسب بوسائل علمية تمتاز بالدقة والمصادقية".⁴

ولا ينفي ذلك أيضا دخول غيرها من وسائل الإثبات العلمية الأخرى التي جرى العمل بها قبل ظهور تقنية البصمة الوراثية، لأن العبارة عامة ومطلقة بدون حصر أو قيد، كما أن ورودها بصيغة التخيير يجعل الأمر يخضع للسلطة التقديرية للقاضي في إصدار الأمر بإحالة أطراف الخصومة على المعمل الجنائي لإجراء الاختبارات الجينية على عينات لهم، وإرجاء الفصل النهائي في القضية لغاية ظهور نتائج الفحص، فهو بذلك صاحب القرار، إن

¹ - الأمر رقم 02-05 المتضمن قانون الأسرة، المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق لـ 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 15، الصادرة في 18 محرم 1426 الموافق لـ 27 فبراير 2005، ص 18-22.

² - علال برزوق أمال، المرجع السابق، ص 293.

³ - إقروفة زبيدة، المرجع السابق، ص 253.

⁴ - رابحي فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 169.

تبين له من خلال ملابسات وحيثيات القضية دواع ذلك، أو تردد اختياره بين النفي والإثبات دون أن تكون بين يديه أمانة جلية تعضد وتعزز أحد الاختبارين، فله أن يؤكد ظنه الغالب بالاستعانة بالوسائل العلمية ومنها البصمة الوراثية، حتى يصل إلى درجة القناعة التامة التي لا يخالطها ريب ولا شك نظرا لدقة نتائج هذه التقنية.¹

أما بالنسبة لمرتبة البصمة الوراثية بين وسائل إثبات النسب الشرعية والمنصوص عليها في قانون الأسرة، فهي ليست على درجة واحدة من القوة، حيث يأتي في مقدمتها الزواج سواء كان صحيحا أو فاسدا، أو الوطء بشبهة، ثم الإقرار، ثم البينة، وإنما كان بعض الفقهاء يقدمون البينة على الإقرار، باعتبار هذه الأخيرة شهادة الواحد لنفسه، ولهذه الأسباب الثلاثة من القوة بمكان في إثبات النسب، بحيث لا يمكن اعتبار البصمة الوراثية إزاءها فضلا على تقديم عليها، ولكن قد تطرأ حالات لا يمكن فيها فك النزاع حول النسب بهذه الوسائل الثلاثة، عندها يمكن اللجوء إلى البصمة الوراثية لإثبات النسب.²

كما يتضح جليا من نص المادة 40 من قانون الأسرة³ أنه ورد تسبيق الوسائل الشرعية عن الوسائل العلمية الحديثة، حينما نصت: "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو الإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32-33-34 من هذا القانون يجوز للقاضي اللجوء إلى الوسائل العلمية لإثبات النسب".

ويتضمن هذا النص خاصة في فقرته الثانية أمرين، أحدهما: أن إجراء خبرة التحاليل البيولوجية تتم بإشراف القاضي وتوجيهه، ولا معنى لشهادات الخبرة المقدمة من طرف الخصوم، وتثبيهما: أن البصمة الوراثية كسائر القرائن تخضعه لسلطة القاضي مثلها مثل بقية الأدلة الفنية.

ومعنى هذا أنه لا يمكن أن تقدم تلك الوسيلة العلمية بأي حال من الأحوال على الأدلة الشرعية لثبوت النسب، ويظهر قصد المشرع من خلال نص المادة 40 -السالفة الذكر- وذلك بإبقائه الأدلة الشرعية في الفقرة الأولى من المادة، ولو كان قصد المشرع اعتبار الوسيلة العلمية دليلا شرعيا قائما بذاتها لتم إدراجها ضمن الأدلة الشرعية في فقرة معا، وهو ما يعني اعتبارها دليلا مساعدا أو احتياطيا يأخذ به القاضي في حال فقدان

¹ - إقروفة زبيدة، المرجع السابق، ص 255.

² - عيساوي فاطمة، المرجع السابق، ص 74.

³ - ذبابي باديس، المرجع السابق، ص 124.

الوسائل الشرعية كما في حال النسب المجهول، أو اللقيط، أو تعارض الأدلة الشرعية، وفي هذه الحالة متى أمر القاضي بإجراء خبرة البصمة الوراثية من تلقاء نفسه، أو بناء على طلب أطراف الدعوى للكشف عن حقيقة النسب، وله أن يأخذ بما ورد في تقرير البصمة الوراثية أو يستبعده، ولا معقب عليه في ذلك متى كان حكمه قائماً على أسباب سائغة.¹ كما أن له السلطة التامة في قبول أو رفض طلب أحد المتداعين ندب خبير البصمة الوراثية متى كان في الأدلة القائمة في الدعوى ما يكفي لتكوين قناعته والفصل في الموضوع.

وذلك عملاً بالمبدأ المستقر عليه قضاء أن محكمة الموضوع هي صاحبة القرار في تقدير الأدلة والأخذ بها، ولا رقابة عليها في ذلك من محكمة النقض.² وما يؤكد أن المشرع استعمل لفظ "يثبت" في الفقرة الأولى من المادة 40، أي أنه إذا تحقق وسيلة من الوسائل المنصوص عليها في الفقرة، فالنسب يثبت وليس للقاضي سلطة تقديرية في ذلك، وعلى العكس فإن الفقرة الموالية من نفس المادة، فإنه يفهم من استخدام المشرع عبارة "يجوز للقاضي" اللجوء إلى الوسائل العلمية لإثبات النسب، أن الأمر جوازي يمكن الأخذ به كما يمكن عدم الأخذ به، وواضح من هذه المادة أن المشرع منح الأسبقية للوسائل الشرعية على الوسائل العلمية، وترك السلطة التقديرية للقاضي في اللجوء إلى الوسائل العلمية لإثبات النسب، فإذا رأى القاضي أن بالملف ما يكفي من أدلة الإثبات المنصوص عليها في الفقرة 01، فإنه بإمكانه عدم الاستجابة للطلب الرامي بإجراء خبرة البصمة الوراثية والعكس صحيح، كما يمكنه أن يأمر بها من تلقاء نفسه دون طلب من الخصوم.

وإذا كان المشرع قصد من وراء منح السلطة التقديرية للقاضي في الفقرة 02 من المادة الأخيرة، أن يحيل القاضي عند الضرورة إلى ما وصل إليه فقهاء الشريعة الإسلامية، وما أجمعوا عليه بشأن تحديد حالات معينة للجوء فيها إلى البصمة الوراثية في إثبات النسب، إعمالاً لنص المادة 222 من قانون الأسرة، فإذا كان هذا هو المقصود فحسبنا ما فعل، وعلى هذا فإن إضافة المشرع البصمة الوراثية كوسيلة علمية لإثبات النسب إلى جانب

¹ - شامي أحمد، المرجع السابق، ص 192-193.

² - كما تم تدشين قسماً للبيولوجيا الشرعية الـ ADN بمناسبة عيد الشرطة بتاريخ 2004/07/22 وهذا الإنجاز يعد خطوة هامة في تكريس وتشجيع العمل بالبصمة الوراثية، ويتم في إحدى معاملها الفنية استعمال هذه الوسيلة في قضايا تتعلق بالنسب وادعاء البنوة أو رفضها ونحو ذلك من القضايا، شامي أحمد، المرجع السابق، الهامش رقم 02، ص 193.

الوسائل التي حددها بالفقرة 01، لم تأت لإلغاء أو استبعاد أدلة الإثبات الشرعية (المستمدة من الشريعة الإسلامية) التقليدية، بل جاءت مكملة ومسايرة للتطور العلمي في هذا المجال في تحديد العلاقة بين الآباء والأولاد، وكان من المستحسن على المشرع أن يبين أو يحدد الحالات التي يسمح فيها للقاضي باللجوء إلى تحليل البصمة الوراثية لإثبات النسب على سبيل الاستثناء من المبدأ العام المتضمن بالفقرة الأولى من نفس المادة 40 من قانون الأسرة، لأن هذه السلطة التقديرية المطلقة غير المحددة من المحتمل أن تحدث تهديدا على صحة وقطعية الأنساب في حالة ما إذا توسع القاضي في سلطته في تفسير النص.¹

كما نشير أن المشرع الجزائري أصدر القانون رقم 03-16 المؤرخ في 19 جوان 2016²، يتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص، أين عرف البصمة الوراثية في المادة الثانية منه³، وفي المادة الخامسة حدد الأشخاص الذين يجوز أخذ عينات بيولوجية عنهم للحصول على البصمة الوراثية، لكن دون ذكر لمجال إثبات النسب.

¹ - رابحي فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 170.

² - القانون رقم 03-16 يتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص، المؤرخ في 14 رمضان 1437 الموافق 19 يونيو 2016، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 37، الصادرة في 17 رمضان 1437 الموافق 22 يونيو 2016، ص 5-8.

³ - تنص المادة 02 على أنه "يقصد في مفهوم هذا القانون بما يأتي: البصمة الوراثية: التسلسل في المنطقة غير المشفرة من الحمض النووي، الحمض النووي (الريبي المنقوص الأوكسجين): تسلسل مجموعة من النكليوتيدات تتكون كل واحد منها من قاعدة أزوتية (A) الغوانين (G) السيتوزين (C) والتيمين (T) ومن سكر (ريبوز منقوص الأوكسجين) ومجموعة فوسفات، المناطق المشفرة في الحمض النووي: مناطق من الحمض النووي، لا تشفر لبروتين معين، المناطق غير المشفرة في الحمض النووي: مناطق من الحمض النووي، لا تشفر لبروتين معين، التحليل الوراثي: مجموعة الخطوات التي تجري على العينات البيولوجية، بهدف الحصول على بصمة وراثية، العينات البيولوجية: أنسجة أو سائل بيولوجية تسمح بالحصول على بصمة وراثية، المقارنة: هي المقارنة بين بصمتين وراثيتين".

المطلب الثاني:

التلقيح الاصطناعي

الفرع الأول:

تعريف التلقيح الاصطناعي وأنواعه

أولاً: تعريفه

لغة:

اللحج واللحاق: ماء الفحل، أي لقت الناقة ونحوها، لقحا، ولقأحا: قبلت ماء الفحل، فهي لاقح، ويقال لقت النخلة ولقح الزرع.

الصناعة: اسم فاعل: وصنع الشيء، عالجه صناعيا، والصناعة حرفة الصانع وعمله والصناعي ما ليس طبيعيا.¹

اصطلاحاً:

"هو عملية تجري لعلاج حالات العقم عند المرأة وذلك بالتحقق من ادخال منى الزوج إلى الزوجة، أو شخص أجنبي، في عضوها التناسلي بغير اتصال جنسي".²
كما عرفه أهل الاختصاص بأنه "الحصول على المنى من الرجل وحقنه في فرج الأنثى ليصل إلى البويضة في قناة فالوب، ويعمل على تلقيحها وتكمل بعد ذلك البويضة المخصبة التكوين الجيني الطبيعي".³

وهذا المفهوم ليس غريب عن الفقهاء الأقدمين فلقد ناقشوا هذه المسألة تحت أبواب العدة وإلحاق الولد، وغير ذلك فيما إذا يمكن المرأة من استدخال منى الزوج وقت انزاله واستدخاله من ثم لحق النسب.⁴

وفي عام 1971 توصل الطبيبان (ستنتو وإدواردز) من إبقاء البويضة الملحقة حية أكثر من ثلاثة أيام، ثم توالت التجارب إلى غاية نجاحها بولادة أول طفلة (لويز براون) من

¹ - مجمع اللغة العربية المعجم الوجيز، المصدر السابق، ص 562.

² - شوقي زكريا الصالحي، التلقيح الصناعي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، 2011، ص 11.

³ - عمر بن محمد بن إبراهيم غانم، أحكام الجنيني في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الأندلس الخضراء، جدة، 2001، ص 229.

⁴ - شوقي زكريا الصالحي، المرجع السابق، ص 21.

طريق التلقيح الاصطناعي سنة 1978 في إنجلترا، وفي سنة 1984 تمت ولادة طفلة استرالية تسمى (زوي) من جنين مخصب مجمد.¹

ثانيا: أنواع التلقيح الاصطناعي

يقسم التلقيح الاصطناعي إلى نوعين: داخلي وخارجي.

1: التلقيح الاصطناعي الداخلي:

"وهو الإخصاب بمنويات الرجل داخل رحم الزوجة أثناء حياة زوجها، وفي ظل زوجية قائمة، أو الإخصاب بحيوانات الزوج المنوية بعد وفاته أو إنهاء العلاقة الزوجية بالطلاق أو تلقيح بويضة امرأة أخرى بمنى غير زوجها وذلك لأنه إما أن يكون الزوج ليس به مني أو كان به مني ولكنه غير صالح للإنجاب".²

وهذا الأسلوب هو الأول ظهورا في تقنية الإخصاب الصناعي، والذي يلجأ إليه عادة في حالة ما إذا كان سبب العقم موجودا في الزوج دون الزوجة، إذ تمنعه أحد الأسباب التالية من إيصال مائه إلى المكان الأصلي للإخصاب بالطريق الطبيعي³ للتكاثر:

1. إذا كان عدد الحيوانات المنوية عند الزوج حوالي عشرة ملايين في المليتر الواحد، أي نقص الحيوانات المنوية إلى أقل من الحد الأدنى.

2. عند عدم التقاء الحيوان المنوي بالبويضة بسبب انسداد في قناتي فالوب، وبالتالي لا يتم الإخصاب.

3. عدائية عنق الرحم، والتي تهاجم فيها الأجسام المضادة في مخاط عنق الرحم النطف المنوية لتقضي عليها وتعيق ولوجها للرحم.

4. عند نمو الأنسجة الرحمية خارج الرحم عن طريق انقباض بطانة الرحم، فتسد الأنابيب وتعطل أجزاء أخرى في الجهاز التناسلي.

5. عند وجود مشاكل بالرحم كإزالته بعملية أو وجوب عيوب خلقية.

¹ - افروفة زبيدة، المرجع السابق، ص 115.

² - شوقي زكريا الصالحي، المرجع السابق، ص 19.

أنظر أيضا: الشحات إبراهيم محمد منصور، المرجع السابق، ص 57.

³ - إقروفة زبيدة، المرجع السابق، ص 142.

6. عند عدم تمكن المبايض من إفراز البويضات بسبب مشاكل فيها أو مرضها الشديد.¹
عند وجود هذه الأسباب يعمد إلى التدخل الطبي لإنجاح العملية عن طريق طبيب مختص حيث يقوم بسحب الخلايا الجنسية من الزوج، ثم يقوم بحقنها في رحم الزوجة، لكي تتم عملية الإخصاب، ونمو الجنين بالصورة الطبيعية.²
وذكر بعض ما نقل الفقهاء القدامى إلى ما يشابه هذه الفكرة من طريق غير مباشر تحت فصول متفرقة مثل باب العدة وإلحاق الولد، واستدخال المني وما يترتب عنه من النسب.³

2- التلقيح الاصطناعي الخارجي (أطفال الأنابيب):

ويعرف بأنه "ذلك التلقيح الذي يتم عن طريق انتزاع بويضة أو أكثر من الزوجة، صالحة للإخصاب عن طريق تدخل جراحي يسمى (Laparoscopie)، ثم تلقح بمني الزوج "بغير اتصال جنسي- وتوضع في أنبوب به نفس السائل اللازم للنمو، وبعد مرور فترة من الوقت (يومين ونصف تقريبا) يتم الانقسام وبعد أن تتكون النطفة الملقحة يتم زرعها في رحم المرأة لتنمو وتتطور بعد ذلك.⁴

وقيل نه كذلك أن تلقيح بين مني الرجل وبويضة المرأة في وسط غير الرحم، كأنبوب اختبار وعند اجتماع الحيوان بالبويضة وحدث الانقسام، تتم إعادة اللقيحة إلى رحم الأنثى سواء كانت هي صاحبة البويضة الملقحة أم غيرها.⁵

ويتم اللجوء إلى هذه الطريقة عادة عند كون المانع من الحم مصدره الزوجان، أي الرجل والمرأة أو أحدهما، مما يوجب سحب الحيوان المنوي والبويضة منهما ثم الجمع بينهما في محضنة معدة لذلك، وتحت ظروف مشابهة للوسط الطبيعي لمدة معينة وعند تكون خلية مخصبة تبدأ في الانشطار، يقوم الطبيب المختص بإعادتها إلى رحم المرأة لتستكمل مراحل الخلق، وأول مولود بهذه التقنية هي الطفلة (لويز بروان) التي سبق وأن أشرنا لها.⁶

¹ - فاطمة الزهراء رابحي، إثبات النسب، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، فرع القانون الخاص، 2011، ص ص 227-228.

² - إقروفة زبيدة، المرجع السابق، ص 142.

³ - المرجع نفسه.

⁴ - شوقي زكريا الصالحي، المرجع السابق، ص 61.

⁵ - إقروفة زبيدة، المرجع السابق، ص 143.

⁶ - المرجع نفسه، 144.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فإنه لم ينظم عملية التلقيح الاصطناعي وصوره المختلفة بنصوص تشريعية خاصة، أو قواعد لا في قانون الصحة وترقيتها، ولا في مدونة أخلاقيات الطب، رغم أنه يمارس في العيادات الخاصة، غير أنه أجاز التلقيح الاصطناعي بين الزوجين فقط، ووضع في نفس الوقت شروطا قانونيا وضوابط -سنتاولها في المطلب الثاني- تنظم اللجوء لهذه التقنية الحديثة، بشكل يتماشى مع أحكام الشريعة الإسلامية¹، وذلك بموجب المادة 45 مكرر من الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005 والتي جاء فيها "يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي".

يخضع التلقيح الاصطناعي للشروط التالية:

- أن يكون الزواج شرعيا.
- أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما.
- أن يتم بمني الزوج وبويضة ورحم الزوجة دون غيرها.

لا يجوز اللجوء لعملية التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة".

يقول المستشار أحمد نصر الجندي: "يلاحظ أن التلقيح الاصطناعي الذي جاء به النص السابق - وضع له قيودا هو أن يتم بمني الزوج وبويضة ورحم الزوجة- دون غيرها ولم يبين النص أن يكون التلقيح في رحم الزوجة -مما يعني أنه يجوز أن يكون التلقيح خارج رحم الزوجة، ثم تعاد اللقيحة إلى رحمها، كما يجوز أن يكون عن طريق إدخال مني الزوج، بألة معينة في رحم زوجته".²

كما يشير المستشار أحمد نصر الجندي إلى أن هذا النص جاء مطلقا بحكم عام، أي لم يحدد الحالات التي يجب فيها اللجوء لعملية التلقيح الاصطناعي، الأمر الذي جعل الباب مفتوحا لكل التفسيرات.³

¹ -بغدالي الجيلالي، الوسائل العلمية الحديثة المساعدة على الإنجاب في قانون الأسرة الجزائري (دراسة مقارنة)، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق بن عكنون، القانون الخاص، فرع قانون الأسرة، 2013-2014، ص 26.

² - أحمد نصر الدين الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والتوزيع، مصر، 2009، ص ص 97-98.

³ - المرجع نفسه، ص 98.

الفرع الثاني:

شروط التلقيح الاصطناعي وأثره على أحكام النسب

أولا : شروطه

انطلاقا من الضوابط الشرعية التي حددها علماء الفقه الإسلامي، تنص المادة 45 مكرر المضافة عام 2005 بأن يخضع التلقيح الاصطناعي للشروط الآتية:

1. أن يكون الزواج شرعيا: أي يقوم الأطباء بهذه العملية بعد التأكد من وجود عقد زواج شرعي، فوفقا لنص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة، فإن التلقيح خاصر على الزوجين فقط، فإذا دخل طرف آخر بينهما كانت الحرمة وعدم المشروعية.
2. أن يكون التلقيح أثناء حياتهما وبرضا الزوجين: أي بناء على رغبتهما، فلا يجوز قانونا القيام بالتلقيح بماء الزوج على زوجته بعد انتهاء الرابطة الزوجية بينهما سواء بالفسخ أو بالطلاق، أو بالموت، كما يشترط أن يكون الزوجان بالغان مع علمهما بعواقب التجربة.¹

ولذلك فالقانون الجزائري ومنعا لأي تلاعب في مجال إثبات النسب، فإنه يمنع أخذ نطاف من رجل وتلقيح امرأة بها، دون عقد زواج شرعي بينهما، ولقد أحسن المشرع الجزائري عند تركيزه على الشروط القانونية لعملية التلقيح الاصطناعي، لما نراه في وقتنا الحالي من انتشار لما يسمى ببنوك المني، والتخصيب الاصطناعي، والتجارب العلمية على الأجنة الآدمية.

3. أن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما: وهي الصورة التي أقرها المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي في دورته الثامنة في 28 يناير 1985، بمكة المكرمة (أنظر الملحق رقم 2)، وعليه لا بد من استبعاد حالات الزوجة التي تلقح بماء رجل غير زوجها، وكذلك البويضة المأخوذة من زوجة أخرى والتي تلقح بماء الزوج، كما لا يجوز شرعا وقانونا استئجار رحم امرأة أجنبية كحاضنة لمائهما.²

¹ - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 408.

² - المرجع نفسه، ص 409.

ولقد تحدث بعض الفقهاء عن هذا الموضوع إذ صدرت فتوى عن دار الإفتاء المصرية جاء فيها: إن إنشاء مستودع "بنك" تستحلب فيه نطف رجال لهم صفات معينة لتلقح بها نساء لهن صفات معينة شر مستطير على نظام الأسرة ونذير بانتهاء الحياة الأسرية كما أرادها الله".¹

وحسب هذه الفتوى إن وجود هذه البنوك يؤدي إلى إشاعة الفواحش والمنكرات، كما لو أن امرأة شابة مات عنها زوجها فتحمل سفاحا ثم تدعي أنها حامل بنطفة زوجها المتوفى، وأكد الأزهر الشريف في بيان له لانعدام الفراش، وتطبيق عليه أحكام ابن الزنا، إذا كان التلقيح الاصطناعي جائزا للزوجية فبالوفاة تعدم الزوجية، وعليه فبنوك الأجنة محرمة في الإسلام لما تثيره من مشاكل لا حل لها.²

ثانيا: أثر التلقيح الاصطناعي على أحكام النسب في قانون الأسرة الجزائري

1 - نسب المولود الناتج عن التلقيح الاصطناعي:

ينسب الولد لأبيه وأمه بعد ولادته في إطار العلاقة الزوجية الصحيحة نتيجة المعاصرة الجنسية، غير أنه وبواسطة التلقيح الاصطناعي يمكن أن تأتي الزوجة بولد بغير المعاصرة، وهنا أيضا يعتبر الطفل شرعيا وينسب لأمه وأبيه، ويثبت له قبلهما كل الحقوق وعليه جميع الالتزامات التي للأبناء على الآباء، إذ أن تلقيح الزوجة بمني زوجها في إطار علاقة زواج شرعية، دون شك في استبدال هذا المني أو اختلاطه بمني آخر، هو جائز شرعا وقانونا (مادة 45 مكرر من قانون الأسرة) من النواحي المتعلقة بالنسب وما يتصل بها من نفقة وحرمة المصاهرة، وميراث وغيرها من الأحكام المتعلقة بهذه العملية.³

وفي غير هذا فإن كل طفل "أنبوب" ناشئ بالصور المحرمة من عمليات التلقيح الاصطناعي فإنه محرم شرعا وقانونا، ويكون في معنى الزنا ونتائجه، وينسب لمن حملت به ووضعته فقط، ولا ينسب لصاحب المني الأجنبي ولا لصاحبة البويضة لقوله تعالى: "إن أمهاتهم إلا اللاتي ولدنهم"⁴، وهو نص قطعي في دلالاته فالتلقيح بغير ماء الزوجين هو شبيه بالزنا مطلقا.⁵

¹ - شوقي زكريا الصالحي، المرجع السابق، ص 144.

² - المرجع نفسه، ص 144.

³ - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 410.

⁴ - سورة المجادلة، الآية 2.

⁵ - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 410.

2- موقف القانون الجزائري من عملية التلقيح الصناعي:

نظرا لحدثة موضوع التلقيح الاصطناعي فإن الباحث في الأحكام القضائية المتعلقة به الشرعية منها وغير الشرعية يجدها منعدمة ولا أثر لها إطلاقا عبر كامل التراب الوطني، وذلك لقلة المراكز المتخصصة في المساعدة الطبية على الإنجاب في المستشفيات الجزائرية، والتي تقتصر على سبع مراكز فقط، كما أن للعامل الديني لدى الجزائريين دور في الاحتياط من مثل هذه المستجدات المعاصرة وذلك مخافة الوقوع في الحرام، بسبب ما يحيطها من شبهات، إلا أن ذلك لم يمنع فئة من المواطنين الذين يعانون العقم من الاتجاه إلى هذه التقنية إذ أن أول طفل جزائري ولد بتقنية التلقيح الاصطناعي كان بعناية سنة 2001.¹

إن القانون الجزائري ورغم تنظيمه لتقنية التلقيح الاصطناعي بنص المادة الخامسة والربعين مكرر من قانون الأسرة، إلا أن ذلك غير كافي، إذ لا بد من إعادة النظر في جميع النصوص المتعلقة بأحكام النسب في قانون الأسرة، وذلك من أجل تجنب وقوع التناقض بين المواد القانونية، وكذا من أجل صون الأنساب عن كل ما يشوبها وحفظها من الاختلاط كذلك لكي يستطيع قانون الأسرة أن يتماشى مع المستجدات العلمية والطبية المعاصرة. وما يؤكد هذه الضرورة التناقضات الآتية:

1. التناقض الموجود بين المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري التي لم تكف بوجود العقد الشرعي فقط بل اشترطت لثبوت النسب أن تكون هناك إمكانية الاتصال بين الزوجين، ولكن الفقه الإسلامي المعاصر، ورأي أبي حنيفة الذي خالف الجمهور، فإنهم لا يشترطون المخالطة الزوجية، بل يكفي لإثبات النسب قيام عقد الزواج ولو لم يكن هناك التقاء بين الزوجين، وعليه ونظرا للتقنيات الحديثة المكتشفة كالتلقيح الاصطناعي، فإن المولود يكون ابنا شرعيا اتفاقا ويثبت له النسب دون التقاء الزوجين.²

2. كما أن مدة الحمل المحددة في المادة 42 قانون الأسرة الجزائري بستة أشهر لأقل مدة للحمل وأقصاها عشرة أشهر، تتناقض مع أسلوب التلقيح الاصطناعي في أحد

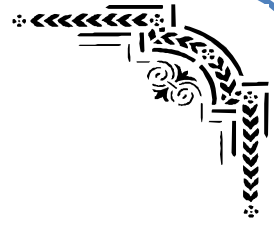
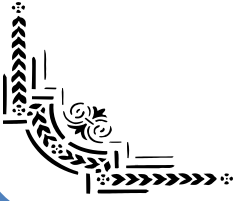
¹ - إقروفة زبيدة، المرجع السابق، ص 204.

² - المرجع نفسه، ص 223.

نوعيه وهو "طفل الأنابيب" وهو التلقيح خارج الرحم والذي تتم مدة الحمل فيه على مرحلتين، أولاً عملية الإخصاب في الأنبوب أو المحضنة المختبرية خارج الرحم والتي تستغرق أياماً، ثم تعقبها مرحلة زرعه في رحم الزوجة والتي تمتد إلى غاية الولادة، وهذا يختلف عن فترة الحمل الطبيعية التي تكون متصلة، وبالتالي تطرح إشكالات حول أثر هذا الفصل على المركز القانوني ومتى يتم اعتباره كائناً حياً يحرم إلحاق الضرر به وتثبت له الحقوق كالميراث في (المادة 128، والمادة 173 من قانون الأسرة)، والوصية (المادة 187 من قانون الأسرة) والهبة (109 من قانون الأسرة)، وكذلك متى يبدأ بحساب وجوده، هل من لحظة الإخصاب في المختبر أم من لحظة الزرع في الرحم وذلك من أجل حقه في النسب.¹

¹ - إقروفة زبيدة، المرجع السابق، ص 223-224.

خاتمه نه



خاتمة:

في نهاية دراستي للحماية القانونية للأسرة في التشريع الجزائري، وتحديد الحماية المدنية للأسرة، التي تعد من بين أهم المواضيع التي شملتها الشريعة الإسلامية بالعناية والاهتمام بأحكام خاصة، وكذا اهتمام القوانين الوضعية ومنه التشريع الجزائري لما لها من أثر عميق في استمرار المجتمع وصلاحه، الموقوفين على صلاح الأسرة التي تعتبر الخلية الأساسية في تكوينه.

وما لا شك فيه أن الأسرة تلعب دورا هاما في استمرار المجتمع وصلاحه، فلا يمكن الإلمام بالموضوع إلا بالرجوع إلى مختلف القوانين الموضوعية والإجرائية، التي كرسّت من أجل حماية الأسرة بداية من القانون المدني وقانون الأسرة وقانون العقوبات... الخ.

ومع تعديل قانون الأسرة، زاد المشرع من حمايتها حتى قبل تكوينها باستحداث الفحص الطبي قبل الزواج، من أجل حماية أفراد الأسرة من توارث بعض الأمراض الوراثية والمعدية، التي يتم توارثها جيلا بعد جيل، كما أنه سائر التطور الحديث، فيما يخص التلقيح الاصطناعي، الذي عن طريقه يتحقق أمل الزوجين في الإنجاب، عندما يكون أحدهما أو كليهما يعاني من بعض الأمراض التي تحول دون الإنجاب.

لكن المشرع لم يوفي التلقيح الاصطناعي حقه من العناية والاهتمام، إلا بمجرد النص عليه وذكر شروطه فقط في المادة 40 من قانون الأسرة بعد تعديلها، ولم يخصه بنصوص شاملة لأحكامه من عدة جوانب وهي:

- على أساس أنه لم ينص على أن التلقيح الاصطناعي يكون الطريق الأخير للإنجاب بمعنى أن الزوجين، قد استنفذ جميع طرق للإنجاب العلاجي، فلد يجد نفعا وبقي التلقيح غير الطبيعي هو الحل الأخير للإنجاب، لأن الأصل هو التلقيح الطبيعي.
- كما لم يحدد التزامات ومسؤولية الفريق الطبي، الذي يشرف على هذه العملية، عند وقوع أخطاء مهنية لها آثار جد سيئة والتي تتعدى الجيل الواحد، باختلاط الأنساب ولم يبين الإجراءات التي ينبغي اتخاذها عند اكتشاف هذه الأخطاء.
- كما لم يجبر الفريق المشرف على التلقيح، باستخراج النطاف والبويضات، إلا بالقدر الذي يكفي للتلقيح، ولا يجوز الاحتفاظ بالباقي في بنوك التجميد، مما قد يؤدي إلى التلاعب بها ببيعها لمن يعانون من العقم، كما يحدث في الدول الغربية وغيرها،

معنى ذلك عدم الاحتفاظ بها في بنوك التجميد، لإعادة استعمالها مرة أخرى دون علم الزوجين واستغلالها في أعمال غير مشروعة شرعا ولا قانونا، كالتجارب العلمية، مع العلم أن هناك عيادات خاصة، تقوم بهذه العملية وما أكثر هذه الهيئات انحرافا لسهولة إغرائها بالمال باعتبار أن أساس وجود بعضها هو ربح وجمع المال، فلا بد من وضع قواعد وإجراءات قانونية صارمة، لضمان عدم التلاعب بها وحدود الأخذ بها.

• ولم يفكر المشرع مليا، في العواقب السيئة على الأسرة والمجتمع، جراء سوء استخدام التلقيح الاصطناعي، وأثره على العلاقة الزوجية، ويتجلى ذلك أساسا في النسب الواجب حمايته للحفاظ على أصل وجوده.

وقد تتعرض الأسرة إلى ما يجعلها تتفك، فلا تؤدي الدور المنوط بها، لذلك كرس المشرع هذه الحماية حتى قبل انحلال الرابطة الزوجية، بإرساء قواعد الصلح وكلف القاضي القيام بها وفقا للإجراءات القانونية معينة، لكن من الناحية العملية، فإن الصلح الذي يجريه القاضي أو الذي يقوم به الحكمان، اللذان يعينهما القاضي لم تعد له انعكاسات إيجابية على الأسرة، فينصلح حالها بقدر ما هو عمل يغلب عليه الطابع الإجرائي أكثر ما هو موضوعي، ونتيجة لذلك أصبح دور القاضي عمل روتينيا عند إجراء الصلح، بما أنه يعلم أن الزوجين قررا الانفصال لا محالة بعدما رفع النزاع إلى القضاء.

فكان ينبغي على المشرع تفعيل دور الصلح، الذي يكون القيام به ملازم للزوجين قبل رفع دعوى الطلاق، بأن يكلف إمام المسجد الذي يقوم بدور الوسيط بتقديم الموعظة الحسنة وتذكير الزوجين بحدود الله، ومنه التزام كل طرف منهما بالنصيحة التي فيها صلاح الأسرة ككل، كما يجب إعطاء قدر هام بالناحية النفسية لكل زوج، مما قد تكون بعض الأمراض النفسية، التي تعد السبب المباشر لطلب فك الرابطة الزوجية لسيطرتها على سلوكيات الزوج إلى حد لا يعلم سببها ولا وسائل دفعها، لكن هذا الأمر يسهل علاجه من طرف أخصائي نفسي، ذلك لتجنب آثار الطلاق السلبية على الزوجين وخاصة الأبناء.

وعند فشل هاتين الطريقتين، يأتي دور القاضي في تثبيت الطلاق بينهما باعتبار الصلح الذي يكون في إطار القضاء أصبح لا يوتي ثماره إلا بالقدر القليل وهذا ما أكدته

الإحصائيات لسنة 2012 وسنة 2013 وسنة 2014 التي كشفت عن عدم فعالية الصلح الذي يقوم به القاضي وشبه انعدام لإجراء الصلح، الذي يكلف بإجرائه الحكمان.

تعد النفقة والحضانة والمسكن من حقوق الولد، من أجل ضمان رعايته وتربيته في أحسن الظروف، فيحق للزوجة المطالبة بحق المحضون في النفقة والمسكن، باتخاذها لإجراءات استعجالية في أسرع صورها، مما كانت عليها قبل تعديل قانون الأسرة لسنة 2005 لأجل تحصيل مبالغ النفقة وتخصيص مسكن أو دفع مبلغ الإيجار، سواء قبل فك الرابطة الزوجية وأثناء إجراءاتها، فللزوجة الحق في أن تطلب من قاضي شؤون الأسرة استصدار أمر على عريضة من أجل إلزام الزوج، بدفع ما عليه من حقوق لأبنائه، تعد حماية من المشرع للأولاد من العوز وسؤال الناس والتشرد، ويعد هذا الإجراء وقتيا مرتبطا بما تؤول إليه العلاقة الزوجية المهددة بخطر الانحلال.

كما أن المشرع أتاح للمطلقة، أن تقوم بتحصيل مبالغ النفقة، فتقتطع مباشرة من أرح الزوج طبقا للمادة 777 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والذي يعد إجراء جد فعال، يضمن حق الأولاد في النفقة دون عناء.

ولم يهتم المشرع بالجوانب المادية فحسب والتي يجب توفيرها للأولاد، قبل الطلاق أو بعد فقط، وإنما اهتم بذلك، بحق الولد في حفظ نسبه وانتمائه لأسرته، فأخذ بالطرق الشرعية لإثباته طبقا للمادة 40 من قانون الأسرة، في أوسع صورته ولم يجعل أي طريقا آخر يثبت به النسب، إلا في إطار عقد الزواج وهذا ما جاءت به أحكام الشريعة الإسلامية.

بذلك جعل حماية الأسرة في إثبات النسب ونفيه، الذي يكون عن طريق اللعان بالكيفية التي نص عليها القرآن الكريم والتي استفرد به عن باقي التشريعات، فجعله المشرع أول طريق، يلجأ إليه الطرفان، قبل اللجوء إلى الطرق العلمية، سواء القطعية منها والمتمثلة في البصمة الوراثية ADN ونظام HLM أو غير القطعية، المتمثلة في نظام فحص الدم ABO ونظام MNS ونظام مجموع البروتينات.

لكن المشرع لم ينص على اللعان، إلا في مادتين من قانون الأسرة فقط، وكان أجدر به، أن لا يتركها للاجتهاد القضائي في تحديد المسائل الأساسية التي تحكمه، مثل أجل اللعان الذي حددته المحكمة العليا بمثنائية أيام فقط وهي مدة قليلة، لأن معظم الناس لا يعلمون ذلك، فيرفض القاضي الدعوى، على أساس عدم احترام الأجل المحدد، فإذا قدم

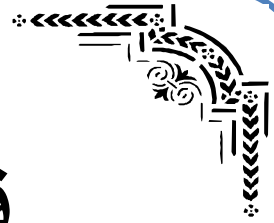
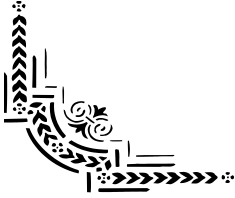
الزوج دليل يثبت نفي نسب الولد إليه، فلا يعترف له القضائي بذلك، لأن المشرع قدم اللعان كطريق شرعي عن الطرق العلمية، وهذا ما يطرح إشكالاً شرعياً وقانونياً، فإذا رفض القضاء نفي النسب، إذا لم يتخذ في الأجل القانوني، فهل يعتبر الولد من صلب الملاحن بحكم قضائي، ففي هذه الحالة يصبح تبنيًا والتبني كما نعلم محرماً شرعاً، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى، كان على المشرع تقديم الطرق العلمية لنفي النسب، بالنظر إلى العواقب الوخيمة التي تلقى على الملاحن، فإذا أثبتت الطرق العلمية، أن الولد من صلبه فهنا لا دعوى إلى أن يقدم على اللعان، أما إذا أثبتت، بأن الولد ليس منه، ففي هذه الحالة يقبل عليها الملاحن وهو مطمئن النفس، وذلك بالنظر إلى الآثار الخطيرة والوخيمة، التي تخرج الملاحن من رحمة الله بلعنه لنفسه، إن كان كاذباً وغضب الله على الزوجة إن كانت كاذبة وزوجها صادقاً فيما رماها به من زنا، ناهيك عن الآثار السيئة التي تلحق بالولد من جميع النواحي عند نفي نسبه.

فكان لزاماً على القضاة الأخذ بالبصمة الوراثية في حالات دعوى نفي النسب، باعتبارها قرينة من القرائن ولا عبرة بالأجل المحددة من قبل المحكمة العليا وهو ثمانية أيام، بحيث أن كثير من الناس لا يعلمون بهذا الأجل، إلا من كان له علم بالقانون بالإضافة إلى ضرورة رفع أجل اللعان إلى سنة.

فبالرغم من كثرة النصوص الموضوعية والإجرائية، التي كرسها من أجل ضمان حماية الأسرة مدنياً، إلا أن هناك بعض النقص الذي يجب أن يكمل ويتم عن طريق سد كل الثغرات التي تكشف عنها الممارسة الفعلية، للنصوص القانونية الذي يحاول المشرع في كل تعديل للقوانين زيادة في حمايتها، بما أخذت به الدول المتطورة، لكنها تبقى غير كافية لحفظ الأسرة من الانحلال والتفكك.

قائمة المراجع



قائمة المراجع:

أولاً: القرآن الكريم

ثانياً: القواميس والمعاجم

1. ابن منظور، لسان العرب دار المعارف، القاهرة، دت، دط، ج 4،
2. أنيس إبراهيم ورفاقه، المعجم الوسيط، دن، دم، دت، دط، ج 2.
3. بن زكريا أبي الحسين أحمد بن فارس، معجم مقاييس اللغة، مكتبة لخانجي، مصر، 1981، ط3، ج4.

ثالثاً: الكتب باللغة العربية

1. أبو الوفا محمد أبو الوفا، مدى حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي في القانون الوضعي والفقہ الإسلامي، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، المجلد 02، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة والقانون، 05-07 مايو 2002.
2. أبو كيلة عبد الفتاح أحمد، الفحص الطبي قبل الزواج والأحكام الفقهية المتعلقة به، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2008. ط1.
3. أحمد بن عبد الله بن محمد اليوسف، إثبات النسب بالقرائن الطبية المعاصرة، مجلة الدراسات الطبية الفقهية، العدد 01، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 2015.
4. أحمد على جرادات" الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الجديد الزواج والطلاق" الطبعة الأولى دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2012.
5. أحمد ناصر الجندي " شرح قانون الأسرة الجزائري" دار الكتب القانونية دار شتات للنشر والبرمجيات القاهرة مصر، 2014.
6. أحمد نصر الدين الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والتوزيع، مصر، 2009.
7. أسماء مندوه عبد العزيز أبو خزيمة، وسائل إثبات النسب بين القديم والحديث (دراسة فقهية مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، مصر، 2010.

8. أنس حسن محمد ناجي، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في إثبات ونفي النسب في ضوء الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2010.
9. باديس ديابي " آثار فك الرابطة الزوجية، تعويض، نفقة، عدة، حضانة، متاع " دار الهدى، عين مليلة الجزائر 2008.
10. بلحاج العربي، الشهادة الطبية قبل الزواج على ضوء قانون الأسرة الجديد، مجلة المحكمة العليا، ع1، 2007.
11. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، 2007.
12. بلقاسم شتوان "الطلاق في الفقه المالكي دراسة أكاديمية مدعمة بالأدلة الشرعية وقانون الأسرة".
13. بن صغير مراد، حجية البصمة الوراثية ودورها في إثبات النسب، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح، العدد التاسع، ورقلة، جوان 2013.
14. الحبيب بن طاهر " الفقه المالكي وأدلتة" الجزء الرابع، الخلع، الطلاق، الرجعة، الإيلاء، الظهار العدة الرضاع النفقة الحضانة، الميراث، مؤسسة المعارف، بيروت، لبنان، 2005.
15. حسام الأحمد، البصمة الوراثية، حجيتها في الإثبات الجنائي والنسب، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010.
16. حسن صلاح الصغير عبد الله، مدى مشروعية الالتزام بالفحص الطبي قبل الزواج، دراسة مقارنة، ب ج، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2007.
17. خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية (دراسة فقهية مقارنة)، الطبعة الأولى، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 2006.
18. داليا مؤمن " الأسرة والعلاج الأسري" الطبعة الأولى، دار السحاب للنشر والتوزيع، القاهرة، 2004.
19. سعد الدين مسعد الهاللي، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية (آفاق فقهية وقانونية جديدة دراسة مقارنة)، الطبعة الثانية، مكتبة وهبة، مصر، 2010.

20. شامي أحمد، قانون الأسرة الجزائري (طبقاً لأحدث التعديلات، دراسة فقهية ونقدية مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2010.
21. شوقي زكريا الصالحي، التلقيح الصناعي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، 2011.
22. صحيح سنن ابن ماجه، المجلد الثاني، رقم الحديث 211، الطبعة الأولى، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع الرياض، 1989.
23. صفاء عادل سامي، حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجزائي، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2013.
24. عبد التواب معوض " الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية " الطبعة العاشرة، الجزء الثاني، مكتبة عالم الفكر للنشر والتوزيع، 2003.
25. عبد الرحمان الجزري " كتاب الفقه على المذاهب الأربعة" الجزء الرابع النكاح والطلاق، المكتب الثقافي للنشر والتوزيع، الأزهر، القاهرة، 2000.
26. عبد الفتاح أحمد أبو كيلة، الفحص الطبي قبل الزواج والأحكام الفقهية المتعلقة به (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، مصر.
27. عبد الله حسن صلاح الصغير، مدى مشروعية الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2007، د ط.
28. عمر بن محمد بن إبراهيم غانم، أحكام الجنيني في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الأندلس الخضراء، جدة، 2001.
29. غضيبات صفوان محمد، الفحص الطبي قبل الزواج، دراسة شرعية قانونية تطبيقية، دار الثقافة، الأردن، 2009، د ط.
30. الغوثي بن ملحة " قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء " الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية الساحة، المركزية، بن عكنون، الجزائر، 2004.
31. محمد أحمد غانم، الجوانب القانونية والشرعية للإثبات الجنائي بالشفرة الوراثية ADN، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2010.

32. محمد الحافظ بن عيسى بن سورة الترمذي "صحيح سنن الترمذي" التأليف محمد ناصر الدين الألباني، المجلد الأول مكتبة المعارف للنشر والتوزيع لصاحبها سعد بن عبد الرحمان الراشد، الرياض، 2000.
33. محمد كمال الدين إمام" الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي "دار الجامعة للطباعة والنشر، بيروت لبنان بدون سنة.
34. ناصر الدين الألباني "سلسلة الأحاديث الصحيحة" الطبعة الأولى، رقم الحديث 1978، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، 2004.
35. نور الدين لمطاعي " عدة الطلاق الرجعي وآثارها على الأحكام القضائية" الطبعة الثانية دار فسيلة، 2009.
36. ياسين محمد غادي، شروط الفحص الطبي من منظور شرعي، مجلة جامعة دمشق، المجلد 17، ع 1، 2001.
- رابعا: المقالات والبحوث العلمية
1. زيادة حمد الصميدعي، البصمة الوراثية ودورها في إثبات النسب، مجلة الجامعة العراقية، مركز الدراسات والبحوث الإسلامية، العدد 02/26، الجامعة العراقية، 2011.
2. زيد بن عبد الله بم إبراهيم آل قرون، البصمة الوراثية وأثرها في الإثبات، بحث مقدم لمؤتمر القرائن الطبية المعاصرة وآثارها الفقهية، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، 2014.
3. علي محي الدين القرد داغي، البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، أعمال وبحث الدورة السادسة عشر للمجتمع الفقهي الإسلامي، رابطة العالم الإسلامي، المجلد الثالث، مكة المكرمة، 05-10 يناير 2002.
4. عيساوي فاطمة، حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب، مجلة المعارف، المركز الجامعي العقيد آكلي محند أولحاج، العدد 08. البويرة، جوان 2010.
5. القرار السابع بشأن البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، أعمال وبحث الدورة السادسة عشر للمجمع الفقهي الإسلامي، رابطة العلم الإسلامي، المجلد الثالث، مكة المكرمة، 05-10 يناير 2002.

6. مصلح عبد الحي النجار، الفحص الطبي قبل الزواج في الفقه الإسلامي، ب ج، قسم العلوم التربوية والدراسات الإسلامية، السعودية مجلة جامعة الملك سعود، 1425.
 7. نصر فريد واصل، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، أعمال وبحوث الدورة السادسة عشر للمجمع الفقهي الإسلامي، رابطة العلوم الإسلامية، المجلد الثالث، مكة المكرمة، 05-10 يناير 2002.
 8. وهبة مصطفى الزحيلي، البصمة الوراثية ودورها في الإثبات، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد 02، 05-07 مايو 2002.
- خامسا: المذكرات والأطروحات الجامعية
1. هشام الحضري، آثار الفحص الطبي على انعقاد عقد الزواج، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015.
 2. محمد المختار شبرو، الفحص الطبي قبل الزواج (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الوادي 2014/2015.
 3. أمينة بوخرياب، مدى إلزامية الفحص الطبي قبل الزواج (دراسة فقهية قانونية مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة آكلي محند أولحاج، البويرة، 2014.
 4. جادي فايزة، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات الجنائي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2011-2012، ص 28.
 5. رابحي فاطمة الزهراء، إثبات النسب، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1.
 6. إقروفة زبيدة، الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب في قانون الأسرة الجزائري (التلقيح الاصطناعي والبصمة الوراثية نموذجا)، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 2008-2009.

7. علال برزوق أمال، أحكام النسب بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2014-2015.
8. بوجلال علي، البصمة الوراثية وأثرها على النسب، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2016-.
9. فاطمة الزهراء رابحي، إثبات النسب، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، فرع القانون الخاص، 2011.
10. بغدالي الجيلالي، الوسائل العلمية الحديثة المساعدة على الإنجاب في قانون الأسرة الجزائري (دراسة مقارنة)، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق بن عكنون، القانون الخاص، فرع قانون الأسرة، 2013-2014.
11. بوطيش وهبية، الحماية القانونية للأسرة في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، فرع قنون خاص، 2017-2018.
12. كريمة محروق، الحماية القانونية للأسرة ما بين ضوابط النصوص واجتهادات القضاء، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، فرع القانون الخاص، 2014/2015،

سادسا: النصوص القانونية

- القوانين:

1. القانون رقم 03-16 يتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص، المؤرخ في 14 رمضان 1437 الموافق 19 يونيو 2016، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 37، الصادرة في 17 رمضان 1437 الموافق 22 يونيو 2016.
2. القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة، المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق لـ 9 جويلية 1984، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 31، الصادرة في 03 ذو القعدة 1404 الموافق لـ 31 جويلية 1984.
3. الجريدة الرسمية، بتاريخ 26 مارس 1965، العدد 26.

- الأوامر:

1. الأمر رقم 02-05 المتضمن قانون الأسرة، المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق لـ 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 15، الصادرة في 18 محرم 1426 الموافق لـ 27 فبراير 2005.

المراسيم التنفيذية:

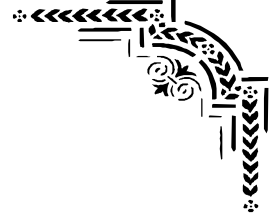
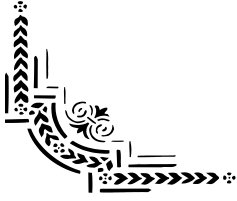
1. المرسوم التنفيذي رقم 154/06 المؤرخ في 11/05/2006 يحدد الشروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 7 مكرر من قانون 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 31. الصادرة في 11/05/2006.
2. المرسوم التنفيذي رقم 154-06، المؤرخ في 11/05/2006 الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 7 مكرر.
3. المرسوم التنفيذي رقم 154/06، المؤرخ في 11/05/2006 الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 7 مكرر.

- القرارات:

1. قرار المحكمة العليا بتاريخ: 10/10/1984، ملف رقم 35511، المجلة القضائية، العدد الأول، لسنة 1989.
2. قرار المحكمة العليا بتاريخ: 19/02/1990، ملف رقم 59013، المجلة القضائية، العدد الرابع، لسنة 1991.
3. قرار المحكمة العليا بتاريخ: 18/06/1991، ملف رقم 75141، المجلة القضائية، العدد الأول، لسنة 1993.
4. قرار المحكمة العليا بتاريخ: 23/10/1997، ملف رقم 174132، نشرة القضاة، العدد 55، لسنة 1997.
5. قرار المحكمة العليا بتاريخ: 16/02/1999، ملف رقم 216850 غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية عدد خاص، لسنة 2001.
6. قرار المحكمة العليا بتاريخ: 13/03/2002، ملف رقم 276760، المجلة القضائية، العدد الأول، لسنة 2004.
7. قرار المحكمة العليا بتاريخ: 03/07/2002، ملف رقم 274207، المجلة القضائية، العدد الأول، لسنة 2002.

8. قرار المحكمة العليا بتاريخ: 2005/05/18، ملف رقم 331058، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، لسنة 2005.
9. قرار المحكمة العليا بتاريخ: 2006/03/15، ملف رقم 35600، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، لسنة 2006.
10. قرار المحكمة العليا بتاريخ: 2009/01/14، ملف رقم، 477546، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، لسنة 2009.
11. قرار المحكمة العليا بتاريخ: 2011/04/14، ملف رقم 620084، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، لسنة 2011.
12. قرار المحكمة العليا بتاريخ: 2011/11/10، رقم الملف 653324، غرفة الأحوال الشخصية، لسنة 2011، قرار غير منشور.
13. قرار المحكمة العليا بتاريخ: 2012/09/13، ملف رقم 794593، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، لسنة 2014.
14. قرار المحكمة العليا بتاريخ: 2013/02/14، ملف رقم 728882، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، لسنة 2014.
15. قرار المحكمة العليا بتاريخ: 2013/03/14، ملف رقم 029230، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني لسنة 2013.
16. قرار المحكمة العليا بتاريخ: 2013/03/14، ملف رقم 0742023، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، لسنة 2014 .
17. قرار المحكمة العليا بتاريخ: 2013/05/09، ملف رقم 0798882، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، لسنة 2013.
18. قرار المحكمة العليا بتاريخ: 2013/06/13، ملف رقم 0813942، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، لسنة 2014.
19. قرار المحكمة العليا بتاريخ: 2014/03/13، ملف رقم 0870291، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، لسنة 2014.
20. قرار المحكمة العليا بتاريخ: 2014/07/10، ملف رقم 0950026، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، لسنة 2014.

فهرس المحتويات



فهرس المحتويات

الصفحة	المحتويات
	شكر و تقدير
	إهداء
أ - د	مقدمة
الفصل الأول: حماية الأسرة بالطرق القانونية	
6	تمهيد
7	المبحث الأول: الحماية القانونية أثناء قيام الرابطة الزوجية
7	المطلب الأول: الصلح القضائي
7	الفرع الأول: تعريف الصلح
7	الفرع الثاني: إجراءات الصلح
14	المطلب الثاني: التحكيم الأسري
14	الفرع الأول: تعريف التحكيم
15	الفرع الثاني: إجراءات التحكيم الأسري
17	المبحث الثاني: الحماية القانونية بعد فك الرابطة الزوجية
17	المطلب الأول: حماية حقوق الأبناء
17	الفرع الأول: حق الحضانة
22	الفرع الثاني: حق المسكن
23	المطلب الثاني: حق النفقة و إجراءاتها بعد الطلاق
23	الفرع الأول: النفقة
25	الفرع الثاني: إجراءات المطالبة بالنفقة
الفصل الثاني: حماية الأسرة بالطرق العلمية	
33	تمهيد

34	المبحث الأول: الفحص الطبي شروطه و عقباته
34	المطلب الأول: إجراء الفحص الطبي قبل الزواج
34	الفرع الأول: تعريف الفحص الطبي و آثاره
36	الفرع الثاني: أهمية الفحص الطبي
40	المطلب الثاني: شروط وعقبات إجراء الفحص الطبي
41	الفرع الأول: شروطه
45	الفرع الثاني: عقباته
49	المبحث الثاني: البصمة الوراثية والتلقيح الاصطناعي
49	المطلب الأول: البصمة الوراثية
49	الفرع الأول: تعريفها وخصائصها
51	الفرع الثاني: ضوابط استخدام البصمة الوراثية و حجيتها في إثبات النسب
60	المطلب الثاني: التلقيح الاصطناعي
60	الفرع الأول: تعريفه وأنواعه
64	الفرع الثاني: شروط التلقيح الاصطناعي وأثره على احكام النسب
69	خاتمة
74	قائمة المراجع
83	فهرس المحتويات
	الملخص

الملخص:

اهتم المشرع بالأسرة اهتماما بالغا حتي قبل تكوينها، باعتبارها اللبنة الأولى التي تكون المجتمع، بالنظر إلى أساس وجودها والأهداف التي وجدت من أجلها ومنها المحافظة على استمرار النسل، تربية ورعاية الأولاد في كنف المودة والرحمة والتعاون وحفظ النسب من الاختلاط وظهور أبناء الزنا وانتشار الرذائل والآفات الاجتماعية التي تهدد المجتمع بالفساد.

ولقد كرس المشرع حماية للأسرة في نطاق واسع مدنيا، بنصوص قانونية موضوعية وإجرائية، كما حرص على تعديل القوانين التي شملت الأسرة بالحماية، كلما استدعت الضرورة لذلك بزيادة في حمايتها من كل ما قد يهددها في وجودها واستمرارها وأدائها لوظائفها الأساسية، بإدخال الوسائل العلمية الحديثة كالبصمة الوراثية والتلقيح الاصطناعي والفحص الطبي قبل الزواج، لكن ومع ذلك، تبقى هذه الحماية غير كافية إلى حد ما، رغم كثرة النصوص القانونية التي سطرت لحمايتها، بالنظر إلى وجود عدة عوامل تفتك بها.

الكلمات المفتاحية: الأسرة، الحماية المدنية، الفحص الطبي، التلقيح الاصطناعي، البصمة الوراثية.

abstract:

The legislator paid great attention to the family even before its formation, considering it the first building block of society, given the basis of its existence and the goals for which it was found, including preserving the continuity of the offspring, raising and caring for children in a context of affection, mercy, cooperation and preservation of lineage from mixing and the emergence of children of adultery and the spread of vices and social ills Threatening society with corruption.

The legislator has devoted protection to the family on a wide civil scale, with substantive and procedural legal texts, and has also been keen to amend laws that include family protection, whenever necessary, with an increase in protecting it from all that may threaten it in its existence, continuity and performance of its basic functions, by introducing modern scientific means such as genetic fingerprint And artificial insemination and medical examination before marriage, however, this protection remains somewhat insufficient, despite the large number of legal texts that have been written to protect it, given the presence of several factors that destroy it.

Key words: family, civil protection, medical examination, IVF, genetic imprint .