

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي.

جامعة محمد بوضياف بالمسيلة.



كلية الحقوق والعلوم السياسية.

ميدان الحقوق.

قسم: الحقوق.

تخصص قانون الأسرة.

رقم:

مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماستر أكاديمي

إعداد الطالب: شيكوش محمد

تحت عنوان

أثر التطور العلمي على النسب

لجنة المناقشة:

رئيسا	جامعة المسيلة	الدكتور: بلمهوب محمد الطاهر
مشرفا ومقررا	جامعة المسيلة	الدكتورة: ليلي إبراهيم العدوانى
ممتحنا	جامعة المسيلة	الدكتور: عمارة عمارة

السنة الجامعية: 2023/2022



ملحق بالقرار رقم 10821... المؤرخ في 27 شهر 2020
الذي يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

مؤسسة التعليم العالي والبحث العلمي:

نموذج التصريح الشرقي
الخاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

أنا الممضي أسفله.
السيد(ة): تسيكوش محمد الصفة: طالب، أستاذ، باحث طالب
الحامل(ة) لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 101604993، والصادرة بتاريخ 30/10/2016 المسجله
المسجل(ة) بكلية / معهد الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق
والمكلف(ة) بإنجاز أعمال بحث (مذكرة التخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، أطروحة دكتوراه)،
عنوانها: أثر التطور العلمي على النسب

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

التاريخ: 2023/05/25

توقيع المعني (ة)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال الله تعالى:

﴿ وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ

قَدِيرًا ﴾ (54) ﴿ الفرقان: 54).

قال -ﷺ-: " الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ "

رواه البخاري

شكر ومحرفان

الحمد لله رب العالمين حمدا كثيرا طيبا مباركا فيه أن وفقني لإتمام هذه
المذكرة والصلاة والسلام على رسول الله -صلى الله عليه وسلم-، لا يسعني في
هذا المقام وبعد إتمام المذكرة إلا أن أتقدم بخالص الشكر إلى والدي الكريمين -
رحمهما الله-

وإلى الأستاذة المشرفة ليلى إبراهيم العدوانى نظير جهودها من أجل إتمام هذه
المذكرة.

كما أتقدم بالشكر الخالص الجزيل إلى الأساتذة أعضاء لجنة المناقشة كل
باسمه ومقامه ورتبته على قبولهم قراءة هذه المذكرة ونقدها نقدا بناء لإثرائها
وإخراجها في حلة أفضل

وأيضاً الشكر الموصول إلى أساتذة وإدارة قسم الحقوق

ولكل من قدم لي الدعم لاتمام هذا العمل ولو بالدعاء بظهر الغيب

إهداء

أهدي ثمرة بحثي هذا إلى الذين كان لهما الفضل في نشأتي أُمي الغالية وأبي
الطيب-رحمهما الله-

إلى أَسرتي الفاضلة دون استثناء التي ساندتني وقدمت لي الدعم
إلى كل من جمعني معهم المشوار الدراسي من بدايته إلى اليوم وخاصة أساتذة
قانون الأسرة دفعة 2023

وإلى كل من أحببتهم بإخلاص وبادلوني الشعور نفسه، وإلى كل من كان لهم
الفضل في وصولي إلى هذا المقام

إلى كل هؤلاء أهدى لهم ثمرة جهدي.

مقدمة

مقدمة:

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على رسوله أما بعد:

التعريف بالموضوع وأهميته:

أحاطت الشريعة الإسلامية بالنسب برعاية خاصة وحرصت على حمايته من كل أنواع الاعتداء، وجعلته مقصدا من مقاصدها الضرورية التي لا تستقيم الحياة بدونها، وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على أهميته على الصعيد الأسري والاجتماعي والقانوني، فهو من أهم الآثار المترتبة على الزواج، وأقوى الركائز التي تقوم عليها الأسرة، والرابط الذي يربط بين أفرادها، والمحدد الذي يحدد العلاقات الشرعية والقانونية داخلها، فهو النسيج الذي لا ينفصم ولا يتغير وهو نعمة من أنعم الله علينا وهبة يهبها الله لمن يشاء من عباده قال تعالى: ﴿ وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا (54) ﴾ (الفرقان:54).

وقد حرص الشارع الحكيم على تنظيمه فجعل له قواعدا وأحكاما تحكمه سواء من حيث إثبات النسب أو نفيه، ومن رحمته أنه عدّد أسباب ثبوت النسب وبنائها على قاعدة الاحتياط تشوفا لإلحاق الولد بأبيه، وحصر طرق نفيه إحياء للولد، كما أنه أمر بالزواج وبيّن أحكامه وحرّم على المرأة إخفاء الحمل أثناء العدة بغية إلحاقها بالضرر بالزوج، أو نسبة الولد لغيره، قال الله تعالى: ﴿ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنُنَّ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ﴾ (البقرة:228)، كل ذلك من أجل حفظ النسب وجودا وعدما، وسار المشرع الجزائري على نهج الشريعة الإسلامية في اهتمامه بالنسب، حيث نظم أحكامه في المواد من 40 إلى 46 من قانون الأسرة.

غير أن التطورات المتسارعة في مجال العلوم التقنية والبيولوجية والطبية، أثرت على الإنسان بصفة عامة، وعلى قضايا الأسرة بصفة خاصة في مقدمتها قضايا النسب لما لها من حساسية خاصة في تحديد العلاقات الشرعية من غيرها، الأمر الذي يستدعي اجتهادا فقهيًا يضبط المسائل وفق مقاصد الشارع من الخلق، مع الاستفادة من التطورات العلمية في حدود ما يخدم الإنسانية والأسرة، وانطلاقا

من ذلك اخترت البحث في هذا الموضوع بعنوان: " أثر التطور العلمي على النسب " ، لما لهذه التطورات العلمية رغم إيجابياتها من خطورة وتهديد للوجود الإنساني ذاته في حال لم يتم وضع ضوابط لها تحافظ على الأسرة والإنسان، وفق الأحكام التي نظمها بها الشارع الحكيم خاصة فيما يتعلق بالنسب.

أسباب اختيار الموضوع: تبرز أسباب اختيار هذا الموضوع في كونه

- من المواضيع المستجدة والحديثة التي مازالت تحتاج إلى المزيد من البحث، وتطرح إشكالات كثيرة بحاجة إلى إجابة.

- الأهمية البالغة للنسب باعتباره أحد الحقوق الأساسية للطفل العاجز على حماية نفسه والدفاع عنها.

- كونه من الموضوعات المرتبطة بحاجة الإنسان وبشخصيته والمرتبطة بالأسرة التي لا غنى لأي مجتمع عنها.

-أهداف الدراسة: هذه الدراسة تهدف إلى:

- معرفة موقف الفقه الإسلامي والقانون من التطورات العلمية.

- إبراز آثار التطور العلمي على النسب

- لفت انتباه المشرع الجزائري إلى ضرورة معالجة هذه التطورات العلمية بصورة صريحة وأكثر تفصيلا.

الإشكالية: نظرا لأهمية الموضوع لتعلقه بوجود الإنسان ذاته وبالأسرة التي تعتبر النواة الأولى

لأي مجتمع يريد الاستثمار في الإنسان فإن الإشكال الرئيس الذي يطرح في هذا الصدد هو

ما الجوانب التي تأثرت فيها قضايا النسب بالتطورات العلمية؟

وننتج عن هذه الإشكالية مجموعة من الأسئلة الفرعية منها:

-ما موقف الفقه والقانون من هذه التطورات؟ وكيف تعامل القضاء معها؟ متى يلجأ القاضي إلى هذه التطورات العلمية؟ وهل الخبرة المتعلقة بالتطورات العلمية ملزمة للقاضي؟ ما موقف القضاء إذا تعارضت التطورات العلمية مع طرق إثبات النسب أو نفيه التقليدية؟

المنهج المتبع في دراسة الموضوع: للإجابة على الإشكال الرئيس ومنه على الإشكاليات الفرعية تطلب الأمر الاعتماد على:

المنهج الاستقرائي، الذي اعتمده لجمع المعلومات وترتيبها سواء تمثلت في نصوص فقهية أو قانونية واجتهادات قضائية، المنهج التحليلي من خلال تحليل تلك النصوص وربط جوانب الموضوع بعضها ببعض وفقا لمقتضيات طبيعة إشكالية البحث، وبغية الوصول إلى معيار يمكن الاعتماد عليه لتقرير مدى تأثير التطورات العلمية في قضية النسب.

المنهج المقارن عند تناول الآراء الفقهية المختلفة حول الموضوع ومقارنتها ببعضها وبما أخذ به المشرع الجزائري وبعض التشريعات العربية.

الدراسات السابقة: من أهم الدراسات التي عثرت عليها في الموضوع

أطروحة دكتوراه سنة 2009م جامعة الجزائر للباحثة إقروفة زبيدة، والموسومة بـ: "الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب في قانون الأسرة الجزائري" تناولت فيها بالدراسة تقنيتي التلقيح الصناعي والبصمة الوراثية دراسة موسعة فقهية وقانونية وهي تختلف عن دراستي في أنني أضفت في هذه المذكرة الحديث عن الاستنساخ والتحول الجنسي والإشكالات التي يطرحها على قضايا النسب.

أطروحة دكتوراه سنة 2019م جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، سنة 2019، للباحث زبيرى بن قويدر، والموسومة بـ: "النسب في ظل التطور العلمي والقانوني" تناولت فيه عدة قضايا منها الأسباب الشرعية والقانونية لإثبات النسب وطرق نفيه، ودلالة البصمة الوراثية والاستنساخ والأجنة المجمدة وغرس الأعضاء وتحليل الدم، وبيان موقف المشرع والفقه منها، وهي تختلف عن دراستي أنني أضفت في هذا المذكرة الحديث عن التحول الجنسي والإشكالات التي يطرحها على قضايا النسب.

خطة البحث: للإجابة على هذه الإشكالية والوصول إلى نتائج أكثر دقة ووضع اقتراحات عملية

تم تقسيم الخطة إلى فصلين:

الفصل الأول: ماهية النسب، وقسمته إلى مبحثين:

المبحث الأول: مفهوم النسب

المبحث الثاني: طرق إثبات النسب ونفيه فقها وقانونا

أما الفصل الثاني: جوانب تأثير التطور العلمي على النسب، فقد قسمته إلى مبحثين:

المبحث الأول: أثر التطور العلمي المتعلق بالتحاليل المخبرية على النسب، والمبحث الثاني: أثر

التطور العلمي الناتج عن التدخل الطبي على النسب.

خاتمة: تم فيها بيان النتائج المتوصل إليها والاقتراحات.

الفصل الأول: ماهية النسب

المبحث الأول: مفهوم النسب

المبحث الثاني: طرق إثبات النسب ونفيه فقها وقانونا

للنسب أهمية كبرى حيث اعتبرته الشريعة الإسلامية من المقاصد الضرورية التي لا تقوم الحياة ولا تستقيم الدنيا إلا بها، وهو أثر من آثار الزواج، وسبب لاستحقاق جميع الحقوق المادية والمعنوية، ولهذا اعتنت بتنظيم أحكامه، وكذلك فعل المشرع الجزائري حيث خصص فصلا كاملا لمعالجة قضايا النسب المختلفة، وذلك ابتداء من المادة 40 إلى المادة 46 من قانون الأسرة دلالة على أهميته البالغة وخطورته في الوقت نفسه، ومع ظهور التطورات العلمية تأثر النسب بها كثيرا من جوانب عدّة، وقبل التطرق إليها يقتضي الأمر التطرق أولا إلى مفهوم النسب وطرق إثباته ونفيه، وانطلاقا من ذلك تم تقسيم هذا الفصل كما يلي:

المبحث الأول: مفهوم النسب

المبحث الثاني: طرق إثبات النسب ونفيه فقها وقانونا

المبحث الأول: مفهوم النسب

الحكم على الشيء فرع عن تصوره فلا يمكن الحديث عن الأحكام المتعلقة بالنسب إلا إذا تم معرفة معنى النسب في اللغة والفقه والقانون، ثم بيان أهميته والمقصد من حفظه فقها وقانوناً، وهذا ما تم التطرق إليه من خلال، تعريف النسب (المطلب الأول)، مقاصد حفظ النسب فقها وقانوناً (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تعريف النسب

قبل البدء في معالجة أحكام النسب يجدر أولاً تعريف النسب لغة وذلك لارتباط التعريف اللغوي بالفقهي ثم التطرق إلى التعريف القانوني، وهذا من خلال فرعين: الفرع الأول تعريف النسب في اللغة، الفرع الثاني تعريف النسب في الاصطلاح.

الفرع الأول: تعريف النسب في اللغة

جاء في لسان العرب: النَّسَبُ: نَسَبُ الْقَرَابَاتِ، وَهُوَ وَاحِدُ الْأَنْسَابِ وَالنَّسَبُ: الْقَرَابَةُ، وَالنَّسَابُ: الْعَالَمُ بِالنَّسَبِ، وَقِيلَ: هُوَ فِي الْأَبَاءِ خَاصَّةً، وَالنَّسَبُ يَكُونُ بِالْأَبَاءِ، وَيَكُونُ إِلَى الْبِلَادِ، وَيَكُونُ فِي الصَّنَاعَةِ¹.

وجاء في معجم مقاييس اللغة: "النون والسين والباء كلمة واحدة قياسها اتصال شيء بشيء، ومنه النسب، سُمِّيَ لاتصاله وللاتصال به، تقول: نسبت أنسب، وهو نسيب فلان، ومنه النسيب في الشعر إلى المرأة، كأنه ذُكِرَ يتصل بها، ولا يكون إلا في النساء، تقول منه: نسبت أنسب، والنسيب: الطريق المستقيم، لاتصال بعضه من بعض"².

¹ - ابن منظور، لسان العرب، ط3، دار صادر، بيروت، لبنان، 1414 هـ، ج1، ص755.

² - ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام هارون، دط، دار الفكر، دم، 1399هـ، 1979، ج5، ص423 - 425.

ومما سبق يتبين أن النسب في اللغة يدور حول المعاني التالية هي: إلحاق الشيء بالشيء، والاتصال بين الشئيين. والقراءة ومنه قوله تعالى: ﴿وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا﴾ (الفرقان: 54).

الفرع الثاني: تعريف النسب في الاصطلاح

وتكمن أهمية التعريف الاصطلاحي في أنه يحدد المصطلحات ويزيل الالتباس ويعين على إدراك الأحكام لأن الحكم فرع عن تصويره، وهذا ما تم التطرق إليه في هذا الفرع، كما يلي:

أولاً: تعريف النسب في الفقه الإسلامي: اهتم الفقهاء المسلمون بالحديث عن مسائل النسب ومعالجة مواضعه وقضاياها، ومع ذلك فقد وردت في كتبهم عدة تعريفات هي أقرب إلى التعريفات اللغوية، فقد عرفه المالكية بأنه "الانتساب لأب معين"¹، وجاء في تفسير القرطبي: عند قوله تعالى: ﴿نَسَبًا وَصِهْرًا﴾ (الفرقان: 54) النسب والصره معنيان يعمان كل قربي تكون بين آدميين²، كما عرفه أبو بكر بن العربي عند تفسيره لقوله تعالى: ﴿وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا﴾ (الفرقان: 54)، النسب: هو عبارة عن مرج الماء بين الذكر والأنثى على وجه الشرع، فإن كان بمعصية كان خُلُقًا مطلقًا، ولم يكن نسبًا محققًا³.

وأما عند الشافعية فقد عرفه البقري بقوله: "هو القرابة، والمراد بها الرحم، وهي لفظ يشمل كل من بينك وبينه قرابة، قريت أو بعدت، كانت من جهة الأب أو من جهة الأم"⁴.

1 - صالح عبد السميع الأبى الأزهرى، جواهر الإكليل شرح مختصر الشيخ خليل، د ط، المكتبة الثقافية، بيروت، لبنان، دت، ج 2، ص100.

2 - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: عماد زكي البارودي، خيرى سعيد، ط 10، المكتبة التوقيفية، القاهرة، مصر، 2012، ج13، ص44.

3 - ابن العربي، أحكام القرآن، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، ط3، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1424هـ، 2003، ج 3، ص448.

4 - البقري، حاشية البقري على شرح الرحبية للمارديني، ط 8، دار القلم، دمشق، سوريا، دت، ص 32.

وعرفه صاحب العذب الفائض من الحنابلة بأنه القرابة أيضاً، ثم قال " وهي الاتصال بين إنسانين بالاشتراك في ولادة قريبة أو بعيدة"¹، وجاء بيان معناه عند الراغب الأصفهاني: "النسب والنسبة الاشتراك من أحد الأبوين وذلك ضربان نسب الطول كالاشتراك من الآباء والأبناء ونسب بالعرض كالنسبة بين الإخوة والأعمام"².

من هذا يتضح أن معني النسب عند الفقهاء ينحصر في أمرين هما رابطة الدم، أو رابطة السلالة، هاتان الكلمتان تربط الإنسان بأصوله وحواشيه وهو الرابطة التي تجمع الابن بأبيه وسببها الزواج.

ثانياً: تعريف النسب في القانون: لم يتطرق قانون الأسرة الجزائري إلى تعريف النسب واكتفى بتنظيم ما يتعلق به وذلك من خلال المواد من 40 إلى 46³، مع الإشارة إلى أن المادة 222 ق أج تنص على أن كل ما لم يرد ذكره في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وبذلك يمكن العودة فيما يخص المراد بالنسب إلى الشريعة الإسلامية، وقد ورد ذكر النسب في القانون المدني الجزائري والذي حدد المقصود بقرابة النسب بأنها الصلة القائمة بين الأشخاص الذين يجمعهم أصل مشترك، حيث جاء في المادة 32 ق م ج أنه: " تتكون أسرة الشخص من ذوي قرباه ويعتبر من ذوي القربى كل من يجمعهم أصل واحد"⁴، وجاء في المادة 33 ق م ج أنه: "القرابة المباشرة هي الصلة ما بين الأصول والفروع، وقرابة الحواشي هي الرابطة ما بين أشخاص يجمعهم أصل واحد دون أن يكون أحدهم فرعاً للآخر"⁵.

1 - إبراهيم بن عبد الله الأزهرى الحنبلي، العذب الفائض شرح عمدة الفاضل، دط، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1999، ص19.

2 -الراغب الأصفهاني، مفردات ألفاظ القرآن، تحقيق صفوان عدنان داوودي، دط، دار القلم، دمشق، سوريا، دت، ص801.

3 -يراجع القانون رقم: 11/84 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404هـ الموافق ل 9 يونيو 1984. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ع24، س21، المؤرخة 12 رمضان 1401هـ الموافق ل 12 يونيو 1984، المعدل والمتمم بالأمر رقم: 02/05 المؤرخ في 18 محرم عام 1426هـ الموافق ل 27 فبراير 2005م المتضمن قانون الأسرة الجزائري. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ع 15، س 42، المؤرخة في 18 محرم 1426هـ الموافق ل 27 فبراير 2005.

4 - امر رقم 75-58، مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ع78، س12، المؤرخة 24 رمضان 1395هـ، الموافق 30 سبتمبر 1975م

5 - امر رقم 75-58. المتضمن القانون المدني

أما فيما يخص التشريعات العربية فإن المشرع التونسي من خلال مجلة الأحوال الشخصية التونسية¹ لم يتطرق إلى تعريف النسب، بل اكتفى بمعالجة القضايا المتعلقة به كما فعل المشرع الجزائري، وكذلك فعل المشرع الأردني² ونظام الأحوال الشخصية السعودي³، بخلاف المشرع المغربي الذي عرّفه في المادة 150 من مدونة الأسرة حيث جاء فيها أنه: "لحمة شرعية بين الأب وولده، تنتقل من السلف إلى الخلف"⁴، فمن خلال المادة يتضح أن النسب هو: "رابطة شرعية تربط الفروع (الأولاد) بالأصول (الأباء)، في إطار الضوابط والقواعد التي حددها القانون وينسب فيها الولد لوالده سواء ترتب على الزواج فاسد أو صحيح"⁵.

أما بالنسبة لتعريف النسب عند شراح قانون الأسرة الجزائري فقد عرفه العربي بلحاج بقوله: " هو الذي يتبع فيه الولد أباه في القانون والدين والحضارة وينبني عليه الميراث وينتج عنه موانع الزواج ويترتب عليه حقوق وواجبات أبوية وبنوية"⁶، كما عرفه سعد فضيل بأنه: "إلحاق الولد بأبيه قانونا ودينا واعتباره الأصل الذي تفرع عنه ذلك الولد"⁷.

مما تقدم يتضح أن المشرع الجزائري لم يعرف النسب وإنما اكتفى بمعالجة أحكامه، أما عن تعريفه فيرجع فيما يتعلق به إلى تطبيق نص المادة 222 ق أ ج، التي تحيل في كل ما لم يرد ذكره في قانون الأسرة إلى الشريعة الإسلامية.

¹ - مجلة الأحوال الشخصية، التونسية، أمر 13 أوت 1956 المتعلق باصدار مجلة الأحوال الشخصية، الرائد الرسمي التونسي، ع66، الصادر في 17 أوت 1956.

² - قانون رقم 15، لسنة 2019م، قانون الاحوال الشخصية للمملكة الأردنية الهاشمية.

³ - نظام الاحوال الشخصية للمملكة العربية السعودية قرار رقم 429 الصادر بتاريخ 5 / 8 / 1443هـ، الموافق 9 / 3 / 2022، ينظر الرابط:

<https://laws.boe.gov.sa/BoeLaws/Laws/Viewer/90beb4f6-f8e5-4f23-9228-ae5800d6bafa?lawId=4d72d829-947b-45d5-b9b5-ae5800d6bac2>

⁴ - ظهير شريف 1-04-22 صادر في 12 الحجة ذي 1443 الموافق 3 فبراير 2004 بتنفيذ رقم القانون 70-03 بمثابة مدونة لأسرة المغربية، الجريدة الرسمية المغربية، ع 5184، الصادرة يوم الخميس 5 فيفري 2004.

⁵ - عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح مدونة الأسرة، ط2، دار السلام، دم، 2018، ج1، ص366.

⁶ - العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص189.

⁷ - سعد فضيل، شرح قانون الأسرة الجزائري، د ط، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ج1، ص210.

المطلب الثاني: مقاصد حفظ النسب فقها وقانونا.

الشريعة الإسلامية أولت النسب أهمية كبيرة ونظمتها باعتباره أثر من آثار عقد الزواج والرابط الذي يربط الفروع بالأصول وهو سبب استحقاق جميع الحقوق، وكذلك فعل المشرع الجزائري وغيره من التشريعات العربية، ولهذا دون شك مقصد سيتم توضيحه في هذا المطلب وذلك من خلال التطرق إلى؛ مقاصد حفظ النسب فقها الفرع الأول، مقاصد حفظ النسب قانونا الفرع الثاني.

الفرع الأول: مقاصد حفظ النسب فقها

اهتم الفقه الإسلامي بحفظ النسب حيث اعتبره من المقاصد الضرورية التي عرّفها الشاطبي بقوله: "وأما الضرورية فمعناها أنها لا بد منها في قيام مصالح الدين والدنيا، بحيث إذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة بل على فساد وتهاجر، وفوت حياة في الدنيا، وفي الأخرى فوت النجاة والنعيم والرجوع بالخسران المبين"¹.

وقد ذهب الفقهاء إلى أن المقاصد الضرورية تشمل الكليات الخمس وهي: حفظ الدين، والنفس، والعقل، والنسل (النسب)، والمال حيث جاء عن الشاطبي في معرض بيان هذه الكليات: "ومجموع الضروريات خمسة وهي حفظ الدين والنفس والنسل والمال والعقل وقد قالوا إنها مراعاة في كل ملة"²، ثم قال "لو عدم النسل لم يكن في العادة بقاء"³، ويلاحظ أن الشاطبي قدم النسل على المال والعقل دلالة على أهميته ومكانته.

وإن حفظ هذه المصالح الضرورية كما ذهب إلى ذلك علماء المقاصد يكون بأمرين⁴:

- أحدهما: ما يقيم أركانها ويثبت قواعدها وذلك عبارة عن مراعاتها من جانب الوجود.

1 - الشاطبي، الموافقات، تحقيق: عبد الله دراز، ط 1، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1968، ج 2، ص 17.

2 - المرجع نفسه، ج 2، ص 17.

3 - المرجع نفسه، ج 2، ص 20.

4 - المرجع نفسه، ج 2، ص 18.

- والثاني: ما يدرأ عنها الاختلال الواقع أو المتوقع وذلك عبارة عن مراعاتها من جانب العدم. ويفهم من ذلك أن حفظ النسل يكون من جانبين¹:

- جانب الوجود: حيث نظم العلاقة بين الرجل والمرأة ضماناً لسلامة الأنساب، عن طرق الزواج واعتباره العلاقة الشرعية الوحيدة التي تجمع بين الرجل والمرأة وهو آية من آيات الله قال تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً ۗ إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾ (الروم: 21) ، وجعل الولد نعمة من أنعم الله علينا فقال: ﴿الْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا﴾ (الكهف: 46)، وأمر بصلة الأرحام ، كما جعلت من تعلم النسب واجبا ، فعلى كل مسلم أن يعرف محارمه ليتجنب الزواج بهم، وليتعهدهم بالصلة والرعاية، فعن أَبِي هُرَيْرَةَ -رضي الله عنه- عَنِ النَّبِيِّ ﷺ - قَالَ: "تَعَلَّمُوا مِنْ أُنْسَابِكُمْ مَا تَصِلُونَ بِهِ أَزْحَامَكُمْ فَإِنَّ صِلَةَ الرَّحِمِ مَحَبَّةٌ فِي الْأَهْلِ مَثْرَاءٌ فِي الْمَالِ مَنْسَأَةٌ² فِي الْأَثَرِ"³.

وأما من جانب العدم: فقد حرمت الزنا واعتبرته من كبائر الذنوب، وحرمت القذف، وجعلت له عقوبة، وحرمت الزواج بالمحارم وشرعت للعان، وأوجبت النفقة والحضانة، والولاية في التزويج، والولاية على مال الصغير ، و شرعت أحكام الميراث، والدية على العاقلة، لقول المغيرة بن شعبه -رضي الله عنه-: (قضى رسول الله ﷺ بالدية على العاقلة)⁴ ، وحرم الإسلام الانتساب إلي غير الآباء، وأبطل الإسلام التبني وحرمه ، عَنْ سَعْدِ بْنِ أَبِي وَقَّاصٍ -رضي الله عنه- أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ:

¹ -نور الدين الخادمي، علم المقاصد الشرعية، ط 1، مكتبة العبيكان، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1421هـ، 2001، ص83، 84.

² -وَمَعْنَى قَوْلِهِ مَنْسَأَةٌ فِي الْأَثَرِ يَعْنِي بِهِ الزِّيَادَةَ فِي الْعُمُرِ، وَمَعْنَاهُ كَمَا قَالَ الْمَنَاوِي فِي فَيْضِ الْقَدِيرِ: "أَي مَقْدَارًا تَعْرِفُونَ بِهِ أَقَارِكُمْ لِتَصِلُوهَا، فَتَعْلِيمُ النَّسَبِ مَنْدُوبٌ كَمَثَلِ هَذَا، وَقَدْ يَجِبُ أَنْ تَتَوَقَّفَ عَلَيْهِ وَاجِبٌ". ينظر: المناوي، فيض القدير شرح الجامع الصغير، ط2، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1971، ج3، ص332.

³ -أخرجه: الترمذي، سنن الترمذي، كتاب: المناقب، أبواب: البر والصلة، باب: ما جاء في تعليم النسب، رقم: 1979، ج3، ص237. قَالَ أَبُو عَيْسَى هَذَا حَدِيثٌ غَرِيبٌ مِنْ هَذَا الْوَجْهِ .

⁴ أخرجه: ابن ماجة، سنن ابن ماجة، كتاب: الديات باب: الدية على العاقلة فان لم يكن عاقلة ففي بيت المال، رقم: 2633، ج2، ص879.

"مَنْ ادَّعَى إِلَى غَيْرِ أَبِيهِ وَهُوَ يَعْلَمُ أَنَّهُ غَيْرُ أَبِيهِ فَالْحَبْثُ عَلَيْهِ حَرَامٌ"¹، وغيرها من الأحكام التي تحفظ العرض والنسل.

الفرع الثاني: مقاصد حفظ النسب قانونا

اهتم المشرع الجزائري بالنسب وبالحاق الأطفال بنوهم اهتماما كبيرا، مستتبطا أحكامه وقواعده من أحكام الشريعة الإسلامية، والتي تعتبر المصدر المادي لقانون الأسرة، حيث نظم أحكامه في الفصل الخامس من الباب الأول من الكتاب الأول، مخصصا له مجموعة من المواد من 40 إلى 46 ق أ ج تحت عنوان النسب، وذلك لما يترتب عن النسب من آثار، فجميع حقوق الطفل القانونية والشرعية متوقفة على ثبوت النسب مثل الإسم واللقب، وتسجيله في الحالة المدنية، الميراث، أحكام الحضانة والنفقة وغيرها من الأحكام المتعلقة بالنسب.

كما اعتبر النسب حق من حقوق طفل التي يكفلها القانون له، وهو من النظام العام الذي لا يمكن التلاعب به وهو ما يعبر به في الفقه الإسلامي بحق الله فالنسب فيه ثلاثة حقوق حق الطفل، وحق الوالدين، وحق الله (الحق العام) ، وقد احتاط المشرع الجزائري له في إثبات النسب، فلم يثبت نسب ابن الزنا ولا ابن الزوج الفاسد قبل الدخول، كما ترتب على ثبوت النسب عدة آثار قانونية تتعلق بالأبوين أو الطفل المولود، فهو يكسبه الحق في حمل لقب واسم من نسب إليه وتسجيله في سجل الحالة المدنية والدفتر العائلي، واعتبر النسب مانع من موانع الزواج²، واعتبر الزواج بإحدى المحرمات سبب من أسباب بطلان الزواج، و جعل الحق في النفقة والحضانة والرعاية³ وهو سبب من أسباب استحقاق الولاية على القصر⁴، وكذلك استحقاق الميراث.

1 - أخرجه: البخاري، صحيح البخاري، كتاب: الفرائض، باب: من ادعى إلى غير أبيه، رقم: 6766، ص1676.

2 - الأمر رقم: 02/05 ..المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

3- الأمر رقم: 02/05 ..المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

4 - الأمر رقم: 02/05 ..المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

المبحث الثاني: طرق إثبات النسب ونفيه

يقوم إثبات النسب ونفيه في الشريعة الإسلامية على قاعدة الاحتياط، فالفقهاء يثبتون النسب لأدنى أسباب الحكم ويتشددون في نفيه، ويجعلون لإثباته أسبابا متعددة ولنفيه سببا واحدا، ولهذا نصوا على طرق شرعية لإثباته ونفيه، ولكن مع التطور العلمي ظهرت طرق جديدة يمكن اعتمادها في إثبات النسب، وبناء على ذلك سيتم التطرق إلى الطرق التقليدية ثم الطرق العلمية في إثبات النسب ونفيه وذلك من خلال عنصرين؛ الطرق التقليدية لإثبات النسب ونفيه فقها وقانونا (المطلب الأول)، الطرق العلمية لإثبات النسب ونفيه فقها وقانونا (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الطرق التقليدية لإثبات النسب ونفيه فقها وقانونا

سيتم بداية بيان الطرق التقليدية التي اعتبرها الشرع وأقرها الفقهاء منذ القدم، وقد أطلق عليها التقليدية في مقابل الطرق العلمية التي أفرزتها التطورات العلمية الطرق التقليدية لإثبات النسب ونفيه في الفقه الإسلامي الفرع الأول الطرق التقليدية لإثبات النسب ونفيه في القانون الفرع الثاني.

الفرع الأول: الطرق التقليدية لإثبات النسب ونفيه في الفقه الإسلامي

سيتم التطرق في البداية إلى الطرق التقليدية لإثبات النسب ثم إلى طرق نفيه كما يلي:

أولا: الطرق التقليدية لإثبات النسب في الفقه الإسلامي: إثبات النسب إحياء للولد وهذا ما حرص الشارع على إثباته لأنه متشوف إليه، ومن رحمته أنه عدد طرق الإثبات، واتفق الفقهاء أن نسب الولد من أمه ثابت في كل حالات بالولادة سواء كانت شرعية أو غير شرعية، وأما نسب الولد من أبيه فلا يثبت إلا بالطرق الآتية:

1- الزواج الصحيح¹: ويقضي أن كل ولد يولد على فراش الزوجية يعد ولدا ينسب إلى أبيه من غير حاجة إلى بينة أو إقرار، لقوله -ﷺ-: "الولد للفراش وللعاهر الحجر"²، وقد ذهب الحنفية إلى أن الفراش في الزوجية يثبت بمجرد العقد على الزوجة، ولا يشترط إمكان الدخول مادام الدخول متصورا عقلا، فمتى أتت الزوجة بولد لأدنى مدة الحمل من حين العقد يثبت نسبه من الزوج، لقوله -ﷺ-: "الولد للفراش"³، ولم يذكر فيه اشتراط الوطء ولا ذكره، ولأن العقد في الزوجة كالوطء⁴، في حين ذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن الزوجة تكون فراشا بعقد الزواج مع إمكان الدخول الحقيقي بها أي الوطء⁵.

وقد اشترط الفقهاء لثبوت النسب بالزواج الصحيح، إمكانية الاتصال بين الزوجين فذهب الأحناف⁶ أنه يبدأ بمجرد العقد ولا حاجة لإثبات التلاقي وهو ممكن فلو تزوج رجل بامرأة ثم طلقها في المجلس نفسه فولدت لستة أشهر من العقد لحقه نسبه لأن النسب يحتاط له، غير أن المالكية والشافعية والحنابلة⁷ اشترطوا إمكان التلاقي فلا يثبت النسب عندهم إذا لم يكن التلاقي بينهما

1 - الزواج لغة: يأتي بمعنى الاقتران والضم ومنه قوله تعالى: ﴿وَرَوَّجْنَهُمْ بِحُورِ عِينٍ﴾ (الدخان: 52).

والصحيح: هو السليم من العيوب والعلل وفي الأقوال ما يعتمد عليه ينظر: ابن منظور، المرجع السابق، ج 2، ص 507.

والزواج الصحيح اصطلاحاً: هو ما كان موافقاً للشرع بأصله ووصفه، مستجمعاً لأركانه وشروطه، مرتباً لثمرته عليه. ينظر: وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ط1، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1406هـ، 1986، ج1، ص104.

2 - أخرجه: البخاري، صحيح البخاري، كتاب: الفرائض، باب: الولد للفراش حرة كانت أو أمة، رقم: 6749، ص 1666.

3 - سبق تخريجه، ص15.

4 - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط2، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1982، ج2، ص 331، 332.

5 - ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ط2، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1407هـ، ج2، ص341. الدردير، الشرح الصغير، دط، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، مصر، 1372هـ، ج1، ص493. الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، دط، دار الفكر، بيروت، لبنان، دت، ج3، ص338. ابن قدامة، المغني، تحقيق: عبد الله بن محسن التركي، عبد الفتاح محمد الحلو، دط، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1405هـ، ج7، ص424.

6 - ابن الهمام، فتح القدير، ط 2، دار الفكر، بيروت، دت، ج4، ص350.

7 - القرافي، الذخيرة، تحقيق: أحمد أبو خبزة، ط 1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1994م، ج4، ص233. الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الفكر، بيروت، لبنان، دت، ج2، ص120.

ممكنا، وهذا الذي رجحه كثير من الفقهاء المعاصرين مثل محمد أبو زهرة¹، ومحي الدين عبد الحميد²، عبد الكريم زيدان³، ومصطفى شلبي⁴، وأن يتصور الحمل من الزوج عادة بأن يكون خاليا من العيوب التي تحول دون إمكانية الاتصال بين الزوجين، غير أنه إذا كان أصحاب هذه العيوب ينزلون، فذهب الحنفية إلى أنه يلحق به النسب إذا كان ينزل وإلا فلا⁵.

وذهب مالك إلى أنه يسأل أهل المعرفة بذلك، فإن كان الخصي والمجبوب يولد لمثله يلحق به الولد وإلا فلا⁶، وأن يكون الزوج بالغا واختلف الفقهاء في تحديد السن الذي يكون الزوج قادرا على الإنجاب، فعند الحنفية والمالكية قدره باثنتي عشرة سنة⁷، وتسع سنين عند الشافعية⁸، وعشر سنين عند الحنابلة⁹، وعلى ذلك لا يلحق الولد بالزوج إن كان طفلا دون التاسعة من عمره بالاتفاق¹⁰، وأن تلده الزوجة بين أقل مدة الحمل وأقصى مدة الحمل، وأقل مدة الحمل هي ستة أشهر بإتفاق العلماء¹¹، وذلك جمعا بين الآيات في قوله تعالى: ﴿ وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا ﴾ (الاحقاف: 15)، وقوله: ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضَعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ﴾ (البقرة: 233)¹²، وأما

¹ - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط 3، دار الفكر القاهرة، مصر، دت، ص 388.

² - محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط 1، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1984، ص 357.

³ - عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام الأسرة والبيت المسلم، ط 3، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 2000، ج 9، ص 331.

⁴ - مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ط 2، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1988، ص 675.

⁵ - ابن عابدين، المرجع السابق، ج 3، ص 528.

⁶ - مالك، المدونة الكبرى، تحقيق: يحيى بن يحيى الليثي، ط 11، دار النفائس للنشر، بيروت، 1988، ج 2، ص 88.

⁷ - ابن عابدين، المرجع السابق، ج 4، ص 465. الدسوقي، حاشية الدسوقي، دار الفكر، بيروت، لبنان، دت، ج 2، ص 460.

⁸ - محي الدين النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق: زهير الشاويش، ط 3، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1991، ج 7، ص 357.

⁹ - ابن قدامة، المرجع السابق، ج 7، ص 427.

¹⁰ - مجد الدين أبي البركات، المحرر في الفقه، دط، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، دت، ج 2، ص 101.

¹¹ - ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دط، دار الجيل، بيروت، لبنان، دت، ج 2، ص 352.

¹² - الكاساني، المرجع السابق، ج 2، ص 211.

أكثرها فقد اختلف الفقهاء فذهب الحنفية¹ ورواية للحنابلة² أن أكثر مدة الحمل سنتان، والدليل: "قول عائشة رضي الله عنها: "ما تزيد المرأة في الحمل على سنتين، ولا قدر ما يتحول ظل عود المغزل"³، وذهب رأي عند المالكية والشافعية وظاهر مذهب الحنابلة أن أكثر مدة للحمل أربع سنوات⁴، ويرى ابن حزم أن أكثر مدة للحمل تسعة أشهر ونسبه إلى عمر بن الخطاب⁵، وذهب محمد بن عبد الحكيم من المالكية إلى أن أقصى مدة للحمل سنة لا أكثر⁶، بينما أكثر مدة الحمل عند الأطباء لا تزيد عن شهر بعد موعده وقد ذكر أنه (280) يوماً⁷، وفي الجملة فإن هذه المسألة هي مسألة اجتهادية مبينة على التجربة والعرف وقد علق ابن رشد على أقوال الفقهاء بعد إيرادها فقال: "وهذه المسألة مرجوع فيها إلى العادة والتجربة. ويقول ابن عبد الحكم والظاهرية هو أقرب إلى المعتاد، والحكم إنما يجب أن يكون بالمعتاد لا بالنادر، ولعله أن يكون مستحيلاً"⁸، وكذلك اشترطوا عدم نفي الولد بطرق الشرعية وهو اللعان⁹.

واختلف الفقهاء في الخلوة الصحيحة بعد العقد الصحيح وقبل الدخول بحيث يجتمع الزوجان في مكان يتمكنان فيه من التمتع الكامل ويأمنان دخول أحد عليهما، وليس لأحدهما مانع طبيعي أو حسي أو شرعي يمنع من الاستمتاع، حيث ذهب الحنفية والمالكية والشافعية وفي رواية عن

1 - ابن الهمام، المرجع السابق، ج 4، ص 352

2 - ابن قدامة، المرجع السابق، ج 8، ص 98.

3 - أخرجه: الدارقطني، سنن الدارقطني، كتاب: النكاح، رقم: 3832، ج 3، ص 222.

4 - إسماعيل الروياني، بحر المذهب في فروع المذهب الشافعي، دط، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، دت، ج 11، ص 394. وعبد الكريم بن محمد اللاحم، المطلع على دقائق زاد المستقنع (فقه الأسرة)، ط 1، دار كنوز إشبيلية للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1431هـ، 2010، ج 5، ص 46. ابن الهمام، المرجع السابق، ج 4، ص 362.

5 - ابن حزم، المحلى بالأثر، تحقيق: عبدالغفار سليمان البنداري، ط 1، دار الفكر، بيروت، لبنان، ج 10، دت، ص 131.

6 - القرطبي، المرجع السابق، ج 9، ص 200.

7 - علي البار، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، ط 4، دار السعودية للنشر والتوزيع، 1983، ص 451.

8 - ابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ج 2، ص 573

9 - الصادق عبد الرحمن الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ط 1، مؤسسة الريان، بيروت، لبنان، 2002، ج 3، ص 52

الإمام أحمد إلى أنه يثبت بها النسب للمولود لقوله ﷺ: "الولد للفراش وللعاهر الحجر"¹، وفي رواية ثانية لأحمد ونقل ابن القيم أنها اختيار ابن تيمية³ أنه لا يثبت بها نسب، وإنما الذي يثبته العقد مع الدخول الحقيقي، والخلو لا تكون دخولاً حقيقياً ولا تصير المرأة فراشاً ما لم يدخل بها الزوج، وقد رجح كثير من الباحثين مذهب الجمهور لأن فيه إعمال لقاعدة الاحتياط في النسب وإحياء للولد⁴.

2- النكاح الفاسد: وهو العقد الذي حصل خلل في ركن من أركانه أو شرط من شروط

صحته⁵، وعند جمهور الفقهاء هو الذي فقد شرطاً أو أكثر من شروط الصحة كأن يتزوج امرأة من غير ولي أو بغير شهود أو أن يتزوج امرأة في عدتها، وقد اتفق الفقهاء⁶ على أن النسب يثبت في النكاح الفاسد المختلف فيه كما يثبت في الزواج الصحيح إذا اتصل به دخول حقيقي لأن النسب يحتاط في إثباته إحياء للولد، أما إذا كان متققاً على فساد فذهب الحنفية⁷ إلى عدم ثبوت النسب حتى وإن كان العاقد جاهلاً بهذا النكاح إذ لا يثبت النسب إلا بملك أو حق في المحل ولم يتحقق أحد منهما، وعند الجمهور من المالكية⁸ والشافعية⁹ والحنابلة¹⁰ يثبت النسب حتى وإن كان العاقد

1 - سبق تخريجه، ص 15.

2 - ابن عابدين، المرجع السابق، ج2، ص341. مالك، المرجع السابق، ج2، ص220. النووي، المجموع شرح المهذب، دط، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2021، ج17، ص299 و402. ابن قدامة، المرجع السابق، ج6، ص724.

3 - ابن القيم الجوزية، زاد المعاد، ط3، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1418هـ، 1998، ج4، ص141.

4 - سمر محمد أبويحي، أحكام الخلو في الفقه الإسلامي، ط1، دار اليازوري، عمان، الاردن، 1418هـ، 1997، ص136-140.

5 - ابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ج2، ص31.

6 - السرخسي، المبسوط، ط1، دارالمعرفة، بيروت، لبنان، 1409هـ، 1989، ج17، ص55. محمد بن عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، دط، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1989، ج3، ص308. زكريا الأنصاري، زين الدين السنيكي، أسنى المطالب شرح

روضة الطالب، دط، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، مصر، ج3، ص185. ابن قدامة، المرجع السابق، ج7، ص10.

7 - محمد بن عليش، المرجع السابق، ج3، ص308.

8 - زكريا الأنصاري، زين الدين السنيكي، المرجع السابق، ج3، ص308.

9 - المرجع نفسه، ج3، ص185.

10 - ابن قدامة، المرجع السابق، ج7، ص10.

عالمًا بالعلاقة الرابطة لكنه اعتبر الوطء حلال في حقه، ويبدأ اعتبار النسب في النكاح الفاسد عند جمهور الفقهاء من وقت الدخول كما في الزواج الصحيح ووافقهم محمد بن الحسن من الحنفية، وأما أبو حنيفة فيثبت النسب من وقت العقد كما في النكاح الصحيح.

3- الوطء بشبهة¹: وهو كل معاشرة بين رجل وامرأة ليست زواجا شرعيا صحيحا وليست

زنا يوجب الحد، أو هو كل معاشرة بين رجل وامرأة ليس بناء على عقد زواج صحيح أو فاسد، وليست زنا حتى لا توجب الحد²، فهو وطء يقع خطأ بسبب غلط يقع فيه الشخص³.

وذهب جمهور الفقهاء⁴ إلى أن الوطء بشبهة يثبت النسب، لأن ثبوت النسب هنا إنما جاء

من جهة ظن الواطئ بخلاف الزنا فلا ظن فيه، وقد اشترطوا أن تكون الشبهة معتبرة شرعا، وأن يولد لمثل الواطئ ما لو تزوج، وأن يولد المولود في أقل مدة الحمل أي ستة أشهر فما فوق من وقت ذلك الوطء فإن ولد قبله لم يثبت النسب.

4- الإقرار⁵: وعبر عنه المالكية بالاستلحاق⁶، وهو خبر يوجب حكم صدقه على قائله فقط

بلفظه أو بلفظ نائبه، فالإقرار كل خبر يقتضي الحكم به على صاحبه فقط، ولا يتعدى أثره إلى غير المخبر، وهو في النسب الإخبار بوجود صلة القرابة بين المقر والمقر له⁷.

1 - الشبهة لغة: بمعنى الالتباس. ينظر: ابن منظور، المرجع السابق، ج3، ص 393.

2 - محمد مطلق، الآثار المادية والمعنوية المترتبة على الوطء بشبهة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الكويتية، مجلة كلية الآداب، جامعة سوهاج، مصر، ع58، 2021، ص 73.

3- بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن لأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة والمذهب الجعفري والقانون (زواج وطلق)، ط1، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1982، ص 520 .

4 -الكاساني، المرجع السابق، ج9، ص194. البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع، دط، مكتبة النصر، الرياض، السعودية، دت، ج4، ص355.

5 - الإقرار لغة: يطلق على الاعتراف والإثبات، يقال: أقر بالحق إذا اعترف به وأثبتته، وأقر يأتي بمعنى الإدعان للحق والاعتراف به. ينظر: ابن منظور، المرجع السابق، ج5، ص88.

6 -ابن الحاجب، التوضيح شرح مختصر خليل، ط1، مركز نجيبويه لمخططات وخدمت التراث، السودان، 1429هـ، 2008، ج6، ص45

7 - الخرشني، حاشية الخرشني، ط2، المطبعة الأميرية الكبرى، بولاق، مصر، 1317هـ، ج6، ص86.

وقد يكون دعوى أو شهادة فإن أخبر بحق له على الغير فدعوى، وإن كان لغيره على غيره فشهادة، وشهادة المرء على نفسه إقرار¹، وهو حجة قاصرة² على المقر لا يتعدى إلى غيره، إلا إذا صدقه ذلك الغير أو أقام الدليل على حجة ذلك الإقرار، وثبت النسب بالإقرار ثم إذا أنكر المقر لم يقبل إنكاره، لأنه نسب ثبت بحجة شرعية فلم يزل بإنكاره³.

والإقرار إما أن يكون مباشراً كأن يقر رجل أو امرأة لولد أنه ابنه أو ابنها، فإن كان مستوفياً لشروطه ثبت نسب المقر له من المقر، والشروط هي: أن يكون المقر له بالبنوة مجهول النسب فلا يصح ادعاء نسب ولد معروف النسب، ويستثنى من ذلك الذي نفي نسبه بسبب الملاعة فلا تصح إلا من الزوج لاحتمال تكذيبه لنفسه وادعاء الولد من جديد، واشترط جمهور الفقهاء لصحة الإقرار بالنسب ألا يذكر المقر أن هذا الولد هو ابنه من الزنا⁴ لقوله -ﷺ-: "الولد للفراش، وللعاهر الحجر"⁵، يقول ابن رشد: "واتفق الجمهور على أن أولاد الزنى لا يلحقون بأبائهم إلا في الجاهلية..."⁶، أن يمكن تصديقه بأن يحتمل أن يولد لمثله عادة وعقلاً فلا يكذب الحس ولا الشرع، كأن يكون هناك تفاوت في السن إذ يمكن أن يولد مثل المقر له للمقر، أما إذا كانا متقاربين في السن فلا يثبت النسب بالإقرار، وأن يصدق المقر له نسب المقر إذا كان المقر له بالغاً عاقلاً مميّزاً مختاراً، فإذا كان صغيراً غير مميّز، أو فاقد الأهلية يثبت النسب بالإقرار من غير الحاجة إلى تصديقه، وقد جمع ابن الحاجب من المالكية هذه الشروط بقوله " وَإِذَا

1 - الشرييني، المرجع السابق، ج3، ص308.

2 - الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، دط، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2021، ج 5، ص3. ابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ج2، ص 393. الرملي، نهاية المحتاج، ط1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 2014، ج 5، ص 65.

3 - ابن قدامة، المرجع السابق، ج5، ص206

4 - ابن عابدين، المرجع السابق، ج 2، ص633. ابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ج5، ص438. الرملي، المرجع السابق، ج5، ص108. ابن قدامة، المرجع السابق، ج 7، ص 345.

5 - سبق تخريجه، ص15.

6 - ابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ج5، ص 438.

اسْتَلْحَقَ مَجْهُولَ النَّسَبِ لِحَقِّ بِهِ مَا لَمْ يُكْذِبْهُ الْعَقْلُ لِصِغَرِهِ، أَوْ الْعَادَةُ بِبَلَدِهِ، أَوْ الشَّرْعُ لِشُهْرَةِ نَسَبِهِ¹.

وأما الإقرار غير المباشر فيكون بتحميل نسب المقر له على غير المقر، كأن يقر شخص لأخر أنه أخوه أو عمه أو ابن ابنه، وهذا الإقرار لا يثبت به النسب، إلا إذا صدقه من حمل النسب عليه إذا كان حياً، أو الورثة إذا كان المقر عليه ميتاً، أو إقامة البينة على صحة الإقرار، ولما كان الإقرار حجة قاصرة على المقر فقط، فإن هناك بعض الآثار التي تترتب على هذا الإقرار وإن لم يصدقه المقر عليه كالنفقة وغيرها².

5- البينة³: وهي الوسيلة التي يثبت بها النسب بعد الإقرار، والهدف منها المحافظة على مصلحة الصغير وروابط الأسرة، وذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة⁴ إلى أن البينة معناها: الشهادة والشهود، ويثبت النسب بالبينة، وهي عند الأحناف شهادة رجلين، أو رجل وامرأتان⁵، وعند المالكية شهادة رجلين فقط⁶، عند الشافعية والحنابلة وأبي يوسف من الحنفية هي شهادة جميع الورثة بالنسب، وذلك بمعاينة المشهود به أو سماعه⁷.

1 - ابن الحاجب، المرجع السابق، ج6، ص 45.

2 - محمد الزحيلي، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، ط1، دار البيان، دمشق، سوريا، 1401-1982، ص279.

3 - البينة لغة: كلمة مأخوذة من البيان والوضوح فكأن المدعي يبين له يوضح دعواه، والبينة مؤنث بين، نقول بأن الأمر: اتضح فهو بين والمسألة بينة، وتأتي بمعنى الايضاح والوضوح. ينظر: ابن منظور، المرجع السابق، ج2، ص196.

4 - ابن الهمام، المرجع السابق: ج6، ص907. الدسوقي، المرجع السابق، ج 5، ص 117. الشرييني، المرجع السابق، ج 4، ص461. ابن قدامة، المرجع السابق، ج 12، ص 6.

5 - بدر الدين العيني، البناية شرح الهداية، تحقيق أيمن صالح شعبان، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1420هـ، 2000، ج 7، ص 531.

6 - ابن رشد الجد، البيان والتحصيل، تحقيق محمد حجي وآخرون، ط2، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1408هـ، 1988، ج14، ص 279.

7 - السرخسي، المرجع السابق، ج 16، ص111. أحمد سلامة القليوبي، حاشية قليوبي، ط1، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1995م، ج3، ص15. ابن قدامة، المرجع السابق، ج5، ص335.

ولا يشترط أن يكون الشاهد قد حضر عقد النكاح أو أنه حضر زفاف الزوجة لزوجها، ويمكن إثبات النسب عن طريق التسامع، فقد اتفق الفقهاء على جوازه في الموت، والنكاح، والنسب¹، والمستفيض بين الناس أن فلانا هو ابن فلان.

ويلجأ إلى البينة في حالات الخلاف بين الزوجين كأن تدعي المعتدة ولادة ولد خلال المدة التي يثبت فيها النسب وينكر الزوج، وإذا ادعى أكثر من واحد بنوة ابن فمن أقام البينة حكم له القاضي عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله -ﷺ- قال " لو يعطى الناس بدعواهم، لادعى رجال أموال قوم ودماءهم، لكن البينة على المدعى واليمين على من أنكر "².

6-القيافة³: هي إثبات النسب بطريق الشبه، فيقوم من عنده معرفة بالشبه برؤية الطفل ورؤية من يراد الانتساب إليه، فيحكم بناءً على معرفته بأن هذا الطفل من ذاك الرجل أو لا، وقد اختلف الفقهاء في إثبات النسب بالقيافة، فذهب الحنفية⁴ إلى أنه لا يثبت النسب بقول القائف، وذهب المالكية والشافعية والحنابلة⁵ إلى جواز الاعتماد عليها عند التنازع وعدم توفر الدليل الأقوى منها، أو عند تعارض الأدلة الأقوى منها، لحديث عائشة قالت: " دَخَلَ عَلَيَّ رَسُولُ اللَّهِ -ﷺ- ذاتِ يَوْمٍ وَهُوَ مَسْرُورٌ، فَقَالَ: يَا عَائِشَةُ، أَلَمْ تَرِي أَنَّ مُجَرِّزًا الْمُدَلِّجِيَّ دَخَلَ عَلَيَّ فَرَأَى أُسَامَةَ بْنَ زَيْدٍ وَزَيْدًا وَعَلَيْهِمَا قَطِيفَةٌ، قَدْ غَطَّيَا رُؤُوسَهُمَا وَبَدَتْ أَقْدَامُهُمَا، فَقَالَ: إِنَّ هَذِهِ الْأَقْدَامَ بَعْضُهَا مِنْ بَعْضٍ "⁶.

1 - الحطاب، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، ط1، دار الفكر، بيروت، لبنان، 2006، ج6، ص 194. النووي، المرجع، ج11، ص266. ابن قدامة، المرجع السابق، ج 12، ص24.

2 - أخرجه: مسلم، صحيح مسلم، كتاب: الأقضية، باب: اليمين على المدعى عليه، رقم 1117، ج3، ص336

3 - القيافة لغة: تتبع الأثر والقافة عند العرب هم قوم كانت عندهم معرفة تفصيل تشابه الناس، القائف الذي يتتبع الآثار ويعرفها ويعرف شبه الرجل بأخيه وأبيه. ينظر: ابن منظور، المرجع السابق، ج 9، ص 293.

4 -الكاساني، المرجع السابق، ج 6، ص 242.

5 - ابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ج2، ص328. الحطاب، المرجع السابق، ج 5، ص247. الشرييني: المرجع السابق، ج4، ص 489. ابن قدامة، المرجع السابق، ج 7، ص 483

6 - أخرجه: البخاري، صحيح البخاري، كتاب: الفرائض، باب: القائف، رقم: 6770، ص1676.

واشترطوا لإثبات النسب بها عدم قيام مانع شرعيّ من الإلحاق بالشبه، فلو نفى نسب ولده من زوجته فإنه يلاعنها ولا يلتفت إلى إثباته بقول القافة، ولا يعتبر الشبه كذلك إذا تعارض مع الفراش، وعند قوع التنازع في الولد نفيّاً أو إثباتاً وعدم وجود دليل يقطع هذا التنازع، فإنّ الترجيح يكون بقول القافة، ولا يلزم قول القائف إلا بإمضاء القاضي له عند التنازع فيما نص عليه الشافعية¹، وحياة من يراد إثبات نسبه بالقيافة، وهو شرط عند المالكية، جاء في مواهب الجليل: "أنّها إن وضعت تماماً ميّتاً لا قافة في الأموات"².

ثانياً: الطرق التقليدية لنفي النسب في الفقه الإسلامي: نظراً لخطورة هذا الأمر وما يلحقه من أذى وضرر سواء بالنسبة للولد أو ما يخلفه من ضرر نفسي ومعنوي ومادي على الوالدين وخاصة الزوجة وما يلحقها من ضرر في عرضها وشرفها لكل هذا، فإنّ الشريعة حذرت من الطعن في الأنساب: قال رسول الله ﷺ: "إثتان في الناس هما بهم كفر الطعن في النسب والنياحة على الميت"³، وقد ضيقّت الشريعة من وسائل نفي النسب بخلاف وسائل اثباته وذلك صيانة لحفظ الأعراض والمحافظة على حقوق الأطفال وغلقاً لباب الشائعات، ولهذا يكون عن طريق اللعان فقط.

1- تعريف اللعان⁴: هو عند الفقهاء عبارة عن حلف الزوج على صدق قوله في رمي زوجته بالزنا أو نفي حملها الممكن لحوق به عادة، وحلف الزوجة على تكذيبه أمام القاضي ليبرئ الزوج نفسه من حد القذف وتبرئ الزوجة نفسها من حد الزنا، فلو نكل الزوج عن اليمين بعد اتهامها أقيم عليه حد القذف، ولو نكلت الزوجة عن اليمين بعد اتهامها أقيم عليها حد الزنا⁵.

¹ - سليمان بن عمر بن منصور العجيلي، حاشية الجمل، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2021، ج8، ص529

² - الخطاب، المرجع السابق، ج7، ص274.

³ - أخرجه: مسلم، صحيح مسلم، كتاب: الإيمان، باب: إطلاق اسم الكفر على الطعن في النسب والنياحة، رقم: 67، ج1، ص82

⁴ - اللعان في اللغة: من اللعن وهو الإبعاد والطرده من الخير، وقيل: الطرد والإبعاد من الله، ومن الخلق السب والدعاء، واللعنة

الاسم، والجمع لعان ولعنات. ولعنه يلعنه لعنا: طرده وأبعده. ينظر ابن منظور، المرجع السابق، ج13، ص209.

⁵ - الصادق عبد الرحمن الغرياني، المرجع السابق، ج3، ص52

وقد شرع اللعان بالقرآن في قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ ۝ وَالْخُمُسَةُ أَنْ لَعْنَتُ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ ۝ وَيَذْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابُ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ ۝ وَالْخُمُسَةُ أَنْ غَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ ۝﴾ (النور: 6-7-8-9).

ونزلت هذه الآيات بعد آيات القذف التي تأمر القاذف بإحضار أربعة شهداء فعسر ذلك على الأزواج فعل ذلك، فجاءت هذه الآية مخصصة لآية القذف واستبدل إحضار الشهود بالقسم، وفي ذلك يقول ابن عاشور "لما تقرر حد القذف اشتد الأمر على الأزواج الذين يعثرون على ريبة في أزواجهم، فجعل الله تعالى لهم مخرجا بأحكام اللعان إذ في نفوسهم من الغيرة ما لا يسع معه السكوت عليه لو كانوا في الجاهلية يقتلون على ذلك".¹، وقال ابن رشد في بيان العلة من تشريع اللعان "لما كان الفراش موجبا للحقوق النسب كان الناس ضرورة إلى طريق ينفونه بها إذا تحققوا فسادها وتلك الطريق هي اللعان"²، والمقصود من تشريع اللعان هو حفظ الأعراض، ودفع الضرر عن الأزواج، وردع الأزواج عن قذف زوجاتهم لأدنى شك أو ريبة، وستر المرأة وفتح باب التوبة أمامها، ودرء العذاب على الزوجين فيدفع عن الزوج عقوبة القذف ويدفع عن الزوجة عقوبة الزنا³.

2- شروط صحة اللعان وأثاره: ودعوى اللعان على ضريين دعوى الزنا في اللعان وهو اتهام

الزوجة بالزنا فإذا كانت مستتدة للمشاهدة والرؤية فاللعان باتفاق أما إذا كانت مطلقة فإن مالك لا يجوز اللعان بمجرد القذف، والجمهور على جوازه وهي رواية عن ابن القاسم من المالكية⁴، دعوى

¹ - ابن عاشور، التحرير والتنوير، دط، الدار التونسية للنشر، تونس، 1984، ج18، ص162.

² - ابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ج2، ص194.

³ - سعيد ويرو، عثمان بالخير، المقاصد الشرعية في أحكام اللعان، مجلة الدراسات الإسلامية، قسم العلوم الإسلامية، جامعة عمار ثليجي الأغواط، الجزائر، جانفي 2018، ع10، ص155.

⁴ - ابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ج2، ص196.

نفي الحمل بنفي نسب الولد الحمل، فإذا كان مطلقاً فالمشهور عن مالك أنه لا يجب بذلك اللعان وخالفه الشافعي وأحمد¹.

وقد اشترط الفقهاء لصحة اللعان قيام العلاقة الزوجية فإن لم يكن بينهما فراش فلا لعان، عدم إقامة الزوج البينة، وادعاء المشاهدة وهذا بنص الآية فإذا أقامت البينة فلا لعان، إنكار الزوجة لجريمة الزنا فإذا أقرت بالزنا فلا لعان، وأن تكون عفيفة معروفة بعفافها وهو ما ذهب إليه الحنفية والشافعية² فإذا كانت معروفة بالزنا فلا لعان عندهم، وخالف المالكية والحنابلة والظاهرية³ ذلك، وأن يكونا عاقلين بالغين مسلمين غير محدودين بقذف، وأن يكون الزنا من المرأة، والدعوى معجلة بمجرد علم الزوج بالحمل عند الجمهور⁴ أو الولادة عند الحنفية⁵، وتكون أمام القاضي وفي المسجد أمام جماعة من الناس⁶، وألا يختل شرط من شروط الزواج الصحيح فإذا اختل فلا لعان قال ابنُ الحَاجِبِ: "أَمَّا إِذَا تَبَيَّنَ انْتِفَاؤُهُ عَنْهُ بِأَنَّ نَكْحَ مَشْرُقِيٍّ مَعْرِبِيَّةً فَأَتَتْ بِوَلَدٍ مِنْ غَيْرِ إِمْكَانٍ وَطُءٍ أَوْ كَانَ لِأَقَلِّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنَ الْعَقْدِ أَوْ هُوَ صَبِيٌّ صَغِيرٌ حِينَ الْحَلِّ أَوْ مَجْبُوبٌ فَلَا لِعَانَ"⁷.

ويترتب على إقامة اللعان آثار على الزوجين متمثلة في انتفاء عقوبة القذف على الزوج، وعقوبة الزنا على الزوجة، التفريق بين الزوجين تفريقاً مؤبداً عن طرق الفسخ وإليه ذهب مالك الشافعية والحنابلة والظاهرية وأبو يوسف والحسن بن زياد، وعند أبي حنيفة طلاق بائن، وتقع الفرقة بين الزوجين بمجرد اللعان من غير توقف على حكم القاضي⁸، ويحرم الوطء والاستمتاع بعد

1 - ابن رشد الحفيد، المرجع نفسه، ج2، ص198.

2 - السمرقندي، تحفة الفقهاء، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، دت، ج2، ص218. النووي، المرجع السابق، ج7، ص396،

3 - الدسوقي، المرجع السابق، ج2، ص458، ابن قدامة، المرجع السابق، ج9، ص5، ابن حزم الظاهري، المرجع السابق، ج1، ص143

4 - ابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ج2، ص196.

5 - المرجع نفسه، ج2، ص196.

6 - الصادق عبد الرحمن الغرياني، المرجع السابق، ج3، ص56

7 - محمد بن يوسف المواق، التاج والإكليل لمختصر خليل، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1416هـ، 1994، ج5، ص85.

8 - المرجع نفسه، ج3، ص138. الشرييني، المرجع السابق، ج3، ص380

التلاعن من كلا الزوجين، أما الأثر المترتب على الولد بعد اللعان أن نسبه يكون إلى أمه وذلك إذا نفاه الزوج.

الفرع الثاني: الطرق التقليدية لإثبات النسب ونفيه في القانون

سيتم تناول طرق إثبات النسب ونفيه قانونا للوقوف على مدى التوافق بين قانون الأسرة الجزائري وأحكام الشريعة الإسلامية باعتبار هذه الأخيرة مصدرا له وذلك كما يلي:

أولا: الطرق التقليدية لإثبات النسب في القانون: يثبت ويتحقق نسب الولد إلى أمه بالولادة ووجود المولود ويكمن إثبات هذا الأمر بشهادة المستشفى أو شهادة الشهود، وأما الأب فقد جاء في نص المادة 40 ف1 ق أ ج أنه: "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون"¹، وبذلك فإن الطرق التقليدية التي يثبت بها النسب وفقا لقانون الأسرة الجزائري هي:

1- الزواج الصحيح: وهو الأصل فمتى ثبت النسب بالزواج الصحيح فإنه لا ينظر إلى بقية

طرق الإثبات، غير أن القانون اشترط لثبوت النسب بالزواج الصحيح شروطا هي: أن يكون الزواج شرعيا أي مستوف للشروط والأركان التي نصت عليها الشريعة الإسلامية وما يمكن ملاحظته أنّ المشرع الجزائري أخذ برأي الحنفية فيما يتعلق بثبوت النسب بالزواج الصحيح بمجرد العقد وليس بالعقد والدخول بالزوجة كما ذهب إليه الجمهور، وكذلك إن أمكن الاتصال، والملاحظ أنّ المشرع الجزائري استعمل مصطلح الاتصال والذي يمكن أن يعني إمكان التلاقي بين الزوجين وعلى ذلك فإنه في حالة قيام الدليل على عدم إمكانية التلاقي بينهما فإن النسب ينتفي دون لعان إلا إذا ادعاه وأقر به وحينها يثبت بالإقرار، وهذا فيه توافق مع مذهب الجمهور بخلاف ما ذهب إليه الحنفية فإن النسب لا ينتفي عندهم إلا باللعان، ويعني كذلك أن يكون الزوج ممن يتصور منه الحمل عادة وعقلا وطبا بأن يكون بالغا سليما من العيوب التي تمنعه من الاتصال بالزوجة وعدم جود أمراض كالعقم

¹ - أمر رقم 05-02،..المتضمن قانون الأسرة.

وغيرها وفيه توافق مع ما ذهب إليه الفقه الإسلامي، والشرط الآخر هو ما لم ينفه الأب بالطرق المشروعة وهذا ما أكدته المادة 41 ق أ ج¹.

ولكي يثبت النسب بالزواج الصحيح ينبغي أن تأتي به لأقل مدة الحمل من تاريخ عقد الزواج، وأقل مدة الحمل 6 أشهر المادة 42 ق أ ج²، أو أكثر مدة الحمل وهي عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة المادة 43 ق أ ج³، وقد وافق المشرع الجزائري الفقه الإسلامي في أقل مدة الحمل غير أنه في أكثر مدة الحمل أخذ بما توصل إليه الطب الحديث، وهو بذلك أقرب إلى المذهب الظاهري الذي حدد أقصى مدة الحمل بتسعة أشهر.

2- الزواج الفاسد: جاء في المادة 32 ق أ ج أنه: "يبطل الزواج، إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد"⁴، ما يلاحظ أنّ المشرع الجزائري لم يحدد المراد بالمانع، كما أنه نص في المادة 35 ق أ ج على أنّ عقد الزواج إن اقترن بشرط باطل فإنّ الشرط يعتبر باطلاً وبذلك لا يعتد به أما العقد فصحيح، وبهذا فإنّ هناك تناقض بين نص المادتين.

وجاء في المادة 33 ق أ ج "يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا.

إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل"⁵.

وجاء في المادة 34 ق.أ.ج: "كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده، ويترتب عليه ثبوت النسب، ووجوب الاستبراء"⁶.

ففي حالة انعدام ركن الرضا الوارد في المادة 9 ق أ ج أو وجود عنصر الإكراه فيكون باطلاً ويثبت به النسب إحياء للولد، أما إذا كان الزواج مختلفاً في فساده كاختلال شرط من شروط الزواج،

1 - أمر رقم 05-02، المتضمن قانون الأسرة.

2 - عمر بلحاج، المرجع السابق، ص 130، 131.

3 - أمر رقم 05-02، المتضمن قانون الأسرة.

4 - أمر رقم 05-02، المتضمن قانون الأسرة.

5 - أمر رقم 05-02، المتضمن قانون الأسرة.

6 - أمر رقم 05-02، المتضمن قانون الأسرة

فإن المشرع رتب عليه مهر المثل إذا لم يسم لها مهرا والمهر المسمى إذا سمي لها مهرا، وثبوت النسب، وقد وافق المشرع الجزائري رأي الجمهور في اشتراطه الدخول لثبوت النسب في النكاح الفاسد، وأما قبل الدخول فلا يترتب عليه أي أثر من آثار الزواج ويكون عرضة للفسخ.

3- الوطء بشبهة: وقد ذكر في المادة 40 ق أ ج كطريق لإثبات النسب، والشبهة المثبتة للنسب هي كل وطء حرام لا حد فيه لا يوصف بأنه زنا ولا يكيف بأنه زواج صحيح أو فاسد أو باطل وفقا لأحكام قانون الأسرة¹.

4- الإقرار: اعتبر المشرع الإقرار أحد الطرق لإثبات النسب متى توفرت الشروط القانونية وهذا ما جاء به قانون الأسرة في المادة 44 و 45 وأكدته اجتهادات المحكمة العليا، حيث جاء في المادة 44 ق أ ج: "يثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة"²، والمادة 45: "الإقرار بالنسب في غير البنوة والأبوة والأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه"³.

غير أن المادة 44 يوجد فيها غموض في مفهوم الأبوة، والبنوة، والأمومة، وذلك أنه لم يفرق بين الإقرار المباشر والإقرار غير المباشر، والجهة التي يصدر عنها الإقرار هل هو الأب فقط أم الأب والأم⁴، بخلاف المشرع المغربي الذي حصر الإقرار في الأب فقط وذلك من خلال المادة 158 من مدونة الأسرة المغربية⁵ يثبت النسب بالفراش أو بإقرار الأب أو شهادة عدلين، أو بينة السماع، وبكل الوسائل الأخرى المقررة شرعا بما في ذلك الخبرة القضائية" وفي المادة 161 "لا يثبت النسب بإقرار غير الأب"⁵، وقد وافق القانون التونسي التشريع المغربي في ذلك فقد جاء في مجلة الأحوال الشخصية التونسية الفصل 68: "يثبت النسب بالفراش أو بإقرار الأب أو بشهادة شاهدين

1 - المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم-1027105، المؤرخ في-07-12-2016.

2 - أمر رقم 05-02، المتضمن قانون الأسرة

3 - الأمر رقم 05-02، المتضمن قانون الأسرة.

4 - تريكي دليلا، ثبوت النسب في قانون الأسرة الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحث، جامعة ميرة عبد الرحمان، بجاية، مج 11، ع 1، 2015، ص 190-205

5 - ظهير شريف رقم 1.04 / 22، بمثابة مدونة الأسرة المغربية.

من أهل الثقة فأكثر"، الفصل 70: "لا عمل على الإقرار إذا ثبت قطعيا ما يخالفه. وإذا أقر ولد مجهول النسب بالأبوة لرجل أو بالأمومة لامرأة وكان يولد مثله لمثل المقر له وصدقه فقد ثبتت أبوتها له. ويكون عليه ما للأبوين من الحقوق وله عليهما ما للأبناء"¹.

ويتضح من خلال قراءة المواد القانونية لقانون الأسرة الجزائري أنه لا يصح الإقرار بالبنوة إلا إذا توفرت فيه جملة من الشروط، بأن يكون الطفل مجهول النسب وهو كل من لا يعرف له أب في مكان ولدته ولا في مكان آخر² فإذا كان معلوم النسب فإن الإقرار لا يصح لأنه يصبح تبنيًا، وهو مخالف للماد 46 ق أ ج "يمنع التبني شرعا وقانونا"³ وهذا الشرط تضمنته المادة 44 ق أ ج، وأن يصدقه العقل والعادة فإذا لم يصدقه العقل والعادة كالتقارب في السن بين المقر والولد أو وجود عيب أو مرض يمنعه من الإنجاب فإن إقراره غير معتبر قانون، وهو ما جاء في المادة 44 ق أ ج، وأن يصدر الإقرار من الأب المعني عن إرادة بأن يكون مختارا غير مكره على إقراره ولو كان في مرض الموت، وألا يكون فيه حمل النسب على الغير سواء صدقه المقر له أو كذبه، لأن الإقرار في غير البنوة والأبوة والأمومة تعتبر حجة قاصرة على صاحبها ولا تسري على الغير إلا بتصديقه، كما أضافت المادة 45 ق أ ج شرطا آخر وهو موافقة المحمول عليه النسب هذا الإقرار، ألا ينازع المقر في إقراره شخص آخر يدعي النسب له فإن فعل وجب على كل واحد البينة أو الطرق العلمية وفقا للمادة 40 ق أ ج، ألا يقر المقر بأن الولد من الزنا لأنه يكون قد بين النسب وهذا السبب غير منصوص عليه في المادة 40 ق أ ج.

فإذا تحققت هذه الشروط ثبت النسب الابن للأب سواء كان الإقرار صريحا في مجلس القضاء امام القاضي، أو كان ضمنيا وهو كل تصرف يصدر عن الزوج يمكن تأويله بأنه إقرار مثل الاحتفال بالمولود، السعي في تسجيل الولد في سجلات الحالة المدنية باسمه وغيرها⁴.

1 - أمر 13 أوت 1956 مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

2 - أحمد ياش، الأسرة بين الجمود والحداثة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، دم، 2011، ص378.

3 - أمر رقم 05-02.. المتضمن قانون الأسرة.

4 - سعد عبد العزيز، المرجع السابق، ص209

5- **البينة:** وهي شهادة الشهود بشرط أن يكون الولد ناتجا عن علاقة شرعية ويؤخذ بشهادة الشهود في حالة إنكار الوالد لواقعة الولادة أو أن يكون الذي ولدته قد استبدل بطفل آخر، وهنا يجوز الأخذ بشهادة الطبيب المشرف على عملية الولادة أو القابلة أو الممرضات، وقد أشارت المادة 40 ق أ ج إلى البينة كوسيلة من وسائل لإثبات.

ثانيا: الطرق التقليدية لنفي النسب في القانون: أورد المشرع طرق نفي النسب وعدم إلحاق الولد بأبيه، وهو أن ينفه بالطرق الشرعية المادة 41 من ق أ ج: " ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة"¹، غير أنه لم يحدد المقصود بالطرق المشروعة التي يمكن للأب أن ينفي بها نسب ولده، وهذا ما يستوجب اللجوء إلى المادة 222 ق أ ج التي تحيل إلى الشريعة الإسلامية والتي لم تقر إلاّ طريقا وحيدا لنفي النسب وهو اللعان، وهذا ما يؤكد استقرار الاجتهاد القضائي على أنه لا ينفي النسب إلاّ باللعان، وقد جاء موافقا للشريعة الإسلامية حيث جاء في القرار رقم: 1257220 تاريخ القرار: 2018/12/05 رد المحكمة العليا عن الوجه المرتبط بالمبدأ: (عن الوجهين الأول والثاني معا لتكاملهما وترابطهما المأخوذين من مخالفة القانون وقصور التسبب: لكن حيث إن ما ينعاه الطاعن غير جدي فنفي النسب لا يكون إلاّ بالطرق المشروعة وذلك عن طريق رفع دعوى اللعان ضد الزوجة كما جاء في الكتاب والسنة وفي مدة قصيرة معلومة من يوم العلم بالحمل أو من يوم الوضع، ومن ثم فإنه لا يجوز نفي النسب بالطرق العلمية كما يرغب في ذلك الطاعن مما يجعل ما أثاره الطاعن في الوجهين غير سديد يتعين رفضهم.)²، ما يلاحظ أن الشريعة الإسلامية تشددت غاية التشدد في نفي النسب فلم تفتح إلاّ بابا واحدا وهو اللعان، تغليباً لمصلحة الطفل وحماية للأسرة وقد سار على هذا النهج المشرع الجزائري.

وهذا بخلاف بعض التشريعات العربية التي أشارت إلى اللعان صراحة على غرار نظام الأحوال الشخصية السعودي حيث جاء في المادة 73 "في الأحوال التي يثبت فيها نسب الولد بالولادة في

¹ - أمر رقم 05-02، المتضمن قانون الأسرة.

² - المحكمة العليا ، غرفة شؤون الأسرة والموارث، القرار رقم: 1257220 تاريخ القرار: 2018/12/05 .

عقد الزواج، فليس للرجل أن ينفي نسب الولد إليه إلا باللعان من خلال التقدم بدعوى، إذا توافر الشرطان الآتيان: 1. أن يتم تقديم الدعوى خلال (خمس عشرة) يوماً من تاريخ علمه بالولادة. 2. ألا يتقدم النفي إقراراً بأبوته صراحة أو ضمناً¹.

وبالمقارنة بين ما قرره الفقه من أحكام وبين نصوص قانون الأسرة الجزائري يتضح وجود توافق كبير بينهما في طرق إثبات النسب وأقل مدة الحمل وشروط إثبات النسب بالزواج الصحيح، غير أن نصوص القانون بحاجة إلى مزيد من التفصيل، وما يلاحظ أنه لم يأخذ بالقيافة كطريق لإثبات النسب على خلاف الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني الطرق العلمية لإثبات النسب ونفيه فقها وقانونا

أوجدت التطورات العلمية في مجال الطب والبيولوجيا طرقاً يمكن اعتمادها في إثبات النسب أو نفيه ومن خلال هذا المطلب سيتم التطرق إلى موقف الفقه الإسلامي والقانون من إمكانية اللجوء إلى هذه الطرق العلمية والحالات التي يلجأ فيها إليها وذلك من خلال الفرع الأول: الطرق العلمية لإثبات النسب ونفيه فقها، الفرع الثاني: الطرق العلمية لإثبات النسب ونفيه قانونا.

الفرع الأول: الطرق العلمية لإثبات النسب ونفيه فقها

سيتم التطرق إلى موقف الفقه الإسلامي من إثبات النسب ونفيه بالطرق العلمية كما يلي:
أولاً: الطرق العلمية لإثبات النسب فقها: سايرت الشريعة الإسلامية التطورات العلمية في مختلف المجالات ولم ترفضها حتى في مجال الأحوال الشخصية، وهذا ما جعل الفقهاء المسلمين، والمجامع الفقهية المختلفة تتعامل مع المستجدات العلمية تعاملًا إيجابيًا، فقد اعتبرت ADN طريقاً للإثبات وفق شروط معينة، ذهب جمهور الفقهاء المعاصرين على أن البصمة الوراثية وسيلة شرعية لإثبات النسب، ولكنها تأتي في منزلة متأخرة عن الوسائل التي اتفق عليها الفقهاء عليها، فلا تقدم

¹ - نظام الأحوال الشخصية السعودي، القرار 429 بتاريخ 05-08-1443هـ.

عليها ، وإذا توافر شيء من هذه الوسائل المتفق عليها فلا يعتد بها القاضي بها¹، وقد أخذ المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي بهذا القول فجاء في قرار المجمع الفقهي الإسلامي أنه يجوز الاعتماد على البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب.

ولكن هذا ليس على إطلاقه وإنما في حالات ذكرها على سبيل الحصر وتتمثل في: حالة التنازع على مجهول النسب بمختلف صور التنازع التي ذكرها الفقهاء، والاشتباه في المواليد في المستشفيات ومراكز رعاية الأطفال وأطفال الأنابيب، ضياع الأطفال واختلاطهم، بسبب الحوادث أو الكوارث أو الحروب وتعذر معرفة أهلهم، أو وجود جنث لم يتمكن التعرف عليها أو بقصد التحقق من هويات أسرى الحرب والمفقودين².

والى جواز الأخذ بالبصمة الوراثية ذهب مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة التعاون الإسلامي في قراره بشأن الإثبات بالقرائن والامارات (المستجدات) في دورته العشرين بوهان الجزائر خلال الفترة من 26 شوال إلى 2 من ذي القعدة 1433هـ، الموافق 13-18 سبتمبر 2012م، وحصرها في نفس الحالات التي نص عليها قرار المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي³.

وللأخذ بالبصمة الوراثية لا بد من ضوابط شرعية وهي: أن يكون استعمالها عند الحاجة إليها في إثبات نسب غير مستقر، لا يجوز استخدامها في التأكد من صحة الأنساب المستقرة الثابتة، وأن تنفك النتيجة عما يكذبها، فإذا كانت نتيجتها مستحيلة عقلا أو حسا يسوغ عدم الاعتماد عليها،

¹ - النجيمي محمد بن يحيى، والتحليل البيولوجي للجينات البشرية وحجيته في الإثبات، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، ع37، 31 يناير 2004، مج19، ص81، 83. خليفة بن علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية دراسة فقهية مقارنة، ط1، دار النفائس، 1426 هـ، 2006، ص372.

² - المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي، القرار السابع بشأن البصمة الوراثية، الدورة السادسة عشرة، المنعقدة بمكة المكرمة في المدة 21-26/10/1422 الموافق 5-10/1/2002، ص382.

³ - مجمع الفقه الإسلامي الدولي، منظمة التعاون الإسلامي، قرار رقم: 194 (9/20) بشأن الإثبات بالقرائن والامارات (المستجدات)، الدورة العشرين المنعقدة بوهان، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، 26 شوال - 2 ذو القعدة 1433هـ الموافق 13-18 سبتمبر 2012، ينظر الرابط: <https://iifa-aifi.org/ar/2364.html>

وأن تكون أوامر التحاليل بناء على أوامر من القضاء أو من له سلطة نيابية عن ولي الأمر، وأن أي نتيجة للبصمة الوراثية تتم دون صدور هذا الأمر تعتبر باطلة¹.

وضوابط فنية وهي: أن تمنع الدولة إجراء الفحص الخاص بالبصمة الوراثية إلا بطلب من القضاء، وأن يكون في مختبرات للجهات المختصة، وأن تمنع القطاع الهادف للربح من مزاوله هذا الفحص، وتكوين لجنة خاصة بالبصمة الوراثية في كل دولة، يشترك فيها المتخصصون الشرعيون والأطباء، والإداريون، وتكون مهمتها الإشراف على نتائج البصمة الوراثية واعتماد نتائجها، وأن توضع آلية دقيقة لمنع الانتحال والغش، ومنع التلوث وكل ما يتعلق بالجهد البشري في حقل مختبرات البصمة الوراثية، حتى تكون النتائج مطابقة للواقع، وأن يتم التأكد من دقة المختبرات، وأن يكون عدد المورثات بالقدر الذي يراه المختصون ضروريا دفعا للشك²، ويجب أن يتوافر بالعاملين في الفحص الخبرة التامة، حتى لا يؤدي الأمر إلى تدهور النتائج العلمية، ومن ثم ضياع الحقوق من أصحابها³.

كما يجب أن تتوافر شروط الشاهد في كل من يعمل على فحص البصمة الوراثية ويقرر نتائجها، لأن ما يتوصل إليه في هذا المجال هو من قبيل الشهادة، ولهذا فالأولى أن تعتمد شهادتهم من اثنين احتياطاً للصواب فيها، وأن تكون النتيجة متيقنة، فإن دارت بين الشك واليقين فإنه لا يعتمد عليها⁴.

ثانياً: الطرق العلمية لنفي النسب فقها: ذهب غالبية الفقهاء إلى عدم نفي النسب بالبصمة الوراثية مطلقاً ولا يجوز تقديمها على اللعان، والنسب الثابت بالفراش لا ينتقى إلا باللعان، ومن القائلين بهذا: علي محي الدين القره كداغي، عبد الستار فتح الله سعيد، عمر بن محمد السبيل،

¹ - لعنزي، استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب نظرة شرعية، المجلة العربية للدراسات الأمنية، ع 1، 2022، مج 38، ص32. خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص 49، 50.

² - المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي، المرجع السابق، ص354.

³ - خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص51.

⁴ - المرجع نفسه، ص51.

ناصر الميمان، وهبه الزحيلي، سعيد العنزي، عبد الله المنيع¹، وهو ما ذهب إليه مجمع الفقه الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة حيث قال بعدم جواز الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب وعدم جواز تقديمها على اللعان، كما لا يجوز استخدامها للتأكد من صحة الانساب الثابتة شرعا، ويجب على الجهات المختصة منعه وفرض العقوبات الزاجرة لأن في ذلك المنع حماية لأعراض الناس وصونا لأنسابهم²، وإلى هذا ذهب قرار المجمع الفقهي التابع لمنظمة التعاون الإسلامي في دورته العشرين بالجزائر؛ أي عدم جواز اعتماد البصمة الوراثية في نفي النسب وعدم جواز تقديمها على اللعان³.

وعلى الرغم من ذهاب أغلبية الفقهاء إلى عدم جواز نفي النسب بالبصمة الوراثية، فإن هناك من ذهب إلى خلاف ذلك، أي إلى جواز نفي النسب باعتماد البصمة الوراثية مطلقا والاستغناء عن اللعان متى ما كانت النتائج المتمخضة عن إجراء التحليل يقينيه وأن الحمل ليس من الزوج، فينتفي بالبصمة الوراثية دون اللعان، ومن الذين ذهبوا إلى هذا الرأي محمد المختار السلامي⁴ مفتي مصر السابق، عبد الله محمد، إبراهيم أحمد عثمان⁵، قاضي المحكمة العليا-السودان وعضو مجمع الفقه الإسلامي، وكذلك الدكتور أحمد الحجي الكردي على موقعه⁶.

الفرع الثاني: الطرق العلمية لإثبات النسب ونفيه في القانون

1 - حمادو النذير، أثر البصمة الوراثية في إثبات نسب الولد غير الشرعي دراسة فقهية اجتماعية أخلاقية، مجلة جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، ع2، مج 23، 2008، ص 11-44.

2 - المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي، المرجع السابق.

3 - مجمع الفقه الإسلامي الدولي، منظمة التعاون الإسلامي، المرجع السابق.

4 - محمد المختار السلامي، التحليل البيولوجي للجينات البشرية وحجتيه في الإثبات، مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، في 22-24 صفر 1423 هـ الموافق 5-7 مايو 2002، مج1، ص405

5 - إبراهيم أحمد عثمان، دور البصمة الوراثية في قضايا اثبات النسب والجرائم الجنائية، بحث مقدم الى المؤتمر العربي الأول لعلوم الأدلة الجنائية والطب الشرعي، الرياض، المملكة العربية السعودية، 12-14/11/2007، ص23.

6 - أحمد الحجي الكردي موقعه الإلكتروني : <http://www.islamic fatwa.com>

سيتم التطرق في هذا الفرع إلى موقف المشرع الجزائري من قضية إثبات النسب ونفيه بالطرق

العلمية كما يلي:

أولاً: الطرق العلمية لإثبات النسب في القانون: قبل تعديل قانون الأسرة الجزائري لم يتطرق

المشرع الجزائري إلى إثبات النسب بالطرق العلمية مكتفياً بالطرق التقليدية التي تم تناولها سابقاً،

لكن بعد التعديل سنة 2005 أضاف فقرة أجازت للقاضي اللجوء للطرق العلمية الحديثة، حيث

جاء في المادة 40 ف 2 أنه: "يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب"¹.

ومن الحالات التي يمكن أن يلجأ فيها القاضي لإجراء هذه الخبرة، تكون إذا إنكر الزوج نسب

ابنه في الزواج العرفي، واختلاط الأطفال سواء في الحروب أو الزلازل أو المواليد في المستشفيات

أو الاختطاف، وعند الزواج اثناء العدة من رجل ثان: وإنجاب الولد خلال مدة ستة أشهر من

الدخول بها أو ظهور الحامل².

وأما إذا كان الطفل مجهول النسب غير معروف الوالدين فقد اعتبر الطرق العلمية دليلاً

يمكن اللجوء إليه، وقد جاء في القرار 355180 الصادر بتاريخ 2006/03/05 "حيث بالاطلاع

على قرار المطعون فيه الذي تبني الحكم المستأنف تبين منه أن قضاء الموضوع لم يستجيبوا

لطلب الطاعنة الرامي إلى إلحاق نسب المولود (ص.م) للمطعون ضده باعتباره أب له لما أثبتته

الخبرة العلمية A.D.N معتمدين في ذلك على المادة 40 من قانون الأسرة رغم أن هذه الأخيرة تفيد

وأنه يثبت النسب بعدة طرق منها البينة ولما كانت الخبرة العلمية ADN أثبتت أن هذا الطفل هو

ابن المطعون ضده ومن صلبه بناء على العلاقة التي كانت تربطه بالطاعنة فكان عليهم إلحاق

هذا الولد بأبيه وهو الطاعن ولا أن تختلط عليهم الأمور بين الزواج الشرعي الذي تناوله المادة 41

وبين إلحاق النسب الذي جاء نتيجة علاقة غير شرعية وخاصة وأن كلاهما يختلف عن الآخر

ولكل واحد منهما آثار شرعية كذلك ولما تبين في قضية الحال أن الولد هو من صلب المطعون

¹ - أمر رقم 05-02، المتضمن قانون الأسرة.

² - مجاهدي خديجة، تطبيقات البصمة الوراثية وأثرها في الإثبات وإثبات ونفي النسب نموذجاً، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية

والسياسية والاقتصادية، ع2، مج57، ص325، 345.

ضده نتيجة هذه العلاقة مع الطاعنة فإنه يلحق به الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه¹.

وهذا القرار مخالف لما عليه جماهير الفقهاء الذين لا يثبتون نسب ابن الزنا لأبيه لقوله ﷺ "الولد للفرش وللعاهر الحجر" يقول ابن حجر رحمه الله: (وقوله: "وللعاهر الحجر" أي للزاني الخيبة والحرمان، والعهر بفتحيتين الزنا، وقيل يختص بالليل، ومعنى الخيبة هنا: حرمان الولد الذي يدعيه، وجرت عادة العرب أن تقول لمن خاب: "له الحجر، وبفيه الحجر والتراب")².

بينما اهتم المشرع السعودي بقضية البصمة الوراثية وأعطاهها حيزاً كبيراً وجعلها وسيلة من وسائل إثبات النسب صراحة دون تلميح كما جعلها وسيلة يتحاكم إليها في حالة التنازع، وهذا ما توضحه المادة 69 / 6 "يشترط لثبوت النسب بالإقرار بالبصمة ولو في مرض الموت الآتي: 6. أن يثبت الانتساب بفحص الحمض النووي." وفي المادة 70 جاء فيها "للمحكمة في الأحوال الاستثنائية، أو عند التنازع في إثبات نسب الولد، أو بناءً على طلب جهة مختصة، أن تأمر بإجراء فحص الحمض النووي، وذلك وفق القواعد المنظمة لذلك، وعلى المحكمة أن تحكم بما تنتهي إليه نتيجة الفحص، على ألا تصدر المحكمة أمرها إلا بعد التحقق مما يأتي: 1. أن يكون الولد مجهول النسب. 2- أن يكون فارق السن يحتمل نسبة الولد"³.

¹ - غرفة الأحوال الشخصية، القرار رقم 355180، الصادر بتاريخ 2006/03/05، مجلة المحكمة العليا، ع01، ص 473.

² - ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ط1، الرسالة العالمية، بيروت، لبنان، 1434، 2013، ج12، ص 36

³ - نظام الأحوال الشخصية السعودي، القرار 429 بتاريخ 05-08-1443هـ.

أما بالنسبة للقانون الأردني فقد أشار صراحة إلى اعتماد البصمة الوراثية كوسيلة من وسائل إثبات النسب ويتبن ذلك من خلال ما جاء في المادة 157 الفقرتين ج و د "ج- للمحكمة أن تثبت نسب المولود لأبيه بالوسائل العلمية القطعية مع مراعاة أحكام ثبوت النسب بالفراش الزوجية.

د- لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها من حين العقد ولا لولد زوجة أتت به بعد سنة غيبة الزوج عنها مالم يثبت بالوسائل العلمية القطعية أن الولد له¹.

ثانياً: الطرق العلمية لنفي النسب في القانون: المشرع الجزائري أخذ برأي أغلبية الفقه الإسلامي القاضي بعدم جواز استخدام البصمة الوراثية في نفي النسب، ونص في المادة 41 ق أ ج أن النسب ينفي بالطرق المشروعة، والواقع أنه لا توجد طرق مشروعة وإنما طريق واحد فقط شرعي وهو اللعان، وبما أنه استخدم مصطلح الطرق المشروعة فكان عليه أن يحددها على سبيل الحصر ولا يترك الباب مفتوحاً²، أما بالنسبة لبعض التشريعات العربية فقد أشار المشرع المغربي في المادة 153 من مدونة الأسرة المغربية إلى أن الخبرة الطبية وسيلة من وسائل نفي النسب حيث جاء فيها "يثبت الفراش بما تثبت به الزوجية، يعتبر الفراش بشروطه حجة قاطعة على ثبوت النسب، لا يمكن الطعن فيه إلا من الزوج عن طريق اللعان أو بواسطة خبرة تفيد القطع بشرطين -إدلاء المعني بدلائل قوية على ادعائه

- صدور أمر قضائي بهذه الخبرة"³.

1 - قانون رقم 15 لسنة 2019م، قانون الأحوال الشخصية الأردني.

2 - بلبشير يعقوب، البصمة الوراثية لإثبات النسب ونفيه دراسة مقارنة، دفاثر مخبر حقوق الطفل، جامعة وهران 2 محمد بن أحمد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ع6، 2015، ص 190.

3 - ظهير شريف رقم 22. 04. 1 بتنفيذ القانون رقم 03. 70 بمثابة مدونة الأسرة.

أما القانون التونسي لم يكن واضحاً في اعتماده أو عدم اعتماده البصمة الوراثية أو فصائل الدم كدليل في الإثبات أو النفي فقد جاء في الفصل 75 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية: "إذا نفى الزوج حمل زوجته أو الولد اللازم له فلا ينتفي عنه إلا بحكم الحاكم وتقبل في هاته الصورة جميع وسائل الإثبات الشرعية"¹.

بينما جعلها المشرع السعودي شرطاً لقبول دعوى اللعان ما لم ترفض المرأة ذلك، حيث نصت المادة 74 "1. إذا رفعت دعوى لعان لنفي نسب الولد، فتتظر المحكمة فيها بعد إجراء فحص الحمض النووي بناءً على أمر المحكمة، إذا وافقت المرأة على إجراءاته.

2. إذا لم توافق المرأة على إجراء فحص الحمض النووي، فتستكمل المحكمة النظر في دعوى اللعان بدونه.

3. يكون اللعان لنفي نسب الولد أمام المحكمة وفق الصيغة المقررة شرعاً، وإذا حلف الرجل أيمان اللعان وامتنعت المرأة عن أدائه، فتحكم المحكمة من دون أيمانها"².

أما المشرع الأردني فيعتبر أن اللعان هو الطريق لنفي النسب الثابت بالفراش وجاء في المادة 163 في الفقرة "ج"

-يمتنع على الرجل اللعان لنفي نسب الحمل أو الولد في أي من الحالات التالية:

1. بعد مرور ستين يوماً على العلم بالولادة .
2. إذا اعترف بالنسب صراحة أو ضمناً.
3. إذا ثبت بالوسائل العلمية القطعية أن الحمل الولد له".

1 - أمر علي مؤرخ في 6 محرم 1376 هـ (13 أوت 1956م) مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

2 - نظام الأحوال الشخصية السعودي، القرار 429 بتاريخ 05-08-1443 هـ.

الفصل الثاني

جوانب تأثير التطور العلمي على النسب

المبحث الأول: أثر التطور العلمي المتعلقة بالعمل المخبري على النسب

المبحث الثاني: أثر التطور العلمي المتعلقة بالتدخل الجراحي على النسب

إنّ التطورات المتسارعة في العلوم التقنية والبيولوجية والطبية أثرت على الحياة بصفة عامة وعلى الإنسان بصفة خاصة لاسيما أحواله الشخصية ومنها النسب حيث طرح العديد من الإشكالات، حيث أدى ظهور بعض التقنيات إلى طرح إشكالات حول إمكانية اعتمادها في إثبات ونفي النسب، كما أن تغيير الجنس من ذكر إلى أنثى والعكس أو إلى جنس يحمل مواصفات الأنثى والذكر معا طرح إشكالات على النسب.

والتلقيح الاصطناعي الذي يعد من أهم الاكتشافات التي سمحت بحل مشكل العقم لكنه في الوقت نفسه طرح العديد من الإشكالات فيما يخص النسب من حيث الطرق المسموح بها، والأم البديلة، وبنوك النطف والبويضات، وتلقيح المرأة أثناء العدة أو بعدها أو بعد وفاة الزوج.

وأما الاستتساخ الذي لم يتم الفصل فيما إذا كان قد نجح أم لا بالنسبة للإنسان لكن هذا لا ينفى وجود تجارب مستمرة ومتواصلة وإن كانت أغلبها سرية لا يتم الإعلان عنها، ونظرا لخطورة هذه المسائل خاصة وإن لم يتم ضبطها ووضع حدود لها فإنها يمكن أن تمس بالأسرة والإنسان وتتسبب في اختلاط الأنساب التي عملت الشريعة الإسلامية على حمايتها، وبناء على ذلك سيتم التطرق إلى الجوانب التي أثرت فيها التطورات العلمية على قضايا النسب وهذا بتقسيم الفصل إلى:

المبحث الأول: أثر التطور العلمي المتعلقة بالعمل المخبري على النسب

المبحث الثاني: أثر التطور العلمي المتعلقة بالتدخل الجراحي على النسب

المبحث الأول: أثر التطور العلمي المتعلقة بالعمل المخبري على النسب

ويتعلق الأمر بالتطورات العلمية الناتجة عن التحاليل البيولوجية المخبرية المختلفة وتشمل تحاليل ABO والبصمة الوراثية ADN، التي يتطلب الأمر إجراء الغموض عنها وبيان المراد منها أولاً، وذلك بتعريفها نظراً لأهمية التعريف الذي يسمح بضبط المصطلح وتوضيح معناه ليتسنى الوقوف على موقف الفقهاء وشراح القانون من هذه التقنية وأثرها على النسب، وهذا من خلال مطلبين، **المطلب الأول:** أثر نظام تحليل فصائل الدم ABO على النسب، **والمطلب الثاني:** أثر نظام تحليل البصمة الوراثية DNA على النسب.

المطلب الأول: أثر نظام تحليل فصائل الدم ABO على النسب

وسيتم فيه التعريف بتحليل فصائل الدم ثم بيان أهم النقاشات التي دارت حول استخدام هذه التقنيات في مسائل النسب في الفقه الإسلامي مع الإشارة إلى اختيارات القانون لا سيما قانون الأسرة الجزائري وسيتم تناول ذلك من خلال فرعين، الفرع الأول: تعريف تحليل فصائل الدم ABO، والفرع الثاني: إشكالات تحليل فصائل الدم ABO على النسب

الفرع الأول: تعريف تحليل فصائل الدم ABO

تحليل فصائل الدم هو: "عبارة عن الفحوص والكشوف الطبية التي تشمل ثلاثة أطراف الأم، والرجل الذي يراد إثبات النسب له أو نفيه، والطفل، وتكون عن طريق أخذ فصائل دم كل من الطفل والأم والرجل، من أجل التأكد من فصائل الدم الرئيسية والفرعية واختبارات مصلية تتعلق بمستحضرات أجيئات خلال الدم، ثم يقارن الترتيب الجيني لفصيلة الطفل مع فصيلة الرجل، فإذا كان فيها تشابه فإن ذلك يحتمل البنوة والأبوة وإذا لم يوجد تشابه فلا يثبت"¹.

¹ - عبد الله صالح الغامدي، مدخل إلى علم الوراثة، ط1، دار المريخ للنشر، مصر، 1994، ص64.

إن إجراء تحليل فصائل الدم هو البداية لأنه أقل كلفة من الناحية المالية مقارنة مع التحاليل الأخرى، فإذا كان النافي الأب المفترض أبا للولد المنفي، فإنه يلجأ إلى تحليل أدق والمتمثل في البصمة الوراثية، والجدير بالذكر أن المجموعة الدموية لكل شخص تبقى ثابتة مدى الحياة وهي تنتقل من الوالدين إلى الأطفال وذلك ما أثبتته مندل من خلال قانون الوراثة¹.

وقد تم اكتشاف نظام فحص الدم (ABO) من قبل النمساوي "كارل لاندشتاينر" سنة 1900م، وذلك بأخذه عينات وفصل البلازما عن الخلايا وأجرى عليها التجارب وهذا بخلط البلازما مع كريات الدم الحمراء فأثار انتباهه أن الخلايا الحمراء تلتصق مع بعضها البعض وسميت التجلط، استنتج أن هذا يحدث نتيجة تفاعل الأنتيجين (المواد المولدة) والأنتيلودي (الأجسام المضادة) وهذه المواد المضادة هي التي تستخدم في تحديد فصيلة الدم، وبالاعتماد على هذا تم تصنيف فصيلة الدم إلى أربعة فصائل (A.B.O) ثم بعده اكتشفت مادة على الكريات الحمراء RHESUS واختصرت في RH والتي من خلالها يتم معرفة هل هي موجبة أو سالبة مثل: B⁻، B⁺ يكون موجبا إذا كان RH على سطح الكريات الحمراء ويكون سالبا إذا لم يوجد².

1 - عبد الله صالح الغامدي، المرجع السابق، ص64

2 - كيندال هيفن، قصة أعظم 100 اكتشاف علمي على مر الزمان، ترجمة جكر عبد الله الريكاني، ط1، دار الزمان، دمشق، سوريا، 2010، ص152.

الجدول رقم 01:

التركيب الجينية	الأجسام المضادة	المواد المولدة	فصيلة
AA : نقي AO : هجين	B	A	A
BB : نقي BO : هجين	A	B	B
AB	*****	A , B	AB
O	A , B	----	O

أمثلة على ذلك: الجدول رقم 02

فصيلة الرجل	فصيلة الأم	فصيلة الطفل المحتملة	فصيلة الطفل غير المحتملة
O	O	O	A-B-AB
O	A	A - o	B-AB
A	A	A - o	B -AB
O	B	o - B	A - AB
B	B	o - B	A - AB
A	B	o-A-B-AB	-----
AB	AB	A-B-AB	O
O	AB	A-B-AB	O
		اللجوء إلى البصمة الوراثية	لا يجب اللجوء إلى البصمة الوراثية ¹

¹ - عبد الرحيم فطايير، بنك الدم، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2006، ص155.

الفرع الثاني: إشكالات تحليل فصائل الدم ABO على النسب

سيتم من خلال هذا الفرع عرض أهم وأبرز الإشكالات التي أثارها تحليل فصائل الدم على النسب وذلك كما يلي:

أولاً: إشكالات تحليل فصائل الدم ABO على النسب في الفقه الإسلامي: إن هذا الاكتشاف سمح بمعرفة الأب الحقيقي للمولود، فطرح إشكالية هامة تتمثل في إمكانية استغلالها في إثبات النسب وكذلك في نفيه، وقد اختلفت الآراء حوله فذهب :

الرأي الأول أنّ تحليل فصائل الدم ABO حجة في النفي لا في الإثبات خاصة إذا أضيف إليه تحليل البروتينات فإن احتمال التشابه في البلازم هو (10³⁰) وهذا احتمال نادر جداً ولا عبرة للنادر، ولأنها تحافظ على مقصود الشارع وهو حفظ النسل الذي هو مقصد من مقاصد الشريعة الإسلامية الخمس، وعن طريق فحص فصيلة الدم التي ينتسب إليها دم الزوج والزوجة والولد أمكن التوصل إلى أنه إذا ظهرت فصيلة دم الطفل مخالفة لمقتضيات تناسل فصيلتي الزوجين وهذا معناه أن الزوج ليس هو الأب الحقيقي للطفل على وجه التأكيد، وأما إذا ظهرت فصيلة دم الطفل متوافقة لمقتضيات تناسل فصيلتي دم الزوجين فإن هذا معناه أن الزوج قد يكون الأب الحقيقي وقد لا يكون¹، ودليلهم في عدم قطعية الإثبات عند توافق الفصائل هو: أن دلالة هذا التحليل على الإثبات هي دلالة ظنية، ولأن فصيلة الدم الواحدة قد يشترك فيها أناس كثيرون كل واحد منهم يحتمل أن يكون الأب².

الرأي الثاني: تحليل فصائل الدم ABO حجة في النفي والإثبات مع تفصيل في ذلك على النحو التالي: يكون حجة في النفي مثل الرأي الأول وذلك في حالة ظهور فصيلة دم الطفل مخالفة لمقتضيات تناسل فصيلتي الزوجين، وهذا محل اتفاق بين الجميع، أما الإثبات يكون حجة، إذا كانت

¹ - عبد الرحيم فطاير، المرجع السابق، ص44.

² - وسام أحمد السمروط، القرنية وأثرها في اثبات الجريمة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007، ص279. مجمع الفقه الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي، المرجع السابق، ص251-361.

الدعوى فردية فلا يوجد طرف آخر ينازعهم في الدعوى فإنه في هذه الحالة يثبت النسب بناء على هذا الاحتمال القوي، فقد ذهب الحنفية: أنه " إذا لم ينازع مدعي الولد فيه أحد غيره فهو له"¹.

فالشرع يعتبر ذلك دليلاً مقبولاً وكافياً في إلحاق الولد بمن ادعاه، لأن غاية ما يستفاد من توافق فصائل الدم بين مدعى النسب والمدعى له هو الولد، هو الدلالة على قدر من الاحتمال القوي يكون فيه الولد من ماء من يدعيه، ولا ينفي أن يكون من غيره نظراً لوجود عديد من الأشخاص لهم الفصائل نفسها²، وأن مصلحة الشرع في اتصال الأنساب لا في انقطاعها لاحتمال أن يكون ذلك صحيحاً، ولما فيه من مصلحة إحياء الولد ودفع الهلاك الذي قد يلحقه بسبب قطع نسبه عن أبيه، وما قرره الفقهاء أن " الشارع متشوف إلى إثبات الأنساب"³، وإن إثبات النسب مما راعى الشرع فيه الاحتياط. لأن " الشبهة ملتحقة بالحقيقة في محل الاحتياط"⁴

إذا ادعى أكثر من شخص بنوة طفل ووقع التنازع بينهم، كان مجهول النسب غير معلوم وكانت نتيجة فحص الدم بين الأطراف المتنازعة لصالح أحدهم دون الآخرين كان ذلك دليلاً على أن الطفل يحتمل أن يكون ابنه فيلحق به دون غيره، وإذا حصل الاشتراك في نتيجة فحص الدم بين أكثر من واحد أو أمكن أن يكون من واحد لا بعينه، فهنا لا يمكن الاكتفاء بهذه النتيجة في الإلحاق، لأن عملية فحص الدم ليست وسيلة يقينية لإثبات النسب نظراً لوجود العديد من الأشخاص يحملون الفصائل نفسها، من أجل ذلك لا يعتمد عليها وحدها في حالات قضايا تنازع البنوة التي هي من هذا القبيل

¹ - الكاساني، المرجع السابق، ج6، ص253

² -- أيمن محمد عمر العمر، المستجدات في وسائل الإثبات، ط2، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 2009، ص220.

³ - ابن القيم الجوزية، الطرق الحكمية، ط 1، دار عالم الفوائد للنشر والتوزيع، مكة المكرمة، المملكة العربية السعودية، 1428هـ، ص588.

⁴ - المرجع نفسه، ص27.

وتكون الأطراف المتنازعة متساوية من جهة قوة الدليل ولا مرجع بينها، وفي هذه الحالة يمكن اللجوء الى وسيلة أخرى تحسم النزاع وهي البصمة الوراثية¹.

وأما في حال خطف الأطفال وادعاء الخاطفين أن هذا الولد لهما، ثم تبين بالتحليل أن دم الطفل المدعى لا ينتج عن اجتماع هذين الدمين للرجل والمرأة بناء على هذه القرينة القاطعة ترد دعوى الزوجين، سدا للذرائع حتى لا تكثر حوادث خطف الأطفال وادعائهم لما فيه من اختلاط الأنساب وانتهاك الأعراض والحرمان².

وأما في حالة وجود التعارض بين تحاليل فصائل الدم مع وجود فراش الزوجية أغفل العمل بتحليل الدم، فالشريعة المطهرة تهدف إلى الستر على الناس والحفاظ على تماسك الأسرة وترابطها، فذلك يحكم باتصال نسب هذا الولد بأبويه الذين ولد على فراشهما ترجيحاً للقرينة الظاهرة والقاعدة الشرعية أن الولد للفراش وتكون قرينة التحليل مع قرينة الفراش الظاهرة بمنزلة أضعف الدليلين مع أقواهما فرجحت قرينة الفراش³.

ثانياً: إشكالات تحليل فصائل الدم ABO على النسب في القانون: الواقع أن المشرع الجزائري واكب التطورات العلمية من خلال نصف في المادة 2/40 إلى جواز اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب⁴.

1 - سهير محمد يوسف القضاء، إثبات النسب ونفيه بوسائل الإثبات المستحدثة فصائل الدم والبصمة الوراثية، ص 2587. تاريخ الإطلاع: 25 ماي 2023 10:30 سا. ينظر الرابط:

https://dram.journals.ekb.eg/article_162762_e84c988a9274c30603c64b434a3e4bcc.pdf

2 - المرجع نفسه.

3 - عبد الله على الصيفي وعارف عز الدين حسونة، تحليل الدم ودوره في اثبات النسب وجرائم الخمر والسرقه والقتل في الشريعة الإسلامية، دراسات علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، ع2، 2011، مج38، ص637-645.

4 - الأمر رقم: 02/05 المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

ويتضح من نص المادة أنها جاءت عامة حيث لم يحدد المشرع الطرق العلمية التي يمكن اللجوء إليها بمسمياتها، مما يجعل المجال مفتوحا للجوء إلى كل الطرق العلمية الممكنة بما فيها تحليل فصيلة الدم، وحصر اللجوء إليها حالة إثبات النسب دون نفيه، لكن ما يؤخذ عليه أنه لم يضع شروطا أو ضوابط لإثبات النسب بواسطة هذه الطرق العلمية.

أما القانون المغربي في المادة 158 من مدونة الأسرة أجازت اللجوء إلى الخبرة الطبية لإثبات النسب ويكون ذلك تحت الإشراف القضائي، وفي هذا تشابه مع القانون الجزائري.

كما أنّ المشرع الجزائري جعلها وسيلة استثنائية في حال عدم توافر الطرق التقليدية أو الشرعية لإثبات النسب يتم اللجوء إليها، وتخضع لسلطة التقديرية للقاضي في اللجوء إليها من عدمه، فحتى لو طلبها الأطراف أو أحدهما فيبقى القرار للقاضي، كما أنّ المشرع الجزائري لم يحدد الحالات التي يمكن اللجوء فيها لهذا الطريق وإن كان لم يذكره باسمه إلا أنه يدخل في عموم الطرق العلمية.

المطلب الثاني: أثر تحليل البصمة الوراثية D.N.A على النسب

أثارت البصمة الوراثية جدلاً واسعاً في أوساط الباحثين والمتخصصين خاصة وأن بعضهم اعتبر أنّ نسبة صحتها تصل إلى 99%، وهذا الجدل ثار خاصة في مسألة اعتمادها في إثبات النسب وفيه وسيتم تناول الإشكالات التي أثارها في هذا المطلب، ويقضي الأمر قبل ذلك بيان مفهومها وعلى ذلك قسم هذا المطلب إلى فرعين، الفرع الأول: مفهوم البصمة الوراثية، الفرع الثاني: إشكالات البصمة الوراثية على النسب

الفرع الأول: مفهوم البصمة الوراثية

سيتم فيه تعريف البصمة الوراثية من الناحية العلمية والفقهية والقانونية، وبيان الخصائص التي تتميز بها، وذلك لإدراك معناها فالحكم فرع عن تصوره وذلك كما يلي:

أولاً: تعريف البصمة الوراثية¹: من الناحية العلمية هي عبارة عن الحمض النووي الرايبوزي

منقوص الأكسجين، والذي يرمز له بالحروف الثلاثة (DNA) اختصاراً Deoxyribo Nucleic Acid، وقد سمي بالحمض النووي لوجوده وتمركزه في أنوية خلايا جميع الكائنات الحية²، وهي مادة كيميائية تتحكم في تطوّر شكل الخلايا والأنسجة في جسم الإنسان، فهي بمثابة خريطة خاصة بتطوّر الجسم، محفوظة داخل كل خلية من الخلايا³، و "التركيب الوراثي الناتج عن فحص الحمض النووي لعدد واحد أو أكثر من أنظمة الدلالات الوراثية"⁴.

1 - البصمة لغة: هي العلامة والأثر كما تدل على الغلظة والكثافة والبصم هو فوت بين الخنصر إلى طريق البنصر، الوراثية: هي من مصدر ورث ومعناه الانتقال والبقاء. ينظر: ابن منظور، المرجع السابق، ج12، ص58.

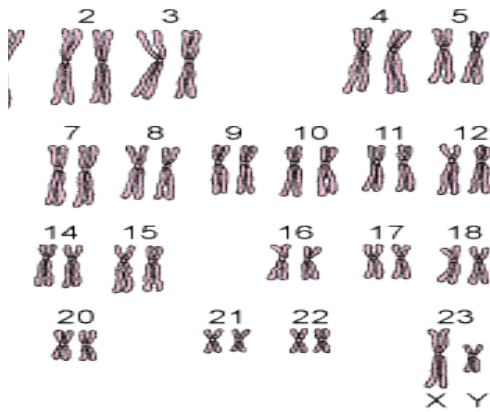
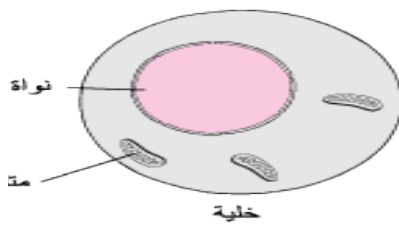
2 - إبراهيم صادق الجندي، حسين حسن الحصري، تطبيقات تقنية البصمة الوراثية في التحقيق والطب الشرعي، دط، جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1423هـ، 2002، ص50.

3 - جميل الصغير، أدلة الإثبات الجنائي والتكنولوجيا الحديثة، ط1، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2001، ص59.

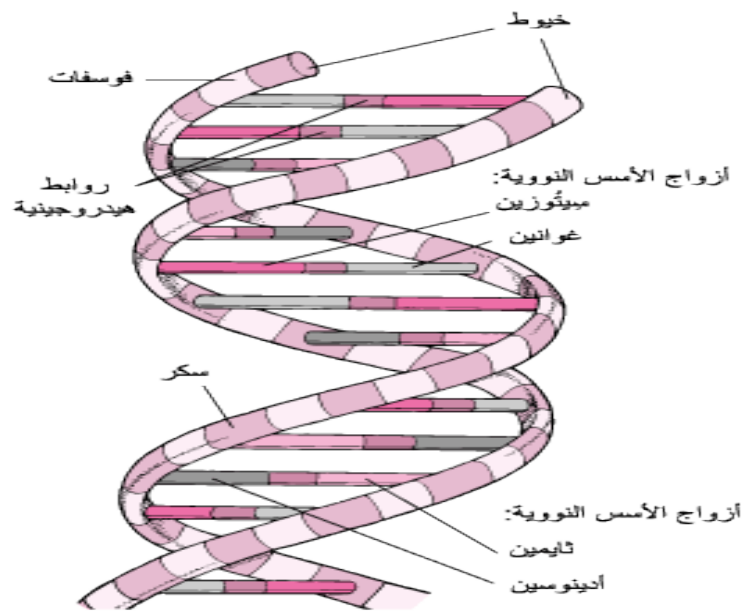
4 - خليفة بن علي الكعبي، المرجع السابق، ص46.

كما عرفت بأنها: "الحامض النووي عبارة عن بصمة جينية لا تتكرر من إنسان إلى آخر بنفس التطابق، وهي تحمل كل ما سوف يكون عليه هذا الإنسان من صفات وخصائص، وأمراض وشيخوخة، وعمر، منذ التقاء الحيوان المنوي للأب ببويضة الأم وحدوث الحمل"¹.

الصورة رقم 01: حلزون الريبسي النووي DNA المضاعف



أشعاع من الصبغيات في خلية بشرية



حلزون الحمض الريبسي النووي DNA المضاعف

أما في الفقه الإسلامي فقد اختار التعريف القائل بأنها المادة المورثة الموجودة في خلايا جميع الكائنات الحية، التي تبين مدى التشابه والتماثل بين الشيين أو الاختلاف بينهما، فهي - بالاعتماد على مكونات الجينوم البشري، والشفرة التي تحدد مدى الصلة بين المتماثلات، وتجزم بوجود الفرق أو التباين بين المختلفات، عن طريق معرفة التركيب الوراثي للإنسان في ظل علم الوراثة أحد علوم الحياة².

¹ - عبد الهادي مصباح، الاستنساخ بين العلم والدين، ط1، مكتبة الأسرة، دم، 1998، ص 1.

² - وهبة الزحيلي، قضايا الفقه والفكر المعاصر، ط1، دار الفكر، دمشق، سوريا، 2006، ص 428.

وقد اختار كل من المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي وندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني تعريفها بأنها: "البنية الجينية التفصيلية التي تدل على هوية كل فرد بعينه"¹، وعرفها سعد الدين الهلالي بأنها: "العلامة أو الأثر الذي ينتقل من الأباء أو من الأصول إلى الفروع"².

أما بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري فإنه لم يعرفها، واكتفى في المادة 2/40 بعبارة " الطرق العلمية"، غير أنه ذكر تعريفا لها في القانون رقم 16 - 03 المتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتَّعرف على الأشخاص، وذلك في المادة 2 منه التي جاء فيها ما يلي: " يقصد في مفهوم هذا القانون بما يأتي:

1- البصمة الوراثية: التسلسل في المنطقة غير المشفرة من الحمض النووي.

2 - الحمض النووي الريبي منقوص الأكسجين: تسلسل مجموعة من النكليوتيدات تتكون كل

واحدة منها من قاعدة أزوتي الأدينين A (الغوانين) G (السيٲوزين) C (والثيمين) T (ومن سكر ريبوز منقوص الأكسجين ومجموعة فوسفات.

3- المناطق المشفرة في الحمض النووي: مناطق من الحمض النووي تشفر لبروتين معين.

4- المناطق غير المشفرة في الحمض النووي: مناطق من الحمض النووي، لا تشفر لبروتين معين.

5 -التحليل الوراثي: مجموعة الخطوات التي تجري على العينات البيولوجية بهدف الحصول على بصمة وراثية.

6-العَيِّنات البيولوجية: أنسجة أو سوائل بيولوجية تسمح بالحصول على بصمة وراثية.

¹ - قرارات المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي، المرجع السابق، ص324. ينظر الموقع الإلكتروني للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية islamset.com

² - سعد الدين هلالى، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، ط2، مكتبة وهبة، القاهرة، مصر، 1431هـ، 2010، ص25

7 -المقاربة: هي المقاربة بين بصمتين وراثيتين¹.

ثانيا: خصائص البصمة الوراثية : كل شخص له بصمته الوراثية الخاصة به والتي لا تتفق ولا تتشابه مع البصمة الوراثية لأي شخص آخر، ويستحيل وجود هذا التوافق أو التشابه إلا في حالة واحدة هي حالة التوأم المتماثلة الواحدة ، كما أن نتيجتها شبه قطعية أو قطعية، في تحديد هوية صاحبها، ما بين 98% و 100%، ويتميز بقوة كبيرة على التحمل ضد التعفن والتغيرات والتلوثات البيئية، ومقاومة عوامل التحلل، والمحافظة على خصائصه لمدة طويلة جدا، في أقصى الظروف البيئية ، كما تتمتع البصمة الوراثية وجزء الحمض النووي بمقدرته على الاستساخ، وبذلك يعمل على نقل صفات النوع من جيل إلى جيل، ويتكون DNA الخاص لكل إنسان من أبيه وأمه مناصفة² يأخذ 50% من أبيه و 50% من أمه، ووسيلة هذا التحليل أجهزة ذات تقنية عالية، يسهل على المتدرب عليها قراءتها وحفظها، وتخزينها في الكمبيوتر إلى حين الحاجة إليها³، وهي متطابقة في جميع خلايا الجسم للشخص الواحد، وأنه يمكن تخزين الحامض النووي بعد استخلاصه من العينات ولمدة طويلة جدا.

الفرع الثاني: إشكالات البصمة الوراثية على النسب

سيتم التطرق إلى إشكالات البصمة الوراثية على النسب في الفقه الإسلامي ثم في القانون كما يلي:

أولا: إشكالات البصمة الوراثية على النسب في الفقه الإسلامي: نظرا لخطورتها على قضايا النسب عقدت لدراستها المؤتمرات وقدمت فيها أبحاث ودراسات فقهية قصد إجلاء الحكم الشرعي فيها، ومن المسائل التي أثرت حول البصمة الوراثية دقتها وبالتالي إمكانية اعتمادها في إثبات ونفي النسب، وقد جاء في توصية ندوة الوراثة والهندسة الوراثية بأنّ " البصمة الوراثية من الناحية العلمية

¹ -قانون رقم 16-03، مؤرخ في 14رمضان 1437هـ، الموافق 19 يونيو 2016، المتعلق بإستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات

القضائية والتعرف على الاشخاص، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع37، ص 5.

² - خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص48. النجمي، المرجع السابق، ص73 ، 74.

³ - سعد الدين الهلالي، المرجع السابق، ص36.

وسيلة لا تكاد تخطئ للتحقق من الوالدية البيولوجية والتحقق من الشخصية ولا سيما في مجال الطب الشرعي، وهي ترقى إلى مستوى القرائن القوية التي يأخذ بها أكثر الفقهاء، وتمثل تطورا عصريا عظيماً في مجال القيافة التي يذهب اليها جمهور الفقهاء في إثبات النسب المتنازع عليه، ولذلك ترى الندوة أن يؤخذ بها في كل ما يؤخذ فيه بالقيافة من باب أولى¹.

وذهب بعض الفقهاء المعاصرين إلى أن البصمة الوراثية تحقق ما عرف في الفقه الإسلامي من طرق لإثبات النسب وزيادة مما يجعلها دليلاً مقوماً على الأدلة التقليدية².

كما أن الشريعة الإسلامية جاءت لتحقيق مصالح الناس والاعتناء بحفظ النسل والتشوف لإلحاق النسب، ومراعاة لهذا اتفق الفقهاء على اعتبار الأحوال النادرة في إلحاق النسب³، ومن هذا فإن البصمة الوراثية تعتبر قرينة دقيقة وحجة قوية على إثبات النسب، خاصة وأن الفقهاء قد أثبتوا النسب بالشهادة أو بالتسامع والشهرة أو القيافة، وهذه كلها مبنية على غلبة الظن، قال ابن قدامة: "لحوق النسب مبني على التغليب، وهو يثبت بمجرد الإمكان وإن لم يثبت الوطاء، ولا ينتفي لإمكان النفي"⁴، وقال ابن القيم: "وأصول الشرع وقواعده والقياس الصحيح يقتضي اعتبار الشبه في لحوق النسب، والشارع متشوف إلى اتصال الأنساب وعدم انقطاعها، ولهذا اكتفى في ثبوتها بأدنى الأسباب"⁵.

كما أن البصمة الوراثية تعتبر من البينة التي أمر الشرع بإقامتها في قوله ﷺ: "البينة على المدعي"⁶، والبينة هي كل ما يبين الحق ويظهره، ولا تختص بشهادة الشهود، كما ذهب إلى ذلك

1 - ملخص اعمال الحلقة النقاشية حول حجية البصمة الوراثية في اثبات النسب، ص 46. موقع المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية:

www.islamset.com

2 - النجيمي، المرجع السابق، ص 73، 74.

3 - القرافي، أنوار البروق في أنواء الفروق، ط2، دار السلام، القاهرة، مصر، 2007، ج3، ص203.

4 - ابن قدامة، المرجع السابق، ج11، ص155.

5 - ابن القيم، المرجع السابق، ص222.

6 - سبق تخريجه ص 22.

وإن الشريعة الإسلامية أجازت العمل بغلبة الظن في الأحكام ومنها الإثبات، لحاجة الناس لذلك مع مراعاة الاحتياط وتوفير الشروط التي ترجح جانب الصدق في الدليل الظني على جانب الكذب¹، وفي الواقع قبلت في إثبات الهوية الشخصية وسائل مستحدثة أثبتت جدواها علمياً وعملياً، مثل: الأخذ بنتيجة فحص بصمات الأصابع، والتوقيع الخطي، وكذلك الصورة الشخصية تكتفي بها الجهات الرسمية لإثبات الشخصية، ولم ينكر أحد من أهل العلم والفقهاء شيئاً من هذه الوسائل، بل استخدموها في أنفسهم كما استخدمها غيرهم، وهذا نوع من الإجماع العملي، وكذلك البصمة الوراثية ينبغي أن تستخدم في إثبات الأبوة بالنسبة لمجهولي النسب².

أما فيما يخص نفي النسب الثابت بالفراش فقد أثرت إشكالية الاستغناء عن اللعان وتعويضه بالبصمة الوراثية نظراً لدقتها، وبعضهم قال بعدم جواز اعتمادها في نفي النسب مطلقاً، وذهب رأي إلى الأخذ بالبصمة الوراثية واللعان معاً.

وقد جاء في مضمون القرار رقم 4 الندوة الفقهية الخامسة عشرة 2006 أنه لا يجوز الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي نسب الولد الثابت نسبه شرعاً، ولا في حالات التنازع على مجهول النسب عند انتفاء الأدلة الشرعية الواضحة، ولا يجوز الاستفادة منها في الجرائم التي فيها حد شرعي وقصاص، وحثهم في ذلك

قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ ۝ وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ ۝ وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ إِنْ تَشْهَدَ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ ۝ وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ ۝﴾ (النور: 6-9)

ووجه الدلالة: إن الآية ذكرت أن الزوج إذا لم يملك الشهادة سوى نفسه فيلجأ حينئذ للعان، وإحداث البصمة بعد الآية أعلاه تزيد على كتاب الله

1 - محمد الزحيلي، ووسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، ط1، دار البيان، بيروت، لبنان، 1402هـ، 1982، ص742.

2 - محمد سليمان الأشقر، أبحاث اجتهادية في الفقه الطبي، ط1، دار النفائس للنشر والإعلام، دم، 2007، ص268. النجيمي،

المرجع السابق، ص 82.

ما روي عن عائشة رضي عنها، من قوله-ﷺ-في قصة عبد بن زمعة " لك يا عبد بن زمعة الولد للفراش وللعاهر الحجر" ثم قال لسودة بنت زمعة" احتجبي منه" لما رأى من شبهه بعتبة فما رآها حتى لقي الله¹، فإن الرسول ﷺ أهدر الشبه البيّن وهو الذي يعتمد على الصفات الوراثية وأبقى الحكم الأصلي وهو " الولد للفراش"² فلا ينفي النسب إلا باللعان.

عن أنس بن مالك أن هلال بن أمية قذف امرأته بشريك بن سمحاء، قال فلاعنهما، فقال الرسول ﷺ: " أبصروها فإن جاءت به أكحل العينين سابغ الإليتين خدلج الساقين فهو لشريك بن سمحاء.. فجاءت به كذلك فقال الرسول ﷺ: " لولا ما قضي من كتاب الله لكان لي ولها شأن"³، فإذا نفى الزوج ولدا من زوجته ولد على فراشه فلا يلتفت إلى قول القافة ولا تحليل البصمة الوراثية لأن ذلك يعارض حكما شرعيا مقررا، ولذلك ألغى رسول الله ﷺ دليل الشبه بين الزاني والولد الملاعن عليه وهذا الدليل يعتمد على الصفات الوراثية فهو أشبه بالبصمة الوراثية ومع ذلك لم يقوا على معارضة الأصل الذي نزل به القرآن في إجراء اللعان⁴.

كما أنّ اللعان هو الطريق الشرعي الوحيد لنفي النسب إذ لو أن الزوجة أقرت بصدق زوجها فيما رماها به من الفاحشة فإن النسب يلحق الزوج لقول الرسول ﷺ: " الولد للفراش وللعاهر الحجر"⁵ ولا ينتفي عنه إلا باللعان، كيف يجوز إلغاء حكم شرعي بناء على نظريات طبية مظنونة⁶.

1 - سبق تخريجه، ص15.

2 - سبق تخريجه، ص 15.

3- أخرجه: البخاري، صحيح البخاري، كتاب: تفسير القرآن، باب: ﴿ويدراً عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين﴾ [النور: 8] ، رقم: 4747 ، ج4، ص 773.

4 - عبد الستار فتح الله سعيد، البصمة الوراثية في ضوء الإسلام ومجالات الاستفادة منها في جوانب النسب والجرائم وتحديد الشخصية، بحث قدم في أعمال وبحوث الدورة السادسة عشر للمجمع الفقهي الإسلامي في مكة المكرمة، المملكة العربية السعودية، 1424هـ، 2003، مج 3، ص 148.

5 - سبق تخريجه، ص15

6 - عمر بن محمد السبيل، المرجع السابق، ص62

لا يمكن الركون على البصمة فقط ونقيم حد الزنا على الزوجة، بل لابد من البينة، فكيف تقدم البصمة على اللعان ولا نقدمها على الحد¹.
أما الاتجاه الذي ذهب إلى أنّ البصمة الوراثية يجوز الاعتماد عليها في نفي النسب ما دامت نتيجتها قطعية وترد بها دعوى الزوج في نفي النسب إذا أثبتت نتائج البصمة الوراثية القطعية لحقوق الطفل به، لأن قول الزوج حينئذ مخالف للحس والعقل وليس ذلك تقديماً للعان، وينبغي للقضاة أن يحيلوا الزوجين قبل إجراء اللعان لفحوص البصمة الوراثية لأن إيقاع اللعان مشروط بعدم وجود الشهود، فإذا كان لأحد الزوجين بينة تشهد له فلا وجه لإجراء اللعان، الأخذ بهذه التقنية يحقق مقصود الشرع في حفظ الأنساب من الضياع ويصد ضعفاء الضمائر من التجاسر على الحلف بالله كاذبين².

وقد احتجوا بنص الآية 6-9 من سورة النور، ووجه الدلالة: في هذه الآية أن اللعان لا يكون إلا مع انعدام الشهود وليس ثمة شاهد إلا الزوج فقط حينئذ يكون اللعان، فإن كان مع الزوج بينة كالبصمة الوراثية تشهد لقوله أو تنفيه فليس هناك موجب للعان أصلاً³.

وقوله تعالى: ﴿وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدًّا مِنْ قَبْلِ فَصَدَّقَتْ وَهُوَ مِنَ الْكَاذِبِينَ ۝ وَإِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدًّا مِنْ دُبُرٍ فَكَذَّبَتْ وَهُوَ مِنَ الصَّادِقِينَ ۝ فَلَمَّا رَأَى قَمِيصَهُ قُدًّا مِنْ دُبُرٍ قَالَ إِنَّهُ مِنْ كَيْدِكُنَّ إِنَّ كَيْدَكُنَّ عَظِيمٌ ۝﴾ (يوسف: 26، 27).

ووجه الدلالة: إن شق القميص من جهة معينة اعتبر نوعاً من الشهادة والبصمة الوراثية تقوم مقام الشهادة، ومن ثم القول بجواز نفي النسب بالبصمة الوراثية⁴.

1 - عبد الرشيد محمد أمين بن قاسم، البصمة الوراثية وإثبات النسب، مجلة العدل، وزارة العدل السعودية، ع 23، رجب 1425هـ، ص 16، ص 70.

2 - عبد الرشيد محمد أمين بن قاسم، المرجع السابق، ص 72.

3 - محمد المختار السلامي، المرجع السابق، مج 1، ص 405.

4 - حسني محمود عبد الدايم، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات، ط2، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 808.

وقول النَّبِيِّ ﷺ - في حديث هلال بن أمية عندما قذف امرأته بشريك بن سمحاء وكان أول رجل لاعن في الاسلام: " أَبْصِرُوهَا، فَإِنْ جَاءَتْ بِهِ أَكْحَلَ الْعَيْنَيْنِ، سَابِغَ الْأَلْيَتَيْنِ، خَدَّجَ السَّاقَيْنِ؛ فَهُوَ لِشَرِيكِ ابْنِ سَحْمَاءَ، فَجَاءَتْ بِهِ كَذَلِكَ، فَقَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: لَوْلَا مَا مَضَى مِنْ كِتَابِ اللَّهِ لَكَانَ لِي وَلَهَا شَأْنٌ"¹. ووجه الدلالة أن الرسول ﷺ جعل عدم مشابهة الولد للزوج دليلاً على عدم انتسابه إليه ونفي النسب عنه وهو عين ما تقوم به البصمة الوراثية².

إن نتائج البصمة يقينية قطعية كونها مبنية على الحس والعقل، فلا يمكن أن يتعارض الشرع الحكيم مع العقل السليم في مثل هذه المسائل المعقولة المعنى، وإن إنكار الزوج وطلبه اللعان بعد ظهور النتيجة يعد من المكابرة والشرع يبتزه أن يثبت حكماً بني على المكابرة³.

إن خراب الذم عند بعض الناس في هذا الزمان وتعدد أحوال وبواعث الكيد بالزوجة يوجب عدم نفي نسب الطفل إحقاقاً لحق الطفل وباعثاً لاستقرار الأوضاع في المجتمع⁴.

بينما ذهب جمع من الفقهاء المعاصرين إلى السير بمنحى وسط بين البصمة الوراثية واللعان، فهم لا يجيزون نفي النسب بالبصمة الوراثية، ولا يقتصرون على اللعان فقط، ولكن يعتبرونه دليلاً تكميلاً لا يقدم على اللعان، غير أن منهم من يرى أن نسب المولود لا ينفى باللعان متى جاءت تحاليل البصمة الوراثية تؤكد صحة نسبه للزوج ولو لاعن، لكن إذا جاءت البصمة الوراثية مؤكدة لقول الزوج فهنا ينتفي النسب باللعان وتعد البصمة الوراثية دليلاً تكميلاً، يقول نصر فريد واصل: "إذا جاءت البصمة الوراثية وأثبتت نسب الطفل إلى الزوج، فإنه لا ينفى نسب للزوج حتى لو لاعن"

1 - سبق تخريجه، ص52.

2 - عبد الرحمن أحمد الرفاعي، البصمة الوراثية وأحكامها في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، دراسة فقهية مقارنة، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الشريعة والقانون - جامعة الازهر، مصر، 2005، ص577.

3 - حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص809.

4 - عبد الرشيد محمد أمين بن قاسم، المرجع السابق، ص72.

الزوج، لأن الشارع يتشوق إلى إثبات النسب. وإن نتائج البصمة الوراثية دقيقة و يقينية فقد يكون باعث الزوج الكيد لزوجته¹.

ومنهم من يرى أنه مع التيقن بالبصمة الوراثية أن الحمل أو المولود ليس من الزوج فينتفي النسب دون حاجة لإجراء اللعان مع أحقية الزوجة في طلب اللعان درءا للحد عنها لاحتمال أن يكون حملها المنفي عنه النسب كان عن وطء شبهة، يقول سعد الدين هلالي: "إن اللعان إنما يدفع الحد عن الزوجة لاحتمال أن يكون حملها بسبب وطء أو شبهة. وينحصر دور اللعان بالنسبة للزوج إذا كان معه، فإن كان معه الزوج فلا وجه للعان وإن كان ضد الزوج وجب عليه حد القذف ولا يكون اللعان إلا لتدراً للزوجة عن نفسها حد الزنى"².

ومنهم من يميز بين النسب الثابت بطريق شرعي من عدمه، فيرى جواز نفي النسب في الحالة الثانية دون الأولى، يقول محمد الأشقر: "أنه لن يكون مقبولاً شرعاً استخدام الهندسة الوراثية والبصمة الوراثية لإبطال الأبوة التي تثبت بطريق شرعي صحيح...ولكن مجال العمل بالبصمة الوراثية سيكون في إثبات أو نفي أبوة لم تثبت بطريق شرعي صحيح"³.

ودليلهم أن اللعان من الأحكام الشرعية الثابتة ونفي النسب به فيه صفة تعبدية، وأما البصمة الوراثية تقوم على كشف ومعرفة الحقيقة المجردة فحسب، وهي دون اللعان في نفي نسب الولد فهي دليل تكميل للعان⁴، كما أنها قرينة طبية فلا ترتقي لمرتبة الدليل القطعي، كما أنه لا يجوز الاعتماد على تحاليل الحمض النووي في نفي النسب، إلا في حالات نادرة كجهولي النسب، وتكون بأمر القاضي⁵.

1 - نصر فريد واصل، المرجع السابق، ص30.

2 - سعد الدين مسعد الهلالي، المرجع السابق، ص 23.

3 - محمد سليمان الأشقر، إثبات النسب بالبصمة الوراثية، بحث مقدم الى ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني، الكويت، 1998، ص454.

4 - مصطفى رمضان عبد القادر العقراوي، أحكام الولد المشتبه في نسبه، رسالة ماجستير، جامعة الموصل، كلية الحقوق، 2010، ص63، 64.

5 - محمد سليمان الأشقر، إثبات النسب بالبصمة الوراثية، المرجع السابق، ص454.

ثانيا: إشكالات البصمة الوراثية على النسب في القانون: بالعودة إلى قانون الأسرة الجزائري نجد أنه لم يفصل كثيرا في مجالات استخدام البصمة الوراثية فيما يخص النسب إذ اكتفى بالنص عليها كطريق يستأنس به في إثبات النسب، ولم يبين حالات اللجوء إليها والشروط والضوابط التي ينبغي أخذها بعين الاعتبار، على الرغم من أن المجامع الفقهية حددت الحالات، أما فيما يخص نفي النسب فإن المشرع لم يحسم أمره وتريث وأبقى على اللعان كطريق شرعي لنفي النسب، مع استخدامه لمصطلح "الطرق المشروعة".

والذي يتضح مما تقدم أن ما ذهب إليه أغلبية الفقهاء من عدم استخدام البصمة الوراثية في نفي النسب الثابت بالفراش والإبقاء على اللعان الأقرب للصواب، وذلك بسبب أنه لم يتم الجزم إلى غاية الآن دقة نتائج البصمة الوراثية فالمسألة مازالت خفية، كما أنّ اللعان لم يشرع لنفي النسب وإنما لدرء الحد فلا يمكن أن تعوض البصمة الوراثية الشهادة لإقامة الحد، ولا يمكن استخدامها لنفي النسب ولا تستخدم في درء الحد.

المبحث الثاني: أثر التطور العلمي المتعلقة بالتدخل الجراحي على النسب

أدى التطور العلمي في مجال البيولوجيا الجزيئية وعلم الوراثة والطب إلى ظهور التلقيح والاستنساخ وإمكانية التحويل الجنسي، إلا أنّ هذه القضايا ليست بمعزل عن الأحوال الشخصية للإنسان فقد مست خصوصياته ومنها النسب، الأمر الذي يستدعي الوقوف على أثرها وانعكاسها على النسب خاصة وأنه الفاصل بين العلاقات الشرعية وغير الشرعية وعليه قوام الأسرة المسلمة، وبيان موقف الفقه والقانون ولهذا تم تقسيم المبحث إلى مطلبين، **المطلب الأول: أثر التلقيح الاصطناعي والاستنساخ على النسب، المطلب الثاني: أثر التغيير الجنسي على النسب.**

المطلب الأول: أثر التلقيح الاصطناعي والاستنساخ على النسب

بعدما كان إشكال العقم وعدم الإنجاب أمراً يلازم الزوجين طيلة حياتهما الزوجية تمكن الطب من إيجاد تقنية التلقيح الإصطناعي كبديل لطريقة الحمل الطبيعي، كما أدى التطور في مجال البيولوجيا الجزيئية وعلم الوراثة إلى نشوء ما يسمى بالاستنساخ والذي يعد من الطرق الاستثنائية للتكاثر، إلا أن هذه الثورة كانت لها آثارها على جوانب عدة من حياة الإنسان ومنها النسب وفي هذا المطلب يتم التطرق إلى أثرهما من خلال؛ الفرع الأول: أثر التلقيح الاصطناعي النسب، الفرع الثاني: أثر الاستنساخ على النسب.

الفرع الأول: أثر التلقيح الاصطناعي على النسب

وفيه يتم تحديد المصطلحات ومعرفة موقف الفقه والقانون من التلقيح الصناعي

أولاً: تعريف التلقيح الاصطناعي¹: عند الأطباء فهو عبارة عن التقاء الحيوان المنوي بالبويضة². وعرف بأنه: "الإنجاب بغير تلاقي بين الزوجين، إذ هو عبارة عن عملية أو وسيلة تقنية تساعد الزوجين على تحقيق رغبتهما في الإنجاب دون حصول أي اتصال جنسي بينهما ويتحقق ذلك عن طريق نقل الحيوانات المنوية من الزوج أو من غيره إلى العضو التناسلي للزوجة أو رحمها، كما يتحقق ذلك أيضا بزرع بويضة ملقحة في رحمها"³.

كما عرف بأنه: "عملية تلقيح بويضة الزوجة الشرعية بمني الزوج التي تتم داخل الأنابيب لكون الزوجة تعاني من العقم لانسداد قناة فالوب لديها وهي القناة الموصلة بين مبيضها وبين رحمها ثم يعيد الأطباء الأمور إلى طبيعتها بنقل البويضة إلى رحم المرأة داخل الإطار الطبي"⁴. هذا التعريف أغلف التلقيح الاصطناعي الداخلي.

ويمكن القول أنه يطلق على كل طريقة يتم بموجبها المزج بين الحيوان المنوي للرجل وببيضة المرأة من غير الطريقة المعهودة بين الزوجين، أو هو الاتصال الجنسي غير المباشر بين الزوجين. ويتم وفق صور متعددة سيتم التطرق إليها لاحقاً، ويستعمله الأطباء في الحالات كثيرة منها: تلف قناة فالوب أو انسدادها، اضطرابات التبويض، انتباز بطانة الرحم، الأورام الليفية الرحمية، التعقيم البوقي السابق أو الاستئصال، ضعف إنتاج الحيوانات المنوية أو ضعف وظيفتها، العقم

¹ - التلقيح من اللقح واللقاح محركة الحبل، واسم ما أخذ من الفحل ليُدسَّ في الآخر، ولقحت النخل إلقاحا بمعنى أُبُرت، وجاءنا زمن اللقاح أي التلقيح. ينظر: ابن منظور، المرجع السابق، ج 2، ص 583.

الصناعي: اسم والفاعل صانع والجمع صنّاع، والصنعة والصناعة حرفة الصانع وعمله، واصطنعه أي اتّخذ، والاصطناع هي افتعال من الصنعية، وهي الكرامة والعطية والإحسان. والمراد بالصناعي هنا ما يقابل الطبيعي الذي هو الجماع. ينظر: ابن منظور، المرجع السابق، ج 8، ص 292.

² - محمد علي البار، كتاب مجلة مجمع الفقه الإسلامي، التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب، ع 2، ص 181. تاريخ الإطلاع: الجمعة 26 ماي 2023، 21:30 سا <https://shamela.ws/book/8356/291#p1>

³ - العوفي لامية، التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة، رسالة لنيل إجازة في القضاء، المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2008، ص 4، 5.

⁴ - بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، ط 2، دار هومة، الجزائر، دت، ص 686.

غير المُبرَّر، الاضطراب الوراثي، الحفاظ على الخصوبة لدى المصابين بالسرطان أو الحالات الصحية الأخرى...الخ.

ثانيا: أنواع التلقيح الاصطناعي: هناك نوعان تلقيح داخلي وتلقيح خارجي، وكل نوع فيه صور

01-التلقيح الاصطناعي الداخلي: وهو ما يعرف عند الفقهاء باستدخال المنى، ومن الناحية

الطبية: عبارة عن عملية طبية تتمثل في إخصاب المرأة عن طريق السائل المنوي لزوجها أو لأحد الأغيار المستخدمة في عملية التلقيح طازجة (Frais) أو مجمدة (Congelé)، وإن كان النوع الأول يفضله الأطباء لأن معدل نجاح عملية التلقيح تكون أعلى مما لو استخدمت نطفة مجمدة، وهو أخف ضررا من الأنواع الأخرى، من حيث الآثار التي يمكن أن تترتب عليه، إذ أنه هو الأساس في عملية التلقيح، فلا يلجأ إلى الطرق الأخرى إلا في حالة فشل التلقيح الداخلي¹، وله صورتان:

الصورة الأولى: تؤخذ النطفة من الزوج وتحقن في الموقع المناسب داخل مهبل زوجته أو

رحمها، حتى تلتنقي النطفة التقاء طبيعيا بالبويضة، التي يفرزها مبيض زوجته ويقع التلقيح بينهما، ثم العلق في جدار الرحم كما في حالة الجماع.

الصورة الثانية: تؤخذ نطفة من رجل وتحقن في الموقع المناسب من زوجة رجل آخر، حتى

يقع التلقيح داخليا ثم العلق في الرحم كما في الأسلوب الأول، ويلجأ إلى هذا الأسلوب حين يكون الزوج عقيما، لا بذرة في مائة فيأخذون النطفة الذكرية من غيره.

02- التلقيح الاصطناعي الخارجي: ويقصد به تلقيح نطفة الرجل ببويضة المرأة في

أنبوب اختبار يعرف بطبق بتري ثم تزرع في رحم المرأة صاحبة البويضة أو في رحم امرأة أخرى، وهو ما يسمى عند الاطباء أطفال الأنابيب². وله خمسة صور:

¹ - أحمد لطفي أحمد، التلقيح الصناعي بين أقوال الأطباء وآراء الفقهاء، ط2، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2011، ص61.

² - المرجع نفسه، ص66.

الصورة الأولى: أن تؤخذ نطفة من الزوج وبويضة من مبيض زوجته، فتوضعا في أنبوب اختبار طبي، بشروط فيزيائية معينة، حتى تلقح نطفة الزوج ببويضة زوجته في وعاء الاختبار، ثم بعد أن تأخذ اللقيحة بالانقسام والتكاثر، تنتقل في الوقت المناسب من أنبوب الاختبار إلى رحم الزوجة نفسها صاحبة البويضة.

الصورة الثانية: أن يجري تلقيح خارجي في أنبوب الاختبار، بين نطفة مأخوذة من زوج وبويضة مأخوذة من مبيض امرأة ليست زوجته (يسمونها متبرعة) ثم تزرع اللقيحة في رحم زوجته.

الصورة الثالث: يجري تلقيح خارجي في أنبوب اختبار بين نطفة رجل وبويضة من امرأة ليست زوجة له (يسمونها متبرعين)، ثم تزرع اللقيحة في رحم امرأة أخرى متزوجة.

الصورة الرابعة: أن يجري تلقيح خارجي في وعاء الاختبار بين بذرتي زوجين، ثم تزرع اللقيحة في رحم امرأة تتطوع بحملها، ويلجؤون إلى ذلك حين تكون الزوجة غير قادرة على الحمل لسبب في رحمها، ولكن مبيضها سليم منتج، أو تكون غير راغبة في الحمل تَرْفُهَا فتتطوع امرأة أخرى بالحمل عنها .

الصورة الخامسة: هي نفسها الصورة الرابعة لكن المتطوعة بالحمل هي زوجة ثانية للزوج صاحب النطفة إن كان متزوجا أكثر من واحدة.

ثالثا: أثر التلقيح الاصطناعي على النسب في الفقه الإسلامي: كان للتلقيح الاصطناعي

أثر على النسب بصفة خاصة وأثار جدلا حول عدة مسائل منها مشروعيته والصور الجائزة منه، كما طرح إشكالية الرحم المستأجرة وبنوك النطاف فهل يحق للطفل الناتج عن التلقيح الاصطناعي النسب وإن جاء نتيجة رحم مستأجرة أو الأم البديلة، وفي حال تم الاحتفاظ بالنطاف في بنك خاص لذلك ثم تم التلقيح عند الحاجة هل للطفل الحق في النسب؟. ذهب فريق من الفقهاء إلى منع كل أنواع التلقيح سواء الداخلي أو الخارجي منهم رجب التميمي وعبد الله بن زيد آل محمود¹

¹ - عبد الله بن زيد آل الشيخ ، الحكم الإقناعي في إبطال التلقيح الصناعي ، كتاب مجلة مجمع الفقه الإسلامي، تم الاطلاع

بتاريخ 10 ماي 2023، 22:15 سا وهو منشور على موقعه <https://ibn-mahmoud.com/books>

سدا لذريعة اختلاط الانساب، ووجود العامل التجاري في بنوك النطاف، وأن درء المفسدة مقدم على جلب المصلحة، وهذه الوسيلة غريبة يراد بها القضاء على الأسرة، والذين أفتوا بالإباحة لم يستندوا إلى نص شرعي أو دليل قطعي.

وهذا الرأي على إطلاقه فيه عسر ومشقة وتضييق على الناس وهو مخالف لمقاصد الشارع المبنية على مراعاة مصالح العباد في الدنيا والآخرة.

وذهب غالبية الفقهاء إلى التفصيل في كل صورة من الصور التلقيح على حده وهذا ما تبناه مجمع الفقهي الإسلامي في قراره رقم: 34 (7/5) التلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيب، وافتي به شيخ الأزهر شلتوت والشيخ أحمد حماني، ودليلهم على ذلك: "أن الأصل في الأشياء الإباحة"، وأنه "لا تحريم إلا بنص"، "وأن الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يرد خلاف ما كان" وهو ما يعرف عند الأصوليين بقاعدة الاستصحاب¹، وإن من مقاصد الشريعة مراعاة مصالح الناس ما لم تعارض تلك المصلحة قاعدة أو نص شرعي ولا يوجد هذا الأمر، وإن من قواعد الشريعة رفع المشقة والحرص عن الناس قال الله تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾ (البقرة:185)،

وحاجة الزوجين للولد غرض مشروع يبيح معالجتها بالطريقة المباحة من طرق التلقيح الاصطناعي. وقد أجاز المجمع الفقهي الإسلامي صورتان للتلقيح يتصور فيها عدم اختلاط الأنساب الصورة الأولى من صور التلقيح الداخلي، والصورة الأولى من صور التلقيح الخارجي على ألا يلجأ إليها إلا في حالات الضرورة القصوى وبعد توفر الشروط والضوابط الشرعية، وثار جدال فقهي حول الصورة الخامسة التي تؤخذ فيه النطفة والبويضة من زوجين، وبعد تلقيحهما في وعاء الاختبار تزرع اللقيحة في رحم الزوجة الأخرى للزوج نفسه حيث تتطوع بمحض اختيارها بهذا الحمل عن ضررتها المنزوعة الرحم، فقد أجازها مبدئياً وبالشروط العامة المذكورة²، غير أنه تراجع

¹ - الغرياني، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية، ط1، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 2010، ص410.

² - مجمع الفقه الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي، المنعقد بجدة في المملكة العربية السعودية من 17-23 شعبان 1410هـ الموافق 14-20 آذار (مارس) 1990م.

وسحب الجواز لأن الزوجة الثانية التي زرعت فيها اللقيحة قد تحمل من زوجها بعد معاشرتها له فتلد توأمين لا نعلم أيهما ولد الأولى، أو احتمال موت المضغة أو اللقيحة ولا تسقط حتى يوضع الحمل وهذا يؤدي إلى اختلاط الانساب¹.

وبذلك فإن المجمع الفقهي الإسلامي بعد سحبه عدم جواز استئجار الرحم أي الأم البديلة حتى وإن كانت الرحم المستأجرة الزوجة الثانية للرجل صاحب النطفة، فإنه لا يثبت فيها النسب إن تم اللجوء إليها مخافة اختلاط الأنساب.

فتوى أحمد حماني "إذا كان المني من زوجها والبويضة منها وتخلق الجنين منها فالولد شرعي يلحق بالزوج بإجماع علماء المسلمين"².

فتوى محمود شلتوت: "ومن هنا نستطيع أن نقرر بالنسبة لحكم الشريعة في التلقيح الصناعي الإنساني- أنه إذا كان بماء الرجل لزوجته كان تصرفا واقعا في دائرة القانون والشرائع التي تخضع لحكمها المجتمعات الإنسانية وكان عملا مشروعاً لا إثم فيه ولا حرج... ، وإذا كان التلقيح بماء رجل أجنبي عن المرأة لا يربط بينهما عقد زواج فهو في هذه الحالة يكون في نظر الشريعة الإسلامية جريمة منكراً وإثماً عظيماً يلتقي مع الزنى في إطار واحد جوهرهما واحد ونتيجتهما واحدة وهي وضع ماء رجل أجنبي قصداً في حرث ليس بينه وبين ذلك الرجل عقد ارتباط بزوجة شرعية ولولا وجود قصور في صورة الجريمة لكان حكم التلقيح في تلك الحالة هو حكم الزنى"³.

ومما تقدم يتضح أنّ الحالات التي أجازها الفقهاء يثبت فيها النسب كما يثبت في الولادة الطبيعية، لكن لا بد من مراعاة الشروط والضوابط الآتية: أن يكون الزواج شرعياً- أن تكون النطفة والبويضة من الزوجين، برضا كل منهما وأثناء حياتهما- عدم اللجوء إليه إلا في حالة الضرورة القصوى، وبمنتهى الاحتياط والحذر من اختلاط النطف أو اللقائح- إن انكشف للمرأة على غير من يحل بينها وبينه الاتصال الجنسي مباحاً لغرض مشروع، ولكن يكون بمقدار الضرورة، وأن

¹ -الدورة الثامنة مجلس المجمع الفقهي الإسلامي في مكة المكرمة، 28 ربيع الآخر، الموافق ل 19-28 يناير 1985، ص 173

² -حمادي نور الدين، النوازل المعاصرة في فتاوى الشيخ أحمد حماني، الجلفة، مج 12، ع 1، ماي 2019، ص 347.

³ -محمود شلتوت، الفتاوى، ط 18، دار الشروق، القاهرة، مصر، 1421هـ، 2001، ص 327، 328.

يكون المعالج امرأة مسلمة إن أمكن ذلك، وإلا فامرأة غير مسلمة، وإلا فطبيب مسلم ثقة، وإلا فغير مسلم، بهذا الترتيب، ولا تجوز الخلوة بين المعالج والمرأة التي يعالجها إلا بحضور زوجها أو امرأة أخرى.

أما فيما يخص بنوك النطاف فقد جاء في قرار مجمع الفقهي الإسلامي رقم: 55 (6/6) حرمتها حيث نص القرار أنه: "يجب عند تلقيح البويضات الاقتصار على العدد المطلوب للزرع في كل مرة، تقادياً لوجود فائض من البويضات الملقحة، إذا حصل فائض من البويضات الملقحة بأي وجه من الوجوه تترك دون عناية طبية إلى أن تنتهي حياة ذلك الفائض على الوجه الطبيعي، كما بين أنه يحرم استخدام البيضة الملقحة في امرأة أخرى ويجب اتخاذ الاحتياطات الكفيلة بالحيلولة دون استعمال البيضة الملقحة في حمل غير مشروع"¹.

رابعاً: أثر التلقيح الاصطناعي على النسب في القانون: أجاز المشرع الجزائري صراحة التلقيح الاصطناعي بنص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة، إذ أنه وضعه في إطار وشروط تتماشى مع التشريع الإسلامي حيث جاء فيها أنه: "يجوز للزوجين اللجوء للتلقيح الاصطناعي ويخضع التلقيح الاصطناعي للشروط التالية:

01- أن يكون الزواج شرعياً.

02- أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما.

03- أن يتم بمني الزوج وببيضة رحم الزوجة دون غيرها.

لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الصناعي باستعمال الأم البديلة"².

وبذلك يلاحظ أن المشرع الجزائري أجاز صورتين فقط للتلقيح الاصطناعي وهي الصورة الأولى من التلقيح الداخلي والصورة الأولى من التلقيح الخارجي، التي تكون النطفة والبويضة من الزوجين،

¹ - مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، رابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة، السنة الثانية، 1409هـ، 1989م، ع 3، ج 3، ص 1791.

² - الأمر 02/05 المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

ويكون ذلك حال حياتهما فإن توفي أحدهما فلا ينبغي إجراء التلقيح الاصطناعي حتى وإن كانت الزوجة في العدة، لابد لإجراء التلقيح من رضا كلا الزوجين¹، وبنصه على إجراء التلقيح الصناعي حال حياة الزوجين فإنّ المشرع الجزائري لا يجيز بنوك النطاف التي يتم فيها الاحتفاظ بالنطاف واستخدامها وقت الحاجة سواء كان الزوجين على قيد الحياة أو بعد وفاتهما، وباشتراطه أن يتم التلقيح بين الزوجين فإنه بذلك لا يجيز أن تكون النطفة أو البويضة من أجنبيين أو إن كان أحدهما أجنبياً، كما لا يجيزه في حال لم تكن هناك علاقة شرعية، وبذلك لثبوت النسب للطفل لا بد من التزام هذه الشروط.

كما يتضح من خلال المادة 45 مكرر ق أ ج أنه لا يجيز صورة التلقيح الاصطناعي عن طريق الأم البديلة أو الرحم المستأجرة مطلقاً، حتى وإن كانت الأم البديلة هي زوجة أخرى للزوج صاحب النطفة، وبذلك فإنه أخذ بما ذهب إليه مجمع الفقه الإسلامي ورأي أغلبية الفقهاء، المطلق لكل صور الأم البديلة، وبهذا لا يجوز أبداً استبدال الأم الطبيعية بغيرها في مرحلة تكوين الجنين ووضعه، ذلك أن الأمومة ليست مجرد علاقة بيولوجية، وليست سلعة تستعمل على سبيل الأيثار والاستئجار، وقد اشتراط المشرع الجزائري هذه الشروط احتياطاً للنسب ومنعاً لاختلاط الأنساب وما يترتب عليه من آثار قانونية.

أخذ المقنن الجزائري بما أفتى به الشيخ أحمد حمّاني رحمه الله منذ سنة 1973 وبالرأي الراجح الذي قالت به المجامع الفقهية وما انتهت إليه المؤتمرات التي عقدت لهذه الغاية، حيث أكدوا على إباحة التلقيح الاصطناعي فيما بين الزوجين فقط مع الأخذ بالضوابط التالية:

أن يكون الزواج شرعياً، وبرضا الزوجين وأثناء حياتهما، ورضا الزوجين يعد شرطاً وجوبياً، وعليه فإن هذه العملية تجرى بناء على رغبة الزوجين، وحال حياتهما، وأثناء قيام الرابطة الزوجية الصحيحة، فلا يجوز استخدام ماء الزوج في تلقيح زوجته بعد انفصامها سواء بالفسخ، أو بالطلاق،

¹ - عمر بلحاج، الوجيز في التركات والمواريث وفق قانون الأسرة الجزائري الجديد، ط2، دار هومة، الجزائر، 2018، ص131،

أو بالموت، ومن شرط الرضا الأهلية الزوجين وبلوغهما 19 سنة كاملة حسب المادة 40 من ق أ ج وأن يكون الرضا كتابيا وصريحا ويدرج فيه العواقب التي تخلفها العملية، فإذا أعطى الزوجان موافقتهما لإجراء العملية يكون الرضا متوفرا حسب المادة 45 مكرر ق أ ج ، وأن يتم بمضي الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرها، وهذه في الصورة الشرعية والقانونية التي أقرها المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العلماء الإسلامي في دورته الثامنة في 28 يناير 1985 مكة المكرمة بالسعودية¹.

الفرع الثاني: أثر الاستنساخ البشري على النسب

يعد الاستنساخ من الطرق الاستثنائية للتكاثر وسيتم من خلال هذا الفرع توضيح معناه وبيان فيما إذا كان له أثر على النسب باعتباره من الاكتشافات التي لم يتم تأكيد نتائج التجارب التي تم إجراؤها، وذلك كما يلي:

أولاً: تعريف الاستنساخ²: عرفته الاتفاقية العربية لمنع ومكافحة الاستنساخ البشري بأنه: "توليد كائن بشري حي أو أكثر، كل منها نسخة إرثية من الآخر بغير لقاء بين حيوان منوي ذكري وبويضة أنثوية وذلك باستخدام أسلوب النقل النووي أو التشطير الجنيني أو أي أسلوب آخر يؤدي إلى ذلك"³.

ويقصد بالنقل النووي: "عملية نقل نواة من خلية جسمية بالغة إلى بويضة منزوعة النواة ودمجها لتتكاثر الخلية الناتجة بقصد تكوين كائن بشري حي"⁴، وأما التشطير الجنيني فهو: "عملية تسبق الفصل الاصطناعي لخلايا بويضة مخصبة بالنقل النووي في مرحلة تسبق تمايز الأنسجة والأعضاء

¹ - باحة عربية، ضوابط التلقيح الاصطناعي وأثر مخالفتها في التشريع الجزائري، مجلة صوت القانون، جامعة خميس مليانة، ع2، مج 6، نوفمبر 2019، ص 1307، 1308 وما بعدهما.

² - الاستنساخ لغة: التقدم بنسخ الشيء والترشح للنسخ، وقد يعبر بالنسخ عن الاستنساخ، ومنه قوله تعالى: ﴿إِنَّا كُنَّا نَسْتَنسِخُ مَا كُنْتُمْ تَعْمَلُونَ﴾ (الجناتية: 28)، ونسخ الكتاب: إزالة الحكم بحكم يتعقبه ومنه قوله تعالى: ﴿مَا نُنسِخُ مِنْ آيَةٍ أَوْ نُنسِهَا نَأْتِ بِخَيْرٍ مِنْهَا أَوْ مِثْلَهَا﴾ (البقرة: 104) هو الصورة المطابقة تماما للأصل. ينظر: ابن منظور، المرجع السابق، ج3، ص61.

³ - الاتفاقية العربية لمنع ومكافحة الاستنساخ البشري، الموقع في الجمهورية التونسية بتاريخ 29 / 7 / 1443هـ، الموافق 2 / 3 / 2022م.

⁴ - الاتفاقية العربية لمنع ومكافحة الاستنساخ البشري.

لتوليد توأم متماثلة¹، بالكائن البشري (مستنسخ): هو الكائن الذي يتولد نتيجة نقل النواة من خلية جسدية إلى بويضة منزوعة النواة، وتتكاثر الخلية الناتجة بحيث تصبح نسخة إرثية متطابقة لصاحب الخلية الجسدية².

وعرف بأنه تقنية للتكاثر بغير الطريق الطبيعي من خلال أخذ خلية جسدية من الإنسان ذكرا كان أو أنثى، حيث تتضمن النواة المحتوى الوراثي للفرد، ثم الحصول على بويضة أنثوية يتم تفريغها من نواتها ويوضع بدلا منها النواة التي أخذت من الخلية الجسدية وتستنثار بتعريضها إلى شرارة كهربائية ومواد تساعد على الإنقسام ثم تزرع في الرحم فيفضي ذلك إلى ولادة طفل صورة طبق الأصل للإنسان الذي أخذت منه الخلية الجسدية³.

فالهدف منه إنتاج نسخ متكررة من إنسان معين عن طريق نقل نواة خلية جسدية من هذا الإنسان إلى بويضة مفرغة من نواتها ثم وضعها في الأنثى لتكوين جنين يتطابق في صفاته وجنسه مع الشخص المأخوذ منه نواة الخلية الجسدية.

وقد ذكرت منظمة الصحة العالمية أنّ هناك ثلاثة أنواع من الاستنساخ هي⁴:

- الجيني: يتم فيه إنتاج نسخة جديدة مطابقة من الجينات أو جزء من المادة الوراثية (DNA)، ويتم بإدخال الجين الذي يراد استنساخه من كائن حي إلى المادة الجينية لخلية تدعى "فيكتور"، وقد تكون خلية بكتيرية أو فطريات أو فيروسات، ثم توضع "فيكتور" في المختبر بظروف مناسبة مما يؤدي إلى تكاثرها، وبالتالي استنساخ كمية كبيرة من المادة الجينية المرغوبة.

¹ - الاتفاقية العربية لمنع ومكافحة الاستنساخ البشري.

² - الاتفاقية العربية لمنع ومكافحة الاستنساخ البشري.

³ - عدنان عباس موسى، المسؤولية الأخلاقية للمجتمع الدولي حول الاستنساخ، مجلة العلوم السياسية، ع 34، ص 77، 78.

⁴ - منظمة الصحة العالمية، الدورة 115، 16 ديسمبر 2004، وثيقة EB115/INF.DOC./2 تاريخ الإطلاع 2023/5/23،

- الإنجابي: يتم فيه إنتاج حيوان جديد بالكامل مطابق للأصلي، مثل النعجة "دوللي"، يستخدم لاستنساخ حيوانات بأكملها.

- العلاجي: ويقوم بإنتاج خلايا جذعية جنينية يتم استخدامها في علاج الأمراض، الهدف منه استعمال البويضة مصدر الإنتاج الخلايا الجذعية، على التكاثر والتمايز لأي نوع من الخلايا، والتي يقول العلماء إنها قد تحمل أملا في علاج العديد من الأمراض، كما يساعد هذا النوع العلماء في فهم أعمق لطبيعة وكيفية تطور الأمراض، من سلبياته أنه يتطلب تدمير الجنين في المختبر لأخذ خلاياه الجذعية، وجود تشابه بين الخلايا الجذعية وخلايا السرطان¹.

ثانيا: أثر الاستنساخ البشري على النسب في الفقه الإسلامي: اتفق الفقهاء المسلمين والمجمع الفقه الإسلامي على تحريم الاستنساخ البشري بأي طريقة تؤدي إلى التكاثر البشري، وكل الحالات التي يقم فيها طرف ثالث على العلاقة الزوجية سواء كان رحماً أم بويضة أم حيواناً منوياً أم خلية جسدية للاستنساخ، غير أنه أجاز الأخذ بتقنيات الاستنساخ والهندسة الوراثية في مجالات الجراثيم وسائر الأحياء الدقيقة والنبات والحيوان في حدود الضوابط الشرعية بما يحقق المصالح ويدرأ المفاسد، ولم يعتبروا الاستنساخ خلقاً جديداً ولا بعض خلق².

وقد تبنى المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث ومجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي في دورته الخامسة عشر بمكة المكرمة سنة 1998 ما ذهب إليه مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة التعاون الإسلامي بشأن الاستنساخ، غير أن المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية وفي مؤتمر الإنجاب في ضوء الإسلام أوصت بعدم التسرع في إبداء الرأي الشرعي حول الاستنساخ بالنسبة للإنسان مع مواصلة دراسة هذه القضايا طبياً وشرعياً.

¹ - منظمة الصحة العالمية، المرجع السابق.

² - المؤتمر العاشر لمجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في جدة، بالمملكة العربية السعودية خلال الفترة من 23 - 28 صفر 1418هـ الموافق 28 حزيران (يونيو) ، 3 تموز (يوليو) 1997م

وذلك لأن الاستنساخ يترتب عليه مفسد فهو ينافي سنة التنوع والزوجية التي خلق الله عليها البشر والحيوان والنبات والجماد قال الله تعالى: ﴿سُبْحَانَ الَّذِي خَلَقَ الْأَزْوَاجَ كُلَّهَا مِمَّا تُنْبِتُ الْأَرْضُ وَمِنْ أَنْفُسِهِمْ وَمِمَّا لَا يَعْلَمُونَ﴾ (يس:36).

وكذلك هو مخالف لمقاصد الشريعة التي جاءت من أجل المحافظة عليها، فالاستنساخ من شأنه أن يعطل أحكام المواريث لأنها تقوم على الزوجية والنسب ولا يوجد زواج ولا نسب وهذا يقضي على أحد أهم الكليات الضرورية وهي المال والنسل، ولا يوجد مجال للحديث عن النسب لا ثبوتاً ولا نفيًا فلا يمكن تحديد لمن ينسب هذا الإنسان الذي تم استنساخه، وهو يقضى على الأسرة والروابط الموجودة فيها فلا أب له ولا أم ولا أسرة، وبما أنه لا يوجد نسب فلا نفقة عليهم أوحضانة أو التربية في ظل انعدام الأسرة، وهذا يقضي على كليات النفس والنسل والمال¹. كما أن هناك إشكالية تطرح وهي من يكون هذا المخلوق المستنسخ بالنسبة للشخص الذي أخذت خليته باعتبار أنه مطابق له.

فالاستنساخ البشري يقضي على العلاقة الطبيعية بين الرجل والمرأة، ويجعلها تستغني عن الرجل وتختلط الأنساب وتضيع القيم التي قامت عليها البشرية من زواج وتأسيس أسر².

ثالثاً: أثر الاستنساخ البشري على النسب في القانون: أكدت الاتفاقيات والإعلانات الدولية على رفض الاستنساخ البشري بشكل كامل وهو ما أكدته الأمم المتحدة في إعلانها بشأن استنساخ البشر³، الذي اعتمد ونشر على الملأ بموجب - قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 280/59 المؤرخ في 8 آذار/ مارس 2005 جاء فيه: "واقترعا منها بضرورة المسارعة إلى درء الأخطار التي قد يجلبها استنساخ البشر على الكرامة البشرية تعلن رسمياً ما يلي:

¹ -يوسف القرضاوي، استنساخ البشر، تاريخ الإطلاع 20/8/2023/ الساعة 23:05 سا. الرابط: <https://www.al-qaradawi.net/node/4446>

² - عمر المعز خطاب، الاستنساخ البشري هل هو ضد المشيئة الإلهية، دط، الدار الذهبية، دم، دت، ص73.

³ - قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 280/59، المؤرخ في 8 آذار/مارس 2005. ينظر الرابط:

(أ) دعوة الدول الأعضاء إلى اتخاذ جميع التدابير اللازمة لحماية الحياة البشرية بشكل ملائم في تطبيقات علوم الحياة.

(ب) دعوة الدول الأعضاء إلى حظر جميع أشكال استنساخ البشر بقدر ما تتنافى مع الكرامة البشرية وحماية الحياة الإنسانية.

(ج) دعوة الدول الأعضاء كذلك إلى أن تتخذ التدابير اللازمة لحظر تطبيق تقنيات الهندسة الوراثية التي قد تتنافى مع الكرامة البشرية.

(د) دعوة الدول الأعضاء إلى اتخاذ تدابير للحيلولة دون استغلال المرأة في تطبيقات علوم الحياة"

وقد جاء في المادة 11 من الإعلان العالمي بشأن "التهجين البشري وحقوق الإنسان" الصادر في نوفمبر 1997 الصادر عن الأمم المتحدة "لا يجوز السماح بممارسات تتنافى مع كرامة الإنسان مثل الاستنساخ لأغراض إنتاج نسخ بشرية، ويتعين على الدول والمنظمات الدولية المختصة أن تتعاون لكشف عن مثل تلك الممارسات واتخاذ التدابير اللازمة بشأنها على المستوى الوطني والدولي وفقاً للمبادئ المنصوص عليها في هذا الإعلان"¹.

وعلى الصعيد العربي فقد تم إبرام الاتفاقية العربية لمنع ومكافحة الاستنساخ البشري وتوقيعها في 4 مارس 2019 بمدينة تونس، وقد جاء في المادة (5) من هذا الاتفاق أنه: "تتعهد كل دولة طرف أن تتخذ ما يلزم من تدابير تشريعية لمنع الآتي:

1- إجراء عمليات الاستنساخ البشري

2- القيام بنقل الحمض النووي (DNA) للخلية الجسمية بقصد توليد كائن بشري حي في أي مرحلة من مراحل التطور البدني لجعله متطابقاً جينياً مع كائن بشري آخر.

¹ - الأمم المتحدة، القرار رقم A/RES/53/152، الصادر عن دورتها الثالثة والخمسين، في 9 ديسمبر 1998.

3- الاستتساخ البشري لأغراض التنازل أو لأغراض بحثية أو تجريبية بهذا الشأن.

4- استتساخ الأعضاء أو الأنسجة أو أجزائهما بما يؤدي إلى اختلاط الأنساب.¹

وقد أبحاث الاتفاقية العربية لمنع ومكافحة الاستتساخ البشري في المادة (5/4) الاستتساخ العلاجي-وهو إنتاج أعضاء أو أنسجة قصد العلاج-مثل الكبد والكلية، وذلك بنفس الشروط والضوابط التي ذكرت في التلقيح الاصطناعي.

وما يمكن ملاحظته أنّ المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة لم يتطرق إلى الاستتساخ، وربما يعود الأمر إلى أن نتائجه العلمية لم تحسم بعد.

المطلب الثاني: أثر التغيير الجنسي على النسب

لقد أدى التطور الجراحي والعلاج الهرموني إلى تغيير على بنية الإنسان وإدخال تغيير سواء بتصحيح الجنس أو تغيير الجنس وفي هذا المطلب وسيتم تحديد معاني المصطلحات التي تتعلق بالموضوع سواء كان ذلك في اللغة والفقه والقانون، ثم يتم بعد ذلك بيان أثرها على النسب فقها وقانونا وهذا من خلال فرعين، الفرع الأول: مفهوم تغيير الجنس، والفرع الثاني: أثر التغيير الجنسي على النسب فقها وقانونا

الفرع الأول: مفهوم تغيير الجنس

سيتم بيان معنى تغيير الجنس وتمييزه عن بعض المصطلحات المشابهة، وذلك كما يلي:

أولاً: تعريف تغيير الجنس²: ميز العلماء بين مصطلحين وهما: "تغيير أو تحويل الجنس"

وبين "تصحيح الجنس"؛ أما تحويل الجنس: فهو تحويل الجنس من ذكر إلى أنثى أو تحويل الأنثى

¹ - الاتفاقية العربية لمنع ومكافحة الاستتساخ البشري.

² - التغيير لغة: من غير الشيء أي حوله وبدله كأنه جعله غير ما كان عليه قال الله تعالى: ﴿ذَلِكَ بِأَنَّ اللَّهَ لَمْ يَكُ مُغَيِّرًا نِعْمَةً أَنْعَمَهَا عَلَيَّ قَوْمٍ حَتَّى يُغَيِّرُوا مَا بِأَنْفُسِهِمْ وَأَنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾ (الأنفال:53). ينظر ابن منظور، المرجع السابق، ج5، ص39. التحول: وهو عدول الشيء عن وجهه والإزالة والتغيير. ينظر: ابن منظور، المرجع السابق، ج11، ص187. الجنس: الجنس من الشيء هو الضرب من كل شيء والجمع أجناس وجنوس. ينظر: ابن منظور، المرجع السابق، ج2، ص215.

إلى ذكر عن طريق المعالجات الهرمونية أو المدخلات الجراحية التي تهدف إلى إنماء الاعضاء أو إلغائها¹. وهذه العمليات تكون للأشخاص الذين يكونون في حالة طبيعية، بمعنى ذكر مكتمل الذكورة وأنثى مكتملة الأنوثة، وقد عرف أيضا بأنه: التغيير الجنسي لشخص يكون انتمائه الجنسي واضحا ذكورة أو أنوثة وتتطابق ملامحه الجسدية الجنسية مع خصائصه الفسيولوجية والبيولوجية والجنسية ولا يوجد اشتباه في انتمائه الجنسي ذكرا أو أنثى كما يعني هذا التعريف الانحراف في عملية تصحيح الجنس بما يخالف الصفة الجنسية التي انتهت إليها التحاليل الطبية².

وأما تصحيح الجنس: أو كما يطلق عليها البعض تثبيت الجنس، فيكون عن طريق المعالجات الهرمونية أو المدخلات الجراحية التي تهدف إلى إنماء الاعضاء أو إلغائها. وهذه المعالجات تكون للشخص الذين يكون في حالة غير طبيعية، بمعنى أنه تجتمع فيه أنسجة الذكورة وأنسجة الأنوثة التناسلية، وتجرى له عملية جراحية لتثبيت الجنس الغالب فيه³، ويسمى هذا النوع عند الفقهاء بالخنثى.

الفرع الثاني: أثر التغيير الجنسي على النسب فقها وقانونا

أولا: أثر التغيير الجنسي على النسب في الفقه الإسلامي: إنّ المتصفح لكتب الفقه الإسلامي يجد أنهم تحدثوا عن الخنثى وأنواعه وأحكامه خاصة في مجال الأحوال الشخصية لكن لم يتطرقوا إلى الذكر المكتمل الذكور الذي يجري جراحة لتغيير جنسه إلى أنثى وكذلك الأنثى مكتملة الأنوثة التي تجري جراحة لتغيير جنسها إلى ذكر، وعلى ذلك فإنّ الفقهاء المعاصرين ذهبوا في ظل التطور الجراحي إلى جواز تصحيح الجنس أو تثبيت الجنس لأنه ناتج عن مرض والمرض يجوز علاجه وبذلك صدرت فتوى المجمع الفقهي الإسلامي في دورته الحادية عشر، في الفقرة الثانية حيث جاء

¹ - محمد بن محمد المختار الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية وآثارها المترتبة عليها، ط2، مكتبة الصحابة، جدة، 1994، ص134.

² - ريمة صالح، جابر محجوب علي محجوب، إشكالية التحويل الجنسي في القانون القطري و القانون المقارن، مجلة كيو ساينس (QScience Connect)، دار جامعة حمد بن خليفة للنشر، قطر، سبتمبر 2020، ص 7.

³ - مكرلوف وهيبية، الأفكار القانونية لنظام تغيير الجنس دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، تلمسان، 2015، 2016، ص29.

فيها: " وأما من اجتمع في أعضائه علامات النساء والرجال فينظر إلى الغالب من حاله فإن غلبت عليه الذكورة جاز علاجه طبيا بما يزيل الاشتباه في ذكورته، من غلبت عليه علامات الأنوثة جاز علاجه طبيا بما يزيل الاشتباه في أنوثته سواء كان العلاج بالجراحة أم بالهرمونات لأن هذا مرض والعلاج يقصد به الشفاء وليس تغيرا لخلق الله عز وجل"¹.

وذهب الفقهاء المعاصرون إلى تحريم تغيير الجنس لما فيه من الخطورة والضرر ومفاسده أكبر من مصالحه بل إنه لا تكاد تكون منه مصلحة، وشذ عن هذا الرأي فيصل مولوي الذي اعتبره مرضا وأنه ينبغي أن يبذل المريض جهده للتكيف مع حالته وأن يسعى لعلاج نفسه كمريض نفسي وأن يستمر على ذلك مدة طويلة لا تقلّ عن سنتين وإذا لم يفلح بعدها في العلاج، وظلّ المريض يشكو من حالة الانقسام، وطلب إجراء هذه العمليّة الجراحية، فإنّ شروط الضرورة تكون قد تحقّقت، والضرورات تبيح المحظورات لكن هذا الرأي غير صائب لما فيه من تشكيك في خلق الله، وذهب المجمع الفقهي الإسلامي في دورته الحادية عشر إلى تحريم هذا النوع من العمليات حيث جاء في الفقرة الأولى من قراره السادس:

" الذكر الذي كملت أعضائه ذكورته والأنثى التي كملت أعضائه أنوثته لا يحل تحويل أحدهما إلى النوع الآخر، ومحاولة التحويل جريمة يستحق فاعلها العقوبة لأنه تغيير لخلق الله، وقد حرم سبحانه هذا التغيير بقوله تعالى: ﴿وَلَا مَرْنَهُمْ فَلْيَغْيِرَنَّ خَلْقَ اللَّهِ﴾ (النساء: 119)".

وقد جاء عن ابن مسعود أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " لَعَنَ اللَّهُ الْوَاشِمَاتِ وَالْمُسْتَوْشِمَاتِ، وَالْمُتَنَمِّصَاتِ، وَالْمُتَفَلِّجَاتِ لِلْحُسْنِ، الْمُغَيِّرَاتِ خَلْقَ اللَّهِ تَعَالَى مَا لِي لَا أَلْعَنُ مَنْ لَعَنَ النَّبِيَّ ﷺ، وَهُوَ

¹ - القرار السادس من الدورة الحادية لمجمع الفقهي الإسلامي، المنعقدة بمكة المكرمة، بتاريخ 13-20 رجب 1409 هـ الموافق ل

19-26 فيفري 1989م ص 291.

في كتاب الله¹ : ﴿ وَمَا آتَايَكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَايَكُمُ عَنْهُ فَانْتَهُوا وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ ﴾ (الحشر: 7)².

كما ثبت نهي الشارع الحكيم عن الخصاء في أحاديث كثيرة منها ما جاء عن سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه أنه قال: "رد رسول الله صلى الله عليه وسلم على عثمان بن مظعون رضي الله عنه التبتل ولو أذن له لاختصينا"³ والتبتل الانقطاع عن النساء وترك النكاح من أجل العبادة والاختصاء شق الأنثيين وانتزاعهما، فالتحريم هنا تناول الخصاء مع أن فيه تغيير للخصيتين فقط، فالتغيير في مثل هذه العمليات التي يتم فيها تحويل الأعضاء التناسلية بشكل كامل أشد تحريماً، كما أن إجراء مثل هذه العمليات لن يحقق أي غرض أو هدف لمن يجريها أي أنها غير ذات جدوى سوى تغيير المظهر الخارجي للمتحول جنسياً، فالذكر الذي تحول إلى أنثى لن يبيض ولن يحمل، والأنثى التي تحولت إلى ذكر لن تقوم بوظائف الرجل الجنسية، فالأمر لا يعدوا أن يكون تعطيلاً للوظائف الأساسية للرجل والمرأة⁴.

وهذا الرأي هو الذي رجحه أغلب العلماء⁵ وهو الرأي الصواب لمعقولية الأدلة التي قدموها واحتجوا بها وكذا لاعتبارات منها، أن كل علاج طبي يجب أن يكون خاضعاً للضوابط الشرعية، كما أن الاحصائية أشارت إلى أن المتحولين جنسياً أكثر عرضة للأمراض، أنه يناقض مقاصد

¹ - أخرجه البخاري، صحيح البخاري، كتاب اللباس، باب الموصولة، رقم 5943، ص 1494

² - القرار السادس، الدورة الحادية لمجمع الفقهي الإسلامي، المنعقدة بمكة المكرمة، بتاريخ 13-20 رجب 1409 هـ الموافق ل 19-26 فيفري 1989م ص 291.

³ - أخرجه البخاري، صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب ما يكره من التبتل والخصاء، رقم 5083، ص 1294.

⁴ - صالح بن محمد الفوزان، الجراحة التجميلية عرض طبي ودراسة فقهية مفصلة، دار التدمرية، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط2، 1429هـ، 2008، ص 540، 541 وما بعدهما.

⁵ - ينظر إلى قائمة الموقعين على القرار السادس لمجمع الفقهي الإسلامي، في الدورة الحادية عشر وهم: "عبد الله عمر نصيف، عبد العزيز بن باز، صالح الفوزان، محمد بن عبد الله السبيل، مصطفى أحمد الزرقاء، يوسف القرضاوي، محمد رشيد راغب القباني، محمد الشاذلي النيفر، ابوبكر جوسي، أحمد فهمي ابوسنة، محمد الحبيب بن الخوجة، عبد الله العبد الرحمان البسام، ومحمد بن جبير".

الشريعة: فهو تعريض النفس للهلاك، وتدمير للأسرة، وتوجد شخصا لا هو رجل ولا هو امرأة فلا أسرة ولا نسل.

ويترتب على هذا النوع من العمليات الإخلال بالتكاليف الشرعية التي يختص بها كل من الرجل والمرأة، فالشرع أناط بالرجل بعض الواجبات التي تختلف عن واجبات المرأة والعكس، كما أنه فرض لكل منهما حقوقا تتفق وطبيعته وهي تختلف عن الآخر، والتحويل ظاهري فلا يمكن أن تتغير التكاليف الشرعية بمجرد إجراء عمليات التحويل فالذكر يبقى ذكرا والأنثى تبقى أنثى، لكن يقع الإشكال في حال تم قبول معاملة بما هو عليه بعد التحول وهذا فيه إخلال بالأحكام والحقوق الخاصة بكل واحد منهما¹، وبما أن الراجح حرمة هذه العمليات الخطيرة على المجتمع والأسرة والجنس البشري فإنه فيما يخص النسب الذي يتأثر أيضا إذ الشخص ولد له ذكر ثم بعد التحويل الجنسي تنسب له أنثى، فإنه لا يمكن تغييره فيبقى الذكر ذكرا في نسبه إلى أبيه ويعامل معاملة الذكر والأنثى كذلك ولا يمكن أن يتم تغيير النسب وفقا لما أصبح عليه الشخص بعد التحويل.

ثانيا- أثر التغيير الجنسي على النسب في القانون: المشرع الجزائري لم يتطرق إلى موقفه

من عملية التغيير الجنسي بنصوص صريحة ومباشرة لكن يمكن استخلاصها من مجموع القواعد والنصوص القانونية التالية:

- إن المشرع في قانون الأسرة اشترط أن يكون الزواج بين جنسين مختلفين-رجل وامرأة - وهذا يتعارض مع عملية التحول الجنسي، وإن الطبيب الذي يجرى العملية ويكون سببا في بتر أو قطع الاعضاء التناسلية فإن هذا الفعل يعرضه للمسؤولية الجنائية وفق ما جاء في المادة 274 من قانون العقوبات على أنه "كل من ارتكب جنایة الخصاء يعاقب بالسجن المؤبد ويعاقب الجاني بالإعدام إذا أدت إلى الوفاة"².

¹ - صالح بن محمد الفوزان، المرجع السابق، ص 543.

² - الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966، الذي يتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم رقم 09-01 المؤرخ في 25 فيفري 2009 الجريدة الرسمية رقم 46.

- وأما بالنسبة للاجتهااد القضائي الجزائري فقد جاء متوافقا مع أحكام الشريعة الإسلامية والنظام العام وهو ما يتجلى من خلال رد المحكمة العليا في ملف رقم القرار 1258812¹: تاريخ القرار 2018/07/04: "لكن حيث إن البين من القرار محل الطعن أن قضاة المجلس كيفوا موضوع الدعوى التي صدر بشأنها الحكم الأجنبي المطلوب إضفاؤه بالصيغة التنفيذية بأنه تغيير للجنس من ذكر إلى أنثى وخلصوا إلى أن الطلب بذلك يتعارض مع النظام العام والآداب العامة ومبادئ الشريعة الإسلامية والمجتمع الجزائري وانتهوا استنادا إلى ذلك إلى رفض الطلب. حيث إنه من الشروط الواجب توافرها لا مكان تنفيذ الحكم الأجنبي في الجزائر وفقا لنص المادة 605/4 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ألا يتضمن ما يخالف النظام العام والآداب العامة في الجزائر، ولما كان البين من الحكم الأجنبي الصادر عن محكمة غرونوبل الفرنسية بتاريخ 2004.01.19 أنه قضى بتصحيح طبيعة الجنس للطاعن من ذكر إلى أنثى ومنه فإن تصحيح الجنس إذا كان سببه عيوب خلقية ولد صاحبه وهو مصاب بخلل أو غموض جنسي يحتاج إلى عملية جراحية لإصلاحه أو حصل تغيير الجنس بسبب تطور الجسم وبدون وسائل فنية كتناول الهرمونات وصار مظهر الشخص مختلفا عن الجنس الذي انتهى إليه عند ولادته مما استوجب تصحيح الهوية دفعا للحرص ودفعا للالتباس والسخرية والاستهزاء، أو كان تصحيح الجنس لأسباب عضوية يعاني منها الخنثى لوجود غموض جنسي أو تشوه في أعضائه التناسلية فإن مثل ذلك تقره الشريعة الإسلامية المتحكمة في ظل انعدام القانون وفقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة لأن غاية ذلك إظهار الجنس الغالب مما يحقق مصلحة مشروعة للمعني أما تغيير الجنس لأسباب نفسية في محاولة الانتماء للجنس الآخر وباستعمال وسائل فنية ومعالجة طبية بتناول الهرمونات والخضوع إلى عملية جراحية لتلبية رغبة صاحبه فإن ذلك يعد من قبيل تغيير خلق الله بل ويتعارض مع المبدأ العام الذي يمنع التصرف بالطبيعة البشرية" وقد ورد في نهاية رد المحكمة

¹ - ملف رقم 1258812 قرار بتاريخ 04/ 07/ 2018، <https://droit.mjustice.dz/ar>

العليا على الحكم" ...ويكون قضاة المجلس بما انتهوا إليه من قضاء قد طبقوا صحيح القانون وسببوا قرارهم التسبب الكافي مما يجعل الوجه غير سديد".

ويتضح من خلال رد المحكمة أنها متوافقة مع أحكام الشريعة الإسلامية سواء من حيث تصحيح الجنس أو تحويل الجنس، لكن كان الأولى لو أن المشرع الجزائري وضع نصوصاً صريحة تعاقب على المساس بجسم الإنسان من قبل الطبيب الذي أجرى العملية والمتحول جنسياً، وكذلك نصوصاً في قانونية توضيح الإجراء الواجب اتباعه فيما يخص تغيير الاسم والنوع في حال أجرى الشخص عملية التحويل.

أما بالنسبة لبعض التشريعات العربية فنجد أنّ المشرع السعودي لم يجرم التحويل الجنسي صراحة إلا أن اللائحة التنفيذية لنظام الأحوال المدنية تضمنت نصاً بشأن الحكم واجب الاتباع فيما يتعلق بواقعة إثبات واقعة التحويل الجنسي وتغيير الاسم والنوع في قيودات الأحوال المدنية، وبيان ذلك أن المادة التاسعة والثلاثين¹ من قرار وزير الداخلية رقم 27910/39 بتاريخ 1432/6/5 هـ الموافقة على اعتماد اللائحة التنفيذية لنظام الأحوال المدنية تنص على أنه "عند تغير الجنس من ذكر إلى أنثى أو العكس، بعد تسجيله لأسباب طبية، فيجب اتخاذ الآتي:
-التقدم بطلب تغيير الاسم والجنس من المعنى أو وليه.

- إثبات نوع الجنس بموجب تقرير طبي من لجنة طبية معتمدة من وزارة الصحة.
- بعد صدور قرار من اللجنة الفرعية المختصة بالموافقة على إجراء التعديل يتم تعديل جميع البيانات المتعلقة به بما يتوافق مع الحالة في سجله المدني وإلغاء الوثائق القديمة وسحبها والتهميش على الأساس بالإلغاء، وإنشاء أساس برقم وتاريخ جديدين وتعديل ذلك في السجل المدني وتزويده بوثائق جديدة.

¹ - قرار وزير الداخلية السعودي 27910/39 بتاريخ 1432/6/5 تاريخ الإطلاع: 24 ماي 2023، 22:00 سا

أما المشرع الإماراتي فقد نص في المادة الخامسة من المرسوم بقانون اتحادي رقم 4 لسنة 2016 بشأن المسؤولية الطبية، أنه¹: "يحظر على الطبيب ما يأتي: إجراء عمليات تغيير الجنس". أما فيما يتعلق بتصحيح الجنس، فإن المادة السابعة من القانون ذاته تنص على أن: "يجوز إجراء عمليات تصحيح الجنس وفق الضوابط الآتية:

1- أن يكون انتماء الشخص الجنسي غامضاً ومشتبهاً في أمره بين ذكر أو أنثى.

2- أن تكون له ملامح جسدية جنسية مخالفة لخصائصه الفسيولوجية والبيولوجية والجينية.

3- أن يتم التثبت من حكم الفقرتين 1، 2 من هذه المادة بتقارير طبية وموافقة لجنة طبية متخصصة تنشئها الجهة الصحية وذلك بهدف تحديد جنس المريض والموافقة على عملية التصحيح وعلى تلك اللجنة إحالة الموضوع إلى الطبيب النفسي لإجراء التهيئة النفسية اللازمة.

وله آثار على الأسرة والنسب من الناحية القانونية أهمها: إن قضية المتحولين جنسياً تطرح إشكالات تتعلق منها تغيير الصفة في شهادة الميلاد، وعلاقة الأبناء بالآباء المتحولين جنسياً، واستمرار عقد الزواج أو فسخه لأن الزواج يكون بين طرفين من نفس الجنس، وهو مخالف لتعريف الزواج في قانون الأسرة الجزائري، وكذلك طريقة ميراثه هل يرث بصفته القديم فيحجب ويعصب إذا كان نكراً أو بصفته الجديدة كل هذه إشكالات تحتاج إلى بحث وتنتظر إجابة من المشرع.

¹ - والسابعة من المرسوم بقانون الاتحادي رقم 4 لسنة 2016 بشأن المسؤولية الطبية، الصادر عن قصر الرئاسة بأبوظبي بتاريخ: 26 شوال 1437 الموافق لـ 2/ أغسطس 2016.

خاتمة

خاتمة:

في ختام هذه الدراسة توصلت إلى النتائج الآتية:

- النسب له أهمية بالغة في حياة الطفل والأسرة والمجتمع، ومعرفة الأنساب والاعتناء بها يعد حقا من حقوق الطفل والأب والمجتمع، كما يعد مقصدا من مقاصد الشريعة الضرورية التي حافظت عليها من ناحية الوجود والعدم، وقد اعتنى به القانون كذلك من خلال تنظيمه وبيان أحكامه، وكذلك له أهمية بالغة لما له من أثار شرعية وقانونية على الفرد والأسرة والمجتمع.
- يعتبر نسب الولد لأمه ثابت بالحمل والولادة سواء كان ذلك من زواج أو زنا، أما الأب فيثبت بطرق معينة، وهناك نوعان من الطرق، النوع الأول يتمثل في الطرق التقليدية أو الشرعية وقد تناولها الفقهاء في كتاباتهم بكثير من الإسهاب، وهذا النوع ينقسم إلى قسمين، القسم الأول منشئة له كالزواج الصحيح وهو الأصل في إثبات نسب الولد إلى الأب، والنكاح الفاسد والنكاح بشبهة، والقسم الثاني كاشفة له كالإقرار والبينة، والنوع الثاني أفرزته التطورات العلمية ويطلق عليه الطرق العلمية لإثبات النسب وقد اختلف الفقهاء حولها نظرا لعدم الجزم بدقتها وإن كانوا قد نصوا على جواز الأخذ بالبصمة الوراثية لإثبات النسب في حالات معينة على سبيل الحصر.
- أخذ المشرع الجزائري بالطرق التقليدية أو الشرعية في إثبات النسب ما عدا القيافة فإنه لم ينص عليها ولا يؤخذ بها، أما بالنسبة للطرق العلمية فقد نص على جواز الأخذ بها ولكنه لم يحدد الحالات التي يمكن فيها اللجوء إليها وتركها مطلقة، كما أنه لم يسم الطرق العلمية بمسمياتها، واكتفى بمصطلح الطرق العلمية مما فتح المجال للاعتاد بجواز اعتمادها في إثبات النسب في العلاقات غير الشرعية، كما أنّ المشرع الجزائري جعل الأخذ بهذه الطرق استثنائيا إذ تقدم عليها الطرق التقليدية وخاصة الفراش.
- نصت الشريعة الإسلامية على أنّ الطريق الوحيد لنفي النسب هو اللعان وحددت شروطه وضوابطه، ولا يمكن اعتماد الطرق العلمية بما فيها البصمة الوراثية في نفي النسب، حفاظا على

استقرار الأنساب، وقد سائر المشرع الجزائري ما أخذ به الفقه الإسلامي من عدم اعتماد الطرق العلمية في نفي النسب لكنه نص على أن النسب ينفي بالطرق العلمية ولم يذكرها باسمها مما يعتقد معه أنه يوجد اللعان ومعه غيره من الطرق.

- يعتبر التلقيح الصناعي وسيلة لعلاج العقم، وإنجاب الأطفال بطريق غير طبيعي لكن له

أثر على النسب خاصة وأن له صورا متعددة يمكن ان تتسبب في اختلاط الأنساب لذلك تدخل الفقه الإسلامي بتحديد الصور الجائزة ووضع ضوابط لإجرائه، بحيث لا ينسب الابن في التلقيح الصناعي إلا إذا كان الحيوان المنوي من الزوج والبويضة من الزوجة وأثناء عقد الزواج وفي حياة الزوجين، سواء كان تلقيحا داخليا أو خارجيا، ولا يمكن اللجوء إليه إلا في الحالات القصوى إن لم يكن هناك أمل في الإنجاب بالطريق الطبيعي.

- حرم الفقه الإسلامي استئجار الأرحام أو ما يعرف بالأم البديلة حتى وإن كانت الرحم

الزوجة الثانية للزوج صاحب النطفة، كما لم يجرم مجمع الفقه الإسلامي بنوك النطاف الزائدة عن حاجة صاحبها وذلك سدا لذريعة استغلالها تجاريا.

- أخذ المشرع الجزائري بما ذهب إليه الفقه الإسلامي فيما يخص التلقيح الإصطناعي وإن

كان لم ينص على الضوابط التي ينبغي اتخاذها عند اللجوء إليه كما لم ينص على تجريم استغلال النطاف الزائدة عن الحاجة.

- للاستنساخ البشري أثر على النسب إذ لا يمكن فيه تحديد العلاقة التي تربط بين المولود

الذي تم استنساخه والشخص الذي أخذ جزء من انسجته، مما يتسبب في انعدام الأنساب ووجود إنسان بدون أسرة وأبوين يعتنيان به، وقد حرم الفقه الإسلامي نظرا لذلك الاستنساخ، وبقي الاختلاف بين العلماء حول الاستنساخ العلاجي الذي مازال الأبحاث فيه جارية.

- لم يتطرق المشرع الجزائري إلى قضايا الاستنساخ رغم خطورتها وذلك ربما يعود إلى عدم

وجود حقائق دقيقة حولها.

- تغيير الجنس من ذكر مكتمل الذكورة إلى أنثى والعكس له خطورة بالغة على الاحكام الشرعية بصفة عامة حيث أن الأحكام التي كلف بها الرجل تختلف عن المرأة وكذلك بالنسبة للحقوق المفروضة لكل منهما، وعلى النسب بصفة خاصة إذ لا يمكن أن يغير نسب الولد فالشخص ولد له ذكر ثم بعد عملية التحويل ينسب له أنثى، مما حدا بالفقهاء إلى تحريمه، أما المشرع الجزائري فلم يتطرق إليه في قانون الأسرة وحتى فيما يتعلق بالتجريم رغم أهمية الأمر وخطورته، لأنه يتسبب في زواج المثليين.

ومن الاقتراحات التي نوردتها في هذا المجال ما يلي:

- على المشرع الجزائري التفصل بشكل أكبر في المادة 40 ف 2 وذلك ببيان المقصود بالطرق العلمية وحالات اللجوء إليها، وضوابط استعمالها.

- كما ينبغي على المشرع الجزائري إضافة نص قانوني يوضح فيه موقفه من تصحيح الجنس وتغيير الجنس وطرق التعامل مع هذه الوضعيات في قانون الحالة المدنية، وكذلك في قانون الصحة وقانون العقوبات بالنسبة للطبيب الذي يجري العملية وكذا للشخص المتحول جنسيا.

- ضرورة تجريم الأفعال المخالفة لضوابط استعمال التطورات العلمية الحديثة، ومحاربة استغلالها تجاريا خاصة المخبريين والأطباء.

-مراجعة المادة 41 لإزالة الغموض الناتج عن عبارة " الطرق المشروعة"

قائمة رموز البحث

رمز البحث	معناه
ق.أ.ج	قانون الأسرة الجزائري
ق.ع.ج	قانون العقوبات الجزائرية
ج.ر.ج	الجريدة الرسمية الجزائرية
ص	صفحة
ع	العدد
ج	الجزء
مج	المجلد
ط	الطبعة
س	السنة
D NA	" الحمض النووي الريبوزي منقوص الأكسجين" Deoxyribo Nucleic Acid

أولاً: قائمة المصادر والمراجع

– القرآن الكريم: برواية حفص

كتب التفسير:

- محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ت: عماد زكي البارودي وخيري سعيد، ط 10، المكتبة التوقيفية، القاهرة، 2012م
- الطاهر بن عاشور، التحرير والتنوير، الدار التونسية للنشر، 1984، ج18.
- محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي، أحكام القرآن، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، ط3، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1424هـ 2003م، ج 3.

كتب الحديث:

- أبو الحسن علي الدار قطني: سنن الدارقطني، تحقيق شعيب الأرنؤوط وآخرين، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1424هـ 2004م،
- أبو الحسين مسلم، صحيح مسلم، ط1، دار طيبة للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، 1427هـ 2006م.
- أبو داود سليمان بن الأشعث الأزدي، سنن أبي داود، مراجعة وضبط محمد محي الدين عبد الحميد، د1، دار الرسالة العالمية، بيروت، لبنان، 1430هـ 2009م.
- محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، ط1، دار السلام للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، 1433هـ -2012م.
- أبو الفضل أحمد العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ط2، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1995.
- أبو عيسى محمد الترمذي، سنن الترمذي، ت عبد الرحمن محمد عثمان، ط 2، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1983م،
- محمد عبد الرؤوف المناوي، فيض القدير شرح الجامع الصغير، ط01، الناشر المكتبة التجارية، مصر، سنة 1356هـ.

كتب الفقه

كتب الفقه الحنفي:

- ابن الهمام، شرح فتح القدير، ط 2، دار الفكر، بيروت دت، ج4.
- ابن عابدين، حاشية رد المحتار، على الدر المختار: شرح تنوير الأبصار، ط02، دار الفكر، سنة1386 هـ 1966 م، ج 3.
- ابن نجيم، البحر الرائق على شرح الدقائق، د.ط، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2013 م، ج4.
- الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، دار الكتب العلمية -بيروت - لبنان، 2021.
- السمرقندي، تحفة الفقهاء، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، دت، ج2
- الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط2، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1982

كتب الفقه المالكي:

- ابن الحاجب، التوضيح شرح مختصر خليل، ط1، مركز نجيبويه لمخططات وخدمت التراث، 1429هـ 2008م.
- ابن رشد، البيان والتحصيل، تحقيق محمد حجي واخرون، ط2، دارالغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1408هـ 1988م.
- مالك، المدونة الكبرى، تحقيق: يحيى بن يحيى الليثي، ط11، دار النفائس للنشر، بيروت، 1988.
- ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط1، دار الجيل، بيروت، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، 1409هـ 1989م.
- الدردير، الشرح الصغير، دط، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، مصر، 1372هـ.
- الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دط، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2010.
- الشاطبي، الموافقات، تحقيق: عبد الله دراز، ط 1، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1998.
- الصادق عبد الرحمن الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ط1، مؤسسة الريان، بيروت، لبنان، 2002

-القرافي، الفروق، ط2، دار السلام، مصر، 2007.

-القرافي، الذخيرة، ت أحمد أبو خبزة، ط1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1994.

-كتب الفقه الشافعي:

- النووي، المجموع شرح المذهب، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2021.

- محي الدين النووي، روضة الطالبين، ت عادل عبد الموجود وعلي معوض الشبخان، دار الكتب

العلمية، بيروت، لبنان، 2022.

-ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ط1، دار الضياء، للطباعة والنشر، 2020.

-الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، د ط، دار الفكر، بيروت، لبنان،

-العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام، ط1، دار القلم، دمشق، 1421هـ.

-حاشية البقري على شرح الرحبية للمارديني، ط 8، دار القلم، دمشق، سوريا، 1419هـ 1998.

-سليمان بن عمر بن منصور العجيلي، حاشية دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2021.

-محمد بن ادريس الشافعي، الأم، ط2، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1393هـ.

- كتب الفقه الحنبلي:

-ابن قدامة، المغني، تحقيق: عبد الله بن محسن التركي، عبد الفتاح محمد الحلو، دار الفكر، بيروت، لبنان 1405هـ.

-ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1997.

-ابن القيم الجوزية، الطرق الحكمية، ط 1، دار عالم الفوائد للنشر والتوزيع، مكة المكرمة، 1428هـ.

-إبراهيم بن عبد الله الأزهرى الحنبلي، العذب الفائض شرح عمدة الفارض، دار الكتب العلمية، بيروت،

لبنان، سنة 1999.

-مجد الدين أبي البركات، المحرر في الفقه، د.ط، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان.

كتب الفقه الظاهري:

- ابن حزم الظاهري، المحلى بالأثر، ط1، دار الفكر، بيروت، لبنان، دت.

كتب الفقه العام

- عبد الكريم بن محمد اللاحم، المطلع على دقائق زاد المستقنع (فقه الأسرة)، ط 1، دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض، 1431هـ، 2010.
- أحمد لطفي أحمد، التفكيح الصناعي بين أقوال الأطباء وراء الفقهاء، ط2، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2011.
- اسماعيل مرحبا، البنوك الطبية البشرية وأحكامها الفقهية، ط1، دار ابن الجوزي، 1429هـ.
- الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية وآثارها المترتبة عليها، ط2، مكتبة الصحابة، 1415هـ، 1994.
- ايمن محمد عمر العمر، المستجدات في وسائل الإثبات، ط2، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 2009.
- بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة والمذهب الجعفري والقانون (زواج وطلاق)، ط الأولى دار النهضة العربية بيروت لبنان، 1982.
- حسني محمود عبد الدايم، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات، ط2، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.
- خليفة بن علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية-دراسة فقهية مقارنة-، ط1، دار النفائس، 1426 هـ 2006م، ص
- سعد الدين هلال، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، ط2، مكتبة وهبة، القاهرة، 1431هـ، 2010.
- سمر محمد أبويحي، أحكام الخلوة في الفقه الإسلامي، ط1، دار اليازوري، عمان، الاردن، سنة 1418هـ، 1997.
- عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام الأسرة والبيت المسلم، ط:3، مؤسسة الرسالة، لبنان، سنة: 2000.
- على البار، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، ط4، الدار السعودية للنشر والتوزيع، 1983.
- محمد أبوزهرة، الأحوال الشخصية، ط3، دار الفكر، القاهرة، مصر، دت.
- محمد الزحيلي، ووسائل الإثبات، د.ط، دار البيان، 1427هـ 2016.
- محمود شلتوت، الفتاوى، ط18، دار الشروق، القاهرة، مصر، 1421هـ، 2001.
- محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط1، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1984.
- مصطفى أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ط2، دار القلم، دمشق، 1419هـ، 1998.

- ومصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ط:2، دار النهضة العربية، بيروت، 1988.

كتب اللغة

- محمد جمال الدين ابن منظور، لسان العرب، ط3، دار صادر، بيروت، لبنان، 1414 هـ.

- أبو الحسين أحمد بن فارس، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام هارون، د.ط، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1399 هـ ، 1979.

- الحسين الأصفهاني المكنى بالراغب الأصفهاني، مفردات ألفاظ القرآن، تحقيق: صفوان عدنان داوودي، دار القلم، دمشق، دت.

- زين الدين الرازي، مختار الصحاح، د.ط، دار الجيل، 1987م

القوانين والقرارات القضائية

- الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966، الذي، الذي

يتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم رقم 09-01 المؤرخ في 25 فيفري 2009 الجريدة الرسمية رقم 46

- القانون رقم 11/84 المتضمن قانون الأسرة المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 هـ الموافق ل 9 يونيو 1984. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ع24، س21، المؤرخة 12 رمضان

1401 هـ الموافق ل 12 يونيو 1984م.

- الأمر رقم: 02/05 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 هـ الموافق ل 27 فبراير 2005م المتضمن

قانون الأسرة الجزائري. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ع 15، س 42، المؤرخة في 18 محرم 1426 هـ الموافق ل 27 فبراير 2005م.

- قانون الإجراءات القضائية المتعلقة بالبصمة الوراثية، رقم (16 - 03)، الجريدة الرسمية للجمهورية

الجزائرية، 2016 م، العدد 37 التاريخ 17 رمضان 1437 هـ الموافق 22 يونيو 2016، ص 5.

المجلة القضائية، غرفة الاحوال الشخصية، القرار 222674 الصادر بتاريخ 15/06/1966، العدد 01، ص 128.

- المجلة المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، القرار 355180، الصادر بتاريخ 05/03/2006، العدد 01

- المحكمة العليا، الغرفة المدنية، رقم-1027105، المؤرخ في-07-12-2016
- ملف رقم 1258812 قرار بتاريخ 04/ 07/ 2018 <https://droit.mjjustice.dz/ar>
- بوابة القانون الجزائري، القرار رقم 1257220 المؤرخ في 05-12-2018
- القرار رقم AIRE5/53/152 الصادر عن الأمم المتحدة دورتها الثالثة والخمسين في 9 ديسمبر 1998
- مجلة الاحوال الشخصية التونسية: وصدرت بمقتضى الأمر العليّ المؤرخ في 13 أوت 1956 المنشور بالرائد الرسمي عدد 66 بتاريخ 17 أوت 1956 والتي دخلت حيز التطبيق بداية من غرة جانفي <https://wrcati.cawtar.org/preview.php?type=law&ID=101957>
- مدونة الأسرة المغربية: ظهير شريف رقم 01.04.22، صادر في 12 ذي الحجة 1424، 3 فيراير 2004 بتنفيذ القانون رقم 70.03.
- قانون الأحوال الشخصية الأردني: صدرت الإرادة الملكية السامية بالموافقة على قانون الأحوال الشخصية رقم 15 لسنة 2019 وتم نشره في الجريدة الرسمية في العدد رقم 5578 تاريخ 2019/6/2
- نظام الأحوال الشخصية: مرسوم ملكي رقم (م/73) وتاريخ 6/8/1443هـ، قرار مجلس الوزراء رقم (429) وتاريخ 5/8/1443هـ، تاريخ الإصدار 1443/08/06هـ، الموافق: 2022/03/09 م، تاريخ النشر 1443/08/15هـ الموافق: 2022/03/18 م
- المرسوم بقانون الاتحادي-الإماراتي-: رقم 4 لسنة 2016 بشأن المسؤولية الطبية، الصادر عن قصر الرئاسة بأبوظبي بتاريخ: 26 شوال 1437 الموافق ل 2 / أغسطس 2016
- الاتفاقية العربية لمنع ومكافحة الاستنساخ البشري، الموقعة في الجمهورية التونسية بتاريخ 29 /7/ 1443هـ، الموافق 2 /3/ 2022.
- الدورة السادسة، لمجمع الفقه الإسلامي، المنعقد بجدة في المملكة العربية السعودية من 17-23 شعبان 1410هـ
- الدورة السابعة، مجمع الفقهي الإسلامي، المنعقد بتاريخ، 11-16 ربيع الآخر 1404، 15-20 يناير 1984.
- الدورة الثامنة مجلس المجمع الفقهي الإسلامي في مكة المكرمة، 28 ربيع الآخر 1405، الموافق ل 19-28 يناير 1985، ص 173

- المؤتمر العاشر لمجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في جدة، بالمملكة العربية السعودية خلال الفترة من 23 - 28 صفر 1418هـ الموافق 28 حزيران (يونيو)، 3 تموز (يوليو) 1997م:
- الدورة السادسة عشرة المجمع الفقهي الإسلامي القرار السابع بشأن البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، 21-26/10 محرم 1422هـ -مكة المكرمة، ص343

كتب القانون:

- أحمد ياش، الأسرة بين الجمود والحداثة، منشورات الحلبي الحقوقية، دم، ط1، 2011.
- بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.
- بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، ط2، دار هومة، الجزائر، دت.
- سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط2، دار البعث، قسنطينة، الجزائر، 1989.
- سعد فضيل، شرح قانون الأسرة الجزائري، دط، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986.
- عباس العبودي، الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات، ط 1، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، الأردن، 2002.
- عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح مدونة الأسرة، ط2، دار السلام، دم، 2018.
- عبد الله صالح الغامدي، مدخل إلى علم الوراثة، ط1، دار المريخ للنشر، مصر، 1994.
- عبد الهادي مصباح، الاستنساخ بين العلم والدين، ط1، مكتبة الأسرة، دم، 1998.
- جميل الصغير، أدلة الإثبات الجنائي والتكنولوجيا الحديثة، ط1، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، 2001.
- وسام أحمد السمروط، القرنية وأثرها في اثبات الجريمة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007.

الرسائل الجامعية:

- إقروفة زبيدة، والموسومة بـ: " الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب في قانون الأسرة الجزائري" أطروحة دكتوراه سنة 2009م جامعة الجزائر

- زبيرى بن قويدر، والموسومة بـ: "النسب في ظل التطور العلمي والقانوني" أطروحة دكتوراه جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، 2019.
- عائشة ابراهيم المقادمة، إثبات النسب ونفيه في ضوء علم الوراثة، أطروحة ماجستير، الجامعة الإسلامية، غزة.
- عبد الرحمن احمد الرفاعي، البصمة الوراثية واحكامها في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، دراسة فقهية مقارنة، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الشريعة والقانون - جامعة الازهر، 2005.
- مصطفى رمضان عبد القادر العقراوي: أحكام الولد المشتبه في نسبه، رسالة ماجستير مقدمه الى جامعة الموصل، كلية الحقوق، 2010.
- مكرلوف وهيبه، الأفكار القانونية لنظام تغيير الجنس دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، تلمسان، 2015، 2016.
- ياسين ناصر محمود الخطيب، ثبوت النسب، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الملك عبد العزيز، مكة، سنة 1998.
- العوفي لامية: التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة، رسالة لنيل إجازة في القضاء، المدرسة العليا للقضاء الجزائر، 2008.

المقالات العلمية:

- عبد الله ناجي القيسي، البصمة الوراثية وحجيتها، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الجزائر، ج54، رقم2، 2014/7/1 م.
- إبراهيم صادق الجندي، حسين حسن الحصيني، تطبيقات تقنية البصمة الوراثية في التحقيق والطب الشرعي، دط، جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، 1423هـ، 2002.

- تريكي دليلة، ثبوت النسب في قانون الأسرة الجزائري المجلة الأكاديمية للبحث، مج11، ع01، 2015.
- ريمة صالح، جابر محجوب علي محجوب، إشكالية التحويل الجنسي في القانون القطري والقانون المقارن، مجلة كيو ساينس (QScience Connect)، دار جامعة حمد بن خليفة للنشر، قطر، سبتمبر 2020.
- عبد الستار فتح الله سعيد، البصمة الوراثية في ضوء الإسلام ومجالات الاستفادة منها في جوانب النسب والجرائم وتحديد الشخصية، من ضمن أعمال وبحوث الدورة السادسة عشر للمجمع الفقهي الإسلامي في مكة المكرمة، مج 3، 1424 هـ، 2003.
- ناصر عبد الميمان، البصمة الوراثية وحكم استخدامها في مجال الطب الشرعي والنسب، مجلة القانون والشريعة، مجلس النشر العلمي - جامعة الإمارات العربية المتحدة، ع 18 يناير 2002.
- إبراهيم احمد عثمان، في بحثه " دور البصمة الوراثية في قضايا اثبات النسب والجرائم الجنائية" المقدم الى المؤتمر العربي الأول لعلوم الادلة الجنائية والطب الشرعي المنعقد في الرياض للفترة من 12-14/11/2007.
- النجمي، محمد بن يحيى بن حسن، التحليل البيولوجي للجينات البشرية وحجيته في الإثبات، المجلة العربية للدراسات الأمنية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، السعودية، ع37، 31 يناير 2004.
- سعيد ويرو و د. عثمان بالخير، المقاصد الشرعية في أحكام اللعان، مجلة الدراسات الإسلامية، تاريخ جانفي 2018، ع10.
- سعدي محمد نجيب، التغيير الجنسي من منظور قانوني وشرعي، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، جامعة عمار تليجي الأغواط، السنة 2020، مج04، ع02.
- عبد الرشيد محمد أمين بن قاسم: البصمة الوراثية وإثبات النسب، مجلة العدل، وزارة العدل السعودية، ع(23)، رجب 1425 هـ، السنة السادسة .
- عبد الله على الصيفي وعارف عز دين حسونة، تحليل الدم ودوره في اثبات النسب وجرائم الخمر والسرقة والقتل في الشريعة الإسلامية، دراسات علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، مج38، العدد2، سنة 2011.

-محمد المختار السلامي، التحليل البيولوجي للجينات البشرية وحجيته في الإثبات، مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة، في 22-24 صفر 1423 هـ الموافق 5-7 مايو 2002.

-محمد سليمان الأشقر، إثبات النسب بالبصمة الوراثية، بحث مقدم الى ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني، الكويت، 1998.

-محمد علي البار، كتاب مجلة مجمع الفقه الإسلامي، التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب، ع 2
-محمد مطلق، الآثار المادية والمعنوية المترتبة على الوطء بشبهة في الفقه الإسلامي وقانون الاحوال الشخصية الكويتية، مجلة كلية الآداب، جامعة سوهاج 2021، ع58.

-نصر فريد واصل: البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، أعمال وبحوث الدورة السادسة عشر للمجمع الفقهي الإسلامي في مكة المكرمة.

مواقع من الأنترنت:

- ملخص اعمال الحلقة النقاشية حول حجية البصمة الوراثية في اثبات النسب موقع المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية: www.islamset.com

- يوسف القرضاوي، الاستتساخ والدين، مقال على الموقع الإلكتروني

<https://islamonline.net/archive>

- ندوة مدى حجية استخدام البصمة الوراثية لإثبات البنوة، موقع المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية islamset.com

-سعد الدين مسعد هاللي: البصمة الوراثية وقضايا النسب الشرعي، مقال منشور على الموقع

الإلكتروني : www.sudaneseonline.com/cgi-bin/sdb/2b

ثانياً: فهرس الموضوعات

شكر و عرفان:.....	
إهداء:.....	
مقدمة.....	أ-ث
الفصل الأول: ماهية النسب	
07.....	-المبحث الأول: مفهوم النسب
07.....	-المطلب الأول: تعريف النسب
07.....	-الفرع الأول: تعريف النسب لغة
08.....	-الفرع الثاني: تعريف النسب في الإصطلاح
08.....	أولاً: تعريف النسب في الفقه الإسلامي
09.....	ثانياً: تعريف النسب في القانون
11.....	- المطلب الثاني: مقاصد حفظ النسب فقها وقانونا
11.....	- الفرع الأول: مقاصد حفظ النسب فقها
13.....	-الفرع الثاني: مقاصد حفظ النسب قانونا
14.....	-المبحث الثاني: طرق اثبات النسب ونفيه
14.....	- المطلب الأول: الطرق التقليدية لاثبات النسب ونفيه فقها وقانونا
14.....	- الفرع الأول: الطرق التقليدية لاثبات النسب ونفيه في الفقه الإسلامي
14.....	-أولاً: الطرق التقليدية لاثبات النسب في الفقه الإسلامي

- 26.....ثانيا: الطرق التقليدية لنفي النسب في الفقه الإسلامي.
- 28.....الفرع الثاني: الطرق التقليدية لاثبات النسب ونفيه في القانون.
- 28.....أولا: الطرق التقليدية لاثبات النسب في القانون.
- 28.....ثانيا: الطرق التقليدية ونفي النسب في القانون.
- 31.....المطلب الثاني: الطرق العلمية لاثبات النسب ونفيه فقها وقانونا.
- 31.....الفرع الأول: الطرق العلمية لاثبات النسب ونفيه الفقه الإسلامي.
- 31.....أولا: الطرق العلمية لاثبات النسب في الفقه الإسلامي.
- 33.....ثانيا: الطرق العلمية لنفي النسب في الفقه الإسلامي.
- 34.....الفرع الثاني: الطرق العلمية لاثبات النسب ونفيه في القانون.
- 34.....أولا: الطرق العلمية لاثبات النسب في القانون.
- 37.....ثانيا: الطرق العلمية لنفي النسب في القانون.

الفصل الثاني: جوانب تأثير التطور العلمي على النسب

- 41.....المبحث الأول: أثر التطور العلمي المتعلقة بالعمل المخبري على النسب.
- 41.....المطلب الأول: أثر نظام تحليل فصائل الدم ABO على النسب.
- 41.....الفرع الأول: تعريف تحليل فصائل الدم ABO.
- 44.....الفرع الثاني: إشكالات تحليل فصائل الدم ABO على النسب.
- 44.....أولا: إشكالات تحليل فصائل الدم Abo على النسب في الفقه الإسلامي.
- 46.....ثانيا: إشكالات تحليل فصائل الدم ABO على النسب في القانون:

- 48.....المطلب الثاني: أثر تحليل البصمة الوراثية D.N.A على النسب: 48.....
- 48..... الفرع الأول: مفهوم البصمة الوراثية: 48.....
- 48..... أولاً: تعريف البصمة الوراثية: 48.....
- 51..... ثانياً: خصائص البصمة الوراثية: 51.....
- 51..... الفرع الثاني: إشكالات البصمة الوراثية على النسب: 51.....
- 51..... أولاً: إشكالات البصمة الوراثية على النسب في الفقه الإسلامي: 51.....
- 58..... ثانياً: إشكالات البصمة الوراثية على النسب في القانون: 58.....
- 59..... المبحث الثاني: أثر التطور العلمي المتعلقة بالتدخل الجراحي على النسب: 59.....
- 59..... المطلب الأول: أثر التلقيح الاصطناعي والاستنساخ على النسب: 59.....
- 59..... الفرع الأول: أثر التلقيح الاصطناعي على النسب: 59.....
- 60..... أولاً: تعريف التلقيح الاصطناعي: 60.....
- 61..... ثانياً: أنواع التلقيح الاصطناعي: 61.....
- 62..... ثالثاً: أثر التلقيح الاصطناعي على النسب في الفقه الإسلامي: 62.....
- 65..... رابعاً: أثر التلقيح الاصطناعي على النسب في القانون: 65.....
- 67..... الفرع الثاني: أثر الاستنساخ البشري على النسب: 67.....
- 67..... أولاً: تعريف الاستنساخ: 67.....
- 69..... ثانياً: أثر الاستنساخ البشري على النسب في الفقه الإسلامي: 69.....
- 70..... ثالثاً: أثر الاستنساخ البشري على النسب في القانون: 70.....
- 71..... المطلب الثاني: أثر التغيير الجنسي على النسب: 71.....
- 71..... الفرع الأول: مفهوم تغيير الجنس: 71.....

- 72..... الفرع الثاني: أثر التغيير الجنسي على النسب فقها وقانونا:
- 73..... أولاً: أثر التغيير الجنسي على النسب في الفقه الإسلامي:
- 76..... ثانياً: أثر التغيير الجنسي على النسب في القانون:
- 80..... خاتمة:
- 84..... قائمة رموز البحث:
- 85..... قائمة المصادر والمراجع:
- 97..... فهرس الموضوعات:
- الملخص بالعربية:
- الملخص بالإنجليزية:

الملخص بالعربية:

النسب أقوى الدعائم التي تقوم عليها الأسرة، وهو قرابة الإنسان وانتمائه إلى أبائه أجداده، وقد نال حظا وفيرا من عناية الشريعة الإسلامية به والسعي إلى حفظه، واعتبرته مقصدا من مقاصدها الضرورية التي حافظت عليها، كما أن المشرع الجزائري في قانون الأسرة من الأمر 05/02 خصص فصلا كاملا للنسب وخصص له المواد من أربعين إلى ستة وأربعين لتنظيمه وهذا يدل على أهمية النسب، غير أن التطورات العلمية الحديثة ألقى بظلالها على الأسرة بصفة عامة وعلى النسب بصفة خاصة مما انعكس ذلك على الفرد والمجتمع، فكان لزاما على المشرع أن يساير هذا التطور ويجعل له شروط وضوابط لكي لا يخرج عن نطاقه المشروع، وهو ما يفرض علينا ضرورة وجود نصوص قانونية منظمة لهذه التقنيات العلمية لكي لا تخرج من جانبها الإنساني والعلمي وتتحول إلى الجانب التجاري الذي يهدد كرامة الإنسان.

Summary:

Descent is the most powerful pillar of the family, which is the kinship of man and his affiliation with his ancestral fathers; He has had great luck with Islamic law and seeking to preserve it. The Algerian legislature in the Family Code 02/05 devoted a full chapter to parentage and allocated articles 40 to forty-six to its organization, which demonstrated the importance of parentage. State-of-the-art scientific developments, however, have cast a shadow over the family in general and on descent in particular, as reflected in the individual and society, the legislator had to keep pace with this development and make it subject to conditions and controls in order not to depart from its legitimate scope. This requires us to have legal texts regulating these scientific techniques so that they do not emerge from the human and scientific side and turn into the commercial aspect that threatens human dignity.