

الاجتهاد القضائي في إثبات النسب، وموقف الفقه الإسلامي

من قضايا النسب المعاصرة

أ. دغيش أحمد(*)

مقدمة:

يعد ثبوت نسب المولود إلى أبيه من أهم آثار الزواج في الشريعة الإسلامية، كما أن من مقاصد الزواج المحافظة على النسب ومنعه من الاختلاط، وحفظه من الفساد والاضطراب، ومن أجله تنشأ الأسرة على وحدة الدم الذي يعد أقوى الروابط بين أفرادها، وهو ما أكده الشارع الحكيم في أكثر من آية؛ منها قوله تعالى: "وهو الذي خلق من الماء بشرا فجعله نسبا وصهرا وكان ربك قديرا"^(١).

ولأجل هذا حرم الله تعالى التبني وإلحاق الولد بغير أبيه؛ يقول تعالى: "وما جعل أديعائكم أبناءكم ذلكم قولكم بأقواكم والله يقول الحق وهو يهدي السبيل، ادعوهم لأبائهم هو أقسط عند الله"^(٢) وقوله عليه الصلاة والسلام: "من ادعى إلى غير أبيه وهو يعلم فالجنة عليه حرام"^(٣). كما أن الشريعة الإسلامية حرمت إنكار الأب لابنه وهو متيقن من نسبه الشرعي له، لما فيه من ضياع الولد وتفكيك الأسرة وإهانة الأم واتهامها في عرضها؛ لهذا فالنسب حق للأب والطفل والأم.

أولا- طرق إثبات النسب في قانون الأسرة الجزائري:

تأثر المشرع الجزائري في تحديد هذه الطرق بما ورد في الفقه المالكي في بعض الحالات، يضاف إليه ما توصل إليه الاجتهاد المعاصر في قضايا النسب لدى بعض الدول الإسلامية، عندما يتعلق الأمر بجواز اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب حسب ما أقره التعديل الجديد لقانون الأسرة.

(*) باحث جزائري.

وتتحدد هذه الطرق طبقاً للمواد من (٤٥-٤٠) من هذا القانون كالاتي:

١- الطرق المنشئة: تتمثل في الزواج الصحيح والزواج الباطل والنكاح بشبهة.

٢- الطرق الكاشفة: تتمثل في: الإقرار والبينة والطرق العلمية.

١- الطرق المنشئة:

أ- الزواج الصحيح:

هو الذي تتوافر فيه أركان العقد وشروط الصحة حسب ما تقضي به المواد (٩-٢٣) وما بعدها ق أ ج^(٦). ويوصف كذلك بأنه هو الذي لم يختل ركن من أركانه ولا شرط من شروطه^(٧)، وفي هذا نصت المادة ٤٠ ق أ ج على هذا الطريق المثبت للنسب، إضافة إلى بقية الطرق الأخرى بقولها: "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقاً للمواد ٣٢ و ٣٣ و ٣٤ من هذا القانون. ويجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب"^(٨).

كما أكدت المادة ٤١ ق أ ج شروط ثبوت النسب بالزواج الصحيح، وكذا المادتان ٤٢ و ٤٣ منه، وهي كالاتي:

الشرط الأول: أن يكون الاتصال ممكناً

يعني إمكان حدوث التلاقي بينهما فعلاً، كما قرر ذلك جمهور الفقهاء، فإن تأكد عدم اللقاء بينهما لا يجوز إثبات نسب الولد إلى الزوج^(٩)؛ لأن عقد الزواج لا بد أن يرتبط معه الدخول الفعلي لثبوت النسب، مصداقاً لقوله صلى الله عليه وسلم: "الولد للفراش وللعاهر الحجر"^(١٠).

الشرط الثاني: ولادة الولد بين أقل وأقصى مدة للحمل

وهو ما قررته المادتان ٤٢ و ٤٣ ق أ ج؛ إذ اتفق الفقه الشرعي على أن أقل مدة للحمل التي يتكون فيها الجنين ويولد بعدها حياً هي ستة أشهر من وقت الدخول، وإمكان الوطء في رأي الجمهور^(١١).

وأما أقصى مدة للحمل فقد اختلف بشأنها الفقهاء؛ إذ قرر المالكية أن أقصاها خمسة سنين (١٠). أما المشرع الجزائري فقد حددها بعشرة أشهر من خلال نص المادتين ٤٢ و ٤٣ ق أ ج .

والطب الحديث يؤكد ما ذهب إليه المشرع بأن الجنين لا يمكث في بطن أمه أكثر من تسعة أشهر إلا نادرا، وفي كل الحالات لا يتعدى ذلك عشرة أشهر.

الشرط الثالث : عدم نفي الولد بالطرق الشرعية

المراد بالطريق الشرعي اللعان، من خلال نص المادة ٣٨ ق أ ج، وهو أن يتهم الزوج زوجته في أثناء قيام الرابطة الزوجية بالخيانة والزنا، وأن الولد ليس منه، فيتلاعنان حسب صيغ محددة وردت في القرآن الكريم (١١)، ولا يجوز إلا في المسجد العتيق حسب اجتهادات المحكمة العليا، وفي وخلال ثمانية أيام بعد العلم بالزنا أو الولادة أو الحمل.

ب- الزواج الباطل: المشرع الجزائري في نظرنا التمس عليه الأمر بين الزواج الباطل والفاسد، برغم أن النصوص ميزت بينهما في الحكم.

وبالرغم من اختلاف الفقه الشرعي حول مفهوم النكاح الفاسد، فإنهم يتفقون على أنه يثبت به النسب بعد الدخول مع وجوب التفرقة بين الزوجين (١٢). على أن قانون الأسرة يقرر إمكان تصحيحه بعد الدخول ليصبح زواجا شرعيا، وهذا متى تم الزواج بدون ولي أو شاهدين أو صداق حسب المادة ٣٣ ق أ ج، فقد جاء فيها:

"... ويثبت بعد الدخول بصداق المثل إذا اختل ركن واحد...". على أن

الزواج الفاسد في نظرنا غير معنى بنص المادة ٤٠ ق أ ج التي جاء فيها:

"... يثبت النسب بالزواج الصحيح...، أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا

للمواد ٣٢ و ٣٣ و ٣٤ من هذا القانون"، ومادام الزواج الفاسد لم يقرر المشرع

فسخه بعد الدخول؛ فإن هذا النص يشير إلى الزواج الباطل، متى توافرت أسباب البطلان، عندما يتعلق الأمر بوجود أحد موانع الزواج بعد الدخول طبقاً للمادة ٣٢ منه، ومنها ردة الزوج، وكذلك الزواج بإحدى المحرمات، ولم يفرق بينهما إلا بعد الدخول طبقاً للمادة ٣٤. ومن أسباب البطلان اختلال أكثر من ركن من أركان عقد الزواج حسب المادة ٣٣.

فانطلاقاً من نص المادة ٤٠ المشار إليها أعلاه، يثبت النسب أيضاً بالزواج الباطل متى لم يفرق بين الزوجين إلا بعد الدخول، فالمشرع هنا جعله كالنكاح الصحيح تماماً من حيث إنتاج هذا الأثر، وهو ثبوت النسب بعد الدخول، محافظة منه على نسب الولد وعدم إضاعته^(١٣). ونحن نرى أن في هذا مبالغة من المشرع في إثبات النسب بالزواج الباطل والفاقد بوصفهما خروجاً صريحاً عن أحكام الشريعة الإسلامية.

وإضافة إلى أنه قد توضع مثل هذه النصوص ذريعة لإقامة علاقات غير شرعية، يتم بعدها ثبوت نسب الولد الناتج عنها بدعوى قيام زواج فاسد أو باطل، ليتم بعدها ترقيته إلى زواج صحيح بسبب الدخول. ولم يقل أحد من فقهاء الشرع إن الدخول يصحح عقداً فاسداً أو باطلاً. فالعقد الباطل في نظرنا لا أثر له، سواء فيما بين الطرفين أو في مواجهة الغير. وإذا تم الدخول أو اللقاء الجنسي فذلك يعد زناً في نظر الشرع، وبتوافق جميع الفقهاء في الشريعة الإسلامية.

ج- النكاح بشبهة : (ويلحق به الوطاء بشبهة أيضاً)

وهو دخول الشخص على امرأة لا تحل له أصلاً عن غير علم، معتقداً أنها حليلة، ثم تبين أمره، وعلم حاله بعد ذلك، فيكون هذا الشخص قد وطئ امرأة أجنبية عنه بشبهة، وهي مثبتة للنسب ومدرئة للحد^(١٤).

ووصفه البعض بأنه نكاح يقع خطأ بسبب غلط يقع فيه الشخص^(١٥).

وعرفه المالكية: بأنه نكاح الاتصال الجنسي غير الزنى، وليس على عقد زواج صحيح أو فاسد^(١٦).

ويثبت نسب المولود من الوطاء بشبهة إذا جاءت به ما بين أقل من مدة الحمل وبين أكثرها لتأكد تولده حينئذ من ذلك الوطاء، طبقا للمواد: ٤٣، و ٤٢، و ٤٠ ق.أ.ج.^(١٧)

٢- الطرق الكاشفة في إثبات النسب:

تتمثل في الإقرار والبينة بوصفهما من الطرق الوجوبية، وكذا الطرق العلمية، على أساس أنها طرق جوازية، حسب ما ورد في تعديل قانون الأسرة (٢-٥) المشار إليه سابقا.

وفيما يأتي تعريف بهما:

أ- **الإقرار:** الإقرار في اللغة هو الإتيان، أقر الشيء؛ أى: اعترف به^(١٨).

وشرعا: هو الإخبار عن ثبوت حق للغير على النفس، ويحتمل أن يكون صحيحا أو كاذبا، لكن برغم ذلك عد دليلا وحجة أمام القاضي، وهو ملزم بالأخذ به، ولكن بشرط ترجيح الصدق على الكذب؛ لأن الإنسان غير متهم، بما يقر به على نفسه، وله أدلة كثيرة من القرآن والسنة لا يتسع المقام لذكرها.

والإقرار يعد سببا شرعيا لثبوت النسب طبقا للمادة ٤٠ ق أ ج. وبالرجوع إلى المصادر الشرعية، وما ورد في قانون الأسرة، نجد أن الإقرار في النسب نوعان؛ هما: إقرار الشخص بالنسب على نفسه، وإقراره بالنسب على غيره.

أ- ١: إقرار الشخص بالنسب على نفسه :

وأطلق عليه في الفقه الإسلامي "الاستلحاق"، وهو خاص بالأب دون بقية الأقارب عند المالكية، أما غيرهم فيجيزون للأُم ذلك^(١٩). كما يجوز

للأولاد أيضا، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري، وثبت هذا الإقرار يعني ثبوت القرابة، وتترتب عليها جميع الآثار؛ إذ تتعدى إلى جميع الأقارب والأرحام دون استثناء. ويشمل الإقرار بالبنوة، وهو اعتراف الشخص صراحة أن شخصا ما هو ولده، سواء كان المصرح رجلا أو امرأة.

أما الإقرار بالأبوة والأمومة، فهو إقرار الشخص أن شخصا ما أبوه أو أمه، بحسب النسب، ويشترط لثبوته ما يأتي:

الشرط الأول : أن يكون الولد مجهول النسب.

الشرط الثاني: ألا يكذبه العقل أو العادة، كأن يكون المقر له أكبر من المقر، ويكون الأول ابنا والثاني أبا، أو أما مثلا.

الشرط الثالث : أن يصدقه المقر له على إقراره إن كان أهلا لذلك، إلا أن هذا الشرط معتمد لدى جمهور الفقهاء، بخلاف المالكية، وهو غير وارد صراحة في قانون الأسرة الجزائري.

على أنه بالرجوع إلى نص المادة ٤٥ ق أ ج، ومن خلال مفهوم المخالفة له، يتضح أن الإقرار بالنسب بالبنوة أو الأمومة أو الأبوة يسري على غير المقر، ومنهم المقر له وبقية الأقارب بدون حاجة تصديق منهم^(٢٠).

أ-٢: الإقرار بنسب محمول على الغير:

يتم بين شخصين، كلاهما ليس أصلا للآخر ولا فرعاً له، وإنما قريبه قرابة حواش فقط؛ أي أن لهما أصلا مشتركا، قد يكون الأب أو الجد، كأن يقول: "هذا أخي"، أو "هذا عمي"، ومادام الإقرار حجة قاصرة على المقر فقط فهي لا تتعدى غيره، ومن ثم فإنه لثبوت النسب للغير يجب مصادقة الغير المحمل بالنسب عليه بوصف ذلك شرطا أول أساسيا، وكذلك يجب أن يقيم البينة على إقراره، طبقا لما قرره المالكية في هذا الشأن؛ إذ اشترطوا شهادة شخصين عدلين أو يصدقه اثنان من الورثة، أما إذا لم يصدق المقر عليه بهذا

الإقرار حسب نص المادة ٤٥ ق أ ج؛ فإن آثار الإقرار تنصرف فقط إلى المقر دون غيره، حسب قواعد الإقرار، ولو أقام المقر دليلاً على ذلك بشهادة شخصين عدلين؛ لأن شهادة الشهود على صحة الإقرار لم يقل بها المشرع الجزائري. ويضاف إلى هذا ما ورد من الشروط السابقة حول إقرار الشخص بالنسبة على نفسه.

ب- البينة:

هي كل حجة أو دليل يؤكد وجود واقعة مادية وجوداً حقيقياً، سواء بالسمع أو البصر، على أن جمهور الفقهاء قصروها على معنى مرادف، هو الشهادة، وهي أقوى من الإقرار، ويعاب على المشرع أنه لم يبين ما يقصده بالبينة هنا، هل جميع ما يكون حجة، أم هو قاصر على الشهادة حسب الجمهور من الفقهاء؟ وهل تكفي شهادة رجل أم لا بد من رجل وامرأتين؟ أم اشترط شهادة رجلين كما قرر ذلك المالكية؟

وفي حال ما إذا كان المدعى عليه ميتاً وجب سماع الدعوى مصحوبة بحق آخر، كالميراث أو الدين أو النفقة... فهذه الحقوق هي التي تكون موضوع الخصومة الحقيقي، بسبب أن الدعوى على الميت هي دعوى غائب فلا تسمع (م ٨٥ ق إ م) ^(٢١)، وهو ما قرره أيضاً الفقه في هذا المجال ^(٢٢).

والبينة بخلاف الإقرار؛ لأنها حجة متعدية، تسري حتى في حق الغير متى توافرت شروطها الشرعية، وهي: العقل والبلوغ والحرية والعدل (اجتناب الكبائر والصغائر وترك ما يذم عرفاً ولو كان مباحاً)، وعدم التهمة على الشاهد في ميله إلى المشهود له أو ضده، والعلم بما يشهد به رؤية أو سماعاً.

ويلجأ إلى البينة متى ادعى شخص على آخر أنه أبوه أو ابنه أو عمه أو أخوه، وغيرها من أنواع القرابة، وأنكر المدعى عليه.

على أنه في حال الدعوى المحملة النسب على الغير؛ كأن يدعى شخص أنه أخ لفلان أو عمه ونحو ذلك؛ فإن دعوى النسب لا تسمع استقلالا أيضا، فهي تأخذ حكم دعوى الأبوة أو البنوة في حالة وفاة المدعى عليه، فلا بد أن ترتبط بحق آخر أساسي يقصد إليه من أول الأمر، ثم يجيء دعوى النسب ضمنا؛ كالنفقة أو الإرث مثلا^(٢٣).

ج- الطرق العلمية في إثبات النسب:

إضافة إلى الطرق التقليدية المعتمدة لدى فقهاء الشريعة الإسلامية في إثبات النسب المشار إليها سابقا، التي يعد اللجوء إليها وجوبيا، سواء من طرف المدعى لثبوت حقه في النسب، أو من طرف القاضي بوجوب إثبات النسب عن طريقها، متى توافرت شروطها لديه - هناك أيضا طريقة أخرى مستحدثة جاءت نتيجة للتطور العلمي في مجال العلوم الطبية هي ما يطلق عليها البصمة الوراثية.

وبالرغم من أن المشرع لم يحدد المقصود بهذه الطرق العلمية من خلال الفقرة الثانية من المادة ٤٠ إثر التعديل الجديد (٢٧/٢/٢٠٠٥) لقانون الأسرة، فلم يحصرها في طريقة علمية معينة، تاركاً ذلك لنوع الاكتشافات العلمية في هذا المجال الممكن حصولها مستقبلا، وهو ما يؤكد مرونة هذا النص الجديد وصلاحيته للتطبيق حاليا أو مستقبلا. على أنه في الوقت الراهن توجد علميا طريقة البصمة الوراثية في إثبات نسب الولد لأبيه أو أمه.

وتعرف البصمة الوراثية (DNA) بأنها المادة الوراثية الموجودة في جميع خلايا الكائنات الحية، وتتكون من شريطين يلتفان حول بعضهما على هيئة سلم حلزوني تتطابق في نصفها الأول مع الأم الحقيقية وفي نصفها الآخر مع الأب^(٢٤).

وجاءت البصمة الوراثية بالمشاهدة الحقيقية للصفات الوراثية القطعية
دونما كشف للعودة أو مشاهدة لعملية الجماع بين الزوجين، بل الأمر يرجع
إلى كشف آلي مطبوع مسجل عليه صورة واقعية حقيقية للصفات الوراثية
للإنسان التي تتطابق في نصفها مع الأم الحقيقية، وفي نصفها الآخر مع الأب
الطبيعي، ومن هنا عدت البصمة الوراثية دليلاً قطعياً للفراش الحقيقي يمكن
للقاضي اللجوء إليها للمطالبة بإثبات النسب. كما يمكنه قانوناً عدم الاعتراف
بنتيجتها؛ لأن الأخذ بهذا الدليل جوازي وليس وجوبياً بصريح النص
(م/٤٠/٢ ق أ ج): يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب.

ثانياً- مبادئ الاجتهاد القضائي في قضايا إثبات النسب طبقاً لقرارات

الحكمة العليا:

قبل الشروع في عرض مبادئ الاجتهاد القضائي وتحليلها وفقاً
لقرارات المحكمة العليا، نرى ضرورة التعرض بإيجاز لمبادئ الاجتهاد في
المذهب المالكي على أساس أن الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية
في الجزائر يعتمد أساساً على الأصول الاجتهادية في المذهب المالكي على
وجه الخصوص، وتماشياً مع ما قرره نص المادة ٢٢٢ ق أ ج، في حال عدم
وجود نص في قانون الأسرة بحكم النزاع المثار أمام قاضي الأحوال
الشخصية.

١- أصول الاجتهاد في مذهب الإمام مالك:

الإمام مالك بن أنس رحمه الله، بالرغم من كونه إماماً متخصصاً في
الحديث والفقهاء أكثر مما برع في التخصصات الأخرى؛ فإنه برع كذلك في
قواعد الاستنباط بمنهجية الاجتهاد بالرأي وإعمال العقل والقياس والوقوف عند
المصلحة، من أجل ربط النصوص الشرعية عند شرحها وتفسيرها بالحياة
العملية التي كانت قائمة في المدينة حينها.

والمبادئ التي اعتمدها هي كالآتي:

أ- عمل أهل المدينة:

كان الإمام مالك يأخذ بعمل أهل المدينة، ويعدّه حجة شرعية، وهو أكثر دلالة على الحكم من خبر الأحاد والقياس^(٢٥)، على أساس أن المدينة كانت مهجرا ومقرا نهائيا للرسول صلى الله عليه وسلم، بالرغم من اختلاف الفقهاء في عد عمل أهل المدينة حجة شرعية، ويرى الإمام مالك أن إجماع أهل المدينة حجة شرعية؛ لأن المدينة معدن العلم ومنزل الوحي، وبها أولاد الصحابة، فيستحيل اتفاقهم على غير الحق وخروجه عنهم^(٢٦).

ب- المصلحة:

نقصد هنا المصالح المرسلة؛ لأن المصالح المعتبرة يقول بها كل الفقهاء تقريبا، وهي المصالح الضرورية والحاجيات والمصالح التحسينية، أما الإمام مالك فقد اشتهر بالمصالح المرسلة، وهي التي لم يقد دليل من الشرع على إثباتها أو إلغائها، وتسعى لجلب المصالح ودفع الأضرار عن المجتمع، وهذا من أجل الاجتهاد في إيجاد حلول لوقائع طارئة، تماشيا مع مقاصد الشريعة الإسلامية.

واعتمد منهج الإمام مالك بخصوص الاجتهاد وفقا للمصلحة على مقاصد الشريعة الإسلامية؛ ومنها التيسير ورفع الحرج عن الناس، وتحقيقا لمصالح العباد؛ ومنها إعطاء القاضي الحق في الحكم بوفاء المفقود الغائب عن وطنه والمنقطعة أخباره بمضي أربع سنوات بعد التحري عنه^(٢٧).

ج- سد الذرائع:

عمل الإمام مالك كذلك بمبدأ اجتهادي خاص به، ألا وهو سد الذرائع، ويعني رفع الوسائل؛ فوسيلة الأمر المحرم محرمة، ووسيلة الواجب واجبة، ويعبر عنه الأصوليون بقولهم: كل ما يؤدي إلى الواجب فهو واجب، وكل ما

يؤدي إلى المحرم فهو حرام. ويتوسع الإمام مالك هنا في الأخذ بالمصلحة، وعنده كل ما يؤدي إلى المصلحة بطريق القطع أو غلبة الظن يكون مطلوباً شرعاً، وكل ما يؤدي إلى الفساد على وجه اليقين وغلبة الظن يكون محرماً. وهذا على أساس أن الشريعة في نظره قائمة على الاحتياط والأخذ بالتحرز، لما قد يؤدي إلى مفسدة في المجتمع.

ومن تطبيقات مبدأ سد الذرائع النهي عن بيع السلاح وقت الفتنة، وعدم جواز أخذ الموظف العام الهدية، ومنع شهادة العدو على عدوه، ونهيه عن الزواج المحلل، وإجازته إرث المطلقة، إذا كان الطلاق بسبب الفرار من الإرث.

د- العرف:

أخذ مالك بالعرف، واشترط أن يكون المجتهد عالماً بعرف الناس وعاداتهم المتجددة، ما عدا العرف الفاسد المخالف للشرع؛ كشراب الخمر وملابس النساء الفاضحة، ومثلها جواز البيع بالمعاطاة عرفاً، وعدم مسئولية الجار عن الإضرار بجاره، متى كان الضرر مألوفاً (عادياً) وغيرها. وفي آخر هذه الأصول الاجتهادية، يمكن القول بأن الإمام مالك قد اعتمد منها اجتهادياً خاصاً، يتناسب مع البيئة التي كان يعيش فيها، وهذا من أجل تحقيق مصلحة العباد. وتماشياً مع الأصول العامة للشريعة الإسلامية، فقد كان يربط النص الشرعي متى وجد بالحياة العملية آنذاك، ويجتهد برأيه فيما لا نص فيه، لمسايرة مصالح الناس التي تتغير مع الزمن ومع التطور الاقتصادي والحضاري في المجتمع.

٢- مبادئ الاجتهاد القضائي في قضايا النسب وفقاً لقرارات المحكمة العليا:

سنعرض في هذا النوع لأهم اجتهادات المحكمة العليا في قضايا النسب ابتداءً من ١٠/٦/١٩٨٤، وهو تاريخ صدور قانون الأسرة في الجريدة الرسمية.

أ- مبادئ الاجتهاد القضائي المتعلقة بشروط ثبوت النسب
بالزواج الصحيح:

أ-١- التعليق على القرار الأول:

من خلال تفحصنا لمجمل قرارات المحكمة العليا في الموضوع، نجد بعض الأحكام موافقة لمقتضى نصوص قانون الأسرة الخاصة بالنسب، ومنها نص المواد ٤٠ و ٤١ و ٤٢ منه، على أننا التمسنا في بعض القرارات القضائية مخالفة صريحة لنصوص هذا القانون، وأخرى مبنية على التفسير غير الصحيح لها، ومنها على سبيل المثال القرار الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث في: ١٩٨٦/٢/٢٤^(٢١)؛ إذ جاء مبنياً على تفسير خاطئ لنص المادة ٤١ من هذا القانون. ونقصد بذلك عدم الفهم الصحيح لأحد شروط ثبوت النسب بالزواج الصحيح، ومنها شرط الاتصال بين الزوجين، ونقصد هنا الاتصال الفعلي بثبوت الخلوة بينهما، كما قرره جمهور الفقهاء. وهي الخلوة التي يغلب فيها على الظن حصول عملية الجماع بين الزوجين، ولا تكفي في نظرنا لثبوت نسب الولد لأبيه من زواج شرعي لمجرد أن الزوج كان يزور زوجته من حين إلى آخر، وهي في بيت خالها بوهان حسبما أشار إليه الحكم الجزائي لمحكمة البيض. والحكم بثبوت النسب على هذا الأساس يعد في نظرنا مخالفاً لمقتضى نص المادة ٤١ ق أ ج، إضافة إلى مخالفته ما قرره جمهور الفقهاء في تعريفهم لشرط التلاقي أو الاتصال بين الزوجين.

أ-٢- التعليق على القرار الثاني:

هو صادر من المحكمة العليا عن غرفة الأحوال الشخصية، ويقرر أن: "دعوى اللعان شرعا لا تقبل إذا أخرجت ولو ليوم واحد بعد علم الزوج بالحمل أو رؤية الزنا. فيكون باطلا القرار الذي يقضي قبل البت في الدعوى الخاصة

بنفي النسب بتوجيه اليمين لكل واحد من الطرفين إذا رفع الزوج دعواه بعد مضي ١٢ يوماً من علمه بوضع زوجته لحملها^(٢٩).

فنلاحظ من خلال نص هذا القرار أنه لا يجيز تأخير دعوى اللعان من أجل نفي النسب في حال قيام عقد الزوجية ولو ليوم واحد بعد علم الزوج بحدوث الزنا من زوجته أو علم بحملها، ويستعمل عبارة "من المقرر شرعاً". في حين أن هذه المسألة خلافية، ومن ثم كان من الأولى الإشارة إلى الالتزام بمذهب فقهي معين من خلال نص القرار، حتى يكون التأسيس صحيحاً، فنلاحظ من خلال معظم قرارات المحكمة العليا في هذا المجال استعمال هذه العبارة بدون أن توضح بدقة الموقف الشرعي عن طريق النص، إما من القرآن وإما من السنة وإما من إجماع الفقهاء وإما من القياس، وإما من الاستدلال عن طريق الأدلة الشرعية المختلف فيها كالاستحسان أو الاستصحاب أو المصالح المرسلة عند المالكية والحنفية وغيرها من الأدلة الأخرى .

يضاف إلى ما سبق وجود تذبذب وعدم استقرار في اجتهادات المحكمة العليا في مادة الأحوال الشخصية، بخاصة في هذا الموضوع الذي نحن بصدد؛ إذ باستقراء أهم الاجتهادات الصادرة عنها، ومنها مسألة اللعان، وهو طريق شرعي لنفي النسب حال قيام العلاقة الزوجية المبنية على الزواج الشرعي، نجد أن هناك اجتهادات حديثة صادرة عن المحكمة العليا تقرر أن نفي النسب عن طريق اللعان يجب أن يتم في أجل محدد لا يتجاوز ثمانية أيام من يوم العلم بالحمل. وقامت المحكمة العليا بسن اجتهاد يلزم المتلاعنين بإعلان لعانهما أمام المسجد العتيق وإلا فلا يعتد باللعان المخالف لهذه الشروط^(٣٠).

ومن هذه القرارات وغيرها يتضح جليا عدم توافق الاجتهادات القضائية في مادة الأحوال الشخصية عموما والنسب خاصة.

أ- ٣- التعليق على القرار الثالث:

قضت المحكمة العليا في قرار لها صادر عن غرفة الأحوال الشخصية في قضية مؤرخة في: ١٩/٥/١٩٩٨، جاء فيها: "حيث إن الولد المطالب بإثبات نسبه لرجل تزوج من امرأة أثناء عدة حملها، وولدت بعد أربعة أشهر من تاريخ الزواج... وقد سجل المولود (الطاعن) باسم الزوج الثاني، ولم تعلمه أمه بذلك إلا في سنة ١٩٧٧ بعد أن طلقت من أبيه (الزوج الأول) سنة ١٩٣٣، وهي حامل بهذا الطاعن، ولخرج ما، طالب، الطاعن بإثبات نسبه بعد رفع دعوى أمام المحكمة، ثم مجلس قضاء ورقلة، ورفضت دعواه بالإلغاء من كلتا الجهتين القضائيتين، بالرغم من شهادة الشهود لصالح الطاعن...".

على أن المحكمة العليا قضت بنقض قرار المجلس الذي لا يعترف بنسب الطاعن للزواج الأول، على أساس أن الزواج الثاني تم في عدة الحمل، ومن ثم يبطل عقد الزواج الذي لا يعد فراشا؛ وهو مما يعني أن الولد من الفرائش الأول وهو الوالد الحقيقي للولد^(٣١). وحسب وجهة نظرنا أن قرار المحكمة العليا، وإن كان صائبا؛ فإن التأسيس القانوني لهذا القرار يعترضه بعض الخلط وعدم التوازن؛ فعقد الزواج الباطل وفقا لقانون الأسرة الجزائري بخاصة المادة ٤٠ منه، وبالرجوع إلى نص المادة ٣٤ من القانون نفسه، نجد أن المشرع الجزائري عدّه فراشا قانونيا قائما إذا حصل الدخول بزوجة العقد الباطل، ومن ثم فالتأسيس على بطلان عقد الزواج الثاني بعدم عدّه فراشا من أجل نفي نسب الطاعن للزوج الثاني يعد غير سديد في نظرنا طبقا للنصوص القانونية المشار إليها سالفًا.

وكان الأصح في نظرنا هو تأسيس القرار القضائي الصادر من المحكمة العليا على نص المادة: ٤٢ من قانون الأسرة التي تقضي بأن أقل مدة للحمل (٦) أشهر وأقصاها (١٠) أشهر، ومادامت الزوجة (أم الطاعن) في هذه القضية قد ولدته في مدة أقل من مدة الحمل لأنه ولد بعد ٤ أشهر فقط؛ فإن الطاعن يتسب شرعا وقانونا إلى الزوج الأول دون الثاني.

ب- مبادئ الاجتهاد القضائي المتعلقة بصحة الإقرار:

تطبيقا لنص المادة ٢٢٢ ق أ ج؛ فإنه لا يجوز الرجوع في أحكام الإقرار إلى نصوص القانون المدني أو قانون الإجراءات المدنية، ولا سيما ما تعلق بشكل الإقرار، وانطلاقا من نص المادة ٣٤١ ق م ج؛ "الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه، وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة"، فقد قررت المحكمة العليا مؤخرا ومنها ما جاء في القرار المؤرخ في: ١٥/١٢/١٩٩٨ بقولها:

"...حيث إن القول بأن الإقرار لا يكون إلا أمام القضاء تطبيقا للمادة ٣٤١ من القانون المدني، مع أن هذه المادة لا تطبق في قضية الحالة التي يحكمها قانون خاص هو قانون الأسرة؛ لأن إثبات النسب يقع التسامح فيه ما أمكن، لأنه من حقوق الله، فيثبت حتى مع الشك وفي الأنكحة الفاسدة...".

وفيما يخص الجدل القائم لدى المحاكم والمجالس القضائية بشأن شكل الإقرار الوارد في المواد: ٤٤، ٤٠، ٤٥ ق أ ج؛ إذ إن هذه المواد لا تحدد شكلا خاصا أو إجراء معينا يجب اتباعه لإثبات صيغة الإقرار الوارد في قانون الأسرة والشريعة الإسلامية عموما، وبناء عليه قررت غرفة الأحوال الشخصية والمواريث التابعة للمحكمة العليا عدم التقيد بشكل معين للإقرار، ومنها وجوب إجرائه أمام القضاء، ومن ثم يمكن إثبات حصول الإقرار من المقر أمام شهود، أو أمام الموثق، كما هو الأمر في قضية الحال. وأسست

غرفة الأحوال الشخصية قرارها على القول: "...حيث إن المادتين ٤٠ و ٤٤ من قانون الأسرة تثبتان النسب بالإقرار دون تحديد لأي شكل يقع به هذا الإقرار؛ الأمر الذي ينطبق مع قول خليل في باب بيان أحكام الإقرار... (ولزم الحمل في بطن امرأة)...^(٣٢).

وهذا المبدأ الذي أقرته المحكمة العليا إنما هو في نظرنا نتيجة لتطبيق نص المادة ٢٢٢ ق أ ج، فيما يتعلق بالمسائل الاجتهادية، عند عدم وجود نص فاصل في النزاع ضمن قانون الأسرة؛ إذ يرجع وجوباً إلى أحكام الشريعة الإسلامية، والاجتهاد لوجود حكم شرعي للنزاع من خلال مبادئ الاجتهاد الواردة في الفقه الإسلامي، بدون الرجوع إلى أحكام القانون المدني، بحجة أنه يمثل الشريعة العامة للقوانين الخاصة.

وإضافة إلى ما سبق، أقرت المحكمة العليا في هذا الموضوع اجتهادا قضائياً أساسه عدم الجمع بين الإقرار بالحمل وطلب الطلاق قبل الدخول قصد الوصول إلى استرداد نصف الصداق بقولها: "...حيث إنه لا يمكن الجمع أيضاً بين الإقرار بالحمل وبين طلب الطلاق قبل الدخول قصد الوصول إلى استرداد نصف الصداق...".

فهذا الاجتهاد مبني على قواعد شرعية، كما أنه يستند إلى المنطق الشرعي والقانوني أيضاً، ذلك أن حق الزوج في نصف الصداق بعد الطلاق إنما هو ثابت قبل الدخول طبقاً للآية الكريمة من سورة البقرة: "وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم"، ومن ثم فحقه في نصف الصداق مرتبط بعدم الدخول. غير أنه بعد إقراره بالحمل فهذا يدل قطعاً على حصول عملية الدخول الشرعي، فكيف يطالب بعد الطلاق بنصف الصداق بعد ثبوت هذا الإقرار شرعاً وقانوناً؟!!

ج- مبادئ الاجتهاد القضائي المتعلقة بعدم الاعتراف بالنسب المتولد عن الزواج الباطل:

بتفحص قرارات المحكمة العليا المتضمنة عدم الاعتراف بنسب الولد الذي جاء نتاجا للزواج الباطل، نجدتها كثيرة جدا. على أننا نكتفي بمناقشة أحد هذه الاجتهادات القضائية من خلال مطابقتها مع فحوى نصوص قانون الأسرة السارية المفعول. وعليه نورد أحد هذه الاجتهادات من خلال القرار الصادر في: ١٩٨٤/١١/١٩ الذي جاء فيه ما يأتي: "من المقرر شرعا أنه لا يعتبر دخولا ما يقع بين الزوجين قبل إبرام عقد الزواج من علاقات جنسية، بل هو مجرد عمل غير شرعي لا يثبت عنه نسب الولد، وعليه فإنه لا يوجد أي تناقض بين إثبات الزواج ونفي نسب الولد عن الزواج، ولما كان القرار المطعون فيه قد قضى بتصحيح عقد الزواج. بعد إثبات توافر أركانه، ونفي نسب الولد؛ فإنه بقضائه هذا كان مطابقا لأحكام الشريعة الإسلامية".

التعليق على هذا الاجتهاد:

بالرغم من صدور هذه الاجتهادات القضائية في ظل وجود قانون الأسرة الصادر في: ١٩٨٤/٦/٩؛ فإن معظم الاجتهادات القضائية إلى يومنا هذا لا تزال بعيدة عن مضمون نصوص هذا القانون بوصفه تشريعا للأحوال الشخصية، ويجب التقييد بمضمون نصوصه وعدم الخروج عنها، وأن تطبيق أحكام المادة ٢٢٢ منه لا يتم إلا في حال عدم وجود نص يحكم النزاع المعروض أمام قاضي الأحوال الشخصية.

ومن هذا المنطلق نرى أن استمرار الاجتهادات القضائية بعدم الاعتراف بنسب الولد المتولد عن الزواج الباطل من خلال القرار المشار إليه سالفًا وغيره من القرارات الأخرى المماثلة^(٣٣)، يعد خروجًا عن فحوى نص المادة ١/٤٠ ق أ ج التي جاء فيها: "يثبت النسب بالزواج الصحيح... أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد ٣٢ و ٣٣ و ٣٤ من هذا القانون".

وبالرجوع إلى أحكام النصوص المحال عليها في هذا النص، ولاسيما نص المادة ٣٣ ق أ ج، نجد أنها تنص على أنه: "إذا تم الزواج بدون ولي أو شاهدين أو صداق، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل إذا اختل ركن واحد، ويبطل إذا اختل أكثر من ركن واحد".

وبمطابقة نصي المادتين ١/٤٠ و ٣٣ مع بعضهما، نصل إلى نتيجة قانونية غريبة عن أحكام الفقه الإسلامي، مفادها صحة ثبوت نسب الولد لأبيه الذي جاء نتاجاً لزواج باطل؛ وهو ما لم يقل به أحد من فقهاء الشريعة الإسلامية، وبالنسبة إلى جميع المذاهب الفقهية. لهذا السبب في نظرنا، نجد في الواقع العملي لدى القضاء عدم الاعتراف بنسب الولد في هذه الحال، والحكم بأنه ولد زنا؛ ذلك أن النسب نعمة والزنا جريمة، ولا يمكن بأية حال أن تكون الجرائم سبباً للنعمة؛ لأن القول بصحة النسب هنا هو مكافأة الجاني على جريمته، وهو ما ترفضه كل التشريعات والأديان السماوية عبر التاريخ إلى يومنا هذا، بل يجب معاقبة الجاني، نتيجة جرمه اقتصاصاً للمجتمع وحماية له.

ولعل هناك من يقول بأن ثبوت النسب في المادة ١/٤٠ ق أ ج إنما هو فقط متعلق بالنكاح الفاسد دون الباطل. ونقول بأن المشرع يعد الفساد في النكاح قبل الدخول، أما بعد الدخول فيعد صحيحاً، شأنه شأن النكاح الصحيح، ولا فرق بينهما، سواء ما تعلق بصحة وثبوت الاستمرار فيه أو من حيث الآثار القانونية المترتبة عليهما. وهذا من خلال نص المادة ٣٣ ق أ ج المشار إليها سابقاً من خلال عبارة النص: "...ويثبت بعد الدخول بصداق المثل إذا اختل ركن واحد...". وهو ما أكده كثير من الباحثين في قانون الأسرة الجزائري، من خلال تعريفهم النكاح الفاسد من منظور المشرع الجزائري. فعرفه أحدهم بقوله: "النكاح الفاسد هو ذلك النكاح الذي توافر فيه سبب من أسباب الفسخ أو البطلان، وتبين أمره قبل الدخول"^(٣٤). ويرى هؤلاء من خلال النصوص السابقة أن النكاح الفاسد هو الفاسد لركن واحد فقط، سواء أعلم قبل الدخول ففسخ أو لم يعلم حتى تم الدخول فصحح. أما الباطل فهو الذي لا يقر

على حال، سواء قبل الدخول أو بعده؛ إذ أوصى المشرع في النكاح الباطل بضرورة فسخه مطلقاً. على أنه من أجل المحافظة على إثبات النسب، وعدم إضاعة الولد، فقد جعله المشرع كالنكاح الصحيح، من حيث أثر النسب، متى توافرت شروط إثبات النسب في النكاح الصحيح، من دخول حقيقي بالمرأة، يؤكد مجيء الولد من الزوج، وهنا يثبت النسب في هذا الزواج الباطل،^(٣٥) مع وجوب التفارقة بين الزوجين، لعدم شرعية هذا الزواج .

على أن هذا الحكم الأخير في نظرنا إنما ينطبق على الزواج الفاسد في الفقه الإسلامي عند القائلين به؛ إذ يقررون ضرورة التفارقة بين المتزوجين من زواج فاسد، سواء قبل الدخول أو بعده، مع ثبوت النسب إذا تمت التفارقة بعد الدخول، حماية لمصلحة الولد وعدم إضاعته. على أن هذا الحكم أحقه المشرع الجزائري بالزواج الباطل الذي تخلف فيه أكثر من ركن طبقاً لنص المادة ٣٣ ق أ ج، وهو السبب الأول لبطلان عقد الزواج لديه أو في حالة توافر السبب الثاني للبطلان، وهو الزواج بإحدى المحرمات شرعاً طبقاً لنص المادة ٣٤ ق أ ج، بوصفها من الموانع الشرعية والقانونية للزواج. ويدخل في هذه المبطلات حالة ردة الزوج بعد عقد الزواج؛ إذ يفرق بينهما مطلقاً، ويثبت نسب الولد لأبيه بعد الدخول.

ثالثاً- أحكام التبني والإحاق واللقيط، مع إبراز أهم الاجتهادات

القضائية الواردة في هذا المجال:

١- حكم اللقيط:

اللقيط هو الطفل المولود حديث العهد بالولادة، تركه أهله - في الأغلب - في ساحات عمومية أو في الطرقات، وذلك هروباً من تهمة الزنا أو بسبب الفقر أو غيرها من الأسباب الاجتماعية الأخرى، والمشرع الجزائري في قانون الأسرة لم يشر إلى هذه المسألة، وترك الحكم فيها للقوانين الأخرى؛ مثل قانون الحالة المدنية وقانون العقوبات.

من أحكامه:

بعد التقاطه واجبا شرعيا على كل مسلم عثر عليه في مكان يغلب فيه هلاكه، ومندوبا إذا لم يغلب عليه الهلاك، وهو فرض كفاية على المسلمين^(٣٦).
وأما حكم التقاطه في القانون، فقد أوجب قانون الحالة المدنية على كل شخص وجد لقيطا أن يسلمه إلى مصالح الشرطة أو إلى ضابط الحالة المدنية طبقا لنص المادة ٦٧ من هذا القانون. كما يعاقب قانون العقوبات الجزائي على عدم الإبلاغ عن طفل حديث الولادة من يجده ولا يسلمه للمصالح المشار إليها أعلاه؛ إذ يعد ذلك مخالفة يعاقب عليها بالحبس من ١٠ أيام إلى شهرين، وبغرامة من ١٠٠ إلى ١٠٠٠ دج أو بإحداهما، حسب نص المادة ٤٤٢ / ٣ ق ع ج^(٣٧).

ويعد ملتقطه في الشريعة الإسلامية أحق الناس به متى كان صالحا لرعايته. وإذا وجدته جماعة فأحقهم به أرجحهم بالإسلام وأقدرهم على حفظه، والقرار الأخير عند النزاع للقاضي الذي يقدر ذلك. والملتقط ينفق عليه من ماله الخاص تبرعا وليس ديناً على اللقيط إلا بعد إذن القاضي. وللملتقط ولاية التربية والتعليم حتى بلوغه سن الرشد. ويثبت نسبه شرعا بالإقرار بدون حاجة إلى البينة على ذلك^(٣٨).

٢- حكم الإلحاق:

يقصد به في الشرع إلحاق الأولاد بطريق الفاحشة إلى الأب الزاني، وهو لا يجوز شرعا، ولا يصلح سببا لإثبات النسب لقوله صلى الله عليه وسلم: "الولد للفراش وللعاهر الحجر". على أن بعض الفقهاء كانوا يطلقون على الإقرار بالنسب على النفس مصطلح "الاستلحاق"، وهم لا يقصدون بذلك إلحاق الولد بأبيه الناتج عن عملية الزنا، بل الإقرار بالولد الذي جاء نتاجا لعلاقة مشروعة. وهو يقتصر على الأب فقط دون بقية الأقارب^(٣٩). أما

المشرع الجزائري فلم يعالج مثل هذه التفاصيل، بل تركها لأحكام الشريعة الإسلامية.

٣- حكم التبني:

هو أن يتخذ الإنسان ابن غيره المعروف نسبه أو مجهول النسب ابنا له، وقد عرف في الجاهلية، وحرّمته الشريعة الإسلامية بنصوص القرآن والسنة، لقوله تعالى: "وما جعل أديعاءكم أبناءكم ذلكم قولكم بأفواهكم والله يقول الحق وهو يهدي السبيل"^(٤٠)، وقوله أيضا: "ادعوهم لأبائهم هو أقسط عند الله"^(٤١).

وكذلك الأحاديث النبوية الشريفة التي يطول ذكرها في هذا المقام. وهناك أكثر من حكمة شرعية لتحريم التبني؛ منها: عدم اختلاط الأنساب، وكذلك الوقاية من مفسد الاطلاع على عورات الأجانب بعضهم على بعض ظنا منهم أن هناك علاقة قرابة محارم بينهم .

أما قانون الأسرة من خلال المادة ٤٦ منه، فقد منع التبني مطلقا؛ إذ جاء فيها: "يمنع التبني شرعا وقانونا"؛ وهو ما أيدته جميع الاجتهادات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا التي اطلعنا عليها من خلال هذا البحث، ومنها القرار الصادر في: ٢ / ٥ / ١٩٩٥، عن غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا الذي جاء فيه: "حيث إن الولد المطالب بنفي نسبه عن رجل قد تبناه قبل وفاته ومنحه لقباً في شهادة ميلاده... وبعد وفاته طالب الطاعنون بصفتهم أبناء عمومة لوجود مصلحة في ذلك بإبطال التبني...". وبالرغم من قرار المجلس القضائي بصحة النسب للأب وعدم وجود تبني، طبقا لقاعدة الولد للفراش؛ فإن المحكمة العليا قررت إبطال النسب ونقض قرار المجلس القضائي متى ثبتت حالة التبني؛ لأنه محرم شرعا وقانونا، وأكدت أن الولد المتبني ليس له فراش، وهذا ما تغافل عنه المجلس^(٤٢).

ومن خلال هذا القرار اتضح جليا أن التبني يمكن إثباته بكفاية وسائل الإثبات المعروفة في الشريعة الإسلامية، حتى الاستعانة بوسائل الإثبات في القانون مادام أن التبني مخالف للشريعة والقانون معا.

رابعا- مناقشة بعض الأحكام المتعلقة بقضايا النسب المعاصرة :

هناك من الأزواج في عصرنا الحاضر من حرم من نعمة الإنجاب بسبب خلل في الجهاز التناسلي من جهة المرأة أو من جهة الرجل . ومع تطور الطب الحديث وجدت عدة حلول لعلاج ظاهرة العقم التي انتشرت في عصرنا الحالي. ويتم علاج هذه المشكلة عن طريق ما يعرف بالتلقيح الاصطناعي (أطفال الأنابيب). وفي هذا المجال نشير إلى مسألة مرتبطة بها، ألا وهي حكم تأجير الأرحام من خلال آراء المتأخرين المتخصصين في شرح النصوص الشرعية.

أ- التلقيح الاصطناعي:

هو عملية اتصال مني الرجل ببويضة المرأة من غير الطريق المألوف، بمساعدة وإشراف من الطب الحديث، لتحقيق رغبة الأزواج في الإنجاب، وهذا لعدم قدرتهم طبيعيا على إنجاب الأولاد بسبب خلل ما في أجهزتهم التناسلية. ويتم هذا التلقيح خارج الرحم في أنبوب اختبار، لتجمع بويضة الزوجة مع الحيوان المنوي للزوج ، ولأجل هذا سمي الولد الناتج عن هذا التلقيح الخارجي بطفل الأنابيب^(٤٣).

وأول طفل أنابيب في العالم كانت الطفلة البريطانية لوزا براون في سنة ١٩٧٨، وهي أول تجربة في معالجة العقم لدى الإنسان بطريقة غير معهودة^(٤٤).

وبالنسبة إلى موقف الفقه الإسلامي من التلقيح الاصطناعي؛ فإن هذه المسألة حديثة، تدخل في فقه النوازل التي يرجع الحكم فيها إلى اجتهاد علماء

الفقه في الشريعة الإسلامية، من خلال مجامع البحث والاجتهاد المعتمدة في الدول الإسلامية. وبرغم الاختلاف في بداية الأمر حول هذه المسألة؛ فإنه استقر الاجتهاد حديثاً على جواز التلقيح الاصطناعي علاجاً لعقم الزوجة بغية إنجاب الأولاد، ولكن بشروط محددة؛ هي كالآتي:

الشرط الأول: أن يكون الزواج شرعياً.

الشرط الثاني: أن يكون التلقيح برضا الزوجين وفي أثناء حياتهما.

الشرط الثالث: أن يتم التلقيح بمني الزوج وبويضة الزوجة دون غيرهما.

وهو ما تنبئه إليه المشرع الجزائري وضمنه من خلال نص المادة ٤٥ مكرر التي جاء بها الأمر رقم (٥-٢) المعدل لقانون الأسرة، وأجاز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي، مع مراعاة الشروط الواردة أعلاه.

ب- حكم تأجير الأرحام:

معناه أن تتقدم امرأة معينة لها القدرة على الحمل والإنجاب بأن تسخر رحمها من أجل استقبال بويضة ملقحة اصطناعياً من نتاج زوجين مختلفين لتنمو وتتحوّل تدريجياً في رحم الأم البديلة (الأم الحاضنة) حتى تصير جنيناً عن طريق عقد اتفاق بين الأم المؤجرة والأم المستأجرة. وبعد الولادة يتسلم الزوجان أصحاب البويضة الملقحة المولود على أساس أنه ولدهما.

وقد اشتهرت هذه الطريقة في بريطانيا وأمريكا خاصة، وشكلت جمعيات خاصة لذلك لمساعدة الأمهات ممن يبحثن عن رحم مستعار^(٤٥).

ويرى الباحثون المختصون في هذا المجال أن هذا النوع من التلقيح الاصطناعي محرم شرعاً؛ لأنه يتنافى ومقاصد الشريعة الإسلامية الرامية إلى الحفاظ على النسل وحماية النسب من الاختلاط، إضافة إلى ما سينول إليه من نزاع محتمل بين الأم البديلة ومانحة البويضة؛ وهو مما قد يدخلنا في مآهات لا تحمد عقباها، إضافة إلى أن هذه الطريقة في الإنجاب تتنافى مع الكرامة

الإنسانية التي تتناقض مع فحوى النصوص الشرعية الواردة في القرآن والسنة النبوية الشريفة.

وفي هذا المجال حسم المشرع الجزائري الأمر، وقضى على كل جدل أو استفسار حول هذا الموضوع من خلال الأمر (٥-٢) المعدل لقانون الأسرة في المادة ٤٥ مكرر، في فقرتها الثالثة التي جاء فيها: "لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة".

وبناء عليه، أخذ المشرع الجزائري هنا، بالرأي المتفق عليه حول هذا الموضوع بين مختلف الباحثين في قضايا النسب المعاصرة.

ج- مشاريع الاستنساخ البشري المزعومة:

بالرغم من كل ما توصل إليه الطب الحديث من تقدم، وبالرغم من كل المجهودات العلمية الرامية إلى استنساخ الحيوانات، وما أحدثته من ضجة إعلامية خاصة في أمريكا في سنتي ٢٠٠٢ و ٢٠٠٣م، وبالرغم من النجاح الجزئي في مجال الحيوانات كما يدعي هؤلاء الباحثون في مجال التعامل مع الجينات أو المورثات؛ فإن عملياتهم في النهاية باءت بالفشل؛ إذ أصيبت تلك الحيوانات المستنسخة بأمراض خطيرة أدت إلى قتلها^(٦). على أن نجاح العملية على الإنسان يبقى أمرا بعيد المنال إن لم يكن مستحيلا، بالرغم من تطور الطب الحديث.

وبدون أن نطيل في هذه المسألة فإن صحة الخبر حول الاستنساخ البشري مشكوك فيها. وعموما يبقى العمل على تنمية مثل هذه المشاريع التي تحاول تغيير سنن الكون والعبث بمورثات الإنسان من الأنماط السلوكية المنافية للأخلاق التي ترفضها كل الأديان السماوية بدون استثناء.

خاتمة:

ختاماً لهذا البحث نشير إلى النتائج الآتية:

أولاً: فيما يتعلق بشروط ثبوت النسب، ولاسيما ما تعلق منها بشرط ولادة الولد بين أقل مدة للحمل (٦ أشهر) وأقصى هذه المدة (١٠ أشهر)، فإن الطب الحديث يؤكد صحة ما ذهب إليه المشرع الجزائري من خلال المادة ٤٢ ق أ ج.

ثانياً: يقصد بشرط ثبوت النسب عدم نفي الزوج نسب الولد إليه بالطرق المشروعة، أن يلجأ هذا الزوج إلى إجراء اللعان طبقاً لقواعد الشريعة الإسلامية في ذلك، وحسب اجتهاد المحكمة العليا في كيفية إجرائه، بأنه لا يتم إلا في المسجد العتيق، وفي خلال ٨ أيام بعد العلم بالزنا أو الولادة أو الحمل.

ثالثاً: المشرع الجزائري في نظرنا التمس عليه الأمر بين الزواج الباطل والفاقد، برغم أنه كان يقصد التفريق بينهما في الحكم؛ لهذا قرر في المادة ٤٠ ق أ ج جواز ثبوت النسب عن طريق الزواج الباطل متى تمت التفريق بين الزوجين بعد الدخول، وهو حكم النكاح الفاسد في الفقه الإسلامي عند القائلين به، أما الباطل فلا أثر له عندهم؛ فما بني على باطل فهو باطل ولا يمكن للجرائم أن تكون سبباً للنعم، لا في الشرع ولا في القانون.

رابعاً: نقترح تعديل نص المادة ١/٤٠ بحذف الجملة الأخيرة منها "...أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقاً للمواد ٣٢ و ٣٣ و ٣٤ من هذا القانون"؛ حتى تتفق نصوص قانون الأسرة فيما بينها من جهة، وتتفق مع أحكام الشرع من جهة أخرى؛ لأن بقاء النص ساري المفعول يعد خروجاً صريحاً غريباً عن أحكام الفقه الإسلامي.

خامساً: يعاب على المشرع في قانون الأسرة عدم تبيانه شكل الإقرار، بوصف ذلك طريقة أساسية من طرق إثبات النسب؛ وهو ما أدى

بالقضاء إلى الوقوع في أخطاء عند تطبيق نصوص المواد: ٤٠ و ٤٤ و ٤٥ ق أ ج، لهذا نقترح على المشرع إضافة نص قانوني يحدد بوضوح الشكل المطلوب في صيغة الإقرار من الناحية القانونية؛ لإزالة كل تفسير خاطئ لهذه النصوص، وعدم الرجوع إلى أحكام القانون المدني .

سادسا: يتعين على القضاة المجتهدين في مادة الأحوال الشخصية التقيد بنص المادة ٢٢٢ ق أ ج، ومن ثم الاستناد عند الاجتهاد فيما لا نص فيه أو عند عدم وضوح النص الرجوع إلى مبادئ الاجتهاد الواردة في الفقه المالكي؛ ومنها المصالح المرسله، وقاعدة سد الذرائع المبنية على التحرز والاحتياط دون الاجتهاد بناء على قواعد القانون المدني.

سابعا: نوصي بضرورة التوافق بين اجتهادات المحكمة العليا عند إعلان موقفها بشأن المسائل المتمثلة في الظروف والوقائع؛ لأن تناقض الاجتهادات القضائية وعدم استقرارها يطعن في مصداقيتها.

ثامنا: نقترح على المشرع الجزائري تنظيم أحكام اللقيط ضمن قانون الأسرة بوصفه فرداً من المجتمع، وضعت له الشريعة أحكاماً خاصة لحمايته.

تاسعا: نقترح تعديل نص المادة ٢٢٢ ق أ ج بحيث تصبح كالاتي:
"كل مالم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الفقه المالكي". وهذا حتى نختصر على القاضي طرق البحث عن الأحكام المناسبة لحل القضايا المعروضة عليه في مادة الأحوال الشخصية.

عاشرا: نقترح على المشرع الجزائري تشكيل محاكم شرعية يشرف عليها قضاة شرعيون متخصصون في مجال الأحوال الشخصية، بخاصة لدى المحاكم الابتدائية، وضرورة أن يكون قضاة النقض والاجتهاد لدى المحكمة العليا من ذوي الاختصاص في مجال العلوم الشرعية.

الهوامش:

- (١) سورة الفرقان، الآية ٥٤.
- (٢) سورة الأحزاب، من الآيتين ٤ و ٥.
- (٣) رواه أحمد و البخاري و مسلم عن سعد بن أبي وقاص.
- (٤) د. فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، ج ١، ط ١، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر ١٩٨٥، ص ٢١٣.
- (٥) د. أنوار الخطيب، الأحوال الشخصية، ط ٢، منشورات دار مكتبة الحياة، بيروت ١٩٩٠، ص ٢١.
- (٦) الأمر رقم ٥-٢ المؤرخ في : ٢٧/٢/٢٠٠٥، المعدل لقانون الأسرة ٨٤/١١.
- (٧) الدكتور بلحاج العربي، أبحاث و مذكرات في القانون و الفقه الإسلامي، ج ٢، ديوان المطبوعات الجامعية ١٩٩٦، ص ٦٢٤.
- (٨) الحجر هو الرجم عقوبة على الزنا في حال عدم وجود عقد الزواج، وهذا الحديث رواه الجماعة.
- (٩) د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج ٧، ط ٢، دار الفكر، دمشق، ١٩٨٥، ص ٦٧٥.
- (١٠) د. المرجع السابق، ص ٦٧٧.
- (١١) د. محمد شلتوت، الإسلام عقيدة و شريعة، دار الشروق، بيروت، ١٩٧٩، ص ٢٤١.
- (١٢) د. محمد يوسف، أحكام الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي، دار الشروق، القاهرة، ١٩٧٤، ص ٣٧١.
- (١٣) د. محمد محدة، الخطبة و الزواج، ج ١، ط ٢، شهاب ٢٠٠٠، الجزائر ١٩٩٤، ص ٤٣٣.
- (١٤) المرجع السابق، ص ٤٣٣.

- (١٥) د. عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط ٢، دار البعث، قسنطينة، الجزائر، ١٩٨٩، ص ٢٨٧.
- (١٦) د. وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر، المجلد الثاني، ج ٣، دار الكلم الطيب، دمشق، ٢٠٠٠، ص ٢٧٤.
- (١٧) د. بلحاج العربي، مرجع سابق، ص ٦٢٨.
- (١٨) د. فخري أبو صفية، طرق الإثبات في القضاء الإسلامي، شركة الشهاب، الجزائر، بدون ذكر السنة، ص ٩١.
- (١٩) د. محمد محدة، مرجع سابق، ص ٤٢٨، وانظر: د. محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية، بيروت ١٩٨٩، ص ٧١٥.
- (٢٠) د. فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، ج ١، ط ١.
- (٢١) د. بلحاج العربي، أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، ج ٢، مرجع سابق، ص ٦٣١.
- (٢٢) د. محمد محيي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط ١، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٩٧٤، ص ٣٦٦.
- (٢٣) د. محيي الدين عبد الحميد، المرجع السابق، ص ٣٦٩.
- (٢٤) موقع على الإنترنت:
<http://khayma.com/madina/stampsp2.htm>.
- (٢٥) الإمام محمد أبو زهرة، تاريخ المذهب الإسلامي، ج ٢ دار الفكر العربي، بيروت، بدون ذكر السنة، ص ٢١٦.
- (٢٦) الإمام ابن قدامي المقدسي، روضة الناظر وجنة المناظر، ط ١، الدار السلفية، الجزائر، ١٩٩١، ص ١٤٤.
- (٢٧) د. بلحاج العربي، أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، ج ٢، مرجع سابق، ص ٥٦٩.

(٢٨) نقل نص القرار غير المنشور د. بلحاج العربي، تحت ملف رقم ٣٩٣٦٢، راجع كتابه: مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ١٩٩٤، ص ٤٨.

(٢٩) قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية، في ١٩٨٥/٢/٢٥، المنشور بالمجلة القضائية المؤرخة في: ١٩٨٩، العدد ١، ص ٨٣.

(٣٠) قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، المؤرخ في: ٢٨/١٠/١٩٩٧، من أجل النظر في الملف رقم ١٧٢٣٩٧.

- الحكم نفسه جاء في القرار الصادر في: ٢٠/١٠/١٩٩٨، ملف رقم: ٢٠٤٨٢١.
(٣١) قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، في: ١٩/٥/١٩٩٨، قضية رقم: ١٩٣٨٢٥.

(٣٢) قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، في: ١٥/١٢/١٩٩٨، ملف رقم: ٢٠٢٤٣٠.

(٣٣) قرار المحكمة العليا عن غرفة الأحوال الشخصية، في: ١٩/١١/١٩٨٤، الصادر في المجلة القضائية المؤرخة في: ١٩٩٠، عدد ١، ص ٦٧، وكذلك قرار آخر للمحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية، في: ٨/١٠/١٩٨٤، المجلة القضائية الصادرة في: ١٩٨٩، عدد ٤، ص ٧٩.

(٣٤) د. محمد محدة، مرجع سابق، ص ٣٤٢.

(٣٥) د. المرجع السابق، ص ٤٣٣.

(٣٦) د. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص ٢٠٢.

(٣٧) الأمر رقم ٦٦-١٥٦ المؤرخ في: ٨/٦/١٩٦٦ المتضمن قانون العقوبات المعدل، الجريدة الرسمية: المؤرخة في ١١/٦/١٩٦٦، العدد ٤.

- (٣٨) عبد الفتاح تقيّة، مباحث في قانون الأسرة الجزائري، ط ٣، الجزائر، ٢٠٠٠، ص ٢٩٣ .
- (٣٩) د. محمد محدة، مرجع سابق، ص ٤٢٨ .
- (٤٠) سورة الأحزاب، الآية ٤ .
- (٤١) سورة الأحزاب، الآية ٥ .
- (٤٢) قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، مؤرخ في: ٢ / ٥ / ١٩٩٥، ملف رقم: ١٠٣٢٣٢، الصادر في المجلة القضائية، ١٩٩٥، العدد ٢. عن قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، الطباعة الشعبية للجيش، الأبيار، الجزائر، ص ٩٩ .
- (٤٣) د. زياد أحمد سلامة، أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة، ط ٢، الدار العربية للعلوم، بدون ذكر البلد، ١٩٩٨، ص ٨٦ .
- (٤٤) مقال منشور بمجلة العربي للدكتور محمد عبد الحميد شاهين، الصادرة عن مبنى الإعلام، الكويت، يناير ١٩٩٩، العدد ٤٨٢، ص ٢٣٠ .
- (٤٥) د. زياد أحمد سلامة، مرجع سابق، ص ١٢٣ .
- (٤٦) مقال منشور بجريدة الخبر اليومية، الصادرة في: ١٦ / ٢ / ٢٠٠٣ .

المصادر والمراجع :

- ١- د. فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، جزء واحد، ط١، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ١٩٨٥.
- ٢- د. بلحاج العربي: أبحاث ومذكرات في القانون والفقہ الإسلامي، ج٢، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ١٩٩٦.
- ٣- د. وهبة الزحيلي، الفقہ الإسلامي وأدلته، ج٧، ط٢، دار الفكر، دمشق، ١٩٨٥.
- ٤- د. محمد محدة، الخطبة والزواج، ج١، ط٢، شهاب، ٢٠٠٠، الجزائر.
- ٥- د. محمد يوسف، أحكام الأحوال الشخصية في الفقہ الإسلامي، دار الشروق، القاهرة، ١٩٧٤.
- ٦- د. عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط٢، دار البعث، الجزائر، ١٩٨٨.
- ٧- د. محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٩.
- ٨- د. فخري أبو صفية، طرق الإثبات في القضاء الإسلامي، شركة الشهاب، الجزائر، بدون ذكر السنة.
- ٩- د. محمد أبو زهرة، تاريخ المذاهب الإسلامية، ج٢، دار الفكر العربي، بيروت، بدون ذكر السنة.
- ١٠- الإمام ابن قدامي المقدسي، روضة الناظر وجنة المناظر، ط١، الدار السلفية، الجزائر، ١٩٩١.
- ١١- موقع على الإنترنت:
[http : //khayma.com/madina/stamps2.htm](http://khayma.com/madina/stamps2.htm).
- ١٢- قرارات المحكمة العليا:

- قرار المحكمة العليا الصادر في ١٩٨٥/٢/٢٥، المنشور بالمجلة القضائية في: ١٩٨٩، العدد ١.
- قرار المحكمة العليا مؤرخ في: ١٩٩٥/٥/٢، المجلة القضائية في: ١٩٩٥، العدد ٢.
- قرار المحكمة العليا مؤرخ في ١٩٨٤/١٠/٨، المجلة القضائية ١٩٨٩، العدد ٤.
- قرار المحكمة العليا الصادر في ١٩٩٨/١٢/١٥، ملف رقم ٢٠٢٤٣٠.
- قرار المحكمة العليا الصادر في ١٩٩٨/٠٥/١٩، ملف رقم ١٩٣٨٢٥.
- قرار المحكمة العليا الصادر في ١٩٩٧/١٠/٢٨، ملف رقم ٠١٧٢٣٩٧.
- قرار المحكمة العليا الصادر في ١٩٩٨/١٠/٢٠، ملف رقم ٢٠٤٨٢١.
- قرار المحكمة العليا الصادر في ١٩٨٤/١١/١٩، المجلة القضائية في ١٩٩٠، العدد ١.
- قرار المحكمة العليا الصادر في ١٩٨٤/١٠/٨ المجلة القضائية في ١٩٨٩ العدد ٤.
- قرار غير منشور نقله الدكتور بلحاج العربي "مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا"، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ١٩٩٤.